

준강도죄가 강도죄는 아니지 않는가?*

동아대학교 법학전문대학원 부교수 최 병 각

논문요지

형법 제335조는 절도가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박을 가하면 준강도라 하여 강도의 예에 의하여 처벌할 것을 규정하고 있다. 재물강취의 고의로 폭행·협박을 하는 것과 재물탈환항거·체포면탈·죄적인멸의 목적으로 폭행·협박을 하는 것은 그 동기와 죄질이 아주 다르다. 강도죄의 법정형은 준용하더라도 강도죄의 가중적 구성요건이나 예외적 처벌유형을 해석·적용할 때 준강도를 강도로 몰아가는 것은 무지막직한 횡포이다. 준강도죄는 절도죄의 가중적 구성요건으로서 절도죄도 강도죄도 아닌 독립된 별개의 범죄이며, 결합범이긴 하지만 신분범은 아니다.

준강도죄의 미수범은 강도미수가 처벌되는 예가 아닌 독자적인 명문규정에 따라 처벌의 대상이 된다. 절도기수에 재물탈환항거 목적의 폭행·협박을 하든, 절도미수·기수를 불문하고 체포면탈·죄적인멸 목적의 폭행·협박을 하든, 준강도죄가 재산뿐만 아니라 신체·자유까지 침해함으로써 가중처벌되는 범죄임에 비추어 폭행·협박이 상대방으로 하여금 항거불능의 상태를 초래하여야 비로소 준강도죄의 기수범으로 인정할 수 있다.

흉기를 휴대하고 폭행·협박을 한 경우에 준특수강도죄가 된다. 강도상해·치상죄, 강도살인·치사죄, 강도강간죄는 준강도죄의 “예에 의한다”는 대상이 아니고, 무엇보다도 그 법정형이 지나치게 높기 때문에 행위주체인 “강도”를 제한적으로 해석하여 준강도를 그 범위에서 배제해야 한다. 상습강도죄의 규정은 준강도죄의 상습범을 배제하고 있고, 준강도죄의 특성에 비추어 상습범 가중을 인정할 수도 없다. 강도와 달리 준강도의 목적은 조건적일 수밖에 없다는 점과 흉기휴대의 특수절도에 대한 예비행위도 처벌조항이 없다는 점에 비추어 준강도예비·음모죄는 성립하지 않는다.

지나친 형벌은 범죄억제효과가 오히려 떨어진다는 점에서 절도가 어쩌다 준강도를 저지르는 경우에 그 성립요건부터 엄격히 해석하고 또다른 추가적인 가중처벌을 제한하는 것이 바람직하다.

검색용 주제어: 준강도죄, 결합범, 미수범, 가중처벌, 예비·음모

* 논문접수: 2010. 3. 11. * 심사완료: 2010. 3. 22. * 게재확정: 2010. 5. 14.

* 이 논문은 동아대학교 학술연구비 지원에 의하여 연구되었음.

I. 들어가는 말

우리 형법은 제335조에서 준강도라 하여 “절도가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박을 가한 때에는 전2조(강도, 특수강도)의 예에 의한다”고 규정하고 있다. 그러나 재물을 빼앗으려 처음부터 폭행·협박을 한 것이 아니라 재물을 훔치다가 어쩌다 폭행·협박을 한 것을 과연 얼마만큼 동일하게 처리할 수 있느냐가 관건이다.

II. 준강도죄의 체계적 지위

1. 절도죄와 강도죄, 그리고 준강도죄

무릇 “타인의 재물을 절취”하는 행위(자)를 절도¹⁾라 하고, “폭행 또는 협박으로 타인의 재물을 강취”하는 행위(자)를 강도²⁾라 한다. 절도나 강도나 재물의 영득을 최종 목표로 한다는 점은 동일하다.³⁾ 하지만 절취가 피해자의 의사에 반하여 그 점유를 배제하고 새로운 점유를 취득하는 것이라면, 강취는 피해자의 반항을 폭행·협박으로 억압하여 재물을 취득하는 것이다. 다시 말해서 절도와 강도 모두 타인의 의사에 반하여 타인의 재물을 취득하는 탈취죄이나,⁴⁾ 강도는 점유배제가 피해자의 의사에 반하는 것에 그치지 않고 현실적 또는 가상의 반항을 불가능하게 할 정도의 폭행·협박을 수단으로 피해자의 저항의사를 억압하여 재물취득을 한다는 점이 상이하다. 이는 절도에 비해 강도가 그 불법성이 크다는 것을 뜻한다. 즉, 피해자 모르게 재물을 훔치는 것도 나쁜 짓이지만, 피해자가 알면서도 어쩔 수 없도록 한 다음 재물을 빼앗아가는 것은 더욱 나쁜 짓이다. 피해자로서는 재물을 잃는 것은 마찬가지이나 폭행·협박까지 당하느냐 마느냐가 엄청 다르다. 그리고 피해자가 “재물의 취거”에 동의하면 절취 자체가 성립하지 않아 절도죄는 그 구성요건을 조각하지만,⁵⁾ 강도죄의 구성요건이 조각되는 것은 아니다. 말하

- 1) 형법 제329조(절도) 타인의 재물을 절취한 자는 6년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.
- 2) 형법 제333조(강도) 폭행 또는 협박으로 타인의 재물을 강취하거나 기타 재산상의 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다.
- 3) 강도죄는 재물만이 아니라 재산상의 이익도 그 객체가 된다.
- 4) 타인의 하자 있는 의사에 의하여 재물을 취득하는 사기죄나 공갈죄는 편취죄에 해당한다.
- 5) 이재상, 형법각론, 제6판, 박영사, 2009, 265-266면.

자면 강취를 위한 폭행·협박에도 상대방이 전혀 억압되지 아니하고 자발적으로 재물을 교부하면 강도미수죄에 해당하고,⁶⁾ 만약 폭행·협박이 객관적으로 반항을 억압할 정도에 미치지 못하면 공갈죄⁷⁾가 성립할 여지가 있다.⁸⁾ 물론 피해자가 강취 자체, 즉 “강압적인 재물의 취거” 전부를 승낙하면 강도죄의 위법성이 조각될 수는 있을 것이다.

실제로 절도와 강도는 분명히 구별해야 한다. 예를 들어 “날치기”는 절도가 되고,⁹⁾ “퍽치기”는 강도가 된다.¹⁰⁾ 다시 말해서 피해자의 반항 억압을 목적으로 함이 없이 점유탈취의 과정에서 우연히 강제력을 사용한 경우에는 절도에 불과하지만, 피해자가 알아채고 재물을 뺏기지 않으려 반항함에도 강제력을 행사하여 그 반항을 억압한 경우에는 강도에 해당한다.

나아가 절도나 강도가 재물영득에 더하여 그 기회에 따로 강간을 한 경우나 상해 또는 살인을 하거나 그 결과를 발생시킨 경우에 절도는 경합범 가중을 적용하는 반면, 강도는 강도강간, 강도상해·치상, 강도살인·치사와 같은 새로운 결합범 또는 결과적 가중범을 성립시킨다. 여기에서 강도를 유독 엄격하게 가중처벌하는 이유는 강도죄의 성립에 필수적인 폭행·협박이 강간, 상해 또는 살인으로 이어질 위험성이 매우 크기 때문이라 하겠다.¹¹⁾

이와 같이 절도와 강도는 확연히 다른데,¹²⁾ 절도를 하다가 재물강취가 아닌 다른 목적으로 우연히 폭행·협박을 한 것을 강도와 유사하게 취급하도록 한 것이 준강도죄이다. 사실 절도로 나섰다가 들키거나 하여 폭행·협박을 한 것은 아무리 엄격하게 보더라도 처음부터 재물강취의 목적으로 폭행·협박하는 것보다는 행위반가치나 비난가능성이 아무래도 덜하다. 왜냐하면 범행이 무위로 돌아가거나 체포나 처벌로 이어지지 않도록 하려는 것은 범인으로서의 인지상정이고 그 목적으로 폭행·협박을 동원한 것이라면 충분히 참작할만하기 때문이다.¹³⁾ 또한 피해자로서는 강도를 만나면 폭행·협박을 피할 수가 없지만, 절도를 만나면 그가 준강도로 변신하지 않도록 피해자가 잘 처신하여 폭행·협박을 면할 수도 있다. 그럼에도 절도의 기회에 폭행·협박한 것을 경합범으로 처리하지 않고¹⁴⁾ 준강도라는 새로운 범죄로 규율하는 이유는 재물을 절

6) 이재상, 앞의 책, 303면.

7) 강도죄의 폭행·협박과 공갈죄의 폭행·협박은 질적 차이가 아니라 양적 차이에 불과하다고 하나, 이를 객관적 판단기준에 의하여 구별하는 것은 불가능하다는 견해는 한정환, “공갈죄”, 판례월보 제352호(2000), 85-86면.

8) 이재상, 앞의 책, 303면.

9) 대판 2003. 7. 25. 2003도2316. 이창한, “날치기 수법에 의한 절도범이 점유탈취 과정에서 우연히 피해자에게 상해를 입힌 경우의 죄책”, 대법원판례해설 제48호(2004), 563면.

10) 대판 1986. 12. 23. 86도2203.

11) 현재 1997. 8. 21. 93헌바60.

12) 친족상도례가 절도죄에는 적용되나 강도죄에는 적용되지 않는다(형법 제244조).

13) 현재 1997. 8. 21. 96헌바9; 문형섭, “준강도를 위한 변론”, 법조(2004. 8), 218면.

14) 준강도의 경우 대개는 극도의 흥분상태에서 폭행·협박으로 나아간 것으로 강도와 달리 상황을 지배하고 있는 것이 아니라는 점, 재물취득과 상관없는 폭행·협박도 포함된다는 점, 다른 재산범죄의 주체가 폭행·협박할 때와 차별할 이유가 없다는 점 등에 비추어 준강도죄의 양형을 경합범 처벌례로 제한해야 한다는 견해는 안동

취하고서 폭행·협박한 것이나 재물강취를 위해 폭행·협박한 것이나 “불법의 정도”¹⁵⁾나 “불법 내용”¹⁶⁾, “실질적 위법성”¹⁷⁾ 또는 “사회적 위험성”¹⁸⁾의 측면에서는 어금버금하기 때문일 것이다.

2. 준강도죄의 연혁과 본질

1) 준강도죄의 연혁

주지하는바, 우리 형법이 1953년 제정되기 전에는 1912년 조선형사령에 따라 일본의 1907년 형법이 의용되었다. 의용형법은 제238조에서 사후강도죄라 하여 “절도가 재물을 득하여 그 반환을 거부하거나 또는 체포를 면하고 혹은 죄적을 인멸하기 위하여 폭행 또는 협박을 한 때에는 강도로써 논한다”라고 규정하고, 제243조에 제238조의 미수범 처벌규정을 두었다.¹⁹⁾ 1953년 제정형법은 제335조에서 준강도라 하여 “절도가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 폭행 또는 협박을 가한 때에는 전2조의 예에 의한다”고 규정하면서, 제342조의 미수범 처벌규정에서 제335조를 제외하고 있었다. 이후 1995년 형법개정으로 제342조에서 제335조의 미수범 처벌을 명문으로 규정하여 현재에 이르고 있다.

그동안 의용형법의 사후강도를 “강도로써 논한다”는 것²⁰⁾과 제정형법 이후의 준강도를 “(특수)강도의 예에 의한다”는 것이 같은지 다른지 하는 것은 그다지 문제되지 않았다.²¹⁾ 또한 준

준, “준강도죄의 기수 판단 기준에 대한 대법원판결의 의문점: 지록위마?”, 전남대 법학논총 제24집(2004), 260-261면.

- 15) 준강도죄는 강도죄보다 불법의 정도가 약함에도 불구하고 강도죄로 처벌된다는 견해는 이천현, “준강도죄의 기수 및 미수의 판단기준”, 형사판례연구 제14권(2006), 97면.
- 16) 준강도죄가 재물취득과 폭행·협박이 결합되어 있다는 점에서 그 불법내용을 강도죄와 같이 평가할 수 있다는 견해는 임웅, 형법각론, 개정판, 법문사, 2003, 320면.
- 17) 강도죄와 같이 보여질 수 있는 실질적 위법성을 지니게 됨에 비추어 이를 강도의 예에 의하여 무겁게 처벌하기 위한 규정이라는 견해는 이수성, “준강도죄의 성립조건과 그 유형”, 법률신문 1170호(1976. 9); 정영석, 형사법의 제문제, 법문사, 1982, 200면.
- 18) 준강도죄와 강도죄가 행위구조의 유사성으로 인하여 사회적 위험성이 동일하다는 견해는 배종대, 형법각론, 제7전정판, 홍문사, 2010, 431면.
- 19) 사후강도의 미수는 탈취행위(절도행위)가 완성되지 않은 경우에만 성립한다는 견해는 장승두, 형법요강(총론·각론), 청구문화사, 1950, 227면.
- 20) 강도로써 논한다는 것은 일체의 관계에 있어서 강도죄와 동일하게 취급한다는 의미라는 견해는 장승두, 앞의 책, 227면. 일본형법 제238조는 事後強盜를 “강도로써 논한다”고 규정하고 있는바, 법정형은 물론 강도치사상죄(제240조), 강도강간·강도강간치사죄(제241조), 강도예비죄(제237조)의 적용상 강도로 취급한다는 의미라는 견해는 山口厚, 刑法各論, 補訂版, 有斐閣, 2005, 223면; 大谷實, 刑法各論, 第3版, 成文堂, 2007, 151면; 前田雅英, 刑法各論講義, 第4版, 東京大學出版會, 2007, 242면.
- 21) 대명률에서 準은 與眞犯有間으로 以는 與眞犯同으로 정의하고 있다. 김대홍, “당율에서 범죄와 형벌의 비례성”, 법사학연구 제39호(2009), 111면.

