

정범 처벌규정 없는 자(특히 대향자)에 대한 공범성립의 문제

손 동 권*

목 차

- | | |
|---|--|
| I. 머리말 | 1. 법익주체가 가담하였으나 그에 대한 처벌규정이 없는 경우 |
| II. 문제해결을 위한 전제로서의 협의공범의 처벌근거 | 2. 범인 자신에 의한 범인은닉(도피) 내지 증거인멸의 교사가 있는 경우 |
| 1. 가담설과 야기설의 대립 | 3. 처벌규정 없는 매수자에 대한 공범성립의 문제 |
| 2. 혼합적 야기설의 타당성 | 4. 피고용 변호사에 대한 공범성립의 문제 |
| III. 처벌규정 없는 자(특히 대향자)에 대한 공범성립의 유형별 고찰 | IV. 맺는 말 |

I. 머리말

형법에 규정된 범죄구성요건에는 필요적으로 수인에 의하여 실현될 것을 요구하는 소위 필요적 공범(notwendige Teilnahme)이라는 것이 있다. 그리고 필요적 공범은 다시 2가지로 나뉘어진다. 다수인이 같은 목표를 향하여 같은 방향에서 공동으로 작용하는 소위 집합범(Konvergenzdelikte)과 2인 이상의 자가 서로 다른 방향에서 서로 다른 역할수행으로 동일한 목표를 향하여 공동작용하는 소위 대향범(Begegnungsdelikte)이 그것이다.¹⁾

* 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

1) 그리고 소위 합동범(형법 제331조의 특수절도죄, 동 제334조의 특수강도죄, 동 제146조

전자의 집합법은 행위주체들에게 동일한 법정형이 부과되는 경우(예컨대 형법 제115조의 소요죄)와 행위주체의 지위, 기능 및 행위의 태양에 따라 법정형에 차이가 있는 경우(예컨대 형법 제87조의 내란죄)로 나누어 볼 수 있다. 후자의 대항범도 대항자 쌍방의 법정형이 같은 경우(형법 제241조의 간통죄), 대항자 사이에 법정형이 다른 경우(형법 제129조의 수뢰죄와 동 제133조의 증뢰죄, 동 제357조의 배임수재죄와 배임증재죄), 대항자 일방만이 처벌되는 경우(형법 제243조의 음화등판매죄)로 나누어 볼 수 있다.²⁾

그런데 필요적 공범은 형법각칙이 규정한 개별적 구성요건의 문제이기 때문에 그 구성요건이 행위주체로서 요구하고 있는 내부가담자에 대해서는 형법총칙의 임의적 공범규정의 적용문제는 원칙적으로 발생되지 않는다.³⁾ 내부가담자에 대해서는 개별구성요건이 규정한대로 처벌하면 되기 때문이다. 다만 대항범에서 처벌규정이 없는 자의 경우에는 개념적으로는 필요적 공범의 내부가담자이지만 형법총칙 공범규정의 적용문제가 특별히 발생한다. 왜냐하면 처벌규정 없는 대항자에게 행위주체, 즉 정범으로 처벌할 수 없다는 것과 처벌되는 대항적 정범에 가담한 혐의공범으로 처벌할 수 있는가의 문제는 별개의 것이기 때문이다.

의 특수도주죄)도 2인 이상이 필요적으로 가담할 것이 요구된다는 점에서는 개념적으로 필요적 공범이라고 할 수 있겠지만, 그 효과가 형벌가중인 점에서 특성을 지닌다. 이러한 합동범의 법적 성질에 대해서는 2인 이상의 필요적 가담의 요소와 형벌가중의 요소를 모두 반영하는 개념인 부진정 필요적 공범으로 이해하는 견해가 가장 타당한 것으로 판단된다.

- 2) 필요적 공범이 되기 위해서는 그 행위에 관여하는 사람 모두가 처벌되어야 하기 때문에, 대항자 중에서 일방만이 처벌되는 경우에는 필요적 공범이라고 할 수 없다는 견해도 있다(오영근, 형법총론(박영사, 2009), 548쪽). 이 견해는 필요적 공범의 개념과 처벌 사이를 분리하지 않는 것이다.
- 3) 외부가담자의 경우는 다른 정범에 대한 처벌규정이 있는 이상 이론적으로는 형법총칙의 공범규정을 적용할 수 있을 것이다. 그러나 처벌규정 없는 자의 행위에 대한 외부가담자는 공범종속성에 의해 공범이 성립될 수 없다.

이에 대해 우리나라 판례의 태도는 처벌규정 없는 대항자에 대한 형법총칙 공범규정의 적용을 부정하고 있지만, 학설에서는 이에 대한 반론도 제시되고 있다. 그리고 일반인의 변호사법 위반에 가담한 고용변호사에 대해서도 우리나라 판례는 대항범의 논리를 적용하면서 공범으로서의 처벌을 부정하였는데, 이 판례태도에 대해서는 본문에서 살펴보는 바와 같이 큰 의문이 제기될 수 있다.

