

# 공동정범의 주관적 구성요건과 소위 ‘오상공동정범’\* The Mens Rea of the Accomplice and So-called Apparent Complicity

김 성 룡\*\*  
Kim, Sung-Ryong

## 목 차

- |                                  |                         |
|----------------------------------|-------------------------|
| I. 논의의 대상과 범위                    | III. 소위 ‘오상공동정범’ 사안의 해결 |
| II. 공동정범의 주관적 구성요건과 공동정범적 귀속의 근거 | IV. 맺는 말                |

소위 ‘오상공동정범’(Vermeintliche Mittäter)은 국내의 판례와 학설에서 아직까지 깊이 있게 다루어지지 못한 주제이다. 10년 전 대법원의 판결과 동 판결 이전 출간된 한 편의 이론적 접근 외에는 구체적 논의를 찾아보기 어렵다. 아래 글에서는 이러한 오상공동정범의 문제를 공동정범의 주관적 구성요건에 대한 분석을 기초로 접근해 보았다. 공동정범적 상호 귀속의 전제를 어디에서 찾아야 할 것인가라는 물음의 답은 결국 공동정범 성립의 객관적·주관적 요소를 근거로 할 수밖에 없는 것이고, 특히 지금까지 비교적 피상적으로 접근된 공동정범의 주관적 구성요건요소를 보다 정밀하게 분석하는 것이 문제의 본질에 접근하는 올바른 방법이라는 인식을 기초로 하였다.

나아가 공동정범의 주관적 구성요건요소의 세부적 분석을 통해 도출된 기준들을 기존 대법원 판결례와 최근 독일 연방대법원의 판결례, 그리고 국내에 관련 논의에서 소개된 독일 연방대법원의 다수의 판결례들에 적용해 보았다.

결론적으로 공동정범의 주관적 구성요건은 ① 공동계획에 대한 인식과 실현 의사, ② 자신의 행위가 공동계획에서 할당된 부분행위라는 사실에 대한 인식과 그 행위의사, ③ 그러

투고일 : 2014. 8. 31. / 심사의뢰일 : 2014. 9. 25. / 게재확정일 : 2014. 10. 13.

\* 이 논문은 2013학년도 경북대학교 학술연구비에 의하여 연구되었음.

\*\* 경북대학교 법학전문대학원 교수

Professor, Kyungpook National University Law School

한 공동계획에 따라 분배된 행위 자체에 대한 인식과 의사, ④ 공동계획에 참여한 다른 공동정범이 그에 부합하는 나머지 행위를 공동가공의 의사를 가지고 하리라는 예견·기대, ⑤ 공동정범들의 공동행위를 통해 공동의 범행계획(구성요건적 결과)이 실현된다는 예견·기대 등이다. 공동정범적 귀속의 근거는 이러한 주관적 요소에 부합하는 객관적 사실이다. 공동정범으로서 개별 정범의 주관적 요소(고의)에 일치하지 않는 객관적 사실은 단독정범과 같이 공동정범에게도 귀속될 수 없다.

**[주제어]** 오상공동정범, 주관적 구성요건, 범행계획, 공동가공의 의사, 범행결의

## I. 논의의 대상과 범위

10여 년 전 대법원은 소위 ‘21세기파 사건’의 하나로 알려진 강도상해의 공동정범 등에 관한 사안에서, 지금까지 그리 주목받지 못했지만, 다음과 같은 입장을 밝힌 바 있다.

“원심판결 이유에 의하면, 원심은 피고인들이 재물을 강취할 의사로 피해자 공소의 1에 대하여 폭행을 가한 이상, 피고인 5가 나머지 피고인들 몰래 피해자가 도망가면서 남겨 둔 옷에서 500만 원 권 자기앞수표 4장 합계 2,000만 원을 꺼내어 사용하였다 할지라도 이러한 피고인 5의 강도행위를 나머지 피고인들이 예측할 수 있었다 할 것이므로, 피고인 5의 강도행위에 대하여 나머지 피고인들도 책임을 면할 수 없다고 판단하였는바, 위에서 본 공동정범에 관한 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 법리오해나 채증법칙 위배 등의 위법이 없다.”<sup>1)</sup>

강도의 공동정범 중 1인이 재물을 취득하고도 다른 공동정범들에게 이를 속였다고 하더라도 후자들은 강도 미수가 아닌 기수의 책임을 져야 한다는 것이다. 그러한 배신은 예측할 수 있었다는 것이다.

한편 2012년 독일 연방대법원(제5형사부)도 위와 유사한 사안에<sup>2)</sup> 대해 다음과 같이

1) 대법원 2004. 10. 28. 선고, 2004도4437 판결.

2) 사안을 요약하자면 피고인과 J는 기업가인 피해자의 빌라에 침입하여 강도하기로 공모했다. 합의한 바와 같이 피고인은 피해자의 주방에서 피해자를 제압하고 있었고, J는 건물 내에 갇혀치기 있는 물건을 몰색했다. 마침내 J는 건물 안에서 현금을 발견했고, 순간 자신이 이를 모두 차지하려고 마음을 고쳐먹고는

판시하고 있다.

“피고인의 생각은 범행 장소를 떠날 때에 공동정범적 강도의 기수에 도달하지는 않았다는 것이다. 피고인의 공동정범 J는 피고인이 신체적으로 제압하고 있던 피해자의 집안에서 현금을 발견했고, 자신이 취거했으며, 피고인 몰래 혼자 가지려 한다는 사실을 피고인에게 알려주지 않았다는 것이다. 즉 피고인에게 J는 전혀 재물을 찾지 못한 것처럼 속였다는 것이다. 물론 확정된 사실에 관계에 따르면 강도로 취득한 재물 가운데 50%를 가질 수 있다는 피고인의 기대는 그 범행에 함께 하기로 한 중요한 이유였기도 했다. 피고인의 이러한 강취품에 대한 기대는 그가 범행기여를 하도록 한 것이었고, 피고인의 범행에 대한 이해관계였던 것이다. 하지만 그렇다고 하여 이것이 공동의 객관적 범행발생(das gesamte objektive Tatgeschehen)이 공동의 범행계획안(im gemeinsamen Tatplan)에 있었고, 동시에 피고인의 고의에 포함되어 있었다는 사실을 변경시킬 수는 없는 것이다. J가 금전을 절취(취거)하는 시점에 피고인도 강도의 공동정범을 인정하기 위해서 필요한(불법)영득의사를 가지고 있었던 것이다(vgl. BGH Beschl. v.9.6.2011-4 StR 204/11). 피고인은 공동의 의사에 기초하여 강취품의 일부를 얻을 수 있다고 기대하고 구성요건해당 행위(·사건진행) 전과 행위 중에 분업적으로 J와 공동 작업하면서 범행기여를 했던 것이다. 이 범행기여들은 구성요건실현을 결정적으로 조장한 것이었다. 공동정범의 1인이 공동의 범행계획으로부터 전향(Abkehr)하면서 발견한 금전을 혼자 영득한 이 사안은 결과적으로 피고인 스스로 공동의 범행계획에서 떨어져 나가고, 따라서 추후의 범죄가 기수에 이르는 것을 볼 수 없었고, 영향을 미칠 수도 없었던 사안과 달리 판단될 수 없다. 만약 피고인이 설령 그의 공동정범이 금전을 취거하는 그 순간에 범행을 중단했다고 하더라도 계속적으로 영향을 미치는 자신의 범행기여를 고려한다면 그는(공동정범적인) 강도 기수범의 책임을 저야했을 것이다(형법 제24조 제2항).”<sup>3)</sup>

