

공범론에서 상급자의 형사책임 강화 방안*

박 경 규**

〈국문초록〉

우리 형법은 제34조 제2항을 통해 공범 부분에서 상급자의 책임에 관해 규율하고 있는 규정을 두고 있지만, 지금까지 판례는 제34조 제2항을 적용하지 않고 있다. 이러한 판례의 태도는 한편으로는 제34조를 해석함에 있어서 발생하는 어려움을 피하고자 하는데 그 이유가 있고, 다른 한편으로는 제34조에 대한 학설의 비판을 어느 정도 반영한 것으로 보인다. 학계에서는 ‘현행 제34조는 공범부분의 다른 규정들과 조화되기 어려운 점이 있기에 제34조 제2항은 삭제하는 것이 적절하다’는 견해가 제시되고 있다.

그러나 필자는 이 글을 통해 제34조는 ‘행위자가 다른 사람을 이용하여 범죄를 범한 사례’에서 사안의 유형을 세분화하여 사안별로 보다 더 행위의 불법성과 행위자에 대한 비난가능성을 적절히 포착하여 책임주의에 합치하는 형벌을 행위자에게 부과하는 방향으로 범죄가담형태를 규율하고자 노력한 우리 형법 입법자의 노력의 산물이고, 제34조를 통해 우리 입법자는 독일식 범죄가담형태 규율체계가 아니라 우리만의 독자적인 범죄가담형태 규율체계를 발전시켰다는 것을 밝히고자 한다. 그리고 역사적 해석에 의하더라도 제34조 제2항은 이른바 ‘특수간접정범’뿐만 아니라 특수교사·방조범에도 적용되는 것으로 이해될 여지가 있고, 제34조의 체계적 해석을 강조하면 이렇게 이해하는 것이 제34조를 형법의 다른 규정들과 조화롭게 해석하고, 제34조에서 나타나는 우리 입법자의 의사를 존중하는 것임을 명확히 하고자 한다. 이를 통해 결론으로, 특수간접정범뿐만 아니라, 상급자인 ‘정범 배후의 정범’ 그리고 상급자가 하급자의 업무 관련 범죄를 하급자와의 의사연락 없이 작위 또는 부작위로 방조한 경우 그러한 상급자에게는 제34조 제2항을 적용하여 현재 판례에 의할 때 적용되는 처단형보다 높은 처단형 즉, 제34조 제2항에서 규정하고 있는 처단형을 적용하는 것이 타당하다는 결론을 제시하고자 한다.

주제어 : 상급자책임, 간접정범, 특수공범, 부작위책임, 범죄가담형태

• 투고일 : 2020.07.07. / 심사일 : 2020.07.21. / 게재확정일 : 2020.07.23.

* 이 논문은 2017년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2017S1A5B5A07065140).

** 한국형사정책연구원 부연구위원 / 경북대학교 법학연구원 연구원, 법학박사.

I. 문제제기

우리 형법은 제1편 제2장 제3절(공범)에서 상·하위 관계에 있는 자연인들이 범죄에 가담한 경우 상위 상급자의 형사책임에 관해 규율하고 있는 한 조항을 두고 있는데, 바로 제34조 제2항이다. 제34조 제2항은 “자기의 지휘, 감독을 받는 자를 교사 또는 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한 자는 교사인 때에는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하고 방조인 때에는 정범의 형으로 처벌한다.”고 하여 지휘·감독자(이하 ‘상급자’로 지칭하기도 함)가 자기의 지휘·감독을 받는 자(이하 ‘하급자’로 지칭하기도 함)를 이용하여 범죄를 범한 경우 지휘·감독자를 가중처벌하고 있다. 제34조 제2항의 적용범위에 대해서는 견해가 나뉘고 있는데, 과거에는 ① 지휘·감독자가 하급자를 온전히 유책하게 행동하는 정범으로 교사·방조한 경우에만 적용된다는 견해(이른바 ‘특수교사·방조범설’)가¹⁾ 주장되었지만 현재에는 주장자가 없는 듯하다.²⁾ 현재에는 ② 제34조 제1항의 간접정범 중에서도 이용자가 지휘·감독자인 경우에 한해 적용된다는 견해(이른바 ‘특수간접정범설’)와³⁾ ③ 특수간접정범뿐만 아니라 특수교사·방조범에도 적용된다는 견해가⁴⁾ 있고, ③의 견해가 다수설이다. 즉, 현재에는 ‘지휘·감독자가 자기의 지휘·감독을 받는 자를 처벌되지 않는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자로 이용하여 범죄를 범한 경우’에는 제34조 제2항이 적용된다는 것이 통설의 입장이다.

그러나 지금까지 우리 판례는 제34조 제2항을 적용한 예가 없다. 우리 법원은 특수교사·방조범이 성립한다고 볼 수 사안에서도 대부분 제30조(공동정범)를 적용하고,⁵⁾ 현재의 통설적 입장에 따르면 명백히 제34조 제2항을 적용해야

- 1) ‘특수교사·방조범’이라는 용어는 용어사용자에 따라 다른 의미로 사용될 수도 있는데, 이 글에서는 특별한 언급이 없으면, 지휘·감독자가 하급자를 온전히 유책하게 행동하는 피이용자로 이용한 경우를 ‘특수교사·방조범’으로 지칭하고, 지휘·감독자가 하급자를 처벌되지 않는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자로 이용한 경우를 ‘특수간접정범’으로 지칭한다.
- 2) 과거의 주장자에 대해서는 문성도, “형법 제34조 제2항의 법적 성질”, 경찰법연구 제4호, 2006, 12면; 이창섭, “형법 제34조의 입법연혁과 해석의 기초”, 법사학연구 제32호, 2005.10, 356면 참조.
- 3) 오영근, 형법총론 제2판, 박영사, 2009, 640-641면; 문성도, “형법 제34조 제2항의 법적 성질”, 경찰법연구 제4호, 2006, 13면 이하; 이창섭, “형법 제34조의 입법연혁과 해석의 기초”, 법사학연구 제32호, 2005.10, 356면; 김일수·서보학, 새로운 형법총론 제12판, 2014, 444면.
- 4) 일부 문헌만 언급하면, 배종대, 형법총론 제12판, 홍문사, 2016, 617면; 임웅, 형법총론 제8정판, 법문사, 2016, 478면; 손동권/김제윤, 새로운 형법총론, 율곡출판사, 2011, 527면; 이형국/김혜경, 형법총론 제5판, 법문사, 2019, 427면.
- 5) 예컨대 대법원 2000. 3. 14. 선고 99도4923 판결(그룹의 회장과 부회장이 계열회사의 대표

할 특수간접정범 사례에서도 제34조 제1항(간접정범)을 적용하고 있다.⁶⁾ 뿐만 아니라 우리 법원은 상급자가 부작위로 하급자의 작위 범행을 방치 또는 초대한 경우에도 상급자를 제32조의 방조범으로 보고 있고, 제34조 제2항을 적용하지 않는다.⁷⁾

이러한 판례의 태도는 한편으로는 제34조 제2항을 해석함에 있어서 발생하는 어려움을 피하고자 하는데 그 이유가 있고, 다른 한편으로는 제34조에 대한 학설의 비판을 어느 정도 반영한 것으로 보인다. 학계에서는 ‘현행 제34조는 문제성이 있기에 현행 제34조 제2항은 삭제하고, 다른 사람을 이용하여 범죄를 범한 경우를 간접정범으로 규정하면서 간접정범의 정범성을 명시하고, 양형단계에서 간접정범의 상이한 사례들을 고려하는 것이 적절하다’는 견해가 제시되고 있으며, ‘2011년 형법개정안’에서는⁸⁾ 이러한 내용으로 간접정범을 규율하는 안이 제안되기도 하였다.⁹⁾¹⁰⁾

그러나 필자는 과연 현행 제34조가 공범론의 전체 규정들과 조화되기 어려

이사 등에게 지시하여 그들로 하여금 계열회사의 자금을 회장이 대표이사로 있는 주식회사에게 대여 내지 지원하도록 한 사례에서 회장, 부회장 및 계열회사 대표이사들을 특정 경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)죄의 공(동정)범으로 처벌한 사례) 참조.

- 6) 예컨대 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결(OO주식회사 대표이사 겸 회장인 甲이 국회의원 乙에게 회사 업무와 관련하여 부정한 청탁을 하는 대가로 회사 직원 542명에게 乙 국회의원 후원회에 10만원씩 기부하도록 한 사건에서 甲은 “청탁의 대가로 후원회에 기부한다는 자세한 내막을 알지 못하여 정치자금법 위반죄를 구성하지 않는 직원들의 기부행위를 유발하고 이를 이용하여 자신의 범죄를 실현한 것”이므로 제34조 제1항의 간접정범에 해당한다고 한 사례) 참조.
- 7) 대법원 1996. 9. 6. 선고 95도2551 판결(법원의 입찰사건에 관한 제반 업무를 주된 업무로 하는 공무원이 자신이 맡고 있는 입찰사건의 입찰보증금이 사무원에 의해 계속적으로 횡령되고 있는 사실을 알았음에도 상관에게 보고하는 등의 방법을 취하지 않아 사무원이 새로운 횡령범행을 한 사안에서 담당 공무원을 업무상횡령의 중범으로 판시한 사례) 참조.
- 8) 의안번호 1811304, 형법일부개정법률안, 2011.3.25. 발의. 동 개정안은 사실상 형법총칙 전면 개정안이었는데, 회기만료로 폐기되었다.
- 9) ‘2011년 형법개정안’에서는 현행 제34조를 아래 개정안 제31조 제2항과 같이 개정하는 것을 제안하였다.

제31조 정범과 공범
 제31조(정범) ① 스스로 죄를 범한 자는 정범(正犯)으로 처벌한다.
 ② 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 이용하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한자는 정범으로 처벌한다.

- 10) 개정안에서는 제34조 제2항의 삭제이유로 “해석론상 특수 교사범 내지 특수 방조범을 정범으로 파악할 것인지, 공범으로 파악할 것인지 이론상 혼란이 많았다는 점을 고려하고, 실무상 적용례도 없으며, 유사한 외국의 입법례도 없다는 점 그리고 범죄의 태양 및 교사·방조범의 정도에 따라 양형의 단계에서 동 조항의 취지가 충분히 고려될 수 있다는 점”을 들고 있다(국회법제사법위원회, 「형법 일부개정법률안[형법총칙 전면개정]」에 대한 공청회 자료집, 2011.11.9., 25-26면).

운, 문제성이 훨씬 많은 규정이고, 제34조 제2항이 삭제되어야만 하는 것인지에 대해서 의문을 가진다. 필자는 우리 제정형법 기초자들은 단순히 외국의 입법례를 모방하여 범죄가담형태를 규율하고자 한 것이 아니라, ‘다른 사람을 이용하여 범죄를 범한 사례’에서 사안의 유형을 세분화하여 사안별로 보다 더 행위의 불법성과 행위자에 대한 비난가능성을 적절히 포착하여 책임주의에 합치하는 형벌을 부과하는 방향으로 범죄가담형태를 규율하고자 노력하였고, 제34조가 바로 이러한 노력의 산물이라고 생각한다. 그리고 제34조는 일부 범문언상의 문제점에도 불구하고, 현재 학계에서 주류적 입장이 되어 가고 있는 현재의 공범론과 잘 부합하는 측면이 있다.

아직 법원은 상급자가 부작위로 하급자의 작위 범행을 방치 또는 초래한 경우 상급자를 제32조의 방조범으로 판단하고 있지만, 학계에서는 상급자가 부작위로 하급자의 범행을 방치·초래한 경우 상급자를 부작위 정범으로 보아야 한다는 견해가 주류적 입장으로 되어 가고 있다.¹¹⁾ 한편, 「국제형사재판소 관할범죄의 처벌 등에 관한 법률」(이하 ‘국제형사범죄법’으로 약칭) 제5조(지휘관과 그 밖의 상급자의 책임)는 “군대의 지휘관 또는 단체·기관의 상급자가 실효적인 지휘와 통제하에 있는 부하 또는 하급자가 집단살해죄등을 범하고 있거나 범하려는 것을 알고도 이를 방지하기 위하여 필요한 상당한 조치를 하지 아니하였을 때에는 그 집단살해죄등을 범한 사람을 처벌하는 외에 그 지휘관 또는 상급자도 각 해당 조문에서 정한 형으로 처벌한다.”고 함으로써 명문 규정으로 하급자의 작위범행을 부작위로 방지하지 않은 상급자에게 정범 성립을 인정하고 있다.

상급자가 부작위로 하급자의 범행을 방지하지 않은 경우 상급자에게 부작위 정범이 성립한다는 견해, 그리고 국제형사범죄법 제5조는 제34조 제2항의 특수 방조와 상통하는 면이 이 있다. 따라서 법해석의 일반원칙에 따른 해석에 의할 때, 제34조 제2항은 특수간접정범뿐만 아니라 특수교사·방조범에도 적용되는 것으로 이해될 수 있다면, 현행 제34조는 형법의¹²⁾ 다른 규정들과 보다 잘 합치하는 규정이라고 할 수 있다. 따라서 제34조 제2항을 통해서 나타나는 우리 입법자의 의사는 존중되어야 하고, 제34조 제2항을 사문화시키고 있는 현재의 태도와 달리, 상급자가 하급자를 이용하여 범죄를 범한 경우 제34조 제2항을 적극 적용할 필요가 있다.

11) 다만 부작위 정범이 성립된다고 보는 논거가 상이하기에 그러한 견해에 대해서는 아래 III.2.2)에서 소개한다.

12) ‘실질적 의미의 형법’을 의미한다.

이 글은 제34조 제2항이 특수간접정범뿐만 아니라 특수교사·방조범에도 적용된다고 보는 것이 법해석의 일반원칙에 따른 허용되는 해석이고, 우리 입법자의 의사를 존중하는 것임을 밝히고자 한다. 그리고 이를 통해 제34조 제2항을 사문화시키고 있는 현재 판례의 태도는 부적절하고, 제34조 제2항을 적극 적용함으로써 현재 판례의 태도에 비해 공범론에서 상급자의 책임을 높게 인정하는 것이 형법의 다른 규정들과 합치하는 것임을 명확히 하고자 한다.

