

공범에 있어서의 착오와 미수

○○대학교 법학전문대학원 교수

○○○

〈설문〉

甲은 자기의 여자친구 A에게 청혼을 하였으나 A는 이를 거절하면서 자신은 이미 B와 결혼을 약속한 사이라고 밝혔다. 甲은 A와의 결혼에 방해가 되는 B를 제거하기로 결심하고 B가 정기적으로 자기의 스포츠카의 정비를 맡기는 자동차정비소를 찾아가 그곳의 담당 기술자 乙에게 일정 금액의 대가를 약속하며 B가 다음번에 자동차 정비를 맡기면 냉각기의 냉각기능을 제거하여 고속으로 달릴 때 엔진 과열로 자동차가 폭발될 수 있게 해 달라고 부탁하였다. 乙은 甲의 부탁대로 행하였다. 자동차를 찾기로 예정된 날 B는 정비에 관한 계산을 마친 후 A에게 전화를 걸어 드라이브를 하자고 제안하였고 정비소에서 조금 떨어진 장소에서 A를 기다렸다. 乙은 다른 자동차를 수리하다가 A가 함께 타는 것을 보고 순간적으로 자신의 행동을 후회하며 자동차를 세우려고 큰 소리로 B를 불렀으나 B는 이것을 못 듣고 곧바로 고속도로에 진입하여 달리던 중 실제로 엔진과열로 자동차가 폭발되어 B는 겨우 목숨을 건졌으나 한 쪽 다리가 부러지는 중상을 입었고 A는 현장에서 사망했다.

甲과 乙의 죄책은?

I. 논점의 정리

(1) 정범개념의 우위성에 따라 먼저 乙의 죄책에 대하여 검토해야 하는바 B에 대하여 살인미수죄가 성립될 것인지, 또한 자신의 행동을 후회하고 B를 부른 행위에 대하여 자의성을 인정하여 중지미수로 처벌하여야 할 것인지 문제된다(제250조 제1항, 제254조, 제26조). A에 대한 행위에 대하여 살인죄(제250조 제1항) 내지 과실치사죄(제267조)의 성립에 대하여 검토를 요한다. 이와 관련하여 구체적 사실의 착오 중 방법의 착오를 어떻게 해결할 것인지 문제된다. 아울러 자동차의 파손행위와 관련하여 재물손괴죄(제366조)성부도 살펴보아야 한다.

(2) 甲의 행위와 관련하여 B에 대한 살인미수와 A의 사망에 대해서 교사범의 죄책을 지는지 문제된다(제250조, 제254조, 제31조 제1항). A의 사망에 있어 정범의 방법의 착오가 교사범에게 어떠한 영향을 미치는지에 대한 검토가 필요하다. 마지막으로 자동차 파손에 대한 죄책에 대해서도 살펴보아야 한다(제366조, 제31조 제1항).

II. 乙의 죄책

1. B에 대한 행위의 처벌가능성

(1) 살인미수죄(제250조 제1항, 제254조) 성부

1) 문제점

B는 乙의 행위에 의해서 사망하지 않고 생존했으므로 형법 제250조가 요구하는 결과는 발생하지 않았다. 그러므로 B에 대해서는 살인기수는 적용되지 않으며 살인미수의 가능성만이 남는다. 다만 乙의 행위에 대해서 중지미수를 적용할 수 있을 것인지 문제된다.

2) 구성요건해당성

미수범은 구성요건적 고의, 실행의 착수, 결과의 미발생 등 세 가지 요건을 갖추어야 한다. 그 중 결과의 미발생이라는 요건은 설문을 통해서 객관적으로 밝혀진 사실이므로 문제가 되지 않으며 따라서 고의와 실행의 착수만이 검토의 대상이 된다.

(가) 구성요건적 고의

행위시점에 乙은 B를 살해할 목적으로 냉각장치를 제거했으므로, 즉 구성요건적 결과의 실현에 대하여 의욕하였을 뿐만 아니라 피해자의 사망의 결과에 대한 예견이 충분히 가능했으므로 고의가 인정된다.

