

무형적 방조행위의 한계

이 승 준*

국문요약

지금까지 방조행위에 대한 판단은 학설과 판례에 맡겨져 왔다. 이는 형법이 방조범의 처벌만을 규정하고 있고, 방조행위와 그 처벌요건에 대하여 구체적으로 규정하고 있지 않기 때문이다. 여기서 무형적 방조행위에 대하여 그 가벌성에 대한 논란과 행위 태양, 인과관계의 요부에 대하여 논의가 이루어져 왔다. 방조행위는 물질적 기여행위뿐만 아니라 비유형적·정신적 기여행위도 해당된다고 볼 수 있다. 다만 비유형적·정신적 방조행위는 정범의 범죄실행의 방법에 대한 방조행위와 범죄실행의 결의에 대한 방조행위, 그리고 이 양자가 복합되어 있는 방조행위로 구분하고, 범죄실행에 대한 정보제공행위와 범죄실행에 대한 정서적 격려·안정행위, 그리고 이 양자가 결합된 행위로서 이뤄진 경우로 파악하는 것이 타당하다.

단순한 감정의 표시나 의견의 진술이 방조행위로 처벌되는 것을 방지하기 위해서는 방조행위성에 대한 검토가 있어야 하며, 실패한 방조와 미수의 방조와 달리 처벌되는 무형적 방조행위를 인정하기 위해서는 인과관계 판단이 반드시 수반되어야 한다.

大法院은 지금까지 무형적 방조행위에 대하여 대부분 방조범의 행위로 ‘정범의 범행결의가 강화’되었다는 점만 명시할 뿐 구체적으로 어떠한 유형에 해당되는지, 정범의 범죄실행에 어떠한 기여를 하였는지는 정밀하게 판단하고 있지 않다. 그리하여 정범행위로서의 방조행위에 대하여도 협의의 방조범을 인정하며, 유형적·물질적 방조행위라고 볼 수 있는 행위들도 무형적 방조행위로 판단하고 있다. 그러나 처벌되지 않는 단순한 의견의 표시나 정서의 표명으로부터 처벌되는 방조범을 구별하여 심정형법화를 방지하고, 방조범과 교사범, 나아가 정범과의 한계를 명확히 하기 위해서는 무형적 방조행위의 방조행위성과 인과관계에 대한 정밀한 규명과정을 거쳐야 한다.

* 연세대학교 법학연구소 전문연구원, 법학박사

I. 문제의 제기

방조범이란 정범의 실행행위를 도와 준 자를 의미하며, 방조행위는 일반적으로 정범의 행위를 가능하게 하거나 강화하는 것, 또는 확실하게 하는 등의 행위로 이해되고 있다. 여기서 형법 제32조는 ‘종범’이라는 표제하에 “타인의 범죄를 방조한 자는 종범으로 처벌한다.”고만 규정하고 있고, 방조행위를 구체적으로 규정하고 있지 않으므로 방조행위에 과연 어떤 행위가 포함되는지 문제되며, 이른바 ‘정신적 방조’ 역시 이러한 영역에 포함되는 부분이다.

방조행위와 관련하여 유형적이며, 물질적으로 정범의 행위에 기여한 자만이 방조범으로 처벌되고, 무형적, 정신적으로 정범의 범죄행위에 기여한 자는 방조범에서 제외되는지 여부와 정신적 방조행위 또한 처벌대상이라면 어떠한 행위까지 포섭이 되는지 그 한계가 문제되는 것이다. 이러한 문제는 정신적 방조행위의 비유형적·비물질적 특성에서 비롯된다.

나아가 이른바 정신적 방조행위가 방조범으로 처벌되는지를 판단하기 위해서는 정범의 범행결의를 강화시키거나 용이하게 한다는 ‘가능성’의 존재로는 부족하고, 방조자의 행위가 정범의 범행결의를 유지하고 강화하는데 실질적으로 기여했는지 방조행위의 인과관계가 필수적으로 요구되는지 검토되어야 한다. 방조의 미수와 미수의 방조로부터 처벌되는 정신적 방조행위를 구별하기 위해서는 방조행위의 인과관계 검토가 요구되기 때문이다.

이하에서는 이른바 정신적 방조행위의 가벌성을 살펴보고, 처벌되는 정신적 방조행위에 포섭되는 구체적 행위를 검토하여 방조행위성을 통한 정신적 방조행위의 무분별한 확장을 방지하면서 정신적 교사 및 正犯과 구별하고, 무형적, 정신적 방조행위의 처벌을 위해 요구되는 방조행위의 인과관계에 대하여 살펴봄으로써 무형적 방조행위의 한계를 명확히 하고자 한다.

II. 무형적 방조행위의 한계

1. 무형적 방조행위²⁾의 가벌성

정범의 실행행위를 도와 준 자를 방조범 또는 중범이라고 하며, 형법은 타인의 범죄를 방조한 자를 정범으로 처벌하고, 중범의 형은 정범의 형보다 감경한다고 규정하고 있다. 그런데 중범이란 정범의 범죄에 종속된다는 개념으로, 교사범과 방조범 모두 해당되는 것이므로 형법 제32조의 중범은 방조범으로 이해하는 것이 보다 적절한 해석이다. 판례는 방조범에 대해 정범이 범행을 한다는 정을 알면서도 그 실행행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 행위라고 판시하고 있다.³⁾

여기서 무형적 방조, 이른바 ‘정신적 방조’란 범죄를 실행하고자 하는 정범의 범행결의를 강화하거나 고무시킴으로써 정범의 범죄 실행을 용이하게 하는 행위라고 일반적으로 이해되고 있다.⁴⁾ 大法院도 “형법상 방조행위는 정범의 실행행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 그 방조는 유형적·물질적인 방조뿐만 아니라 정범에게 범행의 결의를 강화하도록 하는 것과 같은 무형적·정신적 방조행위까지도 이에 해당한다.”고⁵⁾ 판시하여 무형적 방조행위를 인정하고 있다.

무형적 방조범의 가벌성에 관하여 유형적, 물리적, 적극적 행위가 표면으로 드러나지 않기 때문에 방조범으로 처벌하기가 쉽지 않으므로, 그 처벌과 관련하여 논의가 제기된 바 있다. 먼저 프랑스에서는 정신적 원조행위를 처벌하고 있다. 원래 방조라는 개념은 프랑스 구형법 제60조에서 유래한 것으로, 공범의 유형으로서 제60조 제3항의 조력(Aide)과 원조(Assistance)의 개념에서 분화되어 나온 것이다.⁶⁾ 마찬가지로 정신적 원

2) 이른바 정신적 방조행위라는 용어보다는 무형적 방조행위라는 용어가 적절하다는 점에 관하여는 본고 II.무형적 방조행위의 한계 2. 무형적 방조행위의 방조행위성 (1) 방조행위의 존재 참조. 이하에서는 이른바 ‘정신적 방조행위’라는 용어대신 ‘무형적 방조행위’의 용어를 사용하기로 한다.

3) 대판 1986.12.9, 86도198.

4) 백원기, “무형적·정신적 방조행위”, 형사판례연구(8), 박영사, 2000, 83면.

5) 대판 1995.9.29, 95도456.

6) 백원기, 앞의 논문, 83면.

조행위라는 개념 역시 프랑스 형법학의 정신적 원조행위(Assistance moral) 또는 심리적 조력(Aide psychologique)의 개념에서 유래한 것이다.⁷⁾ 프랑스 형법학에서는 정범의 실행결의를 강화하거나 고무시킨 경우에 정신적 방조행위를 방조죄의 일종으로 인정하고 있다. 독일에서는 과거 Samson 등이 정신적 방조를 인정하지 않은 바 있다. 정범에 대한 심리적 방조는 정범의 범행결의를 강화하였는지 입증하기가 거의 불가능하므로, in dubio pro reo의 원칙상 기도된 방조로서 불가벌이라고 한다.⁸⁾ 또한 방조란 행위자(Täter)에게 영향을 미치는 교사와 달리, 정범의 행위(Tat)에 영향을 미치는 것인데, 심리적 방조는 행위자의 범행결의를 강화하는 것으로 교사행위라고는 볼 수 없으므로 불가벌이라는 것이다.⁹⁾ 그러나 대부분의 견해¹⁰⁾는 물론 판례¹¹⁾도 이른바 정신적 방조행위(psychische oder intellektuelle Beihilfe)의 가벌성을 인정하고 있다.¹²⁾ 미국의 경우도 물질적 방조(aiding)과 구별되는 개념으로 정신적 방조(abetting)을 인정하고 있다.¹³⁾ 여기서 정신적 방조는 격려, 고무, 조장 등의 행위를 뜻하는 것으로 이해된다.

우리나라에서는 정범의 실행행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위가 방조행위가 될 수 있으며, 따라서 유형적·물질적인 방조뿐만 아니라 정범에게 범행의 결의를 강화하도록 하는 것과 같은 무형적·정신적 방조행위까지 가벌적이라고 하는 것이 일반적이다.¹⁴⁾ 물질적 방조와 정신

7) 백원기, 앞의 논문, 83면.

