

過失犯의 構造*

金 鍾 源**

《차 례》

- | | |
|-------------------------|------------|
| I. 序 論 | Ⅲ. 過失犯의 構造 |
| Ⅱ. 종래의 過失論의 批判과 새로운 展開 | 1. 構成要件 |
| 1. 종래의 體系下에서의 過失의 把握 | 2. 違法性 |
| 2. 批判과 새로운 展開: 不法의 段階 | 3. 責 任 |
| 3. 批判과 새로운 展開: 構成要件의 段階 | Ⅳ. 맺는 말 |

I. 序 論

종래의 過失犯은 法律上으로도 實際上也으로도 극히 例外的인 犯罪로서 등한시되었고, 따라서 犯罪論의 構成은 基本的으로 故意犯을 前提로 삼았던 것이다. 이와 같이 한구석에 밀쳐져 있던 過失犯의 問題가 現代刑法學에 있어서 하나의 커다란 論點으로 크로즈·업되어 이제는 過失犯의 〈獨自的인〉 犯罪論 構成에로까지 發展되고 있는데⁽¹⁾, 이것은 現實的인 面과 理論的인 面에서 그 理由를 찾을 수 있다. 즉 〈하나〉는 近者에 있어서의 技術文明의 急速한 發展이다. 이에 따라 社會生活이 便利해진 것은 事實이지만, 그 만큼 生命·身體등에 대한 危險이 增大하였고, 특히 交通事故의 增加가 두드러진다. 이에 따라 過失犯의 數가 近者에 와서 激增하였으므로,⁽²⁾ 종래에 第2次的인 意義밖에 인정받지 못했던 過失犯이 그 現

* 本論文은 文敎部 研究助成費에 의한 것임.

** 漢陽大學校 法政大學 敎授

(1) 過失犯을 獨自的으로 理論構成하는 것이 近者의 西獨刑法學의 하나의 傾向이라고까지 말할 수 있을 것이다. 最近에 出刊된 敎科書만을 보더라도 이러한 立場으로는 Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1965, S. 127-138. (但, 責任論은 故意犯과 함께 論함); Reinhart Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 4. Aufl., 1971, S. 528-577; Günter Stratenwerth, Strafrecht, Allg. Teil I, Die Straftat, 1971, S. 288-306; Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 2. Aufl., 1972, S. 425-452; Paul Bockelmann, Strafrecht, Allg. Teil, 1973, S. 149-163; Johannes Wessels' Strafrecht, Allg. Teil, 4. Aufl., 1974, S. 119-127; Herman Blei, Strafrecht I, Allg. Teil, 16. Aufl., 1975, S. 260-270등을 들 수 있다.

(2) 1901年(當時의 人口는 約 5687萬名)의 帝國刑事統計에 의하면 過失致死의 有罪判決을 받은 者는 680名이고 過失致傷의 경우는 4612名이었는데, 1962年(當時의 西獨人口는 約 5694萬名이므

實的인 意義를 增大하였다. <또 하나>는 目的的인 行爲論의 登場이다. 이 立場은 目的的인 行爲概念을 바탕삼아서 犯罪論體系의 再構成을 피하려는 理論인데, 過失의 問題에서 難關에 부딪혔으나 이에 대한 批判과의 對決을 通해서 過失犯의 理論을 發展시켰다. 이리하여 過失犯은 目的的인 行爲論을 둘러싼 論爭에 있어서의 하나의 커다란 論點이 되었다.

本論文에서는 종래의 體系下에서의 過失을 論하면서 이를 批判하고 目的的인 行爲論을 中心으로 해서 <過失犯의 構造>를 살펴 보려고 한다.

II. 종래의 過失論의 批判과 새로운 展開

1. 종래의 體系下에서의 過失의 把握

종래의 刑法體系下에서는 「過失」은 責任의 段階에서 故意가 否認될 때에 비로소 問題가 되었다. 즉 傳來의 刑法學은 거의 全的으로 故意犯을 모델 삼아서 理論構成하였다. 이 모델에 맞추어 構成要件論과 不法論이 展開되었으며, 過失은 이 體系에서 <責任形式>으로서만 關心을 가졌고 <責任>의 章에서만 다루어졌다.⁽³⁾

그리고서 責任要件으로서의 過失은 두 要件으로 이루어지는 것으로서 說明된다. 첫째 要件은 <犯罪事實의 認識·認容이 없을 것>이다. 이것은 過失의 消極的인 標識이고 故意와 區別하게 한다.⁽⁴⁾ 둘째 要件은 <不注意가 있을 것>이다. 이것은 過失의 積極的인 標識이고, 단순한 事故와 區別하게 한다. 그리고 이 <不注意>의 有無의 判斷에 관하여 行爲者標準說(主觀說)·平均人標準說(客觀說)·折衷說이 對立한다.⁽⁵⁾

