

合同犯에 관한 判例研究

劉 基 天

所謂「合同犯」에 關하여는 우리 刑法解釋上、論爭이 되어 왔고、또한 우리의 判例에 對한 認識조차 그 正確性이 疑心됨으로 먼저 「合同犯」에 關한 우리의 判例、即 一九五三年 十月三日부터 今年 正月까지의 大法院의 判例를 다음에 列擧하여 重點적으로 그 全文 또는 要旨를 紹介한 후 이에 對한 評釋을 加하여 보고져 한다.

一、事實 및 判決理由

一、特殊窃盜被告事件

(一九五六、一、二七、判決、刑上三六一號)

李炳億(22·勞働)

被告人 李哲(上告藥却)

原審(서울高法)

〈事實〉

被告人 李炳億(上告人) 吳日五(上訴權拋棄) 兩名은 公訴外 鄭哲等 三人과 共謀合同하여 一九五五年 七月三十一日午前七

時三〇分頃 仁川驛構內 入換線 路上에서 被告人等은 望을 보고, 右公訴外 三名은 同所에 停車中인 美軍貨車의 門施錠을 破壞하고 同車內에 侵入하여 同車內에 있는 美軍用 冬服青色 사지쓰봉 百二〇枚(時價約二〇萬圓相當)를 竊取한 것이다. 被告人 兩名이 망을 보고서 있었던 곳은 竊取現場(車內)에서 二〇메타 가량 떨어진 곳이었고 被告人(二人)은 後에 鄭哲로부터 各各 九千圓씩 받았다.

△判決理由▽

……그러나 原判決이 擧用한 各證據를 綜合檢討하면, 同證據로써 同判示事實을 認定함에 充分하고, 同事實認定은 妥當하다 할 것인바 방조에 불과했다는 所論事由는 理由없고 其外 모다 適法한 上告理由가 되지 못한다.

二、特殊強盜被告事件

(一九五六、一一、二八、判決、刑上三〇六號)

朴萬泰(21·無職)

被告人上告—上告棄却

原審—서울高法(控訴棄却)

△事實▽

被告人等은 (朴萬泰—上告人、控訴人、李順根—控訴제기하지 않음) 一九五六年 六月九日 午前 一時三〇分 楊州郡 廣城面 石隅里 四四二番地 俞泰俊家에 至하여 其中 被告人 李順根은 이미 所持하였던 短刀로 門들을 여겨서 內部로 걸려있는 門고리를 밀어서 열고 들어가 被告人 朴은 房門턱에서 망을보고 被告人 李順根은 방실로 드러가 이미 소지하였던 短刀를 提示하며 前示 俞泰俊에 對하여 「일어나면 죽인다」고 위협함과 동시에 頭部를 一回強打하여 抵抗不能케하고 同房室內를 搜索現金六、一〇〇圓 상당을 탈취하여서 此를 강탈하고,

同日一時四〇分경 前示 命의 越房에서 別居中인 金正勳(20歲) 房에 들어가 역시 前示 同様の 手段方法으로 被告人 朴은 房門前에서 망보고 被告人 李는 房室內에 들어가 「일어나면 죽인다, 돈을 내라」고 위협하며 前示 命의 頸部를 二回毆打하여서 抵抗不能케 한후 同室內을 수색, 瑞西製 十七石 손목시계 中古一個(시가 五,〇〇〇환) 손전지 中古一個(시가 一,〇〇〇환) 도합 시가 六,〇〇〇환 相當을 强탈하고...云云.

△辯護人上告理由▽

西紀一九五七年 六月九日 午前 一時三十分 楊州郡 廣積面 石陽里四四二番地 兪泰俊家와 그 越房 金正勳家에 가서 犯行時 被告人 李順根은 主犯, 朴은 從犯이었음이 一件記錄에 明瞭함에도 불구하고, 原審 判決은 李順根은 短期二年六月, 長期四年의 刑을 言渡하였음에 反하여 朴萬泰에게는 시가一九三七年 七月十六日生으로 犯行時인 시가一九五七年五月及 六月에는 滿二十歲 未滿인 民法上 未成年者이었고 此는 少年法에 規定한 年齡과는 差는 있다 하더라도 量刑의 條件이 되어야 할 刑法第五十一條 一項의 「犯人の 年齡」을 原判決은 參照하였다 볼 수 없을 뿐만 아니라 從犯인 朴萬泰를 主犯인 李順根의 長期刑인 四年보다 一年 더 많은 五年刑을 原審이 言渡하였음은 刑法第三十二條 二項의 從犯減輕規定에 違背한 不法이 有한이라 함에 있다.

△判決理由▽

그러나 記錄에 依하면, 被告人의 所論從犯의 地位에 있다 함은 獨自的見解이며 一件記錄을 精査하여도 原判決의 量刑이 甚히 不當하다고 認定할 顯著한 事由를 發見할 수 없음으로 論旨는 理由없다.

