

부작위범에서의 거래안전의무의 성립과 한계

성 낙 현*

< 목 차 >

- I. 머리말
- II. 부진정부작위범의 일반론
- III. 물리적 지배영역으로부터의 거래안전의무
- IV. 지배하는 사물로부터의 거래안전의무
- V. 특정 직무관련적 거래안전의무
- VI. 맺는말

I. 머리말

예외적 위험보다는 오히려 일상적 위험에 심각성이 존재한다고 할 수 있는 오늘날의 위험사회에서는 누구라도 일상의 생활관계에서 임의의 작위나 부작위로 본의 아니게 타인의 법익에 침해나 위해를 가할 수 있다. 법질서는 이러한 결과 중 특히 중한 결과에 대해서까지 침묵으로 일관할 수 없다. 예컨대 자신이 소유하는 건물의 간판이 강풍에 떨어져 행인이 다치게 되었을 때 그 소유자는 간판이 떨어질 수 있다는 사실을 예견하지 못했더라도 민사적 손해배상의 의무는 물론 형법 제266조, 제18조에 따른 부작위에 의한 과실치상의 책임에서 완전히 자유롭다 할 수 없다.¹⁾ 만일 여기서 과실치상의 형사책임을 물어야 한다면 우선 그 법적 비난가능성의 근거를 어디에서 찾을 수 있는지 따져 보아야 할 문제이다.

건물 혹은 간판의 소유자는 이에 대한 소유자적 권리뿐 아니라 그 이면에 존

* 영남대학교 법학전문대학원 교수.

1) Sch/Sch/Stree, § 13 Rn. 44 참조.

재하는 당해 위험원의 지배자로서의 책임의무를 동시에 갖는다. 즉 자신의 지배영역으로부터 분출될 수 있는 위험이 다른 사람의 자유영역을 침범하지 않도록 주의해야 하는 의무를 갖는 것이다. 실제로 사회적 기능이 정상적으로 작동하는 공동체라면 그러한 지배의무를 무시할 수 없다. 모든 사람이 타인의 영역으로부터 예기치 않은 위험이 자신에게 작동되지 않을 것이라는 믿음이 있을 때에만 공동체가 정상적으로 유지될 수 있기 때문이다. 그렇다고 해서 예컨대 자동차, 컴퓨터와 인터넷, 의료기기나 심지어 의약품 취급행위 등 모든 잠재적 위험원을 그 자체로 금지할 수는 없다. 따라서 개인의 자유는 원칙적으로 보장되어야 하되, 다만 이로부터 발생하는 위험이 제3자의 법익을 침해하지 않도록 주의할 의무가 동시에 부과되어야 한다.²⁾

이러한 제3자에 대한 보호의무의 불이행으로 범죄성립 여부가 문제 되는 사례는 그야말로 무한정하므로 이를 일일이 거론하는 것은 불가능하다.³⁾ 따라서 본 연구에서는 보증인지위의 체계화에 관한 양대 이론의 하나인 기능설의 안전의무보증인의 범주에서, 거래안전의무가 문제 되는 전형적이며 규범적 의미 있는 사례군을 크게 지배영역, 지배사물 그리고 특정 직무영역 등 세 구획으로 나누어 살펴보고 이에 대한 가시적 평가기준을 모색하고자 한다.

II. 부진정부작위범의 일반론

머리말에서 언급한 바와 같이 공동체의 각 구성원에게 자유로운 지배영역은 보장되나, 이를 다른 구성원의 고유의 자유영역에 대한 고려 없이 임의로 확장해서는 안 된다. 오히려 자신의 지배영역에 존재하는 위험원이 있다면 이로부터 타인에 대한 침해가 발생하지 않도록 안전을 보살피고 감독해야 할 의무가 있다. 공동체의 모든 구성원은 타인의 영역으로부터 어떠한 위험도 분출되지 않을 것을, 그리고 특히 그러한 위험이 자신의 고유영역을 침범하지 않을 것을 신뢰할 권리가 있다.⁴⁾ 구성원 간의 교류 혹은 공존관계에서 발생하는 이러한

2) Brammsen, Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 236.

3) Roxin, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 109.

4) Kühl, Strafrecht AT, § 18 Rn. 106. 성낙현, “부진정부작위범에서의 보증인지위”, 『영남법학』 제34호, 영남대학교 법학연구소, 2012, 229면 각주 63).

타인에 대한 생활관계상의 배려의무를 거래안전의무(Verkehrspflicht)로 칭할 수 있다.⁵⁾ 이 거래안전의무는 첫째로 사물과 공간의 지배관계에서 도출될 수 있다. 즉 사물이나 공간을 지배하는 자는 이로부터 발생할 수 있는 위험이나 타인에의 침해를 예방할 책임이 있다. 둘째로 특정 직업활동을 통해서 도출될 수 있다. 특수 위험원을 다루는 업무자는 이에 요구되는 전문지식의 결여나 안전배려의 태만으로 인하여 타인의 법익에 위험이나 침해가 발생하지 않도록 주의할 의무가 있다.⁶⁾

“누구도 해치지 말라! (neminem laede)”라는 명령에서 기인하는 일상 생활관계에서의 의무는 당연히 작위뿐 아니라 부작위로도 위배될 수 있다. 그중 부작위에 의한 의무위배가 금지되는 상황을 판정하는 것은 특히 어렵다. 작위범에서는 금지되는 행위의 내용이 법문에 명시되어 있지만 부진정부작위범에서는 어떠한 상황에서 어떠한 행위가 이행되어야 하는지를 법문이 제시하고 있지 않기 때문이다. 일상생활관계의 범위에서 보증인지위의 성립근거와 한계를 정하는 것이 간단치 않은 상황에서 판례는⁷⁾ 신의성실의 원칙이나 사회상규, 나아가 조리에 의해서도 작위의무가 성립할 수 있음을 인정한다. 윤곽이나 내용이 불명확한 신의칙이나 조리라는 개념을 가벌성의 근거로 삼는다는 점에 의문의 여지가 있음은 분명하나⁸⁾ 다른 한편으로 일상생활관계에서의 작위의무의 인정범위가 그만큼 넓어질 수 있다는 의미로 이해할 수도 있을 것이다. 그러나 거래안전의무의 보증인지위가 간단히 사회상규나 조리에 의해 인정될 수 있는 것으로 보기보다는, 윤곽과 내용의 실체가 상대적으로 명확한 안전의무보증인 영역에서의 고유하고 독립적인 개념에서 도출되는 것으로 이해하는 것이 옳다.

또한 이러한 의무침해는 민법 영역에서도 중대한 의미가 있고 형법과의 밀접한 관련성도 있겠으나 궁극의 목적과 취지가 민법과 다른 형법에서는 이 문제를 형법 고유의 전제와 한계에 따라 평가해야 한다.

5) Jakobs, Strafrecht AT, 28. Abschn. Rn. 14. Verkehrspflicht 혹은 Verkehrssicherungspflicht로 칭할 수 있다.

6) 김상용, “부작위불법행위에 있어서의 거래안전의무”, 『법학논총』 제9집, 한양대학교 법학연구소, 1992, 226면.

7) 대법원 2006. 4. 28., 2003도4128; 대법원 2005. 7. 22., 2005도3034; 대법원 1996. 9. 6., 95도2551.

8) 이에 대한 합당한 지적으로 오영근, 『형법총론』 제5판, 박영사, 2019, 169면 이하. 조리에 의한 작위의무는 극히 제한적으로 인정되어야 한다는 견해로 이재상/장영민/강동범, 『형법총론』 제9판, 박영사, 2017, § 10 - 26.

