

〈논 문〉

適法行爲를 이용한 違法行爲
-정당화상황야기에 의한 간접정범 성립의 제한해석-

李 用 植*

I. 들어가면서

적법행위를 이용하여 행해지는 위법한 행위로서 논의되는 것으로는 대개 다음과 같은 두가지 경우가 있다. 하나는 자기의 적법한 행위를 이용하여 위법한 행위를 하는 경우이다. 예컨대 자초방위 혹은 자초위난이라고 불리우는 소위 원인에 있어서 위법한 행위(actio illicita in causa)의 사례가 이에 속한다. 다른 하나는 타인의 적법행위를 이용하여 위법한 행위를 행하는 경우가 있다. 이는 일반적으로 적법행위를 이용하는 간접정범의 문제로서 다루어지고 있다. 양자는 모두 위법한 행위와 최종적인 결과 사이에 적법한 행위가 介在되어 있다는 점에서 유사한 법적 구조를 가지고 있다. 그러나 다른 사람의 행위가 개재되는 후자의 경우에는 문제가 공범론과 교착하게 되어 한층 복잡한 내용을 가지게 된다. 본고에서 다루어 보려고 하는 것도 바로 이러한 후자의 경우이다. 종래 이러한 적법행위를 이용하는 간접정범의 성립여부가 문제되어온 전형적인 경우는 다음의 두 가지 사례이다.

[사례1] 갑은 A의 정당방위를 이용하여 B를 살해하려고 생각하였다. 갑은 B로 하여금 A를 공격하도록 유도하였다. 갑이 의도한 대로 A는 B에 대하여 정당방위하여 B를 사망케 하였다.

[사례2] 갑은 경찰관을 이용하여 을을 체포 감금케 하려고 허위의 범죄사실을 신고하였다. 갑이 의도한 대로 경찰관은 을을 체포 감금하였다.

이러한 전형적인 경우 이외에도 적법행위를 이용하는 간접정범으로서 문제가 되는 경우는 많이 있다.¹⁾ 그런데 이와 같은 경우에 관하여는 해석론상 몇 가지

* 서울대학교 法科大學 助教授

1) 다른 사람의 구성요건해당성이 없는 행위를 이용하는 경우 예컨대 갑이 을을

문제가 있다. 먼저 타인의 적법행위를 이용하여 위법한 행위를 범한다는 것이 도대체 위법성과 공범의 본질상 가능한 것인가 하는 의문이 제기될 수 있다. 이는 위법성판단이 관여자 사이에 통일적으로 내려지는 연대적인 것인가 아니면 사람마다 달리 내려질 수 있는 상대적인 것인가 하는 논의와 관련된다. 그런데 본질적인 문제는 타인의 적법한 행위를 이용하여 위법한 행위를 하는 것이 가능하다고 하는 경우에도 이를 모두 간접정범이라고 할 것인가 하는 점이다. 만약 적법한 행위를 이용하는 모든 경우가 간접정범이 아니라면, 어떠한 경우에 간접정범이 성립되고 어떠한 경우에는 간접정범의 성립이 부정되어 -공범종속성에 관하여 제한적 종속형식을 따른다면- 불가벌이 되는가 하는 점이 문제될 것이다. 물론 이는 간접정범의 본질과 관련되는 문제이다. 그렇지만 간접정범의 본질을 어떻게 파악하건 다시 말하면 간접정범의 본질이 의사지배에 있다고 하더라도, 구체적으로 위 사례에서 과연 어떠한 경우에 갑에게 의사지배를 인정할 수 있겠는가 하는 점이 더욱 중요하다. 따라서 본고에서는 타인의 적법한 행위를 이용하는 사례에서 의사지배가 인정되는 경우와 인정되지 아니하는 경우를 구별하는 구체적 판단척도를 일응 제시하여 보려고 시도하였다.

II. 적법하게 행위하는 도구를 이용하는 간접정범 - 법질서통일의 원칙에의 모순?

A. 무죄설

1. 무죄설에 대한 검토

독일에서는 과거에 위 사례와 같은 적법행위를 이용하는 위법행위의 경우에는 범죄의 성립이 부정된다는 견해가 상당히 강력하게 주장된 적이 있었다.²⁾

강제하여 자상케 한 경우나 을의 기물을 손괴하게 한 경우도 이러한 범주에 넣어 다룰 수 있다고 생각된다. 또한 임신부를 긴급한 상태에 빠뜨려 의사로 하여금 낙태하게 한 경우도 이러한 사례에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.

2) M.E.Mayer, *Der allgemeiner Teil des deutschen Strafrecht*, 2.Aufl., 1923, S.334; Mittermaier, Gutachten über §300 RStGB, *ZStW* 21 (1901), 245; Kleinfeller, Die Anreizung des Täters durch den Angegriffenen, *GA* 64, 219f.; Mezger, Mittelbare Täterschaft und rechtswidriges Handeln, *ZStW* 52 (1932), 529. 그런데 이 문제는 독일 학설사상으로는 1930년대에 주목되기에 이르렀다. Hippel, *Deutsches Strafrecht*, Bd.II, 1930, S.471이 이를 논의하였고 Hegler, Mittelbare Täterschaft bei nicht rechtswidrigem

대표적으로 Mezger는 배후자에게 간접정범이 성립하기 위해서는 매개자가 위법하게 행위하지 않으면 안된다고 한다. 왜냐하면 매개자가 적법하게 행위하면서 동시에 또한 다른 사람(즉 배후자)의 범죄수행을 돕는다는 것은 있을 수 없다는 것이다.³⁾ 그러면서 Mezger는 정당방위를 이용하는 [사례1]에서 갑에게 간접정범을 인정할 수 없는 이유를 구체적으로 다음과 같이 제시하고 있다. 첫째로 갑에게 A의 정당방위를 이용하는 간접정범을 인정하기 위해서는, 갑으로부터 A에게 어떤 작용이 직접적으로 행해지고 있지 않으면 안된다고 한다.⁴⁾ 그런데 여기에는 의문이 있다. 예컨대 O는 Q를 강제할 것을 P에게 강요하였고 P에게 강제당한 Q가 R을 살해한 경우에, O는 P의 행위와 함께 -비록 Q에 대한 직접적인 작용이 없었지만- Q의 행위까지도 이용한 간접정범으로 인정하는 것이 타당하리라 생각되기 때문이다. 어쨌든 Mezger의 논거에 따르더라도 갑으로부터 A에게 직접적인 작용이 있을 경우, 예컨대 B로부터의 공격이 있을 것이라는 취지를 사전에 A에게 알려준 경우라면 갑에게 간접정범이 인정될 것이다. 따라서 Mezger의 이러한 논거는 간접정범을 부정하는 결정적인 것이라고는 할 수 없다. 둘째로 공격으로 유도되어 나아가 결국 사망한 B에 대한 갑의 작용이 교사에 그치는 경우에는 간접정범이라고는 할 수 없다고 한다.⁵⁾ 즉 갑이 간접정범으로 인정되기 위하여는 -정당방위를 하는 A 뿐만 아니라- B까지도 「도구와 같이 이용」하고 있지 않으면 안된다는 것이다. 구체적으로 말하면 B는 이를테면 유년자 혹은 정신병자가 아니면 안된다는 것이다. 그러나 이 점과 관련하여 Mezger에 의하더라도 만약 B가 「도구와 같이 이용」되고 있을 경우라면, 갑에게 간접정범을 부정할 이유는 없을 것이므로 이 역시 적법행위를 이용하는 간접정범을 부정하는 이유로 충분하지는 못할 것이다.

Handeln der Mittelperson, *FG-Schmidt*, 1932, S.51에서도 이 문제를 다루고 있다. 양자는 모두 이러한 경우 가벌적이라고 주장하였다. 이에 대하여 Mezger, *ZStW* 52 (1932), 529는 반론을 가하였던 것이다. 그 후에 이 문제는 그다지 논의되지 아니하다가, 1952년 독일 연방대법원의 감금죄 판결(BGHSt 3, 4)이 있었고 학계에서도 논문이 발표되었다. 대표적으로는 Less, Gibt es strafbare mittelbare Täterschaft, wenn der Tatmittler rechtmäßig handelt?, *JZ* 1951, 550; Johannes, *Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßigem Handeln des Werkzeuges*, 1963; Herzberg, *Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig oder unverboden handelndem Werkzeug*, 1967 등이 있다.

3) Mezger, *Strafrecht*, 3.Aufl., 1949, S.426.

4) Mezger, *ZStW* 52 (1932), 534.

5) Mezger, *ZStW* 52 (1932), 535.

셋째로 B가 유년자나 정신병자일 경우에는 갑에게 범죄를 인정해도 좋지만, 이 경우 갑은 A의 정당방위를 이용한 간접정범은 아니고 B에 대한 살인죄의 직접정범이 된다고 한다.⁶⁾ 확실히 이 경우는 통상적인 간접정범의 경우와는 다르며, B에 대한 직접적인 작용이 있다. 그리고 예컨대 B를 직접 이용하여 B로 하여금 맹수가 들어있는 방의 문을 열도록 하여 그를 죽게 했다가 혹은 절벽으로 유도하여 그를 떨어지게 했다가 하는 경우는 갑에게 직접정범을 인정해도 좋을 것으로 보인다. 그러나 문제사례의 경우에는 독립된 인격을 갖는 A의 정당방위라는 실행행위가 개재되어 있는 것이다. 그러므로 이를 직접정범이라고 하는 것은 타당하지 아니하다고 생각된다. 넷째로 가장 중요한 점으로서 다른 모든 논거에 앞서 적법행위를 이용하는 간접정범이라는 것은 본래 존재할 수 없다고 한다.⁷⁾ Mezger는 이 점에 관해 단지 그와 같이 말할 뿐, 이론적인 논거를 제시하고 있지는 아니하다. 그는 공범(교사범이나 방조범과 같은 협의의 공범)이 성립하기 위해서는 직접 행위자로서의 정범은 위법하게 행위하고 있지 않으면 안된다는 전제하에, 간접정범도 그 관여의 구조는 공범과 본질적으로 동일하다고 파악하였던 것으로 보인다. 단지 그 당시의 독일형법이 공범에 관하여만 규정하고 있었기 때문에, 남겨진 다른 경우는 간접정범으로 되었던 것이다(확장적 정범개념). 따라서 간접정범이 성립하기 위해서도 직접 행위자로서의 매개자는 위법하게 행위하고 있지 않으면 안된다고 Mezger는 생각한 것으로 보인다.

