일감법학 | 제32호
2015년 10월 173-194쪽
건국대학교 법학연구소

Ilkam Law Review
Vol.32, Oct., 2015. pp.173-194
The Institute of Legal Studies, Konkuk Univ.

대향범에 대한 공범규정의 적용여부

-편면적 대향범을 중심으로-

The Applicability of the Accomplice Rules in Two-way Criminality

-Focus on the One-Sided Criminality-

강 미 영*
Kang, Mi-Young

목 차

Ⅰ. 서
Ⅱ. 대향범의 개념 및 범위
Ⅲ. 대향범에 대한 공범규정의 적용여부
Ⅳ. 대향범관련 판례의 비교 검토
Ⅴ. 결

대향범은2인 이상이 구성요건의 실현에 필요한 최소한의 협력행위를 할 것을 전제로 한다.

즉, 동일한 목표를 성취하기 위한 의사방향이 상호간에 대향되는 범죄이므로 대향자의 존재만으로는 성립하지 않고, 각자 해당 구성요건에 규정된 실행행위를 위한 협력행위가 있어야만 하는 것이다.

대법원은 대향범에 대해서는 형법총칙상의 공범규정이 적용되지 않기 때문에 편면적 대향범의 불가벌적 대향자의 경우, 적극적으로 범죄행위에 가담을 했다고 하더라도 공범규정이 적용되지 않는다는 기존의 법리를 반복적으로 적용하고 있다.

이러한 태도는 적극적으로 범죄를 야기한 자를 법으로부터 자유로운 영역에 방치하게 된다. 그에 따라 응당 처벌받아야하는 자를 처벌하지 않게 되어 법감정에 배치되는 결과를 가져오게 되므로 합리적인 해결책이라고 볼 수 없다.

대향범에서 불가벌적 행위는 단순한 대향적 협력행위에 한정되는 것이고, 이를 초과한 적극적인 가담행위가 있을 시에는 보충적으로 총칙상의 공범규정을 적용시켜 처벌하는 것이 형평성과 법감정에 부합하다고 여겨진다.

투고일 : 2015. 8. 31. / 심사의뢰일 : 2015. 9. 25. / 게재확정일 : 2015. 10. 13.

* 부산대학교 법학전문대학원 법학과 박사과정
Doctoral Course at School of Law, Pusan National University

[주제어] 공범, 필요적 공범, 대향범, 편면적 대향범, 최소협력행위

Ⅰ. 서

한 사람이 실현할 것을 예상하고 규정한 보통의 구성요건을 수인이 협력 가공하여 실현한 경우를 임의적 공범이라고 하는 반면, 필요적 공범이란 구성요건 자체가 이미 2인 이상의 참가나 단체의 행동을 전제로 하여 성립하는 범죄를 말한다.[1)]

이러한 필요적 공범은 형법각칙이 규정한 개별적 구성요건의 문제이기 때문에 그 구성요건이 행위주체로서 요구하고 있는 내부가담자에 대해서는 개별구성요건이 규정한대로 처벌하면 되므로, 형법총칙의 임의적 공범규정의 적용문제는 원칙적으로 발생하지 않는다.

그러나 필요적 공범 중, 일방만이 처벌을 받는 '편면적 대향범'의 경우에도 총칙상의 임의적 공범규정이 적용될 수 없는지 문제가 될 수 있다.

예를 들어 음화판매죄(형법 제243조)의 경우, 단순히 갑(甲)이 을(乙)에게 음화를 판매한 경우에는 을(乙)은 불가벌이지만, 판매할 의사가 없는 갑(甲)을 적극적으로 설득하여 을(乙) 자신에게 판매하도록 한 경우, 갑(甲)은 음화판매죄로 처벌이 되는 반면에 적극적으로 범죄를 주도한 을(乙)을 불가벌로 볼 것인지, 총칙상의 공범규정을 적용하여 음화판매죄의 교사범으로 처벌할 것인지가 문제가 될 수 있는 것이다. 만약 편면적 대향범 중 불가벌적 대향자가 범행에 적극적으로 관여한 경우에도 불가벌이 된다면, 일반인의 법감정이나 불법성을 기준으로 볼 때 당연히 처벌되어야 할 자가 처벌되지 않는다는 비판을 받을 수도 있기 때문이다.

대법원은 대향범에 관한한, "2인 이상의 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 하는 대향범에 대하여는 공범에 관한 형법총칙 규정이 적용될 수 없다"고 하여 "대향범에서 처벌규정이 없는 대향자에 대해서는 그 행위가 일반적인 형법총칙상의 공모, 교사, 방조에 해당된다고 하더라도 – 즉, 적극적인 가담행위를 하였다 하더라도 – 공범규정이 적용되지 않는다."는 법리를 일관되게 유지하고 있다.[2)]

---

1) 이재상, 형법총론 제7판, 박영사, 2014, 419쪽.

2) 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도6712 판결; 대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도3994 판결; 대법원 2002. 1. 25. 선고 2000도90 판결.

그러나 이러한 대법원의 태도는 구체적인 상황을 검토하지 않고 기계적으로 일정한 법리만 적용시켜 동일한 결론을 도출하고 있는 것으로 보인다.

그에 따라 본고에서는 우선 대향범의 개념 및 범위를 살펴보고, 그에 따른 공범규정의 적용여부를, 특히 편면적 대향범을 중심으로 하여 논하여 보고자 한다.

Ⅱ. 대향범의 개념 및 범위

필요적 공범은 다수인이 동일한 방향에서 같은 목표를 향하여 공동으로 작용하는 '집합범'과 2인 이상의 대향적 협력에 의하여 성립하는 '대향범'으로 나누어진다.[3]

특히 대향범 중 일방에 대해서만 처벌규정이 있는 경우를 '편면적 대향범'이라고 하는데, 이 대향범에 해당하는지 여부에 따라 총칙상 임의적 공범규정의 적용여부가 달라지게 되므로 우선 대향범의 개념 및 범위를 확정할 필요가 있다.[4]

1. 광의설

대향범은 '일반적으로' 서로 반대되는 방향에서 2인 이상의 가담에 의해 성립하지만 그렇다고 해서 그 성립에 '반드시' 2인 이상의 가담이 요구된다고는 할 수 없다고 보아 범인은닉・도피죄(형법 제151조) 등의 유형도 대향범의 유형으로 취급하는 견해[5]이다.

또, 강도죄(형법 제333조), 사기죄(형법 제347조 제2항), 배임죄(형법 제355조 제2항)의 경우 제3자로 하여금 재물의 교부를 받게 하거나 재산상 이익을 취득하게 함으로써 성립함을 명시적으로 규정하고 있으므로 이와 같이 제3자의 가담에 의해 성립하는 범죄도 대향범의 일종으로 파악하는 견해도 있다.[6]

---

3) 이재상, 앞의 책, 419-420쪽 참조.

4) 만일 대향범이 아니라고 한다면, 공범규정 적용부정설 및 판례에 따르더라도 총칙상의 공범규정을 적용할 수 있게 된다.

5) 정성근/박광민, 형법총론 전정2판, 성균관대학교 출판부, 2015, 508쪽; 배종대, 형법총론 제11판, 홍문사, 2013, 563쪽; 김성돈, 형법총론 제2판, 성균관대학교 출판부, 2009, 547쪽.