(나) 실행의 착수 인정 여부

실행의 착수와 관련하여 ① 형식적 객관설, ② 실질적 객관설, ③ 주관설, ④ 주관적 객관설의 대립이 있으나 실행의 착수 여부의 판단기준은 주관적인 범행계획에 비추어 범죄의사의 분명한 표현이라고 볼 수 있는 행위가 개개 구성요건의 보호법익에 대한 직접적 위협에 이르게 될 때 실행의 착수가 있다고 할 것이므로 주관적 객관설이 타당하다고 할 것이다. 설문의 경우 냉각기능을 제거한 후 차를 돌려줌으로써 乙은 자신이 생각하기에 결과 발생에 필요한 모든 조건을 충족하였으므로 형법 제250조에서 말하는 실행의 착수가 존재한다고 볼 것이다.

3) 중지미수(제26조)의 적용가능성

乙의 순간적 뇌우침과 자동차를 불러 세우려는 노력과 관련하여 중지미수가 성립하는지 검토할 필요가 있다. 중지미수가 성립하기 위해서는 주관적 요건으로서의 자의성 이외에 객관적 요건을 요한다. 객관적 요건으로는 실행의 착수와 결과의 미발생이 갖추어져야 한다.

(가) 착수미수인지 실행미수인지 여부

객관적 요건으로 실행에 착수하였을 것을 요하는 외에 행위자가 결과의 발생에 필요한 행위를 다하지 아니한 때에는 실행행위의 중지로 족한 착수미수와 실행행위는 종료하였으나 결과가 발생하지 아니한 때에는 결과의 발생을 방지하기 위한 진지한 노력을 요하는 실행미수인지의 구별이 필요하다. 이에 대하여 견해의 대립이 있으나 설문의 경우 乙은 냉각기능을 제거한 후 차를 돌려줌으로써 결과 발생에 필요한 모든 조건을 충족시켰다고 볼 것이어서 어느 견해에 의하든지 실행미수가 된다고 할 것이다.

(나) 결과의 미발생(인과관계)

피해자의 사망이라는 결과가 나타나지 않았음은 설문에서 이미 밝혀져 의심의 여지가 없으나 여기서 중요한 것은 결과의 미발생과 결과발생을 저지하려고 한 노력 사이의 인과관계의 문제이다. 인과관계를 인정하는 규정을 두고 있지는 않으나 일반적으로 중지미수를 인정하기 위해서는 이 두 가지 요소사이에 인과관계는 원칙적으로 요구된다.¹⁾

(다) 결과발생 방지를 위한 진지한 노력

중지미수를 위해서는 결과발생을 막기 위한 행위자의 노력을 요한다. 행위자의 노력이 반드시 결과방지를 위해 실제적으로 효과적이었을 필요는 없고 다만 범행을 포기하고 결과의 발생을 진정으로 원하지 않는다는 행위자의 의사를 표현해 주는 외부적 행위로 족하다. 이를 위해서는 객관적으로 혹은 적어도 주관에 따라 결과발생을 방지하기에 충분하다고 생각되는 모든 가능한 방법을 시도하여야 한다. 따라서 설문에서 이러한 행위가 인정되기 위해서는 행위자가 피해자의 자동차를 불러 세우려고 고함을 쳤으나 효과가 없자 그대로 포기한 행위로 부족하고 적어도 자동차를 타고 뒤를 쫓아가든지 경찰이나 그 밖의 제3자의

1) 다만 불능미수에 대한 중지미수가 가능한가의 문제에 대하여 형량의 불균형을 시정하기 위하여 인과관계를 필요로 하지 않는 것이 다수설의 입장이다.

도움을 청하는 방법이 있음을 알았으면 이를 실행했어야 한다. 설문에서 중지미수를 인정하기에 충분한 진지한 노력은 부정된다.

