

過失과 注意

Denn der Begriff der Fahrlässigkeit ist sozusagen ein Mikrokosmos,……

K. Engisch, Untersuchungen., S. 240

沈 憲 燮*

I. 序論

II. 刑法 第14條와 過失의 問題點

III. 過失과 不知

IV. 過失과 注意(1)——類型分析

V. 過失과 注意(2)——具體化原理

VI. 外(內)的 注意와 違法

VII. 結論

規範·命令·注意

필자는 지난번 本論文集(1967)에서 <故意·意思·認識>이란 論題하에 故意의 限界 및 그 意識形式을 다루어 보았다. 이번에는 兩大 <責任形式>으로서도 여전히 故意와 쌍벽을 이루고, 그 構造의 內容에 있어서도 對照를 이루는 過失의 문제를 취급해 보기로 한다. 그러나 이번에도 역시 部分的인 問題를 考察의 對象으로 삼았다.

I

오늘날 刑法解釋學에서 過失개념은 理論的으로나 實際的으로 상당한 변화를 보이고 있다. 學問的 認識의 非閉鎖性에 발맞춤인지 <過失>개념은 종래의 폐쇄적인 體系的 思考의 쇠사에서 차츰 풀리어 하나의 解釋學的 獨自性을 갖는 <過失犯>의 문제로 등장하기에 이르게 되었고⁽¹⁾, 이로 인하여 그것의 理論的 취급은 더욱 어렵게 되었다. 어쨌든 過失犯은 故意犯이외의 刑法學의 진정한 第二의 重心으로 발전된 것이다.

오늘날 自動車交通의 증가에 따라 身體·生命 및 財產에 대한 危殆의 可能性은 多樣化되었고, 機械時代의 온갖 施設과의 過失의 접촉으로 인하여 발생할 수 있는 損害의 범위는 상당한 정도로 확대되었다. 交通手段의 動力化에서나 產業의 기계화에 있어서 先進國을 따르지

* 法學科 助敎授

1. 우선 金鍾源, 過失犯의 構造, 法政 No. 227 8面 이하. 劉基天, 刑法學(總論講義), 一潮閣, 153面이하(§ 24[一]), 黃山德, 刑法總論(四訂版), 法文社, 109面이하. 특히 H. Wetzel, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte, JGK-Schriftenreihe Heft 49, Karlsruhe 1961, 5面이하(이하 Fahrlässigkeit. 로 인용). 별책 K. Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Berlin 1930, Neudruck Scientia Aalen, 239面이하(이하 Untersuchungen. 으로 인용)참조.

못하는 우리나라라 할지라도 大檢察廳 <犯罪分析>의 圖表를 보면 刑法犯의 상당한 부분을 (刑法 第170條, 第266條, 第267條, 第268條에 국한된) 過失犯이 계속 차지하여, 刑法犯중 제 3위를 달리고 있음을 볼 수 있다²⁾. 여기에다 그 대부분이 過失로 범해지는 交通違反을 첨가해서 생각해 볼때, 앞으로 法院이 주로 다루게 될 犯行과 犯人은 過失犯이요 過失犯人일 것이라고 말해본들 지나침은 없을 것이다. 확실히 道路交通이외의 분야에서의 過失致死나 過失傷害가 비교적으로 줄어들었을 것이나, 기계적 세계의 여러 영역에는 조그마한 실수로 大慘事를 낳을 가능성은, 原子力의 위험을 생각하지 않더라도, 너무나 크며 많다고 하겠다. 이렇게 생각해 볼때 우리는 過失犯에 대해서 刑法과 刑事法曹가 담당해야 할 役割을 생각하지 않을 수 없다. 道路上에서 일어나는 事故자체만을 두고 보더라도, 그것을 動力化(motorization)에 따르는 불가피한 代價의 일종이라고도 생각하는 수가 많으나, 총괄적으로 조사해 본다면 그 대부분이 분명히 인간들의 故障(!) 환언하면 外的 事由에서가 아니라 우리 사람들의 그릇된 行爲에 그 이유가 있음이 틀림없이 밝혀질 것이다³⁾. 또 過失犯行이란 것이 진정한 犯罪的 태도에서 부터 갖가지 종류의 精神病質을 넘어 단순한 集中力의 缺如나 조그마한 失手에 이르기까지의 온갖 누앙스를 담은 心的 生活을 반영하고 있다는 것이 犯罪學的으로도 밝혀지고 있음을 볼진데⁴⁾, 法이 判斷이나 命命이나에 대한 근본적인 고찰에 앞서 刑法이 근원적으로 가져야 할 課題는 또한 사람들로 하여금 기본적인 社會倫理的 이룬바 <行爲價値>와 心情 및 性格的 <呼訴>를 보유하게 하여 侵害나 危殆로 부터 法益을 보호하게 하는데도 있음을 우리가 過失을 문제삼음에 즈음하여 우선 느껴야 하겠고, 또 過失犯人에 대한 刑事政策的 取扱도 앞으로 연구 실시되어야 할 것이다⁵⁾. 그러나 필자의 論述은 論題에서 더 이상 멀어지거나 客談이 되어서는 안되겠기에 점차 그것으로 접근되어야 하겠다.

II

刑法解釋學上 過失문제의 취급이 쉽지않다는 점은 體系的인 刑法的 認識이 형성될 때 부터,

2. 참고로 최근 것(1968년 제 1호)을 보아도 알 수 있다. 그러나 過失犯에 대한 상세한 分析은 없다. 최근의 법무발표에 의하면 과실범은 64년엔 불과 0.8%이었던 것이 65년부터 급격히 증가, 69년엔 5.3%에 다다랐다고 한다(東亞日報 70. 3. 25, 7면).
3. 同旨, H. Welzel, Fahrlässigkeit. 6면. H. H. Jescheck, Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht, Freiburger Universitätsreden. Neue Folge. Heft 39(Freiburger Rektoratsrede) Freiburg 1965, 6면. 실제로 독일통계는 80~90%가 그런것으로 밝히고 있다. Meyer-Jacobi-Stiefel, Typische Unfallsursachen im deutschen Straßenverkehr, Bad Godesberg und Hamburg 1961 Bd. III, 35면 참조.
4. H. H. Jescheck, 前掲 7면. 또 犯罪學的으로는 H. E. Göppinger, Der Verkehrssünder als krimineller Typus, in: Kriminalbiologische Gegenwartsfragen, Heft 4, Stuttgart 1960, 78면이하 참조.
5. 올해부터 過失初犯을 行刑에 있어서 破廉恥犯과는 별도로 收容하겠다는 法務部當局의 發表는 우선 반겨야 할 政策이라 하겠다. (또한 東亞日報 70. 3. 25, 7면).

즉 Feuerbach(1840) 이후 승인되어 온 사실이다(6). Binding(1919)도 <故意論은 過失에 관한 理論과 비교해 보면 比較的 쉬운 일이다>라고 말하여 過失論의 難點을 지적했고, Engisch(1930)도 위의 Binding의 말을 바른 지적이라고 인용하면서 <過失의 解釋學的 解明은 故意의 그것보다 더 많은 큰 困難에 부딪친다>고 솔직히 승인했다(7). 오늘날에 있어서는 Welzel(1961)이나 Jescheck(1965)의 表現에서도 역시 그 解釋學的 取扱의 困難性이 지적되고 있는 것이다(8). 이러한 여러학자들의 陳述은 過失犯에 대한 우리들의 探究를 주춤하게 하는가 하면, 자극시키기도 한다.

過失이란 개념이 Engisch의 말처럼 정말 복잡한 徵表들로서 이루어져 있는 하나의 <小宇宙>(Mikrokosmos)이어서 그 징표들을 하나하나 자세히 분석한다든가 그들 상호간의 관계 및 다른 犯罪徵表 특히 構成要件該當性, 違法性등과의 관계를 해명하는 것은 이론적으로나 실제적으로 難題에 속함을 우리는 잘 알고 있다(9). 이러한 점을 고려하면 필자의 <問題>中心의 考察은 한편 過失이 하나의 <全體的 形像>(Ganzheitliches Gebilde)이어서, 그것의 分解는 그 자체 어떤 파괴적인 것이라는 것을 생각할 때에는 위험한 것 같고, 또 한편 그 全體性 배후에는 여러종류의 요소들이 집요하게 連累되어 있어 그것들의 分析이 요청 내지 강요되고 있음을 본다면 의미도 있을 것 같다(10). 그렇다면 우리가 관심을 집중시켜야 할 過失犯의 <問題點>을 어디에서 발견해야 할 것인가?

法學에 있어서는 다른 學問과 달라서 問題點의 發見에 있어서 法律上의 言語慣行의 確定이 있으면 우선 거기에서 부터 출발하지 않으면 안된다(11). 다행히도 우리 刑法에는 직접 過失犯에 대한 이른바 <原版>(Leitbild, 指導形像)이라고 볼 수 있는 規定을 두고 있다. 즉 刑法第14條가 그것이며, 다음과 같이 規定되고 있다.

『正常의 注意를 怠慢함으로 因하여 罪의 成立要素인 事實을 認識하지 못한 行爲는 法律에 特別한 規定이 있는 境遇에 限하여 處罰한다』

넉넉히 一般條項이라고 볼 수 있는(12), 本規定의 言語確定(?)에서 우리는 우선 두 부분의

6. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 13 Aufl., Gießen 1840. 92面. H-H. Jescheck, 前掲, 6面에서 참조.

7. K. Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. IV, Leipzig 1919, 336面이하. Neudruck Scientia Aalen 同面이하. K. Engisch, Untersuchungen., 239面.

8. H. Welzel, Fahrlässigkeit. 15面. H-H. Jescheck, 前掲, 7面.

9. K. Engisch, Untersuchungen. 240面.

10. K. Engisch, Unrechtstatbestand. 429面. G. Boldt. Zur Struktur der Fahrlässigkeits-Tat. ZstW 68, 345面 참조.

11. 拙文. <故意·意思·認識>; 崇實大學論文集(제1집, 1967), 116面 참조.

12. 이점에 대해서는 R. Wiethölter, Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, Eine Studie zum zivilrechtlichen Unrecht, Karlsruhe 1960, 24面.