피고인의 행위가 공모한 범행의 기수에 이르는 데 기여하였으며, 심지어 피고인 스스로 실행의 착수 후 이탈하였다고 하더라도 다른 공동정범의 기수에 이른 범행에 대해 동일하게 책임을 저야 한다는 점에서 특별한 문제가 아니라는 것이다.

이와 같이 우리나라와 독일의 최고재판소들은 소위 ‘오상공동정범’으로 불리기도 하

---

피고인에게 돈이 될 만한 것은 아무 것도 없다고 거짓말을 했다. J의 거짓말에 속은 피고인은 실망한 채 피해자의 집을 나섰다. 피고인은 중강도(Der besonderes schwere Raub)로 5년의 자유형을 선고받았다.

3) BGHSt NSStZ 2012, 508f.(BGH, Beschluss vom 8.5.2012 - 5 StR 88/12 (LG Kiel).

는 사안을 다루면서 동일한 결론에 이르고 있고, 결국 다른 공동정범(들)의 공동의 범행 계획에서의 이탈을 알지 못한 공동정범은 다른 공동정범이 비록 기수범에 이르렀다는 사실을 알지 못하였다고 하더라도 공동정범 기수의 책임을 함께 져야 한다고 본 것이다. 이러한 오상공동정범문제를 직접 다루고 있는 국내의 유일한 글에서도 대법원의 판결과 다르지 않은 결론을 내리고 있다.<sup>4)</sup>

가상(상상)·오상·외관상·위장 공동정범(Vermeintliche Mittäter, Vermutliche Mittäter, Scheinbare Mittäter, Scheinmittäter) 등으로 불리는 사안들은 비단 판시 대상 사안에 그치는 것이 아니라 범행계획의 성립과 범행결심 단계, 예비에서 미수로 넘어가는 단계, 공동정범의 중지미수와 기수 단계 등 범행의 시간적 진행의 전 단계에서 발생할 수 있다. 그런 이유로 이를 둘러싼 논점은 형법의 전반적인 문제와 연결되어 있다. 이러한 다양한 문제에 접근하기 위해서는 여러 가지 방법들이 가용할 것이나 아래에서는 특히 ‘공동정범의 주관적 구성요건’이 무엇인지, 그 내용은 무엇인지에 대한 분석을 기초로 공동정범적 귀속의 근거를 밝혀보고(II), 이를 근거로 언급한 판례사안들은 물론 몇 가지 관련 사안들을<sup>5)</sup> 해결한다면 어떠한 결론에 이르게 되는지를 논구해 보기로 한다(III).

## II. 공동정범의 주관적 구성요건과 공동정범적 귀속의 근거<sup>6)</sup>

### 1. 공동정범의 주관적 구성요건

#### 1.1 단독정범에서의 고의와 범행계획

형법에서 고의란 범죄의 실행의 착수부터 기수에 이르기까지 행위자가 해당 범죄의 구성요건요소들에 대해 가지는 인식과 의사를 말한다. ‘사전고의’나 ‘사후고의’는 특정

4) 이용식, “오상공동정범-공동의 범행결의에 관한 착오-”, 서울대학교 법학 제42권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2001, 231쪽 이하. 필자가 확인한 범위 내에서는 유일한 글이다. 여기서는 결론적으로 오상공동정범으로 불리는 사안에서 다른 공동정범의 이탈사실을 몰랐던 자도 공동정범의 책임을 인정하고 그 귀속의 근거로는 공동의 범행계획에 관한 참가자 각자의 범행결의를 들고 있다(이용식, 같은 논문, 255쪽 참조).

5) 여기서 다루는 사안 이외의 사안들의 해결방법은 다른 기회에 상론하기로 한다.

6) 상세한 내용은 이미 김성룡, “공동정범의 주관적 구성요건요소”, 비교형사법연구 제3권 제1호, 한국비교형사법학회, 2001, 89쪽 이하 참조.

불법구성요건의 실현이라는 관점에서 볼 때 고의가 아니다. 단독정범 형상에서 고의는 범행의 결심·결의, 범행의 계획이나 준비와는 무관하게, 행위 당시, 즉 실행의 착수부터 그 행위를 종료할 때까지 해당 범죄의 구성요건표지들을 인식하고 이를 실현하려는 의사로 충족된다.<sup>7)</sup> 오랜 시간 전의 범행결의 후 이를 준비한 자의 고의나, 즉흥적으로 범행의 결심을 하고 이를 수행한 자의 고의도 다를 것이 없고, 범행계획과 구체적으로 실현된 범죄의 불일치가 문제되는 것이 아니라, 범행 당시의 고의와 실현된 사실의 불일치가 문제될 수 있을 뿐이다. 물론 갑을 살해할 범행계획을 세운 자가 을을 갑으로 착오하여 살해한 경우에 범행계획과 사실의 불일치가 문제되는 것은 아닌가라는 의문을 제기할 수 있으나, 특정 범죄의 실현이라는 형법적 관점에서 보면 사람(갑)이라는 구성요건요소의 인식의 하자로 인해 다른 사람(을)을 살해한 것으로 범행시의 인식(고의)이 문제되는 것이지, 범행계획과 실현한 사실의 불일치가 문제되는 것은 아니다. 물론 개별범죄에 있어서도 범행계획은 실행의 착수 이전부터 실행이 완수될 때까지 행위자의 내심에 존재하고 있다고 보는 것이 정확할 것이나, 그럼에도 불구하고 범행계획과 사실의 불일치를 형법상 문제 삼지는 않는다. 개별 정범의 범죄성립에 범행계획이 특별한 기능을 하는 것은 아니다.

