

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

• 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리, 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지, 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 <u>이용허락규약(Legal Code)</u>을 미해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer 🖵





2008 년 8 월 碩士學位 論文

强盜罪에 관한 硏究

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

朴宰賢

强盜罪에 관한 硏究

A Study on the Robbery

2008년 8월 24일

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

朴宰賢

强盜罪에 관한 硏究

지도교수 김 종 구

이 논문을 법학 석사학위신청 논문으로 제출함 2008년 4월

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

朴宰賢

朴宰賢의 碩士學位論文을 認准함

 委員長 朝鮮大學校 教授

 委員 朝鮮大學校 教授

 委員 朝鮮大學校 教授

2008년 5월

朝鮮大學校 大學院

朴宰賢의 碩士學位論文을 認准함

2008년 5월

朝鮮大學校 大學院

<目次>

ABSTRACT

제 <i>1</i> 장 서론1
제 <i>1</i> 절 연구의 목적 ···································
제 2 절 연구의 범위와 방법
제 <i>2</i> 장 강도죄의 개관4
제 1 절 강도죄의 의의와 성격 $\cdots \cdots 4$
1. 의 의4
2. 성 격 ··································
3. 강도죄와 타죄와의 관계·······5
제 2 절 강도죄의 연혁 및 외국의 입법례 $\cdots \cdots 10$
1. 연혁 ···································
2. 외국의 입법례11
제 <i>3</i> 장 일반강도죄14
제 <i>1</i> 절 강도죄의 객체 ·······14
1. 재물 ···································
2. 재산상의 이익20
제 2 절 강도죄의 행위22
1. 폭행·협박의 의미 ··································
2. 폭행·협박의 정도25

3. 폭행·협박 후에 영득의사가 생기는 경우 ···································
4. 심실상실상태에 빠뜨린 뒤에 재물탈취의 의사가 생긴 경우 32
제 <i>4</i> 장 특수강도 <i>3</i> 4
1. 특수강도의 유형 ···································
2. 특수강도죄의 실행의 착수시점 ·······37
가. 문제의 제기
나. 학설의 견해 ···································
다. 특수강도죄의 실행의 착수시기에 관한 판례 ·······························40
라. 검토 ···································
제 <i>5</i> 장 준강도죄46
제 1 절 준강도죄의 주체와 행위 $\cdots 46$
1. 준강도죄의 범행 주체 ···································
가. 학설47
나. 소결 ···································
2. 준강도죄의 행위 ···································
가. 폭행·협박의 정도 ···································
나. 폭행·협박의 시점 ···································
제 <i>2</i> 절 준강도죄의 미수 ···································
1. 준강도죄의 본질 ···································
2. 준강도죄의 미수의 판단기준 ·······56
3 -3 S3

나. 대법원 판례의 입장 ···································
3. 준강도죄의 기수·미수에 관한 외국의 이론62
가. 독일62
나. 일본 ···································
<i>4</i> . 검토 ·······65
가. 절취행위기준설에 대해 ···································
나. 폭행·협박기준설에 대해 ···································
다. 결합설에 대해 ···································
5. 소결 ···································
제 6 장 결 론71
參考文獻 ····································

A Study on the Robbery

Park Jae Hyun

Advisor: Prof. Kim Jong-goo Ph. D

Department of Law,

Graduate School of Chosun University

According to the law in force, the object of robbery is gain from fortune excluding property. Due to this, robbery is not crime on ownership that is under the benefit and protection of the law for ownership. but crime on fortune that is under the benefit and protection of the law for fortune. Acquisition of gain from fortune requires other's disposition, but victim cannot perform disposition in condition of robbery that oppresses victim's opinion not to resist by violence or threat. So, the performer cannot have gain from fortune. In case of murdering creditor for waiver of an obligation, Realization of robbery and murder or robbery according to existence of successor is not agreed as it is contrary to the definitude the principle of legality and it harms legal stability. And as real estate, whether it is included in property or gain from fortune, is acquired by disposition, it cannot be the object of robbery. Another reason that gain from fortune cannot be robbery is that it should be distinguished from crime of blackmail. Acquisition of gain from fortune should not extend to the degree of oppression victim's opinion. So to speak, violence or threat of robbery should be not distinguishable from that of blackmailing. Because if violence or threat does not extent to the degree that victim is impossible to resist. robbery does not realize. It is reasonable that the object of robbery is only property and the object of blackmailing is gain from fortune.

In case of special robbery, though robber's trespass on another's premises on purpose is under part of constitutional action, commence of performance cannot be acknowledged as serious danger was not brought about to ownership directly in that point. So, it should be considered with the commence period of performance, and point of step to violence and threat in special robbery. As it can be the point of direct performance that realizes the constitutional condition that recognize the commence of performance in step to violence and threat. and in that point, serious danger seems to be bring about directly to ownership that commence of performance is recognized. Above judgement of the Supreme Court is significant that it suggested definite standard in commence point of performance of special robbery including night housebreaking robbery. But, it seems to make light of basic constitutional condition of robbery comparatively, by emphasizing the balance with similar constitutional condition of night housebreaking robbery.

Next, semi-robbery is independent crime that is similar to robbery. And as sentence for semi-robbery is same as that of robbery, it is indirect evidence that legislator regards illegality and charge of both constitutional condition as same. So, it is reasonable that theft, the subject of semi-robbery includes the attempted theft. Considering that it is an independent crime, with characteristic of semi-robbery, scope of robbery as subject, and violence and threat as performance of the constitutional condition, it is true that semi-robbery and robbery have common constitutional condition of objective commitment of violence and threat to steal property. But time order of violence & threat and stealing distinguish them and constitution of performance should be recognized

as different. Because, the purpose of exemption of arrest and destroying evidences of crime shows this. And it is principle to decide of performance and attempting of semi-robbery according to performance and attempting of violence and threat of robber. And there is no reason to break this principle. So it is reasonable to decide the performance or attempting according to standard of violence and threat like preceding case and contrary concept rather than requiring performance for all regardless of robbery, violence and threat.

제 1 장 서론

제 1 절 연구의 목적

국민의 재산권은 헌법상 보장된 기본권이다. 이 보장은 국가로 하여금 국민의 재 산권을 부당하게 침해할 수 없도록 할 뿐만 아니라 국민도 타인의 재산권을 함부 로 침해하지 못하도록 하는데 그 의의가 있다.

자본주의 경제 질서 아래서 개인의 경제적 활동을 보호하고 개개인이 이활동의 결과로 얻은 재화를 지켜주는 것은 국가가 할 일이며, 법이 지향하는 목표이다. 형 법이 강도죄를 비롯하여 각종 재산 관련 범죄행위를 처벌하고 있는 것은 개인이 향유하는 이러한 헌법상의 재산권을 보호하기 위한 것이라고 할 수 있다.

이러한 재산에 대한 형법적 보호는 주로 재산죄에 관한 규정에 의하여 이루어진다. 이 밖에도 개인의 재산을 보호하는 형벌법규는 방화죄·권리행사방해죄 등이었고, 특허권·저작권 등 무체재산을 보호하는 특허법·저작권법·상표법 등이 형벌에 의해 간접적으로 재산권을 보호하고 있다.

재산죄에 대한 분류만 보더라도 그에 대한 비중이 어느 정도 인지 짐작 할 수 있을 것이다. 즉 재산에 대한 죄를 분류하면 보호법익에 따라 소유권을 보호법익으로 하는 절도죄・횡령죄・손괴죄・장물죄가 있고, 전체로서의 재산권을 보호법익으로 하는 강도죄・사기죄・공갈죄・배임죄, 소유권 이외의 물권과 채권을 보호법익으로 하는 권리행사방해죄로 나눌 수 있다. 또 객체・영득의 유무・침해방법에 따라 그 분류가 다르게 된다. 객체를 기준으로 할 경우 재물을 객체로 하는 재물죄(절도죄 ・횡령죄・손괴죄・장물죄), 재산상의 이익을 객체로 하는 이득죄(배임죄), 이 양자를 합한 죄(강도죄・사기죄・공갈죄) 등이고, 영득의 유무에 따라 타인의 재물을 영득하는 것을 내용으로 하는 영득죄(절도죄・강도죄・사기죄・공갈

죄·횡령죄)와 타인의 하자있는 의사에 의하여 재물을 취득하는 편취죄(사기죄· 공갈죄)로 각각 나눌 수 있다. 여기에서 우리 형법은 강도죄를 절도죄와 함께 규정 하고 있다. 이러한 분류는 침해방법에 따른 것이다. 즉 강도죄와 절도죄는 상대방 의 의사에 반하여 재산을 취득하는 범죄이다. 그러나 절도죄는 재물만을 객체로 하는 소유권범죄임에 반하여, 강도죄는 타인의 재물뿐만 아니라 재산상의 이익도 객체로 하는 재산죄이며, 폭행·협박을 수단으로 재산권을 침해하는 범죄이다. 강 도죄는 재산죄와 강요죄의 결합형식을 취하고 있다. 따라서 강도죄의 보호법익은 재산과 의사결정 및 의사활동의 자유 또는 개인의 자유이다. 이는 강도죄가 재산 죄 또는 강요죄의 가중범이 아니라, 그 자체 하나의 독립적인 범죄라는 것을 의미 한다.

강도죄는 독일에서 이미 오래 전부터 드물지 않게 발생하는 범죄에 속하기 때문에, 이에 대해 범죄학적·형법학적인 측면에서 많은 연구가 행해져 왔다. 독일 형법은 강도죄를 절도죄와 함께 소유권범죄로 간주하여 동산만을 강도죄의 객체로하고 있다. 이러한 범에서 형법상의 강도죄는 전통적·고전적으로 이해되어 온 강도죄와 근본적으로 다르다고 할 수 있다. 그러나 형법상의 강도죄를 전통적·고전적인 견해와 다르게 규정해야 할 특별한 이유가 없을 뿐 아니라, 이 때문에 현행규정이 많은 문제점을 출하고 있다는 것은 부인하지 못한다.

따라서 본 논문은 강도죄에서의 재산상의 이익을 강도죄의 객체로 하는 것이 타당한지의 여부를 학설을 검토하여 그 타당성 여부를 검토하고, 강도죄에서의 쟁점을 학설과 판례를 통하여 고찰함으로써 강도죄에 관한 형법규정을 올바르게 해석하려는데 그 목적을 두었다.

제 2 절 연구의 범위와 방법

이 논문은 재물죄 가운데서도 탈취죄의 기본 형태인 강도죄를 중심으로 강도죄의 주요 쟁점에 관한 연구에 그 범위를 가급적 줄이도록 하였으며 문헌을 자료로하여 이론적으로 연구하는 방법을 채택하여 지금까지 발표된 국내의 단행본과 논문, 학계에서 논의 되어온 학설을 비판·검토하였고, 강도죄의 주요 쟁점에 대한학설과 판례를 통해 그 구체적 내용을 상술하였다.

이 논문의 본론은 크게 제2장 강도죄의 개관, 제3장 일반강도죄, 제4장 특수강도, 제5장 준강도죄, 제6장 결론으로 구성되어 있다.

'제2장 강도죄의 개관'에서는 강도죄의 의의와 강도죄의 성격, 강도죄의 연혁과 외국의 입법례에 대하여 살펴보고자 한다.

'제3장 일반강도죄'에서는 강도죄의 객체와 관련하여 재물과 재산상의 이익을 중점적으로 살펴보고, 다음으로 행위에 관해서는 폭행·협박에 중점을 두고 살펴보고자 한다.

'제4장 특수강도'에서는 특수강도의 유형과 특수강도의 실행의 착수시기에 대하여 살펴보고자 한다.

'제5장 준강도'에서는 첫째, 준강도의 범행주체와 행위, 둘째, 준강도죄의 미수에 대해 살펴보고자 한다. 특히 이 장에서는 준강도죄의 기수·미수의 판단기준을 관련 학설과 관련 판례 등을 중점적으로 살펴보고자 한다.

마지막으로 '제6장 결론'에서는 이 논문의 올바른 판단기준을 모색하고자 한다.

제 2 장 강도죄의 개관

제 1 절 강도죄의 의의와 성격

1. 의 의

강도죄는 절도에 다음의 두 가지 요소를 추가로 요구하는 범죄이다. 첫째, 피해자의 신체나 그 사람의 근처에서 재물을 절취하는 것이어야 한다. 둘째, 재물의 절취가 폭력의 사용이나 폭력사용의 위협이라는 수단을 통해서 행해져야 한다. 즉 이러한 두 가지 추가요소에 의하여 가중된 절도가 강도죄이다.

본죄는 재산침해를 보호하기 위한 구성요건이면서 동시에 개인의 생명·신체·의사결정의 자유를 보호하는 점에서 절도죄와는 기본적으로 다르다. 하지만 본죄는 절도죄와 함께 탈취죄에 해당한다. 그러나 폭행·협박을 수단으로 하고, 행위객체로서 재물 이외에 재산상의 이익도 포함하고 있으며, 또한 친족상도례가 적용되지 않는다는 점에 있어서 절도죄와 차이를 보이고 있다. 강도죄는 재물에 대한 제3자를 위한 강도죄를 인정하지 않고 있다는 견해가 있다.1) 그러나 재산상의 이익과 재물 모두의 경우에 제3자를 위한 강도죄가 성립한다고 보아야 한다. 직접 자신이 취득하지 않고 상대방으로 하여금 제3자에게 재물을 주도록 하는 강도행위는 얼마든지 있을 수 있기 때문이다. 그러므로 재물에 대한 불법영득의사가 필요하기때문에 제3자를 위한 강도죄가 인정되지 않는다는 것은 타당하지 않다.

공갈죄와는 행위객체도 동일하고 행위수단도 폭행·협박이라는 점에서 밀접한 관계가 있다. 그러나 공갈죄의 경우에는 폭행·협박이 상대방이 공포심을 갖고 스 스로 재산상의 처분행위를 한다는 점에서 재산을 강취하는 강도죄와 구별된다.

¹⁾ 배종대, 「형법각론」, 홍문사, 2007, 398면.

2. 성 격

본죄는 재산죄와 강요죄의 결합범형식이다. 그러나 재산죄에 강요죄가 첨가됨으로써 위법이 가중된 재산죄 또는 강요죄의 가중범이 아니라 그 자체가 독자적인범죄이다. 따라서 본죄의 보호법익과 행위기술에는 결합된 부분요소들과 일정한유사성이 있기 때문에 그것을 원용할 수 있다. 그러나 가중범이 아니므로 어느 한기본적 구성요건과 그 밖에 범죄성격상의 관련을 맺고 있는 것은 아니다.2)

이 입장에서 보면 본죄의 주된 보호법익은 타인의 재산권이나 폭행·협박을 범행의 방법으로 하기 때문에 타인의 신체·자유 등 인격적 법익도 보호법익에 포함되며, 그 보호의 정도는 침해범이다.

3. 강도죄와 타죄와의 관계

가. 강도죄와 공갈죄

(1) 공통점

제333조 이하의 강도는 "폭행 또는 협박으로 타인의 재물을 강취하거나 재산상의이익을 취득"하는 행위이므로 공갈죄와 재물을 '강취'한다는 점에서만 차이가 있고다른 구성요건요소들은 완전히 동일하다. 강취라 함은 "폭행 또는 협박을 수단으로 피해자의 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것"이라고 정의한다.3) 이에 따라 공갈에서는 하자있는 의사에 의해 스스로 재산상의 손해를 야기한다는 점이 강도와 다르다고 하는 견해가 있다.4) 그러나 이 설명은 다음과 같은 이유에서 옳지 않다. 첫째, 공갈에서는 비록 하자있는 의사에 의한다 하더라도 결론

²⁾ 김일수, 「한국형법Ⅲ」(각론 上), 박영사, 1997, 578면.

³⁾ 이재상, 「형법각론」, 박영사, 2006, 298면.

⁴⁾ 이재상, 앞의 책, 368면.

적으로 피해자의 본래 의사에 반하여 점유의 이전이 이루어진다는 것은 분명하므로 하자있는 의사 여부에 따라 양자를 구별하는 것은 옳지 않다. 둘째, 피해자 스스로 물건을 교부하거나 물건이 아닌 재산을 처분하여 재산손해를 초래하는 것은 사실이나 이는 어디까지나 원칙일 뿐이다. 실제로 공갈죄에서도 스스로의 처분행위가 없더라도 공갈이 인정 된다는 견해가 주장되므로, 이 점 역시 강도와 공갈을 명확히 구별하는 기준일 될 수는 없다는 점에서 정확하지 않다.

제333조, 제350조에 따라 강도와 공갈을 부인할 수 없는 점을 설명하면 다음과 같다. 첫째, 강도와 공갈은 모두 재산과 자유를 보호법익으로 한다. 즉 강도죄와 공갈죄의 입법 의도는 모두 국민의 재산과 심신의 자유를 보호하자는 목적이다. 둘째, 법규범의 보호대상이 동산, 부동산, 그리고 기타의 법적권리를 포함하는 재산전체라는 점에서 같다. 셋째, 폭행·협박을 재산상 이익을 취득하는 수단으로 하고, 피해자의 본래 의사에 반해 범인 또는 범인 아닌 제3자의 점유 또는 소유로옮겨간다는 점이 같다. 넷째, 제333조, 제350조 모두 위법한 재산상 이익취득의 목적이 구성요건요소가 아니다. 그러나 강도와 공갈죄 법규범의 취지와 본질적 성격으로 보아 이른바 불법이득의 의사가 각각 고의 이외의 주관적인 불법요건이라고해석해야 합리적이라는 점도 공통적이다.5)

(2) 차이점과 양자의 구별기준

강취와 하자있는 의사에 의한 스스로의 교부라는 관점은 목적물이 동산일 경우에 한해 부분적으로 인정될 수 있는 차이점이나, 이것은 이론적 구별일 뿐 구체적인 사건에서 양자의 구별에 현실적으로 도움을 줄 수 있는 효용가치 있는 구별방법은 아니다.

현실적으로 공갈과 강도가 구별되는 유일한 차이는 대법원의 판례로 굳어진 기준, 즉 강도죄에서의 폭행·협박은 반드시 상대방의 반항을 억압할 정도⁶⁾이어야

⁵⁾ 대법원은 강도죄에서 불법영득의 의사가 성립요건임을 분명히 하나, 공갈죄에 관하여는 분명한 입장표명이 없는 상태이다. 大判 1990. 7. 10. 선고, 90도1176판결; 大判 1986. 6. 24. 선고, 86도774판결 참조.

⁶⁾ 이 주장은 폭행에 한해 판례에서 확인 되지만 협박에 관하여는 분명한 입장표명이 없는 것으로 보인다.

하고, 공갈죄에서는 사람의 의사 내지 자유를 제한할 정도면 족하다는 것이다. 따 라서 강도죄의 폭행ㆍ협박과 공갈죄의 폭행ㆍ협박은 질적 차이가 있는 것이 아니 라 양적차이에 불과하다고 설명하는 것이 통설이다.7) 그러나 판례가 제시한 기준 역시 다음과 같은 이유로 수긍하기가 어렵다. 범죄자가 재물을 취득하거나 재산상 의 이득을 위해 피해자 혹은 제3자를 폭행·협박한 경우, 이 폭행·협박이 상대방 의 반항을 억압할 정도인가 아니면 의사형성과 실행을 제한하는 정도인가를 객관 적 판단기준에 의해 구별하는 것은 불가능하다. 예를 들어 甲이 乙로부터 돈을 뺏 기 위해 乙을 폭행했다고 하면, 먼저 乙의 반항의사가 억압되어 대항이 불가능한 가를 판단하기 위해서는 먼저 乙의 생각을 읽어야 하나 이것은 불가능한 일이다. 개인의 성격에 따라 혹은 신체조건이나 폭행이 이루어지는 구체적 상황 등에 따라 반항의지와 반항능력은 판이하다. 실제로 대법원은 甲이 피해자 乙을 돌멩이로 때 려 전치 3주의 상해를 입힌 후 가방을 빼앗은 경우에 반항이 억압되었다고 판결한 바 있다.8) 이 예에서는 물론 직접 신체에 대한 폭행과 강취라는 구성요건요소가 실현된 것이 명백하여 강도가 성립한다. 그러나 甲의 폭행에 대해 乙이 반항하는 것이 실제로 불가능했는가는 단정 지을 수 없다. 예컨대 乙은 가방에든 돈이 자기 의 생명보다 중하다는 가치관을 가지고 있다면 끝까지 반항했거나 최소한 그의 반 항의사는 억압되지 않을 것이다. 또 乙이 甲보다 체격조건이 월등해서 돌에 맞아 잠깐 정신을 잃었다 하더라도 반항이 억압당했다고 할 수 없다. 그렇다면 반항의 불가능 또는 억압이라는 기준을 고집할 경우 甲은 절도죄가 성립하게 된다. 반대 로 乙이 신체적으로나 심리적으로 매우 나약한 사람이라면 험악한 말투나 표정만 으로 반항의지가 이미 제압되는 경우도 있다. 협박을 수단으로 하는 강도에서는 반항이 불가능하거나 억압되었는가 아니면 의사형성을 제한하는 정도에 불과한가 를 한계 짓기는 더욱 불가능하다. 따라서 통설·판례에 의한 강도와 공갈의 구별 방법은 형법이론에 앞서 우선 논리적으로 수긍할 수 없는 것이다. 그러므로 공갈 과 강도, 나아가 공갈·강도와 절도의 구성요건을 객관적 기준에 따라 명확하게

大判 1986. 12. 23. 선고, 86도2203판결 참조.

⁷⁾ 김일수, 「한국형법IV」, 342면; 이재상, 앞의 책, 297면.

⁸⁾ 大判 1986. 12. 23. 선고, 86도2203판결.

구별하려면 구성요건에서부터 구체적이고 분명한 차이를 두어야 할 것이다.

나. 강도죄와 절도죄

동일한 기회에 공통된 범의하에 계속적으로 강도와 절도가 행해진 경우에는 盜 犯으로서의 공통성에 비추어 包括一罪로 보아야 할 때가 많을 것이다. 예컨대 우선 절도에 착수하여 재물을 영득한 뒤 다시 폭행 또는 협박에 의하여 다른 재물을 강취한 경우, 또는 재물을 강취하여 도주하면서 다른 재물도 절취한 경우 등은 전체를 포괄하여 强盜一罪로 봄이 타당하다. 하지만, 동일한 여관에서 숙박객의 소유물을 절취한 다음 고용인을 협박하여 주인의 소유물을 강취한 때에는 절도죄와 강도죄의 경합범으로 보아야 할 것이다.

다. 강도죄와 강요죄

강요죄는 폭행 또는 협박을 사용하여 강요함으로써 타인의 의사결정의 자유를 침해하는 것을 내용으로 하는 범죄이다. 또한 강도죄도 폭행이나 협박에 의해 타인으로 하여금 '재산상의 처분행위'를 강요한다는 점에서 강요죄와 유사한 성격을 갖는다. 이러한 강도죄와 강요죄는 행위수단이 강요, 즉 폭행 또는 협박이라는 점에서 공통점을 갖지만 강도죄는 강요죄의 의사결정의 자유 중에서도 특히 재산적 처분의 자유를 침해하는 범죄인 것이다. 이러한 점에서 강도죄와 강요죄는 특별범과 일반범의 관계를 갖는다. 9) 따라서 폭행 또는 협박의 정도에 따라 강도죄 또는 공갈죄가 성립하고 강요죄는 성립하지 않는다. 왜냐하면 범죄의 일반구성요건인 강요죄와 특별구성요건인 강도죄는 서로 법조경합관계를 가지므로 강요죄는 강도 죄에 흡수되기 때문이다.10) 그러므로 예컨대 재산상의 처분행위를 강요했으나 재

⁹⁾ 이러한 경우에 속하는 범죄로서는 강도죄 외에도 공갈죄(제350조), 체포·감금죄(제276조, 277조, 278조 등), 미성년자 약취유인죄(제287조), 강간죄(제297조) 등을 들 수 있다.

