
碩 士 學 位 論 文

信賴의 原則의 適用範圍와
그 限界에 관한 研究

濟州大學校 大學院

法學科



제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

梁 慧 振

1995年 12月 日

信賴의 原則의 適用範圍와
그 限界에 관한 研究

指導教授 金 秀 吉

梁 慧 振

이 論文을 法學 碩士學位 論文으로 提出함

1995年 12月

梁慧振의 法學 碩士學位 論文을 認准함.

審査委員長

金 富 輝

委

員

金 秀 吉

委

員

權 榮 象



濟州大學校 大學院

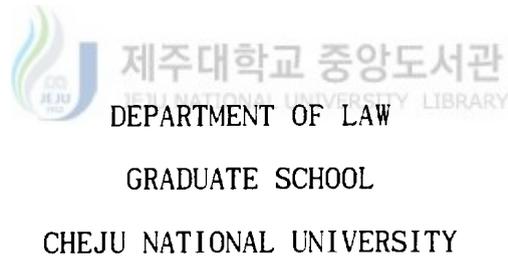
1995年 12月

A Study on the Application Range and Limit
of the Principle of Reliance

HYE-JIN YANG

(Supervised by professor Soo-Gil Kim)

A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF
THE REQUIREMENTS FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAW



1995. 12.

目 次

summary	i
I. 序 論	1
1. 研究의 目的	1
2. 研究의 方法과 範圍	4
II. 信賴의 原則의 意義 및 成立	5
1. 信賴의 原則의 意義	5
1) 信賴의 原則의 意義	5
2) 信賴의 原則의 理論的 背景	9
2. 信賴의 原則의 成立	12
1) 序說	12
2) 判例를 통한 信賴의 原則의 成立	14
III. 信賴의 原則의 體系的 地位	27
1. 信賴의 原則과 過失犯의 理論的 構造	27
1) 過失理論의 展開	28
2) 注意義務의 意義와 內容	34
3) 注意義務에 있어서의 信賴의 原則의 體系的 地位	41
2. 信賴의 原則과 許容된 危險과의 關係	48
1) 許容된 危險의 本質	49
2) 許容된 危險의 限界	52
3) 許容된 危險과 信賴의 原則	54
3. 信賴의 原則과 社會的 相當性理論과의 關係	57

IV. 信賴의 原則의 適用範圍와 그 限界	59
1. 信賴의 原則의 適用要件	60
1) 客觀的 要件	60
2) 主觀的 要件	61
2. 信賴의 原則의 適用擴大	69
1) 道路交通分野	69
2) 醫療分野	73
3) 工場操業	85
4) 民事法分野에서의 適用問題	86
3. 信賴의 原則의 適用限界	88
1) 道路交通	89
2) 分業的 共同業務	96
V. 結 論	103
參 考 文 獻	106



- SUMMARY -

A Study on the Application Range and Limit
of the Principle of Reliance

Hye-Jin Yang

Department of Law

Graduate School

Cheju National University

The criminal negligence had been dealt exceptionally in theory or practice, but recently the rapid development of scientific techniques and social changes brought about the increase of frequency and new forms of the criminal accident, so new theories for the solution of the problem about the criminal negligence were followed.

As one of the new theories, the Principle of Reliance is occurred to prevent the reduction or interruption of essential and useful operations in daily life which might be caused by the control of mistrust principle, having the function of the logical solution of the problem about criminal negligence and risk allotment.

It was acknowledged through the German precedents first. In a road traffic accident, by the earlier criminal law system, even if the victim has any act against the reliance, the offender should be punished as the criminal negligence as long as she or he has any negligence and the victim's fault is to be considered only in the area of the offender's civil responsibilities. But especially the change of road traffic circumstances according to the increase of transportations, bring about the Principle of Reliance that loosens the

demand of punishment for traffic criminal and limits the range of punishment logically.

It could be said that its appearance opened new era in theory of criminal negligence and its relation to social properness theory and principle of allowed risk. Specially, the Principle of Reliance originated in the track accident cases and extended gradually to general traffic accident cases. Today, it is on the tendency to extend and apply to the cases regarding the cooperative workers such as medical accident cases.

As the Principle of Reliance is the standard of limiting 'duty of notice', it requires us to understand more carefully about the theory of negligence and risk allotment of joint work, and analyze concerned cases to establish the concrete standards. The newly appeared concrete application in the risk allotment system of joint work has the difference with the Principle of Reliance in the traffic accident, so the study on the application range and limit of the Principle of Reliance should be performed.

