

過失犯理論의 現代的課題

—過失構造論을 中心으로—

李 敬 鎬

A Study on the Modern Subject of Negligent theory

Lee, Kyung-Ho

< 目 次 >

- | | |
|---------------|-----------------|
| I. 머리말 | 1. 傳統的 過失論 |
| II. 過失의 概念 | 2. 過失論의 新動向 |
| 1. 過失의 意義 | 3. 새로운 過失理論의 構成 |
| 2. 過失의 概念的 要素 | 4. 新過失論의 妥當性 |
| III. 過失의 構造 | IV. 맺음말 |

Abstract

In the criminal law, the criminal negligence is an act which is punished as a criminal offence when prohibited result by violation of the duty of attention in daily life is occurred. The intentional offender is punished by the criminal law, and exceptionally the criminal negligence is punished by special provisions in law.

In this thesis, I intended to establish rationalistic theory with studying the duty of attention specially foreknowledge possibility which is based on modern theory of the criminal negligence. And I am aware that, in as much as the present study has focused on the theoretical aspects of negligence its actual applicability may be limited. It is to be noted, however, that the theoretical approach subject matter can not be over-emphasized.

I. 머리말

從來 過失犯理論은 故意犯의 例外類型(*crimen extraordinarium*), 間接故意論으로 발전되어 왔을 뿐이다. 카로리나 刑法典의 저술자이고 17세기 이후의 독일 刑法學에 지대한 영향을 미친 Benedict Carpov에 의하면¹⁾ 犯罪의 原則型은 故意犯이었고 通常의 過失犯이 처벌될 수 없었던 것은 아니지만 減輕된 例外型의 대상에 지나지 않았다. 그리고 過失理論이 20세기에 構成要件理論의 전개·발전을 통하여 다소 변천을 거치면서 過失을 故意와 더불어 責任要素의 하나로 보았다. 그러나 過失犯은 여전히 Binding의 표현처럼 刑法學의 의붓자식(*Stief Kind der Wissenschaft*)으로 취급받아 왔고 단순히 犯罪事實의 認識 有無에 따라 故意犯과 區別하는 非現實의 그늘에 머물고 있었다.

근자에 이르러서는 대체로 過失犯이 刑法學의 중요한 과제로 등장하게 되었다.²⁾ 1950년 이후로 過失犯理論이 커다란 관심을 불러온 것은, 우선 過失의 構造에 있어서 傳統的 過失犯論이 過失의 핵심을 結果의 發生을 豫見할 수 있는 心理的 긴장을 缺如했다고 하는 점, 즉 豫見可能性에서 구하는 반면에, 新過失犯論은 過失의 핵심을 結果의 發生을 防止하기 위하여 요구되는 最低限의 負擔으로서의 結果回避義務에서 구하고 있다는 점에 있다. 다음으로는 今世記 技術文明의 급속한 발전과 더불어 社會現象의 變化에 부응한 過失犯理論의 시대적 요청이다. 즉 自動車의 급증에 따른 交通事故의 격증에 對處함에 있어서 過失責任을 結果責任의 운용으로부터 合理的인 範圍로 輕減·限定하는 法理로서 信賴의 原則, 또한 從來의 通說의 見解가 부딪히는 實際的 不合理을 除去하고 法益侵害의 危險性이 있다고 하더라도 社會的 有益 내지 必要에 입각한 行爲는 適法하다는 法理構成으로서 許容된 危險(*Erlaubtes Risiko*)의 理論 등의 수용이다. 여기에 더하여 비약적으로 발전하고 있는 科學技術文明과 더불어 과거에 經驗하지 못한 “未知世界의 危險”의 현실화로 나타난 企業災害에 대응함에 있어서 豫見可能性은 結果 및 因果關係의 重要部分에 대하여 具體化되지 않으면 안된다는 思考를 벗어나서 法益侵害의 結果가 어떠한 형태로 발생되지 않을까라고 하는 不安感·危懼感이 있으면 죽하다는 危懼感說, 게다가 公害火災, 醫療過誤, 爆發事故 등 多數人의 過失이 중첩적으로 경합한 事故에서 이것이 直接結果를 야기시킨 直接過失行爲와 이것을 指揮監督해야 할 입장에 있는 者의 關係에 있는

1) B. Carpov, *Practica Nova Imperialis Saxonica Rerum Criminalium*, I · III, 1758 ; 內田文昭, 「過失犯論의 展開について」上智法學論集, 第17卷 第3號, 1974, 2頁.

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

경우 그 指揮監督者의 過失責任의 문제를 논하려는 「監督過失責任」論 등이 점차 커다란 論點으로 등장하고 있는 바 過失犯의 論議는 실로 요란한 상태에 있고 이제는 過失犯이 獨自인 犯罪論構成에로까지 발전되어 있다.³⁾

今日에 過失犯의 문제는 學說과 實務의 양면에서 時代的 必然的으로 이제까지의 것으로부터 탈피하면서 새로운 정비를 구축하고 있는 시점에 이르러 있다.⁴⁾

이와같이 理論的인 면에서 보면 刑法上에 있어서 過失犯理論은 許容된 危險의 法理가 違法性的의 判斷에 작용하게 되었으며 主觀的 違法要素의 發見, 行爲無價値論·社會的 相當性的의 理論 등에 의하여 過失을 責任의 領域에서 뿐만 아니라 構成要件·違法性的의 領域에서도 다루게 되었다. 여기에 결정적 역할을 한 것은 目的的 行爲論이다. 이것은 目的的 行爲概念을 핵심으로 하여 새로운 犯罪論體系를 구축하고 동시에 過失犯理論의 體系에도 커다란 영향을 미쳤다. 이리하여 過失犯의 문제는 종래와 같이 단순하게 責任要素로서 論議할 것인가 아니면 構成要件 내지 違法性的의 문제로 볼 것인가 하는 까다로운 논쟁이 제기되고 있다. 이러한 過失理論의 정비는 한편 복잡 다양해지는 社會活動에서 초래되는 未知의 危險에 적절히 대처하여 過失犯 處罰의 適正·合理化를 도모하면서, 다른 한편 刑法의 役割에 새로운 合理點을 모색하고 國民의 生命·身體 및 財產에 대한 侵害 내지 危殆化를 줄이는 데 기여할 수 있을 것으로 본다. 따라서 本稿에서는 먼저 過失의 概念을 정리하고 從來의 過失論을 再檢討하면서 새로운 過失理論의 構成과 그 體系를 추구해 보고자 한다.

II. 過失의 概念

1. 過失의 意義

刑法 第14條에 「正常的의 注意를 怠慢히 함으로 인하여 罪의 成立要素인 事實을 인식하지 못한 行爲는 法律에 特別한 규정이 있는 경우에 한하여 處罰한다」고 하여 過失犯을

3) 土本武司, 「過失犯理論의 動向と實務」, 警察研究 第54卷, 第4號, 1981, 14頁 ; 金鍾源, 前掲論文, 331面.

4) 오늘에 過失犯의 問題는 實務에서는 具體化的의 理念을 통한 積極的인 「法補充」과 「法의 發展的 形式 (Rechts fortbildung)의 대상이 되었고, 理論面에서는 그 解釋學的 體系整備과 理論의 探究批判의 과제를 안고 있다(沈憲變 「過失犯에 관한 研究」 저스티스(韓國法學院刊) 第10卷 1號, 1972, 157~158面).

명문으로 규정하고 있다. 본 조항만으로 過失의 意義를 규정짓기는 곤란한 일이다. 일반적으로 보아 過失이란 不注意로 인하여 犯罪事實을 인식하지 못하였던 경우는 물론이고 비록 犯罪事實을 인식하였더라도 그 結果가 발생하지 아니할 것이라고 誤信하여 一義務違反的으로 信賴하여— 행한 경우(認識있는 過失)도 포함하는 것으로 해석하고 있다.⁵⁾ 그리고 過失犯의 경우는 故意犯의 경우와 달리 언제나 처벌되는 것은 아니며 法律에 특별한 규정을 두고 있는 경우에 한하여 例外的으로 처벌하는데 그 法定刑은 개개의 條文에 규정되어 있고 또 그 처벌의 刑量도 故意犯에 비하여 輕하게 되어 있다.

그런데 過失은 故意의 完화된 형태가 아니며 可罰的 行爲의 한 特別한 형태로서 故意와 함께 거론되지만 兩者는 확연히 구별된다. 過失犯은 故意犯과 달리 意思가 아닌 不注意를 통하여 法の 요구에 反하는 結果를 야기시키는 것이기 때문에 그 不法과 責任이 故意犯보다 적다고 볼 수 있다. 또한 故意로써 構成要件을 실현했다는 것이 확정되면 過失은 별도로 처벌의 대상이 되지 아니한다.⁶⁾ 그러나 故意에 대한 혐의가 있고 그것이 확정되지 아니한 경우에 바로 過失犯의 責任을 물을 수는 없으며 過失犯의 전제조건이 갖추어져 있는 경우에만 過失責任을 추궁할 수 있다.⁷⁾

또한 刑法 제14조는 過失을 正常의 注意怠慢 즉, 不注意로 인하여 罪의 成立要素인 事實을 인식하지 못한 경우라고 하고 있다. 따라서 우리 刑法上 過失은 「正常의 注意怠慢」이라는 規範的인 要素인 不注意와 「罪의 成立要素인 事實을 認識하지 못한」이라는 心理的 要素로 구성되는 것으로 이해된다. 그리고 過失의 本質的인 要素는 不注意, 즉 正常의 注意怠慢이라는 義務違反性에 있다고 이해되며 이것은 過失犯에 있어서 犯罪事實의 不認識이라는 心理的 要素보다 注意義務違反性이라는 規範的 要素가 한층 강하게 작용하고 있다고 볼 수 있기 때문이다.⁸⁾ 그리고 過失犯 成立을 犯罪事實의 不認識과 不注意라는 義務違反性에 본질적 요소가 있다는 것만으로는 不足하고 違法한 結果의 발생도 요구되며 結果의 發生은 단순한 처벌조건이 아니라 過失犯의 본질적 요소로 보는 것이 일반

5) 過失에는 認識있는 過失, 認識없는 過失의 둘을 모두 포함하는 것으로 보고 있다(Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 3. Aufl., 1978, S. 456 ; Lackner, StGB Kommentar, 14. Aufl., 1981, § 15III, S. 78 ; 李炯國, 刑法總論研究II, 法文社, 1986, 656面, 鄭盛根, 改稿刑法總論, 法志社, 1987, 390面).

