

[특 집]

## 〈형사법연구 20년〉을 통해서 본 공범론의 변화와 발전\*

천진호\*\*

---

 차례
 

---

I. 서론 II. 〈형사법연구 20년〉에 나타난 공범론의 조망 1. 합동범의 공동정범 2. 과실범의 공동정범 3. 공모공동정범 4. 공범과 신분 5. 교사의 개념 및 교사자 고의의 구체성.	교사의 착오 6. 방조범의 논의 III. 향후 공범론의 논의 방향에 대한 제언 1. 공동정범의 정범성 표지에 대한 해석학적 논의의 구체화 2. 제33조(공범과 신분) 규정의 입법적 논의
---	---

---

### I. 서론

1988. 12. 「형사법연구」 창간호가 발행된 이후 제20권 제2호에 이르기까지 지난 20년간 「형사법연구」에 공범론을 다룬 37편의 옥고가 발표되었다. 그리고 한국형사법학회 1999년 동계학술회의에서는 「공동정범론의 현대적 쟁점」을 주제로 박상기 교수의 “우리나라 학설과 판례에 나타나는 공동정범의 유형과 문제점”, 전지연 교수의 “과실범의 공동정범”, 김용세 교수의 “‘공모관계이탈’과 공범

---

\* 이 논문은 동아대학교 학술연구비 지원에 의하여 연구되었음

이 논문은 한국형사법학회 2008년 추계학술회의(2008.9.20. 이화여자대학교)에서 발표한 내용을 축약하여 수정한 것임

\*\* 동아대학교 법과대학 교수

의 중지”, 그리고 강동범 교수의 “합동범의 공동정범” 논문이 발표된 바 있으며, 「형법전 시행 반세기의 회고」를 주제로 열린 2002년 하계학술회의에서 박상기 교수는 한국 형법 제정 50년을 되돌아보면서 공범론의 이론적 전개과정을 쟁점별로 고찰한 “형법제정 50년과 공범론의 전개” 논문을 발표하였다.<sup>1)</sup> 2004년 동계학술회의에서는 「형사실체법의 개정방향」을 주제로 손동권 교수가 “형법 제 34조(간접정범)에 대한 입법론적 검토”를, 성낙현 교수가 “협회의 공범규정(교사범과 중범)에 대한 개선입법론”을, 필자가 “‘공범과 신분’ 규정에 대한 입법론적 검토”를 발표한 바 있다.

〈형사법연구 20년〉을 통해 발표된 공범론에 관한 논문들은 해석학적 논의를 더욱 깊이 있고 풍부하게 했을 뿐 아니라, 판례를 포함하여 그 당시 제기되었던 현실적인 문제에 대하여 시의적절하게 논의함으로써 이론과 실무를 접목하는 역할도 수행해 왔다.

본 논문에서는 먼저 〈형사법연구 20년〉에 나타난 공범론에 대한 논의들을 편면적 대항범과 공범규정의 적용, 합동범의 공동정범, 과실범의 공동정범, 공모공동정범, 공범과 미수, 공범과 신분, 간접정범, 교사의 개념 및 교사자 고의의 구체성, 교사의 착오, 방조범의 논의로 나누어 조망하면서,<sup>2)</sup> 향후 공범론의 논의 방향에 대한 제언으로 공동정범의 정범성 표지에 대한 해석학적 논의의 구체화 작업을 제시해 보기로 한다.

그리고 해석과 입법은 상호보완적 관계로 이론적 논거에 충실해야 하며, 이론적 논거가 없는 형식적 규정에 충실한 해석을 주장하는 것은 모순이다. 즉 이론적으로 설명되지 않는지만 이를 입법적으로 해결했기 때문에(입법적 결단을 내렸기 때문에) 규정해석에 충실해야 한다는 것은 해석학이 아니라 입법론으로 극복해야 할 문제이며, 입법적 불비를 보완하기 위한 해석이 법발견의 기능을 넘어 법창조의 단계로 나간다면 이는 해석의 남용이라고 할 수 있을 것이다. 이러한

1) 박상기, “형법 제정 50년과 공범론의 전개”, 제18호, 2002.12, 157면-180면.

2) 다만 필자들이 심혈을 기울여 서술한 37편의 육고를 짧은 시간에 읽고 이해하기가 무리일 뿐 아니라, 필자의 과문으로 상당한 내용들을 제대로 소화해내지 못한 부분도 있으며, 관련된 주제의 핵심적인 내용만을 논문에서 발췌하여 정리하다보니 전체적인 논문의 맥락이나 논문작성자의 정확한 의도가 제대로 전달되지 못하는 부분에 대해서는 논문작성자들의 양해를 구한다.

관점에서 향후 공범론의 입법적 논의 방향에 대한 제언으로 손동권 교수가 제안한 정범 표시의 구체화와 간접정범의 정범성 규정에 대한 입법적 논의와 함께 공범과 신분 규정에 대한 입법적 논의를 제시해 보고자 한다.<sup>3)</sup>

## II. 〈형사법연구 20년〉에 나타난 공범론의 조망

### 1. 합동범의 공동정범

합동범의 공동정범 성립의 논의는 대법원이 1998.5.21. 선고 98도321 전원합의체 판결을 통해 종전에 이를 부정했던 대법원 1976.7.27. 선고 75도2720 판결 등을 변경하면서 더욱 활발하게 전개되고 있다.

98도321 전원합의체판결이 나온 후 시의적절하게 강동범 교수는 본 판결을 비판하는 입장에서 합동범은 행위지배라는 정범의 기본적인 표지에 입법자가 ‘현장성’이라는 요소를 추가하면서 행위방법의 위험성을 고려하여 단순한 공동정범보다 형을 무겁게 한 것이라는 점에서 합동의 개념을 현장설에 따라 시간적·장소적 협동관계를 의미하는 것으로 파악하고 있다.<sup>4)</sup> 나아가 이러한 합동범의 본질과 관련하여 범행현장에 있지 않은 자라도 공동정범의 표지인 기능적 행위지배가 인정되는 경우에 합동범의 공동정범이 성립하느냐에 대한 논증으로 학설과 판례를 심도있게 검토하면서,<sup>5)</sup> 합동범의 현장성은 입법자가 기능적 행위지배 이외에 추가적으로 설정해 놓은 정범성의 표지라고 해석해야 하며 따라서 현장에서 협력하지 아니한 자는 전체 범행의 실현에 대하여 행위지배를 하였더라도 합동범이 될 수 없다고 해석한다.