## 1.2 공동정범에서 범행계획과 개별공동정범의 고의

### 1.2.1 공동정범에서 범행계획과 공동가공의 의사

하지만 공동정범에서의 범행계획은<sup>8)</sup> 이러한 개별단독정범의 경우와 다른 기능을 하고 있다. 간단한 예로 갑과 을이 A를 살해할 계획을 세우고 분업적으로 실행행위를 완수한 경우를 생각해 보자. 갑과 을이 A를 살해하자고 합의함으로써 공동의 범행계획(A의 고의·의도적 살해)이 객관·외부적으로 존재하게 되었고, 이러한 범행계획이 만들어진 후 갑과 을은 그 공동의 범행계획에 참여하겠다는 결의(공동가공의 결심·결의·의사)를 하게 된다. 좀 더 구체적으로 보자면, 갑이 “나는 A를 살해하려고 한다. 같이 할 것인가?”라고 자신의 범행계획을 밝히자, 을은 “좋다. 나도 함께 하겠다!”라고 반응한

7) 신동운, 형법총론 제2판, 법문사, 2006, 216쪽; 오영근, 형법총론 제2판, 박영사, 2012, 186쪽 등.

8) 비교적 공동정범의 주관적 요건에 대해 상세하게 설명하고 있다고 볼 수 있는 김일수/서보화, 형법총론 제11판, 박영사, 2006, 593쪽에서는 범행결의를 범행계획과 동의어로 사용하고 있으며, 그 구체적인 의미·내용에 대해서는 ‘공동으로 수립한 범행계획에 따라 공동으로 범행’을 저지르는 것이라고 하고 있다. 전자의 공동과 후자의 공동이 어떠한 의미인지에 대해서는 특별한 언급이 없다.

사안을 상정해 보자. 이제 비로소 갑과 을에게는 “나와 상대방이 의도적으로 A를 살해한다.”는 공동의 범행계획이 만들어졌다. 객관적인 계획, 즉 행위자의 내심에 있는 요소가 아닌 객관적인 사태가 발생한 것이다.<sup>9)</sup> 이 계획의 내용은 “갑과 을이 의도(고의)적으로 A를 살해한다.”는 것이 된다.<sup>10)</sup> 살해의 ‘의도(고의)성’도 공동의 범행계획에 포함된 것이다. 이 의도는 ‘객관화된 주관적 요소’라고 표현할 수도 있을 것이다. 즉 여기서 표현된 의도는 더 이상 개별 행위자의 주관적 요소가 아니다. 이제 이러한 범행계획이 성립된 후, 전형적인 공동정범이기 위해서는, 실행 행위가 종료될 때까지 개별 공동정범은 그러한 범행계획에 자신이 가공하고 있다는 인식과 의사를 가지고 있어야 한다. 정확하게 표현한다면 ‘공동의 범행계획에 대한 개별공동정범의 가공의사’라고 해야 할 것이다.<sup>11)</sup> 의사연락이 순차적 혹은 암묵적으로 이루어져도 공동정범성립에 지장이 없다는 것도 바로 이러한 개별 행위자의 공동의 범행계획의 참여결심·의사가 있었음을 말하는 것이다.

결국 갑과 을은 ‘공동하여 의도적으로 A를 살해하겠다’는 계획을 통해 서로 공동정범으로 결속될 연결고리를 가지게 된 것이다. 갑과 을은 상호 공모한 계획에 참여하는 의사를 가진 것이다. 그 계획 이후 실행행위의 종료까지 개별 공동정범의 내심의 주관적 요소들은 타 공동정범이 알 수도 없으며, 서로 공동할 수 없는 요소이다. “계획된 대로 타 공동정범의 행위는 이제 내 것이다.”라는 것이 참여자들의 내심의 생각이자 형법 제30조의 귀속의 기초인 것이다.

9) Dencker, *Kausalität und Gesamttat*, Duncker & Humblot, 1996, S. 241 등 여러 곳.

10) 의도와 고의를 함께 사용한 것은 구성요건단계에서의 행위자의 의사를 고의라고 한다면, 범행계획단계에서는 사용하기 부적절한 것이고, 고의의 살인죄를 범한다는 의미에서 장래에 실현할 구성요건적 고의를 표현한다고 보면 ‘고의’라는 표현도 가능할 것이기 때문이다.

11) 같은 취지로 류전철, “공범이론에서 ‘공모’개념의 문제상”, 형사법연구 제26권 제1호, 한국형사법학회, 2014, 8-9쪽 참조. 현재 국내의 해석문에서는, 예를 들어 ‘2인 이상의 사람들 사이에 일어나는 공동의 의사연락’을 ‘공모’라고 하는 경우(신동운, 앞의 책, 562쪽), ‘범인들 사이에 공동으로 죄를 범한다는 공동가공의 의사를 말하고, 공동가공의 의사는 범행계획의 모의, 즉 공모에까지 이를 필요는 없다’고 하는 경우(오영근, 앞의 책, 569쪽), 공모와 공동가공의사 모의 등을 혼합적으로 사용하는 경우(대법원의 입장, 상세한 내용은 류전철, 앞의 논문, 6쪽 이하 참조)가 혼재한다. 여기서는 공모는 공동의 범행계획을 성안시키는 과정에 참여하고 실행방법을 의논하는 등의 행위를 말하고, 범행계획은 이러한 과정을 통해 만들어진 범행계획을, 공동가공의 의사는 이러한 범행계획에 내가 함께 한다는 의사, 즉 개별 범인들의 참여결의 혹은 의사로 이해한다. 따라서 ‘공동’가공의 의사라고 하는 판례와 해석문의 기존 표현은 두 가지의 개념이 착종되어 사용되는 형태라고 볼 수 있다. ‘공동의 계획에 개별적으로 가공하는 것’이라고 하는 것이 정확한 것이다.

