

# 共犯構造論의 새로운 構想

金 鍾 源\*

## 一. 새로운 構想의 契機

共犯構造論에 관한 새로운 構想을 하게 된 <契機>는 다음의 세가지이다.

(1) 犯罪의 成立要件으로서 일반적으로 ① 構成要件該當性・② 違法性・③ 責任의 셋을 들면서, 이러한 <犯罪構造>를 가진 것으로서 「故意・作爲・既遂의 單獨正犯」을 설정하고 있다. 그런데 근자에 와서는 目的的行爲論의 立場에서 過失犯에 있어서도 이러한 犯罪構造를 가진다는 것이 강력히 주장되었으며, 오늘날 西獨에서는 故意犯과 별도로 過失犯과 不作爲犯의 犯罪構造를 논하는 것이 하나의 傾向이 되고 있다. 그래서 「共犯」도 犯罪인 만큼 그 나름대로의 犯罪構造, 즉 構成要件該當性・違法性・責任을 가진 것으로 생각할 수 있지 않을까 하는 것이 첫째의 契機이다.

(2) <共犯의 從屬性의 問題>에 관한 共犯獨立性說과 共犯從屬性說과의 對立에 있어서 筆者는 後說을 취하는데, 그 從屬形態의 問題를 검토함에 있어서 10歲의 少年 甲이 어른 乙을 시켜서 竊盜케 한 경우에 少年 甲은 물론 竊盜의 教唆犯이 성립되지 아니하지만 이것은 甲이 責任無能力者이므로 竊盜教唆者로서의 「責任」이 조각되기 때문이고 그렇다면 甲은 竊盜의 教唆者로서 構成要件該當성과 違法성이 갖추어져 있다는 것이 前提가 되어야 할 것으로 생각되며, 이것이 둘째이면서도 決定的인 契機이다. 또한 從屬形態의 問題를 여러 모로 검토한 끝에 筆者는 最少從屬形態의 立場, 따라서 「構成要件實現加功說」(筆者의 命名임)을 취한다.

(3) 犯罪共同說과 行爲共同說의 對立에 관하여는, 實質적으로는 後說과 같다고 생각되지만 筆者 나름대로 「構成要件의 行爲共同說 내지 構成要件實現共同說」(筆者의 命名임)을 취하게 된 것이 세계의 契機인데, 이로써 共同正犯關係의 認否는 構成要件의 段階에서 결정된다는 것이 밝혀진다.

## 二. 犯罪共同說과 行爲共同說

兩學說의 對立은 주로 共同正犯에 관하여 問題삼는데, 犯罪共同說이 「數人이 共同하여 特定한 犯罪를 犯한 경우」에만 共同正犯關係를 인정하려는 立場임에 반하여 行爲共同說은

\* 成均館大學校 法政大學 教授

「數人이 行爲를 共同하여 各者의 犯罪를 犯한 경우」에는 共同正犯關係를 인정하려는 立場이다.

그런데 「犯罪共同說」의 立場에서는 [例 1]로서 甲과 乙이 共同해서 乙의 父親 丙을 죽인 경우에 甲은 普通殺人罪, 乙은 尊屬殺害罪가 問題되므로 甲·乙 사이에 共同正犯關係가 인정될 수 없게 되어서 丙이 乙의 彈丸에 맞아 죽은 때에는 乙은 尊屬殺害罪의 既遂가 되지만 甲은 普通殺人罪의 〈未遂〉가 되는데, 만약 丙이 乙의 父親이 아닌 경우에는 당연히 甲은 殺人罪의 〈既遂〉가 되는 것과 비교해 보면, 犯罪共同說은 共同正犯關係의 認定範圍가 너무 좁다고 생각된다. 그래서 犯罪共同說의 立場에 서면서 서로 構成要件이 重合하는 範圍內에서 共同正犯關係를 인정하려는 「部分的犯罪共同說」이 주장되기도 한다. 다음으로 [例 2]로서 토끼사냥에 가서 甲은 밀리서 흰 옷을 입은 丙을 죽이려고 작정했으나 自己는 습격이 부족하므로 옆에 있던 名射手 乙에게 「저기 있는 흰 놈을 함께 쏘아 죽이자」고 말하자 乙은 不注意하게 그것이 흰 토끼인 줄 잘못 알고서 意思連絡아래 함께 쏘았던 바 丙이 名射手 乙의 彈丸에 맞아 죽은 경우에 있어서, 犯罪共同說에 의하면 甲은 殺人罪, 乙은 過失致死罪가 問題되므로 甲·乙 사이에 共同正犯關係가 인정되지 않고 따라서 乙은 물론 過失致死罪가 되지만 甲은 殺人罪의 〈未遂〉가 된다. 그러나 이 경우에 甲·乙 서로 意思의 連絡 아래 함께 쏘았고 이로 인하여 丙이 죽었으므로, 甲·乙 사이에 共同正犯關係를 인정하여 甲에게 殺人罪의 〈既遂〉의 罪責을 지우는 것이 타당하리라고 생각한다.

