연구총서 20-B-12-2

Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(II-2)

Setting up global standards: issue-based comparative study on criminal law of major countries (II-2)

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

KIC
KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

한국형사정책연구원

머리말

그동안 형법, 형사소송법, 행형법 등 주요 외국의 형사법령 연구는 법령의 단순번역에만 중점을 두어 수행되어 왔습니다. 물론, 형사법 및 형사정책 연구에서 비교법적 연구방법론은 주요한 연구방법으로 확립되어 왔으나, 일부 국가를 대상으로 일부 협소한 쟁점만을 파편적으로 연구함으로서 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 큽니다. 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 비교분석한 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 집중하였습니다.

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. 흉기준비집합죄 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(제184조i) ····· 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

살인죄

강효원 / 이성기 / 손병현 / 정배근 / 이동희

제5장

살인죄

내 용 목 차

제1절 영국

1. 개관
 가. 살인범죄 체계 및 구성
 나. 사람의 시기와 종기
  1) 사람의 시기
  2) 사람의 종기

2. 고의에 의한 살인죄
 가. 모살죄(murder)
  1) 정의
  2) 객관적 구성 요건(actus reus)
  3) 살인죄의 주관적 범의(mens rea)
  4) 살인죄(모살죄)에 대한 항변
  5) 살인죄의 처벌
 나. 비악의적 살인죄(Manslaughter)
  1) 개념: 모살죄(Murder)와 비악의적 살인죄(Manslaughter)의 구별
  2) 고살죄(Voluntary Manslaughter)

3. 비고의살인/과실치사(Involuntary Manslaughter)
 가. 개념
 나. 비고의살인/과실치사(Involuntary Manslaughter) 관련 범죄
  1) 추정/의제 과실치사(Constructive Manslaughter)
  2) 중과실치사(Gross Negligence Manslaughter)
  3) 기업 비고의살인/과실치사 (Corporate Manslaughter)
  4) 차량 관련 사망 범죄(위험/부주의한 운전으로 사망을 야기한 경우)
  5) 아동 및 취약한 성인을 사망케 하거나 중상해를 입힌 죄

4. 기타
 가. 자살교사방조죄
 나. 영아살해(Infanticide)
 다. 안락사(mercy killing and euthanasia)

5. 소결

제2절 미국

1. 개관
 가. 살인 범죄 체계 및 구성
 나. 사람의 시기 및 종기
  1) 사람의 시기
  2) 사람의 종기

2. 고의에 의한 살인죄
 가. 모살(murder)
  1) 개념
  2) 의도적 살인(intent to kill)
  3) 중상해 고의에 의한 살인(intent to inflict grievous bodily injury)

4) 극단적 무모함에 의한 살인 (depraved-heart murder)
5) 중범죄 살인죄(felony murder)
6) 모살죄의 감경 사유-인지능력 감소 항변(diminished mental capacity)
나. 고살(voluntary manslaughter)
1) 개념
2) 격정에 의한 살인(Heat-of-Passion Voluntary Manslaughter)
3) 불완전한 정당방위 이론(imperfect self-defense docrtine)

3. 과실치사(criminal negligence)
가. 개념
나. 과실치사(criminal negligence)
1) 과실(negligence)
2) 인과관계(causation)
3) 교통사고에 의한 과실치사죄
다. 경죄 비고의 살인죄(misdemeanor involuntary manslaughter)
1) 개념
2) 사망에 대한 과실 여부
4. 기타
가. 자살 관련 범죄
1) 자살 기도 중 타인의 사망에 대한 죄책
2) 자살 관여죄
나. 연명장치의 제거
다. 살인미수죄(attempted murder)
라. 살인 교사죄(실패한 교사)

5. 소결

제3절 프랑스

1. 개관
가. 살인범죄 체계 및 구성
나. 사람의 시기와 종기
1) 사람의 시기
2) 사람의 종기

2. 고의에 의한 살인죄
가. 모살(L'assassinat)
1) 모살의 법적 개념
2) 모살의 법정 요소
나. 고살(Le meurtre)
1) 고살의 객관적 요소
2) 고살의 주관적 요소
3) 고살에 대한 제재
4) 고살의 정당화사유

3. 과실치사의 죄(L'homicide involontaire)
가. 과실치사죄의 법정 요소
나. 과실치사죄의 객관적 요소
1) 과실행위
2) 사망의 결과
3) 과실과 사망사이의 인과관계
다. 과실치사죄의 주관적 요소
1) 일반과실책임(La faute d'imprudence ordinaire)
2) 중과실책임(Les fautes d'imprudence qualifiées)

4. 기타
가. 자살교사죄(La provocation au suicide)
1) 자살교사행위
2) 자살피교사행위
나. 독물투여죄(L'empoisonnement)
1) 독물투여죄의 객관적 요소
2) 독물투여죄의 주관적 요소
3) 독물투여죄의 처벌
다. 모살교사죄(Le mandat criminel)

5. 소결

제4절 독일

1. 개관
가. 살인범죄의 체계 및 구성
나. 사람의 시기와 종기
1) 사람의 시기
2) 사람의 종기

2. 고의에 의한 살인죄
가. 모살(Mord)
1) 조문구조

2) 객관적 구성요건표지: 모살표지 제2그룹
3) 주관적 구성요건표지: 모살표지 제1, 제3그룹
나. 고살(Totschlag)
1) 본 조의 의의
2) 제212조 제2항의 특히 중한 경우
3) 제213조 고살의 경한 경우
3. 과실치사
4. 촉탁살인 및 가벌적 자살조력
5. 소결

제5절 일본

1. 개관
가. 살인범죄의 체계
나. 사람의 시기와 종기
1) 사람의 시기
2) 사람의 종기
3) 장기이식법의 제정 및 개정
2. 살인죄
가. 보통살인죄
1) 객체
2) 행위
3) 고의
4) 죄수
나. 존속살해죄 규정의 삭제
다. 살인예비죄
1) 의의
2) 행위
3) 죄수
3. 자살관여죄 및 동의살인죄
가. 자살관여죄
1) 자살의 불처벌
2) 자살관여죄의 처벌근거
3) 객체
4) 행위
5) 자살관여죄와 살인죄의 구별
6) 미수
나. 동의살인죄
1) 동의살인죄의 감경근거
2) 객체
3) 행위
4) 고의
4. 과실치사
가. 과실치사죄
1) 의의
2) 행위
나. 업무상과실치사상죄(1항 전단)
1) 의의
2) 주체
3) 행위
다. 중과실치사상죄(1항 후단)
라. 특별법 : 자동차운전에 의한 사상행위의 처벌
1) 개관
2) 위험운전치사상죄(제2조)
3) 준위험운전치사상죄(제3조)
4) 과실운전치사상 알코올 등 영향 발각면탈죄(제4조)
5) 과실운전치사상죄(제5조)
6) 무면허운전에 의한 가중(제6조)
5. 소결

제1절 | 영국

1. 개관

가. 살인범죄 체계 및 구성

역사적으로 잉글랜드와 웨일즈의 살인죄는 커먼로상 범죄였으며 정신적 요소인 사전에 계획된 범의(malice aforethought)의 존재 여부에 따라 살인죄의 불법과 책임을 세분화하여, 필요적 종신형을 선고해야만 하는 모살죄(murder)와, 모살에 비해 비난가능성이 다소 낮아 선고형량에 있어서 재량이 주어지는 비악의적 살인죄(manslaughter)로 구분되어 왔다.[1331] 영국의 살인죄 관련법의 특징 중 하나는 범죄의 종류를 구분하는 데 있어서 동기를 고려하지 않는다는 점이다. 비악의적 살인죄는 다시 고살죄(voluntary manslaughter)과 비고의살인/과실치사(involuntary manslaughter)로 나눌 수 있다. 즉, 행위 자체는 고의 살인의 요건을 충족하나 피의자의 정신상태나 살해 정황 등 법정 정상참작 사유가 있는 경우 전자에 해당하며, 사실상 사망이 자발적인 행위의 결과로 사망의 결과를 야기할 위험을 자각하고 있었음을 입증할 필요는 없지만 그럼에도 불구하고 사망에 대한 책임을 부과시킬 수 있을 만큼 충분히 잘못한 경우가 바로 후자에 해당한다.[1332] 이를 고의 유무로 다시 나누어 보면 고의 살인(murder 및 voluntary manslaughter)과 비고의살인/과실치사(involuntary manslaughter)로 구별할 수 있을 것이다.[1333] 이하에서는 고의 살인에 해당하는 모살죄과 고살죄에

1331) murder 와 manslaughter 의 우리말 번역을 모살과 고살로 번역해 온 기존 관행에도 불구하고, 각각 모살죄와 비악의적 살인죄로 번역한 이유는 비록 현대적 의미에서 malice 가 더이상 가치판단이 내재된 악의 유무로 해석되는 것은 아니지만, malice aforethought 유무를 murder와 manslaughter의 구별 기준으로 보는 전통적인 입장에 부합하는 번역이라 판단하였다. Michael J. Allen/Ian Edwards, Criminal Law, 15th ed., Oxford University Press, 2019, 355면. 한편, 영미법상 모살과 고살의 개념에 관한 국내의 기존 논의는 김한균, 형법상 모살·고살 구분과 영미형법의 살인죄, 형사법연구 제22권 제4호, 한국형사법학회, 2010, 187-196면.

1332) Jeremy Horder, Ashworth's Principles of Criminal Law, 8th ed., Oxford University Press, 2016, 250면.

1333) voluntary manslaughter의 경우 일단 murder의 주관적 요소도 충족시킨 후 감경 정황을 검토된 경우라는 점에서 원칙적으로 malice aforethought를 요하지 않는 manslaughter지만 고의 살인의 범주에 넣는 것이 타당하다고 여겨진다.

대해 먼저 살펴 본 후, 이어서 우리 법의 과실치사에 해당하는 비고의살인을 살펴보려고 한다. 또한 비록 모살죄와 비악의적 살인죄가 커먼로상 대표적인 살인 범죄지만, 최근 수많은 실정법상 살인 관련 범죄들이 신설되어 현재 영국법에는 직간접적으로 생명침해와 생명의 보호를 다루고 있는 무수한 살인범죄 관련 규정들이 개별법으로 산재해 있다.[1334] 이 중에서 영아살해죄, 2004년 가정폭력, 범죄 및 피해자법(Domestic Violence, Crime and Victims Act 2004) 제5조에서 규정하고 있는 아동 및 취약 성인 대상 범죄, 기업 살인, 그리고 차량 운전 관련 살인 등 주요 살인범죄 형태에 대해 간략히 살펴볼 것이다.

나. 사람의 시기와 종기

뒤에서 더 상세하게 살펴 볼 예정이지만, 커먼로상 살인죄의 성립 요건 중 하나는 피해자가 반드시 사람이어야 한다는 것이다. 이 때 언제부터 그리고 언제까지 사람으로 볼 수 있는지의 문제가 발생하게 된다.

1) 사람의 시기

영국 형법상 아직 태어나지 않은 태아는 사람으로 보지 않는다. 따라서 태아를 사망케 한 경우, 태아 살해죄(낙태죄)[1335]나 낙태 교사죄[1336]로 처벌받을 수 있을지언정, 살인죄의 대상이 될 수는 없다. 커먼로상 피해자는 완전히 자궁 밖으로 나와 살아 있는 경우에만 사람이 될 수 있으며,[1337] 일단 신생아의 신체가 모체 밖으로 나오기만 하면, 탯줄과 태반이 몸 밖으로 나왔는지 여부는 무관하다.[1338] 그러나 일단 살아서 태어났지만, 출생 전 태아 상태일 때 피의자가 가한 위해로 인해 태어난 이후 사망했다

1334) Treason Act 1351, Offences against the Person Act 1861, Infant Life Preservation Act 1936, Homicide Act 1957, Abortion Act, 1961, Suicide Act 1961, Intentionally Protected Persons Act 1978, Road Traffic Act 1988, Law Reform (Year and a Day rule) Act 1996, UN Personnel Act 1997, Terrorism Act 2000 등이 이에 포함된다. Jeremy Horder, The Changing Face of the Law of Homicide, Homicide Law in Comparative Perspective, Hart Publishing, 2007, 33-34면.

1335) Infant (Preservation) Act 1929, 제1조.

1336) Offences Against the Person Act 1861, 제58조.

1337) R v Poulton [1832] 5 C & P 329.

1338) R v Reeves [1839] 9 C & P 25.

면 이 경우 법원은 사람이 사망한 것으로 보아 살인죄의 요건을 충족시키는 것으로 보고 있다.[1339] 태아가 완전히 모체 밖으로 나와야 사람이 될 수 있다고 보는 영국법의 입장은 우리 형법 이론상 전부노출설에 가깝다고 볼 수 있으며, 진통을 동반하면서 분만이 개시된 시점부터 태아가 사람이 된다고 보는 있는 우리나라의 통설 및 판례의 입장[1340]과는 다소 다르다고 할 수 있겠다.

2) 사람의 종기

형법상 어느 시점부터 살인죄의 대상이 될 수 있는 사람이 될 수 없는지 사망 시점을 명확히 정의하는 규정은 없으나 법원은 종종 의학적 개념 정의에 의존하여 이 문제를 해결해 오고 있다. 이 때, 피해자가 호흡을 멈추거나, 심장 박동이 멈춘 경우에도 적절한 시간 내에 치료를 받으면 다시 살아나는 경우가 있으므로, 사망했다고 단정할 수는 없다. 가장 문제가 되는 경우는 회복 가능성이 거의 없음에도 의료 수단으로 피해자의 신체만 살려둔 상태일 때 문제가 된다. 이 경우 피해자는 뇌간의 기능이 돌이킬 수 없을 만큼 완전히 정지된 '뇌사 시점'에 사망한 것으로 간주된다는 것이 영국 법원의 입장이다.[1341] 다만, 피해자가 지속적인 식물인간 상태나, 영구적인 혼수 상태 등 뇌사에는 미치지 못한 상태라면, 사망한 것으로 간주될 수 없으며, 살인죄의 대상이 될 수 있다.[1342]

2. 고의에 의한 살인죄

가. 모살죄(murder)

1) 정의

영국법상 널리 받아들여지고 있는 살인죄(murder)의 정의는, 평화시(under Queen's peace) 불법적으로(unlawfully) 사람을 살해할 의도나 신체상 중상해를 입힐 의도로

1339) R v Senior [1832] 1 Mood CC 346.
1340) 대법원 1982. 10. 12. 선고 81도2621 판결.
1341) R v Bland [1993] 1 AC 789.
1342) John Child/David Ormerod, Smith, Hogan, & Ormerod's Essentials of Criminal Law, 2nd ed., Oxford University Press, 2017, 150면.

타인을 사망케 한 자는 살인죄의 책임을 진다는 것이다. 이는 아직까지 법원에서 받아들여지고 있는 Coke의 17세기 주석서에서 유래한 개념 정의[1343]를 현대의 언어로 풀어쓴 것으로 과거의 정의에 포함되어 있던 피의자의 행위 후 1년 하고도 하루가 채 지나기 전에(within a Year and a Day) 피해자의 사망이 발생하여야 한다는 요건은 Law Reform(Year and a Day Rule) Act 1996 에 의해 삭제되었다.[1344]

2) 객관적 구성 요건(actus reus)

살인죄의 객관적 요소는 행위 요소와 정황 요소 그리고 결과 요소 3가지로 나누어 볼 수 있다. 행위 요소는 사망이라는 결과를 야기하는 어떠한 행위도 해당될 수 있으며, 정황 요소는 피해자가 반드시 사람이어야 한다는 것과 전시가 아니라 평화시여야 한다는 것(under the Queen's peace), 그리고 살해 행위가 불법적인 것이어야 한다는 것이다. 따라서, 전투 중 군인이 적군을 사살한 경우에는 살인죄의 책임을 지지 않는다. 피의자의 살해 행위가 불법적이어야 한다는 의미는 살인죄 성립에 요구되는 모든 객관적 주관적 요소를 충족시키는 동시에 어떤 항변사유도 존재하지 않는 행위라는 뜻이다. 즉, 피의자가 정당방위로 사람을 살해했다면, 살인죄로 처벌받지 않게 된다. 살인죄의 마지막 객관적 행위 요소는 피의자의 행위(작위나 부작위)와 피해자의 사망이라는 결과 발생 사이에 인과관계가 성립해야 한다는 것이다. 모든 사람은 언젠가 죽는다는 점을 감안하면, 사망을 야기한 행위는 논리적으로'사망의 시기를 앞당긴'행위라는 뜻이 된다. 예컨대, 환자인 피해자가 머지않아 사망하리라는 것을 알고 있는 의사나 가족이 환자의 고통을 경감시키기 위해 고의적으로 환자의 생명 연장 장치를 중단시켜 사망하게 한 경우, 현행법상 원칙적으로는 살인죄가 성립할 수 있다.[1345]

3) 살인죄의 주관적 범의(mens rea)

오랫동안 모살이 성립되기 위해서는 주관적 요건으로 미리 계획된 범의(malice aforethought)가 필요한 것으로 여겨져 왔다.[1346] 이 용어는 원래 문언상 내포하고

1343) Edward Coke, Coke's Institutes, 1628, Part III, Ch. 7, 47면(Michael J. Allen/Ian Edwards, Criminal Law, 15th ed., Oxford University Press, 2019, 355면에서 재인용).

1344) John Child/David Ormerod, Smith, Hogan, & Ormerod's Essentials of Criminal Law, 2nd ed., Oxford University Press, 2017, 146-147면.

1345) R v Inglis [2010] EWCA Crim 2637.

있던 의미처럼 사전 계획(premeditation)이나 적대감(ill-will)을 포함한 것은 아니라는 점에서 잘못 이해될 소지가 있다는 비판을 받아왔으며,[1347] malice aforethought는 살해할 의도라는 명시적 범의, 중상해를 입히려는 묵시적 범의, 중범죄를 저지르는 중 또는 체포로부터 도주 중 발생한 사망에 대한 추정적 범의 이렇게 3가지로 이루어져 있다고 이해되어 왔으나,[1348] 이 중에서 1957년 추정적 범의는 폐지되었다.[1349] 그러나, 명시적 범의와 묵시적 범의는 살아남아 살인죄가 성립하기 위해서는 여전히 행위 당시 피의자의 마음 상태가 다음의 두 가지 중 하나였다는 점을 입증해야 한다. 즉 피의자가 (1) 타인을 살해하려는 의도나[1350] 또는 (2) 중대한 신체적 상해(Grievous Bodily Harm: GBH)를 입히려는 의도[1351] 둘 중 하나를 가지고 있었다는 것이 입증되어야 하며, 이 두 가지가 현행 살인죄의 주관적 범의 요소(mens rea)라고 할 수 있다.[1352] 이 '의도 (intent)'의 의미를 어떻게 이해해야 하는지에 대해서는 그간 법원의 판례를 통해 많은 이론이 해석 발전되어 왔는데,[1353] 이러한 의도는 피해자의 사망이나 중상해라는 결과를 야기할 목적으로 행위한 경우 성립될 수도 있고 [직접적 의도], 아니면 이러한 결과가 야기되리라는 것이 거의 확실하고(virtually certain), 이러한 확실성을 예견(foresee)하고 행위한 경우에도, 배심원들은 간접적 의도의 존재를 인정할 수도 있다 [묵시적 의도]. 이 때 사실상의 확실성(virtual certainty)을 예견했는지 여부는 객관적이고 합리적인 개인을 기준으로 판단하는 것이 아니라, 개별 사건에서 행위자가 주관적으로 예견했는지를 기준으로 판단하여 결정한다는 것이 Woollen 판결로 확립된 현행법의 입장이다.[1354]

1346) Jeremy Horder, Two Histories and Four Hidden Principles of Mens Rea, Law Quarterly Review, Vol. 113 Jan., 1997, 100-109면.
1347) R v Moloney [1985] 1 AC 905.
1348) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 221면.
1349) Homicide Act 1957, 제1조.
1350) R v Moloney [1985] AC 905.
1351) R v Cunningham [1982] AC 566.
1352) Jeremy Horder, Ashworth's Principles of Criminal Law, 8th ed., Oxford University Press, 2016, 250면.
1353) R v Moloney [1985] 1 AC 905; R v Nedrick [1986] 1 WLR 1025; R v Woollin [1999] AC 82.
1354) R v Woollin [1999] AC 82.

4) 살인죄(모살죄)에 대한 항변

정당방위나 긴급피난 등 일반적인 항변 사유[1355] 중 강요(duress)를 제외한 대다수 항변은 살인 범죄에 대해서도 적용될 수 있으며, 이러한 항변의 성립 요건을 충족시키면, 형사책임을 완전히 면하고 무죄로 풀려나게 된다. 단, 정신이상 항변의 경우에만 무죄로 풀려나더라도 '정신이상을 이유로 한 무죄'라는 "특별한 평결(special verdict)"을 받게 되며,[1356] 법률에 따라 판사는 다음의 세 가지 처분 명령 – 입원명령, 관리감독 명령, 완전석방명령 – 중 하나를 병과하게 된다.[1357]

5) 살인죄의 처벌

살인죄에 대한 처벌과 관련하여 Murder(Abolition of the Death Penalty) Act 1965에 의해 사형제도는 공식적으로 폐지되었다.[1358] 그러나, 모살죄(murder)의 경우 종신형을 선고하는 것이 원칙이므로, 법관은 고의 살인이 인정된 경우 반드시 종신형을 선고해야만 한다.[1359] 그러나 오늘날 실제로 이 원칙에 따라 죽을 때까지 교도소에서 복역하게 되는 경우는 드물다.[1360] 이러한 필요적 종신형 선고는 현재 3가지 부분으로 이루어져 있는데, 첫째는 특정 범죄의 상대적 경중을 반영하기 위한 것으로 반드시 다 채워서 복무해야 하는 최소 형기(minimum term)이고,[1361] 두 번째 부분은 일단 최소 형기가 다 끝나고 난 후, 사회 보호를 위해 살인범의 위험성을 고려하여 가석방 위원회가 석방해도 안전하다고 판단할 때까지 구금하는 것,[1362] 마지막 세 번째 부분은 석방 후 여생 동안 보호관찰 가석방 대상이 된다는 것이다.[1363] 살인죄에 대한 필요적 종신형 선고 규정이 비인도적이고 굴욕적인 처우나 처벌을 금지하고 있는

1355) 최민영/김재현/허황/강효원/김택수/박용철/손병현/이동희/이성기, Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(Ⅰ), 한국형사정책연구원, 2019, 108면 이하.
1356) Trials of Lunatics Act 1883, 제2조.
1357) Criminal Procedure (Insanity and Unfitness to Plead) Act 1991, 제5조.
1358) 그러나 사형 폐지가 완료된 것은 Crime and Disorder Act 1998, 제36조에 의해 반역과 해적죄에서 사형을 폐지하면서 영국법에서 사형이 완전히 사라지게 되었다.
1359) Murder (Abolition of the Death Penalty) Act 1965, 제1조 제(1)항.
1360) John Child/David Ormerod, Smith, Hogan, & Ormerod's Essentials of Criminal Law, 2nd ed., Oxford University Press, 2017, 156면.
1361) Criminal Justice Act 2003, 제269조 제(3)항 및 부칙 제21조.
1362) Crime (Sentences) Act 1997, 제28조.
1363) Jeremy Horder, Ashworth's Principles of Criminal Law, 8th ed., Oxford University Press, 2016, 247면.

유럽 인권 협약 (ECHR) 제3조에 합치하지 않는다는 비판도 있었지만, 구 영국 최고법원은 살인죄에 대한 부정기형 제도의 운용은 자의적이고 불균형한 처벌에 해당하지 않으므로 유럽 인권 협약 위반이 아니라고 판시한 바 있다.[1364]

나. 비악의적 살인죄(Manslaughter)

1) 개념: 모살죄(Murder)와 비악의적 살인죄(Manslaughter)의 구별

앞에서 살펴 본 바와 같이 커먼로상 살인 범죄는 크게 모살죄(murder)와 비악의적 살인죄(manslaughter) 두 가지로 구분된다. 원칙적으로 비악의적 살인죄는 불법적인 피해자의 사망이 발생했지만, 피의자에게 모살죄에 이르는 mens rea가 결여되어 있는 경우, 즉 살인죄의 책임을 묻기에는 비난가능성의 크기가 모살에 미치지 못할 경우 비악의적 살인죄로 처벌받게 된다.[1365] 그러나 비악의적 살인죄는 커먼로상 단일 범죄임에도 불구하고, 실제로는 하나의 범죄 구성요건들로 이루어져 있지 않으며, 비악의적 살인이 아닌 여러 가지 형태의 불법적인 행위들을 통해 저질러질 수 있다. 이렇게 비악의적 살인죄는 또 다시 두 가지 구별된 범주로 나눌 수 있는데, 하나는 피의자가 살인죄의 객관적 행위 요건(actus reus)와 주관적 범의 요소 (mens rea)를 모두 충족시켰으나, 부분적 항변 요건도 충족시켜 모살보다 감경된 책임을 지게 하는 고살죄(voluntary manslaughter)이고, 다른 하나는 피의자가 살인죄의 객관적 요소(actus reus)는 충족시켰지만, 주관적 요소(mens rea)를 충족시키지 못한 경우, 행위와 행위 당시의 정신 상태가 더 경한 비고의살인의 요건을 충족시켰다면, 고살의 책임을 지게 하는 비자발적 고살인 비고의살인/과실치사죄(involuntary manslaughter)이다. 이하에서는 이해를 돕기 위해 전통적인 구분 방식인 모살과 고살로 구분하는 대신, 비난가능성의 정도 차이가 있지만 모살죄(murder)와 비악의적 살인죄(voluntary manslaughter)를 고의 살인 범죄 범주로 묶고, 비고의살인(involuntary manslaughter)을 과실치사죄 범주로 나누어서 살펴보려고 한다.

1364) R v Lichniak [2002] UKHL 47,

1365) Michael J. Allen/Ian Edwards, Criminal Law, 15th ed., Oxford University Press, 2019, 385면.

2) 고살죄(Voluntary Manslaughter)

고살죄는 모살의 객관적, 주관적 성립 요건을 모두 충족시켰음에도 불구하고, 세 가지 감경 요건에 해당하여 살인의 책임을 묻는 대신 더 가볍게 처벌하기 위한 범죄이다. 이러한 감경 요건들은 살인죄에 대해서만 성립하는 부분적 항변으로, 이 요건이 충족되면 모살 대신 고살로 감면된 처벌을 받게 된다. 따라서 특정한 행위가 처음부터 자발적 고살이라는 범죄로 기소될 수는 없으며, 일단 모살로 기소된 후 3가지 감경 정황 중 하나가 인정될 수 있는 요건이 충족되면 그 경우에 한해 고살죄가 선고될 수 있을 뿐이다.[1366] 따로 고살죄를 구별하는 실익은 일단 모살이 인정되면 반드시 선고해야만 하는 필요적 종신형 선고가 지나치게 가혹하여 피해야 할 경우가 있기 때문이었다. 따라서 만약 살인죄에 대한 필요적 종신형 제도가 폐지된다면, 더 이상 고살죄를 모살죄와 구별하여 따로 둘 필요가 없게 될 것이고, 따라서 대신 범행의 경중에 따라 모살의 등급을 나누어 규정하는 것이 타당하다는 주장도 있다.[1367] 모살을 고살로 감경시키는 대표적인 부분적 항변 사유로는 통제 상실(Loss of Control)[1368]과 한정책임(Diminished Responsibility)[1369] 그리고 동반 자살(suicide pact) 3가지가 있는데, 이러한 항변사유 요건이 충족되면 모살의 객관적 주관적 요소를 충족시키더라도 모살이 아닌 고살로 처벌하게 된다. 통제 상실과 한정책임에 관해서는 본 연구 보고서의 전편에 수록된 항변사유 항목에서 김재현 박사가 이미 상세하게 정리한 바 있으며,[1370] 동반 자살(suicide pact)에 대해서는 아래 제4절 기타 범죄 항목에서 따로 논의할 것이다.

3. 비고의살인/과실치사(Involuntary Manslaughter)

가. 개념

Involuntary manslaughter는 직역하면 비자발적인 고살이지만, 소위 '비자발성

1366) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 227면.
1367) Law Commission, Murder, Manslaughter and Infanticide(LAW COM No 304), 2006, 50면.
1368) Coroners and Justice Act 2009, 제54-55조.
1369) Coroners and Justice Act 2009, 제52조.
1370) 최민영/김재현/허황/강효원/김택수/박용철/손병현/이동희/이성기, Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(Ⅰ), 한국형사정책연구원, 2019, 151-154면 (한정책임); 157면 이하 (통제상실).

(involuntariness)'과는 무관한 개념이며, 중대한 과실(gross negligence) 또는 위험하고 불법적인 행위로 인해 의도하지 않은 사망의 결과가 발생하였으나, 고의가 결여되어 있어 살인죄가 성립할 수 없는 경우에 해당하는 우리 법의 과실치사에 가까운 개념이다. 즉, 비자발적이라는 단어는 단지 고의 살인인 모살의 요건을 충족하는 행위지만 감경 사유나 정황의 존재로 인해 고살로 처벌받게 되는 행위(vonluntary manslaughter)로부터, 고의 살인이 성립하기에는 불충분하지만 고살의 책임을 져야 하는 사망 결과가 발생한 행위를 구별해 내기 위한 개념에 불과하다.[1371]

나. 비고의살인/과실치사(Involuntary Manslaughter) 관련 범죄

현행법상 과실치사 범죄(involuntary manslaughter)의 대표적인 형태는, 커먼로에 의한 추정/의제 과실치사와 중과실치사, 그리고 성문법 규정으로 추가된 기업 비고의 살인/과실치사(corporate manslaughter) 이렇게 3가지로 나누어 볼 수 있다. 이 세 가지 유형의 범죄는 모두 고의 살인에서 요구되는 고의 요건(살해 의도 또는 신체상 중상해를 입힐 의도)을 결여하고 있어 경한 형태의 범죄로 처벌받는 것이다. 이 때, 피해자의 사망이라는 중대한 결과가 발생했음에도 불구하고, 피의자에게 고의 살인보다 더 경한 책임을 묻는 것이 정당한가 하는 문제가 발생한다. 예컨대, 중과실 과실치사나 기업 과실치사의 경우, 단순한 과실이 아닌 중대한 과실이라는 정도를 요구하기는 하지만 그래도 엄연히 과실(negligence)에 기초한 책임인데, 중범죄의 책임을 물을 수 있을 만큼 충분한 요건인가 하는 문제가 제기될 수 있다.[1372]

1) 추정/의제 과실치사(Constructive Manslaughter)

첫 번째 종류의 과실치사 범죄는 '불법적(unlawful)'이고 '위험한(dangerous)' 행위 중 피해자의 사망을 야기한 경우 결과 발생에 대한 책임을 의제/추정하는 것이다. 영국에서는 Felony murder rule 이 폐지되었지만,[1373] 이 범죄를 통해 중범죄와 경범

1371) Jeremy Horder, Ashworth's Principles of Criminal Law, 8th ed., Oxford University Press, 2016, 292면.

1372) Jeremy Horder, Ashworth's Principles of Criminal Law, 8th ed., Oxford University Press, 2016, 293면.

1373) 중범죄를 저지르는 과정에서 발생한 사망에 대한 책임을 묻는 Felony murder rule이 남아 있는 미국과 달리, 영국에서는 Homicide Act 1957, 제1조의 제정으로 Felony murder rule이

죄를 저지르는 과정에서 일어난 사망에 대한 책임을 물을 수 있는 여지를 남겨두고 있는 것이다. 이 때 검찰은 (1) 피의자가 (과실이나 부작위가 아닌) 불법적이고 위험한 범죄를 저지르고 있었다는 점 (2) 당해 범죄를 저지르는 과정에서 피해자의 사망이 야기되었다는 점 (3) 범행을 저지르고 있을 때 피의자의 행위가 객관적으로 위험한 것이었다는 점을 입증해야 한다.[1374] 불법적인 행위라는 것은 어떤 유효한 면책 항변도 존재하지 않는다는 의미이며, 단순한 과실(negligence)이나 부작위로 인한 범죄는 불법적인 행위에 포함되지 않는다는 것이 오늘날 법원의 원칙적인 입장이다.[1375] 단, 부작위와 관련하여 부작위 행위의 비난가능성 정도와 의도 여부에 따라 예외를 인정하는 경우도 있다.[1376] 또한 마지막 요건인 객관적으로 위험한 행위인지 여부는 합리적인 개인이라면 해악을 끼칠 위험이 있다고 인식하였을 정도일 것을 요구하는 객관적 심사기준에 따라 판단된다.[1377] Church 심사 기준에서 위험은 중대한 해악 발생 위험이 아니라 단순한 해악 발생을 의미하지만 법원은 이 기준을 좁게 해석하여 적용하고 있으며, 불법적인 행위는 단순한 정신적 충격이 예견되는 경우가 아닌, 물리적 해악을 야기할 가능성이 있을 때에만 '위험한' 것으로 간주된다.[1378]

2) 중과실치사(Gross Negligence Manslaughter)

두 번째 과실치사 범죄의 유형은 중과실로 인해 사망의 결과를 야기한 경우로, 중과실치사가 성립하기 위해서는 검찰이 (1) 피의자가 피해자에 대해 부담하는 주의의무를 위반했다는 것, (2) 당해 주의의무 위반이 피해자의 사망을 야기한 원인이라는 것 (3) 당해 주의의무 위반이 중과실에 이를 정도여서 불법적이라는 것을 입증하여야 한다.[1379] 이 때 피해자에 대한 피의자의 주의의무가 존재하는지 여부는 민사상 불법행위법에서 확립된 부모-자식 관계, 의료인-환자 관계 등을 고려하며, 안전을 보장할

폐지되었다.

1374) Jeremy Horder, Ashworth's Principles of Criminal Law, 8th ed., Oxford University Press, 2016, 293-294면.

1375) Andrew v DPP [1937] AC 576; R v Senior [1899] 1 QB 283.

1376) R v Lowe [1973] QB 702.

1377) R v Church [1966] 1 QB 59.

1378) Jeremy Horder, Ashworth's Principles of Criminal Law, 8th ed., Oxford University Press, 2016, 296면.

1379) R v Adomako [1995] 1 AC 171.

계약상 의무나, 위험 상황을 창출한 책임자의 주의 의무 등의 경우가 법원의 판례로 확립되어 있다.[1380] 이러한 중범죄 과실치사는 피의자의 주관적 요소에 대한 입증 없이 성립될 수 있는 범죄이며,[1381] 규제 목적 이외에는 과실 책임에 근거한 중범죄 규정이 드문 영국 법 현실에서 이러한 중범죄 과실치사는 과실 책임인데도 불구하고 최대 종신형까지 선고할 수 있는 극단적인 예외에 해당한다고 볼 수 있다.[1382]

3) 기업 비고의살인/과실치사(Corporate Manslaughter)[1383]

앞에서 살펴 본 두 가지 유형의 과실치사가 커먼로상 확립된 범죄라면, 기업 비고의 살인/과실치사죄는 성문법의 제정을 통해 도입된 범죄 유형이다. 1996년 법률 위원회는 대기업에 대한 사망재해 책임을 요구하는 법률 개혁 요청에 대해 "기업 살인(corporate killing)이라는 새로운 범죄 도입을 제안하였고, 이에 따라 제정된 2007년 기업 과실치사 및 기업 살인법(Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007)에 의해 기업 과실치사(corporate manslaughter)라는 새로운 별도의 범죄가 창설되어 2008년부터 도입되었다.[1384] 이 법률이 제정되면서, 기존의 커먼로상 중과실치사 범죄는 기업과 관련해서는 폐지되었고, 따라서 더 이상 기업 과실치사를 저지를 수 있는 기업이나 기타 기관에 적용되지 않게 되었다.[1385] 본 법에 따르면, 기업, 경찰, 해당 법률 부칙 제1조에 규정된 정부 부처 및 공공기관 등의 기관(organisation)[1386]이 중대한 관련 주의의무 위반이나, 의사결정을 담당하는 상급 관리자의 실패로 피해자

1380) R v Pittwood (1902) 19 TLR 37; R v Miller [1983] 2 AC 161.

1381) Attorney General's Reference (No 2 of 1999) [2000] QB 796.

1382) John Child/David Ormerod, Smith, Hogan, & Ormerod's Essentials of Criminal Law, 2nd ed., Oxford University Press, 2017, 191면.

1383) 현재 국내 언론 등에는 '기업 살인죄'라는 용어로 번역되어 많이 소개되어 있으나, murder가 아니라 manslaughter 이므로 이를 구별하기 위해 여기서는 기업 과실치사죄라는 용어를 주로 사용하려고 한다. 다만, 동법 제1조 (5)(b)항에 따라 스코틀랜드에서는 기업 살인(Corporate Homicide) 라고 부르고 있으며, 2020년 6월 현재 동 범죄에 관한 기업의 형사책임 인정 범위를 확대시키기 위한 법안 Culpable Homicide (Scotland) Bill 2020이 스코틀랜드 의회에 제출되어 있는 상황이다.

1384) Law Commission, Legislating the Criminal Code: Involuntary Manslaughter(LAW COM No 237), 1996, 99면 이하.

1385) Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, 제20조.

1386) 이렇듯 기업 이외에 다른 기관이나 단체도 해당 범죄의 주체가 될 수 있다는 점에서 법률상 범죄의 명칭이 잘못 붙여졌다는 비판도 있다. Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 279면.

의 사망을 야기한 경우, 기업 살인 범죄 위반으로 처벌받게 된다.[1387] 기업이나 기관이 아닌 개인은 본 죄의 교사 방조 행위로 처벌받지 않으며, 다른 어떤 근거로도 본 죄의 주체가 될 수 없다.[1388] 동법은 관련 주의의무에서 면제되는 예외규정도 따로 두고 있으며, 주로 공공 부문의 정책 결정이나 공공 기능 수행, 군사행동, 치안 및 법집행, 응급 업무 등이 여기에 해당한다.[1389] 또한, 주의의무 위반이 중대한(gross) 것인지 여부는 배심원이 판단하여 결정할 사항이다.[1390] 이러한 요건이 충족되어 기업과실치사 범죄 성립이 인정되면 최대 무한대의 액수까지 벌금형을 선고받을 수 있으며, 2016년 양형위원회의 지침에 따르면 주로 18만 파운드에서 2천만 파운드 사이의 벌금형을 선고하도록 되어 있다.[1391] 본 법에 따른 사망 책임을 지게 되지 않더라도 기업은 피고용인이나 일반 대중에 대한 주의 의무 위반과 관련하여 1974년 직장 내 건강 및 안전 등에 관한 법(Health and Safety at Work etc Act 1974)이나 다른 보건 안전 관련 법령에 따른 형사책임을 지게 될 수 있다. 또한 같은 공판 절차에서 동시에 다루어질 수 있으며, 기업과실치사의 유죄가 확정되었다고 해서 다른 보건 안전 관련 범죄의 유죄 판결을 배척하게 되는 것은 아니다.[1392]

4) 차량 관련 사망 범죄(위험/부주의한 운전으로 사망을 야기한 경우)

운전으로 인해 발생하는 사망 관련 범죄는 많지만, 정당한 죄책 부과의 원칙(fair labelling)과 도로에서 발생하는 사망 사건에 대한 책임을 묻기 위해 실정법상 일련의 범죄 구성요건들이 창설되었다. 이러한 도로상 사망 관련 범죄들 중 가장 대표적인 범죄 유형으로는 (1) 위험한 운전으로 사망을 야기한 경우 (2) 부주의하고 무신경한 운전으로 사망을 야기한 경우 (3) 음주 또는 약물에 취한 상태로 부주의하고 무신경하게 운전하여 사망을 야기한 경우 (4) 면허나 보험 없이 또는 운전자격정지 상태에서 운전하여 사망을 야기한 경우 4가지가 해당된다.[1393] 이 중에서 가장 기본 범죄인

1387) Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, 제1조; 제2조.
1388) Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, 제18조 (1)항.
1389) Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, 제3-7조.
1390) Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, 제8조.
1391) Sentencing Council, Health and Safety Offences, Corporate Manslaughter and Food Safety and Hygiene Offences: Definitive Guideline, 2016, 21면.
1392) Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, 제19조.
1393) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University

위험한 운전에 의한 사망은'도로나 다른 공공장소에서 기계식 구동 차량을 위험하게 운전하여 사망의 결과를 야기하는 것'을 범죄로 규정한 조항이다.[1394] 여기서 주의할 점은 위험하게 운전하는 동안 야기된 사망이 아니라, 위험한 운전에 의해 사망이 야기된 경우여야 하므로, 운전과 사망이 반드시 근접하여 발생할 필요는 없지만 사망에 영향을 준 원인이어야 한다는 점이다.[1395] 따라서 검찰은 위험한 운전과 피해자의 사망 사이에 느슨한 연결고리라도 인과관계가 존재하고 있음을 입증하여야 한다. 이때 위험한 운전인지 여부의 판단은 전적으로 객관적인 기준에 의해 정해지며, 피의자가 신중하고 역량 있는 운전자에게 기대되는 수준보다 한참 못 미치게 운전하는 경우, 당해 범죄의'위험한'운전의 요건을 충족한 것이 된다.[1396] 위험한 운전으로 인해 사망의 결과가 발생할 위험도 있다는 점에 대하여 고의가 있었음을 입증할 필요는 없으며, 이러한 위험을 예견했는지, 또는 예견할 수 있었는지 여부도 본 범죄의 성립과는 무관하다는 점에서 본 범죄는 주관적 범의의 입증 없이 객관적 행위 요건(actus reus)의 충족만으로 범죄가 성립될 수 있는 엄격 책임(strict liability) 범죄라고 할 수 있다.[1397] 동법은 다른 도로 이용자들에 대한 합리적인 고려나 상당한 주의를 기울이지 않고 부주의한 운전으로 사망을 야기한 경우도 범죄로 규정하고 있다.[1398] 또한 약물 흡입이나 음주 상태에서 부주의한 운전으로 사망사고를 낸 경우[1399]나, 불법적으로 운전하던 중 피해자를 사망하게 한 경우[1400]에도 범죄로 처벌한다. 본 법의 목적상 불법적인 운전이란, 유효한 운전면허가 없거나, 보험에 들지 않은 상태에서 운전하는 경우 등이 해당된다.

5) 아동 및 취약한 성인을 사망케 하거나 중상해를 입힌 죄

아동이나 취약한 성인이 사망하였으나, 명백히 사고사가 아니며 같은 가족 내 다른 구성원에 의해 사망한 경우, 가족의 일원이 사망의 결과를 야기했다는 점을 증명하기

Press, 2016, 287면.
1394) Road Traffic Act 1988, 제1조.
1395) R v Jenkins [2012] EWCA Crim 2909.
1396) Road Traffic Act 1988, 제2A조.
1397) R v Loukes [1996] 1 Cr App R 444.
1398) Road Traffic Act 1988, 제2B조.
1399) Road Traffic Act 1988, 제3A조.
1400) Road Traffic Act 1988, 제3ZB조; Road Safety Act 2006 제21조를 통해 신설되었다.

는 쉽지 않다. 이러한 난점을 해결하기 위해 2004년 가정폭력, 범죄 및 피해자법(Domestic Violence, Crime and Victims Act: DVCVA 2004)이 제정되었다. 동법 제5조에 따르면 아동이나 취약한 성인이 피해자의 가족이나 빈번하게 접촉하는 자의 불법적 행위로 인해 사망하게 되거나 심각한 신체상 피해를 입은 경우 이 범죄의 유죄가 되는데, 이 때, 피의자는 행위 당시 자신의 불법적인 행위가 초래할 위험을 알고 있었거나 알았어야 하고, 그럼에도 불구하고 당해 위험으로부터 피해자를 보호하기 위해 취해야 할 합리적인 조치를 취하지 않았으며, 이러한 행위는 피의자가 예견했거나 예견했어야 하는 종류의 상황에서 발생했을 것을 요한다.[1401] 따라서 이 범죄는 기본적으로 과실 책임의 일종이라고 할 수 있다.[1402] 여기서 아동은 16세 미만인 자를 의미하며, 취약한 성인은 신체적 정신적 장애나 질병 고령 기타 등으로 인해 폭력이나 학대 방치로부터 스스로를 보호할 수 있는 능력이 결여된 16세 이상인 자를 의미한다.[1403] 그러나 이러한 취약한 상태가 오래 지속된 것일 필요는 없으며, 단기적이거나 일시적인 것이어도 무방하다.[1404]

4. 기타

가. 자살교사방조죄

커먼로에서는 타인의 자살을 돕거나, 교사하거나, 조언하거나, 자살하게 만든 자는 살인죄의 공범으로 살인자와 동일한 책임을 지도록 하고 있었는데 이는 자살을 자신에 대한 살인행위로 이해했기 때문이었다.[1405] 그러나, 1957년 Homicide Act가 제정되면서 타인의 자살을 돕거나 교사 방조한 자는 자신도 함께 죽기로 합의했다는 조건하에 모살이 아닌 고살로 죄책이 감경되었다.[1406] 즉, 1957년 도입된 실정법 규정에 따르면 서로 같이 죽기로 한 합의에 따라 피의자가 피해자를 살해한 경우, 동반자살이

1401) Domestic Violence, Crime and Victims Act (DVCVA) 2004, 제5조 (1)항, (a)-(d).
1402) Michael J. Allen/Ian Edwards, Criminal Law, 15th ed., Oxford University Press, 2019, 406면.
1403) Domestic Violence, Crime and Victims Act (DVCVA) 2004, 제5조 (6)항.
1404) R v Khan [2009] EWCA Crim 2.
1405) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 304면.
1406) Homicide Act 1957, 제4조.

라는 살인죄에 대한 부분적 항변이 성립되어 모살이 아닌 고살의 책임을 지게 되는 것이다. 그러나 1961년 법 개정으로 자살 자체가 더 이상 범죄가 아니게 되면서,[1407] 자살 교사 방조행위만을 따로 경한 범죄로 처벌하는 별도의 규정을 새로 신설하게 되었다.[1408] 이뿐만 아니라 2009년 또 한 차례 이루어진 법 개정을 통해 이러한 자살 교사 방조 행위는 이제 인터넷에서 이루어지는 활동에도 미치게 되었다.[1409] 따라서 피의자가 피해자를 살해했다면, 일단 살인죄의 적용 대상이 되지만, (1) 동반자살의 부분 항변을 적용할 여지가 있는지 살펴보고 동반자살이 인정되면 모살이 아닌 고살이 성립하는 반면, (2) 피해자가 스스로 자살하도록 피의자가 부추기거나 조장한 경우에는 살인죄나 동반자살이 문제되지 않으며, Suicide Act 1960, 제2조의 자살교사 방조죄 규정이 적용되는 것이다. 앞에서 언급한 바와 같이 자살 행위 자체나 자살 미수행위는 더 이상 범죄가 되지 않기 때문이다. Law Commission 은 살인죄 관련 법 개혁의 일환으로 이러한 동반자살 항변의 폐지를 권고한 바 있다.[1410]

나. 영아살해(Infanticide)

영아살해는 엄마인 피의자가 아기를 낳은 지 12개월 이내에 출산이나 젖분비의 결과로 심리가 불안정해진 상태에서 작위 또는 부작위로 아기를 살해한 경우에 적용된다.[1411] 이러한 영아살해는 독립된 범죄이기도 하고,[1412] 자발적 고살처럼 살인죄에 대한 부분적 항변 사유이기도 하다.[1413] 따라서 처음부터 아예 영아살해죄로 기소되거나, 아니면 모살이나 고살의 책임을 감경시키기 위해 부분적인 항변 사유로 제기될 수도 있다.[1414] 영아살해를 항변으로 제기하려는 자는 충분한 증거를 제시해야 하지만, 항변 유무에 대한 최종적인 입증 책임은 검찰이 진다는 점에서 항변사유의 입증책

1407) Suicide Act 1961, 제2조.
1408) Suicide Act 1961, 제2조 (1)항.
1409) Coroners and Justice Act 2009, 제59조.
1410) Law Commission, A New Homicide Act for England and Wales(Consultation Paper No. 177), 2005, 48면,
1411) Infanticide Act 1938, 제1조; Coroners and Justice Act 2009 제57조에 의해 개정.
1412) Infanticide Act 1938, 제1조 제(1)항.
1413) Infanticide Act 1938, 제1조 제(2)항.
1414) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 276면.

임이 피의자에게 있는 정신이상이나 한정책임 등의 다른 항변들과는 다르다.[1415]

영아살해죄가 성립하기 위해 필요한 객관적 요소들은 다음과 같다. (1) 사망이라는 결과를 야기한 행위나 부작위가 존재해야 한다[행위요소]. (2) 피의자가 피해아기를 출산한 엄마이며 피해자는 생후 12개월 이내의 아기여야 하고 출산 또는 출산에 따른 수유나 산후우울증 등으로 피의자의 심리상태가 불안정해진 것이어야 한다[정황적 요소]. (3) 피해자가 사망해야 한다[결과적 요소]. 이러한 영아살해죄의 요건이 충족되면, 피의자가 다른 살인 관련 범죄의 요건을 충족시켰는지 여부와 상관없이 영아살해죄의 책임을 지게 되고, 영아살해죄에 선고될 수 있는 최고 형량은 종신형이지만 실제 선고 형량은 비교적 낮으며, 대부분의 경우 지역봉사명령이 내려진다.[1416] 영국의 경우, 생후 1년 이내의 아기를 대상으로 한다는 점에서 분만 중 또는 분만 직후의 영아를 대상으로 하는 우리 형법상 영아살해죄와는 다르며, 직계존속에게 치욕을 은폐하거나 양육할 수 없음을 예상하거나 특히 참작할 만한 동기 등의 특별 책임표지가 없으면 보통 살인죄가 성립하게 되는 우리 형법상 범행 동기와도 상이하다고 할 수 있겠다.[1417]

다. 안락사(mercy killing and euthanasia)

안락사는 피의자가 불치병으로 고생하는 말기 환자를 고통에서 벗어나게 하고자 하는 동기로 사망에 이르게 하는 상황을 묘사하기 위해 널리 사용되는 용어로서 피해자가 이러한 사망에 동의했는지 여부에 따라 윤리적 쟁점은 크게 달라지게 된다. 그러나, 통상 피해자의 요청에 의해서, 피해자의 이익을 위하여 안락사가 이루어지는 경우가 많음에도 불구하고 기본적으로 타인을 고의적으로 살해하는 행위와 연루되어 있으므로 현행법을 그대로 적용하면 원칙적으로 모살이나 고살이 성립하게 된다.[1418]

1415) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 277면.

1416) John Child/David Ormerod, Smith, Hogan, & Ormerod's Essentials of Criminal Law, 2nd ed., Oxford University Press, 2017, 204-205면.

1417) 형법 제251조.

1418) 법률위원회는 살인죄 관련법 개혁을 위한 자문 보고서에서 아무리 피해자의 이익을 위하여, 피해자의 동의를 얻어 이루어진 행위라 하더라도, 고의적으로 타인을 살해한 행위는 심각한 범죄로 다루어져야 한다는 원칙적 입장이 바뀌어서는 안 된다고 제안하고 있다. Law Commission, A New Homicide Act for England and Wales(Consultation Paper No. 177),

영국법에서 안락사는 특별한 법적 중요성을 가지고 있지 않았고 안락사가 유효한 항변의 하나는 아니었지만,[1419] 안락사를 위해 아픈 친인척을 사망에 이르게 한 자는 Coroners and Justice Act 2009, 제52조의 한정책임(diminished responsibility)을 부분적 항변으로 제기해 볼 수 있다.[1420] 현재 대법원 판결[1421]에서 정리된 안락사에 대한 영국 현행법의 상황을 요약해 보면 다음과 같다. (1) 법률상 국가는 개인이 자신의 생명을 중단하기로 하는 결정을 내리는 완전한 능력을 막기 위해 개입할 수 없다. (2) 정신적으로 법적으로 능력을 갖추고 있는 자는 설령 이러한 결정이 자신의 목숨을 위태롭게 한다고 하더라도 음식과 물을 거부하고 침습 치료 및 기타 다른 치료를 거부할 자격이 있다. (3) 의사는 환자에게 자살하는 방법을 알려줄 수 없지만, 만약 환자가 스스로 생명 종료 결정을 내릴 경우 가능한 임상적 선택지에 대해 객관적인 조언은 할 수 있다. 이 때 의사가 고통을 경감하는데 미리 동의했다는 이유만으로 형사상 책임을 지게 되지는 않는다. (4) 고통과 통증을 경감하기 위한 의학적 치료는 환자의 생명을 단축시킬 것이 예견가능한 부수적 결과가 있다는 이유만으로 불법이 되는 것은 아니다. (5) 명확한 정책의 결여로 인해 검찰이 자살교사 방조죄로 기소하는 경우는 매우 드문 것이 현실이다.[1422] 안락사에 관한 이러한 현행법의 입장이 유럽인권협약에 합치하는지 여부가 쟁점이 된 판결에서, 영국 대법원은 최종 판단을 보류하고 이 문제가 헌법과 인권과 의료법이 모두 결부된 복잡한 사안임을 감안할 때 적어도 현 시점에서는 의회가 결정하고 해결해야 할 문제라고 판시한 바 있다.[1423] 지난 몇 년간 의회에서 이 문제가 여러 차례 논의된 적은 있었지만, 현재까지 법률을 개정한 바는 없다.[1424]

2005, 48면.

1419) Jeremy Horder, Ashworth's Principles of Criminal Law, 8th ed., Oxford University Press, 2016, 288면.

1420) R v Inglis [2010] EWCA Crim 2637.

1421) R (Nichlinson) v Ministry of Justice [2015] AC 657.

1422) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 259-260면.

1423) R (Nichlinson) v Ministry of Justice [2015] AC 657.

1424) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 260면.

5. 소결

이상에서 영국법상 각기 다른 살인 관련 범죄들을 살펴 보았다. 영국의 살인범죄 관련 법들은 성문법규로 명확한 개념과 요건을 규정하기보다는, 오랜 세월에 걸쳐 판례를 통해 해석을 발전시켜 온 경우가 많다 보니, mens rea 요건을 통한 개별 살인범죄간 구분 기준도 일관되지 않고 모호하다. 특히 비악의적 살인죄(manslaughter)의 경우 부분적 항변으로 인해 고의 살인죄에서 감경된 형태의 고살 범죄와, 중과실이나 위험한 불법적 행위로 야기된 비고의살인/과실치사로 인한 사망의 경우 모두를 통칭하는 용어로 쓰이고 있는 셈이다. 또한 중과실치사의 경우 사망의 결과 발생 위험이 명백할 것을 요구하는 반면, 위험한 운전으로 인한 사망의 경우 요구되는 위험 수준이 낮다. 이뿐만 아니라 기업과실치사의 경우에는 이러한 문제에 대해 아예 규정하고 있지 않은 반면, 같은 법에서 배심원은 사망이 발생할 위험 존재가 얼마나 심각한 정도였는지 고려해야 한다고 규정하고 있기도 하다.[1425] 사정이 이러하다 보니 현행법의 구조에 대해 비판과 개혁을 요구하는 목소리도 높다. 이를테면 murder와 manslaughter의 구분을 없애고, 불법 살인(unlawful homicide)이라는 단일한 범주의 범죄의 도입으로 대체하자는 주장과,[1426] 범죄의 경중을 반영시켜 고의 살인에 해당하는 murder와 voluntary manslaughter를 1급과 2급 살인으로 나누고 과실치사(involuntary manslaughter)만을 manslaughter로 규정함으로써 살인죄의 구조를 위계화시키고 필요적 종신형 선고는 가장 중한 형태의 1급 살인죄에만 한정시키자는 주장[1427]이 가장 대표적이다. 실제로 영국의 커먼로를 받아들인 미국의 경우, 도입 초기부터 이러한 문제를 인식하고 범행의 경중 정도에 따라 모살과 고살의 등급을 나누어 각기 다른 처벌을 시행하는 규정을 여러 주에서 두고 있다.

1425) Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, 제8조.
1426) Hyam v DPP [1975] AC 55.
1427) Law Commission, Murder, Manslaughter and Infanticide(LAW COM No 304), 2006, 16-17면.

제2절 | 미국

1. 개관

가. 살인 범죄 체계 및 구성

커먼로는 사람을 사망에 이르게 하는 죄(criminal homicide)는 모두 사형에 처하였으나 이후 '모살죄(murder)'와 '비악의적 살인죄(manslaughter)'로 구분하면서 전자에 대하여만 사형을 선고하였다.[1428] 양자를 구분하는 가장 큰 기준은 범행 이전 또는 실행 과정에서의 악의(malice)의 존재 여부이다. 악의(malice)는 사전적 의미로서의 나쁜 의도나 동기를 말하는 것이 아니라 사람의 생명 가치에 대한 극도의 무관심을 가진 심리상태를 말한다. 따라서 의도적으로 살해하거나 살인의 고의는 없었더라도 중범죄의 실행 등과 같이 사람의 생명에 위험한 행위를 실행하는 과정에서 사망에 이르게 한 경우에도 악의가 있다고 본다. 커먼로에서 '비악의적 살인죄(manslaughter)'는 격정에 의한 살인죄와 같이 살인의 고의는 있지만 상대방의 감정적 도발에 의한 흥분 상태로 인하여 자기 통제를 상실한 결과 살인을 저지르는 '고살죄(voluntary manslaughter)'와 살인에 대한 고의 없이 인식 있는 과실이나, 인식이 없더라도 정상의 주의의무를 현저히 태만하게 함으로써 사망에 이르게 하는 '비고의살인죄(involuntary manslaughter)' 또는 '과실치사죄(criminal negligent)'로 구분하였다.

한편 1794년 미국 펜실베니아 주를 중심으로 시작된 형사법 개혁에서는 살인죄를 등급으로 구분하기 시작하였는데 이는 커먼로 원칙에는 없던 것이었다.[1429] 1953년경까지 대략 37개 주가 이 펜실베니아 모델을 따라 모살죄를 1급과 2급으로 구분하였으며, 현재도 이 모델을 따르는 관할에서 적용되고 있다.[1430] 그러나 모범형법전 및 이를 따르는 관할에서는 '살인죄(murder)', '중과실치사죄(manslaughter)[1431]', '과실

1428) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 476면('비악의적 살인죄'에는 과실치사죄도 포함하기 때문에 본 보고서에서는 고살(voluntary manslaughter)로 번역하지 않고 '비악의적 살인죄'로 번역하였다).

1429) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 476면.

1430) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 478-479면.

치사죄(negligent homicide)'로 구분하기도 한다. 모범형법전에 따르면 살인죄(murder)는 '의도적으로(purposely)' 또는 '알면서(knowingly)' 사람을 살해하는 경우와 '극도의 무모함(extreme recklessness)'에 의한 살인을 말한다.[1432] 극도의 무모함에 의한 살인은 살인의 결과를 확실히 알거나 의도하지는 않았더라도 그 위험성에 대한 매우 강한 가능성을 인식하였으면서도 극도의 무관심으로 대응한 경우로 우리의 미필적 고의에 해당한다고 볼 수 있다. 중과실치사죄(manslaughter)는 극도의 무모함 정도에는 미치지 않더라도 정상의 주의의무를 현저히 태만하게 한 경우[1433]로서, 위험성을 인식하고서도 의도적으로 이를 무시하는 '인식 있는 과실'이 대표적으로 이에 해당한다. 한편, 중과실치사죄에는 살인에 대한 고의가 있어 원래는 모살죄가 성립하지만, 극도의 정신적 또는 감정적 혼란의 결과로 살인을 한 경우에 합리적인 책임감경 사유를 근거로 모살죄보다 낮게 처벌하는 경우를 포함한다. 우리 형법의 입장에서 볼 때, 고의에 의한 살인이라는 점에서 모범형법상의 중과실치사죄(manslaughter)는 고의에 의한 살인죄를 포함한다고 볼 수 있다. 마지막으로 과실치사죄(criminal negligence)는 정상의 주의의무를 태만하게 한 결과 인식 없는 과실에 의해 사망의 결과를 초래하는 것으로서 우리의 과실치사죄에 해당한다고 볼 수 있다.

미국의 살인죄는 우리 형법과 다른 점이 많아서 번역상 오해의 소지가 있음을 유의할 필요가 있다. 예컨대, 우리나라에서 모살죄로 번역되는 살인죄(murder)는 반드시 사전 모의나 계획이 필요한 것은 아니고 살인의 결과를 의도(intent)한 의도적 살인이므로 우리 형법상 고의에 의한 살인죄에 해당한다. 또한, '고살죄(voluntary manslaughter)'도 고의에 의한 살인이라는 점에서는 모살죄와 같으면서도 '격정에 의한 살인죄'나 오상방위에 의한 살인과 같이 악의(malice)가 없다는 점에서 다르다. 이하에서는 가급적 우리 형법 체계에 맞게 모살과 고살을 포함하는 고의에 의한 살인죄(murder 및 voluntary manslaughter)와 비고의살인/과실치사죄(involuntary manslaughter 또는 criminal negligence)로 구분하여 설명한다. 큰 오해를 유발하지 않는 범위 내에서

1431) 모범형법상 중과실치사죄(manslaughter)에는 살인에 대한 고의는 있었지만 감정적 혼란으로 인해 모살죄에서 감경되는 살인죄도 포함하고 있다. 따라서 우리의 관점에서 보면 정확한 용어라고 보기 어렵다. 그러나 본 죄의 핵심 구성요건이 중대한 과실이므로 이해의 편의상 중과실치사죄로 번역한다.

1432) Model Penal Code § 210.2(1)(a)-(b).

1433) Model Penal Code § 210.3(1)(a)-(b).

가급적 친숙한 용어를 사용하되, 그렇지 않은 경우 오해를 피하기 위하여 직역을 하였음을 미리 밝혀둔다.

나. 사람의 시기 및 종기

1) 사람의 시기

살인죄의 객체로서 사람의 개념에 법인은 포함되지 않는다.[1434] 커먼로 하에서 태아는 모체 외로 완전히 배출되어 독립적인 호흡을 하는 때 사람이 되는 것으로 보았다.[1435] 따라서 분만 중의 태아는 사람이라고 보지 않았다. 1940년대부터 미국 법원이 분만 중인 태아를 사람이라고 보기 시작했으나,[1436] 태아가 분만 전 사망하여 유산한 경우에는 사람으로 보지 않아 살인죄를 적용하지 않았다. 다만 일부 관할에서는 태아가 살아서 출산한 뒤 사망하였다면 출산 전 행위에 대하여 살인죄가 성립될 수 있다고 판시한 바가 있었다.[1437] 그러나 태아에 대한 보호 입법이 강조되면서 출산 전 태아도 사람으로 보아 살인죄의 객체로 보는 주가 생겨났다.[1438] 최근에는 약 38개 주가 커먼로 원칙을 폐지하였는데,[1439] 대다수 주가 임신 후 7~8주의 배아 단계를 지난 후의 태아를 사람이라고 인정하는 반면,[1440] 일부 관할은 스스로 자궁 내에서 움직일 수 있는 태아(unborn quick child)만 포함하거나, 일부 주는 임신 24~24주 정도가 지나 자궁 밖에서 인공장치 등에 의해 살아갈 수 있는 상태의 태아(viability)만 사람으로 본다.[1441]

2) 사람의 종기

1970년대까지 살인죄의 객체로서의 사람의 종기는 심장정지 또는 맥박 종지를 기준으로 하였다. 그러나 1970년 캔자스(Kansas)주가 처음으로 뇌사를 법적 사망의 기

1434) People v. Ebasco Services Inc., 77 Misc. 2d 784, 354 N.Y.S.2d 807(Sup 1974).
1435) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 473면.
1436) People v. Chavez, 77 Cal.App.2d 621(1947).
1437) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 965면.
1438) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 474면.
1439) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 966면.
1440) People v. Taylor, 32 Cal. 4th 863, 11 Cal. Rptr. 3d 510, 86 P.3d 881(2004).
1441) 이는 인공장치의 도움 없이도 살아갈 가능성이 있는지를 기준으로 판단하며 일반적으로 생존에 필요한 장기 등이 생성된 시기를 말한다.

준으로 채택한 이후 오늘날 대다수 관할은 전(全) 뇌사를 기준으로 사망 여부를 결정한다.[1442] 대다수 주가 이미 뇌사를 법적 사망의 기준으로 입법화하였고, 그렇지 않은 주에서도 법원이 뇌사를 사망 시점의 기준으로 판단함으로써 입법의 공백을 메우는 등 현재는 50개 모든 주가 뇌사를 법적 사망의 기준으로 삼고 있다.[1443] 따라서 의사가 법적으로 정해진 절차와 기준에 따라 뇌사 환자로부터 장기 이식을 위한 장기를 적출한 경우 살인죄로 기소되지 않는다는 점에서 우리와 같다. 이때에는 뇌사의 원인 행위를 한 사람이 살인죄의 죄책을 지게 된다.[1444] 사람의 종기와 관련하여 자주 설명되는 것이 사망의 원인 된 행위가 있은 날로부터 1년 1일 이내에 사망의 결과가 발생하여야 한다는 소위 '1년 1일 규칙(Year-and-a Day Rule)'이다. 이는 의학이 발달하기 이전 행위 및 결과 사이에 인과관계를 과학적으로 밝히기 어려운 시절에는 의미가 있었다. 그러나 오늘날에는 미국 다수의 주가 이 원칙을 법률상 또는 판례로 폐지하였고, 행위와 사망 간의 인과관계는 의학적인 기준에 따라 판단하며, 이 원칙을 폐지하는 소급입법이나 판례도 위헌이 아니라고 본다.[1445]

2. 고의에 의한 살인죄

가. 모살(murder)

1) 개념

(1) '고살죄(voluntary manslaughter)'와 구별

모살을 흔히 사전 계획 또는 모의 후 범죄행위로 나아가는 것을 의미한다고 오해하기가 쉽다. 그러나 사전 계획이나 모의가 없이도 모살죄가 성립한다는 점을 유념할 필요가 있다. 가장 대표적인 예로서 중범죄 살인(felony murder)을 들 수 있다. 이 죄는 생명과 신체에 근본적인 위험을 초래하는 중죄(felony)를 저지르는 과정에서 고의가 아닌 과실 등으로 사람이 사망이 사망한 경우에 성립하는데, 중죄를 저지르는 행위 그 자체에 사람의 생명과 신체에 대한 악의(malice)가 있다고 보는 것이다. 한편,

---

1442) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 475면.
1443) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 968면.
1444) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 968면.
1445) State v. Picotte, 2003 WI 42, 261 Wis. 2d 249, 661 N.W.2d 381(2003).

악의(malice)가 없는 고의 살인은 고살죄(voluntary manslaughter)에 해당한다. '격정(heat of passion)에 의한 살인'은 대표적인 고살죄인데 상대방의 도발(provocation)로 인해 격분하여 자기 통제를 상실하고 살해하는 경우를 말한다. 이는 살인의 고의(intent)가 있다는 점에서는 모살과 다르지 않다. 그러나 도발로 인해 합리적인 사람이 비이성적인 행동으로 나아갔다는 점에서 사람의 생명과 신체의 법익침해에 대한 악의(malice)가 없다고 본다.

모살죄를 규정하는 방식은 주마다 다른데 대체로 커먼로 범죄인 모살죄에 대한 별도의 규정을 하지 않고 처벌조항만 규정하는 것이 일반적이다. 관할에 따라 모살죄의 등급을 구체적으로 규정하여 가중처벌하는 입법 방식을 채택한 곳도 있다.

(2) 악의(malice)의 개념 및 유형

악의(malice)의 법적인 개념은 사전적 의미로서의 나쁜 마음이나 의도가 아니라 '자신의 행동이 잘못된 것임을 알면서도 정당한 이유나 면책 또는 감경 사유 없이 고의로 위법한 행동을 하는 사람의 심리상태'를 의미한다.[1446] 따라서 정당한 이유 없이 고의로 사람을 살해하는 행위는 원칙적으로 악의(malice)가 있다.[1447] 그러나 악의(malice)는 ① 1급 살인죄에서 요구되는 살해의 결과를 의도하는 특정 고의(specific intent) 등 명시적인 고의에 의한 살인(intent to kill)뿐만 아니라 ② 신체에 대한 중대한 상해(grievous bodily injury)를 가하려는 고의, ③ 극단적 무모함에 의한 살인(depraved heart murder)[1448], ④ 중죄(felony)의 실행 또는 실행의 시도 과정에서 발생하는 사망의 경우에 존재하는 중죄에 대한 고의에서도 인정된다.[1449] 따라서 살인죄에서의 악의(malice)는 사악하거나 잔혹한 마음, 사전 계획이나 숙고(deliberation)에 한정되지 않는다.

한편, 살해의 고의가 있다고 해서 항상 악의(malice)가 있는 것은 아니다. 예컨대, 불완전한 정당방위(imperfect self-defense)[1450]의 경우 비록 행위자에게는 사람을

1446) Herbin v. U.S., 683 A.2d 437(D.C. 1996).
1447) People v. Rios, 222 Cal. App. 4th 704, 165 Cal. Rptr. 3d 908(6th Dist. 2013).
1448) 이때의 극단적 무모함은 합리적인 사람이라면 가질 수 있는 명백한 또는 강한 사망의 위험성 또는 가능성을 알면서도 행동한 경우를 의미한다. 강한 인식적 요소에 중점을 둔 개념이며 우리나라의 미필적 고의에 해당한다고 볼 수 있다.
1449) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 477면.
1450) 우리의 오상방위에 해당한다고 볼 수 있다.

살해한다는 고의는 있었지만 위법한 행동을 하려는 의사는 없다. 이 경우에는 모살죄가 성립하지 않고 고살죄(voluntary manslaughter)가 성립하게 된다.[1451] 격정에 의한 살인도 마찬가지이다. 살해에 대한 고의가 있다는 점에서 모살과 같지만, 상대방의 도발이 비이성적인 행동을 유발하였다는 점에서 악의(malice)를 부정하는 것이다.

악의(malice)는 명백한 악의(express malice)와 묵시적 악의(implied malice)로 구분할 수 있다. 전자는 살해에 대한 자인, 공언, 직접적인 증거는 물론이고, 살인을 위한 잠복, 독극물을 준비하는 등 외부적 행위나 정황에 의해서도 인정할 수도 있다. 한편, 후자는 살해에 대한 고의를 반드시 요구하는 것은 아니다. 예컨대, 극단적 무모함에 의한 살인, 중범죄에 의한 살인죄가 이에 해당한다. 이하에서는 모살죄의 4가지 구성요건에 대하여 구체적으로 설명한다.

2) 의도적 살인(intent to kill)

(1) 의도(intent)의 개념

'의도(intent)'는 자신의 행동에 따라 자연적으로 발생하는 결과가 살인이라는 것을 인식하고 그 결과를 구체적으로 의욕하는 특정 고의(specific intent)를 말한다.[1452] 미국 형법상 모살죄의 구성요건으로서 '일부러(willful)', '숙고하는(deliberate)', '미리 계획하는(premeditate)' 등의 주관적 요건을 규정하는 경우를 자주 볼 수 있다. 그러나 이 구성요건은 1급 살인죄의 전형적인 주관적 구성요건으로서 규정된 '의도(intent)'와 반드시 같은 것은 아니다. '의도(intent)'는 사전의 계획이나 숙고를 요하지 않으며 범죄의 실행 당시 살해에 대한 인식과 의욕이 있으면 족하기 때문이다. '의도(intent)'는 치명적인 무기나 흉기 등 범죄 상황, 수단 등으로부터 합리적으로 추론할 수 있다.

(2) 1급·2급 모살죄의 주관적 구성요건

모살죄를 등급에 따라 구분하는 주에서는 보통 1급과 2급으로 구분하지만 1급~3급으로 구분하는 사법관할도 있다. 그러나 등급에 의한 모살죄의 구분은 범죄 발생

1451) People v. Bryant, supra, 56 Cal.4th at pp. 968(2013).

1452) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 480면(intent는 우리나라의 고의라고도 볼 수 있으나 행동 그 자체에 대한 인식과 의사는 물론 결과에 대한 분명한 인식과 의사까지 포함한다는 측면에서 '의도'라고 번역한다).

상황, 수법 등 범죄의 심각성을 고려하여 양형을 강화하기 위한 것일 뿐 법적 성격에는 큰 차이가 없다.[1453] 일반적으로 1급 모살죄는 세 가지 유형으로 구분된다. ① 사전 계획(premeditate) 또는 숙고(deliberate)에 의한 살인, ② 독극물, 감금, 고문, 잠복 등 전형적인 의도적 살인, ③ 특정 중범죄의 실행 또는 기도 중에 발생한 사망이 그것이다. 2급 모살죄는 1급 모살죄에 해당하지 않는 모살을 의미한다.[1454]

1급 모살죄의 구성요건으로서, '일부러(willful)'의 개념은 의지 또는 의욕을 나타내는 것으로서 의도(intent)와 사실상 같은 개념으로 본다. 따라서 1급과 2급 모살로 구분하는 구성요건상 차이는 '미리 계획하는(premeditate)' 또는'숙고하는(deliberate)' 고의의 유무이다.[1455] 일반적으로 전자는 구성요건적 실행행위 이전에 미리 생각하고 계획하는 것을 뜻하지만,[1456] 후자는 차분하고 이성적인 상태에서 범행 과정과 결과 등에 대하여 냉철하게 생각하는 것을 의미하므로 개념상 격정에 의한 살인죄의 고의와 병존할 수 없다.[1457] 다만, 전자에서 어느 정도의 시간이 필요한지를 명확히 설정할 수 없어 양자를 분명하게 명확하게 구별하기 힘들고, 범행에 대하여 냉철하게 생각하는 정도가 강하면 강할수록 숙고하는 시간도 길어질 수밖에 없으므로 후자가 전자에 포함된다거나 또는 양자를 동일 개념으로 보는 경향이 있다.[1458]

(3) 살인행위 및 인과관계

모살죄는 일반 살인죄와 마찬가지로 작위뿐만 아니라 부작위에 의해서도 성립된다. 행위 태양도 제한이 없다. 인과관계와 관련하여서도 일반적인 인과관계 이론이 그대로 적용된다. 일반적으로 살인죄와 관련해서는 해당 행위가 사망의 결과에 대한 상당한 요인이 될 것과 사망의 결과가 의도한 행위와 동떨어지는 비전형적인 방식으로 발생하지 않아야 한다.[1459] 비전형적인 유형의 인과관계와 관련해서는 해당 결과가 예상하지 못한 방식으로 발생하지 않았을 것을 의미한다.

1453) Hartman v. Lee, 283 F.3d 190(4th Cir. 2002).
1454) "40 C.J.S. Homicide §79. Conduct qualifying as first-degree murder", Westlaw, 2020.
1455) Com. v. Smith, 544 Pa. 219, 675 A.2d 1221(1996).
1456) Valdez v. State, 124 Nev. 1172, 196 P.3d 465(2008).
1457) Kidd v. U.S., 940 A.2d 118(D.C. 2007).
1458) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 483-485면.
1459) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 975면.

3) 중상해 고의에 의한 살인(intent to inflict grievous bodily injury)

(1) 개념

신체에 대한 중대 상해를 입히려는 고의로 사망의 결과가 발생한 경우에 비록 행위자에게 사망에 대한 고의가 없었더라도 모살죄를 인정하는데, 모살죄의 등급을 구분하는 주에서는 2급 모살죄에 해당한다.[1460] 중대한 상해는 일반적으로 생명, 의식불명, 상당한 기간의 불구 또는 신체 및 정신 기능의 상실 등과 같이 생명·신체에 상당한 위험을 초래하는 행위를 말한다.[1461] 즉, 이와 같은 중상해를 가하려는 고의를 가지고 예상치 않게 사망의 결과가 발생한 경우 성립한다.[1462]

한편, 모살죄가 살인에 대한 의도(intent)를 구성요건으로 한다는 점에서 본 죄에서의 고의가 특정 고의(specific intent)에 해당하는지 아니면 일반 고의(general intent)에 해당하는지에 대한 견해가 엇갈린다. 중상해 고의를 살인의 의도(intent)로 인정한다는 입장에서 본죄에서의 고의도 특정 고의라는 견해가 일반적이지만, 본죄에서의 고의는 중상해를 가하려는 고의로 충분하므로 일반 고의에 해당한다는 견해도 있다.[1463] 그러나 중대 상해에 대한 고의를 살인에 대한 의도로 보는 것은 논리적으로 타당하지 않은 측면이 있다. 우리나라의 결과적 가중범에 해당하는 본죄를 모살죄로 처벌하는 것은 모살죄에서 악의(malice)를 요구하던 커먼로의 역사적 관점에서 볼 때 이해할 수 있다.

(2) 요건 및 적용

신체에 대한 중대한 상해는 사망에는 이르지 않았지만 거의 그에 근접할 정도여야 한다.[1464] 치명적인 무기나 흉기를 휘둘러 신체의 치명적인 부위를 가격한 경우 명시적 악의(express malice)가 있다고 보고, 그 이외의 부위를 가격하여 사망한 경우에는 묵시적 악의(implied malice)를 인정하여 본죄가 성립한다.[1465] 우리나라로 보면 중상

1460) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 485면.
1461) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 485면(콜롬비아 지구 형법(D.C. Code §22-3301(7)의 성범죄 조항을 예로 들고 있음).
1462) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 485면.
1463) Wilks v. State, 2002 WY 100, 49 P.3d 975(Wyo. 2002).
1464) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 976면.
1465) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 485면.

해의 고의로 사망의 결과가 발생하는 사례라고 볼 수 있다. 그런데 이 죄는 사람의 생명과 신체에 대한 극단적 무관심을 보여주는 것으로서 후술할 극단적 무모함에 의한 살인(depraved-heart murder)죄에 포섭될 수 있으므로 현대 미국 형법은 본 죄를 별도의 모살죄의 유형으로 규정하지 않는 경향이 있다.[1466] 앞서 설명한 바와 같이 모범형법전도 의도적으로(purposely), 알면서(knowingly), (극단적으로) 무모하게(recklessly) 사람을 사망하게 하는 경우만을 모살죄의 주관적 구성요건으로 규정하고 있다.[1467]

4) 극단적 무모함에 의한 살인(depraved-heart murder)

(1) 개념

행위자가 살인의 결과를 의도하지 않았다고 하더라도 사람의 생명에 대한 극단적인 무관심(extreme indifference)으로 행위를 한 결과 사망의 결과가 발생한 경우 모살죄가 성립한다. 즉 살인의 의도(intent)는 없었더라도 생명의 위험성에 대한 무관심이 살인을 의도한 정도에 버금갈 때 성립한다. 형사상 중과실 과실을 의미하는 무모(recklessness)함과 구별하기 위해 '극단적(extreme)'이라는 표현을 사용한다.[1468] 대표적인 사례로서, 사람이 방에 있다는 것을 알면서도 방안에 총을 쏘는 경우[1469], 러시안 룰렛 게임을 하면서 총을 쏘는 경우,[1470] 주요 도로에서 극도로 높은 속도로 차량을 운전하는 경우,[1471] 좁은 방안에서 직접 겨냥하지는 않았더라도 피해자의 방향으로 총을 두 번 발사한 경우[1472] 등을 들 수 있다. 본 죄는 특히 특정인에 대한 명확한 살인의 의도는 없었더라도 불특정 다수인을 상대로 행위 한 사례를 포함하기 위한 것이라고 볼 수 있다.[1473]

1466) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 976면.
1467) Model Penal Code §210.2(1)(a)-(b).
1468) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 486면.
1469) Readus v. State, 997 So. 2d 941(Miss. App. 2008).
1470) People v. Roe, 74 N.Y.2d 20(1989).
1471) Allen v. State, 611 So. 2d 1188(Ala. Crim. App. 1992).
1472) Brinkley v. State, 233 A.2d 56(Del. 1967).
1473) In re Eric F., 116 Md. App. 509, 698 A.2d 1121(1997).

(2) 위험성의 정도 및 판단 기준

본 죄에서 극단적 무모는 생명에 대한 매우 높은 위험을 인식하였으면서도 의식적으로 무시하거나 관심을 기울이지 않는 것을 의미한다. 따라서 높은 위험 발생의 가능성이 있었다는 것만으로는 본 죄가 성립하지 않는다.[1474] 위험성의 정도는 행위자가 처한 상황에서 인식한 위험의 정도를 말한다.[1475] 모범형법전도 "사람의 생명 가치에 대한 극단적 무관심"으로 표현하고 있다.[1476] 따라서 본 죄는 살해에 대한 의도(intent)는 없었더라도 ① 생명의 침해 위험성이 매우 높은 상황에서 ② 정당한 이유 없이 그 위험을 선택하여 살인의 결과가 발생할 때 성립한다. 그러나 ②의 요건의 충족 여부를 판단하기 위해서는 행위의 동기도 고려의 대상이 되므로 혼잡한 거리를 과속한 운전자가 환자를 병원으로 후송하기 위한 목적이었다면 스릴을 즐기기 위한 목적인 경우와 달리 본 죄가 성립하지 않을 수 있다.[1477]

(3) 위험성의 인식 여부

본죄의 성립에 있어서 행위자가 높은 위험성을 실제로 인식할 것이 요구되는지가 문제가 된다. 본죄를 규정하고 있는 대다수 관할은 그 정의를 분명하게 하고 있지 않지만 최근 모범형법전을 따르는 일부 주에서는 위험성에 대한 행위자의 주관적 인식을 요건으로 하고 있고,[1478] 판례도 주관적 인식을 전제로 판단하고 있다.[1479] 주관적 인식은 자신의 행위로 인해 다른 사람이 죽는다는 것을 상관하지 않는다는 것을 의미한다.[1480] 본 죄에서 요구하는 사망의 위험성은 매우 높은 것이기 때문에 일반적인 사람이라면 그러한 위험성을 인식하였다고 보는 것이 합리적이므로 일반적으로는 문제가 되지 않는다. 그러나 행위자가 술에 취했거나 판단력이 낮은 이유로 인해 주관적인 인식이 없는 예외적인 경우가 문제가 된다.[1481] 판단력이 낮은 사람이

1474) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 978면.
1475) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 979면.
1476) Model Penal Code §210.2(1)(b).
1477) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 979면.
1478) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 982면.
1479) State v. Ricks, 2013 UT App 238, 314 P.3d 1033 (Utah Ct. App. 2013).
1480) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 982면(People v. Feingold, 7 N.Y. 3d 288(2006).
1481) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 984면.

그 위험성에 대한 인식이 없는 경우에는 주관주의 관점에서 본 죄를 인정하지 않고 비고의살인/과실치사죄(involuntary manslaughter)를 인정하지만, 자발적 명정 등으로 인해 그 인식이 없었던 경우에는 모범형법전(§2.08(2))이 규정하고 있는 바와 같이 본 죄의 성립을 부정하지 않는다.[1482]

본 죄의 주관적 구성요건인 '극단적 무모함'은 우리나라의 미필적 고의를 의미한다고 보는 것이 타당하다고 생각된다. 살펴본 바와 같이 '극단적 무모함'은 생명에 대한 매우 높은 위험성을 인식한 것을 요건으로 한다. 미국에서 '극단적 무모함'의 평가에 있어서 의지적 요소를 별도로 고려하지 않기 때문에 우리의 인식 있는 과실에 해당한다고 볼 여지도 있다. 그러나 행위자가 인식한 위험성이 매우 높아 합리적인 사람이라면 살인을 의도한 것에 버금간다고 평가할 수 있는 정도여야 하므로 의지적 요소를 따지자면 우리의 감수설 또는 용인설에 따른 미필적 고의에 해당한다고 보더라도 무리가 없을 것으로 보인다.

5) 중범죄 살인죄(felony murder)

(1) 개념

중범죄를 저지르거나 기도하는 과정에서 비록 살인을 의도하지는 않았더라도 중범죄 모살죄로 처벌한다. 이 커먼로 원칙은 영국에서는 1957년에 이미 폐지되었으나[1483] 미국 다수의 주에서는 현재도 적용되고 있다. 이 원칙은 사람의 생명에 대한 위험한 행위를 엄격하게 처벌함으로써 살인 범죄를 억제하고자 하는 형사정책적 목적에 의해 인정되었으나,[1484] 살인에 대한 고의가 없었음에도 살인죄 죄책을 지우는 것에 대한 비판이 강하게 제기되면서 이를 폐지한 곳도 있다.[1485] 이 죄는 중범죄의 실행 또는 기도 과정에서 고의뿐만 아니라 무모함, 과실 등으로 사람이 사망한 때에도 적용되므로 사망에 대한 엄격책임의 법리가 적용되며, 악의(malice)의 입증에 있어서 검사의 부담을 완화하게 된다.[1486] 이 엄격책임의 법리에 따라 중죄의 실행 고의를

1482) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 984면.
1483) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 488면.
1484) Kohler v. State, 203 Md. App. 110, 36 A.3d 1013(2012).
1485) People v. Aaron, 409 Mich. 672, 299 N.W.2d 304, 13 A.L.R.4th 1180(1980).
1486) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018,

살인의 의도로 전용하는 고의 전용(transferred intent)이 가능하지만[1487] 중상해의 고의를 의도로 인정하는 것이 타당한지는 의문이다.

한편, 본 죄는 생명에 대한 위험 있는 중죄를 저지른다는 점에서 앞서 설명한 극단적 무모함에 의한 살인죄와 중첩되는 측면도 있다. 그러나 후자의 경우 해당 위험성을 의식적으로 무시하는 것임에 비해 전자는 자신의 행동(중죄)에 대한 고도의 위험성을 모르고 있는 경우에도 적용될 수 있다는 점에서 차이가 있다.[1488] 중범죄 모살죄를 인정하는 대다수 주에서는 법률에 규정된 특정 중죄의 실행 과정에서 사망한 경우에 1급 모살죄를, 그 이외의 중죄는 2급 모살죄를 인정한다.[1489]

(2) 구성요건

구성요건은 생명·신체에 위험을 초래하는 중범죄[1490]의 실행 또는 기도 과정에서 사람이 불법적으로 사망하는 것이다. 불법적으로 사망한다는 것은 위법성 조각사유가 없음을 의미한다. 피고인이 특정 중죄의 고의를 가지고 해당 범죄를 실행 또는 기도했고, 그 과정에서 피해자가 사망하면 본 죄가 성립하므로 적용 범위의 모호성과 처벌의 엄격성으로 인해 다수의 주에서 다음과 같이 적용 범위를 제한하기 위한 원칙이 제시되었다.

① 적용 범위

첫째, 중범죄의 위험성을 사람의 생명에 대한 것으로 제한하고, 그 위험성의 판단을 구체적 사건에 따라 판단하기보다는 유형별로 추상화하여 적용하는 것이다.[1491] 둘째, 기본 중범죄는 살인죄와 독립한 것이어야 하며 그렇지 않은 중범죄는 살인의 죄에 흡수되도록 한다. 예컨대, 비고의살인/과실치사죄(involuntary manslaughter)는 중범죄인데 이 범죄는 살인에 관한 죄와 독립된 것이 아니므로 이 죄를 기본 중죄로 하여 중죄에 의한 살인죄를 인정할 수는 없는 것이다.[1492] 이는 이중평가 금지의 원칙

489-492면.

1487) State v. Bjorklund, 258 Neb. 432, 604 N.W.2d 169(2000).

1488) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 493면.

1489) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 495면.

1490) 방화, 주거침입절도, 강도, 아동학대, 감금, 약취, 마약 거래 등의 범죄, 강간 및 강제추행 등의 범죄가 이에 해당한다. 그러나 단순 폭행, 절도 등은 원칙적으로 이에 해당하지 않는다.

1491) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 493면.

1492) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 494면.

상 당연한 것으로 보인다.

② 기본 중죄의 범죄 성립 요부

중범죄 모살죄에서 기본 중죄가 반드시 법적으로 성립해야 하는지가 문제가 된다. 법원은 기본 중죄의 성립이 반드시 중죄 모살죄의 구성요건은 아니며 중죄 모살죄의 악의(malice)를 판단하는 요소에 불과하다고 본다.[1493] 따라서 생명에 대한 위험을 발생시키는 상황이 존재하였다면 비록 해당 중죄가 결과적으로 성립하지 않더라도 본 죄가 성립한다.[1494]

한편 사망의 결과가 중죄의 실행 또는 기도 과정에서 발생하면 족하고 반드시 범죄 현장에서 발생할 것을 요하지는 않는다. 따라서 사망이 범죄 실행 이전 또는 기수 이후에도 완전히 종료되지 않은 상태에서 해당 행위와 사망의 결과가 시간, 장소, 행동의 연속적 측면에서 인과 관계가 인정되면 족하다.[1495] 기본 중죄가 종료되었더라도 행위자가 도주 중인 경우와 같이 사망의 행위가 연속된 관계가 있다면 본 죄가 성립할 수 있다.[1496]

③ 중죄와 사망 결과와의 인과관계

본 죄는 중죄와 사망 간의 엄격한 인과관계를 요구하지는 않더라도 시간, 장소의 측면에서 양자가 서로 밀접한 관련이 있어야 한다.[1497] 즉, 사망을 중죄의 자연적 결과로 볼 수 있어야 하는데 그 판단 기준은 피고인의 행동이 사망에 상당한 원인이 되었는지를 기준으로 판단한다.[1498] 또한, 사망이 중죄를 위한 불법적인 행위를 촉진하거나 실행하는 과정에서 발생하였어야 하며, 사망의 결과가 우연히 또는 단순히 부수적으로 발생해서는 안 된다.[1499] 이때 불법적인 행위는 앞서 설명한 바와 같이 반드시 중죄의 구성요건상의 정형 행위일 필요도 없다.

1493) People v. Davis, 128 Misc. 2d 782, 491 N.Y.S.2d 240(Sup 1985).
1494) People v. Davis, 128 Misc. 2d 782, 491 N.Y.S.2d 240(Sup 1985).
1495) State v. Rice, 184 S.W.3d 646(Tenn. 2006).
1496) Haskell v. Com., 218 Va. 1033, 243 S.E.2d 477(1978).
1497) State v. Beach, 275 Kan. 603, 67 P.3d 121(2003).
1498) State v. Noren, 125 Wis. 2d 204, 371 N.W.2d 381(Ct. App. 1985).
1499) Ariz.—State v. Hardy, 230 Ariz. 281, 283 P.3d 12(2012).

(3) 공범의 사망에 대한 책임

공범이 중죄의 실행 도중 공범의 행위로 인해 공범 아닌 피해자나 다른 제삼자가 사망한 경우 다른 공범에 대하여도 본죄가 성립한다는 데에는 다툼의 여지가 없다.[1500] 문제는 중죄의 실행 도중 공범 중 1인이 피해자 등 공범 아닌 사람에 의해 사망한 경우 다른 공범이 그 공범의 사망에 대하여 본죄의 죄책을 지는지가 문제가 된다. 대다수 주에서는 어느 사망의 결과가 공범이 아닌 다른 사람에 직접적으로 발생한 경우에는 본 죄의 성립을 인정하지 않는다.[1501] 그러나 소수의 주에서는 "인과관계(proximate causation theory)" 또는 "도발행위이론(provocative act doctrine)"에 의해 공범이 그 행위를 유발하였다는 이유로 비록 피해자의 총격으로 공범이 사망하였더라도 그 공범의 사망에 대하여 다른 공범에게 본 죄의 성립을 인정한다.[1502] 예컨대, 일리노이주 대법원은 경찰관이 마약 판매상으로 위장한 사실을 모르고 두 명의 공범이 그 경찰관에게 강도 범행을 저지르던 도중 경찰관에 의해 공범이 사망한 경우 나머지 공범에게 본 죄를 적용하였다.[1503] 중죄의 실행 도중 발생하는 모든 인과관계 있는 사망에 대하여는 공범의 책임이 있다는 것을 이유로 한다.

6) 모살죄의 감경 사유-인지능력 감소 항변(diminished mental capacity)

지금까지 살펴본 바와 같이 모살죄의 구성요건인 '의도(intent)'는 살인의 결과를 인식하고 의도하였을 것을 요구한다. 따라서 행위자가 인지능력의 저하로 이러한 인식능력이 없었음을 항변할 수 있는데 이 경우 피고인은 자신의 죄책을 인정하되, 모살죄의 특정 고의만을 부정하는 항변을 주장할 수 있다. 다만 이때에도 피고인이 무죄를 받는 것은 아니며 모살죄가 아닌 고살죄로 감경되어 처벌받을 수 있게 된다. 그 요건은 정신이상으로 인해 인지능력이 저하되었음을 피고인이 입증하여야 한다.[1504] 따라서 단순히 IQ가 낮은 것만으로는 그 사유가 인정되지 않으나 정신병, 알코올 및 약물 중독 등으로 인한 인지능력 저하는 항변사유에 해당할 수 있다. 모살죄에서만 이 항변을 주장할 수 있으며, 주에 따라 이를 인정하지 않는 관할도 있다.[1505]

1500) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 498면.
1501) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 498면.
1502) People v. Gonzalez, 54 Cal. 4th 643, 142 Cal. Rptr. 3d 893, 278 P.3d 1242(2012).
1503) People v. Dekens, 182 Ill.2d 247(1998); People v. Hudson, 856 N.E.2d 1078(2006).
1504) Com. v. Terry, 513 Pa. 381, 521 A.2d 398(1987).

나. 고살(voluntary manslaughter)

1) 개념

앞서 설명한 바와 같이 커먼로는 살인에 관한 죄를 모살죄(murder)와 비악의 살인죄(manslaughter)로 구분하였으며, 후자는 다시 격정(heat of passion)에 의한 살인죄로 대표되는 고살죄(voluntary manslaughter)와 비고의살인/과실치사죄(involuntary manslaughter)로 구분하였다.[1506] 주에 따라서는 전자를 1급 비악의적 살인죄, 후자를 2급 비악의적 살인죄로 구분하기도 한다.[1507] 살인에 대한 고의가 있는 것은 'voluntary manslaughter'에만 해당하므로 이를 '고살죄'로 번역하기로 한다.

2) 격정에 의한 살인(Heat-of-Passion Voluntary Manslaughter)

(1) 개념

본 죄는 살인의 의도는 있지만 감경사유로 인해 비악의적 살인죄로 분류된다. 감경의 주요 근거는 합리적인 사람이라면 자기 통제를 잃게 할 만한 격정을 피해자 등이 유발하였다는 점에 있는데, 그 행위가 비록 법으로 허용되거나 정당화되지는 않으나 정상참작의 여지가 있다는 것을 이유로 한다. 다만 이때의 격정은 책임조각사유에 해당하는 정신이상과 같은 정도에는 해당되지 않아야 한다. 감경의 근거에 대하여 부분적인 위법성 조각 또는 책임조각 사유를 근거로 하자는 논의에도 불구하고 현재까지 확립된 명확한 논거는 없다.[1508] 역사적으로, 사형만이 규정되었던 모살죄보다는 법원이 구체적인 상황을 고려해 감경할 수 있는 영역으로서 발전한 것이기 때문에 특별히 이론적·합리적인 근거가 없다는 것이 대체적인 견해이다.[1509]

한편, 격정에 의한 살인죄는 항상 고의에 의해 발생하는 것은 아니다. 모살죄에 포함되는 중상해 모살죄, 극단적 무모함에 의한 살인의 경우에도 격정이 유발되었다

1505) Com. v. Gaboriault, 439 Mass. 84, 785 N.E.2d 691(2003).
1506) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.4.
1507) "40 C.J.S. Homicide §105. Generally", Westlaw, 2020.
1508) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 508-511면.
1509) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.2(h).

면 모살죄가 아닌 본죄가 성립할 수 있다.[1510] 일반적으로 격정(heat of passion)은 분노를 의미하지만 상황에 따라서는 공포, 경악, 극심한 절망감 등 감정적 혼란을 포함하며, 다만 복수의 감정은 해당하지 않는다고 본다.[1511] 본 죄의 성립요건은 1) 합리적인 도발에 의한 격정 유발, 2) 합리적인 사람이라면 격정과 범죄행위 사이에 그 격정이 냉각될 수 있을 정도의 시간적 경과가 없을 것이 요구된다.[1512]

(2) 구성 요건

① 피해자의 도발

합리적인 사람의 시각에서 볼 때 자제심을 잃을 정도의 도발이 있어야 하는데 이를 1) 도발의 내용, 2) 합리적인 사람의 기준으로 나누어 살펴본다. 커먼로 기준에 따르면 폭행 피해, 배우자의 간통 현장 목격, 불법 체포 등을 들 수 있으며, 단순히 말이나 제스처에 의한 도발은 합리적으로 격정을 유발할만한 것이라고 인정되지 않는다.[1513] 폭행과 관련, 경미한 폭행이나 범죄자 자신이 스스로 유발하거나 유발에 책임이 있는 경우는 해당하지 않는다.[1514] 도발은 피해자에 의해 발생하거나 적어도 가해자가 그렇다고 합리적으로 믿었어야 한다.[1515] 갑자기 벌어진 상호 간의 싸움(sudden quarrel)의 경우에도 상호 간 고의가 있었고 흉기 사용 등 위험한 행위가 수반된 경우 이에 해당한다.[1516] 그러나 흉기로 가격하려고 한 경우와 같이 폭행 미수(assault)에 그치거나 재산에 대한 침해행위는 일반적으로 이에 해당하지 않는다. 다만, 총을 겨누는 경우처럼 예외적인 상황에서는 허용되기도 한다.[1517] 간통의 경우 현장 목격뿐만 아니라 배우자 등의 간통 사실 고백에 따른 것도 인정되지만 단순히 의심이나 정보를

1510) "40 C.J.S. Homicide §106. First-degree manslaughter", Westlaw, 2020.
1511) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.2(a).
1512) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.2(a).
1513) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.2(b).
1514) 예컨대, State v. Gaitan, 131 N.M. 758, 42 P.3d 1207(2002).
1515) "40 C.J.S. Homicide §118. Relation of provocation to killing", Westlaw, 2020.
1516) 이를 명문화한 예는 다음과 같다. Ariz.Rev.Stat.Ann. §13-1103; Cal.Penal Code §192; Idaho Code §18-4006; Kan.Stat.Ann. §21-5404; Neb.Rev.Stat. §28-305; N.M.Stat.Ann. §30-2-3.
1517) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.2(b)(3).

가진 것만으로는 이에 해당하지 않는다.[1518] 자신이 아니더라도 자녀, 부모, 사위 등 가까운 친족에 대한 폭행이나 위해도 해당한다.[1519] 합리적인 도발이 실제 없었음에도 있다고 잘못 생각하고 행동한 경우 그 믿음에 합리적인 이유가 있었다면 인정된다.[1520]

합리적인 사람의 기준은 평균적인 일반인을 기준으로 한다.[1521] 따라서 개인적인 특성은 원칙적으로 고려하지 않는다. 그러나 최근에는 이처럼 엄격한 객관적 기준을 고수하지 않고 범죄자의 주관적인 측면을 고려하자는 논의가 있다. 모범형법전의 경우 범죄자가 인식한 주관적인 사정을 객관적으로 판단하는 절충적인 기준을 규정하고 있다.[1522]

② 냉각기간의 부존재

격정의 도발은 갑작스러운 것이어야 하므로 합리적인 사람의 시각에서 볼 때, 격정이 냉각될 상황과 시간이 충분히 존재하였다면 본 죄가 성립하지 않는다. 냉각기간이 있었는지는 상황을 종합적으로 고려해야 하지만 물리적인 시각을 기준으로 볼 때, 격정과 행위 사이에 60~90초, 5분~15분 정도의 시간은 부족하다고 봤지만 15분 이상이나 몇 시간의 기간은 냉각기간에 해당한다고 보았다.[1523]

한편 모범형법전은 스트레스나 분노 등 극도의 정신적 혼란(extreme emotional disturbance)의 상태에서 살인한 경우 중과실치사죄로 처벌한다.[1524] 갑작스러운 사건이나 상황에 의해 감정적 혼란 상태가 야기된 것을 이유로 의도적 살인을 비의도적 살인죄로 낮추어 처벌한다는 점이 공통점이지만 격정에 의한 살인죄보다는 냉각기간

1518) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.2(b)(5).

1519) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.2(b)(7).

1520) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.2(b)(9).

1521) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 505면. 예컨대, 성적으로 불능인 범죄자가 성매매 여성의 경멸적인 시선에 격분하여 그 여성을 살해한 경우에는 본 죄를 인정하지 않는다. Bedder v. Director of Public Prosecutions, [1954] 2 All E.R. 801 (H.L.).

1522) Model Penal Code §210.3;Ark.Code Ann. § 5-10-104; Conn.Gen.Stat.Ann. §53a-55; Del. Code Ann. tit. 11, §632; Haw.Rev.Stat. §707-702; Ky.Rev.Stat.Ann. § 507.030; Mont.Code Ann. §45-5-103.

1523) "40 C.J.S. Homicide §115. Effect and examples of cooling down time", Westlaw, 2020.

1524) Model Penal Code § 210.3(1)(a)-(b).

을 보다 탄력적으로 판단할 수 있다는 점이 다르다고 할 수 있다.[1525]

3) 불완전한 정당방위 이론(imperfect self-defense docrtine)

일부 주에서는 오상방위에 의한 살인에 있어서 비록 그 믿음에 대한 정당한 사유가 없었더라도 악의가 없었다는 것을 근거로 모살죄가 아닌 고살죄를 인정한다. 이를 인정하기 위해서는 정당방위 상황에 대한 잘못된 믿음 이외에는 정당방위의 모든 요건-예컨대, 가해자가 아닐 것, 후퇴 의무를 위반하지 않았을 것 등-을 충족하여야 한다.[1526] 이 원칙을 도입한 주[1527]와 달리 이를 인정하지 않는 주에서는 2급 모살죄의 악의(malice)를 부정함으로써 결과적으로 같은 결론에 이르기도 한다.[1528]

3. 과실치사(criminal negligence)

가. 개념

서두에서 이미 설명한 바와 같이 커먼로 하에서 살인죄가 모살죄와 고살죄로 구분된 이후, 살인행위에 대한 고의는 없었으나 불법행위(unlawful act)로 인해 살인의 결과에 이르게 한 모든 행위는 비고의살인/과실치사죄(involuntary manslaughter)로 분류되었다. 다만, 비고의살인죄를 과실치사죄(criminal negligence)와 구분하면서, 전자는 인식있는 과실, 후자는 인식 없는 과실에 해당하는 것으로 규정하는 주도 있다.[1529] 그러나 양자를 모두 과실치사(criminal negligence)로 포괄하여 규정하는 것이 일반적이다. 과실치사죄는 크게 두 가지로 구분할 수 있다. 행위 자체는 적법하면서도 행위자의 과실에 의한 불법적인 방법으로 인해 사망의 결과가 발생하는 경우와 행위 자체는 불법이지만 살인을 의도하지는 않은 경우이다.[1530] 원칙적으로, 전자는 전형적인 과실치사죄로서 주의의무를 현저하게 태만하게 하면서 적법한 행위를 함으

1525) Baze v. Parker, 371 F.3d 310, 2004 FED App. 0173P(6th Cir. 2004).
1526) "40 C.J.S. Homicide §114. Imperfect self-defense doctrine", Westlaw, 2020.
1527) 예컨대, Pa.Cons.Stat.Ann. tit. 18, § 2503; Fla.Stat.Ann. §782.11.
1528) "40 C.J.S. Homicide §114. Imperfect self-defense doctrine", Westlaw, 2020.
1529) "40 C.J.S. Homicide §129. Involuntary manslaughter as distinct from criminally negligent homicide", Westlaw, 2020.
1530) 18 U.S.C.A. § 1112(a).

로써 적법한 행위와 사망이라는 결과 사이에 인과관계가 있는 경우에 인정되며, 후자는 중범죄 살인죄와 유사하게 경죄(misdemeanor)와 같은 불법적인 행위를 하는 과정에서 살인이라는 결과가 발생한 경우 범죄가 성립한다. 따라서 후자를 '경죄 비고의 살인죄(misdemeanor-manslaughter)'라고 부르며, 최근에는 이를 별도로 규정하기보다는 과실치사죄에 포함하여 처벌하는 것이 일반적이다.[1531] 이하에서는 과실치사죄와 경죄 비고의 살인죄를 각각 구분하여 설명하고자 한다.

나. 과실치사(criminal negligence)

1) 과실(negligence)

단순 과실로서 족한지, 아니면 그 이상의 과실이 요구되는지에 대한 논란은 있으나, 일반적으로 주의의무를 상당히 일탈한 정도(gross negligence)일 것을 요구한다.[1532] 이때 상당한 정도의 일탈은 사람의 생명에 대한 무분별한 무시(wanton disregard)와 같이 무모한(reckless) 정도에 이르는 것을 말한다.[1533] 앞서 설명한 바와 같이 과실을 인식 있는 과실과 인식 없는 과실로 구분하면서 전자를 비고의살인죄(involuntary manslaughter)로, 후자를 과실치사죄로 구분하기도 한다. 그러나 인식 있는 과실은 위험성의 정도와 관계없이 위험을 인식하면 족하다고 보는 한편, 인식 없는 과실은 위험에 대한 인식은 없었어도 위험성의 정도가 높아 합리적인 관점에서 그 위험성을 인식했어야만 하는 경우 인정되는 것이 일반적이다.[1534]

과실치사죄가 중범죄임을 감안, 대다수 관할에서는 위험성을 실제 인식하였을 것을 요구하지만,[1535] 차량 운전과 같이 형사정책적인 목적에 따라 위험성에 대한 인식이 없는 (업무상 또는 중)과실(recklessness)[1536]만으로 범죄를 인정하기도 한다.[1537] 인

1531) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.5.
1532) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 510면.
1533) "40 C.J.S. Homicide §131. Negligence", Westlaw, 2020.
1534) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.4(a).
1535) State v. Henley, 2010-NMSC-039, 148 N.M. 359, 237 P.3d 103(2010).
1536) Model Penal Code § 210.3. Section 2.02(c).
1537) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.4(c).

식 없는 과실의 경우 일반적으로 정상의 주의의무를 상당히 일탈할 것을 요구하는 점, 모범형법전도 과실에 해당하는 reckless를 "상당하고 정당하지 않은 위험을 의식적으로 무시하는 것"이라고 정의하고 있음을 고려할 때, 미국 형법상 과실치사죄에서의 과실은 인식 있는 과실 또는 위험성에 대한 인식이 없더라도 우리나라의 업무상 또는 중과실에 해당하는 경우에 성립하는 것으로 이해할 필요가 있다.

2급 모살죄의 구성요건 중 하나인 극도의 무모함(extreme recklessness)과 본 죄에서의 무모함은 법적 성격이 아닌 위험성의 정도에서 차이가 있다. 전자의 경우 사망의 가능성이 분명하고 매우 강력함에도 이를 의도적으로 무시하기 때문에 악의(malice)가 있다고 본다. 그러나 후자는 사망의 가능성이 상당함에도 이를 인식하지 못한 경우를 의미한다. 이러한 의미에서 우리나라와 비교하면 2급 모살죄에서의 극도의 무모함은 미필적 고의에 해당하고, 과실치사죄에서의 무모함(recklessness)은 업무상 또는 중과실에 해당한다고 판단된다.

2) 인과관계(causation)

과실과 사망의 사이에 인과관계가 요구되는 점은 우리와 같은 것으로 보인다. 과실치사죄에서 인과관계 인정의 핵심 기준은 우리와 마찬가지로 예견가능성(foreseeability)이기 때문이다. 예견가능성은 상당한(probable) 정도 보다는 낮고 단순한 가능성보다는 높은 정도에 해당한다.[1538] 즉, 과실로서 예견가능한 피해자에게 예견가능한 방법으로 사망의 결과가 발생하여야 한다. 따라서 과속차량을 추격하는 경찰 차량이 도로의 차량 또는 보행자를 충격하여 과실로 사망하게 한 경우 도주 차량이 사망의 위험을 예견할 수 있었다고 볼 수 있으므로 과실치사죄가 성립한다.[1539] 그러나 추격전을 벌이는 두 차량 중 한 차량이 사고로 사망한 경우에는 두 차량 모두 과실에 직접 참여한 사람이기 때문에 앞서 설명한 중범죄 살인죄에서 공범의 사망에 대한 책임을 지지 않듯이 다른 차량이 과실치사죄의 죄책을 지지 않는다.[1540] 그러나 러시안 룰렛

1538) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.4(c).

1539) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.4(c).

1540) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.4(c).

게임과 같은 경우는 상대방의 사망에 대한 과실치사죄의 죄책을 지우는 등 다소 일관되지 않은 태도를 보인다.[1541]

피해자의 과실에 의해 인과관계가 부정되는지도 예견가능성에 따라 판단한다. 피해자의 과실이 통상적인 과실을 벗어나 이례적인 경우라면 통상적으로 예견 가능한 결과라고 볼 수 없으므로 인과관계를 부정하는 점은 우리와 유사하다.[1542]

3) 교통사고에 의한 과실치사죄

일반적인 과실치사죄와 달리 교통사고의 경우에는 주의의무의 정도를 보다 완화하여 적용하는 것이 일반적이다. 즉, 인식 없는 과실에 있어서 그 위험의 정도가 높지 않더라도 과실치사죄의 죄책을 지운다. 따라서 자동차 운전 시에는 단순한 과실에 의한 과실치사죄의 죄책을 진다. 이처럼 단순한 주의의무 위반에 의한 사망의 죄책을 지는 경우를 모범형법전은 과실치사(negligent homicide)죄라고 규정한다.[1543] 우리나라에서의 단순과실치사죄에 해당한다고 볼 수 있으며, 최근 일부 관할에서는 교통사고뿐만 아니라 총기사고, 맹견 등 동물에 의한 사고 등에서도 이와 같은 규정을 두고 있다.[1544]

다. 경죄 비고의 살인죄(misdemeanor involuntary manslaughter)

1) 개념

중범죄 고의 살인죄에 해당하지 않는 중죄, 경범죄 또는 조례 등을 위반한 불법행위(unlawful act)를 저지르는 과정에서 발생한 사망의 결과에 대한 죄책을 말한다. 교통법규 위반, 단순 폭행에 의한 경우가 전형적인 예이다. 일반적으로 경죄 이상의 불법행위를 규정한다는 점에서 경죄 비고의 살인죄라고 표현하고 있지만[1545] 관할에

1541) Commonwealth v. Atencio, 345 Mass. 627, 189 N.E.2d 223(1963).

1542) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.4(d).

1543) Model Penal Code §210.4(Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.4(e)에서 재인용.).

1544) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.4(e).

1545) 이 경우에도 모든 경범죄를 규정하는 관할과 생명·신체 등에 위험한 경범죄만을 대상으로 하는 관할이 있다(Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina

따라서 조례를 위반하는 경우나 민사상 불법행위를 포함하는 곳도 있으므로 '불법행위로 인한 비고의 살인죄(unlawful-act involuntary manslaughter)'라고도 부른다.[1546] 예컨대, 자살행위는 형사상 범죄행위가 아닌데 자살을 기도하는 과정에서 이를 제지하는 약혼녀를 과실로 사망하게 한 경우 자살기도자에게 본죄의 죄책을 인정하는 관할[1547]과 부정하는 관할이 있다.[1548] 본죄는 중죄 모살죄와 같이 엄격책임의 법리가 적용되므로 행위자의 행위 불법성에 대한 인식을 요구하지는 않는다.[1549] 따라서 불법행위에만 근거하여 사망에 대한 형사책임을 지우는 본 죄를 폐지하고 일반적인 과실치사죄의 법리에 포함하는 것이 일반적인 추세이다.[1550]

2) 사망에 대한 과실 여부

불법행위 과정에서 사망에 대한 예견 등 과실을 요하는지는 해당 불법행위의 법적 성격에 따라 다르다. 불법행위가 부도덕한 행위인 자연범(*mala in se*)에 해당할 경우에는 사망에 대한 예견 가능성이나 심지어 직접적인 인과관계가 없어도 본죄를 인정한다.[1551] 그러나 불법행위가 행정법 위반행위(*mala prohibita*)인 경우에는 관할에 따라 1) 사망이 예견 가능했거나, 그 사망이 불법행위의 자연적인 결과인 경우 또는 2) 사망과 불법행위의 사이에 실질적인 인과관계가 있는 경우 또는 3) 해당 불법행위에 대한 형사상 과실이 인정되어야 처벌하는 경우 등 다양한 형태가 존재한다.[1552]

Academic Press, 2018, 512면).

1546) "40 C.J.S. Homicide §134. Generally", Westlaw, 2020.

1547) Wallace v. State, 232 Ind. 700, 116 N.E.2d 100(1953).

1548) State v. Campbell, 217 Iowa 848, 251 N.W. 717(1933).

1549) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.5(a).

1550) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.5(e).

1551) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.5(c).

1552) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.5(c)(따라서 단순한 속도위반 인정되지 않지만 상당한 정도의 속도위반이 있었다면 본 죄가 성립한다).

4. 기타

가. 자살 관련 범죄

과거 영국의 커먼로 하에서는 자살한 경우 그 시체에 말뚝을 박아 큰 도로에 매장하고 그 사람의 재산을 몰수하여 국왕에게 귀속시키는 등 자살을 살인죄의 일종으로 취급하였다.[1553] 그러나 현재 커먼로 범죄를 폐지한 미국 대다수 관할에서 자살은 범죄가 아니며 커먼로 범죄를 명시적으로 폐지하지 않은 관할에서도 자살에 대한 처벌 조항이 없어 사실상 범죄가 아니다.[1554] 자살과 관련하여 범죄로 논의의 대상이 되는 것은 1) 자살을 기도하였으나 사망하지 않은 경우, 2) 자살을 기도하는 과정에서 다른 사람을 다치게 하거나 사망하게 한 경우, 3) 자살을 교사 또는 방조한 경우이다.[1555] 이 중 1) 자살미수의 경우 대다수 주가 커먼로 범죄를 폐지하였거나 폐지하지는 않았어도 처벌조항이 없어 범죄가 성립한다고 보기 어렵다. 따라서 이하에서는 2)와 3)에 대하여 간략히 설명하기로 한다.

1) 자살 기도 중 타인의 사망에 대한 죄책

자살이 미수에 그쳤으나 그 과정에서 자살을 막기 위해 개입한 사람이나 지나가는 사람 등을 사망에 이르게 한 경우에는 일반적인 과실치사죄의 법리로 해결한다. 따라서 사망의 결과에 대한 과실(recklessness)과 인과 관계가 있는 경우 과실치사죄로 처벌할 수 있다.[1556]

2) 자살 관여죄

(1) 자살 강요, 촉탁 및 위계에 의한 자살

강요 또는 강박에 의해 타인을 자살에 이르게 하게 한 경우나 위계에 의해 자살에

1553) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.6.

1554) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.6.

1555) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.6.

1556) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.6(b).

이르게 한 경우 모살죄로 처벌된다.[1557] 피해자의 촉탁을 받은 사람이 사망 행위에 직접 관여한 행위도 마찬가지이다. 따라서 불치병에 시달리는 피해자의 부탁으로 독약을 주입해 사망하게 한 적극적 안락사의 경우에는 1급 모살죄로 처벌한다.[1558]

(2) 자살 교사·방조

자살을 교사하거나 방조한 행위에 대하여는 관할에 따라 다른 입법례가 존재한다. 과거 미국에서는 이와 같은 행위를 모살죄로 처벌하였으나 현재는 악의적 살인죄(manslaughter)나 별도의 자살교사·방조죄로 규정하여 처벌한다.[1559] 다만 앞서 설명한 바와 같이 살인행위에 직접 가담한 사람에게는 본 죄가 아닌 모살죄가 성립한다.[1560] 한편, 적극적으로 가담한 자라고 하더라도 상호 자살에 합의한 소위 '합의동사'의 경우 살아남은 사람에게는 모살죄가 아닌 자살방조죄가 성립한다.[1561] 그러나 상대방의 자살에 대한 고의가 없이 방조한 경우에는 본 죄가 성립하지 않으며 예견가능성이 있는 경우 과실치사죄가 성립할 수 있다.[1562] 방조범은 특정 고의에 해당하기 때문이다. 한편 자살에 대한 헌법적 권리가 인정된다면 그러한 자살을 도와줄 권리도 인정된다는 측면에서 위헌론이 제기된 바가 있었으나 미국 연방헌법은 사람의 생명을 보호하는 국가의 이익이 우선한다는 논거 등을 들어 본죄가 합헌이라고 판시하였다.[1563]

나. 연명장치의 제거

완전한 의사결정 능력이 있는 성인이 연명장치 제거를 지시하거나 뇌사 등 의식불명 상태에 빠지기 전 연명장치 치료에 대한 거부 의사를 밝히고 그 요구에 따라 연명장

1557) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.6(c).
1558) State v. Cobb, 229 Kan. 522, 625 P.2d 1133 (1981);750 S.W.2d 789(Tex. Crim. App. 1988).
1559) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.6(e).
1560) People v. Minor, 111 A.D.3d 198, 973 N.Y.S.2d 43 (1st Dep't 2013).
1561) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.6(e).
1562) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §15.6(e).
1563) Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702, 117 S.Ct. 2258, 138 L.Ed.2d 772(1997).

치를 제거한 전문 의료인은 형사책임을 지지 않는다.[1564] 연명장치의 제거로 인해 사망의 시기가 앞당겨지더라도 이를 살인의 결과로 보지 않으며, 치료의 원인이 된 자연적 상태의 결과에 따른 사망이라고 보게 된다.[1565] 치료의 중단이 헌법상 인정되는 프라이버시권에 속한다면 그 결정권자의 요청 또는 지시에 따라 적법한 요건과 절차에 따라 행동한 사람도 처벌하지 않는 것이다. 따라서 배우자가 이미 치료를 위한 의료적 도움에 거부 의사를 표시한 경우에는 의료지원을 요청하지 않은 다른 배우자에게도 형사책임을 물을 수 없다.[1566]

다. 살인미수죄(attempted murder)

살인미수죄는 살인에 대한 고의와 실행행위의 착수를 요건으로 한다. 커먼로에서 살인미수죄는 원칙적으로 경죄(misdemeanor)로 처벌되었으나 입법에 따라 중죄로 규정하기도 하였다.[1567] 살인을 위한 고의와 실행을 위한 상당한 단계로 나아가면 족하므로 반드시 피해자가 특정되지 않더라도 본 죄가 성립할 수 있다.[1568] 살인죄와 달리 미수죄는 대상자의 수와 관계없이 하나의 살인미수죄만 성립한다.[1569]

살인미수죄도 살인의 결과에 대한 특정 고의를 요구하므로 과실치사죄나 무모함에 의한 살인죄(depraved-heart murder)의 경우에는 미수죄가 성립하지 않는다.[1570] 마찬가지로 중범죄 고의에 의한 살인죄도 살인에 대한 의도(intent)를 요건으로 하지 않기 때문에 본 죄가 인정되지 않는다.[1571] 다만 격정에 의한 살인죄의 경우 본 죄가 성립하는지와 관련해서는 이를 인정하는 관할[1572]과 부정하는 관할이 있다.[1573]

1564) "40 C.J.S. Homicide §3. Withdrawal of life-support devices; failure to obtain medical assistance", Westlaw, 2020.
1565) "40 C.J.S. Homicide §3. Withdrawal of life-support devices; failure to obtain medical assistance", Westlaw, 2020.
1566) "40 C.J.S. Homicide §3. Withdrawal of life-support devices; failure to obtain medical assistance", Westlaw, 2020.
1567) "40 C.J.S. Homicide §143. Attempted murder", Westlaw, 2020.
1568) 133 S. Ct. 1588, 185 L. Ed. 2d 586 (2013).
1569) People v. Stone, 46 Cal. 4th 131, 92 Cal. Rptr. 3d 362, 205 P.3d 272(2009).
1570) "40 C.J.S. Homicide §144. Specific intent to kill", Westlaw, 2020.
1571) Williamson v. State, 994 So. 2d 1000 (Fla. 2008)("40 C.J.S. Homicide §144. Specific intent to kill", Westlaw, 2020.).
1572) 에컨대, People v. Van Ronk, 171 Cal. App. 3d 818, 217 Cal. Rptr. 581(3d Dist. 1985).
1573) Curry v. State, 106 Nev. 317, 792 P.2d 396(1990).

라. 살인 교사죄(실패한 교사)

총론에서 살펴봤듯이 실패한 교사(solicitation)는 피교사자가 교사된 범죄의 실행을 승낙하거나 실행의 착수로 나아갈 것을 필요로 하지 않는다. 따라서 살인에 대한 교사행위 그 자체만으로 본 죄가 성립한다. 교사 행위가 있으면 본 죄가 성립하므로 살인에 대한 중지의 항변도 일반적으로 인정되지 않는다.[1574] 또한, 교사 행위 그 자체로는 실행의 착수도 인정되지 않는다.[1575]

5. 소결

미국 형법에서 규정하고 있는 살인 관련 범죄의 구성요건을 살펴본 결과, 다음과 같은 특징 및 시사점을 찾아볼 수 있다.

첫째, 악의(malice)의 유무를 기준으로 모살죄(murder)와 비악의적 살인죄(manslaughter)로 나누는 커먼로 원칙이 아직도 적용되고 있다는 점이다. 악의(malice)의 법적 개념에 대한 확립된 정의는 없으나 대체로 살인의 결과를 인식하고 의욕한 의도적 살인(intent to kill)을 지칭하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 살인에 대한 의도가 결여된 '중상해 고의 모살죄', '중죄 모살죄'를 모살죄에 포함하는 것은 커먼로의 역사적 맥락에서 이해할 수밖에 없다. 이러한 논리적 모순을 해결하기 위해 모범형법전이 살인을 목적으로(purposely) 또는 알면서(knowingly) 실행한 경우나, 극단적 무모(extreme recklessness)에 한정하여 살인죄(murder)를 규정하고 있으나 대다수 관할이 여전히 커먼로 원칙을 적용한다는 점에서 한계가 있다.

둘째, '격정에 의한 살인죄' 또는 '극도의 감정적 동요 또는 혼란'의 상황에서 저지른 살인죄를 고살죄(voluntary manslaughter)로 감경하여 처벌하거나 모범형법상의 중과실치사죄(manslaughter)로 처벌한다는 점을 살펴볼 때, 고의의 판단에 있어 구성요건적 고의뿐만 아니라 행위자의 심리적 상태를 반영한 책임 고의를 고려한 것으로 보인다. 이는 우리와 같이 엄격한 3단계 범죄체계를 취하지 않기 때문에 가능한 것이라고 판단된다. 이러한 특징은 모살죄의 감경사유인 '인지능력 감소 항변(diminished

---

1574) "40 C.J.S. Homicide §146. Generally", Westlaw, 2020.(다만 연방과 같이 자의적인 중지 의사로 해당 범죄를 방지한 경우 중지의 항변을 인정하는 경우도 있다. 18 U.S.C.A. §373(b)).
1575) "40 C.J.S. Homicide §146. Generally", Westlaw, 2020.

capacity)'에서도 찾아볼 수 있다. 우리 형법이 정신이상 등으로 인지능력이 저하된 경우 구성요건적 고의는 인정하되 책임능력 요건에서 이를 고려하는 것과 달리 '의도(intent)'의 요건 중 하나인 '인식'의 존재를 부정함으로써 모살죄를 고살죄로 감경하는 것은 바로 이러한 미국 형법의 특징을 보여준다고 할 수 있다.

셋째, '중상해의 고의로 사망에 이르게 한 경우'나 강도, 성폭력, 상해 등 '중죄를 저지르는 고의로 사망에 이르게 한 경우'와 같이 우리 형법상 결과적 가중범과 유사한 범죄를 모살죄로 처벌하는 것은 사람의 생명에 위험성을 초래하는 행위를 엄격하게 처벌함으로써 사람의 생명에 관한 범죄를 방지하려는 미국 형법 특유의 강력한 형사정책을 엿볼 수 있다. 그러나 결과적 가중범의 법리가 발달하지 않은 미국 형법의 특수성에서도 그 원인을 찾아볼 수도 있다.

넷째, 과실범의 처벌에 있어서 '인식있는 과실'과 '인식없는 과실'을 구분하고, 그 요건을 달리 규정하는 점도 특징이다. 전자는 위험성의 정도가 높은 것을 요구하지 않으나, 후자는 위험성의 정도가 높을 때 과실을 인정한다는 점은 적어도 법이론상으로는 타당한 것으로 보인다. 그러나 실제 사례에서 인식의 존재 여부를 판단하기 쉽지 않음을 고려할 때, 양자의 구분이 실익이 있는지는 좀 더 연구가 필요한 부분이라고 생각한다.

다섯째, 오상방위(imperfect self-defense)에 있어서 그 믿음에 정당한 이유가 없었더라도 악의가 없었다는 이유로 모살죄가 아닌 고살죄로 처벌하는 점도 특징이다. 미국 형법이 모살죄와 고살죄를 구분하는 실익을 확인할 수 있는 부분이라고 할 수 있다.

여섯째, 자살관련 범죄의 규정과 처벌은 대체로 우리 형법과 유사하다고 볼 수 있다. 자살을 강요하거나 촉탁 및 위계에 의한 살인을 모살죄로 처벌하는 점, 자살 교사·방조의 경우에도 별도의 처벌하는 규정을 두거나 비악의적 살인죄(manslaughter)로 처벌하는 점, 합의동사(合意同死)의 경우 살아남은 사람에게 자살 교사 또는 방조죄를 적용한다는 점 등이 그것이다.

제3절 | 프랑스

1. 개관

가. 살인범죄 체계 및 구성

사람의 생명을 침해하는 살인의 금지는 구약성서의 출애굽기 20장과 신명기 5장에 나오는 십계명 중의 하나이다. 그만큼 '살인하지 말라'는 규범은 오래전부터 시작된 것이고, 오늘날 모든 나라의 형사입법에 규정되어있다. 유럽인권보호조약(la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme(CESDH)) 제2조는 유럽연합회원국들에게'법률에 의해 보호되는 생명권'을 국가가 명시할 것을 요구한다. 프랑스 형법도 사람의 생명을 의도적으로 침해하는 범죄를 규율하고자 여러 가지 규정을 두고 있다. 구체적으로 살펴보면, 프랑스 형법은 살인을 모살과 고살로 구분한 뒤 '예모'에 의한 모살죄를 형법 제221-3조에 따라 무기징역형에 처하고, 고살에 해당하는 보통살인죄는 형법 제221-1조에 의해 징역 30년에 처한다. 그러나 고살이라고 하더라도 동법 제221-4조에서 규정한 살인죄의 가중상황에 해당하게 되면 무기징역에 처한다.

권리라기보다는 자유의 한 형태로 보이는 자살은 본인에 대해서는 1791년 형법전 이래 형법상 처벌되지 않지만, 타인에 대해서는 형법 제223-13조에서 자살교사죄를 규정하여 3년의 구금형 및 45,000유로(€)의 벌금형에 처하고, 15세 이하의 미성년자를 대상으로 한 경우는 가중하여 처벌하고 있다.

살인의 고의가 아닌 과실에 의한 과실치사의 죄는 형법 제221-6조 제1항으로 규정하여 3년의 구금형 및 45,000유로(€)의 벌금형에 처하는 경죄에 해당한다. 동조 제2항에서는 법령에 의한 특별한 주의의무를 위반하여 타인을 사망에 이르게 한 경우는 5년의 구금형 및 75,000유로(€)의 벌금형의 가중과실치사죄로 처벌한다.

독립된 살인죄의 구성요건으로 형법 제221-5조에 규정한 독물투여죄는 보통살인죄와 마찬가지로 30년의 징역형에 처한다. 또한 독물의 투여가 다른 중죄의 실행행위의 전후 또는 예모에 의한 살인이나 가중보통살인사유에 해당하는 때에는 무기징역형으로 가중 처벌된다.

그리고 최근에는 살인의 피교사자가 교사받은 살인죄를 행하지 않은 경우 공범이 아닌 피교사자를 처벌하기 위해, 살인죄 또는 살인미수죄가 범해지지 않은 경우에도 10년 이하의 구금형 및 150,000유로의 벌금형에 처하는 형법 제221-5-1조의 모살교사죄를 신설했다.

나. 사람의 시기와 종기

1) 사람의 시기

친자관계에 관한 프랑스 민법 제318조[1576]와 상속개시시기를 규정한 동법 제725조 제1항에 따라, '살아서 태어나고 살아갈 수 있는 아기(l'enfant de naître vivant et viable)'의 출생을 조건부로 인간의 법적 인격은 시작한다. 따라서 배아(l'embryon)는 법적 인격을 부여받은 존재로서의 인정을 받지 못하고, '잠재적 인간' 특성으로서의 법적보호를 받는 대상이 될 뿐이다. 죄형법정주의의 '형벌법규 엄격해석원칙'에 따라 형법은 현재 살아있는 사람을 보호하므로 배아와 태아(le fœtus)는 형법상의 보호를 받지 못한다. 하지만 부동의 낙태죄 등 임산부에 대한 침해죄와 생명윤리법상의 보호를 받는다.[1577]

2) 사람의 종기

외견상의 사망에서 의학적 사망까지 사람의 종기를 확정하는 것은 어려운 일이다. 절대적으로 확신할 수 있는 사망의 의학적, 법적기준은 없다. 신체세포조직에 따라 소멸의 시간은 각각 다르기 때문에 사람의 종기는 특정 시각이 아닌 어느 정도의 시간대라고 할 수 있다. 의학적 사망으로 받아들일 수 있는 사유로는 모든 반사 신경의 정지와 근육의 무력, 자발적 호흡의 정지, 동맥혈압의 종지, 뇌사를 들 수 있으나, 이들 중 하나의 증후만으로 사망을 확정하는 것은 충분하지 않다.[1578] 프랑스에서

1576) "살아서 태어나고 살아갈 수 있는 아기가 아니면 친자관계 확인의 소가 제기되지 않는다(Aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable (L'article 318 du Code civil))."

1577) François-Xavier ROUX-DEMARE, L'embryon et le fœtus en droit, FICHE PEDAGOGIQUE, Janvier 2012, 10면. http://fxrd.blogspirit.com/media/01/01/1698829562.pdf (2020년 10월 31일 최종검색).

1578) Roger Merle/André Vitu, Traité de droit criminel Tome 2: Droit pénal spécial, Cujas,

1968년까지는 호흡이 중지되고 심장박동이 멈추어 이 두 기관의 정지가 확인되면 사람의 사망으로 선언되었다. 그러나 그 이후에 인공호흡, 심장마사지 등 소생술의 발전으로 기능상 감퇴된 심장과 폐를 가지고서 계속적으로 연명하는 경우가 늘어났다. 오늘날은 심장과 폐가 기능하더라도 뇌의 상태를 기준으로 사망의 기준을 검토한다. 즉, 뇌혈관촬영법이나 뇌전도 검사를 30분 이상 시행하고, 4시간의 간격을 두면서 24시간 이상 환자의 뇌사 여부를 확인한 다음 모든 필수검사에서 음성으로 나타나면 대뇌, 간뇌, 소뇌, 뇌간을 포함하는 뇌사판정을 하고, 이에 따라 사람의 사망이 법적으로 선언된다.[1579]

2. 고의에 의한 살인죄

프랑스 형법전에서 고의에 의한 살인죄는 크게 형법 제221-1조의 고살죄(le meurtre)와 형법 제221-3조의 예모를 수반하는 모살죄(l'assassinat)로 구성된다. 역사적으로 특수한 독립적 살인죄에 들어가던 부모살해죄나 유아살해죄와 같은 구성요건[1580]은 독립 조문에서 폐지되고 현재 살인죄의 가중상황으로 규율한다. 살인죄는 고살이나 모살에 관계없이 중대범죄이므로 중죄를 재판하는 중죄법원(la Cour d'assises)에서 관할한다.

가. 모살(L'assassinat)

1) 모살의 법적 개념

형법 제221-3조에 따라, 모살은 '예모(la préméditation)' 또는 계획적 고의가 발현되는 '매복(le guet-apens)'[1581]에 의한 살인이고[1582] 형법상 '중죄' 중 가장 무거운

1982, 1358면.

1579) "Quand est-on déclaré mort ?", https://www.science-et-vie.com/corps-et-sante/quand-est-on-declare-mort-9072 (2020년 10월 31일 최종검색).

1580) 1810년 형법전의 형법 제299조와 동법 제300조.

1581) 구 형법전에서는 예모와 계획적 고의가 발현되는 매복을 서로 구분되는 개념으로 보았으나 파기원 판례에서는 두 개념을 동일시하였다(Cass. crim., 22 février 1989, *Bull. crim.*, n°89). 현행 신형법전의 입법자도 형법 제132-71-1조와 형법 제132-72조를 규정하여 개념적 정의를 하였으나 매복행위는 불가피하게 예모를 전제로 하는 것이기에 모살과 관련하여서는 굳

범죄에 해당한다. 모살의 구성요건 중 하나인 예모는 형법 제132-72조에서 "중죄나 특정 경죄의 실행행위 전에 수립된 구상"이라고 정의한다. 또한 또 다른 구성요건인 매복은 형법 제132-71-1조에서 "일인 또는 수인을 대상으로 하나 또는 수개의 범죄를 범할 목적으로 일정시간동안 특정된 장소에서 기다리는 행위에서 나타난다"고 정의하고 있다. 이러한 정의에도 불구하고 예모는 그 인식에 있어 몇 가지 신중을 요한다. 예모는 행위자의 심리적 요소의 고려가 필요한데, ① 화가 난 것과 같은 일시적 감정 상태에서 비롯된 것이 아니어야 하고, ② 행위결정으로부터 행위에 이르기까지 분리된 시간적 간격요소가 있어야 하며, ③ 사전준비 후에 행위로 이어지는 물질적 준비의 요소가 있어야 한다.[1583] 즉, 예모는 정범 및 공동정범에게 범죄수행에 있어 개인적 가중상황이 된다.[1584] 그러므로 구 형법전 하에서는 매복, 고문이나 야만적 행위를 사용하여 행한 살인을 모살로 보았다. 예모란 살인행위로 넘어가려는 사전적으로 심사숙고한 범죄적 의욕을 전제하는 것이지만, 예모를 갖춘 모살 그 지체만으로 개별범죄의 한 유형이라 할 것은 아니고 살인죄의 가중상황이라고 할 수 있다.[1585]

2) 모살의 법정 요소

형법 제221-3조

① 예모 또는 매복을 수반한 살인은 모살을 구성하며 무기징역형에 처한다.
② 보안기간에 관한 제132-23조 제1항 및 제2항의 규정은 본조의 죄에 적용한다. 다만, 피해자가 15세 미만의 미성년자인 경우, 실행행위 전이나 실행행위 중에 피해자에 대하여 강간, 고문 또는 가혹행위를 한 경우 또는 모살이 사법관, 경찰공무원, 국립 군경찰소속의 군인, 교정공무원 또는 공권력의 행사 중이거나 행사와 관련한 공무원을 대상으로 한 경우 중죄법원은 특별결정으로 보안기간을 30년까지 연장하거나 무기징역형 선고시 제132-23조에 규정된 어떠한 은전도 부여되어서는 안 된다는 취지의 결정을 할 수 있다. 특별사면에 의하여 감형되는 경우에 보안기간은 사면령에서 다르게 정하는 경우를 제외하고 감형 후 형기와 동일하다.

이 나누어서 구분을 지을 필요는 없을 것이다.

1582) "Le meurtre commis avec préméditation ou guet-apens constitue un assassinat. Il est puni de la réclusion criminelle à perpétuité(L'article 221-3 du Code pénal)."

1583) Philippe Conte, Droit pénal spécial, 6e éd., LexisNexis, 2019, n°60, 43면 ; 아울러 예모에 대한 인식의 어려움을 나타낸 파기원 판례로는 Cass. crim., 16 décembre 2014, n°13-85.351.

1584) Cass. crim., 14 avril 1999, *Bull. crim.*, n°81 ; Cass. crim., 20 juin 2012, *Bull. crim.*, n°155.

1585) Gérard Lopez/Stamatios Tzitzis, Dictionnaire sciences criminelles, Dalloz, 2004, 78면.

형법 제221-3조 규정에 따라 사전적 예모 등으로 실행되는 모살은 독립범죄로 분석될 것이 아니라, 예모란 구성요건이 추가된 가중 형태의 살인죄처럼 이해되어야 할 것이다.[1586] 그리하여 행해진 살인행위에서 예모라는 가중적 상황이 인정되면 모살죄가 되는 것이고 본조에 따라 무기징역형에 처한다.

(1) 살인죄의 공소시효

형사소송법 제7조 제1항은"중죄(les crimes)에 관한 공소권은 그 중죄가 행해진 날부터 기산하여 만 20년 안에 예심수사 또는 소추의 처분이 경료 되지 않은 경우 시효로 소멸한다"고 규정하고 있어 형법상 중죄인 살인죄는 20년의 공소시효 적용을 받는다. 그러나 중죄에 해당하는 살인죄가 테러행위, 마약밀매에 관한 범죄, 우생 및 복제배아에 관한 범죄의 형태로 발생한 경우에는 30년의 공소시효가 적용된다(형소법 제7조 제2항). 그리고 집단살해범죄와 같은 반인륜적 범죄는 시효의 대상이 되지 않는바 공소시효가 없다(형소법 제7조 제4항). 공소시효의 중단과 관련하여서는, 모든 불가피한 법적 장애 또는 사실상 장애는 불가항력과 동일시되므로 이 경우 공소권의 실행은 불가능하고 공소시효는 중단된다고 규정한다(형소법 제9-3조).

(2) 개심한 범죄인을 위한 형면제

모살죄의 미수범에 대해서는 2004년 3월 9일자 법률에 의거하여 제정된 형법 제221-5-3조 제1항이 규율하고 있는데, "모살 또는 독물투여(les crimes d'assassinat ou d'empoisonnement) 를 범하려고 기도한 자가 만일 행정 또는 사법기관에 통보를 하여 피해자의 사망을 모면하게 하고 경우에 따라 다른 정범 또는 공범자들의 신원을 확인케 한 때에는 형을 면제한다"라고 하여 개심한 범죄인에 대해 형을 감면할 수 있도록 규정했다.

나. 고살(Le meurtre)

구 형법에서는 일반적 살인죄에 대한 처벌이외에 특수상황에서의 살인죄[1587], 존속

1586) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°72, 74면.

1587) 프랑스 형법전에서는 고의살인죄로 일반적인 보통살인죄 외에도 테러범죄(형법 제421-1조), 집단살해범죄 및 기타 반인류적 범죄(형법 제211-1조와 제212-1조), 전쟁범죄(형법 제461-2

살해죄와 유아살해죄를 따로 규율하였다. 현행 형법에서는 존속살해죄와 유아살해죄를 가중살인죄의 한 형태로 규정하면서 삭제하였다. 고의에 의한 살인죄인 고살죄의 구성은 객관적인 물적 요소와 주관적인 정신적 요소의 결합에 종속된다.

형법 제221-1조

고의로 타인을 살해하는 행위는 살인죄를 구성한다. 살인죄는 30년의 징역형에 처한다.

1) 고살의 객관적 요소

고살의 객관적 요소가 인정되기 위해서는 행위와 결과, 행위와 결과사이의 인과관계, 이 세 가지 요소의 증명이 필요하다.[1588]

(1) 살인행위

고살은 일반적으로 범죄를 구성하는 행위가 필요한 작위범이고, 작위 행위가 없다면 성립하지 않는다. 예를 들어, 자신의 원수가 익사하는 것을 수동적으로 지켜본 사건에서 지켜본 사람에게 부작위범의 구성요건인 보증인 지위가 없다면 비록 피해자인 자신의 원수의 사망을 몹시 원했다할지라도 살인죄로 소추될 수는 없다. 반면에 작위의 살인행위로 인정된다면 권총발사와 같은 단일 행위이건, 타인의 죽음을 유발할 목적으로 가하는 수차례의 주먹질과 같은 복수의 행위이건 모두 살인행위가 될 수 있다. 이 금지된 행위가 범죄가 되기 위해서는 아래 두 요건을 필요로 한다.[1589]

(2) 사망의 결과

고살죄는 결과범이므로 기수가 되려면 타인의 사망이라는 객관적 결과가 발생하여야 한다. 여기에는 두 가지 요소의 규명이 뒤따라야 한다. 첫째, 범죄의 객체에 해당하는 요건으로 '타인'이어야 한다. 이에 대해서는 태아를 '타인'으로 볼 수 있는지 여부가 문제되는데, 업무상과실치사에 관한 2001년 6월 29일자 파기원 전원합의체 판결[1590]

조)에 대한 규정을 두고 있다.

1588) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°64, 70면.

1589) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°65, 71면.

1590) Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 29 juin 2001, 99-85.973.

에서, '형벌법규의 엄격해석원칙'에 의거하여 임신 중 태아에 대해서 업무상과실치사죄의 적용을 거부했는데, 이러한 경향은 살인죄에서도 동일할 것으로 판단된다.[1591] 따라서 곧 태어날 상태에 있는 태아라도 살인죄의 대상인 피해자가 될 수는 없다. 이러한 결과가 고의로 태아의 사망을 유발하는 행위를 처벌할 수 없다는 것을 의미하진 않는다. 임산부에게 알리지 않고 낙태를 한 경우에는 형법 제223-10조에 의한 부동의낙태죄로 5년의 구금형 및 75,000유로(€)의 벌금형에 처할 수 있고, 임산부의 동의를 받았다고 할지라도 낙태의 법정요건을 준수하지 않았다면 공중보건법 제L.2222-2조에 따라 불법낙태죄로 2년의 구금형 및 30,000유로(€)의 벌금형에 처할 수 있다.[1592] 프랑스는 1975년 1월 17일자 법률이래로 임신부의 결정에 따르는 낙태는 비형벌화되어 형사처벌대상이 아니다. 둘째, 사망의 결과가 발생해야 한다. 이미 피해자가 사망한 상태임을 모르고 행위자가 살인에 대한 고의를 갖고 행위한 경우는 불능범으로 취급한다. 살인죄의 실행의 착수가 있었고 아울러 자발적 중지는 결여되어 살인죄를 수행하는 객관적 행위로까지 이어졌으나 행위자의 자발성과는 무관한 독립된 조건상황으로 인하여 살인의 결과를 발생시키지 못한 경우이기 때문이다. 그러나 파기원은 이미 사망한 피해자를 향해 총격을 가한 행위자에 대해 고의에 의한 살인미수죄로 판결했다.[1593]

(3) 살인의 인과관계

살인죄가 성립되려면 고의살인의 객관적 요소로 행위자의 금지된 행위에 의해서 피해자의 사망이 직접적으로 발생하게 되었다는 행위와 결과 간의 인과관계가 입증되어야한다. 다른 범죄들과 마찬가지로 살인행위의 인과관계가 범죄성립을 위한 확실성의 조건이 된다.[1594]

1591) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°66, 71면.
1592) 공중보건법 제L.2222-2조에 따라, 불법낙태를 상시로 행하였을 경우는 5년의 구금형 및 75,000유로(€)의 벌금형을 부과하며 불법낙태죄의 미수범도 기수범과 같은 형으로 처벌한다.
1593) Cass. crim., 16 janvier 1986, JCP, 1987, II, 20774, note J. Pradel, arrêt Perdereau ; Cass. crim., 16 janvier 1986, *Bull. crim.*, n°25 ; Gaz. Pal., 15-17 juin 1986, note J.-P. Doucet.
1594) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°67, 72면.

2) 고살의 주관적 요소

살인죄는 고의범죄이므로 형사상 고의로 요구되는 일반고의와 특수고의 양자를 요한다. 일반고의(le dol général)는 막연하게나마 형사 법률의 위반을 인식하는 의욕 안에 존재하는 것이고, 특수고의(le dol spécial)는 개별적인 특수한 범죄결과를 산출해내려는 의욕으로부터 나온다. 살인죄와 관련하여서는, '살해하려는 의도(animus necandi)'를 특수고의로 볼 수 있는데 이는 살인죄와 가중폭행죄를 구분 짓는 기준이 된다. 살인의 동기가 이익추구든, 도발에 의하든, 고통을 줄이기 위해서든 피해자에게 죽음을 주겠다는 의욕이 나타나는 한 구분 없이 살인죄는 구성된다. 살인행위에 있어서 피해자에 대한 착오도 살인죄의 구성에 영향이 없다. 안락사에 대한 동기도 원칙적으로 '동기의 무관원칙'에 따라서 특히 구 형법전 하에서는 고살 또는 모살죄로 소추되고 처벌되었다.[1595] 유럽인권법원(la Cour européenne des droits de l'homme(CEDH))은 'Pretty c. Royaume-Uni' 판결[1596]에서, '제3자 또는 공권력의 도움을 받아 스스로 안락사하고자 권리를 유럽인권협약 제2조로부터 도출할 수는 없다'고 하여 안락사와 관련한 생명권의 존엄을 재확인하였다. 그러나'동기의 무관원칙'은 헌법적 가치를 지니는 것은 아니기에 입법자가 예외를 설정할 수는 있다. 2005년 4월 22일자 이른바 'Leonetti법'[1597]에서 생명유지장치의 기술적 중단을 뜻하는 소극적 안락사(l'euthanasie passive)를 허용하여 생명권의 제한에 대해 법적 정당화 사유를 허용했다. 그러나 적극적 안락사(l'euthanasie active)는 여전히 고살죄 또는 예모가 수반되면 모살죄에 해당한다. 입법자가 소극적 안락사에 대해 법적 정당화사유로서 허용한다는 의미는 개인적 견지 보다는 공동체적 견지에서 허용한 것이라 할 수 있다. 이는 생명에 대한 절대적 존중을 의미하는'동기의 무관원칙'을 져버렸다기보다는 자유화에 더 우호적인 사회적 맥락에서 생을 마감하는 특수한 자유영역을 용인한 것으로 보아야 할 것이다.[1598]

1595) Toulouse 9 août 1973, D. 1974, 453면 ; 그렇지만 비교적 최근의 사례에서는, 리옹의 항소법원(la cour d'appel de Lyon)은 사경의 빠져있는 배우자를 방치한 83세의 노인에게 1년의 구금형 및 집행유예를 선고한 1심법원의 판결을 뒤집고 석방하였다(Lyon, 10 nov. 2016, n°16/01228).

1596) CEDH 29 avril 2002, Pretty c. Royaume-Uni, JCP 2003, II, 10062, note Girault.

1597) '환자의 권리와 임종에 관한 법률'안을 발의했던 당시 하원의원이었던 Jean Leonetti의 이름을 딴 법률이다. Loi n°2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie(JORF n°95 du 23 avril 2005, 7089면).

1598) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°69, 73면.

3) 고살에 대한 제재

(1) 가중보통살인죄의 형벌

고살에 해당하는 보통살인죄는 형법 제221-1조에 의해 징역 30년에 처한다. 그러나 동법 제221-4조에서 규정한 살인죄의 가중상황에 해당하게 되면 무기징역에 처한다. 다른 범죄와 경합되어 범한 살인죄는 동법 제221-2조에 의해 가중된다. 동법 제221-2조 제1항은, "다른 중죄의 실행행위의 전후에 또는 실행행위 중에 고의로 사람을 살해한 자는 무기징역형에 처한다"고 규정한다. 또한 동법 제221-2조 제2항은, "경죄의 준비 또는 실행의 편의, 경죄의 정범 또는 공범의 도주 또는 처벌의 회피를 목적으로 고의로 사람을 살해한 자는 무기징역형에 처한다"라고 규정한다. 이처럼 이 두 경우 모두 법정형이 무기징역으로 상향된다. 이 가중살인죄규정을 통해 과거의 관대했던 실체적 경합범 처벌에 대한 예외를 제공한다.[1599]

형법 제221-4조는 살인의 피해자, 동기, 행위자의 죄질 등에 따르는 여러 가중살인의 상황을 열 가지로 규정하여 무기징역형으로 가중 처벌한다. 첫째, 피해자가 15세 미만의 미성년자인 경우이다. 둘째, 피해자가 법률상 또는 사실상의 직계존속이거나 양부 또는 양모인 경우이다. 셋째, 피해자의 연령, 질병, 불구, 신체 및 정신적 장애 또는 임신으로 인하여 특별히 취약함이 명백하거나 행위자가 알면서 범죄행위를 한 경우이다. 넷째, 피해자가 사법관, 배심원, 변호사, 공무종사자, 국립 군경찰소속의 군인, 국립경찰공무원, 세관 또는 교정공무원 또는 기타 공권력기관원, 직업 또는 자원소방관, 건물 또는 부동산단지의 경비원, 국토보안법전 제271-1조의 규정에 의거하여 사용되는 건물의 감시 또는 경비의 직무를 수행하는 종사자의 경우, 단 피해자의 신분이 명백하게 알 수 있거나 행위자가 알고 있는 때에 한한다. 다섯째, 피해자가 교원 또는 교육시설에서 근무하는 교직원, 대중교통기관의 근무자 또는 보건의료담당자 및 공공사무담당자의 업무수행 중인 경우, 단 피해자의 신분이 명백하게 알 수 있거나 행위자가 알고 있는 때에 한한다. 여섯째, 피해자가 상기의 넷째와 다섯째에 언급된 자의 배우자, 직계존속 및 비속의 경우 또는 이 사람들에 의해 수행되는 직무를 이유로 주거지에서 상시 같이 생활하는 다른 모든 사람의 경우이다. 일곱째, 범죄에 관한 증언, 고소·고발, 부대사소의 신청을 방해할 목적이거나 증언, 고소·고발이나

1599) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°71, 74면.

부대사소신청을 한 것을 이유로 증인, 피해자 또는 부대사소신청인에 대하여 범죄를 범하는 경우이다. 여덟째, 범죄조직으로 행동하는 수인에 의한 경우이다. 아홉째, 피해자의 배우자 또는 동거인 또는 피해자의 동반계약배우자[1600]에 의한 범죄의 경우이다. 열째, 결혼 또는 결합의 체결에 반대하는 자를 대상으로 범죄를 하는 경우이다.

또한 형법 제132-76조과 동법 제132-77조에 의해서, 피해자의 "민족, 국가, 인종 또는 특정 종교에의 소속 또는 비소속이라는 진실 또는 추측"에 의한 살인행위 또는 "피해자의 성적 정체성이나 성적 성향에 대하여 진실 또는 추측"에 의한 살인행위는 행위자를 무기징역으로 가중처벌한다.

(2) 가중보통살인죄의 보안처분기간

아울러 형법 제221-4조 제2항에서는 상기에서 열거한 가중살인죄의 경우들에 대한 보안처분기간을 규정한다. 그 내용은, "보안처분기간에 관한 제132-23조 제1항 및 제2항의 규정은 본조의 죄에 적용한다. 다만, 피해자가 15세 미만의 미성년자인 경우와 실행행위 전이나 실행행위 중에 피해자에 대하여 강간, 고문 기타 야만행위를 한 경우 또는 살인이 조직범죄의 형태로 사법관, 국립경찰공무원, 국립 군경찰소속의 군인, 교정공무원 또는 기타 공권력행사기관원이 업무수행 중 또는 업무에 기인하는 경우, 중죄법원은 이유를 부기한 특별결정으로 보안처분기간을 30년까지 연장하거나 무기징역형 선고시 제132-23조에 규정된 형집행절차상의 어떠한 은전도 부여되어서는 안 된다는 취지의 결정을 할 수 있다. 특별사면에 의하여 감형되는 경우에 보안기간은 사면령에서 다르게 정하는 경우를 제외하고는 보안처분기간은 감형 후 형기와 동일하다"와 같다.

4) 고살의 정당화사유

고살의 객관적 형사책임 조각사유 또는 정당화사유는 형법 제122-1조에서 규정하는 심신장애인, 동법 제122-2조의 강요된 행위, 동법 제122-3조의 법률의 착오, 동법 제122-8조에의 형사미성년자와 같은 행위자에 대한 개별적·주관적 책임조각 또는

1600) '시민연대계약(Le pacte civil de solidarité(Pacs))'은 프랑스에서 시행 중인 공동의 동반생활을 영위하기 위해 혈족이 아닌 두 이성 또는 동성인 성인간의 민사계약결합제도이다("Pacte civil de solidarité (Pacs)", https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/N144 (2020년 10월 31일 최종검색).).

감경사유가 아니라 범죄행위와 관련된 형사책임의 객관적 사유를 말한다. 이 정당화 사유는 행위가 범죄로서의 모든 요소 즉 법정요소, 객관적 요소, 주관적 요소를 갖추어 범죄가 성립된다고 보이지만 상황적으로 정당성을 부여할 수 있거나 기소를 결정하기 힘들게 만드는 적법한 경우를 말한다. 이에 반해 상기의 행위자에 대한 주관적 책임조각사유들은 처음부터 범죄성립을 불가능하게 한다.[1601]

(1) 정당행위의 경우

고살 또는 살인의 정당화사유로는 형법 제122-4조에서 규정하는 정당행위를 든다. 본조에 따르면, 이른바 형사법령 즉 '법령에 의한 행위' 또는 '적법한 공권력기관의 지시'에 따른 살해는 살해행위일지라도 정당화된다.

① 법령에 의한 행위(L'ordre de la loi)

형사상 면책의 객관적 사유인 법령에 의한 행위는 법령으로부터 요구되거나 허가되는 행위를 의미하는 것으로 형법 제122-4조 제1항에서, "법률 또는 명령에 의하여 지시되거나 허용된 행위를 한 자는 형사상 책임이 없다"라고 규정한다. 이를테면, 의사는 환자의 고통을 완화하게끔 하는 치료를 처방하여야하는데, '생명단축을 수반하는 처치(공중보건법 제1110-5-3조)'로 사망의 결과를 발생시킨 경우, 의사는 범죄를 저지른 것이 아니다.[1602] 그렇지만 정당화사유가 되려면 두 가지 조건이 충족되어야 한다. 먼저 법률 또는 명령이 존재해야 하고, 또 한편으로는 그 행위가 정당화될 수 있는 행위여야 한다는 것이다. 구 형법전 제327조에서는 법령에 의한 행위로서의 정당화사유를 '살인과 상해'만으로 제한하였으나, 판례에서 이를 일반적 정당화 사유로 인정하였고, 신형법전이래 모든 형사범죄에 있어서 범죄행위의 특성이나 정도에 관계없이 법령이 명하거나 허락한 사항인 경우에 한하여 정당화 사유로 인정된다. 물론 이러한 형사상 면책에 이르는 정당화사유인 법령에 의한 행위의 경우에도 두 가지 한계가 존재한다. 첫째의 한계는 행위자에 의해 행해진 위법적 행위가 법령에서 명하거나 허락한 범위 또는 한계를 초과해서는 안 되는 것이다. 예를 들어, 형소법 제706-75조에 의해 명령으로 정하는 조직에 관한 사항에 따른 검사의 허가를 얻지

1601) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°76, 77면.
1602) Philippe Conte, Droit pénal spécial, 6e éd., LexisNexis, 2019, n°51, 38면.

않은 범죄수사에 침투된 경찰관이 범죄를 저지른 경우라면 형사소추가 가해질 수 있다. 둘째의 한계는 판례상 더 많은 요구가 이루어지는 필요성과 비례성에 대한 한계이다. 판례는 법령에 의한 행위라 할지라도 필요성과 비례성의 결핍을 이유로 정당화사유의 인정을 거부하는 태도를 보인다.[1603]

② 공권력기관의 적법한 지휘(Le commandement de l'autorité légitime)에 의한 행위

법령에 의한 행위와 함께 정당행위의 한 종류로 형법 제122-4조 제2항에서, "공권력기관의 적법한 지휘에 의한 행위를 완수한 자는 형사책임을 지지 아니한다. 다만, 그 행위가 명백하게 위법한 경우에는 그러하지 아니하다"라고 규정한다. 만약 경찰관이 그의 상관의 명령에 따라 범인체포에 착수하는 경우처럼 공권력기관의 적법한 지휘가 법령에 의한 행위와 결합이 되면 이 역시 독립된 정당화사유로 언급될 수 있다. 그러나 명백하게 불법은 아닌 상태에서 공권력기관의 지휘에 따른 행위를 했을 경우에도 면책이 아니라 범죄성립이 될 수 있는 한계상황이 존재한다.[1604]

(2) 정당방위(La légitime défense)의 경우

정당방위는 역사상 형사면책의 객관적 사유 중 가장 널리 알려진 것이다. 자연법사상에서 비롯된 정당방위는 로마법 이래 방어행위의 절제를 도입한 기독교적 사상에도 불구하고 엄격한 조건을 받아들여 교회법상으로도 인정될 수 있는 형태로 유지되었다. 그 후 1791년 형법전 제6조에서 자기 또는 타인의 정당방위의 필요에 의해 불가피하게 명령된 정당방위는 살인 또는 상해에 있어서 정당화사유가 된다고 규정되었고, 1810년 형법전 제328조에서도 "자기 또는 타인의 정당방위의 실질적 필요성에 의해 살인 또는 상해가 명령된 경우에는 그 어떤 중죄니 경죄가 성립되지 않는다"라고 규정하여 정당화사유로 유지하였다. 현행 신형법 제122-5조 제1항은, "자기 또는 타인에 대한 부당한 침해에 직면하여 그 즉시 정당방위의 필요성에 의한 행위를 한 자는 형사상 책임이 없다. 다만, 사용된 방위수단과 침해의 중대성 사이에 불균형이 있는 경우는 그러하지 아니하다"고 규정한다. 아울러 신형법 제122-5조 제2항은, "재산에 대한 중죄 또는 경죄의 실행을 저지하기 위하여 고의살인(l'homicide volonataire)[1605]

1603) CEDH 17 avril 2014, AFFAIRE GUERDNER ET AUTRES c. FRANCE (Requête no 68780/10)
1604) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°79, 79면.

이외의 방위행위를 하는 자는 형사상 책임이 없다. 이 경우 방위행위는 사용된 수단이 범죄의 중대성에 비례하여야 하며 추구된 목적을 위하여 엄격하게 필요한 것이어야 한다"고 하여 사람에 대한 침해 외에 재산에 대한 침해에 대해서도 엄격한 조건 하에서의 정당방위를 인정한다. 이러한 정당화사유로서의 정당방위는 불법적 폭력에 맞서서 대항하는 모든 사람의 방위를 보장하기 위해서 불가피하게 필요한 힘을 동원하다가 그로 인해서 사망이 발생한 경우에는 유럽인권보호조약(la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme(CESDH)) 제2조에서 요구하는 '생명권(le droit à la vie)'에 대한 침해가 아니라고 할 수 있다. 아울러 정당방위는 사회적 유용성에 기반을 두고 한 사회의 상태를 발현한다. 범죄로부터 시민을 보호하는 역할이 오로지 국가에게만 부여된다면 이러한 보호는 약하기도 하지만 신속함의 차원에서도 부족하다고 할 수 있기에 현재적 침해 또는 위험에 처한 개인은 스스로 자기를 방위할 권리와 의무를 갖는 것이다.[1606]

(3) 피해자승낙의 독자적 정당화사유가 결여된 경우 : 안락사(l'Euthanasie)의 예

형법은 범죄를 행하여 사회적 혼란을 야기한 행위자에게 사회 내 공익 작용인 형벌 또는 보안처분을 적용하여, 이를 통해 그 혼란을 억제하려는 목적성을 지닌다. 그러므로 형법의 개입은 사적 이익을 드러내는 피해자의 승낙에는 무관심한 상태여야 한다. 그러한 의미에서 법원은 원칙적으로 피해자의 승낙이나 습관적 관용, 피해자의 용서에 관계없이 범죄는 성립된다는 것을 확인한다. 형사상 억제는 피해자의 개별이익이 아니라 사회의 공익을 보호하기 위한 것이다. 안락사문제는 범죄성립의 정당화사유에 대해 피해자의 승낙이 없는 경우의 예를 제공한다. 안락사는 비록 환자가 자신의 죽음에 대해 의식이 있는 상태에서 동의를 하였다할지라도 일반적 정당화사유가 되지 않는다. 그러나 2005년 4월 22일자 'Leonetti법'[1607]에 이르러 법령에 의한 행위[1608]로서의 환자의 치료거부를 인정하였다. 또한 2016년 2월 2일자 환자와 사망이 임박한

1605) 여기서 고의살인(l'homicide volonataire)은 우리 형법과 비교하면 '살인'을 지칭하는 것으로 형법전에서 규정하는 보통살인을 의미하는 고살, 가중살인, 모살, 독물투여살인 등을 모두 포함하는 넓은 개념으로 봐야할 것이다.

1606) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°80, 80면.

1607) Loi n°2005-370 du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie(JORF n°95 du 23 avril 2005, 7089면).

1608) 공중보건법 제1111-10조는 사기가 임박한 환자의 치료중단방식을 규정하고 있다.

자를 위한 새로운 권리를 창설하는 법률은 재차 공중보건법의 제·개정을 통해 사망이 임박한 환자의 임종에 관한 권리와 의사로서의 책무를 부각시켰다. 즉 환자의 의사 및 의욕을 존중하면서 생명유지보완장치를 중단하였다면 살인죄의 죄책을 지지 않는다. 여기서의 정당화사유는 법령에 의한 행위이며 피해자의 승낙에 따른 것이 아니다. 이른바 '소극적 안락사'[1609]를 허용하는 것이고 치명적 약물 등을 직접 투여하여 사망에 이르게 하는'적극적 안락사'는 정당화사유가 될 수 없다. 이들 안락사를 제외한 나머지 영역에는 원칙적으로 독물투여죄의 적용이 문제된다.

3. 과실치사의 죄(L'homicide involontaire)

과실치사의 죄는 도로교통, 보건위생, 작업안전, 의료시술. 운동경기, 취미활동의 영역 등에서 상당수가 발생하고, 의무를 위반하여 사망의 결과를 발생시킨 행위자에 대해서는 형사처벌 외에도 민사상 회복을 추구하기 위해 손해배상소송 등 집단적 민사소송을 진행하기도 한다. 과실치사의 죄의 성립에 피해자를 향한 살해고의의 증거는 필요하지 않다. 개인에 대한 처벌의 적법성과 필요성은 의도적으로 형법을 위반하거나 간혹 명확하게 손해를 의도적으로 유발하는 경우에 정당성을 얻는다. 그러나 과실치사죄의 행위자는 경솔함과 태만으로 의무위반을 저질러 중한 결과를 발생시키기는 했지만 내면적으로 범죄 실현을 원하지도 않았고 형사법률의 위반을 추구하지도 않은 것으로 보인다. 프랑스 형법은 타인의 생명을 의도하지 않게 침해한 과실치사의 죄와 의도하지 않게 타인의 신체의 완전성을 침해한 과실치상의 죄로 구분하여 규율한다.[1610] 본 절에서는 과실치사의 죄에 대해서만 서술한다.

가. 과실치사죄의 법정 요소

과실치사의 죄의 일반적 규율은 형법 제221-6조 제1항에서, "형법 제121-3조의 요건 및 구분에 따라 과실로 인하여 또는 법령에 의한 안전의무나 주의의무를 경솔하게 또는 태만하여 타인을 사망에 이르게 한 행위는 과실치사죄를 구성하며 3년의

1609) '소극적 안락사'의 용어가 비록 자주 사용되기는 하지만 사실'생명유지보완장치의 중단'은 부작위가 아닌 작위이다.

1610) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°89, 92면.

구금형 및 45,000유로(€)의 벌금형에 처한다"고 규정한다. 동조 제2항에서는, "명백하게 의도적으로 법령에 의한 특별한 안전의무 또는 주의의무를 위반하여 타인을 사망에 이르게 한 경우는 5년의 구금형 및 75,000유로(€)의 벌금형에 처한다"라고 하여 가중형태의 과실치사죄를 규정한다. 자동차운전자가 유발한 과실치사죄는 2003년 6월 12일자 법률로 제정된 것으로, 형법 제221-6-1조를 통해, 육상자동차운전자가 형법 제221-6조에서 규정한 내용과 같은 과실 즉 "미숙(la maladresse), 경솔(l'imprudence), 부주의(l'inattention), 태만(la négligence), 안전에 관한 법령의무해태(le manquement à une obligation législative ou réglementaire de sécurité)"로 타인을 사망에 이르게 하면 5년의 구금형 및 75,000유로(€)의 벌금형에 처한다고 규정한다. 그밖에 개가 유발한 과실치사죄에 대해서도 2008년 6월 20일자 법률을 통해 형법 제221-6-2조를 제정하여, 개 소유주 또는 사건당시의 점유자가 형법 제221-6조에서 규정한 내용과 같은 과실로 타인을 사망에 이르게 한 경우를 독립적으로 규율하여 개 소유주 또는 점유자를 5년의 구금형 및 75,000유로(€)의 벌금형에 처한다. 과실치사죄로 기소를 할 경우 사안에 따라 육상자동차운전자 또는 개 소유주나 점유자를 우선적으로 파악하여 특수상황에서의 과실치사죄를 규율한 상기의 제221-6-1조 또는 제221-6-2조에 기초[1611]하게 되고, 그러한 특수상황에도 해당하지 않으면 과실치사죄의 일반적 조항인 형법 제221-6조로 의율한다.[1612]

나. 과실치사죄의 객관적 요소

1) 과실행위

과실치사죄는 '하지 말아야할 의무를 위반한' 작위뿐만 아니라 '해야 할 의무를 위반한' 부작위의 형태로도 나타난다. 고의 없는 경죄의 개념에 관한 2000년 7월 10일자 법률에서 작위와 부작위의 구분은 간접적으로 살펴볼 수 있는데, 형법 제

1611) 형법 제221-6-1조 또는 동법 제221-6-2는 육상자동차운전자 또는 개 소유주나 점유자의 일반적 과실치사죄에 대한 내용 외에도, 운전자의 무면허상태 또는 음주상태 하에서의 운전으로 인한 과실치사 등과 의무예방접종을 하지 않은 경우 또는 가혹행위를 행한 개 소유주나 점유자의 경우 등을 7년의 구금형 및 100,000유로(€)의 벌금형으로 가중하여 처벌하는 세부적 내용을 규율한다. 또한 동 조항에 의거, 가중처벌에 해당하는 사유가 2개 이상으로 중첩되는 경우에는 10년의 구금형 및 150,000유로(€)의 벌금형으로 재차 가중된다.

