

형법 제18조의 입법형식에 대한 소고*

이 세 화

한국국제대학교 교수

< 목 차 >

- I. 문제의 제기
- II. 부진정부작위범의 적용범위에 대한 확정
- III. 보증의무의 발생근거에 대한 보완 필요성
- IV. 상응성 조항의 필요성에 대한 검토
- V. 임의적 감경규정의 인정에 대한 학설의 대립
- VI. 일반적 구조불이행죄의 필요성에 대한 검토
- VII. 결론

I. 문제의 제기

부진정부작위범이란 작위범의 형태로 규정되어 있는 구성요건적 결과를 부작위에 의해서 실현하는 경우로서, 작위범의 구성요건을 작위에 의하여 실현하는 것과 동일하게 평가되기 때문에 해당 구성요건에 따라 처벌되는 것이다. 이것이 바로 부작위의 동치성(Gleichstellung)의 문제이고, 결국 부작위의 작위와의 동치성에 의해서 부진정부작위범의 성립이 긍정되는 것이다. 부진정부작위범에 관하여 우리형법 제18조¹⁾는 일정한 자에게 위험발생방지의무를 부과하고, 이러한

* 심사위원 : 이정원, 박기석, 김성룡

투고일자 : 2009. 1. 20, 심사일자 : 2009. 3. 15, 게재확정일자 : 2009. 3. 20.

1) “위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 발생된 결과에 의하여 처벌한다.”라고 규정한다.

의무에 위반하는 부작용을 발생한 결과에 따라 처벌한다고 규정한다. 이러한 규정은 독일형법 제13조²⁾와 비교하여 부작용의 작위와의 동일평가에 관한 내용인 상응성 조항(Entsprechungsklausel)과 부작용범의 처벌에 대한 임의적 감경규정이 결여되어 있다.³⁾ 따라서 부작용의 작위와의 상응성 조항 및 부작용범의 처벌에 대한 임의적 감경규정의 필요성이 제기되고 있다. 먼저 부작용이 작위와 동일하게 평가되기 위해서는 보증인적 지위(Garantenstellung)와 행위정형의 동가치성(Gleichwertigkeit,)이라는 요건이 충족되어야 한다는 것이 지배적인 견해⁴⁾이다. 즉 구성요건에 해당하는 결과를 방지하지 않은 자가 결과의 발생을 방지할 의무가 있는 자일 것을 요하며, 그 부작용에 의한 범죄수행·수단·방법이 작위와 구성요건적으로 동일하게 평가될 것을 요한다. 다만 언제 누가 보증인으로서 구성요건적 결과방지의 법적 책임을 지고, 어떠한 전제조건에 의하여 부작용이 작위에 의한 법적 구성요건실현과 상응하게 되느냐에 대해서는 견해의 대립이 있다. 특히 행위정형의 동가치성 문제는 개개의 구성요건에 따라 다르게 나타나므로 그 구체적 판단은 형법각칙상의 구성요건 해석문제에 귀착하게 되는 것은 아닌지 검토의 여지가 있으며, 심지어 '행위정형의 동가치성'요건의 필요성에 대해 부정적인 견해도 있다. 다음, 부진정부작위범은 작위범과 동일하게 처벌되어야 하는지 아니면 차별적으로 처벌되어야 하는지 문제된다. 독일형법 제13조는 부진정부작위범에 대해 전체적 이익형량을 통하여 형의 임의적 감경을 허용하고 있다. 이익형량시에는 주관적 관점에서 본 구체적 범행사정이외에 부작용이 그에 상응한 작위범행에 비해 경미한 범행인지의 여부에 대한 문제와 함께 행위반가치에 해명을 주는 모든 관점을 고려한다.⁵⁾ 이에 반해 우

2) 제1항에서는 “형법의 구성요건에 해당하는 결과를 방지하지 아니한 자는, 법적으로 결과 발생방지의무가 있고, 그 부작용이 작위에 의한 구성요건의 실현과 동일하게 평가될 수 있는 경우에 한하여 이 법률에 따라 처벌한다.”라고 규정하며, 제2항에서는 “부작용범의 형은 제49조 제1항에 따라 감경할 수 있다.”라고 규정한다.

3) 따라서 보증인적 지위와 같이 '기술되지 아니한 규범적 구성요건요소'로서의 성격을 갖는다.(김일수, 한국형법Ⅱ, 494면; 임웅, 형법총론, 525면.)

4) 우리나라와 독일의 지배적 견해이다. 김일수, 한국형법Ⅱ, 474면; 손해목, 형법총론, 791면; 신동운, 형법총론, 111-112면; 안동준, 형법총론, 294, 300면; 이재상, 형법총론, 122-123면; 이정원, 형법총론, 408-409면; 정성근, 형법총론, 459면; 차용석, 형법총론강의, 350면; Rudolphi, SK StGB, § 13 Rdnr. 18. 이와 다른 용어로 이형국 교수는 「보증인적 지위」와 「상응성(Entsprechung)」이라 하고,(이형국, 형법총론연구Ⅱ, 700, 711면), 장영민 교수는 「보증인적 지위」와 「동등성」이라 한다.(장영민, 부진정부작위범의 성립요건, 형사판례연구 제2호, 1994, 42면).

리형법 제18조는 “발생된 결과에 의하여 처벌한다.”고 함으로써 작위에 의한 결과실현과 부작위에 의한 결과실현이 그 법정형에 있어서 차이가 없다고 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고 부작위가 불법이나 법적 비난의 측면에서 작위보다 가볍다는 이유로 임의적 감경규정을 둘 필요가 있는지에 대해 견해의 대립이 있다. 또한 독일형법은 ‘법적 결과발생방지의무’를 보증인의무로 규정하여 명백하게 결과범을 그 대상으로 한 반면, 우리형법은 ‘위험발생방지의무’와 ‘선행행위에 의한 위험방지의무’를 보증인의무로 규정하고 있어 부진정부작위범이 결과범만을 대상으로 하는지에 대해 학설의 다툼이 있다. 즉 부진정부작위범에 있어서 그 적용범위를 어떻게 구성해야 하는지가 문제되는 것이다. 그 외에도 작위와 상응하는 정도의 부작위범에 이르지 않는지만 처벌의 필요성이 있는 부작위를 대상으로 하는 일반적 구조불이행죄의 필요성 등 많은 문제들이 학설과 판례의 입장에 맡겨져 있다.

따라서 본고에서는 우리형법 제18조의 해석과 관련한 기존 견해의 대립내용에 대해 검토하고, 우리의 현실과 법규정에 맞는 해석을 통해 부진정부작위범의 입법방향에 대한 의견을 제시하고자 한다.

II. 부진정부작위범의 적용범위에 대한 확정

독일형법 제13조는 부진정부작위범의 주체를 ‘형법의 구성요건에 해당하는 결과발생을 방지하지 아니한 자’로 규정하며, 보증인의 의무를 ‘결과발생방지의 법적 의무’로 규정함으로써 그 적용범위를 명백하게 결과범으로 한정하였다. 이에 반해 우리형법 제18조는 “① 위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 ② 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 ③ 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 ④ 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다.”라고 규정함으로써 ‘위험의 발생’과 ‘발생된 결과’의 의미가 무엇인지, 즉 부진정부작위범의 적용범위와 관련하여 형식법 내지 결과범으로의 한정이 문제되어 진다.

이에 대해서는 다음과 같은 견해의 차이가 있다. 제1설⁵⁾은 ‘위험발생’이란 법익의 위태화 내지 침해를 의미한다는 견해이다, 이에 의하면 원래 위험이란 법

5) 허일태 역, 독일형법총론, 349면.

6) 신동운, 형법총론, 104, 112면.