6) Vgl. Jescheck, a. a. o., S. 456 ; BGHSt 4, 340.

7) Wessels, Strafrecht, AT, 15. Aufl., 1985, S. 188 ; 李炯國, 前掲書, 657面.

8) 安平政吉, 責任主義の刑法理論, 1968, 327頁 ; 鄭榮錫, 刑法總論, 法文社, 1982, 171面. 陳癸鎬, 刑法總論, 大旺社, 1986, 212面. 姜斗鉉, 過失犯에 관한 研究, 檀國大學院 博士學位請求論文, 1973, 31面.

적이다. 따라서 過失犯에 있어서는 未遂犯을 인정하지 않는 것이 보편적인 理論이다.⁹⁾

2. 過失의 概念的 要素

이상에서 過失概念的의 대체적인 윤곽을 살펴본 바, 그것은 心理的인 要素로서 犯罪事實의 不認識과 規範的 要素로서 不注意 즉, 客觀的 注意義務違反을 내용으로 하고 있다. 이러한 過失의 成立要素를 分說하면 다음과 같다.

(1) 注意義務違反 — 規範的 要素 —

通說·判例는 過失의 本質을 注意義務違反에 두어 過失을 認定함에 있어서 注意義務라고 하는 것을 그 中核으로 하고 있다. 우리나라 및 外國의 文獻에서도 過失을 不注意로 해석하는 것이 通例이다.¹⁰⁾ 이처럼 過失의 成立에는 構成要件의 事實의 認識·認容의 缺如가 正常의 注意怠慢 즉, 注意義務違反으로 인한 점에 過失의 本質이 있다. 여기서 注意義務違反이란 犯罪事實의 實現을 回避하기 위해서 갖추어야 할 義務에 위반한 것으로 故意와 마찬가지로 일정한 規範的 違反을 필요로 한다. 이 점에서 過失은 처음부터 規範違反으로서의 違法評價도 받지않는 無過失이나 우연과는 다르다. 過失行爲의 기초가 되는 것으로 그 行爲者의 活動이 社會人으로서 行爲規範에 違反한 要素가 있어야 한다. 따라서 過失은 罪가 되는 事實의 認識이나 그 社會的 有害性を 豫見하지 못한 것이 正常의 注意를 怠慢한데 기인한 것이어야 하고 正常의 注意怠慢은 犯罪事實을 認識함에 필요한 注意를 하지 아니한 것 즉, 不注意를 의미한다.

따라서 過失犯 處罰法規는 構成要件의 結果實現을 회피하도록 客觀的으로 요구된 注意義務를 이행할 것을 모든 사람에게 요구한다.¹¹⁾ 여기서 注意義務의 內容이 무엇인가에 관하여는 많은 논란이 있으며¹²⁾ 一義的으로 이를 표현하기는 어려우나 대체로 「具體的 行態

9) 오늘날 現行法上으로는 過失犯의 未遂(Versuch des fahrlässigen Verbrechen)가 그 意義를 갖지 않고 있으나 理論上으로는 過失犯의 未遂를 인정할 것인가에 대하여 獨逸과 日本에서도 學說이 나누어져 있으며 이를 肯定하는 견해도 있다(牧野英一, 重訂日本刑法 上卷, 1935, 261頁; 李建鎬, 刑法學概論, 1977, 158面, 齊藤誠仁, 「過失犯의 未遂」, 過失犯(1) 基礎理論, 日沖憲郎博士還歷 祝賀論文, 有斐閣, 1970, 151頁 이하).

10) 井上正治, 過失犯의 構造, 有斐閣, 1975, 52~53頁.
安平政吉, 前掲書, 375頁; 鄭榮錫, 前掲書, 172面;
李建鎬, 前掲書, 159面, 廉政哲, 刑法總論, 1966, 38面 등.

11) Vgl. Jescheck, a. a. o., S. 467ff; Wessels, a. a. o., S. 189.

12) 注意義務의 內容에 관한 過失의 體系의 地位에 있어서 結果豫見義務 내지 結果回避義務와 관련하여 見解가 대립되어 있는 바 그 상세 IV에서 논술하기로 한다.

로부터 발생할지도 모르는 保護法益에 대한 危險을 인식하고 이러한 행태를 중지하거나 危險防止를 위한 충분한 조치」¹³⁾를 그 내용으로 한다고 볼 수 있다.

한편 客觀적으로 요구되는 注意는 內的 注意(die innere Sorgfalt)와 外的 注意(die äusser Sorgfalt)의 兩者로 나누어 볼 수 있다. 우선 內的 注意義務는 사전에 주의력을 집중하여 保護法益에 대한 危險을 인식하고 정확하게 판단해야 할 義務로서 事前審査義務(Vorprüfungspflicht)라고도 불리워진다.

이러한 義務는 인식했던 危險, 예상되었던 行爲經過, 기타 附隨의 事情 등 行爲가 행하여진 諸般條件의 고려하에서 인정되며 危險에의 接近(die Nähe der Gefahr)여부·危險에 처한 法益의 價値 등에 따라 요구되는 注意의 정도가 결정된다.¹⁴⁾ 다음으로 外的 注意義務는 危險發生의 가능성을 인식했을 경우에 構成要件의 結果의 발생을 회피하기 위한 事理的 妥當性이 있는 外的 行態를 취할 義務를 의미한다. 예컨대 기술없는 자가 위험한 기계를 다루지 아니해야 할 義務를 들 수 있다. 그리고 이러한 注意義務를 侵害하는 특별한 경우로서 引受責任이나¹⁵⁾ Engisch가 강조하는 탐색의무(Erkundigungspflicht)등이 거론 될 수 있다.¹⁶⁾

요컨대 Hardwig가 말한 것처럼¹⁷⁾ 過失의 가장 普遍的인 개념은 바로 「注意義務의 侵害(Sorgfaltspflicht)」 그것이고 過失은 故意없이 行爲하였으나 不注意로 非難을 받게 되는 者가 어떤 方法으로 발생될 不法을 回避하여야 하고 또 回避할 수 있었는가에 있는 것이고, 「注意력을 緊張」 또는 「자기에게 속하는 모든 조심」을 다하여 不法을 回避하는데 注意義務 즉 過失犯의 規範的 要素의 특성이 있다.¹⁸⁾ 그리고 過失犯에 있어서 不注意의 概念은 刑法上的 評價를 요구하는 것으로 心理學上的 不注意와 반드시 一致하지는 않는다. 過失行爲에 있어서 客觀的 注意義務違反이 있는 경우 이에 대하여 非難이 가해지는 이유는 行爲者가 자기의 능력에 따라 結果를 豫見하는 이른바 「主觀的 結果豫見可能性」이 있고 또 行爲者가 그 능력에 따라 結果를 回避하기 위하여 적절한 措置를 하여야

13) Wessels, a. a. o., S. 190 ; 李炯國, 前掲書, 661面.

14) Jescheck, a. a. o., S. 468 ; 李炯國, 前掲書, 662面.

15) 引受責任이란 甲이 乙에게 특수한 기계를 다루는 기술이 있는 것으로 믿고 그 작동을 부탁한 경우 사실은 乙이 그 기술이 없음에도 불구하고 그 부탁을 받아들였다면 이미 그러한 引受行爲속에 客觀的 注意義務違反성이 있다고 보는 것을 의미한다 (Vgl. Jescheck, a. a. o., S. 469ff).

16) 탐색의무란 危險성이 있는 行爲는 그 實行에 앞서서 위험의 발생을 방지하기 위한 준비를 해야 할 의무와 危險에 관련된 정보를 수집해야 할 의무가 있다고 함을 이른다 (Vgl. Engisch, a. a. o., S. 306ff).

17) W. Hardwig, Die Zurechnung, Ein Zentral problem des Strafrechts, 1957, S. 191.

18) K. Engisch, Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit in Strafrecht, 1930, S. 240 ; R. Frank, StGB(Kommentar), 17. Aufl. 1926, S. 186.

할 때 그 不注意한 人格形態를 非難할 수 있기 때문이다.¹⁹⁾

(2) 犯罪事實의 不認識 — 心理的 要素 —

過失의 성립에는 罪의 成立要素인 事實에 대한 認識·認容이 없었음을 요한다. 罪의 成立要素인 事實 즉 犯罪事實은 構成要件에 해당하는 客觀的 事實을 말하고 이에 대한 認識·認容이 있으면 故意가 성립하게 된다. 따라서 過失은 心理的인 見地에서 故意와 그 構造를 전혀 달리하고 犯罪事實의 認識·認容이 없는 경우, 즉 故意가 없는 경우에 성립하게 된다. 그러므로 行爲者가 結果에 대한 豫見과 行爲의 違法性을 認識하고 있는 限 過失은 발생하지 않을 것이다. 일반적으로 過失은 注意를 怠慢하여 罪가 되는 事實을 認識 또는 그 社會的 有害性을 豫見하지 못한 경우라는 것도 바로 이러한 의미에서 이다.

그리고 過失의 心理的 要素는 아무런 事實도 認識하지 못한 것이 아니고 非故意的으로 結果를 招來한 行爲라고 할 수 있다.²⁰⁾ 즉, 자기의 行爲에 대한 일정한 認識은 있지만 注意力을 缺如한 결과 犯罪事實이 발생할 것을 알지 못한다 不過하므로 當該 발생한 罪가 되는 事實 이외의 事實은 認識하고 있는 것이다.²¹⁾ 따라서 過失에 있어서의 「不知」 「不認識」의 要素는 過失의 消極的 面이라 할 수 있다. 동시에 過失의 心理的 要素를 從來와 같이 단순히 不知 내지 不認識으로 이해할 경우에는 過失의 範圍를 너무 넓히는 결과가 우려된다.