본고는 정범으로서의 처벌규정 없는 자(특히 대항자)에 대한 공범성립의 문제점에 대해 공범처벌의 근거에 관한 근본적 해명을 통하여 더욱 구체적으로 살펴보기로 한다.

II. 문제해결을 위한 전제로서의 협의공범의 처벌근거

1. 가담설과 야기설의 대립

공범의 처벌근거에 대해서는 크게 가담설과 야기설로 나누어진다.

가담설은 공범처벌의 근거는 정범이 창출되는데 가담하였다는 점에 있다는 견해이다. 가담설은 다시 책임가담설(Schuldteilnahmetheorie)과 불법가담설(Unrechtsteilnahmetheorie)로 나누어진다.

책임가담설은 공범은 정범으로 하여금 ‘책임 있는’ 범죄행위를 야기하여 그를 타락시켰기 때문에 처벌된다는 견해이다. 독일에서는 Helmut Mayer가 주장하였다.⁴⁾ 이 설에 따르면, 공범이 처벌되는 것은 정범을 통한 타인에 대한 법익침해에 있는 것이 아니라 정범을 유책단계까지 부패시킨 정범에 대한 침해라는 것이다. 그리고 이 설은 정범의 행위구성요건, 위법성 및 책임의 요건까지 충족되는 것을 요구하기 때문에

4) 우리나라에서는 신동운, 형법총론(법문사, 2001), 574쪽 이하.

종속형식에 있어서는 극단적 종속형식과 연결된다.

이에 비하여 불법가담설은 책임가담설을 제한적 종속형식에 따라 변형시킨 것이다. 이 설에 따르면 공범의 불법은 그가 형법각칙의 구성요건이 내포한 금지(Verbote)를 위반하는 데에 있는 것이 아니라, 오히려 정범(Haupttäter)으로 하여금 불법한 범행을 저지르게 하여 사회와의 일체성을 해체(soziale Desintegration)시킴으로써 ‘법적 평화(Rechtsfriede)를 침해’하는 것에 있다는 것이다.⁵⁾

이러한 가담설과는 달리 야기설은 공범처벌의 근거는 형법각칙의 구체적인 법익침해 야기에서 찾는 견해이다. 그런데 야기설도 순수 야기설, 종속적 야기설, 혼합적 야기설로 나누어진다.

순수 야기설(reine Verursachungstheorie)은 법익침해의 야기라는 공범의 불법을 정범의 불법에서 찾지 않고, 공범은 정범의 불법행위와 관계 없이 스스로 공범 구성요건의 불법을 야기한 것 때문에 처벌된다는 견해이다. 따라서 이 설은 공범독립성을 유지하는 견해이다.

이에 비하여 종속적 야기설(akzessorieorientierte Verursachungstheorie)은 공범은 정범에게 구성요건적 법익침해를 야기하거나(교사범), 조언과 원조를 통해 정범의 행위에 조력하기 때문에 처벌되며, 이 경우 공범의 불법은 모두 정범의 불법에 종속하지만, 책임에 있어서는 공범 스스로 유책행위를 하는 것이라고 보는 견해이다. 이 설은 현재 우리나라의 다수설에 해당한다.⁶⁾ 그리고 정범행위는 구성요건에 해당하고 위법한 행위일 것까지 요구하는 제한종속성설이 다수설을 차지하고 있다.

다음으로 혼합적 야기설(gemischte Verursachungstheorie)은 순수한 야

5) Trechsel, *Der Strafgrund der Teilnahme*(Stämpfli, 1967), 55쪽; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl.(Walter de Gruyter, 1969), 112, 115쪽.

6) 김성천, 형법(소진, 2009), 388쪽; 박상기, 형법총론(박영사, 2004), 379쪽; 배종대, 형법총론(홍문사, 2008), 556쪽; 손해목, 형법총론(법문사, 1996), 1060쪽; 이재상, 형법총론(박영사, 2008), 435쪽; 이정원, 형법총론(법지사, 2004), 331쪽; 이형국, 형법총론(법문사, 2001), 271쪽.

기설과 종속적 야기설을 절충하여 공범의 불법이 일부는 정범의 행위에서, 일부는 자신의 법익침해에서 유래한다고 해석하여, 공범은 종속적이지만 동시에 자신에 의한 법익침해를 포함하고 있다는 견해이다.⁷⁾ 즉 공범의 가벌성은 정범을 통해 법익침해를 야기했다는 것은 물론이고, 자기 자신에 의한 법익 침해성 여부도 고려되어서 결정된다는 것이다. 전술한 종속적 야기설의 단점을 보완한 견해이다.⁸⁾ 그리고 공범은 법익 침해라는 결과반가치에 있어서는 정범에 종속되지만 행위반가치에 있어서는 독자적으로 결정된다는 견해(행위반가치 결과반가치구별설; 결과불법종속설)도⁹⁾ 구조를 달리한 혼합적 사고방식에 해당한다.