三、特殊窃盜被告事件

(一九六〇, 一, 二七, 判決, 一九五九年 刑上第七四八號)

鄭相模(22歲)

被告人上告—上告棄却

原審—光州高法

△判決理由▽

被告人上告理由는 被告人은 一審·二審에서 共히 懲役一年六月의 言渡를 받고 너무 抑鬱하여 西紀一九六〇年十月一日 上告하였는바 同年十月二十一日 訴訟記錄 受領通知書를 받고 如左 上告理由書를 提出하나다. 被告人은 二十歲時 親舊들과 作亂의 度가 지나쳐서 鄉里에서 닭 一首를 竊取한바 있어 이것이 特殊竊盜의 罪名으로 金泉少年刑務所에서 懲役一年의 刑期를 마치고 今年 四月末頃에 出所하여 前轍을 굳이 밟지 않을것을 盟誓하고 을바른 處世로써 남의 指彈을 받지 않으려고 집에서 二萬圓 假量의 金錢을 휴대하고 裡里市中에서 行商할 것을 마음먹고 裡里에 當到했던바 生覺과는 달리 同市 南中洞所在의 家庭洋襪工場에 就職이 되어 同工場에서 洋襪복을 짜고 傭僱히 生活해 오든바 어느날 隣家에 火災가 發生되어 鎮火에 助力한바 있었는데 同家主人이 感謝를 表示하기 爲해서 술을 받아오는 一便 저녁食事を 招待하기에 參席하였는바 同席한 丁洙良이라는 者가 自己는 石炭장사를 하는데 같이 가면 사람이 그만두어서 그 자리에 被告人을 너어준다 고 甘言하기에 被告人은 좀더 나을까 하고 期待를 가지고 있었는바 同丁君은 間或 被告人과 接觸이 되어 돈을 좀 꾸어주면 數日內로 갚는다고 하기에 六千圓을 꾸어주었는데 辨濟하지 않음으로 數次 督促하였는바 自己外 三寸家에 保管한 精麥이 있으니 찾아서 준다고 같이 가자고 나섰는데 夏節이라 同丁君과 被告人은 丁君의 指示대로 外三寸家라고 하는 部落亭閣에서 자고 새벽 날이 셀 무렵에 丁君이 깨우기에 일어나서 同外三寸家門간채인 雇傭人房에 드러섰는니 同雇傭人 李石基와 丁君이 보리 二畝을 내노으면서 被告人에게 들어

에워주기에 무거워서 못가겠다고 하니까 너무 피를 부린다고 하면서 脅迫하기에 門밖에 까지 겨우 내오
으니까 同丁君과 雇傭人 李石基가 다시 옮겨 놓았읍니다。被告人은 全然 事情을 모르고 말늘든 六千圓을 받
기 위해서 自己外三守家라고 해서 그렇게 알고 있었는데 乃終에 알고보니 雇傭人과 丁君사이에 結託이 되어
竊取하려는 것이었으나, 被告人은 全然 모릅니다。

이로 말미암아 被告人만이 억울하게 그 사람들로 말미암아 刑을받고 實地犯罪한 者들은 逮捕도 못한 實情
입니다。充分히 省察해 주시와 寬大히 處分하여 주시기 效以仰願합니다 함에 있다。

그러나 原判決이 引用한 第一審判決豫示의 各種證據를 記錄에 對照하여 檢討하면 同證據를 綜合함으로써
充分히 原判示 特殊竊盜事實을 看取할 수 있고 따라서 原審의 措置에는 何等 採證上 缺陷이 없음으로 論旨는
採用할 수 없고 本件上告는 理由없음이 分明하여 此를 棄却하기로 決定한다。

四、特殊強盜被告事件

(一九六〇、一、二九、判決、一九五九年 刑上第七八三號)

金容襄(26)

金永男(24)

被告人上告—上告棄却

原審—서울高法

△判決理由▽

被告人等の 辯護人 安基榮의 上告理由는 被告人 兩名에 對한 判決認定事實의 要旨는 被告人等은 訴外 金
洪喆과 合同하여 西紀一九五八年 四月三日 午後四時頃 忠清南道 論山郡 論山邑 大橋洞所在 大橋岬에 停留場

에서 扶餘行을 待期中에 있던 同郡恩山面洪山里二百十五番地居住 徐廷甲을 大橋洞 路所까지 데리고가서 「當身은 쓰러꾼이 아니냐」고 하여 是非를 然後 同大橋洞所在 潮花會社 된골목으로 끌고가서 被告人 金容雲은 右手로 同人的 頰部와 胸部를 各一回毆打하여 同人으로 하여금 恐怖心を 惹起하여 抵抗不能케 한후 同人所有의 現金 一萬二千圓、腕時計 中古品 一個(時價 一萬圓 상당) 라이다 一個(時價 約三百圓 상당)을 強取한 것이 다라고 되어 此를 特殊強盜罪로 認定하여 重刑을 科한 것이나, 其證據理由로서 1、被告人 金容雲의 當公廷에서의 判示事實에 符合하는 陳述部分 2、被告人 金永男의 當公廷에서의 金容雲이가 徐廷甲을 데리고 오라하여 徐廷甲 한테가서 金容雲을 가리키며 저 사람이 오라고 한다고 하였다는 旨의 陳述部分 및 被告人 金容雲으로부터 金四千圓을 받았다는 旨의 陳述部分、3、證人 徐廷甲의 當公廷에서의 判示事實에 符合하는 陳述部分、4、檢事가 行한 被告人 金永男에 對한 被疑者訊問調查書中 判示에 符合하는 陳述記載部分、5 司法警察官事務取扱作成의 訴外金洪喆에 對한 被疑者訊問調查書中 判示事實에 符合하는 陳述記載部分、6、押收한 證第一乃至 第七號의 現存事實等を 綜合하여 認容할 수 있다고 認定하였음。그러나 特殊強盜로 論斷한 것은 被告人等과 訴外金洪喆의 三者合同行爲로 指目한 것인바、二人以上の 合同이라 함은 二人以上の 行爲가 合同된 경우、即 共同正犯인 境遇를 指稱한다고 解釋되는 터인즉 적어도 共同正犯의 要件인 (가) 數人이 共同하여 犯罪을 實行할 것、(나) 서로 共同行爲의 認識이 있을 것、(다) 同一犯罪에 對한 것이어야 할 것이 必要한 것인바、被告人 兩名間에 「共同行爲의 認識이 缺如」되었음은 被告人 兩名이 警察·檢察公判廷에 있어서의 一貫된 陳述이며 警察에서는 事前共謀한 事實이 없읍니다。第一審公判廷에서는 共謀事實이 없읍니다 라고 異口同聲으로 共謀한 事實이 없음을 陳述하고 있을뿐만 아니라 共同하여 實行한다는 條件조차 充分치 못하고 있음은 金容雲 및 金永男의 警察以來의 一貫된 陳述임에 빛추어 明白한 바이다。即 金容雲은 警察에서

