

〈논문〉

부작위 상호간에 있어서 정범과 공범의 구별 및 공동정범의 성립 가능성*

李用植**

요약

복수의 보증인의 부작위가 경합하는 경우에, 어느 보증인의 부작위는 정범성을 기초 지우고 또 어느 보증인의 부작위는 방조범에 그칠 수 있겠는가 문제된다. ‘부작위와 부작위’의 관계에서 복수의 보증인의 부작위 상호간에도 정범과 공범의 구별이 가능한가에 관하여 우리 학계에서는 논의가 거의 이루어지지 않고 있다. 부작위범에 있어서는 불법내용의 중대성에 구별 내지 차이는 있을 수 없는 것인가? 만약 부작위 상호간에 불법의 차이를 인정할 수 있다면 그것은 어떠한 요소에 근거하며, 각자의 부작위가 가지는 법적 의미의 상위를 가져오는 것이 무엇인가 하는 점이 문제된다. 복수 보증인의 부작위가 경합하는 경우 어떤 자의 부작위는 정범이 되고 어떤 자의 부작위는 방조범에 그치는 때가 있을 것이라 생각된다. 각자의 부작위 자체가 가지는 의미를 고려하는 것으로 문제는 해결될 수 있을 것이다. 복수 보증인의 부작위만이 경합하는 경우에, 단독으로 결과를 저지할 수 있는가 아닌가, 범익보호의 주된 역할을 담당하는가 아니가에 따라 보증인의 역할을 평가하여 부작위 상호간에 있어서 정범과 공범을 구별하는 입장이 타당하다고 보여진다. 즉 부작위에 대한 부작위의 관여도 각 부작위의 중요성에 따라 정범인가 공범인가가 결정되어야 한다는 것이다. 보증인의무는 결과가 발생하지 않도록 보장해야 할 의무이다. 그렇다면 보증인의무의 실질적 근거가 되고 있는 것은 결과에 대한 지배 내지 통제라 할 것이다. 범익의 보호를 목적으로 하는 형법에서는 의무가 그 자체로서 중요한 것이라기보다는, 그러한 의무를 발생시키는 결과에 대한 지배구조 내지 지배관계가 문제되는 것이다.

마찬가지의 문제가 부작위범의 공동정범 성립에서도 제기된다. 그러나 부작위범에 있어서는 공동정범의 기초가 되는 ‘공동’이라는 현상이 있을 수 있는가 하는 부작위 공동정범가능성 부정설의 근본적 의문이 남아있고, 또 어떠한 형태로 부작위 공동정범이 성립할 수 있는가 하는 성립요건과 범위의 문제가 제기된다. 지금까지 부작위 상호간의 공동정범에 관하여는 그 가능성을 긍정하는 견해가 압도적 다수이지만, 그

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소기금의 2011학년도 연구지원비의 보조를 받았다.

** 서울대학교 법과대학·법학대학원 교수.

성립요건에 관하여는 상세한 논의가 거의 이루어지지 않고 있는 실정에 있다. 공동정범의 성립에 있어서 중요한 것은 복수의 행위가 전체로서 평가의 대상이 되며 그것이 전체로서 각각의 공동정범자에게 귀속되는 것이 정당화되는 사정이다. 이러한 사정이 ‘공동’의 실체라고 할 수 있을 것이나, 최근에는 이러한 사정이 부작위의 경우에는 존재하지 않는다는 견해가 제시되었다. 부작위 공동정범의 가능성을 긍정하기 위해서는 이러한 복수의 부작위를 전체로서 평가의 대상으로 하는 것을 정당화할 수 있는 사정을 논증하지 않으면 안 되는 과제가 통설에 주어진 것이라고 하겠다. 만약 부작위 상호간에 있어서는 불법내용의 중대성 내지 의미의 차이가 본래 존재할 수 없는 것이라면, 부작위 공동정범은 의사의 연락이 있으면 공동정범의 성립한다는 의미 밖에는 가지지 아니하는, 단지 술어상의 의미만을 가지는 것이 될 것이다. 그러나 공동정범이 전체범죄에 대하여 정범으로서 형사책임을 부담하는 것이라면, 그 성립에는 복수의 보증인이 결과방지를 위하여 가지는 역할이 동등하다고 평가될 것이 필요하다. 이러한 공동의 실체가 인정된다면 부작위범의 경우에도 공동정범의 가능성 또한 부정될 수 없다고 생각된다.

주제어: 부작위범, 정범과 공범의 구별, 동시범, 공동정범, 공동의무

I. 문제의 제기

부진정부작위범은 보증인만이 실현할 수 있는 것이다. 그런데 당해 보증인의 부작위가 법익침해에 대하여 결코 주도적인 것은 아니다. 당해 법익을 위협하게 만든 자연이나 동물 혹은 제3자가 오히려 주도적이라고 할 수 있을 것이다. 예컨대 유아가 물에 빠져 익사한 것은 강이나 바다 혹은 호수가 있었기 때문이며 모친이 옆에 그대로 서있었기 때문은 아니다. 구조에 나아가지 아니한 모친은 유아의 생명에 대하여 침해를 가한 것이 아니며 침해를 가하는 것에 가담한 것도 아니었다. 굳이 말하자면 자연이 정범적 존재이며, 모친은 구조하지 않았다는 의미에서 방조범적 존재라고 해야 할 것으로 보인다. 그러나 형법은 모친을 보증인이라고 하여 살인행위자와 동격으로 취급한다. 법익침해에 대하여 형사책임을 부담해야 할 사람은 - 다른 사람이 없는 상황에서는 - 그 모친 이외에는 존재하지 않기 때문이다. 유아의 운명은 그 모친의 수중에 달려있으며,¹⁾ 그 모친이 자연에 대항하는 유일한

¹⁾ Gallas, *Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung*, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S.188.

인간적 대표인 것이다.²⁾

그렇다면 이와 달리 이미 제3자가 작위에 의하여 법익침해를 개시한 경우에는, 이에 관여하는 보증인의 부작위에 대하여는 - 즉 형사책임을 부담할 다른 사람이 있는 상황에서는 - 정범성을 인정할 수 없는 것이 보통일 것이다.³⁾ 이러한 경우 주된 책임을 누가 부담해야 하는가가 문제되는데, 형법이 작위로 나아간 자에게 그 주된 책임이 있다고 하는 것은 자연스러운 일이라고도 할 수 있을 것이다.⁴⁾ 이 점은 작위에 나아간 자가 보증인인 경우에도 다르지 않다. 부친이 유아를 독살하는 것을 목격한 모친이 범행을 저지하지 않은 경우에, 부친은 작위에 의한 살인죄 정범이며 모친은 부작위에 의한 살인죄 중범이 될 것이다. 주지하는 바와 같이 우리 판례는 부작위에 의한 방조범의 성립을 인정하고 있는 것이 전통적인 태도인데, 그 대부분은 작위에 의한 정범을 전제로 하여 이에 가담하는 보증인의 부작위가 문제로 되는 경우이다.⁵⁾ 학설에서도 이 경우 보증인의 부작위는 원칙적으로 방조범이 된다는 것이 다수설이다.

그러나 이에 대하여는 강력한 반대가 있다. 보증인의 부작위는 정범이 될 수 있을 뿐이라거나,⁶⁾ 부진정부작위범은 의무범으로서 의무위반은 원칙적으로 정범성을 기초지운다고 하는 견해⁷⁾ 등을 들 수 있을 것이다. 그러나 이와 같은 형식적인 고찰을 어디까지 관철할 수 있을 것인지 의문이 있을 뿐만 아니라 그 기본적인 발

2) Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, S.105.

3) 임웅, **형법총론**, 제3정판, 2010, 556면. 이러한 차이를 부정하는 입장으로는 Rudolphi, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966, S.145.

4) 임웅, **형법총론**, 556면. 또한 Gallas, *Beiträge*, S.187f.

5) 대표적으로는 대판 1984. 11. 27, 84도1906; 1985. 11. 26, 85도1906; 대판 1996. 9. 6, 95도2551; 대판 1997. 3. 14, 96도1639; 대판 2006. 4. 28, 2003도4128에 의하면 부진정 부작위범이 성립하기 위하여는 부작위를 실행행위로서의 작위와 동일시할 수 있어야 하는데, 음란한 정보를 반포·판매하는 정보제공업체의 반포·판매를 인터넷 포털서비스 사이트를 운영하는 회사와 그 대표이사가 작위의무에 위배하여 방치하였다는 것만으로는 음란한 정보를 반포·판매하였다는 것과 동일시할 수는 없고, 따라서 정보제공업체의 범행을 방조하였다고 볼 수 있음은 별론으로 하고 위와 같은 작위의무 위배만으로는 전기통신기본법 위반죄의 정범에 해당할 수는 없다고 판시하고 있다.

6) Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, S.186ff., 190ff., 291ff.; Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11.Aufl., 1969, S.206f., 221f.

7) 박상기, **형법총론**, 제8판, 2009, 323면, 453면; 신양균, “부작위에 의한 방조”, **형사판례연구** [6], 1998, 150면 이하; 전지연, “부작위에 의한 참가”, **형사법연구** 제5호, 1992, 67면 이하, 75면; 전지연, “부작위범에서 정범과 공범의 구별”, **형사판례연구** [13], 2005, 130면 이하. 독일에서는 Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8.Aufl., 2006, S.459ff., 476ff.

상에도 문제가 없다고 할 수만은 없다는 생각이다.

결국 이와 같이 본다면 어느 한 보증인의 부작위에 의한 정범 혹은 공범과 다른 보증인의 부작위에 의한 정범 혹은 공범의 성립가능성도 당연히 문제로 제기되어야 할 논점이 아닌가 생각된다. 즉 복수의 보증인의 부작위가 경합하는 경우에, 어느 보증인의 부작위는 정범성을 기초지우고 또 어느 보증인의 부작위는 방조범에 그치는가 하는 문제이다. ‘보증인의 부작위에 의한 정범’과 ‘보증인의 부작위에 의한 공범(방조범)’과의 구별을 명확히 해야 하지 않을까 하는 과제가 주어지는 것이다. 종래 문제영역의 중점은 ‘자연·동물과 부작위’의 관계 내지는 ‘작위와 부작위’의 관계에 한정되어 왔다고 보여진다. ‘부작위와 부작위’의 관계는 등한시되었다고 할 수 있다.

[사례 1] 부친은 5세 자식이 익사하는 것을 발견하였으나 이혼 후 양육비부담 등을 고려하여 구조에 나가지 않았다. 부친은 모르고 있었지만 17세 된 큰딸도 현장에서 구조할 수 있는 상황이었으나 아버지의 처지를 이해하여 구조조치를 강구하지 않았다.⁸⁾

[사례 2] 유전적 결함이 있는 신생아를 출산시킨 의사가 아이를 생존시키는 것을 단념하였다. 간호사는 이것을 저지하지 않았다.⁹⁾

[사례 3] 피고인이 임신한 연인을 사람들 눈에 띄지 않는 장소에 데리고 가서 사생아를 출산케 하고는 그대로 방치하여 신생아를 추위로 사망케 하였다.¹⁰⁾

[사례 4] 미성년 딸은 사생아를 출산하고 그대로 방치하여 사망케 하였는데, 딸의 모친은 이를 저지하지 않았다.¹¹⁾

복수의 보증인의 부작위 상호간에도 정범과 공범의 구별이 가능한가? 이점에 관하여 우리 학계에서는 논의가 이루어지지 않고 있다. 독일에서도 그 논의가 체계적이지 않다. 그 이유는 부작위범에 있어서는 정범과 공범의 구별 내지 단계지움은 도대체가 불가능하다고 생각하거나, 부작위범에 있어서는 정범과 공범의 구별은 가능하지만 그것은 동시에 경합하는 부작위 상호간에서는 존재하지 않는다고 생각하기 때문은 아닌가 보여진다. 그런데 부작위범에 있어서는 불법내용의 중대성에

⁸⁾ Arzt, Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, JA, 1980, 557f.

⁹⁾ Ranft, Garantspflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung, ZStW, 94 (1982), 862.

¹⁰⁾ RG. Str. 66, 1933, S.71ff., 74f.

¹¹⁾ RG. Str. 72, 1939, S.373ff., 375.

구별 내지 차이는 있을 수 없는 것인가? 만약 부작위 상호간에 불법의 차이를 인정할 수 있다면 그것은 어떠한 요소에 근거하고 있는가? 이는 각자의 부작위가 가지는 의미를 고려한다는 것이 될 것인데, 여기서 해당 부작위가 가지는 법적 의미의 상위를 가져오는 것이 무엇인가 하는 점이 문제가 된다. 우리나라에서는 아직 이에 관한 논의가 이루어지지 않고 있고, 독일에서도 그 논의가 매우 단편적이며 또한 정리된 형태로 이루어지고 있지 않다. 따라서 이하에서는 이에 관한 독일에서의 논의를 소개하면서, 조금이나마 이를 정리하여 보려고 시도하여 보았다.

II. 부작위 상호간 정범과 공범의 구별가능성

A. 구별부정설

부작위는 작위의무에 위반하는 것인데, 작위의무에 위반하면 전부 정범이며 부작위에 의한 공범은 있을 수 없다는 견해이다. 복수의 부작위가 경합하는 경우 모두 정범이 되며, 협의의 공범은 인정되지 않는다는 것이다. 이러한 견해는 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다.

1. 공범의 구조를 근거로 한 부정설

부작위에 있어서 공범은 그 구조상 있을 수 없다는 것이다. 그 근거로서 첫째, 방조는 정범의 범행을 촉진하면 성립되고 그 이외의 다른 요건은 요구되지 않으므로, 구체적인 결과에 대한 인과관계 이외에 다른 구성요건요소는 필요하지 않은데, 부작위의 경우에는 다시 보증인적 지위라는 구성요건요소를 요구하는 것은 공범론의 원리와는 맞지 않는다고 한다.¹²⁾ 그러나 이는 정범이 보증인적 지위를 필요로 하지 않는 작위범의 경우에는 타당할 수도 있을 것이지만, 정범도 부작위인 경우에는 타당하지 아니하다. 부작위정범에 대한 부작위에 의한 방조를 인정한다고 하더라도, 이것은 방조에 요구되는 요건 이상의 것을 요구하는 것이 되는 것은 아니다. 보증인적 지위는 모든 부작위에 일반적으로 요구되는 가벌성의 전제조건으로서, 정범뿐만 아니라 방조범에도 필요하기 때문이다. 둘째, 부진정부작위범은 작위 구성요건에 포함되는 것이 아니라 고유의 구성요건을 가지고 있기 때문에,¹³⁾ 부진

¹²⁾ Kaufmann, *Unterlassungsdelikte*, S.291.

정부작위범의 일정한 경우를 작위범에 대한 공범으로 이론구성하는 것은 있을 수 없다고 한다.¹⁴⁾ 그러나 이는 부작위정범에 대한 부작위에 의한 공범의 가능성을 부인하는 것으로 받아들일 수 없다. 셋째, 부작위는 외부에 대하여 인과력을 미칠 수 없으므로 부작위에 대하여는 인과관계를 인정할 수 없고 따라서 보증인의 부작위는 정범의 범행과 관련성을 갖지 아니한다는 것이다.¹⁵⁾ 즉 촉진작용을 가지지 않기 때문에 보증인의 부작위가 타인의 범죄행위와 공범관계에 있다는 것은 부정되어야 한다는 의미이다.¹⁶⁾ 그러나 부작위에 대하여 인과관계가 결여된다고 하면서도 부작위정범의 성립은 인정하고 있는데, 우리가 공범에게 정범보다 더 많은 것을 요구할 수는 없는 것이므로 부작위에 의한 방조에 인과성이 결여된다는 이유로 방조의 성립을 부정하는 것은 타당하지 않다고 할 것이다.¹⁷⁾ 물론 부작위에 의한 공범이 인정되기 위하여는 작위공범에서와 같은 의미의 물리적인 촉진작용을 통하여 정범과의 관련성을 창출할 필요는 없다. 다만 부작위에 의한 공범의 경우 그에 대신하여 정범과의 관련성을 창출하는 것이 무엇인지 명확히 된다면, 부작위에 의한 공범성립의 가능성은 부정할 수 없다고 할 것이다.

2. 부작위 불법내용의 가치적 단계지움 불가능성을 근거로 한 부정설

(1) 행위지배기준의 부작위범에의 전용이 부정된다는 논거

행위지배설과 같이 작위범에 관하여 발전된 기준은 부작위범에는 전용할 수 없다는 점을 근거로 한다.¹⁸⁾ 정범과 공범의 구별은 사태발생에 대한 현실적 관계를 기준으로 한다는 것이다. 어떠한 경우에도 부작위자는 구성요건적 결과의 야기를 의도대로 조종할 수는 없으므로,¹⁹⁾ 부작위자가 사태를 형성했다는 것은 결과방지 가능성을 근거로 한 사태에 대한 잠재적 통제 측면을 말함에 그친다.²⁰⁾ 이러한

¹³⁾ Kaufmann, *Unterlassungsdelikte*, S.274.

¹⁴⁾ Kaufmann, *Unterlassungsdelikte*, S.295.

¹⁵⁾ Kaufmann, *Unterlassungsdelikte*, S.298.

¹⁶⁾ Bloy, *Anstiftung durch Unterlassen?*, JA, 1987, 493.

¹⁷⁾ Roxin, *Täterschaft*, S.493.

¹⁸⁾ Bloy, JA 1987, 490ff.; Bloy, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, S.214ff.; Roxin, *Täterschaft*, S.750; Stratenwerth/Kuhlen, *AT I*, 5.Aufl., 2004, §14 Rn.8; S/S-Cramer/Heine, *StGB*, 28.Aufl., 2010, vor §25 Rn.103; Herzberg, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, S.83; Eser, *Strafrecht II*, 3.Aufl., 1980, Fall 27 Rn.18; Dominok, *Strafrechtliche Unterlassungshaftung von Amtsträgern in Umweltbehörden*, 2007, S.31f.

¹⁹⁾ Arana, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, 2010, S.183.

²⁰⁾ Grünwald, *Beteiligung durch Unterlassen*, GA, 1959, 111.

의미의 지배는 모든 부작위자들에게 존재하는 것이고, 따라서 부작위 상호간에는 구별이나 단계지움의 기준이 될 수는 없다는 것이다.²¹⁾ 또한 부작위범에서는 행위 지배기준이 배제되므로 작위범에서와 같이 행위기여라는 외부적 형태에 따라 구별할 수 없고, 의무위반이 있으면 곧바로 정범이 된다는 의미에서 의무범이라고 한다.²²⁾ 이는 결국 ‘관여의 중요성’이라는 기준이 부작위에 의한 관여에는 타당하지 않다는 것이다.

그러나 행위지배는 외부에 적극적으로 개입하여 인과과정을 결과어로 조종한다는 개념으로만 절대적으로 이해되어야 하는 것인지 의문이 없지 않다. 부작위행위와 사태발생 사이에 ‘현실적인 관련성’이 결여된다는 점은 이미 부작위범에 개념적으로 내재하는 것이다. 따라서 부작위행위와 사태사이의 ‘현실적 관련성’의 강약에 따라 정범과 공범을 구별하는 작위범의 구별기준이 당연히 그대로는 적용될 수 없는 것이다. 그런데도 작위범에서의 구별기준이 그대로 적용될 수 없다는 이유로 곧바로 부작위범에서의 정범과 공범의 구별을 부정하는 것은 타당하다고는 생각되지 아니한다. 작위범에 있어서는 동일한 행위라고 할지라도 다른 관여자가 존재하는가 아닌가에 따라 그 행위가 가지는 의미가 달라진다고 하는 것은 일반적으로 인정되고 있다. 부진정부작위범도 동일한 구성요건에 해당되고 동일한 형법총칙의 적용을 받아야 하므로, 복수의 관여자가 있는 경우에는 그들 각자 사이에 관여형태의 구별문제가 발생할 수 있다고 생각된다.²³⁾ 그러므로 부작위범에 대하여는 행위지배 기준이 배제되고 따라서 부작위범을 모두 의무범이라고 하는 것만으로는 충분한 이유가 될 수 없다고 보여진다.

(2) 보증인의무의 의미나 정도에 따른 구별이 부정된다는 논거

일반적으로 관여형태는 사태에 대한 지배의 종류나 정도의 차이에 따라 구별되어야 하는데, 부작위범의 경우에는 그러한 차이가 인정되지 않는다는 것이다.²⁴⁾ 물론 자신의 자녀를 구조하지 아니한 자는 다른 종류의 보증인적 지위를 가지는

21) Arana, *Täterschaft*, S.183; Bloy, *Beteiligungsform*, S.215; Bloy, *JA*, 1987, 491; Roxin, *Täterschaft*, S.463; Rudolphi, *Gleichstellungsproblematik*, S.139; Stratenwerth/Kuhlen, *AT I*, §14 Rn.10.

22) Roxin, *Täterschaft*, S.461f. 또한 Arana, *Täterschaft*, S.181ff.

23) Sowada, *Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt*, *Jura*, 1986, 403; Arzt, *JA*, 1980, 558; Herzberg, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, S.259. 이를 부정하는 입장으로는 Arana, *Täterschaft*, S.191 참조.

24) Grünwald, *GA*, 1959, 112.

