

# 過失標準의 動向에 대한 연구\*

-최근 독일학설을 중심으로-

金 信 圭\*\*

## I. 머리말

過失의 標準 내지 注意義務의 判斷基準問題는 構成要件에 해당하는 結果에 대한 豫見可能性 내지 回避可能性 有無를 判斷할 때에 누구의 能力을 전제로 해서 판단하는 것이 바람직한가라는 문제이다. 이에 대해서는 『一般人』·『通常人』·『平均人』의 能力을 표준으로 하는 『客觀說』과 行爲者の 能力을 標準으로 하는 『主觀說』 및 행위자의 能力을 표준으로 하면서 그것이 一般平均人의 能力을 초과하면 一般平均人의 能力을 上限으로 하는 『折衷說』 등 3가지의 學說이 있다.<sup>1)</sup>

이 경우에 실제로 결과를 惹起한 것은 행위자 자신이므로, 행위자 자신의 能力이 전제된다면 전혀 문제가 없겠지만, 그렇게 되면 원래 경솔한 사람이나 不注意한 사람이 惹起한 事故는 免責되어 현실적으로 過失責任을 거의 물을 수 없게 될 것이다. 또한 決定論의 입장을 취할 경우에도, 가령

\* 이 논문은 교수회의과건(하이델베르크대학 법학부) 연구논문임.

\*\* 木浦大學校 法學科 副教授, 法學博士

1) 福田 平·大塚 仁, 對談刑法總論(上), 有斐閣, 1986, 193面 이하 참조. 지금까지 우리나라의 학설 대부분의 입장은 독일학설의 입장을 그대로 반영하여, Engisch의 內的 注意와 外的 注意에 따른 구분에 상응해서 主觀的 注意義務와 客觀的 注意義務로 나누고, 前者는 過失의 責任要素로서 主觀的 過失이고 後者는 構成要件의 客觀的 要素로서 客觀的 過失로 보고 있다. 한편 근래에 와서 이와는 달리 客觀的 注意義務 자체를 過失의 특별한 要素가 아니라 故意犯과 過失犯에 공통하는 客觀的 歸屬의 一尺度로서 一般的 犯罪標識에 불과하고 진정한 過失은 主觀的 注意義務違反이라는 主觀說의 입장을 취하는 견해가 나타나고 있다(金日秀, 刑法學原論, 1988, 949面 이하 참조).

行爲者가 어떤 構成要件의 結果를 惹起했을 때 그는 결국 事前에 結果를 豫見·回避하는 것이 不可能한 것이 아닌가라는 의문도 생기게 된다.

여기에서 過失의 標準을 행위자로부터 벗어난 것에서 구하는 客觀說이 나오게 되었다. 즉 客觀說에 의하면 『法規範이란 각개인의 能力에도 불구하고 劃一的인 의무를 정하고 그 遵守를 요구하는 것에 의해 法規範의 機能을 遂行하므로, 이 경우 일일이 각 행위자의 能力에 관계된다고 하면 法規範이 目標로 하는 機能은 停止하지 않을 수 없게 된다』는 것이다. 그러므로 過失犯에 있어서 모든 行爲者가 적어도 責任能力者인 이상, 法이 요구하는 注意義務를 遵守해야 하고 불가능하다는 抗辯은 許容되지 않는다고 이해되어야 한다는 것이다.

그러나 오늘날 독일의 多數說은 이러한 순수한 客觀說의 입장에서 서 있다고 할 수 없고, 構成要件該當性 段階에서는 『平均人』의 能力을 표준으로 하는 『客觀的 注意義務違反』(客觀的 過失)을 요건으로 하고, 責任段階에서는 行爲者의 能力을 표준으로 하는 主觀的 注意義務違反(主觀的 過失)을 요구하고 있다.

즉 多數說에 의하면 『根本적으로 主觀說이 타당하다. 단지 行爲者의 能力이 通常人보다 높을 경우에도, 법은 通常人 以上으로 요구하는 것은 아니므로 注意義務의 上限은 客觀說의 標準에 의해 구획되지 않으면 안된다. 行爲者에 대한 道義的 非難을 책임의 核心에 두는 立場에서는 결국 主觀說 내지 折衷說의 입장이 지지되어질 수 있지만, 그것은 責任過失에서 고려하면 충분하며, 構成要件의 過失 有無에 대해서는 자연히 사정을 달리한다. 여기에서는 平均人의 能力을 前提로 하는 定型的인 注意義務違反이 문제되므로, 一般的인 注意義務違反으로 충분하다. 客觀的인 注意에 違反한 行態에 의해 法益侵害의 結果가 惹起되어졌다고 해도, 그 結果를 豫見·回避하는 것이 당해 행위자에게 불가능한 경우에는 행위자를 非難할 수 없다』<sup>2)</sup>

2) 團藤重光, 刑法綱要總論, 改訂版, 1988, 319面.; 大塚仁, 刑法概說(總論改訂版), 1986, 208面.; 福田平, 全訂刑法總論, 1984, 184面.; 藤木英雄, 刑法講義總論, 1975, 240面이하.; 蔣子邦雄, 刑法總論(新版), 1981, 171面이하.; 佐伯千仞, 四訂刑法講義總論, 1981, 194面.; 內田文昭, 改訂刑法I(總論), 1986, 184面.; 大谷實, 刑法講義總論, 1986, 236面이하.; 曾根威彦, 刑法總論, 1986, 191面以下 參照.

고 하게 된다. 말하자면 현재의 多數說은 構成要件該當性·違法性段階에서는 平均人 標準을 취하며, 責任段階에서는 行爲者를 標準으로 하는 엄밀한 의미에서는 折衷說의 입장인 것이다.

여기에서는 行爲者 標準에 대한 前述한 바와 같은 의문은 보이지 않는다. 즉 不注意한 사람의 責任을 묻지 않는다는가 決定論의인 의문에 대한 회답은 없다. 오히려 「主觀說」에 의해 과실이 넓게 인정되어질 수 있는 경우에 『客觀的 注意義務』라는 것을 介在시키는 것에 의해 過失의 成立範圍를 限定하는 지향이 나타나는 것이다. 아마 이러한 折衷說의 배경에는 형사책임의 기초로 相對的 意思自由論이 자리잡고 있음으로 인해 앞서의 疑問을 애초부터 생기지 않게 하는 要件일지도 모른다.

그러나 이러한 折衷說에 대해서는 다음과 같은 의문이 提起되어진다. 즉 平均人을 표준으로 해서 『客觀的 注意義務違反』을 정하는 立場은, 「多數의 注意義務違反 중 어떤 義務에 違反했는가를 결정하는 데는 行爲者 개인의 注意能力을 문제로 하지 않고서는 판단할 수 없다는 점을 간과하고 있으며, 또한 過失認定의 論理過程으로서 먼저 행위자의 個別的 注意能力을 고려해야 하는 데도 불구하고 客觀的 注意義務라는 것을 먼저 고려하고, 다음으로 행위자 個人의 注意能力을 문제로 한다」<sup>3)</sup>는 점이다.

말하자면 折衷說에 의하면, 첫째로 違反된 注意義務를 결정하는 데 있어서 행위자의 注意能力을 우선 문제로 하지 않는다는 점이며, 둘째로 折衷說의 그 段階構造의 矛盾을 들 수 있다. 가령 자동차운전자가 法定視力에 到達하지 않는 근시이고, 더구나 야간안경을 사용하지 않았기 때문에 通行人을 認識하지 못해서 通行人에 대한 안전거리를 유지하지 않았기 때문에 차가 통행인에게 부딪혀 死亡한 경우, 多數說에 의하면 우선 일반평균 운전자를 표준으로 하여 『通行人과의 안전거리를 維持해야 할 義務』를 設定하고, 행위자가 이러한 義務에 違反했지만 행위 당시(운전 중) 義務를 遵守할 능력이 缺如되어 있으므로 責任은 없다고 하게 된다.

그러나 이러한 結論은 不當하다. 그러므로 이 경우 無罪로 하지 않기 위

3) 西原春夫, 過失と原因における自由な行爲, 日神選譯, 過失犯(1), 1966, 224面.

해서는 다른 『客觀的 注意義務』(안경을 쓰고 운전하든가, 運轉을 얹든가)를 세우지 않을 수 없지만, 視力이 충분한 一般運轉者를 標準으로 하는 한 이러한 義務가 발생한다고는 할 수 없다.<sup>4)</sup>

그래서 現在는 行爲者의 注意能力 중 『情報蒐集能力』 및 『回避行動能力』을 고려한 『具體的인 類型人』을 設定해, 그것을 기준으로 注意義務를 정립하는 『注意能力 對應說』이나<sup>5)</sup>, 행위자의 능력을 規範·心理的인 것과 生理的인 것으로 나누어, 前者는 客觀的인 基準에 의하고, 後者는 主觀的인 基準에 의해 판단하면서 過失을 一元的 責任要素로 하는 견해 등이 주장되고 있다.<sup>6)</sup> 그러나 이러한 學說의 문제점 역시 행위자의 능력을 『客觀的』 注意義務의 決定基準으로 받아들임으로써 그것이 과연 『客觀的』이라 할 수 있는가라는 점이다.

다른 한편으로는 折衷說이 일컫는 『客觀的 注意義務』는 『一般通常人』이 행위자가 놓여진 것과 同一한 具體的 事情下에서 結果를 豫見하는 것이 가능하였는가(客觀的 豫見可能性)와 一般通常人이 行爲者가 놓여진 것과 동일한 具體的 事情下에서 結果를 回避하기 위해 適切한 行態를 취할 수 있었는가(客觀的 回避可能性)를 기초로 해서 개개의 경우에 구체적으로 확정한다<sup>7)</sup>고 하여, 말하자면 『客觀的 注意』(社會生活上 必要한 注意)를 遵守하고 있는 行態(적절한 행태)가 구체적으로 어떤 것인가는 개개의 경우에 따라 다르다고 하는 점이다.

그리하여 『자동차운전과 같은 法益侵害의 危險을 수반하고 있는 行爲의 경우 그것을 적절히 수행하는 것이 客觀的 注意』라든가, 『通常的인 능력을 가진 者에게는 合法的인 注意義務違反이라 할 수 없는 행위에 대해서도, 注意能力이 劣等한 者는 이것을 행하는 것 자체가 注意義務에 위반한 違法』이라고 하여, 자동차운전 등의 위험행위를 안전하게 수행하는 능력이

4) 實行行爲인 『客觀的 注意義務違反』은 一般人을 標準으로 결정되어지므로, 注意義務를 遵守할 能力이 없는 데도 불구하고 행위로 나온 과거의 時點에서의 행위자를 非難하는 것이 된다. 『原因에 있어서 自由로운 行爲』와는 달리, 이 경우 行爲者에게는 처음부터 『客觀的 注意義務』를 遵守할 能力이 존재하지 않는 것이다.

5) 大塚裕史, 過失犯における注意義務と注意能力との關係, 早稻田法學會誌, 32卷, 1982, 67面 參照.

6) 平野龍一, 刑法總論 I, 1972, 206面; 中野次雄, 刑法總論概要, 1979, 50面, 中野는 『注意』와 『認識·豫見』을 구별하여, 前者는 客觀的으로, 後者는 主觀的 基準에 의해 판단해야 한다고 한다.

있는가 없는가에 한해서 행위자의 개인적 능력을 고려하고, 責任過失에서는 『客觀的 注意에 違反한 行態에 의해 法益侵害의 結果가 惹起되었다고 해도, 그 結果를 豫見·回避하는 것이 행위자에게 불가능한 경우에는, 행위자에게 非難을 加하는 것이 불가능하다』고 하여, 『가령 행위자가 눈앞이 보이지 않았다는가 우연히 行爲時에 매우 피로했다는 등의 理由로 一般人 정도의 注意能力을 구비하지 못하여 現實으로 注意義務의 준수를 기대할 수 없는 경우에는, 主觀的 不注意는 인정되지 않으므로 행위자에게 過失責任을 물을 수 없다』고 한다. 즉 자동차 운전능력은 『客觀的 注意義務』 確定時에 고려하고, 視力은 責任過失에서 비로소 고려되어진다는 것이다.

그러면 도대체 客觀的 注意義務란 무엇인가? 그리고 여기에 덧붙여 『主觀的 注意義務』를 요구하는 것은 어떤 의미가 있는가? 본고에서는 이러한 문제를 밝히기 위해 1970년대 이래 독일의 過失標準을 둘러싼 主觀說과 折衷說의 論爭을 중심으로 살펴보고, 나아가 『客觀的 注意義務』의 意味와 機能을 分析하여 이 문제에 대한 해결기준을 마련해보기로 한다.

## II. 最近 獨逸學說의 動向에 대한 檢討

過失判斷基準에 대한 최근까지 獨逸의 多數說은, 過失을 構成要件 내지 不法段階와 責任段階로 나누어서 論하는 折衷說을 취하고 있다고 할 수 있다.<sup>7)</sup> 즉, 構成要件 내지 不法段階에서는 客觀的 基準에 따른 一般平均人의 能力을 基準으로 한 客觀的 注意가 기준이 되고, 責任段階에서는 행위자개인의 能力을 표준으로 하여 客觀的 注意義務를 준수할 수 있었는가를 검토하는 主觀的 注意違反이 過失判斷의 基準이 된다는 것이다.

7) 이 입장에 속하는 견해로는, Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., S.131ff.; Bockelmann, Strafrecht, AT, 3. Aufl., 1979, S.158ff.; Eser, Strafrecht, 3. Aufl., 1980, S.20f.; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 4. Aufl., 1988, S.509f.; Blei, Strafrecht, AT, 18. Aufl., 1983, S.296ff.; Wessels, Strafrecht, AT, 23. Aufl., 1993, S.205ff.; Haft, Strafrecht, AT, 3. Aufl., 1987, S.65f.; Burgstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974, S.16f. 등이 있다.

벨젤(Welzel)은 過失犯의 構成要件을 論하면서, 과실행위란 『社會生活上 必要한 注意』(im Verkehrskreis erforderliche Sorgfalt)를 무시하고 행동하는 것을 말하며, 이 때 注意를 다한 행동이란 행위자의 입장에 놓여진 『분별있고 신중한 사람』(einsichtiger und besonnener Mensch)<sup>8)</sup>이 취할 행동이라고 定義하면서, 이러한 注意違反에 의해 過失犯의 構成要件에 該當하는 不法性이 근거지워지고, 책임에서는 이러한 注意違反에 대하여 행위자가 개인적으로 認識可能했는가를 묻게 된다는 것이다. 그러므로 後者의 경우에는 행위자 개인이 가지고 있거나, 그의 사회적 지위에서 가질 수 있었던 知的 水準이 기준이 된다는 것이다.<sup>9)</sup>

마찬가지로 예셴(Jescheck)도 過失犯의 不法構成要件으로, 結果의 惹起와 結果에 대한 客觀的 豫見可能性 및 客觀的 注意義務違反 등을 위치시키고, 注意義務의 基準으로서의 행위자가 소속한 사회생활영역에 있어서 『良心的이고 慎重한 사람』(gewissenhafter und besonnener Mensch)을 들고, 責任段階에서는 責任能力, 不法意識, 期待可能性, 客觀的 注意義務의 認識可能性 및 履行可能性과 結果와 因果過程에 대한 主觀的 豫見可能性 등을 위치시키고 있다.<sup>10)</sup> 그리고 책임단계에서 기준이 되는 것은 「행위자의 社會生活領域에 屬하는 慎重하고 誠實한 사람」이 아니라, 「行爲者 自身の 能力, 經驗 및 知識」이라고 한다.<sup>11)</sup>

또한 하프트(Haft)도 過失構成要件에서는 客觀的 注意義務違反이 要求되고, 責任에서는 행위자 개인의 능력을 기준으로 해서 客觀的 注意義務를 認識하고 履行할 可能性이 필요하다고<sup>12)</sup> 하며, 그 외에도 뉘앙스의 차이는 있지만 많은 학설들이 행위자 이외의 사람을 기준으로 하는 『客觀的 注意義務』와 행위자의 개인적 능력을 기준으로 하는 客觀的 注意義務의 認識可能性 및 履行可能性을 각각 다른 범죄단계에 배열시키고 있으므로,<sup>13)</sup>

8) Welzel, a.a.O., S.132.