그런데 「行爲共同說」에 의하면 [例1·2]의 경우에 모두 甲·乙 사이에 共同正犯關係가 인정되므로, 타당한 結論을 낼 수 있다고 본다. 다만 行爲共同說에 있어서의 「行爲」를 흔히 前構成要件의·前法律的·自然的인 혹은 事實上的 行爲라고도 표현하는데, 물론 이것은 〈行爲의 共同〉이 바로 特定한 犯罪構成要件에 해당하는 行爲의 共同만을 가리키는 것이 아니라는 것을 나타내기 위한 것이겠지만, 단순한 「行爲」의 共同으로 共同「正犯」關係를 인정한다는 것은 타당하지 아니하므로, 그 學說名에는 問題가 있다고 생각한다.

그래서 筆者는 ① 特定한 故意犯의 構成要件에 해당하는 行爲의 共同, ② 相異한 故意犯의 構成要件(重合하든 안하든)에 해당하는 行爲의 共同, ③ 故意犯의 構成要件과 過失犯의 構成要件에 해당하는 行爲의 共同, ④ 過失犯의 構成要件에 해당하는 行爲의 共同이 있는 경우에 모두 共同正犯을 인정한다는 意味에서 「構成要件의 行爲共同說」이라는 名稱을 붙이고자 한다. 그리고 다음의 〈構成要件實現加功說〉과의 關係에서는 「構成要件實現共同說」이라는 表現이 알맞다고 생각한다. 물론 構成要件의 行爲共同說을 주장하기 위하여는 〈過失犯〉에 있어서도 構成要件의 行爲(그 內容은 過失行爲지만)라는 것이 理論體系上 인정되어야 할 것이다.

이러한 構成要件의 行爲共同說의 主張을 통해서 犯罪共同說과 行爲共同說과의 對立은 서로 排他的인 것이 아니라 〈後說〉이 共同正犯關係를 보다 넓게 인정한다는 것을 알 수 있

다. 그리고 構成要件의 行爲共同說의 主張은 共同正犯關係의 認否가 <構成要件의 段階>에서 결정된다는 것을 일깨워 준다. 그래서 10歲의 少年 甲과 어른 乙이 共同해서 丙을 죽이는 경우에 甲·乙 사이의 共同正犯關係는 이미 構成要件의 段階에서 인정되므로, 비록 責任無能力者인 甲의 彈丸에 맞아 丙이 죽은 때에도 甲은 殺人罪의 成立이 없지만 乙은 殺人罪의 <既遂>가 된다.

### 三. 共犯獨立性說과 共犯從屬性說

兩學說의 對立은 주로 狹義의 共犯, 教唆犯·從犯에서 問題되는데, 「共犯獨立性說」은 教唆行爲·幫助行爲가 있는 이상은 被教唆者·被幫助者인 正犯이 實行에 나가지 아니한 때에도 이것과 獨立해서 共犯을 논하는 立場임에 반하여 「共犯從屬性說」은 被教唆者·被幫助者인 正犯이 實行에 나가야 이것에 從屬해서 비로소 共犯을 논하는 立場이다.

일반적으로 「從屬性說」의 立場에서는 獨立性說에 대하여 教唆行爲·幫助行爲를 基本的 構成要件에 관한 實行行爲와 同一視하여 被教唆者·被幫助者의 行爲가 없는 경우에 教唆犯·從犯의 <未遂犯>으로 파악하는 點을 비판하고 있다. 즉 「사람을 죽이는 것을 시키는 行爲」를 「사람을 죽이는 行爲」와 同一視한다고 비판한다. 그러나 例를 들어서 甲이 乙에게 丙을 죽이라고 시켰으나 乙이 殺人行爲에 나가지 아니한 경우에 있어서 獨立性說의 立場에서는 甲을 <殺人>罪의 未遂犯으로 보지 않고 <殺人教唆犯>의 未遂犯으로 보는 것으로도 殺人教唆行爲를 殺人行爲와 同一視하고 있지 않다는 것을 알 수 있다. 한편 「獨立性說」의 立場에서는 從屬性說에 대하여 이 說이 借用犯罪說을 바탕삼음으로써 <個人責任의 原理>에 위배된다고 비판하는데, 물론 借用犯罪說을 바탕삼는 見解도 없지 않지만 責任加功說이나 惹起助長說 등을 내세움으로써 從屬性說의 立場에서도 <個人責任의 原理>에 어긋나지 않게 설명할 수 있다고 본다. 兩學說의 對立에 관한 筆者의 所見으로는 個人責任의 原理에 비추어 教唆者·幫助者 자신의 刑事責任을 問題삼아야 한다는 基本立場에 서면서 教唆犯·從犯의 本質이 共犯現象으로서 構成要件實現에로의 加功(惹起·助長)이라는 데에 있다는 點에서 主된 犯行者인 被教唆者·被幫助者의 實行行爲에 從屬해서 共犯을 논하는 立場인 共犯從屬性說이 낫다고 본다.