1612) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°96, 96면.

121-3조 제4항에서 규정한 “피해의 실현을 가능하게 한 상황을 만들었거나 그런 상황을 만드는데 기여한 자”는 작위범에 해당하고, “피해를 회피하기 위한 조치들을 취하지 않은 자”는 부작위범에 해당한다고 할 수 있다. 따라서 과실치사상죄를 구성하는 결정적 요소는 대부분 부작위로 나타난다. 특히 개의 공격행위로 인한 과실치사죄 사례를 보면, 형사상 책임은 동물인 개에게 있는 것이 아니라 개줄 착용을 제대로 하지 못한 개 소유주 등의 부작위를 중심으로 판단하기 때문에 이러한 요소를 잘 알 수 있다.[1613]

2) 사망의 결과

과실치사상죄는 범죄의 결과발생을 필요로 하는 결과범이므로 미수로는 소추되지 않는다. 사망의 결과와 관련된 판례로, 교통사고를 당한 임신부가 6개월 된 태아를 잃은 사건에서 교통사고행위자는 태어날 아기에 대한 과실치사죄로 기소되었다. 이에 대해 2001년 6월 29일 파기원 전원합의체판결은 “형사법률 엄격해석원칙을 내포하는 죄형법정주의는 형법 제221-6조가 규정하는 과실치사죄에 배아 또는 태아형태의 태어날 아기의 경우를 포함시키는 것을 반대한다”라고 판시[1614]하였다. 파기원은 태아 사망을 야기한 사실을 형사법률 엄격해석원칙의 이름으로 형법 제221-6조의 과실치사죄의 영역에 포함시키는 것을 반대한 것이다. 이러한 판결의 내용은 추후에도 여러 차례 다른 파기원 판결[1615]로 확인되었다. 2003년 12월 2일 파기원 판결은 임신 8개월의 임신부가 교통사고를 당하여 사고당일 제왕절개수술로 아기를 낳았으나 태어난 지 한 시간 만에 사망한 아기에 대해 과실치사죄를 인정하여 유죄 판결하였다.[1616] 이 판결의 내용은 2001년 6월 29일 파기원 전원합의체판결과는 상치되는 태도를 보인다. 이 판결로 보아, 살아서 출생한 아기의 경우는 과실치사죄의 피해자가 될 수 있다는 것이다. 아기는 살아서 태어났기 때문에 차후에 계속 생존할 수는 없더라도 과실치사죄의 객체인 타인이라는 피해자로서의 요건은 갖추었던 것이다. 판례가 사용하는 사람의 시기인 출생의 기준은 명확하다. 즉 아기가 살아서 출생을 하였다면

1613) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°98, 97면.
1614) Cour de cassation, Assemblée plénière, n°de pourvoi : 99-85.973, *Bull. crim.*, 2001 n°165, 546면.
1615) Cass. crim., 25 juin 2002, *Bull. crim.*, n°14 ; Cass. crim., 4 mai 2004, *Bull. crim.*, n°10.
1616) Cass. crim., 2 décembre 2003, *Bull. crim.*, n°226.

존재했던 시간의 장단에 관계없이 사람이기에 과실치사죄의 피해자가 되는 것이고, 아기가 살아서 출생을 하지 못하였다면 태아의 생명유지가능성에 관계없이 과실치사죄의 피해자가 될 수 없는 것이다.[1617]

3) 과실과 사망사이의 인과관계

금지된 행위와 도출된 결과 사이의 인과관계를 나타낼 수 있어야 한다. 범죄가 성립하려면 이러한 인과관계는 직접적이건 간접적이건 늘 확실히 존재해야한다. 과실치사의 원인으로 작용한 것이 직접적 인과관계인지 간접적 인과관계인지의 여부에 관한 판례로 2014년 1월 21일 파기원 판결이 있다. 이 판결은 개 소유주가 출타 중이었는데 개 여러 마리가 집의 정원에서 목줄이 없는 상태로 있다가 도로를 통행하던 이웃주민에게 달려들고 심하게 물어서 결국 사망에 이른 사건이다. 본 사건의 항소심에서는 평상시에 개 소유주는 닫혀있는 개 사육장에서 관리를 하여왔고 사건당일에 출타 중이었으므로 인과관계는 간접적이며 개 소유주가 법령에서 예정하는 안전에 관한 특별의무를 위반하였다거나 또는 정형화된 과실을 부여할 수 없다고 하여 무죄석방하였다. 이에 대해 파기원에서는, "자신이 관리하는 개가 타인을 물어 피해를 입힌 것은 통제를 가하여 목줄을 착용하도록 해야 하는 개 소유주의 태만에 따른 과실이며 이러한 인과관계는 직접적이다"라고 판시하여 항소심판결을 파기했다.[1618] 즉 개 소유주의 태만으로 인한 과실은 자신의 동물을 충분히 감시 또는 통제하지 않은 것으로서 이 과실은 피해자의 사망원인에 직접적으로 연관되었다는 것이다.

의료적 형사책임에 있어서의 인과관계의 확실성을 인정하는 것은 특히 어려운 문제이다. 자동차운전자가 횡단보도에서 보행자를 상대로 경미한 사고를 내어 검진을 위해 병원으로 데려간 후 피해자는 병원 내 감염으로 인하여 며칠 후 사망한 사건에 대해, 항소심에서는 행위자의 행위와 발생한 사망의 결과가 비록 간접적 인과관계이지만 정형화된 과실에 해당하는 것으로 보아 과실치사죄의 죄책을 인정하였다. 이에 대해 2004년 1월 30일 파기원 판결은 항소심이 병원 내 감염이 피해자의 사망에 유일한 인과관계인지 또는 아닌지의 여부를 가리지 못했다는 점이 결국 최초 보행자

1617) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°99, 100면.
1618) Cass. crim., 21 janvier 2014, *Bull. crim.*, n°17.

의 상해와 사망 간 확실한 인과관계의 존재성을 확립하지 못한 것으로 이어졌다고 보아 항소심판결을 파기하였다.[1619] 이 판결은 병원 내 감염을 개별적인 특성으로 파악했다고 설명할 수 있을 것이다. 병원 내 감염 자체가 환자의 최초 상해상태나 그 이후의 진전 상황과는 연관이 없으며, 사망의 배타적 원인을 형성할 수 있다는 것이다.[1620]

다. 과실치사죄의 주관적 요소

과실치사상죄를 구성하는 주관적 요소로서 고의는 누락되지만 위법적인 '비고의적 책임(La faute non intentionnelle)'의 입증을 필요로 한다. 세부적으로 행위자의 일반과실책임으로 고의가 아닌 즉 비고의적 책임을 이루는 경우가 있으며, 정형화된 과실책임 또는 타인을 확실한 위험에 처하게 한 과실책임과 같은 중과실책임을 통해서 비고의적 책임을 이루는 경우가 있다.[1621]

1) 일반과실책임(La faute d'imprudence ordinaire)

일반과실책임을 정의하기 위해 형법 제121-3조 제3항은, "경솔, 태만 또는 법령에 규정한 신중 또는 안전의무해태"를 사용한다. 이러한 세 가지 경우가 일반과실책임을 나타내는 것은 사실이지만 서로 명확하게 구분되는 것은 아니다. 또한 과실책임이 결과책임인 것을 고려하면 반드시 명확하게 구분되어야 할 것도 아니다. 과실책임을 정형화하려해도 예측불능인 경우가 많아서 행위자의 사회적 준칙의 미준수가 드러나면서 행위로 이어지는 요인으로 볼 수 있다. 그래도 이러한 과실책임의 가능한 한 구체화를 시도한 것은 1996년 5월 13일자 법률인데 '행위자 자신이 보유하는 권한과 수단은 물론 필요한 경우 능력, 직업, 사명 등을 고려하여 자신이 지켜야하는 정상적인 준수사항을 이행하지 않은 상태'인 경우에는 법원이 행위자의 단순과실책임으로 인정할 수 있다고 규정한다. 그러나 이 법률에 의한 해결 역시 제한적인 것이며 파기원은 판결법원의 법관에게 과실책임 관련사건마다 판결이유에 부합하는 각각의 이른바

1619) Cass. crim., 5 octobre 2004, n°de pourvoi : 03-86.169, *Bull. crim.*, n°230, 827면.
1620) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°100, 102면.
1621) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°102, 104면.

새로운 과실책임공식을 재창출할 것을 요구한다. 따라서 개별사건에서의 단순과실책임의 입증은 비교적 수월하게 이루어진다.[1622]

2) 중과실책임(Les fautes d'imprudence qualifiées)

2000년 7월 10일자 법률에서 범죄결과를 초래한 행위자의 인과관계가 직접적이지 않은 간접적 경우에는 일반과실이 아닌 중과실인 경우에 한하여 형사책임을 진다는 것을 명확히 하였다.[1623] 이러한 중과실은 형법 제121-3조에 의해서, '타인을 확고한 위험에 처하게 한 과실책임'과 '정형화된 과실책임(la faute caractérisée)'의 두 가지 형태로 나뉜다.

(1) 확고한 위험에 처하게 한 과실책임(la faute de mise en danger délibérée)

형법 제121-3조에 규정한 '확고한 위험에 처하게 한 과실책임'은 바로 그 규정에서 표현하는 바와 같이 '법령에서 규정하는 신중 또는 안전의 특별의무를 명백하게 확고한 방식으로 위반하는 것'을 뜻한다. 즉 첫째로, '법령에서 규정하는 신중 또는 안전의 특별의무위반'이라야 한다. 행위자가 단순히 일상적 행동을 하는 와중에 발생한 과실이라면 그러한 과실을 가지고 중과실의 한 종류에 해당하는 타인을 확고하게 위험에 처하게 한 과실이라고 하기는 어려울 것이다. 이 점에서 일반과실책임과 차이를 보인다. 그리고 단순히 법령위반이라는 점만으로 중과실이 되는 것이 아니라 상황에 따른 개별적으로 판명된 의무위반에 한한다. 판례는 도로교통법상 개별법규 위반을 확고한 위험에 처하게 한 과실책임으로 판단한다. 그러나 지자체의 시장이 일반적으로 행하는 해당 지자체의 안전에 관한 감시의무를 과실책임에 해당한다고 보는 것은 아니다. 둘째로, '명백하게 확고한 방식의 위반'이어야 한다. 따라서 여기서는 이른바 형법 제121-3조로 나타나는 '우발적 고의(le dol éventuel)'로 위험채택을 감수내지 감행하겠다는 내심의 의사가 필요하다. 중과실행위자가 그의 행위로 말미암아 빚어질 결과에 대한 인식여부는 중요하지 않다는 것이 판례의 입장이다.[1624] '확고한 위험에 처하게 한 과실책임'을 입증하는 것은 용이하지 않다. 법원에서 판시한 과실책임에 대한

1622) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°103, 105면.
1623) Marie-Christine Sordino, Droit pénal général, 6e éd., ellipses, 2016, 150면.
1624) Cass. crim., 16 février 1999, *Bull. crim.*, n°2 ; RSC 1999, obs. B. Bouloc, 808면 ; RSC 1999, obs. G. Giudicelli-Delage, 837면.

설명이나 채택기준은 많지 않고, 주로 '정형화된 과실책임'으로 중과실의 주관적 요소를 삼는 경향이 있다.[1625]

(2) **정형화된 과실책임**(la faute caractérisée)

중과실의 주관적 요소는 위의 '확고한 위험에 처하게 한 과실책임'과 아울러 '정형화된 과실책임'을 꼽는다. 행위자의 행위가 과실치사상죄의 직접적 인과관계가 아닌 간접적 인과관계에 있더라도 중과실을 범하여 피해자에게 치사상의 결과를 발생시키면 형사상 죄책이 인정된다. 이러한 원칙은 ① 확고한 위험에 처하게 한 과실책임을 필요로 하는 3개월 이하의 노동 불능을 초래하는 과실행위를 처벌하는 형법 제222-20조와 ② 중대한 안전규칙위반에 의한 상해를 제5급 위경죄의 벌금형으로 처벌하는 형법 제R. 625-3조를 제외하고는 과실치사상죄 전반에 적용된다. '정형화된 과실책임'은 반드시 법령상의 의무위반이어야 할 필요는 없고 일상의 규칙위반에서부터 기인할 수 있다. 만약 법령상의 의무위반이 있다면 그것이 바로 정형화된 과실책임이라고 하기보다는 정형화된 과실책임을 유발한 것에 대한 입증이라고 하는 것이 더 정확할 것이다. 중과실개념을 정리한 2000년 7월 10일자 법률 이후 판결을 보면 정형화된 과실책임은 세 가지 요소를 모두 갖추어야한다. 첫째, 경미한 책임을 제외한 어느 정도의 중대성을 지닌 과실이어야 하고 둘째, 타인을 사망이나 상해의 특별한 정도의 위험에 노출시켜야 하며 셋째, 가장 중요한 것으로 행위자가 자신의 행위로 타인에게 위험을 가져올 것이라는 것을 모를 수가 없어야 한다. 예를 들어, 2003년 3월 4일 파기원판결에서는 자동차정비소주인이 너무 노후화된 타이어가 장착된 자동차를 타인에게 빌려주어 사고로 이어진 경우 자동차정비소주인은 직업상 그에 따른 중대한 위험을 마땅히 알았을 것으로 보아 정형화된 과실책임을 인정하였다.[1626] 2016년 6월 28일 파기원판결에서는, 지역축제에서 공기를 불어넣은 푹신한 구조물인 미끄럼틀에서 아이가 놀다가 추락한 사고의 직접적 원인으로 지반에 닿아있는 미끄럼틀 균형의 하자와 애초 기울진 지반위에 미끄럼틀의 위치선정을 한 잘못, 놀이기구감독 인원의 부족을 꼽았다. 해당지자체의 문화행사주무관이 본 지역축제를 담당하였는데, 놀이기구회사소속의 모니터링요원의 만류가 있었음에도 도랑이 근처에 위치하고 약

1625) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°106, 107면.
1626) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°107, 109면.

간 기울어진 경사면의 대지위에 놀이기구를 설치하도록 하였고, 설치당일에는 현장에 직접 참석하였다. 사고 직후 해당 지자체와 문화행사주무관은 과실치상죄로 기소되었다. 항소심은 양자의 형사책임을 인정하였고 특히 모니터링요원의 조언을 들었던 간접적 인과관계에 있던 문화행사주무관이 미끄럼틀의 이용자가 특별한 정도의 위험에 노출되어있다는 것을 모를 리가 없었다고 보았다. 파기원 판결도 상고기각하여 '정형화된 과실책임'의 윤곽을 명확하게 하는 데 기여하면서 항소심판결을 재확인하였다.[1627]

4. 기타

가. 자살교사죄(La provocation au suicide)

1) 자살교사행위

자살교사죄의 관련조문은 자살행위자의 행위나 자살교사행위와 타인의 자살 간에 존재하는 인과관계에 대해 규정하지 않는다. 자살교사는 어떠한 수단으로든 이루어질 수 있다. 형법 제121-7조의 일반적 공범을 구성하는 교사처럼 '공여, 약속, 협박, 명령 또는 직권이나 권한의 남용'에 의하거나 자살의 방법을 알려주는 방법, 자살도구를 제공하거나 단순히 조언을 하는 방법 등 모두 포함된다. 이처럼 법문에서 교사의 태양에 대해서 침묵하므로 교사는 행사수단이 아니라 인과관계로 파악되어진다. 교사행위는 말 또는 글로 행해지는데, 고통을 벗어나기 위한 극단적인 수단에 대한 언급정도가 아닌 확실히 자살을 연상시킬 정도로 명확해야한다. 수동적으로 피교사자 입장에서의 자살교사행위를 정의하기는 더 미묘하다. 구체적인 교사대상과 장소가 정해진 개인적인 자살교사가 이루어져야 기소가 가능하다.[1628] 형법 제223-13조 제1항은 "타인으로 하여금 자살하도록 교사하여 자살에 이르게 하거나 자살행위에 착수하게 한 때에는 3년의 구금형 및 45,000유로(€)의 벌금형에 처한다"라고 규정한다. 동법 제223-13조 제2항에서는 "전항의 경우 피해자가 15세 이하인 때에는 5년의 구금형 및 75,000유로€)의 벌금형에 처한다"고 하여 15세 이하의 미성년자에게 자살을 교사할 경우에는 가중 처벌한다. 아울러 형법 제223-15조에서는 "언론이나 시청각매체에

1627) Cass. crim., 28 juin 2016, n°de pourvoi : 15-83.862, *Bull. crim.*, n°201.
1628) Philippe Conte, Droit pénal spécial, 6e éd., LexisNexis, 2019, n°31, 26면.

의한 보도를 수단으로 제223-13조 및 제223-14조에 규정된 죄를 범한 경우, 그 형사책임 있는 자의 결정에 관해서는 이러한 언론이나 시청각매체에 관한 법률의 특별규정을 적용한다"라고 하여 집합적 규모나 형태로 자살을 교사하는 행위에 대해 규율한다. 개인적으로 행해진 자살교사에 비해 언론이나 방송 등의 미디어매체를 통한 자살교사의 경우는 협소하게 목적을 지향해야하며 반드시 이러한 교사행위 후 자살이 뒤따라야하는 것도 아니다.[1629]

2) 자살피교사행위

자살에 대한 피교사행위라고 하려면 자살행위로 이어지거나 적어도 자살미수행위가 뒤따라야 한다. 그러면 총기의 구입이나 유서의 작성 등 어떤 행위와 시기부터 자살미수의 시작으로 보아야하는 가하는 문제가 있다. 자살의 실행의 착수가 있은 후 제3자에 의해 자살행위가 중단된 경우이면 결과적으로 자살교사자에 대한 처벌을 할 수 있을 것이다. 그러나 자살기도자가 마지막순간에 계획된 자살행위를 취소 또는 중단하면 자살교사자의 교사행위에 대한 처벌도 면하게 될 것이다.[1630]

나. 독물투여죄(L'empoisonnement)

독물투여죄에 대하여는 형법 제221-5조 제1항에서, "사망을 초래하는 물질을 사용하거나 투여하여 타인의 생명에 위해를 가하는 행위는 독물투여죄에 해당한다"라고 규정한다. 생명침해를 하는 것이 살인죄라면 독물투여죄는 생명에 대한 테러행위라는 점에서 차이를 보이고, 독물투여죄는 객관적 요소로서의 특별한 살인행위의 증명을 필요로 하지 않는다. 아울러 이 독물투여죄는 형법 제222-15조의 타인의 신체적 또는 정신적 완전성을 침해하는 유해물질의 투여라든지 치명적이진 않지만 유해한 물질의 투여와 혼동하지 않아야 한다.[1631]

1629) TGI Paris, 16e ch., 11 avril 1995, JCP, 1996, II, n° 22729, obs. I. LUCAS-GALLAY.
1630) Philippe Conte, Droit pénal spécial, 6e éd., LexisNexis, 2019, n°34, 27면.
1631) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°82, 83면.

1) 독물투여죄의 객관적 요소

(1) 독물투여행위의 구비

독물투여행위는 확실한 행위증거를 요하는 작위행위이다. 고살 등 살인죄와는 달리 입법자에 의해 법문에 "사망을 초래하는 물질을 사용하거나 투여하여"라고 실제 행위 구성요건이 서술되어 있다. 조문에 사용된 용어의 일반성에 따라 사용과 투여의 모든 방식이 포함될 수 있으므로 예를 들어, 섭취, 흡입, 주사, 빛 또는 전파의 방사 등이 동원될 수 있다. 사용 또는 투여되는 물질에 대해 마찬가지로 모든 가능성을 열어놓는다. 세계 제2차 대전 당시의 가스실에서의 독물투여행위 뿐만 아니라 박테리아, 바이러스, 방사성물질에서 나온 방사선 등이 모두 독극물에 해당할 수 있다. 또한 입법자는 반드시 살해행위를 산출하는 독물투여행위만을 규율하는 것이 아니라 사망의 결과를 가져올 정도로 타인의 생명에 위해를 가하는 행위를 독물투여행위로 규정한다. 단 한 번의 맹독성의 독물투여 뿐만 아니라 약한 독물을 여러 차례에 걸쳐 지속적으로 투여한 행위도 본조의 독물투여에 해당한다.[1632]

(2) 독물투여의 결과무관

독물투여행위는 형법 제221-5조에서 규정한 바와 같이 '타인생명에 위해를 가하는' 행위이므로 그러한 행위를 가하였다면 실질적인 범죄결과와 무관하게 처벌되는 형식적인 범죄이다. 1958년 2월 5일 파기원의 판례에서, 우물에 독물을 투여한 사건에 대해 비록 피해자가 우물물을 마시지 않았다고 하더라도 독물투여죄의 미수에 해당하는 것으로 보았다. 독물투여죄의 미수는 살인죄와 같은 실질범 또는 결과범의 예비행위에 해당하는 것으로 보아 '기도된 독물투여행위는 미수의 미수'[1633]로 볼 수 있다고 한다.

2) 독물투여죄의 주관적 요소

(1) 일반고의(le dol général)

독물투여죄 행위자의 일반고의는 투여하는 물질이 독극물이라는 것과 자발적인 투여를 인식하는 것이다. 따라서 치명적인 물질임을 모른 채 자발적인 투여를 하였다

1632) Cass. crim., 5 février 1958, *Bull. crim.*, n°126.

1633) Alain Prothais, Plaidoyer pour le maintien de l'incrimination spéciale de l'emprisonnement, Dalloz. 1982, Chron. 108면.

면 그것은 독물투여행위가 아니다.

(2) 특수고의(le dol spécial)

독물투여죄가 형법 제221-5조에 따라 피해자를 살해하겠다는 의욕을 포함하는 것은 아니고 결과발생여부에 좌우되는 것도 아니므로 상기의 일반고의만으로 주관적 요소를 형성하기에 족하다고 보는 견해도 있다.[1634] 그러나 2003년 6월 18일 파기원 판결에서, '독물투여죄는 행위자가 살해고의를 가지고 행위를 하는 경우에 한하여 독물투여죄와 여타의 생명침해범죄에 공통된 주관적 요소를 정형화할 수 있다'고 판시[1635]하여 독물투여죄는 특수고의의 입증을 요한다.

3) 독물투여죄의 처벌

독물투여죄는 구형법 제302조에 의해 사형에 처해졌으나, 1981년 10월 9일자 법률에 의한 사형폐지 후 1994년 신형법전 시행 전까지는 무기징역에 처해졌고, 현행의 형법 제221-5조에 의거하여 보통살인죄와 마찬가지로 30년의 징역형에 처한다. 또한 동조에 의해 독물의 투여가 다른 중죄의 실행행위의 전후 또는 실행행위 중이거나 예모에 의한 살인이나 형법 제221-4조에서 규정한 가중보통살인사유에 해당하는 때에는 무기징역형에 처한다.

다. 모살교사죄(Le mandat criminel)

2004년 3월 9일자 법률 제2004-204호에 의해 제정된 모살교사죄는 형법 제221-5-1조에서, "모살 또는 독물투여를 범하도록 타인에게 기부, 선물 또는 여하한 이득을 공여 또는 약속하거나 제안하는 행위는 이 중죄가 범해지거나 기도되지 않은 경우에도 10년 이하의 구금형 및 150,000유로의 벌금형에 처한다"라고 규율한다. 이 법은 살인의 피교사자가 살인죄를 행하지 않은 경우 공범 아닌 피교사자를 처벌하기 위해, 즉 일종의 법의 흠결상태를 메우기 위해 제정된 규정이다. 위의 규정에서 살펴본 바와 같이 ① 징역형이 아니라 구금형에 처해 경죄에 해당하고, ② 결과를

1634) Yves Mayaud, Lorsque l'empoisonnement rejoint le meurtre, ou du faux débat sur l'*animus necandi*, RSC, 1999, 98면.

1635) Cass. crim., 18 juin 2003, n°de pourvoi : 02-85199, *Bull. crim.*, n°127, 483면.

요하지 않는 형식범인 모살교사죄의 내용을 객관적 요소와 주관적 요소로 구분하면 다음과 같다. 모살교사죄의 객관적 요소로는 첫째, 기부, 선물 또는 여하한 이득을 공여 또는 약속하거나 제안하는 행위가 필요하다. 둘째, 그러한 행위가 모살 또는 독물투여를 범하도록 타인에게 전해져야 한다. 셋째, 그러한 교사 이후 모살교사자의 의도와 다르게 그 어떤 범죄결과가 발생하지 않아야 한다. 다음으로 모살교사죄의 주관적 요소로 모살교사자는 피해자의 살해를 자신이 아닌 타인이 하도록 하겠다는 의사를 가져야 한다.[1636]

5. 소결

프랑스 형법상 사람의 생명침해와 관련된 범죄들에 대해 규율하는 형법상의 조문을 알아보고 그 법정요건과 개별범죄의 객관적 요소와 주관적 요소에 대해 기술하였다. 살인죄와 관련하여서는 기본적으로 '예모와 매복'의 개념이 동원되는 모살죄와 그러한 요소가 빠진 고살죄로 나누어 형법규정을 두고 있다. 아울러 형법 제221-4조에서는 살인죄의 피해자, 동기, 행위자의 죄질 등에 따라 가중살인죄의 개별상황을 열 가지로 세분화하여 무기징역형으로 가중처벌하고 있음을 확인하였다. 고살의 객관적인 형사책임 조각사유 또는 정당화사유로서 대표적으로 '법령에 의한 행위'와 '공권력기관의 적법한 지휘에 의한 행위'라 할 수 있는 형법 제122-4조의 정당행위와 형법 제122-5조가 규정하는 정당방위를 든다. 또한 정당화사유에 대해 피해자의 승낙이 없는 경우인 안락사의 허용여부는 2005년 4월 22일자 'Leonetti법'에 따라 '소극적 안락사'에 대해서는 법령에 의한 행위로서 환자의 치료거부가 인정되는 것을 확인하였다.

과실치사죄의 경우 살인의 고의는 없기 때문에 과실로 금지된 의무위반행위를 행하였다는 것과 타인의 사망결과 사이의 인과관계가 반드시 필요하다. 과실행위자의 이러한 인과관계가 직접적 인과관계이면 "경솔, 태만 또는 법령에 규정한 신중 또는 안전의무해태"와 같은 일반과실로도 발생사실에 대한 형사책임이 인정된다. 또한 과실행위자의 행위가 직접적 인과관계가 아닌 간접적 인과관계를 형성하였다면 일반과실책임이 아닌 중과실책임이 인정되어야 발생사실에 대한 형사책임이 인정된다는

1636) "Mandat criminel" https://justice.ooreka.fr/astuce/voir/574531/mandat-criminel (2020년 10월 31일 최종검색).

것이다. 따라서 과실치사죄의 경우에는 이러한 중과실의 입증이 중요하다. 중과실은 "확고한 위험에 처하게 한 과실책임" 또는 "정형화된 과실책임"으로 설명할 수 있다.

파기원 판례를 통해 법원은 중과실책임을 입증하기 위한 기준을 사안에 따라 개별적으로 판단한다는 태도를 확인하였다. 개인의 권리라기보다는 선택의 자유의 한 영역인 자살은 1791년 형법전 이래 형법상 처벌되지 않았지만 타인의 자살을 교사하는 행위는 형법 제223-13조에 의해 처벌되고, 15세 이하의 미성년자대상의 자살교사죄는 가중처벌된다. 범죄유형보다는 인과관계를 통해서 파악되는 자살교사행위는 언어나 글로서 전달이 되는데 이 경우 자살을 유발시킬 정도의 확실성이 필요하다. 한편 독물투여죄는 형법 제221-5조에 의해 보통살인죄와 마찬가지로 30년의 징역형에 처해지고, 독물투여가 다른 중죄의 실행행위와 함께 행해지거나 예모에 의한 살인이나 가중보통살인사유에 해당하는 경우에는 무기징역형으로 가중 처벌되기는 하지만 독살과 동일한 의미는 아니다. 독살을 포함하지만 '타인생명에 위해를 가하는' 독물투여행위만 요하고 살인의 결과를 요하지 않는 형식범이기 때문이다. 모살 또는 독물투여죄와 관련하여 형법 제221-5-1조는 제3자에게 이익을 공여하면서 모살 또는 독물투여죄를 교사하는 행위에 대해서 피교사자의 범죄의 실행여부를 떠나서 교사자를 처벌하는 것을 규정하고 있다. 프랑스도 형법조문의 제정 및 개정을 통해서 법의 흠결 또는 여백에 해당하는 부분을 찾아내어 계속적으로 채워나가는 모습을 이 모살교사죄의 법조문 제정을 통해서 확인할 수 있다.

제4절 | 독일

1. 개관

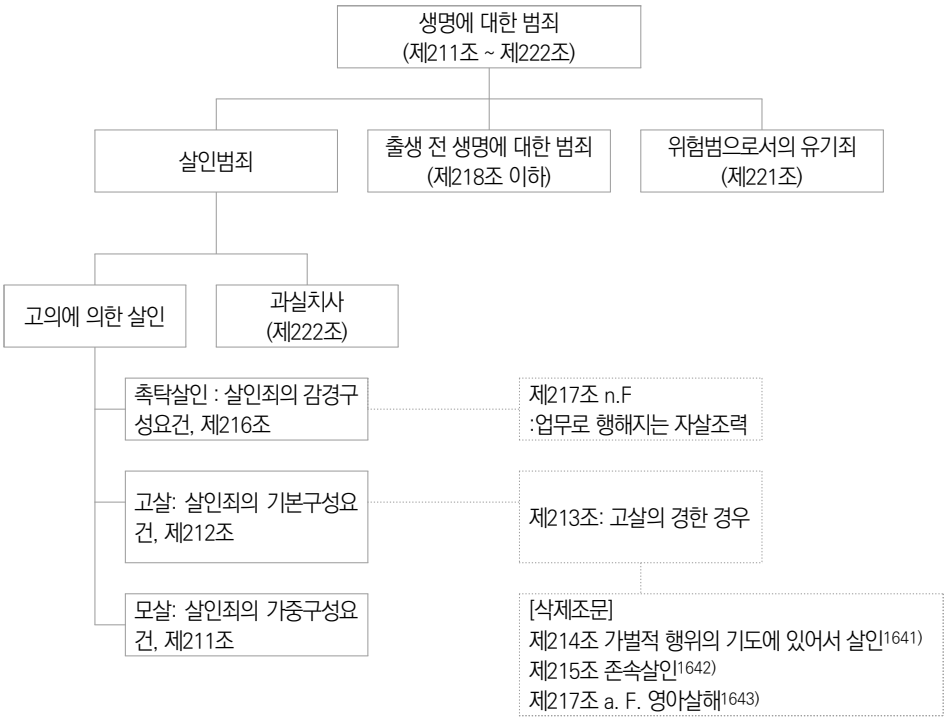
가. 살인범죄의 체계 및 구성

독일 형법전은 제16장 제211조[1637] 내지 제222조에서 생명에 대한 범죄를 규정하

1637) 본 절에서 법령의 표기 없이 언급되는 조문은 독일 형법전의 조문을 의미한다.

고 있다. 생명에 대한 범죄는 객체와 침해의 정도에 따라 살인죄(제211조 이하), 낙태죄(제218조 이하) 및 위험범으로서의 유기죄(제221조)로 구성되어 있다. 살인죄는 고의범(제211조 이하)과 과실범(제222조)로 구분되고, 고의범은 다시 기본 유형으로서의 고살죄(제212조)를 중심으로 가중구성요건으로서의 모살죄(제211조)와 감경구성요건으로서의 촉탁살인죄(제216조)로 구분되는, 소위 3단계 위계모델(sog. Stufenverhältnis der Tötungsdelikte)[1638]을 취하고 있다. 또한 특별규정(Sondertatbestand)으로 2015년 신설된 제217조 업무로 행해지는 자살조력죄가[1639] 있다.

[표 5-4-1] 살인범죄체계[1640]



1638) Johannes Wessels/Michael Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 33. Aufl., C.F.Müller, 2009, Rn. 69

1639) 본 조문의 표제인 Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung에서 Förderung의 사전적 의미인 장려, 촉진, 증진을 고려하고, 총칙상의 용어인 Beihilfe와 구별하여 '조력'으로 번역한다. 이에 업무로 행해지는 자살방조로 번역하고 있는 문헌으로는 김성규, 업무로 행해지는 자살방조의 범죄화: 독일 형법전 제217조의 신설에 관한 일고찰, 강원법학 제51권, 강원대학교 비교법학연구소, 2017, 1면 이하

1640) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, C.H.Beck. 2011, § 97, Rn. 12.

나. 사람의 시기와 종기

독일 형법전은 사람의 생명에 대한 보호에 있어서 기본적으로 타인의 생명을 그 대상으로 하고 있는데, 사람은 출생과 사망으로 확정된다.

1) 사람의 시기

사람의 시기는 출생의 시작에 있으며, 이에 대해서는 출산진통설(Eröffnungswehen)[1644]을 따르고 있다.

2) 사람의 종기

사람의 생명은 사망으로 끝난다. 전통적인 죽음의 개념은 자연과학적 관점에서 의학적 판단을 통해 확정하고 있으며 이에 따라 호흡이 정지된 상태를 의미하였다.(의학적 죽음; 호흡종지설) 하지만 오늘날 사망의 확정에 대해 전통적 죽음의 개념에서 벗어나 장기이식에관한법률과 관계하여 뇌사설이 유력한 견해로 제시되고 있다.

2. 고의에 의한 살인죄

가. 모살[1645](Mord)

1641) § 214 Totschalg bei Unternehmung einer strafbaren Handlung; 가벌적 행위의 기도에 있어서 살인이란 제211조의 은폐목적의 살인을 그 내용으로 한다.

1642) § 215 Totschlag eines Verwandten aufsteigender Linie (Aszendententotschlag; Verwandtenmord); 구 제214조 및 구 제215조는 제213조의 고살에 대한 형 감경을 배제하기 위한 조문으로 고살을 중하게 처벌하기위한, 하지만 모살에 해당하지 않는 범죄로 규정하고 있다.

1643) § 217 a. F. Kindestötung; 과거의 영아살해죄는 고살에 대한 특별감경조문의 성격을 갖고 있다.

1644) BGHSt 32, 194

1645) 우리나라 문헌에서는 Mord를 모살 혹은 중살인으로, Totschlag을 고살 혹은 단순살인으로 소개하고 있는데, 어떠한 용어로 번역할지에 관하여는 우선 본 조문을 연혁적으로 살펴볼 필요가 있다. 조문에 대한 연혁적 관점에서 보면 1794년의 프로이센 일반란트법(PrALR) 제826조에서 모살자의 표지로 "사전에 계획된 고의(mit vorher überlegtem Vorsatze)"를 규정하고 있으며 이는 독일 제국형법에도 이어져 제211조에서 "계획된 살인(die Tödtung mit Überlegung)"을 모살의 행위로 규정하였다. 이후 1941년 개정을 거쳐 현재의 제211조 구성을 갖게 된다. (조문의 연혁에 대해서는 이재상/장영민/강동범, 형법각론, 제11판, 박영사, 2019, 10~11면.) 모살과 고살의 구별 기준에 관한 입법적 관점의 변화가 있었지만, 연혁적으로 모살은 "사전에 면밀히 계획한다(Überlegung)"라는 점에 개념적 바탕을 두고 있었다. 이처럼 Mord가 가지고 있는 '면밀한 계획'이라는 역사적 관점에서의 개념을 고려해볼 때 이를 중살인 보다는 모살로 표기하는 것이 독일의 법상황에 더 가까운 표현일 것이다.; 구 형법의 "Überlegung"에 대한 자세한 내용으로는 Johannes Wessels/Michael Hettinger, Strafrecht

제211조 (모살죄)

(1) 모살자는 무기자유형에 처한다.
(2) 모살자란, 살해욕, 성욕의 만족, 탐욕 및 기타 비열한 동기에 의하거나, 교활하거나 잔인하거나 공공에 위험한 수단으로, 다른 범죄를 실행 하거나 은폐할 목적으로 사람을 살해한 자를 말한다.

1) 조문구조

모살자란 제211조 제2항의 모살표지들 가운데 적어도 하나를 실현하면서 타인을 고의로 살해한 자를 말한다. 모살표지는 특별한 사회윤리적 비난성을 담고 있는데 제2항에서 이를 세 가지 유형으로 나누어 규정하고 있다.

[표 5-4-2] 모살죄의 유형

유형	제1그룹	제2그룹	제3그룹
성격	동기(Motive, Beweggrund)	범행방식(Begehungsweise)	목적(Zweck)
모살표지	살해욕, 성욕의 만족, 탐욕, 기타 비열한 동기	교활성, 잔혹성, 공공에 위험한 수단	다른 범죄를 실현할 목적 다른 범죄를 은폐할 목적
인적표지	행위자 관련적 (täterbezogen)	행위관련적 (tatbezogen)	행위자 관련적 (täterbezogen)
심사단계	주관적 구성요건	객관적 구성요건	주관적 구성요건

이들 표지는 병렬적으로(abschließend) 작용하며 제1그룹과 제3그룹은 행위자관련적 표지로서 일반적으로 주관적 구성요건단계에서, 제2그룹 표지는 행위관련적 표지로서 객관적 구성요건단계에서 심사된다.[1646] 이러한 각 표지의 체계적 지위에 대해서 견해가 대립되는데 모든 표지를 책임단계에서 검토해야 하는 극단적 책임설[1647]을 주

Besonderer Teil 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 33. Aufl., C.F.Müller, 2009, Rn. 72 참조. Überlegung의 의미는 단순히 사전에 숙고한다는 의미가 아니라 고의와는 별개의, 일종의 심리적 특성(Beschaffenheit)을 의미한다. 행위자가 범행을 가로막는 동기를 인식하고, 이러한 동기에 반하여 행위로 이끌어주는 동기로 변환시키는 심리적 특성을 의미한다. 풀이하자면 범행을 주저하는 심리적 요소를 제거하고 행위로 나아가기 위한 동기를 스스로 강요시키는 심리적 작용이다. 이러한 '심리적 특성을 내재한 숙고'의 맥락으로 앞서 말한 "면밀히 계획한다"를 이해하면 될 것이다. (정배근, 독일 형법 제211조 모살죄의 헌법합치적 해석: 모살죄 구성요건표지에 대한 엄격해석주의의 배경과 실재, 법학논집 제22권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2017, 각주 1).

1646) BGHSt 1, 368, 371; Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 60. Aufl., C,H,Beck, 2013, §211 Rn. 6a

장하기도 하나, 현재 독일의 유력한 학설에 따르면 행위자관련적 표지의 속성을 가지는 제1그룹 표지와 제3그룹 표지를 특별 책임요소(sog. spezielle Schuldmerkmale)로 파악하여 책임단계에서 다루고자 한다.[1648] 교활하고 잔혹하게 살해하는 행위는 행위에서 나타난 범행방식이 불법을 가중시키고 있는데 반하여, 살해 동기에서 나타나고 있는 살해욕, 성욕의 만족, 탐욕 및 기타 비열한 동기의 표지는 살인의 불법을 가중시키기보다는 행위자가 보여주는 특별히 중하게 비난 받아야 하는 심정반가치를 특징지우기 때문이다.

본 조의 법률효과는 절대적 단일형인 무기 자유형이며, 모살죄에 대해 공소시효는 적용되지 않는다.[1649] 여기서 주목해야 하는 것은 모살죄에 대해 절대형인 무기자유형을 부과하고 있다는 점이다. 이는 본 조의 9가지 모살표시 해석에 영향을 미친다. 또 하나 문제가 되는 것은 모살죄에 대하여 독일 법체계상 가장 무거운 형벌인 무기자유형을 예정하는 것이 위헌의 요소가 없는가 하는 점이다. 일찍이 독일 연방헌법재판소는 이 점에 대하여 위헌이 아니라고 판단하면서도, 형집행에 있어서 인간의 존엄성에 부합하고 법치국가의 원리에 충실해야 한다는 점을 지적하면서 무기형을 선고받은 자에게도 "생전에 자유를 다시 회복할 수 있는 기회를 법률적으로 보장할 것"을 요구하였다. 이에 형법 제57조 a 무기자유형의 가석방에 관한 규정이 제정되었다.[1650]

2) 객관적 구성요건표지: 모살표지 제2그룹

객관적 구성요건 영역에서 심사되는 제2그룹 표지들은 특히 중하게 비난받을 만한 범행의 유형과 방식(die besonders verwerfliche Art und Weise der Tatbegehung)을 정하고 있다. 이는 행위관련적 표지로서 이를 객관적 구성요건단계에서 심사하고자 함에는 학설상 큰 이의가 없다.

1647) Karl Engisch, Zum Begriff des Mordes, Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1955, C.F.Müller, 1955, 161 ff.

1648) Johannes Wessels/Michael Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 33. Aufl., C.F.Müller, 2009, Rn. 92, 141 f.

1649) §78 Abs.2 StGB

1650) BVerfGE 45, 187 v. 21. 06. 1977

(1) 제2그룹 제1유형: 교활(Heimtücke)[1651]

교활의 개념은 사실상 제211조 모살표지 해석의 핵심으로, 모살 표지 중 가장 빈번하게 등장하는 표지이면서 해석상 가장 논란이 많은 표지이기도 하다. 교활의 개념은 오랜 기간 여러 판례와 논의를 거쳐 발전되어 왔고, 현재 독일에서는 교활한 살인이란 "적대적 의사를 가지고(in feindlicher Willensrichtung)[1652] 피해자의 시의심이 없는 무방비 상태(die auf Arglosigkeit[1653] beruhende Wehrlosigkeit des Opfers)를 이용(bewusst ausnutzen)하여 은밀한 방법(in hinterhältiger Weise)으로 갑작스런 공격(Überraschungsangriff)을 통해 피해자가 방어하거나, 도망가거나, 도움을 청하기 힘든 상태에서 살해하는 행위"로 정의하고 있다.[1654]

이와 같은 정형화된 정의에 따를 때 다음과 같은 해석 쟁점들이 파생된다.

① 무의심(die Arglosigkeit): 시의심이 없는 상태

살인의 고의를 가지고 행위에 착수하였을 당시 위험을 전혀 눈치 채지 못하였을 경우 시의심이 없다고 판단한다.[1655] 판례는 무의식 상태에 있는 사람[1656]이나 아주

1651) 본 표지의 번역과 관련하여, 일부 우리나라 문헌에서는 "간악하게"로 번역하기도 한다. (법무부, 독일형법, 법무부, 2008; 정승환, 현행 형법에서 법정형의 정비방안, 형사법연구 제23권 제4호, 한국형사법학회, 2011.) 본 단락에서 서술하고 있는 독일 법상황에서 정형화된 본 표지의 정의를 고려해볼 때, 본 표지가 비난하는 범행방식은 악독한 살해방식이라기 보다는 피해자의 무방비상태를 적극적으로 이용하는 행위이다. 이점에서 "간악"이라는 단어가 지니고 있는 간사함은 일응 원어에 적합한 의미를 보여준다. 하지만 악독한 범행방식은 오히려 동 유형에서 규정하고 있는 "grausam"이 지니고 있는 "잔인성"의 표지와 의미가 중복된다. 따라서 '간사하고 꾀를 내어' 피해자의 불리한 상황을 교묘하게 이용하는 행위 의미를 보다 적절하게 보여주고 있는 "교활"이라는 단어가 본 표지가 비난하고자 하는 범행 방식에 더 적합하다고 판단하여 "교활"이라는 용어를 사용하기로 한다. 이에 대해서는 정배근, 독일 형법 제211조 모살죄의 헌법합치적 해석: 모살죄 구성요건표지에 대한 엄격해석주의의 배경과 실재, 법학논집 제22권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2017, 각주 6).

1652) 본 요소에 대해서는 판례와 학설이 대립되고 있는바, 이에 대해서는 후술한다.

1653) 교활의 핵심적 개념요소로서 die Arglosigkeit, arglos, Argwohn 용어는 '당사자가 자신에게 다가오는 악의(böse)를 눈치 채지 못하여 이를 위험 그 자체로 인식하지 못하는 상태'라는 사전적 정의에 기초하고 있다. 이는 교활의 또 다른 핵심개념인 무방비(die Wehrlosigkeit)상태와 인과적으로 연결되는 개념을 함의하고 있어야 한다. 이를 의심 혹은 의구심으로 번역하여도 무방할 것으로 생각하나, 악의에 대한 의심이라는 원용어의 개념에 충실하기 위해 부정적 인상이 부가된 시의심(猜疑心)이라는 용어로 번역하기로 한다

1654) BGHSt GrS 9, 385; BGHSt GrS 11, 139; 30, 105, 116; BGHSt 19, 321; 20, 301; 23, 119; 28, 210; 37, 376; 39, 353, 368; Johannes Wessels/Michael Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 33. Aufl., C.F.Müller, 2009, Rn. 107 ff.

1655) BGH NStZ 2006, 96; 504

어린 아이[1657]에 대해서는 시의심을 가질 수 없다고 보아 본 표지의 성립을 부정하는 반면, 수면 중인 사람, 세 살 어린이[1658]에 대해서는 시의심이 없는 상태로 본다. 따라서 수면 중인 사람을 살해하는 것은 본 모살표지를 충족시킨다.[1659] 본 개념과 관련하여 판례는 개별적 상황에 따라 기술적인 판단만을 내리고 있을 뿐 명확하고 일관된 판단 기준을 보여주고 있지 못하다.[1660]

② 무방비(die Wehrlosigkeit)

무방비란 상술한 시의심이 없는 상태로 인하여 자신에 대한 위험에 대해 전혀 방어할 수 없는 상태거나 혹은 현저히 제한된 상태를 의미한다.[1661] 이때 무방비 상태와 시의심이 없는 상태 사이의 인과적 관계가 중요하게 취급되는데[1662], 단순한 무방비 상태는 교활의 표지를 탈락시킨다. 예를 들어 자진하여 포박된 상태에서의 살인의 경우, 무방비 상태이긴 하나 시의심이 없는 상태가 아니었기 때문에 교활한 살인은 성립하지 않게 된다.

시의심 없음을 원인으로 하는 무방비상태(die arglosigkeitsbedingte Wehrlosigkeit des Opfers)는 구조적으로(konstitutionell) 무방비 상태일 수밖에 없는 경우와 구별된다. 그 특질상 애초부터(konstitutionell) 무방비 상태인 피해자는 행위자의 적의(die feindselige Willensrichtung)를 인지 할 수 없기 때문에 교활한 살인이 성립할 수 없다.(예를 들면, 정신병자, 어린아이)[1663]

③ 이용(bewusstes Ausnutzen)

행위자는 시의심이 없는 무방비 상태를 의식적으로(bewusst) 범행에 이용하여야

1656) BGH St 23, 119; NStZ 2002, 22
1657) BGHSt 4, 11; BGH NStZ 06, 338)
1658) BGH NJW 78, 709; NStZ 95, 230
1659) BGH St 23, 119; NStZ 2002, 22
1660) 이러한 비판에 대해서 Johannes Wessels/Michael Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 33. Aufl., C.F.Müller, 2009, Rn. 111 ff.; 다만 일반적인 개요를 간략하게 정리하자면, BGH는 기본적으로 수면중인 사람에 대한 사람에 대해서는 무의심 상태를 인정하는 반면, 의식불명자(Bewusstelose)에 대해서는 부정하고 있다. (BGHSt 23, 119; 최근의 판례로는 BGH NStZ 2006, 338)
1661) Albin Eser, in: Schönke/Schröder(Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Aufl., C.H.Beck, 2010, §211, Rn. 24a
1662) BGH 19, 321; 32, 382
1663) BGH NStZ 2006, 338

한다.[1664] 이미 형성된 무방비상태의 단순한(bloß) 이용만으로는 충족되지 않으며, 행위자가 무방비 상태를 통해 자신의 범행이 훨씬 더 수월해지고 가능해질 것이라는 인식이 요구된다.[1665]

④ 적대적 의사와 신뢰관계파괴에 대한 중한 비난성

마지막으로 독일 연방재판소는 교활 표지 성립을 위한 제한적 기준으로서 적대적 의사에 따른 행위(in feindseliger Willensrichtung)를 요구한다. 교활한 살인이 성립하기 위해서는 상대방의 시의심 없는 무방비 상태에서 이루어진 살해 행위가 인정되더라도 그 행위가 피해자에 대한 적대적 의사로부터 출발했어야 한다.[1666] 모살죄의 교활 표지는 범행방식의 가중된 불법성을 표상화하고 있는데, 교활성 표지의 필요조건으로서의 적대적 의사는 동기적 측면에서의 제한적 기능을 보여준다. 하지만 이러한 판례의 기준에 따르면 교활성 표지에 대한 제한적 기능은 사실상 이루어지지 않고[1667], 양형 단계에서의 조정을 통해 제한적 기능을 실천하게 된다.(소위 법률효과설; sog. Rechtsfolgelösung[1668])

반면에 학설은 적대적 의사방향성 대신에 특별히 중하게 비난 받을 만한 신뢰관계의 파괴(besonders verwerflicher Vertrauensbruch)를 요구한다.[1669] 이는 'heimtükisch'의 문언에 충실한 해석으로, 'Tücke'가 함의하는 'hinterhältig'(겉으로는 친한 척 하면서 속으로는 악의적 의도를 가지고 행동하는)로부터 신뢰관계파괴라는 속성을 도출하고 있다. 이러한 견해에 따르면 교활성 표지가 인정되기 위해서는 행위자와 피해자 사이에 특별한 신뢰관계(ein bestehendes besonders Vertrauensverhältnis)가 전제되

1664) BGH NStZ 2009; 569; 2006, 169

1665) BGH NStZ 2003, 535; BGH NStZ 2007, 268: 전화통화를 걸어 상대방이 무방비 상태에 있을 것으로 계획하고 이를 이용한 살인에 대해 '의식적인 이용'을 인정한 판례.

1666) BGH 9, 385

1667) 왜냐하면 대부분의 살인은 적대적 의사로 이루어지는 경우가 일반적이기 때문이다. 다만 적대적 의사라는 판례의 기준에 따르면 동반자살의 경우나, 피해자를 위한 어쩔 수 없는 최선의 선택의 수단으로서의 살인과 같은 경우만이 모살과 구분되어질 뿐이다. (BGHSt 11, 143; Schneider, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, §211 Rn. 123)

1668) 본 교활성 표지 해석과 관련한 법률효과설의 구체적 내용에 대해서는 정배근, 독일 형법 제211조 모살죄의 헌법합치적 해석: 모살죄 구성요건표지에 대한 엄격해석주의의 배경과 실재, 법학논집 제22권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2017 330면 이하 참조; Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 60. Aufl., C,H,Beck, 2013, §211 Rn. 3 ff.

1669) Albin Eser, in: Schönke/Schröder(Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Aufl., C.H.Beck, 2010, §211, Rn. 26

고, 이로 인하여 교활성 인정의 범위가 대폭 축소된다.

이러한 배경에는 모살죄 표지를 제한적으로 해석하고자 하는 점에서 일치된 모습을 보여준 학설과 판례의 해석학적 노력이 자리 잡고 있다. 이러한 노력은 근본적으로 모살죄 표지에 대해 일관되게 합헌 결정을 내린 독일 연방헌법재판소의 각 표지에 대한 엄격해석의 요구, 그 중에서도 제211조가 절대적 단일형으로 무기징역을 예정하고 있다는 특수한 법상황에서 비롯된 것이라고 할 것이다.

[표 5-4-3] 제2그룹 제1유형 교활한 살인에 대한 가벌성 심사체계

제212조 제2항 제2그룹 제1유형
I. 객관적 구성요건 1. 행위객체: 사람(Mensch) 2. 행위: 살인(töten) 3. 교활성 (Heimtücke) 1) 피해자의 시의심 없음을 원인으로 한 무방비(die Arglosigkeit, die Wehrlosigkeit) 2) [학설] 행위자에 의한 특히 중하게 비난받을 만한 신뢰관계 파괴 (verwerflicher Vertrauensbruch) 혹은 [판례] 적대적 의사방향성(feindliche Willensrichtung) II. 주관적 구성요건 1. 위 I-1., 2. 에 대한 고의 2. 위 I-3-1)의 의식적인 사용(bewusstes Ausnutzen)

(2) 제2그룹 제2유형: 잔혹(Grausamkeit)

잔인(gefühllos)하고 무자비(unbarmherzig)하게 피해자에게 고통을 지속적으로, 강하게, 혹은 반복적으로 가하여 피해자에게 육체적, 정신적으로 심한 고문(besondere Schmerzen oder Qualen)을 가하면서 살해하는 것을 잔혹한 살인이라고 정의한다.[1670]

본 유형의 예로, 피해자가 보는 앞에서 살해준비를 한다거나[1671], 태워 죽인다거나[1672], 얼어 죽게 만든다거나 굶겨 죽이는[1673] 유형이 있다. 이때 잔인하고 무자비한

1670) Albin Eser, in: Schönke/Schröder(Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Aufl., C.H.Beck, 2010, §211, Rn. 27
1671) BGHSt 32, 382
1672) BGHSt 61, 302
1673) BGHSt 3, 264

심정은 행위자 측면에서 판단할 필요는 없다.[1674]

[표 5-4-4] 제2그룹 제1유형 교활한 살인에 대한 가벌성 심사체계

제212조 제2항 제2그룹 제2유형
I. 객관적 구성요건 1. 행위객체: 사람(Mensch) 2. 행위: 살인(töten) 3. 정신적 혹은 육체적인 고문(Zufügung erheblicher seelischer oder körperlicher Qualen) II. 주관적 구성요건 1. 위 I-1., 2., 3. 에 대한 고의 2. 잔인하고 무자비한 심정(aus einer rohen und unbarmherzigen Gesinnung)

(3) 제2그룹 제3유형: 공공의 위험(Gemeingefährlichkeit)

공공에 위험이 되는 수단을 이용하여 살인한 자는 모살자가 된다. 살해 수단이 공공에 위험이 되는지는 행위자가 해당 수단을 꼭 실효적으로 지배할 필요는 없고, 다만 다수의 생명과 신체를 위협하기에 충분한 정도로 사용하면 족하다.[1675] 객관적으로 수단이 얼마나 위험한지에 대해서는 개별 구체적 상황에서 해당 수단의 통상적인 작동방식(Wirkunsweise)을 판단하게 된다. 따라서 개별 사건에서 위험이 구체적으로 발현되지 않았더라도, 공공의 위험에 대한 잠재성에 대한 판단으로 본 표지가 인정될 수 있다.[1676]

소위 아우토반 돌 투척 사례(sog. Steinwürfe von einer Autobahnbrücke Fall)를 보면, 고속도로위를 '홀로' 달리고 있는 특정된 차량에 대해 돌을 던지는 것은 공공에 위험한 수단이 아니다. 왜냐하면 이 경우에는 수단의 위험이 차량의 탑승자에 한정되어 있기 때문이다. 반면 어느 정도 차량이 붐벼있는 고속도로의 상황에서 특정 차량에 돌을 던지는 경우에는, 공공에 위험한 수단으로 평가된다. 왜냐하면 돌 투척으로 인해

1674) BGH NStZ 82, 379

1675) Albin Eser, in: Schönke/Schröder(Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Aufl., C.H.Beck, 2010, §211, Rn. 29

1676) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 60. Aufl., C,H,Beck, 2013, §211 Rn. 59

해당 차량 운전자의 반응으로 인하여 연쇄사고가 일어날 수 있으며, 이때 행위자가 더 이상 지배할 수 없는, 수많은 인명사고가 일어날 위험이 있기 때문이다. 이처럼 동일한 돌 투척행위라 할지라도 개별 구체적 상황에서 돌 투척이라는 수단의 통상적인 작동방식을 판단한다. 이때 상술한 바와 같이 위험과 수단에 대한 행위자의 실효적 지배는 필요조건이 아니다. 어느 자동차에 돌을 던질지 까지는 수단에 대한 실효적 지배가 인정되지만 위험이 구체화되는 범위, 즉 연쇄사고로 인해 다수의 사람에 위험이 구체화되는 시점에서는 더 이상 수단과 위험에 대한 지배가 이루어지지 않지만, 공공의 위험성을 판단함에 큰 의미를 갖지 못한다.

본 유형의 예로 교각 위에서 아우토반에 돌덩어리 투척[1677], 폭발물 사용, 방화[1678], 수해를 이용한 살인, 기관총의 통제되지 않은 사용[1679], 식당 주방의 음식에 독극물 첨가[1680], 아우토반에서의 역주행(sog. Geisterfahrt Fall)[1681], 불법 자동차 경주[1682]이 있다.[1683]

(4) 제2그룹 표지와 부작위

제2그룹 표지들은 객관적 구성요건표지로 기능하는 범행방식에 관한 객관적 성질로 인하여 제1, 제3그룹표지와는 다르게, 부작위에 의한 범행의 문제가 검토된다.

제1유형 교활성 표지에 대해 다수설은 부작위에 의한 교활한 살인을 인정하고 있다. 행위의무가 있는 보증인이 사망의 위험을 방지하지 아니하고 위험에 대한 피해자의 무지를 기꺼이 내버려 두는 경우 교활한 살인이 성립할 수 있다고 한다.[1684]

제2유형 잔혹성 표지와 관해서는, 주로 굶기거나 물을 안주는 경우 부작위에 의한 잔혹한 살인이 성립하는지가 문제된다. 부작위에 의한 성립을 위해서 다수설은 피해

1677) BGH VRS 63 (1982), 119; 이 경우 교활성의 표지 또한 인정되었다.
1678) BGH NJW 1985, 1477, BGHSt 34, 13
1679) vgl. BGHSt 38, 353
1680) 상술한 아우토반 돌 투척 사례의 경우와 마찬가지로, 피해자를 특정하여 그의 음식이 담긴 접시에 독을 섞는 경우는 공공의 위험이 있다고 보지 않는다.
1681) BGH Urt. v. 16. 03. 2006 - 1 StR 113/06, NStZ 2006, 503
1682) BGH NStZ 2018, 409
1683) Johannes Wessels/Michael Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 33. Aufl., C.F.Müller, 2009, Rn. 103
1684) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 60. Aufl., C,H,Beck, 2013, §211 Rn. 44; BGH Besch. v. 07. 07. 2009 – 3 StR 204/09

자가 고통을 느낄 수 있음(leidensempfindungsfähig)을 요구한다.[1685] 따라서 피해자가 의식을 잃거나[1686] 장기간의 금식으로 인해 더 이상 배고픔을 느끼지 못하는 시점[1687] 이후로는 부작위에 의한 잔혹한 살인은 성립하지 않게 된다.

제3유형 공공의 위험과 관련하여, 다수설에 따르면 공공에 위험한 수단은 적극적(aktiv)으로 투입(Einsetzen)되어야 한다. 따라서 부작위에 의해서 본 표지는 성립하지 않는다.[1688]

3) 주관적 구성요건표지: 모살표지 제1, 제3그룹

(1) 제1그룹 제1유형: 살해욕(Mordlust)

피해자를 살해하는 것 그 자체가 행위의 유일한 목적이며, 특히 인간의 생명을 파괴하는 쾌락을 위해서 살해하는 경우 살해욕에 의한 모살죄에 해당한다.[1689] 사람이 죽어가는 모습을 보고 쾌락과 흥분을 느끼고 살해를 통해 신경체계의 자극 내지 이를 일종의 놀이(sportlich)로 여기는 경우가 이에 해당한다.[1690]

실무에서는 본 표지가 큰 의미를 갖지 않는다. 과거에는 살해욕의 개념에 대해 "사람을 죽이는 것에 대한 부자연러운(unnatürlich) 쾌락 내지 즐거움(Freude)"[1691]으로 정의하였는데, 이는 정신병리학적인 기술에 가깝기 때문에 이에 따를 경우 책임이 감경되거나 가중되는 결과와 중첩될 수 있다.[1692] 따라서 오늘날에는 행위자의 구체적인 동기에 주목하고 있다. 피해자를 살해하는 것만이 범행의 유일한 동기(Hauptmotiv)가 되어야 하며, 호기심으로, 무료함을 달래기 위하여, 또는 허풍이나 용기를 과시하기 위해 살인하는 경우가 그 예이다.[1693] 이러한 특질로 인하여 본 표지

1685) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 60. Aufl., C,H,Beck, 2013, §211 Rn. 57
1686) BGH NJW 1986, 266
1687) BGH Beschl. v. 11. 03. 2007 – 5 StR 320/06
1688) BGH 34, 13; NStZ 10, 87 f.; Kristian Kühl/Eduard Dreher/Hermann Maassen/Karl Lackner, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., C.H.Beck, 2007, §211 Rn. 11; 이에 대해 공공의 위험을 방지하지 않음으로써 본 표지가 성립할 수 있다는 반대 견해로는 Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 60. Aufl., C,H,Beck, 2013, §211 Rn. 61
1689) Albin Eser, in: Schönke/Schröder(Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Aufl., C.H.Beck, 2010, §211, Rn. 15
1690) BGH NJW 1994, 2629
1691) BGH NJW 1953, 1440
1692) Michael Heghmanns, Strafrecht für alle Semester: Besonderer Teil: Grund-und Examenwissen kritisch vertieft, Springer, 2009, Rn. 197

에 의한 살인에 대해서는 미필적 고의가 인정되지 않는다.[1694]

(2) 제1그룹 제2유형: 성욕의 만족(Befriedigung des Geschlechtstriebes)

살해행위에서 성적 만족을 추구하는 사람(Lustmord)[1695], 시체에 대한 성적 만족을 위해 살인하는 사람(시간을 통한 쾌락, sog. Nekrophille)[1696], 혹은 성관계를 맺기 위해 살인을 감수하는 사람은 본 표지의 모살자에 해당한다.[1697] 실무상 본 표지의 모살은 당연하게도 강간과 함께 매우 밀접한 관계를 보여준다. 특히 살인의 미필적 고의를 가지고 폭행이 수반된 경우가 문제되는데, 이 경우 제211조 모살죄가 제178조 강간치사에 우선한다.[1698]

(3) 제1그룹 제3유형: 탐욕(Habgier)

본 표지는 살인으로 재산을 증식하든, 예정된 지출을 회피하든 이익을 위하여 분별없이 무모하게(ungezügelt und rücksichtlos) 어떠한 방식으로든 (um jeden Preis) 재산상 이익을 추구하는 심정적 상태를 의미한다.[1699] 그리하여 동 조는 사회 일반적

1693) Albin Eser, in: Schönke/Schröder(Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Aufl., C.H.Beck, 2010, §211, Rn. 15

1694) BGH MDR 1974, 546

1695) 직접적인 성관계가 없더라도 본 표지에 의한 모살죄가 인정될 수 있다. 본 표지와 관련하여 소위 로텐부르그 식인사건(sog. Kannibale von Rottenburg Fall; BGH JR 2005, 338; BGH NJW 2005, 2350)이 교과서적인 판례로 소개되고 있다. 본 사건은 독일 로텐부르그에 거주하던 피고인이 인터넷에 식인광고를 게재하고 이를 보고 찾아온 피해자의 성기를 잘라 같이 나누어 먹고 이어 피해자의 희망대로 살해하여 시체를 토막 내어 일부는 먹고 일부는 냉동고에 보관한 사건이었다. 범행 중 피고인은 나중에 살해과정을 보면서 성적 쾌락을 느끼기 위해 자신의 범행을 비디오로 녹화하였다. 사실 본 사건이 보여주는 엽기적인 행각 외에 독일 형법상 식인행위에 대한 처벌규정이 없으며 피해자가 자원했다는 점에서 법률상 독일 형법 제216조 촉탁살인만이 성립할 가능성이 농후했고 기껏해야 제212조 고살이 성립할 수 있는 사안이었다. 피고인 측 또한 촉탁살인을 주장하였고, LG Kassel은 제212조 고살에 의한 8년 6월의 자유형을 선고한다. 이에 BGH는 성적 쾌락을 위해 비디오로 녹화하면서 살해를 범한 점에 대해 제211조 성적 쾌락을 위한 모살죄를 인정하고 이에 LG Frankfurt는 피고인에 대해 사자안식방해죄와 모살죄의 상상적 경합으로 종신형을 선고하였다. 선고 후 피고인은 연방헌법재판소에 모살 표지의 위헌심판을 청구하였다. 이에 대한 연방헌법재판소의 합헌결정에 대해서는 BVerfG NJW 2009, 1063

1696) BGHSt 7, 353

1697) Albin Eser, in: Schönke/Schröder(Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Aufl., C.H.Beck, 2010, §211, Rn. 16

1698) Albin Eser, in: Schönke/Schröder(Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Aufl., C.H.Beck, 2010, §211, Rn. 16; BGHSt 19, 101, 105

1699) Albin Eser, in: Schönke/Schröder(Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Aufl., C.H.Beck, 2010, §211, Rn. 17

으로 용인되는 정도를 넘어서서 이익을 추구하는 심정에 대한 비난의 의미를 담고 있다.[1700] 본 죄의 성립을 판단할 때에 탐욕과 관련하여 액수의 고가는 고려의 대상이 되지 않는다. 따라서 아주 경미한 정도의 약탈이나 포획에 의해서도 본 죄가 성립할 수 있다.[1701] 바로 이 점에서 본 표지의 의미를 발견할 수 있다. 본 표지는 재산상 이익추구나 그 정도가 아니가 재산상 이익추구와 이를 위하여 사용된 수단인 살인 사이의 극심한 불균형에서 행위자가 보여주는 생명에 대한 특별한 경멸적 태도에 대한 비난을 의미하는 것이다.[1702]

살해욕에 의한 살인과 달리 탐욕에 의한 살인에서는 재산상 이익이 살인을 저지르게 된 주된 동기(Hauptmotiv)가 될 필요는 없다. 재산상 이익추구 그 자체를 목적으로 하는 경우 뿐만 아니라, 살인을 통해 약탈한 재산상 이익으로 범행 이후 걱정 없는 삶을 이어나가고자 한 경우와 같이 재산상 이익추구 외에 다른 목적을 가지고 있었던 경우에도 탐욕에 의한 살인이 된다. 요컨대 본 표지의 심사에서 행위자의 확장된 목적과 의도는 특별한 의미를 갖지 않는다. 탐욕에 의한 살인의 예로 상속 또는 생명보험금 수령을 위한 살인이 있다.

(4) 제1그룹 제4유형: 기타 비열한 동기(sonstige niedrige Beweggründe)

만약 누군가를 고의로 살해하였다면 제212조 고살죄가 성립하며 5년 이상의 자유형에 처해질 것이다. 하지만 행위자의 동기가 정당화 사유에 의해 제거되지 않는다면 자동적으로 특별히 비난받아야 할(verwerflich) 정도로 평가될 것이고 이는 무기자유형을 예정한 제211조의 문제가 되어 버리는 일종의 순환논증결론을 보여주게 된다. 제212조에 상응하는 살인의 고의와 비교하여 특별히 중하게 비난받아야 하는 동기만이 유기자유형의 제212조에서 무기자유형의 제211조에로의 질적인 상승을 올바로 설명할 수 있게 된다.

바로 이러한 점에서 판례는 비열한 동기라는 모살표지를 제1그룹과 제3그룹 모살표지에 대한 일반조항(Generalklausel) 내지 포괄적 표지(Auffangsbestimmung)으로 파악하고 있으며, 살해욕, 성욕의 만족, 탐욕 및 은폐목적의 모살표지들은 비열한

1700) BGH NJW 2001, 763; 1993, 1664; BGHSt 39, 160; 29, 318
1701) BGH NJW 1981, 333
1702) BGHSt 29, 318

동기의 특별한 유형(besondere Ausprägung)을 나타내는 것으로 본다.[1703] 비열한 동기를 구체화하기 위해서는 범행의 종합적 평가(Gesamtbewertung)가 이루어져야 하며, 이를 통해 범행의 구체적 동기가 제1, 제3그룹의 여타 표지들과 대등한 수준으로 비견될 수 있어야하고 이로써 제212조의 살인의 고의에 비해 특별히 중하게 비난받을 만한 수준에 이르러야 한다.

이러한 원칙에 따라 판례는 살해 동기가 비열하다는 것을 일반적인 윤리적 평가기준에 비추어 볼 때 가장 저열한 수준으로(auf tiefster Stufe) 평가되어, 특별히 비난받아 마땅하며 경멸할 가치로 평가되는 수준을 말한다.[1704] 비열한 동기가 인정된 살인의 예로 가족의 명예를 위해 독일에서 저지른 외국인의 명예살인(Ehrenmord)[1705], 인종혐오에 의한 살인[1706], 피해자로 신분세탁하기 위한 살인[1707] 등이 있다.

(5) 제3그룹 제1유형: 범죄실현목적(Ermöglichungsabsicht)

본 표지에 의한 살인은 형법상 범죄(Straftat)[1708]의 실현을 위한 수단이 되어야 하며, 행위자가 계획한 범행의 결과나 이에 부수적으로 수반되는 결과는 해당되지 않는다.

(6) 제3그룹 제2유형: 은폐목적(Verdeckungsabsicht)

본 표지에 의한 살인은 형법상 범죄를 은폐하기 위한 수단이 되어야 하며, 다른 행위의 결과로 나타나는 살인은 해당되지 않는다. 미필적 고의의 경우에도 은폐목적의 살인이 인정될 수 있다.

1703) BGHSt 11, 226, 228
1704) BGH NStZ RR 2008, 308
1705) BGH NJW 2006, 1011
1706) BGH NStZ 2004, 90
1707) BGH NStZ 1985, 454
1708) 따라서 질서위반 행위(Ordnungswidrigkeit)는 해당되지 않는다.

(7) 제211조 제2항 제1, 제3그룹 모살표지에 대한 가벌성 심사체계

[표 5-4-5] 주관적 모살표지와 관련한 가벌성 심사체계

제211조 제2항 제1, 제3그룹
I.. 객관적 구성요건 1. 행위객체: 사람(Mensch) 2. 행위: 살인(töten) II. 주관적 구성요건 1. 위 I-1., 2.에 대한 고의 2. 주관적 모살표지 1) 제3그룹 범죄실현목적(Ermöglichungsabsicht) / 범죄은폐목적(Verdeckungsabsicht) 2) 제1그룹 살해욕 / 성욕의 만족 / 탐욕 / 기타 비열한 동기

나. 고살(Totschlag)

제212조 (고살죄)
(1) 모살자에 해당되지 아니한 자로 사람을 살해한 자는 고살 자로서 5년 이상의 자유형에 처한다. (2) 특히 중한 경우에는 무기 자유형에 처한다.

1) 본 조의 의의

고살의 구성요건은 고의에 의한 살인의 기본 요건으로 모살과 촉탁살인에 대한 기본범죄(Grunddelikt)의 성격을 갖는다. 행위 객체는 사람(einen Menschen)이며, 사람은 당연해석과 체계적 해석에 따라 타인을 의미한다.[1709] 고살의 심사체계는 형법상 고의 작위범에 대한 기본 심사체계를 따르고 있으며 형법 총칙상 기본이론의 적용을 통한다.

본 조의 해석과 관련하여 문제되는 것은 "모살자가 아닌 자(ohne Mörder zu sein)"

1709) Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen, Strafgesetzbuch: Kommantar, 4. Aufl., Nomos, 2013, §211 Rn. 7

라는 문구이다. 본 문구는 사실 아무런 의미를 지니지 않는다고 보는 것이 독일 학계의 일치된 견해이다.[1710] 오히려 이러한 불필요한 문구로 인하여 제216조와의 구별문제에 있어서 혼동만 야기하고 있다고 비판한다.[1711]

다만 판례는 본 문구를 제211조와 제212조의 독자적 구성요건 체계성을 주장하는 근거로 사용한다. "모살자가 아닌(ohne Mörder zu sein)"이라는 문구로부터 모살자(Mörder)와 고살자(Totschlager)가 서로 다른 범죄행위자의 유형이며, 따라서 모살죄와 고살죄는 서로 다른 범죄 행위자를 행위주체로 하는 독자적 구성요건이라는 주장이다. 하지만 행위자를 범죄구성요건의 요소로 규정하는 방식은 "행위자 형법이론(Tätertypenlehre, Täterstrafrecht)의 한 모습"으로, 이러한 판례의 견해는 더 이상 지지 받지 못하고 있다.[1712]

2) 제212조 제2항의 특히 중한 경우

제212조 제2항은 고살의 "중한 경우(in besonders schweren Fällen)"에 대해 무기자유형으로 형을 가중하고 있다. 조문 상 중한 경우에 대해서는 별도의 기술이 없는 양형규정으로(unbenannte Strafzumessungsvorschrift), 본 조에 의한 형량의 가중을 위해서는 모살죄와 대등할 정도로 비전형적인 중한 유책성(ein außergewöhnlich großes Verschulden)이 요구된다.[1713]

3) 제213조 고살의 경한 경우

제213조 (고살의 경한 경우)

고살자가 자기의 책임 없이 피살자에 의하여 자기 또는 친족에게 가하여진 학대 또는 심한 모욕을 통해 격분하여 우발적으로 범행하였거나 또는 기타 중하지 아니한 경우가 존재하는 경우에는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.

1710) Albin Eser, in: Schönke/Schröder(Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Aufl., C.H.Beck, 2010, §211, Rn. 6

1711) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 60. Aufl., C,H,Beck, 2013, §212 Rn. 2

1712) 정배근, 독일 형법 제211조 모살죄의 헌법합치적 해석: 모살죄 구성요건표지에 대한 엄격해석 주의의 배경과 실재, 법학논집 제22권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2017, 332면 이하.

1713) BGH JR 1983, 28; BGH, Beschl. v. 20. 01. 2004 – 5 StR 395/03, StV 2004, 601

본조는 고살의 경한 경우에 대한 필요적 감경을 규정하고 있으며, 이는 두 경우로 분설된다.

(1) 제213조 전단의 감형근거

제213조 전단은 도발된 살인에 대한(für den provozierten Totschlag) 필요적 감경의 요건을 명시적으로 규정하고 있으며, 구체적 요건으로는 다음과 같다.

- 피살자에 의한 학대 혹은 심한 모욕
- 도발에 대한 고살자의 무책[1714]
- 도발이 격분, 분노, 격앙과 같은 살인의 공격적 성정(die aggressive Affekt)에 원인이었을 것
- 그러한 살해 동기에 대한 심리학적 연관성
- 도발과 범행간의 비례성 원칙[1715]

(2) 제213조 후단의 감형근거

제213조 후단에서 "기타 중하지 아니한 경우(sonst ein minder schwerer Fall)"로 기술하고 그 구체적인 경우에 대해서는 별도의 언급이 없다. 후단의 감형사유 판단에 있어서는 전단의 도발 상황과 비교될 수 있는지는 중요치 않으며, 범행의 전체적인 형상이 평균인의 일반적 경험상 감형이 필요한 경우로 평가될 수 있는지를 판단한다.

3. 과실치사

제222조 (과실치사)

과실로 사람을 사망에 이르게 한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

과실치사는 총론상 과실범의 일반이론에 따라 해결한다. 따라서 과실치사 심사체계

1714) Albin Eser, in: Schönke/Schröder(Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Aufl., C.H.Beck, 2010, §213, Rn. 7

1715) Albin Eser, in: Schönke/Schröder(Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Aufl., C.H.Beck, 2010, §213, Rn. 11

는 우리나라와 큰 차이점을 보여주지 않는다. 다만 구성요건심사 단계에서 객관적 귀속이론과 정당화 사유 단계에서 피해자 승낙과 관련된 쟁점에서 특별한 의미를 찾을 수 있다.[1716] 또한 과거에는 책임단계에서 심사되어온 주관적 주의의무위반성(subjektive Sorgfaltswidrigkeit) 판단이 최근의 경향에 따르면 구성요건단계에서 객관적 주의의무와 통합되어 심사되는 모습을 발견할 수 있다.[1717] 독일 형법상 총론적 객관적 귀속이론에 대해서는 본서의 선행연구물인 "Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(Ⅰ)"[1718]에서 다루었기 때문에 본 과실치사와 관련하여 별도의 서술은 생략한다.

4. 촉탁살인 및 가벌적 자살조력

제216조 (촉탁살인죄), 제217조 (업무로 행해지는 자살방조죄)

제216조 [촉탁살인]

(1) 피살자의 명시적이고 진지한 촉탁을 통해서 살인을 결의한 자는 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

(2) 미수범은 처벌한다.

제217조 [업무로 행해지는 자살조력]

(1) 타인의 자살을 방조할 의도로, 그 기회의 제공, 주선 혹은 중개를 업무로 행한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

(2) 전항의 타인과 가족관계 혹은 친밀한 관계에 있는 자로서 자살방조를 업무로 행하지 않은 자는 공범으로 벌하지 아니한다.

독일 형법전은 우리나라와 달리 자살교사 및 방조를 처벌하고 있지 않았다. 또한 우리나라의 동의살인죄로 별칭 되는 제252조 촉탁·승낙에 의한 살인 등과 비교하여 촉탁살인만을 제216조에서 처벌하고 있다. 독일 형법상 자살관여행위는 원칙적으로

1716) 이러한 쟁점을 개관하는 문헌으로는 최민영/김재현/허황/강효원/김택수/박용철/손병현/이동희/이성기, Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(Ⅰ), 한국형사정책연구원, 2019, 558면, 573면, 576면.

1717) Wolfgang Joecks, Strafgesetzbuch: Studienkommentar, 10. Aufl., C.H.Beck, 2012, §222, Rn. 2

1718) 최민영/김재현/허황/강효원/김택수/박용철/손병현/이동희/이성기, Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(Ⅰ), 한국형사정책연구원, 2019, 571면.

불가벌로 취급하며, 다만 제217조의 신설로 인하여 자살조력을 업무로 행한 자를 처벌하고 있다.[1719]

제216조와 관련한 가장 첨예한 논쟁이 있는 해석문제는 촉탁살인과 자살방조의 경계문제이다. 자살방조가 불가벌이기 때문에 양자의 구별은 유죄와 무죄라는 매우 중대한 경계문제를 형성한다.

촉탁살인의 구조 상 행위자는 촉탁자의 의사에 항상 종속된다는(unterlegen) 특성상 총론상의 일반적 공범이론으로 해결할 수 없다.[1720] 공범과 정범의 구별에 있어서 일관되게 주관설(sog. Animustheorie)을 견지해온 독일 연방대법원 역시 자살과 촉탁살인의 문제에 대해서는 주관설을 포기하게 된다. 실패한 동반자살이 문제된 이른바 기젤라 사례(sog. Giesela Fall)[1721]에서 살아남은 자에 대해 일반적인 범행지배설(die allgemeine Tatherrschaftslösung)에 따라 제216조의 촉탁살인죄를 인정하였다. 일반적 범행지배설에 따를 때 촉탁살인과 자살방조의 구별은 종합적 계획에 따라 죽음에 이르는 전 과정을 "누가 실질적으로 지배하고 있는지(die tatsächliche Herrschaft über das Gesamtgeschehen)"에 달려 있다고 본다.[1722]

하지만 현재 독일의 다수설은 본 문제에 대해서 소위 수정된 범행지배설(sog. modifizierte Tatherrschaftslehre)을 통해 해결하고자 한다.[1723][1724] 사망한 자를 직

1719) 2020년 2월 26일 독일 연방헌법재판소는 제217조가 헌법상 보장하고 있는 일반적 인격권을 침해함을 이유로 위헌결정을 내렸다. 기본법 제2조 제1항 및 제1조 제1항으로부터 도출되는 일반적 인격권은 스스로 죽음을 결정할 권리(ein Recht auf selbstbestimmtes Sterben)를 포함하고 있으며, 이러한 권리에는 제3자의 자발적 조력(die freiwillige Hilfe Dritter)에 의지하는 자유 역시 포함하고 있다. 따라서 이러한 권리와 자유를 금지하고 있는 형법 제217조는 자살의 조력 가능성을 사실상 거의 배제하고 있으며, 이는 기본법에 배치된다고 판단한다.; BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020 - 2 BvR 2347/15 -, Rn. 1-343,

1720) Albin Eser, in: Schönke/Schröder(Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Aufl., C.H.Beck, 2010, §211, Rn. 45

1721) BGHSt 19, 135, Urt. v. 12. 08, 1963

1722) OLG München Beschl. NJW 1987, 2940

1723) Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen, Strafgesetzbuch: Kommantar, 4. Aufl., Nomos, 2013, § 211 Rn. 57

1724) 이외에 소위 역할설(Rollentheorie)과 심리설(psychologische Theorie)이 제시되기도 한다. 먼저 역할설은 구체적 사안에 있어서 피해자가 "교사범적 성격(Quasi-Anstifter)"을 수행하고 있다면 촉탁살인으로, 피해자가 "공동정범적 역할(Quasi-Mittäterschaft)"이라면 공범으로 보는 견해이다. 이와 달리 심리설은 자살자가 구체적인 살인행위(자살행위) 실행에 대해 "어떠한 심리적 상태에 있는지"에 따라 구별하고자 한다. 자살자가 그 실행행위를 수행하는데 심리적으로 '가능한 상태'에 있다면 자살방조를, 반면 이 실행행위를 수행하고자 하는 내심의 의사가 '주저하고 있는 상태'라면 촉탁살인을 인정하는 견해이다. 심리설에 대해서는 피해자의 심리

접적으로 죽음으로 이끄는 "불가역적 동작에 대한 지배력(die Herrschaft über den unmittelbar zum Tod führende Akt) 판단"을 내용으로 하는 것이 수정된 지배설의 내용이다.[1725] 이와 같이 수정된 범행지배설에 따라 죽음을 직접적으로 초래한 살해의 정범적 행위를 자살자가 직접 수행하였으면 자살참가자에게는 불가벌적 자살방조가 성립한다. 반대로 참가자에 의해 수행되었다면 가벌적 촉탁살인의 죄책을 지게 된다.

[표 5-4-6] 촉탁살인에 대한 가벌성 심사체계

제216조 촉탁살인
I. 객관적 구성요건 1. 타살 (Fremdtötung, 자유책임적 자살에의 참가와 구별) 2. 피해자의 촉탁(Tötungsverlangen des Opfers) 3. 진지하고 명시적인 촉탁(Ausdrücklichkeit und Ernstlichkeit des Tötungsverlangen) 4. 촉탁에 의한 살인의 결의(Hervorrufen des Tatentschlusses durch Verlangen des Opfers) II. 주관적 구성요건 각 객관적 구성요건에 대한 고의

5. 소결

우리나라 형법전과 비교하여 볼 때 독일 형법전의 살인범죄체계가 가지는 가장 큰 특징은 제211조의 모살죄와 제216조의 촉탁살인죄에서 발견할 수 있다. 또한 우리나라의 존속살해죄와 영아살해죄 조문이 삭제되었다는 점 역시 눈여겨 볼만하다.

적 관계구조를 증명하는 것이 매우 어렵다는 점에서 설득력을 얻기 힘들다. 심리적 상태의 판단이 원래 그렇기도 하지만, 이 문제되는 상황에서 피해자는 죽어있는 경우가 대부분이기 때문이다. (정배근, 자기책임원칙을 통한 자살참가자의 가벌성 판단: 독일형법상 자살방조와 촉탁살인의 구별에 대하여, 중앙법학 제20집 제1호, 중앙법학회, 2018, 각주 43 재인용)

1725) Ulfid Neumann, Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des "Opfers", JA 1987, S. 244; Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen, Strafgesetzbuch: Kommantar, 4. Aufl., Nomos, 2013, §211 Rn. 47 ff; Uwe Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, Springer, 2005, S. 336 ff.; Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, C.H.Beck. 2011, S. 172 ff.; 정배근, 자기책임원칙을 통한 자살참가자의 가벌성 판단: 독일형법상 자살방조와 촉탁살인의 구별에 대하여, 중앙법학 제20집 제1호, 중앙법학회, 2018, 166면 이하

독일 형법 제211조에서는 살해의 동기, 행위 태양, 목적이 범죄의 구성요건 표지로 규정되어 있다. 그리고 상술한 바와 같이 각 표지의 내용을 볼 때, 살해 방법의 잔인함, 비인간적 범행 동기, 치밀한 계획 등 우리나라 판례에서 볼 수 있는 양형 인자 및 양형 판단의 내용과 상당히 유사하다는 사실을 발견할 수 있다. 이는 우리나라에서는 법관의 재량에 속한 양형 영역으로부터 독립시켜 살인의 중한 불법의 내용을 구성요건화한 차이점을 보여준다고 할 수 있겠다.

다음으로 독일 형법 제216조는 우리나라와 달리 자살관여죄를 처벌하고 있지 않다. 이러한 상황은 실무적으로 안락사 등 의료 영역과 관련하여 해석 논점을 제시해주고 있으며, 또한 헌법적 맥락에서 생명권과 인격권에 대한 본원적인 문제를 지속적으로 던져주고 있다. 최근의 제217조와 이에 대한 독일 연방헌법재판소의 위헌결정의 모습이 그 예가 될 것이다

거시적인 관점에서 조망해볼 때 살인범죄 체계의 변화, 존속살해죄 영아살해죄 폐지 및 일부 자살조력행위의 범죄화 등 형법의 자유화, 비범죄화, 탈도덕화의 모습과 일부 자살조력행위의 범죄화와 생명보호를 위한 입법작용 사이에서 발생하는 간극과 이에 대한 긴장관계는 여전히 현재 진행형이다.

제5절 | 일본

1. 개관

가. 살인범죄의 체계

일본형법은 제1편 「총칙」(제1조~제72조)에 이어 각칙에 해당하는 제2편 「죄」(제73조~제264조)가 제1장(구 '왕실에 대한 죄'로 1947년에 삭제됨)부터 제40장 '손괴 및 은닉의 죄'에 이르기까지 총 40개의 장으로 구성되어 있다. 각칙의 장의 순서를 개괄적으로 보면, 국가적 법익에 관한 죄, 사회적 법익에 관한 죄, 개인적 법익에 관한 죄의 순으로 되어 있으며, 이는 우리나라 형법과 유사한 점이다.

이 중 '살인의 죄'는 개인적 법익에 관한 죄의 가장 서두에 해당하는 제26장에 규정되어 있고, 조문으로는 제199조 (살인), 제200조 (존속살해), 제201조 (예비), 제202조 (자살관여 및 동의살인), 제203조 (미수범)의 5개 조가 이에 해당한다. 한편, 제200조의 '존속살해' 규정은 1995년 형법 일부개정 시에 존속 대상의 범죄를 가중처벌하던 다른 조항들과 함께 일괄 삭제되었다.

여러 나라의 입법례에서 고살, 모살, 독살, 영아살 등의 가중·감경유형을 두고 있는 것에 비하여 일본형법전에서는 포괄적인 법정형을 가진 단순살인죄(보통살인죄, 제199조)와 그 감경유형으로서 동의살인죄(제202조)를 규정하고 있음에 그친다. 우리나라 형법전의 '살인의 죄'(제24장)와 비교해보면, 존속살해 규정이 삭제되었다는 점, 감경처벌조항으로서 영아살해죄 규정을 별도로 두고 있지 않다는 점 등을 차이점으로 꼽을 수 있다(아래 〈표 5-5-1〉 참조). 그 밖에도 우리나라 형법은 위계 또는 위력에 의한 촉탁승낙살인이나 자살방조에 대하여는 보통살인죄를 적용한다는 특례규정(제253조)을 두고 있고, 자격정지의 병과 규정(제256조)을 두고 있는바, 이는 일본형법에서는 찾아볼 수 없는 규정들이다. 한편, 양국의 형법은 공히 살인죄의 미수범을 처벌하고 있을 뿐만 아니라, 나아가 예비, 음모 행위에 대한 명문의 처벌을 두고 있다는 점은 서로 공통된다.

[표 5-5-1] 살인범죄 체계의 한·일 비교

구분	한국형법	일본형법
(보통) 살인죄	제250조 (살인, 존속살해) ① 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.	제199조 (살인) 사람을 죽인 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.
존속살해	제250조 (살인, 존속살해) ② 자기 또는 배우자의 직계존속을 살해한 자는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.	제200조 (존속살해) 삭제 (1995년)
영아살해	제251조 (영아살해) 직계존속이 치욕을 은폐하기 위하거나 양육할 수 없음을 예상하거나 특히 참작할 만한 동기로 인하여 분만중 또는 분만직후의 영아를 살해한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다.	(규정 없음)
촉탁·승낙 살인 및 자살방조	제252조 (촉탁, 승낙에 의한 살인 등) ① 사람의 촉탁 또는 승낙을 받어 그를 살해한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다. ② 사람을 교사 또는 방조하여 자살하게 한 자도 전항의 형과 같다.	제202조 (자살관여 및 동의살인) 사람을 교사하거나 방조하여 자살시키거나 또는 사람을 그 촉탁을 받거나 승낙을 얻어 살해한 자는 6월 이상 7년 이하의 징역 또는 금고에 처한다.

[표 5-5-1] (계속)

구분	한국형법	일본형법
위계 등에 의한 촉탁살인 등	제253조 (위계등에 의한 촉탁살인등) 전조의 경우에 위계 또는 위력으로서 촉탁 또는 승낙하게 하거나 자살을 결의하게 한 때에는 제250조의 예에 의한다.	(규정 없음)
미수범의 처벌	제254조 (미수범) 전4조의 미수범은 처벌한다.	제203조 (미수죄) 제199조 및 전조의 죄의 미수는 벌한다.
예비, 음모	제255조 (예비, 음모) 제250조와 제253조의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.	제201조 (예비) 제199조의 죄를 범할 목적으로 그 예비를 한 자는 2년 이하의 징역에 처한다. 다만, 정상에 따라 그 형을 면제할 수 있다.
자격정지의 병과	제256조 (자격정지의 병과) 제250조, 제252조, 제253조의 경우에 유기징역에 처할 때에는 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다.	(규정 없음) (일본형법상 형벌의 종류로서 '자격정지' 없음)

나. 사람의 시기와 종기

1) 사람의 시기

출생전의 생명체를 태아라고 하며, 태아의 생명은 '낙태의 죄'(제29장)에 의해 보호된다. 사람의 시기(始期)에 관한 학설로는 ① 진통설, ② 일부노출설, ③ 전부노출설, ④ 독립호흡설이 대립하고 있다. ① 진통설은 분만작용의 개시로서의 규칙적인 진통이 시작된 시점을 출생의 시점, 즉 사람의 시기(始期)로 보는 입장이며, "자연의 분만기에 앞서는 태아의 인공적인 배출"이라고 하는 낙태의 정의를 전제로 하면, 낙태죄와 살인·치사상죄의 영역을 '자연의 분만기'를 기준으로 해서 구별해야 한다고 보는 것이다. ② 일부노출설은 태아의 신체의 일부가 모체로부터 노출된 시점을 출생의 시점으로 보는 입장이며, 태아가 모체로부터 일부라도 노출되면, 이에 대한 직접적인 침해는 가능해지므로 이 때부터 사람으로서 보호되어야 한다고 보는 것이다. ③ 전부노출설은 태아의 신체의 전부가 모체로부터 노출된 시점을 사람의 시기로 보는 입장이며, 사람으로서 완전한 모습을 갖추고 있는 태아가 전부 노출되지 않으면 사람으로서의 보호에 이르지 않는다고 보며, 또한 사회의식의 측면에서 볼 때에도 전부노출의 기준이 자연적이라는 점을 근거로 하고 있다. ④ 독립호흡설은 태아가 태반에 의해 호흡하는 것을 마치고 자기의 폐로서 호흡을 개시한 시점을 사람의 시기로 보는 입장이며,

사람으로서 두텁게 보호할 가치가 있는 것은 스스로 호흡을 개시한 시점으로 보면 족하다고 본다.

학설상 일부노출설이 통설의 지위를 점하고 있고, 판례도 일부노출설의 입장을 취하고 있다.[1726] 일본 대심원 대정8년 12월 13일 판결[1727]이 모체와는 독립하여 공격이 가능하다는 것을 이유로 하여 일부노출설을 취한 이래 이 입장이 유지되어 왔다. 한편, 일본 최고재판소[1728]는 피고인이 임부 을녀로부터 낙태의 위탁을 받아 이를 승낙하였고, 태아가 모체 밖에서 생명을 이어갈 수 없는 시기를 지났다고 판단하면서, 아울러 낙태조치를 실시하고 그 결과 임부 만 26주차에 들어간 태아를 모체 밖으로 배출시켜, 이로써 업무상의 낙태를 한 사안에서 피고인은 10% 정도의 생존 가능성을 인식하면서도 필요한 의료조치를 취하지 아니하고, 영아를 방치하여 출생 후 약 54기간을 경과한 시점에 사망에 이른 사안에서 "위 사실관계 하에서 피고인에 대한 업무상 낙태죄에 더하여 보호책임자유기치사죄의 성립을 인정한 원판결은 정당한 것으로 이를 긍정할 수 있다"라고 판시한바 있다.

2) 사람의 종기

사람의 종기는 사망이다. 사람은 사망에 의해 생명을 잃게 되고, 그 신체도 사체로 되어 더 이상 살인죄의 객체가 아니라 사체유기죄(제190조)의 객체가 되는 것에 불과하다.[1729] 사람의 종기(終期), 즉 사람이 사망한 시기에 관한 학설로는 맥박이 불가역적으로 정지한 시기로 보는 ① **맥박정지설**, 호흡이 불가역적으로 정지한 시기로 보는 ② **호흡정지설**, 호흡·맥박의 불가역적 정지 및 동공확대의 3가지 징후를 기초로 하여 종합적으로 판정하는 ③ **종합판정설** 내지 **삼징후설**, 그리고 뇌기능의 불가역적 상실의 시기로 보는 ④ **뇌사설**이 있다.[1730] 이 중 종합판정설이 과거의 통설이었으나,[1731] 최근에는 뇌사설이 오히려 유력해지고 있다.[1732] **종합판정설**의 입장에서는 현대의 의학 수준에서 뇌기능의 불가역적 상실 시점을 확실하게 판정하는 것은 곤란하며,

---

1726) 西田典之(著)/橋爪隆(補訂), 刑法各論 [第7版], 弘文堂, 2018, 8면.
1727) 대심원 판결 1919년(대정8년) 12월 13일 大審院刑事判決錄 25집 1367면.
1728) 최고재판소 판결 1988년(소화63년) 1월 19일 最高裁判所刑事判例集 42권 1호 1면.
1729) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 8면.
1730) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 8면.
1731) 大谷實, 刑法講義各論 [第4版補訂版], 成文堂, 1998, 10면.
1732) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 8면.

뇌사설이 의학적 상식이 되어 있지 않은 단계에서 종합판정설을 따르는 것이 타당하다는 점, 혈액이 순환하고 체온이 느껴지는 생명현상이 남아 있는 개체를 사체로 취급하는 뇌사설에 대하여는 국민의 인식이 뒷받침되어 있지 않다는 점, 심장사에 비하여 일반인이 이해하기 어려운 뇌사의 판정이 장기이식 이익 등을 위해 왜곡될 우려가 적지만 남아 있다는 점, 의학적 관점에서 보더라도 모든 치료수단을 동원하여 사람의 사망시점을 최대한 연장시키는 것이 바람직하며, 따라서 생명유지장치를 사용하지 않으면 심장이 기능하지 않는 뇌사보다 이를 사용하더라도 심장이 기능하지 않는 심장사를 보다 중시해야 한다는 점 등을 그 근거로 하고 있다.[1733]

한편, **뇌사설**의 입장에서는 뇌는 사람의 정신과 신체의 전체의 조직과 기능을 통괄, 지배하는 것인바, 뇌사가 발생한 이상 인공호흡기에 의해서 심장과 폐장을 인위적으로 기능시키더라도 이는 이미 그 개체 스스로의 기능을 유지하는 것은 아니며, 따라서 뇌사로서 사망을 판정하는 것이 상식으로 받아들여질 수 없는 것은 아니라는 점, 생명유지치료의 발달로 인해 뇌기능이 불가역적으로 정지하여 더 이상 인격을 가진 신체라고 말할 수 없음에도 불구하고, 생명유지장치를 제거하면 살인이 될 가능성이 있기 때문에 치료를 지속해야 한다는 것은 타당하지 않다는 점, 장기이식을 위한 장기적출을 심장이 활동하고 있을 때 해야 할 필요성이 있다는 점, 의학적으로는 뇌사를 사망으로 인정하는 것이 통설이자 정설이므로 법적인 사망의 개념에 있어서도 이를 기초로 하여 판단해야 한다는 점 등을 그 근거로 하고 있다.[1734]

3) 장기이식법의 제정 및 개정

뇌사설의 입장을 반영한 「장기이식에 관한 법률」이 1997년에 제정·시행되었다. 이로써 본인의 서면에 의한 의사표시 및 위족이 장기이식을 거부하지 않는 것을 조건으로 하여 뇌사로 판정하여 "사체(뇌사한 자의 신체를 포함한다)"로부터 장기를 적출할 수 있도록 되었다. 새롭게 제정된 장기이식법의 해석을 둘러싸고는 뇌사설을 전제로 한 것이라는 주장도 있지만, 일반적으로는 심장사를 전제로 하면서 장기이식의 경우에 한하여 뇌사를 사람의 사망으로 인정하는 것으로 이해되고 있다.[1735]

1733) 大谷實, 刑法講義各論 [第4版補訂版], 成文堂, 1998, 11면; 臨時脳死及び臓器移植調査会,「答申」(1992年 1月 22日), ジュリスト (通号 1001), 有斐閣, 1992, 34면.

1734) 西田典之(著)/橋爪隆(補訂), 刑法各論 [第7版], 弘文堂, 2018, 9면 이하.

한편, 동법이 본인의 장기기증 의사표시 외에 유족의 동의를 전제로 하는 등 그 요건이 엄격하였고, 또한 15세 미만의 자로부터의 장기이식은 허용되지 않았기 때문에 법 제정 이후에도 실제 장기제공자가 여전히 적다는 문제가 드러났다. 이러한 상황에 대처하기 위해 2009년에 동법이 개정되어 본인이 거부의사를 표시하지 않은 경우에는 유족의 서면에 의해 뇌사판정 및 장기적출을 할 수 있도록 되었고(동법 제6조 1항, 3항), 따라서 15세 미만의 뇌사자에 대하여도 장기이식이 가능하게 되었다. 위 법 개정에 의해 본인의 의사에 관한 요건은 완화되었지만, 장기이식에 한하여 뇌사를 사망으로 인정하는 점에는 변화가 없고, 따라서 장기이식 이외의 경우는 삼징후를 기초로 한 종합판정설에 의해 사망이 판정된다고 본다.[1736]

2. 살인죄

가. 보통살인죄

제199조 (살인)

사람을 죽인 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

1) 객체

보통살인죄(일본형법 제199조)의 객체는 행위자를 제외한 자연인이고, 행위자 자신은 본죄의 객체에 해당하지 않는다.[1737]

2) 행위

살인의 행위는 살인의 고의를 가지고 죽음의 시기를 앞당겨 타인의 생명을 단절시키는 것을 말한다. 수단과 방법의 여하를 불문하며, 물리력을 사용한 유형적 방법에 의한 살인은 물론, 무형적 방법에 의한 살인도 가능하다고 본다.[1738] 부작위에 의한

1735) 西田典之(著)/橋爪隆(補訂), 刑法各論 [第7版], 弘文堂, 2018, 9~12면.
1736) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 8면.
1737) 川端博/西田典之/原田国男/三浦守(編), 裁判例コンメンタール刑法 第2巻[§73-§211], 立花書房, 2006, 441면.
1738) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 10면.

살인의 실행[1739]이나 간접정범의 형태에 의한 살인의 실행[1740]도 가능하다고 본다.

3) 고의

확정적 고의일 필요는 없고, 미필적 고의로 족하다고 본다.[1741]

4) 죄수

죄수의 측면에서는, 개인이 생명은 각각이 중대한 의미를 가지기 때문에 행위의 객체로서의 피해자의 수(數)가 중시되고 있다. 일본판례에 의하면, 사람을 살해하려고 우유에 농약을 타서 건넸지만, 눈치를 채서 실패하자 목을 졸라 살해한 경우, 독물에 의한 살인미수는 목 졸음에 의한 살인기수의 죄에 포괄되어 일죄로 보았다.[1742] 또한 수인의 가족을 살해할 의사로 마시는 물에 독약을 투입한 경우는 음용자의 수에 상응한 수 개의 살인죄가 관념적(상상적) 경합의 관계에 있는 것으로 본다.[1743]

나. 존속살해죄 규정의 삭제

존속살해를 중하게 처벌하는 제200조에 대하여 일본 최고재판소는 구 판례[1744]에서 이를 헌법 제14조에 반하지 않는다고 했으나, 이후 최고재판소 전원합의체 1973년(소화48년) 4월 4일 판결[1745]에서는 14대 1의 평결로서 헌법 제14조 위반하여 무효라는 판단을 내렸다. 다수의견 중 6인은 존속살해에 대한 중벌 자체가 봉건적인 충효의 윤리를 형법에 집어넣은 것으로서 헌법 제14조에 반한다고 했지만, 다수의견 중 다른 8인은 존속살해에 대한 중벌 자체가 위헌인 것은 아니고, 2회의 감경을 하더라도 처단형의 하한이 3년 6월에 그쳐 집행유예를 부과할 수 없을 정도로 중한 법정형이

1739) 최고재판소 판결 2005년(평성17년) 7월 4일 最高裁判所刑事判例集 제59권 제6호 403면; 대심원 판결 1915년(대정4년) 2월 10일 大審院刑事判決錄 제21권 90면.
1740) 최고재판소 판결 1952년(소화27년) 2월 21일 最高裁判所刑事判例集 6권 2호 275면; 최고재판소 판결 1958년(소화33년) 11월 21일 最高裁判所刑事判例集 12권 15호 3519면.
1741) 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2版] 第10巻, 青林書院, 1999, 268면.
1742) 대심원 판결 1938년(소화13년) 12월 23일 大審院刑事判例集 17권 980면.
1743) 대심원 판결 1917년(대정6년) 11월 9일 大審院刑事判決錄 23집 1261면.
1744) 최고재판소 판결 1950년(소화25년) 10월 25일 最高裁判所刑事判例集 4권 10호 2126면.
1745) 최고재판소 판결 1929년(소화4년) 4월 4일 最高裁判所刑事判例集 27권 3호 265면.

헌법 제14조에 위반하는 것에 지나지 않는다고 했다. 이후 실제 일본최고재판소는 존속상해치사죄(제205조 2항)에 대하여는 "합리적 근거에 기초한 차별적 취급의 범죄를 벗어나지 않은"것으로서 합헌이라고 했다.[1746]

이러한 판례로 인해 이후로도 국회는 형법 제200조의 존속살해 규정을 삭제하는 개정을 단행하지 않았다. 그러나 실무적으로는 제200조에 의한 소추는 이루어지지 않았고, 실질적으로는 이미 폐지된 상태였다.[1747] 이후 1995년의 형법을 문장을 평이화하는 개정 시에 제200조를 비롯한 존속관련 가중처벌규정들이 일괄 삭제되었는바, 동 개정이유로서는 제200조에 대하여는 1973년 이래의 위헌상태를 해소한다는 점, 그리고 여타의 규정에 대하여는 제200조의 삭제와의 균형을 도모한다는 점이 적시되었다.[1748]

다. 살인예비죄

제201조 (예비)

제199조의 죄를 범할 목적으로 그 예비를 한 자는 2년 이하의 징역에 처한다. 다만, 정상에 따라 그 형을 면제할 수 있다.

1) 의의

살인예비는 실행의 착수에 이르기 이전의 살인의 준비적 행위를 말하며, 실행의 착수에 이르지 않은 행위를 범죄로 한 것이다. 예를 들어 독살의 수단으로서의 독약을 조달하는 행위 등이 이에 해당한다.

살인예비는 살인이라고 하는 기본적 구성요건을 수정 내지 확장하여 만든 구성요건이므로 스스로가—또는 타인과 공동하여— 실행행위를 할 목적으로 예비를 한 경우에만 성립하고(자기예비죄), 타인에게 살인을 행하게 할 목적으로 예비를 행한 경우(타인예비죄)는 본죄에 해당하지 않는다고 본다.[1749] 일본형법 제201조에서 "제199조의 죄를 범할 목적으로"라고 규정하고 있는 것은 이러한 취지를 명확히 한 것으로 이해되고 있다.

1746) 최고재판소 판결 1976년(소화51년) 2월 6일 最高裁判所刑事判例集 30권 1호 1면.
1747) 西田典之(著)/橋爪隆(補訂), 刑法各論 [第7版], 弘文堂, 2018, 13면.
1748) 松尾浩也, 刑法の平易化, 有斐閣, 1995, 57면 이하.
1749) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 12면.

2) 행위

본죄의 예비행위는 기수범의 구성요건적 실행행위와는 달라서 행위의 외형을 보고 이에 해당하는지 여부를 객관적으로 확정하는 것이 쉽지 않다. 예비의 단계에 달하였는지 여부는 살해할 목적의 존재를 전제로 하여 범죄의 수행에 실질적으로 도움이 되는 행위라고 말할 수 있는지 여부에 따라 판단해야 한다. 판례에 따르면, 살해를 의도하여 피해자 등이 일상 통행하는 농로의 가장자리에 독을 넣은 음료를 놓아둔 행위[1750], 발화하여 소사(燒死)시키려는 목적으로 옥내에 도시가스를 누출시킨 행위[1751], 대량살인의 목적으로 사린가스의 대량생산을 기획한 행위[1752] 등은 살인예비에 해당한다.

3) 죄수

판례의 따르면, 타인을 살해할 의사로 흉기를 휴대하여 주거에 침입했지만, 살해에는 이르지 않은 경우는 본죄와 주거침입죄의 상상적 경합이 된다.[1753] 살인의 목적으로 예비행위를 한 후 나아가 그 실행에 착수한 때에는 살인미수죄 또는 살인기수죄가 성립하고, 본죄는 이에 흡수된다.[1754]

3. 자살관여죄 및 동의살인죄

제202조 (자살관여 및 동의살인)

사람을 교사하거나 방조하여 자살하게 하거나 또는 사람을 그 촉탁을 받거나 승낙을 얻어 살해한 자는 6월 이상 7년 이하의 징역 또는 금고에 처한다.

일본형법 제202조는 자살교사, 자살방조, 촉탁살인, 승낙살인의 4가지 구성요건을 포함하고 있으며, 그 법정형은 "6월 이상 7년 이하의 징역"으로 모두 동일하다. 이에

1750) 宇都宮地方裁判所 판결 1965년(소화40년) 12월 9일 下級裁判所刑事裁判例集 제7권 제12호 2189면.
1751) 大阪地方裁判所 판결 1982년(소화57년) 6월 29일 判例時報 1051호 159면.
1752) 東京地方裁判所 판결 1998년(평성10년) 6월 4일 判例時報 1650호 155면.
1753) 대심원 판결 1911년(명치44년) 12월 25일 大審院刑事判決錄 17집 2328면.
1754) 대심원 판결 1932년(소화7년) 11월 30일 大審院刑事判例集 11권 1750면.

대하여는 학설상으로 자살관여죄와 동의살인죄는 유형적으로 다르고 당벌성에도 차이가 있으므로 입법론적으로 2개를 분리 규정해야 한다는 견해[1755]가 있으나, 양자는 생명의 처분에 관한 자기결정권의 문제라고 하는 점에서 공통된다는 점에서 현행법의 합리성을 찾고 있다.[1756]

가. 자살관여죄

1) 자살의 불처벌

일본형법은 자살행위 자체를 처벌하는 규정을 두고 있지 않다. 자살을 불처벌하는 이유에 대하여는 ① 생명을 침해하는 것으로서 가벌적 위법행위이지만 자살행위자의 동기, 심정에 비추어 비난할 수 없기 때문에 책임이 조각된다는 설, ② 자살은 위법하지만 자손행위의 극단적 경우로서 가벌적 위법성은 없다고 보는 설, ③ 자살은 자기의 법익을 처분하는 행위이기 때문에 위법하지 않다고 보는 설 등이 주장되고 있다.[1757]

2) 자살관여죄의 처벌근거

일본형법상 자살은 범죄가 아니지만, 자살에 관여하는 교사행위와 방조행위를 처벌하고 있다. 자살관여죄를 처벌하는 근거에 관하여는 생명은 본인만이 좌우할 수 있는 것이고, 타인의 자살에의 관여는 그 자의 존재를 부정하며 생명을 침해하는 것이므로 가벌성을 가진다는 점, 자살이 야기된 극한상황은 유형적으로 냉정한 자기결정이 불가능한 상황이므로 그 자기결정의 효과를 제한해야 한다는 점 등을 제시되어 있다. 이러한 해석에 따르면, 제202조의 자살관여죄는 형법총칙의 공범규정과는 전혀 별개의 독립범죄유형을 규정한 것으로 이해하고 있다.

3) 객체

자살이란 스스로의 의사에 기초하여 자기의 생명을 단절하는 것을 말하므로, 자살관여죄의 객체는 자살의 의미를 이해하고, 자유로운 의사결정의 능력을 가진 자연인

1755) 中森義彦, 刑法各論 [第4版], 有斐閣, 2015, 10면.
1756) 西田典之(著)/橋爪隆(補訂), 刑法各論 [第7版], 弘文堂, 2018, 13면.
1757) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 13면.

이어야 한다. 따라서 의사결정능력이 없는 유아 또는 정신장애자는 객체가 될 수 없고, 이들의 자살을 교사·방조한 경우에는 자살관여죄가 아니라 살인죄의 간접정범의 책임을 묻게 된다.[1758]

4) 행위

교사 또는 방조이다. 교사는 자살의사가 없는 자에 대해 자살의사를 일으키게 하는 것을 말한다. 교사의 방법에는 제한이 없고, 명시적 방법뿐만 아니라 묵시적 방법도 가능하다고 본다.[1759] 방조는 이미 자살의사가 있는 자에 대해 자살행위를 돕거나 자살을 용이하게 해주는 것을 말한다. 예를 들어 사후에 가족의 뒷바라지를 해주겠다고 하는 정신적 방조를 포함한다. 판례에 의하면, 합의에 의한 동반자살 중 1인이 살아남은 경우에는 자살방조의 죄책을 묻을 수 있다고 본다.[1760]

5) 자살관여죄와 살인죄의 구별

자살관여죄에 있어서 자살의 결의는 죽음의 의미를 이해한 임의적인 것이어야 하며, 이는 자살관여죄와 살인죄를 구별하는 기준이 된다.[1761] 첫째, 제202조에서 말하는 자살의 결의는 죽음의 의미를 이해하고 행한 경우에만 적용된다. 따라서 죽음의 의미를 이해하지 못하는 유아[1762]나 정신장애자를 기망하여 자살시킨 경우[1763]에는 살인죄가 적용된다. 둘째, 동반자살인 것처럼 기망하여 자살시킨 경우, 즉 사망하는 것 자체는 인식하고 동의하였으나 그 동기에 착오가 있는 경우에 대하여는 학설상 자살관여죄설(제202조적용설)과 살인죄설(제199조적용설)이 대립하고 있다. 판례는 이별을 통보한 여성으로부터 동반자살을 제의받고 일단 수락했으나, 도중에 자살할 마음이 없어졌음에도 따라서 죽을 것처럼 여성을 오신시켜 독물을 건네 먹여 사망시킨 사안에 대해 살인죄를 성립을 인정하였다.[1764] 또한 하급심 판례 중에서도 자기도 따라 죽을 것처럼 위장하여 독물을 내연녀의 입에 넣어주고 물을 먹여 사망시킨 사례

1758) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 14면.
1759) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 15면
1760) 대심원 판결 1926년(대정15년) 12월 3일 大審院刑事判例集 제5권 558면.
1761) 西田典之(著)/橋爪隆(補訂), 刑法各論 [第7版], 弘文堂, 2018, 15면.
1762) 대심원 판결 1934년(소화9년) 8월 27일 大審院刑事判例集 제13권 1086면.
1763) 최고재판소 결정 1952년(소화27년) 2월 21일 最高裁判所刑事判例集 제6권 제1호 275면.
1764) 최고재판소 판결 1958년(소화33년) 11월 21일 最高裁判所刑事判例集 제12권 제15호 3519면.

에 있어서 살인죄를 인정한바 있다.[1765]

6) 미수

자살관여죄가 기수가 되기 위해서는 피교사자·피방조자가 자살을 완수할 것이 요구된다. 교사·방조에 의해 본인이 자살행위를 했지만, 죽지 않은 때에는 미수에 그친다. 자살의 교사 내지 방조가 있었지만, 본인이 마음이 바뀌어 자살행위를 하지 않은 경우에는 학설상 본죄의 미수를 인정하는 긍정설과 미수를 인정하지 않는 부정설이 대립하고 있다.[1766] 이는 자살관여죄의 착수시기에 관한 학설에 대응하는 것인바, 전자의 긍정설은 교사·방조시설, 후자의 부정설은 자살행위개시시설에 해당한다.[1767]

나. 동의살인죄

1) 동의살인죄의 감경근거

동의살인죄의 감경근거에 대하여는 ① 위법감소설과 ② 위법·책임감소설이 대립하고 있다.[1768] 전자의 경우 동의살인죄는 법익의 주체인 피해자 본인이 자유로운 의사결정에 기초하여 생명을 포기한 이상 법익침해의 정도는 보통살인죄보다 적다고 본다. 후자의 경우 동의살인죄는 피해자의 입장에서 보면 자살에 준하는 것으로 보아야 하며, 따라서 위법성의 정도는 통상의 살인죄에 비하여 가볍고, 또한 행위자의 책임도 감경된다고 본다.

2) 객체

동의살인죄의 객체는 살인의 의미를 이해하고, 죽음에 대하여 자유로운 의사결정능력을 가진 자연인이어야 한다. 따라서 유아나 심상상실자는 본조의 객체가 될 수 없다.

1765) 仙台高等裁判所 판결 1952년(소화27년) 9월 15일 高等裁判所刑事判例集 제5권 제11호 1820면.
1766) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 16면.
1767) 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2版] 第10巻, 青林書院, 1999, 357면.
1768) 西田典之(著)/橋爪隆(補訂), 刑法各論 [第7版], 弘文堂, 2018, 14면.

3) 행위

사람의 촉탁을 받거나 승낙을 얻어 살해하는 것이다. 촉탁, 승낙의 유효요건으로서 ① 피살자 자신에 의해 행해질 것, ② 보통의 사리변별능력을 가진 자의 자유롭고 진의에서 나온 것일 것,[1769] ③ 승낙은 묵시적이어도 가능하지만, 촉탁은 명시적으로 행해질 것, ④ 촉탁·승낙이 살해행위 시에 존재할 것, ⑤ 구성요건요소인 촉탁·승낙이 있었다는 점에 대한 인식이 필요하다고 본다.[1770]

4) 고의

본조의 고의를 인정하기 위해서는 살인의 사실 및 촉탁·승낙의 존재를 인식할 것이 요구된다. 판례에 의하면, 진실한 촉탁·승낙이 없었음에도 그것이 있다고 오신하여 행한 경우에는 일본형법 제38조 제2항[1771]에 따라 본조의 동의살인죄가 성립한다.[1772]

행위 시에 동의가 있었음에도 이것이 없었다고 오신하여 행한 경우에 어떠한 죄책을 지울 수 있을까에 대하여는 학설상 ① 동의살인죄설와 ② 보통살인죄설 등이 대립하고 있다.[1773] ①의 입장에서는 동의살인도 사람의 생명을 인공적으로 단절한다는 점에서는 살인과 실행행위를 공통하고 있고, 양 죄는 구성요건적으로 중첩되므로 살인의 고의로 동의살인의 결과가 발생한 경우에는 추상적 사실의 착오가 인정되어 법정적 부합설에 의해 가벼운 촉탁살인죄의 죄책을 물어야 한다고 본다. ②의 입장에서는 당사자 간의 촉탁·승낙의 관계가 없는 이상 살인죄가 성립한다고 본다. 이와 관련하여 하급심 판례에서는 동의살인죄의 성립을 인정한 사례가 있다.[1774]

4. 과실치사

일본형법의 경우에도 우리나라 형법과 마찬가지로 고의에 의한 범죄의 처벌이 원칙

1769) 최고재판소 판결 1958년(소화33년) 11월 21일 最高裁判所刑事判例集 12권 15호 3519면; 요코하마지방재판소 판결 평성17년 4월 7일 判例タイムズ 1192호 299면.
1770) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 16면.
1771) 일본형법 제38조 (고의) ②중한 죄에 해당할 행위를 했음에도, 행위 시에 그 중한 죄에 해당한다는 사실을 몰랐던 자는 그 중한 죄에 의해 처단할 수 없다.
1772) 대심원 판결 1910년(명치43년) 4월 28일 大審院刑事判決錄 16집 760면.
1773) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 17면.
1774) 大阪高等裁判所 판결 1998년(평성10년) 7월 16일 判例時報 1647호 156면.

이고, 과실에 의한 범죄의 처벌을 예외로 하고 있다(제38조 1항). 과실이란 주의의무위반을 말하며, 주의의무에 위반한 행위에 의해 일정한 결과를 야기하는 것이 과실범의 기본구조이다. 주의의무는 결과에 대한 예견의무와 결과에 대한 회피의무이며, 양자 모두 위법요소로서 구성요건을 구성하는 요소이다.

일본형법 제28장은 "과실상해의 죄"라는 장명 하에 제209조(과실상해), 제210조(과실치사), 제211조(업무상과실치사상등—'중과실치사상'을 포함함—)의 3개 조문으로 구성되어 있다.[1775] 여기서는 각국의 '과실치사'에 관한 내용을 기술하는 본 연구보고서의 체계를 고려하여 일본형법상 과실치사죄(267조)와 가중처벌규정인 업무상 과실치사상죄(267조), 중과실치사상죄(268조)에 대하여 살펴보고, 과실상해죄(265조)는 과실치사죄와 분리하여 각국의 「상해·폭행의 죄」의 부분에서 간략히 소개하도록 한다. 한편, 일본의 경우 자동차운전에 관한 사상(死傷)사범에 대한 처벌을 포괄적으로 정비한 특별법인 「자동차의 운전에 의해 사람을 사상시킨 행위 등의 처벌에 관한 법률」(2013년 11월 27일 법률 제86호)이 제정·시행되고 있으므로 본 '과실치사(죄)'의 부분에서 함께 살펴보도록 한다.

가. 과실치사죄

제210조 (과실치사)

과실에 의해 사람을 사망시킨 자는 50만엔 이하의 벌금에 처한다.

1) 의의

본조는 단순한 과실에 의해 사람을 사망시킨 자에 대한 처벌을 규정한 것이다. 사람을 사망시킨 것은 중대한 결과를 발생시킨 것이지만, 고의에 의한 것은 아니고 과실 그것도 단순한 과실에 의한 것이므로 그 형사책임은 벌금형을 과하는 것에 그치고 있다.[1776]

1775) 이는 우리나라 형법 제26장 "과실치사상의 죄"의 제266조 (과실치상), 제267조 (과실치사), 제268조 (업무상과실·중과실치사상)의 3개 조문에 상응하는바, 그 체계와 구성요건은 거의 유사하고, 법정형에 있어서는 다소의 차이가 있다.

2) 행위

본조의 행위는 과실에 의해 사람을 사망시키는 것이다. 과실의 전제가 되는 주의의무로서는 ① 보호자로서의 주의의무, ② 유독·유해한 음료·식품의 취급에 관한 주의의무, ③ 위험한 행위를 함에 있어서의 주의의무, ④ 위험한 시설·설비의 유지관리에 관한 주의의무 등으로 나누어진다.[1777]

위에 해당한다고 보아 판례가 본죄를 인정한 사례로서는 ① 생후 얼마 안 된 영아에게 옆에 누워서 수유하던 중 수유자가 잠들어 유방으로 영아의 코를 눌러 질식사시킨 사례,[1778] ② 제조원이 확실하지 않고 성질도 모르는 알코올(메탄올 함유)을 음용으로서 5명에게 건네 3명을 메탄올 중독으로 사망시킨 사례,[1779] ③ 전류가 통하고 있는 전선을 절단하여 절취한 탓에 잔류 전류가 지상에 흐르게 되어 통행인이 감전사한 사례,[1780] 생후 18개월의 유아가 보수되지 않은 자택 부근의 저장용 저수지의 방호책에 전락하여 사망한 사례[1781] 등이 있다.

나. 업무상과실치사상죄(1항 전단)

제211조 (업무상과실치사상등)

업무상 필요한 주의를 태만하여 이로써 사람을 사상시킨 자는 5년 이하의 징역이나 금고, 또는 100만엔 이하의 벌금에 처한다. 중대한 과실에 의해 사람을 사상시킨 자도 이와 같다.

1) 의의

일본형법 제211조는 행위자의 과실이 업무상의 과실 또는 중과실임을 근거로 하여 과실상해죄(209조) 및 과실치사죄(210조)에 비하여 가중처벌하는 유형이다. 사람의 사상을 초래한 위험성이 있는 업무에 종사하는 자의 과실에 의한 사상, 그리고 이러한

1776) 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2版] 第11巻, 青林書院, 2002, 7면.
1777) 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2版] 第11巻, 青林書院, 2002, 7면.
1778) 대심원 판결 1927년(소화2년) 10월 16일 大審院刑事判例集 제6권 413면.
1779) 최고재판소 판결 1948년(소화23년) 11월 25일 最高裁判所刑事判例集 제2권 제12호 1638면.
1780) 名古屋高等裁判所 판결 1957년(소화32년) 4월 10일 高等裁判所刑事裁判特報 제4권 제10호 229면.
1781) 東京高等裁判所 판결 1987년(소화62년) 4월 7일 判例時報 제1254호 135면.

업무에 종사하지 않는 자라도 중대한 과실에 의해 사상을 발생시킨 경우에 중하게 처벌하도록 한 것이다.[1782]

업무상 과실의 경우에 형이 가중되는 근거에 대하여는 견해가 나누어져 있으나, 판례[1783]는 일정한 위험한 업무에 종사하는 업무자에게는 통상인보다도 특히 중한 주의의무가 부과되어 있기 때문이라는 입장을 취하고 있고, 통설도 이와 같다.[1784] 또한, 판례는 업무상 과실을 통상의 과실보다 중하게 처벌하는 것은 업무에 대하여 정해진 특별한 주의의무에 위반한 것에 따른 것이고, 여하한 지위, 신분에 있는 자라고 하더라도 일정한 업무에 종사하는 자 모두에 대해 본조의 적용이 있으며, 따라서 헌법 제14조(법 앞의 평등)에 반하지 않는다고 보았다.[1785]

2) 주체

본조의 업무상과실치사상죄는 과실에 의해 사상의 결과를 야기하기 쉬운 업무에 종사하는 자에 대하여만 성립하는 신분범이다.[1786] 형법상 일반적으로 「업무」란 사람이 사회생활을 유지함에 있어 자기의 선택에 의해 반복·계속하여 행하는 사무를 말한다. 다만, 본죄의 성립상 필요한 업무는 그 집행에 있어 사람의 생명·신체에 대하여 객관적으로 위험을 내포한 업무임을 요한다.[1787]

3) 행위

"업무상 필요한 주의를 태만하여"란 그 업무를 행함에 있어 요구되는 주의의무를 위반한 것을 말한다. 따라서 의사가 의료수준에 기초한 주의의무를 위반하여 진료하여 사상의 결과를 야기하면, 그 자에게 의사로서의 주의능력이 없었다고 하더라도 본죄를 구성한다고 본다.[1788] 판례는 본조의 업무는 반드시 적법한 것임을 요하지

1782) 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2版] 第11巻, 青林書院, 2002, 13면.
1783) 대심원 판결 1914년(대정3년) 4월 22일 大審院刑事判決録 제20권 619면; 최고재판소 판결 1951년(소화26년) 6월 7일 最高裁判所刑事判例集 제5권 제7호 1236면.
1784) 川端博/西田典之/原田国男/三浦守(編), 裁判例コンメンタール刑法 第2巻[§73-§211], 立花書房, 2006, 553면.
1785) 최고재판소 판결 1957년(소화32년) 3월 26일 最高裁判所刑事判例集 제11권 제3호 1108면.
1786) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 34면.
1787) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 34면.
1788) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 35면.

않는다는 입장이며, 운전면허가 없는 자가 계속한 자동차 운전의 경우에도 본죄가 성립한다고 보았다.[1789]

다. 중과실치사상죄(1항 후단)

본조의 중과실치사상죄는 단순과실 중에 특히 위법성의 정도가 크고 책임이 중한 경우를 유형하여 중하게 처벌하는 규정이다. 중과실이란, 주의의무위반의 정도가 현저한 경우를 말한다. 사람의 사상의 결과가 그 구체적인 정황 하에서 통상인으로서 용이하게 예견할 수 있었음에도 이를 태만하거나 또는 결과를 예견하면서 그 회피의 조치를 취하는 것이 용이했음에도 이를 태만한 것과 같은 주의의무의 해태가 현저한 경우를 말한다.[1790]

판례에서 중과실치사죄를 인정한 사례로는 수렵인이 사람인지 여부를 확인하지 않고, 곧바로 엽총을 발사한 경우,[1791] 계속·반복을 전제로 하지 않는 자동차의 무면허이자 무모한 운전에 의한 인신사고를 일으킨 경우[1792] 등이 있다.

라. 특별법 : 자동차운전에 의한 사상행위의 처벌

1) 개관

일본의 경우에도 자동차 운전에 의한 사상행위는 원래 형법 제211조의 업무상과실치사상죄로 처벌되어 왔다. 그러나 2001년에 사회적으로 문제화되었던 음주운전 및 초고속의 과속운전 등 교통규칙을 무시하는 악질적이고 중대한 위험을 지닌 운전에 의한 사상의 결과에 적극적으로 대처하기 위해 이른바 위험운전치사상죄가 신설되었다.[1793] 입법적으로는 형법 제208조의2를 신설하여 "정상적인 운전이 곤란한 상태"에서의 자동차 운전 등을 고의로 위험한 운전행위를 한 것으로 취급하여 그 결과 사람을 사상한 경우를 위험운전치사상죄로 하고, 부상시킨 자는 15년 이하의 징역, 사람을

1789) 대심원 판결 1924년(대정13년) 3월 31일 大審院刑事判例集 제3권 259면.
1790) 東京高等裁判所 판결 1987년(소화62년) 10월 6일
1791) 東京高等裁判所 판결 1960년(소화35년) 7월 27일 東京高等裁判所刑事判決時報 제11권 제7호 205면.
1792) 최고재판소 결정 1954년(소화29년) 4월 1일 最高裁判所判例集(刑事) 제94권 49면.
1793) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 36면.

사망시킨 자는 1년 이상의 유기징역에 처하도록 했다.

위험운전치사상죄의 신설은 악질적이고 중대한 위험을 지닌 자동차 운전행위를 감소시키는 효과가 있었지만, 한편 예를 들어 무면허운전으로 과거에도 사고를 일으켜온 악질운전자의 사상이라고 하더라도 "정상적인 운전이 곤란한 상태"였다는 점을 입증하기 어려워 동 죄를 적용하기 어려웠다는 문제점이 지적되어 왔다.[1794] 이러한 배경에서 2013년에 자동차운전에 관한 사상(死傷)사범에 대한 처벌을 포괄적으로 정비한 **「자동차의 운전에 의해 사람을 사상시킨 행위 등의 처벌에 관한 법률」**(2013년 11월 27일 법률 제86호)이 제정·시행되었다. 동법은 자동차의 운전에 의한 사상사범 전반에 대한 벌칙을 내용으로 하는 것인바, 이로써 종전의 위험운전치사상죄(개정전 제208조의2), 자동차운전치사상죄(개정전 221조 2항)[1795]의 규정은 형법에서 삭제되고 본법에 흡수되었다.

2) 위험운전치사상죄(제2조)

다음에 열거한 행위를 하여 사람을 부상시킨 자는 15년 이하의 징역에 처하고, 사람을 사망시킨 자는 1년 이상의 유기징역에 처하도록 하고 있다. 구체적으로 열거하면, ① 알코올 또는 약물의 영향에 의해 정상적인 운전이 곤란한 상태에서 자동차를 주행한 행위(명정운전치사상), ② 그 진행을 제어하는 것이 곤란한 고속도(高速度)에서 자동차를 주행한 행위(제어곤란운전치사상), ③ 그 진행을 제어하는 기능이 없으면서 자동차를 주행한 행위(미숙운전치사상), ④ 사람 또는 차의 통행을 방해할 목적으로 주행 중인 자동차의 직전에 침입하거나 그 밖에 통행 중인 사람이나 차에 현저히 접근하고 또한 중대한 교통의 위험을 발생시키는 속도로 자동차를 운전하는 행위(통행방해운전치사상), ⑤ 적신호 또는 이에 상당하는 신호를 무시하고 또한 중대한 교통의 위험을 발생시키는 속도로 자동차를 운전하는 행위(신호무시운전치사상), ⑥ 통행금지도로를 진행하고 또한 중대한 교통의 위험을 발생시키는 속도로 자동차를 운전하는 행위(통행금지도로운전치사상)가 그것이다.

1794) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 36~37면.

1795) 개정전 일본형법 제211조 2항의 '자동차운전치사상죄'는 자동차의 운전상 필요한 주의를 태만히 하여 사람을 사상시킨 경우 종전에 업무상과실치사상죄로 처벌되던 사안을 이와 분리하여 가중처벌하기 위해 2007년 개정 시에 신설된 규정이었다. 山口厚, 刑法各論 [第2版], 有斐閣, 2016, 69면.

3) 준위험운전치사상죄(제3조)

알코올, 약물 또는 질병의 영향으로 그 주행 중에 정상적인 운전에 지장이 발생할 우려가 있는 상태에서 자동차를 운전하여 이로써 그 알코올, 약물 또는 질병에 의해 정상적인 운전이 곤란한 상태에 빠져 사람을 부상시킨 자는 12년 이하의 징역, 사람을 사망시킨 자는 15년 이하의 징역에 처하도록 하고 있다.

4) 과실운전치사상 알코올 등 영향 발각면탈죄(제4조)

알코올 또는 약물의 영향에 의해 그 주행 중에 정상적인 운전에 지장이 생길 우려가 있는 상태에서 자동차를 운전한 자가 운전상 필요한 주의를 태만하여 이로써 사람을 사상시킨 경우에 있어서 그 운전 시의 알코올 또는 약물의 영향의 유무 또는 정도가 발각되는 것을 면탈할 목적으로, 보다 더 알코올 또는 약물을 섭취하는 것, 그 장소를 이탈하여 신체에 보유한 알코올 또는 약물의 농도를 감소시키는 것, 그 밖에 그 영향의 유무 또는 정도가 발각되는 것을 면탈하는 행위를 한 때에는 12년 이하의 징역에 처하도록 하고 있다.

5) 과실운전치사상죄(제5조)

자동차의 운전상 필요한 주의를 태만하여 이로써 사람을 사상시킨 자는 7년 이하의 징역·금고 또는 100만엔 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(동조 본문). 여기서 "자동차 운전상 필요한 주의"란 자동차의 발진부터 정차까지의 운전에 있어서 필요한 주의를 말한다.[1796] 다만, 그 상해가 가벼운 때에는 정상에 의해 그 형을 면제할 수 있도록 하고 있다(동조 단서).

6) 무면허운전에 의한 가중(제6조)

①위험운전치사상죄(제2조)를 범한 자가 그 죄를 범한 때에 무면허운전을 한 것인 때에는 6월 이상의 유기징역에 처하도록 하고 있다(동조 1항). ② 준위험운전치사상죄(제3조)를 범한 자가 그 죄를 범한 때에 무면헌운전을 한 것인 때에는 사람을 사상시킨 자는 15년 이하, 사람을 사망시킨 자는 6월 이상의 유기징역에 처하도록 하고 있다(동

1796) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 38면.

조 2항). ③ 알코올등 영향 발각면탈죄(제4조)를 범한 자가 그 죄를 범한 때에 무면허운전을 한 것인 때에는 15년 이하의 징역에 처하도록 하고 있다(동조 3항). ④과실운전치사상죄(제5조)를 범한 자가 그 죄를 범한 때에 무면허운전을 한 것인 때에는 10년 이하의 징역에 처하도록 하고 있다(동조 4항).

5. 소결

"살인의 죄"는 일본형법 제2편 '각칙' 중 국가적·사회적 법익에 관한 죄(각칙 제1장~제25장)에 이이서 개인적 법익에 관한 죄가 시작하는 제26장에 위치한다는 점은 우리나라와 유사하다. 비교법적으로 보면, 여러 다른 나라에서 고살과 모살, 독살, 존속살해, 영아살해 등의 다양한 가중·감경유형을 규정하고 있는 것이 비하여 일본형법에서는 기본유형인 보통살인죄(199조)와 감경유형인 동의살인죄(202조)를 규정하고 있음에 그친다. 구 존속살해죄(200조)를 비롯한 존속 대상 범죄에 대한 가중처벌규정들은 1973년 일본 최고재판소 전원합의체 판결에서 위 형법 제200조를 헌법위반으로 무효로 판단된 후 1995년 형법개정 시에 일괄 삭제되었다.

사람의 시기에 관하여는 학설상 진통설, 일부노출설, 전부노출설, 독립호흡설이 대립하고 있고, 판례는 모체와는 독립하여 공격이 가능하다는 것을 이유로 일부노출설의 입장을 유지하고 있다. 우리나라 대법원이 진통설의 입장을 취하고 있는 것과는 차이가 있다. 사람의 종기에 대하여는 맥박정지설, 호흡정지설, 그리고 호흡·맥박정지·동공확대의 3가지 징후를 바탕으로 종합적으로 판단하는 종합판정설(삼징후설)과 뇌기능의 불가역적 상실의 시기를 종기로 보는 뇌사설이 대립하고 있다. 학설적으로는 과거 종합판정설이 통설이었으나 최근에는 뇌사설이 유력해지고 있다. 뇌사설의 입장을 반영한 「장기이식에 관한 법률」이 1997년에 제정·시행되었는바, 장기이식의 경우에는 뇌사를 사망으로 인정하고, 장기이식 이외의 경우에는 삼징후를 기초로 한 종합판정설에 의해 사망이 판정된다고 본다.

살인죄(199조)의 행위는 수단과 방법의 여하를 불문하며, 물리력을 사용한 유형적 방법은 물론 무형적 방법에 의한 살인도 가능하다고 본다. 부작위에 의한 살인의 실행이나 간접정범 형태에 의한 살인의 실행도 판례에서 인정하고 있다. 살인의 준비

적 행위로서 실행의 착수에 이르지 않은 예비행위도 벌한다(2년 이하의 징역. 다만, 정상에 따라 형을 면제할 수 있다. 201조).

일본형법 제202조(자살관여 및 동의살인)는 자살교사, 자살방조, 촉탁살인, 승낙살인의 4가지 구성요건을 포함하고 있으며, 그 법정형은 "6월 이상 7년 이하의 징역"으로 모두 동일하다.[1797] 자살의 결의는 죽음의 의미를 이해한 경우에만 적용되며, 따라서 의사결정능력이 없는 유아나 정신장애자는 본죄의 객체가 될 수 없고, 이들의 자살을 교사·방조한 경우에는 살인죄의 간접정범이 된다고 본다. 동반자살인 것처럼 기망하여 자살시킨 경우에도 판례는 살인죄를 인정한다. 동의살인죄는 죽음에 대하여 자유로운 의사결정능력을 가진 자에 의한 촉탁이나 승낙이어야 한다. 진실한 촉탁·승낙이 없었음에도 그것이 있다고 오신하여 살해행위를 한 경우 판례는 일본형법 제38조 2항[1798]을 적용하여 동의살인죄를 인정한다.

과실에 의해 사람의 생명을 침해하는 죄로서 과실치사죄(210조)가 있고, 가중처벌하는 유형으로서 업무상과실치사죄(211조 1문)와 중과실치사죄(제211조 2문)가 규정되어 있다.[1799] 고의가 아닌 단순한 과실에 의한 과실치사죄는 벌금형(50만엔 이하의 벌금)을 과하는데 그치고, 사람의 사망을 초래할 위험성이 있는 업무에 종사하는 자의 과실에 의한 사망과 이러한 업무에 종사하지 않는 자라도 중대한 과실에 의해 사망을 발생시킨 경우에 "5년 이하의 징역이나 금고, 또는 100만엔 이하의 벌금"으로 상대적으로 중하게 처벌하고 있다. 일본판례의 의하면, 중과실치사죄는 무면허이자 무모한 자동차운전에 의한 인신사고에 적용한바 있다.

한편, 2000년대 이후 일본 사회에서도 음주운전이나 초고속의 과속운전 등 교통규칙을 무시한 악질적이고 위험한 자동차 운전에 의한 사상(死傷)사범에 대한 적극적인 대응입법의 흐름 속에서 이에 대한 처벌을 포괄적으로 정비한 특별법인 「자동차의 운전에 의한 사람을 사상시킨 행위 등의 처벌에 관한 법률」이 2013년에 제정되었다.

1797) 우리나라 형법 제252조에서는 촉탁승낙살인죄(1항)와 자살방조죄(2항)를 "1년 이상 10년 이하의 징역"으로 처벌하고 있다.

1798) 일본형법 제38조 (고의) ②중한 죄에 해당할 행위를 했음에도, 행위 시에 그 중한 죄에 해당한다는 사실을 몰랐던 자는 그 중한 죄에 의해 처단할 수 없다.

1799) 일본형법 제28장은 "과실상해의 죄"라는 장명 하에 제209조 (과실상해), 제210조 (과실치사), 제211조 (업무상과실치사상등—중과실치사상을 포함—)의 3개 조문으로 구성되어 있는바, 우리나라 형법(제2편 제26장 과실치사상의 죄)과 마찬가지로 과실로 생명을 침해하는 죄와 과실로 신체를 침해하는 죄를 통괄하여 규정하고 있다.

동법은 알코올·약물에 의한 명정운전, 제어곤란운전, 미숙운전, 통행방해운전, 신호무시운전 등에 의한 사상행위를 위험운전치사상죄(2조) 또는 이에 준하는 준위험운전치사상죄(3조)로서 가중처벌하고 있고, 단순 과실에 의한 과실운전치사상죄(5조)의 경우에도 7년 이하의 징역 등으로 형법보다 중하게 처벌하고 있다(5조). 아울러 위 죄들을 범한 자가 무면허운전인 경우에도 재차 가중하여 처벌하고 있다(6조).

제 6 장 Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(Ⅱ-2)

상해·폭행죄

서주연 / 하민경 / 김택수 / 허황 / 이동희

제6장

상해·폭행죄

내 용 목 차

제1절 영국

1. 개관

2. 폭행
 가. 폭력(assault)
  1) 객관적 요건
  2) 주관적 요건
 나. 구타(battery)
  1) 객관적 요건
  2) 주관적 요건
 다. 처벌

3. 상해
 가. 상해(assault occasioning actually bodily harm)
  1) 객관적 요건
  2) 주관적 요건
 나. 중상해(inflicting grievous bodily harm)
  1) 객관적 요건
  2) 주관적 요건
 다. 고의중상해(causing grievous bodily harm with intent)
  1) 객관적 요건
  2) 주관적 요건
 라. 처벌

4. 과실범

5. 기타
 가. 질병 · 감염병 전파에 대한 처벌
 나. 인종적 · 종교적 범죄의 가중처벌

6. 소결

제2절 미국

1. 개관

2. 상해죄(battery)
 가. 개념
 나. 객관적 요소
  1) 행위: 사람의 신체에 대한 유형력 행사
  2) 결과: 신체의 상해
 다. 주관적 요소
 라. 항변사유

3. 가중적 상해죄(aggravated battery)
 가. 개념
 나. 유형
  1) 사용된 위험한 도구의 중대성
  2) 피해자 지위의 중대성
  3) 목조름 행위의 중대성
  4) 발생한 결과의 중대성

4. 폭력범죄(assault)
 가. 개념 및 유형
  1) 상해미수로서 폭력범죄(assault as

an attempted battery)
2) 위협으로서 폭력범죄(assault as a threat/intentional scaring)
나. 항변사유
5. 가중적 폭력범죄(aggravated assault)
6. 스토킹범죄(stalking)
가. 개념
나. 객관적 요소
1) 행위
2) 결과
다. 주관적 요소
7. 과실치상죄(criminal-negligence battery)
8. 소결

제3절 프랑스

1. 개관
가. 폭행죄와 상해죄의 관계
나. 체계 및 구성
2. 폭행
가. 기본구성요건
1) 객관적 구성요건
2) 주관적 구성요건
3) 피해결과에 따른 통상 폭행죄의 종류
나. 가중사유
1) 일반가중사유
2) 특별가중사유
다. 기타(특수한 폭행죄)
1) 고문 및 야만적 행위(Actes de torture et de barbarie)
2) 유해물질의 투여(Administration de substances nuisibles)
3) 음향, 전화, 전자적 괴롭힘(Persécutions phoniques, téléphoniques et élétroniques)
4) 특수한 형태의 예비·음모에 대한 처벌
5) 폭행장면에 대한 촬영 및 배포행위(Enregistrement ou difusion des violences)
6) 아동 등에 대한 상습폭행 및 부부간의 상습폭행(Violences habituelles sur mineur, personne vulnérable)
3. 비고의적 폭행(violences involontaires): 과실치상, 과실치상, 중과실치상, 업무상과실치상
4. 소결

제4절 독일

1. 개관
2. 상해
가. 기본구성요건
1) 객관적 구성요건
2) 주관적 구성요건
3) 위법성
4) 미수
5) 경합범
나. 위험한 상해
1) 일반론
2) 가중적 구성요건
다. 중상해
1) 일반론
2) 구성요건
라. 싸움의 참여
3. 기타 - 요보호자의 학대
가. 일반론
나. 보호관계
다. 범죄행위
1) 괴롭힘(Quälen)
2) 잔인한 학대(rohes Misshandeln)
3) 악의적인 보호의무침해(böswillige Fürsorgepflichtverletzung)
4. 과실치상
5. 소결

제5절 일본

1. 개관

가. 상해·폭행죄의 체계 및 구성
나. 폭행죄와 상해죄의 관계

2. 상해죄
가. 보호법익
나. 객체
다. 행위
라. 고의

3. 상해치사죄

4. (상해)현장조세죄
가. 의의
나. 행위
다. 상해죄의 종범과의 관계

5. 동시상해의 특례
가. 의의
나. 요건
다. 적용범위 및 효과

6. 폭행죄
가. 폭행의 의의
나. 행위

7. 흉기준비집합죄 및 동 결집죄
가. 의의
나. 흉기준비집합죄 (1항)
1) 행위의 상황
2) 행위
3) 본죄의 기수 및 종료시점
다. 흉기준비결집죄 (2항)
1) 행위의 상황
2) 행위
3) 공범의 적용

8. 과실상해의 죄
가. 개관
나. 과실상해죄
1) 의의
2) 행위

9. 소결

제1절 | 영국

1. 개관

영국에서 폭력범죄의 기본적인 형태는 폭력(assault)과 구타(battery)이다. 단순폭력 또는 구타는 「Criminal Justice Act 1988」 제39조가 규정하고 있으며, 약식기소 범죄이다. 폭력 또는 구타를 통해 사실상의 신체적 해가 야기되는 경우, 중대한 신체적 해가 야기되는 경우, 나아가 특정한 고의로 중대한 신체적 해를 야기한 경우를 「Offences against the Person Act 1861」에서 각각 제47조, 제20조, 제18조가 규정하고 있다. 이들 다섯 가지 범죄-폭력, 구타, 사실상의 신체적 해를 야기한 범죄(상해), 중대한 신체적 해를 야기한 범죄(중상해), 특정한 고의로 중대한 신체적 해를 야기한 범죄(고의중상해)-는 폭력과 구타를 시작으로 점차 중한 범죄를 향해 나아가는 구조를 띄고 있다. 따라서 폭력범죄에 해당하는 행위의 범위는 단순히 피해자의 의사에 반하는 건드림부터 생명을 위협하는 공격까지 상당히 넓다. 그 보호법익은 공통적으로 신체의 완전성에 대한 권리를 보호하기 위한 것이나,[1800] 나아가 커먼로와 「유럽인권조약(European Court of Human Rights: ECHR)」 제8조에 따른 사생활의 자유 내지 자기결정권으로부터 인정되는 권리로 설명되기도 한다.[1801]

한편 우리 형법은 폭행죄와 상해죄를 엄격히 구분하여 폭행은 적어도 타인의 신체에 대한 유형력의 행사여야 하며(협의의 폭행),[1802] 상해에 대해서는 신체의 완전성에 대한 침해 또는 생리적 기능에 대한 훼손으로 해석하는 견해 등이 제시되고 있다.[1803] 이러한 해석에 비추어 여기에서는 영국법상 폭력과 구타를 우리 형법에서 말하는 폭행의 범주에 넣고, 사실상의 신체적 해 또는 중대한 신체적 해를 우리 형법의 상해와 비교적 동일한 개념으로 구별하였다. 그러나 영국법에서 폭력범죄는 그 체계나 범위,

---

1800) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 309면.

1801) 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, 449면.

1802) 신동운, 형법각론, 제2판, 법문사, 2018, 589면.

1803) 신동운, 형법각론, 제2판, 법문사, 2018, 568~569면.

그리고 보호법익 등 여러 면에서 우리 형법의 폭행 및 상해와 다르며 광범위하다. 따라서 우리 형법과의 용이한 비교를 위해 다섯 가지 범죄를 크게 폭행과 상해로 나누어 목차를 구성하되, 전자에서 폭력과 구타를, 후자에서 상해, 중상해, 고의중상해 각각의 범죄를 생략 없이 차례로 살피고자 한다.

2. 폭행

폭력과 구타는 「Offences against the Person Act 1861」의 제47조 입법을 통해 성문법상 범죄가 되었으며,[1804] 현행법상 「Criminal Justice Act 1988」 제39조가 이를 규정하고 있다. 그러나 후자의 조항은 폭력과 구타의 정의나 성립요건에 대해서는 명시하고 있지 않아 여전히 커먼로상 해석에 의존할 수밖에 없다. 이에 따르면 폭력은 피고인의 행위가 피해자에게 임박하고 불법적인 힘(force)에 대한 우려를 야기하는 것이며, 구타는 그러한 힘이 접촉을 통해 피해자의 신체에 가해지는 것이다. 두 범죄는 흔히 하나의 사건에서 발생하거나 혼동될 수 있으나, 명백히 구분되는 별개의 범죄이다.[1805] 각각의 요건에 관한 일반적인 논의는 아래와 같다.

가. 폭력(assault)

1) 객관적 요건

(1) 피고인의 행위

종래 전통적인 견해는 폭력이 피고인의 적극적인 행위여야 하며, 단순한 부작위에 의해서는 성립할 수 없다고 하였다.[1806] 그러나 Smith 판결 등을 통해 부작위도 폭력에 해당할 수 있다는 것이 명백해졌다.[1807] Smith 사건에서 피고인은 사유지로 무단침입하여 지층의 침실을 들여다보았다. 잠자리에 들기 위해 탈의한 피해자가 피고인을 발견하고 겁에 질렸으며, 피고인의 행위는 폭력으로 인정되었다. 피고인의 부작위가

1804) DPP v Little [1992] 1 QB 645.

1805) R (on the application of Kracher) v Leicester Magistrates' Court [2013] EWHC 4627 (Admin).

1806) Fagan v Metropolitan Police Commissioner [1969] 1 QB 439.

1807) Smith v Chief Constable of Woking (1983) 76 Cr App R 234; DPP v Santa-Bermudez [2003] EWHC 2908 (Admin), [2004] Crim LR 471.

피해자로 하여금 임박하고 불법적인 힘에 대해 우려하게 하였기 때문이다.

나아가 언어, 즉 말하는 것은 분명히 하나의 행위이다. 그런데 단순히 언어만으로 폭력에 해당하는지에 대해서는 논쟁이 있었다. 종래 Byrne 판결은 위협적으로 "가지고 있는 현금을 전부 주지 않으면 총을 쏘겠다"고 말한 것은 폭력에 해당하지 않는다고 판시하기도 하였으나,[1808] 이러한 견해는 현재 더 이상 통용되고 있지 않다. 대표적으로 Ireland 판결은 언어가 명백히 폭력에 해당할 수 있다고 하였으며, 이때 침묵의 전화통화를 폭력으로 인정하였다.[1809] 그러나 피고인의 부작위이든, 피고인의 행위가 언어에 불과하든, 폭력 또는 구타의 존재는 「Offences against the Person Act 1861」 제47조, 제20조에 따라 사실상의 신체적 해 또는 중대한 신체적 해를 발생시킨 범죄에 해당하기 위해서 반드시 필요하다.[1810]

(2) 임박하고 불법적인 힘에 대한 우려

피해자가 우려하는 대상은 임박하고 불법적인 힘이다. 미래에 행해질 폭력에 관한 위협은 폭력에 해당할 수 없으며, 이에 대해 Ireland 판결 등은 "1분 또는 2분 내에" 발생할 폭력에 대해 우려할 경우 폭력에 해당할 수 있다고 제시하였다.[1811] 그러나 여전히 임박성의 정도에 대해서는 각각의 사건에서 개별적으로 판단되고 있는 것으로 보인다. 예를 들어 Contnaza 사건에서 피고인은 피해자에게 800통 넘는 편지를 보내고, 반복적으로 집 앞을 운전해서 지나가고, 3차례에 걸쳐 피해자의 현관에 불쾌한 말들을 썼다. 또한 피해자는 2차례 위협적인 편지를 받았는데, 편지를 통해 '임박한 미래를 포함하여 언젠가' 피고인이 그녀를 해칠지 모른다는 생각에 두려워하였다. 결국 법원은 피고인의 행위가 충분히 폭력에 해당한다고 판단하였다.[1812] 또한 피해자가 우려하는 힘은 불법적이어야 한다. 따라서 정당방위(self-defence)와 같이 적법한 행위의 경우 임박한 힘이 대해 피해자에게 우려를 일으킨다 하더라도 폭력에 해당할 수 없다.[1813] 또한 피해자는 이 같은 임박하고 불법적인 힘에 대해 우려하여야

1808) R v Byrne [1968] 3 CCC 179.
1809) R v Ireland [1998] AC 147.
1810) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 311면.
1811) R v Ireland [1998] AC 147; Smith v Chief Constable of Woking (1983) 76 Cr App R 234.
1812) R v Constanza [1997] Crim LR 576.
1813) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University

한다.[1814] 피고인이 피해자를 위협하는 행위를 하더라도 피해자가 그것이 실행되지 않을 것이라고 믿는 등 전혀 동요하지 않는 경우 폭력은 존재할 수 없다.[1815]

(3) 피해자에 의한 동의의 문제

피해자의 동의가 피고인의 폭력에 대한 항변사유인지, 그 동의의 부재가 폭력의 성립과 관련된 객관적 요건인지 불명확하였다. 이에 관해 Brown 판결은 피해자의 동의가 폭력 또는 구타의 '항변사유'에 해당한다고 판단하였으나, 근래 가장 논쟁적인 판결 중에 하나가 되었다.[1816] 해당 사건에서 피고인들은 성적 만족을 위해 서로에 대해 폭력을 가한 가학·피학성 성욕자(sadornasochist) 집단으로서 「Offences against the Person Act 1861」 제47조 및 제20조 위반으로 유죄판결을 받았다. 항소심에서 이들은 피해자의 동의를 항변사유로 주장하였으나, 법원은 검찰이 피해자의 부동의를 입증할 의무가 없다고 하였다(유죄).[1817] 이들에 대한 유럽인권재판소 판결에서 재판부는 합의적 가학·피학성 관계를 금지하는 법률이 「유럽인권조약(ECHR)」 제8조 제1항에 위반하여 사생활의 자유를 침해하나, 그러한 간섭은 민주사회에서 타인의 건강과 이익을 보호하기 위해 정당화된다고 판단하였다(유죄).[1818]

나아가 Brown 판결은 스포츠 활동, 위험한 행사와 묘기(예를 들어 서커스, 스턴트 등), 거칠고 무질서한 장난, 수술, 문신과 피어싱, 종교적 체벌, 감염 위험을 감수합의한 친밀한 관계와 같은 예외적인 상황에 해당하지 않는 한, 사실상의 신체적 해 또는 그 이상의 심각한 부상을 수반한 범죄의 경우 피해자의 동의는 항변사유가 될 수 없다고 밝혔다.[1819] 나아가 피해자가 사망한 경우 역시 피해자의 동의는 항변사유가 될 수 없다.[1820]

Press, 2018, 315면.

1814) Savage and Parmenter [1992] 1 AC 699; R v Burstow [1998] AC 147; R v Ireland [1997] 4 All ER 225.

1815) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 312면.

1816) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 353면, 379면.

1817) R v Brown [1994] 1 AC 212.

1818) Laskey v United Kingdom (1997) 24 EHRR 39.

1819) R v Brown [1994] 1 AC 212.

1820) R v Wacker [2002] EWCA Crim 1944.

한편 Wilson 판결에서 피고인은 배우자의 부탁으로 그녀의 둔부에 달군 칼을 이용하여 자신의 이니셜을 새김으로써 사실상의 신체적인 해를 가한 폭력으로 기소되었다. 항소법원은 피해자의 동의를 항변사유로 인정하여 Brown 판결과 달리 피고인의 유죄판결을 파기하였다.[1821] Wilson 판결과 Brown 판결의 차이점에 관하여 Brown 사건의 사실관계와 유사한 Emmett 판결은 다음과 같이 설명한다.[1822] Wilson 사건에서의 활동은 문신을 새기는 것과 유사한 예외적인 범주에 속하나, 반면 Brown 사건에서의 행위는 그러한 예외에 해당하지 않는다는 것이다. 즉 앞서 Brown 사건 등에서 언급된바, 스포츠 활동, 위험한 행사와 묘기(예컨대 서커스, 스턴트 등), 거칠고 무질서한 장난, 수술, 문신과 피어싱, 종교적 체벌, 감염 위험을 감수합의한 친밀한 관계에 한하여 피해자의 동의는 항변사유가 될 수 있다. 다만 Brown 판결에서 법원은 그러한 목록은 확정적이지 않으며, 추후 적절하다고 인정되는 상황이 있는 경우 목록에 추가될 수 있다고 하였다.[1823]

(4) 조건부 협박의 문제

앞서 살펴본 바와 같이 행위뿐만 아니라 언어(말 또는 글), 때로는 침묵도 폭력에 해당할 수 있다. 조건부 협박(conditional threat)은 제시한 조건을 행하지 않는 경우 해악을 가하겠다고 고지하는 것으로서 폭력에 해당하는지 여부가 쟁점이 될 수 있다. 폭력에 해당하지 않는다는 견해에서는 그 이유를 피해자가 조건대로 행함으로써 폭력을 피할 가능성이 있고, 따라서 임박하고 불법적인 힘이 될 수 없기 때문이라고 설명한다.[1824] 반면 폭력에 해당한다는 견해에서는 조건부 협박이라 하더라도, 이에 대해 침묵 등 합법적인 방식의 대응만으로 여전히 폭력의 위험에 노출되어 있는 것이라고 파악한다.[1825]

1821) R v Wilson [1997] QB 47.
1822) R v Emmett (unreported, 18 June 1999); Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 361면.
1823) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 363면.
1824) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 314면.
1825) R (on the application of Kracher) v Leicester Magistrates' Court. [2013] EWHC 4627 (Admin).

2) 주관적 요건

폭력의 주관적 요건은 피해자의 우려에 대한 고의 또는 무모함이다.[1826] 즉 피고인이 피해자로 하여금 임박한 불법적 힘에 대해 우려하도록 의도하였거나 그것을 예견하였음이 입증되어야 한다. 따라서 피고인이 예견하였어야 한다거나 예견할 수 있었다는 것으로는 부족하다.[1827]

나. 구타(battery)

1) 객관적 요건

(1) 직접적 또는 간접적인 힘의 적용

구타는 피해자를 건드리거나, 피해자로 하여금 힘의 적용을 받게 하는 것이다. 폭력과 마찬가지로 구타 역시 피고인의 행위를 요하며, 이는 부작위로도 가능하다. 대표적으로 Santana-Bermudez 판결에서 피고인은 피해자가 피고인의 주머니 안에 있는 주사바늘에 손가락이 뚫린 사건으로 기소되었다. 당시 피해자는 경찰관으로서 수색에 앞서 피고인에게 그러한 물건의 소지 여부를 물었으나, 피고인은 이를 부정하였다. 법원은 피해자에게 주사바늘을 소지하고 있다는 사실을 알리지 않은 것은 구타행위와 다름없다고 판단하였다.[1828]

폭력과 달리 구타는 피해자와 접촉하여 힘의 적용을 받게 하는 경우 성립한다. 즉 폭력이 임박하고 불법적인 힘에 대해 피해자가 우려하는 것으로 충분한 반면, 구타는 피고인이 피해자의 사적 공간에 침입하여 피해자가 동의하지 않거나 일상생활 속에서 용인되지 않는 방식으로 접촉하는 경우에 발생한다. 이때 피해자가 미처 인식하지 못하거나 고통을 받을 수 없는 사소한 건드림도 구타에 해당할 수 있으며, ,피해자에게 인식 또는 고통이 없었다거나 사소한 접촉에 불과하였다는 것은 항변사유가 될 수 없다.[1829]

1826) R v Venna [1975] 3 All ER 788; R v Parmenter [1992] 1 AC 699, 736.
1827) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 315면.
1828) DPP v Santana-Bermudez [2004] Crim LR 471.
1829) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 316면.

그렇다면 구타에 해당하기 위해서는 접촉이 얼마나 직접적으로 이루어져야 하는지, 다시 말해 간접적으로 힘의 적용을 야기하여 구타를 저지를 수 있는지 논란이 되었다. 결론적으로 직접적인 접촉은 구타가 인정되기에 충분하나 반드시 필요한 것은 아니며, 원칙적으로 피고인의 행위에서 폭력이 기인하였다면 피고인이 직접적 또는 간접적으로 이를 유발하였는지는 중요하지 않다.[1830] 예컨대 산성물질을 핸드드라이어에 넣어둠으로써 이를 사용한 피해자가 화상을 입은 사건에 대해 법원은 그러한 행위는 구타에 해당한다고 하였다.[1831] 나아가 부비트랩을 설치하여 피해자를 밀어 넣거나 붐비는 극장에서 화재를 가장하여 공황에 빠진 사람들을 다치게 만든 사건 등에 대해 법원은 현재까지 구타에 해당한다고 판단하고 있다.[1832] 이 같은 법원의 결정은 후자와 같은 사건들을 범죄의 영역에 포함시키는 것이 명백히 공공의 이익에 부합한다는 측면에서 지지되기도 한다.[1833]

(2) 적대성의 문제

구타의 객관적 요소로서 적대성(hostility)을 요하는지에 관한 논란이 있다. Brown 판결 등은 구타에서 "적대적인" 접촉을 요한다고 확인하였다.[1834] 그러나 이러한 견해는 다음과 같은 점에서 비판받고 있다. 첫째, 적대성이 피고인의 행위에 관한 객관적 요소인지 피고인의 동기와 태도와 관련된 주관적 요소인지 불분명하다.[1835] 둘째, Brown 판결의 해석상 해당 사건에서 요구된 적대성은 '공격적인 행위'라는 의미보다는 '피해자로부터 승낙되지 않은 행위'라는 의미로 이해되며, 따라서 이를 객관적 요소에 해당한다고 보기 어렵다는 견해도 있다.[1836] 결론적으로 현재 가장 지지받고

1830) 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, 457면.

1831) DPP v K [1990] 1 All ER 331.

1832) Clarence (1888) 22 QBD 23, 36 (Wills J), 45 (Stephen J) (CCR); Martin (1881) 8 QBD 54 (CCR); Lewis [1970] Crim LR 647 (CA).

1833) 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, 457면.

1834) R v Brown [1994] 1 AC 212; Wilson v Pringle [1987] QB 237.

1835) 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, 458면.

1836) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University

있는 견해는 구타에 있어 접촉이 적대적이거나, 무례하거나, 공격적일 필요는 없다는 것으로 보인다.[1837]

2) 주관적 요건

구타의 주관적 요소는 피고인이 피해자에 대해 힘의 적용이나 접촉을 의도하였거나, 그렇게 할 것에 대해 무모하였어야 한다. 무모함에 있어 피고인은 실제로 피해자에게 구타가 가해질 위험을 예견하였어야 한다. 한편 구타가 폭력과 밀접하게 연관되어 있다는 점에서 피고인이 구타를 저지르려고 하였으나(구타의 주관적 요소) 실상 폭력을 저지른 경우(폭력의 객관적 요소)가 있을 수 있다. 이와 관련하여 법원은 두 범죄는 별개의 것이며 엄중하게 구분하여야 한다고 밝힌 바 있다.[1838] 즉 일반적으로 한 범죄의 주관적 요소와 다른 범죄의 객관적 요소를 결합하여 범죄를 성립시키는 것은 불가능하며, 어떤 범죄도 성립할 수 없다고 보는 편이 바람직할 것이다.[1839]

다. 처벌

단순폭력 및 단순구타의 경우 「Criminal Justice Act 1988」 제39조에 따라 벌금형이나 6개월 이하의 구금형 또는 양자에 모두 처해질 수 있다. 이들에 대한 미수는 처벌하지 않는다.[1840]

Press, 2018, 319면.

1837) Faulkner v Talbot [1981] 3 All ER 468, 471; Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 319면.

1838) R v Nelson (Gary) [2013] EWCA Crim 30.

1839) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 320면.

1840) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 312면.

3. 상해

가. 상해(assault occasioning actually bodily harm)

1) 객관적 요건

(1) 폭력 또는 구타

「Offences against the Person Act 1861」 제47조는 해당 범죄의 객관적 요건 중의 하나로 "폭력(assault)"만을 명시하고 있으나, 이는 구타(battery)까지 포함하는 포괄적인 용어로 이해되고 있다. 피고인은 폭력 또는 구타를 통해 사실상의 신체적 해를 입혀야 하므로 아무래도 가장 흔한 행위는 구타일 것이나, 단순한 폭력이 신체적 해를 입히는 경우도 가능할 수 있다.[1841] 예를 들어 피해자가 피고인의 위협적인 폭력을 피하는 도중 부상을 입은 사건에서 비록 그것이 공포심에 의한 경솔한 반응이었다 하더라도, 피고인의 폭력과 피해자의 부상 사이에서 인과관계가 인정되었다.[1842] 또한 피해자가 피고인의 성적인 접근을 피하기 위해 운행되는 자동차 밖으로 뛰어내린 사건에서 피고인의 성적인 접근이 폭력으로 인정되었다. 그러한 반응이 용납되지 않을 만큼 어리석은 것은 아니었다는 점에서 피해자의 부상에 대한 인과적 책임이 피고인에게 귀속되었던 것이다.[1843]

(2) 사실상의 신체적 해

사실상의 신체적 해(actually bodily harm)는 피해자의 건강이나 평온함을 방해할 정도의 상처 또는 부상이다. 영구적일 필요는 없으나, 대수롭지 않거나 사소한 것은 아니어야 한다고 정의된다.[1844] 판례에 따르면 멍, 화농, 압통, 일시적인 의식불명, 치아손상 등이 사실상의 신체적 해로 인정되었다.[1845] 여성이 포니테일한 머리카락을 잘린 것에 대해서도 사실상의 신체적 해가 인정되었다.[1846] 즉 사실상의 신체적 해에

1841) 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, 459~460면.

1842) R v Lewis [1970] Crim L R 647.

1843) R v Roberts (1971) 56 Cr App R 95.

1844) R v Donovan [1934] 2 KB 498.

1845) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 320면.

해당하는 경우는 광범위하며, 이에 따라 제47조에 대한 검찰의 기소재량 역시 폭넓게 인정된다. 그러나 이때에도 의료적 개입이 있었는지 여부(예컨대 몇 바늘 꿰매거나 마취상태로 시술을 받을 필요성이 있었는지 여부)나 영구적인 영향이 나타났는지 여부는 고려된다.[1847]

사실상의 신체적 해와 관련하여 중요한 쟁점 중에 하나는 신체적 해 외에 심리적 부상(psychiatric injury)이 이에 해당하는지 여부이다. 1990년대 당시 최고법원은 일련의 판결들을 통해 공포, 공황, 또는 정신적 고통에서 보다 나아가 의학적으로 인정되는 상태에 한하여 심리적 부상이 사실상의 신체적 해에 포함될 수 있다고 하였다.[1848] 이에 따라 검찰은 공포, 정신적 고통, 또는 공황과 같은 단순한 감정을 넘어서는 그 이상의 심리적 해는 사실상의 신체적 해에 이를 수 있다고 판단하고 있다.[1849] 그러나 여전히 전문가에 의해 임상적으로 인정된 정신질환에 해당하지 않는 심리적 부상은 제47조의 입법목적상 신체적 해의 범위에 포섭되지 않는다. 예를 들어 가정폭력 사건에서 피고인이 피해자에게 심리적 해를 명백히 야기한 경우에 있어서도 전문가들은 그러한 심리적 해가 실제 인정되는 정신질환이라는 결론을 내릴 수 없었으며, 이에 따라 항소법원은 그것이 사실상의 신체적 해에 해당할 수 없다고 하였다.[1850]

(3) 인과관계

사실상의 신체적 해가 피고인의 폭력 또는 구타로 인해 발생하였어야 한다. 제47조의 문언상 이는 "발생하는(occasioning)" 것이나, 야기하는(causing) 것과 동일한 의미로 해석되어왔다.[1851] 이는 앞서 언급된바, 피해자가 피고인의 성적인 접근을 피하기 위해 운행되는 자동차 밖으로 뛰어내린 사건에서 쟁점으로 대두하였다. 즉 피고인의

1846) DPP v Smith [2006] EWHC 94 (Admin).

1847) 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, 460면.

1848) R v Ireland [1997] 4 All ER 225; R v Burstow [1998] AC 147; R v Chan Fook [1994] 1 WLR 689.

1849) "Offences against the Person, incorporating the Charging Standard", https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/offences-against-person-incorporating-charging-standard (2020년 10월 31일 최종검색).

1850) R v Dhaliwal [2006] EWCA Crim 1139.

1851) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 321면.