In this paper, I confine my research mainly on the following three points of the Principle of Reliance: (1) its definition, and the background and process of establishment, (2) its systematic status, and (3) its application range and limit.

First, as its application extends to all criminal negligence field, the Principle of Reliance can be defined as: "the principle that if the man act carefully, keeping the regulation by himself, even if the risk is accompanied by the act, it should be allowed for him to trust the other concerned's act if there is not any special conditions". It was acknowledged by German precedents first and now is acknowledged in almost every country's precedents and theory. On reviewing its application in Korean precedents, we can find that it follows the course of establishment in Japan and Germany.

Second, the problem on systematic status of Principle of Reliance could be divided into two parts ; (1) to negate the possibility of prediction, and (2) to negate the result-evading duties. But even in the case of negating the possibility of prediction, the Principle of Reliance must be acknowledged by the social needs and utilities such as promptitude and smoothness of car transportation. So, it is better reasoning to emphasize the later point. Also, regarding the relation between the Principle of Reliance and the principle of allowed risk, the former principle should be regarded as concrete application of the later principle.

Third, in its application range and limit, subjective conditions are (1) the existence of trust, and (2) the properness of trust, but objective conditions can not be generalized because of a multitude of varieties in concrete situations. Therefore, the concrete review and investigation on the matter of application range and limit should be made.

The Principle of Reliance has been developed as the matter of practice, so it has flexible character that its limit of application changes by each concrete situation. The increase of dangerous work field has brought about development of the Principle of Reliance and the extension of its application to all criminal negligence. And the Principle of Reliance is still 'ever-developing principle' rather than 'established legal principle', it requires us to study more comprehensively in theory, to apply it more carefully in the trials, and try to establish the concrete standard for the application.

In my conclusion, the Principle of Reliance which developed through the precedents, need to be reviewed deeply in theoretical field and considered carefully in its application to the cases. By studying and investigating more proper range and limit of its application to practical and concrete situations, we should formalize its concrete application standard.

I. 序 論

1. 研究의 目的

문명의 利器가 범람하고 分業이 사회생활상의 중요한 역할을 담당하는 현대 사회에서는 過失로 인한 법익침해가 급증됨에 따라 과실범이 증대한 사회적 관심의 대상이 되어 왔다. 또한 기업활동이 활발할수록 過失責任에 대한 인식도 점차 높아져 종전의 過失理論으로는 해명될 수 없는 문제들이 제기됨과 동시에 새로운 過失理論의 전개가 요청되게 되었다.

원래 過失犯은 사회생활상 필요한 注意義務를 違反함으로써 일정한 構成要件을 실현한 경우에 刑罰이 가하여지는 犯罪이다. 형법은 원칙적으로 故意犯 즉 罪의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 罰하지 아니한다(제13조)라고 규정하여 行爲者가 일정한 범죄사실을 인식하여 構成要件을 실현한 경우를 처벌하고 있고, 예외적으로 故意없이 일정한 構成要件을 실현하였을 경우에는 過失犯으로 처벌하고 있다.

이렇듯 過失犯은 故意犯과 같이 항상 처벌되는 것이 아니라 法律에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다(刑法 제14조)라고 규정하여, 過失犯에 대한 처벌은 故意犯에 대한 것과는 달리 法律의 규정이 있는 예외적인 경우에만 처벌하기 때문에 犯罪論에 있어서 주로 故意犯이 논의의 중심이 되어 왔고 過失犯은 이에 종속된 형식으로 취급되어 왔다. 따라서 종래의 過失犯理論은 故意犯의 예외 유형인 間接故意論으로 발전되어왔을 뿐이며, Binding의 표현처럼 過失犯은 刑法學의 의부자식으로 취급되어져 왔고 단순히 犯罪事實의 인식유무에 따라 故意犯과 구별되는 비현실적인 그늘에 머물고 있었다.

그러다가 1950년 이후로 過失犯理論은 커다란 관심을 불러 일으켰고 過失犯

이 故意犯과 별개의 독자적인 犯罪論 체계를 구성하게 되었다. 過失論爭의 계기는 사회실정의 변화를 바탕으로 하는 實際的·現實的 요청과 이에 상응한 犯罪理論의 형성·발전이라고 할 수 있다. 최근 도로교통의 발달, 의약품 및 식료품의 대량생산, 기업활동의 왕성 등 기술혁신과 기계화가 촉진되어 각종의 위험원천이 격증함에 따라 過失犯이 質的·量的으로 크게 증가하였다.