자에 비하여 높은 형벌을 받는 것이 타당하다는 평가를 할 수 있다는 점은 인정되지만, 부작위범에서의 이러한 상위는 사태에 대한 지배의 차이에 근거하는 것은 아니라는 것이다. 작위범에서도 행위가 자기 자녀에 대해 행하여졌다는 사정이 양형에서 무겁게 평가되는 것과 마찬가지로, 부작위범의 경우에도 그러한 보증인적 지위의 차이는 단지 양형에서 고려되는 것뿐이라고 본다.²⁵⁾ 그리하여 어떠한 종류의 보증인적 지위를 가지고 있더라도 부작위자는 모두 동일하게 결과불저지에 대하여 형사책임을 부담하는 것이며, 그들 사이에 어떠한 차이도 없다는 것이다.²⁶⁾

그러나 사태에 대한 지배가 작위범에서의 그것과 동일한 의미라면, 위에서 말한 행위지배 기준의 부작위범에의 전용을 부정하는 견해에 대한 비판이 그대로 적용될 것이다. 또한 결과를 방지하였는가 방지하지 않았는가 만이 중요할 뿐, 결과를 저지하지 않은 경우들 사이에는 어떠한 차이도 없다는 생각은, 부작위와 사태사이의 ‘현실적 관련성’에만 주목하여 정범과 공범을 구별해야 한다는 것을 전제하고 있다. 작위범의 경우에는 어떠한 작위가 구체적 결과에 대하여 인과성을 가지고 있는가 아닌가에 의해 우선 결과에 대해 형사책임을 부담하지 않는 자를 배제한 후에, 다시 형사책임을 부담하는 작위자들은 사태에서 기여한 역할의 대소에 따라 정범과 공범으로 구별된다. 따라서 부작위범의 경우에도 어떤 부작위가 결과방지 가능성을 전제로 하는 작위의무에 위반했느냐 아니냐에 따라 발생된 결과에 대하여 중요하지 않은 부작위를 배제한 후에, 결과에 대하여 중요한 부작위자들 사이에서 다시 정범과 공범의 구별이 문제되는 것이라고 볼 수 있는 것이다. 부작위범의 불법의 기초가 작위의무위반에 있다면, 부작위 관여형태의 구별을 평가함에 있어서 그 위반한 작위의무의 상위에 주목한다는 것 자체는 부당하다고 할 수 없을 것이다. 그러나 그것은 정범과 공범의 구별을 정당화할 수 있는 것이 되지 않으면 안 된다.

(3) 부작위시 외부적 상황의 차이에 의한 구별이 부정된다는 논거

이 견해는 어떠한 상황 하에서 부작위가 행하여졌는가 하는 점이 부작위의 평가에 있어서 중요하지 않다는 것은 물론 아니라고 한다. 자신의 자녀를 아사케 한 모친은 물에 빠진 자녀를 방치한 모친보다 더 강한 비난을 받을 수도 있을 것이며, 화재 난 집의 불을 소화하는 조치는 화재의 크기나 소화방해물 제거의 곤란여부에

²⁵⁾ Grünwald, *GA*, 1959, 114.

²⁶⁾ Arana, *Täterschaft*, S.183; Bloy, *Beteiligungsform*, S.217; Rudolphi, *Gleichstellungsproblematik*, S.143f.

따라 때로는 중하게 때로는 경하게 평가될 수 있을 것이다. 그렇지만 보다 중하게 혹은 보다 경하게 평가되는 결과불처지의 형태를 보증인적 지위의 종류나 정도에 ‘일반적으로’ 결부시킬 수는 없다는 것이다. 결국 모든 부진정부작위는 - 결과불처지의 모든 경우에 관하여 - 그 불법내용의 정도에 있어서는 동일한 불법내용을 가진다고 한다.²⁷⁾ 즉 보증인의 부작위는 결과방지의무 내지 결과방지가능성의 유무와 관련하여 보면 모두 동등하다는 것이다.

더구나 부작위자가 행해야 할 작위의 난이도 여부나 그에 수반되는 위협의 대소를 계산하는 명확한 기준은 없다. 그럼에도 불구하고 외부적 상황에 따라서 부작위의 정범과 공범의 구별이 이루어진다면, 그 판단은 자의적이며 불안정하게 될 것이다. 정범인가 공범인가에 따라 형벌이 달라지게 되는 것이므로, 그 구별기준은 명확하지 않으면 안 된다. 부작위시 외부적 상황에 의해 부작위 불법내용의 차이가 명확하게 정립될 수 없다면, 그것은 양형상 고려되는 것으로 충분하다고도 말할 수 있는 것이다.²⁸⁾

결국 이러한 견해들은 부작위에 강약의 차이가 없다면 중합의 상위도 없다는 것이다. 부작위는 모두 동가치인 것으로 평가되어야 한다는 의미이다. 그리하여 과실범의 경우와 마찬가지로 부작위범에 있어서는 단일정범개념이 타당하게 된다. 부작위범의 영역에서는 정범과 공범의 구별이 존재하지 아니하고, 보증인의 부작위는 항상 정범이 되지 않으면 안된다는 결론에 이르게 된다. 그런데 최근에 Roxin은 부작위에 있어서 정범과 공범의 구별에 관하여 그것은 아직 충분하게 해명되지 않은 영역이라고 말하고 있다.²⁹⁾ 이는 대단히 상징적인 의미를 가지는 언급이라고 하지 않으면 안 될 것이다. 이하에서는 부진정부작위범의 영역에서 정범과 공범의 구별을 명확히 하려고 노력하는 입장에 있는 견해들을 살펴보기로 한다.

B. 구별긍정설

보증인의무가 존재한다는 것만으로는, 정범으로서의 죄책을 부담하는지 공범(방조범)으로서의 죄책을 지는지 결정되지 아니한다는 견해이다. 그러므로 작위의무에 위반하면 전부 정범이 되는 것이 아니며, 부작위에 의한 공범도 있을 수 있다

²⁷⁾ Kaufmann, *Unterlassungsdelikte*, S.296, 298; Rudolphi, *Gleichstellungsproblematik*, S.143ff.; Bloy, *Beteiligungsform*, S.218f.

²⁸⁾ Grünwald, *GA*, 1959, 122f.

²⁹⁾ Roxin, *Täterschaft*, S.706f.

는 것이다. 복수의 부작위가 경합하는 경우에도 정범이 될 수도 있으며, 중범이 인정될 수도 있다. 이러한 견해는 크게 세 가지로 나누어 볼 수 있을 것 같다.

1. 행위지배기준의 부작위범에의 전용긍정설 - 사태에 대한 잠재적 지배의 정도 (결과방지가능성의 대소 내지 부작위 인과관계의 질적 차이 고려)

부작위에 의한 행위지배는 주로 구성요건적 결과발생의 방지가능성으로 나타나게 된다. 그 중에서 복수 보증인의 부작위 상호간에도 인과의 흐름을 수중에 장악하였는가 아닌가에 의하여 정범과 공범의 구별이 가능하다는 입장이 있다.³⁰⁾ 행위지배자 즉 인과결과를 장악한 보증인이라는 기준을 견지하는 것이다.³¹⁾ 부작위도 작위와 마찬가지로 행위이므로 행위지배의 유무에 의하여 정범과 공범을 구별하여, 행위지배를 수중에 장악하고 있는 보증인은 정범이며 행위지배를 수중에 장악하지 못한 보증인은 공범에 그친다.³²⁾ 일반적으로 방조의 인과관계에 관한 논의에서는 방조행위가 정범결과와 조건관계에 있을 필요는 없고, 정범결과를 촉진 용이하게 하는 것으로 족하다고 한다. 이를 부작위 방조에 원용하면 이 경우 작위에 의하여 결과를 확실하게 방지할 할 수 있었다는 관계는 요구되지 아니하고, 결과발생을 곤란하게 할 가능성이 있었다는 관계로 족하다는 것이 된다. 이에 비하여 부작위 정범의 성립을 위하여는 결과방지가 거의 확실하게 가능할 것이 필요하게 된다.

이에 대한 비판으로서 - 부작위 방조의 인과관계에 대한 점은 논외로 하고 - 부작위에는 행위지배가 있을 수 없다든가 부작위에서 행위지배는 잠재적 행위지배에 지나지 않는다는 점이 지적되고 있다.³³⁾ 부진정부작위범에 잠재적 행위지배 즉 결과방지가능성을 인정한다고 하더라도, 부진정부작위범에서 잠재적 행위지배의 강약 즉 결과방지가능성의 대소에 의하여 정범과 공범을 구별하는 것은 불가능하다는 것이다.³⁴⁾ 용이하게 결과를 방지한 보증인이든 매우 어렵게 결과를 간신히 방지한 자이든 결국은 결과를 수중에 장악한 것이기 때문이다.³⁵⁾ 관여자가 모두 결

30) Kielwein, *Unterlassung und Teilnahme*, GA, 1955, 226f.

31) Sering, *Beihilfe durch Unterlassen*, 2000, S.88ff.; Kraatz, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, 2006, S.208ff.

32) Maurach/Gössel/Zipf, *AT II*, 7.Aufl., 1989, S.192ff., 248ff., 253ff., 328f.

33) Roxin, *Täterschaft*, S.463ff., 496ff.; Schwab, *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen*, 1996, S.64f., 72ff., 75f., 192ff.

34) Arana, *Täterschaft*, S.201.

35) Roxin, *Täterschaft*, S.464f. 그러므로 Arana, *Täterschaft*, S.196에 의하면 행위지배는 유

과방지가능성을 가지고 있으므로, 그들 사이에 정범과 공범을 구별할 수 없다는 의미이다.

순전히 결과방지가능성의 유무 자체에만 주목한다면 그러한 비판도 가능할 것이다. 그러나 그 때문에 결과방지가능성의 정도 즉 강약이나 대소를 부정한다는 것은 생활의 실체에 맞지 않는다고 할 수도 있을 것이다. 확실히 부작위에는 현실을 목적으로 형성하는 힘은 결여되어 있다. 그러한 의미에서는 잠재적 행위지배가 인정됨에 지나지 않는다고 할 수 있다.³⁶⁾ 그러나 잠재적 행위지배라고 해도 거기에 강약의 차이가 없다고만 얘기할 수 있는 것은 아니라고도 보여진다.³⁷⁾ 예컨대 자식이 의사하는 것을 방치한 부모의 부작위에 있어서, 신체적으로 힘이 약한 모친의 부작위와 건장한 부친의 부작위는 형법적으로 평가가 상위하다고 볼 수 있는 것이라고 생각된다.³⁸⁾ [사례 1]은 그러한 경우라고는 보이지 않기 때문에 부친과 큰딸 양자 모두 부작위 정범이 되는 것이라고 생각된다.³⁹⁾ 잠재적 행위지배의 강약의 차이를 오로지 결과방지의무 내지 결과방지가능성 유무라는 측면에서만 획일적으로 동등하게 취급하는 것에는 의문이 없지 아니하다. 실제로는 많은 논자들이 이러한 인과관계의 질적 차이를 암암리에 승인하고 있다고도 보여진다. 이리하여 피해자의 운명을 수중에 장악하고 있는 보증인 내지 인과경과를 자신이 장악한 보증인이라는 표지가 부작위 정범표지가 되어 왔던 것은 아닌가 생각된다.⁴⁰⁾

2. 보증인의무의 강함과 약함 기준설(결과방지의 용이성 고려설) - 보증인의무의 정도 내지 강약 고려

결과방지·가능성의 정도를 기준으로 하는 상기 견해와 비견되는 것이라고 보여지는 것이 보증인의무의 정도에 따른 정범과 공범의 구별설이다. 결과방지의무의 유무 자체만을 강조하는 의무법설과 달리, 이 견해는 결과방지·의무의 정도 내지

무의 개념이지, 정도의 개념이 아니라고 한다.

³⁶⁾ Roxin, *Täterschaft*, S.496ff.; Stratenwerth/Kuhlen, *AT I*, §14 Rn.8.

³⁷⁾ 이상돈, **형법강의**, 제1판, 2010, 251면 참조 그리고 Bottke, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, 1992, S.121f.; MK-Joecks, *StGB*, 2003, §25 Rn.236; Kraatz, *Mittäterschaft*, S.208ff.; Kühl, *AT*, 6.Aufl., 2008, §20 Rn.230; Sering, *Beihilfe*, S.88ff, 101f.

³⁸⁾ Schroeder, *Der Täter*, S.105f.

³⁹⁾ [사례 1]에서 부친과 딸은 양자 모두 부작위 정범이 되는 것이 아니라, 딸은 결과에 대하여 약한 보증인적 지위에 있기 때문에 살인죄의 방조범이 된다는 결론에 이르는 입장으로는 Arzt, *JA*, 1980, 557f.

⁴⁰⁾ Gallas, *Beiträge*, S.105f.

강약도 고려해야 한다는 것이다. 이 입장은 작위정범에 대하여 부작용으로 관여하는 보증인이 정범인가 공범인가 하는 문제에 대하여, ‘강한 보증인’의 부작용은 정범이 되고 ‘약한 보증인’의 부작용은 공범에 그친다고 한다.⁴¹⁾ 그런데 이 경우 원칙적으로는 강한 보증인이며 따라서 정범이 되고, 경우에 따라서는 약한 보증인이고 따라서 중범이 된다고 한다.⁴²⁾ 예컨대 은행지점 대리에 대한 지점장의 부작용(대판 1984. 11. 27, 84도1906)나 집행관 합동사무소 직원에 대한 법원경매계 공무원의 부작용(대판 1996. 9. 6, 95도2551)는 후자에 속하며, 서로 수평적 관계에 있는 부부 관계에서 다른 배우자의 범죄를 방지하지 않은 배우자의 부작용은 전자에 해당한다. 즉 이 견해는 보증인의무를 정범의 의무와 공범의 의무로 차등화하고,⁴³⁾ 작위 정범에 대한 보증인의 부작용관여가 중범이 되는 경우는 보증인의무의 강도가 정범이 될 보증인의무보다 약한 것이어야 한다는 것이다.⁴⁴⁾ 그리하여 부하은행직원의 작위에 의한 배임을 방관한 은행지점장의 부작용(대판 1984. 11. 27, 84도1906)는 부작용에 의한 방조가 성립되고, 자신의 애인이 자신의 남편을 살해하는 것을 방치한 부인에게는 부작용에 의한 살인죄가 성립하게 된다. 은행직원인 대리가 여신 한도액을 넘은 신용대출을 해주고 타인명의를 빌어 그 신용조사도 제대로 하지 않은 채 대출을 해주려고 작성 제출한 서류에 그 사정을 알면서도 결제를 해준 은행지점장의 결재행위(대판 1989. 4. 11, 88도1247)는, 부정대출을 막을 약한 보증인의무의 위반으로서 부작용에 의한 방조행위에 해당한다고 한다.⁴⁵⁾ 또한 백화점 입점매장 주인의 가짜명품판매를 알고도 판매중단을 촉구하거나 상급자에게 보고하지 않은 백화점 잡화매장관리 담당직원의 부작용(대판 1997. 3. 14, 96도1639)는, 정범이 되는 부작용과 동가치적인 것이 아니라 그보다 정도가 약한 것이어서 중범이 된다고 한다.⁴⁶⁾

이 견해는 작위정범에 대해 관여하는 보증인이 부작용에 의한 정범인가 공범인가에 관하여, 보증인의 ‘부작용의 중함’에 의하여 구별하려는 입장이라고 보여진다. 즉 힘이 있는 ‘강한 보증인’의 부작용은 정범이 되고, 힘이 없는 ‘약한 보증인’의

41) 이상돈, **형법강의**, 238면, 540면.

42) 이상돈, **형법강의**, 539면.

43) 이상돈, **형법강의**, 251면.

44) 이상돈, **형법강의**, 259면.

45) 이상돈, **형법강의**, 259면, 611-612면. 그런데 은행장의 결재행위를 부작용으로 볼 수 있는지 의문이다. 대법원도 본 판결에서 은행장의 결재행위를 당연히 작위로 보고 있다. 또한 대법원은 은행장의 행위에 방조범이 아니라, 공동의사에 의한 기능적 행위지배가 있다고 보아 업무상 배임죄의 공동정범을 인정하였다.

46) 이상돈, **형법강의**, 540면.

부작위는 공범에 그치게 되며 따라서 결과방지가 용이하였을 때에는 정범이 되고, 용이하지 않았을 때에는 공범이 된다고 평가하는 입장으로 생각된다.⁴⁷⁾⁴⁸⁾ 그런데 작위정범에 관여하는 보증인의 부작위의 경우에 이와 같이 그 자가 ‘강한 보증인’인가 ‘약한 보증인’인가를 평가의 기준으로 하여 정범과 공범을 구별하는 입장이라면, 복수 보증인의 부작위들만이 경합하는 경우에 어떤 자의 부작위가 정범을 기초지우고 어떤 자의 부작위는 방조범에 그치는가에 관하여는 더더욱 당연히 이러한 ‘강한 보증인’ ‘약한 보증인’이 평가의 기준이 되어야 할 것이다. 그렇기 때문에 이 견해는 원래 작위정범에 관여하는 보증인의 부작위가 정범인가 공범인가에 관한 견해로서 제시된 것이지만, 복수 보증인의 부작위가 경합하는 경우에도 적용되는 것이라고 할 수 있을 것이다. 이 기준을 주장하려고 한다면 - 그 기준 자체가 타당한가 하는 문제와는 별도로 - 오히려 이러한 복수 보증인이 경합하는 경우에 우선적으로 더욱 먼저 주장했어야 하는 것이라고 생각된다. 왜냐하면 작위정범이 있는 경우에는, ‘통상은’ 작위가 부작위를 능가하는 힘을 가지기 때문에 부작위의 보증인은 방조범에 불과하다고 할 수 있기 때문이다. 14세 된 자녀의 절도행위를 방치한 부친은 힘으로 자식을 저지할 수 있는 ‘강한 보증인’이라고 하더라도 방조범이라고 생각된다. 물론 ‘경우에 따라서는’ 작위의 정범과 부작위의 정범이 병존하는 경우도 없지는 아니할 것이다. 이 견해는 이를 부작위에 나아간 보증인의 ‘강함’이 고려된 것이라고 설명할 것이다. 즉 “보증인의무의 강함과 약함이라는 기준이 주장될 수 있는 본래의 출발영역은 복수 보증인의 부작위 상호간에서의 정범과 공범의 구별문제에서인데, 작위정범에 대하여 부작위로 가공하는 경우에도 고려될 수 있는 기준이다”라는 형태로 이 견해는 주장되어야 한다고 생각된다.

그리고 결과를 용이하게 방지할 수 있었던 부작위자가 정범이 되고, 결과방지가 용이하지 않을 경우에는 방조범이 된다는 본 학설에 대하여도 문제점이 지적될 수

47) 이상돈, **형법강의**, 252면 참조

48) 이러한 의미에서 “법원 경매계 공무원이 자신이 맡고 있는 입찰사건의 입찰보증금이 사무원에 의해 계속적으로 횡령되고 있다는 사실을 알았다면 이를 제지하고 즉시 상관에게 보고하는 등의 방법으로 그러한 사무원의 횡령행위를 방지하여야 할 법적인 작위의무가 있는데, 자신의 작위의무를 이행함으로써 결과발생을 ‘쉽게’ 방지할 수 있는 공무원이 그 사무원의 새로운 범행을 방조 용인한 것을 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이 아니라고 볼 수는 없다”고 부작위에 의한 업무상 횡령죄의 중범을 인정한 대판 1996. 9. 6, 95도2551은 이해하기 어렵다. 작위정범에 의한 결과발생을 ‘용이하게’ 방지할 수 있었음에도 불구하고 그렇게 하지 않은 부작위를 하였다면 정범이 인정되어야 할 것이다.

있다. 잠재적 행위지배라는 것은 결과방지가 ‘용이’하지는 않지만 ‘가능’한 경우에도 인정되는 것이기 때문에, 본 학설에서 이러한 경우 잠재적 행위지배를 부정하여 중범의 성립을 인정한다면 이는 잠재적 행위지배의 개념을 부정한다는 것을 의미한다. 또한 결과발생방지의 용이함과 어려움의 구분이 곤란하다는 난점이 있다. 그리고 부작위 단독범의 경우에는, 결과발생방지가 용이하지 않더라도 가능하다면 부작위정범을 인정하지 않을 수 없다는 점도 지적될 수 있을 것이다.⁴⁹⁾

물론 부작위는 보증인적 지위에 기초하여 부과되는 결과방지의무에 위반하여 결과를 발생시켰다는 점에서 처벌되는 것이다. 그러나 일단 결과방지의무가 인정되면, 구체적인 경우에 그에 위반되는 부작위를 평가함에 있어서는 당해 경우에 결과저지를 위하여 무엇을 행했어야 하는가가 중요성을 갖게 된다고 생각된다.