직접적인 구타를 통해 피해자의 신체적 해가 발생한 것은 아니었으나, 두려움을 느낀 피해자를 뛰어내리게 함으로써 신체적 해를 야기한 것으로써 제47조의 범죄에 해당하는지 여부가 논의되었던 것이다. 해당 사건에서 항소법원은 피해자의 신체적 해에 대해 결과적으로 피고인이 발생시킨 것과 야기한 것에 아무런 차이가 없다고 하였다.

2) 주관적 요건

제47조의 유일한 주관적 요건은 피해자가 폭력 또는 구타로부터 고통 받을 것이라는 고의 또는 무모함이다. 즉 앞서 언급된 폭력과 구타의 주관적 요건과 동일하다. 따라서 피고인이 '사실상의 신체적 해'의 발생까지 예견하였을 필요가 없다는 것이 중요하다.[1852] 이는 제20조 중상해의 주관적 요건에서 '중대한 신체적 해'에 대해 의도하였거나 예견하였을 필요가 없다는 것과 마찬가지이다.

이 때문에 제47조와 제20조의 주관적 요건은 대응원칙(correspondence principle)에 위배된다는 비판이 제기되고 있다. 대응원칙이란, 피고인이 기소된 범죄에서 행위의 결과를 의도하였거나 최소한 예견하였다는 것이 입증됨으로써 충분히 잘못-비난도(culpability)가 인정되어야 한다는 의미이다.[1853] 그러나 상해죄에서는 대응원칙이 적용되지 않는다는 견해가 일부 재판관과 대중으로부터 지지받고 있으며,[1854] 이는 도덕적 한계를 넘어 타인을 위협하거나 폭력을 범하는 사람들은 그러한 행위에 따른 어떤 결과도 받아들일 책임이 있기 때문이라고 설명된다.[1855] 적어도 현행법상 제47조 및 제20조의 주관적 요건은 폭력과 구타에 대한 주관적 요소만으로 족하며, 신체적 해에 대한 고의나 무모함은 입증될 필요가 없다.

1852) Savage and Parmenter [1992] 1 AC 699.

1853) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 371면.

1854) 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, 461면.

1855) 이에 대한 상세한 내용은 John Gardner, Rationality and the Rule of law in Offences against the Person, Cambridge Law Journal Vol. 53 No. 3, 1994, 502면 이하.

나. 중상해(inflicting grievous bodily harm)

1) 객관적 요건

(1) 불법성

「Offences against the Person Act 1861」 제20조에 의한 중상해죄에서 객관적 요건은 불법적으로 피해자에게 (ⅰ) 상해를 입히거나 (ⅱ) 중대한 신체적 해를 가하여야 한다. 여기에서 불법성은 이를 합법화하는 정당화사유 없이 행위한 것을 의미하며, 정당화사유의 예로는 정당방위를 들 수 있다.[1856]

(2) 상해

상해란 피부 전체에 있어 그 연속성이 손상된 것을 의미한다.[1857] 피부는 진피, 표피 등으로 구성되는데 피부의 모든 층이 손상되어야 하며,[1858] 피부 겉의 손상으로는 불충분하다.[1859] 그렇다 하더라도 상해로 고려될 수 있는 범위는 상당히 넓다. 따라서 상해가 충분히 심각하다면 중대한 신체적 해로 인정될 수 있으며, 반면 pinprick과 같은 매우 경미한 부상이라 하더라도 상해의 요건을 충족할 수 있다.[1860]

(3) 중대한 신체적 해

중대한 신체적 해(grievous bodily harm)는 "정말로 심각한(really serious)" 신체적 해를 의미한다.[1861] 이에 대해서는 배심원이 현대사회적 기준에 따라 피해자의 부상이 중대한 신체적 해에 이르는 것인지를 판단하여야 한다.[1862] 이때 피해자에게 가해진 부상의 전체성(totality)이 고려되어야 하며, 따라서 구타로 인해 전신에 타박상을 입었다 하더라도 각각의 타박상은 사실상의 신체적 해에 해당할 뿐인 경우도 있

1856) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 322면.
1857) JCC v Eisenhower [1984] QB 331.
1858) Moriarty v Brookes (1834) 6 C&P 684, 172 ER 1419.
1859) R v M'Loughlin (1838) 8 C&P 635, 173 ER 651.
1860) 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, 462면.
1861) DPP v Smith [1961] AC 290.
1862) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 323면.

다.[1863] 다만 피해자의 특성이 고려되는 경우가 있다. 즉 성인에게는 그다지 심각하지 않은 부상이라 하더라도, 아동이라는 특성이 고려되어 중대한 신체적 해에 해당한다고 판단되기도 하였다.[1864]

부상의 심각성은 객관적 기준에 의해 판단되며, 피해자가 자신의 부상을 심각하게 여겼다는 것은 고려될 수 없다고 하였다.[1865] 검찰은 제20조에 대한 기소를 결정하기 위한 기준으로서 중대한 신체적 해를 영구적인 장애, 감각기능 상실 또는 가시적인 손상을 초래하는 부상으로 보며, 두개골 골절, 복합골절, 광대뼈, 턱 또는 늑골 등 부러지거나 이동된 뼈나 사지, 대개 수혈이나 장기간 치료를 요하거나 장애의 결과에 이르는 상당한 출혈을 야기한 부상, 심각한 심리적 부상 등을 예로 들고 있다.[1866]

중대한 신체적 해에는 심각한 정신적 부상이 포함된다. 즉 심각한 정신적 고통이나 불쾌함을 넘어 그 심각성을 식별할 수 있는 임상적 상태인 경우 중대한 신체적 해에 해당할 수 있다.[1867] 이에 관한 대표적인 Burstow 판결에서 당시 최고법원은 전문가증거에 의해서 증명된 심리적 부상은 신체적 해에 해당할 수 있으며, 이는 피고인의 행위가 피해자의 심리적 부상에 원인이 된 경우 통상의 인과관계 판단에 따라 결정될 수 있는 문제임을 확인하였다.[1868] Burstow 판결을 통해 제20조 또는 제18조에 해당할 수 있는 범죄의 범위는 크게 확대되었다. 그러나 실제 검찰이 이를 기소하기 위해서는 Burstow 판결과 같이 극단적이고 가시적인 가해가 인정되거나 학교 또는 직장 내에서의 지속적인 괴롭힘과 같이 적어도 경찰이나 검찰의 수사를 유발할 계기가 될 만한 사건이어야 할 것이다.[1869]

1863) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 323면.

1864) R v Bollom [2003] EWCA Crim 2846.

1865) R v Brown and Stratton [1988] Crim LR 484.

1866) "Offences against the Person, incorporating the Charging Standard", https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/offences-against-person-incorporating-charging-standard (2020년 10월 31일 최종검색).

1867) 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, 463면.

1868) R v Burstow [1998] AC 147

1869) 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, 463면.

(4) 가해

중대한 신체적 해는 피고인에 의해 가해졌음이 입증되어야 한다. 제20조는 이를 "가해하다(inflict)"로 표현하고 있어 제18조의 '야기하다(cause)'는 표현과의 차이에 대해 오랫동안 논쟁이 지속되었다. 종래 가해는 야기보다 더 좁은 범위의 행위를 의미하는 것으로 여겨졌다. 즉 가해는 피해자의 신체에 직접적으로 힘이 작용하여 결과가 발생하는 것이나, 야기는 어떤 방식으로든 결과가 발생하면 되는 것이었다.[1870] 이를 가장 엄격하게 적용한 Clarence 판결은 "가해"에 대해 상해 또는 중대한 신체적 해의 즉각적인 형성과 분명한 결과로서의 폭력과 구타를 의미한다고 정의하였다.[1871] 이러한 제한적 정의는 이후의 판결들에서 점차 완화되었으며, Wilson 판결 등은 Clarence 판결에 반하여 "가해"가 비록 그 자체로 폭행은 아니지만 피의자가 의도적으로 어떤 행위를 함으로써 피해자의 신체에 폭력적인 영향을 미친 결과까지 포섭하는 것이라고 설시하였다.[1872]

앞서 언급된 Burstow 판결에서는 가해와 야기가 동의어인지 여부에 대해 재판관들 간에 견해의 차이가 있었으나, 결론적으로 두 단어의 의미에 근본적인 차이는 없으며 가해에 있어서도 피해자의 신체에 직접적으로 힘이 작용할 필요는 없다고 하였다.[1873] 이에 따라 그러한 직접적인 힘의 작용 없이도 피고인에 의해 피해자에게 심각한 정신적 부상을 가해질 수 있었다는 결론에 이르렀던 것이다. Burstow 판결 이후 중대한 신체적 해의 가해에 대한 판단은 일반적으로 가해와 야기가 동일한 의미라는 관점에서 내려지고 있다.[1874]

2) 주관적 요건

제20조는 주관적 요소를 "악의(malice)"라고 표현하고 있으나, 이는 현대 형법에서 고의 또는 무모함으로 해석된다. 즉 피고인은 피해자에게 해가 야기될 것을 의도하거

1870) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 323~324면.
1871) R v Clarence (1889) 22 QB 23.
1872) R v Wilson [1984] AC 242; R v Mandair [1995] 1 AC 208.
1873) R v Burstow [1998] AC 147.
1874) R v Dica [2004] EWCA Crim 1103, [2004] QB 1257; R v Konzani [2005] EWCA Crim 706, [2005] 2 Cr App R 14.

나 그럴 수도 있다는 것을 예견하였어야 한다. 그러나 이때 '중대한 신체적 해'를 의도하거나 예견하였다는 것에 대한 입증은 요하지 않으며, 심지어 사소한 해를 비롯하여 어떤 해를 의도하거나 예견하였다는 것으로도 족할 수 있다.[1875] 이는 앞서 제47조 상해의 주관적 요건에서 '사실상의 신체적 해'에 대한 고의나 무모함을 요하지 않는다는 것과 동일하다. 따라서 제47조에서 논의된 바와 같이 대응원칙에 위배된다는 비판과 대응원칙의 적용을 받지 않는다는 견해가 대립하고 있다.

다. 고의중상해(causing grievous bodily harm with intent)

1) 객관적 요건

「Offences against the Person Act 1861)」 제18조 고의중상해의 객관적 요소는 제20조 중상해의 그것과 유사하다. 즉 피고인이 불법적으로 피해자에게 상해를 입히거나 중대한 신체적 해를 가하는 경우로서 불법성, 상해, 중대한 신체적 해의 가해에 있어 앞서 제20조에서 살펴본 개념과 동일하다. 양 조항의 문언상 차이점은 크게 다음의 두 가지로 정리될 수 있다.

첫째, 피고인이 상해나 중대한 신체적 해를 야기하는 방식이다. 제18조는 "어떤 수단에 의하든지(by any means whatsoever)" 상해나 중대한 신체적 해를 야기할 수 있으나, 제20조는 "무기 또는 도구를 이용하거나 이용하지 않고(with or without nay weapon or instrument)" 그것을 야기할 수 있다고 규정하고 있다. 제18조의 표제에는 "총격(shooting)"의 방식이 명시되어 있음에도 이를 총격에 국한하지 않고 중대한 신체적 해를 야기하는 모든 수단에 의한 방식으로 해석되고 있다.[1876] 이처럼 비록 문언상 달리 표현되고 있으나, 해석상 상해나 중대한 신체적 해를 야기하는 방식에 있어 양 조항에 유의미한 차이점이 없다는 견해가 가장 타당하다.[1877]

둘째, 피고인이 부상을 야기하는 대상을 다르게 규정하고 있다. 제18조는 "누군가에게(any person)", 제20조는 "다른 사람에게(any other person)" 부상을 야기하도록

1875) R v Mowatt [1968] 1 QB 421; Savage and Parmenter [1992] 1 AC 699.
1876) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 328면.
1877) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 329면.

하고 있다. 이를 엄밀히 해석·적용하는 경우 피고인이 의도적으로 자신에게 중대한 신체적 해를 가한 경우 제18조에 반하는 죄책을 지게 되며, 무모하게 그러한 결과를 야기한 경우 제20조에 반하는 죄책은 지지 않게 된다. 그러나 실무상 피고인이 자신에게 중대한 신체적 해를 가한 사건으로 제18조에 따라 기소된 사례는 없다.[1878]

셋째, 무엇보다 제18조 고의중상해는 적법한 체포 또는 구금에 저항하거나 이를 방지할 의도로 상해를 입히거나 중대한 신체적 해를 가한 경우를 규정하고 있다. 적법한 체포 또는 구금에 저항하거나 이를 방지할 의도는 주관적 요소로 고려될 것이나, 체포 또는 구금의 적법성에 관해서는 각각의 개별사건에서 살필 객관적 요소에 해당한다.[1879]

2) 주관적 요건

제18조 고의중상해를 제20조 중상해와 구분하는 가장 큰 차이점은 주관적 요소에 있다. 제18조 고의중상해는 '중대한 신체적 해'를 야기하고자 의도하였다는 고의를 요하며, 상해(wound)에 대한 고의로는 불충분하다.[1880] 반면 제20조 중상해는 피해자에게 해가 발생할 것이라는 고의뿐만 그럴지도 모른다는 예견을 포함한 무모함으로 족하며, 중대한 신체적 해에 대한 고의나 무모함은 요하지 않는다. 즉 중대한 신체적 해에 관한 제18조의 고의는 제20조의 고의에 비하여 엄격하게 판단되어야 한다.

피고인이 체포를 방지하거나 거부하고자 의도하여 제18조의 범죄를 저지른 경우 그 주관적 요소에 있어서는 다음의 두 가지가 입증되어야 한다. (ⅰ) 중대한 신체적 해가 야기될 수 있다는 무모함(악의)과 (ⅱ) 적법한 체포 또는 구금을 거부하거나 방지하고자 한 고의가 그것이다.[1881] 후자에 있어서는 피고인이 체포가 불법적이라고 생각하였던 것은 항변사유가 될 수 없으며,[1882] 만일 사실상 체포가 불법적이었던 경우

1878) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 329면.

1879) 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, 466면.

1880) R v O'Donnell [2010] EWCA Crim 1480.

1881) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 329면.

1882) R v Bentley (1850) 4 Cox CC 406.

제18조에 따른 범죄는 성립하지 않는다.

라. 처벌

폭력과 구타는 약식기소 범죄로서 벌금형이나 6개월 이하의 구금형 또는 양자에 모두 처해질 수 있다. 「Offences against the Person Act 1861)」 제47조 상해와 제20조 중상해의 최대형량은 5년형으로 동일하다. 그러나 실무에서 제20조는 보다 중한 범죄로 간주되어 제20조에 대한 유죄판결이 선고되는 경우 일반적으로 제47조에 대한 그것보다 장기간의 형량이 선고된다.[1883] 제18조 고의중상해는 폭력범죄의 다섯 가지 형태 중에 가장 중한 경우로서 최대 무기구금형에 처해질 수 있다.

4. 과실범

영국에서 주관적 요소는 범의 정도에 있어 고의(intention), 무모함(recklessness), 과실(negligence)로 구분될 수 있다.[1884] 과실은 민사법상 불법행위에서 요구되는 요건과 유사하다. 즉 피의자의 주의의무 존재 여부 및 그 위반 여부로 판단된다. 반면 중과실은 민사법상 상응하는 개념이 없으며, 형사법상 오직 중과실 살인(gross negligence manslaughter)에 있어서만 문제가 되는 개념이다.

형사법상 주관적 요소로서 과실이 고려되는 경우가 가능할 수 있으나, 적어도 폭행·상해죄와 관련된 범죄에서는 과실에 근거한 책임이 문제가 될 여지가 없다.[1885] 신체적 해가 발생하는 폭력범죄의 경우 대부분 피의자가 적당량 이상의 알코올이나 약물에 취한 채 즉흥적으로 발생하는 것이었다. 그러한 상황에서 주관적 요소에 대한 입증은 거의 불가능할 수밖에 없었으며, 그것은 자발적인 중독(voluntarily intoxicated)과 관

1883) 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, 462면.

1884) 이에 대한 상세한 내용은 최민영/김재현/허황/강효원/김택수/박용철/손병현/이동희/이성기, Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(Ⅰ), 한국형사정책연구원, 2019, 85~101면.

1885) 이하 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, 461면.

련된 법리에 따라 상당히 완화된 수준에서 이루어지는 것이 허용되었다. 또한 현행법의 해석상 사실상 또는 중대한 신체적 해가 발생한다 하더라도, 폭력 또는 구타의 주관적 요소가 입증되는 경우 신체적 해에 대한 고의 내지 무모함은 존재하지 않아도 무방하다. 이러한 점들에 비추어 설사 과실로 인해 사실상의 신체적 해가 발생한다 하더라도, 적어도 폭력 또는 구타의 주관적 요소가 인정되는 경우 해당 범죄가 인정되는 데 어려움이 없을 것으로 보인다.

5. 기타

앞서 폭행·상해죄를 전통적으로 구분한 다섯 가지 범죄-폭력, 구타, 사실상의 신체적 해를 야기한 범죄(상해), 중대한 신체적 해를 야기한 범죄(중상해), 특정한 고의로 중대한 신체적 해를 야기한 범죄(고의중상해)-를 각각 살펴보았다. 여기에서는 그밖에 현대적인 배경과 가치를 고려하여 보다 넓은 범위에서 폭력행위를 폭행·상해죄로 규율하여 처벌하는 경우를 개략적으로 소개하고자 한다.

가. 질병·감염병 전파에 대한 처벌

후천성 면역결핍증(Acquired Immune Deficiency Syndrome: AIDS) 확산에 대한 우려로 인하여 그 원인이 되는 인체 면역결핍 바이러스(Human immunodeficiency Virus: HIV)의 타인에 대한 감염에 현행법상 상해죄가 적용될 수 있는지 여부가 고려되었다.

대표적으로 Dica 판결과 Konzani 판결을 통해 일정한 요건을 갖춘 경우 피고인이 HIV 감염에 대한 상해죄의 죄책을 진다는 결론이 내려졌다.[1886] 이들 판례를 종합해보면, HIV 양성인 피고인이 타인과 성관계를 가짐으로써 상대방에게 HIV 양성의 결과를 야기하였다면 다음과 같은 각각의 요건에 해당하는 경우 유죄이다.[1887] (ⅰ) 피고인이 성관계를 통해 상대방에게 어떤 해악을 입힐 위험이 있다는 것을 알고 있었으며, 피해자가 HIV 양성이 될 위험을 감수하는 데 동의하지 않았을 경우 「Offences against

1886) R v Dica [2004] QB 1257; R v Konzani [2005] EWCA Crim 706.

1887) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 351면.

the Person Act 1861」 제20조 중상해죄의 죄책을 진다. 또는 (ii) 피고인이 성관계의 결과로써 피해자에게 중대한 신체적 해를 야기할 의도가 있었던 경우이다. 이때에는 피해자가 HIV 양성이 될 위험을 감수하는 데 동의하였다 하더라도, 「Offences against the Person Act 1861」 제18조 고의중상해죄의 죄책을 진다. 피해자의 그 같은 동의는 피고인의 항변사유가 될 수 없다.

적어도 성관계를 통한 HIV 감염에 대해서는 피고인의 무모함을 통해 상해죄가 적용되며, 그럼에도 중상해죄에 있어서는 피해자의 동의가 피고인의 항변사유가 될 수 없음을 분명해졌다. 그러나 여전히 성교 이외의 수단으로 HIV 감염이 야기된 경우, 혹은 AIDS가 아닌 다른 성병 내지 감염병을 전파한 경우 등에 대해서는 상해죄의 적용 여부가 불명확하다.[1888] 다만 법원은 피고인이 쉐이빙 타월을 통해 임질을 옮긴 것이나, 헤르페스 감염에 대해 HIV 감염에 대한 것과 유사한 논증을 전개하여 유죄판결을 내린바 있다.[1889]

나. 인종적 · 종교적 범죄의 가중처벌

인종적 차원의 동기에서 폭력을 행사하는 사건이 점차 증가함에 따라 정부는 그러한 행위를 가중처벌하는 형태로 별도의 범죄를 구성하여 대응하였다. 그러한 범죄가 단순히 피해자 또는 그들의 재산을 침해하는 것이 아니라 가족 전체에 영향을 미치고 더 넓게는 공동체의 존엄을 훼손한다고 인식하였기 때문이다.[1890]

이에 따라 폭력 · 구타(단순폭행), 사실상의 신체적 해를 야기한 범죄(상해), 중대한 신체적 해를 야기한 범죄(중상해)에 있어 「Crime and Disorder Act 1998」 제28조 내지 제32조 및 「Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001」 제39조에 따라 인종 또는 종교와 관련된 차별적 동기로 폭력을 행사하는 경우를 가중처벌하고 있다.

먼저 해당 범죄는 다음의 두 가지 경우에 각각 성립한다. (i) 범죄를 실행하는 동안 인종적 또는 종교적 적대감이 드러난 경우와 (ii) 범죄가 피해자에 대한 피고인의

1888) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 351면.

1889) R v Marangwanda [2009] EWCA Crim 60.; R v Golding [2014] EWCA Crim 889.

1890) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 334면.

적대감에서 비롯된 경우이가 그것이다.[1891] 전자의 경우 공격 직전 또는 직후를 포함하여 공격 중 피해자에게 인종적 또는 종교적 모욕을 가한 사실이 중요하며, 그 공격이 인종적 또는 종교적 적대감을 동기로 하였다는 것은 입증될 필요가 없다.[1892] 따라서 피해자는 적대감이 드러났음을 알 필요가 없고, 설사 피고인이 언급한 인종에 피해자가 속하지 않는다 하더라도 피고인은 유죄판결을 받을 수 있다.[1893] 반면 인종적 또는 종교적 모욕이 담긴 말이 없었다면, 그 공격이 인종 또는 종교에서 비롯된 공격임을 입증함으로써 후자의 경우에 해당할 수 있다. 이때에는 피고인의 동기가 핵심적인 역할을 하며, 다만 인종이 그 범죄의 유일한 동기였음을 입증할 필요는 없다.[1894]

다음으로 각각의 범죄에 대해 가중된 처벌은 다음과 같다. 인종적 또는 종교적 요소가 가중된 폭력·구타(폭행)에 대해서는 최장 2년의 구금형, 인종적 또는 종교적 요소가 가중된 사실상의 신체적 해를 야기한 범죄(상해) 또는 중대한 신체적 해를 야기한 범죄(중상해)에 대해서는 최장 7년의 구금형까지 처할 수 있다.[1895]

6. 소결

우리 형법과 비교하면 영국법상 폭행죄의 범위는 상당히 넓다. 우리 형법상 폭행은 협의의 폭행에 해당한다. 즉 폭행은 타인의 신체에 대한 유형력의 행사이며, 그 유형력의 행사는 신체적 고통을 주는 물리력의 작용을 의미한다.[1896] 예를 들어 피해자의 신체에 근접하여 고성으로 폭언·욕설을 하거나 동시에 손발이나 물건을 휘두르는 행위는 피해자의 신체에 접촉하지 않았다 하더라도 폭행에 해당하나, 거리상 떨어져있는 사람에게 전화를 통해 고성을 내거나 이를 녹음한 후 듣게 한 행위는 폭행에 해당하지 않는다.[1897] 영국법상 폭력(assault)에 관한 대표적인 Ireland 판결에서 침묵의 전화통화를 폭력으로 인정한 것에 비추어 우리 형법의 폭행은 영국법상 피해자의 신체에

1891) Crime and Disorder Act 1998 s. 28(1)(a), s. 28(1)(b).
1892) DPP v Woods [2002] EWHC 85 (Admin); Johnson v DPP [2008] EWHC 523 (Admin).
1893) Perry v DPP [2004] EWHC 3112 (Admin); R (on the application of DPP) v Dykes [2008] EWHC 2775(Admin).
1894) Johnson v DPP [2008] EWHC 523 (Admin); Johnson v DPP [2008] EWHC 509 (Admin).
1895) Crime and Disorder Act 1998 s. 29, s. 30, s. 31, s. 32.
1896) 신동운, 형법각론, 제2판, 법문사, 2018, 589면.
1897) 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000도5716 판결.

접촉하거나 적어도 간접적으로 힘이 적용될 것을 요하는 구타(battery)에 가깝다고 할 수 있다. 즉 영국법상 폭력으로 인정되는 행위의 경우 우리 형법에서는 범죄에 해당하지 않을 가능성이 높다.

상해의 개념, 주관적 요소 등에 있어서도 우리 형법과 비교하여 영국법상 상해죄의 범위가 보다 넓다고 할 수 있다. 우리 형법상 상해의 개념에 대해서는 신체의 완전성 침해, 생리적 기능의 훼손, 생리적 기능 및 신체 외형의 중대한 변화로 보는 견해들의 대립이 있다.[1898] 판례는 상해를 생리적 기능의 손상에 중점을 두고 있는 것으로 보이며, 이에 따르면 신체의 외모에 변화가 생겼다 하더라도 그것이 신체의 생리적 기능에 장애를 초래하지 않는 이상 상해에 해당하지 않는다.[1899] 영국법상 상해의 개념과 비교해보면, 영국에서는 머리카락을 잘린 것이 사실상의 신체적 해로 인정되고, 전문가에 의해 임상적 질병으로 진단받은 심리적 부상은 신체적 해에 해당한다. 또한 우리 형법이 폭행죄와 상해죄를 각각의 고의범으로 규정하고 있는 것과 달리 영국법상 상해죄의 고의는 신체적 해에 관한 고의가 아닌 폭력 또는 구타, 즉 폭행에 대한 고의와 무모함인 것이 특징적이다. 이 때문에 신체적 해가 발생한 이상 고의중상해를 제외하면 피고인의 주관적 요소를 입증하는 것은 비교적 용이하며, 결과적으로 상해죄의 범위는 확대된 것으로 보인다.

그럼에도 불구하고 영국에서 폭행·상해죄는 근세에 만들어진 오래된 법률에 근거하고 있다는 점에서 현대사회에서 발생하고 있는 관련 범죄에 적절히 대응하지 못할 수 있다고 비판받아 왔다.[1900] 이에 따라 정신적 해를 부상의 범위에 포함시킬 수 있는지 여부, 피해자의 동의가 피고인에게 항변사유가 될 수 있는지 여부 등이 쟁점으로 떠올랐다. 그러나 그간 일정한 요건 하에 정신적 해는 사실상 또는 중대한 신체적 해로 인정되었으며, 스포츠 활동, 위험한 행사와 묘기(예컨대 서커스, 스턴트 등), 거칠고 무질서한 장난, 수술, 문신과 피어싱, 종교적 체벌, 감염 위험을 감수·합의한 친밀한 관계 등 예외적인 상황에 한하여 피해자의 동의가 항변사유로 인정되고 있다. 이러한 예외적인 상황은 확정적인 것이 아니어서 추후 추가될 여지도 충분하다. 즉

1898) 신동운, 형법각론, 제2판, 법문사, 2018, 568~569면.
1899) 대법원 2000. 3. 23. 선고 99도3099 판결(공 2000, 1096).
1900) 개정 논의에 대한 상세한 내용은 Law Commission, Reform of Offences Against the Person (LAW COM No. 361), 2015.

현재로서는 해당 법률을 비교적 유연하게 해석·적용함으로써 관련 범죄에 대응하고 있는 것으로 평가받고 있다.[1901]

제2절 | 미국

1. 개관

미국에서 넓은 의미의 상해나 폭행에 해당하는 개념으로 'battery', 'assault', 'affray' 등이 있다. 커먼로상 'battery'와 'assault'는 'affray'와 구별되어 경죄(misdemeanor)로 취급되었는데, 'affray'는 다수인 간의 상해 또는 폭행이 공중이 있는 장소에서 발생한 경우 성립하는 공중(crime against the public)에 대한 범죄인 반면, 'battery'와 'assault'는 개인에 대한 범죄(crime against the persons)라는 점에서 구별되었다.[1902] 개인적 법익을 침해하는 범죄로서 'battery'와 'assault'는 현재 모든 주법에서 법에서 정하고 있는 범죄(statutory crime)인데, 두 개념을 명확하게 구분하지 않는 경우도 있고, 모범형법전(Model Penal Code)과 같이 assault에 battery가 포함되는 것으로 보거나, 두 개념을 합하여 battery로 칭하는 경우도 있으며, 두 개념에 대한 정의를 명확하게 하지 않은 상태에서 커먼로에 맡기는 경우도 많다.[1903] 그러나 이 둘을 원칙적으로 구별하는 통상적인 입장에 따르면, 'battery'는 신체의 상해(physical injury)나 불쾌한 접촉(offensive touching)이 존재하는 경우인 반면, 'assault'는 이와 같은 결과가 존재하지 않는 경우라고 본다.[1904] 또한 상해와 폭행의 죄에 대한 최근의 접근법은 battery를 신체적 상해가 있는 경우로만 제한하고 있고, 성적으로 불쾌한 접촉의 경우에는 별도의 범죄로 규율하고 있다.[1905] 따라서 이하에서는 우리 형법상 범죄명과

1901) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 398면.

1902) Hickman v. State, 193 Md.App. 238, 996 A.2d 974 (2010); Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1077면.

1903) Rollin M. Perkins, Non-Homicide Offenses Against the Person(With Special Reference to Offenses Which Have a Medicolegal Interest), Boston University Law Review Vol. 26, 1946, 125면(heinonline 검색).

1904) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1077면.

완전히 일치하는 개념은 아니라는 전제 하에 'battery'를 상해죄로, 'assault'는 폭력범죄로 번역하기로 한다.

2. 상해죄(battery)

가. 개념

일반적으로 형사상 상해죄(criminal battery)란 타인에게 위법한(unlawful) 유형력(force)을 행사함으로써 해로운 결과를 초래할 때 성립하는 범죄로 개념 지을 수 있는데, 이에는 세 가지 기본 구성요소가 있다: 1) 작위 또는 부작위로 행한 잘못된 행위(wrongful conduct), 2) 고의, 과실 등의 주관적 요소, 3) 피해자에게 발생한 신체의 상처나 불쾌한 접촉 등의 특정한 해로운 결과(harmful result)를 초래할 것이 그것이다.[1906]

나. 객관적 요소

1) 행위: 사람의 신체에 대한 유형력 행사

사람의 신체에 대한 유형력(물리적 힘, force)의 행사는 직접적 방법뿐만 아니라 간접적인 방법으로도 가능하다. 전형적으로는 총으로 쏘는 행위, 칼로 찌르거나 주먹으로 때리는 행위 등 신체에 직접 가해지는 행위들이 있으나, 피해자가 타고 있는 동물에 채찍질하여 떨어지게 하는 행위, 피해자에게 불쾌한(offensive) 방법으로 자신을 만지도록 강요한 행위 등도 포함된다.[1907] 타인의 신체를 행위객체로 하고 있지만, 타인을 강요하여 자신을 만지도록 하여 불쾌한 접촉이 있는 경우에도 이에 해당한다고 보는 것이다.

2) 결과: 신체의 상해

상해죄는 살인죄와 같이 행위가 원인이 되어 일정한 결과의 발생을 요하는 결과범(cause-and-result crime)이다. 전통적 커먼로에 따르면 사람에게 침을 뱉는 행위도

1905) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1079면.
1906) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1078면.
1907) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1080면.

포함되었지만, 최근에는 모범형법전 제211.1조에서 명시하는 것과 같이 일정한 신체의 침해나 훼손이 되는 결과를 가져온 경우로 한정하고 있다.[1908] 즉 전통적 입장에서나 현재의 입장에서 공통적으로 인정하는 신체의 상해에는 칼이나 총으로 인한 상처(wounds), 발이나 주먹, 막대기, 돌 등의 가격으로 인해 팔이나 다리가 부러지거나 멍든 경우 등이 포함된다. 그러나 전통적 입장에서는 어떠한 상처나 멍이 없어도 일시적으로 고통스러운 가격(blow)이 있었다면, 상해에 해당하는 것으로 보았고, 남성이 여성의 몸에 손을 올리거나 여성의 의지에 반하여 입맞춤을 하는 경우 등도 포함된다고 보았다. 하지만 각 주의 성문규정에서는 신체적 침해(physical injury/bodily harm)로 한정하거나,[1909] 유형 또는 무형의 침해(force or violence upon the person),[1910] 심각한 상해(serious bodily injury)[1911]를 요하고 있다. 소수의 주법에서는 침해가 있을 것을 요하지 않는 대신 피해자의 입장에서 불쾌하거나 모욕적인(offensive, insulting or provoking, in a rude insolent or angry manner) 행위를 할 것으로 명시하여,[1912] 단순히 의지에 반하여 접촉한 것만으로는 상해에 해당하지 않는다고 본다는 점에서 커먼로보다 그 범주를 좁혔다.

다. 주관적 요소

대다수의 주법에 따르면 상해죄의 주관적 요소로 상처/불쾌한 접촉을 의도적으로 범한 형태인 고의(intent to injure) 외에 과실(criminal negligence)도 포함된다고 본다.[1913] 대개 타인의 신체에 무모하게(recklessly) 상해를 가한 경우라면 의도적 행위라고 볼 수 있다는 판시의 형태가 많았다.[1914] 그러나 상해 고의가 필요한 상해죄와 달리 별개의 독립적인 과실치상죄의 형태로 인정하는 것이 타당하다는 의견이 미국에

1908) Francis X. Shen, Mind, Body, and the Criminal Law, Minnesota Law Review Vol. 97, 2013, 2112면.
1909) 예를 들어 Ala.Code §13A-6-22; Alaska Stat. §11.41.230; Ark.Code Ann. §5-13-203.
1910) 예를 들어 Cal.Penal Code §242; La.Rev.Stat.Ann. §14:33; Nev.Rev.Stat.Ann. §200.481.
1911) 예를 들어 Iowa Code Ann. §708.4; Md.Code Ann.Crim.Law § 3-202; Utah Code Ann. § 76-5-103.
1912) 예를 들어 Ga.Code Ann. §16-5-23; Ill.Comp.Stat.Ann. ch.720, §5/12-3; Mont.Code Ann. §45-5-201.
1913) Livingston Hall, Assault and Battery by the Reckless Motorist, Journal of Criminal Law & Criminology Vol. 31 No. 2, 1940, 149면.
1914) 예를 들어 Fish v. Michigan, 62 F.2d 659 (6th Cir.1933).

서도 제기되고 있고,[1915] 우리 법제와의 비교를 위해서도 관련 부분에서 후술하기로 한다.[1916]

과거에는 위법한 행위(unlawful act)만으로 상해죄의 성립을 인정하는 경우가 있었으나, 현재 법체계에서 주관적 요소를 요하지 않는 상해죄는 없는 것이 원칙이다. 과거 객관적 요소를 중점에 두었던 것은 'battery'가 민사상 불법행위(torts)와 함께 다루어져 민사상 과실 정도를 요했던 것에 기인한 것으로 보인다.

라. 항변사유

정당방위, 긴급피난, 피해자의 승낙 등은 상해죄에 대한 항변사유가 된다. 여기서 피해자의 승낙(consent)은 중대하지 않은 정도의 신체적 상해의 경우 성공적인 항변사유가 된다. 의료행위, 운동선수의 경우 게임의 규칙을 항변으로 드는 경우가 있다.

3. 가중적 상해죄(aggravated battery)

가. 개념

명칭은 다양하지만 모든 주법에서 가중적 상해죄를 중죄(felony)로 취급하고 처벌하는 규정을 두고 있다. 전통적으로 가장 흔한 규정 형식은 살인의 의도(intent) 또는 중대한 신체적 상해 또는 강간이나 강도 또는 '불구로 만들 상해(mayhem)'를 가할 의도를 가진 경우였다.[1917] 그러나 이와 같은 주관적 의도를 기준으로 한 상해죄 규정들은 중범죄인 살인이나 강간의 강한 처벌과 달리 상대적으로 이 범죄들의 미수에 그칠 경우 경하게 처벌하는 불균형을 시정하고자 등장한 것이었는데, 이제 목표한 범죄의 중대함에 따라 미수도 단계화되어 해결됨으로써 이와 같은 규정은 근래의 법 규정에서는 삭제되었다.[1918] 참고로, 커먼로에 따르면 mayhem은 중죄로서 사람의 신체 중 일부분을 절단(dismemberment)하거나 불구(disablement)로 만드는 것을 의

1915) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1082면.
1916) 7. 과실치상죄(criminal-negligence battery) 부분 참조.
1917) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1083면.
1918) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1085면.

미하였으나, 최근 경향은 별개의 범죄로서의 'mayhem'은 폐기하고 가중적 상해죄에 포함하여 다루고 있다.

나. 유형

1) 사용된 위험한 도구의 중대성

가중적 상해죄의 유형 중 하나는 상해죄를 범하는 데 사용된 수단(means)과 관련해서, 치명적(deadly)이거나 위험한 무기(weapon)나 도구(instrument)를 사용한 경우다. 독약을 사용했는지 주거에 침입했는지 마스크를 썼는지 등도 포함된다. 애초에 살인 등을 위해 제작된 흉기 외에도 자동차, 포켓 나이프, 지팡이, 담배라이터 등과 같이 사용방법에 따라 위험한 도구에 해당할 수 있다. 사람의 입이나 치아를 이용하여 타인을 무는 행위로 AIDS를 감염시킨 것을 치명적 무기 사용으로 보기도 한다.[1919] AIDS를 옮길 가능성이 없었다 하여도 무는 행위는 중한 감염의 우려가 있으므로 무는 데 사용된 입과 치아는 치명적 무기라고 본 판례도 있다. 물론 사람의 신체 자체가 위험한 도구가 될 수 없다는 점을 지적하고 피고인의 침은 위험한 도구가 아니라고 본 판결도 있다.[1920]

2) 피해자 지위의 중대성

가중적 요인으로 피해자의 지위도 고려된다. 가장 빈번하게 피해자의 지위로 가중적 요소로 고려되는 경우로는 경찰관에 대한 상해가 있다. 또한 소방관, 간수인, 교사, 버스 운전사, 공무원, 법정 관계인, 임산부 노약자 등도 포함하여 규정하기도 한다.

3) 목조름 행위의 중대성

대다수의 주에서 성문법을 통해 목조름(strangulation) 행위로 가한 상해죄에 대한 특별 취급을 하고 있다.[1921] 가중적 상해죄로 두는 방식, 별개의 일반 범죄로 보거나

1919) Timothy P. Martin, Brock v. State: The AIDS Virus as a Deadly Weapon, The John Marshall Law Review Vol. 24 No. 3, 1991, 677면.

1920) People v. Plunkett, 19 N.Y.3d 400 (2012); Griffin C. Kenyon, A Dangerous Situation – The Knowing Transmission of HIV in an Out-Of-Body Form and Whether New York Should Criminally Punish Those Who Commit Such an Act, Pace Law Review Vol. 35 No.2, 2014. 785면.

가정폭력의 맥락에서 별개의 범죄로 규정하는 방식 등을 택하였다. 이는 실제 현재나 과거의 친근한 파트너로부터 한 번 목조름을 당한 경험을 한 피해자가 중대한 상해나 죽음의 위험성이 급격히 높아진다는 경험적 연구결과에 따른 것이었다.[1922] 따라서 이는 결과 발생의 중대성 측면과도 연관된다.

4) 발생한 결과의 중대성

가장 많은 가중적 상해죄로 취급되는 유형은 상해에 의하여 특별히 중대한 결과가 발생한 경우로 우리의 중상해죄에 해당하는 유형이다. 중대한 결과에는 치아 상실 등이 해당한다고 본다.[1923] 주관적 요소와 관련하여 대부분의 주법 규정들이 가중된 해악이 의도적으로(intentionally) 또는 알면서(knowingly) 이루어져야 한다고 보는 경우가 많지만 주관적 요소는 무관하며 결과 발생의 중대성만을 고려하는 경우도 있다. 또는 중대한 상해를 가할 의도(intent)가 있었다면 실제 중대한 상해 결과가 없었더라도 중상해죄로 벌하는 경우도 있다.

4. 폭력범죄(assault)

가. 개념 및 유형

1) 상해미수로서 폭력범죄(assault as an attempted battery)

(1) 주관적 요소

모든 미수범은 목표 범죄에 대한 특정고의를 가져야 하는 특정고의범죄(specific intent crime)이므로 상해미수로서 폭력범죄도 특정 피해자를 향한 신체적 상해의 특정 의도가 있어야 한다. 그렇기 때문에 이 유형만을 'assault'로 취급하는 관할에서는, 장전되지 않은 총을 겨누는 행위와 같이 위협하기 위한 의도만이 있는 사안은

1921) 예를 들어 Del.Code Ann. tit. 11, §607; Ind.Code Ann. §35-42-2-9; Mass.Gen.Laws Ann. ch. 265, §15D; Neb.Rev.Stat. §28-310.01; N.Y.Penal Law §§121.11, 121.12, 121.13; Or.Rev.Stat. §163.187; Va.Code Ann. §18.2-51.6; Wis.Stat.Ann. §940.235.

1922) Heather Douglas/Robin Fitzgerald, Strangulation, Domestic Violence and the Legal Response, Sydney Law Review Vol. 36 No. 2, 2014, 232면.

1923) Keys v. State, 739 So.2d 455 (Miss.App.1999)에서 중상해에 해당하는 사안을 열거하고 있다. Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1087면.

폭력범죄(assault)에 해당하지 않는다.[1924] 한편 'assault'를 명시하고 있지 않은 주법에서는 일반적 미수 법리로 해결한다.[1925]

따라서 원칙적으로 무모함(recklessness)이나 과실(negligence)만으로는 상해미수로서 폭력범죄가 성립하기에 충분하지 않다. 그러나 모범형법전이 제211.2조에서 규정함으로써 많은 관할에서 무모하게 사망이나 중대한 신체 침해의 위험에 놓은 경우도 포함하고 있다. 예를 들어 집에 2명의 사람이 존재한다는 것을 알고 총을 쏜 경우 무모하게 위험에 빠지게 한 행위(reckless endangerment)에 해당하여 상해미수로서 폭력범죄가 성립한다고 보았다.[1926]

(2) 객관적 요소

어떤 범죄를 범하기 위한 실행의 착수가 인정되는 경우 해당 범죄를 범하기에 근접해야 하듯이, 상해미수로서 폭력범죄 역시 상해죄를 범하기에 근접해야 한다. 이와 관련하여, 어떤 관할에서는 규정이나 판례를 통해 폭행죄의 개념에 '상해죄를 범할 수 있는 현재의 능력(present ability)'을 상해미수로서 폭력범죄가 성립하는 요건으로 추가적으로 요하는 경우도 있다.[1927] 이와 같은 능력 없이 상해죄의 실행에 착수하여 미수에 그친 행위만으로는 언제나 폭행죄가 성립하지는 않게 된다. 즉 이와 같은 능력이 없다면 일반적인 미수범으로 상해미수는 될 수 있지만, 폭행죄(assault)에는 해당하지 않게 된다. 여기서 말하는 능력은 결과발생의 객관적 가능성과 관련된 개념으로 볼 수 있다. 장전되지 않은 총이라는 것을 몰랐다 하더라도 피해자를 공격할 의도를 갖고 방아쇠를 당겼다면, 애초에 불가능했더라도 미수의 법리에 의해 상해미수(attempted battery)가 성립하는 것이고, 상해를 범할 능력이 결여된 것이므로 상해미수로서의 폭력범죄는 성립할 수 없게 된다.[1928] 총이 장전되지 않았다는 항변은 미수범의 항변으로 불가능성(impossibility)이 있는 것과 같은 법리라고 할 수 있다.

1924) 예를 들어 McGee v. United States, 533 A.2d 1268 (D.C.App.1987).

1925) Md.Code Ann.Crim.Law §3-203; Mass.Gen.Laws Ann. ch. 265, §13A; N.C.Gen.Stat. §14-33; R.I.Gen.Laws Ann. §11-5-3; Va.Code Ann. §18.2-57; Wash.Rev.Code §9A.36.041.

1926) State v. Dahl, 776 N.W.2d 37 (N.D.2009).

1927) Robinson v. United States, 506 A.2d 572 (D.C.App.1986); People v. Lilley, 43 Mich. 521, 5 N.W. 982 (1880).

1928) People v. Sylva, 143 Cal.62 (1904). Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1090면.

2) 위협으로서 폭력범죄(assault as a threat/intentional scaring)

많은 관할에서 상해미수로서 폭력범죄에 더하여, 겁먹게 하거나 놀라게 하는 등의 위협으로서 폭력범죄 유형을 두고 있다.[1929] 여기서 피해자를 겁먹게 하거나(scare) 놀라게 하는(frighten) 행위의 정도는, 피해자가 즉각적인 신체 침해(immediate bodily harm)가 있을 것이라고 합리적으로 인지할 정도의 것을 의미한다.[1930] 위협으로서 폭력범죄를 충족하기 위한 요소들은 다음과 같다.[1931]

(1) 위하(威嚇)의 의도(intent to scare)

주관적 요소로서 피해자가 겁을 먹도록(apprehension) 하려는 실제 고의가 필요한 고의범이다. 과실 또는 무모함은 해당하지 않는다.

(2) 겁먹음의 결과(apprehension result)

상해죄와 마찬가지로 특정한 결과를 요하는 결과범이다. 이 경우 결과는 피해자의 겁먹음 상태다. 겁먹는 결과를 초래하지 않았다면 폭행죄에 해당하지 않는다.

(3) 신체 침해에 대한 합리적 겁먹음(reasonable apprehension of bodily harm)을 유발하는 행위

피해자가 신체 침해에 대한 합리적인 겁먹음이 있어야 한다는 추가적인 이 요건으로 인해 그 위협을 실행하려는 구체적 행위(overt act)가 없고 위협적인 말을 한 것만으로는 성립할 수 없는 것이 대부분이다. 물론 예외적으로 상황에 따라 어두운 곳에서 해악의 고지를 한 경우에는 성립할 수 있다고 본다.

나. 항변사유

상해죄의 항변사유가 된 것 모두 폭력범죄의 항변사유가 된다. 자기방위와 긴급구조를 포함하는 정당방위가 항변사유로 많이 사용된다.

1929) 예를 들어 United States v. Ford, 613 F.3d 1263 (10th Cir.2010); Price v. United States, 85 C.C.A. 247, 156 F. 950 (9th Cir.1907).

1930) William Lloyd Prosser/W. Page Keeton/Dan B. Dobbs/Robert E. Keeton/David G. Owen, Prosser and Keeton on Torts, 5th ed., West, 1984, §10.

1931) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1092~1093면.

5. 가중적 폭력범죄(aggravated assault)

단순 폭력범죄(simple assault)보다 엄격하게 처벌하는 가중적 폭력범죄로는 살인이나 강도 또는 강간의 의도로 행한 폭력범죄 유형이 있다.[1932] 또는 가중적 상해죄에서 살펴본 바와 같이 위험한 무기를 이용하여 폭력범죄를 저지른 경우나 피해자가 공무를 집행하는 공무원인 경우와 같이 특정한 대상인 경우를 명시하는 경우도 있다.[1933]

6. 스토킹범죄(stalking)

가. 개념

커먼로에 기반을 두지 않은 법에서 정한 범죄로 스토킹범죄가 있다.[1934] 미국에서 스토킹범죄가 상해와 폭행의 죄에서 함께 논의되는 것은, 스토킹을 규율하는 법규가 상해죄(assault)나 폭력범죄(battery)에 아직 해당하는 정도의 것이 아닌 행위에 대하여 피해자가 다치거나 생명을 위협받기 전에 스토커의 괴롭힘 행위를 방지하여 처벌의 공백을 메우고자 한 것이기 때문이다.[1935] 즉, 'assault'나 'battery'에 해당하는 상황이 발생하기 전에 국가의 개입이 필요하다는 예방의 필요성 차원에서 논의된 연유이다. 1989년 캘리포니아주에서 스토커에 의해 살해된 유명 여배우 사건이 발생한 후, 1990년 스토킹행위를 범죄화하는 법을 최초로 제정하였다. 1993년에는 National Criminal Justice Association이 모범스토킹방지법(Model Anti-Stalking Code)을 제정하였고, 현재 미국의 모든 주법은 스토킹을 범죄화하고 있다.[1936]

1932) Fla.Stat.Ann. § 784.021; Ga.Code Ann. § 16-5-21; Iowa Code Ann. § 708.3; N.M.Stat.Ann. § 30-3-3.

1933) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1095면.

1934) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1095면. 이에 반해, Queen v. Dunn, 12 Ad. & Ellis 939 (1840)의 영국 커먼로에서 그 기원을 찾을 수 있다는 견해로는 Keirsten L. Walsh, Safe and Sound at Last? Federalized Anti-Stalking Legislation in the United States and Canada, Dickinson Journal of International Law Vol. 14 No. 2, 1996, 378면.

1935) Curry v. State, 811 So.2d 736 (Fla.App.2002); Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1095면.

1936) Tracey B. Carter, Local, State, and Federal Responses to Stalking: Are Anti-Stalking Laws Effective?, William & Mary Journal of Women and the Law Vol. 22 No. 2, 2016, 359면.

나. 객관적 요소

1) 행위

모범스토킹방지법에서 명시하고 있는 스토킹범죄의 행위 요소는 주법에서도 대체적으로 공통적으로 명시하고 있다. 이에 따르면, 스토킹행위에 해당하기 위해서는 반복적으로(repeatedly), 시각적으로나 신체적으로 가까이 접근하거나 구두 혹은 서면, 행동 등으로 위협(threats)하는 행위가 있어야 한다. 최근에는 인터넷, 이메일, 기타 전자통신장비로 스토킹하는 경우를 범죄로 하는 사이버스토킹 유형도 등장하였다.[1937] 이에 1/3 정도에 해당하는 주에서는 스토킹법의 개정을 통해 전자통신장비를 수단으로 괴롭힘 등의 스토킹행위를 구체적으로 명시하고 있다.[1938]

2) 결과

피고인의 스토킹행위는 목표로 한 피해자로 하여금 두려움(fear)에 빠지게 만드는 결과를 가져와야 한다. 이 때 피해자의 두려움이 피고인의 행위와 동시적으로 있을 것을 요하는 것은 아니다.[1939] 모범스토킹방지법 제16.4(b)조는 피고인의 일련의 행위(course of conduct)가 특정 사람의 두려움을 초래할 것이라고 요하면서도, 합리적인 사람(reasonable person)으로 하여금 두려움을 야기하였을 것을 함께 명시하여 주관적-객관적 기준을 모두 사용하고 있다.[1940] 이와 같이 주관적-객관적 기준을 함께 요구하고 있는 것은 대다수의 주법이 채택하고 있는 입장이기도 하다.[1941]

다. 주관적 요소

주관적 요소로는 1) 기저 행위(underlying conduct)에 대한 것과 2) 두려움을 초래할

1937) Naomi Harlin Goodno, Cyberstalking, a New Crime: Evaluating the Effectiveness of Current State and Federal Laws, Missouri Law Review Vol. 72 No. 1, 2007, 125면.

1938) 예를 들어, Ala.Code §13A-6-90.1; Alaska Stat. §11.41.270; Colo.Rev.Stat.Ann. §18-3-602; Cal.Penal Code §646.9.

1939) People v. Norman, 75 Cal.App.4th 1234, 89 Cal.Rptr.2d 806 (1999); In re Hoch, 194 Vt. 575, 82 A.3d 1167 (2013). Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1103면.

1940) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1104면.

1941) 예를 들어 Alaska Stat. §11.41.270; Ariz.Rev.Stat.Ann. §13-2923; Cal.Penal Code §646.9; Fla.Stat.Ann. §784.048.

결과에 관한 것 등과 관련하여 이중의 요소가 필요하다.

먼저 기저 행위에 대해서 대부분의 주법에서 특정적일 것을 요한다. 대다수의 주법에서는 의도적으로(intentionally, purposely), 일부러(wilful) 등의 용어를 명시하여 스토킹 행위자가 의도하는 행위여야 함을 요하고 있다.[1942] 이와 달리 어떤 주에서는 알면서(knowingly) 정도로,[1943] 또 다른 주에서는 무모하게(recklessly) 관여(engage)하면 된다고 하여 주관적 요소를 완화하고 있다.[1944]

또 다른 주관적 요소가 논의되는 부분은 두려움을 초래하는 결과에 관한 것인데, 이에 관해서는 주법들이 일치하지 않고 있다. 모범스토킹방지법은 알았거나(knowledge) 알았어야(should have known) 한다는 정도의 주관적 요소만 요하고 있고, 상당수의 주에서 이를 따르고 있다.[1945] 반면, 조금 더 많은 수의 주에서는 기저 행위에 관한 것과 같은 정도의 주관적 잘못(subjective fault)을 요하고 있다.[1946] 이에 관해서는 추구하는 정책이 반영되어 있다고 해석된다: 일반적 고의 기준(general intent standard)을 택하면 형사사법체계가 스토킹혐의자의 행위에 보다 초점을 맞추게 되는 반면, 특정 고의(specific intent)를 기준으로 하면 스토킹혐의자의 동기에 보다 초점을 맞추게 된다는 것이다.[1947]

7. 과실치상죄(criminal-negligence battery)

오늘날 대다수의 주법에 따르면 'battery'의 주관적 요소로 상해를 의도적으로 범한

1942) 예를 들어 Ala.Code §13A-6-90; Ky.Rev.Stat.Ann. §508.130; La.Rev.Stat.Ann. §14:40.2; Minn.Stat.Ann. §609.749; N.Y.Penal Law §120.45; N.D.Cent.Code §12.1-17-07.1; Utah Code Ann. §76-5-106.5.

1943) Alaska Stat. §11.41.270; Ariz.Rev.Stat.Ann. §13-2923; Colo.Rev.Stat.Ann. §18-3-602; Del.Code Ann. tit. 11, §1312; Idaho Code §18-1706; Ill.Comp.Stat.Ann. ch. 720, §5/12-7.3; Ind.Code Ann. §35-45-10-1; Mont.Code Ann. §45-5-220; N.J.Stat.Ann. §2C:12-10; N.M.Stat.Ann. §30-3A-3; R.I.Gen.Laws Ann. §11-59-1; Tex.Penal Code Ann. §42.072; Utah Code Ann. §76-5-106.5.

1944) Kan.Stat.Ann. §21-5427; N.H.Rev.Stat.Ann. §633:3-a.

1945) 예를 들어 Ill.Comp.Stat.Ann. ch. 720, §5/12-7.3; Iowa Code Ann. §708.11; Md.Code Ann.Crim.Law §3-802; Minn.Stat.Ann. §609.749; Miss.Code Ann. §97-3-107; N.Y.Penal Law §120.45.

1946) 예를 들어 Ala.Code §13A-6-90; Ark.Code Ann. §5-71-229; Cal.Penal Code §646.9; Fla.Stat.Ann. §784.048; Mo.Ann.Stat. § 565.225; Neb.Rev.Stat.§28-311.02; Pa.Cons.Stat.Ann. tit. 18, §2709.

1947) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1108면.

고의(intent to injure) 외에 과실(criminal negligence)도 포함된다고 했음은 앞서 살펴본 바와 같다. 여기서 과실은 민사상 불법행위로서의 과실(ordinary tort negligence)인 합리적이지 않은 위험(unreasonably risk) 정도를 상회하는 것으로, 신체적 침해에 대한 높은 위험(high risk)에 대해 인식했을 것을 의미한다.[1948]

또한 과실뿐만 아니라 무모함(recklessness)을 포함하는 주법도 많아졌는데, 이는 높은 위험에 대한 주관적 인식(subjective awareness)이 있는 과실치상죄를 의미한다.[1949] 한편 모범형법전 제211.1(1)조에서는 치명적 무기로 신체적 상해를 가한 경우에는 과실로 충분하지만, 그 밖의 경우 신체적 상해가 위험에 대한 충분한 인식(consciousness)을 의미하는 것으로 부주의함을 요하고 있고 이와 같은 분류를 따르는 주법이 상당하다.[1950]

8. 소결

미국에서 광의의 상해나 폭행에 해당하는 개념 중 'affray'는 우리 형법상 소요죄에 대응되는 사회적 법익을 침해하는 범죄에 해당되므로, 개인적 법익을 침해하는 범죄로서 상해와 폭행의 죄에 해당하는 개념은 'battery'와 'assault'라고 할 수 있다. 우리 형법이 상해죄와 폭행죄를 엄격하게 구별하고 있는 것과 달리,[1951] 미국에서는 양

1948) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1082면.

1949) Ala.Code § 13A-6-22; Alaska Stat. § 11.41.230; Ariz.Rev.Stat.Ann. § 13-1203; Ark.Code Ann. § 5-13-203; Colo.Rev.Stat.Ann. § 18-3-204; Conn.Gen.Stat.Ann. § 53a-61; Del.Code Ann. tit. 11, § 611; Haw.Rev.Stat. § 707-712; Ky.Rev.Stat.Ann. § 508.030 (only if deadly weapon or dangerous instrument); Me.Rev.Stat.Ann. tit. 17-A, § 207; Mo.Ann.Stat. § 565.070; Neb.Rev.Stat. § 28-310; N.J.Stat.Ann. § 2C:12-1; N.Y.Penal Law § 120.00; Ohio Rev.Code Ann. § 2903.13; Or.Rev.Stat. § 163.160; Pa.Cons.Stat.Ann. tit. 18, § 2701; S.D.Cod.Laws § 22-18-1; Tenn.Code Ann. § 39-13-101; Tex.Penal Code Ann. § 22.01; Vt.Stat.Ann. tit. 13, § 1023; Wyo.Stat. § 6-2-501.

1950) Ala.Code § 13A-6-22; Alaska Stat. § 11.41.230; Ark.Code Ann. § 5-13-203; Colo.Rev.Stat.Ann. § 18-3-204; Conn.Gen.Stat.Ann. § 53a-61; Del.Code Ann. tit. 11, § 611; Haw.Rev.Stat. § 707-712; Miss.Code Ann. § 97-3-7; Mo.Ann.Stat. § 565.070; Mont.Code Ann. § 45-5-201 (any weapon); N.H.Rev.Stat.Ann. § 631:2-a; N.J.Stat.Ann. § 2C:12-1; N.Y.Penal Law § 120.00; N.D.Cent.Code § 12.1-17-01; Ohio Rev.Code Ann. § 2903.13; Or.Rev.Stat. § 163.160; Pa.Cons.Stat.Ann. tit. 18, § 2701; S.D.Cod.Laws § 22-18-1; Utah Code Ann. § 76-5-103; Vt.Stat.Ann. tit. 13, § 1023; Wis.Stat.Ann. § 940.24.

1951) 구성요건이 완전히 분리되어 있다는 점, 상해미수만을 처벌하고 폭행미수는 가벌성이 없다는 점 등에서 그러하지만, 폭행치사상을 상해 및 상해치사와 동일하게 취급한다는 점을 고려할 때 양자 사이의 중첩되는 부분이 있는 것을 인정하는 배종대, 형법각론, 제11전정판, 홍문사,

죄의 구별이 우리보다 완화되어 있다. 그럼에도 불구하고 양 죄는 신체의 상처 또는 불쾌한 접촉 이라는 결과 발생을 요건으로 하는지를 기준으로 구별된다. 특히 최근에는 'battery'를 상해라는 일정한 침해결과가 발생한 경우로 제한하고 있어 우리의 상해죄에 보다 대응되는 개념으로 변화하였고, 'assault'는 결과발생과 무관하게 상해 정도에 이르지 않은 행위 자체로서 성립되는 형식범으로서 독립된 상해미수로 다루는 점에서 우리의 폭행죄에 대응된다고 볼 수 있다. 또한 폭행죄의 한 유형으로서 위협으로서 폭행죄와 스토킹죄의 경우에는 우리의 협박죄에 대응되는 행위들을 다루는 범죄유형이라 할 수 있다.

주관적 요소의 경우 우리가 상해죄나 폭행죄를 각 상해의 고의나 폭행의 고의를 요하는 고의범으로 보는 것과 달리, 과실로도 성립한다고 본다. 그러나 이는 주관적 요소의 구별이 세분화되어 있고 객관적 요소에 상응하는 주관적 요소를 필수적으로 보지 않는 미국법 체계의 차이에서 비롯된 측면이 크다. 또한 행위객체와 관련하여, 우리가 직계존속에 대한 해당 범죄를 저지른 경우만을 가중적 구성요건으로 두는 것에 비해, 경찰관, 소방관, 간수자, 법정 관계인, 공무원, 교사, 버스 운전사, 임산부와 노약자에 대한 상해를 가중적 요소로 함으로써 신체의 완전성을 특별히 보호해주어야 할 필요성을 기준을 설정하고 있다는 차이가 있다. 그리고 행위의 위험성이 높은 특수상해와 관련하여 우리의 경우 위험한 물건을 휴대한 경우로 정하고 있음에 반하여, 미국은 흉기나 위험한 도구 사용 외에도 목조름 행위도 포함하여 우리의 특수상해죄보다 그 범주가 넓다는 점도 특기할 만하다. 우리는 '휴대하여'의 규정에서도 알 수 있듯이 사람의 신체는 위험한 물건이 될 수 없음에 반하여, 미국에서는 사용방법에 따라 사람의 신체도 위험한 도구로 보아 특수상해죄를 가중처벌하는 판례가 있다는 점에서도 차이가 있다. 한편 미국에서 상해미수죄를 별개의 범죄로 두고 있는 것은, 상해미수를 처벌하지만 폭행미수는 가벌성이 없는 것으로 보는 우리 법제와 대응시켜 볼 수 있다.

2020, 56면.

제3절 | 프랑스

1. 개관

가. 폭행죄와 상해죄의 관계

폭행(les violences)은 형법전 제2권(livre) 제2편(titre) 제2장(chapitre) '사람의 신체적 또는 정신적 완전성에 대한 침해' 제1절(section) '사람의 완전성에 대한 고의적 침해'의 한 범주를 구성한다. 사람의 완전성에 대한 고의적 침해에는 폭행 이외에도 고문 및 야만적 행위(les actes de torture et de barbarie)와 단순한 협박(les simples menaces)이 있으며, 살인은 생명에 대한 침해로서 제외된다.

1810년의 나폴레옹 형법전은 단지 '타격 및 상해'(les coups et les blessures)만을 규정하였으며 1863년의 법률은 타격에 해당하지 않으면서 상해에도 해당하지 않는 행위들을 처벌하기 위하여 폭행과 유형력 행사(voie de fait)를 추가하였다. 이후 1981년의 법률은 상해를 삭제하였다.[1952] 1992년 신형법전의 제정과 함께 과거의 타격 및 상해(coups et blessure)와 유형력 행사(voie de fait)를 통합하는 용어로 폭행을 사용하고 있다. 상해가 폭행의 개념에 포섭됨으로써 현행법상 별도의 상해죄가 존재하지 않지 않으며, 상해죄는 폭행죄에 흡수되는 관계에 있다.

구 형법전 하에서 타격과 상해는 그 개념상 가해자와 피해자 사이의 신체적 접촉을 전제로 하는 폭력적 행위일 것을 요한다.[1953] 판례는 신체적 접촉이 없는 다양한 형태의 사람의 완전성에 대한 침해를 유형력의 행사로 평가하기 시작하였다. 즉 물리적으로 사람에 대한 침해가 없더라도 피해자에게 도달하기 직전에 멈추는 위협적인 행위(공중을 향해 총을 쏘거나 피해자를 향해 차량을 돌진시키는 행위, 위험한 물건으로 위협하는 행위 등)와 같이 생리적 또는 정신적 영향을 가져올 수 있는 강렬한 성격의 행동들과 사람 옆에 있는 물건에 대한 폭행(돌을 던지는 행위)을 유형력의 행사로

1952) Jéan Larguier/Philippe Conte/Anne-Marie Larguier, Droit pénal spécial, 13e éd., Dalloz, 2005, 29면.

1953) Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 402면.

보았다.[1954]

구 형법전이 타격, 상해, 폭행, 유형력 행사를 구분한 것과 달리 현행 형법전은 단일한 폭행의 용어를 사용하면서도 그에 대하여는 아무런 정의를 내리지 않고 있다. 이는 폭행의 개념이 매우 복잡하고 모호하다는 것을 보여주는 것이다. 현재의 폭행개념은 과거에 이루어진 모든 입법상의 발전과 판례상의 발전을 반영하고 있다[1955]. 더욱이 2010년 7월 9일의 '여성을 대상으로 하거나 부부사이의 폭행 등에 관한 법률'은 제222-14-3조를 신설하여 정신적 폭행을 포함하여 그 성격을 불문하고 모든 형태의 폭행이 처벌된다는 것을 명시하였다.

현행법상 폭행은 가해자와 피해자 사이에 신체적 접촉이 있는 폭행(타격에 의한 폭행)과 신체적 접촉은 없으나 정서적 충격을 가져올 수 있는 유형력 행사인 폭행(사실상의 폭행)으로 구분된다. 폭행은 그 자체로 처벌되는 행위이지만 공무집행방해죄와 같이 다른 범죄의 구성요건요소가 되며, 폭행은 종종 다른 범죄(절도, 인신매매 등)에 있어서 가중사유로서 기능하기도 한다.[1956]

나. 체계 및 구성

통상의 폭행죄(les violences ordinaires)는 우리법의 폭행치사상죄의 구조와 유사하게 폭행이라는 행위와 그 결과로서 사람의 신체적 또는 정신적 침해의 결과발생으로 구성되어 있으며, 사망을 포함하여 결과의 중대성에 따라 여러 단계의 폭행죄로 나눠진다. 따라서 우리와 같이 기본적 구성요건으로서 단일한 폭행죄 또는 상해죄(또는 중상해죄)가 존재하는 것이 아니라 발생한 결과의 중대성에 따라 적용되는 폭행죄가 달라지는 구조를 취하고 있다. 통상의 폭행죄들은 공통적 요소로서 신체적 또는 정신적 침해를 수반하며 조문상 "...를 초래한"(ayant entraîné)이라는 문구를 사용하고 있다. 그런데 폭행의 결과로 발생하는 상해의 정도는 폭행죄의 성격 및 법정형을

1954) Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 403면.

1955) Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 404면.

1956) Jéan Larguier/Philippe Conte/Anne-Marie Larguier, Droit pénal spécial, 13e éd., Dalloz, 2005, 29면.

결정하는 중요한 기준이 되지만, 프랑스는 직접적으로 상해라는 개념을 사용하지 않고 노동력완전상실(l'incapacité totale de travail:ITT)이라는 개념을 통하여 결과발생의 수준을 평가하고 있다.

프랑스 형법전은 통상의 폭행죄를 다섯 단계로 구분하고 있으며, 이들은 경죄의 폭행죄와 중죄의 폭행죄, 위경죄의 폭행죄로 분류된다. 첫째, 폭행으로 인하여 사망의 결과가 발생한 경우, 둘째, 신체의 절단 또는 영구적 장애가 발생한 경우, 셋째, 8일을 초과하는 노동력완전상실을 초래한 경우, 넷째, 8일 이하의 노동력완전상실을 초래한 경우, 다섯째, 어떠한 노동력완전상실도 초래하지 않은 경우이다. 폭행죄에 있어서 이처럼 침해로 인하여 발생한 결과가 중요하다는 점에서 반드시 의학적 진단서가 제출되거나 또는 감정이 이루어져야 한다. 반면에 프랑스 대법원은 판사는 행위의 요소들을 검토하여 선고할 수 있으며 제출된 진단서 또는 감정의 결과에 기속되지 않는다고 판시하고 있다.[1957] 노동력완전상실의 개념과 관련하여 구 형법전은 '개인적 노동능력의 상실'이라는 용어를 사용하였으나, 판례는 직업적 활동의 중단뿐만 아니라 가사업무와 같이 일상적이고 통상적인 개인적 활동의 중단까지도 포함하는 것으로 보았다. 현행 형법전이 노동력완전상실이라는 용어를 사용하고 있으나 그 개념은 과거와 동일한 것으로 이해되고 있다.[1958]

그런데 이상의 다섯까지 기본적 구성요건에 대하여 가중적 사유가 결합될 수 있으며 그에 따라 범죄의 성격이 변경되거나 법정형이 달라진다. 앞의 3가지 유형 즉 사망, 신체의 절단 또는 영구적 장애, 8일 초과의 노동력 상실의 경우에는 형이 가중되며, 위경죄에 해당하는 나머지 경우에는 경죄로 전환된다. 결국 폭행죄의 처벌수준은 결과발생의 중대성과 가중사유의 존재유무에 의해 결정된다고 하겠다.

모든 중죄에 대하여는 미수가 처벌되지만, 경죄는 미수에 대한 처벌규정이 있는 경우에만 처벌이 가능하다. 그런데 형법전은 경죄의 폭행죄에 대하여 미수를 처벌하는 규정을 두고 있지 않다. 그런데 폭행죄가 중죄에 해당하는지 아니면 경죄에 해당하는지는 결국 결과의 중대성에 의해 결정되는 것이므로 범죄의 실행 이전에 미수행위가 처벌되는지를 알 수 없는 문제점이 있다. 반면에 무기에 탄환을 장전하거나 조작하

1957) Crim. 2 mai 2012, n°12-90012.
1958) Michel Véron, Droit pénal spécial, 16e éd., Sirey, 2017, 55면.

는 것과 같이 실행의 착수로 나타나는 일정한 행위들은 종종 직접적으로 폭행 또는 유형력의 행사로서 처벌된다.[1959]

형법전 제222-16-1조는 고의적 폭행에 관한 모든 범죄들에 대한 법인의 형사책임을 규정하고 있다. 이에 따라 법인은 제131-38조를 적용하여 원칙적으로 자연인에 대하여 선고될 수 있는 벌금액의 최대 5배에 해당하는 벌금에 처해지며, 제131-39조에 규정된 직업활동의 수행금지, 시설폐쇄, 법인해산 등의 보충형에 처해진다.

2. 폭행

가. 기본구성요건

1) 객관적 구성요건

(1) 폭행의 개념

폭행죄가 성립하기 위한 일반적 원칙으로 다음의 요건이 충족되어야 한다. 첫째, 폭행의 대상은 행위자를 제외한 생존한 사람이어야 한다. 둘째, 적극적이고 실체적(matérielle) 행위이어야 한다. 따라서 부작위에 의한 폭행은 성립하지 않는다. 셋째, 폭행은 실질범(infraction matérielle)으로서 신체적 또는 정신적 완전성에 대한 침해의 결과가 발생하여야 처벌된다.[1960]

가해자와 피해자 사이에 신체적 접촉을 초래하는 매우 다양한 행위들이 폭행의 개념에 포섭된다. 직접적인 접촉의 형태로는 주먹질, 발길질, 손바닥으로 뺨을 때리는 행위 등이 여기에 해당하며, 무기 또는 개 등 동물을 매개로 접촉이 이루어지는 경우가 있다. 참고로 무기의 사용은 폭행죄의 가중사유에 해당하며, 1996년 7월 22일의 법률에 의하여 개정된 형법전 제132-75조는 살해, 상해, 협박을 목적으로 동물을 이용하는 행위를 무기사용에 준하는 것으로 규정하였다.[1961] 다음으로 가해자와 피해자 사이에 어떠한 신체적 접촉이 없지만 강렬한 인상을 줌으로써 '정서적 충격'(choc émotif)[1962]

1959) Michel Véron, Droit pénal spécial, 16e éd., Sirey, 2017, 61면.
1960) Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 402면.
1961) Michel Véron, Droit pénal spécial, 16e éd., Sirey, 2017, 50면.
1962) Crim. 6 févr. 2002, n°01-82645.

또는 정신적 장애(trouble)를 초래하는 다양한 행위들이 폭행에 해당한다. 판례는 다른 사람에 의해 폭행을 당하고 있는 피해자의 주변에 머물러 있으면서 깊은 인상을 주는 것과[1963]와 중학생을 둔 아버지가 교육위원을 사무실 구석에 몰아붙이고 손가락으로 얼굴을 가리키면서 욕설하는 행위[1964]를 폭행으로 보았다.[1965] 이러한 인상 또는 장애는 유리로 된 병원 응급실의 출입구를 차량으로 부수는 행위 또는 운전자 앞에서 쇠파이프로 차량을 부수는 행위와 같이 물건을 대상으로 한 폭행으로부터 비롯될 수 있다.[1966] 더 나아가 익명의 편지를 보내거나 공격적인 메시지를 보내는 등 기술적 수단의 사용을 통하여 원거리에서 폭행이 행사될 수도 있다.[1967]

(2) 인과관계

프랑스의 폭행죄는 실질범(결과범)에 해당한다. 형법전은 발생한 결과의 중대성에 따라서만 처벌하도록 하고 있으므로, 폭행죄가 성립하기 위해서는 피해를 초래한 행위와 확인된 피해사이에 인관관계가 존재하여야 한다. 판례는 조건설(l'équivalence des conditions)에 따라 인과관계의 존부여부를 판단하고 있다. 따라서 피해자가 특이체질이거나 지병이 있었던 경우에도 인과관계가 인정되며, 피해자의 행동에 의하여 피해가 가중된 경우에도 인정된다. 인과관계의 문제는 특히 폭행죄의 공범문제와 관련하여 난점을 제공한다. 형법전 제121-7조의 규정에 따른 방조행위는 폭행죄에 있어서 가중사유의 하나에 해당한다. 그런데 다수의 공동정범이 폭행에 가담하는 경우에 상해의 결과를 발생시킨 자를 특정하는 것이 곤란한 문제로 인하여 판례[1968]는 상호방조이론(la théorie de la complicité co-respective)에 근거하여 참가자들을 서로에 대한 방조범으로 본다. 이에 따라 모든 공동정범에 대하여 중한 결과발생의 원인을 제공한 자를 특정할 필요 없이 가중사유를 포함한 가장 중한 죄명을 동일하게 적용하게 된다.[1969]

1963) Crim. 2 sept. 2005, Bull. n°212.
1964) Crim. 1er déc. 2009. Bull. n°199.
1965) Michel Véron, Droit pénal spécial, 16e éd., Sirey, 2017, 50면.
1966) Michel Véron, Droit pénal spécial, 16e éd., Sirey, 2017, 50면.
1967) Michel Véron, Droit pénal spécial, 16e éd., Sirey, 2017, 50면.
1968) Crim. 13 juin 1972, n°71-92.246.
1969) Michel Véron, Droit pénal spécial, 16e éd., Sirey, 2017, 61면.

2) 주관적 구성요건

폭행죄가 성립하려면 주관적 구성요건으로서 폭행행위에 대한 고의가 있어야 한다. 고의가 결여된 경우 과실에 의한 완전성에 대한 침해(과실치사상죄)가 성립한다. 이때의 고의는 객관적 구성요건으로서의 폭행행위에 대한 인식과 의사를 의미하며, 결과실현에 대한 의사를 의미하는 것은 아니다. 즉 폭행행위가 자의적으로 이루어진 것이라면, 특정한 결과를 의도하였는지는 중요하지 않으며, 폭행으로 인해 초래된 결과는 고의의 대상인 구성요건요소가 아니라 적용될 죄명을 결정하는 기준으로만 기능한다. 따라서 의도한 결과보다 더 중한 결과가 발생하거나 반대로 의도한 결과보다 경한 결과가 발생한 경우에도 의도한 결과를 기준으로 가중된 폭행죄의 미수범이나 결과적 가중범으로 처벌되는 것이 아니라 발생된 결과의 단계를 기준으로 폭행죄의 기수범이 성립한다. 다만 폭행의 결과로 인하여 사망의 결과가 발생한 경우에는 다른 상해의 결과발생과 달리 행위당시에 사망의 결과를 의도한 경우에는 살인죄가 성립하며, 사망의 고의가 없었던 경우에만 '고의 없이 사망의 결과를 초래한 폭행죄'(폭행치사죄)가 성립한다.

3) 피해결과에 따른 통상 폭행죄의 종류

통상의 폭행죄는 결과발생의 중대성을 기준으로 5단계의 죄로 구분되며, 이에 따라 범죄의 성격(위경죄, 경죄, 중죄) 및 적용되는 형벌의 종류와 양이 결정되는 구조를 취하고 있다.

(1) 노동력완전상실을 초래하지 않은 폭행죄(4급 위경죄)

형법전 제R.624-1조는 어떠한 노동력완전상실(ITT)을 초래하지 않은 고의적 폭행에 대하여 4급의 위경죄로 처벌하도록 규정하고 있다. 여기에 해당하는 폭행은 '경미한 폭행'으로 칭해진다. 원칙적으로 위경죄로 처벌되지만 형법전 제222-13조는 폭행이 15개의 가중사유의 어느 하나에 해당하는 경우에 3년 이하의 구금 또는 45,000유로의 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 즉 위경죄인 경미한 폭행은 경죄로 전환된다.

(2) 8일 이하의 노동력완전상실을 초래한 폭행죄(5급 위경죄)

형법전 제R.625-1조는 8일 이하의 노동력완전상실을 초래한 고의적 폭행에 대하여

5급의 위경죄로 처벌하도록 규정하고 있다. 4급 위경죄에 해당하는 경미한 폭행의 경우와 마찬가지로 형법전 제222-13조가 적용을 적용하여 일정한 가중사유에 해당하는 경우 경죄로 전환되며, 더 나아가 가중사유가 2개인 때에는 5년 이하의 구금 또는 75,000유로 이하의 벌금에 처해지며, 가중사유가 3개인 때에는 7년 이하의 구금 또는 10만 유로 이하의 벌금에 처한다.

(3) 8일 초과의 노동력완전상실을 초래한 폭행죄(경죄)

형법전 제222-11조의 규정에 따라 8일을 초과하는 노동력완전상실의 경우 3년 이하의 구금 또는 45,000유로 이하의 벌금에 처해진다. 일반 가중사유가 1개 인 경우 5년 이하의 구금 또는 75,000유로 이하의 벌금, 가중사유가 2개인 경우 7년 이하의 구금 또는 100,000유로 이하의 벌금, 가중사유가 3개인 경우 10년 이하의 구금 또는 150,000유로 이하의 벌금에 처해진다. 만일 15세 미만의 미성년자에 대하여 직계존속 등에 의해 폭행이 범해진 때에는 마찬가지로 10년 이하의 구금 또는 150,000유로 이하의 벌금에 처해진다.[1970]

(4) 신체의 절단 또는 영구적 장애를 초래한 폭행죄(경죄)

형법전 제222-9조의 규정에 따라 폭행이 신체의 절단 또는 영구적 장애를 초래한 때에는 10년 이하의 구금 또는 150,000유로 이하의 벌금에 처해진다. 법정 구금형이 경죄에 대한 상한이므로 가중사유에 해당하는 경우 중죄로 전환된다. 다만, 본죄에 적용되는 가중사유는 제222-10조 1호부터 10호까지의 가중사유로 제한되며, 이 경우 15년 이하의 징역에 처하며 벌금은 배제된다. 만일 15세 미만의 미성년자에 대하여 직계존속 등에 의해 범해진 때에는 20년 이하의 징역에 처해진다.

(5) 고의 없이 사망을 초래한 폭행죄(중죄)

우리의 폭행치사죄에 해당하는 죄로서 형법전 제222-7조의 규정에 따라 사망에 대한 고의 없이 폭행이 사망을 초래한 때에는 15년 이하의 징역에 처해진다. 행위자에게 사망에 대한 고의가 없었다는 점에서 과실치사(homicide involontaire)와 유사하지

1970) Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 409면.

만 원인행위인 폭행에 대한 고의가 있었다는 점에서 구별된다. 따라서 본죄를 적용하기 위해서는 처벌되는 행위가 고의적이며 의도적인 거동의 실행으로부터 비롯되었다는 것이 증명되어야 한다.[1971] 또한 행위와 사망사이에 인과관계가 성립하여야 하며, 일반인의 경우 직접적으로 사망을 초래할 정도의 폭행이 행사되지 않았으나 피해자의 건강상태에 의하여 용이해진 경우에도 인과관계가 인정된다.[1972] 신체의 절단 또는 영구적 장애를 초래한 폭행죄의 경우와 마찬가지로 본죄에 적용되는 가중사유는 제222-8조 1호부터 10호까지의 가중사유로 제한되며, 이 경우 20년 이하의 징역에 처해지며, 만일 15세 미만의 미성년자에 대하여 직계존속 등에 의해 범해진 때에는 30년 이하의 징역에 처해진다.

나. 가중사유

1) 일반가중사유

통상의 폭행죄의 일반 가중사유는 지속적으로 확대되어 왔으며 현재는 총 15가지가 있다. 이들은 피해자의 특성에 관한 사유, 행위주체의 특성에 관한 사유, 범행동기에 관한 사유, 범행상황에 관한 사유, 장소에 관한 사유로 분류할 수 있다.[1973] 먼저 피해자의 특성에 관한 사유에는 피해자가 15세 미만인 경우, 특별히 취약한 자(요부조자)인 경우, 가족 구성원인 경우, 공무원인 경우, 판사 또는 이에 준하는 자인 경우, 증인(참고인) 또는 피해자 또는 부대사소인의 경우, 보호받는 특정 직업군에 속한 자인 경우, 성을 파는 자에 대하여 그 행위과정에서 폭행이 이루어진 경우 등이 있다. 다음으로 행위주체의 특성에 관한 사유로는 공적 임무를 수행하는 자, 배우자 또는 동거인, 직계존속 또는 감독권을 가진 자에 의한 경우이다. 범행동기에 관한 사유로는 혼인 또는 결합을 약정하게 하거나 그 거부 또는 인종차별 등 차별을 이유로 한 경우이다. 범행상황에 따른 가중사유는 사전계획(prémédiation) 또는 매복(guet-apens)에 의한 경우, 합동으로 범한 경우, 미성년자의 도움 또는 참여에 의하여 범한 경우,

---

1971) Michel Véron, Droit pénal spécial, 16e éd., Sirey, 2017, 56면.
1972) Crim. 26 avr. 1994. n°94-80669.
1973) Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 408면.

주취상태 또는 명백하게 마약류의 영향을 받아 범한 경우, 신원노출을 피하기 위하여 얼굴을 숨긴 경우, 무기를 사용하거나 또는 무기의 위협으로 폭행한 경우 등이다. 무기의 개념에 대한 혼동을 방지하기 위하여 신형법전 제132-75조는 용법상의 무기와 외형상의 무기도 무기개념에 포함시키고 있다. 장소와 관한 가중사유로는 교육시설, 행정시설 내 또는 주변에서 범죄가 범해지거나 대중여객운송 수단 또는 여기에 접근하기 위한 장소에서 범해진 경우 등이다. 이상의 사유들은 모든 통상의 폭행죄에 공통적으로 적용되는 것은 아니며, 위경죄와 노동력완전상실 8일을 초과하는 폭행죄에 대하여는 15개의 가중사유가 적용되며, 신체절단 또는 영구장애 및 사망을 초래한 폭행죄에 대하여는 10개의 가중사유가 적용된다.

만일 일반 가중사유가 2개 또는 3개 중복된 때에는 법정형이 가중되는 구조를 취하며 경우에 따라 위경죄는 경죄로, 경죄는 중죄로 전환된다. 예를 들어, 8일 이하의 노동력완전상실을 초래한 폭행죄는 가중사유가 3개인 경우 10년 이하의 구금에 처해지며, 2개인 경우에 5년의 구금에 처해진다.

2) 특별가중사유

형법전은 폭행이 특정된 대상에 대하여 일정한 부류의 행위주체에 범해지거나 또는 특정한 행위상황에서 범해진 경우에 더욱 가중 처벌하도록 하는 특별가중사유를 두고 있다. 먼저 형법전 제222-13조 제2항은 15세 미만의 아동에 대하여 직계존속 또는 감독권을 가지고 있는 자에 의하여 폭행이 범해지거나 미성년자의 자녀가 있는 장소에서 부부간의 폭행이 범해진 경우에 이러한 폭행이 8일 이하의 노동력완전상실을 초래한 때에는 5년 이하의 구금 또는 75,000유로 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.[1974] 같은 맥락에서 2007년 3월 5일의 법률에 의해 신설된 형법전 제222-14-1조는 폭행이 무기를 사용하거나 무기로 위협하여 경찰공무원, 교정시설 직원 등 공공관리 및 이에 준하는 자에 대하여 직무수행과 관련하여 범해진 폭행이 범죄집단 또는 매복(guet-apens)[1975]에 의해 범해진 때에는 결과발생의 단계에 따라 최대 30년 이하

1974) Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 408면.

1975) 형법전 제132-71-1조는 매복(guet-apens)을 "사람을 대상으로 하나 또는 수개의 범죄를 범하기 위하여 특정한 장소에서 일정 시간 기다리는 행위"로 정의하고 있다.

의 징역에 처하도록 규정하고 있다.

다. 기타(특수한 폭행죄)

1) 고문 및 야만적 행위(Actes de torture et de barbarie)

구 형법전 하에서 고문 및 야만적 행위(les actes de torture et de barbarie)는 범죄의 일반적 가중사유의 하나로 규정하였으나, 신형법전은 별도의 독립된 범죄로 규정하였다. 그러나 이는 불필요한 죄명적용의 충돌을 초래하거나 실체적 경합을 초래하는 문제점을 낳고 있다. 다만 독립적 범죄로의 전환에도 불구하고 강간(제222-6조), 성적가해(제222-3조), 살인(제221-2조), 감금(제224-2조 및 제224-7조), 성매매 알선(제225-9조), 절도(제311-10조), 재물강요(제312-7조) 등 일부 범죄에 있어서는 가중사유로 규정되어 있다.[1976]

형법전은 고문 및 야만적 행위에 대한 정의를 내리고 있지 않으며, 이 행위는 항상 중죄로 처벌된다. 우리 법과 비교할 때 일반인도 행위주체가 될 수 있다는 특징이 있다. 기본적 행위인 고문 또는 야만적 행위는 15년 이하의 징역형에 처해지며(제222-1조), 살인 또는 강간 이외의 중죄에 선행, 동반, 후행하는 때에는 종신의 징역형에 처해진다(제222-2조). 만일 10가지의 일반 가중사유 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 20년 이하의 징역형에 처해지며, 15세 미만인 아동에 대하여 직계존속 등에 의하여 범해진 경우에는 30년 이하의 징역형에 처해진다(제222-3조 제1항). 본죄는 통상의 폭행죄와 마찬가지로 결과발생의 중대성에 따라 처벌의 수위가 달라지며 신체절단 또는 영구적 장애를 초래한 경우에는 30년, 사망을 초래한 경우에는 종신의 징역형에 처해진다. 1987년 프랑스가 비준한 1984년 유엔 고문방지협약이 관련 행위에 대한 재판의 세계주의를 채택함에 따라 프랑스의 형사법원은 범죄장소와 행위주체를 불문하고 범해진 고문 및 야만적 행위에 대하여 재판권을 행사할 수 있다.[1977]

고문 및 야만적 행위의 분야에 자수자(repentis)에 대한 형의 감면 특례규정이 2004

1976) Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 414-415면.

1977) Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 416면.

년 3월 9일의 법률에 의해 도입되었다. 형법전 제222-6-2조에 따라 본죄를 범하려고 기도한 자가 행정기관 또는 사법기관에 신고함으로써 범죄실현을 회피하게 하고, 경우에 따라 공범의 신원을 확인가능하게 한 경우에 형을 면제한다. 마찬가지로 정범 또는 종범이 행정기관 또는 사법기관에 신고함으로써 범죄를 중단시키거나 범죄로 사망 또는 영구적 장애를 초래하는 것을 회피하게 하거나, 경우에 따라 공범의 신원을 확인가능하게 한 경우에는 그 형을 2분의 1로 감경한다.

2) 유해물질의 투여(Administration de substances nuisibles)

형법전 제222-15조는 폭행죄의 특수한 형태로서 유해물질의 투여를 별도의 독립된 범죄로 규정하고 있다. 이 범죄는 실질범(infraction matérielle)으로서 다른 사람의 신체적 또는 정신적 침해의 결과를 요하며, 그 결과의 중대성에 따라 통상의 폭행죄에 준하여 처벌한다. 구성요건적 행위로서의 유해물질의 투여행위는 그 방식(음료, 가스, 주사, 방사선 등)을 불문하며,[1978] 그 성격상 치명적이지 않은 물질을 투여하거나 치명적 물질을 생명에 위험을 초래하지 않을 정도의 양만큼 투여하는 것이다. 통상의 폭행죄와 마찬가지로 유해물질의 투여행위와 침해 사이에 인과관계가 성립하여야 한다.

그런데 유해물질의 투여행위는 에이즈와 같은 감염병의 전파와 같은 문제에 있어서 판례와 학설상 많은 논란의 소재를 제공한다.[1979] 프랑스 대법원은 감염사실과 전파 위험을 알면서도 그 사실을 모르는 여러 파트너와 방지장치 없이 성관계를 갖은 피고인에 대하여 본죄가 성립한다고 판단한 원심이 정당하다고 판시한 바가 있다.[1980] 다만 또 다른 판례에서 대법원은 HIV의 감염사실을 숨기고 방지장치를 하지 않고 파트너와 성관계를 맺었더라도 피해자에게 감염시키지 않았다면 유해물질의 투여를 특징짓기에 충분하지 않다고 판시하였다.[1981] 주관적 구성요건으로서 고의는 유해한 물질의 투여에 대한 의사(일반고의)와 피해자의 신체적 또는 정신적 완전성에 대하여 해를 가하려는 목적(특수고의)이 있어야 한다. 일부 학자는 현재의 폭행의 개념 내에

1978) Jéan Larguier/Philippe Conte/Anne-Marie Larguier, Droit pénal spécial, 13e éd., Dalloz, 2005, 44-45면.
1979) Michel Véron, Droit pénal spécial, 16e éd., Sirey, 2017, 66면.
1980) Crim. 10 janv. 2006, Bull. n°11.
1981) Crim. 5 mars 2019 n°18-82.704.

유해물질의 투여행위가 포섭될 수 있다는 점에서 독자적인 의미가 없다는 비판을 제기하기도 한다.[1982] 미수범은 처벌되지 않으며, 법인에 대한 형사책임이 인정된다.

3) 음향, 전화, 전자적 괴롭힘(Persécutions phoniques, téléphoniques et élétroniques)

형법전 제222-16조는 다른 사람의 평온을 방해하기 위하여 반복하여 악의적인 전화를 거는 행위, 전기통신의 수단으로 악의적인 메시지를 반복적으로 발송하는 행위 또는 음향으로 공격하는 행위를 1년 이하의 징역 또는 15,000유로의 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 본조는 악의적인 전화를 반복하여 거는 행위, 전기통신의 수단으로 악의적인 메시지를 반복하여 발송하는 행위 및 소음 등 음향으로 공격하는 행위를 처벌 대상으로 하고 있다.

악의적으로 반복하여 전화를 거는 행위는 가해자와 피해자 사이에 물리적 접촉이 없다는 점에서 과거 유형력의 행사(voie de fait)의 범주에 속하였다. 다만 이 경우에도 신체상의 장애를 초래하여야 한다는 조건이 필요하였다.[1983] 현재의 폭행개념상 이러한 행위가 정신적 또는 육체적 침해의 결과를 발생시킨 경우에는 통상적인 폭행죄에 따라 처벌하는 것이 가능하다. 반면에 본죄는 이러한 침해의 결과에 대한 확인이 없이 또는 그러한 결과가 발생하지 않은 경우라고 하더라도 다른 사람의 평온을 방해하기 위하여 반복적으로 악의적인 전화호출을 하거나, 메시지를 보내거나, 음향적 공격을 하는 행위 그 자체를 처벌할 수 있도록 한다. 예를 들어, 응급구조부서에 반복하여 전화를 걸어 업무를 방해하는 행위가 여기에 해당한다.[1984] 반면에 구성요건상 전화걸기나 메시지의 발송[1985]은 반복적이어야 하며, 이때의 반복은 판례에 따르면 연속하여 두 번 전화를 걸었으나 수신자가 다른 경우에도 인정된다.[1986] 소음 등 음향으로 공격하는 행위는 예를 들어 자신의 개가 짖지 않도록 조치를 취하지 않고 짖도록 돋우는 것이다.[1987] 주관적 구성요건으로 다른 사람의 평온을 방해하기 위한 목적이

1982) Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 416면.
1983) Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 416-417면.
1984) Michel Véron, Droit pénal spécial, 16e éd., Sirey, 2017, 65면.
1985) Crm. 30 sept. 2009. Bull. n°162.
1986) Crim. 4 mars 2003, Bull. n°57.
1987) Crim. 2 juin 2015, n°14-85.073.

있어야 한다. 이러한 목적이 결여된 경우 야간에 소음을 일으키는 행위는 3급 위경죄인 '야간소음유발죄'(le tapage nocturne)[1988]가 적용될 수 있다.

4) 특수한 형태의 예비·음모에 대한 처벌

(1) 매복(embuscade)

2007년 3월 5일의 법률은 형법전 제222-15-1조를 신설하여 매복행위를 별도의 범죄로 규정하였다. 이 규정에 의하면, 매복은 "일정 시간 동안 특정한 장소에서 국립경찰 소속의 공무원, 군경찰 소속의 군인, 교정시설의 인력 또는 기타 공공기관의 공무원 및 민간 또는 군 소방관, 여객운송업체의 직원을 직무 또는 임무 수행의 기회에 하나 또는 수개의 외형적(객관적) 사실들에 의해 징표되는 것으로 무기를 사용하거나 무기로 위협하여 폭행하기 위한 목적으로 기다리는 행위"로 정의된다(제1항). 매복은 원칙적으로 5년 이하의 징역 또는 75,000유로 이하의 벌금에 처한다(제2항). 만일 매복행위가 합동으로 범해진 경우에는 7년 이하의 징역 또는 100,000유로 이하의 벌금에 처해진다(제3항).

(2) 폭행 등의 준비를 위한 집단에의 참여(Participation à un groupement)

2010년 3월 2일의 '집단폭행의 대처강화를 관한 법률'은 제222-14-2조를 신설하여 사람에 대한 고의적 폭행, 재물의 손괴 또는 훼손을 준비하기 위하여 그 정을 알면서 일시적이라도 형태를 갖춘 집단에 참여하는 행위를 1년 이하의 징역 또는 15,000유로 이하의 벌금에 처하도록 하였다.

5) 폭행장면에 대한 촬영 및 배포행위(Enregistrement ou difusion des violences)

2007년 3월 5일의 법률에 의해 신설된 형법전 제222-33-3조는 주로 청소년들에 의해 휴대폰 등을 통하여 범죄장면을 촬영하고 이를 인터넷상에 배포하는 이른바 '해피 슬래핑'(happy slapping)을 처벌하기 위하여 마련된 조문이다.[1989] 본조 제1항은 고문 및 야만적 행위(제222-1조부터 제222-6-3조), 고의적 폭행(제222-7조부터

1988) 제R.623-2조.

1989) Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 99면.

제222-14-1조), 강간 및 다른 성적가해(제222-23조부터 제222-31조), 성적 괴롭힘(제222-33조)의 범죄의 실행에 관한 이미지를 촬영 또는 녹화에 의하여 저장하는 행위가 이 범죄들의 방조행위를 구성한다는 것을 명확히 하면서 본범에 대한 형에 의하여 처벌하도록 규정하고 있다. 따라서 상습범을 포함하여 모든 통상의 폭행죄에 대하여 본죄가 적용된다. 그런데 위에 열거된 범행장면의 촬영 등과 별개로 그 촬영 또는 영상물을 배포하는 행위는 독립된 범죄로서 5년 이하의 구금 또는 75,000유로 이하의 벌금에 처해진다(제2항). 면책사유로서 위의 저장 또는 배포행위가 대중에게 정보를 제공하기 위한 직업상의 정상적 수행에 기인하거나 사법부에 증거로 사용하기 위한 목적으로 실현된 때에는 본조가 적용되지 않는다(제3항).

6) 아동 등에 대한 상습폭행 및 부부간의 상습폭행(Violences habituelles sur mineur, personne vulnérable)

프랑스 형법전은 상습폭행을 별도의 가중적 구성요건으로 규정하고 있지 않지만, 형법전 제222-14조는 두 가지 유형의 상습폭행죄를 규정하고 있다. 먼저 행위주체의 성격을 불문하고 15세 미만의 미성년자 또는 연령, 질환, 신체 또는 정신적 장애 또는 임신으로 인하여 특별히 부조를 요하는 자에 대하여 상습적으로 폭행한 자를 가중처벌하도록 하고 있다. 이후 2010년 7월 9일의 법률에 의해 개정된 본조는 배우자 또는 동거인에 대하여 상습적으로 폭행한 자를 가중처벌하도록 하고 있다. 본조는 일반적인 가중사유를 적용하지 않고 상습성 및 행위대상의 취약성을 이유로 더욱 가중처벌하기 위하여 독립된 범죄로서 규정하고 있다는 특징이 있다. 본죄는 기본적으로 우리 법 체계에서의 아동학대에 대응하는 범죄라고 할 수 있으며, 아동뿐만 아니라 노인과 장애인 등 요부조자 및 배우자 등을 객체로 한다는 점에서 그 적용범위가 광범위하다고 할 수 있다. 본죄는 아동을 포함하여 일정한 부류의 행위객체에 대한 상습적인 통상의 폭행행위를 처벌하고 있으며, 음식을 제공하지 않거나 부양하지 않는 등의 부작위에 의한 아동학대에 대하여는 형법전 제227-15조의 아동유기죄(la mise en péril des mineurs)에 의해 처벌한다. 판례는 본 조항을 확장하여 해석하고 있으며,[1990] 8살의 딸 앞에서 총을 들고 자살하겠다고 위협한 행위는 15세 미만의 아동에

1990) Michel Véron, Droit pénal spécial, 16e éd., Sirey, 2017, 62면.

게 '정서적 충격'(choc émotif)을 불러 올 수 있는 성격의 행위라고 보았다.[1991]

본조는 처벌에 관하여 발생결과의 중대성에 따라 4단계로 구분하여 규정하고 있다. 사망의 경우 30년의 징역형, 신체절단 또는 영구적 장애의 경우 20년의 징역형, 8일을 초과하는 노동력완전상실의 경우 10년 이하의 구금 또는 150,000유로 이하의 벌금, 8일 이하의 노동력완전상실의 경우 5년 이하의 구금 또는 75,000유로 이하의 벌금에 처해진다.

3. 비고의적 폭행(violences involontaires): 과실치상, 과실치상, 중과실치상, 업무상과실치상

프랑스 형법전에 따르면 폭행이 상해를 포함하는 개념이며 폭행죄가 기본적으로 폭행치사상의 구조로 규정되어 있다는 점에서 과실에 의하여 사망 또는 상해의 결과가 발생할 것을 요하는 과실치사상죄는 고의를 전제로 하는 폭행죄와 직접적인 관련성이 결여된다. 다만, 원인되는 행위가 고의 또는 과실에 따른 것이며 결과발생이 사망 또는 상해라는 공통요소가 있으므로 결국 폭행죄와 과실치사상죄의 적용여부는 고의 또는 과실의 유무에 의해 결정된다고 하겠다. 그런데 폭행죄의 고의는 결과발생의 의욕을 요하는 것이 아니라 단순히 다른 사람의 신체적 또는 정신적 완전성을 침해하고 있다는 사실을 인식하는 것으로 충족되므로 폭행죄와 과실치사상죄의 구별은 실제에 있어서 용이한 것은 아니다. 다만 형법전 제121-3조는 과실의 유형으로 부주의(imprudence), 태만(négligence) 또는 법령상 주의 또는 안전의무의 위반(manquement à une obligation)으로 한정하고 있으며, 직접적으로 피해를 유발하지 않은 경우에 인과관계의 성립을 엄격하게 적용하고 있다.

타인의 완전성에 대한 비고의적 침해(les atteintes involontaires)에 대하여 형법전 제221-6조는 비고의적 생명침해(과실치사죄)를, 제222-19조 이하는 타인에 대한 신체의 완전성에 대한 침해(과실치상죄)를 규정하고 있다. 우리와 달리 별도의 업무로 인한 가중적 구성요건을 두고 있지 않다.

1991) Crim. 4 janv. 2017, n°16-81995.

4. 소결

구 형법전 하에서 생명 이외의 신체의 완전성에 대한 침해행위를 처벌하기 위해 사용됐던 '타격 및 상해', '폭행', '유형력 행사'의 개념은 신형법전의 제정과 함께 단일한 폭행의 개념으로 통합되었다. 또한 과거 폭행죄가 성립하기 위해서는 신체적 접촉이 요구되었으나 판례가 점차 그 개념을 확장하여 신체적 접촉이 없이도 정서적 충격을 준 이른바 '정신적 폭행'을 폭행의 개념에 포섭하고 현재는 명시적으로 이를 규정하기에 이르렀다. 이처럼 폭행의 개념이 광범위하며 신체적 또는 정신적 완전성에 대한 침해의 수단이 정형적이지 않다는 점에서 그 개념이 불명확하다는 비판의 여지가 있다.

우리 형법의 입장에 따르면 폭행죄와 상해죄가 구별이 되며, 고의의 내용 및 발생된 결과의 중대성에 따라 단순폭행죄, 단순상해죄, 폭행치사상죄와 상해미수죄, 중상해죄, 상해치사죄 등으로 달리 처벌하는 구조를 취하고 있다.

이와 달리 프랑스에서 폭행죄는 거동범이 아닌 실질범(결과범)으로서 신체적 또는 정신적 완전성에 대한 침해가 있어야 범죄가 성립한다. 폭행으로 인한 침해는 신체적 충격 또는 정서적 충격의 확인으로 인정되며, 사망 또는 부상으로 인한 노동력완전상실의 정도는 경죄 또는 중죄 등의 해당여부와 처벌의 수위를 판단하는 기준으로 기능한다. 따라서 폭행으로 인한 사망 또는 상해의 결과는 고의의 인식 또는 의사의 내용에 포함되지 않으며, 폭행의 고의는 행위자가 다른 사람의 신체적 또는 정신적 완전성에 대한 침해를 인식하고 의욕하였다는 점에 그 본질이 있다.

프랑스 형법전은 이처럼 통상의 폭행죄를 결과발생의 중대성을 기준으로 단계별로 위경죄를 구성하는 폭행죄 2개와 경죄를 구성하는 폭행죄 2개, 중죄를 구성하는 폭행죄 1개로 구성하고 있다. 여기에 더하여 위경죄와 신체절단 또는 영구장애를 초래하지 않은 경죄에 대하여는 15개의 일반가중사유를 적용하여 가중처벌하도록 하고 있으며, 사망 및 신체절단 또는 영구장애를 초래한 중죄에 대하여는 10가지의 일반가중사유를 적용하여 가중처벌하도록 하고 있다. 이러한 일반가중사유 외에도 형법전은 15세 미만의 아동에 대하여 직계존속이나 감독권을 가진 자에 의해 폭행이 범해지거나, 공공관리 또는 이에 준하는 자에 대하여 무기를 사용하거나 또는 무기로 위협하여

범해진 폭행이 범죄집단 또는 매복에 의해 범해진 때에는 더욱 가중처벌하도록 하는 특별가중사유를 두고 있다.

통상의 폭행죄를 세분화하면서 일반가중사유와 특별가중사유를 적용하여 폭행죄에 불법성에 상응하는 형벌의 적용을 다양화하고 세분하는 구성요건 체계를 가지면서도 또 다른 방향에서 전통적인 폭행죄에 포섭되지 않지만 이에 준하는 행위와 최근에 들어 새롭게 등장하는 다양한 폭력현상에 효과적으로 대처하기 위하여 여러 유형의 특별한 폭행죄를 설정하고 있다. 우선 일반인을 행위주체로 하는 고문 및 야만적 행위를 별도의 범죄로 규정하고 있으며, 사람의 신체에 유해한 물질을 여하한 방법으로 투여하거나 노출시키는 행위를 처벌하기 위하여 유해물질의 투여죄를 두고 있다. 또한 다른 사람의 평온을 방해하기 위하여 반복적으로 악의적인 전화를 걸거나 전기통신의 수단으로 악의적인 메시지를 보내는 행위 및 소음 등으로 공격하는 행위를 처벌하도록 하고 있다. 또한 중죄를 구성하는 폭행죄를 제외하고 폭행의 미수는 처벌하지 않지만 매복 또는 폭행 등의 준비를 위한 집단에의 참여와 같이 특수한 형태의 예비 및 음모행위에 대하여는 특별히 처벌하도록 규정하고 있다. 그리고 청소년들을 중심으로 폭행 등 범행현장을 촬영하고 사진이나 동영상을 인터넷상에 유포하는 행위가 방조행위를 구성한다는 점을 명문화하고 이를 독립된 범죄로 처벌하고 있다. 마지막으로 아동이나 요부조자에 대한 학대문제에 대처하고 최근에 이슈가 되고 있는 부부간의 폭행문제에 대처하기 위하여 아동 등에 대한 상습폭행죄 및 부부간 상습폭행죄를 마련하여 통상적인 폭행죄보다 가중처벌하고 있다.

제4절 | 독일

1. 개관

상해죄 규정은 중범죄대처법(Verbrechensbekämpfungsgesetz: VerbrBekG)에 의해 개정되었다. 제6차 형법대개정법의 제1항 제38호는 보호법익을 강조하기 위해서 전체 장에 새로운 표제어를 부여하였고 제1항을 편집상 변경하였으며 제2항에 제223조 기본범죄에 대해서도 미수범처벌을 도입하였다.[1992]

신체의 완전성을 침해하는 범죄와 관련하여 비교적 최근의 입법을 살펴보면, 2009년 7월 29일 제2차 피해자법개정법[1993]에서 할례(Genitalverstümmelungen)에 대한 소추와 관련하여 제78조b(공소시효중지)의 확장이 이루어졌다. 2013년 9월 24일의 제47차 형법개정법에 의해 특별범죄구성요건으로서 제226조(할례)가 도입되었다. 소년의 포경수술(Beschneidungen an Knaben)에 대한 정당화사유는 2012년 12월 10일에 제정된 법[1994]에 의해 법률적으로 규정되었다.

제223조 이하에 의해 보호되는 법익은 제6차 형법대개정법에 의해 도입된 장표제어가 강조하다시피 신체적 완전성과 타인의 건강이다. 출생시작 전의 상해는 여기에 포함되지 않는다. 살아있는 신체로부터 떨어져 나온 자연적 신체부분은 분리시부터 신체의 법적보호영역에 속하지 않는다. 사후 재이식을 목적으로(자기이식; 수정을 위해 분리된 난자; 자기헌혈) 분리된 장기와 조직의 경우에는 그렇지 않다. 이러한 일시적으로 분리된 신체부분은 규범의 보호목적의 관점에서 신체로부터 분리기간 중에도 기능적 통일성을 이루어 상해규정의 보호영역에 포함된다.[1995]

간접정범 형태의 고의상해는 일반 규정에 따라 행위자가 타인을 강제 또는 기망을 통해 스스로에게 상해를 입히도록 함으로써 가능하다. 정범적 자기침해는 원칙적으로 불가벌이어서 제228조와 관련하여 정당화되지 않는 타인의 정범적 자기침해에 참여

1992) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 223 Rn. 1.
1993) BGBl. I 2280.
1994) BGBl. I 2749.
1995) BGHZ 124, 52.

하는 공범도 불가벌이다.[1996]

2. 상해

가. 기본구성요건

형법 제223조 (상해)

제223조 (개념정의)
(1) 타인을 신체적으로 학대하거나 건강을 해하는 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
(2) 미수는 처벌한다.

1) 객관적 구성요건

제1항은 범죄행위와 구성요건적 결과로 신체적 학대 또는 건강의 침해를 기술하고 있다. 양자는 겹칠 수도 있다.[1997]

(1) 신체의 학대

판례와 학설에서 사용된 표현에 따를 때 신체 학대란 불편하고, 적당하지 못한 취급(übles, unangemessenes Behandeln)을 의미하고 이는 신체의 안녕 또는 신체의 완전성을 현저히 침해해야 한다.[1998] 현저함이라는 것은 객관적 관찰자에 의해 정해지는 것이지 범죄피해자의 주관적인 감정에 따르지 않는다.[1999] 신체에 대한 간접적 영향만으로 충분하다. 학대는 부작위에 의해서도 저질러질 수 있다. 예를 들어 음식을 주지 않는다든지 가족이 아픈 경우 의사를 부르지 않는 경우 또는 고통을 유지하는 경우를 들 수 있다.[2000]

신체적 안녕이란 행위자에 의해 영향을 미치기 전의 피해자의 신체감각(Körperempfinden)의 상태를 의미한다. 범죄행위의 결과는 이러한 상태의 부정적

1996) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, §223 Rn. 2.
1997) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, §223 Rn. 3.
1998) BGH 14, 269, 271; LK-Lilie 6.
1999) BGHSt 53, 145, 158.
2000) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, §223 Rn. 5.

침해(Beeinträchtigung)이어야 한다. 이는 구체적 사안에서 예컨대 구토, 걱정을 통한 불면증 등의 일시적인 신체적, 정신-자율신경(psycho-vegetativ)적 불편함의 경우에도 인정될 수 있다. 그러나 역한감정 또는 화가난다는 것, 향정신적 물질(술 또는 마약)의 복용에 따른 경미한 명정상태만으로는 충분하지 않다. 제223조에 속하는 침해로서 예컨대 장시간 스토킹으로 야기되어 수면 및 집중장애가 동반된 우울한 기분, 뺨때리기에 따른 고통, 머리를 아래도 향하게 하고 테이프로 묶고 재갈을 물려 바닥에 장시간 앉게 하는 것, 헤드락(Schwitzkasten)을 걸어 목의 통증을 느끼게 하는 것 등을 들 수 있다. 현저하지 못한 신체적 영향은 처벌될 수 없는데, 여기에는 예컨대 충돌에 따른 약간의 놀람, 비동의의 성관계 그 자체[2001] 고강도의 군사훈련도 법률규정 또는 직무규정에 위반한다면 학대로 볼 수 있다.[2002]

신체의 불완전성은 침해시 존재하는 신체적으로 무결하고 기능이 정상인 피해자상태이다. 이러한 상태는 범죄를 통해 훼손되도록 변경되어야 하는데, 즉 현저히 침해되어 있어야 한다.[2003] 계속해서 기능이 제한되거나 신체의 변형이 요구되는 것은 아니다. 따라서 적절하지 않게 머리를 자르는 것도 범죄가 될 수 있다. 신체의 완전성에 대한 침해는 뢴트겐선과 같은 것을 통해서 야기될 수 있다.[2004]

(2) 건강의 침해

건강의 침해란 비록 일시적이나마 병리학적 상태의 야기 또는 증대이고, 이는 피해자가 그 전에 건강했느냐 또는 기왕증이 있었느냐와 무관하다.

건강의 침해는 신체적 학대 없이도 예를 들어 물과 공기를 독극물을 통해 오염시키거나 상하거나, 독에 오염되거나, 건강을 해하는 물질을 포함하는 식료품 또는 기타 생산품을 유통시키거나, 감염을 통해 야기될 수 있다. 처녀막에 손상을 입히는 것도 건강상 침해이다. 이에 반해 경악, 당황, 당혹을 야기하는 것은 건강상 침해가 아니다.[2005]

건강상 침해로 또한 만취상태의 야기를 들 수 있다. 원칙적으로 의식을 흐리게 하는 물질, 마약물질, 또는 소위 자백물질(Geständnisdrogen)을 제공하는 것도 건강을

2001) NStZ 07, 217.
2002) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, §223 Rn. 6.
2003) BGHSt 14, 269.
2004) BGHSt 43, 306.
2005) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, §223 Rn. 9.

침해하는 것이다. 미량의 약한 마약을 복용하는 경우 정상적 신체기능이 언제나 훼손되는 것은 아니어서 병리학적으로 정상인 상태라고 한다. 의학적으로 인정되지 못한 처방전을 통해 약물중독을 유지하는 것도 구성요건에 해당된다. 다른 유형의 물질에 따른 중독을 치료하기 위해 중독을 야기하는 약물을 처방하는 것도 마찬가지이다.[2006]

타인을 감염병을 통해 감염시킨 경우에도 건강의 침해를 인정할 수 있다. 신체적인 병이 야기되고 증세가 나타나게되면 범죄구성요건은 확실히 기수에 이른 것이다. 왜냐하면 어떠한 방식으로 건강상 침해가 야기되는지는 중요하지 않기 때문이다. 이러한 사안에서 건강침해는 초기 또는 중간증세가 발병한 경우에도 인정된다. 이에 반해 문제는 병의 증세와 그로인해 실제 신체기능의 침해가 발생하지 않았다면 장기의 잠복기간 또는 분명치 않은 발병의 경우 감염원의 전염이다. 의사에게는 위험한 감염병과 관련하여 제13조에 따라 제3자, 특히 감염의 위험이 있는 환자의 파트너에 대한 보고의무가 부과될 수 있다.[2007]

HIV-감염과 관련하여 문제가 논의되는데, 이는 다른 감염병의 경우에도 마찬가지이다. 판례와 통설은 "전적으로 미미하지 않은(nicht ganz unerheblich)" 감염병의 경우 병원체가 전염된 경우 발병과 상관없이 건강침해의 기수를 인정하였다. 잠복기가 상당히 길고 발병이 명확하지 않더라도 감염으로 인해 감염된 자가 지속적인 감염력을 가진다면 제233조의 범죄구성요건은 인정된다.[2008] 판례에 따를 때 이는 감염된 자가 배양기와 잠복기 동안 별다른 불편함을 느끼지 못하고 언제 어떻게 발병되었는지 확인되지 못했다는 점으로 인해 부정되지 않는다. 반대해석상 이로부터 바이러스 양이 0인, 즉 감염력이 없는 HIV-양성반응자는 보호없는 성관계의 경우에도 단지 (불능)미수만 저지를 수 있다는 것이 도출된다.[2009]

판례에 따르면 범죄는 바이러스를 전염시키는 행위로 이미 종료된다. 제226조 제1항의 중한 결과가 발생한 경우에는 그 결과가 발생한 경우 범죄의 종료가 인정된다. HIV-바이러스를 고의로 전염시키는 것은 제224조의 생명을 위태롭게 하는 것이다. 인과관계가 인정되지 않으면 미수가 인정된다.[2010] 감염이 발병으로 이어지면 제226

2006) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, §223 Rn. 10.
2007) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, §223 Rn. 13.
2008) BGHSt 36, 1; 36, 262.
2009) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, §223 Rn. 15.
2010) BGHSt 36, 1.

조가, 감염이 죽음으로 이어지면 제227조가 문제된다. 고의가 증명될 수 없으면 제222조와 제229조가 인정될 수 있다. 피해자의 자기책임적 자상 또는 자기위태화는 행위자가 자신의 감염력을 밝히지 않았다면 인정되지 않는다.[2011]

2) 주관적 구성요건

상해의 고의는 한편 행위를 그 대상으로 하고 다른 한편 행위를 통해 신체의 안녕 또는 완전성을 침해하거나 건강을 침해한다는 인식을 요한다. 미필적 고의만으로 족하다. 그러나 행위가 가지는 위험성에 대한 인식만으로 고의가 인정되지 않는다. 침해의 가능성의 인식만으로는 충분치 않다. 결과발생의 현저한 위험을 인지하는 것을 구체적인 사안에서 용인이라는 의사적 요소의 존재를 징표케 한다.[2012] 행위자가 범죄를 통해 피해자를 도와주려고 한다는 점은 고의를 부정시키지 않는다.[2013]

3) 위법성

상해의 정당화사유로 특히 피해자 승낙, 추정적 승낙, 가정적 승낙, 정당방위, 정당화적 긴급피난이 검토된다.

(1) 피해자 승낙

형법 제228조 (피해자승낙)

제228조 (피해자승낙)
피해자의 승낙에 의해 상해는 그 범죄가 피해자 승낙에도 불구하고 선량한 풍속을 침해한 경우에만 위법하다.

구성요건에 해당되는 치료행위는 피해자승낙에 의해 정당화될 수 있다. 승낙을 할 수 없는 아동을 위해 승낙에 관한 결정은 후견인이 할 수 있다. 피해자승낙은 원칙적으로 승인된 의료기술규정에 따라 행해진 치료행위를 대상으로 한다. 치료가 아닌 신체침습(성형수술, 장기적출, 위험하고 아직 승인되지 않은 치료수단, 신체적

2011) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, §223 Rn. 15.
2012) BGH StV 07, 402.
2013) BGHSt 45, 219.

강화(Optimierungen)은 승낙이 제228조의 한계를 넘지않는다면 원칙적으로 승낙에 의해 정당화된다. 설명에 대한 요건은 치료가 아닌 신체침습의 경우 또는 아직 공식적으로 승인되지 않은 치료법(Außenseitermethode)의 경우 특별히 까다롭다. HIV-테스트 목적의 혈액채취는 별도의 설명과 승낙이 필요하다.[2014]

정당화사유로서 피해자승낙은 의료행위 영역을 넘어서 특히 스포츠영역에서 실무적 의미를 가진다. 나아가 건강을 침해하는 것으로 인식된 도핑물질의 제공을 관련자가 원했을 경우에도 피해자승낙은 의미가 있다.[2015]

신체의 침습은 환자에게 침습 전에 충분한 설명이 교부되지 않은 이유로 유효한 승낙이 탈락되는 경우에도 위법하다. 이러한 설명은 환자로 하여금 자신의 자기결정권을 폭넓게 그리고 위험가능성을 알면서 행사하는 것을 가능케한다. 의무적 설명범위, 특히 결과조치 및 이와 결부된 위험에 대한 설명의무는 경우에 따른 특별지식을 고려하여 객관적이고 의료경험의 기준에 따라 정해지고 각각 개별 사안의 특수성에 따라 구체화된다.[2016]

(2) 추정적 승낙

상해죄를 위한 정당화사유로서 또한 고려되는 것은 추정적 승낙이다. 이는 치료행위에서 특별한 의미를 가진다. 환자에게 물을 수 없어서 사실상의 (유효한) 승낙이 부재하다면 개별사안에서 추정적 승낙이 검토된다.[2017] 추정적 승낙의 확인은 관련자의 개인적 상황과 이익(희망하는 것, 필요한 것, 가치관)에 따른다. 객관적 기준은 독자적인 의미를 가지지 않지만, 의심스러운 경우 개별적 추정적 승낙을 조사하는 경우 준거점을 제공할 수 있다.[2018]

승낙 대상이 되지 않았지만 치료를 위해 필요한 수술의 확장은 추정적 승낙에 의해 정당화될 수 있다. 이는 특히 다른 대안이 없는 경우에 그러하다.[2019] 사후 승낙을 구하기 위해 구하기 위해 수술을 중단하였는데 이것이 환자를 중한 위험에 빠뜨리게

2014) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, §223 Rn. 23a.
2015) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, §223 Rn. 24.
2016) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, §223 Rn. 25.
2017) BGHSt 35, 249.
2018) BGHSt 35, 249.
2019) BGHSt 11, 115.

한 경우 제34조 긴급피난이 검토된다. 그런데 여기서 계속되는 침습행위가 없어도 환자의 생명과 신체에 현저한 위험이 있는 경우에만 추정적 승낙이 인정된다. 추정적 승낙은 보통 환자가 일차 수술 전에 명시적으로 가능한 확대에 대해 반대하였다면 배제된다. 물론 형법적으로 중요한 전단계행위(Vorverhalten)는 의사가 전형적이고 개연적이며 설명이 필요한 수술위험을 알려주지 않고 수술을 시작했다면 의사에게 귀속된다.[2020]

(3) 가정적 승낙

(긴급피난과 유사한) 추정적 승낙과 구별해야 하는 것은 환자에게 동의를 구하기 위해 질문할 수 없었기 때문이 아니라 환자가 의무에 위반되게 동의를 구하는 질문을 받지 못했거나 올바르게 설명을 받지 못했기 때문에 승낙이 없었던 사안들이다. 판례에 따르면 환자가 의무합치적인 설명을 받았어도 치료행위에 승낙을 했었을 것이라는 점이 인정된다면 인과관계를 부정한다.[2021] 의심스러운 경우 판례에 따르면 의무합치적인 설명이 이루어진 경우에도 승낙이 이루어진 것으로 본다.[2022] 이는 소위 대안적 치료수단의 영역에서 발생한 치료행위의 경우에도 마찬가지이다. 이는 인과관계와 객관적 귀속의 문제이다.[2023] 가정적 승낙은 2013년 2월 20일의 환자의 권리개선을 위한 법(Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten)에 의해 민법 제630조h 제2항 제2문에 실재적으로 규정되었다. 가정적 승낙은 의료법으로 제한되어 있고 다른 형법영역으로의 확장은 논란이 많으며 대체적으로 부정된다.[2024]

(4) 증거수단확보 목적의 정당화사유

신체침습은 형사소송법 제81조a 제1항 제2문에 의해 정당화된다. 과거 정당한 것으로 간주되었던[2025] 경찰에 의한 구토물질의 강제적 투입은 유럽인권재판소(EGMR)에 의해 유럽인권규약 제3조를 위반한 것으로 판단되었다.[2026] 이에 해당되는 행위는

2020) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, §223 Rn. 28.
2021) BGH NStZ 96, 34.
2022) BGH NStZ-RR 04, 16f.
2023) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, §223 Rn. 32.
2024) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, §223 Rn. 33.
2025) Bremen NStZ-RR 00, 270.
2026) EGMR NJW 06, 3117, 3119.

위법한 상해가 된다.

4) 미수

1998년 4월 1일자로 제6차 형법개정법이 발효된 후부터 상해미수는 처벌된다. 우선 걱정되었던 실무상 많은 추가부담은 발생하지 않았다. 일상적 학대범죄 영역에서 실행의 착수와 중지미수의 경우 예견되었던 "풀리지 않는 증명의 어려움"은 실무에서 아무런 역할을 하지 못하였다.

미필적 고의에 의한 상해에서 미수범의 의미는 예컨대 의약품영역과 생산물책임영역 전체, 나아가 건강을 위협하는 환경침해 분야에서 실무상 지금까지 충분히 고려되지 않았다고 한다. 여기서는 위험을 야기하는 행위가 확정되었기 때문에 미수의 처벌가능성은 사실관계 확정의 중점을 결과야기의 확정에서 미필적 고의와 인식있는 과실의 구별로 이동시켰다. 동시에 상해의 개연성을 인식한 경우 허용된 위험의 문제가 제기될 수 있다. 건강을 위협하는 오염물질을 배출한 자는 제3자의 상해를 인식하면서 용인한다면 형법 제223조 제2항에 의해 처벌될 수 있다.[2027]

상해죄는 학대결과의 발생 또는 건강침해의 발생으로 기수에 이른다(결과범). 이러한 범죄는 결과발생 이후 행위가 종결됨으로써 종료된다. 상해죄는 계속범이 아니라 상태범이다.

5) 경합범

하나의 행위로 수인에게 상해를 입히면 동종의 상상적 경합이 인정된다. 제223조는 고의의 상해행위에 기해 추가적인 결과가 과실로 발생한 경우에도 인정되기 때문에 제229조가 일죄관계에서 인정되지 않는다. 중한 결과의 경우 제226조가 적용된다.[2028]

제223조 이하는 상태범이지 계속범은 아니기 때문에 침해의 결과가 야기되면 종료되고 이러한 한도에서 "결합효과(Klammerwirkung)"를 가지지 않는다. 예컨대 성범죄와의 일죄관계는 객관적인 실행행위가 겹치는 경우에 인정되고 주관적 영역에서 경합한다고 하여 인정되는 것은 아니다.[2029]

2027) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, §223 Rn. 55.
2028) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, §223 Rn. 56.
2029) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, §223 Rn. 57.

나. 위험한 상해

형법 제224조 (위험한 상해)

제223조 (위험한 상해)
(1) 다음 각호를 통해 상해한 자는 6개월 이상 10년 미만의 자유형으로 처벌된다. 덜 중한 사안의 경우 3개월 이상 5년 미만의 자유형으로 처벌된다.
독극물 또는 기타 건강을 해하는 물질을 가함으로써
무기 또는 기타 위험한 도구를 수단으로 하여
교활한 기습을 통해
다른 참여자와 공동으로 또는
생명을 위협하는 행위를 수단으로
(2) 미수는 처벌한다.

1) 일반론

동규정은 제6차 형법대개정법에 의해 새롭게 기술되었고, 폐지된 중독범죄구성요건(구형법 제229조)을 받아들이고 위험한 상해를 5개의 가중구성요건으로 나누었다. 이로써 법정형이 명백히 높아졌다.

제1항은 5가지의 범행형태를 배타적으로 나열하고 있고 이를 통해 고의상해가 위험한 상해로 가중된다. 위험한 상해는 실행행위의 위험한 유형으로 인해 부각되는 것이지 결과로 인해 가중되는 것은 아니다.[2030] 통설에 따르면 제1호, 제2호, 제5호는 구체적 위험범이고 제3호와 제4호는 추상적 위험범으로 이해된다.

2) 가중적 구성요건

(1) 독극물 기타 건강을 해치는 물질

제1호의 행위수단은 건강을 해치는 물질이다. 이에 대한 대표적인 예가 "독극물"이다. 건강을 해치는 물질과 독극물 사이에는 선택적 확정(Wahlfeststellung)이 가능하다.

독극물은 특정 조건(흡입, 삼킴, 피부흡수)에서 화학적 내지 화학적-물리적 효과를 통해 그 종류와 양에 따라 일반적으로 상해를 야기하는데 적합한 물질이다. 독극물로 예컨대 청산, 독말풀씨, 비소, 시안화칼륨(청산가리), 다이옥신, 납 또는 카드뮴화합물,

2030) BGHSt 3, 109.

아편마취약(Opiate),소위 데이트강간약물(K.O.-Tropfen) 등을 거론할 수 있다. 원칙적으로 개별사안의 정황에 따라 즉, 양과 작용방식에 따라 모든 물질이 구체적인 경우 독극물의 속성을 가진다. 일일 복용량의 물질도 구체적인 경우 그것을 복용했을 때 현저한 상해의 위험과 결부되어 있다면 독극물이 될 수 있다.[2031]

기타 건강을 해치는 물질이란 열역학적 방식으로 작용하는 것을 의미한다. 예컨대 부서진 유리조각 내지 철조각, 뜨거운 액체, 방사능에 오염된 물질 뿐만 아니라 박테리아, 바이러스, 기타 병원체 등. 그러나 예컨대 광선 또는 전류는 물질이 아니기 때문에 여기에 포함되지 않는다.

건강을 해한다는 것은 구체적인 경우 건강을 침해하는 물질의 속성을 의미한다. 이는 물질의 사용 또는 주입 종류, 양, 순도에 따라 결정될 뿐만 아니라 피해자의 상태 내지 작용공간에 따라 정해진다. 통설에 따르면 제1호의 성립을 위해 물질이 그 유형과 구체적인 투입에 따라 상해에 적합해야 함이 요구된다.

제1항 제1호의 범죄행위는 독극물 또는 기타 건강을 해하는 물질을 가하는 것이다(beibringen). 이러한 행위는 물질을 타인의 신체에 주입하거나 바르는 것으로 그 물질이 자신의 침해적 속성을 펼칠 수 있어야 한다.[2032] 예컨대 삼키도록 하거나, 주사놓거나, 흡입하도록 하거나, 피부에 바르는 것. 이러한 행위개념은 물질을 신체내로 주입하는 것과 예컨대 박테리아 내지 화학물질과의 외부적 신체접촉도 포함하여, 기수인정을 위해 사용된 물질이 이미 신체 내부로 주입되어 있어야 하는 것은 아니다.

(2) 무기 또는 위험한 도구

제2호는 제1호와는 달리 '외부에서' 피해자 신체로 작용하는 범죄수단의 사용에서 특별한 위험이 발생하는 범죄를 가중처벌한다. 이 경우 법률은 무기와 기타 위험한 도구를 구불하고 무기를 일반적으로 도구의 하위 유형으로 그리고 구체적으로 위험한 도구의 하위 유형으로 언급한다.

도구란 이를 수단으로 신체에 작용함으로써 상해를 가할 수 있는 모든 움직이는 물건을 의미한다. 통설에 따를 때 도구는 행위자에 의해 휴대될 수 있는, 즉 오직 신체적 유형력의 강화를 위해 또는 특별한 힘의 작용을 발생시키기 위해 사용될 수

2031) BGHSt 51, 18.
2032) BGHSt 15, 114; 32, 130, 132f.

움직이는 물건을 의미한다. 행위자가 유형력을 사용하여 도구를 피해자에게 옮기는지 반대로 피해자로 도구로 이동시키는지는 중요하지 않다. 이는 도구의 개념에 대해서도 독일 기본법 제103조 제2항의 문언적 한계가 유효하다는 점에서 마찬가지이다. 강물, 절벽, 뜨거운 해는 이러한 도구가 될 수 없다. 독일 판례는 행위자가 피해자를 예컨대 바위, 벽 등 고정된 물건에 부딪히거나 압박했더라도 이러한 고정된 물건을 도구의 개념에 포함시키지 않았다.[2033] 다툼이 있는 것은 행위자의 신체일부분이 도구의 개념에 포섭되는 가이다. 판례와 통설은 신체부분 그 자체는 도구가 될 수 없다고 한다. 실무적으로 통상 위험한 도구로 표시되는 "신발을 신은 발"의 경우 발이 문제가 아니라 신발이 문제라는 것이다.

위험한 도구는 판례상 사용되는 공식에 따를 때 객관적인 특성과 사용법 유형에 따라 구체적인 경우 현저한 상해를 가하기 적절한 도구를 의미한다(소위 잠재적 위험성).[2034] 여기에는 현저한 침해를 야기하기에 도구가 "일반적으로 적절하다"는 점이 인정되어야 한다는 것이 깔려 있다. 이는 "객관적인 특성"이라는 말 속에서 표현된다.

(3) 교활한 기습

기습이란 갑작스럽거나 기대되지 않았던 공격이다. 이는 피해자가 자신의 신체의 완전성에 대한 공격을 예상하지 못했음을 의미한다. 교활함이란 행위자가 계획적으로 자신의 진실한 의도를 엄폐하는 방식으로 행동하여 예상치 못한 공격에 대한 방어를 어렵게하는 것이다. 계획적 활동을 요구하기 때문에 저항할 수 없는 상태를 의식적으로 이용하는 것만으로는 부족하다.[2035]

(4) 공동의 범행

이러한 표지는 적어도 2인이 의사합치에 기해 협력하고 범죄현장에서 피해자에게 직접적으로 마주했을 때 인정된다. 즉 범죄현장에 모두 있어야 함이 요구되나 각각의 참여자가 침해행위를 자수로 행하는 것은 요구되지 않는다. 또한 피해자가 행위하지 않는 두 번째 사람을 알지 못해도 무관하다.[2036] 중요한 것은 공격강도가 증가하거나

2033) BGHSt 22, 235.
2034) BGHSt 3, 109.
2035) BGH StV 1989, 152.
2036) BGH NStZ 2006, 572, 573.

방어가능성이 약화되어 피해자에 대한 상해의 위험이 강화되어야 하는 것이다. 이러한 의미에서 2인이 현장에서 공동으로 행위하였다면 현장에 있지 않은 제3의 공동정범자도 인정될 수 있다.[2037]

이러한 표지가 독일 형법 제25조 제2항 공동정범의 표지처럼 이해되어야 하는지에 관하여는 의견대립이 있으나 다수적 견해는 이를 부정한다. 그 이유로 첫째, 독일 형법 제28조 제2항에서 정의된 참여자(Beteiligte)는 협의의 공범(Teilnehmer)을 포함하고 둘째, 피해자에 대해 증대된 위험은 수인을 직접적으로 마주했기 때문에 발생되고 여기서 참가형태(Beteiligungsform)는 중요하지 않다는 것이다. 따라서 현장에 있던 교사범 내지 방조범도 정범과 함께 해당 표지를 충족할 수 있다.[2038]

(5) 생명을 위협하는 행위

제5호는 객관적으로 공격의 유형, 기간, 강도와 같은 구체적인 사안의 정황에 따라 피해자를 생명의 위험 속으로 빠뜨리는 데 적당한 공격방식을 요구한다.[2039] 이에 반해 소수설은 구체적인 생명의 위험 발생을 요구한다.

다. 중상해

형법 제226조 (중상해)

제226조 (중상해)

(1) 상해로 인해 다음과 같은 결과가 발생하면 1년 이상 10년 미만의 자유형에 처한다.
피해자가 한쪽 눈 또는 양쪽 눈의 시력 또는 청력, 말하는 능력 또는 생식능력을 잃어버린 경우
신체의 중요한 부분을 잃어버리거나 항구적으로 사용할 수 없는 경우
현저히 항구적으로 변형되거나 만성질환, 마비, 정신병, 장해에 빠지게 되는 경우

(2) 행위자가 제1항에서 기술한 결과 중 하나를 의도적 또는 정을 알고서 야기하면 3년 이상의 자유형에 처한다.

(3) 제1항의 덜 중한 사안의 경우 6개월 이상 5년 미만의 자유형에 처하고, 제2항의 덜 중한 사안에서는 1년 이상 10년 미만의 자유형에 처한다.

2037) BGH NStZ 2000, 194, 195.
2038) Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 13. Aufl., C.H.Beck, 2012, § 14 Rn. 47.
2039) BGHSt 36, 1, 9.

1) 일반론

제223조와 제224조에 비해 제226조 제1항의 가중은 고의의 기수상해를 통해 과실로 야기된 중한 결과에 놓여있다(결과적 가중범). 이는 전형적으로 고의와 과실의 결합범이다(고의-과실-결합). 이러한 유형의 결합범죄는 제11조 제2항에 따라 고의범죄로 구분된다. 이는 특히 미수 및 공범의 가벌성에 있어 중요하다.[2040]

제226조 제1항의 기본범죄는 제223조에 따라 범죄구성요건에 해당하고 위법하며 유책한 고의범죄여야 한다. 가중된 결과와 관련하여 '적어도' 과실범으로 충분하다(독일 형법 제18조). 이러한 한도에서 제226조 제1항은 단순 과실 외에도 경과실과 미필적 고의의 사안들도 포함한다. 행위자가 중한 결과와 관련하여 직접 고의, 즉 의도적으로 또는 정을 알면서 행위하였다면 가중범으로 제226조 제2항이 적용된다.[2041]

2) 구성요건

(1) 시력, 청력, 말하기능력, 생식능력의 상실(제1호)

단순히 "가치없는 잉여능력(wertlose Rechtsfähigkeit)"이 남아있다고 하더라도 시력, 청력, 말하기능력의 상실을 인정할 수 있다. 구체적 살펴보면 물건을 그 자체로 인식할 수 있는 능력이 거의 제거되었다면 (한쪽 눈만으로 족하다) 시력상실을 인정할 수 있다.[2042] 청력의 경우 분절된 소리를 청각적으로 이해하는 능력이 문제된다. 한쪽 귀에 5%의 청각능력이 남아있으면 청각은 상실한 것이다.[2043] 말하기능력은 구분하여 말할 수 있는 능력을 의미하고 생식능력은 성 중립적으로 이해되어야 한다.[2044]

상실이란 지속적인 침해로 이해되어야 한다. 성공적 또는 성공을 보장하는 수술에 의한 치료행위는 상실을 판단하다는데 고려되겠지만, 예컨대 인공적 시각 및 청각 보조기구는 상해그 자체를 치료할 수 없고 착용시 일시적으로 시각과 청각을 살리기 때문에 중상해를 인정하는데 방해가 되지 않는다.[2045]

2040) Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 13. Aufl., C.H.Beck, 2012, § 15 Rn. 1.
2041) Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 13. Aufl., C.H.Beck, 2012, § 15 Rn. 2.
2042) OLG Hamm GA 1976, 304: 5에서 10%의 정상상태가 남아있어도 무관하다.
2043) BGH 5 StR 516/10.
2044) Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 13. Aufl., C.H.Beck, 2012, § 15 Rn. 5.
2045) BGH 5 StR 516/10.

(2) 신체의 중요한 일부의 상실 또는 항구적 사용불능(제2호)

① 신체의 일부

최협의설에 따르면 신체의 일부라는 개념에는 외부적 신체일부만 포함된다. 이러한 의미의 신체일부는 전제 조직에서 특별한 기능을 담당하면 그 자체로 배타적인 형태를 가지고 몸통과 관절을 통해 연결되어 있다(다리, 발, 발가락, 무릅, 팔, 손, 손가락, 손가락마디). 관절을 통한 연결를 포기하는 절충성에 따르면 코, 귀, 성기외부도 여기에 포함된다. 광의설에 따르면 신체일부의 개념은 외부로 제한하지 않으며 신장과 같은 내부장기도 포함한다. 독일 판례는 문언적 해석에 충실하여 신체의 일부(Glied)에 내부장기를 포함하는 것을 거부한다.[2046]

② 중요성

신체의 일부가 중요하지는 유기체 내에서 신체일부가 담당하는 전체기능에 따른다. 본질적인 신체기능이 손상되어야 한다. 이는 발생된 결과를 고려하여 규범적 종합검토방식으로 조사되어야 한다. 손과 발의 경우 문제없이 그 중요성이 인정되고 엄지손가락 및 집게손가락, 엄지발가락도 중요한 신체일부로 인정될 수 있다.

문제는 이러한 중요성 판단에 있어 어떠한 요소를 고려할 수 있는가이다. 협의설에 따르면 법률은 "해당" 신체의 중요한 일부의 상실이라고 언급하고 있기 때문에 개별 인간의 신체에 대해 가지는 일반적인 의미만이 중요하다고 한다. 이에 반해 광의설은 개인적, 신체적 관계 뿐만 아니라 직업적 관계도 고려하여 보호영역을 직업피아니스트의 모든 손가락으로 확장한다. 개별화설은 왼손잡이 또는 이미 존재하는 영구 신체장애와 같이 개인적, 신체적 특성만을 고려하고 신체 외부에 놓여있는 사회적 - 예컨대 직업적 - 기능은 고려하지 않는다.[2047]

③ 상실 또는 항구적 사용불능

항구적 사용불능이라는 표지는 1998년 제6차 형법개정에서 새로이 규정되었는데, 이를 통해 상실이라는 표지는 신체적 분리만을 의미함이 분명해졌다. 상실이라는 표지와 관련하여 인공대용물은 신체일부 상실을 대체할 수 없다고 한다.

2046) BGHSt 28, 100.

2047) Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 13. Aufl., C.H.Beck, 2012, § 15 Rn. 11.

항구적 사용불능에 대해서는 언제부터 단순 사용 및 기능장애가 항구적 사용불능으로 되는지에 의견대립이 있다. 이는 규범적 종합검토방식으로 조사되는데, 신체일부가 자신의 원래 목적에 비추어 폭넓게 사용불능이 되고 따라서 사실상 본질적 영향이 물리적 상실에 상응한 경우라면 인정될 수 있다.[2048] 마비된 다리·무릅관절·팔·손가락 등은 여기에 포함될 수 있다. 항수성의 표지는 확정되지 않은 장기의 시간적 공간에서 사용능력의 최종적 또는 만성적 제거를 의미한다.[2049]

(3) 현저한 변형 또는 만성질환, 마비, 정신적 병 및 장해(제3호)

현저한 변형이라는 표지는 사회적 환경 속에서 개인의 외부의 심미적 외관을 보호함을 목적으로 한다. 변형은 외부의 전체 외관이 미를 침해하는 방식으로 변경될 때 인정된다. 이러한 변경은 현저해야 한다. 현저성의 기준은 체계적 해석에서 도출된다. 신체의 변형은 인간에 대한 의미상 제226조의 기타 결과와 연결되는, 중한 불이익에 상응하는 정도의 중함을 가져야 한다.[2050] 외부의 현저한 변형이 일반적으로 시각적으로 인식가능할 수 있어야 하는지는 중요하지 않다. 왜냐하면 해당 표지는 모든 사회적 상황에서(가정생활과 사생황, 목욕탕) 외관을 보호하는 것이기 때문이다.

최근 판례는 흉터와 관련하여 제한적 입장을 취하고 있다. 흉터를 통한 얼굴의 변형은 예컨대 손의 흉터보다 미적 관점에서 높은 가치를 가지지만 흉터의 명백한 시각적 인식가능성만으로는 충분하지 않다고 한다. 제226조의 기타 결과와의 필수적 관련성으로 인해 더 많은 것이 요구되고 현저한 변형으로 처벌되기 위해서는 얼굴비율의 명백한 변형이 있어야 한다는 것이다.[2051]

만성질환은 만성적 병적상태로 이해되며 이로인해 전체기관이 아프고 일반적 퇴행이 나타나게 된다. 보다 중요한 것은 마비인데, 마비는 신체일부가 가지는 동작능력의 현재한 침해를 의미하고 이는 전체기관의 고통으로 이어진다.[2052] 정신적 병 또는 장해의 표지의 경우 장애는 정신적인 것이어야 한다. 중한 결과는 독일 형법 제20조의 의미에서 병적 정신장애(정신병)와 뇌활동의 현저한 장애(정신장애)를 의미한다.[2053]

2048) BGHSt 51, 252, 256.
2049) Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 13. Aufl., C.H.Beck, 2012, § 15 Rn. 17.
2050) BGH StV 1992, 115.
2051) BGH NStZ 2008, 32.
2052) Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 13. Aufl., C.H.Beck, 2012, § 15 Rn. 24f.

라. 싸움의 참여

형법 제231조 (싸움의 참여)

제231조 (싸움의 참여)

(1) 싸움 또는 수인에 의해 행해진 공격에 참여한 자는 이미 이러한 참여로 인해 3년 미만의 자유형 또는 벌금형으로 처벌되는데, 그 요건으로 싸움 또는 공격으로 인해 사람의 사망 또는 중상해(제226조)가 발생되어야 한다.

(2) 싸움 또는 공격에 참여했지만 이로써 비난할 수 없는 자는 제1항에 따라 처벌될 수 없다.

동규정은 제6차 형법대개정에 의해 새로운 내용없이 편집상 변경되었다. 제6차 대개정에 대한 정부입법안은 미미한 실무적 의미와 헌법적 비판을 고려하여 동규정의 삭제를 권고하였다.[2054] 동규정을 통해 싸움은 그 위험성과 중한 결과에 대한 참여자 개별책임의 설명곤란을 이유로 처벌된다.[2055]

해당 범죄는 싸움(Schlägerei)과 수인이 행한 공격(Angriff)을 구분한다. 이러한 개념들에서 공통적인 행위들은 시·공간적으로 밀접한 관계에 있고 현장에 적어도 시간적으로 같이 있으면서 행위한 자들 사이에 하나의 "자연적" 전체사건에서 행하여졌다면, 하나의 통일된 행위를 구성한다. 통설에 따르면 양 유형 모두 추상적 위험범이다.[2056]

싸움이란 적어도 3인에 의한 서로에 대한 상해를 의미한다.[2057] 공격이란 적대적이고 타인의 신체에 대해 직접적으로 가하는 영향이다.[2058] 이러한 공격은 수인에 의해 이루어져야 하는데, 최소 2인 이상이 필수적이다.[2059]

싸움과 공격을 통해 사람의 사망 또는 중상해가 발생되어야 한다. 이러한 결과는 통설에 따르면 객관적 처벌조건이다.[2060] 중한 결과는 싸움 또는 공격에 의해 야기되어야하지만, 싸움의 공범 또는 공격의 피해자 또는 행위자에서 발생되어야 하는 것은 아니다. 싸움 또는 공격과 중한 결과 사이에는 인과관계가 있어야 하지만 그 결과는

2053) Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 13. Aufl., C.H.Beck, 2012, § 15 Rn. 26.
2054) BT-Drs. 13-8587, 35.
2055) BGHSt 14, 132.
2056) BGHSt 33, 103; 60, 166, 180ff.
2057) BGHSt 15, 369.
2058) BGHSt 33, 102.
2059) BGHSt 31, 24, 126.
2060) BGHSt 33, 100, 103.

수인의 의해 이루어진 공격에서 연유되면 족한 것이고 개별 참여의 인과관계가 요구되는 것은 아니다.[2061]

3. 기타 – 요보호자의 학대

형법 제225조 (요보호자의 학대)

제225조 (요보호자의 학대)
(1) 다음 각호의 18세 미만인 자 또는 노쇠, 병으로 방어할 수 없는 자를 괴롭히거나 잔인하게 학대한 자, 또는 이러한 자를 보호해야하는 의무를 악의적으로 침해하여 건강의 침해를 가한 자는 6개월 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.
행위자의 보호 또는 후견를 받는 자
행위자와 한집에 살고 있는 자
보호의무자로부터 행위자의 실력행사에 놓여 있는 자 또는
직무 및 업무관계의 범위에서 행위자의 하급자
(2) 미수는 처벌된다.
(3) 행위자가 요보호자를 범죄를 통해 다음과 같은 위험에 빠뜨리면 1년 이상의 자유형에 처한다.
사망 또는 중상해
신체적 또는 정신적 발달의 현저한 침해
(4) 제1항의 덜 중한 사안의 경우 3개월 이상 5년 미만의 자유형, 제3항의 덜 중한 사안에서는 6개월 이상 5년 미만의 자유형에 처한다.

가. 일반론

제225조 제1항은 - 정신적 학대의 예외를 제외하고 – 특정한 보호관계와 결부되어 있는 가중된 상해사안들을 포함한다. 동규정의 의미는 다소 미미한데, 따라서 제225조의 구조를 제대로 파악하지 못하는 위험이 있다고 한다.[2062]

나. 보호관계

객관적 범죄구성요건은 행위자와 미성년자 등 사이에 보호관계가 있을 것을 요구한

2061) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, §231 Rn. 6.
2062) Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 13. Aufl., C.H.Beck, 2012, § 17 Rn. 1.

다. 요보호자에 대한 이러한 관계는 법적 의무를 내용으로 한다. 따라서 단순히 호의관계는 충분치 않다.[2063]

보호의무를 부담하지 않는 공범자에 대해서는 공범과 신분에 관한 규정인 독일 형법 제28조 제2항에 개입한다. 제223조 제1항에 의해 포섭되지 않고, 따라서 가벌성을 구성하는 사안인 순수한 정신적 괴롭힘의 사안에 대해서는 예외가 인정되고 따라서 여기에는 제28조 제1항이 적용된다.[2064]

다. 범죄행위

1) 괴롭힘(Quälen)

괴롭힘은 (정신적 유형을 포함하여) 오래 지속되거나 반복적인 현저한 고통 또는 괴로움의 야기이다. 이러한 범죄구성요건은 전형적으로 수개의 행위 수행을 통해 실현된다.[2065] 이러한 범죄유형에서는 순수한 정신적 침해를 가하는 것만으로 족하기 때문에 제225조 제1항의 범죄구성요건이 제223조의 요건 없이 실현되고 따라서 범죄를 구성하는 예외적 사안들을 생각해 볼 수 있다.[2066]

2) 잔인한 학대(rohes Misshandeln)

이러한 표지는 행위자가 피해자의 신체적 건재(Wohlbefinden)를 현저히 침해하고 잔인한 심정에서 행위하였을 때 인정된다. 잔인한 학대는 행위자가 학대받는 자의 고통에 대한 감정을 상실하였을 때 인정된다. 이는 주관적 요소에도 불구하고 범죄관련적 표지이다.[2067]

3) 악의적인 보호의무침해(böswillige Fürsorgepflichtverletzung)

세 번째 범죄방식은 보호의무의 악의적인 해태를 통한 건강의 침해를 요구하고 따라서 부작위범이다. 보호의무를 특별히 비난할만한 모티브(예컨대 악의, 사디즘, 증오,

---

2063) BGH NJW 1982, 2390.
2064) Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 13. Aufl., C.H.Beck, 2012, § 17 Rn. 4.
2065) BGH NStZ-RR 2007, 306.
2066) Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 13. Aufl., C.H.Beck, 2012, § 17 Rn. 5.
2067) Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 13. Aufl., C.H.Beck, 2012, § 17 Rn. 6.

욕망, 사욕)에서 침해한 자는 악의적으로 행위한 자이고 무관심 또는 나약함에서 보호의무를 해태한 자는 여기에 포함되지 않는다. 이러한 악의는 특별한 주관적 범죄구성요건으로 간주되고 제28조의 인적표지, 특히 제2항의 형을 가중하는 표지에 속한다.[2068]

4. 과실치상

형법 제229조 (과실치상)

제229조 (과실치상)
과실로 타인에 대한 상해를 야기한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

상해는 제223조의 의미로 이해되어 건강침해와 학대의 유형을 모두 포함한다. 제229조에서 침해의 경중은 중요하지 않다. 경한 과실 또는 중간 정도의 과실로 중한 결과를 야기하지 않았다면 이는 제229조에서 배제하여야 한다는 법정책적 제안들이 있다.

과실치상의 요건으로 223조의 결과로 이어지는, 행위자에게 귀속시킬 수 있는 행위가 있어야 한다. 결과가 직접적으로 적극적인 행위에 근거하고 이러한 행위에 앞서 결과방지를 위한 대비를 부작위가 있다면 이는 작위범이다. 무제된 행위는 객관적으로 주의에 위반되고 주관적으로 행위자에게 비난가능해야 한다.

고의에 의한 결과의 야기도 과실의 죄책으로 이어질 수 있다. 예컨대 피해자승낙의 경계를 과실로 넘어선 경우 또는 피해자승낙을 과실로 착오한 경우가 그렇다.

5. 소결

독일형법상 신체의 완전성을 침해하는 범죄의 특징을 요약하면 다음과 같다.

우선, 독일 형법은 한국 형법 제260조 폭행죄에 해당하는 범죄구성요건이 없다. 따라서 독일 형법에 따를 때 사람의 신체에 폭행을 가한 것만으로는 신체의 완전성을 침해하는 범죄가 성립되는 것은 아니다. 폭행(폭력)을 범죄요건으로 하는 범죄는 독일

2068) Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 13. Aufl., C.H.Beck, 2012, § 17 Rn. 7.

형법 제240조의 강요죄, 제177조 제5항 제1호 성적강요죄 등이 있지만, 이들은 주로 (성적)자기결정권을 보호하기 위한 것이다.

나아가, 독일의 상해죄는 구성요건표지로 신체적 학대와 건강의 침해를 규정하고 있다는 점에서 한국의 상해죄와 차이가 있다. 한국의 학설상 다수적 견해가 한국 형법상의 상해의 의미를 생리적 기능훼손으로 이해하고 있다는 점을 고려하면 독일의 상해죄의 범위가 좀더 넓다고 할 수 있다.

상해죄의 정당화사유로 많이 거론되는 것으로 피해자 승낙, 추정적 승낙, 가정적 승낙이 있고 이들은 주로 의료행위와 관련되어 자주 언급된다. 피해자 승낙의 경우 존재하는 승낙의 유효성이 주로 문제되고, 추정적 승낙에서는 부존재하는 피해자 승낙을 추정적 승낙으로 대체할 수 있는지가 관건이며, 가정적 승낙의 영역에서는 의사 등의 주의의무위반이 없더라도 피해자가 승낙했을 것인가를 따지는 인과관계와 객관적 귀속이 문제된다. 피해자 승낙은 의료행위를 넘어 스포츠영역에서도 적용될 수 있다.

기본범죄인 상해죄에 대한 가중구성요건으로 위험한 상해와 중상해를 들 수 있는데, 전자는 행위수단의 위험성으로, 후자는 발생된 결과의 중함으로 불법이 가중된다. 이는 각각 한국 형법 제258조의2 특수상해와 제258조 중상해에 해당한다. 상해죄에 대한 법정형을 비교하면 독일 상해죄가 한국의 그것보다 경한데, 독일에서 단순상해죄의 법정형이 5년 미만의 자유형, 위험한 상해죄의 법정형이 6개월 이상 10년 미만의 자유형, 중상해의 경우 1년 이상 10년 미만의 자유형임에 반해, 한국에서는 각각의 해당 법정형이 7년 이하의 징역, 1년 이상 10년 이하의 징역, 1년 이상 10년 이하의 징역이다.

한국 형법 제263조 동시범특례에 해당하는 것이 독일 형법 제231조 싸움의 참여이다. 한국의 동시범특례규정은 비록 각칙에 규정되어 있으나 그 내용은 형법총칙 제19조에 대한 특례를 규정한 것임에 반해, 독일 형법 제231조는 이러한 총칙상의 내용을 수정하는 것이 아니라 독자적인 범죄구성요건을 형성하고 있다는 점에서 차이가 있다. 동죄는 추상적 위험범이고 사람의 사망 또는 중상해의 발생은 범죄구성요건적 결과가 아니라 객관적 처벌조건으로 이해되고 있다.

독일의 과실치상과 관련해서는 독일 형법은 과실치상죄만 규정하고 한국 형법 제268조의 업무상과실치상 및 중과실치상을 알지 못한다. 그런데 그 법적효과를 검토하

면 독일의 과실치상은 3년 미만의 자유형 또는 벌금형이지만 한국의 과실치상은 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료이고, 과실이 업무상과실 또는 중과실이면 그 법정형이 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금으로 증가한다. 따라서 독일의 과실치상죄는 한국의 업무상과실 또는 중과실을 모두 포함하고 있다고 볼 수 있고 고의의 상해죄와 마찬가지로 독일의 과실치상죄가 한국의 그것보다 경하게 처벌된다고 볼 수 있다.

제5절 | 일본

1. 개관

가. 상해·폭행죄의 체계 및 구성

일본형법상 제2편 제27장에 '상해의 죄'가 규정되어 있고, 조문으로는 제204조(상해), 제205조(상해치사), 제206조(현장조세(現場助勢)), 제207조(동시상해의 특례), 제208조(폭행), 제208조의2(흉기준비집합 및 결집)의 순으로 되어 있다. 제204조 제2항에 규정되어 있던 존속상해죄는 1995년 형법 일부개정 시에 존속살해죄(제200조) 등 존속 대상의 범죄를 가중처벌하는 다른 조항들과 함께 일괄 삭제되었다.

우리나라 형법전 제25장의 '상해와 폭행의 죄'와 비교해보면, 존속상해·존속중상해·존속폭행과 같은 존속 대상 가중처벌 규정이 없다는 점, (단순)상해 이외에 중상해, 특수상해 등의 가중처벌 규정이 없다는 점, 상습범에 대한 가중처벌 규정이 없다는 점 등을 차이점으로 꼽을 수 있다(아래 〈표 6-5-1〉 참조). 아울러 폭행죄의 결과적 가중범으로서 폭행치상죄(제262조) 규정을 두고 있는 우리나라 형법과 달리 일본형법에서는 폭행죄(제208조)와 상해죄(제204조)만을 규정하고 있을 뿐이라는 점도 서로 비교된다(폭행죄와 상해죄의 관계에 대하여는 아래에서 후술). 반면, 일본형법에서는 우리나라 형법의 '상해와 폭행의 죄'에서는 볼 수 없는 '현장조세'(제206조)와 '흉기준비집합 및 결집'(제208조의2)에 관한 별도의 처벌규정을 두고 있다는 점도 특기할

부분이다. 한편, 이른바 상해의 동시범에 대한 특례규정을 두고 있다는 점은 양국 형법에 공통되는 점이지만, 규정의 구체적인 내용에 있어서는 다소의 차이가 있다.

[표 6-5-1] 폭행·상해죄 체계의 한·일 비교

구분		한국형법	일본형법
상해죄	(단순)상해	**제257조(상해, 존속상해)** ①사람의 신체를 상해한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.	**제204조 (상해)** 사람의 신체를 상해한 자는 15년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처한다.
	존속상해	②자기 또는 배우자의 직계존속에 대하여 제1항의 죄를 범한 때에는 10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.	—
	(미수처벌)	③전2항의 미수범은 처벌한다.	—
	중상해	**제258조(중상해, 존속중상해)** ①사람의 신체를 상해하여 생명에 대한 위험을 발생하게 한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다. ②신체의 상해로 인하여 불구 또는 불치나 난치의 질병에 이르게 한 자도 전항의 형과 같다.	—
	존속중상해	③자기 또는 배우자의 직계존속에 대하여 전2항의 죄를 범한 때에는 2년 이상 15년 이하의 징역에 처한다.	—
	특수상해	**제258조의2(특수상해)** ①단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 제257조제1항 또는 제2항의 죄를 범한 때에는 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다. ② 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 제258조의 죄를 범한 때에는 2년 이상 20년 이하의 징역에 처한다. ③제1항의 미수범은 처벌한다.	—
상해치사			**제205조 (상해치사)** 신체를 상해하여 이로써 사람을 사망시킨 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.
현장조세			**제206조 (현장조세)** 전2조의 범죄가 행해짐에 있어서 현장에서 세력을 더한 자는 스스로 사람을 상해하지 않더라도 1년 이하의 징역이나 10만엔 이하의 벌금 또는 과료에 처한다.
흉기준비집합 및 결집			**제208조의2 (흉기준비집합 및 결집)** ①2인 이상의 자가 타인의 생명, 신체 또는 재산에 대하여 공동하여 해를 가할 목적으로 집합한 경우에 있어서 흉기

[표 6-5-1] (계속)

구분		한국형법	일본형법
흉기준비집합 및 결집			를 준비하거나 또는 그 준비가 있다는 것을 알면서 집합한 자는 2년 이하의 징역 또는 30만엔 이하의 벌금에 처한다. ②전항의 경우에 있어서 흉기를 준비하거나 또는 그 준비가 있는 것을 알면서 사람을 집합시킨 자는 3년 이하의 징역에 처한다.
폭행죄	(단순)폭행	**제260조(폭행, 존속폭행)** ①사람의 신체에 대하여 폭행을 가한 자는 2년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.	**제208조 (폭행)** 폭행을 가한 자가 사람을 상해함에 이르지 않은 때에는 2년 이하의 징역이나 30만엔 이하의 벌금 또는 구류나 과료에 처한다.
	존속폭행	②자기 또는 배우자의 직계존속에 대하여 제1항의 죄를 범한 때에는 5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.	—
	(반의사 불벌)	③제1항 및 제2항의 죄는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다.	—
	특수폭행	**제261조(특수폭행)** 단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 제260조제1항 또는 제2항의 죄를 범한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.	—
폭행치사상		**제262조(폭행치사상)** 전2조의 죄를 범하여 사람을 사상에 이르게 한 때에는 제257조 내지 제259조의 예에 의한다.	—
동시범 특례규정		**제263조(동시범)** 독립행위가 경합하여 상해의 결과를 발생하게 한 경우에 있어서 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 공동정범의 예에 의한다.	**제207조 (동시상해의 특례)** 2인 이상으로 폭행을 가하여 사람을 상해한 경우에 있어서 각각의 폭행에 의한 상해의 경중을 알 수 없거나 또는 그 상해를 발생시킨 자를 알 수 없는 때에는 공동하여 실행한 자가 아니더라도 공범의 예에 의한다.
상습범		**제264조(상습범)** 상습으로 제257조, 제258조, 제258조의2, 제260조 또는 제261조의 죄를 범한 때에는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.	—
자격정지의 병과		**제265조(자격정지의 병과)** 제257조제2항, 제258조, 제258조의2, 제260조제2항, 제261조 또는 전조의 경우에는 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있다.	—

나. 폭행죄와 상해죄의 관계

일본형법 제208조의 폭행죄는 "폭행을 가한 자가 사람을 상해함에 이르지 않은 때에는"이라고 규정하고 있으므로 상해죄의 경우 상해의 고의뿐만 아니라 폭행죄의 결과적 가중범을 포함한다고 일반적으로 해석되고 있다.[2069] 일본 최고재판소도 "폭행의 고의가 있어 폭행을 가해 상해를 발생시킨 이상, 비록 상해의 의사가 없는 경우라고 하더라도 상해죄는 성립한다"고 판시하여 상해가 폭행의 결과적 가중범이라는 점을 긍정하고 있다.[2070] 나아가 상해치사죄에 대하여도 폭행의 고의가 존재하면 족하다는 것이 판례의 태도이다.[2071]

한편, 폭행죄의 결과적 가중범으로서의 상해죄라는 성격에 비추어 볼 때, 상해죄에 대한 예견가능성이 필요한지 여부가 문제되는바, 이를 둘러싸고는 학설상 대립이 있다. 학설의 다수설은 책임주의의 견지에서 예견가능성이 필요하다는 입장이지만,[2072] 일본 최고재판소는 "폭행에 의한 상해죄의 성립에는 폭행과 상해와의 사이에 인과관계의 존재를 필요로 하는 것에 그치고, 상해의 결과에 대한 예견은 필요하지 않다"는 입장을 명확히 밝히고 있다.[2073]

2. 상해죄

제204조 (상해)

사람의 신체를 상해한 자는 15년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처한다.

가. 보호법익

본죄의 보호법익은 '사람의 신체'이고, 사람의 생명 다음으로 중요한 법익이다. 사

2069) 川端博/西田典之/原田国男/三浦守(編), 裁判例コンメンタール刑法 第2巻[§73-§211], 立花書房, 2006, 505면.
2070) 최고재판소 판결 1947년(소화22년) 12월 15일 最高裁判所刑事判例集 제1권 80면.
2071) 최고재판소 판결 1950년(소화25년) 6월 27일 最高裁判所裁判集 제18권 369면.
2072) 川端博/西田典之/原田国男/三浦守(編), 裁判例コンメンタール刑法 第2巻[§73-§211], 立花書房, 2006, 505면.
2073) 최고재판소 판결 1959년(소화34년) 6월 9일 最高裁判所裁判集 제130권 143면.

람의 신체에 대한 어떠한 구체적인 법익침해가 가벌성을 근거 지우는가라는 관점에서 ① 사람의 신체의 완전성에 착목하는 견해와 ② 사람의 건강상태에 착목하는 견해로 나누어져 있다.

본죄는 2004년 형법 일부개정 시에 징역형의 장기가 종전의 '10년 이하'에서 '15년 이하'로 개정되었는바, 이는 흉악·중대한 상해사범에 대한 국민의 규범의식을 고려하여 법정형을 상향한 것으로 설명되고 있다.[2074]

나. 객체

본죄의 객체는 행위자를 제외한 자연인이다.[2075] 행위자 자신의 신체에 대한 상해, 즉 자손행위는 범죄가 되지 않는다.[2076] 다만, 타인에게 폭행이나 협박 등을 가하여 자손행위를 강제시킨 경우에는 상해죄의 간접정범이 될 수 있다.[2077]

다. 행위

본죄의 행위는 사람을 상해하는 것이다. 상해의 개념에 관하여는 학설상 ① 사람의 생리적 기능에 장해를 가하는 것으로 해석하는 생리기능장해설, ② 사람의 신체의 완전성을 해하는 것으로 해석하는 신체완전성침해설, ③ 사람의 생리적 기능을 해하는 것과 신체의 외형에 중요한 변경을 가하는 것으로 해석하는 절충설이 있다. 일본 최고재판소는 생리기능장해설의 입장을 취하고 있으나,[2078] 학설상으로는 절충설이 통설적 견해인 것으로 평가되고 있다.[2079]

상해는 폭행, 즉 유형적 방법에 의한 경우가 일반적이다. 그러나 일본형법 제204조가 "사람의 신체를 상해"라고만 규정하고 있을 뿐 상해의 방법을 한정하고 있지 않기

2074) 川端博/西田典之/原田国男/三浦守(編), 裁判例コンメンタール刑法 第2巻[§73-§211], 立花書房, 2006, 498면.
2075) 川端博/西田典之/原田国男/三浦守(編), 裁判例コンメンタール刑法 第2巻[§73-§211], 立花書房, 2006, 498면.
2076) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 18면.
2077) 鹿児島地方裁判所 판결 1984년(소화59년) 5월 31일 刑事裁判月報 제16권 제5=6호 437면.
2078) 최고재판소 결정 1957년(소화32년) 4월 23일 最高裁判所刑事判例集 제11권 제4호 1393면; 최고재판소 결정 2012년(평성24년) 1월 30일 最高裁判所刑事判例集 제66권 제1호 36면.
2079) 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2版] 第10巻, 青林書院, 2006, 391면.

때문에 판례에 따르면, 상해의 결과가 발생시키는 것이라면 유형적 방법이든 무형적 방법이든 묻지 않는다.[2080] 불법적으로 감금하여 PTSD(심리외상후 스트레스장해)를 발생시킨 경우에도 상해에 해당한다.[2081] 또한 음향은 공기의 진동에 의한 것이므로 유형력이 아니지만, 폭행에 이르지 않는 정도의 소음에 의해 이명(耳鳴)증상을 일으킨 경우에도 상해에 해당한다.[2082]

최고재판소 결정 1988년(소화63년) 2월 29일 最高裁判所刑事判例集 42권 2호 314면 判例百選Ⅱ[4]

〈태아에 대한 상해〉

■ 사실관계[2083]

N사의 대표이사인 피고인 X는 공장장 Y와 함께 공장의 업무 전반을 총괄하며 조업 및 이에 수반하는 위험발생방지 등의 업무에 종사하고 있었다. 동 공장은 종전부터 공장폐수를 미나마타만(水俣湾)에 배출해왔으나, 동만의 어패류를 섭취하고 있던 주변의 주민들 사이에 원인불명의 질병이 다발하여 1960년에는 이른바 미나마타병(水俣病)으로서 사회문제화되었고, 그 사이 1958뇬 7월의 후생성 공중위생국장 작성의 관계기관 수신의 문서 등에서 의해 미나마타병과 동 공장 폐수의 관련이 지적되어 적어도 그 시경 X, Y는 동 공장폐수에 미나마타병의 원인이 되는 유독물질이 함유되어 있다는 것을 인식할 수 있는 상황이었다. 그럼에도 불구하고, X, Y는 1958년 9월부터 1960년 6월말경까지 사이에 동 공장의 아세트 알데히드 제조공정에서 부차적으로 발생한 염화메칠수은을 함유한 폐수를 미나마타천 하구 지역에 배출하여 동 해역의 어패류를 염화메칠수은에 의해 오염시켜 동 해역으로부터 포획한 어패류를 섭취한 다수의 사람을 미나마타병에 걸리게 하여 사상에 이르게 했다. 이 중 어패류를 직접 섭취한 5명(전원 사망) 및 모친의 태내(胎內)에서 모친이 섭취한 어패류의 영향을 받아 이른바 태아성 미나마타병에 걸려 출생한 2명의 총 7명에 대하여 기소되었다.

제1심 판결은 위와 같은 공소사실을 인정한 다음 태아성 미나마타병에 걸렸으나 연명하고 있던 1명을 포함한 피해자 5명에 관한 업무상과실치사상죄에 대하여는 공소시효가 완성되었다는 이유로 면소판결을 내렸고, 남은 피해자 2명에 대하여만 업무상과실치사죄를 인정했다. 이에 대하여 X, Y가 항소했지만, 원심(항소심)은 이를 기각했다.