9) Welzel, a.a.O., S.175f.

10) Jescheck, a.a.O., S.457, 468.

11) Jescheck, a.a.O., S.481f.

12) Haft, a.a.O., S65f., 166ff.

13) Cramer, Schönke/schröder, 23.Aufl., 1988, Rdnr. 118f, zu 15: Schroeder, LK, 10.Aufl.,

이러한 折衷說이 독일에서는 다수설 이라고 할 수 있다.

그러나 여기에서 주목해야 할 점은 『客觀的 注意義務』라는 말은 사용되고 있지만 『主觀的 注意義務』라는 용어 대신에 『注意義務의 認識可能性 및 履行可能性』이라는 용어가 사용되고 있고, 『客觀的 注意義務의 기준』도 『一般人』, 『平均人』이 아니라 『分別있고 慎重한 사람』, 『誠實하고 慎重한 사람』이라는 용어가 사용되고 있다는 점이다. 또한 행위자의 特別知識(행위자가 특별히 알고 있는 지식)이 客觀的 注意義務의 判斷基礎가 되느냐는 점에 대해서는 학설에 따라 차이가 있지만, 행위자의 個人的 能力이 責任에서 고려되어진다는 점은 일치한다는 점이다.

그런데 1970년대에 들어와서 독일에서는 『過失의 標準』에 관하여 主觀說이 대두되어, 過失을 責任要素가 아닌 不法構成要件要素로 보면서 客觀說에 대한 비판의 포문을 열게 되면서 이에 대한 열띤 攻防의 불이 붙게 되었다. 이러한 主觀說의 대표적 학자로는 삼손(Samson), 슈트라텐베르트(Stratenwerth), 야콥스(Jakobs), 오토(Otto) 등을 들 수 있는데, 아래에서는 過失判斷의 基準에 대한 主觀說의 내용과 그에 대한 비판 및 客觀說에 대한 再批判, 主觀說과 客觀說의 異同點 등을 차례로 분석하여 최근 독일학설의 動向을 검토해보기로 한다.

## 1. 主觀說의 立場

### 1) Samson의 見解

Samson은 통설을 다음과 같이 비판하면서 個人的 不注意를 不法要素로 한다. 즉 그에 의하면 『客觀的 不注意說은 說得力이 없다. 왜냐하면 이 학설에 의해 “慎重한 사람”이라는 指導形象의 構築을 위해 一定한 정도로 사용가능한 기준을 제공할 수도 없고, 客觀的 不注意라는 中間段階를 設定해야 하는 필요성을 根據지우는 것도 不可能하기 때문이다. 이러한 注意(Sorgfalt)를 高度의 抽象化와 行爲者에게 純粹히 關係되는 具體化로 나누

고자 하는 시도는 적절한 기준이 없기 때문에挫折한다.

예컨대 50代의 近視이고 色盲인 免許를 가졌지만 매우 소심한 自動車運轉者의 不注意가 어째서 平均的으로 慎重한 道路交通關與者라는 指導形象에 비추어서 판단되지 않으면 안되는가를 근거지우는 것은 거의 불가능하다. 마찬가지로 社會生活領域은 작든지 크든지 간에 구획하는 것이 가능하고, 더구나 50代로서 近視이고 色盲인 免許를 가졌지만 매우 소심한 모든 사람이라는 社會生活領域을 기준으로 한다고 할 수 있다. 결국 오직 그 行爲者만이 그러한 종류의 實行行爲를 했기 때문에 社會生活領域이 아직 완전히 형성되지 않은 경우에도 注意要求는 성립할 수 있게 된다』<sup>14)</sup>는 것이다.

요컨대, Samson의 견해는(1) 通說이 말하는 『社會生活領域』이란 매우 不明確한 概念이어서 넓거나 좁게 구획할 수 있고, 넓게 하면 現實의 行爲者와는 동떨어진 抽象的인 注意義務밖에 나올 수 없고, 좁게 하면 責任에서 豫定되어져야 할 行爲者의 個人的 能力이 大幅的으로 들어오게 되어서 行爲者標準 以外の 基準을 세운다는 意味가 없어지게 되어버린다는 점과, (2) 行爲者 本人만이 할 수 있는 行爲에 대해서는 그의 능력을 기준으로 해서 注意要求를 결정하지 않을 수 없다는 점 등을 근거로 하여 主觀說을 취하고 있으나, 그 적극적인 근거는 제시하고 있지 않다.

## 2) Stratenwerth의 견해

Stratenwerth는 不作爲犯에 있어서 通說도 構成要件段階에서 行爲者의 個人的 能力을 고려하는 것을 端緒로 하여 다음과 같이 주장한다.

즉 그는, 『過失行爲者에 있어서도 不作爲犯의 경우에 의심없이 要求되어지는 바가 타당하다고 하지 않으면 안된다. 즉 行爲者에게 法的 命令에 따른 行動을 하는 能力이 없으면 안된다는 것이다. 왜냐하면 命令은 可能的 行爲만을 內容으로 할 수 있기 때문이다. 단지 이러한 主觀化에 대해서는, …… 그것은 일반적인 行爲規範의 解消를 意味한다는 비판이 加해지고 있다. 그러나 예컨대 매우 高速으로 高速道路를 走行하는 것이 속련된 運轉

14) Samson, SK, Bd.1, Rdnr. 13 Anh. zu 16.



者에게는 許容될 수 있지만, 初心者 내지 老人에게는 許容되는 않는다고 할 수 있다. 말하자면 일반적으로 決定할 수 있는 것은 許容된 危險의 限界 뿐이며, 一般의인 注意準則이 意味를 지니는 것은 그러한 限界內에서 이다.

또한 許容되지 않은 危險을 排除하기 위해 어떠한 行爲가 필요한가는 個人的인 능력에 따라 좌우되어진다. 필요하다면 그러한 危險行爲는 전적으로 그만두지 않으면 안된다. 그 밖에 個人的 無能力은 단순히 그 行爲를 適法하게 하는 것이 아니라 行爲反價値만을 否定할 뿐이다.

다른 한편으로, 예컨대 特別한 能力을 가진 外科醫가 危險한 手術을 함에 있어서 모든 外科醫의 最低基準의 技術과 能力의 適用만이 義務지워진다는 것은 이해할 수 없다. 이 경우에도 不作爲犯과의 比較가 有益하다. 가령 溺死직전에 있는 婦人の 남편이 우수한 水泳을 할 수 있는 데도 불구하고, 平均的인 水泳技術을 사용해서 救助에 臨했으므로 救助時期를 놓쳐 버린 경우 그의 責任을 의심하는 사람을 없을 것이다. 현재 특별한 지식이 있는 경우에는 過失에서 개별적으로 취급되어지고 있다. 그것은 “特別知識”으로서 相當性判斷에 들어가고 있다. “能力”에 관해서도 全적으로 同一하다 할 수 있다. 그것이 지나친 要求라는 사람은 아무도 없을 것이다. 특별한 能力이 있는 者는 特別한 努力, 즉 “倫理的”인 에너지를 사용할 필요는 없고 바로 스스로의 努力만을 사용하면 충분하다」<sup>15)</sup>는 것이다.

또한 Stratenwerth의 견해는 車의 運轉 등을 할 때 注意義務의 判斷에 있어서 行爲者의 個人的 能力이 고려되어진다는 점과, 이와 더불어 規範의 一般的 妥當性を 根據로 하는 批判에 一般的으로 妥當한 것은 『許容된 危險』의 정도뿐이라고 하여, 規範을 준수하기 위한 適切한 행동은 行爲者 各者의 능력에 따라 左右되어진다는 점을 지적하고 있으므로, Samson의 견해보다는 일보 전진한 주장을 하고 있다. 그러나 過失의 標準에 관한 論議에 『不作爲犯의 類推』를 사용하고 있는 것이 과연 說得力이 있는가라는 점

15) Stratenwerth, Strafrecht, AT, I, 3. Aufl., 1981, Rdnr. 1097f. 그의 교과서 초판에서는 일반적으로 타당한 것은 「許容된 危險」뿐이라고 하는 주장이 그다지 명확하게 서술되어 있지 않다.

은 여전히 의문이 남는다.<sup>16)</sup>

### 3) Jakobs의 見解

Jakobs는 Engisch의 『外的 注意』(äußere Sorgfalt)의 概念을 分析해, 『外的 注意』는 고유한 規範的 지위를 갖지 않고 『內的 注意』(innere Sorgfalt)의 歸結에 불과하다고 結論지으면서<sup>17)</sup>, 內的 注意는 行爲者의 結果回避動機를 假定하면서(그 限度에서 客觀的으로), 그 外에 行爲者의 現實的 資質, 知識, 能力을 전제로 하여 決定되어져야 하며, 結果發生의 認識可能性은 回避可能性의 心理的 前提이고, 더구나 回避可能性은 行爲規範의 내용에 속하므로, 따라서 結果發生의 認識可能性이 없는 경우에는 責任이 없고 이미 行爲規範 自體가 脫落한다고 주장했다.<sup>18)</sup>

그리하여 그는 우선 作爲犯의 경우에 行爲의 禁止는 不作爲에 의해 누구라도 준수할 수 있다고 하는 Armin Kaufmann의 견해<sup>19)</sup>를 비판하였다. 즉 그는 『動機附着(Motivation)』이 무릇 모든 行爲의 保留를 목적으로 하는 것이라면 不作爲의 動機가 存在하는 경우에 모든 사람에게 있어서 不作爲는 가능하다. 그러나 모든 행위의 保留는 非難可能性의 테두리 안에서도 關心 밖이다. 왜냐하면 모든 행위를 實行하는 것을 禁止하는 것은 일반적으로 存在하지 않기 때문이다. 非難可能性에 있어서 重要的 動機附着能力은 行爲規範에 따른 方向지움, 이를테면 作爲犯의 경우에는 一定한 行爲의 保留를 목적으로 한다.

실사 이러한 動機附着能力이 不法領域에서는 중요하지 않다고 하더라도 모든 사람이 行爲를 不作爲할 수 있는 것은 아니다. 왜냐하면 一定한 行爲를 保留하는 動機에 의해 一定한 行爲를 不作爲할 수 있는 것은, 스스로 예정하고 있는 行爲가 그러한 行爲라고 인식 할 수 있는 사람 뿐이기 때문이다. 그러므로 設使 一定한 行爲를 保留하는 身體的 能力이 누구에게나

16) Samon, SK, Bd. I, 3.Aufl., 1983, Rdnr. 14a Anh. zu § 16.

17) Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S.59ff.

18) Jakobs, a.a.O., S.64ff.

19) Armin Kaufmann, Das fahrlässige Delikt, ZRV, 1964, S.47.

있다고 하더라도, 動機附着能力을 假定하는 경우에 不注意한 行爲를 保留하게 되는 것은, 모든 사람이 아닌 自己行爲의 不注意性을 個人的으로 인식할 수 있는 사람뿐이다.」<sup>20)</sup>라고 하였다.

이와 같이 Jakobs는 이미 行爲規範의 내용 중에 規範에 따르는 動機附着能力 이외에 個人的 能力이 들어 있다는 것을 論證한 후, 『慎重한 사람』이라는 客觀的 基準을 指導形象으로 하는 立場을 비판하고 있다. 즉 『이러한 해결에 의하면 法律은 行動指針을 제공할 뿐만 아니라 그 歸結에 있어서도 行動을 規範化하는 것이 된다. …… 이와 같은 規範의 標準的 推論(maßstablichen Schlüsse)을 法服從者가 확실히 履行不可能한 경우에, 侵害犯은 不服從犯으로 轉化되어버린다. 이 경우 行爲規範에 있어서 중요한 것은 이미 一定한 結果回避가 아닌, 結果를 條件附着할 可能性은 있지만, 그 特質이 行爲規範에 나타나고 있지 않는 一定한 行爲態樣인 것이다. 結果回避動機를 가졌다고 하더라도 結果回避를 動機附着할 수 없는 者는 侵害犯을 犯할 수 없다. 侵害犯의 경우 結果回避動機 以上の 것을 목적으로 한다면 확실히 불필요하게 되기 때문이다. 이러한 動機를 초과하는 指導形象은 侵害犯을 不服從犯으로 轉化해버린다.』<sup>21)</sup>

또한 Jakobs는 主觀說을 取하는 경우에 刑事政策的 歸結이 折衷說과 다르지 않다는 것을 지적한다. 즉 『法の 有效性은 法에 服從하는 者の 知性的 限界에서 끝난다. 法이 단적으로 能力에 따른 要求를 하는가, 그렇지 않으면 慎重한 사람의 能力的 過剩部分을 살며시 責任에서 修正하는가는, 바람직스럽지 않은 結果의 回避라는 측면에서는 同一한 것이다. 現實의 法益保護는 어떠한 犯罪段階이든 慎重한 사람을 侵害犯의 理論에 導入하는 것으로는 높여지지 않는다.』<sup>22)</sup>

요컨대 Jakobs의 견해는 『義務는 可能을 前提로 한다』는 명제를 출발점으로 하여, 侵害犯의 本質的 要件을 結果(侵害)의 回避可能性에서 救해, 그 점에서 故意犯과 過失犯을 가능한 한 平行的으로 구성하고, 回避可能性

20) Jakobs. a.a.O., S.65f.

21) Jakobs. a.a.O., S.6ff.

22) Jakobs. a.a.O., S.68.

의 前提로는 行爲者 個人的 身體的 行動能力과 함께 主觀的 認識能力이 要求되어진다는 점을 특징으로 한다. 그러나 모든 能力에 있어서 行爲者 個人的 能力을 기초로 한다면 責任과 違法의 區別이 없어지게 되어 主觀的 違法論에 빠져버리게 된다. 그는 그것을 回避하고자 結果回避動機를 假定하고, 結果回避動機附着能力에 관해서 만큼은 主觀的 基準을 취하지 않는 것이다.

또한 그의 通說에 대한 비판의 重點은 行爲規範의 設定이라는 점이다. 이른바 行爲者의 個人的 能力을 고려하지 않는 行爲規範은 行爲犯의 경우에 모든 行爲(作爲)를 禁止하는 것이므로 無意味하다는 것이다.