익침해의 가능성을 말하고, 위험발생이란 '작위범의 구성요건이 실현될 가능성'을 의미하며, 구성요건이 실현된다 함은 법익이 위태롭게 되거나 침해됨을 의미한다는 것이다. 또 '결과발생'도 작위범의 구성요건을 실현시킨다는 뜻이라 한다. 즉 부진정부작위범에 형식범과 결과범이 모두 포함된다는 것이다. 그런데 이러한 해석에 따르면 '위험발생'과 '결과발생'의 의미에 차이가 없게 되는 결과가 초래된다. 제2설⁷⁾은 부작위범은 구성요건적 결과의 발생을 이유로 처벌되는 것이지 결과발생 이전에 단순히 그 위험이 발생했다고 하여 처벌되는 것이 아니므로 ①에서의 위험은 '구성요건적 결과'를 의미하고, ②는 '자기의 행위=위험발생의 원인'이므로 '자기의 행위로 인하여 위험발생을 야기한 자'라고 해야 하며, ③은 '이미 위험을 야기한 자가 그 위험이 결과발생으로 이어지는 것을 방지하지 아니한 때'라고 한다. 제3설⁸⁾은 ③'위험발생'을 개별구성요건의 결과라 아니라 그러한 결과에 이르는 전 단계의 위험으로 이해하고, ④'그 발생된 결과'는 각론상 범죄들의 결과를 의미한다는 견해이다. 즉 독일형법과 한국형법 간에 부작위범에 적용되는 형벌은 각론상의 개별구성요건적 결과에 대한 형벌임에 차이가 없다는 것이다. 제4설⁹⁾은 대부분의 부진정부작위범은 침해범·결과범에 해당하고, 이 유형의 구성요건에서는 법익침해의 위험이 초래되었다라도 결과가 발생하지 않으면 기수가 성립되지 않으므로 ④의 '발생된 결과'는 '법익침해의 결과'를 의미한다는 것이다. 제5설¹⁰⁾은 예컨대 A가 제한속도 60Km 지역을 시속 120Km로 운전했다고 해도 B를 치어 부상을 입히지 않은 이상 A에게 B에 대한 구조의무가 없는데, 이는 A가 위험을 초래한 것은 인정되었다라도 결과가 발생하지 않은 이상 처벌되지 않는다는 것이므로 형법 제18조는 "구성요건의 실현을 방지해야 할 의무 있는 자가 그 의무를 이행하지 않아 결과가 발생한 경우, 그 결과에 따라 처벌한다."로 이해해야 한다는 것이다. 이는 '구성요건의 실현을 방지해야 할 의무 있는 자'라고 함으로써 부진정부작위범에 형식범과 결과범을 모두 포함시키고 있으며, '결과에 따라 처벌한다.'는 것은 '법익침해의 결과'를 의미한다고 보여 진다. 제6설¹¹⁾은 형법 제18조는 일정한 부작위가 '위험을

7) 류화진, 선행행위에 기한 보증인지위, 부산대 박사학위논문 2004, 61-62면.

8) 김성룡, 부진정부작위범의 정범표지, 형사판례연구 제12호, 2004, 93, 105면.

9) 한정환, 형법 제18조에서의 작위의무자, 형사법연구 제22호, 2004.12, 72면.

10) 한정환, 작위와 부작위, 진정·부진정 부작위범의 구별, 비교형사법연구 제7권 제1호, 2005.7, 90면.

11) 오병두, 부진정부작위범의 입법형식과 형법 제18조의 성립경위, 형사법연구 제23호,

발생시키는 경우'에 그 결과를 처벌하는 것이라 한다. 즉 형법 제18조의 '위험의 발생을 방지하지 아니한 때'를 '위험이 발생한 때'로 바꾸면 "위험이 발생한 때에 그 발생한 결과로 인하여 처벌한다."는 것이 되는 것이므로 위험발생의 개념을 결과발생과 동일시 할 수 없다고 한다. 왜냐하면 위험발생이 결과발생과 같은 의미라면 "결과가 발생한 때에 그 발생한 결과로 인하여 처벌한다."는 것이 되어 사실상 결과책임을 인정하는 것이 되기 때문이라 한다.¹²⁾

생각건대 형식범이란 특별한 행위방식에 의하여 범죄가 성립하며, 그 불법내용이 특별한 행위방식으로 충족된다. 따라서 형식범에서의 부작위는 작위와의 실질적 동가치성을 제시할 수 없고, 이러한 범죄실현 방지의무 위반은 해당 범죄실현에 대하여 행위지배가 인정되지 않으며, 경우에 따라 방조행위로 평가될 수 있을 뿐이다.¹³⁾ 결과발생방지의무의 불이행이라는 부작위만이 실질적으로 작위에 의하여 구성요건을 실현하는 것과 동일하게 평가될 수 있고, 더욱이 형법 제18조는 "그 발생한 결과에 의하여 처벌한다."고 규정하므로 부진정부작위범은 결과범에서만 성립이 가능하다고 해석해야 한다. 이에 따라 앞에서의 ①은 '결과', ②는 '결과', ③은 '발생된 위험을 제지' 또는 '결과발생을 방지', ④는 법익침해의 결과가 아닌 그 자체로서의 '발생된 결과'를 의미한다고 보아야 한다. 즉 "① 결과의 발생을 방지할 의무가 있거나 ② 자기의 행위로 인하여 결과발생의 원인을 야기한 자가 ③ 그 결과발생을 방지하지 아니한 때에는 ④ 그 발생한 결과에 의하여 처벌한다."라고 이해하여야 한다. 왜냐하면 부진정부작위범에서도 결과가 발생하지 아니한 경우에는 미수죄로서의 처벌이 가능하기 때문이다. 즉 ④ '발생된 결과'는 기수범에서의 기수와 같은 의미의 '결과발생'이 아니다.

2006.6. 57-58면.

12) 위의 견해들을 도표로 표시하면 다음과 같다.

	①위험의 발생	②위험발생	③위험발생	④발생된 결과
1설	법익의 위태화 내지 침해			개별구성요건적 결과
2설	구성요건적 결과	위험발생	결과발생	
3설			위험	개별구성요건적 결과
4설				법익침해의 결과
5설	구성요건의 실현		결과발생	법익침해의 결과
6설			위험발생	개별구성요건적 결과
본고의 해석	법익침해의 결과	법익침해의 결과	결과발생방지 (발생된 위험의 제지)	그 자체로서의 발생된 결과

13) 이정원, 부진정부작위범의 구조적 문제점, 형사법연구 제14호, 2000.12, 236, 238면; 이정원, 부작위범 분야의 정비, 형사법연구 제22호, 2004.12, 339, 352면.

독일형법 제13조 제1항 “형법의 구성요건에 속하는 결과를 방지하지 않은 부작위범은 그 법률에 따라 처벌한다.”라는 규정도 특정의 구성요건적 결과를 방지하지 않은 자는 그 구성요건 충족의 효과로 예정된 형벌로 처벌한다는 의미이다.

III. 보증의무의 발생근거에 대한 보완 필요성

우리형법상 보증의무의 발생근거는 법률규정이 아닌 이론의 산물이며, 그 기본원칙에 있어서부터 견해의 대립이 있다. 먼저 보증의무의 범위를 넓게 인정해야 한다는 견해¹⁴⁾는 일반적 구조불이행죄의 조항이 없는 우리나라에서 형식적인 근거에만 의존하여 보증의무를 좁게 인정한다면, 개인주의적·이기주의적 세태를 더욱 부추기는 법집행이 되고, 우리의 전통적인 법감정이나 사회윤리에 배치되므로 죄형법정주의의 파생원칙인 명확성의 원칙·관습형법금지의 원칙·유추해석금지의 원칙 등에 반하지 않는 한도 내에서 부진정부작위범의 보증의무를 어느 정도 폭넓게 인정할 필요성이 있다는 것이다. 반면 보증의무의 범위를 좁게 인정해야 한다는 견해¹⁵⁾는 이 범위가 넓을수록 가벌성이 확대되는데, 법치국가형법은 보충성의 원칙 및 명확성의 원칙을 통해서 이론에 의한 처벌에 신중할 것을 요구하므로 형법 제18조로부터 정당성을 확보할 수 있는 방법은 가급적이면 보증인지위를 좁게 해석하는 것이라 한다.

보증의무의 발생근거에 관한 규정방법에 대해서도 견해가 나뉜다. 제1설¹⁶⁾은 특별한 법익보호를 위해서 법적으로 부과될 수 있는 ‘보호의무’와 특별한 위험원에 대해서 부과될 수 있는 ‘책임의무’를 명문화하고, 그 세부적인 내용은 학설에 맡겨놓으면 된다는 것이다. 그러나 ‘보호의무’와 ‘책임의무’라는 두 가지 기준도 앞으로 수정·추가될 가능성을 내포한 것이므로 세분화의 필요성이 제기된다. 제2설¹⁷⁾은 ‘법률, 계약, 선행행위, 기타 위험원에 대한 보호 또는 감독책임 등으로 인하여 법익침해적 결과의 발생을 방지하여야 할 법적 의무’라고 규정하

14) 윤종행, 부작위범의 입법방향 소고, 비교형사법연구 제5권 제2호, 2003.12, 52면.

15) 배종대, 형법총론, 748면.

16) 이정원, 부작위범 분야의 정비, 353면.

17) 윤종행, 부작위범의 입법방향 소고, 53면.

자는 것이다. 이는 보증의무 발생근거에 대한 형식설과 실질설을 절충하여 모두 규정 속에 포함시키는 것이다.

