

韓國 刑法學의 現況과 課題

鄭 盛 根*

◇ 차 례 ◇

- | | |
|--------------------|-----------------|
| I. 글 머리에 | 5. 責 任 |
| II. 犯罪論에 있어서의 問題現況 | 6. 未遂犯 |
| 1. 基礎理論 | 7. 過失犯 |
| 2. 行爲論 | 8. 共 犯 |
| 3. 構成要件論 | III. 刑法學 發展의 課題 |
| 4. 違法性 | |

I. 글 머리에

우리 刑法이 제정된지 거의 40여년만에 그 동안 진행되어 오던 전면적인 刑法改正作業이 활발히 전개되어 멀지않아서 그 결실을 맺을 것으로 전망되고 있다. 현행 刑法(1953. 9. 18 제정, 같은 해 10. 3 공포)은 8·15 해방 이후의 정치적·사회적 혼란기에 제정작업을 시작하여 6·25 사변을 겪으면서 서둘러 만들어진 것이고, 그것도 國家權威主義的, 戰時體制對應的 性向이 농후하였던 日本改正刑法假案(1940)을 주로 立法의 모델로 삼았기 때문에 自由民主主義的 憲法理念에 비추어 시대적으로 뒤진 것이었다. 여기에 다시 産業文明의 부산물로 나타난 新種犯罪現象에 대응하기 위해서는 刑法의 전면적 改正이 불가피한 현실이라고 해야 하고 오히려 그 개정은 때늦은 감이 있다.

犯罪現象은 그 시대, 그 사회의 문화와 생활의 裏面으로 나타난다고 볼 때 이에

* 성균관대학교 법과대학 교수, 법학박사.

대응하기 위한 刑法의 改正도 社會的·文化的 歷史性을 고려하면서 先進諸國의 法律을 검토하여 우리 현실에 맞도록 제정하지 않으면 안된다. 이러한 의미에서 전면적인 刑法改正을 앞두고 그 동안 우리 刑法學界의 발자취를 회고하고 이를 기초로 현재의 문제상황을 검토하여 앞으로 刑法學이 나아가야 할 방향을 전망해 보는 것은 우리 刑法學의 座標와 位相을 정립하는 데에 필요할 뿐만 아니라 진행중인 刑法改正作業에도 크게 도움이 될 것이다.

다만 우리 刑法學이 걸어 온 발자취에 대해서는 이미 여러 논문들¹⁾에 의해서 상세하게 발표되어 있으므로 本稿에서는 回顧的 側面은 생략하고 현재 우리 刑法學界에서 논의되고 있는 중요한 문제상황과 이에 대한 앞으로의 전망을 總論分野의 犯罪論을 중심으로 조심스럽게 개진하여 보는 데에 그치기로 한다.

II. 犯罪論에 있어서의 問題現況

1. 基礎理論

(1) 刑法의 任務

刑法은 法秩序共同體 내에서 인간의 평화로운 공존질서를 확보하는 데에 그 주된 목적이 있다. 이 같은 목적달성을 위하여 刑法에는 일정한 임무가 주어지게 되는데 구체적으로 그 임무가 무엇이나에 대해서는 견해가 나누어 진다. 刑法은 법적으로 보호할 가치가 있는 生活利益 또는 價値를 犯罪的 侵害行爲로부터 보호하는 임무만을 가지고 있다는 法益保護說²⁾, 刑法은 기본적인 社會倫理的 心情價値 내지 行爲價値를 보호하는 데에 제 1 차적인 임무가 있고 法益保護는 心情價値 내지 行爲價値를 보호하는 부수적 효과로서 간접적으로 보호된다는 社會倫理的 行爲價値保護說³⁾, 法益保護와 동시에 社會倫理的 行爲價値도 함께 보호하는 데에 刑法의 임무가 있다는 結合說⁴⁾ 등이 있다. 이 이외에도 사회적으로 유해한 행위로부터 사회를 보호하는

1) 黃山德, “光復 30年 우리나라 法律學說(刑事法)의 回顧”, 「法曹」 제25권, 1976. 8, 1面 이하; 金箕斗, “刑事法學界의 回顧”, 서울대학교 「法學」 19권 1호, 1978, 168面 이하; 金鍾源, “韓國刑法學 40年”, 全北大學校 法學研究所 「法學研究」 제16집, 1989, 181面 이하; 金日秀, “韓國 刑法 40年의 回顧와 展望”, 「韓國法學의 回顧와 展望」, 高麗大學校 法學研究所, 1991, 481面 이하 등.

2) 車鏞碩, 「刑法總論講義」, 1988, 29面 이하; 金日秀, 「刑法學原論」, 1988, 100面.

3) Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, S. 4. 黃山德 교수를 비롯한 目的的 行爲論의 입장에서 주장되고 있다. 但, 陳癸鎬 교수(刑法總論, 256面)는 結合說을 주장한다.

데에 刑法의 임무가 있다는 社會保護說⁵⁾도 있으나 우리나라에서 이 설을 주장하는 학자는 없으며, 法益과 동시에 社會倫理的 行爲價值保護를 함께 보호한다는 견해가 多數說이다.

刑法의 임무가 法益保護에 있느냐 社會倫理的 行爲價值保護에 있느냐에 따라 犯罪의 본질과 不法에서 현저한 차이를 가져오게 된다. 즉 法益保護說에서는 犯罪의 본질은 法益侵害에 있다고 이해하고 실질적 의미의 犯罪概念을 反社會的 法益危害 行爲라고 하며, 不法에서는 結果反價值만을 강조한다. 이에 대해서 行爲價值保護說에서는 범죄의 본질은 義務違反에 있다고 이해하고 실질적 犯罪概念을 사회질서를 침해하는 반윤리적 행위라고 하며, 不法에서는 行爲反價值만을 강조하게 된다. 이에 대해서 結合說에서는 犯罪의 본질은 法益과 동시에 義務違反에 있다고 이해하고, 실질적 犯罪概念을 法益을 침해하거나 침해할 危險性이 있는 反社會的 行爲라 하고, 不法에서는 結果反價值와 行爲反價值를 대등하게 고려하고 있다.

다만 우리나라에서 法益保護만을 강조하는 입장은 行爲價值保護說 뿐만 아니라 結合說에 대해서까지 刑法이 社會倫理的 心情價值와 行爲價值를 보호하게 되면 刑法이 倫理化되어 心情刑法化할 염려가 있고, 法과 倫理의 한계가 불명확하게 된다고 비판하고 있다.

刑法의 임무를 어떻게 규정짓느냐의 문제는 刑法規範의 正當化와 國家刑罰權의 正當性의 한계를 결정하는 데에 결정적인 의미를 가지고 있기 때문에 刑法의 임무에 관한 논쟁은 앞으로도 계속될 것으로 展望된다. 생각컨대 오늘날 자유국가의 기본임무가 憲法秩序 내에서 모든 시민이 안전한 共同生活을 영위하기 위해서 필요불가결한 조건을 마련하고 이에 대한 침해의 위험으로부터 이들을 보호해 주는데 있다고 보는 한 法益保護를 刑法의 임무에서 제외시킬 수 없다. 동시에 刑法은 제 1차적으로는 行爲規範의 성질을 가지고 一般國民에 대해서 法益保護를 위해서 法秩序를 준수해 줄 것을 요구하고 있으므로 社會倫理的인 行爲價值도 보호한다고 해야 한다. 또 이 兩者를 동시에 보호할 때에 法益만을 보호하는 경우보다 國家刑罰權行使도 제한된다고 하게 되므로 結合說의 입장에서 刑法의 임무를 고려해야 할 것으로 본다.

4) 鄭盛根, 「刑法總論」, 1988, 9面; 李炯國, 「刑法總論研究(Ⅰ)」, 1984, 28面; 李在祥, 「刑法總論」, 1984, 7面.

5) Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Göttinger Dissertation, 1972, S. 356 f.