문채규 교수도 합동범의 공동정범 성립에 대한 논증방법으로 합동범의 본질에

3) 특수교사·방조에 대한 형의 가중 규정 삭제, 교사의 교사 및 방조의 교사 규정 신설 여부, 공범에 대한 개별 책임 원칙 규정 필요 여부, 공범 간 중지미수 관련 규정의 신설 필요 여부 등 나머지 공범론과 관련된 입법적 논의는 현재 법무부 형사법개정특별위원회와 한국형사법학회 형법개정연구회에서 활발하게 논의되고 있기 때문에 다음 기회에 다루기로 한다.

4) 강동범, “합동범의 공동정범”, 86면.

5) 강동범, “합동범의 공동정범”, 87면-92면.

관한 학설 중 현장설과 현장적 공동정범설을 비교 분석하면서,<sup>6)</sup> 합동범에서 요구되는 각 참여자의 역할분담이 공동정범의 표지인 기능적 범행지배의 개념이라고 한다면 적어도 기존의 기능적 범행지배에 대한 하나의 개념의제라는 비판도 가능하다고 한다.<sup>7)</sup>

## 2. 과실범의 공동정범

범행의 공동실행으로서 공동정범이 성립하기 위해서는 2인 이상이 주관적으로 실행행위를 공동으로 하려는 의사, 즉 공동실행의 의사가 있어야 할 뿐 아니라 객관적으로 공동의 실행행위 즉 공동실행의 사실이 있어야 한다. 판례는 공동정범이 성립하기 위한 주관적 요건인 공동가공의 의사는 “타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 것만으로는 부족하고 공동의 의사로 특정한 범죄행위를 하기 위하여 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다.”고 해석하고 있다.<sup>8)</sup>

이러한 공동정범의 주관적 요건과 관련하여 과실범의 공동정범, 즉 2인 이상이 어떠한 과실행위를 서로의 의사연락 하에 실행하여 범죄되는 결과를 발생케 한 경우에 이를 공동정범으로 규율할 수 있느냐에 대해 다양한 견해가 대립되고 있는데,<sup>9)</sup> 판례는 초기에는 과실범의 공동정범의 성립을 부정하였으나,<sup>10)</sup> 그 후 견해를 변경하여 “제30조의 ‘공동하여 죄를 범한 때’의 ‘죄’란 고의범이고 과실범이고를 불문한다고 할 것이고 따라서 두 사람 이상이 어떠한 과실행위를 서로의 의사연락 하에 이룩하여 범죄되는 결과를 발생케 한 것이라면 과실범의 공동정범이

6) 문채규, “합동범의 공동정범”, 26면-27면.

7) 문채규, “합동범의 공동정범”, 37면.

8) 대법원 2008.4.10. 선고 2008도1274 판결 ; 2008.3.27. 선고 2006도3504 판결 ; 2006.3.9. 선고 2004도206 판결 등 다수 판례.

9) 과실범의 공동정범을 인정하는 견해와 부정하는 견해의 논거에 대해서는 전지연, “과실범의 공동정범”, 29면-31면 ; 안성조, “과실범의 공동정범”, 588면-599면 참조. 특히 독일에서 주장되고 있는 인정설과 부정설을 자세하게 소개한 것으로 김성룡, “고의론에서 접근한 과실범에 있어서 공동정범”, 제16호, 132면-133면. 일본 학자들의 견해를 소개한 것으로 이보영, “과실의 공동정범의 이론”, 제4호, 89면-96면.

10) 대법원 1956.12.21. 선고 4289형상276 판결.

성립한다”라고 하여 이를 인정하고 있다.<sup>11)</sup> 특히 삼풍백화점 붕괴사건과<sup>12)</sup> 성수대교 붕괴사건 판결에서<sup>13)</sup> ‘공동의 주의의무’라는 개념을 사용하여 과실범의 공동정범의 성립요건으로 이를 요구하고 있는 것으로 보인다.<sup>14)</sup>

전지연 교수는 1) 행위공동설에 기초한 과실범의 공동정범은 타당한가? 2) 고의범의 적용기준을 과실범에 적용하여 공동정범을 부정하는 것은 타당한가? 3) 형법 제30조의 공동정범 규정은 과실범의 공동정범을 부정하는가? 4) 과실범의 공동정범은 주의의무의 공동이나 기능적 범행지배의 공동 등과 같은 일정한 요건 하에 공동정범으로 인정될 수 있는가?에 대하여 심도있게 논증하면서,<sup>15)</sup> 과실범의 공동정범의 성립을 부정하고 있다.

여기에 대하여 정반대의 관점에서 이재상 교수는 과실범의 공동정범의 성립을 주장하는 다수견해의 논거와 관련하여 1) 공동정범이 성립하기 위해 공동의 행위결의 또는 공동의 의사가 있어야 하는가? 2) 과실범에도 기능적 범행지배가 인정되는가? 3) 과실범의 공동정범은 형법 제30조의 문언에 반하는가? 4) 과실범의 공동정범을 인정할 실익이 있는가?를 논증하면서,<sup>16)</sup> 과실범의 공동정범은 과실범의 처벌을 부당하게 확대하는 이론이 아니라 종래의 형법이론이 유지되면서 당연히 긍정해야 할 정당한 귀속관계를 인정하여 타당한 결론을 제시할 수 있는 유일한 방법일 뿐 아니라, 다수인의 결합에 의하여 처벌되지 않고 방임되는 행위를 처벌할 수 있게 하여 소위 조직화된 불처벌을 종결시킬 수 있는 이론이라고 한다.<sup>17)</sup>

안성조 교수는 과실범의 공동정범의 성립요건으로 상호연대적 동질동량의 주의의무의 공동과 그러한 주의의무에 대한 공동의 인식을 들면서, 동질동량의 주

11) 대법원 1962.3.29. 선고 4294형상598 판결 ; 1978.9.26. 선고 78도2082 판결 ; 1979.8.21. 선고 79도1249 판결 ; 1982.6.8. 선고 82도781 판결 ; 1994.3.22. 선고 94도35 판결 등 다수 판례. 대법원 1962.3.29. 선고 4294형상598 판결 이후 과실범의 공동정범을 인정하는 판례에 대한 자세한 분석은 이재상, “과실범의 공동정범”, 217면-219면 ; 안성조, “과실범의 공동정범”, 609면-615면.

12) 대법원 1996.8.23. 선고 96도1231 판결.

13) 대법원 1997.11.28. 선고 97도1740 판결.

