

과실범론의 체계적 재구성

조 상 제*

국문요약

형법 제14조 전단은 “정상의 주의를 태만함으로 인하여 죄의 성립 요소인 사실을 인식하지 못한 것”을 과실로 규정하고 있다. 여기서 과실은 각 범죄론에 따라 그 체계적 지위와 개념내용이 달라진다. 필자는 통설적 견해와는 달리 형법상 과실을 주관적 구성요건요소로 정서시키는 새로운 경향에 따르는 한편 과실의 개념을 주관적 예견가능성으로 정의한다. 다시 말해서 객관적 주의의무위반은 고의와 과실에 공통되는 객관적 귀속의 일척도이고 주관적 주의의무위반이 주관적 구성요건요소이다. 과실의 범형상에 대한 이와 같은 이해방식을 취하는 이유는 범규범은 개인에게 불가능한 것을 요구할 수 없고, 행위자 개인의 주의능력에 비추어 가능한 주의의무를 부과해야 한다는 데 있다.

* 아주대학교 법과대학 교수, 법학박사.

I. 서 설

금세기 중반 이래 급속한 과학기술문명의 발전 및 이의 문화적 향유는 필연적으로 생활 속에서 각종의 위험을 증가시키게 되었다. 이에 따라 과실범이 형사범죄의 영역에서도 양적으로는 고의범에 뒤지지 않을 정도에 이르렀으며, 그 증가추세도 계속될 전망이다. 여기서 과실범의 성립은 기술문명의 향유필요성과 서로 긴장관계에 있다. 그 때문에 과실범에 대한 이론은 근자에 특히 활발히 논의되어 내용적으로 많은 변화를 겪고 있다.

형법 제14조 전단은 “정상의 주의를 태만함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 것”을 과실로 규정하고 있다. 이에 따라 과실은 통상 부주의와 불인식이라는 양 표시의 결합체로 이해되고 있다. 그리고 이러한 과실행위는 고의범에 비해 그 불법 및 책임의 정도가 가벼우므로 언제나 처벌되는 것이 아니라 법률에 특별히 명시적 처벌 규정을 둔 경우에 한하여 예외적으로 처벌된다(제14조 후단). 형법은 각칙에서 ① 실화(제170조)·업무상실화·중실화(제171조)·과실폭발물과열(제173조의 2), ② 과실일수(제181조), ③ 과실·업무상과실·중과실·교통방해(제189조), ④ 과실·업무상과실·중과실치사상(제266조 내지 제268조), ⑤ 업무상과실·중과실장물취득(제364조) 등의 과실범처벌규정을 두고 있다.¹⁾

형법 제14조가 의미하는 바의 과실이란 행위자가 사회생활을 영위함에 있어서 일반적으로 요구되는 정도의 주의를 기울였다면 구성요건적 결과의 발생을 예견 및 회피할 수 있었던 경우에 이를 이유로 그에게 형사상의 제재를 가하는 “주관적 귀속의 一形式”이란 점에 대하여는 견해가 일치하고 있다. 하지만 과실개념의 본질을 이루는 양 요소의 판단척도 및 체계상의 위치 등에 관한 학설 및 판례의 입장은 다양하게 나누어져 있으며, 그러한 한 과실의 구체적 내용 및 그에 따른 과실범의 구조도 서로 상이하게 구성될 수밖에 없다.

이러한 문제인식하에 본고에서는 특히 과실의 체계적 지위에 관한 최

1) 그 중 ④, ⑤는 과실침해범이며, 자기 소유의 물건에 대한 실화죄(제170조 제2항)와 (추상적 위험범인) 공공용의 가스·전기 등 공급방해의 경우를 제외한 과실폭발물폭발등의 죄(제173조의 2 제①②항) 및 과실일반건조물 등에서의 일수죄(제181조 후단)는 구체적 위험범에, 그 나머지는 추상적 위험범의 범주에 속한다.

근의 견해에 따른 과실의 개념정립과 그 귀결로서의 과실범론의 구조문제를 정리할 것이다.

II. 과실의 개념과 체계적 지위

형법 제14조가 의미하는 바의 과실이란 행위자가 사회생활을 영위함에 있어서 일반적으로요구되는 주의를 기울였다면 예견하고 회피할 수 있었던 구성요건적 결과를 발생시켰음을 이유로 형사상의 제재를 가하는 ‘주관적 귀속의 일형식’이란 점에 대하여는 견해가 일치하고 있다. 나아가 과실개념에서 본질적 내용을 이루는 것은 행위의 주의의무위반(즉 부주의)이며, 이때의 주의의무를 결과예견의무(예견가능성)와 결과회피의무(회피가능성)를 포괄하는 의미(지배가능성)로 해석하는 점에 대하여도 학설²⁾은 대체로 일치한다.

1. 과실의 종류

가. 인식있는 과실의 문제점

전통적으로 과실의 종류를 인식(지적요소)과 인용(의적요소)이 결여된 정도에 따라 나누어, 인식없는 과실은 결과발생가능성에 대한 인식이 전혀 없는 경우이고, 인식있는 과실은 그 가능성을 추상적으로 인식하면서도 이를 용인하지 않는 경우, 즉 자신의 능력을 과신하거나 기타 부주의로 결과가 발생하지 않으리라고 신뢰한 경우로 해석하고 있다. 이때 형법 제14조 “인식”을 문언대로 받아들인다면 “인식있는 과실”은 성립할 수 없으므로, 통설은 전기 조문 “인식”에 인용의 의미도 포함된 것으로 이해하고 있다.

그러나 과실을 평가개념으로서의 중과실이나 업무상과실 외에 이와 같이 심리적 관계에 따라 나눌 실익이 있느냐에 대하여는 의문이 제기되고 있다. 왜냐하면 형법 각칙에 규정된 개개 과실범 구성요건이 인식있는 과

2) 김일수, 한국형법Ⅱ, 441면; 박상기, 총론, 282면; 배종대, 총론, 567면; 이재상, 총론, 168면; 이형국, 총론연구Ⅱ, 661면; 정성근, 총론, 398면.

실과 인식없는 과실로 구분되어 있지도 않으며, 또 인식있는 과실이 인식없는 과실보다 항상 불법이나 책임이 중한 경우를 의미하지도 않기 때문이다(예컨대 현저히 위험한 행위를 전혀 인식없이 무모하게 감행한 자와 상대적으로 그보다 낮은 행위의 위험성을 인식하고 있었던 소심한 자를 가치론적으로 비교).³⁾

다만 미필적 고의개념을 설정할 때 편의상 구별개념으로 인식있는 과실이 등장할 뿐이다. 그렇지만 미필적 고의의 성립에 지적요소(인식)외에 의적요소(용인 내지 감수의사)를 요구하고 있는 우리 판례와 학설의 절대적 입장과는 달리, 독일에서는 비록 소수설이긴 하지만 의적요소의 필요성에 대한 의문이 이미 1950년 이래 꾸준히 제기되어 오고 있다(소위 인식설).

인식설은 미필적 고의의 성립에 의적요소를 배제시키고, 그 대신 남아 있는 지적요소를 결과발생위험에 대한 종래의 추상적 가능성의 인식에서 보다 더 좁힌 구체적 가능성(혹은 개연성)의 인식만을 요구한다.⁴⁾ 그 정도의 (구체적)인식의 바탕위에서는 행위자가 당해 결과를 회피(저지)하려고 결정하였더라면 스스로도 그 행위를 중단(혹은 회피조치를 취함)하지 않을 수 없었으리라는 가정관계가 인정되며, 그럼에도 불구하고 막연히 행운을 기대하여 결과가 발생하지 않으리라고 신뢰하였던 경우라면, 그 전체적 사태는 이미 행위자의 “현실적” 지배조종 아래에 있었던 것(즉, 고의)으로 보아야 한다는 것이다.⁵⁾ 실제로 독일 판례 중에서도 미필적 고의의 성립을 위하여 다음과 같이 형식적으로는 용인설을 취하는 것 같으나

3) 동지, 이재상, 총론, 186면; 김일수, 한국형법II, 449면; 반대 입장으로는, 유기천, 총론, 167면(양형상의 의미인정); 이형국, 총론연구II, 659면(비난의 차이인정); 배종대, 총론, 491면(불법과 책임내용상의 차이인정).

4) 인식설 중에서도 (구체적) 가능성을 취하는 견해로는, Schmidhäuser, AT, 10/89f; Schröder, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs, Sauer-FS, 1949, S.207. 이에서 더 나아가 개연성을 요구하는 견해로는, Jakobs, AT, 8/21ff; H.Mayer, Lehrbuch, 1953, S.250ff.

5) 대표적 사례로는, 특히 주된 결과(Hauptfolge)에는 명백히 의도적 고의가 있었으나, 이에 당연히 수반될 부수적 결과(Nebenfolge)에 대하여는 그 가능성(내지 개연성)의 인식만 있고 의적요소는 전혀 없거나 심지어 그 불발생을 막연히 신뢰한 경우를 들 수 있다. 예컨대, 보험금을 받아낼 목적으로 자기소유의 낡은 선박 바닥에 시한폭탄을 장치하여 항해중의 침몰을 계획하면서, 그 때 선원들이 구조되지 않을 수도 있다는 점에 대한 가능성의 인식은 있었으나 어째든 행운이 닿아 그들이 구조되기를 희망한 행위자에게 선원의 사망에 대한 미필적 고의의 인정여부가 문제될 경우(vgl. Jakobs, AT, 8/18f).

내용적으로는 인식설의 결론에 따른 것도 있다. 즉 “미필적 고의는 행위자가 그 결과의 발생을 가능한 것으로 여겼으면서, 그럼에도 불구하고 행위로 나아갔다면 ‘법적 의미의 시인(Billigen im Rechtssinne)’이 있다”고 하여 실제로는 인식설에 동조하고 있는 판례도 볼 수 있다.⁶⁾ 인식설에 따르면 결과적으로 미필적 고의의 성립에 요구되는 정도의 구체적 가능성(내지 개연성)에 미치지 못하는 단순한 추상적 가능성의 인식은 과실에서조차 별도의 표지로 인정할 필요가 없게 되며, 따라서 “모든 과실을 인식 없는 과실”로 보게 된다.

그러므로 형법 제14조의 과실에 있어서의 “인식”에 대한 해석문제는 미필적 고의개념에서의 의적요소의 필요성문제와 맞물려 앞으로 보다 활발한 논의가 요구된다고 할 것이며, 만약 그 결과 미필적 고의에서의 의적요소의 필요성을 인정하는 우리의 절대설의 입장이 타당한 것으로 인정된다면 우리 형법 제14조에도 오스트리아 형법 제6조 2항⁷⁾에서처럼 인식있는 과실을 명시적으로 추가하는 입법론적 해결방식을 적극적으로 검토해 볼만 하다.

나. 중과실과 업무상과실

중과실이란 경과실과 대립하는 개념이다. 이것은 행위자가 약간의 주의만 기울였다더라면 구성요건적 결과의 예견 및 회피에 이를 수 있었던 사정하에서 취한 경솔한 태도를 말한다. 중과실의 인정여부는 허용된 위험의 초과정도 및 그러한 위험상황에 대한 행위자의 예견가능성의 정도에 따라 상대적으로 내려질 수 있다. 판례도 이를 구체적인 경우에 사회통념을 고려하여 결정해야 한다고 보고 있다.⁸⁾

그리고 업무상과실이란 일정한 업무종사자가 당해 업무의 성질상 요구

6) BGHSt 7, 369. 유사판례 및 평석으로는 BGH, GA 1979, 107; BGH NJW 79, 1512; BGH JZ 1981, 35 참조. 우리 판례의 경우 명백하지는 않으나 대판 1956.11.30, 4289형상217 (형법상 범의가 있다함은 의도한바 행위에 의해 범죄사실이 발생할 것을 인식하면서 그 행위를 감행하거나 하려고 하면 족하고 ...)도 실제로 이에 유사한 판례로 볼 수 있다.

