

不作為에 의한 正犯과 共犯의 구별

李 用 植*

I. 문제의 제기

종래 정범과 공범의 구별은 작위범을 전제로 논의되어 왔으며, 부작위범의 경우는 매우 간략히 취급되거나 별로 문제가 되지 않았다. 그러나 부작위범에 있어서 정범과 공범의 구별은 오늘날 공범론에서 가장 논란이 많은 영역 중의 하나이다. 특히 부작위에 의한 정범과 공범의 구별에 관하여 독일에서는 많은 견해들이 제시되고 있으나 우리나라에서는 논의가 많지 않은 실정에 있다. 여기에서 가장 문제가 되는 것은 하나의 결과가 한편으로는 직접행위자의 작위에 의하여 야기되고 동시에 보증인적 지위에 있는 자가 부작위하여 그 결과발생을 저지하지 않은 경우에, 부작위범은 부작위정범인가 부작위방조범인가 하는 점이다. 예를 들어 자식을 다른 사람이 살해하려는 것을 저지하지 않은 부모는 작위의무에 위반하여 사망의 결과를 저지하지 않았으므로 부작위정범이라고 볼 수도 있고, 만약 이 경우 흉기를 주어 살해행위를 도와주었다면 당연히 방조범이 될 것인데 아무 것도 하지 않고 단순히 부작위한 것은 더더욱 중범에 그친다고 생각할 수도 있다.

이 문제는 단지 이론적으로뿐만 아니라 실제상으로도 매우 중요하다. 정범은 기본적으로 각 개별범죄에 규정된 법정형에 의해 처벌되는데, 중범은 형법 제32조 2항에 의해 필요적으로 감경해야 하기 때문이다. 또 부작위에 의한 정범과 방조범은 미수의 경우 그 가벌성이 달라지게 될 것이다. 부작위한 보증인을 정범으로 보면 당연히 그 미수도 가벌적이 되겠지만, 단지 부작위에 의한 방조범으로 보면 그 미수는 방조의 미수가 되어 불가벌이기 때문이다. 이와 같이 작위에 의한 정범에 부작위에 의해 관여한 부작위범을 정범으로 볼 것인가 아니면 중범으로 (부작위에 의한 교사는 원칙적으로 인정하지 않는 것이 통설이므로) 볼 것인가는 피고인에게는 중대한 문제이다. 여기에서 기본적인 문제는 작위범에 있어서 정범과 공범의 구별 기준을 부작위범에도 적용할 수 있겠는가 아니면 작위범과 부작위범의 구조상의 차

* 서울대학교 法科大學 助教授

이를 고려하여 부작위에 의한 정범과 공범의 구별에 관한 기준을 새로이 마련해야 할 것인가이다.¹⁾ 따라서 정범과 공범의 구별기준에 관하여 그 의미를 다시 생각해 보고 또한 작위범과 부작위범의 구조적 차이가 정범과 공범의 구별에 어디까지 영향을 주는가를 검토하지 않으면 안 된다. 이러한 논의와의 연결선 상에서 일부학설과 최근 대법원판례가²⁾ 부작위에 의한 정범과 공범의 구별에 관하여 명백히 제시하고 있는 자신의 고유한 구별기준에 관하여도 그 의미를 살펴본다.

II. 부작위에 의한 정범과 공범의 구별가능성을 인정하는 입장

1. 범행지배설

(1) 부작위범에 작위범에서의 정범과 공범의 구별기준 적용

작위범에서의 정범척도로 범행지배를 들고, 이를 부작위범에도 적용할 수 있다는 견해이다. 이에 는 단지 범행지배설을 적용한다는 입장이 있는 한편, 적극적 작위자와 부작위자가 병존할 때에는 범행지배가 원칙적으로 적극적 작위범에게 있으므로 부작위범은 단지 방조가 된다는 결론에 이르는 입장도 있다. 후자에 관하여는 이를 따로 논하기로 하고 (이하 IV), 여기에서는 전자에 관하여만 고찰한다. Gössel에 의하면 부작위도 작위와 마찬가지로 법익을 침해하는 인간의 행위이므로 사태 진행과 범행지배를 형성할 수 있다. 따라서 부작위정범은 작위범과 마찬가지로 범행지배여부에 의해 결정된다.³⁾ Kielwein은 제3자의 고의나 과실에 의해서든 혹은 자연현상에 의해서든 개시된 인과경과를 부작위범이 장악했느냐에 따라, 형법적 결과의 발생이 오로지 부작위범에게 달려있는 경우에 범행지배가 긍정된다고 한다.⁴⁾ 따라서 母가子を 물에 빠뜨리는 것을 보고만 있었던 父는, 만약 母가 범죄장소를 떠나고 子가 아직 살아있을 경우에는 그가 범행지배를 갖게 되므로 정범이 된다. 오로지 부작위범만이 범행의 완성여부를 결정할 수 있기 때문이다. 즉 작위자가 구성요건 실현에 요구되는 모든 것을 행하기 이전에 보증인이 개입하지 않은 경우에는 중범이 성립하고, 그 이후에 개입하지 않은 경우는 정범이 된다고 한다. Busse에 의하면 범행지배란 행위자와 사태 사이의 직접적이고도 밀접한 관련성을 말한다.⁵⁾ 부작위범의 경우에는 부작위지배의 형태로 사태를 지배할 수 있는데, 이는 법익의 보호가 작위의무자의 행위(결정)에 달려있다는 의미이다.⁶⁾ 그러나 이는 단지 잠재적 범

1) 전지연, 부작위에 의한 참가, 형사법연구 제5호 (1992/1993), 64-66면.

2) 대판 1997. 3. 14, 96도1639; 대판 1996. 9. 6, 95도2551.

3) Maurach/Gössel, AT II, 7.Aufl. 1989, §50 Rn.68ff.

4) Kielwein, Unterlassung und Teilnahme, GA 1955, S. 227.

5) Busse, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten, 1974, S. 259f.

6) Busse, Täterschaft und Teilnahme, S. 275.

행지배이므로 보증인이 이러한 부작위지배를 가진다고 하여 현실적으로 항상 사건의 중심형상 즉 정범이 되는 것은 아니다. 작위범이 범행과정을 조총함으로써 사태와 더욱 밀접한 관련성을 갖는 경우에는, 부작위범은 그 부작위지배에도 불구하고 범행지배를 상실하고 사건의 주변형상 즉 중범이 된다.⁷⁾

(2) 부작위범에 있어서 범행지배의 의미

정범과 공범의 구별은 적극적인 작위를 전제로 한 것이다.⁸⁾ 작위범영역에서 발전된 정범척도인 범행지배설은 부작위가 작위와 구조적으로 상이하므로 부작위범에는 적용할 수 없다고 보아야 한다.⁹⁾ 또 작위범의 범죄참가형태들은 범행기여에 따라 구분된 것이다. 부작위범에서는 사태에 개입하지 않았다는 소극적 측면을 문제삼는 것이고 그 본질은 개입했더라면 결과를 방지할 수 있었다는 것이다. 그러나 이러한 결과방지가능성은 있거나 아니면 없는 것이지, 중요성 정도에 따라 구분될 수 있는 것이 아니다.¹⁰⁾ 결과방지가능성이 없는 경우라면 이미 부작위범이 성립하지 아니한다. 즉 결과방지가능성은 이미 모든 부작위범의 성립요건이 되는 것이지, 그에 따라 부작위범에서 정범과 공범이 구별되는 것은 아니다. 그러므로 부작위범에는 작위범과 달리 범행기여에 따른 정범과 공범의 구별 즉 범행지배설이 적용되기 어렵다.

그리고 부작위범에서의 범행지배라고 할 때 이는 결과방지가능성이라는 의미에서 단지 잠재적 범행지배이다. 부작위범은 행위한 것이 아니라, 단지 행위할 수 있었을 뿐이다. 즉 범행지배를 사실적으로 실현한 것이 아니라, 잠재적 범행지배를 실현하지 않은 것이다. 결과를 저지하기 위하여 개입할 수 있는 가능성인 이러한 잠재적 범행지배는 이미 부작위의 개념 속에 포함되는 것이며 따라서 정범과 공범을 구별하는 기준이 될 수는 없다.¹¹⁾ 사건의 경과에 있어서 전적으로 부차적인 의미밖에 갖지 않는 자를 ‘작위에 의해 개입함으로써 결과를 방지할 수 있었기 때문에’ 범행지배자 즉 정범이라고 본다면, 부작위범에서 공범은 존재할 수가 없게 될 것이기 때문이다.¹²⁾

또 범행지배의 의미를 사회적으로 파악하여, 작위와 부작위가 사회적 견지에서 더 이상 구별되지 않아 부작위가 부작위 그 자체가 아니라 작위의 한 형태로 나타

7) Busse, *Täterschaft und Teilnahme*, S. 282.

8) S/S-Cramer, *StGB*, 25.Aufl 1997, §25 Rn.102.

9) 박상기, 형법총론, 진정판, 1999, 422면.

10) Bloy, *Anstiftung durch Unterlassen*, JA 1987, S. 491.

11) Gallas, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, S. 186; Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, S. 294; Roxin, *Täterschaft und Teilnahme*, 6.Aufl., 1994, S. 463f. 또한 전지연, 전계논문, 69면.

12) Roxin, *Täterschaft und Teilnahme*, S. 463f.

나는 경우에 범행지배가 인정된다고 해석하더라도, 이는 부작위에 의한 정범과 공범의 구별기준으로는 타당하지 않다.¹³⁾ 즉 통상적인 부작위는 사회적 의미에서 작위가 아니지만, 부작위가 사회적 의미에서 작위와 동일하다고 볼 수 있는 경우에는 사회적 범행지배가 인정된다고 해석하는 것인데, 그렇다면 통상적인 부작위의 경우는 공범이 될 것이고, 만약 작위범의 참가가 없는 사례라면 종속해야 할 정범행위가 없어 불가벌이 될 것이기 때문이다.¹⁴⁾

(3) 개별적 견해에 대한 검토

Gössel은 부작위를 행위로 보고 있지만, 반대로 작위와 부작위는 하나의 공통의 상위개념으로 묶을 수 없는 상이한 행위양식으로 볼 수도 있다. 따라서 부작위도 행위로 볼 수 있다는 이유만으로 작위범의 정범척도를 적용할 수 있다고 말하는 것은 충분치 않다. 또 설사 범행지배를 부작위범에 원용한다 하더라도, 작위범의 범행지배와 부작위범의 범행지배는 질적으로 다르다는 문제는 여전히 남는다. 부작위범은 항상 잠재적 범행지배만을 가질 수 있기 때문이다.

보증인이 저지할 수 있었지만 방치하고 살인범은 탄환을 발사하여 피해자에게 맞았고, 보증인의 개입이 없다면 피를 흘려 죽을 경우를 생각해 보자. Kielwein에 의하면 부작위범만이 범행의 완성여부를 결정할 수 있는 시점부터 부작위범은 정범이 된다고 한다. 이와 달리 피해자가 즉시 사망하게 된 경우에는 종범이 될 것이다. 그러나 부작위범이 저지하지 않아 총에 맞아 즉시 사망한 경우와 피를 흘려 사망한 경우에 어떠한 차이가 있는지 의문이다. 또 보증인이 권총을 마련해 주고 살인범이 그 권총으로 발사하여 피해자가 피를 흘려 죽었다면 그 보증인은 방조범이 될 것인데, Kielwein에 의하면 이 경우도 부작위정범이 된다고 해야 하므로 스스로 모순에 빠지게 된다. 또 결과발생여부를 부작위범만이 결정할 수 있다고 해서 보증인이 가지는 잠재적 범행지배가 달라지는 것도 아니다. 母가子を 물에 빠뜨리는 것을 보고만 있는 父는 잠재적 범행지배를 가지는데, 이것은 母가 범죄장소를 떠났는지 아닌지와는 관계가 없다.

Busse가 말한 부작위지배, 즉 범익의 보호가 작위의무자의 행위에 달려있다는 의미의 부작위지배는 결국 잠재적 범행지배를 말하며, 이는 부작위범에는 항상 존재한다. 이것이 없으면 부작위범이 성립하지 않는다. 따라서 이러한 잠재적 범행지배는 부작위범에서 정범과 공범의 구별척도가 될 수는 없다. 또 부작위지배는 작위범이 참가하면 뒤로 물러나게 되고 부작위범은 단지 공범이 된다고 하는데, 그러나 이때에도 부작위범은 결과를 방지할 수 있으므로 부작위지배는 존재하는 것이며 따라서 이는

13) Roxin, *Täterschaft und Teilnahme*, S. 465.

14) Roxin, *Täterschaft und Teilnahme*, S. 467.

부작위지배가 부작위에 의한 정범과 공범의 구별척도가 되지 않음을 보여준다. 부작위범이 공범으로 나타나는 것은 — 부작위지배가 없기 때문이 아니라 — 작위범과 비교해 볼 때 아무 것도 하지 않았으므로 원칙적으로 주변형상이 되기 때문이다.