■ 결정요지

"현행형법상 태아는 낙태의 죄에 있어서 독립의 행위객체로서 특별하게 규정되어 있는 경우를 제외하고는 모체의 일부를 구성하는 것으로 취급되고 있다고 이해되므로 업무상과실치사죄의 성부를 논함에 있어서는 태아에 병변(病變)을 발생시킨 것은 사람인 모체의 일부에 대한 것으로서 사람에게 병변을 발생시킨 것과 다름없다. 그리고 태아가 출생하여 사람이 된 후 위 병변에 기인하여 사망에 이른 때에는 결국 사람에게 병변을 발생시켜 사람에게 사망의 결과를 불러온 것으로 귀결되므로 병변의 발생시에 있어서 객체가 사람인지를 필요로 하는 입장을 취할 것인지 여부와 관계없이 동 죄가 성립한다고

2080) 최고재판소 판결 1952년(소화27년) 6월 6일 最高裁判所刑事判例集 제6권 제6호 795면.
2081) 최고재판소 결정 2012년(평성24년) 7월 24일 最高裁判所刑事判例集 제66권 제8호 709면.
2082) 최고재판소 결정 2015년(평성17년) 3월 29일 最高裁判所刑事判例集 제59권 제2호 54면.

해석하는 것이 상당하다."

■ 해설[2084]

태아에 고의 또는 과실에 의해 위해를 가하여, 그 결과가 태어난 후의 '사람'에게 상해, 기형을 발생시켰다고 하더라도 분만시기를 앞당긴 것은 아니므로 낙태죄에는 해당하지 않는다. 여기서 상해죄, 과실상해죄에 해당하는지 여부가 다투어진 것이 본 사안이다. 일본 형법법상 태아를 사람으로 인정할 수는 없으므로 '태아'에 대한 상해죄는 인정되지 않는다. 그래서 모친에 대한 상해죄를 인정하는 방법이 고려될 수 있고, 이에는 ①태아를 모체의 일부로 생각하는 견해와 ②모친의 건강한 아이를 출산한 기능·능력을 해한 것으로 보는 견해가 있다. 본 판례는 위 ①과 같이 태아를 모체의 일부로 보는 견해를 채용한 것으로 볼 수 있다.

라. 고의

상해죄의 고의에 대하여는 ① 결과적 가중범설, ② 고의범설, ③ 절충설이 있다. ①의 결과적 가중범설은 상해죄를 상해의 고의범뿐만 아니라 폭행의 결과적 가중범을 포함하는 것으로 해석하는 입장인바, 따라서 상해죄의 고의는 폭행에 대해 인식이 있으면 족하고, 상해에 대하여는 인식이 없어도 좋다고 본다. 전술한 바와 같이 판례가 취하고 있는 입장이다.[2085] ②의 고의범설은 폭행의 고의가 있는 것에 불과함에도 이보다 중한 상해의 결과에 대해 책임을 묻는 것은 책임주의에 반하다고 하는 입장에서서 상해의 의사로서 상해한 경우와 상해의 의사가 없이 상해한 경우를 무차별적으로 취급하는 것은 불합리하다고 주장하며, 폭행의 인식이 있고 상해의 인식 없이 상해의 결과를 발생시킨 때에는 폭행죄와 과실상해죄의 상상적 경합으로 해석한다. ③의 절충설은 유형적인 방법인 폭행에 의한 상해의 경우에는 폭행의 고의를 가지면 족하지만, 무형적인 방법에 의한 상해의 결과를 발생시킨 경우에는 상해의 고의를 필요로 한다고 해석한다.

2083) 前田雅英, 最新重要判例250刑法 [第11版], 弘文堂, 2017, 121면.
2084) 前田雅英, 最新重要判例250刑法 [第11版], 弘文堂, 2017, 121면.
2085) 최고재판소 판결 1947년(소화22년) 12월 15일 最高裁判所刑事判例集 제1권 80면.

3. 상해치사죄

제205조 (상해치사)

신체를 상해하여 이로써 사람을 사망시킨 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

본죄는 상해죄의 결과적 가중범이며, 폭행 또는 상해의 고의로 사람에게 상해를 가해, 그 결과로서 피해자를 사망에 이르게 하는 범죄이다. 따라서 행위자가 사망이라는 결과에 대해 인식하고 있을 필요는 없다. 오히려 사망에 대한 인식이 있는 경우에는 살인죄의 죄책을 묻을 수 있다. 또한 폭행 또는 상해와 사망이라는 결과의 사이에 인과관계가 필요하다. 한편, 사망의 결과에 대하여 예견가능성이 필요한지 여부에 대하여 학설의 다수는 예견이 불가능할 때에는 사망의 결과에 대해 행위자를 비난할 수 없기 때문에 치사에 대한 과실이 필요하다고 보지만, 판례는 치사에 대한 과실은 불요하다는 입장을 취하고 있다.[2086]

4. (상해)현장조세죄

제206조 (현장조세)

전 2조의 범죄가 행해짐에 있어서 현장에서 세력을 더한 자는 스스로 사람을 상해하지 않더라도 1년 이하의 징역이나 10만엔 이하의 벌금 또는 과료에 처한다.

가. 의의

현장조세죄는 "전 2조의 범죄가 행해짐에 있어서" 즉 상해죄 또는 상해치사죄를 발생시키는 폭행이 행해지고 있는 사이에 그 장소에서 선동적인 행위를 하여 행위자의 범죄의사를 강화하는 행위를 처벌하는 것이다.[2087] 옆에서 폭행을 부추기는 행위

2086) 대심원 판결 1925년(대정14년) 12월 23일 大審院刑事判例集 제4권 780호; 최고재판소 판결 1951년(소화26년) 9월 20일 最高裁判所刑事判例集 제5권 제10호 1937면.

2087) 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2版] 第10巻, 青林書院, 2006, 477면.

를 하면, 원래는 발생하지 않았을 보다 중한 결과를 일으키기 쉽기 때문이다.[2088] 예를 들어 싸우는 현장에서 쌍방에게 "붙어라, 싸워라" 등과 같이 부추기는 경우가 전형적으로 본죄에 해당한다는 점에 이론이 없다.[2089] 다른 나라에서 유사한 입법례를 거의 찾기 어려운 것으로 이해되고 있고, 실제로 본조가 적용된 사례는 드물다고 한다.[2090]

나. 행위

"전 2조의 범죄가 행해짐에 있어서" "현장에서 세력을 더한" 행위이다. 여기서 "현장에서"란 상해 또는 상해치사의 범죄가 행해지고 있는 시간 및 장소를 말한다.[2091] "세력을 더한"다는 것은 선동하여 행위자의 범죄의사를 강화시키는 것을 의미한다. 조세자는 스스로 사람을 상해할 필요는 없다. 스스로 상해를 한 때에는 상해죄의 공동정범이나 동시범이 성립하며, 조세행위는 그 죄에 흡수된다고 본다.[2092]

다. 상해죄의 종범과의 관계

현장조세죄는 구성요건의 내용을 볼 때 상해죄에 대한 형법총칙상의 방조행위와 유사한 부분이 있다. 본죄의 법적 성격과 관련하여, 형법총칙상의 방조범(종범)과의 관계를 어떻게 볼 것인가라는 문제를 둘러싸고 해석상 다소 견해의 차이가 있다.

첫째는 본죄는 현장에서 부추기는 방조행위에 대해 군중심리를 고려하여 상해죄 또는 상해치사죄의 방조가 아니라 보다 가벼운 형을 규정한 것으로 해석하는 입장이다.[2093] 현장조세는 일종의 방조행위이지만, 이러한 종류의 행위는 싸움(폭행)의 현장

2088) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 22면.
2089) 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2版] 第10巻, 青林書院, 2006, 477면.
2090) 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2版] 第10巻, 青林書院, 2006, 477면.
2091) 川端博/西田典之/原田国男/三浦守(編), 裁判例コンメンタール刑法 第2巻[§73-§211], 立花書房, 2006, 517면.
2092) 川端博/西田典之/原田国男/三浦守(編), 裁判例コンメンタール刑法 第2巻[§73-§211], 立花書房, 2006, 518면; 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 23면.
2093) 団藤重光, 刑法綱要各論 [第3版], 創文社, 1990, 417면; 木村亀二, 刑法各論 [復刊], 法文社, 1959, 26면 등.

에서는 무심코 하기 쉬운 행위인바, 이러한 구경꾼의 부추기는 행위로 예상하지 않았던 상해·치사의 결과까지 일반적인 방조로서의 중한 책임을 지우는 것은 적정하지 않기 때문에 본죄를 규정하여 성원(聲援)하는 형태에 한하여 가볍게 처벌하는 취지라는 것이다.[2094] 이에 비하여 둘째는 일반적인 견해로서 본죄가 상해의 방조와 유사하지만, 방조까지는 이르지 않는 현장에서의 선동적 행위를 그 자체가 가지는 독자의 위험성에 비추어 특별히 처벌하는 것으로 해석하는 입장이다.[2095] 양자의 차이는 상해의 현장에서 일방의 특정행위자를 성원한 경우에 발생하는바, 전자에 의하면 가벼운 처벌인 현장조세죄가 성립하지만,[2096] 후자에 의하면 상해죄의 방조범이 성립한다고 본다.[2097] 판례도 본죄는 "소위 상해의 현장에서 단순한 조세행위를 처벌하는 것이며, 특정의 정범자를 방조하는 종범과는 스스로 차별이 있음을 인정해야"한다고 하며, 후자의 입장을 판시한바 있다.[2098]

5. 동시상해의 특례

제207조 (동시상해의 특례)

2인 이상으로 폭행을 가하여 사람을 상해한 경우에 있어서 각각의 폭행에 의한 상해의 경중을 알 수 없거나 또는 그 상해를 발생시킨 자를 알 수 없는 때에는 공동하여 실행한 자가 아니더라도 공범의 예에 의한다.

가. 의의

본조는 2인 이상의 자가 의사의 연락 없이 동일한 기회에 각자 독립하여 폭행을 가하여 상해를 발생시킨 경우, 즉 동시범으로서의 폭행에 의한 상해에 대하여 처벌의 특례를 규정한 것이다.

2094) 柏木千秋, 刑法各論, 有斐閣, 1960, 228면.
2095) 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2版] 第10巻, 青林書院, 2006, 477면.
2096) 川端博/西田典之/原田国男/三浦守(編), 裁判例コンメンタール刑法 第2巻[§73-§211], 立花書房, 2006, 516면.
2097) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 22면.
2098) 대심원 판결 1927년(소화2년) 3월 28일 大審院刑事判例集 제6권 118면.

일반적으로 검사가 지어야 할 거증책임을 피고인에게 전환함과 동시에 일종의 법률상 의제를 이용하여 공동실행자가 아니더라도 공범의 예에 의하도록 한 규정으로 이해되고 있다.[2099] 제207조는 각자의 폭행과 상해 결과와의 사이에 인과관계를 추정하여 공동정범에 대하여 거증책임을 전환하고, 행위자 측에서 자기의 행위와 상해 결과와의 사이의 인과관계의 부존재를 입증할 것을 요구하는 것이다.

나. 요건

본조가 적용되기 위해서는 아래의 요건이 충족되어야 한다. 첫째, 공동정범 관계가 없는 자가 "2인 이상으로 폭행을 가하여 사람을 상해"한 사실이 존재할 것이 요구된다. 둘째, 수인의 폭행이 외형상 의사의 연락에 기초한 "1개의 공동실행행위"로서 평가되어야 한다. 즉, 각 폭행이 시간적·장소적으로 근접하거나 적어도 동일 기회에 수인에 의한 폭행이 행해졌어야 하는 것이 원칙이다.[2100] 다만, 판례에 의하면, 1개의 공동실행행위로 인정될 수 있는 특별한 상황이 있는 때에는 동일기회라는 요건을 결하더라도 본조가 적용될 수 있다.[2101] 셋째, 수인의 폭행에 의해 상해가 발생했지만, 검사가 당해 상해를 발생시킨 자를 특정할 수 없어야 한다. 이상의 요건은 ① 2인 이상의 자에 의한 폭행, ② 공모의 부존재, ③ 시간적·장소적 근접성, ④ 상해의 원인이 된 폭행을 가한 자의 불특정의 4가지 요건으로도 요약되고 있다.[2102]

다. 적용범위 및 효과

본조는 상해죄에 적용될 뿐만 아니라 상해치사죄에도 확대 적용된다고 보는 것이 판례의 태도이다.[2103] 입증의 곤란이라는 문제는 상해치사죄의 경우에도 마찬가지라는 점을 주된 이유로 들고 있다.[2104] 그러나 법문이 "상해한 경우"에 한정하고 있음에

2099) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 23면.
2100) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 24면.
2101) 대심원 판결 1936년(소화11년) 6월 25일 大審院刑事判例集 제15권 823면; 札幌高等裁判所 판결 1970년(소화45년) 7월 14일 高等裁判所刑事判例集 23권 3호 479면.
2102) 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2版] 第10巻, 青林書院, 2006, 482~485면.
2103) 최고재판소 판결 1951년(소화26년) 9월 20일 最高裁判所刑事判例集 제5권 제10호 1937면; 최고재판소 결정 2016년(평성28년) 3월 24일 最高裁判所刑事判例集 제70권 제3호 1면.

도 상해치사죄까지 적용하는 것은 유추해석에 해당한다는 점, 형법의 기본원리에 반하는 예외적인 규정이므로 그 적용도 엄격히 한정되어야 한다는 점, 실질적으로 보더라도 치사의 결과를 초래한 정도의 중대한 상해는 폭행에 의한 상해에 비해 입증이 용이하다는 점 등을 근거로 제시하며 판례의 태도를 비판하는 견해가 유력하다.[2105]

6. 폭행죄

제208조 (폭행)

폭행을 가한 자가 사람을 상해함에 이르지 않은 때에는 2년 이하의 징역이나 30만엔 이하의 벌금 또는 구류나 과료에 처한다.

가. 폭행의 의의

폭행이란 일반적으로 불법한 유형력(물리력)의 행사를 의미한다. 일본형법상 '폭행'의 개념은 다음의 4가지 유형으로 구분된다.[2106] 첫째, 최광의의 폭행으로 사람에 대한 것인지 물건에 대한 것인지를 불문하고 불법한 유형력의 행사 일체를 말한다. 내란죄(제77조), 소란죄(騒亂罪, 제106조), 다중불해산죄(제107조)의 폭행이 여기에 해당한다. 둘째, 광의의 폭행으로 사람에 대한 직접·간접의 유형력 행사를 말한다. 사람의 신체에 물리적 영향력을 미치는 한 물건에 대해 가해지더라도 인정된다. 공무집행방해죄(제95조 1항), 직무강요죄(제95조 2항), 가중도주죄(제98조), 도주원조죄(제100조), 특별공무원폭행학대죄(제195조), 강요죄(제223조)의 폭행이 여기에 해당한다. 셋째, 협의의 폭행으로 사람의 신체에 대한 직접·간접의 유형력의 행사를 말한다. 폭행죄의 폭행이 여기에 해당한다. 넷째, 최협의의 폭행으로 사람의 항거를 제압하기에 족한 정도의 유형력의 행사를 말한다. 강제추행죄(제176조), 강제성교등죄(제177조), 강도죄(제236조), 사후강도죄(제238조)의 폭행이 여기에 해당한다.

2104) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 25면.
2105) 川端博/西田典之/原田国男/三浦守(編), 裁判例コンメンタール刑法 第2巻[§73-§211], 立花書房, 2006, 486면.
2106) 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2版] 第10巻, 青林書院, 2006, 489면.

[표 6-5-2] 일본형법상 「폭행」 개념의 분류

유형	내용	일본형법상 범죄유형
최광의	불법한 유형력의 행사 (사람 및 물건에 대한 것)	내란죄(77), 소란죄(106), 다중불해산죄(107)
광의	사람에 대한 직접·간접의 유형력 행사 (사람의 신체에 물리적 영향을 미치는 한 물건에 대한 것도 포함)	공무집행방해죄(95①), 직무강요죄(95②), 가중도주죄(98), 도주원조죄(100), 특별공무원폭행학대(195), 강요(223)
협의	**사람의 신체에 대한 직접·간접의 유형력 행사**	**폭행죄(208)**
최협의	사람의 항거를 제압하기에 족한 정도의 유형력 행사	강제추행죄(176), 강제성교등죄(177), 강도(236), 사후강도(238)

나. 행위

폭행죄의 보호법익은 사람의 **신체의 안전**인바, 따라서 폭행죄(제208조)에 있어서 폭행은 사람의 신체의 안전을 해하는 성질의 불법한 유형력의 행사, 즉 사람의 신체에 대하여 행하여진 불법한 유형력의 행사를 의미한다.[2107][2108]

일본형법 제208조의 폭행죄는 단순히 "폭행을 가한 자"라고 규정하지 않고, "폭행을 가한 자가 사람을 상해함에 이르지 아니한 때"라고 규정하고 있기 때문에 본조에서 말하는 폭행은 성질상 상해의 결과를 야기해야 것에 한정되는 것으로 이해될 수 있다. 그러나 일본의 판례와 통설은 이를 부정하며, 폭행죄의 폭행은 상해의 결과를 야기해야 하는 것에 반드시 한정되지 않는다고 본다.[2109] 상해의 실행행위에 해당하지 않는 물리력의 행사라고 하더라도 그것이 직접 사람의 신체에 가해졌다면 폭행이 된다는 것이다. 이와 같이 신체의 안전이 침해된다면 상해미수가 아니더라도 폭행에 해당한다고 보며, 구체적인 사례로서 상대방에게 침을 뱉거나 소금을 뿌리는 행위,[2110] 타인의 옷을 잡아당기는 행위[2111]를 폭행으로 인정한다.

또한, 폭행이 고통을 수반해야 하는 것을 아니며, 신체 접촉을 반드시 필요로 하는 것도 아니라는 것이 판례와 통설이다. 따라서 타인에 돌을 던져 이것이 상대방에게 명중

2107) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 26면.
2108) 대심원 판결 1922년(대정11년) 1월 2일 평론 제11권 형법 9면 "형법 제208조에서의 소위 폭행이란, 사람의 신체에 대하여 불법하게 공격을 가하는 것을 의미한다."
2109) 대심원 판결 1933년(소화8년) 4월 15일 大審院刑事判例集 제12권 427면.
2110) 福岡高等裁判所 판결 1971년(소화46년) 10월 11일 刑事裁判月報 제3권 제10호 1311면.
2111) 위 대심원 판결 1933년(소화8년) 4월 15일 大審院刑事判例集 제12권 427면.

할 현실의 위험이 발생한 이상 실제로 명중하지 않더라도 폭행에 해당한다.[2112][2113] 좁은 방에서 재실 중인 피해자를 위협하기 위해 일본도(日本刀)의 칼날을 뽑아 휘두른 행위도 본죄의 폭행에 해당한다고 본다.[2114]

7. 흉기준비집합죄 및 동 결집죄

제208조의2 (흉기준비집합 및 결집)

①2인 이상의 자가 타인의 생명, 신체 또는 재산에 대하여 공동하여 해를 가할 목적으로 집합한 경우에 있어서 흉기를 준비하거나 또는 그 준비가 있다는 것을 알면서 집합한 자는 2년 이하의 징역 또는 30만엔 이하의 벌금에 처한다. ②전항의 경우에 있어서 흉기를 준비하거나 또는 그 준비가 있는 것을 알면서 사람을 집합시킨 자는 3년 이하의 징역에 처한다.

가. 의의

본죄는 폭력단 범죄에 대한 대책으로서 단행되었던 1958년 형법 일부개정 시에 신설된 규정이다.[2115] 당시 폭력단 상호 간의 세력다툼과 관련하여 집단 패싸움을 위해 다수가 결집하여 현저히 사회불안을 초래한 사태가 발생했는바, 이러한 사태에 적극적으로 대응하며 살상사범 등을 미연에 방지하기 위한 것이 본죄를 신설한 목적이었다.[2116]

본죄의 보호법익은 ① 개인의 생명·신체·재산의 안전뿐만 아니라, ② 공공의 평온도 포함한다.[2117] 다만, 보호법익 중 위 개인적 법익과 사회적 법익 중에 어느 쪽을 더 중시할 것인가에 대하여는 다툼이 있으며, 각 입장에 따라 구체적인 논점의 결론에 있어서도 차이가 생긴다. 판례는 사회적 법익인 공공의 안전을 중시하는 입장을 취하고 있다.

2112) 東京高等裁判所 판결 1950년(소화25년) 6월 10일 高等裁判所刑事判例集 제3권 제2호 222면.
2113) 최고재판소 판결 1954년(소화29년) 8월 20일 最高裁判所刑事判例集 제8권 제8호 1277면.
2114) 최고재판소 결정 1964년(소화39년) 1월 28일 最高裁判所刑事判例集 제18권 제1호 31면.
2115) 동 개정 시에 폭력단 범죄에 대한 대책으로서 일본형법 제105조의2에 증인등위박죄(證人等威迫罪) 등과 함께 신설되었다. 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2版] 第10巻, 青林書院, 2006, 517면.
2116) 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2版] 第10巻, 青林書院, 2006, 517면.
2117) 최고재판소 결정 1970년(소화45년) 12월 3일 最高裁判所刑事判例集 제24권 제13호 1707면; 최고재판소 판결 1983년(소화58년) 6월 23일 最高裁判所刑事判例集 제37권 제5호 555면.

나. 흉기준비집합죄 (1항)

본죄는 타인의 생명, 신체 또는 재산에 대하여 공동하여 해를 가할 목적으로 2인 이상의 집합한 경우에 그 집합자 중에서 흉기를 준비하여 집합한 자 및 흉기의 준비가 있는 것을 알면서 집합한 자에 대하여 성립한다.

1) 행위의 상황

본죄의 행위는 2인 이상의 자가 타인의 생명, 신체 또는 재산에 대하여 공동하여 해를 가할 목적으로 집합하였다는 상황 하에서 이루어져야 한다. "공동하여 해를 가할 목적"이란, 가해행위를 공동실행하려는 목적을 말한다. 가해의 목적이 있으면 족하기 때문에 적극적인 가해의 목적일 것임을 반드시 요구하는 입장은 아니라는 것이 판례의 태도이며, 예를 들어 상대방이 습격해온 경우에 이를 반격하여 상대방을 살상하려고 하는 수동적인 목적이라도 본죄가 성립한다고 본다.[2118]

"집합"이란 2인 이상의 자가 시간·장소를 같이 해서 모이는 것을 말한다. 이미 일정한 장소에 보여 있는 2인 이상의 자가 그 장소에서 흉기를 준비한 경우는 물론, 이미 준비된 것을 지득한 후 공동가해의 목적을 가지게 된 경우에도 집합에 해당한다고 본다.[2119]

2) 행위

본죄의 행위는 흉기를 준비하거나 또는 그 준비가 있다는 것을 알면서(인식하면서) 집합하는 것이다.[2120] 본조에서의 "흉기"란, 성질상 또는 용법상 사람을 살상할 수 있는 도구를 의미한다.[2121] "성질상의 흉기"는 총, 도검 등과 같이 그 자체가 사람의 살상용으로 만들어진 도구를 말하고, "용법상의 흉기"는 철봉, 도끼, 식칼 등과 같이 본래는 다른 용도로 제조된 것이지만 사용하는 방법에 따라서는 살상용으로도 사용할 수 있는 도구를 말한다. 후자의 용도상의 흉기에 해당하는지 여부의 판단기준에 관하

2118) 최고재판소 결정 1962년(소화37년) 3월 27일 最高裁判所刑事判例集 제16권 제3호 326면.
2119) 최고재판소 결정 1970년(소화45년) 12월 3일 最高裁判所刑事判例集 제24권 제13호 1707면.
2120) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 30면.
2121) 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2版] 第10巻, 青林書院, 2006, 524면.

여 판례는 사회통념상 사람으로 하여금 위험감(危險感)을 느끼게 하기에 족한 것이어야 한다고 본다.[2122]

흉기를 "준비"한다는 것은 흉기를 필요하면 언제든지 당해 가해목적을 실현하기 위해 사용할 수 있는 상태에 두는 것을 말한다.[2123] 집합의 장소와 준비해둔 장소가 일치할 필요는 없지만, 가해행위에 사용하는 것이 불가능하거나 현저히 곤란한 때에는 "준비"라고 볼 수 없다.[2124]

"집합"은 2인 이상의 자가 시간·장소를 같이 하는 것을 말한다.[2125] "준비가 있다는 것을 알면서 집합"했다는 것은 이미 흉기가 준비되어 있다는 것을 인식하고, 공동가해의 목적으로 집합한 것을 의미한다.[2126] 집합했지만, 흉기가 준비되어 있다는 것을 몰랐던 때에는 본죄는 성립하지 않는다. 그러나 집합한 후에 공동가해 목적을 가지고, 흉기의 준비가 있다는 것을 알게 되었음에도 집합체로부터 이탈하지 않은 이상 부진정부작위범으로서의 "집합"에 해당한다고 본다.[2127]

3) 본죄의 기수 및 종료시점

본죄는 2인 이상의 자가 공동가해의 목적으로 가지고 "집합"한 것으로서 기수가 된다. 가해목적을 실현한 경우에도—예를 들어 집합한 후에 사람을 살상한 경우에도— 본죄의 성립에는 영향이 없다.[2128] 본죄는 계속범이며, 집합상태가 계속되고 있는 동안은 본죄가 존속한다.[2129]

본죄가 가진 생명·신체·재산에 대한 죄의 예비단계의 행위를 유형화한 성격을 중시하면, 집합상태가 발전하여 가해행위의 실행단계에 이른 때에는 본죄는 더 이상 계속

2122) 최고재판소 결정 1970년(소화45년) 12월 3일 最高裁判所刑事判例集 제24권 제13호 1707면.
2123) 名古屋高等裁判所金沢支部 판결 1961년(소화36년) 4월 18일 高等裁判所刑事判例集 제14권 6호 351면; 東京高等裁判所 판결 1964년(소화39년) 1월 27일 判例時報 제373호 47면.
2124) 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2版] 第10巻, 青林書院, 2006, 527면.
2125) 東京高等裁判所 판결 1964년(소화39년) 1월 27일 判例時報 제373호 47면.
2126) 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2版] 第10巻, 青林書院, 2006, 528면
2127) 이러한 취지의 하급심 판례로서 広島高等裁判所松江支部 판결 1964년(소화39년) 1월 20일 高等裁判所刑事判例集 제17권 제1호 47면.
2128) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 31면.
2129) 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2版] 第10巻, 青林書院, 2006, 529면.

되지 않는다고 보게 된다.[2130] 그러나 본죄가 가진 공공적 성격을 중시하면, 집합 자체는 그 성질상 해산될 때까지 계속되기 때문에 목적의 내용이 되어 있는 공동가해 행위의 실행단계에 이르더라도 준비를 위한 집합상태는 계속되고 있고, 본죄가 여전히 성립한다고 보게 된다.[2131] 일본 최고재판소[2132]는 후자의 입장에 기초하여 "흉기준비집합죄는 개인의 생명, 신체 또는 재산뿐만 아니라 공공적인 사회생활의 평온도 보호법익이라고 해석해야 하므로 위 「집합」의 상태가 계속하는 한 흉기준비집합죄는 계속하여 성립하고 있는 것으로 해석하는 것이 상당하다"라고 판시한바 있다.

다. 흉기준비결집죄 (2항)

본죄는 2인 이상의 자가 공동하여 타인의 생명·신체·재산에 해를 가할 목적으로 집합한 경우에 있어서 흉기를 준비하거나 또는 흉기의 준비가 있는 것을 알면서 사람을 집합시킨 행위를 내용으로 하는 범죄이다.

1) 행위의 상황

본죄도 위 흉기집합준비죄와 마찬가지로 2인 이상의 자가 공동하여 타인의 생명·신체·재산에 해를 가할 목적으로 집합한 경우라는 요건이 필요하다.

2) 행위

본죄의 행위는 ① 스스로 흉기를 준비한 후에 사람을 집합시킨 경우와 ② 흉기의 준비가 있는 것을 알면서 사람을 집합시킨 경우의 2가지 형태로 구분된다. 집합하여 온 자는 흉기를 준비하거나 또는 그 준비가 있다는 것을 알 필요는 없다.

3) 공범의 적용

본죄는 집합죄의 교사범과 중첩되는 부분이 있는바, 집합죄의 교사에 해당하는

2130) 大塚仁, 刑法概説 (各論) [第3版], 有斐閣, 1996, 38면; 山口厚, 刑法各論 [第2版], 有斐閣, 2016, 60면; 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 31면.

2131) 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2版] 第10巻, 青林書院, 2006, 529면.

2132) 최고재판소 결정 1970년(소화45년) 12월 3일 最高裁判所刑事判例集 제24권 제13호 1707면.

행위 중 결집죄가 성립하는 것에 대하여는 집합죄의 교사범의 규정은 적용되지 않고, 중한 결집죄—3년 이하의 징역—에 흡수된다.[2133] 동일인이 집합죄와 결집죄를 범한 경우에는 포괄하여 중한 결집죄를 구성한다.[2134]

8. 과실상해의 죄

가. 개관

일본형법 제28장은 "과실상해의 죄"라는 장명 하에 제209조 (과실상해), 제210조 (과실치사), 제211조 (업무상과실치사상등—중과실치사상을 포함)의 3개 조문으로 구성되어 있다. 이는 우리나라 형법 제26장 "과실치사상의 죄"의 제266조 (과실치상), 제267조 (과실치사), 제268조 (업무상과실·중과실치사상)의 3개 조문에 상응한다. 위 죄명들 중에 과실치사죄(제210조)를 포함하여 업무상과실치사상죄(제211조 2문), 중과실치사상죄(제211조 2문)에 대하여는 각국의 "살인의 죄" 부분에서 살펴보았는바, 여기서는 기술하지 않았던 과실상해죄(제209조)에 대하여는 간략히 기술하도록 한다. 아울러 자동차운전에 의한 사상행위를 가중처벌하는 특별법인 「자동차의 운전에 의해 사람을 사상시킨 행위 등의 처벌에 관한 법률」의 의한 상해행위의 처벌에 관하여도 위 "살인의 죄" 부분으로 대체하고, 여기서는 기술을 생략하고 있음을 밝혀둔다.

일본형법총칙에서도 우리나라 형법과 마찬가지로 고의에 의한 범죄의 처벌이 원칙이고, 과실에 의한 범죄의 처벌을 예외로 하고 있음을 밝히고 있다(제38조 1항). 과실은 주의의무위반을 말하며, 주의의무는 결과에 대한 예견의무와 결과에 대한 회피의무로 구성된다.

나. 과실상해죄

제209조 (과실상해)

①과실에 의해 사람을 상해한 자는 30만엔 이하의 벌금 또는 과료에 처한다.
②전항의 죄는 고소가 없으면 공소를 제기할 수 없다.

2133) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 32면.
2134) 최고재판소 판결 1960년(소화35년) 11월 15일 最高裁判所刑事判例集 제14권 제13호 1677면.

1) 의의

본조는 단순한 과실에 의해 사람에게 상해를 가한 자에 대한 처벌을 규정한 것이다. 일상생활에서 과실에 의해 사람에게 상해를 가하는 경우는 종종 발생하지만, 이에 대하여는 민사상 손해배상을 통해 피해를 구제받을 수 있으므로 범죄화하여 형사책임을 추궁하는 것이 타당한 것인지에 대해 의문이 제기되기도 한다.[2135] 이러한 점 등을 감안하여 본죄는 먼저 피해자 측의 처벌의사를 존중하여 이른바 친고죄로 규정되어 있고, 이어서 실제로 처벌되는 경우에도 벌금 또는 과료의 형벌만 부과할 수 있도록 제한되어 있다. 나아가 실무에서 소추되는 경우도 적고, 판례도 극히 축적되어 있지 않다.[2136]

2) 행위

본조의 행위는 과실에 의해 사람에게 상해를 가하는 것이다. 판례에서 (단순)과실상해에 해당한다고 본 실제 사례는 매우 드물다. 자전거 운전 중의 사고에 대하여는 본조의 (단순)과실에 의한 경우 또는 제211조의 중대한 과실에 의한 경우에 해당하는 것으로 처리되고 있고,[2137] 또한 개를 끌고 가다가 사람을 물어서 일어난 사고에 대하여도 본조 또는 제211조를 적용한 판례들이 있다.[2138]

9. 소결

일본형법상 폭행죄(제208조)에 있어서의 폭행의 개념은 형법상 협의의 폭행으로서 사람의 신체에 대한 직접 또는 간접의 유형력 행사를 의미한다고 본다. 폭행죄(제208조)는 "폭행을 가한 자가 사람을 상해함에 이르지 않은 때에는"이라고 규정하고 있어 해석상 상해죄는 상해의 고의범뿐만 아니라 폭행죄의 결과적 가중범을 포함하는 것으로 보며, 판례도 "폭행의 고의가 있어 폭행을 가해 상해를 발생시킨 이상, 비록 상해의

2135) 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2版] 第11巻, 青林書院, 2002, 5면.
2136) 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2版] 第11巻, 青林書院, 2002, 5면.
2137) 대심원 판결 1934년(소화9년) 5월 15일 法律新聞 제3719호 5면; 하급심 판례로서 大阪高等裁判所 판결 1967년(소화42년) 1월 18일 高等裁判所刑事裁判(判決)速報 제11호 등.
2138) 하급심 판례로서 名古屋高等裁判所 판결 소화36년 7월 20일 判例時報 제282호 26면; 東京地方裁判所 판결 1958년(소화33년) 10월 15일 判例時報 제167호 34면 등. 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2版] 第11巻, 青林書院, 2002, 6면 참조.

의사가 없는 경우라고 하더라도 상해죄는 성립한다"고 판시하고 있다. 나아가 판례는 상해죄가 폭행죄의 결과적 가중범의 성격이지만, 폭행과 상해 사이에 인과관계가 인정되면 족하고 상해의 결과에 대한 예견가능성까지 필요로 하지는 않는다는 입장이다. 또한 상해치사죄(제205조)는 상해죄의 결과적 가중범으로서 폭행 또는 상해의 고의로 사람에게 상해를 가해 그 결과로서 피해자를 사망에 이르게 하는 범죄이다. 다수설은 사망의 결과에 대한 예견가능성이 필요하다고 보지만, 판례는 치사에 대한 과실은 불요하다는 입장이다.

상해죄에 대하여는 이른바 동시상해에 대한 특례규정(제207조)을 두고 있는바, 해석상 검사의 거증책임을 피고인에게 전환함과 동시에 일종의 법률상 의제를 이용하여 공동정범으로 처벌하는 규정으로 이해되고 있고, 나아가 판례는 동 규정이 상해죄뿐만 아니라 상해치사죄에 대하여도 적용된다고 본다.

일본형법상 "상해의 죄"(제2편 제27장)에는 우리나라 형법의 '상해와 폭행의 죄'에서는 볼 수 없는 '현장조세'(제206조)와 '흉기준비집합 및 결집'(제208조의2)에 관한 별도의 처벌규정을 두고 있다. 현장조세죄는 상해죄나 상해치사죄의 방조에 이르지 않는 현장에서의 선동적 행위를 처벌하는 것으로 해석하는 것이 판례의 입장이다. 흉기준비집합죄(제208조의2 1항) 및 흉기준비결집죄(동조 2항)는 폭력단범죄에 대한 대책으로 1958년 형법 개정 시에 신설된 규정이다. 흉기준비결집죄는 흉기준비집합죄의 교사범과 중첩되는 부분이 있는바, 집합죄(2년 이하의 징역 등)의 교사에 해당하는 행위 중 결집죄가 성립하는 것은 중한 결집죄(3년 이하의 징역 등)에 흡수된다고 본다.

과실상해죄(제209조)는 단순한 과실에 의해 사람을 상해하는 자를 처벌하는 규정으로 벌금이나 과료의 형('30만엔 이하의 벌금 또는 과료)으로만 처벌하고 있는바, 이를 범죄화하여 형사처벌하는 것이 타당한 것이지에 대해 의문이 제기되어 있기도 하다. 이에 대한 가중처벌 유형으로서는 업무상과실치상죄(제211조 1문)과 중과실치상죄(동조 2문)이 있다.

절도·사기죄

서주연 / 하민경 / 손병현 / 정배근 / 이동희

제7장

절도·사기죄

내 용 목 차

제1절 영국

1. 개관

2. 절도죄
 가. 객관적 요건
  1) 재물(property)
  2) 타인에게 속한 것(belonging to another)
  3) 절취(appropriation)
 나. 주관적 요건
  1) 영구적 박탈의 고의(intention permanently to deprive)
  2) 부정함(dishonesty)
 다. 관련 범죄
  1) 강도죄
  2) 장물죄
 라. 처벌

3. 사기죄
 가. 허위표시에 의한 사기(fraud by false representation)
  1) 객관적 요건
  2) 주관적 요건
 나. 정보 비공개에 의한 사기(fraud by failing to disclose information)
  1) 객관적 요건
  2) 주관적 요건
 다. 지위 남용에 의한 사기(fraud by abuse of position)
  1) 객관적 요건
  2) 주관적 요건
 라. 기타 사기
  1) 특수한 유형의 사기
  2) 부정한 용역 취득
  3) 무전취식 · 무임승차
 마. 처벌

4. 소결

제2절 미국

1. 개관
 가. 체계 및 구성
 나. 탈취(theft)범죄로의 통합화 경향

2. 절도죄(Larceny)
 가. 객관적 요소: 타인이 소유·점유하는 재물에 대한 절취
  1) 절취(trespass)
  2) 소유·점유의 타인성(of another)
  3) 재물(personal property)
  4) 취득(taking, caption)
  5) 이동(carrying away, asportation)
 나. 주관적 요소: 특정고의와 불법영득의사

3. 사기죄(False Pretenses)
 가. 객관적 요소: 현재 또는 과거의 중요한 사실에 대한 허위의 표현으로 기망하여 소유권 취득
  1) 허위의 표현(false representation)

2) 현재 또는 과거에 발생한 중요한 사실 (material fact)
3) 인과관계
4) 소유권(title)의 이전
나. 주관적 요소
1) 착오의 항변 인정
2) 동량의 재산 반환의사의 항변 부정
4. 횡령죄(Embezzlement)
가. 객관적 요소
1) 적법한 점유권한(lawful possession)
2) 변환행위(conversion)
3) 타인소유의 재물(property of another)
나. 주관적 요소
5. 소결

제3절 프랑스

1. 개관
가. 체계 및 구성
나. '부정한 귀속' 목적의 재산범죄
2. 절도죄(Le vol)
가. 절도죄의 구성요소
1) 객관적 요소
2) 주관적 요소
나. 절도죄의 처벌
1) 제재와 가중상황
2) 친족상도례(L'immunités familiales)
3. 사기죄(L'escroquerie)
가. 사기죄의 구성요소
1) 객관적 요소
2) 주관적 요소
나. 사기죄의 처벌
4. 배임죄(L'abus de confiance)
가. 배임죄의 구성요소
1) 전제적 요소
2) 객관적 요소
3) 주관적 요소
나. 배임죄의 처벌
1) 제재와 가중상황
2) 배임죄의 공소시효
3) 법적 취거형태의 절도죄와의 경합
5. 소결

제4절 독일

1. 개관
2. 절도죄(§ 242 Diebstahl)
가. 제242조 절도죄
1) 행위객체
2) 행위: 절취(Wegnahme)
3) 주관적 구성요건
나. 제243조 절도의 특히 중한 경우
1) 제243조 제1항 규정례
2) 제243조 제2항의 경절도 (Bagatelldiebstahl)
다. 소결
3. 횡령죄(§ 246 Unterschlagung)
4. 사기죄(§ 263 Betrug)
가. 전체로서의 재산에 대한 범죄 (das Vermögen als Ganzes)
나. 삼각사기와 간접정범 형식에 의한 절도의 구별
다. 재산상 손해(Vermögensschaden)
1) 재산의 개념
2) 손해의 개념
3) 재산상 손해 발생의 구체적 위험
라. 불법이득의사와 자료동일성
마. 소결
5. 배임죄(§ 266 Untreue)
6. 소결

제5절 일본

1. 개관
가. 재산범죄의 체계 및 구성
나. 재산범죄의 의의 및 보호법익
1) 개념 및 분류
2) 객체 및 보호법익
2. 절도죄
가. 보호법익
나. 객체

1) 「점유」의 의의
2) 재물의 의의
다. 행위
라. 불법영득의사
1) 의의
2) 일시사용과 불법영득의사
3) 영득죄와 손괴죄의 구별과 불법영득의사
마. 착수시기 및 기수시기
바. 부동산침탈죄
1) 본조의 입법배경
2) 객체
3) 행위
4) 고의 및 불법영득의사
5) 기타
사. 친족 간의 범행에 관한 특례
1) 의의
2) 특례의 근거
3) 법적 효과

3. 사기죄(1항사기죄)
가. 개관
1) 의의
2) 보호법익
3) 친족상도례의 준용
나. (1항)사기죄의 성립요건
1) 객체
2) 행위
3) 실행의 착수와 기수
다. (2항)사기이득죄
1) 의의
2) 객체
3) 행위
라. 사기죄의 성립 여부가 문제되는 사안
1) 국가 등의 재산적 이익에 대한 사기의 성부
2) 소송사기
3) 신용카드 부정사용
4) 무전취식·무전숙박
5) 불법원인급여와 사기죄
마. 준사기죄(제248조)
1) 의의
2) 행위
바. 전자계산기사용사기죄(제246조의2)
1) 의의
2) 행위

4. 배임죄(제247조)
가. 의의
나. 성립요건
1) 주체
2) 행위
3) 재산상 손해
4) 주관적 요건
다. 관련 문제
1) 횡령죄와 배임죄의 구별
2) 사기죄와의 관계

5. 횡령죄
가. 개관
1) 의의
2) 연혁
3) 보호법익
나. 성립요건
1) 주체 및 객체
2) 횡령죄에 있어서 점유의 개념
3) 행위
4) 고의 및 불법영득의사
5) 미수범의 불처벌과 기수시기
다. 횡령죄의 성립 여부가 문제되는 사례
1) 이중매매
2) 횡령 후의 횡령 : 불가벌적 사후행위의 해당 여부
라. 업무상횡령죄(제253조)
1) 의의
2) 주체
3) 업무의 의미
마. 유실물등횡령죄(제254조)
1) 객체
2) 행위

6. 소결
가. 재산범죄
나. 절도의 죄
다. 사기의 죄
라. 배임죄
마. 횡령의 죄

제1절 | 영국

1. 개관

절도죄는 「1968년 절도법(Theft Act 1968)」이 규정하고 있다. 「1968년 절도법」은 「2006년 사기법(Fraud Act 2006)」 제정 전까지 사기죄 일부를 포함하여 광범위한 재산범죄를 규율하고 있었다. 즉 1968년 제정 당시 '기망범죄(offences of deception)'로 지칭된 여덟 가지 사기유사범죄를 포함하였으며,[2139] 「1978년 절도법(Theft Act 1978)」에서 다시 세 가지 사기범죄를 추가하여 규정하였다.[2140] 그러나 점차 절도법을 의율하여 사기죄를 처벌하는 것이 용이하지 않은 사건들이 발생하였고, 특히 기망범죄의 요건이 중복되고 복잡하여 처벌의 공백이 발생하는 등 그 체계와 내용을 단순화할 필요가 있다는 비판이 계속되었다.[2141]

결국 「1968년 절도법」의 기망 범죄를 폐지하고, 「2006년 사기법」을 제정함으로써 일반적인 사기죄 세 가지와 기타 사기죄 등을 규정하게 되었다. 전자의 세 가지 사기죄는 각 허위표시, 정보 비공개, 지위 남용에 의한 사기이며, 후자의 기타 사기죄는 특수한 유형의 사기와 부정한 용역 취득을 의미한다. 「1978년 절도법」 제1조 및 제2조는 「2006년 사기법」 제정 시 흡수·대체되었고, 현재 제3조 무전취식·무임승차에 관한 규정만이 남아 사기죄에 해당하는 것으로 해석되고 있다. 커먼로상 사기죄로

2139) 당시 법률을 기준으로 Obtain property belonging to another, with the intention of permanently depriving the other of it(제15조); Obtain a money transfer(제15A조); Obtain services(제1조); secure the remission of an existing liability to make a payment(제2조 제1(a)항); Induce a creditor to wait for payment or to forgo payment with intent to permanently default on the debt(제2조 제1(b)항); Obtain an exemption from or abatement of liability to make a payment(제2조 제1(c)항); Obtain a pecuniary advantage(제16조); Procure the execution of a valuable security(제20조 제2항)이다(Law Commission, FRAUD - Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965 - (LAW COM No 276), 2002, 7면).

2140) Obtaining services by deception(제1조), Evasion of liability by deception(제2조), Making off without payment(제3조)으로 현재 제3조만이 남아있다.
"Theft Act 1978", https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/31/contents (2020년 10월 31일 최종검색).

2141) 이상훈, 배임죄에서 임무위배행위에 관한 연구 - 회사와 이사의 관계를 중심으로 -, 서울대학교 대학원 법학박사 학위논문, 2020, 87~90면.

여전히 인정되고 있는 것으로는 사취 공모(conspiracy to defraud)가 있다. 그러나 이는 공연음란 공모(conspiracy to corrupt public morals or outrage public decency)와 더불어 공모의 영역에서 커먼로의 적용을 받는 두 가지 특정한 범죄로 다루어지고 있는바, 앞서 영국의 기수 전 범죄(공모)에서 언급하였다.

한편 영국은 횡령죄(embezzlement) 또는 배임죄(professional negligence)를 별도의 성문법으로 규정하고 있지 않으며, 그러한 행위가 포함된 범죄에 대해 절도죄 내지 사기죄로 처벌하고 있다.[2142] 예컨대 횡령행위에 대해서는 「1968년 절도법」 제17조 허위회계(false accounting) 및 제19조 허위기장(false statements)이, 배임행위에 대해서는 「2006년 사기법」 제4조 지위 남용에 의한 사기가 적용될 수 있다.[2143]

이에 따라 여기에서는 「1968년 절도법」 및 「2006년 사기법」을 중심으로 각 절도죄와 사기죄를 살펴보았다.

2. 절도죄

절도죄는 「1968년 절도법」에 따르면 절도죄가 성립하기 위해서는 객관적 요건으로 반드시 재물(절취당할 수 있는 것)일 것, 해당 재물이 타인에게 속한 것일 것, 피고인이 해당 재물을 절취할 것이 요구되며, 주관적 요건으로 피고인이 타인에 대해 해당 재산을 영구적으로 박탈할 의도가 있을 것, 부정할 것이 요구된다.[2144]

가. 객관적 요건

1) 재물(property)

(1) 재물의 개념

종래 절도죄를 규율하던 커먼로와 「1916년 절도죄(Larceny Act 1916)」는 토지와 무체재산을 절도죄의 객체가 될 수 있는 재물에서 제외하고 있었으나, 그러한 제한은

2142) "Embezzlement UK", http://bloomsbury-law.com/criminal-defence/embezzlement-uk/ (2020년 10월 31일 최종검색).

2143) 다만 보다 중대하고 복잡한 사기죄의 경우 특히 뇌물, 부패와 관련된 사건에 있어서는 중대사기범죄수사처(Seriou Faurd Office: SFO)의 수사 및 기소 대상이 될 수 있다.
"SFO, About us", https://www.sfo.gov.uk/about-us/ (2020년 10월 31일 최종검색).

2144) Theft Act 1968 s. 1(1).

「1968년 절도법」 제정 당시 해제되어 토지와 무체재산도 절도죄의 객체가 될 수 있게 되었다.[2145] 현재 "재물"에 대해서는 제4조 제1항이 규정하고 있으며, 토지 및 그 부속물과 관련하여 동조 제2항 내지 제4항이 예외조항으로서 그 적용 범위를 조정하고 있다.

먼저 제4조 제1항은 재물이 부동산 또는 동산, 유형 또는 무형의 것이라고 포괄적으로 정의하고 있다.[2146] 문언 그대로 해석하면, 여기에서 부동산과 동산은 각각 토지와 토지를 제외한 재물을 의미하며, 무체재산(things in action)은 법적 소송에서 주장될 수 있는 재산권으로 흔한 예로는 부채를 들 수 있다.[2147] 무형재산(intangible property)은 특허 및 저작권을 포함하므로, 이에 따른 타인의 권리를 팔겠다고 주장하는 것은 절도죄에 해당할 수 있다.[2148] 따라서 일상적으로 재물로 간주되는 대부분의 것들은 절도죄의 객체가 될 수 있다.

다음으로 동조 제2항에 따라 원칙적으로 토지는 절취의 대상이 될 수 없으나, 다음과 같은 경우 달리 보게 된다. 첫째, 토지가 절취의 대상이 될 수 없음에도 불구하고 수탁자가 그 토지를 신탁 받은 조건을 위반하여 부정하게 토지를 개조한 경우, 토지에 포함된 시설물, 식물, 나무, 토양 등을 토지로부터 분리하거나 분리 이후에 전용함으로써 토지의 일부를 절취한 경우, 임차인이 그가 재물로부터 제거한 시설물과 구조물을 절취한 경우 절도죄에 해당할 수 있다(동조 제2항).[2149] 둘째, 앞서 동조 제2(b)항이 토지에 포함된 식물에 대한 절취가 가능하다고 규정한 것에 대해 만일 식물이 재배되지 않는 야생의 것이고, 피고인이 이를 비상업적인 목적으로 채취한 경우 절도죄의 죄책을 면하도록 하고 있다(동조 제3항).[2150] 셋째, 야생동물은 길들여지거나 가둬진 경우, 또는 타인에 의한 소유권이 분실되거나 포기되는 등 축소되어 행사되는 경우에 한하여 절취의 대상이 될 수 있다(동조 제4항).[2151]

2145) 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, 530면.
2146) Theft Act 1968 s. 4(1).
2147) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 9th ed., Oxford University Press, 2020, 516~517면.
2148) Mensah-Lartey and Relevy [1996] Cr App R 143 (CA).
2149) Theft Act 1968 s. 4(2)(a), s. 4(2)(b), s. 4(2)(c).
2150) Theft Act 1968 s. 4(3).
2151) Theft Act 1968 s. 4(4).

(2) 기타 문제

한편 재물의 범위에 해당하는지 여부가 다소 불분명한 것들이 있다. 대표적으로 용역(services), 정보(information), 전기·가스 등과 같은 자원, 신체 등에 관한 논의가 있다.[2152] 현재까지의 판례에 따르면, (ⅰ) 용역, 정보의 경우 재물에 해당하지 않아 절도죄의 죄책을 질 수 없다.[2153] (ⅱ) 전기의 경우 동법 제13조가 전기를 부정하게 추출하는 특정한 범죄를 규정하고 있어 재물에 해당하는 것으로 볼 여지가 있으며,[2154] (ⅲ) 인공적인 장치에 담긴 가스, 물은 재물에 해당하는 것으로 본다.[2155] (ⅳ) 신체에 대해서는 종래 신체 전체 또는 일부, 시신 등은 재물에 해당하지 않는다고 하였으나, 현재 절도죄의 취지에 비추어 다음과 같은 상황에 한정하여 재물으로 볼 수 있다고 한다. 즉 시신이나 신체 일부(혈액, 소변, 정액 등)가 병원 등과 같은 타인의 소유 또는 통제 하에 있거나 그에 대해 처치 등 특별한 기술이 행사된 경우 절취될 수 있는 재물로 본다.[2156]

2) 타인에게 속한 것(belonging to another)

일반적으로 재물이 타인에게 속한 것인지 여부는 분명하다. 예를 들어 소유자가 자신의 권리를 포기하거나 그 반환이나 회복에 어떠한 이해관계도 없게 된 경우 해당 재물은 소유자에게 속하지 않은 것이 명백하기 때문이다. 그처럼 명백한 경우가 아닌 한, 재물이 타인에게 속한 것인지 여부를 판단하기 위해 「1968년 절도법」 제5조가 아래와 같이 그 기준을 정하고 있다.

타인에게 속한 재물이란, 그 재물을 소유하고 있을 뿐만 아니라 점유 또는 통제하거나 그에 대해 재산적 이익(proprietary interest)을 가지고 있는 경우를 의미한다(동조 제1항).[2157] 이때 소유, 점유 또는 통제는 합법적일 필요가 없다. 즉 불법마약에 대해

2152) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 9th ed., Oxford University Press, 2020, 520면.

2153) Bagley (1923), 17 Cr App R 162; Oxford v Moss (1979) 68 Cr App R 183 (CA); 따라서 용역과 관련된 부정행위의 경우 「2006년 사기법」 제11조의 적용을 받게 된다.

2154) Theft Act 1968 s. 13.

2155) R v White (1853) 169 ER 696; Ferens v. O'Brien (1883) 11 QBD 21.

2156) R v Welsh [1974] RTR 478; R v Rothery [1976] RTR 550; R v Kelly [1999] QB 621.

2157) Theft Act 1968 s. 5(1); 재산적 이익의 경우 민법상 재물의 법적 또는 형평상 권리로부터 인정되는 대세효 있는 것으로서 형법에서 다루어질 쟁점은 아니다(Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 9th ed., Oxford University Press, 2020, 521면).

마약상은 합법적인 소유권을 주장할 수 없으나, 피고인은 해당 마약을 절취한 혐의로 유죄판결을 받을 수 있다.[2158] 또한 점유 또는 통제와 관련하여 소유자는 자신의 재물에 대해서도 절도죄의 죄책을 질 수 있다. 피고인이 자신의 자동차를 맡긴 정비소에 대해 수리비를 지불하지 않은 채 자동차를 타고 달아난 사건에서 해당 자동차의 절도죄로 유죄판결을 받았다.[2159] 피고인에게 자동차의 소유권이 있음에도 불구하고, 당시 정비소가 이를 적법하게 점유 내지 통제하고 있었기 때문이다.

동조는 또한 위탁자 또는 수익자가 없는 신탁관계를 다룬다(동조 제2항). 즉 일반적인 신탁에서는 위탁자에게 재물의 소유권이 있으나, 이와 달리 위탁자 또는 수익자가 없는 신탁의 경우 그 재물은 신탁을 집행할 수 있는 권리를 가진 사람에게 속하게 된다. 예를 들어 영국에서 자선신탁(charitable trusts)의 경우 그 재물은 검찰청 수장(Attorney-General)에게 속하는 재물로 본다.[2160]

피고인이 재물을 받아 특정한 방식으로 그 재물을 처리해야 할 의무를 지는 경우 그 재물은 타인에게 속한 것으로 본다(동조 제3항). 그러한 의무는 법적 의무여야 하며, 도덕적 의무로는 충분하지 않다.[2161] Hall 사건에서 피고인은 여행사 대표로서 고객들로부터 항공권 구매 명목으로 돈을 받았으나, 그 돈을 여행사의 일반 회계로 사용하였다. 항소법원은 피고인에게 그러한 의무가 있는지 여부가 입증되어야 한다고 강조하면서, 고객들의 기대와 무관하게 피고인에게는 고객들로부터 받은 돈을 특정한 방식으로 처리할 의무가 없었다고 하며 피고인에 대한 절도죄의 유죄판결을 파기하였다(무죄).[2162]

피고인이 타인의 착오로 재물을 받은 경우 그 재물 또는 그 재물에 대한 반환의무를 지는 범위까지 타인에게 속한 것으로 본다(동조 제4항). Attorney-General's Reference (No. 1 of 1983) 사건에서 경찰관인 피고인은 과다지급된 임금을 고용주에게 반환하거나 은행으로부터 인출하지 않았다. 법원은 피고인이 임금이 과다지급된 사실을 안 이상 피고인에게 돈을 반환할 의무가 있으며, 따라서 그 돈은 타인에게 속한 것으로

2158) R v Smith [2011] EWCA Crim 66.
2159) R v Turner (No. 2) (1971) 55 Cr App R 336; R v Bonner and Others [1970] 2 All ER 97.
2160) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 9th ed., Oxford University Press, 2020, 522면.
2161) R v Gilks (1972) 56 Cr App R 734 (CA).
2162) R v Hall [1973] QB 126 (CA).

보아야 한다고 판단하였다(유죄).[2163]

3) 절취(appropriation)

(1) 절취의 개념

타인에게 속한 재물에 대한 절취행위는 절도죄의 성립에 핵심적인 객관적 요건으로 「1968년 절도법」 제3조 제1항이 규정하고 있다.[2164] 이에 대해서는 「1968년 절도법」이 통과된 이후 당시 최고법원(House of Lords)은 네 건의 사건에 걸쳐 그 개념을 검토하였다. 그에 따르면 절취란 피고인이 소유자의 권리를 자신이 가지는 것처럼 가정하는 것이며, 피고인이 소유자의 권리로만 가능한 있는 일을 행하는 것이다.[2165] 타인의 재물에 대해 이를 판매하거나 파괴하는 행위는 절취이나,[2166] 소유자로 하여금 특정한 방식으로 재물을 처분하도록 하는 것은 절취에 해당할 수 없다.[2167] 그러한 행위가 소유자만 가능한 것임이 입증되어야 하며, 소유자가 아닌 경우에도 가능한 행위라면 절취에 해당할 수 없다. 그러나 소유자가 재물을 상실하였거나 그 이익을 침해받았음은 입증될 필요가 없다.[2168]

(2) 소유자 또는 피해자의 동의 문제

소유자 또는 피해자의 동의 여부가 절취행위의 성립 여부에 영향을 미치는지에 관한 문제이다. 즉 쟁점은 소유자 또는 피해자가 절취행위에 대해 동의 또는 요청한 경우, 나아가 그 같은 피고인의 절취행위에 대한 소유자 또는 피해자의 정신·심리상태가 절취행위의 성립을 부정할 수 있는지 여부이다. 이에 관한 대표적인 판례로는 Gomez 판결과 Hinks 판결이 있다.

먼저 Gomez 사건에서 피고인은 상점의 부지배인으로서 그의 지인이자 고객에게 상품을 판매하는 대가로 장물인 수표를 받았다. 그는 그 수표가 장물임을 알고 있었으나, 상점의 지배인을 설득하여 수표를 받아들이게 하였다. 항소법원은 피고인의 유죄

2163) Attorney-General's Reference (No. 1 of 1983) [1985] QB 182.
2164) Theft Act 1968 s. 3(1).
2165) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 9th ed., Oxford University Press, 2020, 526면.
2166) R v Pitham and Hehl (1976) 65 Cr App R 45.
2167) R v Briggs [2004] Crim LR 49.
2168) R v Morris [1983] 3 WLR 697.

판결을 파기하였으나, 당시 최고법원은 다수의견에 의해 다시 유죄판결을 내렸다. 항소법원은 상품 판매에 대한 지배인의 동의에 따라 그 소유권이 정당하게 이전되었고 따라서 절취행위는 없었다고 한 반면, 당시 최고법원은 그러한 지배인의 동의와 무관하게 상품 판매 및 소유권 이전은 부정하게 이루어진 것으로서 절취행위에 해당한다고 판단한 것이다(유죄).[2169]

다음으로 Hinks 판결에서는 Gomez 판결을 두고 민법상 유효한 재물 이전이라 하더라도 절취행위에 해당하는지 여부를 결정해야 하였다. 피고인은 지적능력이 다소 부족한 피해자로부터 장기간에 걸쳐 총 6만 파운드와 텔레비전 세트 등을 선물로 받았다. 정신의학 전문가는 피해자가 스스로 선물을 주기로 결정할 수 있었을 것 같지 않다고 증언하였고, 이 사건에 민법상 재물 이전을 무효화하는 요소(vitiating factors)-허위표시, 부당한 영향력의 행사, 억압의 실행 등-가 있는지 여부가 쟁점이 되었다. 당시 최고법원은 민법상 재물 이전을 무효화하는 요소 없는 유효한 재물 이전이라고 보았으나, 피고인이 부정하게 선물을 받았다고 할 수 있는 이상 이는 절취행위에 해당한다고 판단하였다(유죄).[2170]

종합해보면, Gomez 판결은 절취의 인정 범위를 권한 없는 또는 잘못된(unauthorised or wrongful) 행위에 한정하지 않고 소유자의 동의를 얻은 행위까지 포함하도록 확대하고 있으며,[2171] Hinks 판결은 설사 피고인에 대한 재물 이전이 민법상 유효한 것이라고 하더라도 피고인이 절도죄의 죄책을 질 수 있게 하고 있다. 결국 앞서 언급한바와 같이 소유자 또는 피해자의 동의와 관련된 정신·심리상태는 피고인의 절취행위가 인정되는지 여부에 영향을 미치지 않는다.

2169) R v Gomez [1993] AC 442 (HL).

2170) R v Hinks [2001] 2 AC 241 (HL).

2171) 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, 560면; 나아가 검찰이 이를 절도죄가 아닌 기망에 의한 재물 취득으로 기소하는 것이 보다 적절하였을 것이라는 비판도 있다(Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 9th ed., Oxford University Press, 2020, 529면)

나. 주관적 요건

1) 영구적 박탈의 고의(intention permanently to deprive)

절도죄의 주관적 요건인 고의로서 피고인은 해당 범죄의 재물에 대해 그 소유자 또는 피해자를 영구적으로 박탈하고자 의도해야 한다.[2172] '박탈'이 중요한 것으로서 피고인이 재물을 획득하고자 하는 고의는 입증될 필요가 없다.[2173] 또한 피고인이 자신의 '절취행위'를 통해 피해자를 재물로부터 박탈하고자 하는 고의도 입증될 필요가 없다.[2174]

「1968년 절도법」 제6조는 '영구적 박탈'에 있어 고의의 의미를 확장시켜 그 인정 범위를 넓히고 있어 주목되는데,[2175] 다음과 같은 상황에서 적용된바 있다.[2176] 먼저 동조 제1항과 관련된 상황으로 (ⅰ) 절취한 물건을 버림으로써 그 물건이 설령 소유자에게 되돌아갔다 하더라도, 피고인은 그 재물을 자신의 소유인 것처럼 취급·폐기한 것이므로 영구적 박탈의 고의가 인정된다.[2177] (ⅱ) 절취한 물건을 피해자에게 판매하거나 대가를 지불하면 돌려주겠다고 제안하는 경우 피고인은 자신의 고의가 부정됨을 주장할 수 있으나, 그 재물을 자신의 소유로 취급·폐기한 것에 해당하여 그러한 주장은 배척된다.[2178] (ⅲ) 재물을 이동시키는 것이 동조에서 영구적 박탈의 고의가 인정되는 재물의 폐기나 처분에 해당하는지 여부에 대해서는 이를 긍정하는 판례와 부정하는 판례가 상존하고 있다.[2179] (ⅳ) 절취한 재물을 결핍된 상태로 돌려주는 경우, 예컨대 피해자의 헤드폰을 부러뜨린 상태에서 돌려준 사건에서 법원은 그 헤드폰이 실질적으로 유용성을 상실한 것으로 동조가 적용되기에 충분하다고 판단하였다.[2180] (ⅴ) 피고인이 피해자의 재물을 도박이나 위험한 투자에 유용하는 경우 동조의 고의가 인정된

2172) Theft Act 1968 s. 1(1).
2173) Theft Act 1968 s. 1(2).
2174) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 9th ed., Oxford University Press, 2020, 538면.
2175) Theft Act 1968 s. 6.
2176) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 9th ed., Oxford University Press, 2020, 538~541면
2177) R v Mitchell [2008] EWCA Crim 850; R v Vinall [2011] EWCA Crim 6252.
2178) R v Raphael and another [2008] EWCA Crim 1014.
2179) R v Lavender [1994] Crim LR 297; R v Mitchell [2008] EWCA Crim 850; R v Vinall [2011] EWCA Crim 6252.
2180) DPP v SJ, PI, RC [2002] EWHC 291 (Admin).

다.[2181] 다음으로 동조 제2항과 관련된 상황은 피고인이 자신의 빚을 갚으려는 의도로 타인의 물건을 저당 잡히거나 담보로 제공하는 경우로서 이때에도 피고인에게는 영구적 박탈의 고의가 인정되는 것으로 본다.

2) 부정함(dishonesty)

부정함은 절도죄의 핵심적인 주관적 요건임과 동시에 후술하는 사기죄에 있어서도 동일하게 적용되는 중요한 개념이다. 부정함의 정의는 「1968년 절도법」과 커먼로를 혼합하여 이해할 수 있다. 「1968년 절도법」 제2조가 피고인이 부정하지 않은 상황으로서 부정함의 소극적 요건 세 가지를 다루고 있으며, 피고인이 이에 해당하는 경우 부정함이 인정되지 않음으로써 사건은 종결된다. 그러나 피고인이 이에 해당하지 않는 경우 그 다음으로 커먼로에서 통용되는 부정함에 대한 심사 기준이 적용된다.

(1) 「1968년 절도법」 제2조의 규정

「1968년 절도법」 제2조 제1항이 규정하는 피고인이 부정하지 않은 경우 세 가지는 아래와 같다.[2182]

첫째, 피고인이 자신에게 소유자의 재물을 박탈할 권리가 있었다고 믿은 경우이다(동조 제1(a)항).[2183] 그러한 믿음은 합리적일 필요도 없고, 법률에 대한 정확한 이해에 근거할 필요도 없다.[2184] 가장 분명한 사례 중의 하나는 피고인이 그 재물이 자신의 것으로 믿는 경우이다. 예를 들어 한 남성이 아내의 직장에서 임금 담당 직원에 대해 아내의 임금 지불을 요구하며 절취한 경우 그는 자신이 그 임금에 대한 정당한 권리가 있다고 믿었기 때문에 절도죄의 죄책을 지지 않았다.[2185] 그러나 해당 조항이 적용되기 위해서 중요한 것은, 피고인이 그 재물에 대해 '법적 권리'가 있다고 믿는 것이다. 도덕적으로 자신이 그 재물을 다룰 자격이 있다고 믿은 것은 커먼로의 심사 기준에 따라 부정하다는 평가를 받을 수는 있으나, 해당 조항이 적용되기에는 불충분하다.

2181) R v Fernandez [1996] 1 Cr App R 175.
2182) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 9th ed., Oxford University Press, 2020, 541~542면.
2183) Theft Act 1968 s. 2(1)(a).
2184) R v Small (1988) 86 Cr App R 170; R v Holden [1991] Crim LR 478.
2185) R v Skivington (1968) 1 QB 166.

둘째, 피고인이 자신의 처분에 대해 소유자가 동의할 것이라고 믿은 경우이다(동조 제1(b)항).[2186] 해당 조항은 주로 피고인이 피해자와 친구 또는 친척인 경우에 적용될 가능성이 높다. 친구 또는 친척 사이에 종종 서로의 재물을 잘 알고 있거나, 재물을 처분하는 데 상대방이 동의할 것이라고 쉽게 가정하기 때문이다. 여기에서 쟁점은 소유자가 실제 동의하였는지 여부가 아니라, 피고인이 그가 동의하였다고 믿었는지 여부이다. 소유자가 동의하였다는 피고인의 믿음은 합리적일(reasonable) 필요는 없으나, 진정한(genuine) 것이어야 한다.

셋째, 피고인이 소유자를 찾을 수 없을 것이라고 믿은 경우이다(동조 제1(c)항).[2187] 해당 조항은 피고인의 입장에서 재물이 버려졌다고 믿는 상황에서 적용될 수 있다. 여기에서 쟁점은 피고인이 합리적인 조치를 취하였다면 소유자를 찾을 수 있었는지 여부이다. 만일 피고인이 소유자를 찾을 수 없다고 믿었다면 해당 조항에 따라 부정함이 인정될 수 없다.

나아가 동조 제2항은 단순히 절취한 물건에 대해 대가를 지불하려는 의도가 부정함을 해소하지 않으며, 따라서 부정함이 인정될 수 있다는 것을 규정하고 있다.[2188] 즉 이웃으로 배달된 우유에 대해 우유를 가져가면서 그 대가로서 현금을 남겨둔다 하더라도, 절도죄가 성립할 수 있다는 의미이다.

(2) 커먼로의 심사 기준 : Ivey 심사

종래 부정함의 심사 기준은 **Ghosh 판결**에서 제시되어 통용되었다.[2189] 이는 다음과 같은 두 단계 심사로 나뉘어져 있다.[2190] 첫 번째 단계에서 합리적이고 정직한 사람들의 일반적인 기준에서 피고인의 행위가 부정한 것으로 여겨질 수 있는지 여부를 심사한다. 이에 대해 긍정되는 경우 두 번째 단계에서는 피고인이 자신의 행위가 부정하며, 그러한 행위가 합리적이고 정직한 사람들에 대해 부정한 것으로 여겨질 것을 알고 있었는지 여부를 심사하게 된다. 두 단계가 모두 긍정되는 경우 피고인의 부정함이 인정되었다.

2186) Theft Act 1968 s. 2(1)(b).
2187) Theft Act 1968 s. 2(1)(c).
2188) Theft Act 1968 s. 2(2).
2189) R v Ghosh [1982] QB 1053.
2190) Her Majesty's Stationery Office, Fraud Act 2006 Explanatory Notes, 2006, 2면.

그러나 Ghosh 판결에 따른 심사 기준은 2017년 **Ivey 판결**에서 두 번째 단계가 삭제되는 방향으로 수정되었다.[2191] 즉 피고인의 부정함에 관한 주관적인 인식을 배제하고, 오직 합리적이고 정직한 사람들의 일반적인 기준에 의한 객관적인 판단에 의존하게 된 것이다. 이 같은 변경은 심사 기준의 완화 및 객관화로 주목받았다.[2192] 다만 Ivey 판결이 형사사건에 대한 것이 아니며, 그 같은 심사 기준의 변경이 방론(obiter)으로 제시된 것이어서 그 구속력에 관해서 논란이 있으나, 실무에서는 사실상 구속력이 있는 것으로 받아들여졌다.[2193] 나아가 Ivey 판결 이후 DPP v Patterson 판결은 Ivey 판결의 심사 기준을 명시적으로 적용하였다.[2194] 아래에서는 Ivey 판결에 따른 기준을 'Ivey 심사'로 통일하여 지칭하였다.

다. 관련 범죄

1) 강도죄

「1968년 절도법」 제8조에서 규정하고 있는 범죄이다.[2195] 강도죄의 핵심적인 표지는 다음의 두 가지로 제시될 수 있다.[2196]

첫째, 피고인이 절도죄를 저질렀음이 입증되어야 한다. 즉 절도죄의 객관적 요건 및 주관적 요건 양자가 모두 인정되어야 한다.

둘째, 피고인이 절취행위 당시 힘(force)을 사용하였거나 힘으로 위협하였음이 입증되어야 한다. 절도죄와 강도죄를 구분하는 가장 큰 요건은 힘의 적용으로서 그와 관련된 주요한 판례의 내용은 다음과 같다. (ⅰ) 힘은 배심원에 의해 부여되는 일상적인 의미로 해석되나, 그 정도는 최소한의 수준으로 족하다.[2197] 힘의 대상은 사람뿐만 아니라 재물도 가능하나, 재물에 대한 것은 피해자의 신체에 영향을 미치는 경우에

2191) Ivey v Genting Casinos (UK) Ltd [2017] UKSC 67.
2192) 이상훈, 배임죄에서 임무위배행위에 관한 연구 - 회사와 이사의 관계를 중심으로 -, 서울대학교 대학원 법학박사 학위논문, 2020, 100면.
2193) 이상훈, 배임죄에서 임무위배행위에 관한 연구 - 회사와 이사의 관계를 중심으로 -, 서울대학교 대학원 법학박사 학위논문, 2020, 99면.
2194) DPP v Patterson [2017] EWHC 2820 (Admin).
2195) Theft Act 1968 s. 8.
2196) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 9th ed., Oxford University Press, 2020, 547~548면.
2197) R v Dawson and James [1976] Crim LR 793.

한한다.[2198] 그러나 그러한 힘의 적용으로 인해 피해자가 두려워하였음은 입증될 필요가 없다.[2199] (ii) 힘은 절취를 위해 사용되어야 하며, 우발적으로 사용되거나 다른 목적을 위해 사용된 것은 인정되지 않는다. 즉 피고인은 자신이 힘을 사용하고 있음을 알고 있고, 절취를 위해 그 힘을 사용하려는 고의를 가지고 있어야 한다. (iii) 힘은 절도죄를 저지를 당시 또는 그 직전에 한하여 사용되어야 한다.[2200] 만일 힘이 절도죄의 현장에서 벗어나기 위해 사용된 것이라면, 이는 강도죄에 해당할 수 없다.

2) 장물죄

「1968년 절도법」에서는 장물죄와 관련하여 다음과 같은 핵심적인 조항들을 두고 있다. 동법 제22조는 장물죄의 정의를 규정하고 있다.[2201] 즉 장물죄란 장물임을 알거나 믿으면서 부정하게 그 물건들을 받는 행위, 또는 타인이나 타인의 이익을 위해 보관, 제거, 처분, 실현을 부정하게 실행하거나 보조하는 행위, 또는 타인이 그렇게 하도록 주선하는 행위를 의미한다. 여기에서의 물건들에 대해서는 동법 제34조 제2(b)항에 따라 토지를 제외한 금전과 여타의 모든 재물, 그리고 절취함으로써 토지와 단절되는 모든 것을 포함한다고 해석되고 있다.[2202] 나아가 동법 제24조 제2항은 장물을 간접적으로 처분하는 행위까지 규율하는 등 해당 범죄의 적용 범위를 확대하고 있다.[2203]

정리해보면, 장물죄의 객관적 및 주관적 요건은 다음과 같다.[2204] 객관적 요건에서는 피고인이 재물을 받았거나, 타인 또는 타인의 이익을 위해 그 물건들의 보관, 제거, 처분, 실현을 실행하거나 보조하는 행위에 관여하거나 이를 처리하였음이 입증되어야 한다. 주관적 요건에서는 피고인이 그 물건이 절취되었음을 알았거나 그렇다고 믿었음이 입증되어야 하며, 또한 피고인의 부정함이 Ivey 심사를 통해 인정되어야 한다.

2198) R v Clouden [1987] Crim LR 56; Corcoran v Anderton (1980) 71 Cr App R 104.
2199) B and R v DPP (2007) EWHC 739 (Admin).
2200) R v Hale [1978] 68 Cr App R 415.
2201) Theft Act 1968 s. 22(1).
2202) Theft Act 1968 s. 34(2)(b).
2203) Theft Act 1968 s. 24(2).
2204) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 9th ed., Oxford University Press, 2020, 551~554면.

라. 처벌

절도죄는 7년 이하의 자유형에 처해질 수 있으며,[2205] 강도죄와 장물죄의 경우 각각 최대 무기형과 14년 이하의 자유형에 처해질 수 있다.[2206]

3. 사기죄

「2006년 사기법」은 일반적인 사기죄 세 가지와 기타 사기죄 등을 규정하게 되었다. 전자의 세 가지 사기죄는 각 허위표시, 정보 비공개, 지위 남용에 의한 사기이며, 후자의 기타 사기죄는 특수한 유형의 사기와 부정한 용역 취득을 의미한다. 「1978년 절도법」의 경우 제3조 무전취식·무임승차에 관한 규정만이 남아있어 추가적으로 언급하였다.

가. 허위표시에 의한 사기(fraud by false representation)

1) 객관적 요건

「2006년 사기법」 제2조 제1항은 허위표시에 의한 사기를 규정하고 있다.[2207] 핵심적인 표지는 허위표시이며, 이는 피고인에 의한 것이어야 한다.

먼저 허위표시는 구두, 서면 등 어떤 방식으로 만들어져도 무방하다.[2208] 예를 들어 법원은 운전면허 시험에서 타인을 사칭하여 필기시험을 치른 경우 유죄판결을 내리면서, 시험장에 나타나고 그 사람의 신분증을 제시함으로써 그 사람임을 묵시적으로 주장한 것이라고 판단하였다.[2209] 동조는 허위에 대해서 "사실이 아니거나 오해 소지가 있는(untrue or misleading)" 경우로 표현하고 있으며(동조 제2항),[2210] 의사표시가 사실이나 법률에 관한 것일 수 있고 의사를 표시하는 당사자 또는 타인의 심리·정신상태에 관한 것일 수 있다고 설명하고 있다(동조 제3항).[2211] 확립된 판례에 따르면,

---

2205) Theft Act 1968 s. 7.
2206) Theft Act 1968 s. 8(2), s. 22(2).
2207) Fraud Act 2006 s. 2(1).
2208) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 9th ed., Oxford University Press, 2020, 576면.
2209) Idrees v DPP [2011] EWHC 624 (Adimin).
2210) Fraud Act 2006 s. 2(2).

누군가 신용카드를 사용하려는 경우 그 카드가 자신의 소유일 뿐만 아니라 그것을 자신이 사용할 수 있는 권한이 있다는 것을 의미한다. 따라서 피고인이 신용카드를 사용하였으나, 실상 은행으로부터 그 사용을 금지한다는 통보를 받았거나 신용한도에 도달하여 더 이상 사용할 권한이 없는 경우 사기죄가 성립할 수 있다.[2212] 피해자는 신용카드가 사용된 상점이며, 이는 피고인이 상점에 대해 신용카드를 사용할 권한이 있는 것처럼 허위표시하였기 때문이다. 이 같은 논리는 수표책의 사용에 대해서도 동일하게 적용되었다.[2213]

다음으로 허위표시는 피고인에 의해 만들어져야 하며,[2214] 그 진술은 "표현되거나 암시될 수 있다(express or implied)"(동조 제4항).[2215] 따라서 암묵적으로 표시하는 방식은 허위표시에 의한 사기에 해당할 수 있다. 잘 알려진 Bernard 사건에서 피고인은 당시 옥스퍼드 대학 구성원들이 주로 착용하던 모자와 가운을 착용하고 상점에 갔으며, 상점 주인은 그가 옥스퍼드 대학의 일원이라고 생각하여 할인된 가격을 적용하였다. 피고인은 그러한 복장을 통해 자신이 그 대학의 일원이라고 표시한 것인데 실제로 그렇지 않았고, 법원은 그 같은 행위는 허위표시에 해당한다고 판단하였다.[2216] 나아가 허위표시에 의한 사기는 컴퓨터 또는 여타의 기계적인 의사표시에 의해서도 저질러질 수 있다(동조 제5항).[2217] 예를 들어 피고인이 사기성 전자메일을 발송한 사실이 입증된다면, 스팸 필터링에 걸려 설사 피해자들 중 아무도 그 전자메일을 읽지 못하였다 하더라도 해당 범죄에 해당할 수 있다. 이는 피해자가 설령 피고인이 거짓말을 하고 있음을 인지하고 있다 하더라도 해당 범죄가 성립할 수 있다는 의미로서 주목할 만하다.[2218]

2211) Fraud Act 2006 s. 2(3).
2212) R v Lambie [1982] AC 449.
2213) R v Gilmartin [1983] QB 953.
2214) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 9th ed., Oxford University Press, 2020, 576면.
2215) Fraud Act 2006 s. 2(4).
2216) R v Barnard (1837) 173 ER 342.
2217) Fraud Act 2006 s. 2(5).
2218) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 9th ed., Oxford University Press, 2020, 577면.

2) 주관적 요건

허위표시에 의한 사기의 주관적 요건으로서 피고인은 자신의 진술을 통해 재산상 이익이나 손실을 의도하였어야 하며,[2219] 이익 또는 손실은 반드시 재물 또는 금전과 관련된 것이어야 한다. 대표적인 Gilbert 사건에서 피고인은 허위진술을 통해 은행 계좌를 개설하였고, 그 계좌를 이용하여 이익을 볼 것이라는 의혹은 있었으나 그 자체로는 이익 또는 손실로 판단되지 않았다.[2220] 다만 피고인이 어떤 종류의 이익을 얻었거나 피해자가 어떤 종류의 손해를 입었다는 것은 입증될 필요가 없다.[2221] 즉 피고인의 진술 이후 피해자가 실제 피해 없이 수사기관에 신고를 하였다 하더라도, 피고인은 허위표시에 의한 사기의 죄책을 질 수 있다.

또한 허위표시에 의한 사기에 있어서는 부정함이 입증되어야 한다.[2222] 「2006년 사기법」에는 그 정의가 규정된바 없으나, 절도죄의 주관적 요건에서 말하는 부정함과 동일한 것으로서 마찬가지로 Ivey 심사가 그대로 적용될 수 있다.[2223] 다만 부정하지 않은 경우를 열거한 「1968년 절도법」 제2조는 「2006년 사기법」에 차용되지 않았다. 따라서 피고인이 부정하지 않은 경우, 예컨대 피고인이 재물에 대해 자신이 법적 권리를 가지고 있다고 믿었던 경우 피고인으로서는 절도죄로 기소되지 않는다 하더라도, 여타 사기죄의 요건을 갖춘 경우 사기죄로 기소될 수 있다.

마지막으로 피고인은 자신의 진술이 사실이 아니거나 오해 소지가 있음을 알고 있어야 한다.[2224] 이는 '피고인'이 자신의 진술이 거짓이거나 오해 소지가 있음을 알고 있었을 것을 의미하며, 합리적인 사람을 기준으로 그가 피고인의 진술이 거짓이거나 오해 소지가 있음을 알 수 있었을 것을 요하지 않는다.[2225] 앞서 두 요건이 아래 정보 비공개 및 지위 남용에 의한 사기에서도 동일하게 주관적 요건인 반면,

---

2219) Fraud Act 2006 s. 2(1)(b).
2220) R v Gilbert | [2012] EWCA Crim 2392.
2221) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 9th ed., Oxford University Press, 2020, 577면.
2222) Fraud Act 2006 s. 2(1)(a).
2223) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 9th ed., Oxford University Press, 2020, 578면; Her Majesty's Stationery Office, Fraud Act 2006 Explanatory Notes, 2006, 2면.
2224) Fraud Act 2006 s. 2(2)(b).
2225) R v Augunas [2013] EWCA Crim 2046.

피고인이 자신의 진술이 거짓이거나 오해 소지가 있음을 알고 있어야 하는 것은 허위 표시에 의한 사기 특유의 주관적 요건이다.

나. 정보 비공개에 의한 사기(fraud by failing to disclose information)

1) 객관적 요건

「2006년 사기법」 제3조가 규정하고 있는 범죄로서 '침묵에 의한 기망'을 다루고 있다.[2226] 핵심적인 쟁점은 피고인에게 정보를 공개할 법적 의무가 있는지 여부인데, 해당 조항에서는 아무런 지침도 명시하고 있지 않다.[2227] 해당 조항의 해석에 관한 법률위원회의 보고서에 따르면, 정보를 공개해야 할 법적 의무가 있는 경우란 아래와 같다.[2228]

> … 그러한 의무는 법령(예컨대 회사의 설립 취지를 정하는 규정들), 해당 거래에서 선의인지 여부가 문제되는 사실(예컨대 보험 계약), 계약의 명시적 또는 묵시적 조건, 특정한 무역이나 시장의 관습, 또는 당사자 간의 신탁관계의 존재(예컨대 그 대리인과 본인)로부터 도출된다.

이와 관련하여 법원은 정보를 공개할 법적 의무가 있는지 여부를 엄격하게 판단하고 있다. 즉 비록 피고인으로서는 정보를 공개해야 할 것이 예상될 수 있었다 하더라도, 그렇게 해야 할 명시적인 법적 요청이 없는 한 정보를 공개할 법적 의무를 인정하지 않고 있다.[2229] 예를 들어 피고인이 주택담보대출 신청 시 자신이 실업자라는 사실을 밝히지 않음으로써 정보 비공개에 의한 사기로 기소된 사건에서 법원은 피고인에게 그러한 사실을 밝히도록 요청하는 특정한 질의가 없었다는 것을 근거로 정보를 공개할 법적 의무를 부정하였다.[2230]

2226) Fraud Act 2006 s. 3; Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 9th ed., Oxford University Press, 2020, 582면.
2227) Fraud Act 2006 s. 3.
2228) Her Majesty's Stationery Office, Fraud Act 2006 Explanatory Notes, 2006, 3면; Law Commission, FRAUD - Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965 - (LAW COM No 276), 2002, 64면.
2229) R v D [2019] EWCA Crim 209; R v White [2014] EWCA Crim 714.
2230) R v White [2014] EWCA Crim 714.

2) 주관적 요건

「2006년 사기법」 제3조 제b항은 동법 제2조 제1(b)항과 동일하다.[2231] 즉 정보 비공개에 의한 사기의 주관적 요건은 허위표시에 의한 주관적 요건 중에 피고인이 자신의 진술을 통해 재산상 이익이나 손실을 의도하였어야 한다는 것이 동일하다. 이때 피고인이 어떤 종류의 이익을 얻었거나 피해자가 어떤 종류의 손해를 입었다는 것이 입증될 필요는 없다.[2232]

또한 동법 제2조 제1(a)항과 마찬가지로 부정함이 입증되어야 하며, 이는 절도죄의 주관적 요건에서 말하는 부정함과 동일한 것으로서 Ivey 심사가 그대로 적용될 수 있다.

다. 지위 남용에 의한 사기(fraud by abuse of position)

1) 객관적 요건

「2006년 사기법」 제4조 제1항은 지위 남용에 의한 사기를 규정하고 있다.[2233] 이는 수탁자와 타인과 신탁관계를 맺고 있는 자에 대해 그러한 지위를 남용한 경우에 적용되는 범죄로 보이나, 해당 범죄의 성립에 필요한 지위 및 남용 요건 양자에 있어 불명확하다는 비판을 받고 있다.

먼저 지위 요건에 있어 해당 조항은 "타인의 재정적 이익을 보호하거나 침해하지 않을 것으로 기대되는 지위를 가진 자"로 모호하게 표현하고 있어 정확히 어떤 범위에서 적용될 수 있는지 여부가 문제될 수 있다.[2234] 법률위원회의 보고서는 해당 범죄의 성립에 필요한 지위에 관해 다음과 같이 설명하고 있으나,[2235] 여전히 광범위하다.

> 필요한 관계는 수탁자와 위탁자, 대표와 회사, 전문직과 고객, 대리인과 본인, 고용인과 고용주, 또는 협력사 간에 나타날 수 있다. 그렇지 않으면, 예를 들어 가족 내에서,

---

2231) Fraud Act 2006 s. 3(b).
2232) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 9th ed., Oxford University Press, 2020, 577면.
2233) Fraud Act 2006 s. 4(1).
2234) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 9th ed., Oxford University Press, 2020, 584면.
2235) Law Commission, FRAUD - Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965 - (LAW COM No 276), 2002, 66면.

> 또는 자발적인 노동의 맥락에서, 또는 당사자들이 상호 대등하지 않는 모든 맥락에서 발생할 수 있다. …

법원은 피고인이 해당 범죄의 성립에 필요한 지위를 가지고 있는지를 배심원이 판단하는 경우 그에 대한 기준은 피고인이나 피해자의 것이 아니라 '합리적인 사람'의 것이어야 한다는 점을 분명히 밝혔다.[2236] 즉 배심원은 대중의 합리적인 구성원을 상정하여 그에게 피해자의 재정적 이익을 보호하거나 그에 반하는 행위를 하지 않을 것이 기대되는지 여부를 판단해야 한다.[2237]

다음으로 남용 요건에 있어서도 특히 피고인에게 수탁의무가 있는 경우에 한하여 적용되는 것인지, 그보다 넓은 범위에 적용될 수 있는지 여부가 불분명하다. 즉 피고인이 명백히 수탁자가 아닌 경우, 특히 법률이 기대 또는 금지하는 행위의 기준이 모호한 경우 문제가 될 수 있다. 그와 관련하여 제시된 지침으로는 Pennock 판결이 유일하다.[2238] 여기에서 지위 남용은 지위로 인해 발생하는 기대와 반대되는 방식으로 그 지위를 '부정확하거나 부적절하게(incorrectly or improper)' 이용하는 것으로 판시하고 있다. 요컨대, 해당 범죄의 범위의 정확한 범위는 여전히 설정할 수 없으나 대체로 그 지위를 이용하여 불법적인 이익을 얻은 고용주, 사망자의 재물을 부정하게 다룬 집행자, 그리고 비행을 저지른 회사의 대표들로 그 범위를 좁혀볼 수 있다.[2239]

2) 주관적 요건

「2006년 사기법」 제4조 제1항의 주관적 요건은 동법 제2조 제1(b)항 및 제3조 제b항과 동일하다.[2240] 지위 남용에 의한 사기의 주관적 요건은 전2조의 허위표시 또는 정보 비공개에 의한 사기의 주관적 요건과 동일한 것이다. 즉 피고인은 자신의 진술을 통해 재산상 이익이나 손실을 의도하였어야 하며, 이때 피고인이 어떤 종류의 이익을 얻었거나 피해자가 어떤 종류의 손해를 입었다는 것이 입증될 필요는 없다.[2241]

2236) R v Valujevs [2014] EWCA Crim 2888; R v Pennock&Anor [2014] EWCA Crim 598.
2237) 이에 대한 비판적인 견해로는 Jennifer Collins, Fraud by Abuse of Position and Unlicensed Gangmasters, Modern Law Review Vol. 79 No. 2, 2016, 354면 이하를 참고할 수 있다.
2238) R v Pennock&Anor [2014] EWCA Crim 598.
2239) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 9th ed., Oxford University Press, 2020, 587면.
2240) Fraud Act 2006 s. 4(1).

또한 허위표시 또는 정보 비공개에 의한 사기와 마찬가지로 부정함이 입증되어야 하며, 이는 절도죄의 주관적 요건에서 말하는 부정함과 동일한 것으로서 Ivey 심사가 그대로 적용될 수 있다.

라. 기타 사기

1) 특수한 유형의 사기

「2006년 사기법」 제6조 제1항은 일련의 사기 또는 사기와 관련하여 사용될 물건을 소유하거나 통제 하에 두는 경우를 범죄로 규정하고 있다.[2242] 해당 범죄가 성립하기 위해서는, 그 같은 물건을 소유 또는 통제 하에 두었다는 사실과 그 물건이 사기에 사용될 것임에 대한 피고인의 고의가 입증되어야 한다.[2243] 나아가 동법 제7조는 어떤 물건이 사기와 관련하여 사용될 것을 알거나 그렇게 사용될 것을 의도하여 제작하거나 개조하거나 공급하거나 또는 제공하는 경우를 범죄로 규정하고 있다.[2244]

2) 부정한 용역 취득

「2006년 사기법」 제11조가 규정하고 있는 범죄로서 「1978년 절도법」 제1조를 대체하여 규정된 조항이다.[2245] 이는 특히 불법 다운로드와 같은 부정한 전자적 수단을 통해 용역을 취득하는 경우를 규율하기 위해 입안되었다.[2246] 즉 피고인으로서는 피해자가 지불받을 것을 기대하고 제공한 용역에 한하여 사기죄의 죄책을 진다. 만일 피해자를 기망하여 무료로 용역을 제공하도록 하는 데 성공하였다면 앞서 살펴본 사기죄에 해당할 수 있으나, 여기에는 해당하지 않는다. 앞서 살펴본 사기죄와 또 다른 점은, 부정한 행위의 결과로서 피고인이 실제 용역을 취득할 것이 요구되며, 피고인의 기망은 그러한 용역의 취득을 유발하는 데 있어야 한다.

2241) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 9th ed., Oxford University Press, 2020, 577면.
2242) Theft Act 1978 s. 6.
2243) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 9th ed., Oxford University Press, 2020, 588면.
2244) Theft Act 1978 s. 7.
2245) Fraud Act 2006 s. 11.
2246) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 9th ed., Oxford University Press, 2020, 589면.

3) 무전취식 · 무임승차

「1978년 절도법」은 종래 세 가지 사기범죄를 규정하고 있었으나, 제1조 및 제2조에 있어 「2006년 사기법」 제정 시 각각 제11조 및 제16조로 흡수·대체하였고 현재 제3조가 유일하게 남아있다. 해당 범죄는 식당에서 식사를 하거나 택시를 탔을 때 비용을 지불하지 않고 가버리는 사람들을 처벌하기 위한 것이다.[2247] 법원은 이에 대해 단순하고 직접적인 범죄에 대한 규정이라고 표현하면서 불필요한 복잡성을 야기하는 해석에는 공감할 수 없다고 판시하였다.[2248]

즉 해당 범죄는 문언 그대로 다음과 같이 해석된다. 객관적 요소는 요구되거나 기대된 대로 비용을 지불하지 않고 자리를 뜨는 행위이며, 주관적 요건은 부정함, 즉 물건이나 용역에 대한 비용이 즉시 지불되어야 함을 아는 지식과 그 지불을 회피하려는 고의이다. 앞서 언급된 「2006년 사기법」 제11조에 의한 부정한 용역 취득과 다른 점은, 피고인의 기망이 입증될 필요가 없다는 것이다.[2249]

마. 처벌

일반적인 사기죄-각 허위표시, 정보 비공개, 지위 남용에 의한 사기-에 있어 약식기소된 경우 12개월 이하의 자유형이나 벌금, 또는 양자가, 정식기소된 경우 10년 이하의 자유형이나 벌금, 또는 양자가 병과될 수 있다.[2250] 기타 특수한 유형의 사기와 부정한 용역취득의 경우 동일하게 약식기소된 경우 12개월 이하의 자유형이나 벌금, 또는 양자가,[2251] 정식기소된 경우 5년 이하의 자유형이나 벌금, 또는 양자가 병과될 수 있다.[2252]

「1978년 절도법」 제3조에 따른 무전취식·무임승차 범죄의 경우 정식기소된 경우 2년 이하의 자유형에 처해질 수 있으며,[2253] 약식기소된 경우 6개월 이하의 자유형이

2247) Theft Act 1978 s. 3.
2248) R v Vincent [2001] 1 WLR 1172.
2249) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 9th ed., Oxford University Press, 2020, 592면.
2250) Fraud Act 2006 s. 1(3)(a), s. 1(3)(b).
2251) Fraud Act 2006 s. 6(2)(a), s. 6(2)(b).
2252) Fraud Act 2006 s. 11(3)(a), s. 11(3)(b).
2253) Theft Act 1978 s. 4(2)(b).

나 벌금형 또는 양자가 병과될 수 있다.[2254]

4. 소결

현재 영국의 재산범죄는 「1968년 절도법」과 「2006년 사기법」이 규율하고 있다. 절도법은 앞서 살펴본 절도죄뿐만 아니라, 강도죄, 장물죄, 주택침입절도죄(burglary),[2255] 차량절도죄(theft of a vehicle),[2256] 공갈죄(blackmail)[2257]까지 광범위하게 규정하고 있다. 또한 사기법은 적어도 문언상 피고인에게 사실상 아무런 이익이 없는 경우에도 범죄가 저질러질 수 있는 등 사기죄의 범위가 대폭 확대되는 방향으로 제정되었다. 또한 영국은 횡령죄 및 배임죄를 별도의 성문법으로 규정하고 있지 않으며, 그러한 행위가 포함된 범죄를 절도죄 내지 사기죄로 처벌하고 있다.

그러한 영국의 재산범죄를 여타 범죄와 구분하는 특징 중에 주목할 만한 것은 다음과 같다.[2258]

먼저 대인범죄의 경우 피해자가 입은 위해의 정도에 따라 범죄의 성립 및 처벌이 구조화된다. 즉 피해자의 사망은 살인(murder and manslaughter)으로, 중상해, 강간 등은 그보다 덜 심각한 범죄로, 폭력과 구타(assault and battery)는 가장 덜 심각한 범죄로 다루어지며, 위해를 가하는 방식은 상대적으로 중요하지 않다. 반면 재산범죄의 경우 피해자 내지 피해자의 재물이 받는 영향보다 피고인이 그 재물을 획득하거나 처리하는 방식에 초점을 맞춘다. 그러한 방식에 따라 절도죄, 강도죄, 공갈죄, 그리고 기망과 관련된 사기죄 사이의 구분이 이루어진 것이다.

다음으로 재산범죄는 그 핵심이 재물 또는 재산권이라는 점에서 불가피하게 사법과 밀접한 관계를 맺고 있다. 대표적으로 Hinks 판결에서 법원은 동일한 사실관계에 대해 사법적으로 유효한 거래이나, 이는 형법적으로 위법한 사기행위에 의한 것임을 확인하였다.[2259] 즉 사법상 보호되는 재물이나 재물의 이전이 형법상 재산범죄를 통

2254) Theft Act 1978 s. 4(3)(a), s. 4(3)(b).
2255) Theft Act 1968 s. 9.
2256) Theft Act 1968 s. 12.
2257) Theft Act 1968 s. 21.
2258) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 9th ed., Oxford University Press, 2020, 558~559면.
2259) R v Hinks [2001] 2 AC 241 (HL).

해 대응 내지 예방을 요하는 위법행위에 해당할 수 있으며, 법원은 이를 사법과 형법의 취지가 각각 소유권의 확실성과 부정한 행위의 규율에 있기 때문이라고 설시한다. Hinks 판결의 결정에 대해서는 다양한 비판이 존재하고 있으나, 재산범죄에서 사법상 재물의 개념, 그 소유자 및 신탁관계 여부 등을 다룰 수밖에 없음은 분명한 것으로 보인다.

위와 같은 논의들은 재산범죄의 본질과 관련된 것으로서 우리 형법의 재산범죄에 대해서도 참고할 수 있으므로, 영국에서 전개되고 있는 이론 및 판례의 동향을 주시하는 데 의미가 있을 것으로 생각된다.

제2절 | 미국

1. 개관

가. 체계 및 구성

미국 형법상 재산범죄(property offenses)의 대표적인 범죄 유형으로는 절도죄(larceny), 사기죄(false pretenses), 횡령죄(embezzlement)가 있다. 과거 커먼로에서는 절도죄만이 중죄(felony)로 다루어졌기 때문에 절도죄를 기준으로 재산범죄가 논의되었고, 다양한 유형의 사안 해결을 위해 절도죄를 구성하는 개념을 변형 내지 확장하는 방식이 사용되었다. 하지만 1757년 영국의회가 절도죄의 구성요건에 포함되지 않는 사안들을 해결하기 위해 사기죄와 횡령죄를 성문법상 범죄(statutory crime)로 제정하자, 미국 역시 절도죄만으로 해결하기 어려웠던 유형들의 처벌 공백을 입법으로 메우는 방식을 택하였다.

또한, 독립적 범죄로서 사기죄와 횡령죄는 처음에는 경죄(misdemeanor)로 규정되었으나, 현재는 취득한 재산의 가치에 따라 중죄 내지 경죄에 해당하는지가 결정될 뿐 모든 주법에서 정한 재산범죄가 되었다. 절도죄 역시 절취한 재물의 가치에 따라 중한 절도죄(grand larceny)와 경한 절도죄(petty larceny)로 나누고 있기 때문에 현재

미국법체계에서는 세 범죄 유형 모두 동등한 차원의 재산범죄라고 할 수 있다.

나. 탈취(theft)범죄[2260]로의 통합화 경향

최근 대다수의 주법들은 이들 재산범죄를 '탈취(theft)범죄'로 통합하여 명명하고 하나의 범죄로 취급하는 추세에 있다.[2261] 이와 같은 현상은 세 범죄 간에 행위자의 책임, 위험성, 해악을 초래한 중대성의 정도 등에서 의미 있는 차이를 찾을 수 없다고 보았기 때문이다.[2262] 또한 세 범죄의 구별이 어려움에도 불구하고 독립적 범죄 유형들로 분류되면서 초래된 실무상 입증의 어려움을 해결하기 위해서였다. 즉 피고인 측이 이중위험금지(double jeopardy) 원칙을 근거로, 1심에서 하나의 범죄로 유죄판결을 선고받고도 항소심에서 다른 범죄에는 해당할 수 있지만 유죄판결이 선고된 해당 범죄를 범한 것은 아니라는 주장을 하는 경우가 많아졌고 결국 이와 같은 주장이 받아들여졌기 때문이다.[2263]

이에 모범형법전 제223.1(1)조는 피고인의 공정한 재판을 받을 권리를 보장한다면

2260) 'Theft'범죄를 '절도죄'로 번역하면 우리 법상 절도죄에 대응되는 범죄로 해석될 수 있어 적절하지 않고, 절취는 점유자의 의사에 반하여 그 점유를 배제하고 점유를 취득하는 것을 의미하고 편취는 기망행위를 통한 취득에 한정되는 개념이어서 이들을 포괄하는 개념이 필요하다고 판단하여 '탈취범죄'로 번역하기로 한다.

2261) Ala.Code §§ 13A-8-1 thru 13A-8-19; Alaska Stat. § 11.46.100 and following Ariz.Rev. Stat.Ann. §§ 13-1801 thru 13-1805; Ark.Code Ann. §§ 5-36-101 thru 5-36-117; Colo.Rev. Stat.Ann. §§ 18-4-401 thru 18-4-409; Conn.Gen.Stat.Ann. §§ 53a-118 thru 53a-125; Del.Code Ann. tit. 11, §§ 840 thru 859; Fla.Stat.Ann. §§ 812.011 thru 812.081; Ga.Code Ann. §§ 16-8-1 thru 16-8-17; Haw.Rev.Stat. § 708-830; Idaho Code §§ 18-2401 thru 18-2409; Ill.Comp.Stat. ch. 720, §§ 5/16-1 thru 5/16-18; Ind.Code Ann. §§ 35-43-4-1 thru 35-43-4-5; Iowa Code Ann. §§ 714.1 thru 714.7; Kan.Stat.Ann. § 21-5801; Ky.Rev.Stat.Ann. §§ 514.010 thru 514.020; La.Rev.Stat.Ann. §§ 14:67; Me.Rev.Stat.Ann. tit. 17-A, §§ 351 thru 363; Md.Code Ann.Crim.Law § 7-104; Minn.Stat.Ann. §§ 609.52 thru 609.55; Mo.Ann.Stat. §§ 570.010 thru 570.080; Mont.Code Ann. § 45-6-301; Neb.Rev.Stat. §§ 28-501 thru 28-518; Nev.Rev.Stat.Ann. §§ 205.0821 thru 205.0835; N.H.Rev.Stat.Ann. §§ 637:1 thru 637:11; N.J.Stat.Ann. §§ 2C:20-1 thru 2C:20-10; N.Y.Penal Law art. 155; N.D.Cent.Code §§ 12.1-23-01 thru 12.1-23-10; Ohio Rev.Code Ann. § 2913.02; Or.Rev.Stat. §§ 164.015 thru 164.135; Pa.Cons.Stat.Ann. tit. 18, §§ 3901 thru 3931; S.D.Cod.Laws §§ 22-30A-1 thru 22-30A-19; Tenn.Code Ann. §§ 39-14-101 thru 39-14-105; Tex.Penal Code Ann. §§ 31.01; Utah Code Ann. §§ 76-6-401 thru 76-6-412; Wash.Rev.Code §§ 9A.56.010 thru 9A.56.100; Wis.Stat.Ann. § 943.20; Wyo.Stat. §§ 6-3-402 thru 6-3-407.

2262) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 540면.

2263) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1283면.

검사가 세 유형의 범죄 중 한 범죄를 특정하지 않아도 포괄적인 탈취범행에 관해 입증하면 족하다고 명시하였고,[2264] 많은 주법에서도 이와 유사한 방식의 통합 규정을 두고 있는데 예를 들어 메사추세츠주법 제277-41조는 검사가 피고인이 재물을 훔친(stole) 혐의에 대해 입증하기만 하면 절도죄, 횡령죄, 사기죄 중 어떠한 형태의 범죄의 증거로 쓸 수 있다고 규정하고 있다.[2265] 탈취범죄로 통합해서 규정하는 모범형법전 제223.0(6)조에 따르면 "가치를 가지는 어떠한 것(anything of value)"이라도 탈취범죄의 객체가 된다고 함으로써 토지로부터 분리가능한 경작물과 같은 구성부분 외에도 이동이 불가능한 부동산(real estate)의 경우까지 확대하여 포함시키고 있다.

이하에서는, 통합범죄로 다루더라도 절도죄, 사기죄, 횡령죄에 해당하는 범죄들을 포함하는 것이고, 비교법적 검토를 위해서는 각 범죄별로 나누어 설명하는 것이 필요하므로, 커먼로를 기반으로 세 개의 범죄를 개별적으로 검토하고 통합범죄로 관련 문제가 해결된 경우에는 별도로 언급하는 방식으로 서술하고자 한다.

2. 절도죄(Larceny)

가. 객관적 요소: 타인이 소유·점유하는 재물에 대한 절취

절도죄의 객관적 요소를 충족하기 위해서는 타인이 소유하고(title, ownership) 타인이 점유하는(possession) 재물(personal property)을 취득하고 이동(taking and carrying away)시킴으로써 절취(trespass)해야 한다.

2264) Consolidation of Theft Offenses. Conduct denominated theft in this Article constitutes a single offense. An accusation of theft may be supported by evidence that it was committed in any manner that would be theft under this Article, notwithstanding the specification of a different manner in the indictment or information, subject only to the power of the Court to ensure fair trial by granting a continuance or other appropriate relief where the conduct of the defense would be prejudiced by lack of fair notice or by surprise.

2265) Mass. Gen. Laws ch. 277, § 41. Indictment for criminal dealing with personal property In an indictment for criminal dealing with personal property with intent to steal, an allegation that the defendant stole said property shall be sufficient; and such indictment may be supported by proof that the defendant committed larceny of the property, or embezzled it, or obtained it by false pretences.

1) 절취(trespass)

커먼로에서부터 절도죄의 속성을 구성하는 핵심적 요소[2266]로 절취란, 초기에는 소유자 내지 점유자의 동의 없이(non-consensual) 재물을 취득하는 경우(stealth)만을 가리키는 것으로 제한 해석됨에 따라 기망(fraud)행위를 통해 타인의 승낙 하에 재물을 취득한 행위는 절도죄에서 제외되었으나, 1779년 영국법원이 King v. Pear[2267]에서 표면적으로는 동의가 있는 경우라고 하더라도 무단으로 한 것으로 의제할 수 있다는 '책략절도(larceny by trick)'의 법리를 고안한 이후 동의가 있었다고 하더라도 속임수를 이용하여 동의를 얻어낸 경우 절취 개념을 충족할 수 있게 되었다. 예를 들어, Hufstetler v. State[2268]에서 피고인이 주유소 주인으로부터 동의를 받아 차에 주유하게 한 후 돈을 지불하지 않고 차를 타고 그대로 달아난 경우 'larceny by trick'법리를 적용하여 기망행위를 통해 속임수 내지 책략으로 동의를 얻어낸 것으로 보아 절도죄를 인정하였다. 이에 따라 현재 절취는 재물에 대한 권리자의 동의가 없거나 동의가 있었더라도 속임수를 이용하여 동의를 유도한 경우를 모두 포함하는 개념이다.

2) 소유·점유의 타인성(of another)

절도죄의 객체는 타인이 소유하고 타인이 점유하는 재물로 정하고 있다. 누구의 소유에도 속하지 않는 무주물은 타인의 재물에 속하지 않는다. 이에 따라 야생동물(wild animal)의 경우 타인의 땅에 서식하고 있다 하더라도 절도죄의 객체가 될 수 없다.[2269]

한편, 동업관계에 있는 등 공동소유자들 간에 공동소유물에 대한 재물의 타인성이 인정될 것인지에 대해 과거 커먼로에서는 타인성이 인정될 수 없다고 보았으나,[2270] 모범형법전 제223.0(7)조는 재물의 타인성에 대해 "행위자 이외의 누구라도 재물에 대해 이해관계(interest)가 있는 경우"라고 정의함으로써 커먼로와 달리 공동소유물도

2266) People v. March, 886 N.W.2d 396, 405 (Mich. 2016). Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 521면.
2267) Rex v. Pear, 168 Eng. Rep. 208 (1779).
2268) Hufstetler v. State, 40 P.3d 1244 (Alaska App. 2002).
2269) People v. Hutchinson, 169 Misc. 724, 9 N.Y.S.2d 656 (1938)에서 타인의 토지에 서식하는 야생벌꿀은 절도죄의 객체가 되지 않는다고 보았다.
2270) State v. Elsbury, 63 Nev. 463, 175 P.2d 430 (1946). Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1235면.

타인의 재물에 포함될 수 있도록 범주를 넓혀 인정하고 있다.[2271] 그러므로 타인소유의 재물이란 자기 이외의 자의 단독소유 또는 공동소유, 그리고 자기와 타인간의 공동소유에 속하는 재물을 말한다.

또한 점유의 타인성은 재물에 대한 사실상의 지배관계를 의미하기 때문에 적법한 권한이 있을 것을 전제하지 않는다. 커먼로부터 해당 재물을 훔친 절도범의 경우라고 할지라도 점유하고 있는 상태를 보호하고 있기 때문에 적법한 권한 없이 점유하고 있는 자로부터 절취하더라도 절도죄는 성립 가능하다.[2272]

3) 재물(personal property)

절도죄의 객체로서 재물에는 재산적 가치가 있는 유체물과 전기 등의 관리할 수 있는 자연적 에너지가 포함된다.[2273]

(1) 부동산(real property)

커먼로상 절도죄의 객체로서 재물에는 동산(goods and chattels)만이 포함되고, 부동산(real property)은 이동이 불가능한 점 때문에 제외되는 것이 원칙이다. 단, 경작물이나 토지에 식재된 입목이 토지와 분리되는 경우와 같이 부동산의 구성부분이 분리되는 경우에는 절도죄의 객체가 될 가능성이 있다. 과거 커먼로는 구성부분에 대한 분리행위(severance)와 이동행위(asportation) 사이에 상당한 시간적 간격이 있는 경우와 같이 두 개의 독립된 행위로 볼 수 있는 경우만 절도죄가 될 수 있다고 보았다.[2274] 하지만 근래에는 부동산에서 분리된 광물, 나무, 경작물 등의 경우 분리행위와 이동행위가 하나의 연속된 행위인지 여부와 관계없이 분리되는 즉시 절도죄의 객체인 재물에 해당한다고 보고 있다.[2275]

2271) 예를 들어 People v. Zinke, 555 N.E.2d 263 (N.Y.1990). Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 530면.

2272) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 529면.

2273) 전기의 재물성을 인정한 People v. Menagas, 367 Ill. 330, 11 N.E.2d 403 (1937). Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1231면.

2274) Stansbury v. Luttrell, 152 Md. 553, 137 A. 339 (1927)에서 피해자의 나무를 자른 후 통나무들을 피해자 소유의 토지 위에 잠시 두었다가 가져온 경우 절도죄를 인정하였다. Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1230면.

2275) Stephens v. Commonwealth, 304 Ky. 38, 199 S.W.2d 719 (1947). Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1230면.

(2) 금제품(contraband)

마약이나 불법소지물건 등의 금제품도 절도죄의 객체로서 재물로 인정된다. 예를 들어, People v. Otis에서는 불법주류를 절도죄의 객체로서 재물로 인정하였고,[2276] State v. Clementi에서는 불법도박장비의 재물성을 인정하였다.[2277] 모범형법전 제223.0(7)조에서도 몰수의 대상이 되는 금제품도 객체에 포함된다고 명시적으로 인정하고 있다.

(3) 무체물(intangible property)

전통적으로 커먼로에서는 무체물의 재물성은 인정하지 않았기 때문에 정보나 서비스 등은 절도죄의 객체에 포함될 수 없었다. 예를 들어, 컴퓨터의 해당 계정에 접속할 권한 없는 한 대학생이 다른 학생들의 컴퓨터 접속 계정 목록이 적혀있는 출력물을 절취하여 해당 컴퓨터 서비스를 사용한 경우라도 커먼로상 절도죄에 해당하지 않았다.[2278] 하지만 현재는 모범형법전 제223.7조와 같이 대다수의 주법들에서 탈취범죄로 통합하면서 노동력이나 서비스 등의 무체물도 광범위하게 탈취범죄의 객체로 포함하고 있다. Cruz-Reyes v. State에서 피고인은 프리미엄 케이블 TV 채널에 기계를 설치하여 디코딩하는 방법으로 TV 시청을 가능하도록 조작하였는데, 법원은 피고인이 한 번도 프리미엄 채널을 본 적이 없다고 하더라도 다른 사람들은 정당한 요금을 지불하고 시청하는 것을 피고인은 접근할 기회(opportunity)를 얻은 것으로 해당 서비스를 획득(obtain)한 것이라고 판시하였다.[2279]

4) 취득(taking, caption)

절도죄가 성립하기 위해서는 행위자는 재물에 대한 단순한 소지(custody)를 넘어 점유(possession)를 취득해야 한다.[2280] 점유를 취득했다고 보기 위해서는 해당 재물

2276) People v. Otis, 139 N.E. 562, 562-563 (N.Y.1923).
2277) State v. Clementi, 224 Wis. 145, 272 N.W.29 (1937).
2278) People v. Tansey, 593 N.Y.S.2d 426 (Sup. Ct. 1992). Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 529-530면.
2279) Cruz-Reyes v. State, 74 P.3d 219 (Alaska App. 2003). Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1231면.
2280) 이미 점유권이 있는 피고인의 경우에는 횡령죄에 해당할 수 있어도 절도죄는 성립될 수 없고, 소유권을 취득하는 경우는 절도죄가 아닌 사기죄에 해당할 수 있다.

을 사용하는 데 합리적으로 제한을 받지 않는 권한이 있어야 한다. 물리적 지배(physical control)를 하고 있는 경우 실제적(actual) 점유에 해당하고, 물리적으로 지배하고 있지는 않지만 지배 권한을 보유하고 있는 경우 의제적(constructive) 점유에 해당한다.[2281] 일시적이고 제한된 사용이 가능한 경우에는 단순한 소지(custody)에 불과하기 때문에 절취 개념을 충족할 수 없다.

5) 이동(carrying away, asportation)

커먼로에서 절취가 성립하기 위해서는 취득행위로 인해 점유자의 점유를 배제한 후, 점유를 자기 또는 제3자에게 옮기는 이동행위를 요구하였다.[2282] 재물의 이동(movement of property)이 없다면 미수에 그치는 것으로 보았다. 그러나 모범형법전 제223.2조는 이 요건을 삭제하고 재물의 취득 요건만을 명시하고 있다. 하지만 이 요건의 존재는 단순한 예비행위로부터 절도죄의 실행에 착수한 행위를 구별해 줄 수 있는 기능을 한다는 비판이 있다.[2283]

나. 주관적 요소: 특정고의와 불법영득의사

절도죄의 주관적 요소로는 타인의 점유 하에 있는 타인 소유의 재물을 절취한다는 인식과 의욕인 특정한 절취의 고의(specific intent to steal)와 불법영득의사를 필요로 한다. 절도죄를 범할 중죄의 고의로 재물에 대한 타인의 소유자 지위를 영구히 배제하는(intent to deprive permanently) 의사를 말한다.[2284] 배제의 의사가 필요한 것이지 이윤을 얻을(gain) 의사를 요하는 것이 아니기 때문에, 재물을 손괴하려고 훔친 경우라도 권리자로부터 점유를 배제할 의사를 가지고 한 것이므로 주관적 요소가 충족된다. 하지만 재물을 일시적으로 사용하고 권리자에게 돌려줄 의사로 한 사용절도는 원칙적으로 절도죄가 성립하지 않는다. 하지만 무모하게(recklessly) 재물을 영구적으로 잃어

2281) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 523면.

2282) Morelli v. Webster, 552 F.3d 12 (1st Cir.2009).

2283) 이 점을 근거로 이동 요건을 폐기하는 입장을 비판하는 Jerome Hall, Theft, Law and Society, American Bar Association Journal, Vol. 54, 1968, 962면.

2284) People v. Brown, 38 P. 518, 519 (Cal. 1894). Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 530면.

버릴 수 있게 노출시키는 행위도 포함되므로 자동차를 일시사용한 후 원래 위치해있던 장소와 떨어져있는 다른 도시에 버리고 온 경우 절도죄의 성립이 가능하다. 행위자는 해당 자동차를 다른 절취의 대상이 될 수 있게 무모하게 영구적 상실의 중대한 위험에 노출시켰기 때문이다.[2285]

한편, 객관적 구성요건을 충족하는 행위를 할 때 주관적 요소를 갖추어야 하는 것이 원칙이나 행위와 의사의 동시존재원칙의 예외를 인정할 필요가 존재한다. 예를 들어, 행위자가 권리자의 자동차를 무단으로 가져올 당시에는 하루 사용한 후 돌려줄 의사를 가졌지만, 자동차를 가져온 이후 영구적으로 보유할 의사를 갖게 된 경우 행위와 의사의 동시존재원칙을 엄격하게 고수한다면 이 행위자를 절도죄로 처벌할 수 없는 불합리한 결과가 발생한다. 이에 따라 법원은 행위자가 타인의 재물을 절취한 경우, 그가 재물에 대한 점유를 종료하기 전까지 점유를 하는 매 순간이 새로운 절취행위라는 계속적 침해 이론(continuing trespass doctrine)을 고안하여 이와 같은 사안을 절도죄로 적용하여 처벌하고 있다.[2286]

3. 사기죄(False Pretenses)

사기죄는 커먼로상 절도죄로 처벌할 수 없는 공백을 메우기 위해 입법으로 제정된 범죄(statutory crime)이다.[2287] 책략절도(larceny-by-trick)를 처벌하기 위해 법원이 법리를 고안하였지만, 여전히 기망행위를 통해 재물의 소유권(title)을 취득한 경우는 처벌할 수 없었기 때문에 '사람을 기망하여 재물의 소유권을 취득하는 경우'를 명시적으로 처벌하는 규정을 제정하였다. 사기죄의 성립요소를 살펴보면 다음과 같다.

2285) United States v. Sheffield, 161 F. Supp. 387, 390 (D. Md. 1958). Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 531면.

2286) State v. Sommerville, 21 Me. 14, 19 (1842). Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 532면.

2287) 예를 들어 THE MICHIGAN PENAL CODE Act 328 of 1931. §750.218 False pretenses with intent to defraud.

가. 객관적 요소: 현재 또는 과거의 중요한 사실에 대한 허위의 표현으로 기망하여 소유권 취득

1) 허위의 표현(false representation)

사기죄가 성립하기 위한 기망행위에 해당하려면 행위자의 표현이 허위(falsity)여야 한다. 그렇기 때문에 만약 행위자가 허위로 믿고 표현하였지만 실제로는 진실한 사실이었다면 사기죄는 성립하지 않는다. 예를 들어, 담보권 설정계약을 체결하면서 선순위 담보가 실제 유효요건을 결여한 경우였음에도 선순위 담보가 없다고 표현하고 담보계약을 체결한 경우, 실제 선순위 담보는 무효이기 때문에 허위의 표현을 한 것이 없어서 사기죄가 성립되지 않는다.[2288] 또한, 행위자가 표현할 당시 그 내용이 허위였다고 하더라도 그 사이 상황의 변화로 인하여 피해자가 그것을 믿고 행위자에게 소유권을 이전하는 시점에 진실한 사실로 되었다면, 행위자의 재산 취득과 기망의 의도인 주관적 요소의 존재 시점이 일치해야 하기 때문에 사기죄는 성립하지 않는다.[2289] State v. Hendon에서 피고인이 피해자에게 자신의 은행계좌에 돈이 없었음에도 있다고 표현하고 물건을 샀는데 피해자가 해당 물건을 배송한 3일 후에는 피고인의 계좌에 실제 돈이 있었다면 사기죄는 성립하지 않는다.[2290]

허위 표현의 방법에는 제한이 없어서 말이나 글로 명시적으로 기망하는 경우뿐만 아니라 특정한 의미를 보여줌으로써 상대방을 착오에 빠지게 하는 묵시적 방법으로서의 기망 행동도 포함한다.[2291] 이와 같은 작위의 기망행위 외에도 부작위에 의한 기망행위도 성립할 수 있으나, 단순히 침묵(mere silence)을 통해 알리지 않은 행위(nondisclosure)에 대해서는 일반적으로 기망에 해당하지 않는다고 보는 것이 원칙이다.[2292] 피고인이 담보가 있는 재물을 팔면서 이에 대해 침묵한 Stumpff v. People 사안에서 법원은 침묵을 통해 사기죄가 성립 가능한 경우가 있을 수 있다는 점을

2288) State v. Garris, 98 N.C. 733, 4 S.E. 633 (1887). Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1261면.

2289) 속이려는 의도는 재산의 취득 시점과 동시에 존재할 것을 요하지만, 허위의 표현 시점과 동시에 존재할 필요는 없다고 보는 Clarke v. People, 64 Colo. 164, 171 P.69 (1918).

2290) State v. Hendon, 170 La. 488, 128 So. 286 (1930). Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1261면.

2291) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1261면.

2292) People v. Johnson, 150 N.Y.S. 331 (Sup.Ct., 1914). Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1262면.

언급하면서도 침묵의 증거가 적극적인 허위의 표현을 지지한다고 볼 수는 없다고 판시하여 사기죄의 성립을 부정하였다.[2293] 그러나 피해자가 오인한 데에 피고인에게 일정한 책임이 있는 경우나 위탁 관계에 있는 등의 특수한 경우 피고인은 오인을 정정해주어야 할 의무를 진다. 모범형법전 제223.3조 역시 이와 같은 의무를 다하지 않은 경우를 기망(deception)행위에 포함시키고 있다.

2) 현재 또는 과거에 발생한 중요한 사실(material fact)

기망행위의 대상은 현재나 과거에 관한 사실이어야 하므로, 미래 발생할 일에 대한 허위의 표현은 사기죄를 구성하지 않는다. 단, 미래의 일에 관한 것이더라도 현재 또는 과거에 발생한 사실을 함축하여 암시하는 표현이라면 기망에 해당할 수 있다. People v. Sloane에서 정부가 특정 대지에 병원과 운하를 건설할 것이라는 표현은 이 계획을 이행하는 작업을 이미 수행하였다는 암시를 하는 것으로 인정하였다.[2294] 한편 허위의 약속(false promise)은 미래의 불확정적인 사실에 대한 것이므로 전통적 커먼로에 따르면 사기죄를 구성하지 않는다고 보았으나, 모범형법전을 비롯하여 통합범죄규정에서 둔 기망에 의한 탈취범죄(theft by deception) 하에서는 약속을 이행하지 않았다는 것이 기망의 주관적 요소를 제거하는 것은 아니라고 하여 일종의 주의규정을 둠으로써 허위의 약속도 허위의 표현에 포함될 수 있다고 보고 있다.[2295]

또한, 사실이어야 기망행위의 대상이 되는 것이므로 주관적인 가치평가와 같은 의견(opinion)은 여기서 제외된다. 단, 의견이 특별히 그 의견을 제시하는 자의 지식(knowledge)에 의존하는 경우에는 인정될 수 있다. 예를 들어 State v. Nash에서 주식 브로커인 피고인이 피해자가 보유하고 있는 가치가 있는 주식을 전혀 가치가 없다고 말하여 팔게 하였다면 사기죄가 성립한다고 판시하였다.[2296]

한편, 기망의 대상은 '중요한' 사실이어야 하므로 거래에서 중요하지 않은 사실에 대하여 허위로 표현한 경우는 사기죄가 성립할 수 없다. People v. Noblett에서 피고인은 3개월의 기간 동안 전대차계약을 체결하면서 자신에게는 2년의 임대차 기간이

2293) 51 Colo. 202, 117 P. 134 (1911).
2294) 4 N.Y.S.2d 784 (1938).
2295) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1264면.
2296) 110 Kan. 550, 204 P. 736 (1922). Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1265면.

남아있다고 허위의 사실을 말한 경우라고 할지라도 피고인에게는 3개월이 넘는 기간 동안만큼은 집에 대한 권리가 있는 것이기 때문에 이 허위의 진술은 중요한 사실에 대한 것이 아니라고 보아 사기죄의 성립을 부정하였다.[2297]

3) 인과관계

사기죄가 성립하기 위해서는 기망행위와 착오 간에, 기망행위와 처분행위 간에 인과관계가 있어야 한다. 즉, 행위자의 기망행위(misrepresentation)가 피해자의 재산에 대한 처분행위를 초래해야 한다. 인과관계가 있어야 한다는 것을 피해자의 입장에서 파악해보면 피해자가 재산의 소유권을 행위자에게 이전하는 것이 행위자의 기망행위에 기인한 것(reliance)이어야 한다는 요건이다. 만약 행위자가 기망행위를 하였으나 피해자가 행위자의 허위의 표현을 믿지 않고 또는 허위임을 알면서도 행위자에게 재산에 대한 처분행위를 한 경우 사기죄는 성립하지 않는다.[2298]

4) 소유권(title)의 이전

사기 피해자의 재산처분행위는 소유권의 이전이어야 한다. 이는 사기죄의 존재의미를 결정짓는 핵심적인 요소가 된다. 피고인이 점유권을 취득한 것에 불과한 경우에는 책략절도로 절도죄에 해당하기 때문이다. 소유권이 피고인에게 이전되었는지 여부를 결정하는 것은 피해자의 재산처분의사(intent)에 달려 있는 것이 일반적이다. 예를 들어, People v. Long에서 상점의 점원을 속여서 거스름돈을 더 많이 받은 피고인에 대해 법원은 점원이 피고인에게 점유권과 소유권을 모두 이전하는 처분의사를 가졌기 때문에 절도죄가 아닌 사기죄가 성립한다고 보았다.[2299] 그러나 피해자는 소유권을 이전하는 의사를 가졌지만 실제 소유권이 이전되지는 않은 사안에서는 사기죄가 아닌 절도죄의 성립을 인정한다. 예를 들어, English v. State에서 피고인이 타인의 이름을 도용하여 기재하여 소유권 이전이 불가능했던 경우 법원은 절도죄의 성립을

2297) 244 N.Y.355, 155 N.E.670 (1927). Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1262면.

2298) State v. Finch, 223 Kan. 398, 573 P.2d 1048 (1978). Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1266면.

2299) 409 Mich. 346, 294 N.W.2d 197 (1980). Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1268면.

인정하였다.[2300]

나. 주관적 요소

행위자는 자신의 표현이 허위라는 것을 알면서(knowingly) 행해야 한다. 그러므로 그의 믿음이 진실이었다면 합리적인지 여부를 불문하고 그는 사기죄의 죄책을 지지 않는다. 그러나 행위자가 허위의 사실을 이야기하면서 허위인지 진실인지는 몰랐을 경우에는 사기죄에 해당한다고 본다. 허위의 사실을 알면서 행했어야 한다는 주관적 요소 외에도, 상대를 속이려는 의사(intent to defraud)가 필요하다. 허위의 사실은 안다는 것이 피해자를 속이려는 의사를 추정해주는 것이 아니다.

4. 횡령죄(Embezzlement)

횡령죄 역시 사기죄와 마찬가지로 커먼로상 절도죄의 제한된 범위로 인한 처벌의 공백을 메우고자 입법으로 제정된 범죄다.[2301] 단, 사기죄가 각 주별로 유사하게 규정된 것과 달리 횡령죄의 경우 주별로 보다 차이를 보인다. 그럼에도 공통적인 요소들을 추출하면 다음과 같다.

가. 객관적 요소

1) 적법한 점유권한(lawful possession)

절도죄와 가장 핵심적으로 구별되는 황령죄의 특징적 요소는 적법한 점유권한을 갖는 행위자에 의한 것이라는 점이다. 영국법의 영향을 받은 초기의 미국 주법에서는 피고용인, 후견인, 중개인 등 권한이 있는 점유자의 다양한 유형의 목록을 열거한 적이 있었으나, 생략의 위험성으로 인해 "기타 수탁자(or other fiduciary)" 또는 "신임에 의한 위탁(entrusted)" 등으로 포괄하는 문구를 추가하였다.[2302]

2300) 80 Fla. 70, 85 So. 150 (1920). Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1268면.
2301) 예를 들어 California Penal Code CHAPTER 6. Embezzlement 503 (Chapter 6 enacted 1872).
2302) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1268면.

피고용인의 경우 고용인이 재물을 보관시킨 경우 피고용인에게는 점유권이 없고 고용인에게 여전히 점유권이 있고 피고용인은 단지 소지(custody)하고 있을 뿐이지만, 재물을 제3자로부터 고용인을 위해 받아 보관하는 경우에는 피고용인에게 점유권한(possession)이 있다고 본다. 단순히 소지하고 있는 피고용인이 고용인의 재물을 탈취한 경우에는 절도죄가 성립하는 반면, 점유권한이 있는 피고용인은 횡령죄의 죄책을 진다.[2303] 그런데 이와 같은 구별기준이 모호한 경우가 있다. 예를 들어, Commonwealth v. Ryan에서 상점의 점원이 고객으로부터 현금을 받아 서랍에 몇 분 동안 보관한 후 돈을 꺼내간 경우 보관장비(receptacle)에 보관하였기 때문에 고용주의 점유로 전환된 것이 아닌지가 쟁점이 되었는데, 법원은 점원이 단지 편의를 위해 보관한 것이었을 뿐이어서 제3자가 건넨 돈을 그대로 점유하고 있는 것으로 보아 횡령죄의 성립을 인정하였다.[2304] 대부분의 사안에서는 중대한 권한을 위임받는 지위에 있는 고용인의 경우는 점유권한이 있는 것으로 보는 방식을 택하였다.[2305]

그러나 탈취범죄로 통합한 주법에 따르면 "적법한 점유권한이 있을 것 또는 위탁관계에 있을 것"만을 요건으로 하고 있어 이 구별의 의미가 없어졌다고 볼 수 있다. 예를 들어 캘리포니아주법은 "감독 또는 관리(control or care)"로 명시하고 있는데, 제3자에게 전달하도록 주인으로부터 수표를 건네받았는데 이를 피고인이 단순한 보관을 한 경우라고 주장한 사안에서 법원은 횡령죄의 성립을 인정하였다.[2306]

2) 변환행위(conversion)

횡령죄의 요소로서 변환행위는, 절도죄의 취득 및 이동행위(taking and asportation)보다 소유자의 재산에 대한 권리를 더욱 중대하게 방해하는 행위를 일컫는 개념이다. 재산을 완전히 소비하거나 매도하거나 담보로 제공하거나 심각한 정도로 훼손하는 행위 등이 해당한다. 따라서 재물을 근거리로 이동하는 행위나 약간의 훼손을 가하는 행위만으로는 변환에 해당하지 않는다.[2307]

2303) 39 Columbia Law REview 1004-1005 (1939); Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1254면
2304) 155 Mass.523, 30 N.E.364 (1892).
2305) United States v. Whitlock, 663 F.2d 1094 (D.C.Cir.1980).
2306) Grin v. Shine 187 U.S.181 (1902).
2307) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1247-1248면.

3) 타인소유의 재물(property of another)

자기소유의 재물을 변환한 경우에는 횡령죄가 성립하지 않는다. 그러므로 고용인이 피고용인과 합의하기를 임금에서 일부금액을 제3자에게 주기로 하였는데 고용인이 제3자에게 돈을 지급하지 않은 경우라도 횡령죄가 될 수 없다.[2308] 다른 기금에서 분리해놓지 않았다면 그 금액은 피고용인의 소유가 아닌 것으로 보기 때문이다.[2309]

나. 주관적 요소

특정고의범죄인 횡령죄가 성립하기 위한 주관적 요소는'fraudulently'이다. 사기와 마찬가지의 속이려는 의도(intent to defraud)를 추가로 요하는 것이다. 즉 자신이 점유하고 있는 타인의 재산에 대해 변환하는 시점에 횡령의 고의와 불법영득의사가 있을 것을 요한다. 변환행위 당시의 의도가 중요하기 때문에 변환행위 당시 그 재물을 돌려줄 의사와 능력이 있었다면 일정한 기간이 경과한 후 횡령할 의사가 생긴 경우에는 횡령죄가 성립하지 않는 것이 원칙이다.

1) 착오의 항변 인정

만약 행위자가 타인의 재산에 대한 변환행위를 할 때 해당 재산을 자신의 소유라고 선의로(honestly) 믿은 경우에는 횡령죄가 성립하지 않는다. Lewis v. People에서 피고용인은 고용주의 재산(fund)을 보관하고 있으면서 자신이 수수료(commission)에 대한 권한이 있다고 생각하여 수수료 상당액을 변환하였고, 그렇게 믿은 것은 비합리적인(unreasonable) 경우였음에도 횡령죄의 주관적 요소가 결여되었다고 판시하였다.[2310] 타인의 재산에 대해 자기소유로 믿은 경우 외에도, 소유자가 없다고 믿은 경우나 행위자 자신에게 변환할 권한이 있다고 선의로 믿은 경우에도 마찬가지이다. 즉, 이와 같은 경우들에서 행위자에게는 속이려는 의도가 결여되어 있기 때문에 이와 같은 선의의 항변들이 사실의 착오인지 법률의 착오인지, 또는 그 착오가 합리적인지 여부와는 관계없이 횡령죄는 성립하지 않는다고 본다.[2311]

2308) Commonwealth v. Mitchneck, 130 Pa.Super. 433, 198 A. 463 (1938).
2309) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1251면.
2310) 99 Colo. 102, 60 P.2d 1089 (1936).
2311) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1257면.

2) 동량의 재산 반환의사의 항변 부정

긴급히 돈이 필요하여 변환하였지만 이후 다시 같은 금액의 재산(equivalent property)을 돌려놓을 것을 의도한 경우 절도죄의 경우 항변사유가 되지만, 횡령죄에서는 항변사유로 인정되지 않는다. 이는 대부분의 횡령의 사안에서는 반환능력이 인정되지 않기 때문이라고 그 차이를 분석한다.[2312] 심지어 State v. Baxter에서는 주 공무원이 주 기금을 사적 용도로 사용한 이후 발각되기 전에 같은 금액으로 채워 넣은 경우에도 횡령죄의 성립을 인정하였다.[2313]

5. 소결

이상 살펴본 것에서 알 수 있었듯이 미국과 우리의 절도죄, 사기죄, 횡령죄는 성립요소의 면에서는 그다지 큰 차이를 보이지 않는다. 가장 결정적으로 차이를 보이는 것은 우리가 이 세 범죄를 완전히 별개의 구성요건으로 구분하고 있는 것과는 달리, 현재 미국법은 이들을 통합하여 하나의 범죄로 보고 있는 부분이다. 이는 검사의 입증부담을 완화하기 위한 것인 점도 살펴보았다.[2314] 이와 같은 변화는 위에서 살펴본 각 범죄의 성립요소에도 큰 변화를 가져왔다. 탈취범죄로 통합하면서 재물과 재산상 이익의 구분이나, 점유 내지 소유에 대한 침해의 구별, 점유의 타인성의 구별 등은 더 이상 면밀한 검토를 요하지 않게 되었다. 이로써 재산범죄의 성립범위는 확대되었다고 볼 수 있는데, 이러한 추세에 대해 형법의 최후수단성과 정형화 원칙을 근거로 한 비판도 존재한다.[2315]

2312) Wayne R. LaFave, Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017, 1258면.

2313) 89 Ohio St. 269, 104 N.E.331 (1914).

2314) 영국의 경우는 실체법적 변화였음에 반해, 미국의 경우는 절차법적 변화로 그 동기가 다르다고 분석하는 논문으로는 박상진, 영미법에 있어 'Theft' 범죄에 대한 연구, 비교형사법연구 제13권 제1호, 한국비교형사법학회, 2011, 231~233면.

2315) George P. Fletcher, The Metamorphosis of Larceny, Harvard Law Review Vol. 89 No. 3, 1976, 469면.

제3절 | 프랑스

1. 개관

가. 체계 및 구성

재산에 대한 형사상 보호의 필요성은 단순히 개인의 재물보전유지를 위한 영역으로 볼 것이 아니고, 당사자의 동의와 관련된 문제나 피해자의 상해가 수반되는 절도 등과 같이 많은 면에 있어서 문제가 되기 때문에 오히려 인간 보호를 위한 필수적이고 전제적인 요소라 할 수 있다. 프랑스도 현대 사회의 발전으로 규율대상이 증가하는 현실에 대응하기 위해, 다양한 사안에서 법률과 법해석 원칙이 허용하는 한계까지 판례해석을 시도하며 전통적이고 소극적인 처벌 영역에서부터 그 영역을 확장하고자 했다. 물론 피고인의 이익이 되지 않는 유추해석은 금지하는 와중에, 형법의 기본원칙인 죄형법정주의의 '형사법률 엄격해석원칙'과 목적론적 해석의 균형을 맞추면서 변모하는 사회, 경제, 윤리와 과학기술의 발전 등에 맞도록 형법을 발전시켜 온 것이다.[2316] 이에 대한 대표적인 예로서는 재물의 범위가 변화함에 따라 새로운 절도대상에 대해 형사소추를 진행하여 프랑스 파기원에서 인정한 1912년의 전기절도 판례를 들 수 있다.

프랑스 형법전에서 규정하는 개인의 소유권 보호와 관련된 주요한 재산범죄로는, 형법 제311-1조와 제311-3조의 절도죄, 형법 제312-1조의 강도죄, 형법 제312-10조의 공갈죄, 형법 제313-1조의 사기죄, 형법 제314-1조의 배임죄, 형법 제314-5조와 제314-6조의 권리행사방해죄, 형법 제321-1조의 장물죄, 형법 제322-1조 제1항의 손괴죄와 동조 제2항의 소유주의 사전동의 없는 건물 등의 그라피티범죄 등을 들 수 있다.

2316) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°346, 267면.

나. '부정한 귀속' 목적의 재산범죄

형법상 타인의 소유권을 침해하는 재산범죄 중에서 불법적인 '부정한 귀속(les appropriations frauduleuses)'으로 이루어지는 주요한 범죄는 절도죄, 사기죄, 배임죄라 할 수 있다. 구체적으로 살펴보면 절도죄는 '절취 또는 취거', 사기죄는 '기망에 의한 교부', 배임죄는 '유용'이란 행위로 '부정한 귀속'을 행하여 타인의 소유권을 침해한다.[2317] 아래에서는 이들 세 가지 범죄의 개념과 특성을 알아보기 위해 범죄를 구성하는 객관적 요소와 주관적 요소를 파악하고 이들 범죄에 대한 규율과 관련되는 정당화사유 및 인적처벌조각사유에 대해서도 서술하고자 한다.

2. 절도죄(Le vol)

형법 제311-1조

절도는 타인물건의 부정한 취거다.

고대 로마법에서 말하는 '절도(*furtum*)'는 원래 금전적 물욕에 대한 생각을 드러내는 행위와 소유자의 의사에 반하여 금전적 고의로 부정하게 타인물건을 가져가는 행위를 통칭하는 것으로 오늘날의 절도죄뿐만 아니라 사기죄, 배임죄 등을 모두 포함하는 개념이었다. 다시 말하면 정당하지 않은 방법으로 타인의 것을 차지하는 점용 또는 유용을 모두 포함하는 넓은 의미를 뜻하는 것이었다. 그러나 1810년 프랑스 형법전에서는 절도죄를 로마법과 같이 단순히 금전적 물욕에 대한 생각만으로 성립되는 것도 아니고 타인물건에 대한 정당하지 못한 유용으로 성립되는 범죄도 아니라고 하여 구성요건을 구체화시켰다. 그리하여 현행 형법 제311-1조에서, "절도는 타인물건의 부정한 취거다(Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui)"라고 규정했고, 절도죄의 행위태양에 대한 법적개념에 대해서는 판례해석을 통한 방식으로 이뤄졌다.[2318]

2317) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°350, 273면.
2318) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°351, 274면.

가. 절도죄의 구성요소

1) 객관적 요소

(1) 절취행위(Une soustraction)

절취행위로는 역사적으로 오래전부터 인정되어온 사물에 대한'물적 취거'인 물건절취와 새로이 처벌의 필요성에 따라 판례를 통해 나타난'법적 취거'를 든다.[2319]

① 물적 취거(La soustraction matérielle)

전통적으로 가장 일반적인 절취의 행위태양에 속하는 물적 취거는 타인물건에 대한 불법적인 물리적 이동의 사실로서, 일찍이 1837년 'Beaudet사건'판례[2320]에서 나타난 표현으로는 사물을'취하거나(prendre), 제거하거나(enlever), 낚아채는(ravir)' 행위를 지칭하는 것인데 물건의 소유자, 점유자 몰래 또는 그 의사에 반하여 취거가 행해지는 것을 뜻한다. 특별한 경우 절도피해자가 피해물건을 행위자에게 교부할 수도 있는 것이기에 사실 정형화된 물적 취거양태를 특정하기는 쉽지 않다. 하지만 절도피해자의 동의가 전적으로 자유롭고 온전한 의식 하에서 이루어지지 않았다거나 연령에 따라 지적 또는 정신적 능력의 부족으로 분별없이 이루어진 경우라면 물적 취거로 인정된다.[2321]

② 법적 취거(La soustraction juridique)

법적 취거는 구 형법전의 영향 하에서 이른바 배임죄로 규율하지 못하는 법의 흠결 부분을 절도죄로 메우기 위해 판례를 통해 발전된 양태이다. 물적 취거만을 절취로 보게 되면 피해자가 상대방에게 점유나 소지를 허락했던 물건이 제대로 반환이 되지 않는 경우 등과 같이, 사기죄나 배임죄에 해당하지 않는 부정한 행위를 처벌하지 못할 수 있다. 물적 취거가 '물건자체의 취거'라 할 것 같으면 법적 취거는 '물건소유권의 취거'에 해당한다.[2322] 파기원은 '법적 취거를 수반하지 않은 순수 물적 보유만으로는 배타적 취거가 아니다'라고 판시[2323]했다. 따라서 슈퍼마켓과 같이 물건의 구매형

2319) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°353, 275면.
2320) Cass. crim., 18 novembre 1837, *Bull. crim.*, n°405.
2321) Cass. crim., 16 mars 1989, *Bull. crim.*, n°133.
2322) Philippe Conte, Droit pénal spécial, 6e éd., LexisNexis, 2019, n°526, 408면.

태가 구매자에게 온전히 맡겨진 자율점포에서 대금지불을 하지 않은 채 물건을 취득하면 절도죄라 할 수 있다. 판매자는 구매자의 대금지불을 조건으로 하여 물건을 인도하는 것이므로 금액을 지불하지 않은 채 계산대를 통과하는 행위는 법적 취거로 볼 수 있기 때문이다. 법적 취거의 경우는 범죄행위자가 피해자의 의사에 반하여 물건자체를 훔치는 것이 아니라 피해자의 소유권을 침탈하는 행위이므로 이 역시 절도행위가 된다. 도둑질과 같이 전형적인 절취행위를 이용한 절도가 아닌, '책략절도'의 경우처럼 피해자가 정당하게 재물을 교부했다고 보기 어려운 상황에서 이루어진 물적 취거의 경우에는 물적 취거 행위가 발생한 동시에 법적 취거가 발생한다. 법원은 시범삼아 상품사용을 희망하는 잠재적인 구매자에게 판매자가 그 상품을 사용하게 한 경우[2324]나 고용주가 고용인에게 업무수행에 필요한 물품의 사용을 사무 처리를 함에 있어서 허락한 경우에 그러한 물건들을 사무용도가 아닌 상황에서 무단 점용한 경우[2325] 절도죄에 해당한다고 하였다. 심지어 서랍 안에 금전이 들어있는 가구를 그러한 사정을 모른 채 매도인이 매도한 경우에 매수인이 구매한 가구에 들어있는 금전을 취득하면 이것 역시 법적 취거로서 절도에 해당한다.[2326]

(2) 절취대상 : 물건(Une chose)

형법 제311-1조는 구 형법 제379조와 마찬가지로 절취대상에 대한 부가적 설명 없이 취거 또는 영득하는 것을 '물건(une chose)'이라고 규정한다. 일반적으로 물리적 이동이 가능한 유형의 동산이 이에 해당하고, 소유주가 없는 무주물이나 부동산은 논리상 제외된다. 1912년 파기원은 판례를 통해 전기가 절취대상이 될 수 있음을 밝혔고[2327], 이후 형법 제311-2조를 "타인에게 손해를 가하는 에너지의 불법영득은 절도로 간주 한다"라고 개정하여 절취대상범위를 확대하였다. 1986년 9월 30일자 법률 제79-1조에 따라 텔레비전프로그램을 훔친 해적방송의 송출행위에 대해 절도를

2323) Cass. crim., 11 juin 1990, *Bull. crim.*, n°238 ; Cass. crim., 8 février 1993, *Bull. crim.*, n°65 ; Cass. crim., 8 novembre 2011, n°de pourvoi : 11-81.798, Inédit.

2324) Cass. crim., 10 avril 1959, *Bull. crim.*, n°209.

2325) Cass. crim., 8 décembre 1998, *Bull. crim.,* n°336 ; Cass. crim., 24 janvier 2018, n°16-86.597에서는 그러나 고용인에게 물건의 소지권이 있을 때에는 절도죄가 아닌 배임죄로 의율 한다고 함.

2326) Philippe Conte, Droit pénal spécial, 6e éd., LexisNexis, 2019, n°527, 409면.

2327) Cass. crim., 3 août 1912, *Bull. crim.*, n°450.

이유로 특별기소한 경우도 이 경우에 해당한다고 볼 수 있다. 또한 파기원은 문서의 무단복사행위와 컴퓨터정보에 대해서도 절도죄를 적용하였다. 1979년의 'Logabox사건'판례에서 법원은 회사의 사무노동자들이 노동사건으로 계쟁 중에 노동법원에 제출하려고 고용주가 소유한 문서를 복사한 사실에 대해 '개인적 목적으로 문서소유자의 의사에 반하여 문서를 복사한 피고인들은 그 문서에 대한 단순한 물질적 점유를 하였다고 볼 것이 아니라 복사에 필요한 시간만큼의 정당하지 못한 절취를 한 것에 해당한다'[2328]고 판시했다. 이러한 범죄의 객관적 요소로는 복사를 하여 문서재생산에 필요한 시간동안의 부정한 서류절취행위[2329] 또는 내용의 재생산에 소요되었던 필요한 시간만큼의 부정한 디스켓절취행위[2330]를 든다. 이처럼 파기원 판례는 고용주의 의사에 반한 행위를 목적으로 하는 고용인들의 복사행위를 배임죄 보다는 절도죄로 의율하는 경향을 보였다. 파기원은 정보절도에 있어서는 절취의 대상이 물리적 실현매체로서가 아니라 가치를 지닌 정보이기에 처벌한다. 컴퓨터에 의한 복사 문서처럼 정보를 담은 내용은 설사 물리적 실현매체의 이동이 없더라도 절도죄의 대상이 된다.[2331] 그러나 '형사법률 엄격해석원칙'은 절도죄의 대상을 확장하는 파기원의 판결에 대해 제한을 부과한다. 즉 컴퓨터 정보를 해킹하는 해커에 대해서는 절도죄를 적용하지 않는다. 이 경우는 전자정보의 자동화처리체계상 부정한 접근 또는 유지를 규율하는 1988년 1월 5일자 법률에 따라 형법 제323-1조 내지 제323-7조의 규정의 적용을 받는다. 또한 같은 이유로 용역이나 서비스의 절취에 대해서는 절도죄보다는 먼저 사기죄 또는 배임죄의 구성요건에 해당하는지를 확인한다.[2332]

(3) 타인소유물(La propriété d'autrui)

절취행위자 소유의 물건이 아니라 오직 타인물건을 절취 또는 취거한 경우에만 절도죄로 소추된다. 절취목적물이 예전에 행위자의 소유물이었던 적이 있더라도 현재 타인소유물이면 절취이다.[2333] 행위자가 제3자인 타인과 공유하는 물건을 절취하였다하더

2328) Cass., Crim., 8 janvier 1979, Logabax, n°77-93.038 ; Raymond Gassin, Le droit pénal de l'informatique, D. 1986, Chron. 35면.
2329) Cass. crim., 24 octobre 1990, Antoniolli, *Bull. crim.*, n°355.
2330) Cass. crim., 12 janvier 1989, Bourquin, *Bull. crim.*, n°14.
2331) Cass. crim., 4 mars 2008, D. 2008, note Stéphane Detraz, 2213면.
2332) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°356, 278면.
2333) Cass. crim., 24 avril 2001, *Bull. crim.*, n°98.

라도 절도죄에 해당한다.[2334] 마찬가지로 분실하여 잃어버린 물건도 절도죄의 목적물이 될 수 있다. 반면 버려진 물건은 절도죄의 목적물이 되지 않는다. 법원은 객관적인 가치를 지닌 물건이거나 새것인 상태의 물건은 분실된 물건으로 추정되어야 할 것으로, 버려진 물건이 아닌 것으로 간주하여 절도죄의 대상이 될 수 있다고 판시했다.[2335]

2) 주관적 요소

절도죄는 고의범이다. 형법상 고의적 책임은 '일반고의(le dol général)'와 '특수고의(le dol spécial)'를 포함한다.[2336] 절도죄의 일반고의는 물건의 소유자 또는 점유자의 의사에 반하거나 소유자 또는 점유자에게 알리지 않고 의도적으로 행위하는 범죄사실을 포함한다. 따라서 착오에 기인하여 자신의 물건이라고 믿고 가져간 행위자에 대해서 절도는 성립하지 않는다.[2337] 절도죄에 있어서의 특수고의는 비록 잠시라도 물건의 소유자처럼 행동하려는 의도에 의해서 나타난다. 파기원은 예전부터 타인자동차의 임시사용이나 고용주 소유의 서류를 피용자가 가져가서 당해서류를 복사하는 시간만큼 부정하게 사용한 행위를 '사용절도(le vol d'usage)'[2338]라고 판단한 뒤 처벌할 수 있다고 판시했다. 이때 사용절도의 동기는 범죄구성과 무관하다. 이를테면 채권자가 자신의 채권이 확보되지 않아서 채권확보를 위해 채무불이행자에게 속하는 재산을 불법적으로 탈취한 경우[2339]와 절취 후 사용목적이 아닌 파괴를 위한 것이었다 할지라도 절도죄는 성립한다.[2340] 그럼에도 불구하고 취거를 하게 된 동기는 가중절도의 증명에 고려될 수 있다. 즉 "특정 민족, 국민, 인종 또는 종교에의 소속 여부"를 이유로 피해자에 대한 차별적 동기에 대해 규정한 형법 제132-76조와 성적성향의

2334) Cass. crim., 2 février 1996, *Bull. crim.*, n°96 ; RTD civ. 1996, obs. Frédéric Zénati—Castaing, succession indivise(공동상속 관련), 936면 ; Cass. crim., 25 mai 1988, *Bull. crim.*, bien en copropriété(공동소유재산 관련), n°223.

2335) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°357, 279면.

2336) Marie-Christine Sordino, Droit pénal général, 6e éd., ellipses, 2016, 134면; 최민영/김재현/허황/강효원/김택수/박용철/손병현/이동희/이성기, Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(Ⅰ), 한국형사정책연구원, 2019, 443면.

2337) Cass. crim., 30 octobre 1914, *Bull. crim.*, n°418.

2338) Cass. crim., 19 février 1959, D. 1959, note G. Roujou de Boubeé, 331면.

2339) Cass. crim., 20 novembre 1947, S. 1948, 1. 176면.

2340) Cass. crim., 12 mars 1970, *Bull. crim.*, n°103 ; D. 1970, note M. Delmas, 385면 ; JCP 1970, II, note R. de Lestang, 16536면 : 이 판례는 성당 안에 놓여있던 신문들과 안내장을 탈취하여 그 후 강물에 던진 피고인에 대해 무례하였다고 판단하면서 절도죄를 선고하였다.

동기를 규정한 동법 제132-77조에 의해서 그러한 동기로 행해진 경우 금고형 3년인 절도죄는 2배까지 가중하여 6년이 되기 때문이다.

절도의 주관적 요소로 고의의 불법성을 요하는데, 우선 이러한 고의가 절취시 존재해야 한다. 따라서 절취 후 물건을 반환하려한 적극적인 개심자에게 미수로 인한 감경요인은 될지언정 범죄성립을 부인할 수는 없다. 다음으로 절취고의에 대한 의혹이 있을 경우는 고의부재와 동등한 것이므로 무죄가 되어야할 것이다.[2341] 최종적으로 범죄의 객관적 정황과 주관적 요소를 입증하기 위한 증거 간에 확실한 관련성이 존재해야 한다. 물건절취를 하는 상태에서 절도행위자가 물건의 진정한 소유자 또는 점유자의 의사에 반하여 또는 동의가 없이 불법적으로 귀속시키면서 자신이 '소유자로서 의욕'하여 행위하였다는 것을 입증하면 된다.[2342]

나. 절도죄의 처벌

1) 제재와 가중상황

형법 제311-3조

절도는 3년의 구금형 및 45,000유로(€)의 벌금에 처한다.

단순절도죄는 형법 제311-3조에 따라 3년의 구금형 및 45,000유로(€)의 벌금에 처한다. 절도미수죄는 단순절도 또는 가중절도에 관계없이 모두 처벌된다(형법 제121-4조, 형법 제311-13조). 그 외에 형법 제311-14조와 제311-15조에 따라 보충형으로 시민성 교육이수의무 등과 외국인이 준강도에 해당하는 절도상해죄 또는 절도중상해죄을 범한 경우, 범죄조직절도를 범한 경우 등 중범죄시에는 영구히 또는 10년 이하의 기간 동안 프랑스 영토입국금지형을 선고할 수 있다. 이처럼 입법자는 형법 제311-4조에서 여러 형태의 가중절도죄의 규정을 두어 5년의 구금형 및 75,000유로(€)의 벌금형으로 중하게 처벌한다. 그 세부적 형태를 규정한 각호는 아래와 같다.

2341) Cass. crim., 21 décembre 1949, RSC 1950, obs. P. Bouzat, 208면.
2342) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°359, 280면.

1. 수인이 정범 또는 공범으로서 죄를 범하는 경우. 다만, 범죄조직의 일원으로 행위한 경우를 제외한다.
2. 공공사무취급자가 직무수행 중 또는 이에 기초하여 죄를 범하는 경우
3. 적법절차에 의하지 아니하고 부당하게 공공사무취급자의 자격을 취득한 자가 죄를 범하는 경우
4. 실행행위의 전후 또는 실행행위 중에 타인을 폭행한 경우 다만, 폭행의 결과 노동 불능을 초래한 경우를 제외한다.
5. 응급구조치료를 위해 마련된 물건을 절취한 경우
6. 주거 또는 현금, 유가증권, 상품 또는 기타 자재의 보관 장소로 이용되거나 또는 그러한 용도로 정해진 장소에 들어가 죄를 범하는 경우
7. 대중교통수단 내 또는 대중교통수단의 접근을 위한 장소에서 죄를 범하는 경우
8. 실행행위의 전후 또는 실행행위 중에 파괴, 훼손, 손상행위를 한 경우
9. (삭제)
10. 의도적으로 얼굴이 식별되지 않도록 전체 또는 부분적으로 얼굴을 가린 행위자의 경우
11. 학교와 기타교육시설의 출입구나 등하교시에 근접한 시간대에 이들 시설근처에서 죄를 범하는 경우

특이사항으로는 형법 제311-4조 제2항에 의거, 위에 열거한 모두 10가지의 가중절도죄형태에서 범죄시 2개의 사유에 중복 해당하는 때에는 그 형을 7년의 구금형 및 100,000유로(€)의 벌금형으로, 3개의 사유에 중첩적으로 해당하는 때에는 그 형을 10년의 구금형 및 150,000유로(€)의 벌금형으로 가중한다고 규정하고 있다.

절도에 가중상황이 결부되어 형량이 늘어나면 원래 제131-4조에서 규정한대로 법정형 10년 이하로 경죄이던 절도죄가 법정형 10년을 초과하는 중죄가 되기도 한다는 것이다. 예를 들어, 형법 제311-7조 내지 제311-10조에 해당하여 절도죄에 중한 폭행이 수반되거나 흉기를 휴대하거나 조직범죄의 형태로 범하게 되면 더 이상 경죄가 아닌 중죄가 된다. 실행행위 전후 또는 실행행위 중에 사람을 폭행하여 사망에 이르게 하는 절도치사죄가 되거나 고문 또는 가혹행위를 가한 경우에는 무기징역형 및 150,000유로(€)의 벌금형에 처한다(형법 제311-10조).

2) 친족상도례(L'immunités familiales)

형법 제311-12조는 "자기의 존속 또는 비속에 대하여 죄를 범한 경우와 별거 중이거나 또는 별거를 허가받은 배우자를 제외한 자기의 배우자를 대상으로 죄를 범한 경우 절도죄는 형사소추되지 아니한다"라고 규정하여 우리나라의 친족상도례와 같은 특례규정을 명시하고 있는데, 단순절도죄뿐 아니라 절도죄의 가중형태를 모두 포함한

절도죄 전반에 적용된다. 다만 본조 제2항에서, "본조의 규정은 절도가 신분증명, 외국인의 체류 또는 주거자격관련 또는 지불수단 서류 등 피해자의 일상생활에 필수적인 물건 또는 서류에 대하여 범해진 경우와 행위자가 법원에서 정한 지정후견인, 후견감독인, 피해자의 보호위탁업무의 대리자인 경우에는 적용하지 아니한다"라고 하는 예외조항을 두고 있다. 존속 또는 비속은 법정혈족 간이므로 친생자건 양친자건 모두 포함되지만 형제자매, 사촌간은 특례적용의 해당이 아니다. 그리고 친족상도례에 의해서 형사소추는 면할 수 있겠으나 민사적 책임은 존속된다.[2343]

3. 사기죄(L'escroquerie)

형법 제313-1조

① 사기죄는 허위의 성명 또는 허위의 자격을 이용하거나 진정한 자격을 남용하거나 기타 부정한 사술을 사용하여 자연인 또는 법인을 기망하여 그 자 또는 제3자의 손해를 가하는 현금, 유가증권 또는 기타의 재산을 교부하게 하거나 서비스를 제공하게 하거나 또는 채무이행 또는 채무의 면제를 승낙하게 하는 행위이다.
② 사기죄는 5년의 구금형 및 375,000유로(€)의 벌금형에 처한다.

가. 사기죄의 구성요소

1) 객관적 요소

(1) 사기행위

사기죄는 형법 제313-1조에서 규정한 바와 같이 "허위의 성명 또는 자격이용, 진실한 자격남용이나 기타 부정한 사술동원"처럼 사기의 방식이 어찌되었건 작위를 통해 저지르는 범죄로 규정한 것으로 보인다. 그러나 파기원은 판례를 통해 사기행위가 적극적 작위만 해당한다기보다는 부작위에 가까운 적극적 태도도 포함된다는 점을 밝혔다. 즉 피해자가 미리 알았더라면 요구된 금액의 납부를 단념하게 하는 요소들의 언급을 의도적으로 피하면서 빠뜨린 행위자에게는 민간부분인 회사의 피고용자로서

2343) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°363, 282면; Philippe Conte, Droit pénal spécial, 6e éd., LexisNexis, 2019, n°548, 422면.

의 자격을 허위로 사용한 사기죄가 구성되고[2344], 정부보조금수령의 갱신 시에 정부보조금의 피급부자가 이전과 달라진 자신의 개선된 건강상태의 언급을 자제하여 정부보조금수령을 갱신한 경우도 허위의 자격을 이용하여 기망한 것으로 보아 사기죄에 해당한다고 판시했다.[2345] 이러한 부작위들도 판례에 의해 현실적인 사기행위로 인정된 이후로 입법자는 이러한 경향을 반영하여 사기행위를 나타내는 세 가지 양태를 법문에 열거하여 규정하였다.[2346]

① 허위의 성명 또는 허위의 자격사용(L'usage de faux noms ou de fausses qualités)

사기목적으로 사칭을 하기 위해서는 외적으로 드러난 사실이 아닌 하나의 기망만으로는 부정한 사술을 동원한 것이라 할 수 없고 사기행위를 구성하려면 적어도 허위의 성명 또는 허위의 자격사용을 통해야 한다. 여기서 허위의 성명사용은 피해자의 신뢰를 얻어 속이는 상황을 고무시키는 사칭이다. 예를 들어 절취한 신용카드로 물건을 구매하면서 가짜의 서명을 한 경우[2347]를 들 수 있다. 세부적으로는 개인의 신원을 나타내는 연령, 결혼유무, 직업, 학위뿐만 아니라 신뢰를 심어주게 하거나 상대방의 재산상 처분이나 교부행위를 결정하게 하는 모든 특정한 지위가 사용될 수 있을 것이다. 파기원은 자선단체형태의 자연인 또는 법인의 수임자인 것처럼 행세하여 관련행사에 출석한 행위는 허위의 자격사용을 구성한다고 판시[2348]하였다.

② 진정한 자격의 남용(L'abus de qualité vraie)

진정한 자격의 남용은 1810년 구 형법전에는 존재하지 않았던 사기의 양태였으나 판례를 통해 인정되기 시작하다가, 행위자가 자신이 과거에 이미 획득한 신뢰를 기반으로 자신이 행한 거짓말에 신용의 외형을 제공하기 위해서 자격이나 직함을 남용하는 행위를 규율하고자 하는 목적으로 법문에 도입하였다. 이를테면 변호사가 자신의 고객의 상대방이 그 고객과의 소송을 포기하게끔 자신의 진정한 자격을 남용하는

2344) Cass. crim., 8 avril 1999, Dr. pénal 1999, obs. M. Véron, Comm. 126면.
2345) Cass. crim., 30 avril 2003, Dr. pénal 2003, obs. M. Véron, Comm. 119면.
2346) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°399, 299면.
2347) Cass. crim., 19 mai 1987, Gaz. Pal. 1988, 1. Somm. 5면.
2348) 10 juin 1991, Dr. pénal 1993, Comm. 283면(적십자 또는 기타의 자선단체의 이름으로 행해진 자선행위를 표방한 사기형태).

경우[2349]를 들 수 있다.

③ 부정한 사술의 사용(L'emploi de manoeuvres frauduleuses)

위에서 이미 언급한 것처럼 행위자의 거짓말이나 단순한 속임수만으로는 부정한 사술이 동원되었다고 할 수 없다. 행위자가 상대방으로부터 신뢰를 획득할 수 있는 힘이나 신용을 실어주는 외적이고 물질적인 요소가 가미되어야 비로소 사기죄의 기망이 되어 소추가 가능해진다.[2350] 기망을 위한 허위서류의 생산, 사기음모자인 제3자의 개입 또는 가장된 연출이 수반되면 부정한 사술의 사용인 것이다.[2351]

(2) 사기의 결과

사기죄는 사기행위의 결과가 기수로 나타나야하는 결과범이다. 이 사기의 결과는 두 가지의 요소를 중첩적으로 요한다.[2352]

① 피해자의 재산처분행위(La remise de la chose par la victim de l'escroquerie)

형법 제313-1조에서 규정한 것처럼 사기피해자에 의한 재산처분행위는 현금, 유가증권, 기타의 재산을 교부하거나 서비스를 제공하거나 또는 채무이행 또는 채무면제를 승낙하는 행위이다. 여기서 서비스를 제공하는 행위는 판결을 통해 나타난 불법적 귀속내용물의'비물질화'경향에 따른 것으로 서비스의 제공피해에 대해서도 사기죄로 처벌하기 위해서 신 형법전에 새로이 도입되었다.[2353]

② 재산상 손해의 발생(Un préjudice)

상기의 피해자의 재산처분행위 또는 교부행위로 그 자 또는 제3자의 손해가 수반되어야 하는가에 대해 파기원은 형법 제313-1조의 법문에 따라 재산상 손해의 발생이 수반되지 않은 경우 사기기수죄로 처벌하지 않는다고 판시했다.[2354] 이에 대한 해석

2349) Cass. crim., 6 avril 1993, n°de pourvoi : 92-84.225, Inédit(미간행).
2350) Yves Mayaud, La crédibilité, critère du mensonge punissable en droit pénal, AJ pénal, 2008, 111면.
2351) Cass. crim., 4 mai 2016, n°de pourvoi : 15-80.770, *Bull. crim.*, 2016, n°138(자동차판매인이 주행거리를 조작하여 시세에 비해 당해 자동차의 가성비를 높인 사기죄의 전형적 사례).
2352) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°405, 302면.
2353) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°406, 302면.
2354) Cass. crim., 26 octobre 1994, *Bull. crim.*, n°341 ; Dr. pénal 1995 Comm. 65면.

을 살펴보면 첫째, 죄형법정주의에 입각하여 형법 제313-1조 사기죄의 법문은 손해의 발생을 확인하는 것이고 둘째, 손해의 발생여부를 도외시하게 되면 사기죄가 더 이상 결과범이 아닌 형식범이 되며 셋째, 사기행위의 양태가 피해자의 자유로운 동의가 침해받은 상태에서의 재산처분행위 즉 의사결정자유의 침해라고 할지라도 기본적으로 타인재산의 소유권침탈인'불법적 귀속'을 규율하는 범죄에 해당한다고 설명한다.[2355] 행위자의 기망에도 불구하고 재산처분행위 또는 교부행위가 이루어지지 않은 경우 예비행위가 아닌 실행의 착수가 있다고 보아 사기미수죄로 기소될 수 있다. 사실 예비행위와 실행의 착수가 명확하게 구분되는 것은 아닌데 특히 보험사기의 경우에 더 그러하다. 파기원은 손해보험가입자가 재해를 입은 것으로 가장하여 보험회사에 보험금청구서류를 전달하면 사기미수죄의 실행의 착수가 있는 것으로 보았고 보험금수령을 목적으로 사고를 연출하기는 하였지만 보험회사에 보험금청구서류가 전달되지 않았다면 처벌되지 않는 예비행위에 해당될 뿐이라고 판시했다.[2356]

(3) 인과관계

사기행위자의 기망과 사기피해자의 재산처분행위 또는 교부행위 간에 인과관계가 밝혀지지 않으면 사기죄로 처벌될 수 없다. 인과관계의 규명에는 피해자가 재산처분행위 또는 교부행위를 함에 있어서 행위자가 행한 기망에 의해서 착오에 빠지게 되었다는 것이 결정적인 요인이 된다.[2357]

2) 주관적 요소

사기죄는 일반고의와 특수고의를 동시에 요하는 고의범이다. 일반고의는 법문에 있는 것처럼 "허위의 성명 또는 허위의 자격을 이용하거나 진정한 자격을 남용하거나 기타 부정한 사술을 사용하려는"고의이다. 특수고의는"자연인 또는 법인을 기망하려는"고의인데 범죄기수로 인한 이익의 향유까지는 아니다.[2358] 범죄행위의 수행시 주관적 요소를 인식하고 있어야 한다. 법원은 한편으로 기망행위 연출의 중요성을 언급

2355) Marie-Laure Lanthiez, Du préjudice dans quelques infractions contre les biens, Dalloz, 2005, Chron. 464면.
2356) Cass. crim., 22 mai 1984, *Bull. crim.*, n°187.
2357) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°408, 304면.
2358) Cass. crim., 9 mars 1972, JCP 1973, II. 17434면.