7) 오스트리아 형법 제6조2항에 의하면, “그러한 사태를 실현시키는 것이 가능하다고 생각하지만, 그 사태를 야기할 의사가 없는 자도 역시 과실로 행위하는 것이다”고 명시하고 있다.

8) 대판 1960.3.9, 4292형상761; 대판 1980.10.14, 79도305; 대판 1986.6.24, 85도2070.

되는 주의를 태만히 한 경우이다. 여기서 “업무”란 인간이 사회생활상의 지위에 따라 계속 반복하여 행하는 사무를 말하며, 반드시 직업이나 영업일 필요는 없고 또한 주된 사무일 필요도 없다(통설 및 판례의 입장).⁹⁾ 형법은 이러한 과실을 보통의 과실보다 중하게 취급하며, 그 이유는 위험한 업무에 “계속 반복적”으로 종사하는 자는 일반인에 비해 당해 위험에 보다 근접해 있으므로 행위자에게 자신의 행위를 통한 결과발생의 예견 및 회피가 상대적으로 보다 용이했다는 점에서 찾을 수 있다.¹⁰⁾

현행 형법은 업무상과실과 중과실을 항상 동일하게 취급하고 있으며 또, 해석론상 그 가중근거를 여기서와 같이 둘다 높여진 예견가능성에 둔다면 양자의 구별실익은 크지 않다. 이 때문에 입법론상 중과실속에 그 일 유형으로서 업무상과실을 흡수시켜야 한다는 주장이 제기되기도 한다.¹¹⁾

2. 과실의 체계적 지위

가. 객관적 · 주관적 주의의무위반으로서의 이원적 과실

주지하는 바와 같이 현재의 지배적인 견해¹²⁾는 부주의로서의 과실을 다

9) 황산덕, 각론, 190면; 정영석, 각론, 230면, 유기천, 각론(상), 73면; 김종원, 각론(상), 76면; 이재상, 각론, 78면 이하; 정성근, 각론, 80면; 대판 1961.3.22, 4294형상5; 대판 1970.8.18, 70도820.

10) 정영석, 각론, 218면; 이재상, 각론, 78면; 정성근, 각론, 78면. 이와는 조금 다른 의미로 유기천, 총론, 170면은 업무상과실이나 보통과실이나 주의의무는 같지만 예견의무가 다르기 때문에 전자의 경우에 책임이 가중된다고 한다. 본고에서는 과실개념을 부주의와 예견가능성을 포괄하는 개념으로 잡고 있으며, 또 주관적 과실을 이미 구성요건요소로 보기 때문에 업무상과실은 이미 불법가중으로서의 의미를 지니게 된다. 업무상과실의 가중근거에 관하여 이와 다른 기타의 견해에 대한 자세한 설명으로는 정성근, 각론, 77면 이하 참조.

11) 우리 형법은 실화죄, 과실교통방해죄, 과실치사상죄 및 과실장물죄에 대하여 업무상과실과 중과실을 규정(§§ 171, 189②, 268, 364)하고 있다.

12) 손해목, 과실범(상), 고시연구, 1977.6, 45면; 이형국, 형법총론연구II, 1986, 658면이하; 이재상, 형법총론, 1990, 189면; 차용석, 과실범이론(상), 새법정, 1972.4, 51면; Jescheck, AT, S.521f., 536f; Wessels, AT, S.196f; Maihofer, Zur Systematik der Fahrlässigkeit, ZStW 70(1958), S.186f., 188. 이와 달리 과실을 이중의 주의의무위반으로 구성하면서도 객관적 예견가능성 및 주의의무위반은 후술하는 신경향의 입장에서처럼 독자적인 과실범의 객관적 구성요건요소가 아니라 고의·과실의 결과법에 공통하는 일

시 객관적·주관적인 이중의 척도에 따라 나누어, 객관적 주의의무위반을 (결과귀속문제와는 별개의 독자적인) 객관적 구성요건요소로 주관적 주의의무위반을 책임요소로 구성하고 있으며 판례도 이러한 입장에 동조하고 있다. 연혁적으로 금세기 초반까지 맹위를 떨쳤던 전통적(고전적 및 신고전적) 범죄체계에서 고의와 더불어 단지 책임의 형식으로만 취급되던 (행위자의 주관적 심리상태로서의 주관적 인식가능성 내지 주관적 부주의로 이해된) 과실이 현재와 같이 이원적 체계로 자리매김 받는데 결정적 공헌을 한 대표적 학자로는 엥기쉬(K. Engisch)와 벨첼(H. Welzel)을 들 수 있다.

우선 Engisch¹³⁾에 따르면 주의에는 내적주의와 외적주의가 있는데 당시의 재배설이던 전통적 범죄론은 과실을 언제나 (주관적·심리적인) 내적 주의의 태만에서만 바라보아 책임에 위치시켰기 때문에 이와 전혀 다른 성질의 외적주의의 태만(예컨대 과속운전, 신호위반, 차선위반...)의 체계상의 위치가 문제될 수밖에 없었다. Engisch에 있어서는 내적주의이건 외적주의이건 주의는 모두 목적을 위한 수단, 즉 구성요건실현을 회피하기 위한 수단으로서 구성요건요소 내지 위법요소로 파악된다. 즉 법질서는 구성요건실현의 회피를 위하여 필요한 주의를 객관적으로 의무지우고 있는데, 이러한 객관적 주의의무에 위반하여 결과를 발생시켰을 때 그것이 바로 과실범의 구성요건에 해당하는 불법이라는 것이다.

나아가 Welzel에 의하여 주창된 목적적 행위론의 등장에 따라 과실은 비로소 구성요건해당성의 단계에 체계적으로 정립되기에 이른다. 목적적 행위론 및 (그에 따른) 범죄체계는 구성요건적 결과실현에 지향된 목적성(즉 고의)을 주관적 구성요건요소로 정립시키는 한편, 과실범의 경우에는 그 결과발생에 이른 목적적 행위의 실행방식에 주목하여 과실을 구성요건적 결과에 대한 목적적 행위의 수행방식(조종과정)이 거래(교통)상 요구되는 주의에 위반하는 것(즉 결과회피를 위하여 요구되는 객관적 주의의무위반)으로 해석하면서 그를 통해 야기된 결과와 함께 과실범의 구성요건해당성을 이루는 것으로 본다.¹⁴⁾ 이와 함께 목적적 범죄체계에서는 순

반적 개념으로서 객관적 귀속의 한 척도로 파악하여 객관적 구성요건단계에 위치시키고, 주관적 예견가능성 및 주의의무위반은 다수설에서와 같이 과실의 책임으로 정립시키는 견해로는 박상기, 형법총론, 1997, 282면 이하, 297면 참조.

13) Vgl. K. Engisch, Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S.271, 275f, 344, 348f.

수한 규범적 책임개념을 강조하여 고의와 함께 과실이 책임령역에서 완전히 축출되고, 그와 분리된 위법성의 인식(내지 인식가능성, 즉 금지착오의 회피가능성)만이 책임의 구성요소로 남게된다. 하지만 그와 같이 객관적 주의의무위반으로만 정의내린 과실을 객관적 구성요건요소로, 그리고 과실범의 책임을 그러한 객관적 부주의 행위에 대한 위법성의 인식가능성으로 구성된 목적적 범죄체계에서는 이제 결과에 대한 주관적 예견가능성이 더 이상(불법영역에서건 책임영역에서건) 적극적 범죄성립요소로서의 의미를 상실하게 되어, 그 결과 행위자와 구성요건적 결과와의 주관적 관련성 상실이라는 잘못된 귀결을 필연적으로 가져오게 된다. 즉 실제로 결과에 대한 주관적 예견가능성과의 관련성없이 행위자의 주관적 불법통찰가능성이 인정될 수도 없으려니와, 만약 있다고 할지라도 그러한 정도의 주관적 인식(결과야기가능성의 인식이 전제되지 않은 단순한 불법인식가능성)을 책임의 근거로 삼는 견해는 과실침해범을 단지 주관적·추상적 위험범으로 변형시키는 내용적 오류를 낳게 된다.¹⁵⁾

이상과 같은 이론적 토대의 검증 및 수정단계를 거쳐 현재와 같이 과실은 객관적 구성요건요소이자 동시에 주관적 책임요소라는 이중기능을 널리 인정받게 된다.¹⁶⁾ 하지만 그럼에도 불구하고 이와 같은 현재의 통설은 구성요건적 과실을 단지 객관적 주의의무위반으로만 보고 있기 때문에 과실범의 주관적 구성요건요소가 결여된다. 그러한 관점 아래서는 과실범의 경우 객관적 구성요건과 주관적 구성요건의 구분이 애당초 불가능하며, 이점은 동일한 체계하에서 고의범의 경우에는 고의가 주관적 구성요건요소를 이룬다는 점과 비교할 때 체계론상의 난점으로 남게 된다.¹⁷⁾

나. 과실범체계의 신경향

앞서의 통설적 견해와 달리, 객관적 주의위반은 과실의 독자적 구성요

14) 김종원, 과실범, 형사법강좌I, 1981, 337면; 황산덕, 형법총론, 제7정판, 1986, 127면; Welzel, Strafrecht, 11.Aufl., 1969, S.131ff., 562.

15) Vgl. Jakobs, AT. 2. Aufl. 1991, 9/10.

16) 과실의 체계론적 발전에 관한 보다 자세한 상론으로는, 조상제, 법치국가와 형법(심재우 선생의 형법사상에 대한 재조명, 김일수·배종대 편), 1998, 309, 311, 316면 이하 참조.

17) 동지, 김일수, 한국형법II, 444면.

소가 아니라 고의 및 과실의 결과범 모두에 공통적으로 적용되는 객관적 귀속의 일척도로서 객관적 구성요건에 속하게 하고, 주관적 부주의(혹은 예견가능성)만을 과실의 본질요소로 규정하여 이를 과실범의 주관적 구성요건요소로 정서시킨 견해가 근자에 대두되어 점차 호응을 얻고 있다(소수설).¹⁸⁾

한편 과실을 이와 같이 이미 주관적 구성요건요소로 인정하면서 이와 동시에 고의의 이중의미(즉 불법단계에서는 구성요건실현행위의 직접적인 지배조종형태에 대한 평가로서의 행위반가치, 책임단계에서는 그러한 행위자의 동기형성에 대한 비난으로서의 심정반가치)를 인정하는 학자들은, 과실도 이와 평행하게 불법에서는 주관적 조종가능성(Steuerbarkeit)을, 책임에서는 개인적 동기가능성(Motivierbarkeit)을 각 단계의 반가치평가의 속성으로 구성하기도 한다.¹⁹⁾

III. 과실의 체계적 정서

본고에서는 다음과 같은 점들을 근거로 과실개념을 주관적 예견가능성으로 정의하면서 이를 주관적 구성요건요소로 편입시키는 새로운 경향을 정리해 보기로 한다.

