

## 제7강 공범론

여러 사람이 함께 죄를 범할 때의 처리에 관하여



Peter Paul Rubens, Rape of the Daughters of Leucippus  
circa 1617. Oil on canvas, 224 × 211 cm

### 강의목표

공범론이란 여러 사람이 범죄에 가담했을 때 각자가 서로 어떤 관계에 있는지, 그에 따라 처벌하는 방법이 어떻게 달라지는지 하는 논의입니다. 형법학에서 가장 견해대립이 치열한 부분입니다. 크게 두 줄기의 해석론이 있는데, 그 분기점은 공범의 종속성에 관한 시각차입니다. 종속성이 무엇인지 알고, 그에 따라 각 이론이 공동정범, 교사범, 종범, 간접정범 등의 관계를 어떻게 설정하고 있는지 이해하는 것이 목표입니다.

## 일반적 공범과 필수적 공범

### General Accomplice & Natural Accomplice

합한 두 사람은 훌어진 열 사람보다 강하다. – W. NL. 영안

#### 일반적 공범

출발점: 1인의 범죄

원래 대부분의 구성요건은 범인 한 사람이 실현할 것을 예상하고 규정한 것입니다.

- 예를 들어, 살인죄의 범인은 1명이 되는 것이 기본입니다.
- 예를 들어, 업무방해죄의 범인도 1명이 되는 것이 기본입니다.

#### 여럿의 가담

그런데 실제로는 그런 구성요건이라도 여럿이 함께 범죄를 저지르는 경우도 많이 있습니다.

- 예를 들어, 2명이 함께 살인을 저지르는 경우가 있죠. 혹은, 살인범이 있는데 누군가 그를 위해 살인 도구를 제공해 주는 경우도 있습니다.
- 예를 들어, 2명이 함께 업무방해를 하는 경우가 있죠. 혹은, 업무방해를 할 마음이 없었던 사람을 괴롭여 업무방해를 시키는 경우도 있습니다.

#### 일반적 공범

이렇게 타인의 범죄에 가담하는 경우는 넓게 보면 모두 "공범(accomplice)"입니다.

- 형법은 "공범"이라는 표제 하에 제30조부터 제34조까지 규정을 뒀습니다.

제1편 총칙
제2장 죄
제3절 공범 [제30조부터 제34조까지]

- 이를 형법총칙상 공범 또는 일반적 공범(general accomplice) 규정이라고 부릅니다.

## 필수적 공범

### 출발점: 여럿의 가담

그런데 구성요건 자체에서 이미 2인 이상의 참가를 예상하고 규정한 경우도 있습니다.

- 예를 들어, 소요죄는 구성요건 자체에 "다중"이 들어가 있습니다.

제115조(소요) 다중이 집합하여 폭행, 협박 또는 손괴의 행위를 한 자는 1년 이상 10년 이하의 징역이나 금고 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

- 예를 들어, 도박죄는 구성요건 자체가 여럿이 함께 도박하는 것입니다. 혼자서 도박을 할 수는 없기 때문입니다.

제246조(도박, 상습도박) ① 도박을 한 사람은 1천만원 이하의 벌금에 처한다. <생략>

- 예를 들어, 성매매알선등행위의처벌에관한법률위반죄의 구성요건은 성매매 행위입니다. 성을 파는 행위와 성을 사는 행위는 서로가 서로의 상대방이 되는 것이죠.

#### 성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률

제21조(벌칙) ① 성매매를 한 사람은 1년 이하의 징역이나 300만원 이하의 벌금 · 구류 또는 과료(科料)에 처한다.

제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "성매매"란 불특정인을 상대로 금품이나 그 밖의 재산상의 이익을 수수(收受)하거나 수수하기로 약속하고 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 하거나 그 상대방이 되는 것을 말한다.

가. 성교행위

나. 구강, 항문 등 신체의 일부 또는 도구를 이용한 유사 성교행위

## 필수적 공범

이와 같이 혼자서는 할 수 없고 당연히 여러 명이 해야 하는 범죄를 "필수적 공범(natural accomplice)"이라고 합니다.

# 정범과 공범

## Principal & Accessory

사건의 진행과정을 장악한 자가 바로 정범이다. – Claus Roxin

### 용어의 정리

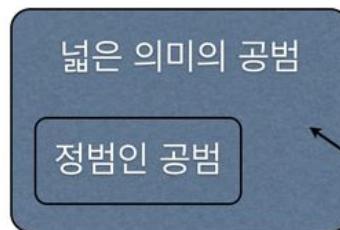
#### 공범의 분류

공범(accomplice)은 다음 두 가지로 나뉩니다.

1. 정범(principal)인 공범

2. 좁은 의미의 공범(accessory)

즉, 넓은 의미의 공범(accomplice) 중 정범을 제외한 것이 좁은 의미의 공범(accessory)입니다.



좁은 의미의 공범

#### 조문상 명칭

형법 조문상으로, 넓은 의미의 공범을 "공범"이라 합니다. 왜냐하면, "공범"에 관한 조문에는,

1. 정범도 있습니다. 가령, 공동정범이 있습니다.

제1편 총칙

제2장 죄

제3절 공범 [제30조부터 제34조까지]

제30조(공동정범) <생략>

2. 물론, 좁은 의미의 공범도 있습니다. 자세한 내용은 곧 봅시다.

제31조(교사범) <생략>

제32조(종범) <생략>

#### 강학상 명칭

그러나 강학상으로, "공범"이라 하면 좁은 의미의 공범을 일컫는 경우가 더 많습니다. 앞으로 특별한 언급이 없으면, 좁은 의미로 보겠습니다.

## 정범

### 정 범 의 개념

그렇다면 정범이란 무엇인가요? 정범(principal)이란, 자기의 범죄를 스스로 행하는 자를 말합니다. 일단은, 두 가지 방식이 있습니다.

#### 단독 방식인 정범

1. 단독으로 범죄를 저지르는 경우, 그 1명이 정범입니다.
2. 단독범(sole principal)이라 합니다. 단독정범이라고도 합니다.

#### 공동 방식인 정범

1. 물론 여럿이 함께 모두 정범이 되기도 합니다. 예를 들어 여럿이서 함께 사문서를 위조했다면 모두 정범입니다.
2. 이를 공동정범(joint principal)이라 합니다.

제30조(공동정범) 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.

## 공범

### 공 범 의 개념

공범(accessory)이란, 타인의 범죄에 가담한 자 중에서 정범이 아닌 자를 말합니다. 즉,

1. 그 "타인"이 바로 정범이 되는 것이고,
2. 그렇게 정범에 "가담한 자" 중, 정범이 아닌 자가 바로 공범이 되는 것입니다.

공범이 정범에 가담하는 방법에는 다음 2가지 방식이 있습니다.

#### 교사 방식인 공범

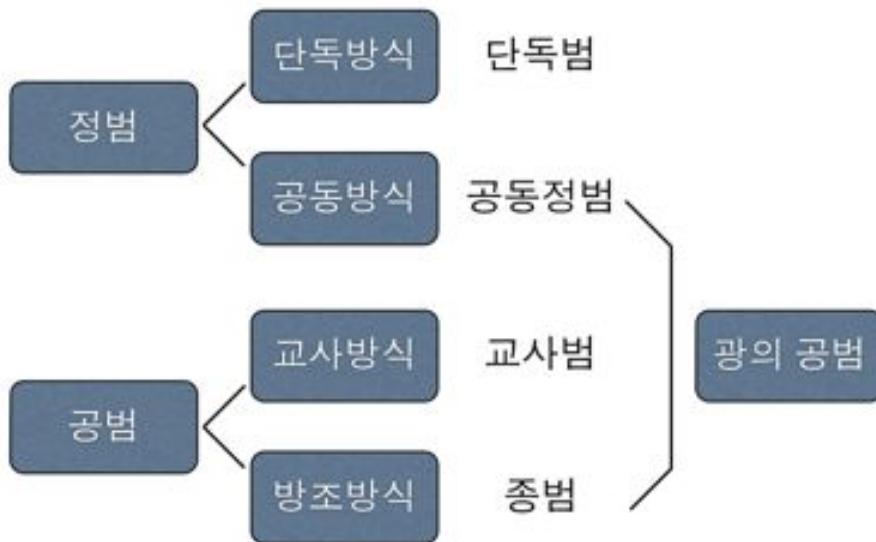
1. 원래 범죄를 하려는 의사가 없었던 타인(정범)을 부추겨서 범죄를 하게 만드는 것을 교사(solicitation)라고 합니다.
2. 대표적으로 교사범이 있습니다.

제31조(교사범) ① 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다.

## 방조 방식인 공범

1. 타인(정범)의 범죄행위를 도와 준다거나 강화시키는 것을 방조(facilitation)라고 합니다.
2. 대표적으로 종범이 있습니다.

제32조(종범) ① 타인의 범죄를 방조한 자는 종범으로 처벌한다.  
② 종범의 형은 정범의 형보다 감경한다.



## 정범과 공범의 구별기준

### 판단 기준

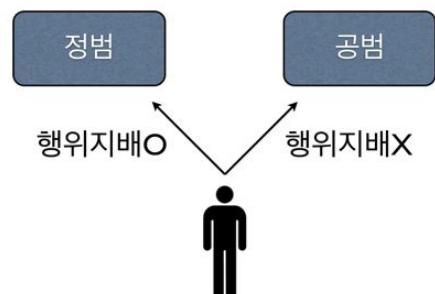
1. 사건의 진행을 장악하는지 여부, 즉 행위지배(dominance)가 있는지 여부를 기준으로 합니다.
2. 행위지배란 구성요건에 해당하는 사건의 진행을 장악하는 것을 말합니다.

#### 대법원 1989. 4. 11. 선고 88도1247 판결

공동정범의 본질은 분업적 역할분담에 의한 기능적 행위지배에 있[다. 그]므로 공동정범은 공동의사에 의한 기능적 행위지배가 있음에 반하여 종범은 그 행위지배가 없는 점에서 양자가 구별된다.

### 적용

1. 행위지배가 있는 자는 사건의 중심인물로서, 정범(principal)입니다.
2. 행위지배가 없는 자는 사건의 주변인물로서, 공범(accessory)입니다.



그러나 행위지배란 사실 모호한 개념일 수밖에 없어서, 행위지배가 있었냐 없었냐를 칼로 무 베듯 딱 잘라 말하긴 어렵습니다. 그래서 컴퓨터가 아니라 사람이 재판을 하는 것이겠지요.

## 사례

### 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결

보호자가 의학적 권고에도 불구하고 치료를 요하는 환자의 퇴원을 간청하여 담당 전문의와 주치의가 치료중단 및 퇴원을 허용하는 조치를 취함으로써 환자를 사망에 이르게 [하였다. 이] 행위에 대하여 보호자, 담당 전문의 및 주치의가 부작위에 의한 살인죄의 공동정범으로 기소된 사안[이다.]

담당 전문의와 주치의에게 환자의 사망이라는 결과 발생에 대한 정범의 고의는 인정[된다. 그러나 환자의 사망이라는 결과나 그에 이르는 사태의 핵심적 경과를 계획적으로 조종하거나 저지·촉진하는 등으로 지배하고 있었다고 보기는 어렵다. 따라서 담당 전문의와 주치의에게는] 공동정범의 객관적 요건인 이른바 기능적 행위지 배가 흡결되어 있[다. 결국 담당 전문의와 주치의에게] 작위에 의한 살인방조죄만 성립한다고 한 사례.

[살인죄에 관해, 보호자가 정범이다. 담당 전문의와 주치의는 정범이 아니라 공범이다.]

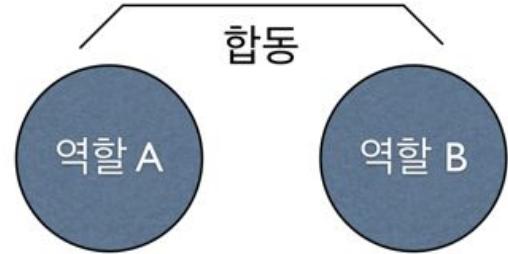
## 필수적 공범 Natural Accomplice

한 손으로만 박수를 치면 비록 빠르게 칠지라도 소리가 나지 않는다. – 한비자

### 합동범

#### 개념

구성요건 자체에 2인 이상이 범행현장에서 시간적·장소적으로 협동하는 것이 요구되는 범죄를 합동범 (coworking crime)이라고 합니다.



#### 사례

예를 들어, 한 명은 망을 보고, 다른 한 명은 물건을 훔치면 모두에게 특수절도죄가 성립합니다. 일반 절도죄보다 형량이 높습니다.

제331조(특수절도) ② 흉기를 휴대하거나 2인 이상이 합동하여 타인의 재물을 절취한 자도 전항의 형[1년 이상 10년 이하]과 같다.

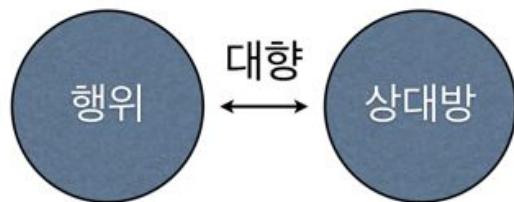
### 취지

일반 범죄에 비해 불법성이 더 높기 때문에, 형을 더 높인 것입니다.

### 대향범

#### 개념

판매자와 구매자, 간통자와 상간자, 비밀누설자와 비밀취득자와 같이, 개념 자체에서 서로 마주 보는 방향으로 2인이 함께 행위를 하게 되는 경우를 대향범(facing crime)이라고 합니다.

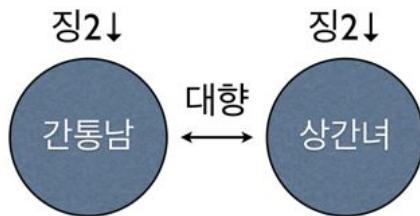


대법원 2011. 4. 28. 선고 2009도3642 판결

2인 이상 서로 대향된 행위의 존재를 필요로 하는 대향범 <생략>

## 대 향 범 모두를 똑같이 처벌하는 경우

가령, 간통죄를 봅시다. 간통자와 상간자를 똑같이 처벌합니다.



1. 간통으로 인한 간통죄는 법정형이 2년 이하의 징역입니다.

제241조(간통) ① 배우자있는 자가 간통한 때에는 2년 이하의 징역에 처한다. <생략>

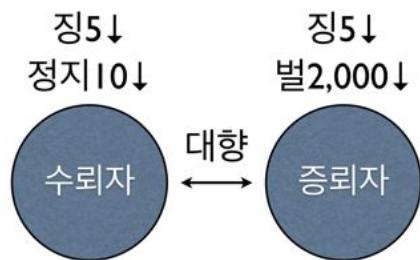
2. 상간으로 인한 간통죄 역시 법정형이 2년 이하의 징역입니다.

제241조(간통) ① <생략> 그와 상간한 자도 같다.

- 참고로 성매매 경우도, 성매매여성과 성을 매수한 남성 모두 같은 형으로 처벌합니다. 이처럼 간통이나 성매매처럼 양쪽 모두를 처벌하는 것을 쌍벌주의라 합니다.

## 대 향 범 모두를 처벌하되, 법정형이 다른 경우

예를 들어, 뇌물이 오간 경우를 봅시다. 준 사람보다 받은 사람을 더 세게 처벌합니다.



1. 뇌물수수죄는 법정형이 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지입니다.

형법

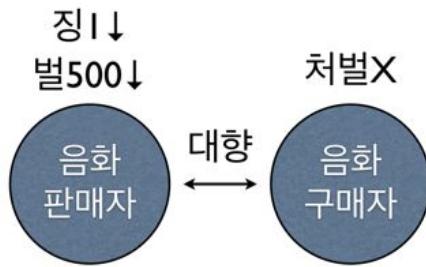
제129조(수뢰, 사전수뢰) ① 공무원 또는 중재인이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.

2. 뇌물공여죄는 법정형이 5년 이하의 징역 또는 2,000만 원 이하의 벌금입니다.

제133조(뇌물공여등) ① 제129조 내지 제132조에 기재한 뇌물을 약속, 공여 또는 공여의 의사를 표시한 자는 5년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

## 대 향 범 중 일방만을 처벌하는 경우

음화판매의 경우, 당연히 파는 사람과 사는 사람이 있습니다. 그러나 판매자만을 처벌합니다.



### 1. 판매자에 대한 처벌규정은 있습니다.

제243조(음화반포등) 음란한 문서, 도화, 필름 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

### 2. 그러나 구매자에 대한 처벌규정은 없습니다.

- 대향범 중 일방만 처벌하는 경우를 일벌주의라 합니다.

## 처벌과의 관계

### 개념

필수적 공범이란, 범죄가 성립하려면 서로가 서로를 필요로 하는 관계에 있어야 한다는 의미입니다. 즉, 관계(relation) 문제일 뿐, 처벌(punishment) 문제가 아닙니다. 예를 들어,

1. 필수적 공범이라도, 구성요건상 일방만 처벌하는 경우가 있습니다. 아까 본 일벌주의입니다.
2. 나아가 비록 쌍벌주의인 경우라도, 일방만 처벌하는 경우가 있습니다. 사실관계상 일방만 범죄가 성립하는 경우입니다. 즉, 다른 일방에게 구성요건해당성이 없거나, 위법성 · 책임이 깨지는 경우입니다.
3. 더 나아가 쌍벌주의로서 쌍방 모두에게 범죄가 성립하는 경우라도, 일방만 처벌하는 경우가 있습니다. 검사가 일방만 기소할 수도 있기 때문입니다.

## 구성요건 자체가 일방만 처벌하는 사례

1. 범인을 은닉하는 경우, 은닉을 당하는 사람(범인)과 은닉을 하는 사람 모두 필요합니다.
2. 그런데 은닉을 하는 사람은 범인은닉죄로 처벌하지만, 은닉을 당하는 사람(범인)은 처벌 규정이 없습니다.

제151조(범인은닉과 친족간의 특례) ① 벌금 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자를 은닉<생략>한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다.

## 사실 관계상 일방에게만 범죄가 성립하는 사례

1. 배임수재죄와 배임증재죄는 각각 "부정한 청탁을 받을 것"을 구성요건요소로 합니다.

제357조 (배임수증재) ① 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 관하여 부정한 청탁을 받고 재물 또는 재산상의 이익을 취득한 자는 5년 이하의 징역 또는 5만환 이하의 벌금에 처한다[배임수재].  
② 전항의 재물 또는 이익을 공여한 자는 2년 이하의 징역 또는 2만5천환 이하의 벌금에 처한다[배임증재].

2. 수재자는 부정한 청탁을 받았지만, 증재자는 부정한 청탁을 받지 않았다고 합시다. 그러면 수재자만 배임수재죄로 처벌합니다.

### 대법원 1991. 1. 15. 선고 90도2257 판결

형법 제357조 제1항의 배임수재죄와 같은 조 제2항의 배임증재죄는 통상 필요적 공범의 관계에 있다. 그렇기는 하나 이것은 반드시 수재자와 증재자가 같이 처벌받아야 하는 것을 의미하는 것은 아니[다. 즉,] 증재자에게는 정당한 업무에 속하는 청탁이라도 수재자에게는 부정한 청탁이 될 수도 있는 것이다.

## 일방만 기소하는 사례

1. 검사는 공소제기 여부에 재량권을 가집니다.

### 대법원 2012. 7. 12. 선고 2010도9349 판결

검사에게는 범죄의 구성요건에 해당하는 경우에 피의자의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등의 사항을 참작하여 공소를 제기할 것인지의 여부를 결정할 수 있는 재량권이 부여되어 있다[다.] 위와 같은 재량권의 행사에 따른 공소의 제기는 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 인정되지 않는 이상 공소권을 남용한 경우에 해당한다고 할 수 없다.

2. 따라서 제반 사정에 비추어, 필수적 공범 중 일방만을 기소하는 것도 가능합니다.

어떤 사람에 대하여 공소가 제기된 경우 그 공소가 제기된 사람과 동일하거나 다소 중한 범죄구성요건에 해당하는 행위를 하였음에도 불기소된 사람이 있다[고 하자. 그러한] 사유만으로는 그 공소의 제기가 평등권 내지 조리에 반하는 것으로서 공소권 남용에 해당한다고 할 수 없다[다.]

- 물론, 일방만 기소하는 것이 공소권 남용으로서 위법할 수도 있습니다. 그러나 매우 예외적인 현상입니다.

### 대법원 1999. 12. 10. 선고 99도577 판결

검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 피고인에게 실질적인 불이익을 줌으로써 소추재량권을 현저히 일탈하였다고 보여지는 경우에 이를 공소권의 남용으로 보아 공소제기의 효력을 부인할 수 있다[다.] 여기서 자의적인 공소권의 행사라 함은 단순히 직무상의 과실에 의한 것만으로는 부족하고 적어도 미필적이나마 어떤 의도가 있어야 한다[다.]

## 형법총칙상 공범 규정의 적용

### Application of General Provision on Accomplice

실제로는 아무도 양자물리학에서 고전 물리학을 유도하지 않는다. 상황에 따라 둘 중 한 가지만 사용할 뿐이다. – Roger Penrose

#### 형법총칙상 공범 규정

기본적으로 단독범으로 행할 범죄를 여럿이 할 경우를 해결하기 위해 형법총칙에 공범의 처리 규정을 두었습니다. 앞서 잠깐 언급한 형법 제1편 제2장 제3절 공범 부분, 즉 형법 제30조부터 제34조까지 규정이죠.

제30조(공동정범) 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.

