

간접정범의 본질과 성립범위에 대한 고찰*

A Study on the Nature of Indirect Principal and the Conditions for Establishing Indirect Principal

이 승 호**

Seung Ho Lee

목 차

- | | |
|--------------|------------------------|
| I. 들어가는 말 | III. 간접정범의 성립범위에 관한 법리 |
| II. 간접정범의 본질 | IV. 나오는 말 |

이 글은 형법 제34조가 규정하는 간접정범의 본질을 규명한 후에, 그에 맞추어 간접정범의 성립범위에 관한 법리를 정리하고 있다. 주지하는 바와 같이, 간접정범의 본질에 관한 논의는 우리 형법학의 가장 시끄러운 분야 중의 하나이다. 정범설과 공범설이 대립하며, 여러 유형의 절충설도 제시되고 있다. 이 글은 각 견해의 핵심 내용을 정리·검토한 후, 형법 제34조가 규정하는 간접정범의 본질을 ‘유사정범(類似正犯)’으로 설정하자고 제안한다. 정범의 테두리 안에 포함하지만, 정통적인 정범보다는 오히려 공범과 친한 범행(공범의 보완)이라는 의미이다. 형법 제34조의 제1항뿐 아니라 제2항도 마찬가지임을 이 글은 밝히고 있다. 여기까지가 이 글의 전반부이다. 이 글의 후반부는 간접정범의 성립범위에 관한 법리를 정돈하는 작업에 주어져 있다. 물론 간접정범의 본질을 ‘유사정범’으로 파악함을 전제로 성립범위에 관한 법리를 검토한다. 그래서 이 글은 ‘정범 우위의 원칙’ 및 ‘의사지배론’의 법리와 이별하고, ‘극단적 종속형식’을 바탕으로 공범의 처벌 공백을 메우기 위한 법리와 손을 잡는다. 그러면서 형법 제34조 제1항의 성립요건 중 ①피이용자의 범위(처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자) 및 ②이용자의 행위와 의사(교사 또는 방조)가 어떻게 정돈되어야 하는지 설명하였

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2023..54.221>

투고일: 2023. 3. 14. / 심사완료일: 2023. 4. 19. / 게재확정일: 2023. 4. 21.

* 이 논문은 2021학년도 건국대학교의 연구년교원 지원에 의하여 연구되었음

** 건국대학교 법학전문대학원 교수

Professor, Law School of Konkuk University, Ph.D. in Law

고, 형법 제34조 제2항의 성립요건 중 ③추가적 요건(지휘·감독의 관계)의 의미도 정리하였다. 이를 통해 우리 형법학의 가장 난해한 분야의 하나인 간접정범론의 엉클어진 실타래를 풀어내는 일에 일조하는 것이 이 글의 바람이다.

[주제어] 간접정범, 정범 우위의 원칙, 의사지배, 공범 종속성, 극단적 종속형식

I. 들어가는 말

형법은 제34조에서 표제를 ‘간접정범’이라고 하여 간접정범이 정범임을 밝히고 있다. 하지만 규정의 내용을 보면 간접정범의 법적 처리를 “교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다.”라고 함으로써 마치 공범으로 취급하는 것 같은 메시지를 주고 있다. 그래서 간접정범의 본질에 관하여 <정범설>과 <공범설>이 모두 제기되며, 여러 유형의 <절충설>도 제시된다.

<정범설>은 간접정범의 정범 지표를 이용자가 피이용자의 ‘의사를 지배’한다는 점에서 찾는다. 따라서 간접정범의 성립범위는 의사지배의 요구 정도에 의해 좌우된다. ‘정범 우위의 원칙’에 의해 공범의 성립 여부에 대한 논의와는 관계없이 의사지배라는 정범성의 지표를 기준으로 하여 간접정범의 성립요건이 결정되는 것이다. 반면에 <공범설>은 간접정범을 정통적 공범(교사범과 종범)의 보완 규정으로 보기 때문에, 간접정범의 성립범위는 정통적 공범의 성립범위와 연결된다. 정통적 공범이 성립하지 않는 영역에서 간접정범이 성립하게 되므로, 정통적 공범의 성립 여부를 좌우하는 ‘공범 종속성의 정도’에 대한 논의가 간접정범의 성립요건에 영향을 주게 된다. <절충설>은 그 내용을 어떻게 정립하는가에 따라 <정범설> 혹은 <공범설>의 논제가 혼재하여 반복된다.

간접정범의 본질과 성립범위에 관한 이러한 논의는 간접정범론을 형법학상 가장 난해한 분야의 하나로 만들었다. <정범설>과 <공범설> 및 <절충설>의 대립에 ‘정범 우위의 원칙’과 ‘공범 종속성의 정도’ 등의 법리가 얹혀서 엉클어진 실타래가 되어버린 것이다. 이 글은 그런 실타래를 풀어내기 위한 시도로 작성되었다. 형법 제34조가 규정하는 간접정범의 본질을 규명(제II장)한 후에,¹⁾ 그에 맞추어 간접정범의 성립범위에 관한 법리를 정돈

1) 입법론은 또 다른 논제이다. 이 글은 형법의 규정을 해석할 때 간접정범의 본질이 무엇인가를 규명하는 일에 집중하고자 한다. 참고로, 간접정범의 본질이 정범이라고(혹은 정범이어야 한다고) 전제해 놓고, 그러기 때문에 형법의 규정을 개정해야 한다고 주장하는 문헌도 다수 있는데(대표적인 문헌으로 손동권, “형법 제34

하고자 한다(제Ⅲ장). 본질과 성립범위는 당연히 연결된 논제이므로, 전자의 해결이 후자의 범리를 견인한다. 장을 바꾸어 간접정범의 본질에 대한 규명부터 시작하기로 한다.

Ⅱ. 간접정범의 본질

1. 학설

1.1 정범설

간접정범은 명칭 그대로 ‘정범’이라는 이론이다. 주요 내용은 첫째, 공범 성립의 근거가 미흡하다는 점과 둘째, 정범의 죄책을 부담시키기에 충분한 구조를 지니고 있다는 점의 두 부분으로 구성되며, 특히 후자와 관련해서는 도구론과 의사지배론이 주장된다. 항을 나누어 정리한다.

1.1.1 공범 불가론

공범은 정범을 전제로 하며, 정범의 범죄성과 가벌성을 차용한다. 이것이 공범 종속성이다(공범종속성설). 그런데 간접정범은 구성요건 행위의 직접 실행자가 ‘처벌되지 않거나 과실범으로 처벌되는 자’이다. 따라서 그러한 자를 시키거나 도운 경우, 교사범이나 중범 등의 공범이 될 수 없다는 설명이다. 이렇게 공범이 불가하다면, 간접정범의 정범적 성격을 찾는 작업이 필요해진다. 그래서 도구론과 의사지배론이 제시된다.

1.1.2 도구론

범죄의 직접 실행자를 ‘도구’로 파악하면 간접정범이 실질적인 실행자가 된다. 직접 실행자를 도구로 이용하여 자신의 범행을 실행하는 정범 유형이 되는 것이다. 직접정범도 범행의 수단으로 도구를 사용할 수 있다. 직접정범의 도구는 생명 없는 도구임에 반하여, 간접정범의 도구는 생명 있는 도구라는 차이가 있을 뿐이지, 정범의 지위 면에서는 차이가 없다는 설명이다.

조(간접정범)에 대한 입법론적 검토”, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004, 256-258쪽 참조), 그러한 입법론에 대한 논의는 이 글의 검토 대상이 아니다.

1.1.3 의사지배론

정범의 표지를 범행의 ‘지배’라고 한다면,²⁾ 간접정범은 직접 실행자의 의사를 지배함으로써 범행을 지배하는 정범 유형이 된다. 직접정범이 실행행위를 지배함으로써 범행을 지배하는 것이라면, 간접정범은 중간 매개자(직접 실행자)의 의사를 지배함으로써 범행을 지배한다는 설명이다. 도구론이 직접 실행자의 용도에 초점을 맞추어 반하여, 의사지배론은 간접정범 자신의 범행 지배 방법에 초점을 두어 정범으로서의 성격을 설명한다.³⁾

1.2 공범설

간접정범은 공범이라는 이론이다. 이론적인 차원에서는, 범죄를 실행하는 방식이 공범의 구조를 갖추고 있다는 점이 논거로 거론된다.⁴⁾ 하지만 더 중요한 논거는 우리 형법의 간접정범 규정이다. 형법 제34조에 공범적 성격이 내포되어 있다는 것이다. 항을 나누어 정리한다.

1.2.1 범죄실행의 방식

간접정범은 범죄를 직접 실행하지 않는다. 직접 실행자는 타인이고, 간접정범은 그에게 영향을 미치는 방식으로 범행에 관여할 뿐이다. 이 점에서 간접정범은 교사범 및 중범과 구조를 같이 한다. ‘실행자와 관여자’라는 이중적 방식의 범죄실행 유형에서 관여자는 공범으로 취급된다는 것이 <공범설>의 이론적인 논거이다.