6) 김태명, "편면적 대향범에 가담한 자에 대한 형법총칙상 공범규정의 적용가부", 형사판례연구 제21호, 한국형사판례연구회, 2013, 81쪽.

2. 협의설

광의설이 대향범의 개념을 너무 넓게 해석하고 있다고 비판하면서 대향범의 범위를 한정하고 있는데, 견해마다 그 기준이 조금씩 차이가 있는 바, 이에 대해 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

우선, 대향범의 유형을 대향적 협력자의 가담정도에 따라 공동정범적 협력이 존재하는 경우와 교사·방조범적 협력만이 존재하는 경우로 나누어 전자의 경우에만 대향범으로 인정하고 후자의 경우에는 구성요건적 행위의 개념 자체가 반드시 상대방의 협조를 필요로 하는 범죄가 아니라, 다만 범죄의 실현의 무대에 타인의 '존재'가 전제되어 있는 범죄에 불과하므로 대향범에서 제외해야한다고 보는 견해가 있다.[7)]

두 번째로는, 구성요건자체가 2인 이상의 행위의 공동을 요구하는 것이 필요적 공범이므로, 구성요건에 규정된 실행행위를 기준으로 대향범의 개념요소를 판단하여야 한다는 견해이다. 이에 따르면 대향범의 실행행위는 '대향자의 협력행위'를 예정하고 있으며, 또 대향자 사이에 '의사의 합치'가 존재하여야 한다고 본다.[8)] 즉, 대향범을 '대향자의 협력행위'와 '의사의 합치'가 필요한 범죄유형으로 보아, 범인은닉·도피죄(형법 제151조)의 경우 반드시 범인의 협력행위가 필요한 범죄라고 할 수 없으므로, 대향범으로 보지 않는다.

3. 편면적 대향범의 개념부정설

필요적 공범이 되기 위해서는 그 행위에 관여하는 사람 모두가 처벌되어야 하고, 일방이 처벌되지 않는다면 공범이라고 할 수 없기 때문에 대향범 중, 편면적 대향범은 필요적 공범이 아니라고 한다. 그 근거로서 살인죄의 경우 행위자와 피해자가 필요하지만 살인죄(촉탁살인죄)를 필요적 공범이라 하지 않는 것처럼 음화매수자는 범죄자라고 할 수 없기 때문에 음화판매죄(형법 제243조)를 필요적 공범이라 할 수 없다고 주장한다.[9)]

그러나 필요적 공범이 성립하기 위해서는 행위를 공동으로 하는 것이 필요하지만

---

7) 류화진, "필요적 공범의 개념과 대향범의 유형 – 편면적 대향범을 중심으로", 법학논고 제30집, 경북대학교 법학연구원, 2009, 193-199쪽 참조.

8) 이창섭, "'대향범'개념과 불가벌적 대향자의 처벌여부", 법학연구 제55권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2014, 152쪽.

9) 오영근, 형법총론 제3판, 박영사, 2014, 447쪽 참조.

관여된 자 모두의 행위가 범죄로 성립되어야 하는 것은 아니므로 편면적 대향범도 필요적 공범으로 볼 수 있다.[10]

4. 검토

편면적 대향범의 개념을 제한하고자 하는 개념부정설도 수긍이 가나 대향범의 개념을 처벌의 여부와 관련시킬 필요는 없으며, 이 경우 대향범의 범위는 지나치게 협소해지게 된다. 대향범은 관여자의 가벌성을 축소시키는 이론으로 작용하기 때문에 그 개념을 지나치게 제한하여 해석하면 피고인에게 불리해진다.[11]

그러므로 필요적 공범의 개념은 관여자가 처벌되는가의 여부에 의존하는 것이 아니라 구성요건의 실현을 위한 협력행위의 필요성이라는 개념표지에 맞추어져 있다고 보아야 할 것이다.[12]

또, 광의설에 따르게 되면, 대향자의 존재만으로 대향범을 인정하게 되어, 대향범의 범위는 무한정 확대되게 되고, 일반범죄와의 구분이 모호해질 수도 있다고 여겨진다.

대법원도 "범인이 자신을 위하여 타인으로 하여금 허위의 자백을 하게 하여 범인도피죄를 범하게 하는 행위는 방어권의 남용으로 범인도피교사죄에 해당하는 바, 이 경우 타인이 형법 제151조 제2항에 의하여 처벌을 받지 아니하는 친족, 호주 또는 동거 가족에 해당한다 하여 달리 볼 것은 아니라 할 것이다."[13] 라고 하여, 범인은닉・도피죄(형법 제151조) 자체를 대향범의 구조로 보지 않아 범인 자신의 적극적인 교사행위를 처벌하였다. 만약 대법원이 범인은닉・도피죄(형법 제151조)를 대향범으로 보았다면, 대향자 사이의 공범규정적용을 부정하는 일관된 입장에 따라 범인도피교사죄의 성립을 부정했을 것이라 여겨진다.

요컨대 대향범은 대향자의 존재만으로는 부족하고, 해당 구성요건에 규정된 실행행위를 위한 협력행위를 한 경우로 한정해야 할 것이다.

---

10) 필요적 공범이라는 용어보다는 '필요적 가담'이라는 용어가 적절하다는 입장에서, 필요적 가담은 가담자 모두가 처벌될 것을 전제로 하지 않으므로, 편면적 대향범의 경우에도 필요적 가담의 범주 속에 포함되는 것이다. 김성돈, 앞의 책, 547쪽 참조.

11) 류화진, 앞의 논문, 201쪽.

12) 이진국, "대향범의 구조에 관한 일고", 비교형사법연구 제4권 제1호, 한국비교형사법학회, 2002, 94쪽.

13) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2005도3707 판결.

Ⅲ. 대향범에 대한 공범규정의 적용여부

1. 쌍방이 모두 처벌되는 대향범

대향범의 경우 내부가담자에 대한 개별적인 범죄성립 규정이 존재하는 경우, 대향자 사이에 법정형이 동일하든 차등적이든 형법총칙상 임의적 공범규정을 적용할 수 없다.[14]

우선 동일한 법정형으로 처벌되는 대향범의 경우[15]에는, 이미 가담행위에 대하여 '정범적격'적으로 불법성이 평가되었기 때문에 총칙상 임의적 공범규정을 적용할 필요가 없어진다. 하나의 행위에 대하여 이미 정범적격이 인정된 자에게 공범성립을 인정할 필요가 없기 때문이다.

그리고 차등적 법정형으로 처벌되는 대향범의 경우,[16] 법정형이 낮은 가담자는 대향자의 범죄성립에 적극적으로 가담하였다 하더라도, 정범이 성립되는 이상, 법조경합 중 보충관계에 의하여 공범이 동시에 성립되지 않는다. 즉 상상적 경합이란 하나의 행위로 두 개 이상의 보호법익이 침해되는 경우에만 해당하는 것인바, 차등적 법정형을 규정한 대향범의 경우에는 하나의 행위로 인하여 침해되는 보호법익은 하나이기 때문에 상상적 경합을 인정할 수 없다.[17]

예컨대 증뢰행위가 동시에 적극적으로 수뢰교사를 하는 것으로 평가될 경우, 하나의 행위에 대하여 두 개 이상의 보호 법익침해가 있는 것이 아니라, 단일의 보호 법익침해만이 있으므로, 상상적 경합에 해당되지 않으며, 정범으로서 불법성이 평가되었다면 타방 대향자의 행위에 가담하였다는 점에 대해서는 공범으로서 불법성이 별도로 평가될 필요가 없다.[18] 즉, 경합론의 일반원리에 따라서 정범만 성립하는 것이다.