2. 批判과 새로운 展開: 不法의 段階

그런데 過失을 責任의 段階에서 비로소 問題삼는 體系下에서는 적어도 客觀的인 注意를 다한 行爲도 法益의 侵害 내지 危殆라는 結果惹起가 있는 限 違法이라고 判斷되는데, 이것은 너무나 常識에 어긋나는 것이라 아니할 수 없다. 예를 들어서 列車運轉士가 커브된 線路를 制限된 速度로 또한 汽笛을 울리면서 進行中인데 나무그늘에 숨어 있던 自殺企圖者가 갑자기 線路위로 뛰어든 경우에 브레이크를 걸었으나 치어 죽인 事件을 생각해 보자. 종래의

로, 1901年の 全獨逸人口와 거의 같다)의 聯邦刑事統計에 의하면 過失致死의 有罪判決을 받은 者가 4399名인데 그 가운데서 道路交通事犯이 3884名이고 過失致傷의 경우는 108363名인데 그 가운데서 道路交通事犯이 103112名이다(Jescheck, Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit in modernen Strafrecht, 1965, S. 5). 또 뱃셀스에 의하면 1900年으로부터 現在(1673年이라고 생각된다—筆者註)까지에 過失致死의 有罪判決을 받은 者는 7倍가 되었고(680名: 約 4800名) 過失致傷의 경우는 20倍가 넘는다(4612名: 約 110,000名)고 한다.(Wessels, Allg. Teil, S. 119).
 (3) Welzel, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte--Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte, 1961, S. 7.
 (4) 물론 違法性意識必要說의 立場에서는, <犯罪事實의 認識·認容>이 있어도 <違法性의 意識>이 없으면 故意가 阻却되고, 「法過失」(Rechtsfahrlässigkeit)이 인정될 수 있다.
 (5) 白南禧 「刑法總論」(第三 全訂版) 1962年 197面 以下.

體系下에서는 意思에 基한 身體的 動作(運轉)이 있고 이로 因한 結果(死亡)의 發生이 있다고 하여 違法한 것으로 보고—體系論理上—責任의 段階에서 犯罪事實의 認識·認容이 없으니 故意는 없고 다음으로 비로소 <過失>이 問題되는데 注意를 다한 것으로 인정되어 無罪가 될 것이다. 그런데 그 運轉行爲를 違法이라고 보는 것은—體系論理上—責任은 違法性을 前提로 삼는다—常識에 너무나 어긋나는 것이다. 또한 엄격히 말해서 違法한 行爲라면 그러한 運轉行爲는 法秩序에 비추어 禁止되는 것이다.

물론 客觀的 注意가 違法性의 問題라는 主張은 일찌기 엑스너⁽⁶⁾, 쾃징거⁽⁷⁾, 엔기쉬 등에 서 볼 수 있는데, 특히 엔기쉬는 注意概念을 分析하여 意識을 어느 程度 集中시키는 것, 五官을 總動員하는 것, 精神力을 緊張시키는 것, 精神·身體의 全器官을 相互作用시키는 것을 內面的 注意(innere Sorgfalt)라고 하고⁽⁸⁾ 올바른 適切한 外部의 行態를 外面的 注意(äußere Sorgfalt)라고 하고서,⁽⁹⁾ 이 外面的 注意가 違法性의 問題가 된다고 主張하였다.⁽¹⁰⁾ 하여튼 客觀的 注意를 違法性의 問題로 보는 이러한 見解의 發展에 重要한 役割을 한 것은 이른바 「許容된 危險」(das erlaubte Risiko)의 理論이다. 이 理論에 의하면, 生活必須의인 目的⁽¹¹⁾을 追求하는 行爲는, 必要한 安全措置를 講究하는 以上 비록 法益에 대한 高度의 危險에 結付되어 있고 또 이 危險이 現實化되더라도, 許容된다는 것이다. 즉 法秩序는 그러한 行爲의 遂行을 危險性이 있음에도 불구하고 許容하므로, 그 危險이 現實化되더라도 그 行爲는 단순히 責任이 없게 되는 것으로 보는 것이 아니라 適法한 것으로 본다.⁽¹²⁾ 이 理論은 빈딩⁽¹³⁾에 의하여 基礎지워졌고 엑스너,⁽¹⁴⁾ 엔기쉬⁽¹⁵⁾ 등에 의하여 發展되었는데, 오늘날 이 理論에 대한 理解나 그 犯罪論體系上의 位置에 관하여 만드시 一致하고 있지는 않다.⁽¹⁶⁾

(6) Franz Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910, S. 193.

(7) Kitzinger, Juristische Aphorismen, 1923, S. 34f.

(8) Karl Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930 (Neudruck 1964), S. 271.

(9) Engisch, Untersuchungen, S. 273.

(10) Engisch, Untersuchungen, S. 278.

(11) 엔기쉬는 法秩序에 의하여 是認되는 特別한 目的으로서, 사람의 生命이나 健康의 維持(手術·救助作業)·學問의 進歩(危險한 實驗)·交通上의 利益(汽車運轉과 自動車運轉)·可能한 모든 方向에로의 教育과 鍛鍊(스포츠·體操·乘馬)·資財의 獲得(採鑛·工場·採石의 事業) 기타를 들고 있다(Engisch, Untersuchungen, S. 287).

(12) Welzel, Fahrlässigkeit, S. 24.

(13) Karl Binding, Die Normen und ihr Übertretung, Bd. 4 : Die Fahrlässigkeit, 1919, S.433ff.

