



2000년대 초기 대법원판례의 동향*

— 형법총칙 관련 대법원판례를 중심으로 —

천진호**

I. 들어가는 글

형법총칙에 대한 이론적 검토와 분석은 1990년대 이후부터 종래 독일형법학의 무분별한 수용에 대한 비판과 더불어 독자적인 우리 형법이론학을 찾고자 하는 다양한 이론들이 나오면서 발전적 방향으로 나아가고 있다. 또한 유권해석인 대법원판례도 시차를 두고는 있으나 일본의 판례와 이론적인 사고를 벗어나 그 동안 축적된 우리 형법이론학의 내용들을 수용하는 방향으로 점진적으로 나아가고 있다고 볼 수 있다. 특히 우리 형법규정의 입법연혁이나 규정 내용의 차이 등을 도외시한 채 독일형법학을 무비판적으로 수용하고 몰입하는 연구태도에 대한 우려와 함께 형법이론에 충실한 유권해석과 입법을 모색해보고자 하는 학자들의 목소리들이 설득력을 가지면서, 형사법을 연구하는 학자들과 실무가들이 우리 형사판례들을 대상으로 토론하고 연구하는 장을 마련하고 이를 통하여 형사법학과 형사판례의 발전을 도모한다는 취지로 1992년 2월 창립된 한국형사판례연구회의 월례발표회에서 주옥같은 연구물들이 발표되면서 우리 형법학이 비약적으로 발전할 수 있는 연구의 장으로 자리매김하고 있다.

* 이 논문은 동아대학교 학술연구비 지원에 의하여 연구되었음.

** 동아대학교 법학전문대학원 교수.

본 발표에서 다루고자 하는 2000년대 초기의 형법총칙 관련 대법원판례들은 형사판례연구 제9권부터 19권에 이르기까지 ‘형사판례 회고’라는 형식으로 2000년 이후 각 연도별로 검토와 분석이 되어 있기 때문에,¹⁾ 여기에서는 2000.1.부터 2012.4.까지 형법총칙과 관련하여 판시된 대법원판례²⁾ 중 판시의 논거나 내용을 이론적 측면에서 살펴볼 만한 학술적 가치가 있는 판례들을 중심으로 위법성 분야, 책임 분야, 미수범 분야, 공범 분야, 결과적 가중범과 부작위범 분야로 나누어 비판적 관점에서 검토해 보고자 한다.³⁾

다만 본 발표에서는 다루지 않았으나 ‘폐지 또는 실효된 형벌 관련 법령이 당초부터 위헌·무효인 경우 그 법령을 적용하여 공소가 제기된 피고사건에 대하여 법원이 취하여야 할 조치’와 관련하여 ‘형벌에 관한 법령이 재심판결 당시 폐지되었다 하더라도 그 폐지가 당초부터 헌법에 위배되어 효력이 없는 법령에 대한 것이었다면 형사소송법 제325조 전단이 규정하는 범죄로 되지 아니한 때의 무죄사유에 해

-
- 1) 1990년 형사판례에 대한 총체적인 평석으로는 오영근, “1990년대의 형사판례 - 책임·미수·공범론을 중심으로 -”, 형사판례연구 제9권, 한국형사판례연구회, 2001.6, 1면-27면 참조.
 - 2) 본 발표에서 다루는 대법원판례는 판례공보 2000.1.1.자부터 2012.5.1.자에 수록된 판례들과, 대법원 종합법률정보 및 판례속보에 게시된 판례들을 검색한 것을 대상으로 하였다.
 - 3) 형벌법규에 대한 해석원리로 ‘형벌법규는 문언에 따라 엄격하게 해석·적용하여야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 아니 되나, 형벌법규의 해석에 있어서도 가능한 문언의 의미 내에서 당해 규정의 입법 취지와 목적 등을 고려한 법률체계적 연관성에 따라 그 문언의 논리적 의미를 분명히 밝히는 체계적·논리적 해석방법은 그 규정의 본질적 내용에 가장 접근한 해석을 위한 것이’라는 취지의 판례로 대법원 2002.2.8. 선고 2001도5410 판결 ; 대법원 2002.4.12. 선고 2002도150 판결 ; 대법원 2003.1.10. 선고 2002도2363 판결 ; 대법원 2004.2.27. 선고 2003도6535 판결 ; 대법원 2005.11.24. 선고 2002도4758 판결 ; 대법원 2006.6.2. 선고 2006도265 판결 ; 대법원 2007.6.14. 선고 2007도2162 판결 ; 대법원 2007.6.29. 선고 2006도4582 판결 ; 대법원 2009.12.10. 선고 2009도3053 판결. 이에 대한 심도 있는 분석으로 하태훈, “형벌법규의 해석과 죄형법정주의”, 형사판례연구 제 11권, 한국형사판례연구회, 2003, 1면-23면.

당하는 것이지, 같은 법 제326조 제4호의 면소사유에 해당한다고 할 수 없다.”라고 판시한 대법원 2010.12.16. 선고 2010도5986 전원합의체 판결과, ‘집회 및 시위에 관한 법률 중 야간옥외집회 금지규정에 대해 헌법재판소가 헌법불합치결정을 선고하면서 개정시한(2010.6.30)을 정하여 입법개선을 촉구하였는데도⁴⁾ 위 시한까지 법률 개정이 이루어지지 않은 사안’에서 “당해 법률조항은 소급하여 효력을 상실하므로 이를 적용하여 공소가 제기된 피고사건에 대해서는 무죄를 선고하여야 한다(다수의견).”고 판시한 대법원 2011.6.23. 선고 2008도7562 전원합의체 판결⁵⁾은 이론적으로 의미있는 판결이다. 그리고 ‘일정한 금원의 출연을 내용으로 하는 사회봉사명령과 피고인에게 자신의 범죄행위와 관련하여 어떤 말이나 글을 공개적으로 발표하도록 명하는 내용의 사회봉사명령이 허용되는지 여부’에 대한 대법원 2008.4.11. 선고 2007도8373 판결⁶⁾과 대법원 2008.4.24. 선고 2007도8116 판결도 이론적 검토만이 아니라 입법적 측면에서도 의미 있는 판례로 볼 수 있다.

II. 위법성 분야

1. 정당행위의 성립요건

형법 제20조 정당행위의 성립요건에 대한 판단기준으로 대법원은 일관되게 “어떠한 행위가 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 경우에 따라 합목적적, 합리적으로 가려져야 할 것인바, 정당행위를 인정하려면 첫째 그 행위의 동기나 목적의 정당성, 둘째

4) 헌법재판소 2009.9.24. 선고 2008헌가25 결정.

5) 본 판결에 대한 평식으로 손동권, “형벌 조항에 대한 헌법불합치결정의 문제점 - 특히 제3의 한시법? .”, 형사법연구 제23권 제4호, 한국형사법학회, 2011.12, 87면-112면.

6) 본 판결에 대한 평식으로 한영수, “채벌그룹 회장에 대한 집행유예의 선고 - 경합범가중처벌의 문제점을 포함하여 사회봉사명령의 개념에 대한 해석론 .”, 형사판례연구 제17권, 한국형사판례연구회, 2009, 118면-161면 ; 이규훈, “사회봉사명령의 의의 및 한계”, 형사판례연구 제17권, 한국형사판례연구회, 2009, 162면-233면.

행위의 수단이나 방법의 상당성, 셋째 보호이익과 침해이익과의 법익 권형성, 넷째 긴급성, 다섯째 그 행위 외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다.”라고 판시하고 있다.⁷⁾ 그런데 대법원은 이러한 판단기준을 사실관계에 적용하여 정당행위 여부를 구체적으로 논증해야 함에도 “집회나 시위의 목적 달성의 범위를 넘어 사회통념상 용인될 수 없는 정도로 타인에게 심각한 피해를 주는 소음을 발생시킨 경우에는 위법한 위력의 행사로서 정당행위라고 할 수 없다”라고 하여⁸⁾ ‘사회통념상 용인되는 정도’이라는 매우 추상적인 척도를 다시 적용함으로써⁹⁾ 논증해야 하는 추상적 개념에 대

- 7) 대법원 2000.2.25. 선고 99도4305 판결(피고인 1이 피해자에게 채무변제를 추궁 하자 피해자가 자신은 잘못된 것이 없다고 나이가 더 많은 피고인 1에게 대들어 이에 화가 난 피고인 1이 피해자를 폭행하고, 피고인 2가 이에 가세하여 폭행하여 피해자에게 우안면부찰과상 등을 입혀 피가 흐르게 하는 등 상해를 가한 사안) ; 대법원 2000.3.10. 선고 99도4273 판결 ; 대법원 2000.4.25. 선고 98도2389 판결 ; 대법원 2004.3.26. 선고 2003도7878 판결(남북정상회담의 개최과정에서 이루어진 대북송금 행위) ; 대법원 2005.5.26. 선고 2005도945 판결 ; 대법원 2011.3.17. 선고 2006도8839 전원합의체 판결(이른바 문화방송의 안기부 X파일 보도사건) ; 대법원 2011.5.13. 선고 2009도14442 판결.
- 8) 대법원 2004.10.15. 선고 2004도4467 판결(적법하게 신고된 집회나 시위에서 소음을 발생시키는 행위가 정당행위에 해당하느냐에 대한 사안).
- 9) 대법원 2000.2.25. 선고 99도4305 판결 ; 대법원 2000.3.10. 선고 99도4273 판결 (피해자가 피고인의 고소로 조사받는 것을 따지기 위하여 야간에 피고인의 집에 침입한 상태에서 문을 닫으려는 피고인과 열리는 피해자 사이의 실랑이가 계속되는 과정에서 문짝이 떨어져 그 앞에 있던 피해자가 넘어져 2주간의 치료를 요하는 요추부염좌 및 우측 제4수지 타박상의 각 상해를 입게 된 경우, 피고인의 가해행위가 이루어진 시간 및 장소, 경위와 동기, 방법과 강도 및 피고인의 의사와 목적 등에 비추어 볼 때, 사회통념상 허용될 만한 정도를 넘어서는 위법성이 있는 행위라고 보기는 어려우므로 정당행위에 해당한다고 본 사례) ; 대법원 2001.2.23. 선고 2000도4415 판결 ; 대법원 2009.5.28. 선고 2008도4665 판결 ; 대법원 2009.7.9. 선고 2009도295 판결 ; 대법원 2009.7.23. 선고 2009도840 판결(건설업체 노조원들이 임·단협 성실교섭 촉구 결의대회를 개최하면서 차도의 통행방법으로 신고하지 아니한 삼보일배 행진을 하여 차량의 통행을 방해한 사안) ; 대법원 2011.7.14. 선고 2011도639 판결(신문기자인 피고인이 고소인에게 2회에 걸쳐 증여세 포탈에 대한 취재를 요구하면서 이에 응하지 않으면 자신이 취재한 내용대로 보도하겠다고 말하여 협박하였다는 취지로 기소된 사안으로, 신문은 헌법상 보장되는 언론

해 다시 추상적 개념으로 답하고 있다. 즉 정당행위 여부를 판단하는 기준은 구체적으로 제시하고 있음에 반하여 논리적 도출은 추상적인 개념으로 포섭하고 있다. 이와 같이 해석의 허용한계를 판단하고 제시하는 대법원 스스로가 추상적이고 포괄적인 개념으로 판단하고 있다는 점에서 비판의 여지가 있다.¹⁰⁾

2. 노동쟁의가 정당행위가 되기 위한 요건

대법원은 노동쟁의가 정당행위에 포섭될 수 있는 요건에 대한 판단으로 “근로자의 쟁의행위가 형법상 정당행위가 되기 위해서는 첫째 그 주체가 단체교섭의 주체로 될 수 있는 자이어야 하고, 둘째 그 목적이 근로조건의 향상을 위한 노사 간의 자치적 교섭을 조성하는 데에 있어야 하며, 셋째 사용자가 근로자의 근로조건 개선에 관한 구체적인 요구에 대하여 단체교섭을 거부하였을 때 개시하되 특별한 사정이 없는 한 조합원의 찬성결정 및 노동쟁의 발생신고 등 절차를 거쳐야 하는 한편, 넷째 그 수단과 방법이 사용자의 재산권과 조화를 이루어야 함은 물론 폭력의 행사에 해당되지 아니하여야 한다는 여러 조건을 모두 구비하여야 한다.”라고 판시하고 있다.¹¹⁾

자유 의 하나로서 정보원에 대하여 자유로이 접근할 권리와 취제한 정보를 자유로이 공표할 자유를 가지므로, 종사자인 신문기자가 기사 작성을 위한 자료를 수집하기 위해 취재활동을 하면서 취재원에게 취재에 응해줄 것을 요청하고 취제한 내용을 관계 법령에 저촉되지 않는 범위 내에서 보도하는 것은 신문기자의 일상적 업무 범위에 속하는 것으로서, 특별한 사정이 없는 한 사회통념상 용인되는 행위라고 판시).