Engisch에 의하면 表象動機說과 感情說의 結合에 의하여 「매우 높은 정도의 無關心」이 있는 경우가 未必的 故意라 하여 過失과 區別하는데²²⁾ 이는 感情的 要素의 缺如를 過失이라고 보고 이 점에서 故意와 區別하고자 한다.

그런데 過失犯에 있어서도 犯罪事實의 不認識과 동시에 違法性의 認識이 필요한가 문제가 된다. 從來 過失概念에 의하면 違法性의 認識을 단순히 故意概念의 한 요소로 보아 犯罪事實의 認識이 있으나 違法性의 認識이 缺如된 경우에는 過失이 성립한다고 보고

19) 福田平, 「過失犯의 構造」 刑法講座 3卷 1963, 129頁.

團藤重光, 注釋刑法(2)의II 總則(3), 有斐閣, 1969, 391頁.

20) 黃山德, 刑法總論, 1973, 116面.

21) 李建鎬, 刑法講義(總論), 1956, 164面 ;

22) K. Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S. 220, 234.

있다.²³⁾ 그러나 今日에 違法性的의 認識은 별도의 責任要素로서 보고 故意·過失의 要素가 아니라는 입장이 보편적이다. 이렇게 볼때 過失犯에 있어서도 違法性的의 認識이 필요하고 이는 故意犯에 있어서의 그것과 마찬가지로 自己의 行爲가 社會共同生活上의 秩序에 違反한다는 認識이라고 할 수 있다. 過失犯에 있어서도 違法性的의 認識이 缺如되면 禁止錯誤(法律錯誤)가 성립된다. 다만 違法性的의 認識의 정도는 잠재적인 것으로써 족하다.²⁴⁾ 그러나 過失의 경우에는 違法性認識의 缺如가 豫見의 缺如와 함께 나타나는 경우가 많다. 그렇다고 하더라도 違法性的의 認識은 行爲者가 客觀的 注意要求에 있어서 倫理的 要求가 아닌 순수한 法的義務가 문제되고 있음을 알고 있어야 한다는 점에서 犯罪事實의 不認識—豫見의 缺如—과 다른 獨自的인 意味가 있다.²⁵⁾

요컨대 過失의 心理的 要素에는 우선 自己行爲의 結果가 일정한 犯罪에 해당하는 法益의 侵害라는 것을 認識하지 못한 경우와 자기의 行爲는 경우에 따라서는 罪가 되는 結果를 발생시킬지 모르나 당해 경우에는 그 事實이 발생하지 않을 것이라고 誤信한 경우로써 豫見의 缺如와 그 缺如가 社會共同生活上의 秩序에 反한다는 認識 즉, 違法性的의 認識이 獨自的 責任要素로 요구된다.

이상의 概念的 要素를 통하여 過失行爲에 있어서 本質的인 것을 注意義務違反이라는 規範的인 要素와 犯罪事實의 不認識이라는 心理的 要素로 집약시켜 두고 있으나 過失行爲는 結果犯에서만 認定될 수 있다고 보는 것이 오늘날의 通說이므로 違法인 結果의 발생도 요구된다. 이 結果의 發生은 단순한 處罰條件이 아니라고 하여 過失의 本質的 要素로 포함시키기도 한다.²⁶⁾

여하튼 刑法에 있어서 「過失」概念에는 여전히 많은 어려움을 지니고 있으며 그 內容이 매우 不明確하다. 특히 過失이라는 言語의 의미가 다양하게 사용되고 있고 故意와 過失의 限界, 또는 過失과 無過失의 限界에 있어서도 抽象的 基準은 설정되어 있다고 하지만 具體的 事例에 당하여 判斷의 實際는 水面에 선을 긋는 듯한 불확실한 區別에서 얼마나 벗어나고 있는지 우려가 된다. 이러한 過失概念의 多義性的의 해명을 위하여는 過失의 體

23) 이는 故意說의 立場에 의한 것이나 責任說에 의하면 違法性的의 認識은 別途의 責任要素이므로 故意가 성립하고 過失은 성립하지 않는다(鄭榮錫, 刑法總論, 法文社, 1978, 171面; 劉基天, 刑法學(總論), 一潮各, 1977, 156面; 朴東熙, 刑法學總論, 法文社, 1977, 159面; 平野, 刑法總論(1), 1974, 190頁)

24) Jescheck, a. a. o., S. 481 ; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, AT. Teilband 2, 5. Aufl, 1978, S. 116 ; Schmidhäuser, Strafrecht, AT, 2. Aufl, 1975. S. 455.

25) Vgl. Jescheck, a. a. o., S. 481.

26) 齊藤誠仁, 前掲論文, 151頁.

系와 構造를 비롯한 過失理論의 全體를 조명함이 더욱 요구될 뿐이다.

III. 過失의 構造

過失犯의 構造를 어떻게 파악하는가 하는 문제는 過失論의 기초를 이루는 것으로 過失의 또 다른 중요한 論點, 예컨대 注意義務의 內容을 어떻게 이해하는가에도 영향을 미친다. 新·旧過失論에 따라 對立을 이루고 있고 이러한 學說의 對立과 批判을 통하여 새로운 발전을 거듭하고 있다. 다음에서 이에 대한 檢討를 해보고자 한다.

I. 傳統的 過失論

傳統的인 理論에 의하면 過失犯은 다음과 같은 構造로 이해되고 있다.

從來의 犯罪論에 의하면 犯罪를 構成要件該當性·違法性·責任性의 三要素로 나누고 客觀的·外部的事實은 構成要件 또는 違法要素로 主觀的 內部的 事實은 責任要素라고 보았다. 過失은 心理的·主觀的 要素로 다루어 故意와 더불어 責任의 種類 혹은 責任의 形式으로서 責任論에서 비로소 거론하여 왔다. 즉, 從來의 過失犯理論²⁷⁾은 心理的 責任論에 입각한 過失責任論이라고 할 수 있다. 그것은 故意에 從屬한 過失論에 지나지 않는 것이고 有責性의 前提가 되는 犯罪成立要件인 構成要件該當性 및 違法性은 故意와 過失의 양자에 共通이라는 것을 의미한다.²⁸⁾ 結果(法益侵害)가 발생하고 그것이 특정 行爲者의 行爲에 의한 것이라는(因果關係) 인정이 되면 過失犯의 構成要件該當性은 충족되고 違法性 阻却事由가 없는 한 違法性도 충족한다. 이 점에 관하여는 故意와 過失은 차이가 없다. 故意와 過失의 차이는 責任段階에 있고 故意는 犯罪事實의 발생을 인식한 것으로 違法한

27) 從來의 過失論은 因果的 行爲論에 입각한 것이고 因果的 行爲論을 自然的 行爲論과 社會的 行爲論으로 나누는 입장이 있으나(廉政哲, 刑法에 있어서 行爲概念, 月刊考試 通卷 49號, 1978, 2, 24面) 因果的 行爲論에서 行爲를 事實的 概念으로 파악하나 社會的 行爲論에서는 行爲를 規範的·評價的으로 이해하고 있다. 그리고 社會的 行爲概念은 客觀的·目的的 要素를 갖고 있으므로 因果的 行爲概念과는 다르다고 보아야 한다(沈在宇, “刑法體系에 있어서 過失犯의 構造” 法律行政論集 第18集, 1980, 76, 84面) 따라서 從來의 過失論에 社會的 行爲論의 입장은 포함되지 않는다.

28) 藤木英雄, 過失犯-新旧過失論爭, 學陽書房, 1978, 22頁; 土木武司, 過失犯理論의 動向と 實務 (一), 警察研究 第54卷 第4號, 1981, 16頁; 福田平·大塚仁, 過失犯をめぐる諸問題(1), 法學教室, 有斐閣, 1984, 10號, No. 49, 80頁.

結果를 실현하거나 혹은 명(命)하여진 結果를 실현하지 않은 意思決定이고 적극적으로 惡한 意思임에 반하여, 過失은 犯罪事實을 인식하지 않았던 違法한 結果를 回避하는 意思·命하여진 結果를 실현하는 意思인 바 故意를 결(欠)했다고 하는 消極的으로 惡한 意思라고 하는 점에 있다. 적어도 그것은 단순히 消極的인 惡意가 아니라 정신을 緊張하면 犯罪事實의 發生을 인식·예견할 수가 있고 또 인식·예견할 것을 요함에도 意識의 緊張을 결하여 즉, 不注意로 結果를 인식·예견하지 못했던 心理狀態이다. 그리고 이 경우에 意識의 緊張이라함은 단순한 긴장이 아니라 犯罪事實을 인식·예견하기 위한 意識의 緊張·集中을 말하는 것이고 過失은 이러한 意味의 意識의 緊張·集中을 不注意에 의하여 결했던 心理狀態를 말한다. 여하튼 過失은 故意와 함께 비난할 가치있는 心理狀態이고 過失犯에 있어서는 이러한 內心の 心理狀態가 그 中核으로 되고 또는 그 中心이 되는 것은 結果에 대한 예견이다. 따라서 過失에 있어서 注意義務는 豫見義務라고도 하게 된다. 그래서 注意義務의 內容은 結果에 대한 豫見이라고 하는 心理的인 것으로 해석되고 過失行爲는 그러한 心理狀態에 있어서의 行爲라고 하게 된다.²⁹⁾ 결국 結果의 발생이 있고 그것과 行爲와의 사이에 因果關係가 있으며 意識을 緊張시켰다면 結果의 發生을 豫見할 수 있었더라면 過失犯이 成立하는 것으로 된다.

