

過失犯에 있어서 信賴의 原則

—信賴原則의 法理에 대한 考察를 中心으로—

李 敬 鎬

Der Vertrauensgrundsatz im fahrlässigen Delikten

Lee, Kyung-Ho

<目 次>	
I. 過失認定基準의 變遷	2. 注意義務의 內容에 있어서
II. 信賴의 原則의 意義	3. 其他 關聯法理
III. 信賴의 原則의 法理	IV. 맺음말
1. 過失犯의 構造에 있어서	

Zusammenfassung

Dieser Aufsatz befasst sich mit der Entwicklung und der theoretischen Grundlage des sogenannt Vertrauensgrundsatzes in fahrlässigen Delikten. Der Vertrauensgrundsatz besagt, daß der verkehrsgerecht handelnde Verkehrsteilnehmer sich ebenfalls verkehrsrichtig verhalten, als ihm nicht durch besondere Umstände des Falles das Gegenteil erkennbar wird.

Der Vertrauensgrundsatz im Verkehrrecht war das Ergebnis dieser wichtigen Erkenntnis, Er besagt, daß der verkehrsgerecht handelnde Verkehrsteilnehmer solange darauf vertrauen darf, daß andere Verkehrsteilnehmer sich ebenfalls verkehrsrichtig verhalten, als ihm nicht durch besondere Umstände des Falles das Gegenteil erkennbar wird. Das Urteil v. 9, 12, 1935 des Reichsgerichts in Deutschland hat diesen Grundsatz aufgestellt. Die zahlreichen Rechtssprechungen heutigen Bundesgerichtshofes haben ihm ausgebaut. Auf der Anfangsstufe steht unsere Rechtssprechung.

Auch der Vertrauensgrundsatz wurde von dem Urteil v. 12, 20, 1966 des Höchstgerichtshofes in Japan aufgestellt. Und das Urteil v. 2, 10, 1976 des Höchstgerichtshofes in Korea hat diesen Grundsatz aufgestellt.

Den Vertrauensgrundsatz auf den Fahrer um zu anwenden, sind mehrere Bedingungen erforderlich Vorher wirklich sind sie die Folgenden, das Erfordernis des reibungslosen Gesamtverkehrs wegen der Vermehrung der Nummer und der hohen Geschwindigkeit der Automobilen, die vollkommene Erziehung der Verkehrsregel, die vollständige Straßenverkehrsumgebung. Nächst subjektiv muß der Fahrer das vertrauen haben, das Vertrauen sozialadäquat sein, und er die Verkehrsregeln nicht verletzen.

Die deutschen Strafrechtswissenschaftler erkennen ihn durchweg. Sie sind aber der Meinungen, daß der Vertrauensgrundsatz einerseits nicht nur im Bereich des Straßenverkehrs, sondern überall, wo man arbeitsteilig zusammenwirkt, gelten solle, andererseits auch wesentlichen Einschränkungen unterliegen müsse. Der Verfasser ist auch der gleichen Meinung.

Schliesslich gesagt, meint der Verfasser, daß der Vertrauensgrundsatz eine richtige Sorgfaltsregel ist und zur materialen Konkretisierung des Sorgfaltsbegriffs beitragen wird.

I. 過失認定基準의 變遷

종래 過失犯의 인정에 있어서 대단히 엄격하여 自動車運轉者가 교통사고를 일으켜 사람을 死傷에 이르게 하면 法益侵害의 結果를 중요시한 나머지 피해자측에 過誤가 있는 경우에도 이를 고려하지 않고 대부분 行爲者 本人에게 注意義務違反이 있다고 하여 過失犯의 성립을 인정하였다.¹⁾ 이것은 交通事故의 경우 自動車運轉者에 대하여 대부분 엄한 過失責任을 지우고 있음을 의미한다고 하겠다. 過失犯 인정에 있어서 이와같은 基準은 그만큼 현실적 배경이 있었다고 할 수 있다. 종래는 自動車의 臺數量이 현재만큼 많지 않았다. 道路는 본래 보행자가 통행하는 곳이고 자동차는 例外的으로 통행할 수 있음에 지나지 않았으므로 도로상의 危險을 回避할 의무는 일방적으로 自動車運轉者가 負擔하지 않을 수 없었던 것이다.

또 自動車의 速度도 現在만큼 빠르지 않았고, 從來 交通信號나 道路標示 등 道路設備의 整備가 不徹底하고 自己에게 優先通行權이 있는 경우에도 他의 自動車運轉者가 그 優先權을 尊重해 준다는 信任이 現在만큼 강하지 못했다. 이러한 事情下에서 自動車의 運轉者는 步行者의 不注意 不合理한 行動을 항상 豫測할 수 있는 것이다. 따라서 自動車運轉者는 그 自體 危險한 것을 움직이고 있을 뿐만 아니라 道路上에서 일어날 수 있는 事態를 豫測하고 항상 그것에 대비한 措置를 취할 수 있는

1) 종래 過失認定基準의 代表的인 判例로서는 “모든 自動車運轉者는 如何한 경우에 있어서도 他와 衝突을 避하기 위하여 할 수 있는 最善의 措置를 강구해야 할 業務上의 義務가 있는 것”(大審院判決 昭和 10. 7.6 刑集 14, 780)을 들 수 있다.

것으로 된다. 이리하여 交通事故가 發生한 경우에 不可抗力과 같은 例外的 경우를 제외하고는 항상 加害者인 自動車運轉者에게 過失責任을 인정하는 결과가 되었다.²⁾

그런데 오늘날 自動車交通이 고도로 발달하여 自動車 數量의 증가와 高速化로 인해 自動車交通이 現代社會에 必要不可缺한 것이 되어 自動車에 의한 高速 또는 원활한 交通의 必要性이 강화되었다. 다른 한편 自動車量의 증대, 高速化는 交通事故의 격증을 초래하고 나아가 交通事故의 多發化라는 심각한 상황을 가져오고 있다.³⁾ 20세기 후반의 대부분의 국가에 있어서 交通事故의 防止策은 중대한 國家的 問題로 대두되고 있다.

이러한 交通事情의 變化는 우리나라의 경우 대체로 1970年代에 시작되어 現在는 서울, 부산과 같은 大都市에 현저하게 나타나고 있으며 전국적으로 확대되고 있다.⁴⁾ 이리하여 道路交通法規의 정비와 더불어 交通設施의 整備, 交通教育의 철저 및 交通道德의 昂揚(昂揚) 등 事故防止를 위하여 物的 精神的 施策이 강구되고 있다. 이러한 현상은 交通事故에 있어서 加害者인 自動車運轉者의 過失責任의 인정에도 영향을 미치게 되었다. 즉 모든 交通關與者는 다른 交通關與者도 모두 交通規則에 따라서 적절한 行動을 취할 것이라는 것을 信賴할 수 있는 상황이 상당히 증대하게 되었다. 이러한 경우에 死傷의 結果가 발생하여도 그것은 被害者의 責任이고 그것에 대하여 적어도 刑事責任을 加害者가 부담할 필요가 없다고 하는 思考가 점차 당연 한 것으로 是認되게 되었다. 이러한 思考가 判例를 통하여 축적되어 나타난 것이 信賴의 原則이다. 우리 判例를 보면 信賴의 原則은 우선 軌道上的의 交通수단에서 나타나기 시작하여 점차 高速道路交通으로 그리고 一般的인 都市自動車交通의 경우까지 判例를 통하여 확대되어 왔다.⁵⁾ 특히 최근의 判例는 道路交通事故뿐만 아니라 藥禍事故에까지 그 적용범위를 넓히고 있는 추세다.

연혁상으로는 서독의 경우가 自動車공업이 가장 먼저 발전하였고 이에 따라 交通事情의 變化와 交通事故 過失犯이 격증하는 문제를 가장 먼저 당면하였던 것이다. 따라서 信賴의 原則도 독일의 裁判實務에 의하여 1935년에 처음으로 나타났고 형성 발전된 原理이다.⁶⁾ 過失交通事犯 특히 自動車 交通事故에 관한 免責基準으로 성립되었던 것이다. 일본의 경우에도 같은 交通사정하에서 우리보다 앞서서 昭和 34年(1959)의 秋季日本刑法學會大會의 심포지움「過失과 交通事犯」에서 처음으로 紹介되었고 昭和 41年(1965) 最高裁判所に 의하여 인정되었다.⁷⁾

요컨대 社會共同生活을 영위함에 있어서 危險을 回避하기 위하여 相互에 回避手段을 分擔하고 他人의 適切한 行動을 信賴하여 스스로 行動한다고 하는 것은 社會生活上 不可缺의 要素이다. 따라서 信賴의 原則이 實務上 確立되기 이전의 判例中에도 이와 類似한 觀念에 의하여 過失의 인정을 否

2) 信賴의 原則이 나타나기 이전에는 運轉者에게 엄한 過失責任을 지웠던 것으로 소위 不信의 原則(misstrauensgrundsatz)이 過失犯을 支配하고 있었다.

3) 1901년과 1962년에 獨逸은 全體 人口가 거의 같았으나 刑事統計에 의하면 過失致死傷으로 有罪判決을 받은 者의 數는 1901년에 5,392名 이었는데, 1962년에는 112,762名 이었고 그 중에서도 道路交通事犯이 10,699名으로 약 90%에 이르고 있다.

4) 우리나라는 1970年代에 시작하여 自動車의 高速化와 마이카붐에 따른 자동차 數量의 격증으로 심각한 交通難에 부닥쳐 있다.

5) 大法院判決, 1972.2.22, 71로 2354, 大法院判決集 第20卷 1輯刑事 37面; 黃山德「信賴의 原則」法曹第 22卷 1973.6.8面

6) Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, 21. Auf. 1982, S. 471; RGSt. 70~71(1935.12.9 判決), 71~80, 72~55.

7) 最高裁判所判決, 昭和 41.12.20 刑集 20, 10, 1212頁.

認한 事例가 있음은 당연하다.⁸⁾

現代刑事司法의 傾向이 刑罰縮小·緩和의 推進으로 理解될 수 있다고 하면 信賴의 原則은 過失에 대한 處罰의 嚴格性을 緩和하고 謙抑의인 刑罰權의 行使라고 하는 點에 그 方向을 飛躍의으로 前進시킨 것이라 할 수 있다.