1. 거래안전의무와 선행행위(先行行爲)와의 관계

부작위범에서의 보증인이란 당장의 침해위험을 받고 있는 특정 법익에 대한 보호를 위해 법질서로부터 책임 있는 결정을 내릴 의무가 부과된 사람을 말한다.⁹⁾ 이러한 보증인지위의 성립근거에 관한 학설 중 형식설(또는 法源說)은 법령, 계약 혹은 선행의 위험한 행위의 전제에서 보증인의무가 성립하는 것으로 본다. 이와 달리 실질설(또는 기능설)은 보증인의무의 성립 영역을 우선 보호의 무보증인(Beschützergarant)과 안전의무보증인(Überwachergarant) 영역으로 이분하고 그중 안전의무보증인 영역에서 물건에 대한 지배력이나 인적 관리와 관련하여, 그리고 선행행위로부터 보증인지위가 성립될 수 있다고 설명한다.¹⁰⁾

형법적 보증인체계에서 거래안전의무는 앞의 두 학설 모두가 보증인지위의 성립근거로 인정하고 있는 선행행위에 의한 의무와 실무적으로 서로 보완관계로서 혹은 심지어 동시에 작용할 때가 많으므로 양자의 밀접한 관련성은 부인할 수 없다. 이러한 양자 간의 관련성으로 인하여 거래안전의무를 선행행위의 하위개념으로 보는 견해도 있겠으나 이는 모든 상황에서 옳은 것은 아니다. 예컨대 매입한지 얼마 지나지 않은 집의 지붕에서 기와가 떨어져 행인이 다친 경우, 집주인에게 선행행위를 근거로 가벌성을 인정하기는 어렵다. 집주인은 이 집을 직접 지었거나 기와에 어떠한 물리적 작용을 가하지 않은 이상 이 결과의 원인이 되는 선행행위를 한 사실이 없기 때문이다. 오히려 지붕의 상태를 충분히 점검하고 관리하지 않았다는 사실에서 작위의무의 불이행이라는 가벌성의 근거가 도출되는 것으로 보는 것이 합리적이다.¹¹⁾ 따라서 거래안전의무는 오로지 선행행위 개념에 국한되어 도출된다고 하기 보다는 넓게 보아 실질설에서 말하는 안전의무보증인 영역에서 고유한 지위를 차지하는 개념으로 이해하는 것이 타당하다.¹²⁾

2. 거래안전의무의 보증인성립의 전제

위험원에 대한 실력적 지배관계를 가지는 자만이 거래안전의무의 보증인이

9) 성낙현, 앞의 논문, 225면.

10) 보증인지위의 체계이론에 대한 자세한 설명은 성낙현, 앞의 논문, 223면 이하.

11) Roxin, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 108.

12) SK-Rudolphi, § 13 Rn. 27.

될 수 있다. 위험원에 대한 1차적 책임소재의 근거는 해당 사물의 형식적 지배가 아닌 실제적 지배에게 있으므로 소유자보다는 점유자에게 우선적으로 보증인지위가 성립한다. 실제적 지배관계가 인정되는 한 불법적 점유자에게도 보증인의무는 발생한다.¹³⁾ 이를테면 갑의 오토바이를 을이 훔쳐 타고 과속으로 질주하는 상황에서의 잠재적 위험에 대해서는 그 소유자 갑이 아닌 을이 책임을 진다. 이러한 상황에서 발생하는 위험에 대해 대처할 도리가 없는 다른 모든 사람들은 유일하게 위험을 통제할 수 있는 을에게 안전의무를 미룰 수밖에 없으므로¹⁴⁾ 현재의 실제적 지배관계가 형법적 책임소재의 기준으로 작용한다. 위험원을 이용하고 유지함으로써 이익을 얻는 사람도 실제적 지배관계를 가지므로 이에 대한 의무책임을 갖고 다루어야 한다.¹⁵⁾

3. 거래안전의무의 내적 한계

공간이든 사물이든 위험원의 소유자는 자신의 위험원에 대한 안전관리에 항상 주의를 다하여 언제나라도 정규적 안전상태를 유지해야 한다.¹⁶⁾ 예컨대 건물, 대지, 시설물 등과 같은 공간의 소유자는 자신의 관리지역에서 어린이들이 노는 것을 알았다면 그 영역에 위험한 물건을 방치해선 안 된다.

건설현장에서 시공자는 고용된 작업자에 대해서 뿐 아니라 일반의 안전에 대해서도 책임을 진다.¹⁷⁾ 그는 우선 인력을 신중하게 선발해야 하며,¹⁸⁾ 건축시공 과정에서 새로운 위험이나 불성실 시공을 인지했다면 직접당사자에게 전권을 위임했다 하더라도 그에 대한 안전의무를 지게 된다.¹⁹⁾

다만 그 안전관리의무가 무한정 인정되어야 할 것은 아니므로 이를 어느 범위에서 제한할 것인가가 문제된다. 말하자면 보증인이 자신의 위험원에 대한 정상상의 관리의무를 다했음에도 불구하고 이로부터 위험이 이미 발생된 경우 이에 따른 후속적 구호의무의 인정여부에 관한 판단이 필요하다. 앞에서 예로 든

13) LK-Weigend, § 13 Rn. 48 f.

14) SK-Rudolphi, § 13 Rn. 26.

15) LK-Weigend, § 13 Rn. 48.

16) Roxin, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 110.

17) Roxin, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 111.

18) 김상용, 앞의 논문, 229면.

19) Schünemann, Grundfragen der strafrechtlichen Zurechnung im Tatbestand der Baugesfährdung (§ 323 StGB), ZfBR 1980, 117.

사례에서 자신의 오토바이를 타고 도망가는 을을 목격한 갑이 자동차로 그를 뒤쫓는 과정에서 을이 행인 병을 치고 달아난 경우 갑은 병을 구조해야 할 의무가 있는지의 여부에 관련하여 다툼이 있다.

이에 대해, 위험원에 대한 지배가능성이 끝나는 지점에서 책임도 동시에 끝나는 것으로 보아서는 안 되며²⁰⁾ 불행한 결과가 기왕에 발생했다고 해서 그 이후에 보증인 의무를 배제하는 것은 비합리적이며 논리일관성이 없다는 견해가 있다.²¹⁾ 보증인의무에 구조의무가 포함된다고 보는 이러한 견해는 갑의 오토바이라는 특정 위험원으로부터 피해를 당한 억울한 제3자인 병의 법익을 충실히 보호한다는 선의는 있으나, 반면에 이러한 방식으로 구조의무를 인정하다 보면 일상적 생활관계에서의 보증인의무가 무한하게 확장될 위험의 소지가 있다.

따라서 일상의무의 보호목적에 구조의무는 포함되지 않는다는 제한적 사고가 필요하다.²²⁾ 위 사례에서 현재 형법상 문제되는 위험원은 피해자 병의 상해라 할 것이고 이러한 위험원은 일상의무자 갑에 의해서 지배되는 것이 아니다. 갑이 자신의 오토바이를 정상적으로 관리했다면 그는 일상의무를 다한 것이다. 그럼에도 위와 같은 사태가 발생한 경우 갑에게 오토바이 소유자로서 특별한 구조의무를 지우기보다는 이와 직접 관련되지 않은 보통의 제3자와 동일한 구조의무를 지우는 것으로 족하다.²³⁾ 다만 갑이 사전에 자신의 오토바이를 불법 개조하여 사고의 위험성을 높였다면 이는 의무위배적 사전행위에 해당하므로 선행행위에 의한 구조의무가 발생할 수 있다.²⁴⁾

Ⅲ. 물리적 지배영역으로부터의 거래안전의무

1. 지배영역에서의 통상의무

일정 공간영역의 지배자는 이 영역으로부터 누구라도 불의의 위험을 당하지

20) Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, S. 325.

21) LK-Weigend, § 13 Rn. 59; NK-Wohlens, § 13, Rn. 49.

22) Kühl, Strafrecht AT, § 18 Rn. 111; Roxin, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 124; Sch/Sch/Stree, § 13 Rn. 45.

23) 이러한 경우 예컨대 독일형법의 경우 이른바 착한 사마리아인 규정이라고 일컫는 제323c 조의 적용이 가능할 것이다.

24) Roxin, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 124.

않도록 안전하게 유지해야 하며, 누구에게라도 들어오기 이전에 그 영역의 위험에 대해 경고를 해주어야 한다. 무단으로 침입하려는 자의 안전도 다른 사람과 마찬가지로 보호되어야 하므로 그에게도 마땅한 경고가 이루어져야 한다.²⁵⁾ 다만 침입자에 의해 위험원 소유자의 중대 범익에 대한 위해가 예견되는 상황에서까지 이 원칙이 적용되는 것으로 볼 수는 없다. 즉 정당방위가 성립될 정도의 범의를 가지고 침입하는 공격자에 대해서는 위험원에 관한 경고를 해줄 의무는 없다고 하겠다.²⁶⁾

어떠한 공간에 누군가가 감금된 상황은 곧 범익침해의 상태이므로 공간의 지배자는 그곳에서 이러한 상황이 발생하는 일이 없도록 해야 할 것이다.²⁷⁾ 그렇다면 제3자가 고의로 피해자를 남의 집에 가두었거나 피해자 스스로가 우연히 갇히게 된 경우에도 집주인은 그를 자신의 영역에서 풀어줄 의무가 있는지 문제된다.