그에 따라 쌍방이 모두 처벌되는 대향범의 내부자사이에서는 처음부터 상대 대향자의 행위에 가담한 행위에 대한 공범적격 여부는 배제되고, 자신의 범죄에 대한 정범적격만 인정될 뿐이다.

---

14) 김혜경, "비밀누설죄에서 대향자의 공범성립가능성 -대향범성과 자수범성을 중심으로-", 형사판례연구 제20호, 한국형사판례연구회, 2012, 290쪽.

15) 도박죄(형법 제246조), 아동혹사죄(형법 제274조) 등이 있다.

16) 뇌물죄(형법 제129조), 배임수증죄(형법 제357조) 등이 있다.

17) 김혜경, 앞의 논문, 291쪽 참조.

18) 김혜경, 위의 논문, 292쪽.

2. 일방만이 처벌되는 편면적 대향범[19)]

편면적 대향범의 경우, 동일한 행위에 가담하였음에도 불구하고 일방 당사자에게는 처벌규정 자체가 없으므로, 처벌의 형평성과 일반인의 법감정상 총칙상의 공범규정의 적용여부가 문제가 되는데, 이는 불가벌적 대향자의 불가벌의 근거를 형식적·일률적으로 제시하여 불가벌로 하는가 아니면 실질적·개별적으로 제시하여 일정범위에 있어서는 처벌을 긍정할 수 있는가의 견해 대립이라고 볼 수 있다.

2.1 총칙 상 공범규정 적용부정설

공범규정 적용부정설에 의하면 필요적 공범은 총칙상의 임의적 공범규정이 적용되지 않기 때문에, 필요적 공범의 한 유형인 대향범의 경우에도 임의적 공범규정은 적용되지 않는다고 한다. 이 입장에 대한 논거를 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 필요적 공범에 있어서는 구성요건이 수인의 협력에 의하여 비로소 성립하며, 각자에 적용될 형벌도 각칙에 별도로 규정되어 있으므로 내부 참가자 사이에는 임의적 공범을 전제로 하는 형법총칙의 공범에 관한 규정은 적용될 여지가 없다고 한다.[20)] 이는 입법자가 처음부터 일방만을 처벌해야겠다는 의사를 명시적으로 표시한 이상 이를 존중할 수밖에 없다고 보는 것이다.

둘째, 입법자가 대향범의 일방을 처벌하지 않도록 규정한 것은 그 행위를 불문에 붙인다는 취지이므로 정범으로 처벌될 수 없는 자는 공범으로도 처벌될 수 없다고 한다.[21)]

셋째, 필요적 공범은 필요적 정범이기 때문에, 필요적 공범관계에 있는 사람들 상호간에는 임의적 공범의 조문들이 적용되지 않으며, 대향범의 일방이 처벌받지 않는 경우에는 그에 가공한 자도 처벌되지 않는다고 보며, 원래 입법자가 정범으로 설정하였던 사람을 공범으로 전환시키기는 무리가 있다고 한다.[22)]

마지막으로, 음화판매죄(형법 제243조)에 있어서 매수자의 처벌규정을 두지 아니한 법의 취지는 인간의 성적·자연적 본능에 기하여 음화를 구입하는 행위에까지 형법이

19) 음화판매죄(형법 제243조) 등이 있으며, 형법전 이외에 규정된 편면적 대향범으로는 변호사법 제34조 제4항(변호사 아닌자와의 동업금지 등)이 있다.

20) 이재상, 앞의 책, 420쪽; 임 웅, 형법총론 제5정판, 법문사, 2013, 412쪽.

21) 정성근/박광민, 앞의 책, 510쪽.

22) 신동운, 형법총론 제7판, 법문사, 2013, 709쪽 참조.

개입하는 것은 바람직하지 못하다는 겸억주의 및 인간의 본성론에 기하여 음화판매행위의 공범으로 처벌하는 것도 허용되지 않는다고 본다.[23]

2.2 총칙상 공범규정 제한적 긍정설

대향범 내부자 간의 공범규정의 적용여부와 관련하여, 기본적으로는 편면적 대향범에 대한 총칙상의 공범규정을 적용하지 않지만 구성요건 실현에 필요한 최소한의 정도[24]를 초과한 경우 등에는 한정적으로 인정하자는 입장[25]인데, 공범규정이 적용되는 기준 내지 범위와 관련된 주장은 조금씩 차이가 있다.

우선 각칙상 개별규정에 따라 판단해야 한다는 견해가 있는데, 이에 따르면 음화판매죄(형법 제243조)의 경우 매수행위는 이론적으로 이 죄의 방조범에 해당될 수 있지만 실무적으로는 그렇게 보지 않는 것으로 해석하는 것이 법조문의 취지에 부합한다고 한다. 그러나 판매를 교사한 정도에 이르렀을 때에는 교사범의 책임을 면하기 어렵다고 주장한다.[26]

다음으로 기본적으로는 입법자의 의사를 존중하되, ① '최소한의 관여행위'를 넘어선 경우에는 처벌할 수 있으며, '최소한의 관여행위'를 넘어선 경우에도 그 ② 관여자가 범죄의 피해자이거나 ③ 특별한 동기에 의하여 책임이 없는 경우에는 불가벌이라고 할 수 있다는 견해가 있다.[27] 이에 대해 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

2.2.1 '최소한의 관여행위'를 넘어선 경우 - 공범규정 적용하여 처벌

편면적 대향범이 대향범의 구성요건의 실현을 위하여 최소한 요구되는 행위의 범위 내에서 행위한 경우에는 공범규정의 적용이 배제되고, 그 정도를 초과한 경우에만 공범규정이 적용된다고 하는 것이다.

---

23) 임 웅, 앞의 책, 412쪽.

24) '구성요건실현에 필요한 최소한의 정도'를 '당연히 예상되는 대향자의 행위', '최소협력의 원칙'이라고 표현하기도 한다.

25) 구길모, "대향범에 대한 공범규정 적용의 타당성 –자본시장법상 미공개정보 이용행위에 대한 처벌규정을 중심으로–", 안암법학 제40호, 안암법학회, 2013, 107쪽 참조; 류화진, 앞의 논문, 211–212쪽; 원형식, "불가벌적 필요적 공범", 형사법연구 제24호, 한국형사법학회, 2005, 86–87쪽; 이진국, 앞의 논문, 91쪽; 김혜경, 앞의 논문, 296쪽.

26) 배종대, 앞의 책, 563쪽.

27) 김일수/서보학, 새로쓴 형법총론 제12판, 박영사, 2014, 482쪽.