이러한 傳統的 過失論에 의하면 侵害의 結果의 發生이 過失犯의 客觀的 側面이 되며 違法判斷의 대상이고 이것이 過失犯의 違法要素로서 結果反價値(Erfolgsunwert)이다. 따라서 法益侵害를 야기한 이상 항상 過失犯의 構成要件該當性·違法性은 만족되기 때문에 이러한 結果反價値로서의 法益侵害說을 固守할 경우 不可抗力으로 構成要件의 結果가 발생한 경우와 過失없이 結果가 발생한 경우에도 違法性이 存在하게 되는 不合理를 나타내게 된다.³⁰⁾ 그리고 免責되는 경우에 있어서도 항상 責任非難으로서의 有責性을 결하는 것으로 될 뿐이다. 이처럼 過失을 責任形式 내지 責任條件으로 보게 되는 것은 過失犯의 違法性을 行爲의 反價値에서는 구하지 않고 오로지 結果의 反價値에만 근거를 두고 논하기 때문이고 이것은 行爲者의 人格的 違法觀에 기초하여 行爲를 등한시하고 法益侵害에만 입각하여 「違法은 結果的으로 法益을 侵害하는 곳에 있다」라는 것을 重視하는 結果인

29) 土木武司, 前掲論文, 16頁; 藤木英雄, 前掲書, 35頁; 金鍾源 譯, H. Jescheck, “過失論의 發展과 現況”, 法曹, 第28卷 12號, 1979, 4面).

30) 이러한 不合理로 인하여 過失犯의 성립에는 因果的 結果의 發生과 犯罪事實의 不認識이라는 要件外에 「第3의, 극히 本質的인 要素」를 인정할 필요가 생겼고 이리하여 案出된 概念이 不注意(Sorgfaltsverletzung)라고 할 수 있다(H. Welzel, a. a. o., S. 128).

것이다.³¹⁾

요컨대 이처럼 過失을 責任論의 단계에서만 다루는 立場으로는 過失은 構成要件該當性, 違法性의 단계에서는 전연 나타나지 않고 責任의 단계에 이르러서 비로소 나타나는 것이 된다. 따라서 構成要件該當性·違法性의 단계에서는 過失에 의하여 야기된 事態와 不可抗力으로서 발생했던 事態가 구별될 수 없게되므로 이것도 좋다고 할 수 있을까 하는 문제가 제기된다. 예컨대 A가 交通法規에 따라 注意義務를 다하여 自動車를 운전하고 있었다. 그런데 一方通行의 좁은 길에서 B가 交通法規를 전혀 무시하고 오토바이를 과속으로 돌진하여 A의 自動車를 충돌하고 B는 傷害를 입었다. 이러한 事案의 경우에 從來의 입장에 의하면 過失은 오로지 責任論에서만 문제가 되므로 A의 운전행위는 B의 傷害라고 하는 法益侵害의 結果를 야기했던 것으로서 일단 그 構成要件該當性·違法性이 긍정되게 된다. 물론 A는 無過失에 해당하는 것으로 責任성이 없고 처벌되지 않는다고 하는 結論에 이른다. 그러나 이 입장은 자동차의 운전으로부터 身體傷害라고 하는 法益侵害의 結果가 발생하면 注意義務를 지켰는가 어딘가에 불구하고 그 行爲는 違法이라고 하는 결론에 이른다. 그런데 자동차의 운전은 항상 法益侵害의 危險과 결부되어 있으므로 결국 자동차의 운전자체가 違法하다고 하는 것으로 되어 버린다. 그리고 違法한 것은 禁止되지 않으면 안된다고 하는 原則으로부터 자동차의 운전이 전혀 허용되지 않는다고 하는 不當한 結論이 되어 버린다. 이것은 危險行動이 점차 增大하고 있는 今日的 社會生活에 있어서는 도저히 감당할 수 없는 것이다. 이리하여 지금의 例는 交通法規에 따라 注意義務를 지키면서 자동차를 운전하고 있었던 A의 行爲는 처음부터 違法하지 않은 것이 아닐까, 責任의 단계에까지 가지 않고 이미 違法의 단계에서 違法성이 없다고 해야하지 않을까 하는 점이 反省되어 過失犯에 있어서 違法性의 問題가 논의되고 이것을 契機로 하여 過失犯의 構造에 대한 再檢討가 행해지게 된 것이라 할 수 있다.

2. 過失論의 新動向

從來의 過失理論의 基礎는 18世紀末에서 19世紀初에 걸쳐 近代刑法學의 아버지라 불리

31) 孫海睦, “過失犯”, 檀國大論文集(人文, 社會편), 1977. 223; Paul Bockelmann, Strafrecht, AT., 3. Aufl., 1979, S. 42.

는 Feuerbach에 의하여 구축되었고 19世紀中葉 이후로 通說的인 地位를 점하여 왔지만³²⁾ 今世紀初 즉, 産業革命 이후 物質文明의 비약적인 발전에 부응하여 過失理論의 새로운 動向이 전개되었다. 이러한 새로운 過失論의 논의는 現實的인 要因과 理論的인 要因의 양면에서 그 契機를 구할 수 있다.

우선 現實的인 문제에 있어서 今時代에는 古來와 달리 過失犯의 社會現象으로서의 重要性이 크게 등장하였다. 今일에 過失犯의 重要性은 量的 見地 — 過失犯發生의 빈도의 격증 — 로부터나 또는 質的 見地 — 事實關係의 複雜性 — 의 양면에서 고조되었다고 할 수 있다.³³⁾ 이것은 今일의 生活關係가 여러가지 大規模的인 災患위에 형성되고 있음을 피할 수 없고 또한 事故의 原因에 대한 事實關係도 複雜化되었기 때문이다. 그리고 從來의 過失論으로서의 이와같이 복잡하고 기계화된 生活關係에서 발생하는 過失犯을 처리하는데 充分하지 않음을 알게 되었다.

오킨대 從來의 思考에 의하면 過失致死罪의 構成要件은 사람의 死亡이라는 侵害의 발생과 특정인의 行爲가 그 死亡의 原因이 된다는 因果關係의 확정에 의하여 充足되어진다. 그 違法性은 當該行爲에 의하여 人命이라고 하는 法益侵害가 야기된 것에 의하여 근거를 두게 된다. 이러한 理論構成에 의하여도 비교적 간단한 事實關係에 관해서라면 그다지 곤란한 問題가 발생하지 않는다고 할 수 있다.³⁴⁾ 그러나 醫師의 手術과 같이 裁量性과 決斷性을 갖추어야 하는 매우 복잡한 事實關係를 생각해보면 醫師가 환자의 生命을 구하기 위하여 실패하면 당연히 죽음을 초래하는 大手術을 시도하였으나 不幸히도 실패하여 환자를 死亡시킨 경우에 그의 行爲는 客觀的으로는 人命이라는 法益을 侵害한 것이고 主觀的으로는 환자가 死亡할 可能性을 豫見했거나 혹은 쉽게 豫見할 수 있거나 또는 豫見할 수 있었다고 말할 수 있기 때문에 過失犯의 主觀·客觀兩構成要素를 만족시키고 있다. 따라서 手術에 실패하면 最善을 다했던가 어떤가에 불구하고 過失致死罪가 成立하게 된다. 또한 自動車事故에 의한 通行人·客 등이 死傷한 경우를 생각해보자. 원래 自動車는 高速으로 道路를 질주하도록 만들어진 상당한 중량을 가진 道具이고 停止·方向轉換 등

32) 過失理論의 形成過程에 있어서 學說史를 취급하는 것으로는 Binding, die Normen und ihre Übertretung IV, 1919; Exner, das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910; Köhler, Probleme der Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1912 등이 있다.

33) 小野, 刑法講義各論, 1948, 180頁; 龍川, 刑法各論, 1949, 49頁; 團藤, 刑法, 1953, 307頁 및 우리나라 交通事故 過失犯에 대한 近年의 刑事統計의 一端이 좋은 참고가 될 수 있다(李敬鎬, 우리나라 交通犯罪의 現況과 對策, 刑事政策 창간호, 韓國刑事政策學會, 1986, 208面 이하).

34) 물론 責任論的인 측면에서 故意·過失이 心理的 責任論下에서 責任形式으로서 統一的으로 파악할 수 있을가는 問題로 된다(藤木英雄, 前掲過失犯의 理論, 23, 29頁).

이 항상 적기에 행해지는 것은 아니기 때문에 事故가 발생하지 않는다고는 누구도 절대적 보장을 할 수 없다. 그 운전은 항상 승객·보행자 및 다른 차량 등에 대한 危險을 무릅쓰고 행해진다. 그리고 발생하는 事故의 態樣은 대체로 定型化되어 운전자들에 의하여 잘 알려져 있는 것이다. 따라서 자동차사고로 사람을 死亡시킨 운전자에 대해서는 前記 醫師의 경우와 마찬가지로 그 운전시의 태도여하에 불문하고 過失致死罪의 成立을 인정하는 것으로 될 수 있다. 그러나 이 結論은 누구나 보아도 不合理하다. 이러한 事實에 대한 法的責任을 해명함에 있어서 結果發生과의 因果關係 및 行爲者가 犯罪事實의 발생을 認識·豫見하는 것이 可能하고 또 認識·豫見할 수 있다는 것만으로는 충분하지 않다. 따라서 行爲의 違法性에 대하여 특별히 고려하여야 하게 되었고 그리고 그 違法性의 有無라고 하는 것에 대하여 從來는 전혀 過失概念과 無關係한 것으로 논하여져 왔던 것이지만 이들의 경우에는 過失과 無關係하게는 違法性을 논할 수 없는 것이고 이 점에 從來의 過失論이 간과했던 問題가 있다. 결국 行爲의 違法성과 過失과의 사이에 存在하는 밀접한 연관을 고려하지 않고 刑事責任을 부과하는 從來의 過失理論은 不充分한 것으로 되었다.

