

합동범과 공동정범의 관계에 대한 고찰

이 창 섭*

국문요약

합동범은 2인 이상이 집단적·조직적으로 일정한 범죄를 저지름으로써 범죄적 에너지와 범익침해의 위험성이 현저하게 증대되어 행위불법이 가중되는 경우이다. 이러한 범죄에 대한 대책은 분명히 있어야 하겠지만, 그렇다고 형법 제30조를 무리하게 적용하여 합동범에 대처하고자 한다면 아무래도 죄형법정주의 원칙에 합치되지 못하는 결과에 이를 수가 있다. 이 글에서는 합동범의 성격과 합동의 의미에 대해서 살펴봄으로써 합동범과 공동정범의 관계를 밝히고, 나아가 합동범의 공동정범이 성립할 수 있는가의 문제를 검토하고자 한다. 결론적으로 합동범에 대해서 다시 형법 제30조를 적용하여 공동정범의 성립을 논하는 것은 하나의 모순임을 밝히고, 합동범의 공모공동정범을 인정하는 판례의 입장변화를 촉구하고자 한다.

합동범은 제정형법의 입법자들이 특히 집단범죄에 대한 대책이 필요하다고 본 범죄들에 대해서 규정한 것이지만, 형법제정 당시와는 다른 상황인 오늘날에도 이러한 결정을 그대로 유지해야 할 필연적인 이유는 없다. 현장에서 공동하는 경우에 위험성이 가중되는 것은 현재 합동범으로 규정된 범죄들에 한하는 것이 아니기 때문이다. 따라서 입법론으로는 합동범 규정에 대한 재검토와 정비가 필요하고, 해석론으로는 합동범은 공동정범에 대해서 특별한 지위에 있으므로, 합동범의 공동정범을 인정한 판례는 이를 부정했던 예전의 입장으로 돌아가는 것이 타당하다고 본다.

* 울산대학교 사회과학부 전임강사, 법학박사

I. 머리말

형법은 2인 이상이 합동(合同)하여 절도죄(특수절도죄, 제331조 제2항), 강도죄(특수강도죄, 제334조 제2항) 또는 도주죄를 범한 경우(특수도주죄, 제146조)에 그 형벌을 각각 절도죄, 강도죄, 도주죄의 경우보다 가중하고 있다. 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(이하 “성폭력특별법”) 제6조도 2인 이상이 합동하여 강간죄(제1항), 강제추행죄(제2항), 준강간·강제추행죄(제3항) 등을 범한 경우에 가중된 형벌을 규정하고 있다. 이것을 합동범이라고 한다. 합동범에 있어서는 “합동”과 형법 제30조의 “공동”의 관계가 어떠한지와 합동범의 경우에도 공동정범이 인정되는지가 문제된다. 현재 대법원은 현장설에 입각해서 합동의 의미를 공동보다 좁게 보면서도 합동범의 공모공동정범의 성립을 긍정하고 있다.¹⁾

합동의 의미에 대한 검토는 합동범에 대한 공동정범의 성립가능성을 타진하는 것이기도 하다. 합동범을 필요적 공범 내지 공동정범의 특수한 경우로 보고 합동을 시간적·장소적 협동으로 이해하는 입장에서는 보통 합동범의 공동정범은 성립할 수 없다고 함에 반해서, 대법원과 같이 현장설에 의하면서도 합동범의 공동정범을 인정할 수 있다는 입장이 있음으로써, 특히 합동범의 공동정범 인정의 문제에 대해서는 논란이 증폭되어 있다. 더욱이 최근에 기존의 공모공동정범이론을 탈피하여 기능적 행위지배가 없는 단순공모자를 공모공동정범에서 제외함으로써 공모공동정범의 개념을 새롭게 정립하는 판결²⁾이 등장함으로써 합동범의 공동정범 성립의 문제를 다시 돌아볼 계기가 마련되었다.

합동범은 2인 이상이 집단적·조직적으로 일정한 범죄를 저지름으로써 범죄적 에너지와 범익침해의 위험성이 현저하게 증대되어 행위불법이 가중되는 경우이다.³⁾ 이러한 범죄에 대한 대책은 분명히 있어야 하겠지만, 그렇

1) 대법원 1998. 5. 21. 선고 98도321 전원합의체판결.

2) 대법원 2007. 4. 26. 선고 2007도428 판결; 대법원 2007. 4. 26. 선고 2007도235 판결. 필자는 여기에 대한 판례평석인 “공모공동정범이론 유감(遺憾)”이라는 논문을 비교형사법연구 제9권 제2호에 투고 신청하였으며, 이 논문에서도 “형법 제30조의 입법의도”를 소개하고 있다.

3) 하태훈, “기능적 행위지배와 합동범”, 고시계(1998. 9), 95면. 또한 제16회 국회임시회의 속기록 제19호(1953. 7. 8), 4면, 윤길중 법제사법위원장 발언부분(“...여러 사람이 合同

다고 형법 제30조를 무리하게 적용하여 합동범에 대처하고자 한다면 아무래도 죄형법정주의 원칙에 합치되지 못하는 결과에 이를 수가 있다. 이 글에서는 합동범의 성격과 합동의 의미에 대해서 살펴봄으로써 합동범과 공동정범의 관계를 밝히고, 나아가 합동범의 공동정범이 성립할 수 있는가의 문제를 검토하고자 한다. 결론적으로 합동범에 대해서 다시 형법 제30조를 적용하여 공동정범의 성립을 논하는 것은 하나의 모순임을 밝히고, 합동범의 공모공동정범을 인정하는 판례의 입장변화를 촉구하고자 한다.

II. 합동범과 공동정범 규정의 입법의도

형법법규 해석의 기준은 문언이지만, 이러한 문언을 형성한 입법자의 의사를 살피는 것은 해석의 참고자료가 될 수 있다. “합동”은 제정형법이 새로이 도입한 문언이고, 제정형법의 공동정범 규정은 의용형법의 경우와는 차이가 있다. 따라서 합동범과 공동정범의 관계를 밝히는 데 있어서 형법 제30조와 합동범 규정의 입법의도는 중요한 참고자료가 될 수 있다.

1. 형법 제30조의 입법의도

제정형법에 많은 영향을 끼친 일본개정형법가안⁴⁾ 제25조는 “2인 이상 공동하여 죄를 범한 자는 모두 정범으로 한다”고 하여 공동정범을 규정하였고, 이것은 현행형법 제30조와 거의 동일하다. 의용형법 제60조가 “2인 이상이 공동하여 범죄를 실행한 자는 모두 정범으로 한다”고 규정한 것과 비교하면, 「범죄를 실행한」이 「죄를 범한」으로 변경된 것이 눈에 띈다. 그 이유를 일본개정형법가안 이유서는 공모공동정범이 공동정범이 아닌 것처럼 해석되는 의문을 피하기 위해서라고 한다.⁵⁾

으로 하는 竊盜라고 하는 것이 좀 形狀이 可憎하다 甚酷한 形態이기 때문에 이것을 刑罰을 加重한 것입니다....”) 참조.

4) 김종원, “한국형법연구 100년”, 법학교육과 법학연구: 고 정광현 박사 추모 논문집, 1995, 77면; 오영근, “일본개정형법가안이 제정형법에 미친 영향과 현행 형법해석론의 문제점”, 형사법연구 제20호(2003), 113면. 일본개정형법가안은 그 총칙편이 1931년, 각칙편이 1940년에 공표되었다.