2. 혼합적 야기설의 타당성

생각건대, 가담설이 공범의 처벌근거를 정범을 타락시키는 것, 즉 정범에 대한 범죄에서 찾는 점은 비판을 받아야 한다. 왜냐하면 모든 범죄의 처벌근거는 피해자에 대한 법익침해에 있는 것이지, 공범관계에 있는 다른 범죄자에 대한 침해에 있는 것은 아니기 때문이다. 특히 극단적 종속성설에 상응하는 책임가담설은 형법의 일반원칙에 해당하는 개인책임의 원리에도 반한다.

그리고 공범독립성설의 입장에 상응하는 순수야기설은 공범의 종속성에 기초하고 있는 다수설의 입장에서는 수용되기 어렵다. 그리고 종속

7) LK-Roxin, Vor §26, Rdn 17.

8) 김일수/서보하, 형법총론(박영사, 2003), 628쪽; 손동권, 형법총론(울곡출판사, 2006), 527쪽; 원형식, 형법총론(청목출판사, 2006), 320쪽, 다만 이 설은 종속적 법익침해설로 명명되는데, 정확한 용어가 아닌 없는 것으로 판단된다. 혼합적 야기설은 전술한 바와 같이 법익침해의 점에서도 정범과 공범 사이에 구분될 필요가 있다는 이론이기 때문에, 오히려 혼합적 법익침해설로 명명하는 것이 더욱 타당하다.

9) 김성돈, 형법총론(성균관대학교 출판부, 2009), 572쪽; 임웅, 형법총론(법문사, 2003), 396쪽; 정성근/박광민, 형법총론(삼지원, 2005), 503쪽.

적 야기설은 공범종속성에 기초하고 있기 때문에 기본방향은 타당하지만, 공범의 불법을 전적으로 정범의 불법에 종속되는 것으로 이해하고 공범 자신의 불법성을 전혀 인정하지 않는 단점을 지니고 있다.

특히 종속적 야기설은 공범과 신분에 관한 형법 제33조 단서가 불법 가감적 신분까지 개별화하는 것을 만족스럽게 설명하기 어렵다. 형법 제33조 본문은 정범에게 진정신분범이 성립하면 이와 연대하여 신분 없는 공범의 가벌성을 인정하지만(즉 종속성을 원칙으로 함), 형법 제33조 단서는 가감적 신분의 개별화를 규정하고 있는데, 가감적 신분에는 책임가감요소에 해당하는 것뿐만 아니라 불법가감요소에 해당하는 것도 있기 때문이다.

결국 공범의 정범종속성을 필요조건 또는 원칙으로 요구하면서 공범 자신에 의한 법익침해의 면도 고려하는 혼합적 야기설이 개별문제를 해결하는데 가장 적합한 것으로 사료된다. 다만 혼합적 야기설 중에서 행위반가치는 독립적으로 이해하고 결과반가치는 종속적으로 이해하려는 견해(소위 행위반가치 결과반가치구별설; 결과불법종속설)가 우리나라에서 주장되고 있는데, 이 견해는 야기설 자체의 본질을 다소 퇴색시키는 것으로 판단된다. 예컨대 갑이 을에게 착오로 자기물건을 절도하도록 교사하자 을이 이를 절취하여 소비한 경우에 정범 을은 절도죄의 (행위반가치 뿐만 아니라) 결과반가치를 실현하였지만 갑은 객체가 자기 물건이기 때문에 법익침해를 야기한 것으로 평가될 수 없어서 야기설에 따르면 갑에게 절도죄의 교사범 성립이 부정되는 것이다. 즉 갑에게 교사범의 성립이 부정되는 것은 행위반가치 여부에 의하여 결정되는 것이 아니고 오히려 이 사례에서는 결과반가치가 탈락되기 때문이다. 판단건대, 소위 결과불법종속설은 우리나라 형법(제31조 제2항, 제3항)이 기도된 교사에 대하여 교사자의 행위반가치를 중시하여 예비 음모에 준하여 처벌하는 것을 잘 설명할 수 있다는 취지에서 주장되고 있다.

