

2008年 2月
碩士學位論文

過失犯의 共同正犯에 관한 研究

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

李 相 龍

過失犯의 共同正犯에 관한 研究

*A Study on the Complicity in the Criminal
Negligence*

2008 年 2 月 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

李 相 龍

過失犯의 共同正犯에 관한 研究

指導教授 文 正 珉

이 論文을 碩士學位 申請論文으로 提出함

2007 年 10 月 日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

李 相 龍

李相龍의 碩士學位論文을 認准함

委員長 朝鮮大學校 教授 印

委員 朝鮮大學校 教授 印

委員 朝鮮大學校 教授 印

2007 年 11 月 日

朝鮮大學校 大學院

目 次

ABSTRACT

제1장 序 論	1
제1절 研究의 目的	1
제2절 研究의 範圍 및 方法	4
제2장 過失犯의 共同正犯에 關한 一般論	6
제1절 過失犯	6
I. 過失의 概念	6
II. 過失의 體系的 地位	9
1. 책임요소설	10
2. 구성요건요소설	11
3. 과실의 이중적 지위설	11
III. 過失犯의 成立要件	12
1. 과실범의 구성요건	13
2. 과실범의 위법성	16
3. 과실범의 책임	16
제2절 共同正犯	17
I. 共同正犯의 意義	17
II. 共同正犯의 本質	20

1. 서설	20
2. 범죄공동설과 행위공동설	21
3. 소결	27
Ⅲ. 共同正犯의 成立要件	28
1. 주관적 성립요건	28
2. 객관적 성립요건	30
제3장 過失犯의 共同正犯에 관한 學說	32
제1절 學說의 態度	33
I. 否定說	34
1. 범죄공동설	34
2. 공동의사주체설	37
3. 목적적 행위지배설	38
4. 기능적 행위지배설	39
5. 형법 제30조의 해석에 따른 부정설	40
II. 肯定說	41
1. 행위공동설	41
2. 공동의사주체설	42
3. 과실공동·행위공동설	43
4. 과실공동·기능적행위지배설	45
제2절 學說의 檢討	47
제4장 過失犯의 共同正犯에 관한 判例	49

제1절 判例의 態度	49
I. 初期의 判例	49
II. 判例의 變更	56
III. 最近 判例의 傾向	67
제2절 判例의 檢討	69
제5장 結 論	71
參 考 文 獻	74

ABSTRACT

A Study on the Complicity in the Criminal Negligence

Lee, Sang Young

Advisor : Prof. Moon, Jeong Min, Ph.

Department of Law

Graduate School of Chosun University

Negligence is considered as an exceptional crime in deliberate negligence which is central to the existing criminal law theory in law or in reality.

As current society has been decentralized, specified and complicated, the number of negligence is rapidly increasing as many as that of the deliberate negligence and the issue of negligence has been developed as a study on independent criminal theories.

As such studies on negligence have been developed, there are many studies on joint principal offender through academic theories and precedents. This study focuses on the criminal articles on negligence and joint principal offenders, and based on the results, it looks at the joint principal offenders as follows:

Article 14 on negligence in the current criminal law in our country regulates the general regulation and a punishment foundation as follows: 「 The behavior that does not recognize the fact by being negligent of normal attention, an essential condition

of crimes, shall be punished only in case that there is a specific regulation on it」

And in respect to the joint principal offenders, Article 30 of our criminal law regulates as follows: 「When more than two commit a crime together, each of them are punished as a principal offender.」. Thus, joint commitment of a criminal behavior through a joint plan by more than two people is called joint principal offender.

In respect to the joint principal offender of negligence in our criminal law, the problem is whether joint principal offender can be recognized if joint offending causes results of essential conditions of negligence by joint negligence. If the negligence is deliberately done, it is naturally recognized as joint principal offender, but the problem is whether negligence that is not intended is recognized as joint principal offender.

For the joint principal offender of negligence, as " partial execution and whole responsibility ", the effect of the joint principal offender, is applied, actual base or opportunities to recognize such effect are necessary. Therefore, the joint principal offender of negligence must be based on the nature of negligence and joint intention. So, the essential conditions include joint attention duty and joint offending behavior. As the nature of negligence is violence against a duty of attention and the violation is individually demonstrated, it presupposes that each offender has a duty of attention. And as the joint principal offender recognizes joint responsibility for the results, legal

position of each offender and the duty of attention should be same for jurisdiction.

It is suggested that further studies should discuss the essential conditions of joint principal offenders of negligence seriously to prevent imprudent expansion of the range of the joint principal offender and to achieve fair evaluation on the joint principal offender in the criminal law.

제1장 序 論

제1절 研究의 目的

과실범은 법률상으로도 실제상으로도 종래의 형법이론의 중심이 되는 고의범에 예외적인 범죄로 취급되고 있다.

현대사회가 분업화되고 세분화되며 복잡하고 다양해지면서 과실범의 문제가 고의범죄 못지않게 과실범죄의 수가 급증하게 되므로 현실적으로 과실범의 문제에 대하여 독자적인 범죄이론의 연구 분야로 발전되고 있다.

이러한 과실범의 연구가 발전해 가면서 과실범의 공동정범에 대한 논의 또한 많은 학설과 판례 등을 통해 연구되고 있다.

과실범에 대하여 우리의 현행형법 제14조에서는 「正常의 注意를 怠慢함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다」라고 규정함으로써 과실에 관한 일반적 규정과 처벌근거를 규정하고 있다¹⁾.

또한 공동정범은 우리형법 제30조에서 「2人 以上이 共同하여 罪를 犯한 때에는 各自를 그 罪의 正犯으로 處罰한다」고 규정하고 있다. 이와 같이 2인 이상이 意識的으로 意圖한 共同作業을 통해서 어느 범죄행위를 공동으로 실행하는 것을 共同正犯이라고 한다²⁾.

과실범의 공동정범에 대하여 우리형법에서는 2人 以上이 共同의 過失로 인하여 過失犯의 構成要件의 結果를 發生시킨 경우에 있어서 過失犯의 共同正犯이 成立할 수 있는가의 問題를 意味하고 있는데 고의로 행하여진 경우에는 당연히 공동정범으로 인정되나, 고의범이 아닌 과실범의 경우에

1) 김승민, “과실범의 공동정범에 관한 연구”, 석사학위논문, 명지대학교 대학원, 1999, p.28.

2) 김승민, 상계논문, p.10.

도 이러한 공동정범의 형태인 과실범의 공동정범이 성립 하는가의 문제가 제기된다³⁾.

실제로 과실범의 공동정범의 인정여부는 다수인이 공동의 과실로 법익 침해의 결과를 발생시켰을 때, 그 귀책문제를 해결하는데 있어서 중요한 의미를 가진다고 할 수 있다. 여기에서 과실범의 공동정범에 대하여 부정한다면 각 행위자는 과실범의 동시범이 될 것이고 각자에 대한 원인관계가 판명되지 않는 한 각 행위자는 과실행위의 미수범으로서 과실행위에 대하여 불가벌이 된다. 이렇게 과실범의 공동정범의 성립을 긍정하느냐 부정하느냐에 따라 결과에 차이가 있게 된다⁴⁾.

과실범의 공동정범의 인정여부와 관련하여 종래 우리나라와 일본, 독일의 판례와 학설은 과실범의 공동정범을 부정하여 왔으나 일본의 1952년 1월 23일 최고재판소판결⁵⁾과 우리나라의 1962년 3월 29일 대법원판결⁶⁾이래로 일본판례와 우리판례는 과실범의 공동정범의 개념을 인정하게 되었다. 그러나 여전히 학설은 이러한 판례의 태도에 대해 과실범의 공동정범의 개념을 부정하는 입장이 다수설의 입장에 있다고 할 수 있다. 특히 최근에는 과실범의 이론과 판례의 발전으로 과실범의 연구결과가 공동정범의 영역에까지 파급효과를 가져왔고, 현대사회에서의 다수인의 사회활동 참여현실에 따른 책임문제가 부각되면서 과실범의 공동정범에 관한 새로운 논의도 제기하기에 이르자 이 분야의 재조명의 필요성 또한 절실하다고 하겠다.

최근에는 과실범의 構造에 관한 이론이 진전됨으로 인하여 이 問題는 「過失犯」과 「共同正犯」의 本質이 교차하는 領域에 있으며, 어느 쪽에

3) 장관식, “과실범의 공동정범에 관한 연구”, 석사학위논문, 한양대학교 대학원, 2001, pp.1-2.

4) 윤경아, “과실범의 공동정범에 관한 연구”, 석사학위논문, 이화여자대학교 대학원, 2000, p.1.

5) 日最判 1953. 1. 23 判決(刑集 제7판 1호, p.30).

6) 대법원 1962. 3. 29, 4294형상598(대법원판결집 제10권 1집, 형30).

중점을 두느냐에 따라서 결론이 달라지기도 한다. 과실범의 공동정범을 부정한다면 과실범의 同時犯으로 個別的인 過失犯의 성립여부를 검사하여 독립행위의 競合(刑法 제19조)으로 解決하면 족하지만 過失의 共同正犯이 認定된다고 하면, 그 成立範圍는 어떠한 基準에 의해야 할 것인가와 共同正犯이 成立하기 위해서는 行爲者 사이에 意思連絡이 있어야 하고⁷⁾ 이 의사의 연락은 일반적으로는 고의를 내용으로 하는데 과실범에서 그와 같은 행위자 사이에 있어서 의사의 연락이 있다고 볼 수 있는 주관적 요소가 있다고 볼 수 있는가, 볼 수 있다고 한다면 어떠한 근거에 의해서 가능한 것인가, 또한 공동정범의 특질인 일부실행, 전부책임의 법리가 과실범의 공동정범에서도 가능한 것인가와 마지막으로 從來의 과실범의 공동정범의 성립을 인정하고 있는 학설과 판례가 제시하고 있는 근거는 형법 해석으로 타당한 것인가⁸⁾가 본 논문에서 연구하고자 하는 사항이다.

과실범의 공동정범을 인정할 수 있는가의 문제는 여러 가지의 방법을 통하여 접근할 수 있다. 그러므로 본 논문에서는 과실의 공동정범을 이론적으로 인정할 수 있는가 하는 점에서 먼저 공동정범의 본질을 파악하고, 과실범의 공동정범의 인정여부에 관한 논의를 개관한 다음 우리나라의 판례의 태도를 분석 검토하고자 한다.

7) 현행 형법 제30조는 「2인 이상이 共同하여 罪를 犯한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.」 라고 규정하고 있을 뿐 공동정범의 성립에 주관적 구성요건으로서 주관적 의사의 연락이 있어야 한다는 명문의 규정은 없다. 따라서 일반적인 학설의 입장은 주관적 의사의 연락을 요한다고 하나 학설상으로 2인 이상이 「공동하여」 즉 「협력하여」 죄를 범한 때에는 공동정범이 성립한다고 형법 제30조를 문언상으로 엄격하게 해석한다면, 반드시 주관적 의사의 연락이 필요하다고만 할 수는 없다고 해석할 여지는 충분하다. 그러나 이와 관련하여 동시범과의 구별과 관련하여 「주관적 의사연락」의 여부에 따라서 공동정범과 동시범을 구별하므로 주관적 의사연락이 있어야 공동정범이 성립한다는 것이 일반적 견해이다.(장관식, 전개논문, p.3).

8) 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2005, p.411이하.

제2절 研究의 範圍와 方法

본 논문에서는 과실범의 공동정범의 개념을 인정할 것인가에 있어서 과실범의 본질과 공동정범의 본질이 무엇인가를 먼저 살펴보는 것이 중요하다. 따라서 과실범과 공동정범의 본질에 대하여 그 이론을 종래에 논의되었던 긍정적인 입장과 부정적인 입장의 내용을 중심으로 새로운 논의 점 또한 긍정적 입장과 부정적인 입장으로 나누어 살펴보고자 한다. 종래의 입장과 새로운 논의점을 중심으로 일본의 판례와 우리나라의 판례를 비교하며 정리해 보고자 한다.

제2장에서는 공동정범에 관한 일반이론을 중심으로 그 본질과 성립요건을 정리하고 공동정범의 개념과 비슷하지만 엄밀히 구별되는 단독정범, 동시범 교사범 등 구분되는 개념들 몇 가지를 살펴보고자 한다. 과실범에 관한 이론의 의의, 종류와 범죄공동설과 행위공동설을 통하여 그 본질을 파악하고 주의의무위반의 체계적 지위에 대해서는 責任要素說과 構成要件要素說, 過失의 二重的地位說로 나누어 살펴보고자 한다. 공동정범이 되기까지, 과실범으로서의 성립요건에 대하여 그 내용을 살펴봄으로 공동정범과 과실범에 대하여 개념을 정리해 보고자한다.

제3장을 통하여 과실범의 공동정범에 대한 논의를 종래의 논의 되었던 긍정적 입장과 부정적 입장을 정리해보고 새로이 논의되는 내용을 부정설과 긍정설로 나누어 정리함으로 학설의 검토를 통하여 과실범의 공동정범에 대해 비교해 보고자 한다.

제4장에서는 앞서 살펴보았던 과실범의 공동정범의 이론을 기초로 일본 판례 입장과 우리나라판례 입장으로 나누어 각기 취하고 있는 입장을 살펴보고자 한다. 특히 본 장에서는 과실범의 공동정범의 연구를 위하여 일본판례의 긍정하기 이전과 이후로 나누어보고 우리나라 판례에서 과실범

의 공동정범을 부정한 판례와 인정한 판례를 나누어 살펴봄으로써 어떤 점에서 차이를 보이고 있는지를 비교분석하고자 한다.

마지막으로 제5장에서는 2,3,4장을 통한 내용 등을 정리·검토하여 과실범의 공동정범을 인정할 필요성을 밝히고 그 인정의 가능성을 제시하고자 한다.

제2장 過失犯의 共同正犯에 관한 一般論

과실범의 공동정범은 공동정범의 성립에 관한 문제이므로 과실범에 대한 공동정범의 인정여부를 비롯한 제반문제를 연구하기 위해서는 공동정범의 일반이론으로써 공동정범의 기본적인 개념과 본질 및 공동정범의 성립요건 등의 본질에 대한 이해를 필요로 한다⁹⁾.

형법 제30조는 ‘2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌 한다’고 규정하고 있다. 이와 같이 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 경우가 바로 공동정범이다¹⁰⁾.

형법 제14조에서 과실은 “정상의 주의를 태만함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다”고 규정하여 과실을 정의하고 있다¹¹⁾. 즉 고의를 구성요건의 객관적 요소에 대한 인식 또는 의사를 의미한다고 한다면, 과실은 주의의무에 위반함으로써 의사에 반하여 구성요건을 실현하는 것이 바로 과실이라고 할 수 있다. 따라서 과실은 고의의 감경된 형태가 아니라 고의와는 전혀 그 성질을 달리하는 것이다¹²⁾.

본 장에서는 공동정범과 과실범에 대하여 상세히 파악하고자 한다.

제1절 過失犯

I. 過失의 概念

9) 이동준, “과실범의 공동정범에 관한 연구”, 청주대학교 대학원 석사학위논문, 2002. p.19.

10) 이재상, 전계서, p.433.

11) 이동준, 전계논문, p.41.

12) 이재상, 전계서, p.178.

형법 제14조에 의하면 과실¹³⁾에 대하여 ‘정상의 주의를 태만함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다’라고 규정하고 있다. 즉 고의를 구성요건의 객관적 요소에 대한 인식또는 의사를 의미한다고 한다면, 과실은 주의의무에 위반함으로써 의사에 반하여 구성요건을 실현하는 것이 바로 과실이라고 할 수 있다. 따라서 과실은 고의의 감정된 형태가 아니라 고의와는 전혀 그 성질을 달리하는 것이다¹⁴⁾.

과실의 본질적인 요소는 사회생활을 함에 있어서 법질서가 요구하는 주의의무를 다하지 못했다는 규범적 측면에 있는 것이다. 따라서 「사회생활에서 요구되는 주의의무¹⁵⁾에 위반하여 구성요건의 객관적 요건에 해당하는 사실을 인식하지 못하거나 구성요건적 결과의 발생을 회피하지 못한 경우」를 과실이라 정의할 수 있다. 따라서 구성요건적 결과가 발생하면 과실범이 성립하게 된다.

다음에서 과실의 종류를 살펴보기로 한다.

1. 인식 있는 과실과 인식 없는 과실

(1) 인식 있는 과실

13) 과실은 구성요건의 실현이라는 결과에 대한 심리적 관계에 대한 심리적 관계에 따라 인식 있는 과실과 인식 없는 과실로 구별할 수 있다. 따라서 형법 제14조가 과실을 「죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위」라고 하여 인식 없는 과실만을 규정하여 인식 있는 과실을 포함하지 않는 것처럼 규정한 것은 입법론상으로 계고를 요한다고 할 수 있다. 인식 없는 과실은 행위자가 주의의무의 위반으로 인하여 구성요건이 실현될 수 있는 가능성을 인식하지 못한 것을 의미하며, 인식있는 과실은 구성요건이 실현될 수 있음은 인식하였으나 주의의무에 위반하여 그것이 실현되지 않을 것으로 신뢰한 것을 말한다(장관식, 전제논문, p.21).

14) 이재상, 전제서, p.178.

15) 여기서 주의의무란 자신의 행위로 인하여 구성요건적 결과가 발생하지 않을까 하는 예견을 하여야 하고, 이를 예견한 경우에는 그 결과의 발생을 회피하여야 할 의무를 의미한다(이동준, 전제논문, p.42).

이는 구성요건이 실현될 수 있는 가능성은 인식하였으나 주의의무에 위반하여 자기의 구체적인 경우에는 결과가 발생하지 않을 것으로 믿는 경우를 말한다. 인식이 있다는 점에서는 미필적 고의와 같으나 결과발생에 대한 인용 내지 감수의사가 없다는 점에서 구별된다. 그러나 인식 있는 과실과 인식 없는 과실은 형법상 본질적으로는 같은 과실로 평가되며 그 불법이나 책임내용에 있어서 경중이나 차이가 없다는 것이 일반적인 견해라고 할 수 있다¹⁶⁾.

(2) 인식 없는 과실

인식 없는 과실은 행위자가 주의의무의 위반으로 인하여 구성요건이 실현될 수 있는 가능성을 인식하지 못한 경우를 말한다.

인식 있는 과실이 인식 없는 과실보다 그 비난의 정도가 높다고 하는 견해¹⁷⁾와 양자의 동일한 취급은 체계상으로 또한 형사정책적으로도 옳지 못하다고 하는 견해¹⁸⁾와 인식 있는 과실은 인식 없는 과실에 비해 과실책임을 가중할 수 있다고 하는 견해¹⁹⁾등이 있다.

2. 업무상과실과 일반과실

(1) 업무상과실

일정한 업무²⁰⁾에 종사하는 자가 그 업무상 일반적으로 요구되는 주의를

16) 김일수, 「형법총론」, 박영사, 2006, p.502.

17) 이형국, 「형법총론」, 법문사, 2007, p.376.

18) 배종대, 「형법총론」, 홍문사, 2005, p.576.

19) 손해목, 「형법총론」, 법문사, 1996, p.701.

태만이한 경우를 말한다.

업무상과실과 일반과실을 구분하는 이유는 업무상과실이 일반과실보다 대체적으로 형이 가중되는데 이는 업무자에게 예견가능성의 범위가 넓은 점을 착안하여 가중처벌 하고자 함이다.

(2) 일반과실

보통의 과실 또는 통상의 과실 등으로 일반인이 사회생활상 요구되는 주의의무를 위반하는 경우를 말한다.

3. 중과실과 경과실

중과실의 경우는 주의의무의 위반정도가 심한 경우, 즉 조금만 주의하였다더라도 결과발생을 예견하고 회피할 수 있었음에도 불구하고 부주의로 이를 예견치 못한 경우의 과실을 말한다. 이 중과실은 경과실보다 중하게 처벌되고 있고 업무상 과실과 동일한 형으로 처벌된다. 또한 중과실과 경과실의 구별은 구체적인 경우에 사회통념에 비추어 결정해야한다는 것이 판례의 태도이다²¹⁾. 경과실은 중과실이 아닌 과실을 말한다²²⁾.

