

〈논문〉

일상적·중립적 행위와 방조*

— 방조행위의 개념적 의미내용과 방조의 불법귀속의 이해구조 —

李用植**

I. 문제의 제기

A. 방조의 행위태양의 다양성

형법 제32조 제1항은 타인의 범죄를 방조한 때에는 중범이 성립한다고 규정하여, 그 행위태양과 수단에 제한을 두고 있지 않다. 따라서 정범의 범죄행위에 인과적 영향 혹은 촉진적 영향을 끼치는 행위이고¹⁾ 거기에 고의가 있다면, 형식적

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2007학년도 학술연구비의 지원을 받았음.

** 서울대학교 법과대학 부교수

1) 이러한 의미에서 공범은 정범을 통하여 법익침해를 야기하였다고 하는 것이다 (신동운, **형법총론**, 제2판, 2006, 595면은 이점에 대해서는 정확히 서술하고 있다). 우리는 이 문장에서 다음의 두 가지 사실을 쉽게 추론해 낼 수 있다. 하나는 정범은 실행행위를 통하여 법익침해를 직접적으로 야기한다는 것이고, 다른 하나는 공범은 실행행위를 통하여 직접적으로 법익침해를 야기하는 것이 아니라, 정범의 실행행위를 통하여 간접적으로 법익침해를 야기한다는 것이다. 즉 교사행위나 방조행위는 실행행위로 인정되지 않는다는 것이다. 이와 같이 야기설은 교사행위나 방조행위를 실행행위로 인정하지 않는 학설이다. 그렇기 때문에 야기설을 교사행위나 방조행위를 실행행위로 인정하는 학설이며, 더 나아가 실패한 교사 내지 기도된 교사를 미수범으로 처벌하는 학설이라고 이해하는 신동운, **형법총론**, 599면은 잘못된 것이다. 실패한 교사 내지 기도된 교사의 문제는 실행의 착수가 인정되기 이전인 예비단계에서 발생하는 문제이다. 그리고 예비단계에서는 당연히 공범이 성립되지 아니하므로 불가벌이 원칙인 것이다. 이러한 경우를 입법자는 형사정책적인 이유 등 여러 사유를 근거로 불가벌을 결단할 수도 있고, 때로는 예비·음모에 준하여 처벌하거나 미수범으로 처벌할 수도 있는 것이다. 독일형법이 야기설을 취하기 때문에 실패한 교사 내지 기도된 교사를 미수범으로 처벌하는 것이라고 이해하는 것은 잘못된 추론이다(오히려 야기설을 취하는 독일에서도 이러한 경우의 미수범처벌은 잘못된 것이라고 비판하고 있다). 예비단계의 공범은 야기설이나 가담설과는 아무런 관련이 없다. 왜냐하면 공범의 처벌근거는 정범의 실행의 착수를 전제로 하여 논의되는 것이기 때문이다. 공범이 성립조차 되지 않은 예비단계

으로는 중범의 구성요건이 충족된다. 따라서 극히 광범위한 행위에 중범이 인정될 가능성이 발생한다. 그리고 형법상의 방조행위는 정범행위의 원조·촉진이라는 구조를 가지기 때문에 방조행위를 객관적인 측면에서 바라본다면, 대부분의 방조행위는 범죄행위로서의 외관을 가지지 아니한 통상의 일상적인 거래행위 또는 직업적 행위의 형태로 행하여진다고도 볼 수 있다. 예컨대 빵에 독을 혼입하여 다른 사람을 살해하려는 자에게 빵을 판매하거나, 주거에 침입하여 절도를 하려는 자에게 드라이버를 판매하는 경우, 택시에 탄 승객이 강도를 행하려고 범행 장소로 향한다는 것을 알면서 택시운전자가 그곳까지 태워다 준 경우, 자신의 가게 앞에서 유혈구타의 싸움이 벌어졌는데 그 중 한사람이 돌연 가게로 들어와 과도를 구입하겠다고 하여 판매한 상점주인의 행위, 살인을 계획하고 있는 자에게 사정을 알면서 칼을 판매하는 행위 등이다. 또한 제품을 생산하면서 환경을 오염시키고 있다는 것을 알면서 그 공장에 제품생산을 위한 원료를 공급하는 경우, 탈세를 하려고 한다는 것을 알면서 비밀예금용의 계좌를 개설해 주는 은행원의 행위, 변호사나 세무사가 의뢰인이 탈세를 계획하고 있다는 것을 알면서도 탈세 등 법률문제에 관하여 조언하였는데 의뢰인이 실제로 범죄행위를 행한 경우, 인터넷 프로바이딩과 관련하여 파일공유 프로그램 개발자가 그 프로그램을 통해 네티즌들이 영화나 음악과 같은 파일을 공유함으로써 저작권을 침해한다는 것을 알면서 공유프로그램을 제공하는 행위 등을 예로 들 수 있다.²⁾ 이 사례들에 대하여 방조의 성립요건이 구비되고 있는가를 검토하여 보면, 요건이 결여되는 경우는 아니다. 이와 같이 일상적인 거래행위나 직업적 행위로서 행하여지고 있는 행위들도 객관적으로 정범의 범죄실행을 가능하게 하고 촉진하는 것이며, 정범자의 범죄행위에 관하여 인식하고 있으므로 주관적으로도 정범의 범죄를 촉진·야기하는 의사가 인정되어 결국 방조의 요건은 충족되고 있다.³⁾ 즉 일상적 거래행위 내지 직업적 행위도 그것이 다른 사람의 범죄행위를 촉진시키고 또 고의를 가지고 있는 경우 중범이 성립될 가능성이 있다.

에서 공범의 처벌근거를 논한다는 것은 있을 수 없다.

2) 일본에서 P2P 소프트웨어인 Winny라는 프로그램의 개발자가 저작권침해의 중범으로 기소된 사안이다(신양균, “중립적 행위에 의한 방조”, **형사법연구** 제26호, 2006, 6면).

3) Vgl. Kudlich, “Anmerkung zur Entscheidung BGH 5 StR 624/99”, *JZ* 2000, 1178.

B. 일상적 거래행위에 의한 방조성립의 제한필요성

그러나 한편 이러한 행위는 일상에서 지극히 일반적으로 행하여지는 행위라고 할 수 있기 때문에, 이러한 행위가 왜 중범으로서 범죄가 되는가 하는 의문이 생긴다.⁴⁾ 일상적 내지 직업적인 거래로서 행하여지고 있는 이러한 행위는 대개 1회성의 비개인적인 익명성의 관계 속에서 행하여지며, 그러한 거래를 행하는 것은 그 사람이 아니더라도 다른 사람으로 대체가능하다. 그럼에도 불구하고 우연히 거래관계에 있는 타인이 범죄를 실행하려는 목적을 가지고 있다는 것을 알게 된 거래행위자가 당해 범죄의 방조범으로서 처벌되어야 하는가 하는 문제가 제기된다. 독일에서는 이전부터 이러한 중립적 행위에 의한 방조범의 형태에 대하여 그 성립을 제한할 필요가 있다는 지적이 있어 왔다.⁵⁾ 그렇게 하지 않으면 상대방을 가리지 않는 거래적·직업적 행위는 항상 타자의 범죄에 도움을 줄 가능성을 가지고 있는 것이기 때문에, 우연히 알게 되었다는 것(즉 고의가 우연적으로 부가되었다는 것)만으로 방조범으로 처벌되어 처벌범위가 지나치게 확장된다는 것이다. 또 거래자나 직업자는 항상 자기의 행위가 범죄적으로 이용되지 않을까 경계하지 않으면 안 되고 또 그와 같은 가능성을 인식했으면 일상적 거래행위를 해서는 안 된다는 결론이 되어, 사회적 활동에 커다란 장애가 될 것이다.⁶⁾ 그렇기 때문에 이러한 종류의 행위를 방조범으로 처벌하는 것을 제한해야 한다는 필요성에 대해서는 거의 모든 견해가 일치하고 있다. 그러나 통상적인 방조의 경우와 달리 이러한 경우에 형법해석론상 어떠한 근거나 원리에 의하여 방조범의 성립이 제한되는 것인가에 관하여는 많은 다양한 견해가 제시되고 있지만 아직 그 해결의 기미는 보이지 않고 있다.

4) 이 문제가 커다란 주목을 받지 못한 것은 아마도 처벌할 가치가 없다고 보여지는 사례들은 범실무상 이미 별다른 이론적 근거도 없이 제외되기 때문일 것이다.

5) 이 문제는 오스트리아의 소송법학자 Kikta, *Über das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bei einem Verbrechen und deren Strafbarkeit*, 1840, S.62f.에 의하여 처음 논의되기 시작하였다. Schneider, *Neutrale Handlungen : Ein Oxymoron im Strafrecht?*, NSTz 2004, 313ff.는 중립적 행위에 의한 방조에 대한 이론의 전개과정을 3기로 나눈다. 제1기는 1840년부터 1920년까지로서 고의의 문제로 파악하였다. 그후 1970년대까지 잠재기가 계속되었다. 제2기는 행위자유와 형사정책적 고려의 형량이라고 파악한 Jakobs, "Regressverbot beim Erfolgsdelikt", ZStW 89 (1977), 1ff.의 논문이 발표된 1977년부터 1993년까지이다. 제3기가 드레스덴 은행사건 이후의 1994년부터 현재이다.

6) Wolff-Reske, *Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung*, 1995, S.16; Tag, "Beihilfe durch neutrales Verhalten", JR 1997, 50; Kudlich, *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*, 2004, S.19.

II. 방조행위의 의미 해석 - 중립적 행위와 범죄적 행위의 구별문제

A. 소위 중립적 행위에 의한 방조의 개념

우리나라에서는 이에 관한 논의가 거의 없었으나,⁷⁾ 최근에 “중립적 행위에 의한 방조”라고 하는 주제로서 이 문제가 제기되어 논의되기 시작하였다.⁸⁾ 그리하여 중립적 행위에 의한 방조의 문제는 일상적인 생활상의 거래처럼 외형상 전혀 무해한 것처럼 보이는 행동이 개별사건에서 범죄행위의 수행을 가능하게 하거나 용이하게 한 경우에 가벌적 방조가 될 수 있는지 그리고 이 점을 긍정한다면 어디까지 가능한지에 대한 논의라고 한다.⁹⁾ 그리고 “중립적 행위”란 외형상 범죄와 무관한 것처럼 보이는 일상적 행동을 말하며, 이와 같이 일상적이고 외형상 중립적이며 전형적인 직업활동에 해당하는 행위들을 통해 일정한 범죄행위를 객관적으로 촉진시킨 경우를 “중립적 행위에 의한 방조”라고 한다.¹⁰⁾

1. 중립적 행위와 중립성의 개념

(a) 사실적 의미의 중립성

그런데 여기서 “중립적”이라는 용어가 사용되면서 약간 개념의 혼란을 가져온다. 바로 위에서 언급한 견해가 의미하는 중립성은 컨텍스트를 떠나 사실적인 관점에서 정의내려진 것으로 보인다. 그리하여 중립적 행위의 존재는 인정하고 의미를 부여하지만, 그러한 중립성에 -불가별이라는- 어떤 규범적 의미나 법적 효과를 부여하지는 않는 고찰방식이라고 볼 수 있을 것이다.¹¹⁾ 이 입장에서는 이러한 사실적 의미의 중립성을 문제해결의 기초로 삼는다. 그리하여 같은 중립적 행

7) 단지 사례문제의 논점으로써 이용식, “도발방위와 과실범의 공동정범, 일상생활상의 직업적 거래행위와 방조”, *고시연구* 2002/9, 197면 이하.

8) 신양균, 전제논문, 1면 이하가 우리나라 최초의 논문이다.

9) 신양균, 상계논문, 2면.

10) 신양균, 상계논문, 3면. 독일에서 자주 인용되는 Wohlleben, *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, 1996, S.4에 의하면 중립적 행위란 정범자나 정범행위와는 무관하게, 법적으로 부인되지 않는 목적을 추구하는 행위로서 다른 누가 정범자이든 그에 대하여 행하는 행위라고 한다.

11) 독일에서 이러한 입장을 명백히 한 것으로는 Kudlich, *Die Unterstützung fremder Straftaten*, S.159ff.