3. 결과저지의 직접성·간접성 기준 구별설 - 결과방지가능성의 ‘의미의 상위’ 내지 부작위의 ‘중요성 정도의 상위’ 고려

결과방지라는 의무의 이행이 용이했는가 여부를 기준으로 하거나 결과방지가능성의 정도 내지 대소를 기준으로 하는 상기 입장들에 비하여, 결과저지를 위하여 구체적인 경우에 어떠한 것을 할 수 있었는가 또 하여야 했는가에 주목하여 스스로 직접 결과를 저지하는 것이 가능한가 아니면 직접적으로 결과를 저지하는 다른 보증인에 대하여 관여함을 통해서만 결과의 저지가 가능한 것에 불과한가에 따라 정범과 공범을 구별하는 견해가 있다.⁵⁰⁾ 작위범에 관하여 전개되어 온 정범과 공범의 구별에 관한 학설은 부작위범에 그대로는 전용할 수 없다. 그러나 법익을 직접 침해 또는 위태화하는 자가 정범이며, 침해로부터 멀리 위치한 자는 공범이라는 원리를 부작위범에 전용할 수 있다는 입장이라고 할 수 있다. 그리하여 보증인의 기대되는 작위가 법익을 직접적으로 보호할 수 있는 경우가 정범이며, 기대되는 작위가 법익을 간접적으로만 보호할 수 있는 자가 공범이 된다는 것이다.⁵¹⁾⁵²⁾ 법익을 직접적으로 보호하는 자가 부작위한 경우는, 간접적으로만 보호하는 자가 부작위한 경우에 비하여 법익이 보다 강력하게 위협에 처하게 되기 때문이라고 한다.⁵³⁾

49) Roxin, *Täterschaft*, 464f.

50) Loewenheim, *Anstiftung durch Unterlassen*, 1962, S.43ff.

51) Loewenheim, *Unterlassen*, S.52.

52) Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff, *ZStW*, 118(2006), 630ff.; Bottke, Pflichtwidrigkeit: das Täterkriterium unechter Unterlassungsdelikte?, *FS-Rudolphi*, 2004, S.40f.

이러한 입장은 좀 더 평가적인 고찰을 통하여 부작위 상호간에 있어서 정범과 공범을 구별하려는 것으로 보인다. 그러한 구별을 위한 준거점이 되고 있는 것이 법익침해의 중심인물로서의 정범과 주변인물로서의 공범이라는 정범과 공범의 기본구조이다. 여기에서 부작위 상호간 정범과 공범의 구별을 위해 특히 중요한 것이 공범의 법익침해 구조일 것이다. 공범의 법익침해는 직접적으로 행하여지지 아니하고 정범을 통하여 간접적으로 이루어진다. 물론 보증인의 법익침해가 직접적인가 아닌가의 평가를 위해서는, 행위지배와 의무의 내용을 함께 고려하는 것이 필요하다.⁵⁴⁾

이 견해에 대하여는 행해야 할 작위에 주목하여 부작위의 정범과 공범을 구별하는 것은 부작위자와 사태발생과의 현실적 관계가 아니라 잠재적인 관계를 기준으로 하게 된다는 비판이 있다.⁵⁵⁾ 그러나 본래 부작위란 결과방지가능성을 통하여 사태에 대해 잠재적인 관계 밖에 가지지 아니하는 것이며 또 이러한 가능성을 활용하지 않았기 때문에 처벌되는 것이다. 따라서 부작위의 경우에도 작위범과 마찬가지로 관여자와 사태발생간에 현실적 관계에 따라 정범과 공범이 구별되어야 한다는 것은 타당하지 않다고 보여진다. 부작위 상호간에 있어서 역할의 대소를 결과·야기와의 관계에서 판단하는 것은 불가능하다. 결과를 야기했다는 점 자체에서 보면 차이가 없기 때문이다. 그러나 부작위자가 가지고 있는 ‘결과방지가능성의 대소 내지 상위’가 그의 부작위가 가지는 ‘의미의 대소’에 영향을 미친다면, 그러한 의미의 상위함에 따라 정범과 공범을 구별하는 것은 가능하다고 생각된다. 그러나 이것은 결과방지가능성의 대소나 용이성 혹은 그에 수반되는 위험의 대소는 아니다.⁵⁶⁾

직접적으로 결과를 저지할 가능성을 가지고 있는 자와 다른 보증인에게 결과를 방지하도록 관여할 수 있는 가능성을 가지는 데 불과한 자가 있는 경우에, 전자는 자기의 의사로 결과를 저지할 수 있지만 후자는 다른 사람의 의사에 대한 관여를 통해서만 결과를 저지할 수 있음에 불과하다. 후자가 가지는 결과저지가능성에 있어서 이러한 의미의 상이함은, 작위범의 경우에 최종적인 결과의 발생이 정범자의

53) Loewenheim, *Unterlassen*, S.52.

54) Hoffmann-Holland, *ZStW*, 118 (2006), 633.

55) Busse, *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*, 1974, S.304.

56) 결과를 용이하게 저지할 수 있었는가 내지 거의 확실하게 저지할 수 있었는가 하는 기준은 부작위에 의한 중범의 성립여부를 결정하는 기준이 될 수는 있어도, 정범과 공범을 구별하는 기준이 될 수는 없는 것이 아닌가 생각된다.

의사에 의존하고 있다는 관계와 대응될 수 있다고 보여진다. 물론 여기에서 문제 되는 것은 결과의 저지와 불저지를 자신의 의사만으로 좌우하는가 아닌가 여부이지, 직접적으로 결과를 방지하는 보증인의 구체적인 경우에 있어서의 의사 여하는 중요하지 아니하다. 그리하여 [사례 1]에서 부친과 딸은 양자 모두 부작위 정범이 되는 것이라고 보여진다. 그러나 딸은 결과에 대하여 약한 보증인적 지위에 있기 때문에 살인죄의 방조범이 된다는 입장도 있다.⁵⁷⁾ [사례 2]에서는 간호사가 반대하는 경우 의사는 필요한 조치를 취할 것인지 포기할 것인지를 최종결정은 전적으로 의사의 손에 달려 있으므로, 의사가 정범이다. 간호사는 의사의 태도결정에 영향을 줄 수 있는 가능성은 가지고 있지만 독자적인 결과방지가능성은 가지고 있지 못하기 때문에, 방조범에 그친다고 보게 된다.⁵⁸⁾ 결국 이러한 견해는 부작위의 역할의 대소 내지 중요성을 평가하여, 부작위의 정범과 방조범을 구별하려는 것이라고 이해된다. 그리하여 관여의 중요성이라는 기준이 부작위에 의한 관여에도 타당하다는 것이다.

C. 구체적 유형화의 과제

1. 결과방지의 직접성·간접성 기준의 의미내용

결과저지의 직접성·간접성은 결과저지가능성의 대소 내지 범익에 대한 위협의 대소와는 일치하지 아니한다. 따라서 범익이 위태화되고 있는데 범익을 직접적으로 보호할 자가 부작위하는 경우가 - 범익을 간접적으로만 보호할 수 있음에 불과한 자가 부작위하는 경우에 비하여 - 범익이 보다 강력하게 위협하게 된다는 설명은 납득하기 어렵다. 결과저지의 직접성·간접성이라는 관점이 부작위에 있어서 정범과 공범의 구별기준이 된다는 것은 - 의미있는 외형적 행동이 없는 부작위범에서는 결과의 저지·불저지가 최종적으로는 직접 결과를 저지하는 보증인의 의사에 의존하고 있다는 점에서 - 작위범의 경우 최종적인 결과의 발생이 정범의 의사에 의존하고 있는 관계와 같다는 말이다.⁵⁹⁾ [사례 3]의 경우 피고인은 건강한 남성으로서 주도력을 가지고, 연인의 관여는 직접적으로 결과를 저지하는 피고인의 의사에 의존하고 있다고 보여지므로 단지 종속적 내지 주변적인 것으로 평가된다. 이에 반하여 [사례 4]에 있어서 모친은 미성년 딸에 대하여 친권자로서의 감시의무가 있

⁵⁷⁾ Arzt, *JA*, 1980, 557f.(부작위의 중량 측정을 제안하고 있다).

⁵⁸⁾ Ranft, *ZStW*, 94 (1992), 862.

⁵⁹⁾ Hoffmann-Holland, *ZStW*, 118 (2006), 636f.

음과 동시에 신생아에 대한 보호의무가 있고, 모친은 딸에 대하여 강한 영향력을 가지고 있다고 보여지므로 결코 중속적 내지 주변적인 관여가 아니라고 생각된다. 따라서 모친과 딸은 양자 정범이 된다고 보여진다.

이와 같이 볼 때 ‘결과저지의 직접성·간접성이라는 의미에서의’ 결과저지가능성의 상위함이 복수 보증인의 부작위의 중요성 정도를 평가함에 있어서도 결정적이라고 보여진다. 이러한 의미에서의 결과저지의 직접성·간접성은 보증인들의 부작위가 가지는 중요성 내지 역할의 대소에 관련되는 것으로 해석될 수 있어서 타당하지 않은가 생각된다. 즉 직접적으로 결과를 저지할 수 있는 보증인의 부작위는 ‘결과방지가능성을 배제시켜 결과발생을 결정’지우는데, 간접적인 결과저지가능성을 가지는데 불과한 보증인의 부작위는 ‘결과방지를 촉진하지 않음으로써 결과발생을 촉진’한다는 의미를 가지게 된다는 것이다. 복수의 보증인이 존재하는 사례에서 예컨대 보증인 을은 단독으로 결과를 저지하지 못하고 다른 보증인 갑은 단독으로 결과를 저지할 수 있는 경우라면, 갑이 범익보호의 주된 역할을 담당하고 있으며 을은 갑에 대한 부작위에 의한 편면적 방조가 될 것이다. 결국 복수 보증인의 부작위만이 경합하는 경우에 - 단독으로 결과를 저지할 수 있는가 아닌가, 범익보호의 주된 역할을 담당하는가 아닌가에 따라 보증인의 역할을 평가하여 - 부작위 상호간에 있어서 정범과 공범을 구별하게 된다는 것이다. 모든 보증인의 부작위가 결과저지에 동등한 의미를 가진다고 평가되면 각자가 모두 정범이 될 것이다. 결국 보증인이 직접적인 결과방지를 위하여 작위를 스스로 할 수 있는지 아닌지를 기준으로 하는 것이 부작위상호간에 있어서 정범과 공범의 구별에 적합할 것으로 보인다. 그리하여 부작위에 대한 부작위의 관여 사례에 있어서도, 이러한 의미에서의 각 부작위의 중요성에 따라 정범인가 공범인가를 결정하는 것이 보다 적절하지 않을까 생각된다. 그러나 이러한 사고는 아직 출발에 불과하여 이론적으로는 그다지 세련되지 못하다는 것은 사실이다.

2. 결과방지의 직접성·간접성 기준의 적용범위 - 구체적 유형화

이와 같이 복수 보증인 중에서 자신이 직접적으로 결과저지행위를 할 수 있는 자와 다른 보증인에게 가공하여 작위를 하도록 함으로써만 결과를 저지할 수 있음에 불과한 자가 있는 경우, 설사 결과불저지에 관해 양자간에 의사의 연락이 있더라도 공동정범이 아니라 전자는 정범, 후자는 공범으로서 형사책임을 부담해야 한다고 볼 수 있을 것이다. 그러나 이는 보증인들의 작위의무의 구체적 내용을 도외시킨

일반적인 고찰에 지나지 아니하다. 따라서 결과방지의 직접성·간접성이라는 기준의 적용범위에 관하여는 보증인들의 작위의무의 구체적 내용을 포함하여⁶⁰⁾ 상세한 검토가 필요하다. 특히 직접적으로 결과를 저지할 수 있는 보증인을 통해 결과를 방지해야 할 의무가 구체적으로 존재하는가가 우선 검토되어야 할 것이다.

결과저지를 자신이 직접적으로 할 수 있는 보증인과 다른 보증인에의 가공을 통해서만 결과를 저지할 수 있는 보증인이 경합하는 경우는 대체로 세 가지 형태를 생각해 볼 수 있지 않을까 보여진다. 첫째는 명령이나 감독권한을 가진 상사가 전문 기술상의 이유 등으로 필요한 작위를 자신은 직접 할 수 없지만 부하가 직접 결과를 저지할 수 있는 경우이다. 둘째는 필요한 작위를 하기 위해서는 상사의 결정이 필요하기 때문에 상사를 통해서만 결과를 방지할 수 있는 경우이다. 이들 사례에서는 직접적으로 결과를 저지할 수 있는 보증인과 다른 보증인을 통해서만 결과를 저지할 수 있음에 불과한 보증인 사이의 관계, 즉 지위의 상하관계 내지 명령감독 관계가 각 보증인의 부작위를 평가함에 어떠한 의미를 가지는가가 검토되어야 하지 않을까 생각된다. 셋째는 상하관계 없이 직접적으로 결과를 저지할 수 있는 보증인과 다른 보증인을 통해서만 결과를 방지할 수 있는 보증인이 존재하는 경우가 있을 것이다. 그러나 구체적 유형화와 그에 따르는 논점들에 대한 검토는 너무나도 어려운 과제이다.

D. 형법상 공범규정의 부작위범에 대한 적용가능 여부

부작위에 의한 방조는 일반적으로 인정되고 있다. 그러한 전제하에서 다수인의 범죄참가에 있어서 부작위로 관여한 자에게 방조범을 인정할 것이냐 정범의 죄책을 인정할 것이냐에 관하여 많은 논의가 전개되고 있다. 그런데 이와 같이 어찌면 당연하게 전제되어 왔을지도 모르는 것에 대하여, 우리 형법전의 해석상 부작위에 의한 방조라는 것은 도대체 인정할 수 없지 않은가 하는 문제제기가⁶¹⁾ 바로 부작위범에 대한 형법상 공범규정의 적용가능성 여부에 관한 논의이다. 우리 형법의 해석상 부작위에 의한 방조를 애시당초 인정할 수 없다면, 부작위범은 정범 아니면 무죄가 되어야 한다는 것이다. 이와 같은 기본적 물음은 언제나 우리들 모두를 뒤

⁶⁰⁾ Hoffmann-Holland, *ZStW*, 118 (2006), 633.

⁶¹⁾ 김성룡, “부진정부작위범의 한국적 해석으로서 단일정범개념”, *비법형사법연구* 제5권 제1호, 2003, 101면 이하, 109면; 김성룡, “부진정부작위범의 정범표지”, *형사판례연구* [12], 2004, 92면 이하.

흔들고 무척이나 당황하게 만들고 또한 충격을 준다.⁶²⁾

1. 부작위 단일정범개념의 논거 - 의무범설

부작위범에 있어서는 정범과 공범의 구별이 인정되지 않는다는 가장 중요한 논거는 부작위범은 의무범이라는 것이다. 부작위범은 보증인적 지위를 전제로 하는데, 이 보증인적 지위는 의무범론에서 말하는 법적인 특별의무인 결과방지의무를 내용으로 한다. 즉 부작위범의 성립여부는 결과방지의무의 위반이 기준이 된다. 따라서 보증인이 자신의 특별한 결과방지의무를 위반하면 곧바로 정범이 성립되는 것이라고 한다(물론 이때 만약 문제가 되는 구성요건이 - 자수범이거나 불법영득의사와 같은 특별한 주관적 구성요건표지가 요구되는 경우와 같이 - 부작위에 의해서는 범할 수 없는 경우에 해당하면 이때만은 공범이 인정된다는 것이 부작위 단일정범설의 일반적인 입장이다). 그러므로 부작위범에 있어서 행위지배는 적용될 여지가 없다. 부작위자는 단지 사태가 발생하도록 방치한 것이므로, 사태에 인과적인 영향을 미치지 아니하는 것이고 따라서 사태를 지배 조종하는 것은 아니기 때문이다. 보증인은 구성요건적 결과를 항상 방지하여야 하는 것이고, 따라서 보증인이 결과를 방지해야 한다는 의무에 많고 적음이 있는 것이 아니다. 보증인은 결과방지의무를 항상 절대적으로 가지는 것이지, 보증인의무 내에서 단계지움이나 보증인의무를 그 종류에 따라 구별하는 것은 불가능하다는 것이다.⁶³⁾

이와 같이 보증인은 자신의 고유한 의무위반에 의하여 구성요건을 실현하는 것이기 때문에, 부작위범이 결과방지의무에 위반하여 결과를 발생시키는 경우 이는 부작위가 항상 결과를 다른 사람의 매개없이 직접 발생시키는 것이고 따라서 직접 구성요건을 실현하는 직접 정범인 것이다.⁶⁴⁾ 이는 다수인의 범죄참가의 경우에도 마찬가지라는 것이다.⁶⁵⁾ 즉 부진정부작위범은 보증인의 범죄이지 결코 타인의 범죄에 가담하는 것이 아니라는 의미이다. 그리하여 형법 제18조의 요건을 충족하면 항상 부작위 정범이 성립되는 것이며, 부작위에 의해 행위하는 경우 간접정범이나

62) “자명하다고 생각했지만 자명하지 않은 것, 문제될 것이 없다고 받아들여진 것 가운데 문제가 있는지 조차 문제 삼아보지 못한 것들이 적지 않다는 것은 인간 세상의 많지 않은 진실 중의 하나이다”(김성룡, “부작위범 사이의 공동정범”, *형사판례연구* [17], 2009, 34면).

63) Arana, *Täterschaft*, S.183.

64) 대표적으로 Roxin, *AT II*, 2003, §31 Rn.150; Rudolphi, *Gleichstellungsproblematik*, S.138ff.

65) 김성룡, 전제논문, *비교형사법연구* 제5권 제1호, 133면.

공동정범 규정이 적용되지도 않고 또한 공범규정이 적용될 여지는 없다는 결론이 된다. 결국 부작위범에 고유한 정범원리가 존재한다는 것이다.

그러므로 형법 제18조에서는 작위의무자가 결과를 방지하지 아니한 때에는 그 발생한 결과에 의하여 처벌한다고 규정하고 있는데, 여기서 ‘결과발생을 방지하지 않은 자’는 바로 정범을 의미하는 것으로 해석해야 한다는 것이다. ‘발생된 결과’는 정범에 의한 결과발생에서 말하는 결과이지, 공범에 의한 결과발생에서 말하는 결과라고 해석할 수는 없다는 의미이다. 또한 다수인의 범죄참가에 관한 형법 “총칙” 제32조 방조범규정은 형법“각칙” 즉 작위범을 대상으로 한 경우에만 적용된다고 보는 것이다. 이렇게 보아 결국 형법각칙의 작위범을 형법“총칙” 제18조에 의한 ‘부작위’의 형태로 실현한 경우에는, 형법“총칙” 제32조 방조범은 성립가능하지 않다고 해석한다.⁶⁶⁾ 부작위 단일정범설을 주장하면서 나아가 이러한 해석을 하는 입장에 의하면 결국 보증인의 부작위를 통한 방조는 현행법상 성립될 수 없는 개념이 된다. 이름을 붙이자면 부작위범의 “배타적 단일정범설” 혹은 “절대적 단일정범설”이라고 부를 수 있을 것이다.

2. 부작위범에 대한 공범규정의 적용 여부

다수인의 범죄참가에 있어서 모든 부작위 관여자를 직접정범으로 보는 것은 가능하다. 사태에 대한 지배여부를 고려함이 없이 자신의 보증인의무위반을 근거로 의무범으로서 사태의 중심인물로 평가할 수 있다. 그러나 부작위 관여자가 모두 직접정범으로 되는 것은 아니라고 보는 것도 가능하다. 형법 제18조는 그 요건을 갖추었을 때 정범으로 처벌할 것을 규정하고 있지 않으며, 또한 공범규정의 적용을 배제하고 있지도 아니하다. 따라서 공범규정은 구조적으로 작위범에게만 적용될 수 있는 경우가 아닌 한 부작위범에 대하여도 적용될 수 있는 것이라고 해석할 수 있는 것이다. 그리하여 형법 제18조의 요건이 충족되면 이는 단지 보증인이 부작위에 의하여 범죄를 범했다는 것이 확정되어 가벌성이 인정된다는 것이라고 할 수 있다. 즉 형법 제18조의 요건이 충족되었다는 것은 부작위범으로서 처벌이 가능하다는 것 이상의 의미를 가지는 것이 아니다. 물론 이때 결과를 직접 야기한 다른 행위자가 존재하더라도 부작위자에게 형법 제18조의 요건이 충족되면 다른 요건을 요구함이 없이 항상 직접정범이 된다고 이론구성하는 것도 가능하다.⁶⁷⁾⁶⁸⁾

66) 김성룡, 상계논문, 109면; 김성룡, 전계논문, **형사판례연구** [12], 92면 이하, 104면.