8) SK/Samson, § 27 Rn. 15.; Stratenwerth, Strfrecht AT I Rn. 159.

9) Hruschka, "Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sorg. psychischer Beihilfe", JR 1983, 177면 이하.

10) Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl., §27 Rn. 4.

11) BGHSt 95, 356 등.

12) 독일형법 제27조 참조.

13) Reed/Seago, Criminal Law, Sweet & Maxwell, 1999, 126면; Smith/Hogan, Criminal Law, 5th., Butterworth, 1983, 121면.

14) 김일수/서보학, 형법총론(제11판), 박영사 2006, 648면; 박상기, 형법총론, 박영사, 2005, 면; 배종대, 형법총론(8전정판), 홍문사, 2005, 666면; 손동권, 형법총론(제2개정판), 율곡출판사, 2005, 549면; 신동운, 형법총론(제2판), 법문사, 2006, 632면; 이재상, 형법총론(제5판 보정), 박영사, 2006, 486면; 오영근, 형법총론(보정판), 박영사, 2005, 609면; 이용식, "무형적·정신적 방조행위의 인과관계", 형사판례연구(9), 박영사, 2001, 207면; 정성근/박광민, 형법총론(제3판), 삼지원, 2007, 573면.

적 방조는 동등한 가치를 지닌다는 것이다. 생각건대 무형적 방조행위도 정범의 범행결의를 강화하여 범죄실행을 용이하게 하거나 강화하는 등 범죄실행에 기여하였다면 방조범의 일반원칙으로 돌아가 방조범으로서 처벌하는 것이 타당하다고 하겠다. 유형적인 도구나 물질적인 수단의 제공만을 중범으로 처벌하는 것은 무형적이거나 정신적인 방조행위의 정범의 범행행위에 대한 기여를 지나치게 경시하는 것이다. 유의할 점은 무형적 방조행위의 가벌성을 인정하는 데에서 문제가 끝나는 것이 아니라 무형적 방조행위의 포섭한계를 명확히 하여야 한다는 것이다. 즉 정범의 범죄 실행행위로 볼 수 없는 하나의 행위에 대하여, 형법적으로 의미 없는 행위를 넘어 무형적 방조행위의 범주에 포섭시킬 것인지 여기에서 더 나아가 교사행위 내지 정범행위로 파악할 것인지에 있는 것이다.

이처럼 무형적 방조행위의 가벌성을 인정할 경우, 단순한 감정의 표시나 의견의 진술, 정범의 실행행위와 무관한 행위의 기여 등으로부터 무형적 방조행위의 포섭한계를 명확히 하여 처벌의 무분별한 확대를 막기 위해서는 무형적 방조행위의 방조행위성과 정범의 실행행위에 대한 인과관계라는 두 가지 판단기준을 활용할 수 있다.

2. 무형적 방조행위의 ‘방조행위성’

가. 방조행위의 존재

방조범의 방조행위는 일반적으로 정범의 행위를 가능하게 하거나 강화하는 것, 또는 확실하게 하는 등의 행위로 이해되고 있다. 무형적 방조행위는 전술한 대로 정범의 범죄에 대한 실행 결의를 강화하거나 고무시킴으로써 그 범죄의 실행을 용이하게 하는 행위이다. 무형적 방조행위로 처벌되기 위해서는 이러한 방조행위가 존재하여야 한다.

방조범은 정범의 범죄실행을 방조한다는 고의와 정범이 범죄를 실행한다는 것에 대한 고의를 가져야 한다. 방조에 대한 고의와 정범의 범죄 기수에 대한 고의가 있어야 하는 것이다. 이때 정범의 고의에 의한 범행실행은 기수에 이르거나, 범죄의 실행의 착수이후단계이어야 한다. 다만 무형적 방조의 경우는 실행의 착수이전 예비단계에서도 정범이 실행행위로

나아간 경우 방조범이 성립할 수 있다. 여기서 정범은 자신이 결의한 범행을 실행한다는 고의를 가지고 행위를 실행하면 족하고, 방조자의 방조행위를 인식할 필요는 없다. 편면적 방조가 가능하기 때문이다.¹⁵⁾ 이때 방조자의 고의는 미필적 고의로도 족하나, 특정한 정범의 특정한 범죄행위에 대한 구체적인 인식을 지녀야 한다. 방조자는 특정한 범죄행위를 방조한다는 인식이 있으면 족하고 범행의 일시, 장소, 방법 등의 세부적인 사항까지 알 필요는 없다. 구성요건에 해당하고 위법한 행위를 방조한다는 고의를 가지면 되는 것이다. 그러나 방조범은 정범의 범죄가 미수에 그치게 할 의사로 방조한 경우에는 성립하지 않는다. 이른바 미수의 방조는 성립되지 않는 것이다.

무형적 방조행위의 경우 방조행위를 하는 자가 자신의 행위는 정범의 범죄실행에 대한 방조행위가 아니라는 착오에 빠지기 쉽다. 유형적 수단을 제공하거나, 물질적 기여를 하는 경우에는 방조행위자가 방조행위라는 점을 쉽게 인식할 수 있으나, 언어방조를 비롯한 무형적 방조행위의 경우 그렇지 못하다. 여기서 방조범의 고의 입증문제가 쉽지 않을 수 있으나, 정범의 범죄실행에 대한 인식, 무형적 방조행위에 나아가게 된 경위, 방조행위의 정도, 방조행위자의 방조로 인한 정범의 범죄실행의 용이 및 기여도 등을 종합적으로 판단하여야 할 것이다.

무형적 방조행위는 외부적으로 드러나지 않으므로 판단하기가 용이하지 않으며, 외부적으로 드러날 경우 방조행위를 넘어 교사행위로까지 나아가더라도 그 한계가 명확하지 않다. 그러나 정신적 교사는 무형적 방조행위와 달리 범죄실행의 결의가 없는 자에게 이를 결의하도록 하는 것이다. 따라서 정신적 교사의 해당여부는 교사범 판단의 일반원칙으로 돌아가 정신적 교사행위에 의해 정범이 새로운 범죄결의를 다졌거나, 범죄실행에 나아간 경우 무형적 방조행위를 넘어선 것으로 교사범에 해당한다고 보아야 할 것이다. 한편 무형적 방조행위 내지 정신적 교사행위를 넘어 정신적 정범행위를 인정할 지가 문제된다. 정신적 방조행위나 교사행위는 결국 정범의 존재를 전제로 정범의 범행결의가 시원적으로 존재하여야 한다. 반면 정신적 정범행위는 범죄를 직접 실행하는 정범을 이용하여 정신적 정범 자신의

15) 대판 1974.5.28, 74도509.

범죄를 실현하는 경우이다.¹⁶⁾ 프랑스 형법에서 인정되고 있는 정신적 정범 개념은 집단 범죄에 있어서 배후의 조종자,¹⁷⁾ 범죄단체의 지휘와 조직을 담당한 자¹⁸⁾ 등이 여기에 해당되는데, 간접정범의 개념을 포함하고 나아가 강한 의사지배에 의한 교사범과 공동정범의 일부까지도 포괄하는 개념이라고 한다.¹⁹⁾ 그런데 이러한 범죄행위는 (특수)교사범 내지 공동정범으로 해결할 수 있으며, 나아가 이론적으로는 논란이 있기는 하나 배후정범론을 통해²⁰⁾ 간접정범으로 해결할 수 있을 것이다. 따라서 명문의 규정이 없는 상황에서 정신적 정범이라는 별도의 모호한 개념을 인정할 필요는 없어 보인다. 집단이나 조직의 명령체계의 강도, 일사분란성과 불복가능성, 불복시 제재 등을 종합적으로 고려하여 조직지배(Organisationsherrschaft)가 인정되는 경우 대부분은, 자신의 지휘·감독을 받는 자에 대한 범행 결의의 유발을 통해서 범죄가 실행되는 경우이므로 이러한 경우는 특수교사를 인정하면 족할 것이며, 여기에 미치지 못할 경우 공동정범의 해당여부를 검토하면 될 것이다. 이는 형법이 특수교사의 양형을 정범의 형보다 가중하고 있기 때문이다.

방조행위의 방법과 관련하여, 일반적으로 방조행위의 방법에는 제한이 없다고 한다. 강도범에게 흉기를 제공하는 것과 같은 물리적 방법과 절도를 결심한 정범에 대한 격려와 같은 정신적 방법도 포함된다는 것이다. 전자를 거동방조, 후자를 언어방조라고 하나,²¹⁾ 정신적 방조행위에는 거동을 통한 무언의 방법도 가능하므로 정확한 명칭은 아니라는 견해도 있다.²²⁾ 생각건대 언어방조가 비유형적·비물리적 방조행위의 전형임을 부정할 수는 없으나, 말을 통한 방조행위이외에도 포함될 수 있으므로 언어방조라는 용어는 적절하다고 보기 어렵다. 무형적 방조의 방법 및 유형에 관하여 정립된 견해는 없으나, 두 가지로 나누어 파악하는 견해가 있다.²³⁾

16) 백원기, “공모와 공동정범”, 형사판례연구 (4), 박영사, 1996, 94면 참조.

