

부진정부작위범에서의 보증인지위*

성낙현

영남대학교 법학전문대학원 교수

< 목 차 >

- I. 서론
- II. 부진정부작위범의 이론사
- III. 보증인지위의 내용과 실체
- IV. 결론

【국문초록】

부작위에 의한 가벌성을 위해서는 범인이 불법적 결과가 발생되지 않도록 해야 하는 보증인이어야 할 것이 필수적이다. 즉 존재론적으로 무위인 부작위를 범죄로 인정하는 데에는 이러한 보증인지위가 핵심적이며 불가결한 요소가 된다. 그러나 법규정은 구체적 사례에서 누가 결과방지의 의무나 보증인지위를 갖는지 혹은 결과방지의무의 근거는 무엇인지에 대해 결정적·실질적 판단기준을 제시하지 않고 학설에 일임하고 있다.

현재의 지배설이라 할 수 있는 기능설은 보증인지위를 보호의무보증인과 안전의무보증인의 두 그룹으로 나눈다. 이에 따르면 보증인지위의 성립요건으로는, ① 피해자는 위협이 되는 범익침해상황에서 스스로 이를 보호할 능력이 없어야 하며, ② 부작위자에게는 법적 행위 의무가 있어야 한다. ③ 위 두 가지 전제조건 하에서 보증인은 결과발생여부에 최후의 그리고 책임 있는 결정을 내릴 수 있어야 한다.

보호의무보증인 그룹에서는 피해자와 부작위자 사이에 실제적인 보호-종속관계가 존재해야 한다. 그 원인은 무엇이든 상관없다. 오로지 결정적인 것은 이 관계의 토대에서 부작위자가 무방비상태의 피해자를 위해 결과방지를 하라는 법적으로 부름 받은 자여야 한다는 점이다. 안전의무보증인은 피해자가 자신의 법익에 대한 위험원으로부터 발생하는 위험으로부터 무방비상태인 경우에 성립한다. 이 위험원은 부작위자의 실제적인 지배영역에 속하는 것이어야 한다. 여기서 감독 혹은 명령관계에 의한 사람에 대한 지배관계이든 물건에 대한 지배관계이든 그것은 중요하지 않다. 선행행위보증인의 사례에서는 사회의 보호질서의 교란이 부작위자의 의무위반적 선행행위에서 비롯되어야 한다. 이를 무시하면 보증인지위의 성립범위는 부당하게 넓어지고 반대로 정당방위나 긴급피난 등 정당화 사유의 인정범위가 부당하게 축소된다.

I. 서론

형법규범의 출발점은 예외 없이 인간의 행위이며, 이것은 작위 혹은 부작위의 형태로 나타난다. 그중에서 형법은 대체로 구성요건을 충족하는 능동적 행위를 대상으로 하지만 부작위로도 범죄는 성립될 수 있다. 구성요건실현을 위해 명문으로 요구되는 행위를 하지 않음으로써, 즉 범문의 형식적 요건에 따라 부작위가 처벌될 수 있는 경우를 진정부작위범이라고 한다(예: 형법 제103조 제1항, 제117조 제1항). 이와 달리 작위범 구성요건에 포함되는 불법결과를 방지하는 행위를 하지 않음으로써 성립될 수 있는 범죄를 부진정부작위범이라고 한다.¹⁾ 진정·부진정 부작위범의 명확한 구분은 오늘날까지 명쾌히 해결되지 않은 문제이기는 하나 실무적 관점에서는 본질적 문제가 되지 않는다. 입법자가 부작위의 가벌성을 각칙에 명령규범의 형식으로 규정하지 않았더라도 특정 부작위의 당벌성이 인정되는 경우라면 형법 제18조의 부진정부작위범의 가벌성규정을 근거로 하여 이에 상응하는 금지규범에 의한 처벌이 이루어질 수 있기 때문이다.

* 투고일 : 2012.06.02, 심사완료일 : 2012.06.19, 게재확정일 : 2012.06.24

1) 진정·부진정부작위범의 구분에 관한 형식설의 입장이며 현재 우리나라의 다수설이라 할 수 있다; 배종대, 형법총론, [162] 4; 오영근, 형법총론, § 16-16; 임웅, 형법총론, 523면. 그밖에 성낙현, 형법총론, 448면 각주 15) 참조.

부작위범의 법리에 따르면 특정한 결과가 발생되지 않도록 해야 할 법적 지위에 있는 자가 그 결과를 방지하지 않는다면 누구라도 처벌된다. 부작위에 의한 가벌성을 위해서는 범인이 불법적 결과가 발생되지 않도록 해야 하는 보증인이어야 할 것이 필수적이다. 즉 존재론적으로 무위인 부작위를 범죄로 인정하는 데에는 이러한 보증인지위가 핵심적이며 불가결한 요소가 된다. 그러나 법규정은 구체적 사례에서 누가 결과방지의 의무나 보증인지위를 갖는지 혹은 결과방지의무의 근거는 무엇인지에 대해 결정적·실질적 판단기준을 제시하지 않고 학설에 일임하고 있다.

부진정부작위범의 핵심에 해당하는 보증인지위와 의무에 관한 문제에 대해 오랜 기간에 걸쳐 부단한 연구가 이루어졌음에도 불구하고 부작위범에 대한 일반적 이론이나 각론적으로 보증인의무의 근거기준을 찾는다는 것이 형법총론부분에서 아직은 매우 어렵고 논란이 많은 영역에 해당한다.²⁾

여기서는 보증인지위의 성립근거의 문제를 중심으로 한 고전적 범죄체계시대의 부작위범이론과 부작위범론에서 하나의 중요한 획을 그었다고 할 수 있는 Armin Kaufmann의 이에 대한 견해, 그리고 오늘날의 개별적 보증인지위의 성립근거와 그 실체적 내용에 대한 일반적 이론들을 비판적으로 고찰해 본다.

II. 부진정부작위범의 이론사

1. 고전적 범죄체계에서의 부작위범에 관한 이론

고전적 범죄체계시대에서는 형법각칙의 부작위구성요건의 토대에서 부진정부작위범의 규범적 성격과 의미를 규명하고 형사정책적 관점에서의 가벌성의 근거를 마련하기 위해 다양한 이론이 제시되었다. 이러한 이론들은 대체로 부진정부작위범을 법적으로 작위범의 하위개념으로 이해하고자 하는 공통점이 있었다.³⁾

1) 인과관계론에서의 접근

2) Roxin, Strafrecht AT II, § 32 Rdnr. 2.

3) Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, S. 243 ff.