형법제정과정에서 주도적 역할을 한 엄상섭 의원은 조선법제편찬위원회의 형법기초요강⁶⁾에 대해 해설하면서 “현행형법⁷⁾ 제60조에는 「2인 이상 공동하여 범죄를 실행한 사람은 다 정범으로 한다」고 되어 있으므로 실행에 가담하여야만 정범이 된다는 뜻으로 해석되기 쉬우므로 그래서 정범의 범위가 너무 협소한 까닭에 신법에서는 「2인 이상 공동하여 죄를 범한 사람은 다 공동정범으로 한다」라고 규정할 예정”이라고 하였다.⁸⁾

법전편찬위원회 형법초안 제30조는 “① 2인 이상 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다. ② 범죄를 목적으로 한 단체의 조직자, 가입자 및 지도의 임무에 있는 자는 전향과 같다. ③ 전향을 적용할 죄는 각 본조에 정한다”⁹⁾고 규정되었는데, 여기에서 제2항과 제3항은 초안을 만들 당시에 발생했던 여순반란사건과 같은 집단범죄의 위험성에 대처하기 위해서 들어가게 되었다.¹⁰⁾ 정부의 형법초안 제30조도 동일한 내용이다.¹¹⁾ 그러나 제2항과 제3항은 법제사법위원회 수정안¹²⁾에서는 형사책임개별화의 원칙에 위반되고 실질상 운용에 있어서도 중대한 위험이 따른다는 이유로 삭제되었고,¹³⁾ 이러한 이유를 설명하는 자리에서도 엄상섭 의원은 “보통 우리가 공범이라고 하면은 두 사람 이상이 사람을 죽인다든지 혹은 어디 가서 강도를 한다든지 이것을 똑같이 의논해 가지고 적어도 甲하고 乙하고 의논했다 할지라도 甲하고 乙이 같이 가서 실행을 안 하더라도 甲이 저러한 죄를 범하고 있는 것을 乙이 인식하고 있어

5) 신동운, 형법총론(제2판), 2006, 568면 주 1) 참조.

6) 이 요강에서 공범에 대해서는 “제4절 공범에는 공동정범, 교사범, 방조범, 단체주의적 처벌을 받을 특수공범, 개인주의적 처벌을 받을 특수공범”으로 되어 있다. 조선법제편찬위원회기초요강(二), 법정 제3권 제7호(1948. 7), 45면.

7) 의용형법을 말한다.

8) 엄상섭, “형법요강해설(一)”, 법정 제3권 제9호(1948. 9), 19면; 신동운·허일태 편저, 효당 엄상섭 형법논집, 2003, 51면.

9) “법전편찬위원회형법초안(一)”, 법정 제5권 제4호(1950. 4), 37면.

10) 서일교 편, “형법초안이유설명서”, 신형법(부참고자료), 1953. 77-78면과 제16회 국회입시회의속기록 제10호(1953. 6. 26), 10면 엄상섭 의원 발언부분 참조.

11) “형법초안(一)”, 법정 제6권 제9호(1951. 9), 30면.

12) 법전편찬위원회에서 작성한 형법초안이 정부초안으로서 국회에 제출되었고, 이것을 국회 법제사법위원회에서 검토하여 작성한 형법수정안이 국회본회의에서 거의 전부가 채택 통과되었다. 서일교 편, “편자의 말”, 주 10)의 책 참조.

13) 제2대 국회 제16회 국회입시회의속기록 제10호(1953. 6. 26), 10면 엄상섭 의원 발언부분 참조.

야 될 것이나 그만한 정도가 되어야 소위 공동정범으로 처벌하는 것”이라고 말한다. 이상의 내용을 종합하면, 우리 입법자는 의용형범 하에서 논의되던 공모공동정범을 엄두에 두고 “2인 이상이 공동하여 「죄를 범한」 때” 공동정범이 된다고 규정한 것으로 이해된다.

2. 형법 제331조 제2항, 제334조 제2항, 제146조의 입법의도

연혁적으로 합동범 규정은 독일형법의 *Bandendiebstahl*에서 오는 것으로 구(舊)형법¹⁴⁾시대에 도범방지법¹⁵⁾에 들어와 있다가 일본개정형법가안 제421조 제2항과 제424조의 영향 하에 현행법에 채택된 것으로 이해된다.¹⁶⁾ 이러한 입법연혁을 직접 확인할 수 있는 문헌은 현재 보이지 않는다. 그러나 조선법제편찬위원회 형법요강에서 도범방지법의 조문을 정비해서 형법에 규정하고 이 법률은 폐지할 예정이었음을 알 수 있고,¹⁷⁾ 제정형법이 일본개정형법가안의 영향을 많이 받았다는 점을 고려하면,¹⁸⁾ 이러한 추론은 적절하다고 생각된다. 또한 국회임시회의속기록에 등장하는 “여러 사람이 合同으로 하는 竊盜라고 하는 것이 좀 形狀이 可憎하다 甚酷한 形態이기 때문에 이것을 刑罰을 加重한 것”,¹⁹⁾ “兇器를 들고 밤중에

14) 이하에서는 “의용형범”으로 표시한다.

15) 도범 등의 방지 및 처분에 관한 법률(昭和五年五月二十二日法律第九号). 이 법률 제2조 제2호는 상습으로 “2인 이상 현장에서 공동하여”(제2호) 절도, 강도 등의 죄를 범한 경우에 형벌을 가중한다.

16) 유기천, 형법각론[각론강의 상](전정신판), 1995, 215면.

17) 조선법제편찬위원회기초요강(二), 46면; 효당 엄상섭 형법논집, 218면. 엄상섭 의원은 이것을 “당연한 일일 것”이라고 한다(“형법요강해설(二·完)”, 법정 제3권 제10호(1948. 10), 14면; 효당 엄상섭 형법논집, 65면). 한편 이호중 교수는 이 때문에 유기천 교수의 역사적 해석이 상당한 근거를 가지고 있다고 본다(“합동절도의 공동정범”, 형사판례연구(7), 2000, 136면).

18) 일본개정형법가안에서 관련규정의 내용은 다음과 같다.

제217조 “수용설비 또는 계구를 손괴하거나 폭행 또는 협박을 하거나 2인 이상 통모하여 전조 제1항의 죄를 범한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.”

제421조 제2항 “흉기 기타 위험한 기구를 휴대하거나 2인 이상 통모하여 절도를 한 자도 전항과 같다.”

제424조 제2항 “흉기 기타 위험한 기구를 휴대하거나 2인 이상 통모하여 강도를 한 자도 전항과 같다.”

19) 제16회 국회임시회의속기록 제19호(1953. 7. 8), 4면, 윤길중 법제사법위원장 발언부분.

二人 以上이 侵入한다 이런 것은 더욱 情狀이 무겁다”²⁰⁾라는 표현들을 보더라도, “2인 이상이 합동하여”라는 문언은 (전자의 표현을 볼 때) 불법이 가중된 형태로서 (후자의 표현을 볼 때) 행위자들의 실행행위를 필요로 한다는 의미임을 알 수 있다. 따라서 “2인 이상이 합동하여”는 “2인 이상이 현장에서 공동하여”의 의미로 입법된 것으로 이해할 수 있다.

다만 합동도주죄는 도범방지법에는 그 규정이 없었지만 이미 의용형법 제98조에서 “2인 이상 통모하여 도주한 때”를 규정하고 있었고, 일본개정 형법가안에서도 “2인 이상 통모하여” 도주, 절도, 강도를 한 경우를 규정하고 있었기 때문에, 2인 이상이 통모한 경우가 합동범으로 규정되면서 여기에 포함된 것으로 봄이 타당하다고 생각된다.