그것도 相異한 性質의 陳述에 注目하게 된다. 즉 그 하나는 <正常의 注意를 怠慢함으로 因하여>라는 價値(規範的)陳述이고 다른 하나는 <罪의 成立要素인 事實을 認識하지 못한>이라는 記述的(心理的) 陳述이다. 따라서 過失犯에 있어서의 問題點은 우선 現象的으로 <注意 怠慢>과 <事實의 不認識>에 있음을 直觀할 수 있다. 이 兩問題點의 關係는 어떠하며 그들 間에 比重의 變遷은 없는지를 우리는 우선 물어야 되겠고 이에 따라 우리의 考察은 前進될 수 있는 것이다.

III

사실 刑法解釋學上 <不知의 要素>(Ignorantiamoment)가 過失에 本質的이라는 主張은 과거에도 있었고, 오늘날에는 거이 그 主張의 虛點이 들어났으나, 그러나 <소극적>으로 여전히 발견된다(13). 즉 <不知> <不認識> 나아가서 <錯誤>의 要素가 바로 過失의 特徵이며 그것이 곧 故意와의 對當을 이루는 것이고, 過失이라는 責任形式을 이해하는데 출발점이 된다는 것이다(14). 이러한 견해가 나오는데에는 무엇보다도 그에 相應하는 故意論에 이유가 있었다. 즉 構成要件實現의 可能性에 대한 表象만 있으면 모두 故意로 보아 構成要件實現의 可能性의 인식에 있는 이른바 <認識있는 過失>도 過失로 인정하지 않고 따라서 모든 過失은 결국 構成要件實現의 表象(認識)의 缺如로 보았었다(15). 또 v. Liszt 처럼 《(未必的) 故意는 行爲者가 <結果는 일어나지 않을 것이다>라는 確定的 判斷에 이르지 못할 경우에 존재한다》라고 말하면(16), 이 말의 文句로 보아 過失에 錯誤의 要素를 인정하지 않을 수 없게 된다(17). 이리하여 그는 過失은 <意思行爲의 結果惹起的 혹은 結果防止不能的 意味에 대한 錯誤 내지 構成要件徵表의 認識의 缺如에 의존한다>라고 말한 것이다(18).

그러나 故意와 過失의 限界에 관한 理論的 傾向에 눈을 돌리더라도 不知 및 錯誤가 過失의 本質的 特色이라는 主張은 받아드릴 수 없음을 알게 된다. 독일에서는 이미 1930年代에

13. Engisch, Untersuchungen., 256面, 註1에서는 그 당시까지의 대표자들을 열거하고 있다. 오늘날은 W. Sauer, Allgemeine Strafrechtlehre, 3. Aufl. Berlin 1955, 179面 이하. J. Baumann, Strafrecht, Allg. Teil, 3. Aufl. Bielefeld 1964, 400面, Grundbegriffe und System des Strafrechts, Eine Einführung an Hand von Fällen, Stuttgart 1962, 109面참조.

14. Engisch, 前掲, 257面에서 지적.

15. Engisch, 前掲, 257面에서는 이들로써 v. Almendingen, v. Liszt, Lucas 등을 든다.

16. F. v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21. und 22. Aufl. Berlin und Leipzig 1919, 166面(§ 39 II 2 b β).

17. Engisch, 前掲, 258面에서의 지적처럼 過失로 처벌키 위해서 어쨌든 요구되었던 <現實的> 結果發生은 적어도 그 <可能性>을 증명하는 고로, <結果는 일어나지 않을 것이다>라는 確定的 判斷(assertorisches Urteil)은 항상 僞이며, 따라서 錯誤에 빠져 있다 하겠다.

18. v. Liszt, 前掲, 177面(§ 42 III).

*Engisch*의 理論까지 援용하지 않고⁽¹⁹⁾, 다만 *Frank*의 公式을 따르더라도⁽²⁰⁾, 故意와 (認識 있는) 過失은 構成要件 實現의 可能性에 대한 認識은 있는 영역에서 相異한 感情的 態度라는 區別原理에 따라 區分되었던 것이다. 이 原理에는 모든 過失의 경우에 不知의 要素가 본질적 이라고 말할 하등의 根據가 없는 것이다. 故意가 존재하느냐는 行爲者와 行爲사이의 일정한 感情的 關係에 의존하고 있으며, 따라서 過失은 이러한 感情的 關係의 缺如를 통해서 특정 지워질 필요가 있지 다른 어떤 表象의 缺如를 통해서 그럴 필요는 없는 것이었다⁽²¹⁾.

결론적으로 말해서 過失不知說을 취하게 되면 過失의 範圍가 너무나 狹小하게 되어버리게 된다 하겠다⁽²²⁾. 이렇게 본다면 第14條의 記述的 陳述은 過失犯의 本質的 問題點은 되지 못한다 하겠고, 그것에 積極的 意味를 부여할 수가 없음을 알게 된다.

IV

그렇다면 過失(犯)이란 그 概念規定이 어떻게 되어야 하며, 그 本質的 問題點은 어디에 존재하는 것인가?

우리는 우선 여기에서 <避했어야만 했었을 違法한 結果를 故意없이 惹起시킨 者는 過失로 行爲한 것이다>⁽²³⁾라는 唯名的 定義에로 돌아가 버리기 쉽다. 사실 過失을 <避했어야만 했었고 또 避할 수도 있었던 違法한 構成要件實現, 짧게 말해서 避할 수 있는 構成要件의 不法>으로 보는데 이때까지의 설명에서 반대할 근거는 없는 것 같다⁽²⁴⁾. 그러나 이러한 過失의 概念規定에 異議가 없을 수 없다. 故意的인 構成要件의 實現도 避할 수 있는 構成要件의 不法이 아닌가? 사실 避할 수 있는 有害한 因果關係를 避해야 할 法的 義務는 모든 刑事責任의 기초가 되는 것이다⁽²⁵⁾. *Engisch*가 말하듯이 故意와 過失은 避할 수 있는 不法의 특수 경우에 불과한 것이다⁽²⁶⁾. 여기에서 우리는 過失로 行爲하는 자가 <특별히> 피해야 할

19. *Engisch*, 前掲, 특히 220面이하 참조. 表象動機說과 感情說의 結合이 바른 견해라 보고, <매우 높은 정도의 無關心>이 있는 경우에 未必的 故意를 인정한다(234面).
 20. 이른바 그의 第一公式과 第二公式 R. Frank, Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre, ZstW 10, 1890 169面이하.
 21. 그 이후의 理論에 대해서는 拙文, <故意·意思·認識> 119面이하 참조. 그리고 특히 F. Nowakowski, Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, JZ. 1958(Nr. 11/12), 339面. H.H. Jescheck, Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff, In:Festschrift für E. Wolf, Frankfurt/M 1962, 483面.
 22. 이점에 대해서는 *Engisch*, 前掲, 266面이하에서 상세히 지적되고 있다.
 23. E. Exner, Das Wesen der Fahrlässigkeit, Eine Strafrechtliche Untersuchung, Leipzig und Wien 1910, 136面에서의 指摘. *Engisch*, 前掲, 267面 참조.
 24. Exner, 前掲, 267面 참조.
 25. W. Mittermaier, Zur Frage der Schuldcharakter der Fahrlässigkeit, ZstW 32 (1911), 425面, *Engisch*, 前掲, 267面이하의 記述참조.
 26. *Engisch*, 前掲, 同面.

不法은 무엇인가를 묻지않을 수 없다. 사실 行爲者가 構成要件의 不法을 피해야만 했었고 또 그렇게 할 수도 있었을 것이라는 (過失에 대한) 公式은 우리의 고찰에 대하여 方向만을 암시할 뿐이다. 더 탐구되어야 할것은, <故意는 없이 행위했으나, 우리가 過失로는 비난하는 그 자가, 어떠한 방법으로 不法을 피해야 하고 또 피할 수 있는가>일 것이다. 여기에 대한 대답은 한결같이 <注意力을 緊張>, <자기에 속하는 모든 조심>을 다하여 피해야만 된다는 것이다⁽²⁷⁾. 이리하여 過失은 드디어 <注意>의 缺如로 보기에 이른 것이다.

우리는 이제 注意의 怠慢(侵害)이 過失의 本質的 徵表라는 점을 깨닫게 된 셈이다. 이리하여 우리의 關心은 第14條의 <價值的 陳述>에로 집중되어야 하겠다. 여기에서 우리는 <過失에 있어서는 行爲에 犯罪的 內容이 人間行爲의 操縱的 要因으로서 存在的(ontisch)으로 주어져 있는 意思에 관련될 수 있는 것이 아니라, 規範的 世界에 속하는 注意義務의 侵害에 있음으로 인해 그 理論的 認識은 더욱 어려운 것이다>라는 *Jescheck*의 言及도 이해되며⁽²⁸⁾, 過失의 가장 普遍的인 개념이 있다면, 그것은 <注意義務의 侵害>(Verletzung der Sorgfaltspflicht)이라고 한 *Hardwig*의 주장에도 공감을 가지게 된다⁽²⁹⁾.

그러면 우리가 <(正常의) 注意의 怠慢>云云할 경우, 과연 注意라는 말아래서 무엇을 이해하고 있는 것인가? 또 이러한 注意개념이 刑法體系에서 어떠한 위치를 차지하고 있는가? 이러한 문제를 분석해 볼려는 것이 이제 부더의 과제이다. 물론 위에서도 말한 바와 같이 <(正常의) 注意>라는 개념이 넉넉히 一般條項의이라서, <實務에 價値判斷과 意思決斷>에의 呼訴도 쉽게 있을 수 있으나, 그것도 概念規定의 최대한도의 明瞭性과 一義性이 이룩된 후에야 비로소 가능하다는 점을 적어도 우리로서는 주장하지 않을 수 없다. 이미 *Tarnowski*가 因果關係論에서 <相當性>의 징표에 대하여 감행했던 바와 마찬가지로의 시도, 즉 <이미 추상적으로 具體的決斷에의 길을 터놓는 試圖>가 여기에서도 또한 감행되는 것이다⁽³⁰⁾.