¹⁰⁾ 이에 관하여는 예컨대 배종대, 앞의 책, 398면.

산상의 처분행위가 기수에 이르지 못한 경우에는 강도죄(또는 공갈죄)의 미수범이 성립한다는 점을 주목할 필요가 있다.

라. 강도죄와 강도상해죄

강도상해죄는 강도죄와 상해죄의 결합범으로서 강도가 강도의 기회에 고의로 사람을 상해한 경우에 성립한다. 이러한 강도상해죄의 실행의 착수는 폭행·협박을 개시했을 적에 인정되고, 기수는 상해가 기수에 이르렀을 적에 성립하며, 강취의 기수에 의하는 것은 아니다. 예컨대 피고인이 재산상의 이득을 취득하지 못하였다고 하더라도, 강도의 기회에 피해자에게 상해를 고의로 입힌 사실만 인정된다면 강도상해죄의 기수범이 성립될 수 있다.11)

마. 강도죄와 주거침입죄

양자는 피해법익과 구성요건을 달리하는 별개의 범죄이므로 제334조 제1항의 경우를 제외하고는 경합범이다.

¹¹⁾ 大判 1986. 4. 8. 86도264. "강도상해죄는 절도가 그 실행 중 또는 실행 직후에 재물의 탈환을 항거하거나 제포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 상해를 가한 때에 성립하는 것으로서 반드시 무기를 들고 금품을 강취하고 그 계재에 상해를 가해야 하는 것은 아니다"; 大判 1986. 9. 23. 86도1526. "형법 제337조의 강도상해·치상죄는 재물강취의 기수와 미수를 불문하고 범인이 강도범행의 기회에 사람을 상해하거나 치상하게 되면 성립 하는 것이다"; 大判 1988. 2. 9. 87도2492. "강도범이 강도의 기회에 사람을 상해하여 상해의 결과가 발생하면 형법 제337조의 강도상해죄의 기수가 되는 것이고, 거기에 반드시 재물탈환의 목적 달성을 필요로 하는 것은 아니다" 등도 참조.

제 2 절 강도죄의 연혁 및 외국의 입법례

1. 연혁

독일법에서 절도죄는 은밀하고 모욕적인 취거를, 강도죄는 반드시 폭력적일 필요 없는 공공연하고 위법한 취거를 의미해 왔다. 절도죄는 모욕적인 범죄이고 중한 경우에 통상 형에 처해지는 범죄였으며, 반면 강도죄는 형이 선고되는 범죄였다. 1532년 카로리나형법전도 제126조, 제157조 ~ 제175조에서 이 전통을 따랐다. 12)

독일 보통법에서는 두 가지 潮流가 있었는데, 그 하나는 Carpzov에 의해 주장된 것으로서 강도를 노상강도로 간주하였고, 다른 하나는 Bohmer, Meister 등에 의해 주장된 것으로서 사람에 대한 폭행을 강도죄의 본질로 보았다. 1794년의 프로이센일반국법 제1178조 이하도 강도죄는 사람에 대한 폭행을 요한다고 하였다. 1810년의 프랑스 형법 제381조 5호는 강도죄를 독립적인 범죄가 아니라, 폭행과 협박에의한 절도죄로 보았다. 1851년 프로이센 형법 제230조 제1항이 오늘날 통용되는 강도죄의 법문의 원형을 담고 있다. 또한 동조 2항은 준강도죄를 규정하였다. 독일형법 제249조는 보통법을 따라 강도죄를 사람에 대한 폭행으로 범해지는 절도죄라고 하지 않았고, 또 절도의 목적으로 행하여지는 사람에 대한 폭행으로도 파악하지 않았으며, 오히려 사람과 소유권에 대해 동시에 범해지는 특별한 범죄로 보았다.13)

¹²⁾ 김일수, 「한국형법Ⅲ」(각론 上), 박영사, 1997, 576~577면 참조.

¹³⁾ 김일수, 앞의 책, 576~577면 참조.

2. 외국의 입법례

독일 형법¹⁴⁾은 제249조에 단순강도죄를 규정하고 있다. 이에 따르면 강도죄는 불법영득의사로 사람에 대한 폭력을 행사하거나 생명 또는 신체에 해악을 가하겠다는 협박으로 타인의 활동을 취거하거나 타인의 동산을 강취한 자는 1년 이상의 자유형에 처한다. 위 행위가 중하지 아니한 경우에는 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

제250조 【중강도】① 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 3년 이상의 자유형에 처한다.

- 1. 행위자 또는 다른 범죄참가자가 다음과 같이 강도한 경우
 - a) 무기 또는 기타 위험한 도구를 휴대하고
 - b) 폭력 또는 폭력을 고지한 협박으로 타인의 항거를 방해하거나 저지하고
 - c) 당해행위로 타인을 중한 건강훼손의 위험에 빠뜨리고
- 2.행위자가 강도 또는 절도의 계속적 수행을 목적으로 조직된 범죄조직의 구성 원으로서 다른 구성원의 협력 하에 강도한 경우
- ② 행위자 또는 다른 범죄 참가자가 다음 각호의 1에 해당하는 강도를 한 경우에는 5년 이하의 자유형에 처한다.
- 1. 행위 중 무기 또는 다른 위험한 도구를 사용한 경우
- 2. 제1항 제2호의 경우에 무기를 휴대한 경우
- 3. 타인을 다음과 같이 한 경우
 - a) 당해 행위 중 신체적으로 중하게 학대한 경우
 - b) 당해 행위를 통해 사망의 위험을 야기한 경우
- ③ 제1항 및 제2항의 중하지 아니한 경우에는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.

제251조 【강도치사】행위자가 강도(제249조 및 제250조)에 의하여 최소한 중과실로 타인을 사망에 이르게 한 경우에는 무가 또는 10년 이상의 자유형에 처한다.

제252조 【준강도】절도 중에 절취한 물건의 점유를 유지하기 위하여 사람에 대하여 폭행을 하거나 신체 또는 생명에 현재의 위험을 고지한 협박을 가하는 새로운 범행을 행한 자 는 강도와 동일하게 처벌한다.

¹⁴⁾ 법무부, 「독일형법」, 2008, 186면 이하.

스위스 형법 제139조는 절도죄를 범하기 위하여 또는 준강도죄를 막기 위하여 생명 또는 신체에 해악을 가한다고 협박하거나 다른 방법으로 반항을 불가능하게 하는 자는 강도죄로 처벌 한다¹⁵⁾.

오스트리아 형법 제142조는 타인의 동산을 영득하거나 자기 또는 제3자에게 부당이득을 취득하게 할 고의로 사람에게 폭력을 행사하거나 생명 또는 신체에 해악을 가한다는 협박으로 타인의 동산을 취거 또는 강요하는 행위를 처벌한다고 규정하고 있다.

미국 형법 제211조에서 강도는 무기나 완력 또는 협박을 사용해 타인의 돈이나 물건을 빼앗는 행위를 뜻하며 중범으로 체포된다고 규정하고 있다. 강도죄는 절도 죄와 마찬가지로 유체동산만을 그 대상으로 한다. 그러나 절도죄와 달리 taking만 을 요구하고 asportation을 별도로 요구하지 않는다. 동산의 절취가 폭력의 사용이 나 위협에 의하여 행해져야 한다.16)

프랑스 형법¹⁷⁾은 제382조 제1항에 폭력을 행사하거나 외부 또는 내부의 파괴, 타고넘기, 위조 또는 절취한 열쇠 또는 사람이 주거하는 거소나 자산, 유채증권, 상품 또는 자재를 보관하는 장소에 詐術로 침입하여 절취를 하거나 그 미수에 그친행위를 처벌한다고 규정하고 있다.

영국 형법은 절도법 제8조 제1항에 의해서 재산이나 사람에 대한 범죄로 보여질 수 있다. 최대형량은 종신형이며, 강도죄는 절도죄 이상으로 심각한 범죄이고 사건이다. 그것은 돈을 빼앗는 것을 의도로 한 폭행과는 다른 종류의 범죄이다. 그리고 정신적, 물리적 공격 모두를 포함 한다. 또한 강도는 기본적으로 가중절도 죄이다¹⁸⁾. 강도라는 범법행위는 절도법 제8조 제1항과 대조적으로 절도 가중처벌의 한 요소로서 간주 될 수도 있다. 말하자면 절도의 구성요소는 폭력이나 폭력으로 위협을 가했다는 것이 입증되어야 한다는 것이다. 하위조항은 어떤 절도범이

¹⁵⁾ 김선복, '강도죄의 본질에 관한 고찰', 부산수산대학교 논문집, 1995, 24면 이하.

¹⁶⁾ 서철원, 「미국형법」, 법원사, 2005, 194면.

¹⁷⁾ 프랑스 형법은 '탈취행위를 동반하는 모든 불법영득행위'를 'vol'이라고 정의하고 있다. 우리 형법상 '강도', '강도치사'로 이해되는 것도 'vol'의 가중된 형태로 분류하고 있음을 밝혀둔다(법무부, 프랑스 신형법, 1996, 127면).

¹⁸⁾ Michael Jefferson, Criminal law(8판), LexisNexis, 2007, 633면.

절도하였다면, 절도는 절도를 한 전후에 또한 약탈을 할 의도가 있었다면 그것은 강도죄에 해당된다. 그는 어떤 사람에게 폭력을 행사 했거나, 공포심을 느기도록 조장하여 폭력을 행사했다면 절도죄가 된다. 이 부분은 제8조 제1항은 폭력이나 또는 폭력에 의한 위협은 강도를 당한 사람이라기보다는 그냥 한 사람이라는 것이다19).

위 국가에서 강도죄는 절도죄와 가중적 강요죄의 결합범이고 동산만을 객체로한다. 그래서 강도죄의 보호법익은 소유권과 의사결정 및 의사활동의 자유가 된다. 여기서 강도죄는 절도죄와 함께 상대방의 의사에 반하여 타인의 소유권을 침해하는 전통적·고전적인 범죄에 속한다. 특히 강도죄는 새로운 형태의 독립적 범죄이므로 강요죄와 절도죄에 적용되는 특별한 처벌요건은 강도죄에 대해서는 아무런의미도 갖지 않는다.

반면 일본 형법²⁰⁾ 제236조 제1항의 강도죄는 '폭행 또는 협박으로 타인의 재물을 강취하는' 때에 성립한다고 되어 있지만 폭행 또는 협박, 더욱이 상대방의 반항의 압박 더불어 재물의 탈취라는 일련의 인과경과가 강도죄의 성립에 요구되어 진다.

- 제236조 【강도】① 폭행 또는 협박으로 타인의 재물을 강취한 자는 강도의 죄로서 5년 이상의 유 기징역에 처한다.
 - ② 전항의 방법에 의하여 재산상 불법의 이익을 얻거나 타인에게 이를 얻게 한 자도 동항과 같다.
- 제237조 【강도 예비】강도의 죄를 범할 목적으로 그 예비를 한 자는 2년 이하의 징역에 처한다.
- 제238조 【사후강도】절도다 얻은 재물의 탈환을 막거나 체포를 면하거나 죄적을 인멸하기 위하여 폭행 또는 협박을 한 때에는 강도로서 논한다.
- 제239조 【혼취강도】사람을 혼취시키고 그 재물을 절취한 자는 강도로서 논한다.
- 제240조 【강도치사상】강도가 사람을 상해에 이르게 한 때에는 무기 또는 6년 이상의 징역에 처하고, 사망에 이르게 한 때에는 사형 또는 무기징역에 처한다.
- 제241조 【강도강간 및 동 치사】강도가 여자를 강간한 때에는 무가 또는 7년 이상의 징역에 처한다. 이로 인하여 여자를 사망에 이르게 한 때에는 사형 또는 무기징역에 처한다.
- 우리 형법과 같이 일본 형법도 재산상의 이익을 강도죄의 객체에 포함시키고 강

¹⁹⁾ Michael Jefferson, 앞의 책, 639면.

²⁰⁾ 법무부, 「일본형법」, 2007, 96~97면.

제 3 장 일반강도죄

제 1 절 강도죄의 객체

형법상 재산에 대한 범죄는 보호법익을 기준으로 하여 크게 절도죄, 횡령죄, 손괴죄와 같이 소유권을 보호법익으로 하는 죄와 강도죄, 사기죄, 공갈죄, 배임죄와 같이 전체로서의 재산을 보호법익으로 하는 죄, 그리고 권리행사방해죄와 강제집행면탈죄와 같이 소유권 이외에 물건이나 채권을 보호법익으로 하는 범죄로 나눌 수있다.22)

이처럼 재산죄에 있어서 재산범과 소유권침해범은 용어상으로 구분되어야 한다. 재산이라함은 법으로 보호되는 경제적 가치의 총체를 뜻한다.²³⁾ 그러므로 경제적으로 가치가 없는 재물에 대한 침해행위는 재산범이 아니다. 이에 반하여 소유권은 민법상의 소유개념과 일치하는 법률상의 개념으로서 재물에 대한 배타적인 사용·처분권을 의미한다.²⁴⁾ 소유권범죄의 객체인 재물은 경제적 가치를 요하지 않는다. 즉 경제적 가치가 없는 재물은 재산죄의 객체가 될 수 없지만 소유권범죄의 객체는 될 수 있다. 이런 관점에서 본다면 재산은 소유권의 상위개념이 아니다.²⁵⁾ 재산죄가 적용 되는 범위 안에서 재산과 소유권은 각각 보호법익으로서 독자적인 기능과 의미를 지닌다. 형법에서는 재산범죄는 이론상 재물죄와 이득죄, 영득죄와 손괴죄, 탈취죄와 편취죄로 분류할 수 있다.²⁶⁾

²¹⁾ 김선복, 앞의 논문, 24면.

²²⁾ 김일수/서보학, 「형법각론」, 박영사, 2004, 259~260면; 배종대, 앞의 책, 339~340면.

²³⁾ 김일수, 「한국형법IV」(각론 中), 박영사, 1994, 9면.

²⁴⁾ 김일수, 앞의 책, 9면.

²⁵⁾ 김일수, 앞의 책, 9면.

²⁶⁾ 임웅, 「형법각론」, 2005, 255면.

1) 재물죄와 이득죄

재산죄의 객체를 기준으로 한 구별인데, 개개의 재물을 객체로 하는 범죄를 재물 죄라고 하고, 전체로서의 재산상의 이익을 객체로 하는 범죄를 이득죄라고 한다. 재물만을 객체로 하는 재산죄, 즉 재물죄로는 절도죄, 횡렬죄, 장물죄, 손괴죄가 있고, 재산상의 이익만을 객체로 하는 재산죄로는 배임죄가 있으며, 재물죄이면서 이 득죄로 규정된 재산죄로는 강도죄, 사기죄, 공갈죄가 있다.

2) 영득죄와 손괴죄

이는 재산침해의 태양이나 결과에 따른 분류로써 행위자에게 고의의 내용으로서 영득의 의사가 필요한가에 따라 절도, 강도, 사기, 공갈, 횡령, 장물의 죄와 같이 영득의 의사가 필요한 범죄를 영득죄, 단순한 손괴의 의사만을 요하는 손괴죄로 분류한다.

3) 탈취죄와 편취죄

영득의 죄를 그 침해의 방식에 따라 나눈 것으로 탈취를 수단으로 하는 범죄로이것은 첫째, 점유주의 의사에 반하여 재물을 취득하는 절도와 강도의 죄, 둘째, 위법상태에 있는 재물을 계속하여 취득하고 있는 소위 상태범인 절도의 죄, 셋째, 자기의 점유에 속하는 타인의 물건에 대하여 타인의 의사에 의하지 않고 타인의 재산을 보관하는 것을 기화로 권한을 남용하여 타인의 재물을 유용하는 경우로 나눌 수 있다. 편취는 점유주의 의사에 의해 재물의 이전이 이루어지는 범죄이지만 사실은 범유주의 하자 있는 의사에 의해 재물이 이전되는 경우인데 사기와 공갈의죄가 이에 속한다.

다음에서는 강도죄의 객체인 '재물'과 '재산상의 이익'은 무엇을 의미하는지 살펴

보기로 한다.

1. 재물

형법상 재물이라 함은 유체물 및 기타 관리할 수 있는 동력을 말하는데, 재물이경제적·재산적 가치를 가져야 하는지에 대해서는 견해가 대립한다. 대법원27)은 형법상의 재물은 경제적 가치가 있어야 한다고 전제하고 경제적 가치를 넓게 해석하여 주관적·소극적 가치도 경제적 가치에 포함한다고 판시하고 있다. 이에 반해다수설28)은 재산상의 이익을 객체로 하는 이득죄와는 달리 소유권범죄는 재물에대한 지배라는 형식적·법적 지위를 보호하는 것이고, 이러한 지위는 실질적·경제적 에 의하여 결정되는 것이 아니라, 물권법적 권리가 있느냐에 따라 형식적으로 결정되는 것이므로 재물은 경제적 가치 또는 교부가치가 있을 것을 요하지 않는다고 한다. 따라서 재물은 피해자의 몸에서 빼앗아 가거나 피해자가 근처에서빼앗아 가는 것이어야 한다. 피해자의 몸이라는 것은 주머니에서 지갑을 빼가는 것과 같이 신체에 부착되어 있는 것을 빼앗아 가는 것도 포함한다. 근처에서 빼앗아 간다는 것은 폭력의 사용이나 위협이 없었으면 빼앗아 가는 것을 막을 수 있는 곳에서 빼앗아 가는 것을 말한다. 폭력이나 위협이 없더라도 가져가는 것을 막을 수 없이 멀리 있는 재물을 빼앗아 가는 것은 이 요건을 충족하지 않는다. 거실에서 위협을 하면서 방에 있는 물건을 들고 가는 것은 이 요건을 충족한다.29)

절도죄의 보호법익인 소유권은 물건을 배타적으로 지배할 수 있는 권리이다. 이러한 권리는 경제적 가치의 유무에 상관없이 소유권자에게 가치가 있는 모든 물건에 대해 인정된다. 따라서 절도죄의 재물은 경제적 가치를 요하지 않고 주관적 가치만 있으면 된다는 다수설이 타당하다고 본다.

하지만 강도죄는 재산죄이기 때문에 그 객체인 소유권범죄인 절도죄의 재물과는

²⁷⁾ 大判 1976. 1. 27. 74도3442; 大判 1981. 3. 24. 80도2902.

²⁸⁾ 김일수, 앞의 책, 36면.

²⁹⁾ 서철원, 앞의 책, 195면.

다르게 해석되어야 한다. 다시 말하면 강도죄에서의 재물은 경제적 가치를 가지는 것에 제한된다는 것이다. 그럼에도 불구하고 절도죄의 재물과 강도죄의 재물을 동일한 의미로 이해하는 견해는 소유권범죄와 재산죄의 본질적 차이점을 무시한 것으로서 타당하지 않다. 강도죄를 재산죄라고 한다면, 그 객체인 재물은 절도죄의 재물과 같다고 할 수 없다. 강도죄의 재물도 절도죄의 재물처럼 경제적 가치를 요하지 않는다는 견해는 강도죄가 재산죄가 아니라, 소유권범죄라는 것을 스스로 인정하는 것이다.

이와 같이 강도죄를 재산죄로 하여 경제적 가치를 가지는 재물만을 객체로 하는 경우에 문제가 제기되는데, 예컨대 타인의 주민등록증을 절취하는 자는 절도죄로 처벌되지만 그것을 폭행 또는 협박으로 취거하는 자는 주민등록증이 경제적 가치가 없는 물건이기 때문에 강도죄가 아니라 강요죄로 처벌된다. 이 경우에 폭행 또는 협박으로 재물을 취거하는 행위는 재물을 절취하는 행위보다 불법이 중함에도 불구하고 경하게 처벌받는 부당한 결과가 발생하게 된다. 이러한 문제점을 제거하기 위하여 강도죄의 재물을 절도죄의 재물과 동일한 의미로 이해한 것 같다. 그러나 이것은 본질적 문제를 해결하는데 전혀 도움이 되지 못한다. 최선의 방법은 강도죄를 폭행 또는 협박으로 절취하는 소유권범죄라고 보는 것이 적당한 방법인 것 같다.30) 또 재물의 개념과 관련하여 문제가 되는 것은 강도죄의 재물이 부동산도 포함하느냐 하는 것이다. 재물을 민법상의 물건과 같은 의미로 이해한다면 부동산도 유체물이므로 당연히 재물이라고 해야 한다. 그러나 이는 부동산도 재물인가 하는 개념상의 문제에 관한 것이 아니라 부동산도 강도죄의 객체가 될 수 있는 가라는 문제에 관한 것이다. 이에 대하여는 별도로 검토하기로 한다.

가. 부동산도 강도죄의 객체가 될 수 있는지 여부

폭행 또는 협박으로 강취되거나 취득될 수 있는가의 문제이다. 이에 대해 부동산을 재물로 보는 경우와 부동산을 재산상의 이익에 포함시키는 경우에 대해서 알아보겠다.

(1) 부동산을 재물로 보는 경우

재물은 동산 이외에 부동산을 포함할 수 있다.31) 그리고 부동산은 토지 및 토지에 부착된 지상물을 의미한다. 그러나 재물을 행위객체로 하는 형법상의 재산범죄에 부동산이 행위객체로 포함될 수 있는가는 별개의 문제이다. 즉 형법상 절도죄와 강도죄는 재물을 행위객체로 규정하고 있는데 여기에 부동산이 포함되는가에 대해서는 견해가 다르다.

① 積極說

절취는 재물에 대한 支配의 移轉을 필요로 하는 것일 뿐 장소적 移轉을 필요로 하지 않으므로 부동산이 포함된다고 본다.32) 생각건대 절취나 강취행위는 모두 타인의 현실적인 점유를 배제하고 자기 또는 제3자의 새로운 점유지배를 확립하는 것을 의미하므로 행위객체의 가동성을 필요로 한다.33)

② 消極說

토지와 같은 부동산은 성질상 법률상의 지배가 가능하다고 하더라도 현실적인 점유배제와 점유확립이 불가능한 대상물이다. 이러한 점에서 부동산은 절도죄나 강도죄의 행위객체에서 제외된다고 보는 견해이다.³⁴⁾ 그러므로 타인의 부동산에 침범하여 점거하는 것은 나 경우에 따라서는 업무방해죄 등을 구성한다고 보아야 한

³¹⁾ 김일수/서보학, 「형법각론」, 2003, 269면; 이재상, 앞의 책, 250면.

³²⁾ 오영근, 「형법각론」, 2002, 369면; 임웅, 앞의 책, 267면.

³³⁾ 박상기, 「형법각론」, 박영사, 2005, 246면.

³⁴⁾ 김일수/서보학, 앞의 책, 269면; 배종대, 앞의 책, 350면; 이재상, 앞의 책, 251면.