- 10) 대법원은 명확성의 원칙에 대한 판단과 관련하여 ‘처벌법규의 입법 목적이나 전체적 내용, 구조 등을 살펴본야 사물의 변별능력을 갖춘 일반인의 이해와 판단으로 구성요건요소에 해당하는 행위유형을 정형화하거나 한정할 합리적 해석기준을 찾을 수 있다면 죄형법정주의가 요구하는 형벌법규의 명확성의 원칙에 반하는 것이 아니라 할 것’이라 하여 지극히 불명확한 개념을 사용한 규정은 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 반하는 무효의 조항이라고 판시하고 있다(대법원 2011.3.10. 선고 2011도168 판결).
- 11) 대법원 2000.5.12. 선고 98도3299 판결 ; 대법원 2001.6.12. 선고 2001도1012 판결 ; 대법원 2003.11.13. 선고 2003도687 판결 ;

그런데 헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건 향상을 위하여 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가진다.”라고 하여 쟁의행위를 헌법상의 기본권으로 규정하고 있으며, 노동조합 및 노동관계조정법 제37조 제1항은 쟁의행위의 기본원칙으로 “쟁의행위는 그 목적·방법 및 절차에 있어서 법령 기타 사회질서에 위반되어서는 아니된다.”라고 규정하고 있다. 따라서 쟁의행위가 노동조합 및 노동관계조정법 제37조 제1항에 적합한 경우에는 헌법상 보장된 기본권의 행사에 해당하기 때문에, 이를 구성요건에는 해당하지만 위법성이 조각된다는 판단하는 것은 논리적으로 타당하지 않다. 그럼에도 대법원은 “집단적 노무제공의 거부가 본질적으로 위력성을 가져 외형상 업무방해죄의 구성요건에 해당한다 하더라도 그것이 헌법과 법률이 보장하고 있는 범위 내의 행사로서 정당성이 인정되는 경우에는 위법성이 조각되어 처벌할 수 없다.”라고 해석하고 있다.¹²⁾

다만 대법원은 2011.3.17. 선고 2007도482 전원합의체 판결¹³⁾과 2011.10.27. 선고 2010도7733 판결¹⁴⁾에서 “근로자는 원칙적으로 헌법상 보장된 기본권으로서 근로조건 향상을 위한 자주적인 단결권·단체교섭권 및 단체행동권을 가지므로, 쟁의행위로서 파업이 언제나 업무방해죄에 해당하는 것으로 볼 것은 아니고, 전후 사정과 경위 등에 비추어 사용자가 예측할 수 없는 시기에 전격적으로 이루어져 사용자의 사업운영에 심대한 혼란 내지 막대한 손해를 초래하는 등으로 사용자의 사업계속에 관한 자유의사가 제압·혼란될 수 있다고 평가할 수 있는 경우에 비로소 집단적 노무제공의 거부가 위력에 해당하여 업무방해죄가 성립한다고 보는 것이 타당하다.”라고 판시하여 쟁의행위에 대

12) 대법원 2003.12.26. 선고 2001도1863 판결.

13) 전국철도노동조합 집행부가 중앙노동위원회 위원장의 직권중재회부결정에도 불구하고 파업에 돌입할 것을 지시하여, 조합원들이 사업장에 출근하지 아니한 채 업무를 거부하여 사용자에게 손해를 입힌 사안.

14) 전국금속노동조합 부위원장인 피고인이 조합 핵심간부 등과 공모하여 ‘미국산 쇠고기 수입 반대’ 등을 주된 목적으로 조합 산하 전국 사업장에서 총파업을 실시하여 위력으로 사용자의 업무를 방해하였다는 내용으로 기소된 사안.

한 형사책임을 제한적으로 해석하였다.

3. 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 의미

대법원은 정당행위의 사유로 형법 제20조 후단에 기술되어 있는 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 대한 해석에서 ‘형법 제20조 소정의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말하고, 어떠한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 정당한 행위로서 위법성이 조각되는 것인지는 구체적인 사정 아래서 합목적적, 합리적으로 고찰하여 개별적으로 판단되어야 할 것’ 이라고 판시하고 있다.¹⁵⁾ 이와 같이 대법원은 사회상규에 위배되지 아니하는 행위의 의미를 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위라고 해석함으로써 포괄적이고 추상적인 개념을 구체화하기 보다는 더욱 추상화하고 있다.¹⁶⁾ 이와 같이 논증해야 할 개념을 더욱 관념적이고 추상적이

15) 대법원 2000.4.25. 선고 98도2389 판결.

16) 표현을 복제하고 있는 판례로 대법원 2001.2.23. 선고 2000도4415 판결(피해자를 정신의료기관에 강제입원시킨 사안. 본 판례에 대한 평석으로 최병각, “정당행위와 사회상규”, 형사판례연구 제10권, 한국형사판례연구회, 2002, 114면-136면); 대법원 2002.1.25. 선고 2000도1696 판결(군수 후보자 합동연설회장에서 유인물을 교부한 행위); 대법원 2002.12.26. 선고 2002도5077 판결(외국에서 침구사자격을 취득하였으나 국내에서 침술행위를 할 수 있는 면허나 자격을 취득하지 못한 자가 단순한 수지침 정도의 수준을 넘어 체침을 시술한 경우); 대법원 2003.5.13. 선고 2003도939 판결(자격기본법에 의한 민간자격관리자로부터 대체의학자격증을 수여받은 자가 사업자등록을 한 후 침술원을 개설하여 침술행위를 한 사안); 대법원 2003.9.5. 선고 2003도2903 판결(의사들이 크리스탈 필링 박피술의 시술과정 자체는 피부관리사에게만 맡겨둔 채 별반 관여를 하지 아니한 사안); 대법원 2003.9.26. 선고 2003도3000 판결(간통 현장을 직접 목격하고 그 사진을 촬영하기 위하여 상간자의 주거에 침입한 행위가 정당행위에 해당하지 않는다고 한 사례); 2004.6.10. 선고 2001도5380 판결(중학교 교사의 학생에 대한 지도행위로 체벌을 가한 사안. 본 판결에 대한 평석으로 이인영, “사회상규의 의미와 정당행위의 포섭범위 - 체벌의 허용요건과 정당행위 -”, 형사판례연구 제13권, 한국형사판례연구회, 2005,

며 자의적인 개념으로 대체하여 법관으로 하여금 무한으로 해석할 수 있는 여지를 부여함으로써 해석의 뒷문을 활짝 열어버린다면, 처벌될 행위가 명백하게 규정됨으로써 처벌되지 않는 행위도 따라서 분명해져야 하는 죄형법정주의가 아닌 죄형법관주의가 되어버린다.¹⁷⁾

나아가 대법원은 “어떤 행위가 법규정의 문언상 일단 범죄 구성 요건에 해당된다고 보이는 경우에도, 그것이 정상적인 생활형태의 하나로서 역사적으로 생성된 사회생활 질서의 범위 안에 있는 것이라고 생각되는 경¹⁸⁾우에는 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 그 위

169면-189면) ; 대법원 2004.8.20. 선고 2003도4732 판결(시장번영회 회장이 이 사회의 결의와 시장번영회의 관리규정에 따라 관리비 체납자의 점포에 대하여 실시한 단전조치한 사안) ; 대법원 2004.10.28. 선고 2004도3405 판결(의료 면허 없이 행한 부항 시술행위) ; 대법원 2006.4.27. 선고 2003도4151 판결(상사 계급의 피고인이 그의 잦은 폭력으로 신체에 위해를 느끼고 겁을 먹은 상태에 있던 부대원들에게 청소 불량 등을 이유로 40분 내지 50분간 머리박아를 시키거나 양손을 깎지 낀 상태에서 약 2시간 동안 팔굽혀펴기를 50-60회 정도 하게 한 행위가 형법 제324조에서 정한 강요죄에 해당한다고 한 사례) ; 대법원 2007.6.28. 선고 2005도8317 판결 ; 대법원 2008.7.10. 선고 2008도1433 판결(골프클럽 경기보조원들의 구직편의를 위해 제작된 인터넷 사이트 내 회원 게시판에 특정 골프클럽의 운영상 불합리성을 비난하는 글을 게시하면서 위 클럽담당자에 대하여 한심하고 불쌍한 인간이라는 등 경멸적 표현을 한 사안) ; 대법원 2009.12.24. 선고 2007도6243 판결(회사의 직원이 회사의 이익을 빼돌린다는 소문을 확인할 목적으로, 비밀번호를 설정함으로써 비밀장치를 한 전자기록인 피해자가 사용하던 개인용 컴퓨터의 하드디스크를 떼어내어 다른 컴퓨터에 연결한 다음 의심이 드는 단어로 파일을 검색하여 메신저 대화 내용, 이메일 등을 출력한 사안).

- 17) 사회상규에 위배되지 아니하는 행위 개념의 내용 확정에 대해서는 양화식, “형법 제20조의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 관한 고찰”, 형사법연구 제19호, 한국형사법학회, 2003.5, 175면-199면 ; 이상용, “형법 제20조의 사회상규 규정의 입법연혁과 사회상규의 의미”, 형사법연구 제20호, 한국형사법학회, 2003.11, 162면-190면 ; 천진호, “‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’에 대한 비판적 고찰”, 비교형사법연구 제3권 제2호, 한국비교형사법학회, 2001.12, 151면-161면 ; 최병각, “정당행위와 사회상규”, 형사판례연구 제10권, 한국형사판례연구회, 2002, 123면-130면.
- 18) 주지하다시피 사회적 상당성 이론은 벨철헤의 1939년 “Studien zum System des Strafrechts” 논문에서 처음으로 주장된 것으로, 역사적으로 형성된 사회윤리적 공동체생활의 질서 내에서 행해지는 행위는 사회적으로 상당하며, 따라서 구

법성이 조각되어 처벌할 수 없다.”라고 하여,¹⁹⁾ 사회상규 위배에 대한 판단기준으로 이론학에서 구성요건해당성 배제사유로 들고 있는 사회적 상당성이라는 개념을 제시하고 있다.²⁰⁾

III. 책임 분야

1. 심신장애의 판단

대법원은 생리기간 중에 심각한 충동조절장애에 빠져 절도 범행을 저지른 사안에서 충동조절장애와 같은 성격적 결함으로 인한 범행을 형법 제10조 제1항과 제2항의 ‘심신장애’로 인한 범행으로 볼 수 있는지 여부에 대한 판단으로 “원칙적으로 충동조절장애와 같은 성격적 결함은 형의 감면사유인 심신장애에 해당하지 아니한다고 봄이 상당하지만, 그 이상으로 사물을 변별할 수 있는 능력에 장애를 가져오는 원래의 의미의 정신병이 도벽의 원인이라거나 혹은 도벽의 원인이 충동조절장애와 같은 성격적 결함이라 할지라도 그것이 매우 심각하여 원래의 의미의 정신병을 가진 사람과 동등하다고 평가할 수 있는 경우에는 그로 인한 범행은 심신장애로 인한 범행으로 보아야 한다.”라고 하여 제한적으로 성격적 결함인 충동조절장애를 심신장애로 판단하였다.²¹⁾ 또한 “변태성욕의 일종인 소아기호증은 성적인 측면에서의 성격적 결함으로 인하여 나타나는 것으로서, 소아기호증과 같은 질

성요건에 해당하지 않는다는 것이다. 사회상규와 사회적 상당성의 관계에 대해서는 천진호, “사회적 상당성 이론에 대한 재고”, 법학논고 제13집, 경북대학교 법학연구소, 1997, 143면-149면.

19) 대법원 2004.4.9. 선고 2003도6351 판결(풍속영업자가 자신이 운영하는 여관에서 친구들과 일시 오락 정도에 불과한 도박을 한 사안).

20) 같은 취지로 대법원 2008.10.23. 선고 2008도6940 판결(골프경기를 하던 중 골프공을 쳐서 아무도 예상하지 못한 자신의 등 뒤편으로 보내어 등 뒤에 있던 경기보조원에게 상해를 입힌 사안. 본 판결에 대한 평석으로 김우진, “운동경기 중 발생한 상해와 형사책임”, 형사판례연구 제18권, 한국형사판례연구회, 2010, 39면-83면).