(14) Exner, Wesen, S. 193f.

(15) Engisch, Untersuchung, S. 285ff.

(16) 이 理論에 관하여는 Diethelm Kienapfel, Das erlaubte Risiko im Strafrecht—Zur Lehre vom sozialen Handlungsbegriff. 1966; Dietrich Oehler, Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, S. 232ff; Maurach, Allg. Teil, S. 543ff; Günther Jakobs, Das Fahrlässigkeitsdelikt, Beiheft zur ZStW Bd. 86 (1974), S. 12ff; Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, Allg. Teil (von Rudolphi, Horn,

하여튼 이와 같이 비록 結果發生이 있을지라도 安全措置, 따라서 豫想되는 危險에 대한 適切한 豫防措置를 講究한 以上은, 즉 客觀的 注意를 다한 以上은, 違法하지 아니하다는 意見은, 종래의 體系와는 基本的으로 맞지 아니하는 것이다. 왜냐하면 종래의 刑法體系는 客觀的-外部的인 것은 違法性에 그리고 主觀的-內部的인 것은 責任에 配當시키고서⁽¹⁷⁾, 그 體系의 바탕이 되는 「行爲」는 意慾이 外界에 惹起시키는 純粹한 因果的 經過(Kausalvorgang)라고 把握하고,⁽¹⁸⁾ 이때 意思內容은 行爲概念으로부터 排除하고서 責任의 段階에서 바로 소 問題삼는다.⁽¹⁹⁾ 이와 같은 因果的行爲概念을 바탕삼는 종래의 體系下에서는 有意的 行爲에 의하여 惹起된 結果가 過失犯의 不法에 있어서 決定的인 要素로 把握된다.⁽²⁰⁾ 그런데 許容된 危險의 理論에 의하면, 비록 結果發生(結果無價値)이 있을지라도 適切한 危險豫防措置가 講究되었으면, 즉 行爲無價値가 없으면, 適法하게 되고, 따라서 不法이 아니다. 이와 같이 結果無價値보다는 오히려 行爲無價値에 重點을 두는 許容된 危險의 理論은 종래의 體系下에서는 별로 빛을 보지 못하였다.

이에 反하여 目的的 行爲論⁽²¹⁾에 의하면 人間의 行爲는 目的活動의 遂行이라고 把握되는 때 外部的인 因果事象(Kausalgeschehen)을 支配決定하고 이리하여 그것을 目標에 領導된 行爲로 만드는 目的的 意思(finale Wille)는 不可缺한 要因으로서 行爲(Handlung)에 속한다고 한다. 그리고 이러한 行爲의 目的的 操縱의 첫째 段階는 머리 속에서 ① 目標(Ziel)의 先定, ② 目標達成에 必要한 行爲手段(Handlungsmittel)의 選擇, ③ 隨伴의 結果(Nebenfolgen)의 考慮가 행하여지고 둘째의 段階는 選擇된 行爲手段을 計劃的으로 現實의 世界에서 適用시

Samson, Schreiber), 1975, S. 124f. 등 참조. 또한 크루크는 構成要件을 阻却하는 <命허어진 危險>(gebotenes Risiko)과 正當化하는 <許容된 危險>(erlaubtes Risiko)를 區別하고 (Ulrich Klug, Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im Strafrechtssystem, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, S. 260), 또 히르쉬도 비슷한 方法으로 社會相當한 <許容된 危險>, 보다 옹계는 <禁止되지 아니한 危險>(unverbotenes Risiko)에 왜냐하면 여기서는 構成要件該當性이 阻却되고 따라서 許容(正當化)이 問題가 되지 아니한다--과 단순한 <許容된 危險>를 區別한다(Hans Joachim Hirsch, Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW Bd. 74(1962), S. 93ff).

(17) Welzel, Die finale Handlungslehre(來韓時에 講演豫定이던 原本), 1966, S. 3; ders., Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl., 1961, S. 27; ders., Strafrecht, S. 60; Richard Busch, Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre, 1949, S. 3f. 참조.

(18) Welzel, Bild, S. 6; ders., Strafrecht, S. 39.

(19) 「<行爲>가 存在한다는 確定(Feststellung)을 위해서는 또한 行爲者가 有意的으로(Willentlich) 活動하였거나 내지는 活動하지 아니하였다는 確證(Gewißheit)으로 足하다. 行爲者가 무엇을 意慾하였는지는, 여기서는 相關없다. 이에 反하여 意思內容(Willensinhalt)은 責任의 問題로서 重要性을 가진 뿐이다」(Ernst Beling, Grundzüge des Strafrechts, 5. Aufl., 1919, S. 17.). 또한 Edmund Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 2. Aufl., 1933, S. 109.

(20) 예를 들면 예르거는 過失犯의 刑法上의 本質的인 部分(도) 有意的 行爲에 의하여 惹起된 結果라고 한다(Mezger, Strafrecht I, Allg. Teil, 4. Aufl., S. 45-Welzel, Bild, S. 8 참조).

