

외국의 형법들에 규제된 간접정범에 대한 이해

김 철 희

위대한 령도자 김정일동지께서는 다음과 같이 교시하시였다.

《우리 나라의것과 함께 다른 나라의것을 알자는것도 구경은 로동계급의 혁명위업을 잘 수행하자는데 목적이 있습니다.》(《김정일전집》 제5권 460페이지)

외국의 형법들에서 규제되고있을뿐아니라 형법리론들에서 적지 않게 논의되고있는 간접정범에 대한 정확한 인식을 가지는것은 날로 확대강화되고있는 우리 공화국의 대외관계 실천에서 나서는 형사법률적문제들을 성과적으로 풀어나가기 위한 중요한 요구로 된다.

간접정범은 외국의 형법과 형법리론들에서 공동범죄와 관련하여 적지 않게 쓰이는 개념이다.

간접정범이 정범의 일종인만큼 그에 대한 인식은 정범에 대한 이해를 전제로 한다.

일반적으로 정범은 외국의 형법과 형법리론들에서 쓰이는 용어로서 공동범죄에서의 실행범을 의미하며 교사범(추진범)이나 방조범과 같은 공범에 대응하여 쓰이는 개념이다.

외국의 형법리론들에서는 실행범으로서의 정범을 범죄실행에 참가한 행위자의 수를 기준으로 하여 단독정범과 공동정범으로 구분하기도 하며 행위자가 범죄실행을 직접 하였는가 아니면 다른 사람을 리용하여 하였는가를 기준으로 하여 직접정범과 간접정범으로 구분하기도 한다. 따라서 간접정범은 공동범죄에서 있게 되는 정범의 한 형태이며 직접정범에 대응하는 개념이라고 말할수 있다.

이러한 간접정범이란 용어는 대체로 법전에는 명기되지 않고 형법리론상에서 많이 쓰이고있는 개념이다.

외국형법들에 규제된 간접정범을 이해하는데서 중요한것은 무엇보다먼저 간접정범의 의미와 그 발생에 관한 문제이다.

간접정범이란 한마디로 말하여 다른 사람을 리용하여 수행되는 범죄를 말한다. 다시말하여 어떤 행위로도 처벌되지 않는자를 리용하여 범죄적결과를 가져오게 하는 범죄를 간접정범이라고 한다.

다른 사람을 통하여 범죄를 수행한다는 점에서 간접정범이 교사범이나 방조범과 같은 공범과 류사하다고 볼수 있지만 간접정범은 공범과 일부 측면에서 차이점을 가지고있다.

그 차이점은 첫째로, 간접정범에서는 리용된자 즉 실행자의 행위가 일반적으로 범죄로 되지 않지만 공범의 경우에는 어떤 경우에도 범죄로 된다는데 있다. 둘째로, 법적처벌에서 볼 때 간접정범은 정범(실행범)의 일종인것으로 하여 정범의 형벌로 처벌되는것이 일반적이지만 공범인 경우에는 보통 정범에 비하여 형벌을 낮추어주며 만일 공범인 교사범이나 방조범이 수행한 행위의 위험성정도를 보고 보다 강하게 처벌하여야 할 필요성이 인정되는 경우에만 그 형을 무겁게 처벌하게 된다는데 있다. 셋째로, 범죄실행의 착수시점에서 찾아볼수 있다. 간접정범의 경우 리용당하는자를 리용하는 시점에 범죄실행의 착수가 있다고 보는것을 원칙으로 하지만 공범에서는 교사받은자나 방조받은자의 범죄실행시기를 범죄실행의 착수시점으로 보게 된다.

다른 사람을 리용하여 범죄를 실행하는 간접정범의 행위를 어떻게 볼것인가에 대하여 외국의 형법리론에서는 《도구론》으로 설명하고있다. 《도구론》은 사람을 도구와 같이 리용하는것을 정범(실행범)으로 보는 공범리론의 하나로서 여기에서는 사람을 마치 도구처럼 리

용하여 범죄를 실행하는 행위를 정범으로 보고있다. 《도구론》에서는 물질적도구를 리용하는자를 정범으로 보는것처럼 사람을 도구로 리용하는것도 간접적형태의 정범으로 된다고 한다. 따라서 간접정범에 있어서 범죄실행의 착수시기는 사람을 도구로 리용하는 시점이 되고 간접정범에 대한 처벌도 보통의 정범과 같게 된다는것이다.