오늘날의 비약적인 과학기술의 발전은 인간의 행복과 번영을 위하여 커다란 공헌을 하였으나, 그 반면에 인간의 생명·신체·재산에 대한 侵害와 危險性을 현저히 증가시켜 過失犯이 급증하였고, 그 態樣이 다양화됨으로써 過失犯에 대한 사회적 관심이 증대하게 되어 過失犯理論이 독자적인 犯罪論으로 발전하게 되었다.

이와 같이 20세기 이전에는 볼 수 없었던 새로운 형태의 過失犯에 대하여 종래의 結果責任의 過失理論으로는 해결하기 어려운 많은 문제들이 제기되어 理論적으로 犯罪論의 분석에 대한 재검토를 촉구하게 되었고, 실무상으로는 信賴의 原則과 같은 새로운 이론들이 등장하게 된 것이다.

오늘날 우리의 일상 생활은 자동차교통을 비롯한 의료, 약품, 식품, 철도 등 각종의 과학기술문명에 의존하고 있는 바 이와 같은 문명시설은 우리의 생활에 필수적이면서도 그 자체에 危險을 내재하고 있으므로 우리는 각자 자기의 社會的 職分과 地位에 따라 그 예방조치에 유의하지 않으면 안 된다. 그러므로 각자의 생활분야에서 소정의 規則을 遵守하여야 하며 他人도 역시 그 規則을 준수하면서 생활하고 있다는 信賴를 전제로 하지 아니하고서는 우리의 社會生活은 도저히 정상적으로 영위될 수 없는 것이다.

이와 같이 사회공동생활에 참여하는 모든 사람이 각자 주어진 規則을 준수하면서 행동하고 있다는 상호 信賴를 전제로, 기업전체 또는 사회생활 전반의 운영에 참여하고 있다는 原理가 信賴의 原則이라 할 수 있다. 이러한 信賴의 原則은 過失犯 처벌의 合理的인 한계를 설정하고 일상 생활에서 유익한 업무가 축소 내지 정지될 염려를 없애며, 관여자 상호간에 발생된 결과를 합리적으로

로 공평하게 분배하기 위한 실천적인 원리로 判例에 의하여 형성되어 왔다.

信賴의 原則은 1935년경 도로교통사고에 관련된 獨逸判例에 의해 생성되었으며, 그 후에도 客觀的 注意義務의 한계를 지우는 실질적이고도 구체적인 기준으로써 교통사고에 대한 종래의 엄격한 過失 처벌을 완화하고 그 범위를 합리적으로 제한하고자 하는 의도에서 전개되고, 실무상 적용되어져 왔다. 그러나 최근에 와서는 그 본래의 생성적 범위를 벗어나 의료행위 등과 같이 다수인이 조직적으로 참여하는 分業의 영역에도 적용되어야 한다는 의견들이 등장하고 있다.

따라서 過失犯의 인정 내지는 注意義務의 구체적인 적용기준을 제시하기 위하여 信賴의 原則에 대한 이론의 확립과 구체적 적용기준의 정립이라는 두가지 과제가 시급히 요청되고 있는 상황이다. 그러므로 信賴의 原則이 過失 인정의 기준에 관한 法官의 판단기준이 되고 동시에 過失犯의 이론과 실무를 연결해 준다는 점에서 볼 때, 同 原則을 하나의 原理로 인정함에 있어서는 먼저 過失犯理論과 어떠한 관계를 가지고 있는가라는 이론체계상의 문제를 규명하지 않으면 안 된다.

다음으로 信賴의 原則과 기존의 過失犯理論과의 관계를 통하여 同 原則을 過失 인정의 기준으로 인정한다고 할 지라도 同 原則이 원래 이론 체계상의 논쟁의 산물이 아니고 도로교통사정의 변화에 따른 자동차 운전자의 적정한 過失責任의 추궁이라는 실천적 사명을 띠고 재판 실무에 등장한 것이기 때문에 信賴의 原則이 어떠한 경우에 적용이 가능하고 어떠한 경우에 적용이 배제되는가라는 적용기준의 문제를 해결해야 할 것이다.