다. 다만, 토지에 부착된 지상물은 점유배제와 점유확립이 가능하므로 절도죄의 객체가 될 수 있다. 이는 민법상의 부동산 개념이 형법에서도 동일하게 취급될 필요가 없기 때문이다. 따라서 부동산은 강도죄의 객체에서 제외된다고 하는 소극설의 입장이 타당하다.

(2) 부동산을 재산상의 이익으로 보는 경우

부동산은 재산상의 이익에 포함된다. 그러므로 폭행·협박으로 부동산을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 되면 강도죄를 구성하게 된다. 그러나 부동산의 취득이 피해자의 처분행위 없이 가능한지 의문이다. 재산상 이익의 취득은 처분행위로만 가능하다는 것과 강도죄에 있어서 피해자는 완전히 억압당하여 반항이불가능한 상태에 있기 때문에 법률상 처분행위를 할 수 없다는 것이다. 부동산의의사표시처럼 피해자에게 일정한 의사표시를 하게 하여 이익을 취득하는 것을 강도죄로 보는 견해³⁵⁾도 있으나, 이 경우에는 공갈죄가 성립한다고 하는 것이 옳다. 그러므로 부동산을 재산상의 이익에 포함시켜도 부동산은 강도죄의 객체가 될 수없다고 본다.

(3) 소결

현행 형법상 강도죄는 재물 이외에 재산상의 이익을 객체로 하고 있다. 그러므로 강도죄는 소유권을 보호법익으로 하는 소유권범죄가 아니라 재산을 보호법익으로 하는 재산죄가 되는 것이다. 그러나 재산상의 이익의 취득은 상대방의 처분행위를 요하기 때문에 폭행 또는 협박에 의하여 상대방의 의사를 억압하여 반항을 불가능하게 하는 강도죄에서 피해자가 처분행위를 할 수 없으므로 행위자는 재산상의 이익을 취득할 수 없다. 그러므로 부동산도 재물에 속하든 재산상의 이익에 속하든 처분행위에 의해서 취득하므로 강도죄의 객체가 될 수 없다.

³⁵⁾ 이재상, 앞의 책, 370면.

2. 재산상의 이익

재산상의 이익은 재물 이외에 재산가치가 있는 모든 이익을 말한다. 적극적·소극적 이익 또는 영구적·일시적 이익을 묻지 않는다.36) 재산개념을 어떻게 파악하는 가에 따라서 재산상 이익의 내용이 달라지는데, 이에 대해서는 학설 대립이 있다.

가. 법률적 재산설

가장 사법적 시각으로 접근하는 법률적 재산설은 재산을 경제적 가치를 고려하지 않은 채 개인의 권리와 의무의 총체로 이해하고 이에 상응되게 재산상의 손실도 매우 형식적으로 그러한 권리의 상실 혹은 법적 구속에 따른 채무나 부담으로이해한다. 이 견해에 따르면 재산개념은 순수한 법률개념일 뿐 경제개념이 아니다.경제적 가치가 없는 물건에 대해서도 절도가 인정되는 바와 마찬가지로 하나의 물건이 재산에 속하느냐의 여부는 그것이 경제적 가치가 있는지 여부와 상관이 없고, 다만 피해자의 애착이 결부되었다는 점으로 족한 것으로 보게 된다.

이 견해는 재산개념을 법률상 인정되는 지위로 한정함으로써 너무 좁게 해석한다. 재산개념을 공법 혹은 사법적으로 형성된 법적 지위, 즉 법으로 주장할 수 있는 권리로 한정하여 법적으로 구체화되지 않았거나 불완전하다고 할 수 있는 재화도 상당 부분 경제적 거래에 관여하고 있고, 경제적 교환객체가 된다는 현실을 도외시 한다. 이에 대해 사실상의 경제적 가치만이 있는 점유, 노동력, 업무상의 기밀, 기대권 등을 형법적 보호대상에서 제외한다면 형법적 보호에 중대한 공백이따를 위험성을 면하기 어려울 것이라는 비판이 제기 된다. 오늘날 법률적 재산설하나만을 주장하는 학자는 없다.

³⁶⁾ 배종대, 앞의 책, 400면.

나. 경제적 재산설

이 학설은 형법상 재산이란 권리 이외에 사실상의 이익과 노동력 등 경제적 가치가 있는 모든 재화를 의미한다고 보고, 그 재화가 법률적으로 보호 내지 승인되느냐는 묻지 않으며 순수히 경제적 관점에서 재산개념을 파악하고자 하는 견해이다37). 따라서 정당한 재화 이외에 반사회질서의 법률행위를 근거로 무효인 청구권기타 불법으로 획득한 재화도 재산에 포함시킨다.

판례는 사기죄에 있어서 "사기죄의 객체가 되는 재산상의 이익이 반드시 사법상보호되는 경제적 이익만을 의미하지 아니하고, 부녀가 금품 등을 받을 것을 전제로 성행위를 하는 경우 그 행위의 대가는 사기죄의 객체인 경제적 이익에 해당하므로, 부녀를 기망하여 성행위 대가의 지급을 면하는 경우 사기죄가 성립한다"38)라고 하고, 배임죄에 있어서 "재산상의 손해를 가한 때라 함은 현실적인 손해를 가한 경우뿐만 아니라 재산상 실해 발생의 위험을 초래한 경우도 포함되고, 재산상 손해의 유무에 대한 판단은 본인의 전 재산상태와의 관계에서 법률적 판단에 의하지 아니하고 경제적 관점에서 파악해야 하며, 따라서 법률적 판단에 의하여당해 배임행위가 무효라 하더라도 경제적 관점에서 파악하여 배임행위로 인하여본인에게 현실적인 손해를 가하였거나 재산상 실해발생의 위험을 초래한 경우에는 재산상의 손해를 가한 때에 해당되어 배임죄를 구성하는 것"39이라고 하며, 강도죄에 있어서 "재산상의 이익은 반드시 사법상 유효한 재산상의 이득만을 의미하는 것이 아니고, 외관상 재산상의 이익을 얻은 것이라고 인정할 수 있는 사실관계만 있으면 된다"40)고 판시하여 경제적 재산설의 입장을 명백히 하고 있다.

경제적 재산설에 대하여는 다른 법질서에 의하여 명백히 부정되는 지위를 제산 상의 이익에 포함시킴으로써 전체 법질서의 해결 할 수 없는 충돌의 결과한다는 비판이 제기 된다.

³⁷⁾ 이재상, 앞의 책, 295면; 임웅, 앞의 책, 257면.

³⁸⁾ 大判 2001. 10. 23, 2001도2991.

³⁹⁾ 大判 1999. 6. 22, 99도1095.

⁴⁰⁾ 大判 1997. 2. 25, 96도3411.

다. 법률적 · 경제적 재산설

절충적 입장에서의 법률적·경제적 재산설은 경제적 가치가 있는 지위만이 재산에 해당된다고 보는 점에서는 경제적 재산설과 동일하다. 다만 순수 경제적 재산설과 구별되는 점은 경제적 가치가 있는 지위라면 이에 대한 법적 평가가 무관하게 모두 보호받을 수 있는 것은 아니라고 이해하는 것이다. 즉 법질서의 인정을받지 아니하는 경제적 가치 있는 지위나 경제적 가치가 없는 법적 권리는 여기에서 제외되어야 한다는 견해로서 우리나라에서의 다수설이다. 41) 이 학설에서 경제적 가치라는 개념은 사용가치가 아닌 교환가치로 이해된다. 일반적으로 교환가치는 가치의 크기에서까지 반드시 일치하지는 않겠지만 사용가치가 일치하는 것으로볼 수 있다. 그러나 예외적으로 사용가치는 있으나 교환가치가 없다면 이것은 재산개념에 해당하지 않는 것으로 본다는 것이다.

제 2 절 강도죄의 행위

폭행 또는 협박으로 타인의 재물을 강취하거나 재산상의 이익을 취득하거나 또는 제3자로 하여금 취득하게 하는 것이다.

1. 폭행·협박의 의미

형법 제260조 제1항은 "사람의 신체에 대하여 폭행을 가한 자는 2년 이하의 징역, 100만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다"고 규정하고 있다.

⁴¹⁾ 김일수/서보학, 앞의 책, 319면; 박상기, 앞의 책, 324면; 배종대, 앞의 책, 401면; 이정원, 「형법각론」, 법지사, 1999, 330면.

통설에 의하면 폭행죄의 보호법익은 신체의 완전성이고, 폭행죄에서의 폭행은 '사람의 신체에 대한 유형력의 행사'라고 한다.42)그러나 통설과 같이 폭행을 사람의신체에 대한 일체의 유형력의 행사라고 보게 된다면, 예를 들면 뛰이 지나가던 친구 乙을 보고 뒤쫓아가서 반갑다고 등을 치며 인사한 경우에도 폭행이라고 해야하지 않을까 하는 의문이 생긴다. 왜냐하면 이 경우에도 사람의 신체에 대한 유형력의 행사가 있었기 때문이다. 하지만 이것은 형법의 적용범위를 일상행위에까지지나치게 넓게 확장하는 것으로써 타당할 수 없다. 이러한 경우는 처음부터 폭행죄의 구성요건해당성 조차 없다고 해석하는 것이 더욱 타당할 것이다.

형법 제260조가 사람의 신체의 완전성을 보호하기 위한 것이고, 그 법정형도 벌금, 구류, 과료까지 규정되어 있기 때문에 폭행의 개념을 지나치게 좁게 해석할 필요는 없을 것이다. 그러나 '일체의 유형력의 행사'를 폭행이라고 보는 것은 폭행의개념을 너무 넓게 파악한 면이 있다.43) 그리하여 판례도 일정한 경우에 폭행의 개념을 줍게 해석하고 있는 것을 볼 수 있다. 예를 들어 상대방이 덤벼들면서 뺨을꼬집고 주먹으로 쥐어박기 때문에 상대방을 부둥켜안은 행위44) 또 대법원 1985. 10. 8. 선고, 85도1915 판결에서도 "피해자가 시비를 걸려고 양팔을 잡는 것을 피하고자 몸을 틀어 뿌리친 것뿐인 행위는 이를 폭행에 해당한다고 할 수 없을 뿐만아니라"고 한다.45) 그러나 이 사례에서도 몸을 틀어 뿌리친 것은 피해자의 양팔에대한 유형력의 행사로 보지 않을 수 없고, 통설에 의한다면 사람의 신체에 대한유형력의 행사로서 폭행으로 보지 않을 수 없을 것이다. 위와 같은 이유로 폭행죄에 대한 대부분의 판례가 구성요건 해당성을 인정하면서 위법성이 조각된다는 입장을 취하고 있다.46)

⁴²⁾ 이재상, 앞의 책, 60면; 김일수, 앞의 책, 194~195면.

⁴³⁾ 폭행의 개념이 너무 넓다는 지적으로 배종대, 앞의 책, 117~118면. 그러나 이 견해도 기본적으로 통설의 폭행개념을 인정하고 있다.

⁴⁴⁾ 大判 1977. 2. 8, 76도3758 판결.

⁴⁵⁾ 이 판결에서 설사 폭행에 해당한다고 하더라도 위 행위는 피해자의 불법한 공격으로부터 자신을 보호하고 이를 벗어나기 위하여 필요한 최소한도의 방어를 한 것으로서 사회상규에 어긋나지 아니하여 위법성이 없다고 하여 결국은 위법성조각의 문제로 해결하고 있다.

⁴⁶⁾ 이러한 입장의 판례로서 大判 1983. 7. 26. 83도1418; 大判 1984. 4. 24. 84도242; 大判 1985. 10. 8. 85도1915; 大判 1987. 1. 20. 86도2492 참조.

그러나 대법원 1986. 10. 14. 선고, 86도1796 판결 및 대법원 1990. 2. 13. 선고, 89도1406 판결은 폭행의 개념을 "사람의 신체에 대한 불법한 공격", "피해자에 대한 불법한 유형력의 행사"라고 함으로써 구성요건 단계에서 폭행의 개념을 제한하고 있다. 즉 유형력이라는 말 앞에 '불법한'이라는 수식어를 붙임으로써 폭행의 개념을 축소시키는 것이다. 폭행죄의 구성요건해당성을 부인한 앞에서 제시한 두 가지판결 및 이 두 판결에서 판례가 폭행을 제한하려고 하는 것은 구체적 사례에서 적용되는 폭행의 개념이 너무 넓기 때문에 구체적 타당성이 있는 결론을 얻기 위한 것이라고 볼 수도 있다. 하지만 '불법한' 이라는 말이 '위법한'이라는 말과 혼동될수 있고 이렇게 되면 구성요건해당성 단계에서 위법성판단까지 하게 되는 체계상의 혼란이 있을 수 있다.

폭행을 "사람의 신체에 대한 난폭한 유형력의 행사"라고 한다면 앞에 제시한 판결 모두에서 무난히 구성요건해당성을 부인할 수 있을 것이다. 왜냐하면 "부등켜안은 행위" 및 "양팔을 피하고자 몸을 틀어 뿌리친 것"모두가 신체에 대한 유형력의 행사라고는 할 수 있으나 '난폭한'유형력의 행사라고 까지는 할 수 없기 때문이다. 또한 대법원 86도1796 판결의 "조용히 얘기나 하자며 그의 팔을 2, 3회 끌은 사실"에 대해서도 신체에 대한 유형력의 행사는 있었으나 난폭한 유형력의 행사는 없었다고 하여 폭행죄의 구성요건해당성을 부인할 수 있을 것이다.

협박이란 현재 또는 장래의 해악의 고지로써 상대방에게 외포심을 불러일으키는 것을 말한다. 그 해악의 고지에는 제한된 바 없어서 사람이 불이익으로 느낄 수 있는 모든 것은 해악이 될 수 있다. 반드시 생명·신체에 대한 해악에 국한되지 않는다. 왜냐하면 그런 협박만 피해자의 의사결정과 의사활동 자유를 완전히 빼앗는 것으로 볼 수 없기 때문이다. 협박은 그 내용의 실현가능성이나 살현의지를 요건으로 하지 않으며, 협박의 상대방이 이를 심각하게 인식하면 되는 것이다. 그러므로 장난감 권총을 겨누거나 공포를 쏘는 행위도 상대방의 인식에 따라 본죄의협박에 포함될 수 있다.47) 다만 협박의 상대방이 협박 내용을 심각하게 받아들일정도는 되어야 한다.

⁴⁷⁾ 배종대, 앞의 책, 404면.

폭행·협박의 상대자는 반드시 재산상의 피해자일 필요가 없으며, 재물의 점유자뿐만 아니라 이와 관련된 사람이면 된다. 또한 본죄의 폭행·협박은 재물강취나재산상 이익취득의 한 수단에 해당되므로, 이러한 강취 또는 취득시에 그 목적수행에 장애가 되는 제3자에 대하여 행하여지면 족한 것이고, 반드시 재물 또는 재산상의 이익에 관한 정당한 권리자나 그것을 보호할 지위에 있는 자일 필요는 없다.

또한 폭행·협박은 객관적으로 상대방의 반항을 억제할 수 있는 정도의 것이면 족하고 상대방이 현실적으로 항거불능상태에 있었느냐는 불문한다. 상대방이 자연적인 의사를 갖고 있는 한 충분한 의사능력이 없는 아이나 정신병자도 본죄의 폭행 ·협박의 상대방이 될 수 있다.48)

2. 폭행·협박의 정도

폭행은 상대방의 저항을 극복할 수 있는 것이어야 한다. 폭행·협박은 피해자 자신이나 가족, 친척이나 절취를 할 당시에 피해자와 같이 있던 사람의 생명이나 심각한 신체적 상해를 야기할 정도의 폭행이어야 한다. 재산에 피해를 가하겠다는 협박은 피해자의 집을 파괴하겠다는 협박을 제외하고는 강도의 요건을 충족하지 않는다. 협박이 성립하기 위해서는 피해자가 공포를 느껴야 한다. 실제로 공포를 느꼈으면 이 요건을 충족한다. 일반적인 사람이면 그런 정도의 협박으로 공포를 느끼지 않았을 것이라는 항변사유는 인정되지 않는다. 49)

강도죄의 요건을 이루는 폭행·협박은 폭행죄에 의한 폭행, 협박죄에 대한 협박과는 다르다50). 그리고 폭행·협박과 같은 성질을 지니고 있는가는 '사회통념상 일반적으로 피해자의 반항을 억압하는 것에 족하는 정도의 것인지는 객관적으로 판단하여야 하며, 거기에는 구체적 상황 즉, 피해자의 연령·성별·성격 등과 범행의

⁴⁸⁾ 김일수, 「한국형법Ⅲ」(각론 上), 박영사, 1997, 583면.

⁴⁹⁾ 서철원, 앞의 책, 194~195면.

⁵⁰⁾ 山口厚, 刑法各論, 2001, 33면 이하.

시각·장소 등과 폭행·협박 자체의 양태, 행위자의 인상 등을 고려하여 상대방의 반항을 억압할 정도의 것인지를 판단해야 한다.51) 폭행의 사용이나 협박은 물건을 빼앗기 전이나 빼앗는 것과 동시에 혹은 물건을 빼앗은 직후에 빼앗은 물건을 계속 점유하기 위한 수단으로 사용되는 것이어야 한다. 폭행을 행사하고 며칠 후에 물건을 빼앗거나 물건을 훔친 후 며칠 후에 그것을 빼앗기는 것을 막기 위하여 폭행을 사용하는 것은 이 요건을 충족하지 않는다. 그리고 피해자가 저항하기 전에물건을 낚아채는 것이나 소매채기는 폭행을 사용한 것이 아니므로 강도가 아니다. 소매치기를 한 후 즉시 피해자가 이를 알아채고 다시 빼앗으려고 하는 것을 힘으로 억압한 것은 다소 의문이 있으나 그 즉시 행해진 것이면 강도가 된다고 보아야할 것이다.52)

이러한 일반론에 관하여 학설에 따른 異論을 보이지 않는 것이 현 상황이지만약간 분쟁이 있어 강도의 의사로 일반적으로는 반항을 억압할 만한 정도에 이르지않는 폭행·협박을 수단으로 이용하는데도 피해자가 특별한 소심한 사람이어서 반항이 억압된 경우가 있어 행위자가 피해자의 그러한 소심한 성질을 알고 폭행·협박을 가한 경우에 강도죄가 성립되는가라는 문제가 있다. 이런 점에 있어서 그것을 긍정하는 견해53)와 폭행·협박이 반항을 억압할 수 있는 것인가는 객관적으로판단되어지지 않으면 안된다는 견지에서 그러한 사고방식에 의문을 드러내는 견해54)가 대립되고 있는 상황이다. 후자의 입장에서는 피해자의 반항이 억압되어져도 공갈죄가 성립되지 않고 따라서 공갈죄는 교사죄에서 탈취죄로 변질될 가능성이 있다고 지적 되고 있다.

여기에서의 이론을 적절히 평가하기 위해서는 이론의 문맥을 올바르게 이해할 필요가 있을 것 같다. 강도죄가 성립하기 위해서는 폭행·협박보다는 상대방의 반 항이 억압되어 질 필요가 있다. 반항을 억압할 수 있다면 반항이 억압되어지지 않

⁵¹⁾ 大判 1976. 8. 24, 76도1932; 大判 1986. 12. 23, 86도2203.

⁵²⁾ 서철원, 앞의 책, 195면.

⁵³⁾ 大塚, 刑法各論, 日本評論社, 1979, 213면; 大谷, 刑法各論, 成文堂, 2007,215면; 団藤, 刑法各論, 有裵閣, 1990, 586면.

⁵⁴⁾ 前田, 刑法各論講義, 東京大學, 2007, 217면.

아도 기수는 성립되지 않지만, 미수는 성립할 수 있다. '반항을 억압할 만한 정도' 인지 아닌지를 객관적 기준에 의해 판단되어진다는 것은 간혹 상대방의 반항이 억 압되어지지 않아도 강도미수는 성립할 수 있다는 의미로 강도미수의 요건이라 할 수 있는 폭행·협박이 지니고 있는 필요의 성질의 판단에 관계되는 내에서만 타당 성을 가지고 있다. 이것에 대해 상대방의 반항을 현재 억압하고 있는데도 일반인 을 기준으로 해서 강도의 성립을 부정하는 것이 결론에 있어서 타당하다고는 생각 되어지지 않는다. 학설에서 언급되어 지고 있는 '객관적 판단'의 의미자체 문제이 지만 상대방이 소심한 병이 있어 일반적으로는 반항을 억압할 수 있는 정도에 이 르지 않는 폭행ㆍ협박 보다는 반항이 억압되어 그 결과로 재물을 탈취한 경우에 오히려 상대방의 '소심한 병이 있는'이라는 성질을 고려하는 것이야 말로 객관적으 로는 폭행·협박이 상대방의 반항을 억압하였으므로 확실히 반항을 억압할 수 있 는 정도에 이르는 것이다55). 이렇게 인정하는 것은 '객관적 판단'에 반하는 것이라 면 여기서 말하는 '객관적 판단'은 상대방의 구체적 속성을 捨象한 '일반적 판결'의 의미로 언급된다. 그러나 그러한 속성을 알지 못한 채 일반적으로는 반항을 억압 할 만한 정도에 이르지 않는 폭행ㆍ협박을 행한 경우에는 강도의 고의에 부족하게 된다. 이 경우에 끝까지 일반적인 기준에 이르는 피해자의 소심함을 고려하지 않 는 견해는 그 한계로 해당 피해자에 대한 보호를 인정하게 되어 그 타당성에 의문 을 가진다56). 즉 일반인보다도 소심한 약자에 대해 일반보통사람의 정신, 신체의 단련을 요구하게 된다. 일반인보다도 소심한 약자에 대해서는 그런 사람에 관한 한계는 반항억압 할 수 있는 폭행ㆍ협박이 사용되어도 공갈죄가 성립함에 불과하 지 않고 거기서부터 공갈죄에는 탈취죄의 경우도 포함되어 있다는 것은 재산범죄 의 체계적 이해에 혼란을 주는 오해를 불러일으킬지도 모른다는 의문을 가진다. 철저히 구체적인 피해자의 속성에 비추어 보고 반항억압의 가능성이 있는가를 판 단하고, 그것이 긍정되어지면 그러한 사정의 인식을 고의의 요건으로 하여 적어도 강도미수는 성립되어질 수 는 있다. 그러므로 상대방의 그러한 사정을 알지 못하

⁵⁵⁾ 김일수, 앞의 책, 582면.

⁵⁶⁾ 山口厚, 앞의 책, 129면.