그러나 우리나라 형법은 기도된 교사에 대하여 협의의 공범(즉 예비

죄의 ‘교사범’)을 인정하는 것이 아니라 예비 음모죄 그 자체를 인정하는 것이기 때문에 이 규정은 협의공범의 처벌근거와 직접적인 관계가 없는 것이다. 다만 교사 행위를 시도한 자에 대해 - 특히 피교사자가 승낙 조차 하지 않는 실패한 교사의 경우에 피교사자에게는 행위반가치 조차 없는 것과 비교하여—그의 행위반가치를 중시한 처벌이라는 주장 자체는 타당하고, 그 점에서는 혼합적 야기설의 관점이 다소 포함된 것으로 볼 수 있을 뿐이다. 아래에서는 필자가 취하는 혼합적 야기설의 태도에 따라 처벌규정 없는 자(특히 대향자)에 대한 공범성립의 문제를 서술하기로 한다.

Ⅲ. 처벌규정 없는 자(특히 대향자)에 대한 공범성립의 유형별 고찰

1. 범의주체가 가담하였으나 그에 대한 처벌규정이 없는 경우

전술한 바와 같이 공범처벌의 근거는 가담설 보다는 야기설에 따라 범의침해의 야기에서 찾아야 한다. 따라서 범의침해의 야기가 없는 것으로 평가되는 경우에는 처벌규정 없는 (대향)자에 대한 공범성립은 부정되어야 한다. 여기에는 우선 법률에 의한 보호객체(즉 범의주체)가 정범의 자신에 대한 범죄 실행에 가담한 경우가 해당될 수 있다. 그리고 그 예를 대향범의 경우에서 찾을 수 있다. 예컨대 성을 판 청소년(즉 보호객체)은 그 성을 산 자(처벌규정 있는 범죄자)에게 성립하는 ‘청소년의 성 보호에 관한 법률’ 제5조 위반의 공범으로 처벌할 수 있겠는가?

생각건대 공범처벌의 근거인 (혼합적) 야기설에 의거하여 가별성을 부정하는 것이 타당하다.¹⁰⁾ 왜냐하면 어느 누구도 자기의 범의를 형법적으로 의미 있는 방법으로 침해할 수는 없기 때문이다.¹¹⁾ 즉 혼합적

야기설이 공범가별성을 위해 요구하는 공범 스스로에 의한 법익침해의 야기가 여기서는 인정될 수 없는 것이다.

그리고 동일한 원리가 행위주체와 행위객체(보호객체) 사이에서도 원용될 수 있다. 예컨대 피해자가 자신을 상해하라고 교사한 경우에 정범에게는 상해죄의 구성요건해당성이 긍정되었지만 교사한 본인에게는 상해죄 교사범으로서의 가별성이 인정될 수 없다.¹²⁾ 이 경우에 불가별의 근거를 공범중속성설에 따라 설명할 수도 있다. 즉 이 경우 정범의 행위는 피해자의 승낙에 의한 행위이기 때문에 위법성이 조각되고 제한적 중속성설에 의하면 교사자에게 교사범이 성립할 수는 없다. 그런데 이 경우를 공범처벌의 근거인 혼합적 야기설에서 바라보더라도 동일한 결론이 내려져야 할 것이다. 왜냐하면 혼합적 야기설이 공범가별성을 위해 요구하는 공범 스스로에 의한 법익침해의 야기가 여기서도 인정될 수 없기 때문이다.

2. 범인 자신에 의한 범인은닉(도피) 내지 증거인멸의 교사가 있는 경우

범인은닉(도피)죄와 증거인멸죄에서 범인 자신은 범죄주체가 되지 않는다. 즉 범인 자신에게는 처벌규정이 없는 경우에 해당한다. 그런데 범인이 제3자를 교사하여 자기를 은닉 도피케 하거나 증거를 인멸한 경우에 범인은닉 도피죄 내지 증거인멸죄의 교사범은 인정되어야 할 것인가?¹³⁾ 이에 대해서는 적극설¹⁴⁾과 소극설(다수설)의 견해대립이 있

10) 동일한 결론으로는 조국, “대항범 중 불가별적 대항자에 대한 공범규정 적용”, 형사판례연구 제11집(형사판례연구회, 2003), 122쪽.

11) Roxin, AT II, § 26 V Rn. 44; 원형식, “불가별적 필요적 공범”, 형사법연구 제24호(한국형사법학회, 2005), 88쪽.

12) 촉탁살인죄의 피해자, 13세 미만 부녀간음죄의 13세 미만 부녀와 범죄 실행자 사이에서도 동일한 문제가 제기될 것임.

다. 적극설은 타인을 교사하여 자신을 은닉 도피케 하는 것에 대해서는 스스로 이를 행하는 경우와는 달리 처벌되는 범죄인을 새로이 창설하는 것으로서 자기비호권의 한계를 벗어나고 기대가능성도 있으므로 교사범의 성립을 인정하여야 한다는 것이다.

