

과실범의 불법구조에 관한 존재론적 분석

정 영 일*

국 | 문 | 요 | 약

1970년대 초반은 우리 형법학계에서 행위론에 관한 논쟁이 달아오르던 시기였다. 그 시절에 법과대학에서 형법공부를 시작한 세대에게는 그 학문적 경험이 뇌리에 깊이 각인되어 있다. 그런 연유로 해서 필자도 훗날 대학원에 진학하여 박사학위논문 주제를 선택하면서 별 어려움 없이 과실론분야로 결정하게 되었다. 하지만 논문을 준비해가면서 그 논의의 깊이와 어려움을 새삼 절감하게 되어 많은 난관에 부딪히게 되었고, 단순히 그 내용을 번역-소개하는 수준에서 논문을 마무리할 수밖에 없었던 쓴 경험을 한 바 있다. 그리고 후에 시안되는 대로 그 글의 내용을 제대로 소화하여 논문으로 발표할 마음을 갖고는 있었지만, 이런 저런 일로 미루어오다가 더 이상 지체하는 것은 학자로서의 도리가 아닌 것 같아 이번에 다시 무리이기는 하지만 글을 준비하여 보았다. 본고는 예전에 필자가 번역-소개한 칠린스키(Diethart Zielinski)의 글의 내용을 수회에 걸쳐 재정리하고 보완하여 나름대로 논문성을 갖추어 보려고 노력한 결과물이라고 할 수 있다.

최근 들어 다소 연관성을 갖는 연구물이 나오고는 있지만, 과실범의 불법의 근거를 행위자의 현실적 목적성에서 구하는 칠린스키의 이론은 형법학의 주류적 견해를 벗어난 것임은 부인할 수가 없는 사실이다. 규범학으로서의 형법학도 존재적 관점을 전적으로 도외시킬 수는 없는 것임은 당연한 이치임에도 불구하고, 연구방법의 미비나 학제적 연구의 부족으로 인하여 과실범의 불법구조에 관한 존재론적 고찰은 쉽게 접근하기 어려운 논제로 취급될 수밖에 없었다. 이런 측면에 볼 때 칠린스키의 분석은 앞으로 형법학이 과실범의 이해를 위하여 궁극적으로 해결해야 할 문제의 방향을 제시하고 있다는 점에서 커다란 의미를 갖는다.

칠린스키는 과실범을 인식 있는 과실의 경우와 인식 없는 과실의 경우로 나누어, 인식 있는 과실범에 있어서 그 불법구조가 고의 위험범이나 미필적 고의범의 불법구조와 결국은 마찬가지로이며 또 인식 없는 과실범에 있어서도 행위자의 현실적 목적성은 행위 당시의 구체적 상황과의 관련 하에 과실범의 불법의 근거가 되고 있음을 밝혀내고 있다. 본고에서는 이와 같은 칠린스키의 설명을 분석하고, 그에 근거하여 필자의 소견을 기술하고 있다.

❖ 주제어 : 과실범, 고의범, 불법, 목적성, 위험범, 칠린스키

* 경희대학교 법과대학 교수, 법학박사

I. 서 언

20세기 후반에 들어서면서 주로 자동차교통의 폭증으로 인하여 우리 사회에서 인간의 생명, 신체와 재산에 대한 위험이 엄청나게 늘어났으며, 사회 일반에서의 기계화가 진척될수록 이러한 위험은 하루가 다르게 커가고 있다. 기계화에 대한 필연의 대가라고 일컬어지고 있는 도로교통사고에 관해서만 보더라도, 그 사고의 80-90%가 사람의 잘못, 즉 행동의 결함에 기인하는 것이지 외부의 원인에 기인하는 것이 아니라는 사실이 밝혀진 것은 이미 오래 전의 일이다.¹⁾ 이와 같은 사실에 비추어 볼 때, 우리는 과실범의 문제에 있어서도 기본적인 사회윤리상의 심정가치를 유지시켜주고 또 그렇게 함으로써 침해나 위태화로부터 법익을 보호해주어야 하는 형법의 과제를 생각하지 않을 수 없다.²⁾

우리 형법은 과실행위에 관하여 “정상의 주의를 태만함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위”(제14조)로 규정하고 있다. 이 규정상 과실의 요소는 ‘정상의 주의를 태만’과 ‘죄의 성립요소인 사실의 불인식’으로 구성되어 있다. 여기서 ‘불인식’이라는 요소는 소극적 요소이므로 ‘정상의 주의를 태만’이 과실개념의 본질적 요소로서의 위치를 갖는다고 할 수 있다. 이와 같이, ‘고의’의 경우와는 달리, ‘과실’의 개념에 관하여는 형법상 ‘정상의 주의를 태만’이라는 규범적 정의가 행해지고 있기 때문에 그 해석에 관하여 많은 견해가 제시되어왔다. 주의의무위반에 과실범의 범죄적 내용이 존재함으로 인하여 과실범에 관한 이론적 이해도 어려워지고 있는 것이다.³⁾ 일찍이 행위론에서부터 시작한 이론적 대립은 불법론에서도 유지되었다.

과실범의 불법에 관한 판단에 있어서 ‘결과’요소를 배제하는 人的 過失不法論은 고의에서와 같이 과실에서도 행위자의 현실적 목적성을 그 불법의 본질로 인정하고, 나아가 그 논리적 귀결로 과실불법과 고의불법의 구조상의 동일성을 인정하는 데에까지 이른다. 이는 인적 과실불법론의 필연적이고도 궁극적인 귀결이라고 할 수 있다.

1) Willett, Criminal on the Road, 1964, 300면.

2) Hans-Heinrich Jescheck, Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht, 1965, 6면.

3) 심현섭, “과실과 주의”, 송실대학 논문집 1970, 196면 이하.

이런 논의의 단초(端初)가 되었던 것이 바로 벨첼(Hans Welzel)의 목적적 행위론이지만, 벨첼 자신도 명백히 규명하지 못했던 과실범에 있어서의 ‘잠재적 목적성’(potentielle Finalität)의 개념으로 인하여 목적적 행위론은 그 단계에서 좌초된 것으로 인식되기에 이르렀다. 하지만 오늘날 인적 과실불법론의 입장에 서있는 칠린스키(Diethart Zielinski) 등의 학자들은 오히려 ‘현실적 목적성’이야말로 과실범에 있어서도 불법판단의 토대가 되는 것으로 논의를 발전시키고 있다. 이러한 새로운 견해의 밑바탕에는 과실범의 현실적 사실관계에 대한 존재론적 인식이 깔려 있다고 할 수 있다.

본고에서는 인적 과실불법론의 내용을 자세히 검토하고 그 이론적 의미를 되새김으로써 과실론의 장래 과제에 관하여 생각해보고자 한다.

II. 과실불법에 있어서의 목적성

1. 과실과 고의의 일반적 관계

형법에 있어서 과실과 고의의 구분은 행위자에 대한 법적 효과에 있어서 현실적으로 큰 차이를 보여주며, 나아가 책임주의의 구현과도 밀접한 관계를 갖고 있다.