「金永男은 率直히 하여 말할려고 한事實以外에는 없습니다」라고 말하였고 檢察廳檢事訊問當時에는被告人 金永男이 陳述하기를 「本人은 實은 없고 相被告人 金永男이와 같이 가다가 金錢을 주는것을 받았읍니다」라고 하였으며 第一審公判調書에는 「金容雲이와 金永男이 合同하여 同犯行을 했는가」、答 「그런事實 없습니다」라는 供述 및 此에 符合하는 供述로서 「藥장수 한테 가 있어서 被告人의 犯行에 加擔한事實이 없습니다」라는 被告人 金容雲의 陳述 또한 原審公判廷에서 「金永男도 같이 한 것이 아닌가」、答 「네 金永男은 같이 안했읍니다」라는 被告人 金容雲의 陳述 및 「네 金容雲이와 金四千圓을 주었다가 달라고 하여서 被告人이 保管하고 있다가 그中二千圓을 내주었으나 그것이 強取한 것이었는지 몰랐읍니다」라는 金永男의 陳述 및 此에 符合하는 證人被害者 徐廷甲이 「一行三名中 한사람이 毆打당한 것이 을시다」 「또 一名以外 二名에게는 毆打當하거나 脅迫을 當한일이 없는가」라는 訊問에 對하여 「一名外 二名은 그中 一名이 말하기를 술값이나 주라고 말한事實以外에는 毆打當하거나 脅迫을 當한事實은 없고 뒤에 따라다니는뿐입니다 云云」이라는 徐廷甲의 警察以來의 陳述 및 此에 符合하는 檢察 및 公判廷에서의 陳述를 미루워 볼때 本件은 金容雲과 金永男의 共謀에 의한 共同實行이라고 하기 困難할에도 不拘하고 此로 因하여 共同行爲라고 指目 刑法第三三四條二項 特殊強盜罪로써 問議함은 擬律의 錯誤라고 아니할 수 없을。 그리고 「調書中 判示事實에 符合하는 供述記載云云」한 證據說明 方法은 漠然模糊하여 어떤 供述記載가 어떤 部分에 符合된 것인가를 具體的으로 理路整然히 提示치 않고 漠然히 舉示하는 方法은 罪된事實을 認定한 證據說明을 하지않는 違法이 있고 結局은 證據에 依하지 않고 罪된事實을 認定한 違法이 있는 것임。 따라서 原判決은 以上理由에 依하여 破棄를 不免할 것입니다 云云한다。

그러나 原判決이 引用한 第一審判決擧用證據를 綜合檢討하면 合同하여 犯行한事實을 認定할수 있고 所論

調書中 判示事實에 符合하는 供述記載는 記錄을 檢討하면 各 그 符合하는 供述部分이 存在함을 알 수 있음으로 同證據說示를 非難하여 證據에 依하지 않고 事實認定을 하였다는 獨斷이라 할 것이니 論旨는 모두 理由가 없다.

五、特殊窃盜被告事件

(一九六〇、二、二九、判決、一九五九、刑上第九五二號)

金龍商(22) 工場職工

被告人上告—上告棄却

原審—서울高法

△事 實▽

金은 相被告人 朴과 一九五九年 一月頃부터 누차 判示 美軍部隊倉庫內에서 自動車附屬品을 窃取할 것을 共謀하여 오는中 一九五九、五、二二、十一時頃 被告人이 自動車附屬品受領次 朴의 倉庫處(五〇〇兵器中隊)에 가니 마침 監視하는 美軍이 없음을 奇貨로 하여 判示物品을 窃取하여 被告人이 타고진 自動車에 적재하여 被告人이 倉庫하는 同部隊內에 있는 비네오會社(五〇〇兵器中隊와 비네오會社는 같은 美第四誘導彈司令部內에 屬해 있음)에 까지 運搬하였다가 數時間後 同物件을 營外로 他人이 運搬타가 美軍步哨에 발각 압수됨.

△辯護人上告理由▽

原審이 適用한 刑法第三三一條 第二項의 特殊窃盜는 그 成立要件으로서 二人以上の 合同行爲가 要求되는 것이며, 刑法上 合同이란 其 主觀的要件으로서 共謀、즉 數人相互間의 意思連絡과 補充加工意思로서 하는 共同犯行의 인식이 必要하고 客觀的要件으로서 當該犯罪의 實行行爲의 分擔行爲를 要求하는 것이니 大體刑法

上如斯한 特殊竊盜를 규정한 立法趣旨가多數人的 竊盜行爲가暴力犯的危險性を 內包하고 있음을 理由로 單純竊盜와 區別하여 其刑을 加重케한 所以인 것이니 本件 合同行爲는 共犯理論에 있어서의 共同正犯과는 약간 그 實質 개념을 달리한 것임으로 단순한 共謀 或은 行爲만으로는 合同이라 할 수 없다. 本件의 경우, 合同을 인정할 수 없다. 또 本件竊取物品이 其置在倉庫의 離脫을 既遂로 볼 것이냐, 或은 同倉庫가 있는 美軍部隊 營內離脫을 既遂로 할 것이냐의 既遂時期論斷은 被告人의 責任에 差 별한 가져온 것이니 前者로 斷定한다면, 相被告人 朴의 本件竊取物品의 被告人에 對한 手交로서 同人的 竊取行爲는 既遂가 되는 것임으로 被告人의 本件犯行事實에 對한 分擔云云의 어지가 없게 되고 後者를 既遂로 한다면 本件被害物品이 同營內離脫前에 營內步哨에게 發覺押收된 것이니 本件犯行全體가 未遂에 끝인 것이니 그 어느 경우는 被告人에게 特殊竊盜를 인정할 수 없다.

