

刑法 第33條에 관한 研究

孫 徠 權

(建國大學校 法科大學 教授)

< 目 次 >

- | | |
|---------------------------------|--|
| I. 序 | 4. 제33조 단서의 적용 |
| II. 刑法 第33條가 規定한 身分概念의 包攝範圍와 分類 | IV. 형법 제33조에 명시적으로 포섭되지 아니하는
공범과 신분의 문제 |
| 1. 형법 제33조의 신분개념의 포섭범위 | 1. 소극적 신분과 공범 |
| 2. 형법 제33조와 관련한 신분의 분류 | 2. 형벌조각적 신분과 공범 |
| III. 刑法 第33條의 解釋論 | V. 刑法 第33條에 대한 立法論 |
| 1. 規律範圍 | VI. 맺음말 |
| 2. 제33조 본문과 단서의 관계 | |
| 3. 제33조 본문의 적용 | |

I. 序

우리 나라 형법 제33조는 일정한 신분범을 실현하는데 있어서 신분있는 자와 신분없는 자가 함께 공범으로 관여되었을 경우에 각 공범자를 처벌하는 방법을 규정한 것이다. 즉 우리 나라 형법 제33조는 “신분관계로 인하여 성립될 범죄에 가공한 행위는 신분관계가 없는 자에게도 전3조의 규정을 적용한다. 다만 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우에는 중한 형으로 벌하지 아니한다”고 규정하고 있다. 이 규정의 본문에서 말하는 전3조에는 교사범과 중범을 의미하는 협의의 공범은 물론 공동정범도 포함되어 있다. 여기서 공동정범을 일단 제외한다면, 형법 제33조의 본문은 (협의의) 공범의 정범에 대한 철저한 종속성(Akzessorietät)·연대성을 규정한 것이고, 단서는 공범의 정범종속성을 부정하고 각자 개별화한 규정이다. 이와 유사한 규정이 독일 형법에도 있다. 우선 독일 형법 제28조 1항은 “정범의 범죄성립에 기초를 이루는 특별한 인적 요소(제14조 1항)가 공범(교사범 또는 중범)에게 존재하지 아니하는 때에는 그에 대한 형은 제49조 1항에 따라서 감경한다”고 규정하고 있

다. 즉, 독일형법 제28조 1항은 형벌구성적 신분이 결여된 공범에 대해 형벌만 감경할 뿐 범죄의 성립은 여전히 정범에 종속시키고 있다.¹⁾ 따라서 독일형법 제28조 1항은 범죄성립에 있어서 공범의 정범종속성을 규정한 점에서 우리나라 형법 제33조 본문과 같은 내용이 된다(그러나 비신분자에 대한 형감경은 우리 형법 제33조 본문에는 없음). 따라서 독일 형법은 제28조 제1항을 통하여 형벌구성적 신분을 내용으로 하는 진정신분범에서 공범의 정범에 대한 종속성을 인정하면서 인적 요소가 결여된 공범에 대해서 형벌을 감경함으로써 어느 정도 그 종속성을 완화(Lockerung der Akzessorietät)시키는 규정을 두고 있는 것이다. 그리고 독일 형법 제28조 2항은 “법률이 특별한 인적 요소를 형의 가중, 감경 또는 조각사유로 정하고 있는 때에는 그 규정은 그 인적 요소가 존재하는 관여자(정범 또는 공범)에 대해서만 적용한다”고 규정하고 있고, 더 나아가 제29조는 “모든 공범관여자는 다른 관여자의 책임과는 관계없이 자기책임에 따라 처벌된다”고 규정하고 있다. 즉, 독일형법 제28조 제2항과 제29조는 공범의 정범에 대한 종속성을 부정하고 각자의 개별성을 인정한 규정으로서 우리나라 형법 제33조 단서와 취지를 같이 하는 것이다. 다만 독일 형법 제29조의 내용은 같은 구성요건내에서 정범과 공범 사이에 책임을 각자 개별화 하는 것임에 반하여, 제28조 제2항은 경우에 따라 -구성요건을 달리하는 형벌가감적 인적 요소인 경우-신분이 결여된 공범에게는 정범과 다른 구성요건이 적용됨으로써 구성요건의 변경(Tatbestands-verschiebung)을 가능하게 한다.

그런데 공범과 신분의 문제를 해결하는 실정법적 근거가 되는 형법 제33조에 관하여 우리나라에서 소개되고 있는 이론은 매우 복잡하고 견해대립도 첨예하다. 그리고 형법 제33조는 공범과 신분(특히 소극적 신분)에 관한 모든 문제를 규율하고 있지 않으므로 그 해결을 이론에 맡기는 부분도 적지 않다. 이러한 형법 제33조에 대하여 아래에서 필자 나름대로의 해석론과 입법론을 개진하고자 한다.

II. 刑法 第33條가 規定한 身分概念의 包攝範圍와 分類

1. 형법 제33조의 신분개념의 포섭범위

(1) 身分概念의 發展推移

일반적으로 형법 제33조의 신분이란 「남여의 성별, 내·외국인의 구별, 친족관계, 공무원인 자격과 같은 관계에만 한정하지 않고 모든 일정한 범죄행위에 관한 범인의 인적 관계인 특

1) Kühl, AT, § 20 Rn. 150

수한 지위 또는 상태를 가리킨다」는 일본판례의 신분정의를 우리나라의 통설로 답습되어 왔다. 그러나 독일 형법 제14조(타인을 위한 행위)와 제28조가 규정하는 「특수한 인적 요소(besondere persönliche Merkmale)」의 해석에 나타난 신분의 개념이 최근에 국내에도 널리 소개되고 있다.²⁾ 여기의 인적 요소에는 성별·연령·친족관계와 같이 사람의 정신적 육체적 또는 법적 본질요소가 되는 인적 특수성질(persönliche Eigenschaft), 친족·공무원·의사 등과 같이 사람의 사회에서의 지위를 뜻하는 인적 특수관계(persönliche Verhältnisse) 및 영업성·상습성·누범·특수한 심정표지와 같은 인적 특수상태(persönliche Umstände)가 포함된다. 독일 형법 제14조 및 제28조의 인적 요소에 '인적 특수상태'가 포함되었기 때문에 그 인적 요소는 반드시 계속성(Dauerhaftigkeit)을 가질 필요가 없다. 따라서 목적(Absichten), 심정(Gesinnungen), 경향(Tendenzen)과 같은 주관적 요소도 개념적으로는³⁾ 독일 형법상의 인적 요소가 될 수 있다는 것이 독일의 통설과⁴⁾ 판례⁵⁾이다. 다만 독일의 통설에 따르면 제28조가 적용되는 인적 표지는 행위자에 관련된 표지(täterbezogene Merkmale)에 한하고, 행위에 관련된 표지(tatbezogene Merkmale)는 이에 포함되지 아니한다. 양자의 구별에 관하여 Samson은 법의침해에 관련된 인적 표지는 행위관련적이고 행위자에 의한 특별한 의무침해, 행위자에게 특별히 윤리적으로 비난할 수 있는 심정 또는 행위자의 인적 위험성을 표시하는 요소는 행위자관련적이라고 한다.⁶⁾ 행위자에 관련된 인적표지에 한하여 독일형법 제28조(우리 형법 제33조)의 특례에 해당하는 인적 표지로 포섭시키는 독일의 통설은 우리나라에서도 점차 수용되는 추세에 있다.⁷⁾ 그러나 구체적인 점에서는 아래에서 보는 바와 같은 견해의 대립이 있다.