(2) 法の 適正性の 原則

形式的 意味의 罪刑法定主義의 內容으로서는 慣習法禁止의 原則, 類推解釋禁止의 原則, 遡及效禁止의 原則, 絶對的 不定期刑禁止의 原則 등을 들고 있는 것이 종래까지의 일반적 경향이다. 그러나 최근에 와서는 明確性の 原則과 法の 適正性の 원칙을 그 중요한 내용으로 포함시키고 絶對的 不定期刑禁止의 原則은 明確性の 原則에 解消하려는 실질적 의미의 罪刑法定主義가 강조되고 있고⁶⁾, 明確性の 原則은 인정하면서 法の 適正性の 原則은 인정하지 않는 입장⁷⁾도 있다. 여기서 문제는 罪刑法定主義의 內容으로서 法の 適正性の 原則을 인정할 수 있느냐에 있다. 英美法에서는 Magna Charta 이후로 이 원칙은 당연한 것으로 받아들여 왔고, 특히 美國에서는 憲法에 규정된 適正節次의 原則에 따라 이에 반한 刑罰法規는 罪刑法定主義에 반한다고 해석하고 있다.

여기서 法の 適正性の 原則이란 기본적 인권을 보장하고 있는 憲法的 價値秩序에 따라 실질적으로 인권을 보장할 수 있도록 刑罰法規의 內容이 適正해야 한다는 원칙을 말한다. 이 원칙이 제 2 차대전 이후에 특히 강조되는 이유는 종래 形式的 意味의 罪刑法定主義만으로서는 國家刑罰權의 행사로부터 國民의 자유와 인권을 충분히 보장할 수 없다는 반성 때문이다. 즉 法律없으면 犯罪없고 刑罰없다는 형식적 의미의 罪刑法定主義에 의하면 法律만 있으면 犯罪도 있고 刑罰도 과할 수 있다는 반대해석에 의하여 그 법률의 內容이 어떠한 것이냐에 관계없이 刑罰權을 행사할 수 있었으므로 나치스나 공산주의 이데올로기 國家에서는 이를 근거로 刑罰權을 남용할 수 있었다. 여기에 부당한 法律에 근거한 처벌은 결국 刑罰權을 남용하게 되고 罪刑法定主義原則을 인정하는 취지에도 반하게 되므로 法の 適正性을 요구하기에 이른 것이다.

法の 適正性の 원칙을 罪刑法定主義의 內容으로 포함시키지 않는 견해에서도 적극적으로 이를 부정하고 있지는 않다. 그러나 形式的 意味의 罪刑法定主義만으로는 法官의 恣意로부터 國民의 기본권은 보장할 수 있으나 立法者의 恣意에 의한 刑罰權의 남용은 방지할 수 없다. 立法者가 처음부터 不法아닌 행위를 범죄로 규정하거나 內容이 불합리한 법률을 제정하여 처벌하게 된다면, 법률의 탈을 쓴 법률적 不法이 罪刑法定主義라는 미명하에 처벌이 자행될 수 있으므로 이를 방지하기 위해서는 이 원칙도 당연히 罪刑法定主義의 內容이 되지 않으면 안된다. 다만 適正性の 內容을 구체적으로 어떻게 정할 것이냐에 대해서는 앞으로의 중요 과제가 된다고 할 것이다.

6) 鄭盛根, 전게서, 21面 이하; 車鏞碩, 전게서, 132面 이하; 陳癸鎬, 전게서, 70面 이하.

7) 李炯國, 전게서, 59面 이하; 金日秀, 전게서, 137面 이하.

(3) 限時法

限時法에 追及效를 인정할 수 있는나에 대해서 학설은 거의 대등하게 나누어져 있고, 일부 학설⁸⁾과 판례⁹⁾는 動機說에 의하여 제한적으로 긍정하고 있다. 긍정설의 중요한 논거는 만일 追及效를 인정하지 않으면 限時法의 失效를 예상하고 有效期間 末期에 犯罪가 증가하거나 訴訟을 지연시키는 결과로 처벌을 면하게 되어 法의 實效性을 달성할 수 없다는 政策的 理由에 있다. 그러나 그러한 政策的 理由만으로는 效力이 상실된 法을 적용하여 처벌해야 한다는 刑法的 理由는 될 수 없다고 해야 하고, 이러한 처벌의 결함은 法律에서 追及效를 인정하는 특별규정을 둠으로써 구제할 수 있는 것이므로 이러한 특별규정없이 追及效를 인정하는 것은 罪刑法定主義에 반한다고 해야 한다. 또 動機說은 獨逸의 학설과 판례가 인정하고 있지만 獨逸에서는 刑法에서 追及效를 인정하는 일반규정을 두고 있으므로 動機說에 의하게 되면 追及效를 인정하여 처벌하는 범위가 오히려 축소·제한된다는 데에 그 의미가 있는 것이다.

우리 刑法에는 追及效를 인정하는 명문 규정이 없으므로 動機說에 따라 追及效를 인정하게 되면 본래 처벌되어서는 안되는 行爲를 처벌하게 되어 처벌의 범위가 확대되는 것이다. 같은 動機說이라도 독일과 우리나라 刑法의 해석에서는 正反對의 효과가 생기고 있으므로 獨逸學說을 무비판적으로 따를 이유는 없다고 해야 한다. 현재 진행중인 刑法改正試案에서도 현행법과 마찬가지로 追及效에 관한 규정은 두고 있지 않기 때문에 앞으로도 학설의 논쟁은 계속될 것으로 전망된다. 입법적으로 해결하는 것이 바람직하지만 明文이 없다고 하여도 罪刑法定主義의 취지에 따라 被告人에게 유리하도록 해석함이 타당할 것이다.

2. 行爲論

行爲論의 現況은 因果的 行爲論¹⁰⁾, 目的的 行爲論¹¹⁾, 社會的 行爲論¹²⁾ 및 人格的 行爲論¹³⁾ 등이 있으나 현재 우리나라의 多數說은 社會的 行爲論이다. 종래까지는

8) 鄭榮錫, 「刑法總論(第5訂版)」, 1984, 66面; 李在祥, 전게서, 37面.

9) 大判, 1985. 5. 28, 81 도 1045; 大判, 1987. 3. 10, 86 도 42.

10) 鄭榮錫, 전게서, 92面.

11) 黃山德, 전게서, 48面; 陳癸鎬, 전게서, 40面.

12) 鄭盛根, 전게서, 198面; 李炯國, 전게서, 133面; 李在祥, 전게서, 77面.

13) 金日秀, 전게서, 228面.

행위론의 체계상의 지위에 관해서 일반적 행위론과 행위론의 거부가 대립되었으나, 오늘날 우리나라에서 行爲論의 拒否를 주장하는 자가 없으므로 어느 行爲論을 취하든간에 일반적 행위론의 입장에서 있다는 점에서 일치한다. 다만 犯罪論體系가 行爲論에 따라 도식화되느냐의 문제가 있다. 그러나 行爲論은 犯罪의 출발점으로서 犯罪論에서 가지는 기능을 어떻게 파악할 것이냐의 문제는 있어도 각각의 行爲論에 따라서 반드시 犯罪論體系가 구축되어야 한다는 결론은 편견에 불과하다.

犯罪論의 體系는 각각의 행위개념이 발전하게 된 철학적 방법론적인 사유형식에 따라 古典的 犯罪體系, 新古典的 犯罪體系, 目的的 犯罪體系, 合一態的 犯罪體系로 분류하는 것이 犯罪體系를 둘러싼 이론사적 발전을 객관적으로 정리하는 데에 도움이 된다고 본다. 따라서 어떤 行爲論에 따르느냐는 行爲의 기능과 관련하여 결정하면 충분하고 犯罪論의 體系는 行爲論과 논리일관되게 연계시킬 필요는 없다.