는 자에 대해서는 공갈의 고의 밖에 없기 때문에 공갈죄밖에 성립되어지지 않게 된다. 위에서 언급한 바와 같이 공갈죄에는 탈취죄도 포함되어진다고 말하는 견해 는 그 취지에 의해 이해가능이 된다. 다만 이것은 추상적사실의 착오의 처리를 초 래하고 공갈죄가 탈취죄에도 있다는 것은 앞에서 기술한 의미는 잘못되었다하더라 도 오해를 불러일으키기 쉽다고 생각한다. 다만, 폭행ㆍ협박의 상대방이 극히 호담 한 성질을 지닌 강한자이고 일반인에 대해서는 그 반항을 억압할 수 있다고 해도 반항억압이 되지 않는 경우에 간혹 그러한 것에 불과할 때에는 반항억압의 위험이 긍정되어 강도미수가 성립할 수 있다고 생각 된다. 다시 말해 미수의 사고방식에 도 있지만 적어도 그런 자에 대해서 반항억압을 위해서는 폭행ㆍ협박이 여전히 불 충분 하고 게다가 폭행ㆍ협박을 더하여 반항억압이 가능해지면 강도미수성립의 가 능성은 생기게 된다는 것이다. 그리고 폭행·협박에 의한 상대방의 반항을 억압하 고 재물을 탈취하는 경우에 강도죄가 성립한다. 상대방의 반항을 억압하기 위한 필요한 요건으로 폭행ㆍ협박으로 실제로 반항을 억압한 이상 그 상태에 따라 재물 의 탈취가 되어 지면 강도죄는 성립된다. 나머지는 고의의 문제를 남겨둘 뿐이다. 설령 그 폭행ㆍ협박이 일반인으로 하여 반항을 억압할 수 있는 것이 아닐지라도 같은 결론이 나온다. 그러나 판례에 의해서는 상대방의 반항이 억압되지 않는 경 우에도 사회통념상 일반적으로 피해자의 반항을 억압할 수 있는 정도의 폭행ㆍ협 박이 사용되어진 결과 재물이 이전하면 강도기수죄가 성립되어져 학설 가운데에도 그러한 결론을 시인한 것이 있다57). 그러나 상대방의 반항억압은 탈취죄인 강도죄 의 본질적 구성요소로 단순히 폭행 또는 협박과 재물의 이전의 사이에 인과관계가 있을 뿐이라는 것은 부족하다. 상대방의 반항이 억압되지 않고 재물을 교부한 경 우에는 강도미수가 성립되어지는 것에 불과하고 언급된 통설적견해가 해당된다58). 즉 반항억압이 없어도 피해자가 공포를 느낀 경우에는 기수가 된다는 것이다. 그 러나 상대방의 반항억압은 탈취죄인 강도죄의 본질적 구성요소로 단순히 폭행ㆍ협 박과 재물의 이전의 사이에 인과관계가 있을 뿐 이라는 것은 미흡하다. 상대방의

⁵⁷⁾ 藤木, 各 論の重要問題, 有斐閣, 昭和53,1978, 294면.

⁵⁸⁾ 団藤, 앞의 책, 588면; 大塚, 앞의 책, 215면; 大谷, 앞의 책, 217면.

반항이 억압되지 않고 재물을 교부한 경우에는 강도미수가 해당된다59).

강도죄에서 재산상의 이익의 취득은 상대방의 저항을 억압할 만한 폭행·협박으로 상대방의 의사를 지배한 상태에서 행하여지는 것이다. 설령 피해자의 처분행위가 있더라도 이는 억압된 상태 하의 행위에 불과하므로 그것을 법률상 처분행위로볼 수 없다. 따라서 피해자가 항거불가능하거나 심히 곤란한 정도의 폭행·협박하에서 피해자로 하여금 채무를 면제한다는 의사를 현실로 표시하게 하거나, 정신적 또는 육체적으로 채무이행의 청구가 불가능한 상태에 이르게 함으로써 채무의지급을 면하거나, 영업용 택시운전사의 뒤에서 수건으로 목을 졸라 매고 도주하였기 때문에 운전자의 운임청구가 불가능하게 되어 그 지급을 면탈할 수 있었던 경우에 실제 피해자의 일정한 의사표시가 있었느냐는 중요하지 않다. 이와 같은 항거불능상태 하에서 피해자의 의사표시 유무는 아무 의미가 없는 것이므로 다같이폭행·협박에 의해 재산상의 이익을 취득한다는 점에서 같다. 따라서 이익강도의경우에 따라서도 상대방의 재산적 처분행위는 반항의 억압 하에 따라서는 있을 수없고 성립요건은 아니다. 이것은 현재의 학설60이의 일반적인 긍정의 부분이다.

더욱 폭행・협박에 의한 반항이 억압될 수밖에 없는 상대방과는 어느 범위의 사람을 지적해야 하는지 여기서 문제가 된다. 이에 관하여 폭행・협박은 재물의 소유자, 점유자에 더할 필요는 없다고 여겨지지만 일반적이다61). 이것은 점유자 이외의 사람에 대한 폭행・협박이 점유자에 대한 협박의 의미를 가진 경우에는 당연한것이다. 그러나 그렇지 않은 경우에는 문제가 된다. 예를 들어 개점후의 보석점을 경비하고 있는 경비원에 대해 폭행・협박을 사용하여 그 반항을 억압하고 보석을 빼앗은 경우에 경비원은 보석의 소유자가 아니고 점유자도 아니라고 해도 당연히 강도죄는 성립된다고 생각된다. 이러한 점유자의 점유를 보조하는 자에 대한 것은 강도죄를 확장하여 적용할 여지를 인정하는 것이라고 생각되어져도 문제는 폭행・협박에 의한 반항이 억압될 수밖에 없는 상대방은 재물의 이전에 따른 사실상 장해가 되는 자 라면 누구라도 상관없다. 이 점에 관해서는 폭행・협박의 상대방은

⁵⁹⁾ 이재상, 앞의 책, 299면.

⁶⁰⁾ 団藤, 앞의 책, 589면.

⁶¹⁾ 団藤, 앞의 책, 589면.

확실히 재산상의 피해자와 동일하지 않아도 상관없지만 '재산이전죄 이기 때문에 그 범위는 무한정이 아닌 재물보호에 협력할 수밖에 없는 입장의 사람이 아니면 안된다'라고 하는 지적이 있다⁶²⁾. 재물탈취라는 때 조건관계를 긍정하도록 하는 반 항억압이 필요한 것은 당연하다고 생각되어지지만 그것만으로 상관없을지 문제가된다.

더욱 반항억압상태를 이용하여 재물탈취를 하려는 것이 필요하지만 재물탈취의 목적으로 상대방을 살해하고 재물을 탈취하는 경우를 강도(살인)죄를 구성하고, 상 대방이 반항을 억압할 때 상대방이 모르는 채로 재물을 탈취해도 충분하다. 이런 의미로 상대방의 明示의 의사에 대한 재물의 이전이 성립요건이 되는 것은 아니 다.

3. 폭행·협박 후에 영득의사가 생기는 경우

가. 학설 · 판례

강도이외의 목적으로 예를 들면 강간의 목적의 경우에 폭행·협박을 더해 상대 방의 반항을 억압한 후 재물탈취의 의사가 생기고 반항억압상태를 이용하여 재물을 탈취한 경우, 강도강간죄(형법 제 339조)는 성립되지 않는다는 데에는 별 이견 이 없다. 강도강간죄는 일종의 신분범과 같아 강도범이 재물을 강취하는 기회에 부녀를 강간하는 것을 그 요건으로 하고 있기 때문이다. 판례⁶³⁾도 마찬가지이다.

(1) 학설

위와 같은 경우에 학설은 일반적으로 강도죄의 성립을 인정한다. 그에 대한 학설

⁶²⁾ 山口厚, 앞의 책, 131면.

⁶³⁾ 大判 1977. 9. 28, 77도1350.

로는 다음 2가지를 들 수 있다.

① 擬制說

강간 피해자의 반항억압상태를 이용하여 재물을 탈취하는 경우에는 이미 행하여 진 폭행·협박이 재물을 탈취하기 위한 폭행·협박으로 평가될 수 있다고 하는 견 해이다.64)

② 現場存在說

강간범인이 현장에서 떠나지 않고 있는 것이 바로 강도의 적극적인 협박행위에 해당한다는 견해이다. 범인이 현장에 존재하는 것 자체가 선행행위에 의하여 야기된 피해자의 공황상태를 계속시키는 것이 되므로 폭행·협박과 재무탈취사이에는 구성요건적 인과관계가 있다고 한다.65)

③ 판례

판례도 학설과 마찬가지로 강간범이 강간행위 후에 강도의 범의를 일으켜 그 부녀의 재물을 강취하는 경우에는 형법상 강도강간죄가 아니라 강간죄와 강도죄의경합범이 성립될 수 있을 뿐인바66), 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률제5조 제2항은 형법 제334조(특수강도) 등의 죄를 범한 자가 형법 제297조(강간)등의 죄를 범한 경우에 이를 특수강도강간 등의 죄로 가중하여 처벌하고 있으므로, 다른 특별한 사정이 없는 한 강간범이 강간의 범행 후에 특수강도의 범의를일으켜 그 부녀의 재물을 강취한 경우에는 이를 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제5조 제2항 소정의 특수강도강간죄로 의율 할 수 없다고 판시하고 있

⁶⁴⁾ 정영일, 「問題式 형법각론」, 고시계, 1991, 299면.

⁶⁵⁾ 정영일, 앞의 책, 299면.

⁶⁶⁾ 大判 1977. 9. 28, 77도1350.

다67).

(2) 소결

범인 자신이 야기한 피해자의 반항억압상태를 이용하여 재물을 탈취하는 행위는 피해자의 반항을 억압할 정도의 폭행 또는 협박에 의해 재물을 강취하는 행위와 위법성의 점에 있어서 거의 차이가 없다. 그러나 탈취죄로서의 강도죄의 본질은 어디까지나 폭행 또는 협박을 재물탈취의 수단으로 하는 점에 있고, 여기서는 폭행 또는 협박의 存否 그 자체가 문제의 핵심이 된다. 따라서 폭행 또는 협박 후에 비로소 재물탈취의 의사가 생긴 경우에는 다시 새로운 폭행 또는 협박이 행하여지지 않은 한 원칙적으로 강도죄는 성립되지 않으며, 피해자의 반항불능상태가 비록범인 자신의 선행행위에서 유래하는 것이라고 하더라도 절도죄가 성립하는데 지나지 않는다고 본다.

4. 심실상실상태에 빠뜨린 뒤에 재물탈취의 의사가 생긴 경우

가. 학설 · 판례

(1) 학설

재물탈취의 의사 없이 폭행을 가하거나 약물을 사용하여 피해자로 하여금 완전히 의식을 잃고 심신상실에 빠지게한 뒤에 비로소 재물탈취의 의사가 생겨 피해자의 소지품을 취득한 경우에 관해서는 견해가 대립한다.

⁶⁷⁾ 大判 2002. 2. 8, 2001도6425.

① 窃盗罪說

위의 경우 폭행이나 약물사용은 재물탈취의 방법으로 사용된 것이 아닐 뿐 아니라, 그로 인해 야기된 피해자의 계속적인 공황상태를 이용하여 재물을 취득하는 경우가 아니므로, 전항의 경우와는 달리 폭행 또는 약물사용과 재물탈취 사이에 원인관계를 인정할 수 없고, 따라서 절도죄가 성립하는데 지나지 않는다고 한다.68)

② 强盗罪說

선행된 폭행·협박으로 피해자를 심신상태에 빠지게 한 뒤 그 여세를 빌어 제2의 범행인 재물탈취를 감행한 때에는 그 악성이 아직 피해자의 의식에 남아 있어 피해자의 지속된 공황상태를 이용하여 재물을 강취하는 경우와 다를 바 없으므로, 자기의 선행행위로 인하여 조성된 상태를 이용한 강취행위로서 강도죄의 성립을 인정하여야 한다고 한다.69)

(2) 판례

판례는 피해자와 시비 끝에 그를 구타하여 심신상실 케 한 뒤 현장에 떨어져 있던 그 소유의 시계를 가져간 사안에서 설사 피해자가 졸도하여 의식을 상실한 경우에도 현장에 일실된 피해자의 물건은 자연히 그 지배하에 있는 것으로 보아야할 것이고, 타인에게 상해를 가하여 혼미상태에 빠지게 한 경우에 우발적으로 그의 재물을 도취하는 소유는 폭행을 도취의 수단으로 시용한 것이 아니므로 강도죄가 성립하지 아니한다고 판시하고 있다70).

⁶⁸⁾ 정영일, 앞의 책, 300면.

⁶⁹⁾ 정영일, 앞의 책, 300면.

⁷⁰⁾ 大判 1956. 8. 17, 4289 형상 170.

(3) 소결

피해자가 심실상실의 상태에 바진 뒤에 재물탈취의 의사가 생겨 재물을 취득하는 경우에는 그 원인행위인 폭행 또는 약물사용행위가 재물탈취의 방법으로 사용된 것은 아니라는 점에서 강도죄의 성립을 부인하는 것이 타당하다고 본다.

제 4 장 특수강도

현행형법은 구형법과는 달리 제330조에서 야간에 타인의 주거에 침입하여 재물을 절취하는 범행을 야간주거침입절도죄로 가중처벌하도록 규정하고 있는 것에 상용하여 제334조 제1항에서 야간에 타인의 주거에 침입하여 재물을 강취하는 범행을 특수강도죄로 가중처벌하도록 규정하고 있다.71) 야간주거침입절도죄에 대하여는 같은 죄가 절도와 주거침입의 결합범으로서 주거 등에 침입하여 절취하는 것이므로 시간적으로 절취행위보다 주거침입행위가 선행되는 것이라고 하여 주거에 침입했을 때 실행의 착수가 있다고 보는 견해가 다수설72)·판례73)이다. 그런데 형법제334조제1항 소정의 야간주거침입강도죄에 대하여는 그 실행의 착수시기에 관하여 견해가 대립된다. 이하에서 형법 제334조 제1항의 소정의 야간주거침입강도죄 및 제2항의 특수강도죄에 있어서 실행의 착수시기에 관한 학설 및 판례의 입장을 검토하고, 분석해 보도록 하겠다.

1. 특수강도의 유형

본죄의 구성요건은 야간주거침입강도(제334조 제1항)ㆍ흉기휴대강도(제334조 제2

⁷¹⁾ 여훈구, '특수강도죄의 실행의 착수시기', 형사판례연구 7권, 1992, 357면.

⁷²⁾ 김일수, 앞의 책, 559면.

⁷³⁾ 大判 1983. 3. 8, 83도145.

항) · 합동강도(제334조 제2항)의 세 유형으로 나누어 볼 수 있다.

가. 야간주거침입강도

야간주거침입강도죄의 구성요건은 야간에 사람의 주거, 관리하는 건조물, 선박이나 항공기 또는 점유하는 방실에 침입하여 제334조의 죄를 범하는 것이다.

'야간에' 주거 등에 침입하여 강도를 행하여야 하므로 만일 주간에 주거 등에 침입하여 강도를 행하였다면, 주거침입죄와 강도죄의 경합범이 된다고 할 것이다. 즉 주간에 주거에 침입하여 흉기를 휴대하거나 2인 이상이 합동하여 강도를 행하였다면 특수강도죄와 주거침입죄의 경합범이 되는 것이며, 주거침입이 특수강도죄의불법에 포함되는 것으로 볼 수는 없다.74)

나. 흉기휴대강도

흥기는 원래 살상, 손괴의 목적으로 제작되고 그 목적달성에 적합한 것이지만, 위험한 물건은 반드시 살상, 손괴의 목적으로 제작될 것을 요하지 않으므로 흉기는 특수개념으로서 일반개념인 위험한 물건에 포함된다는 견해가 있다⁷⁵⁾. 그리고 "휴대하여"에서 '휴대(携帶)'의 사전적 의미는 자의 그대로 '손에 들거나 몸에 지님'이라고 풀이한다. 반드시 범행이전부터 몸에 지니고 있어야 할 것을 요하지 아니하고, 범행현장에서 범행에 사용할 의도 아래 이를 소지하거나 몸에 지니는 경우를 포함 한다⁷⁶⁾. 한편으로는 '휴대하여'의 의미를 사전적 의미인 소지하는 것에 한정하지 아니하고 널리 '이용하여'와 같은 의미라고 해석하면서도 그 대상은 휴대가가능한 동산에 한정되기 때문에 머리를 건물의 벽이나 바위에 부딪히게 하는 경우는 이에 해당하지 아니한다고 보는 견해⁷⁷⁾도 있다.

⁷⁴⁾ 정영일, 「형법각론」, 박영사, 2006, 234면.

⁷⁵⁾ 김소연, "위험한 물건의 휴대", 고시연구, 2006, 449면.

⁷⁶⁾ 大判 1982. 2. 23, 81도3074; 大判 1984. 1. 31, 83도2959; 大判 1985. 9. 24, 85도1591.

⁷⁷⁾ 홍석조, "「위험한 물건」에 관한 소고", 법조 451호(1994. 4), 51면.

흥기휴대강도의 구성요건은 흥기를 휴대하여 제334조의 죄를 범하는 것이다. 행위시에 흉기를 휴대하고 있고 또 그 사실을 행위자가 인식하고 있으면 되고, 그흉기를 범행에 직접 사용할 필요까지는 없다고 보아야 한다.

야간에 주거에 침입하여 흉기를 휴대하거나 2인 이상이 합동하여 강도를 행하였다면 제334조 제1항과 제2항의 불법이 모두 실현되었지만, 그 죄는 양 조항의 특수강도죄의 상상적 경합이 아니라 '특수강도죄'일죄가 된다고 본다.78)

다. 합동강도

우리 형법은 절도죄와 강도죄 및 도주죄에서 2인 이상이 합동한 경우 특수절도, 특수강도, 특수도주라 하여 가중처벌 하는 규정을 두고 있다. 성폭력범죄처벌및피해자보호에관한법률에서는 강간죄 등에 있어서 2인 이상 합동한 경우 특수강간 등으로 가중처벌 한다. 이러한 범죄유형은 구성요건에서 "2인 이상이 공동하여"라고되어 있는 공동정범과는 달리 "2인 이상이 합동하여"라고 규정하고 있으므로, 합동범이라 불린다79).

합동범의 본질에 관해서는 '가중적 공동정범설', '공모공동정범설', '현장설', 그리고 '현장적 공동정범설'이 주장되어 왔으며, 현장설이 다수의 입장이다⁸⁰⁾.

합동강도의 구성요건은 2인 이상이 합동하여 제334조의 죄를 범하는 것이다. 합동강도의 주체는 공모의 범위 안에서 책임을 진다. 예를 들어 뛰이 乙·丙과 택시강도를 하기로 모의했으나 乙·丙이 택시운전사에 대한 폭행에 착수하기 전에 뛰이 겁을 먹고 미리 그 현장에서 도주해 버렸다면 乙·丙들과의 사이에 실행행위를 분담한 협동관계가 뛰에게는 없으므로 甲은 특수강도죄의 합동범이 될 수 없고, 강도모의죄의 죄책만 진다.81)

⁷⁸⁾ 정영일, 앞의 책, 235면.

⁷⁹⁾ 김종구, "합동범에 관한 연구", 비교형사법연구, 제5권 제1호, 2003, 163면.

⁸⁰⁾ 김종구, 앞의 논문, 165면.

⁸¹⁾ 大判 1985. 3. 26, 84도2956.

2. 특수강도죄의 실행의 착수시점

가, 문제의 제기

현행형법은 구형법과는 달리 제330조에서 야간에 타인의 주거에 침입하여 재물 을 절취하는 범행을 야간주거침입절도죄로 가중처벌하도록 규정하고 있는 것에 상 응하여 제334조 제1항에서 야간에 타인의 주거에 침입하여 재물을 강취하는 범행 을 특수강도죄로 가중처벌하도록 규정하고 있다. 야간주거침입절도죄에 대하여는 같은 죄가 절도와 주거침입의 결합범으로서 주거 등에 침입하여 절취하는 것이므 로 시간적으로 절취행위보다 주거침입행위가 선행되는 것이라고 하여 주거침입을 한 때에 같은 죄의 실행에 착수한 것으로 보는 견해가 종래의 학설82)ㆍ판례83)의 입장이다. 그러나 형법 제334조 제1항 소정의 야간주거침입강도죄에 대하여는 그 실행의 착수시기에 관하여 견해가 대립하고 있다. 야간주거침입강도죄를 포함한 강도죄는 절도죄와는 달리 피해자의 반항을 억압할 정도의 폭행ㆍ협박이 있을 것 을 구성요건으로 하고 있다. 그래서 형법 제333조 소정의 단순강도죄에 대해서는 재물탈취 또는 재산상의 불법이득을 목적으로 피해자의 반항을 억압할 정도의 폭 행·협박을 개시한 때에 실행의 착수가 있다고 보는 견해가 통설⁸⁴⁾의 입장이다. 판례도 '단순히 야간에 사람의 주거에 침입하여 강도할 기회를 노리며 그 집 정원 에 은신하고 있는 것만으로는 특수강도행위의 실행에 착수한 것이라 할 수 없고, 어디까지나 강도죄의 실행행위, 즉 상대방의 반항을 억압 할 정도의 폭행 또는 협 박에 나아갈 때 비로소 그 실행에 착수가 있었다'고 판시한 것이다85). 야간주거침 입강도죄의 경우 야간주거침입절도죄와 같이 결합범적 성격에 착안하여 야간에 주 거에 침입한 때를 실행의 착수시기로 보느냐, 강도죄의 일반 성격을 강조하여 폭 행ㆍ협박시를 실행의 착수시기로 보느냐에 따라 견해가 다르게 된다.

⁸²⁾ 김일수, 「한국형법Ⅲ」, 박영사, 1997, 593면.

⁸³⁾ 大判 1970. 4. 28, 70도507; 大判 1983. 3. 8, 83도145.

⁸⁴⁾ 김일수, 앞의 책, 588면; 이재상, 앞의 책, 17/45면; 배종대, 앞의 책, 377면.

⁸⁵⁾ 서울高判 1976. 10. 2, 76노1068.

이하에서는 형법 제334조 제1항 소정의 야간주거침입강도죄 및 동조 제2항의 흉 기휴대·합동강도에 있어서 실행의 착수시기에 관한 학설 및 판례를 검토하고 분 석해보기로 한다.

나. 학설의 견해

(1) 형법 제334조 제1항 소정의 야간주거침입강도죄의 경우

① 주거침입시설

야간주거침입강도죄는 주거침입과 강취의 결합범으로서 시간적으로 주거칩입행위가 선행되는 것이므로 주거침입을 한 때에 그 죄의 실행에 착수한 것으로 보는 견해⁸⁶⁾로서 야간주거침입강도죄는 야간주거침입과 절도의 결합범인 야간주거침입절도죄와 같은 구조를 기지고 있는바, 야간주거침입절도죄의 경우 주거침입시에실행의 착수가 있다고 보는 것이 통설·판례이므로 그것과의 균형상 주거침입시를실행의 착수시기로 보아야 한다는 것을 근거로 한다.⁸⁷⁾

② 폭행・협박시설

야간에 강도의 고의로 주거에 침입하여 '폭행·협박에 나아갈 때'에 특수강도죄의 실행의 착수가 인정된다고 하는 이 견해는 현재 우리나라 학자들의 다수의 견해이 다⁸⁸⁾. 하지만 이 견해를 취하는 학자들은 주거침입시의 실행의 착수시기를 인정하 지 않고, 폭행·협박시에 실행의 착수를 인정하는가에 관해서 자세한 설명을 못 하고 있다. 다만, "특수강도죄의 실행의 착수시기를 야간주거침입절도죄와 같은 주

⁸⁶⁾ 김일수, 앞의 책, 593면.

⁸⁷⁾ 여훈구, '특수강도죄의 실행의 착수시기', 형사판례연구(1992), 7권, 358면.

⁸⁸⁾ 김일수/서보학, 앞의 책, 330면; 박상기, 앞의 책, 287~288면; 배종대, 앞의 책, 411면; 손동권, 「형법각론」,율곡출판사, 2006, 324면; 이재상, 앞의 책, 310면; 임웅, 앞의 책, 318~319면.