-
- 2) 행위지배설의 중심 내용이다. 지지하는 바와 같이, 행위지배설은 록신에 의해 체계화되었다. 록신은 1962년에 교수자격 논문으로 ‘정범과 공범(Täterschaft und Teilnahme)’을 발표하였으며, 이후 이를 ‘정범과 행위지배(Täterschaft und Tatherrschaft)’라는 제목으로 출간하였다(Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft 9 Aufl., Walter de Gruyter GmbH, 2015).
 - 3) 정범설을 주장하는 대표적인 문헌은 “간접정범이 정범인가 공범인가는 … 간접정범의 본질이 정범성을 갖추었는가에 의해 결정되어야 한다. … 따라서 형법 제34조의 규정에도 불구하고 간접정범이 공범이 아니라 정범이라고 해석하는 정범설이 통설이며, 타당하다.”고 주장한다. 그러면서 정범성의 지표에 관하여, “실행행위자에 대한 의사지배로 인하여 간접정범은 정범성을 가지는 것이다.”라고 설명한다(이재상/장영민/강동범, 형법총론 제11판, 박영사, 2022, §32/4-§32/7). 그 이외에도 출간된 교재를 기준으로 보면, 대부분이라고 할 정도로 상당수의 교재가 정범설을 지지하는 것으로 확인된다. 다만 논거와 법리가 위 본문에서 정리한 내용과 다른 점이 없어서 구체적인 교재의 소개는 생략하기로 한다.
 - 4) 정범과 무관하게 공범의 범죄성이 찾아질 수 있다는 소위 공범독립성설을 취하는 경우, <정범설>의 공범불가론에 반론이 제기될 수 있다. 하지만 공범독립성설은 정범과 공범의 구별을 무의미하게 만들며, 이를 바탕으로 하는 공범설은 설득력이 부족하다고 판단한다.

1.2.2 형법 규정

형법은 간접정범의 조문(제34조 제1항)을 교사범(제31조)과 종범(제32조)의 뒤에 위치시키고 있다. 이는 입법자가 간접정범을 교사범이나 종범의 특수한 유형으로 설정했음을 의미한다는 설명이다. 만약 정범으로 설정했다면 공동정범(제30조)의 앞이나 뒤에 위치시키는 것이 더 어울릴 것이기 때문이다. 더욱이 해당 조문은 간접정범을 “교사 또는 방조의 예에 따라 처벌”한다고 규정하고 있으니, 내용의 면에서도 우리 형법은 간접정범을 교사범 및 종범과 유사한 유형의 공범으로 설정하였음을 알 수 있다고 한다.⁵⁾

1.3 절충설

1.3.1 이원설

<이원설>은 간접정범에 도구형 간접정범과 공범형 간접정범의 두 가지 유형이 있다고 주장한다. 도구형 간접정범은 이론적으로 인정되는 간접정범 유형이다. 형법 규정(제34조 제1항)과는 별개라고 한다. <정범설>이 제시하는 도구론과 의사지배론에 합치하는 간접정범을 말하고, 따라서 당연히 정범으로 취급된다. 반면에, 형법 규정(제34조 제1항)의 간접정범은 정범이면서도 공범의 성격을 지니는 공범형 간접정범이라고 한다. 명칭부터 간접정범이니 정범에 편제해야 하지만, 내용에서는 직접 실행자의 도구적 성격이 약하고 그에 대한 행위자의 우월적 의사지배도 인정하기 어렵다.⁶⁾ 그래서 공범형 정범이 되는데, 이에 대해서는 다음 항의 <공범형 정범설>에서 설명한다.

1.3.2 공범형 정범설

형법이 간접정범으로 규정한 범죄유형에만 관심을 가지면서, 그것의 본질을 공범형 정범으로 설명하는 이론이다. 우선, 간접정범은 교사범이나 종범과 달리 타인을 도구로 이용하는 범죄유형이기 때문에 본질적으로 정범의 특징을 지닌다. 하지만 형법 제34조 제1항은 간접정범의 요건으로 피이용자가 ‘처벌되지 않거나 과실범으로 처벌’될 것을 요구할 뿐, 이용자에게 우월적 의사지배가 있어야 함을 적극적으로 요구하지 않는다.

5) 공범설을 주장하는 대표적인 문헌은 다음과 같이 설명한다. “우리 입법자는 간접정범의 경우에 독일의 입법자와 다른 결단을 내리고 있다. 우리 입법자는 간접정범에 대해서 설사 우월한 의사지배가 인정된다고 하더라도 아직 이를 정범으로 인정하지 않는다. 우리 입법자는 형법 제34조 제1항을 통하여 간접정범을 ‘교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다.’라고 규정하고 있다.”(신동운, 형법총론 제12판, 법문사, 2020, 600쪽).

6) 오영근, 형법총론 제5판, 박영사, 2019, 412쪽.

즉, 형법 제34조 제1항의 간접정범에서는 피이용자의 도구적 성격이 약화되어 준도구의 역할로도 간접정범의 성립이 가능하게 된다. 뿐만 아니라, 형법 제34조 제1항은 간접정범의 처벌을 “교사 또는 방조의 예”에 의하도록 규정한다. 따라서 형법 제34조 제1항의 간접정범은 정범이면서도 공범의 성격을 아울러 지니는 범죄유형, 즉 공범형 정범이라고 설명한다. <공범형 정범설>은 도구형 간접정범을 인정하지 않는다는 점에서⁷⁾ 앞의 <이원설>과 구별된다.

2. 판례

판례는 <정범론>의 손을 드는 것으로 파악된다. 형법 규정(제34조 제1항)의 간접정범을 설명하면서 <정범론>의 법리를 차용하는 판시가 발견되기 때문이다. ‘처벌되지 아니하는 자’의 예로 “책임무능력자, 범죄사실의 인식이 없는 자, 의사의 자유를 억압당하고 있는 자, 목적범(이나) 신분범인 경우 그 목적 또는 신분이 없는자, 위법성이 조각되는 자”를 거론하면서, 그들을 “마치 도구나 손발과 같이 이용하여 간접으로 죄의 구성요소를 실행한 자”를 간접정범으로 처벌하는 것이라고 설명한다.⁸⁾

3. 검토

3.1 정범설의 배경 -독일의 형법 체계-

간접정범이 정범의 한 유형이라는 설명은 독일 형법학의 정설이다. 이는 독일 형법이 간접정범을 규정하는 체계와 내용에서 비롯된다. 우선 체계의 면에서, 독일 형법은 간접정범을 ‘정범’이라는 표제 하에 직접정범 및 공동정범과 같은 조문에서 규정하며, 그리고

7) 도구적 간접정범을 인정하지 않는 논거는 입법적 근거가 없다는 점이다. 입법적 근거가 없이 새로운 유형의 정범을 인정하는 것은 죄형법정주의 위반이라고 주장한다. 학자에 따라서는 ‘공범형 정범’이라는 표현 대신에 ‘공범형 간접정범’ 내지 ‘한국형 간접정범’이라는 표현을 쓰기도 한다(허일태, “간접정범의 규정과 그 본질”, 형사법연구 제33권 제3호, 한국형사법학회, 2021, 30쪽).

8) 대법원 1983. 6. 14. 선고 83도515 전원합의체 판결. 다만, 이 판결의 내용 중 “형법 제34조 제1항의 간접정범의 행위는 교사 또는 방조임이 그 규정상 분명”하다는 판시와 간접정범이 성립하기 위해서는 공범과 마찬가지로 피이용자의 실행행위가 있어야 한다고 전제한 점을 들어, 이 판결이 공범설의 입장에 서 있다고 주장하는 문헌도 있다(김태명, “간접정범 규정의 해석과 허위공문서작성죄의 간접정범”, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004, 43쪽).

나서 차례로 교사범과 종범의 조문을 두고 있다.⁹⁾ 내용의 면에서도, 독일 형법은 간접정범을 “범죄행위를 타인을 통해 실행한 자”라고 하면서 그러한 자는 “정범으로 처벌한다”라고 규정한다.¹⁰⁾

따라서 독일 형법학의 과제는 간접정범이 정범으로 분류되는 근거를 어떻게 설명할 것인가에 두어진다. 앞에서 소개한 도구론이나 의사지배론 등은 모두 그에 대한 답변이다. 그런데 문제는 우리 형법이 간접정범을 규정하는 체계와 내용이 독일 형법과 다르다는 점이다. 간접정범의 조문을 교사범과 종범의 조문 다음에 위치시킬 뿐 아니라, 내용에서도 “교사 또는 방조”라는 표현을 사용하고 있다. 이는 독일 형법학의 <정범설>을 그대로 복창하는 것에 대한 제동이 된다. 우리 형법의 규정을 전제로 간접정범의 본질이 규명되어야 할 것인바, 이를 위해 우리 형법의 정범과 공범 규정을 살펴보는 작업이 필요할 것 같다. 항을 바꾸어 정리한다.