원래 부진정부작위범은 인과관계 혹은 행위론의 문제로 여겨졌다. 보편적으로 결과에 대한 원인행위가 부작용에 앞서 이미 행해졌을 때에 한해 부진정부작위범을 작위범 의미에서의 인과성이 있다고 이해했다. Binding의 방해이론(Interferenztheorie)에⁴⁾ 따르면 이 사전행위가 보증인지위를 형성하고 보증인이 결정적 순간에 자신의 결과방지의무를 이행하지 않는 한 부진정부작위는 구성요건적 결과의 원인이 된다. 이때 부진정부작위범에 있어서의 인과관계는 순수한 사실판단을 넘어 가치평가의 성격을 가질 수도 있다. 즉 특정한 행위가 법적으로 기대되지 않거나⁵⁾ 이에 상응하는 작위범의 동가치가 인정되지 않는 경우의 부작용은 원천적으로 규범의 의미에서 결과에 대한 원인이 되지 않으므로 인과성은 부정된다는 것이다. 반면에 인과관계의 범위에서 보증인지위에 위배되는 부작용은 상응하는 작위범의 의미에서 구성요건에 해당하는 것으로 인정된다.⁶⁾

2) 행위론에서의 접근

H. Mayer는 행위론의 범위에서 법적대적 의사의 정도가 작위의 정도에 이르는 부작용이라면 이는 법적 의미에서 진정 작위로 이해해야 할 것으로 보았다.⁷⁾ von Liszt 역시 부작용범인에게 결과방지의 법적 의무가 있고 작위가 기대될 수 있는 경우의 부작용은 작위범구성요건에 해당하는 것으로 봄으로써 행위개념을 적절히 확장한다.⁸⁾ 당시의 제국재판소도 이 행위론의 견해를 받아 들었다.⁹⁾

3) 구성요건모델

Nagler는 부진정부작위와 작위범간의 동치성문제에 관련하여 부작용의 범행은 부작용자를 법익과 관련한 법적 보증인으로 만드는 특별한 의무관계가 존재

4) Binding, Die Normen und ihre Übertragung II 1, S. 576 f, 585 f.

5) Köhler, Strafrecht AT, S. 215.

6) Kaufmann, a.a.O., S. 266.

7) H. Mayer, Strafrecht AT, S. 113.

8) v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, S. 127.

9) RGSt11, 153, 154; 57, 193, 197.

할 때만 작위와 동등한 가치를 갖는 것으로 보았다.¹⁰⁾ 즉 부진정부작위범의 성립요건으로서의 보증인지위는 작위범 구성요건에 쓰여지지 않은 구성요건표지로서 발현하는 것으로 이해한다. 이로써 부진정부작위범은 보증인지위라는 추가적 요건만 제외하면 작위범의 구조에 상응하는 것이 된다.¹¹⁾ 이 이론은 판례와 학설에서 폭넓게 수용되었다.¹²⁾

2. 기존의 부진정부작위범에 관한 지배적 견해에 대한 Armin Kaufmann의 비판

Kaufmann은 우선 사전행위에 의해 형성된 보증인의무가 결정적 순간에 결과방지의 방향으로 이행하지 않는 경우 이 부작위는 구성요건적 결과의 원인이 된다고 하는 인과관계론의 해결방안을 부정한다. 법적 의미에서 이 요소를 작위범에서와 같은 진정한 인과관계로 이해한다면 왜 보증인의무에 위배되는 부작위만이 결과에 대한 원인이 되어야 하는지를 설명할 수 없다는 것이다.¹³⁾ 즉 인과관계는 순수한 사실판단에 그쳐야 하는데 왜 여기에 규범적 요소를 포함시키는가에 대한 비판이다.

한편으로 부작위의 인과성을 그 사전행위의 인과성으로 판단하고자 하는 인과관계이론들은 일단의 문제해결의 실마리를 찾긴 했지만 동시에 부진정부작위범을 바로 이러한 사례에 국한시킨다는 문제가 있다.¹⁴⁾ 또한 특히 부작위범의 성립요건으로 사전행위를 결부시킬 때 고의와 구성요건실행행위의 일치(Koinzidenz)를 보장할 수 없다는 점도 문제가 된다. 즉 사전행위를 구성요건실행행위로 본다면 이 시점에 행위자가 구성요건결과실현의 의사를 가져야만 고의와 행위의 일치가 인정된다. 하지만 행위자가 사전행위시 항상 결과에 대한 의도를 가지는 것은 아니라 할 수 있다. 따라서 이들 견해에 따른다면 사후고의 혹은 사후책임이 인정될 수 있다는 점이 단점으로 작용한다.¹⁵⁾

10) LK, RStGB I-Nagler, S. 62 f.

11) Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, S. 251 f.

12) Mezger, NJW 1953, 2, 5; Vogt, ZStW 63, 393 f; BGHSt 3, 82, 89 f.

13) Kaufmann, a.a.O., S. 266 f; Rudolphi, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, S. 23.

14) Kaufmann, a.a.O., S. 267 f; Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, S. 41.

한다. 우선 부진정부작위범은 작위범과 같은 구조를 띠는 것으로서 다만 보증인지위만이 쓰여지지 않은 구성요건표지라는 설명에 대해 이는 작위범의 구성요건표지가 아니라 부진정부작위범의 표지로 이해해야 할 것이라고 한다. 또한 보증인의무를 위반하는 부작용과 능동적 작위의 동치를 위한 내적 근거로서 Nagler는¹⁶⁾ 법적 금지를 들고 이 법적 금지는 작위 뿐 아니라 부진정부작위를 포함한다고 주장한다. 이로써 회피되어야 할 결과를 방지하여 발생하게 하는 부작용은 명령규범을 침해하는 것이 아니라 금지규범의 침해에 해당하는 것이라고 한다. 말하자면 물에 빠진 아들을 발견하고 구조할 수 있음에도 불구하고 구하지 않는 아버지의 부작용은 금지된다는 것이다. 이에 대해 Kaufmann은¹⁷⁾ 금지규범의 대상은 오로지 행위가 될 수 있으며 부작용의 금지는 논리적으로 명령에 해당한다는 반론을 제기한다. 이에 따라 부진정부작위는 금지규범에 대한 침해가 아니라, 아버지는 물에 빠진 아들을 구하라는, 명령규범의 침해이므로 Nagler가 제시한 논거는 근거가 없다고 한다. 이로써 부진정부작위는 작위범의 사례가 아니라 오히려 독자적 구성요건으로서 명령구성요건의 기초에 서있다고 한다.¹⁸⁾

3. Armin Kaufmann의 부진정부작위범의 이론

1) 사고의 출발점

부진정부작위범의 법적 성질에 관한 일반적 논의는 보증인의무 위배의 부작용의 사례에서 처벌의 법적 근거나 형량은 이에 상응하는 작위범에서 도출해야 한다는 형사정책적 요구에서 출발한다. 이에 관한 이론적 고찰의 전제는 물론 일차적으로 어떠한 부진정부작위들에게 작위에의 동치성이 인정될 수 있는가 하는 평가적·규범적 문제이다.¹⁹⁾ Kaufmann은 작위범과 부작용범의 구조를 비교하여 각각의 범죄구조상 어떠한 장소에서 동치성의 문제를 해결할 것인가에

15) H. Mayer, Strafrecht AT, S. 115; Rudolphi, a.a.O., S. 11 f.

16) Nagler, GS 111, 18 f, 60 f.

17) Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, S. 257; Welzel, Strafrecht, S. 33, 174, 176.

18) Kaufmann, a.a.O., S. 277 ff.

19) Kaufmann, a.a.O., S. 272.