위라도, 그 정도에 있어서 더 중립적인 것도 있고 덜 중립적인 것도 있는 다양한 스펙트럼이 있으므로¹²⁾ 그러한 사실적인 면의 차이에 따라 나중에 각각 법적 효과를 달리 -더 중립적이면 가벌, 덜 중립적이면 불가벌- 부여하자는 것이다. 중립성을 법적 효과와 결부시켜 -중립적이면 불가벌이라고- 규범적으로 파악하면, 사실적으로 다양한 중립성 정도의 차이가 있음에도 불구하고 법적으로는 (중립적이면 불가벌로 되어) 이러한 다양한 사실적 중립성의 차이가 의미없는 것이 되어버린다는 것이다.¹³⁾

(b) 규범적 의미의 중립성

방조행위는 실행행위성을 가지지 않는 행위이므로, 이러한 사실적 관점에서 행위 자체를 객관적으로 본다면 지극히 많은 방조행위가 일상적·중립적인 행위로 행하여진다. 예컨대 살해를 실행하고 있는 자에게 칼을 대여 하는 행위도 ‘칼을 대여한다’는 측면에 한정하여 관찰한다면 “중립적 행위”라고 보여진다. 그러나 이러한 행위를 중립적인 행위라고 하는 것은 타당하지 아니하다. 이와 같이 그 자체 중립적이거나 일상적인 행위는 존재하지 않는다.¹⁴⁾ 그러므로 이러한 사실적 의미의 중립성은 한계를 지워 줄 수 있는 개념이 될 수 없으며, 가벌적 방조와 허용되는 행위를 구분하는 데 적합하지 아니하다.¹⁵⁾ 사실적인 중립성 정도의 차이를 고려하는 경우에도 우리는 그것을 법적 관점에서 판단하여 고려하는 것이다.¹⁶⁾

이와 같이 인간의 행위는 항상 어떤 컨텍스트를 떠나서는 판단할 수 없고 어떤 행위는 범죄적 맥락에 놓여질 수가 있다는 관점에서 그 자체 중립적인 ‘행위’는 있을 수 없으나, ‘중립성’이라는 것 자체에는 규범적 의미나 법적 효과를 부

12) 예컨대 승객이 강도를 행한다는 것을 알면서 범행장소에 데려다 준 사례에서 운전자가 택시의 경우와 버스인 경우 그리고 지하철운전자인 경우에 관하여는 Kudlich, JZ 2000, 1179.

13) Kudlich, *Die Unterstützung fremder Straftaten*, S.183f.

14) Wohlers, “Hilfeleistung und erlaubtes Risiko”, *NSZ* 2000, 172; Roxin, *AT II*, 2003, §26 Rn.231.

15) Roxin, *AT II*, §26 Rn.231; Frister, *AT*, 2006, §26 Rn.45.

16) 사실적 관점에서 중립적 행위의 개념을 설정하고 있는 자신의 기본사고와는 달리, 신양균, 전계논문, 22면에서는 “방조행위가 중립적 행위를 통해 이루어진 경우에 처벌의 대상으로 삼을 것인가에 대한 대답은 행위 자체로부터 나타나는 것이 아니라 오히려 방조의 일반적 성립요건에서 찾아야 한다”고 지적하고 있어 약간의 모순적 뉘앙스를 보이고 있다.

여하는 고찰방식이 있다. 이러한 입장에 따르면 중립적인 행위란 ‘종래 이론적으로 방조불법의 구성요건을 충족하지만 어떠한 근거에 의하여 결국 객관적 방조불법이 존재하지 않는 행위’라고 파악하게 된다.¹⁷⁾ 그리하여 중립적인 행위는 불가벌이다. 중립성은 일단 ‘방조에 해당되는 행위’를 불가벌인 중립적 행위의 범위로 판단하는 근거와 기준이 된다.¹⁸⁾

이러한 두 가지 고찰방식은 그 배후의 사고관념에 있어서는 상이한 점이 없지는 않다고 보여진다.¹⁹⁾ 그러나 실제 사례의 해결에 있어서 가벌성 인정여부에 양 개념이 차이를 가져오는 것은 아니라고 생각된다. 전자는 중립적 행위에 의한 방조는 법적 효과로서 가벌적인 경우와 불가벌적인 경우가 있을 수 있다는 입장이고, 후자는 중립적 행위가 가벌적인 경우는 존재하지 않는다는 입장이다.²⁰⁾ 그리하여 양자는 결국 중립적 행위가 불가벌이 되는 영역에 있어서는 일치한다. 다만 중립적 원조행위가 처벌되는 영역과 관련하여서, 전자는 이를 여전히 중립적 행위이지만 처벌되는 방조라고 하는 반면, 후자는 이를 중립적인 행위가 아니고 처벌되는 통상의 방조라고 말하게 된다는 차이가 있을 뿐이다. 어쨌든 중립성이라는 용어가 이와 같이 약간의 개념상 혼란을 가져올 여지가 있기 때문에, 중립적 행위라고 말하기 보다는 일상적 행위라고 표현하는 편이 조금은 나을 것으로 생각되기도 하지만, 용어의 선택이 그다지 문제가 되지는 않는다고 보여진다.

2. 방조의 불법귀속에 관한 두 가지 기준 - 불법내용과 사회적 의미

이러한 행위가 중범으로서 범죄가 되는가? 일상적·중립적 행위에 의한 방조의 문제는 방조행위의 의미와 관련하여 발생하는 것이다. 형법상 방조행위는 정범의 실행행위를 가능·촉진·용이하게 하는 일체의 행위를 말한다고 정의된다.²¹⁾ 여기에 별다른 문제제기는 없었다. 그런데 일상적 행위에 의한 방조는 ‘정

17) Hassemer, “Professionelle Adäquanz”, *wistra* 1995, 42.

18) Otto, “Vorgeleistete Strafvereitelung durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe”, *FS-Lensckner*, 1998, S.201; Rotsch, “Neutrale Beihilfe”, *Jura* 2004, 19.

19) 지나치게 단순화하여 말한다면, 중립성은 발견되는 것이냐 구성되는 것이냐 하는 관념의 차이가 아닌가 보여진다.

20) Rotsch, *Jura* 2004, 19.

21) 이는 우리 판례도 마찬가지이다. 방조행위의 의미에 관한 이러한 해석은 대판 1977. 9. 28, 76도4133 이래 방조와 관련된 거의 모든 판결에 자동반복적으로 나타나고 있다.

범의 범죄행위를 촉진하면 모두 방조행위가 되는가' 하는 해석상의 문제를 제기한다. 방조행위는 정범의 범죄실행을 가능하게 하거나 용이하게 하는 행위라고 정의하더라도, 이 정의가 '정범의 범죄행위를 촉진하면 곧바로 방조행위가 인정된다'는 것을 반드시 의미하지는 않는다. 정범의 범죄를 촉진하는 효과를 야기했더라도 (즉 인과적 범행기여가 인정되더라도) 그것만으로 곧바로 방조행위가 성립되는 것은 아니고, 그에 더하여 일정한 요건이 갖추어졌을 때 방조행위가 인정되고 그러한 요건이 없으면 방조행위가 되지 못한다고 이론구성을 할 수도 있는 것이다. 즉 방조행위의 종래 객관적 주관적 요건이 갖추어졌다 하더라도, 일정한 경우에 방조행위의 가별성이 부정되는 경우가 있다는 결론에 이를 수 있다는 것이다. 이는 결국 방조불법은 어떠한 경우에 인정되는가를 결정하는 방조의 불법귀속 문제이며 방조불법의 인정원리에 관한 문제라고 할 수 있다. 즉 일상적·중립적 행위에 의한 방조의 사례에서 기존 방조의 성립요건을 갖추었는데도 방조의 성립을 부정해야 한다면, 이는 방조의 불법구성을 종래와는 달리 해야 한다는 것을 의미한다. 그리하여 일상적 행위에 의한 방조의 문제는 이제 방조의 불법을 어떻게 구성해야 할 것인가 하는 형법적으로 어려운 논의를 촉발시킨 것이다.

이러한 논의상황은 이미 위에서 여러 번 시사한 바와 같이 우연한 것은 아니라고 할 수 있다. 근본적인 이유는 형법 제32조 제1항의 “방조”라는 구성요건표지가 이러한 문제의 해결에 별 도움이 되지 못한다는 것이다. 일상적 행위들도 많은 경우 범죄에 연결되어 정범행위를 촉진하는 효과를 발생시키고 따라서 객관적 측면에서 방조행위로서 인정된다. 그리고 주관적 측면에서 요구되는 방조의 고의도 일반적인 경우와 마찬가지로 미필적 고의로 족하다고 한다면, 많은 경우 고의도 역시 부정할 수는 없다. 그러나 이와 같은 결론은 단지 법률규정 때문이라고만 타할 수는 없다. 법률이 불충분하게 규정되어 있다고 하더라도, 일상적 거래행위에 방조에 타당한 해결책을 도출해낼 수 있는 형법적 원칙들이 정립되어 있다면 그에 의하여 법률규정의 불충분함은 메워질 수 있는 것이기 때문이다.

그러나 일상적 행위에 의한 방조의 문제해결에 방조불법의 수많은 귀속원리들이 제시되고 있지만, 이를 불가별로 하는 견해의 근거는 아직까지 이론적으로 정립하기 어려운 상황에 있다.²²⁾ 이와 같이 일상적·중립적 거래행위에 의한 방조 문제에서 방조의 불법귀속과 관련하여 형법 해석상의 커다란 문제가 야기된 것

²²⁾ Frisch, Beihilfe durch neutrale Handlungen, FS-Lüderssen, 2002, S.542; Rotsch, *Jura* 2004, 15.

은, 방조의 불법귀속에 있어서 통상의 방조의 경우와는 조금 다른 점이 있기 때문이다. 단지 정범의 범죄행위를 촉진하기 위하여 행하여지는 통상의 방조사례에 있어서는 불법귀속이 일반적으로는 불법내용과 관련되는 것이다. 그런데 중립적 행위에 의한 촉진이 문제가 되는 사례에서 방조범의 성립기준은 방조의 일반적 표지인 촉진의 내용으로부터는 도출될 수 없다. 일상행위에 의하여도 정범행위가 촉진되기 때문이다. 따라서 촉진이라는 표지를 떠난 차원에서 불법귀속을 검토하지 않으면 안 된다. 일상적·중립적 방조의 사례들은 주로 거래적이고 직업적인 행위이므로, 통상의 방조사례와는 처벌필요성의 관점에서 본질적인 차이가 있다.²³⁾ 따라서 이러한 방조의 불법귀속에 있어서는 불법내용 뿐만 아니라 행위의 사회적 의미가 중요하게 되는데, 이를 형법적으로 어떻게 고려할 것인가 하는 어려운 문제가 중심적 과제가 된다. 이와 같이 일상적 행위에 의한 방조 문제는 방조의 불법귀속 원리의 새로운 정립이라는 너무도 어려운 형법적 과제를 우리에게 던져줌으로써, 방조란 무엇인가 그리고 어떠한 경우에 방조가 되는가 하는 것을 생각해보지 않을 수 없게 만들고 있다.

이하에서는 일상적 내지 중립적 행위라고 표현되는 행위에 의하여 범죄를 방조한 경우에 방조성립을 제한하는 학설들의 해석론적 근거와 문제점에 관하여 검토하여 보기로 한다.²⁴⁾ 이하(전면처벌설을 제외하면) 어떠한 견해도 결과에 대한 인과성 내지 촉진관계와 고의만으로 방조범의 성부를 고찰하는 것이 아니라, 행위가 가지는 사회적 의미에 주목하고 있다는 점에서는 일치하고 있다.

Ⅲ. 일상적 행위의 방조불성립의 근거에 관한 학설

A. 전면처벌설

일상적 행위에 의한 방조의 성립을 제한하면 이윤추구가 특히 강한 영역에서 직업적 공범자에 대한 가벌성의 흠결이 발생하게 되므로 이를 특별하게 취급하는 것에 반대하여 통상의 방조사례와 동일하게 처리해야 한다는 견해가 있다.²⁵⁾

²³⁾ Schall, "Strafloses Alltagsverhalten und strafbares Beihilfeunrecht", GS-Meurer, 2002, S.105.

²⁴⁾ 자세한 학설의 소개로는 신양균, 전제논문, 8면 이하.

²⁵⁾ Frank, *Strafgesetzbuch*, 18.Aufl., 1931, §49 Anm.II; Beckemper, "Strafbare Beihilfe und

이는 이론적로서의 가벌성뿐만 아니라 형사정책적으로도 가벌성을 긍정하는 것이 타당하다는 입장이다.²⁶⁾ 논의사례에서 특별한 문제가 있다고 보지 않는다. 따라서 이 견해는 양형에서 고려하거나 기소유예 등 절차법적 방안에 의하여 해결해야 한다고 주장한다.²⁷⁾ 또 가벌성의 제한을 주장하는 다른 학설들이 설득력있는 논거를 제시하지 못하고 있기 때문에, 가벌성은 긍정되어야 한다는 것이다.