## 2. 主觀說에 대한 批判

主觀說에 대한 비판은 특히 쉰네만(Schünemann), 마이발트(Maiwald), 아민 카우프만(Armin Kaufmann), 헤르즈베르크(Herzberg) 등에 의해加해졌고, 多數說 내지 通說과는 다른 입장에서 슈미트호이저(Schmidhäuser)의 비판이 있다. 아래에서는 특히 體系的으로 비판을 전개하고 있는 Schünemann의 견해를 중심으로 살펴보기로 한다.

### 1) Schünemann의 批判

우선 主觀說은 個人的 豫見可能性 내지 個人的 不注意를 構成要件에 編入함으로 인해 不法과 責任의 區別을 動搖시킨다. 主觀說의 共通된 前提는 規範의 具體的 遵守可能性을 規範內容의 構成要素라고 하는 점에 있지만, Armin Kaufmann의 規範論에 의하면 作爲犯의 成立에 필요한 것은 不作爲能力 뿐이므로 不作爲는 가장 愚鈍한 사람도 가능하다고 설명한다.<sup>23)</sup>

또한 主觀說에 의하면 『個人的 注意義務가 배제되는 아직 비교적 정도가

23) Schünemann, Neue Horizonte der Fahrlässigkeit? -Zur Stellung der individuellen Sorgfaltswidrigkeit und des Handlungserfolgs in Verbrechensaufbau-, Festschrift für Schaffstein, 1975, S.159ff.; Vgl. ders., Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, S.132ff.

낮은 洞察 내지 技能의 缺陷을 不法阻却에 이른다<sup>24)</sup>고 한다면, 행위자의 刑法的 感銘可能性이 완전히 제거되는 한층 더 重한 人格缺陷의 경우에, 일반적인 法的 要求를 실행하는 能力과 危險狀態에서 法的 要求에 따라 自制하는 能力과의 사이에, 이러한 관계에서는 어떠한 차이도 나타나지 않으므로 더욱더 違法性을 回復할 수 없다<sup>24)</sup>고 하고, 더욱이 規範의 個人的 動機附着能力은 期待可能性이나 禁止錯誤의 回避可能性이 없는 경우에도 終了되어버리므로, 결국 主觀說은 違法과 責任의 區別이 없어져버리게 된다는 것이다.<sup>25)</sup>

그 외에도 主觀說에서는 一般豫防機能이나 行動指針을 提示하지 못한다는 것이다. 즉 Jakobs에 의하면 過失은 行爲者의 內的 不注意를 意味하지만, 그것은 行爲者마다 다른 것이 되므로 注意義務는 一般的인 『勤勉義務』(Diligenzpflicht)로 되어버려, 行動基準을 나타내지 못하므로 刑法規範은 一般豫防의 任務를 수행하지 못한다는 것이다.<sup>26)</sup>

한편 通說이 特別히 能力이 있는 者를 유리하게 取扱하고 있다는 主觀說의 비판에 대해서는, 主觀說은 기껏 特別能力(Sonderkönnen)에 대해서만 고려하고 있지만 通說도 特別知識(Sonderwissen)은 고려하고 있다고 지적한 후, 이것은 主觀說을 追認하는 것이 아니고 特別한 能力의 문제는 나누어서 검토하지 않으면 안된다고 한다.

이에 대하여 그는 두 가지 設例을 들고 있는 데,

設例(1), 判例에 의하면 道路交通法에 따른 右側通行命令은 自動車運轉者가 道路의 右側 가장자리로부터 50cm 이내로 走行하는 것이라고 해석하고 있다. 그런데 평소 30cm 이내의 간격을 유지하도록 하는 것은 平均의 運轉者에게는 過度한 要求이지만 曲芸運轉者에게는 그렇지 않다. 그런데 曲芸運轉者 X가 30cm의 간격으로 走行했다라면 事故를 回避할 수 있었는데, 50cm의 간격으로 走行했기 때문에 自動車運轉者를 負傷시킨 경우이다.

24) Schünemann, a.a.O., S.164.

25) Schünemann, a.a.O., S.164.

26) Schünemann, a.a.O., S.164f.

設例(2), 外科醫 Y는 危險이 적은 新開頭手術方法을 개발했다. 그러나 그것을 행할 수 있는 外科醫는 불과 몇명 되지 않는다. Y는 어떤 수술에서 태만히 하여 新手術方法을 적용하지 않고, 지금까지와 같은 수술을 하여 患者 Z가 侵害의 危險을 받은 경우이다.

Schünemann은 設例(1)의 危險은 社會的으로 道路交通을 위해 일반적 으로 甘受되어지고 있으므로, 自身の 個人的 能力에 의해 그것을 回避할 수 있는 者도 어길 수 있는 데 반해, 設例(2)에서는 技術의 발전으로 인해 이제까지 타당한 客觀的 注意의 典型(Codex)은 舊式이 되어 보다 嚴格한 典型(Codex)으로 置換되어 Y도 거기에 따르지 않으면 안된다고 한다. 그러므로 新手術方法을 사용하지 않은 外科醫는, 수술을 행할 때 緊急避難 또는 同意의 要件이 存在하지 않는다면 引受過失의 責任을 진다고 한다. 결국 特別한 能力은 새로운 客觀的 注意義務를 만들든지 혹은 許容된 危險의 범위내에 흡수되어지든지 어느 쪽이고, 그렇지 않다고 하면 個人마다 無數한 交通規則이 있을 수 있게 된다.<sup>27)</sup>

더욱이 그는 Jakobs가 『引受過失(Übernahmefahrlässigkeit)』의 過度한 邇及을 비판하면서, 『結果發生認識(豫見)可能性은 結果發生을 認識可能하게 하는 能力의 獲得이, 보다 以前段階에서 가능했다고 하는 것에 의해 根據지워지지는 않는다』고<sup>28)</sup> 서술하고 있는 점을 받아들여서, 通說은 違法하지만 責任이 없는 結果惹起의 경우에 『引受過失』의 援用 必要性을 고려할 수 있지만, 主觀說은 그것이 불가능하다고 비판한다.<sup>29)</sup>

끝으로 Schünemann은 正當防衛의 『違法한 攻撃』이나, 保安處分の 『構成要件에 該當하는 違法한 行爲』라는 要件과의 관계에서, 主觀說에서는 能力이 없는 行爲의 경우 이미 構成要件該當性이 없게 되지만, 이러한 要件은 社會的으로 無能力한 行爲者에 의해서도 實現되어진다.<sup>30)</sup> 그러므로 주관설은 이미 오래 전부터 고려되고 있지 않은 『命令說』(主觀的 違法論)

27) Schünemann, a.a.O., S.165ff.

28) Jakobs, a.a.O., S.151.

29) Schünemann, a.a.O., S.167f.

30) Schünemann, a.a.O., S.168.

을 再湯하고 있다<sup>31)</sup>고 주장한다.

그러나 Schünemann은 客觀的 注意義務의 基準이 되는 『社會生活領域』의 결정이 不明確하다고 하는 Samson의 비판에 대해서는 一定한 合理性을 인정해, 客觀的 注意의 規準(Rule)은 『當該活動의 社會的 有用性和 그 危險性的 정도 및 有效한 安全措置의 投入이라는 3가지의 利益衡量的 調整에 의해 評價되어야 한다』고 하여 折衷說의 修正을 시도하고 있다.<sup>32)</sup>

이상과 같은 Schünemann의 批判을 要約해 보면,

(1) 主觀說은 個人的 能力을 構成要件에 가지고 들어옴으로써 違法과 責任의 區別을 위태롭게 하는 『命令說』(主觀的 違法論)로 歸着하고,

(2) 規範의 一般的 該當性을 危殆롭게 하고 刑法의 一般豫防機能을 잃게 한다.

(3) 正當防衛의 要件인 『違法한 攻擊』이라는 現行法上の 要件의 해석과 主觀說과는 調和하지 않고,

(4) 行爲者에게 特別한 高度의 能力중에는 注意義務에서 고려되어지지 않는 것도 있다고 하는 것 등이다.

다만 여기에서 注意를 要하는 것은, 그의 비판중에는 견해의 差異, 過失犯 政策에 대한 差異에 基因하는 것도 있다는 점이다. 즉 『引受過失』(Übernahmefahrlässigkeit)의 경우에 Jakobs는 이것을 理論的으로 전면적으로 否定한다는 意味는 아니므로, 따라서 벽찬 일인 줄 알면서도 危險한 活動으로 나오는 것을 일체 處罰하지 않는다는 趣旨가 아니라, 단지 危險을 알 수 있는 能力을 獲得하지 않았다고 하는 것을 이유로 過失結果犯을 肯定해서는 안된다고 주장하고 있을 뿐이다.

이러한 주장은 過失犯政策에 있어서 傾聽해야 할 하나의 立場이라 할 수 있는데, 이 점에 관한 Schünemann의 비판은 『견해의 差異』를 비판하고 있는지, 그렇지 않으면 Jakobs의 주장을 誤解하고 있다고 생각되어진다.

31) Schünemann, JA 1975, S.133.

32) Schünemann, JA 1975, S.136.

## 2) 그 외의 批判

대체적으로 Schünemann의 비판과 공통되지만 뉘앙스에 약간의 差異가 있는 것들을 소개하기로 한다.

우선 行爲能力은 規範違反의 前提가 아니라는 점에 대해 Jakobs로부터 비판받은 Armin Kaufmann은 다음과 같이 再批判한다. 즉 Jakobs의 見解에 의하면 結果를 個人的으로 豫見할 수 없는 사람은 違法하게 行爲한 것으로 되지 않는다. 이것은 結果의 個人的 豫見可能性을 規範違反의 基準으로까지 높였기 때문이다. 그런데 Jakobs의 견해에 의하면 豫見可能性은 回避可能性의 一部이며 또한 回避可能性은 規範違反의 前提이다. 그렇다면 規範은 結果의 豫見을 그 對象으로 하게 된다. 즉 結果豫見의 命令이 있게 된다. 그런데 Jakobs는 이것을 단호하게 반대한다(즉 그는 豫見은 過失을 故意로 轉化할 뿐이므로 固有한 義務는 아니라고 한다). 그렇다면 規範이 結果의 豫見을 필요로 하지 않는다면, 豫見能力의 缺陷은 規範違反을 排除하지 않을 것이다.<sup>33)</sup>

다음으로 Maiwald는 Schünemann의 前述한 (1)의 비판과 마찬가지로의 비판을 전개하고 있다. 즉 그는 『特別知識』을 고려하면 하는 만큼 기준은 行爲者 個人에게 가까운 것이며, 이것은 社會生活에 있어서 標準化되어 있지 않은 活動일 경우에 그 確定이 한층더 곤란하다는 것을 나타내고 있다. 그러나 역시 過失行爲의 不法과 責任은 구별되어지며, 애당초부터 行爲者 本人의 能力과 知識으로 不注意를 결정 하고자하는 견해는 決定規範으로서의 注意規範만을 重視하는 것이므로, 法規範의 評價的 機能을 無視하는 것이다. 過失犯에 있어서 規範의 目的을 結果回避動機附着만으로 인정하는 Jakobs의 견해는, 結果回避로 향해진 行爲의 正當性이라는 문제를 無視하는 것이다.<sup>34)</sup>

또한 不作爲犯에의 類推로부터 行爲者標準을 주장하는 Stratenwerth의

33) Armin Kaufmann, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, Festschrift für Welzel, 1974, S.407f.

34) Maiwald, Zur Maßstab der Fahrlässigkeit bei trunkenheitsbedingter Fahruntüchtigkeit, Festschrift für Dreher, 1977, S.451ff.



견해는, 그것이 過失犯과 不作爲犯이 行爲者의 能力에 關係서 同一한 要請을 반영한다고 하는 점에서는 정당하지만, 이러한 要請이 行爲者의 最高의 個人的 能力에 左右되어진다고 하는 점은 不當하며, 法的 評價的 機能과 指針的 機能에 비추어보면 오히려 不作爲犯에 대해서도 社會生活중에 一般化를 위한 指導形象이 있는 한, 行爲能力은 一般化해서 결정되어질 수 있다는 것이다.<sup>35)</sup>

그 외에 Herzberg는 Schünemann의 비판을 踏襲하고 있지만, 특히 Samson의 비판에 答한 『社會生活上 必要한 注意』에 대한 다음과 같은 그의 기술은 흥미롭다.

즉, 그가 『通說의 支持者에 의해 주장되고 있는 指導形象에 대한 記述은, 行爲者가 “社會生活上 必要한 注意를 無視”했는가 아닌가를 評價하기 위한 形式的인 指針 以上の 것을 가리키지는 않는다고 하는 점을, 主觀설은 충분히 고려하고 있지 않다』고 하는 부분이다.<sup>36)</sup>이 점은 그가 『注意義務』에 대한 定義를 애매하게 不法과 責任으로 二分하여 사용한다는 것을 의미한다고 생각된다.

끝으로 Schmidhäuser는 通說과는 다르게 다음과 같은 設例를 들어 主觀說을 비판하고 있다. 즉 어떤 病院에 2人의 患者가 入院했다. 두 사람은 各各 다른 看護士가 간호하고 있었다. 그런데 擔當醫師가 藥의 처방을 잘못하여 患者의 健康을 크게 惡化시키는 藥을 만들어 投與를 命했다. 그때 親한 醫師 또는 藥師가 患者를 방문하여 호기심 때문에 藥의 成分을 알아보고자 했다. 그래서 한 간호士에게 處方과 患者의 病狀에 관한 그녀의 豫備知識, 敎育 및 情報 등에 關係서 물었는 바, 그 간호士는 患者의 病的 狀態가 그 藥의 投與에 의해 크게 惡化한다는 것을 바로 알 수 있는 정도의 충분한 資料를 가졌다고 할 수 있고, 다른 간호士는 危險을 인식 할 수 있을 뿐 충분한 지식을 가졌다고 할 수 없는 경우에, 主觀說에 의하면 前者의 간호士는 그 藥을 患者에게 投與해서는 안되지만, 後者의 간호士는

35) Maiwald, a.a.O., S.453f.

36) Herzberg, Die Schuld beim Fahrlässigkeitsdelikt, Jura 1984, S.402ff.

건강에 위험이 있는 데도 불구하고 약을 投與해도 좋다고 하게 된다.

그러나 이러한 결론은 支持될 수 없는 데, 그 原因은 Schmidhäuser의 견해에 의하면, 『事實關係의 고찰에 있어서 義務를 義務體驗(Pflichterlebnis)내지 義務體驗의 可能性으로 바꾼 결과, 刑法適用에 있어서 不法과 責任을 필연적으로 一體化시킨 점에 있다. 그러나 義務體驗은 어쨌든 그 存在 밖에 있다고 생각되는 義務에 이르고 있으므로, 刑法適用에 있어서는 責任에서의 義務違反의 體驗(故意犯의 경우) 혹은 義務違反의 體驗可能性(過失犯의 경우)을 묻기에 앞서서, 우선 不法에 있어서 義務違反이 요건이 된다. 그러므로 義務는 作爲犯의 경우에 바로 不作爲義務에 불과하다』고 한다.<sup>37)</sup>

말하자면 Schmidhäuser는 注意義務違反이라는 말을 사용하지 않고 過失犯에 있어서 過失의 要件을 구성하고자 한다. 그러므로 過失犯에 있어서 義務는 作爲犯의 경우에는 바로 結果를 惹起하는 作爲를 보류한다는 것이다. 이 점에서 그의 구상은 Jakobs와 유사하지만, 個人的 過失을 不法에 編入할 것인지 혹은 責任에 編入할 것인지에 대해서는 兩者가 結論을 달리 한다고 할 수 있다. 따라서 Schmidhäuser에 의하면, 主觀說의 입장에서 개인적으로 結果를 豫見할 수 없는 자는 현실적으로 위험이 있는 행위를 행해도 무방하다고 하게 된다는 것이다.