67) 그리하여 Roxin, *AT II*, §31 Rn.175은 결과방지의무를 위반하는 부작위범의 경우 간접

그러나 반드시 그래야만 하는 것은 아니다. 형법 제18조는 보증인의 부작위를 정범 내지 직접정범으로 선언하고 있지 아니하고, 의무에 위반한 부작위 보증인이 정범으로 처벌되는지 공범으로 처벌되는지에 관하여는 침묵하고 있다. 그리하여 형법 제18조는 모든 부작위범의 가벌성의 전제요건이 되고 있을 뿐이다. 즉 형법 제18조의 부작위범 요건은 정범뿐만 아니라 공범에도 타당하다고 할 수 있다.⁶⁹⁾ 이러한 보증인의 부작위가 정범처벌에 필요한 요건을 규정하고 있는 정범규정을 충족하면 정범으로 처벌되는 것이고, 공범처벌에 필요한 요건을 규정하고 있는 공범규정을 충족하면 공범으로 처벌되는 것이라고 해석할 수도 있다. 즉 모든 보증인의 부작위는 의무범이기 때문에 항상 직접정범이 된다는 견해는 - 부작위범의 본질적 측면만을 고려하고 다수인의 범죄참가로서 다른 사람이 범행에 가담하고 있는 구조적인 측면을 무시하여 - 모든 다른 견해에 대하여 치외법권적인 주장을 하고 있다고 보여진다. 보증인의 부작위는 ‘부작위’에 의하여 ‘작위범의 구성요건’을 실현하는 경우로서 의무범적 성격과 함께 지배범적 성격도 가지는 것으로 해석할 수도 있다는 것이다.⁷⁰⁾ 그리하여 형법총칙의 정범과 공범규정도 부작위범에 적용이 가능하다고 할 수 있을 것이다. 형법 제18조의 ‘발생된 결과’는 정범에 의한 결과발생에서 말하는 결과가 아니라, “작위범의 결과”라고 해석할 수 있는 것이다.⁷¹⁾

부진정부작위범을 의무범이라고 하여 보증인적 의무 위반만으로 부작위 정범이 인정된다고 하지만, 이때의 의무는 ‘결과가 발생하지 않도록 보증해야 할’ 의무라고 하여 발생된 결과와 관련되고 있다. 의무라는 관점 하에서 작위범에서의 결과와의 동치성 내지 동가치성이 인정되는 것이라고 보여진다. 즉 이러한 의무의 근

정범이 부정된다고 한다.

68) 보증인의 부작위는 자신의 “고유한” 의무위반인데, 의무범설은 별다른 근거 제시 없이 이를 “자수적인” 의무위반으로 동일시하고 있는 것이다. 즉 신체거동이 없는 부작위범에게 - 다수인의 범죄참가의 경우 구조적으로 결과를 직접 야기했다고 평가되는 자가 존재하는 한다는 점을 고려하지 아니하고 - 직접정범을 인정한다는 것은 마치 자수적인 신체거동이 있는 것처럼 위장하는 것이라고 보여진다. 이정원, 부진정부작위범의 구조적 문제점, **형사법연구** 제14호, 2000, 249면은 작위의무를 스스로 이행하지 않음으로써 성립한다는 의미에서 부진정부작위범은 자수범의 성격을 가진다고 명시적으로 밝히고 있다.

69) Vgl. Maurach/Gössel/Zipf, *AT II*, S.329.

70) Böttke, *FS-Rudolphi*, S.32. 그리고 이상돈, **형법강의**, 246면, 539면에서는 부작위범의 범행지배를 설명하면서 부작위정범은 보증인의무를 지는 자가 결과발생사태를 지배하고 있을 때 성립한다고 언급하고 있다.

71) 문채규, “부진정부작위범에 있어서 상응성 요건의 허와 실”, **비교형사법연구** 제11권 제1호, 2009, 195면; 성낙현, **형법총론**, 제2판, 2011, 474면.

거가 되고 있는 것은 결과에 대한 지배(통제·제어)라고 볼 수 있는 것이다.⁷²⁾ 의무는 결국 결과에 대한 지배의 이면현상이라고 볼 수 있다는 것이다. 따라서 결과 방지의무가 있는 자는 자신의 영역 내에서 결과에 대한 지배·통제를 행해야 하고 그에 따라 형법적 규율을 받게 되는 것이다. 법익의 보호를 목적으로 하는 형법에서는 의무 그 자체가 중요한 것이 아니라, 그러한 의무를 발생시키는 지배구조(지배관계)가 문제되는 것이다. 그러므로 부진정부작위범은 의무범이라고 하면서도, 작위범의 결과와의 동치성을 논하고 부작위에 의한 정범과 공범의 구별 문제에서는 원칙적 방조범설을 인정하는 것은⁷³⁾ 일면 너무나 혼란스럽고 당혹하기도 하지만, 일면 조금은 이해가 될 것도 같다.

III. 부작위 상호간의 공동정범의 성립가능성

A. 문제의 제기

지금까지 부작위 상호간의 공동정범에 관하여는 그 가능성을 긍정하는 견해가 압도적 통설이지만, 부작위 공동정범에 관한 우리나라의 논의는 매우 간단한 일반적인 언급에 지나지 아니한다. 즉 부작위범에도 공동의 실행의사와 공동의 실행행위가 있을 수 있다는 것을 이유로 부작위에 의한 공동정범도 있을 수 있다고 하여 한두개 사례를 드는 것에 그치고 있음이 거의 전부이다.⁷⁴⁾ 그러나 최근에는 이를 부정하는 견해가 나타났다.⁷⁵⁾ 독일에 있어서도 이러한 상황은 마찬가지이다. 적극적으로 공동의 실체나 성립요건에 관하여 논하는 것은 - 물론 부작위 공동정범의 이론적 가능성을 부정하는 부작위 공동정범가능성 부정설도 전개되었지만⁷⁶⁾ - 없었다고 하여도 좋을 것이다. 그리하여 대부분의 논의는 부작위 공동정범의 이론적

72) 한정환, “형법 제18조에서의 작위의무자”, **형사법연구** 제22호, 2004, 80면.

73) 김일수/서보학, **새로쓴 형법총론**, 제11판, 2006, 567면, 653면.

74) 우리나라에서 부작위의 공동정범에 관하여 이를 본격적으로 다룬 최초의 논문은 김성룡, “다수인의 공동의 의사결정에서의 형법해석학적 문제점”, **비교형사법연구** 제4권 제1호, 2002, 139면 이하라고 보인다. 그리고 또한 이에 관한 대법원 판례(대판 2008. 3. 27, 2008도89)가 나온 이후 다시 최초로 김성룡, 전제논문, **형사판례연구** [17], 25면 이하.

75) 김성룡, 상계논문, **비교형사법연구** 제4권 제1호, 168면 이하; 김성룡, 상계논문, **형사판례연구** [17], 57면 이하; 류부곤, “부작위범의 공동정범?”, **형사법연구** 제22권 제3호, 2010, 155면 이하.

76) Kaufmann, *Unterlassungsdelikte*, S.189.

가능성을 전제로 한 사례판단에 그치고 있다.⁷⁷⁾ 그러나 부작위범에 있어서는 공동정범의 기초가 되는 ‘공동’이라는 현상이 있을 수 있는가 하는 부작위 공동정범가능성 부정설의 근본적 의문이 남아있고, 또 어떠한 형태로 부작위 공동정범이 성립할 수 있는가 하는 성립요건과 범위의 문제가 있다.

공동정범은 범죄의 실행이 요구된다는 점에서 정범인데, 각자가 실행행위의 전부를 행할 필요가 없이 2인 이상의 자가 의사연락 하에 범죄의 일부를 실행하여도 그 전체에 대하여 형사책임을 부담한다(일부실행 전부책임). 공동정범이 가지는 이러한 복합적 성격이 부작위범의 공동정범 문제의 해결을 어렵게 하고 있다. 부작위범과 공동정범이 교착하는 장면에서 발생하는 범죄형태는 두 가지가 있다. 하나는 복수의 행위가 모두 보증인에 의한 ‘부작위의 공동’의 경우인데, 여기서는 부작위에 대한 공동정범과 부작위에 의한 공동정범이 복합되어 ‘부작위 상호간의 공동정범’의 성립여부가 문제로 된다. 다른 하나는 일방이 작위로, 다른 일방이 보증인의 부작위로서 공동하여 범죄를 행하는 경우인데, 여기에서는 작위와 부작위의 공동정범이 인정될 수 있는가 하는 형태로 문제가 제기되고 있다. 본고에서는 이러한 두 가지 범죄형태 중에서 전자 즉 부작위 상호간의 공동정범의 성립가능성 문제에 한정하여 고찰해 보도록 한다.

부작위가 서로 공동으로 행하여지는 경우 부작위범 상호간에 공동정범이 성립되는가가 문제로 된다. 부작위는 사회적으로 기대되는 일정한 신체운동(작위)을 하지 않는 것이므로, 본 사례의 경우 2인 이상의 자가 결과를 야기하기 위하여 신체적 물리적으로 공동한다는 것은 있을 수 없다. 하지만 2인 이상의 부작위자가 의사연락 하에 함께 결과를 방지하지 않는 태도(부작위)를 취하는 것은 가능할 것이다. 문제는 이러한 현상을 공동정범이라고 하여 형법 제30조를 적용하는 것이 가능한가 하는 점에 있다. 여기에는 크게 부작위의 구조상 특수성에 주목하는 입장과 공동정범의 본질적 측면에 중점을 두는 입장으로 나누어 볼 수 있을 것이다.

77) 대표적으로 제조물의 출하 후 그 위험성을 인식하면서도 제품을 회수하지 아니하여 새로운 침해결과가 발생한 사안에서, 불회수결정에 관여한 복수의 회사간부에 대하여 부작위 공동정범의 구성을 채택한 1990년 7월 6일 소위 피혁분무기 사건(BGHSt. 37, 106). 이에 관하여는 발터 페룬(조병선 역), “1990년 7월 6일 독일연방최고법원의 형법적 제조물책임에 관한 피혁보호분무기 판결”, **법학논집**(청주대) 제8집, 1994, 217면 이하. 그리고 또한 김성룡, 전계논문, **비교형사법연구** 제4권 제1호, 137면 이하.

B. 부작위의 특수성에 주목하는 입장에서의 부작위 공동정범 부정설

1. 부작위에 의한 공동의 범행결의는 불가능하다는 논거

목적적 행위론의 입장에서 부작위는 현실적 인과관계 따라서 목적성의 결여 때문에 구성요건을 실현“한다”는 의미에서의 고의가 부정된다고 한다. 그러므로 부작위의 경우에는 무언가를 공동“한다”는 공동의 범행결의와 분업도 있을 수 없다는 것이다.⁷⁸⁾

그러나 이는 작위범의 특수성에 맞추어 요구되는 고의를 일방적으로 부작위에도 요구하는 것인데, 그 이유는 제시되지 않고 있다.⁷⁹⁾ 그리고 부작위에는 구성요건을 실현“한다”는 의미의 고의가 존재하지 않는다고 하면서도, 부작위 단독정범을 부정하지는 아니한다. 그렇다면 왜 부작위 공동정범의 가별성은 부정되어야 하는지 의문이다.⁸⁰⁾

2. 부작위에 의한 공동의 실행행위는 불가능하다는 논거

부작위 결의는 공동으로 형성될 수 있지만, 그러한 결의가 - 부작위행위 자체는 각각의 보증인에게만 성립하므로 - 공동으로 실행될 수 없다는 견해이다. 즉 실행행위의 공동 내지 분담이 불가능하다는 것이다.⁸¹⁾

그러나 부작위 자체는 각자에게 성립하는 것이라는 근거의 의미가 불명확하다. 작위든 부작위든 인간의 행위는 그것을 행하는 각자에게 성립되는 것은 당연하기 때문이다. 그렇다면 이 견해는 부작위범에서 실행행위는 요구되는 작위를 하지 않는 데에 그치므로 역할의 분담은 인정될 수 없다는 의미라고 생각되며, 공동하여 실행하는 경우의 ‘공동’도 상호 물리적으로 작용한다는 의미로 사용되고 있는 것으로 보인다. 확실히 이러한 의미에서의 역할분담 혹은 공동은 부작위에 의해서는 이루어질 수 없다. 이 견해는 처음부터 부작위에 의해서는 충족될 수 없는 요건을 설정해 놓고 나서 부작위 공동정범의 가능성을 논하고 있는 것이다. 나아가 작위범의 경우에도 예컨대 다수자가 피해자를 향하여 일제히 발포하여 하나의 탄환만이 명중해 피해자가 사망하였는데 누구의 탄환이 명중하였는지가 판명되지 않은

78) Kaufmann, *Unterlassungsdelikte*, S.189.

79) Busse, *Unterlassungsdelikte*, S.76f.

80) Roxin, *Täterschaft*, S.470.

81) Bockelmann/Volk, *AT*, 4.Aufl., S.202; Samson, *Probleme strafrechtlicher Produkthaftung*, *StV*, 1991, 184; Krey, *AT II*, 3.Aufl., 2008, Rn.386.

중복적 공동정범(additive Mittäterschaft)의 사례에서, 모든 공동정범자는 각자가 발표하는 실행행위를 완전히 실행하고 있으므로 위에서 말하는 의미에서의 실행을 분담하였다고는 말할 수 없으므로 공동정범의 성립이 부정되어야 할 것이다. 만약 본 사례에서도 우리가 ‘분담’을 인정한다면, 이 때의 그 의미는 무언가의 이유로 전체로서 평가의 대상이 되어야 할 복수의 행위가 존재하고 그 복수의 행위가 각자에 의해 행하여진다는 것이다. 이러한 의미에서의 ‘분담’이라면, 부작위범에서도 그 가능성은 부정될 수 없다.

3. 부작위범은 단일정범개념으로 파악해야 한다는 논거

바로 위에서 언급한 견해와 거의 유사한 입장으로서는, 결과를 야기한 작위의무위반은 그 자체로서 발생한 결과에 대한 완전한 인과성이 인정되므로 부진정부작위범은 공동정범의 형태로는 범해질 수가 없다는 것이다.⁸²⁾ 그러므로 복수의 보증인이 의사연락하에 결과를 저지하지 않은 경우라고 하더라도 단독정범 동시범에 불과하게 된다. 보증인의 작위의무는 각자가 부담하는 일신전속적인 것으로서 이는 타인과 공유할 수는 없다는 점을 근거로 부작위범은 단일정범개념으로 보아야 한다는 것이다.

그러나 부작위범에서 단일정범개념을 취한다고 하여 논리필연적으로 공동정범의 성립이 부정되는 것은 아니다. 부작위범에서 공동정범의 성립이 인정되는가 하는 사례에서는 - 정범성이 인정된다는 것을 전제로 - 그 인정되는 정범의 형태를 어떻게 볼 것인가, 즉 각 보증인들에게 각자의 정범성이 긍정되어 단독정범이 되는 것인지 아니면 단독정범의 성립요건은 충족하지 못하지만 공동정범의 성립은 인정할 수 있는가 하는 점이 문제가 되고 있는 것이다.⁸³⁾ 그러므로 부작위범의 영역에서 단일정범개념을 취하는 입장에서도, 복수 보증인의 부작위가 경합하는 경우에 이를 공동정범으로 인정할 수도 있고 부정할 수도 있는 것이다.

82) 이정원, 전제논문, **형사법연구**, 제14호, 250면; 이정원, “부진정부작위범에서의 정범과 공범”, **비교형사법연구**, 제2권 제2호, 2000, 142면, 152면; 이정원, “부작위에 의한 사기죄에서의 기망행위와 공동정범?”, **비교형사법연구**, 제8권 제1호, 2006, 346면.

83) 류부곤, 전제논문, 151면 참조.

C. 공동정범의 본질에 주목하는 입장에서의 부작위 공동정범 인정여부에 관한 논의

공동정범의 성립에 있어서 중요한 것은 복수의 관여자의 행위가 합하여져 비로소 하나의 결과를 발생시킨다는 것이 아니라, 복수의 행위가 전체로서 평가의 대상이 되며 전체로서 각각의 공동정범자에게 귀속되는 것이 정당화되는 사정이다. 이러한 사정 그 자체가 ‘공동’의 실체이며, 이러한 귀속의 근거는 작위범이든 부작위범이든 다른 것은 아니다. 부작위 공동정범은 존재할 수 없다고 하기 위해서는, 이러한 사정이 부작위의 경우에는 존재하지 않는다는 것을 논증해야 한다. 또한 거꾸로 부작위 공동정범의 가능성을 긍정하기 위해서는, 단순히 부작위에도 공동의 범행 결의와 공동의 실행행위가 존재한다는 지적만으로는 불충분하고 복수의 부작위를 전체로서 평가의 대상으로 하는 것을 정당화하는 사정이 제시되지 않으면 안된다. 종래 이러한 점에 관한 논의가 충분했다고는 말할 수 없을 것 같다. 결국 부작위범의 경우에도 공동의 실체가 인정된다면 공동정범의 가능성은 부정될 수 없다고 생각된다. 그리하여 이하에서는 부작위 상호간에 있어서 공동의 실체는 무엇인지 그리고 그것이 인정될 수 있는 것인지 그리고 인정될 수 있다면 어떠한 경우에 인정되는지 하는 관점을 가지고 부작위범의 공동정범을 간단히 살펴보기로 한다.

1. 부작위범의 공동정범의 두가지 유형 - 형식적 공동정범과 실질적 공동정범
 - [사례 1] 부친A와 모친B가 자신들의 자녀C를 살해하려는 공동의 범행결의를 가지고 자녀C에게 식사를 주지 않아 아사시켰다.
 - [사례 2] 부친A와 모친B가 자녀C를 살해하려는 공동의 범행결의로 두 사람이 함께 힘을 합하지 않으면 들 수 없는 무거운 나무 밑에 깔린 자녀C를 구조하지 않았다. 다른 구조방법은 불가능한 긴급한 상황이었다.⁸⁴⁾
 - [사례 2의 수정사례] [사례 2]에서 부친A는 혼자서 나무를 이동시킬 수 있지만, 모친B는 혼자서는 이동시킬 수가 없다.

부작위범의 공동정범에는 [사례 1]과 같이 단독으로도 결과를 저지할 수 있는 경우 즉 부작위자 중에서 어느 한 사람의 작위가 있으면 결과가 방지되는 경우가 있고, [사례 2]와 같이 공동으로만 결과를 저지할 수 있는 경우 즉 부작위자 전원의

84) 김봉태, “부작위범과 공범에 관한 연구”, **법학연구**(부산대) 제32권 제1호, 1990, 100-101면; 전지연, 전계논문, **형사법연구** 제5호, 78-79면.

작위가 있어야 비로소 결과를 방지할 수 있는 경우가 있다. 즉 복수 보증인이 각각 단독으로는 결과발생을 저지할 수 없고 오로지 공동하여 결과발생을 저지하지 않으면 아니되는 경우이다. 예컨대 부모가 강에 빠진 자식을 구하기 위해서 두 사람이 협동하지 않으면 배를 강에 띄울 수 없다든가, 제조회사의 이사들이 공동으로만 결함제품을 회수할 수 있다든가 하는 실례를 들 수 있을 것이다. 통설은 [사례 2]의 경우와 함께 [사례 1]의 경우에도 A와 B에게 살인죄의 부작위범의 공동정범을 인정하고 있다. 그런데 부친과 모친 중 어느 한 사람이 자녀에게 식사를 제공하면 자녀는 아사하지 않았을 것이므로, 이를 동시범이라고 이론구성 하여도 A와 B에게 정범으로서의 죄책을 물을 수 있다. 이와 같이 구분되는 부작위범의 공동정범 유형을 굳이 이름붙이자면 일부실행 전부책임의 원칙에 의하여 비로소 기초지위지는 본래적 의미의 공동정범⁸⁵⁾으로 보여지는 [사례 2]의 경우를 실질적 공동정범, 전부 실행 전부책임에 의하여 단독정범으로 환원할 수 있어서 동시정범으로 구성해도 충분하다고 보여지는 [사례 1]의 경우를 형식적 공동정범이라고 부를 수 있을 것이다.⁸⁶⁾ 도식적으로 말한다면 결과의 방지는 단독으로 할 수 없지만 결과의 발생은 단독으로는 할 수 있는 경우가 전자이고, 결과의 방지는 단독으로 할 수 있지만 결과의 발생은 단독으로 할 수 없는 경우가 후자라고 할 수 있다.⁸⁷⁾

2. 형식적 공동정범 사례에서 부작위 공동정범의 인정 여부

(1) 공동정범 인정실의 부정설 - 동시범설

복수의 보증인에 의한 부작위 상호간에 공동정범의 성립을 부정하는 입장에서는 [사례 1]의 경우를 동시범이라고 한다.⁸⁸⁾ 결과를 방지하는 것이 보증인 단독으로 가능하기 때문이다. 모든 부작위범은 이미 그 자체 정범이기 때문에, 부작위의 공동정범을 인정하는 것은 실제적 의의를 가지지 아니한다는 설명도 있다. 즉 부작

85) 독일에서는 공동정범의 본래적 사례라고 부르기도 한다(예컨대 Roxin, *AT II*, §31 Rn.173; Jescheck/Weigend, *AT*, 5. Aufl., 1996, S.682; Kühl, *AT*, §20 Rn.268).

86) 일본에서는 이러한 용어를 사용한다. 예컨대 神山敏雄, *不作爲をめぐる共犯論*, 1994, 305면 이하.

87) 이러한 유형분류로는 김성룡, 전계논문, *형사판례연구* [17], 49면 이하; 김봉태, 전계논문, 100-101면. 그리고 류부곤, 전계논문, 141면 이하도 지나치게 상세하지만 기본적으로는 이러한 분류로 볼 수 있을 것이다.

88) 김성룡, 상계논문, *형사판례연구* [17], 50면; 김성룡, 전계논문, *비교형사법연구* 제4권 제1호, 144면, 168면; 류부곤, 상계논문, 157면. 그리고 김봉태, 상계논문. 100-101면; 전지연, 전계논문, *형사법연구* 제5호, 79면.