(21) 目的的 行爲論의 主唱者는 Hans Welzel인데, 그의 主著는 Das Deutsche Strafrecht(11. Aufl., 1969)이다. 그리고 1975년에 出刊된 Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie 에는 1930年으로부터 1964年까지에 發表한 16篇의 主要論文이 收錄되어 있다.

킨다.⁽²²⁾ 그런데 이러한 行爲의 全過程가운데서 過失의 違法性判斷에서 決定的인 部分은 目標設定도 아니고(發生된 結果도 아니고) 行爲遂行의 態樣(die Art und Weise)이다.⁽²³⁾ 예를 들면 서로 내다보이지 아니하는 커브에서 反對方向에서 오던 乙은 올바르게 路線의 안쪽인 右側을 運行하였는데 甲이 그 커브를 左側으로 꺾었기 때문에 甲과 乙의 自動車 두臺가 衝突하였고 이 衝突에서 甲과 乙이 負傷한 경우에 있어서, 물론 그들 各者는 「任意的 行動(Willkürakt)」(自動車運轉)에 의하여 他者의 負傷을 (함께) 惹起하였지만, 甲만이 乙의 負傷을 違法하게 惹起한 것이고 乙은 甲의 負傷을 違法하게 惹起한 것이 아니다. 過失犯에 있어서 「本質적인 것」(Wesentliche)은 他者의 負傷을 단순히 惹起하였다는 데에 있지 아니하고 甲과 乙이 遂行한 行爲의 特別한 性質(besondere Beschaffenheit)에 있다. 甲의 運轉의 態樣이 社會生活上 必要한 注意를 지키지 아니했기 때문에 그것은 違法하고, 이에 反하여 乙의 行爲는 그 注意를 지켰다는 理由로 適法하다. 여기에서 過失犯의 決定的인 不法要素는 단순한 結果無價値(Erfolgsunwert)에 있는 것이 아니라 行爲無價値(Handlungsunwert)에 있다는 것이 밝혀진다.⁽²⁴⁾

3. 批判과 새로운 展開 : 構成要件의 段階

그뿐 아니라 過失을 責任의 段階에서 비로소 問題삼는 體系下에서는, 事實은 構成要件該當性の 確定도 不可能하다. 예를 들면 有意的 行爲로 因하여 死亡의 結果가 發生한 경우에, 이것이 (故意)殺人罪에 該當하는지 傷害致死罪에 該當하는지 暴行致死罪에 該當하는지 혹은 過失致死罪에 該當하는지의 與否가 確定될 수 없다. 責任의 段階에 가서 死亡에 대한 故意가 있는지 傷害나 暴行의 故意가 있는지 혹은 死亡의 結果發生에 대한 過失이 있는지가 確定됨으로써 비로소 어느 構成要件에 該當하는지가 事後的으로 確定될 수 밖에 없다.

이에 反하여 目的的 行爲論의 立場에서는 意思內容도 行爲概念에 包括하므로, 構成要件該當性の 段階에서 故意의 有無가 決定될 뿐 아니라 行爲遂行의 適切性 與否도 이 段階에서 檢討되어 過失의 存否가 決定된다.

Ⅲ. 過失犯의 構造

以上 살펴 본 바와 같이 「過失」을 종래의 體系에 있어서와 같이 責任의 段階에서 비로소 問題삼을 것이 아니라, 違法性 그리고 構成要件該當性の 段階에서 問題삼아야 한다는 것이 밝혀졌다. 즉 過失犯에 있어서도 故意犯의 경우와 마찬가지로 構成要件該當性·違法性 및 責任의 順序로 問題삼아야 한다는 것이 밝혀진 것이다.

(22) Welzel, Strafrecht, S. 33ff.

(23) Welzel, fHL, S.11.

(24) Welzel, Strafrecht, S. 128.

1. 構成要件

過失犯의 典型的인 例로서 過失致死罪의 構成要件을 보면, 「過失로 因하여 사람을 致死」하는 것으로 規定되어 있다(第267條). 그런데 이 規定의 文言은 妥當하지 못하다. 왜냐하면 사람의 死亡은 <過失>로 因해서가 아니라 <過失行爲>로 因해서 惹起되기 때문이다.

(1) 過失犯의 <構成要件의 行爲>는 過失行爲인데, 이는 客觀的 注意에 違反하는 非故意의 行爲이다.

가) 非故意의(unvorsätzlich) 行爲라 함은 故意가 인정되지 아니하는 行爲를 말한다.⁽²⁵⁾ 즉 犯罪事實의 認識·認容이 없는 行爲이다.

나) 客觀的 注意에 違反하여야 한다.⁽²⁶⁾ 이것을 「社會生活上 必要한 注意의 違反」(Die Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt)이라고도 표현한다.⁽²⁷⁾ <客觀的 注意의 違反>이란 構成要件의 實現의 危險이 (客觀적으로) 認識可能한데 이 危險을 고려해서 客觀적으로 命하여진 注意를 怠慢하는 것을 말한다.⁽²⁸⁾ 그리고 여기서의 危險의 認識과 命하여지는 注意의 基準(Maßstab)이 되는 者는 行爲者가 놓인 具體的 狀況과 行爲者의 社會的 役割 下에 있는 洞察力있고 慎重한 사람(einsichtiger und besonnener Mensch)이며⁽²⁹⁾ 그 判斷은 事前(ex ante)判斷이다.⁽³⁰⁾ 그런데 近者에 와서 行爲者의 個別的 能力을 基準으로 해서 注意違反을 判斷하려는 個別的 注意違反說(Die Theorie von der individuellen Sorgfaltswidrigkeit)이 擡頭되고 있으니⁽³¹⁾ ⁽³²⁾, 個別的(主觀的) 基準은 <責任>의 領域에서 問題삼으면 될 것이다.