(2) 非繼續的 主觀要素의 身分認定與否

1) 이원론과 일원론

우리나라의 소수설 중에는 본문의 신분과 단서의 신분을 구별하는 이원적인 신분개념을 제시하는 것이 있다.⁸⁾ 즉 형법 제33조 본문의 신분은 '사회적 법률적으로 인적 관계에서 특정한 의무를 부담하게 되는 지위 또는 자격'을 의미하고 단순한 범죄의 상습성이나 목적과 같은 행위자의 영속적 또는 일시적인 심리상태는 포함되지 않는다고 한다. 이에 대하여 단

2) 이에 대한 소개로는 김일수, 형법 제33조, 고시계 1990년 7월, 127면

3) 다만, 이것이 독일형법 제14조 내지 제28조의 특례가 적용되는 인적 표지가 되는가는 별개의 문제로 남는다.

4) Roxin, LK, § 28 Rn. 36; S./S./Cramer, § 28 Rn. 20; Samson, SK, § 28 Rn. 15

5) BGHSt 22, 375; 23, 39

6) Samson, SK, § 28 Rn. 19

7) 정성근, 형법상의 신분개념, 형사법연구, 제11호 1999년, 110면; 동인, 형법상의 신분(상), 고시연구 1986년 5월, 20면; 김일수, 앞의 글, 127면; 이재상, 형법총론, 454면; 이형국, 형법총론연구(II), 647면

8) 엄정철, 공범과 신분의 법적 구조에 관한 연구, 183면 이하; 이의 소개로는 정성근, 형법상의 신분(상), 고시연구, 1986년 5월, 16면

서의 신분은 본문의 신분보다 넓게 이해하여 '형을 가중·감경하는 원인이 되는 지위·자격·상태'이면 충분하고 그것이 계속적이든 일시적이든 상관할 필요가 없다고 한다. 이에 따르면 남녀의 성별, 내외국인의 구별과 같은 자격과 상습성·목적 등은 이로 인하여 특정한 의무를 부담하는 것이 아니므로 본문의 신분이 될 수 없으며, 또 목적범에 있어서의 목적(영리목적), 특수한 범죄동기 등은 일시적·심리적 상태이지만 형을 가중하는 원인인 상태이므로 단서의 신분에 해당하게 될 것이다. 그러나 우리나라의 통설은 신분개념을 본문과 단서로 나누어서 이원적으로 바라보지 않고 일원적으로만 이해한다.

2) 비계속적 주관요소의 포함여부

우리나라의 다수설에 의하면 제33조의 신분에는 고의, 목적, 경향, 표현 따위의 주관적 요소는 아직 포함되지 않는다. 특히 일반적 주관적 불법요소인 고의와 특별한 주관적 불법요소인 목적·표현·경향 등은 행위관련적 표지이기 때문에 신분개념에 포함되지 않는다는 견해가 제시되기도 한다.⁹⁾ 그러나 비계속적인 주관요소도 제33조의 신분이 되는 것으로 보는 견해가 점차 대두되고 있다. 즉 누범, 영리목적, 행사의 목적, 상습성과 자수자와 같은 일시적인 심정 동기 등의 일시적 사정도 모두 제33조의 신분에 해당된다는 것이다. 다만 범죄의 성립 내지 형벌의 경중이 행위자의 일신과 관계되는 사정(즉 행위자관계적 요소)와 행위자의 외부에 존재하는 행위요소에 기인한 객관적 사정(즉 행위관계적 요소)를 구별하여 전자만이 신분이 되고, 후자는 공범종속성설이 당연히 적용되는 것으로서 신분이 아니라고 한다.¹⁰⁾ 최근의 판례도 모해목적을 가진 자가 모해목적없는 고의있는 자를 교사하여 위증케 한 사안에서 "형법 제33조 소정의 이른바 신분관계라 함은 남녀의 성별, 내외국인의 구별, 친족관계, 공무원의 자격과 같은 관계뿐만 아니라 널리 범죄행위에 관련된 범인의 인적 관계인 특수한 지위 또는 상태를 지칭하는 것이다. 형법 제152조 제1항과 제2항은 위증을 한 범인이 형사사건의 피고인 등을 모해할 목적을 가지고 있었는가 아니면 그러한 목적이 없었는가 하는 범인의 특수한 상태의 차이에 따라 범인에게 과할 형의 경중을 구별하고 있으므로, 이는 바로 형법 제33조 단서 소정의 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우에 해당한다고 봄이 상당하다"고 동일하게 판시하였다.¹¹⁾

9) 이상의 논거로는 김일수, 형법 제33조, 고시개 1990년 7월, 127면 이하

10) 이상의 논거로는 정성근, 형법상의 신분(상), 고시연구 1986년 5월, 16면 이하; 차용석 교수도 일시적인 심리상태도 신분에 포함시킬 수 있다는 점에서는 정성근 교수의 견해와 같이 한다. 그러나 차용석 교수는 행위관련적 요소인가 행위자관련적 요소인가를 구별하여 포함여부를 결정하지 않고 단지 그것이 위법신분인가 책임신분인가에 따라 형법 제33조 본문 내지 단서의 적용여부를 따지고 있다('공법과 신분', 고시연구 1986년 5월, 24면 이하).

11) 대판 1994.12.23, 93도1002; 이 판례에 대한 평석으로는 拙稿, 1995년 형법중요판례평석, 고시연구 1996년 5월, 164면 이하; 신동운, 모해위증죄의 교사범과 신분관계, 법조 1995년 8월, 114면 이하

3) 비판

우선 상기한 이원적 신분개념에 대해서는 정범과 협의의 공범 사이에서 그렇게 나눌 실익이 없다는 비판이 제기될 수 있다. 예컨대 일시적 심리상태를 형법 제33조 본문에 포함시키지 않으면 결국 이론에 의해 공범은 정범에 종속되는데 이것은 제33조의 본문에 포함시켜 본문을 적용한 경우와 똑 같아지기 때문이다. 다만 상기한 이원론은 제33조 본문의 공동정범을 적용할 때에는 의미를 가지게 된다. 즉 단순한 일시적 심리상태는 본문의 신분에 포함되지 않으므로 그것이 없는 자는 그것이 있는 자와 공동정범이 될 수 없다는 특별한 의미를 가지게 된다. 그러나 상기한 이원론은 이러한 공동정범 적용규정의 문제를 해결하기 위하여 주장한 것은 아닌 것으로 사료된다. 따라서 본문과 단서의 신분개념은 일원적으로 파악되어야 한다. 이 경우 일시적인 심리상태를 제33조의 신분개념에 포함시킬 것인가에 대해서는 그 가능성을 인정하는 견해가 타당한 것으로 판단된다. 다만 일시적인 심리상태라는 주관요소 중에서 행위자관련적인 것만을 신분에 포함시키고 행위관련적인 것은 이에 포함시키지 않아야 한다. 그런데 계속성 없는 일시적인 심리상태에 해당하는 주관적 요소는 행위관련적인 것만 있는 것이 아니라 행위자관련적인 것도 있다. 예컨대, 형법 제288조가 규정한 약취·유인의 죄에서 '영리목적'을 가감적 위법신분으로 보는 견해가 많다.¹²⁾ 그리고 '비열한 동기' '은폐의 목적', 행위자를 특징지우는 '동기' 등도 행위자관련요소라고 한다.¹³⁾ 그런데 모해위증죄의 '모해할 목적'과 같은 주관요소가 제33조의 신분에 포섭되는 행위자관련적 인적 요소인지가 최근에 문제되었다. 목적범의 目的에 대하여 독일의 판례는 그것이 외적 요소를 대신하는 요소로서 존재하고, 사실적인 완료에 속하는 결과를 내용으로 하는 경우에는 행위관련적이라고 한다.¹⁴⁾ 이러한 행위에 관련된 인적 표지에서는 공범이 정범에게 그 표지가 존재한다는 것을 알면서 가담한 경우에 공범은 철저히 정범에 종속된다. 그런데 우리나라의 다수설은 형벌근거적인 인적 요소에 대해서는 대체적으로 행위관련적인 것으로 본다. 즉, 통화위조죄의 '행사의 목적', 재산범죄에서의 '불법영득(이득)의 의사' 등은 행위관련적 인적 요소라는 것이다. 그런데 모해위증죄의 '모해할 목적'은 형벌가중적 요소이다. 그리고 '모해할 목적'은 대개 '피고인, 피의자 또는 징계혐의자에게 불리하게 할 일체의 목적'이라고 정의된다. 이러한 정의에 기초하여 모해위증죄의 '모해목적'은 피해자에게 가해지는 각종의 객관적인 불이익을 가르키는 행위관련적 요소가 된다는 견해가 있다.¹⁵⁾ 그러나 '모해목적'은 위증죄의 보호법익인 국가형사사법의 기능을 해치려는 행위요소가 아니고 행위자가 행위시 가지고 있는 특별히 주관적으로 비난할 만한 위험성을 의미하는 행위자관련적 인적 요소인 것으로 판단된다.¹⁶⁾

