

형법 제33조의 법적구조에 관한 입법론적 연구

A Legislative Study on the Legal Structure of Criminal Law Article 33

박 광 현*
Park, Kwang-Hyun

목 차

- I. 서 론
- II. 형법상 신분개념
- III. 형법 제33조 해석론상 문제점
- IV. 공범과 신분규정에 대한 입법론적 검토
- V. 결 론

국문초록

현행 형법 제33조는 일정한 신분범을 실현하는데 있어서 신분 있는 자와 신분 없는 자가 함께 공범으로 관여되었을 경우에 신분 없는 자를 예외적으로 처벌하는 규정으로서 처벌범위를 확대하고 있다. 신분범에 있어서는 신분이라는 개념이 매우 중요한 의미를 갖는데 신분이 있음으로써 범죄가 성립되거나 그 형이 가감되기도 하며 또는 신분에 의해 행위의 위법성이 조각되거나 책임이 조각되거나 면제되는 경우도 있기 때문이다.

그러나 우리 형법은 신분에 관한 개념정의가 없어 이에 관하여 학설과 판례

논문접수일 : 2012.06.28

심사완료일 : 2012.07.25

게재확정일 : 2012.08.02

* 법학박사·전남대학교 법학과 시간강사

에 일임하고 있다. 특히 형법 제33조는 입법과정에서 외국의 입법례를 많이 참조하였는데 그 규정형식과 내용이 독일형법 제28조나 일본형법 제65조와는 매우 다르며 규정의 불명확성으로 인하여 해석에 있어서 다양한 학설이 주장되고 있다. 이러한 문제인식 하에 신분 및 형법 제33조의 법적구조를 살펴본 후 개선방안으로써 입법론을 제시하고자 한다.

주제어 : 공범, 신분범, 위법신분, 책임신분, 형법 제33조, 구성적신분범, 가감적신분범

1. 서론

형법 제33조의 공범과 신분은 신분이 범죄의 성립이나 형의 가감에 영향을 미치는 경우에 있어서 신분 있는 자와 신분 없는 자가 공범관계에 있을 때에 특히 신분 없는 자를 어떻게 취급할 것인가에 관한 문제를 말한다. 왜냐하면 모든 사람이 모든 범죄를 범할 수 있는 것이 아니라 정범이 되기 위해서는 행위자에게 특별한 신분을 요구하는 경우가 있고 처음부터 일정한 자격이나 지위를 가진 자만을 범죄의 주체로 한정하거나 이러한 자격이나 지위에 의해 형의 경중이 가려지는 신분범의 경우에 범죄를 2인 이상의 다수가 참여하여 실현했는데 다수참가자들 가운데서 일부의 자만이 이러한 신분을 갖추고 있다면 신분이 갖는 '一身的 性格'으로 인하여 공범의 종속성이나 가벌근거와 같은 공범의 일반이론을 바로 적용할 수 없기 때문이다. 이로 인해 비신분자의 처벌에 흠결이 생기는데 이는 공범영역에서 출발하여 범죄론체계 전체와 관련을 맺고 있다.¹⁾ 다른 한편으로는 형법 제33조는 신분범에 있어서 처벌의 범위를 신분이 없는 자에게까지 확장시키는 근거규정으로 작용하므로 엄격한 해석을 통해 그 적용의 범위를 확정해야 한다는 규범적 요청도 있다.²⁾

현행 형법규정은 신분의 개념에 관한 규정이 없고 학설과 판례에 위임하고

1) 안동준, "형법 제33조의 구조에 관한 간략한 해명", 「법학논총」 제4권, 조선대 법학연구소, 1998, 225면.

있는 실정인데 형법 제33조의 공범과 신분을 논하기 위해서는 신분범의 정의 및 신분범 여부의 판단이 선결문제로서 검토되어야 한다. 특히 형사법상 준강도죄, 강도강간죄, 강도살인죄 및 성폭력처벌법, 특가법상의 일부범죄들은 범죄의 주체가 “절도”, “강도”, “범죄를 범한 자”와 같이 특별한 행위주체만이 범죄를 범할 수 있는 신분범과 같이 규정되어 있고 판례도 신분범으로 파악하고 있는데 이러한 범죄의 법적성격에 관해서는 학설이 대립되고 있으므로 이에 관한 검토도 요구된다.

공범과 신분이 논의되는 이유는 공범의 종속성과 독립성에서 기인한다.³⁾ 정범에 공범과 신분은 순수하게 이론적으로만 따졌을 때 공범종속성설에 의하면 협의의 공범은 독자적으로 그 가벌성을 띠는 것이 아니고 정범에 종속해서 성립하고 그 종속성의 정도에 있어서 제한적 종속형식을 따른다면 정범의 불법내용은 공범에게 영향을 주지만 정범의 책임내용은 공범에게 영향을 주지 않는다. 이에 반해 공범독립성설에 의하면 비신분자는 신분범의 공범이 성립하지 않으므로 비신분자가 구성적신분범에 가담한다면 비신분자는 불가벌이 되고 가감적신분범에 가담한다면 신분 없는 자에 대한 일반범죄의 공범이 성립한다는 결론이 된다. 그러나 현행 형법 제33조는 “신분관계로 인하여 성립될 범죄에 가공한 행위는 신분관계가 없는 자에게도 전3조의 규정을 적용한다. 다만 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우에는 중한 형으로 벌하지 아니한다.”고 규정하여 본문은 비신분자에게도 신분범의 공범의 성립을 인정하고 있으므로 공범종속성설의 입장에서 신분의 연대작용을 규정하고 단서는 공범독립성설의 입장에서 신분 또는 책임의 개별성을 규정한 것으로 해석되는데 이것은

이론상 처벌		형법 33조	
공범 종속성설	정범에 종속(제한적 종속형식) 비신분자도 신분범의 공범성립(연대작용)	본문	공범종속설의 입장 (신분의 연대성)
공범 독립성설	각자 독립적으로 판단 비신분자는 신분범의 공범이 아님(개별작용) 구성적신분범인 경우 비신분자는 불가벌 가감적신분범인 경우 비신분자는 일반범의 공범	단서	공범독립성설의 입장 (신분의 개별성)

- 2) 권오걸, “이중신분범과 형법 제33조”, 『법학연구』 제42집, 한국법학회, 2011, 195면; 이인영, “형법 제33조 규정의 입법연혁과 해석론”, 『형사법연구』 제18권, 한국형사법학회, 2002, 253면.
3) 송희춘, “공범과 신분에 관한 연구”, 『논문집』 제15권, 동신대학교, 2005, 33면.

공범종속성설과 독립성설의 입장을 절충한 특별규정으로 이해되며 형법 제33조가 적용될 경우에는 공범의 일반규정이나 일반이론은 배제된다.⁴⁾

그리고 공범과 신분에 관한 문제는 신분범과 공범의 두가지 이론상의 논점이 복합되어진 영역으로서 신분의 개념과 그 분류방법 및 공범의 본질론이 병존하는 난해한 분야 중의 하나이며⁵⁾ 소극적 신분에 관한 규정이 없는 등 이에 대한 해결을 이론에 맡기는 부분도 적지 않다.⁶⁾

문제되는 것은 신분의 개념 및 형법 제33조 규정의 불완전성으로 말미암아 발생하는 본문과 단서의 관계 및 해석에 관하여 학설과 판례의 견해가 일치하지 않고 있다는 점이다. 그러므로 우선 신분개념을 확정된 후 신분범에 관하여 살펴보고 형법 제33조 본문과 단서의 관계 및 해석론에 관한 학설과 판례의 태도를 바탕으로 공범과 신분문제를 검토한 후 입법론을 제시해 보겠다.

II. 형법상 신분개념

1. 신분의 의의

모든 형법상의 범죄는 객관적 구성요건에 '행위주체'를 필수적인 요소로 포함한다.⁷⁾ 현행 형법 제33조는 '공범과 신분'이라는 표제 하에 신분범에 관한 규정을 두고 있으나 신분관계 자체에 대해서는 개념정의를 제시하지 않고 학설과 판례⁸⁾에 맡기고 있으므로 동법 제33조에 근거하여 신분개념을 정립해야

4) 행정범의 공범규정에 형법총칙의 공범규정을 배제하는 명문규정이 없는 경우 행정형법에 대한 형법총칙의 공범규정을 적용할 수 있는지에 대해 학설대립이 있다. 이규호, "신분범과 공범에 관한 연구", 「법학연구」 제2집, 한국법학회, 1999, 285면.

5) 정성근, "공범과 신분", 「성균관법학」 제1권 제1호, 성균관대 비교법연구소, 1987, 108면; 장연민, "형법총칙상 공범규정의 개정방향", 「법학논집」 제14권 제4호, 이화여대 법학연구소, 2010, 156면.

6) 손동권, "형법 제33조에 관한 연구", 「일감법학」 제5권, 건대 법학연구소, 2000, 122면; 김성돈, "소극적 신분과 공범", 「성균관법학」 제19권 제3호, 성균관대 비교법연구소, 2007, 418면.

7) 임광주, "공동정범의 행위주체와 형법 제33조의 본문", 「법학논총」 제26집 제4호, 한양대 법학연구소, 2009, 203면.