II. 過失의 體系的 地位

과실의 개념의 본질인 주의의무위반에는 행위자의 개별적인 능력에 따

20) 여기서 업무라 함은 사람이 사회생활상 갖는 지위에서 계속·반복적으로 행하는 사무를 가리킨다.

21) 대판 1980. 10. 14, 79도305.

22) 이동준, 전계논문, pp.43-44.

라 결정되는 주관적 주의의무위반과 오직 일반의 객관성 기준에 따라서만 결정되는 객관적 주의의무위반이 있다는 점에는 아무런 이견이 없으나 이 주의의무위반의 체계적 지위에 대해서는 責任要素說과 構成要件要素說, 過失의 二重的 地位說로 나누어 살펴볼 수 있다.

1. 責任要素說

과실이론에 대하여 종래에 전통적인 입장에서는 과실을 부주의에 의하여 범죄사실을 불인식 내지 불인용한 것이고 이는 행위자의 주관적·심리적 사실에 속하는 것으로서 그 체계적인 지위는 책임이라고 하여 왔다. 이러한 사고는 객관적·외부적인 것은 위법성에 주관적·심리적인 것은 책임에 속한다는 전통적인 명제에 기초를 두고 책임결과에 대한 행위자의 심리적 관계라고 이해하였던 심리적 책임론의 귀결이었다. 그러므로 책임요소설에 따르면 과실은 정상의 주의를 하였더라면 범죄사실을 인식할 수 있고 그 위법행위로 나오는 것을 피할 수 있음에도 불구하고 부주의로 범죄사실을 인식하지 못하고 그러한 행위로 나왔다는 점에 책임비난이 있고 다만 현실적인 범죄사실의 결여된 점에서 고의보다는 책임비난의 정도가 낮다고 할 수 있다²³⁾.

또한 책임요소로서의 과실이 성립하려면 ‘범죄사실의 불인식’이라는 요소와 ‘주의 태만’이라는 두개의 요소가 존재해야한다고 보았다. 따라서 책임요소에 의하면 행위자는 개인적인 가능한 것만을 해야 할 의무를 부담하게 되었다.

하지만 결과가 발생하였다는 것으로만 그 행위를 구성요건에 해당하고 있으며 위법하다고 하는 것은 구성요건의 보장적 기능을 해할 뿐만 아니

23) 이동준, 상계논문, p.45.

라, 위법성의 본질에도 반한다는 비판이 있다²⁴⁾. 예컨대 열차의 기관사가 굴곡된 선로를 제한속도로 진행하는데 갑자기 자살을 기도한 자가 뛰어들어 급제동하였으나 미치지 못하여 그를 사망에 이르게 한 경우도 이를 위법하다고 하는 것은 납득할 수 없다. 과실 없이 발생한 결과는 과실범의 구성요건에 해당하고 위법하다고 할 수 없다.

2. 構成要件要素說

과실의 체계적 지위를 ‘구성요건요소’로 이해하는 것은 Welzel의 목적적 행위론이 이에 큰 공헌을 하였다고 볼 수 있다.

Welzel에 의하면 과실행위의 본질적 요소는 결과가 아니라 행위수행의 방식, 즉 주의의무위반에 있으며 고의범의 구성요건이 행위의사에 의하여 구성요건적 결과를 실현하는 행위라고 한다면, 과실범의 구성요건은 사회에서 요구되는 주의의무를 위반하였다는 점에 있다. 따라서 주의의무위반은 과실범의 구성요건요소이며 위법성의 기초가 된다고 한다²⁵⁾.

그러므로 목적적 행위에 의하면 구성요건적 결과에 대하여 목적성이 있는 고의행위와 구성요건적 결과 이외의 결과에 대하여 목적성이 있되 그 수행방법이 적절하지 못한 과실행위가 행위개념의 차원에서 이미 독자적 성격과 구조를 갖게 된다. 이는 과실범의 구성요건은 결과발생만으로 성립하는 것이 아니라 주의의무에 위반하여 결과가 발생하였다는 점에 있으며 고의가 없다고 하여 바로 과실범이 되는 것이 아니라 이러한 과실범의 구성요건이 충족되어야 과실범이 성립하는 것이다²⁶⁾.

24) 이재상, 전계서, p.180.

25) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969. p.130.

26) 이재상, 전계서, p.181.

3. 過失의 二重的 地位說

과실을 구성요건단계에서는 객관적 주의의무위반이라는 행위형태로, 책임의 단계에서는 행위자가 개인적 능력에 비추어 객관적 주의의무를 준수할 수 있었다는 비난가능성을 나타내는 의미로 사용한다는 것이 오늘날의 지배적인 견해로 본다. 다시 말해 주의의무위반은 객관적 주의의무위반과 주관적 주의의무위반으로 구별하여 전자는 사회생활상 객관적으로 요구되는 주의의무를 태만히 하는 것임으로 구성요건요소인 동시에 과실범의 행위무가치를 구성하는 불법요소가 되지만 후자는 행위자의 개별적 능력에 따라 객관적으로 요구되는 주의의무를 준수할 수 있느냐가 문제되므로 책임요소가 된다는 것이다²⁷⁾.

이에 대해 구성요건의 단계에서 객관적·주관적 주의의무를 심사하고 책임의 단계에서도 특별한 책임표지로서의 주관적 주의의무를 심사하자는 견해²⁸⁾와 구성요건의 단계에서 객관적인 주의의무위반은 인격판단이 아니며, 형법적 금지의 실질은 어느 정도 확실성을 가질 수밖에 없다는 점에서 주관적 주의의무위반은 책임의 영역에 배치하는 것이 통설이다²⁹⁾.

Ⅲ. 過失犯의 成立要件

과실은 책임의 단계에서 비로소 문제 삼을 것이 아니라 구성요건 해당성의 단계에서 문제 삼아야 한다는 것을 알게 되었다. 그러므로 과실범의 경우에 있어서도 고의범의 경우와 동일하게 구성요건해당성의 여부·위법성·책임의 순서로 과실범의 구조를 살펴봐야 할 것이다.

27) 장관식, 전계논문, p.26.

28) 김일수, 전게서 p.472; “과실이론의 새로운 특평”, 고시연구, 1991.4. p.60이하.

29) 이에 대한 상론은 박상기, “과실범의 구조”, 고시연구, 1992.7, pp.118-119.

다음에서 과실범의 구성요건·위법성·책임의 순으로 살펴보도록 한다.

1. 過失犯의 構成要件

과실범의 구성요건 해당성도 고의범과 마찬가지로 행위반가치와 결과반가치에 의하여 결정된다. 고의범의 행위반가치가 법익의 침해 또는 그 위험성에 대한 인식과 의사임에 반하여 과실범의 행위반가치는 주의의무위반, 즉 부주의에 있다고 하겠다. 또한 과실범과 관련하여 결과반가치는 고의범의 경우와 같이 결과의 발생과 결과에 대한 인과관계라고 할 수 있다.

따라서 과실범의 구성요건으로는 객관적 주의의무위반·결과발생 및 결과에 대한 인과관계를 요하고 있다³⁰⁾.

(1) 객관적 주의의무위반³¹⁾

주의의무위반은 “사회생활에 필요한 주의의무를 불이행”한 것이라 할 수 있다. 객관적으로 요구되는 주의는 내적주의와 외적주의로 나눌 수 있다³²⁾.

내적주의, 즉 사전조사의무라고 불리는 사전에 주의력을 집중하여 법익침해에 대한 위험성을 인식해야 할 의무를 말하며, 외적주의는 내적주의로 알게 된 위험성을 방지하는데 필요한 외적인 행위의무를 말한다. 객관적으로 요구되는 주의의무의 판단기준의 척도가 무엇인가에 대해서는

30) 이재상, 전계서, p.183.

31) 행위자가 보통사람을 기준으로 하여 거래교통상 요구되는 주의의무를 위반하여 객관적으로 예견 가능하고 회피 가능했던 결과를 야기한 경우를 말한다.

32) 배종대, 전계서, p.553.

종래의 객관설·주관설의 대립이 있다.

1) 주관설

도의적 책임론의 입장에서 주장된 견해로서 주의의무위반을 일반인이 아닌 행위자 개인의 능력과 지식으로 판단한다. 즉 주관설은 구성요건의 단계에서 이미 행위자 개인에게 가능한 주의의무에 국한되어야 한다는 이론으로 개별적 주의의무위반설이라고 한다. 이 견해에 의하면 주의의무위반은 먼저 행위자가 결과발생의 가능성을 인식할 수 있을 것을 전제로 하므로 오로지 그의 능력과 지식을 기준으로 하여 판단해야 한다. 따라서 행위자가 평균인 이상의 능력을 가졌다면 그가 할 수 있는 모든 주치를 취할 의무가 있다.

2) 객관설

종래 사회적 책임설에 의하여 주장된 이론으로 구성요건요소로서의 주의의무위반을 객관적인 일반인의 주의능력을 표준으로 하여 주의의무위반의 유무를 결정해야 한다는 견해³³⁾로 우리나라의 통설과 판례³⁴⁾의 입장이다. 이 견해의 경우 평균인³⁵⁾, 사회일반인의 주의능력을 표준으로 해서 주의의무위반을 판단하자는 견해로 평균인표준설이라고도 한다. 이에 의

33) 여기에서 항상 척도가 되는 사람은 교통관여자들 중에서 자신이 처해있는 구체적 상황에서 장차의 위급상황에 대한 통찰력을 갖추고 있는 성실한 사람, 중환자를 맞이하여 성실하게 치료를 하는 사람, 새로운 도구를 사용하는 유자격의 성실한 건축기술자 등이 그 예이다. 미국 형법에서는 “그 상황에서 이성적인 사람이 기울였을 주의의 정도”, 그리고 프랑스에서는 로마법 이래의 원칙을 이어받아 “가족의 좋은 아버지가 기울였을 주의의 정도”에 그 표준을 두고 있다.(정영일, “과실범이론의 현대적 상황” 「법철학과 형법의 제문제」, 1898. p.370.

34) 대판 1960. 4. 30, 4292형상618; 1971. 5. 24, 71도 623등.

35) 객관설에 의하면 평균인은 실수를 할 수도 있는 보통사람이라는 의미가 아니고 주의 깊은 평균인이다. 달리 표현하자면 신중한·성실한·사려 깊은·조심성 있는 평균인을 의미하는 것이다.

하면 주의의무위반이란 ‘객관적 주의의무의 침해’ 또는 ‘사회생활에서 요구되는 주의의 태만을 의미한다는 것이다³⁶⁾.

이 객관설에 따르면 만일 행위자의 주관적 주의능력이 신중한 평균인이 미치지 못한다면 행위의 위반성에는 영향이 없고 책임단계에서 고려될 수 있을 뿐이다. 이때 책임이 조각되더라도 위법성이 긍정된다는 측면에서 치료감호와 같은 보호처분이 부과될 여지가 있다는 점이 장점이 되고 국민에게 일반인은 주의의무를 부과하기 때문에 평균의 원칙과 형법의 보장적 기능에 기여하며 법질서가 요구하는 주의의무의 수준이 지나치게 높아지지 않도록 한다는 장점도 함께 갖는다.

3) 절충설

주의의무는 기본적으로 객관설에서 주장하는 평균인의 주의능력을 표준으로 하지만, 행위자의 주의능력이 평균인을 능가한다면 주관설에서 주장하는 행위자 개인의 주의능력을 표준으로 하자는 견해³⁷⁾이다. 이러한 절충설에 의하면 법익을 보호하기 위해 법질서는 보통이상의 주의력이 있는 자에게는 보다 큰 주의의무를 부과하여야 한다는 것을 논거로 하며 평균인에 미달하는 주의능력자에게도 평등인 수준의 주의를 요구하는 점에서 평균인의 주의능력을 최저표준으로 하는 한편, 평균인을 넘는 행위자 개인의 주의능력도 과실의 불법구성요건기반에서 고려한다.

(2) 결과발생 · 인과관계와 객관적 귀속

36) 이재상, 전게서, p.183.

37) 일본의 다수 학자가 지지하고 있는 절충설의 내용은, 주의의무의 정도는 사회 일반인, 주의력은 행위자 개인에 표준을 두고 주의의무위반을 판단하자는 것인데, 주관설과 동일한 문제점을 안고 있다.

과실범은 결과범이므로 구성요건적 결과가 발생된 경우에만 논의 되고 결과의 발생은 과실범의 구성요소가 된다. 독일의 학자들 중에는 결과는 단지 客觀的 處罰條件으로서 구성요건의 영역 밖에 있다고 보는 견해도 있으나, 이러한 주장은 구성요건을 공동화할 뿐만 아니라 직접적 법익보호에 국한된 형법의 성격을 추상적 금지들을 요구하는 경찰국가적 형법으로 떨어뜨린다는 刑事政策的 缺陷을 갖는 것으로 타당하지 않으므로 결과의 발생은 구체적으로 과실행위의 형법위반성을 결정하는 요소로서 구성요건에 해당한다고 보아야 할 것이다.

그리고 구성요건적 결과와 주의의무위반과의 사이에는 인과관계가 있어야 하며, 구의의무위반으로 인하여 규범의 보호목적에 대하여 위협을 실현하거나 위협을 증대시킨 때에 그 결과에 대하여 객관적 귀속을 인정할 수 있다. 따라서 결과가 발생한 때에도 주의의무를 다하였거나 객관적 귀속이 부정될 때에는 과실범은 성립하지 않는다.

2. 過失犯의 違法性

과실범의 경우 고의범의 경우와 마찬가지로 구성요건의 실현으로 인하여 위법성이 징표 되면 과실범의 위법성은 위법성조각사유에 의하여 조각될 수 있다.

다만, 고의범의 경우와 다른 것은 과실범의 위법성조각사유에 있어서는 행위반가치를 조각해 주는 기능을 갖는 주관적 정당화요소를 요하지 않는다는 점이다. 이는 과실범에 있어서는 행위자가 객관적인 정당한 상황에서 행위를 하면 이미 그것으로서 행위반가치는 조각되기 때문이다³⁸⁾.

38) 장관식, 전제논문, p. 31.

3. 過失犯의 責任

과실범의 책임에 있어서도 구성요건에 해당하는 위법한 행위에 대한 비난가능성이라는 점에서 고의범의 경우와 다르지는 않다. 그러므로 과실범의 책임을 인정하기 위해서는 책임능력·주관적 주의의무위반·위법성의 인식가능성·기대가능성이 있어야 한다.

제2절 共同正犯

I. 共同正犯의 概念

공동정범이라 함은 앞에서 살펴본 바와 같이 형법 제30조에 정확히 규정하고 있다. 2인 이상이 공동의 범행계획에 따라서 각자 실행의 단계에서 본질적인 기능을 분담하여 이행함으로써 성립하는 정범형태, 즉 2인 이상이 공동하여 범죄의 구성요건을 실행함으로써 구성요건적 결과를 발생시킨 경우를 공동정범이라고 한다.

2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때라도 다수인이 모두 모든 구성요건을 실현한 때, 소위 부가적 공동정범에는 각자가 정범이 되는 것이 당연하므로 이러한 경우에는 형법이 구태여 공동정범이라는 제도를 마련하여 「각자를 정범으로 처벌한다」고 규정할 필요가 없다. 공동정범은 공동행위자가 협력하여 분업적으로 구성요건을 실현한다는 점에 착안하여 각자가 구성요건 일부를 실현한 경우에 전체 범죄실현에 대한 책임을 지도록 하는데 그 특징이 있다³⁹⁾.

예컨대 甲과 乙이 강도를 공모하여 甲은 권총을 겨누고 乙은 돈을 빼앗

39) Claus, Roxin, Täterschaft und Tätterschaft, 3. Aufl., Walter de Gruyter 1978.

은 경우에 강도죄의 구성요건인 폭행·협박과 재물의 강취는 각각 다른 사람에게 의하여 행하여졌지만, 甲과 乙은 모두 강도행위의 정범으로 공동정범이 된다.

이러한 경우와 마찬가지로 공동정범은 공동의 범행계획 때문에 단지 일부의 범행만을 저지른 자도 전체 범행에 대하여 동일하게 정범으로 취급된다. 즉 공동정범이 성립함으로써 범행 참여자 개개인의 행위기여는 하나의 전체로 완성되어 결국 그 전체적 결과는 각 기여자에게 전부 귀속되는데 존재의 의미가 있다.⁴⁰⁾

이상에서 살핀 내용을 중심으로 공동정범과 구별되는 개념들을 정리해보고자 한다. 공동정범은 범죄에 대한 다수인의 참가형식이라는 의미에서 교사범, 종범과 함께 광의의 공범에 속한다. 그러나 공동정범은 어디까지나 정범이며 정범의 공동이라는 점에 타인의 범죄에 가담하는 협의의 공범과 구별된다.

공동정범의 개념과 비슷하지만 엄밀히 구별되는 단독정범, 동시범 교사범 등 구분되는 개념들 몇 가지를 살펴보도록 한다.

(1) 單獨正犯

공동정범은 2인 이상이 공동으로 실행한다는 점에서 1인이 단독으로 실행하는 단독정범과 구별된다.

(2) 同時犯

형법 제19조에 따르면 공동정범은 상호의사의 연락이 있다는 점에서 의사의 연락이 없는 동시범과 구별된다. 즉 2인 이상의 행위자(정범)가 의사연락 없이 동일한 객체에 대해서 동시 내지 근접한 전후관계 또는 異時에

40) 이동준, 전계논문, pp. 21-22.

각자 범죄를 실행하는 경우를 말한다. 따라서 동시범은 단독범의 경합일 뿐이다.

(3) 間接正犯

간접정범은 타인을 도구로 이용하여 범죄를 실행하는 것을 말하며 공동정범은 상호이용관계에서 기능적 행위지배를 한다는 점에서 일방적 이용관계에서 의사지배에 의한 단독적 행위지배를 하는 간접정범과 다르다.

(4) 教唆犯

교사범은 타인을 교사하여 범죄를 결의하여 이를 실행하게 하는 자를 말하며, 스스로 실행행위를 분담하지 않는다는 점에서 협의의 공범이므로 정범인 공동정범과 구별된다. 또한 타인의 이용이라는 점에서 간접정범과 유사한 구조를 갖지만 간접정범은 타인을 단지 도구로 이용하여 의사지배를 가지는 것이므로 교사범과 간접정범과 다르다. 방조범과 교사범의 구별은 타인에게 범죄의 결의를 생기게 하였다는 점에서 이미 범죄실행을 결의하고 있는 자의 범죄실행을 방조하거나 범의를 강화시키는 방조범과는 구별된다.

(5) 從犯

종범은 타인(정범)의 범행을 방조한 자를 말하며 방조범이라고도 한다. 여기서 ‘방조’란 정범에 의한 구성요건의 실행을 용이하게 하거나 정범에 의한 법익침해를 강화하는 것을 말한다. 즉 실행행위를 분담하는 것이 아니라 타인의 실행행위를 방조하는데 불과한 공범이다.

(6) 必要的 共犯

공동정범은 1인이 실현할 것을 예정한 구성요건을 2인 이상이 공동하여 실현하는 임의적 공범이라는 점에서 각칙상 처음부터 2인 이상의 실행을 예정한 필요적 공범과 구별된다.

형법 제30조는 각 공동행위자가 협력하여 분업적으로 구성요건을 실현한 경우에 각자가 구성요건의 일부만 실현한 때에도 그 전체에 대한 책임을 지게 하는 데 존재의 의의가 있는 것이다. 그러므로 공동정범의 정범성은 분업적 행위실행과 기능적 역할분담의 원칙(Prinzip des arbeitsteiligen Handelns und der funktionellen Rollenverteilung)에 근거한다고 할 수 있다^{41),42)}

공동행위자가 협력하여 분업적으로 구성요건을 실현한다는 점에 착안하여 각자가 구성요건의 일부를 실현한 경우에도 그 전체 범죄실현에 대한 책임을 지도록 하는 것은 분업적 범죄실행이 단독정범의 범죄실행보다 용이하며 사회적인 영향에 있어서도 더 크기 때문이라 할 수 있다.