원래 과실이라는 것은 사회생활상 요구되는 주의의 태만을 그 내용으로 하는 것으로서 고의와는 독립된 비난형태이기 때문에 고의에 대하여 단순한 minus(量的으로 적은 것)가 아니라 aliud(質的으로 다른 것)라고 보는 것이 일반적인 견해⁴⁾이다. 그렇게 보면 과실은 고의가 존재하지 않을 때에만 문제되는 것이다.⁵⁾ 또한 과실은 고의에 대한

4) 김성돈, 「형법총론」, 2006, 519면; 김일수/서보학, 「형법총론」, 제11판, 2006, 437면; 박상기, 「형법총론」, 제6판, 2004, 277면; 신동운, 「형법총론」, 제3판, 2008, 223면; 오영근, 「형법총론」, 보정판, 2006, §12, RN 41; 이재상, 「형법총론」, 제5판(보정판), 2005, §14, RN 1; 이형국, 「형법총론연구 II」, 1986, 657면; „Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996, 563면; Fridrich Schaffstein, “Die neuen Voraussetzungen der Wahlfeststellung im Strafverfahren”, NJW 1952, 729면 ; Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 27. Aufl., 2006, §15, RN 109.

5) 하지만 하나의 행위가 고의범의 결과와 과실범의 결과를 한꺼번에 야기할 수는 있다. 행위자가 한 번의 충격에 의하여 한 사람을 고의로 죽이면서 다른 사람을 또 과실로 죽이게 되는 경우가 그러한 예이다.

aliud이기 때문에 고의가 존재하지 않는다고 해서 반드시 과실이 존재하게 되지는 않는다. 하지만 兩者 중 하나의 존재가 입증되면 원칙적으로 다른 하나의 존재는 검토될 필요가 없게 된다. 고의가 분명히 존재하지 않을 때에는 과실의 존부에 대한 심사가 행해질 수 있다. 예를 들어 행위자가 자기 부인을 고의로 독살했다는 사실이 입증되지 않는 경우엔 그 행위자가 독물(毒物)을 부주의하게 관리하여 과실로 부인의 죽음을 야기했는지를 또한 심사해보아야 하기 때문이다. 이렇듯 양자의 구성요건 사이의 선택은 가능하다.⁶⁾ 과실범구성요건은 이른바 補足的 構成要件(Auffangtatbestand)으로서 고의가 입증되지 않는 경우의 흠결을 메꾸어주어야 하는 역할을 맡는다.⁷⁾ 형법상 고의·과실 외에 다른 책임형식은 존재하지 않는다.

2. 목적성과 결과의 관계

가. 문제의 소재

과실에서도 목적성을 찾아내는 것은 인적 과실불법론의 입장에 서는 한은 반드시 풀어야 하는 과제라고 할 수 있고 또 그 점을 해결해야만 인적 불법론이 고의범과 과실범에 있어서 통일된 불법론으로 자리잡을 수 있게 될 것이다. 여기에서 칠린스키는 過失에서도 目的性을 이끌어냄으로써 과실불법과 고의불법의 구조 상 동일성을 인정하고 있는데, 본고에서 보고자 하는 것이 바로 이 점이다.⁸⁾ 양자의 불법구조상의 동일성을 인정하면 비사회적(asozial) 행태로서의 과실이 반사회적(antisozial) 태도인 고의에 비해서 형사책임의 면에서 뿐만 아니라 불법의 면에 있어서도 minus의 관계에 위치하

6) Hermann Blei, "Wahlfeststellung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit", NJW 1954, 500면. 反답: Ernst Heinitz, "Die Grenzen der zulässigen Wahlfeststellung im Strafprozeß", JZ 1952, 102면; Schaffstein, 앞의 논문, 725면 참조.

7) 이런 의미에서 과실과 고의는 법조경합의 한 경우인 이른바 보충관계로서 보충법과 기본법의 관계에 있다고 보겠다.

8) 과실의 일반심리학적 실체를 밝혀 이를 바탕으로 하여 과실개념을 정의하려는 시도도 마찬가지로 존재론적 인식에 토대하고 있다고 생각한다. 이러한 시도에 관하여는 임광주, "형법에 있어서 과실의 개념", 형사법연구 제16호, 2001, 55면 이하; Eberhard Struensee, "Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts", JZ 1987; Santiago Mir Puig, "Über das Objektive und das Subjektive im Unrechtstatbestand", Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, 258-259면 참조.

게 될 것이다.

나. 과실불법에 있어서 ‘결과’의 위치

과실범의 불법구조는 목적적 행위론의 초기부터 오늘날에 이르기까지 규명에 큰 어려움을 안겨주는 과제로 인식되고 있다.⁹⁾ 고의범에 있어서는 행위반가치를 불법의 본질로 쉽게 인정할 수 있으나, 대부분이 결과범으로 되어 있는 과실범에 있어서는 구체적인 법익침해 내지는 위험으로서의 ‘結果’(Erfolg)가 문제를 일으키고 있다. 특히 결과가 발생되기 전에는 과실행위에 의하여 위배된 規範을 생각할 수가 없다. 즉 과실범에 있어서는 행위자가 처벌되어야 하는지 그리고 처벌되어야 한다면 무슨 죄로 처벌되어야 하는지 등은 사실상 결과가 밝혀진 연후에나 비로소 결정되게 된다. 하지만 고의범에서는 목적적 행위와 관련해서 그 위배된 규범이 무엇인지를 바로 밝혀낼 수가 있는 것으로서, 불법은 ‘행위’에 의해서 바로 인정되고 ‘결과’는 우연에 불과한 것으로 취급된다.

과실범에 있어서도 ‘결과’가 우연의 산물이라고 보는 견해는 이미 오래전부터 있어왔다. 이 점과 관련하여 벨첼도 단순한 법익침해의 결과만 가지고는 과실범의 본질은 규명될 수 없다고 말하고 있다.¹⁰⁾ 교통사고로 사람을 치사케 한 자동차운전자의 경우, 어떤 운전자는 완전히 적법하게 운전을 했고 또 다른 운전자는 교통법규에 위반하여 차를 몰았다 하더라도, 그들은 일단 결과를 야기했다는 점에 있어서는 똑같은 평가를 받게 된다. 그러나 그렇다고 해서 그 운전자들의 형법상 불법은 마찬가지로 인정되고, 단지 적법하게 운전한 사람만이 책임조각의 판단을 받게 된다고 한다면 이는 잘못된 것이라고 생각한다. 인적 불법론의 관점에서 보면, 적법하게 운전한 사람은 전혀 불법을 저지른 것이 아니다.¹¹⁾

9) Mezger, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950, 18-19면; Arthur Kaufmann, “Die finale Handlungslehre und die Fahrlässigkeit”, *JuS* 1967, 148면 이하; Detlef Krauß, “Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht”, *ZStW* 76, 1964, 59면 이하; Jescheck, “Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung”, *Fest. für Eberhard Schmidt*, 1961, 148면 이하 등 참조.

10) Welzel, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, 1961, 11면 이하.

11) Welzel, *앞의 책*, 8-9면.