거침입시로 보게 되면, 특수강도죄와 야간주거침입절도죄의 구별이 행위자의 순수주관적 의사에 따라 결정되기 때문에 애매하므로⁸⁹⁾", "강도죄의 기본 구성요건은폭행·협박이기 때문에⁹⁰⁾", "강도죄는 폭행·협박의 행위에 본질이 있기 때문에⁹¹⁾", "강도의 의사는 폭행·협박시에 확실하게 표현되기 때문에⁹²⁾" 특수강도죄의실행의 착수시기는 폭행·협박시로 잡는 것이 합리적이다. 다시 말해 야간강도침입강도죄가 구성요건의 형식에 있어서 야간주거침입절도죄에 대응하여 마련된 것이라 하더라도 그 죄의 경우와는 달리 강도죄의 본질적인 구성요건인 타인의 반항을 억압할 수 있는 정도의 폭행 또는 협박에 나아가 강도의 범위가 외부에 객관적으로 나타난 때에 그 실행의 착수가 있다고 보는 것이 타당하다.⁹³⁾

(2) 형법 제334조 제2항 소정의 흉기휴대·합동강도죄의 경우

흥기휴대·합동강도죄의 경우 야간에 주거에 침입하여 강취범행이 이루어지는 경우를 제외하고는 상대방의 반항을 억압할 정도의 폭행·협박이 개시된 때에 실행의 착수가 있다고 보는 견해이다.94) 그러나 흥기휴대·합동강도죄의 범행이 야간에 주거에 침입하는 방식으로 이루어지는 경우 실행의 착수시기에 관하여서 견해가 대립하고 있다.

① 주거침입시설

야간주거침입강도죄의 실행의 착수시기에 관한 주거침입시설의 입장에서 이 경 우에도 주거침입시에 실행의 착수가 있다고 한다.⁹⁵⁾ 이 견해는 야간주거침입강도

⁸⁹⁾ 김일수/서보학, 앞의 책, 330면.

⁹⁰⁾ 박상기, 앞의 책, 287면.

⁹¹⁾ 손동권, 앞의 책, 324면.

⁹²⁾ 임웅, 앞의 책, 318면.

⁹³⁾ 최진갑, '특수강도죄의 실행의 착수시기', 대법원판례해설(1991, 16권), 746면.

⁹⁴⁾ 김일수, 앞의 책, 594면.

⁹⁵⁾ 주석형법 V, 168면.

죄나 흉기휴대·합동강도죄는 같은 조에 규정된 같은 종류의 특수강도죄로서 법정 형도 동일하고 야간주거침입의 형태로 범행이 이루어지는 경우 양 죄 중 어떤 죄 로도 기소될 수 있을 것이므로 실행의 착수에 있어서 양자간의 균형을 도모하고자 하는 것이 그 논거인 것으로 보여 진다.⁹⁶⁾

② 폭행・협박시설

흥기휴대·합동강도죄에 있어서 강도행위가 야간에 주거에 침입하여 행하여지는 경우에 주거침입을 한 때에 실행의 착수가 있다고 하면 야간주거침입절도죄의 실행의 착수시기와 구별이 애매해지므로 상대방의 반항을 억압할 만한 정도의 폭행· 협박이 개시된 때에 실행의 착수가 있다고 보아야한다고 하는 견해⁹⁷⁾로서 야간주거침입강도죄의 실행의 착수시기에 관하여 폭행·협박시설을 취하는 입장에서 취하는 견해이다.

다. 특수강도죄의 실행의 착수시기에 관한 판례

[대상판례]

대법원 1992. 7. 28. 선고, 92도917 판결.

[사건개요]

① 피고인들은 야간에 피해자의 집에 이르러 재물을 강취할 의도로 피고인 甲이출입문 옆 창살을 통하여 침입하고 피고인 乙은 부엌방충망을 뜯고 들어 가다가 피해자 시아버지의 헛기침에 발각된 것으로 알고 도주했다.

⁹⁶⁾ 여훈구, 앞의 논문, 361면.

⁹⁷⁾ 김일수, 앞의 책, 594면.

② 피고인들은 야간에 피해자의 집에 이르러 피고인 甲이 담을 넘어 들어가 대문을 열고 나머지 피고인들이 집으로 들어가 피고인 乙이 부엌에서 식칼을 들고 방안에 들어가는 순간 비상벨이 울려 도주했다.

[대법원 판결요지]

- ① 형법 제334조 제1항 소정의 야간주거침입강도죄는 주거침입과 강도의 결합범으로서 시간적으로 주거침입행위가 선행되는 것이므로 주거침입을 한 때에 본죄의실행에 착수한 것으로 보아야 한다.
- ② 같은 조 제2항 소정의 흉기휴대 합동강도죄에 있어서도 그 강도행위가 야간에 주거에 침입하여 이루어진 경우에는 주거침입을 한 때에는 실행에 착수한 것으로 보는 것이 타당하다.
- (1) 형법 제334조 제1항 소정의 야간주거침입강도죄의 경우

본 대상판례는 형법 제334조 제1항 소정의 야간주거침입강도죄의 경우 위 주거침입시설에 의함을 명백히 한 것이다. 그러나 대법원 1991. 11. 22. 선고 91도2296 판결98)은 피고인이 야간에 타인의 재물을 강취하기로 마음먹고 흉기인 칼을 휴대한 채 시정되어 있지 않은 피해자 뛰의 집 현관문을 열고 마루까지 침입하여 동정을 살피던 중 마침 혼자서 집을 보던 피해자 뛰의 손녀 피해자 乙이 화장실에서용변을 보고 나오는 것을 발견하고 갑자기 욕정을 일으켜 칼을 乙의 목에 들이대고 방안으로 끌고 들어가 밀어 넘어뜨려 반항을 억압한 다음 장제로 1회 간음하여 피해자를 강간하였다는 점에 대하여 형법 제334조 제1·2항 특수강도의 실행의 착수는 어디까지나 강도의 실행행위, 즉 사람의 반항을 억압할 수 있는 정도의 폭행도는 협박에 나아갈 때에 있다 할 것이고, 야간에 흉기를 휴대한 채 타인의 주거에 침입하여 집안의 동정을 살피는 것만으로는 특수강도의 실행에 착수한 것이라

⁹⁸⁾ 법원공보 1992, 357면.

고 할 수 없으므로 특수강도에 착수하기도 전에 저질러진 강간행위가 구 특정범죄 가중처벌에관한법률 제5조의6 제1항의 특수강도강간죄에 해당한다고 볼 수 없다고 판시하여 야간주거침입강도죄의 실행의 착수시기에 관하여 폭행·협박시설을 취하 고 있음을 명백히 하였다.

(2) 형법 제334조 제2항 소정의 흉기휴대·합동강도죄의 경우

대법원 1991. 11. 22. 선고 91도2296 판결의 취지에 의하면 대법원이 흉기휴대·합동강도죄의 경우 야간에 주거에 침입하여 강취 범행이 이루어지는 경우를 제외하고는 상대방의 반항을 억압할 정도의 폭행·협박이 개시된 때에 실행의 착수가 있는 것으로 보고 있는 점은 명백한 것으로 보인다. 그러나 흉기휴대·합동강도죄의 범행이 야간에 주거에 침입하는 방식으로 이루어지는 경우 그 같은 죄의 실행의 착수시기에 관하여서는 본 대상판결은 야간주거침입시설을 취하고 있음을 명백히 하였고, 대법원 1991. 11. 22. 선고 91도2296 판결은 야간에 주거에 침입하는 방식으로 강취의 범행이 이루어졌는지에 관계없이 형법 제334조 제1·2항의 특수강도죄 모두에 대하여 폭행·협박시설을 취하고 있음이 분명해 보인다.

라. 검토

(1) 결합범임을 이유로 한 논거에 대하여

'폭행·협박시'설의 입장에 있는 학자들은 모두 특수강도죄가 결합범이라는 것을 인정하면서도 총론에서 설명하는 결합범의 실행의 착수시기에 관한 일반원칙에 부 합하지 않게 설명하고 있다. 즉 결합범의 실행의 착수시기에 설명하는 대다수의 학자들은 "폭행·협박행위와 절취행위가 결합한 강도죄와 같이 두 개 이상의 구성 요건적 행위가 결합하여 1개의 구성요건을 이루고 있는 결합범에 있어서는 절충설 에 의하면 행위자의 범행계획을 고려하게 되므로 주거침입시가 결합법 전체로서의 실행의 착수가 있다"고 설명 한다⁹⁹⁾. 이렇게 된다면 야간주거침입죄와 강도죄의 결합범인 특수강도죄의 실행의 착수시기는 '주거침입시'가 되어야 하는 것이 타당한데, 대다수의 학자들은 '폭행·협박시'에 실행의 착수를 인정하고 있다. 이 견해는 결합범의 실행의 착수가 '주거침입시'에 인정된다는 총론에서의 설명에도 불구하고 '결합범'인 특수강도죄에 있어서는 '폭행·협박시'에 실행의 착수를 인정하면서 이에 대해서 명확한 근거를 제시 하지 못하고 있다.

하지만 첫째로 특수강도죄의 실행의 착수시기를 야간주거침입절도죄와 같은 주 거침입시로 보게 된다면, 특수강도죄와 야간주거침입절도죄의 구별이 행위자의 의 사에 따라 결정되게 되는데, 이때 고의의 판별이 어려워지므로 특수강도죄의 실행 의 착수시기를 폭행·협박시로 보아야 한다는 견해100)가 있다.

두 번째로 강도죄의 기본구성요건은 폭행·협박이기 때문이라는 견해101)가 있다. 이 견해는 "가중적 구성요건인 경우의 실행의 착수시점은 기본적 구성요건을 기준으로 하여 판단한다102)"고 설명한다. 그렇다면 각칙상의 모든 가중적 구성요건의실행의 착수시기는 기본적 구성요건의실행의 착수시점에 의해서 결정되어 진다고볼 수 있다. 그런데 이 입장에서는 절도죄에 의하면 행위방법을 이유로 가중적 구성요건인 특수절도죄의 "실행의 착수시점은 건조물을 손괴하기 시작한 때부터"라고 설명한다103). 가중적 구성요건인 경우는 기본적 구성요건을 기준으로 실행의 착수시기를 판단해야 한다면 특수절도죄의 실행의 착수시점에 있어서 건조물을 손괴하기 시작 한 때가 아니라, 건조물의 일부를 손괴하고 주거에 침입한 후 재물을절취하기 위해 물색하고 있는 시점으로 봐야 할 것이다. 따라서 이 견해도 폭행·협박시에 실행의 착수가 인정된다는 견해에 맞지 않다고 생각된다.

세 번째로 "강도죄는 폭행·협박의 행위에 본질이 있기 때문이라는 견해¹⁰⁴⁾"가

⁹⁹⁾ 김일수/서보학, 「형법총론」, 박영사, 2006, 522면; 임웅, 「형법총론」, 법문사, 2006, 336면; 오영근, 「형법총론」, 박영사, 2006, 479면; 손동권, 「형법총론」, 율곡출판사, 2006, 402면.

¹⁰⁰⁾ 김일수/서보학, 앞의 책, 330면; 정웅석, 「형법강의」, 대명출판사, 2005, 957~958면.

¹⁰¹⁾ 박상기, 앞의 책, 287면.

¹⁰²⁾ 박상기, 「형법총론」, 박영사, 2006, 345~346면.

¹⁰³⁾ 박상기, 「형법각론」, 박영사, 2005, 269면.

¹⁰⁴⁾ 손동권, 「형법각론」, 율곡출판사, 2006, 324면.

있다. 이 견해는 특수강도죄의 본질은 강도죄이고, 그 중에서도 폭행·협박이 있어야 하기 때문에 실행의 착수시점도 그 시점에서 인정해야 한다고 보여 진다. 그러면 특수절도죄의 본질은 절도죄이므로 특수절도죄의 실행의 착수시기는 절도죄와같은 재물을 절취하기 위해 물색하고 있는 시점으로 봐야 할 것이다. 하지만 여기에서는 특수절도죄의 실행의 착수시기는 건조물을 손괴하기 시작 한 때105)라고 하고 있다. 이 점에서도 논거에 일관성이 없다.

네 번째로 강도의 의사는 폭행·협박시에 확실하게 표현되기 때문이라는 견해106)가 있다. 그러면 이 경우에도 특수절도죄의 실행의 착수시기는 건조물의 일부를 손괴하기 시작한 때107)가 아니라, 건조물의 일부를 손괴하고 주거에 침입하여 재물을 절취하기 위해 물색하는 시점이라고 보는 것이 더 타당할 것 같다. 왜냐하면 강도에서 강취하기 위해 행위가 확실하게 표현된다면, 절도에서도 마찬가지로 절취하기 위한 행동이 확실하게 표현된다고 볼 수 있기 때문이다. 만약 특수절도죄의 경우 건조물의 일부를 손괴하기 시작한 때에 절도의 의사가 확실하게 표현된다고 한다면 특수강도의 경우 강도의 고의로 야간에 주거에 침입할 때에 강도의 의사가 확실하게 표현된다고 보아도 될 것이다. 따라서 이 견해도 폭행·협박시에실행의 착수가 인정된다는 견해에 맞지 않다고 생각 된다.

결론적으로 '폭행·협박시'설의 견해가 '주거침입시'설 보다 적절하다고 판단된다.

(2) 형의 불균형 때문이라는 이유로 한 논거에 대하여

강도의 고의로 야간에 주거에 침입한 후 폭행·협박 이전에 발각 된 경우에 실행의 착수시기를 '주거침입시'라고 인정하지 않더라도 순수 절도의 의도만을 갖고타인의 주거에 침입한 자가 절취 이전에 발각이 된 경우 야간주거침입절도죄의 미수와 비교 하면 형의 불균형은 생기지 않는다. 왜냐하면 강도의 고의를 가진 자는 (특수)강도예비죄(제343조)에 해당하고 야간주거침입절도죄의 미수(제330조, 제342

¹⁰⁵⁾ 손동권, 앞의 책, 300면.

¹⁰⁶⁾ 임웅, 「형법각론」, 법문사, 2005, 318~319면.

¹⁰⁷⁾ 임웅, 앞의 책, 301면.

조)가 성립할 수도 있기 때문이다.

행위자가 야간에 주거에 침입한 상황에서 이미 강도의 고의를 가지고 있으므로 (특수)강도예비죄(제343조)에 해당한다는 것은 문제가 없어 보인다. 하지만 여기에서 문제가 되는 것은 강도의 고의를 가진 자에게 야간주거침입절도죄의 미수의 죄책을 지울 수 있는가의 문제이다. 하지만 강도의 고의를 가진 행위자에게 침입 당시에 강취한다는 의도는 분명하고, '강취'라는 고의 안에 '절취'라는 개념은 당연히 포함될 수 있다고 본다면108) 행위자가 야간에 주거에 침입하여 절취의 의사를 포함하고 있으므로 야간주거침입절도죄의 미수가 성립 할 수 있다고 생각한다.

이렇게 되면 강도의 고의로 야간에 주거에 침입하는 행위자와 절도의 고의로 야간에 주거에 침입한 행위자 사이에 처벌에 있어서 불균형이 초래되지 않고, 동일한 처벌을 받을 수 있다. 이것은 행위반가치만을 고려한다면 강도의 고의와 절도의 고의가 다르고, 강도의 고의가 더 중한 것이므로 불합리한 결론이라고 볼 수도 있다. 또 결과반가치도 고려해 본다면 두 행위 사이에는 차이가 없다.

결론적으로 강도의 고의를 가진 자와 절도의 고의를 가진 자를 비교하였을 때결과반가치 측면에서는 동일하지만 행위반가치 측면에서는 강도의 고의를 가지는 자가 절도의 고의를 가지는 자보다 좀 더 크다고 볼 수 있다. 그런데 강도의 고의를 가진 자는 야간주거침입절도죄의 미수가 성립하면서 (특수)강도예비죄도 함께성립하기 때문에 처벌에 있어서 동일하다고 볼 수는 없다. 왜냐하면 야간주거침입절도죄의 미수와 (특수)강도예비죄가 상상적 경합관계에 있을 수도 있지만, 대부분의 경우는 실체적 경합관계에 있기 때문이다.

^{108) &#}x27;주거침입시'설의 입장에서 강도의 고의에 의한 강도예비행위가 야간주거침입미수죄는 될 수 없다는 견해 가 있다. 따라서 강도의 고의를 가진 자는 야간주거침입죄의 기수로만 처벌되고, 절도의 고의를 가진 자는 야간주거침입절도죄의 미수로 처벌되어 형의 균형상 불합리한 결론이라고 한다(이정원, 「형법각론」,법지사, 2000, 379면).

제 5 장 준강도죄

제 1 절 준강도죄의 주체와 행위

1. 준강도죄의 범행 주체

대법원은 우리 형법 제355조 준강도죄의 범행주체에 절도기수범도 당연히 포함되는 것으로 해석하고 있다. 따라서 절도미수범이라 하더라도 형법 제355조의 적용이 있을 경우에는 같은 법 제342조 규정을 적용하지 않는다고 하며,109) 절도미수범도 절도이므로 절도미수범이 체포를 면탈하기 위하여 폭행을 가한 때에는 형법제335조의 준강도미수로 볼 수 없다고 한다.110)

우리 형법 제335조는 "절도가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박을 가한 때에는 전2조의 예에 의한다"고 규정하고 있다. 여기서 말하는 '전2조의 예에 의한다'라는 말은 제333조의 강도죄와 제334조의 특수강도죄에 정한 형으로 처벌한다는 의미이다. 판례의 태도와 관련하여중요한 것은 형법 제335조 소정의 '절도'에 대한 해석문제일 것이다. 그런데 같은조 소장의 '절도'의 범위를 어디까지로 정할 것인가 하는 문제에는 단순히 '절도'에 대한 문리해석의 문제만이 개제되어 있는 것은 아니다. 여기에는 죄형법정주의 등형법이론적 문제를 비롯하여 강도죄와의 관계 등 체계적이지 못한 감이 있다. 이하에서는 쟁점과 그것과의 논리·체계적 연계 속에서 준강도죄의 주체에 관하여구체적으로 해석해 보고자 한다.

¹⁰⁹⁾ 大判 1969. 10. 23. 69도1353 판결.

¹¹⁰⁾ 大判 1964. 11. 20. 64도504 판결.

가. 학설

(1) 절도의 미수범

준강도죄의 범행의 주체는 절도이다. 절도의 정범이 여기에 해당하는 것은 의문의 여지가 없지만, 공범도 포함하느냐에 관해서는 논란이 있다. 절도의 정범성을지닌 자에 한하며, 절도의 교사범이나 방조범은 범행주체가 될 수 없으며,111)공범자가 폭행 · 협박에 가담한 경우에는 준강도죄의 공범이 될 뿐이라고 보는 것이 타당하다고 할 것이다. 그리고 단순절도 · 야간주거침입절도 · 특수절도 · 상습절도를불문한다.112) 또한 절도의 기수범이 그 주체가 됨은 물론이고, 절도예비는 실행착수 이전의 단계이기 때문에 주체가 될 수 없다.113) 하지만 여기에서의 문제는 절도미수범도 준강도죄의 범행주체가 될 수 있는가의 문제이다. 이에 관하여 긍정설과부정설, 그리고 이원설이 대립하고 있다.

① 긍정설

절도미수범도 준강도죄의 범행주체가 될 수 있다는 것이 통설과 판례의 태도이다¹¹⁴⁾. 그 근거로 첫째 절도죄는 미수범을 처벌하므로 여기의 절도에는 절도의 기수범뿐만 아니라 미수범도 포함한다는 것¹¹⁵⁾이고, 둘째 제335조의 재물탈환의 항거, 체포면탈, 죄적인멸의 목적은 절도기수뿐만 아니라 절도미수에 대해서도 타당할 수 있다는 것을 들고 있다.¹¹⁶⁾

¹¹¹⁾ 김일수, 앞의 책, 596면; 이재상, 앞의 책, 305면; 임웅, 앞의 책, 302면.

¹¹²⁾ 배종대, 앞의 책, 421면.

¹¹³⁾ 배종대, 앞의 책, 422면.

¹¹⁴⁾ 임웅, 앞의 책, 320면; 박상기, 앞의 책, 289면; 김일수/서보학, 앞의 책, 327면; 大判 1990. 2. 27, 89도 2532; 2003. 10. 24, 2003도4417.

¹¹⁵⁾ 이재상, 앞의 책, 305면.

¹¹⁶⁾ 배종대, 앞의 책, 421면. 배종대 교수는 종래 부정설을 찬동하였으나, 절도의 실행의 착수 후 기수까지의 행위는 그 자체가 강도에 포섭된다고 보았는데, 준강도죄와 강도죄의 법정형이 동일하므로 이론구성을 복잡 하게 해야 할 필요가 없고, 재물절취에 폭행·협박이 선행하는 것과 후행하는 것은 행위구조가 다르기 때문이

② 부정설

절도의 기수 후 종료 이전에 있는 자만이 준강도죄의 범행주체가 될 수 있다고보는 견해¹¹⁷⁾이다. 이 견해에 의하면 절도미수범이 재물탈환에 항거할 목적으로 폭행 · 협박을 가한다는 것은 탈취죄인 절도죄의 성격에 맞지 않고, 행위자가 재물탈환에 항거하려면 적어도 그가 재물을 취득하여 절도의 기수에 이르러야 하며, 또한 절도의 미수범이 재물절취를 위해 폭행 · 협박을 했으나 탈취를 성공 하지 못한경우에는 구조상 강취행위와 다를 바가 없어 그 자체가 강도죄의 미수범에 해당하고,¹¹⁸⁾ 절도미수범이 도망치던 중에 폭행 · 협박을 한 경우에는 절도미수죄와 폭행 · 협박죄의 실체적 경합이 된다고 한다.¹¹⁹⁾

③ 부분긍정설(이원설)

재물탈환의 항거목적인 경우에는 절도기수범만이 범행주체가 되나, 그 외의 체포 면탈이나 증거인멸의 목적인 경우에는 절도미수범도 범행주체가 된다는 견해¹²⁰⁾이 다. 재물의 탈환을 항거 할 수 있으려면 절도죄의 성격상 행위자가 이미 절도의 기수에 이르러야 하지만 그 외에는 그럴 이유가 없다는 것이다. 그리고 이는 세 가지 목적이 동질적이면서 대등한 지위에 있다고 봄으로써, 우리 형법과 독일 형 법의 입법상의 차이에 주목하는 견해라 할 수 있다.

(2) 강도범의 포함 여부

라는 이유로 긍정설의 견해로 수정하였다.

¹¹⁷⁾ 김일수, 「한국형법Ⅲ」, 596면.

¹¹⁸⁾ 김일수, 앞의 책, 601면; 이재상, 앞의 책, 306면.

¹¹⁹⁾ 김일수, 각론, 282면.

¹²⁰⁾ 유기천, 앞의 책, 227면.

강도범도 준강도의 주체가 될 수 있는가를 두고 긍정설과 부정설이 대립하고 있다.