한편 합동절도죄 규정이 독일형법의 집단절도죄 규정에 그 연원을 가진다고 하더라도, 양 규정 사이의 차이점으로 인해서 이 규정들을 동일하게 해석할 수는 없다.²¹⁾

3. 결 어

형법 제30조가 공모공동정범을 엄두에 둔 규정이라고 하더라도, 형법 제30조의 문언 자체가 공모공동정범을 반드시 인정해야 한다는 구속을 내포하고 있지는 않기 때문에, 공모공동정범²²⁾을 부정할 수 있는 여지는 남아 있다.²³⁾ 행위지배를 하지 않는 단순공모자를 공동정범으로 관념하는 것은 부당하다. 따라서 형법 제30조는 “2인 이상이 공동하여” “죄를 범”하는 경우에는 반드시 실행행위를 분담하지 않아도 공동정범이 될 수 있다는 의미로 새겨야 할 것이다. 여기에 대해서 합동범은 “2인 이상이 합동하여” “죄를 범”²⁴⁾하는 경우이다. “2인 이상”이 “죄를 범”한다는 점에서는 공동정

20) 제16회 국회임시회의속기록 제19호(1953. 7. 8), 4-5면, 윤길중 법제사법위원장 발언부분.

21) 여기에 대해서는 「IV. 4. 결어」 참조.

22) 이때의 공모공동정범은 기능적 행위지배를 하지 않는 단순공모자를 공동정범으로 인정하는 경우를 말한다.

23) 신동운, 주 5)의 책, 568면은 우리 형법 제30조가 채택한 조문형식이 정면으로 공모공동정범을 인정하기 위한 것이라고 볼 수 없고, 어디까지나 해석론의 여지를 남겨놓기 위한 조문변화일 뿐이라고 말한다.

24) 합동절도죄는 “죄를 범”한다는 표현 대신 “타인의 재물을 절취”한다는 표현을 사용하고 있지만, 다른 합동범 규정들과 달리 해석할 이유는 없다고 본다.

범과 동일하지만 “공동”하는가 “합동”하는가의 차이가 있을 뿐이다. 여기에서 합동범은 공동정범의 성립요건이 기본적으로 전제된다고 할 수 있다. 또한 일본개정형법가안상의 “통모하여”와 도범방지법상의 “현장에서 공동하여”가 “합동하여”라는 문언의 형성에 영향을 끼쳤음을 알 수 있었다. 따라서 연혁적인 측면에서 보면 절도, 강도, 도주를 공모한 자들 중에서 현장에서 공동하여 이들 범죄를 범한 자가 합동범이 된다고 추론할 수 있다.

Ⅲ. 합동범의 본질

“합동”의 의미에 대해서, 이것을 “공동”과 동일하게 보는 견해와 입법연혁을 고려하여 “공동”보다는 좁은 의미로 보는 견해가 대립하고 있다. 확장적 정범개념설과 가중적 공동정범설이 전자에 해당하고, 현장설과 현장적 공동정범설이 후자에 해당한다.

1. 학 설

가. 확장적 정범개념설²⁵⁾

이 학설은 합동범을 형법 제30조의 공동정범과 공모공동정범의 개념을 포함하는 확장적 정범개념으로 본다.²⁶⁾ 합동범을 확장적 정범으로 취급해야만 집단범죄 막후의 거물이나 모의에만 참가하고 실행에 나오지 않았던 자를 합동범으로 처벌할 수 있다고 한다.²⁷⁾ 이 학설은 공모공동정범을 공모자중 중요한 역할을 한 자 내지는 행위지배·이용지배가 있는 자로 이해

25) 이 학설에 대해서 보통 “공모공동정범설”이라는 명칭을 붙이지만, 이 학설은 공모공동정범도 합동범의 개념에 포함된다는 의미이지 합동범 자체가 공모공동정범이라고 하는 것이 아니므로 이러한 명칭은 적절하지 못하고, 이 학설의 주장자가 스스로 붙인 명칭인 “확장적 정범개념설”로 표시함이 옳을 것으로 생각한다. 그러나 엄밀한 의미에서는 이러한 명칭도 적합하지는 않다. 이 학설은 구성요건적 결과발생에 조건을 설정한 모 든 자를 합동범이라고 하지는 않기 때문이다.

26) 김중수, 공모공동정범의 이론 -합동범과 관련하여-, 1973, 196면.

27) 앞의 책, 198면.

하고, 합동범에 포함되는 것도 이러한 의미의 공모공동정범이라고 한다.²⁸⁾

그러나 확장적 정범개념설은 공모자 중 중요한 역할을 한 자 내지는 행위지배·이용지배가 있는 자를 공모공동정범으로 인정하고 이러한 공모공동정범은 형법 제30조에 포함된다고 보면서,²⁹⁾ 합동범을 공모공동정범을 포함하는 개념으로 보기 때문에, 사실상 “공동”과 “합동”을 동일한 개념으로 이해하고 있다.³⁰⁾ 따라서 이 학설에 대해서 형법상 구별되어 사용되는 “공동”과 “합동”을 동일하게 취급한다는 비판을 기본적으로 가할 수 있다.

나. 가중적 공동정범설

이 학설은 합동범은 그 본질에 있어서는 공동정범이지만 집단범죄에 대한 대책상 특별히 그 형을 가중한 것이며,³¹⁾ 이러한 가중적 공동정범을 총칙상의 공동정범과 구별하는 의미에서 “공동” 대신에 “합동”이라는 말을 사용한 것으로 해석한다.³²⁾ 이 학설은 내부적으로 목적적 행위지배설의 입장에서 공모한 후에 공모자 중 일부에게 실행을 하게 하는 것도 넓은 의미에서는 공동실행의 사실이 있었다고 보고 현장에서 공동하는 경우뿐만 아니라 비록 현장에서 공동하지는 않았을지라도 그 공동실행의 사실이 공동정범이 될 정도에 이르면 합동범이 될 수 있다고 보는 견해³³⁾와 2인 이상이 공동실행의 의사로써 공동하여 실행행위를 행한다는 의미로 공동정범을 파악함으로써 실제상으로는 현장설과 큰 차이가 없는 견해³⁴⁾로 나뉜다.

가중적 공동정범설에 대해서는 첫째, 합동과 공동은 개념상 구별되어야 함에도 불구하고 “2인 이상이 합동하여”를 “2인 이상이 공동하여”와 같은 의미로 해석할 근거를 찾아볼 수 없고,³⁵⁾ 둘째, 가중적 공동정범에

28) 앞의 책, 198-199면.

29) 앞의 책, 94-103면.

30) 이 학설은 기존에는 형법 제30조에 공모공동정범은 포함되지 않지만 합동범에는 포함된다고 보아서(김종수, “신형법상의 공모공동정범의 이론”, 법정 제10권 제79호(1955. 11), 12면) “합동”을 “공동”보다 넓은 개념으로 파악하였다.

31) 김종원, 형법각론(상권), 1965, 194면; 황산덕, 형법각론(제6정판), 1986, 287면.

32) 김종원, 앞의 책, 194면.

33) 황산덕, 주 31)의 책, 287면.

34) 김종원, 주 31)의 책, 194면 주 5).

35) 이재상, 형법각론(제5판), 2004, §16 82.

관한 규정인 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제2조 제2항이 “2인 이상이 공동하여”라고 규정하고 있으며,³⁶⁾ 셋째, 합동범의 구조적 특성이나 불법의 실체를 밝히지 아니한 채 단순히 집단범죄의 위험에 대처한다는 형사정책적 필요성만을 내세워서 형을 가중하는 것은 책임주의에 저촉된다³⁷⁾는 비판을 가할 수 있다.