제31조(교사범) ① 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다.  
② 교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하고 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 교사자와 피교사자를 음모 또는 예비에 준하여 처벌한다.  
③ 교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하지 아니한 때에도 교사자에 대하여는 전항과 같다.

제32조(종범) ① 타인의 범죄를 방조한 자는 종범으로 처벌한다.

② 종범의 형은 정범의 형보다 감경한다.

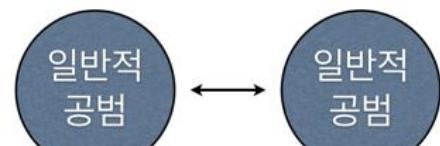
제33조(공범과 신분) 신분관계로 인하여 성립될 범죄에 가공한 행위는 신분관계가 없는 자에게도 전 3조의 규정을 적용한다. 단, 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우에는 중한 형으로 별하지 아니한다.

제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ① 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다.

② 자기의 지휘, 감독을 받는 자를 교사 또는 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한 자는 교사인 때에는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하고 방조인 때에는 정범의 형으로 처벌한다.

#### 일반적 공범의 경우

뒤집어 말하면, 일반적 공범에는 형법총칙상 공범 규정을 그대로 적용하면 됩니다.

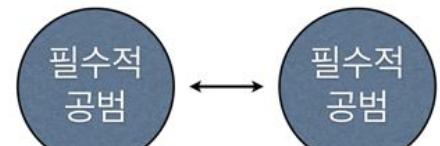


형법총칙상 공범 규정 O

#### 필수적 공범 사이

##### 총칙상 공범 규정 그대로 적용 불가

그런데 필수적 공범은 구성요건 자체에서 원래 여러 명이 행합니다. 따라서 필수적 공범 사이(the internal)에는 일반적인 공범 규정을 그대로 적용할 수가 없습니다.



형법총칙상 공범 규정 X

## 합동범 사이

합동범(coworking crime)들 사이에는 위 규정을 그대로 적용할 수 없습니다. 예를 들어, 2명이 절도를 공모하고 준비했는데, 현장에는 1명만 나가 절도를 했다고 합시다.

- 원래 2인이 합동해 절도하면 합동범으로서 공범입니다. 합동이란, 현장에서 분업해 범행하는 걸 말합니다.

제331조(특수절도) ② 흥기를 휴대하거나 2인 이상이 합동하여 타인의 재물을 절취한 자도 전항의 형과 같다.

- 원래 형법총칙상 공동정범 규정인 형법 제30조에 따르면, 2명 모두 반드시 현장에 있을 필요는 없을 것만 같습니다. 이따가 보겠지만, 공모(collusion)도 공동(joint)에 포함되기 때문입니다.

제30조(공동정범) 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.

- 그럼에도 불구하고, 실제로는 그렇지 않습니다. 공모만 했을 뿐, 만약 현장에서 분업을 하지 않았다면, 합동범(특수절도)이 될 수 없습니다. 당연한 결과입니다. 공모는 합동(coworking)은 아니기 때문입니다.

### 대법원 1998. 5. 21. 선고 98도321 전원합의체 판결

2인 이상의 범인이 합동절도의 범행을 공모한 후 1인의 범인만이 단독으로 절도의 실행행위를 한 경우에는 합동절도의 객관적 요건을 갖추지 못[했다.] 합동절도가 성립할 여지가 없[다.]

- 물론, 단순 절도죄는 성립합니다. 그리고 2명이 절도죄로는 공동정범이 될 수 있습니다.

## 대향범 사이

대향범(facing crime)끼리 관계에도 마찬가지로 형법총칙상 공범 규정을 적용할 수 없습니다. 예를 들어, 세무사법에서 처벌하는 비밀누설 행위가 있었다고 합시다.

- 비밀을 누설한 사람과 누설받은 사람은 대향범으로서 공범입니다.

### 세무사법

제22조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.  
2. 제11조(제16조의16제1항에서 준용하는 경우를 포함한다) 및 제19조의12 제1항을 위반하여 직무상 알게 된 비밀을 누설한 자

### 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007도6712 판결

세무사의 사무직원이 직무상 지득한 비밀을 누설한 행위와 그로부터 그 비밀을 누설받은 행위는 대향범 관계에 있[다.]

2. 원래 형법총칙상 공동정범 규정인 형법 제30조에 따르면, 모두 같은 형으로 처벌합니다.

제30조(공동정범) 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.

3. 그럼에도 불구하고, 실제로는 그렇지 않습니다. 위 사안에서 비밀을 누설한 사람만 처벌할 뿐, 누설받은 사람은 처벌하지 않습니다. 왜냐하면 두 사람 사이에는 형법 제30조 규정을 적용할 수 없기 때문입니다.

세무사의 사무직원이 직무상 지득한 비밀을 누설한 행위와 그로부터 그 비밀을 누설받은 행위는 대향법 관계에 있으므로 이에 공범에 관한 형법총칙 규정을 적용할 수 없다.

세무사법 제22조 제1항 제2호, 제11조에서 세무사와 세무사였던 자 또는 그 사무직원과 사무직원이었던 자가 그 직무상 지득한 비밀을 누설하는 행위를 처벌하고 있을 뿐 비밀을 누설받는 상대방을 처벌하는 규정이 없[다.]  
[따라서 누설한 자는 처벌받고, 누설받은 자는 처벌하지 않는다.]

## 필수적 공범의 외부 가담자

### 총 칙 상 공 범 규 정 적 용 가 능

필수적 공범은 아닌 제3자가 필수적 공범에 가담하는 경우가 있습니다. 이를 외부 가담자(the external)라고도 합니다. 외부 가담자에게는 총칙상 공범 규정을 적용합니다.

### 합 동 범 의 외 부 가 담 자

합동관계에 있지 않은 자가 합동관계에 있는 자들에 가담한 경우입니다. 그 외부 가담자는 총칙상 공범 규정 적용을 받습니다.

대법원 1998. 5. 21. 선고 98도321 전원합의체 판결

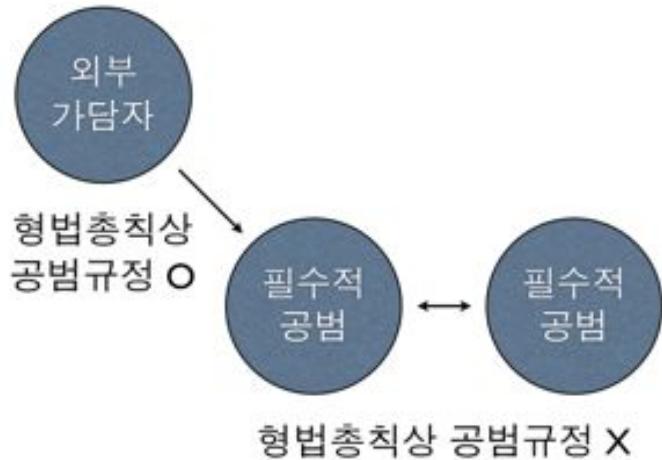
3인 이상의 범인이 합동절도의 범행을 공모한 후 적어도 2인 이상의 범인이 범행 현장에서 시간적, 장소적으로 협동관계를 이루어 절도의 실행행위를 분담하여 절도 범행을 한 [사안이다.]

- 원래 합동범의 구성요건 조항 자체가 외부자의 관여까지 당연히 예정한 것은 아닙니다. 합동범 조항만으로는 처리할 수 없습니다. 그래서 총칙상 공범규정을 적용하는 겁니다.
- 따라서 합동관계에 있지 않은 사람이 합동범에 가담할 경우, 그 외부 가담자에게도 합동범이 성립할 수 있습니다.

공동정범의 일반 이론에 비추어 그 공모에는 참여하였으나 현장에서 절도의 실행행위를 직접 분담하지 아니한 다른 범인[합동관계에 있지 않은 외부 가담자]에 대하여도 [다음과 같이 처리한다.] 그가 현장에서 절도 범행을 실행한 위 2인 이상의 범인[합동관계에 있는 자들]의 행위를 자기 의사의 수단으로 하여 합동절도의 범행을 하였다고 평가할 수 있는 정범성의 표지를 갖추고 있다고 보여지는 한 그 다른 범인[외부 가담자]에 대하여 합동절도의 공동정범의 성립을 부정할 이유가 없[다.]

## 대 향 범 의 외 부 가 담 자

대 향 관계에 있지 않은 자가 대 향 관계에 있는 자들에 가 담한 경우입니다. 그 외 부 가 담자는 총 칙상 공 범 규정 적용을 받습니다.



1. 역시 이러한 가담을 대 향 범의 구성요건 조항 자체가 당연히 예정한 것은 아닙니다. 대 향 범 조항만으로는 처리할 수 없습니다. 그래서 총 칙상 공 범 규정을 적용하는 겁니다.
2. 따라서 대 향 관계에 있지 않은 사람이라도, 대 향 범에 가 담하면 처벌받을 수 있습니다.

### 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3377 전원합의체 판결

피고인 김우중, 최원석이 대통령직에 있던 공소외 노태우에게 뇌물을 공여하고, 피고인 이원조가 대통령직에 있던 공소외 전두환 및 위 노태우의 각 뇌물수수를 방조하였다는 사실을 유죄로 인정[해야 한다.]

3. 물론, 처벌받지 않는 대 향 범에 가 담하면, 처벌받지 않습니다. 범죄가 아닌 걸 도와준 셈이기 때문입니다. 예를 들어, 음화를 매수했다고 해서 처벌받는 건 아니므로, 그 당연한 결과로 매수하라고 시킨 사람도 처벌받지 않습니다.

## 공범의 종속성 이론

### Theory of the Dependence

입술이 없으면 이가 시리다. – from 춘추좌씨전

#### 종속성

##### 개념

공범의 성립은 정범의 성립에 종속합니다. 공범은 정범에 가담하는 것에 불과하기 때문에, 만약 정범이 구성요건에 해당하는 실행행위로 나가지도 않았다면 공범도 성립할 수가 없습니다.



##### 사례

예를 들어, 18세의 남녀가 합의 하에 성관계하는 것은 범죄가 아니므로, 이를 교사하거나 방조한 사람 역시 처벌받지 않습니다.

##### 소결

1. 따라서 정범의 성립을 먼저 검토하고,
2. 그 다음에 공범의 성립을 검토하게 됩니다.

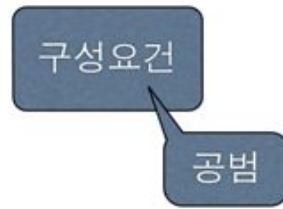
#### 종속성의 정도

##### 머리에

공범이 정범에 종속하는 정도는 나라와 시대마다 다르게 봤습니다. 일단 다음 3가지 방식을 생각해 볼 수 있습니다.

##### 구성요건 종속 방식

정범이 구성요건에 해당하기만 하면, 공범 성립이 가능하다고 보는 방식입니다. 즉,



1. 구성요건해당성은 있지만, 위법성이 없는 경우: 공범 성립 가능합니다.
2. 구성요건해당성 · 위법성은 있지만, 책임이 없는 경우: 역시 공범 성립이 가능합니다.

### 위 법 종 속 방 식

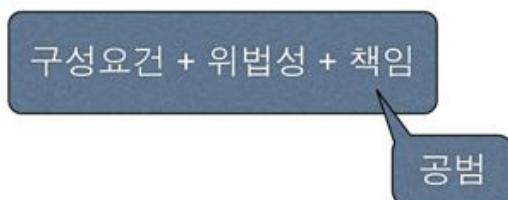
정범이 위법성까지 인정되어야, 공범 성립이 가능하다고 보는 방식입니다. 즉,



1. 구성요건해당성은 있지만, 위법성이 없는 경우: 공범 성립이 불가능합니다.
2. 구성요건해당성, 위법성은 있고, 책임만 없는 경우: 공범 성립이 가능합니다.

### 범 죄 종 속 방 식

정범이 위법성은 물론 책임까지 인정되어야, 비로소 공범 성립이 가능하다고 보는 방식입니다. 정범이 범죄여야 공범이 성립합니다.



1. 구성요건해당성은 있지만, 위법성이 없는 경우: 공범 성립이 불가능합니다.
2. 구성요건해당성, 위법성은 있지만, 책임이 없는 경우: 공범 성립이 불가능합니다.

### 소 결

1. 구성요건 종속 방식에 따를 때 공범의 성립 범위가 가장 넓고,
2. 범죄 종속 방식에 따를 때 공범의 성립 범위가 가장 좁습니다.

구성요건 종속 방식		위법 종속 방식	범죄 종속 방식
18세 남녀 성관계를 방조	방조범 X	방조범 X	방조범 X
정당방위를 방조	방조범 O	방조범 X	방조범 X
12세의 살인행위를 방조	방조범 O	방조범 O	방조범 X
범죄행위를 방조	방조범 O	방조범 O	방조범 O
공범 성립 범위	가장 넓음	절충	가장 좁음

## 구성요건 종속 방식의 문제점

### 사례 제시

예를 들어, 강도에 대항하여 부득히 강도를 폭행한 A가 있는데, 그 때 B가 A의 폭행을 도와줬다고 합시다. B를 처벌해야 할까요?

### 구성요건 종속 방식의 결론

구성요건 종속 방식에 따르면,

- 정범 A에게 폭행죄의 구성요건 해당성이 인정되는 이상,
- 공범 B은 처벌받습니다.

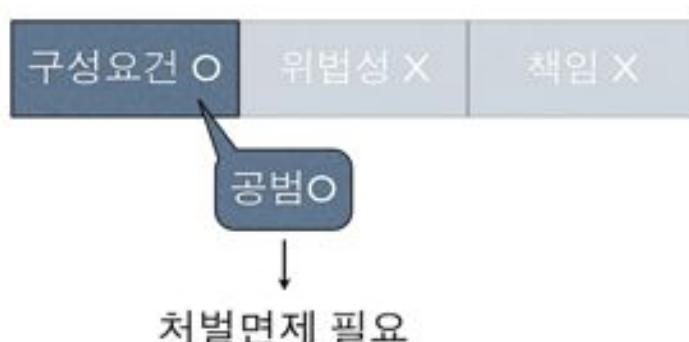
### 구성요건 종속 방식의 문제점

그러나 상식적으로 강도 잡은 시민을 도와준 사람을 칭찬하면 칭찬했지, 이를 처벌하는 것은 부당합니다. B는 사회 전체적으로 불법(illegality)을 감소시키는 역할을 한 것입니다. 따라서 구성요건 종속 방식에는 모순이 있습니다.

### 특칙의 필요성

따라서 구성요건 종속 방식을 채택한다면,

- 정범의 위법성이 조각될 경우에는,
- 그에 가담한 공범의 처벌을 면제하는 특칙을 마련해야 정당할 것입니다.



## 범죄 종속 방식의 문제점

### 사례 제시

예를 들어, 아주 심해서 책임능력이 없을 정도인 정신병자 A의 살인행위를 B가 도와 줬다고 합시다. 이 때 B를 처벌해야 할까요?

### 범죄 종속 방식의 결론

다른 종속 방식들은 이런 사례에서 모두 공범 성립을 인정할 테지만, 범죄 종속 방식에 따르면 그렇지 않습니다. 즉,

1. 정범 A에게 범죄가 성립하지 않는 이상,
2. 공범 B는 처벌받지 않습니다.

### 범죄 종속 방식의 문제점

이러한 결과는 부당합니다. A의 책임능력이 없어 A를 비난할 수는 없더라도, B는 비난받아 마땅하기 때문입니다. 어떻게 보면 B는 정상인의 살인을 도와준 것보다 더 못된 짓을 저지른 것입니다. 사회 전체적으로 불법(illegality)이 증가했으며, B 자신에게는 책임이 면제될 자유도 없습니다. 따라서 공범 B를 처벌하지 않는 것은 부당합니다. 범죄 종속 방식에는 이러한 모순이 있습니다.

### 특칙의 필요성

따라서 범죄 종속 방식을 채택한다면,

1. 정범의 범죄가 성립하지 않을 경우에는,
2. 그에 가담한 공범을 처벌하는 특칙을 마련해야 정당할 것입니다.



## 위법 종속 방식의 우월성

### 머리에

앞서 본 두 가지 사례가 위법 종속 방식에서는 어떻게 처리되는지 봅시다.

### 강도에 대항하는 것을 도와준 사례

강도에 대항해 폭행한 A를 도와준 B는 처벌받지 않습니다.

1. 정범의 행위에 위법성이 없으므로,
2. 공범이 성립할 수 없기 때문입니다.

### 심한 정신병자의 살인을 도와준 사례

심한 정신병자 A의 살인을 도와준 B는 처벌을 받습니다.

1. 정범의 행위에 위법성이 있으므로,
2. 공범이 성립할 수 있기 때문입니다.

### 특 칙의 필요성

1. 위와 같은 결론은 상식적으로 정당합니다.
2. 따라서 위법 종속 방식에서는, 굳이 구성요건 종속 방식이나 범죄 종속 방식에서와 같은 특칙들을 따로 둘 필요가 없습니다.

## 결론

### 이상적 목표

공범론은 "불법은 연대(solidarity), 책임은 개별(individual)"을 추구해야 합니다.

### 각 방식의 입장

어떤 방식을 택하든, 위 이상을 실현할 수는 있습니다.

1. 구성요건 종속 방식을 택할 경우, 위법성이 조각되는 행위에 가담한 공범의 처벌을 면제하는 특칙(exceptional provision)이 필요합니다.
2. 위법 종속 방식을 택할 경우, 특칙이 없더라도, 위 이상을 실현할 수 있습니다.

3. 범죄 종속 방식을 택할 경우, 처벌되지 않는 행위에 가담한 공범을 처벌하는 특칙이 필요합니다.

정당한 결론		구성요건 종속 방식	위법 종속 방식	범죄 종속 방식
18세 남녀 성관계 방조	방조범 X	방조범 X	방조범 X	방조범 X
정당방위를 방조	방조범 X	방조범 O (이론상) 방조범 X (by 특칙)	방조범 X	방조범 X
12세의 살인행위 방조	방조범 O	방조범 O	방조범 O	방조범 X (이론상) 방조범 O (by 특칙)
범죄행위를 방조	방조범 O	방조범 O	방조범 O	방조범 O
평가		특칙 필요	일관성 있음	특칙 필요

## 외국의 경우

예를 들어, 독일과 일본 형법을 봅시다.

- 1930, 40년대에는 범죄 종속 방식을 채택했습니다.
- 그러다가 각각 형법 개정을 통해 1950년대 이후부터는 위법 종속 방식을 채택했습니다.

## 우리 형법

그렇다면 우리 형법은 어떤 방식을 택하고 있을까요? 다음 두 해석론이 대립합니다.

- 우리 형법을 범죄 종속 방식에 따라 만들었다는 견해
- 우리 형법을 위법 종속 방식에 따라 만들었다는 견해
  - "범죄 종속 방식과 위법 종속 방식 중 어느 것이 우월한가?" 문제와, "우리 형법이 범죄 종속 방식을 택했는가 위법 종속 방식을 택했는가?" 문제는 구별해야 합니다.

## 범죄 종속 방식 채택설

### View 1: Dependence on the Crime

나는 철학자의 사상이 일반 사람들의 주장에 굴복해서는 안 된다는 것을 알고 있다. 왜냐하면 신이 허락한 인간의 이성을 최대한 발휘해서 모든 사물의 이치를 찾으려는 것은 그 철학자의 노력이기 때문이다. – Nicolaus Copernicus

## 개요

우리 형법이 제3방식인 범죄 종속 방식을 택했다고 보는 견해입니다.

1. 따라서 정범에게 범죄가 성립해야, 비로소 교사범이든 종범이든 공범 성립도 가능하다고 봅니다.
2. 다만, 정범이 책임조각으로 무죄일 때 이에 가담한 교사·방조자를 처벌할 필요가 있으므로 따로 특칙을 두게 됩니다.

## 형법상 용어

### 범죄와 행위

범죄성립의 3요소인 구성요건, 위법성, 책임 중 어느 하나라도 탈락한 행위는 범죄가 아닙니다. 따라서 그러한 경우,

1. 형법은 "범죄"나 "죄(crime)"라는 표현을 쓰지 않습니다.
2. 대신, 단순히 "행위(action)"라고 표현합니다.

제1조(범죄의 성립과 처벌) ① 범죄의 성립과 처벌은 행위 시의 법률에 의한다.

제9조(형사미성년자) 14세 되지 아니한 자의 행위는 벌하지 아니한다.

제13조(범의) 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다. <생략>

제20조(정당행위) 법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다.

제30조(공동정범) 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.

제53조(작량감경) 범죄의 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 작량하여 그 형을 감경할 수 있다.

### 처벌하지 아니한다

어떤 이유로든 범죄가 성립하지 않을 때, "(처)벌하지 아니한다"는 표현이 등장합니다.

1. 원래 구성요건해당성이 없어서 범죄가 성립하지 않는다면, "(처)별하지 아니한다"고 표현합니다.

제13조(범의) 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 별하지 아니한다. <생략>

제17조(인과관계) 어떤 행위라도 죄의 요소되는 위험발생에 연결되지 아니한 때에는 그 결과로 인하여 별하지 아니한다.

2. 위법성이 없어서 범죄가 성립하지 않더라도, 역시 "(처)별하지 아니한다"고 표현합니다.

제21조(정당방위) ① 자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 별하지 아니한다.

제310조(위법성의 조각) 제307조제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.

3. 책임이 없어서 범죄가 성립하지 않더라도, 역시 "(처)별하지 아니한다"고 표현합니다.

