

공모공동정범

원 형 식*

목 차

- | | |
|----------------------|---------------|
| I. 문제의 제기 | III. 대상판결의 분석 |
| II. 기능적 행위지배와 공모공동정범 | IV. 맺는 말 |

대상판결: 대법원 2009. 6. 23. 선고 2009도2994 판결

[사건개요1)]

피고인 甲을 비롯한 집회 참가자 약 3,300여 명이 2007년 10월 16일 15:00경부터 고양시 덕양구 화정동 화정근린공원에서부터 고양시청까지 약 3km 편도 2차로의 도로를 막고 행진하며 시위를 하였다. 고양시청 앞에 도착한 시위대는 전국노점상총연합회(이하 ‘전노련’이라 한다) 집행부의 시청 진입 지시에 따라 밧줄을 이용하여 차단용으로 설치된 컨테이너 박스를 끌어내고 고양시청 철제문도 밧줄로 묶어 잡아당기는 등으로 이를 파손하였으며 경찰관 등에게 위험한 물건인 돌과 유리병 등을 던지거나 각목을 휘둘렀으며, 이로 인해 전투경찰인 공소 외 1이 2007년 10월 16일 15:30경 고양시청 정문 앞 노상에서 시위대가 던진 유리병에 오른손을 맞아 약 2주간의 치료를 요하는 장무지 신전근 손상을 입었다.

피고인 甲은 이 사건 범행 당시 조직 간부가 아닌 일반회원으로 이 사건 집회 및 시위를 주최하는 지위에 있지는 않았고, 각목을 휴대하

* 공주대학교 법학과 부교수, 법학박사

1) 사건개요는 원심법원과 대법원의 판결에 있는 사실관계를 종합하여 재구성하였다.

지는 않았지만, 집회에 참여하면서 단결투쟁이라고 기재된 검정색 조끼를 입고 손에는 고무로 코팅이 된 면장갑을 끼고 얼굴에 흰 마스크를 한 상태로 시위대 전열에서 적극적으로 시위에 직접 참여하였고, 사복경찰관이 시위대 전열에서 각목을 휘두르는 사람을 체포하려고 하자 피고인 甲이 경찰관의 몸을 잡고 밀쳐내면서 폭력을 행사하였고, 이 과정에서 2007년 10월 16일 17:22경 사법경찰관 공소 외 2에 의해 체포되었다. 피고인 甲이 체포된 2007년 10월 16일 17:22경 이후에도 경찰관 12명은 시위 참가자가 던진 돌멩이, 벽돌, 각목 등에 맞아 피해를 입었다.

〔사건의 경과〕

원심법원²⁾은 “피고인은 단순한 암묵적·순차적 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정”된다는 이유로 전노련의 주도 하에 전국 회원 약 3,300명이 2007년 10월 16일 15:00경부터 같은 날 23:30경까지 도로를 막고 행진하여 고양시청으로 진입하는 과정에서 이루어진 각 범행, 즉 특수공무집행 방해치상죄(형법 제144조 제2항), 일반교통방해죄(형법 제185조), 공용물건손상죄(형법 제141조 제1항)에 대하여 피고인 甲에게 공모공동정범으로서의 죄책을 모두 인정하였다.

이에 대하여 대법원³⁾은 2007년 10월 16일 15:00경부터 같은 날 17:22경 피고인이 사법경찰관에 의해 체포되기 전까지에 이루어진 시위대의 범행에 대하여만 그에게 공모공동정범으로서의 죄책을 인정하고 2007년 10월 16일 17:22경 이후부터 같은 날 23:30경 사이에 행하여진 시위대의 범행에 대하여는 피고인 甲에게 공모공동정범의 죄책을 인정하지 않았다.

2) 서울고등법원 2009. 4. 2. 선고 2008노2518 판결.

3) 대법원 2004. 10. 14. 선고 2004도4090 판결.

〔대법원 판결요지〕

1. “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 경우에 따라 이른바 공모공동정범으로서의 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 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정되는 경우여야 한다.”
2. “피고인이 비록 단순한 시위가답자에 불과하더라도 이 사건 집회 당시의 피고인의 행위와 전체적인 사태의 추이, 집회의 내용 및 실제 폭행을 가하거나 기물을 파손한 집회참가자들의 구체적인 행위 태양, 폭력사태의 지속시간 및 그로 인한 피해 정도 등을 종합해 볼 때, 피고인은 위 각 범행의 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 자로 인정된다고 할 것이므로, 시위 참가자들이 행한 이 부분 각 범행에 대한 공모공동정범으로서의 죄책을 면할 수 없다.”
3. “공소 외 1을 제외한 나머지 경찰관 12명은 피고인이 체포된 이후 시위 참가자가 던진 돌맹이, 벽돌, 각목 등에 맞아 피해를 입게 된 사실 … 이 인정될 뿐이고, 그 밖에 피고인이 주최자인 전노련의 집회 계획·공모에 가담하였다거나 전노련 집행부를 통하여 이 사건 집회를 지배 내지 장악하는 등 영향력을 미쳤다고 인정할 만한 증거는 찾아보기 어렵다. 그렇다면 2007년 10월 16일 17:22경 이후에 이루어진 시위 참가자들의 범행 즉, 같은 날 17:30경부터 23:00경까지 이루어진 경찰관 등에 대한 특수공무집행방해 행위에 대하여는 피고인에게 각 범행에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재한다고

보기 어려우므로 이 부분에 대하여는 공모공동정범의 죄책을 인정할 수 없다.”

I. 문제의 제기

대상판결에서 논점은 시위 참가자들이 행한 범행 전부를 단순가담자인 피고인 甲에게 귀속시킬 수 있는가이다. 甲이 전노련 전국 회원 약 3,300명이 도로를 막고 고양시청까지 행진하는데 가세한 행위가 일반교통방해죄(형법 제185조)에 해당한다는 점과 시위대 전열에서 적극적으로 시위에 직접 참여하여 사복경찰관이 시위대 전열에서 각목을 휘두르는 사람을 체포하려고 하자 경찰관의 몸을 잡고 밀쳐내면서 폭력을 행사한 행위가 공무집행방해죄에 해당한다는 점에 대하여는 의문이 없다.

그런데 다른 시위 참가자들이 경찰관에게 위험한 물건인 돌과 유리병 등을 던지거나 각목을 휘둘러 전투경찰인 공소 외 1에게 상해를 가한 행위(특수공무집행방해치상죄)나 고양시청 철제문을 밧줄로 묶어 잡아당기는 등으로 이를 파손한 행위(공용물건손상죄)에 대하여도 甲에게 죄책을 물을 수 있는가에 대하여는 논란의 여지가 있다. 대상판례에 나타난 사실관계에 의하면 甲은 공용물건손상죄와 관련하여서는 고양시청 철제문을 손상하는 행위에 직접 가담한 것으로는 보이지 않고, 특수공무집행방해치상죄와 관련하여서는 위험한 물건을 휴대하지 않았고, 그의 공무집행방해행위로 인하여 전투경찰인 공소 외 1이 상해를 입은 것도 아니므로 甲에 대하여 공모공동정범이 성립하지 않는 이상은 다른 시위 참가자들이 행한 범행 전체에 대하여 그에게 죄책을 물을 수는 없을 것이다. 이 점에 대하여 원심법원과 대법원은 피고인 甲에게 ‘범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재’한다는 이유로 공모공동정범의 성립을 인정하였다.