II. 共同正犯의 本質

1. 서설

공동정범은 일반적으로 “2인 이상이 공동하여 죄를 실행하는 것” 이라고 정의된다. 여기서 무엇을 공동으로 한다는 것인가에 대한 의미의 문제가 바로 공동정범의 본질에 관한 문제인 것이다.

共同正犯의 本質에 대하여는 犯罪共同說과 行爲共同說이 對立하고 있는데, 여기서 이러한 대립의 문제는 일반적으로 공범의 본질에 관한 기본적

41) Johannes Wessels, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 27. Aufl. 1997 Rn. 526.

42) 이재상, 전제서, p.434.

인 논쟁의 중심으로 지적되고 있다. 즉 현행 형법 제30조에서 「2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때」라고 한 경우에 그 공동하여는 무엇을 공동으로 하는가에 관한 문제로서 대립되고 있는 학설이라고 할 수 있다. 그렇다면 공동정범의 본질을 어디에서 구하여야 하는가, 특정한 범죄를 공동으로 실현하고자 하는 상호 의사연결에서 찾아야 하는가, 아니면 수개의 행위를 공동하여 각자의 범죄를 범하는 경우에 있어서도 공동정범관계가 인정되는가 하는 점을 연구해 보아야 한다⁴³⁾.

최근 들어 공동정범에 있어서 범죄공동설과 행위공동설의 대립은 무의미하거나 불필요한 것으로 보는 견해도 있다. 이토록 무의미하거나, 불필요하다는 주장에 의하면 공동정범이 성립함에는 공동실행의 의사와 공동실행의 사실을 필요로 하는데 범죄공동설은 사실적 측면이라는 점에서 공동정범과 동시범의 구별을 곤란케 하고 있으며 또한 범죄공동설에서 공동정범의 성립범위를 지나치게 제약하고 있다. 행위공동설은 의사적 측면으로 치우침으로써 공동정범과 중범의 구별을 어렵게 한다고 할 수 있다. 이 설에 대해서는 공동의 범죄의사가 없는 과실의 공동정범을 인정함으로써 타당하지 않다고 말하고 있다. 그러나 이러한 견해는 공동정범의 표시가 기능적 행위지배가 아니라 목적적 행위지배의 유무로 정범의 표시를 인정하는 획일적인 사고에 기인하는 것이므로 타당하지 않다고 본다⁴⁴⁾. 또한 양 설은 공동정범의 본질을 설명함에 있어서 無意味하다는 견해를 보이기도 한다⁴⁵⁾. 그렇지만 범죄공동설에서는 數人一罪의 경우는 물론 數人數罪에 대해서도 공동정범의 관계를 인정한다는 것에 의미가 있으므로 공동정범의 성립범위에 대한 양 학설의 논의가 전혀 무의미한 것은 아니다. 또한 과실의 공동정범은 행위공동설과 관계없이도 인정될 수 있으며

43) 장관식, 전계논문, p.8.

44) 정성근, 「新版 刑法總論」, 삼지원, 2001, p.113.

45) 이동국, “共同正犯(上)”, 「考試研究」, 1985,9, p.113.

로 이를 이유로 하여 行爲共同說의 無用說을 주장하는 것 역시 無意味한 주장이라 할 수 있다⁴⁶⁾.

공동정범의 본질론에 대하여 범죄공동설과 행위공동설이 대립하고 있으므로 여기에서 범죄공동설과 행위공동설에 대하여 자세히 살펴보도록 한다.

2. 犯罪共同說과 行爲共同說

(1) 犯罪共同說

특정한 범죄를 수인이 공동하여 범하는 것을 공동정범이라는 견해를 범죄공동설이라고 한다. 이러한 견해에 의하면 원칙적으로 수인의 공동관계는 특정한 범죄사실의 범위 내에서만 인정되고 또한 공동자의 고의도 동일한 범죄사실에 대한 것이어야 한다⁴⁷⁾.

행위공동설이 ‘행위’에 중점을 둔 것이라면 범죄공동설은 공동정범이 성립하려면 객관적 요소로써 ‘범죄행위의 공동’과 주관적 요소로서 ‘범죄의사의 공동’이 있어야 한다고 한다. 따라서 아무리 범죄행위의 공동이 있다 하더라도 범죄의 공동이 없으면 공동정범이 성립될 수 없다는 것이다. 즉 범죄공동설에 있어서는 어떤 특정의 범죄유형을 미리 예정하고 그 범죄를 수인이 공동하여 실현하는 경우를 공동정범으로 보게 되므로 범죄행위의 공동과 범죄의사의 공동이 일치되어야만 공동정범이 성립할 수 있다. 따라서 공동정범의 객관적 요소인 범죄행위에 있어서 아무리 공동이 있다 할지라도 그 주관적 요소인 범죄의사에 있어서 공동이 없으면 공동정범은 성립하지 아니한다. 범죄공동설에서 범죄를 공동으로 한다고 할 때의 공

46) 정성근, 전계서, p.558.

47) 이동준, 전계논문, p.23.

동성의 판단기초는 ‘공동행위’보다 ‘공동의사’쪽에 중점이 놓여 있다. 그 이유는 범죄행위가 외적으로 같다 할지라도 범죄의사가 내적으로 같지 않으면 공동정범이 성립하지 않기 때문이라 할 것이다. 그러므로 범죄공동설에 있어서는 고의가 공동일 때에만 공동정범이 성립한다 할 것이다. 따라서 범죄공동설에서는 고의를 공동으로 하지 않는 과실의 공동정범이나 고의범과 과실범과의 공동정범 등은 있을 수 없다고 한다⁴⁸⁾.

그렇지만 범죄공동설이 동일하다 할지라도 행위공동설과의 관계에 있어서 공동정범의 성립범위를 어느 정도 인정할 것인가에 따라서 견해가 일치하지 않고 있는데 이를 살펴보면 故意共同說, 構成要件共同說, 部分的犯罪共同說 등으로 나눌 수 있다.

다음에서는 이러한 견해들을 더 세분화하여 살펴보도록 한다.

1) 故意共同說

故意共同說은 犯罪共同說의 원형으로서 특정 구성요건을 공동으로 실현하는 경우에 한하여 공동정범의 성립을 인정하는 견해를 말한다⁴⁹⁾. 고의 공동설은 공동정범에 있어서의 범죄의 공동실행을 「일정한 범죄를 기초로 공동자 서로가 이해하면서 이 예상된 구성요건을 실현하는 경우」, 「공동자의 공동은 특정한 범죄에 대한 공동이며 객관적으로 특정한 범죄를 예상하고 그 사실을 기초로 하여 수인의 공동을 논해야한다」고 설명한다. 다시 말해 이 설에 관하여는 특정한 범죄를 예상하고 이를 2인 이상 이행하는 경우를 공동정범으로 이해하며 따라서 각 공동행위자의 고의까지도 동일한 범죄사실에 속할 것이 요구된다⁵⁰⁾. 고의공동설은 형법 제

48) 심재우, “과실범의 공동정범”, 考試界, 1980.4, p.112 이하.

49) 김승민, “과실범의 공동정범에 관한 연구”, 명지대학교 대학원 석사학위논문, p.14.

50) 예컨대, 고의 공동설에 의하면 甲은 살해의 의사를 가지고 乙은 강도의 의사를 가지고 공

30조에 의하면 “2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때”를 반드시 1개의 동일한 고의범으로 한정하여야 할 근거는 없는 것이고 오히려 “2인 이상이 행위를 공동하여 자기의 또는 수개의 범죄를 범한 때”라고도 해석할 수 있는 것으로 이에 대한 취사선택의 여부는 완전히 해석자의 자유에 맡겨져 있는 것이라는 점⁵¹⁾에서 그 이론적 논거를 찾을 수 없으며, 고의공동설⁵²⁾에 의하면 일반인과 신분자 사이에 공동정범관계를 인정할 수 없다는 점에서 논리적으로 일관되지 못하여 타당하다고 할 수 없다.

2) 構成要件共同說

이는 完全犯罪共同說이라고도 말하는 설로서 故意共同說의 嚴格性을 是正하고 故意가 다른 경우라도 數人 一罪의 범위 내에서 共同正犯關係를 인정하려는 견해라고 할 수 있다. 즉, 공동정범의 성립과 책임을 구별하여 이해하는 견해로써 공동정범의 문제를 객관적 구성요건충족의 문제로 이해하여 각자의 고의내용은 반드시 일치할 필요가 없고 책임문제는 각자의 고의범위내에서 개별적으로 논하여야 한다는 입장을 말한다.⁵³⁾ 그러나 이 견해는 공동정범의 주관적 요건인 공범자의 고의를 도외시하고 있다는 약점과 공동정범의 일부실행·전부책임의 원리에도 일치하지 않는다.

동하여 丙을 폭행하여 죽음에 이르게 한 경우 甲과 乙사이의 공동정범관계는 부정된다(김승민, 상계논문, pp14-15).

51) 김일수, 「한국형법Ⅱ」, 박영사, 1993, p.328.

52) 고의공동설에 의하면 예를 들어 甲과 乙이 각각 살인의 고의를 가지고 공동하여 丙을 살해한 경우에는 공동정범관계가 인정되나, 만일 丙이 乙의 부친인 경우에는 甲은 普通殺人罪, 乙은 尊屬殺害罪가 문제되므로 甲과 乙 사이에 공동정범관계는 부정된다(정성근, 전게서, pp.558-559 ; 이경렬, “過失犯의 共同正犯에 관한 一考”, 刑事法の 諸問題, 삼영사, 1997, p123 ; 김승민, 전계논문, p.15).

53) 예컨대, 甲은 強盜의 의사로 강도행위를 하고 을은 竊盜의 의사로 甲의 행위를 망을 보아 준 경우에 甲·乙은 強盜罪의 공동정범이 성립하고 乙에 한하여 형법 제15조 제1항에 의하여 竊盜罪의 형으로 處罰되는 것이다(장관식, 전계논문, p.11).

3) 部分的 犯罪共同說

수인의 공동행위자의 죄가 각각 별개인 경우에도 구성요건적으로 중첩되는 범위 내에서는 공동정범이 성립하고 책임은 고의·과실의 범위 내에서 부담하는 견해를 部分的 犯罪共同說이라고 한다⁵⁴⁾. 예컨대, 甲은 傷害의 의사로 乙은 살인의 의사로 공동하여 丙을 살해한 경우에, 살인의 의사 중에는 상해의 의사가 포함되어 있고 실행행위에 있어서도 상해라는 점에서 중첩되므로 상해죄의 공동정범이 성립하고 그 책임은 각자의 고의·과실의 범위 내에서 달라진다.

즉 部分的 犯罪共同說은 범죄의 一部에 관하여 공범의 성립을 인정하는 行爲共同說과 그 결론을 같이 할 수 있다는 특이점이 있다. 그러나 部分 犯罪共同說과 行爲共同說의 차이는 過失犯의 共同正犯에서 나타나게 된다.

部分 犯罪共同說과 行爲共同說의 차이를 과실범의 공동정범을 통하여 예를 들어 살펴보면 다음과 같다⁵⁵⁾.

앞서 살펴보았던 사례를 통하여 部分 犯罪共同說 입장에서 과실범의 공동정범을 인정하게 되면 甲은 살인의 의사로서, 乙은 과실로 공동하여 물건을 떨어뜨림으로써 丙을 사망케 한 경우에 過失致死罪의 한도 내에서 共同正犯이 되고, 乙은 살인의 간접정범이 될 수 없다는 결론이 되고 이에 대하여 간접정범의 성립여부가 다시 논의된다. 그러나 행위공동설에 의하면 甲은 살인·乙은 과실치사의 공동정범이 된다고 할 수 있겠다.

부분적 범죄공동설도 범죄공동설의 불합리성을 시정하고 노력하였으나 구체적 문제해결 (甲은 傷害의 意思로 乙은 殺人의 意思로 공동하여 丙을 殺害한 경우)에 있어서 오히려 丙의 사망이 누구에 의해서 발생되었던 사

54) 정영석, 「형법총론」, 법문사, 1987, p.246이하.

55) 이동준, 전계논문, pp.25-26 ; 김승민, 전계논문, p.16.

건이라 하더라도 甲은 傷害致死의 책임을 갖게 된다. 하지만 乙은 자기의 行爲로 丙이 사망한 경우 이외에는 殺人未遂罪의 責任만을 갖게 된다. 이러한 결론은 경한 傷害의 故意를 가진 甲에게 중한 살인의 고의를 가진 乙의 행위결과에 대해서까지 책임을 부담시키면서 중한 살인의 고의를 가진 乙에게는 경한 傷害의 고의를 가진 甲의 행위결과에 대해서 책임을 부담시키지 않게 되므로 불공평하게 되며 오히려 이론적으로 더욱 불합리한 결과를 가져오게 된다. 즉 부분적 犯罪共同說은 경한 고의의 행위자에게는 중한 고의의 행위자의 행위결과에까지 책임을 부담시키면서, 중한 고의의 행위자에게는 경한 고의의 행위자의 행위결과에 대하여 책임을 부담시키지 않게 되는 불공평한 처벌을 하는 것으로 타당하다고 할 수 없다⁵⁶⁾.

(2) 行爲共同說

行爲共同說에 따르면 수인이 행위를 공동으로 하여 각자의 범죄를 수행하는 것을 공동정범이라 한다. 즉 공동정범에서의 공동의 대상이란 수인이 1개의 범죄를 공동으로 하는 것이 아니라, 수인이 공동으로 하여 범죄를 행하는 것이라고 해석한다. 이 설에 의하면 공동정범의 공동성을 수인이 실행행위를 공동으로 하여 각자의 구성요건적 행위자체에 대하여 논함으로써 공동으로 실행하는 사실이 하나의 범죄사실에 속하건 수개의 범죄사실에 속하건 불문하며, 각 공동행위자에게 반드시 동일한 고의가 있을 것을 요하지 않고 공동으로 행한 사실의 범위 내에서 공동책임을 긍정한다⁵⁷⁾. 行爲共同說도 共同하는 行爲의 의미에 대해서 事實共同說과 構成要件의 行爲共同說로 나누어 볼 수 있다.

56) 정성근, 전계논문, pp.72-73.

57) 장관식, 전계논문, pp.12-13.

1) 事實共同說

종래의 행위공동설의 입장으로 행위의 공동이란 전구성요건적·자연적 의미의 사실행위의 공동으로 이해하는 입장⁵⁸⁾으로서 이에 의하면, 특정한 객관적 구성요건과 관계없이 사실적 행위 자체에 관하여 공동정범의 공동성을 논하므로 공동으로 행하는 사실이 하나의 범죄사실에 속하건 수 개의 범죄사실에 속하건 불문하며 공동행위자들에게 반드시 동일한 고의가 있을 것을 필요로 하지 아니하고 공동으로 행한 사실의 범위 내에서 공동 책임을 인정한다.

범죄공동설을 타당하게 보지 않는 것은 범죄라고 하는 것은 행위자의 행위자체임에 틀림이 없다. 행위를 하기 이전에 범죄가 존재하는 것이라고 이해하는 것은 이론적으로나 실질적으로 불가능하므로 행위 이전에 범죄의 존재를 예정하는 것은 불가능하기 때문이다⁵⁹⁾.

事實共同說은 「前構成要件的, 前法律的 혹은 자연적인 단순한 행위를 공동으로 하는데 불과한 것」이라는 점에서 타당하다고 할 수 없다.

2) 構成要件的 行爲共同說

종래의 행위공동설인 사실공동설에 대한 비판을 수용한 이론으로서 행위공동설의 진의는 범죄행위 그 전부에 공동이 있을 필요는 없고 그 일부에 대한 공동이 있으면 충분하다는 취지이며, 행위공동설에 있어서의 공동행위란 각자 개개구성요건에 해당하는 실행행위의 공동을 의미하는 것이라고 한다.구성요건적 행위공동설은 형법 제30조의 '2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때'를 '2인이상이 행위를 공동하여 각자의 죄를 범한 때'라고 해석할 근거는 없으며, 동설에 의하면 공동정범의 성립범위를 넓게 잡

58) 엄정철, 형법연구 제2권, 법진출판사, 1980, pp.73-75.

59) 김승민, 전계논문, p.18참조.

음으로써 형사정책적인 합목적성은 가질 수 있으나 반면에 책임원칙을 저해할 우려가 있다⁶⁰⁾.

3. 소결

공동정범이 성립하기 위하여 共同實行의 意思와 共同實行의 事實이 있어야 하고 결국 犯罪共同說과 行爲共同說의 대립은 공동정범이 무엇을 공동으로 하는가에 대하여 그 결론을 같이 하고 있다. 다만 공동정범의 성립범위에 관하여 차이를 나타낼 뿐이고, 결국 이 문제는 공동정범을 어떠한 범위에서 선택하는 것이 합리적인지의 문제라고 할 것이다.

犯罪共同說이 과실범의 공동정범을 인정하지 않는 것은 그 학설의 논리상으로는 긍정되지만 그 자체가 공동정범의 본질을 제대로 파악하고 있다고 단정하기는 어렵다. 또 行爲共同說에 있어서도 과실범의 공동정범을 인정하는 것은 이해가 되지만 공동가공의 의사를 전제로 한 이론으로 과실범영역에도 적용한다는 데 한계가 있다 할 것이다⁶¹⁾.

생각건대, 共同正犯의 本質을 논함에 있어서 중요시되는 것은 무엇을 공동으로 했느냐가 아니라 어떻게 공동정범의 범위를 정하느냐의 문제가 무엇보다 先決問題라 할 것이다. 이것은 공동정범의 본질적인 正犯標識를 통해 共犯, 특히 幫助犯과의 한계를 설명함으로써 가능해진다. 따라서 무엇을 공동으로 했느냐의 문제에서 공동정범의 범위를 어떻게 정하는가 하는 문제로 전환하여 주관과 객관의 모든 면을 만족스럽게 설명할 수 있는 行爲支配理論에 의해 파악하는 것이 타당하다는 견해가 제시되고 있다⁶²⁾.

60) 배중대, 전계서, p.500.

61) 문정민, “과실범의 공동정범”, 조선대학교 법학논총 제6집, 2000, pp.209-210.

62) 김일수, 전계서, p.490.

Ⅲ. 共同正犯의 成立要件

형법 제30조에서는 “2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다”고 규정하고 있다. 따라서 공동정범의 성립요건에 대하여 명확하게 규정하고 있다고는 볼 수 없다.

기능적 범행지배설에 의할 때 공동정범은 2인 이상이 공동으로 죄를 범하는 것이므로 공동정범이 성립하기 위해서는 주관적으로는 공동실행의 의사와 객관적으로는 공동의 실행행위가 있어야 한다.

본문에서는 주관적 성립요건과 객관적 성립요건으로 나누어 살펴보도록 한다.

1. 主觀的 成立要件

공동실행의 의사를 필요로 하며 이는 바로 機能的 犯行支配의 본질적 전제조건이며 각 공동행위자는 공동작용에 대한 의식과 의도를 통하여 역할분담과 상호의존에 관하여 일치하게 되는데⁶³⁾ 이를 공동정범에서의 주관적 성립요건이라 할 수 있다. 다시 말해 공동실행의사는 공동행위자의 일치성을 근거 지워주는 요소로서, 이로 인하여 비로소 개별적인 행위가 전체로 결합되어 일부실행·전부책임의 원칙을 인정할 수 있게 된다.

공동행위자의 일치성의 근거가 되는 요소로서 공동실행의 의사는 타인의 범행을 인식하면서도 이를 저지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사로 옮기는 것을 내용으로 하여야 한다⁶⁴⁾. 또한 공동실행의 의사는 기능적 범행지배의 본질적 요소로서

63) Rudolphi/Horn/Samson, *SK zum StGB Band I* (6. Aufl., Luchterhand, Berlin, 1993), § 25, Rn. 127

가능하며 각 공동행위자는 공동작용에 대한 인식과 의도를 통하여 역할 분담 및 상호의존에 관하여 일치할 수 있게 되는 것이므로 공동행위자 사이에는 공동의사의 연락이 있어야 한다. 소위 편면적 공동정범도 공동정범이라고 보는 견해도 있으나, 공동정범은 각자가 역할을 분담하여 전체 범행계획을 상호 협력하면서 실행하는 것이므로 공동정범에 있어서는 일방적인 공동실행의 의사란 것은 처음부터 생각할 수도 없는 것이며, 일부 실행·전부책임의 원칙은 누구에 의하여 결과가 발생 되었느냐와는 관계 없이 공동실행의사의 범위 내에서 공동자 모두가 결과 전부에 대한 책임을 부담한다는 원칙이므로 일방적인 공동의사가 있는 자만 공동정범의 책임을 진다는 의미로 해석할 수는 없다는 점에서 편면적 공동정범은 공동정범이 아니라 중범 또는 동시범에 불과한 것이라고 보는 것이 타당하다⁶⁵⁾.