생각건대 형법상 보증의무의 범위는 좁게 인정하자 넓게 인정하자의 문제가 아니다. 사회생활상에서 긴밀한 신뢰관계가 형성될 때에 그 신뢰를 믿고 행위한 자의 위험에 대해 그 상대방은 마땅히 보호할 의무가 있게 되는 것이고, 바로 이러한 것이 보증의무의 인정범위가 되는 것이다. 이와 같이 보증인적 지위가 인정되어야 할 생활관계는 법적 형식에 따라 한정되어 있는 것이 아닌데도 불구하고, 보증인적 지위가 발생할 수 있는 근거를 형식적으로 제한하는 것은 경우에 따라서 법적 안정성을 해칠 수 있다. 즉 보증인적 지위가 발생하는 근거는 보증인이 수행해야 하는 기능에 따라 파악해야 한다. 여기서 보증인이 수행해야 하는 기능은 부작위가 작위와 동가치성이 인정되는 상황에서 그러한 부작위로 나아가지 말 것을 의미한다. 따라서 보증인지위의 발생근거는 규범적 가치판단에 의한 '부작위의 작위와의 동치성이 인정될만한 상황'이라는 실질적인 관점에서 찾아야 할 것이다. 여기서 실질적 기준이란 보증관계에 놓인 당사자 간의 신뢰관계를 전제로 하여, 보증인의 지위에 있는 자가 보호해야 할 법익의 위험 내지 침해에 대해 현실적·구체적으로 얼마나 지배하고 통제하고 있는가를 의미한다. 따라서 보증관계에 놓인 당사자 간의 신뢰관계와 법익침해 상황에 대한 지배 내지 통제 상태를 바탕으로 결과의 방지가 가능했음에도 그것을 막지 않아 결과를 발생케 한 보증인은 스스로의 작위로 결과를 발생케 한 것과 다름이 없다고 평가된다. 이러한 기준은 인간관계에서 최소한 요구되는 신뢰관계를 형법이 보장하고자 하는 것으로부터 출발하여, 개개 구성요건이 보호하는 법익에 대한 침해, 즉 결과발생의 원인이 되는 위험에 대해 현실적·실질적으로 제어함으로써 법익을 효과적으로 보호하고자 하는 데에 목적이 있다. 또 그것이 보증인으로서의 의무가 인정되는 가장 중요한 근거가 되는 것이다. 따라서 부진정부작위범의 보증인 범위에 대해서는 "결과의 발생을 방지해야 할 법적인 작위의무 있는 자"라고 규정하는 것이 명확성의 원칙에 부합하는 것이 될 것이다. 입법기술상 법규정을 완전하게 입법하는 것은 불가능할 뿐만 아니라, 형식적 법치주의사상에 입각하여 죄형법정주의를 이해할 것이 아니라 실질적 법치주의사상에 입각하여 죄형법정주의를 이해한다면 재판관이 법규의 문언을 기준으로 함목적적·논리적으로 구성요건을 보충할 수 있을 정도라면 명확성의 원칙에 위배하여 죄형법정주의에 저촉된다고 할 수 없기 때문이다.

IV. 상응성 조항의 필요성에 대한 검토

1. 상응성의 개념 및 판단기준

작위와 부작위의 상응성(행위정형의 동가치성)¹⁸⁾이란 보증인지위에 있는 자의 부작위가 작위범의 구성요건에 해당하기 위해서 부작위에 의한 구성요건적 결과가 구성요건에서 요구하는 수단과 방법에 의해 행해질 것¹⁹⁾을 의미한다. 따라서 보증인적 지위에 있는 사람이 보증의무를 이행하지 않았더라도 그 부작위가 작위에 의한 불법 구성요건의 실현에 상응한다고 볼 수 없으면 부진정부작위범의 구성요건해당성이 인정되지 않는다는 것이다. 구체적으로 어떠한 기준에 근거하여 상응성 판단을 할 것인가에 대해서는, 각칙의 구성요건으로 규율된 작위의 양태에 부작위를 유추적용 할 수 있는가의 여부에 따라 결정된다는 것이 일반적인 견해이다. 나아가 부작위에는 거동성이 결여되어 있으므로 행위개념의 요소 중 有意性和 사회적 의미성에 따라 평가하여, 부작위가 작위범의 구성요건에 규정된 실행행위와 사회적으로 동일한 의미내용을 가지고 있을 때, 부작위의 동가치성을 인정할 수 있다²⁰⁾고 한다.

이러한 견해는 애매모호한 기준의 범주를 벗어나지 못하고 있다. 이는 상응성 유무의 문제가 일반이론에 의하여 확정될 수 있는 것이 아닌 비이론적·비구조적인 문제로서 단순 가치론적인 범주의 것²¹⁾이기 때문이다. 상응성이라는 추상적 요건에 구체적인 의미내용을 붙여넣는 작업은 매우 어려운 일이며, 어떤 의미에서는 거의 불가능에 가깝다. 형법학에서 부진정부작위범이 난제의 하나로 등장하는 것은 바로 이 때문이다.²²⁾

18) '동치성'과 '동가치성'의 혼동을 피하기 위해 제2요소는 '상응성'이라 칭하는 것이 바람직하다.

19) 김일수/서보학, 새로 쓴 형법총론, 503면; 박상기, 형법총론, 323면; 배종대, 형법총론, 754면; 손해목, 형법총론, 799면; 오영근, 형법총론, 269면; 이재상, 형법총론, 132면; 정성근/박광민, 형법총론, 470면.

20) 김일수, 한국형법Ⅱ, 498면; 배종대, 형법총론, 754면; 신동운, 형법총론, 111면; 윤중행, 부작위범의 입법방향 소고, 34면; 이재상, 형법총론, 132면; 이형국, 형법총론연구Ⅱ, 711면; 임웅, 형법총론, 535면; 정성근, 형법총론, 467면.

21) Sanchez, Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte, FS für Roxin. 2001, S. 642.

22) 신동운, 형법총론, 112면.

2. 상응성 조항의 필요여부 및 적용대상에 대한 견해의 대립

1) 필요설

상응성 조항 필요설²³⁾은 부작위가 작위에 의한 범죄실현과 동가치한 것으로 평가되는 경우에만 부진정부작위범이 성립할 수 있도록 이른바 상응성 조항을 법문에 명시할 필요가 있다는 것으로서, 심지어 형법 제18조에 상응성문구가 포함되지 않은 것은 입법의 오류²⁴⁾라고 한다. 이러한 견해에 따르면 상응성 조항의 결여로 인해 법관의 자의에 의한 법적용의 우려가 있다는 것이다. 따라서 부작위범의 경우 엄격한 상응성을 충족할 것을 전제로 하여 작위범과 같은 형으로 처벌해야 한다는 것이다. 이는 법관의 재량권에 대한 제한의 의미가 있으며, 형벌의 형평성에도 부합하는 것이라 한다. 그런데 필요설의 입장에서조차 부진정부작위범 성립의 전제로서 상응성이 요구되는 범죄의 범위에 관하여는 다음과 같이 학설의 대립이 있다.

(1) 특별한 행위정형이 요구되는 결과범²⁵⁾에만 상응성을 요한다는 견해

상응성의 요건은 살인죄·상해죄·방화죄 등과 같이 행위수단이나 방법을 특정하지 않고 단지 행위에 의한 결과발생이 있으면 처벌하는 단순 결과범에서는 필요하지 않고, 각칙상의 구성요건이 특별한 행위방식에 의할 것을 요구하는 경우에만 의미가 있다는 것으로서, 독일형법의 해석론을 그대로 따른 지배적 견해²⁶⁾이다. 이에 따르면 상응성 기준은 행위양태와 관련된 행위반가치 요소이므로

23) 윤종행, 부작위범의 입법방향 소고, 45면; 윤종행, 작위와 부작위의 동가치성, 연세대 법학연구 제12권 제2호, 2002.6, 231-232면; 이정원, 부작위범 분야의 정비, 353면; 임웅, 부작위범에 있어서 규범위반의 성격과 범죄성립상의 문제점, 저스티스 제31권 제4호, 1998.12, 67면; 임웅, 형법총론, 541면; 하태영, 형법상 부작위범이 인정되기 위한 요건, 비교형사법연구 제5권 제1호, 2003.7, 562면.

24) 김일수/서보하, 새로 쓴 형법총론, 503면; 배종대, 형법총론, 753면.

25) '행태의존적 범죄'(김일수, 한국형법Ⅱ, 495면), '행태구속적 결과범'(verhaltensgebundene Delikte)(임웅, 형법총론, 536면)이라고도 한다.

26) 지지자로는 권오걸, 형법총론, 412면; 김상호, 형법총론, 367면; 김용욱, 형법연습강의,

로 그 적용대상은 모든 결과범이 아니라 그 중 특별한 행위양태가 구성요건적으로 중요한 의미를 갖는 행태의존적 범죄에만 국한된다는 것이다. 즉 사기죄(제347조)의 '기망', 공갈죄(제350조)의 '공갈', 강제추행죄(제298조)의 '폭행 또는 협박', 특수폭행죄(제261조)의 '단체 또는 다중의 위력'이나 '위험한 물건의 휴대', 촉탁살인죄(제253조)의 '위계 또는 위력', 공연음란죄(제245조)의 '공연한 음란' 등과 같이 구성요건상 행위수단이나 방법이 특정되어 있는 이른바 '일정한 행위양태와 결부된 결과범'에서만 행위양태의 상응성을 요구하는 것이다. 단순 결과범에서는 보증의무가 있음에도 불구하고 결과방지를 하지 않았다면 별도로 상응성의 문제를 추가적으로 검토할 필요가 없고, 불법의 차이에서 오는 형평성의 문제는 양형에서 고려하면 된다는 것이다.