2. 주관설

작위범에서 정범과 공범의 구별은 범행참가자의 의사에 의한다고 보며, 이를 부작위범에도 적용하는 견해이다. 즉 작위범의 범행을 정범의 의사로 저지하지 않았느냐 공범의 의사로 저지하지 않았느냐 혹은 작위범에 의한 범행결과를 저지하지 않은 부작위범이 그에 대해 자신의 이익을 갖고 있었느냐 아니냐에 따라 부작위의 정범과 공범도 구별된다는 것이다.¹⁵⁾ 예컨대 아이를 물에 빠뜨리는 것이나 물에 빠진 아이를 그대로 익사하게 두는 것이나 동일하다고 볼 수 있듯이 Arzt는 “살해한다”는 개념 속에 작위에 의한 경우와 부작위에 의한 경우가 포함된다고 한다. 또 작위인지 부작위인지 구별하기 어려운 사례들이 있음을 고려할 때, 작위와 부작위의 구별을 지나치게 강조하는 것은 타당하지 않다고 한다. 그러므로 작위범에 타당한 원칙들은 부작위범에도 적용될 수 있다는 것이다. 결국 정범과 공범의 구별도 작위범에서와 같이 주관설에 의하는 것이 타당하다는 결론에 이른다. 이때의 의사란 참가자의 주관적 감정을 말하는 것이 아니라, 다른 참가자 및 그들의 범행기여와 관련하여 법관이 내리는 참가자의 범행기여와 태도에 대한 평가이기 때문이다.¹⁶⁾ 그러나 이 견해는 작위와 부작위의 구조적 상이함을 무시한 것이다. 작위와 부작위를 종종 구별하기 어려운 사례가 있다고 해서 곧바로 양자를 동일하게 취급해야 한다는 결론을 도출할 수는 없다. Baumann은 부작위범의 경우 범행지배설이 타당하기 어렵다는 점을 근거로, 작위범의 경우도 범행지배설을 거부한다. 그리하여 주관적으로 행위자가 자신의 범행을 하려고 한 것인지 아니면 타인의 범행을 원조하려고 한 것인지에 따라 정범과 공범을 구별한다.¹⁷⁾ Seelmann은 보증인이라고 하더라도 위험방지 혹은 신뢰관계에서 객관적으로 서로 비중이 다르고 또 주관적으로 결과실현에 대한 이익도 다를 것이기 때문에 이를 고려하여 보증인의 개입의무에 차이를 인정한다. 그리하여 母가 아이를 독살하는 것을 父가 그대로 둔 경우에, 작위자도 보증인이고 오로지 그녀만이 결과실현에 이익을 갖고 있다는 점을 고려할 때, 작위범에게 더 큰 중요성이 인정되고, 부작위범은 방조의 역할을 한 것으로 본다.¹⁸⁾

주관설은 객관적인 면을 도외시하므로 부작위범에 무리없이 적용될 수 있는 것

15) 우리나라 대법원이 의사설에 입각하고 있다는 견해는 신동운, 관례백선 형법총론, 개정 증보판, 1998, 530면.

16) Arzt, Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, JA 1980, S. 558.

17) Baumann/Weber/Mitsch, AT, 10.Aufl. 1995, §29 Rn.71ff.

18) AK-Seelmann, Bd. 1, 1990, §13 Rn.94f.

처럼 보인다. 그러나 부작위범은 아무 것도 하지 않았기 때문에 외부적 사건 속에서는 정범의사나 공범의사의 인정을 위한 어떠한 객관적 근거도 결여되어 있다. 따라서 주관설을 부작위범에 적용하면 이는 단순한 의제로 끝나게 된다.¹⁹⁾ 또 주관설은 참가형태의 불법내용에 따라 정범과 공범을 구별하는 현행법과 맞지 아니한다. 그리고 주관설은 심정에 따라 가벌성을 인정하는 결과가 될 것이다.²⁰⁾ 다만 작위에 의한 범죄행위에 부작위에 의해 관여하는 경우 주관설은 항상 정범이라든가 항상 방조범이라는 결론을 도출하고 있지 않으므로, 개별사례에서 평가적으로 올바른 결론에 이를 수 있다는 장점을 갖고 있다.²¹⁾

3. 작위의무의 종류에 따른 구별설

(1) 보증인지위의 구별

부작위에 의한 관여가 정범이나 공범이나 하는 문제를 작위의무의 종류에 따라 논하는 견해가 있다. 일반적으로 말하면 보호자적 보증인(Beschützergarant)은 정범으로 고려되고, 감독자적 보증인(Überwachungsgarant)의 경우에는 정범과 공범이 구별될 수 있으나 원칙적으로 중범이 인정된다고 한다.²²⁾ Schünemann은 피해자에 대한 결과발생을 직접 지배하느냐 아니면 작위자의 범행에 의해 매개되어 지배하느냐에 따라, 전자는 정범이 되고 후자는 중범이 된다고 한다.²³⁾ 따라서 母가 아이를 물에 빠뜨리는 것을 구하지 않은 父는 아이의 생명에 대하여 보호보증인으로서 직접적인 관계에 있어 정범이 된다. 반면 자신의 관리 감독하에 있는 독약이 다른 사람에 의해 살인에 사용되는 것을 저지하지 않은 간호원은 감독보증인으로서 결과실현이 작위범을 통해 매개되고 있으므로 중범이 된다. 그러나 다른 사람이 자기 아들을 물에 빠뜨리는 것을 저지하지 않은 父는 Schünemann에 의할 때 보호보증인이므로 정범이 되는 것인지, 결과발생이 작위범에 의해 매개되고 있으므로 중범이 되는지 의문이다. 이와 같이 두 기준이 함께 존재하는 경우에는 정범과 공범의 구별이 불가능하다는 점을 비판할 수 있다.

Seier는 보호보증인은 개별사례에서 방조로 평가되는 경우는 인정할 수 없으며 항상 정범이 된다고 한다.²⁴⁾ 보호보증인은 보호법익이 어떠한 위험으로부터라도 침

19) Roxin, *Täterschaft und Teilnahme*, S. 490.

20) 전지연, 전제논문, 68면. 또한 Gallas, *Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung*, JZ 1960, S. 651.

21) 그렇기 때문에 주관설이 독일판례의 기본적 입장이 되고 있는 것 같다.

22) 배종대, 형법총론, 제5판, 1999, 527면이 이러한 입장에 있다고 볼 여지가 없는 것은 아니다 (박상기, 형법총론, 421면). 그러나 판례가 방조를 인정했다는 사실을 기술하고 있을 뿐인 것으로 보인다.

23) Schünemann, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, S. 277.

24) Seier, *Der Einheitstäter im Strafrecht und im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, JA

해되지 않도록 해야 할 자로서, 결과에 대해 직접 책임을 지는 관계이기 때문이다. 그러나 보호보증인도 방조와 같게 평가되는 경우가 있을 수 있다. 부인이 자기남편을 살해하려는 친구에게 독약을 건네준 경우, 이 부인에게는 방조가 인정된다. 그런데 친구가 자기남편을 독살하는 것을 그대로 둔 경우를 이와 완전히 다르다고 할 수 없기 때문이다. 보증인지위는 단지 정범이 될 수 있다는 것이지, 항상 정범이 된다는 의미를 갖는 것은 아니다. 즉 보증인지위는 부작위범의 성립요건이지, 성립된 부작위범이 정범이나 공범이냐를 구별해주는 기준은 될 수 없다.

Cramer도 보호보증인의 경우에는 보호법익에 대한 공격을 저지하지 않으면 정범이 된다고 하면서, 그 근거로 법익에 대한 위험이 자연현상에 의한 것이든 인간의 행위에 의한 것이든 이를 방지하지 않은 부작위범의 불법은 다르지 않다는 점을 지적한다.²⁵⁾ 물론 작위범이 구성요건실현에 요구되는 모든 것을 한 시점 이전에 개입하지 않았든 그 이후에 개입하지 않았든 상관없다고 본다. 그러나 부작위범이 만약 적극적인 방조행위를 했었던 경우라면 작위의 종범으로 인정될 사례에서, 그가 보호보증인이라든 종범이지 이때 정범이 되는 것은 아니므로, 결국 작위에 의한 범죄에 개입하지 않은 보호보증인은 불법의 내용상 정범이 된다는 Cramer의 주장은 항상 타당한 것은 아니다. 또 상이한 보증인적 지위는 작위범이 보호법익을 공격하느냐 아니면 감독하는 위험원을 이용하느냐 하는 우연적 요소에 근거하게 된다는 비판도 가능하다. 그리고 어떠한 보증인지위라고 보아야 할지 명백하지 않을 경우와 여러 보증인지위가 인정되는 경우에는 이를 어떻게 해결할 것인가 하는 문제가 남게 된다.

감독보증인과 보호보증인에게는 모두 결과발생 방지의무가 존재하는데 왜 감독보증인은 방조에 지나지 않는가? Herzberg는 감독보증인이 권총을 제공하는, 작위의 방조행위는 그 핵심에 있어서는 위험원인 권총의 관리감독의무를 행하지 않았다는 것 즉 부작위라고 볼 수 있다고 한다.²⁶⁾ 즉 감독보증인의 작위행위도 감독의무를 위반한 부작위이므로, 이러한 부작위는 일종의 작위범 따라서 종범과 유사하다는 것이다. 그리고 감독보증인의 부작위를 정범으로 보면 미수의 경우 처벌이 불합리하게 된다고 한다.²⁷⁾ 즉 남편이 살인의 의사를 갖고 있는 것으로 오인하여 권총을 건네주었다면 방조의 미수로 불가벌인데, 살인의 의사를 갖는 것으로 알고 그대로 방치한 경우는 살인미수가 될 것이기 때문이다. 이와 달리 보호보증인은 일정한 개별적 위험원을 감독하는 것, 즉 일정한 영역에서 발생하는 인과경과를 저지하는 것

1990, S. 384.

25) S/S-Cramer, vor §25 Rn.104.

26) Herzberg, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, S. 97.

27) Herzberg, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantieprinzip*, 1972, S. 259f.

이 아니라, 법익을 모든 종류의 침해로부터 보호할 의무를 지고 있는 것이다. 따라서 이 의무에 위반하는 행위들은 모두 동일하게 평가된다. 자식이 수영하다 심장마비가 오든, 짐승의 공격을 받든, 다른 살인범에 의해 공격을 받든 관계없이, 父의 보호보증인으로서의 의무는 항상 동일한 것이다.²⁸⁾ 즉 자식을 구조하여 사망의 결과를 방지해야 한다는 것이다. 따라서 결과발생이 중요하며, 결과가 어떻게 발생하느냐는 문제가 아니다. 그러므로 보호보증인의 부작위는 결과발생과 직접 연결된다.²⁹⁾ 이와 같이 보호보증인의 의무에 위반하여 사망의 결과를 야기했다는 사실이 이미 그에게 부작위에 의한 살인죄의 정범을 인정하게 한다.³⁰⁾ 그래서 전적으로 부작위한 경우는 부작위정범인데 보호보증인이 살인범에게 독약을 건네준 경우와 같이 작위로 가담하면 방조범이 되는 (이른바 부작위참가의 평가모순) 경우에도 Herzberg는 작위에 의한 방조가 아니라 부작위정범이 우선한다고 본다.³¹⁾ 결과를 방지해야 할 보호보증인은 자신의 적극적 참가도 항상 지배하고 있는 것이기 때문이다. 즉 보호보증인이 권총을 건네주는 방조행위에는 결과를 방지하지 않은 부작위가 포함되어 있다는 것이다. 정범성은 보호보증인의 결과불방지에 근거하기 때문에, 부작위범이 다른 사람에게 작위로 관여를 했다고 하여 그의 정범성이 상실되는 것은 아니라는 의미이다.

그러나 이는 공범이론을 부작위범으로부터 전개하는 것이 되며,³²⁾ 작위범을 전제로 하고 있는 현행법의 공범규정을 무의미한 것으로 만들 것이다. 또 작위에 의한 방조는 부작위정범이므로 결국 정범과 방조범의 구별이 없어져 버리고 종범은 사실상 사문화되는 것이다. 그리고 Herzberg에 따르면 감독보증인이 작위의 방조행위를 하면 방조범이 되고, 보호보증인이 방조행위를 하면 부작위정범이 되는데, 그 근거가 분명하지 않다. 물론 보증인지위의 구별도 어렵고, 보호보증인과 감독보증인의 지위를 동시에 가지는 경우는 어떻게 취급할 것인가도 문제다. 보증인적 지위는 부진정부작위범이 성립되기 위한 요건에 지나지 않고, 그 종류에 따라 정범과 공범으로 구별하는 것은 타당하지 않게 보인다. 정범이건 공범이건 보증인은 결과를 방지하지 않았을 뿐이다. 위협을 방지해야 한다는 것은 보호보증인이든 감독보증인이든 동일하다. 즉 보증인은 단지 개입의무가 있을 뿐이며, 이러한 의무는 있느냐 없느냐의 문제이지, 의무가 많은가 적은가는 문제되지 않는 것이다. 그러므로 단지 보증인

28) Hertberg, *Beteiligung an einer Selbsttötung*, JA 1985, S. 180.

29) Hertberg, *Unterlassung*, S. 261ff.

30) Hertberg, *Täterschaft und Teilnahme*, S. 83.

31) Herzberg, JA 1985, S. 181.

32) Sowada, *Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt*, Jura 1985, S. 80; Roxin, *Die Mitwirkung beim Suizid*, FS-Dreher, 1977, S. 348; Roxin, *Täterschaft und Teilnahme*, S. 500.

지위가 상이하다는 이유만으로 정범이 되기도 하고 공범이 되기도 하는 것은 타당하지 않다고 생각된다.

Busse는 위험원에 대한 감독의무에 위반한 부작위범의 경우에는 위에서 본 바와 같이 작위범의 정범적도인 범행지배를 적용하고, 보호의무에 위반한 경우에는 원칙적으로 정범이 성립된다고 한다. 후자를 Busse는 위탁적 보증인이라고 부르며, 법익주체가 법익을 스스로 보호할 수 없을 때 (예컨대 부모와 자식간의 관계) 혹은 법익이 위탁되었을 때 인정된다고 한다.³³⁾ 수영장의 구조원은 그 수영장을 사용하는 수영객에게 발생하는 위험만을 방지하는 의무를 지닌다. 그에게 생명이라는 법익에 대한 모든 책임이 부과되는 식으로 위탁된 것은 아니라고 한다. 그러나 물에 빠진 수영객이 수영할 줄 모를 경우에 위탁적 보증관계를 인정하는 것이 타당한가, 또 부가 아이를 보호를 해주지 않는 것(정범)이 아이를 죽이려는 계획에 적극적 작위로 도움을 주는 것(방조)보다 아이에게 더 위험한가도 의문이다. 그와 같이 부작위가 더 중하다고 볼 경우에는 작위의 방조에 포함된 부작위가 우선한다는 결론이 될 것이며, 이는 다시 공범이론이 부작위범으로부터 전개된다는 비판에 직면하게 될 것이다.