공동의사의 연락방법은 명시적이건 묵시적이건 이를 제한하지 아니하며 연쇄적 또는 간접적으로 이루어져도 무방하며, 그 성립 시기는 실행행위 이전 또는 실행행위 시까지만 성립하면 족하다고 볼 수 있다.

여기서 실행행위 이전에 공동실행의 의사가 연락된 경우를 공모공동정범이라하고 실행행위시에 공동실행의 의사가 연락된 경우를 우연적 공동정범이라고 한다. 공모공동정범과 우연적 공동정범을 인정하는 데에는 별 문제가 없으나, 공동실행의 의사의 연락이 실행행위의 일부종료 후에 이루어진 경우 소위 승계적 공동정범이 문제된다. 이에 대해서는 먼저 공동실행의 의사가 성립할 수 있는 시기는 犯罪既遂時까지라고 보아 기수 이전까지 공동실행의 의사를 갖는 경우에도 공동정범이 인정된다고 보는 것이 타당하다. 또한 그 공동책임의 범위에 대해서는 공동정범의 본질에 비추어 의사연락 이전의 행위라도 각자가 인식하고 있기만 하면 그 전체에

64) 대판 1998. 6. 26. 선고 97도3279 참조

65) 김승민, 전계논문, p.24.

대한 공동책임을 물을 수 있다는 견해도 있으나, 형법에는 추인이 있을 수 없으며 사후고의는 인정되지 아니하므로 후행자에게는 그의 가담 이후의 행위에 대해서만 공동정범의 책임을 인정하는 것이 타당하다고 볼 수 있다.

공동정범은 공동실행의 의사를 요한다는 점에서 단순히 2인 이상이 공동의 범행결의 없이 하나의 구성요건적 결과를 실현한 동시범과 구별된다.

공동실행의 의사는 행위의 여하한 범위의 사실을 인식하고 있어야 하나에 대해서 각기 견해가 나뉘어지는데 이것이 과실범의 공동정범의 문제이다. 즉 고의적 의사에 한한다고 보는 입장에서는 과실적 의사의 연락에 의한 결과의 야기는 과실의 동시범에 불과하다고 하며, 고의적 의사의 연락 이외에 범죄를 인식하거나 의욕하지 않고 범죄 이외의 무엇인가를 공동의 목표로 해서 이것을 달성하기 위하여 공동하면서 과실적으로 범죄를 실현한 경우에 인정되는 과실적 의사의 연락까지 포함하는 입장에서는 과실범의 공동정범을 긍정한다.

2. 客觀的 成立要件

객관적 성립요건으로서 공동의 실행행위를 필요로 한다. 즉 실행행위의 분담이 없으면 공동정범이 성립할 수 없다. 그러나 객관적 요건으로서의 공동의 실행을 어떻게 이해할 것인가에 관해서는 논란이 많다. 즉 형법 제30조의 규정이 불명확하게 공동정범을 규정하고 있음으로써 “죄를 범한 때”를 강조하는 입장에서는 과실의 공동정범을 부인하게 되고 “공동하여”를 중요시하는 입장에서는 과실범의 공동정범을 긍정하게 되는 중요한 문제가 되는 것이다⁶⁶⁾.

공동정범이 인정되기 위해서는 범행에 관여한 자의 범행기여부분이 단순히 타인이 범행을 조성해 주는 것이 아니라 범죄행위에 있어 공동적 활동부분이 되었을 경우에 비로소 공동정범이 인정되는 것이며, 관여자의 범행기여분이 타기여자의 범죄행위의 몫을 보충해 주고 동시에 타인의 범행활동을 자기자신의 범죄행위의 몫을 보완하는데 이용하여야 한다는 점⁶⁷⁾에서 공동의 실행행위의 의미는 각 행위자가 기능적으로 역할을 분담하여 공동으로 작용하여 범행의 전체적 계획의 실현에 있어 불가결한 전제를 이루는 기여를 하는 것⁶⁸⁾을 말한다고 할 수 있다.

행위를 함에 있어서 어느 누구도 혼자서 모든 구성요건적 표지를 충족시킬 필요가 없으며 공동실행행위의 판단은 구성요건의 전부 또는 일부를 실행한 경우뿐 아니라 어떤 공동행위자의 역할분담이 구성요건의 범위내의 행위가 아니라고 할지라도 전체계획에 의하여 결과를 실현하는데 불가결한 요건이 되는 기능을 담당으로 하였는가를 기준으로 판단하여야 한다.

여기서 과실범의 공동정범이 문제가 되고 있는 것은 공동실행행위의 방법에 있어서 작위 또는 부작위를 불문하며 반드시 공동행위자 모두가 구성요건적 실행행위를 완성할 필요는 없으며, 범행장소에 반드시 있어야 할 필요도 없다⁶⁹⁾. 그러나 이러한 공동의 실행행위는 고의행위에 한하는 것인가 아니면 과실행위로서도 가능한 것인가에 대해서는 견해가 대립된

66) 이동준, 전계논문, p.34.

67) 장관식, 전계논문, p.19.

68) Roxin, Taterschaft und Tatherrschaft, 6. Aufl. p.280.

69) 범죄를 공동으로 실행하려는 의사를 가지고 공동으로 모의한 자 중에서 일부만이 실행행위를 한 경우에 있어 실행행위에 직접나가지 않은 배후의 공모자에게도 공동정범의 관계를 인정할 수 있느냐에 대해 견해가 대립하나, 정범성의 표지를 범행지배에 의해 이해한다면 별도로 공모공동정범이라는 개념을 인정할 필요는 없고 기능적 범행지배가 인정되는 배후의 공모자는 공동정범으로, 기능적 범행지배가 인정되지 않는 배후의 공모자는 교사 또는 방조로 처벌하면 족할 것이다.

다는 것이다.

제3장 過失犯의 共同正犯에 관한 學說

공동정범은 2인 이상이 공동하여 범죄를 실행하는 것이라 정의된다. 이때 ‘2인 이상이 공동하여’라고 할 경우 무엇을 공동으로 한다는 의미인가에 관하여 종래에는 범죄공동설⁷⁰⁾과 행위공동설⁷¹⁾의 주장이 있었다. 과실범의 공동정범문제 또한 주로 범죄공동설이나 행위공동설에 따라 인정여부가 논하여져 왔다.

그러나 종래의 공동정범의 본질론에 관한 행위공동설과 범죄공동설을 중심으로 논의되던 과실범이 공동정범에 관한 논의는 이제 거의 사라지고 이후 공동정범에서의 ‘공동’의 의미를 ‘무엇을 같이 했느냐’보다는 ‘어떻게 공동정범의 범위를 정할 것이냐’의 논의를 통하여 공동정범의 본질을 찾으려 한다. 즉 이러한 논의는 공동정범과 공범(교사범, 종범)과의 구별을 다루는 문제라 할 수 있다. 그리하여 오늘날 공동정범의 본질이 범행(행위)지배에 있다고 보는 견해가 통설적 입장으로 자리 잡았다. 과실범의 공동정범문제 또한 공동정범의 본질인 범행지배의 입장에서 설명하려는 견해가 다수의 입장이 되었다고 할 수 있다. 그러나 과실범의 공동정범의 문제는 과실범의 독자적인 원리에 따라 일정한 요건 하에서 인정할 수 있다고 하는 견해도 등장하고 있다⁷²⁾.

종래에 주장되는 공동정범의 본질론의 중심이 된 과실범의 공동정범에 대하여 살펴보고 현재 공동정범의 본질을 기능적 행위지배에 있다고 하면서도 과실범의 공동정범에 있어서는 그 입장을 어떻게 달리하는지에 대하여 살펴보고자 한다.

70) 수인이 공동하여 특정한 범죄를 실현하는 것이 공동정범이라는 설.

71) 공동정범이란 수인이 행위를 공동으로 하여 범죄를 행하는 것이라는 설.

72) 김고석, “과실범의 공동정범에 관한 연구”, 석사학위논문, 강원대학교 대학원, 2004,p.12.

제1절 學說의 態度

I. 否定說

공동정범은 고의범에 있어서만 가능하다는 전제에서 과실범의 공동정범은 부정하고 있다. 그리고 이를 과실범의 동시범으로 해결하면 족하다고 해석하는 견해이다. 이에 따르면 과실범에 있어서 의식적 부분인 범죄적 사실이 아닌 의사의 연결은 공동으로 범죄를 실행하는 의사로서는 불충분하게 된다는 것이다. 그러므로 과실행위에 있어서 본질적이 아닌 의식적 부분에 대해서 의사의 연결 하에 공동정범을 논하는 것은 과실범의 본질에 합당한 논의라고 할 수 없다고 하며 또한 사후적 평가개념인 과실실행에서 공동이란 있을 수 없으므로 우리 형법 제30조의 공동정범의 규정은 고의범에 한하므로 과실범의 공동정범은 인정할 수 없다는 주장이다⁷³⁾.

또한 구성요건을 실현할 의사를 가지고 그러한 의사실현에 적합한 방법·수단을 써가면서 행위자가 실제로 지배가능한 외부적 행위를 하는 것이라는 목적적 행위지배와 우리나라의 다수의 견해인 기능적 행위지배설은 공동정범의 본질을 기능적 범행지배의 관점에서 파악하는 것을 말하며 이에 의하면 공동행위자의 일치성을 근거 지워주는 요소인 공동실행의 의사와 실행행위의 공동이 불가능한 과실범의 경우에는 공동정범이 성립할 수 없다고 한다. 이에 대하여 자세히 살펴보도록 한다.

1. 범죄공동설

73) 과실범의 공동정범을 부정하는 것이 현재 우리나라의 학자들의 다수설적인 입장이다. 또한 독일에 있어서도 통설적인 지위를 차지하고 있었다(장관식, 전제논문, p.32).

범죄공동설에 의하면 공동정범이 성립하기 위해서는 공동자간에 주관적으로 범죄를 공동으로 실행한다는 의사가 있어야 한다고 한다. 만일 각 공동자간에 이러한 의사의 연락이 없다면 그것은 공동정범이 아니라 단순한 동시범에 불과하다고 한다. 여기서 공동실행의 의사라 함은 주관적으로 공동자 각자가 상호적 이해에 의하여 협조하여 공동의 힘으로 목적의 완성에 노력하는 의사를 의미한다. 의사의 연결이 없으면 공동정범의 고의가 있다고 할 수 없고 또 다수인의 행위결합을 생각 할 수 없다고 한다. 이를 상호적 이해라고 하며 이에 따라 이 견해에 의하면 과실의 공동정범을 인정할 수 없다고 한다. 다수인이 과실로 구성요건에 해당하는 어떠한 결과를 발생시킨 경우에는 다수의 과실범으로서 각자가 자신의 행위에 상당한 책임을 지면 된다는 것이다⁷⁴⁾ .

한편 공동정범에 있어서 공범자 각자가 일부의 실행행위를 하였는데도 불구하고 전부의 결과의 실현에 대한 책임을 지는 이른바 ‘일부실행·전부책임’을 지우는 이유는 각자가 전결과도의 실현에 관하여 서로 의사를 연결하여 이러한 상호이해에 기한 전결과도실현의 일환으로서 각각 실행행위의 일부를 분담한 점에 있다고 한다. 그런데 과실에 있어서는 본래 결과의 예견은 없고 따라서 이에 관한 상호이해도 불가능하다. 다만 구성요건적으로 중요하지 아니한 결과를 실현하기 위하여 서로 의사를 소통하여 그 달성을 위하여 협력을 하였으나 잘못하여 구성요건적으로 중요한 결과를 야기한 것과 같은 사태가 있을 수는 있다고 한다. 그러나 이러한 범죄적이 아닌 의사의 연결을 공동하여 범죄를 실행하는 의사라고 하는 데는 부족할 뿐만 아니라 과실 행위자에 의하여 인식되고 있는 비범죄적 결과의 실현은 과실범에 있어서 본질적인 것이 아니므로 이런 비본질적인 부분에 관하여 의사의 연결을 논하고 이를 기초로 하여 과실범의 공동정범

74) 남홍우, 「형법총론」, 박영사, 1982, p.231; 백남익, 「형법총론」, 법문사, 1960, p.279.

의 성립을 인정하려는 것은 과실범의 본질에 따른 것이라고 할 수 없다고 한다. 특히 현행법상 과실범의 본질적인 내용은 ‘죄의 성립요소인 사실의 불인식’이라는 무의식적인 요소와 ‘정상의 주의태만’이라는 주의의무위반으로서의 부주의의 요소로 되어 있고 여기에 주의의무는 범죄적 결과를 예견하는 의무 및 그 예견에 기하여 결과의 발생을 회피하기 위한 동기로 되는 내부적 주의의무와 이로부터 유래하는 것으로 결과발생을 회피하기 위한 일정한 작위 또는 부작위를 하여야 한다는 외부적 주의의무로 분석할 수 있는데 그 외부적 주의의무의 면만을 분리시켜 생각하면 이에 공동하여 위반되었다고 볼 수 있는 사태도 있을 수 있으나, 주의의무의 핵심이라고도 할 수 있는 내부적 의무에 관하여는 과실의 사태가 범죄사실의 인식·예견 또는 그 인용을 결여하는 점에 있는 이상, 이들의 공동이라는 것은 생각할 수 없다고 한다. 그리고 외부적 주의의무는 내부적 주의의무에 의하여 규정될 것이므로 그 위반의 유무도 결국은 내부적 주의의무와 같이 각 행위자에 따라 개별적으로 판정되어야 할 것이므로 과실범의 공동정범의 개념은 긍정할 수 없다고 한다⁷⁵⁾.

부정설의 입장에 있는 범죄공동설에 대해서는 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때를 반드시 하나의 동일한 고의로 한정 해석하여야 할 근거는 없다는 점⁷⁶⁾, 따라서 범죄공동설의 입장에서 과실범의 공동정범을 부인해야 된다는 주장과 행위공동설의 입장에서 과실범의 공동정범을 인정해야 된다는 주장 사이에는 우열의 차이가 없이 동등한 논증상의 지위가 주어져 있기 때문에 과실범의 공동정범을 부인해야 한다는 점에 관한 특별한 논증은 아직 결여되어 있다는 점, 범죄공동설 자체가 공동정범의 본질문제에서 빛나간 방법론적 오류를 갖고 있다는 점이 비판되고 있다⁷⁷⁾. 또

75) 정영석, “과실범의 공동정범”, 「연세논총 10」, 1973.9. p.296.

76) 정진연, “과실범의 공동정범”, 숭실대학교 법학논총 8, 1998.2. p.127.

77) 서거석, “과실범의 공동정범”, 「사법행정」, 1991.9. p. 18.

일반인과 신분자의 공동정범 관계를 인정하기 곤란하게 되어 공동정범을 너무 좁은 범위에서 인정하게 된다는 비판이 있다⁷⁸⁾. 한편 범죄공동설의 입장에서도 부주의한 의사로 구성요건에 해당하는 위법한 결과를 야기시키면 공동정범으로서 귀책이 가능하다는 이유로 과실의 공동정범을 인정하는 견해도 있기 때문에 범죄공동설 자체가 과실범의 공동정범을 부정하는 결정적 근거는 아니라는 비판도 있다⁷⁹⁾.

2. 공동의사주체설

일정한 범죄를 실현하려는 공동목적은 가지고 2인 이상의 이심별체인 개개인이 일정한 범죄를 실현하고자 하는 목적으로 동심일체로 되어 공모하여 협력 집결된 이상 이러한 범죄 집단은 각자가 동심일체가 되므로 그 중의 한 사람이 실행행위를 하여도 공동의사주체의 행위라고 보아 실행행위에 가담하지 않은 공모자도 공동정범의 책임을 져야 한다는 이론이다. 이에 따라 공동정범이 성립하기 위해서는 2인 이상이 범죄를 실현하려는 목적으로 공동의사주체를 형성하여야 하므로 과실의 경우에는 공동정범의 개념을 인정할 수 없다고 한다⁸⁰⁾.

형법상의 개념에 따르는 공범, 공동정범이 성립되기 위해서는 既遂行爲로의 공동결의가 필요한데 과실범의 경우에는 이러한 행위결의가 없고, 이것이 과실행위의 본질을 형성하고 있어 과실범에는 공동정범이 있을 수 없다는 것이다. 또 과실범에 있어서 행위결의를 기초로 공동정범을 긍정할 수는 없다고 하더라도 결과의 발생을 회피해야만 한다는 주의의무에

78) 이경렬, “과실범의 공동정범에 관한 일고”, 공범론과 형사법의 제문제; 정성근 교수 화갑기념 논문집, 1997, p.123.

79) 진계호, “과실범의 공동정범”, 고시계 1989.7. p.102; 윤경아, “과실범의 공동정범에 관한 연구”, 석사학위논문, 이화여자대학교 대학원, 1999. pp.17-18.

80) 下村康正, “過失犯の共同正犯と同時犯”, 刑法總論の現代的諸問題, 1980, p.185.

여러 사람이 공동으로 위반하였다는 점을 근거로 이 규정을 적용하면 되지 과실범의 공동정범 개념을 만들어낼 필요는 없다고 한다. 그리고 동시범 규정에 따라 처리되지 않는다는 문제에 대해서 이러한 경우 “의심스러울 때는 피고인의 이익으로”라는 소송법상의 원칙에 따라 각자를 미수범으로 처벌하는게 당연하다고 한다.

그러나 이 견해는 공동정범의 본질에 관하여도 타당한 이론이라고 할 수 없을 뿐만 아니라 공동의사주체를 인정하여 범죄의 주체로 삼는 것은 단체적 책임을 인정하는 결과가 되어 근대형법의 개인책임원칙에 반한다는 점, 공모자 중 일부의 실행행위에 종속하여 단순공모자도 공동정범이 된다고 봄으로 공동정범의 종속성을 인정하는 것이 되어 타당하지 않다는 비판이 가해진다⁸¹⁾.

3. 목적적 행위지배설

목적적 행위론의 관점에서 정범과 공범을 구별하기 위한 기준으로 목적적 행위지배설을 주장하는 견해를 말한다. 즉 앞서 설명한 바와 같이 구성요건을 실현할 의사를 가지고 그러한 의사실현에 적합한 방법·수단을 사용하면서 행위자가 실제로 지배가능한 외부적 행위를 하는 것으로 객관화된 목적적 행위지배가 있으면 공범이 되고 그러한 행위지배가 없이 고의만을 가지고 있었다면 공범이 성립한다고 한다. 과실행위에 있어서는 목적적 의사에 의한 목적적 행위지배는 존재하지 않고 다만 사회생활상 요구되는 주의의무에 위반하는 행위만이 존재할 뿐이다. 그러므로 과실범의 공동정범은 인정되지 않는다고 한다⁸²⁾.

그러나 이 설에 대하여 목적적 행위지배가 있는 고의범의 정범과 이것

81) 内田文昭, 「刑法における過失共同の理論」, 1973, p.40.

82) 황산덕, 「형법총론」, 방문사, 1986, pp.250-251.

이 없는 맹목적인 사실인 과실범이 정범이라는 이원적 정범개념을 인정함으로써 통합적인 정범개념을 부정하게 된다는 비판이 있다⁸³⁾. 또한 과실행위를 목적적 행위라고 할 수 없을 뿐만 아니라 정범요소는 주관적 요소와 객관적 요소의 결합에 의하여 파악해야 하므로 이를 고의에 치중하여 해석함으로써 목적적 행위지배가 없다는 이유로 공동정범의 성립을 부정하는 것은 부당하다는 비판을 면할 수 없다⁸⁴⁾. 또한 목적적 행위론의 존재적 목적성으로부터 입법자의 목적설정이나 해석자의 제한된 가치결정도 이 목적성에 구속되어야 한다는 결론에 이르는데, 이 점은 방법론적으로 문제일 뿐만 아니라 사회적·규범적 목적성에 기초한 과실범의 존재적 목적성에 기초한 이론적 요구를 그대로 관철시키는 것이 과연 이론적으로 타당한지 의문이라는 비난이 가능하다⁸⁵⁾.