예를 들어 음화판매죄(형법 제243조)의 경우, 단순히 음화를 매수한 매수인은 불가벌이지만, 음화를 판매할 의사가 없는 자에게 음화를 판매하도록 적극적으로 교사하여 그 뜻을 이룬 매수인은 음화판매죄(형법 제243조)의 교사범으로 처벌될 수 있다는 것이다.

2.2.2 관여자가 범죄의 피해자(보호법익의 주체)인 경우 - 불가벌

예를 들어 13세 미만의 부녀간음죄·추행죄(형법 제305조) 및 청소년의 성보호에 관한 법률 제5조 위반죄와 같은 경우, 구성요건의 보호 목적이 타인의 침해로부터 개인의 법익을 보호하는 데에 있는 경우로서, 보호의 대상이 스스로 자신의 법익을 침해한 행위는 그 구성요건이 금지하고자 하는 행위가 아니므로 법익침해의 결과를 그 법익의 주체에게 귀속시킬 수 없다고 보아 불가벌이라고 한다.[28]

2.2.3 특별한 동기에 의하여 책임이 없는 경우 - 불가벌

이는 처벌규정이 없는 대향자가 특별한 동기 때문에 단독정범으로 처벌될 수 없는 상황일 때에는 공범형태로도 불가벌이라고 하는 것이다. 예를 들어 범인은닉·도피죄(형법 제151조)같은 경우, 범인 자신의 은닉 또는 도피는 처음부터 구성요건에 해당하지 않아 불가벌이므로, 타인을 교사하여 자기를 은닉, 도피하게 한 경우에도 구성요건의 교사범으로 처벌할 수 없다고 본다. 즉, 범인의 자기은닉행위를 처벌의 대상에서 제외한 이유는 인간의 본성에 비추어 볼 때 범인이 형사소추로부터 벗어나고자 하는 자기비호는 인지상정으로 그에 대하여 적법행위에 대한 기대가능성이 없기 때문이며, 범인이 최소관여의 정도를 넘어서 적극적으로 타인을 교사하여 자신을 은닉하게 하였더라도 그의 특별한 동기를 고려하여 범인은닉죄(형법 제151조)의 교사범은 성립하지 않는다고 보는 것이다.[29] 그러나, 적극적으로 은닉·도피를 교사한 자는 그 대상이 자신이라 할지라도 방어권의 남용으로 자기비호의 가능범위를 넘었다고 볼 수 있다.

무엇보다 위 2.2.2, 2.2.3의 경우는 앞에서 언급했듯이 편면적 대향범에 대한 공범성립여부의 문제라기보다는, 우선 대향범의 개념에서부터 제한적 해석을 통하여 걸러져야할

28) 김범식, "불가벌적 대향자에 대한 고찰", 성균관법학 제21권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2009, 257-258쪽. 이에 대하여, 불가벌적 대향자가 보호법익의 주체(구성요건의 피보호자)인 경우 대향자의 범행에 가담행위는 행위는 스스로 자신의 법익에 대한 침해행위가 되기 때문에 본질적으로 형법이 개입할 영역이 아니며, 이는 필요적 공범의 이론이나 특성과 관계없이 도출되는 당연한 결론이라는 견해가 있다. 이정원, "대향범인 필요적 공범에 대한 임의적 공범규정의 적용가능성", 형사법연구 제20권 제3호, 한국형사법학회, 2008, 124-125쪽.

29) 원형식, 앞의 논문, 89쪽.

범죄들의 문제이다.[30] 대향범을 필요적 공범이라고 하기 위해서는 대향관계에서 필요적으로 범죄형성적인 협력을 전제로 해야 하며, 그렇지 않으면 범죄피해자가 존재할 수 있는 모든 범죄가 대향범인 필요적 공범에 해당하기 때문이다.

마지막으로 해당범죄의 보호법익을 고려하여 판단하는 경우가 있는데, 편면적 대향범은 사회적 국가적 법익에 관한 범죄로서 많이 규정되어 있는 바, 해당 범죄의 보호법익을 중요하게 고려하여야 한다는 입장이다.[31] 즉, 음화판매죄(형법 제243조)의 경우는 공중을 상대로 판매하는 행위만을 처벌하려는 것이 입법 취지이므로, 그러한 사회적 법익에 관한 범죄에서 처벌규정 없는 자신에게만 판매하라고 교사한 한 것은 특별 취급할 이유가 없어 불가벌이지만, 자신을 포함하여 모든 다른 사람에게도 판매할 것을 교사한 경우에는 가벌성이 긍정될 수 있다고 본다. 그러나 이 경우에는 이미 대향범의 문제영역을 벗어나는 것으로 보고 있다.

2.3 검토

2.3.1 적용부정설 검토

적용부정설의 입장에서 제시하는 논거는 다음과 같은 사유로 타당하다고 할 수 없다.

우선 처벌규정이 없는 것이 입법자의 의사라고 보는 것은 '왜 입법자가 그러한 결정을 하게 되었는가'에 대한 실질적인 근거를 밝히지 않고 불명확한 개념인 입법자의 의사만을 강조하고 있는 것으로 문제가 있다고 본다. 또한 형법 제정 당시의 입법자의 의사가 지금의 현실에서도 그 타당성을 가지고 있는지에 대하여는 아무런 대답도 할 수 없으므로 불가벌적 대향자는 대향범이기 때문에 공범규정이 적용될 수 없다는 형식논리만을 주장하는 것이라고 할 수 있다.[32]

또, 최소한 요구되는 정도를 넘어선 행위까지 불가벌로 하겠다는 것이 입법자의 의사라고 단정할 수는 없으며, 대향범이 성립하기 위하여 통상 예상되는 정도를 넘어선 행위는 입법자가 입법 당시 예상하고 있던 불가벌의 범위를 초과한 것이므로, 그 행위에 대해서 공범에 관한 총칙상의 일반규정을 적용할 것인가의 여부는 개별 구성요건의 해석을 통하여 해결하도록 입법자가 학설과 판례에 일임한 것이라고 이해하여야 할

30) 류화진, 앞의 논문, 208-209쪽.

31) 손동권, "정범 처벌규정 없는 자(특히 대향자)에 대한 공범성립의 문제", 일감법학 제16호, 건국대학교 법학연구소, 2009, 41쪽.

32) 김범식, 앞의 논문, 253쪽 참조.

것이다.[33]

이렇듯 부정설의 입장에서 제시한 '입법자의 의사'에 대한 해석은 입장에 따라 달라질 수 있는 부분이므로 그 설득력이 부족하다. 무엇보다 입법자의 의사는 법해석의 참고사항일 뿐, 가벌여부의 절대적 기준이 되어서는 안 된다고 여겨진다.

둘째, 정범으로 처벌되지 않는 대향자를 공범으로 처벌할 수 없다는 적용부정설의 논거도 모든 대향범에 대하여 전면적으로 타당하다고 할 수는 없다. 오히려 불가벌적 대향자를 정범으로 처벌하지 않는 실질적인 근거를 밝히지 않은 채 그를 공범으로도 처벌할 수 없다는 결론을 기계적으로 도출하는 것은 형법의 공범규정의 존재이유를 무의미하게 만들 수가 있다. 왜냐하면 형법의 공범규정은 원래 형벌확장사유로서 정범의 요건을 충족하지 못하여 정범으로 처벌할 수 없는 자라도 형법이 정한 공범의 요건을 충족시키면 공범으로 처벌할 수 있도록 하는 근거규정으로서 존재의의를 가지는 것이기 때문이다.[34] 이에 따라, 쌍방적 대향범의 경우에는 대향자 쌍방이 모두 각자 규정된 구성요건에 따라 정범으로 처벌되므로 공범규정이 적용되지 않지만 편면적 대향범의 경우에는 형법 제8조에 따라, 별도의 처벌규정이 없더라도 공범의 요건이 충족될 경우, 형법총칙상의 공범규정이 적용되어 공범성립을 인정할 수 있을 것이다.

