

# 過失犯과 信賴의 原則

朴 鉉 俊\*

## I. 序 論

過失犯을 處罰하는 刑法規定은 많지는 않지만, 交通犯罪, 醫療事故등의 過失로 惹起되는 犯罪은 刑事事件의 상당수를 차지하고 있다. 이렇게 現實的으로 중요한 意義가 있는 過失犯에 대한 概念과 그 構成要素 나아가 過失犯의 構造에 대해서는 아직도 明確한 回答이 주어져 있지 않다.

古典的 犯罪體系에 있어서<sup>1)</sup> 過失犯은 法理上으로나 實際적으로 지극히 例外的인 범죄로 단순한 犯罪事實의 認識有無에 따라 故意犯과 구별되는 非現實的인 분야에 머물고 있었다. 그러다가 近者에 와서 技術文明의 급속한 발달로 인한 過失犯의 激增은 커다란 社會的 問題로 登場하여 過失犯은 實제적으로 重要性을 더하여 그 存在意義와 機能에 대한 識이 더욱 관심을 끌게 되었다.

더불어 H.Welzel과 A.Kaufmann으로 대표되는 目的的 行爲論의 登場과 過失의 內容이 무엇인가하는 問題, 즉 注意義務의 內容과 體系的 地位에 관한 論爭등으로 인하여 故意犯과 별개로 獨自的인 犯罪體系를 構成하

\* 嶺南大學校 法科大學 講師, 法學博士

1) Belling과 von Listz 등으로 代辯되는 古典的 犯罪理論과 이를 基本構造로 하면서 모든 標識에 대한 體系內的 改善을 통하여 再構成된 G.Radbruch, M.E.Mayer, E.Mezger 등으로 代表되는 犯罪理論을 總稱한다.

게 되었다.<sup>2)</sup>

具體的으로 보면 過失犯은 故意犯과는 달리 우연의 要素가 개입되어 結果가 발생되는 犯罪이다. 따라서 行爲의 성질에서 발생이 예상되는 危險 모두에게 結果 발생의 回避措置를 취해야 할 義務가 있다고 한다면 오늘날 社會生活은 아마도 麻痺되어 버릴 것이다.

특히 高速交通機關에 의한 交通行爲, 醫療行爲, 環境(公害)問題, 土木建築行爲, 都市가스공급行爲, 鑛山, 原子力 등 현대생활에 있어서 社會의 有用性은 있으나 성질상 法益侵害의 危險性이 항상 내재하고 있는 行爲가 급격히 증가하고 있는 때 過失犯은 더욱 重要的 意義를 가진다. 나아가 過失認定의 기준으로 "許容된 危險의 法理"와 이의 具體的인 實踐原理로서의 "信賴의 原則"이 交通分野의 事故에서 實務的 次元의 要請으로 定立하기에 이르렀다.

그리하여 自動車의 運轉行爲와 같이 法益侵害의 危險性은 있지만 社會的으로 有益한 行爲를 함으로 말미암아 發生한 法益侵害에 대한 違法性的의 與否는, 法益侵害의 有無(=結果反價値의 與否)가 아니라 客觀的 注意義務의 違反與否(=行爲反價値의 與否)에 의하여 判斷해야 한다는 「許容된 危險(erlaubtes Risiko)」의 法理가 誕生하게 되었던 것이며, 또한 이 法理를 背景으로 하여 過失이 責任의 種類 내지 形式이 아니라 違法(내지 構成要件)의 要素라고 하는 새로운 過失論이 登場하게 되었던 것이다.

그런데 「許容된 危險」의 法理에 의할 것 같으면 모든 法益侵害를 違法한 것으로 보지 않고 社會的 相當性(soziale Adäquanz)의 範圍를 逸脫한 法益侵害, 즉 客觀的으로 要請되는 注意義務 또는 社會生活上 必要的 注意義務(im Verkehr erforderliche Sorgfaltspflicht)에 違反한 法益侵害만을 違法한 것으로 보고 社會生活上 必要的 注意義務, 즉 客觀的 注意義務를 責任의 問題가 아니고 違法要素라고 하였던 것이다.<sup>3)</sup> 이러한 觀點에서

2) 金鍾源, 「過失犯」 刑事法講座 I, 韓國刑事法學會 編, 博英社, 1981, 331面

3) 信賴의 原則은 目的的 行爲論과는 無關하게, 극히 實務的인 側面의 必要性에서 登場하였는데, 目的的 行爲論에 의하여 人的 不法性和 관련하여 刑法上 犯罪論 構造內的 過失犯 分野에 위치하게 되었다(車鍾碩, 「信賴의 原則」 刑事法講座 I 韓國刑法學會編, 博英社, 1981, 345面 參照).

信賴의 原則은 客觀的 注意義務를 具體化하기 위한 方法上의 原則<sup>4)</sup>이라고 할 수가 있다.

아울러 一面 自動車 交通의 迅速·圓滑化에 대한 社會的 要請에 부응하고, 다른 面으로는 人命의 安全을 보호해야 할 注意義務를 自動車 運轉者와 步行者 各自에게 적절하게 分配해야 한다는 소위 「社會的 危險의 적정한 分配의 原則」(Grundsatz der angemessenen Verteilung der Sozialgefahren)이라는 法理가 道路交通의 分野에서 시작되었던 것이다.

따라서 信賴의 原則은 「危險의 分配」가 적정하게 행하여지고 있다는 것을 交通關者(自動車運轉者, 步行者)의 相互間에 信賴한다는 것을 意味하기 때문에 同原則은 이 危險分配의 思想을 基礎로 하여 誕生된 法理라고 할 수 있을 것이다.<sup>5)</sup> 그런데 危險分配의 法理는 반드시 自動車 運轉者와 步行者 간의 關係뿐만 아니라 自動車 運轉者 相互間에 있어서도 그 適用이 可能的 것은 물론이고 社會的으로 有用한 目的을 달성하기 위하여 여러 사람이 共同으로 作業하는 分野에도 그 適用이 可能的 原理이다.<sup>6)</sup>

理論의인 발전과정을 살펴보면, 그 출발점은 心理的 責任概念 (Psychologischer Schuldbe-griff)<sup>7)</sup>이라 할 수 있다. 이는 刑法上의 責任을 經驗上 확인 가능한 心理的 事實에 근거를 두고 있다. 그러나 刑法的 歸責을 위해서는 注意義務違反이라는 規範的 要素를 지니는 過失概念이 必要的 데, 이 理論으로는 설명할 수가 없다. 왜냐하면 故意와는 달리 過失에 있어서는 結果에 대한 行爲者의 意思관련이 없기 때문이다.

그러므로 過失概念에 規範的 要素를 발견하게 된 것이 規範的 責任概念

4) 福田 教授는 信賴의 原則을 「客觀的 注意義務를 具體化하기 위한 方法上의 原則」이라고 하면서 특히 交通事犯에 있어서 社會相當性을 指導形象으로 하여 社會生活에 필요한 注意義務를 具體的으로 判斷하는 基準이 되는 方法의 原則이라고 하고 있다. (福田 平, 刑法解釋學의 基本問題, 有斐閣, 1982, 57面)

5) 中 義勝, 「過失犯における許された危險의 法理 · 危險의 分配」, 青木清相 外 3人 編, 日沖選輯 過失犯 (1) 基礎理論(有斐閣, 1968), 54-55面

6) 信賴의 原則이 適用되기 위한 業務의 前提條件으로는, ① 社會的 有用성이 있을 것, ② 結果發生의 危險이 內包된 業務일 것, ③ 2人 이상 共同作業을 要하고, ④ 서로 業務의 性質上 信賴를 必要로 하는 業務일 것 등, 各種業務로서 産業化가 될수록 그 分野는 增加되고 있다.

7) H.H.Jeschek, Entwicklung und Stand der Lehre von der Fahrlässigkeit in Deutschland, Korea und Japen, 金鍾源 譯, 過失論의 發展과 現況, 法曹 28권 12호, 1979, 1면 이하 참조

(Normativer Schuldbegriff)<sup>8)</sup>이었다. 이에 의하면 刑法의 本質을 目的과 價値에 의거해서 正立하는 데 있다고 본 目的論的 刑法學(Teleologische Strafrechtslehre)에 근거하여 目的과 價値는 刑罰의 基礎와 限界로서의 責任原理에 基礎를 두어서 責任은 行爲者의 意思形成의 態樣에 대한 否定的 價値判斷이라고 보게 되었다. 그리하여 過失은 消極的인 면에서 탈피하여, 법질서가 일정한 경우에 요구하는 注意義務를 다하지 못한 데에서 구하게 되었다. 결국 行爲者가 行爲時의 不注意로 인하여 結果豫見義務를 다하지 못한 데에 대하여 非難할 수 있다는 것이다.

그러므로 이러한 犯罪體系下에서의 犯罪는 客觀的인 측면과 主觀的인 측면으로 나누어서 過失은 故意와 더불어서 主觀的인 측면의 責任條件 내지 責任形式으로 된다는 것이다. 그러나 이 體系下에서의 故意와 過失은 責任의 段階에서 비로소 區別되어짐으로 過失의 독자적인 의의는 微弱하여, 故意가 직접적인 非難이라면 過失은 간접적인 非難形式을 띠게 되었다.

그 후 過失犯理論을 보다 發展시킨 契機는 H.Welzel의 目的的 行爲論의 登場이었다. H.Welzel은 스스로 過失犯理論에 대해서 몇차례 變化를 보이고 있으나, “法官은 우선 具體的 情況에 따라서 行爲者에게 무엇이 社會生活上 必要한 注意인가를 確定해야 하고 이에 요구되는 行爲와 現實의 行爲를 比較함으로써 行爲者의 現實化한 行爲가 注意義務에 適合한가를 確定해야 한다”<sup>9)</sup>는 것이다. 그리하여 適切한 行爲로 부터 逸脫한 行爲는 모두 構成要件에 該當한다고 하고, 그 反對의 경우는 構成要件該當性 自體가 否認되고 當該行爲者의 非難與否는 責任의 問題에 속한다고 보게 되었다.

이와같이 Welzel의 過失犯論은 違法性的 本質을 行爲者의 일정한 反倫理的 態度와 관련시켜 판단되는 行爲反價値(Handlungsunwert)에 있다고 보는 그의 人的 不法論에 根據하고 있다. 그리하여 結果反價値(Erfolgsunwert)는 人的으로 違法한 行爲의 내부에서만 意義를 갖는 非

8) 規範的責任論을 發見한 사람은 Frank인데, 그는 責任을 行爲者에게 非難이 가해질 수 있는 意思違反의 形成이라고 보았다(R.Frank, Aufbau des Schuldbergriffs, 1907). 그 후 Freudenthal의 理論을 거쳐, Goldschmidt에 이르러 完成되었다.

9) Hans Welzel, Das Deutsch Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 132.

獨立的 要素로서 不法을 이루는 構成要素에 불과하다고 보게 된다. 따라서 過失犯의 本質도 行爲者의 “社會生活上의 必要로 하는 注意義務違反의 態度”라는 行爲反價値에 있으며, 法益侵害 내지 危險性이라는 結果反價値는 단지 不注意한 行爲속에서만 刑法上 중요한 行爲를 가려내는 限定的 意味를 갖는 데 不過하다고 보게 된다.

이러한 人的不法論에 의해 過失犯의 獨自의인 犯罪體系가 構成要件該當性, 違法性, 責任性이라는 3段階構造로 이루어져 있다는 것을 확인하는 계기가 되었고, 오늘날 過失犯의 論議 상황도 그러한 範疇에서 진행되고 있다고 본다.

## II. 過失犯의 構造

### 1. 意 義

우리刑法 14條에 〈正常的 注意를 태만히 함으로 因하여 罪의 成立要素인 事實을 認識하지 못한 行爲는 法律의 規定이 있는 경우에 한하여 處罰한다〉고 規定하여 犯罪의 處罰은 原則의으로 故意犯을 대상으로 하고 過失犯의 處罰은 지극히 例外로 하고 있다.<sup>10)</sup>

이런 이유로 刑法理論上 過失犯에 관한 論議는 故意犯에 비해서 지극히 부수적이고 例外的인 것으로 取扱되어 왔던 것이다.