이에 대해, 하나의 공간이 특별한 위험성이 없는 이상 그 자체로 안전한 상태라 할 것이며, 이것이 단지 담으로 둘러싸여 있고 잠글 수 있다는 가능성만으로는 위험원이 되는 것은 아니라고 보아²⁸⁾ 그러한 보증인지위를 완전히 부정하는 견해가 있다.²⁹⁾ 즉 공간의 존재만으로 바로 보증인의무가 성립되는 것이 아니라, 오히려 위험원은 오로지 누군가를 타인의 집에 가둔 제3자에 의해서만 발생한다는 것이다. 일상의 거래안전의무에 의해서 보증인에게는 어쨌든 구조의무가 아니라 오직 안전의무만이 부과된다는 원칙에서 출발한다면, 이러한 사례에서 가옥소유자에게는 예컨대 독일형법 제323c조에 의한 처벌가능성 정도밖에는 인정되지 않는다는 것이다.³⁰⁾

그러나 예컨대 집주인 갑이 자신의 지하창고를 정규적으로 잘 관리하던 중, 을이 무단 침입하여 여기에 병을 가둔 사실을 알았으나 병을 구조하지 않아 결국 사망에 이르도록 내버려 둔 사례를 가상해 볼 수 있다. 이 경우에도 갑에게 독일형법 제323c조에 따라 최고 1년의 자유형 밖에는 부과할 수 없다면, 결과

25) Brammsen, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 258.

26) Landau, Strafrechtliche Verantwortlichkeit aus Eigentum und Besitz bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 171.

27) Roxin, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 115.

28) Landscheidt, Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten, S. 95.

29) Jakobs, Strafrecht AT, 29. Abschn. Rn. 37a.

30) Landscheidt, a.a.O., S. 90 ff.

에 비해 낮은 형량에 대해 범감각은 이의를 제기할 만하다는 주장이 가능하다. 따라서 피해자의 범익보호에 중점을 두는 통설은, 공간에 갇혔다는 현실은 자유라는 범익에 대한 직접적 위협원을 의미하므로 공간의 소유자에게는 피해자가 갇히게 된 이유와 상관없이 그를 구조해야 할³¹⁾ 거래안전의무로부터의 보증인의무가 당연히 인정된다고 한다.³²⁾

이러한 통설의 견해에 대해 단지 범익보호의 필요성만으로는 일방적으로 집주인에게 구조의무가 있다고 단정하기에는 근거가 충분치 않다는 지적이 가능하다. 뿐만 아니라 구조의무를 인정한다고 하더라도 부작위에 의한 살인죄를 적용할지 혹은 단순 구조의무 불이행죄를 적용할지의 문제가 남는데, 이 문제는 통상의 거래안전의무 개념에 의해 확일적으로 판단할 수 없다. 여기서는 일단 독일형법 제323c조를 적용하는 것을 원칙으로 하되, 특히 중한 사례나 그에 유사한 특수사례에 관해서는 별도의 규정이나 이론적 판단기준이 마련되어야 할 것으로 보인다.

이로써 집주인의 피감금자에 대한 해방의 문제에 있어서 거래안전의무에 의한 보증인의무는 부정되어야 한다.³³⁾

2. 자신의 지배영역 내에서의 범죄행위 방지의무

독일 연방대법원의 예전 판례와 학설의 일부는 집주인에게 자신의 지배공간에서 범죄행위가 이루어지지 않도록 해야 할 보증인의무가 있음을 인정한다.³⁴⁾ 집의 차폐성에 의해 타인은 그 공간에의 자유로운 출입이 물리적으로 제한될 뿐 아니라, 독일 기본법 제13조(가택불가침권)의 권리에 의해 법적으로도 출입이 제한되어 한 공간에서 범죄가 행해질 때 외부로부터의 구조가 쉽지 않기 때문에³⁵⁾ 궁극적으로 집주인이 이에 대한 보증인의무를 지게 된다는 것이다.

31) Sch/Sch/Stree, § 13 Rn. 47.

32) MüKo-Freund, § 13 Rn. 145; Sch/Sch/Stree, § 13 Rn. 47.

33) 본인이 잘못해서 갇힌 경우에는 집주인의 구조의무가 있으나 제3자가 타인을 가둔 경우 구조의무는 제한된다고 보는 절충적 견해가 있다. 이 견해는 여기서 보증인의무에 시간적 요소를 함께 고려하여, 시간이 흐름에 따라 제3자에 의한 위험창출은 퇴색하고 갇힌 상태의 구체적 위험은 반비례하여 심화되므로 공간소유자는 일정한 시간경과 후에는 위협원에 대한 보증인으로서 구조의무를 지게 된다고 한다: Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, S. 330 f.

34) BGHSt 27, 12; Blei, Strafrecht I AT, S. 329.

이에 반해, 누군가의 가옥이 그저 하나의 범행장소가 되었을 뿐이고 그 범죄가 다른 장소에서도 얼마든지 행해질 수 있었다면, 집주인은 우연히 그 자리에 존재하게 된 모든 일반적 제3자와 동일한 책임 정도가 있을 뿐 특별한 보증인의무가 없다는 반론이 있다. 자신의 집에서 벌어진 범죄에 대해서는 남의 집에 침입한 자가 전적으로 자신의 행위에 대한 책임을 져야 할 것이지 집주인이 타인의 올바른 행동을 위한 보증인이 되지 않으며,³⁶⁾ 집주인이라고 해서 자신의 영역에서 일순간 구조경찰로 변신되어야 할 이유가 없다는 것이다.³⁷⁾

또한 독일 기본법 제13조의 가택불가침권은 긴급한 위험상황의 범행장소에 진입하여 이를 대처해야하는 경찰의 당연한 권리와 의무마저 구속하는 것은 아니므로, 가택권을 보증인지위 성립의 한 근거로 삼는 것은 설득력이 없어 보인다. 자신의 집에서 벌어지는 범죄행위를 방치하는 데 대한 사회윤리적 비난가능성만으로도 보증인의무를 긍정하기도 어렵다.³⁸⁾ 따라서 일상적이고 그 자체로 위험성이 없는 요소에 의해 집주인에게 특수 의무를 부과하는 것은 부당하다는 견해가 무리는 아니다.³⁹⁾

그러나 자신의 집에서 행해진 범죄에 대한 보증인의무를 획일적으로 부정하는 것보다는 가옥 고유의 특수성에 종속시키는 것이 비교적 나은 방법이다. 집이 범죄와 특정적 관련성이 있는 경우, 즉 제3자의 범죄행위에 쉽게 이용될 수 있는 집의 구체적 고유성이 실제의 범행에서 발현될 수 있는 상황이라면 집주인은 이러한 요소들에 대해 안전관리를 해야 하며, 비상시에는 잠재적 범인에 대해 마땅한 조치를 취해야 할 의무가 있다.⁴⁰⁾ 예컨대 방비가 허술한 자신의 외딴 별장이 누군가에 의해 도박, 마약밀거래, 불법감금 등에 오용될 수 있음을 아는 소유자라면 이를 차단해야 한다. 이러한 사례에서의 가옥은 충분한 위험원의 성격을 갖는 것이며, 따라서 집주인은 이에 대한 책임을 지게 된다.

35) Blei, Strafrecht I AT, S.329.

36) Rudolphi, Häusliche Gemeinschaften als Entstehungsgrund für Garantenstellungen? NSTz 1984, 153.

37) Fischer, StGB, § 13 Rn. 35; Rudolphi, NSTz 1984, 153 f; Sch/Sch/Stree, § 13 Rn. 54; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht AT I, § 13 Rn. 45.

38) BGHSt 30, 394.

39) Landscheidt, Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten, S. 97.

40) Fischer, StGB, § 13 Rn. 35; Kühl, Strafrecht AT, § 18 Rn. 115; Sch/Sch/Stree, § 13 Rn. 54; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 720.

3. 지배영역 내에서의 제3자의 무단 폐기물 적재 등에 대한 대처의무

타인 소유의 토지에 권리자의 동의 없이 쓰레기를 적재하는 행위는 민법적으로도 허용되지 않은 행위로서 이에 따른 손해배상의 문제가 발생할 수 있음은 물론이다. 나아가 이러한 행위로 인해 발생할 수 있는 위험에 대해 토지소유자의 형사법적 책임의 유무와 범위도 문제된다. 이에 대해서는 우선 여기서 문제되는 위험발생은 원래의 토지가 아닌 제3자의 위법행위에서 비롯된 것이며,⁴¹⁾ 토지소유자는 그러한 제3자의 위법행위를 사전에 차단해야 할 의무가 없는 한 그 후속 결과에 대해서도 책임을 질 필요가 없다는 생각이 가능하다.⁴²⁾ 이에 따르면 그는 적재된 쓰레기로부터의 위험에 대비할 의무도, 쓰레기를 치울 의무도 없게 된다.