過失에서의 注意의 개념문제에 눈을 돌리면 우선 過失에 관한 모든 설명에서 시종일관해서 나타나기도 하는 중요한 문제점에 접촉하게 된다. 그것은 즉 注意개념의 二重的 意味解釋의 가능성이다. 이것은 이미 *Feuerbach*에서 부터 지적되어 왔다⁽³¹⁾. 즉 그는 한편에 있어서 行爲者가 그것이 가능한 위법한 結果에 대하여 因果의 관계에 놓여 있다는 것을 의식하면서 <外的인> 행위를 함에 있는 過失(Culpa aus Fahrlässigkeit)과 다른 한편에 있어서 行爲와 法律

27. 대표적으로 *R. Frank*, StGB(Kommentar), 17. Aufl. Tübingen 1926, 186面(§56의 III)를 참조.

28. *Jescheck*, 前掲, 6面이하.

29. *W. Hardwig*: Die Zurechnung: Ein Zentralproblem des Strafrchts, Hamburg 1957, 191面 참조.

30. *H. Tarnowski*, Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs, Berlin und Leipzig 1927, 184面과 304面이하 참조. *Engisch*, 前掲, 240面 참조.

31. *Feuerbach*, Betrachtungen, 1813. 5223, *Engisch*, 前掲, 269面에서 참조.

과의 관계에 대해서나, 行爲와 結果사이에 가능한 因果關係에 대해서 <省察>을 아니함에 있는 過失(Culpa durch Übereilung u. Culpa durch Unbedachtsamkeit)을 구별했었다⁽³²⁾. 그 후 줄 곧, 文獻에서는 한편으로는 心理學的인 注意개념, 즉 注意를 內心의 行爲(Handlungen des Gemüts)에서 찾는 <內的 注意>(Innere Sorgfalt)의 개념과 다른 한편으로는 外的인 行爲를 하는것(作爲)과 위험한 行爲를 하지 않는것(不作爲)을 포괄하는 <外的 注意>(Äußere Sorgfalt)의 개념을 구별해서 언급하기에 이르른 것이다. 그러나 Welzel도 솔직히 말했듯이⁽³³⁾, 注意개념을 가장 철저히 파고든 이는 Engisch⁽³⁴⁾이었다. 그의 注意개념에 대한 分析的 整理와 銳利한 指摘은 Exner의 理論에 뒤이어⁽³⁵⁾, 過失犯理論을 再構成하는데 決定的인 契機를 마련했던 것이다⁽³⁶⁾. 따라서 우리도 Engisch의 論述에 크게 의존하면서 注意개념을 분석 정리하여 보기로 하자.

우리가 말하는 <內的 注意>는, 文獻에서는 어느정도의 集中力을 이행하는것, 五官을 가다듬는것, 정신력을 긴장하는것, 一體의 精神(心理)的·身體的 기관이 交合되는것 등으로 이해되고 있다⁽³⁷⁾. <注意는 계획과 규율없이 뒤죽박죽이 된 思想의 分散이나, 思想없는 자의 忘失과는 정면으로 반대되는 일정한 方向에로의 思想의 집중과 固定으로 나타난다……. 注意한다는 것은 내적인 긴장과 관심으로서 外的인 것이나 內的인 것(즉 안밖)을 관찰하고, 기대하고 배려하고, 표상의 진행을 확정하는 것을 의미한다>고 하거나⁽³⁸⁾, <過失(犯)者는 불충분한 意思의 긴장, 불충분한 주의력과 조심으로 인해 위법한 결과를 예견하지 못했다>⁽³⁹⁾고 하거나, 더 구체적으로 (認識없는 過失에서) 構成要件該當의 法益侵害의 可能性을 留意하지 않거나 非價值的 結果의 發生可能性은 인식했으나 발생하지 않을 것이라고 信賴해서 行爲하기로 決心하거나 함으로써 침해되는 <主觀的 注意義務>⁽⁴⁰⁾등에서는 注意라는 것은 精神的 集中力, 즉 똑 바른 知覺에로 이르기 위한 感覺의 緊張이나 바른 記憶, 判斷, 結論에로 이끄는 <熟慮>로 이해되었던 것이다.

이에 대하여 우리가 <外的 注意>라고 말할 경우 그것은 사태에 적합한 바른 <外的> 行爲로 이해되었었다. 이미 v. Hippel 과 Frank 가 心理的인 <注意力>(Aufmerksamkeit)으로서는

32. Engisch, 前掲, 269面에서 참조.

33. Welzel, Fahrlässigkeit, 10面.

34. Engisch, 前掲, 특히 266面이하.

35. F. Exner, 前掲 특히 81面이하와 193~195面 참조.

36. Jescheck, 前掲, 10面. Wiethölter, 前掲, 24面에서의 지적참조.

37. Engisch, 前掲, 271面.

38. Wahlberg, Gesammelte kleinere Schriften III, 1882, 272面 이하. Engisch, 前掲, 同面에서 참조.

39. G. Radbruch, Über den Schuldbegriff, ZstW 24(1904) 345面.

40. F. Nowakowski, 前掲(JZ), 390面.

부족하고 그것 대신 <注意(예견)>(Vorsicht)로 대처해야 한다고 지적한데서 잘 나타나고 있다. <행위자가 아주 긴장된 주의력을 가졌으나 注意없이, 따라서 過失로 행위한 것으로 되는 경우를 많이 생각할 수 있다. 예로써 근처에 있는 사람이 아니라 짐승만을 맞추려고 —헛데이— 갖은 애를 다 쓴 注意없는 수렵에서의 射手를 들 수 있다. 그는 發射하지 않았어야만 했었지, 주의력이 없었던 것은 아니었다>(v. Hippel⁽⁴¹⁾). <혹자가 그가 익숙치 않은 위험한 일을 맡았을 경우(예컨대 外科醫로서 숙련되지 않은 의사가 중대한 수술을 맡을 경우), 사망의 결과가 난 경우에는 모든 가능한 주의력을 다 했을지라도 過失은 있는 것이다. 왜냐하면 그는 실제 지식이 없기 때문에 그 일을 맡지않았어야만 하기 때문이다. 그에게 책임을 돌린 것은 주의의 缺如, 환언하면 狀況의 위험성에 대한 適應의 缺如인 것이다>(Frank⁽⁴²⁾). v. Hippel에서의 射手나 Frank에서의 醫師는 위험을 명백히 알고서도 그가 하지않아야 할것을 한것, 즉 위험한 행위를 한것이 된다. 따라서 注意는 心理에서 外的行爲에 로 이동된 것이다. 이들의 행위는 순전히 外的으로 構成要件實現의 回避에 이바지 하지 못했기 때문에 不注意한 것이 되었다. Engisch의 지적처럼⁽⁴³⁾, Frank와 v. Hippel이 過失을 규정함에 있어서 外的 注意를 고려한 것은 사실 實態에도 적합한 것이라고 보겠다. 그것은 實務에서도 心理的 注意力 못지않게 外的 注意에 대한 고려가 큰 역할을 하기 때문이다. 대개의 交通上의 過失에 있어서 判例는 事故의 원인을 혹은 <高速度로 疾走>⁽⁴⁴⁾, 혹은 <過大速度으로 驅車>⁽⁴⁵⁾, 혹은 때늦은 <停車> 및 <警笛吹鳴>의 不作爲⁽⁴⁶⁾, 혹은 (밤바에 금이 간것을) <망치로 두드려 보지않음>⁽⁴⁷⁾, <바른 道路側面(右則)의 不遵守>⁽⁴⁸⁾에 있는 것으로 보고 이러한 행위를 필요한 注意의 怠慢으로 보고 있는 것이다. 다른 모든 過失犯의 경우에도 마찬가지로 순전히 外的으로 注意의 缺如를 의미하는 그런 행위를 꼬집어 널리고 하고 있는 것이다. 즉 採鑛중 落盤事故를 방지함에 있어서 切離를 發見하기 爲한 照明設備를 하지 않음은 不注意한 것이라든가⁽⁴⁹⁾, 經驗이 적고 操舵術이 能熟하지 않은 者에게 操舵를 付託한 것은 不注意한 것이고⁽⁵⁰⁾, 火藥類 使用許可를 받지 아니한 第三者로 하여금 漫然히 發破作業을 하게하는 것은 不注意하다는⁽⁵¹⁾등등 外的 注意의 怠慢으로 나타나는 行爲에 대

41. R. v. Hippel, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. A. T. III. 431 面.

42. R. Frank, StGB(Kommentar), Tübingen, 17. Aufl. 1926. § 59, VIII. 185 面이하.

43. Engisch, 前掲, 276 面이하 참조.

44. [大判] 1962. 3. 29. 羅吉祚 編 增補新版·刑事判例類集, 1966. 8. 30. 奎章閣 402 번(307 面).

45. [大判] 1958. 2. 28. 羅吉祚 前掲, 409 번 (311 面).

46. [大判] 1955. 4. 8. 羅吉祚 前掲, 403 번 (307 面).

47. [大判] 1967. 5. 2. 羅吉祚 編 續·刑事判例類集, 1968. 10. 15. 育法社, 223 번 (179 面).

48. [大判] 1967. 6. 20. 羅吉祚 前掲·(續) 225 번 (199 面).

49. [大判] 1958. 9. 5. 羅吉祚 前掲(增·新) 410 번 (311 面).

50. [大判] 1960. 2. 29. 羅吉祚 前掲(增·新) 411 번 (312 面).

51. [大判] 1965. 3. 9. 羅吉祚 前掲(增·新) 416 번 (318 面).

해서 많이 언급되고 있다.

이상과 같은 注意개념의 분석에서 우선 알 수 있는 것은 構成要件實現을 回避해야할 者의 行爲가 곧 <注意>를 의미한다는 것이다. 內的 注意이든, 外的 注意이든 비록 전자는 간접적이지만 그것들은 모두 構成要件實現의 阻止라는 一致된 기능에 같이 뿌리박고 있다. 그들은 모두 *Engisch*의 말처럼 <目的(構成要件 實現의 阻止)에 이바지하는 手段>이라고 볼 수 있다⁵²⁾. 물론 그렇다고 해서 構成要件實現의 阻止에 적합한 <모든> 行爲를 <注意>라고 말하는 것은 물론 아니다. 注意개념은 이미 價値개념이어서 注意는 언제나 <必要的 注意>일 것이고, 또 여기에서는 <우선> 무엇이 객관적으로 必要的 注意인가라는 <客觀的> 注意, 환언하면 第14條의 <正常의> 注意가 문제될 것이다(後述). 그러면 이제 우리는 이러한 (客觀的으로) 필요한 注意를 (過失犯이 처벌되는 構成要件에 자연히 국한하면서) 그 기본적인 <類型>을 살펴보면 다음과 같다.