21) 대법원 2002.5.24. 선고 2002도1541 판결 ; 대법원 2006.10.13. 선고 2006도5360 판결.

환이 있다는 사정은 그 자체만으로는 형의 감면사유인 심신장애에 해당하지 아니한다고 봄이 상당하고, 다만 그 증상이 매우 심각하여 원래의 의미의 정신병이 있는 사람과 동등하다고 평가할 수 있거나, 다른 심신장애사유와 결합된 경우 등에는 심신장애를 인정할 여지가 있다.”라고 하여 성적인 측면에서의 성격적 결함인 소아기호증도 제한적 범위에서 ‘심신장애’에 해당하는 것으로 해석하였다.²²⁾

2. 법률의 착오

(1) 법률의 부지가 법률의 착오에 해당하는가에 대한 판단

대법원은 “형법 제16조에 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 단순한 법률의 부지의 경우를 말하는 것이 아니고, 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같은 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다는 취지이다.”라고 해석하여 일관되게 법률의 부지를 법률의 착오의 범주에서 제외하고 있다.²³⁾ 이에 대해 이론은 일관되게 이러한 판례의 입장을 비판하고 있다는 점에서, 형법

22) 대법원 2007.2.8. 선고 2006도7900 판결. 본 판결에 대한 평석으로 김혜정, “소아기호증과 책임판단문제”, 형사판례연구 제16권, 한국형사판례연구회, 2008, 36면-57면 ; 박미숙, “심신장애 판단과 감정”, 형사판례연구 제19권, 한국형사판례연구회, 2011, 107면-137면.

23) 대법원 2000.8.18. 선고 2000도2943 판결 ; 대법원 2000.9.29. 선고 2000도3051 판결 ; 대법원 2001.6.29. 선고 99도5026 판결 ; 대법원 2002.1.25. 선고 2000도1696 판결 ; 대법원 2002.5.17. 선고 2001도4077 판결 ; 대법원 2003.4.11. 선고 2003도451 판결 ; 대법원 2004.1.15. 선고 2001도1429 판결 ; 대법원 2004.2.12. 선고 2003도6282 판결 ; 대법원 2005.5.27. 선고 2004도62 판결 ; 대법원 2005.9.29. 선고 2005도4592 판결 ; 대법원 2006.1.13. 선고 2005도8873 판결 ; 대법원 2006.4.28. 선고 2003도4128 판결 ; 대법원 2007.5.11. 선고 2006도1993 판결 ; 대법원 2006.3.24. 선고 2005도3717 판결 ; 대법원 2010.4.29. 선고 2009도13868 판결 ; 대법원 2011.10.13. 선고 2010도15260 판결.

총칙에서 여전히 이론과 실무와 평행선을 긋고 있는 법해석 영역 중의 하나이다. 대법원의 해석은 논리적·목적론적 해석을 도외시한 형식상의 자구해석에 얽매어 있다는 점에서 이론적 비판을 받아들여야 할 것이다.²⁴⁾

2011.3.25. 정부안으로 국회에 제출되어 계류 중인 형법일부개정법률안(의안번호 1811304호)은 법률의 부지의 경우에도 법률의 착오 규정을 적용할 수 있도록 제16조 중 ‘법령에 의하여’를 삭제하고, 내용상 위법성의 착오라는 점을 명백히 하기 위해 ‘죄가 되지 아니하는 것으로’를 ‘위법하지 아니한 것으로’로 수정하고, 행위자가 자기 행위의 위법성을 인식할 수 없도록 조성된 외적 환경 및 행위자가 자기 행위의 불법 여부를 확인하려고 기울인 개인적 노력 등을 평가하여 형을 감경할 수 있도록 하였다.²⁵⁾

(2) 정당한 이유에 대한 판단

대법원은 법률의 착오의 핵심적 표지인 정당한 이유에 대한 판단으로 “법 제16조에서 자기가 행한 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한

-
- 24) 판례에 대한 비판은 이미 오영근, “1990년대의 형사판례 - 책임·미수·공범론을 중심으로 -”, 형사판례연구 제9권, 한국형사판례연구회, 2001.6, 17면-20면 ; 김성돈, “형법 제16조의 개정방안”, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004.12, 194면-211면 ; 김영환, “법률의 부지의 형법해석학적 문제점”, 형사판례연구 제11권, 한국형사판례연구회, 2003, 52면-63면에 자세하게 분석되어 있다. 법률의 부지를 법률의 착오로 포섭한 입법형식으로는 1991년 한국형사법학회 형법 개정시안과 1992년 및 1996년 법무부의 형법개정법률안, 그리고 2008년 한국형사법학회 형법개정특별위원회의 형법개정시안에 대해서는 천진호/한상훈, “책임 분야 개정방안”, 형사법연구 제21권 제1호, 한국형사법학회, 2009.3, 99면-103면 참조.
- 25) 형법일부개정법률안 제24조 (법률의 착오) ① 자기의 행위가 위법하지 아니한 것으로 오인한 자의 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 아니한다.
② 제1항의 경우 그 오인에 정당한 이유가 없는 경우에는 형을 감경할 수 있다.

하여 별하지 아니한다고 규정하고 있는 것은 일반적으로 범죄가 되는 경우이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식하고 그와 같이 그릇 인식함에 정당한 이유가 있는 경우에는 별하지 아니한다는 취지이고, 이러한 정당한 이유가 있는지 여부는 행위자에게 자기 행위의 위법의 가능성에 대해 심사숙고하거나 조회할 수 있는 계기가 있어 자신의 지적능력을 다하여 이를 회피하기 위한 진지한 노력을 다하였더라면 스스로의 행위에 대하여 위법성을 인식할 수 있는 가능성이 있었음에도 이를 다하지 못한 결과 자기 행위의 위법성을 인식하지 못한 것인지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 이러한 위법성의 인식에 필요한 노력의 정도는 구체적인 행위정황과 행위자 개인의 인식능력 그리고 행위자가 속한 사회집단에 따라 달리 평가되어야 한다.”라고 하여,²⁶⁾ 비록 독일 형법 이론을 차용하였지만 정당한 이유에 대한 구체적인 판단 기준을 처음으로 제시했다는 점에서 의미를 가지고 있다. 즉 대법원은 독일의 회피가능성이론을 논거로, 비록 ‘계기’라는 개념을 사용하였으나 규범적 책임개념에 따라 ‘법의무위반’, 즉 ‘심사숙고 및 조회의 의무위반’을 정당한 이유에 대한 구체적 판단 기준으로 제시하고 있다.

그러나 대법원이 정당한 이유에 대한 판단기준으로 제시하고 있는 척도들은 독일 연방법원의 금지착오에 관한 판결에 있어 가장 표준적인 판결로 여겨지고 있는 1952.3.18. 판결²⁷⁾과 1960년대 전개된 초보적 수준의 이론으로, 이후 발전된 기능적 책임개념에 따른 회피가능

26) 대법원 2006.3.24. 선고 2005도3717 판결(국회의원이 의정보고서를 발간하는 과정에서 선거법규에 저촉되지 않는다고 오인한 것에 형법 제16조의 정당한 이유가 없다고 한 사례) ; 대법원 2007.10.26 선고 2006도7968 판결 ; 대법원 2007.11.16. 선고 2007도7205 판결 ; 대법원 2008.2.28. 선고 2007도5987 판결 ; 대법원 2008.10.23. 선고 2008도5526 판결 ; 대법원 2009.12.24. 선고 2007도1915 판결(피고인 등이 장례식장의 식당 부분을 증축함에 있어 지방자치단체와 협의를 거쳤다가 건설교통부에 관련 질의를 하였다 하더라도, 형법 제16조의 법률의 착오에 있어서 정당한 이유가 있다고 볼 수 없다고 한 사례).

27) BGHSt 2, 194ff.

성의 판단척도와 루돌피와 록신 등에 의해 전개된 예방적·규범적 책임개념에 따른 회피가능성의 판단척도를 전혀 수용하지 못하고 있다.²⁸⁾ 더욱 문제는 대법원판례가 독일 형법학의 이론을 소개한 우리 문헌들의 내용을 그대로 복제하여 화려한 미사여구를 구사하고는 있으나, 구체적인 사실관계에 대한 법판단에 있어서는 이러한 판단기준을 적용하지 못하고 있다는 것이다.

그리고 대법원 판례 가운데는 정당한 이유에 대한 구체적인 판단 없이 단순히 정당한 이유가 ‘있다’ 또는 ‘없다’라고만 판시하여 법판단의 논거를 제시하지 않은 판례들도²⁹⁾ 문제로 지적될 수 있다.

3. 기대가능성

양심적 병역거부자에게 그의 양심상의 결정에 반하는 적법행위를 기대할 가능성이 있는지 여부에 대한 판단과 관련하여 대법원 2004.7.15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결의 다수의견은 “양심적 병역거부자에게 그의 양심상의 결정에 반한 행위를 기대할 가능성이 있

28) 독일에서의 회피가능성이론과 판례의 동향에 대해서는 천진호, “독일 형법학에서 책임개념의 변화와 회피가능성이론”, 비교형사법연구 제9권 제1호, 한국비교형사법학회, 2007.7, 438면-454면.

29) 대법원 2003. 5. 13. 선고 2003도939 판결(자격기본법에 의한 민간자격증을 취득한 자가 한방의료행위인 침술행위를 한 경우, 무면허 의료행위에 해당되지 아니하여 죄가 되지 않는다고 믿는 데에 정당한 사유가 있었다고 할 수 있는지 여부) ; 대법원 2005.5.27. 선고 2004도62 판결(부동산중개업자가 아파트 분양권의 매매를 중개하면서 중개수수료 산정에 관한 지방자치단체의 조례를 잘못 해석하여 법에서 허용하는 금액을 초과한 중개수수료를 수수한 경우가 법률의 착오에 해당하지 않는다고 한 사례) ; 대법원 2006.4.28. 선고 2003도4128 판결(인터넷 포털 사이트 내 오락채널 총괄팀장과 위 오락채널 내 만화사업의 운영 직원인 피고인들에게, 콘텐츠제공업체들이 게재하는 음란만화의 삭제를 요구할 조리상의 의무가 있다고 하여, 구 전기통신기본법 제48조의2 위반 방조죄의 성립을 긍정한 사례) ; 대법원 2006.1.13. 선고 2005도8873 판결(운전교습용 비디오 카메라 장치의 특허권자에게 대가를 지불하고 사용승낙을 받았다고 하여 불법교육이 허용되는 것으로 오인할 만한 정당한 이유가 있었다고 할 수는 없다는 사례).

는지 여부를 판단하기 위해서는, 행위 당시의 구체적 상황하에 행위자 대신에 사회적 평균인을 두고 이 평균인의 관점에서 그 기대가능성 유무를 판단하여야 할 것인바, 양심적 병역거부자의 양심상의 결정이 적법행위로 나아갈 동기의 형성을 강하게 압박할 것이라고 보이기는 하지만 그렇다고 하여 그가 적법행위로 나아가는 것이 실제로 전혀 불가능하다고 할 수는 없다고 할 것인바, 범규범은 개인으로 하여금 자기의 양심의 실현이 헌법에 합치하는 법률에 반하는 매우 드문 경우에는 뒤로 물러나야 한다는 것을 원칙적으로 요구하기 때문이다.”라고 하여 병역법위반을 인정한 반면에, 반대의견은 “피고인에게 병역법상의 형벌법규의 기속력이 미치지 않는다고 할 수는 없겠지만, 그렇다고 하여 절대적이고도 진지한 종교적 양심의 결정에 따라 병역의무를 거부한 피고인에게 국가의 가장 강력한 제재 수단인 형벌을 가하게 된다면 그것은, 피고인의 인간으로서의 존엄성을 심각하게 침해하는 결과가 될 것이고 형벌 부과와 주요 근거인 행위자의 책임과의 균형적인 비례관계를 과도하게 일탈한 과잉조치가 될 것이며, 또한, 피고인에 대한 형벌은 그 정도에 상관없이 범죄에 대한 응징과 예방, 피고인의 교육 등 그 어떠한 관점에서든 형벌의 본래적 목적을 충족할 수 없음이 명백해 보이고, 특히 보편적 가치관을 반영한 집총병역의무와 종교적 양심의 명령 사이의 갈등으로 인한 심각한 정신적 압박 상황에서 절박하고도 무조건적인 종교적 양심의 명령에 따른 피고인에게 실정 병역법에 합치하는 적법한 행위를 할 가능성을 기대하기가 매우 어렵다고 보인다. 따라서 피고인과 같은 경우에는 국가의 형벌권이 한 발 양보함으로써 개인의 양심의 자유가 보다 더 존중되고 보장되도록 하는 것이 상당하다 할 것이어서 피고인에게는 범죄의 성립요건인 책임성을 인정할 수 없다고 보아야 하고, 이러한 점에서 피고인에게 병역법 제88조 제1항의 적용을 배제할 정당한 사유가 존재한다.”라고 판시하였다.