그러나 부진정부작위범이 성립하기 위해서는 각칙상의 작위범의 구성요건과 형법 제18조의 요건이 함께 충족되어야 한다. 따라서 예컨대 사기죄에서의 '기망'과 같은 요소는 작위범에서와 마찬가지로 개별구성요건의 충족여부를 판단함에 있어서 고려하면 족하는 것이다. 만약 이를 따로 부진정부작위범의 특수한 구성요건요소로서 판단의 대상으로 한다면 '기망'이라는 요소를 이중으로 적용하는 것이 되어 타당하지 않다. 즉 사기죄에서의 '기망'이란 단순히 착오를 일으키는 것이 아니라 거래사회에 있어서 신의칙에 반하는 것이고, 사기죄 점토시에 고지의무불이행이라는 부작위가 그러한 '기망'의 요건을 충족하는지 검토하면 족한 것이지 같은 조건을 부작위범 판단에 있어 또다시 적용할 필요가 없다는 것이다. 또한 그러한 의미의 상응성이 인정된다고 하더라도 부작위범에 있어서의 행태에 대한 총체적 불법성의 평가가 언제나 작위범과 같은 정도로 취급될 수 있는 것도 아닐 것이다.

(2) 단순 결과범²⁷⁾에서만 상응성을 요한다는 견해

416면; 김일수, 한국형법 II, 495면; 박상기, 형법총론, 325면; 배종대, 형법총론, 754면; 손해목, 형법총론, 800면; 신동운, 형법총론, 121면; 안동준, 형법총론, 300면; 이계상, 형법총론, 132면; 장영민, 부진정부작위범의 성립요건, 41면; 정성근, 형법총론, 467면; 정성근/박광민, 형법총론, 470면; 진계호, 형법총론, 183-184면; 최우찬, 부작위범, 서강법학연구 제1권 창간호, 1999, 108면; 하태훈, 형법강의(총론), 566면; Jescheck/Weigend, Lehrbuch AT, § 59 V 1; Jakobs, Strafrecht, AT, 29/7; Roxin, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, JuS 1973, S. 197; Jescheck, LK StGB, § 13 Rn. 5; Stree, S-S StGB, § 13 Rn. 4; Stratenwerth, Strafrecht, AT/I, Rdnr. 1035; Dreher/Tröndle, StGB, § 13 Rn. 17; Wessels/Beulke AT, § 16 Rdnr. 730.

단순한 부작위는 일정한 행위정형의 불법내용을 포함할 수 없기 때문에 구성요건적 행위방식에 일정한 정형이 요구되는 범죄는 단순한 부작위에 의해 범죄가 실현되지 않는다는 것이다. 즉 형식범은 특별한 행위방식에 의하여 그 불법내용이 충족되고 범죄가 성립하기 때문에 이러한 특별한 행위방식을 제시할 수 없는 부작위는 범죄의 실현에 대한 행위지배가 인정되지 않으며, 경우에 따라 방조행위로 평가될 수 있을 뿐이므로 부진정부작위범은 오직 결과범에서만 가능하다는 것이다. 따라서 단순 결과범에서만 작위와 부작위의 상응성을 요한다는 견해는 결과범 중에서도 특별한 행위정형이 요구되는 경우에는 부작위범이 성립하지 않는다고 한다. 예컨대 특수절도·특수강도·특수상해죄 등의 범죄에서는 특수한 범죄실현의 행위정형이 부작위에 의하여 나타날 수 없다²⁸⁾는 것이다. 반면 이에 대해서 예컨대 위험한 물건을 제3자 옆에 갖다 놓은 사람에게는 제3자가 그것을 사용하여 폭행하는 것을 방지해야 할 의무가 있음에도 불구하고 방지하지 않은 경우에 특수폭행죄와의 상응성을 인정할 수 있다는 견해²⁹⁾가 있다. 이에 대해서 고의로 그러한 편의를 제공한 경우에는 특수폭행에 대한 작위의 방조범과 부작위의 정범(상응성이 인정되지 않으면 단순폭행, 상응성이 인정되면 특수폭행)이 동시에 성립될 수 있다는 견해³⁰⁾도 있다.

먼저 단순 결과범에서의 상응성이란 실질적으로 어떤 기준과 내용으로 표시된다는 것인지 그 구체적 의미가 모호하다. 또한 특수폭행죄는 위험한 물건을 '휴대'하여 사람의 신체에 대하여 '폭행'함으로써 성립하는 범죄이다. 그리고 위험한 물건의 '휴대'는 위험한 물건을 범행현장에서 범행에 사용하려는 의도로 소지하는 것을 말하는 것이고, 범행과 무관하게 우연히 소지하는 경우는 포함되지 않는다. 이러한 '휴대'와 '폭행'이라는 구성요건적 행위는 부작위로 표시되기 어려운 개념이다. 따라서 작위와의 상응성을 인정할 수 없고, 경우에 따라 작위의 방조범으로써 검토의 여지가 있을 뿐이다.

27) 김일수, 한국형법Ⅱ, 495면은 이를 '순수한 결과야기적 범죄'(Reine Verursachungsdelikte)라 하며, 임웅, 형법총론, 536면은 이를 '임의의 결과야기범'이라 한다.

28) 이정원, 형법총론, 462면; 同旨 이재상, 형법각론, 67면.

29) 오영근, 형법각론, 91면.

30) 김성룡, 부진정부작위범의 한국적 해석으로서 단일정범개념, 비교형사법연구 제5권 제1호, 2003.7, 106면.

(3) 모든 결과범에서 상응성을 요한다는 견해

독일형법과 달리 우리형법에서는 특별한 행위정형이 요구되는 결과범 뿐만 아니라 단순 결과범에서도 상응성 요건이 필요하다는 것이다. 그 근거는 다음과 같다. 첫째, 행위태양의 측면은 행위반가치 판단의 한 요소인데, 스스로 물에 빠진 상대방을 그대로 방치하여 의사케 하는 부작위라는 행위태양은 상대방을 적극적으로 물에 빠뜨려 의사케 하는 작위라는 행위태양에 비하여 일반적으로 불법의 정도가 낮으므로 작위의무자의 구체적인 부작위가 작위에 의한 범죄실현에 상응할 만큼 불법의 정도가 동등할 것을 요한다는 것이다. 또한 독일형법 제 13조 제2항은 부진정부작위범의 처벌을 작위범에 비해 임의적 감경사유로 하고 있으므로 단순 결과범에서 상응성 조항을 고려하지 않더라도 불법의 정도가 낮은 부작위는 이 임의적 감경사유로 참작될 여지를 남겨두고 있다. 그러나 우리형법상으로는 부진정부작위범이 임의적 감경사유가 아닌데 상응성 요건까지도 필요 없다고 하여 곧바로 작위범과 동일한 법정형을 적용한다면 죄형균형사상에 배치될 우려가 있으며, 법감정상 과잉처벌로 받아들여질 수 있다는 것이다. 따라서 단순 결과범에 있어서도 반드시 작위에 의한 범죄실현에 상응하는 부작위인가를 판단해야 한다는 것이다. 특히 타인의 행위에 대한 안전의무를 이행하지 않은 부작위에서 상응성이 부정되는 경우는 실행행위가 아니라 '방조행위'로 평가될 수도 있기 때문에 더욱 그러하다³¹⁾고 한다. 둘째, 일반적으로 작위에 의한 인과과정의 조종은 직접적이고 구체적이지만 부작위에 의한 인과과정은 간접적이고 추상적일 수 있기 때문에 부작위는 작위에 비해 강력한 행위요소가 결여되어 있다. 상응성이란 이와 같이 현실적으로는 똑같지 않을 수 있는데 같은 것으로 평가한다는 것이다. 따라서 부작위가 작위와 상응성을 가지려면 부작위가 작위와 같은 정도의 강력한 행위요소를 갖추어야 하고, 부작위의 작위와의 상응성은 일정한 범죄만이 아니라 모든 범죄에서 문제가 되는 것³²⁾이라 한다. 셋째, 부진정부작위범은 본질적으로 부작위에 의한 작위범으로서 행위방법만 부작위이지 결과는 다양한 형태의 작위범을 실현시키는 것이고, 상응성 판단 없이 부작위범을 인정하는 것은 죄형법정주의에 위배되므로 부진정부작위범의 모든

31) 임용, 형법총론, 535-536면. 따라서 독일에서 부작위범에 대한 임의적 감경규정은 상응성 조항이 의미가 없는 단순 결과야기범에만 적용된다고 한다.