(25) 非故意性은 물론 過失의 消極的 標識이다. 벨젤은 過失(社會生活上 必要한 注意의 違反)을 違法性要素로 把握할 때에는 構成要件要素로서 ① 法益의 侵害 내지 危殆와 ② 非故意의 法益의 侵害 내지 危殆를 (相當하게) 惹起하는 行爲遂行의 目的的 操縱을 要求했는데(Welzel, Strafrecht, 6. Aufl., 1958, S. 111ff.), 社會生活上 必要한 注意의 違反을 過失犯의 構成要件의 行爲의 問題로 다루게 되자 <非故意>라는 表現을 쓰지 않게 되었다(Strafrecht, 11. Aufl., 1960, S. 114). 그런데 過失에 관하여 「...罪의 成立要素인 事實을 認識하지 못한 行爲는...」라고 規定하고 있는 韓國刑法(第14條) 下에서는 <非故意性>을 構成要件의 行爲에서 問題삼는 것이 나오리라고 생각 한다.

(26) 過失을 責任要素라고 把握하는 종래의 體系에 있어서 <不注意>에 관한 平均人標準說(客觀說)의 立場과 같다고 보면 될 것이다. 그리고 韓國刑法(第14條)에 있어서의 「正常의 注意를 怠慢한...」이라는 것을 <客觀的 注意의 違反>으로 解釋하면 될 것이다.

(27) 이러한 表現은 獨逸民法 第276條에서 規定하는 바 「社會生活上 必要한 注意를 違反하는 者는 過失로 行爲하는 것이다」에서 온 것인데, 獨逸刑法學에서는 一般적으로 이 表現을 쓰고 있다.

(28) Jescheck, Allg. Teil, S. 428. 그리고 ()속의 客觀적으로는 S. 437 참조.

(29) Welzel, Strafrecht, S. 132; Wessels, Allg. Teil, S. 122 참조.

(30) Jescheck, Allg. Teil, S. 437; Wessels, Allg. Teil, S. 122.

(31) Stratenwerth, Allg. Teil I, Rn 1164ff; Jakobs, Fahrlässigkeitsdelikt, S. 20ff; Samson, Kommentar, S. 122ff.

(32) 이 說은 個別的인 注意違反에 의하여 그어진 範圍를 「許容된 危險」에 의하여 制限한다(Samson, Kommentar, S. 122f. 또한 S. 124f 참조).

i) 保護法益에 대한 危險은 洞察力 있는(einsichtig) 判斷에 의하면 認識可能한 것이어야 한다. 이러한 客觀的 認識可能性的 判斷을 함에 있어서는 行爲者가 특히 알고 있는 바(das Sonderwissen der Täters)도 고려되어야 한다.⁽³³⁾ ⁽³⁴⁾

ii) 그러나 洞察力 있는 判斷에 의하면 法益에 대한 危險을 惹起하는, 모든 行爲가 注意違反인 것은 아니다. 그렇지 않으면 社會生活에 있어서의 거의 모든 行爲는 하지 않아야 할 것이다. 어느 程度의 危險을 隨伴하지 않고 交通에 關與하는 것은 全혀 不可能하다. 여기서 첫째의 觀點을 制限하는 둘째의 觀點, 즉 「慎重한」(besonnen) 行爲라는 觀點이 附加된다. 즉 「交通上 正常的인」(Verkehrsnorm) 내지 「社會相當한」(Sozialadäquat) 程度를 넘는 危險行爲만이 注意違反이다. 이러한 「알맞은(maßvoll) 危險」의 限界를 긋는 데에 이바지하는 것이 「慎重한」人間이라는 指導形相(Leitbild)이다.⁽³⁵⁾ 따라서 客觀的으로 認識可能한 危險을 回避하도록 慎重한 態度를 취한 것으로 인정되는 限, 客觀的 注意의 違反은 없다.⁽³⁶⁾

이러한 觀點에서 獨逸判例는 道路交通의 基本原則인 「信賴의 原則」(Vertrauensgrundsatz)을 樹立하고 完成하였다. 이 原則에 의하면 交通關與者는 그 事件의 特別한 事情에 의하여 反對의 경우를 認識할 수 없는 限 다른 交通關與者가 마찬가지로 交通秩序에 맞는 態度를 취하리라고 信賴해도 좋다는 것이다.⁽³⁷⁾ 즉 原則的으로는 다른 交通關與者가 交通秩序에 맞지 아니하는 態度를 취함으로써 發生될 結果를 回避하도록 措置를 취하지 아니하여도 客觀

(33) Welzel, Strafrecht, S. 132; Jescheck, Allg. Teil, S. 437; Wessels, Allg. Teil, S. 122.