제12조(강요된 행위) 저항할 수 없는 폭력이나 자기 또는 친족의 생명, 신체에 대한 위해를 방어할 방법이 없는 협박에 의하여 강요된 행위는 별하지 아니한다.

제151조(범인은닉과 친족간의 특례) ② 친족 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 전항의 죄[범인은닉 등]를 범한 때에는 처벌하지 아니한다.

## 교사범과 종범

### 교사범

형법은 교사범이 성립하기 위해서는 정범이 "죄(crime)를 범할 것"을 요구합니다.

제31조(교사범) ① 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다.

#### 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도1252 판결

교사범이 성립하기 위해서는 교사자의 교사행위와 정범의 실행행위가 있어야 하는 것이[다. 그러]므로, 정범의 성립은 교사범의 구성요건의 일부를 형성[한다. 그리]고 교사범이 성립함에는 정범의 범죄행위가 인정되는 것이 그 전제요건이 된다.

- 다만, 위 판례가 범죄 종속 형식에 입각한 것으로 단정할 수는 없습니다.

### 종범

형법은 종범이 성립하기 위해서는 정범이 "범죄(crime)"를 저지를 것을 요구합니다.

제32조(종범) ① 타인의 범죄를 방조한 자는 종범으로 처벌한다.

## 분석

공범은 정범의 "범죄(죄)"에 종속합니다. 즉, 형법은 범죄 종속 방식을 택했습니다. 형법 명문 규정을 보면 그렇습니다.

1. 그렇게 규정한 것이 과연 바람직했는지는 의문입니다만,
2. 어쨌든 입법자의 결단이 그렇다는 것이죠.

## 간접정범 등

### 문제점

1. 범죄 종속 형식에서는 정범이 "무죄"가 되면, 공범이 성립할 수 없게 됩니다. 하지만, 그 처벌의 공백을 메우기 위해 따로 가담자를 처벌하는 조항을 둬야 합니다.
2. 나아가 정범의 고의가 조각되는 경우에도 공범이 성립할 수 없는 문제가 생기므로, 마찬가지 이유로 처벌조항을 둬야 합니다.

정범이 무죄인 상황에서, 전체적으로 보아 결과적으로 범죄가 이루어졌다면, 어쨌거나 처벌을 해야 합니다. 이것이 바로 간접정범입니다.

### 간접정범

간접정범 성립 요건은 다음 2가지입니다.

제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ① 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다.

1. 정범의 불처벌: 정범이 "처벌되지 않아야" 합니다. 아까 봤듯 구성요건, 위법성, 책임 중 무엇 때문인지는 상관 없습니다. 어쨌든 정범에게 범죄(crime)가 불성립하는 상황입니다.
2. 범죄행위의 결과: 이런 상황에서, 공범의 관여가 결과적으로 범죄가 된다면, 그를 처벌하겠다는 것입니다.

### 특수교사 · 방조

특수교사 · 방조가 성립하기 위해서도 최소한 위 2가지가 필요합니다. 더 나아가 지휘 · 감독 관계가 추가로 필요합니다.

제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ② 자기의 지휘, 감독을 받는 자를 교사 또는 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한 자는 교사인 때에는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하고 방조인 때에는 정범의 형으로 처벌한다.

1. 정범의 불처벌: 어떤 이유로든 정범이 무죄
2. 범죄행위의 결과: 결과적으로는 범죄행위가 발생
3. 지휘 · 감독 관계

## 분석

1. 정범이 처벌되지 않는데도 불구하고, 이에 관여한 자는 처벌합니다.
2. 이렇게 정범을 보충한다는 의미에서 관여자들을 "간접정범"이라고 부릅니다.
3. 명칭에도 불구하고 그 본질은 관여자, 즉 "공범(accessory)"이라고 보아야 합니다.

## 형법상 정범과 공범의 분류

### 정 범

1. 단독정범: 실행지배에 의한 행위지배
2. 공동정범: 기능적 행위지배에 의한 행위지배



### 공 범

1. 교사방식: ① 교사범, ② 교사에 의한 간접정범, ③ 특수교사범
2. 방조방식: ① 종범, ② 방조에 의한 간접정범, ③ 특수방조범

## 형법 조항에 문제가 있는가?

### 간접정범 조항의 "교사 또는 방조" 문구

간접정범 조항에는 가담자의 행위가 "교사 또는 방조"라고 되어 있습니다. 이는 공범이라는 본질상 당연한 것입니다. 문제가 없습니다.

제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ① 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다.

1. 교사자는 교사의 예에 의해 처벌합니다.

제31조(교사범) ① 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다.

## 2. 방조자는 방조의 예에 의해 처벌합니다.

제32조(종범) ① 타인의 범죄를 방조한 자는 종범으로 처벌한다.  
② 종범의 형은 정범의 형보다 감경한다.

### 형법 제34조 제1항이 잘못된 조항인가?

1. 정범에게 범죄가 성립하지도 않고, 범죄행위의 결과(effect)도 발생하지 않았다면, 굳이 공범을 처벌할 필요도 없습니다.

제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ① 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다.

2. 형법 제34조 제1항도 같은 취지입니다. 잘못된 조항이 아닙니다.

### 형법 제31조, 제32조가 잘못된 조항인가?

1. 형법 제31조의 교사범, 제32조의 종범 조항은, 공범은 정범의 "(범)죄"에 종속한다는 취지로 되어 있습니다.

제31조(교사범) ① 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다.

제32조(종범) ① 타인의 범죄를 방조한 자는 종범으로 처벌한다.

2. 이 역시 잘못된 조항이 아닙니다.

### 형법 제31조부터 제34조까지의 순서가 잘못되었는가?

[정범] 제30조(공동정범) <생략>

[공범] 제31조(교사범) <생략>

[공범] 제32조(종범) <생략>

[공범] 제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) <생략>

1. 형법 제30조 공동정범은 정범입니다.
2. 형법 제31조 교사범, 제32조 종범은 모두 공범입니다.
3. 형법 제34조 간접정범은 본질이 공범입니다.
4. 순서상으로도 아무런 문제가 없습니다. 정범을 규정한 다음, 공범을 규정했을 뿐입니다.

## 위법 종속 방식 채택설

### View 2: Dependence on the Illegality

우리는 보는 것을 그리는 데서 아는 것을 그리는 것으로 발전한다. - Nicholas G. Carr

#### 개요

1. 우리 형법이 제2방식인 위법 종속 방식을 택했다고 보는 견해입니다. 따라서 정범에게 반드시 범죄가 성립하지 않더라도, 정범에 위법성까지만 인정되는 이상, 거기에 가담해 공범이 성립할 수 있다고 합니다.
2. 정범이 책임조각으로 무죄일 때 이에 가담한 교사·방조자를 처벌하는 것은 별도의 규정이 없더라도 당연한 결과입니다.

#### 교사범과 종범

##### 입장

1. 우리 형법이 교사범과 종범이 정범의 "범죄(crime)"에 종속하는 것처럼 규정하고 있는 것은 사실입니다.
2. 그럼에도 불구하고 실제로는 공범은 정범의 "위법(illegality)"에 종속하는 것으로 해석(interpretation)해야 한다고 합니다.
3. 즉, 위 조항들은 입법실수라는 주장입니다.

##### 교사범

1. 형법 규정에도 불구하고, 교사범이 성립하기 위해서는 정범이 위법하면 충분합니다.
2. 정범이 책임조각으로 무죄더라도, 형법 제31조 제1항의 교사범이 성립할 수 있습니다.

제31조(교사범) ① 타인을 교사하여 죄[위법으로 해석]를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다.

##### 종범

1. 형법 규정에도 불구하고, 종범이 성립하기 위해서는 정범이 위법하면 충분합니다.
2. 정범이 책임조각으로 무죄라도, 형법 제32조 제1항의 종범이 성립할 수 있습니다.

제32조(종범) ① 타인의 범죄[위법으로 해석]를 방조한 자는 종범으로 처벌한다.

## 용어에 관하여

형법에 "(범)죄"라는 표현도 있고, "행위"라는 표현도 있습니다. 그러나 형법을 만든 사람들이 크게 신경쓰지 않고 기재한 결과로 우연히 다르게 된 겁니다. 구별할 필요가 없다고 합니다.

## 간접정범

### 입장

간접정범이란 다른 사람을 도구처럼 이용해 간접적으로 범죄를 실행하는 형태를 말합니다.

### 사례

예를 들어 혀가를 받아야 하는데 무허가로 식품을 생산하려는 A가 있습니다. 그런데 A는 직접 생산하지 않고, 아무 것도 모르는 다른 사람 K에게 의뢰해서 제조하게 했습니다.

제34조(간접정범, <생략>) ① 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다.

1. A는 이용자이며, 간접정범으로 처벌합니다.
2. K는 피이용자입니다. 이용자 A의 지배와 조종의 결과입니다.

### 본질

1. 그렇다면 행위지배(dominance)가 이용자 A에게 있습니다. A는 정범입니다.
2. 즉, 간접정범의 본질은 정범입니다. 그래서 명칭에 "정범"을 넣었다고 봅니다.
3. 간접정범에서의 행위지배를 특히 의사지배라고 합니다.

## 형법상 정범과 공범의 분류

### 정범

1. 단독정범: 실행지배(action dominance)에 의한 행위지배
2. 간접정범: 의사지배(intent dominance)에 의한 행위지배
3. 공동정범: 기능적 행위지배(functional dominance)에 의한 행위지배



## 공 범

- 교사방식: ① 교사범, ② 특수교사범
- 방조방식: ① 종범, ② 특수방조범

## 형법 조항에 문제가 있는가?

### 간접정범 조항의 "교사 또는 방조" 문구

제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ① 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의해 처벌한다.

- 간접정범 조항에는 이용자의 행위가 "교사 또는 방조"라고 되어 있습니다. 그러나 이는 정범이라는 본질상 잘못된 것입니다. "이용하여"로 고쳐야 합니다.
- 역시 교사 또는 방조의 예에 의해 처벌하는 것도 잘못된 것입니다. "정범으로 처벌한다"로 고쳐야 합니다.

### 형법 제34조 제1항이 잘못된 조항인가?

- 간접정범은 정범입니다. 그러므로 비록 범죄행위의 결과가 발생하지 않았더라도, 미수에 해당하는 이상 미수범으로 처벌해야 합니다.
- 그런데 현행법은 범죄행위의 결과가 발생하지 않으면, 간접정범을 처벌하지 않습니다.

제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ① 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의해 처벌한다.

- 따라서 간접정범 조항에 있는 "범죄행위의 결과를 발생하게 한"이라는 문구를 "범죄를 실행한"으로 고쳐서, 처벌하도록 만들어야 합니다.

### 형법 제31조, 제32조가 잘못된 조항인가?

- 공범은 정범의 "위법"에 종속합니다.
- 그런데 형법 제31조의 교사범, 제32조의 종범 조항을 보면 공범은 정범의 "(범)죄"에 종속한다는 취지로 되어 있습니다.

제31조(교사범) ① 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다.

제32조(종범) ① 타인의 범죄를 방조한 자는 종범으로 처벌한다.

3. 그러므로 형법 조항에는 문제가 있습니다. 위법 종속 방식에 부합하도록, "위법"에 종속한다는 취지로 고쳐야 합니다.

### 형법 제31조부터 제34조까지의 순서가 잘못되었는가?

제30조(공동정범) <생략>

제31조(교사범) <생략>

제32조(종범) <생략>

제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) <생략>

1. 형법 제34조에 있는 간접정범은 본질이 정범입니다.

2. 공범에 관한 형법 제31조보다 앞에 위치해야 합니다. 형법 체계에 문제가 있습니다. 다음과 같은 순서로 바꿔야 합니다.

[정범] 제30조(공동정범) <생략>

[정범] 간접정범 조항

[공범] 제31조(교사범) <생략>

[공범] 제32조(종범) <생략>

[공범] 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중 조항

## 공동정범 Joint Principal

이익으로 분열되고 범죄로 뭉쳐진다. – Voltaire

### 의의

#### 개념

공동정범이란 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것을 말합니다.

제30조(공동정범) 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.

#### 취지

공동으로 범행을 계획하고 분업하여 실행을 했다는 점에서, 모두가 전체 범행을 지배하는 것입니다.

#### 정범

- 행위지배(dominance)가 있으므로 정범인데,
- 그 중에서도 공동정범은 기능적 행위지배(functional dominance)가 있는 것입니다.

### 성립요건

#### 주관적 요건

공동실행의 의사가 있어야 합니다. 공동자 사이에 함께 범죄를 실행한다는 주관적 의사입니다. 보통, 공모(collusion)라고 합니다.

대법원 2001. 11. 9. 선고 2001도4792 판결

공동가공의 의사란 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다.

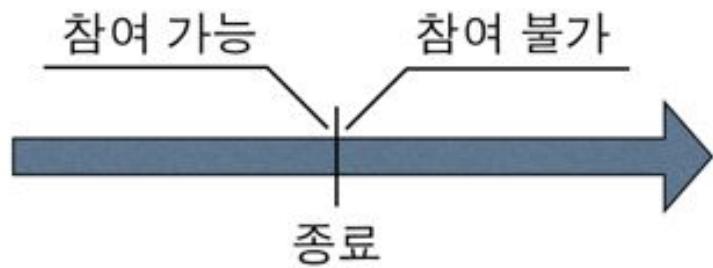
#### 객관적 요건

공동의 실행행위(practice)가 있어야 합니다. 분업적으로 각자 역할을 분담해 수행하는 객관적 행위입니다.

공동정범이 성립하기 위하여는 ① 주관적 요건인 공동가공의 의사와 ② 객관적 요건인 공동의사에 의한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하[다.]

## 시간적 요건

예를 들어 갑이 범죄행위를 하고 있는 도중에 을이 참여했다면, 갑과 을이 공동정범으로 뮤일 수 있을까요? 결론부터 말하면, 선행 범죄가 종료(termination)되었는지 여부로 판단하면 됩니다. 종료 이전에는 얼마든지 공동정범으로 참여할 수 있지만, 종료 이후에는 공동정범으로 참여할 수가 없습니다.



1. 기수(consummation)로 바로 종료하는 범죄의 경우: 절도죄, 배임죄, 도주죄 등은 기수 때 바로 종료하는 범죄입니다. 따라서 기수 이후에 참여한 자는 공동정범이 될 수 없습니다.

### 대법원 1953. 8. 4. 선고 4286형상20 판결

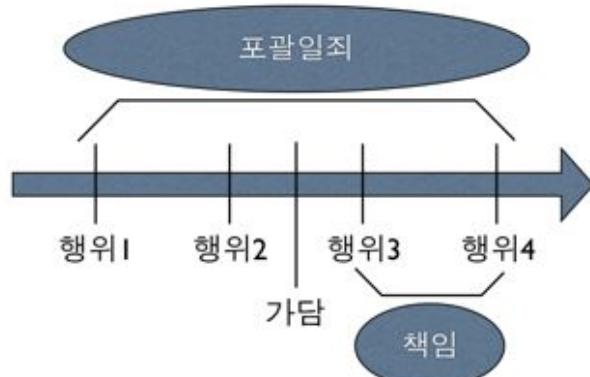
공동정범관계는 범죄가 기수되기 전에 성립되는 것이[다. 그]므로 횡령죄가 기수가 된 후에 그 내용을 지득하고 그 이익을 공동취득할 것을 승낙한 사실이 있더라도 횡령죄의 공동정범관계는 성립될 수 없다.

2. 기수로 바로 종료하지 않는 범죄의 경우: 감금죄, 범인도피죄 등은 기수 이후에도 범행이 종료하지 않고 계속되는 범죄입니다. 기수 이후라도 일단 종료(termination)되기 전에 참여한 이상 공동정범이 될 수 있습니다.

### 대법원 1995. 9. 5. 선고 95도577 판결

범인도피죄는 범인을 도피하게 함으로써 기수에 이[른다. 그렇]지만 범인도피행위가 계속되는 동안에는 범죄행위도 계속되고 행위가 끝날 때 비로소 범죄행위가 종료[된다.] 공범자의 범인도피행위의 도중에 그 범행을 인식하면서 그와 공동의 범의를 가지고 기왕의 범인도피상태를 이용하여 스스로 범인도피행위를 계속한 자에 대하여는 범인도피죄의 공동정범이 성립한다.

- 다만, 포괄일죄의 일부에 공동정범으로 가담한 자는 일단 공동정범으로는 되나, 그 가담 이후의 범행에 대해서만 책임을 집니다.



대법원 1982. 6. 8. 선고 82도884 판결

연속된 제조행위 도중에 공동정범으로 범행에 가담한 자는 비록 그가 그 범행에 가담할때에 이미 이루어진 종전의 범행을 알았다 하더라도 그 가담 이후의 범행에 대하여만 공동정범으로 책임을 [진다.] 비록 이 사건에서 위 OOO의 위 제조행위 전체가 포괄하여 하나의 죄가 된다 할지라도 피고인에게 그 가담 이전의 제조행위에 대하여까지 유죄를 인정할 수는 없[다.]

## 처벌

### 공동정범이 아닌 경우

자기가 한 바로 부분만 책임을 지는 게 맞습니다. 일부실행 일부책임입니다.

대법원 1985. 12. 10. 선고 85도1892 판결

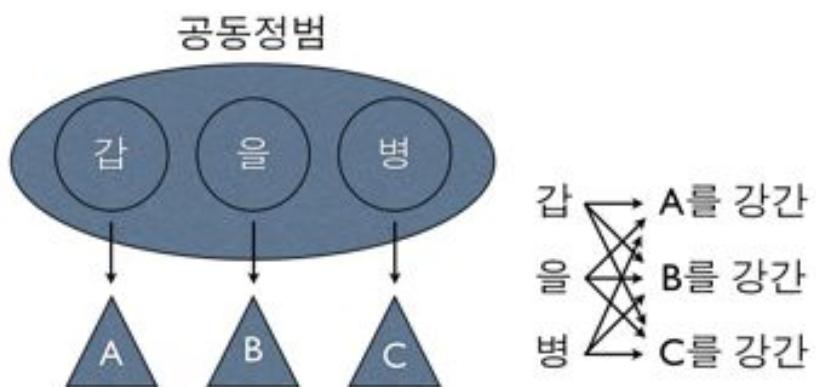
2인 이상이 상호의사의 연락없이 동시에 범죄구성요건에 해당하는 행위를 하였을 때에는 원칙적으로 각인에 대하여 [따로 따로] 그 죄를 논하여야 [한다.]

### 공동정범인 경우

공동정범이면, 전체가 한 부분 모두에 책임을 집니다. 일부실행 전부책임입니다.

제30조(공동정범) 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.

- 피해자를 갑이 3대, 을이 7대를 함께 때리면, 갑과 을 모두 10대를 때린 것으로 보게 됩니다.
- 마찬가지로 3명 합동하여 각자 1명씩 강간했다면, 가해자 3명 모두 피해자 3명에 모두에 대한 특수강간죄가 성립합니다. 결국 가해자 1명당 3개의 특수강간죄가 실체적 경합 관계에 있으므로, 가해자 3명 전체로 보면 9개 범죄가 발생한 것이죠.



### 대법원 2004. 8. 20. 선고 2004도2870 판결

피고인 등이 비록 특정한 1명씩의 피해자만 강간하거나 강간하려고 하였다 하[자. 그렇]더라도, 사전의 모의에 따라 강간할 목적으로 심야에 인가에서 멀리 떨어져 있어 쉽게 도망할 수 없는 야산으로 피해자들을 유인[했다. 그] 다음 곧바로 암묵적인 합의에 따라 각자 마음에 드는 피해자들을 데리고 불과 100m 이내의 거리에 있는 곳으로 흘어져 동시 또는 순차적으로 피해자들을 각각 강간[하였다.]

[그렇다면] 그 각 강간의 실행행위도 시간적으로나 장소적으로 협동관계에 있었다고 보아야 할 것이[다. 그러]므로, 피해자 3명 모두에 대한 특수강간죄 등이 성립[한다.]

- 물론 정범의 법정형으로 처벌한다는 것입니다. 선고형(sentencing penalty)은 각자 다를 수 있습니다.

## 인과관계

### 사례 제시

가령, 갑이 A를 강간한 뒤 을도 A를 강간하였는데, 피해자 A가 상처를 입었다고 합시다.

### 공동정범이 아닌 경우

- 만약 그 상처가 갑만의 행위로 인한 것이라고 합시다. 그럼 일단 갑이 강간치상죄인 것은 당연합니다. 반면, 을은 강간죄로만 처벌합니다(형법 제17조).

제17조(인과관계) 어떤 행위라도 죄의 요소 되는 위험발생에 연결되지 아니한 때에는 그 결과로 인하여 벌하지 아니한다.

- 만약 갑, 을 중 누구의 행위로 인한 상처인지 밝혀지지 않았다고 합시다. 누구라도 강간치상죄로는 처벌할 수는 없습니다(형법 제19조). 따라서 갑, 을 모두를 단순 강간죄로만 처벌합니다.

제19조(독립행위의 경합) 동시 또는 이시의 독립행위가 경합한 경우에 그 결과발생의 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 각 행위를 미수범으로 처벌한다.

### 공동정범인 경우

하지만 갑과 을이 공동정범이라면, 갑과 을 중 누구의 성교로 A가 상처를 입었는지는 중요하지 않습니다. 각자 전부에 대해 책임을 져야 하므로, 상해의 결과에 대해서도 모두가 책임이 있는 것입니다(형법 제30조). 즉, 모두에게 A에 대한 강간치상죄가 성립합니다. 즉,

- 만약 그 상처가 갑만의 행위로 인한 것이라고 합시다. 그렇더라도, 갑, 을 모두에게 강간치상죄가 성립합니다.