초점을 맞추지 않고 부진정부작위범이 일반적 관점에서 어떠한 범죄적 구조를 갖고 있는가를 생각했다. 그러나 결국 부진정부작위범에 있어서는 보증인지위라는 독자적인, 쓰여지지 않은 구성요건을 핵심으로 하는 동치성의 문제에 회귀될 수밖에 없다.²⁰⁾

2) 보증인지위의 종류와 요건

부진정부작위범의 영역에서 결과방지명령은 궁극적으로 법익침해의 회피를 위해 주어지며, 따라서 보증인지위는 이 법익을 침해위험으로부터 보호하는 것을 대상으로 한다. Kaufmann은 이러한 보증인지위를 내용적으로 하나의 특정한 법익을 모든 위험으로부터 침해되는 것을 방지해야 하는 보호의무보증인과 하나의 특정한 위험원으로부터 임의의 법익이 침해되는 것을 방지해야 하는 안전의무보증인으로 구분한다.²¹⁾ 이는 형식설에 상대되는 실질설이며 기능설이라고 칭해진다.²²⁾ 기능설은 모든 결과방지명령에 대한 침해가 부진정부작위범의 구성요건을 충족하는 것은 아니라는 점에서 출발한다. 부진정부작위범의 구성요건은 오히려 결과방지명령이 법익침해를 그 대상으로 하고 나아가 부작용자가 보증인지위에 있을 때 충족된다. 이에 따라 부진정부작위범의 쓰여지지 않은 구성요건은 ① 능동적 법익침해가 처벌되는 작위범 구성요건이 필요하며, ② 법익침해의 회피를 목적으로 하는 결과방지명령이 존재해야 하며, ③ 결과방지명령의 위배가 당벌성, 즉 불법내용과 책임내용이 능동적 법익침해에 적어도 근접하게 상응해야 한다는 3 가지 전제를 갖는다. 이러한 평가적 문제는 본래의 동치성문제를 포함하고 따라서 보증인지위의 성립의 문제를 내포한다.

3) Armin Kaufmann의 부진정부작위범의 구성상의 특징

부진정부작위범은 독자적인, 쓰여지지 않은 명령구성요건을 따른다는 점을 전제로 한다면 진정부작위범과 부진정부작위범은 같은 명령구성요건으로서 동일한 구조와 동일한 구성에 기초하는 것이라고 믿는다. 다만 부진정부작위범의 명

20) Kaufmann, a.a.O., S. 280 ff.

21) Kaufmann, a.a.O., S. 283.

22) 김일수/서보학, 형법총론, 167면; 이제상, 형법총론, § 10-22.

령구성요건에 있어서는 이에 대한 직접적인 범규범이 결여되어 있기 때문에 이에 대한 형벌범위는 이에 상응하는 작위범에서 찾아야 한다는 특수성만이 있을 뿐이라고 한다.²³⁾

그의 견해에 따르면 부진정부작위범의 필수요건으로서의 보증인지위는 항상 행위자 뿐 아니라 행위상황에도 관련된다. 즉 이것은 순수한 행위자표지가 아니라 보증인과 이와 관련된 법익 간의 관계의 발현으로 보아야 한다는 것이다. 이에 따른다면 사실적 전제에 의한 보증인지위만이 부진정부작위범 구성요건에 속하는 것이지 여기에서 도출되는 보증인의무까지 이에 속하는 것은 아니다.²⁴⁾ 따라서 부작위자도 주관적 관점에서 자신의 보증인지위의 근거가 되는 상황에 대한 인식만 가지면 된다.

Kaufmann의 견해에 따르면 부진정부작위범에서든 진정부작위범에서든 고의는 생각할 수 없다. 왜냐 하면 고의는 목적적 조종의 가능성을 전제로 하는데 인간은 부작위에 있어서는 목적적 조종을 할 수 없기 때문이다.²⁵⁾ 부작위의 고의에는 작위범에서와 같은 지적 요소는 존재할 수 있어도 의적 요소는 그렇지 않다는 것이다. 말하자면 부작위에는 인식은 있을 수도 없을 수도 있지만 의욕적 혹은 무의욕적 부작위는 존재하지 않으며, 다만 잠재적 인과성과 잠재적 목적성만이 존재한다고 본다. 인식 있는 부작위에서의 인식이란 부작위자의 자신의 무위에 관련한 잠재적 목적적 동력에 대한 인식이다.²⁶⁾ 이에 상응하여 주관적 관점에서는 객관적 구성요건에 대응하는 상황에 대한 인식만이 요구된다.²⁷⁾ 이로써 부작위가벌성을 위해서는 부작위고의가 문제되는 것이 아니라 보증인이 결과방지의 관점에서 행위결정을 하지 않았고 이를 실천하지 않았다는 점이 중요하다.²⁸⁾

목적론자인 Kaufmann의 관점에서 볼 때 부작위에는 인과성과 목적성이 결여되었다고 보는 것은 당연한 귀결이다. 그러나 전통적 이해에 따를 때 부작위에

23) Kaufmann, a.a.O., S. 304.

24) 따라서 보증인지위에 관한 착오는 구성요건착오가 되어 고의가 배제되지만 보증인의무에 관한 착오는 고의와 무관한 법률의 착오가 되어 책임인정여부만이 문제될 뿐이다; 김일수/서보학, 형법총론, 179면; 성낙현, 형법총론, 455면; 이정원, 형법총론, 441면.

25) Kaufmann, a.a.O., S. 57 ff., 314.

26) Kaufmann, a.a.O., S. 81.

27) Kaufmann, a.a.O., S. 57 ff., 310.

28) Kaufmann, FS-v. Weber, 229 f.

결과에 대한 인과성은 부정될 수 있더라도, 부작위의 보증인의 고의에 결과가 포함된다는 것은 가능할 뿐 아니라 오히려 요구되는 것으로 봐야 한다²⁹⁾ 그의 이러한 구상은 부정되어야 할 것이다.

Kaufmann은 결론적으로 Nagler에 의해 기초가 형성된 보증인이론을 동치성 문제의 고유한 요소로서 올바른 이론적 궤도에 올려놓았다고 할 수 있다. 그는 작위의무의 근거로서 결과방지명령과 동치성문제로서의 보증인이론을 명백히 구분함으로써 결과방지의무의 개념에서의 혼란을 제거했다.

그의 부작위범에 관한 이론적 이해는 특히 보증인 영역에서의 체계적이고 내용적 발전에 하나의 기준이 되었고, 오늘날 우리가 이해하고 있는 전체적인 부진정부작위범의 개념형성을 위한 기초를 마련했다고 할 수 있다.

III. 보증인지위의 내용과 실체

1. 보증인지위의 체계화

보증인지위의 성립근거는 다양하게 나타날 수 있으며 특히 이것은 존재론적 무위인 부작위를 범죄로 변환시키는 요소가 되므로 그 실체적 내용과 성립범위 및 한계 등에 대한 체계화가 필요하다. 보증인지위의 체계화는 Feuerbach의 法源說로 거슬러 올라간다. 그는 보증인의무란 오로지 법률이나 계약과 같은 형식적 전제에서만 발생하며, 다만 先行의 위험한 행위(Ingerenz)나 생활공동체 혹은 위험공동체에서도 발생하는 것으로 보았다.³⁰⁾ 그의 이러한 형식적 법원설에 의하면 부작위자가 법으로부터의 특별한 법의무나 계약에 의해 위협을 당하는 법익을 보호해야 할 의무를 진다면 이 의무의 불이행, 즉 부작위에 의해서 형법적 책임이 성립될 수 있다.

그러나 선행행위나 생활공동체 등에 따른 의무발생근거에서 이미 결과방지의무는 오로지 형식적 법적 전제에만 구속되는 것이 아니라는 점이 밝혀진다. 그는 명백히 법률과 계약을 요구했으나 이것도 요구된 결과방지에 대한 부작위에 대해 형법적 책임을 물을 수 있을 것인가에 대해서는 조건부로 작용할 수밖에

29) Roxin, Strafrecht AT II, § 31 Rdnr. 184.

30) Roxin, a.a.O., § 32 Rdnr. 4.