2. 무죄설의 극복

그런데 Mezger는 적법행위를 이용하는 간접정범은 본래 있을 수 없다는 주장을 철회하게 된다. 그 이유는 정당방위에 의해 위법성이 조각되기 위하여는 방위의사가 존재할 것을 필요로 하는데, 사례에서 매개자 A는 방위의사를 가지고 있기 때문에 위법성이 조각되지만 배후자 갑은 방위의사가 없다는 것이다. 그러므로 A는 적법이지만 갑은 위법이며, 갑에게는 간접정범이 성립된다고 한다. 이와 같이 Mezger는 방위의사에 관한 견해의 변경을 이유로⁸⁾, 적법

6) Mezger, *ZStW* 52 (1932), 536.

7) Mezger, *ZStW* 52 (1932), 529, 531.

8) Mezger는 전에는 방위의사가 필요하지 아니하다는 방위의사 불요설의 입장을 취하였었다(Vgl. Mezger, *Strafrecht*, Vorwort zur dritten Auflage XIV §60).

행위를 이용하는 간접정범의 성립을 인정하게 되었던 것이다.⁹⁾

그 후 독일에서는 적법행위를 이용하는 위법행위는 있을 수 있다는 견해가 일반화되었다.¹⁰⁾ 이는 우리나라에서도 같다. 그렇지만 그것을 인정하는 근거에 관하여는 별다른 논의가 없다. 그래서 다음에서는 적법행위를 이용하는 위법행위가 도대체 있을 수 있는 것인가, 있을 수 있다면 그 근거는 무엇인가에 관하여 간단히 살펴보기로 한다.

B. 적법행위를 이용하는 위법행위의 인정근거

적법하게 행위하는 도구를 이용하여 간접정범을 실현하는 것은 있을 수 없다는 견해는 간접정범은 다른 사람의 단지 위법한 행위에만 함께 작용할 수 있다는 의미이다. 매개자가 적법하게 행위하므로 이는 범죄에의 가담이라고 할 수 없다는 것이다. 이러한 견해는 매개자와 배후자의 가벌성을 통일적으로 파악하려는 입장으로서는, 매개자와 배후자의 형사책임을 상이하게 평가하는 것은 법질서의 통일성에 반한다고 본다. 법질서의 통일성 원칙에 의하면 위법성 판단은 전체 범행과 모든 관여자에게 객관적으로 확정되는 것이다. 그러므로 도구와 배후자가 서로 상이한 태도를 가졌다고 하더라도, 이러한 행위만가치의 다름은 고려되지 않게 된다.¹¹⁾

이와 달리 동일한 범행결과가 매개자의 관점에서는 적법하고 배후자의 관점에서는 위법할 수 있다는 견해는 위법성판단이 범행과 행위자 사이의 구체적인 관련성에 따라 상대적으로 내려지는 것이라는 점을 근거로 한다. 이는 주관적 정당화요소의 인정에 의해 확인되고 있다.¹²⁾ 즉 적법행위를 이용하는 위법행위라는 것을 원칙적으로 부정하면서, 다만 주관적인 것이

9) Mezger, *LK*, 8.Aufl., 1957, §47 Anm.96.

10) Vgl. Herzberg, *Mittelbare Täterschaft*, S.29; Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, 10.Aufl., 1995, §29 Rn.130; Jescheck/Weigend, *AT*, 5.Aufl., 1996, §62 II 3; Maurach/Gossel/Zipf, *AT II*, 7.Aufl., 1989, §48 Rn.68ff.; S/S-Cramer/Heine, 26.Aufl., 2001, §25 Rn.26; *LK-Roxin*, 11.Aufl., 1992, §25 Rn.69, 80; *SK-Samson*, 5.Aufl., 1993, §25 Rn.80ff.; Stratenwerth, *AT I*, 4.Aufl., 2001, §12 Rn.42; Welzel, *Lehrbuch*, 11.Aufl., 1969, S.104.

11) Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.Aufl., 2000, S.164.

12) *LK-Mezger*, 8.Aufl., §47 Anm.9b aa; Johannes, *Mittelbare Täterschaft*, S.30. (Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, S.164도 방위위사의 해석을 근거로 하고 있다고 볼 수 있다).

위법성의 존부에 영향을 주는 경우가 있음을 인정한다. 그리고 주관적인 것은 개별적인 것이기 때문에 그 존부에 의해 매개자는 적법하나 배후자가 위법하다는 것도 있을 수 있으므로, 적법행위를 이용하는 간접정범을 인정할 수 있다는 것이다.

C. 인정근거에 대한 검토

첫째 이 경우 배후자에게 정당방위가 성립되지 않음은 단순히 정당방위 성립에 필요한 주관적인 요건이 결여되어 있기 때문인가에 관하여는 의문이 있다. 물론 그러한 요건이 결여되어 있는지도 모른다. 그러나 배후자에게는 현재의 부당한 침해가 이미 결여되어 있다고 보아야 할 것이다. 배후자의 행위는 (A가 반격하리라는 상황하에서) B로 하여금 A를 공격하도록 유도하는 것이다. 그러나 이러한 공격유도 행위는 현재의 부당한 침해에 대하여 행하여진 것은 아니다. 정당방위가 갑에게 부정되는 것은 오히려 이러한 이유에서가 아닌가 생각된다.¹³⁾

둘째 적법행위를 이용하는 위법행위를 인정할 수 있는 근거가 오로지 주관적인 것도 위법요소가 될 수 있고 그리고 주관적인 것은 개별적인 것이기 때문이라고만 한다면, 이는 타당하지 않다고 보여진다. 그렇게 생각하게 되면 다음과 같은 경우에 간접정범의 성립을 인정할 수 없기 때문이다. 예컨대 직접행위자가 객관적 구성요건에 해당되지 않는 행위를 하는 경우 즉 직접행위자를 강제하여 자상케 하거나 직접행위자 자신의 물건을 손괴하도록 한 경우이다. 이러한 경우에는 적법행위를 이용하는 위법행위라고 인정할 수 있을 것이다. 이와 같이 생각하면 적법행위를 이용하는 위법행위를 예외라고 하기에는 너무나도 많은 경우에 이를 인정하지 않을 수 없어 보인다. 그런데 적법행위를 이용하는 위법행위가 인정되는 것은 단순히 직접행위자와 간접행위자의 주관이 다르기 때문은 아니다. 침해된 법익이 누구의 것인가 하는 객관적 사정에 의해서 위법성판단이 상대화되는 것이다. 그런데 주관적 요소만 고려하는 Mezzger의 견해에 따르면 A가 B를 강제하여 C의 물건을 손괴하도록 한 경우에 이를 보고 있던 C가 B에게 손괴하는 것을 동의했다면, (동의를 객관적인 것이기 때문에) A의 행위까지 적법하게 되어 버리는 결론에 이르게 되므로, 이는 부당하다고 생각된다.¹⁴⁾

13) 이러한 취지로는 Herzberg, *Mittelbare Täterschaft*, S.24.

14) Herzberg, *Mittelbare Täterschaft*, S.23.

셋째 위법성판단의 상대화가 생기는 것은 주로 일방에게는 위법성조각사유가 있으나 다른 자에게는 없는 경우인데, Mezger의 견해는 이때 간접적으로 관여하는 자가 어떠한 형태로 관여하는가 즉 교사를 기초지우는 정도의 관여인가 혹은 간접정범을 기초지우는 정도의 관여인가는 전혀 문제삼지 않고 있다. 야기설의 입장에 따르면 위에서 언급한 바와 같이 간접정범도 교사범과 마찬가지로 제3자를 매개로 결과에 대하여 인과적 기여를 하는 것이므로, 정당방위를 이용하는 간접정범은 정당방위를 교사하는 교사범과 그 구조에 있어서 동일한 것이 된다는 취지이다. 그런데 교사는 일반적으로 감언이나 암시 등 약한 관여방법에 의하더라도 족하다고 해석되고 있다. 즉 직접행위자에게 행위의 자유가 대폭 남겨져 있어도 좋다고 생각되는 것이다.¹⁵⁾ 그렇다면 직접행위자에게는 위법성조각사유가 있고 간접행위자에게는 없는 경우에, 간접행위자가 교사의 정도로만 관여했다면 그를 (교사로 조차도) 위법이라고 해야 할 것은 아니라고 생각된다. 즉 제한적 중속형식을 엄격히 유지해야 할 것으로 생각되는 것이다. 간접정범을 기초지우는 요건으로서 「도구와 같은 이용」이라든가 「의사지배」는 현재의 통설에 따르면 객관적인 것으로서 엄격히 해석되고 있다. 즉 직접행위자에게 행위의 자유가 거의 없는 것이다. 이러한 경우라면 간접행위자를 위법하다고 할 수 있다고 생각된다. 이와 같이 직접행위자는 적범, 간접행위자는 위법이라는 위법성판단의 상대화를 인정할 수 있기 위해서는, 위법성조각사유가 한쪽에는 있으나 다른 한쪽에는 없다는 것 이외에 간접행위자에게 간접정범을 기초지우는 사정도 필요한 것이 아닌가 생각되는 것이다.¹⁶⁾

물론 이와 같이 생각하는 것에 대하여는 「위법의 연대성 원칙」에 모순되는 것은 아닌가 하는 의문도 있다. 그러나 위법의 연대성 원칙은 정범이 적법한

15) 이러한 취지로 김일수, **새로운 형법총론**, 제8판, 2000, 530면; 배종대, **형법총론**, 제6판, 2001, 534면; 손동권, **형법총칙론**, 2001, 455면; 이정원, **형법총론**, 1999, 336면.

16) 이는 직접정범의 위법성은 다른 관여자의 행위의 위법성과는 독립적으로 그 자신의 행위에 의해 기초지워지면 족하며, 따라서 직접정범과 간접정범은 본질을 같이하는 것으로 이론구성할 것은 아니라는 생각에 기초한다. 독일에서도 매개자는 적범, 배후자는 위법이라는 판단이 먼저 이루어지고, 그 후에 행위지배에 의해 간접정범이 되는가 여부를 고려하는 입장이 강한 것으로 보인다(예컨대 Less, *JZ* 1951, 550; Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, S.165 참조). 그렇지만 행위지배가 없는 교사 정도의 관여를 했다면 -그에게 위법성조각사유가 없더라도- 처음부터 그의 행위를 위법하다고 해야 할 것은 아니라고 생각된다. Herzberg, *Mittelbare Täterschaft*, S.19는 이러한 견지에서 정범인가 공범인가의 구별이 도리어 이용행위가 적범인가 위법인가 하는 문제의 전제라고 까지 말하고 있다.