하면서 반복된 행위로 수입을 마련하는 영업범의 경우 기망행위가 복잡할수록 주관적 요소의 입증이 더 잘되는 것으로 판단한다.[2359] 또 한편으로는 형법의 일반원칙에 따라 범죄동기에는 무관심하다. 이를테면 예전에 자신에게 사기를 범했던 사기범을 상대로 한 사기도 사기죄에 해당한다.[2360]

나. 사기죄의 처벌

단순사기의 처벌은 형법 제313-1조 제2항에 의거, 5년의 구금형 및 375,000유로(€)의 벌금형에 처한다. 단순사기에 아래와 같은 가중요소들이 가미되면 형법 제313-2조 제1항에 의거, 7년의 구금형 및 750,000유로(€)의 벌금형에 처한다.

1. 공공사무취급자가 직무수행 중 또는 이를 기화로 죄를 범하는 경우
2. 공공사무취급자의 자격을 사칭하는 자가 죄를 범하는 경우
3. 증권발행 또는 인도적 또는 사회적 구호목적으로 자금모집의 담당자가 실행하는 경우
4. 행위자가 피해자의 연령, 질병, 신체나 정신적 장애 또는 임신으로 인하여 자활능력상태가 미약하다는 것을 명백히 알 수 있었거나 아는 상태에서 죄를 범하는 경우
5. 공무원, 사회보호단체 또는 공공서비스업무자를 상대로 보조금, 수당 또는 이익을 받기위해 죄를 범하는 경우

또한 제313-2조 제2항에 의거, 사기가 범죄조직에 의해 범해진 경우 10년의 구금형 및 1,000,000유로의 벌금형으로 가중한다.

사기죄의 경우에도 형법 제313-3조에 따라 절도죄에서 언급한 제311-12조의 친족상도례의 특례규정을 적용한다.

4. 배임죄(L'abus de confiance)

절도죄의 행위자는 절도피해자를 대상으로 물건을 절취하고, 사기죄의 행위자는 사기피해자를 기망하여 자유로운 동의가 아닌 착오로 재산처분행위 또는 교부행위로 손해를 가한다는 점을 앞에서 검토했다. 이제부터는 위탁자로부터 계약관계를 통해

2359) Cass. crim., 31 janvier 2007, D. 2007, obs. B. Bouloc, 1843면 ; Rev. sociétés 2007, note H. Matsopoulou, 341면.

2360) Cass. crim., 3 juillet 1947, JCP 1948, II. 4474면.

받은 신임 또는 신뢰를 남용 또는 배신하여 타인의 재산을 유용해서 위탁자에게 재산상의 손해를 가하는 배임죄에 대해 서술한다.

형법 제314-1조

① 배임은 현금, 유가증권 또는 기타 재산에 대하여 그 반환, 관리 또는 특정한 용도에의 사용을 위탁받은 자가 이를 유용하여 타인에게 손해를 가하는 행위이다.
② 배임죄는 3년의 구금형 및 375,000유로(€)의 벌금형에 처한다.

본 조항은 구 형법전 제408조과 파기원 판례에서 범죄태양의 범위를 정해서 규정하기 어려웠던 배임죄의 구성요건행위에 해당하는 '유용(le détournement)'의 의미를 다소 단순화하여 나타낸 것으로 판단된다.[2361]

가. 배임죄의 구성요소

1) 전제적 요소

자신에게 일정한 사무의 처리를 위탁한 위탁자의 신임 또는 신뢰를 남용·배신하여 타인의 재산을 빼돌리는 양태인 '유용(流用)'을 하여 재산상 손해를 끼치는 행위인 배임죄가 성립되려면 전제적 요소로 세 가지가 우선 확보되어야 한다.[2362]

(1) 계약이나 위탁의 존재

구 형법전에서는 배임죄가 성립되기 위한 계약의 종류를 열거하였으나 신 형법전에서는 이런 열거식 규정을 삭제했다. 그러므로 현행 규정에 따르면 노동계약, 투자를 위한 금전신탁계약[2363] 뿐만 아니라 계약종류에 관계없이 여하한 계약이나 위탁이 있는 상태에서 수탁자가 유용행위를 하게 되면 배임죄는 성립될 수 있다. 이런 상황과 마찬가지로 파기원은 '보다 더 광범위하게 법령규정에 따르는 다른 위탁에서 비롯된 배임죄를 인정하기 위해서도 반드시 계약에 따른 위탁에서 비롯된 유용된 금액에만

2361) Yvonne Muller-Lagarde, La protection pénale de la relation de confiance: Observations sur le délit d'abus de confiance, RSC. 2006, 809면.
2362) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°368, 285면.
2363) Romain Ollard, La fiducie: aspects de droit pénal, RSC 2009, 545면.

국한할 것은 아니다'라고 판시했다.[2364]

(2) 현금, 유가증권 기타 재물

'물건'만을 대상으로 하는 절도죄와는 달리 배임죄는 법문에서 규정하고 있듯이 "현금, 유가증권 또는 기타 재물"의 유용도 규율한다. 파기원 판결에 따르면 유형의 동산뿐만 아니라 비물질적 재물도 포함된다. 오랫동안 파기원은 유용의 대상이 되려면 그것은 형태를 갖춘 것이어야 한다고 하여 배임의 목적물로 정보는 될 수 없고 그 물리적 실현매체여야 한다고 판시했다.[2365] 그러나 2000년 11월 14일 파기원은 형법 제314-1조의 규정에 따라 유형의 재물뿐만 아니라 그 어떤 재산적 가치가 있는 재물에 대해서도 배임죄는 성립될 수 있다고 설명하며 '물리적 실현매체로부터 분리된 신용카드번호는 배임의 목적물이 될 수 있다'고 판시했다.[2366] 또한 2004년 5월 19일 파기원 판례는 피고용자의 임무에 위배된 인터넷사용을 고용자에 대한 배임죄로 인정하였다.[2367] 이렇게 파기원은 유형의 동산뿐만 아니라 그 어떤 재물에 대해서도 배임죄가 성립될 수 있다고 판시 하였지만, 며칠 동안 방을 빌린 후에 방 열쇠의 반환을 거부한 경우 배임죄를 범한 것이 아니라고 판시하여 건물과 같은 부동산을 대상으로 한 배임죄는 적용되지 않는다는 점을 밝혔다.[2368]

(3) 타인의 사무처리

앞서 살펴보았듯이 배임죄는 타인의 '재산의 반환, 관리 또는 특정한 용도에의 사용해야 하는' 일정한 사무처리의 책임이 있는 자가 그 소유자 또는 점유자로부터 재산을 유용하여 타인에게 손해를 가하는 행위를 말한다. 따라서 수탁자가 타인의 사무처리자의 지위에서 사무처리와 관련하여 임무위배를 하여 그 타인에게 재산상 손해를

2364) Cass. crim., 1er mars 2000, *Bull. crim.*, n°97 ; RSC, 2000, obs. Reynald Ottenhof(지방자치법에서의 시장에 관하여), 831면.

2365) Cass. crim., 9 mars 1987, *Bull. crim.*, n°111.

2366) Cass. crim., 14 novembre 2000, *Bull. crim.*, n°338 ; D. 2001, note Bertrand de Lamy, 1423면.

2367) Cass. crim., 19 mai 2004, *Bull. crim.*, n°126 ; D. 2004, note Bertrand de Lamy, 2748면 :'피고용자가 업무용컴퓨터를 가지고 그자신의 지배 하에서 인터넷접속을 하여 포르노그래피 홈페이지를 방문하고 대량의 동일성질을 가진 메시지로 하드디스크를 가득 채운 경우 배임죄의 유죄에 해당한다'고 판시.

2368) Cass. crim., 14 janvier 2009, Dr. pénal 2009, Comm. obs. M. Véron, 65면.

가하는 행위를 하면 그것이 배임죄에 해당하므로 수탁자는 타인재산에 대한 처분권을 가진 사람은 아니다.[2369]

2) 객관적 요소

(1) 유용행위

배임죄는 작위뿐만 아니라 부작위의 형태로도 가능하다는 점에서 특이하다. 형법 제314-1조에 의해 배임죄가 성립되려면 객관적 요소로 수탁 받은 재산에 대한 유용행위가 있어야 한다. 입법자는 이 유용행위의 개념 및 범위에 대해서는 판례에 맡긴 상태이다. 여기서 유용은 위탁자의 위탁에 의해서 사무처리자가 단순하게 일시적으로 취급하던 재산을 불법적으로 진정한 소유 또는 점유로 그 권리를 전도시키는 행위를 의미한다. 종래의 위탁자의 재산을 유용하여 권리를 전도시키는 방식은 어떠한 형태로도 가능하다. 사전에 체결된 계약에서 규정된 대로의 타인재산에 대한 사무처리로부터 소유, 소멸, 손괴, 매매, 기증 등 위탁자인 본인에게 반환을 못하게 하는 어떠한 행위도 이에 해당한다. 부작위로 인한 유용행위로는 타인재물에 대한 반환이 지체되는 경우라도 유용을 하려는 고의에 의해서 피고인이 일부러 반환을 늦추었다는 것이 입증되면 배임죄에 해당된다. 이러한 해결은 원래부터 하나의 범죄사실로 결정된 것이 아니라는 유용행위의 개념에서 나온다.[2370]

(2) 유용의 결과

범죄의 결과로서 위탁자의 손해는 정형화될 수 있어야 한다. 판례에 따르면 실제 발생된 손해가 아니라도 손해 발생에 개연성이 있다면 배임기수죄가 되는 것으로 폭넓게 인정하고 있기 때문에, 실질적으로 배임미수죄에 대한 기소는 이루어지지 않고 있다. 배임행위자가 타인재산에 대한 유용행위를 통해서 재산상 이익을 취득했는가는 중요하지 않다. 수탁자의 유용행위로 위탁자 또는 본인에 해당하는 소유자 또는 점유자의 재산에 대한 손해를 발생시켰거나 발생시킬 수 있다면 배임죄기수가 된다.[2371] 이렇게 폭넓게 유용행위로 발생할 수 있는 손해까지도 채택을 하게 되면 결국 실질적인

2369) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°371, 287면.
2370) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°373, 288면.
2371) Cass. crim., 13 janvier 2010, n°de pourvoi : 08-83.216, *Bull. crim.*, 2010, n°6.

범죄결과의 존재를 의심하는 상황으로 이어질 수 있다는 비판도 존재한다.[2372]

(3) 인과관계

배임죄는 원칙적으로 실행행위인 배임행위 또는 유용행위와 배임죄의 결과라고 할 수 있는 손해의 발생 또는 예상할 수 있는 손해 사이에 인과관계가 성립되어야 한다.[2373]

3) 주관적 요소

배임죄는 고의범죄로 고의는 일반고의로 족하다. 배임행위자는 위탁받은 자신의 사무처리를 위배하여 타인의 재산을 유용하여 자신의 지배 하에 이전하려는 고의와 그 인식을 요한다. 즉 행위자 자신은 단지 위탁받은 타인재산에 대한 사무처리자로서 그 재산의 반환을 불가능하게 하여 손해를 발생시킨 것이라는 인식을 가져야 한다. 판결법원의 법관은 당해범죄의 주관적 요소를 정형화하기 위해 흔히 '악의(la mauvaise foi)'를 거론한다.[2374]

나. 배임죄의 처벌

1) 제재와 가중상황

배임죄의 미수는 원래 처벌규정이 없었다. 배임죄의 특성으로 보아 법률의 규정을 두지 않은 것이 논리적이다. 배임죄는 사무처리자가 이미 수탁 받은 진정한 소유자의 재산에 대한 유용행위를 하는 것인 이상 미수 즉 실행의 착수를 상상할 수 없기 때문이다.[2375]

배임죄의 처벌은 형법 제314-1조 제2항에 의거, 3년의 구금형 및 375,000유로(€)의 벌금형에 처한다. 최근에 새로이 제정된 제314-1-1조 제1항에 의거, 배임죄가 유럽연합(l'Union européenne)예산에 포함된 회원국으로부터 수익금, 지출예산, 자산 또는 유럽연합의 조직체, 산하기관의 예산 또는 유럽연합에 의해 직접 관리, 통제되는 예산을 대상으로 행해진 경우 5년의 구금형으로 가중한다. 또한 제314-1-1조 제2

2372) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°374, 289면.
2373) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°375, 289면.
2374) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°376, 289면.
2375) Christophe André, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017, n°377의 각주 1, 290면.

항에 의거, 본조에서 규정한 배임죄가 범죄조직에 의해 범해진 경우 7년의 구금형 및 750,000유로(€)의 벌금형으로 가중한다. 배임죄의 미수범은 상기에 서술한 것처럼 사실상 상상하기 어려운 것임에도 불구하고 유럽연합 및 산하기관의 예산에 대한 배임죄의 규율에는 특별히 미수범처벌규정을 두어, 제314-1-1조 제3항에 의거, 본조에서 규정한 죄의 미수범은 기수범과 동일한 형벌에 처한다.

배임죄에 아래와 각호와 같은 가중상황들이 가미되면 형법 제314-2조에 의거, 7년의 구금형 및 750,000유로(€)의 벌금형에 처한다.

1. 자기의 계산으로 또는 산업체 또는 상법상 기업의 법률상 또는 사실상의 경영자나 담당자로서 금전이나 유가증권관리를 위한 공개를 하는 자가 이를 실행한 경우
2. 금전이나 유가증권을 회수하는 자로서 부수적인 것을 포함하여 상습적으로 제3자의 재산운용에 협력을 제공하거나 종사하는 기타의 모든 자가 이를 실행한 경우
3. 인도적·사회적 구호를 목적으로 대중을 상대로 자금모집을 하는 단체에 대해 손해를 가한 경우
4. 행위자가 피해자의 연령, 질병, 신체나 정신적 장애 또는 임신으로 인하여 자활능력상태가 미약하다는 것을 명백히 알 수 있었거나 아는 상태에서 손해를 가한 경우

여기서 한 걸음 더 나아가 형법 제314-3조에 의거, 특수횡령죄라 할 수 있는 법정재산관리인 또는 국가직공무원이 직무수행 중 또는 이를 기화로 또는 그 자격을 이용하여 배임죄를 범한 때에는 10년의 구금형 및 1,500,000유로(€)의 벌금형으로 가중한다.

배임죄의 경우에도 형법 제313-3조에 따라 절도죄에서 언급한 제311-12조의 친족상도례의 특례규정을 적용한다.

2) 배임죄의 공소시효

파기원은 배임죄를 은밀하게 숨어있는 암수범죄처럼 판단하고 있다. 그러므로 배임죄의 공소시효는 범죄행위를 종료한 때가 아니라 배임죄피해자가 범죄발견을 필요로 하는 요소들을 다루면서 알게 된 날로부터 진행된다.[2376] 이러한 판례의 태도는 2017년 2월 27일자 법률로 "피해자 또는 사법당국이 알 수 없었던 구성요소들에 의해 범죄는 은폐되는 것이다"라는 하는 형사소송법 제9-1조 제3항을 새로이 제정하게 되는 법적 토대를 제공하였다. 형사소송법 제8조에 의해 원래 경죄의 공소시효는

2376) Cass. crim., 4 septembre 1995, RSC 1996, obs. Reynald Ottenhof. 378면 ; Cass. crim., 19 novembre 2003, n°de pourvoi : 03-80.591.

3년으로 규정하고 있다. 그러나 이처럼 "은폐된 또는 은닉된 범죄(l'infraction occulte ou dissimulée)의 경우 공소시효는 그 예외를 적용하여 범죄가 드러난 날 또는 증명된 날(le jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée)로부터 계산하여 12년을 초과할 수 없다(형소법 제9-1조 제2항)"라고 규정하여 공소시효의 연장이 이루어졌다.

3) 법적 취거형태의 절도죄와의 경합

앞에서 절도죄를 서술할 때, 법적 취거는 구 형법전의 영향 하에서 이른바 배임죄로 규율하지 못하는 법의 흠결부분을 절도죄로 보충하기 위해 판례를 통해 발전된 절도죄의 한 형태라고 하였다. 그리고 배임죄의 경우 구 형법전에서는 배임죄가 성립되기 위해서는 조문 내 노동계약, 금전신탁계약 등과 같은 제한 요건을 열거를 하였으나 현재 신 형법전에서는 이러한 방식을 따르지 않는다. 따라서 전제적 요건으로 특정한 계약이 있어야만 배임행위가 성립되는 것이 아니라 어떠한 계약이나 위탁이든 일종의 위탁관계가 있으면 배임죄가 성립될 수 있는 것이다. 신 형법전에서 현재의 형법 제314-1조와 같이 여하한 위탁관계가 있으면 성립하는 배임죄 규정으로 서술방식을 바꾸기는 하였으나 판례는'법적 취거' 형태의 절도죄로서의 개념도 유지하고 있다. 그러다보니 배임죄와 '법적 취거' 절도죄의 구분이 어려운 경우가 존재하는 데 특히 노동계약의 경우에 그러하다. 판례는'개인적이고 배타적인' 유용인 경우에 한해 배임죄를 적용한다. 회사에서의 지시를 이행하기 위해 일상적으로 사용하던 고객기록서류를 유용한 사무원은 배임죄를 범하는 것[2377]이고 자신이 근무하는 가게, 사무실, 공장에 있는 상품을 취거하여 가지고 나오면 절도죄를 범하는 것이다. 그럼에도 불구하고 이러한 명확한 구분은 고용주에게 속하는 서류들을 취급하던 사무처리자가 그 서류를 복사한 경우[2378]에는 들어맞지 않는다. 이런 경우 법원은 그 서류가 고용주에게 있어서 '개인적이고 배타적인' 요소임에도 불구하고 주로 배임죄보다는 절도죄로 판결한다.

2377) Cass. crim., 4 janvier 1968, *Bull. crim.*, n°1.
2378) Cass. crim., 19 janvier 1994, RSC 1994, 767면 ; Dr. pénal 1994, Comm. M. Véron, 109면.

5. 소결

프랑스 형법상 소유권 보호와 관련된 재산범죄들 중에서 절도죄, 사기죄 및 배임죄에 대해 서술하였다. 우리 형법과 근본적으로 다르진 않겠지만 이들 범죄들을 바라보는 일종의 시각 차이는 발견할 수 있었다.

프랑스 형법상 절도죄에 대해 형법 제311-1조 규정에서 "절도는 타인물건의 부정한 취거이다"라고 하여 절도의 개념정의를 하고 있다. 물론 세부적인 절도행위의 태양은 판례의 추가적 해석에 맡겨진다. 절도죄에 있어서 '물건자체의 취거'인 물적 취거와 '물건소유권의 취거'인 법적 취거로 나누어 배임죄로 미처 규율하지 못하는 법의 흠결 부분에 대한 규율을 절도죄로 보완하려는 의도를 확인하였다.

형법 제311-1조에서 절취대상은 재물이라기보다는 '물건(une chose)'으로 규정하고 있다. 본문에서 이미 거론한 바와 같이 1979년의 파기원 판결은 사무노동자들이 고용주 소유의 서류를 복사한 사건에서 "개인적 목적으로 문서소유자의 의사에 반해 문서를 복사한 행위는 문서에 대한 물질적 점유를 한 것이 아니라 복사에 필요한 시간만큼의 정당하지 못한 절취"라고 판시하여, 우리나라의 "컴퓨터에 저장된 정보를 출력하여 생성한 문서는 피해 회사에 의하여 보관되고 있던 문서가 아니라, 피고인이 가지고 갈 목적으로 피해 회사의 업무와 관계없이 새로이 생성시킨 문서라 할 것이므로, 이는 피해 회사 소유의 문서라고 볼 수는 없다 할 것이어서, 이를 가지고 간 행위를 들어 피해 회사 소유의 문서를 절취한 것으로 볼 수는 없다"라고 하는 대법원 2002도745판례와는 다른 시각 차이를 확인할 수 있었다. 프랑스 파기원은 정보절도에 있어서 절취의 대상이 물리적 실현매체로서가 아닌 가치를 지닌 정보이기에 처벌한다. 컴퓨터에 의한 복사 문서처럼 정보를 담은 내용은 설사 물리적 실현매체의 이동이 없더라도 절도죄의 대상으로 본다.

사기죄의 특이사항으로는, 형법 제313-1조에서 명시적으로 기망행위를 "허위의 성명 또는 허위의 자격을 이용하거나 진정한 자격을 남용하거나 기타 부정한 사술을 사용"하는 것으로 규정하여 구성요건을 제한하며 개념을 정의하고 있다는 점이다. 그리고 사기죄의 성립과 관련하여 사기피해자의 재산처분행위 또는 교부행위로 그 자 또는 제3자의 손해가 수반되어야 하는 가하는 문제에 대해 파기원은 형법 제313-1

조의 법문에 따라 재산상 손해의 발생이 수반되지 않은 경우는 사기기수죄로 처벌하지 않았다. 이러한 파기원의 태도는 우리의 "사기죄는 타인을 기망하여 그로 인한 하자 있는 의사에 기하여 재물의 교부를 받거나 재산상의 이득을 취득함으로써 성립되는 범죄로서 그 본질은 기망행위에 의한 재산이나 재산상 이익의 취득에 있는 것이고 상대방에게 현실적으로 재산상 손해가 발생함을 요건으로 하지 아니한다"라고 하는 2003도7828판례의 입장과는 다르다.

배임죄의 특이사항으로는 우리 형법처럼 개개의 특정한 재물에 관하여 성립하는 횡령죄와 재산상의 이익에 관하여 성립하는 배임죄로 구분하지 않고 배임죄를 폭넓게 적용하여 배임죄하나로 규율하면서 특수한 경우에는 '법적 취거'절도죄와 함께 규율하는 태도를 보인다. 배임죄의 구성요소도 다른 범죄와 마찬가지로 객관적 요소와 주관적 요소를 구비하여야하지만 그 이전에 사전적으로 갖추어져야하는 전제적 요소로서 계약이나 위탁의 존재가 필요하고 배임으로 손해를 입게 되는 배임죄의 목적물에는 현금, 유가증권 또는 기타 재물을 법정하고 있으나 판례의 해석을 통해 비물질적 재산적 가치가 있는 재물도 포함시키고 있다. 또한 배임죄를 구성하는 배임행위는 우리 형법과 마찬가지로 작위 또는 부작위 모두가 가능하다고 보고 있다. 배임죄의 실행행위인 배임행위에 해당하는 '유용'은 위탁자의 위탁에 의해 사무처리자가 단순하게 일시적으로 취급하던 타인재산에 대한 권리를 불법적으로 전도시키는 행위를 의미한다. 이 유용행위의 개념 및 그 범위에 대해서는 판례의 축적에 의해 계속적으로 배임범죄사실구체화에 대한 규명이 이루어질 전망이다. 배임죄의 결과로서 위탁자의 손해가 정형화될 수 있어야 하겠으나 판례의 태도는 실제 위탁자의 손해가 발생되었거나 손해발생가능성이 있는 경우 배임기수죄가 되는 것으로 폭넓게 인정하는 추세여서 이는 우리 대법원 2002도4229판례의 "배임죄에 있어서 '재산상의 손해를 가한 때'라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함된다"는 것과 서로 일맥상통하다는 점을 확인하였다.

제4절 | 독일

1. 개관

독일 형법전의 재산범죄는 광의의 재산범죄와 협의의 재산범죄로 구분할 수 있다. 전자는 다시 소유권에 대한 범죄와 개별적 재산권에 대한 범죄로 분류할 수 있다. 협의의 재산범죄에서는 경제적 가치 있는 재화 개념을 바탕으로 하여 재산 총체를 보호한다. 이러한 구분에 의해 주된 논의 대상이 되는 독일 형법전의 재산범죄는 다음과 같이 분류된다.

[표 7-4-1] 재산범죄 분류[2379]

광의의 재산범죄 (Vermögensdelikte im weiteren Sinne)		협의의 재산 범죄 (Vermögensdelikte im engeren Sinne)
소유권에 대한 범죄 절도 제242조 이하 횡령 제246조 강도 제249조 이하 손괴 제303조	**개별 재산가치에 대한 범죄** 자동차 부정사용 제248조b 담보물 절취[2380] 제289조 강제집행방해 제288조	사기 제263조 컴퓨터사용사기 제263조a 보험남용 제265조 사익취득 제265조a 공갈 제253조 배임 제266조 수표 및 신용카드 남용 제266조b 범죄비호 제257조 장물취득 제259조

광의의 재산범죄에서는 재산의 특별한 구성요소를 개별적으로 보호한다. 대체로 소유권 범죄(Eigentumsdelikte)의 특징을 보이며, 구체적으로 절도죄의 소유권(Eigentum), 자동차부정사용죄의 사용권(Gebrauchsrecht), 담보물절취죄의 담보권(Pfandrechte), 강제집행방해죄의 채권(Gläubigerrechte)을 보호법익으로 한다.

협의의 재산범죄는 개별적 재산가치가 아닌 전체로서의 재산권(Vermögen als Ganzes)을 보호한다. 재산상의 손해를 요구하는 범죄(사기, 공갈, 배임 등) 혹은 본범

2379) Sabine Tofahrn, Strafrecht Besonderer Teil II: Straftaten gegen Vermögenswerte, 5. Aufl., C.F.Müller, 2018, S. 1

2380) Pfandkehr, 우리나라 형법의 권리행사방해죄

을 요건으로 하는 일종의 유지범(sog. Anschlussdelikte, 제257조 범죄비호 및 제259조 장물취득)이 이에 해당한다.

이하에서는 독일 형법상 소유권범죄 중 절도죄-횡령죄를 (협의의) 재산범죄 중 사기죄-배임죄에 대해 서술하고자 한다. 다만 법전의 편제에 따라 그 중심은 절도죄와 사기죄가 될 것이다.

2. 절도죄(§ 242 Diebstahl)

소유권을 대상으로 하는 범죄는 영득 유무에 따라 영득범죄(제242조 이하, 제249조 이하)와 재물손괴범죄(제303조 이하)로 나뉜다. 영득범죄(Zueignungsdelikte)는 모두 타인의 동산을 행위 객체로 하며, 주관적으로 영득의사를 가지고 타인의 물건을 절취하는 절도죄와 행위가 이미 객관적 영득을 구성하는 횡령죄로 구분된다. 강도죄는 폭행 혹은 협박으로 절취하는 강요를 수단으로 한다는 점에서 그 차이를 보인다.

재물손괴범죄(Sachbeschädigungsdelikte)의 객체는 반드시 동산일 필요는 없다. 손괴의 기본개념은 제303조 제1항과 제2항의 효용가치의 감소 및 외관의 변형을 바탕으로 하며, 제303조a 이하에서 행위객체에 따른 다양한 손괴 범죄를 규정하고 있다.(제303조a: 데이터, 제305조: 건조물(Bauwerk))

본 절에서는 소유권을 대상으로 하는 대표적인 범죄인 절도죄를 심사체계의 순서에 따라 주요 쟁점과 함께 개설하고자 한다.

가. 제242조 절도죄

독일의 다수설은 소유(Eigentum) 및 점유(Gewahrsam) 모두를 절도죄의 보호법익으로 본다.[2381] 제242조는 절도죄의 기본 구성요건을, 제243조는 규정례(Regelbeispiel) 형식으로서 양형규정을, 제244조 및 제244조a는 가중요건을 규정하고 있다. 제247조 및 제248조a는 친족상도례 및 친고죄 조건을 규정하고 있다.[2382]

2381) 독일의 절도죄 보호법익 논쟁에 관한 개관으로는 Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp/Jan C. Schuhr, Strafrecht Besonderer Teil/2: Straftaten gegen Vermögenswerte, 43. Aufl., C.F.Müller, 2020, Rn. 57a

2382) 제247조 친족상도례 [Haus- und Familiendiebstahl], 제248조a 경미한 가치의 재물에 대한

[표 7-4-2] 절도죄 심사체계

제242조 절도죄

I. 구성요건
  1. 객관적 구성요건
    (1) 행위 객체: 타인의 동산 (fremde bewegliche Sache)
    (2) 행위: 절취 (Wegnahme)
  2. 주관적 구성요건
    (1) 고의
    (2) 영득의사 (Zueignungsabsicht)
    (3) 영득의사의 위법성 (Rechtswidrigkeit der Zueignungsabsicht)
    (4) 불법영득의사에 대한 고의
II. 위법성
III. 책임
IV. 제243조에 따른 특히 중한 경우 (Regelbeispiel)
V. 제247조 및 제248조a에 따른 고소

1) 행위객체

절도죄의 객체를 타인의재물로 규정하고 있는 우리와 달리, 독일 형법은 절도죄의 객체를 타인의 움직일 수 있는 물건, 즉 동산으로 규정하고 있다.(fremde bewegliche Sache)

(1) 물건[2383]

절도죄에 있어서 물건은 민법상의 개념과는 독립된 형법적 개념으로 구성된다. 물건의 형법적 개념은 우선 민법 제90조[2384]와 같이 대상의 유체성(Körperlichkeit)을 전제로 하고 있지만, 예를 들어 민법 제90조a 및 민사소송법 제265조의 물건과는 차이를 보인다.[2385] 민법 제90조a와는 달리 형법상 동물은 물건으로 취급된다.

물건의 개념은 물건의 물질상태(der Aggregatzustand der Sache)와는 무관하

절도 및 횡령 [Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen]: 소추조건을 규정한 제247조와 제248조a는 횡령죄, 사기죄(제263조 제4항), 배임죄(제266조 제2항)에도 준용한다.

2383) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 60. Aufl., C.H.Beck, 2013, § 242 Rn. 2 ff.

2384) 독일 민법 제90조 [물건의 개념] 이 법률에서 물건이라 함은 유체물만을 말한다.

2385) Roland Schmitz in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach/Roland Schmitz(Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 5, 3. Aufl., C.H.Beck, 2019, §242 Rn. 20

다.[2386] 따라서 액체 혹은 기체는 물건에 포함된다. 유체물로서의 물건은 경계가 구분이 되어 그 형태가 나타날 수 있어야 한다.[2387] 따라서 전기[2388], 청구권 등 권리, 저장된 데이터는 절도의 객체가 될 수 없다. 반면 권리가 화체된 유가증권(Urkunde), 전기 에너지가 저장된 배터리, 데이터가 저장된 USB-Stick은 절도죄의 객체가 된다.

물건의 개념은 물건의 경제적 가치(der wirtschaftliche Wert)와도 무관하다.[2389] 우리 형법전이 절도죄의 표지를 '재물'에 두고 있는 것과는 달리 독일은 '물건'으로 규정하고 있다는 점에서 이는 분명히 드러난다. 그리하여 독일에서 절도죄는 사기죄와 같은 협의의 재산 범죄와는 달리 재산상 손해를 요건으로 하지 않는다는 논리적 결론에 이른다.

살아있는 인간의 신체와 관련하여, 신체 및 심박 조정기 등의 인공 신체 이식물은 물건으로 보지 않는다. 다만 분리된 신체일부 및 사체와 관련해서는 견해가 대립하고 있다. 다수설에 따르면 사체는 인격의 유해(Rückstand der Persönlichkeit)로서 제례의 대상이 되는 한, 소유의 대상이 아니며 따라서 재산권의 객체가 될 수 없다.[2390] 다만 미이라 및 해부용 사체는 물건이 될 수 있다. 또한 분리된 신체의 자연적 일부 및 인공적 일부는 물건이라는 것이 다수설의 입장이다.

(2) 물건의 동산성(Beweglichkeit)

움직일 수 있다는 것은 한 장소에서 다른 장소로 옮겨질 수 있는 자연적 의미의 이동성을 의미한다. 이때 물건이 움직일 수 있는 상태에 있어야한다는 의미는 아니며 절취와 함께 이동되어 질 수 있으면 족하다. 따라서 집이나 건물과 같은 부동산은 절도죄의 객체가 될 수 없다. 하지만 집 혹은 건물이 지어질 때 그 부속품으로서 움직이지 않게 고정 설치된 창문 혹은 보온장치는 절취에 의해 이동성을 갖게 되므로

2386) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 60. Aufl., C.H.Beck, 2013, § 242 Rn. 3

2387) Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp/Jan C. Schuhr, Strafrecht Besonderer Teil/2: Straftaten gegen Vermögenswerte, 43. Aufl., C.F.Müller, 2020, Rn. 15

2388) RG 32, 165; 전력을 절취(Entziehen)하는 행위는 제248조c [전력 도취; Entziehung elektrischer Energie]에 따라 판단한다.

2389) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 60. Aufl., C.H.Beck, 2013, § 242 Rn. 3a

2390) Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp/Jan C. Schuhr, Strafrecht Besonderer Teil/2: Straftaten gegen Vermögenswerte, 43. Aufl., C.F.Müller, 2020, Rn. 66

절도죄의 객체가 된다.[2391]

(3) 물건의 타인성(Fremdheit)

타인성은 소유권의 취득과 상실에 관한 민법전의 규정에 따른다. 행위자의 단독소유가 아니거나 무주물이 아닌 경우 타인의 물건이 된다. 이때 공유(Miteigentum), 합유(Gesamthandseigentum), 소유권 유보(Vorbehaltseigentum) 및 담보물(Sicherungseigentum)의 경우 모두 행위자의 단독소유가 부정되며 절도죄의 객체가 될 수 있다. 이처럼 소유권에 대한 범죄(Eigentumsdelikte)는 소유권자의 법적-형식적 지위에 관련하므로 민법에 대한 형법의 엄격한 종속성을 요하게 된다.[2392] 다만 소유관계 판단에 있어서 민법상의 소급효(Rückwirkungsfiktion)는 고려되지 않는다.[2393](민법 제142조, 제1953조) 형법적 판단에 있어서 중요한 것은 범행 당시 시점에서의 사실적, 법적 상태에 대한 판단이지, 민법상 취소의 소급효로 인하여 물건의 소유권이 소급하여 가제되지는 않는다. 어느 누구의 소유가 아닌 무주물은 타인성이 부정되며, 이에 대해서는 민법 제958조 이하의 규정에 따른다.

2) 행위: 절취(Wegnahme)

절도죄의 실행행위는 절취이다. 절취란 타인의 의사에 반하여 그 점유를 배제하고 새로운 점유를 창설하는 행위를 의미한다. 점유는 절취의 핵심적 개념이 된다.

(1) 형법상 점유의 개념

형법적 의미의 점유(Gewahrsam)는 민법상의 점유(Besitz)와는 달리 순수한 사실적 지배관계 개념을 바탕으로 한다. 따라서 물건의 타인성을 특정하는, 법적 지배권한에 기초한 소유(Eigentum)의 개념과는 엄격하게 구분되어야 한다. 따라서 독일민법 제242조의 점유는 독일민법 제854조의 (직접)점유와 유사하지만 구분되어야할 개념이다. 독일민법 제855조를 바탕으로 하는 점유보조자(Besitzdiener)는 민법상 점유자가

2391) Roland Schmitz in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach/Roland Schmitz(Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 5, 3. Aufl., C.H.Beck, 2019, §242 Rn. 38

2392) Andreas Hoyer, in: Wolter(Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 5, 9. Aufl., Carl Heymanns, 2019, §242 Rn. 11

2393) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 60. Aufl., C.H.Beck, 2013, § 242 Rn. 5a

아니지만 형법상 점유자로 인정된다. 반면 독일민법 제868조에 따른 간접점유자의 점유는 형법상 점유로 인정되지 않는다. 그리하여 형법상 점유는 '지배의사를 가지고 이루어지는 물건에 대한 사실적인 지배'(die vom Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft bzw. Herrschaftsgewalt)를 의미한다.[2394] 이러한 정의에 따를 때 점유는 객관적인 요소(사실적 지배)와 주관적 요소(지배의사)로 이루어지며, 이는 통상적으로 일상생활의 관행으로 지칭되는 사회통념(Verkehrsauffassung)에 따라 판단되어진다.[2395]

① 점유의 객관적 요소: 사실적 지배 (tatsächliche Sachherrschaft)

점유의 객관적 요소로서 사실적 지배란 물건에 대하여 물리적-현실적 장악을 위한 지배의사 실현에 본질적 장애인자(wesentliche Hindernisse)가 없는 상태를 의미한다.[2396] 이는 절도의 기수 시점을 판단하는 기준으로서의 의미를 지니기도 한다. 그리하여 절도의 기수는 타인의 물건을 절취하여 외부의 방해로부터 자유롭게 자신의 수중에서 사실상 평온한 점유를 창설한 그 시점, 즉 사실적 지배를 이루는 시점을 기준으로 판단된다.

물건에 대한 사실적 지배는 기본적으로 사람과 물건이 공간적으로 밀접한 관계(eine enge räumliche Beziehung)에 있을 것을 요구한다. 하지만 우리의 일상 생활상 모든 물건을 몸에 소지하거나 적어도 근처에 두어 밀접한 공간 관계를 형성하는 것은 불가능하다. 예를 들어 주차장에 주차한 자동차나 공원에서 자유롭게 뛰어다니는 애완견은 물건과의 공간적 분리가 일어난 경우에 해당하지만(sog. Gewahrsamslockerung; 점유공백[2397]), 그럼에도 물건에 대한 사실적 지배가 인정된다.

② 점유의 주관적 요소: 지배의사 (Herrschaftswille)

점유의사는 일반적인 자연적 의사(natürlicher Wille)를 의미하는 것으로, 어린이나

2394) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 60. Aufl., C.H.Beck, 2013, § 242 Rn. 11

2395) BGH 22, 182; 16, 271; 23, 255; BGHSt 40, 23; BGHSt 41, 198

2396) RGSt 60, 271

2397) 이러한 점유공백은 점유상실(Gewahrsamsverlust)와는 구별되는 개념으로, 이에 대해서는 Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp/Jan C. Schuhr, Strafrecht Besonderer Teil/2: Straftaten gegen Vermögenswerte, 43. Aufl., C.F.Müller, 2020, Rn. 15 참조

정신병자도 점유자가 될 수 있다.[2398] 의사능력이 없는 법인은 점유자가 될 수 없으며, 오로지 자연인만이 점유자가 될 수 있다. 법인 그 자체가 점유자가 될 수는 없지만, 사물 지배가 이루어지고 있는 해당 기관의 책임자는 점유자가 될 수 있다. 점유 지배의사 역시 사회통념에 의하여 판단되며, 점유의사가 일반적으로 존재(genereller Gewahrsamswille)하거나 잠재적으로 형성(potentieller Gewahrsamswille)될 수 있으면 족하다.

③ Welzel에 의해 발전된 사회규범적 요소

상술한 점유는 사실적 지배와 지배의사를 바탕으로 일상생활 및 사회통념을 고려하여 개별 사례의 구체적 상황에 따라 판단하고자 하는, 특히 판례에 의해 구체화되고 발전된[2399], 사실적 점유개념(der faktische Gewahrsamsbegriff)에 기초하고 있다. 이에 반해 사실적 점유개념에 대하여 독자적인 점유요소의 의미를 부여하고자 하는 시도가 이루어지기도 하였는데, 대표적으로 Welzel은 물건과 사람간의 관계를 규범적 맥락에서 파악하여 이를 사실적 점유개념에 추가하고자 하였다.[2400](점유의 사회적·규범적 요소[2401])

전체적으로 보건대, 점유개념을 사실적 요소에 충실하여 판단하려는 견해, 사회규범적 요소를 부가하여 점유의 개념을 확장하려는 시도, 모두 그 이면에는 민사법의 개념으로부터 독립하여, 그러나 일상생활상 혹은 통상 거래상 개념과 괴리되지 않는 점유의 개념을 도출하고자 하는 학설과 판례의 노력이 자리하고 있다고 이해하면 될 것이다.[2402]

2398) BGHSt 20, 33

2399) BGHSt 40, 23; BGHSt 41, 198

2400) Hans Welzel, Der Gewahrsamsbegriff und die Diebstähle in Selbstbedienungsläden, Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1960, C.F.Müller, 1960, 257면.

2401) 이처럼 학설사적으로 사회규범적 요소는 점유개념의 독자적 요소로 분류하기도 하지만 점유의 사실적 개념에 대한 사회통념상의 판단 기준과 동일하게 이해되기도 한다. 이에 대해서는 이재상/장영민/강동범, 형법각론, 제11판, 박영사, 2019, 260면 각주2 및 263면 참조: Roland Schmitz in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach/Roland Schmitz(Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 5, 3. Aufl., C.H.Beck, 2019, §242 Rn. 52

2402) 다만 학설사적으로 Welzel의 사회-규범적 요소설의 이해를 위해, 독일 관련 문헌에서 필수적으로 소개되는 소위 상점감시 사례(der beobachtete Ladendiebstahl-Fall)를 예시해보도록 한다. 이는 상점에서 행위자가 물건을 자신의 재킷에 물건을 감추었는데, 이를 상점 주인이 처음부터 감시한 상태에서 행위자가 계산대를 통과하기 까지 아무런 제지를 하지 않은 사안인데, 점유개념에 대한 판례의 변경이 이루어진 계기가 된 1961년의 소위 장발장 사례 혹은

(2) 새로운 점유의 창설과 절도죄의 기수시기

새로운 점유를 창설한다는 것은 행위자가 외부의 장애요인 없이 물건에 대한 완전한 지배, 사실상의 지배를 갖는 것을 말한다. 타인의 점유를 배제하고 자신 혹은 제3자의 새로운 점유가 창설되는 과정은 사건진행에서 순차적으로 이루어지는 것은 아니며, 실제 생활에 있어서는 매우 다양하고 복잡한 사실관계가 대부분이다. 때문에 절도의 기수 시점 역시 일상 생활상의 거래통상에 따라 판단되어져야 한다. 독일의 통설은 일반적으로 취득설(Apprehensionstheorie)[2403]에 따라 기수시점 판단에 대한 거래통상의 범위를 확정시키고 있다.

3) 주관적 구성요건

절도죄에 있어서 주관적 구성요건으로는 객관적 구성요건에 대한 통상의 고의와 더불어 불법영득의사가 요구된다. 우리나라는 절도죄 조문에 불법영득의사에 관한 규정을 두고 있지 않지만, 독일 형법은 불법영득의사(in der Absicht, sich rechtswidrig zuzueignen)를 명문으로 규정하고 있다. 따라서 고의 심사 외에 초과주관적 구성요건(überschießende Innentendenz)[2404]으로서의 불법영득의사에 대한 추가 심사가 이루어져야 함은 추론을 요하지 않는다. 이하에서는 불법영득의사를 중심으로 독일의 논의를 소개해보도록 한다.

생계절도 사례 (sog. Mundraub-Fall)에 바탕을 둔 사례이다. 당시의 다수설에 따르면 본 사안의 경우 절도의 기수범이 부정되었는데, 행위자가 계산대를 빠져나가기 이전에 감시자에게 충분히 행위자를 제지할 수 있는 개입가능성이 존재하였기 때문이다. 그러한 가능성에도 불구하고 아무런 제지 없이(상점주인의 의사에 반하지 않고) 행위자의 계산대 통과로 이루어진 점유 이전(Gewahrsamsverschiebung)은 절도죄를 구성하지 않게 된다. 이처럼 사회 거래상에 따르면 (nach sozialen Anschauungen) 행위자는 계산대를 통과하고 나간 후에야 비로소 옷 속에 감춰진 물건 혹은 쇼핑카트에 그럴싸하게 감춰진 물건에 대한 단독점유를 이루게 되는 것이다. Welzel은 이러한 문제를 해결하고자 공간점유(Gewahsamsenklave 혹은 Gewahsamssphäre)라는 개념을 만들어 냈다. Enklave, enclave (Ggs. Exklave, exclave)는 본래 타국 내 자국영토를 의미하는 외교법적 용어인데, 이러한 의미에서 알 수 있듯이 점유개념에서 공간점유란 타국(상점주인의 상점) 내에서 자국영토(행위자의 자켓 주머니)를 통하여 자신의 단독 점유를 창설한다는 의미이다. 즉 Welzel은 이러한 개념을 점유개념에 도입하여 행위자가 자신의 주머니에 물건을 넣는 순간 공간점유 이론에 의하여 행위자의 점유를 창설하게 되어 그 시점에 이미, 절도죄의 기수시점에 대한 취득설(Apprehensionstheorie)과 결합하여, 절도죄가 성립한다는 결론을 통해 상점절도 문제를 해결하였다.

2403) Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp/Jan C. Schuhr, Strafrecht Besonderer Teil/2: Straftaten gegen Vermögenswerte, 43. Aufl., C.F.Müller, 2020, Rn. 110

2404) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 60. Aufl., C.H.Beck, 2013, § 242 Rn. 32 ff.

(1) 영득(Zueignung)

절도죄에서 절취란 점유 상태에 관계한 것인 반면(Wegnahme-Gewharsam), 영득이란 일종의 소유권법적 상황에 관계하고(Zueignung-Eigentum) 있다는 점에서 대비된다. 소유의 개념에 관계하여 영득이란 타인의 물건을 적어도 일시적으로나마 소유자처럼(se ut dominum gerere)[2405][2406] 물건을 지배하여 이용하는 취득(Aneignung)이라는 적극적인 개념요소와 영구적으로 소유권자를 배제시키는 제거(Enteignung)라는 소극적 개념요소로 이루어져 있다.

(2) 영득의 대상

영득의 정의 및 객체에 대해서는 물체설(Substanztheorie), 가치설(Sachwerttheorie)이 대립하였고, 오늘날 독일의 통설은 절충설이다.

나. 제243조 절도의 특히 중한 경우

1) 제243조 제1항 규정례

제243조는 제242조 절도죄의 중한 경우를 규정하고 있다. 제243조는 가중구성요건이 아닌 단지 가중된 규정례(Regelbeispiel)를 정한 조문이다. 따라서 제243조의 규정례가 인정되는 것은 절도의 중한 경우를 인정할 수 있는 일종의 징표(Indiz)로서 기능한다. 이처럼 제243조의 규정례는 일반적으로 적용되어야 하는 가중표지(Qualifikationsmerkmale)가 아닌 징표기능(Indizwirkung)을 가지고 있기 때문에 전체적인 종합평가(Gesamtwürdigung)에 의해 중한처벌이 부정 될 수 있기도 하고, 반대로 규정례에 해당되지 않는 절도행위도 전체적인 종합평가에 의해 중한 경우로 처벌될 수 있다.[2407][2408]

2405) 이재상/장영민/강동범, 형법각론, 제11판, 박영사, 2019, §16 Rn. 52, 외관상의 소유자 지위(Quasieigentümerstellung)

2406) 영득의 개념상 '소유자처럼'(se ut dominum gerere)이라는 부분에 대한 문제점에 대해서는 Roland Schmitz in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach/Roland Schmitz(Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 5, 3. Aufl., C.H.Beck, 2019, §242 Rn. 107; Wolfgang Joecks, Strafgesetzbuch: Studienkommentar, 10. Aufl., C.H.Beck, 2012, vor §242 Rn. 30

2407) BGHSt 29, 322

2408) 제243조 제1항의 규정례(1호~7호)의 대략적인 내용은 다음과 같다. 1호: 보안장치로 보호되는

2) 제243조 제2항의 경절도(Bagatelldiebstahl)

제243조 제2항에서는 경미한 물건에 대한 절도에 대한 전항 제1호 내지 제6호의[2409] 규정례 적용을 (필요적) 배제시키고 있다. 물건의 가치가 경미한지에 대해서는 행위 시점에서 일반적인 거래 가치에 따라 판단하며 물건의 본질적 가치에 기하여 판단하지 않는다. 하지만 실무상 판례를 통해 경미한 가치에 대한 금전적 기준값이 제시되어 왔는데, 통일 이전 마르크 시대에는 보통 50DM(약26Euro)[2410], 최근에는 50유로[2411]가 그 기준으로 제시되어 왔다.

다. 소결

절도죄와 관련하여 독일 법체계상 특히 중요하게 논의되는 것 중 하나가 제242조와 제243조 행위태양의 미수 기수의 혼합 문제이다. 사실 절도죄 체계에서 우리나라와 가장 차이점을 보이는 조문은 독일형법 제243조이며, 본 조문을 통한 규정례의 이론적 취급에서 판례와 학설은 상이한 결론을 제시하고 있다. 통상적으로 본 문제는 아래의 도표[2412]에 따른 구분으로 결론지어진다.

[표 7-4-3] 절도죄 기수/미수 구분

	제243조 기수	제243조 미수
제242조 기수	§§ 242, 243에 따른 가벌성 판단	§ 242에 따른 가벌성 판단
제242조 미수	§§ 242,243,22,23(h.M)에 따른 가벌성 판단	§§ 242, 22, 23 에 따른 가벌성 판단 (h.M) §§ 242, 243, 22, 23 에 따른 가벌성 판단 (Rspr.)

위에서 언급된 조문 외에 독일형법 제244조에서는 무기, 범죄조직, 주거침입에

공간으로부터의 절도; 2호: 봉인 및 시건장치로 보호된 재물의 절도; 3호: 직업적 절도; 4호: 교회 등 종교시설 절도; 5호: 공공전시물 절도; 6호: 기생절도 (sog. Schmarotzerdiebstahl); 7호: 무기 및 폭발물 등 절도

2409) 제7호의 배제에 대해 입법적 실수라고 보는 견해에 대해서는 Roland Schmitz in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach/Roland Schmitz(Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 5, 3. Aufl., C.H.Beck, 2019, §243 Rn. 62

2410) OLG Düsseldorf NJW 1987, 1958; LG Kempten NJW 1981, 933

2411) OLG Zweibrücken NStZ 2000, 536; OLG Hamm NJW 2003, 3145

2412) Wolfgang Joecks, Strafgesetzbuch: Studienkommentar, 10. Aufl., C.H.Beck, 2012, vor §243 Rn. 52

따른 특수절도를 규정하고 있다. 또한 1992년 7월 15일 불법마약거래 및 기타 조직범죄 방지를 위한 법률[2413](OrgKG)에 의해 신설된 독일형법 제244조a에서는 독일형법 제243조 제1항 제2문 조건 하의 절도 및 독일형법 제244조 제1항 제1호 또는 제3호에 해당하는 절도를 조직적으로(제244조 제1항 제2호) 행한 자에 대한 가중처벌을 그 내용으로 하고 있다.[2414] 이처럼 본 조는 절도의 중한 경우(제243조)와 무기 및 주거침입을 통한 절도(제244조 제1항 제1호, 제3호)를 결합하고 있는 결합범의 형태를 보인다. 특이한 점은 제243조 제1항 제2문의 규정례 형식의 양형표지들이 본 조에서는 구성요건표지로서 규정되고 있다는 것이다. 따라서 제244조a조에서는 앞서 살펴본 규정례의 미수범(das versuchte Regelbeispiel) 문제가 발생하지 않는다. 양형표지를 구성요건화시킨 결합범 형식을 통한 가중처벌을 내용으로 하는 본 조가 독일 형법학에서 중요시 다루어지는 규정례의 미수범 문제를 차단시킨 것이 치밀하게 의도된 것인지 아니면 우연의 산물인지는 다른 범죄의 규정례 형식에 대한 체계적 해석을 통해 추측할 수 있을 것이다.

3. 횡령죄(§ 246 Unterschlagung)

독일 형법은 횡령죄(제246조)를 절도죄(제242조)와 같이 제19장에서 같이 규정하고 있다. 횡령죄의 보호법익 역시 절도죄와 마찬가지로 소유권이라는 점에서 소유권범죄(Eigentumsdelikt)의 성격을, 불법영득의사를 요한다는 점에서 영득범죄(Zueignungsdelikt)의 성격을 갖는다.

현행 독일 형법의 횡령죄는 1998년 6차 형법개정을 통해 대폭 변경되었다. 개정전 횡령죄는 '자신의 점유하거나 소지'(in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet)를 요건으로 하고 있었지만, 지금은 점유요건을 포기하였고 또한 제3자를 위한 영득도 인정하고 있다.[2415] 대신 제2항에서 배신적 횡령(die veruntreuende

---

2413) Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und andere Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität

2414) 구 제244조a 제4항 (§244a Abs. 4 a.F.)은 경미한 물건에 대해 제244조a 제1항의 적용을 배제시키는 것을 내용으로 하고 있었다. 그런데 제244조는 이러한 배제사유를 규정하고 있지 않아 제244조와 제244조a와의 해석상 불일치의 문제가 발생하였고 이 때문에 제6차 형법개정에서 구 제244조a 제4항은 삭제되었다.

2415) 개정 전후의 비교에 대해서는 Olaf Hohmann in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach/Roland

Unterschlagung; 위탁물 횡령죄)을 별도로 규정하여 위탁에 의한 신임관계의 배신에 대해 불법이 가중된 가중적 구성요건을 두었다.

개정 후 제246조 제1항은 다른 규정에 의해서 중하게 처벌되지 아니하는 모든 불법 영득행위를 포함할 수 있도록 보충조항(Subsidiarität)을 명문화함으로써 횡령죄의 포괄구성요건(Auffangstatbestand)으로서의 기능을 더욱 강화하였다.[2416] 이러한 개정 후 제246조 제1항의 포괄적 특성은 극단적으로 확장된 적용범위를 보여주고 있다.[2417]

[표 7-4-4] 횡령죄 조문 및 심사체계

제246조 횡령 (Unterschlagung)

(1) 타인의 동산을 자기 또는 제3자에게 위법하게 영득하게 한 자는 당해 행위가 다른 형법 규정에서 더 중한 형을 규정하고 있지 아니한 경우에는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
(2) 제1항의 경우에 그 물건이 행위자에게 위탁중인 경우에는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
(3) 미수범은 처벌한다.

[1998년 개정전]
§ 246
(1) 자신이 점유 혹은 소지하고 있는 타인의 동산을 불법하게 영득한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. 그 물건이 그에게 위탁되어 있는 경우에는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
(2) 미수범은 처벌한다.

I. 구성요건
1. 객관적 구성요건
(1) 제1항의 행위객체: 타인의 동산
(2) 제2항의 행위객체: 위탁중인 물건
(3) 행위: 자신 혹은 제3자에 대한 영득

2. 주관적 구성요건
(1) 고의

Schmitz(Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 5, 3. Aufl., C.H.Beck, 2019, §246 Rn. 4

2416) 이정원, 우리 형법과 독일 형법의 횡령죄에 대한 비교법적 고찰, 비교형사법연구 제4권 제2호, 한국비교형사법학회, 2002, 282면

2417) Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp/Jan C. Schuhr, Strafrecht Besonderer Teil/2: Straftaten gegen Vermögenswerte, 43. Aufl., C.F.Müller, 2020, Rn. 319

(2) 불법영득의사 (rechtswidrige Zueignungssabsicht)
(3) 이득의사의 불법에 대한 고의

II. III. 위법성, 책임

IV. 제247조 및 제248조a에 따른 소추조건

4. 사기죄(§ 263 Betrug)

좁은 의미의 재산범죄는 전체로서의 재산(Vermögen als Ganzes)을 보호법익으로 한다. 대표적으로 사기죄와 배임죄가 이에 속한다. 사기죄 및 배임죄를 비롯한 재산범죄는 19세기 중반 이후에 독일 형법전에 등장한 비교적 새로운 형태의 범죄유형이라고 볼 수 있다. 전통적으로 타인의 재산을 침해하는 범죄가 절도죄나 강도죄를 중심으로 전개되어온 반면, 사기죄 그리고 배임죄는 특히 19세기에 이르러 경제적 자유주의 내지 자본주의 경제이론과 함께 형성되어 독자적인 범죄성을 부여하며 논의되기 시작하였다.[2418]

역사적으로 볼 때 사기죄를 의율 하는 독자적인 범죄구성요건은 없었으며, 다만 문서위조죄의 한 부분으로 규율하였을 뿐이었다. 그리하여 재산권 침해의 개념이 아닌 "진실의 왜곡"(Entstellung der Wahrheit)이라는 "허위 혹은 위조"(Fälschung; crimen falsi)에서 그 처벌의 근거를 두고 있었다.[2419] 사기죄에 재산권 개념을 가져와 "허위적인 행위"(betrügerliches Verhalten)에서 문서위조와 사기를 구별하기 시작한 것은 19세기 중반 프로이센 형법의 제정 작업에 이르러서이다.[2420]

1851년 프로이센 형법 제241조는 사기행위에 재산범죄의 성격을 부여하였으며, 1933년에 이르러서야 독일 형법상 사기죄는 배임죄와 같이 제22장에서 규정됨으로써

2418) 이재상/장영민/강동범, 형법각론, 제11판, 박영사, 2019, §21 Rn. 1

2419) Klaus Tiedemann/Brian Valerius/Joachim Vogel/Bernd Schünemann/Manfred Möhrenschlager, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB, Band 9/1: §§ 263 bis 266b, 12. Aufl., De Gruyter, 2012, Vor §263 Rn 14

2420) Klaus Tiedemann/Brian Valerius/Joachim Vogel/Bernd Schünemann/Manfred Möhrenschlager, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB, Band 9/1: §§ 263 bis 266b, 12. Aufl., De Gruyter, 2012, Vor §263 Rn 14 ff.; 이재상/장영민/강동범, 형법각론, 제11판, 박영사, 2019, §21 Rn. 1

독자적인 재산범죄로서 자리 잡게 되었다.[2421] 사기죄와 배임죄는 독일 형법 체계상 (협의의) 재산범죄를 이해하기 위한 핵심 조문이라고 볼 수 있다.[2422]

상술한 절도죄와 횡령죄에 이어 이하에서는 독일 형법 사기죄와 배임죄를 개관해보도록 한다. 본 절에서 우리나라 사기죄와의 동일한 내용의 중복 서술은 가급적이면 지양하고 사기죄 구성요건에 대한 일반적 서술은 최소화하고자 한다. 대신 독일 형법학에서 중요시 다루어지는 사기죄의 구체적 쟁점을 해당 사례의 소개와 함께 전개하고자 한다.

가. 전체로서의 재산에 대한 범죄(das Vermögen als Ganzes)

제263조 사기죄는 행위자가 타인을 기망(Täuschung)하여 그 착오를 원인으로 하는(irrtumsbedungt) 재산상의 처분을 통하여 자기 또는 제3자로 하여금 위법한 재산상 이익(Vermögensvorteil)을 얻도록 하는, 타인의 재산을 침해(die Schädigung fremden Vermögens)하는 범죄이다.[2423] 사기죄는 [기망행위-착오유발-재산상 처분-재산상 손해와 재산상 이익]이라는 특정 행위태양을 범죄의 객관적 구성요건으로 요구하며, 그 해석에 있어서 각 요소 사이에 단계적 진행관계를 중요시 하는 특징을 보인다.

사기죄를 성립시키는 재산권 침해의 객체는 개별화된 재산적 가치 있는 재화(재물; spezielle Vermögenswerte, speziallisierte Vermögensgüter)가 아니라 전체로서의 재산이다.[2424] 따라서 사기죄의 보호법익을 "모든 경제적 가치가 있는 재화의 총체"를 의미하는 전체로서의 재산권(Vermögen)으로 보는 데에는 거의 견해가 일치하고 있다. 다만 상술한 역사적 배경에서 알 수 있듯이 재산권 이외에 거래의 진실성(die Redlichkeit des Geschäftsverkehrs)이나, 공갈죄(Erpressung; 제253조)와 관계하여 피기망자의 처분자유(Dispositionsfreiheit)를 사기죄의 보호법익으로 보는 견해가 일

2421) 우리나라와 달리 사기죄와 배임죄를 동일 카테고리에서 처리하고자 하는 독일 형법전 체계는 사기죄, 횡령죄, 배임죄의 관계에 대한 해석상의 차이를 보여주고 있는데, 이에 대해서는 이재상/장영민/강동범, 형법각론, 제11판, 박영사, 2019, §21 Rn. 2 ff.

2422) 사기죄 및 배임죄의 연혁적 고찰에 대해서는, Kristian Kühl/Eduard Dreher/Hermann Maassen/Karl Lackner, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., C.H.Beck, 2007, §263 Rn. 1 ff. 참조

2423) Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp/Jan C. Schuhr, Strafrecht Besonderer Teil/2: Straftaten gegen Vermögenswerte, 43. Aufl., C.F.Müller, 2020, Rn. 489

2424) BGHSt 16, 220; 321, 325

부 주장되기도 하였으나, 현재 이러한 견해는 더 이상 지지되지 않는다. 이들 견해에서 주장하는 것처럼 만약 거래의 진실성이나 처분자유권을 주된 혹은 상위의(übetgeordnete)[2425] 보호법익으로 인정하게 되면 피기망자와 재산피해자가 일치 않을 경우 피기망자를 피해자로 판단하게 되고, 이로써 사기죄는 재산범죄로서의 성격을 상실하게 될 것이다.

독일 형법 사기죄의 심사체계는 다음과 같다.

[표 7-4-5] 사기죄 조문 및 심사체계

제263조 사기 (Betrug)

(1) 위법한 재산상의 이익을 자신이 취득하거나 타인으로 하여금 취득하게 할 의사로 허위의 사실로 기망하거나 진실을 왜곡 또는 은폐하여 착오를 야기 또는 유지시킴으로써 타인의 재산에 손해를 가한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

I. 객관적 구성요건
1. 기망행위 (Täuschungshandlung)
2. 착오유발 (Irrtumerregung)
3. 재산처분 (Vermögensverfügung)
4. 재산상 손해 (Vermögensschaden)

II. 주관적 구성요건
1. 고의
2. 불법이득의사 (rechtswidrige Bereicherungsabsicht)
3. 이득의사의 불법에 대한 고의

III. IV. 위법성, 책임

V. 특히 중한 경우: 제263조 제3항 (Regelbeispiel), 제263조 제5항

VI. 고소: 제263조 제4항 (제243조 제2항, 제247조, 제248조a 준용)

2425) Wolfgang Joecks, Strafgesetzbuch: Studienkommentar, 10. Aufl., C.H.Beck, 2012, §263 Rn 1, 4

나. 삼각사기와 간접정범 형식에 의한 절도의 구별

사기죄는 전체로서의 재산을 그 보호법익으로 하며, 이에 대한 침해는 기망을 통한 피해자 스스로의 재산 처분행위와 불법이득의사로 수행된 재산상 손해, 그리고 그 손해를 통한 재산상 이익이라는 불법구성요건을 통해 이루어진다. 이러한 점에서 사기죄는 전체로서의 재산범죄(Vermögensdelikt[2426]), 자기침해범죄(편취죄의 의미에서 Selbstschädigungsdelikt[2427]), 재산이전범죄(Vermögensverschiebungsdelikt[2428][2429])이다. 이러한 사기죄의 성격으로 말미암아 여타 재물-재산 범죄와의 경계문제가 이론상 기본적인 주제로 다루어진다.

사기죄는 피기망자의 의사에 따른 처분행위를 통해 재물을 교부받거나 재산상의 이익을 취하는 점에서 피해자의 의사에 반하는 절취를 행위 태양으로 하는 절도죄나 강취를 행위 태양으로 하는 강도죄와 구별된다. 사기죄와 절도죄 구분의 중요 표지로서 처분행위(Vermögensverfügung)는 우리나라와 마찬가지로 불문의 구성요건표지이다. 그리하여 처분행위가 직접적으로(unmittelbar) 재물의 교부로 이어질 경우에는 사기죄가, 피기망자의 처분행위에 더하여 행위자의 추가적인 행위를 통해 재물을 얻은 경우에는 절도죄가 성립한다.[2430]

2426) ggs. Eigentumsdelikt od. Delikt gegen spezielle Vemögenswerte

2427) ggs. Fremdschädigung

2428) ggs. Vermögensbeschädigungsdelikt

2429) 본 용어를 재산취득죄로 번역하고 있는 국내 문헌으로는 이재상/장영민/강동범, 형법각론, 제11판, 박영사, 2019, §21 Rn. 4

2430) 여기에서 다루고 있는 간접정범에 의한 절도와 삼각사기의 구별문제와는 달리 일반적인 절도와 사기의 구별, 즉 책략절도와 재물사기의 구별은 처분행위 그 자체에 중점을 두고 있다. 처분행위란 직접적으로 재산의 감소를 초래하는 모든 행위, 수인 또는 부작위를 의미한다.(BGHSt 14, 170; Wolfgang Joecks, Strafgesetzbuch: Studienkommentar, 10. Aufl., C.H.Beck, 2012, §263 Rn 87) 이러한 정의에 충실한 해석을 통해 절도죄(weggabe)와 사기죄(Vermögensverfügung)를 구별하고 있으며, 특히 절도죄와 사기죄간의 "배타적 도그마틱"(Exklusivitätsdogma)를 통해 그 구별을 명확히 하고자 한다. 이를 위해 사기죄의 처분행위에 대해 추가적 심사를 고려하는데, 일반적으로 처분인식(ein Verfügungsbewusstsein)의 유무, 처분의 자의성(die Freiwilligkeit) 여부 및 재산감소의 직접성(die Unmittelbarkeit der Vermögensminderung) 여부를 검토한다. (vgl. Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 60. Aufl., C.H.Beck, 2013, §263 Rn. 70 ff); 독일의 대다수 견해는 사기죄와 절도죄가 상호배제적 관계에 있는 배타적 도그마틱의 이론구성을 이루고 있다. 독일 학설상 절도죄와 사기죄의 상상적 경합이 가능하다고 보는 견해에 대해서는 Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2: Straftaten gegen Vermögenswerte, 32. Aufl., C.F.Müller, 2009, Rn. 619 Fn. 4.

하지만 처분행위자와 재산상 피해자가 일치하지 않는 소위 삼각관계(Dreipersonenverhältnis)의 경우, (선의의 도구자를 이용한) 간접정범에 의한 (책략) 절도죄(Trickdiebstahl)와 (삼각) 사기죄(sog. Dreiecksbetrug)의 구별은 추가적인 논거를 필요로 한다. 이를 구별하기 위해 처분행위자에게 재물을 처분할 능력이 요구되는데, 그러한 처분 능력을 인정하기 위한 견해의 대립이 있다.

공동주차장 사례 (sog. Sammelgaragenfall; BGHSt 18, 221[2431])

피고인 A는 W부인과 알고 지내는 사이였다. W는 공용주차장에 자신의 차를 보관하고 있었는데, 주차장에 주차된 각 차의 보조키는 주차장 관리인에게 두고 공동 열쇠판에 보관되었다. 어느 날 피고인은 W부인의 아들과 함께 주차장으로와 W부인의 사전 통화를 통해 주차장 관리소의 허가를 받아 차를 몰고 나갔다. 그는 이후 이와 같은 명시적인 허가 없이 차량 사용을 몇 차례 반복하였다. 그는 그녀와의 관계로 인하여 그녀도 이러한 일시적인 자동차 사용을 동의했을 것이라고 생각하였다. 어느 날 피고인은 이번에는 차를 반납하지 않을 계획을 가지고 주차장으로 가서 평소와 같이 주차장 관리인으로부터 키를 건네받아 자동차를 가지고 떠났다.

■ 판결주문

공용주차장의 관리인에게 자동차 주인의 허락을 받았다고 속여 자동차를 건네도록 한 자는 절도죄가 아닌 사기죄의 죄책을 진다.

■ 판결요지

- 권리자의 허락에 대한 기망을 통해 공용주차장에서 자동차를 건네받은 점에 있어서 사기죄 성립
- 사기죄와 절도죄의 구분을 위한 피해자의 내적 의사방향의 판단
- 사기와 절도의 구별을 위한 선의의 공동점유자 의사결정의 의미

■ 본 판례의 소위 순수 사실적 관계설

본 판례에서 BGH는 절도죄를 부정하고 사기죄를 인정하였다. 피고인이 사기죄 죄책을 진다는 점에서는 타당하다. 하지만 사기와 절도의 구별을 위한 처분행위에 대해 판례는 소위 사실적 관계설의 입장에서 판단하고 있다. 사실적 근접설(sog. Theorie der faktischen Nähe)에 따르면 피기망자가 범행 이전에 재산상 피해자에 대한 사실상의 작용가능성 내지 개입가능성(Zugriffsmöglichkeit)이 존재하고 이를 행사할 수 있다면 처분행위를 인정한다. 특히 이는 본 사건과 같은 공동점유자의 관계에서 재물에 대한 처분의 경우를 예정하고 있다. 주차장 관리자는 자동차 보조키를 가지고 있으며, 공동주차장 내의 자동차에 사실적(faktisch)으로 가까이(Nähe) 있었기 때문에 그의 처분행위가 인정된다는 구조이다.[2432]

재산상 피해자의 재산에 대해 순수 사실적 개입가능성 여부를 기준으로 판단하고자 하는 본 판례의 견해는 사실관계의 기술적 요소에 따라 좌우될 수 있으며, 이는 귀속 판단 근거로서 부적절하다는 비판을 받았으며 현재에는 그 지지자를 찾아 볼 수 없다.

현재 독일 다수설과 판례는 소위 지위설(Lagertheorie)에 따라 본 문제를 해결하고자 한다. 이는 상술한 사실적 관계설 내지 근접설이 의미하는 피기망자의 사실적 지위가 아니라, 그가 재산상 피해자의 지위에서(im Lager des Geschädigten) 부조자와 보호자로서 권리자의 영역 내에 위치하고 있는지를 판단한다.[2433]

이외에 타인의 재물에 대한 처분자의 권한이 아니라 처분자가 타인의 재물을 처분할 수 있는 권한을 가지고 있는지를 판단해야한다는 소위 권한설(sog. Theorie der rechtlichen Befugnis)이 주장되기도 한다.[2434]

다. 재산상 손해(Vermögensschaden)

1) 재산의 개념

재산의 개념에 대해서는 법률적 재산개념, 경제적 재산개념, 법률적-경제적 재산개념이 대립하고 있으며, 이외에 개인적 재산개념(personale Vermögenslehren)[2435]이 제시되고 있다. 독일 판례는 기본적으로 경제적 재산 개념설을 취하고 있다.[2436] 경제적 재산개념에 따라 재산(Vermögen)이란 개인의 모든 금전적 가치가 있는 재화의 총합을 의미한다.[2437] 재산개념에서 법률적- 경제적 재산개념과 경제적 재산개념을 대조하는 대표적인 사례로 독일[2438]과 한국[2439] 모두 매춘부의 화대사례를 언급하여

2431) BGH Urt. v. 16. 01. 1963 - 2 StR 591/62

2432) BGH, 30.07.1996 - 5 StR 168/96; 순수 사실적 관점에 대한 판례와 학설의 현황에 대해서는 Peter Cramer/Walter Perron, in: Schönke/Schröder(Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Aufl., C.H.Beck, 2010, §263, Rn. 66

2433) vgl. Klaus Tiedemann/Brian Valerius/Joachim Vogel/Bernd Schünemann/Manfred Möhrenschlager, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB, Band 9/1: §§ 263 bis 266b, 12. Aufl., De Gruyter, 2012, §263 Rn. 116

2434) Roland Schmitz in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach/Roland Schmitz(Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 5, 3. Aufl., C.H.Beck, 2019, §242 Rn. 100

2435) Peter Cramer/Walter Perron, in: Schönke/Schröder(Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Aufl., C.H.Beck, 2010, §263, Rn. 81; Klaus Tiedemann/Brian Valerius/Joachim Vogel/Bernd Schünemann/Manfred Möhrenschlager, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB, Band 9/1: §§ 263 bis 266b, 12. Aufl., De Gruyter, 2012, §263 Rn. 178; vgl. auch Urs Kindhäuser/Sonja Nikolaus, Der Tatbestand des Betrugs(§ 263 StGB), JuS 2006, 293면.

2436) RGSt 44, 248; 68, 380; BGHSt 2, 365

2437) Wolfgang Joecks, Strafgesetzbuch: Studienkommentar, 10. Aufl., C.H.Beck, 2012, §263, Rn. 101

2438) 매춘과 관련해서는 BGH는 법률적-경제적 개념의 입장에 서서 사기죄를 부정하고 있다. 이와 유사하게 최근의 전기통신의 발달로 인한 텔레폰섹스(Telefonsex)와 관련하여서도 사기죄를

왔다. 다만 독일은 2001년 매춘법[2440]의 제정으로 동법 제1조와 제2조의 조건하에 이루어진 매춘의 노동력 및 화대에 대해서는 더 이상 매춘부에게 불리한 과거의 판례[2441]가 유지되지 않고 있다.[2442]

2) 손해의 개념

처분 이후 재산의 가치가 처분 이전보다 감소된 경우 재산상 손해가 인정된다. 독일의 다수설은 재산상 손해를 개별적 객관적 손해개념(individuell-objektiver Schadensbegriff)에 따라 판단한다.[2443] 반면 재산의 경제적 총가치 만이 아니라 재산 소유자의 재산 처분의 자유를 같이 보호하고자 재산상 손해를 주관적으로 파악하려는 견해도 있다. (주관적, 인적 손해개념; subjektiver od. personaler Schadensbegriff)[2444]

다수설의 개별적-객관적 손해개념도 피해자의 개인적 상황을 고려하여 부분적 수정이 가해지고 있는데, 목적결여가 있는 경우나 형식상 급부와 반대급부가 동가치적으로 이루어진 경우라 하더라도 소위 주관적 손해산정(subjektiver Schadenseinschalg)을 통해 손해를 인정하고자 한다.[2445]

(1) 목적결여이론(Lehre von der Zweckverfehlung)

사기죄는 원칙적으로 자기침해를 인식하고 있지 않음을 요구하기 때문에, 피기망자가 행위자를 위한 선의의 도구로서 간접정범의 형태로 사기가 이루어진 경우 사기죄의 성립여부가 문제된다. 구걸사례(Bettelbetrug)나 기부금 사례(Spendenbetrug)가 대표적인 예이다. 이러한 경우 처분행위의 원인이 된 사회적 목적을 상실하게 된 점을

인정하지 않은 판례로 OLG Hamm NStZ 1990, 342

2439) 대법원 2001. 10. 23. 선고 2001도2991; 임웅, 형법각론, 제10정판, 법문사, 2019, 421면 이하.

2440) Prostitutionsgesetz, BGBl I, 2983

2441) 또한 OLG Hamm NStZ 1990, 342 텔레폰 섹스 사례에 대한 매춘법 이후의 판례로 BGH NJW 2002, 361; LG Ingolstadt JuS 2006, 945

2442) Ziethen, NStZ 2003, 184; Andreas Hoyer, in: Wolter(Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 5, 9. Aufl., Carl Heymanns, 2019, §263 Rn. 95

2443) Andreas Hoyer, in: Wolter(Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 5, 9. Aufl., Carl Heymanns, 2019, §263 Rn. 193

2444) Wolfgang Joecks, Strafgesetzbuch: Studienkommentar, 10. Aufl., C.H.Beck, 2012, §263, Rn. 101

2445) Wolfgang Joecks, Strafgesetzbuch: Studienkommentar, 10. Aufl., C.H.Beck, 2012, §263, Rn. 115

논거로 하여 사기죄를 성립시키고자 하는 이론이 목적결여이론이다.

구걸사례나 기부금 사례의 처분행위는 일반적인 사기의 형태와는 다르게 자기피해의 인식이 있는 경우이다.(bewusste Selbstschädigung) 따라서 사기죄의 성립이 부정될 수 있는데, 이러한 부당한 결과를 피하고자 목적결여이론을 고안하게 되었다.[2446] 반면 판례는 사기죄의 성립에 대해 피기망자의 처분행위에서 자기침해의 인식 여부와 상관없이 사기죄를 판단한다.[2447]

기부금 사례: Joecks, Studienkommentar StGB, §263[2448]

T는 O에게 공익목적으로 자선모금행사를 벌이고 있다고 기부를 제안하였다. O는 이에 5유로만 기부하려 하였다. 하지만 T는 이웃집은 20유로를 기부했다고 거짓으로 경쟁을 부추겼고, 결국 O는 30유로를 기부하였다. T가 그 돈을 자신을 위해 쓴다면, 사기죄의 성립에는 문제가 없다. 하지만 T는 30유로를 공익 목적으로 사용하였다.

1) 판례의 견해에 따르면 자기침해의 인식 여부와 상관없이 사기죄의 처분행위를 판단하고자 한다. 이에 따르면 위의 사례에서, 기부자(피기망자)는 자신이 넘겨준 금액의 가치에 상응하는 경제적 등가(wirtschaftliches Äquivalent)를 받지 못 하였다. 이는 명백히 행위자의 기망에 의해 야기된 것이다. 따라서 25유로에 대한 사기죄의 성립을 인정한다.

2) 과거에는 구걸사기, 기부금사기, 보조금사기에 대해서 언제나 불가벌로 보는 견해도 있었다.[2449]

3) 오늘날 다수설은 사기죄가 가지고 있는 자기침해범죄의 성격으로부터 사기죄의 성립을 위한 처분행위가 갖는 자기침해성에 대해 인식하고 있지 않을 것을 요건으로 한다. 이러한 이론 구성을 유지하며 위 사례의 해결을 위해서 목적결여이론에 따라 판단한다. 위 사례에서 기부라는 사회적 목적을 이루기 위해 O는 5유로를 기부하려고 하였다. 이러한 사회적 목적은 탈락되지 않았고 재산상의 손해도 없다. 이어 추가적으로 지불된 금액 역시 공익의 목적으로 사용되었다. 하지만 추가 지불된 25유로에 관해서 O는 기부금 리스트에서 자신의 이웃보다 위에 위치하고자 지출하였다. 이는 사회적으로 인정되는 목적(sozial gebilligter Zweck)이 아니다.[2450] 따라서 결론에 있어서는 판례의 입장과 동일하게 25유로에 대한 사기죄가 성립한다.[2451]

2446) Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp/Jan C. Schuhr, Strafrecht Besonderer Teil/2: Straftaten gegen Vermögenswerte, 43. Aufl., C.F.Müller, 2020, Rn. 550 ff.

2447) BGH NJW 1992, 2167; BGH NStZ 1995, 134

2448) auch Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp/Jan C. Schuhr, Strafrecht Besonderer Teil/2: Straftaten gegen Vermögenswerte, 43. Aufl., C.F.Müller, 2020, Rn. 553, 555; BGHSt 16, 321

2449) Wolfgang Joecks, Strafgesetzbuch: Studienkommentar, 10. Aufl., C.H.Beck, 2012, §263,

(2) 주관적 손해산정(Subjektiver Schadenseinschlag)

기본적으로 급부의 제공에 대하여 반대 급부의 제공이 이루어진 경우 재산상 손해는 부정된다. 이는 손해의 개념을 개별적-객관적으로 판단한 결과이다. 하지만 외형상, 형식상 이와 같은 균형(Ausgleichen)이 있음에도 불구하고 손해판단의 개별화(Individualisierung des Schadenseinschlags)[2452]를 통해 구체적 사정에 비추어 반대급부의 내용이 불필요하거나 지나친 부담이 되는 경우 손해를 인정하고자 한다.[2453]

착유기 사례: sog. Melkmaschine-Fall; BGH 16, 321

착유기 판매 중개인 T는 농부들에게 착유기 장비를 표준가격보다 훨씬 낮은 가격으로 구매할 수 있다고 광고하였으나, 사실 그가 제시한 가격은 일반 표준가격과 동일한 가격이었다. T는 농부들에게 빨리 구매하지 않으면 다른 농부들이 사갈 것이라고 압박하였고, T의 기망으로 많은 농부들이 착유기를 구매하게 되었다. 그 중 K는 이미 부채가 많았음에도 착유기를 구매하여 재정난을 겪게 되었고, 결국 파산의 위기에 직면하였다. B 역시 착유기 구매를 위하여 높은 이자로 대출을 받음으로써 심각한 재정난을 겪게 되었다. 한편 농부 F는 소10마리에 적합한 착유기가 필요하였으나 착오로 인하여 2~3마리용 착유기를 구매하게 되었다.

1) 사기죄의 손해 판단에 대한 일반 원칙에 따르면 본 사례에서 손해는 인정되지 않는다. 급부와 반대급부가 경제적 형평아래 이루어 졌기 때문이다. 하지만 BGH는 본 판례를 통하여 다음과 같은 조건으로 그 예외를 인정하고 있다.
- 당사자의 반대 급부가 계약상 목적과는 완전히 그 효용가치를 상실하고 있거나 그가 다른 방법으로 이를 사용할 것을 전혀 기대할 수 없는 경우
- 당사자가 재산상 손해가 되는 수단을 강요받은 경우
- 당사자가 계약 이행의 의무로 인하여 더 이상 계약 기속력에 따른 계약의 이행 및 그의 인적 관계를 위한 적절한 경제생활 및 일상생활을 영위하는데 필요한 수단을 더 이상 사용할 수 없게 된 경우

Rn. 146

2450) Andreas Hoyer, in: Wolter(Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 5, 9. Aufl., Carl Heymanns, 2019, §263 Rn. 56; 이러한 경우 동기의 착오와는 구별되어야 하며 이에 대해서는 Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 60. Aufl., C.H.Beck, 2013, § 263 Rn. 75

2451) 그 밖에 아동이 볼 수 없는 책을 그 부모에게 판매하거나 주부로부터 불필요한 잡지를 주문한 잡지구독사례 역시 목적결여이론의 대표적인 사례로 들어진다. (BGH 23, 300; OLG Düsseldorf, NJW 1990, 2397; 이재상/장영민/강동범, 형법각론, 제11판, 박영사, 2019, §18 Rn. 39; 임웅, 형법각론, 제10정판, 법문사, 2019, 425면.)

2452) BGHSt 16, 321; 이재상/장영민/강동범, 형법각론, 제11판, 박영사, 2019, §18 Rn. 39

2453) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 60. Aufl., C.H.Beck, 2013, § 263 Rn. 146

BGH는 이러한 논거에 따라 위 사례에서 농부들에게 착유기 구매를 위한 재정상태의 변화로 인하여 일상생활을 영위하는데에 현저한 제약이 발생하였다는 점에서 재산상의 손해를 인정하였다.[2454]

2) 학설 역시 기본적으로 반대급부가 효용가치(Brauchbarkeit)를 상실하거나 감소된 경우 재산상 손해를 인정하고 있다. 하지만 이러한 견해에 따라 중대한 제약을 가하는 해석론은 경제적 활동의 자유를 크게 제약한다는 비판을 면치 못한다.[2455][2456]

3) 재산상 손해 발생의 구체적 위험

재산상의 손해는 손해가 현실적으로 발생한 경우뿐만 아니라 손해발생의 구체적 위험의 경우도 포함한다. 이는 주로 매매계약에서 문제가 되는데, 계약 체결과 변제시 나타난 위험성에 대해 손해와 동등한 재산상의 위험(schdensgleiche Vermögensgefährdung)[2457]을 인정할 수 있는지를 판단해야한다.[2458] 해당 논의는 보통 계약상 두 가지 사기 유형으로 구분하여 출발한다.

소위 계약변제사기[2459](sog. Erfüllungsbetrug)에서는 기망에 의한 급부 이행이 문제가 되는데, 급부와 반대급부의 사이에서 소위 차감계산(Saldierung)에 의해 손해를

2454) BGHSt 16, 321, 326

2455) Klaus Tiedemann/Brian Valerius/Joachim Vogel/Bernd Schünemann/Manfred Möhrenschlager, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB, Band 9/1: §§ 263 bis 266b, 12. Aufl., De Gruyter, 2012, § 263 Rn. 180; Roland Hefendehl in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach/Roland Schmitz(Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 5, 3. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 263 Rn. 765 f.

2456) 손해판단의 개별화 내지 주관적 손해산정 이론은 경제활동자유의 침해라는 측면에서 신중히 적용되어야할 예외적 원칙으로 취급되어야지 일반적 원칙으로 이해할 수는 없다. 또한 그 적용과 요건에 있어서도 착유기 판례에서 제시한 BGH의 조건 사항들이 소위 변제사기(sog. Erfüllungsbetrug)의 유형에서 일반적 효력을 갖을 수 있는지에 대해서도 심도 깊은 논의가 필요하다. 독일 연방헌법재판소는 사기죄(BVerfGE 126, 170)와 배임죄(BVerfG NJW 2013, 365)에 있어서 손해 산정의 개별화 이론(die Lehre vom individuellen Schadenseinschlag)을 용인한바 있다. 그럼에도 불구하고 독일 연방헌법재판소는 사기죄와 배임죄의 엄격해석을 요구하고 있으며, 이러한 맥락에서 경제활동의 자유 보장 측면에서 주관적 손해의 산정과 인정은 단언적(kategorisch)으로 적용되어서는 안된다.

2457) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 60. Aufl., C.H.Beck, 2013, § 263 Rn. 156

2458) BGH StV 95, 24; BGH wistra 04, 60

2459) 계약 이행사기는 또 다시 진정이행사기와 부진정이행사기로 구분될 수 있다. 진정 이행사기는 기망과 착오가 계약 체결 후 급부의 이행단계에서 발생하는 반면, 부진정 이행사기는 계약체결사기와 유사하게 기망이 계약 체결 단계에서 이루어지고, 나아가 이행의 단계에서도 기망과 착오가 이어진 유형이다.

산정하여 손해의 유무를 판단한다.

문제는 소위 계약체결사기(sog. Eingehungsbetrug)의 유형에 있다. 이는 기망에 의해 불리한 내용의 계약을 체결하는 경우이다.[2460] 아직 사실상의(tatsächlich) 손해가 발생하지 않았지만, 계약의 체결은 통상적으로 계약의 이행으로 이어지기 때문에 기망에 의한 불리한 내용의 계약 체결이 이미 재산상의 손해로 귀결된다고 보아 사기죄를 인정하고자 한다.[2461][2462] 따라서 계약이 이행되었는지는 중요치 않게 된다. 다만 이러한 유형의 사기죄를 인정함에 있어 학설 및 판례는 엄격한 해석 경향을 보이고 있다.[2463]

라. 불법이득의사와 자료동일성

사기죄는 피해자에게 발생한 재산상의 손해와 행위자가 취득한 재산상의 이익 사이에 자료동일성(Stoffgleichheit)을 요구한다. 행위자가 의도한 이득은 발생한 손해로부터 나와야 한다는 직접적 관계를 자료동일성이라는 이름으로 논의되고 있다. 사기죄는 배임죄와는 달리 재산이전범죄(Vermögensverschiebungsdelikt)의 성격을 띄고 있기 때문에, 이익은 손해의 이면을 이루어야 하고 동일한 처분행위를 통하여 직접적으로 발생되어야 할 것이 요구된다.[2464]

중요한 점은 자료동일성 표지가 주관적 구성요건 단계에서 이루어져야한다는 것이다. 사기죄는 불법이득의사라는 초과주관적요소를 가지고 이루어지는 재산이전범죄이다. 행위자는 불법적인 이득을 취하고자 하는 의사를 가지고 있어야 하며, 그러한

2460) BGHSt 16, 221; 23, 300

2461) Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp/Jan C. Schuhr, Strafrecht Besonderer Teil/2: Straftaten gegen Vermögenswerte, 43. Aufl., C.F.Müller, 2020, Rn. 571 ff.

2462) 계약체결사기의 구체적인 특별 유형으로 논의 되는 형태로 생명보험사기(BGH wistra 2005, 22; BGHSt 54, 69), 노동계약과 관련한 소위 노무사기(sog. Anstellungsbetrug; vgl. BVerfG NJW 1998, 2589; BGH wistra 1999, 222)와 그 반전형태로의 소위 면접사기(sog. Einstellungsbetrug; BGH NJW 2001, 981) 및 은행계좌개설사기(Kontobetrug; BGH NStZ 2009, 329)가 있다.

2463) BGH wistra 1989, 61; Klaus Tiedemann/Brian Valerius/Joachim Vogel/Bernd Schünemann/Manfred Möhrenschlager, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB, Band 9/1: §§ 263 bis 266b, 12. Aufl., De Gruyter, 2012, § 263 Rn. 171 ff.

2464) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 60. Aufl., C.H.Beck, 2013, § 263 Rn. 187 ff.

의욕을 손해가 발생한 재산으로부터 얻고자 하여야 한다.[2465] 이러한 자료동일성 문제는 주로 수수료사기와 관련하여 논의되는데, 상술한 착유기 사례도 자료동일성 표지에 따라 해결할 수 있다.

착유기 사례와 자료동일성: sog. Melkmaschine-Fall; BGH 16, 321

착유기 판매 중개인 T는 농부들에게 착유기 장비를 표준가격보다 훨씬 낮은 가격으로 구매할 수 있다고 광고하였으나, 사실 그가 제시한 가격은 일반 표준가격과 동일한 가격이었다. T는 농부들에게 빨리 구매하지 않으면 다른 농부들이 사갈 것이라고 압박하였고, T의 기망으로 많은 농부들이 착유기를 구매하게 되었다. 그 중 K는 이미 부채가 많았음에도 착유기를 구매하여 재정난을 겪게 되었고, 결국 파산의 위기에 직면하였다. B 역시 착유기 구매를 위하여 높은 이자로 대출을 받음으로써 심각한 재정난을 겪게 되었다. 한편 농부 F는 소10마리에 적합한 착유기가 필요하였으나 착오로 인하여 2~3마리용 착유기를 구매하게 되었다.

1) 판례는 손해의 발생을 인정하였기 때문에 사기죄의 객관적 구성요건은 충족되어 있다.

2) 중개인(Provisionverterter) T는 농부들에게 판 착유기 대금을 자신이 얻고자 하지 않았다. 그가 얻고자한 이득은 착유기 회사로부터 나오는 판매수수료이다. 그는 착유기를 판매함으로서 생기는 수수료에 대한 이득의사를 가지고 있었다. 반면 착유기 구매라는 처분행위를 통해 농부들의 재산상 손해가 발생하였다. T가 의도한 이익과 농부들의 손해 사이에는 자료동일성이 인정되지 않는다.

3) 따라서 T는 자신을 위한(eigennutzig) 사기죄는 성립하지 않고, 타인을 위한(fremdnützig) 사기죄가 성립하게 된다.

마. 소결

사기죄에 대한 논의는 그 조문이 가지고 있는 방대한 이론적 쟁점으로 인해 재산범죄 해석론의 주축이 된다. 또한 불문의 구성요건을 포함한 개별 표지에 대한 해석과 관련하여서는 다양한 학설이 전개되고 있다. 이들 해석론은 객관적 구성요건 간 단계적 진행절차의 연관성과 사기죄가 가지고 있는 재산범죄의 고유한 특성을 중심으로 이루어지고 있다.

2465) Klaus Tiedemann/Brian Valerius/Joachim Vogel/Bernd Schünemann/Manfred Möhrenschlager, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB, Band 9/1: §§ 263 bis 266b, 12. Aufl., De Gruyter, 2012, §263 Rn. 256 ff.

주목할 만한 점은 판례는 개별 사례에 있어서 처벌의 필요성만으로 여러 행위양태를 가벌성 영역으로 포섭시키기 위하여 각 표지를 확장적으로 해석하는 경향을 보이는 반면, 학설은 자유로운 시장경제 질서의 관점에서 판례와 상반된 논지로 해석론을 전개하고 있다는 점이다. 이러한 배경하에 독일 연방헌법재판소는 일관되게 사기와 배임에 대한 규범적 해석을 통한 확장을 용인하면서도 엄격한 해석을 요구하고 있다.

5. 배임죄(§ 266 Untreue)

독일 형법전의 배임죄는 우리나라와 달리 사기죄와 같이 제22장에서 규정하고 있는데, 제266조 배임죄는 이득죄가 아닌 재산침해범죄(Vermögensbeschädigungsdelikt)의 성격을 보여주고 있는데, 이점에서 재산이전범죄(Vermögensverschiebungsdelikt)인 사기죄와 차이점을 보여준다.[2466]

초기의 형법전은 배임과 횡령을 구분하고 있지 않았는데, 자연법 사상의 영향으로 절도죄와 횡령죄가 타인의 물건에 대한 영득죄로서 분류되고 나서야 독자적인 배임범죄의 필요성이 대두되었다.[2467] 이때부터 배임죄와 횡령죄를 구분하기 위한 이론적 시도가 치열하게 이루어 졌는데, 이는 학계와 실무의 관점에 따라 상이한 방향성을 띄며 전개되었다. 그러한 결과물이 여러 교과서에서 배임죄의 본질에 대해 소개하고 있는 권한남용설(Missbrauchstheorie)과 배신설(Treubruchstheorie)이다. 당시 학계를 중심으로 배임에 있어서 불법의 핵심이 법적 대리권의 남용에 있다고 보는 권한남용설을, 이에 반해 실무를 중심으로, 특히 당시의 제국법원은 신의성실의 의무에 대한 위배 내지 신임관계의 침해에 중점을 두는 배신설을 전개하였다.[2468] 1933년 5월 26일 형법 개정 당시 두 학설을 모두 통합하여 현재의 배임죄의 바탕이 되는 조문으로 규율함으로서 이러한 학설의 대립은 종료되었다.[2469]

2466) Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp/Jan C. Schuhr, Strafrecht Besonderer Teil/2: Straftaten gegen Vermögenswerte, 43. Aufl., C.F.Müller, 2020, Rn. 748

2467) 배임죄의 연혁적 고찰에 대해서는 Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen, Strafgesetzbuch: Kommantar, 4. Aufl., Nomos, 2013, §266 Rn. 5 ff.

2468) Reinhart Maurach/Friedrich-Chr. Schroeder/Manfred Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 1, 11. Aufl., C.F.Müller, 2019, 45/6 ff.; Wolfgang Joecks, Strafgesetzbuch: Studienkommentar, 10. Aufl., C.H.Beck, 2012, §266, Rn. 4 ff.

2469) Wolfgang Joecks, Strafgesetzbuch: Studienkommentar, 10. Aufl., C.H.Beck, 2012, §266, Rn. 5

이에 따른 현재의 배임죄 조문과 배임죄의 기본적 심사체계는 다음과 같다.

[표 7-4-6] 배임죄 조문 및 심사체계

제266조 배임 (Untreue)

(1) 법률, 관청의 위임이나 법률행위를 통해 인정된 타인의 재산을 처분하거나 타인에게 의무를 부과할 권한을 남용하거나 법률, 관청의 위임, 법률행위 또는 신용관계 등에 의하여 부과되는 타인의 재산상 이익을 꾀해야할 의무에 위반하고, 그로 인하여 재산상 이익을 보호하여야 할 자에게 손해를 가한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

[심사체계][2470]

I.. 구성요건
1. 객관적 구성요건
(1) 행위기망행위 (Täuschungshandlung)
a) 제266조 제1항 1형의 남용형태
aa) 타인의 재산에 대한 처분 혹은 책무권한
bb) 권한의 남용
cc) 재산 후견의무
b) 제266조 제1항 2형의 배신형태
aa) 행위자의 재산후견의무
bb) 의무위반
(2) 결과: 후견되어야하는 재산에 남용 혹은 의무위반을 통해 가해진 재산상 손해
2. 주관적 구성요건
(1) 고의[2471]

II. III. 위법성, 책임

IV. 고소: 제266조 제2항 (제247조, 제248조a 준용)

V. 규정례 적용: 제 266조 제2항 (제243조 제2항, 제263조 제3항에 따른 규정례 준용)

2470) Wolfgang Joecks, Strafgesetzbuch: Studienkommentar, 10. Aufl., C.H.Beck, 2012, §266, Rn. 14

2471) 우리나라와 달리 배임죄는 가해범죄로서 규정하여 본인에게 손해를 가하면 성립하기 때문에 별도의 초과주관적 구성요건을 요구하지 않는다.

6. 소결

독일 형법상 재산범죄 체계, 특히 절도죄, 횡령죄, 사기죄, 배임죄 체계가 우리나라와 달리 구성되어있고, 또한 각 범죄의 개별적 구성요건이 달리 규정되어 있다는 점은 우리나라 재산범죄 해석에 많은 영향을 주었다. 절도죄의 객체, 횡령죄의 점유요건 포기와 포괄적 구성요건 기능, 사기죄의 보호법익과 재산상 손해 발생, 배신설에 기반한 배임죄의 기본 성격에 대한 해석학적 고려는 새삼 이 자리에서 강조할 부분은 아니다.

그동안 독일의 재산범죄의 법률개정과 해석 경향은 재산범죄 체계의 변화 보다는 새로운 범죄양태와 처벌의 흠결을 막기 위한 새로운 조문을 추가하고 (특히 제263조a 컴퓨터 사기죄 이하), 최근에 들어서는 시장경제의 거대화, 경제 규모의 글로벌화 등 시장 환경의 변화에 대응하고자 조직범죄, 기업범죄 영역으로 확대하는 모습을 보여주고 있다.

재산 범죄는 그 특성상 민사법적 재산관계와 다수의 개념적 중첩을 보여주고 있으며, 이로부터 형법상 독자적인 개념을 형성하고자 하였다. 이는 우리나라도 마찬가지이다. 하지만 재산범죄 영역은 자유로운 시장경제의 보장과 자유로운 경제활동의 보호와 불가피한 충돌이 발생하며, 이로 부터 우리나라와 독일 모두 '민사의 형사화'를 경계하고 자유로운 경제 영역을 우선하고 형법의 개입을 후퇴시키고자 하는 모습을 보여준다. 이에 대해 앞서 언급한 사기죄와 배임죄에 대한 독일 연방재판소의 2010년과 2011년 두 판례는 비교법적 시각에서 많은 시사점을 보여준다. 경제적 재산개념으로부터 출발한 기본 입장은 자유로운 시장 경제의 보호를 의도하고 있으며, 잠재적 위험성에 대한 손해의 주관적 산정의 인정은 재산보호를 위한 형법의 기능을 포기하지 않으려는 의도를 읽을 수 있다. 그리하여 재산범죄 구성요건에 대한 엄격한 해석을 요구함으로서 시장경제 보호와 재산권 보호 사이의 균형점을 제시하고 있다. 이러한 해석 경향은 최근 재산·경제 범죄의 증가를 보이고 있는 우리나라의 상황에서 '민사의 형사화' 배제를 위한 참고사항이 될 것이다.

제5절 | 일본

1. 개관

가. 재산범죄의 체계 및 구성

일본형법 제2편 각칙은 총 40개의 장으로 구성되어 있다. 그 중 재산범죄는 제36장 "절도 및 강도의 죄", 제37장 "사기와 공갈의 죄", 제38장 "횡령의 죄", 제39장 "도품 등에 관한 죄", 제40장 "손괴 및 은닉의 죄"의 5개 장이다.

주지하다시피 우리나라 형법은 재산범죄를 제2편 각칙의 맨 뒷부분인 제37장 "권리행사를 방해하는 죄"부터 제42장 "손괴의 죄"까지의 6개 장에 규정하고 있다. 양국 형법의 재산범죄에 대한 장의 체계를 비교하면, ① 우리나라 형법은 "권리행사를 방해하는 죄"를 별도의 장(제37장)으로 규정하고 있으나 일본형법에는 이에 상응하는 별도의 장이 없다는 점,[2472] ② 일본형법은 횡령과 배임을 구분하여 그 중 횡령죄 제38장의 "횡령의 죄"에 규정하고, 배임죄는 제37장의 "사기와 공갈의 죄" 부분에 속하는 제247조에 규정하고 있다는 점 등을 대표적인 차이점으로 꼽을 수 있다.

아울러 각 장의 개별 조문의 수준에서 비교해보면, 양국의 재산범죄 관련 처벌법규에는 적지 않은 차이점이 있음을 확인할 수 있다. ③ 한국형법상 재산범죄 관련 구성요건이 일본형법에 비하여 보다 세분화되어 있거나 일본형법에서는 찾아볼 수 없는 별도의 범죄구성요건이 규정되어 있다는 점—야간주거침입절도·특수절도·특수강도·특수공갈·특수손괴·중손괴 등과 같은 가중구성요건, 인질강도·강도강간 등과 같은 결합범 성격의 범죄구성요건, 자동차등 불법사용죄나 편의시설부정이용죄와 같은 보충적 처벌규정 등—, ④ 일본형법과 달리 한국형법에서는 각칙상 상습범에 대한 가중처벌규정을 두고 있다는 점, ⑤ 한국형법에서는 장물죄에 있어서 일본형법에서는 찾아볼 수

2472) 우리나라의 권리행사를 방해하는 죄에 규정된 권리행사방해죄(323조)나 점유강취·준점유강취(325조) 등은 "타인의 점유 또는 권리의 목적이 된 자기의 물건" 등을 취거, 은닉, 손괴하거나 강취하는 것을 행위태양으로 하고 있다. 한편, 일본형법 제242조(타인의 점유 등에 관련되는 자기의 재물)에 의해 제36장의 "절도와 강도의 죄"에서 '타인의 재물'로 간주하고 있고, 동 간주규정은 일본형법 제37장의 "사기와 공갈의 죄"의 제251조(준용), 제38장의 "횡령의 죄"의 제255조(준용), 제40장의 "손괴 및 은닉의 죄"의 제262조(자기의 물건의 손괴 등)에 의해 마찬가지로 적용되고 있어 실질적으로 우리나라의 권리행사방해 관련의 죄들을 대체하는 역할을 하고 있다.

없는 과실범 처벌규정—업무상과실 또는 중과실에 한함—을 두고 있다는 점 등이 그것이다. 한편, 한·일 양국 모두 친족 간의 범행에 대한 특례를 규정한 이른바 친족상도례를 재산범죄에 있어서 비교적 폭넓게 인정하고 있다는 점은 특기할 만한 공통점이다.

[표 7-5-1] 재산범죄의 체계 및 구성의 한·일 비교

일본형법		한국형법	
장	조 문	장	조 문
		제37장 권리행사를 방해하는 죄	제323조(권리행사방해), 제324조(강요), 제325조(점유강취, 준점유강취), 제326조(중권리행사방해), 제327조(강제집행면탈), 제328조(친족간의 범행과 고소)
제36장 절도 및 강도의 죄	제235조(절도), 제235조의2(부동산침탈), 제236조(강도), 제237조(강도예비), 제238조(사후강도), **제239조(혼취강도)**, 제240조(강도치사상), 제241조(강도·강제성교등 및 치사상), **제242조(타인의 점유 등에 관련되는 자기의 재물)**, 제243조(미수죄), 제244조(친족간의 범죄에 관한 특례), 제245조(전기)	**제38장 절도와 강도의 죄**	제329조(절도), 제330조(야간주거침입절도), 제331조(특수절도), 제331조의2(자동차등 불법사용), 제332조(상습범), 제333조(강도), 제334조(특수강도), 제335조(준강도), 제336조(인질강도), 제337조(강도상해·치상), 제338조(강도살인·치사), 제339조(강도강간), 제340조(해상강도), 제341조(상습범), 제342조(미수범), 제343조(예비, 음모), 제344조(친족간의 범행), 제345조(자격정지의 병과), 제346조(동력)
제37장 사기와 공갈의 죄	제246조(사기), 제246조의2(전자계산기사용사기), **제247조(배임)**, 제248조(준사기). 제249조(공갈), 제250조(미수죄), 제251조(준용)	**제39장 사기와 공갈의 죄**	제347조(사기), 제347조의2(컴퓨터 등 사용사기), 제348조(준사기), 제348조의2(편의시설부정이용), 제349조(부당이득), 제350조(공갈), 제351조(상습범), 제350조의2(특수공갈), 제351조(상습범), 제352조(미수범), 제353조(자격정지의 병과), 제354조(친족간의 범행, 동력)
제38장 횡령의 죄	제252조(횡령), 제253조(업무상횡령), 제254조(유실물등횡령), 제255조(준용)	**제40장 횡령과 배임의 죄**	제355조(횡령, 배임), 제356조(업무상의 횡령과 배임), 제357조(배임수증재), 제358조(자격정지의 병과), 제359조(미수범), 제360조(점유이탈물횡령), 제361조(친족간의 범행, 동력)
제39장 도품등에 관한 죄	제256조(도품양수등), 제257조(친족 등의 사이의 범죄에 관한 특례)	**제41장 도품등에 관한 죄**	제362조(장물의 취득, 알선 등), 제363조(상습범), 제364조(업무상과실, 중과실), 제365조(친족간의 범행)
제40장 손괴 및 은닉의 죄	**제258조(공용문서등훼손), 제259조(사문서등훼손)**, 제260조(건조물등손괴 및 동치사상), 제261조(기물손괴등), **제262조(자기의 물건의 손괴등)**, 제262조의2(경계손괴), **제263조(서신은닉), 제264조(친고죄)**	**제42장 손괴의 죄**	제366조(재물손괴등), 제367조(공익건조물파괴), 제368조(중손괴), 제369조(특수손괴), 제370조(경계침범), 제371조(미수범)

나. 재산범죄의 의의 및 보호법익

1) 개념 및 분류

재산범죄 내지 재산죄란, 타인의 재산을 침해하는 죄를 말한다.[2473] 개인의 재산을 보호법익으로 하는 범죄이며, 일본형법 각칙상의 절도죄(235조), 강도죄(236조 이하), 사기죄(246조), 배임죄(247조), 공갈죄(249조), 횡령죄(252조), 장물죄(256조 이하), 손괴 및 은닉의 죄(258조 이하) 등 여기에 해당한다.

재산죄는 대별하여 ① 영득죄(領得罪)와 ② 손괴죄—일본형법상 한자표기는 毁棄罪(훼기죄)인바, 여기서는 우리나라 형법상의 용어로 의역하여 손괴죄로 표기함—로 구분된다(아래 〈표 7-5-2〉 참조).[2474] 이 중 영득죄는 다시 직접영득죄와 간접영득죄로 구분되는바, 전자의 직접영득죄는 다시 점유의 이전을 수반하는 영득죄인 절도죄, 강도죄, 사기죄, 공갈죄—절도죄와 강도죄는 의사에 반한 탈취의 형태이고, 사기죄와 공갈죄는 하자 있는 의사에 의한 교부의 형태라는 점에서 서로 구분됨—, 그리고 점유이전을 수반하지 않는 영득죄인 횡령죄와 유실물횡령죄(점유이탈물횡령죄)로 구분된다. 후자의 간접영득죄에는 장물죄가 이에 속한다.

[표 7-5-2] 일본형법상 재산범죄의 분류

영득죄	**직접영득죄**	점유 이전	의사에 반한 탈취	절도죄, 강도죄
			하자 있는 의사에 의한 교부	사기죄, 공갈죄
		점유 불이전		횡령죄, 유실물횡령죄 (배임죄)
	간접영득죄			장물죄
손괴죄	—			손괴죄

2) 객체 및 보호법익

일본형법상 재산범죄의 객체는 재산과 재산상의 이익의 2가지가 있다. 이 중 재산은 배임죄를 제외한 모든 재산죄의 객체로 되어 있다. 이에 비하여 재산상의 이익은

2473) 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12巻, 青林書院, 2019, 256면.

2474) 山口厚, 刑法各論 [第2版], 有斐閣, 2016, 170면; 재산죄는 다양한 기준으로 분류되고 있는바, 이에 관하여는 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12巻, 青林書院, 2019, 259~260면 참조.

재물 이외의 재산적인 가치가 있는 이익을 말하며, 적극적 재산의 증가는 물론 소극적 재산의 감소도 해당된다고 본다. 형법 각칙상 재산상의 이익을 객체로 하는 재산죄는 강도이득죄(236조 2항), 사기이득죄(246조 2항), 공갈이득죄(249조 2항), 배임죄(247조), 전자계산기사용사기죄(246조의2)의 5개가 있다.

재산범죄의 보호법익은 개인의 재산이다. 재산범죄 규정이 궁극적으로는 개인의 사유재산의 보호를 목적으로 한다는 점에 이론은 없다. 나아가 재산죄 중에는 다른 보호법익이 추가되어 있는 범죄도 있다. 예를 들어 ① 피해자의 생명·신체·자유도 보호법익으로 하는 강도죄, ② 피해자의 자유도 보호법익으로 하는 공갈죄, ③ 국가나 공공단체의 작용도 보호법익으로 하는 횡령죄(252조 2항), 공문서손괴죄(258조)[2475] 등 있다.

2. 절도죄

제235조 (절도)

① 타인의 재물을 절취한 자는 절도의 죄로 하며, 10년 이하의 징역 또는 5만엔 이하의 벌금에 처한다.
② 전항의 죄의 미수는 처벌한다.

일본형법상 '절도의 죄'에는 절도죄(235조)와 부동산침탈죄(235조의3)의 2가지가 있다. 전자는 타인의 동산을 절취하는 범죄이고, 후자는 타인의 부동산을 침탈하는 범죄이다. 이하에서는 우선 일본형법 제235조의 절도죄에 대하여 살펴보고, 제235조의2의 부동산침탈죄에 대하여는 아래에서 별도의 소항목으로 구분하여 기술하도록 한다.

가. 보호법익

앞에서 살펴본 바와 같이 재산범죄의 보호법익은 개인의 재산이다. 재산죄를 처벌하는 목적이 재산의 보호에 있다는 것은 명백하지만, 재산죄의 직접적인 보호법익이

2475) 일본형법 제2편 각칙 제40장의 "손괴 및 은닉의 죄"에는 공문서등훼손, 사문서훼손 등의 죄가 포함되어 있다.

구체적으로 무엇인가라는 논점에 있어서는 재산에 대한 형법적 보호와 민법적 보호의 관계를 어떻게 이해할 것인가라는 문제와도 밀접한 관련이 있어 종전부터 견해의 대립이 이어져왔다. 이를 대별하면, 재산죄의 보호법익은 재산에 대하여 성립하는 민사상의 재산권 자체로 이해하는 입장과 민사상의 권리관계와는 별개의 재산의 사실상이 상태를 재산죄의 보호법익으로 이해하는 입장으로 나누어진다.[2476] 이러한 견해의 차이를 배경으로 하여 절도·강도죄와 같은 재산탈취형의 재산죄의 보호법익이 무엇인가라는 논점을 둘러싸고 **본권설**과 **점유설(소지설)**의 대립이 학설 및 판례의 쟁점이 되어 왔는바, 이하에서는 절도죄에 초점을 맞추어 이를 소개한다.

절도죄의 경우 그 보호법익이 무엇인가를 둘러싸고는 학설상 본권설, 소지설, 절충설 등이 대립하고 있다.[2477] ① **본권설**은 소유권, 그 밖의 본권을 보호법익으로 보는 입장인바, 제235조의 절도죄에서 말하는 "타인이 점유하는 재물"의 의미를 권한이 있는 점유의 경우에만 한정된다고 본다. 타인의 재물은 타인의 소유물을 의미한다는 점, 불가벌적 사후행위는 본권의 침해가 절도죄 자체로서 이미 평가되었기 때문에 불가벌이라는 점, 제242조는 자기 소유물에 대한 특례를 규정한 것으로서 여기서의 점유는 권한 있는 점유를 의미한다는 점을 그 근거로 삼고 있다. ② **점유설(소지설)**은 재물에 대한 소지 그 자체를 보호법익으로 보는 입장인바, 권한이 없는 단순한 점유의 경우에도 제235조의 절도죄에 말하는 "타인이 점유하는 재물"에 포함된다고 본다. 타인의 재물은 타인의 점유권을 말하며, 타인의 소유권에 한정되지 않는다는 점, 복잡화한 현대사회에 있어서는 현재 재산이 점유되어 있다고 하는 재산적 질서의 보호를 도모할 필요가 있다는 점, 제242조는 타인의 점유의 보호를 가리키는 주의규정이며, 여기서 말하는 점유는 점유 일반을 의미한다는 점을 그 근거로 삼고 있다. 그리고 ③ **절충설(중간설)**은 다시 평온한 점유를 보호법익으로 보는 입장, 합리적인 이유가 있는 점유를 보호법익으로 보는 입장 등으로 나누어진다.

판례의 태도를 보면, 구 대심원 판례[2478]에서는 본권설의 입장을 취하고 있었지만, 이후 최고재판소[2479]는 본권설을 취하던 종전 판례의 입장을 변경하여 법령상 소지가

2476) 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12巻, 青林書院, 2019, 260면.

2477) 山口厚, 刑法各論 [第2版], 有斐閣, 2016, 186면 및 190면; 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 134면.

2478) 대심원 판결 1918년(대정7년) 9월 25일 大審院刑事判決錄 24집 1219면.

금지되어 있는 경우라도 "사회의 법적 질서를 유지할 필요에 비추어 물건의 소지라고 하는 사실상의 상태 그 자체가 보호되어야" 한다고 하며 점유설을 취하였다.[2480]

나. 객체

절도죄의 객체는 타인이 점유하는 '타인의 재물'이다. 이를 보다 엄격히 정의하면, 재물 중 부동산은 부동산침탈죄의 객체가 되기 때문에 절도죄의 객체는 타인이 점유하는 타인 소유의 동산이 된다. 자신의 동산이라고 하더라도 타인이 점유하거나 또는 공무소의 명령에 의해 간수하는 것이라면 본죄의 객체가 된다(242조 참조).[2481]

1) 「점유」의 의의

절도죄는 타인의 의사에 반하여 그 재물의 점유를 침해하는 점에 특질이 있기 때문에 피해자에게 점유가 없으면 성립하지 않는다. 따라서 절도죄의 객체는 타인이 점유하는 재물이어야만 한다.[2482] 여기서의 '점유'는 재물에 대한 사실상의 지배를 의미한다. 사실상의 지배가 인정되기 위해서는 객관적으로는 타인의 지배를 배제하는 상태, 즉 배타적 지배를 필요로 하며,[2483] 주관적으로는 배타적 지배의 의사, 즉 점유의 의사를 필요로 한다.

구 대심원 판례[2484]에서는 열차 내의 분실물에 대하여 일반인의 출입이 용이한 장소의 관리자에게는 그 장소의 분실물에 대한 점유를 인정할 수 없다고 보아 절도죄가 아닌 점유이탈물횡령죄를 인정한바 있다. 그리고 최고재판소 판례[2485]에서는 버스를 기다리던 행렬의 이동 중에서 카메라를 놓아둔 채 잊어버렸으나 약 5분후에 20미터

2479) 최고재판소 판결 1949년(소화24년) 2월 15일 最高裁判所刑事判例集 3권 2호 175면.

2480) 한편, 최고재판소는 법령상 금지되어 있는 연금증서를 차용금의 담보로 제공했다가 이를 기망하여 돌려받은 사안에 있어서 증서의 소지 자체는 보호되어야 한다며 점유설의 입장에서 사기죄의 성립을 인정하였다(최고재판소 결정 1989년(평성1년) 7월 7일 最高裁判所刑事判例集 43권 7호 607면).

2481) 일본형법 제242조 (타인이 점유 등에 관계되는 자기의 재물) "자기의 재물이라고 하더라도 타인이 점유하거나 또는 공무소의 명령에 의해 타인이 간수하는 것인 때에는 이 장(章)의 죄에 대하여는 타인의 재물로 간주한다."

2482) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 142면.

2483) 대심원 판결 1915년(대정4년) 3월 18일 大審院刑事判決錄 21집 309면.

2484) 대심원 판결 1926년(대정15년) 11월 2일 大審院刑事判例集 5권 491면.

2485) 최고재판소 판결 1957년(소화32년) 11월 8일 最高裁判所刑事判例集 11권 12호 3061면.

정도 떨어진 곳에서 이를 알아차렸던 경우 피해자의 실력지배 하에 있었다고 보아 절도죄를 인정한바 있다. 한편, 사자(死者)의 점유와 관련해서 일본 최고재판소는 산속에서 피해자를 강간하고 살해한 후 범행을 은폐하기 위해 사체를 매장하던 중에 피해자가 소지하고 있던 손목시계를 보고 이를 탈취한 사안에 있어서 "피해자가 생전에 소유하고 있었던 재물의 소지는 그 사망 직후에도 계속하여 보호하는 것이 법의 목적을 실현하는 것으로 보아야 한다. 그렇다면 피해자로부터 그 점유를 이탈시킨 자기의 행위를 이용하여 위 재물을 탈취한 일련의 피고인의 행위는 이를 전체적으로 관찰하여 타인의 재물에 대한 소지를 침해한 것"이라고 보아 절도죄의 성립을 인정한 바 있다.[2486]

2) 재물의 의의

어떠한 물건이 '재물'에 해당하는지를 둘러싸고는 ① 유체물에 한하는 것인지(유체물성), ② 가치가 있어야 하는 것인지(유가치성)의 2가지 점을 중심으로 논의가 전개되어 있다.

위 ①의 논점에 관하여는 학설상 **유체물설**과 **관리가능성설**이 대립하고 있다. 일본형법 제245조(전기)에서는 "이 장의 죄에 있어서는 전기는 재물로 간주한다."라는 규정을 두고 있다. **유체물설(유체성설)**은 위 제245조를 「예외규정」으로 이해한다.[2487] "전기는 재물로 간주한다"라고 하는 문언은 전기가 재물이 아니라는 점을 전제로 한다는 점, 관리가능성설의 해석은 그 한계가 애매하고, 죄형법정주의에 반한다는 점 등을 이유로 제시하고 있다. 이에 대하여 **관리가능성설**은 위 제245조를 「주의규정」으로 이해한다. 과학기술의 진보에 의해 유체물이라고 할 수 없는 에너지가 갈수록 많이 사용되고 있는 실태에 비추어 이러한 무체물도 보호의 필요성이 인정된다는 점을 주된 근거로 한다. 다만 이 입장에서도 재물이라고 인정하기 위해서는 절취, 점유이전이라는 사실적인 침해의 방법에 익숙한 자연계의 물질성을 갖추어야 한다고 본다. 이러한 의미에서 후자는 물리적 관리가능성설이라고도 부른다.[2488] 전자의 유체물설이 학설

2486) 최고재판소 판결 1966년(소화41년) 4월 8일 最高裁判所刑事判例集 20권 4호 207면.

2487) 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12巻, 青林書院, 2019, 265면.

2488) 물리적 관리가능성설과 차별하여 소수설로서 이른바 「사무적 관리가능성설」이 제시되어 있기도 하다. 牧野英一 교수의 주장으로서 동 견해는 제235조의 절도죄에 있어서도 객체가 '재

상 다수설에 해당하지만, 판례는 후자의 관리가능성설의 입장을 취하고 있다.[2489]

위 ②의 유가치성에 관하여는 재물로 인정하기 위해서는 일정 정도의 가치가 있어야 한다는 것이며, 판례의 태도이기도 하다.[2490] 다만, 여기서 말하는 가치성은 객관적 교환가치로만 한정되지 않고, 개인의 편지 등과 같이 주관적·감정적 가치만 있거나 이미 사용한 우표나 인지 등과 같이 소극적 가치만 있는 경우에도 인정된다고 본다.

한편, 재물(성)과 관련하여 마약 등과 같이 유통이 법적으로 금지되어 있는 금제품의 경우에 절도죄의 객체가 될 수 있는지를 둘러싸고도 긍정설과 부정설이 전개되어 있다. 부정설은 소유권이 존립할 수 없는 물건이므로 재물로 볼 수 없다는 입장으로 구 판례의 태도이기도 했다. 이에 비하여 현재의 판례와 통설은 긍정설의 입장을 취하고 있다.[2491] 금제품도 일정한 경우에는 허가 등을 조건으로 소유·소지가 인정될 수 있다는 점, 위법한 소지라고 하더라도 이를 몰수하기 위해서는 일정한 절차가 필요하기 때문에 법률상의 몰수절차가 진행되지 않는 한 몰수되지 않는다는 한도 내에서 그 재물성을 인정해야 한다는 점을 그 근거로 제시하고 있다.[2492]

다. 행위

본죄의 행위는 절취이다. 절취란, 점유자의 의사에 반하여 재물에 대한 점유를 배제하고, 목적물을 자기 또는 제3자의 점유로 이전하는 것을 말한다.[2493] 판례에 의하면, 절취는 반드시 "몰래 훔치는" 행위일 필요는 없다.[2494]

절취의 방법과 수단에 제한이 없다. 시비변별능력이 없는 유아를 도구로 이용하여 절취한 경우에도 간접정범으로서 절도죄가 성립한다.[2495] 하급심 판례로서 자동판매기에 가짜 동전을 넣어 상품을 꺼내간 경우처럼 사기적인 행위를 수단으로 한 때에도

물'에 한정되지 않고, '재산상의 이익'도 포함된다는 해석에 기초하고 있다(牧野英一, 刑法各論(下卷), 有斐閣, 1951, 548면).

2489) 대심원 판결 1903년(명치36년) 5월 21일 大審院刑事判決錄 9집 874면. [전기절도사건]

2490) 최고재판소 판결 1950년(소화25년) 8월 29일 最高裁判所刑事判例集 4권 9호 1585면.

2491) 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12巻, 青林書院, 2019, 283~284면.

2492) 최고재판소 1949년(소화24년) 2월 15일 最高裁判所刑事判例集 3권 2호 175면.

2493) 최고재판소 결정 1956년(소화31년) 7월 3일 最高裁判所刑事判例集 10권 7호 955면.

2494) 최고재판소 결정 1957년(소화32년) 9월 5일 最高裁判所刑事判例集 11권 9호 2143면.

2495) 대심원 판결 1904년(명치37년) 12월 20일 大審院刑事判決錄 10집 2415면. 최고재판소 결정 1983년(소화58년) 9월 21일 最高裁判所刑事判例集 37권 7호 1070면.

피해자의 의사에 반하여 재물의 점유를 취득한 것이므로 절도죄가 성립한다.[2496] 또한 현금카드의 전자적 기록부분을 부정하게 조작하여 현금자동인출기에서 현금을 꺼내간 행위도 절도죄가 된다고 본다.[2497]

라. 불법영득의사

1) 의의

재산죄도 고의범인 이상 객관적 구성요건요소에 대한 인식인 고의가 있어야 범죄가 성립한다. 절도죄에 있어서 점유침탈의 사실에 대한 인식, 즉 고의만을 요구할 경우 처벌범위가 부당하게 확장될 우려가 있다고 본다. 예를 들어 자전거를 극히 일시적으로 무단사용하는 행위인 이른바 사용절도의 경우 점유를 침탈하는 고의가 인정되는 이상 절도죄가 성립한다는 점, 손괴의 목적으로 타인의 재물을 절취한 경우 영득죄와 손괴죄의 구별이 곤란하다는 점 등이 문제로 제기된다.

따라서 특히 재산죄의 성립에는 주관적 구성요건요소로서 고의 이외에 불법영득의 의사가 추가로 필요한 것 아닌가라는 점이 이론적 논제로 되어 있다. 불법영득의사는 이론적으로는 재산범죄 일반에 해당되는 문제이지만, 주로 절도죄에서 논의되고 있다. 학설상 불법영득의사가 필요한지 여부에 관하여는 **불요설**과 **필요설**이 대립하고 있다.[2498] 일본의 판례는 절도죄의 성립에는 고의 이외에 불법영득의 의사를 필요로 한다고 보는 필요설의 입장이며, 불법영득의사란 "권리자를 배제하여 타인의 물건을 자기의 소유물로서 경제적 용법에 따라 이를 이용 또는 처분하려는 의사를 말한다"라고 그 개념을 정의하고 있다.[2499]

2) 일시사용과 불법영득의사

여기서의 일시사용이란, 타인의 재물을 일시 사용한 후 반환할 의사로서 그 점유를 침해하는 것을 말한다. 예를 들어 반환할 의사로 자전거를 무단으로 사용한 경우가

2496) 広島高等裁判所 판결 1955년(소화30년) 9월 6일 高等裁判所刑事判例集 8권 8호 1021면.
2497) 東京地方裁判所 1989년(평성1년) 2월 22일 判例時報 1308호 161면.
2498) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 136면; 山口厚, 刑法各論 [第2版], 有斐閣, 2016, 198면.
2499) 대심원 판결 1915년(대정4년) 5월 21일 大審院刑事判決錄 21집 663면; 최고재판소 판결 1951년(소화26년) 7월 13일 最高裁判所刑事判例集 5권 8호 1437면..

이에 해당한다. 일시사용에 대하여는 이른바 사용절도로서 절도죄의 성부가 주로 문제되고 있지만, 이론적으로는 강도죄 등의 절도죄 이외의 탈취죄에 있어서도 문제가 된다.[2500]

학설상 일시사용에 관하여는 ① 점유취득이 인정되는 이상 절도죄의 성립을 인정해야 한다는 설, ② 가벌적인 점유침해가 인정되지 않는 한 불가벌이라는 설, ③ 점유침해가 인정되더라도 이용할 의사가 없는 한 탈취죄가 성립하지 않는다는 설 등이 주장되고 있다. 판례는 과거에는 반환의사가 있는 경우에는 불법영득의 의사가 없다고 보아 사용절도의 가벌성을 부정해왔다. 그러나 한편으로 최고재판소는 1968년(소화43년) 9월 17일 판결[2501]에서 자동차를 야간에 무단으로 사용하고, 이를 다음날 아침까지 원래 장소에 돌려놓은 행위를 반복한 사안에 대해 "절도품의 운반에 사용하거나 혹은 그 목적을 가지고 상당한 장기간에 걸쳐 타고 다닌 것이므로 비록 무단사용한 후에 이를 원래의 위치로 돌려놓았다고 하더라도 피고인들의 부정영득의 의사를 긍정할 수 있다"고 하며 절도죄의 성립을 인정한바 있다. 나아가 1980년(소화55년) 10월 30일 판결[2502]에는 "원래의 장소에 돌려놓을 마음으로" 약 4시간여 동안 타인의 자동차를 무단으로 타고 다닌 사례에서 불법영득의 의사를 인정하기도 했다.

3) 영득죄와 손괴죄의 구별과 불법영득의사

영득죄와 손괴죄를 구별하는 기준으로서 불법영득의 의사가 필요한 것인지에 대하여 이론적 다툼이 있다. **불요설**의 입장에서는 양자의 구별은 "점유의 이전의 유무"로 판단하면 되고, 그 논거로서 절도죄의 법정형이 상대적으로 중한 이유는 객체의 점유의 이전을 수반하여 이익도 이전하고, 행위자가 부정한 이익을 취득한다고 하는 객관적인 사정에서 구해야 한다는 점 등을 제시하고 있다. **필요설**은 양자의 구별을 "불법영득의사의 유무"로 판단하며, 현행형법이 재물에 대한 점유침해라는 점에서 동일한 기물손괴죄에 비하여 절도죄를 중하게 처벌하는 것은 국민에게 유혹적이며 범하기 쉬운 범죄이고, 유형적으로 책임이 상대적으로 중하다는 점에 근거한 것이라 해석한다.

판례는 필요설의 입장을 취하고 있는바, 영득죄에 있어서는"이용 또는 처분하려는

2500) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 137면.
2501) 최고재판소 판결 1968년(소화43년) 9월 17일 判例時報 534호 85면.
2502) 최고재판소 판결 1980년(소화55년) 10월 30일 最高裁判所刑事判例集 34권 5호 357면.

의사"인 불법영득의사가 필요하다고 본다. 전술한 대심원의 1915년(대정4년) 5월 21일 판결[2503]에서 교장을 곤란하게 만들 의도로 공문서를 학교 천정에 은닉한 행위는 "단순히 물건을 손괴 또는 은닉할 의사"가 인정되는 것에 불과하므로 절도죄는 성립하지 않는다고 판시하였다. 동 판결 이후 하급심을 포함하여 판례는 일관하여 이용처분의 의사가 필요하다는 입장을 취하고 있다.[2504]

마. 착수시기 및 기수시기

절도죄의 실행의 착수시기는 판례의 입장인 이른바 실질적 객관설에 따르면 추상적으로는 점유 침해의 구체적 위험성이 고조된 시점에 인정된다. 그러나 구체적으로 보면, 침입절도, 상점절도, 소매치기 등의 구체적인 행위유형이나 객체의 속성에 따라 차이가 있으며, 재물의 성질·형상 및 절취행위 자체의 상황 등을 고려하여 사회통념에 비추어 판단되고 있다.

판례는 일반적으로 절도의 현장에서 객체에 대한 물색행위를 시작한 때를 착수시기로 보고 있다. 이는 물색행위가 있을 때 비로소 재물에 대한 타인의 점유를 침해하는 현실적인 위험성이 인정되기 때문이다. 예컨대 주거침입절도 사례에 있어서는 주거에 침입한 후 금품을 물색하기 위해 장롱에 다가간 때에 절도의 착수를 인정하였다.[2505] 또한 심야에 전기용품점에 침입하여 가능한 한 현금을 훔치기 싶었기 때문에 현금계산대가 있는 쪽으로 다가간 때에 절도의 착수를 인정하였다.[2506]

절도죄의 기수시기는 타인의 점유를 배제하여 재물을 행위자 또는 제3자의 점유로 이전시킨 시점이다. 점유를 취득한 대에 기수에 달하다고 보는 이른바 취득설(取得說)이 다수설이자 판례의 태도이다.[2507] 구체적으로 어느 시점에 점유가 이전된 것인지에 대하여는 재물 자체의 형상, 피해자의 재물에 대한 점유의 형태—특히 지배의 강약—, 절취행위 태양 등을 고려하여 개별적이고 구체적으로 판단될 수밖에 없다.

2503) 대심원 판결 1915년(대정4년) 5월 21일 大審院刑事判決錄 21집 663면.
2504) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 140면; 山口厚, 刑法各論 [第2版], 有斐閣, 2016, 201~203면.
2505) 대심원 판결 1934년(소화9년) 10월 19일 最高裁判所刑事判例集 13권 1473면.
2506) 최고재판소 판결 1965년(소화40년) 3월 9일 最高裁判所刑事判例集 19권 2호 69면.
2507) 최고재판소 판결 1948년(소화23년) 10월 23일 最高裁判所刑事判例集 2권 11호 1396면.

하급심 판례의 사례를 보면, 자전거를 남의 집의 현관에서 노상까지 옮긴 때,[2508] 만취자를 도와주는 것처럼 가장하여 구두를 벗기고 손목시계를 풀어서 놓아둔 다음 피해자를 다른 장소로 옮긴 때[2509]에 실행의 착수를 긍정하고 있다.

바. 부동산침탈죄

제235조의2 (부동산침탈)

타인의 부동산을 침탈한 자는 10년 이하의 징역에 처한다. ※ 제243조 (동 미수범 처벌)

1) 본조의 입법배경

본조의 부동산침탈죄는 1960년 법률 제83호로 단행된 일본의 형법 일부개정 시에 신설된 조문이다. 동조의 신설 이전에는 학설상으로 부동산에 대한 절도죄가 인정될 수 있는지 여부를 둘러싸고 찬반의 논쟁이 전개되고 있었다. 해석론적으로는 제235조의 절도죄의 객체인 '재물'은 동산에 한정되는지, 부동산을 포함하는지의 문제이기도 했다.

부동산이 절도죄 이외에 사기죄, 공갈죄, 횡령죄에 있어서는 객체가 될 수 있다는 점에 대하여는 이론이 없고, 판례도 이를 긍정하고 있다.[2510] 이에 비하여 절도죄에 있어서는 '절취'라는 문언의 의미에 비추어 물건의 이동을 수반하지 않는 부동산에 대해서도 절도를 인정할 수 있을지가 문제된다. 이러한 부동산 절도에 대하여는 이를 부정하는 견해와 긍정하는 견해가 대립하고 있었다. 부정설은 점유를 침해당하더라도 물건의 이동을 수반하지 않고, 동산에 비하여 피해물의 추적과 회복이 용이하다는 점을 이유로 내세우는 것에 반하여 긍정설은 부동산에 대한 점유침해의 경우 부정설이 말하는 정도로 피해회복이 용이하지는 않은 것이 사회의 실정이고, 이를 적극적으

2508) 名古屋高等裁判所 판결 1950년(소화25년) 3월 1일 高等裁判所刑事判決特報 6호 110면; 東京高等裁判所 판결 1951년(소화26년) 10월 15일 高等裁判所刑事判決特報 24호 135면.

2509) 東京高等裁判所 판결 1953년(소화28년) 5월 26일 東京高等裁判所刑事裁判時報 3권 5호 207면.

2510) 사기죄에 대하여는 대심원 판결 1909년(명치42년) 5월 14일 大審院刑事判決錄 12집 613면 및 대심원 판결 1909년(명치42년) 6월 17일 大審院刑事判決錄 15집 785면; 공갈죄에 대하여는 대심원 판결 1911년(명치44년) 12월 4일 大審院刑事判決錄 17집 2095면; 횡령죄에 대하여는 대심원 판결 1909년(명치42년) 4월 29일 大審院刑事判決錄 15집 524면.

로 보호할 필요가 있다는 점을 이유로 제시했다. 양자 중에는 긍정설이 입장이 보다 유력한 상황이었다.[2511]

이러한 학설상의 다툼이 있던 와중에 1960년에 형법의 일부개정에 즈음해서 경계훼손죄(제262조의2)와 함께 부동산침탈죄(제235조의2)가 신설되면서 부동산에 대한 절도행위는 본조에 의해 처벌되게 되었고, 위 학설적인 다툼은 더 이상 실질적인 의미가 없어졌다.[2512]

2) 객체

본죄의 객체는 '타인'이 점유하는 '부동산'이다. 여기서의 타인은 자연인(自然人)인지 법인(法人)인지를 불문한다. 자기의 부동산이라고 하더라도 타인이 점유하거나 또는 공무소의 명령에 의해 타인이 간수하는 것인 때에는 타인의 부동산으로 간주된다(제242조. 전술한 절도죄의 객체에 대한 설명 부분 참조).

부동산이란, 토지 및 그 정착물을 말한다(일본민법 제86조 1항).[2513] 토지는 지면뿐만 아니라 지상의 공간 및 지하를 포함하며, 토지의 정착물은 건물에 한정된다. 민법상으로는 입목(立木)도 부동산에 포함되지만, 그 점유의 침탈은 사실상 토지로부터 분리시킬 수밖에 없으므로 이 경우는 절도죄의 객체가 된다.[2514]

3) 행위

본죄의 행위는 '침탈(侵奪)'이다. 침탈이란, 점유자의 의사에 반하여 타인의 부동산의 점유를 배제하여 그 부동산에 자기 또는 제3자의 점유를 설정하는 것을 말한다. '침탈'이라는 용어는 부동산에 대한 점유의 취득을 의미하여(일본민법 제200조 1항 참조)[2515], 동산에 대한 '절취'에 대응하는 개념이다.

2511) 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12巻, 青林書院, 2019, 287면.

2512) 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12巻, 青林書院, 2019, 287면.

2513) 일본민법 제86조 (부동산 및 동산) ① 토지 및 그 정착물은 부동산으로 한다. ②부동산 이외의 물건은 모두 동산으로 한다.

2514) 최고재판소 판결 1950년(소화25년) 4월 13일 最高裁判所刑事判例集 4권 4호 544면.

2515) 일본민법 제200조 (점유회수의 소) ①점유자가 그 점유를 침탈당한 때에는 점유회수의 소(訴)에 의해 그 물건의 반환 및 손해의 배상을 청구할 수 있다. ②(생략) 동 제201조 (점유의 소의 제기기간) ①②(생략) ③

토지 위에 항구적인 건축물을 구축하는 행위 등이 이에 해당한다. 건물에 대한 '침탈'은 거주자를 배제하여 출입을 불가능하게 하는 방법으로 점유를 설정하는 것이 필요하다. 타인의 점유 하에 있는 토지나 건물의 전체를 점유할 필요는 없고, 예컨대 건물 중 방실 하나를 점거하는 것도 침탈에 해당한다.

침탈은 타인의 점유를 배제하는 것을 의미하므로, 예컨대 임대기간이 경과한 후에 소유자의 퇴거요구에 응하지 않고 목적물을 계속해서 점유하더라도 본죄를 구성하지는 않는다. 또한 여기서의 점유는 부동산에 대한 사실상의 지배를 의미하며, 따라서 등기명의를 변경하는 것과 같이 단순히 법률상 점유를 취득하는 것만으로는 본죄를 구성하지 아니한다.

4) 고의 및 불법영득의사

본죄에 있어서도 고의 이외에 불법영득의사가 필요하다고 본다. 본죄의 고의는 타인이 점유하는 타인의 부동산에 대해 점유를 배제하여 자기 또는 제3자의 점유를 설정하는 것을 인식하고, 행위로 나아가는 의사이다. 본죄에 있어서의 불법영득의 의사는 소유권자 또는 임차권자로서 향유할 의사 및 이용처분할 의사이다.

따라서 하급심 판례에 따르면, "공터를 배수구로 일시적으로 이용하려는 의사"로는 불법영득의사를 인정하기에 부족하다고 보았고,[2516] 또한 "어느 정도 계속적으로 점유를 침탈할 의사가 없는 경우에는 불법영득의 의사가 있다고 할 수 없다"고 했다.[2517] 이와 같이 일시사용 목적에 기초한 이른바 「사용침탈」의 경우에는 불법영득의사가 인정되지 않는다.[2518]

5) 기타

본죄는 절도죄와 마찬가지로 부동산에 대한 점유를 획득한 시점에 기수가 되고, 그 후에는 위법상태가 계속되는 것이 지나지 않는 이른바 상태범으로 보는 것이 통설이다. 따라서 토지나 가옥의 임차인이 임차기간을 경과한 후에 계속해서 무단으로 점유하더라도 본죄에는 해당하지 않는다. 다만, 판례에 따르면, 자재적치장으로 토지를 임차

2516) 大阪高等裁判所 판결 1965년(소화40년) 12월 17일 高等裁判所刑事判例集 18권 7호 877면.
2517) 大阪高等裁判所 판결 1966년(소화41년) 8월 9일 高等裁判所刑事判例集 19권 5호 535면.
2518) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 150면.

해서 사용하던 자가 함부로 주택을 건축한 경우처럼 점유에 질적인 변화를 발생시켜 새로운 점유의 침해로 평가할 수 있는 경우에는 본죄가 성립한다고 본다.[2519]

사. 친족 간의 범행에 관한 특례

제244조 (친족 간의 범행에 관한 특례)

① 배우자, 직계혈족 또는 동거의 친족과의 사이에서 제235조의 죄, 제235조의2의 죄 또는 이들의 죄의 미수범을 범한 자는 그 형을 면제한다. ② 전항에 규정한 친족 이외의 친족과의 사이에서 범한 동항에 규정한 죄는 고소가 없으면 공소를 제기할 수 없다. ③ 전 2항의 규정은 친족이 아닌 공범에 대하여는 적용하지 아니한다.

1) 의의

일본형법 제244조는 배우자, 직계혈족 및 동거의 친족이 사이에 있어서 절도죄(제235조), 부동산침탈죄(제235조의2) 또는 동 미수죄를 범한 자는 그 형을 면제하고, 아울러 이 이외의 친족에 관한 때에는 친고죄로 하는 특례를 규정하고 있다. 이를 이른바 「친족상도례(親族相盜例)」라고 부른다. 이 특례는 다른 재산범에도 준용되고 있다—제251조(준용)에서 사기죄·공갈죄·배임죄, 제256조(준용)에서 횡령죄에 대하여 각각 준용함—. 다만, 강도죄 및 손괴죄에 대하여는 친족상도례 규정이 준용되지 않으며, '도품 등에 관한 죄(장물죄)'에 있어서는 친족 간의 범죄에 대해 별도의 독자적인 규정을 두고 있다(제257조).

우리나라 형법상의 친족상도례 규정[2520]과 비교하면 거의 유사한 내용이고, 그 적용범죄나 대상에 다소의 차이가 있을 뿐이다. 한편, 일본의 경우 친족의 범위는 민법상 양국에 있어서의 친족의 범위는 민법상 차이가 있다. 일본민법상 친족의 범위는 민법 제725조[2521]에 의하면, 6친등(親等)—우리나라의 촌수(寸數)[2522]에 해당— 내

2519) 최고재판소 결정 1967년(소화42년) 11월 2일 最高裁判所刑事判例集 21권 9호 1179면.

2520) 한국형법 제328조 (친족간의 범행과 고소) ①직계혈족, 배우자, 동거친족, 동거가족 또는 그 배우자간의 제323조의 죄는 그 형을 면제한다. ②제1항 이외에 친족간에 제323조의 죄를 범한 때에는 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있다. ③전2항의 신분관계가 없는 공범에 대하여는 전 2항을 적용하지 아니한다.

2521) 일본민법 제725조 (친족이 범위) 다음에 열거한 자는 친족으로 한다. 1. 6친등(親等) 내의 혈족 2. 배우자 3. 3친등 내의 인족(姻族)

2522) 일본민법 제726조 (친등의 계산) ①친등은 친족간의 세대수(世代數)를 세어 이를 정한다. ②

의 혈족(血族), 배우자, 3친등(親等) 내의 인족(姻族)으로 되어 있다. 본조 제1항에서 '직계혈족'으로 열거하고 있으므로 제2항에서의 '친족'은 직계혈족을 제외한 6친등 내의 혈족(방계혈족)과 3친등 내의 인족을 의미한다.[2523]

2) 특례의 근거

제1항의 직계혈족 등의 경우에는 공소의 제기가 있으면 형을 면제하는 취지의 유죄 판결이 내려진다(일본형사소송법 제334조). 이와 같이 형이 면제되는 이유에 대하여, 판례[2524]와 통설은 친족상도행위라 하더라도 구성요건에 해당하고, 위법·유책한 행위이므로 범죄는 성립하지만, 친족이라는 신분이 있기 때문에 형벌이 조각되는 이른바 인적처벌조각사유(내지 일신형벌조각사유)로 해석하고 있다.

이와 같이 피해자와 행위자 사이에 특별한 친족관계가 있는 경우에 형이 면제되는 바, 제244조의 법적 성격 내지 면제의 근거가 무엇인지를 둘러싸고는 대별하여 ① **정책설**과 ② **법률설**이 주장되고 있다. **정책설**은"법은 가정에 들어가지 않는다"는 사상을 바탕으로 국가의 형벌권 행사보다는 가정 내의 자율에 맡기는 것이 타당하다고 입법자의 정책적 배려에서 그 근거를 찾는 입장이며, 판례[2525]의 태도이기도 하다.[2526] **법률설**은 위법성 또는 책임이 감소되거나 조각된다는 입장이다. 이는 다시 가정 내에서는 재산에 대해 공동이용관계가 존재하고, 따라서 법익침해가 경미하다고 보는 **위법성감소설**, 이에 더 나아가 재산적 침해의 정도가 낮기 때문에 가벌적 위법성이 결여된다고 보는 **위법성조각사유설**, 그리고 친족 간의 상도행위가 일어나기 쉬운 것은 행위에 대한 반대동기의 형성이 약하기 때문이며, 따라서 책임이 감소한다고 보는 **책임감소설**, 이에 더 나아가 타인의 재물에 대한 절도와 달리 친족간의 상도행위를 하지 말라는 것에 대한 기대가능성이 없다고 보는 **책임조각사유설** 등으로 나뉘고

방계친족의 친등을 정함에 있어서는 그 1인 또는 그 배우자로부터 동일한 선조까지 거슬러 올라 그 선조부터 다른 1인에 내려오기까지의 세대수에 의한다.

2523) 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10巻, 青林書院, 2019, 565면.

2524) 대심원 판결 1916년(대정5년) 7월 13일 大審院刑事判決錄 22집 1267면; 최고재판소 판결 1949년(소화24년) 11월 26일 最高裁判所裁判集[刑事] 14호 819면..

2525) 최고재판소 판결 1960년(소화25년) 12월 12일 最高裁判所刑事判例集 4권 12호 2543면; 최고재판소 결정 2008년(평성20년) 2월 18일 最高裁判所刑事判例集 62권 2호 37면.

2526) 山口厚, 刑法各論 [第2版], 有斐閣, 2016, 209면.

있다.[2527] 특히 법률설 중 위법성조각사유설이나 책임조각사유설은 아애 범죄가 성립하지 않는다고 보는 것인바, 정책설이 범죄 자체는 성립하지만 형이 면제되는 유죄판결의 일종으로 해석하는 것과 차이가 있다.

3) 법적 효과

친족상도례의 특례가 적용되면, 배우자, 직계혈족, 동거의 친족 간에 있어서는 형이 면제되고(244조 1항), 그 이외의 친족 간에 죄를 범한 경우에는 친고죄가 된다(동조 2항). 제244조 제1항의 경우 "형이 면제된다"는 것은 유죄이지만 형을 과하지는 않는다는 취지이다. 이에 비하여 동조 제2항의 그 이외의 비동거의 친족 간에 죄를 범한 경우에는 고소가 없으면 유죄조차 되지 않게 된다. 이러한 점을 고려하면, 직계혈족 등의 근친 간에 범해진 경우에는 '형의 면제'라고 하는 유죄판결을 받는 것에 비하여(형사소송법 제333조~제335조 참조), 그 외의 비동거의 친족 간에 죄를 범한 경우에는 고소가 없는 한 소추되지 않고, 잘못해서 소추가 되더라도 공소기각(일본형사소송법 제338조 4호)[2528]되므로 오히려 근친 간보다 범인에게 더 유리하다는 비판이 가해져 왔다.[2529]

이와 같은 양자의 법적 효과에 있어서의 불균형을 고려하여 학설상 ① 근친자의 경우에 있어서는 형의 면제가 아니라 면소의 판결을 해야 한다는 설, ② 공소기각(일본형사소송법 제339조 1항 2호)[2530]의 결정 또는 무죄(일본형사소송법 제336조)를 선고해야 한다는 설, ③ 공소의 제기 시에 검사의 배려에 기댈 수밖에 없다는 설, ④ 친고죄로서 취급해야 한다는 설 등이 제시되고 있다.[2531]

2527) 山口厚, 刑法各論 [第2版], 有斐閣, 2016, 209면.

2528) 일본형사소송법 제338조【공소기각의 판결】다음의 경우에는 판결로서 공소를 기각해야 한다. 1. 피고인에 대하여 재판권을 가지지 않은 경우 2. 제340조의 규정에 위반하여 공소가 제기된 때 3. 공소의 제기가 있었던 사건에 대하여 재차 동일한 재판소에 공소가 제기된 때 4. 공소제기의 절차가 그 규정에 위반하여 무효인 때

2529) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 153면; 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12巻, 青林書院, 2019, 570면.

2530) 일본형사소송법 제339조【공소기각의 결정】①다음의 경우에는 결정으로 공소를 기각해야 한다. 1. 제271조 제2항의 규정에 의해 공소의 제기가 그 효력을 상실한 때 2. 기소장에 기재된 사실이 진실이라 하더라도 아무런 죄가 되어야 할 사실을 포함하고 있지 아니한 때 3. 공소가 취소된 때 4. 피고인이 사망하거나 도는 피고인인 법인이 존속하지 아니하게 된 때 5. 제10조 또는 제11조의 규정에 의해 심판해서는 안 되는 때 ②전항의 결정에 대하여는 즉시항고를 할 수 있다.

2531) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 153면.

일본의 검찰실무상으로는 고소가 없는 경우는 물론, 고소가 있는 경우라도 형의 면제의 재판을 구하는 소추가 행해지지는 않고, 검사에 의해 '형의 면제'라고 하는 불기소처분이 내려지고 있다.[2532]

3. 사기죄(1항사기죄)

제246조 (사기)

① 사람을 속여 재물을 교부받은 자는 10년 이하의 징역에 처한다. ②전항의 방법에 의해 재산상 불법한 이익을 (취)득하거나 또는 타인에게 이를 (취)득하게 한 자도 전항과 같다.

가. 개관

1) 의의

일본형법상 사기죄는 사람을 속여[2533] 재물을 교부받거나 또는 재산상의 불법한 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하는 행위를 내용으로 하는 범죄이다. 일본형법상 '사기의 죄'(제2편 각칙 제37장의 「사기와 공갈의 죄」)에는 사기죄(246조)와 준사기죄(248조), 그리고 전자계산기사용사기(246조의2)의 3개의 범죄유형이 있다. 이 중 제246조의 사기죄는 재물을 대상으로 하는 제1항과 재산상의 이득을 대상으로 하는 제2항을 구분되며, 특히 제2항을 「사기이득죄」 또는 「2항사기(죄)」로 부르고 있다. 이하에서는 대표적인 범죄유형인 제246조의 사기죄를 중심으로 이를 '(1항)사기죄'—이를 사기취재(取財)죄로 명명하기도 함[2534]—와 '(2항)사기이득죄'로 구분하여 소개하고, 아울러 준사기와 전자계산기사용사기는 각각 별도의 항목으로 구분하여 기술하도록 한다.

2532) 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12巻, 青林書院, 2019, 569면.

2533) 구 규정에서는 사기죄 조문에서 '기망(欺罔)하여'라는 한자표현을 사용하였으나, 1995년 형법 일부개정 시에 일본어 순화방침에 따라 '속여(欺いて)'라는 구어체 표현으로 변경되었다.

2534) 山口厚, 刑法各論 [第2版], 有斐閣, 2016, 244면.

2) 보호법익

'사기의 죄'의 보호법익은 개인의 재산이다. 재산 이외의 이익이 사기수단에 의해 침해되는 경우, 예를 들어 혼인을 빙자하여 여성의 정조를 빼앗는 경우 등은 본죄를 구성하지 않는다. 여기서의 재산에는 타인의 재물과 재산상의 이익의 2가지가 포함된다(246조 1항 및 2항). 다만, 후술의 전자계산기사용사기죄(247조의2)의 경우에는 재산상의 이익만이 보호법익으로 되어 있다.

3) 친족상도례의 준용

사기의 죄에는 친족 간의 특례규정(244조)인 이른바 친족상도례가 적용된다(251조). 즉, 타인과의 사이에 친족관계를 필요로 하는 피해자는 사기의 죄에 의해 재산상의 손해를 받은 피해자일 것을 요한다.[2535]

나. (1항)사기죄의 성립요건

1) 객체

본죄의 객체는 타인이 재물이다. 타인(자연인, 법인)의 재물에는 타인이 점유하는 동산뿐만 아니라 부동산도 포함된다고 보는 것이 통설이자 판례이다.[2536] 절도죄나 강도죄의 경우에는 '재물'이 동산에 한정되지만, 본죄의 경우에는 사기행위의 상대방이 임의로 처분하는 행위에 기초하여 등기의 이전 등의 방법으로 부동산의 점유를 이전하는 것이 가능하므로 부동산도 객체가 되며, 판례의 태도도 이와 같다.[2537] 타인이 점유하는 자기의 재물에 관한 규정(242조),[2538] 전기를 재물로 간주하는 규정(245조)는 형법 제251조에 의해 사기죄에도 적용된다.

2535) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 172면.

2536) 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13巻, 青林書院, 2018, 30면.

2537) 대심원 판결 1923년(대정12년) 11월 12일 大審院刑事判例集 2권 784면.

2538) 일본형법 제242조 (타인의 점유 등에 관련되는 자기의 재물) 자기의 재물이라고 하더라도 타인이 점유하거나 또는 공무소의 명령에 의해 타인이 간수하는 것인 때에는 이 장에 있어서는 타인의 재물로 간주한다.

2) 행위

본죄의 행위는 사람을 속여 재물을 교부받은 것이다. 사기죄의 구성요건은 ① 기망행위(내지 사기행위), ② 상대방의 착오, ③ 교부·처분행위, ④ 재물의 이전이라고 하는 인과의 순서를 가질 것이 필요하다.[2539] ① 사람을 속인다는 것은 사람을 착오에 빠트리는 행위를 한다는 것을 말한다.[2540] 기계를 상대로 하는 사기행위는 사기죄를 구성하지 않는다. 속이는 것은 언어뿐만 아니라 동작에 의할 수도 있고, 또한 직접적인지 간접적인지를 불문한다.[2541] ② 상대방이 실제 착오에 빠져야 하며, 상대방이 착오에 빠지지 않으면 미수이다. ③ 착오에 의해 재물을 처분하는 행위가 있어야 한다. 하자 있는 의사이지만, 상대방의 의사에 기초한 교부 내지 처분행위가 필요하다. ④ 처분행위에 의해 재물이 교부되고, 행위자 또는 제3자에게 재물이 이전되어야 한다.

(1) 사기행위의 성질

피해자 측에 과실이 있더라도 속이는 수단이 사람을 착오에 빠트리는 성질을 가진 이상 사기행위가 된다. 거래상 일반적으로 사용되는 흥정의 범위 내에서 다소의 과장이나 사실의 왜곡이 있더라도 통상 상대방이 착오에 빠질 정도가 아니라면 사기행위라고 할 수 없다.[2542]

(2) 부작위에 의한 사기

부작위에 의한 사기, 즉 이미 착오에 빠져 있는 것을 알면서 진실을 고하지 않고 이를 이용하는 시기도 가능하다고 보며, 고지의무는 법령, 계약, 관습, 조리를 근거로 한다.[2543] 판례가 부작위에 의한 사기를 긍정한 사례로는 준금치산자가 그 사실을 묵비하고 상대방으로부터 금전을 차용한 사례,[2544] 생명보험계약 체결에 있어서 질환을 묵비한 사례,[2545] 부동산 거래에 있어서 담보로 제공되어 있던 사실을 묵비한 사

2539) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 173면.
2540) 대심원 판결 1903년(명치36년) 3월 26일 大審院刑事判決錄 9집 454면; 대심원 판결 1917년(대정6년) 12월 24일 大審院刑事判決錄 23집 1621면.
2541) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 173면.
2542) 최고재판소 결정 1992년(평성4년) 2월 18일 最高裁判所刑事判例集 46권 2호 1면.
2543) 대심원 판결 1917년(대정6년) 11월 29일 大審院刑事判決錄 23집 1449면; 대심원 판결 1924년(대정13년) 3월 18일 大審院刑事判例集 3권 230면; 대심원 판결 소화8년 5월 4일 大審院刑事判例集 12권 538면.
2544) 대심원 판결 1918년(대정7년) 7월 17일 大審院刑事判決錄 24집 939면.

례[2546] 등이 있다.

(3) 사기행위의 상대방

사기행위의 상대방은 사실상 또는 법률상 피해재산의 처분을 할 수 있는 권한 내지 지위를 가진 자(피처분권자)이어야만 한다.[2547] 따라서 사기행위의 상대방과 피처분권자가 항상 일치해야 한다고 본다.[2548]

(4) 교부·처분행위

교부는 상대방의 착오에 기초한 것이어야 하므로 교부의 의사에 의한 교부사실이 필요하다. 따라서 교부의 의사를 결여된 유아나 고도의 정신장애인을 속여 재물을 사실상 빼앗은 행위는 절도죄를 구성한다.[2549] 재물교의 상대방은 통상은 행위자이지만, 행위자 외의 제3자에게 재물을 교부하더라도 점유의 이전이 인정된다.[2550] 다만, 제3자의 범위는 행위자의 도구로서 행동하는 자 등과 같이 행위자와의 사이에 특별한 사정이 존재하는 자에 한한다.[2551]

3) 실행의 착수와 기수

본죄의 실행의 착수시기는 행위자가 사기의 의사로 사람에 대해 사기행위를 개시한 때이다. 보험금을 사취할 목적의 보험사기의 경우에는 보험회사에 보험금의 지급을 청구한 때에 비로소 실행의 착수가 된다.[2552] 기수는 상대방이 재물을 교부하여 점유가 행위자 측으로 이전한 때이다. 사기행위가 있었지만, 상대방이 이를 무시했거나 또는 연민의 정을 느껴 스스로의 의사로 재물을 교부한 경우는 사기미수죄를 구성하는 것에 그친다.[2553] 부동산에 있어서는 현실적으로 점유를 이전했거나 또는 소유권

2545) 대심원 판결 1932년(소화7년) 2월 19일 大審院刑事判例集 11권 85면.
2546) 대심원 판결 1929년(소화4년) 3월 7월 大審院刑事判例集 8권 107면.
2547) 최고재판소 1970년(소화45년) 3월 26일 最高裁判所刑事判例集 24권 3호 55면.
2548) 대심원 판결 1923년(대정12년) 11월 12일 大審院刑事判例集 2권 784면.
2549) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 175면.
2550) 최고재판소 1951년(소화26년) 12월 14일 最高裁判所刑事判例集 5권 13호 2518면.
2551) 대심원 판결 1930년(대정5년) 9월 28일 大審院刑事判決錄 22집 1467면.
2552) 대심원 판결 1932년(소화7년) 6월 15일 大審院刑事判例集 11권 859면; 최고재판소 판결 1951년(소화26년) 5월 8일 最高裁判所刑事判例集 5권 6호 1004면.
2553) 대심원 판결 1922년(대정11년) 12월 22일 大審院刑事判例集 1권 821호.

취득의 이전 등기가 종료한 시점에 기수가 된다.[2554]

다. (2항)사기이득죄

1) 의의

"재산상 불법한 이익을 (취)득"한다는 것은 사기행위에 기초한 상대방의 처분행위에 의해 행위자 또는 제3자가 재산상 불법한 이익을 취득하는 것을 말한다. '불법한'이란, 불법한 수단이라는 의미이고, 취득한 이익 자체가 불법성을 가진다는 의미는 아니다.[2555]

2) 객체

본죄의 객체는 재산상의 이익이다. 재산상의 이익이란, 재물 이외의 재산상의 이익을 의미하고,[2556] 그것이 적극적 이익인지 소극적 이익인지를 불문하며,[2557] 또한 일시적 이익인지 영구적 이익인지를 불문한다.[2558] 판례에 의하면, 채권을 취득하는 것,[2559] 채무를 면탈하는 것,[2560] 채무의 이행기한을 연장하는 것,[2561] 채무의 보증,[2562] 채무의 인수를 승낙 받는 것[2563] 등이 재산상의 이익에 해당한다.

3) 행위

본조의 행위는 사람의 속여 재산상 불법한 이익을 취득하거나 또는 타인에게 이를 취득하게 하는 것이다. 따라서 ① 사기행위, ② 상대방의 착오, ③ 처분행위, ④ 이익의 이전이 각각 상당한 인과관계를 가지고 있어야 한다. 본죄는 개산상의 이익이 객체이므로 현실적으로 재산상의 이익이 행위자에게 이전되어야 한다. 그러나 실제 사례에

2554) 대심원 판결 1923년(대정12년) 11월 12일 大審院刑事判例集 2권 784면.
2555) 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13巻, 青林書院, 2018, 142~143면.
2556) 대심원 판결 1910년(명치43년) 5월 31일 大審院刑事判決錄 16집 995면.
2557) 대심원 판결 1909년(명치42년) 12월 13일 大審院刑事判決錄 15집 1779면.
2558) 대심원 판결 1914년(대정3년) 2월 17일 法律新聞 925호 27면.
2559) 대심원 판결 1925년(대정14년) 3월 20일 大審院刑事判例集 4권 184면.
2560) 대심원 판결 1909년(명치42년) 12월 13일 大審院刑事判決錄 15집 1779면.
2561) 대심원 판결 1911년(명치44년) 10월 5일 大審院刑事判決錄 17집 719면; 최고재판소 결정 1959년(소화34년) 3월 12일 最高裁判所刑事判例集 13권 3호 298면.
2562) 東京高等裁判所 판결 1955년(소화30년) 12월 2일 高等裁判所刑事裁判特報 2권 23호 1230면.
2563) 대심원 판결 1915년(대정4년) 7월 10일 法律新聞 1031호 28면.

서는 재산상의 이익이 이전되었는지가 불분명한 경우가 많기 때문에 특히 피사기자(피기망자)의 처분행위의 의미가 문제가 되고 있다. 처분행위로 인정하기 위해서는 행위자의 의사에 기초한 처분의 사실이 있어야 한다.[2564] 판례에 의하면, 청원서라고 속여서 채권증서에 서명하게 한 사례에 있어서 피해자에게는 서면에 서명한다는 인식은 있었지만, 그 서면이 채권증서라는 것—즉, 서명의 결과로 채무를 부담한다는 것—에 대한 인식은 없었으므로 재산적 처분행위라고 말할 수 없고, 따라서 사기죄는 성립하지 않는다고 보았다.[2565]

라. 사기죄의 성립 여부가 문제되는 사안

1) 국가 등의 재산적 이익에 대한 사기의 성부

사기죄는 개인적 법익에 대한 죄이다. 국가나 지방공공단체가 소유하는 재산에 대하여도 사기죄가 성립할 수 있는지가 문제로 되어 있다. 부정설은 국가적 법익을 향한 사기행위는 사기죄의 정형성이 결여되어 있다는 점을 이유로 든다. 이에 비하여 긍정설은 국가나 지방공공단체도 재산권의 주체인 이상, 그 재산적 이익도 재산죄에 의해 보호되어야 한다고 본다. 판례는 생활보호비의 부정수급의 경우 국가의 통제작용을 대상으로 이루어진 사기행위인바, 국가나 지방공공단체의 재산적 이익도 침해하므로 사기죄를 구성한다고 보았다.[2566] 국민건강보험증을 부정하게 취득한 경우에도 사기죄의 성립을 긍정하고 있다.[2567] 다만, 기망에 의한 탈세,[2568] 여권,[2569] 운전면허증[2570] 등을 사취한 사례에서는 사기죄의 성립을 부정했다. 탈세에 대하여는 세법 등의 여러 특별법에서 처벌하고 있기 때문이고, 여권이나 운전면허증 등의 문서의 발급은 자격이나 사실의 증명에 관한 것에 지나지 않고, 재물성 또는 재산상의 이익과 관련되지 않기 때문인 것으로 해석한다.[2571]

2564) 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13巻, 青林書院, 2018, 149면.
2565) 대심원 판결 1911년(명치44년) 9월 14일 大審院刑事判決錄 17집 1531면.
2566) 최고재판소 대법정 판결 1948년(소화23년) 6월 9일 最高裁判所刑事判例集 2권 7호 653면.
2567) 최고재판소 결정 2006년(평성18년) 8월 21일 判例タイムズ 1227호 184호.
2568) 대심원 판결 1910년(명치44년) 5월 25일 大審院刑事判決錄 17집 959면.
2569) 최고재판소 1952년(소화27년) 12월 25일 最高裁判所刑事判例集 6권 12호 1387면.
2570) 高松地方裁判所 丸亀支部 판결 1963년(소화38년) 9월 16일 下級裁判所刑事判例集 15권 9=10호 867면.

2) 소송사기

전술한 바와 같이 사기죄는 사기행위의 상대방인 피사취자(피기망자)는 재산을 처분할 수 있는 권한 내지 지위가 있는 자, 즉 처분권자이어야 한다. 따라서 피사취자(피기망자)와 처분권자는 항상 일치해야 한다. 다만, 처분권자와 피해자는 일치하지 않아도 사기죄는 성립할 수 있다. 피기망자와 피해자가 불일치하는 경우의 사기행위를 '삼각사기'라 부른다.[2572]

이와 관련하여 문제가 되는 것이 이른바 소송사기이다. 소송사기란, 법원을 기망하여 승소의 판결을 얻어 패소자로부터 재물이나 재산상의 이익을 교부받는 것을 말한다.[2573] 판례와 통설은 소송사기에 대하여 사기죄의 성립을 긍정한다.[2574] 법원을 착오에 빠트려 승소한 경우 패소자가 피해자이지만, 법원도 피해자인 동시에 판결에 의해 강제집행을 할 수 있으므로 처분권자라고 해석함으로써 피사취자와 처분권자가 일치하여 사기죄의 구성요건을 충족한다고 본다.[2575]

3) 신용카드 부정사용

(1) 자기 명의의 신용카드 부정사용

자기 명의의 신용카드를 대금지불의 의사나 능력이 없으면서 가맹점으로부터 물품을 구입하는 등으로 방법으로 사용하는 것을 말한다. 학설상으로는 ①사기죄의 성립을 부정하는 부정설,[2576] ②가맹점에 대한 상품 등의 1항사기죄가 성립한다는 설, ③2항사기죄(사기이득죄)가 성립하는 설 등으로 나누어져 있다.[2577] 이 중 가맹점은

2571) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 172면; 山口厚, 刑法各論 [第2版], 有斐閣, 2016, 245면.

2572) 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13巻, 青林書院, 2018, 149면.

2573) 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13巻, 青林書院, 2018, 87면.

2574) 대심원 판결 1911년(명치44년) 11월 14일 大審院刑事判決錄 17집 1981면.

2575) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 179면.

2576) 부정설은 가맹점은 대금지불의 의사나 능력의 유무와 관계 없이 카드회사로부터 대금지불을 받을 수 있으므로 가맹점에 대한 기망행위가 없다는 점, 신용카드의 거래신용성에 비추어 가맹점은 신용카드의 유효한지 여부만 확인하면 족하고, 변제의 의사나 능력의 유무까지 고려할 필요는 없다는 점, 그리고 카드회사의 입장에서 보더라도 신용카드가 유효한 이상 가맹점은 대금지불의 의사나 능력에 관계 없이 상품 등을 판매해야 하는 것이 신용카드 거래의 본래적 성격이므로 기망과 재물의 교부 사이에 인과관계가 존재하지 않는다는 점 등을 그 논거로 제시하고 있다. 香川達夫, 刑法講義(各論) [第3版], 成文堂, 1996, 547면.

2577) 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13巻, 青林書院, 2018,

피사취자이자 처분행위자이고, 실질적인 피해자는 카드회사라고 보아 삼각사기의 유형으로 해석하는 위 ③의 입장이 유력하다.[2578] 카드회사가 대금채무의 부담이라는 재산적 손해를 입는 것으로 보아 사기이득죄(2항사기죄)가 성립한다는 것이다. 이에 비하여 하급심 판례의 주류는 1항사기죄의 성립을 인정하는바, 가맹점이 고객에게 지불의 의사나 능력이 없다는 것을 알았다면 상품을 제공하지 않았을 것이기 때문에 상품의 교부 자체가 재산적 손해에 해당한다고 본다. 가맹점이 피해자이며, 가맹점의 상품의 점유를 침해한 사기죄를 구성한다는 것이다.[2579]

(2) 타인 명의의 신용카드 부정사용

한편, 타인 명의의 신용카드를 명의인의 승낙 없이 무단으로 사용한 경우에는 문제없이 사기죄가 성립한다고 본다. 판례는 신용카드 규약 상 명의인 이외의 카드사용은 허용되지 않으므로 카드 이용자가 명의인인 것처럼 가장하는 행위는 명의인이 사용에 대해 동의하고 있더라도 사기죄에 해당한다고 해석하고 있다.[2580] 우리나라의 경우 신용카드의 부정사용에 대하여는 사기죄와는 별도로 특별법인 여신전문금융업법이 입법되어 타인 명의의 신용카드를 부정사용하는 행위 등을 처벌하고 있기 때문에 일본 형법학에서의 논의와는 다소 차이가 있다.[2581]

4) 무전취식·무전숙박

대금을 지불하지 않고 취식, 숙박하는 이른바 무전취식이나 무전숙박이 사기죄를 구성하는지가 문제된다. 무전취식·무전숙박은 ①처음부터 지불의사가 없었던 경우—범의선행형(犯意先行型)—과 ②처음에는 지불의사가 있었으나 취식·숙박한 후에 지불의가 없어진 경우—범의후행형(犯意後行型)—의 2가지 형태로 구분할 수 있다.[2582]

96~99면.