과실범의 불법의 본질은 ‘결과’가 아니라 그 결과를 야기한 ‘주의위반적 행위’ 즉 행위반가치에서 찾는 것이 오늘날의 일반적 입장¹²⁾이다. 예컨대 ‘주의 깊고 신중한 자동차운전자’와 같은 ‘客觀的 觀察者의 판단에 따라 당해 행위자가 사회생활상 요구되는 주의를 준수했는지 또는 허용되지 아니한 위험을 발생시켰는지가 결정될 것이다. 실제로 실현된 행위와 객관적 관찰자의 입장에서 적절하다고 생각되는 행위가 부합하지 아니하면, 그 실현된 행위는 법의 요구에 어긋나는 즉 위법한 것이 된다. 이렇게 하여 “「客觀的 注意」라는 요소에 의하여 행위가치 내지는 행위반가치가 과실범의 불법의 중심에 위치하게 되는 것이며, 그 반면에 결과반가치 즉 법익침해는 변두리에 놓이게 된다. 즉 그 결과반가치는 구성요건·위법성과 관련해서 構成的 機能을 전혀 수행하지 못한다.”¹³⁾

다. 과실불법에 있어서 목적성의 의미

과실범에 있어서도 현실적으로 모종의 목적적 행위가 존재하고 있는 것은 사실이다. 자동차운전자의 운전행위, 간호사의 주사행위 등이 그 예이다. 이 점과 관련하여 카우프만(Arthur Kaufmann)은 목적적 행위론자들이 ‘과실’에서 ‘고의’를 찾고 있는 것과 같은 우(愚)를 범하고 있다고 지적하고 있다.¹⁴⁾ 이어서 카우프만은 부주의로 인해 치명적 주사를 환자에게 놓은 간호사의 예를 들면서, 이런 경우에 있어서 과실범의 불법은 과실행위에서 찾아야 되며 또 치사행위로서의 당해 법익침해행위가 불법을 구성하는 것이지 목적적 주사행위가 불법을 구성하는 것은 아니라고 지적하고 있다.¹⁵⁾ 그는 현실의 목적적 행위는 법익침해의 결과와는 아무런 관계가 없다고 보는 것이다.

하지만 목적적 행위론에 따르더라도, 행위자가 어떤 목표를 목적활동적으로 지향하는 과정에서 설정되는 ‘결과와 결과야기자 사이의 관계’ 즉 目的性이 법적 평가에 있어

12) 김일수, 「한국형법 II [총론 하]」, 1997, 388-389면; 손해목, 「형법총론」, 1996, 704-705면; 신동운, 앞의 책, 227-228면; 오영근, 앞의 책, §12, RN 41; 이재상, 앞의 책, §14, RN 9; 이정원, 「형법총론」, 2004, 426면; Jescheck/Weigend, 앞의 책, 567면; Schönke/Schröder, 앞의 책, §15, RN 110 이하; Welzel, 앞의 책, 11면.

13) Welzel, 앞의 책, 11면.

14) 同人, 앞 각주 9)의 논문, 148면 이하; 同人, “Die ontologische Struktur der Handlung. Skizze einer personalen Handlungslehre”, Fest. für Hellmuth Mayer, 1966, 94-95면.

15) 同人, 앞 각주 9)의 논문, 149면.

서 결정적 요소가 되는 것으로서, 지향된 목표의 반가치가 인정될 때에만 행위도 반가치적인 것이 되고 또 그 때에만 법익침해의 결과반가치가 행위반가치를 근거지운다.¹⁶⁾ 주의위반적-목적적 행위가 과실범의 불법요소가 된다고 해서 그 목적적 행위에서 행위 반가치가 바로 도출된다고 볼 수 있는 것은 아니다. 왜냐하면, 비록 목적적 행위론 내지는 인적 불법론의 이론적 출발점 자체가 포기될지도 모르는 우려가 있을 수는 있으나, 注意違反性은 目的性 그 자체에서 바로 인정되는 것이 아니고 구체적 상황에 근거한 객관적 판단을 통해서만 인정될 수 있는 것으로 봄이 옳기 때문이다.¹⁷⁾ 과실치사행위의 불법은, 치사를 야기하는 간호사의 목적적 주사행위에 대한 가치판단과 바로 그 행위에 의해 야기된 환자의 사망에 대한 가치판단의 근거가 서로 연관되어 있음이 입증될 때에만 행위반가치에 의하여 구성되는 것이다. 왜냐하면 行爲라는 것은 그 자체로서는 결코 윤리적-법적인 가치·반가치를 실현할 수 없고, 오로지 그 행위가 윤리적-법적으로 가치대유적인 사태를 실현할 때에만 윤리적-법적인 가치·반가치를 실현하는 것이기 때문이다.¹⁸⁾ 과실치사의 불법은 ‘살인행위’를 그 내용으로 하고 있는 것이 아니라 목적적인 몰핀주사행위나 목적적인 추월행위 등과 같은 목적적 행위를 그 내용으로 하고 있는 것이기 때문에, 과실치사의 불법은 비목적적으로 야기된 결과가 아니라 目的性聯關的 行爲反價値에 의하여 근거지워지는 것이다.

우리 형법 제14조와 각칙 상 과실범구성요건들이 과실범의 성립요건들을 규정하고 있기는 하지만 그 요건들이 과실불법을 판단함에 있어 갖는 의미는 법규정상으로는 분명히 나타나지 않고 있다. 이제 인적 과실불법론에서 필연적으로 부딪히게 되고 또 해결해야만 하는 이 문제를 認識 있는 過失과 認識 없는 過失에 있어서 따로 고찰해보도록 한다. 왜냐하면, 법익침해의 결과에 대한 目的性聯關에 비추어 볼 때, 인식 있는 과실은 인식 없는 과실과는 달리 未必的 故意와 아주 유사하다는 점을 부인할 수는 없기 때문이다.¹⁹⁾

16) Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935, 85면; Nicolai Hartmann, *Ethik*, 4. unveränderte Aufl., 1962, 171면 이하.

17) 이 점이 또한 슈트라텐베르트(G. Stratenwerth)가 과실불법을 행위자연관적 목적성 내지는 잠재적 목적성과 관련시켰던 이유이기도 하다(同人, *Strafrecht AT I*, 1971, 1164면 이하 참조).

18) Nicolai Hartmann, 앞의 책, 89-90면 참조.

19) 김성룡, “고의론에서 접근한 과실범에 있어서 공동정범”, *형사법연구* 제16호, 2001, 144면; 김일수, 앞의 책, 392면.

Ⅲ. 인식 있는 과실의 불법구조

1. 문제의 소재

인식 있는 과실에 있어서는 행위자는 결과발생의 가능성을 인식하고 있다. 즉 이 경우 행위자는 자신의 행위계획이 결과를 야기할 가능성을 갖고 있다는 것을 알고 있는 것이다. 이 점을 인식 있는 과실의 知的 要素라고 할 수 있다. 그리고 인식 있는 과실의 행위자가 발생될 위험의 非許容性도 알고 있는 경우에는 책임도 인정된다. 인식 있는 과실의 불법판단에 있어 중요한 것은 前者인 결과야기의 가능성에 관한 인식이지 後者인 위험의 법적 비허용성에 관한 인식은 아니다. 왜냐하면 위험의 법적 비허용성에 관한 인식이라는 것은 곧 발생된 위험에 대한 법적 반가치판단을 가리키는 것으로서 그 반가치판단에 관한 인식은 불법판단과는 아무런 관계가 없다. 그것은 不法認識으로서 행위자의 責任에 대해서만 의미를 갖는 것이다. 그러므로 인식 있는 과실의 불법에서 문제가 되는 것은 행위자의 위험인식 즉 결과발생의 가능성에 관한 인식뿐이다. 인식 있는 과실의 행위자는 인식을 갖고 결과발생위험을 야기하는 것으로서, 여기서 認識 있는 過失과 危險故意(Gefährdungsvorsatz), 未必的 故意와의 관계가 문제되며, 이들 관계에 관한 고찰을 통하여 인식 있는 과실의 불법구조도 규명될 수 있다고 본다.

2. 인식 있는 과실범과 고의 위험범의 비교

가. 양자의 불법·책임구조에 관한 분석

과실범의 영역에서 결과범 대신 위험범으로 입법이 행해지는 경우가 점점 많아지고 있다. 이런 현상은 특히 도로교통법 등 교통관계 법령에서 두드러진다. 이는 과실범에 있어서 결과발생의 우연성이 인정된 때문이기도 하지만, 위험범에서도 危險結果(Gefährdungserfolg) 즉 법익침해에의 접근된 가능성이 그 결과로 요구되기 때문이라고 봄이 타당하다고 생각한다.