그리고 技術文明의 급진적인 발전에 동반되는 過失犯의 격증에 따라 信賴의 原則은 새로운 刑法理論과 관련하여 過失犯理論의 構造에도 많은 변화를 가져왔다. 종래 過失犯은 實제상으로 뿐만 아니라 法律上으로도 例外的 犯罪로 等한시 되었으나 오늘날 過失犯의 문제는 하나의 커다란 論點으로 제기되었고 최근의 過失犯理論은 독자적인 犯罪論의 구성으로까지 발전하고 있다.⁹⁾

이와 같은 過失犯에 대한 理論上發展의 중핵은 過失犯理論에 있어서 結果無價値에 違法의 實質을 구하던 傳統的 過失論의 批判과 同時에 違法의 實質을 行爲無價値에 두는 新過失論의 등장과 그 理論의 中心의 변화이다. 그리고 新過失論의 중요한 초점의 하나는 許容된 危險의 法理와 함께 結果의 發生에 대한 豫見이 可能하다고 하더라도 일정한 範圍에 있어서는 注意義務違反이 없다고 하는 理論이다. 이러한 過失犯 인정에 대한 諸事情의 變化는 過失犯에 있어서 注意義務에 대한 體系의 位置와 그것의 實質의 內容을 變化시키고 있는 바이다. 그것의 現實的 實務的 側面이 判例을 통하여 등장한 것이 信賴의 原則의 확립이라고 할 수 있다.

이리하여 本論文에서는 實務的 體系化에 의해 생성 발전된 信賴의 原則의 法理論的 體系의 구축에 그 論點을 두고자 한다. 그런데 信賴의 原則은 본래 道路交通事情의 變化에 적용한 自動車運轉者의 적정한 責任추궁이라고 하는 實踐의 理念을 가지고 등장한 것이다. 따라서 信賴의 原則은 어떠한 경우에 적용할 수 있는가 하는 適用基準의 問題에 대한 重要性도 간과할 수 없다. 그러나 此면의 制限上 適用의 問題는 다음 기회의 研究課題로 삼고자 한다.

II. 信賴의 原則의 意義

信賴의 原則은 發生史的으로 볼때 交通事故에 관한 獨逸判例에서 처음으로 확립된 것으로 判例에 나타난 定義를 보면 「모든 交通關與者(運轉者, 步行者 등)는 特別한 事情이 없는 限, 다른 交通關與者가 자기와 마찬가지로 交通秩序를 지킬것이라는 것을 信賴하여도 좋다. 따라서 다른 사람이 교통질서에 위반하는 태도로 나올 것을 염두에 둘 필요는 없다」고 하는 原則이다.¹⁰⁾ 이 원칙은

8) 大審院判決 大三年 3.1, 刑錄 20輯, 278頁.

9) 종래에 犯罪論의 構成은 故意犯을 기본적인 전제로 삼았고, 過失犯은 例外的인 것으로 庶子취급을 받았다. 그런데 近者의 우리나라, 西獨刑法學의 한 경향은 過失犯의 理論構成을 故意犯의 體系와는 별도로 독자적 構成을 하고 있다. 이러한 입장으로는 다음을 들 수 있다.

Hans Wezel, Das deutsche Strafrecht, 11. Auf., 1969, S.127~138; Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT. 3. Auf., 1978, S.454~485; Maurach-Gössel-Zipf, Strafrecht, AT. Teilbandz, 5. Auf., 1978, S.53~117(Gössel 담당); Johannes Wessels, Strafrecht, AT. 9. Auf., 1979, S.131~140; Reinhart Maurach, Deutsches Strafrecht, AT. 4. Auf., 1971, S.528~577; Paul Bockelmann, Strafrecht, AT. 2. Auf., 1975, S.149~163; Hermann Blei, Strafrecht I, AT. 17. Auf., 1977, S.263~274; Günter Stratenwerth, Strafrecht, AT. I, Die Straftat, 2. Auf., 1976, S.297~317; Gerd Geilen, Strafrecht, AT. 3. Auf., 1977, S.216~225; 鄭盛根, 刑法總論, 1983, 483~525面.

10) Welzel, Strafrecht, S.132f. 또 Wessels, AT. S.134f; 西原春夫, 交通事故と信賴の原則, 成文堂, 昭和 52年(1977), 13頁; 이 原則은 독일에서 1935年 12月 9日 帝國法院 刑事部 判決(RG 70~71)에 처음으로

본래 교통사고에 있어서 交通關與者 상호간에 結果回避의 責任을 분담시킴으로써 注意義務의 程度를 制限 또는 具體化하려는 의도를 지니고 있는 것이다. 따라서 「自動車 運轉者는 다른 交通關與者가 秩序있는 行動을 취하리라고 期待해서는 안된다」고 하는 不信의 原則¹¹⁾과 대조적인 개념이라고 할 수 있다.

이처럼 判例에 의하여 形成된 定義는 裁判規範的 性格의 것으로 表現上 法律家以外的 一般人이 불매 誤解의 우려가 있을 수 있다. 즉 다른 交通關與者가 交通秩序를 지킬 것을 尙상(즉 어떠한 경우에도) 信賴하여도 좋다는 것은 아니다. 예컨대 그 被害者가 幼兒·老人 등이라는 것을 인식한 경우나 道路狀況이 그 被害者가 交通違反을 저지를 것을 豫想한 장소 등에서는 다른 交通關與者가 交通秩序를 지킬 것을 信賴해서는 안된다고 할 것이다. 上記 定義에서도 「特別한 事情이 없는 限」이라고 하여 그 除外되는 例를 留保해 두고 있지만 “特別한 事情”이라는 것이 좁게도 넓게도 해석할 수 있는 바 너무 포괄적인 의미로 사용하고 있어 誤解의 여지가 많다고 볼 수 있다.¹²⁾ 그리고 信賴의 原則은 반드시 道路交通事故에 있어서 過失의 인정에만 사용되는 것은 아니다. 過失一般, 특히 社會的으로 必要不可缺하지만 危險性이 있는 일(所謂 許容된 危險事業)에 종사하는자가 그 일에 관여하고 있는 他人(즉 被害者 또는 第3者)이 信賴에 반하는 不適切한 行動을 했기 때문에 侵害的 結果가 야기된 경우와 같은 態樣에 있어서 過失認定 一般에 관하여 모두 적용될 수 있다. 실제로 現今의 判例와 거의 대부분의 학자들이 이렇게 넓게 적용하려는 추세에 있다.¹³⁾

이상의 點들을 고려하여 信賴의 原則을 一般論的으로 定義해 보면 「行爲者가 어떤 행위를 함에 있어서 被害者 또는 第3者가 適切한 行動을 할 것을 信賴함이 社會적으로 相當한 경우에는 關與하는 被害者 또는 第3者가 信賴에 반하는 不適切한 行動을 함으로써 侵害的 結果가 發生했다고 할지라도 그것에 대한 責任을 負擔하지 않는다는 原則」이라고 하겠다.¹⁴⁾ 그리고 信賴의 原則이 他人의 適切한 行動을 전제로 해서 행해지는 모든 業務에 적용될 수 있는 原則이겠으나 本論文에서는 同原則이 원래 道路交通事犯에서 비롯하여 發達한 것으로 이를 中心으로 다루고자 한다.

중래 交通事故에 있어서 結果의 發生을 중요시한 나머지 行爲者에게 거의 絶對的 責任을 부과해 오던 것을 他人의 適切한 行動을 信賴하는 것이 相當한 경우에는 過失의 成立을 否定하고 있다. 이것은 결국 行爲者가 지는 注意義務違反을 否認하는 문제로 귀착된다. 즉 信賴의 原則이 適用될 경우에 行爲者는 死傷의 結果를 發生시켰다고 하더라도 死傷의 點에 관하여 어떠한 注意義務 違反

로 채용되었고 일본에서는 1966年 12月 20日에 最高裁判所에서 처음으로 채용(刑集 20卷 10號 1212面), 우리나라는 1972年 12月 26日 大法院에서 처음으로 채용(大法院判決集 제20권 3집 62~64面) 되었다.

- 11) Welzel, Strafrecht, S. 132; 木村靜子, 信賴의 原則, 刑法學問題集 60論, 一粒社, 1976, 469頁; RGSt. 65의136, 77의66, 61의120, 65의 136; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, S. 471; 日本 昭和 34.2.6, 最高裁判判決 刑集 13卷 1號, 66頁; 大判 10, 7, 6, 刑集 14, 780面 참조.
- 12) 西原春夫, 前掲書, 147頁以下 참조.
- 13) Welzel, a. a. o., S. 133.; Schmidhäuser, Strafrecht, AT. 1982, S. 239; BGHSt. 3~98, 6~288; 藤木英雄, 「食品中毒事故に關する信賴の原則」, 1969 JURIST 421號86頁, 團藤重光編, 注釋刑法(2)의 II (總則 3), 1969(昭和44年), 390頁.
- 14) 車鏞碩, 「信賴의 原則」, 刑事法講座 I, 1981, 346面; 西原春夫, 前掲書 14頁; Welzel, a. a. o., S. 128; 沈憲燮, 過失犯에 관한 研究, 一道路交通과 醫療行爲에서의 信賴의 原則에 관하여— 韓國法學院發行, 저스티스 第10卷 第1號(1972.12), 187面 참조.

도 인정되지 않고 따라서 이에 대한 過失責任을 부담하지 않게 된다. 이는 過失犯 成立의 타당한 範圍를 한정하여 行爲者의 過失責任을 緩和하려는 의도로 등장한 것이라 하겠다.

同原則이 判例를 통하여 형성·발전 되었음은 전술한 바 있지만 이러한 判例의 動向은 交通事情의 變遷에 수반되어 生成된 것이라고 할 수 있다. 交通事情變遷의 기본은 무엇보다도 自動車 등의 車輛臺數의 增加현상이다. 차량의 激增시기와 判例가 信賴의 原則을 채용한 시기와의 對比해 보면 일본·독일·우리나라가 거의 일치하는 현상을 볼 수 있다.¹⁵⁾ 이처럼 各國의 判例가 信賴의 原則을 採用한 것은 近者의 交通事情의 變遷에 동반된 자연발생적인 현상이라고도 할 수 있다. 이러한 새로운 法原理를 수용함에 있어 刑法學으로서 여러가지 方面에서 理論的인 검토가 뒷받침되지 않으면 안될 것이다. 이 점에 대해서는 第Ⅲ장에서 상술하기로 하고 이에 앞서 信賴의 原則이라는 새로운 法原理에 대한 現實的 理論的 배경과 그 妥當性의 與否를 살펴 보고자 한다.

오늘날 우리의 社會生活은 고도의 科學技術文明(交通機關, 醫療業, 食品工業, 重工業等)에 의존하고 있고 여기서 파생되는 危險 特히 自動車交通에 수반되는 危險은 항상 우리의 生活權內에 잠재하고 있다. 近者에 있어서 우리나라에서도 「마이카」時代를 초래하여 社會生活이 편리해진 것은 사실이지만 交通事故는 매년 엄청난 증가율을 나타내고 있다. 이에 따라 過失犯의 數가 激增하여 生命·身體 등의 侵害 내지 侵害의 危險性에 대한 法的 對策은 시급을 요한다. 그런데 近者의 交通事故의 原因은 오로지 自動車運轉者의 不注意에만 기인한 것이 아니며 交通關與者의 交通道德의 준수 道路事情, 勤勞條件 기타 交通環境의 不備 등의 複合的인 要素의 결합이라 할 수 있다. 따라서 이에 대한 對策도 단순히 抽象的·平面的인 것으로 그 성과를 기대할 수 없으며¹⁶⁾ 從來의 社會現象, 特히 증래의 道路交通事情下에서와는 그 對策을 달리하지 않을 수 없다는 것을 是認하지 않으면 안된다. 이러한 現實下에서 우리는 各自가 그 社會的 地位에 따라 危險發生을 防止할 豫防措置를 강구하지 않으면 안되고 이에 따라 그 活動分野內에서는 일정한 規則을 遵守하고 있다는 相互信賴를 전제로 하지 않고서는 圓滑한 社會를 영위할 수가 없으며 동시에 高速交通機關의 有用性을 누릴 수 없는 것이다.