4. 기능적 행위지배설

우리나라의 다수의 견해인 기능적 행위지배설은 과실범의 공동정범의 성립을 부정하고 경우에 따라 과실범의 동시범으로 해결하면 충분하다고 본다⁸⁶⁾⁸⁷⁾. 그 근거에 대하여는 대체로 공동정범이 성립하기 위해서는 의사의 연락과 공동의 실행이 있어야 하는데 과실범의 공동정범에서는 이를 인정할 수 없다고 한다. 과실범에 있어서 공동정범의 필수 요건인 ‘공동범

83) 배중대, 전계서, p.480.

84) 이재상, 전계서, p.445.

85) 김일수, 전계서, p.490.

86) 박상기, 「형법총론」, 박영사, 2004, p.470; 손해목, 전계서, p.1027; 이영우, “과실범과 공범”, 「한국외대의법논집 3」, 1996.12. p.287; 허일태, “과실범의 공동정범에 대한 연구”, 「인권과 정의 275」 1997.7, p.154.

87) 과실범의 공동정범을 부정하면서 공동과실의 경우 동시범으로 처벌할 것이 아니라 각자가 과실범의 단독정범이 된다는 견해도 있다(손해목, 상계서, p.1028).

행의사'는 형법적으로 무의미한 사실행위에 대한 의사소통일 뿐이고 범행 모의와 아무상관이 없다고 본다. 다시 말해 아무리 부주의하더라도 구성요건결과를 야기하지 않으면 과실행위로 평가되지 아니하므로 수인의 행위가 과실로 될지 그렇지 않을지 모르는 상황에서 과실행위를 공동 모의한다는 것은 불가능하다고 한다⁸⁸⁾.

또한 공동정범의 본질은 기능적 행위지배에 있으며, 이러한 기능적 행위지배는 각각의 참여자가 기능적으로 역할을 분담하여 공동으로 작용함으로써 범행의 전체적 계획을 실현함에 있어 불가결한 기여를 한 경우를 의미한다. 그러나 과실범에 있어서는 이러한 행위지배가 존재할 수 없으므로 결국 과실범의 공동정범은 성립할 수 없고 뿐만 아니라 과실범의 공동정범을 인정한다면 일부실행·전부책임이라는 공동정범의 원리에 비추어 자기의 과실을 넘어가는 타인의 과실결과에 대해서 책임을 져야 할 위험이 높아지기 때문에 과실의 공동정범은 인정할 수 없고 만약 과실의 공동이 있을 때라도 그것이 공동의 범행결의는 아니므로 각자는 동시범으로 처벌하여야 한다고 주장되고 있다⁸⁹⁾.

5. 형법 제30조의 해석에 따른 부정설

공동의 범행결의와 기능적 행위지배는 고의범이 공동정범의 성립요건일 뿐이기 때문에 이를 가지고 과실범의 공동정범의 성립여부를 판단하는 것은 부당하다고 본다. 이 견해에 따르면 형법 제30조가 “2인 이상이 공동으로”라는 표현이 과실범의 공동정범을 명시적으로 배제하였다고 할 수는 없으나 입법자의 의사를 고려하거나 ‘공동으로’라는 개념 안에 전혀 이질적인 요건들이 함께 포함되어 있다고 해석하기는 어렵기 때문에 형법 제

88) 배종대, 전계서, p.480.

89) 김일수, 전계서, p.858 ; 서거석, 전계논문, p.23.

30조는 과실범의 공동정범을 부정하는 것으로 해석하여야 한다고 본다. 또한 과실범의 공동정범을 인정하는 입장에서 요구하는 주의의무의 공동은 참가자들이 동질·동량의 주의의무를 위반하여야 하며 위반된 주의의무는 상호연대적이어야 하는 것으로 보는데 어떠한 주의의무가 동질·동량의 주의의무인지 불명확하며, 상호연대성의 개념 또한 확실치 않다는 점에서 타당하지 못하다고 한다. 공동의 주의의무가 이와 같이 극도로 제한됨으로써 실제 이러한 과실범의 공동정범이 인정될 수 있는 경우는 거의 없다. 그리고 인정되는 경우에도 사실상 이미 인과관계의 문제가 확정된 이후이기 때문에 참가자들에게 각각 과실범을 인정할 수 있게 되므로 특별히 복잡한 성립요건의 심사 하에 과실범의 공동정범을 인정할 필요성은 존재하지 않는다고 한다⁹⁰⁾.

II. 肯定說

형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 범죄를 실행함을 말하는 것으로서 ‘범죄’는 행위자의 ‘행위’ 자체임으로 행위를 떠나 행위 이전에 범죄가 존재하는 것이라고 해석하는 것은 이론상·실제상 불가능하다고 하겠다. 따라서 공동정범의 본질은 여러 사람이 사실적으로 행위를 공동으로 하는 점에 있다고 보는 행위공동설⁹¹⁾과 공동행위를 하려고 하는 의사의 일치があれば 그들은 공동행위주체가 되므로 각자가 실행행위를 부담하는 이상 과실에 의한 결과를 낼 때에도 공동정범관계를 인정할 수 있다고 하는 공동행위주체설⁹²⁾로 나누어 볼 수 있다.

또한 공동의 범행결의는 고의범의 공동정범의 요건으로서는 필요하더라

90) 전지연, “과실범이 공동정범”, 「형사법연구」 제13호, 2000. p.52.

91) 이건호, 「형법학개론」, 고려대출판부, 1964, p.178.

92) 유기천, 「형법학」(총론강의), 일조각, 1996, p.286.

도 공동정범 그 자체의 개념요소로서 절대 불가결의 것은 아니라는 데서 출발한다. 즉 과실범의 경우에는 독자적인 원리에 따라 과실범의 공동정범을 인정할 수 있다는 것이다. 그리고 그 근거에 대해서는 다양한 모습을 띤다.

이에 대하여 과실공동·행위공동설과 과실공동·기능적 행위지배설로 나누어 살펴보도록 한다.

1. 행위공동설

행위공동설에 의하면 수인이 행위를 공동으로 하여 각자가 의도하였던 범죄를 실현하는 경우를 공범이라고 하며, 공동정범의 주관적인 ‘의사의 연락’도 행위의 공동, 즉 행위를 공동으로 할 의사라고 이해한다. 그리고 행위를 공동으로 할 의사는 타인의 행위를 이용하여 자기가 의도하였던 범죄의 행위를 공동으로 할 의사라고 이해하므로 그러한 의사는 단순한 범죄적 의사로서 족하다고 한다. 그리고 그 범죄적 의사는 반드시 고의를 요하지 아니하며 또 그러한 고의적 의사일 필요가 없다고 한다. 따라서 그것은 과실적 의사로서 충분하여 수인이 공동의 과실적 행위로 인하여 범죄의 결과를 발생케 한 경우에는 과실범의 공동정범이 성립한다고 한다⁹³⁾.

이 설에 의하면 형법상 무의미한 행위의 공동이 있는 경우에도 공동정범을 인정하게 된다는 비판이 있다. 즉 과실행위는 단순한 사실이 아니라 평가적인 것이기에 일정한 행위를 공동으로 할 수는 있을지라도 행위사실 이후에 평가되는 과실행위의 공동은 논리적으로 불가능하다는 비판이다. 또한 과실이란 거래상의 주의의무를 다하지 못하여 부주의로 결과발생을

93) 김고석, 전계논문, p.15.

초래한 것인데 이러한 행위에서는 의사의 연락이라는 것이 불가능하다는 비판도 있다. 다시 말해 과실범에 관한 의사의 연결이란 하나의 허구에 불과하다는 것이다⁹⁴⁾.

또한 의사의 연락을 주의의무에 위반한 행위와 관계없이 일상의 행위에서 존재한 것을 전제로 하여 과실범의 공동정범을 인정한다는 것은 공동정범의 본래의 취지에 어긋나고, 과실범의 공동정범의 처벌범위를 확대하여 죄형법정주의에 반하는 이론이라는 비판⁹⁵⁾도 있다.

2. 공동행위주체설

공동행위주체설은 공동의사주체설의 이론적으로 부족한 부분을 수정한 견해로 공모의 사실만으로는 부족하고 어느 의미에서든지 실행행위를 분담하였다고 볼 수 있는 범위 내에서만 공동정범을 인정한다.

이 견해에 따르면 공동행위를 하겠다는 의사의 합치로 공동행위주체가 성립된 이상 그 실행행위의 면을 개인행동의 국면에서 볼 것이 아니라 공동행위주체의 실행행위라고 볼 수 있는가에 의하여 공동정범의 성립여부를 결정하고자 한다. 적어도 공동행위주체가 성립되어 각자가 실행행위를 분담하는 이상 과실에 의한 결과를 나타낼 때에도 공범관계를 인정할 수 있다는 것이다⁹⁶⁾.

그러나 이 견해는 공동행위주체설의 입법적 근거를 찾기 어려우며 내용 자체도 명확하지 아니하므로 그 이론 자체의 일부가 문제되며, 따라서 이로부터 과실범의 공동정범을 인정하는 것은 논리적인 전제가 약하다는 비

94) 심재우, “과실범의 공동정범”, 고시계, 1980.4. p.36.

95) 허일태, “과실범의 공동정범에 대한 판례의 변천”, 「志松李在祥教授華甲紀念論文集」, 2003. pp.623-624.

96) 유기찬, 전계서, p. 286.

판이 가능하다. 특히 공동행위주체라는 행위자의 행위와 직접관계 없는 범죄주체를 인정하게 되면 책임원칙에 반할 위험이 크다.

또한 공동행위주체설은 공모공동정범의 이론적 근거로 주장된 공동의사주체설에 대립되는 이론에 불과하고 이에 의하여 공동정범의 본질이 설명된다고 보기는 어렵고, 공동행위주체는 의사의 연락이 있고 실행행위를 분담한 경우에 성립함에도 불구하고 과실범에 있어서 어떻게 공동행위주체가 성립되는가를 설명하지 못한다고 본다⁹⁷⁾.

3. 과실공동·행위공동설

과실범은 고의범과는 달리 그 문제의 중심이 주의의무위반에 있는 이상 다른 기준에 의하여 과실범의 공동정범을 인정해야 한다고 할 수 있으며 그 성립요건으로 다수인의 행위자가 공동으로 주의의무를 위반하여 구성요건을 실현하는 행위를 공동으로 한 때 과실범의 공동정범이 인정된다고 할 수 있다⁹⁸⁾.

공동정범에 있어서 고의범은 고의의 공동 내지 공동의 행위결의를 요구함에 비해 과실범에 있어서는 공동의 주의의무위반이 필요하다. 이에 따라 과실범의 공동정범이 인정되기 위해서는 행위자에게 공동의 주의의무위반이 인정되어야 하며 그것은 각자에게 요구되는 주의의무의 내용이 동일하고 그것이 각자에게 동일한 방법으로 동일한 범위 내에서 적용되는 것임을 요구한다. 주의의무위반은 과실범의 인식대상이 아니므로 과실범의 공동정범의 요건으로서 이에 대한 인식은 필요하지 않다고 하더라도 결과를 발생시키는 행위를 공동으로 한다는 인식은 필요하다고 한다. 이러한 의미에서 과실범에 있어서도 의사의 연락은 있을 수 있고 다만 ‘의

97) 김고석, 전계논문, p.17; 윤경아, 전계논문, pp.27-28.

98) 김고석, 전계논문, p.24.

사의 연락'의 의미가 고의범의 그것과는 다를 뿐이라고 한다⁹⁹⁾. 그리고 과실범의 공동정범에서 있어서 공동으로 행위한다는 점에 대한 인식만 있어도 족하다고 본다. 반드시 공동정범에서 함께 행위 하는 자에게 자기와 같은 공동의 주의의무가 있다는 것까지 인식시킬 필요는 없다.

구성요건실현행위의 공동에 있어서 과실범의 공동정범이 되기 위해서는 공동의 주의의무위반과 공동행위의 인식이 필요한 이외에 객관적 요건으로서 공동가공의 사실도 인정되어야 한다고 한다. 이는 구성요건실현행위의 공동을 요한다고 보며 주의의무위반은 과실범의 인식대상이 아니므로 과실범의 공동정범의 요건으로서 이에 대한 인식이 필요하지 않다고 하더라도 결과를 발생시키는 행위를 공동으로 한다는 인식은 공동정범을 인정하기 위한 요건이 된다고 한다. 즉 이러한 구성요건실현행위는 법률적 구성요건적 행위를 의미한다고 본다.

4. 과실공동 · 기능적 행위지배설

과실범에 있어서는 행위지배를 인정할 수 없다고 하는 통설적인 견해에 반해 과실공동 · 기능적 행위지배설은 과실범에도 기능적행위지배를 인정할 수 있다고 본다. 과실범의 본질은 주의의무의 위반에 있다고 하면서 과실범의 단독정범이 일인의 주의의무 위반행위라면 과실범의 공동정범에 있어서 '범행의사의 공동'과 '기능적 행위지배의 공동'이 공동정범의 성립요건이 되고, 과실범의 공동정범에 있어서는 '과실공동, 즉 주의의무의 공동'과 '기능적 행위지배의 공동'이 공동정범의 성립요소¹⁰⁰⁾이며, 의사의 연락은 고의범의 공동정범이 성립하기 위한 구성요건적 표지일 뿐이므로 과실범의 공동정범에 있어서는 전혀 필요하지 않다고 한다.

99) 이재상, “과실범이 공동정범”, 「형사법연구」 제14호, 2000, p.227.

100) 심재우, “과실범의 공동정범”, 「고려대 판례연구」 3, 1985. 4. p.122.

이에 대하여 과실범에 있어서 주의의무의 공동과 기능적 행위지배의 공동을 “열 사람이 힘을 합치지 않으면 굴릴 수 없는 바윗돌을 열 사람이 함께 산에서 내려 굴릴 때, 모두가 부주의한 나머지 길 가던 행인을 미처 보지 못하고 그를 다치게 했다고 가정하자, 여기서 한 사람만이라도 주의 깊게 행동하여 지나가던 행인을 발견하고 손을 뺐더라면 결과발생을 회피할 수 있었을 것이다. 이와 같이 결과 실현에 이르는 행위과정이 불가분하게 상호보충적이고 상호연대적인 경우에는 열사람 모두는 각각 공동으로 전부의 행위를 지배하고 있는 것은 아니므로 그 결과의 객관적 귀속도 각자에게 따로따로 돌아갈 것이 아니라 행위자 전부에게 공동으로 돌아가야 한다. 바로 이러한 행위의 상호의존성과 상호연대성이 그들로 하여금 공동정범으로 되게 한다”라고 설명하고 있다. 즉 주의의무의 공동은 동질동량, 상호연대적 관계에 있을 때 인정된다고 보는데 여기서 동질동량의 주의의무란 ‘주의의무가 동일한 대상에 관련되어 있고 동일한 보호범익에 지향되어 있으며 또 그 정도에서도 동일한 의무가 모두에게 부과되어 있는 경우’를 의미한다. 또한 주의의무가 상호연대적 관계에 있다는 것은 결과발생을 위해서는 한사람의 주의의무 위반으로써는 부족하고 참여자 모두의 의무위반이 필요하다는 의미라고도 할 수 있다. 한편 기능적행위지배는 각자의 주의의무 위반행위가 모두 결과 실현을 위한 불가분하고 상호보충적·상호연대적일 때 인정된다고 본다. 이상의 조건이 갖추어지면 결과는 각자에게 따로 돌아갈 것이 아니라 전원에게 공동으로 귀속되어야 한다고 보는 것이다.

공동의무의 본질은 의무자체가 각자의 개별 의무로 분리될 수 있어야 한다고 하면서 과실범의 공동정범이 성립하기 위한 전제조건으로서의 주의의무는 동질동량성과 상호의존성이 인정되는 것만으로는 부족하고, 결과 발생이 방지를 위하여 각자는 자신의 주의의무를 다해야 할 뿐만 아니

라 여기에서 나아가 각 행위자는 상호간에 타관여자도 주의의무를 다 하도록 주의를 기울일 의무까지 지고 있어야 한다¹⁰¹⁾. 이에 따르면 “각자의 의무가 객관적으로 동일한 대상에 관련된, 동일한 내용과 동일한 목적의 의무라는 사실만으로써는 전체불법 결과를 행위자에게 공동으로 전부 귀속시킬 수 있는 행위자적 관점이 될 수 없다. 결과발생의 방지를 위하여 각자는 상호간에 타 관여자도 주의의무를 다하도록 주의를 기울일 의무까지도 지고 있어야 한다. 이러한 공동의무가 매개될 때에만 관여자 각자는 개별의무자가 아닌 공동의무자로 통합될 수 있고, 그리하여 그러한 공동의무는 관여자 모두의 공동위반으로 인하여 발생한 결과 전체를 각자에게 공동으로 귀속시킬 수 있는 존재론적 토대가 된다. 따라서 이러한 공동의무위반이 공동귀속을 위한 행위자적 관점이 될 수 있다”¹⁰²⁾고 한다. 각자의 주의의무 위반행위가 결과발생에 대한 객관적으로 기능적인 지배관계를 형성하는 경우라면 이를 과실범의 공동정범으로 취급하는 것이 가능하다고 본다.

제2절 學說의 檢討

과실범의 공동정범에 대하여 종래의 논의 되었던 이론부터 계속되어 논의된 내용들을 부정설과 긍정설로 나누어 살펴보았다.

부정설은 공동정범을 고의범에 한정된 것으로 보고 있다 그러므로 범행결의라는 개념을 가질 수 없는 과실범에 있어서 공동정범이 불가능하다고 하였다. 하지만 형법 제30조 공동정범에 관한 규정이 고의범에 한정된 것이라고 명확히 정해져 있는 것이 아니기 때문에 과실범의 공동정범의 인정여부는 고의범이 아닌 과실범의 정범요소를 고려하여 판단하여야 하는

101) 문채규, “과실범의 공동정범에 대한 논증도구로서 기능적 범행지배”, 「법치국가와 형법」, 세창출판사, 1998, p.380.

102) 문채규, 상계논문, p.380.

것이므로 과실범의 정범요소, 즉 주의의무위반을 그 공동정범의 성립요건으로 보면서 과실범의 공동정범이 가능하다고 보는 견해가 타당하다고 볼 수 있다¹⁰³⁾. 그러한 견해로는 기능적 행위지배설의 입장에서 과실범의 공동정범을 긍정하는 견해와 과실공동·행위공동설의 입장에서 과실범의 공동정범을 긍정하는 견해가 있다.

학설들이 각자가 그 이론적인 타당한 근거와 난점을 가지고 있지만, 결국 과실범의 공동정범의 인정여부에 대한 문제는 우리 형법 제30조의 「2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는」라는 규정에 형법 제14조의 「정상의 주의를 태만함으로 인하여.... 한 행위」라는 과실을 용화시킬 수 있는가 하는 점에서 출발하여야 한다. 실정법상의 규정을 바탕으로 과실범의 공동정범의 성립여부를 가린다고 한다면, 형법 제14조의 과실행위를 형법 제30조의 규정처럼 공동하여 과실범이라는 죄를 범한 경우에는 과실범의 공동정범을 규정하는 것이 타당한 해석이라 하겠다. 또한 그렇게 해석하는 것이 현행판례가 고수하고 있는 과실범의 공동정범 긍정의 입장과도 부합한다고 생각한다. 위의 학설들에 있어서 이러한 실정법상의 규정에 근접한 해석을 하고 있는 견해는 과실공동·행위공동설이 아닌가 생각한다. 그러나 공동정범이 성립하기 위해서는 주관적 의사의 공동이 필요로 하는데 위의 견해는 이를 해결할 수 없다는 문제점을 안고 있다.