이런 분석에 토대하여 칠린스키는 인식 있는 과실범과 고의 위험범의 불법과 책임을 비교하고 있다.²⁰⁾ 우선 認識 있는 過失犯에 있어서, 不法은 ‘결과를 야기하려는 직접적 목적성은 없는 행위’와 ‘객관적 주의위반성’ 즉 ‘결과발생의 가능성·개연성에 대한 객관적 예견가능성’, ‘발생된 위험의 비허용성’ 등으로 구성되고 있다. 여기서 상당히게 야기된 위법성연관적 법익침해가 결과사태로 인정될 수 있으나 칠린스키는 이를 불법 판단과는 무관한 것으로 본다. 다음으로 인식 있는 과실범에 있어서 責任은 결과발생의 가능성·개연성에 대한 예견으로서의 ‘위험목적성’과 발생된 위험의 비허용성에 대한 인식 내지 인식가능성으로서의 ‘불법인식 내지 불법인식가능성’이 인정됨으로써 성립하고, 여기서 ‘행위자의 동기설정능력’이 당연한 전제로서 갖추어져야 한다. 故意危險犯에 있어서는, 不法은 ‘결과를 야기하려는 목적성이 통상적으로는 없지만 혹은 있을 수도 있는 행위’와 ‘결과발생의 가능성·개연성에 대한 예견으로서의 위험목적성’, ‘발생된 위험의 비허용성’으로 구성되고 있다. 여기서 구체적 위험상태가 결과사태로 인정될 수 있으나, 이 경우에도 이는 불법판단과는 무관하다고 칠린스키는 본다. 또한 발생된 위험의 비허용성에 대한 인식 내지 인식가능성으로서의 ‘불법인식 내지 불법인식가능성’이 인정됨으로써 고의 위험범의 責任이 성립하는데, 여기서 ‘행위자의 동기설정능력’이 또한 당연한 전제로서 갖추어져야 한다.

이상의 칠린스키의 분석을 통해 보면 위의 두 범죄유형은, 비록 그 각각은 過失犯과 故意犯임에도 불구하고, 결과사태를 제외하고는 그 성립요건에 있어서 거의 일치하고 있음을 알 수 있다.

나. ‘결과발생의 가능성·개연성에 대한 객관적 예견가능성’과 ‘위험목적성’의 연관성

인식 있는 과실범과 고의 위험범의 불법·책임구조에 관한 비교분석에 있어서 가장 문제가 되는 것은 결과발생의 가능성·개연성에 대한 예견으로서의 ‘危險目的性’(Gefährdungsfinalität)이라는 요소가 해당 범죄의 책임요소인가 불법요소인가 하는 점이다. 똑같은 행태를 입법자가 고의 위험범과 과실범 중 어떤 형식으로 규정하느냐에

20) Zielinski, Handlungs- und Erfolgssunwert im Unrechtsbegriff, 1973, 157면.

따라 달라지는 것인지, 그리고 그것이 前者에 있어선 불법을 근거지우고 後者에 있어선 책임을 근거지우는 역할을 하는 이유는 무엇인지가 문제될 수밖에 없다. 여기서 인식 있는 과실의 지적 - 인식적 요소인 위험목적성과 주관적 주의위반성, 위험고의는 동일한 의미를 갖는 개념으로 봄이 타당하다. 그렇게 보게 되면 그 지적-인식적 요소는 인식 있는 과실범에 있어서도 책임 이전에 이미 불법을 구성하는 요소가 되는 것이라고 볼 수 있는 여지가 인정된다.²¹⁾ 이러한 결론이 불법을 행위반가치에 토대하여 인정하고 또 그 행위반가치를 반가치적 목적성에 토대하여 인정하고 있는 인적 불법론의 취지와 부합됨은 쉽게 알 수 있다.

인식 있는 과실범에 있어서, 설사 행위자가 반가치적 결과를 직접적으로 지향하지는 않았다고 하더라도, 발생가능한 이 결과요소에 의하여 당해행위의 행위반가치를 근거지울 수는 있다.²²⁾ 인식 있는 과실범에 있어서는 종국의 목표를 추구하는 과정에 있어서 불가피하게 야기될 수 있는 중간목표도 있을 수 있으며 또 종국의 목표에 관해서도 그 자세한 경과까지 행위자가 지배-결정할 수는 없을 것이다. 또 종국의 목표든 중간목표든 행위자가 예견 - 계산한 행위결과만이 행위반가치를 근거지우는 것도 아니다. 이렇게 보게 되면, 예를 들어 행위자가 성냥불을 켜려고 했을 뿐인 경우라도 그 행위자는 그로 인해 불이 날 것도 염두에 두었다고 보아야 할 것이며, 짚이 가득 차 있는 창고 바로 옆에서 성냥불을 켜는 사람은 화재의 위험도 목적으로 지향하고 있는 것이며, 이렇게 보는 것이 실재와 부합하는 고찰이라고 칠린스키는 분석하고 있다.²³⁾

만일 행위자의 행위계획에 대한 가치판단과 법익침해결과에 대한 가치판단이 결과발생가능성에 대한 인식에 의하여 서로 연관을 맺는 것이라면, 의사결정규범도 이 행위계획에 대한 가치판단으로부터 끌어낼 수 있을 것이다. 그러므로 認識 있는 過失犯의 不法은 언제나 目的的 危險行爲 즉 법익침해가능성을 인식을 갖고 창출하는 행위라고 보아야 한다.

고의 위험범과 인식 있는 과실범을 비교해보면, 前者가 더 많은 행위양식을 포함하고 있는 것으로 일응 볼 수 있다. 왜냐하면 신중한 행위자가 애초에 계획한 행위로

21) Zielinski, 앞의 책, 159면.

22) Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl., 1961, 2-3면; 同人, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, 34면 이하.

23) Zielinski, 앞의 책, 159면.

인하여 불의의 법익침해가 야기될 수 있음을 예견한 때에는 그 행위자는 危險目的性을 갖고 행위한 것으로 볼 수가 있겠지만, 後者의 인식 있는 과실범은 객관적 관찰자의 입장에서 볼 때도 그 위험이 사회적으로 상당하지 않은 것으로 판단될 때만 성립하는 것이기 때문이다. 하지만 이는 외관상의 구분에 불과하다. 왜냐하면 사회적 상당성의 척도는 형법상의 모든 고의범과 과실범의 구성요건에 있어서 타당한 원리이기 때문이다.²⁴⁾ 즉 법익을 침해하는 행위라고 해서 그 모두가 금지되는 것은 아니고, 단지 역사적으로 형성된 공동체질서에 크게 어긋나는 행위만이 금지되는 것이기 때문에²⁵⁾ 법질서는 모든 위험한 행위를 다 금할 수는 없다. 모든 위험한 행위를 금하게 되면 사회생활은 정지되는 것이나 다름없을 것이기 때문이다. 법질서는 범공동체의 가치척도에 부합하는 정도의 위험은 감수해야 한다.²⁶⁾ 사람들은 그들이 위험을 인식하고 있건 않건 간에 사회적으로 상당한, 즉 허용된 위험의 테두리 안에서 행위를 하면 된다. 형식적으로 구성요건에 해당하기는 하지만 내용상 사회적으로 상당한 범위를 벗어나지 아니하는 목적적 행위는 금지의 대상이 되지 아니한다. 돈 많은 삼촌이 벼락 맞아 죽기를 바란 조카가 뇌우시(雷雨時)에 그 삼촌으로 하여금 외출하도록 한 경우엔, 삼촌이 낙뢰(落雷)에 맞아 죽은 결과가 설사 우연히 발생했다 하더라도, 그 조카의 행위는 사회적으로 상당한 것이다. 이것은 不法의 문제가 아니라 구성요건해당성의 문제인 바, 그런 유(類)의 살해행위는 형법 제250조 제1항의 살인의 고의 즉 살인목적성과 관계없는 것이며 또 따라서 금지되는 것이 아니다. 그 조카의 행위는 불능미수도 아니고 또 위법한 행위도 아니다. 만일 그가 자신의 그런 행위가 금지되는 것으로 실제 생각했다면, 그의 행위는 기껏해야 환각범에나 해당하게 될 것이다.