3.2 우리 형법의 정범과 공범

3.2.1 무대 위의 실행자(플레이어)

3.2.1.1 단독정범

형법은 기본적으로 범행의 주체를 단독정범으로 상정한다. 각칙의 행위 주체(~자)가 그렇고, 총칙도 공범 규정을 제외하고 대부분 규정이 단독정범을 전제로 한다. 이는 단독정범의 범행이 가장 단순한 범죄유형이기 때문이다. 범죄의 실행을 ‘연극’에 비유하면, 단독정범은 1인극(모노드라마)이다. 형법은 단독정범의 범행 유형을 전제로 요건과 효과를 규정한 후에, 총칙의 공범 규정(제30조-제34조)을 통해 실행자와 관여자의 범위를 확대한다.

3.2.1.2 공동정범

형법 제30조(공동정범)는 “2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때” 그들을 모두 정범으로 처벌한다고 규정한다. 이 규정을 통해, 단독정범을 전제로 규정된 각칙의 구성요건은

9) 독일 형법은 제25조에서 직접정범과 간접정범 및 공동정범을 규정한 후, 교사범은 제26조, 종범은 제27조에서 규정하고 있다.

10) 독일 형법 제25조(정범) ① 범죄행위를 스스로 또는 타인을 통해 실행한 자는 정범으로서 처벌된다.

② 수인이 공동으로 범죄행위를 실행한 경우, 각자는 정범으로 처벌된다.

수인에 의해서도 범해질 수 있게 된다. 공동정범에서 수인의 행위자는 모두 무대 위의 실행자로서 동등한 대접을 받는다. 각자의 역할은 내용의 면에서 다를 수 있지만, 그에 대한 형사사법의 처리는 동등하다. 그들은 한 팀이기 때문에 인과관계의 판정에서도 단일한 행위 주체로 취급받음은 물론이다.

3.2.2 무대 밖의 관여자

3.2.2.1 기획자(프로모터) -교사범-

형법 제31조가 규정하는 교사범은 범죄를 직접 실행하는 자가 아니다. 하지만 범행을 기획하고, 정범을 스카우트하여 무대 위로 올린다는 점에서, 그 역할이 가볍지 않다. 그래서 형법은 교사범을 정범과 동일한 형으로 처벌한다. 무대 밖에 있으면서도 무대 위의 실행자와 동등하게 대접받는 관여자가 교사범이다.

3.2.2.2 보조자(스태프) -종범-

형법 제32조의 종범도 무대 밖의 관여자이다. 그런데 그 역할이 정범의 범죄를 방조하는 수준이라는 점에서 교사범과 구별된다. 범행의 기획자가 아니라 단순한 보조자에 그치는 것이다. 형법이 종범의 형을 정범의 형보다 감경하는 것도 이러한 역할의 비중 때문이다.

3.2.3 특수한 사안에서의 관여자

3.2.3.1 사안

통상적인 경우, 범죄실행의 장에서 주연은 무대 위의 실행자이다. 단독정범과 공동정범은 모두 주연의 역할을 담당한다. 반면에 무대 밖의 관여자인 교사범과 종범은 비중의 차이가 있더라도 결국은 조연이다. 따라서 처벌의 주된 타깃은 무대 위에서 범죄를 직접 실행하는 단독정범과 공동정범에게 설정되고, 교사범과 종범은 부수적으로 처벌되는 대상이 될 뿐이다. 이것이 범죄실행의 통상적인 구조이다.

그런데 이러한 통상적인 구조로 설명될 수 없는 사례가 있다. 무대 위에서 범죄를 직접 실행한 자에게 처벌의 주된 타깃을 설정할 수 없는 특수한 사안이 그러하다. 대표적인 경우로 그에게 고의가 없는 사례를 들 수 있다. 이때 무대 밖의 관여자도 없다면 형법은 더 이상 힘을 못 쓴다. 하지만 무대 위 실행자의 범죄실행에 영향을 미친 무대 밖의 관여자가 있다면 사정은 달라진다. 관여자에게 죄책을 물을 수 있기 때문이다.

그래서 우리 형법도 이러한 사안에서는 관여자에게 처벌의 주된 타깃을 설정한다. 형법 제34조가 그것이다. 항을 바꾸어 확인해보자.

3.2.3.2 형법 제34조

형법 제34조는 두 개의 항으로 구성된다. 제1항은 “어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자”를 처벌하는 규정이다. 무대 위의 실행자가 처벌의 주된 표적에서 벗어나 있을 때 무대 밖의 관여자가 있으면 그를 처벌한다는 내용이다.¹¹⁾ 간접정범의 일반적인 규정이라고 할 수 있다. 제2항은 “자기의 지휘, 감독을 받는 자를 교사 또는 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한 자”를 가중 처벌하는 규정이다. 그런 경우는 관여자가 실행자에게 미치는 영향력이 더 강력할 것이기 때문에 관여자의 처벌을 가중하는 것으로 이해된다.

3.3 소결

3.3.1 유사정범

독일 형법의 규정에 따르면 간접정범은 정범의 한 유형으로서 직접정범 및 공동정범과 동등하게 취급된다. 하지만 우리 형법의 간접정범 규정은 체계와 내용이 독일 형법과 다르다. 형법 제34조는 교사범과 종범의 보완 규정으로 입법화되어 있는 것이다. 규정의 위치가 그렇고, 규정의 내용도 그렇다. 그래서 친하기로 따지면, 정범보다 공범 쪽에 가깝다.

그러나 공범이라고 단언하기에는 결정적인 흠결을 지니고 있다. 공범은 정범의 범죄성을 전제로 한다. 우리 형법에서도 교사범(제31조 제1항)이나 종범(제32조 제1항)은 모두 정범이 “(범)죄”를 범해야 하는 것으로 규정된다. 하지만 간접정범(제34조)에서는 범죄를 직접 실행하는 자가 정범이 아니다. 대부분 “처벌되지 않는 자”이고 기껏해야 “과실범으

11) 이렇게 볼 때, 제34조의 간접정범이 성립하기 위해서는 제31조의 교사범이나 제32조의 종범과 마찬가지로 원칙적으로 무대 밖의 관여자(이용자)-무대 위의 실행자(피이용자)-피해자의 3인이 요구된다. 판례는 피이용자와 피해자가 동일한 2인 구조의 간접정범을 인정하기도 하나(대법원 2018. 2. 8. 선고 2016도17733 판결), 이는 예외적이다. 참고로, 학설 중에는 2인 구조의 간접정범도 성립 가능하다는 견해(김종구, “직접정범과 간접정범의 구별 및 자수범에 관한 고찰-피해자를 피이용자로 하는 강제추행죄와 관련하여-”, 홍익법학 제21권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2020, 257쪽)와 우리나라 형법의 간접정범 규정에서는 2인 구조가 불가능하다고 주장하는 견해가 대립한다(이용식, “피해자의 자손행위를 이용한 간접정범의 인정여부”, 형사판례연구 제30권, 한국형사판례연구회, 2022, 54쪽). 2인 구조의 간접정범이 가능한지는 또 다른 논제이므로 이 글에서는 검토를 생략한다.

로 처벌되는 자”에 불과하다. 그래서 공범과 동류로 취급할 수 없는 특수함을 지닌다.

결국, 우리 형법의 간접정범은 정통적인 정범과도 다르고 정통적인 공범과도 다른, 다소 이질적인 유형이라고 할 수 있다. 하지만 그렇다고 제3의 유형이라는 범주를 설정하기에는 독자성이 약하다. 우리 형법의 간접정범이 갖는 특수성은 공범적 성격(직접 실행자가 아니라 관여자라는 점)과 정범적 성격(처벌의 주된 타깃이라는 점)의 결합에서 비롯된 것일 뿐, 독자적인 성격이 찾아지지는 않는다. 따라서 정범의 편이건, 공범의 편이건, 한쪽에 편입시키는 것이 맞는다.

간접정범을 확장적 공범이라고 설명하는 견해(공범설)는 공범에 편입시키는 방안을 택한 것으로 보인다. 하지만 이 글은 입법자가 형법 제34조의 표제에서 사용한 간접 ‘정범’이라는 표현을 존중하고자 한다. 입법자의 그러한 표현은 정범적 성격에 방점을 두었다는 의미이고, 그렇다면 해석에서도 일단 정범으로 분류하는 것이 타당하다. 그렇지만 체계와 내용은 정통적인 정범과 다르며, 오히려 공범의 보완적 성격으로 입법되어 있다. 그래서 이 글은 간접정범의 본질을 ‘유사정범(類似正犯)’으로 설정하자고 제안한다.¹²⁾¹³⁾ 정범의 테두리 안에 포함하지만, 정통적인 정범보다는 오히려 공범과 친한 범행이라는 의미이다. 형법 제34조 제1항의 간접정범뿐 아니라, 제2항의 ‘특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중’ 조항도 그러하다고 판단하는데, 후자와 관련해서는 부수적인 설명이 필요할 것 같다. 항을 바꾸어 설명한다.