다. 현장설

이 학설은 연혁적으로 제331조 제2항 및 제334조 제2항의 “합동”에 관한 규정은 형법부칙 제10조 제10호에 의하여 폐지된 「도범 등의 방지 및 처분에 관한 법률」의 제2조 제2호 “2인 이상 현장에서 공동하여 범한 때”를 “2인 이상 합동하여”라고 규정하여 채입(採入)한 것이므로 합동범은 “2인 이상 현장에서 공동하여 범한 자”로 해석해야 하고,³⁸⁾ 형법이 합동범을 무겁게 벌하는 것은 시간적·장소적 협동에 의하여 다수인이 동시에 죄를 범할 때에는 구체적 위험성이 증가한다는 데 그 이유가 있다고 한다.³⁹⁾ 따라서 합동이란 공동보다는 좁은 개념으로서 시간적·장소적 협동을 의미한다고 해석한다.⁴⁰⁾

현장설은 현행법이 도주죄에도 합동범을 인정하고 있어 과연 입법자가 폐지된 도범방지법의 문언을 그대로 채택했는지 의문이고, 또한 합동범규율의 범위를 극도로 제한시키는 결과가 되어, 예컨대 합동하지 아니하였지만 기능적 범행지배를 한 어느 특수절도의 수괴, 배후거물 등이 위범가중된 특수절도의 공동정범으로 처벌받지 아니하고 도리어 교사 또는 방조 내지 단순절도죄의 공동정범으로 처벌받을 수밖에 없다는 부당한 결과에

36) 앞의 책, §16 82.

37) 신동운, 주 5)의 책, 705면.

38) 서일교, 형법각론, 1978, 147-148면.

39) 이재상, 주 35)의 책, §16 83.

40) 강동범, “합동범의 공동정범”, 형사법연구 제13호(2000), 86면; 김성돈, 형법총론, 2006, 715면; 배종대, 형법각론(제4판), 2001, 359면; 손동권, 형법각론(제2개정판), 2006, 302-303면; 오영근, 형법각론, 2005, §17 73; 유기천, 주 16)의 책, 215면; 이재상, 주 35)의 책, §16 83; 이형국, 형법각론, 2007, 340면; 이호중, 주 17)의 글, 138-139면; 임웅, 형법각론, 2002, 285-286면; 정성근/박광민, 형법각론(제2판), 2006, 310-311면; 정영일, “합동범에 관한 판례연구”, 형사판례연구(7), 2000, 118-120면; 하태훈, 주 3)의 글, 96면.

이른다는 비판⁴¹⁾을 받는다.

라. 현장적 공동정범설

이 학설은 “합동”의 개념을 가중적 공동정범설과 현장설의 중간에서 파악하고자 한다. 그리하여 합동범은 주관적 요건으로 공모 외에 객관적 요건으로 현장에서의 실행행위의 분담이 요구되지만, 실행행위의 분담은 반드시 동시에 동일한 장소에서 이루어져야 하는 것은 아니고, 시간적 · 장소적 협동관계에 있으면 족하다고 한다. 그리고 합동범은 공동정범의 하나이므로 현장성을 갖춘다 해도 공범과 정범의 일반적 기준에 따라 정범표지를 갖춘 자만이 합동범으로 취급될 수 있다고 한다. 또한 원칙적으로 현장 밖의 공모자는 합동범의 공동정범이 될 수 없지만, 배후거물이나 두목으로서 전체범행을 주도적으로 지휘 · 지배하거나, 기능적 역할분담을 통해 범익침해의 현실적 위험성 증대에 본질적인 기여를 행한 사람은 예외적으로 공동정범이 될 수 있다고 한다.⁴²⁾

현장적 공동정범설은 “현장성”의 표지를 출발점으로 삼으면서도 이 표지를 수시로 포기하고 있으며, 합동범은 일반적인 공동정범에 대해 현장성이라는 특수표지가 추가되어 예외적으로 가중처벌되는 것인데 이러한 합동범의 성립범위를 기능적 행위지배라는 표지를 통하여 조절하려는 것은 기능적 행위지배를 이중으로 평가하는 것이라는 비판⁴³⁾을 받는다.

2. 판례

대법원은 한때 “반드시 범인이 동일한 장소에서 공동으로 범죄를 수행한 경우에 한하여 합동이라 할 수 있다는 논지는 독단적 견해에 불과”⁴⁴⁾하다거나 “무릇 2인 이상의 자가 범죄의 실행을 통모하고 각기 소임을 수행함으로써 소기의 성과를 완성하였을 때에는 설령 직접 실행행위를 분담

41) 김일수/서보학, 새로쓴 형법총론(제9판), 2002, 617면.

42) 김일수/서보학, 새로쓴 형법각론(제7판), 2007, 311면.

43) 신동운, 주 5)의 책, 707면.

44) 대법원 1956. 5. 1. 선고 4289형상35 판결(유기천, 주 16)의 책, 216면 주 1481)).

한 자가 아닐지라도 정범의 죄책을 면할 수 없다”⁴⁵⁾고 하여 합동범의 성립에 현장성을 요건으로 하지 않았던 적도 있었다.⁴⁶⁾ 그러나 “합동절도의 경우에는 주관적 요건으로서의 공모 외에 객관적 요건으로서의 실행행위의 분담이 있어야 할 것이고, 그 실행행위에 있어서는 시간적으로나 장소적으로 합동관계가 있다고 볼 수 있는 것이라야 할 것”⁴⁷⁾이라고 한 이후 현재까지 현장설을 유지하고 있다.⁴⁸⁾

3. 결 어

다음과 같은 이유에서 “합동”은 “공동”보다 좁은 개념으로 보는 것이 타당하다고 생각한다.

첫째, 형법상 “공동”과 “합동”은 구별되는 개념이고, 2인 이상이 공동하여 폭행죄 등을 범한 때에 형벌을 가중하는 규정인 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제2조 제2항이 “공동”이라는 표현을 사용하고 있다. 형의 가중만을 의미하려면 이 경우와 같이 “공동”이라는 용어를 답습할 수 있다.⁴⁹⁾ 이러한 의미에서 가중적 공동정범설은 타당하지 않다.

둘째, 연혁적으로 합동범은 도범방지법과 일본개정형법가안의 영향을 받은 것으로 보이기 때문에, 절도, 강도, 도주를 공모한 자들 중에서 현장에서 공동하여 이들 범죄를 범한 자가 합동범이 된다고 추론할 수 있다.⁵⁰⁾

셋째, “2인 이상 통모하여”를 공모공동정범을 포함하는 의미로 보면

45) 대법원 1960. 6. 15. 선고 4293형상60 판결(김종원, 주 31)의 책, 194면 주 6)).

46) 그러나 이 판결들은 합동범의 공동정범의 성립을 인정한 대법원 1998. 5. 21. 선고 98도321 전원합의체판결에서 참조판례로 인용되었다는 점에서 합동범의 공동정범의 성립을 인정한 판결들로 이해할 여지도 있다.

47) 대법원 1969. 7. 22. 선고 67도1117 판결.

48) 그리고 “합동관계” 대신 “협동관계”라는 표현을 사용한다. 대법원 1976. 7. 27. 선고 75도2720 판결; 대법원 1988. 9. 13. 선고 88도1197 판결; 대법원 1989. 3. 14. 선고 88도837 판결; 대법원 1998. 5. 21. 선고 98도321 전원합의체판결.

한편 판례(대법원 1981. 9. 8. 선고 81도2159 판결; 대법원 1985. 3. 26. 선고 84도2956 판결)는 제334조 제2항에 규정된 합동범은 주관적 요건으로서 공모가 있어야 하고 객관적 요건으로서 현장에서의 실행행위의 분담이라는 협동관계가 있어야 한다고 하는데 역시 같은 의미라고 하겠다.