1. 객관적 과실의 무용성

통설에 따른 객관적 과실의 양 표지(즉 객관적 예견가능성과 객관적

18) 김일수, 과실범이론의 새로운 지평, 고시연구 제18권 제4호(통권 제205호), 1991.4, 55면 이하; 김일수, 형법학원론, 1988, 966면 이하; 김일수, 한국형법II, 1997, 396면 이하; 김성돈, 형법총론, 2006, 528면, 552면; 김성환, 과실의 체계적 지위에 관한 일고찰, 손해목교수화갑기념논문집, 1993, 158면이하; 안경옥, 과실범의 체계와 예견가능성, 오선주교수 정년기념논문집, 2001, 128면; Jakobs, AT, 2.Aufl., 1991, 9/5ff; Maurach/Gössel/Zipf, AT II, 6.Aufl., §43 Rdn. 19ff; Stratenwerth, Strafrecht, AT, 3.Aufl., 1981, S.294ff; Samson, SK, §15 Rdn. 13f; Noll, Schweiz. Strafrecht, AT, 1981, S.212; Triffterer, Österreich. Strafrecht, AT, 1985, S.303f.

19) 후술 3. 고의범과의 체계적 통일성 참조.

부주의)는 결과의 객관적 귀속론을 인정하는 입장에서 바라본다면, 결과 발생과 관련하여 허용된 위험의 정도를 결정해 주는 보편적인 척도로서의 기능을 하며, 따라서 이는 고의범 및 과실범 모두에 똑같이 적용되는 객관적 구성요건표지일 뿐이다.²⁰⁾

주지하다시피 과학기술문명의 발달과 더불어 위험을 수반하는 많은 행동양식들이 사회생활상의 유용성과 필요성 때문에 안전을 위한 일정 수준의 규칙준수를 전제로 하여 일반적으로 허용되고 있다. 이를 소위 허용된 위험의 원칙이라고 부른다. 허용된 위험행위의 구체적 한계를 정하는 기준들은 부분적으로는 예컨대 도로교통법규, 의료법 그리고 식품위생법 등에서 볼 수 있는 바와 같이 특히 그 위험성과 발생가능빈도가 높은 영역에서는 기술규정의 형태로(즉 부주의한 행위의 정형으로) 명문화되어 있다. 하지만 그러한 기준을 일상생활관계 모두에 일일이 유형화시켜 규정한다는 것은 입법기술상 불가능하므로 이러한 경우에는 거래교통의 관행과 조리 및 사회통념에 비추어 결정할 수밖에 없다. 그 때문에 구체적 사안에서 명문화된 법규정이나 확립된 정도의 거래관행이 결여된 경우에 허용된 위험한계의 기준을 제공하는 가장 보편적인 척도가 바로 결과야기의 위험에 대한 객관적 예견가능성(내지 객관적 회피가능성)이다.²¹⁾ 이를 현재의 통설은 객관적 주의의무위반과 함께 객관적 과실로 이해한다. 설사 객관적 구성요건단계에서 객관적 귀속론을 부정하고 대신 상당인과관계설을 취하는 우리의 통설과 판례의 입장에서 볼 지라도, 그러한 내용의 객관적 예견가능성은 곧바로 결과에 대한 상당인과관계를 결정해 주는 표지이므로, 불법단계에서 객관적 구성요건의 독자적 일요소로서의 객관적 과실이란 공허한 개념형식으로만 존재할 뿐 아무런 기능을 하지 못한다.²²⁾

20) Triffterer, Klug-FS, S.441f; Schmidhäuser, Schaffstein-FS, S.132f; Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S.61f; Schroeder, LK, §16 Rdn. 157f; 김일수, 고시연구, 1991.4., 58, 59면; 김성환, 손해목박사화갑기념논문집, 1993, 160면; 신양균, 형법상 인과관계와 객관적 귀속에 대한 연구, 연세대박사학위논문, 1988, 192면이하.

21) 그리고 이때의 객관적 예견가능성 판단은 객관적 사후예측의 방법(법관이 범행에 앞서 판단하는 객관적 관찰자의 입장에서 행위자가 특별히 알았던 사정과 통찰력 있는 사람이라면 인식할 수 있었던 사정을 모두 고려하여 그 당시의 시대적 경험지식에 따라 사후적으로 내리는 상당성 판단)을 취하는 것이 빠른 속도로 변화하는 사회환경 및 다양한 행위상황에 보다 적절히 접근할 수 있다.

22) 이 점에 대한 보다 상세한 논증은 조상제, 결과적 가중범의 제한해석, 형사판례연구III,

물론 객관적 예견가능성(주의의무위반)을 “과실의 핵심요소”로 이해하여 결과귀속과의 별개의 독자적인 객관적 구성요건요소로 다루는 통설적 입장에 의하건, 객관적 귀속론상의 “허용된 위험의 초과”와 동일한 것으로 취급하는 입장에 의하건, 사회적 상당성을 지닌 (주의깊은)행위를 통한 결과야기는 객관적 구성요건해당성이 배제되어 불법이 탈락한다는 결론에서는 동일하다(과실범은 결과범이다). 하지만 객관적 귀속론을 취하는 입장에서뿐 아니라 이를 부정하고 상당인과관계설을 주장하는 입장에서조차 객관적 예견가능성이란 적어도 과실개념과는 무관한 것으로 증명된다. 즉, 도로교통규칙등의 각종 기술규정에서 제시되는 객관적 주의규정들은 과실범에서 뿐만 아니라 고의결과범에서도 동시에 타당한 결과발생과 관련한 행위의 일반적 위험판단(즉 허용된 위험)의 한계를 결정해 주는 간접척도로 봄으로써 충분하며, 적어도 객관적 예견가능성(및 객관적 주의위반)을 과실과 동일한 개념 내지 핵심적 요소로 볼 수는 없다.

그밖에 오늘날과 같이 과학기술문명의 발전에 의하여 증가된 생활속의 각종의 위험을 효율적으로 관리하기 위하여서는 그 향유자로서의 공동체 구성원들간의 규범적 역할분담이 필요하며 이러한 요청은 갈수록 높아지고 있다. 다시말해 위험사회(Risiko Gesellschaft)라고 불리기도 하는 현대 도시문명사회에서 익명의 행위자들에 의한 행위의 유기적 연관성을 규율하여 긍정적인 사회기능을 창출하려면 위험관리의 사회규범적 역할배분은 필수적이다. 즉 이미 교통, 건설, 전기, 가스 등의 이용에서 보듯이 현대의 일상생활에는 전세기까지는 상상하기조차 어려울 정도의 높은 위험이 항상 상존하고 있으며 이러한 위험원의 사용금지나 곧바로 문명사회기능의 포기나 그 결론을 같이 한다. 이러한 상황임에도 불구하고 일정한 행위의 결과야기에 대한 자연주의적·산술적 위험도(예견가능성 내지 개연성)를 허용된 위험의 간접척도로서가 아니라 본질적 핵심척도로 삼는 상당인과관계설은 시대에 뒤떨어질 수 밖에 없으며, 그러한 관점은 필연적으로 조건설이 금세기 초반까지 받았던 결과귀속의 무제한적 확대라는 자신들에 의한 비판을 오늘날 객관적 귀속론에 의하여 되돌려 받게 될 것이다.

바로 그 때문에 객관적 귀속론은 (예컨대 운전행위와 같이 어차피 위험하다고 할 수 있는) 행위수행시의 위험창출에 대한 규범적 관리관할에

1995, 43면 이하 참조.

초점을 맞춘 “허용되지 아니한” 위험창출(객관적 귀속의 제1척도로서의 허용된 위험의 원칙과 신뢰의 원칙)과 결과실현의 관련성(객관적 귀속의 제2척도로서의 위험실현의 원칙/소위 위법성관계와 규범의 보호목적 관계)에 주목한다.²³⁾ 그 때문에 상당인과관계설을 지지하면서도 이때의 상당성을 평가적 귀속을 포함하는 규범적 상당성으로 이해하는 견해²⁴⁾가 등장하기도 하나, 결과귀속이 다양한 형태의 결과야기행태에 대한 사후적(ex-post) 법적 평가 및 그 평가의 해명(즉 타당한 행위수행방식을 수범자들에게 납득시켜 준수케 함)을 그 주된 임무로 한다고 볼 때 추상적 개념인 “상당성”만으로는 미흡하고 또 법관의 자의적 해석에 따른 위험도 나타날 수밖에 없다.²⁵⁾ 그래서 객관적 귀속론의 척도는 크게 2가지(허용되지 아니한 위험창출과 그 창출위험의 결과실현)로 대별되나 그 구체적 내용은 (귀속 인정 내지 배제근거로서) 다양한 해명의 형태로 나타나 있으며, 특히 판례에서 한계상황이 나타나면 그에 상응한 내용을 해석원칙으로 담아둘 수 있는 여지를 남겨두고 있는 것이다.²⁶⁾ 따라서 이와 같이 복잡하고 긴밀한 관련속에서 발생한 결과에 대한 책임소관의 일반적·규범적 해명에는 종래의 인과관계론보다 객관적 귀속이론이 훨씬 낫다고 하겠다.²⁷⁾

2. 주의의무개념의 부적절성

과실을 주의‘의무’위반으로 이해하는 통설의 입장은 규범론리에 모순된다. 모든 범행(고의범과 과실범)에 있어서 작위범은 금지규범위반을, 부작위범은 명령(요구)규범위반을 의미한다. 따라서 고의작위범에서와 같이 과실작위범에서도 형법은 주의깊은 행위의 요구가 아니라 부주의한 행위를 금지할 뿐이다.²⁸⁾ 즉 주의‘의무’위반은 기껏해야 과실부작위범에서 비로소

23) 과실범의 객관적 귀속관계에 관한 보다 상세한 설명으로는 조상제, 과실범론의 체계적 재구성, 고시계, 1995. 10, 125면 이하 및 130면 이하(소위 위험중대이론에 대한 반론) 참조.

24) 배종대, 형법총론, 1996, 217면.

25) 즉 그러한 입장은 판례 및 학설을 통한 행위자의 사안별 결과회피에 대한 관찰배분문제의 구체적 해명노력을 포기하게 하거나 은폐시킬 위험을 안고 있다.

26) 이렇게 볼 때 판례를 통한 허용된 위험의 한계 정립은 기계문명의 발전과 보조를 같이 하며 그 필요성과 중요성이 갈수록 높아질 수밖에 없다.

27) 동지, 김일수, 고시연구, 1991.4, 59면.

거론되어야 할 문제이다. 뿐만 아니라 과실범에서 형법상의 의무란 고의범에서와 같이 당해 구성요건자체로 부터 발생하는 위험실현의 ‘회피의무’를 뜻할 뿐이다. 예컨대 실화죄의 경우, 신경조직의 긴장을 비롯하여 기타 성향을 조심스럽게 다루어야 할 법적 의무란 존재하지 않으며, 단지 성향의 잘못된 사용으로 인한 화재 혹은 인명사고 야기의 회피만이 형법상의 의무이다.²⁹⁾

따라서 여기서는 과실을 예견가능성으로 정의하면서, 그 예견가능성속에 부주의도 내용적으로 포함되어 있는 것으로 이해하여 규범논리와 일치시킨다. 다시말해, 구성요건요소로서의 고의가 구성요건적 결과야기에 대한 심리적 상태로서의 ‘예견’을 주된 개념표지로 삼아, 규범합치적 행위에 대한 개인적 회피(지배조종)가능성귀속의 일 유형으로 파악하듯이, 과실도 결과의 회피가능성(내지 지배조종가능성)의 인식론적 기초를 이루는 ‘예견가능성’으로 파악해야 한다는 것이다.

3. 고의범과의 체계적 통일성

객관적 예견가능성과 객관적 부주의의 양 표지를 통설과는 달리 과실의 개념으로부터 분리시켜 고의범과 과실범에 공통되는 객관적 귀속론상의 소위 허용된 위험의 한계를 결정해 주는 일척도로 이해하면서, 동시에 형사상의 과실을 오직 주관적 예견가능성만으로 정의하여 이를 과실범의 주관적 구성요건요소로 정립시키는 견해는 중국적으로 고의범과 과실범의 체계적 통일성을 얻는다.