實際的인 경우에 있어서도 사회가 産業化되기 전에는 生命과 身體의 危害를 야기하는 過失犯은 거의 刑法典에 定型化된 過失의 態樣에 불과한 것

10) 이러한 현상은 日本이나 독일에서도 마찬가지의 경향이다. 즉, 日本刑法 38條 1項에는 「罪를 犯할 意思가 없는 行爲는 이를 罰하지 아니하고, 法律에 특별한 規定이 있는 경우에는 그러하지 아니하다」고 規定하고, 獨逸刑法 15條에는 「法律이 明文으로 過失行爲에 刑을 과하도록 定하고 있지 아니한 때는 故意犯만 處罰한다」고 規定하고 있다. 우리刑法典에 過失犯 處罰의 規定을 두고 있는 경우로서는 失火罪(170條), 業務上失火罪(171條), 過失로 인한 爆發物破裂罪(172條 2項), 過失溢水罪(181條), 過失 등으로 인한 交通妨害罪(268條), 過失傷害罪(266條), 過失致死罪(267條), 業務上過失·重過失致死傷罪(268條), 業務上過失·重過失贓物取得罪(364條)

이 고작이었다. 具體的으로 보면 過失行爲와 結果간의 因果關係에 관해서도 事實關係가 비교적 단순한 까닭에 발생한 過失의 형태에 대해서는 經驗則上 쉽게 認定할 수 있었던 狀況이므로 구태여 어려운 過失理論을 必要로 하지 않았다. 결국 이시대의 過失은 故意에 대한 消極的인 惡意이며, 그것에 起因하여 結果가 발생하는 경우에 過失犯은 處罰해 왔던 것이다.<sup>11)</sup>

그러나 産業革命이후 技術文明의 發達로 야기되는 災害事故는 刑事司法領域에서는 過失犯의 量的 増大를 가져와 때로는 可恐할 만한 社會的 破滅性을 초래하고 있다. 이에 대한 規制는 일차적으로 行政上 事前規制를 하는 경향이 많으나 그 限界를 벗어나는 현실적인 위해에 대해서는 事後的으로 그 行爲者에게 責任을 추궁하여 未來에 발생할 또다른 犯法行爲를 豫防하기 위한 수단으로 刑法이 適用되어져야 한다는 必要성과, 刑法上 過失犯 規定의 精確한 定立을 위해서도 過失犯의 構造에 관한 理論構成은 摸索되어져야 한다.

## 2. 過失과 過失行爲

### 1) 過失의 概念

刑法上 업무상 過失致死傷罪(제268조)라는 過失犯이 成立하기 위해서는 사람의 死亡이나 傷害라는 結果가 發生해야 하고, 이러한 結果가 또 다른 사람의 行爲를 原因으로 하여 惹起되어야 하며,<sup>12)</sup> 그리고 加害者의 過失이 認定되어야만 한다.

이러한 경우에 있어서 過失이 과연 무엇인가에 대하여 刑法에는 자세한 定義規定이 없다. 즉 過失에 대한 各國의 刑法의 態度를 보면, 먼저 獨逸刑法 第15條는 「法規가 明文으로 過失行爲에 刑을 科하도록 定하고 있지 아니한 때에는 故意行爲만을 벌할 수 있다」라고 規定하고, 1930年の 獨逸刑法 초안 第19條에는 「行爲者가 事實上 및 個人的 關係上 負擔해야 할

11) 藤木英雄 編, 過失犯 -新·舊過失論爭-, 學陽書房, 1978, 11面(藤木英雄 執筆).

12) 이때 問題가 되는 것이 因果關係의 問題 또는 客觀的 歸屬理論의 問題이다(우리나라 從來의 通說은 相當因果關係說이었으나, 近者에 강하게 대두되고 있는 見解가 客觀的 歸屬理論이다).

義務가 있고, 또 그 負擔이 可能的 注意(Sorgfalt)를 怠慢하여, 그 結果의 可罰의 行爲의 構成要件이 實現可能하다는 것을 豫見하지 못했거나, 또는 實現可能하다고 생각하였으나 發生하지 않을 것이라고 믿었을 때에는 過失에 의한 行爲이다」고 規定하고, 1958년의 獨逸刑法 草案 第17條 1項에는 「그 周圍 事情과 一身上의 立場에서 보아 注意義務 및 注意能力을 가지면서도 注意하지 아니하고, 따라서 可罰의인 行爲의 構成要件이 實現될 수 있다는 것을 認識하지 못하거나, 비록 그 實現可能性을 認識할지라도 그것이 發生하지 않으리라고 믿는 者는 過失에 의하여 行爲한 것이다」라고 規定하고 있다.

또한 日本刑法 第38條 1項은 「罪를 犯할 意思가 없는 行爲는 이를 罰하지 아니한다. 단 法律에 特別한 規定이 있는 경우에는 그러하지 아니하다」라고 規定하고 있으며, 스위스刑法 第18條 2項은 「行爲가 義務에 違反한 不注意(Pflichtwidrige Unvorsichtigkeit)로써, 行爲者 자신이 자기 行爲의 結果를 고려없이 또는 고려하지 않았던 것으로 歸責될 때에는 行爲者는 重罪 또는 輕罪를 過失에 의하여 行한 것이다. 義務에 違反한 不注意란 行爲者가 事情上 및 個人的 관계상 義務로서 負擔하여야 할 注意를 遵守하지 않은 경우이다」고 規定하고 있다.<sup>13)</sup>

우리 刑法 14條는 抽象的인 規定만 해놓고 具體的인 경우의 過失의 判斷與否를 學說과 判例에 委任하고 있다.

결국 過失은 「行爲者가 構成要件의 實現可能性을 豫見하거나 豫見할 수 있었음에도 불구하고 具體的인 상황에서 그 構成要件의 結果의 發生을 回避하기 위하여 社會生活上 要求되는 注意義務를 違反(Die Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt)하는 것」이라고 學說·判例를 통하여 定立할 수 있다. 여기서 「社會生活上 注意義務違反」은 「客觀

13) 過失 내지 過失犯에 관한 立法例를 정리해 보면, 먼저 過失概念이나 過失에 대한 定義를 전혀 내리지 아니하면서 過失犯 處罰의 根據規定을 마련하고 있는 立法으로는 日本刑法 38條, 프랑스刑法典 등이 있고, 用語만 使用하고 있는 例로는 獨逸刑法 15條와 이탈리아刑法 42條 2項이 있고, 어느 정도 過失犯의 構成要件을 明示하고는 있으나 具體的으로 明確한 概念을 내세우지 않고 있는 例로는 우리나라刑法 14條, 1930年 獨逸刑法草案, 1958年 獨逸刑法草案, 스위스刑法 18條 2項, 1932年 폴란드刑法, 1951年の 유고슬라비아刑法 등을 들 수가 있다(木村龜二, 「過失犯의 構造」, 現代刑法學의 課題(下), 瀧川運曆, 1955, 590面 以下 參照).

的 注意義務違反」이라고 表現하는데 이는 “構成要件의 實現의 危險이 (客觀的으로)認識可能한데 이 危險을 고려해서 客觀的으로 命하여진 注意를 怠慢하는 것”을 말한다.<sup>14)</sup>

## 2) 過失行爲

우리 刑法 第226條의 過失傷害罪의 構成要件을 보면 「過失로 인하여 사람의 身體를 傷害한 者는 …」, 또 第267條의 過失致死罪의 構成要件을 보면 「過失로 인하여 사람을 致死 …」, 그리고 第268條의 業務上過失·重過失致死傷罪의 그것을 보면 「業務上過失 또는 중대한 過失로 인하여 사람을 死傷에 …」로 規定되어 있다. 그런데 이러한 規定의 文言上的 表現은 妥當하지가 않다. 왜냐하면 過失犯의 構成要件의 行爲는 「過失」이 아니라 「過失行爲」인 것이다.<sup>15)</sup> 이는 非故意的 行爲(unvorsätzlich)로서 犯罪事實의 認識·引用이 없는 行爲이다. 이러한 過失行爲에는 過失犯의 實行行爲라는 意味도 있지만 또 構成要件 以前の 段階에서 問題로 되는 行爲로서도 생각할 수가 있다.<sup>16)</sup> 여기에서는 犯罪概念의 基礎로서 構成要件의 判斷의 對象으로 되는 過失行爲에 대하여 檢討해 보기로 한다.

먼저, 因果的 行爲論의 立場에 있어서도 過失犯이 어떤 行爲에 의하여 犯하여진다고는 생각하였지만, 그 行爲性的 內容에 대해서는 特別한 問題를 提起하지 않고 막연하지만 客觀的인 身體의 動靜과 그것에 기한 因果的인 事實이 過失行爲<sup>17)</sup>라고 說明하여 過失行爲의 內容에 있어서 行爲者의 主觀的인 面을 일체 고려하지 아니 하였으며 主觀的인 面의 考察은 모두 責任論에 맡기고 있다.

目的的 行爲論의 立場에서 過失行爲는 故意行爲와 더불어서 刑法的 評價의 對象이 되는 行爲라고 보았다.

14) 金鍾源, 「過失犯」, 338面

15) 金鍾源, 「過失犯」, 337-338面 參照.

16) 大塚 仁, 「過失犯의 構造」 刑法論集(I)-犯罪論と解釋學-, 有斐閣, 1979, 205面 以下: Stratenwert는 <構成要件該當性>에서 過失行爲犯(fahrlässige Tatigkeitsdelikte)과 過失結果犯(fahrlässige Erfolgsdelikte)으로 나누어 敘述하고 있다(Strafrecht, AT.I, Die Straftat, 2.Aufl., 1976, S.1086).

17) 沈在宇, 「刑法體系에 있어서 過失犯의 構造」, 法律行政論集 第18輯, 1980, 62面



좀더 具體的으로 보면, Welzel은 初期에 故意行爲는 現實的 目的性(aktive Finalität)이 있는 行爲이지만 過失行爲는 潛在的 目的性(potentielle Finalität)이 있는 行爲라고 하여 過失行爲도 目的的 行爲라고 하여 왔는데<sup>18)</sup> 後에는 故意行爲는 構成要件의 結果를 指向하는 目的的 行爲이지만, 過失行爲는 構成要件 이외의 結果를 指向하는 目的的 行爲라고 說明하기에 이르렀다.<sup>19)</sup> 그러므로 Welzel에 있어서는, 過失犯은 수 차에 걸친 改訂을 부득이하게 할 수밖에 없는 章이었다.<sup>20)</sup> 결국 目的的 行爲論의 過失行爲에 대한 基本的인 見解는 「構成要件該當性, 違法性 責任이라는 刑法的 評價의 對象이 되는 犯罪行爲는 모두가 目的的 行爲이며 構成要件의 結果에 행해진 目的的 行爲는 故意犯의 構成要件에 該當하고(故意行爲) 構成要件의 重要하지 않는 結果에 행해진 目的的 行爲가 客觀的 注意에 違反하고 있다고 判斷되는 경우는 過失犯의 構成要件에 해당한다(過失行爲)는 것이고, 構成要件該當性의 전에 위치하는 刑法的 評價의 對象으로는 모두가 目的的 行爲인 것이다. 이와 같은 結論은 過失犯에 있어서 行爲의 moment가 明確하게 되고 行爲反價値를 問題로 삼는 새로운 違法觀에 實際的 基礎를 부여함과 동시에 過失犯의 構成要件에 있어서 實行行爲의 內容의 規定이 可能하게 되며 지금까지 責任論에서만 問題삼던 過失이 構成要件該當性, 違法性에서 區別되는 것이 明確하게 된다」는 것이다.<sup>21)</sup>

그러나, 이와 같이 過失行爲를 非故意의 目的的 行爲라고 파악하여도 여기서의 非故意性은 過失의 消極的 標識에 불과하며, 過失의 積極的 標識은 社會生活上 必要한 注意의 違反이다. 그래서 이러한 意味에서는 過失行爲는 「社會生活上 必要한 注意에 違反하는 行爲」라고 말하게 되며 또 「客觀

18) Hans Welzel, Das Deutsch Strafrecht in seinen Grundzügen, 2.Aufl. 1949, S.23에서 주장하였으나, 같은 Niese로부터 潛在的 目的性이라는 概念이 存在論的 觀點에서 妥當性이 있느냐의 批判的 見解(Werner Niese, Finalität Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951, S.43)로 인하여 바뀌게 된다.

19) Hans Welzel은 「過失犯의 경우 構成要件에 있어서는 目的的으로 設定된 行爲結果는 刑法上 重要하지 않는 것이다」라고 敘述한다(Das neue Bild des Strafrechtssystems, 1952, S.12).

20) Hans Welzel, Das Deutsch Strafrecht, 9.Aufl., S.116.

21) 福田 平, 「過失犯と目的的行爲論」, 日沖選譯, 過失犯(Ⅰ), 有斐閣, 1970, 22-23면

的 注意에 違反하는 行爲』라고도 말한다.<sup>22)</sup>

### 3. 過失의 體系的 地位

#### 1) 問題의 所在

現代生活의 産業化·機械化로 인하여 生命·身體 등의 法益에 대한 侵害의 危險性을 가진 行爲가 增大됨으로서, 이를 해결하기 위한 過失犯罪理論에 대한 實際的 意義가 增大했고 또한 目的的 行爲論의 登場에 따른 犯罪論 體系構成의 변천에 의하여 새로운 內容과 形態를 갖춘 새로운 過失論의 登場을 招來하였다.<sup>23)</sup> 過失概念에 있어서 本質的 內容은 注意義務違反인데, 특히 注意義務違反의 체계상의 地位와 關係해서 그 內容 및 結果와의 關係 問題를 어디에 位置시킬 것인가라는 問題가 대두된 것이다. 아래에서는 먼저 犯罪體系에 따른 過失의 지위를 살펴보고,<sup>24)</sup> 過失의 核心的 內容인 注意義務違反의 內容을 檢討해보기로 한다.

#### 2) 學說의 概觀

##### (1) 傳統的 過失論(舊過失論)

이 理論은 古典的 犯罪體系下的 過失理論으로서 因果關係와 主觀的 豫見可能性만으로 過失犯의 構造를 說明하고자 하는 것이다. 즉 構成要件의 結果가 發生하면 過失犯의 違法性이 認定되고, 結果豫見義務는 過失의 中心 要素로서 責任에 속한다고 한다. 따라서 行爲의 客觀的인 面을 評價하는 構成要件該當性·違法性 段階에서는 故意犯과 同一하고, 主觀的인 面을 問

22) 金鍾源, 「過失犯」, 338面 參照.