Jakobs는 작위의무의 종류가 상이하다는 점에 착안하면서 다른 구별기준을 사용한다. 그는 보증인적 의무를 조직범위의 형성에 대해 책임을 지는 조직적인 관할에 의한 의무(Pflichten kraft Organisationszuständigkeit - 예컨대 사회생활상의 보호 의무, 선행행위책임, 의무의 인수)와 헌신적인 행위 즉 연대성보장을 위한 의무의 위반에 대해 책임을 지는 제도적인 관할에 의한 의무(Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit - 예컨대 친자관계 부부관계 특별한 신뢰관계)로 구분한다.³⁴⁾ 작위범의 분류를 원용해서 말한다면 전자는 지배법적 성질을 가지고, 후자는 의무법적 성질을 갖는다고 이해된다. 따라서 조직적 관할에 의한 의무의 경우에는 부작위범은 작위에 의한 참가형태에 상응하여 —정범과 공범으로— 귀책되고,³⁵⁾ 제도적 관할의 경우에는 법익을 일반적으로 보호하는 것 혹은 일정한 위험에 대해 연대적으로 보호하는 것이 문제이므로 법익과의 제도적 결합이 부작위범의 귀책근거가 되는데, 그 결합은 항상 직접적이고 그 위반은 정범이 된다고 한다.³⁶⁾ 그러나 부작위범에서 작위의무는 부작위범의 성립요건이지 정범을 근거지우는 것은 아니라는 비판이 가능하고, 작위범이 부진정부작위에 의해 실현되면 이를 곧 의무범이라고 하는 것은 타당하다고 보여지지 않는다. 예컨대 부작위에 의한 살인죄가 단지 친자관계 때문에 의무범이 된다고 할 수는 없다는 것이다. 그리고 기본적으로 조직적 관할과 제도적

33) Busse, *Täterschaft und Teilnahme*, S. 360.

34) Jakobs, *AT*, 2.Aufl., 1991, 28/13ff., 29/101ff.

35) Jakobs, *AT* 29/101.

36) Jakobs, *AT* 29/106.

관할이 충분히 명확하게 구별될 수 있는지 의문이다.³⁷⁾ 예컨대 수영장구조원은 수영장에서 위험이 발생하지 않도록 하므로 조직적인 관할에 의한 의무에 대해 귀책되는 것인지 혹은 수영을 하지 못하는 사람의 생명을 보호해야 하므로 제도적인 관할에 의한 의무에 대해 귀책되는 것인지 분명하지 않아 자의적 적용이 가능하게 되는 위험이 있다.

(2) 보증인지위의 구별에 대한 비판

첫째로 우선 보호자적 보증인과 감독자적 보증인을 명확하게 구분할 수 있는지의 의문이다. 동일한 의무가 통상적으로 보호자적 의무가 될 수도 있고 감독자적 의무가 될 수도 있다. 어떤 자의 보호는 그에게 발생할 위험을 그를 위해 감독하는 것이며, 위험원의 감독은 위태화되는 자의 보호라고 말할 수 있기 때문이다.³⁸⁾ 둘째로 보호보증인은 항상 정범이고 감독보증인은 원칙적으로 방조범이 된다는 근거도 발견하기 어렵다. 감독보증인이 위험원을 작위정범자에게 적극적 작위로 제공하였느냐 혹은 위험원이 범죄실현에 사용되는 것은 그대로 두었느냐 하는 것은 평가적으로 동일하다고 할 수 있고 그렇다면 감독보증인은 중범에 해당한다고 볼 수 있다. 그런데 보호보증인의 경우는 왜 달리 보아야 하는지 의문이다. 작위범이 침해하는 것을 그대로 둔 것은 작위범에게 정신적으로 격려하는 방조와 평가적으로 동일하다고 할 수 있기 때문이다. 다른 사람이 자기 아이를 매질하는데 父가 더 세계 때리라고 그를 격려한 경우에, 父는 단지 보호보증인이라는 이유만으로 정범이 되어야 하는지 의문이다. 이 경우 부는 사건의 주변인물이기 때문이다. 셋째 법익에 대해서든 위험원에 대해서든 결과방지의무가 있다면 보증인은 그 의무를 이행하거나 아니하거나 할 뿐이지, 거기에 ‘보다 많다’ ‘보다 적다’라고 하는 단계지움은 문제되지 않는다는 비판이 가능하다.³⁹⁾ 따라서 보증인의무의 불이행은 정범이 되기도 하고 공범이 되기도 하는 기준으로 작용할 수는 없다는 것이다. 넷째 정범과 공범의 구별형태는 불법의 차이에 근거하는 것인데, 작위범의 경우는 범행지배라는 척도에 의한다. 그러나 부작위범의 경우 이러한 불법의 차이를 결과방지의무로 이해되는 보증인의무에 의해서는 고려할 수 없는 것이다.⁴⁰⁾ 그럼에도 불구하고 감독보증인의 경우 중범을 인정하는 것은 범행지배원리를 끌어들이어 “타인에 의한 범행지배가 없는 경우에는 부작위 정범이 되고, 타인에 의한 범행지배가 있는 경우에는

37) LK-Roxin, §25 Rn.214.

38) Jakobs, AT 29/97 ; Sowoda, *Jura* 1986, S. 407.

39) 신양균, 부작위에 의한 방조, 형사판례연구 VI, 1998, 144면 각주14); 전지연, 전계논문, 75면. 또한 SK-Rudolphi, vor §13 Rn.40; Sowoda, *Jura* 1986, S. 407.

40) Bloy, JA 1987, S. 491; Rudolphi, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966, S. 144.

부작위 중범이 된다”는 구별척도에 따른 것이라고 볼 수 있다. 보증인의무를 구별하여 정범과 공범을 기초지우려 하지만, 보증인의무를 결과방지의무로 이해하는 한 곤란하다.

Ⅲ. 부작위에 의한 공범의 성립가능성을 부정하는 견해

1. 단일정범설의 내용

부작위의 독자성을 강조하여 부작위범에 있어서 정범과 공범의 구별은 불가능하다는 입장이다. Grünwald는 부작위에 의한 참가를 정범과 공범 이외에 방조보다도 경한 제3의 가담형태로 본다. 정범과 공범은 작위범에서 발전된 것이다. 작위에 의한 정범과 작위에 의한 공범은 작위 즉 사실적 영향력 행사에 의해 범행에 참가한다는 점에서 동일하다. 이 두 가지 참가형태와 달리 부작위범에게는 사건에 대한 사실적 영향력 행사가 결여되어 있고, 사건에 대한 부작위행위자의 관련은 단지 사건에 개입할 가능성을 가지고 있었다는 점에서 잠재적 관련이다. 범죄참가형태는 사건에 대한 지배의 종류와 강도에 따라 구분되는 것인데, 부작위범에서는 사실적 영향력이 결여되어 있기 때문에 작위범에서의 구별기준을 발견할 수 없다. 부작위범은 사건을 작위의 방조범보다도 덜 지배하고 있기 때문에 부작위에 의한 참가는 제3의 범죄참가형태이다.⁴¹⁾ 즉 부작위에 의한 참가는 사건에 대한 지배라는 관점에서 보면 정범 및 공범과는 질적으로 다르다.⁴²⁾ 사건과의 잠재적 관련만이 존재하기 때문에 정범이 될 수 없고, 결과를 방지하지 않은 부작위는 종속성의 관점에서 본 범과의 관련성이 현실적으로 존재하지 않기 때문에 공범도 성립되지 않는다. 결국 이는 부작위단일정범개념을 인정하게 된다고 말할 수 있을 것이다. 그리하여 부작위 의한 참가를 어떻게 취급할 것인가에 관하여는 개별사례와 관련하여 개별적으로 음미하지 않으면 안 된다고 하게 된다.

그러나 법률은 정범, 교사범, 중범 이외에 다른 참가형태를 규정하고 있지 않다. 부작위에 의한 참가가 제3의 참가형태라면, 부작위범에 대한 교사나 방조는 정범 없는 교사나 방조가 될 것이다. 이는 현행법과 맞지 아니한다. 또 부작위범에는 단지 잠재적 범행지배만이 있기 때문에 곧바로 정범과 공범의 구별이 불가능하다는 결론을 내리는 것은 부당하다. 범행지배가 부작위범에서의 정범과 공범의 구별척도로 사용될 수 없다는 것이지, 부작위범에서 정범과 공범이 존재하지 않는다는 것은 아니다.

Armin Kaufmann에 의하면 부진정부작위범은 작위범의 하부사례가 아니라, 작위범과는 독립적으로 고유한 구성요건을 갖는 독자적 범죄라고 한다. 즉 부진정 부

41) Grünwald, Die Beteiligung durch Unterlassen, GA 1959, S. 111.

42) Grünwald, GA 1959, S. 112.

작위범은 결과를 저지하지 않음으로써, 작위범의 구성요건이 아니라 부진정부작위범의 고유한 구성요건 즉 보증요구구성요건(Garantengebotstatbestand)을 충족하고 있는 것이다.⁴³⁾ 법익침해를 저지할 수 있는 보증인은 이러한 부작위범의 모든 성립요건을 충족하고 있는 것이며, 이 보증요구 위반을 ‘부작위에 의한 방조’로 축소할 실질적 근거가 없다고 한다.⁴⁴⁾ 왜냐하면 부작위에 의해 작위범을 촉진시킬 수는 없기 때문이다.⁴⁵⁾ 따라서 보증인이 위법한 법익침해를 저지하지 않은 경우와 자연현상을 저지하지 않은 경우를 달리 볼 수 없다고 한다. 법익침해가 우연 내지 인간의 과오에 의한 경우에 의한 경우에 개입하지 않은 부작위는 정범으로 처벌하면서, 고의로 법익을 침해하는 작위범을 저지하지 않은 것을 방조로 처벌하면 불합리하다는 것이다.⁴⁶⁾ 그러나 부작위가 인과적이지 않기 때문에 부작위에 의해 작위범을 촉진할 수 없다는 것이 부작위에 의한 방조를 부정하는 근거가 될 수 없다. 부작위범도 사태에 대하여 인과적이지 않기 때문이다. 정범도 인과적이지 않은데, 공범에게 정범보다 많은 것을 요구할 수는 없다.

2. 단일정범설에 대한 검토

부작위범의 구조적 독자성을 중시하는 견해에 공통되는 것은 부작위범에 있어서 작위의무의 내용을 결과방지의무라고 본다는 점이다. 따라서 결과발생이 범죄행위에 의해 매개되고 있느냐 아니냐는 중요하지 않은 것이 된다. 그러나 저지해야 할 작위범의 범죄행위의 태양이나 주관적 의사를 도외시하고 작위의무의 내용이 확정될 수 있겠는가 하는 의문이 있다. Armin Kaufmann은 소유물범죄의 예를 들어 보증인은 그가 저지하지 않은 작위범의 소유물 탈취 혹은 훼손에 대해 책임을 지는 것이지, 소유물탈취의 행위태양이나 작위침해자의 영득의사는 귀책과 관련 없다고 한다.⁴⁷⁾ 그러나 Ranft에 의하면 법익침해는 재물탈취의 경우에도 실행행위에 의해 객관화된 작위자의 의사를 고려하지 않으면 확정될 수 없으며, 부작위보증인의 가벌성도 이러한 작위자의 의사여하에 달려있다고 한다. A가 이웃사람 B의 마당에서 그의 부재시에 물건을 가져가는 경우, 그것이 소유물의 탈취인지 소유물을 보전하기 위한 단기간의 처분인지 여부는 전적으로 A의 인식에 달려있다고 반론하고 있다.⁴⁸⁾

43) Armin Kaufmann, *Methodische Probleme der Gleichzellung des Unterlassens mit der Begehung*, *JuS* 1961, S. 173, S. 175.

44) Armin Kaufmann, *Dogmatik*, S. 294.

45) Armin Kaufmann, *Dogmatik*, S. 296.

46) Armin Kaufmann, *Dogmatik*, S. 296.

47) Armin Kaufmann, *Dogmatik*, S. 297ff.

48) Ranft, *Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung*, *ZStW* 94 (1982), S.

또 부작위에 의한 참가를 공범 특히 방조로 구성하지 않고 정범으로 보면 처벌이 명백히 확장된다. 이는 방조범을 인정하면 형이 필요적으로 감경된다는 사실뿐만 아니라, 부작위에 의한 참가가 미수에 그쳤을 경우에 나타난다. 정범으로 보는 입장에서는 이 경우 정범의 미수로 처벌이 가능할 것이기 때문이다. Grünwald는 부작위자의 인식과 달리 작위자가 실행행위로 나간 것이 아닌 경우 예컨대 부친이 자기자식이 살해되는 것으로 오인하여 일부터 구조하지 않은 경우 혹은 부작위자가 실제로는 작위자의 행위에 영향을 줄 수 없었던 경우 예컨대 母가 자기자식이 살해되는 것을 방관하고 있었는데, 살해자는 母의 저지가 있더라도 이를 뿌리치고 살해하리라고 결심하고 있었던 경우에 정범의 미수를 긍정하려고 한다.⁴⁹⁾ 그러나 Ranft에 의하면 전자는 타인이 범죄를 실행하려는 것으로 잘못 알고 살해도구를 조달해주는 경우 불가벌이 되는 것과 마찬가지로 작위범영역에서도 나타나는 일반적인 문제이며, 후자의 경우 부작위범이 작위정범자에 의한 결과발생의 위험을 감소시킬 기회를 갖지 못한 것이 확인된다면 작위에 의한 방조의 미수보다 더 중한 반가치를 인정하기 어렵다고 본다.⁵⁰⁾

결국 부작위에 의한 참가의 경우 정범과 공범의 타당한 구별기준을 발견할 수 없기 때문에 모두 정범으로 본다는 단일정범설은 그러면서도 부작위정범의 적극적 개념을 발전시키거나 일반적인 정범개념과의 관계를 해명하려고 시도하지 않고 있다. 물론 부작위범의 경우 정범과 공범의 구별기준을 마련하는 것은 쉬운 일은 아니다. 이는 그렇다고 평가적 관점에서 부작위에 의한 정범과 종범을 구별할 수 없다는 의미는 아니다.