제34조 제2항의 적용범위를 논하기 위해서는 제34조 제1항의 간접정범의 본질, 처벌 등에 대한 검토가 먼저 이루어져야 한다. 간접정범의 본질을 파악함에 있어서는 제34조의 입법취지가 무엇인지를 살펴보는 것이 중요하다. 따라서 이하에서는 먼저, 제34조 제1항과 관련하여 제34조의 입법자료를 살펴본 후, 제34조 제1항에서 논란이 되고 있는 부분을(“교사 또는 방조하여”의 의미, “교사 또는 방조의 예에 의하여”의 의미 등) 어떻게 해석하는 것이 적절하고, 우리 형법의 범죄가담형태 규율체계를 어떻게 파악하는 것이 적절한지를 검토한다(Ⅱ). 다음으로 제34조 제2항이 특수간접정범뿐만 아니라, 특수교사·방조범에도 적용될 수 있는지를 먼저, 역사적 해석을 통해 살펴본 후, 특수교사와 특수방조로 나누어 체계적 해석을 통해 제2항의 적용범위를 밝히고자 한다. 특수방조와 관련하여서는 상급자가 하급자의 작위범행을 부작위로 방치한 경우 상급자에게 부작위 정범이 성립할 수 있는지에 대한 근래 학설의 경향, 국제형사범죄법상 상급자책임의 성격을 함께 살펴본다.¹³⁾ 이러한 과정을 통해 우리 형법 제34조는 일부 범문언상의 문제점을 차치하면, 독일 형법 제25조의 간접정범 규정에 비해 보다 더 책임주의에 합치하는 조항이라는 것을 밝히고자 한다(Ⅲ). 맺음말(Ⅳ)에서는 앞에서 살펴본 바를 요약·정리한다.

Ⅱ. 제34조 제1항 간접정범의 본질 및 인정범위

1. 제34조의 입법과정 및 입법자료

1947년에 설립된 ‘법진기초위원회’의¹⁴⁾ 형법분과위원회가 제정형법 초안을

13) 필자는 이 글에서 상급자가 부작위로 하급자의 작위범행을 방지하지 않은 경우 상급자에게 정범이 성립된다는 것을 밝히기 위해서 이 문제를 이 글에서 논하고자 하는 것이 아니라, 이 문제도 제34조 특히, 제34조 제2항의 해석과 관련성이 있음을 보여 주기 위해서 이 문제를 이 글에서 간단히 다루고자 한다. 그리고 이는 국제형사범죄법 제5조의 상급자책임의 경우에도 마찬가지이다.

작성할 임무를 담당하였는데, 대한민국 정부수립 후 ‘법전기초위원회’의 명칭은 ‘법전편찬위원회’로 변경되었다. 법전편찬위원회가 작성한 형법초안을 토대로 정부는 정부초안을 확정하여 6.25사변 발발 이후인 1951년 4월 13일 국회에 정부초안을 제출하였다. 국회법제사법위원회는 이 정부초안을 검토하면서 1952년에 수정안을 작성하여 1953.3.23. 국회 본회의에 상정하였다. 국회 본회의에서 같은 해 4월 16일부터 정부초안과 법제사법위원회 수정안을 검토하여 최종안을 채택하였고, 1953.8.31.에 형법안을 정부로 이송하였다. 이 형법안이 동년 9.18.에 공포됨으로써 우리 형법이 제정되었다.¹⁵⁾ 제34조의 입법과정 및 입법자료는 다음과 같다.

1) 조선법제편찬위원회 형법기초요강

법전기초위원회가 채택한 형법기초요강의 ‘제2. 형법총칙 개정요강’에서는 공범부분에 대해 다음과 같은 입법요강만 제시하였다.¹⁶⁾

제4장 공범(共犯)에는
 공동정범, 교사범, 방조범,
 단체주의적 처벌을 받을 특수공범,
 개인주의적 처벌을 받을 특수공범¹⁷⁾

엄상섭 의원은 “형법요강해설”에서¹⁸⁾ “단체주의적 처벌을 받을 특수공범, 개인주의적 처벌을 받을 특수공범”이라는 입법요강에 대해 다음과 같이 설명하였다.

… 방조범에 있어서도 별로 설명할 것이 없고, 단체주의적 처벌을 [받을] 특수공범(特殊共犯)은 범인의 신분에 의하여 구성할 범죄에 가담한 사람이 그 신분이 없더라도 공동책임의 원리를 살려서 공범의 책임을 진다는 것이고, 개인주의적 처벌을 받을 특수공범은 강학상 간접정범 또는 과실범에 가담한 사람도 공범의 예에 의하여 처벌받는다는 것이다.¹⁹⁾

14) 1947년 6월 30일에 제정·시행된 군정법령 제3호 「법전기초위원회」에 기해 설립되었다. ‘법전기초위원회’는 그 당시에 ‘법제편찬위원회’로 통용되고 있었다고 한다(이창섭, “형법 제34조의 입법연혁과 해석의 기초”, 법사학연구 제32호, 2005.10, 339면).

15) 형법 제정과정에 대한 간략한 소개는 신동운 편저, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원, 2009, 3-4면 참조.

16) 밑줄은 필자에 의한 강조.

17) 신동운 편저, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원, 2009, 13면에서 재인용(‘조선법제편찬위원회 기초요강’은 법정(法政) 제3권 제7호, 1948.7, 45-46, 49면에 수록되었음).

18) 법정(法政) 제3권 제9호(통권 제23호), 1948.9월, 18~19면 그리고 법정 제3권 제10호(통권 제24호), 1948.10, 13~14면에 연재 수록되었고, 신동운·허일태 편저, 효당 엄상섭 형법논집, 2003, 45-66면에 재수록됨.

19) 신동운·허일태 편저, 효당 엄상섭 형법논집, 2003, 52면에서 재인용.

2) 1951년 정부초안

1951.4.13. 국회에 제출된 정부초안에서 제34조는 다음과 같이 입안되어 있었다.²⁰⁾

제34조 자기의 행위에 대하여 처벌되지 않는 자, 과실범으로 처벌될 자 또는 자기의 지휘감독에 복종하는 자의 행위를 교사 또는 방조한 자는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액의 2분의 1을 가중한다.

국회 법제사법위원회의 ‘형법수정안작성을 위한 소위원회’의 일원이었던 서일교 의원은 “형법초안이유설명서에 가름하여”에서 정부초안의 제34조에 대해 다음과 같이 간단히 제34조의 입법취지를 설명하였다.

(10) 간접정범에 대한 규정 (제34조 전단)
간접정범의 인부(認否), 그 성격에 관하여 종래의 논쟁을 입법적으로 해결한 규정이다.
(11) 간접정범과 지휘감독자인 지위 악용으로 인한 범죄의 엄벌에 대한 규정 (제34조 후단)²¹⁾²²⁾

3) 국회법제사법위원회 수정안

국회법제사법위원회는 정부초안을 검토하여 정부초안의 제34조를 다음과 같이 수정하여 본회의에 상정하였다.²³⁾

제34조 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니한 자 또는 과실범으로 처벌될 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다.
자기의 지휘감독에 복종하는 자를 교사 또는 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한 자는 교사인 때에는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 그 2분지 1을 가중하고 방조인 때에는 정범의 형으로 처벌한다.

국회 본회의 검토과정에서 엄상섭 의원은 법제사법위원회의 수정안에 대해 다음과 같이 설명하였다.²⁴⁾

20) 밑줄은 필자에 의한 강조.
21) 신동운 편저, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원, 2009, 36-37면에서 재인용.
22) 이창섭 교수는 후술하는 엄상섭 의원의 설명을 근거로 “간접정범과 지휘감독자인 지위 악용으로” 부분은 “간접정범과 지휘감독자인 (간접정범의) 지휘악용으로” 이해하는 것이 타당하다고 한다(이창섭, “형법 제34조의 입법연혁과 해석의 기초”, 법사학연구 제32호, 2005.10, 341면).
23) 밑줄은 필자에 의한 강조.
24) 밑줄은 필자에 의한 강조.

여기에서 이렇게 수정한 이유는 소위 형법학상 용어로 간접정범이라는 것 범의를 가지고 있지 않는 사람, 그런 사람은 갑이라는 사람이 을이라는 사람을 이용해 가지고 죄를 지읍니다. 을이라는 사람은 전연 행위를 한 줄을 모르고 갑이 을을 일종의 도구의 연장으로 사용하고 죄를 짓는 일이 있습니다.

그런데 그럴 때에 종래에 규정이 없어서 해석에 의해서 적용을 하고 있었는데 이것을 요번에 우리 형법에 명문으로 정해서 이 간접정범이고 하는 것을 규정해 두게 되었습니다.

그러면서도 원안에서는 거기에다가 또 하나 자기 지휘감독에 복종하는 자, 가령 회사 사장이 자기 마음대로 쓸 수 있는 비서를 시켜서 했단든지 그런 경우에 있어서는 좀 그 정상이 가중하니 더 형을 중하게 하자 이 2개를 한테다 규정했어요.

그러기 때문에 도리혀 형을 중하게 안 받어도 좋다 당연히 제3자를 도구로 이용해서 단순한 간접정범하고 자기의 지휘감독에 복종할 수 있는 그 지위를 이용한 간접정범하고 형을 혼돈해서 가중하게 이런 결과가 나타나는 것입니다.

그래서 법제사법위원회에서는 제1과 제2항으로 나누어 교사는 정범형의 2배로 하고 중범은 정범의 행위를 가지고 있는 형을 가중하는 정도를 명확화하고 명백히 만드는 그 점이 수정안의 취지입니다.²⁵⁾

위 수정안이 국회 본회의에서 이의 없이 통과되고, 일부 자구만 수정되어 현행 제34조 제2항이 성립하게 되었다. 정부초안, 법제사법위원회 수정안 그리고 제정형법의 제34조를 정리하면 다음 표와 같다.²⁶⁾

정부초안	법제사법위원회 수정안	제정형법
제34조 자기의 행위에 대하여 처벌되지 않는 자, 과실범으로 처벌될 자 또는 자기의 지휘감독에 복종하는 자의 행위를 교사 또는 방조한 자는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액의 2분의 1을 가중한다.	제34조 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니한 자 또는 과실범으로 처벌될 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다. 자기의 지휘감독에 복종하는 자를 교사 또는 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한 자는 교사인 때에는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 그 2분의 1을 가중하고 방조인 때에는 정범의 형으로 처벌한다.	제34조[간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중] ① 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다. ② 자기의 지휘감독을 받는 자를 교사 또는 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한 자는 교사인 때에는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 그 2분의 1을 가중하고 방조인 때에는 정범의 형으로 처벌한다.

2. 간접정범의 본질

25) 제16회 국회임시회의속기록 제10호(1953. 6. 26), 국회사무처, 12면. 이 국회의회의록은 <http://likms.assembly.go.kr/record/mhs-60-010.do#none>에서 다운로드 가능.

26) 기율입체는 필자에 의한 강조.

1) 견해대립 개관

제34조 제1항은 표제에서 간접“정범”이라고 하면서도 “~자를 교사 또는 방조하여”라고 하여 교사/방조라는 용어를 사용하여 간접정범을 기술하고 있고, 간접정범의 처벌도 “교사 또는 방조의 예에 의하여” 하도록 하고 있다. 이로 인해 간접정범의 본질(또는 실질)에 대해 공범설(소수설),²⁷⁾ 정범설(다수설),²⁸⁾ ‘공범형 간접정범 또는 불완전한 정범’이라는 견해가²⁹⁾ 대립하고 있다.

공범설에서는 ‘① 법규정에서 “교사 또는 방조하여”라고 하고 있고, “교사 또는 방조에 의하여 처벌”하도록 하고 있는 것은 제34조가 이른바 ‘확장적 공범론’을 바탕으로 입법된 것임을 보여주는 것이므로 제34조 제1항의 간접정범은 아직 교사 또는 방조에 준하는 범죄형태 또는 공범의 한 형태일 뿐, 본격적인 정범은 아니다.’³⁰⁾ ② 제34조의 “교사 또는 방조하여”를 다수설과 같이 “사

-
- 27) 신동운, 형법총론 제10판, 법문사, 2017, 577-578, 630-635면(우리 형법은 극단적 종속형식을 취하고 있고, 극단적 종속형식에 따를 때 공범으로 처벌하기 어려운 경우를 공범으로 처벌하기 위해(이른바 ‘확장적 공범론’) 공범으로서의 간접정범을 인정하고 있다는 견해); 김태명, “간접정범 규정의 해석과 허위공문서작성죄의 간접정범”, 형사법연구 제22호, 2004.12, 68-69면; 이창섭, “형법 제34조의 입법연혁과 해석의 기초”, 법사학연구 제32호, 2005.10, 347-356면(우리 형법은 확장적 공범론을 기초로 하여 공범의 종속형식은 제한적 종속형식으로 완화하면서, 극단적 종속형식에 따를 때 발생하는 공범처벌의 불비 사례를 제34조 제1항에서 공범으로서의 간접정범으로 인정하고 있고, 이른바 도구형 간접정범은 정범으로 보아야 한다는 견해); 이창섭, “형법상 간접정범의 본질에 관한 새로운 관점의 제안”, 형사법연구 제25호, 2006.6, 189면; 한정환, “형법 제34조 ‘간접정범’”, 형사법연구 제29권 제2호, 2017.6, 41면 이하(“정범과 유사한 점이 있는 특별한 공범”이라고 하지만, 협의의 공범으로 보고 있음).
- 28) 많은 문헌이 있지만 일부만 언급하면 손동권, “형법 제34조(간접정범)에 대한 입법론적 검토”, 형사법연구 제22호 특집호, 2004.12, 255-256면; 이용식, “간접정범에 관한 단상 - 간접정범성 정범설에 기초한 형법 제34조 제1항”, 고시연구 제32(1), 2005.1, 205면 이하; 이용식, “간접정범규정에 관한 단편적 생각”, 고시계 50(3), 2005.2, 22면 이하; 서보화, “형법상 간접정범 규정의 해석론과 입법론”, 경희법학 제44권 제3호, 2009.12, 321-322면; 권오걸, “형법 제34조의 해석론의 관점에서 본 간접정범의 정범성과 성립범위”, 형사법연구 제19호, 2003.6, 249면; 김선복, “목적 없는 고의 있는 도구를 이용한 경우 간접정범의 성부”, 인문사회과학연구 제18권 제1호, 2017.2, 291면; 이보영, “간접정범의 정범성과 성립범위 - 형법 개정안과 관련하여-”, 법학연구 제31집, 2008. 8, 348면; 김준성, “형법 제34조 제1항과 정범배후의 정범의 적용문제”, 법학연구 제18권 제4호, 2018.12, 103-105면.
- 29) 오영근, 형법총론 제2판, 법문사, 2009, 622-627면(도구형/공범형 간접정범 이분설: 우리 형법이 극단적 종속형식을 취하고 있다는 전제에서, 제34조 제1항은 도구형 간접정범을 규정한 것이 아니라, 극단적 종속형식에 따를 때 공범으로 처벌하기 어려운 사례를 처벌하기 위해 공범형 간접정범을 규정한 것이며, 공범형 간접정범은 우월한 의사지배를 요건으로 하지 않는 정범형태라고 하고 있음); 김중구, “간접정범의 본질에서 본 정범 배후의 정범”, 법학논총 제17집 제2호, 2010.8, 10-12면(제34조 제1항은 간접정범형태로 도구형 및 공범형 간접정범을 모두 규정하고 있지만, 그 처벌을 공범의 예에 의하고 있으므로 ‘불완전’ 또는 ‘약한 의미의’ 정범으로 보아야 한다는 견해).