3.3.2 제34조 제2항

3.3.2.1 적용 범위

형법 제34조 제2항은 “자기의 지휘, 감독을 받는 자를 교사 또는 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한 자”를 가중처벌하고 있다. 여기서 이 조항의 적용 범위에 관하여

12) 형법의 간접정범을 ‘불완전 정범’ 내지는 ‘약한 의미의 정범’으로 설명하는 문헌도 있다(김종구, “간접정범의 본질에서 본 정범 배후의 정범”, 법학논총 제17집 제2호, 조선대학교 법학연구원, 2010, 10-12쪽). 대체로 같은 취지의 견해인 것으로 파악되나, 이 글이 제안하는 ‘유사정범’의 범리보다는 정범성에 조금 더 치우친 입장으로 이해된다. 그래서 “불완전 정범”의 정범성을 찾기 위해 노력하며, ‘규범적인 심리적 지배’라는 다소 모호한 정범성 표지를 제시하기도 한다. 하지만 형법의 간접정범은 처벌의 주된 타깃이라는 점에서 정범으로 취급되는 것일 뿐(그래서 입법자도 일단 정범으로 분류한 것일 뿐), 그 내용은 공범의 보완이기 때문에 굳이 간접정범의 정범성 표지를 찾아 헤멜 필요가 없다고 생각한다.

13) ‘유사(類似)’의 사전적 의미는 “서로 비슷함”이다. 그리고 ‘유사품(類似品)’은 ‘원품(原品)’과 대조되는 용어로 사용된다. 이 글이 형법 제34조의 간접정범을 ‘유사정범’으로 칭하는 것은 정범의 모양을 갖추고는 있으나 정통적 정범에 대조되는 유사품이라는 의미이다.

논란이 있다. 다수 견해는 제34조 제1항뿐 아니라 제31조(교사범)와 제32조(종범)의 규정에 모두 적용되는 가중처벌의 규정이라고 설명한다. 하지만 이러한 해석은 규정의 문언에 반한다. 제34조 제2항은 적용 범위에 관하여 “전항의 결과를 발생하게 한”이라고 명확하게 규정하고 있기 때문이다.¹⁴⁾ 여기서 “전항의 결과”가 제34조 제1항의 결과를 의미함은 당연하다. 제34조 제1항의 전체 내용 중에서 유독 “범죄행위의 결과”라는 문구만 빼내어 그것만을 의미한다고 해석하는 다수 견해의 설명은 지나치게 인위적이다.¹⁵⁾ 제34조 제2항이 규정하는 “전항의 결과”는 제34조 제1항의 내용 전체를 받는 것이며, 따라서 제34조 제2항은 간접정범의 일반규정인 제34조 제1항의 특칙이 된다.¹⁶⁾

3.3.2.2 내용과 의미

제34조 제2항의 요건은 제34조 제1항의 내용에 행위자와 실행자의 관계에 관한 요소가 추가되어 있다. 실행자가 행위자의 “지휘, 감독을 받는 자”라는 점이다. 이는 간접정범의 행위자와 범죄의 직접 실행자 간에 위계가 존재함을 의미한다. 그만큼 행위자가 실행자에게 미치는 영향력이 막대할 수밖에 없다. 관계가 그러하다면 철저하게 행위자가 주연이다. 무대 밖에 있으면서도 무대 위를 관리하는 것이다. 그래서 가중 처벌된다. 영향력 행사의 방법이 교사라면 “정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중”하고, 방조라면 “정범의 형”으로 처벌한다.

이렇게 볼 때, 제34조 제2항의 행위자는 독일 형법학이 제안하는 도구론 내지 의사지배론과도 연결될 수도 있을 것 같다. 하지만 ‘지휘, 감독’의 관계는 도구론 내지 의사지배론이 상정하는 관계와 가치적인 관점이 다르다. 후자는 실행자를 ‘도구’로, 행위자를 ‘의사 지배자’로 설명한다는 점에서 다분히 물질적이다. 반면에 전자가 주목하는 ‘지휘, 감독’의 관계는 현실 인간들의 관계이다. 사람이 사람의 ‘의사를 지배’하고 그 사람을

14) 참고로, 형법 제정 과정에서 정부초안 제34조는 제1항과 제2항을 합하여 다음과 같이 규정하였다: “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.” 그리고 당시 이 규정의 심의를 담당했던 서일교 의원에 의하면, 제34조 전단은 간접정범의 인부, 그 성격에 관하여 종래의 논쟁을 입법적으로 해결한 규정이고, 제34조 후단은 지휘감독자인 간접정범의 지위 악용으로 인한 범죄의 엄벌에 대한 규정이라고 한다(이창섭, “형법 제34조의 입법연혁과 해석의 기초”, 법사학연구 제32호, 한국법사학회, 2005, 341쪽 참조).

15) 이는 간접정범의 본질을 정범으로 보는 전제하에, 제34조의 제1항과 제2항을 의도적으로 분리하려는 시도로 이해된다.

16) 표제의 ‘특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중’은 앞에 ‘간접정범에서’라는 표현이 생략된 것으로 보아도 무방하다.

‘도구’로 사용한다는 발상은 사람을 물질로 본다는 점에서 비현실적이고 허구적이다. 이는 도구론과 의사지배론에 바탕을 둔 <정범설>이 과도한 조작임을 의미하기도 한다. 행위자와 실행자의 관계가 아무리 위계적이라도, 범죄를 직접 실행하는 자(사람)가 있는데, 그를 물질로 수단화하여 제쳐놓고 그에게 영향을 미친 행위자를 직접정범과 동렬에 세우는 것은 타당하지 못하다. 이런 점에서 형법 제34조 제2항이 위계의 구체적인 내용(‘지휘, 감독’의 관계)을 적시하여 가중처벌의 요건으로 요구하는 것은 적절하다고 생각한다.

III. 간접정범의 성립범위에 관한 법리

1. 법리의 방향

1.1 <정범설>의 법리와의 이별

1.1.1 한 지붕 두 가족

형법 제34조의 간접정범을 ‘유사’정범으로 분류한다는 것은 정범의 범주에 편입시키는 하지만 정통적 정범과는 다른 유형으로 본다는 의미이다. 처벌의 주된 타깃이 된다는 점, 그리고 입법자가 정범의 표제를 부여했다는 점에서 정범의 편에 두기는 하지만, 형법 제34조의 사명은 공범의 부족함을 메우는 것이다. 정범의 집에 기거는 하지만, 정범과는 다른 가족으로서 오히려 공범의 후원자인 셈이다. 따라서 성립 여부의 결정에 관한 <정범설>의 법리를 우리 형법의 간접정범에 적용할 필요가 없다는 것이 이 글의 판단이다. 대표적인 것이 ‘정범 우위의 원칙’이다. 항을 바꾸어 설명한다.

1.1.2 굿바이 ‘정범 우위의 원칙’

정범 혹은 공범의 성립 여부를 결정하는 작업에서 <정범설>이 가장 먼저 제시하는 법리는 ‘정범 우위의 원칙’이다. 범행의 원칙적 유형은 정범이기 때문에, 정범에 해당하는지를 먼저 검토하고, 그렇지 않은 때 비로소 공범의 성립 여부를 따져보라는 지침이다. 간접정범의 본질에 관한 <정범설>은 ‘정범 우위의 원칙’을 간접정범에도 적용할 것을 요구한다. 간접정범의 정범 지표가 충족되는지 먼저 검토한 후, 탈락한 사안을 대상으로

공범의 성립 여부가 논해진다는 것이다.

하지만 우리 형법의 간접정범에서는 검토의 순서가 바뀌어야 한다는 것이 이 글의 판단이다.¹⁷⁾ 앞에서 설명한 대로, 형법 제34조는 공범을 보완하는 규정이기 때문이다. 즉, 교사범 혹은 중범의 성립 여부를 검토하는 과정에서 간접정범의 성립 가능성이 생겨난다. 따라서 ‘정범 우선’이 아니라 ‘공범의 보충’이 간접정범의 성립범위에 관한 작업 순서의 법리라는 것이 이 글의 인식이다. 덧붙여서, 떠나야 할 또 하나의 법리를 항을 바꾸어 설명한다.

1.1.3 굿바이 ‘의사지배론’

간접정범을 정통적인 정범과 같은 반열에 올려놓을 때 간접정범의 정범 표지는 ‘의사지배’이다. 간접정범은 피이용자의 의사를 지배하는 방식으로 범행 지배를 이루어내는 정범 유형이라는 것이 <정범론>의 설명이다. 그래서 간접정범의 성립요건 중 ‘이용행위’의 핵심은 (자신의 범행을 실현하기 위해) “피이용자의 의사를 지배하는 행위”가 된다. 하지만 이것 또한 우리 형법의 간접정범과는 맞지 않는다고 이 글은 판단한다. 우리 형법의 간접정범은 정통적 정범이 아니라 유사정범에 불과하므로 성립을 위해 ‘의사지배’를 요구할 필요가 없는 것이다.