셋째, 필요적 공범은 필요적 정범이라 할 수 있더라도, 그것은 어디까지나 각칙에 규정된 행위만을 했다는 전제 하에서이고, 각칙에 규정되어 있지 않은 초과행위에 대해서는 필요적 정범이라고 할 수 없다.[35]

넷째, 형법의 겸억주의를 근거로 든 것에 대해서, 형법의 겸억주의를 취하여 개입하지 않겠다는 행위는 대향범에 규정된 대향적 협력행위에 한정되는 것이다. 단순히 대향자가 되는 행위는 처벌할 수 없다고 보는 것이 입법 취지에 맞는 해석이지만, 행위자에 대한 적극적인 교사나 방조행위에 대해서까지 겸억주의로 불처벌하는 것은 타당하다고 할 수 없다.

또, 대향자가 구성요건의 실현에 적극적으로 가담한 경우에도 불가벌로 된다면, 평등원칙에 위배되는 결과를 가져올 뿐만 아니라 법감정에도 합치되지 아니하며,[36] 형법 제8조에 따르면, 형법각칙의 범죄에 대해서도 특별한 규정이 없으면 형법총칙의 규정이

33) 원형식, 앞의 논문, 87쪽 참조.

34) 김성돈, "불가벌적 대향자에 대한 공범규정적용배제론의 재검토", 한국형사법학의 신전개 (지송 이재상 교수 정년기념논문집), 박영사, 2008, 264쪽.

35) 류화진, 앞의 논문, 209쪽.

36) 이진국, 앞의 논문, 87-88쪽.

적용되므로, 특별한 규정이 없는 한, 대향자 일방에 대한 처벌만을 규정한 것은 '일방만을 처벌'하는 것을 규정한 것이 아니라 '일방에 대한 처벌'만을 규정한 것이며, 그에 가담한 자의 처벌은 공범규정에 맡겨둔 것으로 보아야 한다[37]는 비판이 있다.

이렇듯 적용부정설에 의하면, 범죄에 대한 적극적인 가담행위까지 처벌의 대상에서 제외함으로써 처벌의 공백을 초래하고 나아가 형벌법규의 규범력을 현저하게 약화시키는 문제점을 가지고 있다.

적용부정설은 불가벌적 대향범자에 대한 불가벌의 실질적 근거가 무엇인지에 대해서는 밝혀내지 않고 대향범이기 때문에 공범규정이 적용될 수 없다고 하거나 정범으로 처벌되지 않기 때문에 공범으로도 처벌될 수 없다는 등의 형식논리를 제외하면 아무것도 남을 게 없는 선언적 주장에 불과하다.[38]

대향범으로 분류되는 구성요건에서 공범 일방을 처벌하는 규정이 없는 것은 사실이나, 그것이 대향범에 형법총칙의 규정이 적용되지 않는다고 단정할 근거일 수는 없다.[39]

2.3.2 제한적 긍정설 검토

원칙적으로는 편면적 대향범에 대한 총칙상의 공범규정을 적용하지 않지만 최소관여의 원칙에 따라 구성요건 실현에 필요한 최소한의 협력의 정도를 넘어선 적극적 가담행위에 대하여는 형법총칙상 임의적 공범규정을 적용하여야 한다고 하는 제한적 긍정설에 대하여 적용부정설은 다음과 같이 비판한다.

첫째, '구성요건 실현에 필요한 최소한의 관여행위'라는 기준이 불명확하여 불가벌의 범위를 명확히 확정지울 수 없다는 비판이 있다.[40]

그러나 '최소관여행위'는 이른바 해당범죄의 구성요건이 성립하는 만큼의 행위이므로, 그렇게 불명확한 것으로 보기는 힘들다고 여겨진다.

또 이에 대하여, 필요적 공범이 성립하기 위하여 요구되는 최소한의 행위와 그 정도를 넘어선 적극적인 관여행위의 구분은 통상 방조범과 교사범의 구분과 일치하므로 그것으로 기준을 삼는 견해도 있다.[41]

---

37) 김태명, 앞의 논문, 78-79쪽 참조.

38) 김성돈, 앞의 논문, 264쪽.

39) 한정환, "형법 제33조 '신분관계'와 공범", 형사법연구 제25권 제3호, 한국형사법학회, 2013, 73쪽.

40) 이천현, "대향범에 대한 공범규정의 적용 여부", 형사판례의 연구 I : 형법 (지송 이재상 교수 화갑기념논문집), 박영사, 2003, 718쪽.

41) 원형식, 앞의 논문, 91쪽 참조.

둘째, 대향범 내부관계에서 임의적 공범규정의 적용과 관련하여 일방만 처벌되는 대향범의 경우와 쌍방이 모두 처벌되는 대향범의 경우를 각각 달리 취급하는 근거에 대한 명확한 규명이 있어야 한다거나, 단순한 뇌물공여행위를 초과하여 적극적으로 수뢰공무원의 수뢰를 교사한 뇌물공여자에 대하여 수뢰교사죄를 부정해야하는 근거가 없다는 비판[42]이 있으나, 이는 쌍방이 모두 처벌되는 대향범에서 언급한 바와 같이, 단일의 행위로 인한 단일의 법익침해에 관하여 법조경합 중 보충관계로 평가하여 정범이 성립되었다면, 경합론의 일반원리에 따라 그러한 행위가 비록 대향자의 행위에 가공하였다고 하더라도 대향자의 행위에 대한 공범으로 평가해서는 안 된다고 본다.[43]

마지막으로 형사정책적으로 처벌의 필요성이 있는 경우에는 법률의 제(개)정에 의한 규정의 마련을 통해서 처벌이 이루어져야지, 해석에게 입법의 자리를 내어 줄 수는 없는 것이므로, 형법총칙 규정의 무분별한 '범죄화 작용'은 경계되어야 한다는 비판도 있다.[44] 그러나, 대향범 자체가 법률상의 용어가 아니기 때문에 대향범의 개념과 해석은 학설에 맡길 수밖에 없고, 그 대향범 개념의 광협에 따라 총칙상 임의적 공범규정의 적용여부도 달라지며, 각칙상 개별 범죄들에 대한 총칙 규정의 적용여부도 결국 해석을 통해 이루어질 수 밖에 없다.[45]

요컨대 편면적 대향범의 처벌은 대향범 규정에서 규정하고 있는 구성요건 실현에 필요한 최소한도의 협력행위를 넘어서서 적극적인 가담행위가 있을 경우에는 총칙상의 공범규정을 적용하여 처벌이 가능하도록 하는 것이 타당하다고 여겨진다.