이에 따라 過失이 違法性에 관계한다³⁵⁾는 것 즉, 注意義務를 준수했는가 어떤가를 責任非難의 問題이기 이전에 우선 違法性判斷의 문제라는 立場을 확실히 한 것은 Exner였다.³⁶⁾ 그는 「許容된 危險(Erlaubtes Risiko)」의 關係로부터 過失을 파악하고 過失의 本質的 要素는 結果發生에 대한 認識·豫見의 缺如가 아니라 注意義務이고, 社會生活上 필요한 注意를 지켰음에도 불구하고 被害가 발생한 경우에는 그 被害는 社會生活上 부득이한 것으로 受認하여야 하는 것이며 그 行爲는 처음부터 違法은 아니라고 하는 것이다. 이와 같이 許容된 危險의 領域으로서 過失犯의 理論이 違法性의 分野에서 전개되게 되었다.³⁷⁾

다음으로 理論的인 面에서 보면 前記와 같은 現象에서 형성된 「許容된 危險」의 法理와 그것이 違法性의 判斷에 작용하게 된 점이다. 또한 主觀的 違法要素의 발견·行爲無價値

35) 過失을 違法性의 領域에서 논의하기 시작한 者는 Radbruch, über den Schuldbegriff, ZstW., Bd. 24, 1903, S. 344f ; Exner, das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910, S. 193 ; Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S. 344ff 등을 들 수 있다.

36) Exner, a. a. o., S. 346f ; Engisch, Rittler 등의 諸學者는 過失犯에 있어서 注意義務의 遵守가 行爲의 違法성과 合法性의 限界를 만드는 것으로 拂結지었다(藤木英雄, 前掲書, 10頁).

37) H. Welzel, "Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte zur Dogmatik der Fahrlässigen Delikte", Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 324 ; H. Welzel, das deutsche Strafrecht, a. a. o., S. 137.

論·社會的 相當性의 理論 등의 대두로 過失을 責任의 領域에서 뿐만 아니라 構成要件·違法性의 領域에서도 다루게 됨에 이르렀다. 그러나 보다 결정적인契機는 目的的 行爲論의 대두이다. 그것은 目的的 行爲概念을 핵심으로 하고 從來의 犯罪論體系에 반대하여³⁸⁾ 犯罪論을 再編成하려고 하는 것이다.³⁹⁾

目的的 行爲論에 의하면 行爲는 故意行爲와 非故意行爲로 분류되고 양자는 本質的으로 構造를 달리하는 것으로서 別個의 體系에 속하게 된다. 故意가 故意行爲에 있어서 目的性이라고 하여 行爲 本質的 要素이고 構成要件에 속하는 것임에 대하여 過失은 非故意行爲에 대한 違法判斷을 구성한다. 非故意行爲에 있어서 違法性은 야기된 法益侵害만으로 결정되는 것이 아니고 당해 法益侵害를 야기한 態樣 즉, 法益侵害의 야기를 회피하기 위하여 요구되어진 注意를 지키지 않았다고 하는 것이 違法性의 要素로서 특히 요구되어진다.⁴⁰⁾ 이와같이 注意義務에 違反한 「非故意」行爲만이 違法이라고 하는 점에서 前記 Exner나 Radbruch 등의 過失의 違法觀과 目的的 行爲論은 見解가 一致하고 있다. 目的的 行爲論의 犯罪論體系는 故意犯만이 아니고 過失犯에 대하여도 全體的인 理論構成이 요구되고 오로지 責任論에서 問題로 되어왔던 故意·過失의 理論이 違法性論 혹은 構成要件論에서 전개되어지게 된다.

이와같이 過失犯에 있어서 違法性의 문제는 특히 注意義務와 違法性과의 관련에 대하여는 目的的 行爲論에 의하여 그 重要性이 意識되어졌고 過失犯의 理論이 責任論만의 좁은 範圍로부터 벗어나게 되면서 동시에 違法性의 理論 그 자체에 대하여도 根本的인 反省이 가하여지게 된 것이다. 이리하여 過失犯을 전체적·통일적으로 파악하고 構成要件·違法·責任의 各段階에 걸쳐서 理論的으로 再檢討를 가하는 것이 今日에 刑法理論이 당면한 가장 중요한 課題의 하나를 이루고 있다. 다음 절에서는 一應 이 問題의 해명에 초점을 두고 從來의 過失犯理論을 출발점으로 하면서 그 결함을 批判하는 見地에서 過失犯全體에 걸친 새로운 過失論을 再檢討하려고 한다.

38) 傳統的인 犯罪論의 構成은 Liszt, Beling, Mezger 등의 有力한 學者들에 의하여 구축되었던 것으로 Beling 이후의 犯罪構成要件理論에 집약된다(Beling, die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 145ff.; ders., die Lehre vom Tatbestand, 1930, S. 9, 17.; Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutsche Strafrechts, 26. Aufl. 1932, S. 154, 176; Mezger, Strafrecht, Aufl. 1949, S. 105, 197; 瀧川, 「刑法における構成要件の機能」 刑法雜誌 一卷二號 15頁이하), ZstW., Bd. 58, 1938, S. 502.

40) Welzel, das deutsche Strafrecht, 5. Aufl. 1954, S. 31; Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951, S. 58ff.

3. 새로운 過失理論의 構成

從來의 過失論全體가 過失을 責任의 段階에서만 비로소 문제로 삼아 비록 客觀的 注意를 다한 行爲라도 法益의 侵害가 발생하는 한 結果無價値의 觀點에서 違法한 것으로 判斷하였다. 그러나 新過失論에 의하면 行爲의 客觀的 注意를 違法性的 영역으로 보아 過失의 實行行爲性을 重視한다. 즉 客觀的으로 요청된 注意義務, 다시 말하면 社會生活上 필요한 注意를 준수한 行爲는 違法이라고 할 수 없다. 따라서 客觀的 注意에 違反한 法益 侵害 내지 危險行爲만이 違法하다. 이리하여 過失犯에 있어서 不注意, 注意義務違反은 違法要素라고 하는 것이 一般的으로 인정되게 되었다. 이처럼 違法要素로서 파악되어진 客觀的 注意義務違反이 定型化되어 構成要件에 취입되면 構成要件要素로 이해되게 된다.⁴¹⁾ 이러한 立場에서 보면 過失犯도 故意犯과 마찬가지로 構成要件該當性, 違法性, 責任性的 各各의 段階에 따라 過失犯의 構造의 차이와 理論을 분명히 하게 된다.

이러한 新過失論은 급진적인 社會現象의 變化에 수반하여 Exner, Engisch에 의하여 開發된 過失犯構造論 및 Welzel의 目的的 行爲論에 의한 犯罪論體系에서 示唆되어 전개·발전된 것이라 할 수 있다.⁴²⁾ 그리고 日本에서는 宮本英脩, 佐伯千仞, 不破武史 등의 研究를 촉매로 井上正治, 藤木英雄 등에 의하여 개화되어졌다.⁴³⁾ 우리나라에서도 黃山德教授, 金鍾源教授 등의 目的的 行爲論者를 시발로 점차 多數의 學者들에 의하여 수용·발전되고 있다.⁴⁴⁾ 이러한 新過失理論도 學者들에 따라 그 構造에 다소 차이가 있으나 중요한 點에서는 一致하고 있다. 이하에서 이를 概觀해 보기로 한다.

傳統的 過失犯理論에 의하면 法益侵害의 因果的 惹起가 있으며 構成要件該當性·違法性이 充足되고, 意識의 集中緊張이라고 하는 心理的要素를 바탕으로 한 豫見可能性(豫見義務)이 있는 한 過失犯의 成立은 긍정된다. 그러나 그것은 法益侵害의 惹起를 重視하여 한번 結果가 발생하면 곧 바로 過失責任이 생긴다고 하는 結果責任·絕對責任에 귀결되기 쉽다. 특히 科學技術이 급진적으로 발달하고 그것에 동반하여 生活革新이 눈부신 今 日에는 企業活動은 물론 一般市民의 行動은 항상 새로운 生活樣式에 부딪히고 그와 더불어

41) Hermann Blei, Strafrecht I, AT., 17. Aufl., 1977, S. 52; 福田平, 「過失犯의 構造について」 刑法解釋學의 基本問題, 有斐閣, 1975, 47頁.

42) Exner, a. a. o., S. 193; Engisch, a. a. o., S. 269ff., 273.
Welzel, a. a. o., S. 128.

43) 土本武司, 前掲論文, 19頁.

44) 黃山德, 前掲書, 116面 이하; 金鍾源, 前掲「過失犯」 331頁 이하; 鄭盛根, 前掲書, 390面; 李炯國, 654이하; 孫海睦, 「過失犯」刑事法の 諸問題.

어 未知의 危險에 처하는 수가 많다. 그러나 社會的 効用이 높은 各種의 行爲일수록 무엇보다인가에 被害를 입힐 危險性을 內包하고 있고 侵害의 結果의 發生이 豫知될 수 있는 경우가 많다.

따라서 傳統的 過失論에 의하면 한번 事故에 의하여 法益侵害의 結果가 발생하면 豫見可能性이 있다고 하여 항상 刑事責任을 負擔하는 것으로 되고 결국 過失責任은 實質에 있어서 無過失責任으로 변하게 되는 판단이 발생하게 된다. 이러한 不合理를 解消하기 위하여 有責性的 段階에서 豫見可能性을 논하기 전에 構成要件該當性·違法性的 段階에서 行爲의 態樣 그 자체에 착안하여 過失行爲에 상응하지 않는 것은 除外할 필요가 있다.⁴⁵⁾ 즉 結果의 豫見은 結果回避를 위한 一前提를 이루지만 結果를 豫見할 수 있더라도 過失犯의 成立을 否定할 수 있는 경우—숙련된 醫師가 死亡을 초래할 것을 豫見하면서도 最善을 다하여 手術하는 경우—가 있고, 거꾸로 結果를 豫見하고 그 發生防止를 위하여 最大限의 緊張을 하더라도 過失犯의 成立을 肯定할 수 있는 경우—미숙한 醫師가 最善을 다하여 手術하는 경우—도 있음을 생각할 수 있다.⁴⁶⁾ 따라서 結果를 豫見했다는 것만으로는 注意義務를 다했다고는 말할 수 없다. 注意義務를 단지 結果豫見義務라고 하는 것은 정당하지 않고 危險으로부터 멀어지기 위한 조심성있는 行爲를 한다고 하는 要素가 重視된다. 過失犯에 있어서 어떤 行爲가 緊張을 결한 어정쩡한 心理狀態에서 행해졌다고 하는 것만이 아니라 結果發生을 回避하는 見地로부터 適切한 것인가 어떤가, 結果發生을 回避하기 위하여 必要하고 適切한 行動을 취했는가 아닌가 하는 점이 문제로 된다. 이리하여 注意義務의 概念⁴⁷⁾을 心理的인 意識의 緊張에만 관계하는 것이라고 이해하는 것 즉, 過失行爲의 概念을 단지 어정쩡한 心理的 狀態에 있는 行爲라고 이해하는 것만으로는 過失犯의 實體를 解明하기에 不充分함을 알게 된다.