간접정범의 행위에 대하여 최근에는 리용당한자가 의식을 가지고있기때문에 결국 도구와 다르다는 《행위지배론》이나 리용자측은 리용당한자보다 우월하기때문에 리용자가 정범으로 된다는 《우월성론》으로도 설명하고있다.

외국의 형법리론들이 간접정범에 대하여 어떻게 론하든 그것은 어느것이냐 다 간접정범의 존재를 인정하고있다. 즉 외국의 형법리론들에서는 행위자의 실행행위를 반드시 행위자 자신의 직접적인 신체동작에만 국한시키지 않고 동물이나 공구와 같은것은 물론 다른 사람을 도구처럼 리용하여 범죄를 수행하는것도 가능하다고 보고있으며 여기서 다른 사람을 도구처럼 리용하여 범죄를 수행하는 경우를 바로 간접정범으로 보고있다.

간접정범을 처음으로 규제한 형법은 1913년 도이칠란드형법초안 제33조였으며 현재 적지 않은 대륙법계나라의 형법들에서 간접정범을 규제하고있다. 실례로 현행도이칠란드형법 제25조에서는 《범죄행위를 스스로 실행하거나 또는 타인을 통하여 실행한자는 정범으로 처벌한다.》라고 간접정범에 대하여 규정하고있다. 그리고 현행로씨야형법(1996년) 제33조 2호에서는 《범죄를 직접 감행한자, 다른 사람들과 함께 범죄감행에 직접 참가한자 또는 형사법에 따라 나이, 책임능력상실 또는 다른 정황으로 하여 형사책임을 지지 않는 다른 사람을 리용하는 방법으로 범죄를 감행한자는 범죄의 집행자로 인정된다.》라고 규정하고있다. 여기서 《범죄의 집행자》는 정범을 의미하고 《형사법에 따라 나이, 책임능력상실 또는 다른 정황으로 하여 형사책임을 지지 않는 다른 사람을 리용하는 방법으로 범죄를 감행한자》란 간접정범을 의미한다.

이와 함께 현재 간접정범을 형법에 규제하지는 않았지만 형법리론상에서 인정하고 론하거나 형사실천에 적용하고있는 나라들도 적지 않다.

외국의 형법과 형법리론들에서 규제되고 논의하고있는 간접정범이라는 용어는 원래 도이칠란드에서 공범의 종속형식에 따르는 공범처벌의 부족점을 보충하려는 목적으로부터 제기된 개념이었다.

공범의 종속형식은 공범의 성립과 처벌을 위하여 정범의 범죄가 어느 정도에 이르러야 하는가를 따지는 기준으로서 도이칠란드의 형법학자 리스트의 공범종속론에 기초하여 정범에 따르는 공범의 종속정도를 나타내는 일정한 형식을 말한다.

간접정범을 처음으로 규제한 도이칠란드형법의 경우를 보면 간접정범을 규제하기 이전에는 형법학자 리스트의 공범종속리론을 받아들여 극단적종속형식을 취하였다. 그런데 공범의 종속형식을 극단적종속으로 엄격하게 규제한 결과 도이칠란드에서는 공범을 제대로 처벌하지 못하는 현상이 형사실천에서 나타나게 되었다.

실례로 형사책임나이에 이르지 못한자를 리용하여 범죄를 감행하였을 경우에 극단적종속형식에 따르면 정범인 실행자에게 책임능력 즉 죄책성이 인정되지 않기때문에 범죄를 부추기거나 도와준 교사범이나 방조범과 같은 공범자를 제대로 처벌할수 없었다. 이로부터 도이칠란드에서는 정범에게 공범의 극단적종속형식에 따르는 《범죄성립의 3요소》 즉 《구성요건해당성》, 위법성, 죄책성이 완비되지 못하는 경우 공범자를 처벌할수 없게 되는 폐단을 막기 위하여 간접정범이라는 개념을 만들어내게 되었으며 결국 1913년 형법전에 규

제하게 되었다.