그러나 이에 대해서는 공동체적 시각에서 일상에서의 거래안전의무가 무엇 때문에 발생되었는지의 관점에서 접근할 필요가 있다. 일반인은 토지소유자가 자신이 알고 있는 위험에 대해, 그 발생원인을 불문하고 안전조치를 취하거나 이를 저지할 것을 신뢰할 수 있어야 한다.⁴³⁾ 제3자의 폐기물 적재행위 자체가 우선 형사처벌의 대상이 된다는 점은 사실이지만, 그렇다고 해서 이것이 토지소유자로부터 통상의무를 탈락시키는 것은 아니다. 자신의 토지에 위험원이 발생한 즉시 소유자는 이에 대한 지배권도 갖게 되는 것이며 이에 대한 안전을 위해 자신의 지배력을 투입해야 한다.⁴⁴⁾

여기서 관심의 대상이 되는 것은 이미 행해진 제3자의 행위가 아니라 그에 따른 결과로서의 상태라고 보아야 한다. 가령 간밤의 폭우로 자기 집의 축대가 심하게 기운 경우처럼 자연에 의해 자신의 토지에 위험원이 형성되었다면, 소유자는 이웃이나 통행인의 안전을 위해 이에 대한 안전조치를 취해야 하는 것이 당연하다. 그 위험원이 자연이 아닌 인간에 의한 것이라고 해서 다를 바 없을 것이다.⁴⁵⁾ 그렇다면 제3자가 자기 땅에 부당하게 쓰레기를 적재하는 것을 알고도 이를 방임했거나 이미 적재된 쓰레기로부터의 위험을 인지하고도 이를 즉시 제거하지 않았을 때에도 보증인지위에 따른 형사책임을 지게 된다.⁴⁶⁾ 위

41) SK-Rudolphi, § 13 Rn. 28.

42) Kühl, Strafrecht AT, § 18 Rn. 115a.

43) 김상용, 앞의 논문, 230면.

44) Wessels, Die Umweltgefährdende Abfallbeseitigung durch Unterlassung, S. 108 ff.

45) Sch/Sch/Stree, § 13 Rn. 44.

험은 원래 쓰레기에서 나오는 것이지 토지에서 직접적으로 나오는 것은 아닐지라도, 토지소유자는 자신의 토지에 대한 실제적 지배권의 근거에서 제3자에 의해 발생된 위험에 대해서도 법질서가 요구하는 안전조치를 취해야 할 의무를 지게 된다. 이때 타인의 쓰레기에 대한 점유의사의 유무는 중요하지 않다.⁴⁷⁾ 이러한 무단쓰레기 적재로부터 형성된 원칙들은 제3자에 의한 다른 위험조성사태에도 적용될 수 있다.

IV. 지배하는 사물로부터의 거래안전의무

1. 거래안전의무의 지배자 성격에 의한 제한

예컨대 자동차, 독극물, 마약, 인화물질, 폭발물, 사나운 반려동물 등 특정 수준 이상의 위험성이 일반적으로 인식되는 물건의 지배자는 이 물건으로부터 위험이 외부에 발산되지 않도록 각별한 주의를 기울여야 한다. 공동체는 경솔한 취급으로 제3자에게 예기치 않은 위험을 야기할 수 있는 이러한 물건의 소유자가 구체적 위험에 대한 인식과 통제능력을 가질 것이라는 기대가능성을 전제로 사용을 묵인한다.

자동차의 경우 소유자뿐 아니라 운전자 역시도 이에 대한 일정한 지배를 갖는 자로서 그 위험원을 안전하게 관리할 의무를 진다.⁴⁸⁾ 자동차의 소유자는 자동차를 주취자나 무면허자에게 넘겨주거나 무단 사용이 가능한 상태로 방치해서는 안 된다.⁴⁹⁾ 그러나 이러한 안전의무는 무제한하게 인정되는 것은 아니라, 지배자적 성격이 인정되는 범위로 제한된다. 만일 차량소유자가 술 취한 상태에서 자신의 자동차를 운전했다면 그는 소유자임과 동시에 지배자적 성격 때문에 보증인이 되는 것은 당연하지만, 예컨대 자동차에 열쇠를 꽂아둔 채 잠시 음료수를 사는 틈을 타 미성년자가 이 자동차를 타고 도망가다가 사고를 낸 경우 그 결과에 대해서까지 차량소유자가 책임을 져야 하는 것은 아니다. 이때의

46) Roxin, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 110.

47) Iburg, Zur Unterlassungstäterschaft im Abfallstrafrecht bei "wilden" Müllablagerungen, NJW 1988, 2342 f.

48) Brammsen, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 247.

49) Roxin, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 113.

위험은 자동차가 아닌 운전자에서 비롯되었기 때문이다.⁵⁰⁾ 이때의 행위자가 사전의 의도나 계획 없이 책임무능력 상태에 돌입한 이후에 비로소 이 행위를 결의하게 되었다면 그는 도로교통관련범죄 포함 음주운전죄로 처벌되지 않으며 그 차량의 소유자도 이 결과에 대해 책임을 지지 않는다.

차량소유자가 자신의 차를 직접 운전하지 않고 동승했을 때 운전자가 교통법규위반이나 뺑소니 등의 범죄를 범할 경우 차량소유자는 위험원인 자동차를 항상 지배한다는 이유로 이를 차단해야 할 의무가 있는지에 대해 견해는 일치하지 않는다.⁵¹⁾ 이러한 소유자성격은 자기 스스로의 책임에 따른 행위를 하는 타인에 관련하여 자동적으로 보호관리의무로 확장되는 것은 아니라⁵²⁾ 오히려 오직 책임 있는 제3자의 행위만이 위험을 야기한다고 보아 이를 제한하는 견해를 따를만하다.⁵³⁾

2. 제조물에 대한 거래안전의무

하나의 제조물에 의해서 제3자의 법익이 침해되었다면 그 생산자에게는 손해배상의 책임을 지나서 형법적 책임도 따를 수 있다. 이러한 법적 책임의 근거는 제조물의 생산과 유통이라는 작위가 아니라 제3자의 법익침해를 방지하기 위해 제조자에게 가능하고 또한 요구되는 주의의무를 이행하지 않은 데 있다.⁵⁴⁾ 제조물의 생산과정에서 위험성을 알지 못했고 공급이 되고 난 이후에 비로소 위험이 발현된 상태에서 제조물을 회수하지 않았을 때에도, 제조물의 생산 자체보다는 생산 이후의 안전조치의 불이행이라는 부작용에 가벌성의 근거가 있다는 점은 분명하다.⁵⁵⁾ 다만 여기에서 더 구체적으로 들어가 이를 선행행위에 의한 보증인지위의 문제로 볼지 거래안전의무의 문제로 볼지에 대해서 다툼이 있다.

독일연방대법원은 가죽 분무제 사건에서⁵⁶⁾ 제조물책임의 문제를 선행행위에

50) Kühl, Strafrecht AT, § 18 Rn. 108; Sch/Sch/Stree-Bosch, § 13 Rn. 43.

51) 이를 긍정하는 견해로 Kühl, Strafrecht AT, § 18 Rn. 108.

52) Roxin, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 113.

53) Sch/Sch/Stree-Bosch, § 13 Rn. 43.

54) 전경운, “제조물안전법상 제조물안전기준과 제조물책임”, 『비교사법』 제18권 제1호, 한국비교사법학회, 2011, 257면.

55) 민법적으로는 대체로 회수의무는 부정되더라도 경고의무는 인정될 수 있으나 공법적으로는 최소한 부분적으로 회수의무가 인정될 수 있다; 전경운, 앞의 논문, 260면 이하.

의한 보증인지위의 관점에서 해결하되 선행행위의 의무위배성은 요건이 되지 않는 것으로 보았다.⁵⁷⁾ 이 판례의 견해에 대해 제조물의 위험성은 사전적으로 (ex ante) 예견가능하지 못했으므로 생산자에게 비난할만한 유책한 선행행위는 존재하지 않는다는 반론이 제기된다.⁵⁸⁾ 즉 회수의무는 선행행위에 의한 보증인의 의무가 아닌 거래안전의무의 근거에서 도출된다는 것이다.⁵⁹⁾

사실 제조물이 생산자의 손을 떠나 소비자에게 인도되는 순간, 생산자의 형법적 책임이 동시에 종료되는 것으로 단정하기는 이른다. 객관적 위험성을 내포하는 제조물이라면 제조단계보다는 오히려 소비자에게 인도된 시점부터 그의 법익에 대한 위험이 실현될 가능성이 훨씬 더 커지기 때문이다. 생산단계에서 그 위험을 알지 못했다면 그에 따른 가벌성은 제한되었으나, 그 위험이 실현되고 있다는 사실을 인지한 이후에도 제조물을 회수하지 않는 생산자는 형법적으로 자유롭다 할 수 없다.