2578) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 180면.

2579) 東京高等裁判所 판결 1984년(소화59년) 11월 19일 判例タイムズ 544호 251면.

2580) 최고재판소 결정 2004년(평성16년) 2월 9일 最高裁判所刑事判例集 58권 2호 89면.

2581) 동법에서는 분실하거나 도난당한 신용카드, 강취·횡령하거나, 기망하거나 공갈하여 취득한 신용카드를 사용한 자를 "7년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금"으로 처벌하고 있다(여신전문금융업법 제70조 1항). 대법원은 절취한 신용카드를 이용하여 가맹점에서 물건을 구입한 경우에는 신용카드에 대한 절도죄와 여신전문금융업법위반죄 외에 사기죄가 별도로 성립한다고 보며(대법원 1996.1.21. 선고 96도2715 판결), 또한 신용카드 부정사용의 여신전문금융법위반죄와 사기죄는 보호법익이나 행위의 태양이 전혀 달라 실체적 경합관계에 있다고 본다(대법원 1995. 7. 28. 선고 95도997 판결).

①의 경우 대금을 지불할 의사가 없으면서 음식을 주문하거나 숙박을 신청한 때에는 주문이나 신청 자체가 작위에 의한 사기행위이고,[2583] 착오에 기한 음식물이나 숙소를 제공으로 재물을 교부 받거나 재산상 불법한 이익의 취득[2584]한 것에 해당하므로 사기죄를 구성한다고 본다.[2585] 위 ②의 경우 취식·숙박한 자가 사후에 대금지불의 의사가 없어진 상태에서 상대방의 부쥐의를 틈타 도주하는 경우가 있을 수 있다. 이른바 이익절도에 대한 처벌규정이 없으므로 불가벌이라고 본다.[2586] 한편, 상대방을 속이고 지불을 면하는 경우에는 사기죄를 구성할 수 있다고 본다. 하급심 판례에서는 숙박비를 내지 않고 도주하려고 종업원에 "영화를 보러 갔다 온다"고 속이고 도주한 사례에 대하여 채무의 면제나 지불의 유예라는 처분행위가 없다고 보아 사기죄의 성립을 부정한 것[2587]이 있었지만, "외출했다가 밤에 돌아오겠다"고 한 사례나[2588] "오늘 밤에 반드시 돌아오겠다"고 한 사례[2589] 등에서 묵시적인 일시 지불유예의 의사표시를 인정하여 사기죄의 성립을 긍정한바 있다.

5) 불법원인급여와 사기죄

일본민법 제708조[2590]에 의하면, 불법한 원인을 위해 급부한 자는 그 급부한 것의 반환을 청구할 수 없도록 하고 있는바, 이러한 불법원인급여의 경우에도 사기죄가 성립할 수 있는지가 문제된다. 판례에 의하면, 화폐를 위조할 자금으로서 금원을 편취한 경우,[2591] 불법양곡을 사주겠다고 속이고 대금을 편취한 경우,[2592] 성매매를 할 것처럼 속이고 선수금을 편취한 경우[2593]에 있어서 모두 사기죄의 성립을 인정한바

2582) 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13巻, 青林書院, 2018, 40면.
2583) 대심원 판결 1920년(대정9년) 5월 8일 大審院刑事判決錄 26집 348면.
2584) 무전취식의 경우는 재물인 음식물의 사취이므로 1항사기죄에 해당하지만, 무전숙박의 경우는 통상 사기이득죄(2항사기죄)로 이해된다. 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13巻, 青林書院, 2018, 41～42면.
2585) 최고재판소 결정 1955년(소화30년) 7월 7일 最高裁判所刑事判例集 9권 9호 1856면.
2586) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 182면.
2587) 東京高等裁判所 판결 1956년(소화31년) 12월 5일 東京高等裁判所刑事判例時報 7권 12호 460면.
2588) 仙台高等裁判所 판결 1955년(소화30년) 7월 19일 高等裁判所刑事裁判特報 2권 16=17호 821면;
2589) 東京高等裁判所 판결 1958년(소화33년) 7월 7일 東京高等裁判所刑事判例時報 9권 7호 179면.
2590) 일본민법 제708조 (불법원인급여) 불법한 원인을 위해 급부한 자는 그 급부한 것의 반환을 청구할 수 없다. 다만, 불법한 원인이 수익자에게만 존재하는 때에는 그러하지 아니하다.
2591) 대심원 판결 1909년(명치42년) 6월 21일 大審院刑事判決錄 15집 812면.
2592) 최고재판소 판결 1950년(소화25년) 12월 5일 最高裁判所刑事判例集 4권 12호 2475면.

있다. 그 이유로서 "기망수단에 의해 상대방의 재물에 대한 지배권을 침해한 이상, 가령 상대방의 재물교부가 불법한 원인에 기초한 것으로서 민법상 그 반환 또는 손해배상을 청구할 수 없는 경우라고 하더라도 사기죄의 성립을 방해하는 것은 아니다"라고 판시하고 있다.[2594]

마. 준사기죄(제248조)

제248조 (준사기)

미성년자의 지려천박 또는 사람의 심신미약을 이용하여 그 재물를 교부받거나 또는 재산상 불법한 이익을 (취)득하거나 혹은 타인에게 이를 (취)득하게 한 자는 10년 이하의 징역에 처한다. ※ 제250조 (동 미수범 처벌)

1) 의의

본죄는 미성년자의 유혹에 걸리기 쉬운 상태를 이용하여 그 재물을 교부받거나 또는 재산상 불법한 이익을 취득허가나 타인에게 이를 취득하게 한 경우에 성립한다. 본죄는 충분한 판단능력을 갖추지 못한 자에 그 재물이나 재산상 이익을 교부하게 하는 것은 사기죄와 유사한 성질을 가지므로 사기죄의 확장유형으로 처벌되는 것이다.[2595]

사기죄와 구별되는 점은 수단이 기망행위가 아니라 미성년자의 지려천박 또는 심신미약을 이용한다는 점이다.[2596] 미성년자에 대한 경우라고 하더라도 이를 기망하여 착오에 의한 교부행위로 편취한 경우에는 통상의 사기죄(제246조)가 성립한다.[2597]

2) 행위

본죄의 행위는 미성년자의 지려천박 또는 사람의 신신미약을 이용하여 재물을 교부받거나 또는 재산상의 이익을 취득하거나 혹은 타인에게 이를 취득하게 하는 것이다. 미성년자는 20세 미만의 자이고(일본민법 제4조), 지려천박이란 지식이 부족하고 사

2593) 최고재판소 결정 1958년(소화33년) 9월 1일 最高裁判所刑事判例集 12권 13호 2833면.
2594) 최고재판소 판결 1950년(소화25년) 7월 4일 最高裁判所刑事判例集 7권 4호 1168면.
2595) 山口厚, 刑法各論 [第2版], 有斐閣, 2016, 277면.
2596) 前田雅英, 刑法各論講義 [第2版], 東京大學出版部, 1995, 279면.
2597) 대심원 판결 1915년(대정4년) 6월 15일 大審院刑事判決錄 21집 818면.

려가 부족한 것을 말한다. 심신미약이란 의사능력을 상실하지는 않더라도 정신의 건전함을 결여하여, 사물의 판단을 함에 충분한 보통인의 지능을 구비하지 못한 상태를 말한다.[2598]

바. 전자계산기사용사기죄(제246조의2)

제246조의2 (전자계산기사용사기)

전조에 규정한 것 이외에 사람의 사무처리에 사용하는 전자계산기에 허위의 정보 혹은 부정한 지령을 부여하여 재산권의 취득상실 혹은 변경에 관계되는 부실한 전자적 기록을 만들거나 또는 재산권의 취득·상실 또는 변경에 관계되는 허위의 전자적 기록을 사람의 사무처리의 용도에 제공하여 재산상 불법의 이익을 (취)득하거나 또는 타인에게 이를 취득시킨 자는 10년 이하의 징역에 처한다. ※ 제250조 (동 미수범 처벌)

1) 의의

본조는 1987년의 형법일부개정(법률 제52호) 시에 신설된 규정이다. 당시 컴퓨터 등을 이용한 전자정보처리기술의 발달에 따라 사람이 개입한 거래라면 사기죄에 해당할 수 있는 부정한 행위로서 전자계산기에 의해 기계적으로 처리되는 것에 대하여 이를 처벌하기 위한 취지로 창설된 규정인바, 따라서 사기죄와 동일한 법정형인 10년 이하의 징역에 처하도록 하고 있다.[2599]

본죄는 법문의 서두에 "전조에 규정한 것 외에"라고 규정하고 있는 것에서 명확히 확인되는 바와 같이 사기죄(246조)를 보충하는 조항이며, 사기죄가 성립하는 경우에는 본죄의 성립이 부정되는 법조경합의 관계로 본다.[2600]

2) 행위

본죄의 행위는 ①불법이득의 수단인 가해행위와 ②불법이득의 결과로 구성된다.

2598) 대심원 판결 1912년(명치45년) 7월 16일 大審院刑事判決錄 18집 1087면.
2599) 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13巻, 青林書院, 2018, 178면.
2600) 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13巻, 青林書院, 2018, 179면.

(1) 가해행위

불법이득의 수단인 가해행위에 대하여는 2가지의 행위유형이 규정되어 있는바, 부실한 전자적 기록을 만드는 것과 허위의 전자적 기록을 사람의 사무처리의 용도에 제공하는 것이 그것이다. 전자의 부실한 전자적 기록을 만드는 것이란, 사람의 사무처리에 사용하는 전자계산기에 허위의 정보 혹은 부정한 지령을 부여하여 재산권의 취득·상실 혹은 변경에 관계되는 부실한 전자적 기록을 만드는 것을 말한다. "사람의 사무처리에 사용하는 전자계산기"란 타인이 그 사무를 처리하기 위해 사용하는 전자계산기를 의미한다. "재산권의 취득상실 혹은 변경에 관계되는 전자적 기록"이란, 재산권의 취득상실이 존재했다는 사실 또는 일정한 거래장면에서 그 작출에 의해 재산권의 취득상실·변경이 행해지는 것을 말한다.[2601] 후자의 "허위의 전자적 기록을 사람의 사무처리의 용도에 제공"한다는 것은 행위자가 그 소지하는 내용 허위의 전자적 기록을 타인의 사무처리용의 전자계산기에 넣어서 사용하는 것을 말한다.[2602]

(2) 불법이득

본죄는 재산상 불법한 이익을 취득한다고 하는 결과의 발생을 필요로 한다. "불법한 이익을 취득"한다는 것은 재물 이외의 재산상 이익을 불법하게 취득하는 것을 말한다. 예를 들어 부실한 전자적 기록을 사용하여 은행의 예금원장파일에서 일정한 예금채권이 있는 것처럼 작출한 행위[2603], 예금잔고를 증액한 행위[2604] 등이 이에 해당한다.

4. 배임죄(제247조)

제247조 (배임)

타인을 위해 그 사무를 처리하는 자가 자기 또는 제3자의 이익을 도모하거나 또는 본인에게 손해를 가할 목적으로 그 임무에 위배하는 행위를 하여, 본인에게 재산상의 손해를 가한 때에는 5년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처한다. ※ 제250조 (동 미수범 처벌)

2601) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 187면.
2602) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 188면.
2603) 大阪地方裁判所 판결 1988년(소화63년) 10월 7일 判例時報 1295호 151면.
2604) 東京地方裁判所 八王子支部 판결 1990년(평성2년) 4월 23일 判例時報 1351호 158면.

가. 의의

일본형법상 배임죄는 타인의 위해 그 사무를 처리하는 자가 자기 또는 제3자의 이익을 도모하거나 또는 본인에게 손해를 가할 목적으로 그 임무에 위배하는 행위를 하여 본인에게 재산상의 손해를 가하는 범죄이다. 배임죄에는 친족 간의 범행에 대한 특례가 적용된다(제251조, 제244조).

한편, 후술하는 횡령죄와 비교하면, 미수범 처벌규정을 두고 있다는 점에서 차이가 있다(제250조). 또한 횡령죄가 업무상 범죄를 가중하는 것과 달리 일본형법에서는 업무상 배임죄에 관한 별도의 규정을 두고 있지 않지만, 법인의 간부 등 조직운영에 중요한 역할을 담당하고 있는 자가 배임행위를 할 경우에는 특별배임죄가 성립하는 바, 이는 개별적인 특별법에 따로 규정되어 있다.[2605]

나. 성립요건

1) 주체

본죄의 주체는 타인을 위해 사무를 처리하는 자로 한정되는바, 사무처리자만이 범할 수 있는 진정신분범에 해당한다. 여기서의 '타인'이란 행위자 이외의 자, 즉 제247조에서 말하는 '본인(本人)'을 의미한다. 자연이 외에 법인이나 법인격 없는 단체를 포함하며, 국가나 지방공공단체도 타인이 될 수 있다고 본다.[2606] 사무처리자는 본인과의 사이에 그 사무를 성실히 처리해야 할 신임관계가 있어야 하는바, 이러한 신임관계는 법령, 계약에 기초하는 경우 외에도 사무관리, 관습에 의한 것이라고 좋다고 본다.[2607]

본죄의 '사무'가 재산적 사무에 한정되는지 여부를 둘러싸고는 한정설과 비한정설이 대립이 있기는 하지만, 본죄가 재산죄에 속한다는 점에서 전자의 한정설이 일반적인 견해이다.[2608] 전자의 견해에서는 예를 들어 의사가 환자를 위해 치료하는 사무나

2605) 이에 해당하는 구체적인 예로서는 구 상법 제486조·제487조, 회사법 제960조~제962조, 보험업법 제322조·제323조, 의료법 제77조·제78조, 투자법인법 제228조·제228조의2, 일반사단법인등법 제334조, 자산유동화법 제303조, 금융기관합병전환법 제71조 등이 있다.

2606) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 208~209면.

2607) 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13巻, 青林書院, 2018, 220~221면.

변호사가 소송절차에 관한 의뢰를 처리하는 사무 등과 같이 비재산적 사무는 본죄의 사무에 해당하지 않는다고 본다.

2) 행위

본죄의 행위는 임무에 위배하는 행위, 즉 배임행위이다. 배임죄의 본질에 관하여는 학설상 ① 권한남용설, ② 배신설, ③ 배신적 권한남용설 등이 대립하고 있고, 통설과 판례는 배신설의 입장이다.[2609] ① 권한남용설은 배임죄의 본질을 법적인 대리권을 남용하여 재산을 침해하는 범죄로 이해한다. 임무위배행위의 성립범위에 관하여는 법적 대리권한의 남용행위, 즉 법률행위로 한정된다고 본다. ② 배신설은 배임죄의 본질을 신의성실의무에 위반하여 그의 재산에 손해를 가하는 범죄로 이해한다.[2610] 임무위배행위의 성립범위에 관하여는 일체의 임무위배행위로 보는바, 법률행위뿐만 아니라 사실행위라도 성립할 수 있다고 본다. 이 입장은 배임죄를 횡령죄의 보충규정으로 해석하는 입장이기도 하다. ③ 배신적 권한남용설은 배임죄의 본질을 신뢰에 위배하여 권한을 '남용'하여 재산을 침해하는 범죄로 이해한다.[2611] 이 견해는 권한을 '일탈'하는 경우는 횡령죄가 성립한다고 본다. 임무위배행위의 성립범위에 관하여는 사회통념상 부여되어 있다고 보이는 권한을 남용하여 행하는 임무위배행위로 보는바, 법률행위뿐만 아니라 사실행위라도 성립할 수 있다고 본다.

판례에 따르면, 신임관계에 위배했는지 여부는 신의성실원칙에 따라 사회통념에 비추어 통상의 사무처리의 범위를 일탈하였는지 여부에 의해 결정된다고 본다.[2612]

3) 재산상 손해

배임죄는 재산상의 손해를 가함으로써 비로소 완성된다. 여기서의 손해란, 전체 재산의 감소를 의미한다고 본다. 판례에 의하면, 재산상의 손해란 경제적 견지에서

2608) 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13巻, 青林書院, 2018, 226면.
2609) 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13巻, 青林書院, 2018, 209면 이하.
2610) 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13巻, 青林書院, 2018, 211면.
2611) 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13巻, 青林書院, 2018, 215면.
2612) 최고재판소 결정 평성21년 11월 9일 형집 63권 9호 1117면.

본인의 재산상태를 평가하여, 그 재산적 가치가 감소하거나 또는 증가해야 할 가치가 증가하지 않은 경우를 포함한다고 본다.[2613] 또한 재산적 손해는 손해를 발생시킨 경우뿐만 아니라 사실발생의 위험을 발생시킨 경우도 포함한다는 것을 근거로, 불량대부에 대하여 회수불능을 기다릴 것 없이 부정한 대부 자체로서 재산적 손해가 발생한다고 본다.[2614]

4) 주관적 요건

배임죄에서의 고의는 자기의 행위가 임무에 위배한다는 것, 그리고 본인에 재산상의 손해를 가할 것을 인식하면서 행위에 나서는 의사를 내용으로 한다.[2615] 따라서 자기가 행한 행위에 대한 임무위배성에 대하여 인식을 결한 경우에는 고의를 인정할 수 없고,[2616] 이 경우 배임죄의 성립이 부정된다.[2617] 또한 고의를 인정하기 위해서는 고의의 일반 요건론이 적용되므로 구성요건요소에 대한 확정적인 인식·예견이 없더라도 미필적인 인식·예견이 있으면 족하다고 본다.[2618]

일본형법상 배임죄는 목적범인바, 고의 이외에 주관적 구성요건요소로서 "자기 또는 제3자의 이익을 도모하거나 또는 본인에게 손해를 가할 목적"을 필요로 한다.[2619] 이를 이른바 도리가해목적(圖利加害目的)이라 칭하는바, 이는 자기 또는 제3자의 이익을 도모하는 목적인 도리목적(圖利目的)과 위탁자인 본인에게 재산상의 손해를 가할 목적인 가해목적(加害目的)의 양자를 포함한다. 여기서의 「이익」은 신분상의 이익뿐만 아니라 그 밖의 비재산적 이익을 포함한다고 보는 것이 통설이자 판례[2620]이다.[2621] 한편, 판례에 의하면, 본인의 이익을 도모할 목적(本人圖利目的)으로 행위한 때에는 비록 임무에 위배하여 본인에게 손해를 가하더라도 배임죄는 성립하지 않는다고 본다.[2622] 문제는 도리·가해목적(圖利·加害目的)과 본인도리목적(本人圖利目的)이 병존

2613) 최고재판소 결정 소화58년 5월 24일
2614) 최고재판소 판결 소화37년 2월 13일
2615) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 210면.
2616) 대심원 판결 대정3년 2월 4일 형록 20집 119면.
2617) 山口厚, 刑法各論 [第2版], 有斐閣, 2016, 326면.
2618) 대심원 판결 대정13년 11월 11일 형집 3권 788면.
2619) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 211면; 山口厚, 刑法各論 [第2版], 有斐閣, 2016, 327면.
2620) 대심원 판결 대정3년 10월 16일 형록 20집 1867면.
2621) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 211면.
2622) 대심원 판결 대정3년 10월 16일 형록 20집 1867면.

하는 경우인바, 주로 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 행위한 때에는 부수적으로 본인의 이익을 도모할 목적이 있더라도 배임죄의 성립을 방해하지 않는다는 것이 판례의 태도이다.[2623]

다. 관련 문제

1) 횡령죄와 배임죄의 구별

위탁관계에 의해 타인의 재물을 보관하는 자가 횡령죄를 범한 경우에 동시에 사무처리자의 지위가 인정된다면 횡령죄와 배임죄의 관계가 문제된다. 예를 들어 은행의 지점장이 회수가 불가능하다는 점을 알면서도 담보도 설정하지 않고 부정한 대출을 해준 경우 통상 업무상 횡령죄가 성립한다고 보는데, 이 경우 위 지점장은 동시에 임무에 위배하여 은행에 손해를 가한 것이므로 배임죄의 성부가 문제된다. 이와 같이 횡령죄와 동시에 배임죄가 성립하는 때에는 양 죄는 법조경합의 관계가 되므로 중한 횡령죄가 성립한다[2624]고 보는 것이 통설과 판례의 태도이다.[2625]

2) 사기죄와의 관계

타인을 위해 그 사무를 처리하는 자가 본인을 기망하여 재물을 교부받은 경우는 어떠한 죄가 성립하는지가 문제된다. 예를 들어 보험회사의 판매원이 피보험자의 중대한 질병을 숨김으로써 회사를 기망하여 보험계약을 체결시킨 경우 사기죄와 배임죄의 관계가 문제된다.

학설상으로는 이 경우 ① 사기죄만 성립한다는 보는 설, ② 배임죄만 성립한다는 설, ③ 사기죄와 배임죄가 상상적 경합이 된다는 설로 나누어져 있다.[2626] 판례는 배임죄는 사기죄에 흡수되어 사기죄만 성립한다는 위 ①의 입장을 취하고 있는바, 그 이유로서는 임무위배는 배임죄만의 특유한 개념이 아니고, 사기죄·횡령죄에 있어

2623) 최고재판소 판결 소화29년 11월 5일 형집 8권 11호 1675면.

2624) 일본형법상 사기죄의 법정형은 "10년 이하의 징역"이고(제246조), 배임죄의 법정형은 "5년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금"이다(제247조).

2625) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 214면.

2626) 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13巻, 青林書院, 2018, 458~459면.

서도 존재하기 때문에 임무위배행위가 다른 범죄를 구성하는 때에는 배임죄의 성립이 조각된다고 본다.[2627][2628]

5. 횡령죄

제38장 "횡령의 죄"

제252조 (횡령) ① 자기가 점유하는 타인의 물건을 횡령한 자는 5년 이하의 징역에 처한다. ② 자기의 물건이더라도 공무소로부터 보관을 명령 받은 경우에 있어서 이를 횡령한 자도 전항과 같다.

제253조 (업무상횡령) 업무상 자기가 점유하는 타인의 물건을 횡령한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

제254조 (유실물등횡령) 유실물, 표류물 그 밖에 점유를 이탈한 타인의 물건을 횡령한 자는 1년 이하의 징역 또는 10만엔 이하의 벌금이나 과료에 처한다.

제255조 (준용) 제244조의 규정은 이 장의 죄에 대하여 준용한다. ※제244조(친족간의 범죄에 관한 특례)

가. 개관

1) 의의

일본형법 제2편 각칙 제38장의 "횡령의 죄"는 횡령죄(252조), 업무상횡령죄(253조) 및 유실물등횡령죄(254조)의 3가지로 구성되어 있다. 횡령의 죄는 자기가 점유하는 타인의 재물 또는 타인의 점유에 속하지 않는 타인의 재물이나 공무소로부터 보관을 명령받은 자기의 재물을 불법으로 영득하는 범죄이다. 횡령의 죄는 절도죄, 강도죄, 사기죄, 공갈죄와 마찬가지로 영득죄의 일종이지만, 타인의 점유를 침해하지 않는다는 점에서 위 절도죄 등의 탈취죄와는 성질을 달리한다.[2629] 한편, 유실물횡령죄와 달리 횡령죄와 업무상횡령죄는 위탁에 기초하여 점유하고 있는 타인의 물건을 영득하

2627) 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13巻, 青林書院, 2018, 454면.

2628) 일본형법상 사기죄의 법정형은 "10년 이하의 징역"이고(제246조), 배임죄의 법정형은 "5년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금"이다(제247조).

2629) 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13巻, 青林書院, 2018, 546면.

는 점에 본질이 있기 때문에 위탁물횡령죄라고도 부른다.

한편, 일본형법상 배임죄(247조)는 "사기의 공갈의 죄"의 장(제2편 제37장)에 사기죄 등과 함께 규정되어 있다. 이는 우리나라 형법의 경우 배임죄를 "횡령과 배임의 죄"의 장(제2편 제40장)에서 횡령죄와 함께 규정하고 있는 것과 대비된다.

2) 연혁

일본의 구형법(1880년 제정, 태정관포고 제36호)에서는 "유실물매장물에 관한 죄" 및 "사기취재의 죄 및 수탁재물에 관한 죄"가 「재산에 관한 죄」의 장(제3편 제2장)의 제3절 및 제5절로서 각각 개별적으로 규정되어 있었다. 한편, 1871년 독일형법전에서는 점유이탈물횡령죄의 가중유형을 위탁물횡령죄로 규정하고 있었는바(동법 246조), 1907년 제정의 일본 현행형법에서는 앞에서 언급한 바와 같이 (단순)횡령, 업무상횡령, 유실물횡령의 3가지가 "횡령의 죄"로서 함께 규정되게 되었다.[2630]

이후 1921년 개정(법률 제77호)에서 업무상 횡령죄의 법정형이 "1년 이상 10년 이하의 징역"에서 "10년 이하의 징역"으로 개정되어 하한이 낮아지는 한편, 일본 사법성에 의한 형법의 전면개정의 움직임 속에서 발표된 1927년의 「형법개정예비초안」에서는"배임의 죄"의 장에서 횡령과 배임이 함께 규정되었고, 이어서 패전 이전의 「개정형법가안」(1940년), 패전 이후의 「개정형법준비초안」(1961년) 및 「개정형법초안」(1974년)에서도 "횡령 및 배임의 죄"의 장으로서 동일한 장에 양자가 규정되어 있었다.[2631] 그렇지만, 위 형법 전면개정안들은 찬반의 논란 속에 결국 입법화되지 않은 채 현재까지 이어져 왔다.[2632]

3) 보호법익

횡령의 죄는 소유권을 그 보호법익으로 한다. 이 점에서 본권 내지 점유권을 보호법익으로 하는 절도죄 등의 탈취죄와는 차이가 있다. 위탁물횡령죄에 있어서는 물건의 점유

2630) 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13巻, 青林書院, 2018, 545면.

2631) 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13巻, 青林書院, 2018, 545면.

2632) 일본의 형법 전면개정안을 포함한 형법개정의 연혁과 쟁점에 관한 자세한 내용은 이동희, 일본의 형법 개정의 연혁과 주요쟁점, 비교형사법연구 제21권 제4호, 한국비교형사법학회, 2020.

는 위탁에 기초하여 행위자에게 귀속되어 있지만, 그 물건을 영득하더라도 점유의 침해는 발생하지 않는다. 또한 유실물횡령죄의 경우는 타인의 점유로부터 이탈한 물건을 영득하는 것이므로 그것을 영득하더라도 직접적으로 점유가 침해되지는 않는다.[2633]

나. 성립요건

1) 주체 및 객체

본죄의 주체는 타인의 물건을 점유하는 자 또는 공무소의 명령에 의해 물건을 보관하는 자이다. 본죄의 객체는 자기가 점유하는 타인의 물건(1항) 또는 공무소로부터 보관을 명령받은 물건(2항)이다. 여기서의 물건이란, 동산, 부동산의 양자를 모두 포함한다. 또한, 횡령죄의 객체는 원칙적으로 위탁된 특정의 현물이어야 하지만, 금전을 비롯하여 쌀이나 술 등과 같이 종류·품질·수량에 있어서 다른 물건과 대체할 수 있는 물건(대체물)이 소비위탁된 경우 등에 있어서는 위 위탁보관된 것을 임의로 처분한 경우에 본죄가 성립한다고 본다.[2634]

2) 횡령죄에 있어서 점유의 개념

(1) 법률적 지배

횡령죄의 점유는 물건에 대한 사실적 지배에 한하지 않고, 법률적 지배도 포함한다고 보는 것이 통설이자 판례[2635]이다. '점유'란 물건에 대하여 사실상 또는 법률상 지배력을 가진 상태를 말한다. 절도죄에서의 점유는 물건에 대한 사실상의 지배인 것에 비하여, 횡령죄에 있어서는 법률상의 지배도 점유로 보는 것이다. 횡령죄에서의 점유의 중요성은 남용의 위험성이 있는 지배력에 있고, 따라서 법률적 지배가 있으면 남용의 위험성이 있기 때문이다. 예를 들어 부동산에 관한 등기부 상의 명의인은 이를 제3자에게 처분할 수 있는 법률상의 지배력을 가지고 있으므로 점유자가 되고,[2636] 따라서 횡령죄의 주체가 된다. 또한, 타인으로부터 금전의 보관을 위탁받은

2633) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 193면.
2634) 최고재판소 판결 1951년(소화26년) 6월 12일 最高裁判所裁判集刑事 47호 797면. 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13巻, 青林書院, 2018, 552면.
2635) 대심원 판결 1925년(대정4년) 4월 9일 大審院刑事判決錄 21집 457면; 최고재판소 판결 1955년(소화30년) 12월 26일 最高裁判所刑事判例集 9권 14호 3053면.

자는 은행에 예금한 경우에도 계속해서 점유가 인정된다.[2637]

(2) 위탁신임관계

점유는 물건의 소유자 또는 이에 준하는 자와의 사이의 「위탁신임관계」에 기초한 것이어야 한다. 이 요건에 대하여는 명문규정이 없지만, ① 점유이탈물을 횡령한 경우에는 별도의 처벌규정이 있기 때문에 점유이탈물에 속하는 누구의 점유에도 속하지 않는 타인의 물건 및 우연히 자기의 점유에 귀속된 물건은 본죄에서 제외된다는 점, ② 절도, 강도, 사기, 공갈 등의 탈취죄에 의해 점유를 취득한 물건을 영득하는 경우는 불가벌적 사후행위이므로 횡령죄를 구성하지 않는다는 점을 감안하면, 타인의 물건을 점유하기에 이른 원인은 위탁신임관계가 있는 경우에 한정되고, 위탁에 의해 점유하고 있는 타인의 물건을 횡령한 경우에 한하여 횡령죄가 성립한다고 보는 것이다.[2638] 「위탁신임관계」는 사용대차, 임대차, 위탁 등의 계약을 발생원으로 하는 것이 통상이지만, 사무관리나 관습·조리 내지 신의칙에 기초한 것도 무방하다고 보는 것이 통설이다.[2639]

3) 행위

본죄의 행위는 횡령하는 것이다. 횡령이란, 자기가 점유하는 타인이 물건을 불법하게 영득하는 것, 즉 타인의 물건에 대한 점유자가 위탁의 취지에 반하여 권한을 일탈하여 타인의 물건을 영득하는 것을 말한다.

(1) 횡령의 의미

횡령의 의미를 둘러싸고는 학설상 ① 월권행위설과 ② 영득행위설이 대립하고 있다. ① 월권행위설은 횡령으로서 위탁행신임관계의 파기로 해석하고, 행위자가 위탁에 기초하여 점유하고 있는 타인의 물건에 대하여 위탁의 취지에 반하여 점유물에 대하여 권한을 초월한 행위, 즉 권한을 일탈한 행위를 하는 것이 횡령죄이고, 따라서

2636) 최고재판소 결정 1957년(소화32년) 12월 19일 最高裁判所刑事判例集 11권 13호 3316면. 최고재판소 결정 1955년(소화30년) 12월 26일 最高裁判所刑事判例集 9권 14호 3053면.
2637) 대심원 판결 1912년(대정1년) 10월 8일 大審院刑事判決錄 18집 1231면.
2638) 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13巻, 青林書院, 2018, 546~547면.
2639) 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13巻, 青林書院, 2018, 554면.

점유물을 손괴, 은닉하는 행위도 횡령이 된다고 본다. ② 영득행위설은 불법영득의 의사를 필요로 하며 그 의사의 발현행위가 횡령행위라고 보는 입장으로 통설적 견해이다.[2640] 판례는 영득행위설을 취한 것으로 해석되고 있다.[2641]

(2) 권한일탈

횡령행위는 위탁의 임무에 반하여, 즉 권한을 일탈하여 자기가 점유하는 타인의 물건을 처분하는 것을 말한다. 여기서의 권한일탈행위는 일반적으로 권한을 넘어서는 행위이면 족하고, 그것이 사실상의 처분행위(소비, 착복, 은닉, 반환의 거절 등)인지 법률상의 처분행위(매각, 대여, 증여 등)인지를 불문한다.[2642]

(3) 실행행위의 성격

본죄의 실행행위는 권한을 일탈하는 행위가 있으면 족하다. 예를 들어 건물의 진정한 소유자를 상대로 하여 그 점유자가 허위의 소유권을 주장하며 민사소송을 제기하면, 그 자체로서 횡령죄의 기수가 된다고 본다.[2643] 횡령행위를 실현하기 위한 수단으로서 기망행위를 한 경우 횡령죄와 사기죄의 관계가 문제가 되는바, 예를 들어 위탁보관하던 물건의 반환을 요구받았으나 "보관한 기억이 없다"고 속여 반환을 면한 경우에는 횡령죄만 성립한다고 본다.[2644] 이미 영득한 이후에 사기수단을 사용하여 재물을 확보하는 행위는 불가벌적 사후행위로 보기 때문이다.

4) 고의 및 불법영득의사

본죄는 영득죄인바, 주관적 구성요건요소로서 고의 이외에 불법영득의 의사를 필요로 한다. 본죄의 불법영득의사에 관하여 판례는 "타인의 물건을 점유가 위탁의 임무에 위배하여 그 물건에 대해 권한이 없음에도 소유자가 아니라면 할 수 없는 처분을 하는 의사"[2645]라든가, "타인의 물건의 점유가가 권한 없이 그 물건에 대하여 소유자

2640) 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13巻, 青林書院, 2018, 592면.
2641) 대심원 판결 1926년(대정15년) 4월 20일 大審院刑事判例集 5권 136면; 최고재판소 판결 1953년(소화28년) 12년 25일 最高裁判所刑事判例集 7권 13호 2721면.
2642) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 200면.
2643) 최고재판소 판결 1950년(소화25년) 9월 22일 最高裁判所刑事判例集 4권 9호 1757면.
2644) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 200면.
2645) 최고재판소 판결 1949년(소화24년) 3월 8일 最高裁判所刑事判例集 3권 3호 276면.

가 아니라면 할 수 없는 처분행위를 하는 의사" 2646)등으로 정의하고 있다. 또한 점유자 스스로가 이득을 취할 의사일 것이 반드시 요구되지는 않고, 행위자와 특수한 관계를 가진 제3자에게 이득을 시킬 의사라도 좋다고 본다(제3자횡령).2647) 권한을 넘어선 점유물의 처분이라고 하더라도 그것이 수탁자 본인을 위해 한 의사(意思)인 경우에는 불법영득의사가 부정되어 횡령죄는 성립하지 않는다고 본다. 판례는 마을촌장이 마을을 위한다는 의사로 마을의 공금을 지정 이외의 마을운영경비로 유용한 경우,2648) 협동조합장 조합의 의결을 거치지 정관에 위반하여 조합자금을 독단으로 조합 명의로 경영하는 사업에 지출한 경우2649) 등은 배임죄의 성립 여부에 관한 문제이고, 횡령죄를 구성하지는 않는다는 입장이다. 이에 대하여 부실한 저당권 설정의 가등기를 하는 경우2650)에는 불법영득의 의사가 인정되고, 일시 유용하는 경우에 있어 후일 반환하거나 변상할 의사가 있다고 하더라도 상당한 기간 유용하여 경제적 손실을 끼치는 경우2651)에는 불법영득의 의사가 인정된다.

5) 미수범의 불처벌과 기수시기

횡령죄는 다른 많은 재산범죄와 달리 미수범 처벌규정이 없다. 논리적으로는 횡령의 미수상태를 상정하는 것이 불가능하지는 않지만, 사실상으로는 미수 개념을 상정하기 어렵다고 본다. 영득행위가 행해지면 그 완료를 기다릴 필요 없이 바로 기수에 달한다고 해석되기 때문이다.2652) 판례에 따르면, 동산의 경우 계약의 성립으로 실질적인 재산상의 이익 침해가 발생하면 기수에 달하고,2653) 부동산의 경우 소유권 이전등기절차를 완료한 시점에 실질적인 재산상의 이익 침해가 발생하여 기수에 달한다고 본다.2654)

2646) 최고재판소 판결 1955년(소화30년) 12월 9일 最高裁判所刑事判例集 9권 13호 2627면.
2647) 대심원 판결 1923년(대정12년) 12월 1일 大審院刑事判決錄 2집 895면.
2648) 대심원 판결 1914년(대정3년) 6월 27일 大審院刑事判決錄 20집 1350면.
2649) 최고재판소 판결 1953년(소화28년) 12월 25일 最高裁判所刑事判例集 7권 13호 2721면.
2650) 최고재판소 결정 2009년(평성21년) 3월 26일 最高裁判所刑事判例集 63권 3호 291면.
2651) 최고재판소 판결 1949년(소화24년) 3월 8일 最高裁判所刑事判例集 3권 3호 276면.
2652) 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13巻, 青林書院, 2018, 605면.
2653) 대심원 판결 1913년(대정2년) 6월 12일 大審院刑事判決錄 19집 714면.
2654) 최고재판소 판결 1955년(소화30년) 12월 26일 最高裁判所刑事判例集 9권 14호 3053면.

다. 횡령죄의 성립 여부가 문제되는 사례

1) 이중매매

소유물을 매각하여 대항요건을 구비하기 전에 동일한 물건을 다른 사람에게 매각하는 것을 이중매매 또는 이중양도라고 부른다. 최초의 양도에서 소유권은 매수자에게 이전하고, 매도자는 계약에 기초하여 인수나 등기이전의 의무를 가진 타인의 소유물을 점유하고 있는 것이므로, 이를 다른 사람에게 매각하는 것은 횡령이 된다는 것이 일본 판례의 태도이다. 부동산의 이중매매에 대하여 횡령죄를 인정한 것으로 대심원 판결 및 최고재판소 판결이 있고,[2655] 동산의 이중매매에 대해 횡령죄를 인정한 것으로 하급심 판례가 있다.[2656] 다만, 학설에서는 특히 부동산의 이중매매와 관련하여 매매의 의사표시를 한 것만이 아니라 대금의 지불이나 등기에 필요한 서류 등을 수수하지 않은 단계에서는 아직 횡령죄가 성립하지 않는다는 견해가 유력하다.[2657] 우리나라의 경우 부동산의 이중매매에 대하여는 학설이나 판례가 배임죄를 인정하고 있다는 점과는 대비된다.

2) 횡령 후의 횡령 : 불가벌적 사후행위의 해당 여부

횡령죄는 상태범이므로 횡령행위가 완료된 후에 행해진 재물의 처분행위는 그 횡령행위에 의해 이미 평가가 되었으므로 이른바 불가벌적 사후행위(내지 공벌적 사후행위)로서 별도로 횡령죄를 구성하지 않는다는 것이 종래의 판례[2658]의 태도이다.[2659] 그러나 최고재판소는 종래의 판례의 입장을 변경하여 타인의 물건에의 저당권 설정에 의한 횡령 이후에 그 물건을 타인에게 매각하여 거듭 침해행위가 이루어진 사안에 대하여 횡령죄의 성립은 긍정한 바 있다.[2660] 이전의 저당권 설정에 의한 횡령행위에

2655) 대심원 판결 1911년(명치44년) 2월 3일 大審院刑事判決錄 17집 32면. 대심원 판결 1932년(소화7년) 3월 11일 大審院刑事判例集 11권 167면; 최고재판소 판결 1955년(소화30년) 12월 26일 最高裁判所刑事判例集 9권 14호 3053면; 최고재판소 판결 1956년(소화31년) 6월 26일 最高裁判所刑事判例集 10권 6호 874면; 최고재판소 판결 1958년(소화33년) 10월 8일 最高裁判所刑事判例集 12권 14호 3237면 등.

2656) 名古屋高等裁判所 판결 1954년(소화29년) 2월 25일 高等裁判所刑事裁判特報 33호 72면.

2657) 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13巻, 青林書院, 2018, 607~608면.

2658) 최고재판소 판결 1956년(소화31년) 6월 26일 最高裁判所刑事判例集 10권 6호 874면.

2659) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 203면.

2660) 최고재판소 대법정 판결 2003년(평성15년) 4월 23일 最高裁判所刑事判例集 57권 4호 467면.

서는 평가되지 않았던, 매각 등에 의한 소유권 이전행위는 불가벌적 사후행위(내지 공벌적 사후행위)에 해당하지 않는다고 본 것이다.

라. 업무상횡령죄(제253조)

1) 의의

본죄는 업무상 타인의 물건을 점유하는 자를 주체로 하는 단순횡령죄(252조)에 대한 가중유형이다. 타인의 물건에 대한 점유라는 점에서는 단순횡령죄와 마찬가지이지만, 업무상의 점유인 것으로 인해 그 형이 가중되어 있는 것이다.[2661] 판례는 업무상 점유하는 물건에 대한 횡령의 형이 가중되는 근거에 관하여 ① 성질상 법익침해의 범위가 여러 형태에 이르고, 사회의 신용을 해하는 것이 매우 크며, ② 동종 범죄가 빈발할 우려가 크기 때문에 일반예방의 견지에서 법정형을 중하게 할 필요성이 높기 때문에 업무상횡령죄의 법정형을 가중한 것이라고 해석하고 있다.[2662]

2) 주체

본죄의 주체는 업무상 타인의 물건을 점유하는 자이다. 횡령죄는 타인의 물건을 점유하는 자에 대하여만 성립하는 이른바 진정신분범인 것에 비하여, 본죄는 신분에 의해 형을 가중하는 것인바, 점유자라는 신분과 업무자라는 신분이 중첩하는 이중의 신분범이라는 성격을 가지고 있다.[2663]

3) 업무의 의미

본죄에 있어서의 「업무」란, 사회생활상의 지위에 기초하여 반복 또는 계속하여 행하는 사무를 말한다. 반드시 영업 또는 직업으로서 자기의 생황을 유지하는 것임을 요하지 않는다.[2664] 그리고 업무의 근거는 법령에 의한 것이든 계약이나 관습에 의한 것이든 모두가 인정되고, 또한 공적 업무인지 사적 업무인지, 본무(本務)인지 겸무(兼

2661) 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13巻, 青林書院, 2018, 650면.
2662) 위 ①에 대하여는 대심원 판결 1914년(대정3년) 6월 17일 大審院刑事判決錄 20집 1245면. 위 ① 및 ②에 대하여는 대심원 판결 소화13년 3월 9일 大審院刑事判例集 17권 181면.
2663) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 203면.
2664) 대심원 판결 1914년(대정3년) 6월 17일 大審院刑事判決錄 20집 1245면.

務)인지를 불문한다. 무면허 업무와 같이 절차상 부적법한 점이 있더라도 사무 자체가 위법하지 않는 한 업무로서의 성질을 상실하지 않는다고 본다.

마. 유실물등횡령죄(제254조)

1) 객체

본죄의 객체는 유실물, 표류물, 그 밖에 점유를 이탈한 타인의 물건이다. 이를 총칭하여 일반적으로 '점유이탈물'이라고 부른다. 유실물이란 점유자의 의사에 의하지 아니하고 그 점유를 이탈하여 누구의 점유에도 속하지 않는 물건을 말하고, 표류물이란 유실물이 수정에 있는 경우를 말한다. 그리고 '그 밖에 점유를 이탈한 물건'이란 유실물법 제2조에서 말하는 "과실로 점유한 타인의 물건"을 말하며, 예를 들어 우편배달부가 잘못 배달한 우편물,[2665] 전차·버스·식당 등에 유류한 "타인이 두고 간 물건"[2666]이나 우연히 자기의 지배 하에 들어온 가축, 바람에 날려 온 이웃집 세탁물 등이 이에 속한다.

그러나 무주물인 경우에는 그것이 재산적 가치가 높은 물건이라고 하더라도 본죄의 객체가 되지 않는다. 판례는 문화재적인 것으로서 소유관계가 불명한 경우에는 매장자의 권리가 자손 등에게 승계되는 관계에 있으므로 본죄의 객체가 된다고 본다.[2667]

2) 행위

본죄의 행위는 '횡령'이다. 횡령이란, 물건의 경제적 용법에 따라 소유권자로서만 할 수 있는 처분을 하는 것을 말한다. 주관적 요건으로서 객체가 유실물 등인 것에 대한 인식(고의) 이외에 불법영득의 의사가 필요하다. 경찰에 신고할 생각으로 습득했지만, 이후에 불법영득의 의사가 생겼다면, 그 의사가 외부적으로 실현된 시점에 본죄가 성립한다. 피해자의 점유에 속한 물건임에도 유실물로 오인하여 영득한 때에는 일본형법 제38조 제2항이 적용되어 유실물등횡령죄가 성립한다.[2668]

2665) 대심원 판결 1917년(대정6년) 10월 15일 大審院刑事判決錄 23집 1113면.
2666) 대심원 판결 1926년(대정15년) 11월 2일 大審院刑事判例集 5권 491면.
2667) 대심원 판결 1919년(소화8년) 3월 9일 大審院刑事判例集 12권 232면.
2668) 東京高等裁判所 판결 1960년(소화35년) 7월 15일 下級裁判所刑事判例集 2권 7=8호 989면.

6. 소결

이상에서 일본형법 각칙상의 대표적인 재산범죄인 절도의 죄, 사기의 죄, 횡령의 죄에 대하여 살펴보았다. 여기서는 소결론으로서 비교법적 관점에서 일본의 재산범죄의 체계와 구성을 포함하여 주요한 내용을 요약하여 정리해두도록 한다.

가. 재산범죄

일본형법 각칙상 재산범죄는 제36장 "절도 및 강도의 죄", 제37장 "사기와 공갈의 죄", 제38장 "횡령의 죄", 제39장 "도품 등에 관한 죄", 제40장 "손괴 및 은닉의 죄"의 5개 장으로 구성되어 있다. 우리나라 형법과 비교하면, ① 일본형법은 "권리행사를 방해하는 죄"(한국형법 제37장)가 별도로 구성되어 있지 않다는 점과 ② 배임죄(247조)를 "횡령의 죄"가 아닌 "사기와 공갈의 죄"에 포함시키고 있다는 점에서 차이가 있다. 우리나라의 권리행사를 방해하는 죄에 규정된 권리행사방해죄(323조)나 점유강취·준점유강취(325조) 등은 "타인의 점유 또는 권리의 목적이 된 자기의 물건" 등을 취거, 은닉, 손괴하거나 강취하는 것을 행위태양으로 하는바, 이는 일본형법 제242조(타인의 점유 등에 관련되는 자기의 재물)의 간주규정의 적용에 의해 실질적으로 대체되고 있다.

또한, 재산범죄의 개별 조문의 수준에서 비교해보면, ③한국형법이 일본형법에 비하여 구성요건이 세분화되어 있거나 일본형법에서는 찾아볼 수 없는 별도의 범죄구성요건이 다수 규정되어 있다는 점—야간주거침입절도·특수절도·특수강도·특수공갈·특수손괴·중손괴 등과 같은 가중구성요건, 인질강도·강도강간 등과 같은 결합범 성격의 범죄구성요건, 자동차등 불법사용죄나 편의시설부정이용죄와 같은 보충적 처벌규정 등—, ④일본형법과 달리 한국형법에서는 각칙상 상습범에 대한 가중처벌규정을 두고 있다는 점, ⑤한국형법에서는 장물죄에 있어서 업무상과실 및 중과실에 한하여 과실범 처벌규정을 두고 있다는 점 등을 주요한 차이점으로 꼽을 수 있다. 한편, 친족간의 범행에 대한 특례로서 형을 면제하거나 친고죄로 하는 이른바 친족상도례를 재산범죄에 있어서 비교적 폭넓게 인정하고 있다는 점은 한·일 양국의 공통점이다.

재산범죄를 분류하면, 영득죄와 손괴죄로 구분되고, 이 중 영득죄는 직접영득죄와

간접영득죄(장물죄)로 구분된다. 직접영득죄는 다시 점유 이전을 수반하는 절도죄, 강도죄, 사기죄, 공갈죄와 점유 이전을 수반하지 않는 횡령죄 등으로 구분된다.

나. 절도의 죄

"절도의 죄"는 의사에 반한 탈취를 본질로 하는 유형으로 재물을 절취하는 절도죄(235조) 외에 부동산을 객체로 하는 부동산침탈죄(235조의2)가 별도로 규정되어 있다는 점이 특기할 부분이다.

절도죄의 보호법익에 관하여는 이른바 본권설과 점유설(소지설)이 대립하고 있는바, 판례는 구 대심원 판결에서 본권설의 입장을 취했지만, 1949년 최고재판소 판결 이래 점유설로 입장을 변경하였다. 재물의 개념과 관련해서는, 학설상 유체물설과 관리가능성설이 대립하고 있고, 판례는 후자의 관리가능설의 입장을 취하고 있다. 한편, 형법 제245조(전기)에서 전기를 재물로 간주하는 규정을 별도로 두고 있다.

절도죄를 포함한 재산죄에 있어서는 주관적 구성요건요소로서 고의 이외에 이른바 불법영득의사가 필요하다고 보는 것이 판례의 태도이다. 일시 사용하고 반환할 의사로 절취하는 경우인 이른바 사용절도에 대하여는 판례가 불법영득의사가 없다고 보아 절도죄의 성립을 부정해왔으나, 1968년 최고재판소 판결에서는 자동차를 야간이 무단으로 사용하고 다음날 아침까지 원래 장소에 돌려놓은 행위를 반복해온 사안에서는 불법영득의사를 인정하여 절도죄가 성립한다고 보았고, 이후 1980년 판결에서는 4시간여 동안 타인의 자동차를 무단으로 타고 다닌 사례에서도 불법영득의사를 인정한바 있다.

부동산이 절도죄의 객체가 될 수 있는지 여부를 둘러싸고는 과거 학설상 찬반의 대립이 있었으나, 1960년 형법개정 시에 부동산침탈죄(235조의2)가 경계훼손죄(262조의2)와 함께 신설되면서 입법적으로 해결되었다.

다. 사기의 죄

"사기의 죄"에는 재물을 객체로 하는 (1항)사기죄(246조 1항)와 재산상의 이익을 취득하는 2항사기죄(내지 사기이득죄)로 구분되고, 아울러 미성년자의 지려천박이나

사람의 심신미약을 이용하는 준사기죄(248조)와 컴퓨터 등을 이용한 전자계산기이용사기죄(246조의2)가 규정되어 있다.

사기죄가 성립하기 위해서는 ① 기망행위→② 상대방의 착오→③ 교부·처분행위→④재물의 이전이라고 하는 구성요건의 인과적 연결이 필요하다고 본다. 사기죄의 성립 여부가 문제되는 사안으로서 ① 국가나 지방공공단체의 재산적 이익에 대하여도 개인적 법익을 침해하는 죄인 사기죄가 성립하는지에 관하여는 학설상 부정설과 긍정설이 대립하는바, 판례는 긍정설의 입장을 취하고 있다. ② 법원을 기망하여 승소의 판결의 얻는 이른바 소송사기에 대하여는 피기망자와 피해자가 다른 삼각사기의 일종으로서 판례와 통설은 사기죄의 성립을 긍정하고 있다. ③ 신용카드의 부정사용에 대하여도 판례는 자기명의이든 타인명의이든 사기죄가 성립한다고 본다. ④ 불법원인급여의 경우에도 일본민법상 반환청구권이 없지만 판례는 사기죄가 성립을 긍정하고 있다. 이러한 위 각 사안에 있어서 일본 판례의 태도는 우리나라 대법원의 입장과 거의 유사하며, 특별히 반대되는 결론은 보이지 않는다.[2669]

전자계산기사용사기죄(246조의2)는 "전조에 규정한 것 외에"라고 규정하고 있어 사기죄(246조)를 보충하는 규정임을 명확히 하고 있는바, 사기죄가 성립하는 경우 본죄의 성립이 부정되는 법조경합의 관계로 본다.

라. 배임죄

배임죄(제247조)는 "사기와 공갈의 죄"의 장(제37장)에 포함된 1개의 조문으로 규정되어 있다. 우리나라 형법에서는 배임죄가 횡령의 죄와 함께 제40장 "횡령과 배임의 죄"의 장에 규정되어 있다는 점과 비교된다. 일본형법상으로는 업무상 배임죄에 관한 명문규정이 없지만, 회사법·보험업법 등의 개별적인 특별법에 규정된 이른바 특별배임죄가 이를 대신하는 역할을 하고 있다.

배임죄는 그 주체가 "타인을 위해 사무를 처리하는 자"로 한정되는 진정신분범에 해당한다. 배임죄의 본질에 관하여는 학설상 권한남용설, 배신설, 배신적 권한남용설 등이 대립하고 있고, 통설과 판례는 배신설의 입장이다. 배임죄는 주관적 요건으로서

2669) 다만, 우리나라의 신용카드 부정사용에 대한 특별법인 여신전문금융업법 입법에 따른 양국의 실정법 적용의 차이에 관하여는 전술한 일본 '사기죄'의 '신용카드 부정사용' 부분을 참고.

고의 이외에 "자기 또는 제3자의 이익을 도모하거나 또는 본인에게 손해를 가할 목적"인 이른바 도리가해목적(圖利加害目的)을 필요로 하는 목적범이기도 하다. 타 죄와 관계와 관련해서 보면, 업무상 횡령죄가 성립하는 경우에는 배임죄는 이에 흡수되는 법조경합의 관계에 있다고 보는 것이 통설이자 판례의 태도이다. 또한 판례는 사기죄와 배임죄의 관계에 대하여도 타인을 위해 그 사무를 처리하는 자가 본인을 기망하여 재물을 교부받은 경우에는 배임죄가 사기죄에 흡수되어 사기죄만 성립한다고 본다.

마. 횡령의 죄

"횡령의 죄"는 (단순)횡령죄(252조), 업무상횡령죄(253조), 유실물등횡령죄(254조)의 3가지로 구성되어 있다. 우리나라 형법의 경우 횡령죄는 배임죄와 함께 제40장의 "횡령과 배임의 죄"의 장에 규정되어 있다는 것과 비교된다. 연혁적으로 보면, 일본의 경우 형법 전면개정작업으로 성안되었던 1927년 「형법개정예비초안」에서 "배임의 죄"의 장에서 횡령과 배임이 함께 규정된 이래, 1940년의 「개정형법가안」, 1961년의 「개정형법초안」 등에서는 "횡령과 배임의 죄"의 장에 함께 규정되어 있었다. 위 형법 전면개정안들은 찬반 논란 속에서 결국 입법화되지 않았다.

횡령죄의 주체는 "타인의 물건을 점유하는 자"이다. 횡령죄의 점유는 사실적 지배뿐만 아니라 법률적 지배를 포함한다고 보는 것이 통설이자 판례이다. 우리나라와 달리 일본형법상 횡령죄는 미수범 처벌규정이 없고, 영득행위가 행해지면 그 완료를 기다릴 필요 없이 바로 기수에 달한다고 본다. 부동산의 이중매매에 대하여는 배임죄를 인정하는 우리나라와 달리 일본형법학에서는 횡령죄의 성부만이 문제되고 있다. 판례는 부동산의 이중매매뿐만 아니라 동산의 이중매매, 즉 계약에 기초하여 인수의 의무를 가진 타인의 소유물을 점유하고 있는 자가 이를 다른 사람에게 매각하는 것은 횡령죄를 구성한다고 본다.

업무상횡령죄는 점유자라는 신분과 업무자라는 신분이 중첩하는 이중의 신분범으로 해석하고 있다. 여기서의 업무는 사회생활상의 지위에 기초하여 반복 또는 계속하여 행하는 사무를 말하며, 공적 업무인지 사적 업무인지, 본무인지 겸무인지를 불문한다.

제 8 장 Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(Ⅱ-2)

성폭력범죄

강효원 / 이성기 / 김택수 / 허황 / 이동희

제8장

성폭력범죄

내 용 목 차

제1절 영국

1. 개관
 가. 성폭력범죄 체계 및 구성
  1) SOA (2003) 제정의 의의
  2) SOA 2003 의 체계 및 구조
  3) 동의 연령
 나. SOA 2003 상 주요 개념
  1) '성적인 (sexual)' 의 의미
  2) 합리적인 믿음의 결여
  3) 동의 (consent)

2. 합의에 의하지 않은 성폭력범죄
 가. 강간죄 (제1조)
  1) 객관적 행위 요소 (Actus Reus)
  2) 주관적 범의 요소 (Mens Rea)
 나. 유사강간 (제2조)
  1) 객관적 행위 요소 (Actus Reus)
  2) 주관적 범의 요소 (Mens Rea)
 다. 비동의 성행위 강요 (제4조)
  1) 객관적 행위 요소 (Actus Reus)
  2) 주관적 범의 요소 (Mens Rea)

3. 강제추행(Sexual Assault) (제3조)
 가. 객관적 행위 요소 (Actus Reus)
  1) 접촉 (touching)
  2) 피해자의 동의 없음
 나. 주관적 범의 요소 (Mens Rea)

4. 아동 청소년 보호 목적 성폭력범죄
 가. 13세 미만 아동 대상 성폭력범죄 (제5조)
 나. 16세 미만 아동 대상 성폭력범죄 (제9-12조)
  1) 아동성추행: 아동과 성적 행위를 하는 범죄 (제9조)
  2) 아동이 성적 행위를 하도록 교사, 유인하는 범죄 (제10조)
  3) 아동의 면전에서 성적 행위를 하는 범죄 (제11조)
  4) 아이에게 성적 행위를 목격하게 하는 범죄 (제12조)
  5) 16세 미만 피해자를 대상으로 한 아동 청소년의 성폭력범죄 (제13조)
  6) 아동 성폭력범죄를 알선 조장하는 죄 (제14조)
 다. 아동 청소년 대상 그루밍 (제15조)
  1) actus reus
  2) mens rea
  3) 아동과의 성적 연락 (제15A조)

5. 기타
 가. 신뢰 관계 남용 성폭력범죄 (제16-19조)
  1) actus reus
  2) mens rea
 나. 가족 관계 내 성폭력범죄 (제25-26조)
 다. 정신장애인 대상 성폭력범죄 (제30-41조)

1) 선택에 지장을 주는 정신장애를 지닌 자에 대한 범죄
2) 정신장애인에 대한 유인 위협 기망 등
3) 정신장애인의 돌봄 노동자(care worker)에 의한 범죄

6. 소결

제2절 미국

1. 개관
가. 성폭력범죄의 개념
나. 성폭력범죄 체계

2. 강간죄(rape)
가. 개관
1) 구성요건의 변화
2) 처벌
나. 구성요건
1) 고의(mens rea)
2) 동의 없음(non consent)
3) 폭력(force) 또는 협박(threat)
4) 강요(coercion 또는 compulsion)
다. 위계(fraud)
라. 저항(resistance)
1) 저항의 필요성
2) 언어적 저항(verbal resistance)
마. 배우자 강간(rape of spouse)
바. 유사성행위
1) 성폭력범죄행위(Criminal sexual act)
2) 중대 성학대(aggravated sexual abuse)
3) 계간(sodomy)
4) 피구금자 간음죄(sexual abuse of ward)

3. 강제추행(Sexual assault)
가. 현황
나. 구성요건
1) 캘리포니아주
2) 뉴욕주
3) 켄터키주
4) 가중적 구성요건

4. 아동·청소년 보호 목적 성폭력범죄
가. 의제강간(statutory rape)
1) 현황
2) 주별 입법례
3) 동의능력에 대한 착오
나. 아동·청소년 성폭력 범죄에 대한 가중 처벌
1) 연령에 따른 가중 처벌
2) 신뢰 또는 감독관계에 있는 자의 성폭력범죄에 대한 가중 처벌
3) 상습범

5. 소송 및 증거법적 쟁점
가. 고소(complaint) 시기
나. 피고인의 과거 성폭력 범죄 경력
다. 피해자의 과거 성행위 전력

6. 소결

제3절 프랑스

1. 개관
가. 성폭력(agression sexuelle)의 개념
나. 체계 및 구성

2. 강간(le viol)
가. 구성요건
1) 객관적 구성요건
2) 주관적 구성요건
나. 가중사유

3. 강제추행죄(l'agression sexuelle)
가. 구성요건
1) 객관적 구성요건
2) 주관적 구성요건
나. 가중사유

4. 미성년자에 대한 성적침해 (l'atteinte sexuelle)
가. 개관
나. 15세 미만의 아동에 대한 성적침해죄
다. 15세 이상 18세 미만의 미성년자에 대한 성적침해죄
라. 근친에 의한 성폭력 및 성적침해죄

(inceste)
마. 미성년부패(Corruption de mineur)
1) 미성년성적부패조장죄
2) 전기통신에 의한 성적 제안죄 (Proposition sexuelle)
바. 미성년성매수죄(Recours à la prostitution de mineur)
사. '섹스관광' 등 국외범죄에 대한 특례
아. 성폭력 및 성적침해 범죄의 공소시효의 문제

5. 기타 범죄
가. 성적괴롭힘죄(harcèlement sexuel), 성적강요죄(chantage sexuelle), 성차별적 모욕죄(infraction d'outrage sexiste)
나. 미성년 포르노그래피의 촬영, 전송, 열람, 소지죄

6. 소결

제4절 독일

1. 개관
가. 의의, 역사 및 보호법익
나. 성폭력범죄의 체계
다. 성적 행위에 대한 규정

2. 합의에 의하지 않은 성폭력범죄(제177조)
가. 개관
1) 법익
2) 체계
나. 비동의 성폭력범죄
1) 성적침해(제1항)
2) 남용과 강요(제2항)
다. 성적 강요 및 강간(제5항 및 제6항)
1) 폭행을 통한 강요(제5항 제1호)
2) 협박을 통한 강요(제5항 제2호)
3) 보호없는 상황의 이용을 수반한 강요(제5조 제3항)
4) 간음 및 특별히 저급한 행위(제6항 제2문 제1호)
5) 공동의 범행(제6항 제2문 제2호)

3. 성추행죄(제184조i)
가. 일반론
나. 범죄행위

4. 아동·미성년자 보호목적의 성폭력범죄
가. 아동의 성적남용(제176조)
1) 일반론
2) 법익
3) 적용범위 및 체계
4) 행위자와 피해자 간의 신체적 접촉을 통한 범죄행위(제1항)
5) 제3자와의 행위에 대한 교사(제2항)
6) 신체접촉이 없는 행위(제4항)
나. 미성년자의 성적행위방조(제180조)

5. 기타
가. 보호받는 자의 성적학대(제174조)
1) 일반론
2) 보호받는 자의 인적 범위
3) 범죄행위
4) 종속성의 남용(제1항 제2호; 제1항 제2호와 결부된 제3항)
5) 지위의 이용(제2항 제2호 제3항)
나. 수감자와 관청의 보호를 받는자 또는 시설 내 환자 및 도움이 필요한 자에 대한 성적 남용(제174조a)
1) 일반론
2) 수감자 및 피보호자
3) 시설 내 환자 및 도움이 필요한 자
4) 범죄행위

6. 소결

제5절 일본

1. 개관
가. 성폭력범죄의 체계 및 구성
1) 성폭력범죄의 체계 및 범죄유형
2) 2017년 형법개정
3) 한·일의 비교
나. 성폭력범죄의 개념 및 보호법익
1) 개념 및 분류

2) 보호법익
2. 강제외설죄(강제추행죄)
가. 의의
나. 행위
다. 주관적 요건 : 고의 및 경향범
라. 죄수 및 타죄와의 관계
3. 강제성교등죄(강간죄)
가. 의의
나. 행위
4. 준강제외설죄·준강제성교등죄
가. 의의
나. 행위
5. 감호자외설죄 및 감호자성교등죄 :
아동·청소년보호 목적의 성폭력범죄
가. 의의 : 일본의 2017년 형법개정과 아동·청소년의 성보호 강화
나. 본죄의 성립요건
1) 주체
2) 객체 및 행위
다. 아동·청소년보호 목적의 성폭력범죄 입법상황
6. 강제외설등치사상죄
가. 의의
나. 행위
다. 인과관계
7. 소결

제1절 | 영국

1. 개관

가. 성폭력범죄 체계 및 구성

영국의 성범죄 관련법은 성적 행위와 관련한 사실상 모든 범죄들에 대하여 상세하게 규정하고 있는 2003년 성범죄법 (Sexual Offences Act 2003: 이하 'SOA 2003')의 제정을 통해 완전히 정비되었다. SOA 2003 제정 전까지의 성범죄 관련 법률은 여전히 성적 행위와 남녀의 역할에 대한 19세기 후반의 사회적 태도가 반영된 것으로 일관된 체계가 결여되어 있다는 비판을 받았으며, 약자 보호에 미흡하고, 범죄의 중대성에 비해 법정형이 너무 낮다는 평가를 받아왔다. 이하에서는 SOA 2003이 제정된 계기와 배경, 그리고 법령의 체계와 구조를 먼저 간략히 살펴보고, 강간, 유사강간, 비동의 간음교사, 강제추행 등의 합의에 기반한지 않은 SOA 2003상의 주요 성범죄와 아동 대상 성범죄 유형을 차례로 살펴보기로 하겠다.

1) SOA (2003) 제정의 의의

21세기 들어서면서 1956년 성범죄법 (Sexual Offences Act 1956) 에 담겨진 영국의 성범죄 관련법은 단순히 19세기의 법을 그대로 모아둔 것에 불과하여 '구태의연하고, 일관성이 없으며 차별적'이며 현재 시대상을 제대로 반영하고 있지 못하고, 현대의 맥락에서는 더 이상 효과적이지 않다는 문제의식에서 새로운 성범죄법의 입법 필요성이 제기되었다.[2670] 특히 취약한 대상에 대한 적절한 보호 장치가 미흡하고 자신의 성적 행위에 관해 정보에 근거한 결정을 내릴 수 있는 자들의 성적 자율성에 대한 존중이 결여되어 있다는 점은 기존의 법이 새로운 시대의 변화하는 성적 태도와 관습을 제대로 반영하지 못하고 있음을 보여주는 것이었다. 이뿐만 아니라, 법령 내에

2670) "Sexual Offences Bill [H.L.], House of Lords Debates (Hansard, 13 February 2003) Vol. 644 cc 771."
https://api.parliament.uk/historic-hansard/lords/2003/feb/13/sexual-offences-bill-hl (2020년 10월 31일 최종검색).

등장하는 '동의(consent)'나 '능력(capacity)'과 같은 필수적인 용어들에 대한 개념이 충분히 명확하게 정의되지 않았다는 비판 역시 받아왔다. 이에 따라, 영국 내무부(Home Office)는 기존 성범죄 관련 법제를 근본적으로 재검토할 것을 외부에 의뢰하였고,[2671] 이에 대한 자문 결과를 백서로 발간하였다.[2672] 이 자문보고서와 백서에 따라 2003년 새로운 성범죄법이 제정되어 2004년 5월부터 시행되었고, 이 법은 사실상 거의 모든 성범죄 유형을 상세하게 망라한 단일 성문법으로 기능하게 되었다.[2673]

SOA 2003의 입법 목적은 다음과 같이 정리될 수 있다. 첫째, 성범죄 관련법을 현대화시켜 오늘날 사회현실에 적합하게 만들려는 것이다. 둘째, 보호와 처벌의 평등을 확보하여 좀 더 젠더 중립적인 법을 만들어 내고자 했다. 셋째, 더 명확하게 규정하여 어떤 행위가 허용되고 용납될 수 없는 것인지 사람들이 쉽게 이해하도록 했다. 넷째, 정부는 오랫동안 골칫거리였던 '동의'의 개념을 좀 더 명확히 규정하고자 했다. 다섯째, 아동이나 정신장애인 등 취약한 대상에 대해 한층 더 적절한 보호를 확보하고자 했다. 여섯째, 범행의 경중을 제대로 반영하여 타당한 형량을 부과하고자 하였다. 일곱째, 정부는 이 새로운 법이 배심원들에게 더 명확한 법적 틀을 제공함으로써 강간사건 발생률을 감소시키고, 유죄판결 비율을 높이는 역할을 수행하기를 기대했다.[2674] 빅토리아 시대의 잔재가 남아있던 1956년 성범죄법을 대체한 이 새로운 법은 영국에서 이루어진 성범죄 관련 법 제정의 역사에서 가장 급진적인 개혁으로 여겨지고 있다.

2) SOA 2003 의 체계 및 구조

SOA 2003는 합의에 의하지 않은(non-consensual) 성범죄와, 합의 여부와는 무관한 성범죄 두 가지 형태를 나누어 규정하고 있으며, 전자인 비동의적 성적 행위와 관련하여, 2003년 성범죄법은 Part 1에서 제1조부터 제4조까지 강간(rape),[2675] 유사강간

2671) Home Office, Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex Offences Vol. I 2000.
2672) Home Office, Protecting the Public: Strengthening Protection against Sex Offenders and Reforming the Law on Sexual Offences, 2002.
2673) John Child/David Ormerod, Smith, Hogan, & Ormerod's Essentials of Criminal Law, 2nd ed., Oxford University Press, 2017, 275면.
2674) Jeremy Horder, Ashworth's Principles of Criminal Law, 8th ed., Oxford University Press, 2016, 348-349면.
2675) Sexual Offences Act 2003 (이하 SOA 2003), 제1조; 13세 미만의 아동에 대한 강간은 동법 제5조.

(assault by penetration),[2676] 강제추행(sexual assault),[2677] 비동의 간음(causing a person to engage in sexual activity without consent)[2678] 4개의 주요 범죄 형태를 규정하고 있다.[2679] 이 네 가지 범죄가 성립하기 위하여 가장 중요한 요소는 동의의 결여로 검찰은 다른 무엇보다도 동의가 결여되어 있다는 것과 동의가 있었다는 합리적 믿음이 결여되어 있었음을 입증하여야 한다. 반면, 동의 여부와 무관한 성범죄는 명목상 피해자의 동의가 있었으나 피해자의 연령[2680]이나, 장애 등으로 인한 취약성[2681] 또는 피해자와의 특수한 관계 - 가족관계[2682]나 신뢰관계[2683] 등 - 로 인해 법적으로 동의가 인정되지 않는 성범죄를 의미한다. 또한 동법은 제5조부터 제8조에 걸쳐 제1-4조의 기본 범죄에 상응하나 13세 미만의 아동을 대상으로 하는 경우에 대해 별도로 규정하고 있는데, 이 경우에는 동의의 존재 유무는 범죄 성립과 무관하다. 제9조부터 제15조까지는 16세 미만의 피해자를 대상으로 한 여러 성범죄를 규정하고 있으며, 범죄자가 성인인지 아니면 18세 미만인지에 따라 법정 최고형에 차이를 두고 있다. 제16조에서 제24조까지는 18세 미만인 자에게 신뢰관계의 지위를 남용하여 이루어지는 성범죄들을 규정하고 있으며, 제25조부터 제29조까지, 그리고 제64조와 제65조에서는 가족간에 일어나는 성범죄를 규정하고 있다. 제33조부터 제44조까지는 정신장애인을 대상으로 한 다양한 성범죄 유형을 신설하였으며, 제45조부터 제51조까지는 음란한 사진, 포르노 및 성매매로부터 아동을 보호하기 위한 법을 개정하여 포함시켰다. 제52조부터 60조까지는 성매매 및 성착취 목적의 인신매매에 관련된 법을 개정하였고, 제61조부터 제63조까지는 예비 범죄, 제66조부터 제71조까지는 노출, 관음, 시간(屍姦), 등의 기타 성범죄들을 규정하고 있다. 그리고 동법 Part 2에서는 성범죄자들을 위한 새로운 신상공개제도와 법원이 발부할 수 있는 다양한 예방명령들에 대해 규정하고 있다.

2676) SOA 2003, 제2조; 13세 미만의 아동에 대한 유사강간은 동법 제6조.
2677) SOA 2003, 제3조; 13세 미만의 아동에 대한 강제추행은 동법 제7조.
2678) SOA 2003, 제4조; 13세 미만의 아동에 대한 비동의 간음 강요는 동법 제8조.
2679) Jennifer Temkin/Andrew Ashworth, The Sexual Offences Act 2003: (1) Rape, sexual assaults and the problems of consent, Criminal Law Review Vol. 2004 No. 5, 2004, 328면.
2680) SOA 2003, 제5-8조.
2681) SOA 2003, 제30-41조.
2682) SOA 2003, 제25-26조.
2683) SOA 2003, 제16-19조.

3) 동의 연령

잉글랜드와 웨일즈에서 동성/이성간을 불문하고 성적 행위에 대한 법적인 동의를 할 수 있는 연령은 만 16세이다.[2684] 또한 SOA 2003 은 이에 관한 명시적인 규정을 두고 있지는 않지만, 13세 미만의 아동은 어떠한 성적 행위에도 법적으로 동의능력이 없다고 간주하고 있다.[2685] 실제로 동의했는지 여부를 불문하고 일정 연령 미만의 나이 어린 어린이라면 절대적으로 보호하기 위하여 도입된 것이다. 이 때, 아동이 법적 동의 능력이 인정되는 연령 이하라는 사실은 그 자체로 아동이 실제로 강간 등의 범죄에 동의할 수 있는 능력이 없다는 의미가 아니며, 이 경우 아동의 동의가 존재하는지 여부는 법적으로 무관하므로 동의의 결여가 범죄 성립 요건이 되지 않는다는 의미이다.[2686]

나. SOA 2003 상 주요 개념

1) '성적인(sexual)' 의 의미

SOA 2003 전체에 걸쳐 반복적으로 등장하고 있는 '성적인(sexual)'이라는 형용사의 의미는 동법 제78조에 정의되어 있는데, 이에 따르면 어떤 행위가 '성적인' 것이기 위해서는 다음의 두 단계 기준을 통과해야 한다고 규정하고 있다. 즉, 첫 번째 단계는 행위의 속성(nature)에 초점을 둔 것으로, 어떤 행위가 성적인 행위인지 여부를 결정하는 데 있어서 일단 행위의 속성을 먼저 검토한다. 즉, 성교나 자위처럼 속성상 성적인 행위라면 이러한 행위는 성적인 행위가 된다.[2687] 두 번째 기준은 합리적인 사람이라면 해당 행위의 속성상 성적인 것이 아니라고 보는 경우임에도 불구하고 해당 행위를 성적인 것으로 간주할 수 있는 경우에 관한 것이다. 즉, 행위의 속성이 성적인 것일 수도 있고 아닐 수도 있는 경우, 이러한 행위가 성적인 것인지 여부를 판단하기 위해서는 피의자의 목적이나 정황(또는 둘 다 모두)을 살펴보아야 한다는 것이다.[2688] 예컨대, 여성의 가슴을 건드리거나 더듬는 행위는 행위 자체의 속성상 성적인 것으로 여겨지지

2684) 단, 신뢰관계 남용과 가족간 성범죄의 경우 18세이다.
2685) Michael J. Allen/Ian Edwards, Criminal Law, 15th ed., Oxford University Press, 2019, 489면.
2686) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 318면.
2687) SOA 2003, 제78조 (a).
2688) R v Price [2003] EWCA Crim 2405.

만, 만약 이러한 행위가 정당방위나 의사가 검진하는 과정에서 이루어진 것이라면 어떤 합리적인 인간도 이러한 행위를 성적인 것으로 보지는 않을 것이다.[2689] 이러한 제78조의 정의는, 행위자의 의도와 상관없이 합리적인 인간이라면 어떤 상황에서도 성적인 행위라고 간주할 만한 행위는 성적인 것으로 보는 '공중 화장실에서의 성적 범죄'[2690]나 '아동과의 성적 교류 범죄'[2691]를 제외한 Part 1의 모든 범죄에 적용된다.

2) 합리적인 믿음의 결여

SOA 2003상 많은 범죄들에 있어서, 피의자가 특정한 사실 – 피해자가 동의하고 있다는 사실 또는 피해자가 특정 연령 이상이라는 사실 – 을 합리적으로 믿지 않은 경우에만 유죄가 인정된다. 이러한 믿음이 합리적인지 여부는 사실 판단의 문제이며, 따라서 배심원이 결정할 사안이다. '합리적으로 믿지 않음'의 객관적 속성은 설령 그것이 비동의 성범죄의 경우 주관적 요소를 포함하고 있다고 하더라도, 요구되는 책임요소가 과실임을 의미한다. 만약 피의자의 정신능력과 다른 관련 특성을 고려했을 때 피의자가 과실을 회피할 수 있었을 경우에만 책임을 진다면, 해당 책임의 근거는 과실 책임으로 받아들이는 것이 더 쉬울 것이다.[2692]

3) 동의 (consent)

동의는 강간과 여타 비동의 범죄에 있어서 가장 핵심적인 개념이면서도 매우 복잡한 개념이다. 성범죄에 있어서 동의 관념에 대한 2003년 성범죄법의 입장이 어떻게 변화했는지 이해하려면, 2003년 성범죄법에 이르게 된 과거 관련법에 대한 검토가 필수적이다. 2003년 성범죄법 제정 전까지 동의에 관한 법은 판례를 통해 형성되어 온 커먼로의 적용을 받아 왔는데, 내무부는 이러한 기존의 판례법이 동의 개념을 적절하게 정의하지 못하고 있다는 점을 1956년 성범죄법 체제의 가장 큰 문제점 중 하나로 꼽았고[2693] 그간 배심원들은 동의와 단순한 굴복 사이의 차이를 고려하여

2689) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 320면.
2690) SOA 2003, 제71조 제(2)항.
2691) SOA 2003, 제15조 제(2)항.
2692) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 320-321면.
2693) Home Office, Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex Offences Vol. I 2000,

동의를 '통상적인 의미'로 이해하고 적용했을 뿐이다.[2694] 따라서 이러한 문제점을 해결하는 것이 성범죄법 개혁의 주요 목표 중 하나가 되었고, 동의에 관한 예전 커먼로의 접근방식 대신, 캐나다나 호주와 같은 다른 커먼로 국가들처럼 해당 개념에 대한 정의가 법률로 규정되도록 권고되었다. 이렇게 법률상 개념을 정의하고, 개념 정의에 따라 동의하지 않는 상황에 대한 대략적인 목록을 제시함으로서 '무엇이 허용되는 행위이고, 용납되지 않는 행위인지에 대해' 사회에 더 명확하고 명료한 기준을 설정하고자 한 것이다.[2695] 이는 종종 동의가, 성적 활동에 있어서 무엇이 적절하고 적절하지 않은지에 관한 추측이 중대한 오해에 이를 수 있고 쉽게 오해하기 쉬운 특성을 지니고 있는 언어적 또는 비언어적 의사소통과 결부된다는 사실 때문에 특히 더 중요하다.[2696]

SOA 2003은 제74조에서 76조까지 세 조항에 걸쳐 동의의 개념을 정의하고 있는데, 원칙적으로 선택을 할 수 있는 자유와 능력이 있는 자가 그러한 선택으로 합의한 경우 동의한 것으로 본다.[2697] 이러한 합의는 명시적으로 또는 묵시적으로 표시될 수 있으며, 과거 또는 현재의 말이나 행동으로 입증될 수 있다.[2698] 또한 성적인 행위에 대한 동의는 적극적인 열정부터 마지못한 순응에 이르기까지 다양한 형태를 지닐 수 있는데 여기서 중요한 것은 선택할 수 있는 능력과 선택할 수 있는 자유가 있었는지 여부이다.[2699] SOA 2003은 자유의 의미가 무엇인지에 대해서는 규정하고 있지 않으며, 따라서 법원과 배심원들의 재량으로 해석되는 경향이 있다. 그저 동의하지 않았다고 입증하는 것으로 족하며, 당사자 사이에 동의의 존부에 대한 의사소통이 있었을 것까지 요하는 것은 아니다.[2700]

또한 동의의 부존재가 추정되는 두 가지 경우가 있는데 첫번째는 피의자가 동법

17-18면.

2694) R v Olugboja [1982] QB 320.

2695) Home Office, Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex Offences Vol. I 2000, 18면.

2696) Catarina Sjölin, Ten Years On: Consent under the Sexual Offences Act 2003, The Journal of Crimina Law, Vol. 79 No. 1, 2015, 24면.

2697) SOA 2003, 제74조.

2698) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 322면.

2699) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 324-326면.

2700) R v Malone [1998] 2 Cr App R 447.

제75조 제(2)항에 열거된 상황들 – 예컨대 피의자의 폭력[2701] 행사나 약물 사용, 피해자가 잠든 상태이거나 무의식 상태일 때, 불법 감금 상태 등 – 에서 이러한 정황이 있음을 알면서 특정한 관련 행위[2702]를 한 경우, 이를 뒤집기에 충분한 반증이 제시되지 않는 한 피해자의 동의가 없었던 것으로 사실상 추정(evidential presumption)된다.[2703] 그리고 두 번째는 동법 제76조 제(2)항에 열거된 상황들 – 고의적으로 관련 행위의 속성이나 목적에 대해 기망하거나 피해자의 지인으로 위장하여 기망한 상태에서 동의를 얻어낸 경우 – 이 존재한다는 것이 입증되면 피해자는 해당 행위에 동의하지 않았고, 피의자는 이러한 동의가 존재한다고 믿지 않았던 것으로 법률상 추정(conclusive presumption) 된다.[2704] 이러한 법률상 추정은 기망이 존재하고, 기망이 고의적인 것이며, 행위의 속성이나 목적에 대한 기망이어야 한다는 요건이 합치되는 경우에만 인정되며, 반증으로도 추정을 깰 수 없다.[2705] 다만, 동법 제76조 제(2)항은 피의자 측에 고의가 있었음을 입증하도록 규정하고 있으므로 동의의 존재를 피의자가 믿지 않았다고 법률상 간주한다고 해서 엄격책임 규정으로 해석되는 것은 아니다.[2706] 이러한 동의의 부존재에 대한 추정은 아래에서 살펴보게 될 합의에 기반하지 않은 주요 성범죄 – 제1조(강간), 제2조(유사강간), 제3조(강제추행), 제4조(비동의간음교사) - 에 적용되며, 범죄성립을 위한 객관적 요소(actus reus) 뿐만 아니라 피의자가 범행당시 주관적 요소(mens rea)를 가지고 있었는지 여부를 판단하는 데에도 적용된다.

그러나, 동의를 둘러싼 법을 명확히 하려는 정부의 의지에도 불구하고, 이러한 목표를 달성하는데 있어서 SOA 2003의 규정들은 다소 역부족이라는 비판이 있다.[2707] 분명 기존의 커먼로를 적용할 때보다 더 명확해진 것은 사실이지만, 법규상 개념 정의는 충분히 명확하거나 포괄적이지 않으며, 이는 곧 배심원들이 여전히 많은 재량을 행사할 수 있는 상태임을 의미한다. 이는 피해자가 성적 행위 당시 자발적으로

2701) 그러나 SOA 2003 규정에 폭력 (violence) 에 대한 개념을 정의하고 있지는 않다.
2702) 각 범죄별 관련 행위의 유형은 SOA 2003, 제77조에 규정되어 있다.
2703) SOA 2003, 제75조.
2704) SOA 2003, 제76조.
2705) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 403면.
2706) Michael J. Allen/Ian Edwards, Criminal Law, 15th ed., Oxford University Press, 2019, 472면.
2707) Jennifer Temkin/Andrew Ashworth, The Sexual Offences Act 2003: (1) Rape, sexual assaults and the problems of consent, Criminal Law Review Vol. 2004 No. 5, 2004, 346면.

심하게 취해 있었던 경우[2708]와 같이 성범죄를 둘러싼, 더 자주 마주치게 되는 어려움을 고려할 때 특히 더 그렇다. 동법 제74조는 선택할 수 있는 능력을 판단하기 위한 심사기준을 설정하고 있지는 않으며, 법원은 스스로를 위한 선택을 내릴 수 있는 정신적 능력이 결여된 사람들을 보호하기 위해 제정된 Mental Capacity Act 2005의 기준[2709]을 이 경우에도 준용하도록 하고 있다.[2710] 또한 법원은 SOA 2003 하에서 선택할 수 있는 능력이란 사람에 따라 다르고(person-specific), 상황 따라 다르며(situation-specific), 사안의 쟁점에 따라 다른 것(issue-specific)이므로 특정 대상에 대하여 어떤 상황에서 선택할 수 있는 능력이 있었다고 하더라도 다른 상황이나 다른 사람에 대해서는 그렇지 않을 수도 있다고 보았다.[2711]

2. 합의에 의하지 않은 성폭력범죄

가. 강간죄 (제1조)

SOA 2003 의 제1조 (1)항은 '강간'을 다음과 같이 정의하고 있다. 'A가 의도적으로 자신의 성기를 타인 (B)의 질, 항문 또는 구강에 삽입한 경우, 그리고 B는 그러한 삽입에 동의하지 않았고, B가 동의하고 있다고 A가 합리적으로 믿지 않았다면 A는 강간의 범죄를 저지른 것이 된다.' 따라서 SOA 2003의 규정대로라면 강간죄의 주체는 성기를 가진 남성에 한정될 수밖에 없다.[2712] 강간죄의 주체와 관련하여 남편도 강간죄의 주체가 될 수 있는가의 문제가 오래 전부터 논의되었지만, SOA 2003 제정 이전에 이미 부부강간 면책은 판례를 통해 영국 법에서 폐지되었다.[2713] 기존의 강간 규정이 포함하고 있던 "불법적인 (unlawful)"이라는 표현은 혼외 관계를 의미하는 것으로 이해되어 역사적으로 남편은 아내를 강간할 수 없다고 보았던 아내 강간에 대한 남편의 면책은 이제 더 이상 유효하지 않게 된 것이다.[2714]

2708) R v Bree [2007] EWCA Crim 804.
2709) Mental Capacity Act 2005, 제2-3조.
2710) R v A(G) [2014] EWCA Crim 299.
2711) R v C [2009] UKHL 42.
2712) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 400면.
2713) Jennifer Temkin, Rape and the Legal Process, 2nd ed. Oxford University Press, 2002, 75-89면.

SOA 2003은 강간죄의 정의를 확장시켜 질이나 항문에 대한 성기 삽입 뿐만 아니라, 성기에 의한 구강 삽입 또한 강간죄의 actus reus 에 포함시켰다.[2715] 또한 동법 제1조 2항은 '그러한 믿음이 합리적인지 여부는 B의 동의 여부를 확인하기 위해 A가 취한 조치들을 포함한 모든 정황을 고려하여 결정되어야 한다'고 규정하고 있다. 제1조의 강간죄는 정식기소 대상 범죄[2716]이며, 법정 최고형은 종신형이다.[2717]

1) 객관적 행위 요소 (Actus Reus)

(1) 삽입 (penetration)

강간죄의 객관적 행위 요소는 타인인 피해자의 질, 항문 또는 구강에 성기를 삽입하는 것과 이러한 삽입에 대해 피해자가 동의하지 않았다는 것 두 가지 요소가 충족되어야 한다. 따라서 행위적 요소로서 반드시 '삽입'이라는 행위가 있어야 한다. SOA 2003에서 '삽입'은 들어간 순간부터 나오는 때까지 이루어지는 지속적인 행위이다.[2718] 따라서 넣는 순간에는 삽입에 동의하였으나, 이후 동의를 철회하였음에도 삽입을 계속한 경우, 동의의 철회 이후에 지속된 삽입행위는 동의를 결여한 것이 되어 강간죄가 성립할 수 있다.[2719] 아주 미미한 삽입만으로도 요건은 충족되며,[2720] 사정했을 것까지 요하지 않는다.[2721] 또한 규정상 '성기', '질' 또는 기타 신체의 다른 부분에는 성전환 수술 등으로 만들어진 기관도 포함된다.[2722]

(2) 피해자의 동의 결여

강간죄가 성립하는 데 필요한 또 다른 actus reus 요소 중 정황적 요소는 삽입에

2714) R v R [1991] 1 AC 599; 2 ALL ER 257.
2715) Home Office, Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex Offences Vol. I 2000, 15면.
2716) 영국 법상 정식 기소 범죄 (indictable offences)와 약식 기소 범죄 (summary offences) 의 개념과 구별에 대해서는 최민영/김재현/허황/강효원/김택수/박용철/손병현/이동희/이성기, Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(Ⅰ), 한국형사정책연구원, 2019, 53-54면.
2717) SOA 2003, 제1조 제(4)항.
2718) SOA 2003, 제79조 제(2)항.
2719) R v Cooper and Schaub [1994] Crim LR 531; Kaitamaki v R [1985] AC 147.
2720) R v Hughes [1841] 9C & P 752.
2721) R(F) v DPP [2013] EWCH 945.
2722) SOA 2003, 제79조 제(3)항.

대한 동의가 없었다는 것이다. 강간죄는 정식기소 범죄이므로 동의가 존재했는지 여부는 배심원이 판단할 사안이다. 앞에서도 언급한 바와 같이 예전에는 삽입이 피해자의 의지에 반하여 이루어진 것이려면 무력이나 폭행의 사용이 있었는지 여부를 강조하였으나, 이러한 물리적 폭행이나 일정 수준 이상의 저항을 요구했던 과거의 관행에 대하여 모든 강간이 다 폭행을 수반하는 것은 아니며, 폭행이 없었다고 하여 강간이 없었다고 볼 수는 없다는 비판이 제기되어 왔다.[2723] 이제는 통상적인 성관계와 허용되지 않는 강간을 가르는 기준은 동의의 유무로 이해되고 있으며[2724] 물리적 폭력 사용 여부를 불문하고 동의가 결여될 수 있다는 점은 명백해졌으므로 더 이상 저항을 통해 동의가 부재했음을 입증할 필요는 없다.[2725] 강간죄 성립을 위해 폭행이나 협박 또는 별도의 저항이 있을 것을 요건으로 하지 않는다는 점에서 영국의 강간죄 요건은 우리나라 국회에서 도입을 검토 중인 비동의간음죄에 더 가까운 형태라고 할 수 있겠다. 피해자가 두려워서 울지도 저항하지도 못하고 도움을 요청하지 않았던 Olugboja 사건에서, 이미 법원은 강간이 성립되기 위해서는 무력의 사용이나 무력 사용의 위협에 의한 피해자의 굴복을 요한다는 피의자 측의 주장을 기각하면서 동의는 통상적인 의미로 판단되어야 하고, 무력이나 공포, 사기로 인한 굴복이 곧 동의를 의미하는 것은 아니라고 판시한 바 있다.[2726] SOA 2003 제74조에 규정된 동의의 정의는 이 판결의 취지를 따라 제정된 조항으로 보인다.[2727] 또한 구강이나 질 등 신체의 어느 한 부분에 삽입하는 데 동의했다고 해서 신체의 다른 부위에 대한 삽입 또한 허용했다는 의미는 아니다.[2728] 종종 명백히 합의가 존재하는 것처럼 보이는 경우에도 기망으로 인한 오해나 실수로 인한 합의일 경우에는 무효가 되기도 한다. 위에서 살펴본 SOA 2003 제76조에서 열거한 행위의 속성, 목적 또는 상대방의 신원에 대한 기망에 의해 동의한 경우, 동의의 부존재 또는 동의에 대한 합리적 믿음이 결여된 것으로

2723) Jennifer Temkin, Rape and the Legal Process, 2nd ed. Oxford University Press, 2002, 167-169면.
2724) Jonathan Herring, Great Debates in Criminal Law, 3rd ed., Red Globe Press, 2015, 99면.
2725) R v Malone [1998] 2 Cr App R 447; R v H [2007] EWCA Crim 2056.
2726) R v Olugboja [1982] QB 320; R v Doyle (2010) EWCA Crim 119.
2727) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 420면.
2728) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 336면.

추정하는 법률상 추정 (conclusive assumption)이 그것이다. 이외에 다른 기망의 경우는 제74조의 일반 원칙에 따라 판단되어야 한다.

2) 주관적 범의 요소 (Mens Rea)

(1) 삽입할 의도

강간죄가 성립되기 위해서는 피의자가 '의도적으로' 자신의 성기를 피해자의 질, 항문 또는 구강에 삽입해야 한다는 주관적 요소를 충족시켜야 한다. 따라서 아주 드문 일이지만 우연히 또는 부주의하게 삽입이 이루어진 사례가 발생한다면, 이 경우에는 강간죄의 유죄가 될 수 없다. 이러한 삽입 의도는 기본 고의이며, 따라서 그가 고의를 지니고 있었는지 여부를 결정하는 데 있어서 피의자의 자발적 명정 상태는 고려되지 않아야 한다.[2729]

(2) 피해자가 동의했다는 합리적인 믿음

이 뿐만 아니라, 피의자는 피해자가 삽입에 동의했다고 합리적으로 믿지 않았어야 한다. SOA 2003이 도입되기 이전에는 동의가 있었다고 '정직하게 믿었을 것(honest belief)'을 요구했던 주관적 판단 기준[2730]에서 '합리적인 믿음(reasonable belief)'의 결여라는 객관적 심사기준으로 바뀐 것이다.[2731] 따라서 피해자가 동의하지 않았다고 할 경우, 피의자는 B가 동의했다고 믿었는가? 만약 그렇다면 이러한 믿음은 합리적인 것인가? 두 가지의 질문이 제기될 수 있다.

동의의 부존재에 대한 mens rea를 입증하기 위해서는 앞에서 살펴 본 제75조의 반박 가능한 추정(사실상 추정)과 제76조의 확정적 추정(법률상 추정)이 적용될 수 있는 상황인지 먼저 살펴본 후, 양자 모두 해당되지 않을 경우에만 제74조의 일반 규정을 통해 검토하는 방식이 활용되고 있다.[2732] 또한 이러한 믿음이 합리적인지 여부를 판단하려면 피의자가 상대방이 동의했는지 확인하기 위해 취했던 어떤 조치도

2729) R v Heard [2007] EWCA Crim 125; R v Grewal [2011] EWCA Crim 2448.
2730) DPP v Morgan [1976] AC 182.
2731) Jennifer Temkin, Rape and the Legal Process, 2nd ed. Oxford University Press, 2002, 116-120면.
2732) John Child/David Ormerod, Smith, Hogan, & Ormerod's Essentials of Criminal Law, 2nd ed., Oxford University Press, 2017, 292면.

포함한 모든 정황이 고려되어야 한다고 SOA 2003은 규정하고 있다.[2733] 믿음이 합리적이었음을 인정받기 위해 어떤 특정한 조치가 취해졌어야 할 것을 요구하는 것은 아니지만, 만약 그러한 조치가 취해졌다면 강력한 증거가 될 수 있을 것이다. 여기서 '모든 정황'은 동의가 있었다는 믿음이 합리적인지 여부와 관련이 있을 수 있는 어떤 정황도 다 가리키는 것으로, 배심원은 두 사람의 관계와 처한 상황, 제3자의 행동 등 모든 정황을 다 고려하여 판단하여야 한다. 그러나, 이러한 모든 정황에 동의 여부를 이해할 수 있는 능력에 영향을 미치는 피의자의 개인적 성격이나 특징 또한 포함되는지는 명확하지 않다.[2734] 법원에 따르면 동의가 있었다는 믿음이 합리적인지 여부를 판단하는 데 있어서 자발적 명정 상태[2735]나, 망상 등의 정신장애[2736]는 원칙적으로 고려될 수 없는 특징이다. 또한 배심원은 피해자가 도발적으로 옷을 입고 있었다던가, 사건이 발생한 장소 등의 정황도 고려할 수 없다. 이러한 것들은 동의가 있었는지 여부를 이해하는 능력에 영향을 미치는 정황이 아니기 때문이다.[2737] 이러한 동의에 대한 합리적인 믿음이 없었다는 사실은 제1조 강간죄 뿐만 아니라 이후에 살펴 볼 제2조부터 4조까지 합의에 기반하지 않은 성범죄에 있어서 모두 입증되어야 하는 요건이다.

나. 유사강간 (제2조)

SOA 2003은 폭행(assault)과 결부된 성범죄들도 규정하고 있다. 제2조 유사강간(assault by penetration), 제3조 강제추행(sexual assault)이 이에 해당한다.[2738] 이들 조항이 실제로는 신체 접촉을 요한다는 점에서 assault가 아닌 battery로 보아야 한다는 비판도 있다.[2739] 이하에서는 제2조 유사강간에 대해 먼저 살펴보도록 한다. 피해

2733) SOA 2003, 제1조 제(2)항.
2734) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 337면.
2735) R v Grewal [2011] EWCA Crim 2448.
2736) R v Braham [2013] EWCA Crim 3.
2737) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 338면.
2738) 각각의 범죄에 대하여 13세 미만의 아동을 대상으로 한 경우에 관한 규정을 제6조와 7조에 따로 두고 있다.
2739) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 340면.

자의 동의 없이 타인의 질, 항문 또는 구강에 성기 이외의 신체 일부를 의도적으로 삽입하여 성립하는 본 범죄[2740]는 강간죄와 마찬가지로 정식 기소 범죄이며, 법정 최고형은 종신형이다.

1) 객관적 행위 요소 (Actus Reus)

본 범죄의 행위 요소는 피해자의 질이나 항문에 대한 삽입이며, 정황적 요소는 피해자가 동의하지 않았다는 것과 삽입이 성적인 것이어야 한다는 것이다. SOA 2003조에 따르면 질이나 항문에 대한 삽입은 피의자의 신체 일부(예: 손가락 등) 또는 제3자의 신체 일부나 기타 다른 물건(예: 유리병 등)에 의해 이루어질 수 있다. 이러한 삽입은 성적인 것이어야 하며, 무엇이 성적인지 여부는 앞에서 보았듯이 동법 제78조 규정에 따라 결정된다. 이에 따르면 검진이나 수술 목적으로 의사가 손가락을 집어넣는 것은 제78조의 '성적인' 삽입이 아니므로 면책될 수 있으나, 이러한 면책은 동의나 긴급피난의 법리로도 가능한 것이므로 본 조항을 굳이 불필요한 규정이라고 보는 견해도 있다.[2741] 또한 피의자 측의 적대적인 의도를 입증할 필요는 없으나, 최소한 피해자의 동의 없이 이루어진 삽입일 것을 요한다.

2) 주관적 범의 요소 (Mens Rea)

유사강간이 성립하기 위한 주관적 요건인 mens rea는 제1조 강간죄의 경우와 유사하다. 즉, 피의자는 고의적으로 피해자의 질이나 항문에 삽입했을 것을 요하며. 피해자가 이러한 삽입에 동의하고 있다는 합리적인 믿음이 결여되어 있었어야 한다. 이러한 믿음이 합리적이었는지 여부 또한 제1조 강간죄의 경우와 마찬가지로 피해자가 동의하는지 여부를 확인하기 위해 피의자가 취한 조치들을 포함한 모든 정황을 고려하여 배심원이 결정하여야 한다.

다. 비동의 성행위 강요 (제4조)

타인이 동의없이 성적 행위에 가담하도록 강요하거나 가담하도록 유인하는 행위는

2740) SOA 2003, 제2조 제(1)항.
2741) Michael J. Allen/Ian Edwards, Criminal Law, 15th ed., Oxford University Press, 2019, 483면.

성적 자기결정권을 심각하게 침해하는 범죄이다.[2742] 타인에게 성적 행위를 강요하는 다양한 형태를 포섭하는 범죄가 없다는 비판과 권고[2743]를 받아들여 SOA 2003에서 새롭게 신설된 범죄이다. SOA 2003 제1조의 강간죄가 물리적으로 합의에 기반하지 않은 성기 삽입에 의해서만 저질러질 수 있다는 점을 고려하면, 어떤 여성이 상대방 남성의 동의없이 자신에게 성기를 삽입하도록 강요한 경우 그 여성에게는 강간죄가 성립할 수 없으며, 이러한 행위는 단지 본 조항에서 규정하고 있는 비동의 간음을 강요한 범죄로 처벌할 수 있을 뿐이다. 뿐만 아니라 상대방의 동의 없이 타인에게 자위 행위를 하게 하거나 동의 없이 제3자 또는 동물과 성적 행위를 하도록 한 경우에도 본 조항이 적용된다.

이하에서는 우리 형법 체계와의 비교를 다소 용이하게 하기 위해 SOA 2003상 제2조(유사강간)와 제4조(비동의 성행위 가담 야기) 규정의 내용을 강간죄 항목에 포함시켜 먼저 설명하고, 제3조(강제추행)는 이후에 별도의 항목에서 따로 설명하도록 하겠다.

1) 객관적 행위 요소 (Actus Reus)

SOA 2003 제4조 제(1)항은 상대방의 동의 없이 타인을 성적인 행위에 참여하도록 야기한 경우에 본 범죄가 성립한다고 규정하고 있으며, 이 때 피의자는 동의가 있다고 합리적으로 믿지 않았어야 한다. 이 때 연루될 수 있는 성적인 행위에는 성기, 신체의 기타 부위 또는 다른 물건으로 피해자의 질이나 항문에 삽입하는 것, 성기로 구강에 삽입하는 것, 피해자의 신체나 다른 것을 통해 타인의 항문이나 질에 삽입하는 것, 피해자의 성기로 사람의 구강에 삽입하는 것 등이 포함된다. 이 때 동물의 성기로 피해자의 항문이나 질에 삽입하는 행위는 포함되지만, 피해자의 성기로 동물에 삽입하거나 동물의 성기로 피해자의 구강에 삽입하는 것은 본 조항의 행위에 포함되지 않는다는 점을 주의해야 한다.[2744] 제4조 제(4)항에서 열거하고 있는 경우에 해당하면 정식 기소 대상 범죄이며, 법정 최고형은 종신형인 반면, 제4조 제(1)항의 범죄 중

2742) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 343면.

2743) Home Office, Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex Offences Vol. I 2000, 32면.

2744) SOA 2003, 제4조 제(4)항.

제(4)항에 열거된 사안에 해당하지 않는 경우는 정식기소/약식기소 둘 다 가능한 범죄로 법정 최고형은 10년형이다.[2745]

2) 주관적 범의 요소 (Mens Rea)

본 범죄 성립에 요구되는 주관적 범의 요소는 상대방으로 하여금 성적 행위에 참여하도록 야기하려는 의도를 넘어, 피해자가 이러한 행위에 참여하는 데 동의하고 있다는 합리적 믿음이 없는 상태였어야 한다는 것이다. 이러한 믿음이 합리적이었는지 판단할 때에도 제1조 강간죄와 마찬가지로 피해자가 동의하는지 여부를 확인하기 위해 피의자가 취한 조치들을 포함한 모든 정황을 고려하여 배심원이 결정하여야 한다.

3. 강제추행(Sexual Assault) (제3조)

SOA 2003 제3조 (1)항은 피의자가 의도적으로 상대방의 동의없이 성적으로 접촉하였으나, 상대방이 이러한 접촉에 동의했다고 합리적으로 믿은 경우가 아닐 경우 강제추행죄가 성립한다고 규정하고 있다. 제3조의 강제추행은 정식기소 또는 약식기소 양자 모두 가능한 범죄이며, 법정 최고형은 10년형이다.[2746]

가. 객관적 행위 요소 (Actus Reus)

1) 접촉 (touching)

제3조상 강제추행이 성립하기 위해서는 일단 '접촉 (touch)'이 있어야 한다. 동법의 해석상 접촉의 의미는 신체의 일부나 기타 다른 것으로 무엇을 통해서든 닿는 것을 의미하며, 여기에는 특히 삽입에 해당하는 접촉도 포함된다.[2747] 제3조상 접촉의 의미는 가장 최소한의 접촉(minimal contact)만으로도 족하다.[2748] 신체의 일부 이외의 다른 것에 의한 접촉의 예로는 타인의 신체상 내밀한 부위에 섹스 토이를 갖다 대는

2745) SOA 2003, 제4조 제(5)항.
2746) SOA 2003, 제3조 제(4)항.
2747) SOA 2003, 제79조 제(8)항.
2748) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 342면.

것 등이 해당할 수 있을 것이다. 또한 이러한 접촉은 '성적인' 것이어야 한다. 무엇이 성적인 접촉인지에 대해서는 앞에서 이미 살펴본 바와 같이 동법 제78조에 따라 해석되어야 한다. 법원은 성적인 언동을 하면서 여성에게 접근하여 운동복을 잡고 자기 쪽으로 끌어당긴 사건에서 신체에 어떠한 형태의 압력도 없었지만 성적인 목적으로 피해자의 옷에 손댄 것만으로도 본 조항의 접촉(touching)에 포함될 수 있다고 판시한 바 있다.[2749]

2) 피해자의 동의 없음

이러한 접촉은 피해자의 동의없이 이루어진 것이어야 한다. 본 범죄가 성립하기 위해 적대적 의도가 있어야만 하는 것은 아니므로, 다툼 끝에 파트너를 이기려고 상대방의 동의없이 성적으로 접촉한 자는 동의없음에 관한 mens rea 요건이 충족되기만 하면 본 범죄의 유죄가 될 수도 있다.[2750]

나. 주관적 범의 요소 (Mens Rea)

본 범죄가 성립하기 위해서는 '의도적으로' 접촉했을 것을 요한다. 제3조의 '의도적인 접촉'은 사실상 성적인 고의적 접촉을 의미하는 것이므로 우연한 접촉이나 부주의한 접촉으로는 의도적인 접촉 요건을 충족시킬 수 없다. 그러나, 피의자가 성적으로 접촉하려고 의도했음을 입증할 필요까지는 없는 것으로 법원은 보고 있다.[2751] 이뿐만 아니라 피의자는 상대방이 이러한 성적인 접촉에 동의하고 있다는 합리적인 믿음을 결여하고 있었어야 한다. 이러한 믿음이 합리적이었는지 여부는 상대방이 동의했는지 확인하기 위해 취한 조치를 포함한 모든 정황을 다 고려하여 판단되어야 한다.[2752]

2749) R v H [2005] EWCA Crim 732.
2750) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 342면.
2751) R v Heard [2007] EWCA Crim 125.
2752) SOA 2003, 제3조 제(2)항.

4. 아동 청소년 보호 목적 성폭력범죄

가. 13세 미만 아동 대상 성폭력범죄 (제5조)

SOA 2003는 제1조부터 4조까지 규정하고 있는 합의에 의하지 않은 성범죄 4가지 유형에 대하여 각각 피해자가 13세 미만의 아동인 경우에 대한 특별 규정을 5조에서 8조까지 새롭게 신설하였다.[2753] 이 중에서 제5조는 강간죄(제1조)의 범행을 13세 미만의 아동에 대해 저질렀을 때 성립한다. 앞에서도 살펴본 바와 같이 만 13세 미만의 아동은 어떤 성적 행위에 대해서도 법적으로 유효한 동의를 할 수 없다는 것이 SOA 2003의 원칙이므로 해당 범죄들의 경우 다른 요건은 모두 동일하지만 동의의 존부는 해당 범죄 성립 요건이 될 수 없다. 따라서 주관적 범죄 성립 요소(mens rea)에 대해 상세하게 규정하고 있는 16세-18세 사이의 아동에 대한 성범죄의 경우와는 달리, 13세 미만 아동 대상인 경우에는 mens rea에 관한 규정을 따로 두고 있지 않다. 예컨대, 법원은 12세 소녀를 강간한 혐의로 15세 피의자가 기소된 사건에서 소녀가 원해서 이루어진 일이고, 피해자 본인이 15세라고 말해서 이를 합리적으로 믿은 것에 불과하다는 피의자의 주장을 받아들이지 않고 유죄를 확정하였다. 법원은 제5조의 13세 미만 대상 강간죄 규정은 나이에 관한 한 무과실 책임이므로[2754] 피해 아동이 13세 이상이었다고 합리적으로 믿었던 경우에도 유죄가 인정될 수 있다고 판시하였다.[2755]

나. 16세 미만 아동 대상 성폭력범죄 (제9-12조)

SOA 2003는 제9조부터 제12조까지 16세 미만의 아동을 대상으로 한 다음과 같은 성범죄들을 규정하고 있다. 이들 조항에는 두 가지 공통 요소가 있는데 첫째는 피해자가 16세 미만이어야 하며, 피의자는 피해자가 16세 이상이라고 합리적으로 믿지 않았어야 한다는 점이고, 두 번째는 피의자가 18세 이상이어야 한다는 점이다. 그러나

2753) 아동을 보호하기 위한 이 규정들의 구조가 복잡하고, 행위 유형 간에 요건이 다소 겹치는 영역도 있으며, 일부 범죄들은 무과실 책임 규정인지 모호하다는 비판도 있다. Michael J. Allen/Ian Edwards, Criminal Law, 15th ed., Oxford University Press, 2019, 489면.

2754) SOA 2003 제7조의 13세 미만 아동을 대상으로 한 유사 강간 규정 역시 나이에 관한 한 무과실 책임이다.

2755) R v G [2008] UKHL 37.

동법 제13조가 제9-12조와 동일한 범죄를 18세 미만인 자가 저지른 경우를 규정하고 있으므로, 결국 제13조의 경우에는 5년인 반면, 제9-10조의 경우에는 법정 최고형이 14년, 제11-12조의 경우에는 10년이라는 차이점만 남게 되었다.[2756] 이러한 범죄들은 일견 피해자와의 합의에 의해 이루어진 것처럼 보이는 경우에도 피해자의 동의가 없었을 것을 요건으로 하지 않으므로, 아동이 동의했는지 여부는 범죄 성립과 무관하다.

1) 아동성추행: 아동과 성적 행위를 하는 범죄 (제9조)

본 범죄는 18세 이상인 자가 16세 미만의 자를 대상으로 저지른다는 차이점을 제외하면 제3조의 강제추행 조항과 유사하게 규정되어 있다. 즉, 고의로 타인을 접촉했어야 하고, 그 접촉은 성적인 것이어야 하며 피해자가 16세 미만일 경우에는 16세 이상이라는 합리적인 믿음이 없었어야 한다.[2757] 단, 피해자가 13세 미만이라면 나이에 대한 합리적 믿음 유무는 불문하고 처벌된다.[2758] 제3조의 강제추행과 마찬가지로 본 조항의 접촉 (touching)은 삽입을 포함한 모든 형태의 육체적 접촉을 의미한다. 이러한 접촉이 제9조 (2)항에서 열거하고 있는 삽입 행위와 관련된 접촉인 경우에는 정식 기소만 가능하나, 그 이외의 나머지 경우에는 정식기소/약식기소 모두 가능하며 양자 모두 법정 최고형은 14년형이다. 이러한 접촉 요건 때문에, 예컨대 16세 미만인 자가 자신을 접촉하지 않은 소극적인 성인의 자위행위에 적극적으로 참여하였다면, 이러한 성인에 대해서는 본 조항에 따른 아동 성추행의 범죄가 성립하지 않으며 다만 다음 항목에서 살펴 볼 제10조상 아동이 성적 행위를 하도록 교사한 범죄로 처벌될 수 있을 뿐이다.

본 범죄가 성립되기 위한 mens rea 요건은 의도적으로 피해자를 접촉하였을 것을 요한다. 제3조의 강제추행과 마찬가지로 사실상 성적인 접촉이 있으면 족하며, 애초에 성적으로 접촉하려고 의도했었다는 것을 입증해야 하는 것은 아니다.[2759]

2756) Michael J. Allen/Ian Edwards, Criminal Law, 15th ed., Oxford University Press, 2019, 492면.
2757) SOA 2003, 제9조 제(1)항.
2758) SOA 2003, 제9조 제(1)항 (c)(ii).
2759) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 348면.

2) 아동이 성적 행위를 하도록 교사, 유인하는 범죄 (제10조)

본 범죄는 18세 이상인 자가 고의로 16세 미만의 아동으로 하여금 성적인 행위에 참여하도록 교사 유인했을 때 성립한다. 피해자가 16세 미만일 경우에는 16세 이상이라는 합리적인 믿음이 없었어야 하지만, 피해자가 13세 미만이라면 나이에 대한 합리적 믿음 유무를 불문하고 처벌된다는 점은 9조와 마찬가지이다.[2760] 아동이 하도록 교사 유인한 행위가 삽입 행위와 관련된 접촉인 경우에는 정식 기소만 가능하나, 그 이외의 나머지 경우에는 정식기소/약식기소 모두 가능하며 양자 모두 법정 최고형은 14년형이라는 점[2761] 또한 9조의 범죄와 같다.

3) 아동의 면전에서 성적 행위를 하는 범죄 (제11조)

본 범죄는 제10조처럼 아동이 성적 행위를 하도록 교사 유인하는 대신, 성적 만족을 얻을 목적으로 아이 앞 또는 아이가 볼 수 있는 곳에서 스스로 자위를 하거나 제3자와의 성적 행위를 할 경우 성립하는 범죄이다. 앞에서 살펴 본 9조나 10조의 범죄와는 달리, 언제나 정식기소 또는 약식기소 양자 모두 가능한 범죄이며, 법정 최고형은 10년형이다.[2762] 본 범죄의 경우 의도적으로 아동이 있거나 아동이 지켜볼 수 있는 장소라는 사실로부터 성적 만족을 얻을 목적으로 행위를 했을 것을 요하며, 아동이 지켜보고 있다는 사실을 알거나 믿고 있었을 것 또는 아동이 지켜보도록 의도했을 것을 요한다. 따라서 성인인 부부가 옆의 요람에 누워 있던 1세 아이가 깨어 있을지도 모른다는 것을 알면서도 성관계를 가진 경우나 부모의 성관계 모습을 자녀가 우연히 지켜본 경우, 아기가 지켜본다는 사실로부터 성적 만족을 얻기 위한 것으로 보기는 어려우므로 본 범죄가 성립할 가능성은 낮다고 하겠다.[2763] 여기서 지켜본다는 것은 직접적인 관찰이든 다른 기기나 수단을 통해 이미지를 보는 것 모두를 의미하며,[2764] 따라서 행위 현장에 같이 있지 않은 피해 아동이 웹캠 등을 통해 보게 하는 경우도 포함된다.[2765]

2760) SOA 2003, 제10조 제(1)항.
2761) SOA 2003, 제10조 제(2)항.
2762) SOA 2003, 제11조 제(2)항.
2763) John Child/David Ormerod, Smith, Hogan, & Ormerod's Essentials of Criminal Law, 2nd ed., Oxford University Press, 2017, 311면.
2764) SOA 2003, 제79조 제(7)항.

4) 아이에게 성적 행위를 목격하게 하는 범죄 (제12조)

본 범죄는 성적 만족을 얻을 목적으로 16세 미만의 아동으로 하여금 성적 행위를 하는 이미지를 보게 하는 범죄이다.[2766] 제12조 범죄는 아동이 동시에 행위를 보고 있을 것을 요하지 않는다는 점에서 성적 만족을 위해 아동이 지켜보는 앞에서 자신이 성적 행위에 참가하는 제11조의 범죄와는 차이가 있으며, 실제든 상상이든 타인의 성행위 이미지를 보게 하기만 하면 성립한다. 또한 언제나 정식기소 또는 약식기소 양자 모두 가능한 범죄이며, 법정 최고형은 10년형이라는 점은 제11조의 범죄와 동일하다.[2767]

5) 16세 미만 피해자를 대상으로 한 아동 청소년의 성폭력범죄 (제13조)

본 범죄는 앞에서 살펴 본 제9조부터 제12조 사이에 해당하는 범죄를 만 18세 미만인 자가 저질렀을 때 성립하는 범죄이다.[2768] 이 조항을 그대로 적용하면, 상호 동의하에 성적 접촉을 한 10대 청소년들도 이 범죄의 유죄가 될 수 있다는 점에서 비판을 받고 있다.[2769] 제13조의 범죄는 정식기소/약식기소 둘 다 가능하며 법정 최고형은 5년형이라는 점에서[2770] 동일한 행위지만 18세 이상의 성인이 저지른 경우에 비해 더 가볍게 처벌한다고 볼 수 있다.

6) 아동 성폭력범죄를 알선 조장하는 죄 (제14조)

본 범죄는 앞에서 살펴본 SOA 2003의 제9조부터 제13조에 해당하는 범죄 행위를 고의로 알선(arrange) 하거나 조장(facilitate)한 경우 성립하는 범죄이다.[2771] 이 범죄는 예비 범죄의 일종으로, 미수의 단계에 이르기 전이더라도 9조에서 13조의 범죄를 저지르게 할 의도로 예비 단계에 착수하기만 하면 적용될 수 있다고 법원은 판시한

2765) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 350면.
2766) SOA 2003, 제12조 제(1)항.
2767) SOA 2003, 제12조 제(2)항.
2768) SOA 2003, 제13조 제(1)항.
2769) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 439면.
2770) SOA 2003, 제13조 제(2)항
2771) SOA 2003, 제14조 제(1)항.

바 있다.[2772] 그러나 이러한 조장이나 알선 행위가 성병 감염으로부터 아동을 보호하기 위한 것이거나, 아동의 신체적 안전, 아동의 임신 방지, 조언을 통해 아동의 정서적 복지를 증진시키기 위한 목적으로 이루어진 것이라면 본 조항의 범죄가 성립되지 않는다고 규정하여 예외를 두고 있다.[2773]

다. 아동 청소년 대상 그루밍 (제15조)

그루밍(Grooming)은 사전적 의미로는 몸을 단장하고 치장하는 행위를 뜻하지만, 성범죄의 맥락에서는 통상 잠재적 아동 성범죄자가 직접적으로 또는 최근에는 인터넷 대화방 등을 통한 간접적인 방법으로 아동의 신뢰와 호감을 얻어 성적 학대로 나아갈 기회를 마련하기 위해 친해지는 행위를 가리킨다.[2774] SOA 2003은 성적 접촉이 일어나기 이전의 준비 단계에서 개입하여 이러한 그루밍을 범죄로 처벌하는 규정을 두고 있다. 동법 제15조상의 그루밍 범죄는 정식기소/약식기소 모두 가능한 범죄이며, 유죄가 확정될 경우 최고 법정형은 10년형이다. 주로 인터넷 채팅방을 통해 잠재적 피해 아동을 물색하는 성인 범죄자를 타겟으로 한 그루밍은 본 범죄를 위해 준비하는 단계의 예비 범죄이며, 인터넷에서 주로 이루어지고 있지만 비단 이러한 형식으로 이루어지는 행위에만 국한되는 것은 아니다.[2775]

1) actus reus

그루밍 범죄의 행위 요소는 피해 아동과 만나거나 연락하는 것이고, 정황 요소는 피의자가 18세 이상이고, 피해 아동이 16세 미만이어야 한다는 것이다. 즉 18세 이상인 A가 16세 미만인 B와 한 번 이상 만나거나 연락하고, 뒤이어 성범죄를 저지를 의도로 만나러 가거나, 세계 어느 곳에서든 피의자를 만나기 위해 피해자가 여행한 경우 이 범죄가 성립한다. 즉, 최초 접촉 이후 A가 B를 만났거나, 만나러 갔거나, B가 만나러 왔다는 것이 입증되어야 한다. 이것이 입증되기만 하면, A와 B가 실제로

2772) R v R [2008] EWCA Crim 619.
2773) SOA 2003, 제14조 제(3)항.
2774) Alisdair Gillespie, "Grooming": Definitions and the Law, New Law Journal Vol. 154 No. 7124, 2004, 586-7면.
2775) R v HG [2010] EWCA Crim 1963.

만나기 전이라 하더라도 본 범죄는 성립할 수 있다.[2776] 성적 그루밍(sexual grooming)을 방지하기 위한 조항이지만, 이러한 연락이나 대화가 반드시 성적인 것을 요하지는 않는다.[2777]

2) mens rea

이 때, A는 B를 만나거나 아니면 만난 직후 관련 범죄를 저지르려는 의도로 만나는 것이어야 하며, B가 16세 이상일 것이라는 합리적인 믿음이 없었어야 한다.[2778] 즉, 16세 미만인 피해 아동과 만나고 있을 당시, 또는 만나러 가기 위해 여행할 당시, A는 '관련 범죄(relevant offence)'를 저지를 의도를 가지고 있었어야 한다. 여기서 관련 범죄는 SOA 2003의 Part 1에 규정된 모든 범죄를 뜻하며, 영국 밖에서 저질러진 행위 중 영국 밖에서는 범죄가 아니지만 영국 내에서 저질러졌다면 범죄에 해당하게 될 모든 행위를 포함한 것이다.[2779] 또한 B가 16세 이상일 거라고 A가 합리적으로 믿은 경우에는 본 범죄가 성립하지 않으므로 검찰은 A에게 합리적인 믿음이 없었다는 것을 입증하여야 한다.[2780]

3) 아동과의 성적 연락 (제15A조)

SOA 2003 제15A조는 18세 이상인 자 A가 성적 만족을 얻을 목적으로 16세 미만인 B와 의도적으로 연락한 경우, 그러한 연락이 성적인 것이거나, B로 하여금 A 또는 타인과 성적인 대화를 하도록 부추기려는 의도였다면 처벌할 수 있다고 규정하고 있다.[2781] 잠재적 가해자 (A)가 피해아동을 만나거나 만나기 위해 이동할 때까지 기다리지 않고 경찰이 개입하여 그루밍의 아주 초기 단계의 행위부터 범죄로 처벌할 수 있는 규정을 새로 신설한 것이다.[2782] 이 때 B는 16세 이하여야 하며, A는 B가 16세 이상이라고 합리적인 믿음을 가지고 있지 않았어야 한다.[2783] 본 조항의 목적상 '성적

2776) John Child/David Ormerod, Smith, Hogan, & Ormerod's Essentials of Criminal Law, 2nd ed., Oxford University Press, 2017, 316면.
2777) R v Gaviria [2010] EWCA Crim 1693.
2778) SOA 2003, 제15조 제(1)항.
2779) SOA 2003, 제15조 제(2)항 (b).
2780) SOA 2003, 제15조 제(1)항 (d).
2781) SOA 2003, 제15A조 제(1)항 (a)(b).
2782) SOA 2003, 제15A조; Serious Crime Act 2015, 제67조에 의해 개정 신설.

인' 연락은 대화내용의 일부가 성적 행위와 관련된 것이거나, 특정 개인의 목적을 불문하고 모든 상황에서 합리적인 인간이라면 누구나 이러한 대화의 일부가 성적인 것으로 여길 만한 내용이면 '성적인' 것으로 본다.[2784]

5. 기타

위에서 다룬 대표적인 성범죄 이외에도 영국의 SOA 2003은 성범죄를 저지를 목적의 준비행위를 처벌하는 예비범죄,[2785] 아동에 대한 성착취,[2786] 성매매 착취,[2787] 노출,[2788] 관음,[2789] 수간,[2790] 시간(屍姦),[2791] 공중화장실에서의 성행위[2792] 등 다양한 형태의 성적 행위와 관련된 범죄들을 총망라하여 상세하게 규정하고 있다. 이하에서는 특수한 지위 및 가족 관계에 기반한 성범죄를 위주로 살펴보도록 한다. 지위와 관계에 기반한 성범죄도 기본적으로 18세 미만의 아동을 보호하기 위한 규정들이라고 할 수 있다.

가. 신뢰 관계 남용 성폭력범죄 (제16-19조)

SOA 2003은 제16조에서 제19조에 걸쳐 신뢰관계라는 지위를 남용하여 18세 미만의 피해자에게 성적인 행위를 하게 한 성인을 처벌하는 규정을 두고 있다.

1) actus reus

본 조항에서 금지된 행위는 아동이 16-17세인 경우의 신뢰관계 지위 남용을 제외하면 동법 제9조에서 12조에서 금하고 있는 행위와 동일하다. 이 때 양 당사자가 신뢰관계보다 앞선 관계 즉 부부이거나 사실혼 관계의 파트너일 경우에는 예외가 인정된

2783) SOA 2003, 제15A조 제(1)항 (c).
2784) SOA 2003, 제15A조 제(2)항.
2785) SOA 2003, 제61-63조.
2786) SOA 2003, 제47-50조.
2787) SOA 2003, 제52조 및 53A조.
2788) SOA 2003, 제66조.
2789) SOA 2003, 제67-68조.
2790) SOA 2003, 제69조.
2791) SOA 2003, 제70조.
2792) SOA 2003, 제71조.

다.[2793] 어떤 관계가 신뢰 지위인지에 관해서는 동법 제21조 (1)항에 규정되어 있는 바, 동조 (2)항부터 (13)항까지 열거된 상황에 놓여 있다면 신뢰관계의 지위에 놓인 관계로 본다. 여기에는 기관이나 시설에 수감된 18세 미만인 자를 돌보고 있는 경우, 가정이나 거주 시설 등에서 18세 미만인 자를 돌보고 있는 경우, 교육기관에서 풀타임 또는 파트타임으로 교육을 받고 있는 18세 미만의 자를 돌보고 있는 경우, 직업 개발 또는 이와 유사한 직역에서 개인적으로 18세 미만의 자를 돌보고 있는 경우, 개별적으로 보호명령 등을 받아 수행하고 있는 경우 등이 포함된다.[2794] 이 때, '돌보는(looking after)'관계는 대상을 보살피고, 훈련시키고, 감독하는 책임을 지면서 감시받고 있지 않는 대면 기타 다른 방식의 접촉에 정기적으로 관여하고 있는 관계를 의미하며[2795] 의사, 성직자, 스포츠 코치, 청소년 단체 및 지역 복지사, 자원봉사 그룹 지도자 등이 여기에 포함된다.[2796]

2) mens rea

본 범죄가 성립하기 위해서는 피의자 A가 SOA 2003 제16-19조에 명시된 행위를 의도적으로 했어야 할 뿐만 아니라, 이러한 의도와 인식은 나이에 대하여 그리고 신뢰 관계라는 지위에 대하여 가지고 있었을 것이 요구된다. 즉, 피의자 A가 피해 아동이 16세 이상이라는 합리적인 믿음을 가지고 있지 않았을 것을 요한다.[2797] 단 13세 미만일 경우에는 나이에 관한 한 무과실 엄격 책임이므로 나이에 관한 합리적 믿음이 있었는지 여부는 불문한다. 또한 신뢰관계에 놓여 있다는 점을 알았거나 알 수 있었다고 합리적으로 기대될 때에만 mens rea 요건을 충족시킬 수 있는데, B가 앞에서 살펴 본 동법 제21조 (2)-(13)항에 해당하는 상황에 처해 있었다면, 반증을 제시하지 않는 한 A가 신뢰관계라는 것을 알거나 알 수 있었으리라고 추정된다.[2798]

2793) SOA 2003, 제23-24조.
2794) SOA 2003, 제21조 제(2)-(13)항.
2795) SOA 2003, 제22조 제(2)-(3)항.
2796) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 357면.
2797) SOA 2003, 제16조 제(1)항(e); 제17조 제(1)항(e); 제18조 제(1)항(f); 제19조 제(1)항(e).
2798) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 359면.

나. 가족 관계 내 성폭력범죄 (제25-26조)

SOA 2003 은 적어도 한 명이 18세 미만인 가족 구성원 2인이 연루된 성적 행위를 규율하는 범죄를 규정하고 있는데 18세 미만인 가족의 일원과 성적 행위를 하는 경우[2799]와 18세 미만인 가족 구성원이 성적 행위를 하도록 부추기는 범죄[2800]가 이에 해당한다. 본 조항의 적용을 받는 가족의 범위는 제27조 (2)항부터 (4)항에 규정되어 있으며, 입양된 관계도 포함된다. 행위자는 피해 아동과 27조의 범위 내에 있는 가족 관계임을 알거나 알 수 있으리라고 합리적으로 기대할 수 있었어야 한다.[2801] 이외에도 SOA 2003은 16세 이상의 자가 18세 이상인 성인 친척과 삽입 성관계를 가졌을 경우 합의에 의한 것이더라도[2802] 처벌하는 규정을 두고 있는데, 25-26조의 범죄와는 달리 삽입이 연루된 성행위에 한하는 것이다.[2803] 또한 이 조항의 적용을 받는 친척의 범위는 각각 64조 (2)항과 65조 (2)항에 규정되어 있는데, 25조-26조의 적용을 받는 제27조의 가족의 범위보다 협소하다.

다. 정신장애인 대상 성폭력범죄 (제30-41조)

SOA 2003 는 영구적 또는 한시적으로 정신장애를 지닌 자들을 보호하기 위해 다양한 성범죄 규정을 두고 있으며, 여기서 정신장애(mental disorder)는 Mental Health Act 1983 제1조의 '마음의 병 또는 장애'를 뜻한다.[2804] 이러한 범주의 범죄들은 다음과 같이 대략 세 가지 유형으로 나누어 볼 수 있다.

1) 선택에 지장을 주는 정신장애를 지닌 자에 대한 범죄[2805]

재30조부터 제33조까지 규정되어 있는 이들 범죄는 각각 제9조에서 제12조까지 규정하고 있는 아동 대상 성범죄와 제16조에서 19조까지 규정되어 있는 신뢰관계

2799) SOA 2003, 제25조.
2800) SOA 2003, 제26조.
2801) SOA 2003, 제25조 제(1)항 (d); SOA 2003, 제26조 제(1)항 (d).
2802) SOA 2003, 제65조 제(1)항 (b).
2803) SOA 2003, 제64조, 제65조.
2804) SOA 2003, 제79조 제(6)항.
2805) SOA 2003, 제30-33조.

남용 성범죄의 행위 유형과 동일하다. 다만 A는 피해 상대방이 정신장애인이어서 거절할 수 없으리라는 사실을 알고 있거나 알고 있을 것이 합리적으로 기대될 것을 요건으로 한다. 성적인 행위에 동의할 수 있는 능력은 결정에 관련된 정보를 이해할 수 있어야 하며, 정신적 장애가 있는 자는 행위가 성적이라는 것을 이해할 수는 있지만, 선택할 수 있을 만큼 가늠할 수는 없다고 법원은 판시한 바 있다.[2806] 이 유형의 범죄들에서 피해자가 거절할 수 없는 것은 반드시 정신적 장애에서 기인한 무능력이어야 한다.[2807]

2) 정신장애인에 대한 유인 위협 기망 등[2808]

제34조부터 37조까지 규정되어 있는 이 유형의 범죄들은 30-33조의 행위와 동일하나 거절할 수 없는 무능력 때문이 아니라, 정신장애인에 대한 유인, 위협, 기망 등으로 인한 동의에 의해 이루어진 동의라는 점에서 차이가 있다. 따라서 피의자는 상대방이 정신장애를 가지고 있다는 사실을 알거나 알 수 있었던 것으로 족하고 정신장애로 인해 거절할 수 없으리라는 사실까지 알고 있을 것을 입증할 필요가 없다는 점에서 위에서 살펴본 제30-33조의 범죄와는 구별된다.

3) 정신장애인의 돌봄 노동자(care worker)에 의한 범죄[2809]

동법 제38조-41조에서 규정하고 있는 정신장애인에 대한 간호인/복지사 (care worker)에 의한 범죄 또한 행위 유형은 동법 제9조에서 12조까지 규정하고 있는 아동 대상 성범죄와 제16조에서 19조까지 규정되어 있는 신뢰관계 남용 성범죄의 행위 유형과 동일하나, 단지 범행 주체가 정신장애인을 돌보는 책임을 지는 복지사/간병인 등 돌봄 노동자인 경우에 성립하는 범죄이다. 본 조항의 적용대상인 복지사/간병인은 요양원, 자원봉사시설, 아동 복지시설 등에서 돌봄을 담당하고 있는 자이며, 이러한 시설에서 고용의 일환으로 피해자와 정기적으로 대면 접촉을 하는 업무를 수행하는 자를 뜻한다.[2810] 따라서 시설 거주자가 아니더라도, 외래 진료 등으로 정기적인 대면

2806) R v C [2009] UKHL 42.
2807) Michael J. Allen/Ian Edwards, Criminal Law, 15th ed., Oxford University Press, 2019, 471면.
2808) SOA 2003, 제33-37조.
2809) SOA 2003, 제38-41조.
2810) SOA 2003, 제42조 제(1)항.

접촉이 있으면 본 조항의 적용대상인 care worker에 해당될 수 있다.

6. 소결

영국의 SOA 2003은 현대 사회의 변화를 반영하여 법을 현대화시키기 위한 일환으로 3년간의 자문을 거쳐 재정비된 급진적인 개혁의 산물이다. SOA 2003은 범죄자와 피해자와 관련하여 좀 더 젠더 중립적이고, 성적 지향과 무관하게 동등한 취급을 추구하고 있으며,[2811] 특히 판례의 해석에 의존해 왔던 '동의'과 같은 핵심적인 개념을 법규로 더 명확하게 정의하려고 시도했다는 점, 아동과 같은 취약한 피해자 그룹에 대한 보호를 강화시켰다는 점, 범행의 경중에 상응하는 형벌을 가능하게 했다는 점, 젠더 중립적인 규정과 책임의 확대, 현대적인 용어의 사용 등이 좋은 평가를 받았다.[2812]

앞에서 살펴본 바와 같이, 영국의 경우 강간죄 성립을 위해 폭행이나 협박 또는 별도의 저항이 있을 것을 요건으로 하지 않으며, 이 점에서 영국의 강간죄 성립 요건은 우리나라 국회에서 도입을 검토 중인 비동의간음죄에 더 가까운 형태라고 할 수 있다. 마찬가지로 우리나라의 강제추행과 유사한 Sexual Assault[2813] 의 경우 앞에서 편의상 강제추행으로 번역하기는 하였으나, 동의 없는 성적 접촉만을 요건으로 한다는 점에서 추행행위 이외에 별도의 폭행과 협박이 존재할 것을 요구하는 우리나라 형법 제298조의 강제추행죄와는 차이가 있다. 다만 기습추행의 경우와 같이 판례가 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있기만 하면 별도의 폭행이나 협박이 없더라도 추행죄의 성립을 인정하는 추세로 나아가고 있음을 감안할 때[2814] 그 차이는 점차 좁혀질 것이라 예상된다.

또한 우리나라에서도 최근 온라인상의 미성년자 성착취 등의 심각성이 사회 문제로 대두됨에 따라, 성적 목적으로 가해자가 피해자에게 접근하여 친밀감을 형성하고 길들이는 그루밍 수법을 통한 아동 청소년 대상 성범죄 문제에 대응하기 위하여 아동

2811) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 317면.

2812) John Child/David Ormerod, Smith, Hogan, & Ormerod's Essentials of Criminal Law, 2nd ed., Oxford University Press, 2017, 319면.

2813) SOA 2003, 제3조.

2814) 최근 헌법재판소에서 폭행협박 없는 기습추행을 형법 제298조의 강제추행으로 처벌하는 것이 위헌이 아니라고 판시한 바 있다. 헌재 2020. 6. 25. 선고 2019헌바121 결정.

청소년 대상 그루밍 처벌 방안 도입이 논의되고 있는 것과 관련하여, 아동을 대상으로 이루어지는 성적 그루밍 행위를 모두 범죄화하여 처벌하는 규정을 최초로 도입한 것으로 평가받는 영국 성범죄법은 시사하는 바가 크다. 비록 우리나라에서도 아동·청소년 대상 성착취 범죄를 예방하기 위해 아동·청소년의 성을 사기 위해 유인하거나 성을 팔도록 권유한 자를 징역 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금형에 처하는 규정이나,[2815] 아동에게 음란한 행위를 시키거나 이를 매개하는 행위 또는 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 성적 학대행위를 금지하는 규정[2816] 등을 두고 있으나, 현행법상 온라인상에서 이루어지는 그루밍 행위 자체만으로는 처벌이 어려운 면이 있다. 반면 영국의 SOA 2003는 성적 친밀감을 형성하기 위해 필요한 일련의 모든 행위와 관련된 아동과의 만남 등의 접촉행위도 10년 이하의 처벌을 받을 수 있는 중범죄로 규정함으로써[2817] 성적인 의도를 가지고 아동·청소년에게 접근한 경우 성적인 행위가 일어나기 전 단계에서도 범죄자로 처벌될 수 있다는 점에서 큰 차이가 있으며, 따라서 그루밍 단계부터 처벌을 도입하고자 하는 아청법 개정안이 논의 중인 우리나라의 현실에서 비추어 제도의 시행을 둘러싼 논란 등을 면밀하게 검토해 볼 필요가 있다고 하겠다.

영국의 이러한 성범죄법 개혁 성과들에도 불구하고, 강간의 개념을 일반인들이 이해하는 통상적인 단어의 의미보다 확대시켜 오히려 범죄 요건을 충족시킨 상황에서도 배심원들이 강간죄 성립의 인정을 꺼리게 되었다는 부작용이나, SOA 2003상 일부 행위들은 범죄화시키는 것이 무리가 있고 부당하다는 비판, 본 법이 규정하고 있는 너무 많은 범죄 유형들이 다소 겹치는 영역이 있다는 점 등에 대한 우려의 목소리는 여전히 남아 있다.[2818]

2815) 아동·청소년의성보호에관한법률 제13조 제2항.

2816) 아동복지법 제17조 제2호.

2817) SOA 2003, 제15조.

2818) Jeremy Horder, Ashworth's Principles of Criminal Law, 8th ed., Oxford University Press, 2016, 376-378면; Jennifer Temkin/Andrew Ashworth, The Sexual Offences Act 2003: (1) Rape, sexual assaults and the problems of consent, Criminal Law Review Vol. 2004 No. 5, 2004, 336-339면, 346면; John Child/David Ormerod, Smith, Hogan, & Ormerod's Essentials of Criminal Law, 2nd ed., Oxford University Press, 2017, 320면.

제2절 | 미국

1. 개관

가. 성폭력범죄의 개념

오늘날 미국에서 강간죄(rape)는 성폭력범죄(sexual assault[2819], sexual battery[2820])) 또는 성적 남용죄(sexual abuse)등으로 다양하게 불린다. 과거 남성 성기의 삽입(penetration)을 중심으로 논의된 강간죄의 개념에 유사성행위(항문 및 구강성교 및 이물질 삽입 등) 등 다양한 성폭력 범죄가 포함되어 그 개념이 확대되면서 발생한 현상이다.[2821] 그 입법 방식도 매우 다양하다. 어떤 주는 일반적인 성교행위와 유사성행위(항문, 구강성교, 항문 등에 물건 삽입 등)를 구분하여 처벌하기도 하고, 어떤 주는 단일 성폭력범죄 개념으로 강간죄와 동일하게 처벌하는 주도 있다. 또한 피해자의 나이, 가해자와의 연령 차이에 따라 성행위에 대한 동의능력을 부정하는 의제강간죄(statutory rape)를 규정하고 있고, 신뢰 및 보호관계에 있는 사람의 경우 피해자의 동의능력을 부정함으로써 강간죄 또는 성폭력 범죄로 규정하여 처벌한다. 우리 강제추행죄와 유사한 성적 접촉(sexual contact) 또는 강제 접촉(forcible touching)범죄도 규정하고 있는데[2822] 이와 같은 행위를 모두 포함하여 성폭력 범죄로 규정하고 있다.

미국에서는 과거 강간죄 위주의 입법방식이 변화되어 연방 또는 주에 따라 매우 다양하게 규정되기 때문에 구체적인 입법례를 단일한 이론이나 체계로 설명하기가 어려운 것이 현실이다. 특히 1962년 제정된 모범형법전은 오늘날의 다양한 성폭력 범죄를 반영하기에는 한계가 있다.[2823] 이 장에서는 각 주별 입법례를 구체적으로

2819) 예컨대, 콜로라도주 형법은 성교 및 유사성교 행위를 sexual assault로 규정하고 있다(C.R.S.A. §18-3-402(1)).

2820) 예컨대, 플로리다주 형법은 성교, 구강, 항문성교, 물건 삽입행위 등 유사성교행위를 모두 포함하여 성폭력범죄(sexual battery)라고 규정한다(F.S.A. §794.011(h).

2821) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 542면.

2822) 예컨대, 연방형법(18 U.S.C.A. §2246)을 들 수 있다.

2823) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 542면(현재 미국법률협회(the council of American Law Institute)는 모범형법전의 개정안을 준비하고 있다).

살펴보면서 미국 내 성폭력 범죄의 공통점과 변화 방향을 확인하고자 한다.

나. 성폭력범죄 체계

미국 형법상 강제 간음에 해당하는 성폭력 범죄는 ① 폭력, 강요 등 피해자의 의사에 명시적으로 반하는 경우, ② 미성년자나 심신장애로 인해 법적으로 동의 능력이 없거나, ③ 수면, 명정 상태 등 심신 상실상태를 이용, 간음하는 경우 ④ 신뢰 관계 하에 있는 아동·청소년 또는 법적으로 구금 상태에 있는 사람과 동의하에 간음하는 경우로 구분할 수 있다. 대체로 각 주는 이와 같은 강제 간음죄를 강간죄(rape) 또는 성범죄 행위(criminal sexual act)등으로 규정한 뒤 그 행위 태양에 따라 등급으로 구분하고 법정형을 달리하여 처벌하는 것이 일반적이다. 행위 태양에는 폭력 등 강제력이 수반 여부 또는 피해자 및 가해자의 연령 차이에 따라 다르게 규정하고 있다. 간음 행위가 수반되지 않는 성적 접촉행위도 폭력이나 강요행위의 수반 여부, 피해자의 연령 등 동의 능력 정도에 따라 등급별로 차등하여 처벌하는 것이 대체적인 경향이다.

피해자의 동의능력이 인정되는 경우에 성폭력범죄의 핵심 쟁점은 피해자의 동의가 있었는지 여부이다. 과거 커먼로는 폭력이 수반되고 피해자의 거부 의사표시가 있어야 했으나 오늘날에는 폭력 이외의 정신적, 심리적 강요로까지 확대되었을 뿐만 아니라, 폭력 또는 강요가 없었더라도 구체적인 상황에서 피해자의 동의가 없었다고 인정되면 강간 등 성폭력 범죄를 인정할 수 있다는 것이 대체적인 경향이다. 다만 피해자의 동의에 대하여는 오늘날 'yes means yes'의 슬로건처럼 사전에 동의가 명시적으로 요구되는지, 묵시적 또는 상황적 맥락에 따라 인정될 수 있는지의 관점에 따라 범죄성립 여부가 달라질 수 있다.

이하에서는 커먼로 상의 강간죄를 출발점으로, 각 주별 입법례의 비교를 통해 공통된 시사점을 도출해보고자 한다.

2. 강간죄(rape)

가. 개관

1) 구성요건의 변화

커먼로 상 강간죄의 주요 구성요건은 ① 배우자 아닌 여성에 대한 ② 폭력 또는 신체에 대한 중대한 상해 협박, ③ 그 피해 여성의 비동의(non consent)였다.[2824] 그러나 과거 법원은 피해 여성이 피해사실을 허위로 주장할 것을 염려한 나머지 피해자가 피해 이후 즉시 고소(또는 신고)할 것과 입증 방법으로서 피해자가 극도로 저항하였다는 사실 및 피해자 진술 이외의 보강증거가 있을 것을 요구했다.[2825] 1960년대 모범형법전을 작성한 형법학자들은 합리적인 사람의 저항을 억압할 정도의 심리적 강요(duress)를 통해 물리적 폭력이 없어도 강간죄가 성립하도록 폭력의 개념을 넓혔으나 모범형법전을 따르는 주들은 대체로 이를 수용하지 않고 커먼로 구성요건대로 물리적 폭력에 한정하여 강간죄를 인정하였다.[2826] 1970년대 시민 단체의 활약 등을 계기로 미시건주가 피해자의 저항 요건을 폐지하는 등 일부 변화가 있었으나 여전히 물리적 폭력에 한정되어 심리적인 억압 상태에서 발생한 강간죄를 인정하는 데는 한계가 있었다.[2827] 그러다가 1995년 펜실베니아주가 심리적, 정신적 폭력도 의사를 억압하는 강요(forcible compulsion)에 해당한다는 입법을 하였고,[2828] 2012년 연방의회가 정신적, 재정적, 명예 등에 관한 협박에 의한 강요도 합리적인 사람의 의사를 강요하는 행위태양으로 규정[2829]하면서 오늘날 미국 강간죄의 구성요건은 심리적,

---

2824) Corey Rayburn Yung, Rape Law Fundamentals, 27 Yale J.L. &Feminism 1, 5 (2015).

2825) 4 William Blackstone, Commentaries on the Laws of England 210 (Chicago Press ed. 1979), p. 1765 -1769(Stephen J. Schulhofer, Reforming the Law of Rape, Law & Inequality Vol. 35 No. 2, 2016, 336면에서 재인용).

2826) Stephen J. Schulhofer, Reforming the Law of Rape, Law & Inequality Vol. 35 No. 2, 2016, 336면.

2827) Stephen J. Schulhofer, Reforming the Law of Rape, Law & Inequality Vol. 35 No. 2, 2016, 337면(예컨대, 1983년 일리노이주 법원은 아무도 없는 한적한 자전거 도로에서 피해 여성보다 압도적으로 덩치가 큰 남성이 여성과 대화하던 중 여성을 숲으로 번쩍 들고 가서 성관계를 하는 동안 피해 여성이 겁에 질려 아무런 저항도 할 수 없었고 거부의사를 표시하지 못했음에도 강간죄를 부정하였다. People v. Warren, 446 N.E.2d 591, 592 (Ill. Ct. App. 1983)).

2828) Stephen J. Schulhofer, Reforming the Law of Rape, Law & Inequality Vol. 35 No. 2, 2016, 339면.

2829) 18 U.S.C. §1591(e)(4) (2012).

정신적 강요 등으로 인해 합리적인 사람의 의사를 억압할 정도면 족하다고 규정하는 것이 일반적이다.

한편 피해자의 동의여부와 관련해서는 다양한 논의가 전개 중이다. 피해자가 분명한 거부의사를 표시한 경우 그 거부의사만으로 족한지 아니면 별도의 강요가 요구되는지와 거부의사 표시가 없어도 동의가 없으면 의사에 반한 것인지에 대한 문제이다. 대략 50개 중 절반 정도가 '동의 없는 성관계'만으로는 강간죄가 성립하지 않고 '비동의(nonconsent)'와 '폭력 또는 강요(compulsion)' 상황이 존재할 것을 요구한다.[2830] 그리고 동의여부의 판단에 있어서는 상황에 따라 피해자의 의사가 'no'또는 'yes'였는지를 종합적으로 판단한다.

2) 처벌

커먼로를 계승한 미국은 강간죄의 법정형을 사형으로 규정하였으나 1977년 연방대법원이 성인에 대한 강간범을 사형으로 처벌하는 것은 과도한 처벌로서 수정헌법 제8조를 위반한 것이라고 결정[2831]한 후 성인에 대한 강간죄의 법정형에서 사형이 제외되었다.[2832] 강간죄는 미국 각 주에서 폭력의 수반 여부를 불문하고 동일하게 처벌되다가 1940년대부터는 강간죄를 행위 태양(특히 폭력이 수반되는 경우와 비동의 간음죄를 구분)에 따라 등급으로 나누어 달리 처벌하기 시작하면서 오늘날에는 대다수 주가 유사한 입법 방식을 취하고 있다.[2833]

모범형법전은 폭력 또는 생명의 위협 등에 의한 강간죄는 2급 중죄, 그보다 낮은 정도의 협박에 의한 강간죄는 3급 중죄, 신체에 대한 중대한 상해를 가하는 경우 1급 중죄로 처벌하도록 규정하고 있다.[2834] 강간죄를 등급으로 구분하고 있는 델라웨어주 형법은 1급 강간죄는 중죄의 실행 중 또는 실행 직후에 강간을 하거나 범죄 도중 피해자의 동의 없이 간음하고 상해를 입힌 경우, 흉기 등을 사용한 경우에 A급 중죄로 처벌하고[2835], 피해자가 16세 미만이며 가해자가 피해자보다 10살 이상인

2830) Commonwealth v. Lopez, 745 N.E.2d 961, 965 (Mass. 2001)(Stephen J. Schulhofer, Reforming the Law of Rape, Law & Inequality Vol. 35 No. 2, 2016, 343면.).
2831) Coker v. Georgia, 433 U.S. 584(1977).
2832) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.5(e).
2833) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.5(e).
2834) Model Penal Code §213.1.
2835) 11 Del. C. §773(살인죄가 아닌 A급 중죄는 일반적으로 15년 이상에서 무기징역이 법정형이

경우나 피해자가 14세 미만이고 가해자가 19세 이상인 경우는 3급 강간죄로서 B급 중죄로 처벌하고[2836], 피해자가 16세 미만이며 가해자가 피해자보다 10살 미만 연상인 경우, 피해자가 18세 미만이고 가해자가 30세 이상인 경우 등은 4급 강간죄로서 C급 중죄로 처벌한다.[2837] 뉴욕주는 강요(forcible compulsion)[2838]에 의하거나, 피해자가 동의 능력이 없는 사람이나 11세 미만, 또는 13세 미만이면서 가해자가 18세 이상인 경우에 1급 강간죄로서 B급 중죄로 처벌한다.[2839] 그러나 폭력이나 강요가 수반됨이 없이 피해자의 동의가 없는 상태에서 성관계를 한 이른 바 불법성행위(sexual misconduct)를 별도로 규정하는 주는 이를 A급 경죄로 강간죄보다 매우 경하게 처벌한다.[2840]

강간죄를 등급별로 규정하지 않는 주, 예컨대 캘리포니아주는 보통 강간의 경우 3년, 6년, 8년의 징역, 폭력, 협박 등으로 14세 미만의 사람을 강간한 경우는 9년, 11년, 13년의 징역, 폭력, 협박 등으로 14세 이상의 미성년자를 강간한 경우 7년, 9년, 11년의 징역형을 법정형으로 규정하고 있다.[2841]

나. 구성요건

1) 고의(mens rea)

대체로 주에서 강간죄는 특정고의(specific intent)가 아닌 일반고의 범죄로 보기 때문에 검사는 피고인이 피해자가 동의를 하지 않은 사실을 알고 있었다는 점을 입증할 필요가 없다.[2842] 따라서 동의에 대하여 피고인의 착오가 있었다면 일반착오의

며 가석방이 불허된다. 11 Del. C. §4204. 4205).

2836) 11 Del. C. §771(B급 중죄는 일반적으로 2년 이상 25년 이하의 징역에 처한다).

2837) 11 Del. C. §770(C급 중죄는 일반적으로 15년 이하의 징역에 처한다).

2838) 직역하면 '폭력적 강요'으로 번역할 수 있으나 폭력 또는 심리적 정신적 강요를 모두 포함하므로 '강요'로 번역하기로 한다.

2839) New York Penal Law §130.35(뉴욕주 형법상 B급 중죄는 보통 1년 이상 25년 이하 징역에 처한다. New York Penal Law §70.002(2)).

2840) New York Penal Law §130.20(폭력 등 억압이 없으면서 상대방 동의 없이 구강성교, 항문성교를 한 경우도 포함된다).

2841) Cal. Penal Code §264.

2842) Eric Sandoval, The Case for an Affirmative Consent Provision in Rape Law, North Dakota Law Review Vol. 94 No. 2, 2019, 464면; Steve v. State, 875 P.2d 110, 116 (Alaska Ct. App. 1994).

법리에 의해 그 착오가 합리적이라면 강간죄를 부정하고 착오에 과실이 있었다면 강간죄를 인정한다.[2843] 일반적으로 폭력이나 협박이 수반되는 상황에서는 착오가 문제가 되지 않지만 앞서 설명한대로 성교행위 그 자체가 폭력으로 인정되거나 구체적 상황에 의해 강간죄에 대한 동의 없음이 인정될 수 있는 주에서는 피고인의 고의가 문제가 된다.[2844] 법 이론적으로는 합리적인 착오를 인정할 수 있지만 대체로 법원은 피해자의 태도로 볼 때 피고인에게 동의에 대한 착오를 일으킬 정도의 불분명한 태도를 보인 것이 아니라면 착오를 인정하지 않는 경향에 있다.[2845]

2) 동의 없음(non consent)

(1) 거부의사 또는 적극적인 동의

'적극적 동의(affirmative consent)'는 성관계에 대한 피해자의 적극적인 합의표시가 있어야 한다는 것이다. 이와 같은 'yes means yes' 슬로건은 성관계 전 양 당사자 사이에 명확하고 분명한 동의가 말 또는 행동에 의해 표시되어야 하며, 성관계 도중이라도 당사자가 거부의사를 표시하면 성관계를 그만두어야 한다는 의미로 이해되고 있다.[2846] 그러나 당사자의 동의는 명시적인 것뿐만 아니라 상황에 따라 말, 행동 또는 구체적 상황을 통해 인정할 수 있다는 것이 미국 형법의 일반적인 기준이다.[2847] 예컨대, 캘리포니아주는 피해자의 자유로운 의사에 따른 긍정적인 협조 또는 태도를 동의라고 규정하며, 과거 또는 현재의 데이트나 결혼관계는 동의로서 충분하지 않다고 규정하고 있다.[2848] 피해자가 해당 성 행위에 대한 자유로운 합의가 있었다고 피고인이 믿었어야 하며, 그 합의는 상황을 종합적으로 고려하여 말 또는 행동으로 인정될 수 있어야 한다.[2849] 한편, 다수의 주가 대학 캠퍼스 내 학생들 사이의 성폭력 범죄를

2843) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 562면.

2844) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 562면.

2845) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 562-563면.

2846) Eric Sandoval, The Case for an Affirmative Consent Provision in Rape Law, North Dakota Law Review Vol. 94 No. 2, 2019, 469면.

2847) C. Ashley Saferight, Clear As Mud: Constitutional Concerns with Clear Affirmative Consent, Cleveland-Marshall College of Law Vol. 67 No. 3, 2019, 438면.

2848) Cal. Penal Code §261.6.

명확히 규정하고 예방하기 위해 'yes means yes'를 요구하는데 이는 범죄가 아닌 징계 등의 기준이 된다는 점에서 현재 각 주의 강간죄 규정과 구분할 필요가 있다.[2850] 그리고 성행위의 유형에 따라 "동의 없음"의 기준도 달라질 수 있다. 예컨대, 뉴욕주는 강요(forcible compulsion)에 의하거나 동의 능력이 없는 경우에는 별도의 심사 없이 동의가 없었다고 규정하지만 강제 접촉(forcible touching)의 경우에는 피해자가 명시적 또는 묵시적으로 동의한 사실이 없으면 동의가 없었다고 규정한다.[2851]

(2) 동의 없음 추정

일정한 행위 주체 및 상황 하에서는 피해자의 동의 없음이 추정되는 경우가 있다. 예컨대, 델라웨어주 형법은 건강 관련 전문가(의사, 심리상담 치료사 등), 성직자 등이 치료나 상담 등을 핑계로 성적 접촉, 성관계, 유사성관계를 한 경우에 피해자가 치료, 상담 등의 행위라고 합리적으로 믿었고 그로 인해 거부의사를 합리적으로 표시할 수 없었던 경우에는 피해자의 동의가 없었던 것으로 추정한다.[2852] 한편, 신뢰관계 또는 보호·감독관계에 있는 사이에서는 피고인에게 동의의 항변을 부정하는 형식으로 피해자의 동의를 인정하지 않는 입법을 취하는 주도 있다. 예컨대, 미시건주는 심리치료사와 환자, 성직자와 신도 간 치료, 상담 등의 과정에서 또는 교도소, 치료시설 등에 거주하는 사람이 피고용인, 계약자 등으로부터 성행위를 한 경우 피해자의 동의는 항변사유가 아니라고 규정하고 있다.[2853] 이와 같은 규정을 통해 일정 신뢰관계 있는 자에 대한 성적 행위는 피해자의 동의가 있더라도 성폭력 범죄를 인정할 수 있게 된다.

(3) 입법례

피해자의 동의가 인정되지 않는 사유는 크게 세 가지로 구분할 수 있다. ① 폭력 또는 신체에 대한 중대한 폭력 행사의 위협과 같이 전통적으로 피해자의 의사를 제압할 수 있는 정도의 폭행 또는 협박, ② 약물 투여 또는 수면, 명정과 같이 심신상실

2849) M.T.S., 609 A.2d 1266, 1278 (N.J. 1992).
2850) C. Ashley Saferight, Clear As Mud: Constitutional Concerns with Clear Affirmative Consent, Cleveland-Marshall College of Law Vol. 67 No. 3, 2019, 439면.
2851) New York Penal Law §130.05.
2852) 11 Del. C. §761(k)(4).
2853) M.S.A. §609.344.

상태를 이용하는 행위, ③ 경제적, 사회적 지위나 신분, 명예 등에 관한 해악을 고지하는 강요, ④ 동의 능력 없는 사람에 대한 성적 행위로 구분할 수 있다. 각 주는 이와 같은 행위 유형에 따라 강간죄를 등급으로 구분하여 처벌을 달리한다. 예컨대 연방형법은 ①, ②에 의한 성폭력 행위는 중대 성폭력 범죄로 사형까지 선고할 수 있고,[2854] ③, ④에 의한 성폭력 행위는 성학대죄(sexual abuse)로 무기징역까지 선고할 수 있다.[2855]

3) 폭력(force) 또는 협박(threat)

캘리포니아, 뉴욕주를 비롯한 일부 주는 동의능력이 없거나 약물, 기타 심신상태를 이용한 강간을 제외하고, 의사에 반하는 강요를 폭력 또는 임박한 신체 상해 협박(명시적 또는 암묵적)에 의한 강요(forcible compulsion)행위로 규정하고 있다.[2856] 이에 반해 아이오와주는 폭력(force) 또는 상대방의 의사에 반한 경우를 성폭력(sexual abuse)라고 정의함으로써 폭력 또는 신체 상해에 대한 협박을 요구하지 않는다.[2857][2858] 이 두 극단의 사이에 있는 주들은 동의 없음에 중점을 두거나, 반대로 강요행위에 중점을 둔다.[2859] 전자의 예로서 플로리다주 등 일부는 "동의는 자유로운 임의의 동의이며 강요된 순응(submission)은 포함하지 않는다. 물리적 저항의 실패는 동의로 간주되지 않는다."고 규정[2860]할 뿐 별도 폭력이나 협박의 요건을 규정하지 않는다.[2861] 반면에 아리조나주 등 일부 주는 사람 또는 재산에 대한 폭력 또는 임박한 폭력행사의 협박에 의해 강요되는 경우를 '동의 없음'으로 규정하고 있다.[2862] 델라웨어주의 경우 강요[2863]에 의한 동의 및 피해자에게 제3자로 하여금 형사기소 당하게 할 수 있다는

2854) 18 U.S.C.A. §2241.
2855) 18 U.S.C.A. §2242.
2856) Cal. Penal Code §261(2); New York Penal Law §130.00.
2857) I.C.A §709.1;알라스카주의 경우에도 동의 없이 삽입행위를 하는 경우 1급 성폭력 범죄(sexual assault)가 성립한다고 규정하고 있다(AS §11.41.410(a)(1)).
2858) 단, 협박이나 약물에 의해 잠드는 등 항거불능 상태에서의 동의는 당연히 의사에 반한 것이다(I.C.A §709.1).
2859) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.3(a).
2860) F.S.A §794.011(a)("Consent" shall not be deemed or construed to mean the failure by the alleged victim to offer physical resistance to the offender).
2861) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.3(a).
2862) A.R.S. §13-1401.
2863) 피해자가 동의하지 않으면 상해, 재산에 대한 손해, 범죄가담, 형사 고소, 비밀 등의 폭로, 법적 분쟁에서 증언 또는 증언거부, 공무원으로서의 직위 남용 등의 행위를 할 것이라는 두려움(fear)을 느끼게 하는 것을 말한다(11 Del.C. §791).

두려움을 느끼게 하거나, 제스처, 협박, 상해, 유괴 또는 기타 합리적인 사람으로 하여금 순응(submit)하게 한 경우로 규정하면서, 피해자가 극도로 저항할 것을 요하지 않으며, 다만 피해자는 가해자에게 자신이 동의하지 않는다는 사실을 알게 할 수 있을 정도로 저항하면 족하다고 규정하고 있다.[2864]

폭력행사에 중점을 두어 강간죄를 규정한 주 중 대다수는 "동의 없음"이나 "의사에 반함"과 같은 규정을 두지 않고 강압(forcible compulsion)에 의해 성관계를 할 것을 규정하고 있다.[2865] 이때 폭력 또는 협박 등의 강요 행위가 무엇인지에 대하여 법에 명확한 규정을 두고 있지 않은데, 법원 판결은 ① 의사를 억압할 정도의 폭력 또는 협박 등의 강요행위가 있어야만 한다는 것과 ② 의사에 반한 삽입행위(penetration) 그 자체가 폭력 등에 해당한다고 보는 두 가지 접근으로 나눌 수 있다.[2866] 최근 주 법원은 후자의 접근방법을 취하는 것이 일반적이다.[2867] 이렇게 볼 때, 피해자의 의사를 억압할만한 폭력이나 협박이 행사되지 않더라도 피해자의 동의가 있다고 볼만한 상황이 없다면 성관계 그 자체로서 강간죄를 인정할 여지가 있게 된다. 한편 의사를 억압하는 정도의 폭력 등의 행사가 필요하다고 보는 경우에는 대체로 합리적인 저항을 억압하는 정도를 의미하며, 따라서 피해자의 저항이 없는 경우에는 합리적인 여성의 의사를 억압할 정도의 폭력이었는지 여부로 판단한다.[2868] 그럼에도 그 기준이 불명확하여 결국 배심원의 판단에 맡겨지는데 대체로 단순한 폭력도 피해자의 의사에 반한 것이라고 볼 수 있으면 인정되는 것으로 보인다.[2869]

협박의 기준도 모호하다. 법원은 피해자를 외포시킨 정도를 고려하는데, 죽음의 공포 또는 중대한 상해에 대한 위협, 흉기휴대 협박과 같이 저항을 무력화할 정도의 위협이라고 판시한 오래된 판례가 있다.[2870] 최근까지도 일부 주에서는 이에 더하여 가해자의 신체에 대한 위협이 실행되거나 실행될 것이 임박한 것에 대한 피해자의

2864) 11 Del.C. §761(K).

2865) Ala. Code §13A-6-61(a)(1)(Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.3(a)).

2866) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.3(a).

2867) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.3(a).

2868) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.3(a).

2869) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 556면.

2870) State v. Hoffman, 228 Wis. 235, 280 N.W. 357 (1938)(Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.3(b)).

합리적인 믿음이 있을 것을 요구하는 경우도 있다.[2871] 명시적이 아닌 묵시적 협박도 사안에 따라 인정되며 제3자에 대한 협박도 인정된다.[2872]

그러나 아래 설명과 같이 강요가 강간죄의 구성요건인 경우에는 폭력에 대한 협박의 여부는 강간죄의 등급 구분 시에만 일정한 의미를 갖는다고 볼 수 있다. 또한 폭력이나 폭력행사의 협박에 의한 강간죄가 문제가 되는 경우에도 앞서 설명한 '동의 없음'의 요건과 함께 판단하여 한다는 점을 유의할 필요가 있다. '동의 없음' 요건은 피해자의 명시적 또는 묵시적 동의가 없다고 인정되면 충족한다고 보므로 피해자의 동의가 없었다고 인정된다면 어떤 경미한 폭력에 의한 협박이라도(심지어 성관계 그 자체도) 폭력으로 인정하여 강간죄를 인정하는 경향이 있다.[2873]

4) 강요(coercion 또는 compulsion)

앞서 각 주들이 강간죄의 구성요건으로서 폭력(force) 및 폭력 행사에 대한 협박뿐만 아니라 강요도 함께 규정하고 있다고 설명하였다. 커먼로 상 강간죄에서의 폭력은 신체에 대한 위해를 의미하므로 그 이외의 사회적, 경제적 지위나 정신적 압박 등에 의한 강요행위까지 확장해서는 안 된다는 견해와 달리 피해자의 신체의 안전뿐만 아니라 성적 완전성을 보호하는 강간죄의 입법목적상 폭력을 넘어 다양한 형태의 강요에 의한 간음행위도 처벌해야 한다는 주장이 미국 사회에서 보다 설득력을 얻었다.[2874] 그러나 강요에 대한 명확한 기준을 설정하기 어려운 것도 사실이다. 주에 따라 학교 관계자와 학생, 의사와 환자, 성직자와 신도 등 신뢰 또는 위계관계에 있는 사람의 관계에서 지위를 이용하여 동의를 얻은 경우에도 처벌하는 규정을 두고 있는 이유도 이 때문이다.[2875]

각 주의 강간죄 구성요건으로서 강요에 의한 입법례를 정리하면 다음과 같다. ① 우선, 폭력, 약취 목적에 한정하는 입법례는 대다수 폐지되었다.[2876] ② 현재 다수의

2871) 예컨대, 아이다호주 형법(I.C.§18-6101(5)).
2872) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.3(b).
2873) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 557면.
2874) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.3(d).
2875) 예컨대, 아리조나주 형법은 아동의 보호자, 교사, 코치 또는 감독, 성직자, 아동의 보호자와 연인관계에 있는 사람을 신뢰관계에 있는 사람으로 규정하고 있다(A.R.S. §13-1401.A(a)).
2876) 캘리포니아, 콜로라도주 등이 이에 해당한다.