경우 거기에 관여하는 자는 「공범으로서」 위법하다고 할 것은 아니라는 제한적 종속성설에서 타당한 원칙이며, 또한 공범과 신분의 문제에서 정범의 신분이 공범에도 연대적으로 작용한다는 「공범의」 위법성에 관하여 타당한 원칙이라고 생각된다. 이와 달리 정범 내지 간접정범의 위법성은 다른 관여자의 위법성과는 독립적으로 기초지위질 것을 요하며 그것으로 족하다고 생각된다. 그러므로 정범과 공범의 구별없이 위법성의 본질로부터 곧바로 위법의 연대성이 일반적인 타당성을 갖는다고 함은 의문이다.¹⁷⁾ 결국 위법성판단의 상대성에 따라 매개자와 배후자의 가별성이 독립적으로 판단된다는 점이 승인됨으로써, 적법하게 행위하는 매개자를 이용한 자도 간접정범이 될 수 있다는 것은 오늘날 일반적으로 인정되기에 이르렀다.

III. 공범의 종속성

A. 교사범설

그런데 이론적으로 공범의 종속성 정도에 관하여¹⁸⁾ 최소종속성설을 취하는 경우에는 사례에서 갑에게 교사범을 인정할 수 있을 것이다. 최소종속성설은 공범의 정범에 대한 종속성 정도를 완화시켜, 정범이 위법하지 않더라도 공범은 위법할 수 있다고 하여 공범성립을 인정하게 된다.¹⁹⁾ 최소종속성설을 취하는 근거는 여러 가지가 있을 수 있을 것이다. 우선 정범원리로서 제한적 정범개념의 사상을 철저히 하여 간접정범의 성립범위를 가능한 한 좁히려는 생각이 그 근거에 자리하고 있다고 보여진다. 즉 간접정범을 인정한다고 하더라도 이는 직접정범과 동일한 원리에 의해 기초지위져야 한다는 생각에서 도구와 같은 이용이라든가 행위지배를 엄격하게 해석하려는 것이다. 그리고 통설은 공범이 성립되기 위해서는 정범이 위법할 것을 요구하는데, 최소종속성설은 공범의 위법성은 그 자체로 충족되면 족하다는 입장이라고 할 수 있다. 즉 위

17) 이미 Hegler, *FG-Schmidt*, S.58f.는 공범에 있어서 종속성설을 취한다고 하더라도, 간접정범은 공범종속성의 범주 밖에 존재하고 있다고 지적하였다. 현재에도 예컨대 Maurach/Gossel/Zipf, *AT II*, §48 Rn.70f.은 간접정범의 위법성은 독립적이라는 점을 말하고 있다.

18) 공범종속성에 관하여는 Maurach/Gossel/Zipf, *AT II*, §53 Rn.85ff.

19) 우리나라에서 최소종속성설을 취하는 학자는 김종원, 공범의 구조, **형사법강좌**(II), 1984, 680면.

법의 연대성이 아니라, 위법의 상대성을 원칙으로서 인정하려는 것이다.²⁰⁾

B. 최소종속성설에 대한 검토

1. 정범과 공범의 처벌근거와 관련하여

이와 같이 제한적 정범개념을 엄격히 하여 간접정범의 성립범위를 제한하려고 하는 법치국가적 이념도 결국 그와 같이 해서 간접정범 영역에서 제외된 부분이 모두 공범으로 처벌된다면 그 실질적인 의미는 그다지 크다고는 말할 수 없을 것이다.²¹⁾ 일반적으로 그러한 생각은 정범을 인정하는 데에는 엄격하지만, 공범을 인정하는 데에는 관대한 것 같이 생각된다. 도구와 같이 이용하고 있지 않다는가 행위지배가 없다는가에 대한 검토를 하지 아니하고 곧바로 공범을 인정하는 것은 성급하다고 하지 않을 수 없을 것이다. 실제로 공범으로 되지 않기 때문에 간접정범으로 한다는 소극적 이유에서 간접정범을 상당히 넓게 인정하는 생각도 없지는 않았던 것 같다. 그러나 이는 부당하다고 생각된다. 간접정범은 고유의 정범원리에 의하여 근거지워져야 하며 또한 한정되어져야 할 것이다. 그러나 마찬가지로 정범이 성립되지 아니한다는 이유만으로 공범으로 인정되어서도 아니될 것이다. 공범도 고유한 처벌의 근거와 한계가 있어야만 하는 것이다. 최소종속성설은 이 점에 충분한 배려를 하지 아니하는 쪽으로 흐를 위험이 있다. 즉 공범은 감언이나 암시와 같은 약한 정도의 관여로써도 족한데, 이에 더하여 종속성의 정도도 완화한다면 공범의 처벌범위는 부당하게 넓어진다고 생각되는 것이다. 사례와 같은 경우에 교사범을 인정한다면 매개자에 대한 관여의 방법은 일반적인 교사를 기초지우는 정도의 것이면 족하다고 할 것이다. 이에 반하여 간접정범을 인정하려는 입장에서는 매개자에 대한 관여의 방법은 교사의 정도로는 부족하고 도구와 같은 이용이나 행위지배가 있어야 한다고 하여, 처벌의 범위를 제한하려고 하는 것이다.

20) Lüderssen, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1966, S.64에 의하면 「불법개념은 상대적인 것이다. 동일한 결과를 야기했어도 그 결과가 (객관적으로) 그에게 귀속되는가에 따라 위법할 수도 있고 적법할 수도 있다. 그 자체로서 적법한 결과라든가 위법한 결과라든가 하는 것은 존재하지 않는다」고 한다.

21) 물론 미수성립의 시기에 관하여 간접정범으로 보는 입장은 이용행위시에 이를 인정하는 것이 다수설이지만, 교사범으로 보는 입장은 직접행위자의 실행착수시에 미수가 인정된다는 차이는 있다. 하지만 간접정범으로 보는 견해에서도 실행의 착수시기는 교사범설의 입장과 같이 해석할 여지는 있는 것이다.

2. 종속성 정도와 관련하여

위법의 상대성을 원칙으로서 긍정하고 공범이 성립하기 위하여는 정범이 위법할 것을 요하지 않는다는 것에는 의문이 없지 않다. 물론 정범이 위법할지라도 거기에 관여하는 자가 항상 공범으로서 위법한 것은 아니라는 의미에서 위법성은 상대적인 것이라고 할 수 있다. 직접정범이 위법이라고 하더라도 예컨대 그 범죄를 극히 가벼운 의미에서 감언한다든가 암시한 것에 지나지 않은 경우에 이것이 교사로 되는가 하는 문제는 정범의 위법성과는 독립적으로 그 자신의 행위에 따라서 검토되지 않으면 안될 것이다.

그런데 거꾸로 정범이 위법이 아니라도 공범은 위법할 수 있다고 할 수 있는가? 이 문제가 바로 제한적 종속성설과 최소종속성설의 분수령이 되고 있다고 보여진다. 지금까지는 극단적 종속성설이나 제한적 종속성설이나가 공범의 종속성 정도에 관한 주된 쟁점이었다. 현재는 제한적 종속성설이 통설이 되어 있다.²²⁾ 여기에서 더욱 종속성의 정도를 완화시키려는 입장이 최소종속성설이라고 할 수 있다. 그러나 여기에도 한계가 있는 것은 아닌가 생각해 본다.²³⁾ 정범이 구성요건에 해당하고 위법할 것은 공범이 성립하기 위한 필요조건이며 동시에 충분조건이라고 생각된다. 예컨대 C가 B에 대하여 자신을 상해하는 것을 동의한 경우에 A가 그 상해에 관여했을 경우 혹은 B가 C에 대해 징계권의 행사로서 폭행을 행하는데 A가 관여한 경우에, A를 처벌의 범위에서 제외시키기 위해서도 제한적 종속성설의 입장이 견지되어야 할 것은 아닌가 생각해 본다. 이러한 의미에서는 역시 위법성은 연대한다고 보는 편이 옳다고 생각된다.

IV. 행위지배의 구체적 판단

A. 간접정범과 행위지배설

1. 간접정범의 본질

(1) 간접정범은 정범인가 공범인가?

사례에서 교사범을 인정하는 것은 타당하지 아니하다. 그런데 극단적 종속

22) 극단적 종속성설을 취하는 입장은 신동운, **형법총론**, 2001, 581면; 신동운, **판례백선 형법총론**, 개정증보판, 1998, 550면.

23) 종속성이론에 관하여는 Stein, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, S.33ff., 100ff. 참조.

성설이나 제한적 종속성설을 취하면 문제사례의 경우 공범은 성립하지 않기 때문에 할 수 없이 간접정범을 인정한다는 단지 소극적인 근거에 통설이 기초하고 있을 뿐이라는 비판이 있어 왔다. 예컨대 Hippel에 의하면 직접행위자는 적법하게 행위하고 있는데 간접행위자는 위법하게 행위하고 있으며, 더욱이 여기에서는 가별적인 정범행위가 없기 때문에 공범은 성립할 수 없고 따라서 간접행위자에게는 간접정범이 성립한다고 말하고 있다.²⁴⁾ 즉 정범귀책이 불가결한 것으로 보이지만 이론적으로 이를 근거지우기 쉽지 않은 사례를 처리하는 보충적인 방편으로 기능하였던 것이다. 이러한 사고는 강한 비판을 받았지만,²⁵⁾ 아직까지도 약간 형태가 바뀌기는 했지만 남아있는 것으로 생각된다. 이러한 견해에 따르면 배후인물을 공범으로 처벌할 수 없는 경우에 대비하여 현저한 가별성의 공백을 메우기 위해 간접정범을 규정했다고 보고 따라서 간접정범의 본질은 공범이라고 한다.²⁶⁾ 형법 제34조 제1항이 간접정범을 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌하도록 규정하고 있다는 점과 조문의 배열순서가 독일형법과 달리 공동정범, 교사범, 종범, 간접정범의 순서로 규정되어 있다는 점을 근거로 한다.²⁷⁾ 이 견해는 우리 형법의 해석론으로서 체계성과 논리성 그리고 치밀함과 정교함을 보여 준다. 그러나 간접정범의 처벌을 공범의 예에 의하기 때문에 간접정범의 본질이 공범이라고 연결지우는 것은 지나친 감이 없지 않다. 양자는 서로 다른 문제라고 보여지기 때문이다. 또한 조문의 배열순서로부터 간접정범의 본질이 공범이라는 결론을 도출해내는 것도 무리가 따른다고 보여진다. 그리고 간접정범의 본질이 공범이라고 하는 입장도 간접정

24) Hippel, *Deutsches Strafrecht*, Bd.II, S.471.

25) 대표적으로 Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, S.97.

26) 신동운, **형법총론**, 609면; 신동운, **판례백선 형법총론**, 549-550면; 신동운, 간접정범의 본질에 관한 일고찰, **유기천교수 고회기념논문집**, 1988, 191면; 한정환, 간접정범의 고의있는 도구, **정성근교수 화갑기념논문집**, 1997, 165면; 차용석, 간접정범, **형사법강좌 (II)**, 1984, 702면.