8) 대법원 1994. 12. 23. 선고 93도1002 판결. 형법 제33조 소정의 이른바 신분관계라 함은 남녀

하는데 신분법에 있어서 신분이라는 개념이 중요한 의미를 갖음에도 불구하고⁹⁾ 현재 형법 개정안에도 신분에 관한 정의는 제시되지 않고 있다. 해석과 입법은 상호보완적 관계로 이론적 논거에 충실해야 하며 이론적 논거가 없는 형식적 규정에 충실한 해석을 주장하는 것은 모순이다.¹⁰⁾ 그러므로 외국의 신분관계의 개념을 비교법적으로 검토하여 신분개념을 정의할 필요가 있다.

신분개념에 대하여 독일형법은 '신분'이라는 표현 대신에 독일형법 제28조에서 '특별한 인적표지(Besondere persönliche Merkmale)'라는 용어로 규정하고 있다. 즉 신분이란 행위자와 관련된 범죄의 특별한 인적요소로서 첫째, '행위자의 一身'과 관련된 특별한 인적성질 둘째, 성별·연령 등과 같은 사람의 정신적·육체적 또는 법적특성이나 공무원·의사·친족관계 등과 같은 사람의 사회적 지위와 같은 인적관계 그리고 업무성·상습성 등과 같은 범인의 특수한 인적상태 등 '행위자'의 인적표지인 성질(character), 관계(relation), 상태(situation)를 말한다.¹¹⁾ 이러한 성질, 관계, 상태가 일정한 사람에게 반드시 계속적으로 존재하여야 하는지에 관해서는 학설이 대립¹²⁾하고 있는데 계속성을 요하는 견해는 우리 형법이 독일형법과 달리 신분관계가 형사처벌을 확장하는 계기로 작용함에도 불구하고 독일형법 제28조와 같은 형의 필요적 감경이 인정되지 않으므로 우리 형법상 신분관계의 정의영역은 목적론적 관점에 비추어 볼 때 가능한 한 축소해석 할 필요가 있으므로 계속성이 요구된다는 주장이다.¹³⁾ 그러나 신분은 특별한 일신적 상태와 관련된 문제로서 행위자를

의 성별, 내·외국인의 구별, 친족관계, 공무원인 자격과 같은 관계뿐만 아니라 널리 일정한 범죄행위에 관련된 범인의 인적관계인 특수한 지위 또는 상태를 지칭한다고 판시하였다.

- 9) 엄정철, "신분법에 있어서의 신분에 관한 일고찰", 「논문집」 13, 동국대학교, 1974, 137면.
 10) 천진호, "공법과 신분규정에 대한 입법론적 검토", 「형사법연구」 제22권, 한국형사법학회, 2004, 293면.
 11) 독일형법 제14조(타인을 위한 행위) ① 다음 각 호의 1에 해당하는 자격으로 행위한 경우 특별한 인적 성질, 관계 또는 상황(특별한 인적요소)이 가벌성의 기초를 이루는 법률은 그와 같은 요소가 대리인에게 존재하지 아니하고 본인에게만 존재하는 경우에도 그 대리인에 대하여 이를 준용한다. 1. 법인의 대표기관 또는 그 기관의 구성원 2. 권리능력 있는 인적 회사의 대표권이 있는 사원 3. 타인의 법정대리인
 12) 신분의 계속성을 요한다는 견해는 진계호, 형법총론, 대왕사, 2000, 123면; 임 응, 「형법총론」, 법문사, 2010, 482면; 신동운, 「형법총론」, 법문사, 2011, 693면; 손동권, 김재윤, 「형법총론」, 율곡출판사, 2011, 609면; 오영근, 「형법총론」, 박영사, 2012, 650면; 이상돈, 「형법총론」, 2010, 622면; 김성돈, 「형법총론」, SKKUP, 2009, 666면.

특정지을 수 있는 정도만을 요하므로 일시적 성격을 띠는 것도 얼마든지 가능하며 반드시 계속성을 가질 필요가 없는 상대적 개념이라는 것이 다수의 견해이며¹⁴⁾ 신분은 행위 당시 존재하면 족하므로 신분의 계속성은 논의의 실익이 없다는 견해도 있다.¹⁵⁾

일본 형법 제65조도 신분의 개념에 대하여 직접적으로 규정하고 있지 않고 신상(身の上), 경우(境遇)라는 의미로 쓰고 있으며¹⁸⁾ 판례¹⁹⁾는 “남녀의 성별, 내외국인의 구별, 친족관계, 공무원으로서의 자격 등에 한하지 않고 일정한 범죄행위에 관한 인적관계인 특수한 지위 또는 상태를 말한다”고 판시하면서 범죄의 주관적 요소인 목적도 신분으로 파악하고 있는데 신분을 확대하여 정의함으로써 이에 대한 학설이 우리와 같이 대립하고 있다.²⁰⁾ 현행 형법은 일본 형법과 내용에 있어서 큰 차이는 없고²¹⁾ 일본판례가 내린 신분의 정의를 답습하고 있다.²²⁾ 그렇다면 우선 신분이 되기 위한 요소를 살펴볼 필요가 있다.

한국형법 제33조(공범과 신분)		일본형법 제65조(신분범의 공범)	
본문	신분관계로 인하여 성립될 범죄에 가공한 행위는 신분관계가 없는 자에게도 전3조의 규정을 적용한다.	1항	범인의 신분에 의하여 구성하는 범죄행위에 가공한 때에는 신분이 없는 자라도 공범으로 한다.
단서	단, 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우에는 중한 형으로 별하지 아니한다.	2항	신분에 의하여 특히 형의 경중이 있는 때에는 신분이 없는 자에게는 통상의 형을 과한다.
독일형법 제28조(특별한 인적표지)		오스트리아형법 제14조(행위자의 신분과 관계)	
1항	정범의 범죄성립의 기초를 이루는 특별한 인적표지(제14조 제1항)가 공범(교사범, 또는 방조범)에게 존재하지 아니하는 때에는 그에 대한 형은 제	1항	법률이 가벌성 또는 형량을 행위의 불법에 해당하는 행위자의 신분 또는 관계에 종속되게 한 때에는 그 신분이나 관계가 단지 행위자 중 1인에게

13) 신동운, 전거서, 693면.

14) 안동준, 「형법총론」, 형설출판사, 2009, 308면; 배종대, 「형법총론」, 홍문사, 2011, 658면; 정성근, 박광민, 「형법총론」, 삼지원, 2008, 589면; 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2010, 503면; 김일수, 서보학, 「형법총론」, 박영사, 2006, 655면; 박상기, 「형법총론」, 박영사, 2012, 490면; 이영란, 「형법학(총론강의)」, 형설출판사, 2011, 507면; 최선호, “공범과 신분에 관한 연구”, 성균관대 박사논문, 1986, 74면; 하태훈, 「사례중심 형법총론」, 2002, 436면; 천진호, “공범과 신분규정에 대한 입법론적 검토”, 「형사법연구」 제22권, 한국형사법학회, 2004, 294면.

15) 박상기, 「형법총론」, 박영사, 2012, 490면.

	49조 제1항(법률상감경)에 따라서 감경한다.(신분의 연대성)		존재하는 때에도 모든 관여자에게 그 법률을 적용한다. 그러나 행위의 불법이 특별한 일신적 자격 또는 관계를 가진 자가 직접 범죄를 실행하던가 또는 기타 특별한 방법으로 범죄에 작용하는 것에 종속되어 있는 때에는 그러한 조건도 충족되어야 한다.
2항	법률이 특별한 인적 표지를 형의 가중, 감경 또는 조각사유로 정하고 있는 때에는 그 규정은 그 인적표지가 존재하는 관여자(정범 또는 공범)에 대해서만 적용한다.(책임의 개별성) ¹⁶⁾¹⁷⁾	2항	이에 반하여 특별한 개인적 자격 또는 관계가 전적으로 책임을 구성하는 때에는 그 신분 또는 관계가 존재하는 관여자에게만 그 법률이 적용된다.