(가) 危險한 行爲를 하지 않음(不作爲)으로서의 注意⁵³⁾—상술한 우리 判例에서도 많이 나타나듯이 注意는 우선 <結果犯의 構成要件該當의 結果를 야기시키고 따라서 (기타의 사정이 부수되면) 構成要件을 實現하기에 적합한 外的인 行爲를 하지 않음(不作爲)으로 이해되고 있다. 즉 <相當한> 行爲의 不作爲가 注意의 내용이 되는 것이다. 간단히 말한다면 <危險한> 外的 行爲의 不作爲를 말한다. 물론 무엇이 <危險한> 행위인가는 다시 相當성이 決定할 것이다. 즉 하지않아야 할 行爲의 危險性은 (構成要件該當의 結果에 따라 측정하는) 客觀的 相當性의 判斷이 결정하는 것이다. 한 行爲의 構成要件該當性에는 어느 정도의 結果惹起의 可能性이 있어야 한다고 볼진데, 注意義務의 內容은 어느 정도의 結果惹起의 危險을 동반하는 그런 相當한 條件의 설정을 하지않는 것이 될 것이다⁵⁴⁾. 물론 危險한 行爲를 하지않음에 있어서의 必要的 注意가 무엇인가에 대해서는 法律(道路交通法, 輕犯罪處罰法 등 기타 警察法規)이나, 慣習法的으로 인정된 經驗과 通念上的 諸規則이 危險한 행위를 특히 금지함으로써 쉽게 대답되는 것이 보통이다. 그러나 危險한 行爲를 하지않아야 할 義務는 모두 <例外없이> 注意義務의 內容이 되는가? 물론 違法阻却事由가 있을 경우는 말할 것 없겠으나 그 외에도 構成要件實現을 적지않게 조장하는 일련의 행위도 注意義務에 위반되었다는 非難으로부터 해방되는 경우가 많음은 論難의 여지가 없다. 이른바 <許容된 危險> (Erlaubtes Risiko)의 事例들이 여기에 속하는 것이다⁵⁵⁾.

52. *Engisch*, 前掲, 280 面.

53. *Engisch*, 前掲, 283 面이하. *Jescheck*, 前掲, 10 面 참조.

54. *Engisch*, 前掲, 283 面 참조.

55. 이에 대해서는 拙文, <許容된 危險의 理論과 그 批判>, 法政 1968. 7. (No 216), 52 面이하. *D. Kienafel*, *Das erlaubte Risiko im Strafrecht*, Frankfurt/M 1966. *Engisch*, 前掲, 285 面이하 그리고 또한 *Unrechtsta-*

(나) 危險한 狀況에서 外的 行爲를 함으로서의 注意⁽⁵⁶⁾——둘째번째의 注意있는 行爲의 部類는 전자와는 반대된다. (가)에서는 그것이 회피해야 할 結果惹起에 적합한가를 고려하여 危險한 外적행위를 하지않을 것을 법적으로 요구하는 것이 문제되었으나, 여기에서는 구성요건에 해당하는 結果를 阻止하기에 적합한 일정한 條件을 설정<하는것>이 문제된다. 이러한 注意의 형태는 말할것도 없이 不作為犯에서 우선 볼 수 있다. 어쨌든 여기에서는 행위자가 危險狀況에 처하여 絶박한 構成要件實現을 阻止하기에 적합한 外的 手段을 쓰는 것이 注意의 내용이 된다. 또 여기에서의 注意의 문제는 곧 不眞正不作為犯에서의 作為義務의 범위등 다른 문제와 관련을 맺게 된다. 그러나 여기에서는 특히 중요한 事例를 들어 보는 것으로 만족하기로 하자.

위에서 언급한 <許容된 危險>이 우선 좋은 실마리를 제공한다. 즉 <일정한 目的>을 위하여 危險한 企業이나 危險한 行爲(예 運轉)가 허용되는 경우, 그것은 構成要件의 結果를 防止할 法的 義務를 지고서만 허용되는 것이다. 따라서 危險한 行爲의 허용은 새로운 注意義務의 源泉이 되는 것이다⁽⁵⁷⁾. 따라서 허용된 방법으로 危險을 야기시키는 모든 사람은, 알맞은(!) 危險의 범위내에서 絶박한 侵害를 방지하여야 할 자기의 法義務를 다하기 위하여 外的 注意를 하여야 한다고 보겠다. 그러나 이러한 적극적인 행위를 해야 할 法義務와 결합된 注意義務도 구체적인 행위에 대한 것이 아닐뿐만 아니라, 그 내용이 形式的인 觀點을 통하여 개개의 사정에 맞추어 규정되는 한 <普遍的>인 것임에는 틀림없다. 그 다음으로는 不眞正不作為犯의 事例들이다. 예컨대 두서너살되는 아이를 교통이 빈번한 도로로 나아가는 것을 그만 둔 어머니는 그 아이가 치어죽었을 경우 注意의 怠慢에 의한 致死로 책임짐은 물론이다. 이와같이 法律的으로 지적된 結果를 방지할 法義務와 함께, 당해 構成要件實現의 回避를 위한 일정한 外的 手段을 강구할 注意義務는 언제나 발생한다고 보겠다⁽⁵⁸⁾.

그러나 이상의 두개의 注意, 환언하면 外的 注意의 類型중 (가)에서는 원칙으로 <禁止된 行위를 ——특별한 긴장을 요구함이 없이——하지 않음>이 문제되므로 注意<義務>의 인정에 어려움은 없겠고, 다만 그런 不作為의 義務는 <許容된 危險>의 事例에서와 같이 특정한

tbestand, 418面 참조. *Welzel*, *Fahrlässigkeit*, 24面이하, *Schönke-Schröder*, *StGB(Kommentar)*, München und Berlin, 12. Aufl. §59, 165, 434面이하. *R. Maurach*, *Deutsches Strafrecht A. T.* 3. Aufl. Karlsruhe 1965, 463面이하.

56. *Engisch*, 前掲, 290面이하. *Jescheck*, 前掲 同面 참조.

57. 危險한 工場에서는 傷害와 致死를 막기위해서 傳導장치를 덮어 씌운다든가. 警報板을 세워야 하며, 철도당국은 일정한 곳에 木柵을, 건널목에는 신호등을 세워야 하며, 운전수는 필요한 경우 크락션을 눌렀다든가, 브레이크를 밟아야하며, 광산업자는 광부의 생명이나 건강을 위한 온갖 시설을 하여야 하며, 外科醫는 醫術과 防腐法의 원리를 따라야 하며, 건축업자는 건축술의 규칙을 지켜야할 의무가 있는 것이다.

58. *Engisch*, 前掲, 296面.

目的을 달성하는데 당해 행위가 <적합>하고 <不可缺>한 것일 경우라든가⁵⁹⁾, 또는 나아가서 <法益較量> (Güterabwägung)의 원칙도 크게 고려한다든가 하여⁶⁰⁾ 注意義務는 제한된다고 말할 수 있겠다. 그리고 (나)에서도 문제는 (가)와 상관관계에 놓여 있다고 하겠으나 (심지어 양자를 구별하는 것을 이상하게 생각하는 이들도 있겠으나⁶¹⁾), 여기에서는 반대로 <적극적인 행위를 하라는 命命의 충족>이 문제되므로 위법한 결과를 회피한다는 이익을 위하여 일정한 外的 行爲를 해야 할 義務는 <義務 및 利益의 衝突>의 경우에 탈락됨은 물론⁶²⁾, 또 특수한 높은 目的에 관계없이도⁶³⁾, 그럴 수 있을 것이다. 특히 후자에 대해서는 <實務의 價値判斷과 意思決定>이 무엇이 <合理的>으로 요구되는가를 고려하면서 판단할 것이다.

(다) 法留意義務의 履行으로서의 注意——세번째로 특히 고려하여야 할 (過失犯이 처벌되는 모든 종류의 범죄에서 나타나는) 한 형태의 注意義務로서는 혹은 <法留意義務> (Rechtsbeachtungspflicht—Engelmann)⁶⁴⁾, 혹은 <先檢義務> (Vorprüfungspflicht—Binding)⁶⁵⁾, 혹은 <調査問議義務> (Ermittlungspflicht, Informationspflicht, Erkundigungspflicht)라고 부르는 것들이다. 종종 우리는 <충분히 留意하지 않았다>, <충분히 숙고성찰하지 않았다>, <문의하고 조사하는 것을 하지 않았다>는 등의 이유로 行爲者를 비난한다. 물론 당해 熟考 및 調査의 義務의 關聯點은 각각 다를 것이다. 즉 때로는 舍義務的으로 檢査하고 問議했다면 그가 매입한 물건이 <贓物>이라는 것을 인식 할 수 있었을 경우가 문제되는가 하면, 때로는 行爲者는 자기의 행위로 아무도 健康이나 身體가 위험에 빠지게 되지 않도록 늘 留意해야 하

59. 生命과 健康의 보존이라는 目的을 위해서 手術 및 救助作業이, 學問의 발전을 위해서 위험한 實驗이, 交通의 이익을 위해서 철도 및 자동차교통이, 교육과 단련을 위해서 온갖 종류의 운동이나 승마가, 財를 얻기 위해서 채광업, 공장, 채석장이 <허용>되는 것이라고 볼 수 있다.

60. 추구된 目的의 意味(생명을 구하기 위한 것인가, 그렇지 않으면 단순히 美容을 위한 것인가)와 法益侵害의 意味(조그마한 傷害를 그렇지 않으면 致死까지 두려워할 것인가)의 比較, 또 結果의 범위의 발생될 法益침해의 범위의 比較(더 적은 人命손실을 내도록 한 전철수라든가(!), 人命을 구하기 위해 거위때 속으로 헬트를 들린 운전수), 또 追求된 結果가 발생할 蓋然性과 危險한 法益侵害의 發生가능성의 比較(醫師의 手術)등등에서 볼 수 있다. 물론 Engisch의 말처럼 여기에서는 評價(Wertung)가 문제되므로, 일체의 評價의 相對性의 문제가 대두될 것임은 물론이다. Engisch, 前掲, 291面 참조.