27) 독일형법은 직접정범·간접정범·공동정범(제25조), 교사범(제26조), 종범(제27조)의 순서로 규정하고 있으므로, 다수인의 범죄참가시에 먼저 정범(간접정범·공동정범)인가를 검토하고, 정범이 인정되지 않을 경우에 교사범과 종범 여부를 심사하라는 것을 암시하고 있다(정범개념의 우위성). 이에 비해 우리 형법은 다수인의 범죄참가 형태에서 공동정범, 교사범, 종범의 순서로 심사하고 그래도 배후인물의 가별성을 인정할 수 없는 경우 마지막으로 간접정범 여부를 심사해야 한다는 것을 암시하고 있다는 것이다(신동운, **판례백선 형법총론**, 549-550면). 따라서 간접정범은 정범이 아니라 공범에 불과하다고 주장한다.

범에 공범종속성의 원칙을 적용하지는 않는 것으로 보인다. 그렇다면 공범종속성의 적용범위 밖에 존재하는 간접정범은 결국 그 본질이 공범이 아니라 정범이라고 보아야 할 것이다. 이와 같이 공범설은 우리 형법이 인정하는 두 가지 종류의 공범 즉 교사범과 방조범 이외에 제3의 공범형태를 인정해야 가능한 주장이라고 할 것이다.²⁸⁾ 또 간접정범을 공범으로 보게 되면 간접정범의 교사 또는 방조는 처벌할 수 없다는 결론에 이르게 될 것이다.²⁹⁾ 결국 간접정범은 법률에 규정된 독자적인 정범형태라고 하는 것이 통설적인 견해이다.

(2) 간접정범과 교사범 구별의 중요성

이와 같이 간접정범은 단지 공범이 아니기 때문이 아니라, 그것이 바로 정범이라는 것에 의해 기초지워지지 않으면 안된다. 간접적으로 범죄에 관여한 자가 어떠한 경우에 —공범이 아니라— 간접정범이 되는가 하는 문제는 「정범과 공범의 구별」 혹은 「간접정범의 정범성」이라는 주제로 많은 논의가 있어왔다. 정범과 공범을 구별하는 실익은 주로 미수가 언제 성립하는가 하는 데 있었던 것으로 생각된다. 물론 교사범은 정범과 동일하게 처벌되므로(제31조 제1항), 간접정범과 교사범의 구별이 실제적으로 의미가 있는가 하는 의문이 제기될 수 있다.³⁰⁾ 그런데 여기서 우리가 다루고 있는 정당화사례에 있어서는 정범과 공범의 구별이 곧 유죄나 무죄냐의 구별로 이어진다.³¹⁾ 제한적 종속성설의 입장에서 공범은 직접행위자가 적법한 경우에는 위법으로 되지 않지만, 간접정범이라면 직접행위자가 적법일지라도 위법으로 될 수 있기 때문이다. 따라서 간접정범이나 공범이냐의 구별은 바로 이 문제에 있어서 특히 중요한 의미를 갖게 된다고 할 수 있다.

2. 간접정범의 성립요건

(1) 피이용자의 형사책임 부정과 이용자의 행위지배

그런데 우리 형법 제34조 제1항은 피이용자가 처벌되지 않거나 과실범으로 처벌되는 경우에 간접정범의 성립을 인정하고 있다. 이러한 입법규정에 대하

28) 배종대, **형법총론**, 534면.

29) 김용욱, **형법연습강의**, 1999, 555-556면.

30) 한정환, **전계논문**, 170면.

31) 김일수, **형법총론**, 474면은 이 점을 지적하고 있다.

여는 간접정범의 정범표지 충족여부는 피이용자의 처벌여부와는 관계가 없다는 이유로 비판하는 견해가 있다.³²⁾ 즉 의사지배가 있더라도 제34조의 피이용자 행위유형에 해당되지 않으면 간접정범이 부정되고, 의사지배가 없더라도 제34조의 행위유형에 해당하면 간접정범을 인정해야 하므로, 현행법규정은 불합리하다는 것이다. 따라서 전자의 경우에도 (예컨대 피이용자가 처벌되더라도) 이용자에게 의사지배가 인정되면 간접정범이 되고³³⁾, 후자의 경우에는 의사지배가 부정되어 이용자는 간접정범이 아니라 교사범이 되어야 한다고 주장한다.³⁴⁾

그러나 전자의 경우에도 간접정범을 인정하는 것은 명백히 제34조의 문언에 반하는 것이므로 받아들일 수 없다. 다만 후자의 경우에 제34조가 규정하고 있는 피이용자의 행위유형에 해당하면 곧바로 간접정범이 성립된다고 해석할 필요는 없을 것이다. 즉 의사지배가 인정되지 않으면 이 경우 간접정범의 성립을 부정할 수 있다고 해석할 수 있는 것이다(가벌성요건의 제한해석). 결국 간접정범의 성립요건은 두 가지로서, 이용자에게는 의사지배가 인정되어야 하며 또 피이용자는 형법 제34조 제1항의 행위유형에 해당되어야 한다.³⁵⁾ 결과적으로 형법 제34조에 의하여 간접정범이 인정되는 범위는 행위지배설이 인정하는 범위보다 현저하게 좁다는 것을 알 수 있다. 그 이유는 제34조가 피이용자의 행위유형을 명시적으로 규율하고 있기 때문이다.

물론 이에 대하여는 제34조가 도구의 범위를 뚜렷한 근거나 필요없이 제한하여, 교활한 배후인이 정범으로 처벌되지 않게 되는 중대한 문제가 있다는 비판이 제기되고 있다.³⁶⁾ 그러나 우리 형법조문의 피이용자 행위유형은 그 배경을 보면 독일의 귀책원칙(Verantwortungsprinzip)의 학설과 맥을 같이 한다고 할 수 있다. 이는 행위자에게 범행결과에 대한 형사책임이 귀속되면 그 결과는 그의 자기책임에 의한 것이므로 그 사람만이 정범이 되고 따라서 그는 더

32) 손동권, **형법총칙론**, 403-404면; 손동권, 간접정범의 성립상 문제점, **고시연구** 1997/3, 50면.

33) 예컨대 정범배후의 정범(Tater hinter dem Tater)을 긍정하게 될 것이다.

34) 손동권, 전계논문, 57면; 하태훈, 간접정범의 피이용자의 유형, **고시계** 1998/11, 81면.

35) 이를 분명히 지적하는 것으로는 김용욱, **형법연습강의**, 556-557면. 또한 임웅, **형법총론**, 1999, 386면도 피이용자의 행위가 유책한 고의의 정범으로 평가되지 않을 것을 간접정범의 소극적 성립요건으로 들고 있다.

36) 한정환, 전계논문, 196면.

이상 도구가 아니므로 그 사람에 관여한 다른 자에게는 정범을 인정할 수 없게 된다는 것이다.³⁷⁾ 매개자는 자유로운 도구이면서 동시에 지배되는 도구일 수는 없다는 것이다.³⁸⁾ 결국 이 원칙을 따르면 처벌되는 자를 이용하는 경우 간접정범이 되지 않는다(제한원칙으로서의 기능인정). 그렇지만 거꾸로 처벌되지 않는 자를 이용하는 경우에는 언제나 간접정범이 성립한다고 보편화하는 것은 타당하지 않다고 생각된다(근거원칙으로서의 성격부정).³⁹⁾

(2) 귀책원칙에 관한 약간의 고찰

원래 이 귀책원칙은 「강요에 의한 지배」(Notigungsherrschaft)와 관련하여 정범과 공범의 구별기준으로 행위지배설에 의해 주장된 것이다.⁴⁰⁾ 이에 의하면 피이용자가 형사책임을 지지 않는 경우에만 배후자에게 도구에 대한 행위지배가 인정된다. 따라서 이 원칙은 간접정범을 제한한다는 의미를 가진 것이었다. 그러나 오늘날 이 귀책원칙은 간접정범을 제한하는 기능이 아니라, 근거지우는 기능을 하게 되었다.⁴¹⁾ 예컨대 갑이 B에게 A를 살해하지 않으면 B자신을 살해하겠다고 위협하므로 B가 A를 살해한 경우에, 생명의 위협에 처한 B는 강요된 행위에 의해 면책되고 처벌되지 않는다. 이러한 결론은 갑의 행위를 평가함에 어떠한 의미를 가지는가? 귀책원칙에 의하면 이와 같이 범행매개자

37) 교과서에서 귀책원칙이라는 용어는 사용되고 있지 아니하다. 그렇지만 임웅, **형법총론**, 385면은 피강요자의 행위가 「유책한」 고의의 정범으로 인정되는 한 강요자가 간접정범이 될 수 없다는 결론은 제34조 제1항의 반대해석으로부터 당연히 도출된다고 기술하고 있다; 이재상, **형법총론**, 제4판, 1999, 425면 각주1)은 조직적 권력구조에 의한 행위지배를 근거로 조직의 지휘자, 즉 책상위의 정범을 간접정범으로 처벌할 수 있느냐와 관련하여 피이용자에게 「책임이 있는 때에는」 공동정범이 가능할 뿐이라고 한다; 오영근, 간접정범, **고시계** 1992/10, 97면은 피이용자는 정범이 되지 않고 형법 제34조 제1항의 처벌되지 않거나 과실범으로 처벌되는 자가 될 수 있을 뿐이라고 한다. 귀책원칙에 관하여는 조병선, 국가권력을 이용한 살상행위의 배후자 : 간접정범, 공동정범 또는 교사범?, **정성근교수 화갑기념논문집**, 1997, 204면; 김종구, 정범배후의 정범이론에 대한 고찰, **연세법학연구** 제6집 제2호, 1999, 181면 참조.

38) Gallas, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, S.99.

39) Küper, Mittelbare Täterschaft, Verbotsirrtum des Tatmittlers und Verantwortungsprinzip, *JZ* 1989, 948; SK-Samson, §25 Rn.75.

40) Gallas, *Beiträge*, S.141. 그러므로 착오를 이용한 지배(Irrtumsherrschaft)의 경우에는 귀책원칙이 적용되지 않는다(Vgl. LK-Roxin, §25 Rn.73).

41) Randt, *Mittelbare Täterschaft durch Schaffung von Rechtfertigungslagen*, 1997, S.27.