(라) 자의성

이미 진지한 노력이 부정되어 중지미수의 적용가능성은 궁극적으로 부정된다. 그렇지 않은 경우라면 중지미수의 중요한 요소로서 결과의 발생을 방지하기 위한 노력의 자의성에 대한 검토가 필요하다. 이에 대하여 ① 객관설, ② 주관설, ③ Frank의 공식, ④ 규범설, ⑤ 절충설의 대립이 있다. 통설은 자율적 동기에 의한 중지의 경우 자의성을 인정한다(절충설). 설문에서 행위자는 뜻하지 않은 A의 동승으로 인하여 자동차를 불러 세우려고 했던 것으로 인정될 수 있다면 이는 외부적 행위상황의 변화에 의한 것으로서 타율적 동기에 속한다. 여기서는 중지의 자의성을 인정하기 어렵고 또한 결과발생의 방지를 위해 최선을 다하지 않았으므로 중지미수 규정의 적용은 불가능하다. 따라서 별다른 위법성 조각사유, 책임조각사유가 보이지 않으므로 살인죄의 장애미수로 처벌될 것이다.

(2) 상해죄(제257조) 또는 중상해죄(제258조)의 성부

형법 제257조의 객체는 행위자 이외의 타인이며 구성요건적 행위는 신체의 완전성을 침해하거나 생리적 기능을 훼손시키는 것이다(생리적기능 훼손설).

설문에서 다리가 부러지는 결과가 발생하였으므로 객관적 구성요건이 충족됨은 의심의 여지가 없다(제258조 제2항의 불구의 요건을 충족하였다고 볼 것이다). 그러나 乙은 살인의 고의를 가지고 행위하였기 때문에 이는 불가결하게 상해의 고의를 포함한다고 볼 것이므로 별도의 상해죄나 중상해죄의 죄책은 성립하지 않는다고 볼 것이다.²⁾

2. A에 대한 행위의 처벌가능성

(1) 살인죄(제250조 제1항) 성부

1) 구성요건해당성

乙의 냉각기 제거로 인하여 자동차가 폭발되었고 그로 인해 A가 죽게 되었으므로 행위와 결과 사이에 인과관계가 성립되며 따라서 제250조 제1항의 객관적

2) B에 대한 상해죄는 중상해죄에 흡수되고 살인미수와 중상해죄는 범조경합의 보충관계에 놓이게 되어 경한 죄의 기수는 중한 죄의 미수에 흡수된다.

구성요건이 갖추어 졌다. 문제는 주관적 구성요건으로서의 고의가 인정될 수 있는지 문제된다.

2) 방법의 착오에 대한 검토

실문의 경우 결과를 발생시키고자 했던 객체가 아닌 다른 객체에 결과가 발생한 경우로서 이는 방법의 착오에 해당한다. 애당초 침해를 원하지 않았으나 결과적으로 침해된 객체에 대해서 구성요건적 고의를 인정할 것인가에 대해 견해의 대립이 있다.

(가) 견해의 대립

가) 법정적 부합설

법정적 부합설은 행위자의 인식과 발생한 사실이 법정적 사실의 범위, 즉 동일한 구성요건 또는 죄질에 속하면 고의가 성립한다고 한다. 이 견해는 구체적 사실의 착오에 관하여는 객체의 착오와 방법의 착오를 불문하고 인식한 사실과 발생한 사실이 동일한 구성요건에 속하므로 결과에 대한 고의의 성립을 인정한다.

나) 구체적 부합설

구체적 부합설은 행위자의 인식과 발생한 사실이 구체적으로 부합하는 경우에 한하여 발생한 사실에 대한 고의를 인정한다. 이 견해에 따르면 구체적 사실의 착오에 있어서 객체의 착오에 관하여는 고의범의 기수를 인정하나, 방법의 착오에 관하여는 인식과 사실이 구체적으로 부합하지 아니하므로 인식한 사실에 대한 미수와 발생한 사실의 과실범의 상상적 경합범이 성립한다고 한다.