IV. 원칙적 방조설

1. 방조범설의 근거

부작위에 의하여 작위범의 범행을 저지하지 않은 보증인은 원칙적으로 방조에 그친다는 입장이다. 독일과 우리나라의 다수설이라 할 수 있다. 그러나 이러한 결론에 이르는 데 실제로는 범행지배설을 근거로 한 것으로 보인다.⁵¹⁾ 결과를 직접 야기한 작위자만이 정범으로서의 책임을 지고, 결과야기에 직접개입하지 않은 부작위자는 개입하지 않음으로써 작위범이 범행에 성공할 기회를 증대시켰다는 의미에서

835f.

49) Grünwald, GA 1959, S. 116ff.

50) Ranft, ZStW (1982), S. 848f.

51) 이재상, 형법총론, 제4판, 1999, 130면; 이형국, 형법총론, 개정판, 1996, 404면; 김일수, 한국형법 II, 개정판, 1997, 513면을 보면 그러한 의문이 든다.

중범이라고 보자는 의미이기 때문이다. Jescheck는 범행지배가 있는 고의 작위범의 결에서 그 범행을 방지하지 아니한 보증인의 행위분담이란 원칙적으로 방조범의 의미를 가질 뿐이라고 하며,⁵²⁾ 작위범이 범행경과를 더 이상 지배할 수 없는 경우에 비로소 범행지배가 부작용범에게로 넘어오게 된다고 한다.⁵³⁾ Gallas에 의하면 작위로 행위하는 자가 그의 행위에 의한 범행경과를 지배하고 있는 한 작위자는 부작용보증인이 결과에 도달하는 것을 차단하며, 보증인의 불개입은 작위자를 저지하지 않음으로써 그에 의해 전개된 작위를 “소극적으로 촉진”했다는 의미밖에 없다고 한다. 즉 가치적으로 방조의 역할을 하고 있을 뿐이라는 것이다.⁵⁴⁾ 이와 달리 보증인이 범행지배의 실현에 대해 이를 아직 수정할 수 있는 경우(예컨대 살해행위에 의해 부상당해 있지만 구조가능성이 있는 피해자를 방치)에는 정범으로 볼 수 있다고 한다. 즉 피해자의 그 이후 운명이 보증인의 손에 달려있는 경우이고, 작위범의 의사를 제압 극복해야 하는 경우가 아닌 이때는 개입행위가 보증인에게는 어려운 요구가 아니기 때문이다.⁵⁵⁾ 그러나 수영하지 못하는 사람을 물에 밀어 넣으려는 소년을 수영장 감시인이 소리쳐 저지하는 것이 물에 빠진 사람을 나중에 구조하는 것보다 더 용이하다. 따라서 다른 사람의 작위를 지배하는 것보다 자연력을 더 지배하기가 쉽다고 일반화시킬 수는 없다.⁵⁶⁾

그런데 작위범이 부작용범의 결과에의 도달을 차단한다는 말은 Gallas가 범행지배설에 입각하고 있다는 것을 보여준다. 부작용범은 행위하지 않고 단지 잠재적 범행지배만을 가지고 있기 때문에 적극적으로 행위한 작위범만이 범행지배를 갖게 되는 것이기 때문이다. 그러나 이러한 잠재적 범행지배는 부작용범의 개념 속에 이미 포함되는 요소이고, 부작용범에서의 정범과 공범을 구별하는 기준이 될 수 없다고 이미 Gallas 스스로 밝히고 있다.⁵⁷⁾ 또 작위범이 부작용범의 직접적 결과도달을 차단한다고 일반화하여 말할 수 없다고 생각된다. 살해행위를 하는 자를 경찰관이 저지하지 않은 경우에 살인범이 경찰관의 직접적 결과도달을 차단하고 있는지 의문이다. 경찰관은 단지 발사하기만 하면 된다.⁵⁸⁾ 또한 작위범이 살해하는 것을 저지하

52) Jescheck/Weigend, *AT*, 5.Aufl., 1997, §64 IV 5. 또한 이형국, *형법총론*, 1996, 404면.

53) 같은 취지로 Bockelmann/Volk, *AT*, 4.Aufl., 1987, §26 I 2 b; Lackner/Kühl, *StGB*, 22.Aufl., 1997, §27 Rn.5; Maursch/Gössel/Zipf, *AT II*, 7.Aufl., 1989, §52 II A 3; Schmidhäuser, *Lehrbuch AT*, 2.Aufl., 1975, 17/12; Schmidhäuser, *Studienbuch AT*, 2.Aufl., 1984, 13/13.

54) Gallas, *Beiträge*, S. 187f.

55) Gallas, *Beiträge*, S. 188; *JZ* 1960, S. 687.

56) Armin Kaufmann, *Dogmatik*, S. 296f.

57) Gallas, Anmerkung zu BGH 1 StR 59/50, *JZ* 1952, S. 372.

58) 손해목, *형법총론*, 1996, 1091면은 경호원이 살인행위를 방지하였다면 단순히 살인죄의 방조범으로 보기는 어렵다고 한다.

지 않은 보증인은 방조범이 되고, 작위범이 가버린 후 피를 흘리고 있는 피해자를 구조하지 않으면 정범으로 본다면, 이는 결국 부작위범의 귀책이 우연에 좌우되는 결과에 이르게 된다. 부작위범에서는 귀책이 개입시점에 따라 결정되는 것은 아니기 때문이다.⁵⁹⁾ 그리고 다른 작위자의 행위사를 극복하는 경우가 아니라, 직접적으로 구조를 위해 개입할 수 있는 경우에 이를 요구하는 것은 보증인에게 어려운 요구가 아니므로, 이를 부작위하면 정범이 된다는 논거도 타당하지 않다. 부작위범에서 문제가 되는 것은 결과를 방지할 수 있었다는 점이며, 여기에서 ‘더 쉽다’ ‘더 어렵다’는 구분은 가능하지 않기 때문이다.⁶⁰⁾

Ranft는 범행지배의 관점이 아니라 부작위범의 작위범에의 종속성 구조를 근거로 작위범의 범행을 저지하지 않은 부작위범은 방조가 된다고 본다. 즉 부작위범의 불법이 고의작위범의 위법성에 실질적으로 종속하기 때문에, 보증인의 불개입은 중범에 그친다는 것이다. 첫째 부작위보증인의 불법이 작위에 의한 방조의 경우와 마찬가지로 작위정범자의 고의에 종속한다고 한다. 이는 작위 정범자가 범익침해의 태양과 범위를 결정하고 그에 따라 부작위범에게도 방향과 형태가 부여되기 때문이다.⁶¹⁾ 작위범이 침해사태의 진행을 결정하고 그에 의해 보증인의 구체적인 작위의무를 발생케 한다. 보증인이 기수의 단계에 도달하느냐 아니냐는 작위자가 그의 범행결의를 유지하고 있느냐 아니냐에 달려있는 것이다.⁶²⁾ 목도리를 가지고 아이에게 접근하는 母가 그 아이를 감싸주려는 것인지 혹은 교살하려는 것인지 여부에, 父의 개입의무가 종속한다.⁶³⁾ 또 작위자의 고위가 보증인의 고의의 대상으로 된다. 작위자의 고의에 관해 보증인이 알지 못하면 일반적으로 보호법익이 위협받고 있는지, 그 위협은 어떠한 형태의 것인지, 보증인의무가 그러한 형태의 위협에 미치는지를 전혀 알 수 없다. 이러한 종속성은 모두 범익침해가 작위자의 고의에 의해 형성된다고 하는 본질적 사실로부터의 귀결이라는 것이다.⁶⁴⁾ 둘째 부작위 보증인의 불법이 작위 정범자의 위법성에 종속한다고 한다. 작위자에게 정당화사유가 있어 예컨대 동의 또는 정당방위에 의해 보증인이 보호해야 할 보호법익을 침해할 경우에는 보증인이 이를 저지하지 못한다는 것이다. 그렇지 않으면 법질서의 모순이 나타나기 때문이다. 부작위자는 보호법익에 대한 위협뿐만 아니라 작위자에게 있는 정당화상황에도 관련되고 있는데, 이 정당화상황은 작위자에게 권리를 주는 것이므로 보증인은 작위자의 이러한 권리행사를 제한하거나 불가능하게 할 수 없는 것이다.

59) Vgl. Jakobs, AT 29/105.

60) Roxin, *Täterschaft und Teilnahme*, S. 498.

61) Ranft, *ZStW* 94 (1982), S. 832.

62) Ranft, *ZStW* 94 (1982), S. 830.

63) Ranft, *ZStW* 94 (1982), S. 833.

64) Ranft, *ZStW* 94 (1982), S. 832f.

그러므로 이때 부작위보증인의 의무위반성은 존재하지 않게 된다. 이는 작위자에게 있는 정당화사유가 보증인의 의무를 함께 결정함을 의미한다.⁶⁵⁾

물론 범익을 위태화하는 작위자의 침해가 존재하지 않으면 부작위의 가벌성은 문제가 되지 아니한다. 작위자의 침해가 인정되는 경우에 비로소 보증인의 개입의 무가 문제된다. 따라서 Ranft가 들고 있는 경우들은 종속성의 문제가 아니라 단지 구성요건적으로 보호되는 범익에 대한 위협이 존재해야 한다는 것이다. 그러한 위협을 인정하기 위하여는 작위범의 고의나 목적설정이 중요한 역할을 하지만, 반드시 그런 것은 아니다. 작위자의 과실에 의한 경우도 보증인은 개입의무가 있는 것이다. 예컨대 과실로 아이를 살해하는 母를 父는 저지해야 한다. 만약 그대로 보고만 있었다면 그는 부작위에 의한 살인죄의 정범이 된다. 이때 보증인의무는 종속적이지 않다.⁶⁶⁾ 그리고 작위자의 위법성에의 종속에 대하여는 이 경우 종속성이라는 이론구성을 할 필요가 없다고 볼 수 있다. 보증인의무는 보호되는 자가 감수하지 않으면 안 되는 위협을 방지하는 것에까지 미치는 것은 아니다. 이 경우는 처음부터 보증인의무가 존재하지 않는 것이고 따라서 (종속성을 인정하지 않더라도) 부작위범으로 처벌되지 않는다.⁶⁷⁾

2. 방조범설에 대한 검토

첫째 작위범에 부작위범이 가담하는 경우에 부작위범은 중범이 된다는 견해는 실제로는 범행지배설에 근거하고 있다.⁶⁸⁾ 그러나 작위범과 달리 부작위범에서는 범행지배가 단지 잠재적 범행지배이므로 정범과 공범의 구별기준이 될 수 없다. 범행지배는 부작위범의 경우에는 애시당초 존재할 수 없는 것이다. 그러므로 부작위범에는 범행지배가 존재하지 않기 때문에 부작위범은 중범이라는 결론은 타당할 수 없다. 둘째 중범으로 보면 형법 제32조 2항에 따라 필요적 감경을 해야 하는데, 이것이 정당화될 수 있겠느냐 하는 문제다. 과연 부작위범의 불법내용이 작위범보다 일반적으로 작으냐는 것이다. 단지 부작위라는 이유만으로 그 불법내용이 일반적으로 더 작다고 할 수는 없다고 생각된다. 母가 자식을 굶어 죽게 한 경우에 이는 매우 잔인하다고 보여지며 심지어 작위범보다도 불법내용이 더 크다고도 할 수 있다.

65) Ranft, *ZStW* 94 (1982), S. 839ff.

66) Roxin, *Täterschaft und Teilnahme*, S. 673f.

67) Roxin, *Täterschaft und Teilnahme*, S. 673f.

68) 정성근, 형법총론, 신판, 1998, 475면; 조준현, 형법총론, 1998, 307면; 박상기, 부작위에 의한 공범, *고시연구* 1997/3, 35면; 신양균, 전계논문, 143면, 145면; 손동권, 부진정부작위범에 관한 연구 (하), *법정고시* 1995/12, 81면, 83면; 최우찬, 절도죄의 중범과 배입죄, 장물죄와 공갈죄의 관계, *고시계* 1999/7, 118면에서는 이러한 점이 분명하게 지적되고 있다.