32) 오영근, 형법총론, 270면.

경우는 상응성이 요구된다고 한다. 다만 단순결과범의 경우에는 범죄의 성격상 행위의존적 범죄와는 달리 부작위와 결과발생과의 인과성이 인정되면 별도의 상응성 판단과정이 없이 부작위 자체는 바로 작위로 평가될 수 있다는 견해³³⁾도 있다.

그러나 모든 부진정부작위범에서 상응성을 요구하면서 단순결과범의 경우는 그 판단과정이 필요하지 않다는 것은 상응성 요구의 무의미함을 보여주는 것이라 하겠다. 이는 작위와 부작위의 상응성 요구라는 것이 그만큼 구체적 내용이 결여된 공허한 개념임을 나타내는 것이고, 그 자체로서 상응성 요구의 한계를 드러내는 것이라 하겠다.

2) 불필요설

작위와 부작위의 동치성을 논함에 있어서 '상응성'이라는 기준이 불필요하다는 입장으로서는, 그 근거는 다음과 같다. 첫째, 행위반가치는 행위자(부작위자)의 의사에 의해 결정되는 것으로서 규범의 요구에 반하는 결정을 한 점에서 작위범과 부작위범의 행위반가치가 동등하고, 또 동일한 구성요건이 실현되어 결과가 발생했다면 결과반가치 역시 마땅히 등가치이어야 하며, 이를 합한 불법의 정도는 당연히 등가이어야 논리적으로 옳다. 따라서 작위·부작위범의 행위반가치와 결과반가치가 등가임에도 부작위의 불법의 정도가 작위보다 낮기 때문에 상응성의 요건을 엄격히 해야 한다는 것은 논리적으로 타당하지 않다³⁴⁾는 것이다. 둘째, 정작 조문에서 '작위와 상응해야 한다.'고 표기된 독일형법에서 조차 상응성 조항의 실효성에 의문이 제기³⁵⁾되고 있는 상황에서, 이 표현도 없는 우리형법에서 보증인의 지위와 의무 이외에 별도로 상응성을 논해야 할 이유와 실의이 없다³⁶⁾고 한다. 그밖에 상응성 판단은 사실상 부작위범의 불법과 책임 어디에도 자리 잡을 수 없으며, 단지 형법 제51조 제3호에 따른 '범행의 수단'에서 고려되는 양형의 기준이 될 수 있을 뿐³⁷⁾이라는 견해와, 상응성 조항은 단지 상

33) 윤종행, 부작위범의 입법방향 소고, 42면; 윤종행, 작위와 부작위의 동가치성, 229면.

34) 한정환, 부작위범의 불법, 형사법연구 제23호, 2005.6, 10면; 同旨 윤종행, 부작위범의 입법방향 소고, 36-37면은 불필요설을 취하지는 않지만 위 설명에 대해서는 같은 입장이다.

35) Vgl. Roxin, Lehrbuch AT 2, § 31 Rdnr. 230 ff.

36) 한정환, 형법 제18조에서의 작위의무자, 형사법연구 제22호, 2004.12, 92면.

응성 판단에서 탈락할 경우 독일형법 형법 제13조 제2항의 임의적인 감경의 대상으로 하여 가벌성을 약화시키는 역할을 할 뿐³⁸⁾이라는 견해도 있다.

한편 또 다른 측면에서 상응성의 불필요성을 설명하는 견해³⁹⁾가 있다. 이에 따르면 형법 제18조는 “위험이 발생한 때에 그 발생된 결과로 인하여 처벌한다.”로 해석되고, 부작위범의 인과관계는 위험발생과 결과발생 사이에서만 문제되며, 이는 작위범과 동일하게 형법 제17조에 의하여 규율되는 것으로 본다. 따라서 형법은 일정한 부작위로 인하여 ‘위험이 발생한 때’에 그 부작위에 대하여 인과관계의 원인이 되는 원인력을 긍정하고, 그 원인력이 있는 부작위에 대해 작위와 같은 규율을 하고자 하는 것이라 한다. 즉 일정한 부작위는 ‘그 위험발생을 방지하지 아니한 때’에만 작위와 동치되는 것이며, 이것이 형법 제18조에서 동치문제를 해결하고자 했던 입법적 구상이라 한다. 이를 동치성의 관념으로 표현하면, 어떠한 조건에서 부작위가 작위와 동일하게 취급되는가에 대하여 형법 제18조는 ‘위험발생’을 기준으로 하고 있다는 것이 된다. 따라서 형법 제18조의 입법형식상으로는 독일형법 제13조의 ‘동치성=보증인지위+상응성’과는 다른 ‘동치성=부작위의 원인력’이라는 등식이 성립한다는 것이다.

그러나 우리형법 제18조도 작위와 부작위의 동치성의 중요요소로서 ‘보증인지위’를 명문으로 규정하고 있다. 그 외 ‘부작위의 원인력’은 작위와 부작위의 동치성의 요건이 아니라, 작위범이든 부작위범이든 형법적 처벌의 대상이 되기 위해서 갖추어야 할 조건인 것이다. 따라서 위의 해석은 명백하게 우리형법 제18조의 규정으로부터 도출되는 작위와 부작위의 동치성의 요건인 ‘보증인지위’를 배제한 점에서 타당하다고 할 수 없다.

본고는 기본적으로 상응성 불필요설의 입장을 따른다. 상응성 필요설은 부작위가 작위에 상응해야 한다는 것에 대해 원칙적인 필요성만 언급할 뿐, 형법 제18조에 ‘작위와 동등한 가치로서의 법익침해’가 규정되어 있지 않음에도 불구하고 상응성이 부작위범의 처벌요건이 되어야 하는 이유와 상응성을 판단할 객관적 기준이 무엇인지에 대해 명확히 설명하지 못한다. 작위와 부작위의 동치성의 요건이라 일컬어지는 보증인지위와 상응성은 모두 구체적인 사례에서 보증인지

37) 김성룡, 부진정부작위범의 한국적 해석으로서 단일정범개념, 133면; 김성룡, 묵시적 기망·부작위를 통한 기망 및 작위와 부작위의 상응성, 형사법연구 제23호, 2005.6, 41면.

38) Vgl. Arzt, Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, JA 1980, S. 716-717; 김성룡, 부진정부작위범의 한국적 해석으로서 단일정범개념, 105-106면 참조.

39) 오병두, 부진정부작위범의 입법형식과 형법 제18조의 성립경위, 58면 이하.

위의 인정여부와, 어떤 경우에 작위와 부작위가 상응한가에 대해 전혀 기준을 제시하지 못하는 공허한 동어반복으로서, 결국 개별사례에서의 상응성 판단은 종국적으로 법관에게 전적으로 위임되어 있을 뿐이다. 예컨대 사기죄의 경우 작위와 부작위의 상응성 판단이 어떻게 이루어질 것인가에 대해서 판례⁴⁰⁾와 학설은 단지 당사자 사이의 고지 내지 설명의무가 존재하는 경우에 그 의무의 불이행은 작위에 의한 사기죄와 동치하는 것으로 보고 있다. 따라서 상응성이 동가지 판단에 어떤 실질적 도움이 된다는 것인지 그 주장의 의도와 내용을 알 수 없으며, 결국 작위와 부작위의 동치성의 문제에 있어서 보증인지위·의무이외에는 고유한 척도를 제시하지 못하고 있다. 즉 상응성은 바로 보증인적 지위 및 의무와 동일하다는 결론에 이르게 될 뿐 사실상 전혀 가벌성 제한의 효과를 가지지 못하는 것이다. 판례와 학설은 상응성의 판단을 행하지도 않았다고 해야 할 것이며, 그 자체로서는 가능하지도 않은 일이다. 판례와 학설이 내세우는 부작위의 작위와의 상응성 판단은 보증인적 지위만으로 부진정부작위범의 가벌성을 근거지우는 것에 대해 제기되는 헌법의 기본원칙에 반한다는 비난을 피하고, 부작위범의 성립범위를 가능한 좁게 한정하기 위해 사용하고 있는 것일 뿐, 실질적 기능을 인정할 수 없는 개념이라 생각된다. 그렇지 않다면 상응성 판단을 위한 구체적인 척도가 무엇인지의 설명이 벌써 전제되었을 것이기 때문이다. 또한 부작위가 사기죄에서의 기망이나 횡령죄에서의 횡령, 살인죄에서의 살인 등에 해당하는지는 이들이 모두 객관적 구성요건요소인 이상 당연히 개별구성요건의 검토단계에서 다루어져야 할 내용이다. 이러한 점은 부작위범이라 하여 작위범과 달리 볼 이유가 없다. 상응성 조항의 결여로 인한 법관의 자의에 의한 법적용의 우려나, 죄형법정주의에 위배되는 것이 아닌가 하는 우려는 작위범의