### 3. 主觀說에 의한 客觀說에 대한 再批判

지금까지의 主觀說에 대한 비판에 주관설의 論者가 재차 어떻게 답하고 있는가를 아래에서 살펴보기로 한다. 그에 앞서 지금까지의 主觀說에 대한 비판을 要約해보면 다음과 같다. 즉,

(1) 主觀說은 個人的 能力을 不法構成要件에 가지고 들어옴으로써 違法과 責任의 區別을 危殆롭게 하는 『命令說』(主觀說 違法論)로 歸着한다.

37) Schmidhäuser, Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung, Festschrift für Schaffstein, 1975, S.151ff.

(2) 規範의 一般的 妥當性을 危殆롭게 하고 刑法의 一般豫防機能을 잃게 된다.

(3) 正當防衛의 要件인 『違法한 攻擊』이라는 現行法의 要件의 해석과 조화하지 않는다.

(4) 行爲者의 特別히 高度한 能力중에는 注意義務에 있어서 고려되지 않는 것도 있다(以上은 Schünemann)의 비판).

(5) 個人的 豫見可能性을 不法(規範違反)의 要素로 한다는 것은 Jakobs의 의도에 反해, 結果豫見義務를 規範要素로 하는 것이다(Armin Kaufmann의 비판).

(6) 無知하거나 能力이 없는 자는 객관적으로 위험한 행위이더라도 그것을 행해도 무방하다고 하게 된다(Schmidhäuser의 비판)는 등의 비판이다.

#### 1) Samson의 再批判

Samson은 Schünemann의 前述한 (1)의 『規範의 一般的 妥當性을 危殆롭게 한다』는 비판에 대하여 Stratenwerth의 주장을 인용해 다음과 같이 재차 비판을 가하고 있다. 즉, 『一般的 注意違反(generelle Sorgfaltswidrigkeit)만이 判例로 定立된 注意準則을 확립하여 刑罰法規의 保障의 機能을 강화하는 것은 아니다. 이러한 기능은 個人的 豫見可能性을 取할 경우에도 “許容된 危險”이라는 徵表를 통해서 수행되어진다.<sup>38)</sup> 이러한 Schünemann의 異議는 說得力이 없다.<sup>39)</sup> “許容된 危險”은 個人的 不注意를 限定할 뿐이므로, 행위자에게 可能한 것을 超越해서, 그에 대한 요구를 확장하는 것은 아니기 때문이다. 그러므로 特別히 無能力한 행위자의 경우에 許容된 危險의 諸規則에 의해서는 動機附着되지 않는다는 점은 문제되지 않는다.<sup>40)</sup>

38) Stratenwerth, Strafrecht, AT, I, 2.Aufl., 1976, Rdnr. 1095.

39) Schünemann, JA 1975, S.514. Schünemann은 다음과 같은 이유로 이것을 설득력이 없다고 한다. 즉, 그는 ‘첫째로, 許容된 危險이라는 형태의 부수적인 客觀的 基準이 필요하다는 말 가운데에는, 이미 主觀的인 過失規定의 광범위한 否認이 있기 때문이며, 둘째로, 主觀說을 취하는 본래의 입장에 의하면, 許容된 危險은 特別히 無能力한 사람에게 있어서는 전혀 중요하지 않고, 따라서 그로 하여금 危險한 行爲를 전혀 하지 못하게 하는 動機附與可能性(Motivierbarkeit)도 없기 때문이다.’라고 한다.

40) Samson, SK, 5.Aufl., 1989, Rdnr. 14 Anh. zu § 16.

또한 正當防衛의 要件인 “違法”과의 論理的 整合性에 관한 비판에 대해서는, 『過失行爲가 正當防衛에 관한 규정이 의미하는 違法한 攻撃인가 아닌가는, 過失犯의 行爲反價値에서가 아니라 正當防衛 條項의 目的에 따라 判斷해야 한다』고 하여, 그 概念의 相對性을 주장한다.

다음으로 前述한 (5)의 『個人的 豫見可能性을 規範違反의 要素로 한다』는 Armin Kaufmann의 비판에 대해서는, 『여기에서 주장하는 견해에 의해 要求되는 結果의 個人的 豫見可能性이 단순히 盲目的인 복종이 아니고, 回避動機(Vermeidemotiv)에 의해 결정되는 行爲를 구성하는 것이라면, 그것은 豫見可能性(Voraussehbarkeit)을 規範의 條件(Bedingung der Norm)으로 하는 것이지, 結果의 豫見(Voraussicht)을 規範의 對象(Normgegenstand)으로 하는 것은 아니다. 행위자에게 可能한 結果의 認識(die Erkenntnis des möglichen Erfolges)은 필요치 않고, 오히려 그에게 禁止되고 있는 것은 행위자에게 認識可能한 結果(dem Täter erkennbaren Erfolge)로부터 보아 적절한 注意(Sorgfalt)를 나타내지 않는 행위이다.<sup>41)</sup>』라고 하여, 規範의 내용을 『너는 結果를 豫見해서 回避하라』라 아니라, 『너는 自己가 豫見可能한 結果를 回避하라』는 것으로 이해한다.<sup>42)</sup>

마지막으로 Samson은 (4)의 『特別能力者問題』에 관해서 다음과 같이 서술하고 있다. 즉, 『Schünemann은 行爲者의 能力이 「結果적으로 技術革新」(technische Innovation zur Folge)을 지도하는 限에서는, 그것을 客觀的 注意基準으로 삼고 있으며, Schönke/Schröder/Cramer는 注意의 上限을 行爲者의 特別能力에 맞추고자 한다.<sup>43)</sup>』

그러나 이러한 解決策은 說得力이 없다. Schünemann의 제안은 多數의 平均的 行爲者에 대하여 不注意를 過度하게 擴張하는 것이고, Cramer의

41) Samson, a.a.O., Rdnr. 14a Anh. zu § 16.

42) Samson, SK, Rdnr. 14a Anh. zu § 16.

43) Cramer는 「行爲者가 平均人보다도 高度의 注意를 기울었다면, 그에게는 보다 깊은 注意義務가 부과되어지게 된다. 보다 높은 個人的 遂行能力(Leistungvermögen)은 보다 깊은 思慮(Umsicht)와 豫見(Vorsicht)을 義務지운다」고 한다. Schönke/Schröder/Cramer, Strafgesetzbuch, Kommentar, 21.Aufl., 1982, Rdnr. 139 zu § 15. Vgl. Blei, Strafrecht I, 17.Aufl., 1977, S.268f.

경우에는 어째서 行爲者の 平均을 超越한 能力만이 注意를 결정하고, 平均 以下の 能力은 그렇지 않는가를 설명하지 못한다.」<sup>44)</sup>

그 외에도 Samson은 Schünemann이 그의 비판을 받고서, 『慎重한 사람』이라는 指導形象(Leitbild)을 버리고, 그 대신 衝突하는 各利益의 衡量에 의해 『客觀的 注意義務』를 確定하고 있는 점에 대해서, 『法律上 注意準則도 産業上 注意準則도 없는』<sup>45)</sup> 경우에는, 『慎重한 社會生活關與者』라는 指導形象을 버릴 수 없으므로 모순은 피할 수 없다고 비판한다.<sup>46)</sup>

그런데 여기에서 주목해야 할 점은 Samson이 전술한 (1)과 (6)의 비판에 대해서는 답을 하고 있지 않다는 점이다.

## 2) Jakobs의 再批判

Jakobs는 우선 Armin Kaufmann의 비판에 대하여, 『이 理論은 行爲概念이 相對的이라는 것을 看過하고 있다. 일반적으로 전혀 行爲를 하지 않는다고 하는 動機에 의해 回避되어지는 것, 따라서 일반적 의미에서 행위에 불과한 것은, 일정한(즉 構成要件에 해당하는) 行爲를 實行하지 않을 動機에 의해서도 역시 回避可能할 필요도 없다. 오히려 一定한 行爲(Eine bestimmte Handlung)라고 하는 것은, 當該動作(Aktion)이 그러한 것으로서(構成要件에 해당하는) 認識可能한 경우에 비로소 존재하는 것이며, 行爲者에게 어떤 動作(irgendeine Aktion)을 행하고 있는 것으로 밖에 이해될 수 없는 경우에는 存在하지 않는 것이다』<sup>47)</sup>라고 반박하고 있다.

둘째, (3)의 批判에 대해서는 『保安處分이 違法인가 어떤가는 그 領域의 規制目的으로부터 끄집어내야 하며, 이 경우에 故意와 마찬가지로 過失의 객관화도 행해질 것이다. 完全酪酊에서 문제되는 것은 責任能力뿐이다』<sup>48)</sup>라고 하여 違法概念의 相對化를 주장한다.

셋째, (4)의 特別能力者의 취급에 대해서는 一括的으로 處理하는 것이

44) Samson, a.a.O., Rdnr. 14b Anh. zu § 16.

45) Schünemann, JA 1975, S.577.

46) Samson, a.a.O., Rdnr. 13 Anh. zu § 16.

47) Jakobs, Strafrecht, AT, 2.Aufl., 1993, S.320.

48) Jakobs, a.a.O., S.321.

不適切하다고 하여 다음과 같이 기술하고 있다. 즉, 『作爲犯의 경우에는 構成要件實現의 豫測(Prognose)에 관한 特別한 能力(besondere Fähigkeit)만이 문제가 된다. 그러나 이러한 能力의 고려는 이미 許容된 危險(erlaubtes Risiko)의 문제이므로, 危險을 內包하고 있는 狀況에 대한 行爲者의 管轄(Zuständigkeit)에 따라서, 말하자면 規範的 原理(normatives Prinzip)에 의해 판단되어지는 것이다.

예컨대 研究者는 危險한 실험의 指示를 그의 特別能力(Sonderfähigkeit)도 발휘해서 통제하지 않으면 안되지만, 土木科學生이 Arbeit로 건축현장에서 勞動을 하는 경우에는 자신의 特別능력을 발휘할 필요는 없다. 이것은 過失에 고유한 문제가 아니고, 특히 豫見이 있어도 管轄이 없는 경우에는 刑法 323 a條(不救助罪)의 責任밖에는 없다. 가령 나중의 例에서 Arbeit學生이 그가 調合한 콘크리트의 耐久力이 弱하다는 것을 인식하고 있는 경우에, 비록 그의 故意行爲에도 불구하고 作爲侵害犯의 責任을 지지는 않는다』<sup>49)</sup>고 한다.

넷째, 不作爲犯의 경우에는, 『許容된 危險의 程度는 保證人의 特別知識에 달려 있다. 그 한도에서 保證人은 平均的인 것에 만족해서는 안된다. 그러나 特別한 能力의 投入에 의해 許容된 危險을 감소할 義務는 存在하지 않는다. 예컨대 전적으로 度에 지나치게 정신을 集中에서 자동차를 운전하는 것은, 설령 그가 平均人과는 달리 長時間 이러한 集中을 계속하는 것이 가능했다고 하더라도 필요치 않다. 의무가 없는 데도 설치되어 있는 뒷창의 와이프도 사용할 필요가 없다. 그러나 역시 許容된 危險을 減少할 義務引受가 有效한 경우도 있다』<sup>50)</sup>고 하고, 더 나아가 義務衝突(Pflichtenkonkollision)의 경우에, 『(保證人의) 自己保存의 權利와 救助義務의 輕重關係의 결정에 대해서는, 保證人의 地位의 종류와 내용에 따라서 구별되어야 한다』<sup>51)</sup>고 한다.

요컨대 Jakobs는 Stratenwerth와 같이 『許容된 危險』이 構成要件의

49) Jakobs, a.a.O., S.322.

50) Jakobs, a.a.O., S.790f.

51) Jakobs, a.a.O., S.447f.

客觀的 要素라는 것을 前提로 하여, 그 정도를 결정할 때 行爲者·保證人의 管轄에 따라서 그 特別知識에 대한 고려여부를 판단하는 것이다. 이러한 그의 견해는 背後에는 자신의 獨特한 許容된 危險理論이 있다. 즉, 그는 위험한 狀況에 대하여 管轄을 가지고 있는 者를 類型化하여, 이와 같이 유형화되어진 사람이 가진 知識을 기초로 危險을 測定해 許容되는 정도를 결정한다는 것이다. 예컨대 원자로의 危險性判斷에 관해서는 그 분야의 최고도의 지식이 동원되어지는 데 반해서, 自動車運轉의 安全性을 판단할 경우에는 숙련된 기술자의 지식만이 중요하며, 식품보존상태에 대해서는 공장에서 保存하는 경우에는 식품화학자의 判斷이 基準이 되며, 가정에서 이용하는 경우에는 主婦의 判斷이 基準이 된다<sup>52)</sup>는 것이다.

이러한 입장은 通說이 말하는 『行爲者가 속하는 社會生活領域에 있어서 慎重한 사람』이라는 基準과 거의 동일하다 할 수 있다. 다만 여기에서는 행위자의 구체적인 지식은 문제가 되지 않는다. 앞의 Arbeit學生의 例에서 분명히 한 바와 같이 행위자가 Arbeit로 社會的으로 기대되어진 역할만 遂行했다면, 설사 그에게 위험을 인식할 수 있는 特別한 知識이 있다고 해도 적어도 不救助罪의 責任밖에 물을 수가 없는 것이다. 그러므로 『許容된 危險』은 客觀的으로 결정되어진다. 동시에 이러한 危險(判斷)은 行爲者마다 相對的이기도 하다. 연구자에게는 허용되지 않는 위험이라도 가정의 主婦에게는 許容되는 危險이라는 것도 있다. Jakobs는 이러한 危險의 相對性을 『豫想의 違背(빚나감, 어긋남)』(Enttäuschung der Erwartung)라는 社會學的 概念을 사용해서 正當化하고 있다.<sup>53)</sup> 그리고 이러한 『許容된 危險』을 초과한 위험, 正確하게 표현하면 故意에 있어서 認識의 對象이 되는 『決斷에 있어서 중요성을 지닌 위험』(entscheidungserhebliche Risiken)이 있는 경우에만, 그러한 個人的 認識可能性(Erkennbarkeit)을 過失에서도 묻게 된다는 것이다.<sup>54)</sup>

그 밖의 비판에 대해서는 직접적인 응답을 하고 있지는 않지만, 前述한

52) Jakobs, a.a.O., S.206f.

53) Jakobs, a.a.O., S.200ff.

54) Jakobs, a.a.O., S.324f.