2. 신분의 요소

가. 행위자관련적 표지

신분은 특별히 행위자를 근거지우는 '행위자관계적 요소(täterbezogene Merkmal)'²³⁾임을 요하고 누구에게나 존재하고 객관적 구성요건에 대한 내심

- 16) 스위스 형법 제26조도 "가벌성을 가중, 감경 또는 조각하는 특수한 인적관계, 성질 또는 상태는 그것이 존재하는 정범, 교사범 또는 종범에게만 고려된다."라고 규정하고 있다.
- 17) 중국 형법전에는 공범과 신분에 관한 직접적인 규정은 없으나 신분범에 관한 규정(제397조 직권남용죄)은 있다.
- 18) 홍태석, "일본 형법상 공범과 신분", 「원광법학」 제24권 제2호, 원광대 법학연구소, 2008, 183면.
- 19) 最判 1952. 9. 19 刑集 6, 8, 1083.
- 20) 井田良, 共犯と身分, 法學教室 No. 255, 2001, 30面.
- 21) 이승호 외 3인, "형법총칙 공범분야 개정방안", 「형사법연구」 제21권 제1호, 한국형사법학회, 2009, 147면.
- 22) 이영란, 전제서, 506면.
- 23) 행위자관계적 표지는 다음과 같다.
 (1) 인적성질 : 정신적·육체적 또는 법적인 본질적 표지가 되는 일신적인 성질을 의미하는 범인의 특수한 인적성질로서 연령, 성별, 내외국인, 직계존·비속, 친족관계 (2) 인적지위 : 공무원, 의사, 타인의 사무처리자 등과 같이 사람의 사회적 지위 또는 관계를 의미하는 일신적인 지위·관계를 의미하는 인적지위 또는 관계 (3) 인적상태 : 보증인적 지위, 영업성, 업무성, 상습성, 자수자 등과 같은 일신적인 상태를 의미하는 특수한 인적상태로

의 의사작용으로 불법에 영향을 미치는 요소인 단순한 '행위와 관련된 요소 (tatbezogene Merkmal)'는 신분에 포함되지 않으므로 이들 요소에 대해서는 원칙규정인 종속성이 그대로 적용된다. 예외적으로 부진정부작위범에서 보증인지위와 같이 행위적 요소가 행위자적 요소로 전환되어 신분이 되는 경우도 있다. 즉, 선행행위는 별도의 독립적 행위이지만 선행행위로 인한 보증인지위가 가능하고 보증인지위는 특별한 인적관계로서 신분에 해당한다.²⁴⁾

그런데 문제되는 것은 행위관련적 요소인 준강도죄의 '절도'와 강도강간죄와 강도살인죄의 '강도' 등이 신분이 될 수 있는지 여부인데 대법원²⁵⁾과 헌법재판소²⁶⁾는 긍정하고 있다.²⁷⁾ 학설은 신분범이 아닌 결합범으로 보는 견해²⁸⁾와 결합범이면서 신분범²⁹⁾³⁰⁾이라는 견해로 나뉜다. 그런데 신분범인 동시에 결합범이 될 수 있는지 여부 즉, 양자가 양립할 수 있는지에 대해서도 양립할 수 없다는 견해³¹⁾와 양립할 수 있다는 견해³²⁾가 대립한다. 왜냐하면 이론상

나누어진다.

- 24) 한상훈, "결합범의 구조와 신분범과의 관계", 「법조」 제54권 제1호, 법조협회, 2005, 115면.
- 25) 대법원 1984. 9. 11. 선고 84도1398, 84감도214 판결: 대법원 1988. 9. 9. 선고 88도1240 판결: 대법원 1991. 3. 8. 선고 90도2826 판결. 강도강간죄 판결에서는 "강도강간죄는 강도라는 신분을 가진 범인이 강간죄를 범하였을 때 성립하는 범죄라고 판시하여 강도강간죄를 신분범으로 보고 있다.
- 26) 헌법재판소 2009. 6. 25. 2007헌바25 결정. 헌법재판소는 특수강도강간죄와 특수강도강제추행죄가 모두 특수강도라는 신분적 요소를 필요로 한다고 하여 신분범인 동시에 결합범이라고 판시하였다.
- 27) 결합범인 강도강간죄의 경우 일정한 범죄를 행한 자만이 범죄의 주체로 등장하는 경우가 있는데 이 경우 "일정한 범죄를 범한 자"라는 것이 일종의 특별한 인적상태로서 신분에 해당하다고 파악하는 것 같다.
- 28) 임웅, 「형법각론」, 법문사, 2012, 355면: 오영근, 「형법각론」, 박영사, 2009, 369, 384, 389면: 정성근, 박광민, 「형법각론」, 삼영사, 2011, 336면: 백형구, 「형법각론」, 청림출판, 2002, 161면.
- 29) 진계호, 「형법각론」, 대왕사, 2000, 340면: 박상기, 「형법각론」, 박영사, 2011, 284, 291, 294면: 신동운, 「형법총론」, 692면: 김일수, 서보학, 「형법각론」, 박영사, 2007, 330, 343, 346면: 조준현, 「형법각론」, 법원사, 2002, 263면: 이정원, 「형법각론」, 법지사, 2000, 370, 381면.
- 30) 신분범인 동시에 결합범으로 양자가 양립할 수 있는지에 대해서는 학설대립이 있다. 왜냐하면 절도, 강도 등의 표지를 행위자관련적 요소로 볼 경우에는 신분범이 되고, 행위관련적 요소로 볼 경우에는 결합범이 될 수 있으므로 하나의 요소를 행위자관련적인 동시에 행위관련적일 수는 없기 때문이다.
- 31) 한상훈, "결합범의 구조와 신분범과의 관계", 「법조」 제54권 제1호, 법조협회, 2005, 116면.
- 32) 임광주, "증래의 신분범에 대한 근본적인 재검토", 「법학논총」 제22집 제1호, 한양대 법학

절도, 강도 등의 표지를 행위자관련적 요소로 볼 경우에는 신분범이 되고 행위관련적 요소로 볼 경우에는 결합범이 되기 때문이다. 이에 대하여 전자는 하나의 요소를 행위자관련적인 동시에 행위관련적일 수는 없다는 논거이고 후자는 신분에서의 행위자 관련적 요소는 행위의 주체를 한정하는 요소 및 이러한 행위를 한 자에 대한 특별한 의무가 부과된 자로서만 파악되어야 하므로 이러한 신분의 한정을 받은 자는 특별한 범익보호 의무를 가진 자로서 일종의 특수한 지위나 자격으로 평가될 수 있으므로 양자는 양립할 수 있다는 것이다.³³⁾ 결합범과 신분범의 구별실익은 실행의 착수시기, 승계적 공동정범, 죄수론, 범죄체계론 등 형법적 효과가 달라지기 때문인데 다음과 같다.³⁴⁾

우선 결합범으로 파악하면 첫째, 제2행위의 의사로 제1행위에 착수하는 시점에 전체 결합범에 대한 실행의 착수를 인정할 수 있고 둘째, 제1행위 기수 이후에 가담한 제3자 처벌의 경우에 제1실행행위와 제2실행행위의 결합범에 있어서 제1행위 이후에 가담하여 제2행위를 공동으로 행한 사후가담자는 승계적공동정범의 문제로 해결할 것이다. 셋째, 이 경우 포괄일죄로서 두 개의 범죄가 아닌 하나의 범죄만이 성립하게 되며 넷째, 범죄체계론상 수개의 실행행위가 수평적으로 결합된 것이므로 행위주체라는 표제는 적절하지 않고 실행행위에서 논해야 한다.

이에 반해 신분범으로 보는 경우 첫째, 제2행위의 착수시점에 실행의 착수를 인정할 수 있고 둘째, 비신분자가 신분자의 행위에 가담한 것으로 형법 제33조의 공범과 신분의 이론이 적용되며 셋째, 제1행위는 선행행위에 불과하므로 제2행위가 독자적으로 범죄를 구성하여 실체적 경합의 관계에 놓일 수 있다. 넷째, 절도나 강도 등의 행위주체가 폭행, 협박, 강간, 살인 등의 실행행위를 한 경우에 성립되므로 행위주체와 실행행위로 구별하여 논해야 한다는 점이다. 판례³⁵⁾는 포괄하여 하나의 범죄만 성립한다고 판시하고 있다.

연구소, 2005, 87면; 임석원, "준강도에 관한 고찰", 『형사법연구』 제21권 제14호, 한국형사법학회, 2009, 347면.

33) 임광주, 종래의 신분범에 대한 근본적인 재검토, 87면.

34) 한상훈, 결합범의 구조와 신분범과의 관계, 96~97면.

35) 대법원 1999. 4. 23. 선고 99도354 판결. 성폭력범죄처벌법 제5조 제1항은 형법 제319조 제1항의 죄를 범한 자가 강간의 죄를 범한 경우를 규정하고 있고 성폭력범죄처벌법 제9조 제1

나. 객관적 요소

신분은 행위자관련요소로서 '객관적'이어야 한다. 따라서 순수한 주관적 요소로서 행위관련적 표지인 고의나 목적 등은 신분에 해당하지 않는다. 이에 대해서는 견해의 대립이 있지만 판례³⁶⁾는 형법 제309조 목적범의 목적도 신분으로 보고 있다. 독일의 통설과 판례는 목적, 심정, 경향과 같은 주관적 요소도 개념적으로는 독일형법상의 인적요소가 될 수 있다고 보고 있으나 이러한 인적 표지는 행위자에 관련된 객관적 표지에 한해야 한다. 이와 같이 형법의 해석으로 주관적 요소를 포섭함으로써 죄형법정주의원칙을 훼손하는 것은 바람직하지 않다.

이러한 요소를 충족하는 경우 형법 제33조에서 해석의 다름이 있는 신분의 종류에 따라 학설의 분류를 검토하고자 한다.

3. 신분의 분류

가. 형식적 분류

형식적 분류방법은 형법 제33조의 법문을 기준으로 신분이 범죄에 미치는 영향에 따라 구성적신분, 가감적신분, 소극적신분으로 나누는 것으로서 우리나라 통설이다.³⁷⁾ 구성적신분은 행위자에게 일정한 신분이 있어야 범죄가 성립

항은 같은 법 제5조 제1항의 죄와 같은 법 제6조의 죄에 대한 결과적 가중범을 동일한 구성요건에 규정하고 있으므로 피고인의 행위는 그 전체가 포괄하여 같은 법 제9조 제1항의 죄를 구성할 뿐이다.