40) 대법원 1971.7.27. 선고, 71도977 판결; 대법원 1981.6.9. 선고, 81도277 판결; 대법원 1981.8.20. 선고, 81도1638 판결; 대법원 1984.1.31. 선고, 83도1501 판결; 대법원 1984.9.25. 선고, 84도882 판결; 대법원 1985.3.26. 선고, 84도301 판결; 대법원 1986.9.9. 선고, 86도956 판결; 대법원 1987.10.13. 선고, 86도1912 판결; 대법원 1990.11.13. 선고, 90도1218 판결; 대법원 1991.12.24. 선고, 91도2698 판결; 대법원 1992.8.14. 선고, 91도2202 판결; 대법원 1993.6.8. 선고, 92도2622 판결; 대법원 1993.7.13. 선고, 93도14 판결; 대법원 1995.9.15. 선고, 95도707 판결; 대법원 1996.2.27. 선고, 95도2828 판결; 대법원 1996.7.30. 선고, 96도1081 판결; 대법원 1997.9.26. 선고, 96도2531 판결; 대법원 1998.4.14. 선고, 98도231 판결; 대법원 1998.4.24. 선고, 97도3054 판결; 대법원 1998.12.8. 선고, 98도3263 판결; 대법원 1999.2.12. 선고, 98도3549 판결; 대법원 2000.1.28. 선고, 99도2884 판결; 대법원 2003.5.30. 선고, 2002도3455 판결; 대법원 2004.4.9. 선고, 2003도7828 판결; 대법원 2004.5.27. 선고, 2003도4531 판결; 대법원 2004.6.11. 선고, 2004도1553 판결; 대법원 2006.2.23. 선고, 2005도8645 판결.

경우에 구성요건적 행위를 법관이 판단하고, 그것이 죄형법정주의에 반한다고 하지 않는 점과 같이 인식해야 할 문제이다. 따라서 보증인의 지위에 있는 자가 결과방지의무를 다하지 않은 경우에는 특별한 정당화 사유가 존재하지 않는 이상 형법 제18조에 의해 모두 작위에 의한 구성요건의 실현과 동등한 것으로 인정되어야 한다. 따라서 '동치성=보증인지위+상응성'이 아니라 '동치성=보증인지위', 좀 더 정확하게는 '동치성이 인정될만한 실질적 상황을 전제로 한 보증의무로부터의 지위'가 되는 것이고, 학설에서 말하는 동치성의 제2요소로서의 상응성 판단이나 그의 명문의 규정은 필요하지 않다고 본다.

한편 작위와 부작위를 형법상 동등하게 평가한다는 것이 작위의무의 불이행이라는 전제조건 이외에 작위와 부작위가 동등한 불법적 평가를 받아야 됨을 의미하는 것은 아니다. 왜냐하면 부작위에 대하여 작위의 불법과 책임에 대한 동가치를 요구하는 것은 불가능한 것을 요구하는 것에 지나지 않기 때문이다. 그러므로 모든 범죄유형에서 작위와 부작위가 동등하게 평가될 수는 없다고 보아야 한다. 이는 작위와 부작위간의 상응성 요구가 갖는 한계이다.

3. 판례의 상응성에 대한 입장 분석

판례는 부진정부작위의 정범⁴¹⁾과 공범⁴²⁾을 구별하고, 각각의 경우에 상응성을 요구하는 입장인데, 오히려 행태의존형 범죄라고 할 수 없는 살인죄에 대해 유독 상응성을 강조하고 있다. 상응성과 관련하여 대법원은 "형법상 부작위범이 인정되기 위해서는 형법이 금지하고 있는 범의침해의 결과발생을 방지할 법적인 작위의무 있는 자가 그 의무를 이행함으로써 결과발생을 쉽게 방지할 수 있었음에도 불구하고 그 결과의 발생을 용인하고 이를 방관한 채 의무를 이행하지 아니한 경우에, 그 부작위가 작위에 의한 범의침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라면, 작위에 의한 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌할 수 있다."라고 판시한다. 그러나 판례에도 작위와 부작위의 동등한 형법적 가치를 판단할 기준은 제시되지 않고 있다. 다만 판시내용으로 보아 '결과의 발생을 방지할 수 있었음'을 작위와 부작위의

41) 대법원 2002.1.22. 선고, 2001도2254 판결; 대법원 1992.2.11. 선고, 91도2951 판결.

42) 대법원 1997.3.14. 선고, 96도1639 판결; 대법원 1996.9.6. 선고, 95도2551 판결; 대법원 1984.11.27. 선고, 84도1906 판결.

상응성 요건으로 보는 것 같기도 하다. 그러나 이는 상응성의 내용이 아니라 부작위자가 그 작위의무를 이행할 수 있었느냐의 일반적·개별적 행위가능성에 관한 내용일 뿐이다.

또한 보라매사건과 관련해 항소심⁴³⁾은 전담의사와 레지던트의 행위를 퇴원조치의 작위로 파악하면서 치료행위의 중지인 부작위의 상응성과 관련해 “전담의사와 레지던트의 치료중단이라고 하는 부작위의 측면에서 보더라도 작위에 의한 살인이라고 하는 범의침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 위 피고인들의 행위를 살인범죄의 실행행위로 평가될 만한 것이라고 보기는 어렵다”라고 판시한다. 이는 법원 스스로 단순 결과범에 속하는 살인죄와 관련해 부작위의 작위와의 상응성에 대해 검토하고 있음을 보여준다. 그러나 이 역시 왜 상응하지 않는지에 대한 명확한 근거의 제시 없이 단지 동등한 가치가 있는 것으로 평가하기 어렵다고만 서술하는 점에 문제가 있다.

이와 같이 상응성에 대한 구체적 내용을 제시하지 않는 대법원의 태도는 상응성을 부작위에 의한 구성요건실현을 제한하는 요건으로 하기 보다는 사실상 유명무실한 것으로 만들고 있다.

V. 임의적 감경규정의 인정에 대한 학설의 대립

1. 감경규정 필요설

작위와 부작위의 동등성의 문제는 작위와 부작위의 ‘불법’의 동등성을 의미하는 것이 아니라 구성요건실현의 양상의 문제이므로 이와 같은 동등성이 인정된다고 할지라도 대부분의 경우에 그 불법과 행위반가치가 작위에 비해 경미하며, 따라서 부진정부작위범에 임의적 감경규정을 두어야 한다는 견해⁴⁴⁾이다. 이에

43) 서울고등법원 2002.2.7. 선고, 98노1310 판결.

44) 지지자로는 김상호, 형법총론, 368면; 김종원, 형법총칙의 입법론적 고찰, 연세대학교 법률연구 제2집, 1982.6, 32-33면; 김종원, 형법총칙의 개정방향, 사법행정, 1989.3, 22면; 손해목, 형법총론, 810면; 안동준, 형법총론, 300면; 오영근, 형법총론, 272면; 이재상, 형법총론, 132면; 이정원, 부작위범 분야의 정비, 353면; 이형국, 형법총론연구 II, 700면; 임웅, 형법총론, 541면; 장영민, 부진정부작위범의 성립요건, 45면; 정성근, 형법총론, 470면; 진계호, 형법총론, 184면; 하태영, 형법상 부작위범이 인정되기 위한 요건, 563면; 한

따르면 불법성이나 법적 비난의 측면에서 작위범과의 동가치의 정도는 법익침해적 상황과 보증인의 피해자와의 밀접도, 보호의무의 경중에 따라 얼마든지 다양하게 나타날 수 있다고 한다. 예컨대 사람을 살해함에 있어서 흉기로 타살하는 것과 단지 작위의무자인 母가 어린아이에게 젖을 먹이지 아니하여 굶어 죽게 한 경우는 살인이라는 본질적인 면에서는 같다고 평가할 수 있으나 행위수단에서 드러나는 행위불법의 정도에 있어서는 반드시 같다고 하기 어렵다는 것이다. 따라서 부진정부작위범은 작위범과는 다르게 형을 감경하여야 할 필요성과 정당성이 있다는 것이다. 또 작위와 부작위의 동가치성 여부의 판단은 결코 쉬운 일이 아니고, 부진정부작위범의 불명확성 때문에 형사처벌이 지나치게 확대되는 것을 방지하기 위해서도 형의 임의적 감경은 필요하며,⁴⁵⁾ 결과의 발생을 방지하지 않은 부진정부작위범의 책임이 작위범보다 경미하다⁴⁶⁾는 것을 근거로 한다. 따라서 부진정부작위범을 그 불법성의 정도에 따라 차등규율하여, 작위와의 교환가능성이 있는 부작위범의 경우는 엄격한 상응성을 충족할 것을 전제로 작위범과 같은 형으로 처벌하고, 불법성이나 법적 비난의 측면에서 작위범과 비교하여 똑같이 취급하는 것이 무리라고 여겨지는 경우에는 그 정도에 따라 형을 임의적으로 감경해야 한다는 것이다. 이러한 방법이 법관의 재량권에 대한 제한의 의미도 있고 형벌의 형평성에도 부합하는 것⁴⁷⁾이라 한다.