12) 예컨대, 김일수, 형법 제33조, 고서계 1990년 7월, 130면; 정성근, 공범과 신분, 월간고지 1986년 9월, 98면

13) 정성근, 형법상의 신분개념, 형사법연구, 제11호 1999년, 110면

14) BGHSI 22, 380

15) 신동운, 모해위증죄의 교사범과 신분관계, 법조 1995년 8월호, 132면

16) 이에 대해서는 이미 손동권, 형법사례연구(전정판), 법원사 2000년, 403면

2. 형법 제33조와 관련한 신분의 분류

(1) 형식적 분류

형법 제33조는 공범의 정범에 대한 종속성·연대성을 내용으로 하는 본문과 이를 부정하고 각자 개별화하는 단서로 나누어져 있다. 즉 본문에 해당하는 신분은 정범에 종속되고 단서에 해당하는 신분은 정범에 종속되지 않고 개별화된다. 그런데 어떠한 신분은 본문에 해당하는 신분이고 어떠한 신분은 단서에 해당하는 신분인가에 대해서는 견해의 대립이 있다. 이는 신분의 분류를 어떻게 할 것인가와 관련이 있는 문제이다. 우리나라의 통설에 의하면, 형법 제33조의 본문은 범죄구성적 -형벌을 기준으로 표현한다면 형벌근거적- 신분을 규정한 것이고, 단서는 형벌가감적 신분을 규정한 것으로 본다. 그리고 통설은 제33조에 포섭되는 상기의 2가지 신분 이외에 이와는 별도로 - 우리 형법에는 규정이 없으나 독일형법에는 제28조 2항에 규정이 있는- 역시 실정법에 기초하여 형벌을 조각시키는 소극적 신분을 인정한다. 이러한 실정법상의 형벌을 기초로하여 신분을 3가지로 분류하는 방법을 '전통적 분류'·'형식적 분류'라고 부른다. 그 내용은 다음과 같다.

1) 구성적 신분(strafbegründe persönliche Merkmale)

구성적 신분이란 일정한 신분이 있어야 비로소 범죄가 성립되는 경우의 신분을 말한다. 이러한 구성적 신분의 존재를 성립요건으로 하는 범죄를 진정신분범(echte Sonderdelikt)이라고 한다. 수뢰죄(제129조), 위증죄(제152조), 횡령 및 배임죄(제355조) 등이 이에 해당한다. 구성적 신분에는 이론적으로 구성적 위법신분만이 존재하고 구성적 책임신분은 존재할 수 없다. 왜냐하면 위법성이 존재하지 않고 비로소 책임요소만으로 범죄가 성립할 수는 없기 때문이다(위법성이 존재하지 않으면 책임여부와 관계없이 범죄는 성립하지 아니한다).¹⁷⁾

2) 가감적 신분(strafmodifizierende persönliche Merkmale)

가감적 신분이란 신분이 없어도 범죄는 성립하지만 그 신분에 의하여 형벌이 가중 또는 감경되는 경우의 신분을 말한다. 이러한 가감적 신분이 규정된 범죄를 부진정신분범(unechte Sonderdelikt)이라고 한다. 존속살해죄(제250조 2항)에서 직계비속, 영아살해죄(제251조)에서 직계존속, 업무상횡령죄(제356조)에서 업무상 지위 등이 이에 속한다. 가감적 신분은 이론적으로 다시 가감적 위법신분과 가감적 책임신분으로 나누어 질 수 있다. 그런데 "구성적 신분=위법신분 --> 연대적 작용", "가감적 신분=책임신분 --> 개별적 작용"의 구

17) 적절한 지적으로는 김일수, 형법 제33조, 고시계 1990년 7월, 136면; 박양빈, 공범과 신분, 고시연구 1991년 6월, 49면 이하

분도식을 그리는 견해가 있다.¹⁸⁾ 그러나 여기에는 틀린 부분이 있다. 먼저 구성적 책임신분은 이론적으로 있을 수 없기 때문에 전자의 “구성적 신분=위법신분 --> 연대적 작용”의 도식은 타당하다. 그러나 가감적 신분에는 책임신분만이 있는 것이 아니라 가감적 위법신분도 있다. 따라서 후자의 도식은 “가감적 신분=위법 또는 책임신분 --> 개별적 작용”으로 바꾸는 것이 정확하다.

3) 소극적 신분(strafausschließende persönliche Merkmale)

소극적 신분이란 행위자에게 일정한 신분이 있으면 범죄의 성립 또는 형벌이 조각되는 경우의 신분을 말한다. 이에겐 예컨대 일반인에게 금지된 의료행위를 특정신분자(유면허의사)에게 허용하는 경우의 의사신분과 같은 위법조각적 신분, 역시 특별히 책임을 조각하는 형사미성년자(제14조)와 같은 책임조각적 신분, 범죄성립을 인정하되 특별히 형벌을 면제하는 친족상도례(제328조)에 있어서의 친족의 신분과 같은 형벌조각적 신분이 여기에 해당된다. 여하튼 소극적 신분은 우리 형법 제33조에 포섭되는 신분이 아니기 때문에 종속성 여부는 구체적 사례에 따라 공범이론에 의하여 해결하여야 한다(자세한 내용은 아래에서 논한다).