이에 따라 최근에는 상호의존성과 상호연대성이 각자로 하여금 공동정범으로 되게 한다는 입장에서 과실범의 공동정범을 인정하는 견해가 등장하였다. 이 입장에 있어서 과실범의 공동정범이 성립하기 위하여는 첫째, 행위자들을 객관적으로 결합시켜주는 요소로서 공동의 주의의무가 존재하여야 하고 둘째, 참가자들을 주관적으로 결합시켜 주는 요소로서 행위가 주의의무위반행위를 할 때에 적어도 의사를 가지고 행위를 행해야

103) 장관식, 전제논문, p.46.

하며 셋째, 행위자는 최소한 자기가 함께 행위하는 자가 자기와 마찬가지로 공동의 주의의무를 가지고 있다는 점을 인식하고 있어야 한다고 한다¹⁰⁴).

과실범의 공동정범이 성립하기 위해서는 2인 이상이 과실행위를 공동으로 하여야 하며, 또한 공동자 모두는 주의의무위반을 공동으로 하여야 한다. 그리고 이러한 주의의무위반은 공동자 모두에 있어서 비슷한 비중으로 존재하여야 할 것이다. 즉 공동행위자 사이에 있어 주의의무위반의 비중이 현저한 차이를 드러내고 있는 경우에 있어서까지 과실범의 공동정범을 인정한다면, 과실범의 공동정범의 성립범위가 지나치게 넓어진다는 문제점이 발생하기 때문이다. 따라서 과실행위의 공동과 함께 비슷한 비중의 주의의무위반이 있고 과실범이라는 결과가 발생하였다면 과실범의 공동정범은 성립한다고 보아야 할 것이다¹⁰⁵).

104) 이용식, “과실범의 공동정범”, 「형사법판례연구」 7, 형사판례연구회 편, 1999, p.85.

105) 장관식, 전제논문, pp.47-48.

제4장 過失犯의 共同正犯에 관한 判例

과실범에 있어서 공동정범의 성립이 인정될 수 있는가의 문제에 관하여 종래의 학설과 함께 일본과 우리나라의 판례도 이를 부정하여 왔다. 과실범의 공동정범을 부정하는 근거에 대하여는 과실범에는 공동규정이 적용될 수 없다는 것을 이유로 할 뿐 공동규정이 과실범에 대해서는 적용되지 않는가 하는 이유에 대하여는 명확하게 제시되지 않았다.

우리나라 대법원은 과실범의 공동정범에 대해 부정설¹⁰⁶⁾의 입장을 취하다가 전원합의체판결이라는 절차를 거치지 않은 채 1962년 3월 29일 4294형상 598사건에서 긍정설의 입장을 취한 이래 기본적으로 과실범의 공동정범을 인정하는 입장을 보이고 있다. 이러한 우리 대법원의 입장 변화는 일본에서 1953년에 과실범의 공동정범을 부정하던 초기의 입장을 바꾸어 과실범의 공동정범을 인정하면서 시작되었다.

이에 대하여 과실범의 공동정범에 대한 판례의 입장을 일본판례에서부터 살펴봄에 있어 과실범의 공동정범을 인정하기 이전의 판례와 과실범의 공동정범을 긍정한 이후의 판례로 나누어 일본과 우리나라의 판례 입장을 살펴보도록 한다.

제1절 判例의 態度

I. 初期의 判例

1. 일본의 판례

일본의 경우를 보면, 戰前에는 고전학파의 범죄공동설은 공동정범의 요

106) 대법원 판결 1956년 12월 21일 4289형상 276사건.

건인 공동실행의 의사를 特定한 犯罪의 故意를 共同으로 하는 의사로서 해석하여 부정하였으며, 근대학파의 행위공동설은 공동실행의 의사는 단지 犯罪行爲를 共同으로 하는 意思로서 족하다고 하면서 긍정하였다¹⁰⁷⁾.

일본 대법원 판례의 경우 초기에는 과실범에는 공범규정을 적용할 여지가 없다는 입장을 보이면서 大審院 1912. 3.16. 판결을 시작으로 과실범의 공동정범을 부정하며 과실범의 공동정범은 인정하지 않았다.

과실범의 공동정범을 긍정하기 이전 판례¹⁰⁸⁾, 즉 다음에서 과실범의 공동정범을 부정하고 있는 판례의 판시 내용을 중심으로 살펴보도록 한다.

(1) 대심원 1922. 10. 23 判決

과실치사사건에 관하여 “과실범에는 공동관계를 인정하지 않기 때문에 자기 및 타인의 과실이 상해의 공동과실이 되고 다른 共同過失者가 상해를 입었을 때에는 이에 대하여 책임을 부담하는 것이 아니고, 요컨대 共同過失者는 그 과실 때문에 상해를 입힌 이상은 피해자가 공동과실인가 아닌가를 묻지 아니하고 위 상해에 대하여는 각자 그 책임을 부담하는 것이 옳다”라고 判示하여 과실범에는 공범관계가 인정되지 않고 각자가 그 책임을 부담하는 同時犯에 불과하다고 하였다. 역시 이 판결도 과실범에는 공동규정이 적용될 여지가 없다는 것인데 그 근거를 밝히고 있지는 않다.

(2) 秋田地判 裁判所 1965. 3. 31 判決

가옥의 보수공사를 하던 인부 3명이 옥상에서 담배를 피우다가 부주의

107) 福田 平, 「過失犯の共同正犯」(福田 平·大 仁, 基礎演習 刑法, 1991), p.96.

108) 장관식, 전계논문, pp.48-52.

로 화재를 일으킨 事案에 대해 ‘이들 3명에게는 옥상 공사에 관해서 행위의 공동은 있지만 喫煙에 관해서는 단지 우연적으로 시와 장소를 같이 하여 행하였을 뿐이며, 3명이 의사의 연결이 있었다던가 공동목적으로 喫煙하였다는 관계가 있었다고는 말할 수 없기 때문에 重失火罪의 공동정범으로 인정되지 않는다’라고 判示하고 있다.

(3) 越谷簡裁判所 1976. 10. 21 判決¹⁰⁹⁾

에드벌룬 광고선전에 관한 회사대표 甲의 지시를 받고 乙이 작업을 하었는데 작업상 過失로 致死의 결과가 발생한 사건이다. 이에 대하여 日本越谷間 裁判所는 “甲과 乙은 共同實行의 상호적인 의사의 연결이 있다고 認定할 수 없고, 甲과 乙 사이에는 각자의 부주의가 상호간에 영향이 없었으므로 전체로써 1개의 부주의가 형성되어 그에 기인한 결과가 발생하였다고 할 수 없다”고 하여 甲과 乙의 업무상 과실치사죄의 공동정범을 부정하였다. 회사대표 甲은 직원인 乙을 指揮·監督하는 자이고 乙은 실제작업을 하는 직원이다. 越谷肝 裁判所는 이들 사이에 공동실행의 상호적인 의사연결이나 주의의무위반의 상호간 영향이 있었다고 할 수 없어 과실범의 공동정범이 성립하지 않는다고 하였다. 乙이 甲의 지시를 받아 작업을 실시하였다는 것만으로 乙의 작업상의 과실과 甲의 지시행위가 연결되어 공동정범의 관계가 성립될 수는 없다는 것이다. 양자 사이의 법적 지위의 차이에 그에 따른 주의의무의 차이를 인정한 것으로 보인다.

(4) 水戸地方裁判所 1996. 2. 26 判決¹¹⁰⁾

열차의 운전사와 차장인 피고인은 사고현장 前驛인 서취수역에서 이 사

109) 日越谷間裁, 1976.10.25(裁判所 時報 864호, p.128)

110) 水戸地裁, 1996.2.26 刑事部判決(判例時報 1568호, p.147).

건 열차의 브레이크가 작동되지 않는 상태가 되었음에도 불구하고 이것에 신경쓰지 않고 그대로 이 사건 열차를 발차시켜 취수역 빌딩에 충돌하여 다수의 사상자가 발생한 사건이다. 水戸地方裁判所는 이 사건에 대해서 “운전사인 피고인이 서취수역에서 보안 브레이크를 풀어놓았지만 상용 브레이크가 있다면 보안 브레이크가 작동하지 않아도 괜찮을 것이라고 독단한 것은 철도운송에 있어서의 안전확보의 중요성을 소홀히 한 점이 중대하고..... 차장인 피고인은 전혀 제동시험을 하지 않고 발차신호를 보내고 발차시켜 기본적인 주의의무를 태만히 하였고, 이 사건열차의 브레이크 기능이 완전히 없어졌음에도 그것을 전혀 신경 쓰지 않고 태연히 승무하고 있었다는 것은 심각한 주의력 결여를 나타내는 것으로, 그 과실도 중대하다”고 하면서 운전사의 피고인과 차장인 피고인을 각각 과실범의 경합범으로 처벌하였다.

이 판례는 이 사건에서 운전사와 차장에게 각각 과실이 있음과 그들간에는 발차신호를 보내면서 발차하는 등의 행위의 공동도 있음을 인정하면서도 과실범의 공동정범이 성립하지 않는다고 보았다. 그것은 운전사와 차장의 법적지위에 따른 주의의무 차이를 고려한 것으로 보인다.

2. 우리나라 판례

종래에 우리나라의 대법원에서는 과실범의 공동정범의 성립여부에 관하여 주관적 요건이 되는 “의사의 연결”이라는 개념을 논할 수 없으므로 과실범의 공동정범은 불가능하다고 하였다. 과실범의 공동정범을 긍정하는 근거에 관해서 대법원은 행위공동설의 입장을 취하고 있었다.

과실범의 공동정범을 부정한 판례 초기판례의 입장을 살펴보기로 한다.

(1) 朝鮮高等法院 1922. 5. 22 判決¹¹¹⁾

기관차의 기관사와 화부가 열차를 운행하는 도중에 다같이 신호기에 나타난 위험신호를 주시해야 할 의무를 게을리 함으로써 다른 열차와 충돌을 일으켜 사람을 사상케 한 사건이다. 여기서 朝鮮高等法院은 “2인의 업무상 공동과실로 인하여 사람을 사상에 이르케 한 경우에는 공동정범규정의 적용이 없고 그 각자에 대하여 형법 제211조(현행 刑法 제268조 業務上過失·重過失 致死傷)를 적용하여 처단할 것이다” 라고 판시하였다. 이 判例를 당시 日本 法院의 판단과 같이 過失犯의 共同正犯을 否定하고 있다. 그 근거에 대해서는 밝히지 않고 다만 共同正犯規定은 業務上 過失로 인하여 사람을 사상에 이르케 한 경우에는 적용되지 않는다고 하여 共同正犯規定은 故意犯에 한하여 적용되는 것으로 判斷하고 있다.

(2) 대법원 1956. 12. 21. 判例

해방이후의 대법원 판례로서 부산과 여수 사이를 운항하는 여객선 태신회에서 3등 주사원으로서 3등실 여객의 안내 및 선내 燈火團束의 직접 취급 책임자 甲은 하역 램프등이 꺼져 있음을 발견하고 승객들을 대상으로 물품을 판매하여 오던 乙에게 하역 램프등에 기름을 부어 불을 켜 놓으라고 지시하였고, 이에 乙이 하역램프등에 기름을 부어 불을 켜 놓으라고 지시하였고, 이에 乙이 하역램프등에 기름을 부어넣는 과정에서 석유를 사주원실 바닥에 흘렸음에도 이를 닦지 않은 채 성냥불로 램프등 심지에 불을 붙이려다가 사주원실과 3등 객실 등을 태웠다.

111) 조선고등법원은 일제치하 시 일본에 의하여 설치·운용된 법원으로서 당시 한반도에 있어서 최고법원의 지위에 있었다. 따라서 엄밀한 의미에 있어서는 우리의 판례라고 할 수 없으나 동법원의 판례는 법실무자들 사이에 사실상 중시되고 있으며 또한 우리나라에서 일어난 사건들을 다루고 있었다는 점에서 당시의 판례를 검토하고자 한다(朝高法 1992.5.22, 刑集9권 74호, p.54).

한편 선장 丙은 3등 객실의 출입구로부터 불길이 치솟는 것을 보고 선박전면에 위치한 선창에 적재한 화물에 불이 옮겨 붙으면 기관실까지 인화되어 선체가 폭발한 것을 우려하여 화물연소방지에만 주력하였고 당황한 나머지 남아있는 승객의 구출에는 생각이 미치지 못한 채 甲에게 명령하여 유일한 3등객실 출입문을 일시 폐쇄하게 하였다. 그 결과 船室內에 화염으로 인한 가스로 승객들이 질식사하였다.

이 사건은 우리 대법원이 최초로 과실범의 공동정범에 관하여 견해를 밝힌 판례로 船上失火 事件으로 선박의 燈火團束 책임자와 같이 선장이 기소된 사안에 관하여 「선장이 상업 기타 행정 해운상의 특별법령에 관한 의무를 懈怠한 경우라도 동과실이 반드시 형법상의 과실에 해당한다고 할 수 없고 동 과실의 유무는 각 구체적인 경우에 따라 이를 결정해야 한다. 선박의 등화단속을 담당 할 책임자가 있는 경우에 선장은 동 담당자의 指揮監督에 대한 직접 책임이 없다 할 것으로 위 책임자가 실화하였다 할지라도 선장에게 과실이 있다면 지휘감독을 태만한 점에 있다고 할 것이다. 과실에 있어서 의사연결이 관념을 논할 수 없으므로 고의범과 같이 공동정범이 있을 수 없다」고 판시하였다.

이 판결에서 대법원은 과실범의 공동정범을 부정하면서 그 근거를 밝히고 있다. 즉 공동정범이 있을 수 없다는 것이다. 이는 형법 제30조 공동정범 규정에 대해 고의범에 한정하여 적용되는 것으로 해석하는 입장이다.

(3) 대법원 1986. 5. 27 판결

군용운전의 운전병이 선임탑승자의 지시에 따라 철도선로를 무단횡단 중 운전부주의로 그 차량이 손괴되어 업무상 과실운용물 손괴의 죄로 기소된 사안에 관하여 「원판시 군용자동차는 그 운전병이 선임탑승자인 피고

인의 지시에 따라 사고지점의 철도선로를 무단횡단하여 피고인의 집에 들렀다가 귀대하기 위해 다시 돌아가던 중 도중에 위 운전병의 운전부주의로 사고지점 철도변의 배수로에 앞바퀴가 빠졌던 것이고 그로 인하여 철도선로에 도출된 차량의 일부분이 때마침 그곳을 통과하던 화물열차에 부딪혀 손괴되었던 것이므로 그 손괴의 결과가 피고인이 사고지점을 횡단하도록 지시한 과실에 의한 것이라고 볼 수는 없고 피고인이 운전병을 지휘 감독 할 책임 있는 선임탑승자라 하여 그 점만으로는 곧 피고인에게도 손괴의 결과에 대한 공동과실이 있는 것이라고 단정할 수 없다..... 원심이 균용물 손괴의 피고인의 과실을 인정할 수 없다 하여 무죄판단을 하였음은 정당하고 과실범의 공동정범에 관한 범리오해의 위법이 없다」라고 판시하였다¹¹²⁾.

(4) 대법원 1992. 3. 10 판결

함께 술을 마시던 피해자가 갑자기 총을 들어 자신의 머리에 대고 쏘는 소위 ‘러시안 룰렛게임’을 하다가 사망한 경우 이를 제지하지 못한 동석자에 대하여 중과실 치사죄의 죄책을 부인한 사례로 「경찰관인 피고인들은 동료 경찰관인 甲과 피해자 乙과 함께 술을 마셔 취하여 있던 중 갑자기 위 甲이 총을 꺼내 乙과 같이 총을 번갈아 자기의 머리에 대고 쏘는 ‘러시안 룰렛게임’을 하다가 乙이 자신이 쏜 총에 맞아 사망한 경우 피고인들은 위 甲과 乙이 ‘러시안 룰렛게임’을 함에 있어 甲과 어떠한 의사연결이 있었다거나 어떠한 원인행위를 공동행위를 한 바가 없고 다만 위 게임을 제지하지 못하였을 뿐인데 보통사람의 상식으로서 함께 수차에 걸쳐 흥겹게 술을 마시고 놀았던 일행이 갑자기 자살행위와 다른없는 위 게임

112) 법원공보, 제779호, p.34.

을 하리라고는 쉽게 상상할 수 없는 것이고(신뢰의 원칙), 게다가 이 사건 사고는 피고인들이 “장난치지 말라”며 말로 위 甲을 만류하던 중에 순식간에 일어난 사고여서 飲酒滿醉하여 주의능력이 상당히 저하된 상태에 있던 피고인으로서는 미처 물리적으로 이를 제지할 여유도 없었던 것임으로 경찰관이라는 신분상의 조건을 고려하더라도 위와 같은 상황에서 피고인들이 이 사건 ‘러시안 룰렛게임’을 즉시 물리적으로 제지하지 못하였다 한들 그것만으로는 위 甲의 과실과 더불어 중과실 치사죄의 형사상 책임을 지울만한 위법한 주의의무위반이 있었다고 평가할 수 없다」고 판시하고 있다.

지금까지는 조선고등법원에서 시작으로 우리나라 대법원에 이르기 까지 과실범의 공동정범을 부정했던 사례들을 정리한 내용을 살펴보았다.

II. 判例의 變更

1. 일본판례

판례가 변경되면서 과실범의 공동정범을 긍정한 이후 판례를 살펴보기로 한다.

1953년 1월 23일 有毒飲食物取締額 위반사건을 판결하게 되면서 부정하였던 과실범의 공동정범에 대하여 인정하면서 학자들 사이에 과실범의 공동정범에 따른 논의가 다른 각도에서 다시 시작되었다. 이후 과실범에 있어서도 공동정범이 성립할 수 있다는데 대하여 그 입장을 유지하고 있고 다만 개별사건에서 공동정범이 성립되기에 불충분하여 그 성립이 부정되는 경우도 있다.

(1) 最高裁判所 1953. 1. 23 判決

피고인 甲과 乙 兩人이 공동경영하는 음식점에서 피고인 甲과 乙 兩人의 공동과실로 인하여 법정 제외량 이상의 메탄올이 함유된 음식을 손님에게 판매하여 사상에 이르게 한 사건에 대하여 「원판결은 피고인 甲과 乙 兩人이 공동경영을 하고 있는 출처 불확실한 액체를 손님에게 판매할 때에는 메탄올이 함유되어 있는가 아닌가를 충분히 검사하고서 판매하지 않으면 안된다고 하는 의무가 있다고 판시하고, 피고인 등은 누구도 부주의로 이 의무를 게을리하여 필요한 검사도 하지 않고, 상기 액체에는 법정 제외량 이상의 메탄올을 함유하고 있지 않다고 경신하여, 이것을 손님에게 판점에 있어서 有谷飲食物 등 取締令 제4조 1항 후단에 “과실로 인하여 위반하는 것”에 해당한다고 인정된다. 따라서 원판결의 확정에 의하여 위 음식물은 피고인 兩人이 경영하고 있고, 위 액체의 판매에 대하여도 피고인 등은 그 의사를 연결하여 판매했다고 할 수 있기 때문에, 피고인인 兩人 사이에 공범관계를 인정하는 것이 상당하다」고 판결¹¹³⁾하고 있다.

(2) 京都地方 裁判所1965. 5. 10 判決

열차 건널목에서 근무하는 甲은 건널목 부근의 교통상태를 돌아보거나 대기소 내의 표시기를 확인하고 노상에 물을 뿌리는 일을 하느라, 접근하고 있는 열차에 대하여 주의경계를 하지 않았고, 甲과 함께 근무하는 乙은 표시기가 정상적으로 작동하고 있다고 쉽게 믿어 그것만을 생각하고 접근방향에 대한 주의를 태만히 하여 경적에도 주의를 기울이지 않았기

113) 最判昭和 28.1.23, 刑集7권 1호, p.30.

때문에 약 2분 늦게 대기소로 오고 있는 열차에 신경을 쓰지 않았고 열차가 대기소 도착 전 수십 미터 내에 접근한 때에야 간신히 알았지만, 그때 이미 대기소에 진입한 승용차에 열차가 충돌하여 승용차 내의 A, B가 사망한 사건이다.