17) 프랑스 형법 제95조 제2항.

18) 프랑스 형법 제313조.

19) 백원기, 주 3)의 논문, 85면.

20) 배후정범이론을 인정하는 견해로 김일수/서보학, 앞의 책, 424면; 박상기, 앞의 책, 426면 등.

21) 김일수/서보학, 앞의 책, 647면; 손동권, 앞의 책, 549면.

22) 박상기, 앞의 책, 457면.

23) 백원기, 주 3)의 논문, 86-87면; 박상기, 앞의 책, 457면; 이용식, 앞의 논문, 208면.

즉, 정신적 방조는 범죄실행의 방법에 대한 정신적 방조행위와 범죄실행의 결의에 대한 정신적 방조행위로 이루어진다는 것이다. 前者는 다시 범죄실행의 방법에 관련된 설명행위와 범죄실행에 필요한 정보제공행위로 나뉘고, 後者는 범죄실행의 결의를 강화시키는 격려·고무행위와 범죄실행의 두려움을 제거해 주고 정신적 안정감을 주는 행위로 나뉜다고 한다. 범죄실행의 방법에 대한 정신적 방조행위는 범행결의의 인식적 측면에 작용하며, 물리적 방조의 경우와 마찬가지로 외부적인 범죄실행에 가시적인 효과가 나타나므로 입증에 어려움이 없다고 한다.²⁴⁾ 前者중에 범죄실행의 방법에 관련된 설명행위는 정범이 실행하고자 하는 범죄의 실현방법을 구체적으로 설명해 주는 방조행위로 절도의 대상이 되는 재물이 보관된 금고를 여는 방법을 알려주는 경우가 해당되며, 범죄실행에 필요한 정보제공행위는 정범이 실현하려는 범죄의 실행에 관련된 구체적인 정보를 제공해 주는 방조행위를 뜻하며, 살해의 대상이 되는 사람의 출퇴근시간이나 생활습관을 알려주는 경우가 해당된다고 한다.

다음으로 범죄실행의 결의에 대한 정신적 방조행위는 다시 범죄실행의 결의를 강화시키는 격려·고무행위와 범죄실행의 두려움을 제거해주고 정신적 안정감을 주는 행위로 구성된다고 한다. 이는 정범의 범행결의에 대해 의욕적 요소로 작용하며, 범행결의를 강화했다는 인과관련성의 증명이 필요하다고 한다.²⁵⁾ 범죄실행의 결의에 대한 방조행위는 범죄의 실행을 이미 결의하였으나, 이를 주저하고 있는 정범에 대하여 그 실행을 격려하고 고무하는 일체의 행위로 일정한 재물을 절취해 오면 장물을 처분해 주겠다고 하는 행위가 해당된다고 한다. 또한 범죄실행의 두려움을 제거해주고 정신적 안정감을 주는 행위는 범죄실행을 이미 결의하였으나 이에 대한 두려움을 가지고 있는 정범에게 정신적으로 안정감을 주어 그 범죄실행을 용이하게 만드는 일체의 행위로, 범행 후 발각되면 범행 당시의 알리바이를 증명해 주겠다고 하는 경우가 해당된다고 한다. 자신과 성관계를 맺은 애인이 낙태수술을 받는 동안 옆에 있어준 행위²⁶⁾도 여기에 해당된다고 한다.

24) 이용식, 앞의 논문, 208면.

25) 이용식, 앞의 논문, 209면.

26) Crim, 5 nov. 1941, S., 1942. 1. 89, note Bouzat.

생각건대 무형적 방조행위는 범죄실행의 방법에 대한 무형적 방조행위와 범죄실행의 결의에 대한 무형적 방조행위뿐만 아니라, 이 양자가 결합된 형태도 존재하는 것으로 파악하여야 한다. 즉 정범의 인식적 측면에 기여하는 범죄실행의 방법에 대한 무형적 방조행위와 의지적 측면에 기여하는 범죄실행의 결의에 대한 무형적 방조행위 및 이 양자가 결합된 복합적 형태로 분류하는 것이 타당해 보인다. 그리고 세부 분류에 대한 기존의 방식도 다소 의문이다. 즉 범죄실행의 방법에 대한 방조행위와 범죄실행의 결의에 대한 방조행위로 양분한 후, 다시 전자를 범죄실행의 방법에 관련된 설명행위와 범죄실행에 필요한 정보제공행위로 구분하고, 후자는 범죄실행의 결의를 강화시키는 격려·고무행위와 범죄실행의 두려움을 제거해 주고 정신적 안정감을 주는 행위로 구분하는데 이러한 구분이 과연 명확한 한계가 지워질 수 있을지 의문이다. 예컨대 절도의 대상이 되는 고가물품의 보관장소를 알려주는 행위는 범죄실행의 방법에 관련된 설명행위와 범죄실행에 필요한 정보제공행위, 양자 모두에 해당된다고 볼 여지가 있다. 또한 범행이 발각되면 알리바이를 증명해주겠다는 행위도 범죄실행의 두려움을 제거해 주고 정신적 안정감을 주는 행위이지만 이를 통해서 부차적으로 범죄실행의 결의를 강화시키는 격려행위라고 볼 여지도 있는 것이다. 따라서 이른바 정신적 방조행위는 범죄실행에 대한 정보제공행위와 범죄실행에 대한 정서적 격려·안정행위, 그리고 이 양자가 결합된 형태로 분류하는 것이 타당하다고 하겠다.

나아가 이른바 정신적 방조행위를 위와 같이 분류할 경우 ‘정신적 방조행위’라는 용어보다는 ‘무형적 방조행위’라는 용어가 보다 적절한 용어라고 할 것이다. 범죄실행의 결의에 대한 비물질적 방조행위는 ‘정신적’ 방조행위라고 볼 여지가 높으나, 범죄실행의 방법에 대한 비물질적 방조행위는 ‘정신적’ 방조행위에 해당한다고 보기 어려운 경우도 있다. 따라서 이러한 경우까지 포괄하는 관점에서 무형적 방조행위라는 용어를 사용하는 것이 바람직하다고 하겠다.

무형적 방조행위를 위와 같이 구분할 경우, 범죄실행의 결의에 대한 무형적 방조행위의 입증에 어려움이 있으며, 방조의 미수에 불과한 경우까지도 기수의 방조범으로 인정하여 혐의만으로도 범죄를 인정하는 결과가 될 수 있다. 또한 단순한 연대감의 표시나 의견의 진술이 무형적 방조

로 인정될 수 있다. 이 경우 가벌성의 무분별한 확장과 심정형법화를 초래할 수 있으므로 범죄실행의 결의에 대한 무형적 방조행위는 방조행위성을 검토하고 결과 발생에 대하여 입증할 수 있는 영향을 미쳤는가 여부를 판단하여야 한다. 여기서 정신적 방조는 방조범이 정범에게 범행도구를 제공하였으나 정범이 그 범행도구를 사용하지 않은 경우처럼 물질적 방조가 실패로 돌아갈 때 인정되는 경우가 많다는 견해²⁷⁾는 일면 타당성이 있으나, 유형적 방조행위가 실패로 돌아갔다고 하여 충분조건으로서 무형적 방조행위가 인정되는 것은 아니며, 무형적 방조행위성과 인과관계의 판단을 거쳐야만 한다.

이러한 방조행위의 시기에는 제한이 없다. 정범의 실행착수 전·후를 불문한다는 것이 일반적이다. 그러나 무형적 방조범의 경우 물질적·유형적 방조행위가 존재하지 않으므로 방조행위의 시기에 대한 제약이 따른다. 대부분의 견해는 무형적 방조행위의 특성을 고려하지 않고 포괄적으로 논의하고 있는데, 정범의 범죄 속성에 따라 무형적 방조행위의 성립여부를 검토하여야 한다. 이에 대해 상태범의 경우 기수이후에는 방조범이 성립할 수 없으나, 계속범의 경우 종료이전까지는 방조범이 성립할 수 있다는 견해²⁸⁾와 정범의 범죄행위가 종료된 후라 할지라도 결과발생이전 단계까지는 방조범이 성립한다는 견해²⁹⁾ 정범의 범죄행위가 종료되기 전까지는 방조범이 성립한다는 견해³⁰⁾ 등이 주장되고 있다. 생각건대 무형적 방조행위는 방조행위의 비유형적·비물질적 특성으로 인하여 정범의 범행단계별로 방조범 성립여부를 판단하여야 한다. 먼저 정범이 실행에 착수하기 전 예비행위를 방조한 경우 정범이 실행의 착수에 나아가는 경우 무형적 방조범이 성립한다. 무형적 방조범의 경우 정범의 실행의 착수 이전에 행하여지는 경우가 대부분이다. 다음으로 실행의 착수이후 기수이전까지의 단계에서는 무형적 방조범이 인정된다. 다음으로 정범의 범죄행위 기수이후 종료전의 경우, 기수이후 종료가 인정되는 범죄에 있어서 상태범의 경우 기수이후에는 인정되지 않는 반면 계속범의 경우 종료전까지

27) 신동운, 앞의 책, 635면.