36) 1설 : 목적범의 목적은 신분이 아니라는 견해(안동준, 「형법총론」, 308면: 신동운, 「형법총론」, 694면: 이재상, 「형법총론」, 503면: 임웅, 「형법총론」, 483면: 정성근, 박광민, 「형법총론」, 588면: 김일수·서보학, 「형법총론」, 656면.)

2설 : 목적도 신분이라는 견해(백원기, "신분과 공범의 성립", 「형사판례연구」(6), 박영사, 1998, 158면.)

3설 : 목적은 신분에 포함되지 않지만 모해위증죄의 '모해목적'만은 행위자의 특수한 위험 심정을 나타내는 행위자관련적 요소이므로 신분으로 보는 견해(손동권, 김재윤, 「형법총론」, 을곡출판사, 610면.)

37) 권오걸, "이중신분범과 형법 제33조", 「법학연구」 제42집, 한국법학회, 2011, 200면. 구성적

하는 경우를 말하고 가감적신분은 신분이 없어도 범죄는 성립하지만 신분에 의하여 형이 가중 또는 감경되는 경우를 말한다.³⁸⁾ 소극적 신분은 신분으로 인하여 범죄의 성립 또는 형벌이 조각되는 경우로서 불법조각적 신분, 책임조각적 신분, 형벌조각적 신분이 있다. 구성적신분의 경우 범죄의 구성요소이므로 신분이 결여되면 구성요건해당성이 부정되어 범죄가 성립할 수 없고 신분의 착오는 고의를 조각하는 반면 가감적신분의 경우는 범죄성립과 관계가 없고 단지 법정형을 가감하는데 영향을 줄 뿐이므로 가감적 신분에 대한 착오는 고의를 조각하지 않고 형법 제15조 제1항에 의하여 중한 죄로 처벌되지 않을 뿐이다.

그리고 제33조 법문에 따라 두 가지로 나누는데 제1설은 신분을 구성적 신분과 가감적 신분으로 나누는 전제에서 본문은 비신분자가 구성적신분범에 가담한 경우의 공범의 성립과 과형을 연대적으로 규정한 것이고 단서는 가감적신분범의 공범의 성립과 과형을 개별적으로 규정한 것으로 보는 통설견해가 있는 반면 제2설에는 본문은 구성적신분범과 가감적 신분범의 공범의 성립을 단서는 특히 가감적 신분범의 과형을 규정한 것이라고 보는 견해로서 소수설 및 판례의 입장인데 이에 대한 비판은 다음과 같다.

첫째, 공무원이라는 신분은 구성적이냐 가감적이냐에 따라 그 성질·내용이 달라지는 것은 아니므로 그 신분은 항상 같은 작용을 해야 하므로 그것이 구성적 신분이면 공범에게 연대작용을 하고 가감적 신분이면 정범과 공범사이에 개별작용 하는 것은 불합리하며 둘째, 구성적신분의 경우 비신분자는 그 범죄를 범할 수 없음에도 불구하고 비신분자가 신분자의 범행에 공범으로 가 공한 때에는 그 신분자에 연대하여 처벌하는 법적근거가 없고 셋째, 구성적 신분은 연대작용을, 가감적 신분은 개별작용을 하게 되는 이유를 설명할 수 없으며 넷째, 연대작용을 규정한 본문과 개별작용을 규정한 단서가 서로 상반되는 모순관계의 규정이 아니라는 이유도 설명하지 못한다고 한다.³⁹⁾

신분범인 경우에도 가감적신분이 존재할 수 있다. 이것을 특히 이중 신분범이라고 한다. 업무상배임죄, 업무상횡령죄 등이 있다.

38) 구성적신분범은 진정신분범이라고도 하고 가감적신분범을 부진정신분범이라고도 하는데 구성적 또는 가감적신분범이라는 용어가 더 적합하다. 왜냐하면 진정 또는 부진정신분범은 업무상배임죄와 같은 이중적신분범이 문제되는 경우 용어의 혼란이 초래될 수 있기 때문이다.

나. 실질적 분류

신분의 연대작용과 개별작용은 각각 위법과 책임에 관련된 것이므로, 신분을 구성적인가 가감적인가를 불문하고 불법의 연대성과 책임의 개별성을 고려하여 신분을 그 법적 성질에 따라 구분하는 견해⁴⁰⁾로서 위법성과 관련된 위법신분과 책임비난과 관련되어 개별적으로 작용하는 책임신분으로 분류한다. 이에 따르면 형법 제33조의 본문은 위법신분에 대한 공범의 성립과 처벌에 대한 연대성을, 단서는 책임신분에 대한 공범의 성립과 처벌의 개별성을 규정한 것으로 본다.⁴¹⁾ 그러나 실질적분류에 대해서도 다음과 같은 비판이 제기된다.

첫째, 위법신분과 책임신분의 구별기준이 불명확하여 양자 구별이 곤란하다는 점⁴²⁾ 둘째, 구성적책임신분⁴³⁾의 예를 제시하지 못한다는 점 셋째, 가감적신분에 해당하는 것을 위법신분으로 연대작용을 인정하면 공범의 처벌이 부당하게 가중된다는 점 넷째, 위법신분이 되는 가감적신분은 신분관계로 인하여 성립될 범죄가 아님에도 불구하고 본문의 신분으로 보는 것은 문리해석의 한계를 이탈한 점 다섯째, 가중적신분자에게 공범으로 가공한 비신분자를 위법신분에 가공한 것이라 하여 연대하여 처벌하는 것은 단서규정에 반한다는 것이다.

이에 대하여 실질적분류설은 다음과 같은 반론⁴⁴⁾을 제기하고 있다. 첫째,

39) 정성근, 박광민, 형법총론, 594면.

40) 정성근, 박광민, 형법총론, 591면; 최선호, 「형법총론」, 대명출판사, 1997, 387면. 이 분류는 종래의 제33조에 대한 해석이 미비하고 오스트리아처럼 책임개별화에 관한 일반조항이 없기 때문에 오는 한계를 극복하고자 오스트리아의 Zimmerl의 분류를 받아들여 제33조를 해석하려고 시도된 것이다.

41) (1) 위법신분은 신분이 정범행위의 위법성에 관계됨으로써 공범에게 연대적으로 작용하는 경우의 신분을 말한다. 수뢰죄의 공무원, 불법조각적 신분이 이에 해당된다. (2) 책임신분은 신분이 책임비난에 영향을 줌으로써 그 신분자에게만 개별적으로 작용하는 경우의 신분을 말한다. 존속살해죄의 직계비속, 상습범죄의 상습성, 책임조각적 신분이 있다. (3) 형벌조각적 신분은 v범죄 자체는 성립하나 신분자에 한하여 형벌이 면제되는 경우의 신분을 말한다.

42) 자기낙태죄의 임신한부녀 또는 상습성 등이 위법신분인지 책임신분인지 불분명하다.

43) 일본의 경우 폭력행위 등 처벌법 제2조 제2항의 常習的面會強請罪에 있어서 상습자와 같이 구성적신분이며, 책임신분으로 되어 있는 신분도 있다.

각칙상의 범죄는 신분자만이 법익침해 또는 법익침해 위험을 가중하는 범죄와 책임가중·감경 또는 조각하는 범죄를 구별하고 있으므로 위법신분·책임신분을 구별할 수 있고 둘째, 실질적분류는 구성적·가감적신분을 묻지 않고 신분의 법적성질에 따라 연대작용과 개별 작용을 하는 신분을 구별하므로 구성적 책임신분의 유무는 문제될 이유가 없으며 셋째, 형법 제33조는 단독으로 처벌할 수 없는 비신분자에 대해 가벌성을 확대한 것이므로 신분의 형식적·실질적 분류에 관계없이 신분범에 가담한 비신분자에 대해서 형감경을 할 때에만 처벌을 완화할 수 있다는 점 넷째, 형법해석은 목적론적 해석이 필수적이며 이 해석이 형법해석의 주축을 이루고 있으므로 직권남용죄는 공무원만이 범할 수 있는 “신분관계로 인하여 성립”하는 범죄라고 해석해도 무방하다는 점 다섯째, 형법 제33조 단서는 책임신분의 개별작용을 규정한 것이라고 한다면 책임신분이 아니면 단서를 적용할 수 없고 가중적 위법신분에 가담한 비신분자에 대해서는 형을 감경할 수 있으므로 반드시 단서취지에 반한다고 할 수 없다는 입장이다.

다. 검토

실질적 분류방법에 대해서는 위법신분과 책임신분의 구별이 명확하지 않고⁴⁵⁾ 형법 제33조 본문의 연대작용을 하는 신분에 신분이 없더라도 범죄가 성립하는 가감적 위법신분을 포함시키는 것은 특히 가중적 위법신분에 가담한 비신분자에게 가벌성을 확장하는 것으로 되어 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 때에는 신분 없는 자는 중한 형으로 벌하지 아니한다는 동법 제33조 단서의 규정에 정면으로 배치⁴⁶⁾된다는 점이 무엇보다도 부당하다. 따라서 통설인 형식적 분류방법이 타당해 보인다.

44) 정성근, “형법상의 신분개념”, 『형사법연구』 제11호, 한국형사법학회, 1999, 123~127면.

45) 이에 대한 예로는 자기낙태죄의 임부, 간수자도주죄의 간수자, 업무상횡령죄의 업무자, 직권남용죄의 공무원 등이 있다.