△判決理由▽

特殊竊盜罪의 成立을 認定함에는 흉기를 휴대하거나, 二人以上이 合同하여 他人의 財物을 竊取한 것을 要하는 것이오 「合同하여」라 함은 그 主觀的要件으로서 共謀, 客觀的要件으로서의 實行行爲의 分擔行爲의 二要素를 구비하여야 함은 所論과 같으나 原審이 引用한 第一審判決擧示의 증거를 記錄에 비추어 事實과 같이 인정할 수 있음으로 特殊竊盜罪의 要件으로서의 共謀와 竊盜行爲의 分擔을 具備한 것이라고 볼 것이고, 會社에 운반함으로 竊盜를 完成했다 볼 것이니 이와 見解를 같이 하는 原審判決은 正當하니 上告論旨理由없다.

六、特殊強盜被告事件

(一九六一、三、二十二、判決、一九六一、刑上第四九號)

崔成武(18) 無職

被告人上告—上告棄却

原審—서울高法

△事實▽

市內仁寺洞所在 東信旅館入口에서 同所를 通行中인 姓名未詳의 者를 同所附近 公園에 誘引한 후 金品을 強取하였다.

△辯護人上告理由▽

第一點 夜間에 사람의 住居, 看守하는 邸宅建造物이나 船舶 또는 占有하는 房室에 侵入한 行爲가 刑法第334條第一項의 構成要件이 되고 同條第二項에는 兇器를 携帶하거나 二人以上이 合同하여 同條第一項의 罪를 犯한 경우라야 성립되는바 本件은 被告人이 相共犯人등과 二人以上이 合同하여 犯行한 點에 있어서 同條第二項의 同條第一項犯罪者와 同一刑으로 處斷하였으나 同條第一項인 特殊強盜罪는 夜間에 住居·邸宅·房室等 사람 의 住宅 即 戶室에 侵入함을 特히 構成要件으로 한 特別加重處罰規定으로 一般單純한 強盜罪보다 特別히 嚴罰키 爲하여 規定된 立法精神에 비추워 반드시 住居建造物室內等 「侵入」行爲가 特別構成要件인 同時에 罪의 成立要素인 犯罪事實에 該當되는바, 被告人은 判示犯罪事實인 內容自體에 있어서 明白한바, 即 被告人은 判示場所인 旅館入口에서 被害者를 路上에 通行中 包圍하여서 幫助한 從犯行爲에 不過하며 何等 旅館門內는 勿論 同 旅館建造物이나 房室에 侵入한 事實이 全無함은 一件記錄上 너무나 明白한 不動的 事實로 此點에 있어서 絶對로 特殊強盜罪는 成立되지 아니함이 當然한 眞實發見임으로 合同行爲만으로서는 同條第一項의 成立없이는 特殊強盜罪는 成立되지 아니할 것인바, 犯罪時가 夜間이라는 한가지 事實만으로는 同條犯罪가 構成될 수 없

음은 同法條立法內容에 主要한 被害法益의 觀點이 오로지 住居建造物房室等の 侵入行爲를 가장 重要인 點으로 보아서 被告人의 所爲는 住居等 侵入을 하지 않았음에도 不拘하고 特殊強盜罪法條를 適用하였음은 重大한 事實을 誤認한 違法이 있고 原判決이 適用한 重罪에 對하여는 被告人으로서 罪의 成立要素인 事實의 認識조차 못하였음에도 不拘하고 嚴重處斷을 받게 되는데, 무릇 有罪判決에 있어서의 法律의 適用은 被告人에 對한 搜查官의 取調結果如何에 不拘하고 그 判示認定한 事實을 對象으로 擬律處斷하여야 함에도 不拘하고 被告人等에 對한 判示犯罪事實은, 被告人과 相共犯人等은 構成要件인 住居等の 侵入없이 一般強盜罪에 該當하는 該事實을 以外에 不當히 重한 刑法第三三四條의 特殊強盜罪의 法文을 適用重罰한 것은 擬律錯誤의 違法임을 到底히 免치 못한 것이다.