### 1.2.2 개별공동정범의 고의

위와 같은 범행결심단계와 연이은 예비단계를 거쳐 이제 실행의 착수단계로 나아갔다고 하자. 이 시점부터 이제 형법의 고유한 구성요건적 고의가 문제된다. 공동범행계획에 참여하기로 한 각자가 이제 특정 불법구성요건의 실행의 착수에 접어들었을 때, 어떠한 주관적 요소를 가지고 있는지를 보자.

예를 들어 을은 약속한 빈 창고에 피해자가 도착하면 폭발하게 되는 시한폭탄을 장치하고, 갑은 피해자를 유인하여 그 빈 창고에 도착하도록 하는 식으로 피해자를 살해할 계획을 세워 이를 실현한다고 상정해 보자. 이제 갑에게 공동정범으로 살인죄의 정범의 책임을 묻기 위해서는 구성요건적 고의가 인정되어야 한다. 갑은 피해자를 특정 장소로 유인하는 행위를 하기로 되어 있었고, 비록 자신은 살인죄를 독자적으로 완성할 수 없는 행위를 하지만, 을의 행위와 공동하면 살인의 결과를 발생할 수 있고, 이 살인의 결과는 공동의 작품이면서 자신의 작품이기도 한 것이다. 이를 세부적으로 표현하자면 실행행위를 하는 동안 개별 공동정범들에게는 다음과 같은 주관적 요소가 존재하게 된다.

① 공동계획에 대한 인식과 실현 의사(공동가공의 의사), ② 자신의 행위가 공동계획에서 할당된 부분행위라는 사실에 대한 인식과 그 행위의사, ③ 그러한 공동계획에 따라 분배된 행위 자체에 대한 인식과 의사, ④ 공동계획에 참여한 다른 공동정범이 그에 부합하는 나머지 행위를 공동가공의 의사를 가지고 하리라는 예견·기대, ⑤ 공동정범들의 공동행위를 통해 공동의 범행계획(구성요건적 결과)이 실현된다는 예견·기대 등이다.

이제 여기서 공동정범을 인정하기 위해 필요한 주관적 구성요건요소가 무엇인가 하는 문제가 남아 있다. ③의 요소는 개별공동정범의 주관적 구성요건요소로 단독정범이 경우와 다를 바 없는 고의이다. 그 밖의 요소들은 공동정범적 개별정범에 나타나는 특수한 요소들이다. ①이 결여된 경우가 있다면 ②, ④ 그리고 ⑤는 논리적으로 존재할 수 없다. 달리 말해 ①과 ②는 개념적으로 분리될 수 없는 것이고, ①이 존재하는데 ④가 결여되었다거나, ④가 존재하는데 ①이 없다는 것도 상정하기 어렵다. ①과 ⑤의 관계는 애당초 범행계획에 대해 회의적이었던 경우를 제외하고는 공존할 수밖에 없는 요소라고 할 것이다. 따라서 ①을 공동정범에 특수한 주관적 구성요건요소로 보아 ①과 ③을 공동정범의 구성요건요소로 보더라도 결국은 언급된 모든 요소들이 공동정범의 주관적 구성요건요소로 입증되어야 한다고 해야 할 것이다.

## 2. 공동정범적 귀속의 근거

공동정범의 주관적 구성요건요소를 위와 같이 본다면 이제 공동정범의 책임을 묻기 위한 귀속의 문제로 남은 것은 무엇이 공동정범의 객관적 요소인가 하는 것이다. 단독정범의 경우 형사법적 책임의 기초는 주관과 객관의 일치라고 할 수 있다. 즉, 고의를 부정할 중요한 착오가 아닌 경우, 달리 말해 객관과 주관이 일치하는 범위에서 고의범의 구성요건이 실현된 것으로 보는 것이다. 이러한 원칙을 공동정범에 적용하게 되면 위에서 언급한 주관적 요소와 일치하는 범위 내에서의 객관적 사태가 개별 공동정범의 행위인 것이다.<sup>12)</sup>

그렇다면 다른 공동정범이 공동계획에 부합하는 기여분을 공동가공의 의사를 가지고 하였을 때, 이를 통해 실현된 결과가 개별 공동정범의 범행으로 평가되는 것이다. 언급된 주관적 요건에 부합하지 않은 객관적 사실은 공동정범적 귀속의 근거가 될 수 없는 것이다.

### Ⅲ. 소위 ‘오상공동정범’ 사안의 해결

이러한 공동정범의 주관적 구성요건과 공동정범적 귀속의 근거를 기준으로 언급된 대법원과 독일 연방대법원 제5형사부의 결정 및 관련 판결례들을 해결한다면 어떠한 결론이 도출되는지를 보기로 한다.

#### 1. 대법원 2004. 10. 28. 선고, 2004도4437 판결

공동정범 중 1인이 강도의 피해자가 놓고 간 옷가지에서 2,000만 원을 몰래 취득하고, 타 공동정범에게 이를 알리지 않은 경우, 공동으로 피해자의 재물을 강취하여 분배하자는 약속이 있었다고 전제하면, 개인적으로 재물을 취득할 의사를 갖게 된 순간에 이미 그 자는 공동의 범행계획에서 이탈한 것이 된다. 그가 실현하는 행위는 개인의 영득범죄

12) 형법 제30조의 공동정범은 ‘2인 이상이 공동’으로 죄를 범하는 경우에 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다. 정범으로 처벌한다는 것은 각자를 해당 범죄의 (개별) 단독정범인 것처럼 취급한다는 것이고, 결국 위 사안에서 갑이 혼자서 피해자를 살해한 것으로 본다는 것이다. 결국 공동정범 규정은 타 공동정범의 객관적 행위기여분들을 개별 공동정범 각자의 것으로 귀속시켜주는 역할을 하는 것이다.

라는 새로운 계획에 따른 행위일 뿐 공동의 범행계획에 공동가공의 의사를 가지고 행한 행위가 아닌 것이다. 위의 분석에 기초할 때 그 자의 행위는 다른 공동정범들 각자의 주관적 구성요건에 부합하는 객관적 요소가 아닌 것이다. 따라서 그 자의 재물 취거행위는 타 공동정범에게 귀속될 수 없고, 결국 타 공동정범들은 강도죄의 (장애)미수로 평가되어야 한다. 그럼에도 대법원이 '피고인 5의 강도행위를 나머지 피고인들이 예측할 수 있었다 할 것'이라고 한 것은, 인간사회에서 약속을 지키지 않는 사람이 있을 수 있다는 의미에서 충분히 이해할 수는 있겠으나, 그러한 배신의 예견가능성을 근거로 배신한 공동정범의 행위까지 다른 공동정범에게 책임을 지게 하는 것은 오래전 극복된 결과책임을 인정하는 것과 다를 바 없다.