주는 강요행위를 폭넓게 규정하고 있다. 일반인 또는 합리적인 사람의 저항을 억압할 정도의 모든 형태의 협박 또는 강요(coercion)라고 규정하거나,[2877] 펜실베니아주가 강요(forcible compulsion)를 "명시적 또는 암묵적으로 폭력, 지능적, 윤리적, 감정적, 기타 심리적 위력을 이용하는 것"이라고 규정하는 것을 예로 들 수 있다.[2878] 간통행위를 알리는 행위와 같이 공공연하게 모욕감 또는 창피를 주는 행위,[2879] 사업이나 건강, 평판을 해치는 행위까지 포함하는 주도 있다.[2880]

다. 위계(fraud)

위계는 두 가지로 나눌 수 있다. 간음위계(fraud in the factum)는 삽입행위 그 자체에 대한 위계로서 간음에 대한 피해자의 인식이 없는 경우이며, 유인위계(fraud in the inducement)는 간음에 이르게 된 동기나 경위에 대한 위계로서, 예컨대, 의사가 해당 간음행위가 진료 또는 의료적 조치의 일환으로 이루어진다고 피해자를 속이는 것이다.[2881] 전자의 경우 간음에 대한 피해자의 자유로운 동의가 없었으므로 강간죄에 해당하지만 후자의 경우 피해자가 간음 그 자체는 인지하고 동의를 하였으므로, 그 동기나 경위는 부차적인 문제로서 강간죄가 성립되지 않는다.[2882] 성교의 대상을 속인 경우, 예컨대, 남편을 가장하여 성관계를 하는 경우와 같이 동의 대상에 대한 위계도 간음위계에 해당하며 강간죄를 구성한다.[2883] 그러나 가짜 결혼에 의해 성관계를 하는 경우는 유인위계에 해당하므로 강간죄를 구성하지 않는다.[2884]

한편, 궁박한 상태에 있는 여성을 속여 성교행위를 하거나 상위 권력 관계에 있는

2877) 예컨대, 노스다코다주 형법(NDCC §12.1-20-04).
2878) 18 Pa. C.S.A. §3101.
2879) N.H. Rev. Stat. Ann. §632-A:1.
2880) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.3(d).
2881) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.3(c).
2882) 예컨대, 성교행위를 걸고 카드 게임을 속여서 승리한 뒤 성교를 한 경우 성교행위 그 자체에 대한 동의에는 하자가 없으므로 강간죄는 성립하지 않는다. People v. Harris, 93 Cal. App. 3d 103, 155 Cal. Rptr. 472 (1979)(Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.3(c)).
2883) State v. Shepard, 7 Conn. 54 (1828); Crosswell v. People, 13 Mich. 427 (1865)(Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.3(c)).
2884) State v. Murphy, 6 Ala. 765 (1884)(Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.3(c)).

사람이 하급자를 속여서 성관관계를 하는 경우는 간음위계 또는 유인위계의 해당 여부가 명확하지 않을 수 있다. 이 때문에 앞서 설명한 바와 같이 오늘날에는 전통적인 위계의 개념을 넘어서 위력 관계에 있다고 볼 수 있는 관계 즉, 학교 관계자와 학생, 의사 또는 치료사와 환자, 성직자와 신도 등의 관계에서 피해자의 동의를 인정하지 않는다.[2885] 심지어 전통적인 두 개념의 구분을 폐지하고 위계에 의한 동의는 유효하지 않는 것으로 규정하는 주들도 있는데, 예컨대, 테네시주는 간음행위가 위계에 의한 것이면 강간죄가 성립한다고 규정하고 있고,[2886] 캘리포니아주는 2001년 1월부터 위계로 인해 합리적인 사람이라면 선택하지 않았을 간음행위를 선택하도록 하였다면 불법성교죄(unlawful sexual intercourse)가 성립하고, 강간죄보다 낮은 형으로 처벌하도록 규정하고 있다.[2887] 그러나 어떤 경우가 유효한 동의인지 여부에 대한 구체적인 기준은 규정하고 있지 않다.[2888]

라. 저항(resistance)

1) 저항의 필요성

피해자에 의한 극도의 저항(the utmost resistance)을 요구했던 커먼로 원칙에 대한 비판으로 일부 주는 그 요건을 진심어린 저항(earnest resistance), 합리적인 저항(reasonable resistance)으로 완화하다가 성폭력 범죄에 대한 지속적인 개혁을 통해 오늘날에는 대다수 주에서 이 요건을 폐지하였고, 일부 주에서만 요건으로 규정하고 있다.[2889] 또한, 일부 주는 강간죄를 기소함에 있어서 물리적 저항은 요구되지 않는다

2885) 예컨대, 아이오와주는 정신치료를 받는 환자 또는 1년 이내의 환자였던 사람에게 상담사나 치료사가 또는 학교 관계자 등이 학생에게 성적 만족의 목적을 위해 키스하거나 허벅지, 가슴, 허리, 엉덩이, 항문, 성기 등을 터치하거나 성관계를 하는 경우 성적 착취(sexual exploitation)로 처벌하도록 규정하고 있다(I.C.A. §709.15).

2886) Tenn. Code Ann. §39-13-503.

2887) Cal. Penal Code §266c("Every person who induces any other person to engage in sexual intercourse, sexual penetration, oral copulation, or sodomy when his or her consent is procured by false or fraudulent representation or pretense that is made with the intent to create fear, and which does induce fear, and that would cause a reasonable person in like circumstances to act contrary to the person's free will, and does cause the victim to so act, is punishable by imprisonment in a county jail for not more than one year or in the state prison for two, three, or four years").

2888) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.3(c).

2889) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.4(a).

고 명시적으로 규정하고 있다.[2890] 그러나 다수의 주 법원은 여전히 피해자의 저항 여부를 폭력 및 동의 판단 기준으로 삼거나, 심지어 피해자의 합리적인 저항을 요구하고 있다.[2891] 형법상 저항 요건을 명시적으로 폐지하였음에도 법원이 이를 물리적 폭력의 측면에서의 저항으로 한정하여 해석하고 피해자의 소극적인 저항을 동의 여부의 판단 요소로 보는 경향도 있다.[2892]

2) 언어적 저항(verbal resistance)

물리적 저항이 아닌 말로써 거부의 의사표시를 하는 것도 저항에 해당한다.[2893] 즉, 피해자의 말에 의한 거부 의사표시는 물리적 저항과 동일시되며 가해자가 피해자의 명시적인 거부의사를 인지했음에도 무시하고 간음행위로 나아간 것 그 자체가 불합리, 불법적인 행위로서 이 경우 피해자의 동의가 없었다고 간주되므로 거부 의사의 진정성에 대한 별도의 심사를 필요로 하지 않는다.[2894] 그러나 의사표시도 없었을 경우, 즉 피해자가 침묵한 경우 이를 거부라고 볼 것인지와 관련해서는, ① 거부의사로 보아 가해자에게 피해자의 동의가 있었음에 대한 거증책임을 지움으로써 거부의사로 보아야 한다는 견해[2895]와 ② 명시적 거부의사의 입증 책임을 피해자에게 지우자는 견해로 나뉜다.[2896] 동의를 성관계에 관한 자유로운 합의를 나타내는 언어나 외부적 행위라고 규정하고 있는 주들의 경우 이러한 행위가 없었으면 동의가 없었다고 보게

예컨대, 알라스카 주는 폭력적 억압(forcible compulsion)을 "진심어린 저항을 억압하는 물리적 폭력"이라고 규정한다(Ala. Code §13A-6-60). 이외에도 델라웨어주, 아이다호주, 네브라스카주 등이 있다.

2890) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.4(a). 예컨대 플로리다주 형법은 동의가 가해자에 대한 피해자의 물리적 저항의 실패를 의미하지 않는다고 규정하고 있다. Fla. Stat. Ann. §794.011("Consent" shall not be deemed or construed to mean the failure by the alleged victim to offer physical resistance to the offender);미시건주 형법(M.C.L.A. §750.520i).

2891) State v. Lovato, 702 P.2d 101 (Utah 1985); Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.4(a).

2892) People v. Salazar, 144 Cal. App. 3d 799 (Cal. Ct. App. 1983).

2893) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.4(a).

2894) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.4(a).

2895) 예컨대, 워싱턴주의 경우 물리적 저항이나 언어적 저항 등이 없다고 해서 동의가 있는 것은 아니라고 명시적으로 규정하고 있다. DC St§22-3001("Consent" means words or overt actions indicating a freely given agreement to the sexual act or contact in question. Lack of verbal or physical resistance or submission by the victim, resulting from the use of force, threats, or coercion by the defendant shall not constitute consent).

2896) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.4(a).

되므로 전자의 경우에 해당한다고 볼 수 있다.[2897]

마. 배우자 강간(rape of spouse)

배우자를 상대로 한 강간죄는 성립하지 않는다는 커먼로는 미국에도 계승되었다. 그러나 오늘날 대다수 주에서 이 제도는 폐지되었다.[2898] 이들 주 중 대다수 주는 강간죄의 객체에서 배우자를 제외한다는 규정을 삭제하였지만, 캘리포니아주와 같이 강간죄(rape)의 객체에서 배우자를 제외한다고 규정하면서도[2899] 별도로 배우자 강간(rape of spouse)죄를 규정하는 경우도 있다.[2900] 또한 피해자가 배우자인 경우 피고인의 항변사유로 규정한 것을 제외하는 형태로 배우자에 대한 강간죄를 인정하는 주도 있다.[2901] 모범형법전은 배우자를 강간죄의 객체에서 제외하고 있다.[2902]

바. 유사성행위

1) 성폭력범죄행위(Criminal sexual act)

유사성행위를 강간죄의 성교행위와 동일하게 규정하여 처벌하는 주도 있고, 별도로 규정하여 처벌하는 주도 있다. 예컨대, 뉴욕주는 강간죄와 별도로 의사에 반하는 구강성교 또는 항문성교는 강요(forcible compulsion)에 의하거나, 동의능력이 없거나 피해자가 11세 미만, 피해자가 13세 미만이면서 가해자가 18세 이상인 경우에 인정되는 1급 성범죄(criminal sexual act)로서 B급 중죄로 처벌한다.[2903] 이는 1급 강간죄와 동일한 법정형이다. 그러나 미시건주는 성적 삽입(sexual penetration)에 성교, 구강성

2897) 미네소타주에서 동의는 성관계에 대한 피해자의 자유로운 합의로서 언어 또는 외부적 행동으로 표현되는 것을 말하며, 저항하지 않았다는 사실이 동의를 의미하는 것이 아니라고 규정하고 있다(M.S.A §609.341. Subd. 4).

2898) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.4(d).

2899) Cal. Penal. Code §261(a).

2900) Cal. Penal. Code §262(이 규정에는 가해자인 남편이 유죄판결을 받고 집행유예로 석방되는 경우 여성보호소(batterred women's shelter)에 1,000달러를 상한으로 비용을 지불하거나 이와 동시에 피해 배우자에게 적절한 보상을 하도록 규정하고 있다).

2901) 알라스카주는 강간죄 객체를 다른 사람(another person)으로 규정하고(As§11.41.410), 성적 접촉 범죄 등은 배우자의 항변사유를 인정하지만 강간죄는 배우자의 항변사유를 제외하였다(As§11.41.432(c)).

2902) Model Penal Code §213.1(1).

2903) New York Penal Law §130.50.

교, 항문성교, 기타 신체 또는 물건을 성기 또는 항문에 삽입하는 행위를 모두 포함하는 것으로 규정하고, 이를 성범죄행위(criminal sexual conduct)로 처벌한다.[2904] 아리조나주도 유사하게 규정하고 있다.[2905]

2) 중대 성학대(aggravated sexual abuse)

남녀의 성기, 요도, 항문 등에 이물질(foreign object)을 삽입하는 행위는 중대 성학대로서 강간죄와 유사하게 처벌한다. 예컨대, 뉴욕주는 이 행위가 강요(forcible compulsion)에 의하거나 피해자가 동의 능력이 없거나 11세 미만인 경우에 1급 중죄로 처벌한다.[2906] 반면에 델라웨어주는 의사에 반하는 성교행위는 1급 강간죄로 처벌하는 반면에 이물질 삽입행위는 2급 강간죄로 처벌한다.[2907]

3) 계간(sodomy)

1986년 연방대법원이 동성애자간 합의에 의한 항문 성교를 보장받을 헌법상의 권리를 부정한 뒤,[2908] 관련 시민단체들의 운동에 의해 각 주에서는 합의에 의한 항문 성교를 비범죄화 함으로써 오늘날 대다수 주에서 합의에 의한 항문 성교는 합법화되었다.[2909] 그러나 강제적인 항문 성교는 처벌한다. 예컨대, 알라스카주는 강요(forcible compulsion), 동의 능력이 없는 사람, 일정 연령의 미성년자와 항문 성교를 하는 경우 A급 중죄로 처벌한다.[2910] 그러나 델라웨어주와 같이 성교(sexual intercourse)에 포함하여 처벌하는 주도 있다.[2911]

4) 피구금자 간음죄(sexual abuse of ward)

우리나라의 피구금자 간음죄에 해당하는 범죄로서, 예컨대, 연방형법은 연방교도소

2904) M.C.L.A. 750.520a(7).
2905) A.R.S. §13-1401(4).
2906) New York Penal Law §130.70.
2907) 11 Del. C. §772.
2908) Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186, 190-91(1986).
2909) 현재 합의에 의한 계간죄를 처벌하는 주는 "음란행위(unnatural and lascivious act)로 규정하여 벌하는데(예컨대, 플로리다주 형법(F.S.A.§800.02)), 이들 중 성인 간 합의에 의해 이루어지는 항문성교는 음란행위에 해당하지 않는다고 판결하여 무죄를 선고한 한 주도 있다(예컨대, 메사추세츠주, Commonwealth v. Balthazar, 318 N.E.2d 478판결).
2910) Ala. Code 1975 §13A-6-63.
2911) 11 Del. C. §761(h).

나 구금시설, 연방 당국에 의한 위탁 구금시설에 공식적으로 구금되어 관리·감독 하에 있는 사람과 성적 행위(sexual act)를 하거나 하려고 한 사람에 대하여는 15년 이상의 징역에 처한다고 규정하고 있다.[2912]

3. 강제추행(Sexual assault)

가. 현황

성교 또는 유사 성행위가 아니더라도 의사에 반한 성적 접촉을 처벌하는데, 성적 접촉(sexual contact), 성추행(sexual assault 또는 sexual battery), 성적 학대(sexual abuse)[2913] 등으로 규정한다. 우리나라의 강제추행죄에 해당한다고 볼 수 있다. 의사에 반하는 성적 접촉에 대하여 미국의 대다수 주가 별도의 처벌 규정을 두고 있고 일부 주는 커먼로 규정인 음란죄(lew and lascivious)죄로 처벌하기도 한다.[2914]

나. 구성요건

일반적인 구성요건은 ① 성적 만족을 목적으로 ② 상대방의 의사에 반하여 ③ 은밀한 신체 부위(intimate parts)에 접촉(touching)을 하는 것이다. 다만, 연방[2915]이나 이하에서 설명하는 뉴욕주와 같이 성적 목적뿐만 아니라 모욕, 괴롭힘의 목적으로 추행하는 경우를 포함하는 주도 있다. 또한 은밀한 신체 부위는 대체로 특정 부위를 열거하는 입법례가 많지만 "성적인 또는 은밀한 신체 부위"라는 일반적인 규정만 두는 주도 있다.[2916] 상대방의 의사에 반하는 경우는 ① 폭력, 협박 등으로 상대방의 의사를 강요하는 경우 ② 의식이 없거나 잠들어 있는 경우 또는 신체적, 정신적 장애, 미성년자와 같이 동의 능력이 없는 경우가 해당한다.[2917]

2912) 18 U.S.C.A. §2243(b).
2913) 아리조나주 형법(A.R.S. §13-1404).
2914) Model Penal Code - Sex. Assault &Related Offenses §213.6 DD No 2 (2015), comment: 1. Current law(이성기, 강제추행죄에서 '추행' 판단의 판례상 문제점과 개선방안 : 미국과 영국의 비교법적 검토를 중심으로, 법학논총 제34권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2017, 205면에서 재인용).
2915) 18 U.S.C.A. §2246(3).
2916) 예컨대, 켄터키주 형법(KRS §510.010(7)).
2917) Charles E. Torcia, Wharton's Criminal Law Volume 1, 15th ed., Clark Boardman Callaghan,

1) 캘리포니아주

캘리포니아주는 폭행죄(battery)의 장에 성추행(sexual battery)을 규정하고 있는 것이 특징이다. 구성요건은 "성적인 흥분, 성적인 만족, 성적 남용을 목적으로 의사에 반해 사람의 은밀한 신체 부위를 터치(touch)하는 사람은 6개월 이하의 징역 및(또는) 2,000달러 이하의 벌금에 처한다."고 규정하고 있다.[2918] 다만, 가해자가 사용자(employer)이고 피해자가 피고용인인 경우에는 3,000달러 이하의 벌금 및(또는) 6개월 이하의 징역에 처한다.[2919] 이때 '터치(touch)'는 물리적 접촉으로서 직접 또는 가해자의 옷이나 피해자의 옷을 통해서도 이루어질 수 있다.[2920] '은밀한 신체 부위'는 성기, 항문, 사타구니, 엉덩이 및 여성의 가슴을 의미한다. 피구금된 사람, 장애인 등 피해자에 따른 가중처벌 규정도 있다. 아리조나주[2921], 미시건주[2922]도 이와 같이 유사한 규정을 두고 있다.

2) 뉴욕주

뉴욕주는 성범죄(sex offenses)장에서 강제접촉(forcible touching)이라고 규정한다. "모욕, 학대, 가해자의 성적 욕망을 만족할 목적으로 고의로 정당한 이유 없이 다른 사람의 성적 또는 은밀한 신체부위를 강제로 접촉하는 사람은 A급 경죄로 처벌한다."[2923] 또한 버스, 지하철 등에서 위와 같은 목적으로 성적 접촉(sexual contact)을 하는 사람도 동일한 형으로 처벌한다.[2924] 이때 강제 접촉은 꽉 쥐거나(squeezing), 움켜잡거나(grabbing), 꼬집는(pinching) 행위를 포함한다.[2925] 성적인 목적뿐만 아니라 모욕, 학대 목적도 포함한다는 특징이 있다. 유사한 입법례로서 미시건주가 성적 만족뿐만 아니라 복수, 모욕, 분노로 인해 발생하는 성적 접촉을 포함한다고 규정하고 있다.[2926]

2019, §292.

2918) Cal. Penal. Code §234.4(e).

2919) Cal. Penal. Code §234.4(e)(단서 조항).

2920) Cal. Penal. Code §234.4(2).

2921) A.R.S. §13-1401.

2922) MC.L.A. 750. 520.

2923) New York Penal Law §130.52.1(뉴욕주 형법에 따르면 경죄(misdemeanor)는 1년 미만 15일을 초과하여 자유형을 선고할 수 있는 죄라고 규정하고 있으며(N.Y. Penal Law §10.00(4)), A급 경죄는 1년의 징역형과 1,000달러의 벌금을 각각 또는 병과할 수 있다).

2924) New York Penal Law §130.52.2.

2925) New York Penal Law §130.52.2.

3) 켄터키주

켄터키주는 "은밀한 신체 부위"에 대한 예시적 규정을 두고 있지 않다. "성적 접촉"을 자신 또는 상대방의 성적 욕망을 충족하기 위하여 상대방의 성적 또는 은밀한 신체부위를 접촉하는 것이라고 규정한다.[2927] 성적 학대(sexual abuse)는 3등급으로 나눈다. 1급 성적 학대는 ① 강요(forcible compulsion)[2928]로 성적 접촉을 하거나, ② 동의할 수 없는 육체적 장애인, 12세 미만, 정신이상 또는 지적 장애가 있는 사람과 성적 접촉을 하거나, ③ 21세 이상인 사람이 16세 미만과 성적 접촉을 하거나 16세 미만의 사람이 있는 곳에서 자위행위를 하거나 16세 미만의 사람이 보거나 들을 수 있는 상태에서 전화, 인터넷, 기타 전기 통신기기를 통하여 대화하면서 자위행위를 하는 행위, ③ 감독 또는 신뢰관계에 있는 사람이 18세 미만의 감독 또는 신뢰관계 있는 사람과 성적 접촉을 하거나 그 앞에서 자위행위를 하는 경우 등을 말하는데 D급 중죄로 처벌하며, 만약 피해자가 12세 미만인 경우에는 C급 중죄로 처벌한다.[2929] 2급 성적 학대는 가해자가 21세 미만 18세 이상인 사람이 16세 미만의 의사에 반한 성적 접촉을 하는 경우 등이 해당하고 이를 A급 경죄로 처벌한다. 다만, 피해자가 14세 이상이며 가해자와의 나이 차이가 5살보다 작다면 항변사유에 해당한다.[2930] 3급 성적 학대는 상대방의 동의 없이 성적 접촉을 하는 것으로서 일종의 비동의 추행죄에 해당하며 B급 경죄로 처벌한다.[2931] 다만, 피해자가 14세 이상이며 가해자가 18세 미만인 경우와 같이 일정한 항변사유가 있다.[2932]

4) 가중적 구성요건

강제추행 중 또는 범죄행위 중 피해자에게 상해를 입히거나 흉기를 휘두르거나 치명적 무기 또는 흉기 휴대 사실을 언어 또는 행동으로 밝힌 경우에는 가중 처벌한다. 예컨대, 델라웨어주는 이 같은 행위를 1급 강제추행죄로 규정하고 D급 중죄로 처벌한

2926) M.C.L.A. §750.520a.
2927) KRS §510.010(7).
2928) 물리적 폭력이나 폭력 행사에 대한 위협, 명시적, 묵시적으로 상대방 또는 제3자에 대한 생명, 상해, 약취에 대한 협박을 의미한다(KRS §510.010(2)).
2929) KRS §510.110.
2930) KRS §510.120.
2931) KRS §510.130.
2932) KRS §510.130(2).

다.[2933] 이외에도 피해자가 아동·청소년인 경우 가중처벌 규정이 있는데 이에 대하여는 이하에서 설명한다.

4. 아동·청소년 보호 목적 성폭력범죄

가. 의제강간(statutory rape)

1) 현황

초기 커먼로는 10세 미만 아동과 성관계를 하는 경우 동의 여부와 관계없이 중범죄로 처벌하였는데, 20세기 초반 사회 정화 운동(social purity movement)의 일환으로 각 주 의회는 동의 연령을 상향하기 시작하여[2934] 현재 미국 대다수의 주[2935]는 16세 미만의 아동·청소년에 대하여 동의 능력이 없다고 규정하고,[2936] 일부 주는 17세나 18세로 규정하고 있다.[2937] 문제는 같은 또래나 청소년 사이에 발생하는 성관계를 처벌할 것이냐이다. 일률적인 의제강간죄의 적용이 문제가 되자 생물학적 연령을 기준으로 의제강간죄를 엄격하게 적용하는 주[2938]와 달리 대다수 주는 청소년의 성적 자기결정권을 존중하되 성인 등의 강요적인 성관계로부터는 보호하는 입법정책을 취하기 시작했다.[2939]

2933) 델라웨어주 형법상 일반인에 대한 강제추행은 3급 강제추행죄(unlawful sexual contact)로서 A급 경죄로 처벌하지만(11 Del. C.§767), 피해자가 일정한 연령의 아동·청소년인 경우 2급 강제추행죄(11 Del. C.§768), 상해를 입히거나 흉기를 휘두른 경우 등은 1급 강제추행죄로 처벌한다(11 Del. C.§769).

2934) Britton Guerrina, Mitigating Punishment for Statutory Rape, 65 U. Chi. L. Rev. 1251, 1255(1998).

2935) 약 33개의 사법지역이 이에 해당한다(P. Robinson & T. Williams, Mapping American Criminal Law ch. 23 (2018))(Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.4(c)).

2936) 다만, 델라웨어주와 같이 피해자가 16세 미만이면서 가해자와의 나이차이가 4세를 초과할 때를 조건으로 동의능력을 부정하는 주도 있다. 델라웨어주에서는 12세 미만의 경우에는 절대적으로 동의능력이 없다고 규정하고 있다(11 Del. C. §761(l).

2937) 7개의 주가 이에 해당한다(Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.4(c)).

2938) 예컨대, 델라웨어주의 경우 18세 미만의 사람과 성적 접촉(sexual contact)을 하는 경우 가해자의 연령에 관계없이 처벌한다(11 Del. C. §768).

2939) Britton Guerrina, Mitigating Punishment for Statutory Rape, 65 U. Chi. L. Rev. 1251, 1255(1998).

2) 주별 입법례

현재 미국의 의제강간죄에 관한 입법은 크게 세 가지로 분류할 수 있다. 첫째, 성적 행위의 유형과 연령에 따라 금지행위를 규정하는데, 예컨대, 미시건주의 경우 13세 미만의 아동은 성적 행위에 대한 동의 능력이 없고, 13세부터 15세까지는 애무와 같은 행위에 대한 동의능력이 있으며, 16세부터 성관계에 대한 동의능력이 있다고 규정하는데, 13세부터 15세까지의 피해 아동 중 5살 이상이 많으면서 그 아동과 성적 접촉(sexual contact)을 한 사람은 D급 중죄로 처벌한다.[2940] 둘째, 동의 능력을 생물학적 연령에 따라서 규정하되, 피해자의 연령에 따라 처벌의 정도를 달리하는 경우이다. 예컨대, 메릴랜드주는 13세 미만의 아동과 성관계를 하는 가해자가 피해 아동보다 4살 이상일 경우 2급 강간죄로 처벌[2941]하는 반면에 14세 또는 15세의 청소년과 성관계를 하는 21세 이상의 가해자는 3급 성범죄(sexual offense)로 처벌된다.[2942] 셋째, 동의능력 없는 피해자와 가해자 사이에 일정한 나이 차이가 있는 경우에만 처벌하는 방식이다. 예컨대, 네브라스카주의 경우 12세 미만의 아동과 성관계를 한 가해자가 19세 이상인 경우, 12세부터 15세까지의 아동과 성관계를 한 경우 가해자가 25세 이상인 경우에만 1급 성폭력 범죄(2급 중죄)로 처벌한다.[2943] 연방형법도 12세 이상 16세 미만인 피해아동과 성관계 등 성적 행위를 한 경우 가해자가 4세 이상 연상인 경우 15년 이상의 징역에 처하도록 규정한다.[2944] 아이오와주는 쌍방이 14세 이상이고 나이 차가 6살 미만인 경우에는 처벌하지 않는다.[2945] 한편, 의제강간죄의 객체와 관련하여 여성만을 대상으로 하는 주가 아직까지 5개 주가 있는데 평등권에 위배된다는 위헌논란에 대해 임신의 위험에 대한 불균형적 부담을 지는 10대 여성을 보호하기 위한 목적에 비추어 정당하다는 연방대법원의 합헌결정이 있었다.[2946]

2940) 이때의 성적 접촉은 신체의 민감한 부위(intimate parts)인 생식기 부분(genital area), 사타구니(groin), 허벅지 안쪽(inner thigh), 엉덩이(buttock), 가슴(breast)을 성적 만족을 위해 접촉하는 것을 말한다(MC.L.A. 750. 520a).

2941) MD Code Art. 27, §463.

2942) MD Code Art. 27, §464B(13세 미만 아동과 성적 접촉을 한 4세 이상 가해자도 3급 성범죄로 처벌한다).

2943) Neb. Rev. St. §28-319.01(1).

2944) 18 U.S.C.A. §2243(a).

2945) I.C.A. §709.4(b).

2946) Michael M. v. Superior Court, 450 U.S. 464(1981).

3) 동의능력에 대한 착오

(1) 착오의 항변

대상 연령에 대한 합리적인 착오가 있는 경우 피고인에게 항변사유가 되는지에 대하여 의제강간죄를 엄격책임(strict liability)으로 보던 전통적인 기준은 이를 인정하지 않았다.[2947] 그러나 1964년 캘리포니아주 대법원이 피해자의 연령에 대한 합리적인 착오를 항변사유로 인정하였고,[2948] 현재는 2/3 이상의 주가 일정 연령에 대한 착오를 항변사유로 인정하고 있다.[2949] 대체로 연령에 대한 착오는 원칙적으로 합리적이라고 인정하지 않지만 가해자의 연령이 4살 보다 많지 않다면 항변을 인정하는 규정이 일반적인 규정이라고 볼 수 있다.[2950] 단, 항변 사유의 입법 방식은 주별로 다양하다. 알라스카주는 피해자가 금지 연령이 아니라는 것을 확인하기 위한 합리적인 조치를 취한 경우에 적극적 항변이 인정되고,[2951] 아리조나주의 경우 15세에서 17세까지 연령에 대한 착오이면서 가해자가 19세 미만이거나, 고등학생 가해자가 피해자보다 24개월 이상 나이가 많지 않은 경우에 이 항변을 인정한다.[2952] 그러나 워싱턴주와 같이 피해자가 금지 연령 이상이라는 사실을 스스로 얘기했어야 한다는 조건을 추가로 규정하는 경우도 있다.[2953] 반면에 켄터키주는 예외적으로 금지연령임을 몰랐다면 다른 조건 없이 항변을 허용한다.[2954] 모범형법전은 10세 미만의 경우에는 그 착오가 합리적이라도 항변을 절대적으로 인정하지 않고, 10세 이상의 경우에는 연령에 따라 합리적인 착오를 항변사유로 인정하고 있다.[2955]

(2) 착오의 입증

의제강간죄에 대하여 연령의 착오를 허용하지만 연방형법과 같이 피고인이 대상자의 나이 및 자신과의 나이 차이를 인식하고 있었다는 것을 입증할 필요가 없다고

2947) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.4(c).
2948) People v. Hernandez, 393 P.2d 673, 678 (Cal. 1964).
2949) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.4(c).
2950) 델라웨어주 형법(11 Del. C. §762(a)(d).
2951) AS §11.41.445(b).
2952) A.R.S. §13-1407(E).
2953) RCWA 9A.44.030(2).
2954) KY. Rev. Stat. Ann. §510.030.
2955) Model Penal Code §213.6(1).

명시적으로 규정하는 경우도 있다.[2956] 착오에 대한 거증책임에 대하여도 연방 형법과 같이 성관계 대상자가 16세 이상임을 합리적으로 믿었다는 것을 우월적 증거(preponderance of evidence)로 입증해야 한다고 규정하는 주들이 다수 있다.[2957]

나. 아동·청소년 성폭력범죄에 대한 가중 처벌

1) 연령에 따른 가중 처벌

이상에서 살펴본 바와 같이 아동·청소년에 대한 성폭력 범죄의 처벌은 피해자 및 가해자의 연령에 따라 허용되는 성적 행위를 구분하여 금지 및 처벌하는 것이 일반적이다. 예컨대, 캘리포니아주는 피해자가 14세 미만이고 가해자와 연령차이가 7세 이상이면서, 폭력, 협박 등 강요에 의한 강간, 계간, 구강성교 등의 행위를 한 경우에는 중대 성폭력범죄(aggravated sexual assault)로서 무기 또는 15년 이상의 징역형에 처한다.[2958] 뉴욕주는 피해자가 11세 미만이거나, 피해자가 13세 미만이면서 가해자가 18세 이상인 사람이 성관계 또는 성범죄 행위(criminal sexual act)[2959]를 한 경우 B급 중죄로 처벌한다.[2960] 또한 가해자가 18세 이상이면서 피해자가 15세 미만인 사람과 성관계 또는 성범죄행위를 한 경우에는 2급 강간죄에 해당하여 D급 중죄로 처벌하는데, 이때 가해자와 피해의 나이차이가 4살 미만인 사실은 항변사유가 된다.[2961] 가해자가 21세 이상이면서 피해자가 17세 미만인 경우에는 E급 중죄로 처벌한다.[2962] 뉴욕주는 강제추행의 경우에도 피해자가 11세 이하이거나 피해자가 13세 미만이면서 가해자가 21세 이상인 경우에는 D급 중죄로 처벌하고,[2963] 피해자가 14세 미만인 경우에는 A급 경죄로 처벌한다.[2964]

2956) 18 U.S.C.A. §2243(c).
2957) 18 U.S.C.A. §2243(c).
2958) Cal. Penal Code §269.
2959) 뉴욕주는 의사에 반하는 구강성교 또는 항문성교는 강요(forcible compulsion), 동의능력이 없거나 피해자가 11세 미만, 피해자가 13세 미만이면서 가해자가 18세 이상인 경우에 1급 성적 범죄가 성립하고 B급 중죄로 처벌한다. 앞의 제2절 6. 유사성행위 부분 참조).
2960) New York Penal Law §130.35.
2961) New York Penal Law §130.30.
2962) New York Penal Law §130.25.
2963) New York Penal Law§ 130.65.
2964) New York Penal Law§ 130.60.

2) 신뢰 또는 감독관계에 있는 자의 성폭력범죄에 대한 가중 처벌

신뢰관계에 있거나 보호·감독을 하는 자가 일정한 연령에 있는 아동·청소년에 대하여 성폭력 범죄를 저지른 경우 가중 처벌한다. 예컨대, 델라웨어주의 경우 이러한 자가 16세 미만의 사람과 성관계를 한 경우에는 A급 중죄로 처벌하되 가석방이 원칙적으로 허용되지 않는 무기징역에 처하도록 규정하고 있고,[2965] 16세 미만의 사람과 유사성관계를 한 경우에는 B급 중죄로 처벌하되 징역형의 하한이 10년이며,[2966] 16세 이상 18세 미만의 사람과 성관계 또는 유사성관계를 한 사람이 신뢰 또는 보호·감독자이면서 피해자보다 4세 이상인 경우 B급 중죄로 처벌한다.[2967]

3) 상습범

뉴욕주의 경우 11세 미만의 아동에게 3개월 이상의 기간 동안 성관계, 구강성교, 항문성교 또는 중대 성적 학대 행위 중 1개 이상의 행위를 포함하여 2개 이상의 성범죄를 한 경우 또는 가해자가 18세 이상이면서 13세 미만의 아동에게 이상의 행위를 한 경우에 B급 중죄로 처벌한다.[2968] 이 경우 같은 기간 동안 같은 피해자에게 한 다른 성폭력 범죄는 추가 기소되지 않는다.[2969] 델라웨어주도 18세 미만의 청소년과 같은 집에 살거나 자주 방문하는 사람이 3개월 이상의 기간 동안 3개 이상의 성폭력 범죄(강간 및 강제 추행 등)를 저지르는 경우 B급 중죄로 처벌한다.[2970]

5. 소송 및 증거법적 쟁점

가. 고소(complaint) 시기

모델형법전은 성범죄 발생 이후 3개월 이내에 수사 당국에 의해 인지[2971]되지 않으

2965) 11 Del. C. §778(6)(이때 신뢰관계에 있는 경우는 자격증을 가진 상담사 또는 물리치료사, 의사, 성직자, 구금시설의 법집행 공무원, 기타 가족관계, 직업, 고용 등으로 인해 아동과 보호하거나 감독하는 위치에 있는 사람을 의미한다. 11 Del. C. §761(e)).

2966) 11 Del. C. §778(b).

2967) 11 Del. C. §778(c).

2968) New York Penal Law §130.75.

2969) New York Penal Law §130.75.

2970) 11 Del. C. §776(B급 중죄는 일반적으로 2년 이상 25년 이하의 징역에 처한다).

2971) 모범형법전이 "당국(public authority)에 notice되지 않으면"이라고 규정한 것을 이와 같이 번역하였다.

면 기소되지 않는다고 규정하고 있다.[2972] 다만, 피해자가 16세 미만이거나 고소능력이 없는 경우에는 부모 등 보호자가 피해 사실을 안 날로부터 3개월 이내에 고소 등을 통해 수사당국에 인지가 되어야 한다.[2973] 그러나 이는 성폭력 고소가 즉시 이루어져야 피해 진술의 신빙성을 믿을 수 있다는 잘못된 전제를 바탕으로 한 것으로서 신고를 주저하게 되는 피해자의 심리적 측면을 고려하지 않았다는 강한 비판을 받음에 따라 이 규정을 도입했던 주들은 모두 해당 규정을 폐지하였다.[2974] 따라서 오늘날 성폭력 고소가 즉시 없었던 사실은 피해자의 진술의 일관성 등을 탄핵하기 위한 제한적 목적으로는 증거능력이 있으나 피해자의 진술 자체의 신빙성을 부정하는 증거로는 사용될 수 없다.[2975]

나. 피고인의 과거 성폭력범죄 경력

연방형사증거법(Federal Rules of Evidence) 제413조는 피고인이 성폭력범죄(sexual assault)로 기소된 경우 법원은 피고인의 과거 성폭력 경력이 요증 사실과 관련성만 있으면 어떤 사실에 관하여도 증거로 인정할 수 있다고 규정하고 있다.[2976] 또한 같은 법 제414조는 14세 미만의 아동을 상대로 범한 성폭력범죄를 포함한 아동학대죄(child molestation)로 기소된 피고인의 다른 아동학대 사실은 요증 사실과 관련성이 있으면 법원이 증거로 인정할 수 있다고 규정하고 있다.[2977]

다. 피해자의 과거 성행위 전력

커먼로는 성폭력 범죄 피해자의 과거 성행위 전력을 현재 재판 중인 사건과 관련한 성적 행위에 대한 동의가 있었음을 입증하기 위한 목적 또는 피해자의 증언의 신빙성을 탄핵하기 위한 목적으로 증거능력을 인정하였다.[2978] 그러나 이는 오히려 가해자

2972) Model Penal Code §213.6(4).
2973) Model Penal Code §213.6(4).
2974) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.5(a).
2975) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.5(a).
2976) 이 조문에서 성폭력범죄(sexual assault)는 성교(구강, 항문성교) 및 이물질 삽입, 동의 없는 성적 접촉 행위를 말한다(Federal Rules of Evidence Rule 413(d), 28 U.S.C.A)(18 U.S.C.A. §2246).
2977) Federal Rules of Evidence Rule 413(a), 28 U.S.C.A.

보다는 피해자를 법정에 세우게 한다는 비판을 받았고, 이를 계기로 피해자의 과거 성행위 전력을 증거로 사용하는 것을 제한하는 강간피해자보호법(rape shield law)이 제정되게 되었다.[2979] 그러나 이는 수정헌법 제6조의 피고인 대면권(confrontation rights)의 제한 문제가 발생하므로 연방대법원은 입증 취지와 피해자에 대한 편견 가능성을 비교하여 증거능력 유무를 판단한다.[2980] 구체적으로 주마다 다르긴 하지만 대체로 피고인과 가해자와의 과거 성행위는 현재 사건과 관련하여 피해자의 동의가 있었음을 입증하는데 한정하고, 타인과의 성행위 사실은 간음이 피고인의 행위가 아니라는 것을 입증하기 위한 목적으로만 증거로 사용할 수 있다.[2981]

6. 소결

이상에서 살펴본 미국 성폭력범죄는 다음과 같은 특징이 있다. 우선 전체적으로 볼 때, 우리 형법이 규정하고 있는 강간, 유사강간, 미성년자 간음 및 추행, 업무상 위력에 의한 간음죄, 의제강간죄 등을 거의 모두 망라하여 처벌하고 있다는 점에서 범죄 체계로 볼 때는 우리와 크게 다르지 않다고 볼 수 있다. 또한 피해자의 동의 여부를 판단함에 있어서 미국 형법이 과거 '폭력' 및 피해자의 '거부의사'표시에서 피해자의 적극적인 '동의 있음' 여부로 그 기준이 변화하고 있는 것은 비동의 간음죄 도입을 검토하고 있는 우리와 같은 상황에 있다고 볼 수 있다. 그러나 구체적으로 보면 차이점도 많다.

첫째, 강간죄와 관련해서는 다음과 같은 점이 특징이라고 할 수 있다. 전통적인 강간죄, 유사강간, 의제 강간 등을 하나의 성폭력범죄의 개념에 포함시키면서 각 행위 태양에 따라 등급별로 법정형을 달리 정한다는 점이다. 또한 피해자의 연령 및 가해자와의 연령 차이에 따라 동의 능력 유무를 달리 정하고, 항변사유도 달리 인정한다는 점도 우리와 다르다고 할 수 있다. 우리 강간죄가 여전히 폭행, 협박으로 인한 피해자의 저항 여부를 범죄 성립 요건으로 삼는 것과 달리 미국 형법은 피해자의 저항을

2978) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.5(c).
2979) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.5(c).
2980) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 569면.
2981) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §17.5(c).

요건으로 하지 않으며, 폭행, 협박뿐만 아니라 재산, 명예 등에 관한 다양한 형태의 심리적 압박에 의한 강요를 인정하고, 나아가 행위 태양과 별도로 피해자의 동의가 없었다고 판단되면 성관계 그 자체만으로 강간죄를 인정할 수 있도록 다소 완화된 구성요건을 두고 있다는 점이 큰 차이라고 볼 수 있다. 신뢰 및 감독관계에 있는 사람 간에는 피해자의 동의에도 불구하고 강간 등 성폭력 범죄를 인정한다는 점도 특징이다. 위계에 의한 강간의 경우, 원칙적으로 간음행위 자체에 대한 위계를 인정하는 것이 원칙이지만 캘리포니아주와 같이 동기나 과정에 대한 위계를 강간죄의 행위 태양으로 인정하는 경우가 있다는 점도 유의할 필요가 있다.

둘째, 우리의 강제추행에 해당하는 성적 접촉범죄와 관련해서는, 일반적으로 폭행이나 협박을 반드시 요구하지 않는다는 점, 성적 만족을 요구한다는 점, 신체의 민감한 부위를 중심으로 열거하는 방식을 취한다는 점이 다르다고 볼 수 있다. 한편, 의사에 반한 성적 접촉 행위는 폭행이나 협박 없이도 범죄를 인정한다는 점은 우리의 기습추행의 개념과 유사하고, 성적목적이 없이 모욕, 학대 등을 위해 성적 접촉을 하는 경우에도 본 죄를 인정하는 주는 우리와 유사한 측면이 있다.

셋째, 의제강간 및 추행죄의 경우 일반적으로 16세 미만을 대상으로 한다는 점에서 우리 형법상 의제강간 및 추행죄의 피해자 연령과 유사하다. 다만, 우리_이 경우 19세 이상의 사람을 처벌하는데 비해 미국의 경우 피해자와 가해자간 연령의 차이별로 의제강간죄의 등급을 구분하여 달리 처벌하는 점, 피해자의 연령에 대한 착오를 인정함에 있어서 합리적인 착오에 의한 항변을 인정하면서도 일정한 나이 차이가 나면 대체로 항변을 인정하지 않도록 규정한 점, 연방의 경우와 같이 착오의 거증책임을 피고인에게 전환하는 점 등은 우리와 다르다고 볼 수 있다.

넷째, 강간피해자보호법(rape shield law)을 통해 피해자의 과거 성행위 전력을 증거로 하는 것을 제한하는 반면에 피고인의 과거 성범죄 전력은 요증 사실과 관련성만 있으면 증거로 인정할 수 있도록 하는 점은 소송법적 특징이라고 할 수 있다.

제3절 | 프랑스

1. 개관

가. 성폭력(agression sexuelle)의 개념

프랑스 형법상 성범죄는 성폭력(agression sexuelle)[2982] 및 성적침해(atteinte sexuelle)로 지칭되는 범죄들을 가리키며 일부 성풍속에 관한 범죄들도 넓은 의미의 성범죄에 포함시킬 수 있다. 이 두 개념의 구별은 형법전의 규정을 통해 확인된다. 형법전 제222-22조 제1항은 성폭력을 폭행(violence), 강압(위력)(contrainte), 협박(menace) 또는 위계(surprise)에 의하여 범해진 모든 성적침해(atteinte sexuelle)로 정의하고 있다. 그러나 성적침해의 개념에 대하여 형법전은 침묵하고 있으며, 판례 및 학설상 성적침해는 성적 성격의 행위일 것과 가해자와 피해자 사이에 신체적 접촉이 있을 것을 요한다.[2983]

성폭력이 강제적 수단을 통하여 범해진 성적인 성격의 범죄로서 언제든지 처벌된다고 한다면, 성폭력을 제외한 성적침해는 미성년자를 대상으로 하는 경우에만 처벌된다. 이러한 분류방식에 따라 프랑스 형법전은 성폭력과 미성년자에 대한 성적침해를 분리하여 규율하고 있다. 성적침해는 성폭력과의 관계에 있어서 본래 강제의 수반여부를 불문하고 모든 성적 범죄를 포괄하는 광의의 개념으로 사용되지만, 협의의 개념으로 미성년자를 대상으로 한 성폭력 이외의 성적 성격의 범죄를 지칭한다. 즉 성적침해는 때로는 성폭력을 포괄하는 개념으로 때로는 성폭력과 대비되는 개념으로 사용된다.

한편 성폭력은 그 행위의 중대성에 따라 강간과 그 외의 성폭력으로 다시 구분된다. 이는 우리의 강간과 강제추행의 구별과 상응하는 것이라고 할 수 있다. 강간은 성폭력(agression sexuelle)의 특수한 행위형태를 지칭하는 개념이지만, 성폭력이 통상 강간과 강간 이외의 성폭력, 즉 강제추행으로 구분되는 입장에 따르면 성폭력(강제추행)은 협의의 개념으로서 성적삽입 이외의 강제에 의한 성적 범죄를 의미하며, 광의의 개념

2982) 국내 일부 문헌에서는 성적가해로 해석되기도 한다.

2983) Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 713면

으로서 강간을 포함하여 강제를 수반한 모든 성적 범죄를 의미하게 된다.

성폭력에 해당하려면 행위자가 폭행, 강압, 협박, 위계 중 어느 하나의 수단을 이용하여야 하며 행위가 성적침해에 해당하여야 한다. 따라서 단순히 성적행위에 대해 부동의를 하였다는 사실만으로 성폭력이 성립하지 않으며, 위의 어느 하나의 수단을 이용하였다는 사실이 증명되어야 한다.[2984] 그렇다고 하여 우리법의 입장과 유사하게 항거불능 또는 항거가 현저히 곤란할 정도의 강제가 행사가 되어야 하는 것은 아니다.

행위수단 면에서 프랑스 법이 특징은 폭행과 협박으로 제한되지 않고 강압(위력)과 위계를 포함시키고 있다는 점이다. 비록 구체적인 적용에 있어서는 다소 차이가 있지만 우리 법에서 성범죄의 수단으로 제시되는 폭행, 협박, 위력, 위계와 상당한 유사성을 가지고 있다. 폭행(violence)은 행위자가 피해자로부터 자신이 원하는 행동을 얻기 위하여 피해자에게 행사된 신체적 압력을 의미한다. 폭행은 피해자에게 행사되어야 하며, 제삼자에 대하여 행사되어서는 안 된다.[2985] 과거 판례에 비하여 현대에 와서 폭행에 대한 피해자의 저항수준은 완화되어 평가되고 있다.[2986] 강압(contrainte)은 신체적 것과 정신적인 것으로 세분되며 전자는 폭행과 마찬가지로 신체적 압력을 행사하는 것을 말하며, 후자는 해악을 고지하여 피해자를 협박하는 것을 말한다. 강압이 폭행과 협박으로 대체될 수 있는 개념이라는 점에서 그 독자성은 축소될 수밖에 없으나, 다만 협박에 해당되지 않는 약속이나 보상을 조건으로 심리적 압력을 가하는 형태를 보완할 수 있다.[2987] 위계(surprise)는 일상용어인 기습으로 해석되는 경우가 있으나, 실제상황에 대하여 피해자를 기망하거나 그것을 인식하는데 어려움이 있음을 악용하여 성적인 호의(급부)를 얻는 것을 의미한다.[2988] 즉 위계는 피해자를 적극적으로 기망하거나 피해자의 부지 또는 착오를 이용하는 것을 말한다. 대표적인 사례로 밤에 여성이 잠들어 있는 사이에 방에 침입하여 남편으로 오인한 여성과 성관계를

2984) Crim. 22 sept. 1999, Bull. n°195.

2985) Jéan Larguier/Philippe Conte/Anne-Marie Larguier, Droit pénal spécial, 13e éd., Dalloz, 2005, 252면.

2986) Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 686-687면.

2987) Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 686면.

2988) Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 686면.

갖거나, 피해자가 의식이 없거나 술에 취에 있는 상태를 이용하는 것이 여기에 해당한다.

피해자의 나이가 어리다는 사실은 과거 판례[2989]를 통해서 강압 또는 위계에 해당할 수 있음을 보여준다.[2990] 이러한 해석상의 논란을 없애고 아동에 대한 성범죄에 적극적으로 대응하기 위해 2010년 2월 8일의 법률에 의해 신설되고 2018년 개정된 제222-22-1조는 강압(contrainte)이 신체적인 것뿐만 아니라 정신적인 것을 포함한다고 명시하면서(제1항), 미성년자에 대하여 범죄가 범해진 경우에 정신적 강압 또는 위계(surprise)는 피해자와 행위자 사이에 존재하는 연령의 차이 및 행위자가 피해자에 대하여 행사하는 법적 또는 사실상의 권위(감독권)(l'autorité)에 기인할 수 있으며, 여기서 사실상의 권위는 미성년 피해자와 성년의 가해자 사이의 의미 있는 연령의 차이에 의해 특정될 수 있다고 규정하였다(제2항). 또한 15세 미만의 아동에 대하여 범해진 때에는 정신적 강압 또는 위계(surprise)는 이러한 행위에 필요한 사리분별력을 갖추지 못한 피해자의 취약성을 이용한 것에 의해 특정될 수 있다고 규정하였다(제3항).

성적인 성격의 다양한 범죄들의 등장으로 인하여 입법자들은 지속적으로 새로운 범죄들의 목록들을 추가하고 있다.[2991] 예를 들어, 2013년 8월 5일의 법률에 의해 신설된 형법전 제222-22-2조는 폭행, 강압, 협박 또는 위계에 의하여 제삼자에 의한 성적침해를 감수하도록 강요(contraindre)하는 행위를 성폭력을 구성하는 것으로 규정하면서(제1항), 행위자에 대하여 다른 성폭력과 동일한 형에 의해 처벌하고(제2항), 미수범에 대하여 동일하게 처벌하도록 규정하였다(제3항).[2992] 또한 2018년 8월 3일의 법률에 의해 신설된 제222-30-1조는 강간 또는 강제추행을 범하기 위한 목적으로 피해자의 분별력 또는 행위의 통제력을 약화시킬 수 있는 성질의 물질(약물)을 투여한 행위를 독립된 범죄로 규정하고, 행위객체가 15세 미만의 아동이거나 특별히 취약한 사람인 때에는 가중처벌 하도록 규정하였다.

2989) Crim. 7 déc. 2005, Bull. n°326.

2990) Michel Véron, Droit pénal spécial, 16e éd., Sirey, 2017, 72면.

2991) Michel Véron, Droit pénal spécial, 16e éd., Sirey, 2017, 72면.

2992) 새로운 범죄의 신설은 소위 자신의 여자 친구를 다른 친구들에게 빌려주는 사회적 현상의 증가에 대처하기 위한 것으로 설명된다 : Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 685면.

나. 체계 및 구성

성범죄를 성폭력과 미성년자에 대한 성적침해로 구분하는 입장을 따르고 있으며, 형법전상의 체계에 있어서도 제2권 제2장 제2절 섹션 3 '성폭력'과 제2권 제2장 제7절 '미성년자 및 가족에 대한 침해'섹션 5 '미성년자 위험초래'(De la mise en péril des mineurs)에 포함되는 성적침해에 관한 죄(제227-22조부터 제227-28-3조까지)로 구성되어 있다. 성폭력 범죄의 구체적인 구성을 살펴보면 제1 패러그랩(Paragraphe) '강간'(제22-23조부터 제222-26-1조까지), 제2 패러그랩 '기타 성폭력'(제222-27조부터 제222-31조까지)), 제3 패러그랩 '근친성폭력'(제222-31-1조부터 제222-31-2조까지), 제4 패러그랩 '공연음란 및 성적괴롭힘'(제222-32조부터 제222-33조까지)으로 구성되어 있다. 미성년자에 대한 성적침해에 해당하는 범죄로는 15세 미만 아동성적침해죄(제227-25조)와 15세 이상 미성년성적침해죄(제227-27조)가 있다.

강간죄, 강제추행죄, 성적침해죄의 가중사유들은 별도의 가중적 구성요건으로 규정되어 있지 않고 기본범죄에 대한 가중사유들을 하나의 조문에 통합하여 열거하는 방식을 취하고 있다. 다만 특별히 가중하거나 특수한 형태에 대하여는 우리와 마찬가지로 별도의 조문으로 규정하고 있다. 예를 들어 형법전 제222-24조는 단순 강간죄(제222-23조)에 대한 가중사유 14가지를 규정하고 있으며, 강간치사죄, 가혹행위를 수반한 강간죄, 강간교사죄에 대하여는 제222-25조, 제222-26조, 제222-26-1가 규정하고 있다. 강간추행죄(제222-27조)의 가중사유에 대하여는 형법전 제222-28조가 11개의 가중사유를 규정하고 있으며, 특별히 취약한 대상에 대한 강제추행죄, 15세 미만 아동에 대한 강제추행죄는 제222-29조, 제222-29-1조에서 각각 규정하고 있으며, 특별히 취약한 대상에 대한 강제추행죄에 대한 7개의 가중사유는 제222-30조에서 규정하고 있다. 아울러 특수한 형태의 범죄로서 강간 또는 강제추행 목적의 약물투약죄(제222-30-1조)와 독립된 범죄로서 강제추행교사죄(제222-30-2조)와 미수범처벌 규정(제222-31조)이 있다. 근친성폭력에 대한 정의와 친권박탈에 대하여는 제3 패러그랩에 포함된 제222-31-1조, 제222-31-2조가 각각 규정하고 있을 뿐 처벌에 대하여는 강간죄와 강제추행죄에서 다뤄지고 있다.

제227-26조는 단순 성적침해죄(제227-25조)에 대한 5가지 가중사유를 규정하고 있다. 이들 범죄들에 대한 미수범처벌 규정(제227-27-2조)이 있으며, 강간죄 및 강제

추행죄와 마찬가지로 독립된 범죄로서 성적침해죄교사죄(제227-28-3조)를 규정하고 있다. 이 외에도 미성년부패조장죄(제227-22조), 성적제안죄(제227-22-1조), 미성년포르노그래피촬영등죄(제227-23조), 미성년유해음란물등제작유포죄(제227-24조)도 성범죄에 포함시킬 수 있다.

2. 강간(le viol)

가. 구성요건

1) 객관적 구성요건

전통적으로 강간은 남성에 의하여 여성을 상대로만 범해질 수 있는 것으로 이해되어 왔으나, 1980년 구 형법전 제332조를 개정하여 이러한 구별을 없으며 현행 형법전도 과거의 규정을 그대로 수용하고 있다.[2993] 형법전 제222-23조 강간죄를 폭행, 강압, 협박, 위계에 의하여 타인에 대하여 또는 행위주체에 대한 여하한 성격의 모든 '성적 삽입'로 규정하면서(제1항), 15년 이하의 징역에 처하도록 규정하고 있다(제2항). 따라서 모든 강간죄는 중죄로 처벌되며 중죄법원에서 시민이 참여하는 참심재판의 대상이 된다. 강간죄의 주체와 객체는 남성, 여성 모두 가능하다. 즉 여성이 단독으로 남성을 강간하거나 여성이 단독으로 여성을 강간하는 것도 가능하다. 강간을 포함한 모든 성폭력(강제추행)이 피해자의 동의가 없이 강제적으로 이루어지는 것이라는 점에서 보면 강간과 강제추행의 구별은 성적인 삽입행위가 있었는지의 여부에 따른다. 강간죄에 있어서 삽입의 형태는 불문한다. 남성의 성기에 의하여 삽입하거나 여성의 성기 내부에 삽입하는 것을 의미하므로 남성 또는 여성을 불문하고 피해자의 여하한 신체부위에 남성의 성기를 삽입하거나, 피해자인 여성의 성기 내부에 남성의 성기, 손가락, 물건 등 여하한 수단을 삽입하는 것이 해당된다.[2994] 그런데 성적 삽입은 우리 법에서 논해지는 성기의 결합과는 다소 그 개념의 차이가 있다. 성적 삽입은 그 개념상 본래 그 주체가 자신의 성기나 신체일부 또는 물건을 타인의 성기 또는

2993) Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 692면.

2994) Jéan Larguier/Philippe Conte/Anne-Marie Larguier, Droit pénal spécial, 13e éd., Dalloz, 2005, 251면.

신체내부에 삽입하는 것을 의미하므로, 피해자로 하여금 행위자(범인)를 대상으로 삽입행위를 하도록 하는 경우(예를 들어, 여성이 남성으로 하여금 자신의 신체부위에 삽입하도록 하거나 행위자가 피해자를 상대로 구강성교를 하는 경우)[2995]에는 강간죄가 아닌 강제추행죄로 처벌해야 하는 문제가 생긴다. 이러한 강간죄의 구성요건이 현실에서 발생할 수 있는 다양한 형태의 강간행위를 포섭하지 못하는 문제로 인하여 2018년 8월 3일의 법률은 강간죄의 구성요건을 수정하여 다른 사람에 대한 삽입행위 뿐만 아니라 반대의 입장에서'행위자(범인)에 대한'(sur la personne de l'auteur) 삽입행위도 행위의 한 형태로 추가하였다.

강간죄는 성폭력범죄에 해당하며 폭행, 협박, 강압, 위계의 4가지 수단 중 어느 하나를 반드시 이용해야 범죄가 성립하며 피해자의 동의가 있으면 범죄는 성립하지 않는다. 피해자의 동의와 관련하여 논란이 되는 것이 부부강간죄 성립여부이다. 부부 사이에 강간죄가 성립할 수 있다는 대법원 판례[2996]가 1990년대에 이미 나왔으나 2006년 4월 4일의 법률에 의해서 개정된 조항은 혼인관계를 포함하여 여하한 관계 사이에서도 강간죄와 강제추행죄가 성립할 수 있다는 점을 명문화하였다. 다만 반대증거가 없는 경우에 부부의 합의가 추정된다는 단서가 달렸다. 이 법률은 또한 강간죄 및 강제추행죄의 일반적 가중사유에 배우자 또는 동거인에 의한 경우를 추가하였다. 최종적으로 2010년 7월 9일의 법률(제2010-769호)은 합의추정의 문구를 삭제함으로써 부부 사이의 강간죄 및 강제추행죄가 일반인과 동일한 요건에서 성립하고 더 나아가 가중처벌의 대상이 되는 현재의 체계를 확립하였다. 강간죄의 미수범은 중죄로서 처벌되며, 예를 들어 행위자가 피해자의 가슴을 만지면서 피임도구를 착용하는 실행행위의 착수에 나아갔으나 일시적인 신체적 장애로 인하여 삽입을 하지 못한 경우 여기에 해당한다.[2997] 반면에 행위가 개시되었으나 중단된 경우에 성적삽입에 의해 완성될 수 있었던 것인지를 판단하는 것이 용이하지 않은 경우에 있어서는 강제추행죄를 적용하여 소추하는 것이 선호된다.[2998]

2995) Crim. 22 août 2001, Bull. n°169 ; Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 693-694면.
2996) Crim. 5 sept 1990, Bull. n°313.: Crim. 11 juin 1992, Bull. n°232.
2997) Crim. 10 janv. 1996, Bull. n°14.
2998) Michel Véron, Droit pénal spécial, 16e éd., Sirey, 2017, 76면.

2) 주관적 구성요건

대부분의 경우에 있어서 피해자에게 가해진 폭행은 묵시적으로 행위자의 불법고의를 드러내지만 다른 고의범의 경우와 마찬가지로 강간죄에 있어서 행위자는 피해자가 원하지 않는 성관계를 강요하고 있다는 것을 인식하고 있었던 경우에 한하여 범죄가 성립한다.[2999] 그런데 행위자가 피해자의 저항이 진지하지 않거나 동의를 배제하지 않는 것으로 판단하여 행동한 경우에 문제가 발생한다. 이러한 측면에서 행위 이전의 피해자의 태도에 대한 검토가 필요하며 피해자가 다소 신중하지 못했던 경우에 있어서 판사는 행위자가 악의 없이 저항의 진정한 성격에 대하여 착오를 일으켰다는 확신을 갖게 된다.[3000] 행위자는 쉽게 피해자의 수동적 태도를 유효하게 주장할 수 없다. 이러한 피해자의 행동은 동의를 뜻하는 것이 아니라 위축되어 자신을 방어할 수 없도록 만드는 근심과 놀람으로 종종 설명되기 때문이다.[3001]

나. 가중사유

형법전 제222-24조는 단순강간죄에 대한 14가지 가중사유를 열거하면서 이 중 어느 하나에 해당하는 경우 20년 이하의 징역형에 처하도록 규정하고 있다. 이 가중사유들은 행위주체의 속성, 피해자의 속성, 행위주체와 피해자와 공통된 속성, 행위상황, 발생결과 등으로 분류할 수 있다. 구체적인 가중사유는 다음과 같다.

즉, 형법전 제222-24조는 강간이 신체절단 또는 영구적 장애를 초래한 경우(1호), 강간이 15세 미만인 아동에 대하여 범해진 경우(2호), 연령, 질병, 불구, 심신미약 또는 임신상태로 인하여 특별히 취약하다는 사실을 행위자가 알고 있거나 외관으로 알 수 있는 사람에 대하여 범해진 경우(3호), 경제적 또는 사회적 상황의 불안정으로 인하여 특별히 취약성 또는 의존성이 있는 사람에 대하여 범해진 경우(3호의2), 존속 또는 피해자에 대하여 법적 또는 사실상의 권위(감독권)를 가지고 있는 다른 자에 의하여 범해진 경우(4호), 직무상 자신에게 부여된 권한을 남용하여 범해진 경우(5호), 정범

2999) Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 694면.

3000) Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 694면.

3001) Michel Véron, Droit pénal spécial, 16e éd., Sirey, 2017, 76면.

또는 공범의 자격으로 여러 사람이 관여하여 범해진 경우(6호), 무기를 사용하거나 무기로 협박하여 범해진 경우(7호), 불특정 대중을 대상으로 메시지를 전파하기 위한 전기통신망을 이용하여 행위자가 피해자와 접촉한 경우(8호), 다른 피해자들에 대하여 범해진 하나 또는 수개의 다른 강간행위와 경합하여 범해진 경우(10호), 피해자의 배우자, 동거인, 공동체시민협약(PACS)을 맺은 동반자에 의하여 범해진 경우(11호), 만취상태 또는 약물의 명백한 영향을 받는 자에 의해 범해진 경우(12호),[3002] 성매매에 종사하는 사람에 대하여 그 활동의 수행 중에 범해진 경우(13호), 미성년자가 범행 당시 현장에 있었거나 참석한 경우(14호), 피해자의 사리분별력 또는 행위의 통제력을 약화시키기 위하여 피해자 몰래 약물을 투여한 경우(15호)를 가중사유로 들고 있다.

위의 가중사유를 적용함에 있어서 몇 가지 유의할 점들이 있다. 2호의 사유와 관련하여 강간의 행위수단인 폭행, 강압, 협박, 위계가 결여된 경우에는 제227-25조에 규정된 아동에 대한 성적침해죄를 구성한다. 3호의2와 관련하여 취약성은 범죄에 앞서 이미 존재하여야 하며, 범죄의 결과로 발생한 것은 제외된다.[3003] 4호의 사유와 관련하여 특히 피해자에 대한 사실상의 권위는 가해자와 피해자가 한 지붕 아래에서 생활하는 사실관계로부터 도출될 수 있으며, 다만 계부와의 관계는 제외된다.[3004] 5호의 사유와 관련하여 직무상 부여된 권한과 강간죄의 행위수단인 범인에 의해 행사된 강압(contrainte)은 구별해야 하며 사실인정을 위해서는 중죄법원에서 참심원들에게 별개의 질문으로 제시되어야 한다.[3005] 6호는 합동범에 관한 것으로 범죄실행에 다수가 참가한 것으로 충족되며 참가자의 신원이 확인될 필요는 없다.[3006] 9호는 피해자의 성적지향(orientation sexuelle)을 이유로 범해진 경우였으나 2017년 1월 27일의 법률이 형법전 총칙 제132-77조를 개정하여 모든 범죄에 적용되는 일반적 가중사유로서 성적 지향 또는 성을 이유로 한 범죄를 포함시킴으로써 삭제하였다.

특별한 가중사유로서 강간으로 인하여 피해자가 사망한 때에는 30년 이하의 징역에

3002) 2007년 3월 5일의 법률에 의해 추가되었다.

3003) Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 699면.

3004) Michel Véron, Droit pénal spécial, 16e éd., Sirey, 2017, 77면.

3005) Michel Véron, Droit pénal spécial, 16e éd., Sirey, 2017, 77면.

3006) Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 698면.

처해지며(제222-25조), 강간이 고문 또는 야만적 행위에 선행, 동반, 후행한 때에는 무기징역에 처해진다(제222-26조). 또한 2020년 7월 30일에 신설된 제222-26-1조는 다른 사람으로 하여금 강간죄를 범하도록 재물을 공여하거나 이익의 제공을 제안 또는 약속하는 행위 등에 대하여 강간죄가 범해지지 않거나 기도되지 않아 공범으로 처벌할 수 없더라도 독립된 범죄로서 처벌하도록 규정하고 있다.

3. 강제추행죄(l'agression sexuelle)

가. 구성요건

1) 객관적 구성요건

강제추행죄는 강간 이외의 성폭력범죄를 지칭하며, 형법전 제227-27조는 강제추행죄에 대하여 5년 이하의 구금형 또는 75,000유로 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 행위주체와 피해자는 강간죄와 마찬가지로 남성과 여성을 불문하고 누구든지 될 수 있다. 또한 행위자가 피해자를 상대로 신체적 접촉을 하는 것뿐만 아니라 반대로 피해자로 하여금 가해자의 신체를 만지도록 하는 행위도 강제추행죄를 성립한다. 반면에 원하는 않는 사람들 앞에서 자위행위와 같이 자신에 대하여 성적 행위를 하는 것은 강제추행죄가 아니라 공연음란죄(l'exhibition sexuelle) 또는 미성년부패조장죄를 구성한다.[3007]

강제추행죄는 강간죄와 함께 성폭력 범죄에 해당하는 폭행, 강압, 협박 또는 위계의 수단을 이용하여 범해질 것이 요구된다. 따라서 피해자와의 가족관계에 근거하여 권위(감독권)를 가지는 자에 의해 범해진 경우라고 하더라도 이러한 수단이 사용되지 않았다면 강제추행죄가 성립하지 않는다.[3008] 판례는 강압(contrainte)이 아버지가 자녀에 대한 '일상적 영향력(지배)'에 기인할 수 있다고 보았으며,[3009] 또한 위계(surprise)가 피해자가 만취하여 의식이 혼돈된 상태에서 가해자를 자기의 남자친구로 오인한 것을 가해자가 이용한 사실로부터 도출될 있다고 보았다.[3010] 강제추행죄의

3007) Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 708면.
3008) Crim. 4 févr. 2004. n°03-83.964.
3009) Michel Véron, Droit pénal spécial, 16e éd., Sirey, 2017, 77면.

구성요건상의 행위와 관련하여 성적삽입을 내용으로 하는 강간죄와 달리 그 포섭범위가 명확하지 않은 문제점이 있다. 행위대상인 피해자의 모든 신체가 포함되는 것은 아니며 대부분의 경우 성적 의미가 함축된 것으로 간주되는 해부학적 부위, 예를 들어 성기, 엉덩이, 허벅지, 가슴 등을 경우에 따라 입맞춤을 동반하여 만지는 행위에 의해 성립한다.[3011] 쓰다듬거나 입맞춤을 하는 것과 같은 덜 심각한 행위들에 대한 평가는 행위의 상황이나 피해자의 연령에 따라 달라질 수 있다.[3012] 최근 판례의 경향은 강제추행죄를 넓게 인정하는 추세이며 예를 들어 판례는 엉덩이를 꼬집으면서 어깨로 밀면서 자신의 차에 억지로 타게 하는 행위를 강제추행으로 보았다.[3013]

형법전 제222-27조부터 제222-30-1조에 열거된 강제추행죄의 미수는 처벌한다(제222-31조). 판례는 의사로 신분을 위장하여 젊은 여성에게 진료를 위하여 옷을 벗도록 요구하였으나 이 여성이 겁에 질려 도망친 경우에 미수에 해당한다고 보았다.[3014]

2) 주관적 구성요건

강제추행죄는 고의범으로서 행위자가 행위의 대상자인 피해자의 의사에 반하여 비도덕적이며 음란한 행위를 범한다는 사실을 인식할 것을 요한다. 행위자가 성적인 만족을 얻으려는 의사를 가졌는지는 고려의 대상이 아니며 단순한 동기에 불과하다. 따라서 추행이 호기심, 증오, 복수심 또는 다른 동기를 목적으로 범해졌다고 하더라도 강제추행죄가 성립한다.

나. 가중사유

형법전 제222-28조는 강간죄와 달리 강제추행죄에 대하여 11가지의 일반적 가중사유를 규정하고 있으며, 이 중 어느 하나에 해당하는 경우에 7년 이하의 구금형 또는 100.000유로 이하의 벌금에 처해진다. 여기에 열거된 2호부터 11호까지는 강간죄에 대한 가중사유의 4호부터 15호까지의 사유와 동일하며, 1호는 강제추행이 부상, 상해

3010) Crim. 11 janv. 2017, n°15-86680.
3011) Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 708면.
3012) Michel Véron, Droit pénal spécial, 16e éd., Sirey, 2017, 79면.
3013) Crim. 15 avril 1992, n°91-85.214.
3014) Crim. 14 juin 1995, Bull. n°222.

또는 8일을 초과하는 노동력완전상실을 초래한 경우이다. 이와 함께 제222-29조는 연령, 질병, 불구, 심신미약 또는 임신상태, 경제사회적 상황의 불안정 상태로 인하여 특별히 취약하다는 사실을 행위자가 알고 있거나 외관으로 알 수 있는 사람에 대하여 강제추행을 범한 경우 동일한 형에 의하여 처벌하도록 규정하고 있다.

특별히 취약한 자에 강제추행은 그 자체로 가중사유에 해당하지만 제222-30조는 이 조문에 열거된 8가지 가중사유에 해당하는 경우(중복가중)에 10년 이하의 구금형 또는 150,000유로 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 또한 제222-29-1조는 강제추행이 15세 미만의 아동을 대상으로 범해진 경우에 특별히 형을 가중하여 10년 이하의 구금형 또는 150,000유로 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.

2020년 7월 30일에 신설된 제222-30-2조는 강간죄의 경우와 마찬가지로 다른 사람으로 하여금 강제추행죄를 범하도록 재물을 공여하거나 이익의 제공을 제안 또는 약속하는 행위 등에 대하여 비록 범죄가 실행되지 않거나 기도되지 않아 공범으로 처벌할 수 없는 경우에도 독립된 범죄로 처벌하도록 하면서 행위대상이 미성년자인 경우에 형을 가중하도록 규정하고 있다.

4. 미성년자에 대한 성적침해(l'atteinte sexuelle)

가. 개관

형법전은 미성년자의 미성숙한 성의 보호라는 차원에서 연령을 기준으로 15세 미만의 아동과 15세 이상 18세 미만의 미성년으로 구분하여 전자에 대하여는 절대적인 성보호의 대상으로 삼아 이들과의 성적 행위를 전면적으로 금지하고, 후자에 대하여는 상대적 성보호의 대상으로 삼아 일정한 경우에 한하여 처벌하고 있다. 즉 15세 미만 아동에 대한 성적침해에 대하여는 제227-25조 및 제227-26조에서 규정하고 있으며, 15세 이상 18세 미만의 미성년자에 대한 성적침해에 대하여는 제227-27조에서 규정하고 있다.

미성년자를 대상으로 한 성적행위에 있어서 피해자의 동의여부는 강간을 포함한 성폭력과 성적침해를 구분하는 중요한 기준이 된다. 미성년자를 대상으로 폭행, 강압, 협박, 위계의 수단을 이용하여 성폭력을 한 경우에 강간죄 또는 강제추행죄의 가중사

유에 해당된다. 그러나 이러한 수단을 이용하지 않고 피해자의 동의에 의하여 성적행위가 이루어진 경우에는 성폭력이 아닌 성적침해에 해당한다.[3015] 폭행, 협박 또는 신체적 강압의 경우에 그 존부를 확인하는 것이 비교적 용이하지만 정신적 강압이나 위계의 경우에는 이를 확인하는 것이 용이하지 않다. 또한 우리 형법의 입장과 같이 의제강간 및 의제강제추행에 관한 규정이 없다는 점에서 이러한 어려움은 분명하게 드러난다. 미성년이라는 피해자의 연령으로 인하여 사실상 위력이나 위계가 행사되고 있음에도 입증의 곤란으로 인하여 강간이나 강제추행이 아닌 성적침해의 죄를 적용하는 문제점을 보완하기 위하여 앞에서 살펴본 제222-22조의 규정이 도입되었다.

신형법전 이후로 미성년자를 대상으로 한 성범죄에 대하여 처벌을 강화하고 새로운 형태의 범죄들을 신설하였다. 예를 들어 2006년 4월 4일의 법률에 의해 신설된 제227-28-3조는 미성년자를 대상으로 성폭력 또는 성적침해의 범죄를 범하도록 제3자에게 재물 또는 이익 등을 제공하거나 또는 그 제공을 약속한 경우에 범행이 실행되거나 기도되지 않더라도 교사된 범죄의 경중에 따라 차등하여 처벌하도록 하였다. 또한 2018년 8월 3일의 법률[3016]은 미성년자를 대상으로 한 성범죄 중 중죄의 공소시효기간을 피해자가 성년이 된 때로부터 과거 20년에서 30년으로 연장하였다. 이하에서는 강간을 포함한 성폭력을 제외한 성적침해를 중심으로 기술하고 다만 미성년자에 대한 성폭력과 공통된 사항들은 같이 다루도록 하겠다.

나. 15세 미만의 아동에 대한 성적침해죄

형법전 제227-25조는 강간을 포함한 모든 성폭력 이외에 성년이 15세 미만의 아동을 대상으로 성적침해를 가하는 행위를 7년 이하의 구금형 또는 100,000유로 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 이 조문은 성적 삽입행위와 신체를 만지거나 키스 등의 덜 심각한 행위를 구별하지 않고 동일한 법정형을 설정하고 있다. 대법원은 범죄가 성립하기 위해서는 가해자와 피해자 사이의 신체적 접촉이 요구된다고 판시한 바가 있다.[3017] 성년만이 행위주체가 될 수 있으며 결과적으로 미성년자 사이에 이루

3015) 예를 들어 15세 미만의 아동에 대한 강간은 20년 이하의 징역에 처해지는 중죄에 해당하지만, 성적침해의 경우에는 7년 이하의 구금형 또는 100,000유로 이하의 벌금에 처해지는 경죄에 해당한다.

3016) 2018년 8월 3일의 '성적 및 성차별적 폭력의 대처강화 법률'(제2018-703호).

어진 행위는 모두 처벌이 불가능하다.[3018]

형법전 제227-26조는 15세 미만의 아동에 대한 성적침해가 5가지의 가중사유의 어느 하나에 해당하는 경우 10년 이하의 구금형 또는 150,000유로 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 여기에는 존속 또는 피해자에 대하여 법적 또는 사실상의 권위를 가진 자에 의하여 범해지는 경우(1호), 직무상의 권위(지위)를 남용하여 범해진 경우(2호), 정범 또는 공범의 자격으로 여러 사람이 관여하여 범해진 경우(3호), 불특정 대중을 대상으로 메시지를 전파하기 위한 전기통신망을 이용하여 미성년자와 가해자가 접촉한 경우(4호), 만취상태 또는 약물의 명백한 영향을 받는 자에 의해 범해진 경우(5호) 등이 있다.

다. 15세 이상 18세 미만의 미성년자에 대한 성적침해죄

15세 이상 18세 미만의 미성년자를 대상으로 한 성적침해에 관하여 형법전은 유일하게 제227-27조의 규정을 두고 있다. 15세 미만의 미성년자에 대한 성적침해와 달리 모든 성적침해가 처벌의 대상이 되는 것이 아니며, 성적침해가 존속 또는 피해자에 대하여 법적 또는 사실상의 권위를 가진 자에 의하여 범해지거나, 직무상의 권위(지위)를 남용하여 범해진 경우에만 처벌의 대상이 된다. 처벌에 있어서도 상대적으로 가벼운 3년 구금형 또는 45,000유로 이하의 벌금에 처해진다.

라. 근친에 의한 성폭력 및 성적침해죄(inceste)

형법전 제222-31-1조의 규정에 따라 미성년자를 대상으로 일정한 신분관계가 있는 자(존속, 형제자매, 삼촌, 고모(이모), 조카 또는 그 배우자, 동거인 등)에 의하여 범해진 강간 등 성폭력은 근친에 의한 성폭력(l'agression sexuelle incestueux)으로 분류된다. 마찬가지로 성폭력을 제외한 성적침해에 대하여 2016년 3월 14일의 법률에 의해 신설된 제227-27-2-1조는 성폭력 이외의 성적침해에 대하여도 일정한 신분관계에 있는 자에 의하여 범해진 경우 근친에 의한 성적침해(l'atteinte sexuelle incestueuse)

3017) Crim. 7 sept. 2016. n°15-83.287.
3018) Michel Véron, Droit pénal spécial, 16e éd., Sirey, 2017, 289면.

로 범죄의 성격을 규정하였다. 여기에 해당하는 범죄들은 대부분 성폭력 또는 성적침해의 가중사유 또는 기본범죄로서 처벌되기 때문에 별도의 독립적인 범죄로서 처벌되는 것은 아니다. 반면에 형법전 제222-31-2조 및 제227-27-3조는 친권을 가진 자가 미성년자를 대상으로 위에서 정의된 근친에 의한 성폭력 또는 근친에 의한 성적침해를 범한 경우에 형사법원이 민법전 제378조 및 제379-1조를 적용하여 피해자에 대한 친권의 전부 또는 일부 박탈을 선고할 수 있도록 규정하면서, 더 나아가 피해자에 한정하지 않고 피해자의 형제자매에 대한 친권에 대하여도 그 박탈여부를 선고할 수 있도록 규정하고 있다.

마. 미성년부패(Corruption de mineur)

1) 미성년성적부패조장죄

부패(corruption)라는 용어는 공무원의 뇌물수수 행위를 지칭하는데 사용되기도 하지만 미성년자를 대상으로 범죄를 저지르게 하거나, 주류 또는 마약류를 사용하게 하거나, 성적 충동을 자극하여 건전한 성적 성숙을 저해하는 행위 등을 총괄하는 개념으로 사용된다. 즉 성범죄에 있어서 미성년성적부패조장죄는 성년이 성적으로 미성숙한 미성년자에게 잘못된 성적 가치관을 형성시키는 것을 방지하고 정상적인 성적 발달을 도모하기 위한 범죄라고 할 수 있다. 예를 들어 포르노물을 미성년자에게 시청하게 하는 행위나 성적인 문자 또는 사진을 보내는 행위가 여기에 해당한다. 미성년자에 대한 절대적 보호라는 측면에서 미성년자의 동의 여부는 범죄성립에 영향을 주지 않는다.

관련 조문을 살펴보면, 형법전 제227-22조는 미성년자에 대한 부패를 조장하거나 조장을 기도한 자를 5년 이하의 구금형 또는 75,000유로 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 만일 미성년자가 불특정 대중을 대상으로 메시지를 전파하기 위한 전기통신망을 이용하여 가해자와 접촉하거나 학교 또는 교육시설, 또는 행정시설 내에서 범해지거나 학생 또는 대중이 출입하는 시간 또는 매우 인접한 시간에 이러한 시설의 주변에서 범해진 경우에는 7년 이하의 구금형 또는 100,000유로 이하의 벌금으로 가중처벌된다(제1항). 미성년자가 참석 또는 참여하는 성적노출 또는 성관계를

포함하는 회합을 조직하거나 정을 알면서 그러한 회합에 참석하는 행위는 동일한 형에 처한다(제2항). 위의 두 범죄가 범죄집단에 의하거나 또는 15세 미만의 미성년자를 대상으로 범해진 때에는 형이 10년 이하의 구금형 또는 1,000,000유로 이하의 벌금으로 가중처벌된다(제3항).

제227-22조 제2항의 규정은 제1항이 규정하고 있는 행위의 한 유형에 해당한다.[3019] 제1항의 행위주체는 성년뿐만 아니라 미성년자도 될 수 있지만, 제2항은 명시적으로 행위주체를 성년으로 한정하고 있다.[3020] 따라서 이 경우에는 18세 미만의 미성년자가 미성년자를 대상으로 행위를 하더라도 본죄가 성립하지 않는다. 성범죄 또는 성풍속과 관련한 다른 범죄와의 관계에서 해당 범죄가 성립하지 않는 경우에 보충적으로 적용될 수 있는 일반조항으로서의 성격을 가지고 있으며,[3021] 따라서 그 적용영역은 매우 넓다고 할 수 있다. 범죄가 성립하기 위해서는 행위자의 행위가 행위가 성적인 것이어야 한다. 구체적으로 음란행위를 할 수 있도록 장소를 제공하는 행위, 미성년자 앞에서의 음란한 행위가 여기에 해당한다.[3022] 다음으로 피해자를 부패시킬 수 있는 성격의 행위이어야 한다. 범죄가 성립하기 위해서 행위자가 자신의 성적 만족을 목적으로 행위할 것을 요하지 않으며 반면에 미성년자를 부패시킨다는 고의가 있어야 한다. 따라서 행위자는 피해자가 미성년자라는 사실을 인식하고 있어야 하며, 착오에 대한 상당한 이유가 있거나 기망이 있었던 경우에는 정당화된다.[3023]

2) 전기통신에 의한 성적 제안죄(Proposition sexuelle)

2007년 3월 5일의 법률에 의해 신설된 형법전 제227-22-1조는 이른바 인터넷을 통하여 15세 미만의 아동 또는 자신을 15세 미만인 아동이라고 소개한 자에게 성적 제안을 하는 행위를 2년 이하의 구금형 또는 30,000유로 이하의 벌금에 처하도록

3019) Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 779면.

3020) Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 783면.

3021) 대법원은 이 규정이 충분히 명확하게 규정되어 있다고 보아 죄형법정주의를 침해하지 않는다고 판단하였다(Crim. 20 févr. 2013, QPC n°12-90.074).

3022) Michèle-Laure Rassat, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018, 783면.

3023) Michel Véron, Droit pénal spécial, 16e éd., Sirey, 2017, 284면.

규정하고 있다. 만일 제안이 실제 만남으로 이어진 경우에는 5년 이하의 구금형 또는 75,000유로 이하의 벌금으로 가중처벌 된다. 이 범죄는 성적침해를 불러 올 수 있는 사전적 행위를 처벌하기 위한 것으로서 성적침해에 대한 예비행위 또는 미수행위를 독립된 범죄로 설정하고 있다. 행위자가 15세미만인 아동으로 인식하였다면 실제로 15세 미만인지의 여부는 범죄성립에 영향을 주지 않는다.

바. 미성년성매수죄(Recours à la prostitution de mineur)

프랑스는 성매매(prostitution)와 포주업(성매매알선)(proxénétisme)을 명확하게 구분하는 입장을 취하고 있으며, 포주업에 대하여는 매우 중하게 처벌하는 입장을 견지하고 있다. 이와 달리 성매매에 대하여는 미성년자 또는 특별히 취약한 사람을 대상으로 하는 경우에만 처벌하고 일반 성인에 대한 성매매는 처벌하지 않는 입장을 취하여 왔다. 다만 2003년 성을 파는 자가 성매수인을 모집하는 행위를 처벌하도록 도입된 성매매호객행위(racolage)죄는 2016년 4월 13일의 '성매매시스템 대처강화와 피해자 동반을 위한 법률'에 의해 폐지되었다. 이 법률은 대신에 일반 성인에 대한 단순 성매수 행위를 위경죄(제R.611-1조)로 처벌하도록 하면서 재범의 경우 경죄(제225-12-1조 제1항)로 처벌하도록 관련 규정들을 개편하였다. 형법전 제225-12-1조 제2항은 재범이 아니더라도 성매수의 대상이 미성년자이거나 질병, 빈곤, 임신 등 특별한 약자인 경우에는 3년 이하의 구금형 또는 4,500유로 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다. 성매수죄는 구성요건상 성적 관계를 맺어야 성립하는 것이 아니라 대가 등을 지불 또는 지불을 약속하고 성적 관계를 요구 또는 승낙하는 경우에도 성립한다.

사. '섹스관광' 등 국외범죄에 대한 특례

프랑스인이 외국에서 미성년자를 대상으로 한 성매매(이른바 '섹스관광')를 포함한 성범죄 사건들이 사회적 이슈가 되면서 이에 대한 법적 규제를 강화하였다. 이에 따라 형법전 제222-22조 제3항 및 제227-27-1조는 프랑스인 또는 일상적으로 프랑스에 거주하는 외국인이 외국에서 미성년자를 대상으로 성폭력 및 성적 성격의 범죄를 범한 경우에 형벌법규의 장소적 적용에 관한 형법전 제113-6조 제2항 및 제113-8조

제2문의 요건인 범죄발생지 국가에서 행위가 범죄로서 처벌될 것과 피해자의 고소 또는 범죄발생지 국가당국의 공식적 고발이 없이도 형사소추를 가능하도록 하고 있다.[3024] 구체적으로 여기에 해당하는 범죄들로는 미성년 대상의 강간, 강제추행, 미성년자부패조장, 포르노그라피의 성격을 갖는 미성년자의 이미지에 대한 배포 또는 판매(exploitation), 성적침해의 범죄 등이다.

아. 성폭력 및 성적침해 범죄의 공소시효의 문제

중죄 및 경죄의 공소시효의 기간에 대하여는 형사소송법 제7조 및 제8조가 각각 규정하고 있으며, 원칙적으로 중죄는 20년, 경죄는 6년의 공소시효 기간이 적용된다. 그러나 이 기간에 대하여는 몇 가지 예외가 인정되며 특히 형사소송법전 제706-47조에 열거된 미성년자를 대상으로 범해진 성적 범죄에 대하여는 중죄에 대하여는 30년, 10년의 공소시효기간이 적용되며 그 기산일은 범행일을 기준으로 하는 것이 아니라 미성년자가 성년이 된 날을 기준으로 한다. 형사소송법전 제706-47조에 열거된 성범죄에는 강간(3호), 강제추행(4호), 성매매알선(6호), 미성년자성매수(7호), 미성년자부패조장(8호), 전기통신을 이용한 15세 미만 미성년자에 대한 성적제안(9호), 포르노그래피성격의 미성년자 이미지 촬영·녹화·전송·배포·수입·수출·취득·소지·상습열람(10호), 미성년이 접근할 수 있는 유해물의 제작·운송·배포·유통(11호), 성기절개강요(12호), 성적침해(13호) 등이 있다.

5. 기타 범죄

가. 성적괴롭힘죄(harcèlement sexuel), 성적강요죄(chantage sexuelle), 성차별적 모욕죄(infraction d'outrage sexiste)

성적괴롭힘은 본래 근로관계에서 상사에 의해 빈번하게 발생하는 하급자에 대한 괴롭힘에 대처하기 위하여 신형법전에 포함되었으나 몇 차례의 개정과정을 통하여 그 적용대상이 확대되었다.[3025] 그러나 2012년 5월 4일 헌법재판소가 해당조항이

3024) Michel Véron, Droit pénal spécial, 16e éd., Sirey, 2017, 81면.
3025) Michel Véron, Droit pénal spécial, 16e éd., Sirey, 2017, 83면.

법률명확성의 원칙과 예측가능성의 원칙에 반하다는 이유로 위헌결정[3026]을 함에 따라 2012년 8월 6일의 법률(제2012-954호)에 의해 개정된 조항은 성적괴롭힘을 "굴욕감 또는 혐오감을 주는 성격으로 인하여 존엄성을 침해하거나 또는 상대방에 대하여 위협적, 적대적 또는 공격적 상황을 유발하는 성적 또는 성차별적 의미가 함축된 발언과 행동을 다른 사람에게 반복하여 가하는 행위"(제222-33조 I)로 정의하였다. 새로운 규정에 따르면 행위주체가 권한을 남용한 자 또는 피해자의 상사로 한정되지 않으며 모든 일반인이 주체가 될 수 있다. 다음으로 성적괴롭힘은 상습범(l'infraction d'habitude)으로서 행위의 반복이 요구된다.[3027] 그러나 이러한 반복성의 요건은 여러 사람들이 공모하거나 이들 중 어느 한 사람의 교사에 의하여 범해진 경우 및 온라인에서처럼 공모가 없더라도 여러 사람들이 순차적으로 동일한 피해자에게 말이나 행동을 가하는 경우에는 요구되지 않는다.

2012년 8월 6일의 법률은 아울러 성적강요죄(chantage sexuelle)를 신설하였다. 이 규정에 따르면 성적강요는 반복적이지 않더라도 행위자 또는 제3자를 위하여 성적인 성격의 행위를 얻기 위한 실제적 또는 외관상의 목적을 가진 모든 형태의 중한 압력을 가하는 행위로 정의되며 성적괴롭힘에 준하여 처벌된다(제222-33조 II). 이 두 범죄는 2년 이하의 구금형 또는 30,000유로 이하의 벌금에 처해지며 가중사유에 해당하는 경우 3년의 구금형 및 45,000유로 이하의 벌금에 처해진다. 2018년 8월 3일의 법률(제2018-703호)에 의해 제621-1조에 신설된 '성적 모욕죄'(infraction d'outrage sexiste)는 반복성을 요건으로 하지 않으며, 통상 거리에서 발생하는 성적괴롭힘을 처벌하기 위한 것으로서 범칙금통고처분의 대상이 된다.

나. 미성년 포르노그래피의 촬영, 전송, 열람, 소지죄

프랑스는 성년의 포르노그래피에 대하여는 형법차원에서 규율하지 않는다는 특징이 있다. 반면에 미성년자가 등장하는 포르노그래피[3028]에 대하여는 매우 중하게 처

3026) Cons. const. n°2012-240 QPC du mai 2012.

3027) Jéan Larguier/Philippe Conte/Anne-Marie Larguier, Droit pénal spécial, 13e éd., Dalloz, 2005, 261면.

3028) 대법원은 포르노그래피(pornographie)의 개념적 측면에서 본 죄가 충분히 명확하게 정의되었다고 판시하였다(Crim. 6 juin 2012, QPC n。12-90016).

벌하는 입장을 취하고 있다. 형법전 제227-23조는 배포목적으로 포르노그래피적인 성격을 띠는 미성년자의 모습(이미지) 또는 그 상징물을 촬영, 녹화, 전송하는 행위를 5년 이하의 구금형 또는 75,000유로 이하의 벌금에 처벌하도록 하면서, 15세 미만의 아동의 포르노그래피에 대하여는 배포목적인 아닌 경우에도 동일하게 처벌하도록 규정하고 있다(제1항). 이러한 미성년자의 포르노그래피를 배포하거나 수출입하는 행위도 같은 형에 처해지며(제2항), 만일 배포를 위하여 불특정 다중을 수신인으로 하는 전기통신망을 이용한 때에는 가중처벌된다(제3항). 공급자적 측면에서 아동포르노그래피의 촬영, 배포 등의 행위가 처벌될 뿐만 아니라, 수요자적 측면에서 이러한 아동포르노그래피를 온라인으로 대중들에게 제공하는 통신서비스를 상습적 또는 지불을 대가로 열람하거나 여하한 방법으로 소지하는 행위도 처벌의 대상이 된다(제4항). 소지하는 경우뿐만 아니라 상습적으로 열람하거나 이에 대한 입증의 어려움을 해결하기 위하여 비록 일회성이라고 하더라도 대가를 지불하고 열람하는 행위를 처벌한다는 점에서 그 의미가 크다. 위에 열거된 범죄가 범죄집단에 의해 범해진 경우에는 10년 이하의 구금형 또는 500,000유로 이하의 벌금에 처해진다(제5항). 미수도 동일한 형에 의해 처벌된다(제6항). 촬영된 대상이 미성년자의 신체적 특징을 가진 경우에도 동일하게 적용되며, 다만 모습을 촬영하거나 저장한 날을 기준으로 미성년자가 아니라는 사실이 증명된 경우에는 예외로 한다(제7항).

6. 소결

프랑스의 성범죄체계는 우리 법의 태도와 다른 모습을 보인다. 폭행, 협박 등의 강제적 수단을 사용한 성폭력과 그렇지 않은 성적침해를 구분하는 입장을 따르고 있으며 성적침해는 미성년자를 대상으로 한 경우에만 처벌의 대상이 된다. 성폭력의 기본적 구성요건으로 강간죄와 강제추행죄를 설정하고 있으며, 강제추행죄는 성적삽입이 결여되어 있다는 점에서 강간죄가 강제추행죄의 특수한 형태로 보는 입장을 취하고 있다. 강간죄의 적용범위는 1980년대 이후로 행위주체, 행위객체, 삽입의 수단과 대상이 확대되어 왔으며, 최근의 법개정은 행위자의 삽입행위뿐만 아니라 피해자의 삽입행위를 포함하도록 하여 특수한 형태의 강간을 포섭하도록 하였다. 뿐만 아니

라 부부 사이 또는 동거인 사이의 강간죄 성립문제와 관련하여 대법원 판례의 입장을 수용하여 합의추정의 유보하에 이를 명문화하였으나 재차 개정하여 일반인과 동일하게 강간죄의 성립을 인정하고 있다.

행위수단과 관련하여 강간과 강제추행죄는 모두 폭행, 협박, 강압, 위계의 수단 중 어느 하나가 반드시 이용되어야 하며 우리 법이 기본적으로 폭행과 협박을 행위수단으로 규정하고 있는 것과 달리 강압과 위계를 포함시킴으로써 강간 및 강제추행죄의 인정범위가 더 넓다. 반면에 이 네 가지 개념들은 명확히 구별되는 것이 아니고 일정부분 중첩되는 문제점이 있다. 특히 2010년 최근에서 아동에 대한 성폭력의 문제에 대하여 직접적인 폭행이나 신체상의 위력, 협박이 행사되지 않은 경우에도 가해자와의 연령의 차이 및 피해자에 대한 사실상의 권위로부터 정신적 강압이나 위계가 기인될 수 있음을 법규정에 명시함으로써 미성년자를 대상으로 한 성범죄에 대하여 강력하게 대처할 수 있는 법적 근거를 마련하였다. 또한 만취상태에서 범해진 강간죄 및 강제추행죄는 가중처벌의 사유로 규정되어 있어 심신미약 등을 이유로 한 감경이 불가능하다.

미성년자에 대한 성범죄의 처벌과 관련하여 우리와 유사한 성폭력처벌법이나 아동청소년의 성보호에 관한 법률과 같은 별도의 특별법이 존재하지 않으며, 모든 성범죄가 형법전에 통합되어 운용되고 있다. 미성년자에 대한 강간이나 강제추행은 기본범죄에 대한 가중사유의 하나로 규정되어 있으며, 15세 미만의 아동을 대상으로 한 성관계나 성적행위는 피해자의 완전한 동의에 따른 경우에도 성적침해죄를 성립한다. 다만 프랑스의 경우 의제강간죄나 의제강제추행죄를 두고 있지 않아 피해자의 동의여부에 따라 강간죄나 강제추행죄를 적용할지 아니면 성적침해죄로 처벌할 것인지에 대한 판단의 문제가 남게 된다.

프랑스법의 또 다른 특징으로서 미성년자부패조장죄를 두고 있는 점이다. 미성년자의 건전한 성적발달을 보호하기 위하여 미성년자를 대상으로 성적타락을 초래할 수 있는 다양한 형태의 행위들이 이 범죄에 의해 처벌된다. 이와 함께 성인포르노그래피의 소지와 열람 등에 대하여는 형사법적 규제를 가하지 않으면서 아동포르노그래피의 소지행위와 상습적 열람 또는 지불수단을 제공하고 열람한 경우에 처벌하도록 한 것은 우리 법과 일정부분 유사한 면도 있지만 또한 많은 차이점을 보인다고 하겠다.

제4절 | 독일

1. 개관

가. 의의, 역사 및 보호법익

독일의 성형법(Sexualstrafrecht) 개혁은 제1차 형법개혁법 때부터 시작하여 특히 1968년 제47차 독일 법률가대회와 1968년 형법대안 그리고 학설상의 논의에 의해 촉발되었다. 성적 자기결정권을 침해하는 범죄의 장은 1973년 11월 23일 제4차 형법개혁법에 의해 완전히 새로운 모습을 갖추게 되었고 장 표제어에서 "미풍양속(Sittlichkeit)"은 "성적 자기결정권(sexuelle Selbstbestimmung)"으로 대체되었다.[3029] 1997년 7월 1일자 제33차 형법개정법과[3030] 1998년 1월 26일자 제6차 형법개혁법은[3031] 장의 형태를 폭넓게 바꾸었다. 그 이후로도 성범죄에 관한 규정들인 제174조 이하는 수차례 확장되었다.

제13장의 보호영역의 핵심은 성적 자기결정권 즉, 성적 행위의 장소, 시간, 형태, 파트너에 관해 자유로이 결정할 수 있는 개인의 자유이다. 구체적인 성적 행위를 반대하는 결정의 자유도 여기에 포함된다. 이러한 자기결정권은 일반적인, 인간의 존엄성에서 도출되는 인격권의 한 부분이다. 이는 다양한 방식으로 개인의 지적, 도덕적, 사회적 정체성과 결부되어 있다.[3032]

본장의 수많은 범죄구성요건에는 성적 자기결정권과 별도로 또는 결합된 기타 보호목적들을 찾을 수 있다. 이러한 보호목적은 개인적 법익뿐만 아니라 초개인적 법익을 보장한다. 제174조a 내지 제174조c의 남용죄(Missbrauch) 구성요건들은 개인보호의 범죄구성요건으로만 이해될 수 없다. 여기서는 성적인 이해관계와 무관한 기준에 따라 작동되는 제도화된 종속 및 수직 관계에 대한 일반인의 신뢰도 보호된다. 또한 개인적 법익보호 뿐만 아니라 소위 "소년보호"의 관점도 고려된다. 따라서 제176조의

3029) BGBl. I 1725.
3030) BGBl. I 1607.
3031) BGBl. I 164.
3032) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, Vor § 174 Rn. 5.

절대적 허용한계의 확정에는 일반예방적 가치도 토대를 마련하고 있다. 제174조 이하는 실제 판단능력이 있는 경우에 자기결정을 보호한다는 것이 왜 이러한 판단능력이 소년에게는 완전하게 허용될 수 없는지를 경험적으로도 규범적으로도 남김없이 설명하지 못한다. 14세 1개월이면 자기결정능력이 충분하고 13세 11개월이면 이러한 능력이 탈락한다는 것은 설득적이지 못하다고 한다. 이는 병약자 또는 기타 방어능력에 있어 제한된 자에 대해서도 마찬가지이다.

반면, 미풍약속, 개인 명예 또는 다수인의 명예("가족명예")는 법률에 의해 보호받지 못한다. 어느 일인의 성적 행위 또는 성적 감정 그 자체도 보호대상이 되는 것은 아니다.[3033]

나. 성폭력범죄의 체계

독일 형법 제13장의 규정들은 과거 크게 보아 강제행위(Zwangshandlungen)와 남용행위(Missbrauchshandlungen)를 구분하였다. 양자의 경계영역에는 강제상태를 이용하는 행위를 처벌하는 범죄구성요건들이 자리 잡고 있었다. 그러나 이러한 체계는 2016년 제50차 형법개정법에 의해 더 이상 견지되지 못하였다.[3034]

현행법은 "사람의 남용(Missbrauch von Personen)"이라는 용어를 사용한다. 이러한 용어는 적절하지 않는데, 성범죄자는 자신의 범죄 피해자인 사람을 오용한 것이 아니라 자신의 고유한 신체적, 정신적, 사회적 지배나 범행을 위한 접근가능성을 남용한 것이기 때문이다. 피해자를 객체화하는 방향으로 정향된 용어를 고집하는 것은 개별 범죄구성요건을 해석을 어렵게 한다.[3035]

독일에서 성적 자기결정권을 침해하는 범죄는 종속관계 또는 제한된 보호관계를 남용하는 것과 성적행위를 위해 강제력을 사용하는 것으로 구분되는데 그러나 이를 구분하는 것은 쉽지 않다. 예컨대 행위자의 성적 행위에 대한 피해자의 동의가 있어도

3033) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, Vor § 174 Rn. 5.

3034) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, Vor § 174 Rn. 7.

3035) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, Vor § 174 Rn. 8.

제174조c에 따라 처벌될 수 있다라는 사실은 더 이상 자명한 것이 아니다. 그 해석에 있어 중요한 것은 공격으로부터 피해자의 성(Sexualität)이 보호되는 것이 아니라 자기결정(Selbstbestimmung)이 보호되어야 한다는 것이다. 인간의 성생활은 공격과 방어로 성립되는 것이 아니고 형법은 성적 영역에서 성숙한 시민의 도덕적 표준을 관찰시키는 임무를 가지는 것이 아니라는 것이다.[3036] 따라서 제174조c의 대상행위는 범죄피해자의 의사도 포함된 행위가 아니라 바로 그 행위라는 것이다.[3037]

생각해 볼 것으로 피해자의 자유영역이 어느 정도로 행위자 또는 자유를 제한하는 정황 내지 규범적 한계를 통해 제한되는가에 따라 필연적으로 성적 행위의 처벌영역이 정해진다는 것이다. 남용구성요건과 제한된 보호관계의 이용(Ausnutzung)구성요건에는 피해자 동의는 자유를 제한하는 특정한 정황을 이유로 유효하지 못하다는 점이 내재되어 있다. 따라서 모든 가벌적 남용죄 범위의 확장은 피해자의 유효한 동의영역의 제한과 피해자의 자기결정의 제한을 내용으로 한다. 예컨대 직권으로 소추되는 제174조c 제2항의 치료관계의 남용은 피해자의 동의가 무효임을 전제로 한다. 정신적 장애인의 보호를 강화하는 것은 잠재적 피해자의 비이성적이지만 자율적인 결정을 승인하는 영역의 경계를 좁게 설정하는 것을 요건으로 한다. 오히려 제13장의 범죄구성요건들은 자기결정의 자유의 자리에 규범적 한계를 설정하고 이러한 규범적 한계의 문제는 "행위자-피해자-모델"로 정향된 용어를 통해 숨겨졌다. 여기서 법익보호는 무엇을 사회유해적 성적행위로 볼 수 있고 누가 어떠한 조건에서 성적 행위를 할 수 있는가에 관해 국가가 규정하는 후견주의적 시스템으로 전환된다. 법치국가는 성인이 정신박약이거나, 종속적이거나, 정신병이 있거나, 신체장애를 가졌기 때문에 성인에게 성적 행위를 예컨대 "진정한 연인관계"의 조건에서 또는 다수가 "이성적인" 것으로 간주하는 조건들 하에서 허용할 수 있는 것은 아니다.[3038]

독일 형법에서 미성년자(Minderjährige)의 자기결정에 대한 처리는 복잡하다. 제3자와의 성적행위(제3자에게 또는 제3자 앞에서 행하는 행위와 제3자가 미성년자에게 또는 미성년자 앞에서 행하는 행위)에 대해 유효하게 승낙할 수 있다는 의미에서

3036) BGH 23, 40, 43.

3037) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, Vor § 174 Rn. 8.

3038) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, Vor § 174 Rn. 9.

적극적(positive) 자기결정은 14세 미만인 자의 경우 제176조에 의해 배제된다. 반대로 소극적(negative) 의미에서 자기결정은 미성년자에게도 가능하다.[3039]

다. 성적 행위에 대한 규정

독일 형법은 제184조h에서 성적 행위에 대한 별도의 규정을 가지고 있다. 동 규정에 따르면 이 법에서 성적 행위란 각각의 보호법익을 고려하여 어느 정도 "현저성(Erheblichkeit)"을 가지는 것만을 의미한다. 그리고 타인 앞에서의 성적 행위란 타인 앞에서 행해지고 타인이 진행과정을 인지하는 경우만을 의미한다.

그런데 동규정은 법적 표제어와는 달리 성적 행위 개념을 정하지 않고 그러한 개념의 적용영역만을 정하고 있다. 즉, 제184조h는 정의규정을 가지고 있지 않다. 다만, 성적 행위는 인간에게서 성적인 것을 그 직접적인 대상으로 한다. 성과 관련된 대화, 성과 관련된 표현물을 제시하거나 검토하는 것은 여기서 배제된다.[3040] 구체적으로 어떠한 경우에 성적 행위의 현저성이 인정되는지 개별적 판단에 따른다.

2. 합의에 의하지 않은 성폭력범죄(제177조)

가. 개관

1) 법익

독일 형법 제177조는 성적 자기결정권, 즉 성적활동의 시간, 유형, 형태, 파트너를 자신의 선호에 따라 결정할 수 있는 자유를 보호한다. 제174조 내지 176조b 그리고 제182조가 개인의 연령, 종속성, 상황, 컨디션에 결부된 의사형성 가능성의 제한을 고려하여 이러한 법익을 보호하는 반면, 구형법 제177조(성적 강요)는 이와 무관하게 특별히 중한 강제를 수단으로 성적 욕구와 동기를 실현할 때의 한계를 정의하였다. 이러한 정도에 이르지 않았다면 형법 제240조(강요)가 적용된다. 다만, 기망에 대한

3039) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, Vor § 174 Rn. 9b.

3040) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, Vor § 184h Rn. 2.

성적 자기결정은 보호되지 않는다. 기망은 제174조 이하의 남용범죄의 경우 의미가 있을 수 있다. 성적 자기결정은 오늘날의 이해에 따르면 개인적 법익이고 개인적 자유의 일부분이고 명예, 가족, 번식에 의해 도출되는 것은 아니며 규범 또는 보호가치의 측면에서 이들과 관련되는 것은 아니다.

2) 체계

2016년 제50차 형법개정법에 따른 새로운 법률은 규범의 체계를 변화시켰다. 과거 제179조(저항무능력자의 남용)와 제240조 제4항 제1호(강요의 특별히 중한 사안)는 삭제되었다. 제1항과 제2항 그리고 제4항은 이제 남용죄구성요건, 즉 행위자가 특별한 상황을 이용하여 성적 행위를 넘어서는 강요행위가 불필요한 범죄구성요건을 내용으로 한다. 동시에 이러한 범죄구성요건들 중 몇몇은 피해자의 반대의사를 요건으로 하지만 다른 범죄구성요건들은 그렇지 않다. 이는 서로 겹치기도 하고 모순으로 이어지기도 한다고 한다.[3041]

새로운 개념의 기본 생각은 모든 사람들에게 있어서 성적 자기결정권의 법익은 어느 개인의 의사에 반하여(gegen) 발생하는 모든 성적 행위에 대해서 형법적으로 보호되어야 한다는 것이다. 이와 관련하여 "노 민즈 노(Nein heißt Nein)"라는 모토에서 가벌성을 개인의 거부의사표시에 따르게 하는 규정개념이 주장된다. 이러한 개념은 제1항에서 실현되어 있다. "예스 민즈 예스(Ja heißt Ja)"라는 모토 하에 한 발짝 더 나아간 개념에 따르면 사전에 명시적으로 동의받지 못한 모든 성적 행위는 처벌되는데 이러한 개념은 제2항 제2호에 실현되어 있다.[3042]

3041) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 5.

3042) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 6.

나. 비동의 성폭력범죄

1) 성적침해(제1항)

(1) 범죄행위

동 규정의 구성요건에 해당되는 행위가 되기 위해서는 아래에서 설명될 제184조h 제1호의 의미에서의 성적 행위가 충족되어야 한다. 구성요건은 네 가지 유형을 나누고 있다. 첫째 유형은 행위자가 피해자에게, 즉 피해자의 신체에(an) 행위를 하는 것이다. 둘째 유형은 행위자가 피해자로 하여금 행위를 하도록 하는 것이다. 여기서는 피해자가 행위자에게 하는 성적 행위 뿐만 아니라 피해자가 피해자 자신에게 하는 성적 행위도 포함한다. 셋째 유형은 행위자가 피해자로 하여금 제3자에 대해 성적 행위를 하도록 교사하는 것이다. 넷째 유형은 행위자가 피해자로 하여금 제3자가 피해자에게 행하는 성적 행위를 수인토록 하는 것이다. 이 경우 제174조와는 달리 행위자 또는 제3자 앞에서의(vor) 행위는 문제되지 않는다.

두 번째, 세 번째 네 번째 유형은 행위자가 피해자에게 의사소통을 통해 정신적으로 영향을 미치는 것이 요건이다. 행위자는 피해자로 하여금 행위를 "교사(bestimmen)" 해야 하고 두 번째 유형에서는 피해자가 행위하도록 즉, 스스로에게 해가되는 피해자의 행위를 유인 해야한다. 이를 어떻게 해내는가는 중요하지 않다. 이러한 요건을 위해 강요행위가 요구되지 않지만, 그렇다고 설득행위를 의미하는 것도 아니라고 한다. 왜냐하면 이러한 설득의 결과는 동의로 이어져서 범죄구성요건을 배제하기 때문이다.[3043]

(2) 성립된 의사에 반하여

① 인식가능한 의사

제1항은 강요행위가 없는 강요범죄로 구상된 것이라고 한다. 여기서 문제되는 행위는 관련자가 동의하지 않은 행위이다. 독일 형법은 "인식할 수 있는 의사"라는 개념을 통해 남용범죄와 강요범죄 사이의 개념적 간극을 메우는 카테고리 창설을 시도한다. 이에 따르면 반대의사는 제1항에 따른 범죄에 대해 필요조건이지 충분조건은 아니다.

3043) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 8.

반대의사는 실제로 의식적인 결정으로서 존재해야 하고 타인에 의한 성적 행위를 원치 않는다는 "일반적인" 의식 또는 "태도(Einstellung)"만으로는 충분치 않다고 한다.[3044]

자구에 따르면 행위자의 인식가능성이 문제되지만 이는 범죄구성요건표지로서 의미가 없다고 한다. 왜냐하면 성적 침해는 과실범이 아니어서 인식의 가능성이 문제가 되는 것은 아니고 행위자가 그 의사를 실제로 인식했는가가 중요하다. 따라서 일반인 또는 객관적 제3자의 인식가능성이 문제된다. 이에 따르면 반대의사는 피해자가 행위시에 반대의사를 (구두로) 명시적 또는 (예컨대 울거나 저항을 통해) 묵시적으로 표현하는 경우에 인식가능하다. 단순한 내적 보류만으로는 충분치 못하다. 범죄피해자는 자신의 반대의사를 실제로 표현행위 속에서 객관적으로 표현했어야 한다. 그렇지 않다면 범죄자는 실제 반대의사를 인식하였다고 하더라도 처벌받지 않는다.[3045]

실무상 중요한 사례는 반대의사를 알고 있는 자가 성적 행위 동기에 영향을 미침으로써 상대방이 이러한 반대의사를 거둬들일 것이라고 생각한 사안이다. 이를 위해 파트너관계 내에서 발생하는 일상적인 상황을 생각해 볼 수 있다. 즉, 더 나아간 성적 행위(예컨대 성관계)에 대한 반대의사를 행위자가 실제 인식하였지만 유인하는(einleitene) 행위(예컨대 접촉)를 통해 반대의사를 극복한 경우가 그러하다.[3046]

② 피해자의 행위

제1항의 둘째 유형과 셋째 유형의 경우 의사에 반하지만 강제없이 실현한다는 경우를 생각해보기가 쉽지 않다. 이러한 사안들에서는 범죄피해자의 성적 행위를 요건으로 하지만 범죄구성요건은 동시에 피해자의 반대의사를 요구하기 때문에 어떻게 행위자가 강제력을 사용하지 않고 결과에 이를 수 있는지가 분명치 않다고 한다. 나아가 이는 개혁의 현안과 일치되지 않는 피해자 모습을 드러낸다고 한다.[3047]

생각할 수 있는 것은 단지 피해자가 자신은 문제된 행위를 행하는 것을 원치 않지만

3044) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 9.

3045) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 12.

3046) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 14.

3047) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 15.

그럼에도 불구하고 그리고 피해자가 협박받지도 않고 기타 방식으로 자신의 의사를 실현하는 데에 영향을 받지도 않았지만 그 행위를 할 것이라고 말한 경우이다. 이 경우 부끄러움, 습관, 무관심, 고마움, 연민, 이익을 노리는 것 등의 동기들이 문제된다. 물론 이것이 처벌을 할 만한 가치가 있는 불법인지는 생각해 보아야 한다.

(3) 고의

제1항의 범죄는 고의를 요건으로 하고 미필적 고의로 족하다. "인식가능한"이라는 개념으로부터 과실의 처벌가능성은 도출되지 않는다. 제1항의 행위자는 따라서 한편으로 성적행위의 요건을, 다른 한편 성적 행위시 존재하는 피해자의 반대의사 및 그것의 인식가능성을 인식하거나 가능한 것으로 간주하고 용인해야 한다. 피해자에 대한 의무부과로 인해 이러한 고의는 반대의사가 표현되고 행위자가 그러한 표현을 인지하고 이해할 경우에만 인정된다. 행위자가 비록 피해자의 반대의사를 인식하였지만 이러한 반대의사는 객관적인 제3자에게 인식가능하지 못하다고 생각한 경우에는 그 행위자는 처벌되지 않는다.

2) 남용과 강요(제2항)

2016년 입법자는 제2항에서 다섯 가지의 상이한 범죄구성요건을 신설하였다. 이러한 범죄구성요건은 남용요건과 강요요건을 서로 중복되지 않는 혼합된 형태로 담고 있다. 반대의사의 요건은 상이하게 또는 부분적으로 상호 모순되는 방식으로 내재되어 있다. 반대로 입법자는 입법이유서에서 제2항은 피해자의 반대의사를 인식하지 못하는 사안들에 적용된다고 설명하고 있다. 제2항의 다섯 가지의 모든 범죄유형은 제1항과 마찬가지로 행위자가 피해자에게, 또는 피해자가 행위자에 의해 행위자 및 자기 자신에게 혹은 제3자가 피해자에게 또는 피해자가 제3자에게 제184조h 제1호의 성적행위를 행하는 것을 요건으로 한다.[3048]

(1) 의사 및 표시 무능력의 이용

제1호는 범죄피해자가 범죄시 반대의사를 형성하거나 표시할 수 없음을 요건으로

3048) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 19.

한다. 이러한 새로운 규정은 과거 제179조의 일부분을 받아들였는데, 제179조의 잘못된 구성이 여전히 남아있다고 한다. 반대로 성립된 의사라는 표현은 잘못되었는데, 왜냐하면 의사가 형성될 수 없다면 그 의사는 반대로 성립되는지는 중요하지 않기 때문이라는 것이다. 저항의사를 관철시킬 수 없음은 제2항 제1호에 포섭되는 것이 아니라 제1항에 해당한다.[3049]

① 의사 및 표시 무능력 상태의 이유

구형법 제179조 제1항과는 달리 현행 형법은 의사형성 및 의사표시 무능력의 상이한 이유들을 구별한다. 이러한 무능력의 이유로 질병 또는 장애를 들 수 있다면 제4항의 중범죄구성요건이 인정되고 기타 다른 이유들의 경우 제2항 제1호가 적용된다. 질병은 일시적인 병리적 이상상태이고 장애는 장기의 침해이다. 양자는 신체적 능력과 심리적/정신적 능력과 관련될 수 있다.

제4항을 고려하면 제2항 제1호에 대해서는 질병 또는 장애가 아닌 사유들만 남아있다. 이는 말하자면 알코올 및 마약에 취하는 것 또는 수면 및 의식장애와 같은 "심원한 의식장애(tiefgreifende Bewusstseinsstörungen)"이다. 또한 격정적 예외상황도 여기에 포함될 수 있다. 이러한 한도에서는 특히 단순한 놀람의 상태를 의미할 수도 있다. 사실심법원이 의지박약으로 이어지는 무기력한 상태는 최소한 2,3 ‰의 혈중알코올농도를 요건으로 한다는 것을 확인한 경우 그러한 혈중알코올농도가 인정되는지가 불명확해서는 안된다고 한다.[3050]

② 첫 번째 유형

첫 번째 유형에서 피해자는 지속적 또는 상황에 따라 의사를 형성할 수 없어야 한다. 법문에 따르면 놀라는 것도 포함된다.

③ 두 번째 유형

두 번째 유형에서는 범죄피해자가 의사표시불능이어야 한다. 법문에 따르면 제2항

3049) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 20.

3050) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 22.

제1호와 관련하여 의사표시불능인 피해자가 의사를 가졌는지 그리고 이러한 의사는 어떠한 내용인지는 중요하지 않다. 의사는 있지만 표시능력이 없는 자에게 성적 행위를 행하는 자는 그 자의 의사에 반해서 성적 행위를 행하는 자와 동일하게 처벌된다. 동시에 형식적 동의남용 피해자는 의사왜곡 피해자와 동등하고 이로써 신체적으로 장애를 겪고 있는 성인은 불평등하게 차별된다. 자율적 의사를 형성하는 능력이 없는 것과 형성된 의사를 표시할 능력이 없는 것은 상이한 사태이다.[3051]

제2항 제1호는 따라서 다르게 적용되어야 한다. 의사형성무능력의 경우 사실상의 의사가 문제되지 않는다. 왜냐하면 법적 불능은 자유로운 책임이라는 의미에서 효력에 영향을 미치기 때문이다. 소위 저항능력의 부재는 구형법 제179조와 마찬가지로 현행 형법에서도 실제로는 동의 효력의 평가를 의미한다.[3052]

의사표시불능의 경우 실제로 형성된 의사의 내용이 중요하다. 여기서 가벌성은 실제하는 반대의사를 요건으로 하는데, 왜냐하면 동의는 하지만 어떠한 정황에 의거(가정적) 거절을 표시할 수 없었던 자에 대해 성적 행위를 하거나 이 자로 하여금 성적 행위를 하게 하는 것은 처벌될 수 없기 때문이다.[3053]

④ 이용행위

행위자는 의사형성 또는 반대의사표시 불능을 이용(ausnutzen)해야 한다. 두 번째 유형의 경우 이는 언급한 이유에서 중요하지 않다. 표시불능의 이용은 피해자가 표시의무를 가진 경우에만 범죄구성요건적 불법을 근거지울 수 있다.

범죄피해자가 의사형성무능력자라는 것의 의미는 실제 표시된 의사는 중요하지 않다는 것이다. 여기서 제2조 제1항은 유효하지 못한 동의를 남용하여 이용하는 것과 유효한 거절을 무시하는 것을 구별하는데 필요한 착안점을 형성하지 않고 구형법 제179조 규정을 통합한다. 이로서 정신적인 장애를 가지고 있는 인적 그룹이 합법적인 성으로부터 배제된다.[3054]

3051) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 24.

3052) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 25.

3053) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 25a.

3054) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177

(2) 한정 의사 내지 표시 무능력의 이용(제2항 제2호)

제2항 제2호의 범죄구성요건은 "현저히 제한된 의사능력"이라는 전적으로 의사흠결의 새로운 카테고리를 구형법 제179조 아래에 도입한다. 이것이 무엇인가에 대해서는 지금껏 누구도 알지 못한다. 의사형성 능력 및 무능력과 이에 대한 제한된 능력의 차이를 구별했거나 할 수 있는 이론은 없다. 또한 언제 의사형성능력이 제한되지 않는지, 약간 제한되는지, 현저히 또는 강하게 제한되는지 그리고 어디에서 일반인, 행위자, 피해자, 법원, 감정인이 이를 알 수 있는지에 관한 준거점도 없다. 제2호에 의해 포섭되는 자는 병적 심리적 제한을 겪고 있거나 알코올 내지 마약에 영향을 받은 자이다.

제1호와 제2호에 의해 인정되는 것은 의사형성의 하자가 있는 피해자에 의한 동의의 표시는 올바를 필요가 없다는 것이다. 제1호의 사안에서 동의는 중요하지 않고 제2호의 경우 동의는 공감하기 힘든 예외에 맡겨져 있다. 이는 반전된 사안 즉 반대의사가 존재하거나 표시된 경우 해당되지 않는다. 성적 행위를 거절한 자는 의사형성이 불능인 경우나 현저히 제한된 경우에도 피해자이다. 같은 행위를 같은 조건에서 동의한 자의 경우 그 의사가 문제되는 것은 아니다. 관철능력의 부재는 제1항에 해당된다.[3055]

(3) 놀라는 순간의 이용(제2항 제3호)

이러한 범죄구성요건안에서는 상이한 사례들이 존재하고 이들은 입법절차에서 거의 거론되지 않았다. 그 중 하나는 제5항 제3호와 구별이 모호한 기습(Überrumpeln)의 사안인데, 여기서는 부분적으로 중하고 계속되는 성적 행위(성교, 항문성교)가 범죄피해자의 의사에 반하지만 놀람을 이용하여 이루어진다. 다른 하나는 소위 "움켜잡기"로서 널리 퍼져있고 지금까지 처벌되지 않았던 행태의 사안이다. 이는 한편으로 예상치 못해 적시에 저항할 수 없었던 타인에 대한 성적 행위로 보통 터치를 의미이다. 그 밖에 제184조i의 경우 성적 행위가 아닌 갑작스러운 터치도 처벌된다.[3056]

"놀람"은 피해자가 행위자의 행위를 예상하지 못했음을, 즉 해당 의사를 형성하지

Rn. 27, 28.

3055) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 30.

3056) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 37.

못했음을 요건으로 한다. 물론 이러한 표지는 반대의사라는 표지를 대체하지 못한다. 놀라게 되는 것을 원하거나 이를 적어도 용인한 자는 반대의사가 제압되지 못했기 때문에 강제된 것은 아니다. 동시에 소위 남용의 사안도 인정되지 않는다. 왜냐하면 저항을 원치 않는 자는 저항의 부재를 통해 피해자가 허락한 것 이상을 행하지 않는 제3자의 가벌성을 근거지울 수 없다. 여기서는 단지 (불능)미수로 처벌될 수 있다.

(4) 강요에 적합한 상황의 이용(제2항 제4호)

이러한 범죄유형은 제50차 형법개정법에 의해 도입되었다. 그 범죄유형은 과거 구형법 제240조 제4항 제2호를 제177조 제1항 제3호와 결합하였고, 과거 제177조의 확장을 제240조 제1항에 전용하고 새로운 형태로 제2항 제4호에 추가함으로써 가발성의 한계를 낮추었다.[3057]

범죄피해자는 저항하는 경우 민감한 해악이 닥치는 상황에 놓여 있어야 한다. 이는 범죄피해자가 (자신 또는 타인의) 성적 행위를 어떤 경우든 동의하지 않았음을 암시한다. 여기에 해당되는 것은 범죄피해자의 의사에 반하는 행위인데, 왜냐하면 범죄피해자가 동의하면 이 자가 강요당할 수 있었는지 여부는 중요하지 않기 때문이다.[3058]

제2항 제4호의 저항은 신체적 반항만이 아니고 행위자에 의해 요구된 성적 행위를 행하는 것 또는 행위자 또는 제3자에 의해 수행되는 성적 행위를 수인하는 것을 모두 거부는 것이다.[3059]

저항시 민감한 해악이 닥치는 상황은 그러한 해악이 행위자에 의해 자행될 수 있음이 전제된다. 이에 해당하는 상황은 제5항 제3호에 상응하여 해악이 직접적으로 닥치는 경우에만 인정된다. 다시말해 여하한 해악의 발생이 가능한 일반적인 생활상황을 의미하는 것은 아니다.제2항 제4호의 민감한 해악은 오히려 상황과 가능성 그리고 자유공간의 현저한 악화이고 이러한 악화는 의사결정에 영향을 미치는 데 적합하다. 예를 들면 외딴 장소에 홀로 두거나 보호가 필요한 상황에서 떠나거나 필수적 조력을

3057) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 42.
3058) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 43.
3059) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 44.

박탈하거나, 필요한 조력수단을 빼앗는 것을 들 수 있다.[3060]

다. 성적 강요 및 강간(제5항 및 제6항)

제5항은 한편으로 성적 강요죄라는 중범죄의 기본구성요건과 다른 한편 제1항과 제2항의 가중구성요건을 담고 있다. 범죄유형은 제1호 내지 제3호에서 제한적으로 열거되어 있다. 성적 행위를 성취하기 위한 수단으로서 폭행 또는 신체 혹은 생명에 대한 현재의 위험을 동반한 협박이 사용되는 한 제1호와 제2호의 범죄유형의 경우 강요의 특별사안이 문제된다. 그 밖에 법문에 따르면 이러한 표지들은 강요의 요소 없이 즉 오직 제1항 또는 제2항의 범죄의 기회에 실현될 수 있다. 이러한 범죄구성요건 유형에서는 피해자가 자신의 의사에 반하여 어느 하나의 행태(작위, 부작위, 감수)를 하도록 강제되는 것을 요건으로 하지 않는다. 제1항 또는 제2항의 표지들은 범죄가 연속된 경우 원칙적으로 모든 개별 범죄에 대해 확정되어야 한다. 그러한 요건이 인정된다면 "폭행의 분위기(Klima der Gewalt)"도 제2호 또는 제3호의 범죄구성요건을 충족한다.[3061] 제3호 또한 의사를 왜곡하는 강제를 요구한다. 제1항 제3호의 유형은 남용과 유사하지만 이것과 구별된다.[3062]

제5항은 아동(제176조) 또는 소년(제182조)의 범죄피해자에게도 해당된다. 이들은 비록 승낙을 통해 강요의 범죄구성요건을 배제할 수 있지만(소극적 자기결정권), 성적 행위에 대해 스스로 유효하게 승낙할 수 없다(적극적 승낙).[3063]

1) 폭행을 통한 강요(제5항 제1호)

제1호는 피해자에 대한 절대적 폭력(vis absoluta) 또는 의사적 폭력(vis compulsiva)으로서 폭행을 요건으로 한다. 판례에 따르면 피해자의 신체로 향하는 유형력의 작용

3060) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 45.

3061) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 61.

3062) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 61a.

3063) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 62.

이 필수적이고 이러한 유형력의 작용은 피해자에 의해 신체적 강제로서 느끼게 된다. 제240조에 비해 더 높은 강도의 폭력은 요구되지 않는다. 구형법 제1항과는 달리 제5항 제1호에서는 강요의 수단으로 폭행이 사용되는 것이 요구되지 않는다. 이러한 유형은 그러나 당연히 포함되고 실무적으로 통상적인 사안이다.[3064]

2) 협박을 통한 강요(제5항 제2호)

제5항 제2호는 피해자의 신체 또는 생명에 대한 현재의 위험을 동반한 협박을 요한다. 과거 근친자에 대한 협박도 포함되었으나 현재 이는 제외되었다.

3) 보호없는 상황의 이용을 수반한 강요(제5조 제3항)

제33차 형법개정법에 의해 구형법 제1항 제3호로서 도입된 범죄유형은 입법자의 의사에 따르면 예비적 구성요건으로 피해자가 저항의 효과가 없음을 이유로 신체적 반항을 포기하고 행위자가 이를 이용한 사안에서 처벌공백을 메운다고 한다.[3065]

제3호는 피해자가 행위자의 영향(Einwirkung)에 대해 보호가 없음을 요구한다. "영향"이라는 것은 행위가 될 수 있고 이러한 행위와 함께 강요의 목적이 억지로 성취될 수 있으며 이러한 영향에 대해 구체적인 경우 보호가 필수적이었어야 하고 보호가능성이 피해자로 하여금 저항하는 것을 그만두게 할 수 있다.[3066]

제5항 제3호의 범죄피해자는 행위자의 영향에 보호없이 유기되어야 한다. 이는 주관적인 요소들과 결합된 객관적인 상황에 근거하여 폭력의 영향으로부터 벗어날 수 있는 가능성이 사회적 상황의 평균에 비해 본질적으로 낮아진 경우에 인정된다. 이러한 피해자의 상황에 대해 행위자가 원인이 되어야 하는지 아니면 단순히 행위자가 발견한 건지는 중요하지 않다.[3067]

독일 형법은 제5항 제3호의 행위를 앞서 설명한 상황을 이용하는 상황하에서의

3064) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 63.
3065) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 82.
3066) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 84.
3067) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 87.

강요라고 기술하고 있다. 제1항 제1호와 제2호와는 달리 이는 특정 행위형태를 기술하지 않는다. 강요란 타인으로 하여금 자신의 의사에 반하여 작위, 부작위, 감수하도록 하는 것으로 이를 넘어서는 목적을 달성하기 위해 강제력을 행하는 것이다. 제3호는 행위 형태에 대한 기술을 담고 있지 않다는 것은 기타 강요개념의 적용과 다르다. 제108조 제1항에서 비록 압박의 사용을 행위형태로 기술하고 있지만 통설에 따를 때 민감한 해악으로 협박하지 않고서는 이는 사용할 수 없다.[3068]

4) 간음 및 특별히 저급한 행위(제6항 제2문 제1호)

제6항의 양형규정은 제1문에서 제1항, 제2항, 제4항, 제5항의 특별히 중한 사안을 높은 법정형으로 처벌하고 제2문에서 이에 대한 통상예시형식(Regelbeispiel)을 열거하고 있다. 기본범죄구성요건이 성립된 경우 통상예시형식의 징표효과는 제6조 제1호의 통상예시형식을 실현하려고 했었다는 점에서 이미 발생하는 것은 아니다. 여기서는 제176조a 제2항과 같은 가중구성요건이 문제되는 것이 아니기 때문에 제6항을 적용하지 않았다는 점에 대해 형사소송법 제400조에 따른 부대상소자의 상소는 허용되지 않는다. 다른 한편 통상예시형식의 요건은 원칙적으로 범죄구성요건표지와 같이 취급된다.[3069]

제2문 제1호에는 간음 및 특별히 저급한 행위가 포함되어 있다. 이 경우 통상예시형식은 다시 통상사례들 및 명명된 사례 그리고 명명되지 않은 사례들로 나누어진다. 간음과 기타 피해자를 욕보이는 행위들은 동등하게 취급된다. 이는 다시 신체의 삽입과 결부된 특별한 행위가 될 수 있고 이들 행위에는 강간이라는 법적 정의(Legaldefinition)가 내려진다. 그 외에도 기타 유사하고 특별히 저급한 행위도 있다. 비전문가에게는 이렇게 복잡하게 얽힌 체계가 이해되기 힘들다.[3070]

간음이란 남성의 지체가 질로 들어가는 것이다. 그러한 지체가 부분적으로 질입구, 즉 처녀막을 넘어서 좀더 들어가는 것으로 충분하다.[3071] 간음과 동등한 유사한 성적

3068) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 94.

3069) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 129.

3070) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 130.

3071) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177

행위란 피해자를 특별히 욕보이는 행위이다. 이 경우 피해자 또는 행위자의 신체로 삽입하는 것과 결부된 행위와 기타 유사한 행위들을 구별해야 한다.[3072]

통상예시형식의 기본 사안은 특별히 저급한 성적 행위이고 이때 그 종류는 불문한다. 이러한 특별한 저급성이 결여되면 이미 제6항 제1호가 인정되지 않는다. 특별한 저급성이 인정되면 제1호가 원칙적으로 인정된다. 통상효(Regelwirkung)는 기타 사유로부터 재차 사라진다.[3073]

특별사안은 신체의 삽입과 결부된 성적 행위이다. 이러한 행위는 피해자를 특별히 저급하게해야 한다. 이것이 만족되면 이러한 행위는 강간(Vergewaltigung)이라고 하고 원칙적으로 통상예시형식을 충족한다. 유사하고, 신체로 들어가는 행위가 피해자를 저급하게 하지 않는다면 단지 제1항, 제2항, 제4항, 제5항만 인정된다. 판례와 통설에 따르면 "특별히"라는 단어를 통한 마지막 문장부분의 결합은 신체에 대한 삽입행위는 특별한 저급의 요건을 보통 충족시킨다는 것을 의미한다.[3074]

5) 공동의 범행(제6항 제2문 제2호)

이를 위해 정범으로서 적어도 2인 이상의 적극적 협력이 필수적이다. 부작위로는 이러한 범죄를 실현할 수 없다. 모든 공동정범자가 피해자에게 성적 행위를 행하거나 자신에게 행하도록 하는 것은 필수적이지 않지만 다만 강요행위는 자신에게 귀속되도록 해야 한다. 구체적인 공동의 행위는 객관적 관점에서 피해자의 보호박탈을 강화해야 한다. 범죄 현장에의 동시 존재는 필수적이다.[3075]

Rn. 131.

3072) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 141.~

3073) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 142.

3074) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 143.

3075) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 177 Rn. 157.

3. 성추행죄(제184조i)

가. 일반론

동규정은 제184조h 뒤에 위치하고 있는데 제184조h의 "성적 행위"를 요건으로 하지 않기 때문이다. 가벌성의 문턱을 제184조h의 "현저성"아래로 낮추고자 한 것이 입법자의 의도였다. 입법이유로 법익에 특수한 현저성의 확정은 판단재량을 허용한다는 점이 지적되었다. 그러나 현저성의 문턱에 도달하지 못한 행위들은 앞으로 의심없이 포섭되어야 한다는 것도 보장되어야 했었다. 이러한 이유로 형법적으로 유의미한 사회유해적 행위에 대한 하한을 설정하고 이를 비례성원칙으로 뒷받침한다는 제184조h 제1호의 의미는 그 반대로 되었다.[3076]

나. 범죄행위

본 범죄를 위해 행위자는 타인을 신체적으로 접촉해야 한다. 이 경우 의복으로 덮혀진 신체인지 아닌지는 중요하지 않다. 행위자는 자신의 신체로 타인의 신체를 접촉할 필요는 없으며 도구를 사용해도 된다. 그러나 어떤 경우든 행위자와 피해자 사이에 직접적인 접촉이 발생해야 하고 기계 또는 제3자를 통한 접촉은 충분하지 않다.[3077]

접촉은 성적으로 특정화된 방식으로 이루어져야 한다. 제184조h의 성적 행위가 이미 인정되면 제177조 제1항과 제2항에 개입한다. 왜냐하면 동의된 접촉은 제184조i에 따라서도 불가벌이기 때문이다. 접촉이 이미 외관에 따라 성적 관련성을 가지면 그 접촉은 객관적으로 성적으로 특정되었다. 특히 1차 또는 2차 성적 표지를 (비록 옷 위라도) 만지는 것이 그렇다. 일상생활의 범위에서 예외도 인정되는데, 신체수색, 옷을 시험삼아 입어 보는 것, 신체적 보조 등이 그렇다. 나아가 주관적으로 성적으로 특정화된 접촉이 포함되는데, 즉 접촉이 개별 사안의 정황에 따라 "성적 특징"을 가지는 경우이다. 예컨대 입술 또는 목에 키스하는 것, 옷 위로 가슴 또는 엉덩이를 붙잡는

3076) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 184i Rn. 2.

3077) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 184i Rn. 3.

것, 갑자기 사람에게 들이닥치는 것 등이 그렇다. 단순히 거리좁히기 또는 무례한 행위 즉 팔로 껴않는 것 또는 볼에 키스하는 것만으로는 충분치 않다.[3078]

4. 아동·미성년자 보호목적의 성폭력범죄

가. 아동의 성적남용(제176조)

1) 일반론

동규정은 제4차 형법개혁법에 의해 새로운 형태를 가지게 되었고 제6차 형법개혁법을 통해 그리고 재차 2003년 성범죄개정법을 통해 근본적으로 개정되었다. 2008년 아동의 성적착취와 아동포르노 대처를 위한 유럽연합이사회의 기본결정의 실현을 위한 법을 통해 제4항 제2호는 2008년 11월 5일부터 변경되었다. 2015년 1월 21일자 제49차 형법개정법을 통해 제4항 제3호와 제4호는 란차로테-협약(Lanzarote-Konvention)의 실현 목적을 위해 변경되었다.

2) 법익

동규정의 범죄는 추상적 위험범이다. 제176조는 아동의 성적 자기결정능력의 자유로운 발전가능성을 보호한다. 해당 규정은 아동의 성과 관련된 환경의 절대적 한계를 규정한다. 그러한 접촉은 예외없이 금지된다. 여기에는 개인의 성적 정체성과 이로서 자신의 성적 행위를 결정하는 능력은 전체 인격권의 일부로서 발전되고 아동의 성에 대한 타인의 침해는 특별한 방식으로 이러한 발전을 파괴하는데 적합하다는 인식이 깔려 있다. 이러한 범위에서 아동의 "전체발전(Gesamtentwicklung)"이 제176조의 보호이익으로 여겨진다. 독일 형법은 아동을 성적 행위에 대해 저항하는 능력이 없는 자로 보지 않고 따라서 일반적으로 승낙무능력자로서 보지 않는다. 왜냐하면 그렇다면 아동은 강요될 수 없기 때문이다. 아동의 승낙은 그것이 행위요소 또는 수인요소에 해당되는 한 유효할 수 있다. 승낙이 행위의 성적인 특성과 관련되는 한도에서 승낙은 예외 없이 무효이다. 이러한 경계설정은 구체적인 경우 불확실할 수 있으나 이는

3078) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 184i Rn. 4f.

해당 범죄구성요건을 법적 체계에 통합할 수 있는 거의 유일한 가능성이다.[3079]

3) 적용범위 및 체계

범죄의 피해자는 아동 즉 14세 미만자만 될 수 있다. 아동의 성적 경험과 아동이 구성요건적 행위의 성적 특성을 인지하고 있는지는 중요하지 않다. 법률은 아동의 발전 전체를 성적 경험으로부터 분리하고자 한다.[3080]

제176조와 제176조a는 제177조와 제174조 이하와 별도로 독자적으로 존재하고 예비적 범죄구성요건이다. 제176조와 제177조 제5항 제3호는 통상적으로 겹치지 않지만 제177조 제1항과 제2항과의 관계는 불분명하다.[3081]

4) 행위자와 피해자 간의 신체적 접촉을 통한 범죄행위(제1항)

제1항의 범죄행위에는 행위자가 피해자에게 성적 행위를 하는 것 또는 피해자로 하여금 행위자에게 성적 행위를 하게 하는 것이 있다. 원칙적으로 성인의 경우 보다 낮은 요건을 요구한다. 아동과의 관계에서는 수많은 신체적 접촉이 있을 수 있어서 그것들의 성적 속성과 현저성은 개별 사례에서만 판단할 수 있다. 아이를 들어 올리기 위해 다리 사이를 잡는 것, 옷위로 가슴 또는 엉덩이를 잠깐 잡는 것, 뺨에 키스하는 것은 충분치 않다. 객관적으로 성적으로 관련된 행위가 필요하고 행위자만이 성적 의미를 부여하는 행위는 충분치 않다.[3082]

아동은 사건의 성적 의미를 이해할 필요가 없고 심지어 인지할 필요도 없다. 수면 중인 아동에게도 성적 행위를 행할 수 있다.[3083] 행위자가 아동으로 하여금 스스로에게 행하도록 한 행위도 피해자가 성적 행위로 인식할 필요가 없다.[3084] 동범죄 성립을 위해서는 누구로부터 시작되었는지도 중요하지 않다. 아동으로 하여금 허락하도록

3079) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 176 Rn. 2.
3080) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 176 Rn. 3.
3081) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 176 Rn. 4.
3082) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 176 Rn. 5.
3083) BGHSt 38, 68.
3084) BGHSt 29, 339.

하는 것도 그것이 단순히 소극적으로 수인하는 것을 넘어섰고 아동에서 시작된 행위를 강화하는 것을 포함한다면 여기에 포함된다.

5) 제3자와의 행위에 대한 교사(제2항)

제2항에 따르면 행위자는 아동에게 스스로 제3자에게 성적 행위를 행하거나 아동을 통해 제3자가 아동에게 성적행위를 하도록 교사해야 한다. 행위자는 성적 행위의 경우 현장에 있을 필요는 없다. 제2항은 독자적인 범죄를 위해 만들어진 준교사이고 동시에 제3자에 대한 제1항에 따른 범죄의 교사도 될 수 있다. 제2항의 실현을 위해서 제3자가 처벌되는 것은 의미가 없다. 제3자 또한 아동이 될 수 있다. 교사는 보통 피해자에 대해 직접적으로 작용하는 것을 요건으로 한다. 다만, 아동으로 하여금 성적 행위를 행하게 하거나 수인하게 하는 제3자의 촉발을 통한 "연쇄교사(Kettenbestimmung)"는 배제되지 않는다. 인적보호의무자가 아동으로 하여금 제3자와 성적 행위를 하는 것을 멀리하도록 하는 것을 부작위한 경우 보통 제2항에 따른 부작위정범은 인정되지 않는다. 제1항에 따라 제3자의 범죄에 대한 방조는 가능하다.

6) 신체접촉이 없는 행위(제4항)

제4항은 독자적인 범죄구성요건을 담고 있고 제1항의 작량감경사안이 아니다. 동 규정은 제4항 제3호와 제4호에서 란차로테-협약을 고려하여 제49차 형법개정법에 의해 "정보 및 통신기술" 개념이 도입됨으로서 새롭게 표현되었다.

제1호는 아동 앞에서 행위자가 자신에게 또는 제3자에게 행한 성적 행위를 처벌한다. 아동 앞에서 제3자가 행위자에게 행위를 하도록 하는 것은 포함되지 않는다. 아동은 과정을 인지해야 하지만 그 과정의 성적의미를 인식할 필요는 없다. 행위자와 피해자 간의 신체적 거리는 중요하지 않다. 따라서 아동이 인터넷을 통해 중계된 행위자의 성적 행위를 동시에 모니터에서 보는 경우에도 제1호는 인정된다.[3085] 성적 행위를 동시에 음향으로 인지하는 경우에도 마찬가지이다.[3086]

행위자가 아동으로 하여금 성적 행위를 행하도록 교사하는 것이 제1항 또는 제2항

3085) BGHSt 53, 283.

3086) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 176 Rn. 9.

에 포섭되지 않으면 제4항 제2호에 해당한다. 2008년 법률은 독일 연방대법원 재판을[3087] 고려하여 "스스로에게(an sich)"라는 표현을 삭제하였다. 구법에 따르면 신체에 의한(mit dem Körper) 행위만으로 충분하지 못했으며 따라서 아동에게 포르노 사진촬영을 위해 자세를 잡도록 시키는 것은 제4항 제2호에 의해 처벌되지 못했다. 신법에 의해 이는 많은 부분 허용되었다. 아동이 행위자의 지시에 따라 행한 모든 종류의 행위는 그것이 행위자에게 또는 제3자에게 행해진 것이 아니라면 동 규정에 포함된다. 후자의 경우 예비규정이 개입한다.[3088]

제3항은 2003년 법률에 의해 도입되었고 2015년 제49차 형법개정법에 의해 변경되었다. 범죄구성요건은 제11조 제3항의 의미에서 서적 또는 정보 또는 통신 기술을 통해 아동으로 하여금 행위자/제3자에게 혹은 이들 앞에서 성적 행위를 하도록 하거나 성적 행위를 감수하도록 하는 의도에서 아동에게 영향을 미치는 것을 요구한다. 입법자는 인터넷 채팅창 메신저도 제11조 제3항의 서적이 된다고 보고 있다.[3089]

제4항은 마찬가지로 행위자가 생각의 표현을 통해 아동에게 영향을 미치는 것을 요구한다. 이는 판례의 표현에 따르면"보다 심원한 종류의 정신적 영향"이다.[3090] 제3호와 달리 이는 포르노적 내용을 담고 있어야 한다. 포르노적 성격은 사실심법원에 의해 구체적으로 확정되어야 한다. 일반적인 묘사로는 충분치 않다.[3091] 제4항 제4호는 제한적으로 영향의 4가지 형태를 언급하고 있다. 포르노 사진 또는 표현물의 제시와 포르노 내용을 담은 음향매체의 작동, 정보 및 통신 기술을 이용하여 포르노 내용에 접근가능하게 하는 것, 이에 상응하는 대화가 그것이다.[3092]

제5항은 성범죄개정법에 의해 도입되었고 3가지의 추상적 위험범죄구성요건을 담고 있다. 제1유형은 제1항 내지 제4항에 따른 범죄를 위해 아동을 제공하는 것이고 제2유형을 이를 위해 아동을 소개할 것을 약속하는 것이며 제3유형은 타인과 그러한

3087) BGHSt 50, 370.
3088) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 176 Rn. 11.
3089) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 176 Rn. 13.
3090) BGH NStZ 11, 455.
3091) BGH NStZ 11, 455.
3092) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 176 Rn. 17ff.

범죄를 약속하는 것이다.

나. 미성년자의 성적행위방조(제180조)

제180조는 일정 연령대의 미성년자에 대한 성적 행위를 중개 또는 기회제공 등의 형태로 방조하는 행위로부터 보호한다. 제180조의 법익은 특히 미성년자의 성적 자기결정권이다. 동법은 각 개인에게 피해 없이 성생활을 영위하는 능력이 성년과 아동 사이의 연령에서는 점진적으로 발전하고 소년연령에서 미성년자가 보통 그 의미와 범위에서 인식할 수 없는 위험에 대한 특별한 보호가 필요하다는 점으로부터 출발한다. 여기에는 성상품화도 포함된다.[3093]

제180조는 한편으로 연령단계에 따라 구분한다. 16세 미만인 자는 제1항에서 제3자와의 성적 접촉을 촉진하는 특정 행위들로부터 보호되고 있다. 제1항 제2문은 교육상 특혜를 포함한다. 제16세에서 18세까지의 연령대에는 이러한 보호가 탈락한다. 여기서는 제2항이 영업적 성행위를 처벌한다. 제3항은 체계상 제174조에 속한다. 다른 한편 제180조는 위태화이유에 따라 구분한다. 그 범죄구성요건들은 병렬적으로 나열되어 있다.

5. 기타

가. 보호받는 자의 성적학대(제174조)

1) 일반론

제174조는 전형적인 방식으로 보호자의 성적 동기로부터 착취위험을 근거지우는 특정 종속관계 내부에서 아동과 소년의 성적 자기결정권과 방해받지 않은 성적 발전을 보호한다.[3094]

3093) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 176 Rn. 2.

3094) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 174 Rn. 2.

2) 보호받는 자의 인적 범위

피해자는 보호받는 자이다. 각각 범죄유형에 따라 피해자와 행위자 사이에 특별한 관계가 있어야 한다. 제174조는 신분범이다. 협의의 공범에 대해서는 제28조 제1항이 적용된다.[3095]

(1) 후견관계(제1항 제1호)

제1항 제1호의 행위자는 자신에게 16세 미만 자가 후견관계에서 맡겨졌고 이러한 후견관계로 인해 교육받는 자의 훈육, 교육, 생활을 감시하고 교육하는 권리와 의무가 부여된 경우에 인정된다.[3096] 가족공동체만으로는 충분하지 않다.[3097] 미성년자는 행위자에게 맡겨져 있어야 한다. 이는 법률(양부모), 지위(교사), 후견권리자에 의한 위임, 일방적 보호인수에 근거할 수 있다. 어떻게 그리고 누구에 의해 후견의무가 발생했는지는 중요하지 않다.[3098] 후견의무는 묵시적으로 미성년자를 통해서도 발생할 수 있다.[3099] 결정적인 것은 구체적인 정황에 따라 행위자가 소년의 생활영위와 발전을 감시해야하는 책임관계가 존재하느냐 그리고 개별적 상하관계의 의미에서 종속관계가 존재하느냐이다.[3100]

보호관계 따라서 종속관계는 그 자체로 범죄피해자가 인식해야 한다. 왜냐하면 제174조a, 제176조와의 관계로부터 제1호는 특히 성적 자기결정권을 보호한다는 점이 도출되기 때문이다.[3101]

(2) 종속관계(제1항 제2호)

동 규정은 행위자가 18세 미만 자를 맡고 있거나 18세 미만 자를 근로 또는 고용관계에서 아래에 놓아 둔 경우에 인정된다. 이 자는 법률상 내지 사실상 범죄시 직접적 또는 간접적 상급자인 자이다. 이는 보통 개별사안을 넘어서는 명령권한을 전제한다.

3095) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 174 Rn. 3.
3096) BGH NStZ 89, 21.
3097) BGH StV 97, 520.
3098) BGHSt 41, 137, 139.
3099) BGH NStZ 98, 191 L.
3100) BGHSt 41, 137, 139.
3101) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 174 Rn. 5.

경우에 따른 일시적 조력활동상(예컨대 베이비시터)의 종속관계는 충분치 않다.[3102]

(3) 자손(제1항 제3호)

제1항 제3호의 행위자는 자신 또는 배우자 혹은 사실혼 배우자의 미성년자인 자손과 일정한 관계에 놓여있는 자가 될 수 있다. 제3의 유형은 가벌성을 가족과 유사한 사회관계로 확장했는데, 이러한 관계 속에서 전통적인 가족구조와 마찬가지로 권력 및 종속 관계가 같은 방식으로 성적 동기로 남용될 수 있다. 그 요건으로 행위자와 피해자와 친족 관계인 자 간에 생활공동체가 존재해야 한다. 행위자와 피해자 간에 가정을 이루어야 하는 것을 필요하지 않다. 범죄자와 피해자 간에 사회적 접촉이 있어야 하는 것도 아니다. 제174조에 전형적으로 토대가 되는 행위자와 피해자 간의 관계는 이를 통해 매우 추상화된다.[3103]

(4) 시설에서 소년

제2항은 교육, 직업교육 또는 보호를 위한 시설에 대한 것이다. 이는 하임(Heim) 또는 기타 미성년자를 장기간 수용하는 시설 뿐만 아니라 학교, 유치원, 탁아소 치료적 목적을 가진 이동 시설을 의미한다. 그러나 청소년센터, 유스호스텔, 직업교육을 위한 기숙사는 여기에 포함되지 않는다. 어느 정도 시설의 조직적 독자성이 필수적이다. 이용자와의 관계는 통일적 법적 규정에 따라야 한다.[3104]

3) 범죄행위

제1항 제2항 제3항은 한편 범죄행위의 유형과 경중에 따라, 다른 한편 행위와 후견관계의 관계 또는 추가적인 동기에 따라 구별한다.

(1) 신체적 접촉이 있는 행위

제1항과 제2항의 경우 행위자는 성적 행위를 피보호자에게 행하거나 피보호자로

3102) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 174 Rn. 9.

3103) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 174 Rn. 10.

3104) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 174 Rn. 10b.

하여금 자신에게 하도록 해야 한다. 양자 모두 신체적인 접촉을 요구한다. 제1항의 경우에는 자수범이 문제된다. “행위를 하도록 하는 것(Vornehmen lassen)”은 소극성보다 더 많은 것을 요구한다. 비록 교사는 아니지만 자극강화(bestärkende Ermunterung) 하는 것이 필요하다.[3105]

(2) 신체적 접촉이 없는 행위

제3항의 사안에서는 행위자가 피해자와의 신체적 접촉 없이 성적 행위를 피보호자 앞에서 행하거나 피보호자로 하여금 행위자 앞에서 성적 행위를 결심토록 해야한다. 행위자가 피보호자 앞에서 제3자가 자신에게 행하도록 하는 행위는 여기에 포함되지 않는다.[3106] 결심케 하는 행위(Bestimmen) 개념에 대해서는 제26조(교사범)와 제180조의(미성년자의 성적 행위 촉진)에 대한 원칙이 적용된다. 그러나 여기서의 개념은 이보다 더 나아간 것이며 법률에 의해 기술된 행태를 인과적으로 야기하는 모든 행위를 포함한다. 영향을 주는 모든 형태와 수단(예컨대, 설득, 기망, 협박)은 동가치적이다. 강제 또한 포함된다.[3107] 이러한 개념은 미성년자에 대한 행위자가 직접적인 영향에 제한되지 않는다.[3108]

행위자 또는 피보호자 앞에서의 행위는 보통 신체가 현장에 있는 것과 다른 부분을 통해 직접적으로 인지할 수 있는 가능성을 요건으로 한다. 따라서 현장에 부재하면서 예컨대 사진 또는 비디오 촬영물만으로는 충분하지 못하다. 반대로 실시간 전송의 경우 행위자가 사안에 대해 영향을 미치는 것이 가능하여 이것이 현장에 있는 상황과 동등하다면 동규정이 적용될 수 있다.[3109]

4) 종속성의 남용(제1항 제2호; 제1항 제2호와 결부된 제3항)

제1항 제2호의 사안에서는 범죄행위 뿐만 아니라 행위자가 보호관계와 결부된 피보

3105) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 174 Rn. 12.
3106) BGH NStZ 10, 32f.
3107) BGHSt 41, 245.
3108) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 174 Rn. 13.
3109) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 174 Rn. 14.

호자의 물적 내지 심리적 종속성을 이용하는 것이 필요하다. 제174조a에서와 같은 지위의 남용만으로는 충분하지 않다. 종속성은 행위시에 구체적으로 주어져 있어야 하고 양 측 모두 인식하고 있어야 한다.[3110] 행위자가 오로지 또는 주로 이러한 종속성의 결과로 범죄로 나아갔다면 종속성을 남용한 것이다. 이는 범죄피해자가 동의하거나 어떤 해택을 얻기 위해 스스로 시작했더라도 가능하다. 피해자의 즉응적인 동의는 남용이 없었다는 것을 징표가 될 수 있다.[3111]

5) 지위의 이용(제2항 제2호 제3항)

제2항 제2호에서는 - 제2항 제1호의 경우와는 달리 - 행위자가 범죄를 위해 교육자, 직업교육자, 보호자로서의 자신의 지위를 이용해야 한다. 행위자가 자신의 임무를 바로 문제된 피해자에 대해 충족해야 하는지는 중요하지 않기 때문에 일반적인 권력적 지위를 이용하는 것으로 충분하다. 반대로 조직상 "기회"(시설에 동시에 존재하는 것)를 가지는 것이나 단순한 접촉 가능성(소풍, 학교축제)을 지위의 이용으로 볼 수 있는지는 의심해보아야 한다고 한다. 왜냐하면 그렇다면 제2항 제1호에 대해서는 적용여지가 없기 때문이다.[3112]

나. 수감자와 관청의 보호를 받는자 또는 시설 내 환자 및 도움이 필요한 자에 대한 성적 남용(제174조a)

1) 일반론

보호법익은 해당자의 성적 자기결정권, 시설의 기능 그리고 시설의 무결성에 대한 일반인의 신뢰이다. 제174조a는 어떤 경우든 제도적 종속관계를 전제하고 이러한 종속관계 내에서 피해자는 행위자에게 맡겨져 있다. 본 범죄는 신분범이고 자수범이다. 제3자, 특히 같은 수감자의 성적 침해에 대해 의무에 위반되게 보호하지 않는 것은 그 범죄에 대한 광의의 공범을 근거지우지만 부작위 정범을 근거지우지는 않는다.[3113]

3110) BGHSt 28, 365, 367.

3111) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 174 Rn. 15.

3112) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 174 Rn. 15b.

3113) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 174a

2) 수감자 및 피보호자

제1항에 따라 범죄시 피수감된 자 즉, 자유형 또는 소년형 집행·구속·소년체포 및 징계체포·질서구금에 있는 자, 강제 구인된 자 또는 제127조 제2항에 따라 가체포된 자가 보호된다. 그러나 제127조 제1항에 따라 체포된 자 또는 제81조a에 따라 혈액체취를 위해 구인된 자는 여기에 포함되지 않는다. 구금휴가 또는 자유출입은 수감자로의 지위를 부정하지 않는다. 또한 당국의 명령에 의해 보호된 자 즉, 형사소송법 제63조, 제64조, 제66조, 제126조a 또는 수용법에 따라 수용된 자, 강제퇴거수용자도 보호된다.[3114]

3) 시설 내 환자 및 도움이 필요한 자

제2항을 통해서는 환자 내지 도움이 필요한 자를 위한 시설에 받아들여진 자가 보호된다. 이러한 의미의 "시설"은 공공 또는 민간의 장소적·물적·인적 운영체로서 환자 및 도움이 필요한 자를 위한 서비스 및 후원 내지 이 자들의 보호 또는 감독의 목적을 가진다. 규정의 의미에 따르면 장소적 관계가 항상 요건이 되고 이러한 관계 외부에 있는 조직적 관계는 충분치 않다. 기능적 내지 행정적 조직체 내부에는 개별부서, 병동 등이 제2항의 시설이 된다.[3115]

4) 범죄행위

제174조a의 사안에서 외부적 행위는 피보호자에게 성적 행위를 행하는 것 또는 피보호자로 하여금 행위자에게 그러한 행위를 하도록 하는 것이다.

(1) 행위자의 지위 남용(제1항)

제1항의 경우 행위자는 자신의 지위를 남용하여 행위하여야 한다. 이는 통상적으로 행위자가 오직 자신에게만 또는 자신의 지위에 근거하여 제공된 "부당한 기회(eine illegitime Chance)"를 이용한 경우이다. 제174조a는 구체적이고 개인적인 종속관계

Rn. 3.

3114) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 174a Rn. 4.

3115) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 174a Rn. 7.

를 요구하지 않는다. 남용(Missbrauch)의 개념은 따라서 제174조 제1항 제2호보다 더 확장된다. 특별한 상황의 경우 예외가 가능하다. 이 경우 수용된 자의 동의가 원칙적으로 문제되지 않는다. 범죄구성요건은 성적 접촉이 수용된 자로부터 시작되더라도 충족될 수 있다. 기준이 되는 것은 개인적 관계의 형성에 대한 제도적 종속성의 영향이 배제될 수 있느냐이다.[3116]

(2) 질병 또는 도움 필요한 상태의 이용(제2항)

제2항의 사안에서는 행위자가 피해자의 질병 또는 도움이 필요한 상태를 이용하고 이를 통해 그 자를 남용해야 한다. 이용되어야 하는 것은 시설수용을 통해 주어진 기회 뿐만 아니라 바로 시설수용과 내적 관계에 놓여 있는 수용된 자의 상태이다. 피해자가 약화된 "저항능력"의 상태에 놓여 있어야 하는 것은 아니다. 오히려 충분한 것은 예컨대 피해자에게 실제로는 성적 동기의 행위이지만 이러한 행위의 필요성을 질병 또는 도움이 필요한 상태를 계기로 기망하는 것이다. 전적으로 아프지 않거나 도움이 필요치 않는 자에 대한 행위는 여기에 포함되지 않는다. 왜냐하면 객관적으로 존재하지 않는 상태를 이용할 수 없기 때문이다.[3117]

이용(Ausnutzen)이란 행위자가 기존의 도움의 필요성과 수용과 결부된 피해자의 종속성을 인식하거나 가능하다고 간주하고 성적 목적의 실현을 위해 이용하는 경우 인정된다. 피해자의 동의 또는 피해자가 단초를 제공했다는 이유로 이것이 부정되지 않는다. 제177조 제5항 제3호가 범죄피해자의 반대의사와 범죄피해자가 행위자의 영향에 보호없이 노출된 상황을 이용하는 것을 요구한다면 제174조a 제2항의 상황의 이용은 이것과 무관하게 정해진다. 종속관계를 이용하는 행위의 가벌성은 피해자 승낙이 유효하지 않고 다른 한편 기회의 단순한 이용은 충분하지 않으며 행위자에 의한 강제의 사용은 요구되지 않는다는 점에 기초하기 때문에, 제2항에서 남아 있는 사안들은 주로 행위자가 피해자로 하여금 이익의 약속, 기부, 승낙을 통해 성적 행위 또는 수인을 교사하고 이 경우 피해자가 질병이나 도움이 필요한 상태가 없이는 동의하지

3116) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 174a Rn. 10.

3117) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 174a Rn. 11.

않을 것이라는 사실을 알거나 용인했을 때의 그 사안들이다.[3118]

6. 소결

한국 형법상의 성범죄와 비교하면 독일 형법상의 성범죄는 다음과 같은 특징을 가진다.

한국 형법 제32장 강간과 추행의 죄에 해당하는 것은 독일 형법 제13장 제174조 내지 제180조, 제182조이다. 그리고 여전히 독일 형법 제13장의 내용으로서 제180조a, 제181조a, 제183조 내지 184조g는 그 실질이 한국의 음행매개죄, 공연음란죄, 음화제조·반포죄로 볼 수 있는 있는데, 이들은 한국 형법 제22장 성풍속에 관한 죄에 대응된다. 따라서 독일법은 성적 자기결정권을 침해하는 범죄로 한국의 성풍속에 관한 죄까지 모두 포함하고 있다고 할 수 있다.

성범죄의 구성요건적 행위를 살펴보면 한국 형법은 제32장의 범위에서 간음행위와 추행행위로 구별됨에 반해 독일 형법은 단순히 성적 행위와 성적 추행만을 규정하고 있다. 그러나 독일 형법은 이러한 행위에 대한 주체와 객체 그리고 행위와 객체와의 거리를 매우 구체적으로 기술하고 있다는 특징이 있다. 다시 말해 성적 행위는 행위의 주체와 객체를 고려하여 행위자가 피해자에게 행하는 행위이냐, 행위자의 요구로 피해자가 행위자 또는 제3자에게 행하는 행위이냐, 행위자의 요구로 제3자의 행위를 피해자가 수인하는 행위이냐로 구분될 수 있고, 또 행위와 객체와 거리를 고려하여 행위가 행위객체에게 이루어지느냐 아니면 행위객체 앞에서 이루어지느냐에 따라 구별되기도 한다. 독일 형법상 간음행위는 제177조 제6항 제1호에 규정되어 있는데 이는 동조 제1항의 성적 침해죄에 대해 독자적인 가중범죄구성요건인 성적 강요죄의 통상가중양형사유(Regelbeispiel)이다. 독일법상 추행행위는 보충적 구성요건인 제184조i에 위치하고 있다.

독일 형법 제13장의 성적 자기결정권을 침해하는 범죄는 크게 보아 성적 남용죄, 성적 침해 및 강요죄, 성매매와 관련된 범죄, 공연음란죄, 포르노물과 관련된 범죄, 성적 추행죄로 구분된다.

3118) Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 174a Rn. 12.

독일 성범죄의 가장 기본이 되는 독일 형법 제177조는 최근 성적침해라는 표제어로 소위 비동의 간음죄를 도입하였다. 독일 형법 제177조 제1항은 피해자의 "인식가능한 의사에 반하는"이라는 표지를 추가하여 소위 "노 민즈 노(No means No)" 모델을 명시적을 채택하면서도 제2항에서 "예스 민즈 예스(Yes means Yes)"의 요소도 가미하였다. 성적 침해죄는 6개월에서 5년 미만의 자유형이라는 법정형을 가지기 때문에 경죄에 속하고 미수범도 처벌한다. 이러한 독일의 성적 침해죄는 향후 한국에 비동의 간음죄를 도입한다면 참고할 만하다고 하겠다.

독일에서 성적 남용죄는 행위자와 피해자 간에 수평적이지 못한 관계를 전제로 형법이 개입하여 피해자의 이익을 보호해야할 필요성이 보다 큰 경우에 인정된다. 피해자의 인적 범위는 행위자에 의한 보호가 필요한 자, 구금된 자 등, 형사절차 등에서의 대상자, 정신적·신체적 질병 등을 이유로 상담·치료·요양관계를 맺고 있는 자, 아동, 소년이다. 이들 범죄는 한국에서 형법 제302조(미성년자 등에 대한 간음), 제303조(업무상위력 등에 의한 간음), 제305조(미성년자에 대한 간음, 추행), 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(이하 청소년성보호법) 제7조(아동·청소년에 대한 강간·강제추행 등), 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 성폭력처벌법) 제7조(13세 미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행 등), 제10조(업무상 위력 등에 의한 추행) 등에 해당된다고 볼 수 있지만 요건과 효과에 있어 상당한 차이를 보이고 있다.

미성년자와 관련된 성범죄를 연령대와 범죄유형별로 살펴보면 다음과 같다.

제13세 미만자에 대한 성범죄의 경우, 한국 형법 제305조는 13세 미만의 사람에 대하여 간음 또는 추행한 자를 강간(3년 이상의 유기징역) 및 강제추행의 예(10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금형)에 의하여 처벌하고 성폭력처벌법에 따르면 13세 미만인 자에게 강간을 범하면 무기징역 또는 10년 이상의 징역으로, 유사강간의 경우 7년 이상의 유기징역으로, 강제추행이면 5년 이상의 유기징역에 처한다. 청소년성보호법 제7조에 따르면 19세 미만의 여자 아동·청소년을 강간하면 5년 이상의 유기징역, 아동·청소년에 대해 유사강간을 범하면 3년 이상의 유기징역, 아동·청소년을 강제추행하면 1년 이상의 유기징역 또는 500만원 이상 2천만원 이하의 벌금이 부과된다. 독일의 경우 형법 제176조는 14세 미만인 자에 대해 성적 행위를 하면 6개월 이상 10년 미만의 자유형에 처해지고 특별히 중한 사안이면 1년 이상의

자유형이 부과된다. 그리고 독일 형법 제176조a 아동에 대한 중한 성적 남용죄의 경우 18세 이상인 자가 아동을 간음하거나 이와 유사한 성적 행위를 하였다면 2년 이상의 자유형이 부과된다.

한국에서 19세 미만의 미성년자를 대상으로 하는 성범죄의 경우 형법 제302조는 이 자에 대해 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자에 대해 5년 이하의 징역을 부과하고 청소년성보호법 제7조에 따르면 19세 미만인 여자 아동·청소년을 강간한 자는 5년 이상의 유기징역에 처하고 강제추행한 자는 1년 이상의 유기징역 또는 500만원 이상 2천만 이하의 벌금에 처한다. 독일에서는 제174조의 특정한 종속관계에 놓인 16세 및 18세 미만 자에 대해 성적 행위를 하게 되면 3개월 이상 5년 미만의 자유형에 처해진다. 동조 제1항의 경우 16세 미만인 자는 교육, 직업교육, 후견을 위해 행위자에게 맡겨져 있기만 하면 되고 18세 미만인 자의 경우 이러한 관계 뿐만 아니라 근로 또는 고용관계에 놓인 경우도 포함되며 18세 미만자의 경우 행위자는 이러한 특수한 관계를 남용해야 한다. 18세 미만자가 행위자 등의 자손이거나 또는 행위자와 공동체를 이루어 살고 있는 경우에는 이러한 남용행위가 없어도 범죄가 성립한다. 행위객체에 대한 연령별 (16세 또는 18세) 차이는 제174조 제2항에서도 발견된다.

미성년자 성행위알선에 대해서는 독일 형법 제180조는 제1항에서 16세 미만인 자의 제3자에 대한 성적 행위를 알선하거나 기회제공을 통해 방조한 자를 3년 이하의 자유형 또는 벌금형으로 처벌한다. 동조 제2항의 경우 18세 미만인 자를 대가를 받고 제3자에 대해 성적 행위를 하도록 교사하거나 그러한 행위를 알선을 통해 방조한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형으로 처벌된다. 동조 제3항에 따르면 이는 행위자가 교육 등을 위해 자신에게 맡겨지거나 근로관계 등에서 자신의 아래에 놓인 18세 미만 자를 종속적 관계를 남용하여 제3자에 대하여 성적 행위를 하도록 교사한 경우에도 마찬가지이다.