(2) 실질적 분류

신분은 위법신분과 책임신분으로도 분류된다. 이러한 분류는 실정법의 -즉 형식적인- 형벌조항과는 관계없이 신분의 법적 실질을 기초로하여 나누는 것이기 때문에 ‘실질적 분류’라고 불리워진다. 이러한 분류는 일찍이 오스트리아의 쟈멜(Zimmerl)에 의하여 주장되고 오스트리아 형법에 도입된 것이다. 이 견해는 실정형법의 형벌조항에 의한 쉬운 분류방법을 취하지 않고 신분의 실질을 기초로하여 분류하기 때문에 우리 형법상의 신분요소에 대하여 그것이 위법신분인지 책임신분인지를 밝혀야 하는 과제를 불가피하게 떠안게 된다. 특히 실정법에 규정되어 있는 형벌가감적 신분요소가 가감적 위법신분인지 가감적 책임신분인지를 -통설에서는 필요없는 작업이다- 반드시 구별하여야 한다. 이러한 입장에 있는 정성근 교수의 구체적 구별에 의하면, 우리 실정법상 가감적 신분요소로 되어 있는 구성요건 중에서 도주원조죄·직권남용죄·미성년자에 대한 영리목적 약취유인죄 등의 신분을 가감적 위법신분으로, 상습범·업무상의 범죄·존속살해죄·누범자의 신분을 가증적 책임신분으로, 영아살해죄·한정책임능력자·책임감경의 자수·자복자인 신분을 감경적 책임신분으로 각각 구분한다.¹⁹⁾

18) 김일수, 앞의 글, 135면

19) 정성근, 공범과 신분, 고시계 1988년 6월, 133면; 기타의 신분요소에 대해서 정성근 교수는 강간죄·수뢰죄·위증죄·횡령죄·비밀침해죄 등의 신분을 구성적 위법신분으로, 의사·경찰관·유면허운전자를 위법조각적 신분으로, 범인은닉죄·

III. 刑法 第33條의 解釋論

1. 規律範圍

형법 제33조는 신분과 공범에 관한 모든 경우를 규율하고 있는 것은 아니다. 형법 제33조는 형벌근거적 신분(strafbegründe persönliche Merkmale)과 형벌가감적 신분(strafmodifizierende persönliche Merkmale)에 대하여 규정하고 있을 뿐 형벌조각적 신분(strafausschließende persönliche Merkmale)에 대해서는 언급이 없는 것은 명백하다. 그리고 동조는 비신분자가 신분자에 가담한 경우를 명백히 규정하였으나 신분자가 비신분자의 실행행위에 가담한 경우를 규율하고 있지는 않는 명백하지 않다. 아래에서는 형법 제33조가 명백히 포섭하는 실정법적 부분에 대해서 먼저 논하고, 기타의 부분에 대해서는 별도로 살펴보기로 한다.

2. 제33조 본문과 단서의 관계

(1) 형식적 분류에 따른 해석론

1) 견해대립

제33조가 진정 및 부진정신분범과 공범에 관한 규정임은 명백하나 본문과 단서의 관계에 관해서는 견해의 대립이 있다. 다수설은 본문은 구성적 신분을 요소로 하는 진정신분범에 관한 규정이고, 단서는 가감적 신분을 요소로 하는 부진정신분범에 관한 규정으로 본다.²⁰⁾ 즉 본문은 진정신분범에 가공한 비신분자에게도 신분의 연대적 작용을 규정한 것이며, 단서는 부진정신분범의 공범성립과 그 과형에 있어 책임의 개별화를 선언한 것이라고 본다. 따라서 다수설에 따르면 갑이 을을 교사하여 을의 아버지 병을 살해케 하였다면 을은 존속살해죄의 정범으로 성립·처벌되고, 갑은 보통살인죄의 교사범으로 성립·처벌된다. 이에 대하여 소수설은 본문은 진정·부진정을 막론한 신분범 일반에 대한 공범성립의 규정이고 단서는 부진정신분범에 관한 과형문제를 규정한 것으로 본다.²¹⁾ 따라서 소수설에 의하면 갑이 을을 교사하여 을의 아버지를 살해케 한 경우에 을은 존속살해죄의 정범으로 성립·처벌되고, 갑에게는 존속살해죄의 교사범이 성립하지만 보통살인죄의 교사범에 해당하는 법정형으로 처

중거인멸죄·책임면제의 자수 자복 등의 신분을 책임조각적 신분으로 분류한다.

20) 이재상, 형법총론, 제4판, 480면; 이형국, 형법총론, 370면; 박상기, 형법총론, 477면; 배종대, 형법총론, 525면; 손해목, 형법총론, 1111면

21) 진계호, 형법총론, 401면; 신동운, 공범과 신분, 고시계 1991년 12월, 45면

별된다.

2) 비판

범죄의 성립과 과형은 분리해서 고찰할 수 없고, 본문을 부진정신분범에 대하여도 적용하여 공범성립의 근거를 찾으려면 진정신분범에 대한 과형의 규정이 없게 되며, 본문은 「신분관계로 인하여 성립될 범죄」라고 규정하고 있는데 반하여 부진정신분범은 신분관계로 인하여 비로소 범죄가 성립되는 경우도 아니다. 따라서 부진정신분범을 본문에 포함시키다면 이것은 문리해석에 반한다. 그리고 신분으로 인하여 형의 경중이 있는 것을 부진정신분범으로 정의한다면 소수설은 형벌가감적 책임신분에 의한 부진정신분범도 형법 제33조 본문에 포함시켜 연대성을 인정하여야 하는데, 이는 책임의 개별화원칙에 어긋나는 것이다. 따라서 제33조 본문은 진정신분범, 더 정확하게는 형벌「구성적 위법」신분만의 규정이라고 보는 다수설이 타당하다.

(2) 실질적 분류에 따른 해석론

1) 주장내용

신분에 대해 실질적 분류를 하는 견해는 제33조 본문의 신분은 위법신분을 규정한 것이고, 단서의 신분은 책임신분을 규정한 것으로 본다.²²⁾ 그런데 가감적 위법신분에 대하여 본문을 적용하여 연대작용을 인정하게 되면 죄형법정주의에 반하고 비신분자에게 가혹한 처벌이 된다는 이유로 가감적 위법신분에 있어서는 본문을 적용한 후 다시 단서를 준용하는 것이 타당하다는 견해가 있다.²³⁾ 이에 따르면, 예컨대 직권남용죄에 가공한 비공무원에게는 본문에 의하여 직권남용죄의 공범을 인정하되 단서를 적용하여 감경된 일반죄의 형을 과하여야 한다는 것이다. 그러나 “위법신분에 가공한 자에 대하여 본문을 적용한다고 해서 반드시 죄형법정주의에 반한다고 할 수 없고 특히 작량감정으로 경하게 처벌할 수 있으므로 가혹한 처벌이 되는 것은 아니다”는 견해도 있다.²⁴⁾

여하튼, 이러한 실질적 분류에 기초한 견해는 형식적 분류에 따라 본문과 단서를 적용하는 우리나라 다수설의 문제점을 다음과 같이 지적한다. 신분을 구성적 가감적으로 구별하는 한 동일한 내용과 성질을 가진 신분이 각각 다른 작용을 하게 되는 이유를 설명할 수 없다. 본문과 단서의 관계를 합리적으로 설명할 수 없다고 하면 신분의 분류도 형식적인 규정만으로 구별할 것이 아니라 제33조에 근거하여 각각 다른 작용을 하게 되는 실질적인 근거를

22) 정성근, 공범과 신분(중), 월간고시 1986년 8월, 105면 이하; 박양빈, 공범과 신분, 고시연구 1991년 6월, 47면; 차용석, 공범과 신분, 고시연구 1986년 5월, 21면 이하

23) 차용석, 앞의 글, 25면

24) 정성근, 공범과 신분(중), 월간고시 1986년 9월, 101면 (주) 65

찾아야 한다.