주 또는 이용하여”로 이해하는 것은 허용되지 않는 법해석이다.³¹⁾ ③ 다수설과 같이 간접정범을 정범으로 이해하면 방조형태의 이용인 경우에 인정되어야 하는 형의 필요적 감경을 배제한다는 점에서 피고인에게 불리한 유추해석이 되므로 부당하다.’고³²⁾ 주장한다. 반면에 정범설에서는 ‘① 간접정범은 ‘우월한 의사 또는 인식에 기한 범행지배(Herrschaft kraft überlegenen Willens oder Wissens)’로 인해 정범으로 인정되는 정범의 한 유형이고, 제34조의 ‘교사 또는 방조하여’라는 표현은 “사주 또는 이용하여”라는 의미로 이해해야 한다.³³⁾ ② 간접정범을 (협의의) 공범으로 보면 간접정범 사례에서 정범은 없이 (협의의) 공범만 존재하게 되는데, 이는 공범설이 기초하고 있는 공범종속성 원칙에 모순되는 것이므로 공범설은 자기모순에 빠진다.³⁴⁾ 게다가 우리 형법이 극단적 종속형식을 취하고 있다고 보면서 극단적 종속형식에 의할 때 (협의의) 공범으로 볼 수 없는 자를 (협의의) 공범으로 인정하기 위해 제34조 제1항이 규정되었다고 보는 것은 우리 형법이 제한적 종속형식을 취하고 있다는 주장과 다르지 않다.³⁵⁾ 이러한 모순을 피하는 방법은 간접정범을 독립적인 제3의 (광의의) 공범형태로 이해하는 것인데, 공범설은 실제로는 간접정범을 “협의의 공범”이 아닌 제3의 독립적인 공범이라고 주장을 하면서도 간접정범을 “협의의 공범”이라고 함으로써 개념사용의 모순을 드러내고 있다.³⁶⁾ ④ 공범설은 간접정범의 처벌 문제를 정범과 공범의 구별에 관한 본질적 문제로 무리하게 연결시키는 측면이 있다.³⁷⁾ 다만, 의사지배를 갖춘 정범인 간접정범을 “방조의 예에 의하여” 감경 처벌하는 것은 이론적으로 타당하지 않으므로 개정해야 한다.³⁸⁾’고 주장한다.

30) 신동운, 형법총론 제10판, 법문사, 577-578면, 632-635면.

31) 한정환, “형법 제34조 ‘간접정범’”, 형사법연구 제29권 제2호, 2017.6, 56, 59면.

32) 신동운, 형법총론 제10판, 법문사, 577-578.

33) “사주 또는 이용하여”라는 의미로 이해할 수 있지만, 입법론적으로는 의사지배에 상응하는 용어를 쓰서 법개정을 하는 것이 바람직하다는 견해로는 손동권, “형법 제34조(간접정범)에 대한 입법론적 검토”, 형사법연구 제22호 특집호, 2004.12, 266-267면.

34) 이용식, “간접정범에 관한 단상 - 간접정범성 정범설에 기초한 형법 제34조 제1항”, 고시연구 제32(1), 2005.1, 205-206면; 김성돈, 형법총론 제4판, SKKUP, 2015, 649면.

35) 이용식, “간접정범에 관한 단상 - 간접정범성 정범설에 기초한 형법 제34조 제1항”, 고시연구 제32(1), 2005.1, 205면.

36) 이용식, “간접정범규정에 관한 단편적 생각”, 고시계 50(3), 2005.2.

37) 김성돈, 형법총론 제4판, SKKUP, 2015, 648면; 김중구, “간접정범의 본질에서 본 정범 배후의 정범”, 법학논총 제17집 제2호, 2010.8, 8면.

38) 손동권, “형법 제34조(간접정범)에 대한 입법론적 검토”, 형사법연구 제22호 특집호, 2004.12, 257-258면.

공범형 간접정범으로 보는 견해는³⁹⁾ 제34조 제1항의 간접정범이 인정된 취지 및 인정범위에서는 공범설과 의견을 같이 하지만, 간접정범을 정범으로 본다는 점에서 공범설과 다르다. 그리고 간접정범을 정범으로 보지만 우월한 의사지배를 요건으로 하지 않는다는 점에서 정범설과 차이점을 가진다. 불완전정범으로 보는 견해는⁴⁰⁾ 간접정범을 정범으로 보지만, 정범설과 달리 우월한 의사지배가 있을 것을 요건으로 하지 않는다는 점에서는 공범형 간접정범설과 같이 한다. 그러나 공범형 간접정범설과 달리 제34조 제1항의 간접정범에는 도구형 간접정범도 포함된다고 한다.

2) 사건

제34조의 문언과 입법자료를 중요한 기준으로 고려하더라도 제34조 제1항의 간접정범을 “협의의” 공범으로 볼 수 없다. 그리고 제34조 제1항과 제2항을 종합적으로 살펴볼 때, 제34조에서 나타나는 우리 입법자의 전체적 취지는 간접정범을 “협의의 공범”이 아니라 “정범”의 한 유형 또는 독립된 “광의의 공범”으로 파악한 것으로 이해해야 한다.

(1) 엄상섭 의원의 글에서 나타나는 문제점

공범설은 우리 제34조가 이른바 ‘확장적 공범론’에 기초하여 공범의 극단적 종속형식에 의할 때 공범으로 처벌할 수 없는 공범처벌의 불비 사례(예컨대 책임이 인정되지 않는 자를 이용한 경우 등)에서 이용자를 협의의 공범으로 처벌할 수 있도록 하기 위해서 입법된 것으로 본다. 엄상섭 의원은 확장적 공범론에 대해 다음과 같이 설명하였다.

‘원형으로서의 범죄유형’, ... 이는 ‘한 사람이 자기의 손으로 완전하게 구성 요건에 해당하는 행위를 실현하는 것’으로 상정함에 있어서만 정확한 객관성을 부여할 수 있는 것이다. 이를 오인(吾人)은 ‘독립적 범죄유형’이라고 하는 것이다. 이 범죄유형을 표준으로 하고, 이에 가감을 함으로써 제2의 범죄유형을 정해야 할 필요에 봉착하게 되는바, 그 첫[재]는 미수범이고, 그 둘[재]는 공범(협의의)인 것이다 ... 제2의 범죄유형은 종속적 범죄유형일 수밖에 없는 것이다. ... 정통적 공범이론은 ‘형사책임의 명확화’에 충실하려는

39) 오영근, 형법총론 제2판, 법문사, 2009, 622-627면.

40) 김종구, “간접정범의 본질에서 본 정범 배후의 정범”, 법학논총 제17집 제2호, 2010.8, 10-12면

거점을 버리지 못함으로 인하여 ... 결합성을 가지게 되었다. 그 [하나는] 간접정범의 문제이거나와 ... 그 [둘은] 신분범에 있어서 비신분자를 이용한 범죄실현에 대한 것으로서 ... 그 [셋은] 공모공범인바 ... 공범종속범설에 입각하면서 정통적 공범이론의 결합을 구제하기 위하여 새로운 공범이론이 제기되었다. 그 [하나는] 확장적 정범론이다. 이는 만일 형법에서 교사범과 종범에 대한 명문이 없다면 이들까지도 정범개념에 포함된다고 하여 ... 간접정범이나 신분범에서 비신분자를 이용하는 것이나 공모공동정범이 교사나 종범에 속하는 것이 아니고 전부 정범개념에 들어간다는 결론에 도달한다. ... 그러나 확장적 정범론은 극단종속형태에 의거하면서 교사범과 종범에 해당하지 않은 것은 전부 정범에 속한다는 것으로 ... 즉, 확장적 정범론은 정통적 공범이론에서 생명처럼 아끼는 형법의 보장기능을 완화시키고 말았다. '원형적인 범죄유형'을 명문에 의한 한계선을 명시함이 없이 파괴한다는 것은 '형사책임의 명확화'라는 원칙을 파괴하는 것이 되고 말 것이다. 따라서 제2의 신공범이론으로서 등장한 것이 확장적 공범론(축소적 정범론)이다. ...

공범의 종속성을 유지하면서 정범개념을 제한적으로 구성하지 아니하면 범죄 유형의 보장기능을 파괴한다는 전제를 견지하면서, 소위 극단종속형태에 의하지 아니하고 제한종속형태와의 결부에서 교사 또는 방조된 자는 고의를 구비할 필요가 없고, 따라서 피교사자나 종범은 구성요건을 완전하게 실현하여야 할 것이나 '한 사람'만이 완전하게 실현함은 반드시 필요한 것이 아니며 그 행위가 구성요건의 일부에 해당하며 그 자체로서 위법성만을 구비하면 공범으로 성립됨에 충분한 것이고, 신분범에서 신분자가 비신분자를 이용하거나 목적을 가진 사람이 목적 없는 사람을 이용하는 경우에 있어서 피이용자에 있어서 [의] 구성요건의 부족은 이용자의 신분 또는 목적에 의하여 보충된다.

라는 것이 확장적 공범론의 개요[이]다.

... 제34조 제1항 ... 전술한 바와 같이 정통적 공범이론에서 해결하기 어렵던 3개의 난점 ... 문제를 입법적으로 해결한 것이 동조 제1항이다.⁴¹⁾

엄상섭 의원은 한 사람이 자기의 손으로 완전하게 구성요건에 해당하는 행위를 실현하는 경우를 정범으로 보는 이론을 제한적 정범개념이라고 하면서, 제한적 정범개념에 기초하는 것을 정통적 공범이론이라고 지칭한다. 그리고 제

41) 엄상섭, “우리 형법전과 공범이론”, 신동운/허일태 편저, 효당 엄상섭 형법논집, 2003, 167-186에서 관련 부분 발췌.

한적 정범개념(정통적 공범이론)에 의하면 ‘행위자 스스로 구성요건적 행위를 실현하지 않고, 타인에 의해(또는 타인을 이용하여) 구성요건적 행위가 실현되었는데 그 타인에게서는 온전히 범죄 성립요건이 충족되지 않는 사례’에서⁴²⁾ 행위자를 정범으로 볼 수 없고, 타인을 공범으로 볼 수도 없는 난점이 발생한다고 한다. 엄상섭 의원은 이러한 사례에서 행위자(타인을 이용한 자)를 정범으로 구성하고자 하는 이론을 ‘확장적 정범론’으로 이해하고, 공범으로 구성하고자 하는 이론을 ‘확장적 공범론’으로 이해하였다. 그러면서 제34조 제1항의 입법취지와 관련하여 “확장적 정범론은 범죄유형을 파괴하여 ‘형사책임의 불명확화’에의 경향성이 현저하므로 형법의 보장기능을 해할 우려성이 농후한 점에서 … 형법의 보장기능에 충실한다는 뚜렷한 이유에서”, “확장적 정범론을 배제하고”, “확장적 공범론에서 … 정범범위를 축소하는 태도를 취하였다는 것이 동조 제1항의 입법정신일 것이다.”라고 하였다.⁴³⁾ 엄상섭 의원이 단정적으로 (예컨대 “입법정신이다”라고) 서술하고 있지 않는 것에서 알 수 있듯이, 이것은 엄상섭 의원이 제34조의 입법취지를 이해하는 방식이었다. 게다가 엄상섭 의원의 ‘확장적 정범론’ 및 ‘확장적 공범론’ 이해에서 이미 모순이 있다. 왜냐하면 확장적 정범론과 확장적 공범론은 양자 모두 제한적 정범개념(정통적 공범이론)에 의할 때 행위자를 정범으로 보기 어려운 사례에서 행위자를 정범으로 보아야 하는지, 아니면 공범으로 보아야 하는지의 문제를 다루기 때문이다. 엄상섭 의원은 확장적 정범론은 명확성 원칙 또는 형법의 보장기능을 해할 우려가 있다는 것을 이유로 제34조 제1항은 확장적 공범론에 바탕을 두고 있다고 하는데, 엄상섭 의원의 논리에 따르면, 제한적 정범개념에 의할 때 정범으로 볼 수 없는 행위자를 정범으로 보든(확장적 정범론) 또는 공범으로 보든(확장적 공범론) 형법의 보장기능에 충실하지 못하다고 보는 것이 더 정확하다. 엄상섭 의원의 “우리 형법전과 공범이론”이라는 글의 전체 내용을 자세히 살펴보면, 제34조의 규율대상이 된 사례는 ‘행위자 스스로 구성요건적 행위를 실현하지 않고, 타인에 의해(또는 타인을 이용하여) 구성요건적 행위가 실현됨으로써 제한적 정범개념 즉, 형식적 객관설에 의할 때 행위자를 정범으로 볼 수 없는 사례’임을 알 수 있다. 엄상섭 의원은 ‘이러한 사례에서 “정통적 공범이

42) 엄상섭 의원은 그러한 사례로 책임무능력자, 고의를 결여한 자, 목적범에 있어서 복적이 없는 자, 신분범에 있어서 신분이 없는 자를 이용한 경우를 들고 있다(엄상섭, “우리 형법전과 공범이론”, 신동운/허일태 편저, 효당 엄상섭 형법논집, 2003, 182면 참조).

43) 엄상섭, “우리 형법전과 공범이론”, 신동운/허일태 편저, 효당 엄상섭 형법논집, 2003, 182면(필자가 인용한 자구의 순서는 원문에서는 조금 다름).