28) 오영근, 앞의 책, 610면.

29) 김일수/서보학, 앞의 책, 648면.

30) 배종대, 앞의 책, 667면; 임 응, 앞의 책, 460면.

무형적 방조행위가 인정되고, 위험범의 경우도 기수시점 이후에도 구성요건에 해당하는 범익침해 상태가 계속되는 경우 방조행위가 인정된다고 하겠다.³¹⁾ 무형적 방조행위는 범죄실행의 방법에 대한 조력과 범죄실행의 결의에 대한 조력으로 구성되기 때문이다. 마지막으로 정범의 범죄행위가 종료된 이후에는 정범의 실행행위에 기여하는 방조행위라고 볼 수 없다. 이처럼 무형적 방조행위의 경우 이러한 방조행위의 시기에 있어 무제한성이 제한되는 것이다.

나. 무형적 방조행위의 한계기능으로서의 방조행위성

무형적 방조행위는 비물질적·비유형적 특성으로 인하여 방조범으로 처벌되는 방조행위로서의 명확한 한계를 설정하기가 용이하지 않다. 그럼에도 불구하고 공범의 일반원칙상 무형적 방조행위로 인하여 정범의 실행행위가 촉진된 경우 가벌성이 인정되므로 처벌의 한계 설정 문제는 필요적이다.

처벌되는 방조행위로서 무형적 방조행위가 되기 위해서는, 먼저 방조행위성이 인정되어야 한다. 그 이후 그러한 방조행위가 정범의 실행행위를 강화 내지 용이하게 하였는지 인과관계를 판단하여야 한다. 무형적 방조행위의 포섭범위가 넓어질 경우 단순한 감정의 표시나 의견의 진술, 일상적인 행동이 방조행위로서 처벌되는 문제점이 있다. 나아가 심정형법화의 우려도 나타나게 된다. 따라서 범죄자의 행위가 형법상 유의미한 행위로 평가되기 위해서는 사회적으로 의미있는 행위성이 인정되어야 하듯이, 무형적 방조행위도 실행행위의 개념을 차용한 방조행위성이 먼저 인정되어야 한다.

여기서 방조행위성은 정범의 범죄실행에 대한 정보제공행위와 범죄실행에 대한 직접적인 정서적 격려·안정행위, 그리고 이 양자가 결합된 행

31) 대판 1982.4.27, 82도122.

간호보조원의 무면허 진료행위가 있는 후 의사가 이를 진료부에 기재한 사안으로 “진료부는 환자진료상황을 기재하여 환자의 계속진료에 참고로 삼는 것임을 알 수 있으므로 피고인 정○○의 진료부 기재행위를 피고인 김○○의 진료종료 후의 사후행위에 불과하다고 볼 수는 없으니, 피고인 정○○의 판시 진료부 기재행위를 피고인 김○○의 무면허의료행위방조로 본 원심조치는 정당하고 논지 이유없다”고 판시하였다.

위로서 이뤄진 경우에 인정할 수 있을 것이다. 범죄실행에 유익한 정보를 제공함으로써 정범의 인식적 측면에 기여하거나, 정범의 범죄실행 결의를 더욱 강하게 조장하거나, 이미 이뤄진 결의에 대한 부담을 완화하여 의지적 측면에 기여하는 행위에 방조행위성이 인정되는 것이다. 행위개념의 한계설정기능이 형법적 고찰의 대상이 되지 않는 현상들을 형법의 고려 대상에서 제외하듯이 방조행위성 판단을 통해 형법적 고찰의 대상이 되지 않는 단순한 감정의 표시나 의견의 진술은 무형적 방조행위로부터 분리해 낼 수 있는 것이다. 처벌되는 범죄의 출발점으로서의 행위는 자유의사를 지닌 인간의 행위이다. 사람의 의사에 의하여 지배하거나 지배가능한 태도가 행위이며, 사회생활상 독립된 의미와 중요성을 가진 외부적 행태이다. 그렇다면 방조범의 단순한 의사, 의견, 감정 등이 내심적 태도로 그치는 경우에는 행위에서 제외되지만, 신체적 움직임에 의해 외부적으로 발현된 경우 행위로서 인정될 수 있다. 그러나 이러한 행위들이 정범의 범죄실행에 대한 정보를 제공하거나, 정범의 범죄실행에 대해 정서적으로 격려 또는 안정을 가져오는 것으로서의 사회생활상 의미성이 인정되지 않는다면 방조행위성은 부정되며, 처벌되는 방조행위가 성립되지 않는 것이다. 여기서 사회생활상의 의미성이란 형법규범이 보호하려는 법익과 의무에 대한 침해의 객관적 성향이 존재함을 의미한다고 볼 수 있다.³²⁾

3. 무형적 방조행위의 인과관계

가. 방조범에서의 인과관계 일반원칙

방조행위의 인과관계란 정범종속적 방조행위가 정범행위를 실현시키는 데 어느 정도 인과적이어야 하는가의 문제이다. 이러한 인과관계는 형법상 방조행위가 정범행위로서 인정되는 독립적 구성요건으로서의 방조죄에 해당되는 방조행위에 대한 것이 아니라 정범종속적 방조행위에 대하여만 논의의 대상이 된다.³³⁾ 정범행위로서의 방조행위는 독립적 구성요건 해당

32) 같은 취지로 신동운, 앞의 책, 88면.

33) 박상기, “방조행위와 인과관계”, 형사판례의 연구 I (이재상교수 화갑기념논문집), 박영사, 2003, 657면.

행위로서 방조행위 자체가 정범의 행위에 해당하는 것으로, 이때에는 일반적 정범에서 요구되는 인과법칙에 의한 구성요건 판단이 이루어져야 하는 것이다.

대법원은 방조행위에 대하여 “형법상 방조행위는 정범의 실행행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것”이라고 하여 방조행위를 매우 포괄적으로 이해하고 있다. 따라서 방조자의 방조행위가 있을 경우 방조행위의 인과관계에 대하여 상세하게 검토하지 않게 되며, 방조행위가 존재하면 정범의 범죄실행결의나 실행행위에 영향을 미치는 것에 관계없이 방조범을 인정하고 있다.³⁴⁾ 무형적 방조행위의 인과관계에 대하여도 “그 방조는 유형적·물질적인 방조뿐만 아니라 정범에게 범행의 결의를 강화하도록 하는 것과 같은 무형적·정신적 방조행위까지도 이에 해당한다”고 하여 특별히 인과관계의 유무를 검토하지 않고 있다. 그런데 인과관계에 대하여 상당인과관계설을 취하고 있는 대법원의 관점을 고려하면,³⁵⁾ 정범의 범죄행위를 방조자에게 귀속시키기 위해서는 방조행위를 통하여 정범의 실행행위가 강화 내지 용이하게 되어야 하므로, 방조행위를 통하여 구성요건적 결과발생을 개연적으로 만들어야 할 것이다. 이러한 점을 보여주는 판례로 간첩의 심부름으로 안부편지나 사진을 전달한 행위는 간첩으로서의 임무수행과 관련이 없다고 하여 방조행위로 인정하지 않았고,³⁶⁾ 간첩인줄 알면서 숙식을 제공한 경우에도 간첩의 활동을 용이하게 한 것이 아니라고 하여 방조범의 성립을 부정하였다.³⁷⁾ 그러나 방조행위는 정범의 실행행위를 전제로 하여 정범의 범죄실행 결의나 실행행위에 객관적 관련성을 지녀야 한다. 그것이 방조범의 본질에 부합하는 것이다. 더욱이 무형적 방조행위에 있어서는 인과관계의 특수성이 현저히 나타나는 영역이다.

일반적인 방조범의 방조행위의 인과관계³⁸⁾에 대하여 인과관계불요설과 인과관계필요설이 대립되고 있다. 먼저 인과관계불요설은 방조범은 자신의

34) 유사한 취지로, 이용식, 앞의 글, 228면.

35) 대판 1956.7.13, 4289 형상 129; 대판 1966.6.28, 66도758; 대판 1968.10.31, 67도1151; 1984.1.17, 83도2746; 대판 1989.9.12, 89도866; 대판 1990.5.22, 90도580 등.

36) 대판 1966.7.12, 66도470.

37) 대판 1965.8.17, 65도388; 1967.1.31, 66도1661.

38) 이에 대해 상세히 서술하고 있는 문헌으로 이용식, 앞의 논문, 215면 이하 참조.