이 견해에 대하여는 사회적 현실을 무시하여 사회생활을 불가능하게 만들게 되며, 형법의 예방적·규제적 측면에도 반한다는 비판이 제기 된다.²⁸⁾ 다른 학설이 설득력있는 근거를 제시하지 못한다고 해서, 그것이 곧바로 처벌설을 주장하는 근거가 될 수는 없다.²⁹⁾ 일상적 행위에 의한 방조 처벌의 실질적 근거에 관한 문제가 있기 때문에 그 불처벌근거가 논의의 대상이 된 것인데, 형사정책적으로 타당한 결론을 도출하는 이론적 근거화를 포기하는 것은 형법해석학적으로 받아들이기 어렵다고 생각된다. 그럼에도 불구하고 종래의 이론적 종범 성립요건에 대한 면밀한 검토를 소홀히 하고 새로운 기준에 따라 중립적 행위에 의한 문제를 해결하려는 안이한 태도를 비판하고, 기존의 논의들 가운데에서 문제를 해결하려고 한 점에서 의미를 부여할 수 있다는 지적도 있다.³⁰⁾

B. 객관설 - 객관적 구성요건단계 해결설

1. 사회상당설

중립적 행위에 의한 방조를 소위 사회상당성론에 의하여 가벌적인 방조범으로부터 구별하려는 견해가 있다.³¹⁾ 사회상당론에 의하면 역사적으로 형성된 일상생활질서의 범위 내에서 행해진 행위는 법익침해적 결과가 발생하더라도 구성요건 해당 행위가 아니라고 한다.³²⁾ 즉 사회상당성론은 문언상 구성요건에 해당하는

alltägliche Geschäftsvorgänge”, *Jura* 2001, 169; Niedermair, “Strflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?”, *ZStW* 107 (1995), 507ff.

²⁶⁾ Beckemper, *Jura* 2001, 169; Niedermair, *ZStW* 107 (1995), 539ff.

²⁷⁾ Körner/Dach, *Geldwäsche*, 1994, Rn.36.

²⁸⁾ Rotsch, *Jura* 2004, 16.

²⁹⁾ Vgl. Roxin, *AT I*, 4.Aufl., 2004, §10 IV.

³⁰⁾ 신양균, 전제논문, 10면. 그러나 오히려 기존의 종범 성립요건과 그 문제점에 대한 면밀한 검토가 없었기 때문에 중립적 행위에 의한 방조의 성립을 쉽게 긍정하고 양형으로 도피한 것이 아닌가 생각된다.

³¹⁾ Philipowski, “Steuerstrafrechtliche Probleme bei Bankgeschäfte”, in: Kohlmann (Hrsg.), *Strafverfolgung und Strafverteidigung im Steuerstrafrecht*, 1993, S.142ff.

것처럼 보이는 행위도 규범적 관점에서 해당 구성요건에의 포섭을 부정하는 제약적 원리이다.

확실히 중립적 행위 즉 일상적·직업적 거래행위는 사회적으로 통상적이므로, 사회적으로 상당한 행위라고 설명하는 것은 이해하기에 용이하다. 그러나 오늘날에는 사회상당성의 관점 자체에 대하여 의문이 제기되고 있다. 우선 사회상당성이라는 기준 자체의 애매성과 불명확성이 비난의 대상이 되고 있다. 무엇이 사회적 질서의 범위 내에 있는 것인가가 불확실하므로, 그러한 불안정한 개념으로 형법적인 판단을 행하는 것은 가벌성영역에서 안정성을 상실케 한다는 것을 의미한다. 또한 이는 사회적 상당성의 기준을 자의적으로 해석 운용할 여지를 남기게 된다. 그러한 일반조항적 개념에 의하여 체계적 측면을 포함한 한정적인 구성요건해석의 정확한 기준이 붕괴될 수 있다.³³⁾ 그리고 사회상당성이라는 기준이 구성요건해당성의 제약원리로서의 의의도 매우 제한적이다. 사회적으로 상당하면 모두 형법적으로 중요하지 않다는 것은 인정되지 않기 때문이다.³⁴⁾ 그리하여 사회상당성은 구체화되지 않으면, 해석상의 개념으로서 사용하기 어렵다. 더욱이 지금 문제되는 것은 그 자체 금지되지 않고 사회질서 속에서 형성된 행위가 법익침해적 결과를 야기했을 때에도 그 행위가 왜 여전히 사회적으로 상당한가 즉 상당하다는 결론의 근거를 묻고 있는 것인데, 사회상당성은 결론을 근거로 제시하고 있는 것이다.³⁵⁾

2. 직업적 상당성설

사회상당성론을 구체화하여 직업상의 전형적 행위에 적용시켜 발전시킨 것이 직업적 상당성론이다. 사회적 상당성론에서는 사회의 공통된 규범이나 규칙의 구체화는 실제로는 거의 불가능하다. 사회적이라는 것의 영역은 규범적으로 존재하지 않기 때문이다. 사회적 규범은 특수한 상황과 집단에 존재하고 있고 타당한 것이다. 따라서 상당한 행위의 영역을 경우로 나누어야 비로소 상당성론을 전개

³²⁾ Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11.Aufl., 1969, S.55ff.

³³⁾ Küpper, "Strafvereitelung und sozialadäquate Handlungen", *GA* 1987, 388f.; Wolff-Reske, *Berufsbedingtes Verhalten*, S.65

³⁴⁾ Vgl. Amelung, "Die Neutralisierung geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestandes", *FS-Grünwald*, 1999, S.11.

³⁵⁾ Otto, *FS-Lenckner*, S.201; Weigend, *FS-Nishihara*, *Grenzen strafbarer Beihilfe*, 1998, S.200; Wohlleben, *Beihilfe*, S.158.

할 수 있다는 것이다.³⁶⁾ 그리하여 직업집단에 특수한 행위는 -국가나 사회에서 승인된 임무를 수행하는 것이고 그 행위규칙을 공시하고 있는 이상- 방조범의 불법이 인정되지 아니한다고 본다. 직업상의 규칙은 형법규범과 모순되는 것이 아니라 오히려 형법규범을 보충하고 그 한계를 긋고 구체화한 것이라고 볼 수 있으므로, 직업규칙에 합치되는 행위는 형법상 금지되는 것이 아니며 설령 그 행위로 범죄구성요건이 실현되거나 법익이 침해되어도 그 행위는 형법의 관심 밖에 있기 때문에 중범으로 되지 않는다는 것이다.³⁷⁾ 결국 직업적으로 상당한 행위는 동시에 형법상으로도 금지되지 아니하여 중범으로 되지도 않는다는 결론이다.

이러한 직업적 상당성론에 대하여는 우선 직업상 전형적인 행위가 형법규범에 합치된다는 추정이 성립되는지 의문이라는 지적이 있다. 직업적 규칙이 항상 형법규범에 모순되는 것이 아니라면, 형법규정은 모든 사람과 모든 행위에 타당해야 함에도 불구하고, 사적인 이익집단의 기준에 의하여 특별법이 만들어지는 것과 같이 되버리기 때문이다.³⁸⁾ 또 개인직업으로서 유형적인 방조행위를 실행하는 자는 불리하게 취급된다는 지적이 있다. 그에게는 직업적 규칙이 있지 아니하기 때문이다. 그러므로 중요한 것은 직업적으로 유형적인 활동에 있는 것이 아니라, 구체적으로 방조가 되는가 아닌가 그리고 어느 때 방조가 되는가 하는 문제이다.³⁹⁾ 그러므로 문제를 미리 직업적 행위에 제한할 필요가 있다고는 생각되지 않는다.

3. 객관적 귀속이론 - 방조행위의 위험창출이 허용되지 않는 근거

행위자의 형사책임 영역을 규범적으로 제한하는 기능을 하는 객관적 귀속이론은 기본적으로는 단독범을 염두에 두고 구성된 것이다. 그런데 이러한 방법론은 다른 사람의 행위를 통하여 결과가 발생한 공범론의 영역에도 의미있는 귀결을 도출해낼 수 있을 것으로 생각하여, 일상적 행위에 의한 방조의 문제에도 이를 통한 일정한 해결이 다양하게 모색되었다. 그리하여 일상적 행위에 의한 방조의 사례는 앞에서 언급한 바와 같이 종래 이론적으로 방조의 성립요건 (방조의 인과

³⁶⁾ Hassemer, *wistra* 1995, 81. 그리고 Lesch, “Anmerkung zu Enzscheidung BGH 5 StR 624/99”, *JA* 2001, 386f.

³⁷⁾ Hassemer, *wistra* 1995, 83ff.

³⁸⁾ Tag, “Beihilfe durch neutrales Verhalten”, *JR* 1997, 52.

³⁹⁾ Otto, “Anmerkung zur Entscheidung BVerfG 2 BvR 396/94”, *StV* 1994, 410; Tag, *JR* 1997, 52.

관계와 고의)이 인정되는 경우, 형사정책적으로 방조의 성립을 다시 제한하기 위한 별도관점의 판단과정에서 객관적 귀속이론의 기준 (위험창출과 위험실현 그리고 규범의 보호목적 기타)을 동원하여, 방조행위에 구체적 윤곽을 부여하려고 시도한다. 즉 일상적·중립적 행위에 의한 방조사례는 이미 방조의 객관적 성립요건 검토시에 방조의 인과관계가 긍정되어, 방조행위와 정범결과 사이의 불법귀속은 판단되었다. 이제 객관적 귀속의 기준을 통해 추가적으로 방조의 불법귀속을 제한하려고 시도하는 경우, 이러한 시도가 의미를 갖는 영역은, 별다른 제한을 하지 아니하고 너무 손쉽게 충족되어버리는 방조행위 (촉진)의 인정부분이다. 여기에서 ‘법적으로 허용되지 않는 위험창출’이라는 객관적 귀속의 기준으로 방조행위의 성립을 부정하는 다양한 방법이 제시되고 있다. 즉 객관적 귀속이론의 여러 가지 관점들이 이 논의에 동원되고 있으나, 공통적인 것은 법적으로 허용되지 않는 위험의 창출이 부정된다는 점이다.⁴⁰⁾ 객관적 귀속이론의 허용되지 않는 위험의 창출이 형법규정상의 “방조”에 조금 구체적인 윤곽을 가져다주게 된 것이다.

(a) 창출된 위험의 양적 정도 기준설

우선 양적 기준에 의하여 위험창출을 부정하려는 입장이 있다. 방조행위는 법익침해 위험의 ‘중대한’ 창출(증가)이 인정되어야 하므로, 실제의 촉진효과가 ‘근소’하다면 가별적 방조의 성립은 부정되어야 한다는 견해이다.⁴¹⁾ 이 견해는 방조행위에 의하여 법익침해의 위험성이 어느 정도 야기되었는가, 다시 말하면 발생된 위험의 양을 형법적 관점에서 평가하여 그것을 중범의 성부에 중요한 표지로 하는 입장이다. 그리하여 법익침해적인 일상적 행위 모두가 가별적 방조라고 말할 수 없으며, 객관적으로 그리고 주관적으로도 법익침해성을 갖는 방조행위라도, 다시금 위험창출의 양이라는 별개의 관점에 의한 판단과정을 거쳐, 최종적으로는 불가별적 방조에 이를 여지가 있다고 한다.⁴²⁾

그런데 타인의 범행을 객관적으로 가능하게 하거나 용이하게 하는 행위는 설사 귀속이론의 정확한 척도로 살펴보더라도 원칙적으로 정범의 범죄에 의하여 침해된 법익에 대한 위험의 창출(증가)로 평가된다.⁴³⁾ 따라서 위험창출은 방조행

40) Rotsch, *Jura* 2004, 16.

41) Weigend, FS-Nishihara, S.208ff. 중대함과 사소함의 기준에 관하여는 Rogat, *Die Zurechnung bei der Beihilfe*, 1997, S.97ff.

42) Weigend, FS-Nishihara, S.205ff.

43) Frisch, FS-Lüderssen, S.542.

위(촉진)의 인정을 제한할 수 있는 척도가 되지 못한다.⁴⁴⁾ 여기에서 위험창출을 질적 기준에 의하여 부정하려는 입장이 나타나게 된다. 이러한 입장에서는 ‘허용되지 않는’ 위험창출의 요건을 중립적 행위에 의한 방조의 문제해결의 출발점으로 삼는다. 그런데 단독범의 경우에는 ‘허용되지 않는’ 위험창출이 어느 정도 지도적 기능을 할 수 있지만, 다수인의 범죄참가인 경우에는 -중범이 창출한 위험에 대하여는- ‘허용되지 않는’ 위험이라는 기준이 그다지 기능하지 못한다. 중립적 방조의 경우 정범이 자기책임을 지는 범행을 촉진하는 행위가 도대체 문제가 되는가 내지 어떠한 요건하에서 문제되는가 그래서 그 행위를 하지 않아야 하는가 하는 점이 바로 문제가 되고 있는 사안이다. 이는 방조행위의 사회적 의미를 문제삼는 것이다. 법적으로 허용되지 않는 근거는 무엇인가? 이에 대하여 객관적 귀속이론은 현재 확실한 원칙을 제시하지 못하고 있다.