14) 전지연, “과실범의 공동정범”, 34면.

15) 전지연, “과실범의 공동정범”, 34면-52면.

16) 이재상, “과실범의 공동정범”, 221면-227면.

17) 이재상, “과실범의 공동정범”, 227면, 232면.

의의무는 상호의존적인 분업적 업무일 경우에 그 구체적인 내용이 일치하지 않아도 된다는 점에서 이른바 선임자 탐승사건<sup>18)</sup>이나 삼풍백화점 및 성수대교 붕괴 사건에서도 과실범의 공동정범이 성립할 수 있다고 한다.<sup>19)</sup>

과실범을 단독정범 외의 다른 범죄형태가 존재할 수 없는 유일정범개념으로 이해하는 이정원 교수는 주의의무위반을 본질로 하는 과실범은 고의의 작위범과는 완전히 다른 구조를 가지는 것으로, 일정한 법적 의무는 개인적으로 부과되는 것이기 때문에 타인과 공유하거나 분배할 수 없다는 논리적인 구조로 볼 때 과실범에서는 타인의 작용이나 가담이 불가능하며 따라서 과실범에서는 공범이나 공동정범 또는 간접정범의 형태가 논리적으로 불가능하고 한다. 즉 이정원 교수는 타인과 공동으로 과실범의 구성요건을 실현한 경우라도 범죄실현에 인과적인 주의의무위반행위는 각각 독자적이고 직접적인 과실정범으로 평가되며, 범죄실현에 대한 인과성의 판단이 불가능한 경우에 각각의 주의의무위반행위는 과실범의 미수를 처벌하는 규정이 없으므로 불가벌이 된다는 것이다.<sup>20)</sup>

그리고 김성룡 교수는 기존의 형법해석학에서 견고하게 정착되어진 개념의 엄격한 분석을 전제로 하여 고의·과실의 공동정범이 어떠한 함의를 가질 수밖에 없는지, 즉 이미 고의개념의 함의 속에 고의와 과실에 공통한 공동정범의 표지가 개념논리적으로 결정되어 있음을 논증하면서, 공동정범 상호간에 무엇을 공동으로 할 수 밖에 없는가를 형법개념 체계 내에서 도출해내고 있다.<sup>21)</sup> 이러한 논증을 통해 김성룡 교수는 고의나 과실의 귀속구조의 분석을 통해 공동정범은 고의범과 고의범 사이, 과실범과 과실범 사이에서만 가능한 것이 아니라 고의범과 과실범 사이에도 가능하며, 단지 해석학적 과제는 사전에 규정지을 수 없는 ‘다수인의 개별·구체적인 공동의 행위계획’을 어떠한 기준으로 분석함으로써, 어떠한 참여자들을 동등한 당사자적인 정범으로 받아들이며, 어떠한 참여자를 공범으로 평

18) 대법원 1979.8.21. 선고 78도2082 판결.

19) 안성조, “과실범의 공동정범”, 615면.

20) 이정원, “과실범에서의 정범과 공범- 과실범의 범죄구조를 중심으로 -”, 106면, 116면. 이에 대한 국내 학자들의 비판적 견해에 대해서는 안성조, “과실범의 공동정범”, 595면-597면 참조. 독일의 비판적 견해에 대한 자세한 소개는 이정원, “과실범에서의 정범과 공범- 과실범의 범죄구조를 중심으로 -”, 107면-109면.

21) 김성룡, “고의론에서 접근한 과실범에 있어서 공동정범”, 128면.

가할 것인가에 대한 기준을 마련하는 것이라고 한다.<sup>22)</sup>

### 3. 공모공동정범

범죄 공모에만 가담하고 실행행위를 분담하지 않은 자에 대해서도 공모사실만으로 실행행위 전체의 공동정범으로 처벌할 수 있느냐에 대하여 소위 공모공동정범이라는 이론으로 학설과 판례가 극단적으로 대립하고 있다. 주지하다시피 판례는 일관되게 “2인 이상이 범죄에 공동 가공하는 공범관계에서 공모는 법률상 어떤 정형을 요구하는 것이 아니고 2인 이상이 공모하여 어느 범죄에 공동 가공하여 그 범죄를 실현하려는 의사의 결합만 있으면 되는 것으로서, 비록 전체의 모의과정이 없었다고 하더라도 수인 사이에 순차적으로 또는 암묵적으로 상통하여 그 의사의 결합이 이루어지면 공모관계가 성립하고, 이러한 공모가 이루어진 이상 실행행위에 직접 관여하지 아니한 자라도 다른 공모자의 행위에 대하여 공동정범으로서의 형사책임을 지는 것이다”라고 하여<sup>23)</sup> 학계의 비판과는 관계없이 공모공동정범이론을 신봉하고 있다.

그러나 공모 형태가 정범의 표지인 기능적 행위지배에 해당하느냐에 따라 공동정범 또는 교사·방조범으로 판단하면 되므로 공모공동정범이라는 개념 자체를 사용할 필요가 없다는 점에서 특히 최근의 판례가 “형법 제30조의 공동정범은 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄 실행이라는 주관적·객관적 요건을 충족함으로써 성립하는바, 공모자 중 구성요건 행위 일부를 직접 분담하여 실행하지 않은 자라도 공동정범으로서의 죄책을 질 수도 있는 것이기는 하나, 이를 위해서는 전체 범죄에 있어서 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.”라고 판시한 사례와,<sup>24)</sup> “공모에 의한 범죄의 공동실

22) 김성룡, “고의론에서 접근한 과실범에 있어서 공동정범”, 149면.

23) 대법원 2008.5.8. 선고 2008도198 판결 ; 2008.4.24. 선고 2007도11258 ; 2006.2.23. 선고 2005도8645 판결 ; 2006.1.26. 선고 2005도8507 판결 등 다수 판례.

24) 대법원 2007.10.26. 선고 2007도4702 판결.

행은 모든 공범자가 스스로 범죄의 구성요건을 실현하는 것을 전제로 하지 아니하고, 그 실현행위를 하는 공범자에게 그 행위결정을 강화하도록 협력하는 것으로도 가능하며, 이에 해당하는지 여부는 행위 결과에 대한 각자의 이해 정도, 행위 가담의 크기, 범행지배에 대한 의지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”라고<sup>25)</sup> 판시한 것은 대단히 발전적인 이론 구성으로 보인다.