46) 가감적 위법신분에 가담한 비신분자에게 위법의 연대성을 인정하여 제33조 본문에 따라 신분범의 가중된 형으로 처벌하는 것은 제33조 단서의 규정에 정면으로 배치된다.

Ⅲ. 형법 제33조 해석론상 문제점

형법 제33조 본문은 신분의 연대작용, 단서는 신분의 개별작용을 각각 규정하고 있는데 연대작용과 개별작용은 서로 모순상반된 작용이므로 우선 이러한 모순대립되는 규정을 어떻게 파악할 것인가가 문제된다. 만일 모순대립관계로 해석하면 입법의 오류로써 해석론이 될 수 없기 때문에 본문과 단서는 모순대립되는 규정이 아니라는 전제를 바탕으로 이들의 관계를 논하여 보겠다.

1. 제1설(구성적신분범·가감적신분범설)

형식적 분류를 전제로 본문은 구성적신분범의 공범성립과 과형에 관한 규정이고 단서는 가감적신분범의 공범성립과 과형에 관한 규정으로 보는 견해로써 통설적 입장이다. 이 견해는 구성적신분범의 경우에는 비신분자에게도 신분관계를 확대하지만 가감적신분범의 경우에는 신분관계의 확대를 인정하지 않고 있다. 그러나 이러한 통설에 대하여 실질적 관점에서 위법신분과 책임신분으로 구별하는 학설은 동일내용의 신분이 구성적으로 혹은 가감적 기능을 하는 경우에 불합리성이 나타난다고 주장한다. 즉, 공무원이라는 자격은 수뢰죄에서 구성적 신분으로 비신분자에 대해서도 연대적으로 작용하여 수뢰죄의 공범이 성립하는데 반하여 특별공무원의 체포감금죄에서는 단순체포감금죄에 비하여 가중적신분이 되므로 비신분자에 대해서는 개별적으로 작용하여 경한 단순체포감금죄로 처벌된다는 것이다. 이때 공무원은 신분은 동일함에도 불구하고 구성적이냐 가감적이냐에 따라 서로 다른 작용을 하게 된다는 문제점이 노출된다고 주장한다. 또한 본문과 단서가 각각 구성적신분범과 가감적신분범에 대응하는 규정이라고 보면 본문에는 가감적신분범의 적용이 없다는 결론에 이르게 되는데 이러한 추론은 독일과 일본과 같이 제1항과 제2항으로 나누어 별도의 조문으로 규정하는 경우에 가능한 해석방법이라는 비판이 있다.⁴⁷⁾

2. 제2설(본문·단서설, 공범종속성 기본설, 모순자체를 정면에서 해소 시켜보려는 입장)

이 견해는 현행 형법 제33조가 본문, 단서의 구조를 취하고 있다는 점에 주목하여 공범과 신분의 문제를 해결하려는 견해이다. 즉, 본문을 신분범에 비신분자가 관여한 경우에 일단 비신분자에게 신분관계를 확장하는 원칙규정이므로 신분관계의 확장은 구성적신분범, 가감적신분범 모두에게 적용되지만 신분관계로 인하여 지나치게 형사처벌이 무거워지는 것을 방지하기 위해 단서를 통해 완충장치를 마련하고 있다는 것이다. 본문의 연대작용은 공범종속성설에, 단서의 개별작용은 공범독립성설에 따른 규정이므로 종속성설에 따른 본문의 적용범위를 단서의 신분에까지 확대적용한다. 그러므로 형식적분류를 전제로 본문은 구성적신분범과 가감적신분범의 성립에 관한 규정을 단서는 가감적신분범의 과형에 관한 규정이라는 견해이다. 즉, 신분관계가 문제되는 범죄에는 구성적·가감적 신분범을 불문하고 제33조 본문을 적용하여 일단 비신분자에게도 범죄성립의 확대를 인정하고 다만 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 때, 즉 가감적신분범에 있어서는 비신분자에게 지나치게 가혹한 처벌이 가해지는 것을 막기 위하여 제33조 단서의 '중한 형으로 벌하지 아니한다.'는 배려를 가한 것으로 해석한다.

그러나 이 견해에 대해 종속성설과 독립성설은 서로 모순대립되는 학설이므로 종속성설에 따른 본문의 적용범위를 확대한다하여도 단서의 독립성설의 취지는 그대로 인정하므로 모순대립관계는 그대로 남게 된다는 비판이 있다. 또한 신분관계로 인하여 성립되는 범죄는 구성적신분범임에도 가감적신분범을 본문의 적용대상으로 삼는 것은 문리해석의 범위를 넘는 것이다.

이에 대해 신분관계로 인하여 '성립'될 범죄라는 표현을 반드시 이와 같이 좁게 해석할 필요가 없고, 단서를 함께 고려하여 본문을 읽게 되면 '성립될'이라는 표현되어 사용할 수 있다는 반론도 있다. 또한 가감적신분범을 본문에 적용하면 구성적신분범에 대하여 적용할 과형의 근거가 없게 된다는 비판도

47) 신동운, 전게서, 697~698면.

있다.⁴⁸⁾

또한 공범의 죄명과 이에 대한 과형이 각각 다르게 되어 죄명이 갖는 법적·사회적 의미를 제대로 파악할 수 없다. 즉, 범죄와 형벌은 특별한 사정이 없는 한 분리시켜서는 안되므로 처벌이 단서조항에 명시되어 있는 가감적신분범의 경우에 범죄의 성립과 처벌을 분리하는 이론구성은 곤란하며⁴⁹⁾ 책임신분의 경우에도 비신분자에게 일단 신분범의 성립을 인정한다는 것은 공범의 종속성을 인정하는 것이므로 제한종속형식에 배치되는 문제가 있다.⁵⁰⁾ 물론 본문은 성립, 단서는 가감적신분범의 과형으로 해석하여 논리성이 강한 장점이 있고 현실적 합성 측면에서 다수의 이익을 추구하는 실용주의 입장에서 타당할 수도 있다.

3. 제3설(불법신분·책임신분설, 위법요소·책임요소설)

이 견해는 실질적분류를 전제로 구체적인 신분범을 전제로 해 놓고 당해 신분범의 핵심표지인 신분관계가 불법단계에 위치하는 것인가 책임단계에 위치하는 것인가에 따라 판단하여 위법신분을 규정한 본문은 비신분자인 공범에 대하여 연대작용을 하고 책임신분을 규정한 단서는 정범과 공범에 대하여 각각 개별작용을 한다고 보는 견해이다. 이것은 “위법은 연대적으로, 책임은 개별적으로” 작용하다는 제한적 종속형식의 원리를 논거로 한다. 통설의 형식적 분류로는 동일내용의 신분이 구성적 혹은 가감적 기능을 하는 경우에 불합리성이 나타나기 때문에 실질적 관점에서 위법신분과 책임신분으로 구별해야 한다는 것이다. 본문·단서 모두 제한종속형식에 부합하는 규정이고, 위법은 공범에게 연대작용을, 책임은 정범과 공범 사이에 개별 작용을 하는 것은 당연한 것이므로 서로 모순 없는 규정이라고 주장한다.

그러나 이 견해는 형법 제33조의 독자성을 설명하지 못한다. 즉, 이 견해에 따르면 형법 제33조가 없어도 불법연대와 책임개별화라는 원칙이 당연히 인

48) 이재상, 전제서, 505면. 이에 대해 본문은 비신분자에게 신분관계를 확장할 뿐만 아니라 신분자와 같은 범위의 형을 과하기로 한다는 이중적 의미를 가지고 있다고 반론한다.

49) 안동준, 전제논문, 229면.

50) 송희춘, 전제논문, 44면.

정되기 때문이고 구체적인 신분범을 전제로 신분관계의 특성을 일일이 검토해야 하므로 법경제학적 측면뿐만 아니라 법적안정성을 도모하기도 어렵다. 직계존·비속의 관계도 불법신분인지 책임신분인지 판단하기가 용이하지 않다.⁵¹⁾⁵²⁾

또한 위법의 연대작용과 책임의 개별작용은 타당하지만 구성적신분은 연대작용, 가감적신분은 개별작용을 하는 근거가 없으며 가감적 신분 중에도 위법요소가 되는 신분이 있으므로 구성적신분은 위법요소, 가감적신분은 책임요소라는 관계가 성립할 수 없다는 문제가 있다. 즉, 형법 제33조 단서가 규정하고 있는 신분이 모두 책임관련적 요소라고 할 수 없고 연대작용을 하는 구성적신분은 위법신분으로 구성되어 있으나 개별적 작용을 하는 가감적 신분은 위법신분과 책임신분으로 구성되어 있어 가감적 신분이 책임신분만으로 구성된 것이 아니다. 예를 들어 존속살해죄의 경우 보통살인죄에 비해 '불법내용'이 가중된 것으로 해석(소수설)한다면 형법 제33조 단서가 적용되는데 위의 확설은 제33조 단서의 적용대상을 '책임신분'으로 한정하고 있다는 모순이 있다.