방조행위를 통해서 구성요건에 해당되는 정범의 행위를 종료이전에 촉진시키면 족하며, 정범의 결과발생에 인과관계가 인정될 필요는 없다고 한다.³⁹⁾ 정범의 행위를 용이하게 하였다고 인정되면 족하며 정범의 실행행위에 대한 원인이 될 필요가 없으며, 이는 중범의 가벌성은 정범에서 필요로 하는 인과관계와 관련이 없기 때문이라고 한다. 방조범을 위험범으로 이해하여 방조행위에 의해 구성요건에 의해 보호되는 법익에 대한 추상적 또는 구체적, 추상적·구체적 위험을 야기하기만 하면 된다는 위험범설도 여기에 해당된다.⁴⁰⁾ 그리고 방조행위 자체가 이미 정범의 범죄실현을 돕기에 적합한 성질을 지니고 있다면 방조행위가 정범의 범죄실현에 실제로 기여하였는가를 묻지않고 바로 방조범의 성립을 긍정하는 적성범설도 불요설에 해당된다고 할 수 있다.⁴¹⁾

반면 정범과 방조범의 방조행위사이에 인과관계가 필요하다는 인과관계필요설은 기회증대설, 결과야기설 등으로 구분할 수 있다. 먼저 기회증대설은 방조범의 방조행위는 정범의 구성요건적 결과발생의 기회를 현실적으로 증대시켜야 한다고 보며, 이때 방조행위와 실행행위 사이의 인과관계는 조건설의 절대적 제약관계가 아니라 변형된 인과관계로 족하다고 한다.⁴²⁾ 즉 법적으로 허용되지 않는 결과발생의 위험을 증가시킨 행위만 귀속된다는 귀속이론의 일반원칙에 따라 정범의 구성요건적 결과발생을 가능하게 하거나 용이하게 하는 행위 또는 범죄실행에 대한 결의를 강화내지 확실하게 하는 행위가 있을 경우 방조범이 성립된다고 한다. 다음으로 결과야기설은 방조행위는 결과를 공동으로 야기하여야 하므로 방조행위와 정범의 실행행위 사이에는 인과관계가 있어야 하며, 이때 인과관계는 절대적 제약관계 정도까지는 아니며 방조행위가 정범에 의한 법익침해

39) Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 31. Aufl., Rn. 582.; 김성천/김형준, 형법총론(제3판), 동헌출판사, 2005, 612면.

40) Herzberg, "Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände", GA, 1971, 7면; Vogler, "Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe, FS-Heintz, 1972, 311면; Otto, Grundkurs Strafrecht, 6. Aufl., §22 Rn. 53.

41) 정영일, 형법총론, 박영사, 2005, 332면은 인과관계를 요구하지 않고 연관성 정도의 영향을 요구하고 있다.

42) 김일수/서보학, 앞의 책, 650면; 박상기, 앞의 책, 462면; 신동운, 앞의 책, 638면; 임웅, 앞의 책, 461면; 정성근/박광민, 앞의 책, 578면.

를 가능 또는 강화하거나 정범의 행위실행을 용이하게 한다는 의미에서 합법칙적 관련이 있으면 족하다고 한다.⁴³⁾ 객관적 귀속은 정범의 결과귀속을 위한 기준이며, 중범은 정범의 불법에 종속하여 처벌되는 것이므로 중범의 방조행위가 인과관계가 있는 때에는 위험감소의 경우에도 처벌된다는 것이다.⁴⁴⁾

생각건대 정범의 범행결의를 강화시키거나 용이하게 한다는 ‘가능성’이 존재한다는 이유만으로 중범을 인정하여서는 안된다. 형법은 교사의 미수를 처벌하고 있으나, 방조의 미수는 처벌하고 있지 않으므로 방조자의 방조행위가 정범의 범죄실행에 영향을 미쳐 범죄 실행결의를 강화하거나 범죄실행을 용이하게 한 경우에 방조범이 성립하는 것이다. 따라서 방조범의 방조행위는 정범의 범죄실행에 대해 인과적 관계가 인정되어야 한다. 인과관계가 인정되지 않는 경우까지 방조범을 인정하는 것은 공범 종속성의 원칙에 부합하지 않는다. 그런데 방조행위가 정범의 범죄실행을 촉진하는데 적합한지 여부만을 기준으로 하여 연관성 정도의 영향만을 요구하는 것은 방조범을 위험범으로 변질시킬 우려가 있으며,⁴⁵⁾ 객관적 귀속이 정범의 결과귀속을 위한 기준에 지나지 않으므로 중범의 방조행위가 정범의 범죄행위 또는 그 결과와 합법칙적 관련을 가질 경우 위험감소의 경우도 처벌된다는 결과야기설은 절도범에게 열쇠를 주었으나 문이 열려 있어 사용하지 않은 경우처럼 정범의 범죄실행에 유용하지 않으며 그의 범죄실행에 아무런 도움도 되지 않아, 결과발생을 가능하게 했거나 용이 또는 강화시켰거나 성공을 확실하게 하는 행위의 방조행위로 볼 수 없어 방조범으로 처벌할 수 없는 경우를 해결할 수 없는 문제점이 있다. 따라서 ‘촉진’이라는 모호한 개념을 원용하지 않고 방조행위에 대한 가벌성의 무분별한 확대를 막기 위해서는 위험증대를 결과와 관련하여 인과적으로 파악하여⁴⁶⁾ 방조행위의 인과관계는 정범의 구성요건적 결과발생에 대한 기회를 현실적으로 증대시켰을 경우에 인정된다고 봄이 타당하다.

43) 이재상, 앞의 책, 489면. 한편 배종대, 앞의 책, 667면은 상당인과관계를 요구하고 있다.

44) 이재상, 앞의 책, 489면.

45) 동일한 취지로, 신동운, 앞의 책, 637면.

46) LK-Roxin, §27 Rn. 3; Baunack, "Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe, 1999, 72면.

나. 무형적 방조행위의 한계로서의 인과관계

유형적이고 적극적인 방조행위가 발견되지 않는 무형적 방조행위를 정범의 범죄행위에 대한 방조행위로 인정하기 위해서도 방조행위의 인과관계가 긍정되어야 한다. 방조범의 인과관계가 특히 문제되는 것은 무형적 방조행위의 경우이다. 무형적 방조행위의 방조행위성이 인정된다고 하여 곧바로 방조범이 성립하는 것이 아니라 방조행위의 인과관계 판단을 거쳐 인과관계성이 인정될 경우 처벌되는 방조범이 되는 것이다.

무형적 방조행위는 방조행위의 비물질적·비가시적 특성으로 인하여 입증에 어려움이 있으며, 방조의 미수에 불과한 경우까지도 기수의 방조범으로 인정하여 혐의만으로도 범죄를 인정하는 결과가 될 수 있으므로, 처벌의 무분별한 확대를 방지하기 위해서는 범죄실행의 결의에 대한 무형적 방조행위가 결과 발생에 대하여 입증할 수 있는 영향을 미쳤는가 여부를 판단하여야 한다. 여기서 정범의 범행결의에 대해 의욕적 요소로 작용한 범죄실행의 결의에 대한 정신적 방조행위에 대하여만 범행결의를 강화했다는 인과관련성의 증명이 필요하다는 견해가 주장되고 있다.⁴⁷⁾ 그러나 범죄실행에 방법에 대한 정신적 방조행위 역시 인과관계의 판단이 필요하다. 방조행위자가 제공한 정보를 통해 정범의 범죄실행이 촉진되었는지 여부의 판단이 필요한 것이다.

방조행위가 방조범에게 처벌되는 행위로 귀속되기 위해서는 인과관계 판단시 요구되는 인과성의 정도가 정범의 구성요건적 결과발생에 대한 기회를 현실적으로 증대시켰을 경우에 인정된다고 하는 것이 타당함을 전술한 바와 같다. 그런데 무형적 방조범의 경우도 이처럼 방조행위가 정범의 구성요건적 결과발생을 가능하게 하거나, 용이 또는 강화하거나 범죄실행을 확실하게 하는 것으로 보는 것이 타당한지 여부가 문제된다. 정범의 실행행위와 결과사이의 인과관계가 정범의 실행행위와 방조범의 방조행위사이의 인과관계와 구별되어야 하는 것처럼,⁴⁸⁾ 유형적·물질적 방조행위와 무형적·정신적 방조행위 사이에 인과관계의 차이가 있는지 논의의 필요성이 있는 것이다. 이에 대해 대부분의 견해는 기회증대설을 지지하면

47) 이용식, 앞의 논문, 209면.

48) 박상기, 앞의 책, 462면; 정성근/박광민, 앞의 책, 578면.

서 정신적 방조행위의 인과관계도 정범의 범죄실현에 현실적으로 기여한 경우에 방조행위를 인정하는 것이 타당하다고 한다.⁴⁹⁾ 여기에 정범의 심리가 강화·촉진되었다고 하더라도 결과에 대한 인과경과와 결과 자체가 변경되지 않은 경우에도 중범이 제공한 행위의 이유가 정범행위의 이유의 하나로서 의식된 것으로 정범이 범행을 단념하는 최후의 가능성을 빼앗은 경우 심리적 인과관계가 인정된다는 견해가 있다.⁵⁰⁾ 심리적 인과관계의 경우 물리적 인과관계와 달리 가설적 조건관계가 있을지도 모른다고 말할 수 있다는 점이 결과귀책이 인정되는 근거라는 것이다.