대법원 2004. 3. 12. 선고 2004도126 판결

공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서 형사적 책임을 진[다.]

위 공소외인과 암묵적으로 상통하여 피해자를 살해하기로 공모하였다고 인정[된다.] 피고인들이 직접 삽으로 피해자를 내려쳐 살해하지 아니하였다는 것만으로는 위 공소외인의 행위에 대하여 공동정범으로서의 책임을 면하지 못한[다.]

2. 만약 갑, 을 중 누구의 행위로 인한 상처인지 밝혀지지 않았다고 합시다. 그렇더라도, 갑, 을 모두에게 강간치상죄가 성립합니다.

대법원 1985. 12. 10. 선고 85도1892 판결

공범관계에 있어 공동가공의 의사가 있었다면 [공동정범이 된다.] 이에는 [도무지] 동시범등의 문제는 제기될 여지가 없다.

## 소 결

		공동정범 X	공동정범 O
갑 때문에 상해	갑: 강간치상 을: 강간	갑: 강간치상 을: 강간치상	
을 때문에 상해	갑: 강간 을: 강간치상	갑: 강간치상 을: 강간치상	
판명되지 않음	갑: 강간 을: 강간	갑: 강간치상 을: 강간치상	
본질	일부실행 일부책임	일부실행 전부책임	

## 공모공동정범

### 사례 제시

- 갑과 을이 공모해서 살인을 하려고 했는데,
- 그 중 갑만이 살인행위에 나아갔습니다.

갑과 을 모두를 살인죄의 공동정범으로 처벌할 수 있을까요?

### 문제점

공동정범의 성립요건 중,

- 주관적 요건, 즉 공동실행의 의사는 인정됩니다.
- 그러나 객관적 요건, 공동의 실행행위가 없는 것 아닌지 의문이 드는 것입니다.

## 필요성

- 집단적 · 조직적 · 지능적 범죄의 배후조종자인 거물은 직접 실행행위에 나아가지 않지만, 이를 처벌할 필요가 있습니다.
- 실행행위를 직접 하지는 않은 공모자까지 공동정범으로 묶어 처벌하려는 겁니다.

### 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도3248 판결

공모공동정범은 공동범행의 인식으로 범죄를 실행하는 것으로 공동의사주체로서의 집단 전체의 하나의 범죄행위의 실행이 있음으로써 성립[한다.] 공모자 모두가 그 실행행위를 분담하여 이를 실행할 필요가 없[다.]

## 인정여부

이러한 공모공동정범(joint principal by conspiracy)도 인정합니다. 즉,

- 공동정범으로서, 일부실행 전부책임의 원칙을 적용합니다. 근거는 공모입니다.

실행행위를 분담하지 않아도 공모에 의하여 수인간에 공동의사주체가 형성되어 범죄의 실행행위가 있으면 실행행위를 분담하지 않았다고 하더라도 공동의사주체로서 정범의 죄책을 면할 수 없다.

- 공모공동정범도 공동정범의 주관적 · 객관적 요건을 모두 갖춘 것으로 봅니다.

### 대법원 2009. 6. 23. 선고 2009도2994 판결

형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄 실행이라는 주관적 · 객관적 요건을 충족함으로써 성립[한다.]

공모자 중 구성요건 행위 일부를 직접 분담하여 실행하지 않은 자라도 경우에 따라 다른바 공모공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있는 것이[다.]

## 요건

- 정범성의 표지는 행위지배(dominance)입니다.
- 구체적으로, 공동정범의 경우에는 기능적 행위지배(functional dominance)입니다.
- 따라서 공모자가 공모공동정범이 되기 위해서는, 기능적 행위지배가 필요합니다.

전국노점상총연합회가 주관한 도로행진시위에 참가한 피고인이 다른 시위 참가자들과 함께 경찰관 등에 대한 특수공무집행방해 행위를 하던 중 체포된 사안[이다.]

[공모공동정범이 성립하기] 위해서는 전체 범죄에서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정되는 경우여야 한다.

단순 가담자인 피고인에게 체포된 이후에 이루어진 다른 시위참가자들의 범행에 대하여는 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재한다고 보기 어렵다. 체포 후 다른 시위참가자들의 범행에 대해서까지] 공모공동정범의 죄책을 인정할 수 없다.]

## 공모관계 이탈의 경우

### 1. 실행의 착수 전 이탈

#### 대법원 1986. 1. 21. 선고 85도2371 판결

피고인은 살해모의에는 가담하였으나 다른 공모자들이 실행행위에 이르기 전에 그 공모관계에서 이탈[한 사안이다.]

공모공동정범에 있어서 그 공모자중의 1인이 다른 공모자가 실행행위에 이르기 전에 그 공모관계에서 이탈한 때에는 그 이후의 다른 공모자의 행위에 관하여 공동정범으로서의 책임은 지지 않는[다.] 그 이탈의 표시는 반드시 명시적임을 요하지 않는다.

구체적인 살해방법이 확정되어 피고인을 제외한 나머지 공범들이 피해자의 팔, 다리를 끊어 저수지 안으로 던지는 순간에 피해자에 대한 살인행위의 실행의 착수가 있다.] 따라서 [그 전에 이탈한 피고인으로서는] 위 공모관계에서 이탈한 이후의 다른 공모자의 행위에 관하여는 공동정범으로서의 책임을 지지 않는[다.]

### 2. 실행의 착수 후 이탈

#### 대법원 1984. 1. 31. 선고 83도2941 판결

피고인 등이 금품을 강취할 것을 공모하고 피고인은 집 밖에서 망을 보기로 하였[다. 그러나 피고인은] 다른 공모자들이 피해자의 집에 침입한 후 담배를 사기 위해서 망을 보지 않[은 사안이다.]

행위자 상호간에 범죄의 실행을 공모하였다면 다른 공모자가 이미 실행에 착수한 이후에는 그 공모관계에서 이탈하였다고 하더라도 공동정범의 책임을 면할 수 없[다.] <생략> 피고인은 판시 강도상해죄의 공동정범의 죄책을 [진다.]

### 3. 이탈이 있었다고 하기 위한 정도

#### 대법원 2008. 4. 10. 선고 2008도1274 판결

[피고인은] 다른 3명의 공모자들과 강도 모의를 하면서 삽을 들고 사람을 때리는 시늉을 하는 등 그 모의를 주도 [했다.] 피고인이 [공모자들과] 함께 범행 대상을 물색하다가 다른 공모자들이 강도의 대상을 지목하고 뒤쫓아 [갔다. 그러자 피고인은] 단지 "어?"라고만 하고 비대한 체격 때문에 뒤따라가지 못한 채 범행현장에서 200m 정도 떨어진 곳에 앉아 있었[다.] 위 공모자들이 피해자를 쫓아가 강도상해의 범행을 한 사안[이다.]

공모관계에서의 이탈은 공모자가 공모에 의하여 담당한 기능적 행위지배를 해소하는 것이 필요하[다.] 공모자가 공모에 주도적으로 참여하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 때에는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없다.

[사안의 경우] 피고인에게 공동가공의 의사와 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 인정 [된다.] 강도상해죄의 공모관계에 있고, 다른 공모자가 강도상해죄의 실행에 착수하기까지 범행을 만류하는 등으로 그 공모관계에서 이탈하였다고 볼 수 없[다. 그러]므로 강도상해죄의 공동정범으로서의 죄책을 진[다.]

## 과실범의 공동정범

### 사례 제시

- 갑과 을이 함께 목재를 운반하다가
- 실수로 떨어뜨려 병에게 상해를 입혔습니다.

갑과 을 모두를 과실치상죄의 공동정범으로 처벌할 수 있을까요?

### 문제점

공동정범의 성립요건 중,

- 객관적 요건, 즉 공동의 실행행위는 인정됩니다.
- 그러나 주관적 요건, 즉 공동실행의 의사가 없는 것이 아닌지 의문이 드는 것입니다.

### 필요성

- 가해자 중 정확히 누구의 행위로 인해 결과가 발생했는지 불명확하다면, 모두 미수로 처리될 것입니다(형법 제19조). 그런데 과실범의 미수는 현행법상 처벌규정이 없습니다. 결국 사고가 발생했는데도, 가해자 중 아무도 처벌하지 못하게 됩니다.

제19조(독립행위의 경합) 동시 또는 이시의 독립행위가 경합한 경우에 그 결과발생의 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 각 행위를 미수범으로 처벌한다.

#### 대법원 1997. 11. 28. 선고 97도1740 판결

2인 이상이 상호의사의 연락이 없이 동시에 범죄구성요건에 해당하는 행위를 하였을 때에는 원칙적으로 각인에 대하여 그 죄를 논하여야 하[고], 그 결과발생의 원인이 된 행위가 분명하지 아니한 때에는 각 행위자를 미수범으로 처벌[한다](독립행위의 경합).

- 그러나 만약 가해자들을 공동정범으로 둑을 수 있다면, 일부실행 · 전부책임의 법리상 모두 기수로 처리될 수 있습니다. 따라서 가해자 모두를 처벌할 수 있게 됩니다.

### 인정여부

이러한 과실범의 공동정범(joint principal by negligence)도 인정합니다. 즉,

- 공동정범으로서, 일부실행 전부책임의 원칙을 적용합니다. 근거는 상호의사연락 및 공동실행입니다.

성수대교 붕괴사고 [사안이다.]

상호의사의 연락이 있어 공동정범이 성립한다면, 독립행위경합 등의 문제는 아예 제기될 여지가 없다.

이 사건의 경우 〈생략〉 피고인들 사이에는 이 사건 업무상과실치사상등죄에 대하여 형법 제30조 소정의 공동정범의 관계가 성립된[다.]

교량 건설회사의 트러스 제작 책임자, 교량공사 현장감독, 발주 관청의 공사감독 공무원 등에게 업무상과실치사상, 업무상과실일반교통방해, 업무상과실자동차추락죄 등의 유죄를 인정한 사례.

2. 공모공동정범도 공동정범의 주관적 · 객관적 요건을 모두 갖춘 것으로 봅니다.

## 요 건

1. 일단 각자에게 과실이 있어야 합니다.

이 사건의 경우, 피고인들에게는 트러스 제작상, 시공 및 감독의 과실이 인정[된다.]

2. 객관적으로 과실이 합쳐져 사고가 발생한 것으로 평가할 수 있어야 합니다(공동실행).

[이 사건의 경우] 감독공무원들의 감독상의 과실이 합쳐져서 이 사건 사고의 한 원인이 되었[다.]

3. 주관적으로 공동의 목표와 의사연락이 있어야 합니다(상호의사연락).

[이 사건의 경우] 피고인들은 이 사건 성수대교를 안전하게 건축되도록 한다는 공동의 목표와 의사연락이 있었[다.]

## 합동범의 공동정범

### 사 안

**대법원 1998. 5. 21. 선고 98도321 전원합의체 판결**

3인 이상의 범인[A, B, C]이 합동절도의 범행을 공모한 후 적어도 2인 이상의 범인[A, B]이 범행 현장에서 시 간적, 장소적으로 협동관계를 이루어 절도의 실행행위를 분담하여 절도 범행을 한 [사안이다.]

### 합동범의 공동정범 인정

이처럼 현장에 있지 않은 범인도 합동범의 공동정범이 될 수 있습니다.

그 다른 범인[C]에 대하여 합동절도의 공동정범의 성립을 부정할 이유가 없[다.]

[왜냐하면] 형법 제331조 제2항 후단의 규정이 위와 같이 3인 이상이 공모하고 적어도 2인 이상이 합동절도의 범행을 실행한 경우에 대하여 공동정범의 성립을 부정하는 취지라고 해석할 이유가 없[기 때문이다.] 뿐만 아니라, 만일 공동정범의 성립가능성을 제한한다면 직접 실행행위에 참여하지 아니하면서 배후에서 합동절도의 범 행을 조종하는 수괴는 그 행위의 기여도가 강력함에도 불구하고 공동정범으로 처벌받지 아니하는 불합리한 현 상이 나타날 수 있[기 때문이다.]

## 전제조건

현장에는 적어도 2인 이상이 있어야 합니다. 즉, 적어도 2인 이상 시간적·장소적 협동을 해야 합니다. 그래야 "합동하여"라는 평가가 가능하기 때문입니다.

[적어도 2인 이상의 범인[A, B]이 범행 현장에서 시간적, 장소적으로 협동관계를 이루어 절도의 실행행위를 분담하여 절도 범행을 한 [사안이다.]

- 앞서 본 "형법총칙상 공범 규정의 적용" 부분을 참조하세요.

## 이론적 근거

공모공동정범을 인정하기 때문입니다.

[C]가 현장에서 절도 범행을 실행한 위 2인 이상의 범인[A, B]의 행위를 자기 의사의 수단으로 하여 합동절도의 범행을 하였다고 평가할 수 있는 정범성의 표지를 갖추고 있[다.]

## 공동정범·교사범·종범의 구별기준

그러므로 합동절도에서도 공동정범과 교사범·종범의 구별기준은 일반원칙에 따라야 [한다.] 그 결과 범행현장에 존재하지 아니한 범인도 공동정범이 될 수 있[다.] 반대로 상황에 따라서는 장소적으로 협동한 범인도 방조만 한 경우에는 종범으로 처벌될 수도 있다.

- 그렇다고 합동범 내부에 형법총칙상 공범 규정을 그대로 적용한다는 뜻은 아닙니다.

## 부작위범의 공동정범

### 사안

#### 대법원 2008. 3. 27. 선고 2008도89 판결

[피고인 1은 (상호 생략)업체 압구정점 실장이다. 피고인 1은 (상호 생략)업체 한국지사장과 공동하여, 관할관청에 신고를 하지 아니하고, 2003. 10.경부터 2006. 4. 11.경까지 서울 강남구에 있는 (상호 생략)업체 압구정점에서, 마사지실 등을 설치하고, 그곳에 온 손님에게 전신 오일을 바르는 등 피부관리를 하여 주고, 그 대가로 1회 당 10만 원 상당의 금품을 교부받아 왔다.]

## 부작위범의 공동정범 인정

부작위범도 공동정범이 될 수 있습니다.

## 전제조건

### 1. 공통의 의무 부여

## 2. 공통의 이행 가능

부작위법 사이의 공동정범은 다수의 부작위법에게 공통된 의무가 부여되어 있고 그 의무를 공통으로 이행할 수 있을 때에만 성립한다.

이 사건 [회사] 각 지점의 실장직에 있었던 피고인들은 위 회사의 근로소득자에 불과하고 영업상의 권리의무의 귀속주체가 아니[다. 그러므로 피고인들은] 위 규정에 의한 신고의무를 부담하는 자에 해당하지 않는[다.] 나아가 피고인들에게 공통된 신고의무가 부여되어 있지 않[다. 따라서 피고인들에게] 부작위법인 신고의무 위반으로 인한 공중위생관리법 위반죄의 공동정범도 성립할 수 없[다.]

## 교사범 Solicitation

뱀이 여자에게 말하였다. "너희는 결코 죽지 않는다. 너희가 그것을 먹는 날, 너희 눈이 열려 하느님처럼 되어서 선과 악을 알게 될 줄을 하느님께서 아시고 그렇게 말씀하신 것이다."  
– from "창세기"

### 개념

#### 교사와 교사범

- 타인이 범죄를 하도록 만드는 것을 교사라 합니다. 쉽게 말해, 꼬드김입니다
- 그러한 범죄(또는 사람)를 교사범(solicitation)이라 합니다.

제31조(교사범) ① 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다.

#### 교사자와 피교사자

- 교사를 한 사람을 교사자,
- 교사를 당한 사람을 피교사자라고 합니다.

#### 정범과 공범

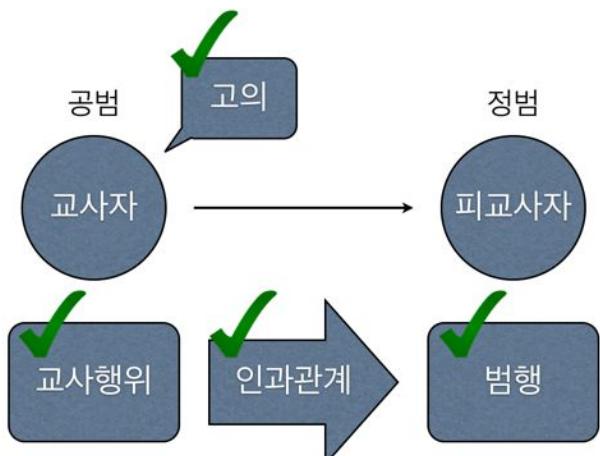
행위지배가 교사자가 아니라 피교사자에 있다고 할 때,

- 피교사자가 정범(principal),
- 교사자가 공범(accessory)이 됩니다.

#### 성립요건

##### 객관적 요건

- 교사자의 교사행위,
- 피교사자의 범행,
- 인과관계가 필요합니다.



## 주관적 요건

교사자의 고의가 필요합니다.

## 교사자의 교사행위

### 개념

교사로 인해 피교사자가 범행결의를 갖게 되어야 합니다.

### 방법

교사의 방법에는 제한이 없습니다. 어떠한 방법으로든 없던 범죄의사를 만들면 교사입니다.

#### 대법원 1991. 5. 14. 선고 91도542 판결

[교사행위란] 타인으로 하여금 일정한 범죄를 실행할 결의를 생기게 하는 행위를 하면 되는 것으로서 교사의 수단방법에 제한이 없[다. 그러므로] 교사법이 성립하기 위하여는 범행의 일시, 장소, 방법 등의 세부적인 사항까지를 특정하여 교사할 필요는 없는 것이[다.] 정범으로 하여금 일정한 범죄의 실행을 결의할 정도에 이르게 하면 교사법이 성립된다.

절도범들로부터 19회에 걸쳐 장물을 취득하여 온 자가 절도범들에게 도라이바 1개를 사주면서 "열심히 일을 하라(도둑질을 하라)"고 말한 것이 절도의 교사가 된다고 본 사례

- 물론, 정도의 문제입니다.

막연히 "범죄를 하라"거나 "절도를 하라"고 하는 등의 행위만으로는 교사행위가 되기에 부족하[다.]

## 피교사자의 범행

### 개념

정범이 불성립하면, 교사법 역시 불성립합니다. 즉, 피교사자가 현실로 실행행위를 해야 합니다.

### 근거

공범의 종속성 때문입니다.

#### 대법원 1974. 6. 25. 선고 74도1231 판결

공소의 이OO가 부산지방법원 법정에서 선서후 증인으로서 진술함에 있어서 <생략> 교사에 의하여 기억에 반한 혀위의 진술을 하였다가 검사의 반대신문에 의하여 이를 변복 시정[한 사안이다.]

[증인신문 중에 진술을 시정하였으므로 이OO에게] 위증죄가 성립되지 아니[한다. 이처럼] 피교사자에 위증죄가 성립되지 아니하는 한 교사자<생략>에게 위증교사죄가 되지 아니한[다.]

## 인과관계

### 개념

정범의 범행이 교사 때문이어야 합니다. 즉, 교사와 범행 사이에 인과관계(causation)가 필요합니다.

### 사례

예를 들어 정범이 교사행위 이전에 이미 범죄의 결의를 가지고 있었다면,

1. 그 범행은 어차피 발생했을 것이지,
2. 교사 때문에 발생한 것이 아닙니다.

따라서 교사범이 성립하지 않습니다.

#### 대법원 1991. 5. 14. 선고 91도542 판결

교사범이란 타인(정범)으로 하여금 범죄를 결의하게 하여 그 죄를 범하게 한 때에 성립[한다.] 피교사자는 교사범의 교사에 의하여 범죄실행을 결의하여야 [한다. 그러]므로, 피교사자가 이미 범죄의 결의를 가지고 있을 때에는 교사범이 성립할 여지가 없다.

- 물론, 교사행위가 반드시 범행의 유일한 원인이어야 하는 것은 아닙니다.

교사범의 교사가 정범이 죄를 범한 유일한 조건일 필요는 없[다. 그러]므로, 교사행위에 의하여 정범이 실행을 결의하게 된 이상 비록 정범에게 범죄의 습벽이 있어 그 습벽과 함께 교사행위가 원인이 되어 정범이 범죄를 실행한 경우에도 교사범[이] 성립한다.]

## 교사자의 고의

### 개념

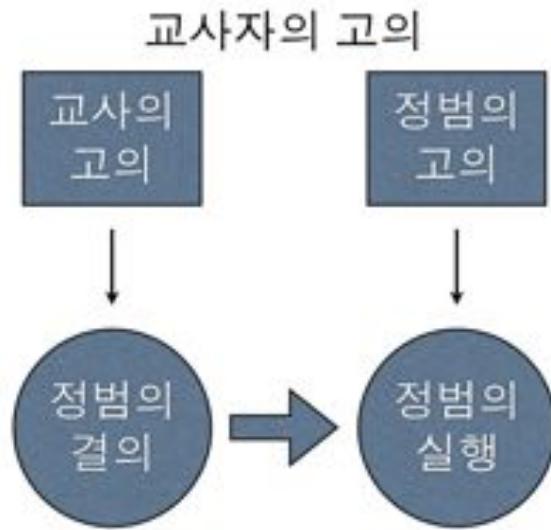
교사범도 하나의 범죄이므로, 교사범이 성립하기 위해서는 교사자에게 고의(mens rea)가 있어야 합니다. 그런데 이것이 인정되기 위해서는, 교사자에게 이중의 고의가 필요합니다.