從來 信賴의 原則을 判例에서 인정하기 전까지는 法益侵害의 結果에 집착하여 事故와 因果關係만 있으면 相對方 被害者에 대한 信賴는 不問하고 또 그 被害者의 不適切한 行動이 事故의 主要한 原因이 되었을 때도 대부분 刑事責任을 인정하였다. 이러한 不信의 原則이 過失犯을 지배하고 있었던 判例를 보면 「運轉者는 業務上 必要한 注意를 怠慢하여 사람을 傷害한 때에는 被害者의 過失의 有無를 不問하고 業務上 過失致傷의 罪責을 免하지 못한다.」 또 「刑法(舊) 第211條(過失致死傷) 所定의 罪의 成否는 하나의 發生한 事故가 當該業務者의 業務執行上의 過失에 基因하는 것이냐 아니냐에 의하여 決定할 것이며 被害者에게 過失이 없는 것과 같은 것은 本罪成立의 條件이 아니다」고 하고 있다.¹⁷⁾ 그리고 獨逸判例는 道路에 있어서의 모든 交通關與者는 事故를 防止해야 할 義務가 있고 他人이 秩序에 따른 行動을 할 것이라고 信賴해서는 아니되며 人家나 步道에서 갑자기 사람이 車道에

15) 獨逸·日本·우리나라에 있어서 自動車 公업의 발달과 車輛의 激增시기는 대체로 獨逸이 1930年代, 日本은 1960年代, 우리나라는 1970年代이고 이것은 判例가 信賴의 原則을 채용한 시기와 거의 일치한다.

16) 오늘날 刑事學의인 對策으로 刑法上 被害者側面의 研究가 盛行하고 있는 바 加害者와 關聯하여 被害者가 犯罪要因으로 어떻게 作用하고 있는가를 살펴보는 것이 중요한 요소이다. 慎鎮揆, 刑事政策, 法文社 1981, 500~520面 참조. 特히 刑法上 被害者側面의 研究는 權文澤, 刑法學研究, 博英社, 1~130面를 참조

17) 朝鮮高等法院 刑事判例集, 第13卷 第20卷 第25卷.

뛰어드는 것을 항상 염두에 두지 않으면 아니된다」¹⁸⁾고 하였다. 이러한 判例들은 被害者의 過失有無 및 그 程度의 如何에 關係 없이 過失責任을 追及해야 한다는 것이고 當時의 交通事情上 交通의 圓滑보다는 人命을 重視한다는 思考를 엿볼 수 있다. 그러나 이것은 결국 處罪되는 者는 不運을 탄식할 뿐인 것으로 法理上 대단히 不合理한 裁決이라 할 수 있다.

現代産業社會에 있어서 自動車는 必須不可缺한 것이 되었고 自動車의 高速化·多量化는 時代的 要請이다. 이에 따라 道路交通의 技術化와 交通秩序가 정비되었으며 交通道德이 널리 보급된 오늘에까지 不信의 原則이 그대로 유지될 수는 없다. 만일 그렇게한다면 交通은 더욱 停滯될 것이며 自動車는 그 社會的 有用성과 그 現代적기능을 발휘할 수 없게 될 것이다. 이러한 現實의 背景下에서는 道路交通의 원활을 위하여 必要不可缺한 활동으로 부터 야기되는 危險의 防止는 道路交通에 關여하는 모든 사람(運轉者와 步行者 포함)이 各自의 社會的 地位와 能力에 따라 合理的으로 分配되지 않으면 안된다. 이것이 社會共同生活의 規則인데, 사람들이 社會生活 全般의 운영에 參與함에 있어서 各自가 規則을 遵守하면서 行動하고 있다는 相互信賴를 전제한 상황을 「信賴의 原則」 또는 「社會的 危險의 適正한 分配의 原則(Grundsatz der angemessenen Verteilung der Sozialgefahren)」이라고도¹⁹⁾ 한다.

그리고 信賴의 原則은 信賴를 전제로 危險의 防止를 分擔함으로써 許容된 危險業務의 能率化를 도모하고 또 社會적으로 通常許容된 危險을 分配한다는 의미를 지닌 것으로서 이 경우에 共同關與者에 대한 信賴에는 社會的 相當성이 있어야 할 것이다. 이렇게 볼때 信賴의 原則은 客觀的 注意義務의 범위를 제한하는 實質的·具體的 基準의 하나로서 「許容된 危險의 法理」, 「社會的 相當性的 理論」 및 「危險의 適正한 分配의 原理」와 關連되어 이들의 具體的 適用의 一場面으로 이해하고 있다.²⁰⁾

信賴의 原則의 인정여부에 대한 태도는 否定的인 立場도 없지는 않으나 오늘날 대체로 이를 肯定적으로 받아들이고 있고 이것이 거의 通說的 위치를 굳히고 있다.

우선 同原則에 대한 否定的인 評價를 하는 論據를 보면²¹⁾ 發生史的으로 Nazis 獨逸의 交通政策에서 由來를 찾아서 이는 交通能率이라는 全體의 利益을 지키기 위하여 能力이 劣等한 運轉者·步行者 등의 弱者를 犧牲케 하는 全體主義的 原則이라고 한다. 그 외에 交通環境의 不備나 一般國民의 交通法規의 不知 등을 들고 있다. 이 原則이 判例에 처음 등장한 것은 Nazis 당시이기는 하나 이것은 交通事情의 점진적인 變化에 수반된 法思想의 產物이지 이데올로기적 정책적 의도의 產物이라고 할 수 없다. 또한 交通사정의 變化는 交通시설의 정비와 交通도덕의 향상을 동반하고 있다.

여기에 대하여 거의 대다수의 學者들은 肯定說의 立場에 있으며 다만 그 수용의 태도는 두 가지

18) Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, S. 471; RGSt. 65의 136, 77의 66, 61의 120, 65의 136.

19) H. Welzel, a. a. o., S. 133; Schönke/Schröder/Cramer, StGB., 20 Auf. Vor § 15, Rdnr 146; St-ratenwerth, Strafrecht I, 2 Auf., Rdnr, 1154ff; 中義勝, 「過失犯における許された 危險의 法理」 過失犯(1) 有斐閣 1968, 55頁.

20) Schönke-Schröder, a. a. o., S. 471; 藤木英雄, 「自動車事故と信賴의 原則判例」, 時報474號, 114頁; 同著 過失犯의 理論, 有信堂, 1976, 175頁; 西原春夫, 前掲書, 37頁이하; 中義勝, 前掲論文 49頁 이하; 車鏞碩, 「信賴의 原則」 355面.

21) 井上祐司, 「行爲無價値と過失犯論」, 成文堂, 昭和 52年(1977), 59頁 이하; 內藤謙, 「過失犯의 構造について(三)」 「司法研修所論集」 司法研修所, 昭和 46年(1971), 95頁.

로 나누어 볼 수 있다. 그 하나는 이 원칙은 被告人의 行爲가 實質的 危險性이 없는 경우 豫見可能性이 없는 경우에 過失犯이 成立되지 않는다고 하는 것에 지나지 않는다. 이리하여 信賴의 原則은 본래 豫見可能性을 인정하는 하나의 기준으로서 의미가 있음에 불과하고 過失犯의 特別한 原則 내지 要件이 아니라고 하여 이를 消極的으로 肯定하고 있다.²²⁾ 그러나 대다수 論者에 의하면²³⁾ 이 原則은 過失犯에 대한 처벌의 엄격성을 완화, 즉 注意義務의 經減合理化를 도모하여 過失認定에 대한 하나의 基準을 제공해주는 것이라고 하여 積極的인 意義를 인정하고 있다.

信賴의 原則은 強者가 弱者에게 責任을 轉嫁시키는 것을 시인하는 것과 같은 弱者不在, 被害者無視의 法原則이라고 생각해서는 안된다.²⁴⁾ 이 原則을 적용함에는 他人의 行爲를 信賴하여 행한 行爲가 社會的 相當性·社會的 衡平의 標準을 벗어나서는 안되기 때문이다. 이 原則은 오늘날의 交通事情 아래에서 個人的 利益과 社會的 利益의 調和를 도모함에 그 目的이 있다고 하겠다.

게다가 信賴의 原則은 오늘날 시급한 對策을 요하는 過失犯抑止 특히 交通事故防止를 위한 合理的인 社會統制의 한 手段이 될 수 있다. 이 原則을 적용함으로써 個別的으로는 能率的인 交通과 各自에게 그의 實務를 分明히 함으로써 運轉者의 注意分散을 막고 가장 필요한 注意를 集中케 할 수 있을 뿐만 아니라 全體的으로는 交通法規遵守의 動機를 강력하게 부여함으로써 事故의 要因을 除去하는 효과를 거둘 수 있다. 즉 交通關與者 또는 危險業務從事者들이 行政制裁法規 내지 業務上의 慣行 등의 規範에 따른 相互 危險回避措置를 分擔함으로써 行爲의 危險을 減少 내지 解消시키는 意味를 지니고 있다고 할 수 있다.²⁵⁾

Ⅲ. 信賴의 原則의 法理

1. 過失犯의 構造에 있어서

信賴의 原則은 判例를 통하여 등장한 지극히 實踐的인 原理로서 발전하였으나 이 原則을 보다 합리적으로 運用하기 위해서는 刑法學上 法理論的 검토가 필요하다. 그리고 그간 많은 判例의 集積과 學者들의 研究를 통하여 상당한 정도의 理論을 구성하고 있다.

대체로 信賴의 原則은 客觀的 注意義務의 限界를 긋는 實質的·具體的 基準을 정하는 하나의 原則이라고 하겠다. 이리하여 信賴의 原則은 過失이라는 概念속에 어떠한 體系的 地位를 占하고 있는가가 法理上의 論點이지만 이것은 過失犯의 構造와 關聯되어 있는 것이다. 즉, 過失犯에 있어서의

22) 平野龍一, 刑法總論 I, 有斐閣, 昭和 56(1981), 197頁: 現代における 刑法の機能, 「現代法と刑罰」 岩波書店, 昭和 40年(1965), 21頁; 同旨의 것 鈴木享子 「對向自動車間」 「別冊ジュリスト交通判例百選」 昭和 43年(1968), 192頁.