## 2. BGH NStZ 2012, 508f. 결정

독일 연방대법원 제5형사부의 위 판결에서도 공동정범의 1인이 자신의 재물취득을 숨기고 다른 공동정범은 이를 인식하지 못했다. 달리 말해 J는 공동의 범행계획에서 이탈해 버린 것이다. 이탈한 자의 행위는 다른 공동정범인 피고인의 주관적 인식·의사(고의)와 일치하지 않는 행위이며, 공동정범적 책임의 기초가 될 수 없는 것이다.

이러한 결론과 동일한 취지의 독일 내의 한 분석에 따르면<sup>13)</sup> 우선 혼자 재물을 취득한 자(J)의 절도죄의 성립을 인정하는 것에는 문제가 없다. 나아가 그에게 속은 피고인이 피해자를 제압하고 있었던 부분, 즉 폭행·협박·체포·감금 등 해당 범죄를 J에게 인정하는 것도 당연하다는 것이다. (그 시점까지의) 공동정범적인 귀속의 결과라는 이유이다. 따라서 상대방을 속이고 재물을 혼자 취득한 J는 결국 공동정범적 강도죄의 정범이 된다. 하지만 그 사실을 알지 못한 피고인의 경우는 달리 평가되어야 한다고 한다. 즉 J가 재물을 절취하여 자신의 수중에 챙기는 순간 J는 기존의 공동의 범행계획에서 떨어져 나왔기 때문에, 이때부터 J는 자신의 독자적인 범행을 범한 것이 된다는 말이다. 따라서 J에게 속은 공동정범은 강도의 기수범이 아니라 단지 공동정범적인 강도 미수가 된다는 것이다.<sup>14)</sup>

눈에 띄는 것은 이 사안에 대한 제5형사부의 논거이다. 앞서 기술되었듯이 재판부는

13) Renzikowski, "Zurechnungsprobleme bei Scheinmittäterschaft und verwandten Konstellationen," *JuS*, 2013, 481ff.

14) Renzikowski, aaO., S. 481.

피고인이 스스로 이탈한 경우를 대비시키고 있다. 즉 피고인이 범행 중에 이탈했으나 타 공동정범이 범행의 기수에 이른 경우 이탈자에게도 당연히 기수범의 책임이 인정된다는 점에서 J가 기수에 이를 당시에 현장을 떠나기는커녕, 비록 속았다고 하더라도, 자신의 범행기여분을 열심히(!) 수행하고 있었던 자에게 기수범의 책임을 묻는 것은 하등의 불합리한 결과가 아니라는 것이다.<sup>15)</sup> 일견 타당해 보일 수도 있다. 과연 그러한가?

판시 대상 사안은 공동의 범행계획에서 이탈한 자가, 자신의 행위기여를 철회·무효화하지 못한 상태에서, 여전히 공동의 범행계획에 따라 행위 한 자들이 야기한 결과에 대한 책임을 지는가의 문제가 아니라, 공동의 범행계획에서 이탈한 자의 행위를 이를 알지 못한 다른 공동정범의 책임의 기초로 받아들일 수 있는지가 문제되는 경우이다.<sup>16)</sup>

또한 피고인을 속인 J의 절취행위가 ‘공동범행의 계획안에 들어있던 공동의 객관적 행위’이므로 J에게 속은 피고인에게도 공동정범적 행위로 귀속된다는 논거도, 여기서의 분석에 따른다면 오류이다. 형사 제5부는 그들의 공동범행의 계획은 ‘공동으로, 고의로 강취행위를 한다.’는 범행계획이었다는 것을 놓치고 있는 것이다. ‘누가 하더라도 관계없는 절취행위’가 피고인에게 귀속될 수 있는 것이 아니며, 이는 피고인의 주관적 구성요건(고의)에도 부합하지 않는 행위인 것이다.

아래에서는 오상공동정범과 관련하여 언급되는 독일 연방대법원의 다수의 재판부의 결정·판결들을 이 글의 논의범위 내에서 간략하게 함께 살펴보기로 한다.

### 3. BGHSt NStZ 2004, 110f. 결정

A와 B는 2002년 1월 콜롬비아로부터 우편으로 3kg의 코카인을 독일에 수입하여 판매하기로 합의하였다. A는 마약을 콜롬비아에서 확보하여 독일로 보내는 일을 맡았다. A는 계획대로 그 물건을 익명의 마약거래상 C에게 의뢰하여 우편으로 독일의 피고인 B의 주소로 송부했다. 하지만 독일에 배달된 우편물 속에는 마약이 들어 있지 않았다. 확정된 범위 내에서의 사실관계는 애당초 마약이 들어있지 않았거나, 우송과정에서 물건이 바뀐 것 중이 하나라는 것이었다. 보쿰 지방법원(LG Bochum)은 위 사안 중 금지된 마약의 불법수입(사소하지 않은 양의 불법 마약 수입죄)과 관련하여 미수를 인정했으나

15) 유사한 취지로, 이용식, 앞의 논문, 242쪽.

16) 보다 정확하게 비교한다면 실행의 착수 이후 타 공동정범의 범행을 막지 않고 이탈한 공동정범에게 범행을 완수한 공동정범이 “돈 되는 것이 없어 아무 것도 가져오지 못했다.”고 하는 경우를 예로 들어야 할 것이다.

제4형사부는 예비에 불과할 뿐 미수가 될 수 없다는 결론을 내렸다.