### 제 1 단계 : 교사의 고의

피교사자에게 범죄실행의 결의를 갖게 한다는 사실에 대한 고의입니다. 즉 "교사를 한다"는 고의입니다.

### 제 2 단계 : 정범의 고의

피교사자를 통해 구성요건의 결과를 실현한다는 사실에 대한 고의입니다. 즉, "범죄를 한다"는 고의입니다.



### 함정수사의 경우

수사기관이 범인이 범죄를 저지르도록 유도한 다음 체포하는 기법을 함정수사(entrapment)라고 합니다. 예를 들어 여자 사복경찰이 매춘부로 위장하고 지나가는 사람이 성매매를 하도록 하여 체포하는 식입니다.

- 보통 기수에 이르기 전에 체포를 하게 됩니다. 즉, 교사자인 수사기관에게는 제2단계인 "정범의 고의"가 없습니다.
- 그래서 수사기관은 "교사자의 고의"가 없는 겁니다. 따라서 수사기관을 처벌하지 않는 것이지요.

### 처벌

#### 교사 범

일반적인 교사(교사범)의 경우 정범과 동일한 형으로 처벌합니다.

제31조(교사범) ① 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다.

#### 특수교사 범

자기의 지휘·감독을 받는 자를 교사(특수교사)한 경우 정범에 정한 형보다 가중하여 처벌받습니다.

제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ② 자기의 지휘, 감독을 받는 자를 교사<생략>하여 전 항의 결과를 발생하게 한 자는 <생략> 정범에 정한 형의 장기 또는 다크에 그 2분의 1까지 가중[한다.]<생략>

## 의 미

여기서 말하는 형은 법정형 내지 처단형입니다. 즉, 선고형이 아닙니다. 가령, 정범과 동일한 형으로 처벌한다고 되어 있지만, 선고형이 반드시 동일할 필요는 없습니다.

## 정 범 이 미 수 에 그 친 경 우

일반적인 교사에서 피교사자가 실행에 착수했으나 미수에 그쳤다면, 다음과 같습니다.

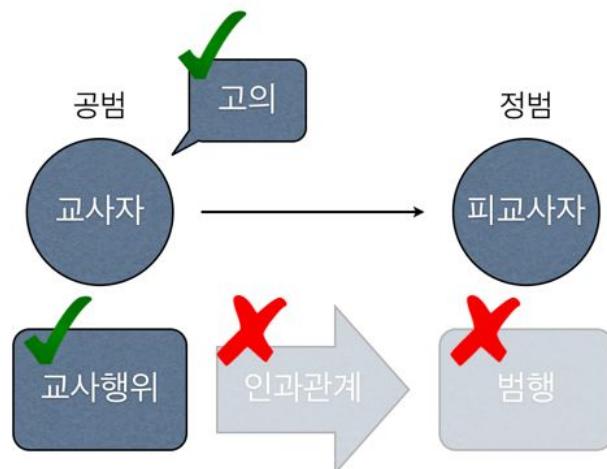
1. 정범(피교사자)은 미수로 처벌합니다. 당연합니다.
  2. 공범(교사자)도 정범과 동일한 형으로 처벌합니다. 결과적으로, 역시 미수로 처벌합니다.
- 물론, 해당 범죄의 미수범 처벌규정이 있어야만 미수로 처벌할 수 있습니다.

## 기도된 교사

### 개념

기도된 교사(attempted solicitation)란, 교사를 했지만 정범이 범행에 나아가지 않거나, 인과관계 없는 경우를 말합니다.

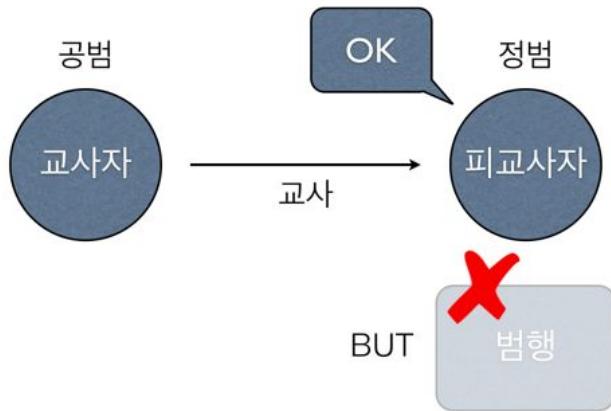
1. 방금 보았듯, "피교사자의 범행", "인과관계"는 교사범의 성립요건입니다.
2. 따라서 기도된 교사는 교사범의 성립요건을 갖추지 못했으므로, 교사범으로는 되지 않습니다.



3. 그 대신, 기도된 교사는 다음과 같이 처리합니다.

## 효과 없는 교사

피교사자가 범죄를 실행하기로 승낙은 했지만 착수를 하지 않는 것을 효과 없는 교사(ineffective solicitation)라 합니다.



- 교사자를 예비 · 음모에 준해 처벌합니다. 예를 들어, 살인죄를 교사해서 피교사자가 승낙은 했는데, 실제로 살인에 착수하지 않았다고 합시다. 그러면 교사자를 살인예비죄 또는 살인음모죄에 준해 10년 이하의 징역에 처합니다.

제255조(예비, 음모) 제250조[살인, 존속살해]와 제253조의 죄를 범할 목적으로 예비 또는 음모한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

- 예비 · 음모와 미수는 다릅니다. 예비 · 음모는 실행의 착수가 없는 경우입니다. 그러나 미수는 실행의 착수는 있는 경우입니다.

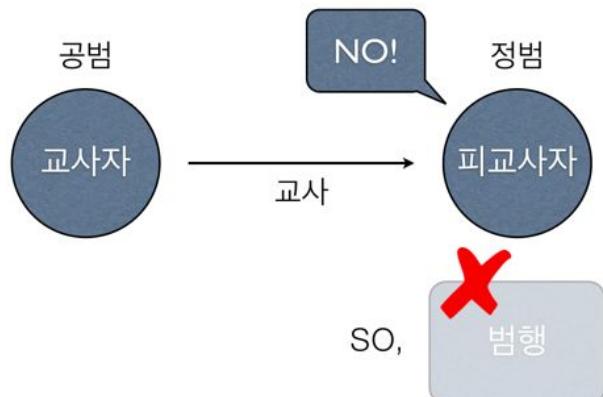
- 승낙을 했기 때문에 피교사자도 마찬가지입니다.

제31조(교사범) ② 교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하고 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 교사자와 피교사자를 음모 또는 예비에 준하여 처벌한다.

- 마치 교사자, 피교사자가 서로 범죄를 모의하는 것과 비슷하기 때문이라 생각하면 됩니다.

### 실패한 교사

피교사자가 범죄를 실행하기로 승낙하지 않을 수도 있습니다. 이를 실패한 교사(failed solicitation)라 합니다.



1. 이 때에는 교사자만 예비 · 음모에 준해 처벌합니다.
2. 피교사자는 처벌받지 않습니다. 승낙을 안 했으므로 당연하지요.

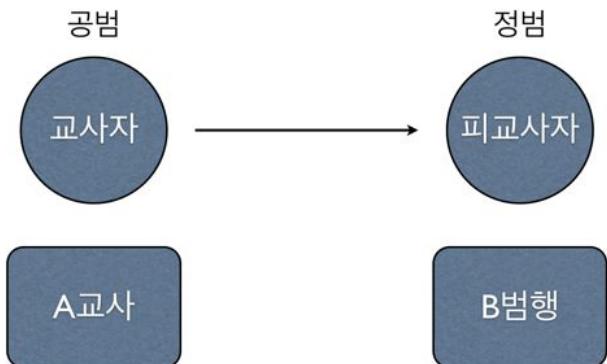
제31조(교사범) ③ 교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하지 아니한 때에도 교사자에 대하여는 전항[효과 없는 교사]과 같다[즉, 예비 · 음모에 준하여 처벌한다].

## 교사의 착오

### 개념

교사의 착오(solicitation error)란,

1. 교사자가 교사한 범죄(A)와
  2. 피교사자가 실행한 범죄(B)가
- 서로 다른 경우를 말합니다.



### 사례

1. 교사자는 상해(A)를 교사했는데,
2. 피교사자가 살인(B)을 저질렀다고 합시다.

대법원 2002. 10. 25. 선고 2002도4089 판결

교사자가 피교사자에 대하여 상해 또는 중상해를 교사하였는데 피교사자가 이를 넘어 살인을 실행한 [사안이다.]

## 교사자의 처벌

1. 일단 일치하는 범위 내에서 교사범이 성립합니다. 즉, 기본적으로 상해죄의 교사범이 성립합니다.

[위 사안에서] 일반적으로 교사자는 상해죄 또는 중상해죄의 죄책을 지게 되는 것이[다.]

2. 다만, 나아가 결과적 가중범이 성립할 수도 있습니다. 즉, 일정 요건 하에 상해치사의 교사범이 성립합니다.

[만약] 이 경우에 교사자에게 피해자의 사망이라는 결과에 대하여 과실 내지 예견가능성이 있는 때에는 상해치사죄의 죄책을 지울 수 있다.

## 피교사자의 처벌

물론, 정범(피교사자)에게는 살인죄만 성립합니다.

# 방조 범

## Facilitation

그들이 처음 공산주의자들에게 왔을 때, 나는 침묵했다. 나는 공산주의자가 아니었기에. 이어서 그들이 유대인들을 덮쳤을 때, 나는 침묵했다. 나는 유대인이 아니었기에. 이어서 그들이 내게 왔을 때 그때는 더 이상 나를 위해 말해 줄 이가 아무도 남아 있지 않았다.

– Martin Niemöller

### 개념

#### 방조와 종범

- 타인의 범죄를 도와주는 것을 방조라고 합니다.
- 그렇게 방조하는 범죄(또는 사람)를 종범(facilitation)이라 합니다.

제32조(종범) ① 타인의 범죄를 방조한 자는 종범으로 처벌한다.

- 종범을 방조범이라고도 합니다.

#### 방조자와 피방조자

- 방조한 사람을 방조자,
- 방조를 받은 사람을 피방조자라고 합니다.

#### 정범과 공범

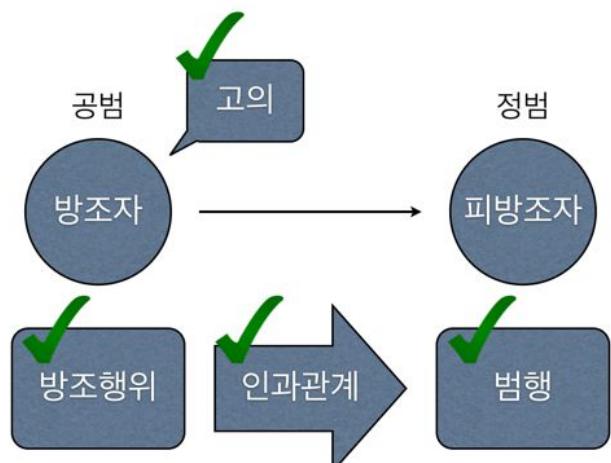
피방조자에게 행위지배가 있다고 할 때,

- 피방조자가 정범(principal),
- 방조자가 공범(accessory)이 됩니다.

### 성립요건

#### 객관적 요건

- 방조자의 방조행위,
- 피방조자의 범행,
- 인과관계가 필요합니다.



## 주관적 요건

방조자의 고의가 필요합니다.

## 방조자의 방조행위

### 개념

피방조자의 범행에 도움을 주어야 합니다.

### 방법

교사의 경우와 마찬가지로, 방조의 방법에는 제한이 없습니다.

#### 대법원 1982. 9. 14. 선고 80도2566 판결

피고인들이 정범의 변호사법 위반행위(금 2억원을 제공받고 건축 사업허가를 받아 주려한 행위)를 하려한다는 정을 알면서 자금능력있는 자를 소개하고 교섭한 [사안이다.]

형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 정을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 행위[다. 방조행위는] 정범의 실행에 대하여 물질적 방법이건, 정신적 방법이건, 직접적이건, 간접적이건 가리지 아니한[다.]

[따라서 피고인들의] 행위는 [정범의 변호사법 위반행위에 대한] 방조행위에 해당한다.

- 정신적 방조도 가능합니다.

#### 대법원 1997. 1. 24. 선고 96도2427 판결

원심 공동피고인으로서는 피고인으로 하여금 자신들의 시위현장을 사진으로 찍게 하여 사후에 일반대중이 볼 수 있도록 게시한다는 생각에서 이 사건 범행을 함에 있어 정신적으로 크게 고무되고 그 범행결의도 강화한 것으로 보[인다.] <생략> 피고인의 이 사건 사진촬영행위 등은 이 사건 폭력행위, 시위, 공용물건손상 등 범행의 방조행위가 된[다.]

## 피방조자의 범행

### 개념

정범이 불성립하면, 종범 역시 불성립합니다. 따라서 피방조자가 현실로 실행행위를 해야 합니다.

### 근거

공범의 종속성 때문입니다.

## 인과관계

### 개념

방조를 했다고 해서 무조건 방조범이 되는 것은 아닙니다. 정범의 범행실행이 용이해진 데에 종범의 그 방조가 영향을 끼쳤어야 합니다. 즉, 인과관계가 필요합니다.

### 사례

#### 대법원 1967. 1. 31. 선고 66도1661 판결

복괴간첩에게 숙식을 제공하였다고 하여서 반드시 간첩방조죄가 성립된다고는 할 수 없[다.] 행위자에게 간첩의 활동을 방조할 의사와 숙식제공으로[써] 간첩활동을 용이하게 한 사실이 인정되어야 한다. [그렇지 않으면 방조죄가 될 수 없다.]

## 방조자의 고의

### 개념

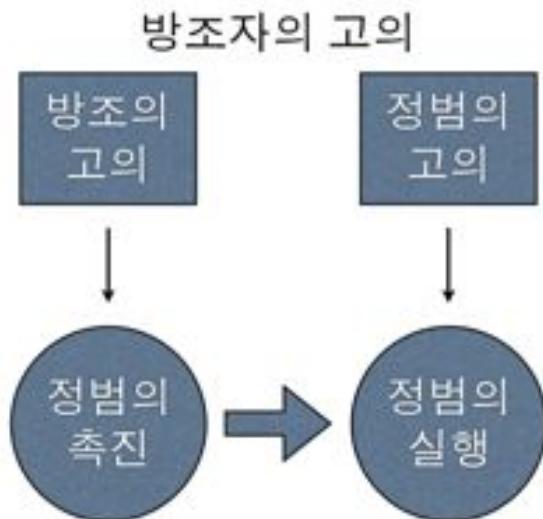
방조범도 하나의 범죄이므로, 방조범이 성립하기 위해서는 방조자에게 고의가 있어야 합니다. 그런데 방조자의 고의가 인정되기 위해서는 이중의 고의가 필요합니다.

#### 제 1 단계 : 방조의 고의

피방조자의 범죄실행을 도와준다는 사실에 대한 고의입니다. "방조를 한다"는 고의입니다.

#### 제 2 단계 : 정범의 고의

피방조자를 통해 구성요건의 결과를 실현한다는 사실에 대한 고의입니다. 즉 "범죄를 한다"는 고의입니다.



#### 대법원 2005. 4. 29. 선고 2003도6056 판결

방조범은 ① 정범의 실행을 방조한다는 이른바 방조의 고의와 ② 정범의 행위가 구성요건에 해당하는 행위인 점에 대한 정범의 고의가 있어야 한다.]

방조범에 있어서 ② 정범의 고의는 정범에 의하여 실현되는 범죄의 구체적 내용을 인식할 것을 요하는 것은 아니고 미필적 인식 또는 예견으로 족하다.

## 시간적 요건

### 문제점

예를 들어 갑이 범죄실행에 착수하기도 전에 을이 갑의 장래의 범행을 도와 줬다면, 갑이 을의 공범으로 둑일 수 있을까요? 혹은, 갑의 범행 이후에 을이 갑에 가담한 경우는 어떤가요?

### 착수 전 참여

정범의 착수 이전에 참여한 자도 종범이 될 수 있습니다.

#### 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도2873 판결

피고인(갑)이 피고인(을)의 지시를 받고 미화를 취득하여 [주었다. 그런데 당시 갑은] 피고인(을)이 그 미화를 [향후] 금융기관에 매각집중시키지 아니할 것이라는 정을 알고 있었[던 사안이다.]

종범은 정범의 실행행위 전에 장래의 실행행위를 예상하고 이를 용이하게 하는 행위를 하여 방조한 경우에도 [그 뒤] 정범이 그 실행행위에 나아갔다면 성립[한다.]

피고인(갑)의 행위는 외국화폐불매각죄의 종범이 된[다.]

### 착수 후 종료 전 참여

정범의 착수 후 종료 이전에 참여한 자도 종범이 될 수 있습니다.

#### 대법원 1982. 11. 23. 선고 82도2024 판결

미성년자를 약취·유인한 행위에는 가담한 바 없[다. 그렇더라도] 사후에 그 사실을 알면서 약취·유인한 미성년자를 부모 기타 그 미성년자의 안전을 염려하는 자의 우려를 이용하여 재물이나 재산상의 이익을 취득하거나 요구하는 타인의 행위에 가담하여 이를 방조한 [사안이다.]

- 원래 후행자는 가담 이후의 범행에 대해서만 책임을 집니다.
- 그런데 사안의 경우에는, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(영리약취·유인등)죄 자체가  
① 미성년자약취행위와 ② 재물등요구행위의 결합범으로서 단순일죄입니다.

제287조(미성년자의 약취, 유인) 미성년자를 약취 또는 유인한 사람은 10년 이하의 징역에 처한다.

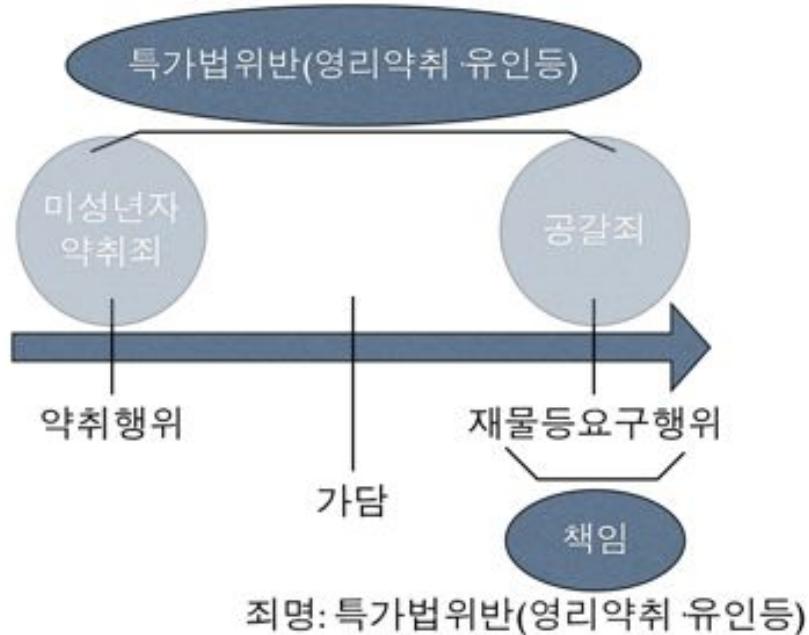
#### 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률

제5조의2(약취·유인죄의 가중처벌) ② 형법 제287조의 죄[미성년자약취 등]를 범한 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 경우에는 다음 각 호와 같이 가중처벌한다.

- 약취 또는 유인한 미성년자의 부모나 그 밖에 그 미성년자의 안전을 염려하는 사람의 우려를 이용하여 재물이나 재산상의 이익을 취득하거나 이를 요구한 경우에는 무기 또는 10년 이상의 징역에 처한다.

특정범죄가중처벌등에 관한 법률 제5조의2 제2항 제1호 소정의 죄는 형법 제287조의 미성년자 약취, 유인행위와 약취 또는 유인한 미성년자의 부모 기타 그 미성년자의 안전을 염려하는 자의 우려를 이용하여 재물이나 재산상의 이익을 취득하거나 이를 요구하는 행위가 결합된 단순일죄의 범죄[다.]

3. 이러한 결합범이 문제될 때는, 그 전체 범죄(①+②)에 대한 종범이 될 수밖에 없습니다. 쉽게 말해, ①과 ②가 불가분적이라는 겁니다.



[그러므로] 단순히 재물등 요구행위의 종범이 되는데 그치는 것이 아니[다.] 종합범인 위 특정범죄가중처벌등에 관한 법률 제5조의2 제2항 제1호 위반죄의 종범에 해당한다.

## 종료 후 참여

그러나 정범[K]의 종료 이후에 참여한 자[A]는 종범이 될 수 있을까요?

서울형사지방법원 1990. 8. 8. 선고 90고단453 판결: 항소

유치장에 수감도중 자해행위로 병원에 후송되어 치료를 받던 피의자[K]가 유리창을 깨뜨리고 병원을 탈출[하였다. 그] 후 간수자의 추적을 받음이 없이 약 1시간 동안 자신의 승용차를 찾아 시내를 배회하던 중 피고인[A]으로부터 승용차를 제공받아 도주[한 사안이다.]

1. 사안의 경우, 일단 K는 특수도주죄의 정범입니다.

제146조(특수도주) 수용설비 또는 기구를 손괴하거나 사람에게 폭행 또는 협박을 가하거나 2인 이상이 합동하여 전조 제1항의 죄[도주죄]를 범한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

제145조(도주, 집합명령위반) ① 법률에 의하여 체포 또는 구금된 자가 도주한 때에는 1년 이하의 징역에 처한다.