이정원 교수는 일본과 우리나라 판례에서 인정하고 있는 이른바 공모공동정범과 관련되는 사례의 분석을 위해 독일형법 제25조 제2항에서 규정하고 있는 공동정범에서의 정신적·지능적 범죄기여의 가능한 형태들을 두목의 사례, 다른 공동자들과 계급적인 관계가 없는 자의 준비단계에서의 범죄기여 즉 조연에 의한 범죄기여, 정신적 유발과 실행행위가 따로 진행되는 사례, 실행단계에서의 대체적 범죄기여 사례, 선택적 공동정범의 경우, 승계적 공동정범의 사례 등 6개의 사례군으로 구별하면서, 행위지배이론에 따라 각 구체적인 사례군을 심도있게 논증하고 있다.<sup>26)</sup>

이와 달리 김용세 교수는 일본의 판례가 1896년 대심원판례 이후 일관되게 인정하고 있는 공모공동정범의 논거에 대한 일본의 학설들을 소개하면서 이론적 측면과 정책적인 측면에서의 평가와 더불어 공모공동정범론에서 파생하는 해석상의 혼란을 자세하게 분석하고 있다.<sup>27)</sup>

#### 4. 공범과 신분

우리 형법 제33조는 위법성이나 책임을 근거지우는 적극적 신분과 관련하여 신분범에 가담한 신분 없는 자의 범죄성립과 과형에 대하여 근거규정을 두고 있을 뿐, 독일형법 제28조 및 오스트리아형법 제14조와 같이 신분에 대한 개념 정의와 소극적 신분에 관한 규정을 두고 있지 않다.<sup>28)</sup>

25) 대법원 2006.12.22. 선고 2006도1623 판결.

26) 이정원, “소위 공모공동정범과 독일형법에서의 공동정범”, 44면-60면(본 논문은 본인의 독일박사학위논문문을 요약하여 1992년 한국형사법학회 동계학술회의에서 발표한 글이다).

27) 김용세, “일본의 공모공동정범론 : 현황과 문제점”, 399면-405면.

28) 비교입법례에 대해서는 천진호, “공범과 신분” 규정에 대한 입법론적 검토”, 305면-306면 참조 ; 독일형법과의 비교를 통한 개선방안에 대해서는 성낙현, “협회의 공범규정에 대한 개선입법

신분 개념과 관련하여 다수견해는 남녀의 성별, 내·외국인의 구별, 친족관계, 공무원의 자격 등에 한하지 않고 널리 일정한 범죄행위와 관련된 범죄자의 인적 관계로서의 특수한 지위 또는 상태를 총칭하는 개념, 즉 범죄의 성립이나 형의 가중·감경에 영향을 미치는 일신적 특성 또는 관계 및 상태로서, 객관적이면서 행위자관련적인 표지로 해석하고 있다.<sup>29)</sup> 따라서 다수견해에 의하면 행위관련적 표지에 불과한 일반적인 주관적 불법구성요건표지인 고의와 목적·경향·표현 등 특별한 주관적 불법구성요건표지는 신분개념에 해당하지 않는다. 즉 공범과 신분에 관한 제33조 규정은 목적범에는 적용되지 않으며, 각 행위자는 당해 목적을 각자 인식해야 한다. 그러나 신분 개념에 대한 이러한 다수견해의 해석과는 달리 소수견해와 판례<sup>30)</sup>는 행위관련적 표지인 목적도 신분 개념에 포함된다고 해석한다.

정성근 교수는 신분개념에서 계속성의 요건이 불필요하다는 전제하에, 계속성 없는 일시적 심리상태인 '동기', '영리 또는 행사의 목적' 등과 같은 주관적 불법요소도 신분개념에 포함된다고 해석한다.<sup>31)</sup> 그리고 정성근 교수는 신분의 연대작용과 개별작용에 대해, 위법은 연대적으로 책임은 개별적으로 작용한다는 제한종속형식의 사리에 의해서만 합리적으로 설명할 수 있으며, 실질적 분류에 따를 때에만 동일한 성질·내용의 신분은 항상 동일한 작용을 인정할 수 있을 뿐만 아니라 연대작용과 개별작용의 법적 근거도 범죄체계에 맞게 설명할 수 있다고 한다. 그리고 위법신분과 책임신분으로 분류할 때에 본문과 단성의 관계가 서로 상반·모순관계의 규정이 아니라 양자 모두 제한종속형식에 합치되는 규정으로 이해할 수 있으며, 신분의 분류방법에는 차이가 있지만 제33조의 구체적 해석에 있어서도 위법신분·책임신분으로 분류하는 견해가 논리적으로 통설의 결론과 완전히 일치시킬 수 있다는 입장이다.<sup>32)</sup>

론”, 282면-288면 참조.

29) 행위관련표지와 행위자관련표지를 자세하게 분석한 것으로 권봉호, “행위관련요소와 행위자관련요소, 정범표지”, 279면-290면.

30) 대법원 1994.12.23. 선고 93도1002 판결.

31) 정성근, “형법상의 신분개념”, 108면-111면.

32) 정성근, “형법상의 신분개념”, 127면.

이인영 교수는 제33조 규정의 제정 입법연혁을 검토하면서 제33조의 공범과 신분규정은 우리 입법자가 독자적인 입법취지에서 규정한 것으로, 그 형식과 내용 면에서 당시 다른 입법례에서 그 모델을 찾기 어렵다고 한다.<sup>33)</sup> 그럼에도 불구하고 일본형법 제65조 또는 독일형법 제28조의 규정처럼 제1항과 제2항으로 구별하여 각각 진정신분범과 부진정신분범에 관한 규정으로 편입시키고자 했던 1992년과 1996년 형법개정안 제34조는<sup>34)</sup> 제33조를 통해 나타나는 입법자의 입법취지에 비추어 보거나 주체적인 법의 제정과 운용이라는 측면에서 볼 때 바람직스럽지 못한 것으로 비판한다.<sup>35)</sup>

성낙현 교수도 진정신분범에서의 신분요소는 범죄를 성립시키는 요소인데 신분의 결여로 범죄마저 성립되지 되지 않는 비신분자에게 공동정범으로서의 가별성을 인정하는 것은 형벌권의 부당한 확대로, 형법 제33조에서 '전 3조를 적용한다'고 함으로써 비신분자의 경우에도 진정신분범과의 가공을 통한 공동정범을 인정하는 것은 부당하다고 지적하면서, 진정신분범의 경우 비신분자는 신분자의 공동정범의 성립을 인정하지 않고 다만 교사·방조범의 성립은 인정하나 이 경우에도 필요적 감경규정을 두고 있는 독일형법의 태도가 합리적이라고 한다.<sup>36)</sup>