우리나라 판례도 “범인이 자신을 위하여 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하였다면 범인도피죄의 교사범이 성립한다.”라고 판시하고,¹⁵⁾ “자기의 형사사건에 관한 증거인멸행위는 피고인의 형사소송에서의 방어권을 인정하는 취지에서 처벌의 대상이 되지 아니하나 자기의 형사사건에 관한 증거를 인멸할 목적으로 타인을 교사한 경우에는 교사범의 죄책을 부담함이 상당하다.”라고 판시함으로써¹⁶⁾ 적극설에 따르고 있다. 이러한 적극설의 근거로서 범죄인을 새로이 창설한 것에서 찾다면 그것은 공범처벌의 근거를 가담설의 입장에서 이해하는 것과 같다.

그러나 학설의 다수설은 소극설을 취한다. 소극설은 정범주체가 될 수 없는 자에게 그 보다 불법의 정도가 낮은 혐의의 공범을 인정하는 것은 타당하지 않고, 타인을 교사하여 자기를 은닉 도피케 하는 것과 증거를 인멸하는 것은 자기비호의 연장에 불과하고 기대가능성도 없다는 것이다.¹⁷⁾

생각건대, 전술한 바와 같이 공범의 처벌근거는 단순히 새로운 범죄자를 창출하였다는 것만으로 근거될 수 없고 혼합적 야기설에 따라 공범

13) 이 경우에는 정범과 처벌규정 없는 교사자 사이의 문제이기 때문에 본고의 주된 연구 대상인 대항범의 문제는 아니지만 대항범과 같이 2인 이상이 관여하면서 공범의 처벌 근거와 밀접하게 관련되기 때문에 동일한 논리가 원용될 수 있을 것이다.

14) 백형구, 형법각론(청림출판, 1999), 613쪽; 정영석, 형법각론(법문사, 1983), 80쪽; 황산덕, 형법각론(방문사, 1989), 85쪽.

15) 대법원 2000. 3. 24. 선고 2000도20 판결.

16) 대법원 2000. 3. 24. 선고 99도5275 판결.

17) Roxin(AT II, § 26 Rn. 46)은 이러한 유형의 불가벌 사유를 긴급피난에 유사한 상황(notstandsähnliche Lage)이라고 한다.

자신에 의한 법익침해의 야기에서 찾아야 한다. 그런데 보호법익인 국가의 형사사법기능은 범인 스스로 은닉 도주하거나 증거를 인멸하는 때와 타인을 교사하여 그렇게 행하는 때와의 사이에 침해되는 정도의 차이를 인정할 수 없기 때문에 정범에게 설령 가벌성이 긍정되더라도 공범인 범인에게는 가벌성을 부정하는 소극설이 타당한 것으로 판단된다.

3. 처벌규정 없는 매수자에 대한 공범성립의 문제

매도인(또는 매수인)만 처벌되는 대항범죄에서의 매수자(또는 매도인)의 가벌성이 우리나라 판례사안에서 문제되었다. 이러한 경우에 우리나라 판례는 “매도, 매수와 같이 2인 이상의 서로 대항된 행위의 존재를 필요로 하는 관계에 있어서는 공범이나 방조범에 관한 형법총칙 규정의 적용이 있을 수 없고, 따라서 매도인에게 따로 처벌규정이 없는 이상 매도인의 매도행위는 그와 대항적 행위의 존재를 필요로 하는 상대방의 매수범행에 대하여 공범이나 방조범관계가 성립되지 아니한다.”라고 판시하여¹⁸⁾ 처벌규정이 없는 자에게는 일반적으로 공범으로서의 가벌성도 부정하였다. 그리고 학설의 다수설도 처벌규정이 없는 대항자에 대한 공범규정의 적용을 부정한다.¹⁹⁾ 그 이유로는 필요적 공범의 경우에 각 관여자에 대한 처벌은 각칙에 별도로 규정되어 있으므로 임의적 공범을 전제로 하는 형법총칙의 공범규정은 필요적 공범의 내부 관여자에 대하여는 적용될 여지가 없고,²⁰⁾ 정범으로 처벌할 수 없는 자는 공범으로도

18) 대법원 2001. 12. 28. 선고 2001도5158 판결; 동 2002. 7. 22. 선고 2002도 1696 판결.

19) 특히 임웅, 앞의 책, 382쪽; “음화판매죄에 있어서 매수자의 처벌규정을 두지 아니한 법의 취지는 인간의 성적·자연적 본능에 기하여 음화를 구입하는 행위에까지 형법이 개입하는 것은 바람직하지 못하다는 견여주의”에 있으므로 매수자를 음화판매행위의 공범으로 처벌하는 것을 허용해서는 안 된다.