론”은 난점을 가진다’고 설명하고 있는데, ‘정통적 공범이론’이라는 표현에서의 “공범”은 협의의 공범이 아니라 “광의의 공범”을 뜻한다. 그런데 엄상섭 의원은 ‘제한적 정범개념에 기초하는 공범종속성설’을 ‘정통적 공범이론’으로 지칭하여⁴⁴⁾ “정통적 공범이론”이라는 표현에서 사용되고 있는 “공범”이라는 단어의 의미를 이후의 서술에서는 “협의의 공범”으로 바꾸어 버렸다. 즉, 이미 엄상섭 의원이 ‘공범’이라는 단어의 의미를 동시에 상반되는 의미로 사용하였고, 이러한 모순은 간접정범을 공범으로 이해하는 견해에서 그대로 나타나고 있다. 이 점을 한 원로교수는 날카롭게 지적하면서, 엄상섭 의원의 글을 피상적으로 이해해서는 아니 된다고 한다.⁴⁵⁾ 이러한 문제점을 인식하면서 조선법제편찬위원회 형법기초요강에서 공범부분의 입법요강 중 하나로 제시된 “단체주의적 처벌을 받을 특수공범, 개인주의적 처벌을 받을 특수공범”이라는 입법요강을 이해하면, 이 입법요강에서 “공범”은 광의의 공범을 의미하는 것이지, 협의의 공범을 의미하는 것이 아님을 알 수 있다.

엄상섭 의원의 글에서 나타나는 두 번째 문제점은⁴⁶⁾ 정범/공범 구별기준에 관한 형식적 객관설을 바탕으로 하는 제한적 정범개념이 난점을 가지는 사례 즉, ‘행위자 스스로 구성요건적 행위를 실현하지 않고, 타인에 의해(또는 타인을 이용하여) 구성요건적 행위가 실현된 사례’에서 행위자의 범죄가담형태를 무엇으로 볼 것인가의 문제를 정범 아니면 “협의의 공범”이라는 2분법적 사고에 따라 이해하고 있다는 점이다. 이 문제는 범죄가담형태 규율 입법례와 관련 되기에 후술한다.

엄상섭 의원의 글에서 나타나는 세 번째 문제점은 제한적 정범개념에 의할 때 난점을 가지는 사례에서 행위자를 정범으로 볼 것인가, 아니면 공범으로 볼 것인가의 문제를 주로 형법의 명확성 원칙의 문제 그리고 공범종속성의 문제로만 연결시키고 있다는 점이다. 어떠한 범죄가담형태에 해당하는가의 문제는 형량의 문제와 긴밀한 관계를 가지고, 공범의 책임 개별화 원칙과도 관련성을 가진다. 따라서 ‘행위자 스스로 구성요건적 행위를 실현하지 않고, 타인에 의해(또는 타인을 이용하여) 구성요건적 행위가 실현된 사례’에서 행위자를 정범 또는 협의의 공범(교사범 및 방조범)으로 보아야 하는가, 아니면 정범 또는 협의의 공범 외의 제3의 독립된 공범⁴⁷⁾형태(범죄가담형태)를 인정할 수 있는가

44) 엄상섭, “우리 형법전과 공범이론”, 신동운/허일태 편저, 효당 엄상섭 형법논집, 2003, 172면

45) 이용식, “간접정범규정에 관한 단편적 생각”, 고시계 50(3), 2005.2, 24면.

46) 이 문제점은 다르게 표현하면, ‘우리 형법 제정 당시의 확장적 정범론과 확장적 공범론에 대한 이해방식의 문제점’이라고 표현할 수도 있다.

의 문제는 단순히 명확성 원칙과 공범중속성의 문제와만 관련성을 가지는 것이 아니라 책임원칙과 긴밀한 관련성을 가진다.

(2) 제34조의 “교사 또는 방조”의 의미

공범설은 제34조에서 사용되고 있는 “교사 또는 방조하여”라는 자구의 의미를 “협회의 공범”에서 뜻하는 교사 또는 방조의 의미로 이해하고 있다. 반면에 정범설은 “교사 또는 방조하여”란 “사주 또는 이용하여”라는 의미로 이해해야 된다고 한다.

다음과 같이, 제정형법의 정부초안 제34조에서는 “행위를 교사 또는 방조한 자”라고 하고 있었는데, 이 부분은 법제사법위원회 수정안에서 “~자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자”로 변경되었고, 법제사법위원회 수정안의 이 자구가 그대로 제정형법 제34조의 자구로 되었다.

정부초안 제34조 자기의 행위에 대하여 처벌되지 않는 자, 과실범으로 처벌될 자 또는 자기의 지휘감독에 복종하는 자의 행위를 교사 또는 방조한 자는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액의 2분의 1을 가중한다.

법제사법위원회 수정안 제34조 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니한 자 또는 과실범으로 처벌될 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다.

자기의 지휘감독에 복종하는 자를 교사 또는 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한 자는 교사인 때에는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 그 2분의 1을 가중하고 방조인 때에는 정범의 형으로 처벌한다.

정부초안은 교사범을 규정한 제31조에서는 “타인을 교사하여 죄를 범케 한 자”라고 하였고, 방조범을 규정한 제32조에서는 “타인의 범죄를 방조한 자”라고 하였는데, 제34조에서는 “~자의 행위를 교사 또는 방조한 자”라고 하였다. 정부초안의 제31조, 제32조 및 제34조에서 이렇게 교사 또는 방조의 대상을 달리 표현한 것은 다음 두 가지로 해석할 수 있을 것이다.

첫째는, 교사범에서의 교사란 ‘타인에게 범행결의를 일으키는 것’을 의미하고, 방조범에서의 방조란 타인의 “범죄”를 방조하는 것인데 반해, 제34조의 “교사 또는 방조”란 협회의 공범에서 의미하는 교사 또는 방조가 아니라 ‘처벌되지 않는 자, 과실범으로 처벌될 자 또는 자기의 지휘감독에 복종하는 자의 행위’를 ‘초래하거나 유발하는 것’ 또는 ‘그러한 행위가 이루어지도록 도와주는 것’을 의미한다는 점을 분명히 하기 위해 “행위를 교사 또는 방조한”으로 표현

47) ‘광의의 공범’을 의미한다.

하였다고 볼 수 있다. 즉, 처벌되지 않는 자의 행위 또는 과실범으로 처벌되는 자의 행위 즉, 고의의 정범행위로 성립될 수 없는 행위가 이루어지도록 유발하거나 도와준 경우라는 것을 분명히 하기 위해 “~자의 행위를 교사 또는 방조한”이라고 표현한 것이라고 보아야 할 것이다.

두 번째로 가능한 해석은, 유발되거나 도움을 받은 행위에서 범죄가 성립하는지 여부를 불문하고 제34조가 적용될 수 있다는 것을 표현하기 위해서 ‘중립적인 의미로서의 행위’를 유발 또는 도움의 대상으로 표현했을 수도 있다. 이 두 번째 해석이 가능하고, 정부초안 제34조에서 “자기의 행위에 대하여 처벌되지 않는 자, 과실범으로 처벌될 자 또는 자기의 지휘감독에 복종하는 자” 3자를 병렬적으로 나열하고 있었다는 것을 중요시 한다면, 제34조 제2항은 특수간접정범뿐만 아니라 특수교사·방조범에도 적용된다는 해석이 역사적 해석에 의하더라도 인정될 여지가 생긴다.⁴⁸⁾

정부초안 제34조에서 “~자의 행위를 교사 또는 방조한”이라고 표현된 이유를 위와 같이 이해한다면, 제34조의 “교사 또는 방조하여”란 교사범에서 의미하는 교사 또는 방조범에서 의미하는 방조가 아니라는 것이 명확해진다. 그리고 법제사법위원회의 수정안 제34조에서 “~자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자”로 변경된 이유도 추측할 수 있다. 법제사법위원회 수정안의 “범죄행위의 결과”라는 자구는 ‘범죄행위라는 결과’를 뜻하는 것으로 이해할 수 있다(즉, 여기서 “범죄행위”는 “결과”를 설명하는 것으로 “범죄행위”와 “결과”는 동의어로 사용된 것으로 이해하고).⁴⁹⁾ “범죄행위”란 직접행위자가 한 ‘범죄의 객관적 구성요건을 충족시키는 행위’를 의미하는 것으로 이해하면, 법사위 수정안의 “범죄행위의 결과를 발생하게 한”이란 ‘처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자에게 행위를 하도록 한 자’라는 의미이다. 이를 앞부분의 “~자를 교사 또는 방조하여”라는 자구와 함께 이해하면 ‘처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자에게 교사하여 행위를 하도록 한 자 또는 도와주어 행위를 하도록 한 자’라는 의미가 된다. 그리고 이러한 방식으로 수정안 제34조 제2항의 “~자를 교사 또는 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한”이라는 자구의 뜻을 파악하면, ‘자기의 지휘·감독에 복종하는 자에게 교사하여 행위를 하도록 한 자 또는 도와주어 행위를 하도록 한 자’

48) 이에 대해서는 제34조 제2항의 적용범위를 다루면서 상술한다.

49) 이창섭, “형법 제34조의 입법연혁과 해석의 기초”, 법사학연구 제32호, 2005.10, 354면(제34조의 “범죄행위의 결과는 결과범에서 말하는 결과를 의미하는 것이 아니며, 결과범뿐만 아니라 거동범의 형태로 나타날 수도 있다.”)

라는 의미가 된다. 이와 같이 이해하면 법사위 수정안 제1항의 “~자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자” 그리고 “~자를 교사 또는 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한 자”라는 문구는 정부초안 제34조의 “~자의 행위를 교사 또는 방조한 자”라는 문구와 동일한 의미를 가진다.

제34조 제1항의 “교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다”는 자구의 의미는 ‘교사범 또는 방조범으로 처벌한다’는 의미가 아니라, ‘교사범 또는 방조범의 예에 의하여 처벌한다’는 것 즉, 교사범 또는 방조범에서 인정되는 형을 적용한다는 의미이다. 따라서 여기에서의 “교사 또는 방조”란 교사범 또는 방조범을 의미하지만, 간접정범의 유형에 따라 교사범 또는 방조범에 인정되는 형을 적용한다는 의미일 뿐이지, 간접정범을 교사범 또는 방조범으로 본다는 의미는 아니다. “교사 또는 방조의 예에 의하여”라는 자구에서의 “교사 또는 방조”가 교사범 또는 방조범을 의미한다고 하여, “교사(범) 또는 방조(범)의 예에 의하여 처벌한다”를 ‘교사범 또는 방조범으로 처벌한다’는 의미로 이해할 수 없고, “~자를 교사 또는 방조하여”라는 자구에서의 “교사 또는 방조”를 협의의 공범에서 의미하는 교사 또는 방조로 이해할 수도 없다. 우리 입법자가 제34조에서 “교사 또는 방조하여”라는 용어를 사용한 것은 협의의 공범에서 정범의 범죄행위에 관해 요구되는 요건과 제34조의 범죄가담형태에서 피이용자의 행위에 관해 요구되는 요건을 차치하고, 순전히 행위태양의 관점에서만 보면 행위를 유도·유발/초래하는 것 또는 행위를 도와주는 것이라는 점에서는 협의의 공범에서의 교사 또는 방조와 제34조에서의 교사 또는 방조 간에 아무런 차이가 없고, 제34조에서 교사형 이용자와 방조형 이용자 간의 책임의 차이를 나타내는 용어로는 “교사” 또는 “방조”라고 표현하는 것이 가장 적절하다는 생각에서 “교사 또는 방조하여”라고 표현하였다고 보는 것이 적절하다.⁵⁰⁾

(3) 제34조 제1항의 간접정범의 인정범위

제34조 제1항의 간접정범의 인정범위와 관련하여 먼저, 명확히 해야 할 점은 이른바 ‘특수간접정범’ 즉, 지휘·감독자가 자기의 지휘·감독을 받는 자를 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자로 이용하여 범죄를 범한 경우 현재의 통설적 입장에 따르면 제34조 제2항이 적용된다는 점이다. 따라서 제34조 제1항의 간접정범에 관한 교과서적 사례인 ‘의사가 정을 모르는 간호사에게 독약이 든 주사기를 주면서 환자에게 주사하도록 한 경우’와 같은 사례에

50) 이는 제34조 제2항의 표제가 ‘특수한 교사범 및 방조범에 대한 형의 가중’이 아니라, “특수한 교사 및 방조에 대한 형의 가중”이라는 점에서도 그러하다.

서 (독일 형법이 아니라!!) 우리 형법에 따르면 제34조 제1항이 아니라, 제2항이 적용된다.⁵¹⁾ 다음으로, 필자는 이 글에서 제34조 제1항 간접정범의 성립범위와 관련하여 ‘① 부작위행위자에게 제34조 제1항의 간접정범이 성립할 수 있는가?, ② 이른바 ‘(고의)정범 배후의 정범’이 인정될 수 있는가?’라는 두 가지 문제에 대해서만 다루고자 한다.

앞에서, 제34조에서의 “교사 또는 방조하여”란 “처벌되지 않는 자, 과실범으로 처벌될 자 또는 자기의 지휘감독에 복종하는 자의 행위”를 “초래하거나 유발하는 것” 또는 “그러한 행위가 이루어지도록 도와주는 것”을 의미한다는 것을 살펴보았다. 적극적 작위행위를 통해서 타인이 어떠한 행위를 하도록 유도/초래하거나 타인이 어떠한 행위를 하는데 도와줄 수 있다는 것은 의문의 여지 없다. 그렇다면 타인이 어떠한 행위를 하도록 부작위로 유도·유발하거나 타인이 어떠한 행위를 하는데 부작위로 도와줄 수 있는가? 지휘·감독자의 경우 제34조 제2항이 적용되기에 지휘·감독자 아닌 자로 한정하여 살펴보면, 제34조 제1항의 간접정범은 우월한 인식 또는 의사에 기한 범행지배가 인정되어 정범이 성립되는 경우이므로 지휘·감독자가 아닌데, 범행지배가 인정되는 유도·유발행위라고 하기 위해서는 적극적인 작위행위를 통해서 개입한 경우로 한정된다고 보아야 한다. 즉, 행위자가 지휘·감독자가 아닌 경우 제34조 제1항의 교사형 간접정범이 성립하는 경우는 행위자가 작위로 행동한 경우로 한정된다고 보아야 한다.