셋째 보호법익이 자연력에 의해 침해되느냐 혹은 작위자에 의해 침해되느냐에 따라, 이를 방치한 부작위범이 정범이 되기도 하고 종범이 되기도 하는 것은 타당하지 않다는 비판이 정범설로부터 있다.⁶⁹⁾ 보호되는 입장에서 보면 차이가 없기 때문이다. 그러나 이를 일반적인 공범론의 사례라고 보면 방조설의 입장이 타당할 수 있다고 생각된다.⁷⁰⁾ 자연현상에 의한 것인가 인간의 행위에 의한 것인가를 불문하고 결과를 야기하는 것만으로 구성요건해당성이 인정되어 곧 정범이 되며, 공범규정은 단순히 형벌제한규정이라고 파악하는 확장적 정범개념은 현행법의 기본전제와 일치되지 않기 때문이다. 즉 정범과 공범을 원칙적으로 구별하는 현행법은 자연현상을 이용하여 결과를 야기하는 경우와 다른 사람이 매개되어 결과를 야기하는 경우와는 법적 평가를 달리한다는 것을 전제로 하고 있다고 볼 수 있다. 공범규정은 작위범을 전제로 한 것이므로 적어도 작위범의 영역에서는 양자의 평가를 달리한다고 볼 수 있다. 그렇다면 작위에 의하여 실현될 것을 예정하고 있는 구성요건으로부터 도출되는 부진정부작위범에 관하여는 적어도 양자를 달리 보아야 할 것이다. 넷째 정범설에 의하면父가 아이를 살해하는데 격려를 한 母의 경우는 작위의 방조범이 될 것인데, 전적으로 그대로 둔 경우는 부작위정범이 된다. 따라서 단순히 수동적으로 머물렀던 자가 일반적으로는 더 경하게 처벌되어 버린다는 점에서, 이 경우가 종범설이 타당한 근거가 되고 있다. 그러나 이는 부작위가 일반적으로 경한 당벌성을 가지기 때문은 아니다. 母가 격려를 한 작위 방조의 경우와 단순히 부작위한 경우를 비교하여 이러한 결론이 나온 것이다. 즉 두 경우 모두 작위정범이 사건의 중심형상이고, 작위의 방조범이나 단순 부작위범은 작위정범을 촉진한 것으로 평가할 수 있기 때문인 것이다. 다섯째 방조범설은 보증인의무를 수인이 참가한 경우와 단독으로 실행한 경우를 각기 달리 보고 있다는 비판이 있다.⁷¹⁾ 부작위 단독범의 경우에는 결과발생방지의무, 작위범과 함께 범행에 참가하면 작위범의 범행을 방지의무라고 이해하므로 문제라는 것이다. 그러나 부작위범에서 보증인의무는 결과방지의무이며 이는 단독범의 경우이든 다수인의 범죄참가이든 다르지 않다. 결과발생방지의무가 다수인의 범죄참가의 경우에는 작위범의 범행을 저지하는 것으로 나타날 뿐이다. 결과방지의무의 의미가 달라지는 것은 아니다.

V. 원칙적 정범설

69) Armin Kaufmann, *Dogmatik*, S. 190ff.; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.Aufl., 1969, S. 206; Rudolphi, *Gleichstellungsproblematik*, S. 145.

70) 범죄방지의무와 자연현상에 대한 작위의무를 동일하게 취급할 수 없는 근거에 관하여는 Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, S. 105; Freund, *Erfolgssdelikt und Unterlassung*, 1992, S. 227f.

71) 신양균, 전제논문, 146-147면.

부작위범과 작위범이 병존하는 경우 부작위범에게는 원칙적으로는 정범이 성립되고 예외적으로 방조가 가능하다는 견해이다. 부진정부작위범에서 보증인의 결과방지의무는 정범을 기초지우며, 따라서 보증인적 지위에 있는 자가 어떤 형태로든 결과를 저지하지 않았다면 이는 정범이며, 예외적으로 특별한 정범자격이 요구되는 범죄의 경우에는 방조가 성립될 수 있다는 것이다. 우리나라에서는 소수설이다.⁷²⁾

1. Stratenwerth

그에 의하면 부작위범 경우에는 작위범에 적용되는 기준으로 공범을 정범으로부터 구별하는 것은 불가능하다는 견해가 널리 받아들여지고 있다고 한다.⁷³⁾ 따라서 부작위범에서는 독자적인 기준에 의해 정범과 공범을 구별하는 것이 타당하지만, 지금까지의 모든 시도들은 타당하지 못한 것으로 밝혀졌고, 부작위에 의한 공범은 원칙적인 참가형태로서 더 이상 인정되지 않고 있다고 한다.⁷⁴⁾ 결국 부작위에 의한 정범과 공범의 구별은 인정되지 않고 정범으로 보게 된다. 작위에 의한 방조에는 항상 사실적 범행기여가 요구되고, 마찬가지로 부작위에 의한 공범에는 다른 사람의 범행을 저지하지 않았다는 것이 요구된다. 이러한 개입가능성을 근거로 작위의 무자는 원칙적으로 정범이 된다고 한다.⁷⁵⁾

그러나 개입가능성이 부작위자를 정범으로 만든다고 일반적으로 이야기할 수 없다. 작위범의 경우에도 행위자의 범행기여만으로는 그가 정범인지 공범인지 결정되지 않는다. 그에 더하여 범행지배가 있어야 한다. 작위범의 경우에 범행기여만으로는 참가형태가 결정되지 않는데, 부작위범의 경우에는 이와 달리 개입가능성이 이미 정범을 근거지워 준다는 것은 이해하기 어렵다. 정범이 되기 위하여는 부작위범에서도 개입가능성 이외에 다른 무엇인가가 추가되어야 한다. 그리고 개입가능성을 근거로 하는 것은 실제로는 범행지배설을 원용하는 것이다. 개입가능성 내지 저지가능성은 잠재적 범행지배를 의미하기 때문이다. 위에서 살펴본 대로 범행지배척도는 부작위에 의한 정범과 공범을 구별하는 기준이 될 수 없다. 그리고 부작위범에서 정범과 공범의 구별은 작위범의 기준을 적용할 수도 없고 독자적 기준도 마련되지 않고 있다고 하여, 양자의 구별은 포기되어야 한다는 결론이 나오는 것은 아니다. 부작위자 자신이 구성요건을 실현했지만 그가 작위에 의한 방조를 했을 경우와 비교하면 중범으로 인정되어야 타당할 것으로 보이는 사례들이 있기 때문이다.

72) 박상기, 형법총론, 423면; 신양균, 상계논문, 147면; 전지연, 전계논문, 75면.

73) Stratenwerth, AT I, 3.Aufl., 1980, Rn.1076.

74) Stratenwerth, AT I, Rn.1079.

75) Stratenwerth, AT I, Rn.1077.

2. Roxin

(1) 의무범설

Roxin은 부작위범을 의무범으로 이해하여, 작위범과는 다른 정범원리가 적용된다고 한다. 의무범의 경우에는 정범과 공범의 구별이 작위범에서와 같이 범행기여의 외부적 형태에 의하여 구별되지 아니하고, 정범은 형법외적 특별의무를 갖는 것이 구성요건충족의 전제요건이 되며 이러한 형법외적 의무(결과방지의무)에 위반하는 모든 자는 정범이 된다.⁷⁶⁾ 따라서子を 사망으로부터 보호하지 않은 아버지는 자식이 다른 사람에 의해 살해되는 경우이든 사고로 인하여 구조가 필요한 상태에 빠진 것이든 관계없이 부작위에 의한 살인죄의 정범으로 처벌된다. 전자의 경우는 방조를 인정하고 후자의 경우는 정범을 인정하는 것은—구체적 상황에 있어서는 다른 사람의 범죄행위를 예견대 신고한다고 위협하여 저지하는 편이 사고로 물이나 불속에 빠진 자식을 구조하는 것보다 훨씬 용이하다는 점에서도—타당한 근거가 없다고 한다.⁷⁷⁾ 즉 의무범의 경우와 마찬가지로 부작위범은 범행지배 때문이 아니라 단지 결과방지의무를 위반했기 때문에 정범이 된다.

이와 같이 다른 사람이 작위에 의해 구성요건을 실현하는데 i)보증인이 단순히 부작위한 경우에 부작위범은 정범이 된다고 한다. 이때 부작위에는 동시에 작위범에 대한 방조가 포함되어 있는데, 이 방조는 죄수론의 경합원리에 의해 부작위정범의 뒤로 물러난다는 것이다. 그러나 처벌은 방조의 형으로 처벌된다고 한다.⁷⁸⁾ ii)작위정범자를 보증인이 작위에 의해 방조하고 작위범이 범행을 실현한 경우에는 작위에 의한 방조가 인정된다고 한다. 보증인이 적극적으로 결과에 영향을 미친 경우가 단지 결과를 방지하지 않은 경우보다 더 중하기 때문이라는 것이다. 이때 결과를 저지하지 않은 부작위는 보충적임에 그친다.⁷⁹⁾ 이러한 것들은 결국 부작위정범은 작위정범과 사회윤리적 반가치라는 면에서는 동일하지만 책임의 정도나 개별적인 당벌성의 면에서는 동일하다고 평가할 수 없다는 것이며, 작위범이 개재할 경우 부작위정범은 작위방조 이상의 것은 아니고 따라서 방조와 동일하게 처벌될 수 있다는 의미이다.

그러나 Roxin은 부작위에 의한 공범이 성립하는 경우가 있음을 인정한다.⁸⁰⁾ 이

76) LK-Roxin, §25 Rn.206. 마찬가지로 Mitsch, *Mitwirkung am versuchten Schwangerschaftsabbruch*, *Jura* 1989, S. 197. 그런데 김일수, *한국형법 II*, 512면에서는 부진정부작위범을 순수한 의무범죄로 보면서도, 513면에서는 원칙적 방조설의 입장을 취하여 비판이 되고 있다 (손동권, *법정고시*, 1995/12, 84면).

77) LK-Roxin, §25 Rn.206.

78) Roxin, *Täterschaft und Teilnahme*, S. 502.

79) Roxin, *Täterschaft und Teilnahme*, S. 503.

80) Roxin, *Täterschaft und Teilnahme*, S. 476ff.; LK-Roxin, §25 Rn.209f.

는 결과방지의무에 위반했으나 구성요건이 부작위에 의해서는 실현할 수 없는 경우이다. 정범이 되려면 구성요건을 실현해야 하므로, 결과방지의무에 위반하였지만 구성요건에는 해당되지 못하는 부작위는 공범으로서 처벌될 수 있다. 여기에는 자수범, 일신전속적 의무범(예컨대 위증죄), 가중적 지배범죄(예컨대 절도죄등 영득범죄)가 속한다. 보증인적 지위는 Roxin에 의하면 부작위범의 성립여부와 정범을 근거짓는 두 가지 역할을 담당하는데, 개별적인 경우에 부작위범이 성립하더라도 각 구성요건이 요구하는 정범요건을 충족하지 못하면 부작위에 의한 공범이 성립된다는 것이다. 이와 같이 부작위에 의한 공범이 인정되는 경우는 주로 부작위자에게 일정한 주관적 요건이나 정범자요소가 결여되어서 정범으로 처벌되지 않는 경우이다.⁸¹⁾ 이러한 경우에 공범이 성립되는 근거에 관하여 Roxin은 범행지배를 갖는 작위자가 참여하는 경우에 부작위범은 항상 의무범인 부진정부작위범의 정범자로서 측면과 작위범인 지배범의 방조자로서의 측면을 가지며, 이때 종범으로서의 성질은 죄수론의 경합원리에 따라 통상 정범의 배후로 물러나 있지만, 일정한 구성요건을 정범으로서 충족할 수 없는 경우에는 전면에 나타난다고 한다.⁸²⁾

(2) 의무범설에 대한 검토

A. 부진정부작위범은 의무범인가?

Roxin은 부진정부작위범을 ‘의무위반만 있으면 정범이 인정된다’는 의무범으로 이해한다. 그러나 부진정부작위범의 경우 의무위반만으로 정범이 된다는 명제는 반드시 그렇지는 않다. 진정의무범이라고 할 수 있으려면 해당법익에 대한 특별의무가 존재해야 하며, 특별의무자의 작위에 의해서도 부작위에 의해서도 실현될 수 있는 구성요건이 법률에 실정화되어 규정되어 있어야 한다.⁸³⁾ 우선 의무범은 특별의무를 전제로 하는 바, 감독보증인의 경우는 이러한 특별의무를 가지는 것으로 아니므로 그렇다면 의무범이 아니라고 해야 할 것이다. 예컨대 독약을 관리 감독하는 간호원은 그 독으로 남자친구 A의 부인 B가 살해되지 않도록 해야 하는 감독보증인이다. 그러나 B가 일반적으로 살해되지 않도록 할 보호의무는 없다. 즉 감독보증인

81) 물론 부작위자가 종범의 규정에 따라 처벌되어야 하는 사례구조가 예외적으로 존재한다. 즉 방조행위를 저지할 의무를 보증인이 지고 있는 경우이다. 예컨대 자기아들이 친구에게 열쇠를 건네줌으로써 주거침입절도의 수행을 원조한 경우에 그 부친이 이를 저지하지 않으면 부작위에 의한 종범으로 처벌된다. 그는 처음부터 방조결과의 저지에 대해서만 보증하기 때문이다. 이 경우 부작위범은 보증인의무를 위반했지만 자신의 부작위에 의하여 피보증인의 정범적 행위불법을 실현한 것이 아니라 단지 종범적 불법의 실현을 부작위한 것이다. 마찬가지로 교사를 저지하지 않은 경우라면 부작위에 의한 교사도 인정될 수 있을 것이다.

82) Roxin, *Täterschaft und Teilnahme*, S. 483f.

83) Seier, *JA* 1990, S. 383.