가 면책되면 배후자는 간접정범이 된다는 것이다. 그러나 갑이 B에게 A를 살해하지 않으면 B의 물건을 손괴하겠다고 위협하므로 B가 A를 살해한 경우에는, 갑에 의해 야기된 상황이 강요된 행위의 경우와 같은 극심한 심리적 압박 상황이 아니므로, B는 면책되지 않는다. 이러한 결론은 갑의 행위를 B의 A에 대한 살인죄의 교사범으로 평가하게 만든다. 이러한 귀책원칙의 근거는 「직접 행위자의 책임을 형법이 부정할 정도로」 배후자가 강한 영향력을 미쳤을 때 비로소 그를 지배했다고 말할 수 있다는 것이다.⁴²⁾

이와 같이 귀책원칙이 간접정범을 근거지우는 기능은 면책적 상황의 야기라는 제한된 영역에서 타당성이 인정된 것이었다.⁴³⁾ 그러나 이를 보편화하는 것은 부당하다고 생각된다.⁴⁴⁾ 간접정범은 독자적으로 그 자신에게 정범성표지가 인정될 때 성립하는 것이지, 다른 관여자(피이용자)가 처벌되느냐에 종속되어 성립하는 것은 아니기 때문이다.⁴⁵⁾ 그렇다면 우리 형법 제34조 제1항은 귀책원칙을 간접정범성립을 근거지우는 보편적 원칙으로 보아 이를 규정한 것이라고 이해해야 하는가? 그러므로 부당한 입법인가? 정범개념의 우위성에 배치되는 입법형식인가? 제34조 제1항이 간접정범을 「근거지우는 규정」이 아니라, 의사지배에 의해 근거지워지는 간접정범의 성립을 단지 피이용자의 귀책여부에 의해 「제한하는 규정」이라고 해석한다면, 정범개념의 우위성에 반하는 부당한 입법형식은 아니라고 생각된다. 우리 형법은 간접정범을 행위지배설보다 제한적으로 인정하고 있는 것이다.

3. 행위지배의 내용

간접정범이라고 할 수 있으려면 배후자의 행위는 어떠한 성질을 갖추어야 하는가? 이에 관한 학설의 대체적인 도달점은 간접적으로 관여한 자가 직접행위자를 도구와 같이 이용하거나 혹은 행위지배가 있을 경우에 그는 간접정범이 되며, 그렇게까지 말할 수 없을 경우에는 공범이 된다는 것이다. 이러한 기준도 그 내용을 어떻게 파악하느냐에 관하여는 논쟁이 있다. 따라서 구체적으로 어떠한 경우에 그 기준이 충족되는 것인가에 관하여도 여러 입장이 있을

42) Vgl. LK-Roxin, §25 Rn.61.

43) SK-Samson, §25 Rn.74.

44) SK-Samson, §25 Rn.76.

45) Vgl. Jescheck/Weigend, AT, §62 I 1; SK-Samson, §25 Rn.76.

수 있다. 적법행위를 이용하는 간접정범의 경우도 바로 그 하나라고 할 수 있다. 최소중속형식에 의한 교사범을 인정한다면 이 경우에는 도구와 같은 이용 내지 행위지배가 없다고 하는 점을 이유로 하는 것이라고 생각해 볼 수 있다. 그러나 적법행위를 이용하는 경우에 도구로 이용하는 관계나 행위지배가 일반적으로 성립될 수 없다고는 말할 수 없다. 문제는 앞에서 제시한 사례에서 이러한 관계가 충족되느냐 혹은 어떠한 요건을 갖추었을 때 그러한 관계를 충족하느냐 하는 점이다. 특히 정당화상황을 이용한 배후자에게 간접정범을 인정하는데 필요한 구체적 요건이 무엇인가에 관하여는 문헌에서 거의 논의되지 않고 있다. 단지 「A가 선택의 여지없이 방위행위를 하지 않으면 안되었을 경우에만」 갑에게 간접정범으로서의 의사지배를 인정할 수 있다는 지적이 있을 뿐이다.⁴⁶⁾ 그렇다면 선택의 여지없이 방위행위를 하지 않으면 안되는 경우는 언제인가 하는 물음이 이어질 것이다.

B. 정당화상황의 야기에 의한 간접정범

1. 사례의 구조

[사례1]에서 갑은 B에게 A를 공격하지 않으면 B를 살해하겠다고 협박하였는데, 이는 B가 A를 공격하면 A가 정당방위로 B를 살해할 것이기 때문이었다. 그리하여 갑의 의도대로 되었다. 이 사례가 간접정범의 전형적 사례와 다른 점은 결과가 직접 도구 스스로에 의해 야기된 것이 아니라, 두 번째 매개자의 개입에 의해 비로소 발생했다는 것이다. 결국 사태는 두 명의 매개자를 통하여 진행된 것이다. 따라서 배후자 갑이 간접정범으로 인정되기 위해서는 전형적인 간접정범 사례보다 더 광범위하게 상황을 지배하는 것이 필요하다. 범행계획을 실현하기 위하여 또다른 사람의 개입이 있어야 할 경우 그만큼 범행실패의 위험은 증가하게 될 것이다. 그리고 자연과학적 인과법칙을 따르는 수단이 개재되는 경우보다 사람의 행위는 지배하기가 곤란할 것이다. 그러므로 이 경우 다수설은 행위지배설의 견지에서 간접정범이 성립하기 위하여 배후자는 두 매개자를 모두 지배해야 할 것이라고 한다.⁴⁷⁾ 즉 갑-B, 갑-A 이중

46) 박상기, **형법총론**, 전정관, 1999, 390면; 김용욱, **형법연습강의**, 575면. 또한 정성근, **형법총론**, 신판, 1998, 632면은 방위행위를 선택하지 않을 수 없는 상황을 요구하는 취지로 보인다. 오영근, 전계논문, 97면에서는 다른 행위를 선택할 여지를 주지 않을 것이라는 표현이 보인다.

의 행위지배가 요구된다는 것이다.

(1) 갑-B 관계의 행위지배

갑이 원하는 결과가 발생하기 위해서는 우선 B에 대한 지배가 필요하다. 이는 착오를 이용한 지배이든 강제를 통한 지배이든 상관없다. 갑-B 관계에서의 행위지배 여부는 통상적인 기준에 의하여 결정이 가능할 것이다. 특히 강요에 의한 지배의 경우에는 B에게 강요된 행위나 면책적 긴급피난이 인정되는 경우일 것이 요구된다고 하겠다. 이러한 때에만 갑-B 관계에서 행위지배를 인정할 수 있을 것이다.⁴⁸⁾

(2) 갑-A 관계의 행위지배

갑-A 관계를 판단하는 것은 간단하지 아니하다. 갑과 A 사이에 직접적인 영향을 주는 행위는 존재하지 아니하기 때문이다. 그렇지만 간접정범이 인정되기 위해서는 갑은 A에 대하여 행위지배를 갖지 않으면 안된다. 이때의 행위지배 여부를 어떠한 기준에 의해 판단할 것인가에 관하여는 아직 별다른 논의가 없는 실정이다. 단지 Roxin이 행위지배는 오로지 심리적인 기준에 의해서만 판단할 것은 아니므로, 배후인물이 야기한 상황으로 인해 직접행위자가 형사책임을 지지 않는 경우에는 항상 그 결과는 배후인물의 의사결정에 의한 작품으로 귀속되어야 한다고 간략하게 언급하고 있을 뿐이다.⁴⁹⁾ 결국 Roxin은

47) 김용욱, **형법연습강의**, 574면; 박상기, **형법총론**, 390면; 임응, **형법총론**, 389면 (독일에서는 대표적으로 Jescheck/Weigend, *AT*, §62 II 3; S/S-Cramer/Heine, §25 Rn.28; SK-Samson, §25 Rn.81; Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*; LK-Roxin, §25 Rn.69; Jakobs, *AT*, 2.Aufl., 1991, 21/85; Kuhl, *AT*, 3.Aufl., 2000, 20/59; Tröndle/Fischer, *StGB*, 50.Aufl., 2001, §25 Rn.3; SK-Hoyer, §25 Rn.28.). 이와 달리 정성근, 간접정범(II), **월간고시** 1987/7, 113면에서는 정당방위자를 지배하면 족하다고 한다 (이러한 입장의 독일 소수설로는 Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, §29 Rn.131; Maurach/Gossel/Zipf, *AT* II, §48 Rn.73). 그런데 정성근, **형법총론**, 632면에서는 견해를 수정하고 있다.

48) 대표적으로는 LK-Roxin, §25 Rn.62ff.; Jescheck/Weigend, *AT*, §62 II 6; Otto, *Grundkurs Strafrecht*, *AT*, 6.Aufl., 2000, §21 Rn.72; Bloy, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1984, S.345f.; Bottke, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, 1992, S.64f.; Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, S.84. 그런데 정당화적 긴급피난 정도를 기준으로 하려는 입장으로는 Jakobs, *AT*, 21/84; M.K.Meyer, *Ausschluss der Autonomie durch Irrtum*, 1984, S.157f. 그리고 제한없이 인정하는 견해로는 Schild, *Täterschaft als Tatherrschaft*, 1994, S.15f.

제2의 행위매개자가 처벌되지 않는 때에는 항상 배후자에게 행위지배를 인정하고 간접정범으로서의 귀책을 인정하는 것이다(귀책원칙의 보편성 인정). 이와 관련하여 정당화상황에 처하게 된 매개자가 배후인물에 의해 사실적으로 지배되는가⁵⁰⁾ 하는 문제를 살펴본다.

2. 정당화 상황에서의 귀책원칙 검토

(1) 정당방위의 경우

배후인물이 정당방위 행위자를 지배할 수 있다고 말할 수 있는 근거로는 모든 사람은 자기보존의 본능이 있으므로⁵¹⁾ 긴급상황에 처했을 때 자기 스스로를 방어하려고 한다는 점을 들 수 있을 것이다. 그러므로 정당화상황의 야기는 방위상황에 처한 사람으로 하여금 「일반적으로」 정당방위로 나아가게 만드는 압박작용 내지 강한 영향력을 가진다는 사실을 부인할 수 없다. 따라서 정당방위의 규범목적 내지 인정근거 중에서 자기보호의 원리에 의하면 「일반적으로」 행위지배를 인정할 수 있을 것이다. 그러나 모든 정당방위상황이 다 그러한 것은 물론 아니다. 따라서 구체적으로 어떠한 경우에 정당화상황의 야기가 매개자에게 행위지배를 인정케 하는 영향력을 가지는가 하는 점이 문제의 핵심이 될 것이다.

이에 대하여 법질서수호의 원리는 행위지배의 개념과 조화되기 어렵다. 법질서는 정당방위상황에 처한 사람에게 자신의 이익을 방위할 법적인 권능을 부여한다. 그러한 가능성을 법이 부여했다고 하더라도 이를 방위자가 현실적으로 사용해야 하는 것은 아니다. 법질서수호의 원리에서 전면에 나서는 것은 단지 법익을 보호할 법적 권능이 존재한다는 사실이지, 심리적 압박상황이 방위행위를 강제한다는 것이 아니다. 법적인 권능의 사용가능성은 대부분 방위자의 의사에 달려있다고 볼 수 있다.