대법원은 공모공동정범의 인정근거를 처음에는 공동의사주체설⁴⁾에 의하다가, 후에는 간접정범유사설⁵⁾을 채택한 판례가 많이 보이며, 1989년 판결에서 “공동정범의 본질은 분업적 역할분담에 의한 기능적 행위 지배에 있다고 할 것이므로 공동정범은 공동의사에 의한 기능적 행위지배가 있음에 반하여 종범은 그 행위지배가 없는 점에서 양자가 구별된다.”라고 판시함으로써 처음으로 기능적 행위지배 개념을 정범과 공범의 구분기준으로 사용하였으며, 근래에는 기능적 행위지배 개념을 채택한 판례가 주류를 이루고 있다.⁶⁾ 기능적 행위지배설을 인정하는 견해 내에서도 공모공동정범을 긍정할 것인가에 대하여는 견해가 일치하지 않지만, 아무튼 행위지배설은 정범과 공범의 구별에 관한 기존의 주관설과 객관설을 지양하고, 양자를 합일하여 타당한 기준을 제시하여 오늘날에는 우리나라와 독일의 다수설의 지지를 받는 이론이라는 점과 주관적 의사에 치우친 기존의 공동의사주체설이나 간접정범유사설보다는 공동정범의 성립범위를 적절하게 제한하는 이론이라는 점에서 대법원이 공모공동정범의 인정근거로서 기능적 행위지배 개념을 채택한 것은 타당한 판단이라고 생각한다.

4) 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도3248 판결. 그 이후의 판결(예컨대 대법원 1983. 10. 11. 선고 83도1942 판결; 동 1988. 3. 22. 선고 87도2539 판결)에서도 공동의사주체라는 표현은 사용하지 않았지만 “공범자들 사이에 범죄에 대한 공동가공의 의사가 있는 경우, 즉 상호간에 범의의 연락이 있고 그 공범자 일부가 범죄의 실행에 해당한 경우에는 결국 전원이 공동일체로서 범죄를 실행한 것”이라는 문구를 보면 공동의사주체설의 입장을 유지한 것으로 보인다.

5) 대법원 1988. 4. 12. 선고 87도2368 판결; 동 1989. 6. 27. 선고 88도2381 판결; 동 1994. 10. 11. 선고 94도1832 판결; 동 1993. 3. 23. 선고 92도3327 판결; 동 1996. 3. 8. 선고 95도2930 판결.

6) 대법원 1989. 4. 11. 선고 88도1247 판결; 동 1993. 3. 9. 선고 92도3204 판결; 동 1996. 1. 26. 선고 95도2461 판결; 동 1997. 1. 24. 선고 96도2427 판결; 동 1997. 9. 30. 선고 97도1940 판결; 동 1998. 9. 22. 선고 98도1832 판결; 동 2001. 11. 9. 선고 2001도4792 판결; 동 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결; 동 2009. 6. 23. 선고 2009도2994 판결.

대법원이 채택한 기능적 행위지배의 개념이 그 가치를 발휘하기 위해서는 그 개념과 판단기준을 명확히 정립하여 공모공동정범의 성립범위를 적절히 제한하여야 할 필요가 있다. 본고에서는 대상판례에서 제시된 기능적 행위지배의 판단기준이 타당한가 여부와 甲에 대하여 공모공동정범의 성립을 인정한 판례의 판단이 과연 기능적 행위지배 개념과 부합하는지에 대하여 검토하고자 한다.

II. 기능적 행위지배와 공모공동정범

1. 기능적 행위지배의 의의 및 성립요건

기능적 행위지배는 공동정범에서 요구되는 행위지배의 한 유형으로서 ‘2인 이상이 공동의 범죄계획을 수행함에 있어서 각자가 역할분담에 따라 범죄수행에 필요한 부분을 분업적으로 수행함으로써 공동으로 행위지배를 하는 것’을 말한다.⁷⁾ 형법 제30조는 “공동정범은 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.”라고 규정함으로써 각 가담자가 범죄의 일부만을 실행하였더라도 전체범죄에 대하여 책임을 부과하고 있다. 행위지배설은 그 근거를 기능적 행위지배에서 찾는다. 즉 각 가담자는 공동의 범죄계획에 따라 각자가 맡은 역할을 수행함으로써 범죄수행에서 본질적인 기능을 수행하였기 때문에 범죄의 일부만을 수행했지만 범죄전체에 대하여 책임을 물을 수 있다는 것이다. 따라서 각 가담자를 공동정범으로 처벌할 수 있기 위해서는 주관적 요건으로서 공동의 범죄계획이 있어야 하고, 객관적 요건으로서 공동의 실행행위, 즉 분업에 의한 범죄

7) 김일수/서보학, 형법총론 제11판(박영사, 2008), 575쪽; 손동권, 형법총론 제2개정판(울국출판사, 2005), 466쪽; 신동운, 형법총론 제4판(법문사, 2009), 556쪽; 이재상, 형법총론 제6판(박영사, 2008), 428쪽; 임웅, 형법총론 개정판보정(법문사, 2006), 388쪽 이하.

실행에서 본질적 기능을 갖는 범행기여(기능적 역할분담)가 있을 것을 요한다.

2. 공모공동정범의 인정여부와 성립요건

2.1. 학설의 검토

공모공동정범을 인정할 것인가에 대하여는 견해가 일치하지 않는데, 여기서는 이 점에 관한 논의는 생략하고 다만 대상판례가 근거로 하고 있는 기능적 행위지배 개념에 의하는 경우 공모공동정범을 인정할 수 있을 것인가에 대하여만 설명하고자 한다. 공모공동정범은 실행의 착수 이전 단계, 즉 예비·음모의 단계에서 범죄의 공모에만 관여하고 실행행위를 분담하지 않은 가담자에 대하여도 공동정범을 인정하는 것을 말하므로, 이를 인정할 것인가의 논의는 결국 실행의 착수 이전의 단계에서 행한 행위기여만으로도 기능적 행위지배를 인정할 수 있을 것인가의 문제라고 할 수 있다.

정범과 공범의 구분에 관하여 행위지배설에 따르는 견해 내에서도 공모공동정범을 인정할 것인가에 대하여는 견해가 일치하지 않는데, 이를 부정하는 견해는 공동정범의 객관적 요건에서 말하는 공동의 실행행위는 범죄의 실행단계에서 이루어질 것을 요하며 그 이전에 예비·음모단계에서 공모를 한 것만으로는 기능적 행위지배가 인정되지 않으므로 공모공동정범은 성립할 수 없다고 한다.⁸⁾ 이에 대하여 이를 긍정하는 견해는 공동의 실행행위는 각 가담자가 전체적인 범죄계획의 범위

8) 김성천, 형법(소진, 2009), 397쪽; 김일수/서보학, 앞의 책, 603쪽; 박상기, 형법총론 제8판(박영사, 2009), 392쪽 이하; 손동권, 앞의 책, 510쪽; 신동운, 앞의 책, 575쪽 이하; 오영근, 형법총론 제2판(박영사, 2009), 580쪽 이하; 임웅, 앞의 책, 415쪽; 정성근/박광민, 형법총론(삼지원, 2001), 551쪽 이하; 정영일, 형법총론 개정판(박영사, 2007), 368쪽 이하. 독일에서는 예컨대 Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. II(C. H. Beck, 2003), 87쪽 참조.