강도죄의 미수범 처벌 여부가 명문 규정의 존부에 따라 달라지는가도 달리 문제삼지 않았다. 특히 준강도죄의 미수범 성립 그 자체가 문제로 된 적이 거의 없었다. 그러다가 대법원이 2004년 11월 18일 선고 2004도5074 판결에서 “준강도죄의 기수 여부는 절도행위의 기수 여부를 기준으로 판단하여야 한다”고 하면서 준강도미수죄로 의율·처단하는 것을 인정하였고, 이어 2006년 9월 14일 선고 2004도6432 판결에서 “단순히 ‘준강도’할 목적이 있음에 그치는 경우에는 강도예비·음모죄로 처벌할 수 없다”고 판시하였다. 이에 준강도죄의 본질을 중심으로 준강도의 행위주체, 준강도의 실행행위, 준강도미수의 판단기준, 준강도예비의 성립여부 등에 관한 논의가 활발히 이루어지고 있다.

2) 준강도죄의 법적 성격

무엇보다도 준강도죄의 법적 성격과 관련하여 첫째, 절도행위의 기수후 또는 실행중 폭행·협박을 추가로 행하여 강도로서 처단하는 절도죄의 가중유형이라는 견해,²²⁾ 둘째, 절도와 폭행·협박의 시간적 선후관계가 뒤바뀐 결합범으로서 강도죄의 특수유형이라는 견해,²³⁾ 셋째, 재물강취의 고의가 아닌 재물탈환항거나 체포면탈 또는 죄적인멸을 목적으로 폭행·협박을 행하는 독립된 구성요건이라는 견해²⁴⁾ 등이 대립하고 있다.

준강도죄는 그 본질에 있어서 절도에 폭행·협박이 추가된 것을 단지 절도죄와 폭행·협박죄의 경합범으로 처벌하지 않고 아예 절도죄와 폭행·협박죄의 결합범인 강도죄에서 정하고 있는 형으로 좀더 확실히 가중처벌하기 위한 것임은 분명하다. 이를 두고 기존의 행위에 별개의 행위가 추가된 것이 아니라 새로운 행위로 변질된 것이고, 때문에 절도죄의 가중적 구성요건으로 볼 수는 없다는 주장²⁵⁾이 있다.

그러나 생각건대 야간주거침입절도죄나 특수절도죄를 굳이 절도죄의 가중적 구성요건이 아

22) 강구진, 형법각의 각론 I, 박영사, 1983, 303면.

23) 김종원, 형법각론 상, 법문사, 1971, 201면; 임웅, 앞의 책, 320면; 정영일, 형법각론, 개정판, 박영사, 2008, 285면; 오영근, 형법각론, 제2판, 박영사, 2009, 370면; 문채규, “준강도죄의 법적 성격과 주체”, 비교형사법연구 제6권 제2호(2004), 87면; 심재무, “준강도죄의 본질과 기수시기”, 형사법연구 제26호(2006), 327면; 임석원, “준강도죄에 관한 고찰: 법적 성격과 미수를 중심으로”, 형사법연구 제21권 제4호(2009), 340면.

24) 이재상, 앞의 책, 307면; 이영란, 형법학 각론강의, 형설출판사, 2008, 302면; 김일수/서보학, 새로운 형법각론, 제7판, 박영사, 2009, 330면; 배중대, 앞의 책, 431면; 박상기, 형법각론, 제7판, 박영사, 2008, 288면; 김성돈, 형법각론, 제2판, 성균관대학교 출판부, 2009, 301면; 변중필, “준강도죄의 범행주체”, 비교형사법연구 제3권 제2호(2001), 435면; 이창섭, “준강도죄에 관한 소고”, 형사정책연구 제17권 제1호(2006), 225면; 이용식, “준강도죄의 예비와 기수시기”, 한국형사법학의 신진개: 이재상교수 정년기념논문집(2008), 480면; 권오걸, “준강도의 불법구조와 실행의 착수시기”, 형사법연구 제21권 제3호(2009), 343면.

25) 변중필, 앞의 논문, 434-435면; 이창섭, 앞의 논문, 223면.

나라 할 것도 아니고,²⁶⁾ 특수강도죄와 해상강도죄 역시 강도죄의 가중적 구성요건이라 할 수도 있다고 한다면,²⁷⁾ 전혀 다른 종류의 행위로 변하였다고 해서 본래의 범죄에 대한 가중적 구성요건이라 못 볼 바 아니다. 우리 헌법재판소는 강도상해죄를 강도죄와 상해죄의 결합범으로 파악하면서 강도죄의 가중유형이라기 보다는 상해죄의 가중유형이라 판시하였고,²⁸⁾ 강도강간죄에 대하여는 강도죄와 강간죄의 결합범으로 이해하면서 강도죄의 가중적 구성요건이라 판시하고 있다.²⁹⁾ 여기에서 결합범을 이루는 수개의 행위 가운데 어느 행위를 본질적인 부분으로 볼 것인가는 구체적인 범죄유형에 따라 달라질 수 있지만, 결합범이 그 부분행위만으로 실현되는 범죄의 가중적 구성요건이 된다는 것은 분명하다. 이는 재물강취의 강도죄에 대하여 얼마든지 절도죄의 가중적 구성요건으로 볼 수도 있다는 것과 같은 맥락이다.³⁰⁾

또한 준강도죄가 강도죄와 비교하면 보호법익도 폭행·협박의 정도도 동일하고, 단지 절도와 폭행·협박의 시간적 선후관계와 재산상 이익의 관련 여부가 상이하다는 전제에서 유사점을 중시하면 강도죄의 특수유형이라 할 수 있고, 차이점을 중시하면 독립된 구성요건이라 할 수 있다는 주장³¹⁾이 있다. 나아가 준강도죄의 성격을 무엇이라 하든 그 해석에 차이가 있는 것은 아니며 입법자가 강도죄로 간주하기 때문에 강도죄의 특수유형이라 하면 된다는 주장³²⁾도 있다.

그러나 생각건대 준강도죄를 구태여 강도죄와 관련하여 그 같고 다름을 살펴야 할 필연적인 사정이 없다면, 비록 강도죄와 특수강도죄에 뒤이어 규정을 두고 있긴 하지만, 절도죄가 어떤 사정이 있어서 느닷없이 준강도죄로 확대된 것으로 파악함으로써 특히 강도상해·치상죄, 강도살인·치상죄, 강도강간죄 등 강도죄의 가중적 구성요건이나 강도예비·음모죄라는 예외적 처벌유형의 해석·적용에 있어서 준강도죄를 묻지도 따지지도 않고 마냥 강도죄로 몰아가는 횡포만은 삼가는 것이 오히려 적절할 것이다. 사실 단순강도와 범정형이 동일한 인질강도와 범정형이 가중되어 있는 특수강도(야간손괴침입강도, 흥기휴대강도, 합동강도), 해상강도는 재물취득을 위한 행위수단인 폭행·협박의 양태에 따라 죄명이 달라지는 강도죄의 특수유형이라 할 수

26) 야간주거침입절도죄를 독자적 범죄로 보는 견해는 김일수/서보학, 앞의 책, 306면; 정영일, 앞의 책, 265면.

27) 한편 인질강도죄를 체포감금죄 또는 약취유인죄와 공갈죄의 결합범으로 보는 견해는 이재상, 앞의 책, 313면; 임웅, 앞의 책, 326면; 정영일, 앞의 책, 294면; 박상기, 앞의 책, 292면; 배종대, 앞의 책, 442면; 김성돈, 앞의 책, 308면. 양 요소에 의한 독자적 범죄라는 견해는 김일수/서보학, 앞의 책, 338면. 그러나 인질로 삼는 것 자체를 항거불능의 폭행·협박으로 본다면 강도죄의 특수유형에 해당한다는 견해는 오영근, 앞의 책, 378면.

28) 헌재 1997. 8. 21. 93헌바60.

29) 헌재 2001. 11. 29. 2001헌가16(강도강간죄가 강도죄의 가중적 구성요건이 아니라 강간죄의 가중적 구성요건이라는 반대이견이 있음).

30) 강간도 넓은 의미에서는 강제추행의 한 유형이라고 할 수 있다는 견해는 헌재 2001. 11. 29. 2001헌가16(반대의견).

31) 변종필, 앞의 논문, 435면; 문채규, 앞의 논문, 85-86면; 이창섭, 앞의 논문, 223면.

32) 오영근, 앞의 책, 370면.

있다.³³⁾ 반면 강도강간, 강도상해, 강도살인의 경우에는 강간, 상해, 살인이 반드시 재물취득을 위하여 이루어진 행위는 아닌 것이고, 오히려 강도의 기회에 또다른 중죄를 함께 범한 것을 가중처벌하기 위한 별도의 독립된 범죄라고 할 것이다. 이러한 맥락에서 준강도죄는 절도죄의 가중적 구성요건이며, 절도죄나 강도죄와는 별개의 범죄라 하겠다.

3) 준강도죄의 행위구조

뿐만 아니라 준강도죄의 행위구조에 대하여 첫째, 절도범인이라는 행위주체가 재물탈환항거, 체포면탈, 죄적인멸의 목적으로 폭행·협박을 가할 경우 성립하는 범죄로서 신분범이라는 견해³⁴⁾와 둘째, 신분범이 아니라 절도라는 제1의 실행행위와 폭행·협박이라는 제2의 실행행위로 구성되는 범죄인 결합범이라는 견해³⁵⁾가 대립한다.³⁶⁾ 이러한 견해의 대립은 준강도죄의 해석에 있어서 엄청난 혼란을 일으키고 있다. 예를 들면 신분범으로 보는가 여부에 따라 특히 실행의 착수시기와 사후가담 공범의 처벌방식이 달라질 수 있다. 다시 말해서 신분범으로 보면 제1행위는 선행행위에 불과하여 제2행위시 실행착수를 인정하고,³⁷⁾ 사후가담자를 비신분자가 신분범에 가공한 경우로 보아 공범과 신분에 관한 형법 제33조의 규정을 적용해야 한다.³⁸⁾ 반면, 결합범으로 보는 경우에는 제1행위시 전체 결합범의 실행착수를 인정하고,³⁹⁾ 사후가담자

33) 마찬가지로 야간주거침입절도와 특수절도는 절도죄의 특수유형에 해당한다.

34) 정영석, 앞의 책, 201면; 김일수/서보학, 앞의 책, 337면; 박상기, 앞의 책, 288면; 임석원, “준강도죄에 관한 고찰: 법적 성격과 미수를 중심으로”, 342면. 진정 신분범이라는 견해는 前田雅英, 앞의 책, 242면. 부진정 신분범이라는 견해는 大谷實, 앞의 책, 151면.

35) 백형구, 형법각론, 개정판, 청림출판, 2002, 161면; 임웅, 앞의 책, 319면; 정영일, 앞의 책, 286면; 오영근, 앞의 책, 370면; 배종대, 앞의 책, 426면; 김성돈, 앞의 책, 301면; 한상훈, “결합범의 구조와 신분범과의 관계”, 법조(2005. 1), 132면; 이용식, 앞의 논문, 478면; 권오걸, 앞의 논문, 362면. 山口厚, 앞의 책, 224면. 준강도죄는 고의범과 고의범이 결합된 협의의 결합범으로서 어느 하나가 다른 하나의 수단이 되는 구조가 아니라 완전히 독립된 두 개의 범죄로 구성된 결합범이라는 견해는 박달현, “준강도죄의 기수와 미수의 판단기준에 대한 검토”, 형사법연구 제26호 특집호(2006), 710-712면. 준강도죄는 단일범과 단일범의 결합으로 이루어진 진정 결합범이라는 견해는 임석원, 앞의 논문, 346면.

36) 한편 결합범은 행위의 주체를 “특정한 몇몇 범죄의 실행에 착수한 자”로 한정하는 일종의 부진정 신분범으로 볼 필요가 있다는 견해는 임석원, “결합범의 미수에 관한 문제점과 해석 및 정비방향”, 형사정책연구 제20권 제2호(2009), 106면; 임석원, “결합범의 본질과 부진정 결과적 가중범”, 비교형사법연구 제8권 제1호(2006), 196면.

37) 제1행위가 독자적으로 범죄를 구성하여 실체적 경합의 관계에 놓일 수 있다는 견해는 한상훈, 앞의 논문, 130면. 그러나 포괄하여 하나의 범죄만 성립한다는 판례는 대판 1999. 4. 23. 99도354; 대판 1996. 6. 28. 96도1232.

38) 정영석, 앞의 책, 206면.