반면에 행위자가 지휘·감독자가 아닌 경우, 그가 부작위로 타인의 행위를 도와주었을지라도 그에게 우월한 인식·의사에 기한 범행지배는 인정되어 그를 부작위에 의한 방조형 간접정범으로 볼 수 있는 사례는 인정될 수 있는가? 지휘·감독자가 아닌 자일지라도 우월한 인식·의사에 기해 범죄사태를 지배할 수 있고, 단지 도와주는 행위는 작위뿐만 아니라 부작위로도 할 수 있기에 그러한 사례는 충분히 가능하다. 예컨대 다음과 같은 사례가 그러한 경우에 해당한다고 할 수 있다: 간호사 甲과 乙은 같은 병동에서 함께 일하고 있다. 비번인 간호사 甲이 당번인 간호사 乙을 만나기 위해 병원을 방문하였는데, 乙이 착오로 엉뚱한 약이 들어 있는 주사기로 환자 丙에게 주사하고자 하였다. 甲은 엉뚱한 약이

51) 물론, 특수간접정범도 간접정범의 한 유형이기에 제34조 제1항상 간접정범의 예시사례로 언급할 수 있다. 그러나 우리 형법상으로는 특수간접정범의 경우 그 처벌은 제34조 제2항에 따라야 한다. 많은 형법 교과서에서 ‘의사/간호사 독약 사례’를 언급하면서 이 점을 분명히 하였다면, 제34조 그리고 우리 공범론 체계를 이해하는 데에 있어 조금은 혼란이 덜했을 것이라고 생각된다.

들어 있는 주사기라는 것을 알면서도, 丙이 죽었으면 좋겠다는 생각에 乙에게 다른 약이 들어 있는 주사기라는 것을 알리지 아니하였고, 丙은 사망하였다.

위 사례에서 甲은 우월한 인식에 기해 범죄사태를 지배하였고, 비록 甲이 비번일지라도 환자 丙에 대해 보호의무를 부담하는자인 甲이 乙에게 영똥한 약이 들어 있는 주사기라는 것을 알리지 않은 행위는 부작위로 乙의 행위를 도와 준 것이라고 할 수 있다. 따라서 甲은 범행지배가 인정되는 간접정범이지만, 단지 도와주는 행위를 하였기에 제34조 제1항에 따라 “방조의 예에 의하여” 처벌되어야 한다.

위와 같이 이해하면, 제34조 제1항의 “교사 또는 방조하여”의 의미는 교사범에서의 교사 또는 방조범에서의 방조와는 다른 의미이지만, 부작위에 의한 간접정범이 가능한가의 문제에서는 ‘부작위에 의한 교사범 또는 방조범이 가능한가’의 문제에서 발전된 법리 또는 일반적 견해(‘부작위에 의한 교사는 불가능하지만, 부작위에 의한 방조는 가능하다’)를 적용하더라도 큰 문제가 없다고 볼 수 있다. 이는 협의의 공범에서 의미하는 교사 또는 방조와 제34조에서 의미하는 교사 또는 방조는 직접 구성요건적 행위를 하는 자의 행위에 관해 요구되는 요건을 차치하고 보면, 양자에 아무런 차이를 발견할 수 없기 때문이다.

다음으로, ‘정범 배후의 정범’이 제34조 제1항의 간접정범으로 인정될 수 있는가에 대해서는 논란이 있다. 이를 긍정하는 소수설이 있지만,⁵²⁾ 다수설은 우리 형법 제34조 제1항은 피이용자를 “어느 행위로 처벌되지 않는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자”로 한정하고 있기에 피이용자가 고의정범으로 처벌되는 경우 간접정범이 성립할 수 없고, 지휘·감독자인 ‘정범 배후의 정범’은 제34조 제2항에 의해 특수교사·방조범에 해당할 수 있을 뿐이라고 한다.⁵³⁾ 우리 제34조 제1항은 피이용자의 요건으로 고의정범으로 처벌되지 않는 자일 것을 명문으로 요구하고 있기 때문에 우리 형법상 제34조 제1항의 간접정범에 ‘(고의) 정범 배후의 정범’이 포함된다고 볼 수 없으므로 다수설이 타당하다. 따라서 지휘·감독자 아닌 자가 타인에게 회피가능한 금지착오를 일으켜 범죄를 범한

52) 김일수/서보학, 새로쓴 형법총론 제12판, 박영사, 2014, 438면; 박상기, 형법총론 제9판, 박영사, 2012, 445-446면; 김준성, “형법 제34조 제1항과 정범배후의 정범의 적용문제”, 법학연구 제18권 제4호, 2018.12, 111면 이하.

53) 예컨대 김중구, “간접정범의 본질에서 본 정범 배후의 정범”, 법학논총 제17집 제2호, 2010.8, 15면 이하; 권오걸, “형법 제34조의 해석론의 관점에서 본 간접정범의 정범성과 성립범위”, 형사법연구 제19호, 2003.6, 263-266면; 신동운, 형법총론 제10판, 법문사, 2017, 679면; 손동권/김재운, 새로운 형법총론, 율곡출판사, 2011, 519면(제34조 제1항의 간접정범에 ‘정범 배후의 정범’도 포함된다고 보는 것은 우리나라의 실정법에 맞지 않는다고 하고 있기 때문에 부정설에 속함).

경우(예컨대 독일의 ‘묘왕사건(Katzenkönig-Fall)’과 같은 경우⁵⁴⁾) 우리 형법상으로는 공동정범 또는 교사범이 성립할 뿐이라고 보아야 한다.

(4) 간접정범의 처벌 및 우리 형법의 범죄가담형태 규율체계

제34조 제1항의 간접정범은 “교사 또는 방조의 예에 의하여” 처벌된다. 여기서 “교사 또는 방조의 예에 의하여”란 교사범 또는 방조범으로 처벌된다는 의미가 아니라, 교사범 또는 방조범에 적용되는 형이 적용된다는 의미이다. 제34조 제1항이 교사형 간접정범과 방조형 간접정범으로 나누어 방조형 간접정범의 경우 “방조의 예에 따라” 필요적으로 감경하여 처벌하고 있는 것은 우리 형법의 고유한 특징이라고 할 수 있다. 정범설은 간접정범이 정범임에도 불구하고, 방조형 간접정범의 경우 감경처벌하고 있는 것은 적절치 않다고 비판한다. 그러나 필자가 보기에는 오히려 이것이야말로 독일 형법과 다른 우리 형법의 고유한 특징이고, 우리 입법자의 현명한 판단이 돋보이는 사항이라고 할 수 있다.⁵⁵⁾ 방조형 간접정범을 감경처벌하는 것은 적절치 않다는 비판은 규범적 관점이 강화된 범행지배이론을 바탕으로 정범/공범을 구별하는 국가의 범죄가담형태 규율체계를 독일식 범죄가담형태 규율체계 하나로만 단일화하는 오류에 기인하고 있다. 그러나 필자가 보기에 우리나라는 독일과 마찬가지로 범행지배이론을 바탕으로 정범/공범을 구별할지라도 독일식 범죄가담형태 규율체계를 따르지 않고, 우리만의 독자적인 범죄가담형태 규율체계를 발전시켰다.

범죄가담형태 규율체계를 크게 2분하면 이른바 ‘정범/공범 구분체계’와 ‘단일정범체계’로 나뉘는데, 양자의 구분기준과 그 의미를 정확히 할 필요가 있다. 전자는 ‘범죄가담형태를 가장 중요한 양형사유 중의 하나로 보아 범죄가담형태를 필요적으로 양형과 연관시키는 입법례’이고, 후자는 ‘범죄가담형태는 책임(Verantwortung)의⁵⁶⁾ 성립요건에만 영향을 미치는 사유일 뿐이고, 양형은 범죄가담형태에 상관없이 독자적으로 이루어지는 것으로 보아 범죄가담형태를 규율하는 입법례’를 의미한다. 전자와 후자의 가장 큰 차이점은 전자는 범행지배이론과 같이 규범적 관점이 강화된 기준을 바탕으로 정범과 공범을 구분하는데 반해, 후자는 형식적 객관설을 기준으로 정범과 공범을 구분한다는 점이

54) 이에 대해서는 BGHSt 35, 347 참조.

55) 이미 이와 유사한 평가를 하고 있는 이용식, “간접정범에 관한 단상 - 간접정범성 정범설에 기초한 형법 제34조 제1항”, 고시연구 제32(1), 2005.1, 209면(“당시로서는 너무나 탁월한 견해”).

56) 범죄성립의 제3단계 요소로서의 책임(Schuld)을 의미하는 것이 아니라, 형사“책임(Verantwortung)”이라는 의미로 사용될 때의 책임을 지칭한다.

다. 그리고 전자와 후자는 각각 다시 여러 유형으로 세분될 수 있는데, 예컨대 전자는 ‘독일식 입법례’와 ‘우리나라 입법례’ 등으로 세분될 수 있다. 독일식 범죄가담형태 규율체계는 방조범에 비해 정범에게는 필요적으로 중한 법정형(또는 처단형)을 적용하는 입법례이고, 그에 반해 우리나라의 범죄가담형태 규율체계는 범행지배가 인정되어 정범으로 평가되는 자일지라도 경우에 따라서는 방조범과 같은 법정형(처단형)의 적용을 인정하는 입법례이다. 이는 제34조를 통해서 알 수 있다.

앞에서 살펴보았듯이, 우리 입법자는 ‘행위자 스스로 구성요건적 행위를 실현하지 않고, 타인에 의해(또는 타인을 이용하여) 구성요건적 행위가 실현된 사례’에서 이용자의 범죄가담형태를 제34조를 통해 규율하고자 하였다. 우리 입법자는 이용자가 아니라 타인(피이용자)에 의해 구성요건적 행위가 실현되었다는 점에서 이용자를 “간접정범”으로 즉, ‘특수한 정범’(이를 범전편찬위원회의 형법요강에서는 “특수공범”이라고 표현하고 있는 것으로 보아야 한다)으로 보면서, 간접정범의 처벌은 책임주의에 충실하고자 하는 입장에서 교사형인 경우와 방조형인 경우로 나누었다. 타인(피이용자)의 행위를 유도·유발한 교사형 간접정범인 경우 교사의 예에 따르도록 함으로써 직접정범에 적용되는 형을 그대로 적용하고,⁵⁷⁾ 타인의 행위를 단지 도와준 자인 방조형 간접정범인 경우, 비록 이용자에게 범행지배가 인정되어 정범으로 평가될지라도 이용자가 아니라 피이용자가 구성요건적 행위를 실현하였고, 이용자는 피이용자의 행위에 도움을 준 자에 불과하기에 “방조의 예에 따라” 감경처벌하고 있는 것이다. 그리고 이러한 사고는 제34조 제2항에도 그대로 연결되어 (특수간접정범에 한정하여 설명하면), 자기의 지휘·감독을 받는 자가 처벌되지 않는 행위 또는 과실범으로 처벌되는 행위를 하도록 유도·유발하였거나 그러한 행위에 도움을 준 지휘·감독자는 그 “정상이 가증하니” 즉, 책임이 중하기에 방조형일지라도 직접정범과 같은 형으로 처벌하고, 교사형인 경우에는 직접정범에 적용되는 형의 장기 또는 다액에 1/2이 가중된 형으로 처벌되도록 한 것이다.

우리 입법자는 의용형법 제60조와 달리 우리 제정형법 제30조에서 공동정범을 “2인이상 공동하여 죄를 범한 때”로 규정함으로써 범행지배이론을 바탕으로 정범과 공범을 구분하였다.⁵⁸⁾⁵⁹⁾ 그리고 범행지배이론을 바탕으로 ‘행위자

57) “교사의 예에 따라”는 교사범과 같이 정범에 적용되는 형이 적용된다는 것 이상의 의미를 가지지 않는다고 보아야 한다.

58) 의용형법 제60조와 달리 우리 제정형법 제30조에서 공동정범을 “2인이상 공동하여 죄를 범한 때”로 규정하게 된 이유를 엄상섭 의원은 ‘형법요강해설’에서 다음과 같이 설명하였

스스로 구성요건적 행위를 실현하지 않고, 타인에 의해(또는 타인을 이용하여) 구성요건적 행위가 실현된 사례이지만 이용자를 특별한 형태의 정범(또는 형법요강에서의 표현에 따르면 “특수공범”)으로 보아야 할 사례를 규정하면서 책임주의에 충실하고자 이용형태를 기준으로 교사형인 경우와 방조형인 경우로 나누고, 이용자를 기준으로 지휘·감독자인 경우와 그렇지 않은 경우로 나누어 지휘·감독자 아닌 자가 방조형태로 피이용자를 이용한 경우에는 그 책임에 맞게 감경처벌을 인정하고 있는 것이다.⁶⁰⁾

위와 같이 우리 입법자는 범행지배이론을 바탕으로 정범과 공범을 구분하지만, 정범인 경우에도 행위자의 책임이 경한 것으로 인정되는 경우에는 감경처벌을 인정함으로써 독일과는 다른 우리만의 독자적인 범죄가담형태 규율체계를 발전시켰다. 이는 입법자료에서도 확인된다. 제2대 국회 제15회 국회정기회의(본회의)에서 형법안을 검토하기 시작하였는데, 1953년 4월 16일 형법안 제1독회를 하기에 앞서 김병로 대법원장이 법전편찬위원회를 대신하여 형법안 초안을 입안하면서 취한 근본적인 방향·태도에 대해 다음과 같이 설명하였다.

원래는 법전편찬위원회에서 법전편찬에 대한 최초의 취지는 우리가 지금 편찬사업은 긴급을 요하고 사업 자체는 중요성을 갖일뿐만 아니라 다대한 시일을 요하지 않고는 성취하기 어려운 그러한 사실입니다. 급속주의를 취해야 한다, 좀 내용이 빈약하나 좀 속하게 하는 급속주의를 취해야겠다, 그

다(신동운·허일태 편저, 효당 엄상섭 형법논집, 2003, 51면에서 재인용): “현행 형법 제60조에는 “2인 이상 공동하여 범죄를 실행한 사람은 다 정범으로 한다”고 되어 있으므로 실행에 가담하여야만 정범이 된다는 뜻으로 해석되기 쉬우므로 그래서 정범의 범위가 너무 협소한 까닭에 신법에서는 “2인 이상 공동하여 죄를 범한 사람은 다 공동정범으로 한다”라고 규정할 예정이다.”

59) 물론, 이것만으로는 우리 제정형법 기초자들이 범행지배이론을 바탕으로 정범과 공범을 구별하였다고 보기에는 부족하다. 그러나 제30조와 제34조를 전체적으로 고찰하고, 체계적 해석을 중요시하면 우리 형법은 범행지배이론을 바탕으로 정범과 공범을 구별하고 있다고 보아야 한다.