그리고 자기의 형사 사건에 관한 증거를 인멸하기 위하여 타인을

교사하여 죄를 범하게 한 경우, 증거인멸교사죄가 성립하느냐와 관련하여 “자기의 형사 사건에 관한 증거를 인멸하기 위하여 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자에 대하여는 증거인멸교사죄가 성립한다.”라고 판시하였으며,³⁰⁾ 범인이 자신을 위하여 형법 제151조 제2항에 의하여 처벌을 받지 아니하는 친족 등으로 하여금 허위의 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 하는 경우, 범인도피교사죄가 성립하느냐와 관련하여서도 “범인이 자신을 위하여 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 하는 행위는 방어권의 남용으로 범인도피교사죄에 해당하는바, 이 경우 그 타인이 형법 제151조 제2항에 의하여 처벌을 받지 아니하는 친족, 호주 또는 동거 가족에 해당한다 하여 달리 볼 것은 아니다. 따라서 무면허 운전으로 사고를 낸 사람이 동생을 경찰서에 대신 출두시켜 피의자로 조사받도록 한 행위는 범인도피교사죄를 구성한다.”라고 해석하였다.³¹⁾ 또한 자기의 형사피고사건에 관하여 타인을 교사하여 위증하게 한 경우, 위증교사죄가 성립하느냐와 관련하여 “피고인이 자기의 형사사건에 관하여 허위의 진술을 하는 행위는 피고인의 형사소송에 있어서의 방어권을 인정하는 취지에서 처벌의 대상이 되지 않으나, 법률에 의하여 선서한 증인이 타인의 형사사건에 관하여 위증을 하면 형법 제152조 제1항의 위증죄가 성립되므로 자기의 형사사건에 관하여 타인을 교사하여 위증죄를 범하게 하는 것은 이러한 방어권을 남용하는 것이라고 할 것이어서 교사범의 죄책을 부담케 함이 상당하다.”라고 판시하였다.³²⁾ 마찬가지로 자기의 형사사건에 관한 증거를 위조하기 위하여 타인을 교사한 경우, 증거위조교사죄가 성립하는지에 대해서도 “자기의 형사사건에 관한 증거를 위조하기 위하여 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자에 대하여는 증거위조교사죄가 성립한다.”라고 해석하였다.³³⁾ 그러나 위의 판

30) 대법원 2000. 3. 24. 선고 99도5275 판결.

31) 대법원 2006.12.7. 선고 2005도3707 판결.

32) 대법원 2004.1.27. 선고 2003도5114 판결.

33) 대법원 2011.2.10. 선고 2010도15986 판결.

례들은 적법행위에 대한 기대가능성이라는 측면에서 판단해 볼 때 비판의 여지가 있다.

IV. 미수범 분야

1. 예비·음모죄

대법원은 준강도의 목적으로 흉기를 휴대한 특수절도를 준비한 행위가 형법 제343조의 강도예비죄에 해당하는가에 대한 판단에서 “강도예비·음모죄가 성립하기 위해서는 예비·음모 행위자에게 미필적으로라도 강도를 할 목적이 있음이 인정되어야 하고 그에 이르지 않고 단순히 준강도할 목적이 있음에 그치는 경우에는 강도예비·음모죄로 처벌할 수 없다.”라고 해석하였다.³⁴⁾ 그리고 타인을 살해하기 위하여 공범들을 고용하면서 그들에게 대가의 지급을 약속한 경우, 살인예비죄가 성립되느냐에 대해 “형법 제255조, 제250조의 살인예비죄가 성립하기 위하여는 형법 제255조에서 명문으로 요구하는 살인죄를 범할 목적 외에도 살인의 준비에 관한 고의가 있어야 하며, 나아가 실행의 착수까지에는 이르지 아니하는 살인죄의 실현을 위한 준비행위가 있어야 한다. 여기서의 준비행위는 물적인 것에 한정되지 아니하며 특별한 정형이 있는 것도 아니지만, 단순히 범행의 의사 또는 계획만으로는 그것이 있다고 할 수 없고 객관적으로 보아서 살인죄의 실현에 실질적으로 기여할 수 있는 외적 행위를 필요로 한다. 피고인이 피해자를 살해하기 위하여 공범들을 고용하였고 그들에게 살인의 대가를 지급하기로 약정하였으므로, 피고인에게는 살인죄를 범할 목적 및 살인의 준비에 관한 고의가 인정될 뿐 아니라 그가 살인죄의 실현을 위한 준비행위를 하였음을 인정할 수 있고, 따라서 피고인에 대하여 살인예비죄가 성립한다”고 판단하였다.³⁵⁾

34) 대법원 2006.9.14. 선고 2004도6432 판결.

35) 대법원 2009.10.29. 선고 2009도7150 판결.

2. 실행의 착수

대법원은 야간주거침입절도죄의 실행착수시기와 관련하여 “야간에 타인의 재물을 절취할 목적으로 사람의 주거에 침입한 경우에는 주거에 침입한 단계에서 이미 형법 제330조에서 규정한 야간주거침입절도죄라는 범죄행위의 실행에 착수한 것이라고 보아야 한다. 그리고 주거침입죄의 실행의 착수는 주거자, 관리자, 점유자 등의 의사에 반하여 주거나 관리하는 건조물 등에 들어가는 행위, 즉 구성요건의 일부를 실현하는 행위까지 요구하는 것은 아니고 범죄구성요건의 실현에 이르는 현실적 위험성을 포함하는 행위를 개시하는 것으로 족하므로, 출입문이 열려 있으면 안으로 들어가겠다는 의사 아래 출입문을 당겨보는 행위는 바로 주거의 사실상의 평온을 침해할 객관적인 위험성을 포함하는 행위를 한 것으로 볼 수 있어 그것으로 주거침입의 실행에 착수한 것으로 보아야 한다.”라고 판시하였다.³⁶⁾ 따라서 “주간에 사람의 주거 등에 침입하여 야간에 타인의 재물을 절취한 경우에는 야간주거침입절도죄가 성립하지 않는다”고 해석하였다.³⁷⁾ 같은 취지에서 “해악의 고지가 피해자에게 도달하여 협박이 기수에 이른 시기가 야간에 해당하여야 하고, 실행의 착수가 야간에 이루어졌더라도 기수에 이른 시기가 주간인 경우에는 형법 제283조 제1항이 적용될 뿐 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제2조 제2항은 적용되지 않는다.”고 판시하였다.³⁸⁾

3. 미수와 기수의 판단 기준

대법원은 절도미수범이 체포를 면탈할 목적으로 폭행한 사안과 관련하여 준강도죄의 미수·기수의 판단 기준으로 2004.11.18. 선고 2004도5074 전원합의체 판결에서 다수의견은 “형법 제335조에서 절도

36) 대법원 2006.9.14. 선고 2006도2824 판결.

37) 대법원 2011.4.14. 선고 2011도300,2011감도5 판결.

38) 대법원 2002. 12. 10. 선고 2002도4940 판결.

가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박을 가한 때에 준강도로서 강도죄의 예에 따라 처벌하는 취지는, 강도죄와 준강도죄의 구성요건인 재물탈취와 폭행·협박 사이에 시간적 순서상 전후의 차이가 있을 뿐 실질적으로 위법성이 같다고 보기 때문인바, 이와 같은 준강도죄의 입법 취지, 강도죄와의 균형 등을 종합적으로 고려해 보면, 준강도죄의 기수 여부는 절도행위의 기수 여부를 기준으로 하여 판단하여야 한다.”라고 판시하였으나, 반대의견은 “강도죄와 준강도죄는 그 취지와 본질을 달리한다고 보아야 하며, 준강도죄의 주체는 절도이고 여기에는 기수는 물론 형법상 처벌규정이 있는 미수도 포함되는 것이지만, 준강도죄의 기수·미수의 구별은 구성요건적 행위인 폭행 또는 협박이 종료되었는가 하는 점에 따라 결정된다고 해석하는 것이 법규정의 문언 및 미수론의 법리에 부합한다.”라고 하였다. 별개의견은 “폭행·협박행위를 기준으로 하여 준강도죄의 미수범을 인정하는 외에 절취행위가 미수에 그친 경우에도 이를 준강도죄의 미수범이라고 보아 강도죄의 미수범과 사이의 균형을 유지함이 상당하다.”라고 해석하였다.³⁹⁾

그리고 협박죄의 미수·기수에 대한 판단과 관련하여 대법원 2007.9.28. 선고 2007도606 전원합의체 판결에서 다수의견은 “협박죄가 성립하려면 고지된 해악의 내용이 행위자와 상대방의 성향, 고지 당시의 주변 상황, 행위자와 상대방 사이의 친숙의 정도 및 지위 등의 상호관계, 제3자에 의한 해악을 고지한 경우에는 그에 포함되거나 암시된 제3자와 행위자 사이의 관계 등 행위 전후의 여러 사정을 종합하여 볼 때에 일반적으로 사람으로 하여금 공포심을 일으키게 하기에 충분한 것이어야 하지만, 상대방이 그에 의하여 현실적으로 공포심을 일으킬 것까지 요구하는 것은 아니며, 그와 같은 정도의 해악을 고지함으로써 상대방이 그 의미를 인식한 이상, 상대방이 현실적으로 공포

39) 본 판결에 대한 평석으로 이천현, “준강도죄의 기수 및 미수의 판단기준”, 형사판례연구 제14권, 한국형사판례연구회, 2006, 89면·114면

심을 일으켰는지 여부와 관계없이 그로써 구성요건은 충족되어 협박죄의 기수에 이르는 것으로 해석하여야 한다. 결국, 협박죄는 사람의 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 위험범이라 봄이 상당하고, 협박죄의 미수범 처벌조항은 해약의 고지가 현실적으로 상대방에게 도달하지 아니한 경우나, 도달은 하였으나 상대방이 이를 지각하지 못하였거나 고지된 해약의 의미를 인식하지 못한 경우 등에 적용될 뿐이다.”라고 해석한데 반하여, 반대의견은 “해약의 고지에 의해 현실적으로 공포심을 일으켰는지 여부나 그 정도는 사람마다 다를 수 있다고 하더라도 이를 판단할 수 없다거나 판단을 위한 객관적인 척도나 기준이 존재하지 않는다고 단정할 것은 아니며, 사람이 현실적으로 공포심을 일으켰는지 여부를 판단할 만한 객관적인 기준 및 개별 사건에서 쌍방의 입증과 그에 의하여 인정되는 구체적인 사정 등을 모두 종합하여, 당해 협박행위로 상대방이 현실적으로 공포심을 일으켰다는 점이 증명된다면 협박죄의 기수에 이르렀다고 인정하고, 이에 대한 증명이 부족하거나 오히려 상대방이 현실적으로 공포심을 일으키지 않았다는 점이 증명된다면 협박죄의 미수에 그친 것으로 인정하면 될 것이다. 기수에 이르렀는지에 대한 의문을 해결하기 어렵다고 하여 모든 경우에 기수범으로 처벌하는 것은 오히려 “의심스러울 때는 피고인의 이익으로”라는 법원칙 등 형사법의 일반원칙과도 부합하지 아니하며 형벌과잉의 우려를 낳을 뿐이다. 결국, 현행 형법의 협박죄는 침해범으로서 일반적으로 사람으로 하여금 공포심을 일으킬 수 있는 정도의 해약의 고지가 상대방에게 도달하여 상대방이 그 의미를 인식하고 나아가 현실적으로 공포심을 일으켰을 때에 비로소 기수에 이르는 것으로 보아야 한다.”라고 해석하였다.⁴⁰⁾

그리고 허위의 주장을 하면서 소유권보존등기 명의자를 상대로

40) 본 판결에 대한 평적으로 김성돈, “침해범/위험범, 결과범/거동범, 그리고 기수/미수의 구별기준”. 형사판례연구 제17권, 한국형사판례연구회, 2009, 1면-24면 ; 김성룡, “준강도죄 해석론의 몇 가지 문제점”, 형사법연구 제21권 제4호, 한국형사법학회, 2009.12, 315면-334면.