(b) 범죄적 의미연관설

촉진이라는 방조행위를 제한하기 위하여 도입된 객관적 귀속이론의 척도 중에서 위험창출은 ‘법적으로 허용되지 않는’ 위험이 창출되어야 한다. 타인의 범죄행위를 촉진했다고 해서 모두 방조행위로 인정되는 것이 아니라, 그러한 촉진행위가 법에 의하여 허용되지 않는 경우여야 한다. 이러한 경우에 그 원조행위를 하지 않아야 하는 것이다. 그런데 정범의 범행을 촉진·야기한 것이 법에 의하여 허용되는 경우라고 평가되면, 방조는 인정되지 않는다. 어떠한 경우에 정범의 범죄행위를 촉진하여도 허용이 된다고 평가될 수 있는지에 관한 원리나 원칙들을 현재 객관적 귀속이론은 아직 깊이있게 제시하지 못하고 있는 실정에 있다.⁴⁵⁾ 그런데 방조의 경우 이러한 ‘허용되지 않는’ 위험창출의 기준을 (객관적인) 범죄적 의미연관에서 찾는 견해가 있다. 정범의 범익침해에 인과적 연관은 인정되더라도, 그 촉진행위가 -사회적 맥락 속에서는 정범의 범죄와 연관된다는 의미가 부여되지 아니하는 경우에는- 방조행위로 인정되지 않게 된다는 것이다. 이와 같이 객관적으로 범행을 촉진하는 효과를 가진 행위가 ‘그 의미내용에 의하여도’ 범죄의 촉진에 향하고 있는 경우를 범죄적 의미연관(deliktischer Sinnbezug)이라고 한다.⁴⁶⁾ 우선 행위가 타인의 범죄행위의 가능화와 용이화라는 의미 이외에 다른 의

44) 독일에서 방조의 객관적 귀속의 기준으로서 사용되는 위험증가는 위험창출의 의미로 사용되고 있다.

45) Frisch, FS-Lüderssen, S.543.

미를 가지지 못할 때 예컨대 물건이나 용역의 제공이 범죄에만 사용된 경우에는 이러한 범죄적 의미연관이 물론 인정될 것이다. 또 범죄적 의미연관을 인정하는데 중요한 것으로서, 방조행위가 범죄를 결의하고 있는 자의 요구나 요망에 의한 것 이외에 다른 의미도 있다고 설명할 수 없는 경우이다. 또 방조자가 그 행위의 객관적 의미를 정범자의 범행계획에만 관련시켰기 때문에, 그 행위에 대하여 다른 합법적인 독자적 유용성을 주장하지 못하는 경우, 방조의 가별성이 근거지워진다.⁴⁷⁾ 이 견해는 범죄적 의미연관을 구성하는 관점으로서 범행에의 근접성, 정범자의 명시적 요구에 의한 행위, 특별한 의무상황의 존재 등을 들고 있다.⁴⁸⁾ 이러한 여러 기준에 비추어 범죄적 의미연관을 가지지 아니하는 일상생활상의 중립적 행위는 -비록 범죄의 수행을 가능하게 하고 용이하게 했어도- 허용된 위험에 해당하여 방조행위라고 할 수 없다.⁴⁹⁾

이러한 객관적인 범죄적 의미연관설에 대하여는 행위는 방조자의 인식을 고려하지 않고는 평가할 수 없다는 비판이 제기된다. 거의 모든 원조행위가 정범에 의하여 범죄에 이용되고 따라서 범죄적 맥락 속에 놓여질 수 있는 것이다.⁵⁰⁾

(c) 소급금지설

관여자의 행위가 가지는 사회적 의미에 비추어 결과에 대한 형사책임이 배제되는 것으로 해석하여, 정범에 대하여 고의로 관여한 경우에도 일정한 경우에 불가별로 하는 새로운 형태의 소급금지론이 있다. 그리하여 관여자가 그 자체 무해한 일상적인 행위기여를 하였는데 그후 다른 사람의 계획실현에 의하여 범죄가 행해진 경우 방조가 성립하는가를 이러한 소급금지론으로 파악하여 행위의 사회적 의미를 객관적인 사회적 문맥에서 규범적으로 결정하려는 견해가 나타나게 되었다.⁵¹⁾ 여기에서 관여자에게까지 형사책임이 소급되는 것이 금지되는 영역은 그 행위가 정범자의 행위가 없더라도 사회적으로 의미가 있는 경우로서, 관여자는 범죄를 실현하지는 않았다는 의미를 스스로 획득한다. 즉 이러한 영역은 관여

46) Frisch, FS-Lüderssen, S.544. 또한 Freund, AT, 1998, §10 Rn.138ff., Lesch, "Anmerkungen zur Entscheidung BGH 5 624/99", JR 2001, 387f.; Jakobs, GA 1996, 261ff.

47) Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, S.289ff.

48) Frisch, FS-Lüderssen, S.545.

49) Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten* S.295f.

50) Tag, JR 1997, 54; Amelung, FS-Grünwald, S.13. Vgl. auch Niedermair, ZStW 107 (1995), 508.

51) Jakobs, "Akzessorietät", GA 1996, 257ff.

자의 행위는 무해하고 일상적인데 타인의 범죄계획 실현에 의해서만 범죄로 변질되는 기여를 한 경우이다.⁵²⁾ 예컨대 드라이버 판매 사례와 같이 규격화한 직업상의 행위는 범죄목적에만 사용되었다 하더라도 형사책임이 배제되어야 한다. 규격화된 행위에 의하여 정범의 범죄계획이 이루어지거나 범행이 구상된 것이 아니며, 범의를 결의하고 있는 것이 명백한 자에 대하여는 누구도 일상적 거래를 하지 말아야 한다는 기대가 안정화(규범에 의하여 금지)되어야 할 것도 아니기 때문이다. 따라서 드라이버 판매를 이유로 방조를 처벌할 수는 없다고 한다.⁵³⁾ 그리고 관여자의 행위가 정범의 실행행위와 객관적으로 일체화되어 있는 경우, 즉 특별히 범죄연관에 적합하도록 형성이 된 경우에는 형사책임을 부담한다.

이와 같이 소급금지론에서는 스스로 정범의 범죄에 관여하는 경우와 타인이 구성요건을 충족하는 행위를 행할 수 있는 상황을 창출한 것과의 구별이 중요하게 되는데, 이는 공범의 처벌근거를 보호법익에 대한 법적으로 허용되지 않는 위험창출이 아니라, 정범자와 방조자의 범죄적 공동관계에 구하는 것이 아닌가 하는 비판이 있다.⁵⁴⁾ 그리고 예컨대 빵에 독을 혼입한 살인죄의 경우, 독을 판매한 사람은 방조가 되고 빵을 판매한 사람은 불가벌이 되는 이유를 설명할 수 없다는 비판도 있다.⁵⁵⁾

C. 주관설 - 주관적 구성요건 단계 해결설

1. 미필적 고의 불가벌설

예전부터 미필적 고의에 의한 방조는 구성요건에 해당하지 아니한다는 주장이 있어 왔다.⁵⁶⁾ 이 견해에 대하여 방조범에서는 미필적 고의에 의하는 경우가 사실상 다수인데, 이러한 통상의 사례를 중립적 행위라는 특수한 사례 때문에 수정하는 것은 부당하다는 비판이 있다. 법률규정상으로는 미필적 고의에 의한 방조를 배제하는 근거는 없으며, 객관적 요건을 검토하지 아니하고 그 반영인 주관적 구성요건을 부정하는 것은 방법론적으로 의문이 있다는 것이다.⁵⁷⁾ 그리고 이러한

⁵²⁾ Jakobs, *AT* 24/13, 2.Aufl. 1991.

⁵³⁾ Jakobs, *ZStW* 89 (1997), 20, 27.

⁵⁴⁾ Otto, *FS-Lenckner*, S.204f.

⁵⁵⁾ Otto, *FS-Lenckner*, S.204.

⁵⁶⁾ Bar, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Bd.2, 1907, S.693; Köhler, *Deutsches Strafrecht*, 1917, S.530; 최근에는 Otto, *FS-Lenckner*, S.214f

⁵⁷⁾ Vg. Wolff-Reske, *Berufsbedingtes Verhalten*, S.58ff.

태도는 심정의 부인에만 처벌의 근거를 찾는 것으로 심정형법이라고 비판되기도 한다.⁵⁸⁾

2. 축진의 고의 필요설

방조의 고의가 인정되려면 객관적 구성요건요소를 실현한다는 인식과 그것을 실현한다는 의사 이외에 그 이상의 것이 필요하다는 견해가 있다.⁵⁹⁾ 계획된 범죄에 대한 고의만으로는 충분하지 않고, 자기자신의 행위에 의하여 범행을 촉진한다는 인식과 의사 즉 축진의 고의가 필요하다는 것이다.⁶⁰⁾ 그리하여 직업적 행위에 있어서는 통상 이 축진의 고의는 결여된다. 이 견해는 중립적 방조의 영역을 위하여 미필적 고의와 의도적 고의 사이에 제4의 고의형태를 설정하는 것이 아닌가 생각된다. 또한 확정적 고의를 요구하는 견해와 큰 차이를 인정하기 어렵다는 지적도 있다.⁶¹⁾

D. 절충설 - 주관적인 범죄적 의미관련설

앞에서 살펴보았던 범죄적 의미관련설은 이를 객관적인 것으로 파악하는 입장인데 반해, 범죄적 의미관련을 주관적인 입장에서 이해하려는 견해가 있다. 따라서 이 입장을 주관설의 일종으로 분류하기도 한다. 여기서 주관적인 범죄적 의미연관이라 함은, 원조자가 자신의 범행기여가 정범자의 범죄와 관련해서만 의미를 갖는다는 사실을 알고 있는 경우를 말하는 것이고, 이러한 경우에만 방조로 처벌된다고 한다.⁶²⁾ 즉 방조행위가 오로지 정범자의 범죄에 대한 조건으로서의 의미만을 갖고, 방조자도 이를 알고 있는 경우를 말한다. 반대로 관여자의 행위가 정범자에 대한 범죄적 연관 이외에도 다른 의미와 유용성을 갖고 있는 경우에는, 그 의미연관은 합법적인 것으로 평가되어 불가벌이 된다. 예컨대 빵집에서 판매하는 빵이 명백히 (예컨대 빵에 독약을 혼입하여 독살하려고 사용한다는) 범죄목

⁵⁸⁾ Tag, *JR* 1997, 51.

⁵⁹⁾ Baumgarte, "Die Strafbarkeit von Rechtsanwälten und anderen Beratern wegen unterlassener Konkursanmeldung", *wistra* 1992, 46; Dörn, "Fragen des Steuerstraf- und Steuerordnungswidrigkeitenrechts bei Beauftragung eines Steuerberaters", *DSiZ* 1993, 486.

⁶⁰⁾ 이를 의도적 고의로서 요구하는 입장으로는 SK-Hoyer, 7.Aufl., 2001, §27 Rn.33.

⁶¹⁾ 신양균, 전제논문, 17.

⁶²⁾ Rotsch, *Jura* 2004, 18.

적으로 이용된다는 것을 알았을 때, 범죄적 의미연관이 인정된다고 한다. 즉 이 입장은 방조행위가 법적으로 허용되는지 아닌지는 (i)원조자가 정범자의 범행결의를 알고 있는 경우와 (ii)정범자의 범죄적 의도에 관하여 특별히 알고 있지는 않지만 그것을 계산에 넣은 데 불과한 경우를 구별하여 취급한다.

1. 확정적 고의가 있는 경우 - 범죄적 의미연관

방조자가 정범의 범행의사를 알면서 즉 확정적 고의로 방조행위를 한 경우에는, 범행에의 기여가 ‘범죄적 의미연관’이 인정될 때, 법적으로 인정되지 않는 방조행위가 된다.⁶³⁾

(a) 방조자가 범죄를 의식적으로 촉진한 경우 예컨대 살인에 사용될 독을 넣으려 한다는 것을 알면서 빵을 판매하거나, 강도하려는 것을 알면서 망치를 판매하는 경우에는 가별적 방조가 인정된다. 구입자가 빵을 범죄 아닌 다른 목적으로 사용하려 했다는 것 때문에 이러한 범죄적 의미연관이 부정되는 것은 아니다.

(b) 직접 촉진한 행위 그 자체는 합법적이더라도 정범자에 대한 행위의 유일한 목적이 범죄의 촉진이고 이를 방조자가 알고 있는 경우이다. 은행직원이 고객이 조세를 포탈하려 한다는 것을 알면서 예금을 해외로 송금해준 경우에는, 오로지 타인의 범죄를 가능하게 하거나 용이하게 할 목적이었던 경우이다. 즉 그 행위에는 조세포탈의 목적 이외에는 아무런 의미도 부여되지 아니한다.