第二點、原判決은 被告人의 判示所爲에 對하여 判示認定犯罪에 對한 共同正犯으로 認定處斷하였으나 被告人의 犯行內容을 檢討할진대 判示場所에서 被害者를 誘引한 主謀者는 相共犯 韓昌鎬로서 被害者의 身體를 檢査한 것도 同人和 前同 崔成武 兩人으로 被害者에 對하여 抗拒不能케 然後 判示金品을 強取한 直接 行爲者도 右同 兩人임이 警察以來 第一、第二審公判廷에서 一貫하여 犯行을 自認한 各供述記載內容에 依하여 明白한 反面에 被告人말은 前述한 主動的 直接犯行에 加擔한 것이 아니라, 被告人은 犯行場所에서 主犯罪者들의 犯罪를 幫助하기 爲하여 犯行場所에 被害者를 包圍하고 있었을 뿐으로 包圍의 所爲自體는 共同正犯으로 認定할 直接犯行에 加擔한 對象이 되지 않고 오직 正犯의 犯行을 容易하게 하기 爲한 幫助行爲에 該當함이 明白함으로 一、二審公判廷에서의 被告人에 關한 供述部分中 右同趣旨가 披瀝된 以來 一貫한 供述趣旨에 依하여 主謀者가 아니며 非共同正犯인 從犯에 不過한 犯行이었음이 一件記錄上 明白한 것임에도 不拘하고 原審은 被告人에 對한 犯罪事實을 誤認한 나머지 刑法第三二條의 適用을 看過하여 正犯의 刑보다 減輕된 刑을 喪失하

였음으로 原判決은 被告人에 對하여 共同正犯으로 誤認한 違法을 免치 못할 것이다.

△判決理由▽

原審이 證據에 依하여 確定한 事實에 依하면 本件을 特殊強盜共同正犯으로 認定하고 刑法第三三四條第二項等を 適用하여 處斷한 原審의 措置는 妥當하다 할 것인바 辯護人 金峻源의 上告論旨第一 및 第二點은 刑法第三三四條第二項에 規定한 二人以上이 合同하여 前條의 罪(強盜罪)를 犯한者 云云을 前項의 罪(特殊強盜罪)를 犯한者 云云으로 錯覺하고 特殊強盜罪가 構成되지 않는다는 見地에서 原判決을 攻擊함에 不過하고 모 두 理由없다.

七、特殊竊盜被告事件

(一九六一、十一、二四、判決、一九六一、刑上六〇八號)

金光奎(18) 無職

被告人上告—上告棄却(全員一致)

原審—서울高法

△判決理由▽

被告人의 上告理由는 被告人은 本件犯行을 主犯인 宋明好가 시키는대로 한 것 뿐이기 때문에 억울하다는 취지요, 辯護人의 上告理由의 要旨共一은 被告人의 本件犯行은 從犯으로 다스려야 될 처지인데도 不拘하고 原審이 宋明好와 共同正犯으로 다스렸으니 法令의 適用에 錯誤가 있다는 것인바, 原審이 證據로 引用한 第一審公判廷에서의 相被告人 宋明好의 陳述、檢事의 被告人에 對한 訊問調查의 記載、司法警察官事務取扱作威의

證人趙詳鎮에 對한 調書의 記載등을 綜合하면 疑點, 被告人이 宋明祚와 共同正犯關係에 있었음을 認定할 수 있으므로 同論하는 理由없다.

八、特殊竊盜被告事件

(一九六一、五、十、判決、一九六一、刑上第一二四號)

崔龍根(35) 無職

檢事上告—破棄自判(정역一年)

原審—光州高法(無罪증거不充分)

△專 實▽

被告人은 竊盜前科 三犯으로서 相被告人이며 既確定者 張鎔(쓰리군)을 따라다니며 派守나 모고 補助役割을 하여 후 에 약간의 음식을 얻어 먹는 자로서 四二九三年 八月二十三日 午後二時 五五分 호남선 松汀里驛構內에 停車中일 同時頃 光州行 第七五一列車 客車內에서 被告人은 張과 상호合同하여 被告人은 右 張의 뒤에서 周邊을 監視를 하고 張은 同列車乘 客인 沃構郡 米面 新觀里居住 張鉸淑이 마치 注意를 받게 돌리고 있는 時를 다시 同人的 手が방축에서 同人所有金 三千八百 圓을 竊取한 것이다.

△判決理由▽

略

九、特殊強盜傷害 및 特殊強盜殺人被告事件

(一九六一、十二、二一、判決、一九六一、刑上六三五號)

鄭吉鳳(28) 勞動

張聖浩(28) 勞働

被告人等上告—上告棄却(全員一致)

原審—서울高法

△判決理由▽

그러나 피고인 두 사람에게 대하여 원판결이 공동정범으로 하여 인정한 특수강도상해와 특수강도살인의 범죄사실은 기록상 보다 증거가 뚜렷하고 유죄일수 없는 사실이며 누가 먼저 권하여서 이러한 범행을 하였는간에 이미 공동정범으로서 범죄행위는 완전히 이루어진 것이니 이제와서 이런 이야기를 하여 보았자 아무런 효과가 없는 일이고 피고인 두 사람의 책임에는 조금도 영향이 미칠바 못된다 할 것이며……

十、特殊強盜·強盜豫備被告事件

(一九六一年九、二二判決、一九六二、刑上三三二號)

池英培(27) 高木靴制工業

被告人上告—上告棄却(全員一致)

原審—서울高法

△判決理由▽

被告人의 ①特殊強盜 ②強盜豫備의 各犯行에 朴水民 및 車錫仙과 共同加工하여 이를 實行한 消息을 充分히 看取할수 있음으로 原判決이 本件을 有罪로 判決한 것은 適法하고 被告人의 上告理由 謬論이었다.