規範은 目的的 行爲 그 자체만을 금지할 수 있는 것이고 또 목적적 행위 그 자체에 대한 가치판단하고만 관련되는 것이므로, 당해 위험성의 비허용성을 확인시켜줄 수 있는 상황으로서 행위자가 인식하고 있는 상황만이 중요한 판단의 토대가 된다.²⁷⁾ 행위자가 인식하고 있는 위험의 금지만이 효과적인 법익보호를 위하여 의미를 가질 수 있다.

24) Jakobs, 앞의 책, 89면.

25) Welzel, "Studien zum System des Strafrechts", ZStW 58, 1939, 514면 이하와 527면 이하; Hans Joachim Hirsch, "Soziale Adäquanz und Unrechtslehre", ZStW 74, 1962, 80면 이하 등.

26) Mezger-Blei, Strafrecht I AT. Ein Studienbuch, 14. Aufl., 1970, 215-216면.

27) Zielinski, 앞의 책, 162면.

이렇게 이해하면 認識 있는 過失犯을 故意 危險犯으로 해석하는 것이 규범이론적으로나 실제적으로나 가능한 것임이 명백하다고 칠린스키는 결론짓고 있다.²⁸⁾

3. 인식 있는 과실과 미필적 고의의 비교

가. 행위구조상 동일성

고의 위험범의 행위반가치가 법익침해에의 목적성에 의해서 근거지워지는 것이고, 고의 위험범의 목적성과 마찬가지로 未必의 故意에 의한 침해범의 목적성에 있어서도 법익침해는 가능한 것이다. 엥기쉬(K. Engisch)는, 일찍이 목적적 행위론에 관한 언급을 하면서, 미필적 고의와 인식 있는 과실은 행위구조상 동일한 것이라고 지적한 바 있다.²⁹⁾ 왜냐하면 만일 어떤 사람이 그가 필연적인 것으로 생각했든 또는 단지 가능한 것으로만 생각했든 간에 어떤 결과를 생각하고 행위하였다면, 설사 직접 목표한 바는 아니라 하더라도, 그 결과는 盲目的으로 야기된 것이 아니라 意味帶有的 意思決定과 관련을 맺고 있는 것이라고 볼 수 있기 때문이다.³⁰⁾ 이런 지적은 최근까지도 목적적 행위론에 대한 반론의 하나로 행해져오고 있다. 왜냐하면 바라지는 않지만 발생이 가능한 결과가 발생되지 않을 것으로 믿는다는 것은 목적성과는 아무 관계도 없는 것이기 때문이다.³¹⁾

그럼에도 불구하고 목적적 행위론자들은 미필적 고의와 인식 있는 과실은 명확히 구분된다고 보고 있다. 벨첼에 따르면, 행위자의 관념에 있어서 부수적 결과발생과 목표-수단과의 결합이 단지 가능한 것일 뿐일 때에는 그 행위자가 그 결과의 불발생을 믿고 있었는지가 중요하다는 것이다.³²⁾ 하지만 그에게 있어서는, ‘발생이 가능한 것으

28) Zielinski, 앞의 책, 162면.

29) Engisch, “Der finale Handlungsbegriff”, Fest. für Eduard Kohlrausch, 1944, 155면.

30) Engisch, 앞의 논문, 155면.

고의와 과실의 각 유형에 있어서 지적 요소와 의지적 요소에 관한 비교를 통하여 고의와 과실의 구조상 동일성을 끌어내는 견해(김성룡, 앞의 논문, 144면)도 같은 맥락이라고 생각한다.

31) Arthur Kaufmann, 앞의 논문, 148면; 同人, Das Schuldprinzip, 1961, 167면 이하; Wilhelm Gallas, “Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen”, ZStW 67, 1955, 42-43면; Friedrich Nowakowski, “Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit”, JZ 1958, 338-339면; Jescheck, 앞의 논문, 155면; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 2. Aufl., 1967, 189면.

로 생각한 결과가 발생하지 않을 것으로 믿는 경우'와 '발생을 계산에 넣을 뿐인 경우'가 어떤 기준에 의하여 구별되는 것인지에 관한 언급이 분명히 나타나 있지 아니하다. 이 문제와 관련하여 슈트라텐베르트는 이 양자를 目的性이 아니라 具體的 危險, 즉 발생가능한 것으로 생각한 법익침해에 관한 감정적-평가적(emotional-wertend) 입장에 따라 구별하고 있다. 즉 행위자가 자신이 인식한 위험을 진지하게 받아들이고 있다면, 그는 발생가능한 것으로 예견한 결과를 자신의 행위결정(Handlungsentschluß)에 있어서 참작하고 있는 것이므로 미필적 고의가 인정된다고 한다.³³⁾ 이렇게 봄으로써 목적적 행위론과 부합되는 설명이 가능하다고 그는 언급하고 있다. 그에 따르면, 양자의 구별에 있어서 기준이 되는 것은 행위자가 '인식을 갖고 금지에 반하여'(bewußt verbotswidrig) 행위를 하고 있는지의 여부이다.³⁴⁾ 이는 결국 불법요소인 고의와 책임요소인 불법인식을 명확히 구분하는 이른바 책임설의 귀결이기도 하다.

나. 인식 있는 인식과실과 인식 있는 조종과실

인식 있는 과실은 주의결여의 대상이 '인식-예견'인지 '회피'인지에 따라 인식 있는 인식과실과 인식 있는 조종과실로 나누어 검토되어야 한다. 앞의 설명을 토대로 하여 보면, 認識 있는 認識過失(Erkenntnisfahrlässigkeit) 즉 인식 있는 내적 주의결여의 경우에 있어서는 그 구조상 고의범과의 동일성이 인정될 수 있으므로 未必의 故意와 認識 있는 過失이 구분될 수 없게 되는 것이며, 따라서 단일의 故意不法을 인정해야 된다.³⁵⁾ 그런데 認識 있는 操縱過失(Steuerungsfahrlässigkeit) 즉 인식 있는 외적 주의결여의 경우에 있어서도 행위자는 가능한 결과의 발생을 목표하고 있는 것은 전혀 아니며, 단지 그런 결과의 발생가능성을 확실히 인식하고 있을 뿐이다. 하지만 인과경과를 알고 있으면서도 그것을 진행시킨 사람은 설사 그 결과를 방지하려 노력했다 하더

32) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, (앞), 189면.

33) Stratenwerth, "Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit", ZStW 71, 1959, 57-58면.

34) Stratenwerth, 앞의 논문, 70-71면.

35) Zielinski, 앞의 책, 165면.

벨첼은 '가능성인정'(Für-möglich-Halten)만으로는 부족하다고 보면서, 행위상황에 대한 계산(Rechnen-mit)을 요구하고 있다[同人, Das Deutsche Strafrecht, (앞), 69면]. 그러나 여기서 그 양자의 구별에 관해서는 아무런 설명도 행해지지 않고 있음은 본문에서 지적한 대로이다.