(c) 그에 반해 촉진적 기여가 정범자에게 의미가 있고 유익하지만, 그 외에 그것과는 무관하게 독립한 결의에 의해 범죄행위의 전제가 된 합법적 행위인 경우에는, 범죄적 의미연관은 없다. 직원이 지불된 임금에서 조세포탈을 한다는 것을 알면서 임금을 지불하는 것은, 가별적 방조는 아니다. 타인을 살해하려는 것을 알면서 그 자에게 식사를 제공하는 식당주인은 가별적 방조가 아니다.

2. 불확정적 고의 (미필적 고의)가 있는 경우 - 신뢰의 원칙

정범자의 범행결의를 알지는 못하였지만, 원조행위가 범죄에 이용될 가능성에 관하여는 고려에 넣고 있었던 경우 즉 불확정적 고의로 행해진 경우가 있다. 이 경우에는 신뢰의 원칙이 기준이 된다. 즉 이 경우 미필적 고의에 의한 방조는 가능하지만, 신뢰의 원칙에 의하여 불가벌이라고 한다. 상대방이 죄를 범하기 위해

⁶³⁾ Roxin, AT II, §26 Rn.221ff.

서 그의 도움을 필요로 하는지 알지 못하는 경우에는 그 가능성을 부정해도 좋다는 것이다.⁶⁴⁾ 단지 범죄를 행할 의심이 있다는 것만으로, 직업상의 행위를 하지 말라는 것은 기대할 수 없다는 의미이다.⁶⁵⁾

다만 정범이 죄를 범할 생각이 있다는 사실을 방조자가 인식할 수 있었던 경우에는 신뢰의 원칙이 적용되지 아니하고 방조가 성립된다. 그러나 이러한 판단은 구체적인 단서가 있을 경우에만 긍정된다고 한다. 예컨대 자기 가게 앞에서 격한 싸움을 하고 있는 자가 가게로 들어와 무기를 구입하려고 할 경우 싸움 중에 있는 자라고 알면서 그에게 무기를 판매하면, 그 무기가 싸움에 사용될 수 있다는 것을 미필적으로 인식하고 있을 뿐이라도 그 고객에게 객관적으로 인식가능한 범죄성향이 인정되므로, 방조가 성립된다.

방조자가 정범자의 범죄적 결의를 인식하고 있는 경우에는, 방조성립에 범죄적 의미연관이 필요하다고 말하는데, 범죄적 의미연관이라는 기준 자체가 불명확하다는 비판이 제기된다.⁶⁶⁾ 또 범죄적 의미연관이라는 기준은 정범자가 무엇을 목적으로 하는가에 달려있는데, 그러한 주관적인 경향은 제3자로서는 판단하기 어렵다.⁶⁷⁾ 그리고 방조행위자가 정범의 범죄행위를 알고 있었는가 혹은 미필적으로 예견하고 있음에 불과한가에 의한 구별, 즉 확정적 고의와 불확정적 고의의 구별이 타당한가 하는 점이다. 공범규정은 그러한 구별을 예정하고 있지 않기 때문이다.⁶⁸⁾ 상이한 고의형태에 따라 다른 취급을 인정한다면, 이는 정범론에서도 미필적 고의를 인정하지 말아야 하는지 의문이 제기된다.⁶⁹⁾ 또한 미필적 고의의 경우에 왜 신뢰의 원칙이 적용되는지 근거가 충분하지 않다는 지적이 있다.⁷⁰⁾

E. 위법성조각설 - 위법성단계 해결설

일상적·중립적 행위에 의한 방조는 이미 구성요건은 충족하고 있으므로, 가벌성의 제한은 위법성 차원에서 다루어져야 한다는 입장이 있다.⁷¹⁾ 그렇다고 하여

64) Roxin, *AT II*, §26 Rn.241.

65) Otto, *FS-Lenckner*, S.213.

66) Niedermaier, *ZStW* 107 (1995), 530.

67) Rogat, *Die Zurechnung*, S.149f.; Beckemper, *Jura* 2001, 167.

68) 신양균, 전계논문, 19면.

69) Lesch, *JR* 2001, 386.

70) Schall, *GS-Meurer*, S.112.

71) Arzt, *Geldwäscherei*, *NSiZ* 1990, 3.

그 원조행위가 전통적인 위법성조각사유에 해당되어 불가벌이 된다는 의미는 아니라고 한다. 다른 학설들이 구성요건단계에서 검토했던 논거들이 ‘일반적 이익형량’의 차원에서 고려되어야 한다는 의미라고 한다. 여기에서의 위법성판단은 한편에서는 일상적 행위를 금지하는데 따르는 범공동체의 법익보호와 유용성이라는 이익 그리고 다른 한편에서는 방조자가 될 수 있는 다른 자의 법익과 행위 자유를 형량하는 것이다. 그리하여 정범에 의한 법익침해가 경미할수록 그리고 제3자에게 예상되는 관여가 일상적일수록, 불가벌이 인정될 가능성이 높아진다.⁷²⁾ 그러나 만약 그러한 논리대로 한다면, 고의를 갖고 정범자의 살인을 인과적으로 방조한 전형적인 사례에서 “일상적 거래행위에 속하지 않기 때문에” 방조로 처벌된다고 주장하는 것이 되기 때문에, 이는 순환논법이라는 비판이 있다.⁷³⁾

한편 방조행위가 계약 또는 법률상의 의무이행으로 행해지는 경우에는 ‘바로’ 위법성이 조각된다는 견해가 있다.⁷⁴⁾ 일상적·중립적 행위를 우리 형법 제20조가 규정하고 있는 법령 또는 업무에 의한 행위의 일종으로 파악하는 것이라고 볼 수 있다는 것이다. 그러나 우리 형법 제20조의 정당행위에서는 의료행위 혹은 운동경기 등 특정한 구성요건과 관련한 전형적인 업무행위에 대한 정당화를 논하는 것이고, ‘모든’ 직업상의 행위에 대하여, 그것이 타인의 범죄행위를 가능하게 하거나 용이하게 한 경우에도 정당화된다는 것은 아니다. 왜냐하면 그러한 일반적 이익형량은 구체적 판단인 정당화 근거의 판단에는 맞지 않기 때문이다.

이와 같이 일상적·중립적 행위에 의한 방조의 가벌성 문제를 위법성 차원에서 해결하는 견해는 구성요건해당성을 이미 전제로 하는 것이고, 구성요건의 확정 당시 이미 해당행위에 대해 부정적인 가치판단을 내림으로써 일반적인 행위의 자유가 제한되는 결과를 초래하게 된다는 비판이 있다.⁷⁵⁾ 즉 대부분의 학설들이 가지고 있는 문제의식은 중립적 행위에 의한 방조의 경우를 처음부터 불법의 범위로부터 제외하는 즉 구성요건해당성을 제한하는 점에 있다.

72) Arzt, *NSiZ* 1990, 4.

73) Rotsch, *Jura* 2004, 18.

74) Rogat, *Die Zurechnung*, S.239f.

75) Tag, *JR* 1997, 51.

IV. 객관적 귀속의 관점 - 범죄적 의미연관

A. 상기 학설의 검토

일상적·중립적 행위에 의한 방조의 범위를 제한하려고 하는 학설들의 동향에 대하여 직업적인 방조자의 불처벌은 그 이윤추구가 강한 영역에서 처벌의 흠결을 가져오게 되므로, 그 특별한 취급에 반대하고 통상의 방조사례와 동일한 원리에 의하여 처리해야 한다는 전면처벌설이 있었다. 일상적 행위에 의한 방조에 관한 결론이 그와 같은 직업적·업무적 행위자를 우대하려는 것이라면, 행위자유를 위하여 법익보호를 후퇴시키는 것으로 해석론적으로나 형사정책적으로 지지될 수 없는 것이다. 그러므로 이 영역에 관한 처벌의 제한은 공범의 기본원리 내지 귀속의 일반원리에 의하여 설명되어야 할 것으로 생각된다. 실제로 이들 사안이 처벌할 가치가 있다고 생각되지 아니하여 실무적으로 기소되는 것도 적은 사안이라면, 이를 공범론, 귀속론의 해석과 이론에 의하여 기초지우는 작업이 요청된다고 할 수 있다. 전통적인 인과론을 기초로 한다면, 중립적 행위에 의한 방조의 경우 법익침해의 야기라는 점에서는 통상의 방조와 다르지 아니하므로, 일반적인 원리 혹은 예외적인 원리에 의하여 설명되어야 할 것으로 생각된다.

이미 앞에서 살펴본 바와 같이 중립적 행위에 의한 방조에 관하여 주장되는 한계기준과 논거는 독일에 있어서도 이제 시작 단계에 있을 뿐이다. 주관설적 기준은 심리적 측면을 강조하는 점에서 문제가 있으며, 한계기준으로서도 명확하지 않다고 보여진다. 특히 절충설적 견해가 확실한 인식을 가진 경우와 미필적 고의의 경우를 구별하려는 것에 대하여는, 고의론에 관한 학설에서도 그다지 논의되지 않고 있는 구별을 가벌성의 한계를 위하여 끌어들이는 것은 커다란 불명확성을 가져올 것이다. 공범규정은 그러한 구별을 예상하지 않고 있으며, 해석론적으로 기초지우는 것도 곤란하다고 여겨진다. 위법성 조각으로서 구성하는 것이나 사회상당성에 의하는 것은 어떠한 기준을 도출하기에는 적합하지 않아서, 중립적 행위에 의한 방조라는 특수한 영역에 대처하는 데에는 무리가 있다고 보여진다. 따라서 방법론적으로 유망하다고 생각되는 것은 객관적 귀속의 관점이 아닌가 생각된다.

B. 방조행위가 창출한 위험이 법적으로 허용되지 않는 근거 - 범죄적 의미연관

범의침해에 기초를 둔 전통적 견해에 따르면, 방조행위가 동일한 범의침해에 관련되는 경우에 있어서 그것이 중립적 행위에 의한 방조사례인지 혹은 통상의 방조사례인지 본질적으로 구별할 수 없게 된다. 특수한 영역에서 행하여지는 방조행위의 가별성을 특별히 논하기 위해서는, 그러한 ‘행위의 문맥’을 평가적으로 논의할 수 있고 또 처벌과 결부시킬 수 있는 객관적 귀속론이 적합하지 않은가 생각된다. 그리하여 일상적·중립적 행위에 의한 방조의 범위를 확정하기 위하여는 행위의 표현적 ‘의미’에 주목할 수 있게 된다. 그리하여 정범행위에 대한 축진이라는 ‘의미’를 가지지 아니하는 관여행위는 처벌의 범위에서 배제된다. 다만 그 의미의 구체적 기준이 아직 마련되지 못하고 있는 실정에 있다. 그나마 범죄적 의미연관이라는 기준이 제시되고 있음을 보았다. 여러 기준들이 있겠지만 최종적으로는 행위자의 기여가 사회적으로 보아 범죄적인 의미연관을 가지는가 여부가 가별성을 확정하는 결정적인 기준이 되고 있다고 보여진다. 즉 문제의 핵심은 주관설, 객관설, 절충설의 대립에 있는 것이 아니라, 방조행위의 사회적 의미를 어떻게 결정할 것인가, 구체적으로는 정범행위에의 기여가 중립적인 범위를 초과하여 범죄적 의미연관을 가지고 있다는 것은 어떠한 경우이며, 그것을 어떠한 이론적 근거에서 어떻게 판단할 것인가에 관한 대립에 있다고 생각된다. 이와 같이 방조행위에 의해 창출된 위험이 허용되지 않다는 근거로서 범죄적 의미연관의 존부를 판단할 때에는, 범행결과와 관련해서는 정범자가 스스로 책임을 진다는 점이 함께 고려되어야 하고, 이는 당연한 전제로 받아들여지고 있다. 그리고 여기서 ‘정범 스스로의 책임영역에 속하는 범죄행위가 중간에 개입되었음에도 불구하고’ 방조자의 행위가 법적으로 허용되지 않는, 즉 가별적으로 평가되어지는 근거를 찾는다. 일상적·중립적 행위에 의한 방조 사례는 바로 그러한 근거지움의 어려움이 전면에서 나타나는 문제라고 생각된다. 어떤 행위가 일상적일수록 그리고 범죄평가가 정범의 자기책임으로 돌아갈수록, 중범의 처벌에 근거를 부여하기가 어려워지게 되기 때문이다.⁷⁶⁾ 결과에 대해서는 다른 사람이 아니라 정범자가 책임을 지고, 다른 사람은 책임을 지지 아니한다는 이러한 차단효과를 약화시킴으로써 공범을 처벌할 근거를 마련하기 위해서 범죄적 의미연관이라는 척도

⁷⁶⁾ Frisch, FS-Lüderssen, S.540.