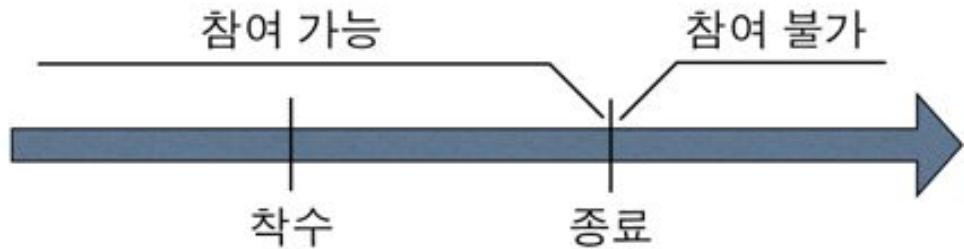
2. 그런데 정범의 실행행위가 종료한 후에는, 방조가 불가능합니다.

[형법상 방조는] 정범의 실행행위 전후에 걸쳐 있을 수 있는 것[다. 그러나 정범의 실행행위가 이미 종료된 경우에는 방조라는 개념이 있을 수 없[다.]]

3. 따라서 사안에서 A는 종범이 될 수 없습니다.

당시 위 피의자는 이미 간수자의 실력적 지배를 이탈한 상태[였다. 그러]므로 피고인의 위와 같은 승용차 제공행위는 정범인 위 피의자의 특수도주죄가 종료된 이후에 이루어진 것[이다. 결국] 그에 대한 방조행위로 볼 수 없다.

## 소 결



## 처벌

### 종 범

일반적인 방조(종범)의 경우 정범의 형보다 감경합니다.

제32조(종범) ② 종범의 형은 정범의 형보다 감경한다.

### 특 수 방 조 범

자기의 지휘 · 감독을 받는 자를 방조(특수방조)한 경우 정범에 정한 형으로 처벌합니다.

제34조(간접정범, 특수한 <생략> 방조에 대한 형의 가중) ② 자기의 지휘, 감독을 받는 자를 <생략> 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한 자는 <생략> 정범의 형으로 처벌한다.

- 결국 형의 가중에 해당합니다.

### 의 미

여기서 말하는 형은 법정형 내지 처단형입니다. 즉, 선고형이 아닙니다. 가령, 정범의 형을 감경한다고 되어 있지만, 선고형이 반드시 정범의 형의 1/2일 필요는 없습니다.

## 정범이 미수에 그친 경우

일반적인 방조(종범)에서 피방조자가 실행에 착수했으나 미수에 그쳤다면, 다음과 같습니다.

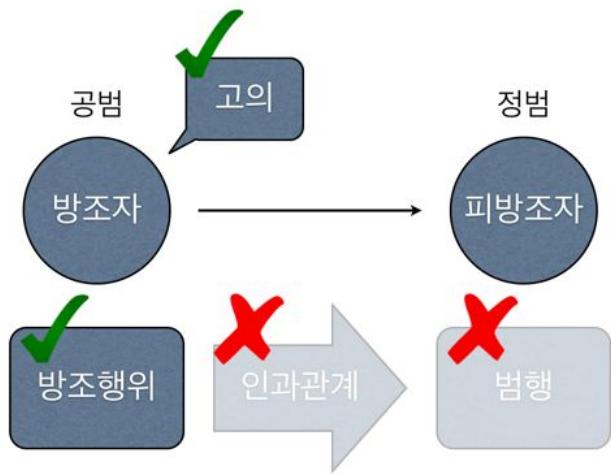
1. 정범(피방조자)은 미수로 처벌합니다.
  2. 공범(방조자)도 역시 미수로 처벌합니다. 정범의 미수에 관한 형을 감경하면 됩니다.
- 물론, 해당 범죄의 미수범 처벌규정이 있어야만 미수로 처벌할 수 있습니다.

## 기도된 방조

### 개념

기도된 방조(attempted facilitation)란, 방조를 했지만 정범이 범행에 나아가지 않거나, 인과관계가 없는 경우를 말합니다.

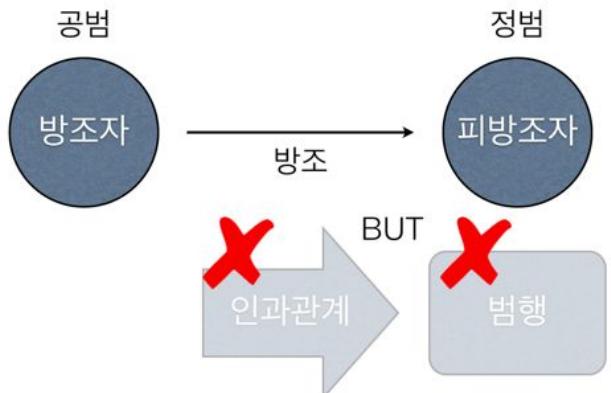
1. 방금 보았듯, "피방조자의 범행" 등은 방조범의 성립요건 중 하나입니다.
2. 따라서 기도된 방조는 종범의 성립요건을 갖추지 못했으므로, 종범으로는 되지 않습니다.
3. 그 대신, 기도된 방조는 다음과 같이 처리합니다.



## 효과 없는 방조

피방조자의 범죄에 전혀 영향을 미치지 못했거나, 피방조자가 실행에 착수하지도 않는 것을 효과 없는 방조(ineffective facilitation)라 합니다.

1. 피방조자의 범죄에 전혀 영향을 미치지 못한 경우라면, 방조자는 무죄입니다. 해당 "방조행위"가 아니기 때문에, 종범이 될 수 없습니다.



### 대법원 1983. 4. 12. 선고 82도43 판결

이미 스스로 입영기피를 결심하고 집을 나서는 공소외 (갑)에게 피고인이 이별을 안타까워 하는 뜻에서 잘 되겠지 몸조심하라 하고 악수를 나누었다. 이러한 행위는 입영기피의 범죄의사를 강화시킨 방조행위에 해당한다고 볼 수 없다.

2. 피방조자가 실행에 착수하지도 않은 경우라도, 역시 방조자는 무죄입니다.

#### 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005도1995 판결

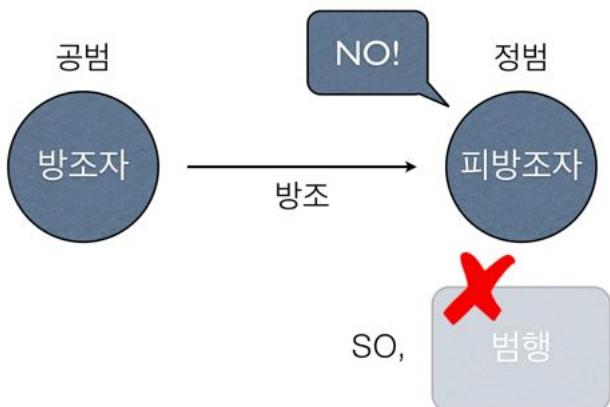
정범이 사위의 방법으로 병사용 진단서를 발급받아 관할 병무청에 제출하는 단계에까지 이르지 아니하였[다. 그려]므로 [정범이] 병역법 제86조에서 정하고 있는 사위행위의 실행에 착수한 것으로 볼 수 없[다.] 그와 같은 정범의 사위행위를 방조하였다는 공소사실[은] 무죄[이다.]

3. 피방조자는 정범입니다. 만약 범행을 했다면 처벌하고, 만약 범행을 하지 않았다면 처벌하지 않습니다. 당연합니다.

#### 실패한 방조

피방조자의 거부로 방조를 하지 못한 것을 실패한 방조(failed facilitation)라 합니다.

1. 이 경우에도 방조자를 처벌하는 규정은 없습니다.
2. 피방조자를 처벌할 이유도 없습니다.



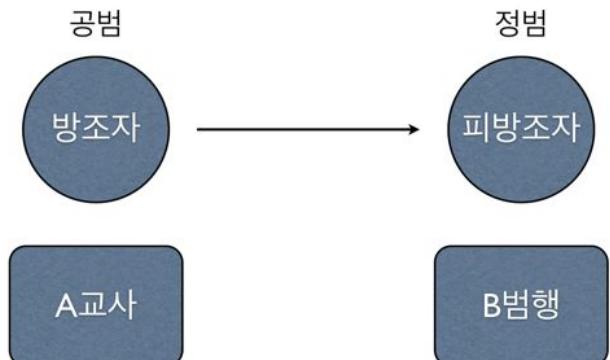
#### 방조의 착오

##### 개념

방조의 착오(facilitation error)란,

1. 방조자가 방조한 범죄(A)와
2. 피방조자가 실행한 범죄(B)가

서로 다른 경우를 말합니다.



##### 사례

1. 방조자는 폭행(A)을 방조했는데,
2. 피방조자가 살인(B)을 저지른 경우입니다.

#### 대법원 1998. 9. 4. 선고 98도2061 판결

피고인 2가 처음에 피고인 1이 피해자를 폭행하려는 것을 제지하였고, 피고인 1이 취중에 남의 자동차를 손괴하고도 상급자에게 무례한 행동을 하는 피해자를 교육시킨다는 정도로 가볍게 생각하고, 각목을 피고인 1에게 건네주었던 것이고, 그 후에도 양인 사이에서 폭행을 제지하려고 애쓴 [사안이다.]

## 방조자의 처벌

1. 일단 일치하는 범위 내에서 종범이 성립합니다. 즉, 일단 폭행죄의 종범이 성립합니다.

### 대법원 1985. 2. 26. 선고 84도2987 판결

방조자의 인식과 정범의 실행간에 착오가 있고 양자의 구성요건을 달리한 경우[이다.]

원칙적으로 방조자의 고의는 [조각된다. 그러나 예외적으로] 그 구성요건이 중첩되는 부분이 있는 경우에는 그 중복되는 한도내에서는 방조자의 죄책을 인정하여야 할 것이다.

2. 나아가 결과적 가중범이 성립할 수도 있습니다. 즉, 방조 당시 사망에 대한 예견가능성이 있으면, 폭행치사의 종범입니다. 물론, 예견가능성이 없으면 방금 본대로 폭행의 종범입니다.

### 대법원 1998. 9. 4. 선고 98도2061 판결

피고인으로서는 피해자가 피고인 1의 폭행으로 사망할 것으로 예견할 수 있었다고 볼 수 없다. 피고인에 대하여 특수폭행치사방조의 점은 무죄로 판단[해야 한다.]

[그러나] 특수폭행의 방조로 인정[할 수 있다.]

## 피방조자의 처벌

물론, 정범(피방조자)에게는 특수폭행치사죄 또는 살인죄가 성립합니다.

## 부작위에 의한 방조

### 개념

### 대법원 2006. 4. 28. 선고 2003도4128 판결

형법상 방조행위는 정범의 실행을 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것[이다. 방조행위는] 작위에 의한 경우뿐만 아니라 부작위에 의하여도 성립[된다.]

## 사례

[피고인들은] 인터넷 포털 사이트 내 오락채널 총괄팀장과 위 오락채널 내 만화사업의 운영 직원인[이다. 피고인들에게] 콘텐츠제공업체들이 게재하는 음란만화의 삭제를 요구할 조리상의 의무가 있[다. 따라서 음란만화의 삭제를 요구하지 않은 부작위로 인해] 구 전기통신기본법(2001. 1. 16. 법률 제6360호로 개정되기 전의 것) 제48조의2 위반 방조죄의 성립을 긍정한 사례.

## 공범과 신분

### Accomplice and Status

불법은 연대하고, 책임은 개별이다. – 어느 법언

#### 문제점

- 예를 들어 뇌물수수죄는 기본적으로 공무원 또는 종재인만 범할 수 있습니다. 즉, 공무원 아닌 사람이 뇌물을 받으면 적어도 뇌물수수죄는 될 수 없습니다.
- 그렇다면, 공무원인 갑의 뇌물수수를 공무원 아닌 을이 도와줬다면, 을은 공무원이 아니라서 무죄라고 보아야 할까요?
- 이렇게 신분이 없는 사람도 공범이 될 수 있는지, 어떻게 처벌할 것인지 등을 공범과 신분 (accomplice and status) 문제라 합니다.
- 공동정범이 될 수 있는지 문제도 포함하기 때문에, 여기서의 공범(accomplice)은 정범과 공범을 모두 포함하는 넓은 의미입니다.

#### 신분의 의의

##### 개념

범인의 특수한 성질 · 지위 · 상태를 신분(status)이라 합니다. 구성요건에서 신분에 따라 처벌을 다르게 하는 경우가 있습니다.

##### 대법원 1994. 12. 23. 선고 93도1002 판결

형법 제33조 소정의 이른바 신분관계라 함은 남녀의 성별, 내 · 외국인의 구별, 친족관계, 공무원인 자격과 같은 관계뿐만 아니라 널리 일정한 범죄행위에 관련된 범인의 인적관계인 특수한 지위 또는 상태를 지칭[한다.]

#### 구성적 신분

어떤 신분이 있어야 범죄가 성립하는 경우입니다. 예를 들어, 다음과 같은 신분이 있어야만 각 범죄가 성립합니다.

##### 1. 뇌물수수죄의 경우 공무원 등

제129조(수뢰, 사전수뢰) ① 공무원 또는 종재인이 그 직무에 관하여 뇌물을 수수, 요구 또는 약속한 때에는 5년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지에 처한다.

## 2. 횡령죄의 경우 보관자

제355조(횡령<생략>) ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

## 3. 허위진단서작성죄의 경우 의사 등

제233조(허위진단서등의 작성) 의사, 한의사, 치과의사 또는 조산사가 진단서, 검안서 또는 생사에 관한 증명서를 허위로 작성한 때에는 3년 이하의 징역이나 금고, 7년 이하의 자격정지 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

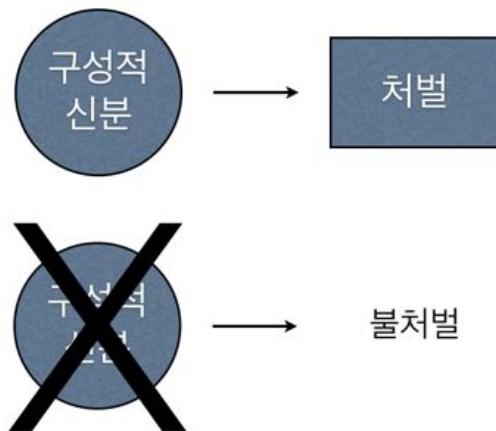
## 4. 위증죄의 경우 선서한 증인

제152조(위증, 모해위증) ① 법률에 의하여 선서한 증인이 허위의 진술을 한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

## 5. 군형법위반죄의 경우 군인

### 군형법

제1조 (적용대상자) ① 이 법은 이 법에 규정된 죄를 범한 대한민국 군인에게 적용한다.



### 가감적 신분

어떤 신분이 있으면 형이 가중되거나 감경되는 경우입니다. 예를 들면 다음과 같습니다.

- 살인죄의 경우 범인이 직계비속(direct descendant), 즉 자녀라면, 존속살해죄로 가중처벌 받습니다.

### 형법

제250조(살인, 존속살해) ① 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

② [직계비속이] 자기 또는 배우자의 직계존속을 살해한 자는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

2. 횡령죄의 경우 보관자 외에 나아가 업무자라는 신분까지 있으면 업무상횡령죄로 가중처벌 받습니다.

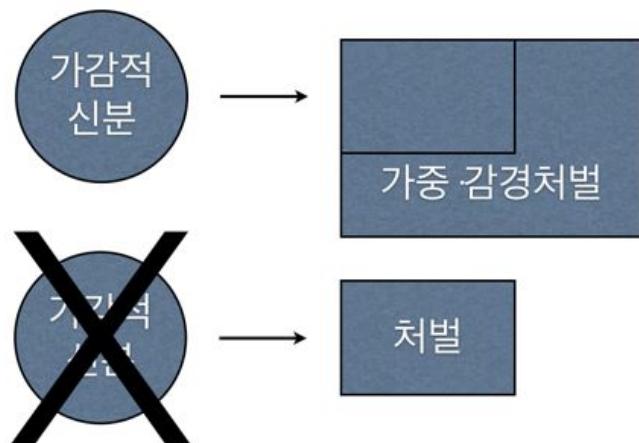
제355조(횡령<생략>) ① 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

제356조(업무상의 횡령과 배임) 업무상의 임무에 위배하여 제355조[횡령죄, 배임죄]의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

3. 한편, 살인죄의 경우 범인에게 직계존속(direct ancestor), 즉 부모라면, 일정요건 하에 형이 더 경한 영아살해죄로 처벌합니다.

제250조(살인, 존속살해) ① 사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

제251조(영아살해) 직계존속이 치욕을 은폐하기 위하여 양육할 수 없음을 예상하거나 특히 참작할 만한 동기로 인하여 분만 중 또는 분만 직후의 영아를 살해한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다.



## 신분범의 종류

### 진정 신분범

- 구성적 신분을 요하는 범죄를 진정(pure) 신분범이라고 합니다.
- 즉, 횡령죄, 허위진단서작성죄, 위증죄와 같이 신분관계로 인해 성립될 범죄를 진정신분범이라 합니다.

### 부진정 신분범

- 가감적 신분을 요하는 범죄를 부진정(impure) 신분범이라고 합니다.
- 즉, 존속살해죄, 업무상횡령죄, 영아살해죄와 같이 신분관계로 인하여 형의 경증(가중·감경)이 있는 경우를 부진정신분범이라 합니다.

## 신분범과 공범의 성립

### 불법의 연대

1. 가령 여러 사람이 함께 한 명을 폭행했다고 합시다. 누구는 3대, 누구는 5대, 누구는 10대를 때렸더라도, 법적으로는 피해자가 전체적으로 18대를 맞은 것으로 이해해야 합니다.
2. 즉, 공범자들이 저지른 불법은 일체로 봅니다. 이를 "불법은 연대한다"라고 표현합니다.
3. 이런 관점에서, 신분이 있든 없든 모두가 신분범의 불법을 만든(establish) 것이 됩니다.

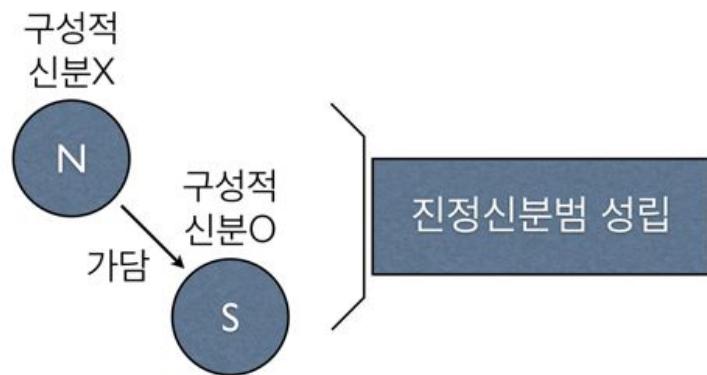
### 형법 조항

제33조(공범과 신분) 신분관계로 인하여 성립될 범죄[진정신분범]에 가공한 행위는 신분관계가 없는 자에게도 전 3조[공동정범, 교사범, 종범]의 규정을 적용한다. <생략>

### 비신분자가 신분자에 가공한 경우

형법 제33조 본문이 적용됩니다. 진정신분범이든 부진정신분범이든, 불법은 연대한다는 법리상 모두에 신분범이 성립(establishment)합니다.

1. 진정신분범의 경우: 정범(신분자 S)에게 범죄가 성립하며, 그에 종속해 공범(비신분자 N)에게도 같은 범죄가 성립합니다.



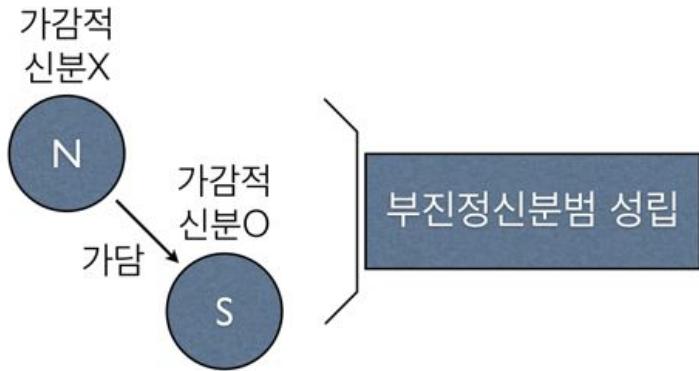
- 가령, 군인 S의 군형법위반 행위에 민간인 N가 개입한 경우, 민간인 N도 공범으로 처벌합니다. 정범이든 공범이든 모두에게 군형법위반죄가 성립하죠.

대법원 1992. 12. 24. 선고 92도2346 판결

피고인[N]에 대한 공소사실은 공소외인[S]과 공모하여 군형법 제41조 위반죄를 범하였다는 것이[다.]

피고인[N]은 군인<생략>에 해당되지 아니한[다. 그렇다고] 할지라도 공소외인[S]이 범행 당시 그와 같은 신분을 가지고 있었다면 [N에게도] <생략> 형법 제33조가 적용[된다. 따라서 N 역시 S의] 공범으로서의 죄책을 면할 수 없다.

2. 부진정신분범의 경우: 정범(신분자 S)에게 가중규정에 따른 범죄가 성립하며, 그에 종속해 공범(비신분자 N)에게도 그 가중규정에 따른 범죄가 성립합니다.



- 가령, 상호신용금고의 임원일 때 배임죄가 가중처벌된다고 했을 때, 배임행위에 개입한 일 반인 N도 임원 S의 공범으로 처벌됩니다. 정범이든 공범이든 모두에게 가중규정의 범죄가 성립하는 것이죠.