被告人의 辯護人의 上告理由論旨는 本件犯行의 主動的行動者는 朴及車이고 被告人은 從犯으로서 不可避하

였다는 點에 있으나 被告人이 朴·車와 共同正犯으로서 本件犯行을 行한 것이고, 불가피한 事由로 인한 從犯이 아니었음은 一件記錄上 分明한 바 있음으로 이와 反對의 見解를 들어서 立論하는 論旨는 採用할 수 없다

十一、特殊強盜被告事件

(一九六二、二、一五、判決、一九六一、刑上六八三)

朴永孝(30) 無職

被告人上告—上告棄却

原審—大邱高法

△專 實▽

被告人 朴은 四二九四、四、一六、午後八時頃 慶州市 城東里 所在 慶州中學校後門附近에서 公訴外 孫普元(28歲)로부터 被告人家에 宿泊中인 忠北永同郡 陽山 新松湖洞 居住人 蔘行商人 金萬金(女 35歲)으로부터 金員을 强奪하는 권유를 받고 이를 승락한후 十七日 午前三時頃 被告人은 前示 孫을 따라가 同所에서 東使으로 약 一五〇메타 떨어진 被告人 自宅에 臨하여 被告人은 房門前(單間房)에서 把守를 보고 孫은 白色 電池를 휴대하고 黑色 短靴을 신은 채로 房內에 들어가서 同房에 就寢中인 前示 人 蔘行商人 金萬金의 顔面에 所持한 短刀를 照明하여 同女를 위협하여 황거불응케 한후 同女의 物을 수색한후 同女의 物에 호주머니 속에 두어둔 現金 一五〇〇圓을 탈취한후 同房 西便所 同女의 所有 人 蔘箱子 속에서 現金 二五、一七〇圓 廣木四嗎(時價 千圓相當) 國防色 비선 一足(時價 三〇〇圓相當) 白米 一合(時價 三〇〇圓)을 강탈할時 被告人의 母 郭順會(58)가 同人에 對하여 그러한 行動을 하여서는 되느냐고 하자 짐작하면 죽인다고 그를 위협한후 강탈도수한 것이다.

(사실 오인을 이유로한 상고가 있었으나 上告棄却되다.)

十二、特殊竊盜被告事件

(一九六一、九、二二、判決、一九六一、刑上三五五號)

△事 實▽

전차안에서 소매치기한 事件인바 重要한 論點을 略함으로 省略한다.

十三、特殊強盜被告事件

右와 如한 意味에서 省略한다.

(一九六二、九、二二、判決、一九六一、刑上二七四號)

十四、特殊強盜·特殊竊盜被告事件

右와 如한 意味에서 省略한다.

(一九六一、九、二二、判決、一九六一、刑上二六八號)

十五、特殊竊盜被告事件

省 略

(一九六一、九、二二、判決、一九六一、刑上三五三號)

十六、特殊竊盜被告事件

省 略

(一九六一、九、二二、判決、一九六一、刑上三三五號)

十七、特殊竊盜幫助被告事件

(一九六二、一、三一判決、一九六一年 刑控五〇八號 卷선고)
文柄大(42) 會社員

被告人上告—上告棄却(全員一致)
原審—서울高法

〈事實〉

被告人은 華川發電所職員으로서 一九六〇年 十月二十六日 午後三時경 華川新聞記者 胡鎰斌、同韓雄植、同李相根等 三名 이 來訪하여 被告人이 勤務하는 華川發電所內에 積置된 古鐵倉 所長及 庶務係長等の 事前承諾을 받고 運搬하려 하니 默認 하여 달라고 同附近釜山屋에서 時價 二千圓相當의 酒食과 事後 二十萬圓의 謝禮까지 하겠다고 請託하자 被告人은 同所의 警備員으로서 이 경우에 宜當 上司에 報告하거나 拒絕하여 同犯行을 阻止할 義務가 있음에도 不拘하고 이를 承諾하여 同人等의 犯罪行爲를 幫助하였다.

〈判決理由〉

……辯護人의 上告理由 第三·第四點에 對하여 論旨 또는 原審이 證據에 依하여 適法하게 認定한 事實을 攻擊하는 것으로서 原判決學示證據에 依하여 所論判示事實을 인정하였음에 아무런 違法이 있음은 인정할 수 없고 一件記錄에 依하여도 一審共同被告人의 절도행위와 피고인의 방조행위를 인정함에 있어 소론 위법이 있음은 인정할 수 없다.

二、評 釋

上述한 判例를 보면 이른바 合同逃走犯(第二四條)에 關한것은 아직 없고 結局은 合同竊盜 或은 強盜에 關한判例가 있음에 不滿함으로 于先 竊盜 및 強盜에 있어서의 所謂「合同犯」을 먼저 檢討하여 보기로 한다. 合同犯

의 가장 기본적인問題는 두가지 方面으로 展開된다. 그 하나는 合同犯의 實行行爲論이요, 그 다른 하나는 合同犯의 本質論이라고 볼수 있는 問題이다.

前者의 問題는 主로 刑法第三十條의 共同正犯과의 關聯下에서 論議된다. 우리나라 學者들의 見解를 보면 或은 刑法第三十條의 共同正犯理論에 있어서는 所謂 共同意思主體說¹을 導入할 餘地가 없고, 「合同犯」에 있어서는만 共同意思主體說과 同一한 解釋을 할수 있다고 보고² 或은 共同意思主體說을 共同正犯에는 認定할수 있으나 「合同犯」에 있어서는 그 立法의 沿革으로 보아 認定할수 없고 合同犯에 있어서는 現場에서 實行行爲를 分擔함이 있어야 한다고 보고 오직 우리의 判例는 이에 따르지 않고 共同意思主體說과 同一한 立場을 取하고 있다고 說明하고³ 또 或은 「合同犯」이란 本質에 있어서는 共同正犯이지만 集團犯罪에 對한 對策上 특별히 그 刑을 加重하기 爲하여 만들어진 概念이라고 보아야 하며 따라서 「合同犯」에 있어서는 반드시 「現場에서」 共同으로 할 필요는 없다고 본다.⁴