생각건대 기회증대설은 방조범의 방조행위가 정범의 범죄실현에 현실적으로 기여하여 범행기회의 증대가 이뤄진 경우에는 인과관계를 인정하고 정범의 결과발생을 축소시키거나 위협을 감소시킨 경우에는 귀속을 부정함으로써, 엄격한 조건설의 적용으로 인해 방조범이 현저하게 축소될 위험을 방지하면서 무분별한 방조행위의 처벌 확대를 차단해 주는 장점을 지니고 있다. 여기서 무형적 방조행위의 인과관계에 대하여 기회증대설을 부정할 필요는 없어 보인다. 다만 기회증대의 기준을 보다 구체화하여야 한다. 즉 정범은 무형적 방조행위로 인하여 범죄실행에 대한 정보를 제공받거나 범죄실행에 대한 정서적 격려 및 안정을 받아 범행결의가 강화되고, 이로 인하여 범죄실행이 가능, 용이 또는 확실하게 되어야 한다. 무형적 방조행위자는 정범의 구성요건적 행위실현과 직접적인 관련성이 인정되는 행위를 하여야 하며, 이러한 행위는 정범의 범행결의를 강화하고, 정범은 강화된 범행결의에 의해 실행행위를 유지, 심화시켜야 하는 것이다. 무형적 방조행위와 정범의 실행행위 사이의 객관적 관련성은 절대적 제약관계가 아니며, 합법칙적 조건관계보다 완화된 인과관계가 인정되면 족하므로, 이는 구성요건적 결과발생을 가능, 용이, 강화, 확실하게 하면 된다. 예컨대 범죄실행을 위한 추가적인 유인의 제공, 범행성공에 대한 불확신의 제거, 범행후 장물처분 및 증거인멸의 협력 약속 등의 행위는 인과관계가 인정될 개연성이 높다고 하겠다. 여기서 정범의 범행결의가 강화될 경우 강화된 범행결의가 구성요건적 결과로 연결되어 결과의 심화를 가져오는 경우는 쉽게 인과관계가 인정될 수 있으나, 강화된 정범의 범행결의

49) 박상기, 앞의 책, 462면; 신동운, 앞의 책, 638면; 정성근/박광민, 앞의 책, 578면 등.

50) 이용식, 앞의 논문, 230-231면.

가 구성요건적 결과의 변화 내지 심화를 가져오지 못하는 경우도 있다. 이러한 경우 무형적 방조행위가 정범의 범행결의에 대한 불안을 제거하여 확신을 심어주거나, 심리적 안정감을 준 때에는 외부적 결과의 심화가 없더라도 인과관계가 인정된다. 방조행위의 인과성은 정범행위 지향적이기 때문이다.⁵¹⁾ 그러나 방조행위의 성격이 정범행위의 실현에 직접 기여할 잠재적 가능성만으로도 언제든지 현실화될 수 있으므로 방조행위가 정범의 실현에 구체적으로 기여하지 못하였다고 하더라도 방조범을 인정하는 것은⁵²⁾ 타당하지 않다. 무형적 방조행위는 정범의 범죄실행을 유지 또는 가중시켜야만 귀속되기 때문이다.

III. 판례를 통해 본 무형적 방조행위의 한계

1. 입영기피자 격려사건⁵³⁾

입영기피를 결심하여 입영일시로 지정된 시간을 지나 집을 나서면서 “당분간 피해있을 터이니 잘들 해보라”고 한 피고인에게 “잘 되겠지, 몸조심 하라”하고 악수를 하면서 격려한 행위에 대해 대법원은, “이미 스스로 입영기피를 결심하고 집을 나서는 위 공소외인에 대하여 이별을 안타까워하는 뜻에서 잘되겠지 몸조심하라 하고 악수를 나눈 등 피고인의 행위를 입영기피의 범죄의사를 강화시킨 방조행위에 해당한다고 볼 수도 없으니”라고 판시하였다. 안타까움의 표현에 지나지 않는 격려행위는 입영기피의 범죄의사를 강화시킨 방조행위에 해당하지 않는다고 본 것으로 해석할 수 있다.

본 사건에서 쟁점이 된 피고인의 격려행위는 무형적 방조행위의 방조행위성의 문제라고 할 수 있다. 전술하였듯이 방조행위성은 범죄실행에 유익한 정보를 제공함으로써 정범의 인식적 측면에 기여하거나, 정범의

51) 박상기, 앞의 논문, 660면.

52) 박상기, 앞의 책, 462면.

53) 대판 1968.4.30, 68도407.

범죄실행 결의를 더욱 강하게 조장하거나, 이미 이뤄진 결의에 대한 부담을 완화하여 의지적 측면에 기여하는 행위가 있어야 인정된다. 신체적 움직임에 의해 외부적으로 발현된 경우 행위로서 정범의 범죄실행에 대한 정보를 제공하거나, 정범의 범죄실행에 대해 정서적으로 격려 또는 안정을 가져오는 것으로 사회생활상 의미성이 인정되어야 하는 것이다. 그런데 입영기피자에게 “잘 되겠지, 몸조심 하라”고 말한 것만으로는 구체적인 도피장소와 도피방법 등의 정보를 제공한 것으로 볼 수도 없으며, 그의 범행결의를 강화 내지 확실히 하였다고 보기도 어려워, 단순한 감정의 표시를 넘어서는 사회생활상의 의미성이 인정되지 않아 방조행위성을 인정하기 어렵다. 본 판례는 방조행위로 인정하지 않은 결론은 타당하나, 방조행위성과 인과관계의 구분 및 방조행위성의 인정여부에 대한 설시가 없다는 점은 보완되어야 할 부분이라고 하겠다.

2. 유서대필 사건⁵⁴⁾

분신자살을 하겠다는 생각을 갖고 있는 사람에 대하여 그 실행을 용이하게 도와주겠다는 의도로 유서 2장을 작성하여 준 사안에서, 대법원은 “자살방조죄는 자살하려는 사람의 자살행위를 도와주어 용이하게 실행하도록 함으로써 성립되는 것으로서, 그 방법에는 자살도구인 총, 칼등을 빌려주거나 독약을 만들어 주거나, 조인 또는 격려를 한다거나 기타 적극적, 소극적, 물질적, 정신적 방법이 모두 포함되는바, 이 사건 자살방조죄에 관한 공소사실은, 피고인은 김○○이 공소장에 기재된 상황에서 분신자살을 하겠다는 생각을 갖고 있음을 알고 그 실행을 용이하게 도와주겠다는 의도로 1991. 4. 27.경부터 같은 해 5. 8.까지의 어느 날에 서울 어느 곳에서 리포트 용지에 검은 색 사인펜으로 공소장에 기재된 내용의 유서 2장을 작성하여 줌으로써 그 유서내용에 의하여 위 김○○에게 그의 분신자살이 조국과 민족을 위한 행위로 미화될 것이며 사후의 장례의식을 포함한 모든 문제도 서○○, 김○○ 등 전국민족민주운동연합(약칭전민련)에서 책임진다는 것을 암시하는 방법으로 분신자살의 실행을 용이하게 도와주

54) 대판 1992.7.24, 92도1148.

어 김○○의 자살을 방조하였다는 내용이므로, 이는 결국 적극적, 정신적 방법으로 자살하려는 사람에게 자살의 동인과 명분을 주어 자살을 용이하게 실행하도록 하였다는 것으로서 자살방조죄에 해당”한다고 판시하였다.

본 판결에서 대법원은 유서를 대필한 행위로 인하여 결과적으로 유서 내용에 의하여 암시하는 방법으로 분신자살의 실행을 용이하게 도와준 것으로서 자살방조행위에 해당됨을 인정하였다. ‘정신적 방법으로 자살하려는 사람에게 자살의 동인과 명분을 주어 자살을 용이하게 실행’하도록 하였다는 것이다. 그러나 자살방조죄는 정범종속적 방조행위가 아니라 독립된 구성요건으로 방조행위의 인과관계가 논의영역에서 탈락되는 것이다. 만일 자살방조가 정범종속적 방조행위에 속한다면 유서의 대필행위는 피고인의 신체적 움직임으로 외계의 변화를 일으킨 유형적 방조행위로 볼 수 있으며, 이 경우 유형적 방조행위인 유서 대필행위에 대한 인과관계 판단이 선행되어야 하며, 여기에 인과관계가 인정되지 않을 경우 무형적 방조행위로서의 인과관계에 대한 판단이 이루어져야 한다. 그러나 본 판례는 정범종속적 방조행위와 정범으로서의 방조행위에 착오를 일으킴으로서 방조행위의 인과관계 검토과정의 첫단계부터 오류를 범하였다는 비판을 면키 어렵다.