23) 福田·大塚, 對談 刑法總論(上), 有斐閣, 1986, 148面 以下 參照.

24) 過失의 體系的 地位를 把握하는 見解는 多樣하다. 즉 金鍾源教授는 責任의 段階, 不法의 段階, 構成要件의 該當性의 段階에서 過失을 論하고(「過失犯」, 332面 以下); 金日秀教授는 古典的 犯罪體系, 目的的 犯罪體系, 新古典的·目的的 犯罪體系, 過失犯體系의 新傾向으로 나누고 있으며(刑法Ⅱ, 441面 以下); 裴鍾大教授는 古典的 犯罪體系, 目的的 犯罪體系, 社會的 犯罪體系로 나누고 있으며(刑法總論(改訂版), 弘文社, 1993, 537面); 日本의 學者들은 대체로 傳統的 過失論, 新過失論, 新·新過失論으로 區分하여 考察하고 있다. 本論文에서는 傳統的 過失論, 新過失論, 新·新過失論, 修正된 舊過失論, 主觀的 過失論을 區分하여 過失의 體系的 地位를 檢討한다.

題사는 責任段階에 와서 비로소 區別될 뿐이다.

다시 말하면 傳統的 過失論은 心理的 責任論에 立脚한 過失理論으로 故意에 종속된 過失論에 不過한 것이고, 責任의 前提가 되는 構成要件該當性 및 違法性은 故意와 過失의 共通된 要素라고 본다.<sup>25)</sup> 즉 結果가 發生하고 그것이 行爲者의 行爲에 의한 것이라고 認定되면 構成要件該當性에 該當하고, 阻却事由가 없는 한 違法性도 充足된다. 그러므로 故意나 過失은 差異가 없다. 故意와 過失의 差異는 오직 責任段階에 있는데, 故意는 犯罪事實의 發生을 積極的으로 認識한 惡意임에 반해 過失은 犯罪事實을 認識하지 못했든 또는 結果發生을 回避하지 못했든 消極的인 惡意라는 점에 差異가 있다.

요컨대 傳統的 過失論에 의하면 結果의 發生이 過失犯의 客觀的 側面이 되며 不法判斷의 對象이고, 이것이 過失犯의 不法要素로서 結果反價值(Erfolgsunwert)이다. 그리고 法益侵害를 惹起한 이상 항상 過失犯의 構成要件該當性·違法性은 充足된다.

그런데 傳統的 過失論은 몇 가지 점에서 批判을 받는다. 傳統的 過失論에서는 主觀的 認識可能性 또는 主觀的 不注意로 把握되는 過失은 故意와 더불어 責任段階에 와서야 비로소 區別되는 責任의 類型에 불과하다. 따라서 故意·過失이라는 서로 다른 行爲態樣을 構成要件該當性的 段階에서 區分하여 取扱할 수 없다는 批判 이외도 이미 社會적으로 相當性を 지닌 行爲도 그것이 結果惹起와 연결 되는 한 刑法上 不法評價를 받아야 한다는 不合理한 結論에 이른다.<sup>26)</sup> 결국 構成要件의 結果와 相當因果關係가 있는 不注意한 心理狀態만으로 過失犯을 파악했으므로, 過失의 「行爲」的 側面을 缺如했다는 批判을 면치 못한다.<sup>27)</sup> 또한 傳統的 過失論은 過失을 責任要素로만 보기 때문에, 「許容된 危險」(erlaubtes Risiko)·「信賴의 原則」

25) 藤木, 過失犯-新舊過失論爭-, 22面; 土本武司, 「過失犯理論의 動向と實務(I)」, 警察研究 第54卷 第4號, 1981, 16面

26) 이러한 不合理한 結論을 解決하기 위하여 規範的 要素로서 登場한 概念이 注意義務違反(sorgfaltsverletzung)이다(Welzel, Strafrecht, 11. Aufl., S.128).

27) 曾根威彦, 「過失犯의 構造」, 現代刑法論爭(I), 勁草書房, 1983, 248面 以下; 金鍾源, 「過失犯」, 334面; 金日秀, 刑法(II), 442面 參照. 오늘날 이 學說을 支持하는 學者는 거의 없다.

(Vertrauensgrundsatz)의 法理를 뒷받침하는 面에서는 適合하지 않다.

## (2) 新過失論

이 立場은 目的的 犯罪體系 내지 新古典的 犯罪體系의 見解로서 過失을 構成要件該當性の 段階에서부터 다루고 있다. 過失行爲의 本質的 要素는 結果에 있는 것이 아니라 行爲遂行의 方法과 態樣, 즉 注意義務違反의 態度라고 한다.<sup>28)</sup> 이는 客觀的 注意義務違反을 過失不法의 本質로 본다. 그러므로 結果가 惹起된 경우라 하더라도 結果回避義務의 違反이 없는 한, 過失犯의 不法이 부정되어 故意犯과 過失犯은 構成要件段階에서 區別된다. 그리하여 「許容된 危險」(erlaubtes Risiko)의 경우나 「信賴의 原則」(Vertrauensgrundsatz)이 適用되는 경우는 「社會的 相當性」(sozialadäquat)을 逸脫한 注意義務違反이 없으므로 構成要件該當性を 排除하게 된다. 이와 같이 新過失論은 客觀的·一般的으로 豫見不可能한 結果에 대해서 犯罪로 되지 않는다는 데에 당초의 目的이 있었다. 新過失論은 學者에 따라서 多樣한 見解를 보이고 있으나 크게 두 가지 立場으로 區分할 수 있는데 하나는, 過失犯도 故意犯과 같은 犯罪體系를 갖는다 하여 構成要件的 過失 내지는 違法要素로서의 過失을 긍정하는 見解를 말하며, 다른 하나는 客觀的 注意義務의 內容에 대해서 傳統的 過失論이 結果豫見可能性에 基礎한 結果豫見義務을 中心要素로 한 반면에, 結果回避可能性에 基礎한 結果回避義務에 중점을 둔 立場을 일컫는다고 할 수 있다.<sup>29)</sup> 오늘날 獨逸·日本 및 우리나라의 通說은 犯罪體系上이나 注意義務의 內容에 따라 약간의 差異는 있으나 대체로 新過失論에 立脚하고 있다.

이러한 新過失論에 의하면 어떤 行爲에 기인한 結果發生이 있고 豫見可能性이 있는 것이라도 行動基準에 合당한 것인 때는 責任을 묻지 않는 것이 된다. 따라서 이 過失論에 의하면 結果反價値만으로는 過失의 構成要件을 충족하지 못하고 行爲反價値가 있어야만 비로소 充足됨으로 客觀的 注意義務違反이 없는 過失行爲를 正當化함으로써 過失犯 處罰을 減輕化하는

28) Welzel, Strafrecht, 11. Aufl., S. 129.

29) 植松 正 外, 現代刑法論爭(1), 勁草書房, 1983, 253面 (日高 義博 執筆).

役割을 하였다.<sup>30)</sup>

이 過失論의 실제적인 利點으로 들고 있는 것을 소개하면, 하나는 過失犯이 되는 事故와 不可抗力의 事故의 區別이 容易하고 그 認定이 客觀的으로 될 수 있다는 점과 過失犯의 不成立의 경우에 있어서 그 이유의 根據가 行爲者의 心情에 보다 좋은 效果를 부여할 수 있다는 점,<sup>31)</sup> 둘째로는 責任無能力者에 의한 過失犯의 경우에 合理的인 解釋基準을 부여한다는 점이 있다.<sup>32)</sup>

傳統的 過失論에서 新過失論으로 發展하는 契機는 Karl Engisch가<sup>33)</sup> 注意義務의 內容을 外的 注意義務과 內的 注意義務로 나누어, 前者는 結果回避義務로 보아 違法性의 問題에 속하게 하고, 後者는 結果豫見義務로 보아 責任의 領域에 남게 하는 見解가 나타나면서부터였다.<sup>34)</sup> 그 후 注意義務의 內容으로서 結果豫見義務와 結果回避義務를 並列的으로 고려해, 客觀的 注意義務는 構成要件該當性 및 違法性段階에서, 主觀的 注意義務는 責任段階에서 考察하여 客觀的 注意義務違反은 客觀的 豫見可能性과 客觀的 結果回避可能性이 判斷 基準이 된다는 見解<sup>35)</sup> 혹은 結果回避義務를 違法要素로 하고 結果豫見義務는 責任要素라고 보면서 注意義務의 內容은 結果回避義務이고 豫見可能性은 그 論理的 前提라는 見解<sup>36)</sup> 등이 나타나고 있다.

이러한 新過失論에 대한 大塚教授의 비판을 소개하면, “刑法學上 行爲의 概念은 犯罪의 成立與否를 論함에 必要로 하는 限度 내에서 考慮되어야 할 것이므로 過失犯에 있어서 過失行爲로 問題가 되는 것은 이러한 犯罪的 結

30) 李敬鎭, 「過失犯의 現代的 照明과 課題」, 釜山大學校 博士學位論文, 1989, 36面

31) 土本, 前掲論文, 20-22面

32) 藤本, 過失犯의 理論, 99面; Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, S.331

33) Karl Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit in Strafrecht, 1930(Neudruck, Scientia Aalen, 1964), S.273에서 注意義務를 일정한 外部의 行爲를 하는 作爲義務, 危險한 事態를 招來하지 않게 하는 不作爲義務 등을 外的인 것으로 하고, 內心的 緊張義務를 內的인 것으로 나누고 있다.

34) 井上正治, 過失犯의 構造, 有斐閣, 1981, 50面 以下 參照.

35) 福田, 刑法解釋學의 基本問題, 有斐閣, 1975, 55面에서 行爲者가 行爲時에 특히 알고 있는 事情 및 行爲者가 놓인 狀況에 있어서 보통 社會人이면 알 수 있었을 事情을 基礎로 해서 그러한 具體的 事情下에서 보통 社會人이 構成要件의 結果의 發生을 豫見할 수 있었는가의 與否를 判斷하여 客觀的 豫見可能性이 肯定되어야 하고 또한 客觀的 結果回避可能性이 肯定되어야 客觀的 注意義務가 있다고 주장한다.

36) 日高 義博, 「過失犯의 構造」, 253面 以下.

果와 직접 연결되는 行爲者의 身體의 動靜이다. 그러므로 歸家하는 自動車 運轉行爲는 過失行爲의 背後에 있는 一般的인 行爲로서 具體的 狀況의 面에 있어서 考慮됨에 불과하고 過失犯 成立의 問題로는 取扱할 必要가 없다. 그러므로 目的的 行爲論者들의 「法的으로 重要하지 않는 結果를 指向하는 目的的 行爲」는 犯罪概念의 基準行爲로서 考慮할 必要가 없다.”<sup>37)</sup>고 하였다.

요컨대 (i) 基準行爲로부터 逸脫을 過失의 實體로 하는 것은 刑法的 評價의 對象을 正確하게 認識하지 못하고 있다는 점, (ii) 客觀的 豫見可能性을 違法要素로 한다는 점이 지적되고 있으나, 그것은 新過失論에서의 刑法的 評價의 對象을 잘못 오해한 것이라고 批判받는다. 즉 福田教授는 “目的的 行爲論에서 말하는 過失行爲는 刑法的 評價의 對象으로서 人間의 行爲에 包含되는 것이므로 自動車를 運轉하는 目的도 一般的 目的으로 包含할 수 있다. 그리고 許容된 速度로 運轉하던 者가 步行者의 直前에서 右로 方向을 바꾸어야 함에도 左로 方向을 바꾸어 步行者에게 傷害를 입힌 경우를 생각한다면 自動車 運轉이라는 一般的 目的行爲가 構成要件의 評價의 對象으로는 되지만 過失犯의 實行行爲는 客觀的 注意義務에 違反한 構成要件의 結果를 惹起하는 現實的 可能性을 가진 非故意의 行爲이며 결코 自動車의 運轉行爲 全過程을 意味하는 것은 아니다. 그러므로 大塚教授는 刑法的 評價對象인 生活事象을 構造分野로서의 目的的 行爲概念과 構成要件該當性의 實行行爲 概念을 混沌하고 있다.”고 批判하고 있다.<sup>38)</sup>

### (3) 新·新過失論

日本에서 登場한 學說로 過失犯에 있어서 結果回避義務違反의 範圍를 擴大하려는 立場이다.<sup>39)</sup> 그러므로 注意義務의 內容으로서 結果回避義務를 고려해 그 違反을 構成要件該當性 내지 違法性段階에서 檢討하게 되는데, 이 경우 客觀的 豫見可能性은 結果豫見義務와의 關係에서 고려되지 않고,

37) 大塚, 過失犯의 構造, 207面

38) 大塚教授가 批判하는 것처럼 目的的 行爲論에서 주장하는 目的은 어떤 行爲 全過程을 통하는 目的이 아니라 構成要件의 結果를 惹起하는 現實的 可能性을 가진 非故意의 行爲에서의 目的을 誤解한 것이라고 福田教授는 反論을 提起하고 있다(福田, 「過失犯と目的的 行爲論」, 24面).