20) 신동운, 앞의 책, 664쪽; 이재상, 앞의 책, 419쪽; 임웅, 위의 책, 382쪽; 조국, 앞의

처벌할 수 없다는 점이 제시되고 있다.²¹⁾

이에 대하여 제한적 긍정설의 입장을 취하는 소수견해도 있다.²²⁾ 이에 따르면 처벌규정 없는 대항자에게 공범규정의 적용을 전면적으로 부정할 것이 아니라, 소위 최소관여의 원칙(Grundsatz der Mindestmitwirkung)에 의거하여 공범규정의 적용여부를 판단하여야 한다. 즉 편면적 대항범의 경우 처벌규정이 없는 대항자의 행위가 구성요건의 실현에 필요한 최소한의 정도에 그친 때에는 불가벌이지만 그 정도를 초과한 때에는 공범의 성립이 가능하다는 것이다. 그리고 최소관여의 구분척도에 대해서 단순한 방조는 최소관여로서의 불가벌, 적극적 교사는 최소관여 초과로서의 가벌로 구분하는 견해도 있다.²³⁾

판단건대, 소수설이 내세우는 최소관여의 원칙 그 자체는 설득력이 있는 것으로 사료된다. 따라서 대항공범의 가담내용이 해당범의 허용범위를 초과하는 것으로 평가되는 경우에는 가벌성을 긍정할 수도 있을 것이다. 다만 그 판단을 위한 기준으로서 해당범죄의 보호법익이 중요하게 고려되어야 한다. 그런데 본고의 연구대상인 일방에게 처벌규정이 없는 편면적 대항범은 사회적 국가적 법익에 관한 범죄로서 많이 규정되어 있다. 쌍방에게 처벌규정이 있는 도박죄, 뇌물죄는 물론이고, 일방매수자에게는 처벌규정이 없는 음화판매죄도 사회적 법익에 관한 범죄에 해당한다. 따라서 음화판매죄의 경우는 공중을 상대로 판매하는 행위만을 처벌하려는 것이 입법취지인 것으로 판단된다. 그러한 사회적 법익에 관한 범죄에서 처벌규정 없는 자신에게만 판매하라고 교사한 것을 특별 취급할 이유는 없는 것으로 판단된다.²⁴⁾ 즉, 자신만 개입된 대항공

논문, 122쪽.

21) 정성근/박광민, 앞의 책, 494쪽.

22) 김일수/서보하, 앞의 책, 634쪽 이하; 원형식, 앞의 논문, 87쪽.

23) 원형식, 위의 논문, 87쪽 이하.

24) 유사한 취지로는 Roxin, AT II, V § 26 Rn. 55.

범은 불가별로 결정되어야 할 것이다. 반면에 자신을 포함하여 모든 다른 사람에게도 판매할 것을 교사한 경우에는 가벌성이 긍정될 수 있겠지만, 이 경우에는 이미 대항범의 문제영역을 벗어나는 것으로 보아야 한다.

4. 피고용 변호사에 대한 공범성립의 문제

우리나라 판례는 변호사 아닌 자가 변호사를 고용하여 법률사무소를 개설·운영한 사례에서 전술한 대항범의 논리에 따라 피고용 변호사의 불가벌성을 긍정하였다. 즉 “변호사 아닌 자가 변호사를 고용하여 법률사무소를 개설·운영하는 행위에 있어서는 변호사 아닌 자는 변호사를 고용하고 변호사는 변호사 아닌 자에게 고용된다는 서로 대항적인 행위의 존재가 반드시 필요하고, 나아가 변호사 아닌 자에게 고용된 변호사가 고용의 취지에 따라 법률사무소의 개설·운영에 어느 정도 관여할 것도 당연히 예상되는바, 이와 같이 변호사가 변호사 아닌 자에게 고용되어 법률사무소의 개설·운영에 관여하는 행위는 위 범죄가 성립하는데 당연히 예상될 뿐만 아니라 범죄의 성립에 없어서는 아니 되는 것인데도 이를 처벌하는 규정이 없는 이상, 그 입법 취지에 비추어 볼 때 변호사 아닌 자에게 고용되어 법률사무소의 개설·운영에 관여한 변호사의 행위가 일반적인 형법 총칙상의 공모, 교사 또는 방조에 해당한다고 하더라도 변호사를 변호사 아닌 자의 공범으로서 처벌할 수는 없다.”는 것이다.²⁵⁾

그러나 이 판례의 태도는 비판받아야 한다. 우선 이 판례는 동일한 구조의 피고용 의사 또는 약사의 사례에 대한 다른 판례의 태도와 모순된다. 즉 우리나라 판례는 의사 또는 약사라 하더라도 비의료인의 위법한 의료행위에 가담한 경우에는 공범으로 처벌할 수 있는 것으로 판시하

25) 대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도3994 판결.

였다.²⁶⁾ 동일한 유형의 사례에 대해 다른 내용의 판시를 내린 그 자체가 이미 문제성을 지닌 것으로 평가되어야 할 것이다.