다만 거래안전의무에 근거하여 회수의무를 도출하는 데에 부분적으로 의문의 여지가 있다. 이를 인정하려면 생산자가 제조물에 대해 여전히 일정한 지배력을 가지고 있어야 하는데 상품이 소비자에게 인도되는 순간부터 제조자의 실제적 지배관계는 사실상 단절된다고 보아야 하기 때문이다.⁶⁰⁾ 생산자는 제조물에 대해 여전히 법적 지배력은 가질 수 있으나 물리적 지배가 아닌 논리적 사고로 포장된 추상적 지배관계만으로는 일상에서의 보증인의무 성립근거로 작용한다고 하기에는 무리가 있다. 곧 거래안전의무는 평가자의 두뇌적 논리작용만으로 인정될 정도로 확장되어서는 안 되는 것이다.⁶¹⁾

따라서 제조물책임은 거래안전의무에 속하는 것이 아니라 고유의 요건과 한계를 가진 독자적 보증인의무로서의 지위를 갖는 것으로 인정하는 것이 이론적으로 간결하다. 그렇게 함으로써 선행행위의 기본원칙과의 마찰도 피하고 거래안전의무의 불필요한 확장에서도 벗어날 수 있다.⁶²⁾

56) BGHSt 37, 106 : 가족제품관리를 위한 분무제의 생산자가 자신의 제품에 인체에 대한 심각한 유해성이 있음을 인지하고도 이를 회수하지 않고 단지 경고문만을 부착하여 생산을 계속하여 오다가 해당 관청의 개입이후에 비로소 제품을 회수한 사건.

57) BGHSt 37, 115 ff.

58) Roxin, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 199 Fn. 338.

59) NK-Wohlers, § 13, Rn. 48. 그밖에 LK-Weigend, § 13 Rn. 53; MüKo-Freund, § 13, Rn. 118; SK-Rudolphi, § 13 Rn. 28 참조.

60) Roxin, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 209.

61) Beulke/Bachmann, Die "Lederspray-Entscheidung" - BGHSt 37, 106, JuS 1992, 740.

V. 특정 직무관련적 거래안전의무

당직의사, 긴급구조대원, 경찰관, 소방관 등 고유의 위험성이 결부된 업무를 담당하는 자는 업무수행에 있어 일반인과는 구별되는 특수 거래안전의무가 부과된다. 모든 직업군에 관련된 안전의무를 일일이 언급하는 것은 불가능하므로 여기서는 인터넷 관리자를 하나의 예로 선정하여 검토한다.

인터넷은 절대적 편의성을 제공하지만 불법정보의 유포, 기밀누설, 사생활침해 등 범죄에 폭넓게 그리고 손쉽게 이용될 수 있으므로 의문의 여지없이 위험원이 된다. 따라서 인터넷 운영자 혹은 인터넷서비스제공자는 자신의 업무행위가 불식간에 현행 실정법에⁶³⁾ 저촉될 수 있음을 항상 유념해야 한다. 정보네트와 이에 부가적인 인터넷에서의 정보이동을 위한 기술적 장비를 가동하는 운영자는 이용자들이 이러한 설비를 범죄행위에 오용할 것에 대한 위험부담을 져야 한다. 이러한 상황에서 자신의 기술적 업무행위가 어떠한 요건에서 적법한지, 어떠한 경우에 금지되는지, 나아가 형사제재를 벗어나기 위해서 어떠한 대응조치가 필요한지를 인지해야 한다.

인터넷서비스제공자라는 용어는 포괄적 의미를 가지는 것으로서 여기에 다시금 다양한 형태의 하위개념이 포함된다. 아래에서는 인터넷운영자들의 각각의 담당업무의 형태와 종류의 다양성에 따라 이를 분야별로 나누어 고유의 보증인 지위와 의무를 검토한다.

1. 콘텐츠제공자 (Content-Provider)

콘텐츠제공자란 자신의 정보를 독립적으로 자신의 고유의 서버를 통해 인터넷 이용자들에게 제공하는 자로서⁶⁴⁾ 여기서의 내용 혹은 정보에는 각종의 행위로 저장되거나 전달된 모든 것이 포함된다.⁶⁵⁾

62) Beulke/Bachmann, JuS 1992, 740.

63) 독일의 경우 인터넷운영자 책임영역에서 일반형법규정뿐 아니라 특별법인 텔레미디어법(Telemediengesetz : TMG)의 특별규정도 중요한 의미가 있다.

64) Spindler/Schuster, Vor §§ 7 ff., Rn. 58.

65) Fischer, StGB, § 184 Rn. 28b. 독일의 텔레미디어법(Telemediengesetz : TMG) 제7조에 따르면 자신의 정보에는 본인 스스로 작성한 정보 그 자체뿐 아니라 타인의 저작물로 표기되었더라도 서비스제공자의 손을 거쳐 이를 자신의 것으로 사유화한 것도 포함된다.

서비스제공자는 자기 스스로 작성한 내용이든 타인의 것을 자기 것으로 사유화한 정보이든 이를 인터넷에 제공하기 전에 그 정보의 위법성여부에 대해 검토해야 한다.⁶⁶⁾ 이를 이행하지 않고 위법한 내용을 제공하여 타인의 법익이 침해되었다면 그는 법적 저작권자로서 일반법에 따른 완전한 책임을 지게 된다.⁶⁷⁾ 그는 의사표시와 유포라는 작위로 처벌될 수 있다. 즉 그의 가벌성의 근거는 부작위가 아닌 작위이므로 부작위법의 요건으로서 보증인의무와는 직접적 관련성이 없다.

2. 네트워크 및 접속제공자 (Network- und Access Provider)

이는 인터넷이용자에게 타인의 정보를 이용할 수 있도록 접속을 증대하는 자이다. 그는 인터넷에서의 소통을 위해 요구되는 기능과 공공에 대한 차별 없는 전송서비스만을 제공할 뿐 정보내용에 영향을 주지 않고⁶⁸⁾ 이용자에게 저장공간을 제공하지도 않는다.⁶⁹⁾ 독일의 텔레미디어법(Telemediengesetz : TMG)은 접속제공자의 형사책임을 일반적 책임에 비해 제한한다. 접속제공자에 대한 이러한 특별법 상의 형사책임감경 혹은 면제에도 불구하고⁷⁰⁾ 이론적 관점에서 보증인의무의 인정가능성 여부를 검토해볼 가치가 있다.

66) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(정보통신망법) 제44조 제2항에 따라 정보통신서비스 제공자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망에 본조 제1항에서 언급하는 사생활 침해 또는 명예훼손 등 타인의 권리를 침해하는 정보가 유통되지 아니하도록 노력하여야 한다.

67) 이현숙, “뉴스서비스와 제3자 게시물로 인한 포털의 책임 여부”, 『사법』 제9호, 사법발전재단, 2009, 256면.

68) 이현숙, 앞의 논문, 256면.

69) MüKo-Hörmle, § 184 Rn. 48.

70) 독일 텔레미디어법 제7-제10조는 형사책임(Verantwortlichkeit)감경규정으로서 인터넷운영자의 형사책임을 일반적 책임에 비해 제한한다. 예컨대 동 제8조 제1항 제1문에 따르면 타인의 정보를 통신망을 통해 증대하거나 이용을 위한 접속을 연결해준 자는 접속을 위한 자극을 주지 않았거나 수신자를 선별하지 않았거나 증대된 정보를 선별하지 않았거나 변경을 가하지 않은 이상 형사책임은 없다. 거래안전의무를 위해서 동 제10조는 직접고의 뿐 아니라 위법성에 대한 현실적 인식을 요구한다. 위법성인식의 결여는 일반 형법에서는 (보통은 회피가능한) 금지착오가 되지만 텔레미디어법에서는 고의가 조각되는 구성요건착오가 된다. 즉 이 법에 따르면 가벌적 행위에 대해 모르는 척하는 운영자의 형사책임부담이 감경된다.

1) 보호의무보증인지위에 의한 의무

접속제공자가 이용자에 대한 보증인지위에 있다면 여기에서 보호의무가 발생하겠으나, 보증인과 이용자 사이의 인적 밀접관계가 결여되므로 이에 따른 보호의무는 문제없이 배제된다.⁷¹⁾ 다음으로 접속제공자의 업무에 청소년에 대한 불법적 내용물로부터의 동시적 보호의무가 포함되는지 여부에 따라 계약 또는 인수에 의한 보호의무가 인정될 수 있다. 만일 전문지식이 없는 일반인이라면 운영자가 업무로 다루는 네트워크에는 음란물과 같은 불법내용이 없는 것으로 신뢰할 수 있고 특정 미성년자의 가장 밀접한 보증인인 부모도 이를 신뢰했다면, 그의 보호의무는 접속제공자에게 이전될 수 있다.⁷²⁾ 그러나 누구라도 인터넷을 통해 음란사이트에 손쉽게 접속할 수 있다는 사실을 알고 있는 것이 현실이라면, 또한 접속제공자가 보호의무의 인수를 명시적으로 표현하지 않았다면 그의 보호의무 보증인적 지위는 부정된다. 접속제공자는 단순한 네트워크만을 중개할 뿐 이에 관련한 내용을 모두 인지하여 통제할 가능성이 없으므로 이용자의 보호에 관한 보장은 처음부터 불가능한 것이다.⁷³⁾

2) 안전의무보증인으로서 보증인지위

인터넷 통신망을 통한 특정 정보의 표현 및 유포행위로서 보호되어야 할 법익이 위해 혹은 침해될 수 있다. 따라서 정보관류를 위한 네트워크의 일부를 단순히 운영하는 것도 위험원으로 평가될 수 있다. 위험한 시설이나 설비를 운용하는 자는 그로부터 비롯되는 제3자의 법익에 대한 위험을 차단해야 한다⁷⁴⁾ 접속제공자 역시 자신이 운영하는 설비가 위법한 목적으로 오용되지 않도록 주의해야 할 안전의무를 질 수 있다는 견해가 가능하다. 그러나 인터넷으로 자유로운 접근이 가능하게 된 불법적 내용물에 대해서는 인터넷 이용자 스스로가 자기책임원칙에 따라 1차적 책임을 져야 하므로⁷⁵⁾ 접속제공자의 보증인

71) SK-Rudolphi, § 13 Rn. 47.