60) 이와 유사하지만 조금 다른 견해로는 이용식, “간접정범규정에 관한 단편적 생각”, 고시계 50(3), 2005.2, 25면(“우리 입법자는 제34조 제1항에서 처벌되지 아니하는 자를 이용하여 간접정범에 해당될 수 있는 사례들이 정범에 해당하는 경우도 있을 수 있고, 공범으로 파악되는 경우도 있을 수 있다고 파악하였다고 보여진다. 즉 제34조 제1항은 처벌되지 아니하는 자를 이용하는 사례들이 전부 간접‘정범’이 되는 것은 아니라는 것을 말하고 있다. 이들이 그렇다고 해서 또한 곧바로 전부 공범이 성립하는 것도 아니다. 왜냐하면 처벌되지 아니하는 자를 이용하는 경우에 간접‘정범’이 아니라고 하여 적극적으로 공범이 성립한다는 것이 논증되는 것이 아니기 때문이다. 실질적으로 공범성립의 요건을 검토하여 이를 갖추었을 경우에는 공범이 성립될 것이다. 물론 공범성립의 실질적 요건을 검토하여 이를 충족하지 못한 경우에는 당연히 불가벌이 될 것이다.”).

다음에는 우리가 지금 새로 법을 구상하는 만큼 이것을 전적으로 기초가 없이 어떤 것을 표본한다는 기초가 없이 하려면 역시 다대한 연구와 다대한 시일을 요할테니 이렇게 급속주의로 법전을 편찬하는 경우에는 어느 나라 법을 하나 기초로 하자 이런 말이 법전편찬위원회에서도 대략으로 말이 되었습니다.

그러면 우리가 아시다싶이 정치적으로는 아모리 적이지만 사실 우리에게 오래 동안 효과를 내고 있던 일본법전 그것을 기초로 해 가지고 속하게 편찬하는 사업을 진행하는 것이 좋지 않을까 이러한 말도 있었습니다마는 그것을 기초하는 데 당해서 보니 결단코 어느 나라 한 나라 법을 기초로 해 가지고 그것을 표본으로 편성하기가 껍 어렵다, 그렇지 않더라도 한 나라 뿐만 아니라 어느 나라에도 공통되는 이러한 보통 조문에 있어서는 말을 안 하고 새로 기초를 삼더라도 우리의 특수성을 생각하고 그 나라 국민적 사회적 현실에 있어서 필요를 느끼는 특수한 사항에 있어서는 어느 나라 법을 기초로 한다는 것이 근본 이론이 틀렸다, 그래서 우리 헌법도 여러분께서 다 보시면 알겠지만 결단코 일본법을 기초로 한 것이 아니고 독일법을 기초로 한 것도 아니고 어떤 한 나라 법을 기초로 해서 편찬한 것이 아닙니다.

사실은 과거의 여러 나라 법을 모아다가 참고로 보고 과거에 여러 나라 학술 가운데에 논쟁되어 오든 특히 대한민국의 과거나 현재나 장래에 있어서 부득이 없어서는 안 될 그러한 특수한 사정을 특수하게 취급을 해서 중목을 설치하고 그 외에 알만한 살인이라든지 절도라든지 이러한 완전한 기초가 되어 있는 것은 어느 나라 법이나 기본이 다 일치되고 말았습니다.⁶¹⁾

위 설명을 통해 알 수 있듯이, 우리 제정형법 기초자들이 비록 일본 형법과 독일형법을 많이 참고하였을지라도 많은 사항에서 우리 고유의 형법을 발전시키고자 노력하였다는 것을 알 수 있다. 그리고 제34조가 바로 그러한 사항 중의 하나에 속한다. 제34조를 통해 알 수 있듯이 우리 형법은 정범/공범 구별기준으로 범행지배이론을 취하고 있지만, 결코 독일식 범죄가담형태 규율체계를 따르고 있지는 않다. 우리 입법자가 취한 이러한 우리의 독자적인 범죄가담형태 규율체계는 필자가 보기에는 독일식 범죄가담형태 규율체계에 비해 보다

61) 제15회 국회정기회의속기록 제55호, 국회사무처, 33면(<http://likms.assembly.go.kr/record/mhs-60-010.do#none>에서 다운로드 가능, 2020.6.30. 최종검색). 밑줄은 필자에 의한 강조.

더 ‘타인을 이용하여 범죄를 범한 사례’를 세분화하면서 그러한 사례에서 책임 주위에 합치하는 처벌을 인정하고 있는 것이다. 이는 제34조 제2항을 살펴보면 더욱 명확해진다고 할 수 있다.

Ⅲ. 제34조 제2항의 적용범위

1. 역사적 해석

법제사법위원회의 수정안에 대해서 엄상섭 의원은 “[정부초안은] 단순한 간접정범하고 자기의 지휘감독에 복종할 수 있는 그 지위를 이용한 간접정범하고 형을 혼돈”한 것이기에 “법제사법위원회에서는 제1과 제2항으로 나누어 교사는 정범형의 2배로 하고 중범은 정범의 행위를 가지고 있는 형을 가중하는 정도를 명확화하고 명백히 만드는 그 점이 수정안의 취지”라고 설명하였다.⁶²⁾ 입법자료에서 나타난, 정부초안 제34조 및 법제사법위원회 수정안 제34조의 취지에 대한 서일교 의원과 엄상섭 의원의 설명을⁶³⁾ 중요시하면, 제34조 제2항은 특수간접정범에만 적용되고, 특수교사·방조범(지휘·감독자가 자기의 지휘·감독을 받는 자를 온전히 유책하게 행동하는 정범으로 이용한 경우) 또는 지휘·감독자인 ‘정범 배후의 정범’에는 적용되지 않는 것으로 해석하는 것이 더 설득력 있다.

그러나 입법자료에 의하더라도 제34조 제2항의 적용범위가 특수간접정범에 한정된다는 것이 명백하다고 하기에는 조금 어려운 점이 있다. 정부초안 제34조에서는 “자기의 행위에 대하여 처벌되지 않는 자, 과실범으로 처벌될 자 또는 자기의 지휘감독에 복종하는 자”라고 하여 3자가 병렬적으로 나열되었고, 문언상으로는 “자기의 지휘감독에 복종하는 자”가 “처벌되지 않는 자 또는 과실범으로 처벌될 자”에 해당할 것을 요건으로 하지 않았다. 그리고 왜 3자가 병렬적으로 나열되었는지에 대한 설명은 없다. 법제사법위원회 수정안에 대한 엄상섭 의원의 설명이 만약, 국회의원들에게 쉽게 설명한다는 취지로 제34조가 적용되는 대표적인 사례 즉, 피이용자를 고의 없는 도구로 이용한 경우만을 예로 든 것이라면, 엄상섭 의원의 설명만으로는 제34조 제2항의 적용범위가 명백

62) 밑줄은 필자에 의한 강조.

63) 이에 대해서는 앞의 II. 1. 참조.

히 특수간접정범으로 한정된다고 보기에는 어렵다고 할 수 있다. 다음으로, 제34조 제2항은 “전항의 결과를 발생하게 한 자”라고 하고 있는데, 정부초안 제34조의 문언을 중요시 하면 이 자구는 ‘자기의 지휘·감독을 받는 자에게 교사(사주)하여 또는 도와주어 행위를 하도록 하는 결과를 발생하게 한 자’로 이해될 수 있다.⁶⁴⁾ 이렇게 이해하는 경우 피지휘·감독자를 처벌되지 않는 자나 과실범으로 처벌되는 자로 이용하였는지, 아니면 온전히 유책하게 행동하는 자로 이용하였는지를 불문하고 지휘·감독자에게 제34조 제2항이 적용될 수 있다.

그리고 설사 우리 입법자가 법제사법위원회 수정안을 통해서 제34조 제2항의 적용범위를 특수간접정범으로 한정하려고 하였다라고 할지라도, 제34조 제2항의 체계적 해석을 강조한다면 현재에는 제34조 제2항의 적용범위를 특수교사·방조범으로 확대하는 것이 적절해 보인다.

2. 체계적 해석

1) 특수교사범의 경우

부작위에 의한 교사는 불가능하다는 통설적 견해에 따르면 지휘·감독자(또는 상급자)가 적극적 작위행위로 피지휘·감독자(또는 하급자)에게 범행결의를 일으키고 피지휘·감독자는 온전히 유책하게 범죄를 범한 경우에 지휘·감독자에게 특수교사범이 성립할 수 있다. 지휘·감독자가 피지휘·감독자를 처벌되지 않는 도구 또는 단지 과실범으로 처벌되는 도구로 이용하여 범죄를 범하는 경우 지휘·감독자에게는 우월한 인식 또는 우월한 의사에 기해 범행지배가 인정되고, 지휘·감독권을 남용하였기에 제34조 제2항이 적용되어 정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 2분의 1까지 가중된 형으로 처벌된다. 그런데 지휘·감독자가 피지휘·감독자를 지휘·감독권의 범위에서 피지휘·감독자에게 이른바 ‘조직지배’를 통해, 회피할 수 있는 금지착오를 통해 또는 책임이 탈락하지 않을 정도로 강요하는 방식으로 범행결의를 일으켜⁶⁵⁾ 피지휘·감독자를 온전히 유책하게 행동하는 자로 이용하여 범죄를 범하였을 때 단지 피지휘·감독자에게만 범행지배가 인정된다고 보아야 하는가? 이 경우 직접행위자인 피지휘·감독자는 자신의 행위를 조종하여 사태를 지배할 수 있는 자였으므로

64) 이에 대해서는 앞의 II. 2. 2). (2). 참조.

65) 제34조 제1항의 교사와 달리 제34조 제2항의 경우, 지휘·감독자가 피지휘·감독자를 교사한 모든 경우에 1/2 가중된 형이 적용되는 것이 아니라, ‘정범 배후의 정범’에 해당하는 지휘·감독자에 한해 1/2 가중된 형이 적용된다고 보아야 할 것이다.

행위지배가 인정되어 정범에 해당하고, 지휘·감독자는 우월한 인식·의사 또는 조직지배에 기해 범죄사태를 지배하였으므로 지휘·감독자 또한 정범으로 인정되어야 한다. 그리고 지휘·감독자는 자신의 지휘·감독권을 남용하여 피지휘·감독자를 고의범으로 처벌될 수 있도록 하였기에 단순히 피지휘·감독자를 처벌되지 않는 자 또는 단지 과실범으로 처벌되는 자로 이용한 경우에 비해 그 행위의 불법성이나 행위자에 대한 비난가능성이 더욱 높다고 보아야 한다. 따라서 지휘·감독자인 특수간접정범뿐만 아니라, 지휘·감독자인 ‘정범 배후의 정범’도 제34조 제2항의 ‘특수한 교사’에 해당하여 정범에 정한 장기 또는 다액에 1/2 가중된 형으로⁶⁶⁾ 처벌된다고 보는 것이 체계합치적이다.

지휘·감독자가 피지휘·감독자를 교사하여 온전히 유책하게 행동하는 피이용자로 이용한 모든 경우에 제34조 제2항의 교사에 해당하는 것이 아니라, ‘정범 배후의 정범’에 해당하는 지휘·감독자에 한해 특수교사범이 성립한다고 하는 것이 타당할 것이다.⁶⁷⁾ 이러한 해석은 제34조 제2항의 입법자료에 의해서도 그 근거를 찾을 있다. 제정형법 정부초안과 범제사범위원회 수정안은 “자기의 지휘감독에 복종하는 자”라고 하고 있었는데, 국회 통과과정에서 특별한 설명 없이 “자기의 지휘·감독을 받는 자”로 변경되었다. 명시적인 설명이 없지만, “자기의 지휘감독에 복종하는 자”라는 자구는 지휘·감독관계 자체를 군대, 경찰과 같이 그 지시에서 강제적 구속성이 인정되는 지휘·감독관계만으로 한정된다는 오해를 일으킬 수 있기에 “복종하는 자”라는 자구 대신에 “지휘감독을 받는 자”로 변경한 것이 아닌가라는 생각이 든다. 즉, 지휘·감독관계의 성격에 따라 제34조 제2항의 적용범위를 매우 좁게 인정하기 보다는 교사행위가 강요적 성격을 가지는지에 따라 제34조 제2항의 특수교사의 적용범위를 정하고자 한 것이 제정형법의 취지라고 생각된다.⁶⁸⁾ 그렇다고 하여 지시권조차 인정되지 않는 관계 즉, 상·하급자의 관계로 볼 수 없는 관계까지 제34조 제2

66) 장기 또는 다액만 1/2 가중되고, 하한은 가중되지 않으므로 이러한 가중이 그리 가혹한 것으로 보이지는 않는다.

67) 이러한 입장에 있는 듯한 김성돈, 형법총론 제4판, SKKUP, 2015, 667면(제34조 제2항의 존재의의를 막후거물에 대한 처벌에서 찾고 있음).

68) 일반적 견해에 의하면 제34조 제2항의 지휘·감독관계의 근거는 법령, 계약, 사무관리에 한하지 않고, 사실상의 지휘·감독관계일지라도 상관없다(배종대, 형법총론 제12판, 홍문사, 2016, 617면; 임웅, 형법총론 제8정판, 법문사, 2016, 478면; 김성돈, 형법총론 제4판, SKKUP, 2015, 667면). 그리고 군대나 경찰과 같은 강제적 구속성을 전제로 하는 지휘·감독관계뿐만 아니라, 상급자와 하급자의 관계, 친권자와 미성년자의 관계, 교육자와 피교육자의 관계, 개인회사의 사장과 사원, 한 가정의 가장과 그 구성원 사이의 관계와 같이 강제적 구속성을 전제로 하지 않는 지휘·감독관계도 제34조 제2항의 지휘·감독관계로 인정될 수 있다(김성돈, 형법총론 제4판, SKKUP, 2015, 667면).

항의 지휘·감독관계에 해당한다고 하기에는 어려울 것이다.