요컨대 責任論이 心理注意로부터 規範注意로 이행함과 더불어 責任은 단순히 行爲者의 結果에 대한 心理的 關係만으로 다하게 되는 것은 아니고 規範的인 違法行爲에 대한 非

45) 土本武司, 前掲論文, 17頁.

46) 注意義務가 結果豫見義務라고 一般으로 말해지는 경우에도 注意와 結果의 豫見과의 關係는 반드시 明確하지는 않다. 즉 어떤 範圍의 結果의 豫見이 義務지위여 있는가, 또는 어떤 結果를 豫見하기 위하여 어느 程度로 意識을 緊張시키는 것이 요구되어지는가가 그다지 區別되어져 있지 않다. 注意와 豫見을 明確히 나누어 생각하는 것으로서 Liszt은 過失을 Mangel an Vorsicht와 Mangel an Voraussicht로 분석하고 있고 日本에서는 宮本, 佐伯 등이 그러한 見解를 취하고 있다(藤木英雄, 前掲「過失의理論」, 28頁).

47) 이런 思考는 Hippel, Frank, Exner, Engisch 등에 의해 착안된 것이고 日本에서는 不破, 井上, 藤木 등에 의해 강조되었다. (Hippel, deutsches Starfrecht, Bd. II, 1930, S. 361; Frank, StGB, f. d. d., R., 18. Aufl., 1931, S. 194; Exner, das Wesen, S. 189ff.; 不破, 刑事責任論, 176頁; 井上, 過失의 實証的 研究, 1948, 12. 27頁; 藤木, 過失犯의 理論, 24頁)

難可能性이라고 함을 분명히 하게 되었다. 過失은 故意와 달리 단순한 心理的인 概念이 아니라 注意義務違反이라고 하는 規範的인 要素를 포함하는 것은 그 以前부터 인정되고 있다. 그러나 이 規範的 要素는 過失에 있어서 결하고 있는 行爲者의 結果에 대한 心理的 關係를 補充하는 것으로서 의미를 갖고 있는 것이기 때문에 더욱 規範的 要素가 過失 責任에 있어서 요구되는 것이다.

이 點을 분명히 한 것으로 Goldschmidt는 過失을 二重의 義務違反 즉, 結果豫見義務違反과 意思決定義務違反을 들고 責任非難을 근거짓는 것은 오히려 後者에 해당한다고 했다.⁴⁸⁾ 결국 過失責任을 근거짓는 것은 法益侵害를 초래하는 行爲를 支配하는 意思를 결정했다는 것, 즉 結果回避를 위하여 適切한 意思決定을 하지 않았다고 하는 것이고, 이것은 過失論의 反省에 중요한 계기가 되는 것으로 주목된다. 즉 注意義務는 일반적으로 認識·豫見義務라고 이해되고 있지만 過失犯에서 가장 중요한 것은 당해 結果發生이 回避되지 않았다는 것, 정확하게는 結果回避를 위한 手段이 취해지지 않았다는 것이다. 結果의 認識·豫見은 結果回避에 이르는 一過程을 이루지만 前記의 例示에서 본 것처럼 結果를 認識·豫見한 것만으로 注意義務를 다했다고는 할 수 없다. 따라서 注意義務는 行爲者의 心理狀態만이 아니고 結果回避 行爲에 관한 것으로 觀念할 수 있다. 즉, 注意義務의 內容에는 意識을 集中·緊張시킨다고 하는 의미의 內面的(主觀的) 注意와 신중하고 조심성 있는 行動을 한다고 하는 의미의 外面的(客觀的) 注意가 있지만 過失犯에 있어서는 우선 이 外面的 注意의 存否가 중요한 것이다.⁴⁹⁾ 이 外面的 注意義務違反이라고 함은 行爲當時에 行爲者에게 주어진 具體的인 狀況下에서 行爲者의 立場에 있는 者라면 法益侵害의 結果를 초래하지 않도록 하기 위하여 누구라하더라도 遵守할 것이 요청되는 具體的인 「行動基準」에 違反하는 行動을 말한다. 이 行動基準을 준수하지 않는데 注意義務違反이 있고 이것을 준수하고 있다면 不幸하여 結果가 발생하더라도 그 行爲는 合法이고 따라서 過失犯은 成立하지 않는다. 그리고 이러한 結果回避를 위한 注意義務의 이행은 당해 結果發生이 豫見可能한 경우에 비로소 可能하기 때문에 豫見可能性은 注意義務決定의 前提 및 그 具體的內容의 特定을 위한 一事情이 된다. 즉 注意義務의 內容은 結果回避義務와 豫見義務의 二種의 것을 포함하는 것이고, 結果回避義務는 違法性에 관한 문제로서 또한 豫見義務는 責任性에 관한 문제로서 過失에는 違法性和 責任性이 밀접하게 關連하여 存在한다.⁵⁰⁾

48) Goldschmidt, der Notstand, ein Schuld Problem, 1913, S. 17.

49) Engisch, Untersuchungen, a. a. o., S. 269ff, 273.

50) 井上正治, 過失犯의 構造, 有斐閣, 1975, 52頁.

이리하여 過失犯의 違法性은 法益侵害의 惹起(結果無價値)라고 하는 점만이 아니라 당해 法益侵害가 注意義務에 違反하여 惹起된(行爲無價値) 것이라고 하는 두개의 要素로 구성된다. 그 결과 注意義務를 遵守한 行爲는 社會的으로 相當한 것으로서 結果의 發生이 있어도 違法行爲로서의 定型性을 잃고 構成要件該當性과 違法性도 充足되지 않는 것으로 된다. 結果의 發生과 注意義務違反이 있는 때에 비로소 過失犯으로서의 構成要件該當性과 違法性이 만족되고 다음에 過失犯의 有責性으로서는 注意義務를 준수할 수 없었던 것에 대하여 行爲者에게 責任非難을 할 수 있는가 아닌가 문제로 된다. 그것은 行爲者의 注意能力과 期待可能性이 論點으로 된다.

이상에서 본 바와 같이 새로운 過失理論의 구성에 의하면 法益侵害의 因果的 惹起가 있고 또 그것이 豫見可能한 것이라도 당해 行爲가 具體的 行動基準에 合致한 것인 限 처음부터 違法한 行爲가 아니고 따라서 構成要件該當性 자체를 결여하는 것이 되기도 한다. 단지 行動基準不遵守는 있지만 責任非難을 할 수 없는 경우에만 構成要件에 해당하고 違法하지만 有責性을 欠如하는 것으로 된다. 過失犯이 성립하지 않는다고 하는 結論에 있어서는 동일하여도 傳統的 過失論과 新過失論은 그 理論構成에 현저한 차이가 있을 뿐 아니라 具體的 狀況에 있어서의 過失犯의 成立⁵¹⁾에도 상당한 차이가 나고 있다.

4. 新過失論의 妥當性

第二의 産業革命의 到來라고 불려지는 今일에 있어서 過失은 學說에서나 實務에서도 必然的으로 지금까지의 것으로부터 탈피하여 그 制度的 장치를 새롭게 해야할 과제에 당면하고 있다. 傳統的 理論에 의하면 法益侵害의 發生과 그것과 行爲와의 사이에 因果關係가 인정되어지면 構成要件該當性·違法性이 인정되고 그후 責任의 경우에 있어서 豫見義務(注意義務)만이 문제로 되고 그 怠慢이 있으면 過失犯이 成立하는 것이다. 그런데 社會的 有用性이 높은 高速交通機關, 重化學工業, 醫療 등의 事務에 있어서는 거의 항상 危險을 내포하고 있기 때문에 豫見可能性은 항상 긍정되고 事故가 발생하면 過失責任이 있다고 하는 것으로 된다. 이리하여 結果責任·絕對責任을 인정하는 것과 大差가 없어져

51) 過失犯의 成立과 그 處罰의 범위에 있어서 新·舊過失論의 차이는 순수理論에서 보다 구체적 상황에서 한층 강하다고 할 수 있다. 舊過失論이 事故가 있으면 過失責任을 인정하는 結果責任, 絕對責任에 귀결되지만 新過失論은 許容된 危險, 信賴의 原則 등의 확장수용을 當연시함으로서 過失로부터 無過失을 구별해주는 역할을 담당한다(다음 절에서 상술함).

버리는 不合理가 있고 이 不合理를 解消함에는 過失行爲에 상응하지 않는 것을 除外할 필요가 있다. 여기서의 過失行爲는 豫見可能이라 하는 內心的인 것과 관계없이 「行爲者의 立場에 있다면 누구라도 履行할 것을 요청받는 具體的 行動基準에 반하는 行爲」이고 이 行動基準을 준수하는 것이 注意義務이고 그 行動基準에 합치하고 있는 한 그 行爲와 結果와의 사이에 因果關係가 인정되어도 過失行爲로서의 實行行爲가 없다고 하는 것이 新過失理論이다. 이 新過失論은 結果無價値만으로는 違法性を 충족함에 충분하지 않고 그것에 行爲無價値가 加하여서 비로소 違法性이 완성한다고 하는 것이다. 從來 豫見義務違反이라고 하는 形態에서 結果와의 關係에 接觸되어 있던 過失을 行爲 그 自體의 逸脫로서 重視한다. 그리고 從來 責任論의 次元에서 취급되고 있던 注意義務의 客觀說에 대응하는 것을 過失犯의 違法性 혹은 構成要件該當性의 次元으로 내려서 논하는 것이므로⁵²⁾ 客觀的(外面的) 注意義務에 合致하는 行爲(行爲基準에 合致하는 行爲)를 構成要件論이나 違法性論의 段階에서 除外하는 效果가 나온다.