한편 한상훈 교수는 형법상의 신분과 제33조의 신분은 서로 구별되는 개념이라는 전제하에, 제33조에 대한 해석과 관련하여 진정신분범·부진정신분범 구별설과 부진정신분범의 성립·과형 구별설(본문·단서 기준설) 그리고 위법신분·책임신분 구별설의 논거를 비판적으로 검토하면서,<sup>37)</sup> 제33조 단서는 책임개별화원칙을 규정한 것으로 해석한 다수견해에 대하여 책임개별화원칙은 제33조 단서가 아니라 오히려 형법상 명문의 규정은 없으나 인간의 존엄성 보장, 과잉금지원칙

33) 이상문 박사도 역사적·방법론적 관점에서 볼 때 우리나라 입법자는 공범과 신분을 규정한 제33조에 대하여 독일이나 일본의 태도를 취하지 않고 독자적인 입법적 결단을 내렸다고 분석하는 것이 타당하다고 한다(이상문, “공범의 처벌근거”, 658면).

34) 법무부의 형법 개정안에 대한 논의과정과 그 내용 및 이에 대한 한국형사법학회의 대체안(개정시안)에 대한 자세한 설명은 천진호, “‘공범과 신분’ 규정에 대한 입법론적 검토”, 308면-313면 참조.

35) 이인영, “형법 제33조 규정의 입법연혁과 해석론”, 264면, 271면.

36) 성낙현, “협회의 공범규정에 대한 개선입법론”, 288면-289면.

37) 같은 논지에서 제33조 본문과 단서의 해석론상의 문제점을 분석한 것으로 성낙현, “협회의 공범규정에 대한 개선입법론”, 280면-282면.

에서 도출되는 대원칙인 책임주의에 당연히 내재된 형법의 원칙이라고 한다.<sup>38)</sup>

## 5. 교사의 개념 및 교사자 고의의 구체성, 교사의 착오

### 1) 교사의 개념 정의 - 교사범과 방조범의 구별 기준

김정환 교수는 공범행위 자체를 기준으로 하는 것이 아니라 이러한 (미래의) 정범의 기(既)범행결의 여부를 기준으로 교사범과 방조범의 성립을 구별하고 있는 기존의 해석론에 대한 비판적 관점에서 범행결의가 무엇을 의미하는지, 그리고 범행결의의 여부를 어떤 기준으로 판단할 수 있는가, 나아가 교사범의 성립요건으로 교사행위와 정범의 범행결과 사이에 (심리적) 인과성이 요구되는가에 대해 독일에서 논의된 여러 견해들을 중심으로 심도있게 논증하고 있다.<sup>39)</sup>

### 2) 교사자 고의의 구체성

교사범의 성립요건으로 교사자에게 요구되는 주관적 요건으로 교사의 고의는 교사의 의사뿐만 아니라 피교사자인 정범의 고의, 즉 교사에 의하여 피교사자가 특정한 범죄에 대한 실행을 결의하고 이에 따라 특정범죄를 실행함으로써 결과가 발생할 것이라는 데에 대한 인식이 있어야 한다. 이와 같이 교사행위에 대한 인식만이 아니라 정범에 의한 실행행위와 결과발생까지도 인식해야 한다는 점에서 이중의 고의를 요한다.

이러한 일반적인 해석에 논거하여 김정환 교수는 교사범에 있어 특정한 피교사자의 실행행위(정범행위)에 대한 고의와 관련하여 교사자가 정범의 범행에 대하여 어느 정도의 인식이 필요한지, 즉 교사자 고의의 구체성에 대하여 지금까지 우리나라에서의 논의상황과 독일에서의 논의상황을 검토하면서,<sup>40)</sup> 일반적인 고의의 구체성이라는 고의 일반론을 통해 정범행위에 교사자 고의의 구체성을 논증하는 해석론의 한계를 탈피하여 교사의 객관적 측면에 대한 검토를 바탕으로 교사자의 객관적 측면의 불법에 상응하는 주관적 측면, 즉 교사자 처벌의 확장을 제

38) 한상훈, “신분범과 공범 - 형법 제33조의 시론적 해석론 -”, 278면-287면.

39) 김정환, “형법 제31조 제1항 “교사”의 해석”, 255면-259면.

40) 김정환, “교사자고의의 구체성”, 620면-624면.

한하는 동시에 교사자 처벌의 정당성을 부여하는 교사자 고의의 구체성과 인식의 정도에 대한 새로운 해석론을 제시하고 있다.<sup>41)</sup>

### 3) 정범의 객체의 착오와 교사자의 책임

피교사자인 정범이 실행행위 시에 구체적 사실에 대한 방법의 착오를 일으킨 경우에는 교사자에게도 방법의 착오가 된다는 데에는 이론이 없다. 그러나 독일 제국법원의 Rose-Rosahl 사건과 같이 피교사자인 정범이 실행행위 시에 구체적 사실에 대한 객체의 착오를 일으킨 경우에 교사자의 책임을 어떻게 이론 구성하느냐에 대해서는 객체의 착오로 해석하는 견해, 방법의 착오로 해석하는 견해, 인과과정의 착오로 해석하는 견해, 착오문제의 해결방안에 따라 착오 유형을 결정하는 견해 등이 대립되고 있다

실행행위를 한 자가 객체의 착오를 일으킨 경우 당해 범행에 함께 참가한 자에 대한 형사책임을 어떻게 구성하느냐와 관련하여 신양균 교수는 종래 해석론은 그것이 객체의 착오에 해당하는가 아니면 방법의 착오에 해당하는가를 중심으로 논의를 전개함으로써 범행참가자의 고의 내지 책임이라는 실질에 대한 검토가 미흡했다는 점을 지적하면서,<sup>42)</sup> 1990.10.25. 선고된 독일의 Hoferben 사건<sup>43)</sup>의 사실관계를 기초로 방법의 착오로 보는 입장과 착오가 중요하지 않다는 입장 및 객관적 귀속을 전제로 고의귀속을 긍정하는 입장 등 우리나라의 학설과 함께 150년 넘게 이 문제를 이론과 실제의 차원에서 검토해 온 독일에서의 논의를 자세하게 검토·분석하고 있다.<sup>44)</sup>

이러한 논증을 통해 신양균 교수는 정범이 객체의 착오에 빠진 경우에 교사자의 책임은 객관적 측면에서 교사내용과 구체적으로 나타난 결과의 불일치의 문제를 어떻게 다룰 것인가를 객관적 귀속의 차원에서 검토하고, 이러한 불일치가 법적으로 중요하지 않은 경우에 한하여 다시 나타난 결과를 교사자의 고의에 귀속

41) 김정환, “교사자고의의 구체성”, 630면-634면.