이에 대해 제4형사부는 우선 피고인에게 유리하게 마약이 애당초 우편물 속에 들어 있지 않았다고 보았다. 즉 C는 마약이 아닌 물건을 우편물로 송부했다고 보았다. 제2형사부와 제3형사부가 취하는 입장처럼 행위 하는 자(C)가 공동정범적 행위기여라는 의사를 가지고 한 행위만이 타 공동정범에 귀속된다는 입장을 취하더라도 수입죄의 실행의 착수는 인정될 수 없고, 제4형사부와 같이 오상공동정범의 행위를 공동정범의 행위로 오인하는 자(A 또는 B)의 생각에 따라 공동정범의 행위로 보이는 행위만이 귀속된다는 입장을 취할 때에도 마약이 아닌 물건을 우송한 것은 공동정범적 행위로 볼 수 없다는 것이었다. 따라서 실행의 착수는 결여된 것으로 판단한 것이다.<sup>17)</sup>

앞서의 사안들과는 달리 만약 마약이 아닌 물건을 송부하였음을 전제한다면, 이 사안은 공동의 범행계획에서 이탈한 자가 외관상으로도 이미 자신에게 주어진 행위를 수행하지 않았다는 점에서 다른 공동정범은 실행의 착수에 나아갈 수 없다는 것이고, 결론에 있어 정당하다. 여기서 분석한 공동정범의 범행계획의 의미와 주관적 구성요건을 근거로 한 귀속기준에 따라 때에도 A나 B에게 C의 행위가 귀속될 수는 없는 것이다.

#### 4. BGHSt 40, 299ff.<sup>18)</sup>

A는 술집에서 B라는 남자를 알게 되었다. 두 사람은 어떻게 하면 돈을 벌 수 있는가에 대해 얘기하다가 B는 자신이 환전상 한 명을 잘 알고 있다고 설명하고, 그가 보험사기를 계획하고 있다고 말했다. A에게 환전상이 이미 양해한 상태이니 그의 집에 침입해 들어가 강도를 하라고 제안했다. B는 A에게 범행을 해주면 5만DM을 주겠다고 약속하면서, 1만5천DM은 먼저 지불하고, 3만5천DM은 피해자의 금고에서 취거한 것 중에서 주겠다고 했다. A는 범행에 동의했다. 강도로 가장하여 훔친 돈은 자신(B)에게 가져다주는 것으로 하고, 환전상과는 이미 양해가 되었으니 그에게 아는 척할 필요가 없다고 했다. 범행 이전에 B는 A에게 1만5천DM을 지불했고, 범행 대상인 환전상의 이름과 주소를 알려주었다. 하지만 B의 말은 모두 거짓말이었다. 계획된 범행은 A와 다른 공범 한명이 함께 총기를 휴대하고 저질렀고, 전체 강취한 금액은 35만~40만DM의 가치였다. 결박당한 채 세면장에 갇혀 있던 환전상은 결박을 풀고 경찰에 신고했고, 범행 당일에 자신이

17) BGH NSTz 2004, 110f.(BGH, Beschluß vom 6.5.2003 - 4 StR 108/03 (LG Bochum)).

18) BGH NSTz 1995, 120f.(BGH, Urteil vom 25.10.1994 - 4 StR 173/94 (LG Münster)).

가입한 보험회사에 강도로 인한 손해를 신고했다. 뮌스터 주법원(LG Münster)은 A를 공동정범적으로 범한 사기미수로 유죄 선고하였고 피고인은 상고했으나 연방대법원 제4형사부는 이를 기각했다.

제4형사부는 우선 강도죄와 관련해서는 구성요건적 고의를 조각하는 착오를 인정했다. 한편 A는 B 및 환전상과 함께 사기죄를 범하는 데 필수적인 사전행위를 공동으로 한다고 생각한 것이다. 특히 A는 사기죄로 인해 보험사에서 지급되는 보험금이 아닌 돈 5만DM을 수령하는 것이므로 사기죄와는 이해관계가 없다는 주장도 일축했다. 제3자에게 이익을 취하게 하는 것도 사기죄의 한 유형이라는 것이었다. 또한 A가 B 및 환전상과 함께 한다고 생각한 사기죄는 환전상이 사실상 강도죄의 피해자였고, 환전상은 보험사를 기망할 의도를 가진 것도 아니며 기망한 것도 없다는 점을 강조했다. 하지만 A의 생각에 따를 때, 소위 가상의 공동정범인 환전상이 보험사에 손해신고를 한 것은, 가상의 공동정범(오상공동정범, Vermeintlicher Mittäter)이 범행계획에 따라 수행한 실행의 착수에 해당하는 것이고, 이러한 예비단계를 넘어선 실행의 착수는 당연히 A에게 귀속된다는 것이었다. 따라서 A는 사기죄의 불능미수죄를 범한 것으로 보았다.

이와 관련하여 국내에서도, 위 판례의 입장을 지지하면서, 공동정범의 귀속의 근거는 ‘공동의 범행계획에 관한 참가자 각자의 범행결의’이므로 A에게 공동정범의 미수를 인정할 수 있다는 견해가 있다.<sup>19)</sup> 범행계획을 알지도 못한 자의 행위라도 공동의 범행계획이 있다고 오인하고, 이에 상응한 공동정범의 행위가 있다고 생각한 자에게는 귀속될 수 있다는 것이다. 범행계획이 객관적으로 존재하지 않지만 주관적으로 범행결의를 가지고 있었기 때문에 공동정범적 미수책임을 져야 한다는 것이다.<sup>20)</sup> 환전상의 신고는 A의 공동의 범행계획(사기)단계에서의 범행결의에 포함되기 때문이라는 것이다.<sup>21)</sup> 하지만 여기서 제시한 공동정범적 귀속의 조건에 따르면 이미 공동의 범행계획이 존재하지 않는 사안에서 공동정범적 귀속을 논할 수는 없는 것이다. 즉 A가 인식한 범행계획은 그가 생각한 범행계획이 아니었다는 점에서 이미 주관적 요소와 불일치 문제가 발생하는 것이고, 환전상의 보험금지급청구는 공동의 범행계획에서 할당된 행위를 공동가공의 의사를 가진 자가 행한 구성요건해당행위가 아닌 것이다.

19) 이용식, 앞의 논문, 255쪽.

20) 이용식, 위의 논문, 248쪽.

21) 이용식, 위의 논문, 254쪽.