23) H. Jescheck, Strafrecht, AT. 3. Aufl., S. 471; Maurach, Strafrecht, S. 465; Welzel, Strafrecht, S. 132; Schönke-Schröder, StGB., a. a. o., S. 471: 黃山德, 「信賴의 原則」 1면 이하: 權文澤, 「信賴의 原則과 被害者의 過失」 새 法政, 1973. 10, 43面 이하: 沈憲燮, 「過失犯의 研究」 The Justice, 1972, Vol. 10, 1, 158面 이하; 車鏞碩, 「信賴의 原則」 刑事法講座 I, 348面: 鄭盛根, 刑法總論, 法志社, 1983, 498面.

24) 板倉宏, 「信賴의 原則」, 法學セミナー, 1978. 6月號.

25) 大谷實, 「企業過失と刑事罰」ジュリスト, 578號, 47頁 以下; 大谷實, 「危險の分配と信賴의 原則」 藤木英雄編, 過失犯, 學陽書房, 昭和 55年(1980), 107~109頁.

客觀的 注意義務를 責任의 問題로 다룰 것인가 아니면 構成要件의 要素 내지 違法性의 要素로 볼 것인가와 관계되고 있다. 그리고 注意義務違反이 過失犯의 本質的 要素라는 데에는 다툼이 없다. 즉 注意할 수 있음에도 불구하고 注意하지 않았다고 하는 事情안에 過失의 本體가 있는 것이다. 그런데 注意義務 즉 過失이 어떠한 犯罪論體系에 속하는가는 新舊過失理論에 따라 그 見解가 다르다.

從來의 傳統的 過失理論에서는 過失은 故意와 함께 責任의 形式 또는 條件으로 이해하므로 責任의 段階에서 비로서 考察의 대상이 된다.²⁶⁾ 이러한 思考는 「客觀的·外部的인 것은 違法性에 主觀的·心理的인 것은 責任에」 속한다는 傳統的인 命題에 기초를 두면서 過失犯의 構造를 「結果」, 「不注意한 心理狀態」, 「因果關係」의 세가지 要素로 파악하고 發生된 結果를 出發點으로 하여 이와 相當因果關係가 있는 不注意한 心理狀態를 고려함으로써 過失犯을 構成하고 있다. 이리하여 法益侵害라는 結果發生만 있으면 過失犯의 構成要件該當성과 違法性이 인정되고 不注意한 心理狀態, 즉 注意義務違反은 責任의 問題로 취급되는 것이다.

이 立場에서는 違法性의 實體를 法益侵害에 구하고 있으므로 이에 의하면 法益侵害의 結果가 발생되면 許容된 危險行爲로 違法行爲가 되어 일단 構成要件該當성과 違法性이 인정한다. 그러나 許容된 危險行爲 자체가 違法이 될 수 없는 것이다. 그리고 構成要件該當성·違法性의 단계에서는 故意殺人과 過失致死가 法益侵害라는 點에서는 同一한 結果이므로 構成要件該當성과 違法性의 단계에서는 그 구별이 전혀 不可能할 뿐만 아니라 나아가서 偶然의事實 또는 不可抗力에 의한 結果 등 無過失에 의한 法益侵害의 경우에도 構成要件該當성과 違法性을 인정하여야 하는 不合理가 있다.²⁷⁾

新過失論에 의하면 過失 즉 注意義務違反은 過失犯에 있어서의 行爲無價値를 판단하는 기준이 된다고 하여 違法性의 要素라고 하거나²⁸⁾ 注意義務違反을 過失犯의 構成要件要素라고 한다.²⁹⁾ 그리고 新過失理論을 주장하는 學者들의 一部는 注意義務違反을 違法要素임과 동시에 責任要素라는 見解가 있다.³⁰⁾

여하튼 新過失理論에서는 行爲가 違法으로 되는 것은 法益侵害의 結果가 발생되었기 때문이 아니라 結果發生을 回避하기 위한 内部的 態度를 취하지 않았기 때문이고 이 結果回避義務가 注意義務違反의 핵심이 된다고 한다. 이리하여 注意義務違反은 不注意한 「心理狀態」가 아니라 不注意한 「内部的 態度」 즉 過失「行爲」라고 하게되고 이것이 過失犯의 無價値性을 판단하는 요소로서 등장하게

26) E. Mezger, Strafrecht I A. T. 8. Auf. (München und Berlin 1958), S. 186.

鄭榮錫, 刑法總論, 170面: 平野龍一, 刑法總論 I, 193頁이하.

27) 福田平, 「過失犯의 構造」日本刑法學會編, 有斐閣, 1970, 123頁.

鄭盛根, 總論, 486面: 金鍾源, 過失犯, 刑事法講座 I, 1981, pp. 336~337 참조.

28) Karl Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930 (Neudruck, 1964), S. 271. 참조. 이외에 Franz Exner, Kitzinger 등이 주장함. Welzel도 처음에는 注意義務違反을 過失犯의 違法性 그 자체로서 이해하였다. (Welzel, Strafrecht. 3. Auf, S. 413f, und 6. Auf, S. 112-II.)

29) Welzel, Strafrecht, a. a. o., S. 130~135: 木村龜二, 犯罪論의 新構造(上), 有斐閣, 昭和 53, 204頁.

西原春夫, 「過失犯의 構造」現代刑法講座 第3卷所收, 成文堂, 1979, 12頁; 金鍾源, 過失犯, 332~337面.

30) 井上正治, 過失犯의 構造, 52~66頁이하; 團藤重光, 刑法綱要總論, 創文社, 昭 56年, 89, 247頁; 大塚仁, 刑法概說(總論), 昭和 38年, 161頁; 福田, 總論, 147頁; 內田文昭, 刑法 I (總論), 青林書院新社, 昭 52年, 236頁 이하; 沈在宇, 刑法體系에 있어서 過失犯의 構造, 法律行政論集(高大) 第18輯, 1980, 75, 77~81面; 李建鎔 外 7人共著, 總論, 242面이하; 孫海陸, 過失犯(上) 考試研究, 1977. 6, 44面이하 등이 대체로 이 立場이나 具體的으로는 學者에 따라 다소 見解의 차이는 있다.

된 것이다. 이러한 思考는 行爲無價値性을 전제로 하고 許容된 危險, 危險의 分配의 法理를 主軸으로 하면서 目的的 行爲論의 發展과 더불어 體系化된 것이다.⁸¹⁾ 이는 法益侵害의 結果보다 그 結果에 이르는 過程을 중요시하고 違法判斷의 基準은 結果無價値(Erfolgsunwert)를 포함한 行爲無價値(Handlungsunwert)에 두어야 한다는 것을 의미하고 있다. 요컨대 故意犯과 過失犯은 構成要件段階에서 구별되어야 하고 不可抗力이나 偶然的인 事故 등 無過失에 의한 結果惹起는 처음부터 構成要件該當性이 없는 것이라고 이해하는 것이 타당하다. 이리하여 過失 즉 注意義務違反의 體系的地位를 構成要件該當性 내지 違法性的 要素라고 보는 것이 目的的 行爲論을 否定하는 立場⁸²⁾에서도 주장되고 있고 오늘날 多數說이라 할 수 있다.⁸³⁾

그런데 信賴의 原則은 注意義務의 具體的 解釋基準으로 判例上 확립된 것이므로 그 體系的地位도 注意義務의 體系的地位에 따라 결정될 것이다, 따라서 傳統的 過失理論에 의하면 前述한 바와같이 過失을 責任의 形式 또는 條件으로 봄으로 信賴의 原則은 責任의 범주에 속하는 문제가 된다. 이 立場에서는 信賴의 原則을 適用하더라도 行爲의 違法性은 否定되지 않으며 責任이 阻却될뿐이다. 그리고 行爲의 違法性을 否定하는 許容된 危險의 法理와도 無關係하게 된다.

이러한 責任阻却說의 論者에⁸⁴⁾ 의하면 許容된 危險은 合法的인 全體의 營業을 正當化하는 것이지 過誤있는 個個의 營業行爲를 正當化할 수는 없는 것이라 든가, 또는 交通上 正當한 行爲를 結果發生에도 불구하고 違法性阻却事由로 본다면, 결국 交通關與者들은 交通正當성과 이른바 信賴의 原則에 따라 行動할 것이고, 인정될 수 없는 結果가 발생하더라도 不幸은 하지만 不法은 아니라고 하게되므로 法益에 대한 尊重은 喪失될 것이라고 한다.⁸⁵⁾ 이리하여 許容된 危險은 責任性的 例外的인 경우로서 違法性阻却事由라고 하거나 許容된 危險을 正當行爲, 正當防衛 등과 동등한 獨立된 違法性阻却事由로 보고 있다.⁸⁶⁾ 그러나 이 理論은 自動車運轉者가 客觀的 注意義務를 다하여 運轉하였으나, 즉 不幸한 被害者의 一方的 不注意로 인하여, 運轉者로서는 不可抗力의인 交通事故로 死傷의 結果가 발생한 경우에도 運轉者의 行爲는 業務上 過失致死傷의 構成要件에 해당하는 違法한 行爲로 단정하게 되고 다만 責任을 否定할 뿐이다. 이는 더 나아가서 自動車의 運轉行爲는 그 性質上 一般的으로 사람의 生命·身體 등 法益侵害에 대한 高度의 蓋然性和 危險性을 必然적으로 內包하는 것이고 이와 같은 危險性있는 運轉行爲는 그 行爲自體로 違法한 것으로서 法律上 許容되지 않는다는 結論에 이를 수 있다. 즉 個個의 營業行爲인 運轉行爲로 法益保護의 満足を 기하기 위하여 금지되어야 하는 것이 된다. 이는 刑罰의 減輕·合理化에도 반하는 結果가 될 것이다. 그리고 許容된 危險을 違法性阻却事由의 一般條項으로 보게 되면 正當防衛나 緊急避難 등은 모두 許容된 危險의 한 表

31) Welzel, Strafrecht, S.37f, 62.

32) 團藤, 總論, 89頁이하; 藤木英雄, 刑法講義(總論), 弘文堂, 1981, 234頁; 西原春夫, 刑法總論, 成文堂, 1981, 173頁.

33) 木村, 犯罪論의 新構造(上), 203頁; 福田平, 新版刑法總論, 有斐閣, 1981, 94頁; 金鍾源, 過失犯, 333面; 黃山德, 總論, 125面; 李建鏞 外 7人共著, 刑法總論, 韓國司法行政學會, 1981, 242面; 鄭盛根, 總論, 489~490面.

34) 이러한 責任阻却說의 주장자로는 Maurach, Kienapfel, Binding, Exner, V. Hippel 등이 있다; 沈憲燮, 「許容된 危險의 理論과 그 批判」法政 第216卷(1968.7) 54面.

35) Maurach, Deutsche Strafrecht, A.T. 3. Auf. <Karlsruhe: Kohhanmer Verlaghandlung, 1954> S.468, 489.

36) Schanke-Schröder, Strafgeset, 12. Auf. S.435.