3. 죄형법정주의를 둘러싼 문제

위와 같이 편면적 대향범에서 공범규정 제한적 긍정설에 따를 경우, 처벌범위가 확대되는 것은 사실이다.

그에 따라 구성요건의 합리적 해석을 통해 정책상 처벌 필요성이 있는 불가벌적 대향자에 대해 그 공범 성립을 인정하여 가벌성의 공백을 메우자는 제한 긍정설의 취지에 대해서는 수긍하면서도, 형평성 및 법감정을 기초로 '불가벌적 대향자의 처벌 필요성'이라는 정책적 목적을 위해 가벌성의 범위를 확대하는 결과를 초래하여 죄형법정주의에

42) 이정원, 앞의 논문, 110-112쪽 참조.
43) 김혜경, 앞의 논문, 292쪽.
44) 이천현, 앞의 논문, 720쪽.
45) 류화진, 앞의 논문, 210쪽 참조.

위배될 소지가 있으므로, 총칙상의 공범규정의 적용을 전면적으로 부정하여야 한다는 비판이 있다.[46] 즉, 필요적 공범 규정에 관한 입법자의 의사는 구성요건적 행위에서 2인 이상의 참여를 전제로 규정함으로써 '각각의 참여자에 대한 처벌 내지 불처벌'을 선언하였다고 보아야 하므로, 편면적 대향범의 내부가담에 있어 처벌규정이 없는 것은 '불처벌'을 의미하는 것이기 때문에 공범규정을 적용하여 처벌하는 것은 죄형법정주의의 원칙에 맞지 않다고 보는 것이다.

물론 불가벌적 대향자가 구성요건의 충족에 필요한 최소한의 관여행위를 한 경우는 당해 구성요건의 해석상 공범자로서의 독자적 불법이 인정될 수 없기 때문에 불가벌로 보아야 하는 것이 맞다. 하지만 불가벌적 대향자가 구성요건의 최소한의 협력관계를 넘어서는 독자적 불법행위로 나아가는 관여행위를 하였거나 특히 대향자가 범행고의가 없는 상대방에게 고의를 유발시킨 경우에는 공범자로서의 독자적 불법을 인정할 수 있기 때문에 공범의 성립을 인정할 수 있다.[47] 죄형법정주의에 따른 편면적 대향범의 불가벌적 대향자에 대한 '불처벌'은 당해 범죄의 구성요건의 성립에 관여한 행위를 말한 것이지, 그것을 넘어서는 독립된 불법행위을 취한다거나 특히 범행의지가 없는 상대방에게 범행을 유발시키는 경우까지 '불처벌'을 뜻하는 것은 아니기 때문이다.

그러므로 불가벌적 대향자에 대한 처벌규정이 없다는 사정 하나만으로 죄형법정주의를 운운하며 공범규정의 적용을 배제하는 것은 부적절하다.

그렇게 해석하기 위해서는 총칙상 공범규정에 "대향범(또는 필요적 공범)에는 본 공범규정이 적용되지 않는다"는 식의 규정이 존재해야만 할 것이다. 형법 제8조의 규정과 관련해서 보더라도, 그런 배제 규정이 존재하지 않는 경우에는 형법 제8조에 의하여 당연히 총칙상 공범규정은 적용됨이 마땅하다.[48]

대향범 규정에 있어서 불가벌적 대향자에 대해서는 죄형법정주의에 의한다 하더라도, 구성요건의 최소한의 협력행위를 넘어선 공범의 책임이 인정되는 경우에는 공범으로 처벌하는 것이 책임주의에 부합한다고 여겨진다.

---

46) 최정일, "불가벌적 대향범에 대한 총칙상의 공범 규정의 적용 문제", 형사법연구 제26권 제4호, 한국형사법학회, 2014, 54쪽.

47) 김성돈, 앞의 논문, 274쪽 참조.

48) 정영일, "편면적 대향범에 있어서 공범의 성립", 형사법연구 제26권 제2호, 한국형사법학회, 2014, 29-30쪽 참조.

Ⅳ. 대향범관련 판례의 비교 검토

1. 변호사법 관련 대법원 판례

대법원은 변호사 아닌 자가 변호사를 고용하여 법률사무소를 개설・운영한 사례에서 대향범에 대한 '법리'에 따라 "변호사 아닌 자는 변호사를 고용하고 변호사는 변호사 아닌 자에게 고용된다는 서로 대향적인 행위의 존재가 반드시 필요하고, 나아가 변호사 아닌 자에게 고용된 변호사가 고용의 취지에 따라 법률사무소의 개설・운영에 어느 정도 관여할 것도 당연히 예상되는 바 ..... 피고용 변호사에 대해서 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 해당된다고 하더라도 변호사를 변호사 아닌 자의 공범으로서 처벌할 수는 없다"[49]고 하여, 공범규정 적용부정설의 입장을 취하고 있으며, 피고용 변호사를 불가벌적 대향자로 보아 처벌이 되는 변호사가 아닌 자의 공범으로 처벌하지 않았다.[50]

그러나 공범규정 적용부정설의 검토에서 언급한 바와 같이 피고용 변호사에 대해서 이를 '처벌하는 규정이 없으므로', '그 입법 취지에 비추어 볼 때' 변호사 아닌 자에게 고용되어 법률사무소의 개설・운영에 관여한 변호사의 행위가 '적극적 가담행위'라 하더라도 변호사를 변호사 아닌 자의 공범으로서 처벌할 수 없다고 판단한 당해 판례는, 원론적 입장만을 고수하고 있는 것으로 비판받아 마땅하다.

또 위 판례의 법리에 따를 경우, 변호사 아닌 자가 법률사무소를 개설・운영함에 있어 고용한 변호사 아닌 "일반 사무직원"의 경우에는 공범규정이 적용이 되어 처벌될 수 있음에도 불구하고, 함께 고용되어 변호사 아닌 자가 법률사무소를 개설・운영할 수 있도록 더 기여했다고 볼 수 있는 변호사는, 적극적으로 가담을 하였다고 하더라도 불가벌로 보고 있으므로, 이는 형평성과 정의 관념에도 반한다고 여겨진다.

한편, 해당 판례를 편면적 대향범의 문제를 넘어서 공범과 (위법조각적)신분에 관한 문제로 보는 견해가 있다.[51] 이는 대향적 고용관계를 형성한 이후 '법률사무소를 개설・

---

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

50) 해당 판례에 대하여, 무자격자가 변호사로서의 업무를 수행하는데 변호사가 공범으로 반드시 필요하지 않으므로 이들 구성요건에서 무자격자와 자격자는 필요적 공범이 아니기 때문에 판례의 대향범론은 공범규정이 배제되어야 하는 논거가 될 수 없다고 보는 견해도 있다. 한정환, 앞의 논문, 74쪽 참조.

51) 손동권, 앞의 논문, 43쪽.

운영하는 행위'는 공동의 목적을 향해 함께 나아가는 공범의 관계라고 보아 이 행위에 관한한 공범과 신분에 관한 규정 내지 이론이 적용되어야 한다고 한다.