그러나 먼저 吾人이 明確히 斷定할수 있는것은 後述과 같이 語彙上 多少의 難點은 있으나 우리의 判例는 刑法第三十條의 共同正犯과 合同犯을 嚴格히 區別하고 合同犯의 경우에는 實行行爲의 分擔이 있음을 要한다고 보는 點이다. 이 精神은 上述한 모든 判例에서 이를 엿볼수 있으나 특히 第五例와 第十七例에 있어서는 더욱 뚜렷하다. 第五例에 있어서는 二人이 合同하여 自動車附屬品을 竊取한 事實을 두고 辯護人은 「本件合同行爲는 共犯理論에 있어서는 二人이 共同正犯과는 약간 그 實質개념을 달리할 것임으로 단순한 共謀 或은 行爲만으로는 合同이라 할수 없다」고 上告한데 對하여 大法院은 「合同하여」라 함은 그 主觀的要件으로서 共謀·客觀的要件으로서의 實行行爲의 分擔行爲의 二要素를 구비하여야 함은 所論과 같다」고 이를 全面的으로 是認하고 있는 바이요, 또한 第十七例에 있어서는 華川發電所職員이 相被告人들에게서 謝禮를 받고 同所內에 積

假된 古鐵을 竊取搬出함을 放任한 事件에 있어서 이를 共同正犯으로 보지 않고 幫助犯으로 본點 亦是 同一한 立場이라고 思料된다.

그러나 判例의 立場을 좀더 詳細히 分析하면 相當한 難點과 不備가 있음을 指摘하지 않을 수 없다. 干先 첫째로 總論에 있어서의 共同正犯과 各論에 있어서의 「合同犯」의 意義가 明確히 理解되고 있지 않는상 竊盜。 第四例에 있어서 論山岬스場에서 特殊強盜를 行한 事件에 對하여 辯護人이 「二人以上의 合同이라 함은 二人以上의 行爲가 合同된 경우 卽 共同正犯인 境遇를 指稱한다」云云하여 合同犯과 共同正犯의 概念上의 混亂이 窺보이고 第六例, 旅館入口에서 包圍하고 強奪한 事件에 있어서도 辯護人上告論旨 第二點中 辯護人이 同一한 用語上의 混同을 이르고 있다. 第七例, 特殊竊盜被告事件에 있어서도 大法院自身이 「被告人이 宋明 奸와 共同正犯關係에 있었음을 認定할 수 있음으로 同論旨는 理由없다」고 斷定함으로서 隱然히 合同犯의 共同正犯이 있을 수 있는 듯한 印象을 주었음은 遺憾이다. 勿論 共同正犯은 이른바 任意的共犯이오 合同犯은 必要的共犯임으로 兩者는 서로 그 意義가 다르고 合同犯의 教唆와 幫助는 後述과 같이 可能하지만은 그것이 共同正犯이 있을 수 없음은 多言을 要치 않는다.

둘째로는 判例는 上述과 같이 共同正犯과 合同犯을 區別하여 後者에 있어서는 實行行爲의 分擔을 要한다 고 말할 뿐이오, 아직 合同犯의 精神을 明確히 鮮明치 못한 不備를 免할 수 없다. 本合同犯은 立法의 淵源으로 보아, 獨逸刑法의 Bandendiebstahl(獨逸刑二四三條六號)에서 오고 舊法時代에 盜犯防止法에 表現되었다가 日本刑法假案 第四百二十一條二項(物盜)과 同四百二十四條(強盜)의 影響下에 現行法에 移植되었음은 周知의 事이다. 이러한 必要的共犯을 두게 된 根本理由는 數人이 合同함으로써 現實로서의 危害의 面이 增大함을 考慮함은 勿論이다. 「合同」이란 用語는 mitwirken의 翻譯이요, 또한 mitwirken은 「合同者들의 時間的·場所的

協力(ein zeitliches und örtliches Zusammenwirken der Beteiligten)⁵을 意味한다。故로 合同犯을 總論上의 共同正犯과 混同함은 言語道斷이다。判例가 原則的으로 이 兩者를 區別하여 合同犯에 있어서는 實行行爲의 分擔을 要한다고 함은 妥當하나 아직 隔靴搔痒의 感이 不無하다。合同者는 現實로서 時間的으로 空間的으로 相互 協力함을 要하는 反面에 總論上의 共同正犯은 實行行爲의 解釋의 問題로서 共同意思主體說의 立場에서 共同者는 勿論 實行行爲의 分擔을 要치 않는다고 볼것이오, 共同行爲主體論⁶에서는 共同者는 亦是 實行行爲의 分擔이 있어야 한다고 보지만 여기에 實行行爲의 分擔이란 반드시 時間的·空間的으로 相互協力할 必要는 없다。