新過失論에 의하면 어떤 行爲에 기인하는 法益侵害의 발생이 있고 또 그것이 豫見可能性이 있는 것이라도 行動基準에 合致한 것인 한 過失責任을 묻지 않는 것으로 된다는 의미에서 이 理論은 結果無價値違法의 制約原理로서 기능을 하며 客觀的 注意義務違反이 없는 法益侵害를 正當化·合理化함으로써 過失犯處罰을 減輕化하는 길을 열었던 것으로 된다. 이러한 점에서 新過失論이 傳統的 理論에 대하여 理論으로서의 新規性和 現代的意義가 있다고 할 수 있다. 그리고 다음에서 新理論이 갖는 實際的 利益의 몇가지를 비교·점검해 보기로 한다.

그 하나는 過失犯이 成立하는 事故와 不可抗力에 의한 事故의 區別이 용이하게 되고 그 認定이 客觀的으로 행해질 수 있다고 하는 점이다.⁵³⁾ 過失을 단순히 非難할 만한 心理狀態로서 이해하는 立場에서는 缺陷있는 內心的 意思狀態가 오로지 문제로 되는 것이기 때문에 注意義務가 자칫하면 行爲者 個人의 豫見能力에 결부되어 생각되기 쉽다. 行爲者는 事故를 일으킨 것에 대한 責任感情과 後悔하는 심정으로부터 安易하게 豫見可能性,

52) 注意義務가 構成要件要素이고 違法要素라는 것은 Radbruch, Exner, Engisch, Rittler, Welzel, Niese, Maurach, Weber, H. Mayer, Gallas 등과 日本의 不破, 井上, 平野, 木村 등의 多數의 學者들에 의하여 주장·지지되었고 今에 우리나라 대부분의 學者들도 지지하고 있으나 各 要素의 구성과 이에 따른 注意義務의 概念은 반드시 一致하고 있지는 않다.

53) 土本이 新理論의 장점으로 들고 있는 것으로 좋은 시사가 되고 있다;(土本武司, 前掲論文, 20~22頁) 新理論에 의하면 故意·過失·無過失의 區別은 從來에 責任의 段階에서 비로소 부여되었던 것이지만, 構成要件·違法性의 段階에서 이미 이루어지는 것이다(Engisch, a. a. o., S. 344 ; H. Mayer, Strafrecht, S. 140 ; Gallas, ZstW, Bd. 61, S. 42 ; Welzel, a. a. o., S. 103)

즉 過失을 인정하는 供述을 자칫 잘못하는 경향이 있고 다른 한편 搜查官도 그 종류의 供述을 추구하고 있는 경향을 否定할 수 없다. 注意義務는 規範的·價值的인 것이고 可視的인 것이 아니므로 過失의 有無가 그러한 供述에 의하여 左右될 우려가 있다. 더 나아가서 責任感이 강한 行爲者일수록 중한 過失責任을 부담하기 쉽다. 따라서 過失犯을 우선 그 行爲의 側面에서 다루고 行動基準에 合致한 行爲를 그 構成要件該當性·違法性으로부터 除外한다고 하는 新理論에 의하면 供述에 의존하는 것이 아니라 客觀的·外形的인 事實에 관한 證據에 의하여 構成要件該當·違法한 事故와 不可抗力에 의한 事故를 區別하는 것이 可能하게 된다. 다만 그것을 위하여 行動基準=注意義務內容이 類型的으로 명확하게 정립되어 있을 것을 前提로서 필요하게 된다. 그것이 犯罪成否의 判斷基準으로 되는 것이므로 搜查機關이나 裁判機關이 事故의 犯罪成否을 判斷할 때 本人의 供述을 구하는 것이 아니라 客觀性을 갖춘 判斷을 할 수 있고 恣意的인 過失認定을 防止할 수가 있다.

그 둘은 過失犯不成立의 경우에 있어서 그 理由의 근거가 行爲者의 심정에 보다 좋은 效果를 부여할 수 있는 점이다.⁵⁴⁾ 豫見可能性의 缺如 또는 注意能力 내지 期待可能性의 缺如가 있는 경우 新·旧理論의 어느 것에 의하여도 過失犯의 成立이 否定되어지는 점에서는 동일하다. 그러나 旧理論에 의하면 過失犯의 成立이 부정되는 모든 경우에 대하여 構成要件에 해당하고 違法하지만 責任이 없다고 하는 점에 理由가 있음에 비하여, 新理論에 의하면 過失犯의 成立이 부정되는 것은 責任이 없는 경우 뿐만 아니라 構成要件該當性·違法性 그 자체를 缺如하는 경우가 있을 수 있다. 后者의 경우에는 過失行爲 그 自體가 存在하지 않는 것이지만 旧理論에 의하면 그 경우에도 違法行爲는 있지만 過失이 없는 것으로 된다. 이러한 경우 結論은 동일하여도 行爲의 違法은 있지만 責任이 없다고 하는 理由와 行爲 自體가 違法이 아니라고 하는 理由와는 行爲者의 심정에 미치는 效果에 있어서 后者의 편이 훨씬 더 긍정적이라고 말할 수 있다. 이것은 故意犯의 경우에 그 不處罰의 理由의 차이와 대비해 보면 분명해진다. 殺人罪에 있어서 殺人的 構成要件에 해당하고 違法한 行爲는 있지만 責任能力이 없다는 理由로 不可罰이라고 하는 것과 行爲 自體가 殺人的 構成要件에 해당하지 않는다고 하는 것과는 큰 차이가 있다. 「重해야 하는 것은 重하게 輕해야 하는 것은 輕하게」라는 刑事司法의 本意를 不處罰의 理由에 있어서도 구현할 수 있다면 이 점도 輕視할 수 없는 일이다.

그 셋은 責任無能力者의 過失犯에 대하여 合理的인 解釋基準을 부여한다고 하는 점이

54) 土本武司, 前掲論文, 21頁.

다. 즉 「責任없는 過失」을 인정하는 것은 단순히 理論的인 의미를 가지는 것만이 아니고 實際的 解釋論의으로도 의미를 지니고 있다.⁵⁵⁾ 從來에는 責任無能力者에 대하여 過失을 인정할 餘地가 없다고 생각되어 왔지만 이것을 인정하지 않을 수 없는 경우가 실제로 存在한다. 예컨대 少年法은 14歲 미만으로 刑罰法令에 저촉된 行爲를 한 少年을 審判하는 것으로 하고 있고 이 少年非行에 過失犯의 경우도 포함하는 것은 당연하다. 이 경우에 당해 少年은 責任無能力者인 것이기 때문에 「刑罰法令에 저촉한 行爲」라고 하는 것은 아마 犯罪構成要件을 충족하고 또 違法한 行爲를 의미할 것이다. 그런데 過失傷害罪 혹은 過失致死罪를 문제로 해보면 어떠한 경우에 少年의 行爲가 構成要件을 충족하고 또 違法한가가 문제로 된다. 從來의 理論에 의하면 少年의 行爲가 「故意없이」 人의 死亡을 야기했다는 것만으로 構成要件이 충족되고 그것이 客觀的으로 注意義務에 違反했는가 아닌가는 묻지않고 違法하다고 하는 것으로 된다. 그러나 이에 의하면 少年의 경우에 注意義務를 다한 경우라도 모두 保護處分의 對象으로 되고 責任無能力者의 편이 責任能力者보다도 훨씬 不利益한 취급을 받는 것으로 되어 버리는 不當한 결과를 초래한다.⁵⁶⁾ 결국 이 문제는 注意義務를 構成要件 내지 違法要素라고 이해함으로써 비로소 合理的인 解決이 부여될 수 있다. 따라서 刑事未成年者라도 新理論에 의하면 客觀的注意義務의 遵守有無에 의해서 構成要件該當性·違法性도 없는 경우를 인정하게 되는 合理的 解釋을 도모할 수 있다. 그리고 責任無能力者에 대한 保安處分制度의 경우에도 같은 의미의 實益을 거둘 수 있게 된다.

끝으로 부언하면 過失犯의 違法性을 근거짓는 것이 構成要件에 규정된 結果의 發生과 注意義務違反의 두가지 요소라고 하는 新理論이 보다 合理的이고 장점이 많다고 할 수 있다. 그리고 新理論은 許容된 危險, 信賴의 原則, 危懼感說 등에도 그 理論體系的 性格에는 다소의 영향을 미치므로 그 수용의 여부와 방향도 적지않은 역할을 하고 있다. 대체로 新過失論의 體系와 許容된 危險, 信賴의 原則은 서로 잘 부합된다고 할 수 있다.⁵⁷⁾

55) Welzel, das neue Bild des Strafrechts systems, 4. Aufl., 1961, S. 331 ; 藤木英雄, 前掲過失犯의理論, 99頁.

56) 過失犯만이 아니라 故意犯의 경우에도 동일한 것을 말할 수 있다. 예컨대 14세 미만의 少年의 行爲가 竊盜罪라고 하는 刑罰法令에 저촉하기 위하여는 단순히 그가 他人의 物件을 취거하였다는 것만으로는 不足하고 그 物이 他人의 物이라는 것 및 不法으로 그 物을 領得한다는 것을 認識하는 일, 즉 故意(責任과 분리된 故意) 및 그밖에 主觀的 不法要素를 가질 것이 필요하다(藤木英雄, 前掲過失犯의理論, 99, 100頁).