주지하는 바와 같이 고의가 성립하기 위하여는 객관적 구성요건표지 전부에 대한 현실적 인식이 요구된다(형법 제13조). 반면 그러한 동일표지에 대하여 부분적(즉, 일부에서 전부에 이르기까지의)으로라도 인식이 결여되면 고의성립은 배제되며, 대신 인식가능성이라는 과실이 검토된다는 점에 관하여 학설간의 이견은 없다. 하지만 이때 통설적인 견해에 의하면

28) Jakobs, AT, 9/6f; vgl. auch Schmidhäuser, Schaffstein-FS, S.129f; ders., AT, 10/82; Schroeder, LK, §16 Rdn. 157f; Maurach-Gössel, AT II, §43 Rdn 19; Hardwig, ZStW 78, S.1ff., 27.

29) Jakobs, AT, 9/6.

주관적 구성요건단계에서 고의가 배제되는 한, 동일한 객관적 구성요건요소에 대하여 남아있는 부분적 인식들은 그 즉시 모두 책임령역으로 넘겨야만 하는 불합리한 귀결에 이른다. 이러한 난점은 특히 인식있는 과실의 경우에 극명하게 나타난다. 즉 통설에 따를 경우 구성요건의 실현가능성에 대한 “동일한 (정도의) 인식”이 미필적 고의범의 기초가 되었을 때는 구성요건요소로서, 반면 인식있는 과실범의 기초가 될 때는 책임요소로 다루어지게 되는 모순에 빠진다.³⁰⁾

그러므로 형법상의 과실은 주관적 예견가능성이며, 이것을 과실범의 주관적 구성요건요소로 파악해야만 하며, 그럼으로써 비로소 고의범체계와의 통일성을 얻게 된다. 즉 형법에 객관적 고의라는 개념이 없듯이 객관적 과실개념도 불필요하다.³¹⁾

물론 이 경우 주관적 예견 및 예견가능성으로 정의내린 고의·과실이 단순히 심리적 사실로서 곧바로(직접) 행위의 구성요건요소가 되는 것은 아니며, 주관적 회피가능성(행위명령의 이행가능성)의 일 형태로 간접 해석된 것으로서 비로소 행위요소가 된다. 다시 말해 고의는 과실에 비해 회피가능성이란 측면에서 가중된 귀속형태이다. 만약 그렇게 (간접적으로) 보지 않고 이를 직접적인 규범(요구)내용으로 해석한다면 예컨대 결과예견이 없는 과실행위자에게 주의를 기울여 결과예견을 직접 요구하는 것이 될 것이며, 그 한에서는 과실행위자가 규범요청에 충실하면 오히려 고의범으로 바뀐다는 부당한 귀결에 이르게 된다. 다시 말해 과실행위가 불법인 것은 인식가능성 때문이 아니라(인식한다면 과실이 고의로 그 속성이 바뀔 뿐이다), 인식가능한 구성요건실현은 “회피가능”하기 때문에 그러하다.³²⁾

나아가 불법은 (고의범에서건 과실범에서건) 구성요건실현의 회피를

30) 그 밖에 인식있는 과실개념의 불필요성에 대하여는, 조상제, 법치국가와 형법, 339면 이하 참조.

31) 객관적 과실은 사법상의 책임(Haft)형식이다. 즉 상거래관행이 보다 중시되는 민법이나 노동법에서의 과실의 척도는, 비록 행위자의 개인성이 고려된다고 할지라도 형법에서 보다 훨씬 더 일반화되어 있다(Battes in Erman, Handkommentar zum BGB, 5.Aufl., §276 Rdn. 61; BAG VRS 43, S.69ff., 70).

32) Vgl. Jakobs, AT, 9/2; Das Fahrlässigkeitsdelikt, 1974, S.12. 그러한 회피의무는 행위자가 인식창출을 통하여 해 댈 수도 있겠으며, 그와 달리 그러한 인식창출을 위해 필요한 사고를 할 가치가 없다고 여기는 행위자는 그 행위를 단순히 단념함으로써 (회피의무를) 이행할 수도 있을 것이다.

위하여 자신의 행위를 지배조종할 그때마다의 구체적 행위자의 개인적 능력에 의존하며, 이러한 개별화는 형법의 기능에도 상응한다. 즉 형법은 모든 인간이 동일한 능력을 지니고 있다는 점에 대한 일반인의 기대의 보장이 아니라, 법에 충실한 동기에 대한 기대를 공통적으로 보장해 준다.³³⁾ 이렇게 고의·과실을 주관적 회피가능성이라는 동일한 범주내에서의 상이한 주관적 인식형태로 파악하는 관점에 따르면 과실범의 구성요건은 고의범의 구성요건보다 더 규범적이라거나 불명확한 개념 즉, 개방된 구성요건일 수 없으며, 그 행위태양도 고의범에서 가능한 태양과 꼭 같은 수만큼만 존재할 뿐이다.³⁴⁾

따라서 본고에서는 고의범체계에 있어서 객관적 구성요건사실에 관한 주관적 인식(및 인용)으로서의 고의와 마찬가지로, 주관적 예견가능성으로서의 과실도 일반적·주관적 불법요소로 정서시킨 후, 과실범의 주관적 구성요건의 체계적 내용을 다음과 같이 형성시켜 그 책임내용과 대별시킨다.

먼저 과실범의 주관적 구성요건요소로서의 예견가능성의 대상은 죄의 성립요소인 구성요건적 사실이며, 그 가능성의 판단적도는 행위자의 정신적·신체적 능력으로서의 개인적 잠재력이다. 이때 불법단계의 행위반가치판단으로서의 조종능력(Steuerbarkeit)과 책임단계의 심정반가치로서의 동기능력(Motivierbarkeit)은 구별된다. 다시말해, 행위불법의 내용을 이루는 주관적 능력이란 외적 생기의 지배조종가능성으로서의 인식가능성을 의미하는 반면, 규범적 평가능력으로서의 개인적 동기설정가능성(예컨대

33) 물론 형법이 불법을 일반적 역할(Rolle)에 따라 (평균적으로) 나눌 수는 있겠으나(특별히 신분범이 문제되는 경우가 아닌 한) 그 귀속은 행위의 주체로서의 개인의 인격에 내려진다. 왜냐하면 형법은 (기능적으로 볼 때 책임영역에서 비로소가 아니라 이미 불법영역에서도) 모든 인간이 동일한 능력을 지니고 있다는 점을 전제로 하여 평균치의 이행에 대한 기대를 보장하려는 것이 아니라, 법에 충실한 동기에 대한 기대의 보장을 그 임무로 하고 있기 때문이다. 다시 말해 형법은 사회생활의 일반적 규율을 위하여 일반인(내지 모든 인간)을 대상으로 하여 명령하고 평가하되, 그 명령을 준수하는 구체적 방법(내용)까지 모든 인간에게 동일하게 평균적으로 요구하지는 않는다. 즉 형법규범이 인간의 개별적인 능력 차이까지 부정하지는 않으며 다만 당해 규범을 준수하겠다는 충분한 법준수의사(법 충실의 동기설정)를 갖출 것을 모든 인간에게 공통적으로 요구할 뿐이다(vgl. Jakobs, AT, 9/12.).

34) 즉 과실범의 구성요건은 개방된 구성요건도 아닐 뿐더러, 고의범보다 그 명료성이 상대적으로 약하지도 않다. 과실범에서와 마찬가지로 고의범에서도 행위자는 (결과)악기 금지규정으로부터 구체적 침해행위의 회피방법을 스스로 이끌어 내야 한다(vgl. Jakobs, AT, 9/12. 참조).

책임능력, 위법성의 인식가능성 및 기타 규범합치적인 내적 동기의 창설 능력)은 책임판단의 대상이다.

나아가 규범은 책임무능력자의 행위에 대한 불법판단에서 볼 수 있듯이, 적어도 불법평가의 단계에서는 규범합치적 동기설정에의 장애 내지 어려움 여부는 문제 삼지 않으며 오히려 충분한 의지능력을 일단 주어진 것으로 의제한다. 그러므로 주관적 구성요건단계에서 검토되는 과실로서의 주관적 예견가능성이라 함은, 규범에 따르겠다는 행위자의 “충분한 의지”를 가정할 때 구체적인 상황에서 행위자의 개인적 능력(예컨대 숙련도·성별·나이 등)으로도 구성요건적 결과발생을 올바로 예견(회피)할 수 있었음을 의미한다.³⁵⁾

이상과 같이 해석함으로써 과실범은 더 이상 고의범을 중심으로 구성된 범죄체계상의 이물질로 다루지 않아도 된다.³⁶⁾ 다시 말해, 주관적 예견 및 인용으로서의 고의는 주관적 예견가능성으로서의 과실로부터 더 나아가 간 중한 형식을 의미하며 다같이 주관적 회피가능성의 한 울타리 안에서 파악된다.³⁷⁾

4. 주관적 구성요건요소로서의 과실의 기타 장점들

여기서 취하고 있는 견해의 더 나아간 장점으로서는 구체적 행위자가 평균인 이상의 예견(회피)능력을 소유하고 있었다면(예컨대 숙련된 경주용 자동차선수의 사고회피능력, 행위자가 지니고 있는 특수한 능력 등), 설사 객관적으로는 예견불가능하더라도 그 행위상황에서 자신의 최선을 다하지 아

35) Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S.69; ders., AT, 9/1f., 4. 기타 형법각칙에서 중과실이 따로 마련되어 있는 과실범의 경우에, “약간의 주의만 했더라면 쉽게 예견(회피)가능한가”라는 문제가 주관적 구성요건단계에서 검토된다.

36) 이미 Nowakowski(JBl, 1953, S.506)도 일찍이 「의적 행태속에서 요구되는 객관적 주의의 태만을 과실개념에 끼어들이는 것은 이물질의 도입을 의미한다」고 지적함으로써 객관적 부주의를 과실개념에서 배제시키려는 사상의 발단을 제공하였다.

37) 여기서와 같이 고의와 과실의 관계를 별개의 질적 관계(Äliud-Verhältnis / 독일에서의 다수설과 판례의 입장; 이재상, 총론, 185면)가 아니라 양적인 다소의 관계(Plus-Minus-Verhältnis)로 파악하는 입장 [즉, 미필적 고의가 직접고의보다 보편적인(genereller)개념인 것과 마찬가지로 과실을 고의에 대하여 보다 보편적인 회피가능성의 개념으로서 이해하는 견해]에 대한 상세한 설명은, Schroeder, LK, §15 Rdn. 9ff.; Jakobs, AT, 9/4 참조.