그리고 現行刑法은 兩學說의 適用上의 差異가 나는 部分인 <소위 教唆의 未遂>에 관하여 第31條 2項 「教唆를 받은 者가 犯罪의 實行을 承諾하고 實行의 着手에 이르지 아니한 때에는 教唆者와 被教唆者를 陰謀 또는 豫備에 準하여 處罰한다」, 同條 3項 「教唆를 받은 者가 犯罪의 實行을 承諾하지 아니한 때에도 教唆者에 대하여는 前項과 같다」라는 條項을 新設했는데, 이들 條項에 대하여 「獨立性說」의 立場에서는 被教唆者의 實行의 着手 與否에 관계없이, 따라서 獨立해서 教唆者를 처벌하도록 규정하였으니 自己側의 立場을 도입하였다

든가 自己側의 立場에서만 合理的으로 이해할 수 있다고 주장하는데, 同條項은 소위 教唆의 未遂의 경우에 教唆者를 獨立해서 處罰의 對象으로 삼고 있는 것은 틀림없지만 단지 陰謀・豫備에 준하여 처벌하도록 규정할 뿐이지 教唆「犯」의 未遂「犯」으로서 처벌하도록 규정하고 있지 아니하므로 그 경우를 <教唆犯의 未遂犯>으로 파악하는 獨立性說의 立場에서는 타당하게 해석할 수 없다고 본다. 한편 「從屬性說」의 立場에서는 소위 教唆의 未遂의 경우에 教唆者를 처벌하지 말자는 主張이 아니라 教唆犯으로서 논할 수 없다는 主張에 불과하고 또 꼭 처벌할 필요가 있을 때에는 따로 特別規定을 두어야 한다고 주장하는데, 同條項은 教唆犯으로서 처벌하는 것이 아니라 特別規定으로서 그 경우를 陰謀・豫備에 준하여 처벌하는 것이므로, 결국 共犯從屬性說에 의해서 同條項을 타당하게 해석할 수 있다고 본다.

다음으로 共犯從屬性說의 立場에 서면서 그 從屬形態를 살펴 보면, 우리나라에서는 被教唆者・被幫助者인 正犯의 行爲가 構成要件에 해당하고 違法까지만 하면 이에 從屬해서 共犯을 논하는 「制限從屬形態」의 立場과 正犯의 行爲가 有責까지 해야 이에 從屬해서 共犯을 논하는 「極端從屬形態」의 立場이 대립하는데, 數人이 犯罪에 加功한 경우에 各者는 他者의 責任을 고려하지 않고 自己의 責任에 의하여 처벌된다는 <責任個別化의 原理>에 비추어 兩者의 擇一關係라면 筆者는 制限從屬形態의 立場을 취하겠다.

그런데 우리나라에서는 被教唆者・被幫助者(正犯)가 實行에 나가기만 하면 이에 從屬해서 共犯을 논하는 「最少從屬形態」의 立場에 대하여 適法한 正犯行爲에로의 加功의 경우에도 共犯을 논한다는 點에서 타당하지 않는 것으로 보고 있지만, 筆者는 여기에 대하여 疑問을 가지고 있다. 즉 앞서의 예를 다시 들어 보면 10歲의 少年 甲이 어른 乙을 시켜서 竊盜를 하게 한 경우에 있어서 少年 甲이 竊盜의 教唆犯이 되지 아니하는 것은 그가 責任無能力者여서 「責任」이 조각되기 때문이고 그렇다면 甲에게는 竊盜教唆者로서의 構成要件該當性과 違法性이 있다는 것이 前提되어야 할 것이다. 여기에서 <共犯>에 있어서도 그 나름대로의 「構成要件該當性・違法性・責任」의 犯罪構造를 갖추고 있는 것으로 생각된다. 그렇다면 그 첫 段階로서 共犯의 修正된 構成要件의 該當性을 논함에 있어서 正犯側의 同一한 첫 段階, 즉 構成要件의 段階와의 連絡(從犯)을 생각하는 것이 論理上 타당하다고 보며, 이러한 意味에서 「最少從屬形態」의 立場이 타당하다고 생각한다. 그리고 이 立場은 教唆者・幫助者가 正犯者에게 犯罪意思를 가지게 하거나 正犯者를 도운다는 方式으로 正犯者의 構成要件實現에 加功한다는 「構成要件實現加功說」을 바탕삼아서 <個人責任의 原理>에 맞게 理論構成하며 또한 <責任個別化의 原理>에도 위배되지 아니한다.