은 단지 정범의 범위를 제한하는 데 그치지, 당해법익에 대한 특별의무를 근거지우는 것은 아니다. 이와 같이 부진정부작위범에서 보증인의무의 위반만으로는 아직 정범이라고는 할 수 없다. 즉 보증인의무의 위반이 있으면 정범이 될 수 있다는 것이지, 정범이 된다는 것은 아니다. 다시 말하면 부진정부작위범에서는 보증인지위만이 정범성여부를 결정할 수는 없다는 것이다. Roxin이 부진정부작위범을 의무범이라고 한 이유는 작위에 의한 의무범의 경우와 마찬가지로 부진정부작위범에서는 범행지배가 문제되지 않는다는 것이다. 부진정부작위범에서 범행지배척도가 부인된다고 해서, 단지 의무위반만으로 부진정부작위범은 의무범이 되며 따라서 의무에 위반한 자는 자동적으로 정범이 된다는 결론이 도출되는 것은 아니다. 다음으로 진정 의무범은 작위에 의하든 부작위에 의하든 의무를 위반하기만 하면 모두 정범이 되는 것인데, 부진정부작위범은 지배범에서 나온 것으로 적극적 작위에 의한 경우에는 의무범이 아니다. 부진정부작위의 경우만 의무가 필요하지, 작위의 경우에는 결과의 야기만으로 족하다. 예를 들면 배임죄의 경우 재산보전의무는 이 의무가 작위에 의해 침해되건 부작위에 의해 침해되건 관계없다. 그러나 살인죄에서 작위에 의한 경우는 보증인의무를 전제로 하는 것이 아니고, 부작위에 의한 경우에는 보증인지위가 요구된다. 즉 살인죄는 (진정)의무범이 아니다. 부진정부작위범은 그 특별의무위반이 법률에 실정적으로 규정되어 있지 않다. 결국 부진정부작위범을 (부진정)의무범으로 보는 것은 가능하지만 그렇다고 하여 의무위반자가 원칙적으로 정범이라는 결론이 필연적으로 나오는 것은 아니다.

그밖에 부진정부작위범을 의무범으로 보면, 그 의무범에 대한 효과없는 교사는 이미 그 특별의무위반으로 인해 일반적으로 정범의 미수로 인정되므로 이는 형법 제31조 2항에 반한다는 비판이 있다.⁸⁴⁾ 그리고 부진정부작위범은 특별의무위반을 전제로 하는 의무범이고 따라서 이러한 의무위반이 일반적인 정범척도가 된다고 하는데, 일반적인 작위범의 경우에도 이러한 결과회피의무는 전제되어 있는 것이다. 작위범의 경우 이러한 결과회피의무만으로는 정범이 되지 않고 범행지배라는 척도에 의해 정범이 근거지워지듯이, 의무범이라는 부진정부작위범에서도 의무위반은 정범이 될 수 있는 요건이며 의무위반만으로는 아직 정범을 근거지우지 못한다는 지적도 있다.⁸⁵⁾

B. 보증인의 단순부작위와 작위방조에 의한 참가의 평가모순

단순히 부작위한 보증인은 정범이 되고 이는 그가 작위로 방조한 경우보다 불리하게 되는데, 과장해서 말하면 그가 아직 적극적 방조를 하지 않았기에 정범으로

84) Langer, *Das Sonderverbrechen*, 1972, S. 224ff.; Ranft, *ZStW* 94 (1982), S. 854f.

85) Otto, *Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft*, *Jura* 1987, S. 250f.

처벌한다는 이상한 결과를 가져온다. 또 보증인이 작위로 방조한 경우에는 부작위 정범이 작위 방조범 뒤로 물러난다고 하는데, 이는 정범은 공범에 우선한다는 죄수론의 원리에 어긋난다. 그리고 이는 부작위범의 정범성을 형법외적 특별의무 위반에만 구하는 의무범의 기본입장과 일치되지 않는다. 의무범설을 관철한다면 보증인의 작위에 의해 방조의 경우 그 작위범의 실행에 개입하지 않은 부작위에 의해 결국 부작위에 의한 정범으로 된다고 해야 할 것이다.⁸⁶⁾

C. 부작위정범의 성립과 중범형으로의 처벌

작위의 정범자와 부작위범이 병존하는 경우 Roxin에 의하면 이 부작위에는 작위범에 대한 부작위방조가 들어 있으며 동시에 부작위정범이 인정된다. 따라서 이 부작위정범은 적극적 방조와 동일하게 처벌되어야 한다는 것이다. 물론 부작위가 방조로 평가되는 경우에는 형법 제32조 2항에 의하게 된다. 이러한 감경은 부작위이기 때문에 일어나는 것이 아니라 방조로 평가되기 때문이며 따라서 제32조 2항이 적용되어야만 하는 것이다. 결국 Roxin의 죄수론의 경합원리에 의한 해결은 부작위에 의한 정범과 공범의 구별을 양형으로 미루는 것이 되어버린다. 그리고 부작위정범에는 원칙적으로 작위범에 대한 부작위방조가 들어있다고 한다. 그러나 정범과 공범은 본질적으로 다른 것이라고 일반적으로 인정되고 있다. 그렇다면 동일한 하나의 행위가 정범이며 동시에 공범이라는 것은 있을 수 없다.⁸⁷⁾ 물론 정범자가 동시에 다른 사람의 범행을 촉진할 수 있다. 그러나 이는 상이한 법익들이 침해되거나 하나의 법익에 상이한 침해들이 있다는 것을 전제하고 있다. 작위자의 범죄를 저지하지 않은 부작위범의 경우는 동일한 하나의 위험상황이 존재할 뿐이다.

3. Rudolphi

Rudolphi에 의하면 부진정부작위범의 정범기준은 보증인지위에서 나오는 결과방지의무라고 한다.⁸⁸⁾ 그는 부진정부작위범의 불법형태의 구분은 침해한 보증인의무의 내용이나 성립근거에 따라 즉 부작위반가치에 의해서는 불가능하며, 그 구별은 오로지 보증인이 저지하지 않은 불법결과의 강도에 의해서만 가능하다고 한다. 따라서 부작위자의 보증인의무가 구성요건에 해당하는 불법결과를 방지해야 하는 것이면 정범이 되고, 타인의 범행을 방조하는 자를 저지해야 할 경우라면 공범이라고 한다.⁸⁹⁾ 구성요건적 불법결과를 방지하지 않은 부작위의 경우 그 사회윤리적 반가

86) Busse, *Täterschaft und Teilnahme*, S. 190.

87) Ranft, *ZStW* 94 (1982), S. 855f.

88) SK-Rudolphi, vor §13 Rn.37. 또한 Blei, *AT, Strafrecht*, 18.Aufl., 1983, §86 IV S. 318f.

89) 이는 본범이 방조범이기 때문에 부작위도 역시 방조가 되는 종속적 사례로서 중범의

치성과 불법구조는 작위정범에 상응하지만, 당벌성면에서는 작위범에 대한 적극적 방조의 경우와 같다고 한다.⁹⁰⁾ 또 구성요건적 결과를 방지하지 않은 부작위정범은 작위에 의한 정범과 동가치적인 경우에만 가벌성이 인정된다. 이때 ‘더 상응한다’, ‘덜 상응한다’는 것은 문제되지 않는다고 한다. 따라서 보증인의무가 존재하지만, 부작위가 작위정범과 동가치적이 아닐 경우에는 정범을 근거지우지 못하고 따라서 부작위에 의한 공범이 가능하다. 이는 영득죄와 같이 부작위에 의해서는 실현될 수 없는 구성요건의 경우이다.

정범설에 따르는 Rudolphi도 부작위정범의 당벌성은 작위범에 대한 적극적 방조와 동일하게 평가할 수 있다고 하였다. 그러나父가 자식을 물에 빠뜨리는 것을 母가 그대로 방치한 경우에서 보는 바와 같이 반드시 적극적 방조와 동일하게 평가할 수 있겠는가도 의문이지만, 이는 부작위에 의한 정범과 공범의 구별을 양형의 영역에 미루는 것이다. 또 부작위는 그것이 작위 정범에 의한 실현과 동가치적인 경우에만 처벌된다고 하며, 이때 ‘더 상응한다’ ‘덜 상응한다’는 것은 문제되지 않는다고 보고 있다. 그러나 여기에서 문제되는 것은 부작위에 의한 참가가 작위에 의한 정범에 상응하느냐 공범에 상응하느냐라고 보아야 한다.

4. Bloy

부작위에 의한 공범은 부정되는데 (따라서 정범), 이는 부작위보증인에게는 작위정범과의 종속성이 인정되지 않기 때문이라는 것이다.⁹¹⁾ 이는 부작위보증인에게 작위정범과의 종속성을 인정하는 Ranft의 견해와 정반대이다. 정범과 공범은 상이한 행위반가치를 가지는 행위양식이다. 공범으로서의 행위반가치 인정은 정범에의 종속성을 통하여 이루어진다. 부작위에 의한 공범의 경우도 부작위보증인의 종속성이 인정될 때에만 가능하다. 그러나 이러한 정범과의 인적 관련성이 부작위보증인에게 결여되어 있다. 즉 부작위에 의해서는 작위정범자와 관련되는 것이 아니라 단지 구성요건적 결과와 연결되는 것이다. 그리하여 부작위에 의한 공범으로서의 행위반가치는 확인할 수도 없고 인정되지도 않는다. 부작위에 의한 공범이란 자체 모순이다.⁹²⁾ 이와 같이 부작위범은 작위정범자를 거치지 않고 직접 범익을 침해하는 것임에도 불구하고 공범규정을 적용하는 것이 어느정도 정당성을 갖는다고 한다. 이때

규정이 적용되는 경우라고 보는 것이 나올 것 같다.

90) Rudolphi, *Gleichstellungsproblematik*, S. 146. 이러한 점을 근거로 손동권, 법정고시 1995/12, 81면, 84면은 이론적인 면에서 원칙적 정범설이 타당하다고 하면서도, 부작위범에 대한 임의적 감경규정이 없는 우리 현행법을 고려하여 원칙적 방조설을 지지하고 있는 것으로 생각된다.

91) Bloy, *JA* 1987, S. 492ff.

92) Bloy, *JA* 1987, S. 494.

의 정범을 근거지우는 반가치를 스스로 실현한 것은 아니기 때문이다. 실제로는 공범이 아니지만, 공범으로 취급하자는 의미이다.

물론 작위범에 대하여 부작위는 ‘작위 방조범은 본범에 종속한다’는 의미에서의 공범종속성이 인정되지 않는다. 부작위가 본범에 대해 현실적 관련성은 가질 수 없다는 것은 이미 그 개념에 내재하는 바이기 때문이다. 부작위가 있으면 그 관련성은 단지 잠재적인 것일 뿐이다. 따라서 부작위에 의한 공범에서는 ‘작위범에서 말하는 의미의 공범종속성’은 요구되지 않는다고 보는 것이 타당하다. 작위범과 부작위범 사이에 ‘작위범의 경우에 말하는 공범종속성과 동가치적인 관련성’이 있으면 족하다고 본다. 물론 작위범과 그의 범죄를 저지하지 않은 부작위범 사이에 일정한 의존관계가 있다는 것은 부정할 수 없다. A가 B녀를 공격하지 않았다면 B녀의 남편은 B녀를 보호하기 위해 개입할 필요가 없었을 것이다. 이를 Bloy는 부작위범의 사실상의 의존성(faktische Abhängigkeit)이라고 부른다. 이는 작위에 의한 공범에서 말하는 공범종속성과는 아무런 관계가 없다. 그러나 그러한 공범종속성과 동가치적인 관련성이 있다면 부작위에 의한 공범이 인정된다고 하지 않을 수 없다. 또 부작위범과 작위범 사이에 인적인 관계가 존재하지 않기 때문에 부작위에 의한 공범이 부정된다는 논거도 타당하지 않다. 그러한 인적 관련성이란 부작위에는 그 성질상 있을 수 없다는 것이 당연하기 때문이다. 부작위종범은 그에게 애시당초 불가능한 작위공범의 모든 요소를 충족해야 하는 것은 아니다. 작위공범에서 요구되는 요소와 동가치가 있다고 평가되는 요소로 족하다.

5. 원칙적 정범설에 대한 검토

우선 원칙적 정범설은 부작위범이 공범으로 인정될 수 있는 경우에는 공범을 인정할 수 있으므로, 정범과 공범 구별의 어려움을 회피할 수 있는 장점이 있다. 그러면 작위범에서와 달리 공범은 부작위범 영역에서 단지 보조기능을 하게 된다는 비판이 가능하다. 물론 공범은 정범이 될 수 없는 경우에 고려되는 이차적 기능을 한다. 그러나 공범은 작위범에서 범죄참가자에게 범행지배가 없을 경우에 인정되는 독자적인 참가형태이다. 그리고 부작위범의 경우 보증인의무를 위반했다는 이유만으로는 정범과 공범의 구별가능성은 애시당초 부정된다는 근거가 부족하다. 의무위반은 부작위범(정범과 공범)으로 처벌될 수 있는 요건이 될 뿐이다. 모든 부작위범이 정범으로 처벌해야 할 불법을 갖는다고 볼 수는 없기 때문이다.⁹³⁾ 다시 말하면 작위범에 부작위로 참가한 자는 원칙적으로 부작위정범이라고 보는 입장에 대하여, 부작위범은 사건에 주변형상으로 참가할 수도 있고 따라서 주변형상일 경우도 있지 않은가 하는 의문이 있다는 것이다. 범행과정을 스스로 결정하는 경우와 단지 다른

93) Busse, *Täterschaft und Teilnahme*, S. 185.

사람의 범행을 저지하지 않은 경우는 다르다고 보아야 할 것이다. 다른 사람에 의해 인과경과가 조종되지 않은 전자의 경우는 보증인이 실제로 그 범행진행을 결정할 수 있으며, 다른 사람의 범행을 저지하지 않은 후자의 경우에는 사건의 진행을 작위자가 결정한다. Roxin은 의무범에서는 의무위반이 행위자를 범죄실현의 중심으로 만든다고 한다.⁹⁴⁾ 그러나 작위범과 함께 참가하는 부진정부작위범의 경우는 사정이 다르다고 하겠다. 예를 들면 간호원이 자신이 관리하는 약품상자에서 꺼낸 독약으로 A가 자기아내를 살해하는데 이를 그대로 둔 경우에, 간호원이 의무위반으로 범죄실현의 중심형상이 되는지 의문이다. 오히려 간호원은 A의 살해행위를 가능케 하여준 주변형상에 불과한 것으로 보인다. 이와 같이 특히 감독보증인의 예를 보면 부진정부작위범에서 의무위반만으로 정범이 된다는 것이 반드시 타당하지 않을 수 있음을 잘 알 수 있다.⁹⁵⁾ 결국 원칙적 정범설은 범죄참가에 의해 실현된 불법의 정도에 따라 부작위범을 구별하는 가능성을 포기하는 것이다.