여기서 법원은 피고인 각자에게 업무상 과실치사죄의 공동정범을 인정하였다. 여기서 京都地方 裁判所는 甲과 乙은 열차 건널목 근무자로서 접근하는 열차에 대한 주의를 기울일 의무가 있다고 전제하고 각자가 그러한 주의의무를 태만히 하여 충돌사고가 발생하였으므로 그 범익침해의 의무는 각자에게 歸責된다고 하였다. 과실범의 공동정범이 성립하는 근거가 되는 것은 주의의무 위반행위의 공동이라고 보는 것을 알 수 있다.

(3) 名古屋高等裁判所 1986. 9. 30 판결¹¹⁴⁾

같은 철강소의 피고인 甲과 乙이 그 철강소가 청부받은 음식점의 식당 확장 공사에서 철재의 전기용접 작업을 하다가 발생한 복사열 혹은 불꽃 등에 의하여 본 사건 건물에 화재가 난 사건이다.

여기서 名古屋 高等裁判所는 「피고인 兩者가 행한 본 건 용접작업은 독립없이 동일기회에 동일장소에서 철재를 용접고정한다고 하는 하나의 目的에 해당하는 작업을 거의 대등한 입장에서 교대로 1인이 용접하면 다른 1인이 감시한다고 하는 방법으로 2인이 일체가 되어 협력하여 행한 것이며 또한 被告人 兩者 사이에는 미리 차단장치를 강구하지 않은 채로 본 건 용접작업을 시작하였고 작업 중에 1인이 용접하고 1인이 감시하여 작업 종료 후에 용접 부분에 한 통의 불을 부었다면 화재의 염려가 없다..... 相互 意思連結하에 공동하여 본 건 용접 작업을 수행하였던 것으로

114) 日名古屋高裁 1986.9.30(判例時報, 1224호, p.137).

로 인정된다..... 이와 같은 경우 피고인 兩者는 공동의 주의의무 위반행위의 소산으로써 본 건 화재에 관해서 업무상 실화죄의 동시범이 아니라 그 공동정범으로서의 책임을 부담할 수 있는 것으로 이해하는 것이 상당하다」고 판시하였다.

여기서 피고인 兩者의 과실범의 공동정범이 성립한다고 하는 근거는 공동의 주의의무 위반 행위의 공동이라고 한다. 즉 동일기회에 동일장소에서 철제를 용접한다는 하나의 目的을 거의 대등한 입장에서 협력하여 행하였으므로 용접작업에 따른 화재를 방지할 주의의무가 兩者에게 공동으로 있고 부주의로 화재를 발생시켰다면 주의의무 위반행위의 공동을 인정할 수 있어 과실범의 공동정범이 된다는 것이다.

(4) 東京地方 裁判所 1992. 1. 23판결¹¹⁵⁾

世田谷통신케이블 화재 사건에 있어서 東京地方裁判所는 “현실적 가능성이 있는 화재의 원인은 피고인 모두에 의한 작업에 의한 것이고, 감정 결과도 이것을 뒷받침하는 점 등의 사실을 종합하여 볼 때 본 건 화재의 원인은 피고인 모두가 오른쪽 현장에서 작업을 한 후 피고인 중 누군가가 토치램프의 작은 불씨를 완전히 소화하지 않았던 것으로 인정된다”고 하고 “여러 명의 작업원이 몇 개의 토치램프를 사용해서 공동작업을 행하고 잠시 작업을 중단하고 현장으로부터 떨어졌을 때에는 공동작업원 모두는 자기가 사용하고 있던 램프뿐만 아니라 작업에 사용된 모든 램프에 대해서 확실히 소화했는지 여부를 확인하여야 하는 공동의 업무상의 주의의무를 가진다”고 하여 공동작업원인 피고인 모두가 공동주의의무를 이행하지 않고 토치램프의 소화를 충분히 확인함이 없이 그 장소를 떠났다고 하여

115) 日東京地裁 1992.1.23(判例時報, 1419호, p.133).

피고인 모두의 공동과실책임을 인정하고 과실범의 공동정범이 된다고 하였다.

그리고 과실범의 공동정범에 대해 “본 건과 같이 사회생활상 위험이 따르는 중요한 결과가 발생하는 것이 예상된 경우에 있어서는 相互利用·補充에 의한 공동의 주의의무를 가지는 공동작업자가 있고 또 그 공동작업자간에 그 주의의무를 태만히 한 공동정범의 성립을 인정하고 발생한 결과 전체에 대해서 공동정범자로서의 형사책임을 묻는 것은 형법상의 책임주의에 반하는 것이 아니라고 사료된다”고 판시하였다.

이 판례에서는 과실범의 공동정범의 성립요건에 대해서 밝히고 있다. 즉 相互利用·補充에 의한 공동의 주의의무와 그러한 주의의무 위반행위의 공동이 인정되면 공동자 전원에 대해 과실범의 공동정범의 성립을 인정할 수 있다고 하는 것이다.

그리고 이때에는 발생한 결과 전체가 각 행위자에게 歸責되는데 그것이 형법상의 책임주의에 반하지 않는다고 하였다.

2. 우리나라 판례

판례가 변경되므로 인하여 과실범의 공동정범을 인정한 판례를 살펴보고자 한다.

1962년 3월 29일 판결을 통해서 종래의 부정하였던 입장을 변경하여 과실범의 공동정범을 인정하였고 지금까지 과실범의 공동정범에 대하여 긍정적인 입장을 유지하고 있다. 다만 개별적인 사건에서 그 사실 관계에 따라 과실범의 공동정범이 성립하지 않는다고 본 판례도 있다.

그러나 최근에 와서는 명확한 근거제시도 없이 과실범의 공동정범의 성립범위를 넓히고 있는 실정이다.

대법원이 과실범의 공동정범 성립여부에 대하여 근본적인 입장 변경을

하려면 전원합의체에서 결정하여야 함에도 불구하고 앞으로 살펴볼 사건(소위 ‘그래도 가자’사건)의 경우 과실범의 공동정범을 인정하는 판결을 하면서도 3인으로 구성된 부에서 결정하였다는 점에서 법률적 하자가 지적되고 있는데 이러한 판례를 중심으로 한때 떠들썩하게 문제되었던 삼풍백화점 사건의 판례와 성수대교의 붕괴 사건 등 몇몇 판례들을 보도록 한다.

(1) 대법원 1962. 3. 29 판결

트럭운전사 甲은 荷主 乙과 함께 옥천에서 구입한 장작을 싣고 대전으로 가던 중 검문소 앞에 이르렀다. 검문 경찰관 丙이 전지를 들고 정차신호를 하므로 운전사 甲은 감속하여 서행하면서 정차조치를 취하던 중 옆에 앉아 있던 荷主 乙은 장작 搬出證이 없어 단순히 검문을 피할 목적으로 “그대로 가자”고 하였고, 이에 甲은 다시 속력을 내어 달렸다.

한편 그 순간 검문경찰관 丙은 이미 검문을 위하여 화물트럭위이케 올라와있는 상태였는데 트럭이 속도를 내어 달리게 되자 丙은 우측 차장 유리 대신 매어둔 담요자락을 붙잡고 150M 가량 매달려 가다가 추락하여 트럭 뒷바퀴에 치여 사망하였다.

대법원은 형법 「제30조에서 “공동하여 죄를 범한 때”의 “죄”는 고의범이고 과실범이고를 불문한다고 해석하여야 할 것이고 따라서 공동정범의 주관적 요건의 공동의 의사도 고의를 공동으로 가질 의사임을 필요로 하지 않고 고의행위이고 과실이고 간에 그 행위를 공동으로 할 의사이면 족하다고 할 것이므로 2인 이상이 어떠한 과실행위를 서로의 의사연결 아래 하여 범죄 되는 결과를 발생케 한 것이라면 여기에 과실범의 공동정범이 성립되는 것이다」라고 하여 트럭운전사 甲과 荷主 乙에게 業務上 過失致

死罪의 공동정범을 인정하였다.

본 판례는 대법원이 과실범의 공동정범을 처음으로 긍정한 예이다. 여기서 대법원은 공동정범의 주관적 요건인 공동의 의사는 고의행위이고 과실행위이고 간에 그 행위를 공동으로 할 의사이면 족하다고 하여 행위공동설을 공동정범 판단의 기초로 삼고 있음을 밝혔다.

(2) 대법원 1979. 8. 21 판결¹¹⁶⁾

군의 짚차 운전병 甲과 선임탑승자 乙은 주점 앞에 차를 세워 놓고 들어가 각각 소주2홉 이상을 마신 뒤 취한 상태에서 다시 차를 몰고 가다가 운전병 甲이 차량의 전조등에 현기증을 일으켜 전후좌우를 제대로 살피지 못하고 앞에 가던 자전거와 뒤에 있던 자가용 승용차와 트럭 등을 들이받아 재물을 손괴한 사건이다.

이 사건에 대해서 대법원은 “원심판결 이유에 의하면 피고인 乙은 제1심 공동피고인 운전병 甲이 운전하던 이 사건 짚차의 선임탑승자로서 이 운전병의 안전운행을 감독하여야 할 책임이 있는 것으로 운전병 甲이 차량운행 중 음주를 한다면 이를 적극 제지하여야 할 뿐만 아니라 동인이 안전운행을 할 수 있을 정도로 술에서 깰 때 까지는 운전을 하지 못하도록 할 주의의무가 있음에도 불구하고 오히려 운전병을 데리고 주점에 들어가서 각각 소주 2홉 이상을 마신 다음 이를 운전케 한 결과, 위 운전병 甲이 음주로 인하여 취한 탓으로 차량의 전조등에 현기증을 느껴 전후좌우를 제대로 살피지 못한 결과 본 건 사고가 발생한 것이라는 것을 인정하고 공동정범에 관한 형법 제30조를 적용하여 피고인을 다스리고 있다.”고 하면서 “형법 제30조의 ‘공동하여 죄를 범한 때’의 ‘죄’라 함은 고의범

116) 대법원 1979. 8. 21, 79도 1249(대법원 판결집 제27권 2집, 형83).

이고 과실범이고를 불문한다고 할 것이고 따라서 두사람 이상이 어떠한 과실행위를 서로의 의사연결하에 이룩하여 범죄되는 결과를 발생케 한 것이라면 여기에 과실범의 공동정범이 성립된다고 볼 것이므로 원심이 같은 취지에서 위 인정사실에 기초하여 피고인을 과실범의 공동정범으로 다스렸음은 정당하다”고 판시하였다. 여기서도 대법원은 과실범의 공동정범을 긍정하고 있는데 그 근거는 역시 행위공동에 있다고 하였다.

따라서 이 사건에 있어서도 각자의 법적지위, 즉 주의의무의 내용에 대해서는 고려하지 않고 있다.

(3) 대법원 1994. 3. 22 판결¹¹⁷⁾

화재로 건물이 완전히 붕괴된 사건으로 제1심이나 원심은 “건문 신축공사의 설계자인 원심공동피고인 A가 설계도서를 작성함에 있어서 설계구조 도면상 기둥의 단면이 받는 콘크리트 압축강도를 기준강도에 훨씬 못미치게 설계하여 시공하게 한데다가 피고인 B와 피고인C 및 공소의 D, E, F 등이 함께 실제로 공사를 행함에 있어서도 부실하게 공사를 하여 안전성을 크게 저하시켜 화기에 견디지 못하도록 시공하였다. 그리하여 이 사건 건물의 1층 상가 중앙부분에서 화재가 나자 위와 같은 설계도서 작성상의 문제점과 부실시공으로 안전성이 크게 떨어진 건물 중심부의 취약한 기둥 1개 이상이 불에 타고 안전율이 저하되어 붕괴되면서 주변 인접기둥 4개에 축력이 가중됨과 동시에 연쇄적으로 붕괴가 확산되어 건물이 완전히 붕괴된 것이다”라고 하였는데 대법원은 “원심이 유지한 제1심 판결이 채택한 증거를 기록과 대조하여 검토하여 보면 피고인 B에 관한 제1심이나 원심의 위와 같은 인정판단은 정당한 것으로 수긍이 되

117) 대법원 1994. 3. 22, 94도 35(법원공보 제968호, p.139).

고..... 부실한 시공이 이 사건 건물이 붕괴하게 된 한 원인이 된 것으로 밝혀진 이상 원심이 소론과 같이 어떤 사람이 무엇을 하다가 어느 기둥에 불이 붙어 이 사건 건물에서 화재가 일어난 것인지를 밝히지 아니하였다 고 하여 원심판결에 소론과 같이 이유를 제대로 갖추지 못한 위법이 있다고 볼 수 없다”고 하면서 「형법 제30조 소정의 ‘2인 이상이 공동으로 죄를 범한 때’의 ‘죄’에는 고의범 뿐만 아니라 과실범도 포함되는 것으로서 이 사건의 경우 피고인 B와 공소외 D 및 원심공동피고인 A 등은 각자가 협력하여 이 사건 건물을 안전하고도 견고하게 신축하여야 할 주의의무가 있었을 뿐만 아니라 서로 의사를 연결하여 이 사건 건물을 신축하였던 것이므로 이들 사이에 형법 제30조 소정의 공동정범의 관계가 성립한다고 보아야 할 것이다」고 판시하였다.

이 관례에서도 과실범의 공동정범은 긍정되고 있다. 그러나 그 근거는 종래와 차이를 나타내고 있다. 각 관여자의 행위의 공동 뿐 아니라 공동의 주의의무라는 개념을 동원한 것이다. 즉 「이 사건 건물을 안전하고도 견고하게 신축하여야 할 주의의무」가 각 관여자에게 있었다고 보는 것이다.

이 사건은 범익침해라는 결과발생에 영향을 미치는 사실관계의 범위가 넓고 각 피고의 개개인에게 결과발생의 결과책임이 있다고 하기 어려운 경우이다. 여기서 대법원은 어느 한 과실만으로는 이 사건 건물의 붕괴사고에 이를 수 없지만 여러 사람의 과실이 경합하여 崩壞原因이 되었다고 하고 그 공동자 사이에 공동의 주의의무가 있었다고 하여 과실범의 공동정범이 성립한다는 것이다. 그러나 여기서의 공동의 주의의무라는 개념은 명확하지 않다. 「이 사건 건물을 안전하고도 견고하게 신축하여야 할 주의의무」라고 하여 그 범위가 포괄적이어서 각자의 구체적인 주의의무의 내용과 한계를 고려하지는 않았다고 생각된다.

(4) 대법원 1996. 8. 23 판결¹¹⁸⁾

삼풍백화점에서 고객과 직원들이 있는 시간에 냉각탑 이전설치 공사와 5층 식당 공사를 진행하던 중에 준공 직후부터 냉각탑이 설치되었다가 이동한 경로를 중심으로 균열이 장기간 지속적으로 성장하던 이 사건 건물이 계속적인 균열의 진행에 따라 슬레브가 편칭전단에 견딜 수 있는 내력을 점차 상실하면서 전단파괴현상이 연쇄적으로 일어나 기둥들이 절곡되면서 슬레브가 붕괴되고 그로 인한 충격으로 건물전체가 연쇄적으로 붕괴되어 많은 사상자를 낸 사건이다.

판례는 건물붕괴의 원인이 건축계획의 수립, 건축설계, 건축공사공정, 건물완공 후의 유지관리에 있어서의 과실이 복합적으로 작용한 데 있다고 보아 각 단계별 관련자들을 업무상 과실치사상죄의 공동정범으로 처단하였다.

판례가 실시한 이유를 보면 일반적으로 건물은 설계, 시공, 유지·관리의 세가지 요소가 결합되어 건축되고 사용되는 것이며, 건물이 수명을 유지하기 위해서는 설계자의 빈틈없는 계획 및 설계, 건설업자의 완벽한 시공, 건축주에 의한 철저한 건물의 유지·관리라는 세가지 조건이 합치되어야 하는 것이므로 각 단계에서의 과실이 그것만으로는 붕괴원인이 되지 못한다 하더라도 그것이 합쳐지면 건물이 붕괴될 수 있다는 점은 쉽게 예상할 수 있으며 설계, 시공, 유지·관리의 각 단계에 관여하는 자는 전혀 과실이 없다거나 과실이 있다 하더라도 건물붕괴의 원인이 되지 않았다는 등 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 붕괴에 대한 공동책임을 면할 수 없는 것이라고 한다.

본 사안에서 건물붕괴라는 침해결과에 대한 방지는 설계자의 완벽한 설

118) 대법원 1996. 8. 23. 96도 1231. 동 사건에서 과실범의 공동정범의 문제는 이미 하급심 단계에서 해결되어진 것으로 보인다.

계나 시공자의 완벽한 시공, 또는 유지·관리자의 완벽한 유지가 모두 이루어졌을 때에만 가능하다. 즉 본 사안에서 결과의 발생은 어느 한사람이 행위를 하지 않았다는 것이 건물붕괴에 대한 원인이 된 것이 아니라 다른 사람들이 각 단계에서 그들에게 요구되는 주의의무를 성실히 이행하지 아니하였다는 점과 불가분적으로 결합함으로써 이루어진 것이다. 이 경우에는 각 단계에서의 過失關與者들에게 건물붕괴 방지를 위해 요구되는 주의의무 위반의 공동이 있으면 그들이 각각의 과실행위를 전체에게 요구되는 주의의무로서 매개하여 하나로 평가할 수 있다.

(5) 대법원 1997. 11. 28 판결¹¹⁹⁾

성수대교의 붕괴로 당시 그 위를 지나가던 차량이 한강에 떨어졌고 이에 타고 있던 사람들이 사상에 이른 사건이다.

이에 대해 대법원은 원심이 인용한 제1심 판결에서 “이 사건에는 다음과 같은 여러 원인이 겹쳐있다. 이 사건 교량은..... 용접이 불량하게 되었고.... 트러스가 부실하게 제작되었다. 뿐만 아니라 현장시공 과정에서..... 부실하게 시공되었다.

설계자에게도.... 설계상의 과실이 있었다.

한편 이 사건 교량은 완공 후 시트러스와 에스트러스의 접속부분 상판에 설치되어 있는 신축이음장치가 1990년 이후 50여회나 파손되어 보수한적이 있으며... 크로스빔이 이탈되고 브라켓이 파손되는 등 사고가 빈발하여 교량의 구조적 하자를 감지할 수 있었으며 따라서 이러한 하자로 인한 교량 자체의 붕괴위험성을 충분히 예견할 수 있었을 뿐만 아니라..... 차례로 균열이 발생하여 성장하고 있었음에도 불구하고 위 교량의 유지관리

119) 대법원 1997. 11.28, 97도 1740(판례공보 98, p.185).

및 보수를 담당하고 있던 서울특별시 도로국 산하 동부건설 사업소장인 피고인 A, 위 사업소 보수 1과장으로서는 보수 2과장의 업무를 겸직하고 있던 피고인 B, 보수 2과 시설 2개 직원인 피고인 C, D, E, 보수 2과 시설 2계장인 F 등의 일일점검 및 정기점검을 철저히 시행하지 아니한 과실로 위 교량의 균열 및 부식진행상태를 발견하지 못하고 지나쳐 버리고 1994년 1/4분기 정기점검시..... 방치시에는 트러스 및 교량상판 슬라브의 피로누적으로 인한 파손이 증대되어 사고가 발생할 우려가 있음을 발견하고도 서울특별시에 안전진단을 요청하지 아니하였으며 설계표준 하중을 초과하는 차량의 통행 제한을 서울특별시에 요청하는 등 필요한 조치를 취하지 아니하였다. 한편 서울특별시 도로국 도로시설과장인 피고인 甲, 도로시설과 시설계장인 乙은 1993년 6월 1일 위 동부건설 사업소로부터 성수대교를 정밀안전진단을 받을 수 있는 중점관리대상으로 선정해 달라는 건의 공문을 받고도 이를 받아들이지 않고 도로시설과장인 피고인 丙(피고인 甲의 후임이다)은 1994년 위 동부건설 사업소로부터 성수대교를 안전진단 대상교량으로 선정하여 달라는 건의를 받고도 이를 받아들이지 아니하였다. 위 피고인들의 위에서 본 바와 같은 도로유지관리상의 과실과 이 사건 트러스의 製作, 施工, 監督상의 여러 가지 과실 및 설계상의 잘못이 겹쳐져서..... 교량 상판일체가 한강으로 떨어지면서 때마침 그곳을 지나가던 자동차 6대도 한강으로 떨어졌다 고 한 원심의 사실인정과 판단은 정당하다고 하면서 “성수대교와 같은 교량이 그 수명을 유지하기 위해서는 건설업자의 완벽한 시공, 제작시공사의 監督 및 유지·관리를 담당하고 있는 공무원들의 철저한 유지·관리라는 조건이 합치되어야 하는 것이므로 위 각 단계에 참여한 자는 전혀 과실이 없다거나 과실이 있다고 하여도 교량붕괴의 원인이 되지 않았다는 점 등의 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 붕괴에 대한 공동책임을 면할 수 없다고 봄이 상당하다.