① 긍정설

강도범도 준강도죄의 범행주체가 될 수 있다는 견해¹²¹⁾로서, 강도죄는 절도죄의 구성요건을 포괄 할 뿐만이 아니라, 강도가 재물탈환에 대한 항거, 체포면탈, 죄적인멸 등의 목적으로 사후적으로 폭행·협박을 가한 경우는 일반 준강도와 행위 구조가 동일하기 때문에 범행주체가 될 수 있다고 생각된다. 따라서 이 경우는 강도 죄와 준강도죄의 실체적 경합범이 되어야 한다.¹²²⁾

그런데 강도미수범도 준강도죄의 범행주체가 될 수 있는지가 문제이다. 절도기수 범만이 범행주체가 될 수 있다는 견해에 의하면 강도범 역시 기수범에 의하고, 미 수범은 포함되지 않는다¹²³⁾고 한다. 그 견해에 의하면 강도미수범도 재물강취를 실 패하였기 때문에 범행주체가 될 수 없고, 절도미수범도 준강도죄의 범행주체가 된 다고 보는 관점에서는 강도기수범을 범행주체에 포함한 강도미수범이라 하여 범행 주체에서 배제할 이유는 없으리라 생각된다.

② 부정설

이 견해는 강도범은 준강도죄의 범행주체가 될 수 없다고 보는 견해124)이다. 강

¹²¹⁾ 배종대, 앞의 책, 422면; 김일수, 앞의 책, 596면; 이재상, 앞의 책, 305면. 한편 오영근 교수는 미수범과 강도 모두 주체성을 인정하는 긍정설을 취하면서 동시에 기존의 긍정설을 제안하여, 선행범행이 강도인 경우에는 단순히 강도의 실행에 착수한 것만으로는 주체가 될 수 없고, 폭행 · 협박을 넘어 재물강취행위를 개시 한 때에 비로소 본죄의 주체가 된다고 한다(오영근, 「형법각론」, 대명출판사, 2002, 421면).

¹²²⁾ 김일수, 「준강도죄의 불법과 책임의 구조」, 고려법학 제44호, 2005, 8면.

¹²³⁾ 김일수, 앞의 책, 596면.

¹²⁴⁾ 임웅, 앞의 책, 302면; 김일수/서보학, 앞의 책, 332면. 손동권 교수는 일반적으로 강도를 준강도의 주체로 하는 것은 부정하면서, 단순강도죄가 체포면탈의 목적으로 특수폭행이나 특수협박을 하는 경우에는 주체성을 인정하여 특수강도의 예에 의하는 준강도가 성립한다고 하는데(손동권, 형법각론, 2004, 282면 이하) 단순준강도가 특수준강도의 주체가 된다는 의미가 이해되지 않는다. 손동권 교수는 이에 대한 예로서 절도가 체포면탈의 목적으로 폭행 · 협박을 할 때 비로소 흉기를 휴대하였다면 그는 특수강도의 예에 의하는 준

도범을 준강도죄의 범행주체에 포함시키는 것은 문언해석에 반한다는 것이 그 이유이다.125) 예를 들어 강도 범행을 종료하고 도망하는데 뒤 쫓아오는 피해자에게 다시 폭행이나 협박을 가했다면 강도죄와 폭행죄·협박죄의 실체적 경합범이 된다고 볼 것이다. 판례는 우회적으로 강도범의 범행주체성을 부인하는 태도를 취하고 있다.126) 그리고 애당초 폭행·협박을 수단으로 하고 그래서 중하게 처벌되는 강도를 또 다시 준강도죄로 중하게 처벌할 필요성이 크지 않다는 이유127), 강도를 일반적으로 준강도의 주체로 인정하면 강도와 준강도가 실체적 경합으로 처벌되어 과잉처벌로 이르게 된다는 이유128)등을 논거로 한다. 그런데 부정설의 논거는 부당하거나 부분적으로만 타당한 것으로 보인다.

나. 소결

우리 형법 제335조가 준강도의 범행주체로 '절도'라고 규정하고 있는 것을 근거로 하여 준강도죄는 절도죄와 폭행·협박죄의 결합범으로서 절도를 범죄의 주체가 아니고 행위라고 보아 절도나 절도범인은 준강도의 주체가 아니라고 보는 특이한 견해129)도 있으나, 법문에서 '절도'를 범행주체로 명시하고 있는 현행법규에 비추어이러한 견해는 받아들이기가 힘들다. 그런데 여기서 '절도'라고만 표현하고 있어서절도의 범위를 어디까지 포함해야 하는지 문제가 생긴다. 현행 형법상 절도의 예비는 처벌하지 않는 까닭에 절도의 예비가 제335조의 '절도'에 해당할 수 없음은물론이다. 그리고 절도의 기수범을 준강도의 범행주체로 보는 데에도 이견이 없다.하지만 문제는 절도미수범도 준강도의 범행주체가 될 수 있느냐 하는 것이다. 이

강도가 된다는 것을 든다. '절도'가 체포면탈의 목적으로 폭행·협박을 하면 '단순준강도'가 되고, 이 폭행· 협박에 흉기를 휴대하면 다시 이 '단순준강도'가 '특수준강도'의 주체로 된다고 본 것이 아닌가 싶다. 그러나 이 경우에 단순준강도와 특수준강도가 분리될 수 있는지 의문이며, 여기서 '특수준강도'의 주체는 '단순강도' 가 아니라 '절도'라고 해야 할 것이다.

¹²⁵⁾ 임웅, 앞의 책, 302면.

¹²⁶⁾ 大判 1992. 7. 28, 92도917.

¹²⁷⁾ 김일수/서보학, 앞의 책, 332면.

¹²⁸⁾ 손동권, 앞의 책, 329면.

¹²⁹⁾ 백형구, 「형법각론」, 청림출판, 1999, 159면.

와 관련하여 앞에서 살펴본 바와 같이 학설이 대립해 있는 상황이다. 이러한 견해의 대립을 보이는 것은 결국 '절도'라는 법 문언을 놓고 해석의 문제가 중요한 입지를 차지하는 것을 알 수 있다.130)

먼저 절도란 사전적 의미로 남의 재물을 훔치는 행위 또는 그러한 행위를 한 사 람을 말하는데, 우리 형법 제335조의 절도란 그러한 행위를 한 사람을 말한다. 즉 여기서 절도란 절도죄를 범한 자를 말한다. 그렇다면 '절도죄를 범한 자'에 절도기 수범 외에 절도미수범도 포함 된다고 봐야할까? 이를 긍정하는 다수설이나 판례가 설명하고 있는 것을 보면 특별한 것은 없다. 판례는 절도미수범 역시 절도범의 일 부로 현행 형법상 처벌하고 있으니 당연히 범행주체가 된다고 보더라도 문제가 되 지 않는다고 하는 논리이다. 그러나 미수범도 처벌하는 규정이 있기 때문에 해석 론상 '절도'의 개념 의미에 포함된다고 보는 것은 신중한 판단이 아니라고 생각된 다. 다음으로 강도범이 준강도의 범행주체가 될 수 있는지 여부와 관련하여 긍정 설과 부정설이 대립하고 있는데, 긍정설은 강도의 구성요건은 절도의 구성요건을 포함한다는 점, 절도범이 도품유지를 위해 사후에 폭행·협박하면 준강도죄가 성 립하는데도 강도범이 강취품유지를 위해 폭행ㆍ협박한 경우를 단순히 폭행ㆍ협박 죄로만 다루게 되면 평가의 균형이 맞지 않으며, 형사정책적으로도 바람직하지 않 다는 점을 들고 있다. 이러한 논거 역시 죄형법정주의원칙(유추해석금지의원칙)과 관련되어 있다. 준강도의 '절도'에 '강도'가 포함된다고 해석하더라도 형법상 금지 된 유추해석이 되지 않으며, 형사책임의 균형원칙이나 형사정책적 관점을 고려할 때 그와 같은 해석은 필요하다는 것이다. 우선, 긍정설이 원용하는 형사정책적 필 요성의 관점은 형벌법규의 배후에 깃든 그 정책적 의도를 헤아려 본다는 점에서는 의미 있는 것이지만, 위와 같이 법문언의 대상범위를 놓고 그 한계를 가리는 문제 에서 의미 있는 기준이 될 수 없다고 본다. 그리고 긍정설은 죄형균형의 원칙을 원용하고 있는 바, 물론 이 원칙은 전체 형법체계 내에서 다른 형벌법규와 비교를 통해 그 처벌에 있어 현저한 불균형이 존재한다면 이를 보정하기 위한 하나의 기 준으로 사용될 수 있다고 본다. 예를 들면. 결과적 가중범에 있어서 진정결과적 가

¹³⁰⁾ 변종필, "준강도죄의 범행주체", 비교형사법연구, 제3권 제2호, 2002, 441면.

중범이 그 원칙적 형태이나 형의 불균형을 시정하기 위해 부진정결과적 가중범도 그에 포함되는 것으로 해석하는 경우를 들 수 있다. 그렇다면 준강도의 범행주체 인 '절도'에 '강도'도 포함되는 것으로 해석 할 수 있는가에 대해서는 현행 형법상 절도와 강도가 함께 규정되어 있고, 또 강도죄의 구성요건이 절도죄의 구성요건을 포함하고 있기는 하나, 문리해석상 강도범이 절도범에 포함된다고 보는 것은 일상 언어적으로 볼 때 불가능한 일일 것이다. 다음으로 부정설의 논거는 부당하거나 부분적으로 타당한 것으로 보인다.131) 먼저 강도는 절도에 포함되는 절도의 특수한 유형에 해당하므로, 절도의 개념에 강도를 포함시키는 것을 문언해석에 반한다고 할 수 없다. 한 때 독일 제국법원이 강도에 포함되는 절도는 자기의 독자적인 형 법적 의미를 상실하기 때문에 강도와 절도가 엄격히 구분된다고 보고는 강도를 강 도적 절도의 주체에서 제외시킨 바 있었으나, 제국법원의 이 입장은 강도의 구성 요건적 구조를 간과하고 또 실체문제의 영역에서는 아무런 역할도 할 수 없는 법 조경합의 특별관계원칙을 끌어들였다는 비판을 면하기 어렵다. 둘째 논거는 일응 수긍할 점을 갖고 있다. 준강도죄는 그 죄질이 강도범행과 같은 데도 강도죄로 처 벌되지 못하는 사례에 대하여 처벌의 흠결을 보충하는 데에 그 취지가 있는 것이 므로, 이미 강도죄로 처벌되는 경우에 또 다시 준강도죄로 처벌할 필요성은 크지 않은 것은 사실이다. 예컨대 단순강도와 단순준강도, 특수강도와 특수준강도가 성 립하는 경우에는 강도죄와 특수강도죄로 처벌함으로써 규범의 목적은 충분히 달성 된다고 보기 때문이다. 그러나 단순강도가 재물탈환에 항거하기 위하여 특수폭행 을 했을 경우에는 특수강도에 준하는 준강도를 인정할 필요가 있고, 또 그렇게 하 는 것이 타당하다. 이 경우는 죄질이 특수강도에 준하기 때문에 단순강도와 특수 폭행의 경합범으로 처벌하기 보다는 특수강도에 준하는 준강도로 처벌하는 것이 죄질에 부합하는 처벌일 것이기 때문이다. 또 긍정설이 논거로 제시하는 바와 같 이 절도가 준강도의 의도로 강요행위를 하는 경우와 강도가 그렇게 하는 경우의 균형을 위해서도 그렇다. 예컨대 절도범이 절취물의 지배를 유지하기 위해 폭행ㆍ 협박을 하면 강도에 준하는 행위가 되는데. 강도범이 강취품의 지배를 유지하기

¹³¹⁾ 문채규, "준강도의 법적성격과 주체", 비교형사법학회 6권2호, 2004, 101면 이하.

위하여 폭행·협박한 경우에는 단순히 폭행·협박죄로 다룬다든지, 절도 후에 절취물의 지배를 유지할 목적으로 폭행하여 치사의 결과를 야기한 자는 강도치사로 처벌되는데 강도 후에 그렇게 하였을 경우에는 강도죄와 폭행치사의 실체적 경합을 인정하는 것은 그 평가의 균형이 맞지 않다. 결국 필요성을 부인하는 이 논거는 단순강도와 단순준강도, 특수강도와 특수준강도, 강도치상과 준강도치상등과 같이 준강도가 강도의 불법을 초과하지 않는 경우에만 부분적으로 타당성을 가질 뿐이다.

마지막으로 과잉처벌의 논거도 타당하다고 보가 어렵다. 과잉처벌의 논거는 강도를 준강도의 주체로 하게 되면 강도죄와 준강도죄가 항상 실체적 경합으로 처벌된다132)는 가정하에서만 설득력을 가질 수 있다. 만약 단순강도와 단순준강도 또는 특수강도와 특수준강도처럼 준강도가 강도의 불법을 초과하지 않을 경우 죄수론적관점에서 준강도가 강도죄에 흡수되어 별도의 유죄판단이 배척된다면 과잉처벌의논거는 그 대당을 잃게 된다. 그런데 이미 앞에서 검토했듯이, 죄질이 강도죄와 차이가 없을 뿐만 아니라 형사정책적으로도 강도죄에 필적하는 처벌필요성이 있음에도 강도죄의 구성요건에 포섭되지 않는 영역을 강도죄에 준하여 처벌하려는 데에준강도죄의 존재의의가 있다는 점을 주목한다면, 이미 강도죄로의 처벌요건이 충족되어 있고, 준강도의 불법이 강도의 불법을 초과하지 않는 경우에는 준강도죄는 강도죄에 흡수되어 별도의 처벌대상이 되지 않는다고 보는 것이 타당하다.133) 뿐만아니라 이러한 경우에 강도죄와 준강도죄의 실체적 경합으로 처벌하면 절취부분이 이중으로 평가되는 결과가 되므로 이 또한 부당하다.

따라서 강도범을 미수이든, 기수이든 준강도죄의 범행주체로 인정하는 견해는 받아들이기 어렵다고 본다. 물론 유추해석을 이유로 강도범의 범행주체성을 부인한다면 긍정설의 주장대로 죄형의 불균형을 초래되는 것은 사실이다. 그러나 그것은 죄형법정주의원칙에 부합되는 해석의 결과로 나타나는 불가피한 결론이므로 그러한 불균형을 시정하기 위해 죄형법정주의 원칙을 훼손하는 것은 허용될 수 없다.

¹³²⁾ 이 경우에 실체적 경합이 된다는 견해로 손동권, 앞의 책, 329면; 김일수, 앞의 책, 108면; 배종대, 앞의 책, 398면.

¹³³⁾ 이정원, 앞의 책, 340면.

2. 준강도죄의 행위

본죄의 행위는 폭행·협박으로 타인의 재물을 강취하거나, 재산상의 이익을 취득하거나, 도는 제3자로 하여금 이를 취득하게 하는 것이다.

가. 폭행ㆍ협박의 정도

본죄의 폭행·협박은 강도죄와의 균형상 상대방의 반항을 억압할 정도의 것임을 요한다. 일반적·객관적으로 그러한 정도라고 인정되면 충분하고, 반드시 어떠한 경우이건 현실적으로 반항을 억압할 수 있다든가 또는 억압하였음을 요하지 아니한다. 134) 예를 들어 피고인이 옷을 잡히자 체포를 면하려고 충동적으로 저항을 시도하여 잡은 손을 뿌리치거나 135) 피해자의 행위가 지나쳐 그를 피하기 위한 정도의 폭행인 경우 136) 에는 준강도죄로 인정되지 않는다고 판시하고 있다. 그러나 자신의 멱살을 잡은 피해자의 얼굴을 주먹으로 때리면서 놓지 않으면 죽여 버리겠다고 협박을 하거나 137) 뒤로 넘어뜨려 다치게 한 경우 138) 에는 준강도죄의 폭행·협박이 인정된다고 본다.

나, 폭행·협박의 시점

절도의 기회, 즉 폭행·협박과 절취 사이에는 시간적·장소적 근접성이 필요하다. 이와 관련하여 절도의 실행의 착수 이후부터 기수 전까지로 한정하는 견해¹³⁹⁾ 절도의 실행의 착수 이후부터 종료전까지 가능하다는 견해¹⁴⁰⁾ 본죄의 주체는 절도

¹³⁴⁾ 大判 1981. 3. 24, 81도409.

¹³⁵⁾ 大判 1985. 5. 14, 85도619.

¹³⁶⁾ 大判 1990. 4. 24, 90도193.

¹³⁷⁾ 大判 1983. 3. 8, 82도2838.

¹³⁸⁾ 大判 1985. 11. 12, 85도2115.

¹³⁹⁾ 이재상, 앞의 책, 306면.

¹⁴⁰⁾ 이형국, 앞의 책, 429면.

의 기수범에 한한다는 전제하에 폭행·협박은 종료전까지 행해져야한다는 견해141) 등이 있으나, 절도죄가 상태범인 점을 고려하면, 절도의 종료 직후와 시간적·장소 적 근접성을 인정할 수 있는 한 범죄의 성립을 인정하는 것이 타당하다고 본다.142) 왜냐하면 준강도죄의 주체는 절도의 기수 · 미수를 불문하고 가능하다는 점에서 절 도의 기수만을 전제로 하는 것은 부당하며, 절도의 종료이후에고 체포면탈이나 증 거인멸의 목적으로 폭행·협박을 하는 것이 가능 하기 때문이다. 판례 역시 '폭행 또는 협박은 절도의 실행에 착수하여 그 실행중이거나 그 실행 직후 또는 실행의 犯意를 포기한 직후로서 사회통념상 범죄행위가 완료되지 아니하였다고 인정될만 한 단계에서 행하여짐을 요한다'143) 고하면서 '절도범행의 종료 후 얼마 되지 아니 한 단계이고 안전지대로 이탈하지 못하고 피해자 측에 의하여 체포될 가능성이 남 아있는 단계에서 추적당하여 체포된 경우에도 절취행위와 그 체포를 면하기 위한 피고인의 구타행위와의 사이에는 시간상으로 극히 근접한 관계에 있다'할 것이므 로 준강도죄가 성립한다.144) 그리고 '절도범이 도주하다가 곧바로 뒤쫓아 온 보안 요원에게 붙잡혀 보안사무실로 인도되어 피해자로부터 그 경위를 확인받던 중 체 포된 상태를 벗어나기 위해서 피해자에게 폭행을 가하여 상해를 가한 경우, 피고 인은 일단 체포되었다고 하지만 아직 신병확보가 확실하다고 할 수 없는 단계에서 체포된 상태를 면하기 위해서 피해자를 폭행하여 상해를 가한 것이므로 강도상해 죄에 해당한다'145) 고 판시한 반면, '피해자의 집에서 절도범행을 마친 후 10분 가 량 지나 피해자의 집에서 200m 가량 떨어진 버스정류장에 서 있는데, 뒤쫓아 온 피해자가 의심을 두어 피해자에게 붙잡혀 피해자의 집으로 돌아왔을 때 비로소 피 해자를 폭행한 경우, 그 폭행은 사회통념상 절도범행이 이미 완료된 이후에 행하 여졌다는 이유로 준강도죄가 성립하지 않는다'146)고 판시하고 있다.147)

¹⁴¹⁾ 김일수, 한국형법Ⅲ, 598면.

¹⁴²⁾ 박상기, 앞의 책, 289면; 배종대, 앞의 책, 392면; 임웅, 앞의 책, 323면.

¹⁴³⁾ 大判 1984. 9. 11, 84도1398.

¹⁴⁴⁾ 大判 1982. 7. 13, 82도1352.

¹⁴⁵⁾ 大判 2001. 10. 23, 2001도4142.

¹⁴⁶⁾ 大判 1999. 2. 26, 98도3321.

¹⁴⁷⁾ 이재상, 앞의 책, 306면.

제 2 절 준강도죄의 미수

준강도죄(형법 제335조)에 관하여 최근 논란이 많다. 특히 준강도죄의 기수시기에 관하여 종래의 '폭행·협박시설'을 폐기하고, '절취행위기준설'로 입장을 변경하였다. 그러나 이러한 다수의견의 절취행위기준설은 그 논리와 결론에 있어서 타당한지 의문이 있다.

1. 준강도죄의 본질

준강도죄에 대하여 판례와 학설의 일부는 준강도죄를 신분범으로 본다. 즉 절도 범인이라는 행위주체가 탈환의 항거, 체포의 면탈 또는 죄적의 인멸이라는 목적으로 폭행·협박을 가할 경우에 성립하는 범죄라는 것이다. 이러한 입장을 신분범설이라고 한다면, 준강도죄의 행위주체는 절도범인이고, 절취는 절도범인이라는 행위주체를 성립하는 선행행위에 불과하다. 준강도죄의 실행행위는 폭행·협박이 될뿐이다.

이에 반하여, 준강도죄는 절도라는 실행행위와 폭행·협박이라는 실행행위가 결합하여 준강도죄를 구성한다는 견해는 결합범설이다. 결합범설에 의하면, 준강도죄는 두 개의 실행행위가 결합된 것이고 누구나 준강도죄를 범할 수 있으므로 신분범이 아니다. 일부 학설은 준강도죄를 결합범이라고 보고 있다. [148]

2. 준강도죄의 미수의 판단기준

준강도의 미수범을 처벌하는 명시적인 규정이 없었던 1995년 이전에는 준강도죄의 미수 처벌 여부에 관해 논란이 있었으나, 형법 개정을 통해 형법 제342조에 준

¹⁴⁸⁾ 한상훈, "결합범의 구조와 신분범과의 관계", 법조, 2005. 1, 96면.

강도죄의 미수범 처벌을 구체적으로 명시함으로써, 준강도죄의 미수범 처벌문제는 입법적으로 해결되었다. 하지만 문제는 절도죄의 구성요건인 '절취행위'와 강도죄의 수단인 '폭행·협박'으로 구성된 결합범의 구조를 갖는 준강도죄의 기수·미수의 판단기준에 관해서는 여전히 논란이 된다. 더욱이 어떤 견해를 취하느냐에 따라 준강도죄의 성립범위가 달라지기 때문에 준강도죄의 기수·미수 판단기준의 논의는 큰 의미를 가진다.

가. 학설

(1) 절취행위기준설

이 견해는 준강도죄의 기수·미수는 절도행위의 기수·미수 여부를 기준으로 판단해야 한다는 견해¹⁴⁹⁾로써 판례의 입장¹⁵⁰⁾이기도 하다. 이 견해에 의하면 절취행위가 미수에 그친 한 상대방의 저항을 불가능하게 할 정도의 폭행·협박이 행해졌더라도 준강도의 미수가 된다. 그리고 절도기수범이 같은 행위를 가한 경우에는 준강도죄의 기수가 성립한다. 여기서는 결합범으로서의 강도죄와 준강도죄를 동일시한다.¹⁵¹⁾

그 논거로는, i) 강도죄와 준강도죄는 개인의 재산과 자유를 동시에 보호법익으로 하고 있으나 강도죄는 본질상 재산죄라는 점,152) ii) 강도죄와 준강도죄의 구성요건인 재물탈취와 폭행·협박 사이에는 시간적 순서상 전후의 차이가 있을 뿐,실질적으로 위법성이 같거나153) 불법적 유사성을 갖기154) 때문에 강도죄에 있어서

¹⁴⁹⁾ 김일수/서보학, 앞의 책, 334~335면; 정성근/박광민, 「형법각론」, 삼지원, 2002, 312면; 이재상, 앞의 책, 307면.

¹⁵⁰⁾ 大判 2004. 11. 18. 선고 2004도5074(전원합의체판결).

¹⁵¹⁾ 준강도죄는 강도죄의 특별한 경우로서 양자는 폭행·협박이 재물탈취의 사전에 있었는가 사후에 있었는 가 하는 점에서만 차이가 날 뿐, 그 죄질에 있어서는 아무런 차이가 없다.

¹⁵²⁾ 김일수/서보학, 앞의 책, 335면.

¹⁵³⁾ 이재상, 앞의 책, 307.