비판 (1)과 관련하여 그는 個人的 豫見可能性이 過失不法에 속하는 이유에 대하여, 『이러한 개별화는 형법의 기능에도 적합하다. 刑法의 機能은 모든 사람이 동일한 能力을 가진다는 것을 豫想하는 것이 아니고, 法에 충실하게 자기를 動機짓는다고 하는 豫想을 擔保하는 것이다』<sup>55)</sup>라고 한다. 요컨대, 法에 의해 擔保되어진 豫想(法規範이 항상 지배적인 動機라는 信賴)의 違反이 不法이라고 이해하는 것이다.

더욱이 그가 不法과 責任의 구별을 예정하고 있는 것은 그의 刑法體系를 보면 알 수 있다. 즉 그는 責任阻却으로서 『歸屬無能力』(Zurechnungs-unfähigkeit)과 禁止錯誤(Verbotsirrtum)의 回避不可能性 및 『期待不可能性』(Unzumutbarkeit)을 예정하고 있다. 말하자면 不法에 속하는 豫想危險이 있어도 행위자가 免責되는 경우를 예정하고 있는 것이다.

그러나 이러한 Jakobs의 견해에 대하여 몇가지의 의문이 제기되어질 수 있다. 즉, 個人的 過失이 있는 데도 責任을 물을 수 없는 경우가 현실적으로 있을 수 있는가? 歸屬能力이 없거나 禁止錯誤의 回避可能性이 없는 경우에는 거의 그 前段階에서 과실이 없게 되는 경우가 아닌가?

또한 期待可能性에 관해서도, 過失結果犯에서 문제가 되는 過失致死傷罪의 경우에는 결과가 중대하므로, 그것이 거의 확실하게 豫見할 수 있는 경우에는 거의 모두 回避가 기대되고, 반대로 期待할 수 없는 경우에는 개인적 豫見자체를 기대할 수 없는 것은 아닌가?

그렇다면 Jakobs의 견해는 사실상 不法과 責任을 區別하지 않는 『命令說』과 동일한 것은 아닌가?

이러한 의문에 대하여 Jakobs는 過失이 인정되면서 期待可能性이 없는 事例를 다음과 같이 들고 있다.<sup>56)</sup> 즉, 그는 過失犯에 특수한 期待可能性이 行爲者에게 理解可能한 動機化의 障礙(verständliche Blockierung der Motivation)때문에 必要한 豫見이 不可能한(豫見되면 回避가 期待되어지는) 경우라고 하여, 용접공이 자기자식이 사고라는 것을 듣고서 거기에 精

55) Jakobs, a.a.O., S.324f.

56) Jakobs, a.a.O., S.586f.



神을 잃고서 불꽃이 계속 나오고 있는 용접기를 그대로 내버려두어 화재를 일으킨 事例가 이에 해당한다. 이 경우 행위자에게 火災結果를 회피하려는 動機가 支配的이라면 이러한 행동은 일어나지 않으므로 過失은 認定된다. 그러나 위의 경우에 行爲者에게 回避動機가 支配的인 아니라는 것은 理解可能하므로 期待可能性은 없다고 하게 된다.<sup>57)</sup>

이와는 달리 옹원하고 있는 팀에 대한 審判의 誤判에 흥분하여 앞에 있는 관객의 머리를 쳤든지, 혹은 자동차 운전중에 同乘한 여자친구로부터 임신했다는 말을 듣고서 동요해 얼어붙은 도로에서 급정차하여 顛覆한 경우 등은 理解可能한 動機化의 障礙(Motivationsblockierung)가 없으므로 期待可能性이 인정되어진다<sup>58)</sup>는 것이다.

그러나 그가 말하는 『理解可能性』判斷은 規範的 判斷이다. 그러므로 어떤 의미에서는 그것은 個人的·具體的 豫見可能性判斷이며, 通說에서 말하는 『慎重한 사람』중에도 일부 포함되는 判斷이라고 할 수 있다.<sup>59)</sup> Jakobs는 不法에서는 行爲者에게 回避動機가 支配的이라는 것을 認定해서 過失判斷을 행하고, 責任에서는 보다 具體的으로 행위자에게 支配的인 回避動機가 기대될 수 있었는가를 묻는 것이다. 결국 이 경우에 문제는 이와 같이 支配的인 回避動機를 인정한 判斷段階가 필요한가 없는가, 혹은 刑法體系上 合目的的인가 아닌가에 있다고 할 수 있다.

어쨌든 그는 『義務는 可能을 전제로 한다』는 命題를 이해함에 있어서, 개인적 豫見可能性이 回避可能性의 心理的 前提라는 입장에서 不法概念을 파악하기 때문에, 행위의 物理的·生理的 回避可能性만을 規範違反의 前提로 하는 Armin Kaufmann의 規範論과도 다르며, 行爲概念을 지극히 主觀的이고 相對的인 것으로 해버린다는 점에 문제가 있다고 생각한다. 즉,

57) Jakobs, a.a.O., S.586f.

58) Jakobs, a.a.O., S.587. 더욱이 고용인이 버릇이 나쁜 말(馬)의 교세를 사용자에게 요구하도록 기대하는 것은, 解雇에 관계되므로 불가능하다고 한 유명한 「暴馬事件」(Leinenfängerfall, RGSt 30, 25)에 대하여, 그는 「失業」이라는 障礙로서는 期待不可能하다고 할 수 없다고 하며, 또한 顛覆의 危險을 경고했는 데도 불구하고 승객이 뱃사공에게 渡河를 요구한 「Memel江 사건」(Memelfall, RGSt 57, 172)에 대해서는, 期待可能性의 문제가 아니라 危險에 대한 承諾의 문제라고 한다.

59) 일본의 平野敎探는 「정신을 긴장시키는 것을 기대할 수 없다」고 하는 것은, 過失犯에 있어서 注意義務의 문제이지 期待可能性의 문제는 아니라고 한다(平野龍一, 刑法總論 I, 207면).

행위자가 무엇을 알았는가 혹은 무엇을 알지 못했는가에 따라, 個人的 豫見可能性 뿐만 아니라 형법체계의 첫단계인 行爲概念까지도 좌우하게 된다. 더구나 Jakobs 자신의 前提에 反해서 規範에 『豫見義務』를 집어넣는 것을 받아들일 지도 모른다. 또한 『許容된 危險』의 相對性을 인정하는 것도 의문이다. 專門家가 보면 危險한 것도 가정주부가 보면 危險하지 않다는 것이 과연 妥當인가? 오히려 이 경우에는 危險은 있지만 家庭主婦는 도저히 알 수 없었다고 하는 것이 妥當할 것이다.

### 3) Stratenwerth의 再批判

그는 違法論에 관한 귄트(Günther)의 견해<sup>60)</sup>를 인용해, 過失標準을 둘러싼 論爭의 핵심은 一般違法과 刑法的 違法에 있다고 서술한 후, 개별적 비판에 대하여 反論을 제기한다.

우선 前述한 (1)의 『主觀說은 命令說(主觀的 違法論)로 歸着한다』는 비판에 대하여, 通說도 客觀的 注意義務를 履行하는 能力이 행위자에게 존재한다는 것을 責任에서 예정하고 있으므로, 문제는 不法의 基準이 되는 能力과 責任에서 비로소 고려되는 能力과를 어떻게 구별하는가라는 점에 歸着한다고 한 후, 그는 個人的 能力을 그 個人이 創出한 許容되지 않는 危險을 認識해서 支配하기 위한, 말하자면 이러한 危險을 除去하기 위한 『手段的』(instrumental) 能力과 그러기 위해 필요한 『倫理的』(sittlich) 能力으로 구별해, 過失의 標準을 둘러싼 논쟁에 있어서 다루어지는 것은 『手段的 能力』의 不法에의 배분뿐이라고 한다. 또한 그는 主觀說의 비판자에게는 위와 같은 能力의 區別이 이해되지 않지만, 不法에서 回避動機를 假定하고 있는 Jakobs만은 이러한 區別을 意識하고 있다고 한다.<sup>61)</sup>

그는 Maiwald가 들고 있는 飲酒운전자의 例<sup>62)</sup>를 구체적으로 이용해서, 알코올은 운전능력과 行爲의 不法性을 洞察하거나 혹은 洞察에 따라서

60) Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, 1983, S.89ff.

61) Stratenwerth, Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeit, Festschrift für Jescheck, 1985, S.285ff.

62) Maiwald, Zur Maßstab der Fahrlässigkeit bei trunkenheitsbedingter Fahruntüchtigkeit, Festschrift für Dreher, 1977, S.450f.

행동하는 능력을 해치지만, 이 중에서 운전능력만이 『手段의 能力』이라고 한다. 그러므로 예컨대 긴급사태로 알코올을 마신 상태에서 근처의 病院까지 환자를 운반했지만 『引受過失』을 물을 수 없는 事例를 考慮해보면, 여기에서는 『誠實하고 慎重한 飲酒者』의 注意를 다하면 충분하고, 술취하지 않은 운전자의 注意를 다할 필요는 없으며, 또한 이 때 운전자가 음주때문에 역제가 결여되어 知覺이나 反應能力이 減退하여 충분한 配慮를 할 수 없는 경우에도, 이것은 행위의 不法性에 전혀 영향을 줄 수 없다는 것이다.<sup>63)</sup> 요컨대, 主觀說은 能力의 質的 구별에 의해 不法과 責任으로 나누고 있으므로, 『主觀說은 不法과 責任의 區別을 의심스럽게 한다고 말하는 것은 主觀說을 歪曲하는 사람 뿐』<sup>64)</sup>이라는 것이다.

더욱이 Schünemann의 『비교적 정도가 낮은 洞察 내지 知能의 缺陷이 不法阻却이라면, 그것보다 重한 人格의 缺陷은 違法하지 않게 될 것이다』라는 批判에 대해서는, 自然的 行爲能力(手段의 能力)과 責任能力의 質的인 차이를 전혀 인정하지 않는 자는, 이미 不法과 責任을 서로 구별하는 근거를 가질 수 없다고 해, 이러한 區別을 인정하지 않는 Schünemann 등의 입장은 命令說에 대한 유효한 비판이 될 수 없다고 한다.<sup>65)</sup>

한편 主觀說 내부에서도 批判이 있는 不作為犯으로의 類推에 관해서도, 물에 빠진 사람에게 救命具를 던진 예를 들고 있다. 즉, 救命具를 볼 수 없는 盲人은 救助의 不作為를 할 수 없다는 것이 一般的으로 認定되지만, 이것과 비교해 盲人은 아니지만 구명구의 存在를 인식할 수 없었던 사람과의 사이에 어떠한 質的인 구별이 있는가는 疑問이라고 하여, 手段的인 能力은 個別化 또는 一般化 어느 쪽으로도 가능하다고 하게 된다. 作為犯의 경우에는 행위자가 현실적으로 행위한다는 사정에 의해 能力문제는 쉽게 隱蔽되지만, Skier가 위험지대에 들어가 눈사태를 야기한 경우의 예를 보면 『가장 어리석고 無能한 사람』도 눈사태를 야기한 신체행동을 不作為할 수 있다고 하는 것은 當然하므로, 不作為犯과의 비교는 불충분하다는 것을

63) Stratenwerth, a.a.O., S.288f.

64) Stratenwerth, a.a.O., S.289.

65) Stratenwerth, a.a.O., S.289f.

나타낼 뿐이다. 그렇지 않으면 눈사태의 가능성이 있는 스키연습장(Gelände) 부근에서는 어떤 경우에도 신체운동 그 자체를 금지시키지 않으면 안되게 되어, Jakobs가 말하는盲目的服從을要求하는 것으로 된다<sup>66)</sup>고 한다.

다음으로『主觀說은 規範의 一般의 妥當性과 刑法의 一般豫防機能을 위태롭게 한다』는 비판(2)와,『능력이 없는 행위자는 객관적으로 위험한 행위라 하더라도 그것을 행해도 좋다는 것이 된다』는 Schmidhäuser의 비판(6)에 대하여, 그는 다음과 같이 反論한다. 즉,『특수한 刑法的인 行爲反價値의 缺如에 타인의 法益侵害 내지 危殆化의 違法性이 歸結되어진다고 하는 類의 잘못된 표상은 根絶되어야 한다. 예컨대, 전혀 犯罪構成要件을 충족할 수 없는 過失財物損壞를 지적하는 것만으로도, 형법에서 금지되어지지 않는 행동도 當然히 違法할 수 있다는 것을 명확히 하는 데는 충분하다.』<sup>67)</sup>

醫師의 藥劑處方에 관한 錯誤를 認識할 수 없는 못나기 간호사는 생명에 위험이 있는 注射을 해서는 안되고, 運轉을 감당할 수 없는 硬化症운전자는 자동차를 운전해서는 안된다. 만일 그 반대가 옳다고 한다면 그것은 通說에도 반하는 것으로, 예컨대 의사의 錯誤가 注意깊은 간호사에게도 認識不可能한 데, 우연히 그 곳에 있는『친구인 醫師 또는 藥師』만 認識可能한 경우에 그 간호사가 患者를 살해해도 좋다는 것으로는 되지 않고, 마찬가지로 交通事故에 대해 最大限의 注意를 기울여도 회피할 수 없었다는 理由만으로 通行人的 殺害가 許容된다고 말할 사람은 없다고 한다.<sup>68)</sup>

또한 그는 앞의 Skier의 例를 들어,『一般적으로 具體的인 行爲規範의 내용은 결정되어질 수 없다는 점이 論證된다. 즉, 이 경우에 각종의 조건에 따라 위험하지 않는 理想的인 滑降 코-스(course)가 있을 지는 모르지만, 그것을 認識하기 위해서는 고도의 전문적인 경험이 필요하다. 그러나 그러한 종류의 경험은 規範의 으로 전제할 수 있는 것은 아니므로, 一般規

66) Stratenwerth, a.a.O., S.289f.

67) Stratenwerth, a.a.O., S.293. 過失의 缺如는 行爲의『行爲反價値』만을 脫離시킬 뿐이지, 그 行爲를 適法化하는 것은 아니라는 의미이다.

68) Stratenwerth, a.a.O., S.293f.

範의 내용이 정해지지 않는 것은 명백하다. 理想的인 코-스 이외의 장소를 통과하는 것을 금지하는 一般規範은 필요한 經驗을 이용할 수 있는 사람에게만 의미가 있다. 다른 사람에 대해서는 이 지역에 출입하는 것을 全面的으로 禁止시킬 수 밖에 없는 것이다. 결국 客觀的인 注意를 基準으로 하더라도 必要한 注意라는 觀點下에서 동일한 外的 行動이 행위자에 의해 달리 判定되어지게 된다. 그러므로 行爲規範의 一般化에 있어서 중요한 것은 행위의 外的 特徵이 아니고, 거기에서 생긴 危險뿐이라는 것은 明白하다.

이 점은 비교적 자세한 Rule이 있는 활동에도 타당한 것으로, 예컨대 도로교통에 있어서 速度制限規定은 許容된 危險(erlaubtes Risiko, zulässiges Risiko)의 정도만을 일반적으로 규정하고 있어서, 그 危險을 유지하기 위해 個人이 무엇을 하지 않으면 안되는가는 그의 個人的 能力에 의존되어진다.<sup>69)</sup> 즉, 『擔保될 수 있는 것은 항상 一般的 行爲規範이 타당하다는 것 뿐이며, 一般的 行爲規範으로부터 특정한 狀況에서 특정한 受範者에 대해서만 생기는 具體的 行爲命令은 擔保될 수 없다. 최대한으로 개인은 그의 능력에 따라 법적 요구를 충족시키고자 노력하는 것까지 이다.』<sup>70)</sup>라고 한다.