42) 신양균, “정범의 객체의 착오와 교사자의 책임”, 218면.

43) BGHSt 37, S.214-219, Strafbarkeit des Anstifters bei personenverwechslung des Täters.

44) 신양균, “정범의 객체의 착오와 교사자의 책임”, 220면-237면.

시킬 수 있는가 하는 차원에서 구체적인 검토를 할 필요가 있다고 한다.<sup>45)</sup> 따라서 독일의 Hoferben 사건의 경우 농장 주인이 살인을 청부받은 자에게 아들의 사진까지 건네주면서 범행대상의 특징을 상세하게 알려주고 범행장소까지 지정했음에도 부탁받은 자가 외모나 소지품의 유사성만을 이유로 이웃사람을 농장상속인인 아들로 오인했다면 이웃사람의 사망은 농장주인의 고의에 귀속될 수 없다고 한다.<sup>46)</sup>

## 6. 방조범의 논의

방조범이란 이미 범죄결의를 가진 자의 범죄실행행위를 용이하게 하는 범죄형태로, 다수견해와 판례에 의하면 형법상 방조행위는 정범이 범행을 한다는 것을 알면서 그 실행행위를 용이하게 하는 직접·간접의 모든 행위를 가리키는 것으로서 유형적·물질적인 방조뿐만 아니라 정범에게 범행의 결의를 강화하도록 하는 것과 같은 무형적·정신적 방조행위까지도 이에 해당한다.<sup>47)</sup> 또한 형법상 방조는 작위에 의하여 정범의 실행행위를 용이하게 하는 경우만이 아니라, 직무상의 의무가 있는 자가 정범의 범죄행위를 인식하면서도 그것을 방지하여야 할 제반 조치를 취하지 아니하는 부작위로 인하여 정범의 실행행위를 용이하게 하는 경우에도 성립된다.<sup>48)</sup>

신양균 교수는 이와 같이 방조의 개념을 넓게 설정하더라도 방조범의 성립은 방조의 고의를 전제로 하기 때문에 통상 주관적 요건을 통해 방조범의 성립범위가 어느 정도 제약될 수 있으며, 객관적인 측면에서도 공범의 종속성으로 인해 방조행위와 정범의 실행행위 사이에 일정한 관련이 필요하므로 이러한 관련이 결여된 경우에는 방조범의 성립을 부정할 수 있지만, 이러한 수정도구만으로 방조범의 가별성을 적절히 제한할 수 있는가에 대해 의문을 제기한다. 신양균 교수는 일상적인 생활상의 거래처럼 외형상 전혀 무해한 것처럼 보이는 행동이 개별사건에서 범죄행위의 수행을 가능하게 하거나 용이하게 한 경우, 즉 ‘중립적 행위에

45) 신양균, “정범의 객체의 착오와 교사자의 책임”, 238면-239면.

46) 신양균, “정범의 객체의 착오와 교사자의 책임”, 240면.

47) 대법원 2007.4.27. 선고 2007도1303 판결 ; 2008.3.13. 선고 2006도3615 판결 등 다수 판례.

48) 대법원 1997.3.14. 선고 96도1639 판결 ; 2006.4.28. 선고 2003도4128 판결 등 다수 판례.

의한 방조'(Beihilfe durch neutrales Verhalten)가 가벌적 방조에 해당될 수 있는지, 그리고 이점을 긍정한다면 어디까지 가능한지에 대해 논란이 있고, 우리나라에서도 이 문제와 관련된 것으로 보이는 판례들이 있고 현실적으로도 논의의 필요성이 제기된다는 점에서<sup>49)</sup> 이 논제에 대한 본격적 논의의 화두를 던지고 있다.

신양균 교수에 의하면 중립적 행위란 외형상 범죄와 무관한 것처럼 보이는 일상적 행동, 예컨대 가게에서 물건을 판매하는 것, 회사에서 통상적인 업무처리를 하는 것, 은행직원이 대출이나 송금 등 은행 업무를 처리하는 것, 약사가 약을 판매하는 것 등의 행위로, 이러한 행위는 그 자체로는 범죄구성요건에 해당하지 않거나 적어도 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 않는 행위로서 위법성이 조각되지만, 이러한 행위라도 간접적으로 타인의 범죄 실행을 용이하게 하거나 범익침해를 강화하는데 기여할 수 있기 때문에 방조행위의 태양에 아무런 제한이 없다면 이런 경우에 행위자가 (미필적으로라도) 고의를 가지고 있는 한 방조범이 성립할 수 있다는 것이다. 이와 같이 일상적이고 외형상 중립적이며 전형적인 직업 활동에 해당하는 행위들을 통해 일정한 범죄행위를 객관적으로 촉진시킨 경우를 '중립적 행위에 의한 방조'로, 이 문제는 일상생활의 활동영역 전반에 걸쳐 나타날 수 있지만 통상 정상적인 직업 활동으로서 이루어진 행위가 타인의 범죄실행을 용이하게 한 경우에 주로 문제된다.<sup>50)</sup>

신양균 교수는 이러한 논의의 현실적 필요성으로 독일 제국법원과 연방대법원 및 연방재판소, 그리고 스위스의 연방법원과 우리나라 대법원에서 실제로 다루어진 사례<sup>51)</sup>와 일본의 P2P 소프트웨어인 Winny 사건 등을 소개하면서,<sup>52)</sup> 이 논제에 대하여 그 동안 독일에서 논의되어 온 확장설, 객관설, 주관설, 절충설, 위법성 조각설 등의 내용과 이에 대한 비판을 자세하게 분석하고 있는데,<sup>53)</sup> 이러한 연구 결과는 앞으로 이 논제에 대한 본격적인 논의에 선행연구로서의 가치가 매우 크다고 보여진다.

49) 신양균, "중립적 행위에 의한 방조", 2면.

50) 신양균, "중립적 행위에 의한 방조", 3면-4면.

51) 대법원 2005.10.28. 선고 2005도4915 판결.

52) 신양균, "중립적 행위에 의한 방조", 4면-8면.

53) 신양균, "중립적 행위에 의한 방조", 9면-20면.