¹⁵⁴⁾ 김일수/서보학, 앞의 책, 336면.

재물을 강취하여야 기수가 됨에도 불구하고 폭행·협박을 기준으로 기수·미수를 결정하게 되면 폭행·협박은 끝났지만 재물강취에 이르지 못한 경우가 준강도죄의 기수로 처벌 받게 되는 불균형이 초래된다는 점,155) 다시 말해 폭행·협박기준설에 의하면 절도미수범이 재물탈환의 항거목적 등으로 폭행·협박하는 경우도 준강도 죄의 기수가 되므로 강도죄의 기수와 동일한 형으로 처벌해야 하지만, 단순강도죄에서 폭행·협박한 후 재물을 탈취하지 못하면 강도죄의 미수가 되어 양자간에 형의 심한 불균형이 생기므로 절취행위를 기준으로 해야 한다는 것이다.156)

(2) 폭행·협박기준설

이 견해는 준강도죄의 기수·미수를 절취행위의 기수·미수를 불문하고 폭행·협박의 기수·미수를 기준으로 판단해야 한다는 견해¹⁵⁷⁾이다. 즉 준강도죄의 구성 요건행위를 폭행·협박으로 보고 이를 기준으로 기수·미수를 결정하려는 입장이다. 종래의 판례 입장¹⁵⁸⁾이다. 이 견해에 의하면, 절도범이 행사한 폭행·협박이 상대방의 반항을 불가능하거나 현저히 곤란하게 할 정도에 이르렀을 경우에는 준강도의 기수가 되고, 행사한 폭행·협박이 상대방의 반항을 억압할 정도에 이르지 않았거나, 절도가 재물탈환을 항거하거나 체포면탈 또는 죄적인멸을 목적으로 폭행·협박을 가하고자 시도하였으나 현실적으로 폭행·협박이 행사되기 전에 체포된 경우와 같이, 상대방에게 도달하지 않았거나 도달하였다고 하더라도 상대방의 반항을 전혀 억압되지 않는 경우에 준강도죄의 미수가 성립한다.

¹⁵⁵⁾ 大判 2004. 11. 18. 선고 2004도5074(전원합의체판결)의 다수의견.

¹⁵⁶⁾ 하지만 이것은 준강도죄의 범행주체를 절도미수범도 포함한다는 다수설의 관점에서 본 결과일 뿐이다.

¹⁵⁷⁾ 배종대, 앞의 책, 427면; 김성천/김형준, 「형법각론」, 동현출판사, 2000, 414면; 진계호, 「형법각론」,대 왕사, 2000, 343면; 박상기, 앞의 책, 291면.

¹⁵⁸⁾ 준강도는 절도범인이 절도의 기회에 재물탈환항거 등의 목적으로 폭행 또는 협박을 가함으로써 성립되는 것이므로, 그 폭행 또는 협박은 절도의 실행에 착수하여 그 실행중이거나 그 실행 직후 또는 실행의 범의를 포기한 직후로서 사회통념상 범죄행위가 완료되지 아니하였다고 인정될 만한 단계에서 행하여짐을 요한다 (大判 1999. 2. 26, 98도3321). 【사건개요】피해자의 집에서 절도범행을 마친 지 10분 가량 지나 피해자 의집에서 200m 가량 떨어진 버스정류장이 있는 곳에서 피고인을 절도범인이라고 의심하고 뒤쫓아 온 피해자에게 붙잡혀 피의자의 집으로 돌아왔을 때 비로소 피해자를 폭행하였다. 대법원은 이 경우 피고인의 폭행이 사화통념상 절도범행이 이미 완료된 이후에 행하여졌다는 이유로 준강도죄가 성립하지 않는다고 하였다.

그 논거로는, i) 강도미수가 준강도기수로 처벌받는 것은 강도죄와 준강도죄의 행위구조가 다른 데서 오는 당연한 귀결이며, 준강도죄의 폭행·협박은 강도처럼 재물강취를 위한 수단이 아니라 단지 가벌성을 증가시키는 요인일 뿐이며, 형사정 책적으로도 준강도죄 규정은 미수상태의 절도가 체포면탈이나 증거인멸의 목적으로 폭행·협박을 한 경우에도 적용될 수 있어야 한다는 점,159) ii) 준강도죄의 특징은 절도범의 폭행·협박에 있으며, 특히 체포면탈을 위한 폭행·협박은 절도의 미수단계에서 체포면탈의 목적으로 폭행·협박이 행해지는 경우에는 언제나 준강도죄의 미수만이 성립하게 되어 불균형적이라는 점,160) iii) 강도살인죄나 강도상해 죄에서 재물취득 여부가 기수의 성립에 영향을 주지 않았다고 해석하는 이상 사후 강도죄인 준강도도 달리 보아야 할 이유가 없고, 준강도의 구성요건행위를 폭행·협박으로 보면서 기수·미수의 결정기준을 절취행위에서 찾는 것은 논리적으로 모순이라는 점161) 등을 들고 있다.

(3) 결합설

이 견해는 준강도죄는 절취행위와 폭행·협박이 결합된 범죄이기 때문에, 절취행위와 폭행·협박을 기준으로 준강도죄의 기수·미수를 판단해야 한다는 입장이다.162) 이 견해에 의하면, 절취행위가 기수에 이르렀더라도 폭행·협박이 미수에그친 경우에는 준강도의 미수가 성립한다. 그러므로 준강도죄의 기수는 절취행위와 폭행·협박이 모두 기수에 도달하는 경우에만 성립하고, 적어도 하나가 미수에그친 경우에는 준강도죄의 미수가 성립하게 된다.

그 논거로는 i) 미수범의 법리에 따르면, 형법상 미수는 범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 때 성립하므로, 준강도죄의 경우 행위주체인 절도가 일반적·객관적으로 보아 사람의 반항을 억압할 정도

¹⁵⁹⁾ 배종대, 앞의 책, 427면.

¹⁶⁰⁾ 진계호, 앞의 책, 343면.

¹⁶¹⁾ 김일수, 형법각론, 284면.

¹⁶²⁾ 임웅, 앞의 책, 325면.

의 폭행·협박을 개시하기는 하였으나 그 행위를 종료하지 못하였거나 그로인해 결과가 발생하지 아니한 때 미수가 성립한다는 점에서 '폭행ㆍ협박'이 준강도죄의 기수 · 미수의 판단기준이라 할 수 있으며, 강도죄와 준강도죄는 실질적으로 위법 성이 같기 때문에, 절취행위가 미수에 그친 경우에도 이를 준강도죄의 미수라고 보아 강도죄의 미수와의 사이에 균형을 유지하는 것이 상당하다는 점,163) ii) 결합 범인 단순강도죄의 기수ㆍ미수는 그 보호법익과 관련된 두 측면, 즉'재물취득'과 '폭행·협박행위'등 두 측면에 의해 결정된다면, 같은 결합범인 준강도죄에서도 마찬가지의 논리가 적용되어야 한다는 점,164) iii) 준강도죄는 강도죄보다 불법의 정도가 약함에도 불구하고 강도죄로 처벌하는 경우이기 때문에 준강도죄의 성립요 건은 강도죄의 성립요건보다 완화되어서는 안되므로 준강도죄의 기수·미수는 절 도의 기수ㆍ미수 여부와 폭행ㆍ협박의 기수ㆍ미수 여부 모두를 고려하는 것이 타 당하다는 점,¹⁶⁵⁾ iv) 준강도죄는 강도죄와 불법이 동일하기 때문에 준강도를 재산 죄로서 본질을 무시하고 가중된 폭력행의로만 파악하는 것이 타당하지 않기 때문 에 '절취행위의 기수 · 미수'가 준강도죄의 기수 · 미수를 결정하는 기준이 되어야 하며, 준강도죄에 있어 폭행ㆍ협박의 정도가 강도죄에서 요구되는 정도에 이르지 못한 경우에도 강도죄와 동일한 불법을 인정할 수 없기 때문에 '폭행·협박의 기 수·미수'가 준강도죄의 기수·미수를 결정하는 기준이 된다는 점,166) v) 형법이 준강도죄를 강도죄와 동일하게 취급한다는 점에서 재물을 취득하지 못한 자가 준 강도죄의 기수범으로서 강도기수범과 동일하게 처벌되는 것은 균형에 맞지 않으므 로, 행위주체가 절도기수인 경우에는 폭행ㆍ협박행위를 기준으로 기수ㆍ미수를 결 정하고, 행위주체가 절도미수인 경우에는 폭행ㆍ협박이 미수인 경우는 물론 폭행 또는 협박이 기수에 이르렀다할지라도 준강도죄의 미수범으로 취급하는 것이 균형 상 타당하다는 점167) 등이 있다.

¹⁶³⁾ 大判 2004. 11. 18, 2004도5074(전원합의체)의 별개의견.

¹⁶⁴⁾ 임웅, 앞의 책, 324~325면.

¹⁶⁵⁾ 오영근, 앞의 책, 425면.

¹⁶⁶⁾ 이정원, 「형법각론」, 법지사, 2003, 373면.

¹⁶⁷⁾ 이형국, 앞의 책, 430면.

나, 대법원 판례의 입장

종래 판례는 폭행·협박기준설을 따르고 있었으나,168) 변경된 판례에 의하면 피 해자에 대한 폭행ㆍ협박을 수단으로 하여 재물을 탈취하고자 했으나 그 목적을 이 루지 못한 자가 강도미수죄로 처벌되는 것과 마찬가지로 절도미수범이 폭행ㆍ협박 을 가한 경우에도 강도미수에 준하여 처벌하는 것이 합리적이라 할 것이다. 만일 강도죄에 있어서는 재물을 강취하여야 기수가 됨에도 불구하고 준강도의 경우에는 폭행·협박을 기준으로 기수와 미수를 결정하게 되면 재물을 절취하지 못한 채 폭 행ㆍ협박만 가한 경우에도 준강도의 기수로 처벌받게 됨으로써 강도미수죄와의 불 균형이 초래된다. 따라서 준강도죄의 입법취지, 강도죄와의 균형 등을 종합적으로 고려해보면, 준강도죄의 기수여부는 절도행위의 기수여부를 기준으로 판단해야 하 며, 절도미수범이 체포를 면탈하기 위해 폭행을 가한 경우 준강도미수로 볼 수 없 다고 한 대법원 판결을 변경하기로 한다고 판시하여 절취행위기준설로 변경하였 다¹⁶⁹⁾. 이에 대하여 '절도미수범이 체포면탈 등을 목적으로 폭행·협박을 가한 경 우에 이를 준강도죄의 기수범으로 처벌할 수 없다고 보는 점에 있어서는 다수의견 과 견해를 같이 하지만 절취행위의 기수여부만을 기준으로 준강도죄의 기수여부를 판단해야 한다는 다수의견의 견해에는 찬성할 수 없으며, 폭행·협박행위 또는 절 취행위 중 어느 하나라도 미수에 그쳤다면 이는 준강도죄의 미수범에 해당한다고 봐야 한다'는 별개의견과 '준강도죄의 주체는 절도이고 여기에는 기수는 물론 형법 상 처벌규정이 있는 미수도 포함되는 것이지만, 준강도죄의 기수 · 미수의 구별은 구성요건적 행위인 폭행 또는 협박이 종료됐는가 하는 점에 따라 결정된다고 해석 하는 것이 법규정의 문언 및 미수론의 법리에 부합한다'는 반대의견도 있다. 이처 럼 3개의 입장으로 나뉘지만 준강도죄를 강도죄의 예에 따라 처벌하고 미수범요건 을 통설에 따라 이해하는 데서는 아무런 차이가 없다.

¹⁶⁸⁾ 大判 1964. 11. 24, 64도504.

¹⁶⁹⁾ 大判 2004. 11. 18, 2004도5074(피고인 甲.이 2003. 12. 새벽 공범 乙과 함께 부산의 한 술집에 들어가 진열장에 있던 시가 1백 62만원 상당의 양주 45병을 바구니에 나눠 담던 중 술집종업원들에게 붙잡히자 손을 깨무는 등 폭행한 혐의로 기소돼 1,2심에서 준강도미수죄로 징역 1년 6월을 선고받은 사안임).

이 점은 강도죄와 준강도죄를 본질적으로 다른 범죄라고 하는 반대의견에서 양 자를 같게 처벌하기 위한 논거 찾기에 열중하고 있는 데서도 확인된다.

따라서 어떤 의미에서는 결론은 이미 동일하게 내려져 있는 상태에서 거기에 이르는 논리구성상의 차이만 대비되고 있는 듯하다.170)

3. 준강도죄의 기수 · 미수에 관한 외국의 이론

가. 독일

독일 형법 제252조는 "현행범으로 체포된 절도가 절취한 물건의 점유를 유지할 목적으로 사람에 대하여 폭행을 가하거나 신체 또는 생명에 대한 현재의 위험을 고지한 협박을 가한 경우에는 강도에 준하여 처벌한다."고 규정하고 있다.¹⁷¹⁾ 독일 형법 제252조의 규정상 준강도는 절도가 절취한 물건의 점유를 유지할 목적으로 폭행 또는 협박을 가하는 경우에 성립하는 것이므로, 선행행위인 절도의 기수가 전제로 되는 것에 의문의 여지가 없다.¹⁷²⁾

다만, 독일 연방대법원 판례는 "영득의 의사로 타인의 물건을 훔치는 자가 절도의 종료시까지 타인에 대하여 폭행을 가하거나 생명 또는 신체에 해하여 협박을한 때에는 강도가 된다."고 판시하고 있다.173) 이처럼 독일형법상의 준강도죄는 우리나 일본 형법의 준강도죄와는 달리 체포면탈이나 죄적인멸의 목적으로 하는 폭행·협박을 포함시키지 않는다.174) 한편 절도가 절취한 물건의 점유를 유지할 목적으로 폭행 또는 협박을 가하였으나 그 뜻을 이루지 못하고 절취한 물건의 점유를 유지하지 못하였다고 하더라도 준강도의 기수가 된다고 한다. 즉 독일 형법 제252

¹⁷⁰⁾ 안동준, 「형법각론의 재구성」, 전남대학교출판부, 2007, 249면.

^{171) § 252 [}Räuberrischer Diebstahl] Wer bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen, gegen eine Person Gewalt verübt oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben anwendet, um sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten, ist gleich einem Räuber zu bestrafen.

¹⁷²⁾ Schönke/Schröder/Eser, Strafgesetzbuch Kommentar, 27.Aufl., 2006, § 252 Rn. 3.

¹⁷³⁾ BGH 28, 229.

¹⁷⁴⁾ 안동준, 앞의 책, 255면.

조의 준강도는 절도의 기수를 요건으로 하고 있으므로, 준강도의 미수는 다음과 같은 경우에만 문제될 수 있다고 한다.175) 첫째, 선행행위가 취거행위의 종결에도불구하고 기수로 되지 않은 때, 둘째, 협박이 피해자에게 향하여지지 않았거나 개방된 형태로 도달하지 않았을 때 이다. 그러므로 독일 형법상 준강도는 절도의 기수가 전제가 되므로, 기수이전에 재물을 취득하기 위해 폭행이나 협박을 했다면 강도죄가 된다는 것이다. 그러나 기수일 필요가 없다는 의견은 폭행과 협박 시 비록 재물을 취득했다고 해도 아직은 피해자와 공동점유상태거나 혹은 이 상태에서 자기의 단독점유로 옮기기 위한 폭행일 수도 있다고 본다.176) 이처럼 독일형법의 준강도죄 규정을 우리 형법과 비교하면 그들의 준강도죄의 인정범위가 훨씬 제한적이며177)준강도의 미수는 절도의 기수・미수를 표준으로 할 수는 없고, 폭행・협박의 기수・미수를 표준으로 하고 있음을 알 수 있다.

2. 일본

사후강도에 관한 일본 형법 제238조는 "절도가 재물을 얻고 이것을 되찾는 것을 방지, 체포를 면하거나 또는 죄적을 인멸하기 위해 폭행·협박을 하는 행위"를 강도로서 다루어 규정하고 있다. 재물의 점유를 부정으로 취득하고 그것을 확보한이전에 폭행 또는 협박을 이용해 상대방의 반항을 억압한 경우에는 본래의 강도죄가 성립된다. 여기서 문제인 사후강도는 이러한 의미로서 물건에 대해서의 강도죄가 성립하는 것이라고 말하지 않는 행위를 의미하고 있다. 거기에서 그러한 행위를 '강도로서'다루는 것을 정당화한 것의 실질이 존재하는 것이 필요하다. 실제로그러한 견지에서 사후강도의 요건으로 하는 폭행 도는 협박은 상대방의 반항을 억압할 수 있는 정도의 것이 아니면 안되는 일반적으로 한정적이라고 보여 지고 있다!78). 먼저 '절도를 재물을 얻고 이것을 되찾는 것을 방지'하기 위해 폭행 협박을

¹⁷⁵⁾ Joecks/Miebach/Sander, MünchenerKommentar zum Strafgesetzbuch, C.H.Beck verlag, 2003, § 252 Rn. 18.

¹⁷⁶⁾ Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2, 28. Aufl., C.F.M
[ller, 2005, $\$ 9 II 3, Rn.388.

¹⁷⁷⁾ 안동준, 앞의 책, 256~257면.

더한 유형(第一유형)에 대해서는 취득한 재물의 확보를 향한 행위이기 때문에 강도에 가까운 실질을 갖추고 있다고 말할 수 있다. 그렇지만 여기에 따라 이미 사후강도를 어떠한 것으로 하여 이해하는지가 문제가 되고 있다. 그것은 절도가 폭행 또는 협박을 행함에도 불구하고 재물을 되찾는 경우에 사후강도 기수로 하여 既遂說이자 통설179)이며, 사후강도미수로 한 未遂說은 사후강도의 第一유형을 절취한 재물의 반환청구권을 침해한 제2항 강도에 준하는 것으로 구성된 경우에 부당화한 것이 가능하다. 이점에 관련해서 재산범의 피해물에 관하여 반환청구권은 독자적 보호의 대상은 되지 않게 되는 견해180)에 의해도 강도는 선행하는 절도의 共罰的사후행위가 되기 때문에 선행한 절도의 죄책을 독립으로 문제 삼지 않는 경우에는 강도로서 처벌하는 것은 가능하다. 후의 행위가 무거운 경우에는 당연 후의행위의 죄책을 문제 삼아야 하는 이상 강도로서 처벌하는 것에 문제는 생기지 않는다. 이상의 이해에 대해 통설인 '旣遂說 '로부터는 사후강도는 절도후의 사후적인 폭행 또는 협박 의 존재에 대해 선행한 절도를 정책적인 강도로 평가한 것으로해석될 수 있다181).

다음으로 '절도가…체포를 면하고 또는 죄적을 인멸하기 위해' 폭행·협박을 더한 유형(第二유형)에 대해서도 절도를 기수의 경우에 한 한것이라면 第一유형, 즉 그것보다 확장되어 있지만 취득한 재물의 실질적 확보를 위한 행위에 준한 것으로 이해되는 것으로 가능하다. 다만 第二유형에 대해서는 종래의 통설은 절도가 旣遂의 경우에 한하지 않고 해석된 것으로써¹⁸²⁾ 따라서 절도의 未遂의 경우에 대해서도 사후강도가 성립되어 지지만 이 경우에는 제238조 소정의 목적에의 폭행·협박자체에 강도미수의 실질을 찾아내기 곤란하고 선행한 절도미수와 행후적인 폭행·협박을 아울러 사후강도미수의 실질을 구성하여 이해하는 것이 타당할 것 같다.

¹⁷⁸⁾ 山口厚, 앞의 책, 136면.

¹⁷⁹⁾ 団藤, 앞의 책, 592면; 大谷, 앞의 책, 225면; 前田, 앞의 책, 232면.

¹⁸⁰⁾ 平川, 刑法各論, 有裵閣, 平成2, 1990, 141면.

¹⁸¹⁾ 山口厚, 앞의 책 137면.

¹⁸²⁾ 団藤, 앞의 책, 591면; 大谷, 앞의 책, 224면; 前田, 앞의 책, 231면.

4. 검토

가. 절취행위기준설에 대해

절취행위기준설은 우선 절도미수범도 범행주체가 된다고 하면서 그 상태에서 폭행·협박이 기수에 이르렀는데도 이를 준강도죄의 기수가 아니라 미수라고 보는점에서 결정적인 논리적결함을 안고 있다. 그리고 절취행위기준설은 논거는 다양하지만, 상당수는 표현만을 달리할 뿐 실제로는 그 내용의 전부 또는 일부가 중복되어 있는데 다음 몇 가지로 요약할 수 있다. 첫째, 준강도죄와 강도죄는 실질적으로 위법성이 같기 때문에¹⁸³⁾ 준강도죄의 기수·미수는 강도죄의 경우와 마찬가지로 절취행위를 기준으로 판단해야 한다는 점, 둘째로 준강도죄는 강도죄와 마찬가지로 재산죄를 본질로 하기 때문에 준강도죄의 기수·미수는 재물취득을 기준으로 판단하는 것이 타당하다는 점 등을 들 수 있다.

이 견해가 타당하기 위해서는 이 논거들이 확인되어야 한다. 첫 번째 논거인 강도죄와 준강도죄는 그 구성요건인 재물의 탈취와 폭행·협박 사이에 시간적 순서상 차이가 있을 뿐, 실질적으로 위법성이 동일하다는 점이 확인되어야 하고, 두 번째 논거인 재산죄를 본질로 하는 범죄 모두는 재물취득을 기준으로 기수와 미수여부를 판단한다는 일반원칙이 형성되어야 할 것이다. 그러나 이러한 논거들이 확인되지 않고 있다. 먼저 첫 번째 논거는 준강도죄는 강도죄와 마찬가지로 절취행위와 폭행 ·협박행위로 구성되어 있는데, 준강도죄를 규정한 형법 재335조가 '준강도죄는 전2조의 예에 의한다'고 규정하고 있어서 양자의 불법 내지 위법성이 동일하다는데 근거한다. 이것은 준강도죄가 강도죄와 불법이 동일한지와 준강도죄와 같이 결합범의 구조로 된 다른 범죄들184)에 이 설명의 틀을 적용해서 확인할 수있을 것이다.185) 강도행위와 강간행위의 결합범인 강도강간죄를 예를 들면 강도강

¹⁸³⁾ 이것은 '준강도죄는 강도죄와 동일 시 될 만한 가벌성을 갖고'(신동운, 159면), '준강도가 강도와 불법적 유사성을 갖고'(김일수/서보학, 332면), '준강도죄는 모든 점에서 강도죄와 같이 취급되므로'(정성근/박광민, 312면)등으로 표현되고 있다.

¹⁸⁴⁾ 결합범인 강도강간죄, 강도상해죄, 강도살인죄, 강도상해죄, 강간살인죄 등이 있다.