61. 이리하여 危險할 정도로 빠르게 운전하던 것을 줄여 천천히 운전하는 것은 빠른, 따라서 위험한 행위를 하지 않는 것이 아닌가고 묻는다.

62. 따라서 야전병원의 外科醫는 별로 의미도 없고 오히려 시간만 소비하여 다른 급한 부상자를 제 때에 수술대에 놓을 수 없을 경우 하나하나 注意조치를 취하지 않을 수 있는 것이다.

63. 道路邊의 家屋지붕을 수리하는 자는 警報板을 세울 의무는 있다고 하겠으나, 사람을 도로에 세워 통행인에게 일일이 주의시킬 의무는 없을 것이다. 물론 이것이 不幸을 막는 가장 유효한 수단일지라도. Engisch, 前掲, 304面 참조.

64. W. Engelmann, Rechtsbeachtungspflicht und rechtliche Schuld, Berlin 1926 (또한 In: Festschrift für Ludwig Traeger, überreicht von der juristischen Fakultät der Universität Marburg, Berlin 1926, 133面 이하).

65. K. Binding, Normen, W, § 262, 498面이하.

는 경우도 문제될 것이다. 따라서 이 義務의 최후의 목표 및 목적은 行해질 不法의 특수성의 <認識>, 더욱 정확하게 말한다면 <認識獲得>일 것이다(66). 또 이러한 목적으로 지향된 注意義務에는 역시 (가)와 (나)에서 직접적으로 문제되었던 構成要件實現의 回避를 窮極目的으로 하는 注意도 (間接적으로) 문제된다고 하겠다. 왜냐하면 諸行爲事情 및 行爲성질등등을 인식함으로써 직접적으로 構成要件實現을 회피할 행위를 하거나, 하지않을 처지에 놓이게 되기 때문이다(67). 어쨌든 정확한 認識을 획득하는 것이 문제라면, 여기는 위에서 언급한 <內的 注意>의 고유한 활동범위가 될 것임은 의심할 여지가 없다. 그러나 여기서의 <法留意義務>는 *Binding* 처럼 단순히 <정신적 감각적 認識作業>에의 義務라고만 한다면 너무 좁을 것이며(68), 또 그렇다고 하여 *Engelmann* 과 같이 너무 확대해서는 안될 것이다(69). 그렇다면 *Engisch* 가 말하는 것 처럼 여기서의 <法留意義務>란 단순히 <認識義務> (*Kenntnispflicht*) 만이 아니라, <認識獲得義務> (*Kenntnisverschaffungspflicht*)이며, 따라서 일정한 표상이나 경험 그 자체를 요구하는 것이 아니라, 그러한 表象(認識)등을 획득할 목적에 이바지 할 <내적 또는 외적 意思行爲>를 요구하는 것일 것이다(70). 끝으로 우리는 法留意에 있어서의 注意<義務>의 문제이다. 우선 우리는 이러한 義務는 다만 일정한 法的 領域내에서만 생긴다는 점을 말할 수 있다. 앞서서도 말한바와 같이 法留意義務란 構成要件實現을 回避할 義務를 수행하는데 이바지하는 것이다. 따라서 이러한 義務가 문제되고 있는 한, 法留意義務도 문제되는 것이다. 그러나 不眞正不作爲犯에서는 法留意義務는 적극적인 행위를 해야할 上位의 義務, 卽 作爲義務에 의존되어 있다고 볼 것이다(71). 끝으로 우리는 여기에서의 <法留意義務>를 *Feuerbach* 나 *Exner* 의 이른바 <obligatio ad dilligentiam>과도 區別해야 할 것이다(72).

66. *Engisch*, 前掲, 313 面, 또 *Unrechtstatbestand*, 430 面の 註63참조.

67. *Engisch*, *Untersuchungen*, 308 面 참조.

68. *Binding* 은 <先檢>(Vorprüfung)은 <行爲事情의 知覺, 想像을 매개로 한 熟考를 통하여 경험에 입각한 계획된 行爲의 進行의 計算, 그리고 行爲者에 인식된 法義務에 대한 行爲의 測定등으로써 성립된다>고 하고 (*Schuld im deutschen Strafrecht*, 1919, 121面), 合法的 行爲의 이러한 前提는 순전히 정신적 감각적 인식작업이라고 말했다(*Normen*, W. 500 面). *Engisch*, 前掲, 273 面과 309 面이하 참조.

69. *Engelmann* 은 “*Rechtsbeachtungspflicht*”하에서 專門家가 아니면 危險을 동반하는 그런 行爲를 하지 않는 것까지 포함시켰다(*Engelmann*, 前掲, 47 面). 이렇게 되면 그의 <法留意義務>는 合法的 行爲의 前提의 形成, 즉 認識의 획득뿐만 아니라, 바로 危險한 行爲를 하지않는 것을 내용으로 하며, 이것은 (가)의 類型에 해당시켜야 마땅할 것이다. *Engisch*, 前掲, 310 面이하 참조.

70. 이러한 의미에서 <法留意義務>는 적극적 行爲에의 義務라고 말할수 있겠다. *Engisch*, 前掲, 313 面の 적절한 지적참조.

71. 또한 *Engisch*, 前掲, 317 面.

72. 이러한 의미의 注意義務, 즉 모든 사람은 어떠한 행위를 함에 있어서도 모든 면에서 어떤 또는 일정한 法益의 침해가 있는가 없는가를 고려해야할 의무가 여기에서 주장되는 것은 아니다. 사실 <法留意義務>는 기타의 적극적 注意에의 義務와 마찬가지로 행위자가 <問議·調査>하기 위하여 적합하게 보이는 모든 것을 하여야 한다는 것을 의미하지는 않는다는 規範的 觀點에서의 制限이 따르는 것이다. 즉 <法留意義務>는 合理的으로 요구할 수 있는 범위내에서 가능한 것이며, 따라서 여기에서는 보통 <中間的인>(mittlere) 注意力을 요구하는 것이 정당할 것이다. *Engisch*, 前掲, 323 面이하 참조. 물론 <法留意義務>라는 말아래서 “*obligatio ad dilligentiam*”과 비슷하게 이해하고, 이것의 怠慢은 <法過失>로써 문제삼아야 할 것이라고 하는 학자도 있어 (*W. Hardwig*, 前掲, 194 面), <法留意義務>가 多義的으로 사용되고 있음도 사실이다.

V

이상에서 우리는 <必要한>注意의 중요한 類型을 一弊한 셈이다. 그러나 우리는 어떤 原理를 통한 完璧을 기하려고 한것은 아니며, 다만 合義務의 注意의 概念자체를 그 본질적인 現象形態를 따라 정리하여 본데 불과하다. 그러면 注意義務의 內容에 대한 비록 完全할 수는 그 性質상 없을지라도 그 具體化에 이바지할 수 있는 實質的인 原理乃至 規準은 없을 것인가? 이에 대해 위의 說明과 중복되는 점이 있을지라도 그를 기초로 하면서 <간단히> 추려 살펴보기로 하자.

사실 刑法典은 注意義務의 <具體的> 內容을 밝혀주고 있지 않다. 예컨대 過失致死의 規定인 刑法 第267條를 보아도 『過失로 因하여 사람을 致死한 者는……處한다』고 하여 刑法 第14條보다도 더욱 無暗示的인 公式으로 되어 있다. 물론 道路交通法등과 같이 비교적 詳細한 規定을 예컨대 通行方法등에 관하여 두고 있는 것도 있으나 이것은 극히 例外的이다. 또 일정한 職業에는 一定한 注意規則이 慣習法的으로 승인되어 있는 곳도 있다. 예컨대 醫師의 <醫術>(lex artis)등이 그것이다⁷³⁾. 그 이외에는 거이가 스스로 生成되는 <法官法>의 廣範圍한 領域으로 남아있는 것이다. 따라서 法<理論>은 法官이 注意의 (客觀的) 要求를 具體的으로 確定하기 위해 적용하는 原理를 作出하여야 할뿐 아니라, 그것을 批判的으로 審査해야 할 것이다⁷⁴⁾. 이러한 原理乃至 規準을 作出하는 데에도 우리는 역시 위에서와 같이 <類型的 思考>를 기초로 하여서만 無內容的 公式에 어느정도 輪廓을 잡아 줄 수 있고 또 一般條項的인 外延을 制限할 수 있을 것이다. 우리는 이러한 注意內容의 具體化를 위한 原理는 다음과 같은 것으로 들 수 있겠다.

(가) 許容된 危險(Erlaubtes Risiko)——위에서도 言及했다 싶이 法益에 대한 危險을 惹起하는 行爲라고 해서 모두 注意의 違反이 아님은 洞察力있는 判斷을 가진 사람이면 모두 인정하는 바다. 만약 그렇지 않다면 오늘날과 같은 社會에서는 社會적으로 有益한 거이 모든 行爲는 해서는 안될 것으로 보아야 할 것이다⁷⁵⁾. 道路交通을 생각하면 충분하다. 따라서 <許容된 危險>내의, 換言하면 <社會적으로 相當한> 程度를 넘지 않는 危險은 注意의 違反은 없는 것이다. 刑法 第14條에서도 <正常의>의 注意를 怠慢한 것이라고 規定하고 있음은 이를 암시한 것이라고 보아야 한다. 그러나 <許容된 危險>의 限界를 결정하는 것은 쉬운 일이 아니다. 그것은 <許容된 危險>이 또한 一般條項的인 性格을 內包하고 있기 때문에 더욱 그

73. <승인된 運轉術>등도 이에 속한다(後述).

74. 이점에 대해서는 Jescheck, 10面이하.

75. 前掲 拙文, H. Welzel, Strafrecht. 11. Aufl., Berlin 1969, 132面.