대법원 1997. 12. 26. 선고 97도2609 판결

상호신용금고법 제39조 제1항 제2호 위반죄는 상호신용금고의 발기인 · 임원[S] · 관리인 · 청산인 · 지배인 기타 상호신용금고의 영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인이 그 업무에 위배하여 배임 행위를 한 때에 성립[한다.] 이는 위와 같은 지위에 있는 자의 배임행위에 대한 형법상의 배임 내지 업무상배임 죄의 가중규정이[다.]

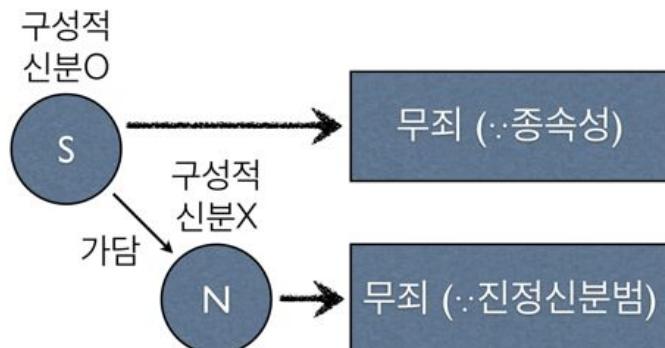
따라서 형법 제355조 제2항의 배임죄와의 관계에서는 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우[즉, 부진정신분범이다.]

그리고 위와 같은 신분관계가 없는 자[N]가 그러한 신분관계에 있는 자[S]와 공모하여 위 상호신용금고법 위반 죄를 저질렀다[고 하자.] <생략> 그러한 경우에는 신분관계가 없는 자[N]에게도 일단 <생략> 상호신용금고법 제39조 제1항 제2호 위반죄가 성립[한다.] <생략>

### 신분자가 비신분자에 가공한 경우

거꾸로 신분자 S가 비신분자 N에 가공한 경우는 규정이 없습니다. 해석(interpretation)에 맡겨져 있습니다.

1. 진정신분범의 경우: 정범 N의 구성요건해당성이 없으므로, 공범의 종속성 법리에 따라 공범 S 역시 성립하지 않습니다.



- 가령, 선서한 증인이 아닌 자 N에게 위증죄는 성립하지 않습니다. 따라서 선서한 증인인 S가 N을 교사 · 방조하더라도, 교사범 · 종범은 성립하지 않습니다.
- 다만, 공동정범의 경우는 신분자 S가 비신분자 N에 가공하는 측면과 동시에 비신분자 N이 신분자 S에 가공하는 측면이 모두 있습니다. 따라서 비신분자 N가 신분자 S에 가공한 경우로 보아 형법 제33조 본문을 적용하면 됩니다.

2. 부진정신분범의 경우: 판례가 있는데, 이따가 따로 보겠습니다.

## 부진정신분범과 공범의 처벌

### 책임의 개별

1. 여러 사람이 범죄에 가담한 경우에도, 각자 비난가능성이 다를 수는 있습니다. 둘이 함께 사람을 죽이더라도, 생존을 위해 저지른 사람과 유흥비를 마련하기 위해 저지른 사람은 비난가능성이 다르지요.
2. 이를 "책임은 개별이다"라고 표현합니다.
3. 결국, 신분(status)에 따라 처벌하는(punish) 정도가 달라질 수도 있다는 것이죠.

### 형법 조항

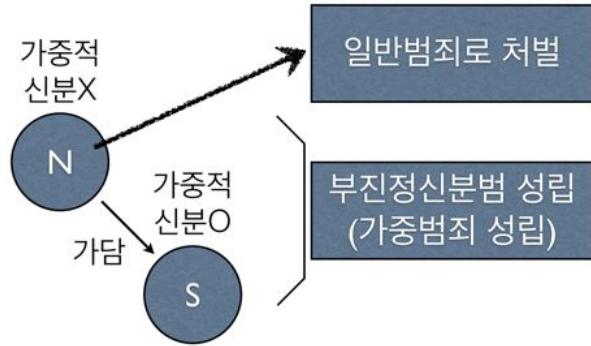
1. 진정신분범에 관해서는 특별히 책임의 개별 법리를 적용할 필요가 없습니다.
2. 형법은 부진정신분범에 관해, 다음과 같이 규정하고 있습니다.

제33조(공범과 신분) 신분관계로 인하여 성립될 범죄에 가공한 행위는 신분관계가 없는 자에게도 전 3조의 규정을 적용한다. 단, 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우[부진정신분범]에는 중한 형으로 벌하지 아니한다.

### 비신분자가 신분자에 가공한 경우

형법 제33조 단서가 적용됩니다. 책임은 개별이라는 법리상, 다른 사람의 신분 때문에 자신이 더 중하게 처벌되면 안 된다는 것이죠. 개별적으로 처벌(punish)합니다.

1. 가중적 신분의 경우: 정범(신분자 S)에게 가중된 범죄가 성립하며, 일단 그에 종속해 공범(비신분자 N)에게 그 가중된 범죄가 성립합니다(형법 제33조 본문). 그러나 공범(비신분자 N)은 보통 범죄로만 처벌합니다(같은 조 단서).
  - 가령, 상호신용금고의 임원 S의 배임행위에 개입한 일반인 N에게도 일단 상호신용금고법 위반죄라는 범죄가 성립합니다. 그러나 N은 형법상 배임죄에 정한 형으로 처벌받습니다.

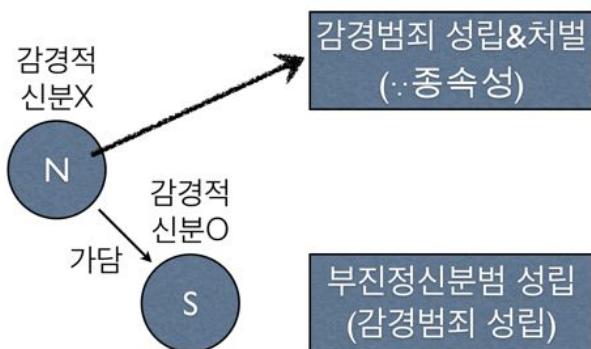


대법원 1997. 12. 26. 선고 97도2609 판결

위와 같은 신분관계가 없는 자[N]가 그러한 신분관계에 있는 자[S]와 공모하여 위 상호신용금고법위반죄를 저질렀다[고 하자.]

[그렇다]면, 그러한 신분관계가 없는 자[N]에 대하여는 형법 제33조 단서에 의하여 형법 제355조 제2항에 따라 처단하여야 [한다.] 그러한 경우에는 신분관계가 없는 자[N]에게도 일단 [형법 제33조 본문에 의해] <생략> 상호신용금고법 제39조 제1항 제2호 위반죄가 성립한 다음 형법 제33조 단서에 의하여 중한 형이 아닌 형법 제355조 제2항[배임죄]에 정한 형으로 처벌되는 것이다.

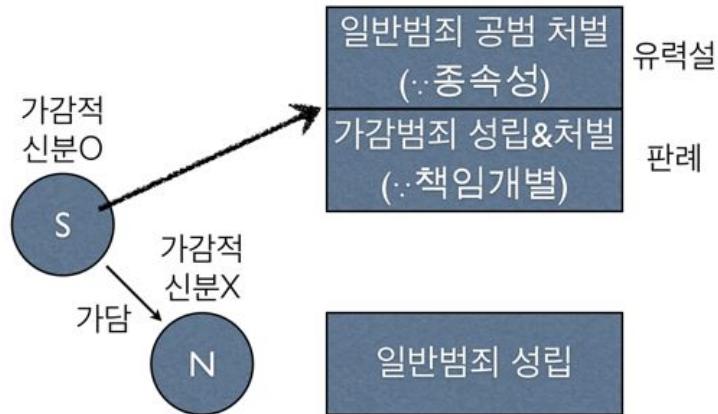
2. 감경적 신분의 경우: 정범(신분자 S)에게 감경된 범죄가 성립하며, 그에 종속해 공범(비신분자 N)에게 그 감경된 범죄가 성립합니다(형법 제33조 본문). 여기서 형법 규정(같은 조 단서)이 명문으로 "중한 형으로 벌하지 아니한다"고 한 이상, 비신분자를 가중처벌할 근거는 없습니다.



- 가령, 신분자 갑의 영아살해에 비신분자인 을이 가담했다고 합시다. 일단 갑은 영아살해죄의 정범, 을은 그 공범입니다(같은 조 본문). 이 때 비록 을 자신에게는 감경적 신분이 없지만, 성립한 범죄인 영아살해죄에 정한 형 그대로 처벌하면 됩니다. 공범의 종속성에 따른 결과입니다.

## 신분자가 비신분자에 가공한 경우

비신분자가 신분자에 가공한 경우가 아니라, 신분자가 비신분자에 가공한 경우에도 형법 제33조 단서를 적용할 수 있을까요?



- 물론, 공동정범의 경우는 비신분자가 신분자에 가공한 것과 같이 보면 되므로, 교사범과 종범을 문제삼는 것입니다.

1. 유력설: 형법 제33조를 적용해서는 안 된다는 견해입니다. 일반원칙에 따라 해결하면 된다고 합니다. 즉, 형법 제31조에 따라 교사범은 정범의 형으로, 형법 제32조에 따라 종범은 정범에 정한 형을 감경한 형으로 각각 처리하면 충분합니다.

제31조(교사범) ① 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다.

제32조(종범) ② 종범의 형은 정범의 형보다 감경한다.

2. 판례: 그러나 판례는 형법 제33조 단서를 적용할 수 있다고 합니다. 형법 제31조나 제32조에 따라 처리하는 것이 아니라, 형법 제33조 단서에 따라 처리합니다. 재미있는 것은, "중한 형으로 벌하지 아니한다"라는 문구를 "감경적 신분 경우는 감경하고, 가중적 신분 경우는 가중한다"는 취지로 새깁니다.

제33조(공범과 신분) 신분관계로 인하여 성립될 범죄에 가공한 행위는 신분관계가 없는 자에게도 전 3조의 규정을 적용한다. 단, 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우[부진정신분범]에는 중한 형으로 벌하지 아니한다.

- 이해가 잘 안 되면, 아래 사례를 봅시다.

## 유력설과 판례의 대립

### 사례 제시

S가 N에게 위증을 교사했다고 합시다. 그런데,

1. S는 모해목적이 있는 교사범(공범)이고,
2. N은 모해목적이 없는 정범이라 합시다.

그러면 S를 어떻게 처벌해야 할까요?

## 논의의 전제

모해위증죄는 위증죄보다 가중처벌합니다.

제152조(위증, 모해위증) ① 법률에 의하여 선서한 증인이 허위의 진술을 한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.  
② 형사사건 또는 징계사건에 관하여 피고인, 피의자 또는 징계혐의자를 모해할 목적으로 전항의 죄를 범한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다.

1. 모해목적은 가중적 신분입니다.

### 대법원 1994. 12. 23. 선고 93도1002 판결

형법 제152조 제1항과 제2항은 위증을 한 범인이 형사사건의 피고인 등을 '모해할 목적'을 가지고 있었는가 아니면 그러한 목적이 없었는가 하는 범인의 특수한 상태의 차이에 따라 범인에게 과할 형의 경중을 구별하고 있[다.]

2. 모해위증죄는 부진정신분범입니다.

[그러]므로, 이는 바로 형법 제33조 단서 소정의 "신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우"에 해당한[다.]

## 유력설의 해결

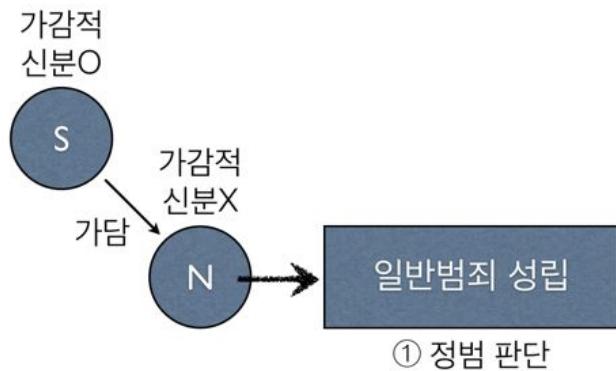
본문이든 단서든 형법 제33조를 적용해서는 안 됩니다. 그 이유는 다음과 같습니다.

1. 비신분자가 신분자에 가공한 것엔 형법 제33조를 적용할 수 있습니다. 그러나 거꾸로 신분자가 비신분자에 가공했다면, 형법 제33조 본문을 적용할 여지가 없습니다.
2. 원래 단서조항이란 본문조항을 전제로 하되, 다만 그 예외를 정한 겁니다. 본문을 적용할 수 없는 이상, 여기에 단서도 적용할 수 없습니다.

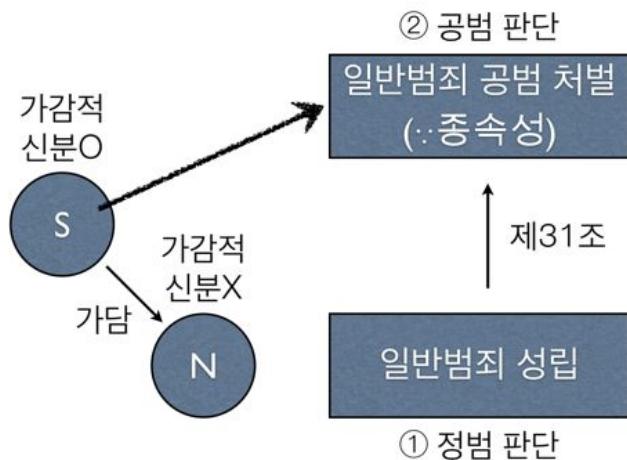
그러므로 형법의 일반원칙에 따라 판단하는 것이 옳습니다. 즉,

1. 정범: N은 위증죄의 정범입니다. N에게는 신분(모해목적)이 없으므로, N은 단순 위증죄로 처벌하면 됩니다.

제152조(위증<생략>) ① 법률에 의하여 선서한 증인이 허위의 진술을 한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.



2. 공범: S는 위증죄의 교사범입니다. 위증죄의 교사범이 성립하며, 위증죄가 정한 형으로 처벌하면 충분합니다. 비록 S에게 모해목적이 있더라도, 모해위증죄로는 처벌받지 않습니다.



제31조(교사범) ① 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다.

## 판례의 해결

형법 제33조 단서를 적용할 수 있습니다. 그 이유는 다음과 같습니다.

1. 형법 제31조 제1항은 일반원칙에 불과하다는 것입니다.

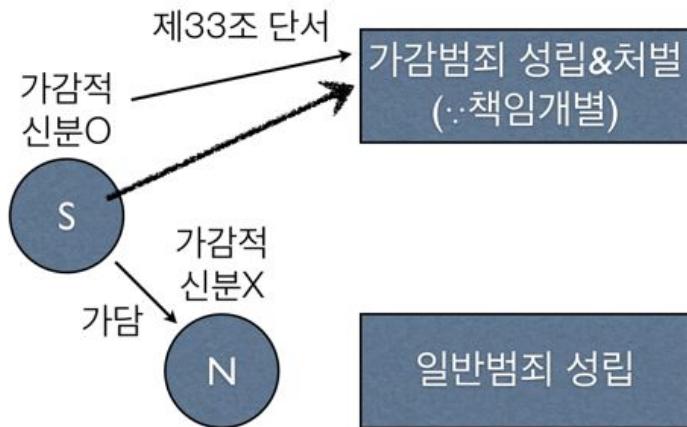
형법 제31조 제1항은 협의의 공범의 일종인 교사범이 그 성립과 처벌에 있어서 정범에 종속한다는 일반적인 원칙을 선언한 것에 불과하[다.]

2. 형법 제31조 제1항보다 형법 제33조 단서가 우선한다고 합니다.

형법 제31조 제1항은 협의의 공범의 일종인 교사범이 그 성립과 처벌에 있어서 정범에 종속한다는 일반적인 원칙을 선언한 것에 불과하[다.] 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우[부진정신분범의 경우]에 신분이 있는 자가 신분이 없는 자를 교사하여 죄를 범하게 한 때에는 형법 제33조 단서가 형법 제31조 제1항에 우선하여 적용됨으로써 신분이 있는 교사범이 신분이 없는 정범보다 중하게 처벌된다.

그러므로 형법 제33조 단서에 따라 해결합니다.

- 정범: N은 위증죄의 정범입니다. N에게는 신분(모해목적)이 없으므로, N은 단순 위증죄로 처벌하면 됩니다.
- 공범: S는 위증죄의 교사범입니다. 그런데 S에게는 모해목적이 있으므로, 모해위증죄의 교사로 처벌해야 합니다.



피고인[S]이 [다른 사람]을 모해할 목적으로 [N]에게 위증을 교사[하였다. 그렇다면] 가사 정범인 [N]에게 모해의 목적이 없었다고 하더라도, 형법 제33조 단서의 규정에 의하여 피고인[S]을 모해위증교사죄로 처단할 수 있다.

## 소 결

S를 위증교사죄와 모해위증교사죄 중 어느 것으로 처벌할 것인지의 문제입니다.

- 유력설은 "어떤 공범도 정범의 불법을 넘을 수 없다"는 점과 형법 제31조를 강조합니다.

제31조(교사범) ① 타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다.

- 판례는 "책임은 개별이다"는 점과 형법 제33조 단서를 강조합니다.

제33조(공범과 신분) 신분관계로 인하여 성립될 범죄에 가공한 행위는 신분관계가 없는 자에게도 전 3조의 규정을 적용한다. 단, 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우[부진정신분범]에는 중한 형으로 벌하지 아니한다.

- 판례는 "중한 형으로 벌하지 아니한다"를 "(어떤 경우에는) 더 중하게 처벌한다"로 해석하고 있습니다.

## 소극적 신분과 공범

### 개념

신분으로 인해 오히려 범죄가 성립하지 않게 되는 경우가 있습니다. 이를 소극적(negative) 신분이라 합니다.

### 사례

무면허의료행위로 인한 의료법위반죄를 봅시다.

1. 일반인이 의료행위를 하면 의료법위반이지만,
2. 의사가 의료행위를 하면 구성요건해당성이 없습니다.

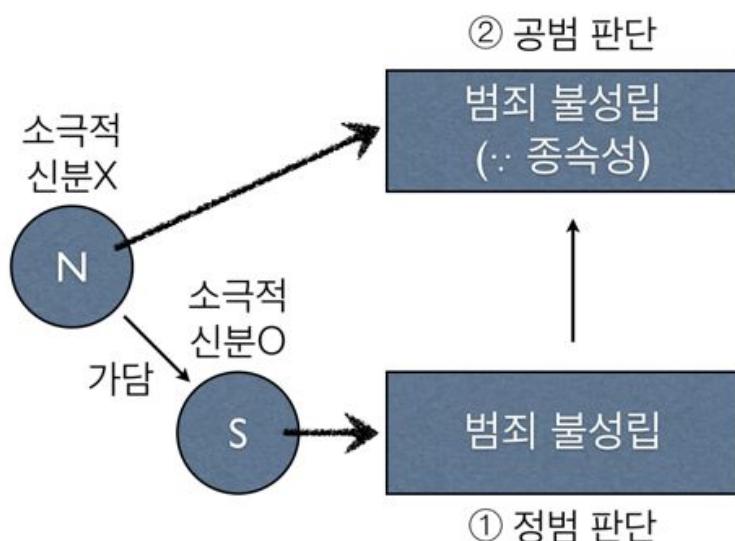
즉, 의사라는 신분은 소극적 신분입니다.

### 해결방법

1. 공범의 종속성 법리에 따라,
2. 상식에 맞게 해결하면 됩니다.

### 비신분자가 신분자에 가공한 경우

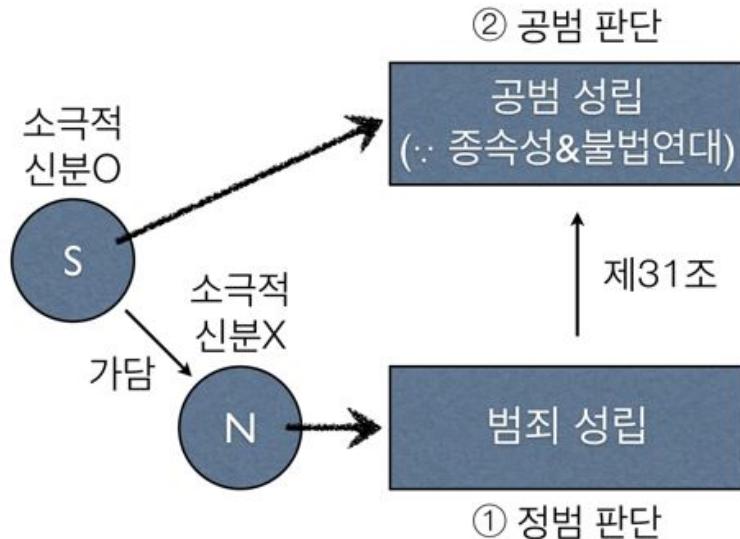
1. 먼저 정범의 행위에 구성요건해당성이 없어 범죄가 불성립하므로,
2. 공범 종속성 법리에 따라 공범도 불성립합니다.



3. 가령, 일반인이 의사보고 의료행위를 하라고 시켰다 해서 처벌할 이유가 없지요.

## 신분자가 비신분자에 가공한 경우

- 먼저 정범에게 범죄가 성립합니다.
- 공범의 종속성 및 불법의 연대 법리에 따라 공범도 성립합니다.