그러나, 변호사가 아닌 자가 변호사를 고용하는 것은 그 행위자체가 법률사무소를 개설・운영하기 위한 것이지 단지 고용만 하기 위한 것은 아니다. 또, 고용된 변호사가 고용의 취지에 따라 법률사무소의 개설・운영에 관여할 것은 당연히 예상되는 것인바, 고용행위-대향범, 개설・운영행위-(공동의 목적을 향해 나아가는)공범으로 구별하여 적용하는 것은 타당하지 않다.

또한 '공동의 목적을 향해 함께 나아가기 때문에' 대향범의 문제를 넘어섰다고 본다면 음화판매죄(형법 제243조)의 경우에도 '음화 거래'라는 공동의 목적으로 매매행위가 이루어지는 것으로 볼 수 있기 때문에, 해당 견해에 따르게 되면 대향범 자체를 인정하기 어렵게 되므로 타당하지 않다고 여겨진다.

2. 법무사 및 의사 관련 판례와의 비교

위의 판결과는 달리, 대법원은 변호사 아닌 자가 법무사의 업무 범위를 초과하여 법률사무 취급행위를 하여 변호사법 제109조 제1항을 위반한 법무사 관련 사례와 관련해서는, "피고인 1, 5 (법무사)가 피고인 2, 3, 4와 법률사무 취급행위를 하기로 공모한 후 그들에게 자신들의 법무사 사무실 일부와 법무사 명의를 사용토록하고 그 대가로....수익금 중 30%를 분배받았다는 이유로 피고인 1, 5를 변호사법 제109조 제1호 위반죄의 공동정범으로 처벌한 것은 정당하다."[52]고 보아 법무사를 공범규정으로 처벌하고 있다.

또, 의사가 의사 아닌 자의 의료기관 개설행위에 가공한 사례와 관련하여, "의료인이 의료인이나 의료법인 아닌 자의 의료기관 개설행위에 공모하여 가공하면 의료법 제66조 제3호, 제30조 제2항[53] 위반죄의 공동정범에 해당되는 것이다"[54]고 보아 의사를 공범규정을 적용하여 처벌하고 있다. 특히 의료법위반(무면허의료행위)죄는 이른바 소극적 신분범인데 판례는 신분자라도 비신분자와 공모하여 비신자의 무면허의료행위에 가담한 때에는 공동정범으로 처벌될 수 있음을 분명히 하고 있다.

---

52) 대법원 2007. 6. 28. 선고 2006도4356 판결.

53) 2007. 7. 27. 법 개정으로 제87조 제1항 제2호, 제33조 제2항으로 변경되었다.

54) 대법원 2001. 11. 30. 선고 2001도2015 판결.

3. 검토

우선 법무사 관련 판례의 경우 법무사와 비법무사 모두 법무사 업무를 초과하여 변호사업무의 취급행위를 상호 공모하여 가담한 것으로, 비변호사가 변호사를 고용하여 법률사무소를 개설·운영한 형태와는 다르므로 그대로 비교하는 것은 무리이다. 다만, 동 판시의 유추해석상 법무사의 업무범위를 초과하지 않은 경우 법무사법위반으로 처벌받는 비법무사에 가공한 법무사도 법무사법위반의 공범으로 처벌될 것인지에 관하여는 법무사법 제74조 제1항이 법무사가 아닌 자만을 처벌주체로 명시하였기 때문에 비변호사가 변호사를 고용하여 법률사무소를 개설·운영한 변호사법 제34조 제4항과 동일한 문제가 발생할 것이다.[55]

또, 의사 관련 판례는 의료인이 의료인이나 의료법인 아닌 자의 의료기관 개설행위에 공모하여 가공하면 의료법위반죄의 공동정범에 해당된다고 하고 있는 바, 위 변호사법 관련 판례와 거의 동일한 구조를 가지고 있다.

이렇듯 위 두 판례들은 편면적 대향범의 관계와 거의 유사한 구조를 가지고 있음에도 불구하고 변호사법 관련 판례와 상반된 입장을 보이고 있다. 이러한 상반된 대법원 판례에 대하여 서울중앙지방법원 2004년 4월 1일 선고 2003고단8795 판결은, 변호사법 제34조 제4항은 "변호사가 아닌 자는 변호사를 고용하여 법률사무소를 개설·운영하여서는 아니 된다"고 되어 있어 변호사 아닌 자와 변호사가 서로 대향적으로 규정되어 있는데 반하여, 의료법 제30조 제2항에는, "의사....가 아니면 의료기관을 개설할 수 없다"로 단순히 의사 아닌 자의 의료기관 개설행위를 금지하고 있는 것에서 차이가 있다고 보고 있다. 또 소극적 신분을 가진 자가 그러한 신분을 가지지 않은 자의 범행에 가공한 경우에는 형법 제33조 본분의 취지에 비추어 역시 공범으로서의 처벌을 면치 못한다고 봄이 상당하고....의사가 의사 아닌 자의 의료기관 개설행위에 가공하였다면 의료법 제30조 제2항 위반죄의 공동정범이 될 수 있으나 의료기관의 개설행위에 가공하지 아니하고 단순히 의료기관의 개설자가 될 수 없는 자에게 고용되어 의료행위를 한 자를 의료법 제30조 제2항 위반죄의 공동정범으로 처벌할 수는 없다고 하여 해당 판례에 정당성을 부여하고 있다. 즉, 단순 고용의 경우에는 처벌할 수 없고, 동업의 경우에는 당연히 처벌을 받는다는 차이를 두고 있는 것이다.

---

55) 한인달, "변호사법 제34조 제4항과 편면적 대향범의 관계 – 대상판결: 대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도3994판결 평석 –", 법학연구 제19권 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2011, 206쪽 참조.

그러나 무자격자가 의사의 협조 없이 단독으로는 의료기관을 개설할 수 없는 실정임에 비추어 보면 결국 무자격자와 의사는 서로 대향적인 위치에 있다고 볼 수 있으므로 실질적으로는 변호사법과 아무런 차이가 없다.[56]

결국 변호사가 변호사 아닌 자의 법률사무소를 개설·운영하는 것에 대하여는 단순히 방조하는 것을 넘어 공모 또는 교사한 경우까지도 처벌되지 않는다는 하면서 의사 아닌 자의 의료행위에 가담한 의사들에 대해서는 의료법위반죄의 공동정범의 성립을 인정하는 것은 실질적으로 변호사와 의사를 차별하는 것이라고 하지 않을 수 없다.

따라서 판례는 이러한 문제점을 인식하고, 이에 대하여 통일된 입장을 취하되, 공범성립을 인정하는 방향으로 나아가야 할 것이다.

Ⅴ. 결

대향범이란, 2인 이상이 구성요건의 실현에 필요한 최소한의 협력행위를 전제로 하되, 동일한 목표를 성취하기 위한 의사방향이 상호간에 대향되는 범죄로, 대향자의 존재만으로는 부족하고, 해당 구성요건에 규정된 실행행위를 위한 협력행위를 한 경우로 한정된다.

그에 따라 일방만 처벌되는 소위 '편면적 대향범'에서의 대향자는 자신의 범죄가 아닌 타인의 범죄를 성립시키기 위해 필요한 최소한의 협력행위가 요구된다.