따라서 本 研究에서는 信賴의 原則에 대한 연혁과 외국의 판례 및 입법례에 의하여 信賴의 原則이 확립되어 온 과정을 고찰하고, 過失犯과의 관계 및 許容된 危險과 社會的 相當性理論과의 관계에 대한 이론적인 내용을 검토한 후에 실제적인 문제로 信賴의 原則의 적용범위와 그 한계에 대하여 살펴봄으로써 信賴의 原則을 보다 더 체계적이고 합리적인 法理論으로 구성하여 過失責任의

영역에 대한 효과적인 규제기준을 제시하고자 한다.

2. 研究의 方法과 範圍

信賴의 原則에 관한 연구는 구체적·개별적 사례를 중심으로 분석하고 유형화하는 實踐的 작업이 중요한 것이나, 이것은 實務上의 전문성 및 이에 대한 비판의 축적이 선행되어야 하는 관계로 여기서는 信賴의 原則에 관한 국내외의 저서 및 문헌조사를 참조하여 고찰하였으며, 특히 판례분석을 통한 信賴의 原則의 適用擴大 및 限界에 중점을 두어 연구하였다.

本 論文은 이를 기초로 II에서는 信賴의 原則의 意義를 살펴본 후, 독일의 도로교통사고와 관련하여 판례를 통하여 형성된 信賴의 原則이 우리나라에서는 어떤 과정을 거쳐 성립·발전되어 왔는가를 고찰해 보았다. III에서는 오늘날 일반적으로 인정되는 信賴의 原則이 刑法理論에서 갖는 체계적 지위가 어떻게 되는가를 過失犯과의 관계 및 許容된 危險과 社會的 相當性과의 관계를 통하여 검토하였다. IV에서는 信賴의 原則의 적용범위와 그 적용확대 및 적용한계에 대하여 검토해 보았다. 끝으로 V에서는 앞에서 다룬 論題들을 요약하고 종합적으로 고찰하여 이에 대한 결론을 제시하였다.

II. 信賴의 原則의 意義 및 成立

1. 信賴의 原則의 意義

1) 信賴의 原則의 意義

信賴의 原則(Vertrauensgrundsatz)이라 함은 不信의 原則(Misstrauensgrundsatz)¹⁾에 對應하는 것으로 발생학적으로 볼 때 1935년 12월 9일 RG (Reichsgericht : 獨逸帝國法院)의 교통사고에 관한 判例에서 나타난, 도로교통법상의 原則으로 理論的 출발을 하였다.

信賴의 原則의 발생지인 獨逸에서는 일반적으로 信賴의 原則에 대하여 “모든 交通관여자는 그 때의 特別한 事情에 의하여 反對事實이 인정되지 않는 한 다른 交通관여자도 자기처럼 交通상 적절한 行동을 할 것이다라고 信賴해도 좋다”는 原則이라고 말하고 있다.²⁾

信賴의 原則의 概念에 대해 여러가지 견해들이 있으나 일반적으로 두 가지 유형으로 구분되고 있다. 하나는 “모든 交通관여자는 特別한 事情이 없는 한 다른 交通관여자가 交通법규 기타의 交通질서를 준수하고 적절한 行동을 할 것을

- 1) 不信의 原則은 法益侵害의 결과를 중요시한 나머지 필요불가결한 위험업무 내지 활동에 의하여 결과만 발생되면 被害者측에 過失이 있는 경우에도 이를 고려하지 않고 대부분의 過失責任을 인정하는 것으로, 자동차 운전자는 다른 交通관여자가 질서있는 行동을 취할 것이라고 기대해서는 안된다는 原則이다 : 丁鍾烈, “過失犯에서의 信賴의 原則”, 碩士學位論文, 京畿大學校 大學院, 1990, pp. 4-8 ; 木村靜子, “信賴의 原則”, 「刑法學問題集 60講」, 一粒社, 1976, p. 469.
- 2) 西原春夫, 「交通事故と信賴の原則」, 成文堂, 1980, p. 13 ; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11 Aufl.; 1969, S. 132f ; 이 原則은 일본에서는 1966년 12월 20일에 최고재판소에서 처음으로 채용(刑集 20卷 10號 1212面) 되었고, 우리나라에서는 1972년 12월 26일 대법원에서 처음으로 채용(대법원 판결집 제20권 3집 pp. 62-64) 되었다.