없다. 예컨대 유아보호의 근무계약의 민법적 효력이 어린애의 위험방지의 관점에서 부모의 가벌성여부를 결정할 수 있는 것은 아니다.³¹⁾

이 형식적 법원설은 Armin Kaufmann의 이론에 의지해 실체적 기준의 토대에서 보증인의무들을 각각 그 의미내용과 목적에 따라 보호의무보증인(Beschützergaranten)과 안전의무보증인(Überwachergaranten)으로 나누는 실질적 분류로 대체된다.³²⁾ 현재로서는 지배설이 이 구분을 따르고 있으며³³⁾ 판례도 이 입장을 취한다.³⁴⁾

생각이 가능한 보증인지위에 대해 기교적으로 전형화한다고 해도 이를 표현하는 데는 제한이 따른다. 반면 보증인의무에 대한 내용과 범위를 정하는 데 있어서는 그 발생 근거에 따라 자리매김하는 것이 의미가 있다.³⁵⁾ 따라서 몇몇 학자들은 그 동안 일반적으로 극복된 것으로 평가되는 법원설과 새로운 기능설과의 절충설을 논한다.³⁶⁾

2. 보증인지위의 일반적 표지

부진정부작위범의 범리에 따르면 가벌적 부작위범에서의 동치성에서는 두 가지 요건이 포함되는 것으로 이해할 수 있다. 하나는 범인이 법익침해결과가 발생하지 않도록 법적으로 개입해야 할 의무가 있어야 한다는 것이다. 이것이 규범적 의미의 보증인지위이다. 여기서는 순수한 윤리적 명령은 제외되며 오로지 법적 의무만이 보증인지위를 성립시킬 수 있다.³⁷⁾ 다른 하나는 법적 구성요건 실현을 위한 부작위는 작위에 의한 실현에 상응해야 한다. 이는 작위범 구성요건의 특수 행위양태에 관한 문제로 이해할 수도 있다.³⁸⁾

31) 형식적 법원설에 대한 비판으로 Roxin, Strafrecht AT II, § 32 Rdnr. 10 ff.; Rudolphi, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanken der Ingerenz, S. 28 ff.

32) Kaufmann, a.a.O., S. 283.

33) Roxin, a.a.O., § 32 Rdnr. 5.

34) BGH NSTz 2008, 276; BGH NJW 2008, 1897.

35) SK-Rudolphi, § 13 Rdnr. 25.

36) Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 59 IV 2; 김일수/서보학, 형법총론, 494면.

37) Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rdnr. 717.

38) Wessels/Beulke, a.a.O., Rdnr. 730.

작위와 부작위의 동치성에 관련해서는 우선 어떠한 조건에 의해 이 두 가지 행위형태가 형법적으로 동등한 가치를 가지게 되는가 하는 문제부터 제기된다. 행위자의 능동적 작위를 통해 위험이 발생되거나 증대되었고 이로써 불법결과가 발생되었다면 그 결과는 항상 행위자에게 귀속된다.³⁹⁾ 이로써 가벌적 행위의 준거점이 정확히 말해서 가벌적 능동적 작위, 즉 부작위의무의 위배라면(예: 살인하지 말라!), 이에 상대적으로 가벌적 부작위는 불법결과를 방지하기 위한 작위의무를 위배하는 것이어야 한다(예: 사망결과를 저지하라!).⁴⁰⁾ 일반적으로 이 의무는 사회생활의 보호기능의 관점에서 볼 때 최후의 그리고 권한과 책임 있는 결정권을 쥐고 있는 자에게만 적용된다. 이는 사회생활상 존재하는 보호기능의 효과로서 특정한 법익을 침해위험으로부터 보호하도록 부름 받고 위협되는 법익침해에 대한 책임 있는 결정을 내리도록 의무가 부과된 사람을 말한다.⁴¹⁾ 이러한 사례에서만 결과방지의 부작위가 능동적 결과야기에 견줄만한 해당 법익에 대한 위해라고 할 수 있고 부작위자는 형법적 관점에서 작위범과 동등하게 취급될 수 있다.⁴²⁾ 이러한 의미에서 보증인지위에 관련해서는 다음과 같은 요건이 필요하다.⁴³⁾ 첫째, 법적으로 보호되는 법익의 주체는 법익을 위협으로부터 보호할 권한이 있으나 스스로 법익을 보호할 능력이 결여되어 외부의 도움이 필요해야 한다. 피해자에게 스스로 자신의 법익을 보호할 가능성이 있다면 그는 침해발생에 대해 스스로 최후의 결정을 할 수 있다. 둘째, 부작위자에게 법질서로부터 법익보호에 대한 명령이 주어질 것이 요구된다. 윤리적 혹은 일반적 형식적인 행위명령으로는 부족하다. 따라서 법익보호의 의무가 없는 자는 처벌되지 않는다. 셋째, 부작위자는 위의 두 가지 기준을 기초로 법익침해를 위협하는 인과경과를 작위범과 동일하게 지배해야 한다는 점이 확인되어야 한다. 이것은 결과방지의 현실적 가능성을 전제로 한다.

3. 각각의 보증인유형에 대한 귀결

39) 성낙현, 형법총론, 152면; Kühl, Strafrecht AT, § 4 Rdnr. 43; Sch/Sch/Lenckner/Eisele, Vor §§ 13 ff. Rdnr. 92a.

40) Rudolphi, a.a.O., S. 93.

41) Rudolphi, a.a.O., S. 99.

42) SK-Rudolphi, § 13 Rdnr. 21; Hillenkamp, JR 1988, 303.

43) SK-Rudolphi, § 13 Rdnr. 22.

1) 보호의무 보증인

이 보증인유형의 기능은 보증인에게 맡겨진 특정 법익을 모든 위험으로부터 보호하는 것이다.⁴⁴⁾ 앞에서 기술된 보증인지위의 근본적 요건을 따르다면 피해자가 일반적으로 혹은 적어도 부분적으로 자기 스스로 보호할 수 없는 상황이어야 하며 다른 한편으로는 부작위자와 피해자 사이에 보호관계가 존재해야 한다. 이 관계의 기초에서 부작위자는 불법결과와 발생여부를 지배할 수 있다.⁴⁵⁾ 이러한 피해자의 입장에서의 무방비성이 결여된다면 부작위자는 불법적 결과의 발생에 대해 최후의 그리고 권한에 의한 책임 있는 결정을 내릴 수 있는 상황이 아니다. 이러한 경우라면 그의 무위에 대해 형법적으로 비난할만한 근거가 없다.

(1) 일반적 사례

부모와 자식 간의 관계는 보호의무 보증인의 기본형상이라 할 수 있다. 이러한 사례에서 부작위범이 성립하기 위해서는 어린애가 스스로 자신의 법익을 보호할 수 없는 상태여서 이러한 능력의 결손이 부모의 보호조치로 보완되어야 하는 상황일 것이 하나의 요건이 된다. 예컨대 유아에게 음식을 제대로 챙겨주지 않는다면 이는 능동적 행위를 통해 위해를 가하는 것과 동일한 의미를 가질 수 있다. 민법도 친권자의 자녀에 대한 보호의무(민법 제913조), 부부간의 부양 의무(민법 제826조) 등을 규정한다. 따라서 법률도 보호의무 보증인지위의 발생 근거가 될 수 있다.

그러나 민법상의 규정 자체를 보증인지위 성립의 충분조건으로 본다면 이는 이미 극복된 법원설의 논란에 다시 빠질 수 있는 위험이 있다.⁴⁶⁾ 이를 조절하고 보증인의무가 무제한적으로 확장되는 것을 방지하기 위해서 일부 학자들은 부작위자와 피해자 사이에 실질적인 신뢰·종속관계가 있어야만 보증인이 성립한다는 제한을 두고자 한다.⁴⁷⁾ 이러한 사례에서만 부작위자가 침해결과 발생에

44) Sch/Sch/Stree, § 13 Rdnr. 9.