1.2 공범의 보완

1.2.1 검토의 순서

형법 제34조가 공범의 보완 규정이라면, 간접정범이 성립하는지 검토하는 대상은 공범이 성립하지 않은 사안이 된다. 이는 검토의 순서에서 공범의 성립 여부가 간접정범보다 먼저 검토되어야 한다는 의미이다. 따라서 ‘정범 우위의 원칙’이 아니라, 오히려 ‘공범 우선의 원칙’이 된다. 모든 정범의 유형에서 그렇다는 것이 아니라, 간접정범과 공범의 관계가 그렇다는 이야기이다. ‘정범 우위의 원칙’은 정통적인 정범에서는 당연히 지켜져야 할 원칙이다. 처벌의 일차적 대상은 공범이 아니라 정범이기 때문이다. 하지만 유사정범인 간접정범은 공범(교사범 혹은 중범)과의 관계에서 후 순위의 범죄유형이

17) 같은 취지로, “형법 제34조 제1항의 규정은 …정범우위성의 원칙과도 반대방향으로 가고 있다.”라고 설명하는 문헌도 있다(오정용, “간접정범과 정범우위성에 관한 연구”, 원광법학 제31권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2015, 94쪽).

된다. 따라서 공범의 성립에 관한 법리가 간접정범의 성립 여부에도 영향을 미치게 된다. 공범의 종속성 정도에 관한 법리가 그러하다. 항을 바꾸어 설명한다.

1.2.2 공범 종속성의 정도

공범은 정범에 가담하는 범행이다. 따라서 공범의 범죄성은 정범에 의존한다(공범 종속성). 의존의 정도에 관하여 학설이 대립하는데, 의미 있는 견해는 제한적 종속형식과 극단적 종속형식이다. 전자는 정범이 구성요건해당성과 위법성의 요건만 충족하면 공범(교사범 혹은 중범)의 성립이 가능하다고 한다. 하지만 후자는 공범의 성립을 위해 정범이 구성요건해당성과 위법성뿐 아니라 책임성의 요건까지 충족하기를 요구한다. 따라서 전자보다는 후자에서 공범의 처벌 공백이 더 발생한다. 정범이 책임성의 요건을 충족하지 못하는 경우, 전자는 공범의 성립을 인정하나 후자의 법리에서는 공범이 성립할 수 없기 때문이다.

그렇다면 보완 규정의 효력은 후자의 법리에서 더 발휘된다. 정범에게 책임성의 요건이 탈락하는 경우, 제한적 종속형식에서는 공범의 성립이 가능하므로 간접정범의 성립 여지가 줄어드는 반면,¹⁸⁾ 극단적 종속형식에서는 공범의 성립이 불가능하므로 간접정범의 활용 범위가 늘어날 것이기 때문이다. 그래서 형법 제34조의 간접정범을 공범의 처벌 공백을 메우기 위한 보완 유형으로 파악하는 관점에서는 공범의 종속성 정도에 관하여 극단적 종속형식을 선호하게 된다.¹⁹⁾ 간접정범이 공범의 처벌 공백을 메울 것이므로 굳이 제한적 종속형식을 택하여 공범의 성립범위를 넓힐 필요가 없는 것이다. 이 글 역시 우리 형법의 해석에는 극단적 종속형식이 더 어울리는 법리라고 판단한다.²⁰⁾ 형법의 교사범과 중범의 규정은 간접정범의 규정을 통해 충분히 보완되고 있으므로, 교사범

18) 설명을 덧붙이면 제한적 종속형식에서는 범죄의 직접 실행자에게 책임성의 요건이 탈락하는 경우 공범도 성립할 수 있고 간접정범도 성립할 수 있게 된다. 이 점을 근거로 간접정범을 정범으로 보아야 한다는 주장도 제시되지만(서보학, “형법상 간접정범 규정의 해석론과 입법론”, 경희법학 제44권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2009, 319쪽), 이 글은 굳이 그럴 필요가 없다고 판단한다. 제한적 종속형식은 절대적으로 받아들여야 하는 사물의 본성이 아니다. 형법의 공범과 간접정범 규정이 극단적 종속형식에 의할 때 더 자연스럽게 연결된다면, 극단적 종속형식을 택하면 되는 것이다.

19) 참고로, 간접정범의 본질을 정범으로 설명하면서도 극단적 종속형식을 선호하는 문헌도 발견된다(권오걸, “형법 제34조의 해석론의 관점에서 본 간접정범의 정범성과 성립범위”, 형사법연구 제19호, 한국형사법학회, 2003, 253-254쪽).

20) 같은 취지로, “간접정범은 공범종속성의 원칙에서 특히 극단적 종속형식을 취할 때 가벌성의 공백을 메우기 위한 장치로서 고안된 것이다.”라고 설명하는 문헌도 있다(김종구, “직접정범과 간접정범의 구별 및 자수범에 관한 고찰-피해자를 피이용자로 하는 강제추행과 관련하여-”, 239쪽).

과 종범의 전제가 되는 정범은 범죄성의 요건을 모두 충족하는 온전한 정범으로 해석해도 무방하기 때문이다.

2. 형법 제34조 제1항의 성립요건

형법 제34조 제1항은 간접정범의 성립요건으로 ①피이용자의 범위(처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자)와 ②이용자의 행위와 의사(교사 또는 방조) 및 ③범죄행위의 결과 발생이라는 3가지를 요구한다. 이 중 ③에 관해서는 특기할 사항이 없으며, 간접정범의 법리가 적용되는 요건은 ①과 ②의 점이다. 항을 나누어 정리한다.

2.1 피이용자의 범위

2.1.1 개관

형법 제34조 제1항은 피이용자가 “처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자”라는 점을 간접정범 성립의 첫 번째 요건으로 요구한다. 피이용자가 처벌의 주된 대상이 되지 못하는 경우여야 한다는 의미이다. 이와 관련하여, ① 피이용자에게 고의가 없으면 구성요건에 해당하지 않거나 과실범으로 처벌된다. 전자는 ‘처벌되지 아니하는 자’의 사안이 되고, 후자는 ‘과실범으로 처벌되는 자’의 사안이 된다. 어느 쪽이든 첫 번째 요건의 충족에는 지장이 없다. 또한 ② 행해진 범죄가 신분범이나 목적범인 경우, 피이용자에게 신분이나 목적이 없다면 구성요건에 해당하지 않은 사안으로 취급될 가능성이 생겨난다. 아울러 앞에서 설명한 논제이지만, ③ 피이용자의 행위가 책임성의 요건을 갖추지 못한 경우에 ‘처벌되지 아니하는 자’에 포함할 것인지 논란이 제기된다. 마지막으로, ④형벌요건의 흠결도 ‘처벌되지 아니하는 자’에 포함되는지 검토하는 것이 필요하다. 항을 나누어 설명한다.

2.1.2 고의가 없는 경우

절도죄와 관련하여 피이용자에게 고의가 없으면 피이용자는 처벌되지 않는다. 범행이 상해죄라면 고의가 없는 피이용자는 과실범으로 처벌될 가능성이 생긴다. 어느 경우이든 처벌의 주된 타깃은 해당 범행의 고의를 가진 이용자에게 돌려진다. 그래서 피이용자에게 고의가 없는 경우는 간접정범이 성립할 수 있는 대표적인 사안이 된다. 판례도

이 유형의 간접정범 사례를 다수 인정한 바 있다. 보이스 피싱의 사안과²¹⁾ 소송사기의 사안에서²²⁾ 이용자에게 사기죄의 간접정범을 인정하였으며, 경찰관이 허위사실로 구속 영장을 신청하여 피해자를 구속한 사안에서²³⁾ 경찰관에게 직권남용감금죄의 간접정범을 인정하였다. 허위공문서작성죄와 관련해서는 이용자가 일반인인 경우에는 간접정범의 성립을 부정하나²⁴⁾ 이용자가 작성 권한 있는 공무원인 경우에는 간접정범의 성립 가능성을 인정하고 있다.²⁵⁾

2.1.3 신분범의 경우

신분범은 행위자에게 일정 신분을 요구한다. 따라서 신분 없는 자는 같은 행위를 범하더라도 해당 신분범의 구성요건에 해당하지 않는다. 이 점을 신분자가 이용할 수 있다. 신분자가 비신분자를 교사 또는 방조하여 신분범의 행위를 범하도록 하는 것이다. 이때 신분자가 신분범의 간접정범이 되는지 문제 된다. 신분범의 유형에 따라 처리가 달라진다.

2.1.3.1 부진정신분범의 사안

부진정신분범에서는 이용자에게 간접정범의 죄책을 물어야 할 필요성이 생겨나지 않는다. 주지하는 바와 같이, 부진정신분범(예: 존속살해죄)에 대해서는 비신분자도 같은 행위를 범하면 처벌하는 일반범죄(예: 살인죄)가 마련되어 있기 때문이다. 따라서 신분자가 비신분자를 교사 또는 방조하여 신분범의 행위를 범하도록 하는 경우, 피이용자인 비신분자는 (부진정신분범으로 처벌되지 않을 뿐이지) 일반범죄의 정범으로 처벌되고, 이를 바탕으로 신분자에게 공범(교사범 혹은 중범)의 죄책을 지우는 것이 가능해진다. 그래서 간접정범 규정의 취지를 이 글에서처럼 공범 규정의 보완으로 설명하면, 이 사안에서는 간접정범의 활용 필요성이 없어지게 되는 것이다. 기존의 논의에서도 부진정신분범의 사안에서 신분자에게 간접정범이 성립한다고 주장하는 의미 있는 문헌은 찾아지지 않는다. 공범으로의 처벌이 가능하기 때문이며, 부진정신분범의 공범인지 일반범죄의 공범인지에 대한 논란만 있을 뿐이다.²⁶⁾

21) 대법원 2017. 5. 31. 선고 2017도3894 판결.