라도 그 책임을 면할 수는 없다. 그는 그 결과를 회피할 수 있었기 때문에 책임도 부담해야 하는 것이다. 즉 행위자는 애초에 목표에 대한 목적성을 포기해야만 책임을 면할 수 있게 되는 것이다.³⁶⁾ 결국 인식 있는 조종과실의 경우도, 칠린스키의 설명³⁷⁾에 따르면, 그 구조에 있어서 故意犯과 다를 바 없다고 볼 수 있다.

IV. 인식 없는 과실의 불법구조

1. 문제의 소재

인식 없는 과실에 있어서는 평가의 대상이 되는 목적성이 애초부터 결여되어 있기 때문에 문제가 전혀 다르다. 목적적 불법론이 궁극적으로 타당하려면, 인식 없는 과실에 있어서는 법익침해의 결과가 아니라 그 결과를 야기하는 목적적 행위에 근거하여 불법을 인정할 수 있어야 한다.

행위자가 자신의 주의의무를 이행하지 아니하였는지의 여부는 그 행위자의 실제행위와 그런 상황에서 ‘주의 깊고 신중한 사람’(ein aufmerksamer und besonnener Verkehrsteilnehmer),³⁸⁾ 즉 이른바 客觀的 觀察者가 취할 것으로 생각되는 행위를 비교함으로써 판단된다고 보는 것이 일반적이다. ‘객관적 관찰자’라는 기준에 토대해서 행위자의 실제행위에 관한 판단이 내려지게 된다. 즉 객관적 관찰자의 입장에서 행위자의 행위계획이나 위험예측에 대하여 판단을 내리게 되며, 또한 객관적 관찰자를 기준으로 하여 注意原則(Sorgfaltsregel)이 설정된다.³⁹⁾ 그렇다고 해서 사회생활상 요구되는 주의원칙에 어긋난 행위를 하는 사람은 모두 과실범이 되는 것은 아니다. 그러한 주의원칙은 경험상 위험한 전형적인 경우들에 적용되는 일반적 규범이기 때문에 구체적 상

36) Jakobs, 앞의 책, 114면.

37) Zielinski, 앞의 책, 166면.

38) 이는 가상의 개념으로서 그 구체적 내용은 그때 그때의 상황에 따라 정해될 것이다.

39) 그러므로 주의위반성을 이론적으로 파악하는 데 있어서 중요한 것은 不法類型化-構成要件形성의 문제이다(Armin Kaufmann, 앞의 논문, 46면 참조).

황에 따라서는 주의원칙을 지켜도 구체적 법익의 보호에 아무런 도움이 되지 못하는 경우도 있을 수 있다. 이런 경우에 있어서는 행위자가 위험을 제거하기 위한 부수적 예방책을 강구함으로써 위험이 제거될 수 있다. 즉 이런 경우에 있어서는 일반적 주의 원칙의 설정을 위한 토대가 되는 抽象的 危險이 존재하는 것으로 볼 수 있다. 인식 없는 과실범의 불법이 인정되기 위해서는 추가적인 요건이 갖추어져야 하는 것이다.

2. 구체적 위험과 태만요소가 갖는 의미

과실범의 불법은 법익에 대한 具體的 危險에서만 찾아볼 수 있다. 법익침해의 가능성에 관한 판단은 구체적 상황과 관련해서 내려지게 된다. 따라서 객관적 관찰자라는 기준에 따라서 설정된 규범인 주의원칙은 제한될 필요가 있다. 즉 구성요건에 기술된 추상적 위험행위들은 그것이 구체적 위험을 야기할 경우에만 금지되는 것이다. 예컨대, 앞을 내다볼 수 없는 커브 길에서 반대편의 교통차량이 없다는 점을 확인 ‘하지 않고’(ohne-zu) 가로질러 가는 행위, 집 앞에 주의표지판을 ‘놓지 않고’ 지붕에서 벽돌을 던져 떨어뜨리는 행위, 도로로 바로 통하는 정원에 어린아이를 놀게 하면서 아무런 주의를 ‘기울이지 않는’ 행위 등이 금지되는 위험행위들이다.

모든 추상적 위험행위들은 구체적으로 부수적 예방책이 취해지지 않는 경우에만 주의위반행위가 된다. 즉 앞의 예들에서 언급된 ‘하지 않고’라는 이른바 ‘怠慢要素’(ohne-zu Komponente)의 존재가 인정될 때에만 주의위반행위가 되는 것이다.⁴⁰⁾ 이 ‘태만요소’는 당해행위의 일반적 위험에 대한 적절한 대비책 없이 추상적 위험행위를 수행하는 것은 금지된다는 의미로서 모든 과실범에 있어서 주의의무표지의 표지라고 할 수 있다.⁴¹⁾ 이 ‘태만요소’ 속에 危險性的 狀況聯關性(Situationsbezogenheit)이 나타나게 되며 또 그것에 토대하여 과실판단이 내려지게 된다. 그 요소를 구체적으로 기술하여 어떤 예방책을 강구해야 하는지에 관하여 가르쳐준다는 것은 매우 어려운 일이다. 많은 경우에 있어서는 예방책이 수 없이 많기 때문에 추상적 위험행위를 과실

40) Zielinski, 앞의 책, 174면.

41) Zielinski, 앞의 책, 314면.

카우프만(Armin Kaufmann)이 이미 이 ‘태만요소’의 의미를 강조한 바 있다(同人, 앞의 논문, 46-47면).

행위로 판단할 수 있는 상황 또한 수 없이 많다고 할 수 있다.

카우프만(Armin Kaufmann)도 과실범에 있어서의 주의위반의 상황연관성에 관하여, “주의의무위반 여부에 관한 판단에 있어서 具體的 狀況을 배제할 수 없다. 만일 그것을 배제하게 되면 사후판단(ex-post Beurteilung)을 하는 결과가 될 것이다”라고 언급한 바 있다.⁴²⁾ 법원의 판결은 주의위반시에 있어서 법적으로 명령되는 행위를 구체적으로 기술했기 위한 노력의 일환이라고 할 수 있다. 여기서 具體的 狀況聯關性이라는 개념은 구체적 상황하에서만 규범이 의무로 구체화한다는 것을 의미한다. 위험한 행위를 하지 말라고 명하는 일반적 규범은 그 행위자가 그런 위험이 구체적으로 발생하지 않도록 조심 ‘하지 않고’(ohne zu) 그 행위로 나아갈 때에 비로소 의무가 되는 것이다. 그리고 규범이 어느 범위까지 의무로 될 수 있는가 하는 것은 여러 상황조건(Situationsbedingung)에 의해서 결정되게 된다.⁴³⁾ 바로 이 ‘태만요소’의 의미를 올바르게 밝히는 것이 오늘날 과실론의 가장 큰 과제라고 크뤼펠만(Justus Krümpelmann)은 말하고 있다.⁴⁴⁾ 그는 또 칠린스키가 의무발생의 요건으로 언급하고 있는 ‘구체적 상황’은 순수한 行爲狀況으로서 위험을 당하는 사람이 처해 있는 처지 바로 그것이라고 보고 있다.⁴⁵⁾ 안전조치가 실현되지 않아 ‘태만’이 인정되면 추상적 위험행위는 주의위반행위가 된다. 결국 일반적 규범으로서의 주의원칙은 모든 행위자에게 구체적으로 의무를 부과시키는 것이 아니고 잠재적 명령으로서만 존재하는 것이다.