가 나타나게 되었다.⁷⁷⁾

C. 범죄적 의미연관의 구체적 인정기준

비록 범죄적 의미연관이라는 척도가 제시는 되고 있지만, 이는 공허한 공식에 지나지 않는다고 생각된다. 이를 구체화하기 위해서는 어떤 요건이 갖추어졌을 때 그 범행이 오로지 정범의 행위자유 범위내의 것으로 평가되는가, 즉 어떤 요건하에서 공범은 정범의 범죄에 대하여 책임이 없는 것으로 평가되는가를 판단해 줄 기준이 필요하다.⁷⁸⁾ 하지만 이러한 책임영역의 구분은 개념상 논리정연한 것도 아니고, 어떤 하나의 기준만으로 행하여질 수 있는 것도 아니다. 따라서 이에 관한 논의는 복잡하고 혼란스러우며, 학자마다 중구난방이어서 이해하기가 너무도 어렵다.

위에서 이미 서술한 것을⁷⁹⁾ 좀 더 간단히 요약하면, 우선 원조행위가 오로지 범행의 촉진 이외에 다른 의미를 가질 수 없을 때에는, 범죄적 의미연관이 인정된다는 점에서는 다툼이 없다. 예컨대 범죄실행 도중에 원조행위를 하는 경우에는, 범죄의 촉진이라는 의미 밖에 가질 수 없을 것이다. 다음으로 원조행위가 오로지 범죄촉진의 의도에서 행하여졌다고 설명되는 경우에도, 범죄적 의미연관을 가진 행위라고 보여진다. 그리고 범죄적 의미연관은 예컨대 행위상황, 행위양식, 정범과의 의사연락 등 여러 가지 사정에 의해 인정될 수 있다고 한다.⁸⁰⁾ 그리하여 특히 정범자의 요구나 희망에 의한 경우에는 범죄적 의미연관이 인정된다고 하는 견해가 있다.⁸¹⁾ 정범과의 시간적·공간적 근접성을 들기도 한다.⁸²⁾

⁷⁷⁾ Jakobs, *ZStW* 89 (1977), 23ff.; Jakobs, *AT*, 24/13ff.; Jakobs, *GA* 1996, 261ff.; Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, S.280ff.; Stratenwerth/Kuhlen, *AT*, 5.Aufl., 2004, §12 Rn.161.

⁷⁸⁾ Frisch, *FS-Lüderssen*, S.544; Wohlers, *NStZ* 2000, 173.

⁷⁹⁾ 상기 III B 3 b.

⁸⁰⁾ Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, S.289ff. Vgl. Jakobs, *AT*, 24/7.

⁸¹⁾ Frisch *FS-Lüderssen*, S.545f.

⁸²⁾ Wohlers, *NStZ* 2000, 174.

V. 일상적·중립적 행위에 의한 방조의 구체적 유형화

문제는 이러한 범죄적 의미연관의 구체화기준을 가지고 일상적·중립적 행위에 의한 방조의 사례를 유형화하는 작업이다. 그러나 이는 어떤 이론적 체계화 작업이나 논리적 작업은 아니다. 단지 사례해결에 있어서 약간의 방향성을 주는데 도움이 될 수 있는 보조수단으로서 약간의 의미를 가질 수 있다고 생각된다. 그런데 범죄적 의미연관의 구체화기준 자체가 모호하고 다양하므로, 그에 따른 유형화시도가 가능한 것인지 또 필요한 것인지에 관하여는 회의가 드는 것도 사실이다. 또한 구체적 사례에서는 결론이 많이 달라질 수 있음은 물론이다. 위에서 본바와 같이 범죄적 의미연관을 판단하기 위한 여러 관점들이 논란이 되고 있으나, 모든 논자들의 공통적인 점은 두 가지이다. 하나는 실행의 착수 이후에는 범죄적 의미연관을 긍정하여 중립성을 부정하고 가벌적 방조가 성립한다는 점이고(이설 없음), 다른 하나는 정범과 방조범 사이에 의사의 상호연락이 있는 경우에도 범죄적 의미연관을 긍정하여 중립성이 부정되고 가벌적 방조를 인정한다는 점이다(통설).

A. 중립적 행위에 의한 방조가 논의될 수 있는 두 가지 전제조건

1. 예비적 방조 - 실행의 착수 이전

객관적 귀속의 관점에서는 방조행위자의 눈앞에서 정범자의 실행행위가 행하여지고 있는 경우에는 그것이 방조행위로서의 통상의 유형에 해당하는 한, 객관적 귀속에 특별한 문제는 없다. 예컨대 정범자가 명백히 통화를 위조하고 있는 현장에서 제지업자가 위조화폐에 사용될 용지를 판매하면, 통화위조죄의 방조가 됨은 의심할 여지가 없다. 이러한 행위는 타인의 범죄행위와 결부된 것이기 때문에 객관적으로 범죄로서의 성질을 공유하는 것이 된다는 의미이다.⁸³⁾ 즉 정범의 실행행위시에 행하여지는 소위 수반적 중범의 경우는 방조의 가벌성 인정에 특별한 문제가 없다는 것이다.

그러나 예비적 방조의 경우에도 정범의 실행행위가 직전에 임박해 있음이 명백한 경우, 즉 범행에 이를 명백한 흐름이 있는 경우로서, 비록 편면적 방조라

⁸³⁾ Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, S.280ff., 293; Meyer/Arndt, "Beihilfe durch neutrale Handlungen", *wistra* 1989, 285f.

하더라도 가별적 방조로 평가되는 경우가 있다. 예컨대 가게 앞에서 싸움이 벌어졌는데 도중에 한사람이 가게로 들어와 칼을 팔라고 하여 판매한 자는 가별적 방조이다. 이점은 독일학설이 정범자의 공격행위와 장소적·시간적 밀접관련성을 요구하여, 그 원조행위가 정범행위를 가능하게 하고 용이하게 한다는 이외에 다른 납득할만한 설명이 존재하지 않기 때문에, 범죄적 의미연관이 인정된다고 하거나,⁸⁴⁾ 범행에 이를 명백한 흐름이 있는 상황에서 칼을 판매하는 것은 가별성이 인정된다는 것과⁸⁵⁾ 마찬가지로이다.

2. 편면적 방조 - 의사의 상호연락 결여

(a) 실행행위에 대한 특수한 위협

정범자의 행위에 적합시킨 행위 즉 정범자의 요구를 고려한 방조행위는 범죄적 의미연관이 긍정된다. 그런데 이와 같이 정범과 방조자 사이에 범죄행위의 실현에 관하여 의사의 연락이 있는 경우에도 불가별인 중립적 행위가 되는 경우가 있는지 문제된다. 예컨대 택시운전사가 폭력단원에게서 갑의 집에 강도하러가니 현장까지 태워다 달라고 요구하여 태워다 준 행위, 통화위조를 하려는데 종이를 납품하여 달라고 요구하여 제지회사 경영자가 납품한 행위 등은 중립적인 행위로서 불가별인가가 문제된다. 독일 통설은 의사연락이 있는 경우에는 가별적 방조가 성립한다고 한다. 즉 이러한 행위들은 범죄적 의미연관이 인정되어, 중립적인 일상행위의 성질을 상실하고 범의공격적 성질을 가지는 것이 된다고 한다.⁸⁶⁾

다른 예를 들어보면 공장주가 제조과정에서 환경규정에 위반할 것을 알면서 원료를 제공한 납품업자, 직원이 조세포탈을 하려는 것을 알면서 고용한 자, 절도를 하려는 것을 알면서 식사를 제공한 식당주인, 성매매 투숙객에게 제공될 것이라는 것을 알면서 빵을 납품한 빵집 주인 등은 방조가 아니라 불가별이다. 그런데 만약 정범자로부터 직접 범죄계획을 듣고 요구에 의하여 동일한 원조행위를 했다면, 그 방조행위는 불가별이 되는가 하는 문제다. 납품한 원료가 분명히 환경규정에 위반하는 제품에 직접 관계되는 원료인 경우, 이를 듣고서도 납입하는 행위는 가별적이라고 생각될 수 있다. 직원이 고용되어 받는 돈에 대하여 조

⁸⁴⁾ Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, S.290; Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, S.57.

⁸⁵⁾ Roxin, *AT II*, §26 Rn.24.

⁸⁶⁾ Roxin, "Was ist beihilfe?", *FS-Miyazawa*, 1995, 514. 이에 반대하는 입장은 Jakobs, *AT*, 24/17.

세포탈을 할 것이라고 밝힌 경우에는 가벌적 방조로 하여도 부당하다고 생각되지는 아니한다. 며칠을 굶어 절도를 행하려는데 창을 넘을 힘도 없는 절도범에게 그 사실을 듣고서 식사를 제공한 자는 적어도 심리적 방조로서 가벌성이 인정될 개연성이 부정되지는 않는다고 생각할 수 있다.

(b) 일반적 생활위험

그런데 이 사례들을 일상적 행위가 직업이나 영업으로 행하여진 것이 아니라, 예컨대 공장주인 남편이 환경규정에 위반할 것을 알면서 그 직접적인 대상은 아닌 원료의 납입을 주선한 아내의 행위, 남편에게서 절도를 반복한다는 말을 듣고서 매일 식사를 제공하는 아내의 행위는 가벌적 방조가 되는지 문제된다. 이러한 행위유형은 일상생활의 수요를 충족시키는 행위로서, 정범행위에 대한 '특수한 위험' 창출은 인정되지 아니한다. 이 유형에서 중요한 것은 직업으로서 행하여졌는지 여부가 아니라, 당해 행위가 정범자의 행위를 위한 '특수한 위험'을 창출하는 행위인가 여부이다. 일반적 생활위험은 정범행위의 '실행에 대하여 특수한' 위험을 창출하는 것은 아니다. 이러한 일반적 생활위험의 창출은 정범자와 방조자 사이에 의사의 상호연락이 있었다고 하더라도 애시당초 방조행위라고 할 수 없다.

B. 독립적 행위에 의한 방조의 태양

1. 물건의 제공

(a) 인쇄업자가 성매매알선용 인쇄물을 인쇄하여 제공하는 경우, 즉 인쇄물의 내용이 성매매알선의 목적에 사용될 것이 객관적으로 명백할 뿐만 아니라, 그 인쇄선전지가 알선이라는 범죄행위에 사용되어지는 사례에 있어서, 자신이 제조·제공하는 물건이 정범의 범죄행위를 구성하는 물건이라는 것을 명확히 인식한 경우에는 그러한 물건(범죄구성물)을 제조·제공하는 행위 자체가 방조로서 가벌적이다.⁸⁷⁾

(b) 칼이나 수면제 등 직접 범죄의 수단으로 사용될 위험성이 높은 물건(일상 사용 위험물)이 범죄에 사용된다는 것을 알면서 판매한 경우, 이러한 판매행위를 방조로 평가하기 위해서는 범죄의 수단으로 사용될 개연성을 추측할 객관적인

⁸⁷⁾ Kudlich, *Die Unterstützung frmdr Straftaten*, S.499.

자료가 있는가, 범죄의 수단으로 사용된다는 정보의 확실성이 어느 정도인가에 관해서 구체적인 판단이 이루어져야 한다. 예컨대 나이프나 칼 등은 확실히 범죄 실행의 수단으로 사용될 개연성이 높은 물건이지만, 판매나 소지 자체가 금지된 것은 아니고, 통상 일상생활에 유익하고 적법한 이용가치가 있는 물건이다. 일반적으로 볼 때, 범죄의 용도로 사용될 가능성을 완전히 배제할 수 없는, 즉 어느 정도의 위험이 내재되어 있거나 혹은 예상되는 물건에 대해서는 허용된 위험이나 신뢰의 원칙에 의해서 위험창출이 부정된다. 이를 다른 측면에서 보면, 철물점에서 칼을 판매하는 것은 원칙적으로 어떠한 고객에 대해서도 거부할 이유는 없다는 것이 된다. 그러나 범죄에 사용된다는 것이 명백한 경우에는, 방조가 인정된다.

(c) 빵에 독을 혼입하여 살인하려는 것을 알면서 빵을 판매한 빵집 주인의 경우(일상사용물), 통상적으로 빵은 범죄목적과는 관련성을 갖지 않는다고 보는 것이 일반적이므로, 판매한 빵이 당해 범죄에만 사용된다는 확실한 정보가 없는 한, 그 판매는 허용된 위험이다.⁸⁸⁾

2. 용역의 제공

(a) 일의적 용역제공형(일의적 범죄행위촉진형)

이른바 정범자의 요구에 따라 정범자의 범죄실현에만 기여한 행위이다. 예컨대 강도하려는 계획을 말하고 범행장소까지 태워줄 것을 요구한 강도범을 거기까지 데려다 준 택시운전자의 행위가 이에 해당한다. 이에 대해서는 의사의 연락이 있는 경우이고, 정범의 범행계획에 자신의 행위를 합치시킨 것이므로 가벌적 방조가 성립한다는 것이 독일의 통설이다. 그러나 다른 결론을 도출할 수도 있다. 통상의 업무범위내에서 행위하였느냐를 기준으로 가벌적 방조를 부정하는 것도 가능하다. 택시운전자는 승객을 목적지까지 운송하면 되는 것이고, 또한 승차거부도 할 수 없다고 본다면, 허용된 위험창출행위라고도 볼 수 있지 않을까 생각된다.