니한 경우에도 과실불법을 성립시킬 수 있게 된다³⁸⁾는 점을 들 수 있겠다. 반면에 통설의 입장에서 객관적 과실인정의 장점으로 내 세우는 논거, 즉 특별한 주관적 능력자에게 지나치게 높은 요구를 하는 것을 막을 수 있다는 주장³⁹⁾도 현재의 객관적 귀속론의 관점에서 보면 다소 부정확한 것으로 밝혀진다. 즉 객관적 예견가능성은 객관적 귀속론상의 허용되지 아니한 위험의 한계설정을 위한 일척도에 불과하므로 이때 이미 위에서 언급한 기능도 충족된다. 다시 말해 그러한 임무는 구체적 행위상황에서 어느 정도의 위험감행을 일반적 한계로 설정할지의 규범원칙설정문제 즉 허용된 위험의 문제영역이며, 허용된 위험은 따라서 과실의 개념이 아니라 단지 과실(및 고의)행위의 ‘법적 중요성’을 한계지우는 기능을 할 뿐이다.⁴⁰⁾

앞에서 살펴본 것과 반대의 경우, 즉 행위자가 평균인 이하의 능력의 소유자여서 구성요건실현의 위험성을 예견할 수 없었던 경우는 여기서의 견해에 따르면 과실책임이 아니라 이미 과실불법이 배제되어야 한다. 물론 이러한 입장에 따르면, 결과적으로 평균인 이하의 예견능력자(예컨대 어린이)에게는 과실범의 “불법 인정”의 폭이 주관적 능력을 책임에서 비로소 다루는 통설의 입장에 비해 좁아진다. 하지만 그 점은 형사재제가 민사상의 경우와 달리 엄격히 주관화되어 있으며, 이에 따라 고의범의 경우 주관적 불법요소로서의 고의의 인정폭도 행위자의 주관적 심리상태에 의존하고 있음을 감안할 때 오히려 타당한 귀결이다.

이렇게 통설과 달리 주관적 예견능력이 평균인보다 낮은 자(예컨대 어린이, 한정책임무능력자 등)의 (객관적으로는 예견가능하지만 주관적으로는 예견불가능한) 법익침해행위의 불법을 배제시키는 견해에 따를 경우에

38) 과실범불법의 근거를 구체적인 개인의 능력을 표준으로 하여 그가 사회생활상 요구되는 객관적 기준을 위반하였는가에 따라 확정하지 않고 객관적으로 판단할 경우에는, 전술한 바와 같이 주의의 객관적 평균치를 모든 사람에게 요구해야 할 필연성을 근거지울 수 없다는 점 외에도 새로운 자연과학적 연구분야 등에서의 같이 일정한 생활권이 형성되지 않은 곳에서도 행위자에게 일반적인 주의의무를 요청할 수 있는가라는 의문이 제기된다(Stratenwerth, AT, S.294f; Samson, SK, Ahn. zu §16 Rdn. 12f.).

39) Jescheck, *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht*, 1965, S.11.

40) Jakobs, AT, 9/5(예컨대 일정한 속도로 운전하는 자는 그 속도로의 주행이 금지된 곳에서건 허용된 곳에서건 고의로(의식적으로) 행위할 수도 있고 또 과실로(무의식적으로)도 그러한 속도로의 주행행위를 할 수 있다.

는, 그러한 침해의 위험앞에 놓인 자의 정당화행위예의 결론이 통설에 따른 경우와는 달리 내려질 수도 있다.

① 먼저 평균인보다 예견(회피)능력이 현저히 낮은 행위자(갑)에 의한 법익침해의 위험에 직면한 평균인(을)의 경우에 정당방위의 요건으로서의 “부당”한 침해의 개념을 민사상의 불법행위도 포함하는 것으로 이해(즉 위법성을 전체 범질서의 통일성이라는 관점에서 이해하는 타당한 해석)한다면, 갑의 행위는 여기서와 같이 비록 형사상 주관적 불법은 없으나, 객관적으로 귀속가능한 부주의한 행위이므로 그로써 민사상 불법행위라고 보건, 통설의 견해에 따라 그것만으로 이미 형사상의 과실범의 불법을 성립시키는 견해에 따르면 을에게는 정당방위가 허용된다는 점에서 차이가 없다.

② 이와 달리 설사 정당방위에서의 부당한 공격의 개념을 오직 “형사상” 정당화되지 않는 위법행위만으로 좁게 잡는다면, 객관적 과실만으로도 과실범의 불법을 성립시키는 것으로 보는 통설은 을에게 정당방위를 인정하게 되나, 여기서와 같이 과실범의 주관적 불법을 배제시키는 것으로 보면 을에게는 긴급피난만이 허용된다⁴¹⁾는 차이가 나타난다. 물론 이 경우에 여기서와 같이 보충성과 균형성이 엄격히 요구되는 긴급피난만을 인정하는 것이 통설에 따라 정당방위를 허용하는 것보다는 평균인인 을에게는 불리하게 작용한다. 하지만 이와 같은 결론이 부당하다고 보이지는 않으며, 오히려 바람직하다고 볼 수도 있다. 그 점은 구성요건요소로서의 과실의 개념을 어떻게 잡느냐와 관계없이 정당방위의 요건과 관련하여 실제로 어린아이, 과실 또는 면책적 긴급피난, 책임무능력이나 한정책임능력에서 행위하는 자의 공격이 있을 경우에는 방위자가 일단은 먼저 피해야 한다거나, 정당방위는 원칙적으로 인정되지만 완전한 정당방위의 일정한 수정형식으로서 방어적 긴급피난에 가까운 형태를 취해야 한다는 식으로 그 제한이 널리(비단 예견능력이 현저히 낮은 자 뿐 아니라 책임무능력자에게까지) 인정⁴²⁾ 되고 있다는 점에서 찾을 수 있다.

이상의 점들에 비추어 볼 때에도, 주관적 예견가능성으로서의 과실을 주관적 행위불법을 구성하는 본질요소로 파악하는 견해의 타당성을 인정

41) Samson, SK, Ahn. zu §16 Rdn. 14.

42) 김일수, 원론, 521면 이하(정당방위의 사회윤리적 한계); 이형국, 총론, 180면; 배종대, 총론, 296면(책임원칙의 부분적 반영); 이재상, 총론, 232면 등 참조.

할 수 있다.

5. 소 결

본고에서와 같이 과실범의 구성요건을 객관적 귀속과 주관적 예견가능성으로 해석하면, 그 나머지 즉 과실범의 위법성과 책임문제도 자연히 고의범의 그것과 동일한 관점아래 포섭된다.

먼저 과실범도 고의범에서와 마찬가지로 구성요건이 실현됨으로써 위법성이 징표되며, 그점은 예외적으로 정당화 사유에 의해 조각된다. 이 때 고의범의 위법성조각사유로서의 객관적 정당화상황 및 주관적 정당화요소에 관한 이론적 귀결들은 과실범에도 그대로 적용된다. 즉 고의행위를 통한 구성요건실현이 정당행위, 정당방위, 긴급피난, 자구행위, 피해자의 승낙(형법 제20조 내지 제24조)등의 이유로 정당화되는 한, 동일한 상황하에서 과실행위로 인한 구성요건실현도 그 위법성이 조각된다.⁴³⁾ 예컨대 자신의 생명에 대한 현재의 위법한 공격(방위상황)을 피하기 위하여(방위의사) 염충으로 공격자에게 의도적(고의)으로 치명상을 입힌 자에게 정당방위가 성립되는 한, 동일한 상황하에서 단지 경고사격만을 의도했으나 치명상을 입힌 과실행위자도 마찬가지로 사유로 정당화된다.⁴⁴⁾

나아가 구성요건에 해당하고 위법한 행위(즉 고의 및 과실범행)에 대한 개인적 비난가능성으로서의 책임도 고의범과 동일한 구조아래 파악된다. 즉 과실범에서도 책임비난을 위하여 책임능력, 위법성인식가능성(금지착오) 그리고 면책사유의 부존재(형법상 제22조 제1항의 일부로서의 면책

43) 차용석, 과실범의 구조(하), 고시연구, 1987.12., 93면.

44) 다만 객관적 정당화상황은 존재하나 주관적 정당화요소는 결여되어 있는 경우는 소위 결과반가치와 행위반가치를 둘러싼 불법론상의 입장에 따라 이론구성이 다르다. 즉 종래의 객관적 불법론(결과반가치일원론)의 입장에서는 과실범의 경우도 객관적 정당화상황의 존재만으로 위법성이 조각되는 것으로 구성하는 반면, 통설의 입장인 결과반가치와 행위반가치 이원론에 따르면 위의 경우는 행위불법만 존재하는 과실미수에 해당하나 형법상 과실범의 미수는 불가벌이므로 처벌받지 않게 된다. 따라서 과실범의 경우에 범죄성립이 부정된다는 점에서 위의 양 이론의 구별에 따른 결론상의 차이는 없다(동지 이재상, 총론, 200면; Jescheck, AT, S.477; Samson, SK, §16 Rdn. 32; Sch/Sch/Lenckner, StGB, §32 Rdn. 64; Stratenwerth, Strafrecht, S.299. 이와 달리 일반적 정당화회의사를 요구하는 견해로는 김일수, 한국형법II, 493면 이하; Baumann/Arzt/Weber, Strafrechtsfälle, 5.Aufl., S.73; Haft, AT, S.56.).

적 긴급피난을 비롯하여 제21조 제2항 및 제3항, 제22조 제3항, 제23조 제2항 그리고 제12조 등의 기대불가능사유를 들 수 있다)가 요구된다.

이상과 같이 과실범체계를 재구성하여 고의범의 그것과 일치시킴으로써 과실범은 이제 더 이상 고의범을 중심으로 구축된 범죄체계상의 특수한 별개의 범죄유형 등으로 취급할 필요없이 이론상 하나의 통일적 범죄체계 아래 포섭시켜 일관성 있는 해석을 가능하게 한다.⁴⁵⁾

IV. 과실범의 체계적 구성

본고에서는 다음과 같은 점들을 근거로 과실개념을 주관적 예견가능성으로 정의하면서 이를 주관적 구성요건요소로 편입시키는 새로운 경향을 정리해 보기로 한다.

1. 객관적 구성요건

과실결과범의 객관적 구성요건도 고의결과범에서와 같이 외부적으로 감지할 수 있는 범죄주체, 객체, 행위수단과 결과 등 모든 객관적 표지의 총체로 구성된다. 과실범의 경우 통상 총론에서 거론되는 일반적·객관적 구성요건요소로는 행위양태와 결과의 발생, 그리고 행위와 결과간의 인과관계(§17) 및 객관적 귀속 세 가지를 들 수 있다. 그밖에 업무상과실범의 성립에 필요한 업무종사자로서의 지위는 각칙상의 범죄주체와 관련된 객관적 구성요건요소이다.

첫째, 구성요건적으로 의미있는 행위양태 : 과실범의 구성요건은 동일한 범익(침해)에 대한 고의범의 구성요건을 그 전형으로 삼되, 거기에 “과실로 인하여”라는 문언을 첨가하여 기술하고 있다. 따라서 과실범 구성요건상의 의미있는 행태는 고의행태를 규정한 구성요건표지에 의존하게 된다. 즉 과실범의 구성요건적 행태는 당해 결과발생에 직접·간접적으로

45) 본고의 입장에 따른 과실범의 성립요건(즉, 구성요건해당성, 위법, 책임)에 관한 보다 자세한 설명으로는 조상제, 고시계, 1995. 10, 125면 이하 참조.

연결된 많은 (위험한) 행위 중에서, 그 결과야기에 대한 행위자의 고의가 존재한다고 가정할 경우에 그에 상응하는 고의범 구성요건에서도 의미있는 외적 행태로 간주할 수 있는 것을 말한다. 이처럼 객관적 구성요건에서 객관적 주의위반을 고의범 및 과실범에 공통적인 객관적 귀속의 일척도로 보면서, 행위양태의 범주 또한 고의범에 상응하게 제한한다면 통상적인 이해와 달리 과실범의 구성요건이 고의범의 그것보다 더 개방적이라고 말할 수 없다.⁴⁶⁾

둘째, 구성요건적 결과의 발생 : 일정한 구성요건적 결과가 발생하여야 한다(즉 과실범은 원칙적으로 결과범이다).