(34) 福田博士는 「行爲者가 行爲時에 특히 알고 있는 事情 및 行爲者가 놓인 狀況에 있어서 一般通常人이던 알 수 있었을 事情을 基礎로 해서 그러한 具體的 事情下에서 一般通常人이 構成要件의 結果의 發生을 豫見할 수 있었는가의 與否를 檢討하여」 이러한 意味에서의 客觀的 豫見可能性이 肯定되어야 한다고 主張한다(福田平 「過失犯의 構造について」 「刑法解釋學의 基本問題」 1975年 55面). 또한 後註 36, 42참조. 藤木教授는 近年에 豫見可能性의 問題에 若干의 新展開를 試圖하는데, 그는 結果回避義務에 重點을 두는 立場에서 「豫見可能性에 관하여는 이것을 結果回避義務로서 어떠한 具體的 措置를 行爲者에게 負擔시키느냐를 判斷하는 경우의 하나의 重要한 資料로서 把握하는 것이다... 豫見可能性은 具體的인 結果豫見이 있으면 물론 더할 나위가 없지만 만드시 具體的인 豫見은 必要로 하지 아니하고 危險發生에 관하여 危懼感이 있으면 足하다. ... 行爲者에게 어떠한 負擔을 課하느냐에 관하여 豫見이 具體的으로 있었느냐 혹은 具體的인 豫見이 可能했느냐 또는 具體的인 豫見은 不可能하고 단지 一般的인 危險發生의 危懼感·不安感이 存在함에 不過하느냐 하는 것은 行爲者에게 負擔시킴에 있어서의 하나의 重要한 尺度가 된다」(藤木英雄 編著 「過失犯—新舊過失論爭」 1975年 32-34面 <藤木擔當>)라고 主張한다. 그리고 同書 「第3編 豫見可能性」(130-182面)에서 三井誠博士는 危懼感說을 檢討·批判한다고 하고 있다.

(35) Welzel, Strafrecht, S. 132.

(36) 福田博士는 「客觀的 注意義務의 內容을 具體的으로 論定하기 위하여는 먼저...客觀的 豫見可能性이 肯定되면, 이어서 그러한 具體的 事情下에서 一般通常人에게 있어 그 結果를 回避함에 適合한 措置를 취할 수 있었는가가 檢討되어야 한다」(福田平 「刑法解釋學」 55面)라고 論述한다. 또한 後註 42참조.

(37) Welzel, S. 132f. 이 原則이 獨逸에서 처음 採用된 것은 1935年12月9日의 帝國法院 第2刑事部 判決(RG 70-71)이며, 日本에서는 1966年12月20日에 처음으로 最高裁判所에서 採用하였다(刑集 20卷10號1212面). 그리고 信賴의 原則에 關한 文獻으로는 西原春夫 「交通事故と信賴의 原則」(1969年)이 仔細하다.

的注意의 違反이 되지 아니한다. 여기서의 <特別한 事情>은 被害者가 不適切한 行動을 취하리라는 것이 쉽게 豫見할 수 있는 경우라든가 被害者가 老人·幼兒·身體障礙者·酩酊者등 이어서 適切한 行動을 취하리라고 期待할 수 없는 경우이다.⁽³⁸⁾ 그리고 信賴의 原則은 스스로 交通秩序에 맞는 態度를 취하는 者에게만 適用된다.⁽³⁹⁾

信賴의 原則은 交通의 領域을 넘어서 多數人이 일을 分擔하는 모든 共同作業에 妥當한다. 즉 外科醫는 手術을 함에 있어서 看護員의 올바른 助力을 信賴하지 않을 수 없다. (外科醫가 適切히 選任한) 看護員이 失手로 그에게 잘못된 注射器를 넘겨주었는데 이때 外科醫는 그것을 檢査할 수 없는 경우에는, 社會生活上 必要한 注意를 違反한 것은 外科醫의 行爲가 아니라 看護員의 行爲이고, 不適切하고 違法한 것은 手術에 있어서 外科醫가 分擔한 行爲가 아니라 看護員이 分擔한 行爲이다.⁽⁴⁰⁾

iii) 危險에 관한 洞察力있는 認識과 危險에 대한 慎重한 態度라는 서로 關聯하는 두 個의 觀點에서 個個의 경우의 客觀的 注意의 內容이 얻어질 수 있다. 그런데 이 內容은 一般的인 經驗法則이나 規則으로부터 完全히(abschließend) 얻어질 수는 없으며, <洞察力있고 慎重한 사람이 行爲者가 놓인 狀況下에서 어떠한 行爲를 했을까>라는 方法的 原理(methodisches Prinzip)로부터만 얻어질 수 있다. 上述한 信賴의 原則은 注意概念을 實質的으로 具體化하는 데에 있어서 重要な 役割을 한다.⁽⁴¹⁾⁽⁴²⁾

iv) 行爲者의 現實의 行爲가 위에서 確認되는 客觀的 注意의 內容과 比較되는데, 이 注意에 맞는 適切한 行爲에 못미치는(zurückbleiben) 모든 行爲는 客觀的 注意에 違反하는 行爲로서 過失犯의 構成要件에 該當한다. 反對로 客觀的 注意에 맞는 行爲는 構成要件該當성이

(38) 西原「交通事故」147面 以下 참조.