3. 증권회사직원의 부정인출된 주식의 관리 및 운용사건⁵⁵⁾

타인의 주식을 부정인출해오면 관리하여 주겠다고 증권회사 직원들의 행위에 대해, 대법원은 “형법상 방조행위는 정범의 실행행위를 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 그 방조는 유형적, 물질적인 방조뿐만 아니라 정범에게 범행의 결의를 강화하도록 하는 것과 같은 무형적, 정신적 방조행위까지도 이에 해당한다고 할 것이다. 따라서 이 사건 주식의 입·출고 절차 등 주식의 관리에 관한 일체의 절차를 정확하게 알고 있는 증권회사의 중견직원인 피고인들이 제1심 공동피고인에게 피해자의 주식을 인출하여 오면 관리하여 주겠다고 하고, 나아가서 부정한 방법으로 인출해 온 주식을 피고인들이 관리하는 증권계좌에 입고하여

55) 대판 1995.9.29, 95도456.

관리운용하여 주었다면, 이러한 피고인들의 행위는 정범인 위 제1심 공동 피고인의 일련의 부정한 주식 인출절차에 관련된 출고전표인 사문서의 위조, 동행사, 사기 등 상호 연관된 일련의 이 사건 범행 전부에 대하여 방조행위가 된다”고 판시하였다.

본 판결은 타인의 주식을 부당인출하여 오면 ‘관리하여 주겠다’고 말하여, 공동피고인이 타인의 주식을 부정하게 인출하고, 나아가 이 주식을 피고인들이 관리하는 증권계좌에 입고하여 관리 운용한 행위는 정범의 범죄결의를 강화하도록 한 정신적 방조행위에 해당한다고 인정한 것이다. 타인의 주식을 부당 인출해 오면 ‘관리하여 주겠다’고 말한 행위는 범죄실행의 결의에 대한 무형적 방조행위로서 방조행위성이 인정된다고 하겠다. 정범의 범죄실행에 대해 정서적으로 격려 또는 안정을 가져오는 것으로 사회생활상 의미성이 인정되기 때문이다. 그러나 이후 단계인 인과관계에 대한 언급이 없는 부분은 아쉬운 점이다. 우리 판례가 인과관계 불요설을 취하고 있는 것으로 비춰지는 부분이다. 그러나 기회증대의 기준이 구체화된 기회 증대설에 의할 경우 사안의 경우 인과관계는 인정된다고 할 수 있다. 한편 부정 인출해 온 주식을 자신들의 증권계좌에 입고하여 관리 운용한 행위는 별도로 분리하여 판단하여야 하며, 무형적 방조행위를 넘어선 유형적·물질적 방조행위라고 판단하는 것이 적절하다.

4. 인천시청 점거시위 사진촬영 사건⁵⁶⁾

덕적도 핵폐기장 설치 반대 시위의 일환으로 행하여진 대학생들의 인천시청 기습점거 시위에 대하여 전혀 모르고 있다가 시위 직전에 주동자로부터 지시를 받고 시위현장 사진촬영행위를 한 피고인에 대하여, 대법원은 “형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서, 그 방조는 유형적·물질적인 방조뿐만 아니라 정범에게 범행의 결의를 강화하도록 하는 것과 같은 무형적·정신적 방조행위까지도 이에 해당한다. ... 피고인은 총학생회 사회부장으로 일하며 시위로 구속된 전력이 있는 자로서

56) 대판 1997.1.24, 96도2427.

이 사건 당일 인천대학교 총학생회 사무실에 있다가 원심 공동피고인로부터 “대원을 데리고 인천시청사에 기습투쟁을 가고 있으니 사진촬영할 사람을 내보내라”는 말을 직접 들어 그 시위의 양상이 폭력적으로 전개될 가능성을 충분히 예측할 수 있었고, 촬영한 사진의 대다수도 사후 게시를 예상하여 촬영한 것으로서 인천시청 옥상에서 학생들이 구호를 외치는 장면이었던 점 등에서 위 원심 공동피고인들의 범행을 충분히 인식하고 있었던 것으로 보이며, ② 위 원심 공동피고인으로서의 피고인으로 하여금 자신들의 시위현장을 사진으로 찍게 하여 사후에 일반대중이 볼 수 있도록 게시한다는 생각에서 이 사건 범행을 함에 있어 정신적으로 크게 고무되고 그 범행결의도 강화한 것으로 보이며, ③ 피고인은 위 원심 공동피고인들의 범행을 돕겠다는 의도에서 이 사건 사진촬영 행위에 나아간 것으로 인정되는 점 등에 비추어 피고인의 이 사건 사진촬영행위 등은 이 사건 폭력행위, 시위, 공용물건손상 등 범행의 방조행위가 된다고 하지 않을 수 없다”고 판시였다.

본 판결에서 대법원은 방조범의 일반원칙으로서 정신적 방조행위도 방조범에 해당되며, 본 사건에서 시위관련 사진촬영행위는 정범의 범행을 돕겠다는 의도에서 행해진 것으로, 시위에 대한 포괄적이거나 개별적인 의사의 연락이나 인식이 있었다고 보이지 않아 시위행위에 대한 공동정범으로서의 범의는 부정되지만, 사진촬영으로 인하여 시위주동을 한 정범들이 정신적으로 크게 고무되고 범행결의가 강화되어 방조범으로서의 죄책은 인정된다고 하였다. 그런데 피고인의 사진촬영행위는 정범의 시위, 폭력행위, 공용물건손상 등에 대한 유형적·물질적 방조행위라고 할 수 있다. 그러나 사진촬영행위가 방조범으로 처벌되기 위해서는 정범의 실행행위에 대한 직접적인 영향을 미쳐 인과관계가 인정되어야 한다. 그런데 사진촬영행위가 공동피고인들의 시위, 폭력행위, 공용물건손상 등의 행위를 가능하게 하거나 강화하는 것이라고 보기는 어렵다. 그렇다면 사진촬영행위가 유형적 방조행위로는 인정되지 않으나, 보충적으로 무형적 방조행위로서 정범인 시위주동자들의 시위행위에 대한 의욕을 고무시키고 범행결의를 강화한 것으로 인정할 수 있다면 처벌되는 무형적 방조행위가 될 수 있을 것이다. 대법원은 “공동피고인으로서의 피고인으로 하여금 자신들의 시위현장을 사진으로 찍게 하여 사후에 일반대중이 볼 수 있도록 게시한

다는 생각에서 이 사건 범행을 함에 있어 정신적으로 크게 고무되고 그 범행결의도 강화한 것으로 보이며”라고 판시한 부분에서, 정범의 범죄사실에 대한 방조자의 인지만으로 방조범 성립을 인정하여 혐의만으로 방조행위를 인정하는 모습을 보이고 있지만,⁵⁷⁾ 한편으로는 무형적 방조행위의 인과관계에 대하여 판단하고 있는 듯한 인상을 준다. 대법원의 의도가 방조행위의 인과관계에 대한 판단이라면 적절한 태도라고 볼 수 있다.⁵⁸⁾ 무형적 방조행위의 무분별한 가벌성의 확대를 방지하기 위하여 정범의 심리에 실제적으로 영향을 미쳤는지 확인하여 인과관계의 판단을 요구한 것이다. 다만 합법칙적 관련인지 상당인과관계인지 아니면 구성요건적 결과발생에 대한 현실적 기회의 증대인지, 그 인과성의 정도에 대해 명확히 실시하지 않은 점은 아쉬운 부분이라고 하겠다.

IV. 결 론

형법은 “타인의 범죄를 방조한 자는 종범으로 처벌한다.”고만 규정하고 있고, 방조행위를 구체적으로 규정하고 있지 않다. 그러므로 방조행위 판단은 학설과 판례에 맡겨져 있으며, 방조행위는 물질적 기여행위뿐만 아니라 비유형적·정신적 기여행위도 해당된다고 보아 왔다. 그런데 비유형적·정신적 방조행위는 무형적 방조행위로서 정범의 범죄실행의 방법에 대한 방조행위와 범죄실행의 결의에 대한 방조행위, 그리고 이 양자가 복합되어 있는 방조행위로 구분하는 것이 타당하다.

무형적 방조행위는 방조행위의 비물질적 수단성으로 인하여 정범의 범죄실행 및 그 결의에 어떠한 영향을 주었는지 판단하기가 쉽지 않다. 여기에 무형적 방조행위로 의심이 가는 경우 방조행위성에 대한 검토와 방조행위의 인과관계 판단이 필수적으로 요구되는 이유가 있다. 단순한 감정의 표시나 의견의 진술이 방조행위로 처벌되는 것을 방지하기 위해서는

57) 이 점을 지적하고 있는 논문으로 박상기, 앞의 논문, 662면.

58) 이용식, 앞의 논문, 234면은 ‘무형적·정신적 방조의 가벌성에 관한 엄격한 심사라는 맥락에서 바람직한 방향’이라고 판단하고 있다.