셋째, 인과관계 및 객관적 귀속 : 결과는 규범 일반적으로 행위자의 작품으로 귀속될 수 있는 것이어야 한다.⁴⁷⁾ 이를 위하여 먼저 사실관계로서의 행위와 결과간의 합법칙적 조건관계가 존재해야 한다(인과관계의 확정).⁴⁸⁾ 나아가 결과는 규범적 관계로서 “허용된 위험”수준을 넘어선 행위양태에 의한 것이어야 하며, 그러한 위험이 당해 결과 속에서 구체적으로 실현되어야 한다(객관적 귀속인정). 여기서의 인과관계와 객관적 귀속은 주관적 불법귀속의 전 단계에서 검토되는 문제이므로 과실범과 고의범에 원칙적으로 똑같이 적용된다.

여기서는 과실범의 결과귀속과 관련하여 특히 중점적으로 논의되고 있는 몇 가지 문제들을 개괄적으로 살펴보기로 한다.

가. 객관적 귀속의 제1척도 / 허용된 위험의 원칙

과학기술문명의 발달과 더불어 위험을 수반하는 많은 행동양식들이 사회생활상의 유용성과 필요성 때문에 안전을 위한 일정수준의 규칙준수를

46) Jakobs, AT, 9/12; ders., Das Fahrlässigkeitsdelikt, S.25, Fn.45.

47) 특히 Jakobs는 객관적 귀속을 누가 무엇에 대한 관찰담당자인가라는 문제의 확정에 다름 아니므로, 그 점은 (부진정)부작위범 뿐만 아니라 작위범에도 타당한 (일반적) 보증인적 지위의 확정문제로 파악한다(Jakobs/조상제역, Objektive Zurechnung, 계명대 사회과학논총 제11집, 1992, 215면 이하 참조).

48) 인과성의 확정을 위하여 필요한 여기서의 조건관계는, 가설적 제거공식(positio sine qua non-Formel)의 결함을 극복한 합법칙적 조건공식(die Formel der gesetzmäßigen Bedingung; 즉 외계의 변화가 일정한 행위에 시간적으로 뒤따르면서 그 행위와 자연법적으로 연결되어 있을 것)에 의한 관련성을 의미한다.

전제로 하여 일반적으로 허용된다. 이를 소위 허용된 위험의 원칙이라고 부른다.

1) 법률상의 취급 : 비록 허용된 위험내의 행위라 할지라도 결과야기에의 근접성 때문에 이는 원칙적으로 금지되어야 하며 단지 법익교량의 관점에서 예외적으로 정당화된다고 보는 소수의 견해⁴⁹⁾가 있는 반면, 허용된 위험을 사회적 상당성의 범주 속에 포함시켜 이미 객관적 귀속의 일표지로서 구성요건해당성배제사유로 파악하는 통설적 견해가 대립하고 있다. 허용된 위험내의 행위란 이미 사회생활상의 필요성과 결합된 통상적인 거래교통에 적합한 행위를 뜻하는 사회적 상당성의 표현이라고 할 수 있다. 따라서 이를 예외적 허용사유로서 이해하기 보다는 애당초 사회적으로 적절한 것으로 이해하는 후자의 입장이 타당하리라 본다.

2) 적용상의 기준 : 허용된 위험의 한계를 결정해 주는 기준들은 부분적으로는 도로교통법규, 약사법 그리고 식품위생법등에 기술규정의 형태로 명문화되어 있을 수도 있으나, 그것을 모두 유형화한다는 것은 입법기술상 불가능하므로 거래교통의 관행과 조리 및 사회통념에 비추어 결정될 수밖에 없다. 그 때문에 구체적 사안에서 위와 같은 명문화된 법규정이나 확립된 거래관행이 결여된 경우에, 허용된 위험의 기준을 제시하는 가장 보편적인 척도로 등장하는 것이 바로 객관적 상당성(즉 결과발생의 위험에 대한 객관적 예견가능성 내지 지배가능성)이다.⁵⁰⁾ 그리고 여기서의 상당성 판단에는 객관적 사후예측(ex-post)의 방법(법관이 범행에 앞서 판단하는 객관적 관찰자의 입장에서 행위자가 특별히 알았던 사정과 통찰력 있는 사람이라면 인식할 수 있었던 사정을 모두 고려하여 그 당시의 시대적 경험지식에 따라 사후적으로 내리는 상당성)을 취하는 것이 변화하는 사회 환경 및 다양한 행위상황에 보다 가까이 접근할 수 있다. 이렇게 볼 때 판례를 통한 허용된 위험한계의 정립은 기계문명의 발달과 함께 그 필요성과 중요성이 높아질 수밖에 없다.

49) Maurach/Gössel/Zipf, AT II, 44/11; Jescheck, AT, S.324; Haft, AT, 4.Aufl., S.82. 이들의 견해에 따르면 특히 우리의 경우에는 형법 제20조의 정당행위 중에서 '기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위'에 속하는 위법성조각사유라고 볼 수 있겠다.

50) 이를 통설은 객관적 주의의무위반과 함께 객관적 과실로 이해한다.

나. 신뢰의 원칙 / 허용된 위협의 특별한 제약척도

신뢰의 원칙이라 함은 스스로 교통규칙에 맞추어 행동하는 자는 다른 교통관계자도 교통규칙을 지키리라는 것을 신뢰해도 좋으며, 다른 특별한 사정이 없는 한, 미리 그 타인의 교통규칙위반행동까지 예상하여 이에 대한 조치를 강구할 필요는 없다는 법리를 말한다. 이 원칙은 1935년 독일제국법원 판례를 통하여 최초로 인정된 이래 계속 발전하여 왔다. 우리나라에서도 1957년 대법원에서 이 원칙을 적용한 이래 널리 인정되고 있다.⁵¹⁾

1) 법률상의 취급 : 신뢰의 원칙은 구체적인 경우 허용된 위협의 한계를 제한하는 특수한 척도로서의 기능을 한다.⁵²⁾ 앞서 살펴본 바와 같이 허용된 위협의 정규적 예에서는 원칙적으로 결과를 행위자의 작품으로 귀속시킬 것인가 아니면 희생자의 불행으로 정의할 것인가가 문제시되는 반면, 신뢰의 원칙은 그밖에 제 3 자에의 귀속가능성도 함께 고려한다는 점에서 구별된다. 즉, 생기의 전개여부가 자연적 과정에 단순히 의존하는 것이 아니라 타인의 신중함과 연결되어 있다는 점에서 허용된 위협에서보다 더 나아간 특수성을 지닌다.⁵³⁾ 따라서 이 원칙은 도로교통의 분야나 의료적 공동수술 및 과학적인 공동실험 등에서와 같이 업무분담(분업활동)이 행하여지는 곳에서 주로 적용된다. 결국 신뢰의 원칙은 허용된 위협의 한계를 특수한 구체적 사례에서(통상 판례에 의한 업무분배를 통하여)보다 더 세분화시킨 법리라고 보겠으며, 또 이 원칙은 아래의 반대사정이 있는 곳에서는 그 적용이 배제된다(즉 허용되지 아니한 위험행위)는 의미에서 허용된 위협의 특별한 제약척도라고 할 수 있다.⁵⁴⁾

2) 적용상의 제한 : 신뢰의 원칙은 모든 관계자에게 기대되는 정상적인 상황을 전제하므로 타인의 규칙위반사실을 인식할 수 있거나 고려해야만 할 다음과 같은 특수한 반대사정이 존재하는 경우에 그 적용이 배제된다.

51) 대판 1957.2.22, 4289형상330; 대판 1971.5.21, 71도623. 그 이후의 판례에 관한 자세한 소개는 이재상, 총론, 194면 이하 참조.

52) 김일수, 한국형법II, 487면; 이재상, 총론, 193면.

53) Jakobs/조상제역, Objektive Zurechnung, 224면.

54) Vgl. Jakobs, AT, 7/51f.

첫째, 타인의 규칙위반을 인식할 수 있는 특별한 사정의 존재 : 예컨대 수십미터 전방 반대편으로부터 중앙선을 침범하여 들어오는 차량을 발견한 맞은편 운전자의 경우와 같이 이미 다른 교통관계자의 부주의한 행위가 현존하고 있는 때,⁵⁵⁾ 혹은 다른 교통관계자가 신체장애자나 노약자 혹은 소년 등인 경우나 교통사고 다발지역표지가 있는 경우에 교통규칙을 준수하여 운행하던 행위자가 위의 사정들을 충분히 인식(회피)할 수 있었다면 신뢰의 원칙은 원용할 수 없다.⁵⁶⁾ 이 경우에는 그 이전까지는 잠정적으로 예정되어 있었던 타인의 관할이 이제 행위자에게도 현실적으로 지배조종가능한 영역으로 새로이 등장하게 된다. 즉 이때에는 행위자 스스로 전체의 업무를 관장하게 하는 것이 개별적으로 업무를 분배하는 것보다 사회적 질서유지에 훨씬 더 효율적이며 나아가 행위자 개인에게도 자신의 작업수행에 더 많은 장점을 약속해 주기 때문에 행위자 단독으로도 지배조종가능한 한도내에서 신뢰의 원칙은 배제된다.

둘째, 타인의 행동에 대한 지휘, 감독이나 감시 등과 같은 우월적 관계의 존재 : 업무분담자 사이에 우월적 지위에 있는 자는 상황에 따라 나타날 수 있는 다른 하위적 능력지위에 있는 자의 잘못을 상쇄시켜 주어야 할 임무를 지기 때문에, 피보호자의 유해성 판단을 일방적으로 신뢰해서는 안된다(예컨대 어린이들의 인솔책임자).

셋째, 스스로 규칙위반행위를 한 자 : 자신의 부주의한 행위를 통하여 야기한 위험을 타인이 잘 극복하여 해결해 주리라고 기대하지는 못하며, 이는 항상 행위자의 부담으로 남는다.⁵⁷⁾ 즉 신뢰의 원칙은 다수관련자 사이에 허용된 위험의 구체적 한계를 개별적으로 설정해줄 뿐이며, 타인의 주의깊은 행위에 대한 기대를 끌어들여 이를 자신의 규칙위반행위에 대한 허용근거로 삼을 수는 없다. 따라서 한 결과 속에 다수행위자의 규칙위반이 서로 복합된 경우는 신뢰의 원칙의 경우가 아니라 후술하는 위험실현의 원칙과 관련한 구체적 실현관계여부의 문제이다.⁵⁸⁾

55) 대판 1986.2.25, 85도2651. 특수반대사정의 발생시점에 관한 구체적 판례로는, 전방 15M 정도의 거리에서 반대차선을 침범한 다른 교통관계자를 미처 피하지 못한 사고운전자에게 신뢰의 원칙을 인정한 대판 1990.1.23, 89도1395 및 대판 1990.4.24, 89도2547 참조.

56) 이재상, 총론, 196면 이하; 김일수, 한국형법II, 487면 이하 참조.

57) 김일수, 한국형법II, 489면; Sch/Sch/Cramer, StGB, §15 Rdn. 211.