다음으로 이 판례는 대항범의 논리를 지나치게 확대 적용하고 있다. 만약 변호사가 고용만 된 상태에서 사건이 종료되었다면 대항범의 문제만 발생할 것이고, 이 경우에는 처벌규정 없는 변호사는 불가벌이라는 판례태도가 정당성을 가질 것이다. 그러나 여기서는 대항범의 문제를 넘어서 공범과 (위법조각적)신분에 관한 문제가 발생하는 것으로 보아야 한다. 왜냐하면 대항적 고용관계를 형성한 이후 ‘법률사무소를 개설 운영하는 행위’는 공동의 목적을 향해 함께 나아가는 공범의 관계이기 때문이다. 따라서 이 행위에 관한한 공범과 신분에 관한 규정 내지 이론이 적용되어야 한다.²⁷⁾ 그런데 법률사무소를 개설 운영하는 행위에서 변호사의 자격은 위법조각적 신분이 된다. 그런데 다수설에 따르면, 이와 같이 타인(비신분자)의 위법행위에 위법조각적 신분자가 가담한 경우에 그 신분자에게는 공범성립이 인정된다.²⁸⁾ 다만 위법조각 신분자에게 혐의공범을 넘어서 공동정범까지 인정할 수 있는지에 대해서는 (위법조각)신분 그 자체가 정범표지에 해당하기 때문에 공동정범의 성립을 부정하는 견해와²⁹⁾ 기능적 범행지배의 표지를 갖춘 경우에는 공동정범까지 인정할 수 있다는 견해로³⁰⁾ 대립된다.

생각건대, 구성요건단계에서 행위주체로 포섭될 수 없는 신분의 경우에 비신분자는 정범표지를 갖추지 못한 것으로 해석하는 것이 이론적으로 타당하다. 따라서 진정신분범에 비신분자가 신분자와 공동한 경우에

26) 대법원 1986. 2. 11. 선고 85도448 판결; 동 1986. 7. 8. 선고 86도749 판결.

27) 이러한 관점에서 바라본 김성돈, 앞의 책, 680쪽.

28) 그러나 비신분자의 행위에 가담한 위법조각의 신분자에게는 무죄가 되어야 한다는 견해로는 임웅, 앞의 책, 478쪽.

29) 김성돈, 위의 책, 680쪽.

30) 김일수, 한국형법 II(박영사, 1992), 427쪽; 배종대, 앞의 책, 645쪽; 손동권, 앞의 책, 572쪽; 이재상, 앞의 책, 511쪽.

비신분자에게는 정범표지의 결여를 이유로 공동정범의 성립을 부정하는 것이 이론적으로는 타당하다.

그러나 우리나라 형법 제33조 본문은 이 경우에도 비신분자에게 공동정범의 성립을 긍정하고 있다. 그런데 3단계 형법체계에서 위법조각적 신분의 경우는 구성요건단계에서의 행위주체가 부정되는 것은 아니다. 따라서 구성요건과 위법성조각을 함께 통합하는 2단계 형법체계를 취하지 않는 이상 위법조각 신분자도 그 이전 구성요건단계에서 검토되는 행위주체의 정범표지는 인정될 수 있는 것이다.

그리고 진정신분법에 비신분자가 신분자와 공동으로 실행한 경우에 이론적으로는 비신분자에게 정범표지가 결여됨에도 불구하고 공동정범의 성립을 인정하는 우리나라 형법 제33조 본문의 취지에 따른다면, 비신분자의 위법행위에 위법조각적 신분자가 공동실행으로 가담한 경우에도 공동정범의 성립을 긍정하는 것이 균형 잡힌 해석이 될 수 있다.

따라서 비신분자의 위법행위에 위법조각적 신분자가 가담한 경우에는 신분지위를 남용한 것이고 법에 의해 허용되지 않는 행위가 되기 때문에 위법조각적 신분자에게 혐의공범은 물론이고 기능적 범행지배의 표지를 충족하는 한 공동정범의 성립까지 긍정되어야 한다. 결국, 동일한 행위유형이지만 의사, 약사와 변호사 사이에 공범성립을 달리 판시한 기존 판례의 태도는 앞으로는 공범성립을 인정하는 방향으로 통일되게 바로잡아져야 할 것이다.