2) 특수방조범의 경우

(1) 작위에 의한 방조의 경우

지휘·감독자가 지휘·감독권이 인정되는 분야에서(즉, 업무와 관련하여) 적극적인 작위행위로 피지휘·감독자를 도와 주어, 피지휘·감독자를 처벌되지 않는 자 또는 단지 과실범으로 처벌되는 자로 이용함으로써 범죄를 범한 경우 지휘·감독자에게는 우월한 인식 또는 우월한 의사에 기한 범행지배가 인정되고, 지휘·감독권을 남용하였다는 점에서 제34조 제2항에 의해 정범에 정한 형으로 처벌된다. 지휘·감독자가 온전히 유책하게 행동하는 피지휘·감독자의 범죄행위를 적극적 행위로 도와 준 경우에는 어떠한가? 온전히 유책하게 행동하는 피지휘·감독자의 범죄행위를 지휘·감독자가 도와 준 모든 경우에 지휘·감독자에게 범행지배가 인정된다고 할 수는 없을 것이다. 작위로 도와주는 행위가 지휘·감독권의 남용으로 볼 수 있는 경우에 한해 제34조 제2항의 특수한 방조에 해당한다고 할 수 있을 것이고, 그러한 경우란 상급자의 지휘·감독권이 인정되는 업무와 관련하여 하급자가 범죄를 범하는 경우라고 할 수 있다. 따라서 상급자가 자신의 지휘·감독을 받는 하급자가 업무와 관련하여 범죄를 범하는 경우임에도 불구하고 상급자가 그러한 하급자의 범죄를 적극적인 작위행위로 도와주는 경우 제34조 제2항의 특수방조에 해당한다고 보아야 한다.

만약 하급자가 상급자에게 먼저 요청/교사하여 상급자가 도와주는 경우이든, 아니면 상급자가 하급자의 범행을 알고서 도와주는 경우이든 불문하고, 상급자가 하급자와의 의사연락 하에 하급자의 업무와 관련된 범죄행위를 작위로 도와주는 경우라면 상급자와 하급자는 공동정범에 해당하는 것으로 보아야 한다. 그러나 상급자가 하급자와의 의사연락 없이 하급자의 업무관련 범죄를 도와준 경우라면 제34조 제2항의 ‘특수한 방조’에 해당한다고 보는 것이 적절하다. 아래에서 살펴보겠지만, 상급자가 하급자의 업무관련 범죄를 부작위로 도와준 경우 상급자의 방조행위는 정범으로 평가되는 것이 적절한데, 상급자가 하급자와의 의사연락 없이 하급자의 업무관련 범죄를 작위로 도와주는 행위가 단지 제32조의 방조범으로 평가되는 것은 부당하다. 왜냐하면 상급자가 작위로 하급자의 업무관련 범죄를 도와주는 행위에는 보증인의무 위반이 포함되어 있기 때문이다.

한편, 하급자가 업무와 관련성을 가지지 않고 범죄를 행하는데 상급자가 도

와주는 경우 그 행위가 본질적 기여행위에 해당하지 않는 한, 상급자는 제32조의 방조범으로 다루어져야 할 것이다. 이와 같이 제34조 제2항의 방조는 ‘도와주는 행위’를 의미한다는 점에서 제34조 제1항의 방조와 동일한 의미일지라도 그 적용범위는 업무와 관련된 범죄로 한정된다는 점에서 제34조 제1항의 방조와 다르다고 할 수 있다.

(2) 상급자가 부작위로 하급자의 업무관련 작위범행을 방지하지 않은 경우

나. 학설 중 정범성립을 긍정하는 견해

상급자는 업무와 관련하여 하급자가 범죄를 범하지 않도록 감독할 의무를 부담하기에 업무와 관련된 하급자의 범행에 대해 보증인지위를 가진다.⁶⁹⁾ 상급자가 부작위로 하급자의 작위범행을 방지한 경우 기존의 학설에서는 상급자를 방조범으로 보는 것이 다수설이었다고 할 수 있다.⁷⁰⁾ 그러나 근래에는 부진정부작위범에서도 정범이 성립될 수 있다는 견해가 점점 더 많아지고 있다. 이러한 견해로는 부진정부작위범을 의무범 또는 단일정범으로 이해하여 부진정부작위범에서는 모두 정범이 성립한다는 견해,⁷¹⁾ 부진정부작위범에서는 상응성을 기준으로(또는 범행지배여부를 기준으로) 정범과 공범을 구별해야 한다는 견해,⁷²⁾ 보호보증인과 감독보증인으로 나누어 전자는 의무범이므로 모두 정범이 성립하지만, 후자는 지배범이므로 범행지배여부에 따라서 정범 또는 공범여부가 결정되어야 한다는 견해,⁷³⁾ 보증인의무의 강약에 따라 강한 보증인의무의 경우 정범으로 인정되고, 약한 보증인의무의 경우 공범으로 인정된다는 견해,⁷⁴⁾ 가담자의 상하위 관계에 따라 정범과 공범을 구별해야 한다는 견해⁷⁵⁾

69) 이에 대해 자세히는 강지현, “형법상 사용자의 보증인지위에 관한 연구”, 비교형사법연구 제18권 제3호, 2016.10, 3면 이하.

70) 예컨대 이재상, 형법총론, 제4판, 1999, 130면; 이형국, 형법총론, 개정판, 1996, 404면 참조.

71) 의무범으로 이해하는 견해는 전지연, 부작위에 의한 참가, 형사법연구 제5호, 한국형사법학회, 1992, 75면 이하; 김종구, “부작 위범에 있어서 정범과 공범”, 법학연구 제11권 제3호, 2001, 121-122면. 단일정범으로 이해하는 견해는 김성룡, 부진정부작위범의 한국적 해석으로서의 단일 정범개념, 비교형사법연구 제5권 제1호, 2003, 102면 이하; 단일정범으로 이해하면서도 상응성 요건의 충족 여부에 따라 정범과 공범이 구별된다고 하는 이정원, “부진정부작위범의 구조적 문제점”, 형사법연구 제14권, 2000, 249면 이하.

72) 이용식, “부작위에 의한 정범과 공범의 구별”, 서울대학교 법학 제40권 제2호, 1999, 281면 이하; 류부근, “부작위범의 불법구조”, “비교형사법연구” 제15권 제1호, 2013, 357면 이하.

73) 원형식, “의무범에 있어서 정범과 공범의 구분”, 형사법연구 제19호, 2003, 227면(감독보증인이 책임능력 없는 자의 범행을 방지한 경우 간접정범이 성립하고, 책임능력자의 범행을 방지한 경우에는 방조범이 성립한다고 함).

등이 있다.

한편 독일에서는 부작위 행위의 경우 보증인의무의 특징과 내용(Qualität und Inhalt der Garantspflicht)에 따라 정범과 공범을 구별하여야 한다는 견해가 최근 지지를 얻고 있다.⁷⁶⁾ 이 견해는 부진정부작위범의 불법구조를 반영하여 작위범에서의 범행지배이론을 수정하여 부진정부작위범에 적용하자고 한다. 이 견해는 ‘보증인이 자신의 작위의무를 이행함으로써 결과발생을 방지하는 것이 어느 정도로 쉬웠는가’라는 기준을 중요하게 보고 있다. 예컨대 하급자들에게 단순히 어떠한 지시를 내림으로써 결과발생을 방지할 수 있었는데도 불구하고 부작위하였다면 정범이고, 작위의 직접실행자에 부작위로 가담한 경우 부작위행위자가 작위의 직접실행자에게 권한을 행사할 수 있었던 경우라면 정범이라고 한다.⁷⁷⁾

나. 판례의 태도

판례는 ‘부작위 행위를 작위와 동등한 범의침해로 평가할 수 있을 것’이라는 요건을 부진정부작위범이 성립하기 위한 요건으로 보고 있다.⁷⁸⁾ 그리고 ‘부작위범은 작위범에 보충적이다’ 또는 ‘작위범행에 부작위로 가담한 경우 작위범에 행위지배가 인정된다’는 전제 하에 감독자가 부작위로 피감독자의 작위범행을 방지하지 않은 경우 감독자에게 부작위 방조범이 성립한다는 입장을 취하고 있다.⁷⁹⁾

예컨대, ① 아파트 지하실의 소유자가 임차인의 지하실에 대한 용도변경행위를 묵시적으로 승인하여 방치한 사안에서 소유자에게 부작위에 의한 중범이 성립한다고 판시하였고,⁸⁰⁾ ② 백화점에서 바이어를 보조하여 특정매장에 관한 상품관리 및 고객들의 불만사항 확인 등의 업무를 담당하는 직원이 자신이 관

74) 이상돈, 형법강론, 박영사, 2015, 229-230면.

75) 이창섭, “해양사고와 선원의 형사책임에 관한 몇 가지 검토”, 비교형사법연구 제18권 제1호, 2016, 143면 이하; 박경규, “세월호 판결의 논증상의 문제점: 미필적 고의와 범죄참가 형태를 중심으로”, 경북대 법학논고 제53집, 2016.2, 180-181면.

76) 이에 대해 자세한 것은 Krüger, Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten, ZIS 2011, 5 ff.; Sch/Sch/Heine/Weißer, Vorbem. §§ 25 ff., Rn. 95 ff.

77) 자세한 것은 Sch/Sch/Heine/Weißer, Vorbem. §§ 25 ff., Rn. 102.

78) 대법원 2006. 4. 28. 선고 2003도80 판결(“부진정부작위범이 성립하기 위하여는 부작위를 실행행위로서의 작위와 동일시할 수 있어야 하는데”).

79) 대법원 1984. 11. 27. 선고 84도1906 판결; 대법원 1985. 11. 26. 선고 85도1906 판결; 대법원 1996. 9. 6. 선고 95도2551 판결; 대법원 1997. 3. 14. 선고 96도1639 판결; 대법원 2006. 4. 28. 선고 2003도80 판결; 대법원 2006. 4. 28. 선고 2003도4128 판결 등.

80) 대법원 1985. 11. 26. 선고 85도1906 판결.

리하는 특정매장의 점포에 가짜 상표가 새겨진 상품이 진열·판매되고 있는 사실을 발견하고서도 점주 등에게 시정조치를 요구하거나 상급자에게 이를 보고하지 아니함으로써 점주로 하여금 가짜 상표가 새겨진 상품들을 고객들에게 계속 판매하도록 방치한 사례에서 부작위에 의하여 점주의 상표범위만 및 부정경쟁방지법위반 행위를 방조하였다고 판시하였고,⁸¹⁾ ③ 인터넷 포털 사이트 내 오락채널 총괄팀장과 오락채널 내 만화사업의 운영 직원인 피고인들이 콘텐츠제공업체들이 게재하는 음란만화의 삭제를 요구하지 않고 방치한 사안에서 피고인들에게 구 전기통신기본법 제48조의2 위반 방조죄의 성립을 긍정하였고,⁸²⁾ ④ 인터넷 포털 사이트를 운영하는 회사와 그 대표이사가 정보제공업체들의 음란정보 반포·판매 행위를 방치한 사안에서 “피고인들이 정보제공업체들의 전기통신기본법 위반 범행을 방조하였다고 볼 수 있음은 별론으로 하고 위와 같은 작위의무 위배만으로는 피고인들을 전기통신기본법 위반죄의 정범에 해당한다고 할 수는 없다”고 하였다.⁸³⁾ 그리고 ⑤ 법원의 입찰사건에 관한 제반 업무를 주된 업무로 하는 공무원이 자신이 맡고 있는 입찰사건의 입찰보증금이 사무원에 의해 계속적으로 횡령되고 있는 사실을 알았음에도 상관에게 보고하는 등의 방법을 취하지 않은 사례에서 “결과 발생을 쉽게 방지할 수 있는 공무원이 그 사무원의 새로운 횡령범행을 방조 용인한 것을 작위에 의한 법익 침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이 아니라고 볼 수는 없다”는 이유로 그 담당 공무원을 업무상횡령의 중범으로 판시하였다.⁸⁴⁾

위 판례사안 중 ① 내지 ④번 사안에서 피고인들에게 보증인지위가 인정되었지만, 그들이 작위범행자와의 관계에서 상·하급자의 관계에 있다고는 보기 어렵다. 그에 반해 ⑤번 사안의 경우 법원공무원과 사무원은 상·하급자의 관계에 있고, 따라서 사무원의 작위범행을 “쉽게 방지할 수 있는” 지위에 있는 상급자인 법원공무원이 부작위로 하급자인 사무원의 범행을 방치한 것은 제34조 제2항의 특수방조에 해당한다고 보는 것이 타당하다. 이렇게 이해하는 것이 제34조 제2항에서 나타나는 우리 입법자의 의사에 합치하는 것이라고 생각된다. 그리고 이러한 해석은 앞에서 간단히 소개한 근래 주장되고 있는 여러 학설에서도 그 근거를 발견할 수 있다.

81) 대법원 1997. 3. 14. 선고 96도1639 판결.

82) 대법원 2006. 4. 28. 선고 2003도4128 판결.

83) 대법원 2006. 4. 28. 선고 2003도80 판결.

84) 대법원 1996. 9. 6. 선고 95도2551 판결.

다. 국제형사범죄법상의 상급자책임

국제형사범죄법 제5조(지휘관과 그 밖의 상급자의 책임)는 "군대의 지휘관(지휘관의 권한을 사실상 행사하는 사람을 포함한다. 이하 같다) 또는 단체·기관의 상급자(상급자의 권한을 사실상 행사하는 사람을 포함한다. 이하 같다)가 실효적인 지휘와 통제하에 있는 부하 또는 하급자가 집단살해죄등을 범하고 있거나 범하려는 것을 알고도 이를 방지하기 위하여 필요한 상당한 조치를 하지 아니하였을 때에는 그 집단살해죄등을 범한 사람을 처벌하는 외에 그 지휘관 또는 상급자도 각 해당 조문에서 정한 형으로 처벌한다"고 하여 상급자 책임을 규정하고 있다. 동 규정은 「(상설)국제형사재판소 로마규정(Rome Statute of the International Criminal Court)」 제28조를⁸⁵⁾ 우리나라 법상황에 맞게 이행하고 있는 규정이다. ICC 로마규정 제28조는 상급자가 하급자의 범행을 과실로 알지 못한 경우에도 상급자 책임을 인정하고 있는데 반해, 우리 국제형사범죄법은 상급자가 고의로 하급자의 범행을 방지하지 않은 경우와 과실로 하급자의 범행을 방지하지 못한 경우로 나누어 전자는 제5조의 상급자책임으로 후자는 제15조의 직무태만죄로 규율하고 있다. 전자의 경우(즉, 상급자가 하급자의 범행을 알면서도 고의로 방지하지 않은 경우) 상급자는 하급자가

85) ICC 로마규정 제28조는 다음과 같다.

제28조 지휘관 및 기타 상급자의 책임

판소의 관할범죄에 대하여 이 규정에 따른 형사책임의 다른 근거에 추가하여, 가. 다음과 같은 경우, 군지휘관 또는 사실상 군지휘관으로서 행동하는 자는 자신의 실효적인 지휘와 통제하에 있거나 또는 경우에 따라서는 실효적인 권위와 통제하에 있는 군대가 범한 재판소 관할범죄에 대하여 그 군대를 적절하게 통제하지 못한 결과로서의 형사책임을 진다.