다음으로 特別能力者의 문제에 대하여, 『主觀說은 特別能力者에게 항상 最高의 遂行義務(Leistungspflicht)를 지우게 되지만, 그것은 고도의 能力取得을 방해할 可能性이 있다.』<sup>71)</sup>는 Schröder의 批判이 문제되는 데, 이에 대해 그는, 『注意義務者가 행해야 할 “遂行”(Leistung)은 어느 學說에 의하더라도 그가 다른 사람의 法益에 대하여 創出해도 좋은(혹은 創出해서는 안되는) 危險의 種類와 程度에 의존하는 것이며, “最高의 遂行”(Höchstleistungen)은 通常의 能力을 가진 사람에게조차 요구되어 질 수 없는 데, 하물며 許容되는 정도를 초과하는 危險을 한층 적은 노력으로 극복할 수 있는 特別能力者에게 요구되어지지 않는 것은 當然하며, 반대로 初心者의 경우에는 경우에 따라서는 通常의 곤란을 극복하기 위해서도 자

69) Stratenwerth, a.a.O., S.294f.

70) Stratenwerth, a.a.O., S.296.

71) Schröder, LK, Rdnr. 147 zu § 16.

기의 모든 精力을 투입하지 않으면 안되므로, 이러한 비판은 옳지 않다는 것이다.

다만 結果發生의 具體的 危險이 있는 경우에는, 注意義務者는 結果回避를 위해 標準化된 Rule 以上の 能力을 투입하지 않으면 안된다는 것이다. 예컨대, 갑자기 나타난 步行者를 回避할 수 있는 운전자는 平均的인 運轉者라면 사고가 났을 것이라고 주장할 수 없고, 事故現場에서 遭遇한 부상자를 적절히 처치하지 않은 醫師는 非專門家가 着想한 것을 처치한 것으로 免責되어진다고는 할 수 없다. 또한 이러한 사실은, 통상 要求되어지는 필요한 注意의 限界가 具體的인 危險이 있는 경우에는 Rule화 되어진 活動이었다고 하더라도 탈락한다는 것을 의미한다. 예컨대, 고속도로상에서는 통상 우측으로부터 追越하지는 않는다고 신뢰해도 좋지만, 그러나 어떤 사람이 우측추월을 하고 있는 것을 우연히 알아차린 사람은 사고를 방지하기 위해 全力을 다하지 않으면 안된다. 따라서 이러한 사실은, 일반적인 Rule은 대개 어떠한 危險에 一般的으로 注意하지 않으면 안되는가라는 문제에 타당하다는 것을 나타내고 있다.<sup>72)</sup>고 한다.

#### 4. 學說의 檢討

지금까지 최근 독일의 主觀說과 折衷說(通說)의 論爭點을 살펴보았는데, 그 爭點들을 분석해 보면 첫째, 主觀說과 折衷說의 실질적 차이점은 무엇이며 둘째, 主觀說 相互間에 미묘한 差異點은 없는가(특히 Jakobs와 Stratenwerth) 셋째, 『過失의 標準』을 둘러싼 主觀說과 客觀說의 논쟁과 동일한 것인가 다른 것인가 넷째, 過失犯에 있어서 責任이란 무엇이며, 그 중 『客觀的 注意義務』은 어떠한 역할을 수행하며 또한 遂行해야 하는가 등이 문제된다. 아래에서는 이러한 점에 대하여 검토해보기로 한다.

72) Stratenwerth, a.a.O., S.300ff.

## 1) 主觀說과 折衷說의 異同點

우선 折衷說의 대표적인 Jescheck의 견해를 살펴보면, 그는 過失犯의 不法構成要件에 (1) 客觀的 注意義務違反(Die Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht), (2) 結果의 發生, 惹起·豫見可能性(Eintritt, Verursachung und Voraussehbarkeit des Erfolges)을 배치시키고, 責任에는 (1) 責任能力(Schuldfähigkeit) 및 不法意識(Unrechtsbewusstsein), (2)客觀的 注意義務의 認識可能性과 履行可能性(Die Erkennbarkeit und Erfüllbarkeit der objektiven Sorgfaltspflicht), (3) 結果 및 因果經過의 主觀的 豫見可能性(Die subjektive Voraussehbarkeit des Erfolges und des Kausalverlaufs) (4) 規範合致的 行動의 期待不可能性(Die Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens)을 배치시킨다. 그리고 客觀的 注意義務의 내용은, 保護法益에 대한 危險을 認識하고 올바르게 評價하는 『內的 注意』(innere Sorgfalt)와 『外的 注意』(äußere Sorgfalt)로 나누어지고, 후자는 (1) 『危險行爲로 나오지 않을 의무(不作為義務)』(Sorgfalt als Unterlassung gefährlicher Handlungen), (2) 『危險狀態에서 注意깊은 행동을 취할義務』(Sorgfalt als vorsichtiges Handeln in Gefahrensituationen), (3) 『探索義務』(Erkundigungspflicht)등의 3요소로 이루어져 있다고 한다.<sup>73)</sup>

여기서 주목할 만한 점은 行爲者의 特別한 知識(특히 알고 있는 事情)을 內的 注意義務의 判斷基礎로 삼고 있다는 점이다. 그래서 그는 『危險의 客觀的 認識可能性을 판단할 때는 행위자가 가진 特別한 因果知識도 고려되어야 한다』고 한다. 또한 그는 『危險行爲로 나오지 않을義務』중에 스스로의 힘으로 負擔할 수 없는 위험한 작업을 引受한 過失, 이른바 『引受責任』(Übernahmeverschulden)의 問題에 대하여 언급하고 있는데, 『引受過失은 不作為義務를 침해한 특별한 경우이다. 누구라도 熟練者라면 할 수 있다고 信賴해도 좋은 행위를, 필요한 專門知識이 자신에게 없는 데도 불구하고 實行하거나 引受하는 경우에는, 이미 客觀的인 義務違反이 存在한

73) Vgl. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 4. Aufl., 1988, S. 521ff.

다』<sup>74)</sup>고 하여, 이미 『熟練者』와 『初步者』를 知識, 能力에 따라 구별하고 있다. 더 나아가 責任에서의 客觀的 注意義務認識可能性과 履行可能性의 판단에 있어서는, 『행위자가 스스로의 능력이 불충분하다는 것에 관한 判斷을 형성하기 위해 필요한 洞察조차 없는 경우에는 어떻게 판단되어야 하는가라는 문제가 일어난다. 학설은 一貫되게 引受된 활동이 요구하는 것을 스스로 감당할 수 없다는 것을 행위자가 認識可能했기 때문이라고 하지 않으면 안된다는 것을 요구한다』<sup>75)</sup>고 기술하고 있다.

요컨대 Jescheck의 견해에 의하면, 『客觀的 注意義務』자체의 일부는 적어도 행위자의 能力에 따라 결정되어지고 있는 것이다. 더구나 그 能力은 위험한 활동을 안전하게(적어도 許容된 範圍안에서)수행하는 專門知識·能力과, 스스로 그러한 專門知識·能力이 구비되고 있는지 혹은 이러한 活動이 자신이 지닌 知識·能力으로는 안전하게 遂行할 수 없는 종류의 것인지를 洞察하는 能力으로 나누어서 論해지고 있다. 그리고 前者는 不法構成要件에서, 後者は 責任에서 고려되어진다는 것이다. 이것은 무엇을 의미하는가.

이 경우에 Jakobs가 構成要件實現의 豫測에 관한 特別能力은 이미 『許容된 危險』의 문제<sup>76)</sup>라고 하는 점을 상기해 보아야 할 것이다. 이러한 그의 견해에 의하면, 위험한 活動을 안전하게(許容된 危險의 범위내에서) 수행하는 能力은 당연히 行爲의 危險性判斷의 資料라는 것을 示唆하고 있는지도 모른다. 이와 관련하여 Stratenwerth의 Skier說例를 살펴보기로 하자. 눈사태의 위험있는 스키연습장에 안전한 코-스를 알고 있는 熟練된 스키어나 스키장사정을 알고 있는 스키어가 스키장에 출입하는 경우에는 그들은 아마 안전한 코-스를 취할 것이므로, 설사 불행하게 그들이 눈사태를 惹起해 사람을 死傷케 했다 하더라도 스키연습장에 출입하는 행위 자체를 포착해, 『過失行爲』 혹은 『實質적으로 危險한 行爲』라고 말할 수는 없다. 그들을 非難하기 위해서는 그들이 위험한 코-스로 出入한 보다 구체적인 원인을 알지 않으면 안된다. 예컨대, 익숙해져 있으므로 마음을 느슨히 하

74) Jescheck, a.a.O., S.523f.

75) Jescheck, a.a.O., S.536f.

76) Jakobs, a.a.O., S.324ff.



여 코-스 判斷을 경솔히 한 경우를 들 수 있다. 그러나 경우에 따라서는 그들을 비난할 수 없는 사정이 明確하게 될 지도 모른다. 가령, 冬眠하고 있어야 할 곰이 돌연히 습격해 부득이 위험한 코-스로 出入했을 지도 모르기 때문이다. 이 경우에는 곰의 出現을 豫測할 수 있었다고 하는 特別한 사정이 없는 한 그들에게 過失責任을 물을 수는 없을 것이다.

이와 반대로, 스키장 事情을 잘 모르거나 未熟한 Skier의 경우에는 스키연습장에 들어가는 것 자체가 눈사태의 誘發可能性이 豫測되는 事情이므로, 스키연습장에 들어가는 것 자체가 非難의 根據가 되는 경우도 있다고 생각된다.

그런데 앞에서 살펴본 바와 같이 行爲者에게 特別한 高度의 能力이 반드시 그에게 不利하게 작용하는 것은 아니다. 그러한 능력은 『引受過失』의 範圍를 좁혀 행위자의 자유를 확대하는 경우도 있는 것이다. 그렇지 않다면 先例의 경우에 熟練스키어들에게도 스키장 출입자체를 금지하게 되어 過失結果犯은 Jakobs가 말하는 不服從犯으로 轉化해버리게 된다. 그러므로 特別能力을 考慮하는 것은, 그러한 能力取得을 妨害한다고 하는 Schröder의 비판은 적당하지 못하다고 하겠다.

더욱이 『행위자가 속하는 社會生活領域』의 내용에 따라 客觀的 注意義務는 主觀的인 것에 接近해간다고 하는 Samson의 비판에 대해, 『행위의 有用性』과 『危險性』 및 『유효한 安全措置의 投入』이라는 3가지 요소의 衡量에 의해 客觀的 注意義務를 결정하고자 하는 Schünemann의 견해는<sup>77)</sup>, 그가 말하는 『行爲의 危險性』이라는 衡量要素 중에 이미 行爲者의 危險活動遂行能力이 考慮되어지고 있다는 점을 간과하고 있는 것은 아닌가하는 의심도 생긴다.

그러면 兩學說의 實質的인 差異點은 어디에 있는가?

우선 折衷說은 過失犯의 不法構成要件段階에서는 행위자의 危險活動遂行能力을 고려해서 選擇的인 형태로 注意義務를 세운다.<sup>78)</sup> 注意義務의 有無

77) Schünemann, JA 1975, S.136.

78) 즉, 遂行能力이 없으면 不作爲義務, 遂行能力이 있으면 注意깊은 作爲을 할 義務를 의미한다.

및 內容을 결정할 때의 기준으로는 『慎重한 사람』을 가정한다. 즉, 행위자가 가진 遂行能力과 행위자가 처한 상황을 전제로 해서 『慎重한 사람』이라면 어떠한 행동을 취할 것인가를 고려한다. 이 때 判斷基準으로 『慎重한 사람』을 想定하는 점에서 注意義務는 客觀的이다. 그리하여 『慎重한 사람』이라면 취하게 될 행위와 다른 危險行爲는 『許容되지 않는 危險行爲』라고 하게 된다.<sup>79)</sup>

한편 責任에서는 행위자에게 自身の 遂行能力의 不充分性を 洞察하는 能力이 있었는가 아닌가를 묻게 된다. 즉, 自身の 行爲가 『許容되지 않는 危險』 내지 『實質的 危險』이 있는 행위인가를 認識했는가 아닌가를 묻게 되는 것이다.

다음으로 主觀說에 의하면 不法構成要件의 단계에서는, 行爲가 不法構成要件에 該當하는 결과를 일으키는 『許容되지 않는 危險』, 즉 『行爲者에게 結果回避動機가 支配的』이라고 假定할 때에 그 행위자를 具體的으로 回避行動으로 나오게 할 정도의 危險의 有無와 그러한 危險의 個人的 認識可能性을 묻게 된다. 여기서 後者만이 고유한 過失이고, 前者는 故意犯과 공통하는 요건이 된다.<sup>80)</sup>

危險의 判斷을 할 때는 行爲者의 遂行能力이 고려되어지고, 危險의 認識可能性에 관해서는 행위자 자신의 遂行能力과 當該活動에서 본 자신의 구체적인 행위의 危險性에 대한 洞察能力이 고려되어진다. 또한 이러한 判斷도 행위자에게 結果回避動機가 支配的이라는 것을 가정해서 행해지게 된다.

한편 責任에 있어서는 危險과 危險에 대한 個人的 認識可能性이 있다는 것을 전제로 해서, 행위자에게 結果回避動機가 지배적으로 되지 않는 理由를 묻게 된다. 그 이유가 『理解可能』한 것이라면 행위자는 免責되고, 그렇지 않다면 有責하게 된다는 것이다.

이렇게 보면, 결국 『慎重한 사람』과 『結果回避動機의 認定』, 『客觀的 注意義務의 總體』와 『許容된 危險行爲』가 거의 對應關係로 있고, 折衷說은

79) 그러나 예선은 『許容된 危險』을 좀게 이해하여 正當化事由에 위치시키고 있다(Jescheck, a.a.O., S.534ff.).

80) Jakobs, a.a.O., S. 315ff.

이것을 過失의 不法要素로 하는데 대하여, 主觀說은 이것을 故意犯과 공통하는 不法要素로 하여, 固有한 過失은 이것을 전제로 한 結果發生의 『許容되지 않은 危險』의 個人的 認識可能性으로 이해한다는 점이 兩說의 차이라고 생각된다. 그런데 현실적으로 행위자가 결과발생을 認識하지 않은 경우에 兩說은 무엇을 기준으로 하여 『認識可能性』이 있는 경우와 없는 경우를 區別하느냐는 점이 문제이다. 즉, 『過失犯의 有責性』(折衷說) 내지 『固有한 過失』(主觀說)의 有無에 관한 判斷基準이 문제인 것이다.

折衷說은 그 基準을 『行爲者本人의 能力, 經驗 및 知識』<sup>81)</sup>이라고 하여, 不法에서의 『慎重한 사람』이라는 기준으로 대체되어진다고 한다. 그러나 折衷說은 이 基準으로 정말 어디까지 행위자 자신의 能力에 부합하는 것을 豫定하고 있는 것일까? 만약 그렇다고 한다면 현실적으로 結果를 豫見하지 않은 사람은 豫見可能性도 없다고 하는 批判을 어떻게 벗어날 수 있을 것인가?