39) 藤木英雄, 刑法講義總論, 弘文堂, 1975年, 240面 以下.

結果回避義務違反을 認定하는 경우에 論理的 前提로 檢討된다. 그런데 客觀的 豫見可能性의 程度, 判斷對象 등에 관해서는 見解가 나누어진다.

그 하나는 結果가 發生할지도 모른다고 하는 危懼性(Gefährdungsgefühl)내지 不安感 정도로 客觀的 豫見可能性은 충분해 이 경우에 行爲者에게 結果回避義務가 發生한다는 이른바 危懼感說<sup>40)</sup>과, 다른 하나는 交通事故와 같은 個個의 行爲者가 刑事責任을 負擔하는 경우에는 具體的 豫見이 必要하지만 企業災害 등의 경우에는 危懼感 내지 不安感 정도만 있어도 豫見可能性은 認定된다고 하는 이른바 生活關係別過失論<sup>41)</sup>이 그것이다. 이에 대하여는 「첫째로 이 學說은 未知의 危險에 直面하는 경우에 刑事責任을 結果責任에 가까운 것으로 만드는 傾向을 가진다. …… 理論은 危懼感이 있는 곳에는 반드시 未知의 危險에 直面하는 것이 아닌 通常의 傾向을 가진다. …… 危懼感이 登場하면, 道路交通과 같은 경우에도 信賴의 原則이 어렵게 되고 다시 道路交通의 실정에 맞지 않는 結果責任에 가까운 過失違反이 행하여지게 될 것이다. …… 왜 현재 있는 危懼感의 評價가 生活關係別로 다르게 되는가에 대한 理論의 뒷받침을 하는 것은 꽤 困難하지 않을까」라는 批判을 받는다.<sup>42)</sup>

#### (4) 修正된 舊過失論

基本的으로는 古典的, 新古典的 犯罪體系에 立脚해서 豫見可能性을 責任段階에서 論하고 行爲의 危險性에서 違法性的 根據를 求하는 理論이다. 이 理論의 立場인 平野教授는 「過失犯에 있어서 …… 역시 違法하게 結果를 發生시켰다는 것, 그 結果無價値를 處罰하는 것이다. 다만 過失行爲는 結果에 대하여 因果關係가 있다는 것만 行爲가 아니라, 結果發生의 「現實的

40) 藤木教授는 「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 부담 시키느냐를 判斷하는 경우의 하나의 중요한 資料로서 把握하는 것이다. …… 豫見可能性은 具體的인 結果豫見이 있으면 더할 나위도 없지만 반드시 具體的 豫見을 필요로 하지 않고 危險發生에 관하여 危懼感만 있으면 족하다」(藤木 編, 過失犯, 32, 34面)라고 주장한다. 日本의 경우에는 判決도 危懼感說에 立脚하고 있는 예가 있다(森永 ミルク 事件, 德島地判, 1973.11.27). 여기에 대하여 豫見可能性을 지나치게 擴大한다는 批判이 三井, 福田, 大塚教授 등에 의해서 提起되고 있다.

41) 板倉 宏, 現代社會と新しい刑法理論, 勁草書房, 1980, 69面 以下.

42) 西原春夫, 「過失論의 展望-舊過失論と新過失論」, 藤木英雄·板倉 宏 編, 刑法의 爭點(新版), 有斐閣, 1987, 96面. 또 西原教授는 同面에서 危懼感說에 判事責任擴大의 危懼의 感을 느낀다고 한다.

이고 許容되지 않는 危險』을 가진 行爲이고, 그 危險의 現實化로서 結果가 發生했을 때 處罰하는 것으로 생각한다. 그리고 不注意에 의하여 自己의 行爲에 이러한 性質이 있다는 것을 認識하지 아니한 데에 過失의 責任으로서의 實質이 있다”라고 주장한다.<sup>43)</sup>

그런데 여기서의 『實質적이고 許容되지 않는 危險』에 대하여 大谷교수는 “『實質的』이라고 하는 것은 아마 刑罰을 加해서 抑止할 必要가 있을 정도로 危險한 行爲라는 意味일 것이다. 그러나 이것을 過失의 實行行爲로서 理解하는 것은 二重의 意味에서 妥當하지 않는 것으로 생각한다. 첫째로 過失에 기한 行爲에 『實質적이고 許容되지 않는 危險』이라는 限定을 붙이는 것은 말하자면 『法律에 規定되어 있지 아니하는 行爲를 構成要件該當·違法이라고 하는』 것이 되어, 新過失論에 대한 것과 마찬가지로의 批判이 妥當하기 때문이다. 둘째로 이 危險은 科學法則上的 危險을 前提로 하는데 그것과 반드시 一致하는 것은 아니고 論者 自身도 認定하는 바와 같이 결국은 客觀的 豫見可能性의 問題로 歸着한다”라고 批判한다.<sup>44)</sup>

##### (5) 主觀的 過失論

過失의 本質을 客觀的·主觀的인 二重의 注意違反에서 이해하는 오늘날의 通說의 見解와는 달리, 客觀的 注意違反은 過失의 構成要素가 아니라 단지 客觀的 歸屬의 一尺度로서 過失犯의 客觀的 構成要件要素가 되고, 그 대신 主觀的 注意違反만이 過失의 本質的 要素로서 過失犯의 主觀的 構成要件要素가 된다는 立場이다. 그리고 이 主觀的 注意義務違反은 從來의 通說에서 생각하듯 責任要素가 아니라 過失犯의 主觀的 不法構成要件要素가 된다는 것이다.<sup>45)</sup> 이 理論을 우리나라에 강력하게 수용한 金日秀 教授에 의하면 『故意와 過失이 體系的인 衡平을 維持하면서 不法과 責任에 대해 二重의 意味를 갖기 위해서는 먼저 過失概念이 主觀的 過失의 意味로 局限·循環되지 않으면 안된다. 따라서, 刑法上 過失이라 함은 客觀的 過失을

43) 平野龍一, 刑法總論 I, 有斐閣, 1972, 193面.

44) 大谷 實, 『舊過失論의 現況』, Law School 26號, 1980, 10面.

45) 金日秀, 刑法(II), 444面 參照. 이 立場의 代表的 學者로는 Jakobs, Stratenwerth, Samson, Otto 등을 들 수 있다.



包含한다고 보는 것이 옳다. 故意犯에서 故意가 二重 意味를 지니 듯 過失犯에서는 이 主觀的 過失이 不法과 責任에 대해 二重 意味를 지닌다. 다시 말해서 이것이 過失犯의 構成要件에서 主觀的 構成要件 要素로서의 意味를 가질 뿐 아니라, 責任要素로서 過失責任의 構成要素로서의 意味도 갖는다」라고 한다.<sup>46)</sup>

이 立場에 대한 最大의 批判은, 個人的 能力을 構成要件에서 가지고 온다는 점에서 不法과 責任의 區別을 위태롭게 한다는 Schünemann의 주장이다.<sup>47)</sup> 더불어 이 學說에 대한 몇 가지 疑問點을 제시하면, 첫째 客觀的 注意違反을 客觀的 構成要件要素에, 主觀的 注意義務違反을 主觀的 構成要件要素로 위치함으로써 故意犯의 二重 意味와 平行한 過失犯의 二重 意味를 확인할 길이 없고, 또한 責任領域에는 단지 責任能力과 不法意識만 남게되어 責任 狀況의 強化가 우려된다.<sup>48)</sup> 둘째, 主觀的 過失論에 의할 경우 過失犯의 處罰基準이라는 實際上 招來되는 具體的 妥當性과 過失의 本質에 있어서 要求되는 規範의 合致된 客觀性的의 否認에 대한 疑問이다. 왜냐하면 過失의 領域에서 實務上 중요한 것은 客觀的 注意義務違反이기 때문이다.<sup>49)</sup> 셋째로, 故意犯과 過失犯의 處理體系上 統一性的의 維持에 대한 現實的인 妥當性에 대한 疑問이다. 왜냐하면 故意犯의 경우에는 客觀的 構成要件標識에 대한 事實上的 現實的 認識이 요구되는 반면 過失犯에 있어서는 豫見 가능한 潛在的 認識으로도 充分하기 때문이다. 즉 故意가 構成要件要素에 대한 認識이지만 過失은 認識 가능한 結果를 認識하지 못한 부주의한 태도에 지나지 않는 것이고, 社會生活上 一般的으로 要求되는 結果防止, 回避措置에 違反한 점에 核心이 있다.

### 3) 結 語

이상 考察한 바를 綜合 檢討하면, 傳統的 過失論은 過失을 豫見可能性

46) 金日秀, 刑法(II), 445面.

47) 松宮孝明, 刑事過失論の研究, 成文堂, 1989, 136面 參照.

48) 李敬鎮, 前掲論文, 43面.

49) 李樹國, 「過失犯에 있어서 客觀的 注意義務」, 考試界, 1987, 4, 121面.

내지 豫見義務로 보아 責任要素라고만 把握함으로써 「許容된 危險」, 「信賴의 原則」의 法理를 뒷받침하는 理論으로서 難點이 있고, 新·新過失論은 結果回避義務違反의 범위를 지나치게 擴大하는 점에 問題가 있고, 主觀的 過失論은 不法과 責任의 區別을 위태롭게 한다는 점에서, 즉 責任의 領域에서 다루어지는 können의 問題를 不法의 領域에서 다룬다는 점에 贊成하기 어렵다. 그래서 客觀的 注意義務違反의 問題는 (不法)構成要件의 領域에서 또 主觀的 注意義務違反의 問題는 責任의 領域에서 다루는 新過失論의 立場이 妥當하다고 본다.

이 理論에 의하면 어떤 行爲로 인한 法益侵害의 結果發生이 있고 또 그것이 豫見可能性이 있는 것이라 하더라도 行動基準에 合致된 것인 한 過失責任을 묻지 않는 것으로 된다. 그러므로 이 理論은 結果反價值的 違法의 制約原理로서 機能을 가지며 客觀的 注意義務違反(社會生活上의 注意義務違反)이 없는 法益侵害를 正當化·合理化함으로써 過失犯 處罰의 緩和를 가져왔다. 나아가 新過失論은 「許容된 危險」, 「信賴의 原則」 등을 수용함에 있어서 상당한 影響을 미치므로 傳統的 過失論에 비해서 現在的 의의가 많다고 생각한다.

#### 4. 注意義務違反

考察한 바에 따라, 過失犯에 있어서 「注意義務」란 行爲者가 構成要件의 結果發生을 回避하기 위하여 具體的 狀況에 適合하게 措置를 해야 할 義務를 負擔하는 것이라고 할 수 있다. 그것은 劃一的으로 決定되는 것이 아니라 具體的 事例를 통하여 目的論的·規範的 觀點에 비추어서 얻어지는 價値概念이라고 理解할 수 있다. 그리고 注意義務의 具體的 內容은 Welzel의 말과 같이 여전히 開放된 狀態이며, 정당의 注意란 法官의 補充을 위한 方向을 提示한데 불과하므로<sup>50)</sup> 具體的 事情에 따라 個別的으로 論議할 수 밖에 없다. 따라서 本稿에서는 過失犯에 있어서 核心的 要素인 過失(=注

50) H. Welzel, Strafrecht, 11. Aufl., S. 131.

注意義務違反)을 客觀的 注意義務違反과 主觀的 注意義務違反으로 나누어서 前者를 (不法)構成要件의 要素로서 過失行爲의 問題로 다루고 後者를 責任 要素로서 非難可能性的 問題로 다루는 立場에서<sup>51)</sup> 그 內容을 살펴 보기로 하겠다.

### 1) 客觀的 注意義務違反

前述한 바와 같이 過失犯에 있어서 一切의 法益侵害가 違法한 것은 아니며 社會的으로 不相當한, 바꾸어 말하면 社會的 相當性을 逸脫한 法益侵害 즉, 客觀的으로 要請되는 注意義務에 違反한 法益侵害만이 違法한 것이다.

客觀的 注意義務違反은 「社會生活上 必要한 注意의 違反(Die Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt)」이라고도 表現한다.<sup>52)</sup> 다시 말하면 어떤 非故意 行爲가 客觀的 注意義務에 違反하여 그 違反이 發生한 結果에 現實化되고 있는 경우에, 그 行爲는 過失犯의 構成要件에 該當하고, 違法性 阻却事由가 不存在함에 違法性이 確定된다. 그러므로 客觀的 注意義務違反이 過失犯에 있어서 違法要素, 構成要件要素가 됨으로 過失犯에 있어서 構成要件該當性的 存否의 判斷, 過失의 存否의 判斷의 前提條件으로 客觀的 注意義務의 存否가 검토되어야 한다.

그리고 그 다음에 該當行爲가 그 義務에 違反하고 있는지 어떤지를 檢討해야 한다.<sup>53)</sup> 그러나 이러한 客觀的 注意義務는 그 概念이 너무도 抽象的인 觀念이므로 具體的인 경우에 이 義務의 內容이 어떠한 것인가를 明確히 하는 것이 過失의 有無를 判斷하기 위하여 重要한 作業이므로 아래에서는 이 義務의 根據를 먼저 檢討해 보고자 한다.