45) SK-Rudolphi, § 13 Rdnr. 46.

46) SK-Rudolphi, § 13 Rdnr. 50.

47) Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 59 IV 3a; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT II, § 46 Rdnr. 64 f.

최후의 그리고 권능적인 결정을 내릴 수 있고 형법적으로 작위범과 동일시 될 수 있다고 한다.⁴⁸⁾

이 견해에 의하면 한편으로는 특별히 친밀한 관계에 있는 사람들 사이의 보증인지위는 여기에 법적인 규정이 없더라도 인정된다. 여기에는 사실혼관계에 있는 자⁴⁹⁾ 등이 포함된다. 다른 한편으로 형식적 범규정에 의하면 보증인지위가 인정되어야 하는 사이라도, 예컨대 오랜 동안 떨어져 살아왔고 보호관계가 성립되지 않은 조손간처럼 사회생활관계에 있어서도 합리적 판단에 의할 때 보증인의 의무는 부정되어야 할 관계가 이 견해에 따르면 부정된다.⁵⁰⁾ 이에 따르면 불화 속에 별거하는 부부간의 관계 혹은 부모의 실질적 보살핌을 받지 못한 자식의 부모에 대한 관계에서도 보증인지위는 성립되지 않는다.⁵¹⁾ 이는 이 견해가 갖는 장점이다

(2) 특수사례

a) 범죄행위방지를 위한 경찰공무원의 의무

시민을 범죄위험으로부터 보호해야 하는 국가의 의무가 제18조의 보증인의 의무에 해당되며 따라서 경찰공무원이 자신에게 인지된 범죄행위를 예방적 차원에서 방지해야 할 보증인지위에 있는지 여부가 문제된다.

이러한 보증인의 의무의 법적 성질에 관련하여, 국가는 위험원으로서의 시민을 감독해야 하는 것이 아니므로 안전의무 보증인지위는 처음부터 배제되고 잠재적 보호의무 보증인지위만이 남는다는 데 이견이 없는 것으로 보인다.⁵²⁾ 보편적 견해에 따르면 부작위범 성립을 위해서는 부작위자와 피해자 사이의 종속관계가 필수적이며 따라서 피해자의 최소한 부분적인 무방비상황(Schutzlosigkeit)이라는 요소가 요구되는데 이러한 사례에서는 바로 이 요소가 결여된다.⁵³⁾ 즉 국

48) SK-Rudolphi, § 13 Rdnr. 49.

49) Maurach/Gössel/Zipf, a.a.O., § 46 Rdnr. 91.

50) Roxin, Strafrecht AT II, § 32 Rdnr. 44.

51) SK-Rudolphi, § 13 Rdnr. 49. 다른 견해로 BGHSt 19, 167; Sch/Sch/Stree, § 13 Rdnr. 18.

52) BGHSt 38, 390. Feuerbach의 심리강제설은 시민을 잠재적 범죄자로 보아 이들에 의한 범죄를 억제한다는 관점에서 서 있는 것으로 볼 수 있다. 그러나 민주법치국가의 경찰의 임무를 합리적으로 이해한다면 시민 각자를 범죄의 피해에서 보호한다는 관점에서 바라보아야 할 것이다.

가권력에 의한 개인의 법익에 대한 보호의무는 현재의 범행으로 위협받는 시민에 한정된 문제이지 자유로운 시민의 법익에 관해서는 경찰이 개입할 수 있는 권한에 비해 상대적으로 더 폭넓은 자기수호권이 항상 존재한다는 것이다. 이로써 시민들은 자신의 법익을 스스로 보호할 책임마저 있다고 할 것이고 이는 국가의 보호보증인지위를 배제한다.⁵⁴⁾ 이에 따르면 경찰공무원의 본질적 임무는 공공의 안녕과 질서를 유지하는 데 있으며 ⁵⁵⁾ 시민을 범죄의 침해로부터 보호하는 것은 반사효과 혹은 부수효과일 뿐이다.

그러나 이에 대해서는, 내적·외적 안전은 국가의 본질적 목적으로서 국가는 시민에 대한 안전을 보장하기 위해 국가계약을 체결한 것이며 나아가 시민 각자에게는 보호권한이 주어져 있음에도 불구하고 국가의 포괄적 보호를 신뢰하고 있다는 반대견해를 따를만하다.⁵⁶⁾ 이 견해를 따를 때 보증인의무의 무제한성이 염려된다면 경찰의 보호보증인의무는 일정한 요건으로써 합리적으로 제한할 수 있다.⁵⁷⁾ 예컨대 지역적·직무적 관할 경찰만이 범죄방지의 보증인이 될 수 있으며 나아가 근무중이어야 한다는 제한을 생각할 수 있다.

b) 실제적 동거 혹은 위험공동체에의 가담에 의한 보증인지위

예전의 판례는 거주공동체 사례에서 실제적인 공동생활의 판단기준 하에서만 보증인지위가 성립되는 것으로 인정했었다.⁵⁸⁾ 그러나 보증인지위라는 것이 공동거주 그 자체만으로 성립되는 것은 결코 아니며 여기에 보호관계와 종속관계가 존재해야 한다.⁵⁹⁾

산행이나 탐험과 같이 위험한 기획에 여러 사람이 가담하는 경우도 이와 유사하다. 여기서 참가자들은 서로가 생명이나 신체라는 법익을 보호할 것을 신뢰하고 상호간 의지할 수 있다는 기대감에 의해 그 위험을 감수하는 것이다. 이러한 신뢰감과 기대감이 보증인의무를 근거짓는 요소가 된다. 이렇게 성립된 보증

53) Rudolphi, JR 1987, 339.

54) SK-Rudolphi, § 13 Rdnr. 54c.

55) Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, S. 356.

56) Roxin, Strafrecht AT II, § 32 Rdnr. 93 ff.

57) BGHSt 38, 388 f.

58) RGSt 69, 321; 74, 311; BGHSt 3, 21.

59) Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 59 IV 3 c; Maurach/Gössel, Strafrecht AT II, § 46 Rdnr. 91; Roxin, a.a.O., § 32 Rdnr. 55.

인의무는 참가자들이 결성할 당시 보호를 염두에 둔 대상법익에 대한 위협에만 한정적으로 작용한다. 또한 대열에서 이탈하여 독자적으로 추진하는 자의 보증인의무는 배제된다.⁶⁰⁾

2) 안전의무 보증인

안전의무 보증인의 기능이란 구체적인 위험원으로부터 야기되는 위험으로부터 제3자의 법익을 보호하고 이러한 위험원으로부터 위협되는 임의의 법익에 대한 침해결과를 방지하는 것이다.⁶¹⁾ 일반적 보증인기준을 적용한다면 여기에는 위험원으로부터 오는 침해위협에 무방비 상태로 위협을 당하고 있는 잠재적 피해자와 구체적 위험원을 지배하는 자로서의 부작위자가 존재해야 한다. 여기에는 대체로 다음의 세 가지로 분류되는 하위그룹이 포함된다.⁶²⁾

한 위험이 발생하지 않도록 관리할 의무가 있다. 둘째로 부작위자의 조종영역에 있는 사람들에 대해서도 이와 동일한 관리의무가 있다. 마지막으로 거의 일치된 견해에 따르면 자신에 의해 인과과정이 시작된 경우 이 경과에서 구성요건적 결과가 발생하지 않도록 해야 할 의무가 있다.