信賴해도 좋으며, 가령 다른 교통관여자의 부적절한 行動으로 侵害的 結果가 발생하였다 하더라도 注意義務違反은 인정되지 않는다”고 하는 유형이고³⁾, 다른 하나는 “모든 교통관여자는 다른 교통관여자가 교통질서에 따른 적절한 행동으로 나올 것을 信賴하는 것이 상당한 경우에는 가령 다른 교통관여자의 부적절한 행동에 의하여 침해적 결과가 발생하였다고 하더라도 이것에 대해서는 責任을 지지 않는다”고 하는 유형이다.⁴⁾

前者는 독일을 중심으로 한 이론이고 後者는 일본을 중심으로 한 이론이라고 할 수 있다. 두 유형은 모두 信賴의 原則을 인정한다는 점에서는 공통되나, 독일식 유형은 特別한 事情의 有無에 의하여 그 적용 여부를 판단하는 반면에 일본식 유형은 信賴한 것 자체가 法秩序의 입장에서 볼 때 相當했는가 어떤가에 의하여 그 적용여부를 판단한다는 점에서 차이가 있다고 하겠다.

따라서 信賴의 原則의 적용여부를 판단함에 있어서 前者의 類型을 취하는 경우에는 特別한 事情이 있으면 信賴한 것은 相當하지 아니한 것으로 될 것이고, 그것이 없으면 信賴한 것은 항상 相當한 것으로 될 것이기 때문에 특별한 사정이 있는가 없는가라는 사실 문제가 중요시 된다. 반면 後者의 類型을 취할 경우에는 信賴한 것 자체가 法秩序의 입장에서 보아 적절했는가를 규범적으로 보기 때문에 특별한 사정의 유무는 同 原則의 적용 여부를 판단함에 있어서 중요한 의미를 갖지 않게 될 것이다.

그렇다면 兩類型 중에서 어느 것을 취해야 할 것인가가 문제되지 않을 수 없는데, 前者의 경우에는 교통관여자가 다른 교통관여자의 교통질서에 따른 적절한 행동을 信賴하는 것이 상당한 경우를 유형화하여 그 유형화한 것을 信賴해도 좋은 原則形으로 삼지 않으면 안 될 것이다. 또한 後者의 경우는 信賴의 原則의

3) 金日秀, 「刑法總論」, 博英社, 1992, p. 552 ; 李在祥, 「刑法總論研究Ⅱ」, 法文社, 1988, p. 675 ; 鄭辰鎬, “信賴의 原則에 관한 研究”, 碩士學位論文, 東國大學校 大學院, 1992, pp. 5-6.

4) 李榮鎬, “刑法上 信賴의 原則에 關한 考察”, 碩士學位論文, 延世大學校 大學院, 1993, p. 4 ; 鄭盛根, 「刑法總論」, 法志社, 1992, p. 498 ; 西原春夫, 「交通事故と 信賴の原則」, p. 14.

적용 여부를 信賴한 것 자체가 規範적으로 볼 때 상당한가 어떤가에 따라서 판단하기 때문에 相當性이라는 규범적 요소가 명백한 기준을 제시하지 못하는 한 판단의 안전성을 결여할 우려가 있다.⁵⁾

우리나라의 學說과 判例는 독일식 유형을 취하고 있다고 볼 수 있다. 그 대표적인 판례를 보면 “자동차전용의 고속도로상에서는 통상 그 주행선상에 장애물이 나타나리라는 것을 예견할 수 있는 것이 아니므로 구체적으로 위험을 예견할 수 있는 사정이 없는 한 고속도로에서 자동차를 운행함에 있어서는 일반적으로 감속·서행하여야 할 注意義務가 있다고 할 수 없다”⁶⁾, “자동차 운전자는 특별한 사정이 없는 상황에서 상대방에서 운행하여 오는 차량이 교통법규를 어기고 중앙선을 침범하여 자기가 운전하는 차량전방에 진입할 것까지를 예견하고 감독하는 등 충돌을 사전에 방지할 조치를 강구할 업무상 注意義務가 있는 것은 아니므로 동 운전자가 자동차 운행 중 상대방 차량이 중앙선을 침범함으로써 충돌사고가 발생한 경우에는 위 자동차 운전자에게 충돌의 責任을 물을 수 없다”⁷⁾, “안전지대의 표시에도 불구하고 차량의 안전지대 횡단이 특별히 허용되고 있었던 사정이 없는 한 안전지대 옆을 통과하는 차량의 운전자로서는 그 부근을 운행하는 다른 차량이 안전지대를 횡단하여 자기 차량의 도로 앞에 달려드는 일이 없으리라고 信賴하는 것이 당연한 것이니, 안전지대를 횡단하려는 차량을 상당한 거리에서 미리 발견하였다든가 하는 특별한 사정이 없는 한 그 같은 차량이 있는 것을 미리 예견하고 운전해야 할 業務上 注意義務를 기대할 수는 없다”⁸⁾ 등을 들 수 있다.