2) 비판

신분을 위법신분과 책임신분으로 분류하여 전자에게는 제33조 본문이, 후자에게는 단서가 적용된다는 견해는 설득력을 가지기 어렵다. 왜냐하면 이 견해는 “위법요소=연대적, 책임요소=개별적”이라는 공범의 일반이론을 행위자에게 고유한 요소인 “신분법”에도 그대로 적용하는 것에 불과하기 때문이다. 공범과 신분에 관한 규정이 특별히 존재하는 이유는 신분이란 것은 행위자에 고유한 요소이므로 가능한 별개로 취급되어야 한다는 데에 있다. 이는 책임신분은 물론이고(또한 책임요소는 공범과 신분의 규정이 없더라도 책임개별화의 이론에 의하여 동일하다) 위법신분인 경우에도 그것이 행위자에 고유한 신분인한 동일하다. 그리고 원칙적으로 그것이 형벌구성적이든 형벌가감적이든 동일하다. 그렇기 때문에 독일형법은 형벌구성적 신분은 정범에 종속시키되 반드시 형을 감경해 주고 있고, 형벌가감적 신분인 경우에는 개별화함으로써 신분을 특별취급하고 있다. 그런데 만약 소수설과 같이 “가감적 위법신분=연대적=형법 제33조 본문적용”의 도식을 고집한다면 이는 제33조의 문리해석을 어겨서 행위자에게 고유한 요소인 ‘신분’없는 자를 특별취급해 주어야 하는 기회를 스스로 포기하는 것이 된다. 이 경우에 소수설이 신분없음에 대하여 특별취급할 수 있는 방법은 우리 형법상으로는 중한 범죄의 연대적 성립에 기초한 작량감경밖에 없다. 그러나 각칙상의 가감적 ‘구성요건’을 두고 총칙상의 작량감경의 규정을 통하여 우회하는 것은 바람직하지 않다. 따라서 ‘가감적 신분’은 그것이 행위자에게 고유한 신분인한 위법신분이든 책임신분이든 구별하지 않고 모두 제33조 단서가 적용된다는 다수견해가 이론적으로 타당하고 또한 그것이 우리 형법 제33조의 문리해석과도 일치한다. 그런데 단서에 대해 책임의 개별화만을 규정한 것으로 이해하는 우리나라 다수설은 다소 미흡한 해석이다. 오히려 가감적 신분요소의 개별적 작용을 규정한 것으로 표현하는 것이 더욱 정확하다. 왜냐하면 가감적 신분요소에는 그 실질이 가감적 책임요소인 것 뿐만 아니라 가감적 위법요소도 있기 때문이다. 오히려 가감적 책임요소가 개별화되어야 하는 것은 이론상 당연하므로 형법 제33조 단서가 가감적 위법요소에 적용되는 점에서 특별한 의미를 가지는 것이다(그렇기 때문에 독일형법은 공범과 신분에 관한 제28조 이외에 책임요소의 개별화에 관한 제29조를 별도로 규정하고 있는 것이다).

3. 제33조 본문의 적용

(1) 진정신분범과 협의의 공범 및 공동정범

제33조 본문의 「신분관계로 인하여 성립될 범죄에 가담한 행위는 신분관계가 없는 자에게도 전3조의 규정을 적용한다」는 의미는 진정신분범에 가담한 비신분자는 신분이 없더라도 진정신분범의 공범이 성립된다는 것이다. 이는 진정신분범에 가담한 비신분자에게도 신분의 연대적 작용을 규정한 것이다. 공범종속성설에 의하면 종속성이 인정되는 협의의 공범(즉 교사범과 종범)에 있어서 정범에게 신분이 있는 한 비신분자도 그 공범이 될 수 있는 것은 당연하다. 문제는 제33조 본문이 「전3조를 적용한다」고 하여 비신분자가 진정신분범의 협의의 공범(교사범 및 종범) 이외에 정범인 공동정범도 될 수 있도록 한 데 있다. 예컨대, 공무원이 아닌 자도 공무원과 공동하는한 수뢰죄의 공동정범이 될 수 있다. 그러나 진정신분범에 있어서 신분은 정범이 되기 위한 구성요건요소, 즉 정범적격(Tätereigenschaft)의 요소가 된다. 따라서 공동정범도 정범이므로 공동정범의 각자에게 신분이 있음을 요한다고 해야 한다. 이러한 의미에서 본문은 교사범과 종범에 대한 관계에서는 당연한 규정이지만, 공동정범에 대해서는 공동정범이 될 수 없는 자를 예외적으로 공동정범이 될 수 있도록 한 특별규정의 의미를 갖는 것으로 이해된다.

(2) 진정신분범과 간접정범

형법 제33조 본문과 관련하여 비신분자도 진정신분범의 간접정범이 될 수 있는가가 문제된다. 이에 대하여 소수설은 형법은 간접정범을 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌하도록 하고 있고(제34조 1항), 교사 또는 방조에는 당연히 형법 제33조 본문이 적용되므로 비신분자도 진정신분범의 간접정범이 될 수 있다고 한다.²⁵⁾ 그러나 진정신분범에 있어서 신분은 정범적격의 요소이고, 제33조 본문이 정범인 공동정범을 포함시킨 것은 이론적으로 불가능한 것을 예외적으로 특별규정한 것에 불과하며, 이러한 형법의 특별규정도 간접정범에는 없기 때문에 비신분자는 진정신분범의 간접정범이 될 수 없다고 해석하는 것이 타당하고 또한 우리나라의 다수설이기도 하다.²⁶⁾

25) 차용석, 공범과 신분, 고시연구 1986년 5월, 35면

26) 이재상, 형법총론, 482면; 손해목, 형법총론, 1112면; 이형국, 형법총론, 371면; 배종대, 형법총론, 526면; 김일수, 형법총론, 543면

(3) 신분자가 비신분자에 가공한 경우

형법 제33조 본문은 신분자가 비신분자에게 가공한 경우에도 적용된다는 견해가 있다.²⁷⁾ 그러나 제33조 본문은 형벌구성적 위법신분을 가진 진정신분법에 있어서 비신분자가 가공한 경우에만 적용되는 것이고, 그 반대로 신분자가 비신분자에 가공한 경우에는 공범이론에 의하여 해결하여야 한다. 즉 진정신분법에서 신분자가 비신분자에게 가공한 경우에는 제33조 본문이 적용되어서는 안 된다.²⁸⁾ 왜냐하면 진정신분법에서의 신분은 공범성립의 여부에 앞서서 정범성을 결정하는 요소이기 때문이다. 따라서 예컨대 공무원이 비공무원을 통하여 뇌물을 수수한 경우에는 배후의 신분자는 소위 진정신분법에서 '신분 없는 고의 있는 도구'를 이용한 경우에 해당하여 수뢰죄의 간접정범이 성립될 수 있다. 그리고 직접 실행한 비신분자는 수뢰죄의 중범이 될 것이다.²⁹⁾

4. 제33조 단서의 적용

[설문] 갑은 경찰 A를 교사하여 B를 영장없이 불법하게 체포 감금토록 하였으며, 영리목적 없는 음은 영리목적있는 C를 교사하여 미성년자 D와 성년자 F를 각각 약취유인케 하였다. 이 경우 갑과 음의 죄책은?