(2) 귀책원칙의 적용과 행위지배의 인정여부

직접행위자에게 정당방위상황이 인정되는 두 사례를 구체적으로 검토하여

49) Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, S.168.

50) 이를 일반적으로 부정하는 견해로는 Köhler, *AT*, 1997, S.510.

51) LK-Spendel, §32 Rn.11. 또한 같은 취지의 대표적인 것으로는 이재상, **형법총론**, 215면.

본다.

[사례3] (모욕사례) A는 B에게 C를 공연히 모욕하지 않으면 B를 살해하겠다고 위협했다. C는 B의 모욕에 대해 자신의 명예를 보호하기 위하여 정당방위로 B에게 주먹을 날렸다.

[사례4] (살해위협사례) A는 B에게 C를 살해하지 않으면 B를 살해하겠다고 위협했다. B는 칼을 들고 C의 살해로 나아갔다. B에 의해 코너로 몰린 C는 A가 의도한대로 정당방위로 B를 살해하였다.

a) 귀책원칙의 적용결과

두 사례의 공통점은 C에게 정당방위상황이 존재하고 실제로 형법 제21조의 정당방위에 의해 위법성이 조각된다는 것이다. 이러한 점에서 C의 행위에 관한 법적 평가는 동일하다. 귀책원칙에 의하면 배후자인 A의 형사책임도 동일하게 평가되어야 할 것이다. A-B 관계에서 배후자 A는 B에게 말을 듣지 않으면 B를 살해하겠다고 위협하여 강요된 행위나 면책적 긴급피난상황을 야기함으로써 B에 대해 행위지배를 가진다. 귀책원칙에 의하면 A-C관계에서의 행위지배는 정당방위로 인한 C의 위법성조각(처벌되지 않는 자)으로부터 인정된다. 따라서 귀책원칙은 두 사례 모두 A에게 간접정범을 인정한다.

b) 행위지배 여부의 판단

귀책원칙에 따르면 이와 같이 두 사례에서 동일한 결론에 이르게 되지만, 양자 사이에는 사실적 관점에서 이러한 동일한 결론에 의문을 제기하게 만드는 중요하고도 본질적인 차이가 존재한다. 하나는 침해되는 법익의 성질이 상이하다는 것이고, 다른 하나는 C에게 위협상황을 피할 수 있는 현실적 가능성이 서로 다르다는 점이다.

[사례3]에서는 명예라는 법익이 침해되고 [사례4]에서는 생명이 침해될 위협에 처해 있다. 그런데 양 법익이 침해될 위협으로부터 발생하는 압박효과 내지 강제작용은 현저하게 다르다.⁵²⁾ 정당방위자의 생명을 위협함으로써 그에 대한 지배가능성을 가지게 된다는 점은 의문의 여지가 별로 없다. 이는 간접정범의 가장 강력한 지배수단이 될 것이다. 반면에 명예를 침해하는 경우 정당방위예의 압박효과나 강제작용의 정도는 낮을 것이다. 물론 이 경우에도 공격에 대하여 C의 방위행위는 존재한다. 그러나 C의

52) 법익의 종류와 무관하게 매개자를 현실적으로 지배했는가에 따라 고찰하려는 견해로는 Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, S.121ff.

방위행위가 A의 행위지배에 의한 것으로 인정하기는 어렵다고 생각된다. 그러한 동기형성의 정도가 C에 대한 의사지배라고 할 수 있을 정도인지는 의심스럽기 때문이다.

그리고 공격을 피할 현실적 가능성에서도 두 사례는 차이가 있다. [사례3]에서는 B의 공격을 그대로 감수하거나, 단순히 피하거나, 또는 고소를 제기하거나 할 가능성이 이론상으로는 인정이 된다. 물론 명예의 침해에 대하여도 정당방위가 인정된다. 이는 공격을 방어할 여러 가지 가능성이 존재함에도 불구하고, 정당방위행위로 나아갈 수 있다는 의미이다. 그렇다면 결국 정당방위상황이 방위행위를 현실적으로 강제하는 효과를 반드시 가지는 것은 아니라고 할 것이다. 단지 정당방위예의 법적인 권능을 제공할 뿐이다. 이러한 사례에서는 행위지배라는 의미에서의 매개자에 대한 지배가 극히 의심스럽다.⁵³⁾ 따라서 정당방위상황의 압박효과나 강제작용이 매개자의 방위행위에 결정적이지 아닌 경우에는 간접정범의 성립이 부정되어야 할 것으로 생각된다. 그런데 이와 달리 [사례4]에서는 이러한 문제가 제기되지 아니한다. C는 달리 행위할 가능성이 없기 때문이다. 이와 같은 사례에서 공격을 당한 자는 정당방위 행위를 하든지 아니면 자기의 생명을 희생하든지 해야 할 것이다. 코너에 몰린 C로서는 B의 공격을 피하려면 정당방위 이외의 다른 방법이 없다. 이 경우 피한다는 것은 현실적 상황으로 볼 때 불가능하다. 그러므로 이 때는 정당방위상황이 매개자의 방위행위를 압박 내지 강제했다고 볼 수 있고, 따라서 [사례3]과 달리 [사례4]에서는 정당방위자는 실제로도 도구로 지배되었다고 할 수 있을 것이다.

위의 두 사례를 통하여 볼 때, 매개자에 대한 사실적 지배는 두 가지 요소에 의해 결정된다고 말할 수 있을 것이다. 즉 침해되는 법익의 가치가 높을수록 그리고 피할 가능성이 적을수록, 정당방위 행위를 현실적으로 행하게 하는 압박효과나 강제작용은 크다는 것이다.⁵⁴⁾ 결국 행위지배 인정의 기준은 매개자에 대한 현실적인 지배여부이다. 이와 달리 귀책원칙은 제2매개자에게 위법성조각이 인정되면(=처벌되지 않는 자) 배후자에게 간접정범을 인정하기 때문

53) 정당방위상황에서는 정당방위를 피할 필요는 없기 때문에 매개자가 정당방위로 나아갈 수 있다는 점을 근거로 배후인에게 매개자에 대한 지배가 인정된다고 하는 것은 지나치다고 생각된다.

54) Randt, *Mittelbare Täterschaft*, S.53.

에, 「매개자에 대한 사실적인 지배」의 정도는 고려하지 않는다.

3. 면책적 상황에서의 귀책원칙 검토

매개자의 행위가 면책되는 상황(강요된 행위나 면책적 긴급피난의 경우)에서는 귀책원칙이 적용되어 행위지배가 인정되는지, 즉 면책적 상황이 심리적 압박효과나 강제작용으로 연결되는지를 앞에서 살펴본 정당화상황과 비교하여 구체적으로 검토해 보기로 한다. 우선 면책적 상황이든 정당화상황이든 직접 행위자 A의 법익에 대한 위협이 존재한다는 측면에서는 동일하다고 할 수 있다. 그러나 정당화상황의 [사례1]에서는 매개자가 B와 A 둘이 존재한다는 특성을 가진다. 그리하여 법익에 대한 위협은 제1매개자 B를 통해 제2매개자인 도구 A에 작용하게 된다. 이와 달리 전형적인 면책적 상황에서는 매개자에 대한 위협은 배후자로부터 직접 발생하는 경우이다. 정당화상황이든 면책상황이든 매개자의 입장에서는 피난상황이 어떠한 경로로 -즉 배후자 갑으로부터 직접적으로 혹은 B를 통해 간접적으로- 야기되었는가 하는 차이는 중요하지 아니하다. 매개자에 대한 지배여부를 결정하는데 중요한 것은 위협상황의 정도이다. 이는 중간에 개입된 사람의 수가 아니라, 개인적으로 느끼는 압박적 효과에 의하여 결정되는 것이다. 정당화상황에서 매개자 B가 배후자의 뜻에 맞게 행위한 경우에는 양자 모두 사실적 상황은 동일하다고 할 수 있다. 즉 A에게 작용하는 압박적 효과는 면책적 상황에서의 매개자가 느끼는 정도와 같다고 볼 수 있다.

그러나 정당화 혹은 면책을 가져오는 사실적으로 동일한 위협상황도 규범적으로는 상이한 측면을 가지고 있다. 면책적 긴급피난에서 면책은 침해되는 법익이 생명·신체·자유와 같은 높은 가치의 법익의 경우에 제한적으로 인정되는 것이 원칙이다.⁵⁵⁾ 이에 비하여 정당방위 상황은 이보다 매우 넓게 인정된다. 정당방위할 수 있는 법익에는 제한이 없어서 생명·신체·자유 이외에 재산이나 일반적 인격권 그리고 그밖의 다른 이익도 정당방위에 의해 보호된다. 따라서 귀책원칙에 따르면 면책사례에서는 배후자가 매개자에게 생명·신체·자유와 같은 고도의 인격적 법익을 침해하는 상황을 야기했을 때 배후자는 간접정범이 되며, 정당화사례에서는 모든 법익에 간접정범이 인정될 수 있다는

55) 김용욱, **형법연습강의**, 304면. 또한 손동권, **형법총칙론**, 175면도 같은 취지로 보인다. 배종대, **형법총론**, 323면은 생명·신체에 제한하고 있다.

결론에 이르게 될 것이다.

그렇다면 직접행위자에게 동일한 정도의 법익침해 위협을 야기하는 상황을 Randt가 들고있는 예를 기초로 살펴보기로 한다.⁵⁶⁾

[예1] (면책적 상황) A는 B에게 C를 살해하지 않으면 B의 주식을 불태워버리겠다고 위협하였다. B는 C를 살해하였다. 이 경우 B는 면책되지 아니한다. 따라서 귀책원칙에 의하는 경우 배후자 A에게는 「B의 살해행위에 대해」 단지 살인죄의 교사범이 고려될 수 있을 뿐이다.

[예2] (정당화 상황) A는 C의 정당방위를 이용해 B를 살해하려는 의도로 B에게 C의 주식을 불태워버리지 않으면 B자신을 살해하겠다고 위협하였다. B가 C의 집에서 C의 주식에 불을 붙일 때 C가 들어왔다. C는 자신의 재산에 대한 공격을 오로지 B를 살해함으로써만 방위할 수 있었다. 이 경우 B의 C에 대한 공격은 긴급피난으로서, 그리고 C는 B에 대한 정당방위로 위법성이 조각된다. 따라서 귀책원칙에 의하는 경우 배후자 A에게는 「C의 살해행위에 대해」 살인죄의 간접정범이 인정될 것이다.