또한 우리나라 학계에서도 발생사적 정의에 따라 信賴의 原則을 “모든 교통관계자는 다른 교통관계자도 자신과 같이 교통상 바르게(Verkehrsrichtig) 행위할 것을 특수한 사정으로 정반대의 경우가 인정될 수 없는 한 信賴할 수 있다”⁹⁾

5) 姜榮喆, “信賴의 原則에 관한 研究”, 博士學位論文, 中央大學校 大學院, 1986, P. 11.

6) 大判 1971. 5. 21, 71 도 623.

7) 大判 1976. 1. 13, 74 도 2314.

8) 大判 1982. 7. 27, 82 도 1018.

9) 沈憲燮, “過失犯에 관한 研究”, 저스티스, 제10권 제1호, 韓國法學院, 1972. 12, p. 160.

라든가 “운전자는 보행자가 교통상의 의무에 수반되는 태도를 취할 것이라고 기대하여도 좋다”¹⁰⁾는 原則이라든가, “모든 교통관계자는 그 때의 특수한 사정에 비추어 보아 반대의 사실이 인정되지 않는 한 다른 교통관계자도 자기와 같이 교통상 적절한 행동을 취하리라고 信賴하여도 좋다”¹¹⁾라고 하여 信賴의 原則을 독일형으로 보는 견해가 많다.

그러나 최근에 이르러 上記와 같은 발생사적 정의에 異議를 제기하고, 信賴의 原則을 생기게 한 것은 산업혁명 후 불가피하게 발생한 위험하지만 사회적으로 유용한 사업의 존재와 그 활동으로부터 생기는 侵害的 結果를 刑法上 어떻게 취급하느냐의 문제에서 나오는 許容된 危險의 法理와 관련되어 있다는 이유를 들어, 도로교통사고분야에만 관계되었던 信賴의 原則이 醫療行爲, 工場操業 등 다수인의 업무부담을 요구하는 모든 過失犯의 분야로 그 적용이 확대되어야 한다는 주장이 대두되었다. 이에 의해 信賴의 原則도 “社會적으로 필요불가결한 위험성을 갖는 일을 하고 있는 자는 그에 관여하고 있는 他人도 적절한 행동을 취할 것이라고 信賴하여 행동한 바 그 他人이 信賴에 反한 부적절한 행동을 하였기 때문에 侵害的 結果가 야기되었다 하더라도 그러한 信賴가 社會적으로 相當하다고 할 수 있는 한 그에 대한 責任을 부담하지 않는다”¹²⁾ 또는 “危險이 수반되는 行爲라고 할 지라도 스스로 規則을 준수하여 주의깊게 행위한 자는 特別한 사정이 없는 한 또는 相當한 경우에는 다른 關係자의 적절한 행동을 信賴해도 좋다”는 原則으로 정의되고 있다.¹³⁾

생각건대 信賴의 原則은 도로교통사고와 관련하여 성립·발전되어 온 것이긴 하지만 오늘날 사회적으로 불가결한 위험한 업무의 증가로 볼 때 이를 교통사고 분야에 한정할 것이 아니라, “행위자가 어떤 행위를 함에 있어서 被害者 또는

10) 李建鎭, “우리나라 交通事故에 대한 刑事政策學的 刑法的 考察”, 韓國文化研究院 論叢, 제19집, 韓國文化研究院, 1972, p. 20.

11) 鄭盛根, “過失犯에 있어서의 問題點”, 法曹 제23권, 法曹協會, 1984, p. 12.

12) 金三南, “刑法上 信賴의 原則에 관한 考察”, 政策科學論叢, 全州大學校 政策科學 研究所, 1989, p. 138 ; Wessels, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1979, S. 135.

13) 鄭盛根, 前掲書, p. 407 ; 陳癸鎭, 「刑法總論」, 大旺社, 1988, p. 225.