⁸⁸⁾ 식사제공도 허용되지 않는 위험이라고 보는 견해로는 Kudlich, *Die Unterstützung fremder Straftaten*, S.471. 독을 혼입하여 살해하려 한다는 것을 알면서도 자동판매기에서 범인이 빵을 구입하도록 내버려둔 빵자판기 주인의 경우는, 대량거래로서 허용된 위험이라고 한다(Kudlich, *Die Unterstützung fremder Straftaten*, S.471).

(b) 병존적 용역제공(일상행위 병존형)

당해 행위가 정범의 범죄를 객관적으로 촉진하는 것 외에, 사회적으로 유익한 다른 일상행위로서도 통상 행해지는 경우에는, 그 행위 자체가 허용되지 않는 위험의 창출은 아니고, 따라서 가벌적 방조는 부정된다. 예컨대 강도를 범하려는 계획을 알았으나 범죄현장까지 운송해준 버스운전사의 경우에는, 강도와 관련해서는 범죄행위의 촉진으로서의 성격을 갖지만, 그 외의 다른 승객들과 관련해서는 여전히 승객운송이라는 일상행위로서의 의미도 갖는 것이다. 더욱이 버스운전은 강도가 승차하기 이전부터 이미 일상적으로 행해지고 있던 것이므로(이미 예정된 행동양식에 따른 행위), 강도가 범행현장까지 승차한 것은 버스운전에 수반되는 여러 가지 일반적 생활위험중 하나일 뿐이다. 물론 대중교통수단에 의한 운송을 정범의 범행계획에 접합시킨다는 것 자체를 상상하기 어렵다는 점도 근거로 제시될 수 있다.⁸⁹⁾

일상적인 직업적 행위로서 다수 익명의 비개인적인 고객에게 특정한 정보제공 서비스를 행하는 경우(일반적 정보제공 서비스)와 관련해서, 행위자가 그 당해 조언을 이용하여 범죄행위를 하였다면, 이를 위험창출이라고 할 수 있느냐가 문제될 수 있다. 이 경우 방조행위자의 정보제공행위가 일상적인 성격을 갖는가 아니면 정범행위와 관련하여 구체적이고 특수한 성격을 갖는가가 중요한 기준이 될 것이다. 즉 추상적인 설명인지 혹은 구체적인 조언인지가 기준이 된다. 일반적인 정보제공은 사회적 유용성 및 가치성이 병존하고 있기 때문에 위험창출은 부정될 것이다. 예컨대 정범이 사기적 투자를 하는 것을 알면서, 투자를 권유하는 소책자 작성에 구체적으로 협력한 경우에는, 이미 일반적 성격을 상실하고 당해 사기행위와 관련하여 특수한 위험을 구체적으로 창출한 것이 된다.

VI. 대판 2005, 10, 28 선고 2005도4915 판결

A. 배임죄에 있어 거래상대방의 방조범 성립요건

1. 판시사항

최근 대법원은甲이 상속세 납부자금 마련을 위해 주식매매계약이라는 개인적

⁸⁹⁾ Kudlich, *Die Unterstützung fremder Straftaten*, S.475.

거래에 수반하여 독립된 법인소유의 부동산을 담보로 乙에게 제공하고, 乙은 이러한 사정을 알면서 가등기설정을 요구하여 그 등기를 경료함으로써, 거래상대방인 乙이 회사에 대한 甲의 배임죄에 대한 방조로 기소된 사안에 대해서, “거래상대방의 대항적 행위의 존재를 필요로 하는 유형의 배임죄에 있어서 거래상대방으로서 기본적으로 배임행위의 실행자와는 별개의 이해관계를 가지고 반대편에서 독자적으로 거래에 임한다는 점을 감안할 때, 거래상대방이 배임행위를 교사하거나 그 배임행위의 전 과정에 관여하는 등으로 배임행위에 적극 가담함으로써 그 실행행위자와의 계약이 반사회적 법률행위에 해당하여 무효로 되는 경우 배임죄의 교사범 또는 공동정범이 될 수 있음은 별론으로 하고, 관여의 정도가 거기에까지 이르지 아니하여 법질서 전체적인 관점에서 살펴볼 때 사회적 상당성을 갖춘 경우에 있어서는 비록 정범의 행위가 배임행위에 해당한다는 점을 알고 거래에 임하였다는 사정이 있어 외견상 방조행위로 평가될 수 있는 행위가 있었다 할지라도 범죄를 구성할 정도의 위법성은 없었다고 봄이 상당하다”고 판시하였다.

본 판례는 배임죄에 관한 여러 가지 논점들을 포함하고 있으나, 이하에서는 배임적 거래행위의 상대방과 관련한 형사책임, 그 중에서도 방조범의 성립여부에 관해서 살펴보기로 한다.⁹⁰⁾ 이와 관련하여 대법원은 일상적 거래행위와 관련성을 갖는 방조행위가 사회적 상당성을 갖는 경우에는 위법성이 조각될 수 있음을 분명히 하고 있다. 결국은 방조자의 기여가 사회적으로 보아 상당성을 갖는가가 가별성을 한계짓는 기능을 한다. 이러한 접근은 그 기여행위를 사회적·경제적 또는 인적관계의 관점에서 바라보는 것이다. 이 점은 위의 판시내용에서 ‘거래상대방은 배임행위의 실행자와는 별개의 이해관계를 가지고 반대편에서 독자적으로 거래에 임한다’고 표현한 부분에서도 확인된다. 남는 것은 방조행위의 사회적 의미를 ‘어떻게 확정할 것인가’ 하는 방법의 문제이다. 판례에 따르면, 결국 배임적 거래의 상대방의 방조행위는 ‘사회적으로 상당하다’는 것이 결론인데, 문제는 ‘왜’ 상당한가, 즉 그렇게 상당성을 인정하는 근거가 무엇인가 하는 것이다. 이에 대해 판례는 ‘사회적으로 상당하므로 상당하다’고 함으로써, 근거를 묻는 질문에 대하여 결론으로 대답하고 있다.

⁹⁰⁾ 본 판례에 관한 평석으로는 신양균, “배임행위의 거래상대방의 형사책임”, 형사판례연구회 2006년 1월 발표문 참조.

2. 문제의 제기 - 객관적 요건에 의한 방조범의 성립제한

담보제공을 요구받고 거래를 성사시키기 위해 임의로 회사 자산을 담보로 제공함으로써 회사에 대한 배임행위를 하는 경우가 적지 않고, 이러한 배임행위의 거래상대방은 자신의 소유권이나 채권 등의 권리확보를 위해 상대방의 배임행위를 알면서도 제공되는 담보를 받는 것이 오히려 일상적인 관행처럼 행해진다. 여기서 배임행위의 거래상대방은 담보를 제공받음으로써 배임행위를 가능하게 하거나, 용이하게 하여 도움을 줌으로써 정범의 배임에 대한 방조행위를 한 것이고, 상대방(정범)의 배임행위를 인식하고 행위하였으므로 고의도 인정되어, 형식적으로는 배임죄의 성립요건을 충족시킨다고 볼 수 있다. 그러나 제공되는 담보를 받는 행위는 단순히 사적 거래행위에 응한 것이고, 乙은 거래에 임하는 정도의 행위를 한 것뿐이다. 즉 일상적 거래행위를 하는 과정에서 정범의 배임행위에 대한 원조라는 결과가 발생하게 되었을 뿐이다.

이와 같이 乙은 적어도 객관적으로는 외형상 범죄와 무관한 것처럼 보이는 일상적 행위를 통해서 정범행위를 촉진하였고, 주관적으로는 정범인 甲의 배임행위를 인식하고 있다. 그리하여 판례는 외견상 방조행위로 평가될 수 있는 행위가 존재한다고 설시하고 있다. 따라서 이 경우가 통상의 방조행위인 경우라면 방조범의 성립이 긍정된다. 그런데 본 사안은 통상의 배임 방조행위 사례가 아닌 배임적 거래의 상대방의 방조행위에 관한 것이다. 따라서 통상적인 방조성립요건의 충족만으로도 배임적 거래행위의 상대방에게 방조범의 성립을 인정할 것인가 아니면 다른 추가요건을 통해서 그 성립을 제한해야 할 것인가 문제된다.

이렇게 특별히 배임적 거래의 상대방에 대해 그 방조범의 성립을 제한할 필요성이 있는가 하는 문제와 관련하여 판례는 적극적인 자세를 취하고 있다고 생각된다.⁹¹⁾ 그리고 판례는 주관적 요건의 강화를 통해서 방조범의 성립을 제한하는 방식을 취하지 있지 않다. 정범이 가벌적인 행위를 행한다는 것을 단지 알았다는 것만으로는, 형사상의 불법은 구성되지 않는다고 강조하고 있다. 종범의 성부는 관여행위자의 주관에 의존하는 것이 아니라, 객관적 기준에 비추어 결정되어야 한다는 것이다. 여기에는 크게 나누어 4가지 해결방식이 제시될 수 있을 것이다.

91) 부동산 이중양도와 관련하여 대판 1975. 6. 10, 74도2455; 대판 1983. 7. 12, 82도180. 민법적 문제와 관하여서는 윤진수, 부동산의 이중양도에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 1993, 13면 이하.

B. 4가지 해결방식

1. 대항범적 구성

배임행위자와 거래상대방을 대항범적인 관계로 파악하고, 거래상대방에 대한 처벌규정이 존재하지 않는다는 것을 근거로, 거래상대방을 배임죄의 공범에서 제외시키는 방법이다.⁹²⁾ 본 판례도 상대방의 대항적 행위가 요구되어지는 배임죄의 유형에 있어서 거래상대방은 기본적으로 배임행위의 실행행위자와는 별개의 이해관계를 가지고 반대편에서 독자적으로 거래에 임한다고 표현하고 있다. 대립·대항하는 양자의 이해관계는 친화성이나 호환성이 인정되지 아니하는 것이므로, 이점을 고려하여 본 사안을 ‘사실상의 대항범’으로 보는 것이다. 그리하여 대항범적 관여자의 성격을 갖는 일방행위자를 처벌하지 않는 범죄유형을 원용하여, 배임행위의 상대방은 불가별로 해야 한다는 결론에 이르게 된다.

이러한 입장을 취하면 대항관계에 있는 거래상대방에게 배임죄는 일체 성립할 여지가 없게 된다는 점에서 문제가 있다. 또한 배임죄는 대항범이라고 볼 수 없다.

2. 불법연대 내지 공동성의 결여

이 해결방식은 배임행위의 상대방이 독자적인 경제적 이익의 주체라는 것으로부터 출발한다. 그러므로 그 행위가 자기의 독자적인 이익추구의 범위 내라고 볼 수 있는 한, 원칙적으로 그 행위에 따른 형사책임을 부담하지 아니한다, 각 주체가 자기의 이익을 추구하는 것은 현대사회의 경제적 기초이다. 그러므로 자기의 이익을 유지 증진하기 위하여 다른 주체를 상대로 적극적으로 활동하는 것이 처벌되어서는 않는다. 더구나 乙은 사무처리자인 甲의 임무위배행위에는 아무런 영향을 끼치지도 않았는데, 제공되는 담보를 받았다는 것만으로 배임죄의 방조범이 근거지워질 수 있는지 의문이다. 따라서 배임행위의 상대방은 사무처리자와는 본래 다른 입장에 있는데, 그럼에도 불구하고 거래상대방이 사무처리자의 임무위배행위를 ‘자기의’ 범죄로 해서 결과를 실현했다고 볼 수는 없다.⁹³⁾ 즉 상대방과 사무처리자 사이에 경제적 이해관계의 공유가 있어야 중범의 성립이 가능할 것

⁹²⁾ 대항범에 관하여는 조국, “대항범 중 불가벌적 대항자에 대한 공범규정 적용”, **형사판례연구** 11, 2003, 112면 이하; 이진국, “대항범의 구조에 관한 일고”, **비교형사법연구** 제4권 제1호 (2002), 87면 이하; 이천연, “대항범에 대한 공범규정의 적용 여부”, **이제** 상교수 화갑기념논문집, **형사판례의 연구** I, 2003, 707면 이하

⁹³⁾ Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, S.49ff.; Jakobs, *GA* 1996, 257ff.

이다.