VI. 동가치성기준에 의한 구별

1. 부작위범에서의 평가의 모순

부작위에 의한 정범과 공범을 독자적인 기준에 의하여 구별하려고 시도한 견해들에 대해 지금까지 많은 비판이 있음을 보았다. 따라서 이러한 구분을 포기하고 단일정범설 내지 원칙적 정범설을 취하는 입장이 있음을 알았다. 그러나 동일한 사례에서 단순한 부작위가 아니라 만약 작위에 의해 방조했다라면 단지 중범이 되는 경우와 비교하면 정범설에도 문제가 있음이 드러났다. 즉 부작위범의 경우에도 그것이 정범과 유사하게 보이는 사례가 있고 공범과 유사하게 보이는 사례들이 있는데, 이들을 모두 정범으로 본다면 결국 부작위범은 작위범에 비해 불리하게 취급되는 것이다. 특히 같은 사례에서 작위로 방조하여 결국 기도된 방조로 불가별이 되는 경우와 비교하면 분명하다. A는 B가 아내를 살해하려는 것으로 생각하여 위약을 건네주었는데 B는 단지 쥐를 잡으려고 했던 경우에, A는 기도된 방조로써 불가별이 된다. 그런데 A는 B가 아내를 살해하려는 것으로 생각하여 B가 자기의 위약을 꺼내가는 것을 그대로 두었는데 B는 단지 쥐를 잡으려고 했던 경우에, 정범설에 의하면 부작위에 의한 살인미수가 된다. 동일한 사례인데 A가 적극적으로 위약을 교부하는 작위로 참가한 경우보다 단순히 부작위한 경우가 오히려 불리하게 된다. 이

94) Roxin, *Täterschaft und Teilnahme*, S. 355.

95) “특히 타인의 행위에 대한 안전의무를 이행치 않은 부작위에서 상응성이 부정되는 경우는 실행행위가 아니라 방조행위로 평가될 수 있을 것이다”는 임웅, 형법총론, 199, 479면은 이러한 점을 지적한 것으로 보인다.

는 부작위가 반가치내용에 있어서 적극적 작위보다 원칙적으로 작다는 것과 모순된다. 이러한 정범설의 평가모순을 제거하기 위하여는 부작위범을 구체적인 사례에 따라 정범으로 혹은 방조범으로 평가하는 길밖에 없다.

2. 동가치성 기준

부진정부작위범의 일반적 성립요건으로서 이때의 부작위는 작위와 동가치가 인정되어야 한다는 동가치성이 요구되고 있다. 그런데 작위범 그 자체로서의 가벌성이란 존재하지 않는다. 정범으로서 혹은 공범으로서의 가벌성이 인정될 뿐이다. 동가치성 기준도 부작위범의 가벌성요건으로 인정되고 있지만, 그 가벌성은 당연히 정범으로서의 가벌성 혹은 공범으로서의 가벌성을 담고 있는 것이다. 그렇다면 부작위범은 작위에 의한 정범 혹은 공범의 실현과 동가치성이 인정되어야 한다. 물론 부작위가 정범에 상응하는지 혹은 공범에 상응하는지는 가치평가적으로 판단되는 것이다. 이러한 가치평가에서는 i)같은 경우에 작위에 의해 참가했다라면 정범이 성립되는가 공범이 성립되는가, ii)부작위범이 사건의 중심형상으로 나타나는가 주변형상으로 나타나는가 하는 점이 특히 판단척도가 될 수 있다. 그런데 이러한 부진정부작위범에서의 동가치성 기준은 행태의존적 결과범에만 적용되고 단순결과범에는 의미가 없다고 한다. 그러나 이는 부진전부작위범의 일반적 성립요건을 단독범을 전제로 논하면서 하는 지적일 뿐이다. 단독정범의 경우가 아니라 적어도 다수인의 범죄참가에서 부작위범의 정범과 공범을 구별함에는 동가치성 기준이 단순결과범에서도 중대한 의미를 가진다.⁹⁶⁾ 단순결과범의 경우에는 부작위에 의해 보증인의 무를 위반하면 족하고 동가치성 기준이 의미가 없다면, 작위범의 경우에는 정범을 근거지우기 위하여 구성요건의 실현 이외에 왜 범행지배가 추가로 요구되는지 의문이다. 범행지배는 부작위범의 경우에는 사건에 대한 사실적 영향력 행사가 없으므로 단지 잠재적 범행지배의 형태로 가능할 뿐이다. 이와 같이 부작위에는 범행지배가 존재할 수 없기 때문에, 이는 부작위범에 의한 정범과 공범의 구별기준이 될 수 없음을 이미 위에서 살펴보았다. 작위범에서 범행기여만으로는 정범이 성립하기에

96) 임용, 형법총론, 479면은 “임의의 결과야기범에 있어서도 반드시 작위에 의한 범죄실현에 상응하는 부작위인가를 판단해야 한다고 본다. 또 부작위의 상응성이 부정되는 경우...에는 실행행위가 아니라 방조행위로 평가될 수 있기 때문에 더욱 그러하다”고 한다. 이러한 지적 자체는 타당하다고 본다. 물론 다수인의 범죄참가에서 그러하다. 그러나 임용교수는 단독범의 경우에도 단순결과범과 관련하여 위에서 인용한 바의 동가치성을 요구하고 있다. 이는 판례도 마찬가지이다(대판 1992. 2. 11, 91도2951: 조카 익사 사건). 그러나 단독범에서 부작위의 상응성이 부정되어 방조행위로 평가되는 경우는 있을 수 없다. 본범 없는 단독방조범이란 인정되지 않는다. 바로 이점에서 동가치성이 아무런 의미를 가지지 못한다는 비판이 제기된 것이다. 물론 이러한 비판도 단독범의 경우에 대한 것이다. 결국 단독범의 경우에는 동가치성이 보증인의무로 나타나고 당연히 단독정범이 되는 것이라고 보면 될 것이다.

충분하지 않고 범행지배가 있어야 하듯이, 부진정부작위범에서는 보증인의 작위의 무위반 이외에 부작위가 작위에 의한 정범에 상응해야 한다. 보증인의무 위반만으로는 그 부작위가 정범에 상응하는지 공범에 상응하는지 하는 동가치성 여부를 확정할 수 없다. 보증인의무는 결과를 방지하기 위해 개입해야 할 의무를 가지고 있는가 아닌가 여부를 말하는 것이지, 더 많고 적음의 문제가 아니다. 더 나아가 동가치성 기준에 의하여 그것이 작위에 의한 경우라면 정범을 근거지우는가 공범을 근거지우는가 하는 평가에 따라 부작위에 의한 정범과 공범은 구분될 것이다. 물론 동가치성 여부는 명확한 기준이 되지 못하여 법적 안정성을 해치는 결과를 가져온다는 비판이 가능하다.⁹⁷⁾ 그러나 그것은 모든 법적 평가에 내재하는 불명확성이라고 해야 할 것이다. 그 불명확성을 이유로 부작위에 의한 정범과 공범은 구별할 수 없다고 정범설로 돌아간다면, 다시 우리가 출발할 때 제기했던 소위 평가모순의 문제는 미해결인 채로 그대로 남게 된다.

3. 대법원판례와 일부학설

(1) 동가치성 기준이 가지는 의미

부작위에 의한 정범과 공범의 구별에서 이와 같은 동가치성 기준을 채용하고 있는 견해를 판례와 일부학설에서 볼 수 있다. 학설상으로는 “작위의무자의 부작위가 있었으나 그 부작위가 작위에 의한 구성요건실현과 동가치한 것으로 평가되지 않고 이에 미치지 못하는 경우에는 보충적으로 방조범이 성립될 수 있다. 예컨대 범죄제지의무가 있는 경찰관이 상해사건의 신고를 받고 현장에 도착한 후 마침 피해자가 원수인 것을 알고 고의로 상해행위를 제지하지 아니하는 부작위로 나아간 경우에 그 부작위를 적극적 작위에 의한 상해죄실현과 동가치한 것으로 평가하기는 곤란하고 상해죄의 방조범으로 책임을 묻는 것이 타당할 것이다”라는 견해가 최근 제시되고 있다.⁹⁸⁾ 여기에서 볼 수 있는 바와 같이 동가치성 기준은 부진정부작위범의 성립요건이 되어 부작위범(정범이나 공범)이 될 수 있는 범위를 제한한다. 단순결과범의 경우에는 보증인의무의 존재만으로 동가치성의 요건은 충족된다고 볼 수 있으며, 이러한 측면에서는 동가치성이 보증인의무로 나타난다.⁹⁹⁾ 이 부작위가 작위와 동가치인데, 다수인의 범죄참가에서는 동시에 그것이 작위의 정범과 동가치적인가 작위의 방조범과 동가치적인가 하는 동가치판단이 내려지는 것이다. 이러한 측면에서는 동가치성 기준이 부작위에 의한 정범과 공범을 구별하는 기능을 하는 것이다.

97) Jescheck/Weigend, AT §59 V 1.

98) 임웅, 형법총론, 473-474면.

99) 하태훈, 사례중심 형법강의(총론), 1998, 565면. 그런데 바로 이때문에 동가치성이 실제로 아무런 의미를 갖지 못한다거나(신양균, 전개논문, 152면), 작위의무와의 기능상 차이점이 무엇인지 알 수 없다는(박상기, 고시연구 97/3, 39면) 지적이 있는 것 같다.

따라서 동가치성 기준이 이론적으로 보면 실질적으로 (중범의 성립범위를 제한하기 위하여) 아무런 제한기능을 하지 못한다는 지적은¹⁰⁰⁾ 타당하지 않다고 생각된다. 동가치성을 부진정부작위범의 성립요건으로만 인정하고, 다수인의 범죄참가에서는 부작위에 의한 참가를 정범으로만 보는 정범설의 입장에 서는 한 동가치성의 의미는 절하될 수밖에 없다.¹⁰¹⁾ 그러나 부작위에 의한 참가를 모두 정범으로 보는 근거가 충분치 않으며,¹⁰²⁾ 평가모순의 문제가 발생함을 위에서 보았다. 따라서 동가치성이 부진정부작위범의 성립요건이 되며 동시에 다수인의 범죄참가에서는 부작위에 의한 참가가 정범인가 공범인가를 구별해 주는 척도가 된다고 보는 것이 타당하다고 생각된다. 이러한 입장에서 보면 대법원판례가 가지는 의미를 새삼 이해하게 된다.

(2) 대법원의 입장

종래 대법원판례는 중범설에 근거한 것으로 해석되어 왔다. 그런데 대판 1997. 3. 14, 96도1639 판결은 “형법상 부작위범이 인정되기 위해서는 형법이 금지하고 있는 법익침해의 결과발생을 방지할 법적인 의무를 지고 있는 자가 그 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음에도 불구하고 그 결과의 발생을 용인하고 이를 방관한 채 그 의무를 이행하지 아니한 경우에, 그 부작위가 작위에 의한 법익 침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이면, 작위에 의한 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌할 수 있는 것임…백화점 직원이 입점점포의 위조상표 부착 상품판매사실을 알고도 방치한 경우에는 점주나 종업원에게 즉시 그 시정을 요구하고 바이어등 상급자에게 보고하여 시정하도

100) 신양균, 전계논문, 149면.

101) 이는 정범설을 지지하는 박상기, 전계논문, 33면, “부작위가 작위와 동가치성이 인정되는 경우에 이러한 부작위자를 정범으로 볼 것인가 아니면 정범으로 볼 것인가도 문제이다. 이점에 대해서는 첫째 부작위와 작위의 동가치성은 부진정부작위범-정범-을 인정하기 위한 전제조건으로 논의된다는 점, 둘째 부작위에 의한 방조범의 경우에는 부작위의 동가치성을 전제로 하지 않는다는 점을 고려할 때, 부작위의 동가치성이 인정되는 자에게 부작위에 의한 방조범을 인정한다는 것은 타당하지 않다고 한다. 즉 작위와의 동가치성이 인정되는 부작위자는 언제나 정범이 되는 것이지 방조범이 된다고 볼 수 없다”에서 명백히 드러난다. 결국 이는 동가치성 기준이 아무런 의미를 가질 수 없기 때문에 이를 근거로 정범설을 취한 것이 아니라, 정범설이라는 결론을 채택했기 때문에 동가치성의 의미를 절하하게 되었다는 사실을 보여주는 것이다. 도대체 ‘작위’와의 동가치성이란 무엇인가? 작위 그 자체와의 동가치는 존재하지 않는다. 작위 ‘실행행위’와 동가치든가 작위 ‘방조’와의 동가치가 있을 뿐이다. 작위와의 동가치성이 인정되면 부작위 정범이 ‘될 수 있다’는 것이지 (따라서 정범이 되지 못하고 방조범에 그칠 수도 있다. 이때의 구별기준이 동가치성), 정범이 ‘된다’는 것은 아니다.

102) 신양균, 전계논문, 147면은 보증인의무가 존재하는 이상 원칙적으로 정범이라고 할 뿐이다.