또 쌍방이 모두 처벌되는 대향범의 경우에는 법정형이 동일하든 차등적이든 정범이 성립되므로 형법총칙상의 공범규정이 적용되지 않는 반면에, 편면적 대향범의 경우에는 최소관여의 원칙에 따라 필요한 최소한의 협력을 넘어선 적극적 가담행위를 한 것에 대하여는 형법총칙상의 공범규정을 적용하여야 한다고 판단된다.

대향범에 대해서는 형법총칙상의 공범규정은 적용이 안 되기 때문에 편면적 대향범의 불가벌적 대향자도 본죄의 정범으로는 물론, 총칙상의 공범으로도 처벌할 수 없다는 것이 적용부정설과 판례의 입장이긴 하나, 대향범이라고 해서 정범에게 적극적으로 가담한 자에게까지 형법총칙의 공범규정의 적용을 전면 부정할 이유는 없다.

형법이 각칙에 규정한 구성요건은 정범을 전제로 한 것이며, 총칙상의 공범규정은 정범이 성립하지 않을 때 보충적으로 적용되는 것이 원칙이다.

---

56) 한인달, 위의 논문, 211쪽.

판례는 대향범에 대한 정확한 개념 및 구체적인 사안에 대하여 신중한 검토를 하거나, 총칙상 공범규정의 적용이 배제되는 실질적 근거에 대한 명확한 설명 없이, 단순히 대법원이 이제까지 유지해 온 기존의 법리만을 반복적용하고 있을 뿐이다.

편면적 대향범의 가벌성 여부는 엄격한 법리에 의하여 정해지는 것이 아니라 구체적인 개별사례에 따라 범죄의 특성, 가담행위의 태양, 가담의 정도 등을 종합적으로 고려하여 결정되어야 할 것이다.

공범규정 적용부정설과 판례는 대향범 상호간에 공범규정의 적용을 처음부터 배제해 버림으로써 불가벌적 대향자의 적극적인 가담행위까지 법으로부터 자유로운 영역에 방치하고 있다. 이러한 해결방식은 법감정에 배치되는 결과를 가져올 뿐만 아니라 특히 불가벌적 대향자에게 비난의 초점이 맞추어진 사례 상황에서는 합리적 해결책도 될 수 없으므로, 단순한 대향적 협력행위를 초과한 적극적인 가담행위가 있을 시에는 총칙상의 공범규정의 적용이 가능하게 하여 처벌하는 것이 형평성과 법감정에 부합한다고 여겨진다.

참고문헌

1. 단행본

김성돈, 형법총론 제2판, 성균관대학교 출판부, 2009.
김일수/서보학, 새로쓴 형법총론 제12판, 박영사, 2014.
배종대, 형법총론 제11판, 홍문사, 2013.
신동운, 형법총론 제7판, 법문사, 2013.
오영근, 형법총론 제3판, 박영사, 2014.
이재상, 형법총론 제7판, 박영사, 2014.
임 웅, 형법총론 제5정판, 법문사, 2013.
정성근/박광민, 형법총론 전정2판, 성균관대학교 출판부, 2015.

2. 학술지

구길모, "대향범에 대한 공범규정 적용의 타당성 -자본시장법상 미공개정보 이용행위에 대한 처벌규정을 중심으로-", 안암법학 제40호, 안암법학회, 2013, 87-124쪽.
김태명, "편면적 대향범에 가담한 자에 대한 형법총칙상 공범규정의 적용가부", 형사판례연구 제21호, 한국형사판례연구회, 2013, 65-101쪽.
김범식, "불가벌적 대향자에 대한 고찰", 성균관법학 제21권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2009, 241-260쪽.
김성돈, "불가벌적 대향자에 대한 공범규정적용배제론의 재검토", 한국형사법학의 신전개 (지송 이재상 교수 정년기념논문집), 박영사, 2008, 258-274쪽.
김혜경, "비밀누설죄에서 대향자의 공범성립가능성 -대향범성과 자수범성을 중심으로-", 형사판례연구 제20호, 한국형사판례연구회, 2012, 273-321쪽.
류화진, "필요적 공범의 개념과 대향범의 유형 - 편면적 대향범을 중심으로", 법학논고 제30집, 경북대학교 법학연구소, 2009, 185-216쪽.
손동권, "정범 처벌규정 없는 자(특히 대향자)에 대한 공범성립의 문제", 일감법학 제16호, 건국대학교 법학연구소, 2009, 31-49쪽.
원형식, "불가벌적 필요적 공범", 형사법연구 제24호, 한국형사법학회, 2005, 79-98쪽.

이정원, “대향범인 필요적 공범에 대한 임의적 공범규정의 적용가능성”, 형사법연구 제20권 제3호, 한국형사법학회, 2008, 109-126쪽.

이진국, “대향범의 구조에 관한 일고”, 비교형사법연구 제4권 제1호, 한국비교형사법학회, 2002, 87-107쪽.

이창섭, “‘대향범’개념과 불가벌적 대향자의 처벌여부”, 법학연구 제55권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2014, 147-173쪽.

이천현, “대향범에 대한 공범규정의 적용 여부”, 형사판례의 연구 I : 형법 (지송 이재상 교수 화갑기념논문집), 박영사, 2003, 707-725쪽.

정영일, “편면적 대향범에 있어서 공범의 성립”, 형사법연구 제26권 제2호, 한국형사법학회, 2014, 15-37쪽.

최정일, “불가벌적 대향범에 대한 총칙상의 공범 규정의 적용 문제”, 형사법연구 제26권 제4호, 한국형사법학회, 2014, 35-60쪽.

한정환, “형법 제33조 ‘신분관계’와 공범”, 형사법연구 제25권 제3호, 한국형사법학회, 2013, 57-79쪽.

한인달, “변호사법 제34조 제4항과 편면적 대향범의 관계 – 대상판결: 대법원 2004.10.28. 선고 2004도3994판결 평석 –”, 법학연구 제19권 제1호, 경상대학교 법학연구소, 2011, 199-228쪽.

[Abstract]

The Applicability of the Accomplice Rules in Two-way Criminality

-Focus on the One-sided Criminality-

Kang, Mi-Young*

Two-Way Criminality presupposes that two or more people do the minimum cooperative deed to achieve for the constituent elements.

In other words, it is not satisfied by the only presence of Two-Way Criminal because the intension directions to achieve the same goal are opposed to each other. So they need to do the cooperation deed for stated enforcement act in the configuration requirements.

For the unpunishable criminals of One-sided Criminality, Korean Supreme Court applies repeatedly the traditional legal principles that accomplices rules do not apply to them, even if they actively engage in the criminal conduct. Because the accomplice rules of the Criminal general law are not applied to Two-Way Criminality.

This attitude will let out the criminals that caused the criminality actively. Accordingly, they are not punished though they deserve to be punished. So this is not seen as a reasonable solution because it brings the results that are denied the legal sentiment.

In Two-Way Criminality, the unpunishable deed is limited to simple Two-Way cooperation deed. And they are punished with applying the accomplice rules of the Criminal general law, when there are active involved deeds which exceed the simple cooperation deed. I believe it is consistent with the equality and legal sentiment.

[Key Words] Accomplice, Necessary Accomplice, Two-Way Criminality, One-sided Criminality, Minimum Cooperative Deed

* Doctoral Course at School of Law, Pusan National University