行爲論과 관련하여 중요한 논점이 되는 것은 法人의 犯罪主體性을 인정할 수 있느냐에 있다. 통설과 판례는 이를 부정하는데 대하여 소수설에서는 긍정하고 있다¹⁴⁾. 논의의 핵심은 法人處罰을 行政刑罰에 포함시켜서 刑法理論과 구별되는 별도의 秩序違反法에 의한 처벌을 인정할 것이냐에 있다. 公害犯罪 등 現代型犯罪에 대한 규제와 관련하여 앞으로 계속 논의될 문제로 보여진다.

3. 構成要件論

(1) 構成要件과 違法性 및 責任과의 關係

먼저 構成要件과 違法性의 관계에 대해서는 違法徵表說¹⁵⁾, 不法類型說¹⁶⁾, 消極的 構成要件標識理論¹⁷⁾으로 나누어지는데 우리나라의 다수설은 違法徵表說인 것 같다. 違法徵表說과 不法類型說은 犯罪三段階體系를 유지하고 있다는 점에서 동일하고 違法性阻却事由를 판단하는 방법의 차이에 불과하다. 이에 대해서 消極的 構成要件標識理論은 不法의 기초가 되는 構成要件標識와 不法을 배제시키는 違法性阻却事由의 標識를 종합하여 상호보충적으로 行爲不法에 관한 최종판단을 한다고 하므로 二段階犯罪體系를 구축한다. 그러나 構成要件은 刑法上的 특별한 不法에 대해서 잠정적

14) 鄭盛根, 전게서, 102면 이하; 金日秀, 전게서, 274면 이하; 金善洙, “法人의 犯罪能力”, 「慶南大學校 論文集4」, 1977, 293면.

15) 金日秀, 상게서, 254면; 李炯國, 전게서, 157면; 陳癸鎬, 전게서, 192면.

16) 鄭盛根, 전게서, 150면.

17) 沈在宇, “消極的 構成要件標識理論”, 「고시연구」1982. 4, 76면 이하.

인 무가치판단임에 대해서 違法性은 범질서 전체에 비추어 개별적·구체적인 무가치판단이며, 처음부터 構成要件該當性이 없는 行爲와 構成要件該當性은 있으나 違法性이 阻却되는 行爲의 형법적 평가를 동일시할 수 없으므로 消極的 構成要件標識理論은 타당하지 않다고 해야 한다.

다음으로 構成要件과 責任의 관계에 대해서 구성요건을 위법·책임유형으로 이해하는 견해도 있다. 이에 따르면 구성요건은 위법성 뿐만 아니라 책임까지도 추정한다고 하게 되며 광의의 구성요건개념을 사용하게 된다. 그러나 책임판단은 法官의 대리적 양심판단에 의해서 확정되는 것이므로 책임추정이란 생각할 수 없다. 따라서 구성요건은 책임까지 유형화하고 있다는 견해는 타당하지 않다. 구성요건의 성질과 관련된 문제로서는 違法徵表說과 不法類型說 사이의 논의가 계속될 것으로 보인다.

(2) 因果關係와 客觀的 歸屬

行爲와 結果 사이의 인과관계가 있어야 한다는 데에는 異論이 없다. 문제는 그 관계를 어떻게 확정하느냐에 있다. 이에 관해서 판례와 종래의 통설은 相當因果關係說을 주장하는데 대해서 최근의 유력설은 合法則的 條件說을 전제로 하여 客觀的 歸屬論을 주장한다.

오늘날 刑法理論學에서 가장 새로운 분야의 하나는 객관적 귀속론이고, 독일 刑法學의 영향을 받아 최근에 이에 따르는 우리나라 학자들이 증가하여, 合法則的 條件說에 의하여 인과관계를 확정한 다음 규범적 측면에서 結果歸屬을 정하여야 한다는 客觀的 歸屬論이 오히려 다수설이 되어가는 경향이다. 방법론적으로 인과관계의 확정과 결과귀속을 구별하여야 하므로 최근의 다수설이 타당하다. 현재 객관적 귀속의 척도에 관해서는 危險創出, 危險實現, 規範保護目的 등이 제시되고 있으나 귀속의 기준을 보다 구체적으로 명확히 하여 개별적인 모든 사례에 타당할 수 있는 이론으로 발전시켜 나가는 것이 앞으로의 중요한 과제라 할 것이다.

(3) 主觀的 構成要件要素(故意·過失)

객관적 구성요건요소의 존재와 그 내용에 대해서는 현재 거의 다툼이 없다. 이에 대해서 주관적 구성요건요소를 인정할 것이냐, 인정한다면 故意·過失도 포함되는냐에 관해서는 논의가 많다.

故意와 過失을 주관적 구성요건요소가 된다고 처음으로 주장한 것은 目的的 行爲論이지만 오늘날에 와서는 合一態的 犯罪體系는 물론이고 新古典的 犯罪體系에 따르는 자 중에도 고의와 과실은 구성요건요소인 동시에 책임요소가 된다는 견해가 증가하고 있다.

우선 新古典的 犯罪體系에서 고의와 과실은 구성요건요소인 동시에 책임요소로 보는 견해는 責任故意의 요건으로서 違法性的 認識 또는 그 인식의 가능성을 포함시키는 故意說에 따르고 있고, 過失犯에 대해서는 대체로 객관적 過失은 構成要件에, 주관적 과실은 책임에 배속시킨다. 그러나 故意說은 오늘날 理論的인 缺陷 때문에 사실상 거의 극복되고 있으므로 앞으로 이러한 견해는 적어도 우리나라에서는 크게 활기를 띠지 못할 것으로 예상된다. 이에 대해서 故意의 이중적 지위를 인정하는 견해는 合一態的 犯罪體系에서 주장되고 있고 현재로서는 우리나라 다수설이라 할 수 있다.

고의의 이중적 지위를 인정하는 경우와 고의는 구성요건과 不法要素일 뿐이고 책임요소는 아니라고 하는 입장의 차이는 違法性阻却事由의 전제사실에 대한 錯誤의 취급에서 중요한 결론의 차이를 가져온다. 그리고 이중적 지위설에서는 구성요건적 고의는 行爲意思임에 대해서 책임고의는 心情反價値를 징표하는 규범적 요소라 하고 있다. 이에 대해서 책임고의를 부정하는 목적적 범죄체계에서는 心情反價値를 징표하는 책임의 규범적 요소는 고의가 아니라 違法性的 認識이고, 고의는 책임평가의 대상이므로 책임요소가 될 수 없다고 하고 있다. 현재 가장 중요한 論點의 하나가 책임고의를 인정할 것이냐 아니냐에 있다고 해도 좋다. 따라서 이 문제에 관하여는 앞으로도 논의가 계속될 것으로 예상되고 있다.

過失에 대해서는 목적적 범죄체계와 合一態的 犯罪體系 모두 構成要件的 過失(客觀的 過失)과 責任過失(主觀的 過失)을 인정하고 있으므로 대체로 견해의 일치를 보고 있다. 다만 주관적 과실을 인정하지 않는 견해¹⁸⁾와 객관적 과실은 객관적 귀속의 문제로 취급하고 주관적 과실만이 구성요건적 과실과 책임과실이 된다는 견해¹⁹⁾도 있다. 후자의 견해는 주관적 과실만이 구성요건과 책임의 요소가 된다고 하여 주관적인 고의가 이중적 지위를 갖는 것과 같이 모두 주관적 요소로 통일하여 이해하는 데에 특색이 있다. 비교적 새로운 이론이기 때문에 앞으로 이에 관한 논쟁도 증가할 것으로 예상된다.

(4) 未必的 故意와 認識있는 過失

종래의 통설과 판례는 未必的 故意와 인식있는 과실과의 구별에 관해서 認容說을 취하고 있다. 이에 대해서 최근에는 독일 학설의 영향을 받아 甘受說²⁰⁾ 내지 慎重說²¹⁾을 주장하는 견해가 증가하고 있다. 이러한 견해의 차이는 故意의 體系的 地位와도 관

18) 鄭盛根, 전계서, 339面.

19) 金日秀, 전계서, 661面.

20) 金日秀, 전계서, 358面.