이 사건의 경우 피고인들에게는 트러스 제작상 시공 및 감독의 과실이 인정되고 감독 공무원들의 감독상의 과실이 합쳐져서 이 사건사고의 한 원인을 이루게 되었으며 한편 피고인들은 이 사건 성수대교가 안전하게 건축되도록 한다는 공동의 목표와 의사연결이 있었다고 보아야 할 것이므로 피고인들 사이에는 이 사건 업무상과실치사상 등이 죄에 대하여 형법 제 30조 소정의 공동정범의 관계가 성립된다”고 판시하였다.

이 판례도 과실범의 공동정범을 인정하는데 있어서 “피고인들은 이 사건 성수대교가 안전하게 건축되도록 한다는 공동의 목표와 의사연결이 있었다”고 함으로써 각 행위자들에게 공동정범이 성립한다고 한다. 그러나 역시 “이 사건 성수대교가 안전하게 건축되도록 한다”는 의미를 구체적으로 밝히고 있지 않아서 그것을 각 행위자의 공동의 주의의무를 의미한 것인지는 의문이다. 만약 그렇다 하여도 그 내용과 한계가 포괄적이어서 각 행위자에게 결과책임을 귀속시킬 근거로서의 공동의 주의의무라고 할 수 있을지 또한 의문이다. 그리고 만약 행위공동설의 입장에서 과실범의 공동정범을 인정한다고 한다면 법적 의무에 대한 고려 없이 범익침해의 결과를 귀속시킬 수 있겠는가의 의문이 제기된다.

Ⅲ. 最近 判例의 傾向

지금까지 일본과 우리나라의 대법원 입장을 부정하는 판례와 긍정했을 때의 입장으로 나누어 살펴보았다.

결국 과실범의 공동정범의 부정하는 판례와 긍정하는 판례를 살펴보면 대법원은 과실행위를 공동으로 하고, 주의의무위반을 공동으로 하고 있다면 과실범의 공동정범의 성립을 긍정하고 있음을 알 수 있다. 반면에 과실범의 공동정범의 성립을 부정하는 입장의 판례를 살펴보면, 공동행위자

가 과실행위를 공동으로 하였다고 하더라도 주의의무위반의 공동과 관련하여 공동행위자 사이에 부주의의 정도에 있어 현저한 차이를 드러내고 있는 경우에는 주의의무위반의 공동을 부정하여 과실범의 공동정범의 성립을 부정하고 있음을 알 수 있다.

과실범의 공동정범에 관하여 인정되는 판례인 성수대교 붕괴사건에 관한 판결에서 대법원은 “성수대교와 같은 교량이 그 수명을 유지하기 위하여는 건설업자의 완벽한 시공, 감독 공무원들의 철저한 제작시공상의 감독 및 유지·관리라는 조건이 합치되어야 하는 것이므로, 위 각 단계에서의 과실 그것만으로 붕괴원인이 되지 못한다 하더라도, 그것을 합치면 교량이 붕괴될 수 있다는 점은 쉽게 예상할 수 있고, 따라서 위 각 단계에 관여한 자는 전혀 과실이 없다거나 과실이 있다고 하여도 교량붕괴의 원인이 되지 않았다는 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 붕괴에 대한 공동책임을 면할 수 없다”고 판시하였다¹²⁰⁾.

여기에서 피고인들에게는 트러스제작상, 시공 및 감독의 과실이 인정되고, 감독공무원들의 감독상의 과실이 합쳐져서 이 사건·사고의 한 원인이 되었으며, 역시 被告人들은 이 사건 성수대교를 안정하게 건축되도록 한다는 共同의 目標와 意思連絡이 있었다고 보아야 할 것이므로, 피고인들 사이에는 이 사건 業務上過失致死傷等罪에 대하여 형법 제30조의 정한 바에 따라 공동정범의 관계가 성립된다고 보아야 할 것이다 라고 하여 기존의 過失犯의 共同正犯을 인정하는 입장을 확인하고 있음을 알 수 있다¹²¹⁾.

다만 이전의 일련의 붕괴사건과 관련한 판례입장과 다소 차이를 보이는 것은 “共同의 注意義務”라는 개념을 사용하여 과실범의 공동정범의 성립요건으로 이를 요구하고 있는 점이라 할 것이다¹²²⁾.

120) 대판 1997. 11. 28. 97도1740.

121) 문정민, 전계논문, p.221.

제2절 判例의 檢討

過失犯의 共同正犯을 부정하는 결론에 의하여, 즉 비판적 입장에서 위 판례들을 검토하고자 한다. 앞서 살펴보았던 판례 중에서 1962년의 “그대로 가자사건”의 판례와 1997년 “성수대교 붕괴사건”만을 가지고 검토해보고자 한다.

① 1962년 3월 29일 “그대로 가자사건”의 판례는 荷主가 “그대로 가자”고 운전사에게 말한 것은 日常生活上으로는 의미를 가질 수 있으나 刑法上으로는 의미가 없다 할 것이다. 그것은 이 의사연락이 과실치사를 하자는 의미를 가진다면 이는 아마 더 이상 과실이 아니라 경찰관을 고의로 살해한 것이 되기 때문이다. 운전사와 하주 사이에는 과실행위의 공동이 없다. 운전사에게는 도로교통법상의 운전자의 주의의무가 부여되어 있으나 운전업무와 직접관계가 없는 하주에게는 그러한 의무가 없다. 만약 하주에 대해서도 대법원판례가 인정하는 것처럼 경찰관의 사망에 대하여 과실이 인정되고 하주의 행위와 경찰관의 사망의 결과 사이에 인과관계가 인정되면 하주도 과실치사죄의 죄책을 진다고 할 수 있다. 그러나 이는 과실범의 공동정범을 인정해서가 아니라 원인된 행위가 판명된 동시범의 이론을 통한 결론이라 할 것이다¹²³⁾.

② 1997년 11월 28일 “성수대교 붕괴사건”에 대한 대법원판례는 “피고인들에게는 제작, 시공 및 감독의 과실이 인정되고, 감독공무원들의 감독상의 과실이 합쳐져서 이 사건·사고의 한 원인이 되었으며, 한편 피고인

122) 전지연, 전계논문, p.33.

123) 이경렬, “전계논문, p.137.

들이 안전하게 건축되도록 한다는 공동의 목표와 의사연락이 있었다고 보아야 할 것이므로 피고인들 사이에는 형법 제30조 소정의 공동정범관계가 성립된다”고 하고 있다. 이로써 대법원은 법률적으로는 형법 제30조에 의해서 그리고 이에 대한 구체적 해석은 소위 행위공동설에서 공동정범의 처벌의 근거를 인정하고 있는 것이다.

그러나 이는 행위공동설을 근거로 했다고 보기 어렵다¹²⁴⁾. 왜냐하면 성수대교 사건의 경우 행위자들의 공동행위에 의한 과실이라기 보다는 오히려 그들의 다양한 과실이 합쳐짐으로써 붕괴사고의 원인이 되었으며, 그것은 오직 건물이나 다리를 안전하게 건축하도록 한다는 공동의 목표만 인정될 뿐 행위공동설에서 말하는 “행위를 공동으로 하였다”는 행위의사의 징표는 없기 때문이다. 그 뿐만 아니라 그러한 공동의 목표가 행위를 공동으로 한다는 것을 의미할 수도 없다. 그 이유는 다리를 안전하게 건축해야 할 목표 내지 공동목표는 범죄성립에 필요한 주관적 의사가 아니며, 더구나 범죄행위 내지 공동범죄행위를 이루는 필요요건이 아니기 때문이다¹²⁵⁾.

124) 허일태, 전계논문, p.146.

125) 문정민, 전계논문, pp.222-223.

제5장 結 論

앞서 살펴본 바와 같이 우리 형법은 제30조를 통하여 “2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다”고 규정하고 있다.

이와 같이 공동정범은 바로 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 경우를 말하며 공동정범의 본질에 관하여 종래에는 공동정범이 무엇을 공동으로 하는가를 기준으로 범죄공동설과 행위공동설이 대립되어 있으며 범죄공동설로 보는가 행위공동설로 보는가에 의하여 결론을 다르게 보고 있었다. 그러나 범죄공동설이나 행위공동설은 지니고 있는 문제점으로 인하여 타당하지 못하다고 보고 있다.

범죄공동설의 문제점은 공동정범관계를 너무 협소하게 평가하며 과실범에 있어서도 고의범과 동일하게 공동의 범행결의를 요구하는 것은 과실범의 단독정범에 있어서는 주의의무의 위반하는 과실행위에 의하여 과실범의 결과가 발생한다고 하면서 과실범의 공동정범에 있어서는 왜 공동의 범행결의를 요구하는 것인가 하는 문제가 제기되므로 타당하지 않다고 할 수 있다. 또한 행위공동설의 경우도 단순한 행위의 공동으로 생각하는 것은 너무나 광범위한 표현이라고 생각되므로 타당하지 않다고 본다.

그러나 오늘날 공동정범에 있어서 구별기준이 되는 것으로서 행위지배설이 통설이며 공동정범은 공동의 의사에 의하여 각자가 분업적으로 역할 분담하여 범행의 전체계획을 상호의존적으로 실행한 기능적 행위지배로 나타난다고 하겠다.

그러므로 앞서 언급한 형법 제30조 규정이 공동정범의 성립범위를 고의범이나 과실범에 한정하고 있다고 하는 것이 아닌 한 이 규정을 근거로 공동정범이 과실범에서는 인정될 수 없다고 할 수는 없겠다. 또한 기능적

행위지배를 공동정범의 본질이라고 볼 경우 그 논의의 대상을 고의범에 한정하고 있다.

여기에서 행위지배의 전제가 되는 범행결의는 처음으로 과실범의 정범 요소가 아니므로 과실범의 공동정범은 공동의 의무를 과실로 공동위반하는 것이라고 본다. 또한 고의범이나 과실범이나가 먼저 결정되고 그 다음에 단독정범이나 공동정범이나가 결정되는 것인 만큼 행위지배라는 고의범의 공범요소를 가지고 과실범에 공동정범이 가능한지 여부를 판단할 수는 없을 것이다. 과실범에서는 과실범의 공동요소, 즉 주의의무를 기준으로 판단하여야 할 것이다. 그렇다면 과실범의 공동정범은 기능적 행위지배가 아니라 주의의무와 관련된 모습으로 나타날 것으로 본다.

즉 과실범의 공동정범을 부정하면 다수인의 과실행위공동의 경우에 행위전체에 대해서는 법익침해결과와 인과관계가 인정되나 각 개별적으로는 인과관계가 인정되지 않고 동시범의 특례규정도 적용되지 않아 처벌되지 않는 경우가 발생하게 된다. 설령 동시범에 따른 특례규정으로 처벌하는 것은 각 개별행위자에게 구체적으로 어떠한 불법비난이 인정되는지 불분명한 문제가 있고 각 행위자의 공동작용을 확인하면서도 각자를 단독범으로 처벌한다는 점에서 현실과는 동떨어 진다고 볼 수 있다.

이에 따라 과실범의 공동정범을 인정하는 판례가 그 성립요건에 대한 명확한 기준을 제시함이 없이 그 인정범위를 상당한 규모로 넓히고 있는 것을 볼 때 과실범의 공동정범의 성립요건에 대한 논의를 활발히 하기 위해서라도 우선 과실범의 공동정범 개념은 인정되어야 한다고 본다.

과실범의 공동정범에 있어서도 공동정범의 효과인 “일부실행·전부책임”이 적용되므로 그러한 효과가 인정되기에 합당한 실질적인 기초 내지 계기가 필요하다. 따라서 과실범의 공동정범은 과실범의 본질과 그 공동성에 근거를 두고 성립되어야 한다. 따라서 그 성립요건을 생각해 보면

공동의 주의의무와 그 위반행위의 공동이라 하겠다. 과실범의 본질은 주의의무위반이며 행위자 각자의 주의의무위반은 개별적으로 검증되는 것이므로 각 행위자 모두에게는 우선 주의의무가 있다는 것이 전제되어야 한다. 그리고 공동정범은 발생한 결과에 대하여 공동의 책임을 인정하는 것이므로 그러한 책임귀속을 위해서 각 행위자의 법적 지위와 그에 따른 주의의무는 동일하여야 할 것이다.

과실범의 공동정범을 인정할 수 있다면 이에 대하여 적극적으로 과실범의 공동정범의 성립요건을 논의함으로써 판례에 의한 과실범의 공동정범 범위가 근거 없이 확대되는 것을 방지하고 또한 과실공동의 경우에 대한 정당한 형법적 평가가 이루어지도록 하여야 할 것이다.

조금 더 연구의 폭을 넓혀 실로 판례에 따라 긍정되었던 것을 중심으로 과실의 공동을 인정하는데 있어서 확실한 형법적 평가의 지침이 필요하다고 하겠다.

참 고 문 헌

▣ 국내문헌

1. 단행본

- 김일수, 「한국형법Ⅱ」, 박영사, 1993.
-----, 「형법총론」, 박영사, 2006.
박상기, 「형법총론」, 박영사, 2004
배종대, 「형법총론」, 홍문사, 2005.
손해목, 「형법총론」, 법문사, 1996.
신동운, 「형법총론」, 법문사, 2006.
오영근, 「형법총론」, 대명출판사, 2005.
유기천, 「형법학」(총론강의), 일조각, 1996.
이재상, 「형법총론」, 박영사, 2005.
이형국, 「형법총론」, 법문사, 2007.
임 응, 「형법총론」, 법문사, 2006.
정성근, 「신판 형법총론」, 삼지원, 2001.
정영석, 「형법총론」, 법문사, 1987.
황산덕, 「형법총론」, 방문사, 1986.

2. 논 문

- 김고석, “과실범의 공동정범에 관한 연구”, 석사학위논문, 강원대학교 대학원, 2004.

- 김승민, “과실범의 공동정범에 관한 연구”, 석사학위논문, 명지대학교 대학원, 1999.
- 문채규, “과실범의 공동정범에 대한 논증도구로서 기능적 범행지배”, 「법치국가와 형법」, 세창출판사, 1998.
- 박상기, “과실범의 구조”, 고시연구, 1992.7
- 서거석, “과실범의 공동정범”, 「사법행정」, 1991.9.
- 심재우, “과실범의 공동정범”, 고시계, 1980.4,
- , “과실범의 공동정범”, 「고려대 판례연구」 3, 1985. 4..
- 윤경아, “과실범의 공동정범에 관한 연구”, 석사학위논문, 이화여자대학교 대학원, 2000.1.
- 이경렬, “과실범의 공동정범에 관한 일고”, 형사법의 제문제, 삼영사, 1997,
- . “과실범의 공동정범에 관한 일고”, 공범론과 형사법의 제문제
- 이동국, “共同正犯(上)”, 「고시연구」, 1985.
- 이동준, “과실범의 공동정범에 관한 연구”, 청주대학교 대학원 석사학위 논문, 2002.
- 이영우, “과실범과 공범”, 「한국외대외법논집 3」, 1996.12.
- 이용식, “과실범의 공동정범”, 「형사법판례연구」 7, 형사판례연구회 편, 1999.
- 이재상, “과실범이 공동정범”, 「형사법연구」 제14호, 2000.
- 윤경아, “과실범의 공동정범에 관한 연구”, 석사학위논문, 이화여자대학교 대학원, 1999.
- 장관식, “과실범의 공동정범에 관한 연구”, 석사학위논문, 한양대학교 대학원, 2001.

- 전지연, “과실범이 공동정범”, 「형사법연구」 제13호, 2000.
- 정영일, “과실범이론의 현대적 상황” 「법철학과 형법의 제문제」, 1898.
- 정영석, “과실범의 공동정범”, 「연세논총 10」, 1973.9. p.296.
- 정진연, “과실범의 공동정범”, 숭실대학교 법학논총 8, 1998.2.
- 진계호, “과실범의 공동정범”, 고시계 1989.7.
- 허일태, “과실범의 공동정범에 대한 판례의 변천”, 「志松李在祥教授華甲
紀念論文集」, 2003.
- , “과실범의 공동정범에 대한 판례연구”, 「인권과 정의 275」
1997.7.

▣ 외국 문헌

- 日最判 1953. 1. 23 判決. 刑集 제7권 1호.
- 福田 平, 「過失犯の共同正犯」(福田 平·大 仁, 基礎演習 刑法,
1991).
- 日越谷間裁, 1976.10.25(裁判所 時報 864호)
- 水戸地裁, 1996.2.26 刑事部判決(判例時報 1568호, p.147).
- 最判昭和 28.1.23, 刑集7권 1호, p.30.
- 日名古屋高裁 1986.9.30(判例時報, 1224호, p.137).
- 日東京地裁 1992.1.23(判例時報, 1419호, p.133).
- 朝高法 1992.5.22, 刑集9권 74호, p.54).
- 下村康正, “過失犯の 共同正犯と 同時犯”, 刑法總論の現代的諸問題,
1980, p.185.
- 内田文昭, 「刑法における過失共同の理論」, 1973, p.40.

Claus, Roxin, Täterschaft und Täterschaft, 3. Aufl., Walter de Gruyter 1978.

Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht A. T (Teilband 2.), 5. Aufl., 1978.

Rudolphi/Horn/Samson, *SK zum StGB Band I* (6. Aufl., Luchterhand, Berlin, 1993), § 25, Rn. 127

Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969. p.130.

Johannes Wessels, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 27. Aufl. 1997 Rn. 526.

저작물 이용 허락서

학 과	법	학 번	20047021	과 정	석사
성 명	한글: 이상용 한문 : 李相龍 영문 : Lee Sang Young				
주 소	광주 광역시 서구 풍암동 새한센시빌 105-101				
연락처	E-MAIL : dra7206@naver.com				
논문제목	한글 : 過失犯의 共同正犯에 관한 研究 영문 : A Study on the Complicity in the Criminal Negligence				

본인이 저작한 위의 저작물에 대하여 다음과 같은 조건아래 조선대학교가 저작물을 이용할 수 있도록 허락하고 동의합니다.

- 다 음 -

1. 저작물의 DB구축 및 인터넷을 포함한 정보통신망에의 공개를 위한 저작물의 복제, 기억장치에의 저장, 전송 등을 허락함
2. 위의 목적을 위하여 필요한 범위 내에서의 편집·형식상의 변경을 허락함. 다만, 저작물의 내용변경은 금지함.
3. 배포·전송된 저작물의 영리적 목적을 위한 복제, 저장, 전송 등은 금지함.
4. 저작물에 대한 이용기간은 5년으로 하고, 기간종료 3개월 이내에 별도의 의사표시가 없을 경우에는 저작물의 이용기간을 계속 연장함.
5. 해당 저작물의 저작권을 타인에게 양도하거나 또는 출판을 허락을 하였을 경우에는 1개월 이내에 대학에 이를 통보함.
6. 조선대학교는 저작물의 이용허락 이후 해당 저작물로 인하여 발생하는 타인에 의한 권리 침해에 대하여 일체의 법적 책임을 지지 않음
7. 소속대학의 협정기관에 저작물의 제공 및 인터넷 등 정보통신망을 이용한 저작물의 전송·출력을 허락함.

동의여부 : 동의(○) 조건부 동의() 반대()

2007 년 12 월 10 일

저작자: 이 상 용(서명 또는 인)

조선대학교 총장 귀하