22) 대법원 2007. 9. 6. 선고 2006도3591 판결.

23) 대법원 2006. 5. 25. 선고 2003도3945 판결.

24) 대법원 1961. 12. 14. 선고 4292형상645 판결.

25) 대법원 1996. 10. 11. 선고 95도1706 판결.

2.1.3.2 진정신분범의 사안

진정신분범의 경우는 사정이 다르다. 진정신분범은 신분자가 행위를 한 경우만 가벌적이며, 비신분자는 같은 행위를 하더라도 아예 처벌되지 않는다. 진정신분범(예: 수뢰죄)에 대응하는 비신분자의 일반범죄가 없는 것이다. 따라서 행위를 직접 실행한 비신분자에 대해서는 정범의 처벌이 불가능하며, 기껏해야 신분자의 범행에 대하여 종범의 죄책만을 지을 수 있을 뿐이다. 이렇게 행위의 직접 실행자가 정범이 될 수 없다면, 그를 이용한 신분자를 공범으로 처벌하는 것은 원칙적으로 불가능하다. 기존의 문헌 중에는 신분자를 공범, 특히 교사범으로 처벌하는 견해도 발견되지만,²⁷⁾ 이는 공범의 법리와 맞지 않는다. 직접 실행자는 종범, 이용자는 교사범이라는 구조는 ‘정범 없는 공범’이 되어 공범독립성설을 취하지 않는 한 수용하기 힘들다.

그래서 이용자인 신분자를 정범, 그중에서도 간접정범으로 처벌하는 법리가 필요해지는데, 문제는 직접 행위자인 비신분자가 범행에 대한 고의를 갖고 있다는 점이다. 따라서 간접정범의 본질을 정통적인 정범과 같은 반열에 놓는 <정범설>을 취할 경우, 피이용자를 도구로 취급하고 이용자의 ‘의사지배’를 인정하는 것이 어려워진다. 이를 극복하기 위한 방책으로 도구성과 의사지배의 개념을 규범적으로 파악하여²⁸⁾ 이용자인 신분자에게 간접정범을 인정할 수 있다는 설명도 제시되기는 한다. 하지만 이는 구차한 설명이라는 평가를 피하기 어렵다. 직접 실행자인 비신분자는 신분이 없을 뿐이지 범행에 대한 열의는 이용자인 신분자와 다르지 않고 오히려 더 강할 수도 있다. 그런 사안에서, 비신분자가 도구이고 신분자가 그의 의사를 지배했다는 설명은 설득력을 갖추기 힘들다.

반면에 이 글이 제안하는 <유사정범설>은 간접정범의 표지에 굳이 도구론과 의사지배론을 두지 않는다. 간접정범은 형식적으로 정범의 표제를 갖고 있을 뿐이지, 실질에 있어서는 공범을 확대하는 범죄유형이기 때문이다. 따라서 비신분자가 신분자의 교사 또는 방조를 받아 진정신분범의 범행을 직접 실행하는 경우, 비신분자가 ‘처벌되지 않는 자’로 취급될 수 있기로 하면, 신분자에게 간접정범의 죄책을 지우는 것이 가능해진다. 이를 위해 형법 제34조 제1항의 ‘처벌되지 않는 자’가 ‘정범으로 처벌되지 않는 자’를

26) 판례는 이용자를 부진정신분범의 공범으로 처리한다(대법원 1984. 4. 24. 선고 84도195 판결).

27) 공범을 긍정하는 견해는 직접 실행자가 정범이 되지는 못하더라도 범행에 대한 고의를 갖고 있으므로 이용자를 공범으로 처벌할 수 있다고 주장한다(임웅, 형법총론 제13정판, 법문사, 2022, 500쪽).

28) 소위 규범적-심리적 행위지배설에 의하면 ‘신분 없는, 고의 있는 도구’가 가능하다고 설명한다(김선복, “목적 없는 고의 있는 도구를 이용한 경우 간접정범의 성부”, 인문사회과학연구 제18권 제1호, 부경대학교 인문사회과학연구소, 2017, 291쪽).

의미한다는 법리 정도는 필요하다. 그래서 이용자인 신분자가 진정신분범의 간접정범이 되고, 피이용자인 비신분자는 진정신분범의 종범이 되는 것이다.²⁹⁾ 판례도 이용자인 신분자에게 진정신분범의 간접정범을 인정한다.³⁰⁾

2.1.4 목적범의 경우

목적범과 관련하여, 목적 있는 자가 목적 없는 자를 교사 또는 방조하여 목적범을 범하도록 하는 경우, 목적 있는 자가 해당 목적범의 간접정범이 될 수 있는가의 문제가 제기되는바, 위에서 설명한 신분범의 경우와 유사한 법리로 처리된다. 정리하면 다음과 같다.

첫째, 부진정목적범(예: 모해위증죄)의 행위는 목적 없는 자가 범하면 일반범죄(예: 위증죄)로 처벌된다. 당연히 정범이다. 따라서 목적 있는 자가 목적 없는 자를 이용하여 범행하도록 한 경우, 목적 있는 자를 공범으로 처벌하는 것이 가능하다. 부진정목적범의 공범인지, 일반범죄의 공범인지가 논란될 뿐인바, 판례는 부진정목적범의 공범으로 판시한다.³¹⁾

둘째, 진정목적범(예: 내란죄)에서는 목적 있는 자가 목적 없는 자를 이용하여 범행하도록 하면 목적 있는 자에게 해당 목적범의 간접정범이 성립한다. 판례도 마찬가지로 입장이다.³²⁾ 간접정범의 성립을 인정하는 법리의 구성에서는 간접정범의 본질에 관해 이 글이 제안한 <유사정범설>이 유용하다. 직접 실행자가 정범으로 처벌될 수 없는 자이므로 이용자인 목적 있는 자를 공범으로 처벌할 수 없고, 그 공백이 간접정범 규정으로 메꾸어지는 것이다.

2.1.5 책임성 결여의 경우

이 글은 앞에서 공범 종속성의 정도에 관해 극단적 종속형식이 타당하다고 설명한 바 있다. 이에 따르면, 피이용자에게 책임성이 없는 경우(예: 14세 미만자),³³⁾ 이용자의

29) 형법 제33조가 적용된다.

30) 대법원 1983. 6. 14. 선고 83도515 전원합의체 판결.

31) 대법원 1994. 12. 23. 선고 93도1002 판결.

32) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결.

33) 피이용자의 행위가 형법 제16조(법률의 착오)에 해당하여 별하지 않게 되는 경우도 같은 법리로 해결된다. 간접정범의 행위표지로 의사지배를 요구하는 <정범설>은 피이용자의 행위가 법률의 착오(금지착오)에 해당하는 경우 이용자에게 간접정범의 죄책을 지울 수 있는지에 대해 여러 견해가 제시되나(이에 대한 설명은 안성조, “간접정범에서 피이용자의 금지착오”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006,

공범 성립은 불가능하다. 하지만 이용자는 간접정범이 될 것이므로 처벌의 공백은 발생하지 않는다. 간접정범의 성립요건인 ‘처벌되지 않는 자’에 피이용자가 책임성이 없는 경우가 포함될 것이기 때문이다. 이러한 해석은 간접정범의 본질에 관해 이 글이 제안하는 <유사정범설>의 법리와 어울릴 뿐 아니라,³⁴⁾ ‘처벌되지 않는 자’의 문구 해석에도 자연스러운 것으로 판단한다. 형법은 위법성조각사유 뿐 아니라³⁵⁾ 책임성조각사유를 규정하면서도³⁶⁾ ‘벌하지 아니한다.’라는 표현을 사용한다. 또한 ‘처벌한다’라는 표현은 범죄성립요건을 모두 충족하는 범죄유형을 규정하거나,³⁷⁾ 형벌 부과를 규정할 때³⁸⁾ 사용한다. 이렇게 ‘벌’이든 ‘처벌’이든 책임성의 요건 충족을 모두 요구하는 표현이라면, 간접정범의 성립요건으로 규정된 ‘처벌되지 않는 자’에도 책임성 결여의 경우를 포함하는 것이 자연스러운 해석이다. 그에 덧붙여서 형벌요건 결여의 경우까지 포함할 것인지는 별개의 논제이므로, 항을 바꾸어 설명한다.