21) 李在祥, 전계서, 164面 이하.

런이 있다. 構成要件의 故意를 行위의사라 할 때에는 認容이라는 心情的 要素는 책임의 문제로 취급해야 한다는 이유로 認容說을 부정한다. 아직 이 설은 일반화된 것은 아니지만 점차 유력해 질 것으로 예상되는데 이에 따라 認容說과의 논쟁도 계속 될 것이므로 앞으로 故意와 관련하여 해결해야 할 과제라고 생각된다.

(5) 構成要件의 錯誤

구성요건적 착오를 해결하기 위한 학설로서 具體的 符合說, 構成要件符合說, 法益符合說, 抽象的 符合說 등이 있으나 추상적 부합설은 우리 刑法의 해석에 있어서는 별로 의미가 없는 학설이고 현재 이를 지지하는 학자²²⁾는 거의 없다. 따라서 전3자 중에서 어느 것이 타당한가가 문제되는 것이다.

우리나라 다수설과 판례는 構成要件符合說이고 法益符合說²³⁾과 具體的 符合說²⁴⁾은 소수설이라 할 수 있다. 이러한 학설의 차이는 주로 同一構成要件의 方法의 착오에 대해서 고의의 既遂犯을 인정할 수 있느냐에서 나타난다. 具體的 符合說도 독일 학설의 영향을 받아 점차 지지자가 증가하는 추세에 있는데 앞으로 具體的 符合說과의 논쟁은 계속될 것으로 예상된다. 우리 刑法의 특성, 고의의 사실적 기초와 구성요건과의 관계 및 罪數論을 고려하여 타당한 결론을 찾는 것이 또 하나의 刑法學의 과제라고 생각된다.

4. 違法性

(1) 違法性和 責任의 關係

위법성의 본질에 대해서 客觀的 違法性說이 통설이다. 이에 의하면 違法性은 객관적으로, 責任은 주관적으로라는 명제를 기본적으로 유지한다. 그리하여 평가규범에 위반하면 違法性의, 결정규범에 위반하면 責任의 문제로 취급하는 것이 종래까지의 일반적인 경향이고 현재에도 이에 따르는 견해가 있다. 그러나 평가규범과 결정규범은 따로따로 작용하는 것이 아니라 불가분의 관계에서 작용한다는 것이 밝혀지면서 두가지 작용은 모두 함께 違法과 責任에 관계한다고 하게 되었고, 현재 독일에서는 양자의 관계를 法規範의 작용에 따라 구별하지 않고 違法性은 規範違反인 當爲의 문제로, 責任은 可能의 문제로 구별하고 있다.

22) 鄭榮錫, 전게서, 194面 이하에서 주장하고 있다.

23) 劉基天, 「刑法學(總論講義)」, 1983, 242面; 黃山德, 「刑法總論(第7訂版)」, 1983, 118面 이하; 鄭盛根, 전게서, 210面; 李在祥, 전게서, 171面 이하.

24) 李炯國, 전게서, 232面; 車鏞碩, 전게서, 932面; 金日秀, 전게서, 412面.

필자도 이 입장이 타당하다고 이해하고 있으나 우리나라에서는 아직 일반화되어 있지 않다. 따라서 違法性和 責任의 관계에 대해서는 앞으로 우리 刑法學이 해결하여야 할 기본적인 과제의 하나라 할 것이다.

(2) 行爲反價値와 結果反價値

犯罪論에서 우리 형법학의 가장 중요한 논점의 하나가 行爲反價値論과 結果反價値論의 대립이다. 이 대립의 문제는 고의와 불가분의 관계에서 논의 될 뿐만 아니라 주관적 정당화요소의 認否, 違法性阻却事由의 前提事實에 대한 錯誤, 未遂犯의 처벌 근거, 共犯의 처벌근거 등 범죄론 전반에 걸쳐서 이론상의 차이를 가져오게 되므로 우리 刑法學에서 시급히 해결해야 할 과제라 할 수 있다.

犯罪論의 체계와 관련하여 생각하면 古典의 不法論은 結果反價値一元論, 人的 不法論은 行爲反價値一元論, 社會的 不法論은 行爲反價値와 結果反價値二元論을 취하고 있다고 할 수 있다. 즉 古典의 犯罪體系에서는 행위의 객관적 측면은 구성요건해당성과 위법성에, 행위의 주관적 측면은 책임에 속한다고 하므로 不法은 오직 객관적 표지만으로 구성하게 되어 結果反價値一元論에 따르게 된다. 目的的 犯罪體系에서는 목적성을 범죄체계의 결정적 요소로 파악하기 때문에 고의범에 있어서는 故意 자체가 일반적인 주관적 不法要素가 되고, 故意犯의 不法은 故意를 실현하려는 행위자의 인격, 즉 人的 行爲不法을 주장하게 된다. 따라서 不法의 핵심은 人的 行爲反價値에서 찾게 되고 불법의 제 1 차적 구성부분은 行爲反價値이며, 結果反價値는 불법을 구성하는 것이 아니라 불법을 제한하는 몫을 담당하는 부차적 요소라고 하게 된다. 이에 대해서 合一態的 犯罪體系에서는 行爲反價値와 結果反價値가 대등하게 不法을 구성하게 된다고 본다.

현재 우리나라에서는 철저한 結果反價値一元論²⁵⁾, 行爲反價値一元論, 行爲反價値와 結果反價値二元論 등이 있으나 최후의 二元論이 다수설이라 할 수 있다. 또 結果反價値論과 行爲反價値論은 각각 그 내용을 어떻게 파악할 것이냐에 대해서 반드시 일치된 견해는 없다. 行爲反價値를 意圖反價値에 한정시킬 수도 있고, 반면에 結果反價値를 事態反價値에 한정할 수도 있다. 따라서 不法의 실질에 관해서는 그 내용과 아울러 어느 입장을 택할 것이냐는 앞으로 계속 연구·검토하면서 논의될 문제라 할 것이다.

(3) 主觀的 不法要素

違法性的 판단기준에 대해서는 客觀的 違法性說에 의해야 한다는 점에 견해가 일

25) 車鏞碩, 전거서, 426면 이하.

치한다. 여기서의 객관적이란 위법판단의 대상이 객관적인 것을 의미하는 것이 아니라 그 판단만을 객관적으로 하여야 한다는 것이 우리나라의 통설이다. 즉, 위법판단을 객관적으로 하면 족하고 위법판단의 대상이 반드시 객관적인 것임을 요하지 않는다. 그리하여 위법판단의 대상에는 객관적인 것 뿐만 아니라 주관적인 것도 포함된다고 하고, 目的犯, 表現犯, 傾向犯에 있어서의 주관적인 목적, 내심의 현상, 주관적인 경향과 나아가서 未遂犯에 있어서의 고의는 特殊犯罪에 있어서의 주관적 불법요소라 하고 있다.

뿐만 아니라 人的 行爲不法論을 받아들이는 입장에서는 이원적 불법론이건 行爲 反價値一元論이건 묻지 않고 故意犯에 있어서의 故意一般도 일반적 主觀的 不法要素라 하고 있다. 이에 대해서 故意一般은 물론 目的犯, 表現犯, 傾向犯에 있어서의 주관적인 목적, 경향 등 일체의 내심적 주관적 요소는 모두 책임요소이고 주관적 불법요소를 인정하지 않는 소수설²⁶⁾도 있다. 이러한 견해의 대립은 객관적 위법성을 어떻게 이해할 것이냐, 그리고 不法의 실질을 結果反價値에 한정할 것이냐라는 문제의 연장선상에서 논의되는 것이므로 違法性의 본질, 結果反價値論과 行爲反價値論의 문제와 아울러 연구·검토되어야 할 課題라 할 것이다.