5. BGHSt 39, 236ff. 판결<sup>22)</sup>

A와 B는 피해자 부부가 사는 집을 침입하여 강도하기로 공모했다. 그 이후 제3의 공동정범을 끌어들이기로 합의하고 C에게 제안했다. C는 약간의 망설임 뒤에 함께하기로 하였다. 이 당시 사실 C가 진심으로 이를 원했는지 단지 외관상으로만 합의한 것인지는 명확하게 밝혀지지 않았다. 그 이후 C는 경찰에게 이를 알렸고, 이 순간 이후 C는 공모한 범죄의 실행을 포기한 상태였다. 그는 경찰에게 범행계획을 모두 알렸지만 A와 B는 여전히 C를 공동정범으로 믿고 있었다. 범행계획은 C가 부부가 사는 주택의 초인종을 누르면 처가 문을 열 것이고, 그때 C는 처를 폭력으로 제압한다. 이어서 A가 집안으로 들어가 남편을 전화선 등으로 몸을 묶어 제압한다. 이어서 피해자들의 눈을 가린 뒤 B가 들어오고 피해자들에게 금고의 열쇠나 비밀번호를 알아낸다. 1992년 4월 10일 A, B 및 C는 차량을 타고 피해자의 주거에 도착했다. B가 승용차에 앉아 있는 동안 C가 앞서고 A가 뒤따라서 피해자의 집 정문에 도달해서 초인종을 눌렀다. 이 초인종 소리는 범행장소 주변에 잠복하던 경찰에게 이제 범행을 시작한다는 신호였다. 경찰은 바로 A, B와 C를 체포했다.<sup>23)</sup> 본 주법원(LG Bonn)은 A와 B를 강도죄 등의 음모죄로 처벌했고, 검찰은 미수죄로 처벌되어야 한다는 취지로 상고했다.

제2형사부는 상고를 기각하면서, “범행계획에 따를 때 하나의 범행이 다수의 공동정범에 의해 수행되어야 하는 경우라면 모든 공동정범은 그 중 한 명이 범행에 직접적으로 착수한 경우에 바로 미수단계로 접어들게 된다. 이러한 논리는 공동정범에 있어서 저마다의 참여자들에게는 범행계획의 범위에 있는 다른 참여자들의 기여분들이 귀속되어야만 하기 때문이다. 그러한 귀속은 이 사안에서는 인정될 수 없다. 만약 강도 등의 범행을 위해 만들어진 범행계획에 따라 피해자가 문을 여는 즉시 제압되는 경우라면, 집의 초인종을 누르는 것은 이미 미수일 수 있다. 하지만 그러한 행위가 실행의 착수로 다른 범행참여자에게 귀속될 수 있는 것은 행위 한 자에게 그것이 공동정범적인 범행기여를 의미하는 경우일 때이다. 달리 말해 타 공범과 공동으로 범죄수행의 목적으로 공동작용 한다는 의사에 의해 이루어진 것이어야만 한다.”는 입장을 밝혔다. 이 사안에서는 C가 범행의 공동작용(수행)에 더 이상 참여할 의사가 없었고, 문의 초인종을 누른 것은 범행을 조장하는 것이 아니라, 범행이 시작되니 이를 막으라고 경찰에게 신호를 보낸 것일 뿐이라는

22) BGH NJW 1993, 2251f.(BGH, Urteil vom 02.06.1993 - 2 StR 158/93 (LG Bonn)).

23) BGHSt 39, 236 = BGH NJW 1993, 2251.

것이였다. C의 행위가 사실 외관상으로는 A, B와 합의한 것과 일치하지만 그는 합의된 범행이 이루어지도록 하고 그에 대한 자신의 역할을 수행한다는 의사와 결합된 행위를 한 것이 아니기 때문에 어떠한 공동정범적 범행기여도 존재하지 않는다는 것이다. C 스스로에게도 미수가 될 수 없는 C의 행위는 따라서 A와 B에게 실행의 착수로 귀속될 수는 없는 것이다.<sup>24)</sup>

이 판례에 대해서도 국내에서는 미수범의 책임을 인정해야 한다는 견해가 있다.<sup>25)</sup> 하지만 범행계획에 부합하는 행위기여를 한다는 의사 없이 이루어진 행위에 대해 타 공동정범의 책임을 묻는다는 것은 위에서 언급한 주관과 객관의 일치라는 형법의 기본원칙과 조화될 수 없다. C의 행위는 A나 B와 공동정범적으로 행한 것이 아니고 경찰과 공동으로 한 것이다.<sup>26)</sup>

## 6. BGH NJW 1952, 430f. 판결<sup>27)</sup>

가축거래상 A는 자신의 지인과 피해자의 목장에서 소를 훔치기로 합의했다. A는 자신들이 훔친 소의 운송을 위해 끌어들이려 했던 B에게, 소의 절도사건에 대해 아주 높은 보험금을 지급받는 보험을 가입해 둔 피해자와 그의 목장의 소 몇 마리를 훔쳐가서 팔기로 합의했다고 거짓말을 했다. 그 농부(피해자)는 소를 팔아서 얻는 돈보다 소를 절도당한 것으로 신고하여 보험금을 받는 것이 더 이익이라고 생각한다고 속였다. B의 차량은 소를 운반하기에는 적합하지 않았기 때문에, B는 소 운반에 적합한 차량을 가지고 있는 그의 지인인 C를 계획한 소 운반에 끌어 들였다. B와 C는 농장 주인이 보험금을 청구할 수 있도록 자신들이 소를 절취한다고 생각하고 있었다. 계획한 대로 범행이 이루어졌고, A는 B와 C에게 대가의 지급을 약속했었다.

힐데스하임 주 법원(LG Hildesheim)은 B와 C를 공동정범적으로 범한 사기미수죄의 정범으로 처벌했다. 그 논거는 우선 제국법원 판례의 주관설에 근거하여 B와 C는 사기죄의 기수를 위해 필요한 것을 행한다는 의사를 가졌지만 그 범죄는 이루어지지 못했기 때문에 미수라는 것이였다. 행위자의 생각에 따를 때 의도된 결과를 야기하는 외부적인 행위가 이루어졌다는 점에서 미수를 인정하는 데도 문제될 것이 없다는 것이였다.

24) BGH NStZ 1993, 489.

25) 이용식, 앞의 논문, 255쪽.

26) Dencker, aaO., S. 241.

27) BGH, Urteil vom 11.1.1951 - 2 StR 534/51 (LG Hildesheim).

하지만 연방대법원 제2형사부는 이러한 미수범의 전제조건이 충족되지 않았다고 보았다. 달리 말해 피고인들은 농장주인의 사기죄의 범행에 예비단계의 행위를 한 것이며, 사기죄도 실행의 착수조차 이루어지지 않았다는 점을 강조했다. B와 C가 농장주가 보험사에 신고하여 사기죄를 실행할 것이라고 생각한 것만으로 사기죄의 실행의 착수가 인정될 수는 없다는 것이다. 만약 그렇게 본다면 머릿속의 생각만으로 실행의 착수를 인정하는 꼴이 된다는 것이었다.