2.1.6 형벌요건 결여의 경우

형법은 범죄성립요건이 충족되더라도 형을 면제하는 규정을 두고 있다. 친족상도례 규정이 대표적이다. 통상적인 재산범죄에서 범죄인이 피해자와 일정한 친족관계에 있으면 형을 면제하는 이 규정(제328조 제1항)은 통상 인적 형벌조각사유라고 불린다. 여기서, 이 사유로 형이 면제되는 자가 간접정범의 성립요건인 ‘처벌되지 않는 자’에 포함되는지 문제 되는데, 이는 논란 없이 해결된다. 형법은 인적 형벌조각사유가 친족관계에 있지 않은 공범에게는 적용되지 않는다고 명문으로 규정하고 있기 때문이다(제328조 제3항). 즉 피이용자가 친족상도례 규정으로 형을 면제받더라도, 이는 이용자의 공범 성립에 전혀 지장이 없다. 따라서 처벌의 공백이 발생하지 않으며, 간접정범 규정의 활용 필요성이 생겨나지 않는 것이다. 그래서 간접정범의 성립요건인 ‘처벌되지 않는 자’는 범죄성립요건의 결여로 처벌되지 않는 자를 의미할 뿐하고, 인적 형벌조각사유로 형이 면제되는 자는 포함하지 않는 것으로 해석된다.

59-62쪽 참조), 간접정범의 성립에 의사지배를 요구하지 않는 이 글의 법리에 의하면 이용자에게 간접정범의 죄책을 묻는 법리의 구성이 어렵지 않은 것이다.

34) 이 글의 III-1.2.2에서 설명하였다.

35) 제20조부터 제24조까지의 위법성조각사유 규정 참조.

36) 제9조와 제10조 제1항 및 제12조의 책임성조각사유 규정 참조.

37) 공동정범(제30조), 교사범(제31조 제1항), 중범(제32조 제1항)의 규정 참조.

38) 누범(제35조 제1항)과 경합범(제38조)의 규정 참조.

2.2 이용자의 행위와 의사

2.2.1 이용자의 행위

2.2.1.1 행위의 표지 -‘의사지배’의 불요-

먼저 확인할 사항이 있다. 간접정범의 본질을 정통적인 정범의 한 유형으로 보는 <정범설>에 의하면, 간접정범의 성립을 위해 이용자는 피이용자의 의사를 지배해야 한다. 그래서 ‘의사지배’는 이용자 행위의 중심표지가 된다. 하지만 이 글은 <정범설>이 우리 형법의 간접정범 규정에 적합하지 않음을 설명하였다. 따라서 간접정범의 성립요건으로서 ‘의사지배’를 이용행위의 중심표지로 설정할 필요가 없다.³⁹⁾ 그보다 형법의 규정에서 이용행위의 개념과 표지를 찾는 작업이 중요하다. 항을 바꾸어 설명한다.

2.2.1.2 교사행위와 방조행위

형법은 간접정범의 성립요건으로 이용자가 ‘교사 또는 방조’의 행위를 하도록 요구한다. 주지하는 바와 같이, 두 행위는 모두 범죄를 직접 실행하는 행위가 아니라 관여하는 행위라는 공통점을 지닌다. 그러면서 양자는 관여의 정도에서 차이를 지닌다. 교사는 피이용자를 범행의 무대에 끌어 올리는 행위이고, 방조는 범행의 무대에 스스로 올라간 피이용자에게 조력을 제공하는 행위이다. 두 행위는 원칙적으로 공범(교사범과 종범)의 처벌 대상이지만, 범죄의 직접 실행자가 정범으로 처벌되지 못하기 때문에 간접정범의 처벌 대상이 되는 것이다.

여기서, 간접정범의 교사행위와 방조행위가 공범의 교사행위 및 방조행위와 같은 개념의 행위인지 문제 된다.⁴⁰⁾ 주지하는 바와 같이, 교사범의 교사행위는 범죄 의사가

39) 판례도 간접정범이 성립하기 위하여 “처벌되지 아니하는 타인의 행위를 적극적으로 유발하고 이를 이용하여 자신의 범죄를 실현”하면 되는 것이지, “타인의 의사를 부당하게 억압하여야”하는 것은 아니라고 판시한다(대법원 2008. 9. 11. 선고 2007도7204 판결).

40) 같은 개념이어야 한다고 설명하는 견해도 있다. 그러기 위해서는 피이용자가 고의를 갖지 않는 경우 어떻게 이용자에게 공범과 같은 개념의 교사나 방조(고의정범을 전제로 함)를 인정할 수 있는가의 질문에 답을 해야 하는데, (1) 이용자는 “고의행위를 하도록 교사 또는 방조”하였으나 피이용자가 고의를 갖지 못한 것으로 이해하자고 설명하는 견해도 있고(이창섭, “형법상 간접정범의 본질에 관한 새로운 관점의 제언”, 형사법연구 제25호, 한국형사법학회, 2006, 184쪽), (2) 그런 경우는 간접정범도 성립하지 않는다고 설명하는 견해도 있다(한정환, “형법 제34조 ‘간접정범’”, 형사법연구 제29권 제2호, 한국형사법학회, 2017, 59-60쪽). 하지만 제34조 간접정범의 교사와 방조는 애당초 피이용자가 고의 없음을 이용자가 인식하고 그 점을 이용하는 행위도 포함해야 하므로 (1)의 설명은 불완전하다. 또한 (2)의 주장은 피이용자가 고의를 갖지 않는 경우 이용자의 처벌이 불가능해지므로, 현행 형법의 해석론으로 받아들이기는 힘들다.

없는 자에게 범죄 의사를 갖게 하여 범죄를 수행하도록 하는 행위이고, 종범의 방조행위는 범죄 의사를 이미 가진 자의 범죄수행을 도와주는 행위이다. 양자는 정범이 범죄 의사를 갖는다는 전제하에, 정범의 범죄 의사가 누구로부터(타인인지 스스로인지) 비롯되었는가 하는 점에서 구별된다는 것이 일반적인 설명이다.

그런데 간접정범은 피이용자가 범죄 의사를 아예 갖지 않는 경우라도 성립할 수 있다. 피이용자에게 고의가 없는 경우는 간접정범이 성립하는 대표적인 사안이다. 피이용자가 고의가 없으면, ‘처벌되지 못하거나 과실범으로 처벌되는’ 자가 되며, 그러한 피이용자를 이용하여 범죄를 실행한 자는 간접정범이 된다. 따라서 간접정범의 이용행위는 피이용자의 주관적·내부적 불법성에 대한 영향력과는 상관없이 피이용자의 범죄수행을 객관적·외부적인 차원에서 조종 또는 원조하는 행위를 의미하게 된다. 피이용자를 조종하여 범행의 무대에 올리는 행위가 교사행위이고, 범행의 무대에 스스로 올라간 피이용자를 원조하는 행위가 방조행위이다. 공범의 교사행위 및 방조행위와는 행위 표지를 다소 달리하는 것이다.

2.2.2 이용자의 의사

2.2.2.1 의사의 내용

간접정범에서 이용자는 범행의 실질적인 주체이다. 직접 실행자는 피이용자이지만, 피이용자는 ‘처벌되지 않는 자’거나 기껏해야 ‘과실범으로 처벌되는 자’에 불과하기 때문이다. 따라서 범죄실행의 주관적·내부적 불법성도 ‘이용자의 의사’에서 비롯된다. 그 의사의 중심에 범죄 결과에 대한 고의가 있음은 당연하다. 즉, 이용자는 해당 범죄의 고의를 가져야 하는 것이다.

덧붙여, 범죄실행의 ‘방법’에 대한 인식과 의도 역시 간접정범에서 이용자의 의사 내용을 이룬다. 교사와 방조에 대한 의사가 그것이다. 즉, 이용자는 피이용자를 교사 내지 방조한다는 점에 대한 의사를 지녀야 한다. 다만, 간접정범에서 교사와 방조의 행위는 (앞에서 설명한 대로) 피이용자의 주관적·내부적 불법성과는 상관없으므로, 이용자의 교사와 방조의 의사도 피이용자의 범죄 의사에 대한 인식 여하와는 무관하다. 즉, 간접정범에서 교사 의사는 피이용자를 조종하여 객관적·외부적 불법의 행위를 수행하도록 유도하는 의사이고, 방조 의사는 피이용자를 원조하여 객관적·외부적 불법의 행위 수행에 도움을 주는 의사가 된다.

2.2.2.2 피이용자의 지위에 대한 인식

간접정범이 성립하려면 피이용자는 ‘처벌되지 아니하거나 과실범으로 처벌’되는 자여야 한다. 여기서, 그러한 피이용자의 지위에 대하여 이용자가 인식해야 하는지 문제된다. 즉, 피이용자의 지위에 대한 인식이 이용자의 의사 내용에 포함되는지 여부이다. 간접정범의 본질을 정통적인 정범의 한 유형으로 보면서(정범설) 간접정범의 표지로 ‘의사지배’를 요구하면, 피이용자의 지위에 대한 인식은 당연히 이용자의 의사 내용에 포함된다. 피이용자가 ‘처벌되지 아니하거나 과실범으로 처벌’된다는 사실에 대한 인식이 이용자의 피이용자에 대한 의사 지배의 출발일 것이기 때문이다. 하지만 이 글이 제안하는 <유사정범설>에서처럼 간접정범의 실질을 공범의 보완 유형으로 보면, 이용자의 의사 내용에 피이용자의 지위에 대한 인식을 포함할 필요가 없어진다. 범죄의 직접 실행자가 ‘처벌되지 않거나 과실범으로 처벌’됨으로써 관여자에게 공범(교사범이나 종범)의 죄책을 물을 수 없다면, 그 공백을 메꾸어야 할 필요성은 이용자의 의사 내용 여하를 불문하여 발생할 것이기 때문이다. 즉, 이용자가 피이용자의 그러한 지위를 인식했든 아니든 불문하고 간접정범의 성립 가능성이 인정되어야 하는 것이다. 따라서 간접정범의 성립요건에서 피이용자가 ‘처벌되지 아니하거나 과실범으로 처벌’되는 자여야 한다는 요건은 순수하게 객관적인 상황에 불과할 뿐, 이용자의 의사 내용의 대상이 되지는 않는다는 것이 이 글의 판단이다.