록 할 근로계약상 및 조리상 의무를 이행하지 않아 점주의 상표법위반 및 부정경쟁방지법위반 행위의 실행을 용이하게 한 경우와 동등한 형법적 가치가 있는 것으로 볼 수 있으므로, 부작위에 의하여 점주의 상표법위반 및 부정경쟁방지법 위반행위를 방조한 것이다”라고 판시하였다(대판 1996. 9. 16, 95도2551 판결도 마찬가지로 이해된다). 앞부분에서는 부작위범에 관한 일반론을 —따라서 단독정범을 전제로— 이야기하면서, 보증인의무는 결과방지의무라는 점을 밝히고 나아가 실행행위와의 동가치성이 인정되면 정범이 됨을 말하고 있다. 뒷부분은 다수인의 범죄참가에서 부작위에 의한 방조가 작위에 의한 방조와 동가치성이 있는 경우에 종범의 성립을 인정하고 있다. 이렇게 볼 때 판례는 동가치성 기준을 위에서 서술한 의미로 이해하고 있음이 명백하다고 하겠다. 따라서 본판례가 부작위의 동가치성 문제에 관해 그 내용을 밝히고 있다기보다는 원칙적인 측면에서 이를 인정하는 것에 불과하다는 지적은¹⁰³⁾ 판례가 제시한 동가치성 기준의 의미를 제대로 파악하지 못한 것이거나, 정범설의 입장에 서는 한 동가치성 기준에 별로 의미를 부여할 수 없다는 사실을 뒷받침해준다.

VII. 동가치성 기준의 사례적용

부작위에 의한 정범과 공범의 구별에서 동가치성 기준이 실제 사례에 어떻게 적용될 수 있는지 살펴본다. 동가치성 기준을 실제사례에 적용하는 경우에는 물론 부작위자가 정범이 되는가를 먼저 검토한다.

1. 부작위에 의한 방조범

(1) 부작위에 의하여는 정범이 될 수 없는 경우

부작위에 의해서 실현할 수 없는 범죄에서 부작위자는 당연히 정범이 될 수 없다.¹⁰⁴⁾ 우선 자수범이 이러한 사례유형에 속한다. 어떠한 범죄가 자수범인가에 관하여는 논란이 많지만, 대체로 구성요건행위를 전부 스스로 실현한 자만이 정범이 될 수 있는 범죄를 말한다.¹⁰⁵⁾ 보증인으로서 간통을 저지하지 않으면 부작위에 의한 방조범이 된다. 간통죄(§241 I)는 스스로 직접 간음하는 것을 전제로 하기 때문에 부작위에 의해서는 정범이 될 수 없다. 둘째 일신전속적 의무범도 이에 해당한다. 보증인이 미성년인 자기 딸의 위증을 저지하지 않은 경우, 그는 위증죄(§152 I)의 정범이 될 수 없다. 위증죄는 선서한 증인의 일신전속적 의무범이기 때문에 그는

103) 박상기, 전계논문, 39면.

104) 전지연, 전계논문, 77면, 80면.

105) S/S-Cramer, §25 Rn.45; Roxin, *Täterschaft und Teilnahme*, S. 484.

단지 부작위에 의한 방조자의 역할을 한 것에 그친다. 셋째 예컨대 영득의사가 필요한 범죄와 같은 가중적 지배범죄도 마찬가지다. 경비원이 감독해야 할 물건이 절취당하는 것을 저지하지 않은 때에는 그에게 불법영득의사가 결여되어 절도죄의 정범이 될 수 없고 방조범이 될 뿐이다.

동가치성 기준을 적용하는 경우 우선 부작위자가 정범의 요건을 충족하지 못하기 때문에 당연히 방조가 될 것이다. 그렇지만 작위에 의한 범행기여의 경우와 비교해 보더라도 결과는 동일하다. 위 사례들에서 구성요건을 스스로 실현하지 않은 자가 작위자인 경우라고 하더라도 그는 본범행위를 촉진한 작위 방조범이 된다. 따라서 이 사례군은 작위에 의한 방조와 동가치적인 상황이라고 말할 수 있다.

(2) 작위에 의한 방조와 동가치성이 인정되는 경우

A. 감독보증인의 경우

독약을 관리하는 간호원이 그 친구가 남편을 살해하려고 독약을 병원약품상자에 서 꺼내가는 것을 그대로 방치한 사례에서, 우선 간호원은 부작위에 의한 살인죄의 모든 성립요건을 충족했다. 만약 간호원이 독약을 건네주었다면 작위에 의한 방조범이 될 것이다. 따라서 본 사례의 간호원은 부작위에 의한 방조로 처벌되어야 한다. 방조의 본질은 본범을 촉진하는 것으로, 친구는 독약을 수단으로 비로소 살인이 가능하게 되었던 것이다. 감독해야 할 위험원이 범행수단이 되었기 때문에 감독보증인은 원칙적으로 방조가 된다. 이는 위험원을 범행수단으로 넘겨준 작위에 의한 방조와 동가치성이 인정된다.

B. 보호보증인의 경우

i) 아내는 정부가 자기남편을 살해하려고 남편 등뒤로 접근하는 것을 보고도 제지하지 않은 사례에서, 우선 아내는 부작위에 의한 살인죄의 성립요건을 충족했다. 만약 남편이 알아차릴까 두려워 아내가 남편에게 말을 걸거나 혹은 시선을 돌리게 하려고 다른 곳을 가리키면서 보라고 했다면, 그녀는 작위에 의한 방조로 처벌될 것이다. 그렇다면 본 사례에서 아내는 부작위에 의한 방조가 된다.

ii) 개인집 경비원이 그 집에 방화하는 자를 보고서도 주인에게 불만이 많았기에 방치하였다. 방화후 그는 주인을 구조할 수 있었지만 그대로 두어 주인은 화재로 사망하였다. 현주건조물방화부분과 관련하여 경비원은 부진정부작위범의 성립요건을 충족하였다. 사건을 지배한 인물은 방화자이고, 방화자의 적극적 행위로 인해 경비원은 단지 주변인물이 된다. 방화자가 정범이고, 경비원은 종범이다. 또 부작위에 의한 살해부분과 관련해서 경비원은 부작위에 의한 살인죄의 요건을 충족한다. 그런데 방화자의 침해는 직접적으로는 주택에 대한 것이다. 그것을 통해 간접적으로

주인도 살해되었다. 사건을 전체적으로 볼 때 부작위한 경비원은 주변형상이 아니라 중심형상으로 보인다. 그는 주인을 방화 후에 구조할 수 있었을 뿐만 아니라 방화자의 침해는 직접적으로는 단지 주택에 대한 것이고, 주택에 대한 침해를 통하여 단지 간접적으로 주인의 생명에 대해 가해진 것이다. 그러므로 살해부분과 관련해서 부작위한 경비원은 방조범이 아니라 정범이다. 본 사례에서는 위험이 사람에 의해 발생했든 자연적으로 실현되든 아무런 차이가 없다. 인간의 침해행위가 일차적으로는 다른 목표를 갖고 있었다. 이것이 나중에 다른 위험 즉 주인의 생명에 대한 위험으로 되어버렸다. 이럴 경우에는 —방화자의 작위에 의한 범행기여가 있었다라도— 더 이상 경비원을 주변형상으로 볼 수 없다고 생각된다. 따라서 부작위에 의한 방화죄의 방조와 부작위에 의한 살인죄 정범의 상상적 경합으로 보는 것이 좋겠다.

결국 감독보증인이 감독해야 할 위험원이 작위범의 침해행위에 이용되거나, 작위범에 의한 침해가 보호보증인이 보호해야 할 법익에 대하여 직접적인 경우에, 부작위범은 원칙적으로 방조범이 된다. 만약 보증인이 적극적 작위로 원조했다고 하더라도, 이때 본범에 대한 방조가 되기 때문이다.

2. 부작위에 의한 정범 — 작위에 의한 정범과 동가치성이 인정되는 경우

(1) 작위정범이 처벌되고 부작위정범도 인정되는 경우

i) 바로 앞에서 본 사례에서 작위범의 침해가 보호보증인이 보호하는 법익에 대해 단지 간접적일 때에, 부작위범은 방조범이 아니라 정범이 된다. 작위범의 침해는 보호법익에 간접적 공격이므로, 부작위자가 중심형상 따라서 정범이 된다.

ii) 작위범이 A를 물에 빠뜨렸는데 이를 모르던 A의 남편은 얼마후 물에 빠진 A를 보고도 구조할 수 있었지만 방치한 경우와 같이, 보증인이 보호법익에 대한 위험을 인식했지만 그것이 작위범에 의한 것인지를 알지 못한 때에는 보증인은 부작위에 의한 정범이 된다. 그는 타인의 범행을 알지 못하고 따라서 타인의 범행을 방조한다는 중범의 고의가 존재하지 않기 때문이다. 만약 작위범의 범행을 알아차리고 사건을 올바르게 파악했음에도 그대로 둔 때에는, 그의 부작위가 본범을 단지 원조한 것이므로 방조범에 그친다.

(2) 간접정범과 유사한 경우

부작위에 의해 범행결의를 갖게 한다는 것은 개념적으로 불가능하므로 부작위에 의한 간접정범은 인정되지 않는다. 그러나 이러한 간접정범에 유사한 상황이 존재하면 부작위자는 정범이 된다.¹⁰⁶⁾ 즉 부작위범이 작위범을 적극적으로 조종하지는 않았지만 도구로 이용한 것으로 볼 수 있는 사례이다. 작위자에게 착오가 있거나,

106) 전지연, 전계논문, 79면 참조.

작위자가 책임무능력자이거나, 부작위자가 ‘정범배후의 정범’과 유사한 경우를 예로 들 수 있다. 아이 A가 정원을 망가뜨렸다고 오인한 B는 징계권이 있다고 생각하여 A에게 따귀를 때리려는데 이러한 사정을 다 아는 A의 아버지가 이를 저지하지 않았던 경우에, A의 아버지는 부작위에 의한 폭행죄의 성립요건을 충족한다. 그는 B의 착오를 알고 있었고, 만약 B에게 B 자신이 징계권이 있다고 오인하게끔 말하여 B의 착오를 적극적 작위를 통해 이용한 경우라면, 그는 —B가 처벌되는 자이니까— 소위 정범배후의 정범이 될 것이다. 따라서 부작위한 B는 부작위에 의한 정범으로 평가할 수 있다. 또 아버지가 12세의 아들이 친구를 구타하는 것을 저지하지 않은 경우에, 만약 그가 아들을 적극적 작위로 격려하였다면 간접정범이 될 것이다. 따라서 부작위한 그는 정범으로 평가된다. 그리고 작위자가 과실로 행위하는 경우에도 마찬가지이다. 만약 보증인이 적극적으로 과실범을 이용한 경우라면 그는 간접정범이 될 것이다. 따라서 과실범을 저지하지 않은 부작위범은 정범으로 평가된다. 또 이 경우 과실범은 위협을 야기했지만 사태를 의욕한 것은 아니므로 지배적인 중심형상이 아니다. 따라서 고의의 부작위범이 사건의 중심형상이라고 볼 수 있다. 이와 같이 간접정범과 유사한 사례에서 부작위범은 —부작위에 의한 정범은 개념적으로 있을 수 없으므로— 단순히 (직접)정범으로 처벌될 것이다.¹⁰⁷⁾

동가치성 기준을 작위범에 부작위로 가담하는 실제사태에 적용하면 부작위범은 원칙적으로 주변형상에 머물러 방조범이라고 평가된다. 그러나 사건의 중심형상으로서의 역할을 하는 것으로 평가되어 정범이 성립하는 경우도 있다.

107) 최우찬, *부작위범*, 서강법학연구 제1권, 1999, 119면.

<Résumé>

Die Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen

Yong-Sik LEE*

Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme ist in Korea noch weitgehend ungeklärt. Insbesondere kommen die Fälle, in denen ein positiv Handelnder mit einem Unterlassenden zusammentrifft, in Frage. Die Abhandlung gibt einen Überblick über den Meinungsstand in diesem Bereich. Bei der Unterscheidung handelt es sich nicht lediglich um ein theoretisches Problem. Sie hat vielmehr in der Praxis erhebliche Bedeutung. Während der Täter grundsätzlich eine Strafe aus dem in dem einzelnen Delikt festgesetzten Strafrahmen verwirkt, ist die Strafe für den Gehilfen nach §32 II k StGB obligatorisch zu mildern. Dies hat auch in Versuchsfällen zur Folge.

Bei der Darstellung der vertretenen Ansichten werden diese in Gruppen katalogisiert. Erstens werden die Meinungen ausgeführt, die Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen entweder wie beim Begehen, also Tatherrschaftskriterium, nach der subjektiven oder nach Art der Pflichtenstellung abzugrenzen. Zweitens wird die Ansicht dargestellt, daß beim Unterlassenden Einheitstäterschaft vorliegen soll. Dritte Ansicht, die als überwiegende Meinung angesehen wird, hält die Beteiligung durch Unterlassen grundsätzlich für Beihilfe. Die koreanische Rechtsprechung stehe an dieser Linie. Vierte Meinung geht dahin, bei einem Unterlassenden grundsätzlich Täterschaft zu bejahen, Beihilfe soll aber trotzdem möglich bleiben. Insbesondere versteht Roxin die unechten Unterlassungsdelikte als Pflichtdelikte.

Bei der kritischen Würdigung des Meinungsstandes wird eine unangreifbare Ansicht bisher nicht gefunden. Jede Ansicht hat Vorteile, aber auch Nachteile, die ohne große Schwierigkeit zu ihrer Ablehnung führen können. Diese

* Assistant Professor of Law, Seoul National University

Überlegung führt zur Problemlösung. Dabei ist zu beachten, daß das Unterlassen entweder der Verwirklichung von Täterschaft oder von Teilnahme durch positives Tun entsprechen. Wann das Unterlassen einer Täterschaft oder Teilnahme entspricht, ist im Wege einer wertenden Beurteilung zu ermitteln. Im Vergleich zu einer ähnlich gelagerten Beteiligung durch positives Tun kann man zu der möglichst widerspruchsfreien Lösung. Man kann auch den Gesichtspunkt in Betracht kommen lassen, ob der Unterlassende als Zentralgestalt oder nur als Randfigur erscheint. Diese Abgrenzung mit Hilfe der Entsprechung liegt im neuesten dem Koreanischen Obersten Gerichtshof zugrunde.