39) 그러나 모든 범죄의 실행의 착수시기는 행위자의 범행계획에 따라 구성요건실현을 위한 직접적 행위 또는 구성요건적 행위의 일부 개시로 인해 보호법익에 대한 직접적 위험이 야기되는 시점이 어느 시점인가를 해당 구성요건마다 개별적으로 판단하여 결정해야 한다는 점에서 특수강도인 야간주거침입강도죄의 실행착수시기를 주거침입(제1행위)시가 아닌 폭행·협박(제2행위)시로 보아야 한다는 견해는 김경락, “특수강도죄의 실행의 착수시기”, 성균관법학 제18권 제1호(2005), 389-390면.

는 승계적 공동정범의 문제로 해결해야 한다.⁴⁰⁾

준강도죄의 경우 “절도가 …… 목적으로 폭행 또는 협박을 가한 때”라 하여 일종의 목적범이자 이른바 “신분범처럼 보이는 결합범”⁴¹⁾의 형식으로 규정하고 있는 것은 사실이다. 여기에서 준강도죄가 신분범인지 아닌지 여부는 결국은 도대체 신분범이란 무엇인가, 과연 “절도”가 준강도죄를 성립시키기 위한 요건으로서 “신분”에 해당하는가 하는 문제인 것이다.

신분범이라 하여 신분을 가지는 것 자체가 범죄가 되는 것은 물론 아니고, 신분이 있는 사람의 행위라야 범죄가 되거나 범정형이 달라지는 경우가 신분범인 것이다. 그리고 신분은 “남녀의 성별, 내·외국인의 구별, 친족관계, 공무원인 자격과 같은 관계뿐만 아니라 널리 일정한 범죄행위에 관련된 범인의 인적 관계인 특수한 지위 또는 상태”⁴²⁾를 뜻하는데, 반드시 계속성을 가질 필요는 없다고 한다.⁴³⁾ 예를 들어 강도강간죄의 경우 강도죄와 강간죄의 결합범이자 강도죄의 가중적 구성요건으로 보면서 강도라는 신분적 요소를 필요로 하는 범죄로 파악하고 있다.⁴⁴⁾ 이와 관련하여 강도강간죄를 신분범으로 본다면 강간죄의 가중적 부진정 신분범으로 파악해야 하지만, 또한 강도강간죄의 “강도”라는 표지를 행위자관련적 요소로 볼 경우 신분범이 되고 행위관련적 요소로 볼 경우 결합범이 될 수 있지만, 하나의 요소를 행위자관련적 요소인 동시에 행위관련적 요소라고 할 수는 없기 때문에 신분범이면서 결합범일 수 없다는 주장⁴⁵⁾이 있다. 이러한 견해에 따르면 준강도죄의 “절도”를 행위자관련적 요소로 볼 것이 아니라 행위관련적 요소로 보아야 한다는 맥락에서 준강도죄가 신분범이 아니라고 한다.⁴⁶⁾

그러나 생각건대 신분범이라 할 때에 신분이라 칭할 수 있는 요소의 존부 내지 그 범위가 핵

40) 한상훈, 앞의 논문, 123-128면; 대판 1982. 11. 23, 82도2024(특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제5조의2 제2항 제1호 소정의 죄는 형법 제287조의 미성년자 약취유인행위와 약취 또는 유인한 미성년자의 부모 기타 그 미성년자의 안전을 염려하는 자의 우려를 이용하여 재물이나 재산상의 이익을 취득하거나 이를 요구하는 행위가 결합된 단순일죄의 범죄라고 봄이 상당하므로 비록 타인이 미성년자를 약취, 유인한 행위에는 가담한 바 없다 하더라도 사후에 그 사실을 알면서 약취, 유인한 미성년자의 부모 기타 그 미성년자의 안전을 염려하는 자의 우려를 이용하여 재물이나 재산상의 이익을 취득하거나 요구하는 타인의 행위에 가담하여 이를 방조한 때에는 단순히 재물 등 요구행위의 중범이 되는데 그치는 것이 아니라 결합범인 위 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제5조의2 제2항 제1호 위반죄의 중범으로 의율함이 상당하다).

41) “신분범처럼 보이는 결합범”이란 수개의 행위가 하나의 범죄를 구성하며 1행위가 마치 신분요소인 것처럼 규정되어 있는 범죄로서 준강도죄(제335조), 강도상해죄(제337조), 강도강간죄(제339조), 강도살인죄(제338조), 강간등상해죄(제301조), 강간등살인죄(제301조의2), 특수절도강간죄(성폭력법 제5조 제1항), 미성년자약취유인 인질강도(특가법 제5조의2 제2항 제1호) 등이 이에 해당한다는 견해는 한상훈, 앞의 논문, 98면.

42) 대판 1994. 12. 23, 93도1002.

43) 그러나 신분의 요소로 계속성이 요구된다는 견해는 신동운, 형법총론, 제4판, 법문사, 2009, 679면; 임웅, 형법총론, 개정판보정, 법문사, 2007, 468면; 오영근, 형법총론, 제2판, 박영사, 2009, 650면.

44) 현재 2001. 11. 29, 2001헌가16.

45) 한상훈, 앞의 논문, 118면, 133면.

46) 한상훈, 앞의 논문, 133면. 다만 준강도죄를 독립된 범죄로 보면 진정 신분범이 되고, 절도죄의 가중유형으로 보면 부진정 신분범이 될 수 있다고도 한다. 한상훈, 앞의 논문, 118면. 반면 준강도죄는 결합범과 신분범의 성질을 동시에 가지는 범죄라는 견해는 임석원, 앞의 논문, 348면.

심이고, 신분요소를 갖추지 못한 자가 범행에 참가한 경우 비신분자에게도 신분범이 성립하는가, 또한 비신분자도 신분범의 가중된 형으로 처벌하는가 여부가 문제이지, 신분자에게는 그 요소가 행위자관련인지 행위관련인지 여부는 굳이 따질 필요가 없다고 하겠다. 아울러 행위자 관련적 요소와 행위관련적 요소를 이론적으로나 현실적으로나 준별하기 어려운 것이 사실이고,⁴⁷⁾ 관점에 따라 동일한 요소가 어느 한쪽이나 양쪽 모두로 평가될 여지도 존재한다.⁴⁸⁾ 이러한 맥락에서 준강도죄는 절도를 범한 적이 있거나 절도를 업으로 하는 자만이 행위주체가 될 수 있는 것이 아니라 “절도를 범하고 그 기회에”⁴⁹⁾ 특정 목적으로 폭행·협박을 하면 누구나 준강도죄로 처벌되는 것이고,⁵⁰⁾ 따라서 준강도죄를 신분범으로 볼 수 없다고 할 것이다.

3. 준강도죄와 강도죄의 구별

이미 살핀 바와 같이 준강도죄가 절취행위 도중에 재물탈환항거, 체포면탈, 죄적인멸의 목적으로 폭행·협박행위를 한 것을 강도죄의 예에 의하여 처벌하는 범죄라고 할 때에 아무래도 절도죄 보다는 강도죄와 어떻게 같고 다른지가 문제이다.

가장 두드러지는 것은 강도죄의 폭행·협박은 재물강취의 수단이지만, 준강도죄의 폭행·협박은 적어도 재물강취 자체와는 무관하다.⁵¹⁾ 강도죄의 경우 피해자의 반항을 억압할 정도의 폭행·협박이 있고, 폭행·협박에 따라 피해자가 항거불능의 상태로 되고, 항거불능상태에서 피해자의 재물을 취거해야 강도죄가 성립한다. 이는 폭행·협박과 재물강취 사이에 인과관계가 있어야 한다는 것이다. 따라서 강도의 고의로 반항을 억압할 정도의 폭행·협박을 하였지만 상대방이 전혀 공포심을 느끼지 않거나 공갈죄에 요구되는 공포심만을 느끼고 재물을 교부한 경우에는 강도미수죄가 성립할 뿐이다.⁵²⁾ 이와 달리 준강도죄의 경우 폭행·협박과 재물탈환항거, 체포면탈, 죄적인멸 사이에 분명 수단과 목적의 관계는 있어야 하지만, 인과관계를 필요로 하는 것은 아니다. 왜냐하면 재물탈환항거, 체포면탈 또는 죄적인멸의 목적은 이른바 초과주관적 구성요건요소로서 준강도죄의 성립요건이긴 하지만,⁵³⁾ 이러한 목적이 있으면 충분하고 그

47) 임광주, “중래의 신분범에 대한 근본적인 재검토”, 한양대 법학논총 제22집 제1호(2005), 6면; 정성근, “형법상의 신분개념”, 형사법연구 제11호(1999), 111면.

48) 부진정부작위범의 보충인적 지위가 행위요소가 행위자요소로 전환된 경우라는 견해는 한상훈, 앞의 논문, 115면.

49) 준강도죄가 신분범이 아닌 결합범임을 분명히 하고, 절도행위와 폭행·협박행위 사이에 시간적 장소적 근접성이 인정되어야 함을 명확히 하기 위하여 법문의 “절도기”를 “절도를 범하고 그 기회에”로 개정해야 한다는 견해는 한상훈, “형법상 결합범의 유형과 입법론적 검토”, 형사법연구 제22호 특집호(2005), 114-115면.

50) 대판 1984. 9. 11, 84도1398; 대판 1999. 2. 26, 98도3321; 대판 2001. 10. 23, 2001도4142.

51) 준강도죄의 폭행·협박은 단지 가벌성을 증가시키는 요인이 될 뿐이라는 견해는 배종대, 앞의 책, 427면. 준강도죄의 폭행·협박과 강도죄의 폭행·협박은 그 목적과 방향을 달리한다는 견해는 정영석, 앞의 책, 202면.

52) 이재상, 앞의 책, 303면; 오영근, 앞의 책, 363면.

목적의 달성여부는 준강도죄 성립에 아무런 영향이 없기 때문이다.⁵⁴⁾ 한편, 강도죄는 폭행·협박과 재물취득 사이에 인과관계가 있어야 하는 반면, 준강도죄는 절도의 기회에, 즉 절취행위에 시간적·장소적 접근성이 인정되는 범위에서 폭행·협박을 해야 한다는 점이 상이하다. 이러한 맥락에서 폭행·협박을 사용하여 재물을 탈취할 범의하에 먼저 재물을 탈취하고 다음에 피해자에게 폭행을 가하여 그 탈취를 확보한 경우⁵⁵⁾와 절도에 착수한 후 발각되었기 때문에 피해자에게 폭행·협박을 수단으로 하여 그 반항을 억압하고 재물탈취의 목적을 수행한 경우⁵⁶⁾는 강도죄에 해당할 뿐 준강도죄가 성립하는 것은 아니라고 할 것이다.⁵⁷⁾ 다만 실제로는 행위자가 폭행·협박을 하면서 강취와 재물탈환항거 가운데 무엇을 목적으로 인식하였는지 분명하지 아니한 경우에 어떻게 처리해야 할 것인가 문제가 될 수 있다. 게다가 고의와 목적이 둘다 내면의 심리작용이지만 그 내용, 정도, 입증방법⁵⁸⁾ 등에 차이가 있을 수 있다. 다시 말해서 형사실무에서 입증의 문제와 관련하여 구체적인 사건에서 강도의 고의가 있었는지, 아니면 절도의 고의만 있었는데 사후에 재물탈환항거 등의 목적과 폭행·협박의 고의가 생겼는지 분별하는 매우 어렵다.

그런데 여기에서 준강도죄의 폭행·협박이 강도죄의 폭행·협박에 상응하는 정도, 즉 일반적·객관적으로 현실적·가상적 반항을 억압할 정도라야 한다는 점⁵⁹⁾에는 쉽게 수긍할 수 있다. 그러나 폭행·협박을 가하여 재물탈환항거, 체포면탈 또는 죄적인멸의 목적을 달성해야 하는 것은 아니라 하더라도 적어도 상대방을 현실적으로 항거불능의 상태로 만들어야만 준강도죄가 성립하는 것이 아닌가 문제될 수 있다. 그럼에도 준강도죄의 성립에 필요한 수단으로서의 폭행이나 협박의 정도는 상대방의 반항을 억압하는 수단으로서 일반적·객관적으로 가능하다고 인

53) 재물탈환항거의 목적과 달리 체포면탈·죄적인멸의 목적은 불법비난에 본질적인 구성요소가 아니라 범인의 행위동기 내지 심정요소로서 단지 책임비난의 구성요소라는 견해는 김일수, “준강도죄의 불법과 책임의 구조”, 고려법학 제44호(2005), 17면. 나아가 체포면탈·죄적인멸의 목적은 범죄유형적 정형성이 전혀 없는 요소이기 때문에 불법요소로 될 수 없고, 범행이 발각된 긴급상황에서 자기 방어적 동기의 주관적 발로에 해당하기 때문에 일반적으로 책임감경적으로 기능하는 요소라 할 것이고, 결국 준강도죄의 가벌성에 가중적으로 기능할 수 있는 영역은 없으며 불필요한 이물질이라는 견해는 문채규, 앞의 논문, 93면. 따라서 삭제해야 한다는 견해는 문채규, “절도와 강도의 죄에 관한 형법 및 특별법의 개정과 정비 방안”, 비교형사법연구 제11권 제2호(2009), 111-112면. 한편 절도가 미수에 그친 경우에는 체포면탈·죄적인멸의 목적은 준강도죄의 불법 또는 책임구성에 아무런 역할도 할 수 없다는 견해는 심재무, 앞의 논문, 333면.