러하다(76). 그러나 우리는 이를 積極的으로 해석하여 注意義務의 具體化에 이마지 할 수 있는 것으로 보는 것이 타당할 것 같다(77). 이에 항상 規準이 될 수 있는 것은 西獨判例에서 보여 주듯이 行爲者가 처한 具體的 狀況에서 또 危險狀態를 事前에 考察하는 경우 그 行爲者가 속하고 있는 社會集團의 <責任意識의인>, <良心的인>, <洞察力있는> 者일 것이다(78). 즉 중대한 病態을 발견한 <良心的인 (醫師아닌) 治療人>(79), 새로운 道具를 使用하게 된 <正常的인 그리고 良心的인 建築責任者>(80) 등이다. 또 交通違反의 非難을 받게 될 速度의 限界를 決定할 수 있는 <良心的이고 注意깊은 運轉手>(81)도 마찬가지다. 이러한 洞察力있는 者의 指導形像(Leitbild)은 許容된 危險의 限界決定者일 것이다.

(나) 信賴의 原則(Vertrauensgrundsatz)——道路交通에 국한해서 볼때 모든 交通參加者는 法益侵害를 惹起할 危險속에서 行爲하고 있다. <良心的이고 責任意識的인 運轉手는 許容된 危險內에 있는 限, 어떠한 行爲를 할 수 있으며 또 어느정도로 나아갈 수 있을까에 대해서 오늘날 法院은 交通參與者는 特殊한 事情에 의하여 反對의 現象을 인식할 수 없는 限 다른 交通參與者도 자기와 같이 注意깊게 行爲할 것이라고 信賴할 수 있다>(82)는 道路交通上 중요한 의미를 가지는 原則을 設定하고 있다(83). 그러나 西獨에서는 자신이 交通上 適法하게 行爲한 者에게만 信賴의 原則은 적용된다든가(84), 또는 하나의 具體的인 이유때문이 아니라, 경험적으로 특히 잦은 交通違反을 計算해야만 하는 그러한 交通狀況에서는 다른 交通參加者의 交通上 適法한 行爲를 信賴해서는 안된다고 하면서 同原則을 制限하고 있는 실정이다(85). Jescheck 는 오늘날의 機械時代는 絶對的 安全의 美術館的 世界로도, <危險한 生活>에의 挑發로도 이해될 수는 없기 때문에 法院은 一般的인 注意規則을 설정함에 있어서 中間的인 路線을 따라야 할 것이라 하면서 <信賴의 原則>은 조금 지나친 것이라고 보고 있다(86).

76. 이點 Kienapfel, 前掲 특히 9面이하. 前掲, 拙文

77. 同旨 Welzel, 前掲, 同面. Th. Lenckner, Technische Normen und Fahrlässigkeit, In: Festschrift für K. Engisch, Frankfurt/M. 1969, 499面 특히 註26, C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, Hamburg 1963, 530面. 前掲, 拙文에서 筆者는 批判的인 態度를 취했었다.

78. Jescheck, 前掲, 12面, Welzel, 同面.

79. RGst. 67, 23f. Jescheck, 前掲, 同面참조.

80. BGH Betr. 1958, 1184, Jescheck, 前掲, 同面참조.

81. BGHST 7, 118, Welzel, Fahrlässigkeit., 17面 참조.

82. Welzel, 前掲, 132面이하.

83. 西獨에서는 이미 RG. 70 71 그리고 BGH. 7 118 등, 日本에서도 最判昭 41. 6. 14 集 20·5·449 大阪高判昭 42·12·17 判夕 211·216, (團藤重光 責任編集 注釋 刑法(5) 各則(3) § 211 133面, 135面에서의 藤木英雄의 說明 참조) 등에서 인정되었다. 우리나라에서는 서울地法判決 70·2·23(1970년 2월 24日 字 朝鮮日報)이 이 原理에 서고 있는 듯 하다. 또한 大判 57·2·22(黃山德, 刑法總論 114面). 또 최근의 서울地法判決 70. 5. 18 (東亞日報, 70. 5. 29)

84. BGH, in VRS(Verkehrsrechtssammlung). 14 294. Welzel, 前掲, 133面 참조.

85. BGH. 12 83, Welzel, 前掲, 同面.

86. Jescheck, 前掲, 29面.

그러나 <許容된 危險>이라는 原理의 具體的 適用에 있어서 信賴의 原則은 制限된 意味에서 이든 注意義務의 具體化에 이바지 할 것으로 보는 것이 좋겠다. 이 原則은 道路交通뿐만 아니라, 多數의 分業的 協力(手術에서의 醫師와 看護員)에도 타당할 것이다(87).

(다) 經驗原理——注意개념의 具體化過程에서 만들어 지는 <內容>있는 普遍的 命題들이 다. 즉 일정한 行爲樣式과 그에 수반되는 危險이라든가, 그러한 危險을 避하기 위한 가장 適當한 措置에 대해서는 일반적으로 經驗原理가 個個의 事例를 통해서 普遍化되면서 生成되는 것이 보통이다. 물론 이러한 經驗原理는 同種類의 類型的인 事例에만 적용될 것임은 물론이다. 各 職業마다 인정된 技術, 예컨대 승인된 醫術, 運轉術등이 그것일 것이다(88).

이상과 같은 셋 原理 이외에도 상술한 바와같이 注意란 構成要件實現을 回避하기 <爲한> <手段>으로서 具體的 事情에 따라 적용되는 것이므로, 이러한 <目的關係>(Finalrelation)에서 더 具體的 規準을 발견할 수 있겠다(89).

(라) 構成要件——어떠한 結果를 回避했어야만 하고 그 특수한 行爲不法은 어떠한 하느냐는 過失犯의 各 構成要件의 解釋을 통해 얻어질 것이다(예컨대 刑法 第268條와 第364條).

(마) 特殊狀況——예컨대 業務上 過失致死라는 同一한 한 構成要件內에서도, 道路交通上의 行爲, 手術에서의 行爲, 建築에서의 行爲등과 같이 특수한 狀況이 생길 수 있고, 그것은 또 각각 특수한 義務의 公式을 낳는 것이다. 수많은 특수한 狀況에서 包括的인 觀點이 발전되면 그것은 社會相當性의 原理와 같은 普遍的인 法思想으로 까지 上昇할 것이다.

(바) 地位——多數인이 協力하는데에서의 義務內容은 그들의 地位에 따라 多樣하게 변경될 것이다. 즉 建築責任者는 勞動者와는 다른 監督 및 統率義務를 가질 것이다(90).

(사) 正犯形式——正犯의 現象形式이 相異하면 그 義務內容도 달라지는 것이다. 單獨過失犯의 義務侵害와 過失의 共同正犯과 (過失의) 間接正犯(但 認定하는 경우)의 그것은 同一한 前提에서 결정되어 질수는 없을 것이다.

끝으로 言及하지 않을 수 없는 것은 注意義務의 內容은 이상과 같은 <規範的> 觀點에 따라 결정되는 물론 그에 앞서 <知的>인 觀點에 따라 즉 洞察力있는 判斷에 의하여, (즉 <客觀的>으로) 豫見할 수 있는 行爲의 (모든) 作用만을 考慮함에 따라 결정되어 짐은 물론이다(91). 따라서 위에서도 암시한 바와 같이 (Ⅳ(가)) 相當한 因果關係에서 벗어난 作用은 過

87. Welzel, 前掲, 133面, 특히 G. Stratenwerth, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, In: Festschrift für E. Schmidt, Göttingen 1961, 383面이하 참조.

88. Welzel, 前掲, 133面이하 참조.

89. Engisch, 前掲, 327面 참조, Roxin, 前掲, 529面에 따라 列舉한다.

90. Roxin, 前掲, 同面, Stratenwerth, 前掲, 383-400面 참조.

91. 金鍾源, 過失犯의 構造, 法政, No. 227 8面, Welzel, 前掲, 132面 참조.

失犯의 構成要件에서 除外된다 하겠다. 그러나 <豫見可能性>(Voraussehbarkeit)은 *Roxin*의 말처럼 사실 要求된 注意의 怠慢에 대한 先在하는 條件(Vorbedingung)(에 불과한 것)으로 생각되어 지기도 한다⁹²⁾. 즉 어떤 者가 客觀적으로 豫見할 수 없었던 結果를 惹起시켰다면, 그는 法에 規定된 注意義務를 침해한 것은 아니며, 따라서 過失犯人은 아닌 것이다. 어쨌든 客觀的 豫見可能性이 注意義務의 違反에 대한 構成的 要素임은 肯定해야 할 것이다. 그러나 이것도 具體的 狀態에 따라서 달라질 수도 있다. 예컨대 過失의 共同正犯의 경우에는 豫見可能性은 共同正犯各者에게 동일하게 要求할 수는 없을 것이고, 部分的으로 排除될 수도 있을 것이다⁹³⁾.

Ⅵ

이상으로 우리는 注意內容의 具體化를 위한 原理 및 規準을 고찰하였다. 여기에서는 이러한 注意의 <概念>을 한번 整理하고 그것의 刑法體系와의 關係를 따져보기로 하자.

사실 解釋學的으로 이러한 물음은 提起된지 이미 오래인 것이다. 이에 대한 중요한 契機를 마련한 것은 上술한 <外的 注意>이었다. 外的 注意의 怠慢이라고 볼 수 있는 行爲態樣이 상술한 바와같이 實際적으로나 理論적으로 수 없이 언급되면서도 진작 過失의 概念規定을 문제삼을 적에는 그것은 하등의 역할을 못했던 것이다. 이 점은 *Engisch*의 銳利한 指摘처럼, 過失을 單純히 心理的 誤謬로 보거나 過失의 特徵을 不知에 있다고 한 事實에 있었다⁹⁴⁾. 나아가 *Engisch*는 당시의(1930) 犯罪論으로서 그 主軸이 되는 두개의 觀點에서 보더라도 外的 注意의 徵表에 대해서는 困境과 不確實에 빠지지 않을 수 없다고 지적했다. 즉 한편에서는 條件說이 있어서 結果를 制約하는 모든 임의의 行爲는 그것이 正當化되지 않는 限 構成要件에 해당하는 것으로 보았고 또 다른 한편 過失은 義務에 違反해서 回避하지 못한 不認識, 有責的 不知로 定義했다. 그런데 이러한 兩 要素사이에도 또 다른 하나의 第三의 本質的인 要素가 놓여 있는 것이며, 이것은 한편 條件關係가 있고, 다른 한편 認識可能性 또는 認識까지 있으나, 外的 注意의 怠慢이 없을 경우에 곧 나타나는 것이라고 했다⁹⁵⁾. 그가 든 예는 다음과 같다.