(1) 물건의 지배력에 의한 보증인지위

법질서는 누구에게나 자율적 지배영역을 허락한다. 이 영역은 외부적 간섭으로부터 보호받고 이 영역 안에서는 자유로운 인격신장이 가능하다. 이러한 지배력의 행사에는 외부적 방해받지 않을 권리와 함께 이 영역에서 발생할 수 있는 위험으로부터 제3자를 보호해야 할 의무가 결부된다. 외부인은 타인의 영역으로부터 어떠한 위험도 외부로 분출되지 않을 것을 신뢰할 권리가 있는 것이다.⁶³⁾ 각각의 위험원으로부터 일반을 보호할 의무는 사물의 지배권자가 향유하는 자신의 영역에 대한 공격으로부터의 보호와 대응적 관련성을 갖는다.⁶⁴⁾ 위

60) Sch/Sch/Stree, § 13 Rdnr. 24.

61) Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, S. 283 f.

62) Roxin, Strafrecht AT II, § 32 Rdnr. 107.

63) Kühl, Strafrecht AT, § 18 Rdnr. 106.

64) Kühl, a.a.O.; SK-Rudolphi, § 13 Rdnr. 27.

협원감시의 보증인지위를 위한 준거점은 이 대상물에 대한 실제적 지배이다.

주택의 점유자는 주택의 안전조치가 부실해 위험이 발생될 수 있다면 이에 대해 책임을 져야 하는 것은 당연하다. 다만 예컨대 주택소유자에게 어느 한도에서 자신의 지배공간 안에서 벌어진 범행을 방지할 보증인의무를 인정할 것인가는 아직도 논란이 되고 있다. BGH는 이런 보증인지위는 주택이 그의 특수한 성격이나 위치 때문에 위험원으로 인정될 때에 한해서 예외적으로 인정되어야 함을 확인한다.⁶⁵⁾ 주택소유자의 보증인지위는 그가 손님을 감시해야 하는 것도 아니고 자신의 영역에서 우연히 범죄가 발생되었다는 상황 때문에 형성되는 것도 아니므로 이러한 판례의 견해는 옳다.⁶⁶⁾

(2) 인적 관리에 의한 보증인지위

형법에서는 자기책임의 원칙에 따라 누구나 자신의 행위에 대해서만 책임을 질 뿐 제3자의 행위에 대해서는 원칙적으로 책임을 지지 않는다.⁶⁷⁾ 그러나 경우에 따라서는 개인의 자기책임원칙이 법규정 등의 이유로 다른 사람에 대한 감시 혹은 관리관계에 의해 제한을 받을 수 있다. 예컨대 교도관은 자신이 감독하는 수감자들에 의해 범행이 발생되지 않도록 통제해야 할 의무가 있으며 상명하복의 위계질서에 의해 통제되는 집단의 지휘관에게도 이와 유사한 지위가 인정된다 할 것이다.⁶⁸⁾ 또한 자신의 지시 및 감독에 따라 움직이는 간호사의 행위에 대해 의사는 최소한 부분적인 책임을 져야 할 때가 있으며, 학원내에서 동료 학생을 괴롭히는 학생의 행위에 대해서는 적어도 이 학생의 훈육이나 생활지도를 담당한 교사나 교장은 책임을 져야 한다. 이러한 사례에서는 타인에 대한 지배력을 행사하는 제3자의 책임이 성립한다.⁶⁹⁾ 행위자 스스로는 책임 있는 지위에 있지 못하고 부작위자는 제3자에 대한 감시 및 명령권한을 행사하는 입장이라면 부작위자의 책임만이 인정된다.

사실상·법률상 명령권한과 조직의 지배력을 갖는 기업체의 소유주나 주도적

65) BGHSt 30, 396.

66) Rudolphi, NStZ 1984, 153 f.

67) 김일수/서보학, 형법총론, 19면; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rdnr. 185.

68) LK-Weigend, § 13 Rdnr. 55.

69) SK-Rudolphi, § 13 Rdnr. 32.

관리자도 그들의 부하직원의 범죄를 방지해야 할 의무가 있고 이에 따라 보증인지위에 있다고 해야 할 것이다.⁷⁰⁾ 그러한 보증인의무를 부정하는 입장이라고 하더라도⁷¹⁾ 기업체의 소유주에게 예컨대 불법적 무기공여 등은 방지해야 할 의무가 있는 것으로 보아야 할 것이다. 그러나 종업원에 의해 실행되는 범죄행위는 기업의 전형적 위험은 아니라고 한다면 이러한 소유주의 권한만으로는 종업원의 자기책임이 항상 배제된다고는 할 수 없다.

(3) 先行行爲로부터의 보증인지위

a) 일반론

선행행위로부터의 보증인지위에 있어서는 그 기본원리에 대한 공감대는 형성되어 있으나 세부적 사항에서는 수많은 쟁점이 아직 해결되지 않은 상태이다.⁷²⁾ 선행행위에 따른 보증인지위의 성립요건에 관련하여 초기의 판례와 학설은 인과관계론에 기초하여 선행행위와 불법결과 사이의 인과관계로 충분한 것으로 보았다.⁷³⁾ 그러나 가치관계를 포함하지 않는 인과관계만으로는 결코 형법적 대책성의 준거점이 될 수 없을 것이라는 반성과 함께⁷⁴⁾ 만일 이를 준거점으로 본다면 보증인지위의 인정범위가 부당하게 확대될 수밖에 없다는 이해에 따라 선행행위에 의한 형사책임을 제한하고자 하는 많은 노력이 불가피했다. 특히 Rudolphi는 최초로 선행행위의 범위에서 인과적 사고를 부정하는 한편 선행행위의 위법성을 요구했는데 현재 통설과 판례가 이를 따르고 있다.⁷⁵⁾ 나아가 그는 부작위범의 성립을 위해, 사건의 핵심주체로서 결과발생여부에 권능적 결정을 내릴 수 있는 자만이 보증인이 되며 여기에 사회의 보호기능의 발로에서 위험방지를 위한 소명이 따라야 한다는 실질적 제한을 정했다.⁷⁶⁾

70) Brammsen, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, 275 ff.; Sch/Sch/Stree, § 13 Rdnr. 52; Roxin, Strafrecht AT II, § 32 Rdnr. 134 ff.

71) SK-Rudolphi, § 13 Rdnr. 35a.

72) Roxin, a.a.O., § 32 Rdnr. 143.

73) RGSt 14, 362; BGHSt 3, 203 (205); Arzt, JA 1980, 713 ff., 714 ff.; Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 265 ff., 273.

74) Roxin, a.a.O., § 32 Rdnr. 155.

75) Rudolphi, Gleichstellungsproblematik, S. 157 ff., 163 ff.; SK-Rudolphi, § 13 Rdnr. 40; BGHSt 37, 106; 43, 381, 397; Lackner/Kühl, § 13 Rdnr. 13.

그는 Kaufmann의 견해에 의한 보증인지위의 기능적 이분화와는 다른 새로운 이분화를 시도했다.⁷⁷⁾ 즉 그 범위나 존재가 보증인의 행위와는 관계없이 형성되는 일차적 보증인지위와 그 범위 및 존재가 바로 보증인의 행위에 종속되는 이차적 보증인지위의 구분이다. 임의의 법익의 주체자가 임의의 위협으로부터 그 법익을 보호할 수 없는 무능력에 봉착할 경우 이를 포기할 수 없는 공동체의 보호기능은 그 누군가를 법익주체를 대신하여 그 법익을 보호하도록 불러 세우게 된다. 이것이 일차적 보증인지위이고 여기에 포함되는 것이 부모의 자녀에 대한 보호의무로 대표되는 보호보증인이다. 그러나 위협한 토지나 물건의 소유자 등과 같은 사물에 대한 지배력에 따른 안전의무보증인도 이 그룹에 속할 수 있다.