보존등기의 말소를 구하는 소송을 제기하여 승소확정판결을 받은 경우, 소송사기의 기수시기에 대해 대법원 2006.4.7. 선고 2005도9858 전원합의체 판결의 다수의견은 “피고인 또는 그와 공모한 자가 자신이 토지의 소유자라고 허위의 주장을 하면서 소유권보존등기 명의자를 상대로 보존등기의 말소를 구하는 소송을 제기한 경우 그 소송에서 위 토지가 피고인 또는 그와 공모한 자의 소유임을 인정하여 보존등기 말소를 명하는 내용의 승소확정판결을 받는다면, 이에 더 잡아 언제든지 단독으로 상대방의 소유권보존등기를 말소시킨 후 위 판결을 부동산등기법 제130조 제2호 소정의 소유권을 증명하는 판결로 하여 자기 앞으로의 소유권보존등기를 신청하여 그 등기를 마칠 수 있게 되므로, 이는 법원을 기망하여 유리한 판결을 얻음으로써 ‘대상 토지의 소유권에 대한 방해를 제거하고 그 소유명의를 얻을 수 있는 지위’라는 재산상 이익을 취득한 것이고, 그 경우 기수시기는 위 판결이 확정된 때이다.”라고 해석하였으나, 반대의견은 “소유권보존등기의 말소를 명하는 확정판결은 그 자체의 효력에 의해서는 등기명의인의 보존등기가 말소될 뿐이고 이로써 피고인 또는 그 공모자가 부동산에 대하여 어떠한 권리를 취득하거나 의무를 면하는 것이 아니어서 그 자체만으로는 법원을 기망하여 재물이나 재산상 이익을 편취한 것이라고 볼 수 없다.”라고 하여 사기미수죄로 해석하였다.

4. 불능미수범의 위험성 판단

대법원은 불능미수범의 성립요건인 위험성에 대한 판단과 관련하여 소송비용을 편취할 의사로 소송비용의 지급을 구하는 손해배상청구의 소를 제기한 사안에서 “불능범의 판단 기준으로서 위험성 판단은 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 이것이 객관적으로 일반인의 판단으로 보아 결과 발생의 가능성이 있느냐를 따져야 한다.”라고 하여⁴¹⁾ 확설상으로는 추상적 위험설을 취한 반면에, 일정량 이상

41) 대법원 2005.12.8. 선고 2005도8105 판결.

을 먹으면 사람이 죽을 수도 있는 초우뿌리나 부자 달인 물을 마시게 하여 피해자를 살해하려다 미수에 그친 사안에서는 “불능범은 범죄행위의 성질상 결과발생⁴²⁾ 또는 법익침해의 가능성이 절대로 있을 수 없는 경우를 말한다.”라고 하여⁴³⁾ 구객관설을 취한 것으로 보인다.

그리고 사망한 자를 상대로 한 제소의 소송사기 성립 여부와 관련하여 대법원은 “소송사기에 있어서 피기망자인 법원의 재판은 피해자의 처분행위에 갈음하는 내용과 효력이 있는 것이어야 하고, 그렇지 아니하는 경우에는 착오에 의한 재물의 교부행위가 있다고 할 수 없어서 사기죄는 성립되지 아니한다고 할 것이므로, 피고인의 제소가 사망한 자를 상대로 한 것이라면 이와 같은 사망한 자에 대한 판결은 그 내용에 따른 효력이 생기지 아니하여 상속인에게 그 효력이 미치지 아니하고 따라서 사기죄를 구성한다고 할 수 없다.”라고 판시하였다.⁴⁴⁾ 그러나 소송사기는 법원을 기망하여 자기에게 유리한 판결을 얻고 이에 터잡아 상대방으로부터 재물의 교부를 받거나 재산상 이익을 취득하는 것을 말하는 것으로서 소송에서 주장하는 권리가 존재하지

42) 불능미수범에 있어 결과발생의 불가능이 사실적 개념인지 규범적 개념인지에 관한 논의에 대해서는 김호기, “불능미수에서의 착오, 결과발생의 불가능, 위험성”, 비교형사법연구 제9권 제1호, 한국비교형사법학회, 2007.7, 73면-96면 ; 이상문, “형법 제27조의 결과발생의 불가능요건 - 규범적 해석에 대한 비판적 검토를 중심으로 .”, 형사법연구 제21권 제3호, 한국형사법학회, 2009.9, 185면-208면 ; 이승준, “형법 제27조(불능범) 논의의 재검토”, 형사정책연구 제18권 제4호, 한국형사정책연구원, 2007.12, 29면-60면 ; 이정원, “불능미수에서 범죄실현의 불가능과 위험성”, 형사정책연구 제18권 제4호, 한국형사정책연구원, 2007.12, 5면-28면 ; 임웅, “불능미수에 있어서 ‘착오로 인한 결과발생불가능’과 ‘위험성’에 관한 연구”, 형사법연구 제22권 제4호, 한국형사법학회, 2010.12, 151면-182면 ; 천진호, “불능미수범의 ‘결과발생 불가능’과 관련한 해석상의 문제점”, 동아법학 제42호, 동아대학교 법학연구소, 2008.8, 94면-103면 ; 한상훈, “형법 제27조(불능범)에서 ‘결과발생의 불가능’과 ‘위험성’표지의 구별기준”, 형사법연구 제20권 제3호, 한국형사법학회, 2008.9, 79면-108면 ; 홍영기, “불능미수의 가능성 표지 - 장애미수와 불능미수의 구별 요건 .”, 형사법연구 제20권 제1호, 한국형사법학회, 2008.3, 55면-74면.

43) 대법원 2007.7.26. 선고 2007도3687 판결.

44) 대법원 2002.1.11. 선고 2000도1881 판결.

않는 사실을 알고 있으면서도 법원을 기망한다는 인식을 가지고 소를 제기하면 이로써 실행의 착수가 있기 때문에,⁴⁵⁾ 사망한 자를 상대로 소송을 제기한 경우에도 위험성 판단 여부, 즉 사망한 사실에 대한 행위자와 일반인의 인식 여부에 따라 소송사기죄의 불능미수범으로 해석하는 것이 타당하다.

V. 공범 분야⁴⁶⁾

1. 대항적 공범에 대한 형법 총칙의 임의적 공범 규정의 적용 여부

대법원은 대항적 공범에 대하여 공범이나 방조범에 관한 형법총칙 규정이 적용되는지 여부에 대한 해석에서 “매도, 매수와 같이 2인 이상의 서로 대항된 행위의 존재를 필요로 하는 관계에 있어서는 공범이나 방조범에 관한 형법총칙 규정의 적용이 있을 수 없고, 따라서 매도인에게 따로 처벌규정이 없는 이상 매도인의 매도행위는 그와 대항적 행위의 존재를 필요로 하는 상대방의 매수범행에 대하여 공범이나 방조범관계가 성립되지 아니한다.”라고 판시하고 있다.⁴⁷⁾

45) 대법원 2003.7.22. 선고 2003도1951 판결 ; 대법원 2006.11.10. 선고 2006도5811 판결.

46) 형법이론학에 있어 공범론 전반을 개관한 것으로 박상기, “형법전 시행 반세기의 회고 - 형법 제정 50년과 공범론의 전개” 형사법연구 제18호, 한국형사법학회, 2002.12, 157면-180면 ; 박상기, “공동정범론과 현대적 과제”, 형사법연구 제21권 제4호, 한국형사법학회, 2009.12, 47면-66면.

47) 대법원 2001.12.28. 선고 2001도5158 판결(피고인들이 공모하여, 공소외인이 의 약품을 판매의 목적으로 취득할 수 없음에도 염산날부핀을 일반인들을 상대로 판매한다는 점을 알면서 공소외인에게 염산날부핀을 판매함으로써, 공소외인이 염산날부핀을 일반인들을 상대로 한 판매의 목적으로 취득하도록 공급하여 이를 방조하였다는 공소사실로 기소된 사안. 본 판결에 대한 평석으로 이정원, “제조업자의 염산날부핀 판매행위와 필요적 공범”, 형사법연구 제20권 제1호, 한국형사법학회, 2008.3, 239면-257면. 대항적 공범에 대한 일본의 학설과 판례를 검토하면서 본 판결을 평석한 것으로, 조국, “대항범 중 불가벌적 대항자에 대한 공범규정 적용”, 형사판례연구 제11권, 한국형사판례연구회, 2003, 112면-126면) ; 대법원 2002.1.25. 선고 2000도90 판결 ; 대법원 2002.7.22. 선고 2002도1696 판결 ; 대법원 2004.10.28. 선고 2004도3994 판결(변호사 아닌 자에게 고용된 변호사를, 변호사 아닌 자가 변호사를 고용하여 법

2. 공모공동정범의 인정 여부

범죄 공모에만 가담하고 실행행위를 분담하지 않은 자에 대해서도 공모사실만으로 실행행위 전체의 공동정범으로 처벌할 수 있는지에 대하여 소위 공모공동정범이라는 이론으로 학설과 판례는 극단적으로 대립하고 있다. 대법원판례는 일관되게 “2인 이상이 범죄에 공동가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동 가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정 이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 지는 것이다”라고 하여⁴⁸⁾ 학계의 비판과는 관계없이 일본의 대심원과 최고재판소 판

틀사무소를 개설·운영하는 행위를 처벌하도록 규정하고 있는 변호사법 제 109조 제2호, 제34조 제4항 위반죄의 공범으로 처벌할 수 있는지 여부) ; 대법원 2005.11.25. 선고 2004도8819 판결(자가용화물자동차 소유자의 유상운송행위의 상대방을, 자가용화물자동차 소유자의 유상운송행위를 금지하는 구 화물자동차 운수사업법 제48조 제4호, 제39조 위반죄의 공범으로 처벌할 수 있는지 여부) ; 대법원 2007.10.25. 선고 2007도6712 판결(세무사 등의 직무상 비밀누설행위와 대항법 관계에 있는 ‘비밀을 누설받은 행위’에 대하여 공범에 관한 형법총칙 규정을 적용할 수 있는지 여부) ; 대법원 2011.4.28. 선고 2009도3642 판결(공무원 등의 직무상 비밀 누설행위와 대항법 관계에 있는 비밀을 누설받은 행위에 대하여 공범에 관한 형법총칙 규정을 적용할 수 있는지 여부) ; 대법원 2011.10.13. 선고 2011도6287 판결(의사가 직접 환자를 진찰하지 않고 처방전을 작성하여 교부한 행위와 대항법 관계에 있는 처방전을 교부받은 행위에 대하여 공범에 관한 형법총칙 규정을 적용할 수 있는지 여부). 대항적 공범에 대한 공범 규정의 적용가능성을 제3자가 대항법의 관계에 있는 자에게 협력한 경우와 대항자 상호간으로 나누어, 후자의 경우 독일의 학설을 검토하면서 공범 규정의 적용을 인정하는 견해로 이진국, “대항법의 구조에 관한 일고”, 비교형사법연구 제4권 제1호, 한국비교형사법학회, 2002.7, 87면-107면.

- 48) 대법원 2000.3.14. 선고 99도4923 판결 ; 대법원 2000.11.10. 선고 2000도3483 판결 ; 대법원 2001.6.29. 선고 2001도1319 판결 ; 대법원 2002.4.12. 선고 2000도3485 판결 ; 대법원 2002.4.10. 선고 2001도193 결정 ; 대법원 2002.6.28. 선고

례를 통해 형성·인정되어 온 공모공동정범이론을 신봉하고 있다.⁴⁹⁾ 이와 같이 대법원판례는 후술하는 바와 같이 공동정범에 대해서는 기능적 행위지배라는 개념을 사용하면서, ‘실행행위에 직접 관여’라는 개념이 기능적 행위지배를 의미하는지도 불분명할 뿐 아니라, 단순히 모의단계에 그치고 그 모의가 기능적 행위지배에 해당하지 아니한 자에 대해서도 무한의 처벌을 확대하고 있다.

