

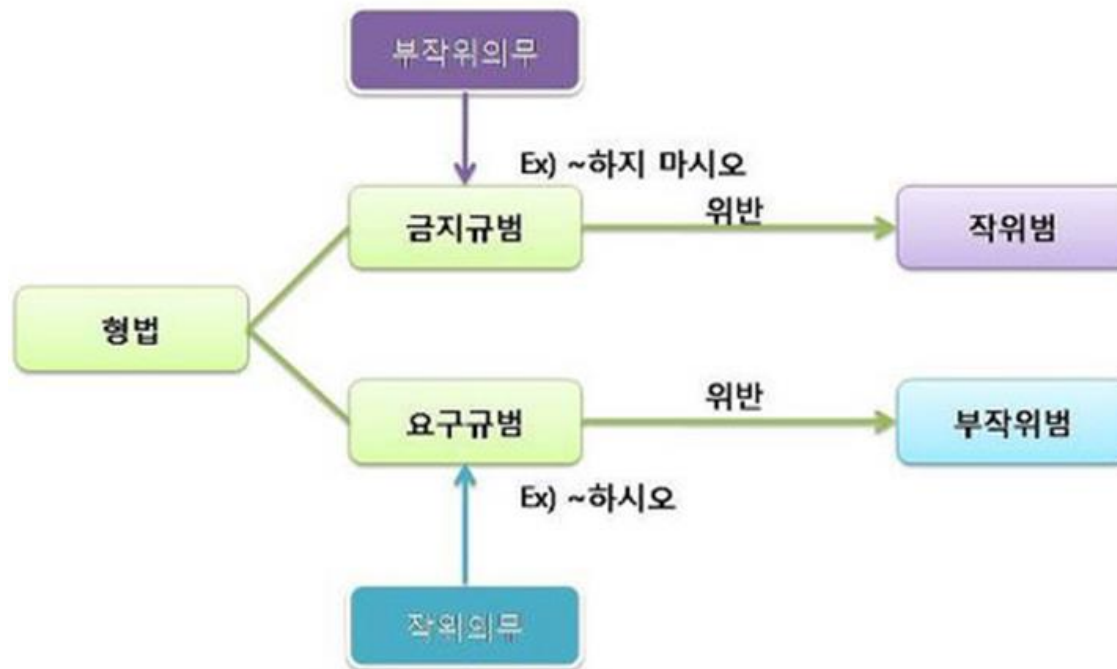
[부작위론]

(1)부작위

: 규범적으로 요구되는 일정한 신체운동을 하지 않는 소극적 태도로 명령,요구 규범 (어떠한 행위를 하라는 규범)에 대한 위반행위
'어떠한 행위를 해야 하는데도 불구하고 하지 않는 것'

(2) 작위

: 규범적으로 금지되는 일정한 신체운동을 하는 적극적 태도로 금지규범(어떠한 행위를 하지 말라는 규범)에 대한 위반행위
'어떠한 행위를 해서는 안 되는데도 불구하고 행하는 것'



* 행위

작위 - 금지규범 ex) ~하지 마라

부작위 - 요구, 명령규범 위반 ex) ~해라

단순한 무위x 법이 요구하는 것을 안 했을 때

* 일반범

진정 부작위 : 행위[부작위], 조문[부작위]

ex) 퇴거불응죄, 다중불해산죄

부진정부작위 : 행위[부작위], 조문[작위]

진정신분범

보증인 지위/ 의무

ex) 친족, 경찰, 소방관

- 부진정부작위 - 부작위에 의한 작위범 (작위에 의한 부작위범x)
- 부작위의 동가치성 - 보증인지위 의무가 있어야 한다. (작위≠부작위)

* 체계적 지위 보증인 지위 의무 → 일반인x

신분

구조의무

* 구성요건 요소설

사실의 착오 → 고의x, 과실o

(내 아들인 줄 모르고 구조를 안했다면 → 과실치사)

법률의 착오 →

(양 아버지가 아들 구조의무가 없다고 생각해서 구조를 안했다면 → 고의살인)

[부작위범]

:제18조 "위험의 발생을 방지할 **의무**가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 **원인을 야기한 자** 가 그 위험발생을 **방지하지 아니한 때에는** 그 발생한 결과에 의하여 처벌한다."→ '**원인을 야기한 자**' = **보증인 지위**

I. 부작위범의 개념

1. 의의- **규범적으로** 기대되는 특정한 행위를 하지 않는 것
2. 부작위의 행위성
 - 인과적, 목적적 행위론은 부작위 행위성을 부정, 사회적 행위론은 인정
3. 작위와 부작위의 구별
 - 작위는 사실판단의 영역 / 부작위는 규범판단의 영역
 - (1) **자연과학적 척도** - 인과관계, 에너지투입
 - (2) 중첩적 기준
 - (3) **규범적 척도** - 비난의 중범, 평가적 관찰방법
 - (4) **의심스러운 때는 작위** - 작위 우선(부작위의보충성)

[보라매병원사건]