(4) 主觀的 正當化要素

主觀的 正當化要素는 구조적으로 주관적 불법요소와 대칭되는 개념이며, 이것을 違法性阻却事由의 성립요건으로 파악하는 것이 우리나라의 통설이다. 이에 대해서 違法性阻却事由는 객관적 정당화사유만 있으면 성립하고 주관적 정당화요소는 정당화사유의 요건이 될 수 없다는 소수설²⁷⁾도 있다. 일반적으로 불법에서 行爲反價値를 인정하는 입장에서는 주관적 정당화요소를 당연히 인정하는데 반하여 結果反價値一元論에서는 이를 부정하는 것이 일반적이다. 이러한 견해의 차이는 객관적인 正當化狀況은 존재하고 있지만 주관적인 正當化要素가 결여된 경우, 즉 偶然的 防衛, 偶然的 避難 등에서 나타난다.

주관적 정당화요소를 부인하는 입장에서는 違法性이 阻却되는 適法行爲說을 주장한다. 이에 대해서는 主觀的 正當化要素를 인정하는 입장에서는 故意犯의 성립을 인정하되 다만 既遂犯이 된다는 견해와 不能未遂犯이 된다는 견해로 나누어진다. 이러한 문제도 역시 客觀的 違法性說과 不法의 실질을 파악하는 방법의 연장선상에서 논의된다는 점에 유의하여야 한다.

26) 車鏞碩, 전게서, 294面 이하.

27) 車鏞碩, 상게서, 430面.

(5) 正當防衛의 社會倫理的 限界

正當防衛의 본질은 자기보존이라는 개인적 권리와 법의 확정성이라는 사회권적 이익을 유지하는 데에 있다고 이해하는 것이 일반적이고 이 점에서는 견해가 일치한다고 해도 좋다. 그런데 이러한 본질을 강조하게 되면 正當防衛에 있어서는 補充性의 原則과 法益均衡의 原則을 인정할 필요가 없고 일체의 위법한 침해에 대해서 언제나 正當防衛를 할 수 있다고 하여야 한다. 그리하여 경미한 침해, 어린이나 정신병자의 침해, 의도된 도발행위 등에도 언제나 正當防衛를 할 수 있게 된다.

그러나 오늘날 正當防衛를 무제한적으로 인정하지는 않는다. 우리 刑法처럼 相當性이 있는 범위에서 制限하거나 獨逸刑法처럼 必要性의 原則에 의해서 제한하고 있다. 이와 같이 正當防衛權의 限界를 제한하는 것을 널리 正當防衛의 社會倫理的 제한이라 한다. 이와 같이 社會倫理的인 制限을 하여야 하는 근거에 대해서는 결국 違法性阻却事由의 일반적 원리와 관련하여 논의되어야 하는데 현재 이 점에 대해서는 일치된 견해가 없다. 그것은 違法性阻却事由의 원리가 법의 구성원리인 정당성과 불가분의 관계가 있고 무엇이 정당한 것으로 되느냐의 문제는 다시 법의 본질에 귀착하기 때문이다. 따라서 違法性阻却事由의 일반원리를 어떻게 확정하느냐에 대해서도 법의 본질론과 함께 연구·검토되어야 할 기본과제가 아닐 수 없다.

(6) 緊急避難의 本質

緊急避難의 본질(법적 성질)에 대해서는 違法性阻却事由로 이해하는 것이 우리나라의 다수설²⁸⁾이고 二分說은 소수설이다. 그리고 二分說에서도 생명·신체에 대한 緊急避難만이 責任阻却事由로 보는 견해²⁹⁾와 同價値의 法益에 대해서 責任阻却을 인정하는 견해로³⁰⁾ 나누어진다.

獨逸刑法은 違法阻却의 緊急避難과 免責의 緊急避難으로 이분하고 있으므로 긴급피난의 본질에 관해서만은 거의 견해가 일치하고 있다. 우리 刑法의 해석으로서 어느 것이 타당한가에 대해서 각 학설은 나름대로의 근거를 가지고 있으므로, 이 문제는 궁극적으로는 立法에 의하여 해결하는 것이 바람직하겠으나 다양한 견해가 대립하고 있는 현재의 상황에서 어느 하나의 입장에서 立法化하는 것도 立法政策上 합리적이라 할 수 없다. 앞으로도 논의가 계속될 것으로 전망된다.

28) 劉基天, 전게서, 187面; 鄭榮錫, 전게서, 132面; 金鍾源, “緊急避難(中)”, 「고시연구」 1975. 5, 54面; 李炯國, 전게서, 321面; 李在祥, 전게서, 224面.

29) 黃山德, 전게서, 168面; 陳癸鎬, 전게서, 303面.

30) 鄭盛根, 전게서, 277面; 車鏞碩, 전게서, 578面; 金日秀, 전게서, 536面.

(7) 推定的 承諾의 法的 性質

추정적 승낙의 법적 성질에 관해서도 우리나라에서는 社會常規³¹⁾ 내지 社會相當性³²⁾에 근거한 違法性阻却事由로 보는 견해와 緊急避難과 被害者의 승낙의 중간에 위치하는 독자적 違法性阻却事由로 보는 견해³³⁾가 대립한다. 어느 견해이건 형법총칙에 규정된 違法性阻却事由와 독립된 違法性阻却事由라고 보는 점에서는 동일하다. 그러나 추정적 승낙은 반드시 충돌하는 법의 사이의 이익형량에 근거를 두고 있지 않으며, 被害者의 가상의 승낙의사를 전제로 객관적·합리적 사리에 따른 것이므로 독자적 違法性阻却事由라고 함이 타당하다고 해야 한다. 역시 違法性阻却事由의 일반적 원리와 우리 형법상의 社會常規의 의미를 어떻게 해석하느냐와 관련을 가지고 검토되어야 할 문제라고 생각된다.

5. 責 任

(1) 原因에 있어서의 자유로운 行爲

원인에 있어서의 자유로운 행위가 처벌되는 근거는 무엇이나에 대해서 책임능력과 행위의 同時存在의 原則과 관련하여 견해의 대립이 있다. 同時存在의 原則을 유지하면서 間接正犯의 道具理論을 원용하여 가벌성을 근거짓는 다수설³⁴⁾과 동시존재의 원칙에 대한 예외로서 半無意識下의 行爲³⁵⁾ 또는 원인설정행위와 실행행위는 불가분의 관계에 있기 때문에 가벌적 행위로 된다는 견해³⁶⁾ 등이 나누어지고 있다. 책임주의의 내용인 책임과 행위의 同時存在의 原則을 어느 범위까지 유지하여야 하느냐와 관련되어 있는 문제로서 이는 의사결정에 대해서 사전적 통제를 인정할 것이냐, 인정한다면 어떤 조건하에서 인정할 수 있느냐의 어려운 문제점에 귀착한다.

(2) 違法性的 認識

위법성의 認識이란 자기 행위가 법질서에 반한다는 認識, 즉 행위의 禁止性에 대

31) 金日秀, 전게서, 570面.

32) 陳癸鎬, 전게서, 263面.

33) 鄭盛根, 전게서, 319面; 李炯國, 전게서, 370面; 李在祥, 전게서, 253面.

34) 鄭榮錫, 전게서, 172面; 黃山德, 전게서, 198面; 李建鎬의 8인 공저, 「刑法總論」, 1978, 216面; 孫海睦, “原因에 있어서의 자유로운 行爲”, 「고시계」 1969. 3, 63面; 金日秀, 전게서, 655面.

35) 劉基天, 전게서, 138面 이하.

36) 鄭盛根, 전게서, 355面; 李炯國, 전게서, 408面; 李在祥, 전게서, 295面; 車鏞碩, 전게서, 803面.

한 認識을 말한다는 점에 대해서는 현재 일치되어 있다고 해도 좋다. 문제는 이것이 責任非難의 規範的 要素가 되는 근거가 무엇이나에 있으나 이에 대해서는 명백한 해답이 없다. 우리나라의 일반적인 견해는 違法性的의 認識과 故意를 분리하여 전자는 故意와 독립된 책임요소라고 하는 責任說을 따르고 있다. 그렇다면 責任故意와 구별되는 違法性的의 認識이 책임의 規範적 要素가 되는 근거도 밝혀야 한다.