안에서 범죄를 실현하는데 불가결한 요건이 되는 기능을 분담하였다면 기능적 행위지배가 인정되므로 공모공동정범이 성립할 수 있으며, 반드시 공동의 실행행위가 구성요건에 해당하는 실행행위를 분담한 경우에 국한되는 것은 아니라고 한다.⁹⁾

공모공동정범은 구성요건의 실행단계에 가담하지 않은 자에 대하여 ‘공모’를 근거로 기능적 행위지배를 인정하여 정범이 성립한다고 보는 것이므로 각 가담자들이 구성요건의 실행단계에서 각자 맡은 역할을 분업적으로 수행함으로써 그 범행을 기능적으로 지배하는 통상의 공동정범과는 차이가 있다. 그러나 구성요건의 실행단계에서 실행행위를 분담하였는가의 여부가 정범성을 판단하는 결정적인 기준이 되는가에 대하여는 의문이 있다.

본고 II 1에서 언급한 바와 같이 각 가담자가 범죄의 일부만을 실행하였더라도 전체범죄에 대하여 책임을 부과하는 근거는 기능적 행위지배, 각 가담자가 공동의 범죄계획에 따라 자가가 맡은 역할을 수행함으로써 범죄실행에서 본질적인 기능을 수행하다는 점에 있다. 그렇다면 구성요건의 실행에 착수하기 전 공모과정에서 범죄계획을 수립하는데 이를 지휘하거나 중요한 역할을 수행하였고, 다른 가담자들이 이미 수립된 범죄계획에 따라 범죄를 실행하는 단계에서도 그 영향력이 계속되었다면 그 모의자는 구성요건의 실행단계에서는 직접 행위를 하지 않았더라

9) 이원경, “공모공동정범에 관한 연구”, 법학논집 제14권 제1호(이화여자대학교, 2009), 363쪽; 이재상, 앞의 책, 475쪽; 이정훈, “온라인 웹하드 서비스의 공동송신권 침해와 공모공동정범 성립여부”, 형사법연구 제20권 제3호(한국형사법학회, 2008), 134쪽; 이창섭, “공모공동정범이론 유감(遺憾)”, 비교형사법연구 제9권 제2호(한국비교형사법학회, 2007), 357쪽; 조준현, 형법총론(법원사, 1998), 329쪽; 천진호, “‘공모’공동정범에 있어서 공모의 정범성”, 형사판례연구 제9호(형사판례연구회, 2001), 197쪽 이하; 하태훈, “기능적 범행지배의 의미”, 형사판례연구 제12호(형사판례연구회, 2004), 75쪽 이하; 한정환, “공동정범, 공모공동정범의 성립요건”, 형사법연구 제21권 제1호(한국형사법학회, 2009), 295쪽 이하. 독일의 다수설: 예컨대 Sch/Sch-Cramer/Heine, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Aufl.(2001), § 25 Rn. 66 참조.

도 범죄계획을 수립하여 그 계획이 실현되기까지 전체 범죄과정에서 본질적인 기능을 수행하였다고 평가할 수 있다.¹⁰⁾ 이러한 경우에는 그 공모자에 대하여도 직접 실행한 자와 마찬가지로 전체 범죄에 대한 죄책을 묻는 것이 공동정범의 정범성을 기능적 행위지배에서 찾는 취지에 부합할 것으로 생각된다.

행위지배설에 의하면 정범성의 인정기준이 되는 행위지배의 유형은 크게 세 가지, 즉 실행지배, 의사지배, 기능적 행위지배이다. 행위자가 구성요건적 사건진행을 장악하였다고 할 수 있는 전형적인 경우는 실행지배와 같이 행위자가 직접 구성요건을 실현한 경우이다. 그러나 이와 반대로 간접정범이 사건을 의사지배한 경우와 같이 구성요건적 행위를 전혀 하지 않고 타인을 도구로 이용하여 범죄를 실현한 때에도 정범성을 인정할 수 있다. 그렇다면 기능적 행위지배는 실행지배와 의사지배의 중간형태의 행위지배 유형으로 이해할 수 있는데, 직접 구성요건적 행위를 실행하는 객관적 요소와 범죄계획을 수립하는 주관적 요소 가운데 각 가담자에게 어느 쪽이 강화된 형태로 나타나는가에 따라서 기능적 행위지배도 다양한 양상을 나타낼 수 있다. 그리고 실행지배나 의사지배가 있는 경우에도 정범성을 인정하듯이 공모공동정범에서 객관적 요소나 주관적 요소가운데 하나가 강화된 형태의 경우에도 양자를 종합적으로 고려할 때 행위지배가 인정된다면 정범성을 인정하여야 할 것이다. 예컨대 범죄조직의 두목 甲이 특정 범죄를 범할 것을 지시하고 그 아래에 있는 부하 乙이 범행의 일시와 장소, 계획 등을 구체적으로 수립하고, 丙 등의 부하들이 그 계획과 乙에의 지시에 따라 직접 범죄를 실행하였

10) 따라서 본고에서는 공모공동정범에서 ‘공모’를 범죄 실행에 관하여 의사가 합치된 정도에 불과한 경우를 의미하는 것이 아니라 그 정도를 넘어서 범죄 실행의 단계에 까지 영향력을 미치는 강화된 형태의 주관적 요소를 의미하는 개념으로 이해한다. 이러한 의미에서 이재상, “공모공동정범”, 법학논집 제6권 제1호(이화여자대학교, 2001), 5쪽의 주 49)는 공모가 공모공동정범이 성립하기 위한 주관적 요건인 동시에 객관적 요건으로서의 의미도 지닌다고 한다.

다면, 직접 범죄를 실행한 부하 丙 등의 기능적 행위지배는 객관적 요소가 강화된 모습을 갖으며, 범죄계획을 수립하여 지시한 乙은 범죄계획을 수립하고 범죄현장에서 부하를 지휘하였으므로 기능적 행위지배는 객관적 요소와 주관적 요소를 균등하게 갖춘 모습을 나타낸다. 그리고 조직의 두목은 범죄를 지시만 했을 뿐 구체적인 범죄계획의 수립에도 관여하지 않았으므로 객관적 요소는 극히 미약하지만 그 범행에 대하여 가장 직접적인 이해관계를 갖는 자라는 점에서 주관적 요소가 가장 강한 형태로 나타난다. 공동정범에서 기능적 행위지배가 인정되기 위해서 요구되는 ‘본질적 기능을 갖는 범행기여’ 내지는 ‘기능적 역할분담’은 객관적 요소와 주관적 요소를 종합적으로 고려하면 판단하여야 하는 것이지 구성요건의 실행에 착수한 이후의 객관적 기여만을 기준으로 판단할 수는 없는 것이다. 결국 범죄계획의 수립에 전혀 관여하지 않고 상부의 지시에 그대로 따라 행동한 丙 등의 경우와 같이 기능적 행위지배의 주관적 요소가 미약하더라도 객관적 요소의 강화를 통하여 그 부족되는 부분이 보충된다면 정범성을 인정하여야 하는 것과 마찬가지로 甲의 경우와 같이 기능적 행위지배의 객관적 요소가 미약하더라도 주관적 요소의 강화를 통하여 그 부족되는 부분이 보충되는 경우에도 기능적 행위지배를 인정할 수 있을 것이다.¹¹⁾

2.2. 공모공동정범의 객관적 요건

행위지배설의 장점은 정범과 공범의 구분에서 주관적 측면과 객관적 측면 가운데 어느 하나만을 기준으로 판단하는 기존의 주관설이나 객관설의 편향된 기준에서 벗어나 양자를 합일한 행위지배 개념에 따라 정범의 성립범위를 적절한 범위에서 인정하는 것이라고 할 수 있는데, 만일 기능적 행위 개념을 채택하면서도 ‘실행의 착수 이후에 본질적인 행위 기여를 하였는가’라는 객관적 요소가 정범의 성립 여부에 결정적인 기

11) 원형식, 형법총론 제2판(청목출판사, 2009), 309쪽.