#### (1) 注意義務의 根據

여기서의 注意義務는 무엇을 根據로 하여 正해야 할 것인가가 問題인데,

51) 過失을 責任要素로만 把握하던 從來의 體系에 있어서 (注意義務違反)에 관한 體系에 있어서 平均人 標準說(客觀說)의 立場이 前者로, 또 行爲者 標準說(主觀說)의 立場이 後者로 配分되었다고 생각해도 좋을 것이다.

52) 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 이 表現을 잘 쓴다.

53) 福田, 基本問題, 53面.

이러한 注意義務의 根據로 될 수 있는 것은 道路交通法을 비롯한 各種 行政法令<sup>54)</sup>에 規定되어 있는 경우가 적지 않다. 예를 들면 道路交通法規 中에는 이러한 경우에는 이러한 行爲를 하라고 命令하고 또는 이러한 경우에는 이러한 行爲를 해서는 안된다고 禁止하고 있는 規定이 많이 있는데, 이러한 諸規定에 違反한 行爲가 道路交通法規에 의하여 處罰되는 것은 말할 것도 없고, 만약에 그러한 行爲로 말미암아 人命被害가 發生되었다면 그러한 行爲는 同時に 刑法上的 業務上 過失致死傷罪에도 該當하는 경우가 있게 될 것이다. 따라서 道路交通法規와 같은 各種 法令 中에는 刑法上的 注意義務의 根據로 삼을 수 있는 規定이 많이 散在되어 있다고 볼 수 있는데, 그렇기 때문에 刑法上的 注意義務는 우선 各種 法令의 諸規定 中에서 그 根據를 찾을 수 있을 것이다.<sup>55)</sup>

그러나 道路交通法規와 같은 各種 法令 中에 規定되어 있는 諸義務라고 하는 것은 事故當時의 具體的 狀況 여하에 관계없이 모든 運轉者를 對象으로 하여 부과된 一般的 義務를 意味하는 반면에 刑法에서 要求하는 注意義務라고 하는 것은 該當 事故發生當時의 具體的 狀況을 根據로 하여 加害者에게 부과된 具體的 義務를 意味하는 것이기 때문에, 道路交通法規上의(一般的)義務와 刑法上的(具體的)注意義務가 一致하는 경우도 있을 것이고, 一致하지 않는 경우도 있게 될 것이다.

그러므로 가령 交通事故로 인한 人命被害가 발생했을 경우 加害運轉者가 道路交通法規에 規定된 義務를 遵守했다고 해서 該當 運轉者가 반드시 刑法上的 注意義務를 遵守했다고 단정할 수는 없고, 道路交通法規上의 義務를 違反했다고 해서 該當 運轉者가 刑法上的 注意義務를 違反했다고 단정

54) 道路交通法 44條(安全運轉의 義務), 藥事法 47條(毒藥과 劇藥의 取扱) 등을 들 수가 있다. 그리고 刑法上的 個個의 過失犯 規定이 注意義務의 根據가 되는가에 관하여, 李炯國教授는 「過失犯 規定 그 自體에서도 注意義務가 認定된다. 왜냐하면 過失犯 規定들은 모든 受命者에게 各各의 處地에서 保護法益의 侵害을 回避하도록 行爲할 義務를 부과하고 있다고 보아야 하기 때문이다」(刑法總論, 法文社, 1990, 379面)라고 주장함에 反하여, 金日秀教授는 「刑法上 個個의 過失犯 處罰規定도 過失의 根據規定일 뿐 客觀的 注意義務의 根據規定으로 볼 수는 없다」(刑法II, 471面)라고 주장한다. 後者の 주장이 妥當하다고 본다.

55) 各種의 法令에 있어서의 規定은 各種 行政規制의 目的을 위하여 정한 것이므로, 注意義務는 이미 서술한 바와 같이 一般性·客觀性을 띠고 어느 정도로 具體的인 性向을 지녀야 한다.

할 수도 없는 것은 물론이다. 또한 各種 法令에 刑法上의 注意義務의 根據로 될 수 있는 것이 아무리 많이 規定되어 있다고 하더라도, 具體的인 事態에 즈음하여 行爲者에게 요구되는 刑法上의 注意義務를 道路交通法規와 같은 抽象的인 法令에 모두 規定하여 두는 것은 도저히 不可能한 일이다. 그렇기 때문에 各種 法令에는 刑法上의 注意義務의 根據로 될 수 있는 극히 典型的인 약간의 例만 規定되어 있는 것이 사실인데, 刑法上의 注意義務의 根據가 法令에 規定되어 있지 않다고 하여 刑法上의 注意義務가 加害者에게 없다고 할 수 없다. 따라서 刑法上의 注意義務는 결국 事故當時의 具體的인 狀況에 의거하여 慣習이나 條理, 判例 등에서 그 根據를 찾아야 될 것이다.<sup>56)</sup>

그렇다면 慣習, 條理, 判例에서 그 根據를 찾을 수 있는 刑法上의 注意義務는 具體的인 事案의 경우에 어떠한 見地에서 그 內容이 定立되어야 할 것인가가 問題라고 하지 않을 수 없는데, 刑法上의 注意義務는 社會에 있어서의 現實的인 必要性和 相當性이라는 觀點에서 法官에 의하여 적절하게 論定되어야 할 것이다. 다시 말하면, 慣習이나 條理, 判例를 그 根據로 하여 刑法上의 注意義務를 定함에 있어서는 어떤 具體的인 事態에 直面한 者는 어떠한 行爲를 취하는 것이 社會적으로 必要하고 相當한가라는 見地에서 合理的으로 判斷해야 할 것인데, 그 判斷은 窮極의 法官에게 맡겨져 있기 때문에 法官의 判斷은 健全한 常識을 가진 社會一般人的인 判斷과 당연히 合致않으면 안될 것이다. 따라서 慣習 또는 條理, 判例에 그 根據를 둔 刑法上의 注意義務를 法官이 定立할 경우에 그 基準으로서 獨逸에서는 「社會生活上 必要한 注意(im Verkehr erforderliche Sorgfalt)」라는 觀念이 널리 使用되고 있는데, 우리나라에서도 이 基準을 採用할 수 있을 것이다.<sup>57)</sup>

56) 이러한 이유에서 Welzel은 과실범의 구성요건을 「개방된 구성요건(offene Tatbestände)」 내지 「보충을 필요로 하는 구성요건(ergänzungsbedürftige Tatbestände)」이라 하는 것은 한층 의미가 있다고 보여진다(Strafrecht, 11. Aufl., S.131).

57) 注意義務의 具體的인 根據와 基準을 일일이 法律에서 類型化하는 것은 立法技術上 不可能하다. 判例는 이러한 判斷基準을 具體化하는 作業을 통해 注意義務의 根據를 提示하고 있는데, 代表的인 것이 「許容된 危險의 法理」와 「信賴의 原則」 등이 있다.

## (2) 客觀的 注意義務違反의 內容

客觀的 注意義務 내지는 그 義務違反의 內容에 관하여는 여러 가지의 見解가 있다. 즉 「注意義務의 內容은 具體的인 行爲로부터 發生할 수 있는 保護法益에 대한 危險을 認識(豫見)하고 構成要件의 結果의 發生을 防止하기 위하여 적절한 防禦措置를 취하는 데 있다. 따라서 注意義務는 豫見義務와 結果回避義務를 그 內容으로 한다」는 見解,<sup>58)</sup> 客觀的 注意義務의 本質的 內容은 客觀的인 結果豫見可能性과 客觀的 結果回避可能性을 意味한다는 見解,<sup>59)</sup> 客觀的 結果豫見可能性과 客觀的 結果回避可能性이 肯定되고 나서 行爲者에게 어떠한 注意를 要求하는 것이 社會的으로 相當한가라는 觀點에 서서 注意義務의 內容을 具體化해야 한다는 見解,<sup>60)</sup> 「〈客觀的 注意의 違反〉이란 構成要件의 實現의 危險이(客觀的으로) 認識可能한데 이 危險을 고려해서 客觀的으로 命하여진 注意를 怠慢하는 것을 말한다. 그리고 여기서의 危險의 認識과 命하여지는 注意의 基準(Maßstab)이 되는 者는 洞察力있고 慎重한 사람(einsichtiger und besonnener Mensch)이며, 그 判斷은 事前(ex ante)判斷이다」라는 見解<sup>61)</sup> 등이 있다.

생각컨대 여기서의 客觀的 注意義務違反의 內容은 客觀的 結果豫見可能性을 前提로 하면서 客觀的 結果回避義務違反이 있는 것으로 보는 것이 妥當하겠다. 그리고 여기서의 〈客觀的〉이란 平均인 標準의 뜻으로 理解하면 된다.<sup>62)</sup>

## i) 客觀的 結果豫見可能性

客觀的 結果豫見可能性에 관하여는 「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이면 알 수 있었으리라는 事情을 基礎로 하여 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 있었는가를 檢討」한다는 立場,<sup>63)</sup> 「保護法益

58) 李在祥, 刑法總論, 全訂版, 博英社, 1990, 190面.

59) 金日秀, 刑法(II), 470面.

60) 福田, 基本問題, 55面 以下.

61) 金鍾源, 過失犯, 338面.

62) 註 31) 參照.

63) 福田, 基本問題, 55面.

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 des Täters)로 고려되어야 한다. 예를 들면, 어떤 交叉點이 危險하다거나 또는 어떤 建物로부터 一定한 時間에 國民學校 兒童들이 거리에 쏟아져 나온다는 사실을 行爲者가 알고 있는 경우에, 이것이 고려되어야 한다」라는 立場<sup>64)</sup> 등이 있다.

생각컨대, 우선 〈客觀的〉이란 表現이 平均人 標準의 뜻으로 理解된다고 해도, 여기서의 平均人은 無限定的인 平均人이 아니라 「行爲者와 同一한 社會的 役割下에 있는 普通人이 行爲者가 처한 狀況下에서 行爲者가 특히 알고 있는 바를 함께 고려해서 結果를 적어도 豫見할 수 있어야 한다고 解釋된다. 따라서 普通人도 豫見할 수 없는 結果의 發生에 대하여는 過失犯이 問題가 되지 아니한다.

#### ii) 客觀的 結果回避義務違反

客觀的 結果回避義務 내지 그 違反에 관하여는, 「客觀的 結果回避可能性, 즉 一般 通常人이 行爲者가 놓인 것과 同一한 具體的 事情下에서 結果를 回避하기 위하여 적절한 處置를 취할 수 있었느냐가 檢討되어야 한다.

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 必要的 注意의 義務付與가 可能하게 된다. 그런데 이 結果의 豫見 및 그 回避의 可能性이 있는 때에는, 항상 그 結果를 豫見해야 하고 따라서 그 結果를 回避함에 적절한 措置를 취해야 한다는 注意義務가 附加되는 것은 아니다. . . . 危險行爲의 社會的 有用性·必要性, 豫見되는 危險의 蓋然性, 侵害될 法益의 價値 등을 고려하여, 具體的으로 行爲者에게 어떠한 注意를 要求하는 것이 社會的으로 相當한가라는 觀點에서, 注意義務의 內容을 具體化해야 한다」는 立場,<sup>65)</sup> 「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. 어

64) 金鍾源, 前揭論文, 339面.

65) 金鍾源, 過失犯, 339面 以下.

느 정도의 危險을 수반하지 않고 交通에 關與하는 것은 전혀 不可能하다. 여기서 첫째의 難點을 制限하는 둘째의 難點, 즉 「慎重한」(besonnen)行爲라는 難點이 附加된다. 즉 「交通上 正常的인」(verkehrsnormal) 내지 「社會相當한」(sozialadäquat)程度를 넘는 危險行爲만이 注意違反이다. . . . 따라서 客觀적으로 認識 가능한 危險을 回避하도록 慎重한 態度를 취한 것으로 認定되는 한, 客觀的 注意의 違反은 없다」라는 立場<sup>66)</sup> 등이 있다.

생각컨대 「客觀的 結果回避義務違反이 있어야 한다」라는 要件은 行爲者와 同一한 社會的 役割下에 있는 普通人이 行爲者가 취한 狀況하에서 豫見 또는 豫見 가능한 結果의 發生을 回避하기 위하여 취할 適切な 措置를 行爲者가 취하지 아니하는 것으로 解釋하는 것이 좋겠다. 따라서 普通人이 취할 適切な 措置를 行爲者가 취하였음에도 불구하고 結果가 發生한 경우에는 過失犯이 問題가 되지 아니한다.

## 2) 主觀的 注意義務違反

主觀的 注意義務違反은 客觀的 注意義務違反에 대한 (行爲者에 대한) 非難可能性的 問題로서 責任要素가 된다. 여기서의 〈主觀的〉이란 行爲者 標準의 뜻으로 理解하면 된다.

主觀的 注意義務違反은 主觀的 結果豫見可能性和 主觀的 結果回避義務違反을 그 內容으로 삼는다. 前者는 客觀적으로 豫見 가능한 結果를 行爲者가 豫見할 수 있어야 한다는 것이고, 後者는 客觀적으로 취해야 할 適切な 措置를 行爲者가 비록 客觀的 注意義務에 違反한 結果를 惹起시켰다 하더라도, 그 結果를 豫見·回避하는 것이 行爲者에게 不可能하였을 경우에는 그 行爲者에게 過失의 責任을 지울 수 없다. 따라서 過失行爲로 結果가 惹起된 경우에 있어서 行爲者가 具體的 狀況으로 보아 그 結果를 豫見할 수 있었고 또 結果를 防止하기 위하여 適切な 措置를 취할 수 있었을 때만 行爲者에게 責任을 지울 수 있다.<sup>67)</sup> 따라서 主觀的 注意義務違反은 責任要素

66) 金鍾源, 過失犯, 339面 以下.