이차적 보증인지위의 핵심적 형태는 선행행위이다. 이 (선행)행위가 사회적 균형을 방해하게 되는 한, 즉 예컨대 보증인의 행동으로 법질서에 상응하는 사회적 보호질서가 깨진다면 보증인은 위협되는 침해를 방지할 의무가 생긴다. 이러한 방해의 전제는 보증인이 기존의 사회적 보호기능(Schutzinstanz)을 무력화했다는 점이다. 즉 선행행위에 의해 사회의 보호질서가 침해된다면 이 선행행위는 보증인지위의 성립근거가 된다. 그렇다면 부작위자가 그러한 방해로써 인과경과의 핵심적 주체가 될 수 있기 위해서는 언제 사회적 보호질서가 침해되었다고 할 것이며 이와 관련한 선행행위에 대한 법적 평가를 어떠한 방식으로 해야 할지에 대한 이해가 필요하다.⁷⁸⁾

b) 사회적 보호질서의 교란의 종류

선행행위에는 이 행위를 통해 피해자가 위협이 되는 침해발생에 스스로 무방비 상태여야 한다는 요건이 결부된다. 이로 인해 피해자의 법익에 대한 상당한 위협(adäquate Gefahr)이 직접 발생되어야 한다.⁷⁹⁾ 동시에 단순한 인과성만으로는 부족하고 법익위해의 근거가 되는 선행행위가 부작위자에게 인간적 의지에 지배가능한 것으로서 객관적으로 귀속이 가능해야 한다.⁸⁰⁾ 이것이 선행행위보증

76) Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 163.

77) Rudolphi, Gleichstellungsproblematik, S. 106 ff.

78) Rudolphi, a.a.O., S. 109.

79) Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, § 59 IV 4 a); LK-Jescheck, § 13 Rdnr. 32; Sch/Sch/Stree, § 13 Rdnr. 34.

80) Roxin, a.a.O., § 32 Rdnr. 156 참조.

인의 첫 번째 제한이다.

c) 선행행위의 법적 평가

선행행위의 법적 평가와 관련해서는 모든 귀속가능한 행위가 평가대상이 되는지 혹은 의무위배적 선행행위만으로 한정되어야 하는 것은 아닌지 하는 문제가 발생한다. 현재 지배설은 후자의 입장을 취한다.⁸¹⁾ 이 문제에 관련하여 사회적 보호질서의 교란을 촉발하는 부작위자의 선행행위를 법에 의해 명령된 것, 법적으로 허용된 것, 그리고 금지된 것, 즉 위법한 것의 세 종류로 나누어 볼 수 있다.

부작위자의 선행행위가 법으로 명령된 것인 사례에서는 부작위자에게는 이에 따른 후속적 결과를 방지할 의무는 없다.⁸²⁾ 여기서 부작위자는 자신의 행동을 통해서 법질서로부터 부여받은 의무를 이행한 것이며, 이러한 의무이행의 결과에 대한 대책성을 묻는 것이 오히려 허용되지 않는다고 할 것이다.

이 선행행위가 단지 법에 의해 허용된 것인 경우에도 역시 보증인의무의 성립은 원칙적으로 부정되어야 한다.⁸³⁾ 자체로는 합법적인 선행행위가 설혹 제3자의 범행에 도움이 되었다고 하더라도 능동적 방조행위에 뒤따르는 부작위로부터는 방조에 의한 대책성 그 자체를 넘어서는 어떤 다른 책임은 발생하지 않는다고 해야 한다. 불가벌적 방조행위를 한 자는 여기에서 비롯되는 결과를 방지할 의무가 있고 이를 방지하지 않을 경우 부작위의 정범으로 인정되어야 한다면 자체로는 불가벌의 행위가 부진정부작위범의 경로를 거쳐 처벌되는 꼴이 되므로 이러한 귀결은 회피되어야 한다.

법질서의 관점에서 자신의 행위에 대해서 책임을 저야 하는 사람이 다른 모든 의무에 합당한 행위를 한다면, 행위자는 자신의 거래관계상 합당한 행위가 제3자의 범죄행위의 자극제로 작용하지 않을 것이라는 신뢰를 할 수 있을 것이다. 반면 선행행위 자체가 의무위배적이라면 자신의 이러한 행위에도 불구하고 타인은 의무에 합당한 행위를 할 것이라는 신뢰를 할 수 없고 오히려 타인이 거래관계에 위배되는 행위를 할 것이라는 계산을 해야 하므로 이러한 신뢰의

81) 배종대, 형법총론, [164] 17; 성낙현, 형법총론, 457면 각주 32); 신동운, 형법총론, 212면; 이재상, 형법총론, § 10-33; 임웅, 형법총론, 530면; Jescheck/Weigend, a.a.O., § 59 IV 4 a); LK-Jescheck, § 13 Rdnr. 33; Sch/Sch/Stree, § 13 Rdnr. 35.

82) Rudolphi, Gleichstellungsproblematik, S. 158.

83) Rudolphi, a.a.O., S. 182.

보호는 배제된다. 따라서 선행행위는 의무위배적으로 타인의 범죄행위를 가능하게 했거나 촉진한 경우에만 그 범죄의 방지를 위한 보증인지위를 성립시킨다고 보아야 한다.⁸⁴⁾ 다만 거래관계상 합당하고 의무에 합치적인 선행행위라도 여기에 제3자의 잘못된 행위가 결부될 수 있고 부작용자가 이를 예견할 수 있었던 경우라면 그는 제3자의 의무합치적 행위를 더 이상 신뢰할 수 없고, 나아가 자신의 행위에서 비롯되는 위험에 대해 책임을 져야 하기 때문에 예외적으로 부작용자의 보증인지위를 성립시킬 수 있다.

부작용자의 선행행위가 정당방위행위처럼 그 자체로 위험한 행위이지만 법질서를 보호하기 위해 법질서에 의해서 오히려 요구되고 있는 경우라면 이러한 예외도 인정되지 않는다. 법질서의 수호 혹은 회복을 위해 명시적으로 요구된 행위에 있어서는 결과에 대한 책임도 결과방지의무도 성립하지 않는다. 이로써 정당화가 인정되는 선행행위의 경우 보증인지위는 항상 부정된다.

하나의 사례를 생각해 볼 수 있다. 갑과 을은 산책을 하던 중 병이 정녀를 강간하려는 현장을 목격한 상황에서 을은 주저하면서 상황을 지켜본 반면 갑은 허용되는 긴급구조의 범위 안에서 병을 가격하여 치명상을 입혔다. 갑, 을, 정은 병에 대한 보호조치 없이 바로 현장을 떠난 결과 병은 상처로 인해 사망했다면⁸⁵⁾ 을과 정녀는 기껏해야 독일형법 제323c조에 의한 처벌가능성이 고려될 뿐 부작용에 의한 살인죄는 검토대상에서 배제된다. 이들과 달리 법질서에 의해 보호되어야 할 법익을 보호하고 법질서의 확증을 실천한 갑은 이들에 비해 더 불리한 입장에 서서는 안 된다는 것이 자명하다면 갑에게도 부작용에 의한 처벌가능성은 부정되어야 한다.