主觀說은 이 점에 대하여 명쾌하다. 즉, 『支配的인 結果回避動機』라는 現實의 行爲者에게는 존재하지 않을 지도 모르는 心理를 가정해서 認識可能性判斷의 基準으로 삼고, 그 외에 『行爲者 本人의 能力, 經驗 및 知識』은 判斷資料 내지 基礎는 되어도 基準은 아니라고 한다. 말하자면, 主觀說의 『規範心理的인 것』은<sup>82)</sup> 客觀的인 것이다. 그런 점에서 보면, 折衷說은 어쩌면 『判斷의 基礎』와 『判斷의 基準』을 混同하고 있는 지도 모른다. 왜냐하면 折衷說에서도 『過失의 有責性』의 判斷基準은 행위자로부터 벗어난 곳에서 구해지지 않을 수 없다고 생각되기 때문이다. 요컨대, 여기에서도 『判斷의 基準』은 『慎重한 사람』이 아닌가라고 생각되어진다.<sup>83)</sup>

그러나 그렇다고 한다면 折衷說이 不法과 責任의 二段階로서 過失을 판단하는 의미가 疑問스럽다. 동일한 判斷基準으로, 한편으로는 약간 거칠은

81) Jescheck, a. a. O., S. 521f.

82) 平野龍一, 刑法總論 I, 有斐閣, 1976, 206面.

83) Jescheck은 行爲者 本人의 能力이 基準이라고 하면서, 그 能力의 判斷은 행위자와 동일한 年齡, 知性 및 認識을 가진 『他人』이, 우리들의 경험에 비추어서 結果回避를 위한 內的·外的 注意에 기초한 要求를 이행할 수 있었는가를 묻는다고 하는 형태로서만 가능하다고 기술하고 있다(Jescheck, a. a. O., S. 535f.). 그러므로 Jescheck도 無意識적으로 行爲者外의 基準을 사용하고 있는 것이다.

類型的 判斷을 행하고, 다른 한편으로는 세밀한 個別的 判斷이라는 구성으로서, 『過失의 證明』이라는 節次法的인 관점에서는 有益할 지도 모르지만, 實體法上的 過失로서는 個別的인 것일 수 밖에 없다는 결론이 되지 않은가?

결국 犯罪體系上 過失을 不法과 責任으로 구분하는 의미가 없어지는 것은 아닌가라고 생각된다. 그러나 이 問題에 대해서는 『客觀的 注意義務』의 機能에서 다시 검토하기로 한다.

## 2) 主觀說 相互間的 차이점

여기에서는 Jakobs와 Stratenwerth의 견해의 差異點을 檢討해보기로 한다. 우선 Stratenwerth는 행위자의 能力을 『手段的』인 것과 『倫理的』인 것으로 구별한다. 그리하여 不法에서는 행위자의 『手段的』인 能力이 過失判斷의 基礎가 되지만, 『倫理的』인 能力은 客觀的인 것이 基準이 되고 있다. 이에 대해 責任에서는 責任能力, 潛在的 禁止의 認識, 期待可能性 등이 豫定되어지고 있지만, 이것들은 기본적으로 故意犯과 동일한 要件이므로, 특수한 『過失의 有責任性』의 基準은 예정되어 있지 않다. 그 한도에서는 Jakobs와 동일한 체계라 할 수 있다.

그러나 Jakobs는 過失犯에 특수한 期待可能性 問題가 있다고 했지만, Stratenwerth는 이 점에 대하여 명확한 언급이 없다. 過失犯의 경우에는 故意의 不作爲犯과 같이, 故意의 作爲犯에 비해서 법의 要求가 완만하여 期待不可能하게 되는 범위가 넓게 된다는 지적이 있을 뿐이다.<sup>84)</sup> 요컨대, 그는 Jakobs와는 달리 故意犯과는 全적으로 다른 過失犯固有의 期待不可能性문제가 있다고 생각지는 않고 있다.

그렇다면 Jakobs가 제기한 문제, 즉 자식의 事故를 듣고 놀라서 消火하는 것을 잊어버린 鎔接貢事例는 어떻게 處理되어질 것인가? 이것에 대하여 Stratenwerth가 명확히 언급한 바는 없지만, 다음과 같은 3가지가 고려될 수 있다고 생각되어 진다. 즉 위의 경우에, (1) 標準的인 『倫理的』能力

84) Stratenwerth, Strafrecht, AT, I, 3.Aufl., Rdnr. 113If.

을 假定해, 그것을 『支配的인 結果回避動機』와 동일한 것으로 이해하여, 행위자의 過失도 期待可能性도 긍정하든가, (2) 『倫理的인 能力은 『支配的인 結果回避動機』와 동일한 意味라고 이해하여, 위의 경우에는 期待不可能한 범위를 넓게 이해하여, 行爲者의 過失을 肯定하면서 期待可能性이 없다고 하든가, (3), 『倫理的인 能力이란 『支配的인 結果回避動機』와는 다르게 法이 기대하는 標準的인 『慎重함』, 『誠實함』이므로, 自己子息의 事故消息을 듣고서 當황하는 것은 법이 기대하는 『慎重한 사람』이라도 취할 수 있는 行動이므로, 행위자가 놓여진 구체적인 상황을 전제로 한다면 『過失』이 부정되어진다고 하든가, 그 어느 하나일 것이다(물론 그밖의 해석이 가능할 지도 모른다).

만약 (2)라고 한다면 Stratenwerth의 학설과 Jakobs의 학설은 차이가 없게 된다. 그러나 私見으로는, 『理解可能한 動機附着障礙』인가 아닌가라는 Jakobs의 判斷方法도, Stratenwerth에 있어서는 『標準的인 倫理的인 能力을 지닌 사람에게 있어서 結果에 대한 關心을 도외시하게 하는 要因인가 아닌가』 즉, 結果豫見을 不可能하게 하는 要因인가 아닌가라는 判斷에 이미 포함되어 있는 형태로, (3)의 可能性이 클 것으로 생각되어진다.

다음으로 兩者의 規範 내지 違法(不法)性의 理解에 대한 차이점이 문제된다. Stratenwerth는 過失을 過失犯의 『行爲反價値』의 要素로 보지만, 그것이 결여된 행위가 適法하게 되는 것은 아니라고 한다. 즉 無過失의 危險行爲는 刑法的 違法이 아닐 뿐이지 一般違法은 있다고 해석하고 있다. 이에 대해 Jakobs는 不法을 規範違反으로 이해하고, 또한 그 『可能性』가운데 結果發生의 豫見可能性도 포함하고 있다. 따라서 Jakobs에 의하면 個人的으로 無過失한 行爲는 일반적으로도 不法이 아니게 된다.

이러한 兩者의 差異는 正當防衛의 要件에 관한 理解에서도 나타난다. Stratenwerth는 正當防衛의 要件인 『違法한 攻撃』을 回避不可能한 것도 포함하여, 사람에게 의해 惹起되어진 法益侵害의 切迫한 危險으로 이해한다.<sup>85)</sup> 그러므로, 無過失行爲도 包含하여 一般違法으로 認定되어지는 행위

85) Stratenwerth, Strafrecht, AT, I, 2.Aufl., Rdnr. 414f, 421. 이러한 해석은 Welzel,

를 『違法』으로 이해하게 되는 것이다.

이에 반해 Jakobs는 『違法한 攻撃』이기 위해서는 故意 또는 過失이 있는, 즉 『回避可能性』이 있는 行爲뿐만 아니라, 有責한 것도 必要하다고 이해하고 있다. 그 이유는 正當防衛란 社會的 衝突(Konflikt)을 解決하기 위해 負擔의 分配를 문제삼는 것이므로, 어린이나 정신병자 등 責任無能力者에게 正當防衛規定이 예정하는 衝突解決의 全負擔을 지우는 것은 適切하지 않다는 생각에서 이다. 그리하여 그는 Stratenwerth와 같은 違法要素의 理解는 被攻擊者側의 一面的인 觀點에 의한 것이라고 하여, 攻撃的 緊急避難, 防禦的 緊急避難, 正當防衛의 段階의 適用을 주장한다. 또한 이와같이 이해할 때만이 『法은 不法에 讓步할 必要가 없다』는 基本原理가 타당하게 된다는 것이다.<sup>86)</sup>

그러나 이러한 주장에 대해서는, 그 前提가 되는 독일의 正當防衛規定, 對物防衛規定(독일 민법 제 228조) 및 緊急避難規定이 우리나라와는 다르므로 그 평가에 신중을 기하지 않으면 안된다. 특히 Jakobs가 이러한 주장을 하는 배경에는, 독일의 正當防衛에 있어서는 防衛에 필요한 모든 행위를 許容하므로 『侵害者』에게는 매우 가혹한 結果를 가져오게 된다는 점을 고려하고 있는데 반해, 對物防衛에 있어서는 均衡性이 요구되는 우리나라의 法規定과는 전혀 다른 상황이라는 점을 간과해서는 안된다. 그러나 이러한 상황하에서도 Statenwerth와 같이 해석하는 것이 독일에서는 비교적 多數說의 입장이다. 그러므로 Jakobs와 같이 正當防衛를 이해하는 것은 독일에서도 一般적으로 승인되지 않고 있다고 할 수 있다.

이와 같이 責任無能力者에 대한 正當防衛의 可否問題는 19세기말부터 20세기초에 걸쳐서 客觀的 違法論의 주요한 논쟁점이 되었다는 점은 주지의 사실이다. 그런데 Jakobs의 體系는 責任要件을 따로 예정하고 있고, 또한 正當防衛規定의 趣旨로부터 이러한 결론을 적극적으로 끌어들여 刑法上の 違法을 다르게 이해하는 점에서, 완전한 主觀的 違法論은 아니라 할

Jescheck, Baumann, Bockelmann, Wessels 등의 通說에서도 나타나고 있다.

86) Jakobs, a.a.O., S.385ff.

지라도 그것에 가까운 것이라고 評價할 수 있다. 여기에서 주목할 만한 점은 동일하게 過失의 主觀說을 주장하는 Statenwerth의 違法論은 Jakobs와 정반대는 아니라 하더라도 상당히 다르므로, 어떤 의미에서는 古典의인 客觀的 違法論에 가깝다고 평가할 수 있다는 점이다. 그러므로 개별적 論者의 曄昂스의 차이를 무시한 主觀說에 대한 평가는 위험하다고 할 수 있다.

3) 지금까지 70년대 이래로 독일의 過失標準을 둘러싼 論議를 검토해보았다. 그 결과 通說인 折衷說과 主觀說간에는 실제적인 결론에 있어서는 거의 차이가 없고, 오히려 主觀說은 折衷說의 過失의 二重基準의 모순을 밝히고, 불명확하게 남아 있는 過失의 『判斷基準』문제를 明確히 하기 위해 試圖하고 있다는 점을 살펴보았다. 동시에 主觀說 내부에서도 『固有의 過失』의 범위 및 『違法』에 대한 理解에 差異가 있다는 점, 즉 責任과 違法에 대한 理解가 다르다는 점이 明確하게 되었다. 그러나 『倫理的 能力』에 行爲者 以外の 基準을 사용하고 있는 데에 대해서는 그 意味가 明確히 밝혀지지 않은 채 남아 있다고 할 수 있다.

### Ⅲ. 『客觀的 注意義務』의 意味와 機能

지금까지 검토한 『過失의 標準』에 대한 論議를 기초로 하여 『客觀的 注意義務』의 意味와 機能을 살펴보기로 한다.

우선 『客觀的 注意義務』의 『意味』와 관련하여, 『行爲者와 同一한 具體的 狀況下에 놓여진 平均人(一般人, 通常人)인 取할 行動』이 『客觀的 注意義務』라고 하는 우리나라의 通說의인 定義를 사용하는 것은 불가능하다는 점이다. 이른바 『平均人』이라는 概念은 항상 關係概念이어서, 무엇에 관해서 平均的인지 항상 문제될 수 있는 概念이다. 따라서 문제가 되는 能力을 限定하지 않거나, 또는 『具體的 狀況』에 무엇이 포함되어지는가를 確定하지

않고서 이 概念을 사용하는 것은 애당초부터 不可能하다고 할 수 있다.<sup>87)</sup>

이 점에 대해서는 通說인 折衷說간에도 혼란이 있다는 점은 앞에서 지적한 대로이다. 이것을 回避하기 위해 平均人的 範圍를 좁히고자 하는 시도는 Samson이 비판하고 있는 바와 같이, 그 原理的인 限界라 명확하지 않기 때문에 벽에 부딪히게 된다. 또한 거기에는 法 및 그 背後에 있는 國家나 社會의 『期待』라는 要素도 들어옴으로 인해, 단순히 現存하는 사람의 算術的인 平均이 基準이 된다는 의미도 아니다.<sup>88)</sup>

그럼에도 불구하고 이러한 定義가 우리나라의 대다수 형법학자들<sup>89)</sup>에 의해서 사용되어지고 있다는 사실을 직시해 볼 때, 그 原因과 이 定義에 내포되어 있는 참된 意味를 규명하지 않으면 안될 것이다. 그러나 前者의 문제에 대해서는 도로교통 등 기술발달에 따른 團束規定, 그 외에 行動準則의 발전과 그에 따라 過失이 認定되는 경우가 增大되었다는 사실 및 目的的 行爲論에 따른 刑法體系에 유발된 過失犯의 『行爲』문제에 대한 理論的 關心 등의 영향을 받았다는 점을 지적하는 데 그치고, 여기에서는 주로 後者の 문제를 검토하기로 한다.

첫째, 『客觀的 注意義務』와 『許容된 危險』<sup>90)</sup>과의 關係이다. Engisch가 말하는 外的 注意(äußere Sorgfalt)는 『許容된 危險』을 基準으로 하고, 또한 當該 行爲者의 危險行爲遂行能力을 고려해서 確定되어진다. 오늘날 독일의 主觀說의 支持者도 『許容된 危險』의 一般條項的 性格<sup>91)</sup>을 강조하여, 注意義務란 그것을 遵守하면 『許容되지 않는 危險』은 발생하지 않는다는 行動準則을 일컫는다고 한다. 즉, 注意義務違反이란 行爲가 『許容되지

87) 이 점은 『過失의 標準』에만 한정되는 문제가 아니고, 同種의 概念을 사용하는 경우에 항상 문제된다.

88) Exner는 『社會生活上 必要的 注意』를 해석함에 있어서, 그것이 『社會生活上 通常의 注意』는 아니라는 점을 강조해, 『規範은 平均人에 의해서도 違反하게 된다면, 그것은 사람의 平均이 義務違反을 犯하고 있는 것이다』라고 한다. Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910, S.197.

89) 李炯國, 刑法總論研究Ⅱ, 661面; 李在群, 刑法總論, 190面; 費鍾大, 刑法總論, 541面; 朴相基, 刑法總論, 268面 등 참조.

90) 일본에서는 『許容된 危險』을 當該犯罪類型이 豫定하고 있는 『可罰的 違法性』이 없는 危險이라 부르기도 한다.