49) 김중수, 주 26)의 책, 199면.

50) 「Ⅱ. 2. 형법 제331조 제2항, 제334조 제2항, 제146조의 입법의도」 참조.

적극적으로 공모공동정범을 포함한다는 취지에서 “공동” 대신 “합동”이라는 표현을 사용한 것으로 볼 여지가 있다.⁵¹⁾ 역으로 공모공동정범을 배제한다는 취지에서 “통모”나 “공동”이라는 표현 대신 “합동”이라는 표현을 사용했다고 보는 것도 가능하다. 형법 제30조에서 “죄를 범한”으로 규정한 것은 공모공동정범을 고려했기 때문으로 보이고,⁵²⁾ 합동범 규정에도 이러한 문언이 들어가 있다는 점에서 일단 직접적으로 실행행위를 분담하지 않은 경우에도 합동범이 성립한다고 해석할 여지가 있다. 그러나 이렇게 되면 굳이 “합동”이라는 표현을 사용할 필요가 없다. 공모공동정범을 고려했다는 측면에서는 이미 처벌의 범위가 확대되어 있다. 그렇다면 이때의 “합동”은 이렇게 확대된 처벌범위를 제한하는 의미라고 보아야 총칙상의 “공동”에 대해서 각칙상의 “합동”이 가지는 개념적 의의가 부각될 수 있다. 이런 의미에서 “공동”과 “합동”을 사실상 동일하게 이해하는 확장적 정범개념설도 타당하지 않다.

결국 “합동하여”는 “현장에서 공동하여”로 이해하는 것이 사리에 합당하다고 보인다. 따라서 공동정범 중에서 “현장성”이라는 표지를 갖춘 자만이 합동범이 될 수 있다. 이제 논의는 현장설과 현장적 공동정범설로 모인다. 그런데 현장적 공동정범설에서는 “현장설이 현장에서 단지 방조적 기여를 한 데 불과한 사람까지도 합동범으로 보는 것과 달리, 현장에서 기능적 역할분담을 한 사람만 합동범으로 취급한다는 데 이 견해의 신중성이 있다”⁵³⁾고 하는데, 이것은 현장설은 공동정범의 정범성 표지를 갖춘 자 중에서 “현장성”이라는 추가적 표지를 갖춘 자만을 합동범으로 인정한다는 것⁵⁴⁾을 오해한 때문으로 보인다. 따라서 공동정범의 정범성 표지를 기능적 행위지배로 파악하는 오늘날의 통설과 판례에 의하면, 현장에서 기능적 행위지배를 하는 자가 합동범이 되므로, 현장에서 단지 방조적 기여를 한 데 불과한 자는 합동범의 정범에서 제외된다. 그렇다면 현장적 공동정범설은 기본적으로 현장설과 다르지 않고, 다만 기능적 행위지배를 하지만 현장에 있지 않은 자를 합동범의 공동정범으로 인정하는

51) 김종수, 주 26)의 책, 199면과 같은 면 주 334) 참조.

52) 「II. 1. 형법 제30조의 입법의도」 참조.

53) 서보학, “합동범의 공동정범”, 형사판례의 연구 I(지송 이재상교수 화갑기념논문집), 2004, 638면.

54) 김성돈, 주 40)의 책, 715면; 정영일, 주 40)의 글, 116면.

견해로 파악된다.

IV. 합동범의 공동정범 성립여부

1. 논의의 실익

확장적 정범개념설과 가중적 공동정범설은 “공동”과 “합동”의 의미를 동일하게 보기 때문에, 현장에서 공동하지 않은 자도 합동범이 될 수 있다. 이것은 합동범의 공동정범이 아니라 합동범 그 자체가 된다는 의미이다. 즉 형법 제30조가 적용되지 않는다는 것이다. 따라서 합동범의 공동정범 성립여부는 엄밀하게는 현장설을 전제로 하는 경우에 한하여 논의될 수 있는 것이다. 이러한 논의는 다음과 같은 실익이 있다.

첫째, 형법 제30조의 적용가능성을 결정한다. 합동범의 공동정범이 성립하지 않는다면, 합동범의 교사·방조범이 성립하는 경우를 제외하고는, 형법각칙과 성폭력특별법상의 규정만이 합동범 처벌의 근거규정이 된다.

둘째, 성폭력특별법 제6조의 특수강간 등 죄는 친고죄가 아니기 때문에 합동범의 공모공동정범을 인정하지 않으면, 공모만 하고 현장에 가지 않은 자는 친고죄인 강간죄 등의 공동정범이 된다. 따라서 고소가 없거나 고소가 취소될 경우에는 처벌받지 않는다.⁵⁵⁾

2. 학 설

가. 합동범의 공동정범 성립부정설

합동범의 공동정범 성립을 부정하는 견해는 다음과 같은 논거를 든다.

첫째, 법률문언상 “합동”은 “공동”과 명백히 구별되기 때문에 직접 실행행위에 가담하지 않은 자의 행위도 실행행위의 합동으로 해석하는 것은

55) 이창섭, “범행현장에 가지 아니한 자가 합동절도의 공동정범이 될 수 있는지 -합동범의 공동정범의 성립가능성-”, 법조 제47권 제10호(1998. 10), 152-153면 참조.

법률언어의 일상언어적 의미, 제30조의 공동정범 규정과의 연관관계, 합동범의 입법유래와 합동범의 불법가중의 근거 등을 고려할 때 “합동”이라는 법문언의 가능한 의미를 넘어서 유추로 볼 수 있다.⁵⁶⁾

둘째, 합동범을 필용적 공범 또는 공동정범의 특별한 형태로 보면 제30조의 규정과 공동정범에 관한 일반이론이 적용될 여지가 없다.⁵⁷⁾

셋째, 2인 이상이 집단적·조직적으로 저지르는 범죄의 주관적 및 객관적 측면에서의 위험성은 범죄현장에서 협동할 경우에 증대되는 것이기 때문에 시간적·장소적으로 합동하지 않은 공모자에게 행위불법의 가중과 이에 상응하는 책임을 지우는 것은 책임원칙에 어긋난다.⁵⁸⁾

넷째, 현장설에 의해 확보된 정범성의 표지를 현장성 이외의 다른 형태의 기능적 행위지배에 기하여 확장하는 것은 특수한 불법유형을 설정하여 제한적으로 형사처벌을 가중하려는 입법자의 의도와 배치된다.⁵⁹⁾ 즉 공동정범의 일반적 판단기준인 기능적 행위지배의 요건을 가중하기 위하여 “현장성”의 요건을 추가한 것이 합동범임에도 불구하고 다시 일반기준인 기능적 행위지배의 요건을 동원하여 공동정범을 인정하는 것은 전후모순의 흠이 있다.⁶⁰⁾

다섯째, 현장설에 기초하여 합동범의 공동정범을 부인하더라도 국외자를 합동범에 대한 교사범이나 방조범으로 처벌할 수 있으며, 실질적 주모자 등을 가중처벌하려면 합동범의 공동정범보다는 합동범의 특수교사·방조로 처벌하는 것이 보다 효율적이다.⁶¹⁾

나. 합동범의 공동정범 성립긍정설⁶²⁾

합동범의 공동정범 성립을 긍정하는 견해의 논거는 다음과 같다.

56) 하태훈, 주 3)의 글, 94면.

57) 앞의 글, 95면.

58) 앞의 글, 95면.

59) 강동범, 주 40)의 글, 92면.

60) 신동운, 주 5)의 책, 710면.

61) 앞의 책, 710면.