現에 불과하여 不必要한 法原理가 되어 正面으로 충돌하게 될 것이다.

이에 비하여 新過失理論의 立場에 있는 論者들은 이미 본 바와 같이 信賴의 原則은 責任의 문제에서 취급되지 않고 構成要件要素 내지 違法性的의 要素와 관계된다고 보게 된다. 信賴의 原則은 대체로 이러한 新過失犯理論의 立場과 관련하여 「許容된 危險」의 法理 내지 目的的 行爲論의 發展에 부과되어 體系화된 것이라 하겠다.³⁷⁾ 그런데 여기서 客觀的 注意義務를 構成要件의 問題로 보느냐 違法性的의 要素로 보느냐에 따라 信賴의 原則의 體系的 地位가 다르게 된다. 대체로 目的的 行爲論과 같은 立場은 客觀的 注意義務를 類型的으로 파악하여 構成要件의 問題로 보고 따라서 信賴의 原則은 構成要件該當性を 阻却하는 要素라고 하는 立場이다. 그리고 許容된 危險의 法理에서 보던 客觀的 注意義務를 다하면 그 行爲가 社會的으로 評容되는 行爲이므로 實質的 利益衡量的 問題로 취급되어 違法性的의 要素라고 하게 된다. 따라서 信賴의 原則도 당연히 違法性を 阻却하는 기능을 한다고 이해하게 된다.

여하튼 信賴의 原則이 적용되는 경우에는 社會的 相當性이 있는 信賴下에 行爲를 한 以上 發生된 結果를 回避하기 위한 豫防措置를 강구해야 할 注意義務가 없다고 할 것이다. 따라서 信賴의 原則은 結果無價値와는 獨立的인 것으로 行爲無價値가 없는(脫落하는) 경우이다. 그리고 行爲無價値 그 自體는 結果無價値의 附加나 缺如로 증대되거나 감소되는 것도 아니다.³⁸⁾ 따라서 新過失論的 體系와 信賴의 原則은 서로 부합된다고 할 수 있다.

그런데 過失犯의 構造와 關聯된 信賴의 原則의 地位의 問題는 過失(注意義務)의 體系的 位置의 차이일 뿐이다. 따라서 信賴의 原則을 構成要件의 問題로 할 것인가 違法性的의 問題라고 할 것인가에 의하여 實質的으로 判斷基準이 달라 지는 것은 아니므로 이러한 見解의 차이는 理論的 體系上的 對立이라고 할 수 있다.³⁹⁾

그리고 信賴의 原則은 客觀的 注意義務를 具體化하기 위한 方法原理라고 하는 點에서는 오늘날 다툼이 없다고 해도 좋다. 따라서 問題는 信賴의 原則이 客觀的인 注意義務의 內容中 어느부분에 관계되어 注意義務의 具體的 判斷基準이 되는가에 있다. 즉 信賴의 原則이 豫見可能性 내지 豫見義務의 問題인가 結果回避義務를 限定하기 위한 것인가에 대한 다툼이다. 이에 대해서는 절을 바꾸어 論述하고자 한다.

2. 注意義務의 內容上에 있어서

信賴의 原則은 客觀的 注意義務를 具體化하기 위한 實質的 基準의 문제이므로 注意義務의 內容中에서 信賴의 原則을 어떻게 位置시키느냐에 따라 다툼이 있다.

우선 注意義務의 內容을 어떻게 보느냐에 대해서 살펴보면 大別하여 三說로 나누어져 있다. 結果豫見義務라는 說,⁴⁰⁾ 結果回避義務라는 說,⁴¹⁾ 認識있는 過失에 있어서는 結果回避義務, 認識없는

37) 大谷實, 「危險의 分配와 信賴의 原則」, 84. 85頁; 車鏞碩, 「信賴의 原則」 26~27面 참조.

38) 沈惠燮, 前揭論文 54面 참조.

39) 大谷實, 「危險의 分配와 信賴의 原則」, 98~99頁; 同旨 鄭盛根, 總論, 502面; 車鏞碩, 前揭論文, 27面; 이것은 信賴의 原則을 傳統的 過失理論에 따라 責任의 問題로 보아도 마찬가지라고 하겠다.

40) 平野 總論 I, 190頁; 鄭榮錫, 刑法總論, 法文社, 1981, 171面; 劉基天, 改訂刑法學(總論), 一潮閣, 1983, 156面.

41) 藤木, 總論, 238頁; 西原春夫, 總論, 174頁; 黃山德, 刑法總論, 邦文社, 1982, 130面.

過失에 있어서는 結果豫見義務라는 說⁴²⁾이 그것이다. 이러한 見解의 對立은 過失의 體系的 地位를 如何히 파악하는가의 문제와는 반드시 일치되는 것은 아니다.⁴³⁾ 다만 傳統的 過失理論에서는 注意義務의 內容을 結果豫見義務라고 하는데 비하여 新過失理論에서는 結果回避義務라고 하는 것이 일반적이다.

注意義務의 內容에 대해서 어느 說을 취할 것인가는 過失論만의 立場에서 결정할 수는 없지만 結果回避義務說이 타당하다고 생각된다. 그 理由로 우선 結果豫見義務說에 의하면 이른바 認識있는 過失에 있어서는 結果回避義務의 缺如만 있을 뿐 結果豫見義務違反은 없는 것이므로 注意義務違反이 없다는 結論이 나올 수 있다. 따라서 結果豫見義務說은 모든 過失에 타당한 理論이 될 수 없게 된다. 또 豫見可能性의 對象을 結果發生의 原因인 사실이라고 이해한다면 認識있는 過失의 경우이든 認識없는 過失의 경우이든 過失認定의 論理的 構造는 다르지 않은 것이다. 따라서 注意義務의 內容을 過失의 種類에 따라 구별하는 것은 타당하지 않다고 생각된다.

어느 說에 의하건 結果發生에 대한 豫見可能性을 전제로 하고 있다는 점에서는 동일하다. 다만 結果豫見義務說에 의하면 豫見可能性이 過失論의 中心이 될 것이고 어느 정도 高度의 豫見이 要求된다. 그리고 結果回避義務說에서는 豫見可能性은 단지 結果回避措置를 선택·측정하기 위한 기준을 제공하는 기능을 가짐에 지나지 않는다.

이리하여 注意義務의 內容과 信賴의 原則의 關係에 있어서도 信賴의 原則은 豫見可能性 자체를 限定하는 기능을 가진다는 見解와 豫見可能性은 전제로 할 뿐 이와는 別途로 注意義務(豫見義務 내지 回避義務)를 제한하는 기능을 가진다는 見解로 대별할 수 있다. 대체로 結果豫見義務를 중심으로 過失概念을 構成하는 傳統的 過失理論은 前者에 속하고 結果回避義務를 기초로 過失의 有無를 인정하는 新過失理論은 後者の 立場이라 할 수 있다.⁴⁴⁾

여기서 注意義務의 구체적 內容과의 關係에서 다시 4가지의 見解로 나누어지는데, 즉 第1說은 信賴의 原則은 客觀的 豫見可能性(危險性)이 없는 경우라고 이해하는 見解,⁴⁵⁾ 第2說은 事實的·自然的 豫見可能性(危懼感)중에서 刑法的 豫見可能性을 選別하기 위한 원리로 이해하는 見解,⁴⁶⁾ 第3說은 客觀的 豫見可能性이 인정되더라도 豫見義務를 科할 수 없는 경우, 즉 豫見義務의 範圍를 제한하기 위한 規範的 基準이라는 見解,⁴⁷⁾ 第4說은 客觀的 豫見可能性을 전제로 하고 結果回避義務를 制限하기 위한 客觀的 基準이라고 보는 見解⁴⁸⁾로 나누어 진다. 여기서 第1說과 第2說은 어느정도 高度의 豫見可能性을 전제로 하고 信賴의 原則을 통하여 豫見可能性 自體를 限定하는 기능을 하게

42) 大塚仁, 刑法概說(總論)[增補], 有斐閣, 昭 56(1981), 163頁.

43) 대체로 結果回避義務說에서는 注意義務을 違法要素 내지 構成要件要素로 이해할 수 있고 結果豫見義務說에서는 責任要素 내지 違法要素라고 이해하고 있다. (鄭盛根, 總論 491頁 참조) 그리고 結果回避義務는 違法性的 要素이고 結果豫見義務는 責任要素라고 하여 注意義務를 二分하여 各各 그 體系를 달리하는 立場이 있다. (井上正治, 過失犯의 構造, 有斐閣, 昭 52(1977), 52~66頁 이하 참조).

44) 鄭盛根, 總論, 502頁이하; 車庸碩, 信賴의 原則, 355面이하.

45) 平野龍一, 前掲書, 193頁이하; 大谷實, 前掲論文, 98頁이하

46) 西原春夫, 前掲書, 20頁이하.

47) 板倉宏, 「信賴의 原則」 法學セミナー, 1978.6, 70頁이하; 金澤文雄, 「信賴의 原則」 JURIST 增刊刑, 法の判例(第2版) 1973, 77頁 및 法學セミナー, 255號(1976.6), 8頁; 車庸碩 「信賴의 原則」 359面.

48) 藤木英雄, 過失犯의 理論, 有信堂, 1976, 175頁; 同著, 刑法講義, 總論, 249頁; 鄭盛根, 總論, 504面; Welzel, strafrecht, S.133~134.

하는 입장이고, 第3說과 第4說은 信賴의 原則이 豫見可能性과는 별도로 注意義務를 制限하는 기능을 가진다고 하는 立場에 속한다고 할 수 있다.

이상의 諸說을 검토해 보면 第1說에 의하면 信賴의 原則이 豫見可能性 自體를 規制하는 原理일 뿐이므로 信賴의 原則이 적용되는 경우에 被害者에게 過失이 있기 때문에 加害者에게 責任이 없다는 것은 아니다. 刑法에서는 民法에서 처럼 過失相計가 없고 被害者가 不注意한 行動을 행할 蓋然性이 낮은 경우이다. 따라서 信賴의 原則이 적용될 경우는 加害者의 行爲는 實質的인 危險性이 없는 行爲(結果豫見可能性이 없는 行爲)이므로 回避해야 할 注意義務가 科하여지지 않고 過失犯의 성립이 없다고⁴⁹⁾ 한다. 또는 信賴의 原則은 過失의 客觀的 豫見可能性 내지 危險性이라는 抽象的인 判斷基準을 具體化하기 위한 思考上의 基準을 제공하는 것이다. 즉 信賴의 原則은 行爲의 危險性 내지 可罰性을 限定하기 위한 方法上의 原則이라고⁵⁰⁾ 한다. 이리하여 信賴의 原則은 過失犯의 一般的인 成立要件을 明示的으로 표현한 데 불과하다고 하는 것이다.