물론 도이칠란드에서는 그후 엄격한 공범종속형식때문에 공범을 처벌하지 못하는 현상을 없앴다고 하면서 1943년에 특별립법에 의한 개정으로 공범의 종속형식을 극단적종속형식으로부터 제한적종속형식으로 전환하였지만 리용자가 리용당하는자를 도구처럼 지배하는 간접정범의 독자적특성이 인정되어 간접정범은 정범의 일종으로 형법전에 명시되게 되었던것이다.

현시기 외국의 형법들에서는 간접정범이라는 개념을 초기 제한적정범개념과 공범의 극단적종속형식에 따르는 공범처벌의 불합리성을 피하기 위한 보충적수단으로서가 아니라 법규범적립장에서 그것이 직접정범과 같은 성질을 가지고있다는것을 긍정한데 기초하여 형법에 직접 규제하고 적용하고있다고 볼수 있다.

외국형법들에 규제된 간접정범을 리해하는데서 중요한것은 다음으로 간접정범의 성립범위에 대한 문제이다.

간접정범의 성립범위는 간접정범으로 볼수 있는 행위자의 실행행위의 한계를 말한다. 일반적으로 외국의 형법리론에서는 간접정범의 개념에 대하여 《어떤 행위로도 처벌되지 않거나 과실범으로 처벌되는자를 리용하여 범죄행위의 결과를 발생시키는것》이라고 정의하고있다. 간접정범에 대한 이와 같은 개념정의에 근거하여 외국의 형법과 형법리론들에서는 간접정범의 성립범위, 더 구체적으로 말하면 《어떤 행위로도 처벌되지 않는자》로서의 리용당하는자의 범위를 범죄의 일반적성립조건에 따라 폭넓게 정하고있다.

우선 책임무능력자를 리용하여 범죄를 감행한 경우를 간접정범의 가장 전형적인 형태로 규제하고있다. 형사책임무능력자를 리용하여 범죄를 감행하는 경우에 대하여 간접정범을 인정하고있는 나라들의 형법리론들은 그 근거로서 책임능력이 책임의 전제조건이며 따라서 책임무능력자의 행위가 책임없는 행위로 되기때문에 책임무능력자를 리용하여 범죄를 감행한 행위는 마땅히 간접정범으로 되어야 한다고 주장하고있다.

그러나 일부 학자들은 책임무능력자를 리용하여 범죄를 감행하는것모두를 간접정범이라고 보는데 대하여 비록 형법상 책임무능력자라고 하여도 사물현상을 판별할수 있는 능력을 가지고있는 경우도 있는 조건에서 판별능력이 있는자를 리용하여 범죄를 감행하는 행위가 간접정범이 아니라 교사범으로 된다고 주장하면서 이에 대하여 부정적인 립장을 표명하고있다.

또한 범죄적고의가 없는자를 리용하는 경우 다시말하여 사정을 모르는자를 리용하여 범죄를 감행하는 경우를 간접정범의 중요한 형태의 하나로 보고있다. 여기서 리용당하는자가 사정을 모르는 원인은 리용자에게 협잡당하여 진상을 리해못할수도 있고 또는 리용당하는자 자신의 과실로 조성되었을수도 있다. 리용자에게 속아 진상을 리해하지 못한 경우가 간접정범으로 된다는데 대하여서는 일반적으로 인정되고있지만 리용당한자의 과실로 조성된 경우도 간접정범으로 볼수 있는가에 대하여서는 과실공동정범에 대한 립장을 기준으로 하여 긍정과 부정의 견해들이 존재하고있다.

과실공동범죄를 인정하는 학자들은 이 경우에 리용자가 리용당하는자의 공범으로 되기때문에 리용자가 간접정범으로 될수 없다고 하면서 부정하고있으며 반대로 과실공동범죄를 인정하지 않는 학자들은 이런 정황에서 간접정범을 인정하지 않으면 범죄적고의를 가진 리용자는 공범으로만 되고 리용당하는자가 오히려 정범으로 되는 납득할수 없는 결론에 떨어진다고 주장하면서 간접정범을 긍정하고있다.