62) 현장설의 입장에서는 대부분 합동범의 공동정범 성립을 부정함에 대해서, 이를 긍정하는 견해로는 김성돈, 주 40)의 책, 717면; 손동권, 주 40)의 책, 303면; 이호중, 주 17)의 글, 146-149면.

첫째, 합동의 개념은 행위의 위험성을 징표하는 구성요건표지일 뿐이므로 그 해석을 현장설에 의하여 시간적·장소적 협동관계를 의미하는 것으로 하는 한 유추해석의 위험은 발생하지 않고, 이 경우 문제되는 것은 형법 제30조의 공동정범 규정을 적용할 수 있는가 하는 것뿐이다.⁶³⁾

둘째, 필요적 공범이라는 개념은 본래 그 내부자 사이에 형법총칙의 임의적 공범규정이 적용되지 않는다는 점에서 개념의 실익이 있고, 외부관계자에 대하여 전적으로 공동정범 규정의 적용을 배제한다는 의미로 이해되어야 할 이유는 전혀 없다. 그것은 개별적인 구성요건해석의 문제로 귀착된다.⁶⁴⁾

셋째, “2인 이상이 합동하여”를 행위불법을 가중하는 구성요건표지로 이해하면 이것은 제331조 제2항 전단의 “흉기의 휴대”와 같은 지위를 가지게 되어, 위험한 물건을 휴대하지 않은 자도 상대방이 위험한 물건을 휴대하고 있음을 인식하고 실행행위를 분담한 때에는 제331조 제2항 전단의 특수절도죄의 공동정범이 되듯이, 3인이 공모하고 그 중 2인이 현장에서 실행행위를 합동하였다면 2인 이상이 현장에서 합동한다는 사실을 인식한 나머지 1인도 기능적 행위지배의 여부에 따라 공동정범의 성립이 가능하다.⁶⁵⁾ 또한 집단범죄의 특성상 현장 밖에서도 역할분담을 통한 다양한 방법으로 행위불법과 위험성의 증대에 얼마든지 기여할 수 있고, 기능적 행위지배의 관점에서 현장에서의 합동범과 같은 정도의 행위기여를 하였다고 인정되는 자에게 합동범과 동등한 책임을 물리는 것은 책임원칙에 반하는 것이 아니라 오히려 책임원칙에 충실한 형벌을 부과하는 것이다.⁶⁶⁾

넷째, 범행을 먼저 제의하여 다른 사람들의 범의를 일으킨 것은 아니기 때문에 합동범의 교사범으로는 처벌될 수 없는 자가 적절한 범행대상을 선정하여 현장상황을 설명하고 중요한 범행수단을 제공하는 등으로 정범성은 갖추었으나 범행현장에는 가지 않은 경우, 합동범의 공모공동정범을 부정하면 합동범의 방조범이나 기본범죄의 공동정범으로 될 뿐이어서 부당하게 처벌이 가벼워진다.⁶⁷⁾

63) 이호중, 앞의 글, 147면.

64) 앞의 글, 148면.

65) 앞의 글, 146-147면.

66) 서보학, 주 53)의 글, 644-645면.

다섯째, 합동절도의 공동정범을 인정하면 최소한 3인 이상이 공모하고 2인 이상이 시간적·장소적으로 합동하여 실행행위를 한 경우에만 합동절도의 처벌범위가 확대되지만 이것이 입법자의 의도와 배치되는 것으로 단정할 수는 없다. 입법자의 의도로 확인할 수 있는 것은 단지 합동의 개념이 현장에서의 공동을 의미한다는 점뿐이기 때문이다.⁶⁸⁾

여섯째, 재산·재물에 대한 보호가 고도의 전자적·기술적 장치에 의해 이루어지고 있는 현대사회에서는 과거와 같이 모든 범인이 현장에 출동하는 때절도·떼강도와 같은 형태로 범죄가 행해지기보다는 오히려 현장과 현장 밖에 있는 범인들 간의 유기적이고 기능적인 역할분담을 통해 범죄가 행해질 가능성이 크다는 점에서, 기능적 행위지배의 관점을 매개로 현장범과 현장 밖의 범인 사이에 공동정범의 성립가능성을 열어 놓는 것은 형사정책적 관점에서 오히려 요청되는 바이다.⁶⁹⁾

3. 판례

대법원은 최근 합동범의 공동정범 성립을 부정했던 이전의 판례⁷⁰⁾를 변경하여 현장설을 유지하는 전제에서 합동범의 공동정범 성립을 긍정하였다.⁷¹⁾ 그 이유로서 ① 형법 제331조 제2항 후단의 규정이 위와 같이 3인 이상이 공모하고 적어도 2인 이상이 합동절도의 범행을 실행한 경우에 대하여 공동정범의 성립을 부정하는 취지라고 해석할 이유가 없고, ② 만일 공동정범의 성립가능성을 제한한다면 직접 실행행위에 참여하지 아니하면서 배후에서 합동절도의 범행을 조종하는 수괴는 그 행위의 기여도가

67) 이충상, 주 55)의 글, 176면.

68) 이호중, 주 17)의 글, 148면.

69) 서보학, 주 53)의 글, 647면.

70) 대법원 1976. 7. 27. 선고 75도2720 판결.

71) 대법원 1998. 5. 21. 선고 98도321 전원합의체 판결: 3인 이상의 범인이 합동절도의 범행을 공모한 후 적어도 2인 이상의 범인이 범행 현장에서 시간적, 장소적으로 협동관계를 이루어 절도의 실행행위를 분담하여 절도 범행을 한 경우에는 위와 같은 공동정범의 일반 이론에 비추어 그 공모에는 참여하였으나 현장에서 절도의 실행행위를 직접 분담하지 아니한 다른 범인에 대하여도 그가 현장에서 절도 범행을 실행한 위 2인 이상의 범인의 행위를 자기 의사의 수단으로 하여 합동절도의 범행을 하였다고 평가할 수 있는 정범성의 표지를 갖추고 있다고 보여지는 한 그 다른 범인에 대하여 합동절도의 공동정범의 성립을 부정할 이유가 없다고 할 것이다.

강력함에도 불구하고 공동정범으로 처벌받지 아니하는 불합리한 현상이 나타날 수 있으며, 그러므로 ③ 합동절도에서도 공동정범과 교사범·종범의 구별기준은 일반원칙에 따라야 하고, 그 결과 범행현장에 존재하지 아니한 범인도 공동정범이 될 수 있으며, 반대로 상황에 따라서는 장소적으로 협동한 범인도 방조만 한 경우에는 종범으로 처벌될 수도 있다는 것을 제시한다.

그러나 ①은 합동범 규정의 입법의도를 간과한 결과라고 보이고, 현장설의 의미를 공동정범 중에서 현장성이 인정되는 자만 합동범이 된다는 것으로 보면 ③도 타당하지 않다. 또한 해석론과 입법론은 구별해야 한다는 점에서 ②도 타당하지 않다.

4. 결 어

결론적으로 합동범의 공동정범 성립은 부정하는 것이 타당하다고 본다. 이를 긍정하는 견해에 대해서는 다음과 같은 비판을 다시 가할 수 있다.

먼저 합동범의 법적 성격에 대해서는 필요적 공범으로 보는 견해,⁷²⁾ 공동정범의 특수한 형태로 보는 견해⁷³⁾ 등이 있지만, 합동범은 구성요건이 2인 이상의 행위자를 요구한다는 점에서 필요적 공범(공동정범)이고, 현장성의 제약을 받는 공동정범이라는 점에서 공동정범의 특수한 형태라고 할 수 있다.⁷⁴⁾

필요적 공범규정은 임의적 공범규정에 대해서 특별규정이라고 할 수 있기 때문에, 형법 제30조는 여기에 적용되지 않는다고 보아야 하고, 이것을 개별적인 구성요건해석의 문제라고 하는 것은 필요적 공범이 형법총칙상의 공범에 대해서 가지는 의미를 소홀히 한 것 같은 느낌을 준다. 공동정범의 특수한 형태로 볼 때에도 마찬가지이다. 특히 이때 합동범의 공동정범 성립을 긍정하면 “공동정범의 공동정범”을 인정하는 것이 된다. 형법 제30조의 공동정범은 1인이 범할 수 있는 범죄를 2인 이상이 공동하여

72) 강동범, 주 40)의 글, 86-87면; 신동운, 주 5)의 책, 707면.