3. 형법 제34조 제2항의 성립요건

3.1 공통적 요건

형법 제34조 제2항은 “자기의 지휘·감독을 받는 자를 교사 또는 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한 자”에 대하여 형을 가중한다. 즉, 교사의 경우는 “정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중”하고, 방조의 경우는 “정범의 형으로 처벌”한다. 이 조항의 적용 범위에 대하여 다수 견해는 제34조 제1항의 간접정범 규정뿐 아니라 제31조의 교사범 규정과 제32조의 종범 규정에 모두 적용된다고 주장하나, 제34조 제1항에 대한 가중처벌 조항으로 해석하는 것이 타당하다고 앞에서 설명한바 있다. 즉, 제34조 제2항은 특수간접정범의 규정이다.

따라서 형법 제34조 제2항은 일단 제34조 제1항의 성립요건을 공통적인 요건으로

전제한다. 즉, 일반적인 간접정범에 요구되는 ①피이용자의 범위(처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자)와 ②이용자의 행위와 의사(교사 또는 방조) 및 ③범죄행위의 결과 발생이라는 3가지의 요건은 특수간접정범에서도 공통으로 요구되는 것이다.

3.2 추가적 요건 -지휘 감독의 관계-

특수간접정범이 특수하게 요구하는 요건은 ‘지휘·감독의 관계’이다. 즉, 이용자가 피이용자를 지휘·감독하는 관계에 있어야 한다는 것이다. 여기서, 지휘·감독의 근거와 정도에 대한 설명 및 그러한 관계를 이용자가 인식해야 하는지를 정리하면 다음과 같다.

3.2.1 지휘·감독의 근거와 정도

지휘·감독의 근거로서 법적 관계가 필수적으로 요구되지는 않는다. 즉, 법령이나 계약 및 사무관리 등과 같은 법적 관계에 한하지 않고, 범죄조직의 상하관계와 같은 사실상의 지휘·감독도 포함한다. 오히려 후자의 경우에 특수간접정범으로 처벌해야 할 필요성이 더 인정되기도 한다.

아울러 지휘·감독의 정도에서도 강제적 구속성이 필수적으로 요구되지는 않는다. 즉, 군대나 경찰의 상하관계와 같이 강제적 구속성이 있는 경우뿐 아니라, 일반 공무원의 상하관계라든지 친권자와 미성년자 혹은 교육자와 피교육자와 같이 강제적 구속성이 없는 관계에서도 특수간접정범의 지휘·감독 관계가 인정될 수 있다.

3.2.2 지휘·감독 관계에 대한 인식

특수간접정범의 추가적 요건인 지휘·감독의 관계는 가중처벌의 요건이므로 형법 제15조 제1항이 적용된다. 따라서 객관적으로 존재해야 할 뿐 아니라, 주관적으로도 인식할 것이 요구된다. 객관적으로 지휘·감독의 관계가 존재하는 경우, 대부분은 주관적인 인식도 수반되겠지만, 예외적으로 그렇지 않은 사안도 발생할 수 있다. 지휘·감독의 근거가 유지되고 있음에도 종료하였다고 착각하는 경우가 대표적인 사안이다. 이때에는 형법 제15조 제1항이 적용되어 특수간접정범이 인정되지 않는다.

IV. 나오는 말

이 글은 간접정범의 본질에 관해 <유사정범설>을 제안하고 있다. 체계상으로는 정범으로 취급할 수밖에 없지만, 부여된 실질적 기능이 공범의 처벌 공백에 대한 보완임으로 내용상으로는 공범에 가깝다는 것이 <유사정범설>의 내용이다. 따라서 간접정범의 성립범위를 설정함에 있어서도 ‘정범 우위의 원칙’이라든지 ‘의사지배론’ 등의 법리가 아니라 ‘공범종속성의 정도’에 관한 법리가 필요함을 설명하였다. 그러면서 형법 제34조 제1항의 성립요건을 <유사정범설>에 입각하여 구체적으로 정리하였다. 덧붙여서, 이 글은 형법 제34조 제2항을 제34조 제1항에 대한 특수규정으로 해석하면서, 가중처벌의 요건인 ‘지휘·감독 관계’의 내용을 설명하였다. 이 글이 제안하는 <유사정범설>의 내용이 우리 형법의 간접정범 규정에 맞추어 간접정범의 본질과 성립범위에 관한 법리를 정돈하는 작업에 일조할 수 있기를 기대한다.

참고문헌

1. 단행본

- 신동운, 형법총론 제12판, 법문사, 2020.
 오영근, 형법총론 제5판, 박영사, 2019.
 이재상/장영민/강동범, 형법총론 제11판, 박영사, 2022.
 임웅, 형법총론 제13정판, 법문사, 2022.

2. 학술지

- 권오걸, “형법 제34조의 해석론의 관점에서 본 간접정범의 정범성과 성립범위”, 형사법연구 제19호, 한국형사법학회, 2003, 241-272쪽.
 김선복, “목적 없는 고의 있는 도구를 이용한 경우 간접정범의 성부”, 인문사회과학연구 제18권 제1호, 부경대학교 인문사회과학연구소, 2017, 287-304쪽.
 김종구, “간접정범의 본질에서 본 정범 배후의 정범”, 법학논총 제17집 제2호, 조선대학교 법학연구원, 2010, 1-24쪽.
 ———, “직접정범과 간접정범의 구별 및 자수범에 관한 고찰-피해자를 피이용자로 하는 강제추행죄와 관련하여-”, 홍익법학 제21권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2020, 237-261쪽.
 김태명, “간접정범 규정의 해석과 허위공문서작성죄의 간접정범”, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004, 41-71쪽.
 서보학, “형법상 간접정범 규정의 해석론과 입법론”, 경희법학 제44권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2009, 313-337쪽.
 손동권, “형법 제34조(간접정범)에 대한 입법론적 검토”, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회, 2004, 249-271쪽.
 안성조, “간접정범에서 피이용자의 금지착오”, 비교형사법연구 제8권 제2호, 한국비교형사법학회, 2006, 59-94쪽.
 오정용, “간접정범과 정범우위성에 관한 연구”, 원광법학 제31권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2015, 93-111쪽.
 이용식, “피해자의 자손행위를 이용한 간접정범의 인정여부”, 형사판례연구 제30권, 한국형사판례연구회, 2022, 1-61쪽.

이창섭, “형법 제34조의 입법연혁과 해석의 기초”, 법사학연구 제32호, 한국법사학회, 2005, 309-359쪽.

_____, “형법상 간접정범의 본질에 관한 새로운 관점의 제안”, 형사법연구 제25호, 한국 형사법학회, 2006, 163-190쪽.

한정환, “형법 제34조 ‘간접정범’”, 형사법연구 제29권 제2호, 한국형사법학회, 2017, 39-64쪽.

허일태, “간접정범의 규정과 그 본질”, 형사법연구 제33권 제3호, 한국형사법학회, 2021, 3-34쪽.

[Abstract]

A Study on the Nature of Indirect Principal and the Conditions for Establishing Indirect Principal

Seung Ho Lee^{*}

This article consists of two parts. In the first half, the nature of indirect principal(mittelbare Taeterschaft) is identified, and in the second half, the conditions for establishing indirect principal are explained.

As is well known, the discussion of the nature of indirect principal is one of the most controversial fields of criminal law. The theory of principal offender and the theory of accomplice are opposed, and various types of compromise theories are presented. After examining each view, this article proposes to set the nature of the indirect principal as a 'pseudo principal offender'. It means that the indirect principal is within the framework of the principal, but rather than the orthodox principal, a crime close to the accomplice.

Next, this article proposes a theory regarding the conditions for establishing indirect principal, under the premise that the essence of indirect principal is regarded as pseudo principal offender. Specifically, among the conditions for establishment of Article 34, Paragraph 1 of the Criminal Act, ①the scope of intermediaries and ②acts of indirect principal are explained. Intermediaries are those who go unpunished or those who are punished for negligent offenses. The acts of an indirect principal are abetting or aiding. In addition, ③command and supervision among the conditions for establishment of Article 34, Paragraph 2 of the Criminal Act are also explained.

Through this, it is the hope of this article to contribute to unraveling the tangled threads of indirect principal theory, one of the most difficult fields of criminal law.

[Key Words] Indirect principal, the primacy of principal concept, the dominance of will, Rule of accomplices dependency on the principal, the form of extreme dependency

^{*} Professor, Law School of Konkuk University, Ph.D. in Law