故意說에 따를 때에는 違法性的의 認識도 故意의 요건이 되므로 故意와 함께 책임 요소가 된다는 점에서는 의문이 없겠지만 이 경우에도 違法性的의 認識이 故意의 規範的 要素가 되는 이유를 명백하게 하지 않으면 안된다. 현재 故意의 이중적 지위를 인정하는 다수설의 입장에서는 心情反價値라는 악한 心情的 要素를 責任故意에서 찾고 있다. 만일 故意에 이러한 심정적 要素가 포함되어 있다고 한다면 그것은 책임 비난을 근거짓는 책임요소가 되어야 하는 것은 당연하다. 그렇다면 이러한 故意와 구별되는 違法性的의 認識이 책임비난을 근거짓는 책임요소가 되는 이유가 무엇인지도 명백하게 하지 않으면 안된다.

이러한 문제상황에서 순수한 規範的 責任論에서는 心情反價値는 책임고의에 있는 것이 아니라 위법성의 認識에서 찾고 있다. 그리하여 구성요건적 故意를 가지고 행위로 나아간 자가 자기행위의 위법성까지 認識하고 있다면 이를 기초로 법질서의 요구에 따라 위법한 행위를 하려고 動機形成을 하지 않아야 함에도 불구하고 행위자는 법질서의 요구에 반하여 잘못된 動機形成을 하였다는 反心情的 要素 때문에 위법성의 認識은 책임비난을 근거짓는 規範적 要素가 된다고 하고 있다. 즉 위법성의 인식은 행위의 금지성을 知的으로 표상하고 있기 때문에 책임요소가 되는 것이 아니라 이를 기초로 법질서의 요구에 따르는 動機形成을 하지 않았다는 의무위반적 나쁜 심정 때문에 책임의 規範적 要素가 된다는 것이다. 이와 같이 나쁜 심정적 요소, 즉 心情反價値는 고의에 포함되어 있는 것인지 위법성의 인식에 있는 것인지는 앞으로 이 분야의 연구를 통해서 해결하여야 할 가장 중요한 책임론의 과제가 아닐 수 없다. 이에 대한 문제해결은 고의의 이중적 지위설과 이를 기초로 한 法效果轉換 責任說에 대한 재검토도 동시에 병행하게 된다는 것은 두말할 필요가 없을 것이다.

(3) 違法性阻却事由의 前提事實에 대한 錯誤

고의의 이중적 지위설과 관련하여 현재 가장 중요한 논점의 하나는 違法性阻却事由의 前提事實에 대한 錯誤를 어떻게 취급해야 하느냐이다. 이 착오에 대한 우리나라의 논의상황은 故意阻却을 인정하고 과실범으로 취급하는 故意說³⁷⁾, 消極的 構成

37) 鄭榮錫, 전거서, 143面.

要件標識理論³⁸⁾, 類推適用說³⁹⁾, 法效果制限責任說⁴⁰⁾ 등이 있고, 故意阻却을 인정하지 않고 違法性的 錯誤로 취급하여 故意犯의 책임만이 阻却되거나 책임이 감경된다는 엄격책임설⁴¹⁾로 나누어져 있다.

이러한 학설의 대립상황을 범죄체계와 관련하여 나누어 보면 소극적 구성요건표지이론은 不法構成要件의 문제로, 유추적용설은 不法(行爲反價値)의 문제로, 고의설, 법효과제한책임설 및 엄격책임설은 責任의 문제를 취급하고 있다는 점에 각각 특색이 있다. 따라서 이 착오를 어떻게 취급하여야 하느냐의 문제는 고의의 체계상의 지위, 고의와 위법성의 認識과의 관계와 나아가서는 犯罪論體系와 불가분의 관계가 있다는 것을 알 수 있다. 60년대 이후에 獨逸에서 不法論에 대한 논쟁과 아울러 이 착오의 문제가 가장 극심한 논쟁을 벌여왔는데 우리나라에서는 80년대 이후로 독일과 마찬가지로의 논쟁이 계속되고 있다. 앞으로 이러한 상황은 연속될 것으로 전망되지만 우리 刑法學이 남기고 있는 최대의 과제가 아닌가 생각된다.

6. 未遂犯

(1) 未遂犯의 處罰根據

未遂犯의 처벌근거에 관해서는 客觀的 未遂論과 主觀的 未遂論 및 절충설이 대립한다. 이러한 학설의 대립은 結果反價値論과 行爲反價値論의 대립의 연장선상에서 논의되고 있다. 그러나 악한 의사만으로 未遂犯을 처벌할 수 없다는 점에서 주관설의 한계가 있고, 주관적 표시가 가지고 있는 역할을 제대로 고려하지 못하고 있다는 점에서 객관설의 한계가 있다. 여기에 양자의 이론을 절충한 印象說이 등장한 것이다. 不法論과 관련하여 계속 문제점으로 등장하게 될 領域이라 하겠다.

(2) 不能未遂

不能未遂에 대해서는 두가지 점에서 문제점이 제기된다. 하나는 刑法 제27조에서 말하는 危險性的의 개념이고, 다른 하나는 危險性有無를 어떻게 판단할 것이냐이다.

먼저 危險性的의 개념에 대해서는 종래부터 結果發生의 可能性을 의미한다고 보아

38) 沈在宇, “構成要件錯誤”, 「고시계」 1982. 11, 61面.

39) 金日秀, 전계서, 407, 513面 이하.

40) 李炯國, 전계서, 240面; 李在祥, 전계서, 313面; 任雄, “違法性阻却事由에 관한 錯誤”, 「성균관대학교 사회과학논집」, 1985, 104面 이하.

41) 黃山德, 전계서, 209面; 李建鎬, 「刑法學概論」, 1977, 79面; 金鍾源, “禁止錯誤”, 「刑事法講座(II)」, 512面; 鄭盛根, 전계서, 217面.

왔다. 이에 대해서 최근에는 결과발생의 가능성이 아니라 특수한 규범적 의미를 포함한 개념이라는 견해도 있다. 이와 같은 새로운 견해가 생기는 이유는 제27조가 「結果發生이 不可能하더라도 危險性이 있는 때」라고 규정하고 있으므로 결과발생의 가능성이 없으면 처음부터 위험성도 없다고 해야 함에도 불구하고 다시 위험성을 요구하고 있기 때문에 양자를 구별할 필요가 있지 않는나라는 관점에서 생기는 문제이다.

그러나 통설에 따라 여기의 위험성이란 결과발생의 가능성을 의미한다고 하여도 해석상의 모순은 생기지 않는다. 즉 제27조에서 말하는 「結果發生이 불가능하더라도」는 事後的 判斷에 의한 것이고, 「危險性이 있는 때」는 事前的 判斷에 의하여 행위에 대한 결과발생의 가능성으로 본다면 제27조의 의미도 합리적으로 해석할 수 있기 때문이다. 앞으로 계속 검토되어야 할 문제점이라 하겠다.

다음으로 위험성판단의 기준에 대해서는 다수설은 抽象的 危險說⁴²⁾ 내지 주관적 위험설⁴³⁾을 주장하는데 대해서 소수설은 구체적 위험설⁴⁴⁾과 印象說⁴⁵⁾을 주장하고 있다. 이러한 학설의 대립은 쉽게 해소되기 어려울 것으로 예상되지만 危險性의 개념과 우리 刑法에서의 未遂犯의 체계 및 처벌근거를 고려하면서 연구하여야 할 과제라 할 수 있다.

이 이외에도 실행의 착수와 중지범의 自意性에 관해서도 학설의 대립이 있으나 지면관계로 생략한다.