4. 검토

제2설인 판례의 태도는 첫째, 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우를 '신분관계로 인하여 성립될 범죄'라는 문언에 포함시키는 것은 문리해석의 한계를 벗어나 유추해석에 해당할 위험이 있고 둘째, 범죄의 성립과 과형은 분리될 수 없음에도 비신분자가 신분자의 가감적신분범에 공범으로 가담한 경우 비신분자에게 범죄의 성립과 과형을 분리시키는 것은 부당하며 성립과 과형의 분리로 인한 논리적 일관성을 결하고 있다.⁵³⁾ 셋째, 감경적신

51) 직계존속살해죄를 보통살인죄에 비해 무겁게 처벌하는 이유를 직계비속의 패륜적인 동기에서 구한다면 책임신분이 된다. 반면, 객관적인 가족제도 내에서 직계존속이 차지하는 역할과 위치를 중시하여 직계존속살해행위를 무겁게 처벌하는 것으로 보면 불법신분이 된다.

52) 신동운, 전계서, 698면.

53) 대법원 2012. 3. 15. 선고 2011도16091 판결: 대법원 1961. 8. 2. 선고 4294형상284 판결. 남편이 딸과 공동으로 청산가리 막걸리를 이용하여 아내의 살인에 가담한 경우 판례에 의하면 남편은 존속살해죄가 성립하고 보통살인죄로 처벌되는데 성립과 과형의 불일치 및 법률

분범에 비신분자가 가담한 경우에는 불합리한 결과가 초래된다는 점에서 타당하지 않다.

실질적 분류방법도 다음과 같은 문제점이 노출된다. 첫째, 위법신분과 책임신분의 구별이 명확하지 않다는 점과 책임은 불법을 전제로 하는데 구성적 책임신분은 불법과 관계없는 비난가능성을 뜻하는 것으로 되어 부당하다.⁵⁴⁾ 둘째, 형법 제33조 본문의 연대작용을 하는 신분에 신분이 없더라도 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우인 가감적 위법신분을 '신분관계로 인하여 성립될 범죄'라는 문언에 포함시키는 것은 문리해석의 한계를 벗어나 유추해석에 해당할 위험이 있다. 즉, 가중적 위법신분에 가담한 비신분자에게 가벌성을 확장하는 것이 되어 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 때에 비신분자는 중한 형으로 벌하지 아니한다는 제33조 단서의 규정에 정면으로 배치된다. 그러므로 통설의 입장인 제1설이 타당해 보인다.

IV. 공범과 신분규정에 대한 입법론적 검토

1. 형법 제33조 본문의 해석

가. 신분관계로 인하여 성립될 범죄

다수설은 구성적 신분범의 성립과 처벌만을 의미한다고 이해하는 반면 판례는 구성적 신분의 성립과 처벌 및 가감적신분의 성립도 포함시킨다. 즉, 판례는 신분관계로 인하여 성립될 범죄란 신분범 일반을 지칭하는 것이므로 특별히 가감적신분범을 제외해야 할 이유가 없으며 형법 제33조의 단서가 가감적 신분범의 과형만을 규정하고 있으므로 가감적신분범의 성립근거를 제33조의 본문에서 찾고 있는 것처럼 보인다. 그러나 제33조 본문은 '신분관계로 인하여 성립될 범죄'라고 규정하고 있으므로 신분이 없어도 범죄는 성립하지만

상 처가 남편의 존속이 되는 이론적 모순이 나타난다.

54) 안동준, 전제논문, 231면.

신분에 의하여 형이 가중 또는 감경되는 가감적 신분범의 경우를 포함하는 것은 유추해석에 해당하므로 다수설이 타당하다.

나. 비신분자가 구성적신분자 범행에 가담

통설에 의하면 형법 제33조 본문은 비신분자가 구성적 신분범에 가담한 경우에 비신분자에 대한 구성적신분자의 공범성립관계를 규정한 것으로 해석한다. 반면 구성적신분자가 비신분자의 행위에 가담한 경우는 제33조 본문은 적용되지 않는다는 것이 통설과 판례이다. 이 경우에는 형법의 일반규정과 종속성설의 일반원칙이 그대로 적용되는데 비신분자의 행위는 구성요건해당성이 없어 비신분자는 신분 없는 고의 있는 도구 또는 과실도구로서 이용한 것이므로 형법 제34조 간접정범이 성립한다.

다. 전3조의 규정적용

(1) 전3조의 규정적용

통설에 의하면 신분의 연대작용에 의하여 비신분자에게도 구성적 신분범의 공동정범, 교사범, 방조범이 성립한다는 의미로서 형법 제33조 본문은 구성적 신분범에 대한 공범(교사, 방조)의 종속성을 인정하고 공동정범의 경우에는 신분이 없기 때문에 정범이 될 수 없는 비신분자도 신분자와 공동하여 범죄를 범하면 구성적 신분범이 될 수 있다는 것을 특별히 규정하고 있다.

판례에 따르면 비신분자가 가감적 신분자의 범죄에 가담한 경우에도 본문이 적용되어 비신분자에게도 가감적 신분범의 공범이 성립하는 결과가 된다.

그런데 비신분자가 신분범에 공동정범으로 가담하는 것이 행위지배의 관점에서 상당한 의문이 제기된다. 비신분자에게 공동정범의 규정이 적용되는지에 대해⁵⁵⁾ 신분자가 비신분자와 의사연락 하에 비신분자가 구성요건을 실행하고 신분자는 기능적 역할을 분담하는 경우도 포함한다. 왜냐하면 공동정범은 상

55) 김종원, "공범규정에 대한 형법개정의 일고찰", 「형사정책연구」 제18권 제3호, 한국형사정책연구원, 2007, 315면.

호가담의사가 있는 경우이므로 이 경우도 비신분자가 신분자에 가담한 것으로 볼 수 있기 때문이다.⁵⁶⁾ 통설은 본문이 전3조의 공동정범을 포함시킴으로써 입법적으로 명백히 하고 있다고 해석한다.⁵⁷⁾ 즉, 불법의 연대작용이 불법 없는 공동정범에까지 미친다는 의미이다. 그리고 실행행위를 사실상의 협력, 실현행위로 보기 때문에 비신분자도 이러한 협력행위는 당연히 할 수 있으며 공동정범부정설에서 주장하는 것처럼 실행행위를 반드시 법률적인 의미로만 이해할 필요는 없다.

그러나 공동정범은 본래 부분정범이 형법총칙의 특별규정을 통하여 전체범죄에 대한 완전한 정범으로 처벌되는 것이 아니라 그 자체로 전체범죄를 지배하는 완전한 정범이기 때문에 정범으로 처벌되는 것이므로 구성적신분범에서의 공동정범도 구성적 신분을 구비하지 않고서는 단순히 외부적 행위만을 공동한다고 하여 그 범죄에 대한 행위지배가 인정될 수 없다는 견해도 있다. 즉, 구성적 신분을 구비하지 않고서는 구성적신분범의 행위지배가 인정되지 않으며 행위지배가 인정되지 않는 행위기여는 절대로 정범행위가 될 수 없고 단순한 방조행위에 불과한 것이다. 그러므로 공동정범을 포함시키는 것은 입법의 오류로 보고 있다. 또한 구성적신분이 자수범인 경우(위증죄) 직접 허위의 사실을 증언하지 않는 한 간접정범이나 공동정범의 성립은 불가능하다. 즉, 비신분자는 정범의 행위지배가 불가능하여 정범(직접정범, 간접정범, 공동정범)이 될 수 없다. 그러나 판례는 공모공동정범을 인정하는 입장에서 병가중인 자의 직무유기죄의 공동정범을 인정하고 있다.⁵⁸⁾ 단, 형법 제33조 단서의 경우는 공동정범에 대해서도 가능하다는 것에 이론이 없다.⁵⁹⁾

56) 신동운, “공범론 조문체계의 성립에 관한 연혁적 고찰”, 우법 이수성 선생 화갑기념논문집, 2000, 69면.

57) 독일형법 제28조는 구성적신분범을 규정한 제1항에서 교사범과 방조범의 경우에 한하여 비신분자에게 신분관계를 확장하기로 하고 공동정범은 제외하고 있다. 이는 정범적격이 없는 자를 공범과 신분의 규정을 통하여 정범적격이 있는 자로 만들 수 없다는 것을 보여준다.

58) 대판, 1997. 4. 22. 선고 96도748 판결. 쟁의행위에 참가한 일부 조합원이 병가중이어서 직무유기죄의 주체로 될 수는 없다 하더라도 직무유기죄의 주체가 되는 다른 조합원들과의 공범관계가 인정된다면 그 쟁의행위에 참가한 조합원들 모두 직무유기죄로 처단되어야 한다.

59) 이재상, 전게서, 506면.

(2) 간접정범의 포함여부

비신분자가 구성적 신분범의 간접정범이 될 수 있는가에 대해서 견해가 대립한다. 이에 대해 간접정범이 될 수 있다는 견해는 형법 제34조 제1항에서 간접정범을 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌하도록 하고 있고, 교사 또는 방조는 제33조 본문에서 적용하고 있으므로 비신분자도 구성적신분범의 간접정범이 될 수 있다는 논리이다. 판례는 간접정범의 공범(공동정범)은 될 수 있다고 판시하였다.⁶⁰⁾

그러나 비신분자는 구성적신분범의 간접정범이 될 수 없다는 통설의 견해가 타당하다. 왜냐하면 간접정범도 단독정범의 한 형태인데 구성적신분범의 경우 정범적격이 없는 비신분자는 단독으로 정범이 될 수 없고 명문의 규정에서도 '전 3조의 규정'을 적용한다고 명시하고 있으므로 그 다음 조문인 제34조는 포함되지 않는 것이 문리해석상 타당하기 때문이다. 물론 공동정범도 정범이므로 배제하는 것이 타당하지만 명문으로 규정하고 있기 때문에 포함시키고 있는 것이며 입법론으로 공동정범은 삭제하는 것이 바람직하다.