한편 이러한 입장에서조차 과실범의 경우에는 부작위범의 형을 감경할 필요가 없다는 견해⁴⁸⁾가 있다. 과실범은 유일정범개념으로 이해해야 하며, 그 불법의 중심내용도 의무위반이라는 점에서 같기 때문이라 한다. 이는 부작위에 의한 방조의 경우에도 동일하다고 한다. 방조범은 종속범죄이므로 정범에 종속하여 성립하며, 광범위한 방조의 개념은 그것이 작위이든 부작위이든 불법의 차이를 인정할 수 없기 때문이라 한다. 과실범의 경우 작위와 부작위의 구별실익이 없으며, 과실부작위범의 인정은 불필요한 개념법학의 전개라고 하는 입장에서 당연한 결론이다.

정환, 형법 제18조에서의 작위의무자, 93면.

45) 신동운, 형법총론, 122-123면.

46) 이재상, 형법총론, 132면; 정성근/박광민, 형법총론, 472면.

47) 윤종행, 작위와 부작위의 동가치성, 231-232면; 윤종행, 부작위범의 입법방향 소고, 43면.

48) 이정원, 형법총론, 463-464면.

2. 감경규정 불요설

부작위에 작위와의 동치성이 인정된다면 양자는 법적 효과 측면에서도 동일하게 취급되어야 하므로 임의적 감경규정을 둘 필요가 없다는 견해이다. 이에 따르면 우리형법 제18조에 의하여 부작위범은 작위범과 동일하게 처벌되며, 대법원의 입장은 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 인정되는 경우에만 부작위범으로 처벌한다는 것으로서, 결국 형법 제18조와 대법원의 견해는 불법·책임·처벌에서 작위·부작위범의 차이를 인정하지 않겠다는 것⁴⁹⁾이라 이해한다. 또한 부작위가 작위보다 불법이나 책임에서 경하다는 주장은 일반화될 수 없다고 한다. 예컨대 걱정에 휩싸여 작위로 타인을 살해한 자의 불법이나 책임이, 생명의 위협에 처한 피보증인을 간단히 손을 내밀어 구할 수 있는 상황에서 이를 부작위한 보증인의 불법이나 책임보다 중하다고 하기는 어렵다⁵⁰⁾는 것이다. 독일에서도 부진정부작위범에 대한 임의적 형감경이라는 처벌완화조항의 도입에 대해 부작위처벌가능성의 확장에 대한 하나의 알리바이가 구축되는 형사정책적 오류를 낳았다고 비판하기도 한다. 즉 형벌의 완화가능성이라는 해결책이 존재하기 때문에 실제로 판결에서는 부진정부작위범이 처벌되는 경우가 확장되는 경향이 초래된다⁵¹⁾는 것이다. 또 부작위가 상응성 조건을 충족하는 데도 불구하고 행위자의 귀책성을 구성요건의 테두리 내에서 완화하려는 것은 근거를 제시할 수 없는 입법태도⁵²⁾라 하기도 한다. 또한 종래의 부진정부작위범 이론은 독일형법 제13조의 형의 임의적 감경규정을 의식한 나머지, 부진정부작위범은 작위범보다 덜 중요하다고 보는 근본오류로부터 출발함으로써, 작위범죄와 동일한 반가치를 지니는 가벌적 부작위를 발견하는 것을 망각하였다고 비판하기도 한다. 즉 부진정부작위범이 작위범의 반가치에 완전히 일치하지 않기 때문에 처벌을 조금 완화시키는 방식보다는 그러한 부작위의 불법이 작위범의 행위불법에 완전히 일치하지 않는다면 실제로 부진정부작위범이 성립하지 않는다고 보아야 한다⁵³⁾는 것이다.

49) 한정환, 부작위범의 불법, 1면.

50) 김성룡, 부진정부작위범의 경범표지, 99-100면.

51) Sanchez, Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte, FS für Roxin, 2001, S. 648; Schöne, Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz, S. 341 Fußn. 32; Arzt, Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, JA 1980, S. 553, 556.

52) Schöne, Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz, 1974, S. 339.

한편 Roxin⁵⁴⁾은 특별한 행위정형이 요구되는 결과범에만 상응성을 요한다는 견해에 의해 상응성의 적용대상을 제한함으로써 형의 임의적 감경의 적용대상도 단순 결과야기범에만 국한되고, 행태의존적 결과범의 부작용에는 고려될 필요가 없다고 한다. 그러나 단순 결과범의 경우 보증인적 지위에 있는 사람의 작위의무위반만으로 구성요건적 부작용이 성립하고, 행태의존적 범죄의 경우 작위의무위반과 그 행태적 동가치성이 충족되면 구성요건적 부작용이 성립한다고 전제한다면, 이로써 양자는 '구성요건적 부작용'라는 요건을 충족한 동일한 지위에 놓이게 된다. 그런데도 불구하고 임의적 감경의 대상에 있어서 같은 이유를 들어 다시 양자를 구분한다는 것은 이론적인 모순이다.

생각건대 부작용은 작위보다 불법·책임 및 범죄적 에너지 내지 의사가 경한 것이 일반적이지만 그렇지 않고 보다 중한 경우도 있을 수 있으며, 이러한 평가는 비교대상에 따라 또는 평가자의 관점에 따라 다르게 판단되어질 수 있는 것이다. 따라서 감경처벌을 반대하는 것은 아니지만 이를 이유로 굳이 부작용에 대한 임의적 감경규정을 명문화할 필요는 없다고 본다. 부진정부작위범에서 그러한 불법 및 책임의 감경사유가 존재할 경우에는 작량감경 등의 방법으로 양형단계에서 얼마든지 고려될 수 있기 때문이다.⁵⁵⁾ 또한 원칙적으로 보증인의무가 있어 동치성이 인정되고, 부작용이 구성요건적 행위에 부합한다면 부작용은 작위와 구별되어야 할 이유가 없다고 보아야 할 것이다. 그런데 동치성 여부의 판단이 결코 쉽지 않고, 부진정부작위범의 불명확성 때문에 형사처벌이 지나치게 확대되는 것을 방지하기 위해서 형의 임의적 감경규정이 필요하다는 것은, 동치성이 명확하게 인정된다면 임의적 감경규정을 둘 필요가 없다는 의미로 이해된다. 이와 같이 불명확성 때문에 형의 임의적 감경규정을 두어야 한다는 것은 형법적 사고에서 벗어나는 것이라고 생각된다. 오히려 그 불명확성을 명확하게 하기 위해 노력해야 할 것이다. 이러한 이유에서도 더욱이 명확한 판단기준이 제시되지 않는 '상응성'을 작위와 부작용의 동치성의 요건으로 해야 할 필요가 없는 것이다.

53) Gimbernat, Das unechte Unterlassungsdelikte, ZStW 111, 1999, S. 314.

54) Roxin, Einführung in das neue Strafrecht, S. 8. 임응 교수(임응, 형법총론, 536면)도 독일형법의 부진정부작위범과 관련해 이러한 해석을 하고 있다.

55) 同旨 권오걸, 형법총론, 414면; 김일수/서보학, 새로 쓴 형법총론, 509면; 배종대, 형법총론, 755면; 조준현, 형법총론, 310면.

VI. 일반적 구조불이행죄의 필요성에 대한 검토

독일형법 제323조의c [구조불이행]은 “사고, 일반적 위험 또는 긴급상황 발생 시 필요하고 제반사정에 비추어 기대가능한 구조, 특히 자신에 대한 현저한 위험 및 기타 중대한 의무위반 없이도 가능한 구조를 제공하지 아니한 자는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.”라고 규정한다. 이에 따라 자신에게 위험스럽거나 중대한 의무위반 없이 구조가 가능함에도 불구하고 이행하지 아니한 경우에는 특별히 기대가능성이 없지 않는 한 부작위범으로 처벌된다. 이는 법과 도덕의 한계선상에 있는 조리상의 작위의무를 법으로 규정함으로써 공동체의 상부상조정신을 강제하는 것이다. 다만 이러한 경우는 그 의무위반 자체에 대한 죄책이 있을 뿐이지 의무위반 때문에 발생한 결과에 대해서까지 부작위에 의한 작위범으로서의 죄책을 지우는 것은 아니다.