성매매와 관련해서는 한국은 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률(이하 성매매처벌법) 제4조를 두어 성인들간의 성매매도 금지시키고 있음에 반해 독일은 성인들의 성매매 자체는 형사처벌이 따르는 금지된 행위가 아니다. 그렇지만 독일은 형법 제180조a와 제181조a를 두어 성매매종사자를 일정 방식으로 착취하는 것과 제184조f와

제184조g에서 일정 장소 및 시간대에 성매매에 종사하는 것을 금지시키고 있다. 한국의 청소년성보호법 제10조는 아동·청소년의 성을 사는 행위를 처벌하고 있지만 독일에는 해당 규정이 없다. 한국의 청소년성보호법 제12조와 같은 아동·청소년과 관련된 성매매알선에 관한 규정도 독일에는 존재하지 않는다.

음란물(포르노물)에 대해서는 한국의 청소년성보호법 제8조가 관련규정이 되고 이에 해당하는 독일 규정은 독일 형법 제184조b 내지 제184조e이다.

제5절 | 일본

1. 개관

가. 성폭력범죄[3119]의 체계 및 구성

1) 성폭력범죄의 체계 및 범죄유형

일본형법 제2편 각칙은 총 40개의 장으로 구성되어 있다. 그 중 강간, 강제추행 등의 성폭력범죄는 제22장의 "외설, 강제성교등 및 중혼의 죄"에 규정되어 있다. 일본형법 제22장에는 강간(177조), 강제추행(176조), 강제추행등치사상(181조) 등의 개인의 성적 자기결정권을 침해하는 성폭력범죄 이외에도 공연외설(174조), 외설물반포죄(175조), 음행권유(182조), 중혼(184조) 등의 성풍속과 관련된 사회적 법익을 침해하는 범죄가 함께 규정되어 있는 것이 특징이다.

제22장에서 성폭력범죄에 속하는 범죄유형은 제176조(강제외설)—우리나라의 '강제추행'에 상응한다. 일본형법에서는 공연외설이나 외설물반포죄에서 사용하는 외설(猥褻)이란 용어를 사용하여 '강제외설(죄)'로 명명하고 있는바, 본고에서는 이해의 편의를 위해 이를 강제추행(죄)로 번역한다. 다만, 추행으로 번역할 경우, 해석상 오해를 부를 수 있기 때문에 일본형법상 조문 해석을 위해 원어표현을 살려야 하는 부분에

3119) 일본 형법학에서는 '성범죄'라는 용어를 일반적으로 사용하고 있으나, 본서에서는 국가 간 비교를 위한 통일적 표현으로서 우리나라의 법률상 표현에 따라 '성폭력범죄'라는 용어를 사용하도록 한다.

서는 가급적 '외설'이라는 표현을 그대로 사용하도록 한다—부터 제181조(강제추행등치사상)까지의 총 6개조에 규정되어 있다. 강제추행죄(176조), 강제성교등죄(강간)(177조), 준강제추행 및 준간강(178조), 감호자추행 및 감호자성교등(179조), 미수죄(180조), 강제추행등치사상(181조)가 그것이다.

2) 2017년 형법개정

일본의 현행형법은 1907년에 제정 시부터 성폭력범죄는 제22장의 "외설, 간음 및 중혼의 죄"로서 규정되어 왔다. 최근 성폭력범죄피해자의 목소리, 성폭력범죄피해자 지원단체의 활동, 남녀공동참여기본계획 등을 배경으로 하여 2017년에 단행된 형법 일부개정에서 "외설, 강제성교등 및 중혼의 죄"로서 변경되었고, 아울러 개인의 성적 자유에 관한 죄의 벌칙규정에 대한 개정이 이루어졌었다.[3120] 그 주요한 개정내용으로는 ①강간죄와 강제성교등죄를 개정하여 구성요건을 수정함과 동시에 법정형의 상향을 도모한 점, ②보호자와 같은 우월적 지위를 이용하여 행하는 감호자성교등죄(179조)를 신설한 점, ③종전까지 친고죄로 되어 있던 성폭력범죄를 비친고죄로 전환한 점 등을 꼽을 수 있다.

3) 한·일의 비교

우리나라와 비교하면, 한국형법에서 "성풍속에 관한 죄"가 사회적 법익을 침해하는 죄로서 별개의 독립된 장(제22장)으로 규정되어 있는 것과 달리 일본형법은 단일의 장에 양자가 함께 혼재되어 있다는 점, 그리고 일본형법상 성폭력범죄의 구성요건이 전형적인 몇 가지 유형으로 단순화되어 있다는 점을 주요한 차이점으로 꼽을 수 있다.

[표 8-5-1] 성폭력범죄의 체계 및 구성의 한·일 비교

일본형법		한국형법	
장	조문	장/특별법	조문
제22장 외설, 강제성교등 및 중혼의 죄	제174조(공연외설), 제175조(외설물반포죄), 제182조(음행권유), 제183조 [삭제(간통죄)], 제184조(중혼)	**제22장 성풍속에 관한 죄**	제241조 [삭제], 제242조(음행매개), 제243조(음화반포등), 제244조(음화제조등), 제245조(공연음란)

3120) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 80면.

[표 8-5-1] (계속)

일본형법		한국형법	
장	조문	장/특별법	조문
제22장 외설, 강제성교등 및 중혼의 죄	제176조(강제외설->강제추행), 제177조(강제성교등->강간), 제178조(준강제추행 및 준강간), 제179조(감호자추행 및 감호자성교등), 제180조(미수죄), 제181조(강제추행등치사상)	**제32장 강간과 추행의 죄**	제297조(강간), 제297조의2(유사강간), 제298조(강제추행), 제299조(준강간, 준강제추행), 제300조(미수범), 제301조(강간등 **상해**·치상), 제301조의2(강간등 **살인**·치사), **제302조(미성년자 등에 대한 간음)**, **제303조(업무상위력 등에 의한 간음)**, 제304조 [삭제], **제305조(미성년자에 대한 간음, 추행)**, **제305조의2(상습범)**, **제305조의3(예비, 음모)**, 제306조 [삭제]
	(해당없음)	**성폭력처벌법 (특별법)**	**[형법전의 구성요건의 다양화 및 가중처벌]** 특수강도간강 등(제3조), 특수강간 등(제4조), 친족관계에 의한 강간 등(제5조), 장애인에 대한 강간·강제추행 등(제6조), 13세 미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행 등(제7조), 강간 등 상해·치상(제8조), 강간 등 살인·치사(제9조) **[형법전의 보충규범]** 업무상 위력 등에 의한 추행(제10조), 공중밀집장소에서의 추행(동법 제11조), 성적 목적을 위한 다중이용장소 침입행위(제12조), 통신매체를 이용한 음란행위(제13조), 카메라 등을 이용한 촬영(제14조), 허위영상물 등의 반포등(제14조의2), 촬영물 등을 이용한 협박·강요(제14조의3)

나아가 우리나라의 경우에는 주지하다시피 형법전 이외에 이른바 성폭력범죄를 처벌하기 위한 특별법으로서 「성폭력범죄의 처벌에 관한 특례법」이 있고, 형법의 사문화라고 불릴 정도로 특별법인 성폭력처벌법이 형사실무에서의 실질적인 법규범으로 작동하고 있다. 동법은 형법전에서 규정한 성폭력범죄를 그 구성요건을 세분화하여 가중처벌하는 규정을 두고 있을 뿐만 아니라 형법전에서 처벌하지 않는 간음이나 추행 등을 보충적으로 처벌하는 규정을 두고 있고(동법 제10조, 제11조), 또한 성적 목적을 위한 다중이용장소 침입행위(제12조)나 통신매체를 이용한 음란행위(제13조), 카메라등 이용촬영(제14조) 등을 처벌하는 규정을 별도로 두고 있기도 하다. 이에

비하여 일본의 경우 성폭력범죄는 아동복지법 상의 일부 범죄유형—후술의 5의 아동·청소년보호 목적의 성폭력범죄 부분 참조—을 제외하고는 기본적으로 형법전에만 규정되어 있고, 우리나라처럼 별도의 성폭력범죄 처벌을 위한 특별법이 존재하지 않는다. 이러한 성폭력범죄의 체계와 구성에 관한 한·일의 법규범의 차이는 일차적으로 양국에 있어 형사처벌의 대상이 되는 성폭력범죄의 범위 자체가 상당히 차이가 난다는 것을 의미한다.

나. 성폭력범죄의 개념 및 보호법익

1) 개념 및 분류

일본형법학에서 강제추행 및 강간죄는 "성적 자유에 대한 죄"—성적인 사항에 대한 자기결정의 자유—로서 분류되어 있다. 이들 성폭력범죄는 사회적 법익을 침해하는 죄에 해당하는 공연외설죄, 외설물반포등죄 등과 함께 동일한 장에 규정되어 있지만, 개인적 법익을 침해하는 죄에 해당한다고 보는 것이 통설적 견해이다.[3121]

2) 보호법익

전술한 바와 같이 일본형법상 성폭력범죄는 사회적 법익을 침해하는 죄인 제22장의 "외설, 강제성교등, 중혼의 죄"에 포함되어 있지만, 개인의 성적 자유를 침해하는 개인적 법익에 관한 죄로 본다. 강제추행죄 및 강간죄의 보호법익에 관하여는 학설상 개인의 성적인 자유뿐만 아니라 성적 감정(感情)을 포함한 성적 수취심을 침해하는 죄로 해석하기도 한다.[3122] 그러나 이러한 해석에 대하여는 성적 감정을 별개의 보호법익으로 볼 필요가 없고, 성적 자유에 포함되는 내용으로 이해하면 족하다는 비판을 가하고 있다.[3123]

3121) 山口厚, 刑法各論 [第2版], 有斐閣, 2016, 81면; 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9巻, 青林書院, 2013, 4~5면..

3122) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 81면;

3123) 山口厚, 刑法各論 [第2版], 有斐閣, 2016, 105면.

2. 강제외설죄(강제추행죄)

제176조 (강제외설)

13세 이상의 자에 대하여 폭행 또는 협박을 사용하여 외설한 행위를 한 자는 6월 이상 10년 이하의 징역에 처한다. 13세 미만의 자에 대하여 외설한 행위를 한 자도 이와 같다.

가. 의의

강제외설죄는 13세 이상의 사람(남녀)에 대하여 폭행 또는 협박을 사용하여 외설한 행위를 한 경우에 성립한다(176조 1문). 또한 13세 미만의 사람에 대하여는 동의의 유무를 불문하고 외설한 행위를 한 경우에 성립한다.[3124] 13세 미만의 자에 대하여는 성적인 것에 대한 충분한 판단능력이 인정되지 않는다는 전제 하에 절대적인 보호를 제공하는 것이라 본다.

나. 행위

외설행위란, 성적인 의미를 가진 행위, 즉 본인의 성적 수취심의 대상이 되는 행위를 말한다. 이는 13세 이상의 남녀에 대하여는 폭행·협박에 의해 강요된 경우에는 그 자의 성적인 자유가 침해되는 것이다.

외설한 행위를 강요하는 수단으로서의 폭행·협박은 상대방의 반항을 억압할 정도의 것일 필요는 없지만, 반항을 현저히 곤란하게 하는 정도의 것일 필요는 있다는 것이 통설과 판례의 태도이다.[3125] 그리고 폭행 자체가 외설한 행위인 경우에 강제외설죄가 성립하는지 여부이다. 이에 대해 본죄의 성립을 부정하고 단순히 폭행죄가 성립할 뿐이라고 보는 입장도 있지만, 판례[3126]와 다수설은 강제외설죄의 성립을 긍정하는 입장이다.

3124) 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9巻, 青林書院, 2013, 65면.; 山口厚, 刑法各論 [第2版], 有斐閣, 2016, 106면.

3125) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 82면;

3126) 대심원 판결 1918년(대정7년) 8월 20일 大審院刑事判決錄 24집 1203면; 대심원 판결 1925년(대정14년) 12월 1일 大審院刑事判例集 4권 743호.

다. 주관적 요건 : 고의 및 경향범

강제외설죄는 고의범이므로 구성요건 해당사실에 대한 인식과 예견이 필요하며,[3127] 폭행·협박을 사용하여 외설한 행위를 행하면 완성하는 거동범(擧動犯)으로 분류된다.[3128] 또한 본죄는 이른바 경향범인바, 행위자 자신의 성욕을 자극하거나 또는 만족시킨다고 하는 성적 의도 하에 행해져야 한다는 것이 다수설의 견해이다.[3129] 판례도 부녀를 협박하여 발가벗긴 후 이를 촬영하더라도 자기의 성욕을 자극, 흥분시키거나 또는 만족시킬 성적 의도가 없고, 오로지 복수, 모욕 또는 학대의 목적인 때에는 본조를 구성하지 않는다고 보았다.[3130] 다만, 이러한 판례와 다수설의 입장에 대하여는 유력한 비판이 가해지고 있고, 판례에서도 변화의 움직임이 있는 것으로 평가되고 있다.[3131]

라. 죄수 및 타죄와의 관계

판례는 13세 미만의 자에 대하여 13세 미만이라는 인식이 없이 폭행 또는 협박을 사용하여 외설한 행위를 한 경우에는 형법 제176조의 1문 및 2문의 구별을 하지 않고, 동조에 해당하는 하나의 죄가 성립한다고 해석하고 있다.[3132] 그리고 본죄가 공연히 행해진 때에는 공연외설죄(174조)의 요건을 충족한 경우에는 본죄와 상상적 경합이 된다고 보는 것이 판례[3133]와 통설의 태도이다.[3134]

3127) 山口厚, 刑法各論 [第2版], 有斐閣, 2016, 108면.
3128) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 81면;
3129) 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9巻, 青林書院, 2013, 69면.
3130) 최고재판소 판결 1970년(소화45년) 1월 29일 最高裁判所刑事判例集 24권 1호 1면.
3131) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 81면은 이러한 변화의 움직임의 근거로서 최고재판소의 2017년(평성29년) 11월 29일 판결(미공간 판례로서 최고재판소 웹사이트에서 제공)을 제시하고 있다.
3132) 최고재판소 결정 1969년(소화44년) 7월 25일 最高裁判所刑事判例集 23권 8호 1068면.
3133) 대심원 판결 1910년(명치43년) 11월 17일 大審院刑事判決錄 16집 2010면.
3134) 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9巻, 青林書院, 2013, 70면.

3. 강제성교등죄(강간죄)

제177조 (강제성교등)

13세이상의 자에 대하여 폭행 또는 협박을 사용하여 성교, 항문성교 도는 구강성교(이하 「성교등」이라 한다.)를 한 자는 강제성교등의 죄로 하며, 5년 이상의 유기징역에 처한다. 13세 미만의 자에 대하여 성교등을 한 자도 이와 같다. ※ 제180조 (동 미수범 처벌)

가. 의의

본조는 13세 이상의 자에 대하여 폭행 또는 협박을 사용하여 「성교등」의 행위를 하는 것, 또한 13세 미만의 자에 대하여 단순히 성교등의 행위를 하는 것을 내용으로 하는 범죄이다. 강제추행죄에 비하여 형을 가중한 특별죄의 성격인 것으로 해석되고 있다.

2017년 개정 전에는 남자가 여자를 상대방으로 하여 폭행·협박을 사용하여 강제적으로 성교하는 행위를 강간죄로 하여 "3년 이상의 유기징역"에 처하고 있었다.[3135] 그러나 개정법에서는 성폭력범죄의 실태에 대응하여 법정형을 "5년 이상의 유기징역"으로 상향하였고, 주체 및 객체의 양자 모두를 사람(남자와 여자)으로 변경했으며, 행위는 '성교' 즉 남성성기를 여성성기에 삽입하는 것으로 되어 있었던 것을 '성교등'으로 개정하여 성교 이외의 유사성교행위도 본조로서 중하게 처벌하게 되었다.

나. 행위

본죄의 행위는 13세 이상의 자에 대하여 폭행 또는 협박을 사용하여 성교, 항문성교, 구강성교(이하 '성교등'이라 함)를 하는 것, 또는 13세 미만의 자에 대하여 단순히 성교등을 하는 것이다. 여기서의 13세 이상의 자에 대한 폭행·협박에 대하여는 학설상 ①상대방의 반항을 억압할 정도의 폭행·협박으로 보는 설, ② 정도의 여하를 불문한다는 설, ③상대방의 반항을 곤란하게 할 정도로 족하다는 설로 나누어져 있다. 판례는

3135) 2017년 개정전 제177조 (강간) "폭행 또는 협박을 사용하여 13세 이상의 여자를 간음한 자는 강간의 죄로 하여 3년 이상의 유기징역에 처한다. 13세 미만의 여자를 간음한 자도 이와 같다.

위 ③의 입장으로 자유를 침해하는 죄이므로 반항하는 것이 곤란한 정도의 폭행·협박이면 족하고 본다.[3136]

4. 준강제외설죄·준강제성교등죄

제178조 (준강제외설 및 준강제성교등)

① 사람의 심신상실이나 항거불능을 이용하거나 또는 심신을 상실시키거나 항거불능케 하여 외설한 행위를 한 자는 제176조의 예에 의한다.
② 사람의 심신상실이나 항거불능을 이용하거나 또는 심심을 상실시키거나 항거물능케 하여 성교등을 한 자는 전조의 예에 의한다.

가. 의의

본조는 성적 자유를 보호하는 견지에서 항거곤란한 상태를 이용하여 외설·성교등을 행한 자를 처벌하기 위한 규정이며, 그 형은 강제외설죄·강제성교등죄와 동일한 형으로 벌하고 있다. 여기서의 심신상실이란, 정신 또는 의식의 장해로 인해 성적 행위에 대하여 정상적인 판단을 할 수 없는 상태를 말한다. 항거불능이란, 심신상실 이외의 심리적 또는 물리적으로 저항할 수 없거나 극히 곤란한 상태를 말한다.[3137] 판례에 따르면, 외설한 행위 또는 간음의 상대방에 대하여 착오에 빠져 있었던 경우(잠결에 범인을 자신의 남편으로 오신한 사례),[3138] 간음이 행해지고 있다는 것 자체를 인식하지 못한 경우(음부에 약을 삽입한다고 속이고, 눈을 감게 한 후 간음한 사례),[3139] 그리고 치료를 위해 필요하다고 오신시켜 외설한 행위 등을 행한 경우[3140] 등이 이러한 예에 속한다.

3136) 최고재판소 판결 1949년(소화24년) 5월 10일 最高裁判所刑事判例集 3권 6호 711면.
3137) 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9巻, 青林書院, 2013, 81~82면.
3138) 広島高等裁判所 판결 1958년(소화33년) 12월 24일 高等裁判所刑事判例集 11권 10호 701면.
3139) 대심원 판결 1926년(대정15년) 6월 25일 大審院刑事判例集 5권 285면.
3140) 東京高等裁判所 판결 1981년(소화56년) 1월 27일 刑事判例月報 13권 1=2호 50면.

나. 행위

사람의 심신상실이나 항거불능을 이용하거나 또는 심신을 상실시키거나 항거불능케 하여 외설한 행위를 경우가 준강제외설죄(187조 1항)이고, 성교등의 행위를 한 경우가 준강제성교등죄(동조 2항)이다. 여기서 심신을 상실시키거나 항거불능케 한다는 의미는 폭행·협박 이외의 수단을 이용하여 저항이 곤란한 상태를 만드는 것을 말한다. 최면술의 사용이나 다량의 음주로 만취상태에 빠트리는 것이 '심신을 상실'시키는 행위의 예이고, 자신을 신뢰하고 있는 것을 이용하여 의사가 치료를 위한 것이라고 믿게 하여 저항할 수 없는 심리상태로 만드는 것이 '항거불능'케 하는 행위의 예가 된다.[3141] 강제외설죄 및 강제성교등죄와 동일한 법정형으로 처벌되기 때문에 실질적으로 폭행·협박을 사용한 것과 같은 정도로 상대방의 자유의사를 침해하여 외설·성교등의 행위를 하는 것이 요구된다.

5. 감호자외설죄 및 감호자성교등죄 : 아동·청소년보호 목적의 성폭력범죄

제179조 (감호자외설 및 감호자성교등)

① 18세 미만의 자에 대하여 그 자를 현재 감호하는 자인 것에 의한 영향력이 있는 것을 이용하여 외설한 행위를 한 자는 제176조의 예에 의한다.
② 18세 미만의 자에 대하여 그 자를 현재 감호하는 자인 것에 의한 영향력이 있는 것을 이용하여 성교등을 한 자는 제177조의 예에 의한다.
※ 제180조 (①②의 미수범 처벌)

가. 의의 : 일본의 2017년 형법개정과 아동·청소년의 성보호 강화

강제외설죄 및 강제성교등죄는 개인의 성적 자유를 보호하기 위한 죄인바, 일정한 지위나 인적 관계를 이용하여 종속적인 입장에 있는 자와 성적 행위를 하는 경우에도 폭행·협박을 사용하거나 또는 심신상실이나 항거불능을 이용하여 행하는 경우와 마찬가지로 항거곤란한 상태를 이용하고 있다는 점에서 성적 자유를 침해한다고 본다.

2017년 개정법은 이러한 성폭력범죄 처벌의 적정화 차원에서 감호자외설죄 및 감

3141) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 85면;

호자성교등죄의 구성요건을 신설하여 처벌범위를 확장하였고, 그 법정형도 강제외설죄 및 강제성교등죄와 동일한 형으로 규정한 것이다.[3142] 본죄의 행위의 객체가 18세 미만의 자로 한정되어 있는바, 성인에 비하여 아동·청소년에 대한 성폭력범죄를 더욱 두텁게 보호한다는 입법취지가 반영된 것이라 할 것이다.

나. 본죄의 성립요건

1) 주체

본죄의 주체는 18세 미만의 자를 "현재 감호하는 자", 즉 감호자이다. 감호자란, 일본민법 제820조에서 유래하는 용어로서 실질적으로는 미성년자를 감호 및 보호하는 입장에 있는 자를 의미한다.[3143] 예를 들어 부모, 양부모, 고용주, 교사 등이 해당될 수 있는바, 관건은 18세 미만의 자가 성적 행위에 대하여 저항할 수 없는 지위 또는 관계에 있는 자가 이에 해당한다.

2) 객체 및 행위

행위의 객체인 상대방은 18세 미만의 자일 것이 요구된다. 행위는 "영향력이 있는 것을 이용하여" 외설한 행위 또는 성교등을 하는 것이다. 18세 미만의 자가 저항할 수 없는 심리상태에 있는 것을 '이용하여' 외설한 행위 또는 성교등을 해야 하지만, 적극적으로 이용하는 의사가 없더라도 객관적으로 지배·종속관계가 있고, 상대방이 성적 행위에 저항하는 것이 곤란한 상태라는 것이 인정되는 한 이를 인식하며 외설 또는 성교등의 행위에 이른 이상 본죄를 구성한다고 본다.[3144]

다. 아동·청소년보호 목적의 성폭력범죄 입법상황

앞에서 살펴본 바와 같이 일본형법 제176조 및 제177조에서는 13세 미만의 자에 대하여는 본인의 의사의 여하를 불문하고, 폭행·협박을 수반하지 아니하는 경우에도 강제외설죄 및 강제성교등죄로 처벌함으로써 이른바 '절대적 보호'를 설정하고 있다.

3142) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 86~87면;
3143) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 87면.
3144) 大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018, 87면.

또한 감호자외설 및 감호자성교등죄는 18세 미만의 자에 대한 성보호를 강화하는 입법에서 신설된 규정이기도 하다.

한편, 일본의 경우에도 형법전 이외의 법률 등에 있어서도 확충된 보호규정을 발견할 수 있다. 우선 아동복지법에서 "아동에 음행을 시키는 행위"를 금지하고 있고, 이를 위반한 자를 10년 이하의 징역 또는 300만엔 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있도록 하고 있다(동법 제34조 제1항 제6호 및 제60조 제1항 참조).[3145][3146] 나아가 「아동매춘, 아동포르노의 관련되는 행위 등의 처벌 및 아동의 보호 등에 관한 법률」(1999년 제정 법률 제52호)에서는 아동매춘(동법 제4조), 아동매춘주선(제5조), 아동매춘권유(제6조), 아동포르노 소지·제공등(제7조), 아동매춘등목적 인신매매등(제8조)가 처벌의 대상으로 되어 있고, 양벌규정도 함께 규정되어 있다(제11조).

6. 강제외설등치사상죄

제181조 (강제외설등치사상)

① 제176조, 제178조 제1항 또는 제179조 제1하의 죄 또는 이들의 죄의 미수죄를 범하여 이로써 사람을 사상시킨 자는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다.
② 제177조, 제178조 제2항 또는 제179조 제1항의 죄 또는 이들의 죄의 미수죄를 범하여 이로써 사람을 사상시킨 자는 무기 또는 6년 이상의 징역에 처한다.

가. 의의

본죄는 결과적 가중범이다. 기본이 되는 행위는 ① 강제외설, 준강제외설, 감호자외설 및 이들의 미수죄, ② 강제성교등, 준강제성교등 감호성교등 및 이들의 미수죄이다. 위 ①이 강제외설등치사상죄(181조 1항)이고, ②가 강제성교등치사상죄(181조 2항)이다. 판례에 따르면, 본 결과적 가중범의 기본이 되는 행위는 외설, 성교등에 한정되지 않고, 그 수단으로서 행해진 폭행이나 협박 등도 포함한다.[3147]

3145) 일본아동복지법 제34조 ①누구든지 다음에 열거한 행위를 하여서는 아니된다. 1~5. (생략) 6. 아동에게 음행을 시키는 행위 7~9. (생략) ②(생략)

3146) 일본아동복지법 제60조 ①제34조 제1항 제6호의 규정에 위반한 자는 10년 이하의 징역 또는 300만엔 이하의 벌금에 처하거나 또는 이를 병과한다. ②③④⑤(생략)

3147) 대심원 판결 1915년(대정4년) 9월 11일 형록 31집 1292면. 최고재판소 결정 1968년(소화43

나. 행위

본죄의 기본행위에 관하여는 학설상 ① 외설 및 성교등의 행위 또는 그 수단이 되는 폭행·협박에 한해야 한다는 설, ② 위 행위들에 밀접하게 관련되는 행위도 기본행위에 포함해야 한다는 설로 나누어져 있다. 또한 본죄의 기본이 되는 범죄에는 강제외설죄와 강제성교등죄는 물론 동 미수죄도 포함된다. 판례의 따르면, 남성성기의 삽입에 의해 처녀막을 파열시킨 행위,[3148] 질병을 감염시키는 행위나 키스자국을 남기는 행위[3149] 등도 상해에 해당한다고 본다.

다. 인과관계

외설·성교등의 행위 또는 수단이 되는 폭행·협박행위와 사상의 결과 사이에는 인과관계가 존재할 것이 요구된다.[3150] 판례에 따르면, 강제성교의 목적으로 폭행을 가하자 피해자가 구조를 요청하여 2층에서 뛰어내려 부상을 당한 경우에는 인과관계가 인정되어 강제외설등치사상죄를 구성한다.[3151] 시체에 대한 강제성교등죄는 성립하지 않지만, 강제성교의 목적으로 폭행을 가하여 사망한 직후에 성교를 한 경우에는 본죄가 성립한다고 본다.[3152] 한편, 강제외설·강제성교등죄의 피해자가 수치심으로 정신적으로 이상을 일으켜 자살한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 인과관계가 인정되지 않는다고 보는 것이 판례의 태도이다.[3153] 나아가 판례는 기본범에 수반하는 행위로부터 사상의 결과가 발생한 경우에 있어서도 본죄의 성립을 긍정하는 입장에서서, 범행 후 도주하기 위해 피해자에게 상해를 입힌 사례에서 본죄의 성립을 긍정한 바 있다.[3154]

년) 9월 17일 最高裁判所刑事判例集 22권 9호 862면.

3148) 최고재판소 대법정 판결 1950년(소화25년) 3월 15일 最高裁判所刑事判例集 4권 3호 355호.

3149) 東京高等裁判所 판결 1971년(소화46년) 2월 2일 高等裁判所刑事判例集 24권 1호 75면.

3150) 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9巻, 青林書院, 2013, 101면.

3151) 최고재판소 결정 1960년(소화35년) 2월 11일 最高裁判所裁判集刑事 132호 201면.

3152) 최고재판소 판결 1960년(소화36년) 8월 17일 最高裁判所刑事判例集 15권 7호 1244면.

3153) 최고재판소 판결 1963년(소화38년) 4월 18일 最高裁判所刑事判例集 17권 3호 249면.

3154) 최고재판소 결정 2008년(평성20년) 1월 22일 最高裁判所刑事判例集 62권 1호 1면.

7. 소결

이상에서 일본에 있어서 성폭력범죄에 대한 법규범의 체계와 구성을 확인해보고, 아울러 형법 각칙상의 개별 성폭력범죄에 대하여 그 해석론과 판례를 포함하여 이를 축자적으로 살펴보았다. 여기서는 이에 대한 소결론으로서 앞에서 살펴본 내용 중 주요한 부분을 요약·정리하는 한편, 우리나라와 비교되는 부분에 대한 검토를 가미해 두도록 한다.

우선 성폭력범죄의 전체적인 체계와 관련해서는 형법전 제22장의 "외설, 강제성교 등 및 중혼에 관한 죄"에 성폭력범죄군이 압축적으로 기술되어 있다는 점이 특기할 부분이다. 동 장은 형법 각칙상의 위치로 볼 때, 사회적 법익을 침해하는 죄에 해당하고, 공연외설죄나 중혼죄를 비롯한 범죄군이 건전한 성풍속 등을 보호법익으로 하는 범죄이기도 하지만, 그 중 강제외설죄나 강제성교등죄와 같은 성폭력범죄군은 개인적 법익을 침해하는 죄로 해석하는 것이 통설적 견해이다. 이러한 해석은 2017년의 형법 일부개정 시에 동 장의 명칭이 기존의 "외설, 간음 및 중혼의 죄"에서 "외설, 강제성교 등 및 중혼의 죄"로 변경되었고, 아울러 성폭력범죄에 대한 처벌법규가 대폭 정비·강화되면서 개인적 법익을 침해하는 죄라는 점이 보다 명확해진 측면이 있다고 본다.

아울러 일본의 성폭력범죄에 관한 처벌법규를 우리나라와 비교하면, 무엇보다 범죄유형이 극히 단순화되어 있다는 점이 대표적인 특징으로 꼽힌다. 양국의 형법전에서 규정하고 있는 성폭력범죄의 구체적인 범죄유형을 비교해보면, 우리나라 형법에서 규정하고 있는 고의범과 고의범의 결합형식인 강간살인(301조의2), 강간상해(301조)에 대한 처벌규범이나 미성년자 또는 심신미약자에 대한 위계·위력에 의한 간음·추행죄(302조), 그리고 18세 이상의 자를 포함하여 연령에 관계없이 모든 사람을 객체로 하는 업무상위력 등에 의한 간음죄(303조) 등이 존재하지 않는다는 점에서 차이가 있다. 또한 일본형법에서는 우리나라와 달리 상습범에 대한 가중처벌규정(305조의2)을 두고 있지 않고, 예비·음모를 처벌하는 규정(305조의3)를 처벌하는 규정을 두고 있지도 않다. 이러한 양국의 차이는 우리나라에서 성폭력범죄로 처벌되는 행위태양이 일본에서는 죄 자체가 되지 않는 영역이 존재한다는 것을 의미하며, 또한 가중처벌규정으로 인해 일본에서 처벌되는 수위에 비해 보다 강화된 법정형이나 처단형이 적용

된다는 것을 확인할 수 있다.

이는 나아가 우리나라의 경우 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」이라는 특별법을 두어 형법전의 성폭력범죄를 그 구성요건을 보다 세분화하여 이를 가중처벌하거나—특수강도간강 등(동법 제3조), 특수강간 등(제4조), 친족관계에 의한 강간 등(제5조), 장애인에 대한 강간·강제추행 등(제6조), 13세 미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행 등(제7조), 강간 등 상해·치상(제8조), 강간 등 살인·치사(제9조) 등— 형법전에 대한 보충규범으로서 새로운 범죄유형을 신설하여 처벌하고 있다는 점—예컨대 업무상 위력 등에 의한 추행(제10조), 공중밀집장소에서의 추행(동법 제11조), 성적 목적을 위한 다중이용장소 침입행위(제12조), 통신매체를 이용한 음란행위(제13조), 카메라 등을 이용한 촬영(제14조), 허위영상물 등의 반포등(제14조의2), 촬영물 등을 이용한 협박·강요(제14조의3) 등—을 감안하면, 양국에 있어서 성폭력범죄의 처벌범위 및 처벌의 법적 수위에 있어서 상당한 편차를 보이고 있음을 확인할 수 있다.[3155]

덧붙여 앞에서 살펴본 일본의 형법각칙상 규정된 개별 성폭력범죄에 대한 해석으로서 학설이나 판례는 우리나라의 강제추행죄나 강간죄, 그리고 결과적 가중범으로서의 강제추행·강간치사상죄 등의 해석과 대동소이하다고 평가할 수 있다. 다만, 양국이 비교되는 부분으로는 ① 강제추행죄에 해당하는 강제외설죄를 일본판례에서는 성적 만족이라는 성적 의도를 주관적 요건으로 하는 이른바 경향범으로 해석하고 있다는 점, ② 결과적 가중범인 강제성교등치사상죄에 있어서 기본범에 수반하는 행위로부터 사상의 결과가 발생한 경우에 있어서도 본죄의 성립을 긍정하는 입장에 서서, 범행 후 도주하기 위해 피해자에게 상해를 입힌 사례에서 판례가 본죄의 성립을 인정한바 있다는 점 등을 꼽을 수 있다.

3155) 이러한 양국의 성(폭력)범죄의 처벌범위 등의 차이는 성폭력범죄에 대한 범죄통계의 국가 간 비교에 있어서도 고려되어야 할 부분이기도 하다. 예컨대 양국의 성폭력범죄의 발생건수나 인구대비 발생비율만을 단순 비교하게 되면, 암수범죄의 문제는 별론으로 하더라도 양국의 실질적인 성폭력범죄의 상황을 제대로 반영하지 못하는 오류를 범하게 된다. 나아가 형사사법절차의 초입 단계에 해당하는 수사기관의 입건 건수만의 비교로는 국가 간 불기소 비율이나 실형 비율 등의 실질적 범죄개념을 드러내는 중요한 통계적 차이를 반영하지 못한다는 점을 이해할 필요가 있다.

결 론

최민영

제9장

결 론

제1절 | 기수 전 범죄

1. 용어의 정리

가. 선동죄(incitement)와 교사(solicitation)

영국의 incitement와 미국의 solicitation은 기수 전 범죄 중 예비단계에서 논의되는 용어이다. 특히, 이 용어는 범죄의 예비단계에서의 교사와 관련되어 있다. incitement는 영국의 커먼로상 인정되었던 범죄로, 피고인이 제3자로 하여금 범죄를 저지르도록 조장하거나 설득하는 행위를 말하며, incitement는 피고인이 그 사람과 범죄의 실행에 합의한 시점에 바로 성립한다. 반면, solicitation은 미국의 커먼로상 인정되는 범죄로, 피고인이 목적한 범죄에 대한 기수의 고의로 제3자로 하여금 범죄의 결의를 하게 하는 행위를 말하는 점에서는 incitement와 동일하다. 그러나 solicitation은 제3자가 이러한 행위를 거절하였을 때, 피고인을 처벌할 수 있는 개념이다. 즉, 엄밀히 말하면, solicitation은 우리의 "실패한 교사"에 해당한다. 이로 인해 solicitation은 (실패한) 교사로 번역하였다. 반면, incitement는 일반적 의미의 교사보다 훨씬 넓은 개념에 해당하고, 원래 영국에서 이 범죄가 유래된 기원을 고려하여 "선동죄"로 번역하였다. 현재 영국의 선동죄(incitement)는 폐지되었다.

나. 음모(conspiracy)

conspiracy는 영미 모두 다수인이 목적한 범죄에 대한 실행을 합의함으로서 성립한다. 이 때, 범죄의 예비 단계이기는 하나, conspiracy가 성립하려면, 일련의 행위를 요구한다. conspiracy는 우리의 음모죄에 해당하나, 우리와 달리, 이후 공범론에서도 논의되는 개념이기 때문에 "공모"로써 번역되어도 크게 무리가 없는 개념이다. 논의 끝에 우선, conspiracy는 음모로 번역하고, 이후 공범론에서 논의될 때에는 상황의 맥락에 맞추어 공모로 번역하기도 하였다.

2. 공통된 처벌근거: 주관설 vs 객관설

본론에서 비교된 5개 국가 모두 미수처벌에 있어서는 공통된 처벌근거를 사용한다. 즉, 5개국의 미수는 주관설, 객관설, 혹은 절충설을 근거로 하여 처벌되고 있다. 이것은 우리의 논의와도 크게 다를 바 없다. 객관설은 외부로 드러난 범죄성, 즉 행위결과에 대한 구체적이고 객관적인 위험에 근거하여 미수를 처벌하는 반면, 주관설은 주관적 범죄성, 즉 행위에 드러나 법적대적 의사를 근거로 미수를 처벌한다.

아래에서는 우리와 5개국의 "기수 전 범죄"의 주요쟁점들을 주관설, 객관설, 절충설의 이론적 틀에 따라 비교하여 분석한다. 물론, 아래와 같은 분류는 비교대상국가 내에서의 상대적 정도에 따른 것으로, 다른 범주기준에 따라 얼마든지 다르게 분류될 수도 있다. 아래 분류는 총 6개국의 비교분석을 통하여 결론을 도출하기 위한 도식적 분류일 수 있음을 미리 밝힌다.

3. 미수와 예비의 구별: 미수의 개시시점

가. 형사책임의 증가 vs 형벌 규율범위의 밖

5개 국가의 미수는 결과가 발생하지 않았음에도 처벌되는 행위로, 기수를 전제로 귀속되는 형사책임이 증가된 것으로 설명할 수 있다. 즉, 대부분의 미수행위는 처벌된다. 반면, 예비는 불처벌을 기본으로, 예외적인 경우에 한해 특정행위만을 처벌하는 규정을 두고 있다. 즉, 비교되는 모든 국가가 예비행위는 형벌의 규율범위 밖에 있는

것으로 보고 있다.

나. 객관설: 독일, 일본, 미국

독일은 미수와 예비를 외부로 드러난 범죄성을 중심으로 구별한다. 즉, (1) 외부로 드러난 행위, (2) 원래 계획된 행위의 실행을 위해 추가적 행위가 필요했는지 여부, (3) 실행행위에 대한 시간적·장소적 근접성 기준을 중심으로 미수와 예비를 구별한다. 일본은 객관설 중에서도 실질적 객관설을 따르는데, 해당 행위를 통하여 결과발생에 현실적 위험성이 발생했는지 여부에 따라 미수와 예비를 구별한다. 미국은 커먼로상 해당 행위가 행위자의 범죄 완성에 얼마나 근접했는지에 따라 예비와 미수를 구별한 반면, 모범형법전은 행위자가 이미 행한 것에 중점을 두어 행위자에게 범죄의도를 강하게 확증하는 행위[3156]가 있는 경우에 실질적 단계, 즉 미수에 이른 것으로 보고 있다.

다. 절충설: 영국, 프랑스, 우리

영국과 프랑스는 절충설 중 객관설과 주관설의 입장을 동시에 취하고 있다. 우리의 학설도 이와 비슷한데, 우리 판례는 경우에 따라 다른 입장을 취하기도 한다.

4. 교사의 미수 및 음모(conspiracy)

우리 형법은 교사의 미수로서 효과없는 교사(제31조 제2항)와 실패한 교사(제31조 제3항)가 있고, 이 둘을 합쳐 "기도된 교사"라고 부른다.[3157] 그리고 기도된 교사는

3156) 아래와 같은 행위들이 이에 해당할 수 있다: 1) 잠복하여 범죄 대상자를 물색하거나 미행하는 행위, 2) 범죄 대상자를 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 범죄행위를 하도록 교사하는 행위 등.

3157) 교사의 미수는 피교사자가 미수에 그쳐 미수로 처벌될 때, (교사범이 피교사자와 동일하게 처벌되므로) 교사범도 미수로 처벌되는 경우와 구별되는 개념이다.

예비음모에 준하여 처벌하고 있다. 영국, 미국, 독일도 우리와 같은 교사의 미수 개념이 존재하나, 그 처벌의 범위와 정도가 다르다.

가. 독일

독일은 교사의 미수, 즉, 기도된 교사[3158]의 처벌범위가 좁은 편이다. 기도된 교사는 중범죄에 한해서만 중죄미수에 관한 규정에 의해 처벌된다(제30조 제1항). 즉, 타인이 중죄실행을 결심하도록 시도하거나 타인에 대한 중죄교사를 시도한 자는 교사의 미수로 처벌된다. 이처럼 처벌의 범위는 중범죄로 제한되나, 중죄 미수의 처벌규정을 적용하도록 함으로써 처벌의 정도는 높이고 있다.

나. 영국

이전에 영국은 커먼로상 선동죄(incitement)를 통해 교사자와 피교사자의 합의시점에 성립하는 교사의 미수행위를 처벌하였다. 하지만, Serious Crime Act 2007의 입법을 통해 커먼로상 선동죄를 폐지하고, 실행의 착수 이전인 음모 시점에 교사자와 피교사자의 합의 없이도 교사의 미수와 방조의 미수를 처벌할 수 있는 3개의 규정을 신설하였다.[3159] 이에 따라 교사·방조한 행위가 실제 행해지지 않거나, 교사자·방조자의 교사·방조행위를 전혀 알지 못한 사람에 대한 교사·방조행위도 처벌할 수 있게 되었다. 이를 통해 음모 시점에서 처벌될 수 있는 행위의 범위가 대폭 확대되었다고 볼 수 있다. 뿐만 아니라, Serious Crime Act 2007은 이들 3개의 규정을 위반한 행위도 매우 무겁게 처벌하고 있다(동법 제58조).[3160]

3158) 이러한 "기도된 교사"를 결과없는 교사(erfolglose Anstiftung)라고 표현한다.

3159) 이 법에 따라 범죄를 행하도록 의도적으로 교사·방조한 행위(제44조), 범죄가 행해질 것이라 믿으면서 교사·방조한 행위(제45조), 하나 이상의 범죄가 행해질 것이라고 믿으면서 교사·방조한 행위(제46)가 처벌될 수 있다.

3160) 해당 규정인 Serious Crime Act 2007 제58조는 다음과 같다.
(1) 다음의 경우 (2) 및 (3)을 적용한다.
(a) 제44조 또는 제45조에 따른 범죄로 유죄판결을 받은 사람 또는
(b) 하나의 범죄("언급된 범죄(the reference offence)")에 의해 제46조에 따른 범죄로 유죄판결을 받은 사람
(2) 예상된 또는 언급된 범죄가 살인죄인 경우 무기형을 받을 수 있다.
(3) 여타의 예상된 또는 언급된 범죄에 따른 유죄판결에 대한 죄책을 진다.
(4) (5)부터 (7)까지 하나 이상의 언급된 범죄로 제46조에 따른 유죄판결을 받은 경우 적용한다.

다. 미국

미국 커먼로상 교사범(solicitation)은 독립범죄로서 교사행위가 피교사자에게 전달될 때 성립한다. 이 때, 피교사자가 해당 범죄의 실행을 거절하더라도 교사는 성립한다. 이에 반해, 모범형법전은 전달이 실패하더라도 그 행위 자체로 교사가 성립한다고 규정한다(MPC §5.02(2)). 이처럼 미국도 교사의 미수 처벌범위가 크다.

또한, 음모는 미국 커먼로상 상호간의 합의만 있으면 별도의 행위 없이도 성립하나, 현재 다수의 관할은 별도의 행위도 필요한 것으로 보고 있다. 이 때, 음모는 기수로 나아가더라도, 기수범죄에 흡수되지 않고 음모죄의 독립구성요건으로 별도로 인정되어 처벌된다. 즉, 음모자들이 음모죄를 실행한 경우에도 음모죄와 실행한 범죄 모두에 대해 각각의 범죄가 성립한다. 이것은 음모가 기수로 나아가면, 음모죄가 본죄에 흡수되는 우리 형법과는 매우 다르다. 그러나 모범형법전은 - 우리와 같이 - 음모죄 중 일부라도 실행되지 않은 경우에만 음모죄로 별도로 처벌할 수 있도록 규정한다(MPC §1.07(1)(b)). 이에 따르면, 음모한 행위들을 모두 실행한 경우, 음모죄는 본범에 흡수되어 별도로 성립하지 않는다.

5. 미수

가. 미수의 처벌: 주관설 vs. 절충설

주관설을 따르고 있는 영국 및 미국의 모범형법전에 따르면, 미수는 해당 기수범죄가 정하는 형의 적용을 동일하게 받는다.[3161] 반면, 절충설을 따르는 프랑스, 독일, 일본은 다음과 같이 미수를 처벌한다. 우선, 독일은 절충설 중에서도 주관설을 중시하는 입장[3162]에서 중죄의 미수는 처벌하고, 경죄의 미수는 법률에 규정된 경우만 처벌

---

(5) 언급된 범죄 중 하나가 살인죄인 경우 무기형을 받을 수 있다.
(6) 언급된 범죄 중 살인죄는 없으나 그중 하나 이상이 구금형에 처해질 수 있는 경우 다음과 같은 죄책을 진다.
(a) 범죄 중 하나에 대해 규정된 최대기간을 넘지 않는 기간(규정이 다른 경우 본 조항의 목적상 더 길거나 가장 긴 기간) 또는
(b) 벌금형
(7) 여타의 경우 벌금형에 처해질 수 있다.

3161) 영국의 Criminal Attempts Act 1981 제4조; 미국 MPC §5.05(1).

3162) 이것은 독일형법 제22조의 다음과 같은 법문언에서 알 수 있다: "범죄에 대한 자신의 표상에

한다(독일형법 제23조 제1항). 다음으로, 프랑스도 동일하게 중죄의 미수는 처벌하고, 경죄의 미수는 법률에 규정된 경우만 처벌한다(프랑스형법 제121-4조). 마지막으로, 일본은 원칙적으로 미수는 임의적으로 감경한다(일본형법 제43조). 이것은 우리와 동일한 입법례라고 할 수 있다.

나. 미수의 고의

1) 영국과 미국

영국에서 미수의 고의는 특정고의를 의미하고, 간접적 고의를 포함한다. 이 때, 부주의(recklessness)와 상황에 대한 인식은 – 예외가 존재하기는 하나 – 미수의 고의에 포함되지 않는다. 미국은 미수가 성립하기 위한 요건으로 두 개의 고의, 즉 특정고의와 의도적 목적을 요구한다. 이에 대한 예외가 존재하는데, 추가행위 없이도 결과가 있을 거라고 믿거나 상황에 대한 인식이 있는 경우에 미수의 고의가 예외적으로 성립하기도 한다. 두 국가 모두 미수의 고의가 성립하기 위해서는 일반고의가 아니라 특정고의를 필요로 한다는 유사점을 지니고 있다.

2) 프랑스, 독일, 일본

프랑스, 독일, 일본은 우리의 미수의 고의와 동일하다. 즉, 미수가 성립하려면 기수의 고의를 가져야 한다. 특히, 독일의 경우 미필적 고의까지 포함하며, 이 때 범죄의 경향은 고의에 포함되지 않는다.

다. 불능미수

1) 객관설: 일본, 우리

불능미수에서 객관설을 따르는 것으로 보이는 일본은 절대적 불능은 처벌하지 않고, 상대적 불능 중 법적 불가능은 처벌하지 못하고, 사실상 불가능은 사안에 따라 다르게 보고 있다. 이러한 태도는 우리와 비슷하다.

따라 범죄구성요건 실현을 착수한 자는 미수로 처벌된다(독일형법 제22조)."

2) 주관설: 영국, 미국, 프랑스

불능미수에서 주관설을 따르는 것으로 보이는 영국, 미국 커먼로, 프랑스 판례는 절대적 불능은 처벌하지 않고, 상대적 불능 중 법적 불가능은 처벌하지 못하고, 사실상 불가능은 처벌하고 있다. 반면, 미국 모범형법전에 따르면, 법적 불능과 사실적 불능 모두 처벌할 수 있다.

3) 절충설: 독일

불능미수에서 절충설을 따르는 독일은 절대적 불능은 역시 처벌하지 않는다. 그리고 상대적 불능 중 법적 불가능은 처벌하지 못하나, 사실적 불가능은 처벌한다. 다만, 행위자의 단순무지로 사실상 불가능을 인식하지 못했을 경우에는 처벌을 면제하거나 감경할 수 있다(독일형법 제23조 제3항)는 규정을 둠으로써 앞의 주관설을 따르는 입법례와 다소 다른 입장을 취한다.

라. 중지미수: 자의성 인정여부 및 판단기준

각 국가의 입법례가 미수의 처벌근거로서 주관설과 객관설 중 어느 입장을 따르는지에 따라 중지미수의 자의성 자체를 인정할지 여부가 결정된다.

1) 영국: 자의성 인정하지 않음

미수의 처벌에 있어 주관설을 따르는 영국은 자의적 중지를 인정하지 않는다. 따라서 자의적 중지가 있다고 하더라도, 이것이 불법을 조각하지는 못한다. 다만, 양형단계에서 이를 고려할 수 있다.

2) 미국: 제한적 인정

영국과 같이 미수의 처벌에서 주관설을 따르는 미국은 커먼로에 따라 중지미수를 인정하지 않았다. 그러나 현재의 커먼로와 모범형법전은 중지미수의 자의성을 제한적으로 인정하고 있다. 즉, 중지미수에 있어서는 영국보다 절충적 입장을 취하고 있다고 볼 수 있다. 이로 인해 자의성 판단기준이 엄격한 편인데, 자의성이 인정되기 위해서는 내면의 심경변화에 의한 중단, 즉 후회나 진실한 회심에 의할 것을 요한다. 단순히,

외부적 두려움 등에 의한 중단만으로는 자의성을 인정하지 않는다.

3) 독일, 프랑스, 일본: 자의성 인정

미수의 처벌에 있어 절충설을 따르는 독일, 프랑스, 일본은 중지미수의 자의성을 인정한다. 이것은 우리의 입법례와도 동일하다. 그러나 중지미수를 제한적으로 인정하는 미국과는 달리, 자의성 판단기준을 비교적 넓게 잡고 있다. 프랑스에서는 원칙적으로 행위자 내면의 원인에 의한 중단일 때 자의성을 인정하지만, 두려움이나 제3자의 개입에 의해서도 자의성을 인정할 수 있다고 본다. 독일에서도 행위자의 자율적 결정 인지에 따라 자의성을 판단하지만, 연방대법원은 이보다는 더 넓은 기준에서 자의성을 인정하기도 한다. 마지막으로, 일본판례도 행위자의 내면의 원인 이외에도 외부적 두려움 등에 의한 중단도 자의성에 포섭되는 것으로 폭넓게 인정하고 있다. 위와 같은 세 국가의 법해석은 우리 형법이 자의성을 인정하지만, 법해석에 있어 자의성 판단기준이 비교적 엄격한 것과 대조된다.

6. 비교분석의 착안점

기수 전 범죄의 입법형식과 법해석에 있어 주관설에 가까운지, 혹은 객관설에 가까운지에 따라 형사책임의 경계는 달라진다. 특히, 영미법에서 기수 전 범죄는 별개의 독립된 범죄로, 단순히 기수로 향해가는 단계에 불과한 것이 아니다. 영미법에서 기수 전 범죄는 대륙법과 비교하여 주관주의적 성향이 강하다고 볼 수 있다. 이러한 점은 교사의 미수나 음모죄 처벌에 있어 그 특색을 강하게 드러낸다.

결국, 기수 전 범죄의 형사책임을 어디까지 인정할 것이냐의 문제는 개인의 자유를 중시할 것이냐, 아니면 위험예방을 중시할 것이냐의 고전적 문제로 나아간다. 이러한 틀에서 보면, 영미법뿐만 아니라 대륙법에서도 주관설과 객관설을 동시에 취하면서 기수 전 범죄의 형사책임 범위를 확대하고 있다고도 볼 수 있다. 특히, 특정범죄의 예비행위를 처벌하는 경향을 확대하고 있는 것은 주요한 정책적 변화인 것으로 보인다.

제2절 | 공범론

1. 용어의 정리

공범론에서는 영미의 용어를 다음과 같이 정리하였다.

가. 정범

perpetrator 혹은 principal(offender)을 정범으로 번역하고, joint perpetrators를 공동정범으로 번역한다. 그리고 우리의 간접정범 개념과 동일하지는 않으나, 유사한 개념인 영국의 innocent agency, 미국의 innocent intermediary를 간접정범으로 볼 수 있다.

나. (협의의) 공범

accomplice와 accessories를 교사범과 방조범을 아우르는 공범으로 번역하였다. 영국에서는 우리의 교사·방조 행위를 모두 의미하는 용어로, aiding(조력 혹은 방조), abetting(종용 혹은 교사), counselling(조언), procuring(유도)을 사용하였다. 그러나 이후 새로이 제정된 Serious Crime Act 2007을 통하여 기존의 aiding, abetting, counselling, procuring이란 행위 태양을 assist(방조)와 encourage(교사)로 변경하였다.

다. 광의의 공범: 정범 + 공범

정범과 좁은 의미의 공범을 모두 포함하는 넓은 의미의 공범으로 complicity 혹은 participant란 용어를 사용한다.

라. 공모공범

영미에는 우리 형법에 없는 joint enterprise 혹은 joint venture라는 용어가 있다. 이것은 2인 이상이 공동으로 범행에 착수한 경우, 공동범행 과정에서 한 명이 합의된

범위를 넘어서는 추가적 범행을 저질렀을 때, 형사책임 문제를 법리적으로 해결하기 위한 이론에서 나오는 용어이다. 이 이론에 따르면, 공동의 고의 혹은 예견가능성만으로도 공범이나 공동정범이 성립한다. 이 용어는 우리의 공모공동정범과 유사할 수 있으나, 영미법만의 고유한 점도 존재하여 잠정적으로 "공모공범"으로 정리하여 번역하였다.

2. 정범과 공범의 구별여부 및 처벌정도

우리 형법이 정범과 공범을 명확히 구별하여 각각 차등적 처벌규정을 두고 있는 것과 달리, 정범과 공범을 형법에서 구별하지 않고 동일하게 처벌하는 규정을 두고 있는 입법례도 존재한다. 이 점에서 대륙법과 영미법은 명확히 구분되는 특징을 지니고 있다. 이 때, 프랑스 형법은 영미와 유사한 성격을 보인다.

가. 정범과 공범의 구별 → 차등적 처벌

독일과 일본은 정범과 공범을 명확히 구별하여 가담의 형태에 따라 처벌에 차등을 두고 있다. 일례로, 독일의 범죄지배이론에 따르면, (1)범행실행과 관련된 사실적 주도권 및 통제력(객관적 기준)과 (2)행위자의 고의(주관적 기준)[3163]에 따라 정범과 공범을 구별한다. 그리고 이와 같은 구별을 기초로, 공범의 형을 정범에 비해 감경하고 있다. 이 때, 방조는 필요적 감경을 요하고, 교사는 정범과 동일하게 처벌한다.[3164]

나. 정범과 공범의 미구별 → 동일한 처벌

이에 반해, 영국, 미국, 프랑스는 모든 가담자가 범죄를 행한 것으로 보고, 처벌의 정도는 법원의 재량에 맡긴다. 우선, 영국은 정범이 아니더라도, 감경을 허용하지 않고, 이를 양형단계에서 고려한다. 물론, 양형에서 정범과 공범 여부를 고려한다면, 처음부터 정범과 공범을 구별하는 위의 입법례와 결론은 크게 다르지 않다. 이와

3163) 이러한 주관적 기준은 직접 범죄행위에 참여하지 않은, 지배력 있는 사람의 처벌을 가능케 한다.

3164) 원칙상 교사범과 정범의 처벌의 정도는 동일하지만, 경우에 따라 교사를 더 중하게 처벌할 수도 있다.

같은 영국의 형법은 엄격책임범죄에서 그 실익을 드러낸다. 즉, 엄격책임범죄에서 정범은 mens rea가 없어도 성립하지만, 공범은 mens rea가 있어야 성립한다. 다음으로, 미국도 영국과 같이 정범과 공범을 구별하지 않고, 동일하게 처벌한다. 또한 공범이 정범보다 중한 범죄를 범한 경우에는 정범보다 더 중하게 처벌할 수도 있다. 마지막으로, 프랑스는 범죄성 차용 이론을 통해 범죄성만 차용하고, 형벌은 차용하지 않는다. 즉, 공범도 정범으로 처벌하도록 규정하고 있다.[3165]

3. 공범의 종속성: 공범의 관여도에 따른 이론화 범주

가. 공통 논의: 공범의 종속성 인정

위와 같이 정범과 공범의 형사책임을 구별하든, 혹은 구별하지 않든 – 이와는 무관하게 양 법체계에서는 모두 공범의 종속성을 인정한다. 여기서 공범은 협의의 공범인 교사범과 방조범을 말한다. 문제는 "무엇"에 대한 종속성을 인정하고 있는지 여부인데, 이 지점에서도 흥미롭게 모든 국가가 공범이 성립하려면, 정범의 불법성이 있어야 한다고 본다. 즉, 공범이 성립하려면, 적어도 정범이 구성요건에 해당하고, 위법한 행위를 했어야 한다.[3166] 이는 우리의 법 논리와도 동일하다.

나. 정범의 실행여부에 따른 구분

그러나 다른 한편에서 정범이 실행에 착수하지 않았더라도, 공범이 책임을 지는지 여부는 다르게 전개된다. 즉, 기도된 교사(결과없는 교사)와 성공한 교사, 기도된 방조(결과없는 방조)와 성공한 방조를 동등하게 볼 것이냐를 두고 양 법체계가 구별되는 법 논리를 전개한다.

영국과 미국은 정범이 실행에 착수하지 않더라도 교사의 미수 및 방조의 미수를

3165) 이외에도 프랑스는 특이한 이론으로 상호방조이론이 있다. 이 이론은 프랑스 판례에 의해 인정되었는데, 이 이론에 따르면 집단폭행과 같은 범죄에서는 모든 가담자들이 공동정범인 동시에 공범이 된다.

3166) 다만, 영국은 정범이 actus reus가 존재해야 하고, mens rea가 결여되어도 공범이 성립한다. 이것은 엄밀히 말하면, mens rea는 우리의 주관적 구성요건상 고의와 다른 개념이기 때문이다. 또한, 프랑스는 원칙상 정범의 행위가 중죄 혹은 경죄인 경우, 공범이 성립한다. 이 때, 위경죄는 포함하지 않는다.

인정하고 있다. 특히, 영국은 정범과의 합의가 없더라도 교사 혹은 방조를 시도했다는 사실 자체만으로 교사의 미수 및 방조의 미수를 처벌한다. 그리고 미국 모범형법전은 교사의 미수와 방조의 미수를 미수의 정범으로 처벌하고 있다. 이것은 앞의 "기수 전 범죄"에 있어 영미가 형사책임의 범위를 넓게 인정하는 동시에 무겁게 처벌하고 있는 입법경향과 맞닿아 있다.

이에 반해 일본은 교사의 미수, 방조의 미수 양자를 모두 처벌하지 않는다. 프랑스 역시, 정범이 기수 혹은 처벌 가능한 미수여야 공범이 성립한다. 다만, 예외적으로 교사·방조의 미수를 처벌하는 독자적 규정(예: 모살, 독살)을 두고 있을 뿐이다. 독일은 방조의 미수는 처벌하지 않으나, 교사의 미수, 즉 기도된 교사는 처벌한다. 그리고 피교사자가 교사된 범죄보다 경한 범죄를 저지른 경우, 교사자는 실행된 행위에 한하여만 책임을 진다. 이러한 독일의 입법례는 우리와 유사하다.

다. 간접정범 인정여부

고의의 형사책임이 없는 타인을 도구로 이용하여 범죄를 저지른 경우에 처벌되는 간접정범 개념은 그 명칭은 다르나, 영미법과 대륙법에 모두 존재한다. 특히, 일본은 간접정범 규정이 형법상 존재하지 않으나, 학설과 판례에 의해 인정되고 있다. 반면, 프랑스는 다른 국가들과 달리, 간접정범 개념이 명확히 존재하진 않는다. 대신, "지적 정범"이란 개념이 존재하는데, 이것은 우리의 간접정범, 공모공동정범, 교사범을 모두 아우르는 개념이라고 한다.

4. 고의와 공모범위를 넘어서는 행위: 공범 및 공동정범 성립을 위한 고의

가. 공범의 고의

1) 공통점: 이중의 고의

공범의 고의는 공범이 성립하기 위해 가담자는 범죄의 실행에 얼마나 가깝게 연관되어 있어야 하는지 묻는다. 5개 국가 모두 협의의 공범 성립을 위해 가담자는 (1) 본인이 조력을 제공하고 있다는 사실에 대한 고의(교사·방조의 고의)와 (2) 정범을

통하여 범죄를 실행에 옮긴다는 사실에 대한 고의(정범의 고의)를 모두 충족시켜야 한다.[3167] 이 때, 공범은 정범의 행위에 대해 주요 특징만 알고 있으면 충분하고, 정범의 행위에 대해 세부적이고 포괄적으로 알 필요는 없다.[3168]

2) 공범 및 공동정범 성립을 위한 고의인정의 기준

무엇을 기준으로 공동의 고의를 인정할 것인지는 국가별로 다소 차이를 보인다. 우선, 영국은 공범의 고의를 인정하기 위해서는 범죄의 필수적 요소를 알고 있어야 한다. 이 때, 고의는 최소한의 인지(knowledge)는 포함해야 한다. 예외적으로 부주의(recklessness)만으로도 공범의 고의가 성립한다는 판례는 있으나, 이것만으로는 충분치 않다고 본다. 다음으로, 미국은 인지를 넘어서서 정범처럼 실행에 대한 목적(purpose)이 있어야 공범의 고의가 성립한다고 본다. 그러나 공범의 고의에 대한 인정기준은 사례에 따라 다를 수 있고, 미국 연방대법원은 폭넓게 이를 인정하는 편이다. 마지막으로, 독일은 범죄계획의 해석에 따라 공동의 고의를 인정한다. 그리고 공동의 고의가 성립되기 위해서는 동등한 분업적 실현에 대한 상호간의 합의가 요구된다. 이 때, 서로간의 경미한 차이의 인식은 고의로 인정하고, 미필적 고의로도 족하다고 본다. 대체로 영미는 독일에 비해 공범의 고의 인정기준의 폭이 넓은 것으로 보인다. 추측건대, 이러한 경향은 공범과 정범을 구별하지 않는 영미의 입법태도에서 기인하지 않을까 한다.

나. 과실범의 공동정범 성립여부

영미에서는 이에 대해 별다른 논의가 이루어지지 않는 것으로 보인다. 반면, 독일, 프랑스, 일본은 - 결과적으로 과실범의 공동정범을 인정하든, 안하든 - 이에 대한 논의를 하고 있다는 점이 흥미롭다. 독일은 과실범의 공동정범을 인정하지 않고, 프랑스는 예외적으로 이를 인정하며, 일본은 이를 인정하고 있다.

3167) 특히, 영국의 Serious Crime Act 2007은 교사·방조행위에 대하여 다음과 같이 세 가지 고의를 구분한다: 범죄를 행하도록 의도적으로 교사·방조한 행위(제44조), 범죄가 행해질 것이라 믿으면서 교사·방조한 행위(제45조), 하나 이상의 범죄가 행해질 것이라고 믿으면서 교사·방조한 행위(제46)가 처벌될 수 있다.

3168) 독일에서 교사범에 요구되는 고의는 방조의 그것보다는 엄격한 편이다.

다. 공모범위를 넘어서는 행위에 대한 책임

공범이나 공동정범 중 1인이 원래 계획에서 벗어나 공모범위를 넘어서는 행위를 하였을 때, 다른 공모자에게도 책임을 묻기 위해서는 어떠한 고의가 요구되는가? 원래 이 쟁점에 대하여는 영미법과 대륙법이 상이한 입장을 취하고 있는 듯 보였다. 그러나 그 내용을 살피면, 크게 다르지 않은 듯 보인다. 영미법과 대륙법의 입장은 다음과 같다.

우선, 영국은 공모공범(joint enterprise)이론에 따라 공모자의 예견가능성이 있으면, 이 경우에도 형사책임이 귀속되어 광범위한 공동책임의 인정이 가능했다. 그러나 R v Jogee 판결 이후, 형사책임 귀속의 기준이 엄격해져 공모범위를 넘어서는 행위에 대해서도 고의를 요구하고 있다. 그리고 미국은 핀커톤 독트린(pinkerton doctrine)에 따라 공모범위를 넘어서는 행위에 대한 예견가능성으로 형사책임을 귀속시켰다. 그러나 현재 이를 폐지한 주도 있고, 설혹, 예견가능성으로 공동의 형사책임을 귀속시킨다 하더라도, 이때의 예견가능성은 단순한 예견가능성 이상을 의미하기는 한다. 반면, 모범형법전은 예견가능성만으로 형사책임을 귀속시키지 않고, 공범의 행위가 있어야 형사책임을 귀속시킨다.

다음, 독일과 프랑스는 예견가능성만으로는 충분치 않고, 공모범위를 넘어서는 행위에 대한 고의가 있어야 형사책임이 귀속된다. 그러나 경미하게 공모범위를 넘어서는 행위는 범죄계획의 실행과정에서 합리적으로 예상 가능하고, 계획된 범죄보다 특별히 더 중하거나 위험하지 않는 한, 다른 공모자들도 동일하게 형사책임을 진다.[3169] 즉, 행위자가 행위 시에 가중사유를 인식하지 못했더라도, 범죄의 성격이 동일한 경우에는 가중사유에 따라 다른 공모자를 처벌할 수 있다. 물론, 행위자가 처음에 공모하였던 범죄와 전혀 다른 성격의 범죄를 범했을 경우에 다른 공모자는 형사책임을 지지 않는다.[3170] 이 때, 중요한 것은 범행 계획에 비추어 공모자 중 1인이 저지른 행위가 다른 공모자가 예상할 수 있었던 것과 본질적으로 다른지 여부를 어떻게 판단하느냐이다. 독일연방대법원은 이에 대해 다음과 같은 원칙을 적용하였다. 다른 공동정범의

3169) Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 48. Aufl., C.F.Müller 2018, Rn. 826 ff.

3170) Bernard Bouloc, Droit pénal général, 26e éd., Dalloz, 2019, 300면 이하.

행위를 당해 사건의 정황상 충분히 예측할 수 있었다면, 나머지 공동정범이 비록 이를 명확히 예상하지 않았다 하더라도, 이에 대한 고의책임이 있다. 또한, 처음에 모두 동의한 범행 계획상의 행위가 다른 행위로 대체되었다고 하더라도, 대체된 행위가 처음에 계획된 행위와 중한 정도 및 위험성 측면에서 동일하다고 볼 수 있다면 역시 고의책임이 있다. 뿐만 아니라, 합의된 범죄가 실행되는 과정에서 그 방법에 차이가 있다고 하더라도, 다른 공모자가 행위자의 행위과정에 큰 의미를 두지 않았다면, 이 역시도 고의책임을 진다.[3171]

이처럼 처음 얼핏 보기에는 영미법과 대륙법이 공모범위를 넘어서는 행위의 형사책임에 대하여 다른 입장을 취하고 있는 것처럼 보였다. 그러나 영미법의 "예견가능성" 기준은 생각보다 엄격하게 인정되거나 고의로 수정되고 있고, 대륙법의 "질적 차이" 기준은 합리적 예견가능성 혹은 다른 공모자의 수용태도로 그 내용을 채우고 있다. 결국 상이하게 보이는 두 입장은 현재 수렴되고 있는 것으로 보인다.

5. 비교분석의 착안점

공범론에 있어 모든 국가의 형법이 공범의 정범에의 종속성을 인정하며, 이 때 종속되기 위한 요건으로 정범의 불법성을 요구하는 것은 흥미롭다. 그러나 이렇게 공범의 종속성을 인정한다고 하더라도, 반드시 이에 대한 논리적 귀결이 정범과 공범의 명확한 구별로 이어지지 않을 수 있으며, 이로 인해 정범과 공범을 동일하게 처벌할 수 있다는 사실은 재차 흥미롭다. 이처럼 모든 국가가 공범의 종속성을 동일한 정도에서 인정하고 있지만, 다른 한편에서 영미법은 동시에 정범이 실행에 착수하지 않았더라도, 기도된 교사나 기도된 방조의 처벌을 요구하고 있다는 점도 특이한 점에 속한다. 이것은 "기수 전 범죄"의 예에서 보듯이 범죄예방의 관점에서 형사책임 인정의 범위가 증가되는 현재의 정책적 변화를 반영하고 있는 것으로 보인다.

그러나 영미의 형법이 효과적 범죄제재를 위하여 형사책임의 인정범위를 무작정 확대하고 있다고 섣불리 단정 지을 수는 없다. 왜냐하면, 공범이나 공동정범에서 처음 함께 계획했던 공모의 범위를 넘어서서 범죄를 저지른 1인의 행위를 다른 공모자의

3171) BGH NStZ 2017, 272.

책임으로 귀속시키는 문제에서는 오히려 이전보다 엄격한 고의개념을 적용하여 개별 책임원칙에 가까워지려는 경향을 보여주고 있기 때문이다. 오히려 이 사안에서는 독일의 형법이 이전보다는 느슨한 고의개념을 적용하고 있다. 이렇듯 공범론은 여전히 변화 중인 법리인 것처럼 보이고, 그 중심에는 집단범죄 혹은 조직범죄의 해결을 위한 목적이 자리 잡고 있는 듯하다.

제3절 | 살인죄

1. 용어의 정리

보통살인죄 하나만을 살인죄의 기본구성요건으로 두고 있는 우리와 달리, 대부분의 국가는 살인죄의 구성요건을 크게 모살과 고살로 구분한다. 그리고 모살과 고살의 구분기준은 영미법과 대륙법이 동일하지 않다.

가. 모살(murder, L'assassinat, Mord)

이로 인해 영미법의 모살과 대륙법의 모살의 의미가 다르나, 고살과는 구분된다는 점에서 우선 동일하게 모살로 번역하였다.

나. 고살(voluntary manslaughter, Le meurtre, Totschlag)

역시 동일하게 영미법의 고살과 대륙법의 고살의 의미가 다르나, 동일하게 고살로 번역하였다. 이 때, 영미의 고살은 - 일반적으로 알려진 바와 달리 - manslaughter가 아니라 voluntary manslaughter를 지칭한다. 왜냐하면, manslaughter는 영미에서 고의와 비고의(혹은 과실)를 모두 포함하는 비악의적 살인죄를 의미하기 때문이다. 따라서 비악의적 살인죄(manslaughter) 중에서 고살(voluntary manslaughter)을 제외한 involuntary manslaughter는 과실치사 혹은 비고의살인죄를 의미한다.

2. 사람의 시기 및 종기

가. 사람의 시기

영국은 전부노출설을 기준으로, 독일은 출산진통설을 기준으로, 일본은 일부노출설을 기준으로 사람의 생명이 시작된다고 본다. 프랑스는 어느 시점부터 사람으로 보는지는 불분명하나, 배아나 태아를 사람으로 인정하고 있지는 않다. 반면, 미국은 태아도 사람으로 인정한다.

나. 사람의 종기

영국, 미국, 프랑스는 뇌사를 사람의 종기로 인정하나, 독일과 일본은 각각 호흡정지 시점과 종합적 판정을 기초로 사람의 종기를 인정한다. 물론, 독일과 일본에서도 뇌사설이 유력한 견해로 제시되고 있다.

3. 모살 및 고살의 구분

가. 영국과 미국

일본과 우리는 살인의 죄에 있어 모살과 고살을 구분하지 않으나, 영미와 독일, 프랑스는 다음과 같이 모살과 고살을 구분하고 있다. 우선, 영미의 모살과 고살은 살인의 동기를 고려하여 구분되는 것은 아니다. 영국은 커먼로상 필요적 종신형을 선고해야 하는 살인을 모살로, 비난가능성이 다소 낮아 선고형량에서 재량이 주어지는 살인을 고살로 구분하였다. 미국은 악의(malice)를 기준으로 모살과 고살을 구분하는데, 여기서 악의란 사람의 생명가치에 대한 극도의 무관심을 가진 심리상태, 다시 말해서 “자신의 행동이 잘못된 것임을 알면서도 정당한 이유나 면책 혹은 감경사유 없이 고의로 위법한 행위를 하는 사람의 심리상태”를 말한다.

나. 프랑스와 독일

프랑스와 독일의 살인죄도 영미처럼 모살과 고살로 구분되나, 구분기준이 영미와는

다르다. 역사적으로 프랑스와 독일의 모살은 사전의 계획을 통해 행해진 살인을 의미하였다. 현재 프랑스의 모살은 예모(la préméditation) 또는 매복(le guet-apens)에 의한 살인을 의미하고, 독일의 모살은 범행동기(살해욕, 성욕, 탐욕, 기타 비열한 동기), 범행방식(교활성, 잔혹성, 공공에 위험한 수단), 혹은 범행목적(다른 범죄를 실현하거나 은폐할 목적)에 의한 살인을 의미한다. 두 국가 모두 모살에 대하여는 무기징역을 부과한다. 반면, 고살은 모살이 아닌 고의에 의한 살인으로 프랑스는 30년의 징역형을 부과하고, 독일은 5년 이상의 자유형을 부과하고 있다.

4. 모살

가. 영국과 미국

영미의 모살은 - 흔히 알려진 모살의 정의와는 달리 - 사전계획이나 모의 없이도 성립한다. 우선, 영국법상 모살은 "평화시 불법적으로 사람을 살해할 의도나 신체상 중상해를 입힐 의도로 타인을 사망케 하는 행위"를 의미한다. 즉, 영국에서 모살의 mens rea가 성립되기 위해서는 타인을 살해하려는 의도나 중대한 신체적 상해를 입히려는 의도가 있음이 입증되어야 한다. 여기서 의도(intent)는 피해자의 사망이나 중상해라는 결과를 야기할 목적으로 행위한 경우 성립하거나(직접적 의도), 아니면 이러한 결과의 야기가 거의 확실하고 이 확실성을 예견하고 행위한 경우에도 성립한다(묵시적 의도). 이 때, 사실상 확실성을 예견했는지 여부는 행위자의 주관적 예견가능성을 기준으로 판단한다. 또한, 강요를 제외한 대다수의 항변사유는 모살에 대하여도 적용가능하다. 다음으로, 미국법상 모살은 별도의 규정 없이 처벌조항만 규정하고 있는데, 크게 다음과 같은 4가지 유형으로 구분된다. 첫째, 의도적 살인, 둘째, 중상해 고의에 의한 살인, 셋째, 극단적 무모함에 의한 살인, 넷째, 중범죄 모살. 이 중 첫 번째 유형인 의도적 살인을 제외하고, 다른 세 종류의 모살 모두 살인을 의도하지 않았더라도 살인의 결과가 야기되면, 모살로 처벌된다. 미국의 모살죄는 행위자가 인지능력의 감소를 항변사유로 제시하여 이것이 인정되면, 형이 감경되어 고살죄로 처벌될 수 있다.

나. 프랑스와 독일

프랑스와 독일의 모살은 사전계획이나 모의를 통하여 행해진 살인을 의미해 왔다. 이에 따라 프랑스의 모살은 예모 또는 계획적 고의가 발현되는 매복에 의한 살인을 말한다(프랑스형법 제221-3조). 여기서 예모는 중죄나 특정 경죄의 실행행위 전에 수립된 구상(동법 제132-72조)을 의미하고, 매복은 일인 또는 수인을 대상으로 하나 또는 수개의 범죄를 범할 목적으로 일정 시간 동안 특정된 장소에서 기다리는 행위(동법 제132-71-1조)를 의미한다. 특히, 예모는 행위자의 심리적 요소를 고려한 개념으로서 행위결정에서 행위에 이르기까지 분리된 시간적 간격이 있어야 하고, 사전준비 후에 행위로 이어지는 물질적 준비요소가 있어야 한다. 특히, 프랑스형법은 제221-5-1조에서 모살의 피교사자가 살인죄를 행하지 않더라도 모살의 교사자를 처벌하는 모살교사죄 규정을 두고 있다. 독일의 모살은 고살에 비해 특별한 사회윤리적 비난성을 담고 있는 살인행위로, 살해욕, 성욕, 탐욕 기타 비열한 동기에 의하거나, 교활하거나 잔인하거나, 공공에 위험한 수단으로 다른 범죄를 실행하거나 은폐할 목적으로 살인하는 것을 말한다. 각각 주관적 혹은 객관적 구성요건 단계에서 위와 같은 모살의 표지가 심사된다.

5. 고살

가. 영국과 미국

영국에서는 피해자의 사망이란 결과가 발생했으나, 행위자의 살인죄에 대한 mens rea가 결여되어 살인죄에 대한 책임을 묻기에 비난가능성이 적을 경우, 고살로 처벌된다. 이러한 고살은 우리의 보통살인죄에 해당되는데, 이것은 객관적 행위요건(actus reus)과 주관적 행위요건(mens rea)을 모두 충족시켰으나, 부분적 항변요건도 충족시켜 모살보다 감경된 살인의 책임을 지게 하는 것을 말한다. 여기서 감경요건은 살인죄에 대해서만 성립하는 부분적 항변으로, 통제상실, 한정책임, 동반자살을 말한다. 미국의 고살은 살인의 의도는 있지만, 부분적 항변사유가 존재하여 형이 감경된다는 점에서 영국과 유사하다. 이 때, 감경의 주요근거는 합리적 사람이라면 자기통제를 잃게

할 만한 격정을 피해자 등이 유발하였다는 점에 있다(격정에 의한 고살). 이외에도 일부 주에서는 오상방위 살인에 있어 비록 그 믿음에 대한 정당한 사유가 없더라도 악의가 없다는 것을 근거로 고살죄를 인정한다(불완전한 정당방위 이론).

나. 프랑스와 독일

프랑스와 독일의 고살은 모살이 아닌 살인죄로 우리의 보통살인죄와 유사하다. 프랑스의 고살은 30년의 징역을 부과하나, 형법에서 규정한 가중상황에 처하면, 무기징역을 부과한다. 여기서 가중되는 상황은 다음과 같다. 첫째, 다른 범죄와 경합되어 범한 살인죄는 가중된다(형법 제221-2조 제1항). 둘째, 경죄의 준비 또는 실행의 편의, 경죄의 정범 또는 공범의 도주 또는 처벌회피를 목적으로 고의로 범한 살인죄는 가중된다(형법 제221-2조 제2항). 셋째, 형법 제221-4조에서 규정하고 있는 10개의 가중상황에 처하면 가중한다. 프랑스의 고살은 정당행위나 정당방위로 정당화되나, 피해자의 승낙으로 정당화되지는 않는다. 독일의 고살도 중한 경우, 프랑스처럼 무기자유형으로 가중되나, 가중되는 중한 상황에 대하여는 형법 규정에서 기술하고 있지 않다(형법 제212조 제2항). 그리고 독일은 형법 제213조를 통하여 고살의 경한 경우도 규정하여 1년 이상 10년 이하의 자유형을 부과하고 있다.[3172]

6. 자살관여죄

영국의 커먼로는 자살을 처벌하였으나, 1961년 Suicide Act를 개정하면서 자살을 더 이상 처벌하지 않고, 자살 교사방조행위만을 따로 경한 범죄로 처벌하는 규정을 신설하였다(동법 제2조). 이후, 2009년 Coroners and Justice Act를 개정하면서 인터넷상의 자살 교사방조행위도 처벌하는 규정을 신설하였다(동법 제59조). 미국도 영국의 커먼로의 영향을 받아 자살을 처벌하였으나, 현재 커먼로 범죄를 폐지한 대다수의 주에서 자살은 범죄가 아니다. 하지만, 강요, 강박, 혹은 위계에 의해 타인을 자살에 이르게 한 경우에는 모살죄로 처벌되고, 피해자의 촉탁을 받아 사망행위에 관여한

3172) 독일 형법 제213조는 고살자가 자기책임 없이 피살자에 의해 자기 또는 친족에게 가하여진 학대 또는 심한 모욕을 통해 격분하여 우발적으로 범행하였거나 또는 기타 중하지 아니한 경우, 경하게 처벌한다.

때도 모살죄의 책임을 진다. 자살 교사방조행위는 관할에 따라 다르나, 대체로 모살이 아닌 고살로 처벌하거나 별도의 자살교사방조 규정을 신설하여 처벌한다. 프랑스도 역시 자살을 처벌하지 않는다. 하지만, 자살교사행위는 형법 제223-13조를 통하여 처벌하고 있다. 일본도 자살을 처벌하지 않으나, 촉탁 혹은 승낙에 의한 살인, 자살 교사방조행위를 처벌한다. 반면, 독일은 촉탁에 의한 살인만을 처벌할 뿐, 자살 교사방조행위를 처벌하지 않았다. 다만, 형법 제217조의 신설을 통하여 자살조력을 업무로 행한 행위를 처벌하고 있다. 하지만, 이 조항도 2020년 2월 26일 독일 연방헌법재판소를 통하여 위헌결정을 받은 상태이다.

7. 과실치사 (또는 비고의살인죄, involuntary manslaughter)

가. 영국과 미국

영미의 과실치사 혹은 비고의살인죄는 행위자가 살인의 객관적 요소(actus reus)는 충족시켰지만, 주관적 요소(mens rea)는 충족시키지 못한 경우를 말한다. involuntary manslaughter에서 "involuntary"는 비자발성(involuntariness)과는 무관한 개념으로, 중대한 과실(gross negligence) 또는 위험하고 불법적인 행위로 인해 의도하지 않은 사망의 결과가 발생하였으나, 그 의도가 결여되어 있어 살인죄가 성립할 수 없는 경우를 의미한다. 즉, 영미의 involuntary manslaughter는 우리의 과실치사와 유사한 개념이다. 영국의 involuntary manslaughter는 의제(추정) 과실치사, 중과실치사, 기업 과실치사로 구분되고, 미국의 involuntary manslaughter는 과실치사와 경죄에 대한 과실치사로 구분된다.

나. 프랑스와 일본

프랑스의 과실치사는 주관적 성립요건으로 비고의적 책임을 요구하는데, 이 때 비고의적 책임은 "경솔, 태만 또는 법령에 규정한 신중 또는 안전의무해태"를 의미하는 일반과실책임과 "타인을 확고한 위험에 처하게 한 과실책임과 정형화된 과실책임"으로 나타나는 중과실책임을 말한다(형법 제121-3조). 일반과실책임은 행위자의 행위

와 결과 간에 직접적 인과관계를 요하나, 중과실책임은 간접적인 인과관계로 인정된다. 일본의 과실치사는 우리처럼 과실치사, 업무상과실치사, 중과실치사로 구분된다. 이전에는 자동차운전과 관련한 과실치사죄를 형법에서 규정하였으나, 2013년 11월 "자동차의 운전에 의해 사람을 사상시킨 행위 등의 처벌에 관한 법률"을 제정함으로서 관련 규정은 형법에서 폐지되었다.

8. 비교분석의 착안점

일본을 제외한 영국, 미국, 프랑스, 독일은 우리와 달리, 모살과 고살을 구분하여 살인죄를 처벌한다. 물론, 영미의 모살·고살 구분기준과 독일과 프랑스의 구분기준이 다르기는 하나, 우리의 살인죄는 보통살인죄 하나만을 기본구성요건으로 하고 있다는 점에서 이들 국가와 적지 않은 차이를 지닌다. 다만, 우리는 양형판단 기준과 내용에서 모살과 고살의 분류 및 각각의 처벌기준 등을 살펴볼 수 있다는 점에서 결과적 귀결은 크게 다르지 않을 수 있다.

하지만, 대부분의 국가에서 자살관여죄 등은 따로 독립하여 처벌하는 것에 반해, 존속살해죄와 영아살해죄 규정이 존재하지 않거나 폐지되고 있는 경향은 눈여겨 볼만하다. 모살과 고살을 구분하지 않고, 보통살인 하나의 구성요건으로 살인을 처벌하면서 모살과 고살의 다양한 분류유형에 따른 처벌기준을 양형에서 고려하는 입법의 경우에는 존속살해와 영아살해도 보통살인의 구성요건에 포함시키면서 이들 행위에 대한 처벌은 양형에서 고려하는 것이 보다 일관성을 지닌 입법의 형태가 아닐까 한다.

제4절 | 절도·사기죄

1. 체계와 구성

영국은 절도법(Theft Act 1968)과 사기법(Fraud Act 2006)을 통하여 절도죄와 사기죄를 규율한다. 횡령·배임죄는 따로 규정하지 않는다. 미국은 절도·사기·횡령죄를

규율하고, 배임죄가 따로 없다. 최근 미국의 대다수 주법들은 이 재산범죄들을 "탈취죄(theft)"로 통합하여 부르고, 하나의 범죄로 취급하는 추세에 있다. 프랑스는 형법을 통해 절도·사기·배임죄를 규율하고, 횡령죄는 따로 규정하지 않는다.

독일과 일본도 형법을 통해 재산범죄를 규율하고, 우리와 같이 절도·사기·횡령·배임죄 규정을 두고 있다. 하지만, 독일은 우리와 달리, 절도와 횡령을 소유권에 대한 범죄로 동일한 장에서 규율하고, 사기와 배임을 전체로서의 재산권을 보호하는 협의의 재산범죄로 보아 동일한 장에서 규율한다. 일본은 절도와 횡령을 각각 다른 장에서 규율하고, 사기와 배임을 동일한 장에서 규율한다.

2. 절도죄

가. 영국

영국은 절도법에 따라 절도죄가 성립하기 위해서는 우선, 객관적 요건으로 반드시 재물일 것, 해당 재물이 타인에게 속한 것일 것, 피고인이 해당 재산을 절취할 것이 요구된다. 이 때, 재물은 동산, 부동산, 무체재산을 모두 포함한다. 그리고 타인에게 속한 재물이란 재산의 소유뿐만 아니라 점유나 통제, 혹은 그에 대해 재산적 이익을 가지고 있는 경우를 말하며, 절취란 피고인이 소유자의 권리를 자신이 가지는 것처럼 가정하고 소유자의 권리로만 가능한 일을 행하는 것을 말한다. 다음으로, 주관적 요건으로 피고인의 해당 재물에 대한 영구적 박탈의도와 부정함(dishonesty)이 요구된다. 영국의 절도법 제6조는 영구적 박탈을 위한 고의의 의미를 6가지 상황으로 확장시켜 인정범위를 넓히고 있다.[3173] 또한, 동법 제2조는 피고인이 부정하지 않은 경우 3가지

3173) 6가지 상황은 다음과 같다: (1) 절취한 물건을 버림으로써 그 물건이 설령 소유자에게 되돌아갔다 하더라도, 피고인은 그 재산을 자신의 소유인 것처럼 취급·폐기한 것이므로 영구적 박탈의 고의가 인정된다. (2) 절취한 물건을 피해자에게 판매하거나 대가를 지불하면 돌려주겠다고 제안하는 경우 피고인은 자신의 고의가 부정됨을 주장할 수 있으나, 그 재산을 자신의 소유로 취급·폐기한 것에 해당하여 그러한 주장은 배척된다. (3) 재산을 이동시키는 것이 동조에서 영구적 박탈의 고의가 인정되는 재산의 폐기나 처분에 해당하는지 여부에 대해서는 이를 긍정하는 판례와 부정하는 판례가 상존하고 있다. (4) 절취한 재산을 결핍된 상태로 돌려주는 경우, 예컨대 피해자의 핸드폰을 부러뜨린 상태에서 돌려준 사건에서 법원은 그 핸드폰이 실질적으로 유용성을 상실한 것으로 동조가 적용되기에 충분하다고 판단하였다. (5) 피고인이 피해자의 재산을 도박이나 위험한 투자에 유용하는 경우 동조의 고의가 인정된다. (6) 나아가 동조 제2항은 피고인이 자신의 빚을 갚음으로써 절취된 물건을 회수하고자 하는

를 규정하여 이에 해당하면,[3174] 부정함 요건을 충족하지 않아 절도가 성립하지 않는 것으로 판단하고(소극적 판단기준), 커먼로상 Ivey심사 기준에 따라 합리적이고 정직한 사람들의 일반적 기준에 따라 피고인의 행위가 부정한 것으로 여겨질 수 있는지를 판단한다(적극적 판단기준).

나. 미국

미국은 커먼로에 따라 전통적으로 절도죄가 성립하기 위해서는 우선, 객관적 요건으로 타인이 소유·점유하는 재물을 취득하고 이동시킴으로써 절취할 것이 요구된다. 여기서 재물은 유체물과 전기 등의 자연적 에너지, 서비스 등의 무체물까지를 말하고, 부동산은 이동할 수 없어서 제외된다. 그리고 모범형법전은 커먼로와 달리, 공동소유도 타인의 재물에 포함시켜 성립범위를 넓게 인정한다. 또한 커먼로상 절취는 재물에 대한 권리자의 동의가 없거나 동의가 있더라도, 속임수를 이용하여 동의를 유도한 경우를 모두 포함하며, 점유자의 점유를 배제한 후 점유를 이동시키는 행위까지 포함하였다. 반면, 모범형법전은 이동의 요건은 삭제하고 절취를 통한 취득의 요건만을 명시한다. 다음, 절도죄의 주관적 요건으로는 특정고의와 불법영득의사를 요한다.

다. 프랑스

프랑스는 형법 제311-1조에 따라 절도죄가 성립하기 위해서는 우선, 객관적 요건으로 타인이 소유하는 물건을 절취할 것을 요한다. 이 때, 물건은 물리적 이동이 가능한 동산을 말하며, 무주물이나 부동산은 제외된다. 하지만, 물건의 인정범위는 상당히 넓어 형법 제311-2조를 통해 에너지도 물건에 포함시키고 있고, 판례를 통해 문서의 무단복사행위와 컴퓨터정보도 절도의 객체로 인정한다. 그러나 컴퓨터정보의 해킹, 용역이나 서비스 등은 이에 포함시키지 않는다. 그리고 타인과 공유하는 물건도 타인의 소유에 해당하고, 타인의 물건에 대한 불법적인 물리적 이동(물적 취거)뿐만 아니

경우를 규율하며, 이때에도 피고인에게는 영구적 박탈의 고의가 인정되는 것으로 본다.

3174) 피고인이 부정하지 않은 3가지 경우는 다음과 같다: (1) 피고인이 자신에게 소유자의 재산을 박탈할 권리가 있었다고 믿은 경우(동조 제1(a)항), (2) 피고인이 자신의 처분에 대해 소유자가 동의할 것이라고 믿은 경우(동조 제1(b)항), (3) 피고인이 소유자를 찾을 수 없을 것이라고 믿은 경우(동조 제1(c)항).

라, 물건 소유권의 취득(법적 취거)까지를 절취행위에 해당한다고 본다. 다음, 절도의 주관적 요건으로는 일반고의와 특수고의를 요한다. 이 때, 특수고의는 잠시라도 물건의 소유자처럼 행동하려는 의도를 말하는 것으로, 사용절도가 이에 해당한다.

라. 독일

독일은 형법 제242조를 따라 절도죄가 성립하기 위해서는 우선, 객관적 요건으로 타인의 움직일 수 있는 물건, 즉 동산을 절취할 것을 요한다. 여기서 물건은 유체물로서 형태가 있어야 하므로 전기, 권리, 저장된 정보 등은 절도의 객체가 될 수 없다. 부동산도 움직일 수 없으므로 절도의 객체가 될 수 없다. 또한 공유나 합유하는 물건도 타인의 것에 속한다. 절도죄의 절취란 타인의 의사에 반하여 점유를 배제하고 새로운 점유를 창설하는 행위로, 사실적 지배관계와 지배의사를 기초로 구성된다. 다음으로, 절도죄의 주관적 요건으로 고의와 불법영득의사를 요하며, 이 때 불법영득의사는 우리와 달리, 형법을 통해 명문으로 규정하고 있다.

마. 일본

일본은 형법 제235조를 따라 절도죄가 성립하기 위해서는 객관적 요건으로 타인의 재물을 절취할 것을 요한다. 여기서 재물은 동산만을 의미한다. 형법 제235조의2가 명문으로 부동산침탈죄를 규정하고 있기 때문이다. 일본도 역시 주관적 요건으로 고의와 불법영득의사를 요한다.

3. 사기죄[3175]

가. 영국

영국은 사기법을 통하여 3개의 일반적 사기죄를 규정한다.[3176] 첫째, 허위표시에 의한 사기(동법 제2조 제1항)가 있다. 객관적 성립요건으로 허위표시를 요하고, 주관

3175) 독일과 일본은 우리와 크게 다르지 않아 아래 기술에서 생략되었다.
3176) 이외에도 기타 사기의 유형으로 특수한 유형의 사기(사기법 제6조 제1항), 부정한 용역 취득의 사기(사기법 제11조), 무전취식·무임승차의 사기(1978년 절도법 제3조)를 규정하고 있다.

적 성립요건으로 (1) 피고인이 자신의 진술을 통해 재산상 이익이나 손실을 의도하고, (2) 허위표시에 의한 사기의 부정함이 입증되어야 하며, (3) 피고인은 자신의 진술이 사실이 아니거나 오해 소지가 있음을 알고 있을 것을 요한다. 둘째, 정보 비공개에 의한 사기(동법 제3조)가 있다. 객관적 성립요건으로 정보를 공개해야 할 법적 의무가 있어야 하고, 주관적 성립요건으로 피고인이 자신의 침묵을 통해 재산상 이익이나 손실을 의도했어야 하고, 부정함이 입증되어야 한다. 셋째, 지위남용에 의한 사기(제4조 제1항)가 있다. 객관적 요건으로 타인의 재정적 이익을 보호하거나 침해하지 않을 것으로 기대되는 지위를 가진 자가 그 지위를 남용할 것을 요하고, 주관적 요건으로 지위남용을 통해 재산상 이익이나 손실을 의도했어야 하고, 부정함이 입증되어야 한다.

나. 미국

미국의 사기죄는 커먼로상 절도죄의 제한된 범위로 인해 처벌의 공백이 생기자 이를 메우고자 제정되었다. 커먼로상 사기죄가 성립하기 위해서는 객관적 요건으로 현재 또는 과거의 중요한 사실에 대하여 허위의 표현으로 기망하여 소유권을 취득할 것을 요한다. 여기서 피해자의 소유권 이전은 사기죄를 결정하는데 있어 핵심적 요소이다. 만약, 피해자가 소유권 이전의 의사를 가졌지만, 실제 소유권이 이전되지 않았다면, 사기죄가 아닌 절도죄의 성립을 인정한다. 사기죄의 주관적 요건으로는 사기의 고의와 불법영득·이득의사를 요한다.

다. 프랑스

프랑스는 형법 제313-1조를 통해 사기죄를 규정한다. 객관적 성립요건으로 허위의 성명 혹은 자격이용, 진정한 자격의 남용, 부정한 사술의 동원이라는 세 가지 사기행위를 요하고, 그 결과 피해자의 재산처분 행위가 있어야 하고, 재산상 손해가 발생해야 한다. 주관적 성립요건으로 일반고의와 특수고의를 요한다. 일반고의는 위 세 가지 사기를 행하는 고의를 말하며, 특수고의는 자연인이나 법인을 기망하려는 고의로, 이익의 향유까지 포함하진 않는다.

4. 횡령죄

가. 영국, 프랑스: 별도의 규정이 없음

영국은 횡령죄를 별도로 규정하지 않는다. 횡령죄 또는 배임죄가 포함된 범죄행위에 대하여는 절도죄나 사기죄로 처벌한다. 예를 들어, 횡령행위에 대하여는 절도법 제17조 허위회계죄 및 제19조 허위기장죄가 적용될 수 있다. 프랑스도 횡령죄를 별도로 규정하지 않고, 배임죄를 폭넓게 적용하여 배임죄 하나로 규율하면서 특수한 경우에는 법적 취거의 절도죄와 함께 규율한다.

나. 미국

미국의 횡령죄는 사기죄와 마찬가지로 커먼로상 절도죄의 처벌공백을 메우기 위해 입법되었다. 사기죄의 성립요건은 각 주별로 유사성을 보이나, 횡령죄는 각 주별로 큰 차이를 보이는데, 그럼에도 불구하고 공통된 성립요건은 다음과 같다. 횡령죄가 성립되기 위한 객관적 요건으로는 타인소유의 재물에 대해 적법한 점유권한이 있는 자가 변환행위를 하였을 것을 요한다. 여기서 절도죄와 구별되는 핵심 표지는 적법한 점유권한을 갖는 자에 의한 행위라는 것이다. 단순 소지자가 탈취한 경우에는 절도죄가 성립한다. 그리고 횡령죄의 변환행위는 절도죄의 취득 및 이동행위와 달리, 소유자의 재산에 대한 권리를 심각하게 방해하거나 훼손하는 행위를 말한다. 횡령죄의 주관적 성립요건으로는 재물의 변환행위 시점에 횡령의 고의와 불법영득의사가 있을 것을 요한다. 이 때, 변환의 대상이 된 재물을 자신의 소유라고 믿었다면, 착오의 항변이 인정된다. 그러나 사후에 동량의 재물을 반환할 의사로 변환하였다고 하더라도, 절도죄와 달리, 횡령죄에서는 항변사유가 되지 않는다.

다. 독일

독일의 횡령죄(형법 제246조)는 절도죄와 동일한 장에서 규율되며, 절도죄의 보호법익과 동일하게 소유권을 보호하는 범죄이다. 횡령죄의 객관적 성립요건으로 타인의 동산을 자기 또는 제3자에게 위법하게 영득하게 할 것을 요한다. 행위자가 점유할

것을 요건으로 하고 있지 않고, 제3자를 위한 영득도 성립요건으로 인정한다(제246조 제1항). 대신 배신적 횡령을 별도로 규정하여 위탁에 의한 신임관계의 배신에 대해서는 불법을 가중시켜 처벌한다(제246조 제2항). 주관적 성립요건으로는 횡령의 고의와 불법영득의사를 요한다.

라. 일본

일본의 횡령죄(형법 제252조)는 절도죄처럼 영득죄의 일종이지만, 타인의 점유를 침해하지 않는다는 점에서 절도죄와 성질을 달리한다. 횡령죄의 객관적 성립요건으로 자기가 점유하는 타인의 물건을 횡령할 것을 요하고(제252조 제1항), 자기의 물건이더라도 공무소로부터 보관을 명령받은 경우, 이를 횡령한 행위도 이에 포함시킨다(제252조 제2항). 이 때, 횡령죄의 점유는 사실적 지배뿐만 아니라 법률적 지배도 포함하기 때문에 사실적 지배만 요하는 절도죄의 점유와 구별된다. 또한 점유는 물건의 소유자 혹은 이에 준하는 자와의 위탁신임관계에 기초한 것이어야 한다. 주관적 성립요건으로는 역시 횡령의 고의와 불법영득의사를 요한다.

5. 배임죄

가. 영국, 미국: 별도의 규정이 없음

영국은 배임죄를 별도로 규정하지 않는다. 횡령죄 또는 배임죄가 포함된 범죄행위에 대하여는 절도죄나 사기죄로 처벌한다. 예를 들어, 배임행위에 대하여는 사기법 제4조 남용에 의한 사기죄가 적용될 수 있다. 미국도 배임죄는 별도로 규율하지 않는다.

나. 프랑스

프랑스는 형법 제314-1조를 통해 배임죄를 규율한다. 배임죄가 성립하기 위한 객관적 요건으로 현금, 유가증권 또는 기타 재산에 대하여 그 반환, 관리 또는 특정한 용도에의 사용을 위탁받은 자가 이를 유용하여 타인에게 손해를 가할 것을 요한다. 즉, 배임죄는 계약이나 위탁관계가 존재하여 일정한 사무처리의 책임이 있는 자를

전제로 한다. 또한 물건만을 행위객체로 하는 절도죄와 달리, 배임죄는 "현금, 유가증권 또는 기타 재물"을 행위객체에 포함시키는데, 판례에 따르면 유형의 동산뿐만 아니라 어떠한 재물에 대해서도 배임죄가 성립한다. 하지만, 부동산에 대해서는 배임죄를 적용하지 않는다. 그리고 배임죄가 성립하기 위해서는 유용행위가 있어야 하는데, 유용의 개념과 범위는 사무처리자가 불법적으로 소유 또는 점유의 권리를 전도시키는 행위라면 어떠한 형태라도 무방하다. 그 결과, 위탁자의 손해가 특정될 수 있어야 하며, 이 때 배임행위자가 재산상 이익을 취득했는지 여부는 중요치 않다. 배임죄의 주관적 성립요건으로는 일반고의로 족하다. 절도죄와 사기죄가 주관적 성립요건으로 일반고의와 특수고의를 동시에 요하는 것과 대비된다.

다. 독일

독일의 배임죄(형법 제266조)는 우리와 달리, 사기죄와 동일한 장에서 규율된다. 그러나 사기죄가 재산이전범죄인 반면, 배임죄는 재산침해범죄라는 차이를 지닌다. 배임죄의 성립을 위해서는 객관적으로 크게 기망행위가 있어야 하고, 그로 인해 후견재산을 남용하거나 재산상 손해를 가해야 한다. 여기서 기망행위는 "(1) 법률, 관청의 위임이나 법률행위를 통해 인정된 타인의 재산을 처분하거나 타인에게 의무를 부과할 권한을 남용하거나(남용형태), (2) 법률, 관청의 위임, 법률행위 또는 신용관계 등에 의해 부과되는 타인의 재산상 이익을 꾀해야 할 의무를 위반하는 행위(배신형태)"를 말한다. 배임죄의 주관적 성립요건으로는 배임의 고의를 요한다. 배임은 가해범죄이기 때문에 별도의 초과주관적 요소를 요하지 않는다.

라. 일본

일본의 배임죄(형법 제247조)는 사기죄와 동일한 장에서 규율된다. 배임죄의 객관적 성립요건으로 타인의 사무처리자가 임무위배행위를 통해 타인에게 재산상 손해를 가할 것을 요한다. 여기서 재산상 손해는 전체 재산의 감소를 말하며, 손해를 발생시킨 경우뿐만 아니라 사실발생의 위험을 발생시킨 경우도 포함한다. 또한 배임죄의 주관적 성립요건으로 배임의 고의, 즉 자기의 행위가 임무에 위배하고 타인에게 재산상

손해를 가할 것을 인식하고 행위할 것을 요한다. 덧붙여서 일본의 배임죄는 목적범이므로 고의 이외에 "자기 또는 제3자의 이익을 도모하거나 본인에게 손해를 가할 목적"을 필요로 한다.

6. 비교분석의 착안점

가. 절도죄

절도죄는 각 국가가 소유권을 보호하며 재물을 객체로 하고 있는 점은 대체로 유사하나, 객체의 범위에서 차이를 보인다. 영국은 동산, 부동산, 무체재산을 모두 포함시키고 있고, 미국은 유체물과 무체물, 전기에너지 등을 포함하나, 부동산은 제외한다. 프랑스는 부동산을 제외한 이동 가능한 물건만을 객체로 포함시키는 듯 보이나 해석을 통해 복사행위와 컴퓨터정보도 절도의 객체로 본다. 독일도 프랑스처럼 이동 가능한 물건을 객체로 보고 있어서 부동산을 객체의 대상에서 제외한다. 그러나 프랑스와 달리, 문언 그대로 물건을 절도의 객체로 보기 때문에 전기, 권리, 정보 등은 절도로 객체로 보지 않는다. 일본도 절도의 객체는 동산만을 의미하며, 부동산은 따로 규정을 두어 부동산침탈죄로 규율한다.

절도죄는 영득범죄로 각 국가가 - 용어는 달라도, 우리 형법용어의 표현을 빌리자면 - 고의와 불법영득의사를 주관적 성립요건으로 본다는 점은 대체로 유사하다. 흥미로운 것은 이에 대한 영국의 해석과 법률 규정인데, 영구적 박탈을 위한 고의의 의미를 여러 개의 특정 유형으로 확장시키고 있고, 피고인의 부정함을 판단하는 기준을 소극적 기준과 적극적 기준으로 구별하여 심사하며, 피고인의 부정함을 배제시키는 소극적 기준의 유형을 3가지로 특정하여 법률에서 규정한다는 것이다.

이외에도 절도죄와 비교하여 분석할 수 있는 횡령죄 규정은 영국과 프랑스에서는 별도로 두고 있지 않다. 횡령에 해당하는 행위는 영국은 절도법에서 규율하고, 프랑스는 특수한 경우에 법적 취거의 절도죄와 함께 규율한다.

나. 사기죄

사기죄는 각 국가가 기망행위를 통해 재산상 손해나 이익을 발생시키는 요건을 제시하는 큰 틀은 대체로 유사하다. 이 때, 영국과 프랑스의 사기법 규정과 형법 규정이 사기죄를 규율하고 있는 방식을 눈여겨볼 만하다. 다른 국가와 달리, 영국과 프랑스는 사기죄의 행위유형을 한정적으로 열거하여 명시하고 있다.

이외에도 사기죄와 비교하여 분석할 수 있는 배임죄 규정은 영국과 미국에서 별도로 존재하지 않는다. 그리고 프랑스와 독일은 사기죄의 성립요건으로 이익이 아닌 손해만을 요구하기 때문에 고의 이외에 다른 주관적 성립요건을 필요로 하지 않는다.

다. 친족상도례 규정

독일, 프랑스, 일본은 위 재산범죄에 대하여 우리의 친족상도례와 같은 규정을 각각 두고 있다.

제5절 | 성폭력범죄

1. 체계와 구성

가. 영국

영국의 성폭력범죄 관련법은 2003년 성범죄법(Sexual Offences Act 2003, 줄여서 SOA 2003)의 제정을 통해 정비되었다. 이 법은 성적 행위와 관련한 사실상 모든 범죄들에 대하여 상세한 규정을 두고 있다. SOA 2003는 (1) 합의에 의하지 않은 성범죄와 (2) 합의 여부와 무관한 성범죄 두 가지 형태를 구분하여 규정한다.

전자인 (1) 비동의적 성적 행위는 제1조부터 제4조까지 강간(rape), 유사강간(assault by penetration), 강제추행(sexual assault), 비동의 간음(causing a person to engage in sexual activity without consent) 4개의 주요범죄 형태로 규정된다.

반면, (2) 동의 여부와 무관한 성범죄는 제5조부터 제8조에서 규정하는데, 이것은 제1조 내지 제4조의 기본범죄에 상응하나, 13세 미만의 아동을 대상으로 하는 경우를 말한다. 13세 미만의 아동은 어떠한 성적 행위에도 법적인 동의능력이 없다고 간주한다. 잉글랜드와 웨일즈에서 성적 행위에 대하여 법적 동의를 할 수 있는 연령은 만 16세이다. 단, 신뢰관계를 남용한 성폭력범죄와 가족 간의 성폭력범죄는 만 18세로 보고 있다.[3177]

나. 미국

미국에서 강간죄(rape)는 성폭력범죄(sexual assault, sexual battery) 또는 성적 남용죄(sexual abuse) 등으로 다양하게 불린다. 미국의 성폭력범죄는 과거 강간죄 위주의 입법방식이 변화되어 연방 또는 주에 따라 매우 다양하게 규정되기 때문에 구체적인 입법례를 단일한 이론이나 체계로 설명하기가 어렵다. 특히, 1962년 제정된 모범형법전은 현재의 다양한 성폭력 범죄를 반영하기에는 한계가 있고, 모범형법전의 영향력은 그다지 크지 않다.

미국 형법상 강제 간음에 해당하는 성폭력범죄는 (1) 폭력, 강요 등 피해자의 의사에 명시적으로 반하는 경우, (2) 미성년자나 심신장애로 인해 법적으로 동의 능력이 없거나, (3) 수면, 명정 상태 등 심신상실 상태를 이용하여 간음하는 경우, (4) 신뢰관계 하에 있는 아동·청소년 또는 법적으로 구금상태에 있는 사람과 동의하에 간음하는 경우로 구분할 수 있다. 각 주는 대체로 이와 같은 강제 간음죄를 강간죄(rape) 또는 성범죄 행위(criminal sexual act)등으로 규정한 뒤 그 행위 태양에 따라 등급으로 구분하고 법정형을 달리하여 처벌하는 것이 일반적이다.

3177) 제9조부터 제15조까지는 16세 미만의 피해자를 대상으로 규정하며, 범죄자가 성인인지 18세 미만인지에 따라 법정 최고형에 차이를 둔다. 제16조에서 제24조까지는 18세 미만인 자에게 신뢰관계의 지위를 남용하여 이루어지는 성폭력범죄를 규정하며, 제25조부터 제29조까지, 그리고 제64조와 제65조에서는 가족 간에 일어나는 성폭력범죄를 규정한다. 제33조부터 제44조까지는 정신장애인을 대상으로 한 다양한 성폭력범죄 유형을 신설하였으며, 제45조부터 제51조까지는 음란한 사진, 포르노 및 성매매로부터 아동을 보호하기 위한 법을 개정하여 포함시켰다. 제52조부터 제60조까지는 성매매 및 성착취 목적의 인신매매에 관련된 법을 개정하였고, 제61조부터 제63조까지는 예비 범죄, 제66조부터 제71조까지는 노출, 관음, 시간(屍姦) 등의 기타 성폭력범죄들을 규정한다. 그리고 동법 Part 2에서는 성폭력범죄자를 위한 새로운 신상공개제도와 법원이 발부할 수 있는 다양한 예방명령들에 대해 규정한다.

다. 프랑스

프랑스 형법상 성범죄는 성폭력(agression sexuelle)과 성적 침해(atteinte sexuelle)로 지칭되는 범죄를 말한다. 이 두 개념의 구별은 형법규정을 통해 확인된다. 형법 제222-22조 제1항은 성폭력을 폭행(violence), 강압(혹은 위력, contrainte), 협박(menace) 또는 위계(surprise)에 의한 모든 성적 침해(atteinte sexuelle)로 정의하고 있다. 그러나 성적 침해의 개념에 대하여 형법전은 침묵하고 있으며, 판례 및 학설상 성적 침해는 성적 성격의 행위일 것과 가해자와 피해자 사이에 신체적 접촉이 있을 것을 요한다.

성폭력이 강제수단을 통한 성적인 성격의 범죄로서 언제든지 처벌된다고 한다면, 성폭력을 제외한 성적 침해는 미성년자를 대상으로 하는 경우에만 처벌된다. 이러한 분류방식에 따라 프랑스 형법은 성폭력과 미성년자에 대한 성적 침해를 분리하여 규율한다. 즉, 성적 침해는 성폭력과의 관계에 있어서 본래 강제의 수반 여부를 불문하고 모든 성적 범죄를 포괄하는 광의의 개념으로 사용되지만, 협의의 개념으로 미성년자를 대상으로 한 성폭력 이외의 성적 성격의 범죄를 지칭한다. 이처럼, 프랑스의 성범죄는 성폭력과 미성년자에 대한 성적 침해로 구분되는 입장을 따른다. 형법전의 체계에 있어서도 (1) 제2권 제2장 제2절 섹션3 “성폭력”과 (2) 제2권 제2장 제7절“미성년자 및 가족에 대한 침해”, 섹션5 “미성년자 위험초래”에 포함되는 성적 침해에 관한 죄(제227-22조부터 제227-28-3조까지)로 구성된다.

라. 독일

독일의 성폭력범죄는 독일 형법 제13장 “성적 자기결정권”에서 규정한다. 그러나 제13장에서는 우리의 성풍속에 관한 죄도 포함되어 있다. 한국 형법 제32장 강간과 추행의 죄에 해당하는 것이 독일 형법 제13장 제174조 내지 제180조, 제182조이다. 그리고 독일 형법 제13장의 내용으로서 제180조a, 제181조a, 제183조 내지 184조g는 그 실질이 한국의 음행매개죄, 공연음란죄, 음화제조·반포죄로 볼 수 있는데, 이것은 우리 형법 제22장 성풍속에 관한 죄에 대응된다.

독일의 성폭력범죄는 제177조를 기본범죄구성요건으로 하여 성적 침해(제1항), 남

용과 강요(제2항), 미수(제3항), 질병 또는 장애의 이용(제4항), 성적 강요(제5항) 행위를 처벌한다. 뒤의 제184조h에서 제177조가 전제로 하고 있는 "성적 행위"를 규정한다. 제184조h에 따르면, 이 법에서 성적 행위란 각 보호법익을 고려하여 어느 정도 "현저성(Erheblichkeit)"을 가지는 것만을 의미한다. 그런데 동 규정은 법적 표제어와는 달리, 성적 행위 개념을 정하지 않고 그러한 개념의 적용영역만을 정하고 있다. 이로 인해 구체적으로 어떠한 경우에 성적 행위의 현저성이 인정되는지 여부는 개별적 판단에 따른다. 이와 구별하여 제184조h 뒤에 위치하고 있는 제184조i 성추행죄는 "성적 행위"를 요건으로 하지 않는다. 이것은 가벌성의 문턱을 제184조h의 현저성 아래로 낮추고자 한 입법자의 의도이다. 이외에 아동·청소년 보호 목적의 성폭력범죄에 있어서는 제176조, 제176조a가 아동의 성적 남용을, 제174조가 특정한 종속관계에 놓인 16세 및 18세 미만인 자에 대한 성적 행위를, 제180조가 미성년자의 성적행위 방조를 처벌한다.

마. 일본

우리 형법이 "성풍속에 관한 죄"를 사회적 법익을 침해하는 범죄로서 별개의 독립된 장에 규정하는 것과 달리, 일본 형법은 단일한 장에 개인의 성적 자기결정권을 침해하는 범죄와 성풍속에 관한 죄를 함께 규정하고 있다. 또한, 우리 형법은 형법전 이외에 성폭력범죄를 처벌하기 위한 특별법으로서 「성폭력범죄의 처벌에 관한 특례법」을 두고 있고, 형법의 사문화라고 불릴 정도로 특별법인 성폭력처벌법이 형사실무에서 실질적 법규범으로 작동하고 있다. 이에 비해, 일본의 성폭력범죄는 - 아동복지법상의 일부 범죄유형을 제외하고는 - 기본적으로 형법전에만 규정되어 있고, 우리처럼 성폭력범죄를 처벌하기 위한 특별법이 별도로 존재하지 않는다.

일본 형법은 제22장 "외설, 강제성교 등 및 중혼의 죄"에서 강간(제177조), 강제추행(제176조), 강제추행등치사상(제181조) 등의 개인의 성적 자기결정권을 침해하는 성폭력범죄를 규정한다. 아동·청소년 보호 목적의 성폭력 범죄에 있어서는 제176조와 제177조에서 13세 미만의 자에 대하여 본인의 의사와 상관없이 폭행이나 협박을 수반하지 않는 경우에도 처벌한다. 이외에도 제179조에 감호자외설죄 및 감호자성교등죄 규정을 두고 있다.

2. 강간 및 강제추행

가. 영국

영국은 SOA 2003에서 합의에 의하지 않은 성범죄로, 강간죄(제1조), 유사강간(제2조), 비동의 성행위 강요(제4조), 강제추행(제3조) 규정을 두고 있다. 영국의 경우 강간죄 성립을 위해 폭행이나 협박 또는 별도의 저항이 있을 것을 요건으로 하지 않으며, 이 점에서 영국의 강간죄 성립 요건은 우리 국회에서 도입을 검토 중인 비동의간음죄에 더 가까운 형태라고 할 수 있다. 마찬가지로 우리의 강제추행과 유사한 Sexual Assault의 경우 편의상 강제추행으로 번역하기는 하였으나, 동의 없는 성적 접촉만을 요건으로 한다는 점에서 추행행위 이외에 별도의 폭행과 협박이 존재할 것을 요구하는 우리 형법 제298조의 강제추행죄와는 차이가 있다. 다만 기습추행의 경우와 같이 판례가 상대방의 의사에 반하는 유형력의 행사가 있기만 하면 별도의 폭행이나 협박이 없더라도 추행죄의 성립을 인정하는 추세로 나아가고 있음을 감안할 때, 그 차이는 점차 좁혀질 것으로 예상된다.

나. 미국

미국의 성폭력범죄는 전체적으로 볼 때, 우리 형법이 규정하고 있는 강간, 유사강간, 미성년자 간음 및 추행, 업무상 위력에 의한 간음죄, 의제강간죄 등을 거의 모두 망라하여 처벌하고 있다는 점에서 우리와 크게 다르지 않다고 볼 수 있다. 또한 피해자 동의 여부를 판단함에 있어서 미국 형법이 과거 '폭력' 및 피해자의 '거부의사' 표시에서 피해자의 적극적인 '동의 있음' 여부로 그 기준이 변화하고 있는 것은 비동의간음죄 도입을 검토하고 있는 우리와 같은 맥락에 있다고 볼 수 있다. 그러나 구체적으로 보면 차이점도 많다.

우선, 강간죄와 관련하여 전통적인 강간죄, 유사강간, 의제 강간 등을 하나의 성폭력범죄 개념에 포함시키면서 각 행위태양에 따라 등급별로 법정형을 달리 정한다. 또한 피해자의 연령 및 가해자와의 연령 차이에 따라 동의능력 유무를 달리 정하고, 항변사유도 달리 인정한다는 점도 우리와 매우 다르다. 우리 강간죄가 여전히 폭행,

협박으로 인한 피해자의 저항 여부를 문제 삼는 것과 달리, 미국 형법은 저항을 요건으로 하지 않으며, 폭행·협박뿐만 아니라 재산, 명예 등에 관한 다양한 형태의 심리적 압박에 의한 강요를 인정하고, 나아가 행위태양과 별도로 피해자의 동의가 없었다고 판단되면 성관계 그 자체 등 단순한 폭력도 강간죄를 인정할 수 있도록 다소 탄력적인 구성요건을 두고 있다는 점이 큰 차이라고 볼 수 있다. 신뢰 및 감독관계에 있는 사람 간에는 피해자의 동의에도 불구하고, 강간 등 성폭력범죄를 인정한다는 점도 특징이다. 위계에 의한 강간의 경우, 원칙적으로 간음행위 자체에 대한 위계를 인정하는 것이 원칙이지만, 캘리포니아 주와 같이 동기나 과정에 대한 위계를 강간죄의 행위 태양으로 인정하는 경우가 있다는 점도 유의할 필요가 있다. 다음으로, 우리의 강제추행에 해당하는 성적 접촉 범죄에 있어서는 일반적으로 폭행이나 협박을 반드시 요구하지 않는다는 점, 성적 만족을 요구한다는 점, 신체의 민감한 부위를 중심으로 열거하는 방식을 취한다는 점이 다르다고 볼 수 있다. 반면, 의사에 반한 성적 접촉 행위는 폭행이나 협박 없이도 범죄를 인정한다는 점은 우리의 기습추행의 개념과 유사하고, 성적 목적뿐만 아니라 모욕, 학대 등을 위해 성적 접촉을 하는 경우에도 본 죄를 인정하는 주는 우리와 유사한 측면이 있다.

다. 프랑스

프랑스의 성폭력범죄는 기본구성요건으로 강간죄와 강제추행죄를 규정하고 있으며, 강제추행죄는 성적 삽입이 결여되어 있다는 점에서 강간죄를 강제추행죄의 특수한 형태로 보는 입장을 취하고 있다. 강간죄의 적용범위는 1980년을 기점으로 행위주체, 행위객체, 삽입의 수단과 대상이 확대되었으며, 최근의 법 개정은 행위자의 삽입행위뿐만 아니라 피해자의 삽입행위를 포함하도록 하여 특수한 형태의 강간을 포섭하도록 하였다. 뿐만 아니라, 부부 사이 또는 동거인 사이의 강간죄 성립문제와 관련하여 대법원 판례의 입장을 수용하여 합의추정의 유보 하에 이를 명문화하였으나, 재차 개정하여 일반인과 동일하게 강간죄의 성립을 인정하였다. 행위수단과 관련하여, 강간과 강제추행죄는 모두 폭행, 협박, 강압, 위계의 수단 중 어느 하나가 반드시 존재해야 한다. 그러나 우리 형법이 기본적으로 폭행과 협박을 행위수단으로 규정하고 있는 것과 달리, 강압과 위계를 포함시킴으로써 강간 및 강제추행죄의 인정범위가 우리보

다 더 넓다. 반면, 이 네 가지 개념들은 명확히 구별되는 것이 아니고 일정부분 중첩되는 문제점이 있다.

라. 독일

성폭력범죄의 구성요건 행위를 살펴보면, 우리 형법이 제32장에서 간음행위와 추행행위를 구별하고 있는 반면, 독일 형법은 단순히 성적 행위와 성적 추행만을 규정한다. 그러나 독일 형법은 이러한 행위에 대한 주체 및 객체, 행위와 객체와의 거리를 매우 구체적으로 기술하고 있다는 특징이 있다. 우선, 성적 행위는 행위의 주체 및 객체를 고려하여 (1) 행위자가 피해자에게 행하는 행위이냐, (2) 행위자의 요구로 피해자가 행위자 또는 제3자에게 행하는 행위이냐, (3) 행위자의 요구로 제3자의 행위를 피해자가 수인하는 행위이냐로 구분될 수 있다. 또한, 행위와 객체와의 거리를 고려하여 행위가 행위의 객체에게 이루어지느냐 아니면 행위의 객체 앞에서 이루어지느냐에 따라 구별된다.

독일 성폭력범죄의 가장 기본이 되는 독일 형법 제177조는 최근 성적 침해라는 표제어로 소위 비동의 간음죄를 도입하였다. 독일 형법 제177조 제1항은 피해자의 "인식가능한 의사에 반하는"이라는 표지를 추가하여 소위 "노 민즈 노(No means No)" 모델을 명시적으로 채택하면서도, 제2항에서 "예스 민즈 예스(Yes means Yes)"의 요소도 가미하였다. 독일 형법상 간음행위는 제177조 제6항 제1호에 규정되어 있는데, 이것은 동조 제1항의 성적 침해에 대해 독자적 가중범죄구성요건으로 규정되는 성적 강요의 통상가중양형사유(Regelbeispiel)이다. 그리고 추행행위는 보충적 구성요건인 제184조i에 위치한다.

마. 일본

일본의 성폭력범죄는 우리와 비교하면, 무엇보다도 범죄유형이 매우 단순화되어 있다는 점을 특징으로 한다. 양국의 형법에서 규정하고 있는 성폭력범죄의 구체적인 범죄 유형을 비교해 보면, 우리 형법에서 규정하고 있는 고의범과 고의범의 결합형식인 강간살인(301조의2), 강간상해(301조)에 대한 처벌규범이나 미성년자 또는 심

신미약자에 대한 위계·위력에 의한 간음·추행죄(302조), 그리고 18세 이상의 자를 포함하여 연령에 관계없이 모든 사람을 객체로 하는 업무상위력 등에 의한 간음죄(303조) 등이 존재하지 않는다는 점에서 차이가 있다. 또한, 일본 형법에서는 우리와 달리, 상습범에 대한 가중처벌규정(305조의2)을 두고 있지 않고, 예비·음모를 처벌하는 규정(305조의3)을 두고 있지도 않다. 이러한 양국의 차이는 우리 형법에서 성폭력범죄로 처벌되는 행위태양이 일본에서는 범죄 자체가 되지 않는 영역이 존재한다는 것을 의미하며, 또한 가중처벌 규정으로 인해 일본에서 처벌되는 수위에 비해 보다 강화된 법정형이나 처단형이 적용된다는 것을 확인할 수 있다. 나아가, 우리의 경우 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」이라는 특별법을 통하여 구성요건을 보다 세분화하여 가중처벌하거나 새로운 범죄유형을 신설하여 처벌하고 있는 점을 고려할 때, 양국 간에 성폭력범죄의 처벌범위 및 처벌의 법적 수위에 있어 상당한 편차를 보이고 있음을 알 수 있다.

3. 아동·청소년 보호 목적의 성폭력범죄

가. 영국

SOA 2003에서는 아동과 청소년을 보호하기 위한 규정도 두고 있다. 13세 미만의 아동을 대상으로 제1조부터 제4조까지 규정하고 있는 합의에 의하지 않은 성범죄를 범했을 때에는 동의여부와 무관하게 처벌한다(제5조). 또한, 16세 미만 아동·청소년을 대상으로 한 성범죄도 처벌한다(제9조부터 제12조). 제9조는 18세 이상인 자가 16세 미만의 자를 대상으로 강제추행을 범했을 경우, 제10조는 18세 이상인 자가 16세 미만의 자를 성적 행위에 참여하도록 교사 및 유인하였을 경우, 제11조는 성적 만족을 얻을 목적으로 아동 앞에서 자위를 하거나 제3자와 성적 행위를 할 경우, 제12조는 성적 만족을 얻을 목적으로 16세 미만의 자로 하여금 성적 행위를 하는 이미지를 보게 할 경우 처벌한다. 그리고 제13조는 제9조에서 제12조의 범죄를 18세 미만인 자가 범했을 때 처벌하고, 제14조는 제9조부터 제13조의 범죄를 고의로 알선하거나 조장할 때 성립하는 예비범죄를 규정하고 있다.

이외에도 최근 아동·청소년 대상 그루밍 처벌방안 도입이 논의되는 것과 관련하여,

아동을 대상으로 이루어지는 성적 그루밍 행위를 모두 범죄화하여 처벌하는 규정을 최초로 도입한 것으로 평가받는 SOA 2003은 그 시사점이 크다. 비록 우리나 아동·청소년 대상 성착취 범죄를 예방하기 위해 아동 청소년의 성을 사기 위해 유인하거나 성을 팔도록 권유한 자를 징역 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금형에 처하는 규정이나,[3178] 아동에게 음란한 행위를 시키거나 이를 매개하는 행위 또는 아동에게 성적 수치심을 주는 성희롱 등의 성적 학대행위를 금지하는 규정[3179] 등을 두고 있으나, 현행법상 온라인상에서 이루어지는 그루밍 행위 자체만으로는 처벌이 어려운 면이 있다. 반면, 영국의 SOA 2003는 성적 친밀감을 형성하기 위해 필요한 일련의 모든 행위와 관련된 아동과의 만남 등의 접촉행위도 10년 이하의 처벌을 받을 수 있는 중범죄로 규정함으로써(제15조) 성적 의도를 가지고 아동 청소년에게 접근한 경우, 성적인 행위가 일어나기 전 단계에서도 범죄자로 처벌될 수 있다는 점에서 큰 차이가 있다.

나. 미국

미국은 아동·청소년을 보호하기 위하여 대다수의 주가 성폭력범죄의 피해자를 16세 미만으로 하고 있다. 이것은 현재 우리가 추진하고 있는 연령상한 입법시도와 궤를 같이한다고 볼 수 있다. 다만, 피해자와 가해자 간 연령의 차이에 따라 의제강간죄의 등급을 구분하여 달리 처벌하는 점, 피해자의 연령에 대한 착오를 인정함에 있어서 합리적인 착오에 의한 항변을 인정하면서도 일정한 나이 차이가 나면 대체로 항변을 인정하지 않도록 규정한 점, 연방과 같이 착오의 거증책임을 피고인에게 전환하는 점 등은 우리와 다르다고 볼 수 있다.

다. 프랑스

프랑스는 2010년에 아동에 대한 성폭력의 문제에 대하여 직접적인 폭행이나 신체상의 위력, 협박이 행사되지 않은 경우에도 가해자와의 연령의 차이 및 피해자에

3178) 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제13조 제2항.
3179) 아동복지법 제17조 제2호.

대한 사실상의 권위로부터 정신적 강압이나 위계가 기인될 수 있음을 법 규정에 명시함으로써 미성년자를 대상으로 한 성범죄에 대하여 강력하게 대처할 수 있는 법적 근거를 마련하였다. 하지만, 미성년자에 대한 성범죄 처벌과 관련하여 우리와 유사한 성폭력처벌법이나 아동청소년의 성보호에 관한 법률과 같은 별도의 특별법이 존재하지 않고, 모든 성폭력범죄가 형법에 통합되어 운용되고 있다.

미성년자에 대한 강간이나 강제추행은 기본범죄에 대한 가중사유의 하나로 규정되어 있으며, 15세 미만의 아동을 대상으로 한 성관계나 성적행위는 피해자의 완전한 동의에 따른 경우에도 성적 침해죄가 성립한다(제227-25조). 다만, 프랑스의 경우 의제강간죄나 의제강제추행죄를 두고 있지 않아 피해자의 동의여부에 따라 강간죄나 강제추행죄를 적용할지, 아니면 성적 침해죄로 처벌할 것인지에 대한 판단의 문제가 남게 된다. 그리고 15세 이상 18세 미만의 자에 대한 성적 침해죄 규정을 두고 있는데, 이 경우에는 모든 성적 침해가 처벌대상이 되진 않는다. 성적 침해가 사실상 혹은 법적 권위를 가진 자에 의해 범해지거나 직무상 지위를 남용하여 범해진 경우에만 처벌된다(제227-27조). 이외에도 프랑스 형법은 미성년자부패조장죄를 두고 있다(제227-22조). 미성년자의 건전한 성적발달을 보호하기 위하여 미성년자를 대상으로 성적 타락을 초래할 수 있는 다양한 형태의 행위들이 이 범죄에 의해 처벌된다. 끝으로, 인터넷을 통하여 15세 미만의 아동이나 자신을 15세 미만이라고 소개한 자에게 성적 제안을 하는 행위 자체를 처벌하고, 이 제안이 실제 만남으로 이어진 경우에는 가중하여 처벌한다(제227-22-1조). 이 규정을 통해 성적 침해에 대한 예비행위가 처벌되고 있다.

라. 독일

독일도 형법에 아동·청소년을 보호하기 목적의 성폭력범죄 규정을 두고 있다. 이 규정을 연령대와 범죄유형별로 살펴보면 다음과 같다. 우선, 독일 형법 제176조는 14세 미만인 자에 대해 성적 행위를 하면 6개월 이상 10년 미만의 자유형이 부과되고, 특별히 중한 사안이면 1년 이상의 자유형이 부과된다. 그리고 독일 형법 제176조a 아동에 대한 중한 성적 남용죄의 경우, 18세 이상인 자가 아동을 간음하거나 이와 유사한 성적 행위를 하면 처벌한다. 다음으로, 제174조의 특정한 종속관계에 놓인

16세 및 18세 미만인 자에 대해 성적 행위를 하였을 경우 처벌한다. 동조 제1항의 경우, 16세 미만인 자는 교육, 직업교육, 후견을 위해 행위자에게 맡겨져 있기만 하면 되고, 18세 미만인 자의 경우 이러한 관계뿐만 아니라 근로 또는 고용관계에 놓인 경우도 포함되며, 행위자는 이 특수한 관계를 남용해야 한다. 18세 미만인 자가 행위자 등의 자손이거나 행위자와 공동체를 이루어 살고 있는 경우, 이러한 남용행위가 없어도 범죄가 성립한다. 마지막으로, 미성년자 성행위알선과 관련하여, 독일 형법 제180조 제1항은 16세 미만인 자의 제3자에 대한 성적 행위를 알선하거나 기회제공을 통해 방조한 자를 처벌한다. 동조 제2항은 18세 미만인 자를 대가를 받고 제3자에게 성적 행위를 하도록 교사하거나 그러한 행위를 알선을 통해 방조한 자를 처벌한다. 동조 제3항은 18세 미만인 자를 행위자가 교육 등을 위해 자신에게 맡겨지거나 근로관계 등에서 자신 아래에 있는 종속 관계를 남용하여 제3자에 대하여 성적 행위를 하도록 교사한 경우 처벌한다.

마. 일본

일본도 역시 형법에서 아동·청소년을 보호하기 위한 규정을 두고 있다. 13세 미만의 아동에 대하여 범해진 강간 및 강제추행은 동의 여부와 무관하게 처벌한다(제176조, 제177조). 그리고 18세 미만의 자를 대상으로 감호자가 강간 및 강제추행을 범했을 경우에도 동일하게 처벌된다(제179조). 끝으로, 일본에서는 유일하게 형법 이외에 아동·청소년을 보호하기 위한 규정을 아동복지법에 두고 있는데, 이 규정에 따르면 아동에게 음행을 시키는 행위를 처벌한다(아동복지법 제34조 제1항 제6호, 제60조 제1항).

4. 비교분석의 착안점

우리는 성폭력범죄를 형법 이외에 다른 특별법들로 상세히 규정하고 있는 반면, 위 국가들은 대부분 단일한 법을 통하여 규율한다는 점이 특징이라 할 수 있다. 이러한 법률 구성이 성폭력 처벌에 있어 일관성 있는 법률체계를 가능케 하는 것으로 보인다. 또한, 기본범죄구성요건인 강간이나 강제추행의 행위요건으로 폭행이나 협박을 수반하지 않고, 그 인정범위를 확대하고 있는 점도 우리와 명백히 다른 점으로 보인다.

특히, 아동·청소년을 보호하기 위한 목적으로 모든 성적 그루밍 행위를 처벌하는 영국의 입법례나 인터넷을 통한 성적 제안행위 자체를 처벌하는 프랑스의 입법례는 현재 우리의 법현실을 고려할 때, 시사점이 크다고 볼 수 있다.

참고문헌

1. 국내문헌

단행본)

김성돈, 형법총론. 제4판, SKKUP, 2015.
배종대, 형법각론, 제11전정판, 홍문사, 2020.
법무부, 독일형법, 법무부, 2008.
신동운, 형법각론, 제2판, 법문사, 2018.
신동운, 형법총론, 제11판, 법문사, 2019.
이재상/장영민/강동범, 형법각론, 제11판, 박영사, 2019.
임웅, 형법각론, 제10정판, 법문사, 2019.

논문)

권오걸, 영국의 형벌제도 개관, 법학논고 제28집, 경북대학교 법학연구원, 2008.
김성돈, 미국의 주 양형법개혁과 양형가이드라인시스템, 저스티스 제71호, 한국법학원, 2002.
김성규, 업무로 행해지는 자살방조의 범죄화: 독일 형법전 제217조의 신설에 관한 일고찰, 강원법학 제51권, 강원대학교 비교법학연구소, 2017.
김종구, 미국 형법상 중지미수의 가벌성, 형사법의 신동향 제41호, 대검찰청, 2013.
김종구, 범죄사실의 동일성에 관한 대법원과 미국 연방대법원 판례의 비교 고찰, 형사법연구 제19권 제3호, 한국형사법학회, 2007.
김한균, 형법상 모살·고살 구분과 영미형법의 살인죄, 형사법연구 제22권 제4호, 한국형사법학회, 2010.
미국 연방 양형위원회(U. S. Sentencing Commission)·(박형관/이주형 역), 미국 양형개혁법 소개, 형사법의 신동향 제2호, 대검찰청, 2006.
박상진, 영미법에 있어 'Theft' 범죄에 대한 연구, 비교형사법연구 제13권 제1호, 한국

비교형사법학회, 2011.
오기두, 미국의 형벌제도, 저스티스 제82호, 한국법학원, 2004.
이경재, 미국형법상 미수의 유형과 그 내용, 비교형사법연구 제18권 제1호, 한국비교형사법학회, 2016.
이동희, 일본의 형법 개정의 연혁과 주요쟁점, 비교형사법연구 제21권 제4호, 한국비교형사법학회, 2020.
이상훈, 배임죄에서 임무위배행위에 관한 연구 - 회사와 이사의 관계를 중심으로 -, 서울대학교 대학원 법학박사 학위논문, 2020.
이성기, 강제추행죄에서 '추행' 판단의 판례상 문제점과 개선방안 : 미국과 영국의 비교법적 검토를 중심으로, 법학논총 제34권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2017.
이정원, 우리 형법과 독일 형법의 횡령죄에 대한 비교법적 고찰, 비교형사법연구 제4권 제2호, 한국비교형사법학회, 2002.
정배근, 독일 형법 제211조 모살죄의 헌법합치적 해석: 모살죄 구성요건표지에 대한 엄격해석주의의 배경과 실재, 법학논집 제22권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2017.
정배근, 자기책임원칙을 통한 자살참가자의 가벌성 판단: 독일형법상 자살방조와 촉탁살인의 구별에 대하여, 중앙법학 제20집 제1호, 중앙법학회, 2018.
정승환, 현행 형법에서 법정형의 정비방안, 형사법연구 제23권 제4호, 한국형사법학회, 2011.
최준혁, 양형기준의 도입과 가석방: 영국의 논의에 관하여, 형사정책 제24권 제1호, 한국형사정책학회, 2012.

보고서 및 기타 자료)

김한균, 영국의 양형합리화 정책과 양형기준 제도, 양형위원회 전문위원 연구자료 22, 양형위원회, 2008.
박형관, 경합범의 양형에 관한 비교법적 고찰, 형사법의 신동향 제59호, 대검찰청, 2018.
변지영, 영국의 양형기준제도: 양형기준제도의 법령 및 현황, 사법정책연구원, 2015.
윤동호/하태영, 형벌가중체계의 개선방안: 누범·상습범·경합범, 한국형사정책연구원, 2006.

최민영/김재현/허황/강효원/김택수/박용철/손병현/이동희/이성기, Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(Ⅰ), 한국형사정책연구원, 2019.

하민경/표현덕/강현주, 피고인의 형벌감수성이 양형에 미치는 영향에 관한 비교법적 연구, 사법정책연구원, 2016.

2. 국외문헌

가. 영국

단행본)

Allen, Michael J./Edwards, Ian, Criminal Law, 15th ed., Oxford University Press, 2019.

Ashworth, Andrew, Sentencing and Criminal Justice, 5th ed., Cambridge University Press, 2010.

Ashworth, Andrew, Sentencing and Criminal Justice, 6th ed., Cambridge University Press, 2015.

Ashworth, Andrew/Zedner, Lucia, Preventive Justice, Oxford University Press, 2014.

Card, Richard/Molloy, Jill, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016.

Child, John/Ormerod, David, Smith, Hogan, & Ormerod's Essentials of Criminal Law, 2nd ed., Oxford University Press, 2017.

Easton, Susan/Piper, Christine, Sentencing and Punishment: The Quest for Justice, 3rd ed., Oxford University Press, 2012.

Hart, H. L. A., Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law, 2nd ed., Oxford University Press. 2008.

Hart, H. L. A./Honoré, Tony, Causation in the Law, 2nd ed., Clarendon Press, 1985.

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

Herring, Jonathan, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 9th ed., Oxford University Press, 2020.

Herring, Jonathan, Great Debates in Criminal Law, 3rd ed., Oxford University Press, 2015.

Horder, Jeremy, Ashworth's Principles of Criminal Law, 8th ed., Oxford University Press, 2016.

Lacey, Nicola, State Punishment: Political Principles and Community Values, Routledge, 1988.

Simester, Andrew P./Spencer, John R./Stark, Findlay/Sullivan, G. Robert/Virgo, Graham J., Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine, 6th ed., Hart Publishing, 2018.

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

Stewarts, S. W., A Modern View of The Criminal Law, Pergamon, 1969.

Temkin, Jennifer, Rape and the Legal Process, 2nd ed. Oxford University Press, 2002.

Von Hirsch, Andrew, Doing Justice: The Choice of Punishment, Northeastern University Press, 1976.

논문)

Collins, Jennifer, Fraud by Abuse of Position and Unlicensed Gangmasters, Modern Law Review Vol. 79 No. 2, 2016.

Duff, R. A., Responsibility, Restoration and Retribution, Retributivism Has a Past: Has It a Future?, Oxford University Press, 2011.

Gardner, John, Complicity and Causality, Criminal Law and Philosophy Vol. 1 No. 2, 2007.

Gardner, John, Rationality and the Rule of law in Offences against the Person, Cambridge Law Journal Vol. 53 No. 3, 1994.

Gillespie, Alisdair, "Grooming": Definitions and the Law, New Law Journal Vol.

154 No. 7124, 2004.

Horder, Jeremy, The Changing Face of the Law of Homicide, Homicide Law in Comparative Perspective, Hart Publishing, 2007.

Horder, Jeremy, Two Histories and Four Hidden Principles of Mens Rea, Law Quarterly Review, Vol. 113 Jan., 1997.

Jaconelli, Joseph, Incitement: A Study in Language Crime, Criminal Law and Philosophy Vol. 12 No. 2, 2018.

Ormerod, David/Fortson, Rudi, Serious Crime Act 2007: the Part 2 offences, Criminal Law Review, 2009.

Ormerod, David/Laird, Karl, Jogee: not the end of a legal saga but the start of one?, Criminal Law Review, 2016.

Roberts, Julian V./Ryberg, Jesper/de Keijser, Jan W., Sentencing the Multiple Offender: Setting the Stage, Sentencing Multiple Crimes, Oxford University Press, 2016.

Vibla, Natalia, More Than One Crime: Sentencing the Multiple Conviction Offender, Exploring Sentencing Practice in England and Wales, Palgrave Macmillan, 2015.

Moore/Michael S., The Moral Worth of Retribution, Principled Sentencing, Hart Pubilishing, 1998.

Sjölin, Catarina, Ten Years On: Consent under the Sexual Offences Act 2003, The Journal of Crimina Law, Vol. 79 No. 1, 2015.

Temkin, Jennifer/Ashworth, Andrew, The Sexual Offences Act 2003: (1) Rape, sexual assaults and the problems of consent, Criminal Law Review Vol. 2004 No. 5, 2004.

보고서 및 기타 자료)

Broadbridge, Sally, Double Jeopardy, Commons Research Briefing SN01082, House of Commons, 2009.

Her Majesty's Stationery Office, Fraud Act 2006 Explanatory Notes, 2006.

Home Office, Protecting the Public: Strengthening Protection against Sex

Offenders and Reforming the Law on Sexual Offences, 2002.

Home Office, Setting the Boundaries: Reforming the Law on Sex Offences Vol. I 2000.

House of Commons Justice Committee, Joint Enterprise: Eleventh Report of Session 2010-12, (HC Paper, No.1597), 2012.

Jacobson, Jessica/Hough, Mike, Unjust Deserts: imprisonment for public protection, Prison Reform Trust, 2010,

Law Commission, A New Homicide Act for England and Wales(Consultation Paper No. 177), 2005.

Law Commission, Conspiracy and Attempts(Consultation Paper No. 183), 2007.

Law Commission, Double Jeopardy(Consultation Paper No 156), 1999.

Law Commission, Double Jeopardy and Prosecution Appeals(LAW COM No 267), 2001.

Law Commission, FRAUD - Report on a reference under section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965 - (LAW COM No 276), 2002.

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

Law Commission, Legislating the Criminal Code: Involuntary Manslaughter(LAW COM No 237), 1996.

Law Commission, Murder, Manslaughter and Infanticide(LAW COM No 304), 2006.

Law Commission, Participating in Crime(LAW COM No 305), 2007.

Law Commission, Reform of Offences Against the Person(LAW COM No. 361), 2015.

Sentencing Council, Environmental Offences: Definitive Guideline, 2014.

Sentencing Council, Health and Safety Offences, Corporate Manslaughter and Food Safety and Hygiene Offences: Definitive Guideline, 2016.

Sentencing Council, Offences taken into consideration and totality: Definitive guideline, 2012.

Sentencing Council, Reduction in sentence for a guilty plea: Definitive guideline, 2017.

Sentencing Guidelines Council, Overarching Principles: Seriousness, 2004.

Vollmer, Patrick M., House of Lords Library Notes The Serious Crime Bill [HL] [HL Bill 27 of 2006-07], LLN 2007/001, 2007.

Whitehead, Stephen, The changing use of pre-sentence reports, Centre for Justice Innovation, 2018.

"5 Compensation for miscarriages of justice (Part 12)" https://publications.parliament.uk/pa/jt201314/jtselect/jtrights/56/5608.htm#n99 (2020년 10월 31일 최종검색).

"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).

"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).

"Embezzlement UK", http://bloomsbury-law.com/criminal-defence/embezzlement-uk/ (2020년 10월 31일 최종검색).

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

"Offences against the Person, incorporating the Charging Standard", https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/offences-against-person-incorporating-charging-standard (2020년 10월 31일 최종검색).

"Retrial of Serious Offences"

https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/retrial-serious-offences (2020년 10월 31일 최종검색).

"Section 66: Indirectly encouraging or assisting", https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/27/notes/division/6/2/11/3 (2020년 10월 31일 최종검색).

"Sentencing Council", https://www.sentencingcouncil.org.uk/about-us/council-members/ (2020년 10월 31일 최종검색).

"Sexual Offences Bill [H.L.], House of Lords Debates (Hansard, 13 February 2003) Vol. 644 cc 771." https://api.parliament.uk/historic-hansard/lords/2003/feb/13/sexual-offences-bill-hl (2020년 10월 31일 최종검색).

"SFO, About us", https://www.sfo.gov.uk/about-us/ (2020년 10월 31일 최종검색).

"Theft Act 1978", https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/31/contents (2020년 10월 31일 최종검색).

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

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).

나. 미국

단행본)

Couzens, J. Richard/Bigelow, Tricia A., The Amendment of the Three Strikes Sentencing Law, Barrister Press, 2017.

Dressler, Joshua, Understanding Criminal Law, 5th ed., LexisNexis, 2009.

Dressler, Joshua, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018.

Fletcher, George P., Rethinking Criminal Law, Oxford University Press, 2000.

Hall, Jerome, General Principles of the Criminal Law, 2nd ed., Bobbs-Merrill, 1960.

LaFave, Wayne R., Criminal Law, 6th ed., West Academic, 2017.

LaFave, Wayne R., Substantive Criminal Law Volume 1, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019.

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

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

Prosser, William Lloyd/Keeton, W. Page/Dobbs, Dan B./Keeton, Robert E./Owen, David G., Prosser and Keeton on Torts, 5th ed., West, 1984.

Singer, Richard G./Williams, Kenneth, Criminal Procedure II: From Bail to Jail, 4th ed., Wolters Kluwer, 2018, 179면.

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

The American Law Institute, Model Penal Code and Commentaries: Official Draft and Revised Comments, The American Law Institute, 1985.

Tonry, Michael/Hatlestad, Kathleen, Sentencing Reform in Overcrowded Times: A Comparative Perspective, Oxford University Press, 1997.

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

Weaver, Russell L./Burkoff, John M./Hancock, Catherine, Criminal Law: A

contemporary Approach, West, 2011.

Williams, Glanville, Criminal Law: The General Part, 2nd ed., Sweet & Maxwell, 1961.

논문)

Carter, Tracey B., Local, State, and Federal Responses to Stalking: Are Anti-Stalking Laws Effective?, William & Mary Journal of Women and the Law Vol. 22 No. 2, 2016.

Douglas, Heather/Fitzgerald, Robin, Strangulation, Domestic Violence and the Legal Response, Sydney Law Review Vol. 36 No. 2, 2014.

Fletcher, George P., The Metamorphosis of Larceny, Harvard Law Review Vol. 89 No. 3, 1976.

Frankel, Marvin E., Lawlessness in Sentencing, University of Cincinnati Law Review Vol. 41 No. 1, 1972.

Frase, Richard S., 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.

Goodno, Naomi Harlin, Cyberstalking, a New Crime: Evaluating the Effectiveness of Current State and Federal Laws, Missouri Law Review Vol. 72 No. 1, 2007.

Hall, Jerome, Theft, Law and Society, American Bar Association Journal, Vol. 54, 1968.

Hall, Livingston, Assault and Battery by the Reckless Motorist, Journal of Criminal Law & Criminology Vol. 31 No. 2, 1940.

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

Kenyon, Griffin C., A Dangerous Situation – The Knowing Transmission of HIV in an Out-Of-Body Form and Whether New York Should Criminally Punish Those Who Commit Such an Act, Pace Law Review Vol. 35 No.2,

2014.

Klein, Susan R., Review: Double Jeopardy's Demise, California Law Review Vol. 88 No. 3, 2000.

Locke, Lawrence A., On Leo Katz, Double Jeopardy, and the Blockburger Test, Law and Philosophy Vol. 9, No. 3, 1990.

Martin, Timothy P., Brock v. State: The AIDS Virus as a Deadly Weapon, The John Marshall Law Review Vol. 24 No. 3, 1991.

Perkins, Rollin M., Non-Homicide Offenses Against the Person(With Special Reference to Offenses Which Have a Medicolegal Interest), Boston University Law Review Vol. 26, 1946.

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

Robinson, James/Smith, Gerald, The Effectiveness of Correctional Programs, Crime and Delinquency Vol. 17 No. 1, 1971.

Saferight, C. Ashley, Clear As Mud: Constitutional Concerns with Clear Affirmative Consent, Cleveland-Marshall College of Law Vol. 67 No. 3, 2019.

Sandoval, Eric, The Case for an Affirmative Consent Provision in Rape Law, North Dakota Law Review Vol. 94 No. 2, 2019.

Schulhofer, Stephen J., Reforming the Law of Rape, Law & Inequality Vol. 35 No. 2, 2016.

Shen, Francis X., Mind, Body, and the Criminal Law, Minnesota Law Review Vol. 97, 2013.

Skilton, Robert H., The Requisite Act in a Criminal Attempt, University of Pittsburgh Law Review Vol. 3, 1937.

Thomas III, George C., A Blameworthy Act Approach to the Double Jeopardy Same Offense Problem, California Law Review Vol. 83 No. 4, 1995.

Walsh, Keirsten L., Safe and Sound at Last? Federalized Anti-Stalking Legislation in the United States and Canada, Dickinson Journal of International Law Vol. 14 No. 2, 1996.

보고서 및 기타 자료)

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

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

"21Am. Jur. 2d Criminal Law §157 Theories of liability", Westlaw, 2020.

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

"40 C.J.S. Homicide §3. Withdrawal of life-support devices; failure to obtain medical assistance", Westlaw, 2020.

"40 C.J.S. Homicide §79. Conduct qualifying as first-degree murder", Westlaw, 2020.

"40 C.J.S. Homicide §105. Generally", Westlaw, 2020.

"40 C.J.S. Homicide §106. First-degree manslaughter", Westlaw, 2020.

"40 C.J.S. Homicide §114. Imperfect self-defense doctrine", Westlaw, 2020.

"40 C.J.S. Homicide §115. Effect and examples of cooling down time", Westlaw, 2020.

"40 C.J.S. Homicide §118. Relation of provocation to killing", Westlaw, 2020.

"40 C.J.S. Homicide §129. Involuntary manslaughter as distinct from criminally negligent homicide", Westlaw, 2020.

"40 C.J.S. Homicide §131. Negligence", Westlaw, 2020.

"40 C.J.S. Homicide §134. Generally", Westlaw, 2020.

"40 C.J.S. Homicide §143. Attempted murder", Westlaw, 2020.

"40 C.J.S. Homicide §144. Specific intent to kill", Westlaw, 2020.

"40 C.J.S. Homicide §146. Generally", Westlaw, 2020.

Greenwood, Peter W./Hawken, Angela, An Assessment of the Effects of California's Three Strikes Law, Greenwood Associates, 2002.

United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2018, 2018.

"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).

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).

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).

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).

다. 프랑스

단행본)

André, Christophe, Droit pénal spécial, 4e éd., Dalloz, 2017.

Bouloc, Bernard, Droit pénal général, 26e éd., Dalloz, 2019.

Bouloc, Bernard/Matsopoulou, Haritini, Droit pénal général et procédure pénale, 21e éd., Sirey, 2018.

Conte, Philippe, Droit pénal spécial, 6e éd., LexisNexis, 2019.

Conte, Philippe/Maistre du Chambon, Patrick, Droit pénal général, 7e éd., Dalloz-Sirey, 2007.

Desportes, Frédéric/Le Gunehec, Francis, Droit pénal général, 16e éd., Economica, 2009.

Larguier, Jean, Droit pénal général, 20e éd., Dalloz, 2005.

Larguier, Jéan/Conte, Philippe/Larguier, Anne-Marie, Droit pénal spécial, 13e éd., Dalloz, 2005.

Levasseur, Georges/Chavanne, Albert/Lefranc, Georges, Droit pénal général et procédure pénale, 12e éd, Sirey, 1996.

Lopez, Gérard/Tzitzis, Stamatios, Dictionnaire sciences criminelles, Dalloz, 2004.

Merle, Roger/Vitu, André, Traité de droit criminel Tome 2: Droit pénal spécial,

Cujas, 1982.

Rassat, Michèle-Laure, Droit pénal spécial: infractions du code pénal, 8e éd., Dalloz, 2018.

Sordino, Marie-Christine, Droit pénal général, 6e éd., ellipses, 2016.

Sourzat, Claire, Droit pénal général et procédure pénale, 2e éd., Larcier, 2016.

Véron, Michel, Droit pénal spécial, 16e éd., Sirey, 2017.

논문)

Chalaron, Yves, Le concours idéal d'infractions, JCP, 1967.

Devèze, Jean, Le commencement d'exécution de l'infraction en jurisprudence, RSC, Dalloz, 1981.

Laingui, André, Les adages du droit pénal, RSC, 1986.

Lanthiez, Marie-Laure, Du préjudice dans quelques infractions contre les biens, Dalloz. 2005.

Larguier, Jean, observation RSC, 1979.

Levasseur, Georges, Le suicide en droit pénal, Le suicide(Droit éthique et société), PUF, 1994.

Mayaud, Yves, La crédibilité, critère du mensonge punissable en droit pénal, AJ pénal, 2008.

Mayaud, Yves, Lorsque l'empoisonnement rejoint le meurtre, ou du faux débat sur l'animus necandi, RSC, 1999.

Muller-Lagarde, Yvonne, La protection pénale de la relation de confiance: Observations sur le délit d'abus de confiance, RSC. 2006.

Ollard, Romain, La fiducie: aspects de droit pénal, RSC 2009.

Prothais, Alain, Plaidoyer pour le maintien de l'incrimination spéciale de l'emprisonnement, Dalloz, 1982.

Savey-Casard, Paul, Le repentir actif en Droit pénal général français, RSC, 1972.

Serlooten, Patrick, Les qualifications multiples, RSC, 1973.

Vincent, Lesclous, Le cumul réel d'infractions, RSC, 1991.

보고서 및 기타 자료)

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

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

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

"Mandat criminel"
https://justice.ooreka.fr/astuce/voir/574531/mandat-criminel (2020년 10월 31일 최종검색).

"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).

"Pacte civil de solidarité (Pacs)",
https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/N144 (2020년 10월 31일 최종검색).

"Quand est-on déclaré mort ?",
https://www.science-et-vie.com/corps-et-sante/quand-est-on-declare-mort-9072 (2020년 10월 31일 최종검색).

"Relèvement", http://www.justice.gouv.fr/mots-cles/mc_r.html (2020년 10월 31일 최종검색).

ROUX-DEMARE, François-Xavier, L'embryon et le fœtus en droit, FICHE PEDAGOGIQUE, Janvier 2012.
http://fxrd.blogspirit.com/media/01/01/1698829562.pdf (2020년 10월 31일 최종검색).

라. 독일

단행본)

Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, 12. Aufl., Gieseking, 2016.

Cramer, Peter/Perron, Walter, in: Schönke/Schröder(Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Aufl., C.H.Beck, 2010.

Dölling, Dieter/Duttge, Gunnar/König, Stefan/Rössner, Dieter, Gesamtes Strafrecht StGB, StPO, Nebengesetze, 5. Aufl., Nomos, 2020.

Eser, Albin, in: Schönke/Schröder(Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, 28. Aufl., C.H.Beck, 2010.

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

Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 60. Aufl., C,H,Beck, 2013.

Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl., C.H.Beck, 2019.

Heghmanns, Michael, Strafrecht für alle Semester: Besonderer Teil: Grund-und Examenwissen kritisch vertieft, Springer, 2009.

Hoyer, Andreas, in: Wolter(Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 5, 9. Aufl., Carl Heymanns, 2019.

Jakobs, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch, 2. Aufl., Walter de Gruyter 1991.

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin : Duncker und Humblot, 1996.

Joecks, Wolfgang, Strafgesetzbuch: Studienkommentar, 10. Aufl., C.H.Beck, 2012.

Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus/Schmitz, Roland(Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 5, 3. Aufl., C.H.Beck, 2019.

Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich, Strafgesetzbuch: Kommantar, 4. Aufl., Nomos, 2013.

Kühl, Kristian/Dreher, Eduard/Maassen, Hermann/Lackner, Karl, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., C.H.Beck, 2007.

Maurach, Reinhart/Schroeder, Friedrich-Chr./Maiwald, Manfred, Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 1, 11. Aufl., C.F.Müller, 2019.

Murmann, Uwe, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, Springer, 2005.

Murmann, Uwe, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, C.H.Beck. 2011.

Murmann, Uwe, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017.

Rengier, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil II, 13. Aufl., C.H.Beck, 2012.

Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Widmaier, Gunter, Strafgesetzbuch Kommentar, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2019.

Tiedemann, Klaus/Valerius, Brian/Vogel, Joachim/Schünemann, Bernd/Möhrenschlager, Manfred, Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch: StGB, Band 9/1: §§ 263 bis 266b, 12. Aufl., De Gruyter, 2012.

Tofahrn, Sabine, Strafrecht Besonderer Teil II: Straftaten gegen Vermögenswerte, 5. Aufl., C.F.Müller, 2018.

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

Wessels, Johannes/Hettinger, Michael, Strafrecht Besonderer Teil 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 33. Aufl., C.F.Müller, 2009.

Wessels, Johannes/Hettinger, Michael, Strafrecht Besonderer Teil/2: Straftaten gegen Vermögenswerte, 32. Aufl., C.F.Müller, 2009.

Wessels, Johannes/Hillenkamp, Thomas/Schuhr, Jan C., Strafrecht Besonderer Teil/2: Straftaten gegen Vermögenswerte, 43. Aufl., C.F.Müller, 2020.

논문)

Engisch, Karl, Zum Begriff des Mordes, Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1955,

C.F.Müller, 1955.

Kindhäuser, Urs/Nikolaus, Sonja, Der Tatbestand des Betrugs(§ 263 StGB), JuS 2006.

Neumann, Ulfrid, Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des "Opfers", JA 1987.

Roxin, Claus, Anmerkungen zu BGH, 21. 4. 1986 - 2 StR 661/85 (LG Frankfurt am Main), JuristenZeitung 1986, Mohr Siebeck, 1986.

Rudolphi, Hans-Joachim, 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.

Welzel, Hans, Der Gewahrsamsbegriff und die Diebstähle in Selbstbedienungsläden, Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1960, C.F.Müller, 1960.

마. 일본

단행본)

内田文昭, 改訂刑法Ⅰ(総論) [補正版], 青林書院, 2002.

団藤重光, 刑法綱要各論 [第3版], 創文社, 1990.

団藤重光, 刑法綱要総論 [第3版], 創文社, 1990.

大谷實, 刑法各論 [第5版], 成文堂, 2018.

大谷實, 刑法講義各論 [第4版補訂版], 成文堂, 1998.

大谷實, 刑法講義総論 [新版第2版], 成文堂, 2007.

大塚仁, 刑法概説 (各論) [第3版], 有斐閣, 1996.

大塚仁, 刑法概説総論 (第3版), 有斐閣, 1995.

大塚仁, 刑法概説〔総論〕(第4版), 有斐閣, 2008.

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2版] 第10巻, 青林書院, 2006.

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2版] 第11巻, 青林書院, 2002.

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.
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.
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.
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9巻, 青林書院, 2013.
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12巻, 青林書院, 2019.
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13巻, 青林書院, 2018.
藤木英雄, 刑法講義總論, 弘文堂, 1974.
牧野英一, 刑法各論(下卷), 有斐閣, 1951.
木村亀二, 刑法各論 [復刊], 法文社, 1959.
柏木千秋, 刑法各論, 有斐閣, 1960.
柏木千秋, 刑法總論, 有斐閣, 1982.
福田平, 全訂刑法総論 [第4版], 有斐閣, 2004.
山口厚, 刑法 [第3版], 有斐閣, 2015.
山口厚, 刑法各論 [第2版], 有斐閣, 2016.
山口厚, 刑法総論 [補訂版], 有斐閣, 2005.
山口厚, 刑法總論 [第3版], 有斐閣, 2016.
山中敬一, 刑法総論 Ⅰ·Ⅱ, 成文堂, 1999.
西原春夫, 刑法總論, 成文堂, 1977.
西田典之, 刑法総論, 成文堂, 2006.
西田典之(著)/橋爪隆(補訂), 刑法各論 [第7版], 弘文堂, 2018.
西田典之/山口厚/佐伯仁志, 判例刑法総論 [第4版], 有斐閣, 2006.
松尾浩也, 刑法の平易化, 有斐閣, 1995.
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.
前田雅英, 最新重要判例250刑法 [第11版], 弘文堂, 2017.

前田雅英, 刑法各論講義 [第2版], 東京大學出版部, 1995.
前田雅英, 刑法総論講義 [第3版], 東京大学出版会, 1998.
前田雅英, 刑法総論講義 [第4版], 東京大学出版会, 2006.
前田雅英, 刑法総論講義 [第7版], 東京大学出版部. 2019.
前田雅英(編集代表)/松本時夫(編)/池田修(編)/渡邉一弘(編)/大谷直人(編)/河村博(編), 条解刑法 [第3版], 弘文堂, 2013.
中森喜彦, 刑法各論 [第4版], 有斐閣, 2015.
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 総論 (第５版), 有斐閣, 2003.
川端博, 刑法総論講義 [第2版], 成文堂, 2006.
川端博/西田典之/原田国男/三浦守(編), 裁判例コンメンタール刑法 第2巻[§73-§211], 立花書房, 2006.
平野龍一, 刑法總論Ⅱ, 有斐閣, 1975.
香川達夫, 刑法講義(各論) [第3版], 成文堂, 1996.

논문)

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盗を行なった者につき窃盗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.
臨時脳死及び臓器移植調査会,「答申」(1992年 1月 22日), ジュリスト (通号 1001), 有斐閣, 1992.

Abstract

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

Choi Min-Young·Heo Hwang·Seo Joo-Yeon
Kang Hyo-Won·Kim Taek-Su
Sohn Byung-Hyun·Lee Dong-Hee
Lee Seong-Ki·Jeong Bae-Keun·Ha Min-Kyung

Research of criminal laws of major countries, such as Criminal Act, Criminal Procedure Act, and Criminal Administration Act, has been either merely concentrated on translating provisions and regulations, or highlighted only socially controversial issues to provide legislation guideline from a rather narrow perspective. However, enacting and amending law, and establishing and reforming field practices and system require the introduction and comparative analysis of issue-specific laws, theories, and court cases of foreign countries in a comprehensive and structured manner so that the research result could properly be integrated into our criminal system. Considering such need, the purposes of this study are as follows.

First, it aims to discover general theory of criminal law from a dogmatic perspective. In other words, we explore whether it is possible at all to find and set a “global standard,” and elicit relevant implications and conclusion for each issue. Next, the study also intends to compare and analyze effective laws and regulations as well as court cases and related systems as tools for reforming

corresponding or similar systems and legal practices in the ROK. In addition, it plans to propose an international standard and procedure useful in a cross-border criminal justice collaboration, and provide norms and basic direction that can be used as reference in a search for criminals and investigation of crimes. Lastly, based on the primary outcome of this study, we further hope to establish a structured and multi-perspective foreign criminal law information system in the future.

This study looks at five countries – UK, US, France, Germany, and Japan – for analytical comparison of General and Individual Provisions of Criminal Act, Criminal Procedure Act, and regulation regarding international criminal justice collaboration. Under an objective of building a system for comparative criminal law research, issue-specific approach will be taken in translating relevant laws and regulations, comparing and analyzing the main contents, and introducing related institution and court cases. At the core of all these efforts lies harmonizing framework and structure that enables comparison among different countries. That is, the contents will be written based on a common structure and terms agreed upon through discussions of researchers. The outcome of our research will be once again organized in a form of database for more systematic presentation.

This year, following our work last year, we focused on inchoate crimes and participation (principal/aider and abettor, etc.) among General Provisions, and then briefly introduced concurrent crimes and their punishment in different countries. Since how concurrent crimes are dealt with and punished in each country is broad and ample enough to be explored through another independent study, we just provide an overview this year. Among Individual Provisions, we selected crimes designed to protect personal legal interest, and in particular homicide, bodily injury and assault, larceny and fraud, and sexual assault to be

compared among the five countries.

To this end, first, we put the most emphasis on unifying the structure of the five countries for each issue as a starting point for comparative analysis. Without it, our research would do nothing more than merely introducing various criminal acts. Admittedly, the structure was not completely uniform among the countries: sometimes an isolated and outlying headline appeared. Nevertheless, the researchers came up with an mutually acceptable through multiple rounds of discussion and debates. Second, overall, the criminal law provisions, theories and court cases of each country are agreeably corresponding to the provisions and discussions of the ROK, and have been made known through previous research activities, making it relatively easy to translate and organize them. Despite such ease, the legal discourse in the US and UK has barely been properly introduced to our academic scene, thereby making it urgent to unify terms between the two countries. We used the same translation for the same or mostly similar corresponding concepts but when it was impossible to do, we translated the terms differently. Meanwhile, most major concepts are commonly found in both common law an continental law systems, and were introduced as the same despite some subtle differences in meaning. However, when we could not match them, we provided a separate translation. As a disclaimer, all the terms presented in this study are of provisional nature and subject to change through further study. Individual Provisions, in particular, understandably have crimes unique to each country, and thus require continuous research going forward. Third, each chapter has a separate conclusion based on our findings. Under the common structure for inchoate crimes, participation, homicide, larceny and fraud, and sexual assault, similarities and differences among five countries were compared and analyzed to elicit implications for the ROK.

연구총서 20-B-12-2

Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(II-2)

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 | 15,000원

인　　쇄 | (주)현대아트컴 02-2278-4482

I S B N | 979-11-89908-86-7 93330

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전제 및 복제를 금함.