- 1) 살인 - 미필적 고의로도 범의를 인정한다.
- 2) 공동정범 - 공동가공의 의사와 그 공동의사에 기한 기능적 행위지배를 통해 실행할 것이 필요하고, 공동실행의 의사란 타인의 범행을 인식하면서도 이를 제지함이 없이 용인하는 것만으로는 부족하고 일체가 되어 서로 다른 사람의 행위를 이용하여 자기의 의사를 실행에 옮기는 것을 내용으로 하는 것이어야 한다.
- 3) 행위자가 자신의 신체적 활동이나 물리적·화학적 작용을 통하여 적극적으로 타인의 범의 상황을 악화시킴으로써 결국 그 타인의 범의를 침해하기에 이르렀다면, 이는 작위에 의한 범죄로 봄이 원칙이고, 작위에 의하여 악화된 범의 상황을 다시 되돌리지 아니한 점에 주목하여 이를 부작위범으로 볼 것은 아니며, 나아가 악화되기 이전의 범의 상황이, 그 행위자가 과거에 행한 또 다른 작위의 결과에 의하여 유지되고 있었다 하여 이와 달리 볼 이유가 없다. (오답 - 유지되고 있다면 부작위범으로 보아야 한다.)
- 4) 담당 전문의와 주치의가 치료중단에 정범의 고의는 인정되나 ~ 계획적으로 조종하거나 저지·촉진하는 등으로 지배하고 있었다고 보기는 어려워 공동정범의 객관적 요건인 이른바 기능적 행위지배가 흠결되어 있다는 이유로 작위에 의한 살인방조죄만 성립한다.
- 5) 종범은 실행 착수 전에 예상하고 이를 용이하게 하는 행위를 하여 방조한 경우에도 성립한다.
- 6) [판결] **처 - 부작위 살인 / 주치의, 과장 - 작위 살인 방조 / 인턴 - 무죄**

II. 분류

1. 진정부작위범 - 부작위에 의해서만 실현 (명령규범 위반)

ex) 퇴거불응 319조2, 다중불해산죄 116조

부진정부작위범 - 작위범의 구성요건을 실현하는 범죄 (금지규범 위반)

ex) 아이에게 먹을 것을 안 줘 사망

2. 형식설 - 법률에 규정된 구성요건의 형식에 따라 구별하는 견해 (통설)

(1) 진정부작위범은 '**부작위에 의한 부작위범**'

(2) 부진정부작위범은 '**부작위에 의한 작위범**'

3. 판례

"일정한 기간 내에 잘못된 상태를 바로잡으라는 행정청의 지시를 이행하지 않았다는 것을 구성요건으로 하는 범죄는 이른바 진정부작위범이다."

Ⅲ. 성립요건

1. 일반적 행위가능성 : '행위개념'에 해당되어야!

2. 객관적 구성요건요소

(1) 구성요건적 부작위

1) 공통

- ① 구성요건적 상황이 존재
- ② 부작위
- ③ 개별적인 행위가능성 - '**구성요건해당성**'이 부정된다.

(2) 구성요건적 결과의 발생 - 부진정만 요구

(3) 인과관계, 객관적 귀속 - 부진정만 요구

2) 부진정 특유

① 보증인 지위

② 행위정형의 동가치성

A. 순수한 결과야기적 결과범에는 의미가 없다. (살인, 유기, 상해, 방화죄)

B. 행태의존적 결과범에서만 문제시(통설) - 공갈, 사기, 특수폭행, 특수 협박

판) 물에 빠진 후 살해의 범위를 가지고 구호하지 않은 채 방관한 행위(부작위)는 직접 빠뜨리는 행위와 다름없다고 평가될 만한 살인의 실행행위이다.

판) 부작위가 작위에 의한 법익침해와 동등한 형법적 가치가 있는 것이어서 그 범죄의 실행행위로 평가될만한 것이라면, 작위에 의한 실행행위와 동일하게 부작위범으로 처벌

IV. 보증인 지위

:일정한 법익과 특수하고도 밀접한 관계를 맺고 있어서 그 법익이 침해되지 않도록 보증 또는 보장해주어야 하는 지위

1. 의의 - 형법 18조 '위험발행을 방지할 법적 의무가 있는 자'

(1) 법적 성질 - 부진정부작위범은 진정신분범의 성격을 갖게 된다.

(2) 보증인지위의 요건 - **법적의무**여야 한다. (X - 도덕적, 사실상 가능성, 부조의무)

2. 체계적 지위

(1) 위법성요소설 (2) 구성요건요소설 (Nagler의 보증인설)

(3) 이분설 (통설)

1) 보증인지위 - 구성요건착오

2) 보증인의무 - 금지착오

3. 형식설 분류 (보증인 지위의 발생근거)-판례

- (1) 법령 - 친권자, 부부, 친족, 경찰, 의사, 운전자구호
- (2) 계약 - 간호사, 신호수, 보모, 고용, 의무 없이 노약자를 인수한 자
- (3) 조리 - 신의칙 (단순 도덕 종교상은 X)
- (4) 선행행위-미끄러운저수지, 실화자의소화, 주교사, 과실로 상해를 입힌 자의 구호