준이 된다면 기존의 객관설의 문제점, 즉 정범의 성립범위를 지나치게 제한한다는 문제를 그대로 지니게 된다. 따라서 본고에서는 구성요건의 실행에 착수한 이후에 행위기여를 하지 않은 경우에도 주관적 요소의 강화를 통하여 기능적 행위지배를 하였다고 인정할 수 있는 경우에는 공동정범의 성립을 인정하는 견해에 찬성한다. 다만 강화된 형태의 주관적 관여를 통하여 기능적 행위지배를 하였다고 인정되는 경우는 제한적으로 인정하여야 할 것이다. 만일 그러한 제한이 완화된 상태에서 공모공동정범을 인정한다면, 이는 행위자의 의사방향에 따라서만 정범성을 판단하는 주관설과 차이가 없게 되며, 주관설의 문제점, 즉 정범과 공범의 구분기준이 불명확하여 결국은 그 판단을 법관의 자의에 맡기게 된다는 문제점을 해결하기가 어렵다. 또한 공모공동정범을 긍정하는 것은 공동정범의 성립요건으로서 공동실행의 사실이라는 객관적 요건을 요구하는 형법 제30조에 반하여 죄형법정주의에 위배된다는 비판¹²⁾을 피하기 어렵다. 따라서 범죄조직의 두목이 범행을 지시하거나, 범죄계획을 수립하는데 관여하여 중요한 역할을 담당하는 것과 같이 예비·음모 단계에서 행한 행위기여가 범죄의 실행단계에서도 계속하여 영향력이 지속되어 범죄의 진행과정을 실행자와 공동으로 형성하였다고 평가할 수 있는 경우에만 공모공동정범을 인정하여야 할 것이다.¹³⁾ 이러한 영향력은 공모공동정범의 객관적 성립요건으로서 공모공동정범과 교사·방조범을 구분 짓는 기준이 된다. 교사는 범죄의사가 없는 자로 하여금 범죄를 결의하게 하는데 그치며, 그가 행한 교사의 영향력은 - 물론 교사와 정범의 실행행위 사이에 인과관계는 인정되지만 - 정범이 실행에 착수한 이후까지 지속되어 범죄의 진행과정을 형성하지는 않는다. 범죄조직

12) 김일수, 앞의 책, 603쪽; 임웅, 앞의 책, 413쪽.

13) Jakobs, *Strafrecht*, Allg. Teil, 2. Aufl.(C. H. Beck, 1991), 620쪽 이하; Lackner/Kühl, *StGB*, 21. Aufl.(C. H. Beck, 1995), § 25, Rn. 11; Sch/Sch-Cramer/Heine, *StGB*, § 25, Rn. 83.

의 두목이 행한 지시나 상부에서 수립한 계획에 따라 범죄를 실행하는 부하는 그 조직력과 범죄계획에 의하여 지속적으로 영향을 받게 되므로, 조직의 두목이나 범죄계획을 수립한 상관은 공모단계에서의 행위기여를 통하여 전체 범죄의 진행과정을 실행자와 공동하여 형성하지만, 교사에 의하여 범죄를 결의한 정범은 범죄의 여부와 방법을 교사자의 영향을 받지 않고 스스로 결정할 수 있다.

2.3. 공모공동정범의 필요성

대법원은 공모공동정범의 필요성에 관하여 “직접 실행행위에 참여하지 아니하면서 배후에서 합동절도의 범행을 조종하는 수괴는 그 행위의 기여도가 강력함에도 불구하고 공동정범으로 처벌받지 아니하는 불합리한 현상이 나타날 수 있다”¹⁴⁾고 함으로써 범죄조직의 수괴로서 그의 지휘를 받는 부하들을 정신적·물질적으로 지배하는 소위 지배형 또는 교사형 공모공동정범의 처벌 필요성을 제시하고 있다. 그 외에도 역할분담의 결과로 방조적 행위에 그친 경우, 즉 소위 방조형 또는 분담형 공모공동정범을 종범으로서 형을 감경하는 것이 실무상 공평하지 못하다는 점을 제시하는 견해도 있다.¹⁵⁾

첫 번째 지배형 공모공동정범의 처벌 필요성에 대해서는 형법 제34조 제2항의 특수교사·방조죄의 규정에 의하여 범죄조직의 수괴를 가중처벌하면 형사정책적 목적을 달성할 수 있으므로 굳이 공모공동정범이론을 원용할 필요가 없다는 지적이 있다.¹⁶⁾ 그러나 이 규정에 대하여는 입법론상 폐지하자는 주장이 제기되고 있어¹⁷⁾ 장기적으로는 폐지의 가

14) 대법원 1998. 5. 21. 선고 98도321 전원합의체 판결.

15) 이재상, 앞의 논문, 1쪽 이하.

16) 김일수/서보학, 앞의 책, 603쪽; 손동권, 앞의 책, 512쪽; 신동운, 앞의 책, 577쪽; 임웅, 앞의 책, 404쪽.

17) 김일수/서보학, 위의 책, 590쪽.

능성도 배제할 수 없기 때문에 이러한 지적은 제34조 제2항이 존속하는 범위에서만 타당성을 지닌다. 두 번째 형법 제34조 제2항은 수괴의 지휘·감독을 받는 자를 교사 또는 방조하는 지배형 공모공동정범에 대하여만 적용되며, 그 이외에 분담형 공모공동정범에 대해서는 적용되지 않으므로 공모공동정범의 필요성은 오히려 이러한 경우에 부각될 수도 있다.¹⁸⁾ 예컨대 범죄의 실행을 위하여 필요한 경험이나 지식을 가진 자가 범죄의 제의를 받고 경험이나 지식을 이용하여 조언을 하는 등 범죄계획의 수립에 가담하고, 다른 가담자들이 그 계획에 따라 범죄를 실행하여 기수에 이른 경우,¹⁹⁾ 그 공모자가 범죄의 실행을 위하여 중요한 행위기여를 했음에도 불구하고 방조범으로만 처벌된다면 정범으로 처벌되는 실행자와의 사이에 처벌의 불균형이 발생할 수도 있다.

III. 대상판결의 분석

1. 공모공동정범의 성립요건

1.1. 기능적 행위지배의 개념요소

대법원은 대상판결에서 공동정범이 성립하기 위해서는 주관적 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 “그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄 실행”이 충족되어야 한다고 한다. 판례는 기능적 행위지배를 공동정범의 주관적 요건과 객관적 요건을 포함하는 상위개념으로 이해하는 것이 아니라 객관적 요소로만 파악하고 있다.²⁰⁾

18) 이재상, 앞의 논문, 1쪽 이하 및 5쪽.