2. 형법 제33조 단서의 해석

가. 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우

형법 제33조 단서의 신분은 가감적 신분범을 의미한다는 것이 통설과 판례이다. 다만 신분을 위법신분과 책임신분으로 구별하는 견해에 의하면 본문은 구성적신분이든 가감적신분이든 불문하고 위법신분에 대한 공범의 성립과 처벌에 대한 연대성을, 단서는 책임신분에 대한 공범의 성립과 처벌의 개별성을 규정한 것으로 보고 있다.

60) 대법원 1992. 1. 17. 선고 91도2837 판결. 공문서의 작성권한이 있는 공무원의 직무를 보좌하는 자가 그 직위를 이용하여 행사할 목적으로 허위의 내용이 기재된 문서초안을 그 정을 모르는 상사에게 제출하여 결재하도록 하는 등의 방법으로 작성권한이 있는 공무원으로 하여금 허위의 공문서를 작성하게 한 경우에는 간접정범이 성립되고 이와 공모한 자 역시 '그 간접정범의 공범'으로서의 직책을 면할 수 없는 것이고, 여기서 말하는 공범은 반드시 공무원의 신분이 있는 자로 한정되는 것은 아니다.

나. 중한 형으로 벌하지 아니한다

(1) 책임개별화의 원칙

비신분자가 가중적 신분범에 가담한 경우에는 통설처럼 비신분자에게 비신분범인 기본범죄의 공범이 성립하든지 판례처럼 가중적 신분범의 공범이 성립하든 관계없이 비신분자는 경한 형인 기본범죄의 형으로 처벌된다는 점에는 문제가 없다.

그러나 비신분자가 감경적 신분범에 가담한 경우에는 문제가 발생한다. 즉, 비신분자를 중한 형으로 벌하지 아니한다는 형법 제33조 단서의 문언의 해석과 상충되는 면이 있기 때문이다. 이에 대해서 학설이 나뉘는데 다음과 같다.

(가) 제1설

비신분자가 감경적 신분범에 가담한 경우 비신분자를 신분자보다 중한 형으로 처벌하면 비신분자를 '중한 형으로 벌하지 아니한다'는 동법 제33조 단서의 문언을 유추하는 것으로 죄형법정주의에 반하므로 비신분자는 항상 경한 형인 감경적 신분범의 형으로 처벌해야 한다는 견해이다.⁶¹⁾

(나) 제2설

단서의 입법취지가 가감적 신분범의 공범관계에서 '책임의 개별화'에 관한 규정이므로 비신분자를 통상의 형인 기본범죄에 정한 형으로 처벌하라는 의미로 보아야 한다는 견해이다.

(다) 검토

예컨대 타인이 직계존속의 영아살해를 교사한 경우 제1설에 의하면 타인은 영아살해죄의 교사범으로 처벌받고 제2설에 의하면 직계존속은 영아살해죄가 성립할 지라도 타인은 단순살인죄의 교사범으로 처벌받는 결과가 된다. '중한 형으로 벌하지 아니한다'라는 문언을 제1설은 비신분자를 신분자보다 중한 형

61) 권문택, 「형사법강좌Ⅱ」, 1984, 791면; 황산덕, 「형법총론」, 법문사, 1992, 291면.

으로 별하지 아니한다는 의미로 이해하는 반면 제2설은 비신분자를 자기책임보다 또는 자신의 고유한 형벌보다 중한 형으로 별하지 아니한다는 의미로 해석한 것처럼 보인다.

요컨대 제2설에 의해 형법 제33조 단서를 해석할 경우 '자신의 책임보다 중한 형을 규정한 가중적 구성요건으로 별하지 아니한다'는 의미로 해석할 수 있으므로 제33조 단서의 문언과 반드시 배치된다고 할 수 없기 때문에 책임의 개별화를 규정한 제2설이 타당해 보인다. 그러므로 비신분자를 반드시 감경적 구성요건을 적용하여 경하게 처벌하라는 것은 아니며 비신분자를 비신분자의 범죄인 기본적 구성요건을 적용하여 처벌하는 것까지 금지한다고 볼 수 없다.

(2) '중한 형으로 별하지 아니한다.'의 의미

중한 형으로 별하지 아니한다는 것이 구체적으로 어떤 의미를 내포하는가에 대해서는 다툼이 있다. 통설은 비신분자에게는 중한 죄가 성립하지 않기 때문에 중한 형으로 처벌하지 아니한다는 의미로 해석하고 있는 반면 판례는 비신분자에게도 본문에 의해서 중한 죄가 성립하지만 단지 처벌만은 중한 형으로 할 수 없다는 의미로 해석하고 있다. 그러나 판례의 태도에는 문제가 있다. 예를 들면 영아살해죄와 같은 감경적신분의 경우에는 해결될 수 없으며 가벌성이 확대되는 유추해석으로서 죄형법정주의에 반할 수 있다는 점이다. 또한 사면법 제8조 2항의 죄의 종류를 정하여 행하는 일반사면의 범위나 범위에 규정된 법정형을 기준으로 하는 소송법상 공소시효의 계산 등에서 구체적으로 문제점을 드러내고 기판력의 범위도 달라진다.

3. 소극적 신분

형법 제33조는 구성적 신분과 가감적신분이라는 적극적 신분의 경우에 적용되는 규정이고 일정한 신분이 있으면 범죄성립이 되지 않거나 또는 형벌이 조각되는 소극적신분의 공범관계에 대해서는 가공한 비신분자를 어떻게 처벌할 것인가에 관해서 규정하고 있지 않다.⁶²⁾ 따라서 형법의 일반이론인 제한중속형식과 책임개별화의 원칙에 의해 해결해야 하는데⁶³⁾ 입법론으로 형법전에

규정할 필요가 있다.

4. 입법론적 검토

첫째, 형법 제33조의 법적구조에서 구성적신분범과 가감적신분범의 구별을 명확히 하기 위해서 본문과 단서의 체제로 구성되어 있는 현행 규정을 일본의 경우와 같이 별항으로 나누어 규정하고 구성적신분범에 있어서 신분은 정범적격인데 비신분자가 구성적신분범의 공동정범이 될 수 있다는 것이 문제가 있으므로 삭제하는 것이 바람직하다.

둘째, 비신분자의 불법은 신분자의 그것보다 경하므로 죄형균형사상에 합치하도록 구성적신분범에게 가공한 비신분자의 형은 감경하는 것이 타당하고⁶⁴⁾ 가감적신분범의 경우는 형을 개별화하여 신분있는 자에게만 작용하도록 규정해야 한다.

셋째, 제33조 단서의 '중한 형으로 벌하지 아니한다.'라는 표현은 책임의 개별화원칙을 직접 나타내는 표현인 '통상의 죄에 정한 형'으로 변경함으로써 감경적신분에 있어서도 적용되도록 해야 한다.

넷째, 제33조 규정을 공범의 종속성 완화와 관련된 규정으로 파악할 경우 구성적신분범에서는 공범의 종속성을 완화를 인정하지 않고(본문) 가감적신

62) 소극적 신분의 가담형태와 효과

신분의 종류	가담형태	효과
불구성적 신분	비신분자 → 신분자	비신분자(적법), 신분자(적법)
	신분자 → 비신분자	신분자(불법), 비신분자(불법)
책임조각적신분	비신분자 → 신분자	비신분자(책임인정), 신분자(책임조각)
	신분자 → 비신분자	신분자(책임조각), 비신분자(책임인정)
형벌조각적신분	비신분자 → 신분자	비신분자(처벌), 신분자(형벌조각)
	신분자 → 비신분자	신분자(형벌조각), 비신분자(처벌)

63) 임 응, 「형법총론」, 492면.

64) 모해위증 관례는 공범이 정범보다 중하게 처벌되는 것을 인정하고 있다. 이에 대해 형벌개별화의 원칙에 따라 이러한 사정을 양형에서 고려하는 것으로 충분하다는 견해가 있다. 즉, 당해범죄에 기여하는 정도에 따라 동일법정형의 범위 내에서 탄력적으로 선고형을 산정해 낸다면 필요적 감경규정이 있는 경우에 비해 비신분자에게 특별히 불리한 결과를 가져오지 않는다는 것이다. 안동준, 전게논문, 236면.

분범에서는 공범의 종속성을 완화시키고 있다(단서). 독일 형법 제28조 1항은 구성적 신분이 결여된 공범(교사범, 방조범)의 종속성을 법률적 감경의 한도에서 완화시키고 있는데 본래 구성적 신분은 범죄의 불법내용을 정하고 있으며 비신분자의 공범가담은 이러한 불법내용을 완전히 충족시킬 수 없기 때문에 비신분자의 공범가담은 적어도 법률적 감경의 한도에서 종속성을 완화시키는 것이 바람직하다.