54) 이재상, 앞의 책, 311면; 오영근, 앞의 책, 373면.

55) 그러나 재물의 취거가 기수에 이른 후에 폭행·협박을 하였을 때에는 강도죄는 성립하지 아니하고 준강도죄가 될 수 있을 뿐이라는 견해는 이재상, 앞의 책, 302면.

56) 절도범인이 현장에서 강도로 돌변하여 재물을 탈취하는 이른바 “표변강도”는 강도죄가 될 뿐이라는 견해는 정성근/박광민, 형법각론, 제3판, 삼지원, 2008, 325면. 일본 형법에서는 “居直り強盜”라 한다.

57) 강구진, 앞의 책, 303면.

58) 조원철, “간접증거에 의한 사실의 인정”, 재판자료 제110집(2006), 27-206면; 배태연, “간접증거에 의한 주요사실의 인정”, 재판자료 제22집(1984), 121-154면.

59) 이재상, 앞의 책, 309면; 오영근, 앞의 책, 371면.

정되는 정도의 것이면 되는 것이고 반드시 현실적으로 반항을 억압하였음을 필요로 하는 것은 아니라고 한다.⁶⁰⁾ 다만 강도와 공갈이 준별되고 있음에 비추어 준강도죄의 폭행·협박을 인정함에 있어서 상대방의 재물탈환의사나 체포의사를 억압한 것이 아니라 단순히 겁을 내어 그러한 의사를 포기토록 한 경우에는 준강도죄의 성립을 부정해야 한다는 주장⁶¹⁾이 제기되고 있다.

그러나 생각건대 폭행·협박이 객관적으로 어느 정도의 것이나만을 따질 것이 아니라 실제 그 대상자에게 어떤 효과를 가져왔느냐도 함께 헤아려 준강도죄의 성립 여부를 결정해야 할 것이다. 왜냐하면 준강도를 강도와 동일한 법정형으로 처벌하는 것은 그 죄질이나 위험성을 강도와 같게 보기 때문이고, 절도범행의 실행중 또는 실행직후에 발각되었을 때 폭행·협박의 범행을 유발할 수도 있는 특별한 위험상황을 배제할 수 없다는 점에 바탕하고 있는바,⁶²⁾ 준강도죄의 폭행·협박이 강도죄의 폭행·협박에 상응하여야만 준강도죄를 강도죄의 법정형에 의하여 처벌하는 것을 정당화할 수 있기 때문이다.⁶³⁾ 더욱이 강도죄나 준강도죄나 절도라는 재산적 이익침해행위와 폭행·협박이라는 인격적 이익침해행위를 그 불법요소로 합은 분명하고, 보호법익의 침해정도에 있어서 강도죄와 준강도죄가 달라져야 할 이유가 전혀 없다. 다시 말해서 준강도죄의 성립에 필요한 폭행·협박이 강도죄의 이른바 최협의의 폭행·협박⁶⁴⁾과 동일한 정도로 인격적 이익을 침해하는 행위라야 한다. 따라서 강도죄의 폭행·협박이 피해자로 하여금 정신적 또는 신체적 자유를 상실할 정도, 즉 항거불능의 상태에 이르도록 해야 하는 것과 마찬가지로 준강도의 폭행·협박도 피해자의 항거불능을 초래해야 할 것이고, 그런 결과가 없으면 강도죄든 준강도죄든 기수범은 인정할 수 없다고 하겠다.

60) 대판 1981. 3. 24. 81도409. 이재상, 앞의 책, 309면; 오영근, 앞의 책, 372면.

61) 이러한 경우 공갈죄의 성립을 인정하거나 절도죄와 폭행·협박죄의 경합범을 인정해야 한다는 견해는 문형섭, 앞의 논문, 218면.

62) 준강도의 죄질을 강도와 동일하게 볼 수 있기 위하여는 절도범행의 실행중 또는 실행직후로서 절도범행과 밀접한 관련성이 요구된다. 헌재 1997. 8. 21. 96헌바9.

63) 이재상, 앞의 책, 308면.

64) 형법상의 폭행개념을 원래의 언어적 의미에 충실하게 “사람의 신체에 대한 유형력의 행사”로 정의하면서, 해당 범죄의 특성에 맞추어 유형력 행사의 내용을 정리하여야 한다는 견해는 한인섭, “형법상 폭행개념에 대한 이론”, 형사법연구 제10호(1988), 115면. 폭행이 어떤 범죄의 구성요소인가에 따라, 그 범죄의 성격, 보호법익, 법정형, 규정방식 등 제반사항을 고려하여 ‘언어의 가능한 의미’ 안에서 신축적으로 해석하여야 한다는 견해는 오영근, “형법상 폭행의 개념”, 형사법연구 제8호(1995), 129면.

III. 준강도죄의 미수

1. 준강도죄의 미수범 처벌

현행 형법은 제342조에서 “제329조 내지 제341조의 미수범은 처벌한다”고 규정함으로써 준강도죄의 미수범을 처벌할 것을 분명히 하고 있다.⁶⁵⁾ 이는 1995년 형법개정전 제335조의 “전2조의 예에 의한다”는 규정만으로 준강도죄의 처벌에 강도·특수강도죄의 법정형을 준용하는 것은 물론 강도·특수강도죄의 미수범을 처벌하는 예에 따라 준강도죄의 미수범 처벌도 당연히 인정된다는 해석론⁶⁶⁾이 갖는 문제점⁶⁷⁾을 해소한 것이라 할 수 있다. 그러나 어떻게 해야 준강도죄의 기수가 되는지, 어떤 경우에 준강도미수범으로 처벌할 것인지 여전히 문제이다.

사실, 준강도죄의 행위주체와 관련하여 재물탈환항거의 목적일 때에는 절도기수범이어야 하나 체포면탈 또는 죄적인멸의 목적일 때에는 절도기수범은 물론 절도미수범도 포함되고, 절도가 미수에 그친 경우에 준강도죄의 미수범이 된다는 주장⁶⁸⁾과 명문의 미수범 처벌규정이 없는 점에 비추어 준강도죄는 절도행위가 완성된 후에 재물탈환항거, 체포면탈 또는 죄적인멸의 목적으로 폭행·협박을 하는 것으로 제한해야 한다는 주장⁶⁹⁾은 절도행위의 미수가 아닌 폭행·협박의 미수를 준강도죄의 미수로 인정할 여지를 아예 고려하지 않는 것으로 보인다. 이는 아마도 준강도죄의 성립에 폭행·협박의 유무만이 중요하고, 폭행의 미수나 협박의 미수를 굳이 따질 필요가 없는 것으로 상정한 때문일 것이다.

65) 일본형법 제238조는 사후강도와 하여 “절도가 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸하기 위해서 폭행 또는 협박을 가한 때에는 강도로서 논한다”고 규정하고, 제243조 미수범 규정에서 제238조의 미수는 벌한다는 규정을 두고 있다. 한편 독일형법 제252조는 강도적 절도라 하여 “절도를 실행할 때 그 현장에서 절취한 재물의 점유를 유지할 목적으로 타인을 폭행하거나 생명이나 신체에 대한 현재의 위험으로 협박한 자는 강도와 동일하게 처벌한다”고 규정하고 있고, 제23조에 따르면 중죄(법정형 하한이 1년 이상)의 미수범은 항상 처벌한다. 오스트리아형법 제131조, 스위스형법 제140조 제1항 참조.

66) 류병진, 한국형법(각론), 고사학회, 1956, 289면; 서일교, 형법각론강의, 제일문화사, 1956, 154면; 이진호, 형법각론, 일신사, 1957, 412면; 민진식, 형법각론, 대동문화사, 1959, 235면; 염정철, 형법각론강의, 신아사, 1959, 392면; 황산덕, 형법각론, 법문사, 1962, 148면; 강구진, 앞의 책, 307면; 신동운, 형법각론, 한국방송통신대학교, 1991, 159면. 그러나 명문 규정이 없는 한 준강도죄의 미수범을 처벌할 수 없다는 견해는 이근상, 형법각론, 일한도서출판사, 1957, 257면.

67) 예를 들면 “예에 의한다”는 규정으로 미성년자 의제강간죄의 미수범 처벌을 인정하는 것은 피고인에게 불리한 해석으로서 문언의 가능한 의미를 벗어날 뿐만 아니라 입법취지에도 어긋나며 논리적·체계적 해석에도 반하기 때문에 금지된다. 상세히는 최병각, “법해석의 한계: 미성년자 의제강간, 미수범까지 처벌?”, 형사법연구 제21권 제1호(2009), 236-241면.

68) 류병진, 앞의 책, 289면; 서일교, 앞의 책, 154면; 염정철, 앞의 책, 392면; 이진호, 앞의 책, 411-412면.

69) 이근상, 앞의 책, 257-258면.

2. 준강도죄의 기수·미수 판단기준

대법원은 2004도5074 판결에서 준강도죄의 기수 여부는 절도행위의 기수 여부를 기준으로 하여 판단하여야 한다고 봄이 상당하다고 판시하면서, 절도미수범이 체포를 면탈하기 위하여 폭행을 가한 경우에 준강도미수로 볼 수 없다고 한 종전의 판결⁷⁰⁾을 변경할 것을 명언하고 있다. 이는 절도행위가 미수에 그쳤다면 당연히 준강도죄의 미수범이 될 뿐 결코 준강도기수범으로 처벌할 수 없게 되었음을 뜻한다. 그런데 동 판결에서 준강도죄의 기수와 미수를 판단하는 기준을 두고 절도행위라는 다수의견(9명), 폭행·협박행위라는 반대의견(1명), 절도행위와 폭행·협박행위 모두라는 별개의견(3명)이 나뉘어졌다. 이에 어떠한 의견이 준강도죄와 미수범의 범규에 가장 적합한 해석인가 하는 것이 아직도 문제로 남아 있다.⁷¹⁾

절도행위를 기준으로 준강도죄의 기수 여부를 판단해야 한다는 주장⁷²⁾은 준강도죄나 강도죄나 둘 다 피해자의 의사에 반하는 재물취득과 폭행·협박을 요소로 하고 있음에도 강도죄는 재물취득을 못하면 강도미수⁷³⁾가 되어 최소한 임의적 감경의 대상이 되는 반면, 준강도죄는 재물취득을 못해도 준강도기수가 되어 강도죄의 법정형으로 처벌받게 된다면 형의 불균형을 피할 수 없다는 점을 논거로 한다. 이에 반하여 폭행·협박행위가 준강도죄 기수·미수의 판단기준이라는 주장⁷⁴⁾에 따르면 준강도죄의 구성요건행위가 폭행·협박이기 때문에 재물취득 여부에 따라 기수·미수를 구별할 수 없다고 한다.⁷⁵⁾ 이와 달리 준강도죄의 기수가 되려면 폭행·협

70) 대판 1964. 11. 20, 64도504; 대판 1969. 10. 23, 69도1353.

71) 강도죄 특수유형설에 따르면 절취기준설 또는 종합설과 결부되고, 독립범죄설이나 절도죄 가중유형설에 따르면 폭행·협박기준설과 결부된다는 견해는 이천현, 앞의 논문, 103면.

72) 이재상, 앞의 책, 310면; 김일수/서보하, 앞의 책, 336면; 신동운, 앞의 책, 169면; 이형국, 형법각론, 법문사, 2007, 359면; 장성근/박광민, 앞의 책, 312면; 조준현, 형법각론, 개정판, 법원사, 2005, 300면; 진계호/이준걸, 형법각론, 제6판, 대왕사, 2008, 375면; 손동권, 형법각론, 제2개정판, 율곡출판사, 2006, 333면; 김성돈, 앞의 책, 304-305면; 김용진, 신형법강의: 총론·각론, 지구당, 1955, 339면; 강서룡, 신형법요의, 법제신보사, 1956, 410면. 山口厚, 앞의 책, 226면; 大谷實, 앞의 책, 152면; 日本最高裁判所昭和 24.7.9. 刑事判例集, 3卷 8号, 1188면.

73) 강도죄의 경우 폭행·협박이 저항불능의 상태를 야기하지 못하였거나 재물취득과 인과관계가 인정되지 않을 때에도 강도미수가 성립한다. 이재상, 앞의 책, 303면; 오영근, 앞의 책, 363면.

74) 권문택, “준강도죄의 미수(2)”, 법정 제18권 제4호(1963), 83면; 강구진, 앞의 책, 308면; 백형구, 형법각론, 청림출판, 1999, 160면; 배종대, 앞의 책, 426면; 김성천·김형준, 형법각론, 제2판, 동원출판사, 2006, 469면; 조현욱, 형법각론강의(I), 진원사, 2008, 332면; 한상훈, “준강도죄의 기수시기에 대한 대법원판결의 문제점”, 법률신문 제3536호(2007. 3. 12); 박달현, 앞의 논문, 716면; 이창섭, 앞의 책, 232면; 임석원(각주 23), 355면. 유기천, 형법학: 각론강의 상, 개정판, 일조각, 1967, 228면(절도행위기준설); 유기천, 형법학: 각론강의 상, 전정신판, 일조각, 1989, 221면(폭행행위기준설). 한편, 준강도죄의 범행주체를 절도기수범에 한정시키면서 그 기수·미수의 시기를 폭행·협박을 기준으로 해야 한다는 견해는 변종필, 앞의 논문, 452면; 심재무, 앞의 논문, 336면; 이용식, 앞의 논문, 481면. 西田典之, 刑法各論, 第2版, 弘文堂, 2002, 177면.