방조행위성에 대한 검토가 있어야 하며, 실패한 방조와 미수의 방조와 달리 처벌되는 무형적 방조행위를 인정하기 위해서는 인과관계 판단이 반드시 수반되어야 한다. 여기서 방조행위성은 정범의 범죄실행에 대한 정보제공행위와 범죄실행에 대한 정서적 격려·안정행위로서 실행되었을 때 인정되며, 외계의 변화를 유발하는 신체적 움직임으로 정범의 실행행위에 대해 사회생활상 의미성이 인정되어야 하는 것이다. 이러한 방조행위성이 인정된 이후 무형적 방조행위의 인과관계에 대한 판단은 범행기회의 증대에 대한 기준이 구체화된 기회증대설에 의해 이루어져야 한다. 즉 무형적 방조행위는 정범의 구성요건적 행위실현과의 직접적 관련성이 인정되는 행위를 하여야 하며, 이러한 행위는 정범의 범행결의를 강화하고, 정범은 강화된 범행결의에 의해 실행행위를 유지, 심화시켜야 하는 것이다.

우리 판례는 무형적 방조행위에 대하여 대부분 방조범의 행위로 ‘정범의 범행결의가 강화’되었다는 점만 명시할 뿐 구체적으로 어떠한 유형에 해당되는지, 정범의 범죄실행에 어떠한 기여를 하였는지는 정밀하게 판단하고 있지 않다. 방조범의 인과관계 판단의 대상에 혼동을 일으킨 상태에서 정범의 범행결의 강화와 정범의 실행행위 용이만을 판단하고 있는 것이다. 그리하여 독립적 구성요건인 방조죄에 대하여도 방조행위로 파악하고, 유형적·물질적 방조행위라고 볼 수 있는 행위들도 무형적 방조행위로 판단하고 있다. 그러나 처벌되지 않는 단순한 의견의 표시나 정서의 표명으로부터 처벌되는 방조범을 구별하여 심정형범화를 방지하고, 방조범과 교사범, 나아가 정범과의 한계를 명확히 하기 위해서는 무형적 방조범의 방조행위성과 무형적 방조행위의 인과관계에 대한 정밀한 규명을 위해 노력하여야만 한다.

참고문헌

국내문헌

김성천/김형준, 「형법총론(제3판)」, 동현출판사, 2005.

김일수/서보학, 「형법총론(제11판)」, 박영사, 2006.

박상기, 「형법총론(제6판)」, 박영사, 2004.

배종대, 「형법총론(제6판)」, 홍문사, 2005.

손동권, 「형법총론(제2개정판)」, 율곡출판사, 2005.

신동운, 「형법총론」, 법문사, 2006.

오영근, 「형법총론(제2판)」, 박영사, 2005.

이재상, 「형법총론(제5판)」, 박영사, 2006.

이형국, 「형법총론(제3판)」, 법문사, 2004.

임 우, 「형법총론(개정판)」, 법문사, 2005.

정성근/박광민, 「형법총론」, 삼지원, 2007.

정영일, 「형법총론」, 박영사, 2005.

박상기, “방조행위와 인과관계”, 형사판례의 연구 I, 박영사, 2003.

백원기, “무형적 · 정신적 방조행위”, 형사판례연구(8), 박영사, 2000.

———, “공모와 공동정범”, 형사판례연구 (4), 박영사, 1996.

이용식, “무형적 · 정신적 방조행위의 인과관계”, 형사판례연구(9), 박영사, 2001.

외국문헌

Reed, Alan/Seago, Peter, Criminal Law, Sweet & Maxwell, 1999.

Baunack, Martina, Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe, Duncker Humblot, 1999.

Herzberg, Rolf D., “Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände,” GA, 1971.

- Hruschka, Joachim, “Alternativfestellung zwischen Anstiftung und sorg. psychischer Beihilfe,” JR, 1983.
- Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht : Allgemeine Strafrechtslehre 6. Aufl. W de G, 2000.
- Vogler, Theo, “Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe,” FS-Heintz, 1972.
- Rudolphi, Hans-Joachim/Horn, Eckhard/Samson, Erich Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., Luchterhand, 1995.
- Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Verlag STÄMPFLI & CIE AG, 1982.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil, 31. Aufl., C. F.Müller, 2001.
- 福田 平, 刑法總論, 有斐閣, 1996.
- 前田雅英, 刑法總論講義, 東京大學出版會, 2006.

The Delimitation of Abetting

Lee, Seung-Jun*

Bis jetzt kam das Urteil gegen eine Beihilfe, Aufladung in der Theorie und Gerichtspräzedenzfall zu geben, die sie kam. Das ältere Brudergesetz liefert nur eine kriminelle versessene Bestrafung des Helfers, betreffend eine Beihilfe und die wichtige Angelegenheit der Bestrafung, die sie ist, weil sie nicht konkret zur Verfügung stellt. Von hier gegen eine unberührbare Beihilfe daß bewirken Abstammungsfrost die Kritik gegen und die Tat Sonne, gegen die enchantrass der Relation zwischen Ursache und die Diskussion wurde erreicht und er kam. Die Beihilfe, daß nur materielle Beitragtat die Bucht die Abbildung des Redeältest-Bruderfeindes auch die Geistbeitragtat kennt, entspricht, ist eine Möglichkeit des Sehens. Nur die Abbildung des Redeältest-Bruderfeindes die Geisthelfertat, zum sich mit der Beihilfe zu teilen, in der die Beihilfe gegen die Auflösung der Beihilfe gegen die Methode Neigung der kriminellen versessenen Verbrechendurchführung und die Verbrechendurchführung und dieses Umstände zusammengesetzt werden, als die Tat wo die emotionale Ermutigung - Stall gegen Informationen Bestimmungtat gegen eine Verbrechendurchführung und eine Verbrechendurchführung fungieren und dieses werden Umstände kombiniert, um zu vollenden und korrekt mit einem Position Fall zur Reichweite.

Die unberührbare Beihilfe, die, zu geben ungefähr niedriger ist welche Art des Effektes Neigung zur kriminellen versessenen Verbrechendurchführung und die Auflösung mit den materiellen Mitteln des Regens charakteristisch sind vom Hilfsmittel fungieren Sie, urteilt

* The Research Fellow Yonsei Law Institute

es, ist nicht einfach. Gegen der Fallhelfer-Tat Frost wo hier das Misstrauen ist mit unberührbarem dünn Hilfsmittel, das Tat dort ein ist Grund, dem die Relation zwischen Ursache und Effekturnteil der Untersuchung und des Hilfsmittels wird im Wesentlichen verlangt fungieren. Die Gefahr die Tatsache, daß die Anzeige über das Gefühl, das einfach ist, oder Aussage über Meinung mit Beihilfe der Beihilfe Frost bestraft wird, den muß dort sein Untersuchung, mit Hilfsmittel des Hilfsmittels, das und versuchen ausfällt, die Gefahr, die die unberührbare Beihilfe, der erkennt anders als die Relation zwischen Ursache und Effekturnteil, die Standplätze bestraft wird steht gegen, zweifellos begleiten müssen. Wenn von hier als emotionale Ermutigung - Stall gegen Informationen Bestimmungtat gegen eine Beihilfe königliche Bevorzugung Neigung kriminelle versessene Verbrechendurchführung und eine Verbrechendurchführung fungieren durchführend, werden und das Urteil gegen die Relation zwischen Ursache und Effekt der psychologischen Beihilfe muß durch die Chancenerhöhungstheorie Meinung erreicht werden, in der der Standard gegen die Vermehrung der Festlegung einer Verbrechenwahrscheinlichkeit verwirklicht wird.

Gerichtspräzedenzfall gegen eine unberührbare Beihilfe bis jetzt die Neigung kriminelle Absicht, die eine Verbrechenauflösung Verstärkung festlegt, wird mit der meisten kriminellen versessenen Tat des Helfers und der Punktbucht, die sie, offenbar sieht nur, welcher Art von Shedding des Bluts konkret zu entsprechen, welcher Art Neigung in der kriminellen versessenen Verbrechendurchführung beitragen Sie, zum exakt zu sein, sie nicht beurteilt. Er tut so und Art. wie Tat des materiellen Helfers, auch, welches die Taten, die die Möglichkeit des Sehens sind, mit unberührbarer Beihilfe beurteilen. Sie unterscheidet die Hilfsmittelhandlung, die bestrafter Gefühle Ältestbruder-Gesetzzorn ist, von der Anzeige über die Meinung, die nicht bestrafend einfaches ist, aber oder Ausdruck des Gefühls, das sie verhindert, durch den

nahen Prüfung Prozeß überschreiten muß, der gegen die Beihilfe Resultat Relation zwischen Ursache und Effekt der unberührbaren Beihilfe exakt ist, der untenstehende Beschreibung Gefahr die Begrenzung auf die Hilfsmittelstörung Lehrerhandlung und weitere die Neigung Störung offenbar steht.

주제어 : 무형적 방조행위, 방조행위성, 방조행위의 인과관계,
기회증대설

Keywords : abetting, character of assistance, causation of assistance,
Chance increase theory