(39) Welzel, Strafrecht, S. 133; Hermann Mühlhaus, Die Fahrlässigkeit in Rechtsprechung und Rechtslehre—Unter besonderer Berücksichtigung des Straßenverkehrsrechts, 1967, S. 30.

(40) Welzel, Strafrecht, S. 133. 또한 Stratenwerth, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, Festschrift für Eb. Schmidt 1961, S. 383ff 참조. 또한 슈트라텐베르트는「그것(信賴의 原則—筆者註)은 결코 道路交通의 領域에 限定될 것이 아니라 社會生活에 있어서 多數人의 行爲(die Verhaltensweisen)가 接觸하는 곳에서는 어디에서나 妥當한다」(Stratenwerth, Allg. Teil I, Rn 1231)라고 主張하고, 뱃센소도「同一한 것(Gleiches)이 일을 分擔하는 共同作業의 경우에 妥當해야 한다(예를 들면 手術, 科學的 實驗, 救助作業등에 있어서와 같이)」(Wessels, Allg. Teil, S. 122)라고 論述한다.

(41) Welzel, Strafrecht, S. 133f.

(42) 福田博士은「客觀的 豫見可能性과 客觀的 回避可能性이 肯定되면, 여기서 비로소 社會生活上 必要한 注意의 義務賦課가 可能하게 된다. 물론 이 結果의 豫見 및 그 回避의 可能性이 있는 때에 항상 그 結果를 豫見해야 하고 따라서 그 結果를 回避함에 適切한 措置를 취해야 한다는 注意義務가 課하여지는 것은 아니다. …具體的으로 어떠한 義務가 客觀的으로 要請되는가는 個個의 具體的 事情을 고려해서 社會的 相當性의 見地로부터 判斷되어야 하는 것이다. 즉 危險行爲의 社會的 有用性, 必要性, 豫想되는 危險의 蓋然性, 侵害될 法益의 價値 등을 고려해서 具體的으로 行爲者에게 어떠한 注意를 要求하는 것이 社會的으로 相當한가 라는 觀點에 서서, 注意義務의 內容을 具體化해 가야 한다」(福田「刑法解釋學」55-56面)라고 主張한다.

없다. 이러한 行爲의 結果로서 法益侵害가 發生하여도 그것은 단순한 事故(Unglück)에 불과하다. (43)

(2) 過失犯의 構成要件은 보통 構成要件의 行爲 以外에 法益의 侵害 내지 危殆로서의 一定한 <結果>를 要求한다.

가) 그 結果는 構成要件의 行爲와 (相當한) 因果關係가 있어야 한다.

나) 그 結果는 客觀的 注意의 違反이 現實化(realisieren)한 것이어야 한다. 그 結果가 注意違反의 行爲에 의하여 惹起되었지만 그 行爲가 注意에 맞게 행하여졌어도 發生하였을 경우에는, 여기에 該當하지 아니한다. 예를 들면 不注意하게 車를 모는 運轉士가 갑자기 車道에 뛰어든 아이를 負傷케 하였는데, 注意해서 車를 몰았더라도 아이를 負傷케 했음에 틀림없을 程度로 아이가 갑자기 車道로 뛰어든 경우이다. (44)

2. 違法性

構成要件該當行爲의 遂行과 結果에로의 現實化에 의하여 違法性이 徵表된다. 따라서 故意犯의 경우와 마찬가지로 違法性阻却事由에 의하여 違法性이 阻却될 수 있다. (45) (46)

3. 責任

責任은 違法한 構成要件實現에 대한 非難可能性이다. 違法한 構成要件實現은, 個個의 行爲者가 그것을 避할 수 있었을 때, 즉 違法하게가 아니라 適法하게 行爲할 수가 있었을 때에 非難할 수 있다. (47) 그리고 여기서의 違法한 構成要件實現이란 違法性阻却事由에 의하여 違法性이 阻却되지 아니하는 경우의 客觀的 注意에 違反하는 行爲(結果犯일 때에는 結果에로의 現實化까지)를 말한다.

(1) 過失犯의 責任에 있어서도 우선 行爲者에게 <責任能力>이 있어야 함은 물론이다.

(2) 다음으로 行爲者에게 <客觀的 注意의 認識可能性과 遂行可能性>이 있어야 한다. 즉 客觀的 注意의 違反에 대하여 個個의 行爲者의 能力에 비추어 非難할 수 있어야 한다.

가) 客觀的으로 認識可能한 構成要件實現의 危險을 行爲者가 認識할 수 있어야 한다.

나) 客觀的으로 命하여진 注意를 行爲者가 그의 能力에 비추어 遂行할 수 있어야 한다.

(3) 세계로 行爲者에게 <客觀的 注意에 違反한다는 意識의 可能性>이 있어야 한다.

(4) 끝으로 行爲者에게 <適法行爲의 期待可能性>이 없으면 責任이 阻却된다.