75) 또한 강도살인죄 또는 강도상해죄에 있어서 재물취득 여부가 기수의 성립에 영향을 없다고 해석되는 이상 준강도죄에 있어서도 동일하게 해석하여야 한다는 점이 또다른 논거이다. 강구진, 앞의 책, 307면 각주 161 참조.

박도 기수여야 하지만 절도도 기수라야 한다는 주장⁷⁶⁾은 불법의 정도가 훨씬 약함에도 동일하게 처벌되기 때문에 준강도죄의 성립요건을 강도죄의 성립요건보다 완화할 수 없다는 점에 기초하고 있다.

그러나 생각건대 절도가 체포면탈⁷⁷⁾이나 죄적인멸의 목적으로 폭행·협박을 하는 경우라면 준강도죄의 기수·미수를 절도행위의 기수·미수에 따라 판단할 여지가 있겠지만, 절도가 재물의 탈환을 항거할 목적으로 폭행·협박을 하는 경우라고 하면 재물취득이 일단 기수에 이르렀음을 전제하는 것이고,⁷⁸⁾ 따라서 절도행위만을 기준으로 하면 준강도죄의 기수만이 가능하다.⁷⁹⁾ 이 경우 단순히 절도(기수)죄에 그치지 않고 준강도(기수)죄로 되고 말고는 재물탈환항거 목적의 폭행·협박이 강도죄 성립에 요구되는 정도에 이르렀는가에 따른다. 다시 말해서 강도죄 정도의 폭행·협박에 미치지 못하면 아예 준강도죄 자체가 성립할 수 없고,⁸⁰⁾ 기껏해야 절도(기수)죄와 폭행·협박죄의 경합범이 될 수 있을 뿐이다. 이러한 맥락에서 실무에서는 과연 절도의 기회에 이루어지는 폭행·협박을 어떤 기준으로 얼마나 쉽게 준강도죄의 폭행·협박으로 인정하고 있는가가 문제된다.⁸¹⁾ 뿐만 아니라 절도기수의 시점, 즉 재물취득의 시기를 구체적으로 확인하기가 어려운 것이 사실이고,⁸²⁾ 따라서 재물취득 직후 재물탈환의 시도에 직면하여 준강도죄의 폭행·협박을 했음에도 불구하고 재물탈환을 당한 경우에 이론적으로는 준강도죄의 기수가 성립한다고 하겠지만, 실제로는 재물취득의 입증 여부에 따라 준강도죄의 미수 또는 기수로 갈라질 수 있다.

이와 달리 폭행·협박행위를 기준으로 준강도죄의 미수를 인정해야 한다면 도대체 어떤 경우

76) 임웅, 앞의 책, 324-325면; 정영일, 앞의 책, 290-291면; 오영근, 앞의 책, 375면; 이형국, 앞의 책, 430면; 박상기, 앞의 책, 291면; 이영관, 앞의 책, 305면; 권오걸, 앞의 논문, 355면; 이천현, 앞의 논문, 114면; 이정렬, "공범의 성립과 초과실행", 고시연구 제31권 제7호(2004), 53면.

77) 자기 뿐만 아니라 공범자의 체포를 면탈케 하는 경우도 포함한다. 대판 1991. 11. 26, 91도2267; 대판 2001. 10. 23, 2001도4142.

78) 재물탈환의 항거란 탈취한 재물을 피해자측으로부터 탈환 당하지 않기 위해 대항하는 것으로서 일단 절도가 재물을 자기의 배타적 지배하에 옮긴 뒤 피해자의 탈환을 항거하는 것을 말한다. 대판 2003. 7. 25, 2003도2316.

79) 절도행위기준설에 따르면 재물탈환항거의 목적인 경우에는 준강도죄의 미수가 사실상 존재할 수 없게 되고, 이는 형법 제342조의 미수범 처벌규정이 그 경우의 미수를 배제하지 않고 있다는 점과 체포면탈 또는 죄적인멸의 목적인 경우에는 준강도미수죄가 가능하다는 점에 비추어 통일적 해석을 어렵게 하기 때문에 타당하지 않다는 견해는 이천현, 앞의 논문, 113면.

80) 준강도에서 고강도의 폭행·협박의 행사가 있으면 항상 기수가 성립되고 사실상 기수·미수의 구별문제는 발생하지 않는다는 견해는 김일수/서보학, 앞의 책, 336면.

81) 준강도죄를 인정한 판례는 대판 1985. 11. 12, 85도2115; 대판 1983. 3. 8, 82도2838; 대판 1967. 9. 19, 67도1015. 준강도죄를 인정하지 않은 판례로는 대판 1990. 4. 24, 90도193; 대판 1985. 5. 14, 85도619. 준강도죄의 폭행·협박의 정도를 넓게 인정하는 대법원의 입장변화를 촉구하는 견해는 이천현, 앞의 논문, 114면.

82) 피해자가 손에 들고 있거나 곁에 두고 있는 물품에 범인이 손을 내밀어 거머쥐고 주머니에 넣어 달아나는 경우 어느 순간에 발각되어 폭행·협박을 개시하였느냐에 따라 강도죄에 해당하느냐, 아니면 준강도죄로 의율할 것인가 달라질 수 있다.

가 그에 해당하는가 하는 문제가 제기된다. 여기에서 준강도죄의 미수는 절도범인이 상대방의 반항을 억압함에 족한 폭행·협박을 가하였음에도 불구하고 상대방이 현실적으로 반항을 억압당하지 않은 경우, 말하자면 폭행·협박의 미수의 경우에 인정된다는 주장⁸³⁾이 있다. 이는 폭행·협박의 미수를 당연한 것으로 전제하고 있으나 사실상 폭행 또는 협박의 본질에 비추어 그 미수의 성립가능성이 문제될 수 있다. 왜냐하면 우리 형법은 1953년 제정시부터 현재까지 협박죄의 미수범(제286조)은 인정하고 있으나, 폭행죄의 미수범은 인정하지 않고 있기 때문이다.

그동안 실무에서 협박죄와 관련하여 협박행위 자체가 제지된 경우⁸⁴⁾는 물론 해악고지가 도달하지 못한 경우⁸⁵⁾와 이를 인식하지 못한 경우⁸⁶⁾에도 미수범을 인정한 바 있다. 최근 들어 대법원은 “협박죄는 사람의 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 위험범이라 봄이 상당하고, 협박죄의 미수범 처벌조항은 해악의 고지가 현실적으로 상대방에게 도달하지 아니한 경우나,⁸⁷⁾ 도달은 하였으나 상대방이 이를 지각하지 못하였거나 고지된 해악의 의미를 인식하지 못한 경우 등에 적용될 뿐이다”라고 판시하고 있다.⁸⁸⁾ 대법원의 판시에 따르면 협박죄는 고지된 해악의 내용이 일반적으로 공포심을 일으키게 하기에 충분한 것이어야 하지만, 상대방이 현실적으로 공포심을 일으킬 것까지 요구하는 것은 아니기 때문에 해악을 고지함으로써 상대방이 그 의미를 인식한 이상 협박죄의 기수에 이르는 것이라 한다. 다만 동 판결의 반대의견에 따르면 협박죄는 침해범으로서 현실적으로 공포심을 일으켰을 때에 비로소 기수에 이르는 것이라 한다. 협박죄의 기수시기를 언제로 볼 것이냐는 결국 협박죄가 위험범⁸⁹⁾인가, 아니면 침해범⁹⁰⁾인가를 따지는 것이다.

그러나 생각건대 협박죄의 보호법익이 의사결정의 자유라 할 때 추상적 위험범으로 해석하면 가벌성의 범위가 지나치게 확대되고, 착수미수만이 가능하지 실행미수는 아예 불가능하게 되는 난점이 있다.⁹¹⁾ 또한 비록 현실적으로 공포심을 일으켰는지 여부를 입증 내지 판단하기가 어려운 것이 사실이긴 하지만,⁹²⁾ 그렇다고 하여 해악의 고지가 도달하여 피해자가 이를 인지하

83) 강구진, 앞의 책, 308면.

84) 서울동부지판 2006. 6. 21, 2006고단841; 서울남부지판 2007. 1. 30, 2006고단3464.

85) 서울중앙지판 2007. 4. 19, 2007노70.

86) 대구지판 2005. 12. 29, 2005고단6139.

87) 야간협박죄가 성립하기 위해서는 해악의 고지가 피해자에게 도달하여 협박이 기수에 이른 시기가 야간에 해당하여야 한다는 판결은 대판 2002. 12. 10, 2002도4940.

88) 대판 2007. 9. 28, 2007도606; 대판 2008. 5. 29, 2006도6347.

89) 정영일, 앞의 책, 104면; 김성돈, 앞의 책, 117면.

90) 이재상, 앞의 책, 117면; 오영근, 앞의 책, 137면; 박상기, 앞의 책, 103면; 임웅, 앞의 책, 135면; 배종대, 앞의 책, 195면; 김일수/서보학, 앞의 책, 120면; 이영관, 앞의 책, 130면; 허일태, “협박죄의 성질과 기수시기”, 동아법학 제41호(2008), 286면; 이주일, “협박죄의 기수시기에 대한 평론”, 외법논집 제30권(2008), 466면.

91) 오영근, 앞의 책, 134면 각주 1; 허일태, 앞의 논문, 282면.

고 그 의미를 인식한 것만으로 기수를 인정하는 것은 아무래도 피고인에게 불리한 해석이 되어 온당하지 않다.⁹³⁾ 더욱이 준강도죄의 경우 절도의 기회에 폭행·협박이 있으면 강도에 준하여 처벌하는 것인바, 강도죄에서 폭행·협박에도 상대방이 항거불능의 상태로 되지 아니하면 미수범이 성립할 뿐이라는 점과 비교하면, 설령 단순 협박죄의 기수에는 상대방이 현실적으로 공포심을 일으켰을 것을 요하지 않는다고 하더라도,⁹⁴⁾ 준강도죄의 협박은 반드시 상대방을 항거불능의 상태로 만들어야만 기수를 인정할 수 있다고 하겠다. 나아가 준강도죄에서 폭행의 미수⁹⁵⁾에도 동일한 논리를 적용하여 유형력의 행사에도 불구하고 상대방이 항거불능의 상태로 되지 아니한 경우에는 준강도죄의 미수범을 인정해야 할 것이다. 왜냐하면 이른바 최협력의 폭행·협박이라 하면 피해자를 저항불능의 상태로 만들어야 실행종료 내지 결과발생이 되어 기수에 도달하는 것이라고 해석할 수 있고,⁹⁶⁾ 따라서 폭행·협박 그 자체의 성공여부나 효과유무에 따라 기수와 미수를 구별할 수 있는 여지가 있기 때문이다.⁹⁷⁾ 폭행 또는 협박이 다른 범죄의 수단으로 사용되는 경우 절대적 폭력이 되어 저항 자체를 물리적으로 불가능하게 만드는 것보다는 의사결정의 자유를 침해 또는 방해하여 저항을 심리적으로 불가능하도록 하는 것이 목표가 된다. 다시 말해서 행위자가 유형력의 행사나 해악의 고지를 하고 이것이 상대방에게 도달되어 그가 감지 내지 인식하여 결국 저항불능의 상태로 되는 단계적인 과정을 거치는바, 행위자가 폭행·협박의 행위를 종료하지 못하였거나 상대방의 저항불능이란 결과가 발생하지 아

92) 협박죄의 본질이 위험범인가, 아니면 침해범인가의 구별기준을 입증의 어려움 여하에서 구한다는 논리는 논리 비약이라는 견해는 허일태, 앞의 논문, 283면. 그러나 미국 형법에서는 “felony murder”의 이론적 근거 가운데 하나가 입증부담의 완화이다. Dressler, Cases and Materials on Criminal Law, 3rd ed., Thomson/West, 2003, 309면.

93) 그러나 우리 입법자가 협박죄의 성립범위나 가벌성의 범위를 축소시키기 위한 의도로 단순협박죄의 미수범 조항을 규정하였다고 보기도 어렵다는 점과 독일과 일본의 협박죄 입법이 위험범설을 취한 이유가 현실적인 사실 심리상의 본질적 한계에 기인한다는 점에서 위험범설을 지지하는 견해는 최동열, “협박죄의 기수에 이르기 위하여 상대방이 현실적으로 공포심을 일으킬 것을 요하는지 여부”, 대법원판례해설 제74호(2007), 431면.