19) 이 경우에 공동정범의 성립을 인정하는 견해는 예컨대 Sch/Sch-Cramer/Heine, StGB, § 25, Rn. 67 참조.

20) 이 점에 관하여 대상판결에는 명시적으로 언급되어 있지는 않지만 다른 판례(예컨대

그러나 ‘지배’라는 개념 속에는 지배사실이라는 객관적 요소와 지배 의사 내지는 고의라는 주관적 요소가 내포되어 있기 때문에 고의 없이 범행을 ‘지배’한다는 것은 개념상 성립하기 어렵다. 기능적 행위지배는 ‘2인 이상이 공동의 범죄계획을 수행함에 있어서 각자가 역할분담에 따라 범죄수행에 필요한 부분을 분업적으로 수행함으로써 공동으로 행위지배를 하는 것’으로서 ‘공동의 범행계획’이라는 주관적 요소와 ‘분업적 범죄수행’이라는 객관적 요소를 포함하는 개념으로 이해해야 할 것이다.²¹⁾ 다만 기능적 행위지배를 주관적 요건과 객관적 요건을 포함하는 상위개념으로 이해하건, 판례와 같이 객관적 요건으로만 이해하건 공동정범의 성립요건으로서 공동의 범죄계획과 분업적 역할수행을 요구한다는 점에서는 일치하므로 어느 견해에 의하더라도 공동정범의 성립범위에 실질적인 차이는 없을 것으로 보인다.

1.2. 공모공동정범에서 ‘공모’의 의의

판례는 공모공동정범이 성립하기 위해서는 “전체 범죄에 있어서 그 가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재”하여야 한다고 한다. 대법원이 공모공동정범의 성립을 위하여 요구하는 ‘범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배’는 - 대법원이 기능적 행위지배를 공동정범의 객관적 성립요건으로 파악하고 있다는 점으로 미루어 보면 - 공모공동정범

대법원 2003. 3. 28. 선고 2002도7477 판결)를 보면 “공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하고, …이와 같은 공동가공의 의사는 이른바 공모공동정범의 경우에 있어도 마찬가지로 요구된다”라고 함으로써 기능적 행위지배가 공모공동정범의 객관적 요소라는 점을 분명히 하고 있다.

21) 최호진, “행위지배 개념에 대한 비판적 분석”, 법학연구 제16집 제9호(경상대학교 법학연구소, 2008), 283쪽.

의 객관적 요건으로 볼 수 있다. 판례가 기능적 행위지배설을 채택하기 이전에 공모공동정범의 이론적 근거가 되었던 공동의사주체설에 의하면 “공모에 의하여 수인 간에 공동의사주체가 형성되어 범죄의 실행행위가 있으면 실행행위를 분담하지 않았다고 하더라도 공동의사주체로서 정범의 죄책을 면할 수 없다”²²⁾고 함으로써 공모공동정범의 성립을 위하여 객관적 요소를 요구하지 않았다. 그 후에 판례가 채택한 간접정범유사설²³⁾은 “공모공동정범에 있어서의 공모나 모의는 두 사람 이상이 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로가 다른 사람의 행위를 이용하여 각자 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것²⁴⁾”이라고 함으로써 ‘공모’의 내용을 다소 구체화하였다. 이 이론이 기존의 공동의사주체설보다는 공모공동정범의 성립범위를 제한할 수 있다는 점에서 진일보한 이론이라고 할 수 있으나, 공모공동정범의 성립을 위하여 객관적 요건을 요구하지 않았다는 점에서는 공동의사주체설과 차이가 없다. 이러한 점에서 보면 대상판례가 공모공동정범의 성립을 위하여 객관적 요건을 요구한 것은 기존의 판례이론과는 큰 차이를 보인다.²⁵⁾ 요컨대 판례는 공모공동정범에서 말하는 ‘공모’는 단순히 가담자 사이의 의사합치가 아니라 ‘범죄에 대한 본질적 기여’를 포함하

22) 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도3248 판결.

23) 독일에서는 제국재판소의 판례 가운데 RG 58, 279; 66, 240 등이 공동정범을 간접정범의 일종으로 파악하였다(Sch/Sch-Cramer/Heine, StGB, § 25, Rn. 62 참조).

24) 대법원 1989. 6. 27. 선고 88도2381 판결.

25) 대법원이 기능적 행위지배설을 채택했다고 해서 기존의 간접정범유사설을 완전히 배제한 것은 아니다. 대법원 1998. 9. 22. 선고 98도1832 판결; 동 2001. 11. 9. 선고 2001도4792 판결; 동 2003. 3. 28. 선고 2002도7477 판결은 공동정범은 물론 공모공동정범이 성립하기 위해서도 “주관적 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하고, 공동가공의 의사는 … 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것”이어야 한다고 한다. 이러한 견해는 기존의 간접정범유사설을 유지한 상태에서 객관적 요건으로서 기능적 행위지배를 추가로 요구한 것으로 이해할 수 있다.

는 개념으로 발전하였다고 이해할 수 있다. 다만 ‘범죄에 대한 본질적 기여’의 판단기준으로서 ‘전체 범죄에 있어서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력’ 등을 제시하고 있으나, ‘본질적 기여’의 의미나 내용에 대하여는 구체적으로 밝히지 않고 있다. 이 점에 대하여는 이미 학설에 의하여 많이 논의되어 있으나, 판례가 이해하는 ‘본질적 기여’의 의미·내용이 학설의 그것과 일치하는지에 대하여는 의문이 든다.

2. 경찰관 12명이 입은 피해에 대한 죄책

원심법원²⁶⁾은 피고인이 체포되기 전후를 불문하고 시위 당일 시위대에 의하여 경찰이 입은 피해 전부에 대하여 기능적 행위지배가 존재한다고 판단하여 피고인 甲에게 공모공동정범으로서의 죄책을 모두 인정하였다. 이에 대하여 대법원은 피고인이 시위대와 함께 시위를 하는 시간대에 전투경찰인 공소 외 1이 입은 상해와 체포 이후에 다른 시위 참가자에 의해 경찰관 12명이 입은 피해를 나누어서 피고인의 죄책을 검토하였다.

피고인 甲이 체포된 2007년 10월 16일 17:22경 이후에 경찰관 12명이 시위 참가자에 의해 입은 피해에 대하여 대법원은 ‘각 범행에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배’가 없으므로 공모공동정범은 성립하지 않는다고 판시하였다. 그리고 기능적 행위지배를 부정한 근거로서 “피고인이 주최자인 전노련의 집회 계획·공모에 가담하였다거나 전노련 집행부를 통하여 이 사건 집회를 지배 내지 장악하는 등 영향력을 미쳤다고 인정할 만한 증거는 찾아보기 어렵다”는 점을 들고 있다. 우선 경찰관 12명이 피해를 입을 당시에는 피고인이 체포되어 현장에 없었기 때문에 통상의 공동정범의 객관적 요건, 즉 공동의 실행행위는 인정되지 않는다. 따라서 피고인에게 정범의 죄책을 인정할 수 있는 여지는 공모

26) 서울고등법원 2009. 4. 2. 선고 2008노2518 판결.