(1) 부진정신분법에서의 공범성립과 과형

1) 단순 부진정신분법의 경우

「신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우에는 중한 형으로 벌하지 아니한다」는 제33조 단서는 필자가 지지하는 다수설에 따르면 부진정신분법의 공범성립과 그 과형을 규정한 것이다. 이 규정은 가감적 '위법신분'에 대해서는 행위자에게 고유한 신분요소에 대하여 구성요건의 변경(Tatbestandverschiebung)을 통하여 특례를 인정한 것이고, 가감적 책임신분에 대해서는 동일한 구성요건 속에서 책임의 개별화원칙을 선언한 것으로 볼 수 있다. 그런데 우리나라 판례는 妻와 子가 공동으로 남편을 살해한 경우에 처에게도 존속살해죄의 공동정범을 인정함으로써 이와 다른 내용의 판시를 한 적이 있다(대판 1961.8.2, 4294형상284).

27) 엽정철, 공범과 신분, 새법정 1974년 4월, 45면

28) 이재상, 형법총론, 483면; 김일수, 형법총론, 543면; 손해목, 형법총론, 1113면; 이형국, 형법총론, 371면

29) 이에 대해서는 본인의 다른 글(간접정범에 관한 연구, 순해목교수 화갑기념논문집, 333면 이하)이 있으므로 여기서 자세한 논급은 생략한다.

2) 이중적 부진정신분범의 경우

업무상 횡령죄에 비신분자가 공범으로 가공한 경우에 대하여 구형법하의 판례는 '업무상 금전보관의 신분없는 피고인이 업무상 금전보관의 신분을 가진 자와 공모하여 횡령한 경우 형법 제33조 본문(구형법 제65조 1항)에 의하여 동법 제356조(구형법 제253조)의 공범이 성립하나 그 과형에 있어서는 동법 제33조 단서에 의하여 통상의 횡령죄의 형으로 처단해야 할 것이다'고 판시하였다.³⁰⁾ 이에 상응한 학설도 존재하고 있다.³¹⁾ 이에 대하여 실질적 신분 분류설은 업무상 횡령죄의 업무자라는 것이 가중적 위법신분이라면 가공자도 본문의 연대 작용에 의하여 업무상 횡령죄의 공범이 성립한다고 한다.³²⁾ 그러나 '본문-형법구성적 신분, 단서-형법가감적 신분'으로 나누는 다수설에 의하면 이 경우에 비신분자에게는 당연히 보통 횡령죄의 공범이 성립되고 또한 그 법정형에 기초하여 과형된다.

(2) 처벌방법

1) 가중적 신분범의 경우

우리 형법 제33조 단서는 단지 「중한 형으로 처벌하지 아니한다」고 규정하여 해석상 어려움을 유발하고 있다. 단서의 적용을 받는 신분에는 가중적 신분과 감경적 신분이 있다. 가중적 신분에 있어서는 비신분자는 중한 형으로 벌하지 아니하면 보통범죄의 공범이 되므로 구성요건의 변경 또는 책임의 개별화를 달성할 수 있게 되어 아무런 문제점이 없다. 예컨대 갑이 을을 교사하여 을의 父를 살해한 경우에 갑에게는 보통살인죄의 교사범이 된다. 그리고 상기한 [설문]에서 A에게는 공무원에 의한 체포감금죄(제124조)가 성립하지만 갑에게는 일반체포감금죄의 교사범이 될 것이다. 여기서의 공무원은 가감적 신분이므로 형법 제33조 단서가 적용되어야 하기 때문이다. 그리고 [설문]에서 약취유인을 교사한 을에게는 그 객체가 성년자 또는 미성년자인가에 따라 나누어 살펴보아야 한다. 객체가 미성년자인 경우의 영리목적은 가감적 신분인데 반하여(즉 형법 제33조 단서가 적용됨), 객체가 성년자인 경우에는 구성적 신분이다(즉 형법 제33조 본문이 적용됨). 따라서 객체가 미성년자인 경우에 C에게는 영리목적약취유인죄(가중구성요건)의 정범, 을에게는 미성년자약취유인죄(기본구성요건)의 교사범이 성립할 것이다. 그러나 객체가 성년자인 경우에는 C에게는 역시 영리목적약취유인죄의 정범, 을에게는 영리목적약취유인죄의 교사범이 성립할 것이다. 이 경우 을은 영리목적이 없는 똑같은 상황에서 그 객체가 미성년자인 경우가 성년자인 경우보다 더 가법

30) 대판 1953.1.20, 4285 형상 2; 대판 1961.10.5, 4294 형상 396; 그리고 공무원의 업무상 배임에 가공한 비공무원에 대하여 업무상 배임죄의 공동정범을 인정하기도 하였고(대판 1961.12.28, 4294형상564), 은행원 아닌 자가 은행원과 공모하여 업무상 배임죄를 범한 경우에 신분없는 자에게는 제33조 단서를 적용하여 배임죄로 처벌해야 한다고 판시하기도 하였다(대판 1986.10.28, 86도1517).

31) 차용석, 앞의 글, 31면

32) 정성근, 앞의 글, 101면; 다만 정성근 교수는 만약 업무자라는 신분이 책임신분이라면 비신분자는 단서에 의하여 단순횡령죄의 공범이 된다고 한다(동교수는 업무자를 책임신분으로 보는 것 같다).

게 처벌되어 이론적으로 모순이라는 비판도 제기된다.³³⁾ 그러나 객체가 성인자인 경우에도 을에게 영리목적이 없기 때문에 작량감경규정을 통하여 형이 감경되어야 하고, 그렇게 되면 형의 불균형문제는 해소될 수 있다.

2) 감경적 신분범의 경우

형법 제33조 단서의 적용은 감경적 신분에 관련될 경우에 약간의 장애사유를 지닌다. 예컨대 갑이 직계존속인 을의 영아살해에 가담하는 경우에 있어서는 비신분자인 갑은 중한 형으로 벌하지 아니하면 重한 보통살해죄가 아니라 輕한 영아살해죄의 공범이 될 뿐이라고 해석될 여지가 있다. 그러나 정범의 책임감경신분에까지 공범이 종속되는 것은 책임의 개별화원칙에 어긋난다. 따라서 신분요소가 없는 공범에게는 신분을 요하는 경한 범죄가 아니라 보통범죄의 구성요건이 적용되어야 한다. 종합적으로 요약하면, 가감적 신분에 있어서 형의 가중 또는 감경사유는 언제나 신분자 일신에 한하고 공범에게는 미치지 않는다는 독일 형법 제28조 2항의 규정과 같이 우리 형법 제33조 단서를 해석하는 것이 타당하다.

(3) 신분자가 비신분자에 가공한 경우

부진정신분범에 있어서 신분자가 비신분자에게 가공한 경우에는 각자 개별화되는 형법 제33조의 단서가 유추적용되어야 한다.³⁴⁾ 이 경우에도 책임의 개별화원칙 내지 구성요건개별화의 원칙이 당연히 적용되어야 하기 때문이다. 따라서 갑이 을을 교사하여 갑의 부를 살해하게 한 때 을은 보통살인죄의 정범, 갑은 존속살인죄의 교사범이 된다. 따라서 모해위증죄의 구성요건에 기술되어 있는 주관요소인 '모해의 목적'을 공범과 신분에 관한 형법 제33조 단서에 해당하는 신분으로 파악한다면, 모해목적있는 갑이 모해목적없는 을을 교사하여 위증케 한 경우에 을은 보통위증죄의 정범, 갑은 모해목적위증죄의 교사범이 된다. 이것이 상기한 우리나라 판례(대판 1994.12.23, 93도1002)의 태도이었다.³⁵⁾

33) 이러한 비판으로는 정성근, 형법상의 신분(하), 고시연구 1986년 6월, 118면 이하

34) 형법 제33조는 비신분자의 실행행위에 신분자가 가담한 경우도 규율한 것으로 보면 유추적용이 아니라 직접적용이 될 것이다.