91) 이에 반해 『許容된 危險』의 獨自的인 原則으로서의 의미를 부정하는 입장에서는, 『許容된 危險』은 다양한 위험상황에서 발생한 각각의 결과를 나타내는 總體的인 명칭, 즉 集合概念의 의미밖에는 없다고 한다(朴相基, 전제서, 271面 이하참조).



않는 危險』을 惹起했다는 것이다.<sup>92)</sup> 이 점은 通說에서도 그대로 적합하다고 할 수 있다.<sup>93)</sup> 이렇게 본다면 『客觀的 注意義務』에는 직접적으로 量으로 파악하기 곤란한 『許容된(혹은 許容되지 않는) 危險』을 간접적으로 파악하는 意味가 있게 된다. 이러한 입장은 더 나아가 “許容된 危險”을 『客觀的 注意義務違反』의 制限原理의 하나로 파악하여, 이를 構成要件該當性排除事由로 보면서 『客觀的 注意義務』는 過失犯 뿐만 아니라 故意犯에도 공통되는 一般的 客觀的 歸屬의 一尺度로 보게 되는 것이다.<sup>94)</sup>

이에 반해 『許容된 危險』을 “危險”이라는 측면에서 파악하는 점에 대해 의문을 제기하여 “行爲”의 측면에서 파악하고자 하는 學說도 있다. 즉, 『客觀的 注意義務』를 遵守한 行爲로부터 발생한 危險이 『許容된 危險』이라는 입장이 그것이다.<sup>95)</sup> 이러한 입장을 취하게 되면 『許容된 危險』의 一定性を 근거로 해서 注意義務를 확정하는 것은 不可能하게 될 것이다. 그 대신에 『平均人』등의 概念에 대하여 그 定義를 명확하게 하지 않은 채 사용할 수 밖에 없을 것이다. 그러나 그렇게 해서는 結論을 合理化할 수는 있어도, 判斷의 指針을 주는 것은 불가능하다.

확실히 현실의 行動準則은 危險이라는 관점만으로 결정되어지는 것은 아니다. 費用이나 政治經濟的 影響에 좌우되어지는 점도 있을 것이다. 그러나 刑法에 있어서 그것이 직접적으로 『許容된 危險』의 基準이 된다는 의미는 아니다. 더욱이 이러한 行動準則이 세월이 경과하여 차제에 보다 타당한 것으로 修正되어진 예도 있다.<sup>96)</sup> 그러므로 이 경우에 중요한 것은 修正을 추구하는 要因인 것이다.

둘째, 『客觀的 注意義務』가 지닌 意味로는 行爲의 實行行爲性を 들 수 있다. 이 점은 첫번째의 『許容된 危險』과 밀접한 관계를 가진 의미이지만,

92) Engisch, a.a.O., S.353ff.

93) 예컨대 Jescheck의 입장이 그러하다(Vgl. Jescheck, a.a.O., S.360ff., 521ff. u. 534f.).

94) 金日秀, 刑法學原論, 949面 이하참조.

95) 이러한 입장은 Welzel에 의해 시도되었고, 근래에는 Maiwald도 동일한 견해를 보이고 있다. Vgl. Maiwald, Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs “erlaubtes Risiko” für die Strafrechtssystematik, Festschrift für Jescheck, 1985, S.405.

96) 예컨대, 도로교통과 관련하여 독일판례를 통해 발전되어 확립된 信賴의 原則(Vertrauensgrundsatz)을 들 수 있다.

주목해야 할 점은 여기에 結果에 대한 回避可能性의 관점이 들어온다는 점이다.

즉, 『結果發生 直前の 動作・不動作이 不可抗力등의 이유로 “行爲”라 할 수 없을 때는 그 상태를 惹起한 前段階의 行爲가 實行行爲로 된다.』<sup>97)</sup>는 것이다. 不可抗力으로 행위라 할 수 없는 것은, 행위자에게 있어서 결과발생이 이미 回避할 수 없는 단계라는 것을 가르키는 것이다. Engisch가 말하는 제1의 『外的 注意』, 즉, 『危險行爲로 나아가지 않을 注意』(Sorgfalt als Unterlassung gefährlicher Handlungen)도 행위자가 危險을 “許容되는 정도”까지 制御할 수 있는 경우에만 타당하다고 생각된다.

셋째, 不作爲犯에 있어서 作爲義務와의 관계문제이다. 過失犯에 있어서 結果를 방지하기 위해서 행위자가 행해야 할 作爲가 요구되어지는 경우에 이것을 『注意義務』라 불리워지는 것은 실무상 널리 나타나고 있는 실정이다. 물론 이것이 『危險한 狀態에서 적절한 행동을 취한다』고 하는 Engisch의 제2의 『外的 注意』와 완전히 일치한다는 것은 아니다. 가령, 자동차사고시 徐行義務違反이 인정되는 경우에, 속도를 감속하지 않았다는 不作爲犯이 아니고 보행자에게 그대로 자동차를 질주했다고 하는 作爲犯으로 이해해야 할 것이다.<sup>98)</sup>

그러므로 Engisch의 제2의 外的 注意에도 作爲犯의 『許容되지 않는 危險』을 意味하는 것이 포함되어 있다고 할 수 있다. 이것도 結果防止를 위한 外的 措置를 意味하므로 두번째의 意味와 마찬가지로 『客觀的 注意義務』라 불리워지게 되는 것이다.

지금까지의 3가지의 意味는 모두 結果發生의 危險 및 違法性에 관한 것이며, 어떤 의미에서는 故意犯에도 공통하는 요건인데 반해서, 넷째와 다섯째의 의미는 過失犯에 고유한 責任에 관한 것이다. 그 하나는 豫見에 이르기 위한 外部的 情報蒐集措置이고, 다른 하나는 이러한 조치를 취할 행위자를 결정지우는 『慎重함』, 『誠實함』등 規範心理의인 能力에 관한 法的

97) 中野次雄, 刑法總論概要, 1979, 94面.

98) 中野次雄, 前掲書, 93面 以下 參照.

期待의 普遍性이라는 意味를 들 수 있다.

물론 後者は『客觀說』이 강조하는 점이며, 『客觀的 注意義務』라는 말로서 표현하는 경우는 드물다. 그러나 이것은 責任非難構造와 밀접하게 관계되므로, 이와 같은 의미의 『客觀性』을 근거로 해서 注意義務違反을 違法의 前提로 하는 것은, 主觀的 違法論을 취하지 않는 한 불가능하다고 할 수 있다.

마지막으로 客觀的 注意義務의 意味는 訴訟實務上 行爲者の 過失을 인정하기 위한 推定方法으로서의 意味이다. 그것은 實體法上的의 要件이 아닌 節次法上的의 합리적인 事實認定 방법으로서의 意義를 지니고 있다. 그러나 행위자의 특수한 『手段의 能力』이 밝혀지게 되면, 그 때마다 그것을 고려해서 過失을 판단하지 않으면 안된다. 實體法上的의 理論으로서 그 意味를 강조하는 것은 서로 다른 두 영역의 논의를 혼동한 것이다.<sup>99)</sup>

지금까지 『過失의 標準』을 둘러싼 論議에서 밝혀진 『客觀的 注意義務』의 意味를 6가지로 분류해서 분석해보았다. 그 결과 『客觀的』 注意義務違反이 『客觀的』이라는 것만으로 不法 내지 違法要素가 된다는 것은 아니고, 오히려 不法 내지 違法性에 關係하는 의미에서는 『危險判斷』의 要素로서 故意犯과 공통하는 측면을 지니고 있다는 점이다.

#### IV. 맺음말

지금까지 過失의 判斷標準을 둘러싼 논쟁과 過失犯의 構成要素 및 過失의 有責性的의 根據에 대하여 살펴보았다. 여기에서 Stratenwerth가 사용하고 있는 『手段의 能力』, 『倫理的 能力』이라는 용어가 적당한 표현인가, 혹은 『注意』등의 概念分析이나 그 論證方法에 대해서도 더욱 엄밀한 검토가 요구된다고 할 수 있다. 그러나 지금까지의 고찰을 기초로 해서 도달한

99) 이러한 通常人이라는 도구는 사실인정이나 소송경제적으로는 의미가 있다. 그러나 책임론 이외에는 실체법상의 의미가 결여되어 있다.

점을 요약해 보기로 하자.

우선 過失의 體系的 地位와 관련해서 주지하다시피 1970년대 이래로 독일의 主觀說은 行爲者의 『手段의 能力』에 기초하여 過失을 不法構成要件要素로 보고 있다. 이에 대해서는 이미 극복되어진 『命令說』 혹은 『主觀的 違法論』으로 歸着되어진다는 비판이 있다. 그런데 본고에서는 主觀說에 의한 通說의 비판에 초점을 맞추고 그 주장의 합리성 여부를 검토해보았다. 그러나 이것이 主觀的 過失을 不法構成要件에 위치지우는 것까지 긍정하는 것은 아니다. 豫見可能性判斷에 있어서 Jakobs가 『支配的인 結果回避動機』를 가정해서 動機附着沮止에 대한 『理解可能性』을論하는 경우나, Stratenwerth가 標準的인 『倫理的 能力』을 가정해서 말하는 경우에, 그 判斷의 밑바탕에는 實質的인 責任非難의 觀點이 潛在해 있다고 생각하여, 그것을 밝히기 위해 20세기초의 논쟁점을 검토해보았다. 그 결과 Exner에게서 전형적으로 나타나는 바와 같이 法益尊重이라는 倫理的인 성격에 있어서는 客觀的인 要求가 서있지만, 그것은 責任非難의 實質的인 根據에서 유래하는 것이다.

말하자면 過失을 不法要素로 끌어들여 責任能力만을 責任에 남게 하는 構成方法은 가능하다. 그러나 이 경우에 責任能力이란 非難의 意味를 理解하고, 이러한 標準的인 『倫理的 能力』을 형성하는 『潛在的인』 能力이나 可能性을 意味하므로, Welzel이 지적하는 바와같이<sup>100)</sup> 행위시에 이러한 能力의 缺如로 인한 不豫見(過失)만으로 非難이 正當化되어진다는 의미는 아니다(그렇지 않으면 責任無能力者에게도 過失非難이 가능하게 된다). 이런 의미에서 責任能力의 判斷以前에 『過失』判斷을 행하는 것은 가능하고, 이 경우에 過失이란 Statenwerth가 기술하고 있는 바와 같이 責任無能力者에 대한 各種의 處分要件으로서 이용하는 것도 가능할 것이다. 그러나 責任能力과 過失을 구별할 수 있다고 하여 그 犯罪體系上的 位置가 달라져야 한다고는 할 수 없다. 責任能力과 過失이 구별된다고 하더라도, 過失(豫見可能性 내지 回避可能性)判斷이 非難의 성질을 제거할 수 없는 이상 責任

100) Welzel, a. a. O., S. 151f.

要素라 하지 않을 수 없다.

따라서 通說이 不法要素로 끌어들이는 것이 진정한 의미의 過失인가에 대해서는 여전히 의문이 남는다. Engisch의 外的 注意는 相當性 내지 作爲義務를 의미하며, 그 자신도 또한 固有한 過失로 생각지 않고 있으며, 오늘날 主觀說에서는 이를 『許容된 危險』으로 解消하고자 한다. 더욱이 Gössel에 의하면, 通說이 故意를 不法構成要件要素로 編入시켰지만 過失은 그것과 平行的으로는 구성되어 있지 않다고 평가한다.<sup>101)</sup> 그 점에서는 危險判斷이나 過失判斷의 어느 것도 중도에 그치는 『判斷』에 불과하다고 할 수 있다.

그런데 이와 같이 過失判斷의 根據를 행위자의 倫理的인 性格의 瑕疵에서 구하는 방법에 대해, 古典的인 意思責任論에 입각해서 過失의 刑事責任性 혹은 적어도 『認識있는 過失』의 刑事責任性を 부정하는 생각도 있을 수 있다고 생각된다.<sup>102)</sup> 이것은 무엇보다도 형사정책적인 문제이므로, 어떤 도그마에 의해 過失의 刑事責任性이 설명되어질 수 있다고 하여, 그 도그마 자체가 형사정책적으로 타당하다는 것의 論證이 될 수 없음은 물론이다.<sup>103)</sup> 그러나 認識의 有無가 過失判斷에 있어서 무의미하지는 않다. 행위자에게 특정한 사항에 대한 意識의 集中을 促求하는 것은 어떤 契機가 없는 한 불가능하다. 그렇치 않으면 행동의 영향을 받는 모든 對象에 대해서 우리들은 24시간 긴장하지 않으면 안된다. 이것은 불가능한 일이다. 그러므로 행위자의 主觀에 무엇이 投影되어 있는가는 法이 행위자에게 注意를 기대하는 이상으로 중요하다고 할 수 있다. 요컨대, 모든 경우에 그러한가는 且

101) Gössel, Alte und neue Wege der Fahrlässigkeitstheorie, Festschrift für Bengt, 1984, S. 25f. Gössel은 Jakobs와 유사한 主觀說을 취하고 있다. 단지 故意와 過失의 區別에 대해서는 容認說에 따르면, 過失判斷의 方法에 대해서는 어디까지나 行爲者가 基準이 된다고 기술하고 있다. 決定論的인 의문에 대해서는 답하지 않고 있다. Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht II, AT, 7. Aufl., S. 93ff.

102) 眞 錦毅, 現代刑事責任論序說, 1983, 290面 이하참조.

103) Stratenwerth, Strafrecht I, AT, 3. Aufl., Rdnr. 1137ff. Gössel, a.a.O., S. 37ff. Stratenwerth와 Gössel은 刑事過失의 縮小化를 지향하고 있다. 그러나 그들은 『認識있는 過失』의 형사책임성을 전면적으로 부정하지는 않고, 前者는 끊임없는 긴장의 불가능을, 後者는 事業活動全體의 停止를 이유로 우연하게 발생한 경미한 過失事故의 刑事免責을 주장하고 있다. 특히 Stratenwerth는 『認識있는 過失』의 有責性を 부정하는 Arthur Kaufmann의 주장에 대해, 『答責性を 認識있는 意思活動으로 부당하게 矮小化하고 있다』고 비판한다.

置하고 적어도 거의 모든 경우에 『전혀 危險이라는 觀念을 가지지 않은 자가 “危險을 피하고자”하는 目的的·意識的·意思的 行動을 행한다는 것은 存在論的·心理學的·精神生理學的으로 불가능하다』고 할 수 있다.

말하자면 責任非難은 『과거를 거쳐 장래로 나아가기 위한 현재의 主體性을 촉구하는 契機』인 것이며, 責任刑法은 이와 같은 방법으로만 犯罪防止效果를 기대할 수 있기 때문이다.<sup>104)</sup>

104) 그런데 目的的 行爲論의 입장에 서 있는 Hirsch는, 過失行爲에 있어서 行爲者의 目的性이 法的으로 중요하다고 하며, Struensee도 過失犯의 主觀的 構成要件에 관해서 主觀說을 주장하고 있다. Hirsch, Der Streit um Handlungs- und unrechtslehre, ZStW Bd. 93, 1981, S.856ff.; Struensee, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 1987, S.53ff.; ders., Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit, GA 1987, S.97ff.; ders., "Objektives" Risiko und subjektiver Tatbestand, JZ 1987, S.97ff.