58) 同旨 김일수, 한국형법II, 489면; 이재상, 총론, 197면. 이와 달리 신뢰의 원칙이 배제되

다. 객관적 귀속의 제 2척도 / 위험실현의 원칙

1) 의의 : 행위자에 의해 창출된 허용되지 아니한 초과위험은 나아가 결과 속에 현실화되어 나타날 때 비로소 객관적으로 귀속된다. 행정(질서)범에서는 통계적(추상적)위험을 기초로 한 규범자체의 단순 준수 의무(즉 형식범)가 원칙적으로 문제되는 반면에, 형사상의 결과범에 있어서의 법적 의무란 결과회피의무이며 단순히 위험(창출)행위의 금지를 의미하지는 않는다. 예컨대 행정법규로서의 도로교통규칙의 위반행위를 통한 사고결과의 야기란, 형법상의 결과범이라는 관점 하에서 볼 때 아직은 추상적 위험행위와 인과적 결과야기의 병렬적 결합(즉 당해 결과범의 고의 내지 과실의 미수 + 조건적 결과발생)에 지나지 않는다.⁵⁹⁾

전통적으로 결과에로의 상당성이 없는(즉 귀속불가능한) 생기과정이란, 허용되지 아니한 행위를 통하여 야기시킨 위험이 그 행위의 회피를 통하여 단지 우연히 저지될 수 있을 뿐 아니라, 계획에 맞춰 지배조종될 수 없었던 경우로 특징지을 수 있다. 따라서 형법상의 구성요건적 결과는 앞서의 허용된 위험의 초월근거가 된 주의규범의 의미와 목적 및 효용성, 다른 충돌규범과의 관계, 규범“위반자” 상호간의 효율적 업무분담 등을 종합적으로 고려하여, 행위자가 야기시킨 그러한 초과위험이 곧 바로 당해 결과실현의 충분조건으로 인정될 경우에만 행위자의 작품으로 평가된다.⁶⁰⁾

2) 규범합치적 대체행위와 위험실현 / 위법성관계 : 행위자가 부주의한 행위로서 결과를 야기시켰으나, 당해 주의규범에 합치되는 행위를 하였더라도 그 결과는 마찬가지로 발생했을 것이라는 가정관계가 성립하면, 그 결과는 행위자의 초월위험의 실현으로 볼 수 없으므로 객관적 귀속은 부정되어야 할 것이다. 물론 이 경우 규범합치적 대체행위를 하였더라도 그 결과는 발생하였으리라는 점이 확실할 경우에 위험실현관계를 부정하는 결론에는 학설간의 다툼이 없다. 이와 달리 합법적 대체행위시에 결과

는 경우로 이해하는 견해로는 차용석, 형사법강좌I, 362면; 이형국, 총론연구II, 679면.

59) Jakobs, Das Fahrlässigkeitsdelikt, S.29.

60) 위험실현의 원칙은 이를 인용하는 학자의 설명방식에 따라 위법성관계(내지 위험관계), 규범의 보호목적 등으로 다시 세분화되기도 한다.

의 회피가능성에 대한 판단이 불분명할 경우에는 학설이 나누어져 있다. 그 경우에 독일에서는 특히, “의심스러울 때에는 피고인에게 유리하게(in dubio pro reo)”의 원칙에 따라 귀속을 부정하는 설⁶¹⁾과 결과회피를 위하여 내려진 주의의무는 그 준수가 구체적 사정아래서 결과회피의 효과를 실제로 지니는지 확실하지 않은 경우에도 역시 지켜져야 한다는 이유로, 당해 부주의행위가 결과발생의 위험을 현저히 증가시켰을 경우에는 귀속을 인정하는 설(소위 위험증대이론)⁶²⁾이 첨예하게 대립하고 있다.

생각컨대, 만약 기수책임을 위한 객관적 구성요건의 성립에 어떤 행위를 통하여 허용되지 않는 위험이 창출되었고 또 그것이 “사전적(ex-ante)”으로 위협된 법익침해결과를 인과적으로 야기시키는 것으로 족하다고 할 경우에는 위험증대이론의 일관성을 인정할 수 있다. 하지만 이때의 귀속관계는 오직 행위관련성을 의미할 뿐이므로, 이때의 결과는 단지 객관적 가벌조건의 기능밖에 가지지 못하게 된다는 결론에 이른다. 바로 그 때문에 위험증대이론은 침해범을 위험범으로 혼동하고 있다는 비판을 받고 있다.⁶³⁾ 따라서 그러한 관점은 위험증대이론의 추종자들도 오늘날 반대하고 있다.

그 대신에 이 이론에 수정을 가하여, 위험증가의 결과실현에의 무의미성에 대한 의문이 개별사례에서 뿐만 아니라 널리 일반적으로도 즉, 전적으로 해명불가능한 정도의 경우에만 행위자의 부담으로 귀속시켜야 한다는 주장도 등장한다.⁶⁴⁾ 그리고 그 이유로 그러한 경우에는 “사전판단”에 의하건 “사후판단”에 의하건 단지 통계적(추상적) 언명(Aussage)으로 해결할 수 밖에 없는 문제영역을 행위자가 침해했기 때문이라고 내세운다. 하지만 그들이 내세우는 전적으로 해명불가능한 사례와 그 반대의 경우와의 구별가능성에 대한 문제점은 차치하더라도, 그 어떤 경우든 해명불가능성에 대한 의문이 “행위자에게 불리하게(contra reum)” 작용할 충분한

61) 독일 판례의 입장이며, 다수설이다. Vgl. Schroeder, LK, § 16 Rdn. 185ff.

62) 현재 독일의 유력설이다. Vgl. Roxin, ZStW 74(1962), Rudolphi, SK, Vor §1 Rdn. 66, 651; 한국의 경우 인과관계론에서 객관적 귀속이론을 인정하는 학자는 대부분 위험증대이론을 지지한다. 자세한 상론은 신양균, 형법상 인과관계와 객관적 귀속에 대한 연구, 1988, 262면 이하.

63) Samson, SK, Ahn. zu §16 Rdn. 27a.

64) Stratenwerth, Gallas-FS, S.227ff, 233; 부분적으로는 Puppe, ZStW 95(1983), S.287ff, 305도 이에 동조.

근거는 되지 못한다.⁶⁵⁾

결론적으로 볼 때 위험증가라는 표지는 허용되지 아니한 위험행위가 무엇인가를 확정지우기 위하여서는 필요한 징표이다. 하지만 결과발생에 대한 위험증가의 결과발생에의 중요성 여부, 즉 위험실현관계의 의문에 대한 문제는 “사후적(ex-post)”으로 입증되어야 할 사실적 측면이며, 따라서 더 이상 실체법이 아니라 소송법의 문제이므로 “in dubio pro reo 의 원칙”에 따라 해결해야 한다는 견해가 타당하리라 본다.

3) 규범의 보호목적과 위험실현 : 결과는 침해된 당해 규범의 보호목적내의 것이어야 한다.⁶⁶⁾ 규범의 보호목적관계는 원칙적으로 각론상의 개별구성요건의 해석영역에 속한다.⁶⁷⁾ 그리고 그 경우에 문제되는 침해규범이 개별적으로 구체화된 기초질서규범의 형태(예컨대, 도로교통법 또는 의료법)로 확정되어 있을 경우에는 이에 대한 판단은 비교적 용이하게 내려질 수 있다. 이와 달리 일반적인 부주의를 문제삼는 통상의 과실범에서의 규범의 보호목적은 곧바로 당해 과실범구성요건에서 찾아야만 한다. 이때에는 각칙상의 당해 과실범구성요건의 문언, 비교가능한 다른 범죄(및 형벌)와의 체계적 비교 등을 통하여 규범의 의미와 목적을 합리적으로 도출하여야 한다.⁶⁸⁾

65) Jakobs, AT, 7/101.

66) 예컨대 규정속도를 위반하여 과속운전을 한 후 다시 정상속도로 교차로에 진입하던 중 사고를 낸 운전자의 경우, 사고 운전자에게 그가 속도제한을 지켰더라면 당해 지점에 보다 늦게 도달함으로써 그 결과는 회피되었을 것이라는 점을 귀속근거로 삼을 수 없다. 왜냐하면 도로교통법상의 속도제한규정이 정해진 시간에 일정한 장소에 도달하는 것을 지연시킬 목적으로 존재하지는 않기 때문이다.

67) Vgl. Rudolphi, SK, Vor §1 Rdn. 71.

68) 규범의 보호목적사상과 관련하여 통상 총론상 거론되는 그 밖의 대표적인 것으로는, 고의적 자손행위의 개입(예컨대 과속질주로 인한 교통사고 발생 후, 그 희생자가 여호와 의 증인이었으므로 수혈을 거부함으로써 과다출혈로 사망한 경우), 양해있는 피해자에 대한 가해행위(예컨대 운전자의 운전미숙이나 자동차의 부품결함을 알면서 동승을 자청한 자가 상해의 사고를 당한 경우)등을 들 수 있다. 이러한 예들의 경우는 규범의 보호목적사상과의 관련(즉, 희생자나 제3자의 “자유롭고 유책”한 개입가능성은 사회에 항상 존재하고 있으며, 따라서 그러한 가능성의 차단까지 행위자가 침해한 당해 규범의 “일반적” 보호목적일 수는 없다)아래에서 위험실현이 부정된다.

2. 주관적 구성요건

주관적 구성요건에서는 범죄사실의 인용과 관련한 행위자의 주관적 표상을 주된 표지로 삼는다. 고의범에 있어서 객관적 구성요건사실에 관한 주관적 인식(및 인용)으로서의 고의와 마찬가지로, 주관적 예견가능성으로서의 과실은 일반적 · 주관적 불법요소이다(소수설).

과실범의 주관적 구성요건요소로서의 예견가능성의 대상은 죄의 성립요소인 구성요건적 사실이며, 그 가능성의 판단척도는 행위자의 정신적 · 신체적 능력으로서의 개인적 잠재력이다. 이때 불법단계의 행위반가치판단으로서의 조종능력(Steuerbarkeit)과 책임단계의 심정반가치로서의 동기능력(Motivierbarkeit)은 구별된다는 점에 유의해야 한다. 행위불법의 내용을 이루는 주관적 능력이란 외적 생기의 지배조종가능성으로서의 인식가능성을 의미하는 반면, 규범적 평가능력으로서의 개인적 동기설정가능성(예컨대 책임능력, 위법성의 인식가능성 및 기타 규범합치적인 내적 동기의 창설능력)은 책임판단의 대상이다.

그리고 규범은 책임무능력자의 행위에 대한 불법판단에서 볼 수 있듯이, 적어도 불법평가의 단계에서는 규범합치적 동기설정에의 장애여부는 문제삼지 않으며 오히려 충분한 의지능력을 일단 주어진 것으로 의제한다. 그러므로 주관적 구성요건단계에서 검토되는 과실로서의 주관적 예견가능성이라 함은, 규범에 따르겠다는 행위자의 “충분한 의지”를 가정할 때 구체적인 상황에서 행위자의 개인적 능력(예컨대 숙련도, 성별, 나이 등)으로도 구성요건적 결과발생을 올바르게 예견(회피)할 수 있었음을 의미한다.⁶⁹⁾

기타 형법각칙에서 중과실이 따로 마련되어 있는 과실범의 경우에, “약간의 주의만 했더라면 쉽게 예견(회피)가능한가”라는 문제가 주관적 구성요건단계에서 검토된다.

3. 과실범의 위법성

과실범도 고의범에서와 같이 구성요건이 실현됨으로써 위법성이 징표되며, 그것은 예외적으로 정당화사유에 의해 조각된다. 이때 고의범의 위

69) Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S.69; ders., AT, 91f., 4.

법성조각사유로서의 객관적 정당화상황 및 주관적 정당화요소에 관한 이론적 귀결들은 과실범에도 그대로 적용된다. 즉 고의행위를 통한 구성요건실현이 정당행위, 정당방위, 긴급피난, 자구행위, 피해자의 승낙(형법 제20조 내지 제24조)등의 이유로 정당화되는 한, 동일한 상황 하에서 과실행위로 인한 구성요건실현도 그 위법성이 조각된다.⁷⁰⁾ 예컨대 자신의 생명에 대한 현재의 위법한 공격(방위상황)을 피하기 위하여(방위의사) 업종으로 공격자에게 의도적(고의)으로 치명상을 입힌 자에게 정당방위가 성립되는 한, 동일한 상황 하에서 단지 경고사격만을 의도했으나 치명상을 입힌 과실행위자도 마찬가지로 사유로 정당화된다.