로서 過失의 構成要素가 된다. 여기에 대하여 主觀的 過失論에서는 이러한 主觀的 注意義務違反을 過失犯에 있어서 主觀的 構成要件要素로 把握하고 있기도 하다.

### 3) 結語

이상 考察한 바와 같이 過失犯에 있어서 核心的 要素는 過失, 즉 注意義務違反인데, 이것은 客觀的 注意義務違反과 主觀的 注意義務違反으로 나누어진다. 그리고 後者は 非難可能性의 問題로 解消될 수 있으므로, 前者만을 過失이라고 부르기로 한다. 또 前者에 있어서도 客觀的 結果豫見可能性 보다는 客觀的 結果回避義務違反 쪽으로 중점이 옮겨가는 傾向에 있다. 하여튼 客觀的 注意義務違反과 관련하여 交通過失犯에 있어서 過失認定의 基準이 되는 「信賴의 原則」이 問題가 된다.

## Ⅲ. 信賴의 原則

### 1. 意義

一般的으로 信賴의 原則(Vertrauensgrundsatz)은 各國에서 概念上 약간의 差異는 있다. 즉 獨逸에서는 一般的으로 「특별한 事情이 없는 한 모든 交通關與者는 다른 交通關與者가 交通秩序를 지킬 것을 信賴하여도 좋고, 따라서 他人이 交通秩序에 違反하는 態度로 나올 것을 염두에 둘 必要는 없다」고 하는 原則으로 表現하고 있으며,<sup>67)</sup> 日本에서는 「自動車 運轉者는 特別한 事情이 없는 한 ……다른 車輛이 交通秩序를 지켜서 自車와의 衝突을 回避하기 위하여 적절한 行動으로 나올 것을 信賴하여 運轉하면 족하다」는 原則이라고 한다.<sup>69)</sup> 우리나라에서도 信賴의 原則에 대하여 「스스

67) 團藤重光, 註釋刑法 2의Ⅱ, 有斐閣, 1970, 391面 以下 參照.

68) Hans Welzel, Strafrecht, 11. Aufl., S.132.

69) 藤木英雄 編, 過失犯, 78面.

로 交通規則을 遵守한 運轉者는 다른 交通關與者가 交通規則을 遵守할 것이라고 信賴하면 족하며, 交通規則에 違反하여 非理性的으로 行動할 것까지 豫見하고 이에 대한 防禦措置를 취할 義務는 없다」는 原則,<sup>70)</sup> 또는 「모든 交通關與者는 特殊한 事情이 없는 한 다른 交通關與者도 자기와 같이 交通規則 기타의 交通秩序를 遵守하고 적절한 行動을 취할 것이라고 信賴하고 行動해도 좋으며, 그 경우에 가령 다른 交通關與者의 부적절한 行動으로 말미암아 侵害的 結果가 發生하였다 하더라도 그러한 信賴가 社會的으로 상당한 이상 그 信賴者에게 過失責任을 물을 수 없다」는 原則,<sup>71)</sup> 「交通規則에 맞추어 行動하는 사람은 다른 交通關與者도 交通規則을 지키리라는 것을 信賴하면 충분하며, 他人이 交通規則 違反事實을 認識할 수 있는 특별한 事情이 없는 한 미리 그 他人이 交通規則 違反行動으로 나오리라는 것을 豫見하고 注意義務를 다할 必要는 없다」는 原則<sup>72)</sup>이라는 등 여러 가지로 表現되고 있다. 本論文에서는 「社會生活上 必要不可缺少지만 危險한 그러한 業務를 하고 있는 者는 그 業務에 關與하는 다른 사람도 적절한 行動을 취할 것이라고 信賴하여 行動하므로, 그 他人이 信賴에 反한 不適切한 行動을 했기 때문에 侵害的 結果가 惹起됐다 하더라도 그러한 信賴가 “社會的 相當性”에 適合하는 限 責任을 負擔하지 않는다」는 原則이라고 정의할 수 있겠다.<sup>73)</sup>

그리고 發生史的으로 交通過失犯에 관한 獨逸判例<sup>74)</sup>에서 시작되었는데, 좁게는 信賴의 原則을 「모든 交通關與者는 다른 交通關與者도 交通秩序에 적합한 態度를 취할 것이라는 信賴에 따라 行動한 경우에는 그로 인한 侵

70) 李在祥, 193面.

71) 鄭盛根, 刑法總論(改稿版), 法志社, 1990, 407面.

72) 金日秀, 刑法Ⅱ(總論下), 485面.

73) 獨逸에서는 信賴의 原則을 「生活上 當연한 信賴의 原則(lebensgerechter Vertrauensgrundsatz), 또는 「道路交通에 있어서 信賴의 原則(Vertrauensgrundsatz im Strassenverkehr)」이라고 하기도 한다(Edmund Mezger, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7.Aufl., 1954, S.483).

74) 信賴의 原則에 대한 最初의 判例는 1935年 12月 9日 獨逸帝國法院의 判決(RGS 70-71)이며, 이러한 경향은 스위스, 오스트리아 등에도 나타나고, 日本에서는 1950年代 論議되기 시작하여 1966年 6月 14日 日本最高法院判例判決(「旅客의 整理, 誘導 등을 취급하는 職員이 終着驛에서 旅客을 下車시키는 경우의 注意義務」)에서 明示的으로 인용한 데서 비롯되었고, 우리나라에서는 1957年 2月 22日 4289刑上330에서 시작하여 自動車 交通事故에 信賴의 原則을 採用한 事例로는 1970年 2月 24日 大法院判決(70도176)에서 適用되기 시작하였다.

害의 結果에 대해서도 原則적으로 責任을 지지 않는다」는 것이다.

이 原則은 1935年 獨逸 判例에서 登場하여 過失犯 認定의 타당한 範圍를 限定함으로써 行爲者의 「注意義務 輕減合理化」라는 任務를 가지고 오늘날 대체로 過失犯 認定에 있어서 採擇되고 있는 實情이다.<sup>75)</sup> 그러나 信賴의 原則이 過失認定을 위한 合理的 基準을 마련하고 體系的인 理論으로 定立되었다 하더라도 既存의 刑法理論과 전혀 無關한 別個의 原理는 아니기 때문에, 당연히 刑法理論上 어느 分野에 어떻게 理論의 體系를 構築하는가 그리고 어떤 機能을 하는가를 糾明해야 한다는 問題가 提起된다. 또한 信賴의 原則을 하나의 法理로서 認定한다고 할지라도, 同原則은 道路交通 事情의 變化에 따른 自動車 運轉者의 적당한 過失責任의 추궁이라는 實踐의 使命을 띠고 裁判義務를 통하여 登場한 것이기 때문에, 同原則이 해결해야 할 眞面目의 課題는 역시 「信賴의 原則은 어떠한 경우에 그 適用이 可能하고, 어떠한 경우에 그 適用이 排除되는가」라는 實務的인 問題를 解決하는 일이라고 하지 않을 수 없을 것이다.

## 2. 體系的 地位

### 1) 論点

信賴의 原則은 過失犯에 있어서 客觀的 注意義務의 限界를 설정하는 實質的이고 具體的인 基準을 정하는 하나의 原則으로서 「許容된 危險의 法理」, 「社會的 相當性」 및 「危險의 적절한 分配의 原理」와 관련하여 具體的 適用의 一場面으로 이해하는 것이 一般의이다.<sup>76)</sup>

아울러 信賴의 原則의 體系的 地位는 客觀的 注意義務 自體의 體系的 位置에 따라 결정된다. 즉, 客觀的 注意義務를 構成要件의 問題로 解釋하여

75) 信賴의 原則을 認定하는 見解가 지배적이나 全적으로 適用을 否認하는 見解도 있다. 즉 「交通能率이라는 全體主義的 交通政策의 產物로서 人命輕視思想이 농후하므로 否認한다」(井上祐司, 「行爲無價値と過失理論」, 成文堂, 1970, 79-80面 參照 : 崔贊植, 「自動車 運轉者의 業務上 注意義務와 信賴의 原則」, 檢察, 1968.11, 51面), 또 消極的 認定說로는 平野敎授의 見解로 「信賴의 原則은 過失犯의 一般의인 成立要件을 明示의로 表現한 것에 불과하고, 특별한 原則 내지 要件을 이루는 것은 아니다」라고 하고 있다(平野, 前掲書, 197面 以下).

76) 車鑰碩, 前掲論文, 355面 : 西原春夫, 前掲書, 37面 以下.

信賴의 原則도 構成要件該當性を 阻却 또는 排除하는 事由로 파악하는 立場<sup>77)</sup>과 許容된 危險의 法理 그것은 實質的인 利益衡量的 問題로 違法性에 위치시키는 것이기 때문에 信賴의 原則도 당연히 違法性的의 一場面이라고 해석하는 見解<sup>78)</sup>로 나누어지게 된 것이다. 그러나 構成要件의 問題로 취급하든가 違法性的의 問題로 취급하든가에는 實質的으로 判斷基準이 달라지는 것은 아니며 信賴의 原則의 適用基準은 같다.<sup>79)</sup> 그러므로 信賴의 原則은 客觀的 注意義務를 具體化하기 위한 方法의 原則<sup>80)</sup>이라 하는 것에는 오늘날 異說이 없는 것 같다. 결국 客觀的 注意義務의 內容을 둘러싼 對立을 背景으로 信賴의 原則은 豫見可能性 내지 豫見義務의 限定인가, 結果回避義務를 限定하기 위한 問題인가의 論爭으로 歸結한다.

## 2) 學說의 對立

### (1) 豫見可能性 限定說(舊 過失論 立場)

이 學說은 전통적 過失論의 見解로서 注意義務의 內容을 結果豫見義務로 把握하여 信賴의 原則을 豫見可能性을 判斷하고, 限定하기 위한 基準의 原理로 이해하고 있다.<sup>81)</sup>

여기에는 다시 두 가지로 細分化 되는데, 그 하나는 客觀的 豫見可能性 限定說<sup>82)</sup>이고, 또 다른 하나는 豫見可能性 중에서 事實的, 自然的 豫見可能性에서 刑法的 價値가 있는 豫見可能性을 選別하는 原理로 보는 見解<sup>83)</sup>가 있다. 具體的으로 學說을 소개하고 檢討해보면,

客觀的 豫見可能性을 限定하는 見解에 의하면, 하나는, 過失行爲는 結果發生의 「實質的으로 許容되지 않은 危險」을 가진 行爲라고 規定하고 信賴의 原

77) Hans Welzel, Strafrecht, 11. Aufl., S.134.

78) 平野, 前掲書, 197面 以下.

79) 이러한 區別은 實質的인 判斷基準의 差異는 없고 순수한 理論的 體系的 對立에 불과하다.

80) 福田, 基本問題, 57面; 木村靜子, 「過失犯における信賴의 原則」, 藤木英雄 編, 判例と學說 7·刑法 I (總論)(日本評論社, 1977), 226面.

81) 이 見解는 傳統的인 古典的 犯罪體系下에 있어서 過失을 責任要素로 파악하는 立場에서 信賴의 原則은 豫見可能性 자체를 限定 또는 否定하는 機能을 한다고 보는 見解이다.

82) 平野, 前掲書, 193面 以下; 大谷, 「危險의 分配と信賴의 原則」, 藤木 編, 學陽書房, 1978, 93面 以下.

83) 西原, 前掲書, 20面 以下.

則은 豫見可能性 자체를 規制하는 原理일뿐 특별한 原則 내지 要件은 아니라고 하는 見解로서<sup>84)</sup> 信賴의 原則을 消極的으로 肯定하고 있는 態度이다.

또 다른 하나의 見解는 積極的으로 信賴의 原則을 客觀的 豫見可能性을 限定하는 獨立된 原則으로 體系的 地位를 부여하는 理論으로서 「信賴의 原則은 豫見可能性의 認定을 規制하는 原理라는 思考方式에 基礎를 두고 있다고 볼 수 있게 된다. 信賴의 原則을 適用할 수 있는 경우, 즉 他人의 適切한 行動을 信賴하는 것이 相當한 경우에는, 비록 事實上 그 不適切한 行動이 豫見可能할지라도, 刑法學上은 豫見可能하다고는 생각되지 아니하므로 거기에는 豫見義務가 없다는 것이, 信賴의 原則을 適用하는 경우의 過失否定的 論理라고 생각해야 할 것이다」<sup>85)</sup>라고 주장한다.

兩者의 見解를 比較해보면, 궁극에 가서는 信賴의 原則이 客觀的 豫見可能性을 限定한다는 結論이 導出된다는 점에서는 一致하나, 前者의 경우에는 平野教授의 指摘처럼 信賴의 原則은 단순히 客觀的 豫見可能性 자체를 規制할 뿐, 독립된 하나의 要件이나 原則이 아니라는 데에 特色이 있으므로 消極的으로 信賴의 原則을 認定한다고 하여 消極的·客觀的 豫見可能性 限定說이라고 보아도 될 것 같고, 後者の 경우는 西原教授의 見解처럼 信賴의 原則을 積極的으로 認定하여 이 原則은 刑法學上의 豫見可能性을 가려내는 原理라고 봄으로 積極的·客觀的 豫見可能性 限定說이라고 해도 좋을 것이다.