이 사안의 경우도 공동의 범행계획이 존재하지 않는 상태에서 공동정범의 실행의 착수를 언급하는 자체가 공동정범적 귀속의 전제를 제대로 파악하지 못한 것으로 볼 수밖에 없고 제1형사부의 판단은 정당한 것으로 보인다.

#### IV. 맺는 말

공동정범의 주관적 구성요건과 오상방위의 문제는 이미 13~14년 전 논의의 단초가 제공되었지만 특별한 관심의 대상이 되지 못한 듯하다. 대법원의 판례도 2004년 강도죄의 공동정범을 다룬 사안에서 소위 '오상공동정범'과 '공동정범의 실행행위 중의 이탈'에 관한 문제를 검토할 기회를 가졌지만, 배신한 공동정범의 행위는 충분히 '예견할 수 있었음'이라는 간단한 논거로 무시해 버렸다. 구체적 논의의 계기가 제공되지 못한 탓이기도 할 것이다. 물론 공동정범의 주관적 구성요건의 문제는 오상공동정범에 국한된 의미를 가진 것이 아니고, 공동정범의 모든 문제들에 관련되어 있다는 점에서 좀 더 정치한 논의가 이루어질 계기는 이미 충분했다고 하는 것이 바른 진단일 것이다.

소위 '오상공동정범'을 둘러싼 문제에 대해 연방대법원의 5개의 형사부가 통일된 입장을 정리하지 못한 상태인 독일의 경우에 2012년 제5형사부가 대법원의 2004년 판결과 유사한 판결을 내놓았고, 최근 독일 내에 동 판결에 대한 평석이 나온 것을 계기로 공동정범의 주관적 구성요건요소가 단독정범과 비교할 때 어떤 차이점을 가지는지, 공동정범적 책임을 귀속하기 위해 개별 공동정범에게 요구되는 주관적·객관적 요건은 무엇인지를 논구해 보았다.

정리하자면, 공동정범도 각자 해당 범죄의 정범으로 처벌되는 것이고, 이들에게도 구성요건적 고의와 구성요건적 실행행위, 즉 주관적 구성요건과 객관적 구성요건이 충족되어야 기수범의 책임을 물을 수 있다. 단독정범의 경우와는 달리 공동정범으로서의

개별 정범들에 있어서 공동범행계획의 존재와 그 공동범행계획에 대한 인식과 실현의사는 (공동)정범을 특징짓는 것임은 물론, 범죄성립을 위한 불가결의 전제조건이기도 하다. 즉 공동정범의 주관적 구성요건은 자신의 구성요건해당행위에 대한 인식과 의사라는 단독정범과 다를 바 없는 주관적 요건과 공동의 범행계획에 대한 인식과 의사라는 공동정범에 특징적인 요건으로 이루어진다. 구체적으로 언급하면 ① 공동계획에 대한 인식과 실현 의사, ② 자신의 행위가 공동계획에서 할당된 부분행위라는 사실에 대한 인식과 그 행위 의사, ③ 그러한 공동계획에 따라 분배된 행위 자체에 대한 인식과 의사, ④ 공동계획에 참여한 다른 공동정범이 그에 부합하는 나머지 행위를 공동가공의 의사를 가지고 하리라는 예견·기대, ⑤ 공동정범들의 공동행위를 통해 공동의 범행계획(구성요건적 결과)이 실현된다는 예견·기대 등이다. 공동정범적 귀속의 근거는 이러한 주관적 요소에 부합하는 객관적 사실이다. 공동정범으로서 개별 정범의 주관적 요소(고의)에 일치하지 않는 객관적 사실은 단독정범과 같이 공동정범에게도 귀속될 수 없다는 것은 형법의 근본원리인 것이다.

## 참고문헌

### 1. 단행본

김일수/서보학, 형법총론 제6판, 서울: 박영사, 2006.

신동운, 형법총론 제2판, 서울: 법문사, 2006.

오영근, 형법총론 제2판, 서울: 박영사, 2012.

Dencker, Friedrich, *Kausalität und Gesamttat*, Berlin: Duncker&Humblot, 1996.

### 2. 학술지

김성룡, “공동정범의 주관적 구성요건요소”, *비교형사법연구* 제3권 제1호, 한국비교형사법학회, 2001, 89-114쪽.

류전철, “공범이론에서 ‘공모’ 개념의 문제성”, *형사법연구* 제26권 제1호, 한국형사법학회, 2014, 3-25쪽.

이용식, “오상공동정범-공동의 범행결의에 관한 착오-”, *서울대학교 법학* 제42권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2001, 231-257쪽.

Hauf, Claus-Jürgen, “Neuere Entscheidungen zur Mittäterschaft unter besonderer Berücksichtigung der Problematik der Aufgabe der Mitwirkung eines Beteiligten während der Tatausführung bzw. vor Eintritt in das Versuchsstadium”, *NStZ*, 1994, S. 263-266.

Puppe, Ingeborg, “Wie wird man Mittäter durch konkludentes Verhalten?”, *NStZ*, 1991, S. 571-574.

Renzikowski, Joachim, “Zurechnungsprobleme bei Scheinmittäterschaft und verwandten Konstellationen”, *JuS*, 2013, S. 481-487.

[ Abstract ]

## The Mens Rea of the Accomplice and So-called Apparent Complicity

Kim, Sung-Ryong\*

The so-called apparent complicity is not yet explained satisfactorily. The mens rea of the accomplice is also not investigated completely. In this paper an attempt is made to substantiate the subjective characteristics of the accomplice and show the basis of the attribution of the accomplice. The knowledge of the common crime plan and the intent to realize that plan is a necessary subjective element for the attribution as an accomplice. And the individual decision to participate in that crime plan is also indispensable. It is also necessary that any accomplice should know and want to do each action that is given to him. For the attribution as an accomplice, it should be proved that each accomplice acted according to that common crime plan. As a single criminal, congruence between objective and subjective elements is the requirement of accountability for complicity. In this paper, several decisions of the Korean and German Supreme Court are examined in this aspect. As a result, it is to emphasize we have to analyze in more detail what the subjective element of complicity in comparison to the individual main offender. Thus we can explain all seemingly problematic cases properly.

[Key Words] Mens rea, apparent complicity, accomplice, crime plan, co-principal

---

\* Professor, Kyungpook National University Law School