결론적으로 신양균 교수는 방조행위가 중립적 행위를 통해 이루어진 경우에 처벌의 대상으로 삼을 것인가에 대한 대답은 행위 자체로부터 나타나는 것이 아니라 오히려 방조의 일반적 성립요건에서 찾아야 하며, 그 가운데 가장 중요한 역할을 하는 것이 방조행위와 정범의 실행행위의 관련이라고 한다. 그리고 여기서 특히 방조행위가 물리적 방조의 형태로 이루어지는 경우와 정신적 방조의 형태로 이루어지는 경우를 나누어서 살펴 볼 필요가 있는데, 전자의 경우에는 특별히 가정적 대체원인을 어떻게 고려할 것인가가 문제로 되고, 정신적 방조의 경우에는 일상적 행위를 통한 결의의 강화를 인정할 수 있는 지가 문제될 것이라는 견해를 취하고 있다.<sup>54)</sup>

### III. 향후 공범론의 논의 방향에 대한 제언

#### 1. 공동정범의 정범성 표지에 대한 해석학적 논의의 구체화

형법상 정범성표지에 대해서는 많은 학설의 다툼이 있어 왔으나 현재 다수견해는 규범적 행위지배설에 따라 행위지배의 실체를 유형별로 파악하여 정범성을 고찰하고 있다. 이 견해에 의하면 공동정범이란 공동으로 행위지배를 행하는 것으로, 공동행위지배의 표지는 실행단계에서의 분업적 공동행위(das arbeitsteilige Zusammenwirken)이다.<sup>55)</sup> 즉 각 공동행위자는 구성요건실현에 있어 범죄계획의 성취를 위하여 본질적인 기능을 수행해야만 한다는 점에서 직접정범의 실행지배 및 간접정범의 의사지배와 구별하여 이를 공동정범의 기능적 행위지배(funktionelle Tatherrschaft)라고 할 수 있다는 것이다. 판례도 대법원 1989.4.11. 선고 88도1247 판결에서 “공동정범의 본질은 분업적 역할분담에 의한 기능적 행위지배에 있으므로 공동정범은 공동의사에 의한 기능적 행위지배가 있음에 반하여 종범은 그 행위지배가 없는 점에서 양자가 구별된다.”라고 판시한 이래, 기능적 행위지배설에 입각하여 공동정범의 정범성 표지를 파악하고 있다.<sup>56)</sup>

54) 신양균, “중립적 행위에 의한 방조”, 22면.

55) C.Roxin, Leipziger Kommentar(LK), 11.Aufl., §25 Rdn.154.

독일 연방법원도 1991.1.15. 판결에서 “행위의 공동수행은 모든 공범자가 스스로 법적 구성요건을 실현할 것을 전제하지는 않으며, 행위를 수행하는 공범자에게 그의 행위결정을 강화하게 하는 협력만으로도 족하다.”고 하면서 “공동행위자의 행위기여는 행위결과에 대한 각자의 이해정도, 행위관여의 크기, 그리고 행위지배 또는 적어도 행위지배에 대한 의지라는 종합적 상황을 고려하여 판단하여야 한다.”고 판시한 바 있다.<sup>57)</sup>

공동정범에 있어서 정범성 표지는 형식적 의미에서의 실행행위의 분담, 즉 정형적인 구성요건에 해당하는 행위에 제한되는 것이 아니라, 기능적 행위지배에 의하여 전체범행계획상의 결과를 실현하는 데에 있어 불가결한 요건이 되는 기능을 분담하였느냐가 기준이 되어야 하며, 따라서 공모공동정범에 있어서도 공모자의 정범성은 공동행위자의 전체범행계획에 대한 기능적 기여도에 따라 판단되어야 할 것이다.

이러한 일반적인 해석학에 기초하여 공동정범의 정범성을 확정지우는 ‘기능적으로 불가결한 행위기여를 하는 행위지배’, ‘분업적 역할분담에 의한 기능적 행위지배’, ‘본질적 기여행위’의 구체적인 내용에 대한 논증과 더불어 그 유형적 판단에 대해서는 심도있는 연구가 미진한 실정이다.<sup>58)</sup> 이러한 논의를 함에 있어 굳이 그 동안 이루어져온 독일의 이론들을 그대로 차용할 필요는 없다 하더라도, 우리의 법규정에 합치되는 이론으로 수정하고 다른 사회과학 영역의 이론들을 접목함으로써 한 단계 앞서는 이론의 발전을 기대해 본다.

## 2. 제33조(공범과 신분) 규정의 입법적 논의

제33조 공범과 신분에 대한 입법적 논의로 한국형사법학회는 1991년 “진정신분

56) 형법 제30조의 공동정범은 2인 이상이 공동하여 죄를 범하는 것으로서, 공동정범이 성립하기 위하여는 주관적 요건으로서 공동가공의 의사와 객관적 요건으로서 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통한 범죄의 실행사실이 필요하고, ~ (중략)(대법원 2008.4.10. 선고 2008도1274 판결; 2008.3.27. 선고 2006도3504 판결; 2006.3.9. 선고 2004도206 판결 등 다수 판례).

57) BGHSt 37, 289.

58) 최근의 논의로 최호진, “공동의 가공사실과 본질적 기여행위의 판단”, 형사법연구 제21호, 2004.6, 211면-231면.

범의 공동정범성립인정은 가벌성의 지나친 확대이며, 개정시안이 정범과 공범을 구별하고 있는 이상 공동정범은 공범과 신분의 공범에 속할 수 없다.”는 이유에서 아래와 같은 개정시안을 제시한 바 있다.

제3절 정범과 공범

제34조 (공범과 신분) ① 신분에 의하여 구성되는 범죄에 신분없는 자가 가담한 때에는 제32조와 제33조의 규정을 적용한다. 다만, 신분없는 자의 형은 감경할 수 있다.

② 신분에 의하여 형의 경중이 있는 경우에 신분없는 자에게는 통상의 형을 과한다.

1992년과 1996년의 법무부 개정 법률안은 아래와 같다.

제3절 정범과 공범

제34조 (공범과 신분) ① 신분에 의하여 구성되는 범죄에 신분없는 자가 가담한 때에는 제31조 내지 제33조의 규정을 적용한다. 다만, 신분없는 자의 형은 감경할 수 있다.

② 신분에 의하여 형의 경중이 있는 경우에 신분없는 자에게는 통상의 형을 과한다.