V. 결론

공범과 신분규정에서 주로 논의되었던 문제는 첫째, 형법 제33조 규정에 대응한 신분의 분류와 그에 따른 본문과 단서의 관계 둘째, 동조 단서의 '중한 형으로 벌하지 아니한다.'는 규정의 의미와 적절성에 관한 것이었다. 이러한 문제점을 해결하기 위해 구성적신분범에 가담한 비신분자의 형은 감경(임의적)하고 공동정범을 삭제해야 하며 가감적신분범의 경우는 형을 개별화되 각자의 신분은 신분 있는 자에게만 작용하는 것으로 개정하는 것이 논란을 회피할 수 있는 방법이 될 것이다. 특히 동조 단서의 '중한 형으로 벌하지 아니한다'는 규정은 형의 개별화의 전제와 조화되지 않기 때문에 감경적 신분에 가담한 비신분자의 경우에는 그 신분의 연대효과를 인정하지 않는 것이 타당하므로 결국 '통상의 형으로 처벌한다'는 식으로 규정하는 것이 바람직해 보인다. 그리고 소극적신분에 관하여는 규정이 없으므로 이에 대한 규정마련도 필요하다. 요컨대 죄형법정주의의 파생원칙의 하나인 명확성의 원칙을 위해서도 제33조의 개정이 시급하다.

제33조 개정안

1. 신분에 의하여 구성되는 범죄에 신분 없는 자가 가담한 때에는 신분 없는자에게도 전2조(교사, 방조)의 규정을 적용한다. 다만 신분 없는 자의 형은 감경할 수 있다.
2. 신분에 의하여 형이 가중, 감경되거나 조각되는 범죄에 가담한 때에는 신분 없는 자는 통상의 죄에 정한 형으로 처벌한다.

참고문헌

- 권문택, 「형사법강좌Ⅱ」, 1984.
김성돈, 「형법총론」, SKKUP, 2009.
김일수, 서보학, 「형법총론」, 박영사, 2006.
_____, 서보학, 「형법각론」, 박영사, 2007.
박상기, 「형법총론」, 박영사, 2012.
_____, 「형법각론」, 박영사, 2011.
배종대, 「형법총론」, 홍문사, 2011.
백원기, 신분과 공범의 성립, 「형사판례연구(6)」, 박영사, 1998.
백형구, 「형법각론」, 청림출판, 2002.
손동권, 김재윤, 「형법총론」, 울곡출판사, 2011.
신동운, 「형법총론」, 법문사, 2011.
안동준, 「형법총론」, 형설출판사, 2009.
오영근, 「형법총론」, 박영사, 2012.
_____, 「형법각론」, 박영사, 2009.
이상돈, 「형법학」, 박영사, 2010.
이영란, 「형법학(총론강의)」, 형설출판사, 2011.
이재상, 「형법총론」, 박영사, 2010.
이정원, 「형법각론」, 법지사, 2000.
임 응, 「형법총론」, 법문사, 2010.
_____, 「형법각론」, 법문사, 2012.
정성근, 박광민, 「형법총론」, 삼지원, 2008.
_____, 「형법각론」, 삼영사, 2011.
조준현, 「형법각론」, 법원사, 2002.
진계호, 「형법총론」, 대왕사, 2000.
진계호, 「형법각론」, 대왕사, 2000.
최선호, 「형법총론」, 대명출판사, 1997.

- 하태훈, 「사례중심 형법총론」, 법원사, 2002.
- 황산덕, 「형법총론」, 법문사, 1992.
- 井田良, 共犯と身分, 法學教室 No. 255, 2001.
- 권오걸, 이중신분범과 형법 제33조, 「법학연구」 제42집, 한국법학회, 2011.
- 김성돈, 소극적 신분과 공범, 「성균관법학」 제19권 제3호, 성대비교법연구소, 2007.
- 김종원, 공범규정에 대한 형법개정의 일고찰, 「형사정책연구」 제18권 제3호, 한국형사정책연구원, 2007.
- 손동권, 형법 제33조에 관한 연구, 「일감법학」 제5권, 건대 법학연구소, 2000.
- 송희춘, 공범과 신분에 관한 연구, 「논문집」 제15권, 동신대학교, 2005.
- 신동운, 공범론 조문체계의 성립에 관한 연혁적 고찰, 우범 이수성 선생 화갑 기념논문집, 2000.
- 안동준, 형법 제33조의 구조에 관한 간략한 해명, 「법학논총」 제4권, 조선대 법학연구소, 1998.
- 염정철, 신분범에 있어서의 신분에 관한 일고찰, 「논문집」 13, 동국대학교, 1974.
- 이규호, 신분범과 공범에 관한 연구, 「법학연구」 제2집, 한국법학회, 1999.
- 이승호 외 3인, 형법총칙 공범분야 개정방안, 「형사법연구」 제21권 제1호, 한국형사법학회, 2009.
- 이인영, 형법 제33조 규정의 입법연혁과 해석론, 「형사법연구」 제18권, 한국형사법학회, 2002.
- 임광주, 공동정범의 행위주체와 형법 제33조의 본문, 「법학논총」 제26집 제4호, 한양대 법학연구소, 2009.
- _____, 종래의 신분범에 대한 근본적인 재검토, 「법학논총」 제22집 제1호, 한양대 법학연구소, 2005.
- 임석원, 준강도에 관한 고찰, 「형사법연구」 제21권 제14호, 한국형사법학회, 2009.
- 장영민, 형법총칙상 공범규정의 개정방향, 「법학논집」 제14권 제4호, 이대법학연구소, 2010.
- 정성근, 공범과 신분, 「성균관법학」 제1권 제1호, 성대비교법연구소, 1987.
- _____, 형법상의 신분개념, 「형사법연구」 제11호, 한국형사법학회, 1999.
- 천진호, 공범과 신분규정에 대한 입법론적 검토, 「형사법연구」 제22권, 한국형

- 사법학회, 2004.
- 최선호, 공범과 신분에 관한 연구, 성균관대 박사논문, 1986.
- 한상훈, 결합범의 구조와 신분범과의 관계, 「법조」 제54권 제1호, 법조협회, 2005.
- 홍태석, 일본 형법상 공범과 신분, 「원광법학」 제24권 제2호, 원광대 법학연구소, 2008.

[Abstract]

A Legislative Study on the Legal Structure of Criminal Law Article 33

Park, Kwang-Hyun

Ph. D, College of Law, Chonnam National University

Criminal Act Article 33 provides that "To a person who collaborates in the commission of a crime in which person's status is an element, the provisions of the preceding three Articles shall apply even though that person lacks such status: Provided, That when the severity of a punishment varies with the accused's status, the heavier punishment shall not be imposed on that person who lacks such status"

Complicity and Status deals with the problems of how one who restrains status and the other who doesn't should be treated respectively, who are in the relation of complices, especially in the case when the formation of the amount of punishment is influenced by the status. As to the issue of accomplice and status, our criminal law has no detailed provisions except for those of article 33.

This thesis is aimed at studying problems on accomplice and status in the criminal law. As to the issue of accomplice and status, our criminal law has no detailed provisions except for those of article 33, where "To a person who collaborates in the commission of a crime of which another's status is an element, the provisions of the preceding three articles shall apply even though he lacks such status, but when the severity of a punishment varies with the accused's status, the more severe punishment shall not be imposed on him who lacks such status", is stated. Since our criminal law has no specific provisions about the concept of status, the things in detail are forced to be based on the theories and judicial precedents. Therefore the problems on accomplice and status has been known as the most complicated and difficult field. How to define the concept of status is first problem. The common opinion of the concept of status include only the continuative element, but new opinion include even temporary and psychological elements. Second, how to classified the status is. The common opinion of the past classified the status into the constitutive and the adjustable, and it also approved the joint operation and the individual operation. But, why reasonable it is? Ans there are many controversial points on Article 33. One of them is the disproportion in weighing of offense between the main text and the proviso. It is that the accomplices in the main text are punished more seriously than those of in the proviso without any apparent reasons. Another of them is illegal status and accomplice, responsible status and accomplice, double-statused criminal and accomplice, negative status and accomplice.

Article 33 of the criminal law seems desirable to be amended in the following way.

In the crime concerned with the relation of status the punishment may be reduced if one who doesn't retain status in stignated or abetted the other who does. In crimes whose punishment can be added, reduced, or

expiated respectively according to the status, the condition is applied only to one who retain status, not to the other who doesn't, when the latter improve. As human's modes of life become more complicated and pluralized, crime patterns are tending to become more intellectual and collectivized. Therefore, it is natural that the criminal development should be demanded. Especially as the criminal collectivization is more vicious than individual actions, the social dangerous condition is increasing gradually, and the establishment of special legislation system to cope with the problem and the classification of a principal culprit and complicity in the punitive appearances are appearing as important problems. With this as the problem on the essence of complicity is the most important theme through all the theory of criminal law and a debater's views of the criminal law or of his philosophy manifest their theoretical opposition through interaction, it is a very difficult problem to establish a reasonable theory a after grasping the classification.

Anyway, when we consider the increase of criminal patterns of complicity and the relative importance of its criminal theory, besides a reasonable theoretical system and establishment of the legislative system, a new theory of the positive law interpretation must be studied and reviewed carefully.

Key words : Complicity, Status offenders, illegal status, responsibility status, Criminal Law 33, Crime of true status, Crime of impure status