72) Popp, Die strafrechtliche Verantwortung von Internet-Providern, S. 130 ff.

73) Kessler, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Zugangs Providern, S. 99 f.

74) Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 723.

75) Sieber, Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Datenverkehr in internationalen Computernetzen, JZ 1996, 501.

의무는 부정되어야 한다는 반대견해에 설득력이 있다.

접속중개자는 불법내용의 근원을 인지했을 때 곧바로 서버의 접속을 차단할 의무가 있는지 문제된다. 불법내용의 확산방지라는 목적을 위해 차단은 적합한 수단이 될 수 있으며 접속제공자는 이를 차단할 수 있는 실제의 물리적 가능성을 갖는다. 접속 차단으로 한 사람에게라도 불법내용의 접속을 막을 수 있다면 이것으로 이미 법익보호를 위한 최소한 가지적 성과와 기여가 될 수 있다. 하지만 이러한 가지적 기여는 현실에서 무의미하다. 접속중개자가 자신의 지배범위에서 특정 정보의 접속을 차단하더라도 이용자는 다른 경로를 통해 해당 불법내용을 얼마든지 접할 수 있는 현실에서 개별적 접속중개자가 해당 정보의 확산을 방지하기 위해 모든 이용자에게 넘을 수 없는 장벽을 설치하는 것은 불가능하기 때문이다.⁷⁶⁾ 수많은 창문이 있는 집에서 하나의 창문에만 방충망을 설치한다고 해서 모기를 막을 수 없는 것과 같은 이치이다.

나아가 접속제공자에게 관리·감독의무(Kontroll- und Überwachungspflicht)에 근거한 작위책임을 인정하는 것도 합당하지 않다. 우선 모든 정보에 대한 불법성 혹은 유해성 검토는 정보의 방대함 때문에 불가능하므로 표본조사에 만족할 수밖에 없는데, 전체 정보 대비 유해정보의 비율이 현저히 낮으므로 표본조사에서 불법적 내용이 포착될 확률이 극히 미미하다. 그 뿐 아니라 의심스러운 정보의 위법성에 관하여 막대한 비용이 소요되는 법적 전문가의 검토를 받아야 하는 점을 감안하면 비용과 위험차단효과 사이의 비례성마저 충족하지 못한다.⁷⁷⁾

마지막으로 접속제공자의 의무위배적 위험한 선행행위에 기반한 보증인지위도 부정된다. 인터넷에서의 정보전달을 위한 기술적 기반시설의 운영은 위법하지 않으며 오히려 사회적으로 요구되는 업무이기 때문이다.⁷⁸⁾ 어느 정도의 위험성은 있을지라도 이는 허용된 위험의 범위에 있다고 해야 할 것이다.

접속제공자에게 타인의 정보에 대한 감시의무나 정보에 관련가능한 위법한 업무를 색출할 의무는 배제된다. 이는 일반 형법적 법리에 비추어 보아도 특별히 문제될 바는 없다고 할 수 있다. 가벌적 내용을 인지한 경우의 차단의무와

76) Conradi/Schlömer, Die Strafbarkeit der Internet-Provider, NStZ 1996, 474.

77) Popp, Die strafrechtliche Verantwortung von Internet-Providern, S. 169 ff.

78) Sieber, JZ 1996, 499 f.; Kessler, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Zugangs Providern, S. 93.

관련한 이견은 별론으로 하고 접속제공자의 보증인의무는 원칙적으로 부정하는 견해가 타당하다.⁷⁹⁾

3. 호스트 서비스제공자 (Host-Service-Provider)

호스트 서비스제공자(Host-Service-Provider 혹은 Host-Provider)란 네트워크에 연결된 컴퓨터시스템에서 타인의 정보를 누군가가 이용할 수 있도록 제공하고 이용자가 자기 정보를 자신의 단말기에 저장할 수 있도록 하는 운영자를 말한다.⁸⁰⁾

앞의 접속제공자의 선행행위 부분에서 언급한 바와 같이 여기에서도 가벌성 심사의 준거점으로서 서버의 공급을 위한 설비를 마련하는 능동적 작위는 고려 대상이 되지 않는다. 이는 위법행위가 아니라⁸¹⁾ 허용된 위험의 범위에서 사회적으로 요구된 행위이기 때문이다. 의무위배적 선행행위의 결여로 선행행위에 의한 보증인지위가 부정되는 것도 동일하다. 여기서는 오히려 불법정보를 인지하고도 삭제하지 않은, 즉 관리조치의 부작위가 가벌성 심사의 준거점이 될 수 있다.⁸²⁾

인지란 개별적 구체적 내용에 대한 인간의 사실적이고 확실한 인식을 말한다. 그밖에 서비스제공자가 위법성이 구체적으로 충분히 기술된 제3자의 정보를 취득했을 때에도 인지는 인정된다.⁸³⁾ 서비스제공자가 불법내용을 인지하면 이에 대한 책임이 있고 이로써 자신의 서버에 있는 해당 내용을 삭제해야 할 잠재적 작위의무가 문제될 수 있다.⁸⁴⁾

이러한 잠재적 작위의무는 안전의무보증인 지위의 성립근거가 될 수 있다. 여기에 위험원에 대한 사실적 지배관계라는 요건이 추가적으로 충족됨으로써 이러한 지위가 확정된다.⁸⁵⁾ 자신이 관리하는 서버에 위법내용이 게재되었을 때

79) Lackner/Kühl, § 184 Rn. 7; MüKo-Hörmle, § 184 Rn. 49.

80) MüKo-Hörmle, § 184 Rn. 50.

81) Sieber, JZ 1996, 499.

82) 박희영, “독일 저작권법과 정보통신서비스법에 의한 ISP의 형사책임”, 『(계간) 저작권』 제69호, 한국저작권위원회, 2005, 33면.

83) Spindler/Schuster, § 10 Rn. 70.

84) 텔레미디어법 (TMG) 제10조 제1문 제1호에 따르면 타인의 정보를 이용자를 위해 저장하는 서비스제공자는 불법행위나 정보에 대한 인지를 하지 못한 이상 책임이 없다. 본 규정은 텔레미디어 서비스 제공업자의 형사법적 책임을 합리적으로 제한하고자 한다.

는 이로부터 그 내용이 확산될 위험이 높으므로 그것은 위험원으로 볼 수 있고, 운영자는 자신의 서버에 저장된 내용을 언제라도 삭제하여 내용의 접근가능성을 차단할 수 있기 때문에 사실상의 지배관계까지는 인정된다. 다만 그러한 형사법적 작위의무의 부과가 합당하다고 할지에 대해서는 균형성의 원칙이라는 요건이 다시금 고려되어야 한다.⁸⁶⁾

여기에서 긴급피난의 상당성 판단에 사용되는 개념들을 차용할 수 있을 것이다. 불법내용의 삭제는 이로 인한 법익침해를 차단할 수 있는 가장 효과적이며 온화한 방법이다. 이어서 그러한 내용의 삭제의무의 적절성(Angemessenheit)은 상충되는 이익의 교량에서 판단되어야 한다. 운영자에게는 자신의 업무를 경제적으로 운영하고자 하는 이익과 일반의 효과적 법익보호의 이익이 상충된다. 내용을 삭제하기 이전에 내용의 위법성 여부에 대한 검토를 위해 운영자는 법률전문지식이 있는 사람을 고용해야 하는 비용을 부담한다. 검토대상이 되는 정보는 자신이 인지한 정보에 한정되므로 여기에 소요되는 비용은 콘텐츠제공자나 접속제공자의 경우와 비교하면 극히 제한된다. 따라서 그의 경제적 부담은 법익보호에 관한 일반의 이익과 비교할 때 적절한 범위 내에 있기 때문에 적절성의 요건도 충족된다.⁸⁷⁾

자신이 관리하는 서버의 위법내용이 인지된 경우 호스트제공자는 균형성과 적절성의 요건이 충족되는 범위에서 이를 차단해야 할 보증인의무를 진다.⁸⁸⁾

4. 캐시서버제공자 (Cache-Server-Provider)

캐시서버제공자는 호스트 서비스제공자와 접속제공자의 사이에서 이용자의 신속한 접속을 위해 시간적으로 제한된 자동적 중간저장단계의 역할을 담당한다.⁸⁹⁾ 예컨대 이용자가 한 번 검색한 정보는 중간저장장치에 저장되고 다시 검색할 때에는 원래의 서버로 되돌아가는 경로를 생략하고 중간저장장치에서 접

85) SK-Rudolphi, § 13 Rn. 27.