다만 객관적 정당화상황은 존재하나 주관적 정당화요소는 결여되어 있는 경우는 소위 결과반가치와 행위반가치를 둘러싼 불법론상의 입장에 따라 이론구성이 다르다. 즉 종래의 객관적 불법론(결과반가치일원론)의 입장에서는 과실범의 경우도 객관적 정당화상황의 존재만으로 위법성이 조각되는 것으로 구성하는 반면, 통설의 입장인 결과반가치와 행위반가치이원론에 따르면 위의 경우는 행위불법만 존재하는 과실미수에 해당하나 형법상 과실범의 미수는 불가벌이므로 처벌받지 않게 된다.⁷¹⁾ 따라서 과실범의 경우에 범죄성립이 부정된다는 점에서 위의 양 이론의 구별에 따른 결론상의 차이는 없다.

4. 과실범의 책임

책임은 구성요건에 해당하고 위법한 행위(즉 고의 내지 과실범행)에 대한 개인적 비난가능성이다. 따라서 과실범에서도 책임비난을 위하여 책임능력, 위법성의 인식 그리고 면책사유의 부존재(즉 기대가능성)가 요구된다. 여기서 책임무능력 및 금지착오에 관하여는 고의범과 과실범의 구별에 따른 내용상의 차이는 없으므로 별도의 언급이 불필요하나, 소위 기대불가능성과 관련하여서는 과실범의 경우 독자적인 면이 나타난다.

70) 차용석, 과실범의 구조(하), 고시연구, 1987.12., 93면.

71) 同旨 이재상, 총론, 200면; Jescheck, AT, S.477; Samson, SK, §16 Rdn. 32; Sch/Sch/Lenckner, StGB, §32 Rdn. 64; Stratenwerth, Strafrecht, S.299. 이와 달리 일반적 정당화의를 요구하는 견해로는 김일수, 한국형법II, 493면 이하; Baumann/Arzt/Weber, Strafrechtsfälle, 5.Aufl., S.73; Haft, AT, S.56.

먼저 고의행위에 타당한 책임의 감면사유는 과실행위에도 동일하게 적용된다(우리형법상으로는 제22조 1항의 일부로서의 면책적 긴급피난을 비롯하여 제21조 2항 및 3항, 제22조 3항, 제23조 2항, 제12조 등을 들 수 있다). 하지만 고의범의 경우 규범합치적 동기압박요인(예컨대 공포, 당황, 흥분, 경악 등)은 엄격히 실정화된 상기의 몇몇 경우(예컨대 야간 기타 비통상적인 상태 하에서의 과잉방위 등)에만 제한적으로 기대불가능사유로 인정되나, 과실범의 경우는 기대불가능성이 그 밖의 경우에도 널리 일반적인 초범규적 면책사유로 인정된다.

예컨대 주방에서 요리를 하던 주부가 남편의 교통사고로 인한 사망소식을 연락받고 “당황”하여 가스 불을 켜 놓은 채 병원으로 달려간 결과 화재가 발생한 경우, 또는 동일한 사고소식을 운전 중 동승한 친구로부터 전해 듣고 순간적인 경악상태에서 빨간불이 켜진 신호등을 못보고 지나치다 교통사고를 낸 운전자의 경우에서 볼 수 있듯이, 규범합치적 동기설정 에 대한 개인적 장애요인인 동일한 당황 또는 흥분상황에서 행위자가 고의적으로 화재나 교통사고 등을 발생시켰다면 이는 면책사유가 아니다. 왜냐하면 이미 발생한 사망은 면책적 긴급피난에서 요구하고 있는 “현재의 위난”에 해당되지 않기 때문이다. 반면, 과실로 위의 상황을 야기시킨 경우는 동일한 당황·경악 등의 심리적 특수사정이 긍정적으로 평가되어 널리 초범규적 면책 내지 감경사유로 인정된다.⁷²⁾

이상과 같은 과실범에 독자적인 초범규적 기대불가능성의 문제를 여기서는 과실범에 특유한 심정만가치(내지 비난가능성)의 일부를 구성하는 것으로 본다. 반면, 주관적 주의의무위반을 과실범의 책임표지로 보는 통설적 입장에서는 이를 과실범에 특유한 독자적 기대불가능성이 아니라 단지 주관적 주의의무위반을 제한하는 요소로서 구성하기도 한다.

V. 기타 관련문제 / 과실범의 처벌과 행정법

형법 제8조는 본법 총칙규정이 타 법령에 별도의 배제규정이 없는 한,

72) 이의 취급에 대한 상론은 Jakobs, AT, 20/35 ff. 참조.

타 법령에 정한 죄에도 적용된다고 명시하고 있다. 그럼에도 불구하고 행정법에 있어서 그 행정법규에 “명시적 규정이 없는 경우”에도 과실행위를 처벌할 수 있는가에 관하여 현재 논란이 있다. 이 때 행정법규의 목적상 과실행위를 벌하지 않으면 효과적인 단속이 불가능하므로 과실도 고의와 같이 벌해야 한다는 견해가 유력하며 판례도 이에 동조하고 있으나, 이는 형법 제8조 및 제14조 후단에 정면으로 위배(즉 죄형법정주의 위반)되므로 부정되어야 한다. 따라서 설사 행정법의 취지가 과실행위를 당연히 포함한다고 하더라도 과실행위의 처벌이나 단속을 위하여는 별도의 명문규정을 통한 입법론적 해결방식을 취해야만 하리라 본다.

참고문헌

- 김성돈, 형법총론, 현암사, 2006
- 김성환, 과실의 체계적 지위에 관한 일고찰, 손해목교수화갑기념논문집, 1993.
- 김일수, 과실범이론의 새로운 지평, 고시연구, 1991.4.
- 김일수, 형법학원론, 박영사, 1992.
- 김일수, 한국형법 II, 박영사, 1992.
- 김종원, 형법각론(상), 법문사, 1973.
- 김종원, 과실범, 형사법강좌I, 박영사, 1981
- 박상기, 형법총론, 박영사, 1997.
- 배종대, 형법총론, 홍문사, 1994.
- 손해목, 과실범(상), 고시연구, 1977.6,
- 신양균, 형법상 인과관계와 객관적 귀속에 대한 연구, 연세대박사학위논문, 1988.
- 안경옥, 과실범의 체계와 예견가능성, 오선주교수 정년기념논문집, 2001
- 유기천, 형법총론, 일조각, 1981.
- 유기천, 형법각론(상), 일조각, 1981.
- 이재상, 형법총론, 박영사, 2005.

- 이재상, 형법각론, 박영사, 2004.
- 이형국, 형법총론, 법문사, 2001.
- 이형국, 형법총론연구II, 법문사, 1984.
- 정성근/박광민, 형법각론, 2002.
- 정영석, 형법각론, 법문사, 1981.
- 조상제, 범치국가와 형법(심재우 선생의 형법사상에 대한 재조명), 1998.
- 조상제, 결과적 가중범의 제한해석, 형사판례연구III, 1995.
- 조상제, 과실범론의 체계적 재구성, 고시제, 1995. 10
- 차용석, 과실범이론(상), 새법정, 1972.4,
- 차용석, 과실범의 구조(하), 고시연구, 1987.12.
- 차용석, 형사법강좌I: 형법총론 상, 박영사, 1981.
- 황산덕, 형법총론, 제7정판, 방문사, 1986
- 황산덕, 형법각론, 방문사, 1989.
- Baumann, Jürgen/Arzt, Gunther/Weber, Ulrich: Strafrechtsfälle und Lösung, 6.Aufl., 1986.
- Engisch, Karl: Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930.
- Mayer, Hellmuth: Lehrbuch Strafrecht AT, 1953.
- Haft, Fritjof, Strafrecht AT, 4. Aufl., 1990.
- Hardwig, Werner: Pflichtirrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit, ZStW 78(1966).
- Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Walter Erman; bearb. von Karl Arndt, 5. Aufl.
- Jakobs, Günther : Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., 1991.
- Jakobs, Günther: Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht : unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen, 1974.
- Jakobs, Günther: Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972.
- Jakobs, Gönther/조상제(역), Objektive Zurechnung, 계명대 사회과학논총 제11집, 1992

- Jescheck, Hans-Heinrich : Lehrbuch des Strafrechts, AT, 4. Aufl. 1988.
- Jescheck, Hans-Heinrich: Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht, 1965.
- LK(Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch), begr. von Ludwig Ebermayer u.a., 11. Aufl., 1992 ff.
- Maurach, Reinhart/Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz: Strafrecht AT II, 6.Aufl., 1989.
- Maihofer, Werner: Zur Systematik der Fahrlässigkeit, ZStW 70(1958).
- Nowakowski, Friedrich: Zur Theorie der Fahrlässigkeitm JBl, 1953.
- Noll, Peter: Schweizerisches Strafrecht, AT, 1981.
- Puppe, Ingeborg: Zurechnung und Wahrscheinlichkeit, ZStW 95 (1983).
- Roxin, Claus: Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 74(1962).
- SK(Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, von Hans-Joachim Rudolphi u.a., Bd. 1: Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 1993 ff.
- Schönke/Schröder : Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., 2001.
- Schmidhäuser, Eberhard: Strafrecht AT, 1984.
- Schmidhäuser, Eberhard: Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung, in: Gerald Grünwald u.a.,(Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, 1975.
- Schröder, Horst: Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs, in: Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag, 1949.
- Stratenwerth, Günter: in: Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, Karl Lackner(Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973.
- Stratenwerth, Günter: Strafrecht – Allgemeiner Teil I. Die Straftat, 1981.
- Triffterer, Otto: Österreichisches Strafrecht, AT, 1985.
- Welzel, Hans: Das deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung, 11. Aufl., 1969.
- Wessels, Johannes: Strafrecht AT, 24. Aufl., 1994.

Systematische Rekonstruktion der Lehre vom fahrlässigen Delikt

Cho, Sang-Jae*

Nach dem ersten Habsatz von §14 korStGB handelt ein Täter dann fahrlässig, wenn er Tatbestandsmerkmale eines Strafgesetzes als infolge der Verletzung einer Sorgfaltspflicht nicht erkennt. Je nach der Verbrechenslehre ist die Fahrlässigkeit ihre systematische Einordnung in den Verbrechensaufbau und ihre Begriffsinhalt zu unterscheiden. Der Verfasser geht in diesem Zusammenhang von einer subjektiven Theorie im Hinblick auf den Fahrlässigkeitsbegriff aus, wonach die Fahrlässigkeit in den subjektiven Tatbestand eingeordnet werden soll und man deren Begriffsinhalt als eine subjektive Vorhersehbarkeit sehen soll. Die objektive Sorgfaltswidrigkeit stellt also in diesem Sinne eine der Massstäben der objektiven Zurechnung dar, die beim Vorsatz und bei Fahrlässigkeit gleich angewendet wird. Als subjektive Tatbestandmerkmal im Fahrlässigkeitsdelikt gilt nur die subjektive Sorgfaltswidrigkeit.

주제어 : 과실, 과실범의 체계, 주의의무, 객관적 귀속

Keywords : Fahrlässigkeit, Systematik der Fahrlässigkeitsdelikt, Sorgfaltspflicht, objektive Zurechnung

* Professor an der Juristischen Fakultät der Universität Ajou, Dr. iur.