제3자가 적절한 행동을 취할 것을 信賴함이 상당한 경우에는 설사 被害者 또는 제3자의 부적절한 행위에 의해 結果가 발생하였다라도 그에 대한 責任을 질 수 없다”라는 原則으로 넓게 정의해야 할 것이다.¹⁴⁾

2) 信賴의 原則의 理論的 背景

信賴의 原則은 본래 교통사고에 있어서 교통관여자 상호간에 사고회피의 책임을 분담시킴으로써 注意義務의 범위를 제한 또는 구체화하려는 원칙이다.¹⁵⁾ 종래 傳統的 過失論에 의하면 過失 즉 注意義務違反을 판단하는 데 있어 違法性의 본질을 法益侵害의 결과 발생으로 보아 일단 法益侵害의 결과가 발생하면 무조건 違法性을 인정하고 責任의 단계에 가서야 결과 발생에 대한 豫見可能性의 有無에 따라서 過失의 성립여부를 결정하였다.

그러므로 傳統的 過失論에 의하면 사회생활상 유용하면서도 각종 재해사고의 위험성을 내포하고 있는 업무를 대개 결과발생에 대한 예견이 일상 생활의 경험상 도저히 예측할 수 없었던 不可抗力에 의하여 발생한 경우를 제외하고는 그 결과를 야기시킨 行爲者에게 결과 발생에 대한 절대적인 過失責任을 귀책시키는 것이 가능하였던 것이다.¹⁶⁾

그러나 사회가 복잡해지고 발전해 감에 따라 인간 생활의 구석구석에 위험이 증가되었고 이 危險을 어느 정도 許容하지 않고서는 과학의 발달 뿐만 아니라 원활한 인간생활을 기대할 수 없게 되었다. 따라서 기존의 傳統的 過失論으로는 이러한 문제들에 대하여 적절히 대처할 수가 없게 되어 위험한 사업에 종사하는

14) 信賴의 原則을 過失認定의 기준으로 사용할 필요성이 있는가에 관해서는 부인설, 소극적 긍정설, 적극적 긍정설이 대립되고 있으나, 오늘날은 대체로 이를 긍정적으로 받아들이고 있고, 이것이 통설적인 위치를 굳히고 있다. 이에 대한 상세한 것은 朴鐘九, “信賴의 原則에 관한 研究”, 碩士學位論文, 圓光大學校 大學院, 1984, pp. 8-9 ; 李敬鎭, “過失犯에 있어서 信賴의 原則”, 「論文集」 제3집, 韓國海洋大學校 海洋研究所, 1984, pp. 155-156 ; 陳燮鎭, 上揭書, p. 226참조.

15) 曹仕成, “信賴의 原則”, 碩士學位論文, 朝鮮大學校 大學院, 1988, p. 12.

16) 李榮鎭, 前揭論文, p. 5.

자들에 대해서는 별도의 논리를 적용하여야 한다는 사상이 싹트게 된 것이다.

그러한 原則으로 등장한 것이 소위 「許容된 危險의 法理」였으며, 이러한 이론적 바탕위에서 信賴의 原則이 탄생하게 되었다. 信賴의 原則은 사회적으로 유익한 許容된 危險行爲 내지 活動이 경우에 따라서 중대한 위험을 일반공중에 미칠 가능성이 있을 때 그 위험 행위자에게 과중한 注意義務를 부담시키는 것은 오히려 사회적으로 유익한 행위를 刑罰에 의하여 억제하는 결과가 되어 사실상 結果責任을 부담시키는 것이므로, 「許容된 危險」행위에 있어서는 행위자만이 아니라 관여자에게도 合理的인 범위내에서 그 危險을 분산하여 위험 방지에 관계하는 사람들간에 責任을 分配시키자는데서 발전된 이론이다.¹⁷⁾

이처럼 예견 가능하고 회피 가능한 法益侵害가 일정한 범위내에서는 注意義務의 怠慢의 결과가 아니라는 근거로 許容된 危險의 法理를 들었다. 사회적으로 유익한 위험은 허용되어야 하나 여기에는 위험한 업무가 가져올 이익과 위험의 종류·특질·무게 등과 그에 대한 안전조치, 나아가서는 그러한 위험으로부터 안전을 강구하는데 필요한 비용 문제까지도 고려하여야 한다.