(나) 판례의 태도

판례는 “자신의 조카를 업고 있는 형수를 죽이기 위해 몽둥이로 내리쳐 형수가 피를 흘리면서 쓰러지자 다시 한번 내리쳤는데 그만 업혀 있던 조카의 머리에 맞아 조카가 두개골 골절로 사망하고 말았다. 이러한 방법의 착오는 살인의 고의성립에 영향을 주지 않는다(대판 1984.1.24, 83도2813).”고 판시하여 법정적 부합설에 의하고 있다.

(다) 검토

법정적 부합설과 구체적 부합설의 차이는 방법의 착오에 있다. 고의는 특정한 행위객체를 향하여 구체화되어야 하므로 사실상 결과가 야기된 이외의 행위객

체에 대해서는 고의를 귀속시킬 수 없다. 그럼에도 불구하고 의욕하지 않은 결과에 대해 고의를 인정하는 것은 책임원칙에 반한다. 따라서 구체적 부합설에 의한 해결이 타당하다고 할 것이다.³⁾

(라) 설문의 경우

가) 법적 부합설에 따르면 병발사례에 대해서 乙은 결과적으로 A가 되었던 B가 되었던 상관없이 형법 제250조 제1항이 요구하는 구성요건을 실현코자 했고 또한 결과적으로 실현되었으므로 고의를 인정하여 A에 대한 살인기수의 살인죄를 확정하고자 한다.

나) 구체적 부합설은 범인의 예상 사건결과가 실제와 현격한 차이가 있을 때 발생결과에 대해서는 고의를 인정하지 않는다. 범인의 고의는 하나의 특정한 객체에 구체화되어 있기 때문이다. 따라서 설문의 경우 乙은 단 한 사람, 즉 B를 죽이려 했는데 뜻밖에 A가 죽게 되었으므로 A의 죽음에 대한 살인 고의는 없었던 것으로 본다. 구체적 부합설이 타당하므로 A에 대한 살인고의 즉 제250조 제1항의 주관적 구성요건이 결여되므로 본조의 적용 가능성은 사라진다고 할 것이다.

(1) 과실치사죄(제267조) 성부

1) 乙은 자신의 행위를 통해 A의 사망이라는 결과를 초래했다. 이에 대한 고의가 없었으므로 과실치사의 처벌가능성이 검토되어야 한다. 고의가 부정된다고 해서 과실이 자동적으로 인정되는 것은 아니며 과실에서 독자적으로 요구되는 조건이 충족되어야 한다.

2) 乙은 행위 당시 정상인, 혹은 직업인으로서 기울여야 할 주의의무를 태만히 했다. 자동차가 비록 B의 소유물이긴 하지만, 언제나라도 동승자가 있으리라는 것과 사고 당시 그 밖의 제3자도 다칠 수 있다는 예견이 가능했으며 그에 따른 피해를 막기 위한 조치를 취하지 않았으므로 과실이 인정된다.

3) 무엇보다 법적 부합설은 병발사례에 적절하게 대처하지 못한다. 甲을 살해하려고 하다가 (i) 甲과 乙을 사망하게 한 경우, (ii) 甲을 죽이고 乙에게 상처를 입힌 경우, (iii) 甲에게 상처를 입히고 乙을 사망케 한 경우를 해결할 수 없다. 특히 甲이 사망하거나 상처를 입은 경우에도 乙에게 고의전용을 인정하는 경우는 고의의 사실성을 무시하는 것이라고 하지 않을 수 없다.

3) 위법성책임조각사유가 없으므로 형법 제267조에 따라 처벌된다.

3. 자동차파손행위의 처벌 가능성—재물손괴죄(제366조) 성부

乙의 고의에 의한 생각기능 제거행위는 자동차의 효용을 해하는 결과를 가져오므로 생각기능제거행위 자체로 이미 제366조의 구성요건이 충족된다. 더 나아가 생각 기능 결여로 인한 자동차 폭파도 예견 가능한 것이므로 그에 따른 재물손괴도 인정된다.