7. 過失犯

過失犯에 있어서 가장 중요한 논점은 注意義務의 내용 및 체계상의 지위이다. 우선 과실의 체계상의 지위에 관해서는 고의와 마찬가지로의 논의가 있음은 주지의 사실이다. 그러나 오늘날에 와서는 과실도 不法構成要件과 責任의 요소가 된다는 점에 점차 견해가 모아지고 있다고 할 수 있다. 다만 고의는 책임요소만 된다는 소수설에서는 과실에 대해서도 동일하게 이해하고 있다.

다음으로 과실의 내용에 대해서는 結果回避義務와 結果豫見義務의 관계 그리고

42) 鄭榮錫, 전게서, 238面; 廉政哲, 「刑法總論」, 1966, 421面.

43) 黃山德, 전게서, 240面; 李建鎬, 전게서, 168面; 鄭盛根, 전게서, 504面; 陳癸鎬, 전게서, 424面.

44) 金鍾源의 8인 공저, 「刑法總論」, 304面; 李在祥, 전게서, 374面; 金日秀, 전게서, 756面.

45) 李炯國, 전게서, 497面.

예견가능성과 결과회피의무의 관계에 대해서 일치된 견해가 없는데 역시 우리 刑法學이 해결해야 할 과제라 하겠다.

8. 共 犯

共犯論에서는 해결해야 할 과제가 많으나 여기서는 共同正犯과 共犯과 身分에 관하여 그 중요한 것만 간단히 언급하고자 한다.

(1) 共同正犯

공동정범의 본질에 관하여 범죄공동설과 행위공동설이 대립하여 왔음은 주지의 사실이다. 종래까지는 범죄공동설이 통설이었으나 최근에는 행위공동설이 점차 증가하여 오히려 후자의 견해가 다수설로 되었고 판례도 행위공동설의 입장이다. 반면에 최근에는 독일학설의 영향을 받아서 이러한 학설의 대립은 무의미 또는 불필요하다는 견해⁴⁶⁾도 증가하고 있다. 고의와 과실을 구성요건해당성 단계에서 구별하게 되면 이를 책임요소로 이해하는 경우보다 兩學說이 갖는 의의가 감소되어 있음은 사실이다. 그러나 共同正犯의 성립범위에 대해서 數人一罪에 대해서만 共同正犯關係를 인정할 것이나 數人數罪에 대해서도 共同正犯關係를 인정할 수 있는냐에 대해서는 犯罪共同說과 行爲共同說의 결론이 다르게 되므로 共同正犯의 성립범위를 결정함에 있어서는 역시 이러한 학설을 논의하는 의미가 있다고 해야 한다.

共同正犯의 종류로서 共謀共同正犯과 承繼的 共同正犯을 인정할 수 있는냐의 문제가 있다. 먼저 판례가 인정하고 있는 共謀共同正犯은 이를 부정하는 學說이 통설이고 긍정하는 학설⁴⁷⁾은 일부에 지나지 않았다. 그러나 최근에 와서는 이를 지지하는 학설⁴⁸⁾이 증가하여 긍정설도 다양화되고 있다. 共謀共同正犯을 인정하는 학설 중에는 共同正犯을 실행의 분담이 있는냐의 여부에 따라 實行共同正犯과 共謀共同正犯으로 구별하여 전자는 공모한 후에 모두 실행의 분담이 있는 경우이고, 후자는 공모한 후 그 일부만이 실행으로 나아가면 실행의 분담이 없이 공모에만 그친 자도 共謀共同正犯이 된다고 하고 있다⁴⁹⁾.

46) 黃山德, 전계서, 264면; 李炯國, 「共同正犯(上)」, 「고시연구」, 1985. 9, 113면 이하.

47) 黃山德, 전계서, 271면; 陳癸鎬, 전계서, 458면; 金鍾壽, 「共謀共同正犯의 理論」, 1973, 90면.

48) 崔萬朝, 「共謀共同正犯에 관한 研究」, 中央大學校 大學院 博士學位論文, 1987, 129면; 李正夫, 「共謀共同正犯에 관한 研究」, 壇國大學校 大學院 博士學位論文, 1983, 83면; 李在祥, 전계서, 425면 이하.

그러나 이러한 분류방법을 채택할 경우에는 실행의 분담없이 공모에만 참가한 자를 共同正犯으로 처벌할 수 있겠지만 공모한 후 실행까지 분담한 자(실행분담자가 數人인 경우에)가 實行共同正犯이 되는지 아니면 共謀共同正犯이 되는지가 명백하지 않다. 만일 실행분담자도 공모에만 그친 자와 같이 공모공동정범이 된다고 하면 실행분담자는 실행까지 하고 있음에도 實行共同正犯이 아니라고 해야 하고, 반대로 실행분담자를 실행공동정범이라고 하게 되면 共謀에 그친 자만이 공모공동정범이 되고 실행분담자는 실행공동정범이 되어 동일한 공모자가 공모공동정범과 실행공동정범이라는 두 종류의 공동정범이 성립하게 되어 2인 이상이 공모한다는 共同正犯의 관념에 반하게 된다. 따라서 共同正犯은 實行行爲의 유무로서는 그 종류를 구별할 수 없고 意思連絡의 시기에 따라서 분류하지 않으면 안된다.

그리고 共謀共同正犯을 인정하는 관례에 의하면 공모의 개념도 반드시 명백하지 않다. 원래 공모란 범죄수행을 위한 계획과 그 방법, 역할분담이나 범죄실행의 일시 등에 관하여 공동자 사이에 예비적으로 협정하는 것을 말하므로, 그 본질은 예비단계에 불과한 음모에 해당하고 공동의 고의가 있는 경우에 성립한다. 따라서 단순한 양해나 의사표현만으로 성립하는 공동정범보다 공동실행의 위험성이 크다고 할 수 있다. 이에 대해서 관례는 의사연락이 있거나 共同加功의 인식 또는 범죄실행의 의사결합이 있고, 그 중에 일부가 실행으로 나아가면 共謀共同正犯이 된다고 하여, 共謀와 共同正犯의 주관적 요건인 의사연락과 동일한 의미로 해석하고 있다. 따라서 관례가 공모공동정범이라 할 경우의 공모는 본래의 의미와 다르고, 경우에 따라 모든 공동정범은 공모공동정범이 될 수 있다는 해석도 가능하며, 공모없는 공동정범과의 구별이 불가능하게 된다.

그러므로 관례가 인정하는 공모공동정범을 공모있는 공동정범으로 이해하는 것은 의문이 아닐 수 없고 이를 이른바 공모공동정범이라고 하는 이유도 이해할 수 있다고 본다. 현재 우리나라에서 공모공동정범을 이론적으로 설명하려는 견해는 공동의 사주체설, 目的的 行爲支配說, 積極的 利用說, 기능적 행위지배설 등이 있으나 공모공동정범을 설명함에 있어서는 아직도 합리적인 설명이 되지 못하고 있다⁵⁰⁾. 또 관례는 현재에도 아무런 제한없이 共謀共同正犯을 인정하고 있으므로 이를 인정하는 경우에도 관례의 태도를 제한하지 않으면 안된다. 그러나 관례는 學界의 주장에 전혀 귀를 기울이지 않고, 그것도 日本 大審院時代의 관례에 따라 공모공동정범을 무

49) 黃山德, 전게서, 271面; 陳癸鎬, 전게서, 448面; 吳道基, 「刑法總論」, 1984, 235面.

50) 이에 대해서는 鄭盛根, “共謀共同正犯論 再論”, 「金鍾源教授華甲紀念論文集」, 1991, 449面 이하 참조.

제한적으로 인정한다는 점에서 日本 最高裁判所가 제한적으로 인정하는 것과 크게 대조된다.

다음으로 承繼的 共同正犯을 인정할 것이냐에 대해서 이를 긍정하는 것이 다수설이다. 긍정설은 의사연락이 반드시 실행행위시에 존재할 필요가 없고 일부실행이 있는 다음에도 의사연락이 가능하다는 점에 착안하고 있다. 이에 대해서 부정설⁵¹⁾은 책임의 소급이나 추인은 인정할 수 없으며 先行者의 행위에 대해서는 후에 가담한 자가 行爲支配를 할 수 없다는 이유를 그 근거로 들고 있다. 앞으로 共同正犯에 관한 중요한 논점으로 등장하게 될 것으로 전망된다.