공동정범 밖에 없는데, 공모공동정범이 성립하기 위해서는 통상의 공동정범과 마찬가지로 객관적 요건으로서 기능적 행위지배가 요구된다. 다만 여기서 기능적 행위지배는 범죄현장에서 직접 실행행위를 함으로써 역할분담을 수행하는 것이 아니라 공모에 가담하여 수립한 범죄계획이 시위 가담자의 실행행위에 지속적으로 영향력을 행사함으로써 범죄수행에 중대한 기여를 하는 것을 말한다. 판례가 인정한 사실관계에 의하면 甲은 조직 간부가 아닌 일반회원으로서 시위에 가담한 것이지 이 사건 집회 및 시위를 주최하는 지위에 있지는 않았기 때문에, 甲이 범죄계획을 수립하는 공모에 가담하였고 시위 가담자가 그 계획에 따라 실행행위를 하였다고 볼 여지는 없으므로 대법원이 甲에 대하여 기능적 행위지배가 존재하지 않는다는 이유로 공모공동정범의 성립을 부정한 것은 당연하다.

3. 전투경찰인 공소 외 1의 상해에 대한 죄책

3.1. 경찰관 12명이 피해를 입은 사안과의 차이점

전투경찰인 공소 외 1의 상해에 대한 피고인 甲의 죄책에 대하여 대법원은 한편으로는 甲이 단순한 시위가담자에 불과하다는 점을 인정하면서도 다른 한편으로는 甲이 ‘범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 자로 인정된다’고 판단하여 공모공동정범의 성립을 인정하였다. 甲이 시위현장에 직접 나가서 각목을 휘두르는 시위가담자를 체포하려고 하는 사복경찰관에게 폭력을 행사하는 등 공무집행방해를 직접 실행하였음에도 불구하고, 대법원이 특수공무집행방해치상죄(형법 제144조 제2항)의 성립과 관련하여 통상의 공동정범이 아닌 공모공동정범의 성립여부를 검토한 이유는 본죄의 공동정범의 성립요건이 충족되지 않았기 때문인 것으로 보인다. 본죄가 성립하기 위해서는 공무집행방해죄의 성립요건 외에도 추가로 행위자가 ‘단체 또는 다중의

위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대'할 것과 '공무집행방해행위로 인하여 공무원이 상해에 이르게'할 것 등을 요하는데, 甲은 판례가 인정한 사실에 의하면 위험한 물건을 휴대하지도 않았고, 甲의 폭행으로 인하여 전투경찰인 공소 외 1이 상해를 입은 것은 아니기 때문에 통상의 공동정범은 성립하지 않는다. 결국 판례는 다른 시위 가담자가 공소 외 1에 대하여 가한 상해에 대하여 정범으로서의 책임을 甲에게 부담시키기 위하여 공모공동정범의 성립을 인정한 것이다.

이 사안이 앞에서 검토한 경찰관 12명이 피해를 입은 사안과 차이가 있다면 전자에서는 전투경찰인 공소 외 1이 시위 가담자들에 의하여 상해를 입을 당시에 甲이 시위현장에서 시위에 가담한데 대하여, 후자에서는 甲이 체포되어 시위현장에 없는 동안에 경찰관 12명이 시위 가담자들에 의하여 피해를 입었다는 점뿐이며, 양 사안의 경우 모두 시위 가담자들이 야기한 피해는 甲의 행위와는 직접적인 연관성이 없다. 甲이 시위현장에 있었는가의 여부가 공모공동정범의 성립여부에 결정적인 요인이 되는가에 대하여는 논란의 여지가 크다.

3.2. 공모공동정범의 주관적 성립요건

3.2.1. 간접정범유사설에 의하는 경우

대상판결은 甲의 죄책에 대하여 기능적 행위지배, 즉 공모공동정범의 객관적 성립요건이 구비되었는가를 중심으로 검토하였으며, 주관적 성립요건에 대하여 특별히 언급한 부분은 없다. 앞에서 본 바와 같이²⁷⁾ 판례는 - 판결문구만을 보고 판단한다면 - 기능적 행위지배설을 채택한 이후에도 공모공동정범의 주관적 요건에 관하여는 기존의 간접정범유사설을 그대로 유지하되, 객관적 요건으로서 기능적 행위지배를 추가로 요구한 것으로 보인다. 그렇다면 간접정범유사설에 의하면 甲에 대하여 공모공동정범의 주관적 요건이 성립할 수 있을 것인가에 대하여 검토할

27) 본고의 주25) 참조

필요가 있다. 이 견해는 공동가공의 의사가 존재한다고 하기 위해서는 “공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것”²⁸⁾일 것을 요구한다. 공모자가 실행자를 이용하여 자기의 범죄 의사를 실현하였다고 할 수 있기 위해서는 공동가공의사에 의하여 실행자가 심리적으로 구속될 것이 전제되어야 한다.²⁹⁾ 따라서 甲에게 공모자로서 공모공동정범의 죄책을 인정하기 위해서는 그의 공동가공의사로 인하여 전투경찰인 공소 외 1을 상해한 시위 가담자가 심리적으로 구속된 상태에 있어야 하는데, 甲은 단순한 시위가담자에 불과하며, 시위 주최자인 전노련의 집회 계획에 가담하여 공동가공의사를 형성한 것이 아니므로 특수공무집행방해치상죄에 대한 공모공동정범으로서의 죄책을 인정할 수는 없을 것이다.

3.2.2. 기능적 행위지배설에 의하는 경우

기능적 행위지배설 가운데 공모공동정범을 인정하는 견해에 의하면 甲에 대하여 주관적 요건이 성립하는지에 대하여 검토하기로 한다. 본고 III 1 1.1에서 언급한 바와 같이 공동정범의 주관적 성립요건은 공동의 범죄계획, 즉 분업적 범죄수행에 대한 의사의 합치이다. 통설³⁰⁾에 의하면 의사의 합치는 반드시 명시적일 것을 요하지 않고 묵시적이어도 족하며, 가담자 사이에 서로 면식이 있어야 하는 것도 아니다. 판례³¹⁾도 “공범자 상호간에 직접 또는 간접적으로 범죄의 공동실행에 관한 암묵적인 의사연락이 있으면 족하고 반드시 공범자들이 미리 일정한 장소에 집합

28) 대법원 2003. 3. 28. 선고 2002도7477 판결.

29) 간접정범유사설에 대하여는 이재상, 앞의 책, 472쪽 이하 참조.

30) 예컨대 김일수/서보하, 앞의 책, 594쪽; 손동권, 앞의 책, 497쪽 이하; 신동운, 앞의 책, 563쪽; 임웅, 앞의 책, 403쪽.

31) 대법원 1986. 1. 28. 선고 85도2421 판결; 동 1993. 4. 23. 선고 92도2628 판결; 동 1994. 3. 11. 선고 93도2305 판결; 동 1995. 9. 5. 선고 95도1269 판결; 동 1996. 7. 12. 선고 95도2655 판결.