그러나 공모 형태가 정범의 표지인 기능적 행위지배에 해당하는냐에 따라 공동정범 또는 교사·방조범으로 판단하면 되므로 공모공동정범이라는 개념 자체를 사용할 필요가 없다는 점에서 특히 대법원판례가 “형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄 실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하는바, 공모자 중 구성요건 행위 일부를 직접 분담하여 실행하지 않은 자라도 공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있는 것이기는 하나, 이를 위해서는 전체 범죄에 있어서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통

2002도868 판결 ; 대법원 2002.7.26. 선고 2001도4947 판결 ; 대법원 2003.1.24. 선고 2002도6103 판결 ; 대법원 2003.12.12. 선고 2001도606 판결 ; 대법원 2004.3.26. 선고 2003도7112 판결 ; 대법원 2004.4.27. 선고 2004도482 판결 ; 대법원 2004.5.28. 선고 2004도1465 판결 ; 대법원 2004.6.24. 선고 2004도520 판결 ; 대법원 2004.8.30. 선고 2004도3212 판결 ; 대법원 2004.12.10. 선고 2004도5652 판결 ; 대법원 2004.12.24. 선고 2004도5494 판결 ; 대법원 2005.1.27. 선고 2004도7511 판결 ; 대법원 2005.9.9. 선고 2005도2014 판결 ; 대법원 2006.1.26. 선고 2005도8507 판결 ; 대법원 2006.2.23. 선고 2005도8645 판결 ; 대법원 2006.5.11. 선고 2003도4320 판결 ; 대법원 2006.12.22. 선고 2006도1623 판결 ; 대법원 2008.4.24. 선고 2007도11258 판결 ; 대법원 2008.5.8. 선고 2008도198 판결 ; 대법원 2008.11.13. 선고 2006도755 판결 ; 대법원 2011.12.22. 선고 2011도9721 판결.

49) 공모공동정범의 일본에서의 논의과정 및 일본의 입법례와 비교하여 다른 우리 법제상으로는 공모공동정범이론이 수용될 여지가 없다는 논거로 천진호, “공모·공동정범에 있어서 공모의 정범성”, 형사판례연구 제9권, 한국형사판례연구회, 2001, 188면-194면.

한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정되는 경우여야 한다.”라고 판시한 사례와,⁵⁰⁾ “공모에 의한 범죄의 공동실행은 모든 공범자가 스스로 범죄의 구성요건을 실현하는 것을 전제로 하지 아니하고, 그 실현행위를 하는 공범자에게 그 행위결정을 강화하도록 협력하는 것으로도 가능하며, 이에 해당하는지 여부는 행위 결과에 대한 각자의 이해 정도, 행위 가담의 크기, 범행지배에 대한 의지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”라고⁵¹⁾ 판시한 것은 발전적인 이론 구성으로 보인다.

독일 연방법원은 이미 1991.1.15. 판결에서 “행위의 공동수행은 모든 공범자가 스스로 법적 구성요건을 실현할 것을 전제하지는 않으며, 행위를 수행하는 공범자에게 그의 행위결정을 강화하게 하는 협력함으로써도 족하다.”고 하면서 “공동행위자의 행위기여는 행위결과에 대한 각자의 이해정도, 행위관여의 크기, 그리고 행위지배 또는 적어도 행위지배에 대한 의지라는 종합적 상황을 고려하여 판단하여야 한다.”고 판시한 바 있다.⁵²⁾

3. 공동정범의 성립요건

형법상 정범성표지에 대해서는 많은 학설의 다툼이 있어 왔으나 현재 다수견해는 규범적 행위지배설에 따라 행위지배의 실체를 유형별로 파악하여 정범성을 고찰하고 있다. 이 견해에 의하면 공동정범이란 공동으로 행위지배를 행하는 것으로, 공동행위지배의 표지는 실행 단계에서의 분업적 공동행위이다.⁵³⁾ 즉 각 공동행위자는 구성요건 실현에 있어 범죄계획의 성취를 위하여 본질적인 기능을 수행해야만 한

50) 대법원 2007.10.26. 선고 2007도4702 판결 ; 대법원 2009.6.23. 선고 2009도2994 판결 ; 대법원 2010.7.15. 선고 2010도3544 판결 ; 대법원 2010.12.23. 선고 2010도7412 판결 ; 대법원 2011.9.29. 선고 2009도2821 판결 ; 대법원 2011.10.27. 선고 2010도7733 판결.

51) 대법원 2006.12.22. 선고 2006도1623 판결.

52) BGHSt 37, 289.

53) C.Roxin, LK, 11.Aufl., §25 Rdn.154.

다는 점에서 직접정범의 실행지배 및 간접정범의 의사지배와 구별하여 이를 공동정범의 기능적 행위지배라고 할 수 있다는 것이다.

대법원판례도 “공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건으로서의 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서의 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요한바, 주관적 요건으로서의 공동가공의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고, 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다.”라고 판시하여, 기능적 행위지배설에 입각하여 공동정범의 정범성 표지를 파악하고 있다.⁵⁴⁾ 그러나 대법원판례는 공동정범의 표지로 독일형법학에서 논의된 기능적 행위지배라는 난해한 개념과 내용들을 일관되게

54) 대법원 2000.4.7. 선고 2000도576 판결(전자제품 등을 밀수입해 올테니 이를 팔아달라는 제의를 받고 승낙한 경우, 그 승낙은 물품을 밀수입해 오면 이를 취득하거나 그 매각알선을 하겠다는 의사표시로 볼 수 있을 뿐 밀수입 범행을 공동으로 하겠다는 공모의 의사를 표시한 것으로는 볼 수 없다고 한 사례) ; 대법원 2001.11.9. 선고 2001도4792 판결 ; 대법원 2003.3.28. 선고 2002도7477 판결(피해자 일행을 한 사람씩 나누어 강간하자는 피고인 일행의 제의에 아무런 대답도 하지 않고 따라 다니다가 자신의 강간 상대방으로 남겨진 공소외인에게 일체의 신체적 접촉도 시도하지 않은 채 다른 일행이 인근 숲속에서 강간을 마칠 때까지 공소외인과 함께 이야기만 나눈 경우, 피고인에게 다른 일행의 강간 범행에 공동으로 가공할 의사가 있었다고 볼 수 없다고 한 사례) ; 대법원 2004.6.24. 선고 2002도995 판결(보호자가 의학적 권고에도 불구하고 치료를 요하는 환자의 퇴원을 간청하여 담당 전문의와 주치의가 치료중단 및 퇴원을 허용하는 조치를 취함으로써 환자를 사망에 이르게 한 행위에 대하여 보호자, 담당 전문의 및 주치의가 부작위에 의한 살인죄의 공동정범으로 기소된 사안에서, 담당 전문의와 주치의에게 환자의 사망이라는 결과 발생에 대한 정범의 고의는 인정되나 환자의 사망이라는 결과나 그에 이르는 사태의 핵심적 경과를 계획적으로 조종하거나 저지·촉진하는 등으로 지배하고 있었다고 보기는 어려워 공동정범의 객관적 요건인 이른바 기능적 행위지배가 흠결되어 있다는 이유로 작위에 의한 살인방조죄만 성립한다고 한 사례) ; 대법원 2006.3.9. 선고 2004도206 판결 ; 대법원 2008.3.27. 선고 2006도3504 판결 ; 대법원 2008.4.10. 선고 2008도1274 판결 ; 대법원 2011.11.10. 선고 2010도11631 판결.

복제·설시하면서 정작 사실관계에 대한 포섭에 있어서는 왜 기능적 행위지배에 해당하는지 여부에 대한 구체적인 논증을 누락함으로써 판단의 결론을 도출하는 논리적 근거가 결여되어 있거나 미흡하다.

공동정범에 있어서 정범성 표지는 형식적 의미에서의 실행행위의 분담, 즉 정형적인 구성요건에 해당하는 행위에 제한되는 것이 아니라, 기능적 행위지배에 의하여 전체범행계획상의 결과를 실현하는 데에 있어 불가결한 요건이 되는 기능을 분담하였느냐가 기준이 되어야 하며, 따라서 공모공동정범에 있어서도 공모자의 정범성은 공동행위자의 전체범행계획에 대한 기능적 기여도에 따라 판단되어야 할 것이다.⁵⁵⁾ 이러한 일반적인 해석학에 기초하여 공동정범의 정범성을 확정 지우는 ‘기능적으로 불가결한 행위기여를 하는 행위지배’, ‘본업적 역할분담에 의한 기능적 행위지배’, ‘본질적 기여행위’의 구체적인 내용에 대한 논증과 더불어 그 유형적 판단에 대해서는 심도 있는 연구가 이루어져야 할 것이다.⁵⁶⁾ 이러한 논의를 함에 있어 굳이 그 동안 이루어져온 독일의 이론들을 그대로 차용할 필요는 없다 하더라도, 우리의 법규정에 합치되는 이론으로 수정하고 다른 사회과학 영역의 이론들을 접목함으로써 한 단계 앞서는 이론의 발전을 기대해 본다.⁵⁷⁾

4. 공모관계에서 이탈한 자

공동정범의 성립 범위와 관련하여 공모관계에서 이탈한 자의 형사 책임에 대해 대법원은 “공모공동정범에 있어서 공모자 중의 1인이 다

55) 박상기, “공동정범론과 현대적 과제”, 형사법연구 제21권 제4호, 한국형사법학회, 2009.12, 60면-61면.

56) 최근의 논의로 이원경, “기능적 행위지배와 공모공동정범의 정범성”, 형사법연구 제22권 제2호, 한국형사법학회, 2010.6, 59면-86면; 정도희, “본질적 기여를 고려한 공모공동정범”, 형사법연구 제23권 제2호, 한국형사법학회, 2011.6, 127면-150면; 최호진, “공동의 가공사실과 본질적 기여행위의 판단”, 형사법연구 제21호, 2004.6, 211면-231면; 하태훈, “기능적 범행지배의 의미”, 형사판례연구 제12권, 한국형사판례연구회, 2004, 62면-83면.

57) 천진호, “<형사법연구 20년>을 통해서 본 공범론의 변화와 발전”, 형사법연구 제20권 제4호, 한국형사법학회, 2008.12, 80면.

른 공모자가 실행행위에 이르기 전에 그 공모관계에서 이탈한 때에는 그 이후의 다른 공모자의 행위에 관하여는 공동정범으로서의 책임은 지지 않는다 할 것이나, 공모관계에서의 이탈은 공모자가 공모에 의하여 담당할 기능적 행위지배를 해소하는 것이 필요하므로 공모자가 공모에 주도적으로 참여하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 때에는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없다.”라고 해석하고 있다.⁵⁸⁾ 공모에만 가담한 자가 다른 공범들이 실행에 착수하기 전에 그 공범관계에서 이탈한 것인 객관적으로 명백한 경우에는 그 공모가 공동실행으로서의 기능적 역할분담에 해당하지 않는 한 다른 공범들에 의해 수행된 결과의 공동정범이 성립되지 않는다는 것은 이론상 지극히 당연한 논리이다. 그리고 비록 다른 공범들이 실행에 착수한 이후에 그 공범관계에서 이탈했다 하더라도 그 공모가 공동실행으로서의 기능적 역할분담에 해당하지 않는다면 다른 공범들의 행위수행을 저지했느냐와 관계없이 다른 공범들에 의해 수행된 결과의 공동정범이 성립되지 않는다고 해석하는 것이 책임원칙에 부합된다.⁵⁹⁾

58) 대법원 2002.8.27. 선고 2001도513 판결 ; 대법원 2008.4.10. 선고 2008도1274 판결(다른 3명의 공모자들과 강도 모의를 주도한 피고인이, 다른 공모자들이 피해자를 뒤쫓아 가자 단지 “어?”라고만 하고 더 이상 만류하지 아니하여 공모자들이 강도상해의 범행을 한 사안에서, 피고인이 그 공모관계에서 이탈하였다고 볼 수 없다고 한 사례) ; 대법원 2010.9.9. 선고 2010도6924 판결(甲이 乙과 공모하여 가출 청소년 丙을 유인하고 성매매 홍보용 나체사진을 찍은 후, 자신이 별건으로 체포되어 수감 중인 동안 丙이 乙의 관리 아래 성매매의 상대방이 된 대가로 받은 돈을 丙, 乙 및 甲의 처 등이 나누어 사용한 사안에서, 甲과 乙은 미성년자유인죄, 구 청소년의 성보호에 관한 법률위반죄의 공동정범의 책임을 진다고 본 사례) ; 대법원 2011.1.13. 선고 2010도9927 판결(피고인이 다른 공범들과 특정 회사 주식의 시세조정 주문을 내기로 공모한 다음 시세조정행위의 일부를 실행한 후 공범관계로부터 이탈하였고, 다른 공범들이 그 이후의 나머지 시세조정행위를 계속한 사안에서, 피고인이 다른 공범들의 범죄실행을 저지하지 않은 이상 그 이후 나머지 공범들이 행한 시세조정행위에 대하여도 공동정범으로서의 죄책을 부담한다고 한 사례).