우리나라는 일반적 구조불이행죄 규정이 없으나, 학설에서는 현행형법의 개인주의적 성격을 보완⁵⁶⁾하는 의미에서 이러한 규정의 도입을 긍정하고 있다. 즉 독일은 실질설에 따라 선행행위에 의한 보증인지위의 성립을 엄격히 제한하고, 조리·사회상규 등을 보증근거로서 인정하지 않는다 하더라도 제 323조c의 일반구조의무조항에 의해서 긴급한 요부조자가 법의 보호를 받을 수 있는 길이 마련되어 있으나, 그러한 법적 보호조항이 없는 우리의 경우에는 보증인지위의 성립근거를 엄격히 법적 의무에 제한함으로써 법의 집행이 때로는 일반인의 법감정에 맞지 않는 사례가 생길 수 있다는 것이다. 따라서 우리도 법적 안정성을 고려하여 보증인지위의 성립은 엄격하게 제한하되, 일반적인 구조의무조항을 두는 것이 바람직하다⁵⁷⁾는 것이다.

반면 현시점에서 일반적 구조불이행죄의 도입은 형벌권의 자의적 행사와 부당한 확대를 초래하여 오히려 거꾸로 법감정에 맞지 않는 사례를 발생시킬 수도 있으므로 조리 또는 사회상규에 의한 보증의무가 인정되는 경우의 부작위만 처벌하는 일반적 구조불이행죄를 두자는 견해⁵⁸⁾가 있다. 이는 일반적 구조불이행죄 조항을 기존의 부작위범에 관한 제 조항에 해당되지 아니하여 처벌하지

56) 임웅, 부작위범에 있어서 규범위반의 성격과 범죄성립상의 문제점, 67면.

57) 문재규, 부진정부작위범에 있어서의 보증인적 지위, 승진강좌, 1987.11, 45면; 임웅, 형법 총론, 541면.

58) 윤종행, 부작위범의 입법방향 소고, 57-59면.

않는 것이 조리 또는 사회상규에 명백히 반하는 경우에만 보충적으로 적용될 수 있는 성질의 것으로 본다. 특히 조리 또는 사회상규에 근거한 부작위범은 사람의 생명·신체 또는 중대한 재산상 손실에 국한하여 엄격히 제한해야 한다고 한다.

그러나 조리 또는 사회상규는 그 범위를 한정할 수 없는 초법규적 개념이라는 점에 문제가 있다. 이와 관련해 1992년 형법개정시에도 소위 착한 사마리아인 규정을 두어야 한다는 주장이 있었으나, 이러한 행위에 대하여는 형법에 의해 처벌할 만한 불법을 인정할 수 없고, 처벌의 부당한 확대를 초래할 우려가 있으며, 형법이 지향하는 개인주의적 형법관과도 일치하지 않는다는 이유로 채택하지 않았다.⁵⁹⁾ 그밖에 형법의 보충성의 원칙 차원에서라도 그에 관한 입법론은 더 신중해야 할 것이다.

VII. 결론

부진정부작위범에 관한 우리형법 제18조와 독일형법 제13조의 규정 방법 및 내용상의 차이로 인해 해석상 혼란 및 견해의 대립이 빚어지고 있다. 법해석은 우리가 처한 현실과 법규정에 맞게 이루어져야 할 것이고, 이에 따라 부진정부작위범의 입법방향에 대한 의견을 다음과 같이 제시하고자 한다.

부진정부작위범의 적용범위와 관련하여 부진정부작위범은 결과범에서만 가능하다고 보아지므로 형법 제18조는 “결과의 발생을 방지할 의무가 있거나, 자기의 행위로 인하여 결과발생의 원인을 야기한 자가 결과발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다”라고 해석된다. 보충의무 발생근거에 관해서는 “결과의 발생을 방지해야 할 법적인 작위의무 있는 자”라고 규정하는 것이 명확성의 원칙에 부합하는 것이 될 것이다. 상용성 조항의 필요성과 관련하여서는, 먼저 상용성이라는 개념의 공허함을 인정하여야 하고, 또 독일형법이 상용성 규정을 두고 있다하여 우리형법도 그래야 하는 것은 아니며, 상용성 조항의 결여로 인한 법관의 자의에 의한 법적용의 우려는 작위범의 경우에 구성요건적 행위를 법관이 판단하고, 그것이 죄형법정주의에 반한다고 하지 않는 점

59) 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 138면.

과 같이 인식해야 할 문제이다. 따라서 상응성 조항을 명문으로 두어야 할 필요는 없다고 생각된다. 임의적 감경규정을 둘 것인가에 대한 문제와 관련해서 감경처벌을 반대하는 것은 아니지만, 부작위와 작위의 불법·책임 등의 경중에 대한 평가는 비교대상에 따라 또는 평가자의 관점에 따라 다르게 판단되어질 수 있는 것이므로 굳이 부작위에 대한 임의적 감경규정을 명문화할 필요는 없다고 본다. 부진정부작위범에서 그러한 불법 및 책임의 감경사유가 존재할 경우에는 작량감경 등의 방법으로 양형단계에서 얼마든지 고려할 수 있기 때문이다. 일반적 구조의무불이행죄의 규정은 처벌의 부당한 확대를 초래할 우려가 있으므로 그에 관한 입법론은 더 신중해야 할 것이다.

주제어 : 부진정부작위범, 보증의무, 상응성, 일반적 구조불이행죄.

참 고 문 헌

- 김성룡, 묵시적 기망·부작위를 통한 기망 및 작위와 부작위의 상응성, 형사법연구 제23호, 2005.6.
- 김일수·서보학, 새로쓴 형법총론, 박영사, 제11판, 2006.
- 박상기, 형법총론, 박영사, 제6판, 2004.
- 배종대, 형법총론, 홍문사, 제8전정판, 2005.
- 신동운, 형법총론, 법문사, 2001.
- 안동준, 형법총론, 학현사, 1998.
- 오병두, 부진정부작위범의 입법형식과 형법 제18조의 성립경위, 형사법연구 제23호, 2005.6.
- 오영근, 형법총론, 박영사, 2005.
- 윤종행, 작위와 부작위의 동가치성, 연세대 법학연구 제12권 제2호, 2002.6.
- 이재상, 형법총론, 박영사, 제5판, 2003.
- 이정원, 부작위범 분야의 정비, 형사법연구 제22호, 2004.12.
- 임웅, 부작위범에 있어서 규범위반의 성격과 범죄성립상의 문제점, 저스티스 제31권 제4호, 1998.12.
- 임웅, 형법총론, 법문사, 개정판, 2003.
- 정성근·박광민, 형법총론, 삼지원, 2001.
- 진계호, 형법총론, 대왕사, 제7판, 2003.
- 차용석, 형법총론강의, 고시연구사, 1998.
- 하태영, 형법상 부작위범이 인정되기 위한 요건, 비교형사법연구 제5권 제1호, 2003.7.
- 하태훈, 형법강의(총론), 법지사, 1998.
- 한정환, 부작위범의 불법, 형사법연구 제23호, 2005.6.
- 허일태 역, 독일형법총론, 세종출판사, 1998.

Arzt, Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, JA 1980.

Gimbernat, Das unechte Unterlassungsdelikte, ZStW 111, 1999.

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch AT, 5. Aufl.,

München 1997.

Roxin, Claus, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten,
Strafrechtliche Grundlagenprobleme, JuS 1973.

Sanchez, Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte, FS für Roxin. 2001.

Stratenwerth, Günter, Strafrecht, AT/I, 4. Aufl., Köln u. a. 2001.

Wessels, Johannes/Beulke, Werner, Strafrecht AT, 32. Aufl., Heidelberg
2002.

[Abstract]

The Study on the Legislative Form of §18 of the Korean Penal Code

Lee, Se-Hwa

Professor, International University

There are many opinions sharply divided about the unoriginal omission crime due to the difference between article 18 of Korean Penal Code and article 13 of German Penal Code.

The analysis of the article should be performed keeping pace with the present circumstance. So the direction in the enactment should be decided to the followings. In reference to the application extent of the unoriginal omission crime, as the unoriginal omission crime is allowed in the result crime, we must interpret the article 18 of Korean Penal Code as the meaning - "If the man who has the responsibility of avoiding the result or the man who has brought the cause of the occurrence doesn't avoid the result, he will get punished". In reference to the ground of guaranty obligation, it's desirable for article 18 to enact "the man who has the legal responsibility of commission". In the part of the equality of the both conducts, this paper thinks that the equality of the both conducts is not needed. As concerns the issue of discretion reduction, although the omission is more insignificant than the commission in the illegality, the responsibility, the energy of crime generally, there can be the opposite cases. And this conception can be changed by the respective aspects. Though this paper isn't opposed to the reduced punishment, it is not necessary for article 18 to enact the discretion reduction explicitly. If the reduction reason of the illegality, the responsibility is existed in the unoriginal omission crime, it can be considered in weighing of an offense, in the method of the consideration reduction. The

introduction of the provision about the violation of the general rescue-duty must be investigated very strictly because of the apprehension of the improper extension of the punishment range.

Key Words : false omission, guarantee obligation, correspondent disposition, violation of the general rescue-duty