끝으로 過失의 共同正犯을 인정할 수 있느냐에 관해서도 논의가 많다. 대체로 犯罪共同說, 共同意思主體說, 目的的 行爲支配說에서는 과실의 공동정범을 부인하는데 대해서 행위공동설, 공동행위주체설에서는 이를 긍정한다. 또 기능적 행위지배설에서는 긍정설과 부인설로 나누어진다. 공동정범은 의사연락과 실행행위를 요건으로 하므로 과실범의 경우에도 의사연락을 인정할 수 있느냐 그리고 과실범에 행위지배를 인정할 수 있느냐가 긍정설과 부정설의 논점이 된다고 할 수 있다. 현재 우리 판례는 이를 긍정하고 있는데 우리 刑法學이 해결해야 할 과제가 아닐 수 없다.

(2) 共犯과 身分

우리 刑法學에서 해결하지 못하고 있는 과제의 하나가 共犯과 身分에 관한 문제라 해도 좋다. 우선 신분의 성질에 대해서 신분의 繼續的 성질을 인정하는 종래의 통설에 대해서 최근에는 이를 부정하는 견해⁵²⁾가 점차 증가하고 있다. 부정설은 독일학설의 영향을 받은 것이라 할 수 있다. 身分의 계속적 성질을 인정하는 이유는 身分犯과 이에 加功한 共犯의 성립을 제한하려는 데에 있다. 그러나 공범종속성설에 따르면 非身分犯에 있어서는 공범은 항상 주범인 정범에 종속하여 성립하며, 제 33조의 신분에 加功한 非身分者도 身分者와 개별적으로 죄책을 부담하게 되므로 신분개념을 제한한다고 하여 이에 加功한 共犯의 가벌성이 제한되는 것은 아니다. 단지 非身分者는 단독으로 신분범의 주체가 될 수 없다는 의미밖에 없다. 따라서 신분의 계속적 성질을 부인하고 신분의 개념을 확대하는 것이 正犯適格을 제한하게 되므로 오히려 처벌의 범위를 축소하게 된다. 이러한 의미에서 신분의 계속적 성질을 부정하는 것이 타당하다고 해야 한다.

다음으로 신분의 분류에 대해서 통설은 형식적인 분류방법에 따라 構成的 身分과

51) 金日秀, 전게서, 854면; 裴鍾大, 「刑法總論」, 1992, 441면.

52) 鄭盛根, 전게서, 586면; 李炯國, 전게서, 648면; 李在祥, 전게서, 454면.

加減的 身分으로 분류하는데 대해서 소수설⁵³⁾은 실질적 분류방법에 따라서 違法身分과 責任身分으로 분류한다. 이러한 분류방법의 차이는 동일한 신분에는 항상 법적 성질도 동일하게 취급하여 동일한 신분의 연대작용이나 신분의 개별작용을 인정해야 할 것이냐 아니냐에 있다. 동시에 이와 연장선상에서 논의되는 것이지만 刑法 제33조 본문과 단서는 각각 連帶作用과 個別作用이라는 서로 모순된 작용을 인정하고 있으므로 本文과 但書의 상호모순관계를 어떻게 합리적으로 이해할 것이냐에 대해서는 학설이 나누어지고 있는데 이러한 논의도 신분개념 및 그 분류방법에 따라 견해의 차이가 생기게 된다. 현재 제33조 본문과 단서의 관계에 대해서는 거의 검토되고 있지 않은 상태에 있다고 할 수 있다. 신분의 개념 분류와 함께 우리 刑法學에서 해결해야 할 중요한 과제가 아닐 수 없다.

Ⅲ. 刑法學 發展의 課題

우리 刑法學의 과제는 우선 刑法에서 논의되고 있는 문제점들에 대해서 사례와 사회현실 및 외국의 이론과 입법례를 비교·검토하여 우리의 현실에 맞는 이론체계를 정립하는 데에 있다. 여기에서 다음과 같은 문제점을 지적할 수 있겠다.

첫째, 실무와 학계의 이론정립을 위한 교류가 확대되어야 한다. 현재 학계에서는 주로 외국, 특히 일본이나 독일의 이론을 소개하거나 이를 마치 우리의 이론인 것처럼 사용하고 있는 것이 현실이라 해도 좋다. 刑法學을 연구함에 있어서는 日本이나 獨逸理論을 받아들이지 않을 수 없으나 그렇다고 이를 무비판적으로 받아 들일 수는 없다. 우리의 가치관을 기반으로 하여 선진국의 타당한 이론과 입법례를 검토하면서 우리의 것으로 소화하고 이를 재생하여 우리 현실에 맞는 이론으로 발전을 기하지 않으면 안된다. 그러기 위해서는 우리의 판례이론에 대한 연구·검토가 동시에 이루어지지 않으면 안된다. 반면에 재판실무의 다수는 지금까지 일본판례, 그것도 주로 日本 大審院時代의 판례에 의존하고 있고, 판례 중에는 일본 대심원시대의 판결을 거의 그대로 재생하고 있는 것이 많다. 최근에 우리 학계의 이론도 상당히 발전하고 있음에도 불구하고 실무의 현실은 학계의 이론이 거의 고려되고 있지 않다는 인상이 깊다. 이러한 현상은 학계와 실무와의 교류가 적었다는 점도 있겠지만 판례이론에 대한 학계의 연구부족과 실무에서는 일본판례만을 주로 금과옥조로 여

53) 鄭盛根, 전거서, 591面; 車鏞碩, “共犯과 身分”, 「월간고시」 1986. 2, 3面; 崔善鎬, 「共犯과 身分에 관한 研究」, 慶熙大學校 大學院 博士學位論文, 1986, 82面 이하.

기는 편협된 생각에서 비롯된 것이 아닌가 생각된다. 우리 刑法學이 이론적인 면에서 뿐만 아니라 살아 있는 刑法學으로 발전하기 위해서는 학계는 관례이론에, 실무에서는 학계의 이론에 귀를 기울이지 않으면 안될 것이다.

둘째, 범죄현상이 사회현상의 일환으로 생긴다고 볼 때에 이에 대한 대책 수단 하나인 형법도 형법 독자적인 이론체계만으로는 오늘날의 범죄현상을 극복하기 어렵다. 여기에는 刑事政策學, 行政學, 刑事訴訟法學 등 주변의 학문과 연대해서 이론체계를 정립하고 이를 발전시키지 않으면 안된다. 특히 刑法의 효과적인 범죄대책은 형사정책적 고려가 없이는 이론을 위한 이론에 그치기 쉽다. 여기에 책임의 정도와 형벌의 정당성도 일반예방과 특별예방이라는 형사정책적 효과를 전제로 해서 시인할 수 있다는 이론전개가 요구된다. 그동안 학계에서는 형사정책적 측면을 등한시하고 주로 수험위주의 교과서와 논문들이 많았다는 것은 학계가 크게 반성해야 할 점으로 지적된다.

끝으로, 지금까지의 刑法學은 犯罪人 위주의 이론이었다. 따라서 범죄로 인한 被害者는 刑法에서 고려의 대상이 거의 되지 않았다. 刑法이 규범학이고 규범위반을 전제로 한 학문이라고 전제할 때에 범죄인 중심의 학문이 될 수 밖에 없음은 당연하다. 그러나 범죄로 인한 被害者를 형법에서 그대로 방치하는 것은 형사정책적으로 타당하다고 할 수 없다. 최근에 犯罪被害者에 대한 연구가 활발하게 전개되고 있는 것은 바로 이러한 관점에서 이해할 수 있다. 우리 刑法學이 앞으로 전개되어가야 할 방향도 범죄피해자와 범죄자를 함께 고려하면서 형사정책적 효과를 가져올 수 있는 刑法學으로 발전되어야 할 것이다.