第2說에서는 事實的·自然的 豫見可能性은 결국 不安感·危懼感을 가지는 것을 의미하는데 이러한 自然的豫見可能性은 不明瞭한 것이다. 뿐만 아니라 刑事過失의 인정에 있어서의 豫見可能性은 어디까지나 刑法的인 概念이어야 한다. 따라서 刑法的으로 豫見可能한 경우에는 그 豫見에 따라 結果回避를 하여야 할 義務가 생기는 것이므로 刑法的 豫見可能性을 구별하는 기준으로서 信賴의 原則을 인정하고 있다. 그런데 이 說은 최근에 그 見解를 變更하여 「過失認定에 있어서 문제가 되는 것은 오히려 結果發生의 原因이 된 事實의 豫見可能性이다」고⁵¹⁾ 한다.

그런데 信賴의 原則은 交通規則이 잘 遵守되고 있는 事情을 전제로 하여 성립된다고 하겠다. 그렇다고 하더라도 통상 他人의 交通違反을 전적으로 豫見 不可能하다고는 할 수 없다. 이러한 경우에도 信賴의 原則의 적용을 否認할 수가 없는 것이 實務的 現實이다. 오히려 他人의 交通違反이 豫見 不可能한 것은 아니지만 어느 정도의 蓋然性에 이르기까지는 許容된 危險으로서 無視해도 좋다고 하는 점에 信賴의 原則의 의미가 있다고 할 것이다. 예컨대 自動車運轉者는 돌발적으로 車道 한가운데에 뛰어 들어오는 步行者의 不注意한 態度를 흔히 經驗하는 바이다. 이러한 경우에 豫見 不可能하다고는 할 수 없다.⁵²⁾ 따라서 信賴의 原則이 의도하는 것은 過失認定에 대한 豫見可能性이라는 基準에 또 다시 다른 次元에서의 限定的인 基準을 부여한다고 解釋해야 될 것이다. 第1說과 第2說의 不合理한 點은 바로 여기에 있다고 할 것이다.

이렇게 볼때 第3說과 第4說에서 처럼 信賴의 原則은 豫見可能性과는 별도의 基準으로서 事情에 따라서는 豫見可能性이 있는 경우에도 다시 注意義務의 범위를 제한 하는 具體的 基準이라고 생각된다. 그런데 「注意義務의 범위를 제한 하는 具體的 基準」을 보는 立場은 第3說과 第4說이 다르다.

49) 平野龍一, 前掲書, 197~198頁; 木村靜子, 前掲論文, 471頁 참조.

50) 大谷實, 前掲論文, 108~110頁.

51) 西原春夫는 例로서 森永ミルク砒素, 中毒事件을 들고 “規格에 合當하지 않는 危險物을 混入하고 있다고 하는 事實이 豫見可能한가 어떤가가 중요한 것이고 乳兒의 死傷이 豫見可能한가 어떤가가 문제로 되는 것은 아니다”고 한다(西原春夫, 「交通事故と過失の認定」 1975(昭和50), 14頁이하).

52) 만일 이러한 事態를 豫見可能하다고 하여 모든 自動車運轉者는 언제나 즉시 停車할 수 있을 정도로 減速 서행해야 한다고 하면 交通滯症은 감당할 수 없을 것이고 高速機關으로서의 自動車의 社會的 효용은 상실될 것이다.

第3說은 注意義務를 結果豫見義務라고 보고 豫見義務의 범위를 制限하기 위한 規範的 基準이라고 하고 第4說은 注意義務를 結果回避義務로 이해하고 信賴의 原則은 豫見可能性이 있는 사태 아래에서 結果回避義務의 負擔을 輕減·免除시키는 客觀的 基準이 되는 要素라고 하고 있다. 第3說도 豫見義務가 있는 경우라도 結果回避措置가 基準行爲에 합치하고 있느냐 어떠냐를 인정하기 위해서는 信賴의 原則의 適用을 承認한다고 볼때 豫見義務가 制限되면 이에 따라서 結果回避義務도 制限되는 것이므로 第4說과 實質的인 차이는 없다.⁵³⁾

그런데 여기서 信賴의 原則이 結果豫見義務에 관한 것이냐 또는 結果回避義務에 관한 것이냐의 문제는 過失에 있어서 注意義務를 豫見義務를 중심으로 構成하느냐 또는 新過失論에서 처럼 回避義務를 중심으로 構成하느냐에 달려 있다. 注意義務의 內容을 豫見義務로 볼 것인가 回避義務로 볼 것인가는 이미 前述한 바 있다. 그리고 近者의 過失犯理論은 一定한 行爲가 客觀的 豫見可能性이 있어도 그 結果發生을 回避하기 위하여 必要한 規則과 注意를 遵守하고 있는 이상 그 行爲는 適法한 것으로 보고 있다.⁵⁴⁾ 따라서 過失犯에 있어서 注意義務는 結果豫見義務보다 오히려 結果回避義務에 그 重點이 있다고 할 수 있다. 그리고 信賴의 原則은 注意義務에 대한 이러한 思考의 추세와 現實的 社會事情의 變遷에 따른 過失認定基準의 變化에 부응한 實務上의 法原理라고 생각된다. 또한 信賴의 原則은 從來의 過失理論에서는 交通事故에 대한 處罰이 너무 嚴格하였기 때문에 이를 緩和하고 合理的으로 制限하려는 의도하에 實務上 適用되어 온 것이고(過失犯 處罰의 謙抑化), 또 相當性있는 信賴를 바탕으로 相互 危險回避措置를 分擔시킴으로서 法益侵害의 危險을 減消 내지 解消시킨다는 意味를 지닌 것으로서 社會統制的 過失犯 豫防의 기능을 가진다고 할 것이다. 요컨대 信賴의 原則의 體系的 位置는 過失犯의 本質에 관한 基本的 見解의 相異點을 반영하고 있는 문제이지만 이 문제를 해결함에 있어서는 상기 信賴의 原則의 諸취지와 기능들을 고려해야 할 것이다. 이렇게 볼 때 信賴의 原則은 結果豫見義務의 範圍를 제한하기 위한 規範的 基準이라고 하는 第3說보다는 結果回避義務를 제한하기 위한 客觀的 實質的 基準이라고 이해하는 第4說이 타당하다고 생각한다.

다만 信賴의 原則이 結果回避義務를 제한하는 기준이라고 하더라도 回避義務를 인정하기 위해서는 結果發生에 대한 豫見可能性을 그 論理的 전제로 함을 유의해야 한다. 豫見可能性이 없는 경우에 法規範은 行爲者에게 종래의 行動方向을 변경하도록 요구할 수 없고 따라서 이를 犯罪로 볼 수 없기 때문이다. 그리고 통상적인 경우 過失에 있어서 客觀的 注意義務는 通常人을 기준으로 하여 結果의 豫見可能性의 존재를 전제로 하며 豫見可能性의 범위내에서 豫見義務가 생기고 그로부터 結果回避義務가 부과된다고 할 수 있다. 그렇다고 하더라도 물론 各說에 따라 豫見可能性을 보는 정도의 문제는 다르다. 즉 第1說과 第2說은 豫見可能性을 豫見義務의 中心문제라고 보고 發生된 結果에 상당한 정도의 高度의 구체적인 豫見可能性을 의미한다. 이에 대해서 第3說과 第4說에서의 豫見可能性은 단순한 結果發生의 可能性을 豫見하는 의미라고 한다. 특히 結果回避義務를 전제로 한 第4說에서의 豫見可能性은 結果回避措置를 선택·측정하기 위한 기준을 제공하는 기능을 갖는데 지나지

53) 鄭盛根, 總論, 504面; 車鏞錫, 「信賴의 原則」, 357頁참조.

54) 요컨대 許容된 危險業務는 대체로 結果發生에 대한 豫見可能性이 있는 경우이며 結果에 대한 豫見은 結果回避義務를 選擇·測定하기 위한 基準을 제공하는 기능을 가지는데 지나지 않는다고 이해하고 있다.

않고 발생된 結果와는 깊은 관련이 없다는 점에서 다르다.

이렇게 볼때 信賴의 原則이 반드시 어느 한 요소에만 관련되어야 하는 것은 아니며 豫見可能性, 豫見義務 및 回避義務가 相互關聯되어 있는 것이므로 第4說이 타당하다고 하더라도 이것은 信賴의 原則을 回避義務에 관련시키는 것이 보다 좋은 體系라고 함을 의미할 뿐이다. 실질적인 문제에 있어서 信賴의 原則을 어느說에 따라 體系化시켜도 過失認定에 따른 責任의 범위를 제한하는 정도는 같아 질 수도 있는 것이라고 생각된다.

3. 其他 關聯 法理

(1) 許容된 危險의 法理와의 關係

信賴의 原則과 許容된 危險의 法理와의 關係에 있어서는 過失犯理論의 構成方法的 차이에 따라서 그 結論이 달라진다. 信賴의 原則은 過失犯 인정에 있어서 注意義務를 한정하기 위한 準則이므로 過失認定의 有無에 영향을 미친다. 그리고 許容된 危險의 刑法的 限界가 오로지 過失의 有無에 있다고 한다면 信賴의 原則은 許容된 危險의 限界를 劃하는 하나의 原理라고도 할 수 있다. 즉, 他人의 적절한 行動에의 信賴가 相當하다고 시인되어 結果發生에 대한 過失이 否定되었다면 비록 그 行爲 自體가 원래 結果發生의 危險을 포함하고 현재 그 行爲에 의하여 死傷의 結果를 發生시켰다고 하더라도 그 行爲는 「許容된 危險」으로서 適法하다고 해석할 수 있다. 이리하여 一般的으로 信賴의 原則을 許容된 危險의 法理를 구체적으로 응용한 경우의 하나라고 지적하고 있다.⁵⁵⁾ 그렇지만 信賴의 原則이 許容된 危險과의 關係에서만 적용될 수 있는 것은 아니며 過失犯의 構造에 대한 體系에 따라 그 見解가 달라진다(Ⅲ.1에서 前述하고 있음).

許容된 危險의 法理는 行爲의 社會的 有用성을 고려하여 行爲 자체는 法益侵害의 危險성을 수반하고 있으나 行爲者가 行爲에 필요한 規則을 준수하고 過誤없는 태도로써 수행할 때에는 비록 法益侵害의 結果가 발생되더라도 適法한 行爲라고 하는데 대해서 信賴의 原則은 危險負擔의 適正한 分配에 의하여 注意義務를 구체적으로 限定하는 기능을 가지고 있다. 過失犯의 構造에 대한 從來의 傳統的 過失論은 結果無價値에 의하여 違法性を 판단하므로 過失의 中心的 要素인 「注意義務」는 責任에 속한다고 한다. 이 立場에서는 信賴의 原則은 行爲의 違法성은 否定되지 않으며 責任이 否定될 뿐이므로 行爲의 違法성을 否定하는 許容된 危險의 法理와는 無關係하게 된다. 그러나 실제상으로는 傳統的 過失論도 許容된 危險行爲를 결과발생의 實質的 危險성이 없는 行爲라하여 責任을 否定하게 되므로 實質的 判斷基準에 있어서는 차이가 없다고 할 수 있다.