3. 인식 없는 과실에 있어서 불법판단의 대상

과실범에 있어서는 ‘객관적 관찰자’라는 표준은 현존하지 않는 단순한 의제에 불과하며, 따라서 행위자에게 적용될 수 있는 실제적 효력을 갖는 규범도 존재하지 않는다. 구체적 금지명령을 인식할 수 있는 대상이 없으면, 그런 규범은 의사결정기능을 가질 수가 없다. 규범은 일반적으로 적용되는 것이며, 행위자가 규범위반적 행위를 수행하면

42) Armin Kaufmann, “Das fahrlässige Delikt”, ZfR 1964, 47면.

43) Zielinski, 앞의 책, 171면 이하.

44) 同人, “Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltspflicht”, Fest. für Paul Bockelmann, 1979, 446면.

45) Krümpelmann, 앞의 논문, 446면.

서 적절한 안전조치를 취하지 않는 때에 규범은 부작위의무로 구체화되는 것이다. 그리고 규범은 행위자가 그런 행위를 할 능력이 있을 때에만 부작위의무로 구체화되는 것이 원칙이다. 주의원칙을 지키지 않은 사람은 타인의 생명과 재산에 관해 주의위반행위를 함으로써 규범을 위반하고 불법을 실현한 것이 된다. 즉 칠린스키에 따르면 인식 없는 과실에 있어서도 태만요소로서의 객관적 주의의무위반이 인정되는 경우에는 당해 행위자의 現實的 目的性이 그 過失犯의 不法要素가 된다는 것이다. 그러므로 결국 인식 없는 과실의 불법도, 고의범의 불법과 같이, 행위자의 현실적 목적성의 실현 속에서 인정될 수 있는 것이다. 고의범의 경우와 다른 점이 있다면, 과실범에 있어서는 규범위반적 행위가 모두 의무위반적인 것이 되는 것은 아니라는 점뿐이다.⁴⁶⁾

객관적 관찰자의 판단의 대상은 당해 행위를 포함하는 객관적인 總體狀況(Gesamtsituation)으로서, 이는 그 행위와 관련된 모든 상황을 포함하는 行爲狀況(Handlungssituation)을 의미한다. 객관적 관찰자는 알고 있지만 실제 행위자는 알지 못하는 상황은 행위상황에 포함되는 것이 아니다. 바로 그 행위상황으로부터 야기되는 위험이 과실범의 불법판단의 대상이고, 그런 행위상황 속에서라면 행위자가 어떻게 행위해야 하는가가 문제되는 것이다. 예를 들어, 위법한 추월로 인한 교통사고에 있어서는 경험 있고 신중한 운전자라면 과연 그렇게 추월하였을 지가 문제되는 것이다. 칠린스키에 따르면, 행위의 위험에 관한 예측은 단순한 經驗的 認知가 아니라 사실상황에 근거해서 행해지는 행위자의 存在論的 認知(ontologische Wissen)만이 그 출발점이 된다.⁴⁷⁾ 당해 행위자의 現實的 行爲 그 자체에 대한 예측이 행해져야 한다는 것이다. 그에 따르면, 인식 없는 과실에 있어서도 그 불법은 규범위반적 행위에서 찾을 수 있는 것인 바, 그 행위는 오로지 行爲 그 자체로서만 의무위반적일 수 있다. 여기서 발생된 결과는 불법과 관련이 없는 것으로서, 그러한 점은 인식 있는 과실이나 고의의 경우와 마찬가지로이다.⁴⁸⁾

인식 없는 과실에 있어서 현실적 목적성을 불법의 근거로 인정하는 설명에서 칠린스키의 이론이 갖는 존재론적 특성이 극명하게 나타난다고 할 수 있다.

46) Zielinski, 앞의 책, 183면.

47) Zielinski, 앞의 책, 190면.

48) Zielinski, 앞의 책, 191면.

V. 결 어

지금까지 논한 칠린스키의 과실불법론은 목적적 행위론의 기본입장을 더욱 철저히 관철한 순수한 목적적 불법론이라고 할 수 있다. 그는 과실범을 인식 있는 과실범과 인식 없는 과실범으로 나누어 논하면서, 특히 인식 있는 과실범의 불법구조와 고의 위험범, 미필적 고의범의 불법과의 비교·분석을 통하여 궁극적으로 과실범과 고의범의 불법구조상의 상통성(相通性)을 논증하고 있다. 또한 인식 없는 과실범에 있어서도 결국은 행위자의 현실적 목적성이 불법판단의 대상이 된다는 점을 존재론적 관점에서 규명하고 있다. 칠린스키의 이러한 이론적 귀결은 현실의 경우를 갖고 생각해보다라도 수긍이 가는 면을 보여준다. 예를 들어, 맑은 정신의 건강한 운전자(A)가 맑은 날씨의 대낮에 주의를 기울여 자동차를 운행하는 경우와 피곤하거나 술에 취한 상태의 운전자(B)가 비가 내리는 밤 시간에 자동차를 운행하는 경우에 있어서 A와 B의 주관적·심적 상태를 비교해볼 수가 있다. 여기서 B의 주관적·심적 상태를 A의 상태와 동일하게 취급할 수 없다는 점은 명백하다. 칠린스키의 연구는 이 경우 B의 주관적·심적 상태로서의 인식, 즉 현실적 목적성이 고의와 상통함을 형법이론적으로 구명하고자 하는 내용이라고 할 수 있다. 이 연구는 더 나아가 과실범의 공동정범에 관한 연구에도 영향을 끼칠 수 있을 것으로 생각한다.⁴⁹⁾

이러한 이론의 타당성에 관하여는 근본적으로 형법학에서의 규범적 관점과 존재적 관점이라는 커다란 입장에 따라 결론을 달리하게 될 수밖에 없다. 형법규범을 순수하게 당위적 관점에서 바라보는 종래의 전통적인 규범학의 입장에 따르면, 이러한 칠린스키의 과실불법론은 지나치게 존재적 관점을 부각시킨 무리한 설명으로 비칠 수밖에 없게 된다. 하지만 규범학이 인간행위의 현실적 존재를 규율의 대상으로 하고 있는 한은 과실범에 있어서도 그 행위에 대한 존재론적 분석 없이는 형법이론이 허황한 공리공론(空理空論)으로 귀결될 수밖에 없을 것이다. 칠린스키의 이론이 우리나라에서는 물론이고 독일에서도 형법학계의 관심을 그다지 끌지 못하고 있는 것은 그만큼 형법학이 규범적·당위적 관점에 깊게 뿌리를 박고 있기 때문이라고 생각한다.⁵⁰⁾ 이런 관점에서 볼

49) 同旨: 김성룡, 앞의 논문, 127면 이하.

50) 이런 점은 김일수, 앞의 책, 398면에서도 볼 수 있다.

때 인적 불법론은 앞으로 좀 더 깊은 학제적(學際的) 연구를 거치게 되면 오히려 규범학으로서의 형법학의 토대를 현실과 실재에 더욱 튼튼히 뿌리내리게 함으로써 그 이론적 발전에 큰 기여를 할 수 있게 된다고 생각한다. 현대 형법학의 과실론은 규범적 입장과 존재적 입장의 합일적 체계정립을 통해서 새로운 차원의 발전을 맞을 수 있다고 할 것이다. 칠린스키의 이론의 시사점(示唆點)은 교통범죄나 음주범죄와 같은 특수한 유형의 범죄의 현실상황을 보면 쉽게 알 수가 있다. 형법이론 일반에 있어서도 마찬가지로 지이지만, 특히 과실불법론에 있어서 규범적 요청과 행위의 실재 사이의 간격을 좁히는 방향으로의 노력이 절실히 요구된다고 하겠다. 이러한 노력의 커다란 예로 원인에 있어서 자유로운 행위에 있어서 행위자의 책임의 근거를 원인행위가 아닌 실행행위 그 자체에서 찾고 있는 유기천 교수의 이론⁵¹⁾을 들 수 있다. 유기천 교수는 현대심리학의 중요한 연구성과의 하나라고 할 수 있는 이른바 ‘반(半)무의식적 상태’(penumbra situation)의 개념을 받아들여, 원인에 있어서 자유로운 행위에 있어서 책임무능력상태에서 행한 실행행위를 행위자의 책임의 근거로 인정할 수 있다고 보고 있다.⁵²⁾ 유기천 교수의 견해가 우리 형법학계에서 아무런 지지를 얻지 못하고 있는 데에는 형법학계의 타학문분야와의 연대·협조가 부족한 점을 큰 이유로 들 수 있다고 생각한다.