위범의 공동정범은 가능하다고 생각할 수는 있지만 이를 인정할 실익이 없다는 것이다.⁸⁹⁾ 예컨대 익사하고 있는 유아의 양친이 의사연락하에 구조로 나아가지 아니한 경우에, 이를 살인죄의 공동정범이라고 부르는 것도 잘못은 아니지만, 그렇게 할 실익은 없다는 의미이다. 결국 이러한 견해는 부친이나 모친이나 각자가 보증인적 지위를 저버리고 유아를 구조하지 않은 이상, 당연히 살인죄의 정범이며, 각자는 동시범으로서 처리될 수 있기 때문이라는 논리를 제시하는 것이다. 작위의무를 이행하지 않아 결과발생을 방지하지 않은 자는 - 타인의 행동과는 관계없이 - 결과발생에 대하여 형사책임을 부담하기 때문이다.⁹⁰⁾ 이러한 경우는 “공동정범의 상호 귀속 없이도” 정범으로서의 형사책임을 인정하는 데 아무런 문제가 없다는 것이다. 그러나 이 견해는 그 실질적 근거나 의미에 관해서는 너무나 당연해서인지 아무런 언급이 없다. 보증인 누군가가 작위했다면 결과는 발생하지 않았다는 의미에서, 본 사례에서는 보증인 각자가 법익의 운명을 좌우하는 입장에 있으므로 단독정범 동시범이 된다는 의미가 아닌가 생각된다.

이러한 형식적 공동정범의 경우 부작위 공동정범을 인정할 실익이 없다는 이해는 독일에서는 상당히 일반화된 견해이다. 부작위범은 의무위반에 의하여 정범성이 인정된다는 의무범설의 입장에 의하면, 보증인의 의무위반은 모두 간단히 부작위의 정범이 될 수 밖에 없다는 결론은 매우 자연스러운 것이라 할 수 있다. 각자가 개인으로서 작위할 의무를 지고 있음에 지나지 않는 경우에는, 복수 보증인이 같은 하나의 동일한 상황에서 부작위하더라도 공동성은 결여되는 것이다. 그리하여 부작위와 부작위가 경합하는 경우는 모두 단독정범이 될 수밖에 없는 것이다. 결국 이 입장은 단독으로도 결과를 방지할 수 있는 경우에는 공동정범이라는 형상은 불필요하며, 공동으로만 결과를 저지할 수 있는 경우에 한하여 공동정범의 인정여부를 논의할 실익이 있다고 본다.

그러나 이 견해의 근본적인 문제는 일반적으로 부작위의 공동정범을 인정할 실익이 없다는 태도에 있다. 그 이유로는 동시범으로 처리하면 족하다는 논리를 제시하고 있다. 그렇지만 부작위의 공동정범을 인정할 실익 자체는 존재하는 것이다. 물론 이 견해는 [사례 1]의 경우도 이를 공동정범으로 보는 견해와 비교하면 정범

⁸⁹⁾ Roxin, *AT II*, §31 Rn.173; Jescheck/Weigend, *AT*, S.681; LK-Weigend, *StGB*, 12.Aufl., 2007, §15 Rn.9; S/S-Cramer/Heine, 25 Rn.79; Stratenwerth/Kuhlen, *AT I*, §14 Rn.18; LK-Schünemann, §25 Rn.213.

⁹⁰⁾ SSW-Kudlich, *StGB*, 2009, §13 Rn.44; LK-Weigend, §13 Rn.82.

으로 처벌된다는 법적 효과면에서는 동일하다고 볼 수 있다. 그러나 동시범과 공동정범은 차이가 있다. 순수한 동시범이라면 부친A는 스스로 자녀C에게 식사를 주면 그것으로 범죄의 성립은 부정될 것이다. 또한 무언가의 사정이 있어서 자녀C에게 식사를 줄 수 없는 경우에는 결과저지가능성이 없는 것이어서 부친정부작위범의 성립이 부정될 것이다. 그러나 의사연락을 전제로 하는 공동정범의 경우 그 인과관계의 인정은 공동행위를 전체로서 고찰하게 되는 것이고, 동시범의 경우는 공동행위를 개별적인 것으로 분할하여 각각이 독립적으로 인과관계가 인정되어야 한다. 이러한 공동정범과 동시범의 구별실익은 일반적으로 인정되고 있는 것이다.

(2) 공동정범 인정설

부친과 모친 사이에는 자녀를 살해한다는 의사연락이 있고 따라서 상호적인 심리작용에 의하여 동시범의 경우 이상으로 각자의 부작위의 위험성이 높아지고 있다는 것은 부정할 수 없다고 생각된다. 그리하여 본 사례의 경우 이를 공동정범으로 보는 것이 우리나라의 통설적인 견해인데, 이 입장에서도 그 근거는 전혀 제시되지 않고 있지 않다. 판례도 마찬가지이다.⁹¹⁾ 즉 단순히 각각의 공동자가 침해하려는 법익에 대한 보증인적 지위를 가지고 있는 경우에 ‘의사연락이 있으면’ 부작위 공동정범은 존재한다는 의미뿐이다. 작위범에서의 기능적 행위지배 기준은 부작위범에도 적용이 가능하다고 하여 기능적 행위지배를 근거로 부작위 상호간에 공동정범이 인정된다는 설명도 거의 발견할 수 없다.⁹²⁾

부친A에게는 스스로 자녀에게 식사를 제공할 의무가 있음과 동시에 모친B로 하여금 C에게 식사를 제공케 할 의무도 인정된다는 점을 근거로 하는 것이 아닌가 생각된다. 그리하여 만약 자기 스스로는 식사를 제공할 수 없는 사정이 있더라도 모친B로 하여금 식사를 제공하도록 할 수 있었다면, 부친A의 부작위에 대하여 - 개별적으로는 작위의무위반이 없지만 - 공동정범으로서의 형사책임을 묻게 되는 것이다(모친B에 대하여도 같다). 그러므로 부작위 상호간의 형식적 공동정범은 단

91) 피고인들 중 누구라도 고지의무를 이행하였더라면 결과가 방지되었을 사기죄 사안에서 대판 2004. 6. 24, 2002도995는 별다른 요건의 실시없이 법률상의 고지의무가 있는 자들이 공모하여 부작위하면 부친정부작위범의 (공모)공동정범이 성립한다고 한다. 보라매병원사건의 제1심 판결(서울지법 남부지원 1998. 5. 15, 98고합9)도 별다른 요건이나 이유제시 없이 피고인들에게 부작위의 (공모)공동정범을 인정하고 있다.

92) Busse, *Unterlassungsdelikte*, S.286ff.에 의하면 어떤 자의 행위기여가 범죄실현에 불가결의 전제가 된다는 기능적 행위지배는 부작위 상호간에는 적용되지 않는다고 한다.

독으로도 결과를 방지할 수 있는 경우이지만 형법 제30조의 적용을 받는 공동정범이라고 하는 것 아닌가 생각된다. 이는 작위범의 경우에도 마찬가지이다. 작위에 의한 공동정범에 있어서 각 공동자가 실행행위의 일부를 분담하는 공동정범의 경우 형법 제30조에 의하여 비로소 범행전부에 대하여 형사책임을 인정하게 되지만, 공동자 모두가 각각 실행행위의 전부를 행하는 공동정범의 경우는 공동정범을 인정하기 위하여 반드시 형법 제30조의 존재를 필요로 하지 않는다. 그렇지만 이러한 경우도 공동정범이라고 말하지 동시범이라고 하지는 않는다.

[사례 1]과 [사례 2]의 중간에 있다고 생각되는 [사례 2의 수정사례]는 부작위자 일방은 혼자서 결과를 방지할 수 있지만, 다른 일방은 혼자서는 결과를 방지할 수 없는 경우이다. 이 경우 동시범설에 따르면 부친A는 단독정범(동시범), 모친B는 불가벌이 될 것이다. 그러나 의사연락 하에 행하여진 2인의 실행행위(부작위) 중에서 일방에게만 죄책을 인정한다는 것은 형법 제30조를 규정하고 있는 취지에 맞지 않는다고 생각된다.⁹³⁾ 동시범설의 입장에서는 그렇다면 [사례 2]의 경우는 부친A도 단독으로는 결과방지가능성이 없기 때문에 불가벌이 되고, 마찬가지로 모친B도 불가벌이 되어야 한다는 결론에 이르게 될 것이다. 그렇다면 [사례 1]과 [사례 2]에서 모두 공동정범을 부정하게 되어 결국 부작위 상호간의 공동정범 성립가능성 부정설에 이르게 된다. 그렇다 하더라도 [사례 2]는 어느 입장에서도 ‘부작위범의 공동정범’의 문제가 된다는 것은 의문의 여지가 없다. 그리하여 부작위범의 ‘공동정범 본래의 사례’로서⁹⁴⁾ 우리가 이론적으로 해결되지 않으면 안 되는 것은, 복수의 보증인이 공동으로 작위하지 않으면 결과를 방지할 수 없는 [사례 2]라는 것은 확실하다.

93) 물론 이 경우 의사연락이 있지만 단독으로도 결과방지가능성을 가지고 있는 부친A만을 정범, 단독으로는 결과방지가능성이 없는 모친B의 부작위는 방조라고 평가할 여지는 있다. 앞에서 부작위 상호간에 있어서 정범과 공범의 구별 문제와 관련하여 서술한 바와 같이 결과저지가능성의 직접성·간접성이라는 기준에 비추어 보면 양자의 부작위가 가지는 중요성 내지 의미에 차이가 인정될 수 있기 때문이다. 즉 A가 단독으로도 결과를 방지할 수 있기 때문에 B의 부작위가 가지는 영향력이 그만큼 감소하여 그 중요성이나 의미가 A의 부작위만큼 중대하지는 않다고 평가할 수 있다는 것이다.

94) 독일에서는 이러한 용어를 사용하기도 한다. 대표적으로 Kühl, AT, §20 Rn.268; Jescheck/Weigend, AT, S.682; Roxin, AT II, §31 Rn.173.

3. 부작위 상호간의 공동정범 본래의 사례 (실질적 공동정범)에 있어서 공동정범의 인정여부

[사례 3] 갑과 을 두 사람이 가지고 있는 두 개의 열쇠 모두에 의하여만 비로소 문을 열 수 있는 금고실에 우연히 갇힌 사람을 갑과 을은 의사연락 하에 구조하지 않았다. 다른 구조가능성은 불가능한 긴급한 상황이었다 (2인의 열쇠보관자 사례).⁹⁵⁾

[사례 4] 외판원 갑과 을이 A의 집에서 상품판매에 관하여 교섭 중 A가 그 물건은 필요없으니 돌아가라고 말하였는데, 갑과 을은 서로 눈빛을 교환하여 계속하여 구입할 것을 요구하며 나가지 않았다.

(1) 공동정범 부정설 - 불가벌설

좀 더 앞의 [사례 2]와 [사례 3]은 실질적 공동정범의 사례라고 할 수 있다. 어느 보증인 일인의 부작위만으로 결과가 발생하는 경우이며 또한 각 보증인은 단독으로는 결과방지가 불가능한 경우이다. 이와 같이 공동으로만 결과를 저지할 수 있는 경우에는 일부 보증인이 작위를 행하여도 - 다른 보증인이 협력을 거절할 가능성이 있기 때문에 - 결국 결과를 방지할 수 없는 가능성이 남는다. 그런데 부작위범의 성립은 결과방지가능성을 전제로 한다. 그러므로 - 행위자가 작위의무를 이행하면 확실히 결과를 방지할 수 있는 경우가 아니라면 - 모든 보증인에게 부작위범의 성립은 부정되어야 한다는 것이다.⁹⁶⁾ 그런데도 이를 처벌하기 위하여 공동정범으로 이론구성하는 것은 그 근거가 명확하지 않다는 것이다. 결과의 방지를 위해서 공동의 협력이 필요한 상황에서 어떠한 근거로 공동의 작위의무가 발생하는지에 관하여 상세한 설명이 결여되어 있다는 비판이라고 할 수 있을 것이다. 결국 결과방지를 위해 스스로에게 가능한 것을 행할 작위할 의무 이외에, 다른 보증인으로 하여금 결과를 방지하게 할 의무가 있다고 볼 수 없다는 입장이다.⁹⁷⁾ 그러므로 형법 제30조는 부작위범에 대해서는 기능하지 않는다.

이 입장은 복수 보증인의 공동의 협력이 불가결한 상황에서 - 다른 보증인이 결

⁹⁵⁾ Roxin, *AT II*, §31 Rn.173; Stratenwerth/Kuhlen, *AT I*, §14 Rn.18.

⁹⁶⁾ 김성룡, 전제논문, **형사판례연구** [17], 52면 이하; 김성룡, 전제논문, 비교형사법연구 제4권 제1호, 145면 이하, 168면. 독일에서는 Dencker, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, S.169ff.

⁹⁷⁾ 김성룡, 상제논문, **형사판례연구** [17], 57면; 김성룡, 상제논문, **비교형사법연구** 제4권 제1호, 168-169면.

과방지를 위하여 작위를 하지 않을 가능성이 있다는 점을 근거로 - 부작위한 어느 보증인이 자신의 부작위에 관하여 형사책임을 면할 수 있는가 하는 문제와 관련하여, 이 경우 보증인의무가 발생하지 않는다는 것이다. 그리하여 복수의 보증인은 - 다른 보증인의 작위의무위반 가능성을 이유로 - 모두 형사책임을 면하게 되는 결론에 이르게 된다.⁹⁸⁾ 즉 복수 보증인의 부작위가 경합하는 경우에 보증인 상호간의 협력이 불가결한 '상황만으로' 불가벌이 된다. 그러나 본 문제사안들에서 의무에 위반하는 부작위 자체는 존재하고 있다. 그런데 다른 보증인도 부작위하였다는 이유로, 자신의 부작위가 처벌되어서는 안된다는 항변을 하고 있다. 결국 "단독의 작위로는 결과를 방지할 수 없다"는 사정이 '반드시' 개개의 부작위의 형사책임을 배제하는지 의문이다. 단독으로는 결과를 방지할 수 없는 보증인 각자에게 공동정범의 요건을 인정할 수 있다면 공동정범의 형태로 책임을 인정할 수도 있는 것 아닌가 생각된다. 중요한 것은 '다른 보증인에 의한 결과발생의 가능성'이 아니라, '당해 보증인의 의무에 위반한 부작위 그 자체'라고 보여지기 때문이다. 그렇다면 보증인이 결과의 발생을 단독으로는 방지할 수 없다는 사정에 의하여 부작위의 형사책임을 처음부터 배제되는 것은 아니라고 할 것이다. 문제는 어떠한 형태로 형사책임을 인정할 것인가라고 생각된다.

(2) 공동정범 인정설

여기에서 공동으로만 결과가 방지될 수 있는 경우에는 이를 '공동정범으로 이론 구성하여' 처벌하려는 입장이 있다. 우리나라와 독일의 통설이라고 할 수 있을 것이다. 독일에서는 형식적 공동정범의 경우 공동정범을 인정할 실익이 없다는 견해 중에서도 부작위의 공동정범을 인정해야 할 경우가 있다고 하여 이러한 실질적 공동정범의 사례를 예로 들고 있다.⁹⁹⁾ 그리고 이러한 공동정범의 인정요건으로는 '공동의무'의 공동위반을 들고 있는 것이 일반적이다. 보증인들이 공동의 의무를

⁹⁸⁾ 다른 보증인에 의한 작위의무위반 가능성이 있는 상황은 당해 보증인에게는 개별적 행위가능성의 존부와 관련되는 문제라고 해석하는 시각(류부곤, 전계논문, 152-153면)에는 의문이 있다. 본 문제사안들은 보증인들에게 개별적 행위가능성이 인정된다는 것을 당연히 전제로 한 논의이다.

⁹⁹⁾ 전지연, 전계논문, **형사법연구** 제5호, 79면; 김봉태, 전계논문, 100면. 독일에서는 Roxin, *AT II*, §31 Rn.173; Jescheck/Weigend, *AT*, S.682; Stratenwerth/Kuhlen, *AT I*, §14 Rn.15; LK-Weigend, §13 Rn.82; Gropp, *AT*, 3.Aufl., 2005, §10 Rn.93; NK-Wohlers, *StGB*, 3.Aufl., 2010, §13 Rn.27; LK-Schünemann, §25 Rn.213; Fischer, *StGB*, 58.Aufl., 2011, §25 Rn.18; HK-GS/Ingelfinger, 2008, §25 Rn.58.

부담하고, 이를 공동으로 위반하였을 때 비로소 구성요건실현을 긍정할 수 있는 경우가 있다는 것이다. 그러므로 설사 부작위 단독정범이 될 수 없다고 하더라도 공동정범으로 처벌되는 경우가 된다.

그러나 어떠한 근거로 공동의 작위의무가 인정되는가에 관하여는 본 학설이 명확하게 제시하지 못하고 있는 것이 사실이다. 결과를 방지하는 것은 단독으로 할 수 없지만 결과를 발생시키는 것은 단독으로 할 수 있는 본 문제사안들의 경우에 보증인 누군가가 작위했다라도 결과는 발생했을 것이라는 의미에서, 보증인들은 각자 개별적으로는 법익의 운명을 좌우하는 입장에 있지 아니하다. 그러나 법익의 보호가 오직 그들 복수 보증인의 손에 달려 있다. 이들 보증인의 공동의 작위에 의해서만 법익의 보호가 가능하다. 보증인 전원이 일체로서 법익의 운명을 좌우한다. 보증인의 일체로서의 공동의 작위만 하면 결과의 방지가 확실한 상황이다. 당해 보증인의 부작위만으로 결과가 발생케 된다는 것은 이러한 적극적 측면에서의 법익보호의 소극적 이면에 불과한 것이다. 그러므로 통설은 이러한 점을 근거로 복수 보증인 상호간에 공동의 작위의무가 인정될 수 있다는 것이 아닌가 생각된다. 즉 위에서 언급한 바와 같이 본 문제사안들에서 중요한 것은 ‘다른 보증인에 의한 결과발생 가능성’이 아니라, ‘당해 보증인의 부작위 그 자체’가 가지는 의미이기 때문이다.

물론 그러한 공동의무는 ‘보증인의 공동부작위가 없으면 그것을 위반할 수 없다’는 의미는 아니라고 할 것이다. 두 사람 중에서 어느 한 사람만이라도 의무이행을 하지 않으면 그러한 공동의무는 이행될 수 없는 것이다. 즉 공동의 부작위가 있어야만 구성요건이 실현된다는 것은 아니다.¹⁰⁰⁾ 예컨대 [사례 3]에서 열쇠보관자 중 한 사람이 열쇠사용을 거부하면, 방에 갇힌 사람은 풀려날 수 없는 것이다. 그러므로 “공동정범이 성립하기 위해서는 ‘공동의무의 공동위반’이 불가결의 요건이다”라는 것과 “공동의무를 위반하기 위해서는 공동정범의 형태나 형식을 갖출 필요가 있는 것은 아니다”라는 것은 엄격히 구별되지 않으면 안 된다. 이러한 점에 관하여 통설이 충분한 고려를 하고 있다고는 생각되지 아니한다. 단지 부작위의 공동정범도 있을 수 있다는 말 이외에 아무것도 아니라고 볼 수도 있을 것이다.

이와 같은 공동정범 인정설은 작위의무의 내용이 다른 보증인의 의무이행의 보

¹⁰⁰⁾ 류부곤, 전계논문, 150면에서 부작위 행위는 개별적으로 행하는 것인데 어떠한 근거로 개별적 부작위가 공동의 부작위로 평가되는지 상세한 설명이 결여되어 있다는 비판을 하고 있다.

장에까지 미친다는 관계에 기초하고 있다고 생각된다. 이러한 내용의 의무를 공동의 작위의무라고 하여 이를 근거로 경합하는 복수 보증인간에 있어서 ‘다른 보증인의 부작위가 귀속된다’는 것이다. 즉 공동의 결과방지의무는 결과방지를 위하여 필요한 행위를 스스로 직접 행하는 것과 함께 다른 보증인에게도 그가 의무지고 있는 작위를 행하도록 해야 할 의무를 의미한다. 예컨대 2인의 공무원이 공동으로 수용자를 감시하는 임무를 가지고 있는 사례, 2인의 재산관리의무자에게 물건의 보관이 공동으로 위임되어 있는 사례, 2인의 안내인이 여행단체를 공동으로 안내하는 의무를 가지고 있는 사례에서와 같이,¹⁰¹⁾ 다른 보증인의 협력이 필요한 경우에 다른 보증인의 의무이행에도 배려해야 하는 의무를 서로 상호적으로 가지고 있을 때 공동의 결과방지의무가 인정된다.

이러한 경우 부작위 상호간에 기능적 행위지배가 인정되는 것이라고 평가할 수 있는 것은 아닌가 생각된다.¹⁰²⁾ 행위지배 기준은 작위범을 전제로 한 것이라는 이유로 부작위범에의 적용가능성을 부정하는 것은 적절하지 않을 수도 있지만, 반면에 단순히 작위 공동정범의 경우에 제시되는 기준의 ‘작위’를 ‘부작위’로 변경시킨 데 불과한 공식을 제시하는 것만으로는 문제가 해결되지 아니한다. 기능적 행위지배의 기준이 부작위범의 경우에는 어떠한 형태로 구체화되는가를 제시하지 않으면 아니 될 것이다. 이는 행위지배 개념을 부작위범에도 적용하는 입장에서는 커다란 과제가 될 것이다.