59) 공동정범 이탈의 요건을 이탈의 주관적 요건과 객관적 요건으로 나누어 분석한 것으로 이용식, “공동자 중 1인의 실행착수 이전 범행이탈 - 공동정범의

VI. 결과적 가중범 분야

결과적 가중범의 미수 성립과 관련하여 대법원은 ‘피고인이 노환을 앓고 있는 노모의 부양문제로 처와 부부싸움을 자주 하는 등 가정 불화와 최근 직장 승진대상에서 누락되는 등의 문제로 심한 정신적 갈등을 겪어오던 중, 피고인의 집에서 위와 같은 사유로 처와 심한 부부싸움을 하다가 격분하여 “집을 불태워 버리고 같이 죽어 버리겠다.”며 그 곳 창고 뒤에 있던 18L들이 플라스틱 휘발유통을 들고 나와 처와 자녀 2명이 있는 피고인의 집 주위에 휘발유를 뿌리고, 1회용 라이터를 켜 불을 놓아 사람이 현존하는 건조물을 소훼하려고 하였으나, 불길이 번지지 않는 바람에 그 뜻을 이루지 못한 채 미수에 그치고, 이로 인하여 피고인을 만류하던 앞집 거주 피해자로 하여금 약 4주간의 치료를 요하는 경부 및 체부 3도 화상을 입힌 사안’에서 현주건조물방화치상죄의 성립을 인정하였다.⁶⁰⁾ 그리고 “성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제9조 제1항에 의하면 같은 법 제6조 제1항에서 규정하는 특수강간의 죄를 범한 자뿐만 아니라, 특수강간이 미수에 그쳤다고 하더라도 그로 인하여 피해자가 상해를 입었으면 특수강간치상죄가 성립하는 것이고, 같은 법 제12조에서 규정한 위 제9조 제1항에 대한 미수범 처벌규정은 제9조 제1항에서 특수강간치상죄와 함께 규정된 특수강간상해죄의 미수에 그친 경우, 즉 특수강간의 죄를 범하거나 미수에 그친 자가 피해자에 대하여 상해의 고의를 가지고 피해자에게 상해를 입히려다가 미수에 그친 경우 등에도 적용된다.”고

처벌한계 .”, 형사판례연구 제11권, 한국형사판례연구회, 2003, 101면-107면.

60) 대법원 2002.3.26. 선고 2001도6641 판결. 본 판결의 쟁점은 방화죄의 실행착수 시기에 대한 것으로, 기본범죄가 미수인 경우 결과적 가중범의 미수범이 성립하는냐는 다투어지지 않았다. 다만 대법원판결의 취지를 볼 때 기본범죄인 방화죄가 미수에 그친 경우에도 현주건조물방화치상죄의 기수범을 인정할 것으로 해석할 수 있다. 결과적 가중은 본 판결에 대한 평식으로 변증될, “결과적 가중범에서 기본범죄가 미수인 경우의 법해석”, 형사판례연구 제13권, 한국형사판례연구회, 2005, 76면-94면.

해석하면서 이러한 해석논리에 의하면 위험한 물건인 전자충격기를 사용하여 강간을 시도하다가 미수에 그치고 피해자에게 약 2주간의 치료를 요하는 안면부 좌상 등의 상해를 입힌 경우에는 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호등에 관한 법률에 의한 특수강간치상죄가 성립한다고 판시하였다.⁶¹⁾

기본범죄가 미수에 그친 경우 또는 부진정결과적가중범에 있어 중한 결과가 미수에 그친 경우에 결과적 가중범의 미수를 인정할 수 있느냐와 관련하여 1995.12.29. 개정 전 구형법은 제342조 본문에서 제337조 전단(강도상해)과 제338조 전단(강도살인)의 미수범만을 처벌한다고 규정하면서, 같은 조 단서에서 ‘단 제340조중 사람을 사상에 이르게 한 죄는 예외로 한다.’라고 하여 해상강도치사상죄(제340조 제2항, 제3항)의 미수범을 인정하지 않음을 명시하고 있었다. 그러나 1995년 개정형법 제342조는 ‘제328조 내지 제341조의 미수범은 처벌한다.’라고 개정하여 규정형식상으로는 제337조 후단(강도치상)과 제338조 후단(강도치사)의 미수범을 처벌할 수 있을 뿐 아니라, 개정 전 제342조 단서를 삭제함으로써 해상강도치사상죄의 미수범을 처벌할 수 있는 것으로 되었다. 그리고 1995년 형법 개정 이전인 1994.1.5. 제정된 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제12조(현행 제14조)가 강간등치사상죄의 미수범을 처벌하는 규정을 둠으로써 이 규정의 해석과 관련하여 결과적 가중범의 미수가 성립하느냐에 대해 견해가 대립되고 있다.⁶²⁾

61) 대법원 2008.4.24. 선고 2007도10058 판결.

62) 결과적 가중범의 입법체계를 5가지 유형으로 나누어 기본범죄가 미수에 그친 경우에 결과적 가중범의 미수 성립 여부를 논증하면서, 현수건조물방화치사상죄와 같이 결과적 가중범에 대한 처벌 규정을 먼저 규정하면서 그 뒤에서 그 결과적 가중범의 기본범죄의 미수를 처벌하는 규정을 두고 있는 입법방식의 경우에는 결과적 가중범의 기수가 아니라 기본범죄의 미수범과 중한 결과의 과실범의 상상적 경합범이 성립한다는 견해로 변증필, “결과적 가중범에서 기본범죄가 미수인 경우의 법해석”, 형사판례연구 제13권, 한국형사판례연구회, 2005, 81면-92면. 결과적 가중범의 미수범 처벌에 관한 입법규정과 학설에 대해서는 천진호, “결과적 가중범과 중지미수”, 형사법연구 제26호, 한국형사법학회, 2006.12, 50면-59면.

결과적 가중범에서 기본범죄가 미수에 그쳤으나 중한 결과가 발생한 경우, 또는 부진정 결과적 가중범에 있어 중한 결과가 미수에 그친 경우에 해석학적으로는 미수범 처벌 규정이 있는가를 먼저 확인하고, 미수가 형법상 어느 형태에 해당하느냐에 대해 그 요건을 판단한 후, 특정한 미수가 결과적 가중범의 본질을 충족하는지, 나아가 결과적 가중범의 미수범 처벌에 대한 규정이 있는지를 검토한 후 규정의 정당성에 대한 판단과 함께 결과적 가중범을 어떻게 규율할 것인지에 대하여 논의가 되어야 할 것이다. 따라서 사건으로는 미수범의 체계 및 중지미수범의 형의 필요적 감면근거와 결과적 가중범의 본질을 고려할 때 결과적 가중범에 있어 기본범죄가 착수중지미수에 해당하는 경우에는 아예 기본범죄의 중지미수범에 불과하며, 비록 기본범죄의 결과가 발생하거나 중한 결과가 발생하더라도 결과적 가중범의 중지미수범이 성립되는 것은 아니다. 그리고 진정결과적 가중범에 있어 기본범죄가 실행중지미수에 그친 경우에는 기본범죄의 중지미수범에 불과하며, 실행중지미수에도 불구하고 중한 결과가 발생한 경우에는 이로 인하여 발생한 중한 결과가 중간원인을 거치지 아니하고 중한 결과발생의 위험성을 내포하고 있는 기본행위로부터 직접 야기된 것인가에 대한 검토가 선행되어야 한다. 또한 결과적 가중범이 결합범과는 다른 독자적인 불법 내용을 가진 범죄라고 한다면 부진정결과적 가중범에 있어 중한 결과가 실행중지미수에 그친 경우에는 결과적 가중범의 미수범 처벌규정이 없다는 이유로 결과적 가중범의 기수를 인정할 수는 없으며, 기본범죄의 기수와 중한 결과의 중지미수범의 상상적 결합범이 아니라 부진정결과적 가중범의 중지미수범으로 규율하는 것이 타당하다고 본다.⁶³⁾

VII. 부작위범 분야

63) 천진호, “결과적 가중점과 중지미수”, 형사법연구 제26호, 한국형사법학회, 2006.12, 64면.

작위와 부작위가 경합된 다의적 행태에 있어서 형법적 판단과 관련하여 일반적인 경우에는 외적인 현상형태를 기초로 하여, 즉 사건의 진행을 변경시키는 에너지투입이나, 아니면 사건진행을 방치하느냐에 따라 작위와 부작위를 구별한다. 그러나 일정한 행위수행에 작위와 부작위의 요소가 모두 포함되어 있는 경우에는 행위자의 행태의 중점을 작위와 부작위 중 어디에 둘 것인가가 문제될 수 있다. 이에 대해 학설은 행위자의 행태의 중점이 어디에 있느냐를 기준으로 하여 판단하는 견해, 행태에 대한 법적 비난의 중점이 어디에 있느냐 라는 평가문제로 보는 견해, 事象의 사회적 의미를 기준으로 하여 판단하려는 견해, 에너지투입을 기준 또는 의심스러울 때는 적극적인 작위로 인정하는 견해, 작위에 대한 보충관계로서 부작위를 파악하는 견해 등이 대립되고 있다.

대법원은 이른바 ‘보라매병원’ 사례에서 “어떠한 범죄가 적극적 작위에 의하여 이루어질 수 있음은 물론 결과의 발생을 방지하지 아니하는 소극적 부작위에 의하여도 실현될 수 있는 경우에, 행위자가 자신의 신체적 활동이나 물리적·화학적 작용을 통하여 적극적으로 타인의 법익 상황을 악화시킴으로써 결국 그 타인의 법익을 침해하기에 이르렀다면, 이는 작위에 의한 범죄로 봄이 원칙이고, 작위에 의하여 악화된 법익 상황을 다시 되돌아키지 아니한 점에 주목하여 이를 부작위범으로 볼 것은 아니며, 나아가 악화되기 이전의 법익 상황이, 그 행위자가 과거에 행한 또 다른 작위의 결과에 의하여 유지되고 있었다 하여 이와 달리 볼 이유가 없다.”라고 하여 신체적 활동이나 물리적·화학적 작용이라는 사실적 측면에서 작위와 부작위를 구별하고 있다.⁶⁴⁾

64) 대법원 2004.6.24. 선고 2002도995 판결. 이 사안에서 1심인 서울지방법원 남부지원은 피해자의 처 甲과 보라매병원 신경외과 전담의사인 丙과 위 병원 같은 과 레지던트의사인 丙에 대해 부작위에 의한 살인죄의 공동정범을 인정하고 甲을 징역 3년에 집행유예 4년에, 乙과 丙을 각 징역 2년 6월에 집행유예 3년에 처하면서 위 병원 같은 과 인턴인 丁에 대해서는 무죄를 선고하였다(서울지법 남부지원 1998.5.15. 선고 98고합9 판결). 그러나 2심인 서울고등법원은 피고인 甲의 항소 및 검사의 피고인 甲, 丁에 대한 항소를 모두 기각

그리고 쟁의행위로서 파업이 업무방해죄의 ‘위력’에 해당하는지 여부에 대한 대법원 2011.3.17. 선고 2007도482 전원합의체 판결에서 다수의견은 “업무방해죄는 위계 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 경우에 성립하며, ‘위력’이란 사람의 자유의사를 제압·혼란케 할 만한 일체의 세력을 말한다. 쟁의행위로서 파업도, 단순히 근로계약에 따른 노무의 제공을 거부하는 부작위에 그치지 아니하고 이를 넘어서 사용자에게 압력을 가하여 근로자의 주장을 관철하고자 집단적으로 노무제공을 중단하는 실력행사이므로, 업무방해죄에서 말하는 위력에 해당하는 요소를 포함하고 있다.”라고 하여 폭력적인 수단이 동원되지 않은 채 단순히 근로자가 사업장에 출근하지 않음으로써 근로제공을 하지 않는 ‘소극적인 근로제공 중단’, 즉 ‘단순 파업’이라고 하더라도 파업은 그 자체로 부작위가 아니라 작위적 행위라고 보아야 한다고 해석하였다. 이에 대해 반대의견은 “근로자가 사업장에 결근하면서 근로제공을 하지 않는 것은 근로계약상의 의무를 이행하지 않는 부작위임이 명백하고, 근로자들이 쟁의행위의 목적에서 집단적으로 근로제공을 거부한 것이라는 사정이 존재하다고 하여 개별적으로 부작위인 근로제공의 거부가 작위로 전환된다고 할 수는 없다. 그리고 ‘단순 파업’을 다수의견의 견해와 달리 부작위라고 보더라도, 부작위에 의하여 위력을 행사한 것과 동일한 결과를 실현할 수 있고 근로자들이 그러한 결과 발생을 방지하여야 할 보증인적 지위에 있다고 볼 수 있다면, 비록 다수의견과 논거를 달리하지만 위력에 의한 업무방해죄의 성립을 인정할 수 있다. 그러나 일반적으로 사용자에게 근로자들의 단순 파업으로부터 기업활동의 자유라는 법익을 스스로 보호할 능력이 없

하였으나, 피고인 乙과 丙에 대해서는 부작위에 의한 살인죄를 인정한 원심 판결을 파기하고 작위에 의한 살인방조죄를 인정하여 피고인 乙, 丙을 각 징역 1년 6월에 집행유예 2년을 선고하였다(서울고등법원 2002.2.7. 선고 98노 1310 판결). 본 판결에 대한 평석으로 김성룡, “치료행위중단에 있어서 작위와 부작위의 구별”, 형사판례연구 제13권, 한국형사판례연구회, 2005, 138면-168면 ; 이정원, “의학적 권고에 반한 퇴원으로 사망한 환자에 대한 형사책임”, 비교형사법연구 제6권제2호, 한국비교형사법학회, 361면-388면.