35) 그러나 '모해의 목적'을 형법 제33조의 신분개념에 포함시키지 않는 견해는 상기한 갑과 을의 죄책을 일반적인 공범이론으로 결정하고자 한다. 그런데 이 경우는 목적 및 고의있는 갑이 소위 '목적없는 고의있는 도구'인 을을 이용하는 형태가 된다. 이 경우에 배후자에게 간접'정범'을 인정할 것인가 아니면 단순한 '공범'을 인정할 것인가의 문제가 발생한다. 다수설은 이 경우에 배후자에게 간접정범을 인정한다. 이 경우에 정범표지인 범행지배는 사회적 또는 규범적으로 파악되어야 하며 형법상 중요한 사태가 이용자의 목적이라는 특별한 주관적 요소를 통하여 비로소 발생할 수 있었기 때문에 목적 있는 이용자 갑에게 간접정범이 인정되어야 한다는 것이다. 그리고 을은 단순위증죄의 정범 또는 모해위증죄의 방조범이 될 것이다. 그런데 위증죄는 구성요건적 행위를 직접 실행한 자만이 정범이 될 수 있는 自手犯(eigenhändiges Delikt)이다. 즉 자수범에서는 구성요건적 행위를 하는 자만이 범행지배(Tatherrschaft)를 한 자, 즉 정범이 된다. 따라서 허위의 진술을 직접 행하지 않은 갑은 간접정범이 될 수 없다. 위증죄가 자수범이라는 장애사유 때문에 구성요건적 행위를 직접 행한 을이 정범이 되고 갑은 이에 종속되는 교사범이 된다. 그런데 정범인 을에게 모해목적이 없었다면 그는 단순위증죄의 정범이 될 뿐이다. 그리고 이 경우에 모해 목적을 가지고 교사한 갑은 종속성이론에 의하여 을이 범한 단순위증죄의 교사범으로 처벌될 뿐이다. 다만 갑이

IV. 형법 제33조에 명시적으로 포섭되지 아니하는 공범과 신분의 문제

1. 소극적 신분과 공범

형법 제33조는 구성적 신분과 가감적 신분, 즉 진정신분범과 부진정신분범에 대해서만 규정하고, 신분이 범죄의 성립 또는 가벌성을 조각하는 신분에 대해서는 아무 규정이 없다. 따라서 소극적 신분과 공범의 관계는 공범의 종속성이라는 일반이론에 따라 해결해야 한다.

(1) 불구성적(위법조각적) 신분과 공범

위법조각적 신분자의 행위에 비신분자가 가공한 경우에는 신분자의 적법행위에 비신분자가 관여한 것이 되어 범죄가 성립하지 않는다(공범이론에 의하여 해결). 그러나 신분자가 비신분자의 실행에 가공한 때에는 비신분자의 실행행위가 정범으로서의 구성요건해당성과 위법성이 충족되므로 신분자도 공범의 종속이론(제한적 종속형식)에 의해 정범의 범죄에 대한 공범이 성립한다.

(2) 책임조각적 신분과 공범

책임조각적 신분자에 비신분자가 공동정범 교사범 종범의 형식으로 가공한 때에는 신분자는 책임이 조각되어 처벌받지 않지만 비신분자의 범죄의 성립에는 영향이 없다. 이는 제한적 종속형식의 당연한 귀결이다. 반대로 책임조각적 신분자가 비신분자를 교사 방조한 경우 비신분자의 범죄성립에는 이론이 없지만 신분자에 대해서는 견해가 나뉘고 있다. 이 경우 책임신분으로 인한 불가벌의 범위를 이탈한 것이라고 하여 공범성립을 인정하는 견해가 있으나 책임개별화의 원칙에 따라 책임이 조각된다고 보는 것이 타당하다.

2. 형벌조각적 신분과 공범

형벌조각적 신분자에 비신분자가 공동정범 교사범 종범의 형식으로 가담한 때에는 신분

가지고 있는 모해의 목적은 양형상 가중사유로 고려될 것이다.

그리고 윤이 갑으로부터 대가를 약속받고 위증하였다면 또 달리 해석되어야 한다. 모해위증죄에서의 모해목적은 동설과 같이 '피고인, 피의자 또는 징계혐의자에게 불리하게 할 일체의 목적'으로 본다면 대가의 지불을 약속받고 위증을 한 윤에게도 이미 모해목적이 있는 것으로 보아야 한다. 이 경우에는 윤은 모해위증죄의 정범, 갑은 모해위증죄의 교사범이 될 것이다.

자는 형벌이 조각되어 처벌받지 않지만 비신분자에는 공범이 성립된다. 이는 제한적(또는 극단적) 종속형식의 당연한 귀결이다. 반대로 형벌조각적 신분의 신분자가 비신분자의 범행에 가공한 경우(예컨대 갑이 을에게 갑의 父의 재물을 절취하도록 교사한 경우)에는 신분자 甲에게 형벌이 조각되지 않는다는 견해도 있으나, 제한적 종속형식에 의하는 한 형벌조각사유는 정범에 종속되지 않고 각자 개별화되어야 하므로 역시 형벌이 조각된다고 보아야 한다.

V. 刑法 第33條에 대한 立法論

형법 제33조에 관하여는 입법론상 몇 가지 문제점이 제기된다. (i) 진정신분범에 있어서 신분의 존재는 정범적격(Tättereigenschaft)의 요소임에도 불구하고 제33조 본문이 진정신분범에 대한 비신분자의 공동정범을 인정한 것은 이론적으로 타당하지 않다. (ii) 제33조 본문이 진정신분범에 있어서 신분자의 범행에 비신분자가 가공했음에도 신분자가 가공한 것과 동일한 형으로 처벌하도록 한 것은 타당하지 않다. 신분범에서의 신분은 행위자에게 고유한 요소이므로 비록 정범에 연대하여 범죄가 성립하는 경우에도 어느 정도의 형벌특혜는 있어야 한다. 따라서 우리형법도 독일형법과 같이 필요적 형감경규정을 두는 것이 바람직 하다. 현행법상으로는 불가피하게 법관에 의한 작량감경제도가 이 경우에 이용되어야 할 것이다. (iii) 제33조 단서가 「중한 형으로 벌하지 아니한다」고 하여 마치 비신분자는 언제나 경한 형으로 처벌되는 것 같이 한 것은 의문이다. 따라서 「'신분이 있는 자에게만' 중한 형으로 벌하지 아니한다」는 취지로 그 표현을 바꾸는 것이 타당하다. (iv) 형법 제33조는 소극적 신분과 공범의 문제와 책임의 개별화에 관하여는 규정하고 있지 않다. 따라서 우리 형법도 독일형법 제28조 2항(“법률이 특수한 인적 요소가 형벌을---'조각'하는 것으로 규정한 때에는---”) 및 제29조와 같이 소극적 신분과 공범의 문제를 포섭하고 책임개별화를 명시하는 규정을 두는 것이 바람직하다.