94) 협박죄를 침해범으로 해석할 수 없는 논거로 미수범 처벌규정을 두고 있는 범죄라고 해서 반드시 침해범은 아니라는 점, 협박의 문언적 의미가 “공포심을 일으키기 위한 해악의 고지”를 넘어서 “해악을 고지하여 공포심을 느끼게 하는 것”으로 보기는 어려운 점, 개인의 정서적 반응 내지 심리적 상태를 구성요건요소로 삼는 것은 곤란하다는 점 등을 제시하는 견해는 최동열, 앞의 논문, 423-427면.

95) 폭행을 유형력의 행사라 하면 따로 미수가 성립할 여지가 없다고 하겠지만, 적어도 사람의 신체에 대한 유형력의 행사로 개념정의한다면 처음부터 사람의 신체를 대상으로 삼지 않은 경우에는 폭행 자체가 성립하지 않고, 사람의 신체를 겨냥했으나 그에 도달하지 않았거나 도달했어도 그 영향력이 없거나 미미한 경우에는 폭행이 미수에 그친 것으로 인정할 수 있을 것인바, 예를 들면 돌을 집어 사람에게 던져 몸에 맞추는 과정에서 돌을 집어 던지려다가 그냥 돌을 놓쳐버리거나 몸에 맞추지 못한 경우는 물론 몸에 맞추어도 아예 감각조차 느끼지 못한 경우에는 폭행의 미수라 할 수 있을 것이다.

96) 김일수, 앞의 논문, 23면; 임웅, 앞의 책, 325면.

97) 그러나 폭행죄는 단순거동범·형식범의 성질을 갖기 때문에 물리력의 행사가 있는 이상 즉시 기수가 성립하고 미수범의 성립은 생각할 수 없고, 준강도죄의 성립과 관련하여 폭행의 미수를 고집한다면 이는 형법에 없는 새로운 개념을 신설하는 것이 된다는 견해는 서보화, “절도가 미수인 경우 준강도의 기수·미수여부”, 법률신문 제3318호(2004. 11. 29).

니한 때에는 미수에 그치는 것이라 하겠다.⁹⁸⁾

한편, 준강도죄와 관련하여 폭행·협박의 개념을 넓게 인정하는 판례의 경향을 고려할 때 기수·미수의 판단기준을 폭행·협박행위로 보면 거의 모든 경우에 준강도죄의 기수범이 성립하는 부당한 결과가 된다는 주장⁹⁹⁾이 있다. 그러나 생각건대 폭행·협박이 상대방의 반항을 불가능하게 할 정도여야 할 뿐만 아니라 그 때문에 상대방이 저항불능의 상태에 도달한 경우에만 강도죄 또는 준강도죄의 폭행·협박으로 인정하는 방식이 올바른 해결책이라 할 것이다.¹⁰⁰⁾

나아가 준강도죄는 결합범이기 때문에 폭행·협박만을 기준으로 준강도죄의 미수여부를 판단할 수 없다는 주장¹⁰¹⁾이 있다. 그러나 생각건대 결합범일 때 시간적으로 최후의 행위, 최종의 목적이 되는 행위 또는 보다 중요한 본질적인 행위를 기준으로 기수·미수를 구분해야 할 것이다. 예를 들면 야간주거침입절도죄는 야간주거침입죄와 절도죄의 결합범인데, 주거침입이 아닌 재물취득시 기수가 된다.¹⁰²⁾ 그리고 강도상해죄의 경우 강도가 미수라 해도 상해가 기수이면 강도상해죄의 기수범이다.¹⁰³⁾ 이와 같이 준강도죄를 강도죄와 마찬가지로 절도와 폭행·협박의 결합범이라고 이해하더라도 절도행위(재산 침해)보다는 폭행·협박행위(신체·자유 침해)가 아무래도 본질적인 요소가 된다. 다시 말해서 재물강취의 고의나 재물탈환항거·체포면탈·죄적인멸의 목적으로 행하는 폭행·협박 그 자체에 불법 내지 비난가능성의 중점이 놓여진다. 반면 강도죄나 준강도죄 모두 재산죄에 그 본질이 있다는 이유로 기수·미수의 구별기준을 절도행위에 두어야 한다는 주장¹⁰⁴⁾은 강도죄 또는 준강도죄의 성립 여부에 폭행·협박이 결정적인 요소가 되며, 폭행·협박의 결과인 저항불능의 상태가 인정되지 않으면 결코 기수범이 될 수 없다는 점¹⁰⁵⁾을 충분히 고려하지 못하고 있다. 이러한 맥락에서 폭행·협박이 미수에 그친 경우 재물취득의 성패를 불문하고 강도죄도 준강도죄도 미수범만이 성립한다고 하겠다.¹⁰⁶⁾

98) 권문택, 앞의 논문, 84면; 박달현, 앞의 논문, 714-715면.

99) 이천현, 앞의 논문, 111면.

100) 문형섭, 앞의 논문, 215면.

101) 이천현, 앞의 논문, 111면.

102) 이재상, 앞의 책, 280면; 오영근, 앞의 책, 342면.

103) 대판 1969. 3. 18, 69도154; 대판 1971. 1. 16, 70도2518; 대판 1988. 2. 9, 87도2492. 이재상, 앞의 책, 317면; 오영근, 앞의 책, 381면.

104) 이재상, 앞의 책, 310면.

105) 이재상, 앞의 책, 303면.

106) 준강도는 절도라는 제1의 실행행위와 폭행·협박이라는 제2의 실행행위로 구성되는 범죄인 결합범이며, 결합범설은 절취와 폭행·협박이 모두 기수에 이르러야 준강도기수가 된다는 종합설과 결부되지만, 절도는 미수이든 기수이든 폭행·협박을 기준으로 준강도죄의 기수여부를 판단해야 한다는 견해는 한상훈, “준강도죄의 기수시기에 대한 대법원판결의 문제점”, 법률신문(2007. 3. 12).

IV. 준강도죄와 “예에 의한다”

1. 준강도죄와 준특수강도죄

우리 형법이 준강도를 규정하면서 “전2조의 예에 의한다”는 문언을 사용하고 있는바, 그 의미를 어떻게 이해할 것인가가 여러모로 문제된다. 가장 먼저 강도(제333조)가 아닌 특수강도(제334조)의 법정형으로 처벌되는 준강도의 범위가 문제이다.¹⁰⁷⁾ 절도범인이 처음에는 흥기를 휴대하지 아니하였으나 체포를 면탈한 목적으로 폭행 또는 협박을 가할 때에 비로소 흥기를 휴대사용하게 된 경우 특수강도의 준강도가 되느냐, 아니면 단순강도의 준강도가 되느냐 다툼이 있다. 준강도죄에 있어서 절도가 재물탈환항거·체포면탈·죄적인멸의 목적으로 행하는 폭행·협박이 강도죄의 재물탈취 수단인 폭행·협박에 준하는 실질적 위법성을 지니기에 엄벌의 대상이 된다는 점과 강도죄와 특수강도죄의 구별이 강취만이냐, 아니면 야간주거침입·흥기휴대·2인이상 합동을 동반한 강취냐에 따르고 있다는 점에 비추어 폭행·협박시 흥기휴대 여부에 따라 법정형을 달리해야 한다는 주장¹⁰⁸⁾이 있다. 반면, 준강도죄에서 특수강도의 예에 의한다고 할 때 특수강도의 구성요건을 그대로 가져다가 씌워버린다는 뜻은 결코 아니라는 점과 준강도죄의 행위는 폭행 또는 협박일 뿐이고 주체인 절도는 단순절도(제329조)와 야간주거침입절도(제330조)·특수절도(제331조)로 구분된다는 점에서 야간주거침입절도범이나 특수절도범이 소정의 목적으로 폭행·협박을 한 경우 특수강도죄의 법정형으로 처벌해야 한다는 주장¹⁰⁹⁾이 있다.

그러나 생각건대 준강도죄는 절도의 기회에 실행한 폭행·협박에 말미암아 가중처벌이 이루어진다는 점에서 그 폭행·협박이 어느 유형의 강도죄의 폭행·협박에 상응하는가를 따져서 그 법정형을 준용해야 할 것이다. 따라서 절도행위의 유형이 아닌 폭행·협박행위의 유형에 따라 준특수강도죄가 성립한다고 하겠다.¹¹⁰⁾

107) 독일형법 제252조는 強盜의 竊盜(Räuberischer Diebstahl)를 “강도에 준하여 처벌한다”고 규정하고 있는바, 폭행·협박의 양태나 결과에 따라 중강도(제250조)와 강도치사(제251조)를 적용한다. Schönk/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27.Aufl., Verlag C.H.Beck, 2006, 2114면.

108) 대판 1973. 11. 13, 73도1553(다수의견). 김태명, “준강도죄와 준강도치상죄의 미수”, 고시연구 제32권 제8호(2005), 140면.

109) 대판 1973. 11. 13, 73도1553(반대의견). 정용석, “준강도죄에 관한 고찰”, 고시연구 제32권 제1호(2005), 221면.

110) 행위태양에 따라 강도 또는 특수강도와 동일한 불법(죄질)을 가질 수 있다는 견해는 김성룡, “준강도죄 해석론의 몇 가지 문제점”, 형사법연구 제21권 제4호(2009), 321면 각주 24, 328면.

2. 준강도죄와 강도상해·치상, 강도살인·치사, 강도강간

준강도죄의 “전2조의 예에 의한다”는 문언과 관련하여 준강도죄의 미수범 처벌 여부가 또다른 중요한 문제이다. 특히 1953년 제정형법에서는 미수범 처벌에 관한 명문 규정을 따로 두지 않았었다. 하지만 1995년 형법개정으로 제342조에 준강도죄의 미수범 처벌을 명확히 규정함으로써 더 이상 해석상 논란의 여지가 없게 되었다.¹¹¹⁾

이와 달리 강도상해·치상죄(형법 제337조), 강도살인·치사죄(형법 제338조) 및 강도강간죄(형법 제339조)의 규정은 준강도죄의 “예에 의한다”의 대상에서 배제되어 있다.¹¹²⁾ 이에 준강도가 상해, 살인 또는 강간을 더하거나 상해나 사망의 결과에 이르게 한 경우 강도가 그렇게 한 경우와 동일하게 새로운 결합범으로 가중처벌의 대상이 되는지, 아니면 경합범 가중에 해당하는지 문제된다.

본디 강도상해·치상죄¹¹³⁾는 재물강취의 기수와 미수를 불문하고 범인이 강도범행의 기회에 사람을 상해하거나 치상하게 되면 성립하는 것이고,¹¹⁴⁾ 이 경우 상해나 치상의 결과는 반드시 강도의 수단으로서 행사된 폭행으로 인하여 발생한 것임을 요하지 않으며, 강도의 기회에 범인의 행위를 원인으로 하여 발생한 것이면 족하다.¹¹⁵⁾ 그런데 판례와 학설은 단순강도, 특수강도, 인질강도는 물론 준강도도 강도상해·치상죄의 주체가 될 수 있다고 한다.¹¹⁶⁾

111) 1995년 형법개정시 미성년자의제강간죄의 미수범 처벌에 대한 별도의 명문 규정을 따로 두지 아니한 바, 이를 입법과으로 볼 것인가, 아니면 의도적 처벌배제로 볼 것인가 다툼이 있다. 상세히는 최병각, 앞의 논문, 237-238면.

112) 오히려 미성년자의제강간죄(제305조)의 경우에는 강간등상해·치상(제301조)와 강간등살인·치사(제301조의2)의 규정을 “예에 의한다”의 대상으로 명시하고 있다.

113) 강도상해죄는 상해죄의 신분적 가중적 구성요건이라는 견해는 주석형법, 440면. 한편 특수강도강제추행죄는 특수강도의 가중적인 구성요건이 아니라 강제추행죄의 가중적 구성요건이라는 견해는 현재 2001. 11. 29. 2001헌가16.

114) 대판 1988. 2. 9. 87도2492(강도의 범인이 강도의 기회에 사람을 상해하여 상해의 결과가 발생하면 형법 제337조 전단의 강도상해죄의 기수가 되는 것이고 거기에 반드시 재물탈취의 목적달성을 필요로 하는 것은 아닌 것이다); 대판 1986. 9. 23. 86도1526(형법 제337조의 강도상해·치상죄는 재물강취의 기수와 미수를 불문하고 범인이 강도범행의 기회에 사람을 상해하거나 치상하게 되면 성립하는 것).

115) 대판 1992. 4. 14. 92도408(강도범인이 강도를 하는 기회에 범행의 현장에서 사람을 상해한 이상, 소론과 같이 재물강취의 수단인 폭행으로 인하여 상해의 결과가 발생한 것이 아니고, 재물의 탈환을 항거하거나 체포를 면탈하거나 죄적을 인멸할 목적으로 폭행을 가한 것이 아니라고 하더라도, 강도상해죄가 성립하는 것).