학문분야 간 소통(疏通)은 오늘날 학계의 새로운 흐름이자 과제라고 할 수 있다. 규범학으로서의 형법학과 인접 관련학문인 사회학이나 철학, 심리학과 정신과학 간의 학제적 연구를 통하여 인간행위의 실재와 형법규범의 과제에 관한 올바른 이해가 가능하게 될 것으로 본다.

51) 유기천, 「형법학 [총론강의]」, 4판, 1972, 121면 이하.

52) 유기천, 앞의 책, 122면.

참고문헌

- 김성돈, 「형법총론」, 2006.
- 김일수, 「한국형법 II [총론 하]」, 1997.
- 김일수/서보학, 「형법총론」, 제11판, 2006.
- 박상기, 「형법총론」, 제6판, 2004.
- 손해목, 「형법총론」, 1996.
- 신동운, 「형법총론」, 제3판, 2008.
- 오영근, 「형법총론」, 보정판, 2006.
- 유기천, 「형법학 [총론강의]」, 4판, 1972.
- 이재상, 「형법총론」, 제5판(보정판), 2005.
- 이정원, 「형법총론」, 2004.
- 이형국, 「형법총론연구 II」, 1986.
- 김성룡, “고의론에서 접근한 과실범에 있어서 공동정범”, 형사법연구 제16호, 2001.
- 심현섭, “과실과 주의”, 승실대학 논문집 1970.
- 임광주, “형법에 있어서 과실의 개념”, 형사법연구 제16호, 2001.
- Hartmann, Nicolai, Ethik, 4. unveränderte Aufl., 1962.
- Kaufmann, Arthur, Das Schuldprinzip, 1961.
- Jescheck, Hans-Heinrich, Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht, 1965.
- Jescheck, Hans-Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996.
- Mezger-Blei, Strafrecht I AT. Ein Studienbuch, 14. Aufl., 1970.
- Mezger, Edmund, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950.
- Roxin, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, 2. Aufl., 1967.
- Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 27. Aufl., 2006.
- Stratenwerth, Günter, Strafrecht AT I, 1971.
- Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969.
- Welzel, Hans, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl., 1961.

- Welzel, Hans, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte, 1961.
- Welzel, Hans, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935.
- Zielinski, Diethart, Handlungs- und Erfolgssunwert im Unrechtsbegriff, 1973.
- Blei, Hermann, "Wahlfeststellung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit", NJW 1954.
- Engisch, Karl, "Der finale Handlungsbegriff", Fest. für Eduard Kohlrausch, 1944.
- Gallas, Wilhelm, "Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen", ZStW 67, 1955.
- Heinitz, Ernst, "Die Grenzen der zulässigen Wahlfeststellung im Strafprozeß", JZ 1952.
- Hirsch, Hans Joachim, "Soziale Adäquanz und Unrechtslehre", ZStW 74, 1962.
- Jescheck, Hans-Heinrich, "Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung", Fest. für Eberhard Schmidt, 1961.
- Kaufmann, Armin, "Das fahrlässige Delikt", ZfR 1964.
- Kaufmann, Arthur, "Die finale Handlungslehre und die Fahrlässigkeit", JuS 1967.
- Kaufmann, Arthur, "Die ontologische Struktur der Handlung. Skizze einer personalen Handlungslehre", Fest. für Hellmuth Mayer, 1966.
- Krauß, Detlef, "Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht", ZStW 76, 1964.
- Krümpelmann, Justus, "Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltspflicht", Fest. für Paul Bockelmann, 1979.
- Mir Puig, Santiago, "Über das Objektive und das Subjektive im Unrechtstatbestand", Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989.
- Nowakowski, Friedrich, "Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit", JZ 1958.
- Schaffstein, Friedrich, "Die neuen Voraussetzungen der Wahlfeststellung im Strafverfahren", NJW 1952.
- Stratenwerth, Günter, "Dolus eventualis und bewußte Fahrlässigkeit", ZStW 71, 1959.
- Struensee, Eberhard, "Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts", JZ 1987.
- Welzel, Hans, "Studien zum System des Strafrechts", ZStW 58, 1939.

Die ontologische Analyse über die Unrechtsstruktur des Fahrlässigkeitsdelikts

(The ontological analysis on the illegality of negligent crime)

Chung, Young-II*

Fahrlässigkeit ist kein bloßes minus, sondern trotz ihres Charakters als Auffangtatbestand ein aliud gegenüber dem Vorsatz, da sie in Gestalt der Außerachtlassung verkehrsmäßiger Sorgfalt einen eigenständigen Vorwurf gegenüber dem Täter begründet. Das Fehlen des Vorsatzes kann daher für das Vorhandensein der Fahrlässigkeit nichts besagen. Fahrlässigkeit kommt aber nur dann in Betracht, wenn Vorsatz nicht vorliegt oder nicht nachweisbar ist. Dies schließt allerdings nicht aus, daß bei einer Handlung im Hinblick auf verschiedene Erfolge sowohl vorsätzlich als auch fahrlässig gehandelt werden kann, der Täter z. B. durch einen Schuß einen Menschen vorsätzlich, einen anderen fahrlässig tötet. Zur Frage, ob beim Rücktritt vom Tötungsversuch in Betracht kommt. Liegt die eine Begehungsform vor, so erledigt sich regelmäßig die Untersuchung der anderen.

Bloßer Verdacht des Vorsatzes schließt dagegen die Feststellung der Fahrlässigkeit nicht aus; läßt sich z. B. nicht nachweisen, daß der Täter seine Ehefrau vorsätzlich vergiftet hat, so schließt dies die Feststellung nicht aus, der Täter habe das Gift jedenfalls so unvorsichtig verwahrt, daß er den Tod des Opfers fahrlässig verursacht hat. Die Wahlfeststellung zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Begehung eines Delikts soll möglich zum gleichen Ergebnis sein.

In dieser Arbeit wird die herrschende Lehre über die Unrechtsstruktur des Fahrlässigkeits in Vergleichung mit dem Vorsatz kritisiert. Nach Zielinski, wird die Gleichartigkeit von Unrechtsstruktur zwischen bewußten Fahrlässigkeitsdelikt und

* Professor, Department of Law, Kyung Hee University, Ph.D. in Law

vorsätzlichen Gefährdungsdelikt durch die Zusammenhang von dem Erkenntnis über die Möglichkeit von dem Erfolgseintritt und der Gefährdungsfinalität anerkannt. Und er dachte, daß die aktuelle Finalität von Täter ist auch ein Unrechtselement im unbewußten Fahrlässigkeitsdelikt.

❖ Keywords : Fahrlässigkeitsdelikt, Vorsatzdelikt, Unrecht, Finalität, Gefährdungsdelikt, Zielinski