73) 서보학, 주 53)의 글, 637면; 이형국, 주 40)의 책, 340면; 정성근/박광민, 주 40)의 책, 310-311면.

74) 하태훈, 주 3)의 글, 95면 참조.

범하는 경우에 성립하는 것인데, 애초 2인 이상이 범할 수 있는 범죄에 대해서는 공동정범의 성립을 부정하는 것이 형법 제30조의 의미에 부합하는 것이라고 하지 않을 수 없다. 더욱이 독일형법 제25조 제2항처럼 “수인이(*mehrere*) 공동하여…”로 하지 않고, “2인 이상이 공동하여…”로 형법 제30조가 규정한 것은 1인이 범하는 범죄에 대해서만 형법 제30조가 적용된다는 의미로 이해할 수는 없을까? 이렇게 이해한다면, 합동범에 대해서는 형법 제30조가 적용될 여지가 없다.

다음으로 “2인 이상이 합동하여”를 “흉기의 휴대”와 대등한 지위를 가지는 구성요건표지로 보면, 2인 이상이 현장에서 합동한다는 사실을 인식하고 기능적 행위지배를 하는 나머지 공모자에게 합동범의 공동정범 성립을 인정할 수 있다는 주장은 설득력이 있다. 그러나 형법조문 전체를 볼 때에는 그렇게 해석하는 것은 적절하지 않다. 형법상 죄명에 “특수”라는 표현이 들어가는 것은 모두 기본범죄에 대해서 불법을 가중하는 요소가 추가된 것이다.⁷⁵⁾

이 중에서 합동범을 포함한 규정들에서 불법을 가중하는 요소를 보면, 특수도주죄(제146조)에서는 “수용설비 또는 기구를 손괴”하는 것, “사람에게 폭행 또는 협박”을 가하는 것, 특수절도죄(제331조 제2항)에서는 “흉기를 휴대”하는 것, 특수강도죄(제334조 제2항)에서는 “흉기를 휴대”하는 것이고, 이들 표지와 나란히 규정되어 있는 “2인 이상이 합동”하는 것도 마찬가지로 불법을 가중하는 요소라고 보아야 한다. 또한 형법 제30조와 합동범 규정은 “공동”과 “합동”의 차이밖에 없는 동일한 조문구조이다. 각칙이 총칙에 대해서 특별규정의 의미를 지닌다는 점에서 “2인 이상이 합동하여”는 “2인 이상이 공동하여”에 대한 특별규정임을 알 수 있다. 그리고 후자에 대해서 불법가중적인 요소를 포함하고 있어야 한다. 현장설에서는 그것을 “현장성”으로 이해한다. 따라서 “흉기를 휴대”하는 것과 “2인 이상이 공동하여”는 나란히 규정되어 있기는 하지만, 형법 제30조는 앞의 경우에만 적용된다고 해야 한다.

“현장성”은 행위자를 합동범으로 포섭하는 테두리로서 행위관련적 표

75) 특수교사·방조(제34조 제2항), 특수도주죄(제146조), 특수절도죄(제331조), 특수강도죄(제334조), 특수공무방해죄(제144조 제1항), 특수폭행죄(제261조), 특수체포·감금죄(제278조), 특수협박죄(제284조), 특수주거침입죄(제320조), 특수손괴죄(제369조).

지이지 신분이 아니다. 따라서 형법 제33조 본문에 의해서 합동범의 공동정범이 성립할 수도 없다.

끝으로 독일형법상 집단절도죄(*Bandendiebstahl*)⁷⁶⁾는 집단의 구성원만이 주체가 될 수 있고, 또한 1인 정범을 규정하고 있다는 점에서⁷⁷⁾ 합동범과 동일하게 볼 수는 없다.⁷⁸⁾ 그렇기 때문에 집단절도의 구성요건은 적어도 2인의 집단구성원이 장소적·시간적으로 협력하여 절도를 범할 것을 요건으로 하지 않고, 1인의 집단구성원은 정범으로서 다른 집단구성원은 어떤 방법으로든 절도에 협력하는 것으로 충분하다는 독일연방대법원의 입장⁷⁹⁾을 이해할 수 있다. 따라서 합동범 규정이 독일형법상 집단절도죄에 그 기원을 둔다고 하더라도, 시간적·장소적 협력이 없는 자에게도 합동범의 성립을 인정하는 해석론으로 이어질 수는 없다고 해야 한다.

V. 맺음말

합동범의 경우에 현장 밖에 있는 공모자가 범행에 대한 지배를 가지고 있다면 그를 현장에서 공동하여 죄를 범한 자들과 동일한 범정형으로 처벌할 형사정책적 필요성은 분명히 있다.⁸⁰⁾ 합동범의 공모공동정범 성립을 인정한 판례도 이러한 필요성에 따른 것으로 이해할 수 있다. 그리고 실행행위를 하지는 않았지만 기능적 행위지배를 한 공모자가 공모공동정범이라는 최근의 판결⁸¹⁾도 앞의 판례를, 후발적이기는 하지만, 지지한다고

76) 독일형법 제244조 (1) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 6월 이상 10년 이하의 자유형에 처한다. 2. 강도 또는 절도의 계속적 실행을 목적으로 결합된 집단의 구성원으로서 다른 집단구성원의 협력을 받아 절도한 자(*als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden hat, unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds stiehlt*)

77) 문채규, “합동범의 공동정범”, 형사법연구 제22호(2004), 27-28면.

78) 집단절도죄에 대한 상세한 고찰은 김종구, “합동범에 관한 연구 -독일형법상 집단절도죄와 비교법적 관점에서-”, 비교형사법연구 제5권 제1호(2003), 176-185면 참조.

79) BGHSt 46, 321.

80) 서보학 교수(주 53)의 글, 647면)는 “성문의 법은 고정되어 있고 범죄현상이나 사회현실은 무단히 변화하는 법현실 속에서 법문의 가능한 해석의 한계 내에서 형사정책적 필요성과 타당성을 고려하여 그 간극을 메꾸어 주는 것은 법해석자의 권한이자 임무”라고 지적한다.