3. 중립적 행위에 의한 방조 : 객관적 귀속이론 - ‘법적으로 허용된’ 위험

방조행위가 창출한 위험이 사회적으로 허용된 것이라는 것을 근거로, 거래상대방에게 배임죄 방조의 구성요건해당성을 부정할 수 있을 것이다. 배임죄의 거래상대방은 자기의 권리를 보호하기 위하여 권리를 행사한 것뿐이므로, 이는 법적으로 허용된 위험이라고 할 수 있다. 이 견해는 중립적 행위에 의한 방조이론을 원용하면서, 담보를 제공받는다든 행위의 일상성을 지적하고, 이를 사회적으로 허용된 위험의 범위내라고 평가하여 객관적 귀속을 부정한다.⁹⁴⁾⁹⁵⁾

그런데 원래 이를 판단하는 구체화된 기준은 ‘범죄적 의미연관’이다. 다시 말해 방조행위가 오로지 타인의 범죄행위를 가능하게 하거나 용이하게 하는 의미 이외에 다른 의미를 가지지 못할 때에는 범죄적 의미연관이 긍정되어 가벌적 방조가 인정된다. 정범자는 이미 배임죄의 실행에 착수하여 범죄를 실행 중인데, ‘실행중의 범죄’를 원조하는 행위가 ‘범죄촉진’ 이외에 다른 의미를 가질 수 있는지 의문이기 때문이다. 따라서 이론적으로라면 객관적 귀속을 긍정하여 배임죄의 방조가 성립하는 것으로 볼 수도 있다. 즉 정범의 실행행위시에 그에 대응하는 중범행위이므로, 정범의 범죄행위에 관하여 정을 알고 있었다면 방조가 성립된다는 것이다. 그러나 이 경우 객관적 귀속은 거래행위에 있어서 ‘배임죄의 특질’에 상응하여 결정되어야 할 것이다. 담보를 제공받는 행위는 정범의 배임죄가 성립하는데 있어서 당연히 예상되는 기여행위이고, 오히려 정범의 배임행위를 위하여 결여될 수 없는, 즉 당연히 필요로 하는 관여행위이다. 그러한 인과적 기여는 방조에 해당되지 않는다고 평가되어야 한다. 관여의 시점만으로 곧바로 범죄적 의미연관이 결정되는 것은 아니다. 이때의 촉진이 정범불법의 핵심적 부분(배임죄에서는 임무위배행위)에 영향을 미쳐야 한다.

94) 신양균, 전계 발표문, 10면.

95) 본 사안이 중립적 행위에 의한 방조의 사례인가에 대해서는 의문이 없지 않다. 실행의 착수가 있는 후 범행실행 도중이고 또한 상호의 의사연락이 있는 경우인데, 이를 ‘범죄적’이 아니라 ‘중립적’이라고 하는 것은 의문이다. 따라서 본 사안은 통상의 방조 사례라고 생각된다.

4. 사회적 상당성 결여 - 위법성조각설 : 판례의 입장

사회적 상당성론에 의하면, 역사적으로 형성된 일상생활질서의 범위 내에서 행해진 행위는 법익침해적 결과가 발생하더라도 구성요건해당행위가 아니라고 한다. 문언상 구성요건에 해당하는 것처럼 보이는 행위도 규범적 관점에서 당해 구성요건해당성이 부정된다. 확실히 일상적 거래행위는 ‘사회적으로 통상적이므로, 사회적으로 상당한 행위’라고 설명하게 되면 이해하기 쉽다.⁹⁶⁾

그러나 이에 대하여는 우선 사회적 상당성이라는 기준 자체가 애매하고 불명확하다는 비판이 제기된다. 어떤 것이 사회적 질서의 범위 내에 있는 것인지 분명하지 않기 때문에, 그렇게 불안정한 개념으로 형법적인 판단을 하게 되면 가벌 영역의 법적 안정성이 상실된다는 것이다. 즉 사회적 상당성을 자의적으로 해석·운용할 가능성이 있게 된다. 따라서 사회적 상당성에 의해서 구성요건의 제한적 해석을 위한 정확한 기준들이 붕괴될 수 있다. 그러므로 사회적 상당성은 구체화되지 않는 한, 해석상의 개념으로서 사용되기 어렵다. 또한 지금 여기서 문제되는 것은 그 자체로는 금지되지 않고 사회질서 속에서 형성된 어떤 행위가 법익침해적 결과를 야기했을 때에도 왜 그 행위가 여전히 사회적으로 상당한가 하는, 즉 상당하다는 결론의 근거를 묻고 있는 것인데, 사회적상당성은 결론을 근거로 제시하고 있는 것이다.⁹⁷⁾

범죄체계론과 관련하여 우리 판례는 사회적 상당성을 구성요건이 아니라 위법성을 조각하는 원리로 파악하고 있다. 가벌성 문제를 위법성 차원에서 해결하려는 이러한 견해는 구성요건해당성을 이미 전제로 한다. 그러므로 배임적 거래의 상대방이 배임행위자로부터 담보를 제공받는 것은 일단 구성요건에 해당하는 것이고, 따라서 이를 원칙적으로 금지된 행위로 파악함으로써 일반적인 행위의 자유를 제한하게 되는 결과를 초래한다. 여기에서 다른 견해들은 배임적 거래의 상대방의 방조의 경우를 처음부터 전혀 불법의 영역에서 제외시키기 위해 구성요

⁹⁶⁾ 사회적상당성에 관하여는 천진호, “사회적 상당성 이론에 대한 비판적 고찰”, 명형식교수 화갑기념논문집, 1998, 21면 이하; 천진호, “사회상규에 위배되지 아니하는 행위에 대한 비판적 고찰”, *비교형사법연구* 제3권 제2호, 2002, 153면; 최우찬, “형법 제20조의 정당화근거”, 김종원교수 화갑기념논문집, 1991, 119면 이하; 김영환, “형법 제20조 정당행위에 관한 비판적 고찰”, 김종원교수 화갑기념논문집, 1991, 129면 이하. 또한 신동운, “형법 제20조 사회상규 규정의 성립경위”, *서울대학교 법학* 제47권 제2호, 2006, 189면 이하.

⁹⁷⁾ Otto, FS-Lenckner, S.201; Weigend, FS-Nishihara, S.200; Wohlleben, *Beihilfe*, S.158.

견해당성 자체를 제한하려고 한다.

판례가 위법성단계에서 하고 있는 사회적 상당성판단은, 한편에서는 일상적 행위를 금지하는데 따르는 법공동체의 법익보호와 유용성이라는 이익 그리고 다른 한편에서는 방조자가 될 수 있는 자의 법익과 행위자유를 형량하는 것이다. 원래 위법성단계의 판단은 구체적 이익형량인데 반해, 이는 일반적 이익형량이다. 본 사안과 같은 일반적 이익형량은 구체적 판단인 위법성조각단계에서 할 판단이 아니다. 만약 본 사안이 구체적 이익판단이라면 판례는 구체적인 형량의 기준, 예컨대 목적의 정당성, 수단의 상당성, 범행의 동기, 법익침해의 정도, 보충성 등의 기준을 열거하면서 판단을 내렸을 것이다. 그러나 본 판례는 그러한 설시없이 단순히 “사회적 상당성을 갖춘 경우에는 … 범죄를 구성할 정도의 위법성은 없다”고 말하고 있다. 그렇다면 판례는 사회적 상당성을 구성요건 차원에서의 의미로 사용한 것이라고 볼 수 있을 것이다. 즉 일상적 거래를 하는 과정에서 결과적으로 배임행위를 돕는 것이 되어버린 경우, 이를 처벌대상에서 제외하는 것은 거래활동의 자유라는 일반적 행동자유를 보장하는 것으로서 구성요건 차원으로 평가하는 것이 타당하기 때문이다.⁹⁸⁾ 또한 사회상당성을 위법성 차원에서 판단했다면 甲의 주관적 정당화요소, 즉 주관적인 의사를 고려했을 것이다. 그러나 본 사안에서는 주관적 의사를 전혀 언급하고 있지 아니하다. 덧붙여 말하면 위법성의 개념을 양적인 것으로 사용하고 있으므로, 이때의 위법성은 문자 그대로의 위법성 개념, 즉 유무개념이 아닌 것이 분명하다. 따라서 우리 판례가 양적 개념의 위법성을 용어로 사용할 때에는, 이를 불법의 개념으로 이해하여 받아들여야 할 것으로 생각된다.

C. 결어

이렇게 본다면 우리 판례는 사회적 상당성을 통하여 그 행위의 경제적·사회적·인적관계의 의미를 파악하고 있다고 생각된다. 그리하여 행위자의 기여행위가 사회적으로 보아 범죄적인 의미연관을 갖고 있는가가 가벌여부를 구분짓는 결정적인 기준이 되고 있다고 보여진다. 그렇다면 이는 객관적 귀속의 기준과 실질적으로는 다르지 않다고도 볼 수 있다. 사회적 상당성의 범위는 어떻게 확정되는가? 이는 비례원리에서 보여지는 행동자유 범위에 의하여 확정될 수 있을

⁹⁸⁾ 신양균, 전계 발표문, 11면.

것이다. 행동자유에 대한 제한은 당해 법익보호라는 목적추구에 필요한 최소한이어야 한다. 자유제한의 가부를 결정하려 할 때 필요한 것은 당해 법익에 대하여 발생할 수도 있는 위협성의 정도를 확정하는 객관적 귀속판단이라고 하겠다. 따라서 판례가 전제하고 있는 것처럼 거래상대방의 행위를 배임방조행위로 보더라도, 단순히 배임행위에 해당한다는 점을 알고 거래에 임하는 행위에 대해서는 객관적 귀속을 부정하는 것이 타당하다는 견해는⁹⁹⁾ 문제의 본질을 정확히 꿰뚫고 있다고 생각된다.

주제어: 일상적 행위, 중립적 방조, 범죄적 의미연관, 사회상당성

⁹⁹⁾ 신양균, 상계 발표문, 11면.

<Résumé>

Alltägliche neutrale Handlungen und Beihilfe

Yong-Sik Lee*

Es geht bei der neutralen Beihilfe um die Frage, ob derjenige, der mit einer alltäglichen, äußerlich neutralen, berufstypischen Handlung eine Straftat anderer objektiv fördert, als Gehilfe gemäß Art. 32 Absatz 1 kStGB bestraft werden soll, wenn er subjektiv vorsätzlich handelt. Man geht hier davon aus, dass die traditionellen Voraussetzungen einer Strafbarkeit gemäß Art. 32 Absatz 1 kStGB an sich vorliegen. Wer vorsätzlich eine fremde Straftat unterstützt, ist eigentlich Gehilfe. Führt das alltägliche Geschäft aber zur Strafbarkeit, wird jegliches soziale Miteinander unmöglich gemacht. Es stellt sich die Frage, ob die Tatsache, dass diese Unterstützung durch eine berufstypische Handlung erfolgt, daran ändert.

Es handelt sich um das schwierige Verhältnis von Kriminalpolitik und Dogmatik. Wo diese Dogmatik an ihren Grenzen stößt, ist die einzelfallbezogene Korrektur vorzunehmen. Dies führt schnell zu den Erschütterungen des Gesamtsystems. Die vorliegende Abhandlung beschäftigt sich mit einem Beispiel aus diesem Problemkreis. Die deutschen Auffassungen werden mittlerweile in kaum noch überschaubaren Auseinandersetzungen vertreten. In Korea ist aber dieses Problem fast unbekannt. Erst ganz vor kurzem hat die Diskussion begonnen.

In der vorliegenden Abhandlung stellt sich die aktuelle Entwicklung in Deutschland da, bevor diesbezügliche koreanische Rechtsprechung erwähnt wird. Vor allem sind die deutschen Auffassungen, welche die Lehre von der objektiven Zurechnung auf die Teilnahmefälle anzuwenden versuchen, in diesem Beitrag vorgestellt. Gemeinsam ist ihnen, dass die Setzung eines rechtlich missbilligten Risikos abgelehnt wird. Danach kommt eine Strafbarkeit in Frage, wenn die Unterstützungshandlung einen eindeutig deliktischen Sinnbezug hat. Der Verfasser

* Associate Professor, College of Law, Seoul National University

versucht diesen deliktischen Sinnbezug zu konkretisieren und typisieren.

In der koreanischen Rechtsprechung kann man ein Urteil finden, das man aufgrund neutraler Unterstützungshandlung analysieren könne. Dabei wird das Problem auf der Ebene der Rechtswidrigkeit in Bezug auf die Sozialadäquanz gelöst. Das heißt nun aber nicht etwa, dass Straflosigkeit erst und nur dann eintritt, wenn ein traditioneller Rechtfertigungsgrund eingreift. Vielmehr wird die Sozialadäquanz im Rahmen der allgemeinen Güterabwägung auf der Ebene des Tatbestands vorgebracht. Die Frage ist hier gerade, warum diese Unterstützungshandlung sozial adäquat ist. Es handelt sich hier um einen Zirkelschluss.

Key words: Alltägliche Handlungen, Neutrale Beihilfe, Deliktischer Sinnbezug,
Sozialadäquanz