위의 두 가지 입법안의 내용과 관련하여 먼저 신분에 의하여 형이 가중되는 부진정신분범에 가담한 비신분자의 형이 가중되지 아니하는 것에 비추어 신분이 있어야만 비로소 범죄가 성립되는 진정신분범에 가담한 비신분자에게 형 감경의 길을 열어주어야 한다. 즉 진정신분범에 있어서 신분은 불법요소이므로 비신분자가 가공한 경우의 형을 신분자가 가공한 경우의 형보다 감경하는 것이 이론적으로 타당하다. 진정신분범에서 구성적 신분은 범죄의 불법내용을 정하고 있으며, 비신분자의 가담은 이러한 완전한 불법내용을 충족시킬 수 없기 때문에 적어도 법률적 감경의 한도에서 종속성이 완화되어야 할 것이며, 따라서 입법론적으로는 구성적 신분이 없는 자가 진정신분범에 가담한 경우에는 독일형법 제28조 제1항과 같이 필요적 감경의 한도에서 종속성을 완화해야 할 것이다.

그리고 본문과 단서의 관계에서 본문이 진정신분범의 성립뿐만 아니라 부진정

신분범의 성립도 규정하고 있는지에 대한 논의와 관련하여 '신분관계로 인하여 성립할 범죄'에 부진정신분범이 포함된다고 보는 소수견해는 제33조 단서의 입법 형식이 '신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 범죄'라고 규정하지 않고, '형의 경중이 있는 경우'라고 규정하고 있기 때문에 부진정신분범의 과형에 대해서만 예외를 인정하는 취지라고 한다. 즉 단서에서 특별히 부진정신분범의 과형에 대해서만 규정하고 있는 것은 본문에 의해 부진정신분범의 성립이 인정되지만 이에 대해 원칙에 따른 처벌을 하지 않고 처벌의 예외를 인정하기 때문이라고 할 수 있다는 것이다. 따라서 진정신분범과 부진정신분범의 성립과 과형을 명확하게 규정하기 위해서는 '신분에 의하여 형의 경중이 있는 범죄에 신분없는 자가 가담한 때에는 통상의 형으로 처벌한다'라고 규정할 필요가 있다.

그리고 범죄성립이나 가벌성을 조각하는 소극적 진정신분범에 가담한 비신분자의 형사책임과 관련하여 형법 제33조는 소극적 신분과 공범의 문제 및 책임의 개별화에 관하여는 규정하고 있지 않는데, 이에 대해서도 명문으로 규정하는 바람직하다고 본다. 비교 입법적으로 볼 때 독일 형법 제28조 제2항과 제29조는 이를 규정하고 있다. 따라서 '신분에 의하여 형이 가중·감경 또는 조각되는 범죄에 신분없는 자가 가담한 때에는 통상의 형으로 처벌한다'라고 개정할 필요가 있다.<sup>59)</sup>

이상의 검토에서 제33조의 입법개정안을 제시하면 다음과 같다.

제33조 (공범과 신분) ① 신분에 의하여 구성되는 범죄에 신분 없는 자가 가담한 때에는 제32조와 제33조의 규정을 적용한다. 다만, 그 형을 감경하여야 한다.  
 ② 신분에 의하여 형이 가중·감경 또는 조각되는 범죄에 신분 없는 자가 가담한 때에는 통상의 형으로 처벌한다.

\* 주제어 : 공범론, 정범, 교사범, 방조범, 공범과 신분, 형사법연구, Täterschaft, Teilnahme, Anstiftung, Beihilfe, Täterbezogene Merkmale, Zeitschrift KCLA

\* 논문접수 : 2008. 11. 24.      \* 심사개시 : 2008. 12. 1.      \* 게재확정 : 2008. 12. 12.

59) 천진호, "'공범과 신분' 규정에 대한 입법론적 검토", 315면-316면.

〈Zusammenfassung〉

## Änderung und Entwicklung der Täterschaftslehre durch 20 Jahre des Zeitschrift KCLA

Chun, Jin-Ho\*

Seitdem 'Zeitschrift KCLA' im Dezember 1988 veröffentlicht worden ist, wurden 37 Artikel bezüglich der Beteiligungslehre in dem vorgelegt. Durch diese Artikel wurde die analytische Diskussion über die Beteiligungslehre noch vertieft und die realen Probleme einschließlich der Rechtsprechung wurden rechtzeitig besprochen. Dadurch sind die Lehre und die Praxis verbunden worden.

Wenn man diese Artikel in Bezug auf die Beteiligungslehre durchsieht, am Anfang haben sie den Bereich der typischen Analysis, also Mittäterschaft bei Fahrlässigkeit sowie Teilnahme und Sonderdelikte, hauptsächlich behandelt. Seit 2000 wurden die Eigenschaft der mittelbaren Täterschaft, die Anstiftung und Beihilfe besprochen. Ferner wurden auch die Artikel, die sich auf die Änderung des Strafgesetzbuchs von 1992 bezogen sind, vorgelegt und auf Ebene der KCLA wurde ein StGB-Entwurf vorgeschlagen.

Vor allem haben die Artikel, die die ausländische Lehre über die in Korea nicht genügend behandelten Themen vorgestellt haben, die wissenschaftliche Wert als die vorgehende Untersuchung. Des Weiteren können die Artikel, die die herkömmliche Lehre kritisiert und dann neue Lehre vorgelegt haben, die Untersuchungsrichtung geben.

---

\* Prof. Dr. jur. an der juristischen Fakultät der Uni. Dong-A

Im vorliegenden Artikel werden die Diskussionen über die durch das 'Zeitschrift KCLA' vorgestellte Beteiligungslehre zuerst in Begegnungsdelikte und Beteiligungsnorm, Mittäterschaft beim Mitwirkensdelikt, Mittäterschaft bei Fahrlässigkeit, Teilnahme und Versuch, Teilnahme und Sonderdelikte und Mittelbare Täterschaft geteilt. Danach werden täterschaftliche Merkmale bei Mittäterschaft als Vorschlag für die Diskussionsrichtung der zukünftigen Beteiligungslehre detailliert untersucht werden.

Ein Kommentar und eine Gesetzgebung müssen aufgrund der sich gegenseitig ergänzenden Beziehung auf der theoretischen Grundlage basieren. Es ist unlogisch, ohne die theoretischen Grundlage eine Interpretation nach der formellen Regelung zu bestehen. Auf dieser Sicht werden die gesetzgeberischen Diskussionen über die Verkörperung der Täter-Merkmale, die Täterschaft der mittelbaren Täterschaft und Teilnahme und Sonderdelikte als Vorschlag für die zukünftige Gesetzgebungsrichtung der Beteiligungslehre vorgelegt werden.