〈어머니는 자기 아기가 뜰에서 차가 많이 다니는 도로로 뛰어나가 車道가까이의 人道에서

92. *Roxin*, 前掲, 530面.

93. *Roxin*, 前掲, 536面, *Stratenwerth*, 前掲, 391面 참조.

94. *Engisch*, 前掲, 275面이하.

95. *Engisch*, 前掲, 277面이하.

놓고 있음을 본다. 어머니는 아기가 갑자기 車道로 뛰어들어 수 없이 교차하는 차중의 하나에 치어버리거나 앓을까를 겁내야 한다. 그러나 당장 짐차가 오는지 안오는지를 집에서는 알 수 없다. 그녀는 <지금 내가 아기를 부르면 성급히 나에게 올려고 달리는 차에 뛰어들 수도 있다. 가장 좋은 일은 직접 애기를 데리고 오는 것일 것이며, 그때까지는 아기가 자리를 떠지 않겠지>라고 생각한다. 어머니가 데리러오는 사이 아기는 이미 차에 치인 것이다. 이러한 事實을 창문으로 목격한 도로변의 한 주민은 <어머니가 미리 애기를 불렀던들, 내가 본바에 의하면 그때는 차가 오지 않았기 때문에, 그런일은 일어나지 않았을 텐데>라고 말할 수 있을 것이다.>

이 事例를 자세히 보면, *Engisch*가 말하듯이 어머니의 미리 부르지 않음과 아기의 轢傷 사이에 條件關係가 없는 것도 아니고, 또 그 條件關係의 認識可能性이 없는 것도 아니다. 없다면 不注意한 行爲가 없는 것이다. 洞察力있는 사람이면 누구나 어머니의 立場에서는 그녀와 꼭 같이 행위했었을 것이다. 그렇다면 그녀를 歸責시킬 수 없어야 한다. 어떠한 根據에서 일까? 누구나 다 그렇게 했을 外的 注意를 그녀는 다한 것이다. 法秩序에 비추어 보아 그녀의 行爲는 결국 <違法>하지 않은 것, 환언하면, <있어서는 안되는 것>(Nichtgesolltsein)에는 속하지 않는 것이 된다. 결국 外的 注意에는 <違法>이 문제된다는 것을 인식하기에 이르렀다. 이 점은 우리가 <許容된 危險>의 예를 들면 더욱 명백히 알 수 있게 되는 것이다⁹⁶⁾. 그 후 이러한 理論은 더욱 발전되어 오늘날 支配의으로 되었거나(독일⁹⁷⁾), 또는 많은 동조자를 (오스트리아⁹⁸⁾, 스위스⁹⁹⁾, 우리나라¹⁰⁰⁾), 얻고 있는 過失理論의 새로운 점은 過失을 동시에 <違法(不法)의 徵表>로, 바꾸어 말하면 <法秩序가 個人的인 능력에 관계없이 행위자의 立場에 처한 良心的이고 통찰력있는 사람에게 일반적(객관적)으로 요구하여야 하는 그런 注意要請에 따르지 못한 行爲의 屬性> (*Jescheck*,¹⁰¹⁾)으로 보려고 하고 있으며 <行爲非價値>를 過失犯의 不法論의 中心點에 놓으려는 *Welzel*의 體系에 까지 이르른 것이다.

外的(客觀的) 注意로 비롯해서 얻어진 이러한 推論은 상술한 *Engisch*의 이른바 <內的注

96. *F. Exner*, Das Wesen der Fahrlässigkeit, 1910, 193面, *F. Kitzinger*, Juristische Aphorismen, 1923, 34—35面, *Engisch*, 前掲, 278面에서 참조. *Welzel*, Fahrlässigkeit., 8面이하와 金鍾源, 前掲, 6面이하는 <許容된 危險>과 관련해서 예를 들어 이 점을 疑心의 여지없이 밝혀 놓고 있다.

97. *Engisch*, Unrechtstatbestand. 428面. *Welzel*, Strafrecht(11. Aufl) 127面이하 이외에도, *Boldt*, 前掲, 335面이하, *W. Maihofer*, Zur Systematik der Fahrlässigkeit, ZstW 70 (1958), 184面이하, *W. Niese*, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Tübingen 1951, 61面 등등.

98. *Th. Rittler*, Lehrbuch des österr. Strafrechts, Bd. I, 2. Aufl. Wien 1954, 217面이하, *F. Nowakowski*, Zur Theorie der Fahrlässigkeit, Juristische Blätter, 1953, 507面.

99. 특히 *Schwander*, Das Schweizerische Strafgesetzbuch, 2. Aufl. Zürich 1964, 94面.

100. 金鍾源, 過失犯의 構造, 法政 No. 227 6面이하, 劉基天, 前掲 153面이하(§ 24[-]), 黃山德, 前掲, 111面 이하 참조. 이웃인 日本에서는 藤木英雄(過失犯의 理論)等多數.

意>에도 타당한가? 사실 外的 注意와 內的 注意가 반드시 서로 연결되어 있지 않다. 우리는 心理的으로 매우 조심하나 外的 行爲가 그릇될 수 있는 경우를 흔히 본다(굉장한 心理的 緊張속에서 手術을 하나 失手를 범하는 의사). 그와 반대로 위험한 상태에 처해서 특별히 긴장하지도 않고서 外的 注意의 命令에 자동적으로 일치해 가는 사람도 있다(숙련된 운전수나 수술실의 간호원). 따라서 상술한 內的 注意 특히 <法留意義務>는 構成要件의 不法의 징표로서가 아니라 獨自的으로 파악되어야 할 <過失>개념의 구성부분이 아닌가? 따라서 다른 형태의 注意의 怠慢과는 분리하여——비록 行爲의 危險性이 行爲의 측면에 속할지라도——責任의 측면에 속하게 하는 것이 낫지 않을까?(102). 그러나 *Engisch*의 말처럼 이러한 질문에 대하여 立場을 취하기란, 실제적인 결과가 없는 것 같아서 더욱 어려운 것이다(103). 그러나 위의 說明을 생각해 보면 法留意義務의 不履行은 <行爲>측면, 물론 다만——특별한 法留意가 요구되어 있는——過失犯의 行爲측면에 속하게 하는 것이 낫지 않을까 생각한다(104). 우리가 보았듯이 法留意義務에는 外的 및 內的 行爲에로의 義務가 혼합되어 있다. 적어도 하지 않은 外的 行爲, 예컨대 사망으로 두루 살펴보지 않음을 객관적 행위 측면의 구성부분으로 본다고 해서 결코 의아스러울 것은 없다. 더욱 이 개개의 事例에서는 위에서 언급한 여러 형태의 注意 行爲가 서로 밀접히 관련되어 동일한 기능을 수행하여 그들을 분해하는 것은 곧 共屬性에의 전망을 흐트러 놓는 결과가 될 것이다. 手術에 임하는 외과의사는 우선 환자의 심장을 조사하여 지탱여부를 물어야 하며, 수술중에도 경험에 입각하여 환자의 體質을 고려하여야 하며, 거기에 맞는 注意措置를 해야한다. 法留意義務의 履行과 危險한 狀況에서 外的 注意措置를 취할 의무는, 마치 外的 注意와 內的 注意가 연루되어 있듯이 서로 연결되어 있는 것이다. 그들은 모두 構成要件實現을 방지하기 위한 一連의 手段으로서의 관계에 있으며, 이러한 相互間의 <機能的 關係>를 고려하면, 우리는 內的 注意를 外的 注意와 동일한 규칙에 따라 (뒤에서도 약간 언급되겠지만, 事前에 (ex ante) 洞察力있는 正常의 사람을 표준으로) 취급해야 할 것이다. 이리하여 우리는 *Engisch*와 같이 內的 注意로서의 <法留意義務>, 특히 <認識獲得義務>(Erkenntnisverschaffungspflicht)의 怠慢은 (部分的으로) 過失犯의 不法構成要件의 主觀的 要素로 보아야 할 것이다(105).

過失이 違法の 次元에서 다루어 짐에 따라 오늘날에는 解釋學的으로는 물론 實際的으로 많

101. *Jescheck*, 前掲, 8面, *Schröder*는 여전히 注意義務를 순주관적으로 규정하고자 한다. *Schönke-Schröder*, StGB(Kommentar), 12. Aufl. 437面(§59, 175).

102. *Engisch*, 前掲, 344面이하.

103. *Engisch*, 前掲, 同面이하. <違法>이 아니면 <責任>의 측면에서 다를 수 있기 때문이다.

104. *Engisch*, 前掲, 同面이하.

105. *Engisch*, Unrechtstatbestand., 430面の註(Anm.) 63 참조.

은 변화를 가져올 것으로 期待한다⁽¹⁰⁶⁾.

(i) 우선 結果와는 별도로 過失行爲의 違法이 行爲의 性質과 方法에 의해서도 규정됨으로 인해, 종래 實際에서 지나치게 강조되었던 <結果責任> (Erfolgshaftung)을 어느정도 후퇴할 수 있고, 이에 따라 量刑에 있어서 <行爲非價値>를 적어도 <結果非價値>와 동일한 방법으로 고려하게 될 것과,

(ii) 또 過失의 客觀的 側面에서 출발 함으로 인해, 法院은 하나의 일정한 상황에서 어떠한 行爲가 요구, 허용, 금지되어 있는가를 일반적으로 확정될 수 있는 注意命令에 대한 規則을 설정하여 各者가 동일한 상황에서는 하나의 승인된 規準에로 定位될 수 있도록 할 것과,

(iii) 끝으로 過失의 客觀的 規準의 승인과 함께 비록 개인적으로는 더 이상 할 수 있더라도 刑法的 觀點하에서는 普遍的으로 要求하는 注意 이상을 아무에게도 바라지 않아야 할 것이다⁽¹⁰⁷⁾.

VII

지금까지 우리는 過失의 問題點이 注意(義務)의 違反에 있음을 밝혔고, 그것의 중요한 類型과 具體化原理 및 規準을 모색했고, 바로 앞 項目에서는 그것의 體系的 位置를 암시하는 듯한 考察을 敢行했다. 이제 本論文을 終結시킴에 있어서 우리는 이때까지의 상당히 局部的인 考察을 止揚하고 視野를 넓혀서 注意의 構造와 그 體系的 位置를 다짐하여 보자.