이에 대해서 新過失論은 過失犯의 違法성을 行爲無價値에 두고 過失을 構成要件要素 내지 違法要素라고 함은 周知한 바 있다. 그런데 여기서 過失의 中心要素인 注意義務를 그 體系상에 있어서 構成要件의 문제로 보는 立場에서는 信賴의 原則은 構成要件該當성을 否定하는 要素로 될 것이고 그리고 注意義務를 違法性的의 문제로 보면 信賴의 原則도 違法성을 否定하는 기준이 되는 要素가 될 것이다. 따라서 兩說은 어느 立場이나 行爲의 適法성을 인정하게 되는 점에서는 信賴의 原則은 許容된

55) 註 20)참조.

危險과 그 法理를 같이 한다고 할 수 있다. 그러나 許容된 危險行爲를 實質的인 利益衡量的 문제로 違法性을 阻却한다는 立場을 고수한다면 信賴의 原則을 構成要件該當性을 否定하는 構成要件의 문제로 보는 立場과는 그 體系를 달리한다.

이러한 見解의 對立은 물론 許容된 危險의 法理를 違法性的 문제로 보지 않을 경우에는 그 양상이 달라질 수도 있다. 그렇게 볼때 信賴의 原則과 許容된 危險의 法理論構成의 問題는 體系上的 對立이라 할 수 있다. 그리고 信賴의 原則과 許容된 危險의 實質的 判斷基準에는 그다지 차이가 없다고 할 수 있겠으나 이 문제는 차후 判例의 集積과 學說의 과제라고 생각된다.⁵⁶⁾

다만 信賴의 原則은 許容된 危險의 法理를 具體的으로 응용한 경우의 하나라고 하는 것이 一般的이지만 信賴의 原則과 許容된 危險이 항상 表裏의 關係에 서는 것은 아니다.⁵⁷⁾ 이에 대하여 상술해 보면 첫째로 信賴의 原則은 許容된 危險과 關係없이도 적용될 수 있다. 즉 許容된 危險의 類型에 해당한다고 할 수 없는 事件에 관하여도 信賴의 原則을 적용함은 가능하다. 원래 許容된 危險이라고 하는 概念은 死傷 등, 結果發生의 危險을 항상 包含하고 있지만 社會生活의 向上의 必要에서 어느 程度의 희생을 감수하면서 是認하고 있는 義務를 類型化한 것이다. 예컨대 高速度 交通機關의 運營, 大土木重工業, 醫療行爲 등이 있다. 信賴의 原則은 이러한 許容된 危險의 類型에 해당하지 않는 경우에도, 예컨대 설명서에 따라 充電式懷中電燈에 充電하고 있다가 우연히 그것에 결함이 있었기 때문에 火災를 發生시키고 建造物을 태워버렸다고 할 경우에도 그 適用이 가능하다고 할 수 있다. 둘째로 許容된 危險 그 自體의 適法性的 限界는 반드시 信賴의 原則에 의하여 限定되는 것은 아니다. 즉, 원래 許容된 危險 그 自體의 適法性은 結果가 發生한 경우가 아니고 結果發生에 앞서서 行爲 그 自體의 社會的 有用性에 의하여 是認되지 않으면 안된다. 요컨대 許容된 危險의 法理는 行爲 그 自體의 規範違反性이라고 하는 이른바 「行爲無價値(Handlungs-unwert)에 違法性的 本質을 두는 것이고 이 경우에 違法性을 決定하는 것은 結果發生(法益侵害)의 有無에 있는 것이 아니라 結果發生에 대한 注意義務를 다했는가의 態度, 즉 過失의 有無에 있다.⁵⁸⁾ 許容된 危險行爲의 適法性도 바로 여기에 있다. 따라서 許容된 危險의 適法性은 規則遵守의 有無와 注意義務를 다했는가의 有無如何에 따라 決定되는 것이고 信賴의 原則이 關與할 여지는 없다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 信賴의 原則이 許容된 危險의 限界를 限定하는 原理라고 해석하는 것은 許容된 危險의 法理가 刑法上 實際的인 意義를 가지는 것은 現實的으로 結果가 發生한 경우이고 이 경우 過失을 否定하기 위하여서는 信賴의 原則을 援용하지 않을 수 없는 것이다. 즉 豫見可能性이 있음에도 불구하고 客觀的 注意義務를 否定할 수 있는 信賴의 原則의 地位가 不可缺하게 되었다. 따라서 許容된 危險의 刑法上 限界를 制限하는 原理가 信賴의 原則이라고 할 수 있다.

(2) 社會的 相當性理論과의 關係

信賴의 原則이 적용되기 위하여는 信賴의 原則의 定義에서도 알 수 있듯이 他人의 適切한 態度에

56) 福田平, 「車輛間の追事件—信賴の原則」ジュリスト 別冊18號 交通事故判例百選, 190頁; 曾根威彦, 「信賴の原則」刑法の爭點ジュリスト, 92頁.

57) 즉 信賴의 原則이 許容된 危險과의 關係에서만 적용될 수 있는 것은 아니다.

58) 許容된 危險의 法理를 適法行爲로서 違法性을 否認하는 要素라고 하는 結論도 여기에서 도출될 수 있다.

대한 信賴가 現實적으로 存在하여야만 된다. 그리고 이때의 信賴가 行爲者의 自意에 기한 判斷일 뿐 社會的 相當性(Soziale Adäquanz)을 지니지 못하면 適用될 수 없는 것이다. 원래 信賴라고 하는 主觀的 事實은 그 범위의 確定이 쉽지 않을 뿐만 아니라 行爲者와 平均人과의 생각이 다르기 때문에 信賴할 수 없는 것을 信賴한다는 事態가 발생할 가능성도 있다. 이러한 경우에 그 信賴는 刑法의 立場에서 客觀적으로 相當함이 承認되지 않으면 안된다고 해야 할 것이다.

따라서 信賴의 原則이 適用되는 것은 他人의 적절한 行爲를 信賴하는 것이 相當한 경우이다. 더구나 다른 사람의 不適當한 行爲가 전혀 豫見不可能하지는 않았는데도 適當한 行爲에의 信賴를 是認하는 데에 이 原則의 實益이 있는 것이다. 즉 他人의 不適當한 行爲가 전혀 豫見不可能한 것은 아니지만 그것에 대한 蓋然性이 극히 희박하고 그것을 일일이 고려한다면 喪失하는 利益이 지나치게 크다고 하는 判斷이 가능한 경우에 刑法은 그 희박한 蓋然性을 무시할 수도 있는 것이다. 이러한 경우에 他人의 適當한 行爲에의 信賴가 現實적으로 存在한다면 그 信賴를 社會生活上 相當한 것으로 是認하는 데에 信賴의 原則의 意義가 있다. 따라서 信賴의 原則은 지나친 모든 信賴를 保護하는 것은 아니고 具體的 狀況上 그와 같은 信賴를 하는 것이 「社會生活上 相當한」 경우에 비로소 그 信賴를 시인할 수 있고 그 信賴위에 전개된 行爲를 適法으로 하는 것에 不過하다. 이처럼 「信賴의 相當성의 判斷이 社會的 相當성의 그것인 점에서 信賴의 原則과 社會的 相當성은 깊은 關聯을 맺고 있는 것이다.

다만 信賴의 原則이 일정한 信賴를 전제로 한 行爲의 過失의 成立을 否定하는 原理인데 비하여 社會的 相當성의 理論이 刑法 全分野에 있어서 法益侵害의 結果를 야기시킨 모든 故意, 過失行爲에 대한 社會的 相當성의 評價에 의한 適法性的 부여라는 점에서 兩者는 다르다고 할 수 있다. 그리고 그 限界에 있어서 兩者는 重複되는 것이라고 할 수 있다. 이와 같이 信賴의 原則은 그 適法性的의 根據를 社會的 相當성의 理論에서 구하여 그것의 具體的 適用의 一場面으로 이해 할 수도 있다.

이렇게 볼때 社會的 相當성의 法理는 信賴의 原則의 法理를 이해하는데 큰 일익을 담당한다고 할 수 있다. 특히 兩者의 法體系上的 地位는 類似한 것이라고도 볼 수 있다. 이리하여 社會的 相當성의 法理를 살펴보면 社會的 相當性이라는 概念은 獨逸刑法學에서 먼저 論議의 對象이 되었던 것으로 우리 刑法은 그 用語上 매우 비슷한 것으로 「社會常規」를 明文으로 규정하고 있다. 그러나 社會的 相當性을 본격적으로 전개하기 시작한 벨첵(welzel)에 의하면 社會的 相當性이 있는 行爲란 반드시 社會적으로 模範的인 것을 의미하는 것이 아니라 社會的 行爲自由의 테두리안에 속하는 行爲를 意味한다고 한다. 즉 社會的 相當性은 「正常的이고 歷史的인 것으로 된 社會的 生活秩序의 테두리안에서」(im Rahmen der normalen geschichtlich geworden Sozialen Ordnung des Lebens)행하는 行爲로서 構成要件該當性이 없다고 한다.⁵⁹⁾ 그리고 이러한 行爲의 例로서는 대체로 道路, 航空, 軌道交通에서 法規에 따른 運行中 발생하는 傷害, 사소한 돈을 내건 賭博, 輕微한 身體의 侵害나 自由의 制限, 우편배달부에게 통상적인 손해 선물을 주는 일, 醫療上 필요한 極藥의 使用, 건축

59) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auf., 1969, S. 56; Vgl. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 3. Aufl., 1978, S. 201 그리고 Krauß, Zipf, Klug, Schönke/Schröder/Lenckner 등이 같은 입장이다.

이나 광물채취에 있어서의 爆發物使用 등이 제시된다.⁶⁰⁾

이와 같은 社會的 相當性이 있는 行爲에 대한 法理를 오늘날 대다수의 獨逸學者들은 構成要件을 阻却한다고 보는 것이 一般的인 見解로 되어 있다.⁶¹⁾ 그러나 이를 違法性阻却事由로 보는 見解⁶²⁾와 責任阻却事由로 보는 見解⁶³⁾도 없지 않다. 日本에서도 비록 엄격한 意味에서 不法構成要件에 해당할 지라도 當該構成要件이 豫定하고 있는 類型的인 程度의 實質的 違法性이 없는 行爲에 대하여서는 構成要件該當性(學者에 따라서는 違法性)을 否定한다고 하고 이에 의하면 社會的 相當性의 理論과 構成要件該當性의 理論은 表裏一體를 이루는 密接한 關係에 있다고 한다.⁶⁴⁾ 이에 대하여 우리나라의 경우에는 刑法 第20條에 明文上 규정되어 있는 社會常規와의 關係가 先次問題인바, 그 見解를 보면 兩者가 같은 것이라는 見解,⁶⁵⁾ 類似한 側面이 있다는 見解,⁶⁶⁾ 社會相當性은 모든 法秩序에 있어서 最後窮極의 理念으로서 社會常規解釋의 한 基準이 된다는 見解⁶⁷⁾ 등이 있다. 이리하여 대체로 社會的 相當性의 法的 地位는 社會常規에 背違되지 아니하는 行爲의 法的 性質을 어떻게 이해하느냐에 달려있다고 보고 있다.⁶⁸⁾ 이에 의하면 우리나라 대다수의 學者들은 法的 性格을 違法性阻却事由⁶⁹⁾로 보고 있으나 構成要件阻却事由로 보는 立場⁷⁰⁾도 있다.