부작용자에게 보증인의무를 부과하기 위해서는 단순히 법익침해위험을 야기한 정도로도 충분하며 따라서 의무합치적 선행행위만으로도 족하다고 보는⁸⁶⁾ 소수설적 반대론의 입장에서는 정당방위 행위 이후에 더 이상 위험이 없는 공격자를 정당방위자의 도움이 필요한 단순한 공동체 구성원으로 본다면, 정당방위자는 그를 구조할 의무를 지게 된다고 한다.⁸⁷⁾ 나아가 만일 부작용자의 의무위배적 선행행위에만 한정한다면 모든 사람은 결과를 방지하기에 앞서 자신의

84) Lackner/Kühl, § 13 Rdnr. 13; BGHSt 37, 106.

85) Rudolphi, a.a.O., S. 182 f.

86) Otto, Strafrecht AT, § 9 Rdnr. 79.

87) Vogt, ZStW 63 (1951), 403.

관사에게 가서 자신의 행위를 법적으로 인정받아야 할 것이라는 논거마저 제시된다.⁸⁸⁾ 그러나 모든 인과적이고 귀속가능한 선행행위가 보증인지위의 성립을 위해 충분할 수 있다는 이 견해를 따른다면 선행행위에 의한 보증인지위의 성립은 거의 무한하기 때문에 부정되어야 한다.

IV. 결론

현재의 지배설이라 할 수 있는 기능설은 보증인지위를 보호의무보증인과 안전의무보증인의 두 그룹으로 나눈다. 여기에 추가하여 제1차적, 제2차적 보증인지위를 나누는 견해가 있으나 이 방식은 결론에 있어 대체로 기능적 이론에 합치한다.

결론적으로 보증인지위의 성립요건으로는, ① 피해자는 위협이 되는 법익침해 상황에서 스스로 이를 보호할 능력이 없어야 하며, ② 부작위자에게는 법적 행위무가 있어야 한다. ③ 위 두 가지 전제조건 하에서 보증인은 결과발생여부에 최후의 그리고 책임 있는 결정을 내릴 수 있어야 한다.

보호의무보증인 그룹에서는 피해자와 부작위자 사이에 실제적인 보호-종속관계가 존재해야 한다. 그 원인은 무엇이든 상관없으며 다만 이 관계의 토대에서 부작위자가 무방비상태의 피해자를 위해 결과방지를 하라는 법적으로 부름 받은 자여야 한다는 점이 결정적 요건이 된다. 안전의무보증인은 피해자가 자신의 법익에 대한 위협원으로부터 발생하는 위협으로부터 무방비상태인 경우에 성립한다. 이 위협원은 부작위자의 실제적인 지배영역에 속하는 것이어야 한다. 여기서 감독 혹은 명령관계에 의한 사람에 대한 지배관계이든 물건에 대한 지배관계이든 그것은 중요하지 않다. 선행행위보증인의 사례에서는 사회의 보호질서의 교란이 부작위자의 의무위반적 선행행위에서 비롯되어야 한다. 이를 무시하면 보증인지위의 성립범위는 부당하게 넓어지고 반대로 정당방위나 긴급피난 등 정당화 사유의 인정범위가 부당하게 축소된다.

주제어 : 부진정부작위범, 보증인지위, 보호의무보증인, 안전의무보증인, 선행행위

88) Freund, JuS 1990, 216.

참 고 문 헌

- 김일수/서보학, 형법총론, 제11판, 2006
배종대, 형법총론, 제8판, 2005
성낙현, 형법총론, 제2판, 2011
신동운, 형법총론, 2001
오영근, 형법총론, 제2판, 2009
이재상, 형법총론, 제5판, 2003
이정원, 형법총론, 1997
임웅, 형법총론, 제2판, 2002
- Binding, Die Normen und ihre Übertretung II 1, 2. Aufl., 1914
Brammsen, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, 1986
Freund, Der praktische Fall - Strafrecht, JuS 1990, S. 213 ff.
Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972
Hillenkamp, Anmerkung zu Urteil des BayObLG vom 5. 2. 1987, JR 1988, 301 ff.
Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996
Kaufmann, Armin, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959
Kaufmann, Armin, Unterlassung und Vorsatz, FS-v. Weber, 1963
Köhler, Deutsches Strafrecht AT, 1917
Kühl, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2005
Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 26. Aufl., 2007
Leipziger Kommentar, Erster Bd., 1985
Leipziger Kommentar-RStGB, 6. Aufl., I, 1944
Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT II, 7. Aufl., 1989
H. Mayer, Strafrecht AT, 1953
Mezger, Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, NJW 1953, 1 ff.
Nagler, Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, GS 111 (1938), 1 ff.
Otto, Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 6. Auflage, 2000
Roxin, Strafrecht AT II, 2003
Rudolphi, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und

der Gedanke der Ingerenz, 1966

Rudolphi, Häusliche Gemeinschaften als Entstehungsgrund für Garantenstellungen,

NStZ 1984, 149 ff.

Rudolphi, Anmerkung zu BGH, JR 1987, 335

Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 27. Aufl., 2006

Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971

Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Stand: 114. Lieferung, 2008

Vogt, Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung, ZStW 63 (1951), 381 ff.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 22. Aufl., 1919

Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der

Unterlassung, 1968

Welzel, Das deutsche Strafrecht, 6. Aufl., 1958.

Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 37. Aufl., 2007

[Zusammenfassung]

Garantenstellung des unechten Unterlassungsdelikts

Seong, Nak-Hyon

Prof. Dr. jur. Law School Yeungnam University

kann, wer eine Garantenpflicht zur Verhinderung des tatbestandsmäßigen Erfolgs verletzt, wird heute einhellig angenommen. Nachdem dieser Gedanke seit dem Aufsatz Naglers zunächst in der Theorie zur Herrschaft gelangt war, auch in der Rechtsprechung seinen festen Platz gefunden. Aber über die sachliche Tragweite dieser Einigung gab es lange Zeit einige Probleme. Die Theorie geht grundsätzlich davon aus, daß mit dem Erfordernis der Garantenpflichtverletzung ein selbständiges materielles Kriterium für die Gleichstellung des Unterlassens mit dem im Begehungstatbestand beschriebenen positiven Tun bezeichnet ist.

Heute ergeben sich im wesentlichen folgende allgemein gültige Anforderungen an eine Garantenstellung. (1) Das Opfer muss für das betreffende Rechtsgut schutz- und hilflos sein. (2) Der Unterlassende muss eine rechtliche Handlungspflicht haben. (3) Durch Verbindung der beiden vorstehenden Kriterien muss der Garant die letzte und maßgebliche Entscheidung über den Sachadenseintritt treffen können.

Für die Fälle der Beschützergarantenstellungen muss zwischen dem Opfer und dem Unterlassenden ein tatsächliches Obhuts- und Vertrauensverhältnis bestehen. Für die Überwachergaranten ergibt sich, dass auch hier das Opfer schutzlos gegenüber der Gefährdung seiner Rechtsgüter sein muss, welche von der Gefahrenquelle ausgeht. Diese Gefahrenquelle muss sich im

tatsächlichen Herrschaftsbereich des Unterlassenden befinden. Dabei kann es sich um die Herrschaft über eine Sache oder über eine Person kraft eines Aufsichts- und Befehlsverhältnisses handeln.

Ein vorangegangens Verhalten des Unterlassenden begründet unter zwei Voraussetzungen eine Garantenstellung. Erstens muss es eine Störung der sozialen Schutzordnung bewirken. Zweitens muss der Unterlassende nach den Rechtsordnungswertungen auf Grund seines pflichtwidrigen Vorverhaltens für den von ihm bewirkten Gefahrenzustand verantwortlich sein.