간죄는 그 반대인 강제행위에 이어 강도행위를 한 경우와 불법이 동일하고 처벌도 같아야 한다는 결론이 나와야지 타당할 것이다. 하지만 우리 학설과 판례는 이 경 우를 일관되게 강간죄와 강도죄의 실체적 경합관계가 성립한다고 봄으로써 강도강 간죄와의 불법의 동일성을 부정하고 있다.186) 두 번째 논거도 설득력이 없다. 재산 죄를 본질로 하는 범죄 모두가 재물취득 여부를 기준으로 기수ㆍ미수 여부를 판단 해야 한다는 일반원칙이 형성되어야 하는데, 실제로는 그렇지 않기 때문이다. 이 논거를 정당화하기 위해 강도죄의 기수 · 미수가 재물절취의 기수 · 미수를 기준으 로 판단한다는 논거도 강도죄가 재산죄라는 본질 때문이 아니라 강도죄의 문언해 석과 미수범의 법리에 따른 결과이다. 형법 제25조 제1항은, 형법상 미수는 '범죄 의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 또는 그로 인해 결과가 발생하지 않는 경우'에 성립한다고 규정하고 있다. 그렇다면 강도죄에 있어 미수도 원칙적으 로 '실행에 착수한 이후의 상황에 의해 기수·미수 여부가 결정되어야 한다. 형법 제333조는 "폭행 또는 협박으로 타인의 재물을 강취하거나 기타 재산상의 이익을 취득했을 때"강도죄가 성립한다고 규정하고 있으므로, 형법 제25조 제1항의 미수 규정을 적용해 보면, 강도죄의 미수는 사람의 반항을 억압할 정도의 폭행·협박을 개시하기는 하였으나, 타인의 재물을 강취하지 못한 때 성립하게 된다. 이것은 강 도죄의 기수ㆍ미수를 재물취득 여부를 기준으로 판단하는 것은 강도죄의 미수범의 법리에 따른 결과지 강도죄의 재산죄로서의 본질에 의한 것이 아님을 보여준다.

그 밖의 절취행위기준설의 또 다른 문제점은 체계적인 한계를 갖는데 있다. 절취행위기준설에 위할 때, 준강도죄의 세 가지 유형 가운데서 체포를 면탈할 목적의 준강도죄나 죄적을 인멸할 목적의 준강도죄의 경우에는 준강도죄의 미수가 성립할수 있지만, 재물의 탈환에 항거할 목적의 준강도죄의 경우에는 준강도죄의 미수가 성립할 여지가 없다. 왜냐하면 재물이 절취된 이후에만 폭행·협박이 가능하므로,

¹⁸⁵⁾ 자세한 것은 박달현, "준강도죄의 법적 성격과 범행주체", 법학논총 제29집, 단국대학교 부설 법학연구소, 155면 이하 참조.

¹⁸⁶⁾ 이 논리대로라면 불법의 동일성 때문에 법정형이 같다는 결론이 나와야 한다, 그런데 강도가 강간을 한 강도강간죄는 형법 제339조에 따라 '무기 또는 10년 이하의 징역'에 처할 수 있는 데 반해, 강간범이 강도를 한 경우는 강간죄와 강도죄의 경합관계로서 형법 제38조 제1항 2호에 따라, "22년 6월 이하의 징역"에 처혈 수 있다. 우리 판례와 통설도 양자를 불법이 동일한 것으로 보지 않고 있다.

재물의 절취 유무는 논란이 될 수 없기 때문이다. 그리고 절취행위기준설은 내재적으로 자기 모순의 한계를 가지고 있다. 절취행위기준설은 '준강도죄는 강도죄와불법이 갖거나 불법적 유사성을 가지고 있으며, 따라서 준강도죄에 있어 폭행·협박의 정도는 강도죄의 경우와 같을 것을 요구한다'는 점에서 폭행·협박이 준강도죄의 미수의 성립요건으로 작용한다고 보지만, 다름 한편으로 절취행위의 성공여부에 의해 준강도죄의 기수·미수가 결정되었으므로, 더 이상 폭행·협박에 대한평가가 필요하지 않다는 점에서 폭행·협박이 준강도죄의 미수성립요건으로서 전혀 기능을 하지 못한다는 점이 여기에 있다.

나. 폭행·협박기준설에 대해

폭행·협박기준설의 논거도 다양하지만, 그 내용 역시 표현만 달리했을 뿐 내용이 거의 동일하다. 187) 준강도죄의 구조상 미수상태의 절도가 체포면탈이나 증거인 멸을 목적으로 폭행·협박을 한 경우에도 적용될 수 있다는 것이다. 하지만 이 논 거는 형사정책적 관점에서는 타당하다고 볼 수 있겠지만, 미수범의 법리에서는 타당성을 인정하기 어렵다. 왜냐하면 같은 결론일지라도 결론에 이르게 된 과정이 미수범의 법리에 의한 것이 아니라면 정당화될 수 없기 때문이다. 폭행·협박기준설은 폭행·협박행위의 기수·미수 여부를 기준으로 준강도죄의 기수·미수를 판단하는데, 그 논거는 만약 폭행·협박행위를 기준으로 준강도죄의 기수·미수의 여부를 판단할 경우, 절도미수범이 체포면탈 또는 죄적인멸을 목적으로 폭행·협박을 행사한 경우에도 준강도죄의 미수범이 성립할 수 있다는 것이다. 즉 절취행

¹⁸⁷⁾ 김성천/김형준 교수는 "절도미수범도 범행주체로 인정된 이상, 그 상태에서 폭행 · 협박을 했는데도 준강 도죄의 기수가 아니라고 하는 것은 논리적으로 맞지 않다"고 표현하였으며(앞의 책, 414면), 백형구변호사는 "절도죄가 미수인 경우에도 폭행 · 협박이 있으면 준강도죄는 기수로 된다는 점과 절도죄가 기수에 도달한 경우에도 폭행 · 협박이 없으면 준강도죄는 성립하지 않는다는 점을 고려할 때 폭행 · 협박기준설이 타당하다"고 표현하였으며(앞의 책, 160면), 진계호 교수는 "체포면탈을 위한 폭행 · 협박은 절도의 미수단계에서 시도될 수 있기 때문에, 절취행위기준설을 취하게 되면 절도의 미수단계에서 체포면탈을 위하여 폭행 · 협박을 행사한 경우 언제나 준강도죄의 미수만 성립하게 되므로 폭행 · 협박기준설이 타당하다"고 표현한다(진계호, 앞의 책, 343면). 따라서 폭행 · 협박기준설은 "절도미수단계에서도 체포면탈 또는 죄적인멸을 위해 폭행 · 협박을 행사할 수 있다"는 것을 공통으로 하고, 단지 표현방식만 달리 할 뿐이다.

위기준설에 의할 경우 위에서 본바와 같이 준강도죄의 세 가지 유형 가운데 체포 면탈에 항거할 목적의 준강도죄와 죄적을 인멸할 목적의 준강도죄만이 미수가 성 립할 수 있지만, 재물탈환에 항거할 목적의 준강도죄는 미수가 성립할 여지가 없 다. 그러나 폭행·협박기준설에 의할 경우에는 준강도죄의 세 가지 유형 모두가 준강도죄의 미수가 성립할 수 있다는 점에서 형사정책적 의미를 찾을 수 있을 것 이다.

다. 결합설에 대해

결합설 역시 앞의 두 학설과 마찬가지로 많은 논거가 제시 되고 있지만, 그 주요 한 내용은 준강도죄는 절취행위와 폭행·협박행위로 구성되므로, 절취행위 또는 폭행ㆍ협박행위 가운데 적어도 어느 하나가 미수에 이른 경우에 준강도죄의 미수 가 성립한다는 것이다. 물론 준강도죄가 절취행위와 폭행ㆍ협박행위로 구성되어 있다는 점에서 결합설이 그럴 듯하게 보이지만 결합설은 미수범의 법리에 반할 뿐 만 아니라 체계적으로도 타당하지 않다. 형법 제25조 제1항에 따르면 형법상 미수 는 "범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나, 그로 인해 결과가 발생 하지 아니한 때"성립하므로, 준강도죄의 미수는 "절도가 재물탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 상대방의 반항을 억압할 정도의 폭 행ㆍ협박을 개시하였으나, 상대방에게 도달하지 않았거나, 도달하였다고 하더라도 상대방의 반항이 전혀 억압되지 않는 경우"에 성립한다. 따라서 준강도죄의 구조 상, 절도가 재물탈환을 항거하거나 체포면탈 또는 죄적인멸을 목적으로 폭행 또는 협박을 행사하는 단계에 이르러야 하며, 이러한 단계에 이르지 않을 경우에는 준 강도죄의 문제가 발생 하지 않는다. 그럼에도 불구하고 결합설은 절취행위가 미수 에 이르렀을 경우에 준강도죄의 미수가 된다는 내용을 취하고 있다188). 따라서 결 합설은 논리적으로나 체계적으로 흠결을 안고 있다.

그 밖에도 대법원의 별개의견은 '절도미수범이 체포면탈 등의 목적으로 폭행ㆍ협

¹⁸⁸⁾ 박달현, "준강도죄의 기수와 미수의 판단기준에 대한 검토", 형사법연구, 제26호, 2006, 707면.

박을 가한 경우에 이를 준강도죄의 기수범으로 처벌할 수 없다는 점에서 다수의견 과 견해를 같이 한다'고 하면서도 '절취행위의 기수여부만을 기준으로 준강도죄의 기수여부를 판단하는 다수견해에 찬성할 수 없다'고 한다. 즉 '준강도죄에 있어 미 수범의 구성요건에 따르면, 사람의 반항을 억압할 정도의 폭행·협박을 개시하였 으나 그 행위를 종료하지 못하였거나 또는 그로 인해 결과가 발생 하지 아니한 때 준강도죄의 미수범으로 처벌할 수 있기 때문에 폭행·협박행위가 준강도죄의 미수 범의 판단근거가 되고, 준강도죄는 강도죄와 실질적으로 위법성이 같기 때문에 절 취행위가 미수에 그친 경우에 준강도죄의 미수로 보아 강도죄의 미수범과 균형을 유지하는 것이 타당하다고 보기 때문에 폭행 · 협박행위가 준강도죄의 미수범의 판 단 근거가 되므로, 절취행위나 폭행ㆍ협박행위 가운데 어느 하나라도 미수에 그친 경우에는 준강도죄의 미수가 성립한다는 것이다. 그러나 이 견해는 준강도죄의 미 수를 판단하는데 두 가지 잣대를 사용하고 있는데 그 중 하나는 폭행·협박행위가 준강도죄의 미수판단기준이 되는 데는 미수범의 법리가 작용하고, 절취행위가 그 기준이 되는 데는 준강도죄가 강도죄와 불법이 같거나 유사하다는 전제가 작용한 것이다. 강도죄의 기수·미수는 그 보호법익과 관련된 재물취득과 폭행·협박행위 에 의해 결정되기 때문에 강도죄와 마찬가지로 결합범인 준강도죄에도 같은 논리 가 적용 되어야 하고, 절취행위와 폭행·협박행위를 기준으로 준강도죄의 기수· 미수를 판단해야 한다는 논거189)를 펼치고 있으나 수긍하기 어렵다. 물론 여기서 강도죄의 기수여부는 폭행·협박행위 또는 재물취득에 의해 결정된다는 것에는 수 긍할 수 있다. 강도죄의 구조 및 미수범의 법리에 의하면, 재물을 취득하기 위해서 폭행·협박을 행사하였으나 상대방의 반항을 억압할 정도에 이르지 못하였거나 상 대방의 반항을 억압하였으나 재물을 취득하지 못한 경우에 강도죄의 미수가 성립 하기 때문이다.190) 그러나 준강도죄가 강도죄와 마찬가지로 절취행위와 폭행ㆍ협 박행위가 결합되어 있지만 절취행위와 폭행ㆍ협박행위에 의해 준강도죄의 기수ㆍ 미수가 결정되는 것은 아니다. 준강도죄는 구조상 절도가 실행에 착수한 것만으로

¹⁸⁹⁾ 임웅, 앞의 책, 324~325면.

¹⁹⁰⁾ 임웅, 앞의 책, 325면.

는 준강도죄를 논할 수 없고, 절도범이 재물탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 폭행·협박을 개시한 이후에야 논할 수 있기 때문이다. 그러므로 강도죄의 미수범의 법리를 준강도죄의 미수범의 법리에 적용할 수 없다. 이러한 점에서 결합설은 준강도죄의 미수범의 법리에 반하며, 준강도죄의 기수·미수의 판단기준으로서 기능이 어렵다고 본다.

5. 소결

준강도죄의 기수·미수의 판단기준을 어떻게 이해하느냐는 매우 중요한 문제에 해당한다. 왜냐하면 어떻게 이해하느냐에 따라서 준강도죄의 미수의 성립범위가 달라지기 때문이다. 이러한 문제가 발생하게 된 주된 이유는 준강도죄가 결합범의 형식으로 구성되어 있기 때문이라고 생각한다. 절취행위와 폭행·협박행위로 결합된 준강도죄에 있어서 절취행위를 기준으로 준강도죄의 기수·미수를 판단할 때는 절취행위기준설, 폭행·협박행위를 기준으로 판단할 때는 폭행·협박기준설, 절취행위와 폭행·협박행위를 기준으로 판단할 때는 결합설이 된다.

형법 제25조 제1항에 따라 준강도죄의 미수도 원칙적으로 그 실행에 착수 이후의 상황에 의해 기수 여부를 결정해야 한다. 따라서 준강도죄를 규정하고 있는 형법 제335조의 구성요건에 비추어 볼 때, 준강도죄의 미수는 절도범이 일반적·객관적으로 보아 사람의 반항을 억압할 정도의 폭행 또는 협박을 개시하기는 하였으나 그 행위를 종료하지 못하였거나, 그로 인한 결과가 발생하지 아니한 때 성립하므로, 상대방의 반항을 억압할 정도의 폭행·협박을 개시하기는 하였으나 상대방에게 도달하지 않았거나 도달하였다고 하더라도 상대방의 반항이 전혀 억압되지않는 경우에 준강도죄의 미수가 성립하는 것이다. 따라서 준강도죄의 기수시기 판단기준을 당연히 폭행·협박행위로 기준을 삼는 것이 논리적으로 타당 할 것이다.

제 6 장 결 론

현행 형법상 강도죄는 재물 이외에 재산상의 이익을 객체로 하고 있다. 이 때문 에 강도죄는 소유권을 보호법익으로 하는 소유권범죄가 아니라, 재산을 보호법익 으로 하는 재산죄가 되는 것이다. 그러나 재산상의 이익의 취득은 상대방의 처분 행위를 요하기 때문에 폭행 또는 협박에 의하여 상대방의 의사를 억압하여 반항을 불가능하게 하는 강도죄에서 피해자가 처분행위를 할 수 없으므로 행위자는 재산 상의 이익을 취득할 수 없다. 채무를 면하기 위해 채권자를 살해한 경우 상속인의 유무에 따라 강도살인죄 또는 단순강도죄가 성립한다고 하는 것은 법적 안정성을 해하고 죄형법정주의의 명확성원칙에도 반하는 것이므로 찬성할 수 없다. 그리고 부동산도 그것이 재물에 속하든, 재산상의 이익에 속하든 처분행위에 의하여 취득 되므로 강도죄의 객체가 될 수 없다. 재산상의 이익이 강도죄의 객체 될 수 없는 다른 이유는 강도죄를 공갈죄와 구별해야 하기 때문이다. 재산상의 이익의 취득은 상대방의 의사를 억압하는 정도에 이르지 않도록 해야 한다. 즉, 강도죄의 폭행 또 는 협박은 공갈죄의 그것과 구별될 수 없을 정도가 되어야 한다. 왜냐하면 폭행 또는 협박이 상대방의 반항을 불가능하게 할 정도에 이르지 않으면 강도죄가 성립 할 수 없기 때문이다. 강도죄는 소유권범죄로 보아 재물만을 객체로 하고, 재산상 의 이익은 공갈죄의 객체로 하는 것이 타당하다고 생각한다.

특수강도죄에 있어서는 강도의 고의로 야간에 주거에 침입하는 행위는 구성요건적 행위의 일부 개시에 해당하지만, 그 시점에서는 재산권에 대한 직접적 위험상태가 야기되지 않았다는 점에서 실행의 착수를 인정할 수 없다. 따라서 특수강도죄의 실행의 착수시기 폭행・협박에 나아가는 시점이라고 보아야 한다. 폭행・협박에 나아갈 때가 실행의 착수가 인정되는 구성요건실현을 위한 직접적 행위가 존재하는 시점이라고 볼 수 있고, 그 시점에서 실행의 착수가 인정되기 위한 재산권에 대한 직접적 위험상태가 야기된다고 볼 수 있기 때문이다. 위에서 본 대법원판결은 야간주거침입강도죄를 비롯한 특수강도죄의 실행의 착수시기에 관하여 명

확한 기준을 제시하였다는 점에서 큰 의미를 가진다 할 것이나 야간주거침입절도 죄와의 구성요건 구조상의 유사성과 같은 죄와의 균형성을 크게 강조함으로써 강 도죄의 기본적인 구성요건요소를 상대적으로 경시한 것이 아닌가 생각된다.

다음으로 준강도죄의 경우에는 강도죄와 유사한 독자적인 범죄이며, 강도의 경우와 형량이 동일하다는 것은 입법자가 양 구성요건의 불법과 책임내용을 동일한 것으로 인정한다는 간접증거로 볼 수 있으므로 준강도의 행위주체인 '절도'는 절도미수범을 포함한다고 보는 것이 타당하다. 독자적인 범죄로서의 준강도의 성격, 행위주체인 절도의 범위, 구성요건적 행위인 폭행·협박이 준강도죄의 구성요건적 행위라는 점을 고려할 때, 사실상 강도와 준강도는 재물절취를 위한 폭행·협박의목적적 투입이라는 공통적 구성요건요소를 가지고 있는 것이며, 다만 폭행·협박과 재물절취의 시간적 순서에 따라서만 양자가 구분되는 것에 불과하지 않고, 행위구조 자체가 다른 것으로 이해해야 할 것이다. 왜냐하면 준강도죄의 체포면탈·죄적인멸의 목적이 이것을 분명히 하고 있기 때문이다. 또한 절도기수범의 폭행·협박의 기수·미수에 따라 준강도의 기수·미수도 결정되는 것으로 보아야 한다는 것이 원칙이며, 이러한 원칙을 깨뜨릴 이유는 없다고 생각된다. 따라서 절도와 폭행·협박 모두의 기수를 요구하는 별개의견보다는 절도는 미수이든 기수이든 폭행·협박을 기준으로 기수여부를 판단하는 종례의 판례나 반대의견이 타당하다고 생각된다.

參考文獻

[국내문헌]

1. 단행본

김성돈, 「형법총론」, 현암사, 2006.

김성천/김형준, 「형법각론」, 동현출판사, 2001.

김일수, 「한국형법Ⅲ(각론 上)」, 박영사, 1997. ----, 「한국형법Ⅳ(각론 中)」, 박영사, 1994.

김일수/서보학, 「형법각론」, 박영사, 2005. -----, 「형법총론」, 박영사, 2006.

박상기, 「형법각론」, 박영사, 2005. ----, 「형법총론」, 박영사, 2006.

배종대, 「형법각론」, 홍문사, 2007.

서철원, 「미국형법」, 법원사, 2005.

손동권, 「형법총론」, 율곡출판사, 2006. ----, 「형법각론」, 율곡출판사, 2006.

안동준, 「형법각론의 재구성」, 전남대학교출판부, 2007.

오영근, 「형법총론」, 박영사, 2006.

----, 「형법각론」, 대면출판사, 2005.

유기천, 「형법학」, 일조각, 1982.

이재상, 「형법각론」, 박영사, 2006.

이정원, 「형법각론」, 법지사, 1999.

----, 「형법각론」, 법지사, 2003.

이태언, 「형법각론」, 형설출판사, 1997.

이형국, 「형법각론연구 I」, 법문사, 1997.

임성근, 「21세기사법의 전개」, 박영사, 2005.

임웅, 「형법총론」, 법문사, 2006.

----, 「형법각론」, 법문사, 2005.

정성근/박광민, 「형법각론」, 삼지원, 2002.

정영일, 「問題式 형법각론」, 고시계, 1991.

정영일, 「형법각론」, 박영사, 2006.

정웅석, 「형법강의」, 대명출판사, 2005.

진계호, 「형법각론」, 대왕사, 2000.

법무부, 「독일형법」, 2008.

----, 「일본형법」, 2007.

2. 논문

김경락, "특수강도죄의 실행의 착수 시기", 성균관법학 제18권 제1호, 2006.

김선복, "재산상의 이익은 재산죄의 객체인가?", 비교형사법연구 제6권 제1호, 한국비교형 사법학회, 2004.

----, "강도죄의 본질에 관한 고찰", 부산수산대학교 논문집, 51(1995).

김소연, "위험한 물건의 휴대", 고시연구, 2006.

김일수, "준강도죄의 불법과 책임의 구조", 고려법학 제44호, 2005.

김종구, "합동범에 관한 연구", 비교형사법연구, 제5권 제1호, 2003.

문채규, "준강도의 법적성격과 주체", 비교형사법학회 6권2호.

박달현, "준강도죄의 법적 성격과 범행주체", 법학논총 제29집, 단국대학교 부설 법학연구 소.

----, "준강도의 기수와 미수의 판단기준에 대한 검토", 한국형사법학회, 2006.

성낙현, "강도죄에서의 몇 가지 논점", 「비교형사법연구」, 한국비교형사법학회, 2003.

심재무, "준강도죄의 본질과 기수시기", 한국형사법학회, 형사법연구 제26호, 2006.

안동준, "준강도죄의 기수 판단 기준에 대한 대법원 판결의 의문점", 전남대학교 법학논집 제24집, 2004.

여훈구, "특수강도죄의 실행의 착수시기", 형사판례연구, 제7권, 1992.

이천현, "준강도죄의 기수 및 미수의 판단 기준", 형사판례연구 제14호, 2006.

정웅석, "準强盜罪에 관한 고찰"-검토판례: 2004 .11. 18, 2004도5074-,고시연구사, 2005.

최진갑, '특수강도죄의 실행의 착수시기', 대법원판례해설 16권, 1991.

한상훈, "결합범의 구조와 신분범과의 관계", 법조, 제580호, 2005.

홍석조, "「위험한 물건」에 관한 소고", 법조 451호, 1994.

[국외문헌]

Michael Jefferson, Criminal law(8판), LexisNexis, 2007.

Joecks/Miebach, MünchenerKommentar zum Strafgesetzbuch, C.H.Beck verlag, 2003.

Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27.Aufl., C.H.Beck Verlag, 2006.

Wessels/Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2, 28.Aufl., C.F.M[ller, 2005.

山口厚, 刑法各論, 2001.

藤木/西原春夫/藤木英雄/森下 忠, 各論の重要問題, 有斐閣, 1978.

前田雅英, 刑法各論講義(第4版), 東京大學, 2007.

團藤重光/平川宗信,刑法各論,有裵閣,1990.

平野龍一, 犯罪論の 諸問題, 有斐閣, 1986.

大塚 仁/福田 平, 刑法各論, 日本評論社, 1979.

大谷實, 刑法各論(第3版), 成文堂, 2007.

曾根威彦, 刑法各論, 弘文堂, 2006.

團藤重光, 平川宗信, 刑法各論, 有裵閣, 1990.

저작물 이용 허락서

학 번 과 정 (석사) 박사 학 과 法學科 20077016 성 명 한글: 박 재 현 한문 :朴 宰 賢 영문 : Park Jae-Hyun 주 광주광역시 동구 지산동 443-4번지 소 연락처 E-MAIL: jhsk1381@hanmail.net 한글: 강도죄에 관한 연구 논문제목 영어: A Study on the Robbery

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 의사 표시가 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(O) 반대()

2008년 6 월 10 일

저작자: 박 재 현 (서명 또는 인)

조선대학교 총장 귀하