IV. 맺는 말

본문에서 살펴본 바와 같이, 공범처벌의 근거는 가담설 보다는 야기설, 야기설 중에서는 공범자신에 의한 범익침해 야기의 면도 고려하는 혼합적 야기설에서 찾는 것이 개별사례의 해결에 가장 바람직할 것으로

판단된다. 이에 따르면 보호객체 스스로가 자신에 대한 정범행위에 가담한 경우, 음화판매죄와 같은 대항범에서 처벌규정 없는 매수자의 경우, 처벌규정 없는 범인 자신이 범인은닉 도피 또는 증거인멸을 교사한 경우에는 처벌당위성을 인정할 만한 법익침해의 야기(즉 공범처벌의 근거)가 없기 때문에 그 가벌성은 부정되어야 한다. 다만 비변호사에게 고용되어 활동한 변호사에게 공범 가벌성을 부정한 우리나라 판례의 태도는 바람직하지 않은 것으로 판단된다. 왜냐하면 단순 고용관계의 체결을 넘는 업무활동은 대항범의 문제를 넘는 공범과 (위법조각적) 신분의 문제가 되기 때문이다.

(투고일 2009년 6월 8일, 심사일 2009년 6월 15일, 게재확정일 2009년 7월 14일)

주제어 : 필요적 공범, 대항범, 공범의 처벌근거, 교사범, 야기설

참고문헌

1. 단행본

- 김성돈, 형법총론, 성균관대학교 출판부, 2009.
- 김성천, 형법, 소진, 2009.
- 김일수, 한국형법 II, 박영사, 1992.
- 김일수/서보학, 형법총론, 박영사, 2003.
- 박상기, 형법총론, 박영사, 2004.
- 배종대, 형법총론, 홍문사, 2008.
- 백형구, 형법각론, 청림출판, 1999.
- 손동권, 형법총론, 을곡출판사, 2006.
- 손해목, 형법총론, 법문사, 1996.
- 신동운, 형법총론, 법문사, 2001.
- 오영근, 형법총론, 박영사, 2009.
- 원형식, 형법총론, 청목출판사, 2006.
- 이재상, 형법총론, 박영사, 2008.
- 이정원, 형법총론, 법지사, 2004.
- 이형국, 형법총론, 법문사, 2001.
- 임 우, 형법총론, 법문사, 2003.
- 정성근/박광민, 형법총론, 삼지원, 2005.
- 정영석, 형법각론, 법문사, 1983.
- 황산덕, 형법각론, 방문사, 1989.
- Trechsel, *Der Strafgrund der Teilnahme*, Stämpfli, 1967.
- Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Walter de Gruyter, 1969.

2. 논문

원형식, “불가벌적 필요적 공범”, 형사법연구 제24호, 한국형사법학회, 2005.

조 국, “대항범 중 불가벌적 대항자에 대한 공범규정 적용”, 형사판례연구 제11집, 형사판례연구회, 2003.

[Zusammenfassung]

Die Problematik der Strafbarkeit als Teilnehmer bei den einseitig mit Strafe bedrohten Begegnungsdelikten

Dong-Kwun Son*

Man versteht unter notwendiger Teilnahme die Erscheinung, dass ein Delikt die Beteiligung mehrerer Personen voraussetzt. Man unterscheidet dabei Konvergenz- und Begegnungsdelikte. Bei den Begegnungsdelikten wirken mehrere Beteiligte in entgegengesetzte Richtung auf dieselbe Ziel hin. Die Mitwirkung des notwendig Beteiligten an einem einseitig mit Strafe bedrohten Begegnungsdelikten ist nicht als Täterschaft strafbar. Die vorliegende Arbeit bezieht sich auf die Problematik, ob der als Täterschaft straflose Beteiligte, der die Mitwirkung an einem der einseitig mit Strafe bedrohten Begegnungsdelikten gemacht hat, weder als Täter noch als Teilnehmer bestraft wird. Die Antwort zur diesen Problematik hängt wiederum davon ab, ob die Vorschriften über Teilnahme im allgemeinen Teil des koreanischen Strafgesetzes (§ 31 f.) auf den als Täterschaft straflosen Beteiligten bei den einseitig mit Strafe bedrohten Begegnungsdelikten anwendbar ist. Der Strafgrund der Teilnahme ist nach h.L. die Verursachung der rechtswidrigen Haupttat. Den vom Täter ausgeführten Rechtsgutsangriff muss

* Professor an der Universität Konkuk, Dr. jur.

sich danach Teilnehmer sich Mit-Verursacher zurechnen lassen. Daneben soll die Teilnehmer auch einen selbständigen Rechtsgutsangriff enthalten. Die sog. gemischte Verursachungstheorie ist also als der Strafgrund der Teilnahme überzeugend. In der vorliegenden Arbeit handelt es sich darum gerade im Hinblick auf diesen Strafgrund der Teilnahme, ob der als Täterschaft straflose Beteiligte, der die Mitwirkung an einem der einseitig mit Strafe bedrohten Begegnungsdelikten gemacht hat, als Teilnehmer bestraft werden kann.

Key Words : notwendige Teilnahme, Begegnungsdelikte, Strafgrund der Teilnahme, Anstiftung, Verursachungstheorie