116) 대판 2001. 10. 23. 2001도4142, 2001감도100(일단 체포되었다고는 하지만 아직 신병확보가 확실하다고 할 수 없는 단계에서 체포된 상태를 면하기 위해서 피해자를 폭행하여 상해를 가한 것이므로 이러한 피고인의 행위는 절도의 기회에 체포를 면탈할 목적으로 폭행하여 상해를 가한 것으로서 강도상해죄에 해당한다); 대판 1984. 1. 24. 83도3043(형법 제337조에서 말하는 강도 중에는 형법 제333조의 죄를 범한 강도뿐만 아니라 형법 제335조에 의하여 강도로서 논할 범인 즉 준강도도 포함되는 것); 대판 1971. 1. 26. 70도2518(절도가 체포를 면탈할 목적으로 폭행을 가하여 피해자에게 상해의 결과를 발생케 한 경우에는 비록 재물의 절취는 미수에 그쳤다 할지라도 형법 제337조의 기수범). 이재상, 앞의 책, 315면; 오영근, 앞의 책, 379면.

그러나 생각건대 강도가 강도의 기회¹¹⁷⁾에 상해·치상하여 강도상해·치상죄로 처벌되는 것과 달리 절도가 절도의 기회에 폭행·협박을 하여 준강도죄로 가중처벌됨에 그치지 않고 또 다시 상해·치상을 이유로 강도상해·치상죄의 적용을 받는 것은 아무래도 지나칠 수 없는 지나침이 있다. 우리 헌법재판소도 강도상해죄의 법정형이 비교적 높은 것과 관련하여 형법 제337조의 구성요건을 보다 엄격하게 해석해야 할 필요성은 있다고 하면서, 특히 구체적 사건에서 사안이 가볍다고 판단되는 경우의 대표적인 예로 형법 제335조의 준강도에 해당되는 자가 피해자에게 가벼운 상해를 입힌 경우를 들고, 구체적인 양형의 적정을 위하여 법원으로서의 강도의 요건이나 상해의 개념에 관한 엄격한 해석을 시도해야 할 필요가 있다고 판시하고 있다.¹¹⁸⁾ 나아가 강도상해죄의 상해는 사회통념상 간과할 수 없는 정도, 바꾸어 말하면 의사의 치료·처치를 받을 필요가 있다고 일반적으로 인정될 정도의 상해임을 요한다고 해석함이 상당하다고 한다.¹¹⁹⁾ 또한 준강도가 피해자에게 가벼운 상해를 입힌 경우에는 상해의 개념¹²⁰⁾에 관한 엄격한 해석을 시도하거나 체포를 면탈한 목적의 유무에 관한 사실판단을 엄격히 해야 할 필요가 있다고 판시한다.¹²¹⁾ 이러한 맥락에서 설령 준강도가 강도상해죄의 주체가 될 수 있다고 할 경우에도 준강도죄의 성립에 필요한 폭행·협박을 앞서 살핀 바와 같이 강도죄의 폭행·협박에 상응하는 매우 좁은 의미의 폭행·협박에 한정하는 것은 그 필수적인 전제가 된다. 하지만 강도상해죄의 “강도”의 요건을 엄격히 해석하여 적어도 준강도는 아예 강도상해죄의 주체에서 배제하는 것이 보다 적합한 해석이라 하겠다. 아울러 법정형이 매우 높은 강도살인죄(사형 또는 무기)¹²²⁾ 또는 상당히 높은 강도치사죄·강도강간죄(무기 또는 10년 이상)의 경우에는 준강도를 그 주체에서 배제¹²³⁾해야 할 필요성이 더욱 절실하다.¹²⁴⁾

한편 1995년 형법개정으로 강도치상죄와 강도치사죄의 미수범 처벌 규정도 함께 마련되었는데, 강도미수에 치사상의 결과이면 강도치사상의 미수가 성립한다는 견해¹²⁵⁾가 있으나, 결

117) 대판 1996. 7. 12, 96도1108(강도의 기회라 함은 강도범행이 실행 중이거나 그 실행 직후 또는 실행의 범의를 포기한 직후로서 사회통념상 범죄행위가 완료되지 아니하였다고 볼 수 있는 단계를 말한다).

118) 헌재 1997. 8. 21, 93헌바60.

119) 헌재 1997. 8. 21, 93헌바60.

120) “상대적 상해”의 개념을 대신하여 “사회적 상해”의 개념을 도입하여야 한다는 견해는 송시섭, “강간치상죄에 있어서의 상해개념의 재구성”, 동아법학 제42호(2008), 139면.

121) 헌재 1997. 8. 21, 96헌바9.

122) 대판 1987. 9. 22, 87도1592(절도가 체포를 면탈할 목적으로 사람을 살해한 때에는 강도살인죄가 성립); 대판 1983. 6. 28, 83도1210(절취의 범행 중에 죄적을 인멸할 목적으로 사람을 살해한 경우에도 강도살인죄가 성립).

123) 독일형법은 강도치사죄(제251조)의 주체를 강도(제249조)와 준강도(제250조)로 제한하고, 준강도(제252조)는 그 주체에서 배제하고 있다.

124) 강도살인죄의 성립 여부에 있어서 “강도의 기회”를 엄격히 해석하여야 한다는 견해는 허일태, “강도살인행위”, 판례월보 제323호(1997. 8).

125) 임웅, 앞의 책, 329면; 이정원, 형법각론, 인터넷 공개판, 2008, 397면. 가중적 결과가 기본범죄의 결과와 결부되면 결과적 가중범의 미수는 부정되나 기본범죄의 행위에 결부되면 결과적 가중범의 미수가 가능하다는

과적 가중범의 미수는 성립할 수 없기 때문에 입법상 과오이며 사망 또는 상해의 결과가 발생한 경우에는 재물취득 여부에 상관없이 강도치사상의 기수가 성립한다고 하겠다.¹²⁶⁾

3. 준강도죄와 상습강도죄

상습으로 단순강도죄, 특수강도죄, 인질강도죄 또는 해상강도죄를 범하거나 그 미수죄를 범한 자는 상습강도죄로 가중처벌의 대상이 된다(형법 제341조, 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제3항).

준강도죄는 단순강도죄와 특수강도죄의 예에 따르기 때문에 상습준강도죄도 포함된다는 견해¹²⁷⁾가 있다.

그러나 생각건대 상습강도죄의 규정이 강도상해·치상죄, 강도살인·치사죄 및 강도강간죄와 더불어 준강도죄를 그 적용대상에서 분명히 배제하고 있고, 게다가 “예에 의한다”는 문언을 법정형만이 아니라 상습범 가중처벌까지 따른다는 의미로 해석하는 것은 피고인에게 불리한 유추가 되기 때문에 결코 허용할 수 없다. 또한 법정형이 이미 충분히 높기 때문에 굳이 상습범 가중이 필요없다는 점과 범죄의 특성이 상습성에 기초한 책임가중이나 포괄일죄로의 처리와는 거리가 있다는 점에 비추어 준강도죄의 상습범 가중을 인정할 수 없다고 하겠다.

4. 준강도죄와 강도예비·음모죄

형법은 제28조에서 “범죄의 음모 또는 예비행위가 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다”고 규정하여 예비·음모죄를 매우 제한적으로 처벌할 것을 천명하고 있는바,¹²⁸⁾ 강도예비·음모죄(형법 제343조)가 그 하나이다. 여기에서 강도가 아닌 준강도할 목적으로 예비 또는 음모한 경우에 과연 강도예비·음모죄가 성립하는가 여부가 문제이다.

준강도죄를 범할 목적도 강도예비·음모죄의 “강도할 목적”에 포함된다는 견해¹²⁹⁾가 있고, 그 논거로는 첫째, 준강도죄 규정의 “예에 의한다”는 문언에 비추어 준강도를 강도와 동일하게

입장에서 강도치사상·강간치사상의 미수범을 인정하는 견해는 성낙현, “결과적 가중범의 미수에 관한 한국과 독일형법의 비교”, 비교형사법연구 제8권 제1호(2006), 172면.

126) 이재상, 앞의 책, 317면; 오영근, 앞의 책, 382면

127) 오영근, 앞의 책, 393면.

128) 공보에 게재된 판결들 중 예비죄로 처벌된 경우는 대판 1999. 4. 9, 99도424(판세포탈)이 유일한 것으로 보인다. 한정환, “예비음모죄의 성립요건, 적용기준”, 법조(2008. 6), 144면.

129) 김일수/서보학, 앞의 책, 350면; 권창국, “준강도의 예비”, 법률신문(2006. 10. 30).

취급해야 한다는 점, 둘째, 조문의 배열에 따르면 준강도는 강도의 여러 유형 가운데 하나라는 점, 셋째, 형사정책적으로 강도나 준강도나 실행의 착수 이전에 처벌해야 할 필요가 있다는 점 등이 가능하다.¹³⁰⁾

이와 달리 우리 대법원은 강도예비·음모죄가 성립하기 위해서는 예비·음모 행위자에게 미필적으로라도 “강도”를 할 목적이 있음이 인정되어야 하고 그에 이르지 않고 단순히 “준강도”할 목적이 있음에 그치는 경우에는 강도예비·음모죄로 처벌할 수 없다고 봄이 상당하다고 판시하고 있다.¹³¹⁾ 그 논거로는 첫째, 강도예비·음모죄의 법정형이 단순 절도죄의 법정형을 초과하는 등 상당히 무겁게 정해져 있기 때문에 강도예비·음모죄로 인정되는 경우는 그 법정형에 상당한 정도의 위법성이 나타나는 유형의 행위로 한정함이 바람직하다는 점, 둘째, 절도범이 준강도를 할 목적을 가진다고 하더라도 이는 절도범으로서는 결코 원하지 않는 극단적인 상황인 절도 범행의 발각을 전제로 한 것이라는 점에서 본질적으로 극히 예외적이고 제한적이라는 한계를 가질 수밖에 없다는 점, 셋째, 만약 준강도를 할 목적을 가진 경우까지 강도예비로 처벌할 수 있다고 본다면 흉기를 휴대한 특수절도를 준비하는 행위는 거의 모두가 강도예비로 처벌받을 수밖에 없게 되어 형법이 흉기를 휴대한 특수절도의 예비행위에 대한 처벌조항을 두지 않은 것과 배치되는 결과를 초래하게 된다는 점 등을 제시하고 있다.

그러나 생각건대 준강도죄 규정의 “예에 의한다”는 문언이 준강도를 “항상”, “무조건” 강도와 같이 취급할 것을 명시하고 있는 것은 아니라 할 것이다.¹³²⁾ 또한 “준강도”할 목적은 폭행·협박에 대한 의사가 아무리 확고하더라도 폭행·협박의 실행 자체가 조건적일 수 밖에 없다는 점에서 폭행·협박의 확정적 실행을 전제하는 “강도”할 목적과는 본질적인 차이가 존재한다.¹³³⁾ 따라서 준강도할 목적이 인정된다고 하여 강도예비·음모죄의 성립을 인정할 수는 없다고 하겠다.¹³⁴⁾

130) 박이규, “준강도할 목적이 있음에 그치는 경우에도 강도예비음모죄가 성립하는지”, 대법원판례해설 제66호 (2006), 403-412면; 권창국, 앞의 논문.

131) 대판 2006. 9. 14. 2004도6432.

132) “강도”에 관한 조항에 “준강도”도 포함되는지는 개별 조항의 입법취지 등을 살펴 밝혀낼 문제이며, 강도예비의 강도에 준강도를 포함시키는 것이 적절한지는 책임에 부합하는 형벌부과라는 형법의 정신에 맞는 해석의 추구라는 진지한 고민을 통해 결론 내려야 할 문제라는 견해는 박이규, 앞의 논문, 407-408면.

133) 강도할 “목적”에 불확실 또는 미필적 의사가 포함되는지는 “목적”의 범위에 관한 논의이고, “강도”할 목적의 강도에 준강도가 포함되는지는 “강도”의 범위에 대한 논의인바, 예비·음모 단계에서 “준강도할 목적”은 “강도할 목적”과 분명히 구별된다는 견해는 박이규, 앞의 논문, 397면, 408-409면. 폭행·협박의 의사가 조건부라 하더라도 조건부 의사가 반드시 불확정적 의사를 지칭하지 않으며, 절도가 범행 중 발각되면 폭행·협박을 가할 확정적 의사를 갖는 예도 가능하다는 견해는 권창국, 앞의 논문.

134) 절도에 착수하기 전에 준비하는 예비행위는 그 시점에서는 폭행·협박과의 관련성은 행위자의 머릿속에 존재하는 예외적이고 가정적인 하나의 인식에 불과할 뿐 법적으로 직접적인 연관성은 없는 상태라고 할 수 있으며 단순히 절도 혹은 특수절도의 예비행위라고 평가해야 한다는 견해는 이용식, 앞의 논문, 477-479면; 권오걸, 앞의 논문, 362-363면. 사후강도죄의 예비를 인정할 경우가 없다는 견해는 이종기, 형법개론 전, 육성각, 1959, 211면.

V. 맺음말

남의 재물을 훔치다 들키면 그냥 달아나는 것이 절도법의 본분에 맞는 일이다. 절도가 폭행·협박에 나서면 아예 강도로 되거나 적어도 준강도로 처단되게 된다. 그런데 재물강취의 고의로 폭행·협박을 하는 것과 재물탈환항거·체포면탈·죄적인멸의 목적으로 폭행·협박을 하는 것이 겉으로 드러나는 폭행·협박은 비록 같다고 하더라도 그 동기와 죄질은 아주 다르다. 따라서 준강도를 강도의 법정형으로 처벌하는 것까지는 몰라도, 준강도 자체가 바로 강도는 아니기에 강도와는 달리 다루어야 할 것이다. 더욱이 준강도에 대하여 의용형법에서 “강도로써 논한다”는 것과 달리 현행 형법은 “강도의 예에 의한다”고 규정하고 있음을 유념해야 할 것이다.