57) 그 理由는 許容된 危險이나 信賴이 原則이 新·旧 어느 입장에서도 수용될 수 있는 것이나 그 體系的 地位에는 차이가 있으며 行爲無價値가 脫落하는 점에서 그 法的性格을 構成要件 내지 違法性의 要素로 보게 된다(李敬鎬, 過失犯에 있어서 信賴의 原則, 1984, 11面; 沈憲變, 過失犯에 관한 研究, 韓國法學院發行, 저스티스 第10卷 1號, 1972, 54面)

IV. 맺 음 말

이제 21세기를 눈앞에 두고 우리나라도 선진국의 문턱에 진입하고 있으며 近者의 社會現象은 高度의 技術文明 및 交通手段의 급진적 증가와 발달을 촉진시키고 있다. 이에 따라 過失犯의 발생은 各種 産業災害·公害·醫療事故를 비롯하여 특히 交通事故의 급격한 증가를 보이고 있다. 동시에 過失犯의 犯罪現象 또한 多樣해지고 있는 마당에 過失犯의 문제는 여러가지 刑法理論 가운데 가장 어려운 당면과제 중의 하나가 아닐까 생각된다. 따라서 過失犯을 둘러싸고 學者들은 새로운 여러가지의 理論과 많은 문제를 제기하고 있다. 특히 過失犯의 成立 즉, 刑法上의 過失을 어떻게 인정할 것인가 하는 문제를 두고 많은 논의를 거듭해왔다.

그간의 노력으로 過失犯의 成立도 그 獨自의인 體系를 구축하기에 이르므로 故意犯의 부종성을 벗어나서 過失犯理論에 새로운 전기를 마련하였다고 할 수 있다. 요컨대 刑法上 過失犯의 理論構成을 어떻게 형성할 것인가, 즉 過失理論을 어떻게 구성할 것인가 또는 過失犯의 體系問題 등과 관련하여 복잡하고 다양한 社會現象에 부응하는 새로운 過失理論이 그 體系를 정비하고 있다. 생각컨대 過失犯이 成立하기 위하여서는 故意犯의 成立을 위한 그 體系와 마찬가지로 過失犯의 構成要件該當性·違法性·責任性이 각각의 段階에서 독자적으로 다루어지지 않을 수 없다. 이 경우에 다소 견해의 차이는 있으나 過失의 內容이 主觀的으로 行爲者에 대한 非難을 그 대상으로 하고 있으면 그것은 本質的으로 責任性에 속한다고 할 것이고, 이에 비하여 一般的이고 客觀的인 事項을 그 대상으로 하고 있을 때는 構成要件 및 違法性의 영역에 속하는 것이라고 해야 할 것이다. 따라서 過失犯의 成立根據로서의 過失이 반드시 責任要素에서만 귀속되어 다루어질 것도 構成要件要素·違法性要素로서만 다루어져야 할 것도 아니다. 물론 이것은 過失理論의 刑法總論上의 體系的인 귀속의 문제로서 먼저 過失의 理論을 그 내용과 관련하여 어떻게 구성하며, 특히 그 中心的인 要素인 注意義務의 概念과 理論構成을 어떻게 형성하며 注意義務違反을 어떻게 볼 것인가와 깊이 관련되어 있음을 前記에서 이미 周知한 바와 같다. 그러나 新過失理論을 지지하는 立場에서도 그 體系的 歸속의 문제와 관련하여는 다소 見解의 차이를 보이고 있다.

결국 過失犯理論에 대한 하나의 매듭을 지어본다면 從來의 理論처럼 過失을 責任의 要素로서만 보는 것은 타당하지 않으며 構成要件 및 違法性의 영역을 비롯하여 責任論에 걸쳐서 過失內容의 각각을 전체적으로 다루어야 한다고 본다. 요컨대 注意義務의 構造面

에서 볼 때 客觀的 豫見可能性 및 客觀的 回避可能性과 主觀的 豫見可能性 및 主觀的 回避可能性으로 나누어볼 수 있다. 前者는 그 性質상 構成要件 및 違法要素에서 后者는 責任要素로서 다루어져야 할 것이다. 그리고 注意義務의 內容도 社會生活上 필요한 客觀的 具體的 基準 즉 客觀的 注意義務를 構成要件要素로 하고 違法性的 段階에서 一般人(平均人)을 中心으로 客觀的 結果豫見可能性·結果回避可能性을 다루고 동시에 責任性的 단계에서는 行爲者의 非難을 중심으로 主觀的 結果豫見可能性·結果回避可能性을 다루는 것으로서 注意義務違反 즉, 過失의 成立與否를 判斷하는 것이 타당하다고 본다.

이상으로 本稿에서는 地면의 制約上 문제의 일부를 다루는데 그쳤고 過失의 內容을 비롯하여 具體的 過失判斷의 基準과 관련된 許容된 危險의 理論, 信賴의 原則, 豫見可能性과 相关的 危懼感說, 그리고 過失犯의 具體的·個別的 과제로서 企業過失·醫療過失 및 이와 相关的 監督者의 過失 등 過失을 둘러싼 수많은 문제가 제기되고 있으나 이들에 대하여는 다음 기회에 미루기로 한다.

參 考 文 獻

- 姜斗鉉, 過失犯에 관한 研究, 檀國大學院, 博士學位請求論文, 1973.
 金鍾源譯, J. Jescheck, “過失論의 發展과 現況”, 法曹, 第28卷 12號.
 朴東熙, 刑法學總論, 法文社, 1977.
 孫海睦, “過失犯”, 檀國大論文集(人文, 社會篇), 1977.
 「過失犯」刑事法의 諸問題, 陽村申東旭博士 停年紀念論文集, 1983.
 沈在宇, 「社會的 行爲論의 過失犯體系」考試研究, 1973, 3.
 “刑法體系에 있어서 過失犯의 構造”, 法律行政論集, 第18集, 1980.

58) 특히 近者에 우리나라 交通事故發生率은 世界적인 기록에 이르고 있고 이로 인한 人的·物的被害가 엄청난 것으로서 심각한 社會問題의 하나라고 할 수 있다(李敬鎬, 「우리나라 交通犯罪의 現況과 對策」韓國刑事政策學會, 1983, 昌간호 227~307面).
 59) 孫海睦, 前揭論文, 60面; 李炯國, 前揭書, 658面; 沈在宇, 「社會的 行爲論의 過失犯體系」考試研究, 1973, 3, 77面; 車鑰碩, 「過失犯理論」(上), 새法政, 1972, 5, 41面; Blei, Strafrecht, AT, 18. Aufl., 1983, S. 229; Bockelmann, Strafrecht, AT, 3. Aufl., 1979, 158. ff; Engisch, a. a. o., S. 334. ff; Jescheck, a. a. o., S. 457; Wessels, Strafrecht, AT, 13. Aufl., 1983, S. 171. f; 井上正治, 前揭書, 52, 53頁.
 60) 信賴의 原則에 대하여는 이미 출문에서 약간을 발표한 바가 있다(李敬鎬, 過失犯에 있어서 信賴의 原則, 韓國海洋大學 論文集 제3집, 1984, 149~169面; 同卒文, 信賴의 原則의 適用, 韓國海洋大學 論文集 제20집, 1985, 227~245面).

- 沈憲燮, 過失犯에 관한 研究, 韓國法學院發行, 저스티스 第10卷 1號, 1972.
- 廉政哲, 刑法에 있어서의 行爲概念, 月刊考試, 通卷 49號, 1978.
- 劉基天, 刑法學(總論), 一潮閣, 1977.
- 李敬鎬, 過失犯에 있어서 信賴의 原則, 韓國海洋大學 論文集 第20集, 1985.
「우리나라 交通犯罪의 現況과 對策」韓國刑事政策學會, 1986, 창간호.
- 李在祥, 刑法總論, 博英社, 1986.
- 李炯國, 刑法總論研究II, 法文社, 1986.
- 鄭盛根, 改稿·刑法總論, 法志社, 1987.
- 鄭榮錫, 刑法總論, 法文社, 1978.
刑法總論, 法文社, 1982.
- 陳發鎬, 刑法總論, 大旺社, 1986.
- 車鏞碩, 「過失犯理論」(上) 새法政, 1972. 4.
- 黃山德, 刑法總論, 法文社, 1973.
- 團藤重光, 刑法, 1953.
注釋刑法(2)의II 總則(3), 有斐閣, 1969.
- 瀧川, 刑法各論, 1949.
- 藤木英雄, 過失犯—新旧過失論爭, 學陽書房, 1978.
- 政野英一, 重訂日本刑法上卷, 1935.
- 福田平, 「過失犯의 構造」, 刑法講座 3卷, 1963.
「過失犯의 構造」, 刑法解釋學의 基本問題, 有斐閣, 1975.
- 福田平·大塚仁, 過失犯의 諸問題(1), 法學教室, 有斐閣, 1984.
- 小野, 刑法講義各論, 1948.
- 安平政吉, 責任主義의 刑法理論, 1968.
- 井上正治, 過失犯의 構造, 有斐閣, 1975.
- 齊藤誠仁, 「過失犯의 未遂」 過失犯(1) 基礎理論, 日沖憲郎博士 還歷祝賀論文, 有斐閣, 1970.
- 土本武司, 過失犯理論의 動向と 實務(1), 警察研究 第54卷 第4號, 1981.
- 平野, 刑法總論(1), 1974.
- Beling, die Lehre vom Verbrechen, 1906.
- Binding, die Normen und ihre Übertretung IV, 1919.
- Blei, Strafrecht, AT, 18. Aufl., 1983.

- Bockelmann, Strafrecht, AT, 3. Aufl., 1979.
- Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930.
- Exner, das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910.
- Goldschmidt, der Notstand, ein Schuld Problem, 1931.
- Hermann Blei, Strafrecht I, AT., 17. Aufl., 1977.
- Hippel, deutsches Strafrecht, Bd. II, 1930.
- Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 3. Aufl., 1978.
- Köhler, Probleme der Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1912.
- Lackner, StGB, Kommentar, 14. Aufl., 1986.
- Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932.
- Mezger, Strafrecht, 3. Aufl., 1949.
- Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, AT 5. Aufl., 1978.
- Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951.
- R. Frank, StGB(Kommentar), 17. Aufl., 1926.
- Schmidhäuser, Strafrecht, AT, 2. Aufl, 1975.
- Welzel, Studien zum System des Strafrecht, Zstw., Bd. 58, 1938.
das deutsche Strafrecht, 5. Aufl., 1954.
das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl., 1961.
- W. Hardwig, die Zurechnung, Ein Zentral Problem des Strafrechts, 1957.