문제는 자동차의 파손행위가 불가벌적 수반행위라 볼 수 있는지 여부이다. 불가벌적 수반행위란 행위자가 특정한 죄를 범하면서 그 죄와 논리적으로 필연적인 것은 아니지만 일반적, 전형적으로 결합되어 있는 다른 구성요건을 충족하고, 그 구성요건의 불법내용이 주된 범죄에 대하여 경미하기 때문에 고려되지 않는 경우를 말한다.

설문의 경우 乙은 자동차의 파손의 고의 역시 가지고 있었고 이는 乙이 궁극적으로 목표로 삼았던 B에 대한 살해행위에 일반적, 전형적으로 흡수되는 행위라 볼 수는 없을 것이다.

4. 죄수관계

B에 대한 상해죄는 중상해죄에 흡수되고 살인미수와 중상해죄는 법조경합의 보충관계에 있으므로 살인미수죄(제250조, 제254조)가 성립하고, A에 대한 과실치사죄(제267조)와 B에 대한 살인미수는 생각이 제거라는 동일한 행위에 의해 발생하였으므로 상상적 경합의 관계에 있다. 재물손괴죄(제366조)도 이와 함께 상상적 경합관계(제40조)에 있다.

Ⅲ. 甲의 죄책

1. B에 대한 행위—교사의 의한 살인미수죄(제250조 제1항, 제254조, 제31조 제1항) 성부

甲은 乙을 설득하여 범행을 실행하게 했으므로 교사범으로서의 처벌될 가능성을 갖는다. 교사범으로 인정되기 위해서는 교사의 고의와 정범의 고의가 요구된다. 甲은 구성요건실현에 대한 고의를 갖고 애당초 범죄의사가 없었던 乙을 설득하여 B를 살해하겠다는 결의를 하게하고 乙은 이를 실행에 옮겼고, B는 정범성을 갖추었으므로 교사범으로서의 요건을 충족한다. 따라서 甲은 교사범으로 乙과 동일하게 처벌받게 된다.

2. A에 대한 행위

(1) 살인죄(제250조) 제1항 성부

통설에 따르면 피교사자의 객체의 착오는 교사자에게는 방법의 착오에 해당하며 피교사자의 방법의 착오는 물론 교사자에게도 방법의 착오로 인정된다. 따라서 A의 사망은甲에게도 방법의 착오에 해당되며 구체적 부합설에 따라 고의의 결여로 살인죄는 부정된다.

(2) 과실치사죄(제267조) 성부

甲은 乙에게 자동차의 냉각기능을 제거하라고 지시함으로써 A의 사망이라는 결과를 야기시켰다. 甲도 乙과 마찬가지로 B가 아닌 다른 사람에게도 위험이 미칠 수 있다는 예견가능성과 주의의무가 있었다고 해야하므로 과실치사죄가 인정된다.

3. 교사에 의한 재물손괴죄(제366조, 제31조 제1항) 성부

자동차의 냉각기능을 제거하여 폭발하도록 乙에게 지시하여 행위하도록 하였으므로 이에 대하여 재물손괴죄의 교사범의 죄책이 인정된다.

4. 죄수관계

甲에게는 살인죄 교사의 미수(제254조, 제31조 제1항)와 재물손괴죄의 교사범(제366조, 제31조 제1항), 그리고 과실치사죄(제267조)가 인정되고 이는 상상적 경합(제40조)관계에 있다고 할 것이다.

IV. 설문의 해결

(1) 乙의 죄책과 관련하여 살인미수죄(제254조, 제250조), 과실치사죄(제267조), 재물손괴죄(제366조)가 인정되고 이는 상상적 경합(제40조) 관계에 있다.

(2) 甲의 죄책으로 살인교사의 미수(제254조, 제250조, 제31조 제1항)와 재물손괴죄의 교사범(제366조, 제31조 제1항), 그리고 과실치사죄(제267조)가 인정되고 이는 상상적 경합(제40조) 관계에 있다.