다거나, 근로자들이 사용자에 대한 보호자의 지위에서 사태를 지배하고 있다고는 말할 수 없다. 무엇보다 근로자 측에게 위법한 쟁의행위로서 파업을 해서는 안 된다는 작위의무를 인정하는 것은 서로 대립되는 개별적·집단적 법률관계의 당사자 사이에서 상대방 당사자인 사용자 또는 사용자단체에 대하여 당사자 일방인 근로자 측의 채무의 이행을 담보하는 보증인적 지위를 인정하자는 것이어서 받아들일 수 없고, 근로자들의 단순한 근로제공 거부는 그것이 비록 집단적으로 이루어졌다 하더라도 업무방해죄의 실행행위로서 사용자의 업무수행에 대한 적극적인 방해 행위로 인한 법익침해와 동등한 형법가치를 가진다고 할 수도 없다.”라고 해석하였다.

일반적으로 작위범은 그 자체 부작위의무위반을 내포하고 있으며, 부작위범은 작위의무위반을 내포하고 있다. 사건으로는 사실적 관점에서 에너지 투입을 기준으로 판단하면 작위범의 성립 범위가 지나치게 확대될 수 있다는 점에서, 작위와 부작위의 구별은 행위자의 행태의 중점과 그 행태에 대한 법적 비난의 중점이 어디에 있느냐를 기준으로 판단하는 것이 타당하다고 본다. 따라서 위의 사례들은 부작위로 해석해야 할 것이다.

VII. 나 오 며

2000년대 대법원판례들을 개괄해 보면 문제된 법률적 쟁점에 대해 치밀한 연구 없이 종래 판례의 논거를 그대로 답습하는 정도를 벗어나 앞서 서술한 바와 같이 법률의 착오에서 정당한 이유의 판단이나 공동정범의 성립요건으로 기능적 행위지배이론 등 그 동안 축적된 우리 형법이론학의 내용들을 수용하는 방향으로 점진적으로 나아가고 있다. 그러나 구체적인 판단기준으로는 난해한 개념과 내용들을 실시하면서 정작 사실관계에 대한 포섭에 있어서는 논증을 누락함으로써 판단의 결론을 도출하는 논리적 근거가 결여되어 있거나 미흡하다는 문제점을 남기고 있다.

그리고 사회상규 개념에 대한 추상적 해석과 판단기준의 제시, 공모공동정범의 무비관적인 신봉 등 그 동안 형법이론학에서 비판해 온 판례들에 대해서는 실무가 앞으로 치밀한 연구를 통해 형법학에서 축적된 이론을 수용함으로써 이론과 실무의 접목을 기해야 할 것이다. 교육과정에서 습득한 사고와 지식이 이를 적용하는 실무에서는 사장되어 버리는 되돌이표를 떼어내어야 한다.

한국형사판례연구회 창립 20주년을 맞아 그 동안의 주옥같은 연구 성과들을 실무가 반영하고 한편으로 실무가 이론적 반성을 촉구함으로써 형법이론학이 우리 몸에 어울리는 발전적 방향으로 도약하기를 기대한다.

[주 제 어]

사회상규, 정당한 이유, 공동정범, 형법총칙, 형사판례연구회 20주년

[Key Words]

Morals and social standards, Legitimate reason, Joint principal offender, General provisions of criminal law, Korean Association of Criminal Case Studies's 20th anniversary.

[참고문헌]

- 김성돈, “형법 제16조의 개정방안”, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004.12.
- 김성돈, “침해범/위험범, 결과범/거동범, 그리고 기수/미수의 구별기준”. 형사판례연구 제17권, 한국형사판례연구회, 2009.
- 김성룡, “준강도죄 해석론의 몇 가지 문제점”, 형사법연구 제21권 제4호, 한국형사법학회, 2009.12.
- 김성룡, “치료행위중단에 있어서 작위와 부작위의 구별”, 형사판례연구 제13권, 한국형사판례연구회, 2005.
- 김영환, “법률의 부지의 형법해석학적 문제점”, 형사판례연구 제11권, 한국형사판례연구회, 2003.
- 김우진, “운동경기 중 발생한 상해와 형사책임”, 형사판례연구 제18권, 한국형사판례연구회, 2010.
- 김혜정, “소아기호증과 책임판단문제”, 형사판례연구 제16권, 한국형사판례연구회, 2008.
- 김호기, “불능미수에서의 착오, 결과발생의 불가능, 위험성”, 비교형사법연구 제9권 제1호, 한국비교형사법학회, 2007.7.
- 박미숙, “심신장애 판단과 감정”, 형사판례연구 제19권, 한국형사판례연구회, 2011.
- 박상기, “형법전 시행 반세기의 회고 - 형법 제정 50년과 공범론의 전개” 형사법연구 제18호, 한국형사법학회, 2002.12.
- 박상기, “공동정범론과 현대적 과제”, 형사법연구 제21권 제4호, 한국형사법학회, 2009.12.
- 변종필, “결과적 가중범에서 기본범죄가 미수인 경우의 법해석”, 형사판례연구 제13권, 한국형사판례연구회, 2005.
- 손동권, “형법 조항에 대한 헌법불합치결정의 문제점 - 특히 제3의 한시법? -”, 형사법연구 제23권 제4호, 한국형사법학회, 2011.12.
- 양화식, “형법 제20조의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 관한 고찰”,

- 형사법연구 제19호, 한국형사법학회, 2003.5.
- 오영근, “1990년대의 형사판례 - 책임·미수·공범론을 중심으로 -”, 형사판례연구 제9권, 한국형사판례연구회, 2001.6.
- 이상문, “형법 제27조의 결과발생의 불가능요건 - 규범적 해석에 대한 비판적 검토를 중심으로 -”, 형사법연구 제21권 제3호, 한국형사법학회, 2009.9.
- 이상용, “형법 제20조의 사회상규 규정의 입법연혁과 사회상규의 의미”, 형사법연구 제20호, 한국형사법학회, 2003.11.
- 이승준, “형법 제27조(불능범) 논의의 재검토”, 형사정책연구 제18권 제4호, 한국형사정책연구원, 2007.12.
- 이인영, “사회상규의 의미와 정당행위의 포섭범위 - 체벌의 허용요건과 정당행위 -”, 형사판례연구 제13권, 한국형사판례연구회, 2005.
- 이규훈, “사회봉사명령의 의의 및 한계”, 형사판례연구 제17권, 한국형사판례연구회, 2009.
- 이용식, “공동자 중 1인의 실행착수 이전 범행이탈 - 공동정범의 처벌한계 -”, 형사판례연구 제11권, 한국형사판례연구회, 2003.
- 이원경, “기능적 행위지배와 공모공동정범의 정범성”, 형사법연구 제22권 제2호, 한국형사법학회, 2010.6.
- 이정원, “불능미수에 범죄실현의 불가능과 위험성”, 형사정책연구 제18권 제4호, 한국형사정책연구원, 2007.12.
- 이정원, “제조업자의 염산날부편 판매행위와 필요적 공범”, 형사법연구 제20권 제1호, 한국형사법학회, 2008.3.
- 이정원, “의학적 권고에 반한 퇴원으로 사망한 환자에 대한 형사책임”, 비교형사법연구 제6권제2호, 한국비교형사법학회.
- 이진국, “대항범의 구조에 관한 일고”, 비교형사법연구 제4권 제1호, 한국비교형사법학회, 2002.7.
- 이천현, “준강도죄의 기수 및 미수의 판단기준”, 형사판례연구 제14권, 한국형사판례연구회, 2006.
- 임웅, “불능미수에 있어서 ‘착오로 인한 결과발생불가능’과 ‘위험성’에 관한

- 연구”, 형사법연구 제22권 제4호, 한국형사법학회, 2010.12.
- 정도희, “본질적 기여를 고려한 공모공동정범”, 형사법연구 제23권 제2호, 한국형사법학회, 2011.6.
- 조국, “대항범 중 불가벌적 대항자에 대한 공범규정 적용”, 형사판례연구 제11권, 한국형사판례연구회, 2003.
- 천진호, “‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’에 대한 비판적 고찰”, 비교형사법연구 제3권 제2호, 한국비교형사법학회, 2001.12.
- 천진호, “사회적 상당성 이론에 대한 재고”, 법학논고 제13집, 경북대학교 법학연구소, 1997.
- 천진호, “독일 형법학에서 책임개념의 변화와 회피가능성이론”, 비교형사법연구 제9권 제1호, 한국비교형사법학회, 2007.7.
- 천진호, “불능미수범의 ‘결과발생 불가능’과 관련한 해석상의 문제점”, 동아법학 제42호, 동아대학교 법학연구소, 2008.8.
- 천진호, “‘공모’공동정범에 있어서 공모의 정범성”, 형사판례연구 제9권, 한국형사판례연구회, 2001.
- 천진호, “<형사법연구 20년>을 통해서 본 공범론의 변화와 발전”, 형사법연구 제20권 제4호, 한국형사법학회, 2008.12.
- 천진호, “결과적 가중범과 중지미수”, 형사법연구 제26호, 한국형사법학회, 2006.12.
- 최병각, “정당행위와 사회상규”, 형사판례연구 제10권, 한국형사판례연구회, 2002.
- 최호진, “공동의 가공사실과 본질적 기여행위의 판단”, 형사법연구 제21호, 2004.6.
- 하태훈, “형법벌규의 해석과 죄형법정주의”, 형사판례연구 제11권, 한국형사판례연구회, 2003.
- 하태훈, “기능적 범행지배의 의미”, 형사판례연구 제12권, 한국형사판례연구회, 2004.
- 한상훈, “형법 제27조(불능범)에서 ‘결과발생의 불가능’과 ‘위험성’표지의 구별기준”, 형사법연구 제20권 제3호, 한국형사법학회, 2008.9, 79면-108면.

- 한영수, “재벌그룹 회장에 대한 집행유예의 선고 - 경합범가중처벌의 문제점을 포함하여 사회봉사명령의 개념에 대한 해석론 -”, 형사판례연구 제17권, 한국형사판례연구회, 2009.
- 홍영기, “불능미수의 가능성 표지 - 장애미수와 불능미수의 구별 요건 -”, 형사법연구 제20권 제1호, 한국형사법학회, 2008.3, 55면-74면.

[Abstract]

Trends in the early 2000s, Supreme Court Cases
- Supreme Court Cases focused on the relevant general
provisions of criminal law -

Chun, Jin-Ho*

Looking at the 2000s, the Supreme Court has no detailed research on legal issues, leave the judgment of the past and the trend seems to quote. For example, errors of law in the judgment of a legitimate reason, joint principal offender the functional activity of the dominant theory of criminal law theory, Studies of accumulated information, we accept them gradually is moving in the direction. But the Supreme Court include the specific criteria are difficult to understand the concept and are using them. Nevertheless, the fact that by missing arguments for the inclusion of judgment comes to the conclusion lacks a logical basis for a problem that is leaving.

The concept of morals and social standards for the presentation of an abstract interpretation and judgment, collusion joint principal offender beliefs about the uncritical criticism of scholars for the future through careful research accumulated in Criminal Justice Studies, by accepting the theory and practice of will have to endeavor to harmonize. Thinking and knowledge learned in courses to apply it in practice will need to prevent useless.

Korean Association of Criminal Case Studies is celebrating its 20th

* Professor, Dong-A University Law School, Ph.D. in Law.

anniversary, criticism of the theory and practice through the mutual development to be able to look forward to continue to evolve.