그런데 배후자 A는 매개자([예1]에서는 B, [예2]에서는 C)에게 주식을 불태운다는 동일한 영향을 주는 행위를 하였다. 그럼에도 불구하고 귀책원칙에 따르면 [예1]에서는 교사범, [예2]에서는 간접정범으로 처벌된다. 그렇지만 양자의 경우 모두 동일하게 직접행위자에게 재산손괴의 위협을 행하였던 것이므로, 이같은 동일한 영향력행사 행위에 대하여는 동일한 가벌성효과를 인정하는 것이 타당할 것이다. 그러므로 귀책원칙을 적용함에 따르는 이러한 모순된 평가는 받아들이기 어려운 것으로 보인다. 앞에서 살펴본 바와 같이 생명·신체·자유와 같은 고도의 인격적 법익이 침해되는 면책적 상황에서는 매개자에게 면책이 인정되면 배후자에게 행위지배가 인정되므로 귀책원칙에 따라 간접정범을 인정할 수 있다. 그러나 정당화 상황에서는 배후자의 간접정범 인정여부는 매개자에게 위법성조각이 인정되는 경우에 또한 그가 두 명의 도구를 지배·조종했는가 하는데 달려있다.

4. 정당화 상황에서 배후자의 행위지배 판단기준

(1) 중대한 법익에 대한 정당방위상황의 야기

이와 같이 귀책원칙에 의한 간접정범의 인정은 문제가 있다. 귀책원칙은 행

56) Randt, *Mittelbare Täterschaft*, S.55.

위지배설을 지나치게 도식화하는 결과를 낳았다. 따라서 「매개자에 대한 현실적 지배」라는 척도와는 원칙적으로 일치되지 않는다. 배후자가 매개자나 매개자 가족의 생명·신체·자유와 같은 고도의 인격적 법익을 침해하는 면책적 상황을 야기하는 경우에는 이것이 심리적 압박과 강요작용을 하므로 매개자에 대한 행위지배를 배후자에게 인정할 수 있다. 그러면 정당화상황의 [사례1]에서 배후자 갑이 매개자인 방위행위자 A를 이용 내지 지배하고 있다고 말하기 위해서는 어떠한 상황에 있는 것이 필요할 것인가? 귀책원칙을 근거로 배후자의 의도한 대로 「A가 정당방위를 했다는 사실」만 있으면 족하다는 견해도 있다. Roxin에 의하면 행위지배의 개념은 실정법상의 것이기 때문에 직접행위자가 배후자에 의해 야기된 상황에 의해서 형법상 처벌되지 않을 때에는 언제나 행위지배는 있다고 생각해야 할 것이기 때문이라는 것이다.⁵⁷⁾ [사례1]에서 B가 개입되어 있어도 행위지배가 있는가 하는 문제와 관련하여 정당방위를 행하는 경우에는 그것이 필요했던 것이었으니 행위지배는 항상 있다고 하는 것이다. 따라서 항상 간접정범이 성립된다고 생각하는 듯하다.⁵⁸⁾ 그러나 앞에서 검토한 것처럼 귀책원칙을 근거로 정당화사유에 의해서 직접행위자가 형사책임을 지지 않는다고 하는 단지 그것만으로는 간접정범을 인정하기에 충분하지 않다고 생각된다.⁵⁹⁾ 다른 사람의 영향을 받아 범죄행위로 나아가는 사람은 모두 어느 정도는 일정한 동기압박에 의해서 범행을 결의한 것이라고 말할 수도 있기 때문이다. 그러므로 이론적으로 직접행위자가 형사책임을 부담하느냐 아니냐 하는 문제와 배후자가 간접정범으로 되느냐 하는 문제는 별개의 것이라고 생각된다. 간접정범의 정범성은 그 자체로 근거지워질 것을 요하는 것이다. 즉 간접정범을 인정하기 위해서는 단지 직접행위자의 행위가 배후자의 행위의 결과로서 행해지고 그것이 배후자가 의도한 대로 였다는 사정만으로는 불충분하다고 생각되어지고 있음이 일반적이라고 보인다. 결국 배후자는 자기의사대로 매개자가 「방위행위를 할 객관적 가능성이 높은 정당방위상황」을 야기해야 하고, 그 결과 매개자가 정당방위를 행한 것이어야 할 것이다. 모든 정당방위상황의 야기가 아니라, 배후자와 매개자 사이에 이러한 행위지배의 요건을 충족하는 정당방위상

57) Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, S.167f.

58) 같은 취지로는 Jescheck/Weigend, *AT*, §62 II 3.

59) Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, S.99는 직접행위자가 정범으로 처벌되지 않을 때 배후자에게 간접정범이 성립된다는 이러한 논리를 형식적·소극적 정범이론이라고 비판한다.

황을 야기하는 경우에만 간접정범을 인정할 수 있을 것이다. 즉 매개자의 생명·신체·자유와 같은 고도의 인격적 법익을 침해하는 정당방위상황을 야기한 경우에만, 도구에 대한 행위지배를 인정할 수 있고 따라서 간접정범이 될 수 있다고 해석하는 것이 타당하다고 생각된다.⁶⁰⁾ 범행매개자의 생명이라는 법익침해의 위험을 배후자가 야기하면 그 범행매개자는 지배된다는 점에는 별다른 의문이 없다. 신체나 자유와 같은 법익에 대하여는 단순한 위험이 아니라, 현저히 심한 침해가 있을 경우에 한하여 범행매개자는 지배된다고 보여진다.⁶¹⁾ 단순한 영향을 주는 행위(교사범)와 정범을 인정할 정도의 지배(간접정범)는 구별되어야 하기 때문이다. 이러한 경우에만 범행매개자를 자기의사에 의하지 않은 행위로 나아가게 할 수 있다. 그 밖의 정당방위상황 야기는 도구를 지배할 수 없어 간접정범이 부정된다고 보아야 할 것이다.

(2) 사례에의 적용

이렇게 해석하는 경우 [사례1]은 (i) 갑-B 관계에서 갑은 B의 생명에 대한 긴급피난상황을 야기함으로써 B에 대하여 행위지배를 가진다. (ii) 갑-A 관계에서는 A가 정당방위상황에서 방위행위로 나아가 위법성이 조각된다는 사실만으로는 갑의 A에 대한 행위지배가 인정되지 아니한다. A의 정당방위상황이 생명이라는 중대한 법익침해의 위험이 있는 경우이고, 생명의 위험은 정당방위행위로 나아가게 하는 가장 결정적인 행위동기가 되므로 행위지배를 근거지워준다. 도구에 대한 행위지배의 판단기준은 매개자가 형사처벌되느냐 여부가 아니라, 중대한 법익에 대한 위험상황의 야기인 것이다. [사례3] 모욕사태에서도 귀책원칙에 의하면 A에게 간접정범이 인정되지만, 명예에 대한 정당방위상황은 행위지배를 근거지운다고 해석할 수 없다. 따라서 간접정범은 인정되지 아니한다. [예2]에서는 귀책원칙에 따르면 A는 C가 정당방위로 살해한 B의 사망결과에 대해 살인죄의 간접정범이 된다. 그러나 위와 같이 해석하면 A-B 관계에서는 행위지배가 존재하지만, C의 재산에 대한 침해로는 C를 배후

60) 이는 면책적 긴급피난상황이 인정되는 법익의 제한해석(주55)은, 정당방위상황에서 의사지배가 인정되어야 할 간접정범의 경우에도 적용될 것이 요구된다고 하는 것이 타당하다고 보기 때문이다.

61) Vgl. Tröndle/Fischer, §35 Rn.4f.; LK-Hirsch, §35 Rn.14, 16; Jescheck/Weigend, AT, §44 I II; Lackner/Kühl, StGB, 23.Aufl., 1999, §35 Rn.3; Stratenwerth, AT, §10 Rn.105.

자의 도구로 지배할 수 없다. 따라서 A는 간접정범이 되지 아니한다.

정당화사례에서 간접정범이 부정되면 -제한적 종속성설에 의하여- 교사범도 성립되지 아니하여 불가벌이 된다. 이러한 결론에 대하여 형사정책적으로 찬성할 수 없는 입장에서는 두 가지 해결방법을 생각해 볼 수 있을 것이다. 우선 이와 같이 가치평가적으로 보아 교사범에 해당되어야 할 사례에서 교사범으로 처벌할 수 없는 경우에는 보충적 장치로서 간접정범의 적용을 확대하는 것이다. 그러나 이는 형법이론적으로 난점이 있으며, 정범과 공범의 구별을 불분명하게 만들기 때문에 바람직하지 않은 것으로 보인다. 다른 방법은 공범종속성의 이론을 다시 정립하는 것이다. 특히 처벌상의 난점이 제한적 종속성설 때문에 나타나는 경우들이 있다. 그럼에도 불구하고 제한적 종속성설의 입장을 견지해야 한다면 그에 따른 결과는 수용해야 할 것으로 보인다.⁶²⁾

C. 정당행위에 의한 간접정범

[사례2]의 경우에 관하여는 독일판례가 감금죄의 성립을 인정할 때가 있었다.⁶³⁾ 그러나 이 경우에 경찰관을 이용·지배하고 있다고 할 수 있는가는 상당히 어려운 문제이다. 정당방위상황의 이야기에 의한 경우와는 구조적으로 달리, 배후자는 기망을 통해서 「직접적으로」 매개자인 경찰관에게 영향을 주었다. 이 경우 도구는 적법하게 행위하고 있을 뿐만 아니라 착오가 있다. 즉 배후자는 경찰관을 착오에 빠지게 하였으므로, 도구에 대해 우월한 인식에 의한 지배를 인정할 수도 있을 것이다. 즉 이 경우 지배·이용을 인정한다면 그것은 경찰관을 착오에 빠지게 한 것을 이유로 하고 있다는 것이 일반적이다.⁶⁴⁾

그러나 경찰관은 을을 감금하였기 때문에 범익침해의 사실을 알고 있다. 따라서 이는 소위 동기의 착오에 불과한 경우는 아닌가 의문이 있다. 뿐만 아니라 경찰관은 간접행위자의 거짓말을 일단 의심하고 그 요구를 거절할 수도 있었던 것이다. 그럼에도 불구하고 경찰관을 지배·이용하고 있다고 할 수 있는가 하는 의문이 있다. 간접행위자의 행위의 결과로서 적법한 직무행위가 행해졌다는 사실만으로 갑에게 간접정범을 인정할 것은 아닌 것으로 생각된다. 그

62) Vgl. Kohler, AT, S.506.

63) BGHSt 3, 4.