하여 사전에 각자의 분담행위를 정하는 등 직접적인 모의를 하여야만 하는 것은 아니다.”라고 보고 있다. 따라서 甲이 시위의 주최자인 전노련의 집회 계획·공모에 사전에 가담하지 않고 시위에 단순가담한 것이라는 이유만으로 공동정범의 성립이 불가능한 것은 아니다. 예컨대 사복경찰관이 시위대 전열에서 각목을 휘두르는 乙을 체포하려고 하자 甲이 그 경찰관의 몸을 잡고 밀쳐내면서 폭력을 행사하였고 乙도 이러한 사실을 인식하고 계속하여 폭력을 행사하였다면 甲은 乙이 특수공무집행방해죄의 실행에 착수한 이후에 乙의 범행에 가담하였고 甲 자신은 위험한 물건을 휴대하지도 않았지만 甲과 乙에 대하여는 특수공무집행방해죄의 공동정범이 성립할 것이다. 그러나 이러한 설명은 통상의 공동정범에 관한 것이지 공모공동정범에 관한 것은 아니다.

의사의 합치가 묵시적이어도 족하며, 공범자들이 사전에 각자의 분담행위를 정하는 등 직접적인 모의를 할 것을 요하지는 않는다는 공동정범의 주관적 요건에 관한 일반적인 설명이 과연 공모공동정범이 문제된 사안에서도 아무런 제한 없이 적용될 수 있는지에 대하여는 신중한 검토가 필요하다. 본고 II 2 2.1에서 언급한 바와 같이 공모공동정범에서 모의자가 실행행위에 직접 가담하지 않았음에도 불구하고 그에 대하여 정범성을 인정하는 이유는 그가 공동으로 수립한 범죄계획의 영향력이 범죄를 실행하는 단계에서도 계속되어 범죄의 진행과정을 실행자와 공동으로 형성함으로써 전체 범죄에서 본질적인 기능을 수행하였기 때문이다. 즉 기능적 행위지배가 인정되기 위해서 요구되는 객관적 요소의 약화된 부분이 범죄계획의 수립이라고 하는 강화된 주관적 요소에 의하여 보충되었다고 평가할 수 있기 때문이다. 따라서 공모공동정범에서 주관적 요건은 범죄의 실행행위를 형성할 수 있을 정도의 영향력이 있는 범죄계획의 수립과 같이 강화된 형태일 것을 요하며, 통상의 공동정범에서 요구하는 단순한 의사의 합치만으로는 족하지 않다.³²⁾ 이 사안에서 전

32) 이재상, 앞의 논문, 5쪽; Sch/Sch-Cramer/Heine, StGB, § 25, Rn. 68.

체 시위가담자들이 행한 특수공무집행방해치상죄나 공용물건손상죄 등의 범행 일체에 대하여 공모공동정범의 죄책을 인정하기 위해서는 시위의 일정이나 진행과정 등의 범죄계획의 수립에 가담하여야 하고, 그 범죄계획이 범죄의 진행과정에 영향력을 행사하였다고 인정되어야 한다. 甲은 시위의 단순가담자로서 시위를 주최하는 지위에 있지도 않았고, 범죄계획을 수립하는 공모에 가담하지도 않았기 때문에 기능적 행위 지배설에 의하더라도 그에 대하여 시위 가담자의 범행 전체에 대하여 공모공동정범의 죄책을 인정하기는 어려울 것으로 보인다.

공모공동정범의 성립여부는 실행의 착수 이후의 단계에서 직접 실행행위에 가담한 측면보다는 그 이전의 공모단계에서 범죄계획의 수립에 가담하였는가라는 주관적 측면에 의하여 결정되는데, 甲의 행위를 주관적 측면에서 보면 대법원이 무죄를 인정한 부분, 즉 경찰관 12명이 피해를 입은 사안이나 유죄를 인정한 부분, 즉 공소 외 1이 상해를 입은 사안이나 차이가 없다. 두 사안 사이의 차이는 피해가 발생할 당시에 甲이 그 현장에서 시위에 가담하였는가라는 객관적 측면에서만 차이가 있다. 그러나 이러한 차이는 공모공동정범의 성립여부에 영향을 미칠 만큼 중요하지는 않은 것으로 생각된다. 왜냐하면 甲이 현장에 있을 때나 없을 때나 피해가 발생한 사실에 대하여 甲은 전혀 인식하지 못하였고, 그 피해는 甲의 행위와는 관계없이 별도로 발생하였기 때문이다. 경찰관 12명이 입은 피해에 대하여 무죄를 인정한 대법원의 논거, 즉 甲은 “조직 간부가 아닌 일반회원으로서 시위에 가담한 것이지 이 사건 집회 및 시위를 주최하는 지위에 있지는 않았기 때문에, 甲이 범죄계획을 수립하는 공모에 가담하였고 시위 가담자가 그 계획에 따라 실행행위를 하였다고 볼 여지는 없다”는 판단은 공소 외 1이 입은 상해에 대하여도 그대로 적용된다고 보는 것이 이론상 일관성이 있을 것이다.

3.3. 공모공동정범의 객관적 성립요건

본고 III 1 1.1에서 본 바와 같이 판례는 기능적 행위지배를 공모공동정범의 객관적 요건으로 파악하고 있는데, 甲에 대하여 이를 인정하는 이유를 “이 사건 집회 당시의 피고인의 행위와 전체적인 사태의 추이, 집회의 내용 및 실제 폭행을 가하거나 기물을 파손한 집회참가자들의 구체적인 행위 태양, 폭력사태의 지속시간 및 그로 인한 피해 정도 등을 종합해 볼 때, 피고인은 위 각 범행의 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 할 것”이라고 설명하고 있다. 대상판결이 경찰관 12명에 대한 피해 부분에 관하여는 기능적 행위지배를 부정하면서, 공소 외 1의 상해 부분에 대하여는 ‘이 사건 집회 당시의 피고인의 행위’ 등을 고려하여 이를 인정한 점으로 미루어 보면 피해발생 당시에 甲이 현장에서 시위에 적극적으로 가담하였다는 객관적 요소가 기능적 행위지배를 인정하게 된 결정적인 요인이었던 것으로 보인다. 그러나 공모공동정범에서 객관적 요건은 공모단계에서 행한 행위기여(범죄계획의 수립)가 범죄실행에 영향력을 행사하는 것을 말하며, 공모공동정범의 성립이 문제가 된 범행과는 별도로 공모자가 현장에서 행한 행위가 객관적 요건을 충족하였다고 볼 수는 없다. 결국 甲이 시위대에 가세하여 다른 시위자를 체포하려는 경찰을 폭행한 행위만으로는 그와는 별도로 다른 시위자들이 전투경찰을 상해한 행위를 기능적으로 지배하였다고 보기는 어렵다.

IV. 맺는 말

지금까지 소위 ‘전노련 사건’에 대한 판례를 검토하였는데, 이를 요약하면 다음과 같다.

1. 범죄조직의 수괴나 범행계획을 수립한 자와 같이 예비·음모단계

에서 행위기여를 한 경우에도 그것이 범죄의 실행행위에 대하여 영향력을 행사하여 범죄의 진행과정을 실행자와 함께 공동으로 형성하였다고 판단된다면 기능적 행위지배가 인정되므로 소위 공모공동정범이 성립한다.