(3) 공동정범 인정실의 부정설 - 단독정범설

(a) 포괄적인 개별적 작위의무 인정설

공동으로만 결과발생을 저지할 수 있는 경우에 보증인에게 사회생활상 그러한 공동의무를 인정하는 것은 가능하다고 생각할 수도 있다. 그리하여 공동정범을 인정하여 처벌할 필요가 있다고도 할 수 있을 것이다. 그러나 이 경우 왜 공동정범이 인정되는가는 반드시 명확하다고는 할 수 없는 것이 사실이다. 공동으로만 결과발생을 저지할 수 있는 경우에, 보증인은 스스로 자신의 작위를 행할 의무와 함께 다른 보증인을 작위하도록 할 의무를 가지고 있다는 점을 긍정한다고 하더라도, 그러한 두가지 내용의 작위의무가 전체적으로 보증인이 각기 개별적으로 가지는 작위의무라고 본다면 이를 단독정범으로 보면 족하다는 것이다.¹⁰³⁾ 즉 공동의 의

¹⁰¹⁾ Roxin, *Täterschaft*, S.469f.

¹⁰²⁾ LK-Schünemann, §25 Rn.213은 ‘반전된 경우의 행위분담’이라고 표현한다.

무를 어느 한 사람이라도 이행하지 않으면 결과를 저지할 수 없는 이러한 경우를 분업적인 공동정범으로 파악하는 것은 타당하지 않다고 보는 입장이라 할 것이다. 결국 이러한 견해는 부작위 상호간에는 기능적 행위지배를 인정할 수 없다는 의미로 파악된다.¹⁰⁴⁾ 그러므로 형법 제30조는 부작위범에 대해서는 적용되지 아니한다.

이에 대하여는 보증인 각자에게 요구되는 행위기여를 할 개별적 작위의무와 다른 보증인도 함께 결과방지를 하도록 배려해야 할 공동의 작위의무를 포함하여 이를 다시 개별적 작위의무라고 파악하는 것이 적절한 것인가 하는 의문이 있다. 이 견해에 따르면 공동의 협력적 작위가 요구되는 상황에서 다른 보증인 혹은 결과방지에 필요한 사람과 협력을 위한 조치에 나설 의무는 개별 보증인의 개별적인 의무이며, 그러한 조치에 나서지 않으면 단독정범이 된다고 한다.¹⁰⁵⁾ 물론 보증인에게 요구되는 작위를 보증인이 직접 스스로 해야만 하는 것은 아니다. 제3자에게 협력을 요청할 수도 있다. 그러므로 아버지는 수영을 못하지만 근처에 보트소유자에게 도움을 요청하였더라면 아이를 구조하는 것이 가능한 상황이었다면 아버지에게는 일정한 작위의무가 발생한다고¹⁰⁶⁾ 할 수 있음은 물론이다. 그렇지만 이 경우 보트소유자에게 이에 응하여 아이를 구할 작위의무는 인정되지 않는다고 할 것이다. 그러므로 이는 보증인의 개별적 의무라고 할 수 있다. 그러나 보증인의 경우에는 다른 보증인의 구조요청에 응할 의무가 인정된다고 할 것이다. 즉 보증인의 협력을 위한 조치에 나설 의무는 상호적이라는 의미이다. 이와 같이 보증인의 협력이 필요한 경우에 다른 보증인의 의무이행에도 배려해야 하는 의무를 서로 상호적으로 가지고 있을 때, ‘공동의’ 결과방지의무가 인정된다고 파악하는 것이다. 이를 보증인의 개별적인 의무라고 파악하는 것은 적절하지 아니하다고 생각된다. 본 문제사안들은 복수 보증인이 공동으로만 결과를 방지할 수 있는 경우로서 다른 구조방법은 불가능하다고 전제하고 논의되는 것이며, 이때 보증인들 사이에 부작위의 상호적인 공동정범의 성립을 인정할 수 있는가 아니면 다른 보증인의 부작위와는 관계없는 일방적인 동시범으로 평가할 것인가 하는 문제라는 점을 상기할 필요가 있다.

¹⁰³⁾ Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, 2009, S.139. 또한 S/S-Cramer/Heine, §25 Rn.79.

¹⁰⁴⁾ 부작위 상호간에 기능적 행위지배를 명시적으로 인정하는 견해로는 이상돈, **형법강의**, 259면, 568면.

¹⁰⁵⁾ 류부곤, **전개논문**, 156면.

¹⁰⁶⁾ 류부곤, **상개논문**, 154면 참조.

(b) 중첩적 부작위설

공동정범의 이론구성을 취하지 않고 부작위의 단독정범을 인정하는 유사한 견해로서 소위 중첩적 인과관계(Mehrfachkausalität)의 사고를 원용하는 입장도 있다. 결과를 방지하는 것은 단독으로 할 수 없지만 결과를 발생시키는 것은 단독으로 할 수 있는 본 문제사안에서 이러한 중첩적 인과관계의 사고에 의하면, 현실적으로 발생한 결과는 개개 보증인의 부작위가 중복되어 결과로서 발생하고 있는 것이 된다.¹⁰⁷⁾ 개개 보증인이 결과방지를 하지 않은 부작위를 행함으로써 현실적으로 결과가 발생한 것이므로, 그의 부작위와 결과 사이에는 인과관계가 긍정된다.¹⁰⁸⁾ 이러한 견해와 같이 생각한다면, 단독의 작위로는 결과를 방지할 수 없는 부작위가 경합하는 경우에 부작위범의 죄책을 긍정하는 것이 반드시 공동정범의 성립을 의미하지는 않게 된다.

(4) 진정부작위범의 경우

(a) 공동정범인가 동시범인가

[사례 4]는 퇴거불응죄 사안으로 진정부작위범의 경우에도 공동정범을 인정할 것인가 아니면 동시범이 되는가 하는 점이 문제가 된다. 동시범설에 의하면 본 사례를 형식적 공동정범이라고 해석하여 진정부작위범의 경우에도 갑과 을의 부작위를 동시정범 즉 2개의 단독정범으로 해소된다고 하게 될 것이다. 물론 이 경우 각자가 실행행위(퇴거불응이라는 부작위)의 전부를 행한다는 의미에서는 형식적 공동정범으로 볼 수 있을 것이다. 하지만 갑과 을 중 한 사람의 퇴거라는 작위만으로 범행의 방지가 가능한가 라는 관점에서 본다면, 이를 형식적 공동정범으로 해석할 것인가에는 의문이 없지 아니하다. 예컨대 갑이 A의 요구에 따라 퇴거했다고 하더라도, 을의 불퇴거에 의하여 A의 주거의 평온이라는 법익은 침해되고 있기 때문이다. 따라서 본 사례를 설사 형식적 공동정범이라고 보더라도, 부진정부작위범의 경우와 동일하게 이러한 진정신분범의 경우에도 동시범으로 해소하면 족하다고 해석하는 것은 타당하지 아니하다고 생각된다. 갑에게는 스스로 A의 집에서 퇴거할 의무가 있음과 동시에 동료 을로 하여금 A의 집에서 퇴거하도록 할 의무도 있

¹⁰⁷⁾ Vgl. Jakobs, *AT*, 2.Aufl., 1993, 7/84.

¹⁰⁸⁾ Vgl. Puppe, *Zur Kausalitätsproblematik bei der strafrechtlichen Produkthaftung*, *JR*, 1992, 32. 그리고 Gropp, *Die fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes einer strafbaren Handlung - miteinander oder nebeneinander*, *GA*, 2009, 269f.; Bachmann/Eichinger, *Täterschaft beim Unterlassungsdelikt*, *JA*, 2011, 109.

다고 한다면, 진정부작위범의 공동정범의 성립이 인정될 수 있다고 생각된다.¹⁰⁹⁾ 또한 퇴거불응죄에도 미수의 가능성이 인정되는 경우(형법 제322조 참조),¹¹⁰⁾ 동시범설에 의하면 갑이 자의로 퇴거불응을 중지하는 것만으로 곧바로 중지미수가 성립될 것이다. 그러나 본 사례의 경우 갑에게 중지미수의 성립을 인정하기 위하여는, 스스로 중지하는 것만으로는 부족하고 또한 을을 퇴거하도록 하는 것이 필요하다고 보여진다. 이와 같이 중지미수와 관련하여 보더라도 [사례 4]는 실질적 공동정범의 경우라고 생각된다.

(b) 대법원 판례의 입장 - 부작위 상호간 공동정범의 성립가능성 긍정설

위에서 기술한 바와 같이 형식적 공동정범 사례에서 판례는 종래 아무런 설시 없이 부작위의 공동정범이 인정된다는 결론만을 언급하였었다.¹¹¹⁾ 그런데 최근에 진정부작위범인 공중위생관리법상의 신고의무위반죄와 관련하여 부작위 사이의 공동정범의 성립요건에 관하여 판시하고 있다. 피부마사지업을 하는 회사의 지점실장인 피고인들이 신고를 하지 않고 영업을 하다 적발되어 신고의무자인 회사(한국지사장)와 신고의무위반죄의 공동정범으로 기소된 사안과¹¹²⁾ 피고인인 대학의 학장과 총무처장이 신고를 하지 않고 대학시설에서 영업을 하다 적발되어 신고의무자인 학교법인(이사장)과 신고의무위반죄의 공동정범으로 기소된 사안에서¹¹³⁾이다. 대법원은 피고인들의 작위의무의 존부에 관하여 판시하면서, 작위의무가 없는 자에 대하여는 부작위에 의한 불신고죄의 성립을 부정하였다. 그런데 공동정범의 성립을 주장하는 검사의 상고를 배척하면서, 작위의무가 있는 경우를 전제로 한¹¹⁴⁾ 부작위 상호간 공동정범의 일반적인 성립가능성에 관하여도 언급하고 있다. 판례에 의하면 “부작위범 사이의 공동정범은 다수의 부작위범에게 공통된 의무가 부여되어 있고 그 의무를 공통으로 이행할 수 있을 때에만 성립한다”고 하여, 실질적 공

109) 김일수/서보학, **형법총론**, 614면 참조.

110) 물론 퇴거불응죄는 퇴거요구를 받은 후 퇴거에 필요한 시간이 경과한 후에 성립되는 범죄이므로, 실제상 미수를 인정할 여지는 거의 없다고 생각은 된다.

111) 각주 91) 참조.

112) 대판 2008. 3. 27, 2008도89. 이 판결에 대한 상세한 분석은 신동운, **신판례백선 형법총론**, 제2판, 2011, 601면 이하(케어코리아 사건); 김성룡, **전계논문**, **형사판례연구** [17], 25면 이하.

113) 대판 2009. 2. 12, 2008도9496.

114) 사안과 직접 관련은 없지만 검사가 부작위의 공동정범을 주장했기 때문이라고 생각된다.

동정범의 성립요건을 일반적으로 제시하면서¹¹⁵⁾ 부작위 공동정범의 성립도 부정하고 있다. 판결은 피고인들의 작위의무의 존재 자체를 인정하지 않음으로써 진정 부작위범인 신고의무위반죄의 범죄주체가 될 수 없으며, 공동정범도 작위의무 있는 자에 한정되는 것이므로¹¹⁶⁾ 공동정범 또한 될 수 없다는 것이다. 행위자에게 정범성립을 위해 구성요건상 요구되는 표지가 결여되면 당사자에게 범행은 자신의 것이 될 수 없어, 단독정범이 될 수 없을 뿐만 아니라 공동정범도 성립될 수 없기 때문에¹¹⁷⁾ 타당한 판결이라고 생각된다.

D. 어떤 보증인의 부작위가 다른 보증인에게 귀속되는 근거 - ‘공동의 결과방지의무’

1. 공동의무의 개념

위에서 살펴본 바와 같이 어떤 보증인의 부작위를 다른 보증인에게도 일체로서 파악하는 근거 다시 말하면 부작위범에서 공동성을 근거지우는 것으로서 공동의 결과방지의무 즉 공동으로 결과를 저지할 의무를 들고 있음이 일반적이다.¹¹⁸⁾ 공동의 의무 내지 의무위반의 공동성이 부작위 공동정범의 전제조건이라는 것이다. 그러므로 각자가 개별적으로 작위의무를 가지고 있음에 불과한 경우에는, 복수의 보증인이 동일상황에서 작위를 하지 않았더라도 ‘공동성’이 결여되어 동시범에 불과한 것이 된다. 그렇다면 공동의 결과방지의무라는 것은 결과를 저지하는데 필요한 행위를 ‘스스로 직접 행함’과 함께 ‘다른 보증인에게도 작위를 하게 할 의무’를 의미한다. 보다 정확하게는 ‘다른 보증인에게도 작위하게 할 의무’ 내지 ‘다른 보증인의 의무이행에도 배려해야 할 의무’가 “보증인 상호간에” 존재하는 경우에 한

115) 이상돈, **형법강의**, 568면은 이에 더하여 각자의 작위의무위반 중 어느 하나라도 없었다면 결과가 발생하지 않았을 것이어야 한다는 요건이 추가되어야 한다고 기술하고 있다. 그러나 이는 형식적 공동정범의 경우에 타당한 요건이다. 복수 보증인들이 공동으로만 결과를 방지할 수 있는 실질적 공동정범의 경우 그 성립요건을 논하면서, 보증인이 각자 단독으로도 결과를 방지할 수 있었을 것이라는 요건을 추가로 요구하는 것은 전혀 맞지 아니하다. 굳이 추가한다면 오히려 보증인 각자의 작위의무위반 중 어느 하나라도 있다면 결과가 발생할 것이어야 한다는 요건이 추가될 수 있을 것이다.

116) 오영근, **형법총론**, 제2판, 2009, 585면.

117) 성낙현, **형법총론**, 551면.

118) 대표적으로 Roxin, *Täterschaft*, S.469. 의무범설에 의하면 부작위범은 의무범으로서 의무위반만이 정범성을 근거지우는 것이므로, 공동정범에 관해서도 ‘의무위반의 공동성’과는 다른 무엇인가가 필요한 것은 아니라고 한다.

하여, 공동의 결과방지의무가 인정되는 것이다. 이러한 공동성은 보증인의 합의를 통해서가 아니라, 객관적·사회적·규범적 관점에서 결정되는 것이다.¹¹⁹⁾

2. 귀속근거로서의 공동의무 부정설

어떤 보증인의 부작위를 다른 보증인에게도 전체적으로 하나의 부작위로 파악하는 근거를 공동의 결과방지의무에 있다고 보는 이러한 견해에 대한 비판으로서, 의무자는 다른 공동의무자의 선택이나 다른 공동의무자에 대해 어떠한 영향력도 가지고 있지 아니하다는 점이 지적된다. 이러한 경우 다른 사람의 행위에 대하여 형사책임을 부담할 수는 없는 것이므로, ‘공동의 의무가 있다는 것만으로는’ 어떤 보증인의 부작위가 다른 보증인에게 귀속되는 근거가 될 수 없다는 비판이 있다.¹²⁰⁾ 즉 이는 공동의 결과방지의무가 어떤 보증인의 부작위를 다른 보증인에게 귀속시키는 근거가 된다는 점을 부정하는 것이다.

3. 공동의무의 의미내용 - 보증인의 역할 내지 부작위 의미의 동등성

어떠한 근거로 부작위범영역에서 그러한 공동의 작위의무가 발생하는지, 그리하여 형법 제30조가 부작위범에서 그러한 기능을 하는 규정인가 하는 통설을 향한 통렬한 물음은¹²¹⁾ 근본적이고 어렵고 예리하고 또한 너무 아프고 우리를 절망케 한다. 개인책임의 원칙에서 본다면 다른 사람의 의무위반행위에 대해 형사책임을 부담하기 위해서는, 그 의무자의 선임 감독에 관해 권한을 가지고 있어야 하는 것이 원칙적으로 필요하다. 공동의 결과방지의무가 문제되는 경우에, 보증인이 다른 공동의무자의 선택에 영향력을 가지고 있다고는 말할 수 없다. 그러나 결과방지를 위하여 다른 보증인의 협력이 필요한 경우에는 다른 보증인에게도 작위하도록 할 의무가 인정될 수 있다고 생각된다. 이러한 의무는 다른 보증인의 부작위에 대하여도 형사책임을 부담하는 것을 정당화하게 된다. 즉 다른 보증인의 부작위도 평가의 대상에 포함되는 것이다. 물론 복수의 보증인이 존재하는 모든 경우에 공동의 결과방지의무가 인정되는 것이 아니라, 다른 보증인의 부작위에 대해서까지 형사책임을 부담하는 것이 정당화될 수 있는 사정이 존재하는 경우에 한정되는 것이

119) 김성룡, 전제논문, **형사판례연구** [17], 54면 이하에서는 보증인의 ‘합의를 통해서는’ 공동의 작위의무가 창출될 수 없다고 비판하고 있다.

120) Busse, *Unterlassungsdelikte*, S.333.

121) 김성룡, 전제논문, **형사판례연구** [17], 54면 이하.

다. 결국 개별적인 결과방지의무 이외에 다른 보증인의 의무이행에까지 미친다는 의미에서의 공동의 결과방지의무는 보증인의 어떤 부작위가 전체로서 평가의 대상이 되는 것, 따라서 각 보증인에게 귀속되는 것을 정당화할 수 있는 사정이라고 생각된다. 작위의무의 내용이 다른 보증인의 의무이행의 보장에까지 미친다는 관계에 의하여 기초지워지는 것은 따라서 경합하는 복수 보증인 사이에 부작위의 상호적 귀속이며, 이는 복수의 부작위자간에 공동정범관계의 성립가능성을 의미한다.

단독정범의 성립요건을 충족하지 못하더라도 공동정범으로 처벌되어야 하는 경우가 있다. 이러한 관여자를 정범으로서 취급하는 것이 어째서 정당화될 수 있는지 그 이유는 무엇인지 하는 - 물론 형식적 근거는 형법 제30조의 존재이지만 - 그 실질적 근거가 문제되는 것이다. 이 점에 관하여 우리나라의 통설과 판례는 기능적 행위지배가 공동정범의 정범성을 근거지우는 것으로 이해하고 있다. 중요한 혹은 대등한 역할이라고 하더라도 그 자체로는 단독정범의 성립요건을 갖추지 못하는 경우가 많다. 그러나 그 행위들이 상호간에 밀접하게 연관되어 결과를 야기하고 있는 경우에는, 그 관여자들은 일체로서 동렬적으로 결과를 야기한 것으로 평가될 수 있다. 그리하여 공동정범자 전원의 행위를 일체로 볼 때, 결과회피가능성이 인정되어야 함은 물론이다. 이러한 관여의 상호성 혹은 상호보충성을 기능적 행위지배라고 표현하는 것이라고 할 수 있다.¹²²⁾ 작위범을 염두에 둔 이러한 논의는 부작위에 의한 공동정범의 경우에도 원용될 수 있지 않을까 생각된다. 그리하여 부작위 공동정범에 있어서는 보증인 각자에게는 결과방지가능성이 인정되지 않아 단독정범의 성립요건은 충족하지 못하지만, 공동자 전원의 행위에 상호성 혹은 상호보충성이 인정되는 경우에는 복수 보증인들이 일체로서 결과방지가능성이 인정되어 공동정범이 될 수 있다고 생각된다.

복수의 보증인이 공동으로만 결과를 방지할 수 있는 경우는, 모든 보증인은 자기의 작위만으로는 결과를 저지하지 못하고 다른 보증인에게도 협력을 의뢰하지 않을 수 없는 동일한 상황에 있다. 그러므로 모든 보증인의 부작위가 결과불저지라는 사태에 있어서 동등한 의미를 가지고 있다고 평가된다. 각 보증인의 작위의무는 동일하게 중요한 결과저지의 요건이다. 다른 보증인의 작위가 없으면 결과방지는 불가능하다. 어느 한 보증인의 부작위가 다른 보증인의 결과방지가능성을 제거시키는 기능을 한다. 이와 같이 모든 보증인의 작위의무는 기능적으로 연관되어

122) 정성근·박광민, **형법총론**, 제4판, 2008, 529면; 오영근, **형법총론**, 562-563면; 김일수·서보학, **형법총론**, 604면.

있다. 따라서 복수 보증인이 의사연락하에 작위를 하지 않으면, 모두 공동정범으로서 발생한 결과에 대하여 형사책임을 부담한다고 생각된다.

E. 비보증인의 부작위에 의한 공범의 성립가능성 - 부작위범의 공동정범과 형법 제33조 본문의 적용 여부와 관련하여

[사례 5] 모친A와 제3자B가 공동의 의사로 A의 자녀에게 식사를 주지 않아 아사하게 하였다.