合同犯에 關한 또 다른 하나의 問題는 同規定에 對한 本質論的인 檢討에 있다。

大概 刑法各論을 研究함에 있어서는 各規定의 本質을 明確히 分折함에서부터 出發하여야 한다。即 合同犯의 境遇에 있어서는 刑法第三三二條二項이나 三三四條二項은 모다 이른바 加重的構成要件(qualifizierter Tatbestand)⁷이로 인는 基本的 構成要件(Grundtatbestand)⁸에 對한 加重的 境遇이다。基本的 構成要件을 中心으로 하여 刑法의 이를 加重하거나 或은 減輕하는 境遇에는 두가지 面이 있다。그 하나는 責任이 加重되거나 或은 減輕되는 때이다。例하면 尊屬殺害(二五〇條二項)는 加重的 경우요, 嬰兒殺害(同二五)는 減輕의 경우이다。故로 甲이 尊屬殺害나 或은 嬰兒殺害함에 있어서 乙이 여기에 加擔할 때에는 甲은 各各 刑法第二五〇條二項 同第二五一條가 適用되나 乙에 있어서는 이런 加重 또는 減輕의 責任要素가 없음으로 基本的 構成要件인 刑法第二五〇條一項이 單純히 適用되어야 한다。⁹ 또 다른 하나의 境遇는 違法要素가 加重되거나 或은 減輕되는 때이다。例하면 特殊暴行(刑法第二二)은 加重의 例이오, 囑託 承諾에 依한 殺人(同二五)은 減輕의 例이다。故로 甲 乙이 特殊暴行함에 있어서, 丙이 그 內容을 알고 加擔한 경우에 있어서는 甲·乙·丙 모다 特殊暴行行爲者

이오, 또 甲이 囑託받고 乙을 殺害함에 있어서 丙이 여기에 加擔한 때에는 亦是 丙도 囑託에 依한 殺人의 責任을 지게 된다.¹⁰ 合同犯도 亦是 違法要素가 加重되는 경우이다. 故로 甲·乙二人이 竊盜或은 強盜함에 丙이 合勢한 때에는 丙에게는 基本的構成要件인 竊盜(三三)나 強盜(三三)罪의 適用이 있을 것이 아니라 特殊強盜 特殊竊盜罪(三三·四二)의 適用이 있다. 이는 合同犯의 規定의 精神이 現場에서 數人이 合勢함으로써 丙하여 그 違法要素가 加重됨에 있기 때문이다. 이런 意味에서 여기에 이른바 「合同犯」의 精神은 만드시 上述한 判例에서 보는바와 같이 特殊竊盜(刑法第三三) 및 特殊強盜(同三三·四)의 경우에 있어서 뿐만 아니라 아직 우리의 判例는 없지 않은 特殊逃走罪(四六)의 경우에 妥當함은 勿論이오 또한 그 「合同」이란 語彙上의 制限에 구애받을 바가 아니라, 上述한 特殊暴行(刑法二)의 경우에도 妥當한 바이다.

다음 行爲者가 上述한 合同犯의 構成要件인 時間的·空間的인 協同이 없이 오직 이를 教唆 또는 補助한 경우 에 이를 어떻게 다룰 것인가 한 問題가 남는다. 그러나 이도 亦是 上述한 原理로 보아 그 結論은 至極히 簡單하다. 萬若 어떤 加重된 構成要件이 그 責任要素가 加重된 경우라면 例하면 尊屬殺人(二五)을 教唆 또는 補助한 者에게는 刑法第二五〇條二項의 教唆 또는 補助가 아니라 普通殺人(刑二五〇)의 教唆 또는 補助로서 處罰받게 될 것이나, 合同犯에 있어서는 그 違法要素가 加重됨으로 이에 對한 教唆 또는 補助者도 合同犯에 對한 教唆 또는 補助가 된다.¹² 上述한 判例中 第十七例가 華川發電所의 警備員이 그 發電所內에 積置된 古鐵을 相被告人等이 竊取함을 默認한 行爲를 評價하여 特殊竊盜補助에 該當한다 함은 原則적으로 妥當하다. 그러나 判示에 나타난 事實안으로는 아직 明確치 않고 오직 「華川新聞社記者 胡鑑斌, 同韓雄植, 同李相根等三名이 來訪하여 被告人이 勤務하는 華川發電所內에 積置된 古鐵을 所長及 庶務係長等의 事前承諾을 받고 選搬하러 하니 默認하여 달라고 同附近釜山屋에서 時價二千圓相當의 酒食과 事後二十萬圓의 謝禮까지 하겠다

고 請託하자 被告人은 同所의 警備員으로서 이 경우에 宜當上司에 報告하거나 拒絕하여 同犯行을 阻止할 義務가 있음에도 不拘하고 이를 承諾하여 同人等의 犯罪行爲를 幫助하였다」고만 記述하고 그 具體的인 事實의 記載가 없음으로 그 以上 더 檢討하기가 困難할뿐만 아니라 條文適用에 關하여도 亦是 原案에까지 適及하여 研究하여 보지 못하였음을 遺憾으로 생각하고 이에 對한 研究는 後機會로 미룬다.

- 註 1 共同意思主體說은 舊法以來 우리 判例가 이를 採擇하고 있다. 一九六〇年 十月七日 大判(一九五九年 刑上第六四七號)參照. 또한 拙著 刑法學(總論)三二五面 以下參照
- 2 金鍾壽 「新刑法上の 共謀共同正犯의 理論」—所謂「合同」의 觀念의 新構成, 法政十卷十一月號(四二八八年)參照
- 3 徐安敎 刑法講義各論(三訂版 四二九四年) 一三五面參照
- 4 黃山德 刑法各論(一九六一年) 一四一面參照
- 5 Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch* S. 849, 1957.
- 6 R. Maurach, *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil* S. 199, 1959.
- 7 拙著 前掲 三一五面以下參照
- 8 或은 變態的構成要件이라고도 부른다. 拙著 前掲 三四九面參照
- 9 R. Maurach, op. cit. S. 193.
- 10 H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 7. Aufl. (1960) S. 249.
- 11 Schönke-Schröder, op. cit. S. 849 卽 獨刑法五十條가 이런 例에는 適用되지 않는 것을 밝힌다.
- 12 本 條의 該當한 獨刑法第一二三條 및 Schönke-Schröder op. cit. 522—524 面參照
Maurach 前掲 二〇〇面參照

(筆者 本大學教授)