- 가령, 아무리 의사라 하더라도 일반인보고 의료행위를 하라고 시켰다면, 일반인과 의사 모두 처벌해야죠.

### 대법원 1986. 7. 8. 선고 86도749 판결

치과의사[S]가 환자의 대량유치를 위해 치과기공사들[N]에게 내원환자들에게 진료행위를 하도록 지시하[였다]. 그래서] 동인들[N]이 각 단독으로 〈생략〉 진료행위를 하였[다.]

[치과의사 신분이 없는 N은 무면허의료행위의 정범이다.]

[치과의사 S는] 무면허의료행위의 교사범에 해당한다.

## 간접정범

Committing a Crime Through an Act of an Innocent Human Agent

어느 명청이라도 역사를 만들 수 있지만, 그것을 적으려면 천재성이 필요하다. - Oscar Wilde

### 개념

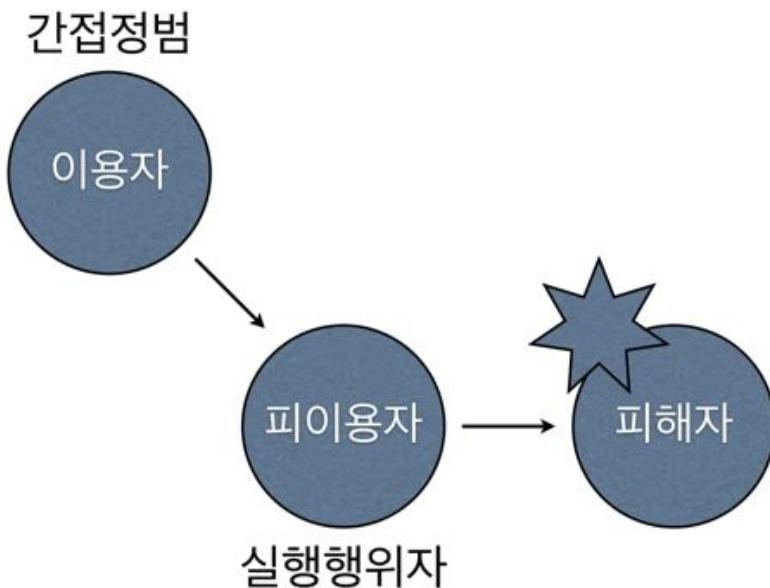
#### 간접정범의 조문상 개념

어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자를 간접정범이라 합니다.

제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ① 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다.

#### 이용자와 피이용자

- 교사 또는 방조를 한 자를 이용자,
- 교사 또는 방조를 받은 자를 피이용자라고 합니다.



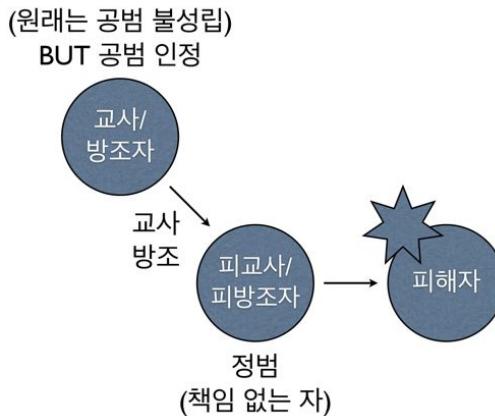
### 본질

앞서 본 바대로 본질이 공범이라는 견해와 정범이라는 견해가 있습니다.

## 공 범 설

범죄 종속 방식을 전제로, 다음과 같이 주장합니다.

- 책임 없는 자를 교사 · 방조한 경우에는 교사범 · 종범이 성립할 수 없습니다. 그러므로 그 처벌의 공백을 막기 위해 간접정범을 두었다고 합니다.



- 따라서 간접정범은 행위지배가 없는 공범입니다.

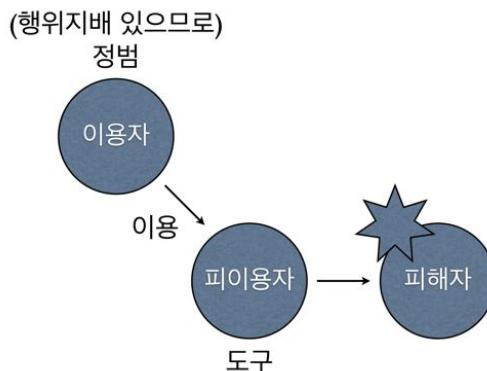
- 간접정범의 실제 개념과 조문상 개념이 같습니다.

- 공범설은 엄밀히 말해 "이용자", "피이용자", "이용" 같은 용어도 적절하지 않다고 봅니다.  
간접정범 규정 자체가 "이용"이 아니라 "교사 · 방조"에 관한 조문이라고 봅니다.

## 정 범 설

위법 종속 방식을 전제로, 다음과 같이 주장합니다.

- 간접정범이란 타인을 생명 있는 도구로 이용하여 간접적으로 범죄를 실행하는 정범형태라 합니다.



- 따라서 간접정범은 행위지배가 있는 정범입니다.

- 간접정범의 실제 개념과 조문상 개념이 동일하지는 않다고 봅니다.

## 판례

1. 피이용자와 이용자는 서로 공범관계가 아니라고 보는 것 같습니다.

### 대법원 2012. 2. 23. 선고 2011도14441 판결

위조문서를 공범자 등에게 행사한 경우[에는] 위조문서행사죄가 성립[하지 않는다.]

[그런데] 간접정범을 통한 위조문서행사 범행에서 [이용자가] 도구로 이용된 자[피이용자]에게 행사한 경우[에는] 위조문서행사죄가 성립[한다. 왜냐하면 이용자와 피이용자는 공범관계가 아니기 때문이다.]

2. 그리고 간접정범이 성립하기 위한 요건으로 행위지배(dominance)가 필요하다고 합니다.

### 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결

피고인이 광주시위 진압에 투입된 특전사의 사령관으로서, 피고인 전두환 등과 공모하여 이 사건 내란을 모의하고 그 실행을 위한 준비까지 마친 후, 광주시위에 대하여 공수부대의 파견에 관여한 [사안이다.]

간접정범이 성립하려면 피이용자에 대한 행위지배가 있어야 한다고 하더라도, 〈생략〉 피고인 정호용에게 위와 같은 행위지배가 있었다고 보아야 [한다.]

따라서 위 피고인이 내란죄 및 내란목적살인죄의 간접정범에 해당한[다.]

그렇다면, 판례는 간접정범의 본질을 정범(principal)으로 보는 것 같습니다.

## 간접정범의 성립요건

### 피이용자의 불처벌

피이용자의 행위가 처벌받지 않는 것이어야 합니다. 피이용자의 행위에 범죄성립의 3요소 중 어느 하나라도 없는 경우를 생각하면 됩니다.

제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ① 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다.

1. 고의가 없어서 구성요건해당성이 없는 경우

### 대법원 1983. 5. 24. 선고 83도200 판결

튀김용 기름의 제조허가도 없이 튀김용기름을 제조할 범의하에 식용유제조의 범의 없는 자를 이용하여 튀김용기름을 제조케 한 [사안이다.]

그 직접제조행위자[피이용자]가 식용유제조의 범의가 없어 그 제조에 대한 책임을 물을 수 없다고 [하자. 그렇더라도] 처벌되지 아니하는 그 행위를 이용하여 무허가제조행위를 실행한 자[즉, 이용자는] 보건범죄단속에 관한 특별조치법 제2조 제1항, 식품위생법 제23조 제1항 위반죄의 간접정범에 해당한다.

## 2. 신분이 없어서 구성요건해당성이 없는 경우

제87조(내란) 국토를 침절하거나 국헌을 문란할 목적으로 폭동한 자는 다음의 구별에 의하여 처단한다.

1. 수괴는 사형, 무기징역 또는 무기금고에 처한다.

### 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결

간접정범의 방법에 의한 내란죄의 인정 여부 <생략> 범죄는 '어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자'를 이용하여서도 이를 실행할 수 있으므로, 내란죄의 경우에도 '국헌문란의 목적'을 가진 자가 그러한 목적이 없는 자를 이용하여 이를 실행할 수 있다.

3. 위법성이 없는 경우: 예를 들어, 어떤 사람을 감금하려고 허위 서류를 통해 영장이 집행되게 했다고 합시다. 검사나 영장전담판사가 이용을 당한 셈인데, 특별한 사정이 없는 한 검사나 판사의 행위는 정당행위로 무죄일 것입니다. 그러나 허위 서류를 작성한 사람은 감금죄의 간접정범이 됩니다.

### 대법원 2006. 5. 25. 선고 2003도3945 판결

인신구속에 관한 직무를 행하는 자 또는 이를 보조하는 자가 피해자를 구속하기 위하여 진술조서 등을 허위로 작성한 후 이를 기록에 첨부하여 구속영장을 신청하[였다]. 그리고 진술조서 등이 허위로 작성된 정을 모르는 검사와 영장전담판사를 기망하여 구속영장을 발부받은 후 그 영장에 의하여 피해자를 구금[하게 했다.]

감금죄는 간접정범의 형태로도 행하여질 수 있는 것이[다. 그러므로 사안에서] 형법 제124조 제1항의 직권남용 감금죄가 성립한[다.]

4. 책임이 없는 경우: ① 위법 종속 방식에 따르면 교사범이나 종범이 성립할 수도 있고, 간접정범이 성립할 수도 있다고 합니다. ② 그러나 책임 종속 방식에 따르면 교사범이나 종범은 성립할 수 없고, 다만 간접정범이 성립할 수 있을 뿐입니다.

## 피 이용자가 과실 범으로 처벌

물론, 비록 피이용자를 처벌하는 경우에도, 그 피이용자가 과실범이라면 이용자에게 간접정범이 성립할 수 있습니다.

제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ① 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다.

## 교사 또는 방조

"교사 또는 방조"가 어떤 뜻일까요? 견해가 대립합니다.

1. 공범설의 입장: 간접정범에서의 교사 · 방조는 교사범 · 종범에서의 교사(solicitation) · 방조(facilitation)와 같은 의미입니다. 따라서 형법 문구에 문제가 없습니다.

2. 정범설의 입장: 간접정범에서의 교사 · 방조는 사주 · 이용(using as a tool)의 의미입니다. 교사범 · 종범에서와 다른 의미입니다. 따라서 형법 문구는 잘못되었으므로, 고쳐야 합니다.

## 간접정범의 처벌

교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌합니다.

제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ① 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다.

- 교사에 해당하면 정범과 동일한 형으로 처벌합니다.
- 방조에 해당하면 정범의 형보다 감경합니다.
  - 공범설에 따르면 당연한 조문이고, 정범설에 따르면 부당한 조문입니다.

## 자수범과 간접정범

### 자수 범 의 개념

자수범이란 구성요건상 구조적으로 타인을 이용해서는 범할 수 없는 범죄를 말합니다. 예를 들어,

- 위증죄는 선서한 증인만 범할 수 있고,

제152조(위증, 모해위증) ① 법률에 의하여 선서한 증인이 허위의 진술을 한 때에는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

- 허위신고로 인한 부정수표단속법위반죄는 발행인만 범할 수 있습니다.

### 부정수표단속법

제4조 (허위신고자의 형사책임) 수표금액의 지급 또는 거래정지처분을 면할 목적으로 금융기관에 허위신고를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 20만원 이하의 벌금에 처한다.

## 간 접 정 범 불 성 립

정범설에 따를 때, 자수범의 경우 원칙적으로 간접정범이 성립할 수 없습니다.

### 대법원 1992. 11. 10. 선고 92도1342 판결

부정수표단속법의 목적이 부정수표 등의 발행을 단속처벌함에 있고(제1조), 허위신고죄를 규정한 위 법 제4조가 "수표금액의 지급 또는 거래정지처분을 면하게 할 목적"이 아니라 "수표금액의 지급 또는 거래정지처분을 면할 목적"을 요건으로 하고 있는데 수표금액의 지급책임을 부담하는 자 또는 거래정지처분을 당하는 자는 오로지 발행인에 국한[된다. 따라서] 발행인 아닌 자는 위 법조가 정한 허위신고죄의 주체가 될 수 없다.

**대법원 1992. 11. 10. 선고 92도1342 판결**

[나아가 발행인 아닌 자는] 허위신고의 고의 없는 발행인을 이용하여 간접정범의 형태로 허위신고죄를 범할 수도 없다.

**공동정범의 성립 가능성**

1. 그러나 비신분자라도 신분자에 가공해 공동정범이 성립할 수 있으므로,

제33조(공범과 신분) 신분관계로 인하여 성립될 범죄에 가공한 행위는 신분관계가 없는 자에게도 전 3조[공동정범, 교사범, 종범]의 규정을 적용한다. <생략>

2. 자수범의 경우에도 공동정범으로는 뚫일 수 있습니다. 공모공동정범이 가능하죠.

**대법원 2007. 5. 11. 선고 2005도6360 판결**

타인으로부터 명의를 차용하여 수표를 발행한 자라 하더라도 수표의 발행명의인과 공모하여 부정수표단속법 제4조 소정의 허위신고죄의 주체가 될 수 있는 것이[다.]

## 특수교사 · 방조

### Special Solicitation and Facilitation

물건을 쥐는 데 적합한 사람의 손, 땅을 파는 데 적합한 두더지의 앞발, 말의 다리, 돌고래의 물갈퀴, 박쥐의 날개가 모두 동일한 패턴에 따라서 구성되어 있으며, 똑 같은 상대적 위치에 배치된 똑 같은 뼈를 가지고 있다는 것만큼 흥미진진한 것이 또 있을까. – Charles Darwin

#### 개념

지휘, 감독자가 교사 · 방조를 하면, 일반적인 교사 · 방조에 비해 가중처벌합니다. 이를 특수교사 · 방조라 합니다.

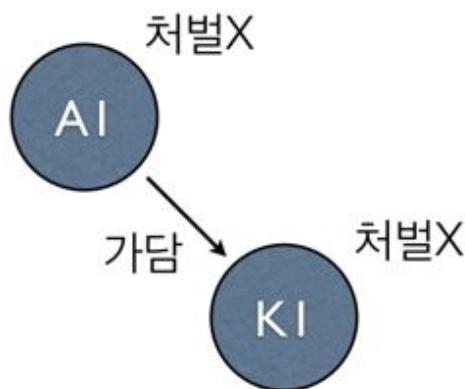
제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ① 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다.  
② 자기의 지휘, 감독을 받는 자를 교사 또는 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한 자는 교사인 때에는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하고 방조인 때에는 정범의 형으로 처벌한다.

- 실무상 특수교사 · 방조가 적용되는 사례가 거의 없습니다. 공범의 체계와 다른 조항(특히 간접정범) 해석론에 관하여 이론적 의의만 있을 뿐입니다.

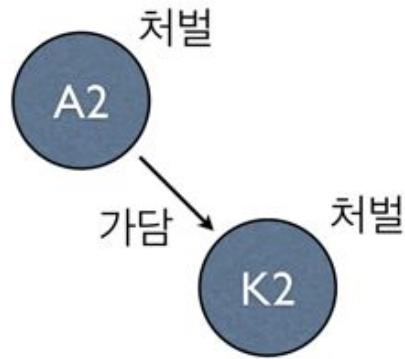
#### 이론적 의미

##### 공범의 종속성 법리

- 원래 처벌되지 않는 자(K1)에 가담한 자(A1)는 처벌받지 않습니다.



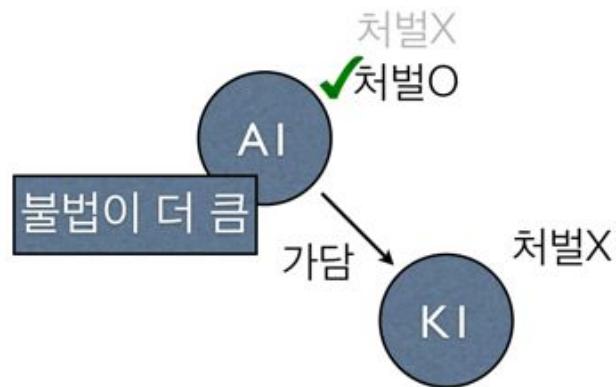
2. 어떤 범죄(K2)에 가담한 자(A2)는 그 범죄(K2)의 형에 따라 처벌받습니다.



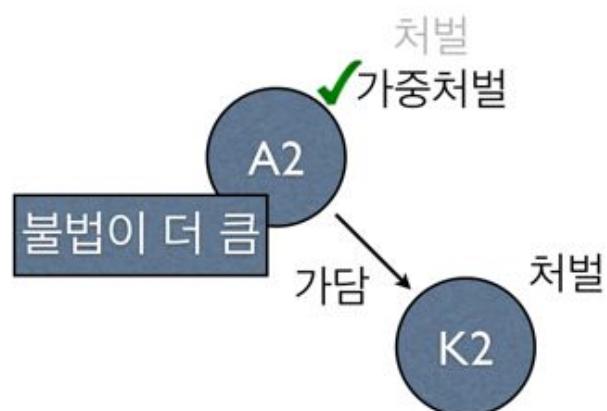
### 이용자의 처벌 필요

그런데 공범의 종속성 법리를 엄격하게 고집하면 문제가 있습니다. 이용자(A)가 오히려 피이용자(K)보다도 불법이 큰 경우가 많습니다. 따라서 A는 제대로 처벌을 해야 합니다. 즉,

1. 필요 1: 처벌되지 않는 자(K1)에 가담한 자(A1)라도 처벌할 필요가 있습니다.

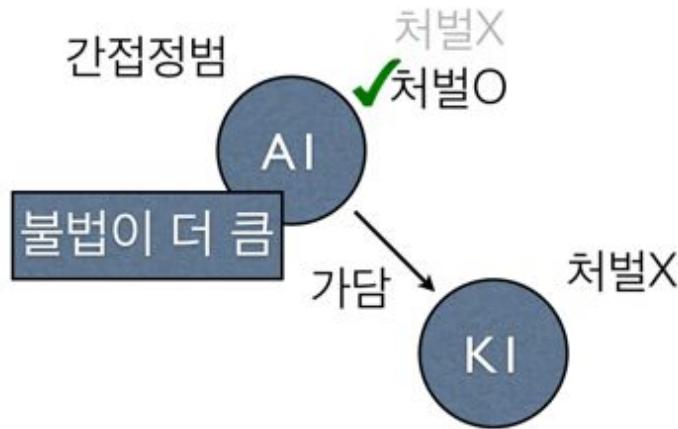


2. 필요 2: 어떤 범죄(K2)에 가담한 자(A2)를 그 범죄(K2)의 형에 따르는 것보다 가중해 처벌 할 필요가 있습니다.



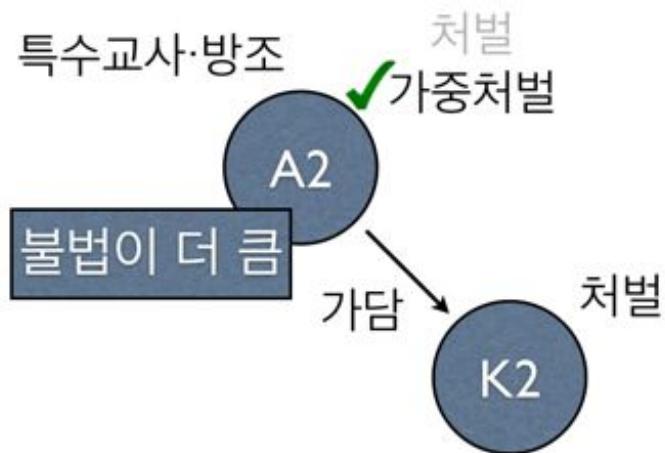
## 간접정범 공범설의 입장

- 필요 1을 해결하기 위해 입법자는 형법 제34조 제1항에 간접정범을 두었습니다. 즉, 간접정범은 처벌조항을 창설(creation)한 규정입니다.



제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ① 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다.

- 필요 2를 해결하기 위해 입법자는 같은 조 제2항에 특수교사·방조를 두었습니다.



제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ② 자기의 지휘, 감독을 받는 자를 교사 또는 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한 자는 교사인 때에는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하고 방조인 때에는 정범의 형으로 처벌한다.

- 간접정범과 특수교사·방조는 공범이 정범에 종속하는 결과 발생하는 처벌 공백을 보완한다는 점에서, 모두 공범의 특칙에 해당합니다.
- 본질은 모두 공범이므로, 같은 조에 규정된 것은 타당합니다.

## 간접정범 정법설의 입장

1. 간접정범이 정범인 것은 의사지배를 통한 행위지배에서 비롯하며, 따로 규정이 없더라도 단독정범과 마찬가지로 해석상 당연히 인정되는 것입니다. 즉, 형법 제34조 제1항의 간접 정범 조항은 당연한 사항에 관한 확인(confirmation)적 의미만을 가질 뿐입니다.
2. 필요 2를 해결하기 위해 입법자는 같은 조 제2항에 특수교사·방조를 두었습니다.
3. 간접정범은 정범입니다. 반면, 특수교사·방조는 공범의 특칙입니다.
4. 본질이 서로 다르므로, 그 둘이 같은 조에 규정된 것은 체계적이지 않습니다.

## 특수교사·방조의 처벌

제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ② 자기의 지휘, 감독을 받는 자를 교사 또는 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한 자는 교사인 때에는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하고 방조인 때에는 정범의 형으로 처벌한다.

1. 교사인 때에는 정범의 장기 또는 다액에 1/2 가중
2. 방조인 때에는 정범의 형으로 처벌