이러한 立場에 서서 共犯의 構造를 간단히 살펴 보면 다음과 같다. ① 첫째는 「修正된 構成要件」이다. 最少從屬形態의 立場을 취하게 되면, 第31條 1項의 「他人을 教唆하여 罪를 犯하게 한 것」, 第32條 1項의 「他人의 犯罪를 幫助한 것」에 있어서의 <罪・犯罪>는 最廣義

의 것을 뜻하게 되고 거기에 正犯側의 構成要件이 「代入」되어서 비로소 個別的인 教唆犯・從犯(殺人教唆犯・竊盜從犯 등)의 修正된 構成要件이 이룩된다. 다만 여기서의 代入의 過程에서는 共犯者의 刑事責任을 問題삼는 것이므로 그만큼의 再構成이 가하여지는 수가 있다. 예를 들어서 甲이 乙을 시켜서 乙父 丙을 죽게 한 경우에는 甲은 「他人 乙을 教唆하여 <사람 丙——甲의 立場에서는 丙은 自己의 父親이 아니다——을 殺害하는 것>을 犯하게 한 것」이요 따라서 甲은 第31條 1項・第250條 1項이 적용되어서 普通殺人罪의 教唆犯이 되는데, 甲이 乙을 시켜서 甲父 丙을 죽게 한 경우에는 甲은 「他人 乙을 教唆하여 <自己의 直系尊屬 丙을 殺害하는 것>을 犯하게 한 것」이요 따라서 甲은 第31條 1項・第250條 2項이 적용되어서 尊屬殺害罪의 教唆犯이 된다. ② 둘째는 「違法性」이다. 被教唆者・被幫助者의 行爲와의 關聯下에서 教唆行爲・幫助行爲에 違法性阻却事由가 인정되지 아니하면 그 行爲는 違法하다. 예를 들어서 親舊 乙의 아들 丙이 거리에서 아주 나쁜 짓을 하고 있는 것을 본 甲이 乙에게 아들의 나쁜 버릇을 고치기 위해서 따끔하게 丙의 종아리를 몇대 때리게 한 경우에 있어서, 甲은 「他人 乙을 教唆하여 <사람 丙의 身體에 대하여 暴行을 加하는 것>을 犯하게 한 것」이요 따라서 甲은 暴行教唆者로서 修正된 構成要件에 해당하지만, 그러한 甲의 暴行教唆行爲는 被教唆者 乙의 暴行行爲(懲戒行爲)와의 關聯下에서 살펴 볼 때 「社會常規에 違背되지 아니하는 行爲」(第20條)로서 違法性이 조각되고 따라서 暴行教唆犯으로서의 犯罪의 成立이 없다. ③ 셋째는 「責任」이다. 教唆者・幫助者에게 責任이 인정되려면 그 者에 대하여 非難할 수 있어야 한다. 즉 그 者에게 責任能力이 있고 自己行爲에 대한 違法性의 意識可能性이 있고 또한 責任阻却事由가 없어야 한다.

#### 四. 結 論

共犯構造論의 構想을 要約하면 다음과 같다.

(1) 「共同正犯・教唆犯・從犯은 構成要件의 段階에서 구별된다.」 즉 <共同正犯>은 構成要件實現의 共同이란 觀點에서 共同者 相互의 構成要件의 段階에서, <教唆犯>은 構成要件實現의 惹起라는 觀點에서 正犯者의 構成要件實現에 連結된 教唆者의 修正된 構成要件의 段階에서, 또 <從犯>은 構成要件實現의 助長이란 觀點에서 正犯者의 構成要件實現에 連結된 幫助者의 修正된 構成要件의 段階에서 各者의 「構成要件該當性」이 問題되고 또한 各者는 이 段階에서 서로 구별된다.

(2) 「共同正犯・教唆犯・從犯은 各者 그 犯罪成立要件으로서 構成要件該當性・違法性・責任의 세 要件이 필요하다.」 즉 共同實行에로의 寄與, 教唆行爲 및 幫助行爲에 違法性阻却事由가 인정되지 아니하면 <違法性>이 확정되고 또 責任個別化의 原理에 따라 他者의 責任에 관계 없이 各者의 責任을 問題삼으면 된다.