또한 범죄적고의를 가지고있는자를 리용하는 경우도 간접정범의 범위에 포함시키고있다. 외국의 형법리론에서는 범죄적고의를 가진자를 리용하여 수행된 범죄를 간접정범으로 인정함에 있어서 이것을 두가지 경우 즉 《목적이 없으나 고의가 있는자》를 리용한 경우와 《신분(직무)이 없으나 고의가 있는자》를 리용한 경우로 나누고있다. 외국의 형법리론에서는 일부 범죄들 특히 목적범이나 신분범(직무상범죄)과 같은 범죄가 범죄적고의를 요구하는것 외에 특정한 범죄적목적이나 신분을 가지고있을것을 요구하며 따라서 《구성요건》의 요소로서 그러한 목적이나 신분이 결핍된자를 리용하는 경우를 간접정범으로 보고있다.

또한 적법적인 행위를 리용하는 경우를 간접정범으로 보고있다. 이러한 경우는 형법규범이 금지하지 않은 행위를 리용하거나 위법성조각사유를 리용하여 범죄적목적을 달성하는 경우를 의미한다. 이와 관련하여 외국의 형법리론들은 형법규범이 금지하지 않은 행위를 리용하여 범죄를 수행하는 경우에 대하여 그것이 자연히 간접정범으로 된다고 보고있다. 이와 함께 위법성조각사유 즉 리용당하는자의 정당방위행위, 긴급피난행위 등을 리용하는것이 간접정범으로 되는 근거에 대하여서는 피리용자의 행위에 비록 위법성이 없지만 피리용자의 이와 같은 적법적인 행위를 리용하는것은 위법성을 가지기때문이라고 보고있으며 형사실천에서도 이러한 경우들에 대하여 간접정범으로 판결하고있다.

또한 의사적지배에 기초하지 않은 신체행동을 리용하는 경우를 간접정범으로 보고있다. 이러한 경우 외국의 형법과 형법리론들에서는 생물학적인 육체적반사운동이나 수면중의 행동 또는 절대적인 외부적강제밑에서의 신체행동을 리용하여 범죄를 감행하는 경우까지도 간접정범으로 인정하는 경우를 의미한다.

그러나 이런 경우에도 간접정범이 될수 있는가에 대하여 현시기 외국의 형법리론들은 긍정과 부정의 적지 않은 론의를 벌리고있다. 의사적지배에 기초하지 않은 신체행동을 리용하는 경우를 간접정범으로 보는것을 반대하는 리론들은 그 근거로서 공구를 사용하는 직접정범과 구별이 없기때문에 구태여 간접정범이라고 말할 필요가 없다는것이며 이것을 긍정하는 리론들은 그 근거로서 간접정범 역시 정범의 일종이고 처벌에서 차이가 없으며 다른 사람을 리용하여 수행한 범죄에 못지 않기때문에 간접정범으로 보아야 한다는것이다.

대륙법계의 자본주의나라 형법과 형법리론들은 간접정범의 성립범위에 대한 형법적규제와 그에 대한 론의를 통하여 사회에 대한 법적규제의 《다양성》과 《구체성》을 운운하면서 반동적인 자본주의형법의 계급적본질을 가리우고 미화분식하려고 하고있다.

그러나 간접정범의 성립범위에 대한 자본주의형법의 복잡한 규제가 본질에 있어서 지배계급이 사회에 대한 계급적통치실현의 유리한 합법적공간을 마련해주는 형법적수단으로 되고있다는것을 결코 숨길수 없다. 그것은 간접정범의 범위에 대한 규제가 그 복잡성으로 하여 적지 않은 리론적허점들을 가지고있을뿐아니라 이것을 통하여 지배계급의 통치수단으로서 자본주의형법의 폭력적성격을 로골적으로 드러내놓고있기때문이다.

자본주의나라 형법과 형법리론들은 범죄적고의를 가진자를 리용한 경우까지도 간접정범의 범위에 포함시킴으로써 간접정범과 교사범이나 방조범과 같은 공범간의 차이를 모하게 만들어놓고있으며 바로 이러한 규제적공간을 통하여 사회에 대한 정치적지배의 합법적수단으로서의 형법의 폭력적기능을 더욱 강화하는데 적극 복무하고있다.

우리는 외국의 형법과 형법리론들에서 규제되고 실천에 적용되고있는 간접정범에 대한 정확한 인식을 가지고 우리 공화국의 대외적권위를 법적으로 옹호해나가는데서 제기되는 형사법적문제들을 능동적으로 처리해나가야 할것이다.