(43) Welzel, Strafrecht, S. 134f 참조.

(44) Welzel, Strafrecht, S. 135f.

(45) Welzel, Strafrecht, S. 137f. 참조.

(46) 過失犯에 있어서의 正當化事由(違法性阻却事由)에 관하여는, Jescheck, Allg. Teil, S. 444ff; Maurach, Allg. Teil, S. 551ff가 仔細하다.

(47) Welzel, Fahrlässigkeit, S. 30.

IV. 맺는 말

以上 考察한 바와 같이, (1) 過失은 責任의 領域에서 비로소 問題삼을 것이 아니라 構成要件의 段階로부터 다루어 나감으로써 過失犯도 故意犯과 마찬가지로 構成要件該當性・違法性・責任의 세 段階에서 檢討되어야 하고, 그뿐 아니라 過失犯과 故意犯은 責任의 段階에서 비로소 區別되는 것이 아니라 構成要件의 段階에서 區別된다는 것이 밝혀졌다. (2) 또한 過失犯의 構成要件의 行爲, 즉 實行行爲가 인정되었다. (3) 過失犯의 不法에 있어서 行爲無價値의 重要性이 밝혀졌다. (4) 끝으로 <信賴의 原則>의 體系論的 뒷받침이 주어졌다.

그런데 「過失犯의 構造」의 解明은 아직도 未完成의 段階에 머물고 있으며, 앞으로 解決해야 할 여러 가지의 問題點이 남아 있는 것으로 본다. 즉 (1) 構成要件의 段階에서 <過失의 基準>을 客觀的인 面에서 把握할 것인가(客觀的注意違反說) 主觀的인 面에서 把握할 것인가(個別的注意違反說)의 理論的 檢討, (2) <許容된 危險>의 問題의 理論的・體系論的인 把握, (3) 違法性阻却事由에 관한 더 한層의 研究, (4) <違法性意識可能性>의 問題의 解明, (5) 刑事過失과 民事過失과의 比較檢討 등이다.

Résumé

Die Struktur der fahrlässigen Delikte

Jhong Won Kim*

Die überkommene strafrechtliche Dogmatik war fast ausschließlich am Modell der vorsätzlichen Delikte orientiert. Die Fahrlässigkeit interessierte in diesem System nur als Schuldform und wurde allein im Kapitel von der Schuld behandelt. Die moderne strafrechtliche Dogmatik hat jedoch die Tendenz zur eigenständigen Verbrechensaufbau der fahrlässigen Delikte. Dazu hat die finale Handlungslehre nicht gering beigetragen.

I. Tatbestand

(1) Bei den fahrlässigen Delikten ist die Tatbestandshandlung die fahrlässige Handlung: die unvorsätzliche, die objektive Sorgfalt (die im Verkehr erforderliche Sorgfalt) verletzende Handlung. Inhalt der Sorgfalt ist es, die Gefahr der Verwirklichung des Tatbestandes zu erkennen und sich darauf richtig einzustellen. Art und Maß der anzuwendenden Sorgfalt ergeben sich aus den Anforderungen, die an einen einsichtigen und besonnenen Menschen in der konkreten Lage und der sozialen Rolle des Handelnden zu stellen sind. Eine wesentliche materiale Konkresierung dieses Sorgfaltsbegriffes bewirkt der für den Straßenverkehr fundamentale, von der Rechtsprechung aufgestellte und ausgebaute Vertrauensgrundsatz, wonach der Verkehrsteilnehmer solange darauf vertrauen darf, daß andere Verkehrsteilnehmer sich ebenfalls verkehrsrichtig verhalten, als ihm nicht durch besondere Umstände des Falles das Gegenteil erkennbar wird. Der Vertrauensgrundsatz gilt über den Verkehrsbereich hinaus für jedes arbeitsteilige Zusammenwirken mehrere Personen.

(2) Bei den fahrlässigen Erfolgsdelikten ist es zur Erfüllung ihres Tatbestandes erforderlich, daß sich die sorgfaltswidrige Handlung in einer Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung realisiert hat.

II. Rechtswidrigkeit

Mit Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung und deren Realisierung in einer Rec-

* Professor der Rechte an der Hanyang Universität

htsgutsverletzung oder -gefährdung wird die Rechtswidrigkeit indiziert. Sie kann durch Rechtfertigungsgründe ausgeschlossen sein.

III. Schuld

Schuld ist die Vorwerfbarkeit der rechtswidrigen Tatbestandsverwirklichung. Vorwerfbar ist die rechtswidrige Tatbestandsverwirklichung dann, wenn der individuelle Täter sie hätte vermeiden, d.h. sich rechtmäßig statt rechtswidrig hätte verhalten können.

Der Schuldvorwurf bei den fahrlässigen Delikten setzt folgende Merkmale voraus: (1) die Schuldfähigkeit, (2) die Erkennbarkeit und Erfüllbarkeit der objektiven Sorgfalt und (3) die Möglichkeit des Bewußtseins der Verletzung der objektiven Sorgfalt. Die Unzumutbarkeit des rechtmäßigen Verhaltens kann aber entschuldigend wirken.