2. 대법원이 공모공동정범의 이론적 근거로서 기존의 공동의사주체설이나 간접정범유사설을 고수하지 않고 기능적 행위지배설을 채택한 것은 공모공동정범의 성립범위를 기존의 이론보다 적절히 제한할 수 있다는 의미에서 타당하다. 다만 판례는 기능적 행위지배를 공동정범의 객관적 요소로 파악하고 있는데, 기능적 행위지배는 주관적 요소와 객관적 요소를 합일한 개념이라는 점과 상치된다.
3. 공모공동정범의 정범성이 인정되는 이유는 기능적 행위지배가 인정되기 위해서 요구되는 객관적 요소의 약화된 부분이 범죄계획의 수립이라고 하는 강화된 주관적 요소에 의하여 보충되었다고 평가할 수 있기 때문이다. 따라서 공모공동정범에서 주관적 요건은 범죄의 실행행위를 형성할 수 있을 정도의 영향력이 있는 범죄계획의 수립과 같이 강화된 형태일 것을 요하며, 통상의 공동정범에서 요구하는 단순한 의사의 합치만으로는 족하지 않다.
4. 공모공동정범에서 객관적 요건은 공모단계에서 행한 행위기여(범죄계획의 수립)가 범죄실행에 영향력을 행사하는 것을 말하며, 공모공동정범의 성립이 문제가 된 범행과는 별도로 공모자가 현장에서 행한 행위만으로는 객관적 요건이 충족되었다고 볼 수는 없다.
5. 피고인 甲이 시위대에 가세하여 다른 시위자를 체포하려는 경찰을 폭행한 행위만으로는 그와는 별도로 다른 시위자들에 의하여 행하여진 전투경찰에 대한 상해행위를 기능적으로 지배하였다고 보기는 어렵다. 왜냐하면 시위대가 경찰을 상해한 행위에 관하여는 甲은 범죄의 실행행위를 형성할 수 있을 정도의 영향력이 있는 범죄

계획의 수립에 가담하지 않았기 때문에 공모공동정범의 주관적 요건과 객관적 요건이 모두 결여되기 때문이다.

(투고일 2009년 6월 30일, 심사일 2009년 7월 6일, 게재확정일 2009년 7월 14일)

주제어 : 공모공동정범, 기능적 행위지배, 예비·음모단계에서의 행위기여, 범죄계획, 본질적 행위기여

참고문헌

1. 단행본

- 김성천, 형법, 소진, 2009.
- 김일수/서보학, 형법총론 제11판, 박영사, 2008.
- 박상기, 형법총론 제8판, 박영사, 2009.
- 손동권, 형법총론 제2개정판, 율곡출판사, 2005.
- 신동운, 형법총론 제4판, 법문사, 2009.
- 오영근, 형법총론 제2판, 박영사, 2009.
- 원형식, 형법총론 제2판, 청목출판사, 2009.
- 이재상, 형법총론 제6판, 박영사, 2008.
- 임 응, 형법총론 개정판보정, 법문사, 2006.
- 정성근/박광민, 형법총론, 삼지원, 2001.
- 정영일, 형법총론 개정판, 박영사, 2007.
- 조준현, 형법총론, 법문사, 1998.
- Jakobs, *Strafrecht*, Allg. Teil, 2. Aufl., C. H. Beck, 1991.
- Lackner/Kühl, *StGB*, 21. Aufl., C. H. Beck, 1995.
- Roxin, *Strafrecht*, Allg. Teil, Bd. II, C. H. Beck, 2003.

2. 논문

- 이원경, “공모공동정범에 관한 연구”, 법학논집 제14권 제1호, 이화여자대학교, 2009.
- 이재상, “공모공동정범”, 법학논집 제6권 제1호, 이화여자대학교, 2001.
- 이정훈, “온라인 웹하드 서비스의 공중송신권 침해와 공모공동정범 성립여부”, 형사법연구 제20권 제3호, 한국형사법학회, 2008.

- 이창섭, “공모공동정범이론 유감(遺憾)”, 비교형사법연구 제9권 제2호, 한국비교형사법학회, 2007.
- 천진호, “ ‘공모’공동정범에 있어서 공모의 정범성”, 형사판례연구 제9호, 형사판례연구회, 2001.
- 최호진, “행위지배 개념에 대한 비판적 분석”, 법학연구 제16집 제9호, 경상대학교 법학연구소, 2008.
- 하태훈, “기능적 범행지배의 의미”, 형사판례연구 제12호, 형사판례연구회, 2004.
- 한정환, “공동정범, 공모공동정범의 성립요건”, 형사법연구 제21권 제1호, 한국형사법학회, 2009.

[Zusammenfassung]

Die Mittäterschaft kraft gemeinschaftliches Tatentschlusses

Hyung-Sig Won*

In diesem Aufsatz wird über Rechtsprechung des Koreanischen Obersten Gerichtshofs von 2009. 6. 23. 2009do2994 mit Bezug auf die Voraussetzungen der ‘Mittäterschaft kraft gemeinschaftliches Tatentschlusses’ überprüft. Die Ergebnisse dieses Aufsatzes lassen sich folgendermassen zusammenzufassen:

1. Eine Mitwirkung im Vorbereitungsstadium kann zur Annahme der Mittäterschaft genügen, wenn der Tatbeitrag auf die Tatbestandsverwirklichung der Ausführenden weiter beeinflußt und somit den Tatverlauf wesentlich mitgestaltet.
2. Der Koreanische Oberste Gerichtshof beharrt als theoretische Grundlage der ‘Mittäterschaft kraft gemeinschaftliches Tatentschlusses’ auf die bisherige Theorie, die aufgrund des Gesamtwillens Mittäterschaft angenommen hat oder die die Mittäterschaft als ein Fall der mittelbaren Täterschaft aufgefaßt hat, nicht mehr. Stattdessen hat er die Lehre von der funktionellen Tatherrschaft angenommen. Es ist dem Standpunkt des Obersten Gerichtshofs beizupflichten in dem Sinne, daß diese Lehre den bisher zu weiten Bereich der Mittäterschaft angemessener

* Professor, Department of Law, Kongju National University

weise einschränken kann.

3. Die Täterqualität der Mitwirkenden im Vorbereitungsstadium gründet sich auf die Bewertung, daß der verminderte Tatbeitrag bei der objektiven Voraussetzung, also der realen Tatausführung durch die subjektive Voraussetzung, also den gewichtigen Tatherrschaftswillen ausgeglichen wird. Somit zur Annahme der subjektiven Voraussetzung bei der 'Mittäterschaft kraft gemeinschaftliches Tatentschlusses' ist der gewichtige Tatentschluß wie die Deliktsplanung erforderlich. Eine bloße Willensübereinstimmung ist nicht ausreichend.
4. Bei der 'Mittäterschaft kraft gemeinschaftliches Tatentschlusses' ist die objektive Voraussetzung der Beitrag im Vorbereitungsstadium, der auf die Tatausführung beeinflußt und somit die Tat planerisch mitgestaltet.
5. Zur Annahme der funktionellen Tatherrschaft über das von den anderen Demonstranten getrennt und selbständig geführte Körperverletzungsdelikt ist die Gewalt, die der Angeklagte gegen einen Polizeibeamten ausübte, der einen Demonstranten festzunehmen versuchte, nicht ausreichend.

Key Words : Mittäterschaft kraft gemeinschaftliches Tatentschlusses, funktionelle Tatherrschaft, Beitrag im Vorbereitungsstadium, Tatplan, wesentlicher Tatbeitrag