1. 비보증인의 작위에 의한 가담

(1) 문제의 제기

보증인의 부작위에 대하여 비보증인이 작위로 관여했을 경우, 비보증인의 형사책임에 관하여는 크게는 두 가지 입장이 있다. 하나는 신분범에 대한 비신분자의 가담으로서 형법 제33조 본문의 적용에 의하여 해결하는 방법이다. 부진정부작위범은 보증인만이 실현할 수 있다. 비보증인은 이를 범할 수 없다. 이러한 의미에서 부진정부작위범은 일종의 진정신분범이라고 할 수도 있을 것이다.¹²³⁾ 부진정부작위범이 신분범이라면, 신분범인 보증인의 부작위에 대하여 작위로 가담한 비보증인의 작위에도 형법 제33조 본문이 적용되어 부진정부작위범의 교사범 방조범 공동정범이 인정될 것이다. 신분범(부작위범)에 가담한 때에는 신분없는 자(비보증인)도 공범이 될 수 없는 것은 아니기 때문이다.

그런데 보증인의 부작위에 비보증인이 작위에 의해 가담하는 경우 이를 공범과 신분의 문제와는 별개의 문제로 보는 입장이 있을 수 있다. 즉 이 경우에 비보증인은 당연히 형법 제31조, 제32조, 제30조의 적용에 의하여 교사범, 방조범, 공동정범이 되는 것이며, 신분범에 대한 ‘비신분자의 가담’의 문제는 발생하지 않는다는 것이다. 비보증인의 작위에 의한 교사 방조라고 하여, 특수한 원리를 도입해야

¹²³⁾ 정영일, **형법총론**, 제3판, 2010, 459면; 박상기, **형법총론**, 310면, 465면; 정성근·박광민, **형법총론**, 589면(각주240에서는 우리나라의 통설이라고 한다); 김성돈, **형법총론**, 제2판, 2009, 511면, 514면, 665면; 김일수·서보학, **형법총론**, 2006, 568면, 656면; 권오걸, **형법총론**, 제2판, 2007, 414면. 그리고 임웅, **형법총론**, 485면은 논란이 많다는 지적만을 하고, 각주 172에서는 신분으로 보는 것이 우리나라의 통설이라고 한다. 그리고 독일에서는 Welzel, *Strafrecht*, S.208; Maurach/Gössel/Zipf, *AT II*, S.190; Jakobs, *AT*, 28/13; Rengier, *AT*, §51 Rn.9. 이와 반대로 부진정부작위범에서의 작위의무를 신분으로 보기 어렵기 때문에 부진정부작위범을 진정신분범으로 보지 않는 견해로는 오영근, **형법총론**, 650면.

한다는 이유는 없다. 그리하여 일반적인 공범규정이 적용되는 것이며, 형법 제33조 본문의 문제가 발생하지 않는 것이다.

물론 형법 제33조 본문을 적용한다고 하더라도 결론에 있어서는 동일하므로, 이를 순전히 이론적 내지 체계적인 문제에 불과하다고 치부해 버릴 수도 있을지 모르겠다.

(2) 학설의 대립

(a) 형법 제33조 본문 적용설

부진정부작위범을 진정신분범으로 보게 되면 이러한 보증인의 부작위에 가공하는 비보증인의 작위에 대하여 형법 제33조 본문의 적용이 가능하다는 입장이다. 우리나라에서는 이러한 이해가 일반적이라고 보여진다.¹²⁴⁾ 이 입장은 비보증인도 보증인의 부작위에 관여한 때에는 보증인적 지위를 연대한다는 점을 근거로 한다고 생각된다.¹²⁵⁾ 따라서 수뢰죄에 관여하는 비공무원과 달리 취급할 근거는 없다는 것이다.

(b) 공동정범을 제외한 형법 제33조 본문 적용설

보증인적지위 내지 의무도 신분으로 보는 입장에서 부진정부작위범은 진정신분범이다. 그런데 진정신분범을 다시 의무범인 행위자관련신분범과 비의무범인 결과관련적신분범으로 나누어, 의무범의 경우에는 의무 없는 자는 의무 있는 자와 공동했다라도 형법 제33조 본문에 의하여 공동정범이 될 수는 없다고 하는 견해가 있다.¹²⁶⁾ 진정신분범 중 행위자관련신분범 내지 의무범은 각 행위자에게 특유한 신분상의 의무위반이 없으면 정범이 될 수 없으므로, 신분 없는 자가 신분자의 신분을 차용하여 신분범의 공동정범이 될 수 없다는 점을 근거로 한다. 따라서 형법 제33조 본문 중 공동정범은 의무범적 진정신분범에 대하여는 적용되지 아니하고, 나머지 진정신분범, 즉 결과관련적신분범에 대해서만 적용된다.¹²⁷⁾ 그런데 부진정부작위범은 의무범적 진정신분범이므로 형법 제33조 본문의 적용가능성이 부정되어, 보증인의 부진정부작위범과 비보증인의 작위는 공동정범이 될 수 없다는 결론에 이르게 된다.¹²⁸⁾

124) 대표적으로는 김성돈, **형법총론**, 555-556면.

125) Vgl. Vogler, Zur Bedeutung des §28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, *FS-Lange*, 1976, S.270ff.

126) 김일수·서보학, **형법총론**, 568면, 660면.

127) 김일수·서보학, **형법총론**, 660면.

(c) 형법상의 일반 공범규정(제30조·제31조·제32조) 적용설 - 형법 제33조 본문 적용부정설

(가) 공범과 신분의 문제이지만 보증인적 지위는 신분으로 볼 수 없다는 입장
부진정부작위범의 보증인적 지위를 신분으로 볼 수 없기 때문에, 보증인의 부작위에 가공하는 비보증인의 작위에 대하여 형법 제33조 본문이 적용될 수 없다는 견해이다.¹²⁹⁾ 보증인의 부작위에 비보증인이 작위에 의해 가담하는 경우에 이것이 공범과 신분의 문제라는 점은 긍정하지만, 보증인적 지위는 신분이라고 볼 수 없기 때문에 형법 제33조 본문의 적용되지 않는다고 보는 것이다. 따라서 이 경우에는 형법상의 일반적인 공범규정이 적용되는 결론에 이르게 된다. 이 견해도 만약 보증인적 지위를 신분이라고 본다면 형법 제33조 본문의 적용이 긍정된다는 전제하에 있는 것이다.

(나) 보증인적 지위는 공범과 신분의 문제와는 별개라는 입장

보증인적 지위를 신분으로 보더라도 비보증인에게 형법 제33조 본문의 적용을 부정하는 견해이다. 작위에 의한 범의침해는 보증인에 의한 것이든 비보증인에 의한 것이든 그 구별을 묻지 아니한다. 어떤 사람에게 대하여든 그 작위는 금지되어 있기 때문이다. 즉 비신분자는 작위에 의해서 단독으로 정범이 될 수 없는 - 그래서 형법 제33조 본문의 규정을 두고 있는 - 다른 일반적인 신분범과는 달리, 비보증인(비신분자)은 작위에 의해서 단독으로 정범이 될 수 있다. 따라서 비보증인이 작위에 의하여 가담하는 한, 작위범으로서 그 자체 평가를 받는 것이다. 그리하여 비보증인이 작위에 의하여 부진정부작위범에 가담한 경우에는 형법상의 일반 공범규정이 적용될 것이다. 이러한 입장에서는 부진정부작위범은 - 설사 이를 신분범이라고 보더라도 - 대단히 특별한 신분범이라고 할 것이다. 즉 비보증인의 작위에 의한 가담은 실질적으로는 신분범의 문제를 발생시키지 아니하는 신분범으로 생각되어야 할 것이다.¹³⁰⁾ 예컨대 귀찮고 번거롭게 하는 자녀를 ‘살해하라’고 모친에게

128) 김일수·서보학, **형법총론**, 614면.

129) 오영근, **형법총론**, 585면 참조.

130) 독일에서 보증인의 부작위에 비보증인이 작위로 가담하는 경우에 공범과 신분의 문제를 발생시키지 않는다는 입장으로는 S/S-Cramer/Heine, §28 Rn.19.; Jescheck/Weigend, *AT*, S.658; Geppert, *Zur Problematik des §50 Abs.2 StGB im Rahmen der Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt*, *ZStW*, 82(1970), 70; Lackner/Kuhl, *StGB*, 27.Aufl., 2010, §28 Rn.6; Stein, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, S.337; Gropp, *AT*, §10 Rn.112.

교사한 내연남과 의사하는 자녀를 ‘구조하지 말라’고 모친에게 교사한 내연남에 대하여, 전자는 (비보증인의) 작위에 의한 (보증인의) 작위범에의 교사이므로 - 당연히 형법 제31조가 적용되어 - 형법 제33조 본문의 적용문제를 발생시키지 아니하고, 후자는 비보증인의 작위에 의한 보증인의 부작위범에의 교사이므로 - 형법 제31조가 적용되지 아니하고 - 형법 제33조 본문의 적용이 있다고 보는 것은 부당한 형식론이라는 의미이다.¹³¹⁾

2. 비보증인의 부작위에 의한 가담

(1) 문제의 제기

보증인의 부작위에 대하여 비보증인이 부작위로 관여했을 경우에도, 신분범에 대한 비신분자의 가담으로서 형법 제33조 본문의 적용여부가 문제가 될 수 있다. 이와 관련하여서도 두 가지 견해가 있을 수 있다. 우선 부진정부작위범이 신분범이라면, 신분범인 보증인의 부작위에 대하여 부작위로 가담한 비보증인의 부작위에도 형법 제33조 본문이 적용되어 부진정부작위범의 공범이나 공동정범이 인정될 수 있을 것이다. 신분범(부작위범)에 관여한 때에는 신분없는 자(비보증인)도 공범 혹은 공동정범이 될 수 있기 때문이다.

그러나 이러한 이해는 형식적인 것에 불과하여 타당하지 않다고 보는 입장이 있을 수 있다. 부진정부작위범에 있어서 형법의 금지 명령은 전적으로 보증인에 대하여만 인정되는 것이지, 비보증인은 어떠한 경우에 있어서도 어떠한 의미에 있어서도 형법규범의 수범자가 아니기 때문이다. 이와 같이 비보증인의 부작위는 공범 성립의 가능성이 배제된다는 것은 어떤 의미에서는 당연한 것이라고도 말할 수 있는 것이다. 따라서 이는 중대한 문제제기이다.

(2) 학설의 대립

(a) 형법 제33조 본문 적용설

부진정부작위범을 진정신분범으로 보게 되면 이러한 보증인의 부작위에 가공하는 비보증인의 부작위에 대하여도 형법 제33조 본문의 적용이 가능하다고 보는 입장이다. 분명하지는 않지만 우리나라에서는 이러한 이해가 통설적이라고 보여진다. 즉 정범이 부진정부작위범인 경우에는 부작위를 통해 정범의 범죄에 가담하는 자에게 보증인적 지위가 없더라도 형법 제33조의 적용을 통해 부작위에 의한 공동

¹³¹⁾ Vgl. Ranft, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 25. 1. 1995, JZ, 1995, 1187.

정범 또는 방조범의 성립을 인정할 수 있다는 것이다.¹³²⁾ 비보증인도 보증인의 부작위에 관여한 때에는 보증인적 지위를 연대한다는 점을 근거로 하는 것은 아닌가 생각된다.¹³³⁾ 이에 비해 정범이 작위범인 경우에는 부작위에 의한 중범이 성립하기 위해서는 방조자에게 보증인적 지위가 인정되어야 한다는 점에 모든 견해가 일치되어 있다.

(b) 형법 제33조 본문 중 공동정범의 적용가능성 부정설

보증인의 부작위에 비보증인이 부작위에 의한 교사나 방조로 가공하는 경우에 관하여는 결론을 유보하면서, 적어도 형법 제33조를 비보증인의 부작위에 의한 공동정범에 적용하는 것은 - 보증인의 경우조차도 이미 형법 제30조에 의한 공동정범 성립가능성 자체가 처음부터 부정된다는 입장에서 - 처음부터 배제하는 견해가 있다.¹³⁴⁾ 형법 제33조는 신분(보증인의 지위)있는 자 들에게는 원래 공동정범이 인정될 수 있다는 것을 기본전제로 하여, 그러한 신분(보증인적 지위)없는 자에게도 신분 있는 자와 공동으로는 공동정범을 인정한다는 규정이다. 그런데 이미 보증인들에게도 형법 제30조에 의한 부작위 공동정범 자체가 아예 성립될 수 없다는 입장을 취하기 때문에, 비보증인에게는 형법 제33조 본문에서 공동정범은 적용될 여지 자체가 처음부터 있을 수가 없다는 것이다.

(c) 형법 제33조 본문 적용가능성 부정설

부진정부작위범의 보증인적 지위를 신분으로 볼 수 없기 때문에, 보증인의 부작위에 가공하는 비보증인의 부작위에 대하여도 형법 제33조 본문이 적용될 수 없다는 입장이 있다.¹³⁵⁾ 따라서 형법상의 일반 공범규정(형법 제31조·제32조·제30조)이 적용되어야 한다. 그런데 비보증인의 부작위는 애시당초 단독으로 정범이 될 수 없을 뿐만 아니라 공범도 될 수 없다.¹³⁶⁾ 즉 보증인적 지위를 신분으로 볼 수 없기 때문이라고 말하지만, 사실 이는 실질적인 측면에서 고찰하여 비보증인의 부작위는 공범이 될 수 없기 때문이다.¹³⁷⁾ 부작위범은 보증인적 지위를 전제로 하는 것

132) 김성돈, **형법총론**, 653면; 이상돈, **형법강의**, 259면.

133) Vgl. Vogler, *FS-Lange*, S.270ff.

134) 류부곤, **전계논문**, 157면.

135) 오영근, **형법총론**, 585면 참조.

136) Geppert, *ZStW*, 82 (1970), 47ff., 65ff.

137) 성낙현, **형법총론**, 551-552면 참조. 또한 Geppert, *ZStW*, 82 (1970), 49.

으로서, 비보증인의 부작위에는 형법규범이 적용되지 아니한다. 작위의무가 부정되면 부작위 성립을 위한 전제조건 자체가 결여되는 것으로서, 원래부터 정범도 공범도 성립될 수 없다는 것이다. 결국 이러한 입장에 의하면 비보증인의 부작위에 의한 가담의 경우 형법 제33조 본문의 문제는 원래부터 발생하지 않는다는 결론이 될 것이다. 조금 더 밀고 나아가 이야기한다면 보증인적 지위를 설사 신분으로 본다고 하더라도, 이러한 입장에 의하면 보증인이라는 신분은 비신분자(비보증인)의 부작위에 대한 형법 제33조의 적용을 배제하는 아주 특별한 신분이라고 할 것이다. 즉 보증인적 지위가 요구되는 부진정부작위범은 그러한 신분을 가진 자의 부작위만이 정범이나 공범이 될 수 있으며 또한 그러한 신분을 가지지 아니한 비신분자의 부작위는 형법 제33조 본문의 적용이 배제하여 정범도 공범도 될 수 없는, 굳이 이름을 붙이자면 “배타적 진정신분범” “절대적 진정신분범” “폐쇄적 진정신분범” 혹은 “비신분자에 대한 연대배제적 진정신분범”이라고 부를 수도 있지 않을까 생각된다.

또한 보증인이 작위에 의하여 다른 보증인의 부작위에 가담한 경우는, 위에서 본 것처럼 일반적인 작위에 의한 가담과 불법성이 동등하므로 형법 제33조의 적용은 없다고 하는 견해가 타당하다고 생각된다.¹³⁸⁾ 즉 작위에 의한 가담은 비보증인이든 보증인이든 신분(보증인)문제를 발생시키지 아니한다는 것이다.

결국 이와 같이 본다면 비보증인은 그의 작위든 부작위든 형법 제33조의 문제를 발생시키지 아니한다는 결론에 도달하게 된다. 비보증인은 “부작위에 의해서는” - 부진정부작위범의 정범이 될 수 없을 뿐만 아니라 - 작위 혹은 부작위의 정범에 관여하는 경우에도 결코 공범이 되는 것은 아니게 된다.

(3) 통설과 판례의 입장에 대한 상반된 해석가능성

“부작위에 의한 방조가 성립하기 위하여는 중범이 보증인적 지위에 있어야 한다”는 점에 관하여는 견해가 일치하고 있다. 그런데 이와 관련하여 구체적으로 인용하는 실례와 판례들은 전부 예외 없이 정범의 실행을 저지해야 할 보증인적 지위에 있는 자가 이를 저지하지 않고 범죄수행을 용이하게 한 경우 즉 정범이 작위범에 해당하는 경우이다. 그렇다면 정범인 강도범이나 모친이 작위로 자식을 살해하는 경우에, 이를 방지하지 않은 제3자(비보증인)에게는 부작위에 의한 정범이나 방조범은 인정될 수 없다는 것이다. 정범이 작위범인 경우 부작위에 의한 방조가 성립

¹³⁸⁾ Geppert, *ZStW*, 82 (1970), 49ff., 70ff.

하기 위해서는 방조자에게 보증인적 지위가 인정되어야 한다는 점에 의문은 없다. 그런데 ‘정범이 부진정부작위범인 경우에도’ 정범의 범죄에 부작위에 의해 가담하는 자에게 보증인적 지위가 없으면 중범 또는 공동정범의 성립이 인정되지 않는다고 보고 있는 것인지 아니면 이 경우에는 형법 제33조 본문의 적용되어 중범 또는 공동정범이 인정될 수 있는 것인지 의문이 제기된다. 예컨대 익사하는 자식을 모친이 부작위에 의해 구조하지 않는 경우에, 제3자(비보증인)도 부작위에 의해 구조하지 않았다면 제3자(비보증인)에게는 형법 제33조 본문의 적용이 있는가 하는 문제이다. 그러므로 통설은 형법 제33조 본문의 적용과 관련해서는 입장을 분명하게 밝히지 않고 있다고 하는 것이 보다 정확하다고 할 것이다. 즉 “부작위에 의한 방조가 성립하기 위해서는 방조자에게 보증인적 지위가 인정되어야 한다”는 일치된 견해는, 정범이 작위범인 경우에만 타당하고 정범이 부진정부작위범(진정신분범)인 경우에는 타당하지 아니하여 형법 제33조 본문이 적용되는 것인가 아니면 정범이 작위범이든지 부진정부작위범이든지 구별없이 부작위에 의한 가담 일반에 타당한 것인가 하는 해석의 여지를 남기고 있다. 신분범 측면에서 접근하면, 부진정부작위범을 신분범으로 보게 되고 그렇다면 형법 제33조 본문의 적용을 긍정하는 입장이 우리나라의 통설적인 입장이라고 보여진다. 이와 달리 부작위의 본질 측면에서 접근하면, 부작위는 작위의무를 전제로 한 것으로 보증인적 지위가 없는 자는 예시당초 가벌성의 영역에서 제외되는 것이므로 비보증인(비신분자)의 부작위는 원래부터 형법 제33조가 적용될 여지가 없는 것으로 보는 입장이 오히려 당연히 통설의 태도가 아닌가 하는 생각이 들기도 한다. 모친이 호수에 빠져 익사하는 자신의 아이를 구하지 않는데, 주위에 있거나 통행하던 수많은 제3자(비보증인)가 모친을 위해 일부러 구조하지 않는 부작위를 하는 경우에, 통설이 이들 비보증인(비신분자)에게 형법 제33조 본문을 적용하여 방조범 혹은 공동정범을 인정할 것인지 의문이 있기 때문이다.

3. 비판적 검토 - 보증인적 지위의 실질적 근거

형법은 법익보호를 목적으로 한다. 이를 위해 형법은 “모든 사람에 대하여” 법익침해행위를 금지한다. 그러므로 부작위에 대한 ‘작위의 공범’은 항상 가능하다.¹³⁹⁾

¹³⁹⁾ Nagler, Die Problematik der Begehung durch Unterlassen, *GS*, 111 (1938), 18f.; Lüderssen, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, S.132ff., 177ff.; Geppert, *ZStW*, 82 (1970), 68f.; Gössel, Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt, *ZStW*, 96 (1984), 323ff., 331ff.; Maurach/

앞에서 본 실례에서와 같이 익사하고 있는 유아의 모친에 대하여 구조하지 말 것을 교사하는 아버지의 경우, 모친의 부작위를 교사한 것에 지나지 않지만 교사행위 자체는 작위이며 결국은 유아의 생명에 대한 간접적인 법익침해로서 교사범이 인정된다. 그는 모친의 부진정부작위범으로서의 살인죄에 대하여 작위의 공범으로 처벌된다. 이에 반하여 형법은 위협에 빠진 법익의 보호를 “모든 사람에 대하여” 요구할 수는 없다. 만약 그렇지 않다면 형법은 모든 사람에 대하여 소위 ‘사인경찰관’이 될 것을 요구하는 것이며,¹⁴⁰⁾ 모든 사람에게 유아의 모친이 될 것을 요구하는 것이 되기 때문이다. 즉 형법은 법익보호를 위한 ‘명령’을 어떤 특정한 사람에 대하여만 할 필요가 있다. 특정인에 대하여만 이러한 명령을 하여 법익보호에 봉사할 것을 요구할 수 있다. 이러한 명령은 그 사람에게 부여된 직무 내지 지위를 완수시키는 것이다.¹⁴¹⁾

법익침해금지에는 모든 사람의 모든 경우의 작위에 대해 타당하지만, 명령을 통하여 법익을 보호하는 지위에 있도록 하는 것은 특정한 사람에만 한정되고 오직 그 사람의 작위만이 요구되고 있는 것이다. 이러한 사람의 소극적인 ‘명령위반’에 대하여는 ‘금지위반’과의 동가치성을 인정하는 것도 합리적이라고 생각된다. 반면에 특정되지 아니한 사람은 형법적으로는 자유이다. 이러한 사람이 비보증인이다. 특정된 사람 즉 보증인과 특정되지 않은 사람 즉 비보증인과의 구별은 이러한 관점을 전제로 하고 있다. 비보증인은 그의 부작위에 의해서는 보호해야 할 법익이 존재하지 아니한다.¹⁴²⁾ 물론 비보증인이더라도 그의 작위는 법익을 침해한다. 그러나 비보증인의 부작위는 법익을 침해하지 아니하는 것이다.¹⁴³⁾ 이러한 차이는 중대한 것이라고 평가될 수 있다.