## (2) 注意義務違反 限定說(新過失論 立場)

이 學說은 새로운 過失論의 立場에서 信賴의 原則의 體系的 地位를 부여하고자 하는 理論으로 過失犯의 中心인 注意義務의 範圍를 制限한다는 具體的 基準의 原則이라고 생각한다.

나아가서 이 立場에는 注意義務의 構造에 따라 信賴의 原則의 法的 性格을 달리 하는데 첫째, 結果豫見義務 자체를 制限하려는 規範的 基準이라는

84) 平野教授에 의하면, 過失行爲가 가지는 危險性을 「結果의 客觀的 豫見可能性」 또는 「어느 정도 高度의 豫見可能性」이라고 할 수 있는데, 信賴의 原則은 被害者가 그러한 行動을 취할 蓋然性이 낮을 때 認定한다고 說明하고 있다(平野, 前掲書, 193-194, 197-198面).

85) 西原, 前掲書, 23面.

說과 둘째, 結果回避義務의 認定與否를 결정하는 基準要素라는 說로 나누어진다. 먼저 結果豫見義務 制限說을 檢討해보면, 注意義務의 內容을 結果豫見義務에 重點을 두는 立場인데, 信賴의 原則에 대한 見解로서 「信賴의 原則은 交通規則이 一般的으로 遵守되어 違反의 蓋然性이 減少하고 있는 것을 前提로 하여 成立하고 있다. 그러나 今日에도 交通違反은 빈번하게 犯하여지고 있기 때문에 信賴의 原則의 適用이 認定될 수 있는 모든 경우가 豫見不可能한 경우라고는 도저히 말할 수 없을 것이다. 他人의 交通法規 遵守를 信賴하여 運轉하는 것은 결국 일종의 危險行爲인 것이다. 그러나 이 信賴關係를 認定하지 아니하고는 安全·圓滑한 交通을 확보할 수 없다는 이유에서 通常의 경우에는 他人의 違反行爲를 豫見하지 않아도 좋다는 基準」을 준 것이라고 이해된다.<sup>86)</sup>

둘째의 見解는 注意義務의 重點을 結果回避義務에 두고 있는 立場에서 信賴의 原則은 注意義務(結果回避義務)의 負擔을 輕減시키고 그것을 認定하는 하나의 基準要素가 된다고 본다.<sup>87)</sup>

### 3) 結語

以上에서 信賴의 原則에 대한 體系的 地位에 관한 여러 見解를 살펴 보았는데, 信賴의 原則은 客觀的 注意義務違反을 限定하는 一般的이고 具體적인 要素라는 것에는 대체로 見解의 一致를 보고 있다. 결국 信賴의 原則에 대한 法的 評價의 核心은 이미 言及한 바와 같이 注意義務의 內容을 어떻게 把握하느냐에 있다고 보여진다.

여기에서는 見解의 差異點에 대한 結論을 내리면, 대체로 앞의 두 學說은 傳統的 過失論 立場의 見解로 豫見可能性을 상당히 고도의 그것으로 이해하는 반면에, 뒤의 學說은 새로운 過失論(新過失論, 新新過失論)의 見解로 注意義務를 限定하는 것으로 보되 結果豫見義務와 結果回避義務의 어느 쪽에 重點을 두느냐에 따라 달라진다. 이러한 見解의 歸結으로써 앞의 두 가

86) 金澤文雄, 「過失」, 刑法の判例(基本判例解説シリーズ 2) 有斐閣, 1973, 77面.

87) 藤木, 刑法講義總論, 弘文堂, 249面.

지 見解에서 信賴의 原則은 豫見可能性的 減輕, 免除의 事由로 될 것이고, 뒤의 두 가지 見解에 의하면 信賴의 原則은 注意義務에 關與한다는 體系的地位를 形成한다는 結論이다. 이러한 結論의 差異는 根本的으로 過失論의 對立 즉, 古典的 意味의 過失論과 새로운 過失論의 過失에 대한 立場의 차이에서 發生한다고 보여진다.

생각컨대 (不法)構成要件要素로서의 過失은 客觀的 注意義務의 違反이며 信賴의 原則도 이 次元에서 問題삼는 것이 낫다고 본다. 다만 注意義務에 있어서 結果豫見義務와 結果回避義務의 어느 쪽에 重點을 줄 것인가의 問題는 信賴의 原則을 許容된 危險의 法理 내지 危險分配의 原理의 맥락에서 이해할 때 結果回避義務에 重點을 두는 것이 좋겠다.

이와 같이 定立된 信賴의 原則은 過失犯의 本質的 標識인 注意義務의 成立範圍를 限定지운다는 점에서 過失犯 處罰의 抑制化를 도모함과 동시에 危險業務의 共同 作業者 間에 相互的으로 規則을 遵守하게 함으로써 危險의 發生을 減少 또는 解消시키는 機能을 하고 있다.<sup>88)</sup>

具體的으로 信賴의 原則의 역할을 보면 첫째로, 過失犯 處罰의 基準을 緩和하고 있다고 할 수 있다. 從來의 過失犯 處罰이 지나치게 엄격하였으므로 이를 緩和하여 合理的으로 制限하려는 意圖下에 展開되고 實務上 適用되어온 理論이다. 둘째로, 結果發生에 대한 豫防的 機能을 한다. 信賴의 原則을 무조건 適用한다는 것은 禁物이다. 法益保護를 위하여 非難받아야 할 行爲를 一般的으로 豫告함으로써 結果發生을 防止하는 것도 豫防的 機能으로서의 훌륭한 方法이라 하겠다.<sup>89)</sup>

### 3. 信賴의 原則의 適用

#### 1) 論點

이미 檢討한 바와 같이 信賴의 原則은 刑法上의 理論的 產物이라고 하기

88) Sch./Sch./Cr., StGB, 24. Aufl, 1991, §15. Rdn. 148; 大谷, 前掲論文, 109面.

89) 信賴의 原則의 機能에 대해서는 藤木英雄 編, 過失犯, 117-120面 以下 參照.

보다는 實務上 必要에서 나타난 實踐的인 原則으로 生成·發展하였다. 그러나 實務上으로는 완벽한 體系를 갖춘 法原理로서 정착하지는 못하고 있다. 특히 우리나라에 있어서 學說·判例上으로 대체로 이 原則을 認定하고는 있으나, 아직도 具體的인 內容上의 體系나 適用上의 限界에 많은 問題點이 남아 있는 實情이다.

특히 信賴의 原則의 適用은 일정한 「社會的 與件」과 「특별한 事情」에 따라서 상당히 伸縮的인 意味를 갖기 때문에 「社會的 與件」이 어떻게 變化되는가를 정확히 파악하는 노력이 必要하고, 또한 「특별한 事情」에 대하여도 위의 「社會的 與件」과의 관계에 있어서 상세한 分析과 어느 정도의 類型化가 必要할 것이나, 지나친 原則의 劃一化, 形式的인 運用은 禁物이다.

원래 信賴의 原則은 道路交通의 圓滑한 運用과 人命의 安全이라는 均衡위에서 채택된 原則이므로 適用上에 있어서도 너무 인색하거나 너무 寬容을 베푸는 경향이 나타나서는 아니 된다는 점을 염두에 두어 以下에서는 信賴의 原則의 適用上의 問題點을 概括的으로 알아보고 특히 信賴의 原則의 適用의 限界性에 대하여 檢討해 보고자 한다.

## 2) 適用의 一般的인 檢討

信賴의 原則은 一般的으로 「許容된 危險」 내지 「危險의 적절한 分配」의 法理를 具體的으로 응용한 경우의 하나라고 할 수 있다.<sup>90)</sup> 즉, 高速度 交通機關이 비록 증대한 危險을 지니고 있지만 그 社會的 有益性 때문에 그 危險은 社會的으로 相當한 것으로 許容되고 있는 것이다. 따라서 交通關與者는 그 危險을 相互 分擔하고 危險分配를 前提로 한 規則의 確立이 要請된다. 이러한 規則이나 社會生活上 一般的으로 要求되는 注意에 따라서 行動하면 社會生活上 相當한 것으로 不法이 되지 아니한다. 그러면 어떠한 具體的 狀況이 存在하는 경우에 信賴의 原則의 適用이 認定될 수 있는가 하는 것이다. 그리고 이 問題는 道路交通의 경우에 車輛 對 車輛의 事故인가, 車輛 對 步行者의 경우인가 등의 分析을 통하여 具體化된다. 또 이것

90) 車鑑碩, 前掲論文, 355面.



은 抽象的 · 一般的 考察과 친숙하지 않으며, 어느 정도의 一般的 基準設定은 可能하다고 하더라도 결국은 問題點이 된 준비된 事例를 類推하여 特定の 具體的인 事件을 判斷함에 지나지 않을 것이다.

다음으로 行爲者 自身에게 어떠한 要件이 구비되어 있는 경우에 信賴의 原則을 適用할 수 있는가 하는 問題이다. 이것은 信賴의 原則을 適用받기 위한 內部的 要件으로 類型化가 비교적 容易하고 抽象的 · 一般的 考察도 可能하다. 信賴의 原則에 대한 交通事故 分野에 있어서의 定義를 보면 「모든 交通關與者는 특별한 事情이 없는 한 다른 交通關與者가 交通秩序를 遵守할 것을 信賴해도 좋다. 따라서 他人이 交通秩序에 違反하는 態度로 나올 것을 염두에 둘 必要는 없다」고 할 수 있다. 이 定義로부터 분명한 것은 信賴의 原則을 適用하기 위한 要件으로 첫째로 要求되는 것은 他人의 적절한 態度에 대한 「信賴」가 現實로 存在해야 한다는 것이다. 信賴가 現實的으로 없는 경우에는 豫見義務 내지 回避義務는 否定될 수 없고 加害者의 過失도 否定될 수 없다. 따라서 信賴의 原則適用의 첫째 要件은 「信賴의 存在」이다. 그 둘째 要件은 「信賴의 相當性」이다. 刑法은 모든 信賴를 保護하는 것이 아니다. 具體的인 交通事情을 前提로 하여 그러한 信賴함이 社會倫理的으로 보아 相當한 경우에 비로소 刑法은 加害者의 信賴를 保護한다. 이러한 信賴가 없는 경우에는 事實上 豫見可能性이 있음에도 불구하고 結果回避義務의 發生을 否定하는 것으로 된다. 셋째 信賴의 原則適用의 可否에 관한 要件으로 「事故의 原因으로 된 加害者 측의 規則違反의 不存在」를 들 수 있다. 加害者가 上記 두 가지 要件을 갖추고 있다고 하더라도 그 自身이 交通規則을 違反하여 그것이 事故의 原因으로 된 경우에도 信賴의 原則을 適用할 수 있는가의 問題이다. 이것은 넓게는 두번째 要件에 포함시켜 다룰 수도 있지만, 이 要件은 信賴의 原則의 適用例外에 속하는 問題이므로 適用限界基準에서 論함이 相當하다.

### 3) 適用上的 限界(交通事故에 있어서)

앞에서 檢討한 바와 같이 信賴의 原則은 客觀的 注意義務違反을 制限하

여 加害者의 過失을 免除하는 基準原則으로 파악하였다. 또한 信賴의 原則의 適用에 있어서 限界點이 있다는 것도 一般的으로 學說, 判例上으로 認定되고 있으며, 學說 判例上으로 認定하고 있는 限界의 基準點으로는 「특별한 事情」을 들고 있다.

前述한 바와 같이 「特別한 事情」의 내용과 程度는 「社會的 與件」에 의하여 左右되고 範圍도 정해지는 것이 一般的인데, 獨逸에서의 學說, 判例上으로 類型化하고 있는 限界의 基準으로는 보통 ㉠ 行爲者 자신이 交通規則을 違反한 경우, ㉡ 相對方의 交通規則違反을 具體的·實質적으로 豫見·回避할 수 있는 경우, ㉢ 幼兒, 老人, 身體障礙者, 酩酊者 등 적절한 行動을 하리라는 信賴를 할 수 없는 경우 등을 들고 있는데, 이는 대체로 日本의 學說·判例에서도 그대로 引用하고 있는 實情이다.

우리나라에서도 여전히 信賴의 原則이 發展段階에 있어서 判例의 蓄積이 현저히 부족함으로써 適用限界의 類型化가 아직은 미미하므로 위의 基準點을 根據로 하여 우리나라의 學說·判例上으로 나타난 適用上 限界의 基準要件을 類型化해보고자 한다.

(1) 他人의 交通規則違反(客觀的 注意義務違反)에 대한 高度의 蓋然性을 豫見·回避할 수 있는 경우<sup>91)</sup>

이 경우는 信賴의 原則의 適用이 排除되는 一般的이고 包括的인 事由이다. 信賴의 原則은 원래 結果發生에 대한 豫見可能性이 있음에도 불구하고 結果回避義務의 發生을 否定하기 위한 原理로서 상당한 注意를 하면 結果의 發生을 容易하게 回避할 수 있는 경우에는 適用이 없다.