이상과 같은 점에서 볼때 社會常規를 우리나라의 경우 違法性阻却事由로 보는 것이 通說이다. 社會相當性은 社會常規와 同一하다고 단정할 수 없으며, 그렇다고 하더라도 그때의 社會常規는 法的 構成要件을 制限하기 위한 것으로 그 概念이 一般性을 갖는데 反하여 正當化事由(違法性阻却事由)는 例外的으로 인정되는 個別的인 것이기 때문에 兩者는 서로 區分된다. 따라서 社會常規에 違背되지 아니하는 行爲는 正當化事由가 아니고 오히려 構成要件의 消極的인 事由(構成要件阻却事由)라고 보는 것이 妥當하다고 생각된다.

이렇게 보면 信賴의 原則의 體系的 地位를 結果回遑義務를 制限하기 위한 基準으로서 構成要件의 문제로 보는 立場과 社會的 相當性의 法理體系는 같은 것이라고 할 수 있다.

IV. 맺 음 말

오늘날 社會共同生活을 영위함에는 自他的 適切한 相互協力이 없이는 원활히 運營될 수가 없다. 特히 道路交通事故의 격증의 문제와 같은 高度技術文明의 社會的 役活과 이에 수반되는 人命에 대

60) Jescheck, a. a. O., S. 202; Schönke/Schröder/Lenckner a. a. O., S. 132. Rn. 69 Vor § 13ft; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 56f; u. a.

61) 李炯國, 「違法性阻却事由로서의 社會常規에 違背되지 아니하는 行爲에 관한 考察」延大論文集, 1982. 224面, 참조.

62) Welzel도 한때는 이를 違法性阻却事由로 보았으며(Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 2. Aufl., 1952, S. 20) 今日에도 Schmidhäuser. Strafrecht, A. T., 2. Aufl., 1975, S. 298f는 違法性阻却事由로 보고 있다.

63) Roeder, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, 1969, S. 94.

64) 藤木英雄, 刑法講義總論, 117面. 127~128面. 참조.

65) 南興祐, 刑法總論, 125面 注1; 朴相源, 社會常規에 대한 考察, 法哲學과 刑法(黃山德博士華甲記念論文集), 1979, 150面.

66) 劉基天, 刑法學(總論), 164面.

67) 黃山德, 刑法總論, 156面, 以下.

68) 李炯國, 前揭論文, 226面.

69) 李炯國, 前揭論文, 227~228面.

70) 朴相源, 社會常規에 대한 考察, 230面.

한 侵害내지 그 危險性이 고조되고 있다. 이러한 社會現實의 상황에서 社會적으로 許容된 危險의 防止와 同時에 人命을 保護하기 위한 社會共同의 노력은 불가피한 것이고 이에 따른 法原理로서 信賴의 原則의 등장은 社會事情의 變化에 따른 現象의 하나라고 할 수 있다. 이리하여 우리의 生活은 理性的 存在인 自由人으로서 合理的 人間關係를 바탕으로 하지 않을 수 없고, 誠實한 市民으로서 各自의 自由幸福을 위하여 各自의 位置와 身分에 따라 주어진 生活上의 注意義務를 다할 것을 社會共同生活은 요구한다. 따라서 社會共同의 危險을 防止하기 위한 危險의 分配와 이에따라 他人의 適切한 行動에 대한 社會的 相當性을 지닌 信賴는 適法한 것이고 이러한 信賴를 어긴 他人의 不適切한 行動에 의하여 法益侵害의 結果를 발생시켰다고 하더라도 過失의 成立을 인정할 수 없는 것이다.

이러한 過失認定基準의 變化는 1935년에 獨逸帝國裁判所의 判例에서 信賴의 原則으로 나타나기 시작하였고 1966년에는 日本에 그리고 우리나라에서는 1971년에 過失認定與否의 基準으로 信賴의 原則이 등장하기 시작하였다. 獨逸, 日本, 韓國 등 各國이 信賴의 原則을 채택한 時期에 있어서 차이가 나는 것은 무엇보다 그 나라 社會事情上의 탓이라고 할 수 있다.

信賴의 原則이 實務上의 法原理로 등장한 것이지만 이것은 過失認定의 具體的 基準를 제시하는 法原理로서 이에 대한 刑法學的 法理論的 檢討는 불가피하다. 요컨대 過失犯의 構成要件은 「過失로 因하여……」라고 하여 開放되어 있으므로 실제 事件에 있어서 어떠한 경우에 過失을 認定할 것인가 아니면 否定된 것인가에 대한 具體的 基準이 必要하다. 具體的 基準이 注意義務의 內容인 豫見可能性, 豫見義務, 結果回避義務에 의하여 그 테두리가 정하여지기는 해도 그 內容은 역시 公허하다. 信賴의 原則은 이러한 注意義務의 內容을 具體化하는 역할을 하는 하나의 基準으로서 실제적 動機를 가지고 判例에서 生成된 것이다.

여기서 信賴의 原則이 過失認定基準, 더 나아가서 注意義務의 內容의 具體化로서 過失犯 構造上의 法理論的 體系와 注意義務의 內容上의 法理論的 體系가 중요한 문제로 제시된다. 그리고 其他 許容된 危險의 法理와 社會的 相當性의 理論과의 關聯이 문제의 論點이라고 하겠다.

이리하여 過失犯 構造上의 信賴의 原則의 法的 體系는 新舊過失理論과 관련하여 違法性의 實質을 結果無價値가 아니라 行爲無價値에 두는 우리의 立場은 信賴의 原則은 犯罪論體系上 違法性이나 責任의 段階에서 비로소 나타나는 것이 아니고 構成要件의 段階에서 論議되어야 한다고 본다. 그리고 信賴의 原則의 適用에 의하여 過失의 成立이 否定되는 경우에 注意義務의 內容上의 信賴의 原則의 法理는 結果豫見可能性을 전제로 하고 結果回避義務의 범위를 感消・免除하기 위한 것으로 注意義務의 범위를 制限하는 具體的・客觀的 基準이라고 보고¹⁾ 이에 따라 信賴의 原則은 構成要件該當性을 阻却하는 것으로 構成要件要素의 문제라고 보는 것이 타당하다고 생각한다. 信賴의 原則과 關聯된 許容된 危險의 法理나 社會的 相當性의 理論도 이러한 觀點에서 그 法理的 體系를 검토할 수 있고 대체로 信賴의 原則이 이러한 法的性格과 그 보조를 같이 한다고 볼 수 있다.

요컨대 오늘날 겨증하는 社會共同生活의 危險을 좀더 客觀적으로 파악하여 信賴의 原則이 危險防止로서의 社會統制의 機能과 現代刑罰에 있어서 過失犯處罰의 謙抑化를 도모하고 이를 위하여 보다 合理的인 法理體系로서 구축되어야 하리라고 생각된다.

參 考 文 獻

1. 國內文獻

- 鄭盛根, 刑法總論, 1983.
慎鎮揆, 刑事政策, 1981.
權文澤, 刑法學研究, 1982.
車鏞碩, 刑事法講座 I (信賴의 原則), 1981.
鄭榮錫, 刑法總論, 1981.
金鍾源, 刑事法講座 I (過失犯), 1981.
南興祐, 刑法總論, 改正版, 1980.
劉基天, 刑法學(總論), 1983.
黃山德, 刑法總論, 1982.
黃山德, 「信賴의 原則」法曹第22卷, 1973.
鄭盛根, 「信賴의 原則」考試界 297號, 1981, 11.
車鏞碩, 「信賴의 原則(特集)」考試界 267號, 1979, 5.
權文澤, 「信賴의 原則과 被害者의 過失」새法政, 1973.
沈憲燮, 「過失犯의 研究」The Justice, Vol.10 1號, 1972.
沈憲燮, 「許容된 危險의 理論과 그 批判」法政 第216卷, 1968, 7.
孫海陸, 「過失犯」上 考試研究, 1977, 6.
沈在宇, 「刑法體系에 있어서 過失犯의 構造」高大法律行政論集 第18輯, 1980.
李炳國, 「違法性 阻却事由로서의 社會常規에 違背되지 아니하는 行爲에 관한 考察」延大論文集, 1982.
朴相源, 「社會常規에 대한 考察法哲學과 刑法」黃山德博士 華甲記念 論文集, 1979.
大法院判決集 第20卷 1輯 3輯.

2. 外國文獻

- 團藤重光, 注釋刑法(2)のⅡ(總則 3), 1969 및 刑法綱要(總論), 1981.
中義勝, 「過失犯における 許された 危險の 法理」過失犯(1), 有斐閣, 1968.
藤木英雄, 「自動車 事故と 信賴の原則」判例時報 474號,
藤木英雄, 過失犯の 理論, 有信堂, 1976.
平野龍一, 刑法總論, 1981.
平野龍一, 現代における刑法の機能「現代法と刑法」岩波書店, 昭和40年.
西原春夫, 交通事故と 信賴の原則, 昭和 50年 및 刑法總論, 1981.
西原春夫, 現代刑法講座第3卷, 成文堂, 1979.
井上正治, 過失犯の構造, 有斐閣, 1977.
大塚仁, 刑法學概說(總論), 有斐閣, 1981.
福田平, 「車輛間の追突事件—信賴の原則」, JURIST別冊, 18號, 1973.
曾根威彦, 「信賴の原則」刑法の爭點JURIST.
藤木英雄, 刑法講義總論, 1981.
金澤文雄, 「信賴の原則」JURIST 增刊, 刑法の判例(第2版) 1973.
藤木英雄, 「食品中毒事故に關する信賴の原則」1969. JURIST, 421號.
井上祐司, 「行爲無價値と過失犯論」, 成文堂, 1977.

- Paul Bockelmann, Strafrecht A.T. 2. Auf, 1975.
Hermann Blei, Strafrecht I A.T. 17. Auf, 1977.
Günter Stratenwerth, Strafrecht I A.T. Die Straftat 2. Auf, 1976.
Gerd Geilen, Strafrecht A.T. 3. Auf, 1979.
Schmidhäuser, Strafrecht A.T. 1982.
Maurach, Deutsche Strafrecht A.T. 3. Auf, 1954.
Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts A.T. 3. Auf, 1978.
Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems 2. Auf, 1952.
Roeder, Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos, 1969.
E. Mezger, Strafrecht I A.T. 8. Auf, 1958.
Karl Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht 1930, 1964.