이를 위하여 우리는 다시 注意의 概念에 되돌아가야 할 것이다. 이때까지의 설명을 기초로 해서 보더라도 注意란 하나의 一義的인 實質的 事態를 지적한다고 보기에는 너무나 거리가 멀다 하겠고 그 內容이 具體的인 事例에서 한편은 目的關係를 통해서 또 다른 한편은 規範的 考慮를 통해서, 얻어지는 하나의 形式的 概念이라고 볼 수 있다. 즉 <注意란 어떤 者가 急迫한 構成要件實現을 避하기 위한 手段으로서 具體的 事情에 맞추어서 적용하도록 의무지워진 것이다>⁽¹⁰⁸⁾.

우선 具體的 境遇에서의 合義務的인 注意의 內容이 상술한 바와 같이 價値觀點과 아울러 急迫한 構成要件實現의 回避의 目的으로 부터 밝혀진다면, 避하려는 結果를 發生케 하는 注意의 怠慢은 어떤 경우에 있어서도 <그 結果의 특수한 性質과 內的인 實質的인 關係>를 가진다고

106. Jescheck, 前掲, 11面이하.

107. Jescheck, 前掲, 同面이하에서는 그 이외에도 違法한 過失行爲에 대해서는 保安處分(獨刑에서의 免許取消등)을 가할 수 있게 되고, 獨刑上의 "Rauschtat"의 違法性的의 前提가 過失의 客觀的 規準에 의해 다르게 규정될 수 있다는 점등을 든다.

108. Engisch, 前掲, 327面.

하겠다⁽¹⁰⁹⁾. 예컨대 약간 過速으로 車를 몬 어떤 者가 전혀 豫見할 수 없이 車앞으로 달려든 者를 치어 사망케 했는데, 그러한 事故는 비록 그가 過速으로 달리지 않았다 해도 避할 수 없었다고 할 경우 그 運轉者를 바로 (過失)致死로 責任지을 수는 없을 것이다. 그의 過速은 交通法上的 注意義務違反은 되겠지만 사람의 <死亡>에 대해서 危險한 行爲를 했다고 볼 수는 없을 것이다⁽¹¹⁰⁾. 그러나 한편 注意는 상술한 바와 같이 同一한 狀況下에서는 모든 사람이 하나의 승인된 規準에로 定位될 수 있도록 그 內容은 普遍的으로 確定되어야 한다. 그러나 이 注意義務의 普遍性은 상술한 바와 같이 各法規를 초월해 있는 獨自의인 義務라고는 볼 수 없을 것이다. 어쨌든 여기에서 우리는 注意의 <法秩序에 대한 關係>라는 注意義務의 또 다른 관계에 도달한다⁽¹¹¹⁾.

法秩序를 어떻게 理解하느냐는 見解에 따라 다를 수 있다. 그러나 우리는 <法秩序란——적어도 그 궁극적인 內容으로 보아——受範者가 普遍的으로 또는 지금 그리고 여기에서 어떻게 행위해야 하는가를 規定하는 命題들, 즉 當爲命題들(Sollensätze)으로써 이루어져 있다>는 *Engisch*의 定義에 따라보자⁽¹¹²⁾. 이러한 法的 當爲命題를 法規範으로 불진데 法秩序란 또한 法規範들로서 이루어져 있다 할 것이다. 法秩序란 法規範의 總體이다⁽¹¹³⁾. 法規範에 대해서는 전통적으로 <決定規範>이나 <評價規範>이냐로 論難이 거듭되었으며, 아직도 論爭은 그치지 않고 있다⁽¹¹⁴⁾. 전자에서는 規範은 <命令>(Imperativ)으로 이해되었다. 法規範의 本質이 命令인가에 대해서는 論議가 많고, 그 <論理的 必然性>이 論證되는 것도 아니지만⁽¹¹⁵⁾ 法規範의 그것에의 <現實的> 依存性으로 보아 法規範을 命令으로 보는 <法命令說> (Imperativtheorie des Rechts)에 따르는 것이 순전히 프라토닉하지 않고 實質的이어서 좋을 것 같다⁽¹¹⁶⁾.

109. *Engisch*, 前掲, 同面. *Roxin*, 前掲, 521面.

110. *Roxin*, 前掲, 530面. 그는 여기에서 注意義務違反에도 불구하고 豫見可能性이 없기 때문에 過失犯이 아니라고 한다면, 注意義務概念의 曖昧化를 가져올 것이라고 指摘한다. 또 *Engisch*, 前掲, 327面 참조. 黃山德, 前掲, 113面이하에도 비슷한 견해가 엿보인다.

111. *Engisch*, 前掲, 332面.

112. *Engisch*, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, 1935, 4面.

113. 이 점과 비교해서는 *R. Schreiber*, *Die Geltung von Rechtsnormen*, Berlin-Heidelberg-New York, Springer, 1966, 3面이하 참조.

114. 이 區別은 刑法解釋學에서 크게 活用되었다. *E. Mezger*, *Die subjektive Unrechtselemente*, in: *Gerichtssaal* 89 (1924), 239面이하가 그 本格的인 嚆矢였다.

115. 이점에 대해서는 拙文, 法·命令·論理, 哲學研究(哲學研究會刊) 第2輯 1967, 101面이하. *U. Klug*, *Logische Analyse rechtstheoretischer Begriffe und Behauptungen*, In: *Logik und Logikkalkül*(Festschrift für W. Britzelmayr), Freiburg und München 1962, 115面이하 참조.

116. 法命令說의 古典의 대표자로는 *A. Thon*(*Rechtsnorm und subjektives Recht, Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Weimar 1878, Neudruck, Scientia Aalen 1964), *J. Austin* (*The Province of Jurisprudence Determined* etc, reprinted with an Introduction by *H. L. A. Hart* 1965)을 들 수 있고, *Engisch* (*Einführung in das juristische Denken*, 4. Aufl. Stuttgart. 1968, 22面이하), *G. Del Vecchio* (*Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, übersetzt von *F. Darmstaedter*, Basel 1951, 392面이하)는 오늘날의 대표자들이다. *H. Kelsen*도 이에 동의하기에 이르렀다. *Reine Rechtslehre*, Wien 1962, 73面. 이 理論에 대한 일반적 紹介는

이에 의하면 法이란 命令으로 이루어져 있으며 그것은 <意思의 作品>(Willenswerk)이며, 命令의 배후에는 命令된 行爲에로 지향된 意思가 있다는 것이다. 그러면 우리가 여기에서 자연히 묻게되는 것은 個個의 構成要件에 일치되는 規範(命令)은 그 構成要件의 結果와 관계해서 어떠한 성질의 行爲를 요구(지향)하는 것일까이다. 規範(命令)은 언제나 構成要件的(違法한) 結果의 回避를 지향하므로 規範의 意味는 바로 行爲가 違法한 結果發生에 原因이 되지 않는 것, 다시 말하면 結果의 防止에 原因이 되는 것에 있을 것이다. 물론 여기에서도 <條件說>에 서느냐 <相當說>에 서느냐에 따라 해석이 달라질 것이다. 그러나 <許容된 危險>등을 고려할진데, 規範은 후자에 입각하여 <違法한 結果의 發生에 대한 相當한 條件을 設定하지 말라든가 또는 그런 結果를 回避하기에 相當한 條件을 設定하라>라고 할 것이다. 우리의 문제설정에 더 가까운 표현을 쓴다면, 規範은 結果의 回避나 防止를 위한 <正常의 必要한 注意>를 요구한다고 하겠다¹¹⁷⁾. 따라서 <客觀적으로 必要한 注意>는 行爲規範의 內容이 되며, 그에 따라 規範을 違法한 結果의 回避를 위한 注意의 要求로 이해할 수 있겠다.

위에서 우리는 外的 注意가 違法에 관련된다는 점을 지적했다. 이러한 指摘은 결국 規範論理的 考察을 통해서 비로소 그 理論的 確認을 얻은 셈이다. 마지막으로 우리는 좀더 우리의 考察을 結晶시켜 보자. <立法者는 이미 觀念적으로 豫料한 規範侵害를 處罰하기 위해 構成要件들을 설정한다. 犯罪란 可罰的 不法, 즉 <構成要件에 該當하는> 不法이다. <不法構成要件>(Unrechtstatbestand)의 理論上 不法을 이루는 모든 徵表들은 構成要件에로 흡수된다. 사정에 따라서는 그 이상의 것도. 그래서 行爲의 危險性등등의 規範侵害의 徵表들과 그 외에 또 違法한 結果의 發生등은 構成要件該當의 徵表들이다. 이리하여 <必要한 注意의 怠慢의 體系的 整序>를 위한 바탕은 만들어진 것이다>¹¹⁸⁾.

I. Tammelo, Contemporary Developments of the Imperative Theory of Law: A Survey and Appraisal, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 255 面이하. 이 理論에 대한 批判으로는 A. Hägerström, Inquiries into the Nature of Law and Morals, ed. by K. Olivercrona, transl. by C.D. Broad, Stockholm, 1953 17 面이하. 특히 Austin 批判에 대해서는 H. Kelsen, General Theory of Law and State, 1949, 30面 이하와 H. L. A. Hart, The Concept of Law, Oxford 1963, 18 面이하. 또 Engisch의 理論에 대해서는, K. Larenz, Der Rechtssatz als Bestimmungssatz, In: Festschrift für K. Engisch, Frankfurt/M. 1969 150 面이하. 오늘날 <刑法>과 관련해서는, Engisch, Unrechtstatbestand., 413 面이하, Jescheck, 前掲, 9 面이하. D. Oehler, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, Berlin 1959, 16 面, 65 面이하.

117. 이 점은 특히 M. L. Müller, Die Bedeutung des Kausalzusammenhang im Straf- und Schadensersatzrecht, 1912, 22 面에서 이미 지적했다. Engisch, Unrechtstatbestand. 416 面이하 참조.

118. Engisch, Untersuchungen., 343 面이하의 說明을 필자는 結論으로 삼고 싶다.