86) Hörnle, Pornographische Schriften im Internet : Die Verbotsnormen im deutschen Strafrecht und ihre Reichweite, NJW 2002, 1011.

87) Lackner/Kühl, § 184 Rn. 7a.

88) MüKo-Hörnle, § 184 Rn. 52.

89) Kudlich, Die Neuregelung der strafrechtlichen Verantwortung von Internet-Providern, JA 2002, 798.

할 수 있다. 이는 우선 정보의 이동경로를 단축하여 그 경비를 줄이고 동시에 네트의 부하를 줄일 수 있다.

캐시서버에 있어서 이론적으로는 정보에 대한 지배관계가 형성되기는 하나 체류시간이 극히 짧아 이를 실제로 관리한다는 것은 거의 불가능한 관계로⁹⁰⁾ 그의 거래안전의무는 매우 제한될 수밖에 없다.⁹¹⁾

5. 검색엔진과 하이퍼링크(Hyperlink)

검색엔진은 운영자의 일반적 체계방식에 따른 링크의 정돈질차를 말한다.⁹²⁾ 검색엔진도 위험원이 될 수 있음은 충분히 인정될 수 있으나 운영자 앞에 존재하는 정보의 양이 엄청나게 크기 때문에 이를 일일이 통제한다는 것은 불가능하다.⁹³⁾ 검색엔진 운영자의 거래안전의무와 관련하여서는 캐시서버제공자의 경우와 마찬가지로 공적 차단지시가 있을 때 비로소 이를 이행해야 할 의무가 발생하는 정도로 이해할 수 있다.⁹⁴⁾

하이퍼링크란 연결시키고자 하는 정보의 웹 위치 혹은 경로를 나타낸 것으로서 이용자가 하나의 웹사이트에서 다른 웹사이트로 손쉽게 이동할 수 있도록 하는 기능을 한다.⁹⁵⁾ 하이퍼링크가 자신의 다른 웹사이트나 부분저장소를 지시하는 경우에는 자신의 고유의 정보가 존재하는 것이고 링크를 설정한 사람은 저작자로서 일반법률의 적용을 받는다. 운영자가 자신의 사이트에 스스로 링크를 설정해 놓았다면 이로써 링크는 자신의 내용으로 간주되며 이에 따라 운영자는 링크로 연결된 가별적 내용에 대해 책임을 져야 한다.⁹⁶⁾

대법원 판례도 불법내용을 담고 있는 웹사이트에 링크를 설정하는 행위에 대해 방조범이 아닌 단독정범으로서의 죄책을 인정한다.⁹⁷⁾⁹⁸⁾ 문제가 되는 것은

90) MüKo-Freund, § 13 Rn. 154.

91) 따라서 텔레미디어법 제9조는 캐시서버에 대해서는 행정적 차단지시가 있을 때 비로소 특정 의무를 이행하도록 하는 정도로 형사책임의 감경을 인정한다.

92) Fischer, StGB, § 184 Rn. 28b.

93) LK-Weigend, § 13 Rn. 54.

94) MüKo-Freund, § 13, Rn. 155. 즉 여기서도 텔레미디어법 제9조가 유추적용된다.

95) 이현목, “인터넷 하이퍼링크에 의한 전지와 명예훼손”, 『정보법학』 제15권 제2호, 한국정보법학회, 2011, 142면.

96) 하이퍼링크에 관련한 운영자의 책임에 대해서 텔레미디어법에서도 별도의 규정을 두지 않으므로 이 법의 기본원칙을 유추적용할 수 있을 것이다.

97) 대법원 2003. 7. 8., 2001도1335 : “링크를 포함한 일련의 행위 및 범의가 다른 웹사이트

링크로 연결된 내용이 나중에 변경된 경우에도 운영자의 죄책이 인정되는지 여부이다. 운영자가 자신의 사이트에 있는 타인의 정보에 대해 책임을 질 필요가 없다면, 타인의 사이트에의 링크에 있어서도 그 변경에 대해 알지 못하는 한 보증인의무는 없다고 하겠다.⁹⁸⁾

VI. 맺는말

공동체의 구성원 각자에게는 일정 범위의 자유영역은 보장되나, 그 이면에 이러한 자신의 지배영역에서의 위험이 외부로 분출되어 타인의 법익을 침해하지 않도록 해야 하는 일상의 안전의무가 결부되어 있다. 이러한 거래안전의무는 선행행위에 종속한 의무와 매우 밀접한 관계에 있으나, 양자를 동일시하거나 일상의 안전의무를 선행행위 개념에서만 도출되는 관계로 이해하기보다는 안전의무보증인 영역에서의 고유한 지위를 차지하는 개념으로 이해하는 것이 바람직하다.

위험원의 지배자는 이에 대한 안전관리의무를 지는 것은 당연하나, 자신의 위험원에 대한 정상의 관리의무를 다했음에도 불구하고 이로부터 위험이 이미 발생된 경우 이에 따른 후속적 구호의무까지 지는 것은 아니다. 즉 일상의무의 보호목적에 구조의무는 포함되지 않는다는 제한적 사고가 필요하다. 그렇지 않으면 거래안전의무에 따른 형사책임의 범위가 필요이상으로 확장될 위험이 있기 때문이다.

거래안전의무가 문제될 수 있는 다양한 사례에서 실제로 보증인지위와 그에 따른 의무가 인정되어야 할지에 대해서는 대강의 구획으로 나눈 유형적 범주에 관한 하나의 개괄적 판단원칙을 제시할 수 있을 뿐 대부분의 개별적 사례에서

등을 단순히 소개·연결할 뿐이거나 또는 다른 웹사이트 운영자의 선행행위를 방조하는 정도를 넘어, 이미 음란한 부호 등이 불특정·다수인에 의하여 인식될 수 있는 상태에 놓여 있는 다른 웹사이트를 링크의 수법으로 사실상 지배·이용함으로써 그 실질에 있어서 음란한 부호 등을 직접 전시하는 것과 다를 바 없다고 평가되고, 이에 따라 불특정·다수인이 이러한 링크를 이용하여 별다른 제한 없이 음란한 부호 등에 바로 접할 수 있는 상태가 실제로 조성되었다면, 그러한 행위는 전체로 보아 음란한 부호 등을 공연히 전시한다는 구성요건을 충족한다고 봄이 상당하다.”

98) 위 판결에 동의하는 입장으로 이현목, 앞의 논문, 155면 이하.

99) MüKo-Freund, § 13, Rn. 153.

의 판단에는 변수로 작용할 수 있는 고유의 특수한 사정들이 고려되어야 한다. 예컨대 자신의 집에서 행해진 타인의 범죄에 대한 형사책임의 유무에 대해서도 확일적으로 판단하기보다는 가옥 고유의 범죄관련적 특수성에 종속시키는 것이 합리적이다. 가옥 자체로는 위험원이라 할 수 없으나, 타인의 특정 범죄에 쉽게 오용될 소지가 형성됨으로써 위험원이 될 수 있으며, 이를 인식한 집주인은 이에 대한 대비를 해야 할 의무를 진다.

사용자에게 공급이 되고난 이후 위험이 발현된 제조물에 대한 형사책임에 대해서는 선행행위에 의한 보증인지위의 문제로 보는 견해와 거래안전의무의 문제로 보는 견해가 충돌하나, 두 가지 견해에 각각 장점과 결함이 있다. 따라서 제조물책임은 선행행위나 거래안전의무의 범주에 속하는 것이 아니라 고유의 요건과 한계를 가진 독자적 보증인의무로서의 지위를 갖는 개념으로 접근하는 방식도 생각해 볼만하다.

특정 직무관련적 거래안전의무의 범위에 무수한 직업군이 포함되나 그중 인터넷서비스제공자의 형사법적 안전의무를 검토할 필요성이 있다. 인터넷은 현대생활에서 절대적으로 불가결한 생활도구인 반면 범죄에 오용될 수 있는 위험원이 되므로, 정보네트와 이에 부가적인 인터넷에서의 정보이동을 위한 기술적 장비를 가동하는 운영자는 이용자들이 이러한 설비를 범죄행위에 오용하거나 그 오용의 피해자가 되지 않도록 안전관리에 책임을 져야 한다.