- (1) 군지휘관 또는 사실상 군지휘관으로서 행동하는 자가 군대가 그러한 범죄를 범하고 있거나 또는 범하려 한다는 사실을 알았거나 또는 당시 정황상 알았어야 하고,
- (2) 군지휘관 또는 사실상 군지휘관으로서 역할을 하는 자가 그들의 범행을 방지하거나 억제하기 위하여 또는 그 사항을 수사 및 기소의 목적으로 권한있는 당국에 회부하기 위하여 자신의 권한 내의 모든 필요하고 합리적인 조치를 취하지 아니한 경우

나. 가호에 기술되지 않은 상급자와 하급자의 관계와 관련하여 다음의 경우 상급자는 자신의 실효적인 권위와 통제하에 있는 하급자가 범한 재판소 관할범죄에 대하여 하급자를 적절하게 통제하지 못한 결과로서의 형사책임을 진다.

- (1) 하급자가 그러한 범죄를 범하고 있거나 또는 범하려 한다는 사실을 상급자가 알았거나 또는 이를 명백히 보여주는 정보를 의식적으로 무시하였고,
- (2) 범죄가 상급자의 실효적인 책임과 통제 범위 내의 활동과 관련된 것이었으며,
- (3) 상급자가 하급자의 범행을 방지하거나 억제하기 위하여 또는 그 문제를 수사 및 기소의 목적으로 권한있는 당국에 회부하기 위하여 자신의 권한 내의 모든 필요하고 합리적인 조치를 취하지 아니한 경우

범한 범죄에서 정한 형으로 처벌되는데 반해, 후자의 경우 상급자는 하급자가 범한 범죄에서 정한 형이 아니라 제15조에서 정하고 있는 형으로 처벌된다.

ICC 로마규정상의 상급자책임의 법적 성격에 대해서는 여러 견해가 제시되고 있는데, 상급자책임이 부작위책임이라는 데에는 의문의 여지없다. 논란의 핵심은 ‘상급자책임이 하급자의 범죄에 대한 일종의 범죄가담형태인지, 아니면 상급자의 독자적인 범죄 또는 책임형태를 규정하고 있는 것인지, 아니면 양자의 성격을 모두 가지는지’에 있다.⁸⁶⁾ 여기서는 우리 형법 제34조 제2항의 특수방조와 유사성을 가지는 우리 국제형사범죄법 제5조의 법적 성격에 한해서만 살펴본다.

국제형사범죄법 제5조는 자신의 실효적인 지휘와 통제하에 있는 부하 또는 하급자가 집단살해죄등을 범하고 있거나 범하려는 것을 알고도⁸⁷⁾ 이를 방지하기 위해 요구되는 조치를 하지 않은 지휘관·상급자를 하급자가 범한 집단살해죄등의 규정에서 정한 형으로 처벌하고 있다. 즉, 직접범행자인 하급자와 마찬가지로 상급자도 정범에 적용되는 형을 적용하여 처벌하고 있다. ICC 로마규정 제28조 및 국제형사범죄법 제5조가 하급자의 범행을 방지하지 않은 상급자도 직접정범에 적용되는 형을 적용하고 있는 것은 상급자가 자신의 지휘·감독권에 기해 하급자를 감독할 책임을 부담하였고, 또한 지휘·감독권을 통해 하급자의 범행을 방지할 수 있었던 지위에 있는 인물이기 때문이다. 그렇기에 상급자가 직접 범죄를 행하지 않았을지라도 하급자들이 범한 범죄에 대해 상급자는 하급자들과 동일한 형으로 처벌되는 것이다. 상급자책임이 성립하기 위해서 상급자가 하급자와의 의사연락 하에 하급자의 범행을 방지하기 위해 요구되는 작위행위를 부작위 했어야 하는 것은 아니다. 상호 의사연락 없이 또는 의사합치 없이 범행에 관련된(또는 범행에 기여한) 자가 그 범행에 기여한 각자의 행위로 인해 각자 정범책임을 부담하는 경우는 동시범이다. 우리 국제형사범죄법 제5조의 상급자책임을 가장 잘 설명할 수 있는 것은 상급자를 동시범으로 이해하는 것이다.⁸⁸⁾

86) ICC 로마규정 제28조의 상급자책임의 성격 관련 견해대립에 대해 자세히는 이윤제, 국제범죄에 대한 지휘관책임의 연구, 서울대 박사학위논문, 2016, 149면 이하 참조.

87) 여기서의 “알고도”는 ICC 로마규정 제28조의 “knew”를 번역한 것이고, 로마규정의 knowledge(인식)는 우리 형법상의 지정고의에 상응하는 것이다.

88) 도민호, “지휘관 및 상급자 책임, 사범방해죄에 대한 ICC 확정판결이 국내 법원에 미치는 효력”, 서울국제법연구 제26권 제2호, 2019, 214면에서는 국제형사범죄법 제5조를 “기존의 공범이론에 포섭되지 않는 특수한 공범규정”으로 보고 있는데, 아마도 동시범으로 이해하고 있는 듯하다. ICC로마규정상의 상급자책임을 동시범으로 이해하고 있는 견해로는 E. V. Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford

국제형사범죄법 제5조는 상급자가 하급자의 작위범행을 방지하지 않은 경우 자신의 부작위로 인해 하급자와 마찬가지로 정범책임을 부담한다는 것을 명문 규정으로 나타내고 있다. 국제형사범죄법 제5조가 인정하고 있는 상급자책임의 구조, 성립요건, 상급자에 대한 처벌은 제34조 제2항의 특수방조범의 그것과 다르지 않다. 이것은 우리 형법 제34조에서 나타나는 우리 입법자의 의사는 존중되어야 한다는 것을 잘 보여준다.

IV. 맺음말

앞에서 살펴본 바를 요약하면 다음과 같다: 1) 우리 입법자는 ‘행위자 스스로 구성요건적 행위를 실현하지 않고, 타인에 의해(또는 타인을 이용하여) 구성요건적 행위가 실현된 사례’에서 행위자의 범죄가담형태를 특별한 정범성격의 범죄가담형태로 규율하고자 하였다. 2) 제34조에서 ”교사 또는 방조하여“란 타인의 행위를 유도·유발하거나 도와준다는 의미이고, 우리 입법자는 이용행위가 교사형인지, 아니면 방조형인지에 따라 그리고 이용자가 지휘·감독자인지, 아닌지에 따라 이용자의 책임정도를 달리함으로써 범행지배이론을 바탕으로 하면서도 우리만의 독자적인 범죄가담형태 규율체계를 발전시켰다. 3) 제34조 제2항은 동 규정의 체계적 해석을 더욱 강조하면 특수간접정범뿐만 아니라 특수교사·방조범에도 적용되는 것으로 보아야 한다. 4) 제34조 제2항의 특수교사는 지휘·감독자인 ‘정범 배후의 정범’으로 그 적용을 제한하는 것이 적절해 보인다. 5) 상급자가 하급자의 작위범행을 부작위로 방지하지 않은 경우 상급자에게 부작위 정범의 성립을 긍정하는 목소리가 커지고 있는 것 그리고 그러한 사례에서 상급자의 정범적 책임을 명시적으로 규정하고 있는 우리 국제형사범죄법 제5조는 제34조 제2항의 특수방조, 나아가 특수교사에 대한 우리 입법자의 규율은 존중받을 만한 것임을 보여준다. 6) 이를 종합하면 우리 형법 제34조는 타인에 의해(또는 타인을 이용하여) 구성요건적 행위가 실현된 사례’에서 행위자(이용자)를 특별정범으로 규율하면서 사안의 유형을 구분하여 행위자에게 그의 책임에 상응하는 처벌을 부과하고 있는 규정으로서 형법의 다른 규정들과 잘 합치한다. 따라서 제34조에서 나타나는 우리 입법자의 근본취지는 앞으로도 유지되는 것이 적절하다.

위와 같이 이해하면, 제34조 제2항이 적용되어야 할 사례임에도 불구하고, 제34조 제2항을 적용하지 않음으로써 동 규정을 사문화시키고 있는 판례의 태도는 부적절하다. 특수간접정범뿐만 아니라, 상급자인 ‘정범 배후의 정범’ 그리고 상급자가 하급자의 업무 관련 범죄를 하급자와의 의사연락 없이 작위 또는 부작위로 방조한 경우 그러한 상급자에게는 제34조 제2항을 적용하여 현재 판례에 의할 때 적용되는 처단형보다 높은 처단형 즉, 제34조 제2항에서 규정하고 있는 처단형을 적용하는 것이 타당하다.

[참고문헌]

- 강지현, “형법상 사용자의 보증인지위에 관한 연구”, 비교형사법연구 제18권 제3호, 2016.10.
- 권오걸, “형법 제34조의 해석론의 관점에서 본 간접정범의 정범성과 성립범위”, 형사법연구 제19호, 2003.6.
- 김선복, “목적 없는 고의 있는 도구를 이용한 경우 간접정범의 성부”, 인문사회과학연구 제18권 제1호, 2017.2.
- 김성돈, 형법총론 제4판, SKKUP, 2015.
- 김성룡, 부진정부작위범의 한국적 해석으로서의 단일 정범개념, 비교형사법연구 제5권 제1호, 2003.
- 김일수/서보학, 새로쓴 형법총론 제12판, 박영사, 2014.
- 김종구, “간접정범의 본질에서 본 정범 배후의 정범”, 법학논총 제17집 제2호, 2010.8.
- _____, “부작 위범에 있어서 정범과 공범”, 법학연구 제11권 제3호, 2001.
- 김준성, “형법 제34조 제1항과 정범배후의 정범의 적용문제”, 법학연구 제18권 제4호, 2018.12.
- 김태명, “간접정범 규정의 해석과 허위공문서작성죄의 간접정범”, 형사법연구 제22호, 2004.12.
- 도민호, “지휘관 및 상급자 책임, 사범방해죄에 대한 ICC 확정판결이 국내 법원에 미치는 효력”, 서울국제법연구 제26권 제2호, 2019.
- 류부근, “부작위범의 불법구조”, “비교형사법연구” 제15권 제1호, 2013.
- 문성도, “형법 제34조 제2항의 법적 성질”, 경찰법연구 제4호, 2006.
- 박경규, “세월호 판결의 논증상의 문제점: 미필적 고의와 범죄참가형태를 중심으로”, 경북대 법학논고 제53집, 2016.2.
- 박상기, 형법총론 제9판, 박영사, 2012.
- 배종대, 형법총론 제12판, 홍문사, 2016.
- 서보학, “형법상 간접정범 규정의 해석론과 입법론”, 경희법학 제44권 제3호, 2009.12.
- 손동권, “형법 제34조(간접정범)에 대한 입법론적 검토”, 형사법연구 제22호 특집호, 2004.12.
- 손동권/김재윤, 새로운 형법총론, 을곡출판사, 2011.
- 신동운 편저, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원, 2009.

- _____, 형법총론 제10판, 법문사, 2017.
- 신동운/허일태 편저, 효당 엄상섭 형법논집, 2003.
- 오영근, 형법총론 제2판, 박영사, 2009.
- 원형식, “의무범에 있어서 정범과 공범의 구분”, 형사법연구 제19호, 2003.
- 이보영, “간접정범의 정범성과 성립범위 - 형법 개정안과 관련하여-”, 법학연구 제31집, 2008. 8.
- 이상돈, 형법강론, 박영사, 2015.
- 이용식, “간접정범규정에 관한 단편적 생각”, 고시계 50(3), 2005.2.
- _____, “간접정범에 관한 단상 - 간접정범성 정범설에 기초한 형법 제34조 제1항”, 고시연구 제32(1), 2005.1.
- _____, “부작위에 의한 정범과 공범의 구별”, 서울대학교 법학 제40권 제2호, 1999.
- 이윤제, 국제범죄에 대한 지휘관책임의 연구, 서울대 박사학위논문, 2016.
- 이재상/장영민/강동범, 형법총론 제9판, 박영사, 2017.
- 이정원, “부진정부작위범의 구조적 문제점”, 형사법연구 제14권, 2000.
- 이창섭, “형법 제34조의 입법연혁과 해석의 기초”, 법사학연구 제32호, 2005.10.
- _____, “형법상 간접정범의 본질에 관한 새로운 관점의 제안”, 형사법연구 제25호, 2006.6.
- _____, “해양사고와 선원의 형사책임에 관한 몇 가지 검토”, 비교형사법연구 제18권 제1호, 2016.
- 이형국/김혜경, 형법총론 제5판, 법문사, 2019.
- 임 응, 형법총론 제8정판, 법문사, 2016.
- 전지연, “부작위에 의한 참가”, 형사법연구 제5호, 1992.
- 한정환, “형법 제34조 ‘간접정범’”, 형사법연구 제29권 제2호, 2017.6.

Krüger, Matthias, Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten, ZIS 2011.

Sliedregt, E. V., Individual Criminal Responsibility in International Law, Oxford University Press, 2012.

[Abstract]

Study on the method of enhancing criminal liability of
superiors in complicity law*

Park, Kyung-Gyu**

It is expressly stipulated in the Article 34(2) of the Korean Criminal Code in the following way: “Article 34 (Principal through Innocent Human Agent and Aggravation of Punishment for Particular Instigation or Aiding and Abetting) ② A person who causes the results envisaged in the preceding paragraph by instigating or aiding and abetting another person who is under his/her control and supervision, shall be punished by increasing one half of the maximum term or maximum amount of penalty provided for the principal in the case of instigating, and with the penalty provided for the principal in the case of aiding and abetting.” However, our court doesn’t apply this provision.

It is addressed in this article whether punishing a superior severely by applying Article 34, Section 2 actively can be concordant with other provisions in the chapter of complicity of the Code and Article 5 of the Act on Punishment, ect of Crimes under Jurisdiction of the International Criminal Court. The author of this article suggests that the Article 34 of the Korean Criminal Code is more outstanding than the Article 25 of the German Criminal Code because that Code divides cases of committing a crime by another person in several categories and attributes proper punishment to a mastermind.

Keywords : superior responsibility, indirect perpetrator, special accomplice,
omission liability, forms of participation

* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea (NRF-2017S1A5B5A07065140).

** Associate Research Fellow at the KIC / Ph.d. in Law