이와 같이 볼 때 비보증인은 그의 부작위에 의해서는 단독으로 부진정부작위범을 범할 수 없다는 것은 자명하다. 또한 비보증인이 보증인의 부작위에 가담한 경우에도 보증인적 지위를 연대한다는 것은 불가능하다고 생각된다. 그렇다면 결국 비보증인의 부작위는 우리 형법 제33조 본문에도 불구하고 공범이 될 수 없는 것이다. 보증인의 부작위에는 보호되어야 할 법익이 존재하지만, 비보증인의 부작위

Gössel/Zipf, *AT II*, S.190, 328.

¹⁴⁰⁾ Nauke, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6. 10. 1976 -3 StR 202/76, *JR*, 1977, 290ff., 292; Maurach/Gössel/Zipf, *AT II*, S.328.

¹⁴¹⁾ Nagler, *GS*, 111 (1938), 19ff.; Gössel, *ZStW*, 96 (1984), 323ff.

¹⁴²⁾ Lüderssen, *Zum Strafgrund*, S.133.

¹⁴³⁾ Lüderssen, *Zum Strafgrund*, S.132ff., 191ff.

에는 침해해서는 안 되는 법익도 보호해야 할 법익도 존재하지 않는다. 비보증인의 부작위는 형법규범의 금지 명령으로부터 해방되어 있기 때문이다. 공범종속성을 기초치우는 전제 자체가 결여되고 있다고 말할 수 있을 것이다. 비보증인은 어떠한 의미에 있어서도 형법규범의 수범자가 될 수 없다고 하는 것은 물론 비보증인의 부작위에 관한 것이다. (비보증인의) 작위에 관해서는 보증인·비보증인의 구별은 문제가 되지 아니하는 것이므로, 결국 비보증인의 부작위는 형법의 적용범위 밖에 있다고 말할 수 있다는 것이다.

이러한 점은 수뢰죄 등 일반적인 신분범에 관하여도 타당하다고 해야 할 것이다. 예컨대 공무원인 남편의 수뢰를 목격한 처가 수뢰를 저지하지 않았다고 하여, 비공무원인 처가 보증인적 지위를 취득한다고는 할 수 없다. 일반인인 처도 공무의 연결성을 수호해야 한다고 말하지만,¹⁴⁴⁾ 이는 처의 ‘작위’에 의한 가담에 대하여 타당할 뿐이며, 부작위에는 타당하지 아니하다고 할 것이다. 일반적으로 신분범에 가담한 비신분자가 형법 제33조 본문에 의하여 공범이 될 수 있다는 것은, 비신분자가 ‘작위’에 의해 가담하는 경우를 전제로 하고 있다는 점을 간과해서는 아니 된다고 할 것이다. 이 경우에는 공범종속성의 전제가 갖추어져 있다.

[사례 5]에서는 작위의무가 없는 비보증인 B에게도 형법 제33조 본문을 적용하여 부진정부작위범의 공동정범이 성립되는가가 다투어지고 있다. 다수설로 보여지는 입장에 의하면 부진정부작위범에 있어서 작위의무자 즉 보증인은 구성적 신분으로서 부진정부작위범은 진정신분범이므로 형법 제33조 본문이 적용되어, 작위의무 없는 자의 부작위에 대하여 작위의무 있는 보증인의 부작위와의 공동정범이 인정된다. 그러나 본래 보증인적 지위에 있지 아니한 제3자의 부작위를 공범과 신분규정을 통하여 보증인의 부작위와 동일하게 인정한다는 것은 받아들이기 어렵다. 작위의무가 부정되면 부작위 성립을 위한 전제조건 자체가 결여되는 것으로서, 원래부터 정범도 공범도 성립될 수 없는 것이기 때문이다.

4. 판례의 입장

위에서 본 바와 같이 판례는 진정부작위범에서 작위의무 있는 자와 작위의무 없는 자 사이에 형법 제30조에 의한 공동정범의 성립을 부정하고 있다. 그런데 형법 제33조 본문의 규정을 적용해서는 공동정범을 인정할 수 있는가에 관하여는 판시하지 않고 있다. 따라서 판례가 어떠한 입장을 취하고 있는지는 분명하지 않다고

¹⁴⁴⁾ Lüderssen, *Zum Strafgrund*, S.134ff., 137f.

할 수 있다. 이와 관련하여 상기한 진정부작위범에 관한 판시는 부진정부작위범에도 적용될 수 있으므로, 우리 판례는 부진정부작위범의 보증인적 지위를 신분으로 보지 않아서 형법 제33조 본문을 적용하지 않은 것으로 해석하여¹⁴⁵⁾ 형법 제33조 본문 적용가능성 부정설의 입장으로 이해하는 견해가 있다.

그러나 부진정부작위범의 보증인적 지위를 신분이라고 보면서도, 비보증인의 부작위에 대하여는 형법 제33조 본문의 적용을 배제하는 아주 특별한 신분이라고 해석하는 것도 가능하다고 생각된다. 비보증인의 부작위에 대하여 형법 제33조 본문의 적용이 배제되는 근거는, 작위의무가 부정되면 부작위 성립을 위한 전제조건 자체가 결여되는 것으로서 원래부터 정범도 공범도 성립될 수 없고 따라서 형법 제33조 본문의 문제는 원래부터 발생하지 않기 때문이라고 생각된다. 그렇다면 우리 판례가 비보증인은 ‘부작위’에 의해서는 부진정부작위범의 정범이 될 수 없을 뿐만 아니라 공범도 될 수 없다는 점을 실질적 근거로 하여, 형법 제33조 본문의 적용을 부정하는 입장에 있다고 해석할 수 있지 않을까 생각된다. 즉 판례는 본래 보증인적 지위에 있지 아니한 제3자의 부작위를 공범과 신분 규정을 통하여 보증인의 부작위와 동일하게 인정할 수는 없기 때문에, 작위의무 있는 자와 작위의무 없는 자의 공동정범의 성립을 부정한 것이라고 보여진다. 보증인지위를 갖지 않아 단독으로 부작위범의 정범이 될 수 없는 경우에는 부작위범의 공동정범도 될 수 없기 때문에, 비보증인의 부작위는 형법 제33조 본문의 규정에도 불구하고 공동정범이 부정된다는 것이다.¹⁴⁶⁾

IV. 결 어

본 논문에서 지금까지의 고찰에 의하면 복수 보증인의 부작위가 경합하는 경우에, 어떤 자의 부작위는 정범이 되고, 어떤 자의 부작위는 방조범에 그치는 때가 있다고 평가할 수 있지 않을까 생각된다. 이 경우 자연이나 동물의 개입을 특히 문제로 할 필요는 없으며, 사태의 흐름을 변경하는 다른 사람의 작위를 특히 문제삼을 필요도 없다. 각자의 부작위 자체가 가지는 의미를 고려하여 문제는 해결될 수 있다고 보여지기 때문이다. 그러나 문제해결의 과정은 이제 겨우 시작이라고 해야 할

¹⁴⁵⁾ 오영근, **형법총론**, 650면, 585면.

¹⁴⁶⁾ 성낙현, **형법총론**, 551-552면 참조.

것이다. 우선 종래의 논의는 문제영역의 중점이 ‘자연·동물과 부작위’의 관계 내지는 ‘작위와 부작위’의 관계에 한정되었다. 그리하여 ‘부작위와 부작위’의 관계는 소홀히 취급되었다. 그러다가 복수 보증인의 부작위간에도 인과의 흐름을 수중에 장악하였는가 여부에 따라 정범과 공범의 구별이 가능하다는 주장이 제기되었으나¹⁴⁷⁾ 반향을 불러일으키는 데는 이르지 못하였다. 오히려 복수 보증인의 부작위는 결과방지의무 내지 결과회피가능성의 유무가 동등하므로 모두 정범이 되는 것이고 다만 양형에서는 달라질 수 있다는 주장, 즉 부작위간에는 정범과 공범의 구별은 존재하지 않는다는 입장이 나타나¹⁴⁸⁾ 수용되는 형편에 있었다. 그리고 전자의 입장도 다시 진전되어,¹⁴⁹⁾ 이러한 견해의 기본적 대립은 지금까지도 진행되고 있다. 본고에서는 복수 보증인의 부작위만이 경합하는 경우에, 단독으로 결과를 저지할 수 있는가 아닌가, 법익보호의 주된 역할을 담당하는가 아닌가에 따라 보증인의 역할을 평가하여 부작위 상호간에 있어서 정범과 공범을 구별하는 입장이 타당하지 않은가 생각해 보았다. 즉 부작위에 대한 부작위의 관여도 각 부작위의 중요성에 따라 정범인가 공범인가가 결정되어야 한다는 것이다. 보증인의무는 결과가 발생하지 않도록 보장해야 할 의무이다. 그렇다면 보증인의무의 실질적 근거가 되고 있는 것은 결과에 대한 지배 내지 통제라고 보여진다. 법익의 보호를 목적으로 하는 형법에서는 의무가 그 자체로서 중요한 것이라기보다는, 그러한 의무를 발생시키는 결과에 대한 지배구조 내지 지배관계가 문제되는 것이다.

지금까지 부작위 상호간의 공동정범에 관하여는 그 가능성을 긍정하는 견해가 압도적 다수이지만, 그 성립요건에 관하여는 상세한 논의가 거의 이루어지지 않고 있는 실정에 있다. 공동정범의 성립에 있어서 중요한 것은 복수의 행위가 전체로서 평가의 대상이 되며 그것이 전체로서 각각의 공동정범자에게 귀속되는 것이 정당화되는 사정이다. 이러한 사정이 ‘공동’의 실체라고 할 수 있을 것이다. 최근에는 이러한 사정이 부작위의 경우에는 존재하지 않는다는 견해가 제시되었다. 부작위 공동정범의 가능성을 긍정하기 위해서는 이러한 복수의 부작위를 전체로서 평가의 대상으로 하는 것을 정당화할 수 있는 사정을 논증하지 않으면 안 되는 과제가 통설에 주어진 것이라고 하겠다.

만약 부작위 상호간에 있어서는 불법내용의 중대성 내지 의미의 차이가 본래 존재

¹⁴⁷⁾ Kielwein, Unterlassung und Teilnahme, GA, 1955, 226f.

¹⁴⁸⁾ Grünwald, GA, 1959, 122f.

¹⁴⁹⁾ Maurach/Gössel/Zipf, AT II, S.192ff., 253ff.

할 수 없는 것이라면, 부작위 공동정범은 의사의 연락이 있으면 공동정범의 성립한다는 의미 밖에는 가지지 아니하는, 단지 술어상의 의미만을 가지는 것이 될 것이다. 그러나 공동정범이 전체범죄에 대하여 정범으로서 형사책임을 부담하는 것이라면, 그 성립에는 복수의 보증인이 결과방지를 위하여 가지는 역할이 동등하다고 평가될 것이 필요하다. 이러한 공동의 실체가 인정된다면 부작위범의 경우에도 공동정범의 가능성은 부정될 수 없다고 생각된다.

투고일 2011. 2. 14

심사완료일 2011. 3. 4

계재확정일 2011. 3. 7

참고문헌

- 권오걸, **형법총론**, 제2판, 2007.
- 김봉태, “부작위범과 공범에 관한 연구”, **법학연구**(부산대), 제32권 제1호, 1990.
- 김성돈, **형법총론**, 제2판, 2009.
- 김성룡, “다수인의 공동의 의사결정에서의 형법해석학적 문제점”, **비교형사법연구**, 제4권 제1호, 2002.
- 김성룡, “부진정부작위범의 한국적 해석으로서 단일정범개념”, **비교형사법연구**, 제5권 제1호, 2003.
- 김성룡, “부진정부작위범의 정범표지”, **형사판례연구** [12], 2004.
- 김성룡, “부작위범 사이의 공동정범”, **형사판례연구** [17], 2009.
- 김일수·서보학, **새로쓴 형법총론**, 제11판, 2006.
- 류부근, “부작위범의 공동정범?”, **형사법연구**, 제22권 제3호, 2010.
- 문채규, “부진정부작위범에 있어서 상응성 요건의 허와 실”, **비교형사법연구**, 제11권 제1호, 2009.
- 박상기, **형법총론**, 제8판, 2009.
- 성낙현, **형법총론**, 제2판, 2011.
- 신동운, **신판례백선 형법총론**, 제2판, 2011.
- 신양균, “부작위에 의한 방조”, **형사판례연구** [6], 1998.
- 오영근, **형법총론**, 제2판, 2009.
- 이상돈, **형법강의**, 제1판, 2010.
- 이정원, “부진정부작위범의 구조적 문제점”, **형사법연구**, 제14호, 2000.
- 이정원, “부진정부작위범에서의 정범과 공범”, **비교형사법연구**, 제2권 제2호, 2000.
- 이정원, “부작위에 의한 사기죄에서의 기망행위와 공동정범?”, **비교형사법연구**, 제8권 제1호, 2006.
- 임 옹, **형법총론**, 제3정판, 2010.
- 전지연, “부작위에 의한 참가”, **형사법연구**, 제5호, 1992.
- 전지연, “부작위범에서 정범과 공범의 구별”, **형사판례연구** [13], 2005.
- 정성근·박광민, **형법총론**, 제4판, 2008.
- 정영일, **형법총론**, 제3판, 2010.
- 한정환, “형법 제18조에서의 작위의무자”, **형사법연구**, 제22호, 2004.

- Arana, *Täterschaft und Pflichtverletzung*, 2010.
- Arzt, Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, *JA*, 1980, 553ff.
- Bachmann/Eichinger, Täterschaft beim Unterlassungsdelikt, *JA*, 2011, 105ff.
- Bloy, Anstiftung durch Unterlassen?, *JA*, 1987, 490ff.
- Bloy, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985.
- Bockelmann/Volk, *AT*, 4.Aufl., 1987.
- Bottke, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, 1992.
- Bottke, Pflichtwidrigkeit: das Täterkriterium unechter Unterlassungsdelikte?, *FS-Rudolphi*, 2004, S.15ff.
- Busse, *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*, 1974.
- Dencker, *Kausalität und Gesamttat*, 1996.
- Dominok, *Strafrechtliche Unterlassungshaftung von Amtsträgern in Umweltbehörden*, 2007.
- Eser, *Strafrecht II*, 3.Aufl., 1980.
- Fischer, *StGB*, 58.Aufl., 2010.
- Gallas, *Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, S.165ff.
- Geppert, Zur Problematik des §50 Abs. 2 StGB im Rahmen der Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, *ZStW*, 82 (1970), 40ff.
- Gropp, *AT*, 3.Aufl., 2005.
- Gropp, Die fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes einer strafbaren Handlungsmiteinauder oder nebeneinauder, *GA*, 2009, 265ff.
- Gössel, Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt, *ZStW*, 96 (1984), 321ff.
- Grünwald, Beteiligung durch Unterlassen, *GA*, 1959, 110ff.
- Handbuchkommentar Gesamtes Strafrecht (=HK-GS)*, 2008
- Herzberg, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977.
- Herzberg, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972.
- Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff, *ZStW*, 118 (2006), 620ff.
- Jakobs, *AT*, 2.Aufl., 1993.
- Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959.
- Kielwein, Unterlassung und Teilnahme, *GA*, 1955, 225ff.

- Kraatz, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, 2006.
- Krey, *AT II*, 3.Aufl., 2008.
- Kühl, *AT*, 6.Aufl., 2008.
- Lackner/Kuhl, *StGB*, 27.Aufl., 2010.
- Leipziger Kommentar (=LK), *StGB*, 12.Aufl., 2007.
- Loewenheim, *Anstiftung durch Unterlassen*, 1962.
- Lüderssen, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967.
- Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, 2009.
- Maurach/Gössel/Zipf, *AT II*, 7.Aufl., 1989.
- Münchener Kommentar (=MK), *StGB*, 2003.
- Nagler, Die Problematik der Begehung durch Unterlassen, *GS*, 111 (1938), 1ff.;
- Nomos Kommentor (=NK), *StGB*, 3.Aufl., 2010.
- Puppe, Zur Kausalitätsproblematik bei der strafrechtlichen Produkthaftung, *JR*, 1992, 30ff.
- Ranft, Garantienpflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung, *ZStW*, 94 (1982), 815ff.
- Rengier, *AT*, 2009.
- Roxin. *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8.Aufl., 2006.
- Roxin, *AT II*, 2003.
- Rudolphi, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966.
- Samson, Probleme strafrechtlicher Produkthaftung, *StV*, 1991, 182ff.
- Satzger/Schmitt/Widmair (=SSW), *StGB*, 2010.
- Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965.
- Schwab, *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen*, 1996.
- Sering, *Beihilfe durch Unterlassen*, 2000.
- Sowada, Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt, *Jura*, 1986, 399ff.
- Stein, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988.
- Stratowerth/Kuhlen, *AT I*, 5.Aufl., 2004
- S/S-*StGB*, 28.Aufl., 2010.
- Vogler, Zur Bedeutung des §28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, *FS-Lange*, 1976, S.265ff.
- Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11.Aufl., 1969.

<Resume>

Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme und Möglichkeit der Mittäterschaft bei den Unterlassungen

Yong-Sik Lee*

Es stellt sich die Frage, ob und wie die Täterschaft und Teilnahme bei den Unterlassungen möglich ist. Nach der Pflichtdeliktslehre ist Täter, wenn jeder die Erfolgswendepflicht verletzt. Die These dieser Einheitstäterschaft, dass Art.18 des koreanischen StGB die Beihilfe verbietet, ist jedoch unberechtigt. Der Erfolgswendepflicht liegt die Herrschaftsbeziehung zum Erfolg zugrunde. Deshalb wird die Ansicht vertreten, dass die Beteiligung durch Unterlassen damit begründet sei, dass Unterlassen hinsichtlich des Grades der Beherrschung des Geschehens und damit des Unwerts abgestuft werden kann. Die Annahme von Tatherrschaft beim Unterlassen ist abzulehnen. Auch die Gradierung der Tatherrschaft überzeugt jedoch nicht. Aber die potentielle Tatherrschaft würde auf die Bewertung des Unterlassens Einfluss haben können. Die Abgrenzung kann deshalb mit einer wertenden Betrachtung unternommen werden. Anknüpfungspunkt für die wertende Betrachtung ist die Grundstruktur der Täterschaft als Zentralgestalt des Rechtsgutsangriff und der Teilnahme als Randfigur. Ausschlaggebend für die wertende Differenzierung ist die Struktur des Rechtsgutsangriffs eines Teilnehmers. Der Teilnahmeangriff erfolgt nicht unmittelbar, sondern mittelbar. Für die Bewertung ist Zusammenschau von Tatherrschaft und Pflichtinhalt notwendig.

Mittäterschaft bei mehreren Unterlassenden unterscheidet sich in zwei Formen. Bei der ersten geht es darum, dass auch ein Garant den Erfolg abwenden kann. Die Annahme von Mittäterschaft sei ohne Relevanz für die strafrechtliche Beurteilung. Ein Garant haftet unabhängig vom Verhalten Anderer. Meistens wird aber in solchen Fällen, in denen mehrere Garant zu Erfolgswendung zusammenwirken müssten,

* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

auf die Rechtsfigur der Mittäterschaft zurückgegriffen. Zur Voraussetzung wird in Korea nur kuru angeführt, dass mehrere Garanten gemeinsame Pflicht gemeinsam verletzen. Ob die gemeinsame Pflicht hier begründet werden kann, ist kaum diskutiert. Neulich tritt die Ansicht hervor, dass jeder Garant nur verpflichtet sei, das ihm Mögliche zu tun, um den Erfolg abzuwenden. Deswegen sei die Mittäterschaft bei mehreren Unterlassenden abzulehnen. Aber wenn die einzlenen Pflichten im konkreten Fall funktionell verbunden sind, um den Erfolg abzuwenden, kann man die Mittäterschaft bejahen. Der Rechtsgüterschutz kann hier ohne Schwierigkeiten bewahrt werden, wenn mehrere Garanten zum Einschreiten zusammenwirken. Natürlich verbleibt jedenfalls die Möglichkeit, von irgendeinem Garant dieses Zusammenwirken zum Scheitern gehen zu lassen. Entscheidend ist nicht diese verbleibende Erfolgseintrittsmöglichkeit durch andere Garanten, sondern das pflichtwidrige Unterlassen als solches aufgrund dieser Möglichkeit.

Keywords: Unterlassungsdelikt, Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassen am Unterlassen, Nebentäterschaft, Mittäterschaft durch Unterlassen, Gemeinsame Handlungspflicht