인터넷 운영자 범위에서 호스트 서비스제공자는 자신이 관리하는 서버의 위법내용이 인지된 경우 균형성과 적절성의 요건이 충족되는 범위에서 이를 차단해야 할 보증인의무를 진다. 그 밖의 인터넷 운영자의 거래안전의무는 매우 제한적으로 인정된다.

투고일 : 2021.11.17. / 심사완료일 : 2021.12.10. / 게재확정일 : 2021.12.15.

[참고문헌]

- 오영근, 「형법총론」 제5판, 박영사, 2019.
- 이재상/장영민/강동범, 「형법총론」 제9판, 박영사, 2017.
- 김상용, “부작위불법행위에 있어서의 거래안전의무”, 「법학논총」 제9집, 한양대학교 법학연구소, 1992.
- 박희영, “독일 저작권법과 정보통신서비스법에 의한 ISP의 형사책임”, 「(계간) 저작권」 제69호, 한국저작권위원회, 2005.
- 성낙현, “부진정부작위법에서의 보증인지위”, 「영남법학」 제34호, 영남대학교 법학연구소, 2012.
- 이헌묵, “인터넷 하이퍼링크에 의한 전시와 명예훼손”, 「정보법학」 제15권 제2호, 한국정보법학회, 2011.
- 이헌숙, “뉴스서비스와 제3자 게시물로 인한 포털의 책임 여부”, 「사법」 제9호, 사법발전재단, 2009.
- 전경운, “제조물안전법상 제조물안전기준과 제조물책임”, 「비교사법」 제18권 제1호, 한국비교사법학회, 2011.
- Beulke, Werner/Bachmann, Gregor, Die “Lederspray-Entscheidung” - BGHSt 37, 106, JuS 1992, 737 ff.
- Blei, Hermann, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 18. Aufl., 1983.
- Brammsen, Joerg, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, 1986.
- Conradi, Ulrich/Schlömer, Uwe, Die Strafbarkeit der Internet-Provider, Teil 1/2, NStZ 1996, 366, 472.
- Fischer, Thomas, Kommentar zum Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 55. Aufl., 2008/ 59. Aufl., 2012.
- Herzberg, Rolf Dietrich, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972.
- Hörnle, Tatjana, Pornographische Schriften im Internet : Die Verbotsnormen im deutschen Strafrecht und ihre Reichweite, NJW 2002, 1008 ff.
- Iburg, Ulrich, Zur Unterlassungstäterschaft im Abfallstrafrecht bei “wilden” Müllablagerungen, NJW 1988, 238 ff.
- Jakobs, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991.

- Kessler, Clemens, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Zugangs Providern, 2003.
- Kudlich, Hans, Die Neuregelung der strafrechtlichen Verantwortung von Internet-Providern, JA 2002, 798 ff.
- Kühl, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Kommentar zum StGB, 26. Aufl., 2007.
- Landau, Peter Wolfgang, Strafrechtliche Verantwortlichkeit aus Eigentum und Besitz bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1976.
- Landscheidt, Christoph, Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten, 1985.
- Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch(LK), 12. Aufl., 2007.
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch(MüKo), 2003.
- Nomos Kommentar(NK), Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2010.
- Popp, Martin, Die strafrechtliche Verantwortung von Internet-Providern, 2002.
- Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 2003.
- Rudolphi, Hans-Joachim, Häusliche Gemeinschaften als Entstehungsgrund für Garantenstellungen? NStZ 1984, 149 ff.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch Kommentar(Sch/Sch), 28. Aufl. 2010.
- Schünemann, Bernd, Grundfragen der strafrechtlichen Zurechnung im Tatbestand der Baugefährdung(§ 323 StGB), ZfBR 1980, 113 ff.
- Schünemann, Bernd, Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW 1984, 287 ff.
- Sieber, Ulrich, Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Datenverkehr in internationalen Computernetzen Teil 1, 2, JZ 1996, 429, 494.
- Spindler, Gerald/Schuster, Fabian, Kommentar zum Recht der elektronischen Medien, 2008.
- Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl., 2004.
- Systematischer Kommentar(SK), 8. Aufl., 2008/ Stand 2011.
- Wessels, Markus, Die Umweltgefährdende Abfallbeseitigung durch Unterlassung, 1993.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil, 37. Aufl., 2007/ 41. Aufl., 2011.

[국문초록]

부작위범에서의 거래안전의무의 성립과 한계

성낙현*

공동체의 한 구성원은 타인의 영역으로부터 어떠한 위험이 분출되어 자신의 고유영역을 침범하지 않을 것을 신뢰할 권리가 있는 만큼, 자기 스스로도 자신의 지배영역에 존재할 수 있는 위험원으로부터 타인에 대한 침해가 발생하지 않도록 안전을 보살피고 감독해야 할 의무가 있다. 구성원 간의 교류 혹은 공존관계에서 발생하는 이러한 타인에 대한 생활관계상의 배려의무를 거래안전의무(Verkehrspflicht)로 칭할 수 있다.

이러한 거래안전의무는 현실에서 선행행위에 의한 의무와 서로 보완관계로서 혹은 심지어 동시에 작용할 때가 많으므로 양자의 밀접한 관련성은 부인할 수 없다. 그러나 양자를 동일시하거나 거래안전의무는 오로지 선행행위 개념에 국한되어 도출된다고 하기 보다는, 넓게 보아 실질설에서 말하는 안전의무보증인 영역에서 고유한 지위를 차지하는 개념으로 이해하는 것이 타당하다.

거래안전의무는 위험이 발생되기 이전의 안전관리의무에 제한되는 것으로서 위험원에 의한 침해가 이미 발생된 타인의 법익에 대한 구조의무로 확장되는 것은 아니다.

거래안전의무가 문제시될 수 있는 사례의 유형은 헤아릴 수 없이 다양하나 본고에서는 아래와 같이 크게 세 영역으로 나누어 문제점을 고찰한다. 첫째로 지배영역에 관련한 거래안전의무로서 여기에는 지배영역 내에서의 타인의 범죄 방지 의무와 무단 폐기물 적재 등에 대처할 의무 등이 포함된다. 둘째로 지배하는 사물에 관련한 의무로서 특히 제조물에 대한 안전의무책임이 논의된다. 마지막으로 특수 위험원을 다루는 업무자는 이에 요구되는 전문지식의 결여나 안전배려의 태만으로 인하여 타인의 법익에 위험이나 침해가 발생하지 않도록 주의할 의무가 있는데, 여기에서는 인터넷서비스제공자를 단적인 예로 들어 검토한다.

주제어 : 거래안전의무, 보호의무보증인, 안전의무보증인, 제조물책임, 인터넷서비스제공자

* 영남대학교 법학전문대학원 교수.

[Abstract]

Entstehungsgrund und Grenzen der Verkehrspflicht bei den Unterlassungsdelikten

Nak-Hyon Seong*

Jeder Mitglieder der Gesellschaft hat die Pflicht zur Überwachung der gefährlichen Sachen oder Räumlichkeiten im eigenen Herrschaftsbereich. Dazu gehören alle Überwachungsaufgaben oder Verkehrssicherungspflichten. Grundstücksbesitzer z. B. sollte sich dafür bemühen, dass Besucher oder Passanten nicht durch unzureichende Sicherungsmaßnahmen unerwartet zu Schaden kommen.

Die Garantenstellung aus Verkehrspflicht ist mit der Garantenstellung aus vorangegangenem Tun eng verwandt. Deshalb in der früheren Rechtsprechung hat die Verkehrssicherungspflicht als Garantenstellung keine eigene Rolle gespielt, weil man die Verkehrspflicht nur noch als Untergruppe des vorangegangenen Tuns behandeln zu können glaubte. Eine solche Einordnung ist nicht völlig richtig. Heutzutage ist allgemein anerkannt, dass die Verkehrspflicht eine selbständige Position innerhalb der Überwachergaranten bildet.

Aus einer Überwachungspflicht entstehen nicht auch Rettungspflichten. Die Rettungspflicht ist nämlich nicht vom Schutzzweck der Verkehrspflicht erfasst. Hat der Inhaber einer Gefahrenquelle diese hinreichend überwacht und kontrolliert, somit ist er seinen Verkehrspflichten völlig nachgekommen. Folgt man aber der herrschenden Ingerenzlehre, ist dieses Problem praktisch ohne Relevanz, weil dann sich eine Erfolgsabwendungspflicht aus vorangegangenem Tun ergibt.

Key words : Verkehrssicherungspflicht, Beschützergarant, Überwachergarant,
Produkthaftung, Internet-Provider

* Prof. Dr. jur., School of Law, Yeungnam University.