VI. 맺는말

본문에서 지적한 바와 같이, 형법 제33조의 신분개념에는 계속성 없는 일시적인 심리상태인 주관적 목적과 같은 인적요소도 그것이 행위자관련적인 것이면 포함되어야 한다. 그리고

제33조의 본문과 단서의 관계에 있어서 실질적 신분분류방법에 따라서 “본문-위법신분, 단서-책임신분”으로 나누는 견해와 형식적 신분분류방법에 따르지만 “본문-진정신분범의 성립·과형과 부진정신분범의 성립, 단서-부진정신분범의 과형”으로 나누는 견해는 설득력을 가질 수 없다. 공범과 신분에 관한 규정이 실정법상 특별히 존재하는 이유는 신분이란 것은 행위자에 고유한 요소이므로 가능한 정범과는 별개로 취급되어야 한다는 데에 있다. 이는 책임신분은 물론이고 위법신분인 경우에도 그것이 행위자에 고유한 신분인한 동일하다. 그리고 원칙적으로 그것이 형벌구성적이든 형벌가감적이든 마찬가지이다. 그렇기 때문에 독일 형법은 형벌구성적 신분을 요소로 하는 진정신분범의 경우에는 정범에 성립을 종속시키되 반드시 형을 감경해 주고 있고, 형벌가감적 신분을 요소로 하는 부진정신분범의 경우에는 구성요건을 개별화 함으로써 신분을 특별취급하고 있다. 따라서 이론적으로 구성적 위법신분에도 신분없는 공범자를 특별취급하여야 한다. 그런데 우리 형법 본문은 이러한 특례규정이 없다. 따라서 법원은 구성적 위법신분에 대해서는 불가피하게 정범종속성을 인정하되 양형에 있어서는 작량감경을 활용하여야 할 것이다. 그러나 가감적 위법신분을 요소로 가진 신분범에 있어서는 단서를 적용하여 변경된 구성요건을 적용하는 특별취급이 바람직하다. 만약 이 경우에 “가감적 위법신분=위법신분=형법 제33조 본문적용”의 도식을 가진 소수설이 신분없음에 대하여 특별취급할 수 있는 방법은 우리 형법상으로는 중한 범죄의 연대적 성립에 기초한 작량감경밖에 없다. 그러나 각칙상의 감경적 (또는 기본적인) ‘구성요건’을 두고 총칙상의 작량감경의 규정을 통하여 우회하는 것은 바람직하지 않다. 그리고 형식적 신분분류를 따르면서도 부진정신분범의 성립에 한하여 제33조의 본문을 적용하려는 견해도 범죄 성립과 과형을 통일시키지 않는 것은 물론이고 가감적 책임신분에 대해서도 형법 제33조의 본문을 일단 적용하여야 하므로 이론적으로 타당하지 않다. 따라서 부진정 신분범의 요소인 ‘가감적 신분’은 그것이 행위자에게 고유한 신분인한 위법신분이든 책임신분이든 구별하지 않는 것은 물론이고 부진정신분범의 성립과 과형의 구별도 없이 모두 제33조 단서를 적용하여 각자 개별화하려는 우리나라 다수설이 이론적으로 타당하고 또한 그것이 우리 형법 제33조의 문리해석과도 일치한다.

〈參考文獻〉

—國內—

- 김일수: 형법 제33조, 고시계 1990년 7월 125면 이하
 횡령죄의 공범과 신분, 고시계 1996년 4월, 192면 이하
 한국형법 II [총론 하], 박영사, 1992년
- 김종원: 공범과 신분(I), 고시계 1986년 1월, 191면 이하
 공범과 신분(II), 고시계 1986년 2월, 195면 이하
 공범과 신분(III), 고시계 1986년 3월, 204면 이하
- 박양빈: 공범과 신분, 고시연구 1991년 6월, 43면 이하
- 박상기: 형법총론, 개정판, 박영사, 1996년
- 배종대: 형법총론, 전정수정판, 홍문사, 1996년
- 손동권: 형법총칙론, 을곡출판사, 2001년
 형법사례연구, 법원사, 2000년
 간접정범에 관한 연구, 손해목교수화갑기념논문집, 333면
- 손해목: 형법총론, 법문사, 1996년
- 신동운: 모해위증죄의 교사범과 신분관계, 법조 1995년 8월, 114면 이하
 공범과 신분, 고시계 1991년 12월 45면 이하
- 염정철: 공범과 신분의 그 법적 구조에 관한 연구, 동국대 박사학위논문, 1974년
 공범과 신분, 새법정, 1974년 4월, 45면
- 이재상: 형법총론, 신정판, 박영사, 1995년
- 이형국: 형법총론연구(II), 법문사, 1986년
- 정성근: 형법상의 신분개념, 형사법연구 제11호(1999년), 105면 이하
 공범과 신분, 고시계 1988년 6월, 126면 이하
 공범과 신분(상), 월간고시 1986년 8월, 105면 이하
 공범과 신분(중), 월간고시 1986년 9월, 96면 이하
 공범과 신분(하), 월간고시 1986년 11월, 53면 이하
 형법상의 신분(상), 고시연구 1986년 5월, 12면 이하
 형법상의 신분(하), 고시연구 1986년 6월 113면 이하
- 진계호, 신고 형법총론, 대왕사, 1986년
- 차용석: 공범과 신분, 고시연구 1986년 5월, 21면 이하

8인공저: 신고 형법총론, 1978년, 304면

- 獨逸 -

- Baumann/Weber: Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1985
Jescheck: Lehrbuch des Strafrechts, 4. Aufl.
Jescheck/Ruß: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Erster Band, 1985
Jescheck/Weigend: Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl.
Kühl: Strafrecht, AT, 1994
Maurach/Gössel/Zipf: Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl.
Neumann/Jung: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl., 1995
Roxin: Strafrecht AT I, 2. Aufl.
Rudolphi/Horn/Günter/Samson: Systematischer Kommentar zum
Strafgesetzbuch Band 1, Luchetrhand
Schmidhäuser: Strafrecht Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2. Aufl., 1984
Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch Kommentar, 25. Aufl.
Stratenwerth: Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1981
Welzel: Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969

Zusammenfassung

Untersuchung über § 33 des koreanischen StGB

Dong-Kwun Son

(Juristische Fakultät der Kon-Kuk Universität)

Nach § 33 1. Satz des koreanischen Strafgesetzes gelten §§ 30, 31 und 32 auch für die Teilnehmer(Mittäter, Anstifter und Gehilfen), die besondere persönliche Merkmale fehlen, welche die Strafbarkeit des Täters begründen. Hierin ist der Grundsatz der Akzessorietät festgelegt, wonach sich die Strafbarkeit des Teilnehmers nach der Haupttat richtet. Dieser Grundsatz der Akzessorietät wird insoweit durch § 28 I im DStGB gelockert, als die Strafe desjenigen Teilnehmers gem. § 49 I gemildert wird, der die Merkmale nicht selbst aufweist. Dieser Lockerungssatz der Akzessorietät liegt aber in KStGB nicht vor. Nach § 33 2. Satz gelten jedoch besondere persönliche Merkmale, die die Strafe schärfen oder mildern, nur für den Beteiligten(Täter oder Teilnehmer), bei dem sie vorliegen. Nach hL ist hierin bestimmt, daß sowohl für die Schuld- als auch für die Strafe schärfende oder mildernde besondere persönliche Unrechtsmerkmale des Teilnehmers allein die bei ihm vorliegenden Merkmale entscheiden seien. Dies darf nach hL auch für die Strafe ausschließende besonder persönliche Merkmale gelten.