할 수도 있다. 그러나 형사정책적 필요성은 형벌법규의 문언이 답을 수 있는 의미 내에서 충족되어야 하고, 그것을 넘을 때에는 입법에 의하지 않을 수 없다. 연혁적으로 보든, 형법조문의 구조로 보든 그리고 이론적으로 보든 “합동”을 “공동”보다는 좁은 개념으로 보아야 하고, 그리고 합동범은 이미 기본범죄의 공동정범을 성립을 요건으로 “현장성”이라는 추가적 표지를 필요로 하는 것이라는 점에서, 비록 기능적 행위지배를 하더라도 현장에 있지 않은 공모자에게는 합동범의 성립을 인정할 수 없다는 시각에 무게가 실리지 않을 수 없다. 결국 “현장성”이 인정되는 범위가 합동범이 성립하는 범위라고 할 수 있다. 그리하여 시간적 동시성이 있으면서 현장에서 공동하여 실행행위를 한 경우라고 평가될 수 있는 경우에는 합동범을 인정할 수 있다는 견해⁸²⁾도 있다. 현장성을 평가적으로 판단하여 현장성의 범위를 확대하자는 것이다. 이 견해에 따르면, 시간적으로 실행행위단계에서 기능적 행위지배를 하는 경우에는 “현장성”을 인정하는 결과가 된다. 그러나 “현장성”은 공간적 동시성을 도외시킬 수 없는 개념이라고 보아야 할 것이다. 따라서 반드시 범행현장은 아니더라도 그와 밀접한 장소에서 범행에 대한 지배를 가지는 행위자라면 합동범으로 인정할 수 있다고 하겠다.⁸³⁾

또한 합동범을 “현장에서의 범행실현”이라는 일종의 자수적 성질을 가진 범죄로 보는 견해⁸⁴⁾도 있지만, 합동범은 현장에서 시간적·장소적으로 협력하여 범행에 대한 기능적 행위지배를 하는 범죄이며, 현장에서 타인을 이용하여 범행을 할 수도 있다는 점에서⁸⁵⁾ 이를 자수적 성격을 가지는 범죄라고 파악하기보다는, 제331조 제1항의 특수절도죄가 성립하기 위

81) 주 2) 참조.

82) 김종구, 주 77)의 글, 189-191면. 그리고 3인이 절도의 모의를 하고 2인은 빈집에 들어가 금고를 털고, 그 집의 구조와 금고를 여는 방법에 대해 잘 아는 나머지 1인은 자신의 집에 남아, 휴대전화로 범행현장에 있는 2인에게 그 집에 대한 침입경로와 금고를 여는 방법을 계속적으로 알려주고 지시한 경우를 예로 든다.

83) 예를 들어 甲과 乙이 某편의점을 털 것을 모의했지만, 甲은 자신이 직접 편의점 안으로 들어가서 절도를 하는 것이 아니라, 마침 길을 지나던 丙에게 총을 겨누면서 乙과 함께 편의점에 들어가서 절도를 할 것을 강요하고 자신은 편의점 근처의 어느 장소에서 범행현장을 감시하고 있는 경우를 생각해 볼 수 있다.

84) 강동범, 주 40)의 글, 92면; 문채규, 주 76)의 글, 31-32면.

85) 주 83) 참조. 이때 甲은 丙을 이용하여 간접정범의 형태로 합동절도에 가담했다고 할 수 있다.

해서 필요한 요건 중 하나인 “야간”이라는 시간적 제한과 마찬가지로, “현장성”이라는 제한을 받는 범죄라고 보면 충분할 것으로 생각한다.

요컨대, “합동”의 개념은 현장설의 입장에서 파악하는 것이 적합하고, 합동범 규정은 형법 제30조에 대해서 특별규정의 성격을 가지므로 합동범에 대해서는 형법 제30조를 적용할 수 없다고 보아야 한다. 현장에 있지 않지만 행위지배를 하는 공모자는 기본범죄의 공동정범이나 합동범의 교사범·방조범이 성립할 수 있다고 보는 것이 타당하다고 생각한다.

합동범은 제정형법의 입법자들이 특히 집단범죄에 대한 대책이 필요하다고 본 범죄들에 대해서 규정한 것이지만, 형법제정 당시와는 다른 상황인 오늘날에도 이러한 결정을 그대로 유지해야 할 필연적인 이유는 없다. 현장에서 공동하는 경우에 위험성이 가중되는 것은 현재 합동범으로 규정된 범죄들에 한하는 것이 아니기 때문이다. 따라서 입법론으로는 합동범 규정에 대한 재검토와 정비가 필요하고, 해석론으로는 합동범은 공동정범에 대해서 특별한 지위에 있으므로, 합동범의 공동정범을 인정한 판례는 이를 부정했던 예전의 입장으로 돌아가는 것이 타당하다고 본다.

참고문헌

- 강동범, “합동범의 공동정범”, 형사법연구 제13호(2000)
- 김성돈, 형법총론, 2006
- 김일수/서보학, 새로쓴 형법총론(제9판), 2002
- _____, 새로쓴 형법각론(제7판), 2007
- 김종구, “합동범에 관한 연구 -독일형법상 집단절도죄와 비교법적 관점에서-”, 비교형사법연구 제5권 제1호(2003)
- 김종수, 공모공동정범의 이론 -합동범과 관련하여-, 1973
- _____, “신형법상의 공모공동정범의 이론”, 법정 제10권 제79호(1955. 11)
- 김종원, “한국형법연구 100년”, 법학교육과 법학연구: 고 정광현 박사 추모 논문집, 1995
- _____, 형법각론(상권), 1965, 194면; 황산덕, 형법각론(제6정판), 1986
- 문채규, “합동범의 공동정범”, 형사법연구 제22호(2004)

- 배종대, 형법각론(제4판), 2001
- 서보학, “합동범의 공동정범”, 형사판례의 연구 I (지송 이재상교수 화갑기념논문집), 2004
- 서일교, 형법각론, 1978
- 서일교 편, 신형법(부참고자료), 1953
- 손동권, 형법각론(제2개정판), 2006
- 신동운, 형법총론(제2판), 2006
- 신동운 · 허일태 편저, 효당 엄상섭 형법논집, 2003
- 엄상섭, “형법요강해설(一)”, 법정 제3권 제9호(1948. 9)
- _____, “형법요강해설(二 · 完)”, 법정 제3권 제10호(1948. 10)
- 오영근, “일본개정형법가안이 제정형법에 미친 영향과 현행 형법해석론의 문제점”, 형사법연구 제20호(2003)
- _____, 형법각론, 2005
- 유기친, 형법각론[각론강의 상](전정신판), 1995
- 이재상, 형법각론(제5판), 2004
- 이충상, “범행현장에 가지 아니한 자가 합동절도의 공동정범이 될 수 있는지 -합동범의 공동정범의 성립가능성-”, 법조 제47권 제10호(1998. 10)
- 이형국, 형법각론, 2007
- 이호중, “합동절도의 공동정범”, 형사판례연구(7), 2000
- 임 용, 형법각론, 2002
- 정성근/박광민, 형법각론(제2판), 2006
- 정영일, “합동범에 관한 판례연구”, 형사판례연구(7), 2000
- 제16회 국회임시회의속기록 제10호(1953. 6. 26)
- 제16회 국회임시회의속기록 제19호(1953. 7. 8),
- 조선법제편찬위원회기초요강((二), 법정 제3권 제7호(1948. 7)
- 하태훈, “기능적 행위지배와 합동범”, 고시계(1998. 9)
- “형법초안(一)”, 법정 제6권 제9호(1951. 9)

A Study on the Relationship between Combinative-Principals and Joint-Principals

Lee, Chang-Sup

(Instructor, Department of Social Science, University of Ulsan, Ph. D.
in Law)

If “two or more persons have jointly committed a crime”, they will be punished by Article 30 of the Criminal Act. But “two or more persons have collectively committed larceny, robbery or escape”, they will be punished by Articles 331(2), 334(2) or 146. “Collectively” has a narrower meaning than “jointly”. So “collectively” means “jointly in the act”.

Because of it, a conspirator who has the functional control of a crime but does not practice directly the crime can be joint-principal of Article 30, not combinative-principle of Articles 331(2), 334(2) or 146.

Consequently Article 30 cannot be applied to combinative-crimes. Supreme Court recognizes nevertheless joint-principal of combinative-crime. This decision of Supreme Court should be changed.

주제어 : 공동정범, 합동범, 현장에서 공동하여, 기능적 행위지배

Keywords : Joint-Principals, Combinative-Principals, Jointly in the act, Functional Control of Crime