여기에 해당하는 경우로는 相對方이 幼兒, 身體障礙者, 老人, 酩酊者가 具體적으로 여기에 해당하고, 相對方이 交通違反으로 危險이 이미 發生한 경우, 交通事故가 頻發하는 地域, 前方注視가 어려운 道路 건널목 등이 있다.

한편 交通規則違反이 頻發하기 때문에 留意해야 할 장소에도 信賴의 原則이 排除된다는 見解가 있으나, 客觀的 注意義務違反의 範圍를 擴大하는

91) 大判 1986.2.25, 85도 2651(반대방향으로 달려오는 車輛의 中央線 侵犯을 이미 認知한 경우는 信賴의 原則이 適用되지 않는다) ; 1990.2.27, 89도 777(부득이하게 일시 中央線 侵犯을 이미 認知한 後方 運轉者의 注意義務는 信賴의 原則이 適用되지 않는다).

우려가 있어 否定的으로 보는 것이 타당하다.

(2) 相對方의 交通規則違反 事實을 이미 認知한 경우

相對方이 먼저 客觀的 注意義務違反(交通規則違反)을 하여 危險이 現存하고 있는 경우에는 行爲者는 可能한 한 危險을 回避해야 한다. 그렇지 못하여 結果가 發生하면 先行의 原因을 提供한 相對方의 客觀的 注意義務違反은 물론 否認되지 아니하고, 行爲者 自身の 客觀的 注意義務違反도 排除되는 것이 아니다.

(3) 行爲者 스스로 交通規則(客觀的 注意義務)違反을 하였을 경우

이 경우에는 첫째로 交通規則을 違反한 行爲者는 벌써 他人의 적절한 行爲를 期待할 資格이 없다는 것과 둘째로 相對方의 적절한 行爲를 期待하면 行爲者 自身도 적절한 注意를 해야 한다는 意味에서 信賴의 原則은 適用되지 않는다

以上에서 信賴의 原則의 適用상의 限界點에 관하여 一般的으로 類型化되고 있는 경우만 說明하였으나 기타 社會的 相當性的 觀點에서 「特別한 事情」으로 볼 수 있으나, 없느냐를 具體的·個別的으로 判斷해야 된다.<sup>92)</sup>

#### 4. 結 論

1) 지금까지 檢討한 바와 같이 過失犯은 法理上으로나 實際상으로 예외적인 犯罪가 아니라, 故意犯과는 別個의 獨自의인 犯罪의 體系를 構築하게 되었으며, 相當한 過失犯의 論議를 통해서 過失의 消極的이고 間接的인 非難形式에서 탈피하여, “行爲者가 構成要件의 實現可能性을 豫見하거나 豫見할 수 있었음에도 具體的인 상황에서 그 構成要件의 結果의 發生을 回避하기 위하여 社會生活上 요구되는 注意義務를 違反(Die Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt)하는 것”이라고 定立하여 積極的이고 直接的인 非難의 形式을 취하게 되어 결국 過失行爲를 “客觀的 注意義

92) 「특별한 事情」으로 信賴의 原則을 否定한 최근의 大法院 判決로는 1990.2.27. 89도777(法院公報 第870號, 832面) : 1990.12.26. 89도2589(法院公報 第890號, 675面)이 있다.

務에 違反하는 行爲”라고 하게 되었다.

따라서 本稿에서는 過失犯의 核心的 要素인 過失을 客觀的 注意義務違反과 主觀的 注意義務違反으로 나누어서 前者를 不法構成要件의 要素로서 過失行爲의 問題로 취급하고, 後者는 非難可能性的 問題로 責任段階에서 論하였다. 나아가서 客觀的 注意義務의 주된 內容으로는 客觀的 結果豫見可能性 보다는 客觀的 結果回避義務로 結論 지었다

아울러 信賴의 原則은 交通過失犯에서 發生하여 오늘날에는 過失犯에 있어서 過失認定의 基準으로 定着하게 되었다. 그러나 우리나라의 交通事情下에서는 步行者의 적절한 行爲에 대한 信賴는 아직은 부족한 경우가 많기 때문에 車輛 對 車輛의 事故에서는 信賴의 原則의 適用을 폭넓게 認定하고 있으나, 車輛 對 步行者와의 關係에 있어서는 그 適用이 아직은 인색한 傾向이 있다.<sup>93)</sup> 따라서 交通環境의 整備, 國民一般의 交通秩序 意識의 高揚, 기타 安全施設의 整備 등이 확충될 때는 좀더 이 原則의 擴大適用이 可能 하리라 여겨진다. 더구나 信賴의 原則은 被害者에게 過失이 있는 때 加害者의 過失有無를 論함에 있어서 問題가 되는 것이므로 이 原則이 適用될 때에는 加害者는 被害者의 부적절한 行爲까지 豫見하여 事故를 防止할 注意義務는 없고, 被害者가 交通規則을 遵守한 적절한 行爲를 취할 것이라는 기대에 부응한 適切な 措置를 취하면, 加害者에게 過失이 없는 것으로 하는 原則이다.

다시 말하면, 信賴의 原則은 客觀的 注意義務를 具體化하기 위한 一般原則이지만 注意義務가 具體化되면 客觀的 注意義務의 具體的 內容을 基準으로 行爲者가 現實의 行爲가 그것을 逸脫한 것이라고 判斷되는 경우에는 客觀的 注意義務를 違反한 過失行爲가 되며, 過失의 存在가 肯定된다.

93) 大法院은 최근 一般道路交通의 車輛 對 車輛의 事故에 있어서는 中央線이 표시되지 아니한 非鋪裝道路에서의 事故까지 信賴의 原則을 適用한 判決(1992.7. 2892도1137)을 내고 있으며, 車輛 對 步行者와의 關係에 있어서는 信賴의 原則을 明示의 行爲로 適用한 判決(1993.2.23. 92도2077)을 내리고 있다. 後者の 판시로는 「自動車 運轉者로서는 橫斷步道の 신호가 赤色인 상태에서 反對車線上에 停止하여 있는 車輛의 뒤로 步行者가 건너오지 않을 것이라고 信賴하는 것이 당연하고 그렇지 아니할 事態까지 豫想하여 그에 대한 注意義務를 다하여야 한다고는 할 수 없다」라 한다.

2) 대체로 信賴의 原則의 適用에 대하여는 긍정하고 있는 편이나, 信賴의 原則에 있어서 問題가 없는 것은 아니다. 하나는 이 原則이 「許容된 危險의 法理」·「危險分配의 原則」이라는 利益衡量, 價値判斷을 展開하는 까닭에 지나치게 國家·社會의 有益性만 중시한다고 하는 理念的인 批判이며, 다른 하나는 이 原則을 判斷基準으로 하는 경우 被害者의 過失은 行爲者의 注意義務의 範圍 밖에 있다는 方式으로 事實의 個別性이 무시되는 機械的·劃一的인 判斷에 빠진다는 것이다. 또 다른 하나는 刑法機能的 觀點에서의 問題 즉, 犯罪人 保護라는 保障的 機能의 강화는 一般人 保護라는 保護的 機能의 低下를 招來할 可能性이 있다는 것이다. 나아가서 罪刑法定主義的 觀點에도 부합되지 않는 傾向으로 흐를 可能性이 있다는 것이다. 즉, 法律에 特別한 規定이 없는 한 罪가 있는 사람은 자기의 罪값만큼 處罰받는 일 또한 무시해서는 안될 줄 안다.<sup>94)</sup>

끝으로 이 原則의 登場으로 인하여 過失行爲가 어느 정도 高度의 危險性을 가지는 경우에만 可罰的이 된다고 하는 過失犯 限定을 위한 理論 定立을 제공한 셈이다.

다른 한편, 交通事故 이외에 食品, 醫療, 藥品製造, 企業災害 등에 관해서도 同原則의 適用이 고려될 수 있다. 企業 내지 組織에 대한 刑事過失의 추구는 近年에 이르러 새롭게 나타난 現狀이며, 이것에 대해 信賴의 原則을 適用하는 것이 과연 적절한 刑事規制에 結付되는 것인가는 더욱 檢討를 요하는 問題이나, 組織 내지 法人에 대한 刑事規制가 現實의 要請이면서도 그것이 적절한 範圍에 限定되어야 한다는 것은 당연하며, 특히 組織과 Team내에서의 個人的 注意義務의 確定이 刑事過失論의 課題인 이상 信賴의 原則이 排除될 이유는 없다. 그리하여 企業過失, 醫療過失의 重要性에 對應하여 信賴의 原則이 더욱 重要하리라 생각된다. 그러나 그 適用은 慎重해야 할 것이다.<sup>95)</sup> 결국 大法院에서는 信賴의 原則을 明示的으로 言及

94) 裴鍾大, 刑法總論, 改訂版, 弘文社, 1993, 544面.

95) Stratenwerth도 醫療分業의 경우에는 信賴의 原則이 그대로 適用될 수 없다고 한다 (G.Stratenwerth, [Arbeitssteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht], in FS. Schmidt(1961), S.389); 우리나라 大法院 判例 1990.5.22. 90도579(法院公報 第876號, 1405面)에서도 醫療分野에서는 信賴의 原則의 適用을 慎重히 하고 있다.

하고 있지는 않으나 그 分析의 展開過程을 보면 醫療過失의 領域에 이미 信賴의 原則을 導入하고 있다는 判決을 내리게 되었다.<sup>96)</sup>

## 參考文獻

### 1. 國內文獻

- 金日秀, 韓國刑法(1)(2), 博英社, 1992.  
金鍾源, 過失犯 刑事法講座(1), 韓國刑事法學會 編, 博英社, 1981.  
裒鍾大, 刑法總論 改訂版, 弘文社, 1993.  
沈在宇, 刑法體系에 있어서 過失犯의 構造, 法律行政論集 第18輯, 1980.  
李敬鎭, 過失犯의 現代的 照明과 課題, 釜山大學校 博士學位論文, 1989.  
李在祥, 刑法總論 全訂版, 博英社, 1991.  
李炯國, 刑法總論, 法文社, 1990.  
李炯國, 過失犯에 있어서 客觀的 注意義務, 考試界, 1987. 4.  
鄭盛根, 刑法總論 改訂版, 法志社, 1990.  
車鐸碩, 信賴의 原則 刑事法講座(1), 韓國刑事法學會 編, 博英社, 1981.  
崔贊植, 自動車 運轉者의 業務上 注意義務와 信賴의 原則, 檢察, 1968. 11.  
大法院刑事判例集, 韓國判例研究院, 1993.  
判例總覽, 青林閣, 20-1卷, 1992.  
法務部, 犯罪白書, 法務研修院, 1993.  
法院公報,

### 2. 外國文獻

- 井上祐司, 行爲無價值と過失犯論, 成文堂, 1978.  
井上正治, 過失犯의 構造, 有斐閣, 1981.  
平野龍一, 刑法總論 1, 有斐閣, 1972.  
福田 平, 刑法解釋의 基本問題, 有斐閣, 1982.  
團藤重光, 註釋刑法2, 有斐閣, 1970.  
藤木英雄 編, 過失犯 -新, 舊過失論爭-, 學陽書房, 1978.  
藤木英雄, 過失犯의 理論, 有信堂, 1980.  
藤木英雄, 刑法講義總論, 弘文堂, 1975.  
大谷 實, 「危險의 分配と信賴의 原則」, 藤木英雄 編, 過失犯新, 舊過失論爭-, 學陽書房, 1978.

96) 大法院判例, 1994.4.26. 제1부92도 3283 業務上過失致死傷

- 大塚 仁,「過失の構造」刑法論集(1)-犯罪論と解釋學-,有斐閣,1979.
- 金澤文雄,「過失」,我妻 榮 編,刑法の判例 第2版(基本判例解説 シソ-ズ2),有斐閣,1973
- 松宮孝明,刑事過失論研究,成文堂,1989.
- 西原春夫,交通事故と信賴の原則,成文堂,1970.
- 西原春夫,交通事故と過失の認定,成文堂,1980.
- 木村龜二,「過失犯の構造」,現代刑法學の課題(下),龍川遼曆,1955
- 木村靜子,「過失犯における信賴の原則」 藤木英雄 編,判例と學說7,日本評論社,1977.
- 中 義勝,「過失犯における許された危險の法理. 危險の配分」,青木青相外 3 人編 日沖憲郎博士還曆 過失犯(1) 基礎理論,有斐閣,1968.
- 板倉 宏,現代社會と新しい刑法理論,草書房,1980.
- 大審院,刑事判例集1, 4, 14, 15, 17, 20卷
- E. Mezger, Leipziger Kommentar Zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., (Munchen: C. H. Beck, 1954)
- H.H. Jescheck, Entwicklung und Stand der Lehre von der Fahrlässigkeit in Deutschland, Korea und Japen
- H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11.Aufl., (Berlin: Walter de Gruyter, 1969.)
- , Das Deutsch Strafrecht in seinen Grundzugen, 2.Aufl., 1949.
- , Das neue Bild des Strafrechtssystems.
- K. Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit in Strafrecht, 1930.
- R. Frank, Aufbau des Schuldberggriffs, 1907.
- G. Stratenwerth, 「Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht」, in. FS. Schmidt, 1961.
- Schonke-Schroder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 21. Aufl., (Munchen:C.H. Beck, 1988)