준강도죄는 우리 형법 제38장의 체계에 비추어 절도죄의 가중적 구성요건으로서 절도죄도 강도죄도 아닌 독립된 별개의 범죄이다. 이러한 맥락에서 강도죄의 가중적 구성요건이나 예외적 처벌유형을 해석·적용할 때 준강도를 강도로 몰아가는 것은 무지막지한 횡포에 지나지 않는다. 또한 준강도죄는 결합범이긴 하지만 신분범은 아니다. 다시 말해서 준강도죄의 성립에 절도라는 신분요소가 필요한 것이 아니라 절도의 기회에 재물강취와는 무관한 최협의의 폭행·협박을 한 경우 강도죄의 법정형을 준용하는 준강도죄가 성립한다.

준강도죄의 미수범은 강도미수가 처벌되는 예가 아닌 독자적인 명문규정에 따라 처벌된다. 그런데 절도행위가 미수이면 준강도죄의 미수범인지, 폭행·협박행위를 기준으로 준강도죄의 기수·미수를 판단하는지, 아니면 절도와 폭행·협박이 모두 기수에 이르지 못하면 준강도죄의 미수범으로 되는지 분명하지 않다. 그러나 절도기수에 재물탈환항거 목적의 폭행·협박을 하든, 절도미수·기수를 불문하고 체포면탈·죄적인멸 목적의 폭행·협박을 하든, 준강도죄가 재산뿐만 아니라 신체·자유까지 침해함으로써 가중처벌되는 범죄임에 비추어 폭행·협박이 상대방으로 하여금 항거불능의 상태를 초래하여야 비로소 준강도죄의 기수범으로 인정할 수 있다.

준강도죄를 강도 또는 특수강도의 예에 의한다고 할 때 절도가 아닌 폭행·협박에 중점을 두는 것이 그 본질에 부합하고, 따라서 흉기를 휴대하고 폭행·협박을 한 경우에 준특수강도죄가 된다. 강도상해·치상죄, 강도살인·치상죄, 강도강간죄는 준강도죄의 “예에 의한다”는 대상이 아니고, 무엇보다도 그 법정형이 지나치게 높기 때문에 행위주체인 “강도”를 제한적으로 해석하여 준강도를 그 범위에서 배제해야 한다. 상습강도죄의 규정은 준강도죄의 상습범을 배제하고 있고, 준강도죄의 특성에 비추어 상습범 가중을 인정할 수도 없다. 강도와 달리 준강도의 목적은 조건적일 수밖에 없다는 점과 흉기휴대의 특수절도에 대한 예비행위도 처벌조항이 없다는 점에 비추어 준강도예비·음모죄는 성립하지 않는다.

준강도죄는 절도죄와는 보호법익부터 다르다. 그러나 준강도죄와 강도죄는 보호법익은 동일하나 동기와 죄질이 상이하다. 우리 형법이 준강도를 강도의 “예에 의한다”고 한 것은 강도가 아니지만 예외적으로 강도의 법정형을 준용한다는 취지이다. 이를 확대하여 강도상해·치상, 강도살인·치사, 강도강간, 상습강도, 강도예비·음모 등의 규정까지 준강도에게도 적용하여 아무런 거리낌 없이 강도와 마찬가지로 취급하는 것은 잘못이다. 過猶不及이라, 지나친 형벌은 범죄억제효과가 오히려 떨어진다는 점에서 절도가 어찌다 준강도를 저지르는 경우에 그 성립 요건부터 엄격히 해석하고 또다른 추가적인 가중처벌을 제한하는 것이 바람직하다.

〈참고문헌〉

I. 국내문헌

1) 단행본

- 강구진, 형법각의 각론 I, 박영사, 1983.
- 강서룡, 신형법요의, 법제신보사, 1956.
- 김성돈, 형법각론, 제2판, 성균관대학교 출판부, 2009.
- 김성천/김형준, 형법각론, 제2판, 동현출판사, 2006.
- 김용진, 신형법강의:총론·각론, 지구당, 1955.
- 김일수/서보학, 새로쓴 형법각론, 제7판, 박영사, 2009.
- 김종원, 형법각론 상, 법문사, 1971.
- 류병진, 한국형법(각론), 고시학회, 1956.
- 민건식, 형법각론, 대동문화사, 1959.
- 박상기, 형법각론, 제7판, 박영사, 2008.
- 배종대, 형법각론, 제7전정판, 홍문사, 2010.
- 백형구, 형법각론, 개정판, 청림출판, 2002.
- _____, 형법각론, 청림출판, 1999.
- 서일교, 형법각론강의, 제일문화사, 1956.
- 손동권, 형법각론, 제2개정판, 율곡출판사, 2006.
- 신동운, 형법각론, 한국방송통신대학교, 1991.
- _____, 형법총론, 제4판, 법문사, 2009.
- 염정철, 형법각론강의, 신아사, 1959.
- 오영근, 형법각론, 제2판, 박영사, 2009.
- _____, 형법총론, 제2판, 박영사, 2009.
- 유기천, 형법학: 각론강의 상, 개정판, 일조각, 1967.
- _____, 형법학: 각론강의 상, 전정신판, 일조각, 1989.
- 이건호, 형법각론, 일신사, 1957.
- 이근상, 형법각론, 일한도서출판사, 1957.
- 이영란, 형법학 각론강의, 형설출판사, 2008.

- 이재상, 형법각론, 제6판, 박영사, 2009.
- 이종기, 형법개론 전, 육성각, 1959.
- 이형국, 형법각론, 법문사, 2007.
- 임 용, 형법각론, 개정판, 법문사, 2003.
- _____, 형법총론, 개정판보정, 법문사, 2007.
- 장승두, 형법요강(총론·각론), 청구문화사, 1950.
- 정성근/박광민, 형법각론, 제3판, 삼지원, 2008.
- 정영석, 형사법의 제문제, 법문사, 1982.
- 정영일, 형법각론, 개정판, 박영사, 2008.
- 조준현, 형법각론, 개정판, 법원사, 2005.
- 조현욱, 형법각론강의(I), 진원사, 2008.
- 진계호/이준길, 형법각론, 제6판, 대왕사, 2008.
- 황산덕, 형법각론, 법문사, 1962.

2) 논문

- 권문택, “준강도죄의 미수(2)”, 법정 제18권 제4호(1963).
- 권오걸, “준강도의 불법구조와 실행의 착수시기”, 형사법연구 제21권 제3호(2009).
- 권창국, “준강도의 예비”, 법률신문(2006. 10. 30).
- 김경락, “특수강도죄의 실행의 착수시기”, 성균관법학 제18권 제1호(2005).
- 김대홍, “당울에서 범죄와 형벌의 비례성”, 법사학연구 제39호(2009).
- 김성룡, “준강도죄 해석론의 몇 가지 문제점”, 형사법연구 제21권 제4호(2009).
- 김일수, “준강도죄의 불법과 책임의 구조”, 고려법학 제44호(2005).
- 김태명, “준강도죄와 준강도치상죄의 미수”, 고시연구 제32권 제8호(2005).
- 문채규, “절도와 강도의 죄에 관한 형법 및 특별법의 개정과 정비 방안”, 비교형사법연구 제11권 제2호(2009).
- _____, “준강도죄의 법적 성격과 주체”, 비교형사법연구 제6권 제2호(2004).
- 문형섭, “준강도를 위한 변론”, 법조(2004. 8).
- 박달현, “준강도죄의 기수와 미수의 판단기준에 대한 검토”, 형사법연구 제26호 특집호(2006).
- 박이규, “준강도할 목적이 있음에 그치는 경우에도 강도예비음모죄가 성립하는지”, 대법원판례해설 제66호(2006).

- 배태연, “간접증거에 의한 주요사실의 인정”, 재판자료 제22집(1984).
- 변종필, “준강도죄의 범행주체”, 비교형사법연구 제3권 제2호(2001).
- 서보학, “절도가 미수인 경우 준강도의 기수·미수여부”, 법률신문 제3318호(2004. 11. 29).
- 성낙현, “결과적 가중범의 미수에 관한 한국과 독일형법의 비교”, 비교형사법연구 제8권 제1호(2006).
- 송시섭, “강간치상죄에 있어서의 상해개념의 재구성”, 동아법학 제42호(2008).
- 심재무, “준강도죄의 본질과 기수시기”, 형사법연구 제26호(2006).
- 안동준, “준강도죄의 기수 판단 기준에 대한 대법원판결의 의문점: 지록위마?”, 전남대 법학논총 제24집(2004).
- 오영근, “형법상 폭행의 개념”, 형사법연구 제8호(1995).
- 이경렬, “공범의 성립과 초과실행”, 고시연구 제31권 제7호(2004).
- 이수성, “준강도죄의 성립조건과 그 유형”, 법률신문 1170호(1976. 9).
- 이용식, “준강도죄의 예비와 기수시기”, 한국형사법학의 신전개: 이재상교수 정년기념논문집(2008).
- 이주일, “협박죄의 기수시기에 대한 평론”, 외법논집 제30권(2008).
- 이창섭, “준강도죄에 관한 소고”, 형사정책연구 제17권 제1호(2006).
- 이창한, “날치기 수법에 의한 절도범이 점유탈취 과정에서 우연히 피해자에게 상해를 입힌 경우의 죄책”, 대법원판례해설 제48호(2004).
- 이천현, “준강도죄의 기수 및 미수의 판단기준”, 형사판례연구 제14권(2006).
- 임광주, “종래의 신분범에 대한 근본적인 재검토”, 한양대 법학논총 제22집 제1호(2005).
- 임석원, “결합범의 미수에 관한 문제점과 해석 및 정비방향”, 형사정책연구 제20권 제2호(2009).
- _____, “결합범의 본질과 부진정 결과적 가중범”, 비교형사법연구 제8권 제1호(2006).
- _____, “준강도죄에 관한 고찰: 법적 성격과 미수를 중심으로”, 형사법연구 제21권 제4호(2009).
- 정성근, “형법상의 신분개념”, 형사법연구 제11호(1999).
- 정웅석, “준강도죄에 관한 고찰”, 고시연구 제32권 제1호(2005).
- 조원철, “간접증거에 의한 사실의 인정”, 재판자료 제110집(2006).
- 최동열, “협박죄의 기수에 이르기 위하여 상대방이 현실적으로 공포심을 일으킬 것을 요하는 지 여부”, 대법원판례해설 제74호(2007).

최병각, “법해석의 한계: 미성년자 의제강간, 미수범까지 처벌?”, 형사법연구 제21권 제1호 (2009)

한상훈, “결합범의 구조와 신분범과의 관계”, 법조(2005. 1).

_____, “준강도죄의 기수시기에 대한 대법원판결의 문제점”, 법률신문 제3536호(2007. 3. 12).

_____, “형법상 결합범의 유형과 입법론적 검토”, 형사법연구 제22호 특집호(2005).

한인섭, “형법상 폭행개념에 대한 이론”, 형사법연구 제10호(1988).

한정환, “예비음모죄의 성립요건, 적용기준”, 법조(2008. 6).

허일태, “강도살인행위”, 판례월보 제323호(1997. 8).

_____, “협박죄의 성질과 기수시기”, 동아법학 제41호(2008).

II. 외국문헌

大谷實, 刑法各論, 第3版, 成文堂, 2007.

山口厚, 刑法各論, 補訂版, 有斐閣, 2005.

西田典之, 刑法各論, 第2版, 弘文堂, 2002.

前田雅英, 刑法各論講義, 第4版, 東京大學出版會, 2007.

Dressler, *Cases and Materials on Criminal Law*, 3rd. ed., Thomson/West, 2003.

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

Quasi-Robbery and its Treatment

Choi, Byung Gak*

This study aims to analyse definition of quasi-robbery and its treatment in relation with theft and robbery. When a thief uses violence or intimidation in order to resist recovery of stolen property, to escape arrest or to destroy evidences of the crime, he shall be punished in accordance with the rules on robbery(Article 335 Korean Criminal Law). In comparison with a robber who uses violence or intimidation in advance to forcibly take another's property, a quasi-robber is a kind of enforced transformer from a thief under unpleasant circumstance. It is reasonable that quasi-robbery should be put on the same level of sentencing as robbery, for the two crimes are alike regarding elements and dangerousness.

Although bodily injury, murder or rape during robbery ought to be punished harshly with enhanced sentence, a quasi-robber who commits those crimes might be punished less harshly on multiple counts. Attempted quasi-robbery is an offence based on an express provision. But it is not clear whether unfulfilment of either theft or violence makes attempted quasi-robbery. Recently korean supreme court held that a thief who used violence but failed in taking property should be punished as attempted quasi-robbery. The court held that preparation of quasi-robbery is impossible because only prepared robbery could be charged as an offence. Habitual quasi-robbery might not be existent also.

Key word : quasi-robbery, attempted quasi-robbery, preparation of quasi-robbery

* Associate Professor, Law School of Donga University, Ph. D. in Law