64) Vgl. Ebert, AT, 3.Aufl., 2001, S.196; Kühl, AT, 20/58; Freund, AT, 1998, §10 Rn.56ff.

렇기 때문에 독일에서는 간접행위자가 진실을 말했을 때에는 행위지배는 없다는 데 학설은 일치하고 있다.⁶⁵⁾ 이것은 일견 당연한 것인 듯 하지만 나치체제 하에서 히틀러를 비판하는 행위를 남편이 했다고 처가 신고하여 감금시킨 경우에, 그것이 진실이었음에도 불구하고 1949년에 OLG Bamberg는 감금죄의 성립을 인정하였다.⁶⁶⁾ 그러나 이것은 많은 학설에 의해서 비판되었다.⁶⁷⁾ 그 후 연방대법원은 이러한 경우에는 간접정범을 부정하였다.⁶⁸⁾ 물론 그 이유는 직무행위가 적법하고 위법성판단은 모든 관여자에게 통일적으로 이루어져야 하므로 피고인은 위법하게 되지 않는다는 데 있었다.⁶⁹⁾ 그러나 이미 앞에서 말한 바와 같이 직무행위가 적법할지라도 배후자는 위법할 수 있다. 결국 진실을 말한 것에 지나지 않은 때에는 지배·이용을 인정할 수는 없기 때문이라는 것이 보다 정확한 이유라고 생각된다.⁷⁰⁾ 그런데 허위의 사실을 말해서 직무행위가 행해졌다는 사실만으로는 간접정범을 인정하기에 불충분한 것은 아닌가 생각된다. 예컨대 피해자 을에게 이미 상당한 혐의가 있었으나 체포를 주저하고 있었던 경우에, 갑의 허위의 신고가 있었기 때문에 체포하였다면 갑의 행위는 단지 하나의 조건에 지나지 않는다고 보인다. 즉 갑이 경찰관을 지배했다고는 볼 수 없다고 보여진다. 경찰관에 대한 갑의 행위지배가 인정되기 위해서는 갑이 경찰관을 갑의 의사에 따라 행위하게 만드는 객관적 가능성이 있는 상황을 만들어내고 그 결과 직무행위가 행해졌을 것을 요한다고 생각된다.

65) LK-Roxin, §25 Rn.81; Eser, *Studienkurs Strafrecht II*, 3.Aufl., 1980, Nr.38 Rn.22; Maurach/Gossel/Zipf, *AT II*, §48 Rn.74, Jescheck/Weigend, *AT*, §62 II 3; Stratenwerth, *AT I*, §12 Rn.43. 우리 나라에서 이 점을 지적하고 있는 것으로는 배종대, **형법총론**, 539면; 이재상, **형법총론**, 423면.

66) OLG Bamberg DRZ 1950, 302.

67) OLG Bamberg NJW 1950, 35 m. Anm. von Weber; Welzel, Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre, *S/JZ* 1947, 649.은 주관적 정범론에 의하면 이러한 결론은 불가피한 것으로 보고, 여기에 주관적 공범론의 하나의 결함이 있다고 한다.

68) BGHSt 3, 110.

69) BGHSt 3, 114f.

70) 이재상, **형법총론**, 423면. Herzberg, *Mittelbare Täterschaft*, S.35에 의하면 이 경우 배후자는 사정을 보다 잘 알고 있다는 것(Mehrwissen) 때문에 행위지배가 있다고 한다. 또 Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, S.231; LK-Roxin, §25 Rn.96은 이 경우 직접행위자는 구체적인 행위의 의미(den konkreten Handlungssinn)를 알지 못하기 때문에 간접정범이 된다고 한다. 이들이 말하는 것은 배후자가 도구보다 우월적 인식이 있기만 하면 혹은 직접행위자가 행위의 구체적 의미를 알지 못하면, 그것만으로 행위지배가 인정된다는 것이다.

그러므로 단순히 죄를 범하였다는 허위의 신고가 아니라, 경찰관에게 혐의와 체포를 인정시키기 위한 구체적 사실을 들어 신고하는 경우에 제한되어야 할 것이다. 예컨대 허위의 내용이 중대한 범죄에 관한 것이고 또한 도주의 염려가 크며, 을이 그 범죄를 확실히 범했다고 경찰관에게 합리적으로 의심시키는 경우이다. 이러한 요건을 갖춘다면 갑의 경찰관에 대한 행위지배가 인정되고 따라서 간접정범을 인정할 수 있을 것으로 보인다.

[실례] 갑은 경찰관에게 A가 오랫동안 수배중인 살인범 B이며 도주하려 한다고 허위로 신고하였다. 실제로 A는 수배중인 B와 외모가 흡사하였다. 또 실제로 장기 해외여행을 떠나려고 하였었다. 따라서 도주의 염려가 있다고 판단할 상당한 이유가 있었다. 경찰관으로 하여금 A를 체포케 하려고 갑은 그렇게 말한 것이다.

범죄의 혐의가 있을 때에는 수사기관은 수사를 개시하여야 한다(형사소송법 제195, 196조 수사법정주의). 수사법정주의에 따라 수사기관은 그 범죄혐의를 밝힐 의무를 가진다. 이러한 의무를 다하지 않으면 직무유기죄(형법 제122조)로 처벌된다. 그렇다면 경찰관으로 하여금 수사행위로 나아가게 만드는 것은 허위의 혐의라기 보다는 수사법정주의와 그에 따른 형사처벌이라고 할 수 있을 것이다. 혐의에 근거가 있을 경우 수사하지 않으면 형사처벌의 가능성(자유형)이 열려 있다. 따라서 경찰관은 -그 혐의가 근거없다는 것을 알지 못하는 한- 수사행위로 나아가지 않을 수 없다. 그러므로 [실례]와 같은 경우에도 의사지배의 중점은 착오에 의하는 지배라기 보다는 강제에 의하는 지배에 있는 것이라고 볼 수 있다.⁷¹⁾ 또한 [실례]에서는 긴급성으로 인하여 경찰관의 판단여지를 축소시키고 수사행위로 나아가지 않을 수 없는 이유가 추가적으로 존재한다.

V. 논의의 요약

이상에서 살펴본 바와 같이 적법행위를 이용하는 간접정범은 직접행위자가 적법하게 행위하기(처벌되지 않기) 「때문에」 인정되는 것이 아니라, 적법하게 행위함(처벌되지 않음) 「에도 불구하고」 어느 일정한 전제가 있는 경우에만

71) Randt, *Mittelbare Täterschaft*, S.93. 그렇지만 물론 양자가 결합된 경우라고 해석할 수도 있을 것이다.

인정되는 것이다.⁷²⁾ 이 일정한 전제라는 것은 다른 간접정범 유형에도 모두 요구되는 정범성표지인 행위지배이다. 그러므로 적법행위를 이용하는 간접정범은 그 자체로서 독립된 의의를 가지는 간접정범의 하나의 특별한 유형은 아니라고 할 것이다. 적법행위를 이용한 간접정범은 그것이 인정된다고 해도 적법행위하는 점에 근거가 있는 것이 아니라, 간접정범을 근거지우는 다른 사정(즉 행위지배)에 근거를 갖는다는 것으로서, 만일 그 다른 근거가 없으면 간접정범은 성립되지 않는다. 즉 귀책원칙은 행위지배를 근거짓는 보편적 이론이 될 수는 없다. 귀책원칙은 단지 면책적 상황이라는 제한된 영역에서 타당한 결론에 이를 수 있을 뿐이다. 정당화상황에서 귀책원칙의 적용은 행위지배설의 기본적 입장과는 거리가 멀다. 매개자가 재물을 지키기 위해서 신체에 반격하는 경우나 제3자를 위해 방위하는 경우에도 그를 「도구와 같이 이용」하고 있다고 볼 수는 없기 때문이다. 직접행위자가 적법하게 행위한다고 해도 그것만으로는 배후자에게 행위지배를 인정하기에는 불충분하다. 매개자의 생명·신체·자유와 같은 중대한 법익이 심각한 정도로 위협받게 될 때 비로소 그에 대한 행위지배를 인정할 수 있을 것이다. 또한 수사기관에 허위사실을 신고하여 다른 사람을 체포케 하는 경우에는 혐의를 증명하는 구체적 근거를 들어 신고하는 때에 한하여 간접정범이 인정될 수 있다. 그리고 이때는 착오에 의한 지배라기 보다는 강제에 의한 지배로 보는 것이 타당할 것으로 생각된다. 이 경우 행위지배는 일정한 혐의가 있으면 수사행위로 나아가야 한다는 수사기관의 의무에 근거한다고 보여지기 때문이다.

72) Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, S.93.

〈Résumé〉

Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig handelndem Tatmittler

Prof. Dr. Yong-Sik LEE*

Der Beitrag befasst sich mit der Fallgruppe des gerechtfertigt handelnden Werkzeuges. Die Tatherrschaft der mittelbaren Täterschaft liegt in der tatsächlichen Beherrschung des Tatmittlers. Im Rahmen der Notigungsherrschaft wird diese durch Verantwortungsprinzip gelöst. Die Tatherrschaft orientiert sich damit an der strafrechtlichen Verantwortung des Vordermanns orientiert. Das Verantwortungsprinzip führt für den entschuldigt handelnden Tatmittler zu adäquaten Ergebnisse. Im Bereich der Rechtfertigungslagen kann aber nicht in allen Fällen von einer tatsächlichen Beherrschung des Tatmittlers gesprochen werden. Diese Friktion des verantwortungsprinzips können nur dadurch vermieden werden, dass ein einheitlichen Maßstab der gesamten Notigungsherrschaft zugrundegelegt wird. Die Entschuldigung beruht auf der psychologischen Zwangswirkung, die auch für das Herrschaftskriterium der mittelbaren Täterschaft gelten soll. Der Täter hat also die Tatherrschaft inne, wenn er eine gegenwärtige Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit für den Tatmittler schafft. Die Schaffung dieser Situation begründet die Tatherrschaft. Dieses psychologische Verständnis der Tatherrschaftslehre gestaltet somit den Begriff der Tatherrschaft inhaltlich sinnvoll aus. Der Eintritt der Rechtsfolge der Rechtfertigung des Tatmittlers ist darüber hinaus auch für die Frage der mittelbaren Täterschaft relevant, weil kStGB ausdrücklich Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortung fordert.

Die Äußerung von unwahren Tatsachen gegenüber den Ermittlungsbehörden

* College of Law, Seoul National University

liegt wohl in der Notigungsherrschaft aber mit etwa Irrtum. Die Tatherrschaft gründet sich hier auf die Verpflichtung der Ermittlungsbeförden, bei Vorliegen bestimmter Verdachtsmomente tätig zu werden.