信賴의 原則의 이론적 근거를 충분히 설명하려면 「許容된 危險의 法理」로는 부족하다. Stratenwerth와 Lenckner는 信賴의 原則의 이론적 기초로 「客觀的 歸責의 原理」를 든다.¹⁸⁾ 「客觀的 歸責論」은 Mayer와 Larenz가 주창한 이론으로 “일반적으로 행위(Handlung)개념을 「사상에 의해 지배 가능한 행위」(von Willen beherrschbares Tun)로 규정하고, 인간 행위와 그 결과는 인간사상의 결과(Wirkung)로 생각될 경우에만 客觀的 歸責을 말할 수 있다”고 하는 것이다.¹⁹⁾ 또한 客觀的 歸責論에서는 본질적으로 사람은 목적을 스스로 설정하고 이 목적에 따라 행위할 가능성을 가지고 있다는 것 즉, 인과과정을 자기 의사에 의해 지

17) 丁鍾烈, 前揭論文, p. 9 ; 曹仕成, 前揭論文, p. 13.

18) 沈憲燮, 前揭論文, p. 174.

19) Mayer, Strafrecht, Allg. Teil, Stuttgart, Kohlhammer, 1953, S. 138. ; Larenz, “Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung”, NJW, 1955, S. 100.

배할 수 있다고 본다.²⁰⁾

이에 따라 Stratenwerth는 “過失犯에 있어서는 故意犯에서 행위지배가 그러 하듯이 하나의 사상에 대한 지배가능성이 제1차적인 귀책영역을 결정한다고 한 다음, 사회생활에서 여러 사람들의 행위 방법이 접촉하는 곳에서는 거기에 가담 된 각자는 다른 사람들도 法秩序의 요청밑에 있으므로 주의있게 행동할 것을 보 통 信賴할 수 있다고 한다. 이것은 오직 그가 자기의 責任에 따라 행위할 것을, 따라서 자기의 注意義務를 이해할 것을 기대하도록 하는 責任있는 人으로서의 他人의 성격에 근거한다”고 하여, 多數人이 共同으로 참여하는 分業적 共同業務 에 있어 信賴의 原則이 타당하기 위해서는 궁극적으로 客觀的 歸責論에 기초해 야 한다고 밝히고 있다.²¹⁾

Lenckner도 “하나의 행위가 豫見할 수 있게끔 제3자의 注意侵害에 하나의 원 인이 되었다 해서 곧 注意義務違反일 필요가 없다. 이것은 물론 그 훼손적인 행 위는 오로지 타인의 歸責領域에 속한다는 것과 관련되어 있다. 여기에서 우리 각자는 오직 자기 자신의 행위에 대해서만 歸責的이라는 것 즉 각자는 그 자신 이 보호된 法益을 侵害하지 않는다는 것을 유의하여야 한다는 원리에서 출발해 야 할 것이다”라고 하였다.²²⁾

이는 多數人의 分業적 협력에 있어서 信賴의 原則이 타당하기 위해서는 이와 같은 客觀的 歸責論에 궁극적으로 기초해야 한다는 입장으로, 현대 사회에서 필 연적으로 발생하는 위험을 그 관여자 상호간에 합리적으로 公平하게 分配한다는 취지에서 信賴의 原則이 등장하게 되었음을 의미한다. 따라서 信賴의 原則은 許容된 危險, 危險의 適正한 分配, 客觀的 歸責論 등의 刑法理論과 관련되어 나타 난 것이라 할 수 있겠다.

20) Naucke, “Über das regreßverbot im Strafrecht”, ZStw-76, 1964, S. 424.

21) Stratenwerth, Strafrecht, Allg. Teil, Köln, 1971, p. 303 (李基喆, “過失犯에 있어서의 注意義務와 信賴의 原則”, 碩士學位論文, 延世大 行政大學院, 1981, pp. 49-51에서 재인용).

22) Lenckner, Technische Normen und Fahrlässigkeit, Frankfurt, 1969, p. 506 (上揭 論文, P. 49 ; 于鍾烈, 前揭論文, P. 9에서 재인용).

2. 信賴의 原則의 成立

1) 序說

刑法에 있어서는 被害者측의 過失로 인하여 결과가 발생하였을 경우에도 過失相計를 인정할 수 없다. 被害者의 過失은 업무자의 過失責任을 인정하는 데 고려될 뿐이므로 信賴의 原則은 위험부담을 적정하게 분배함으로써 엄격한 過失責任을 완화하고 注意義務를 합리적으로 제한하려는 성격을 띠고 등장하였다.

信賴의 原則을 判例에서 인정하기 전까지는 “도로에 있어서의 모든 교통관여자는 사고를 방지해야 할 의무가 부과되어 있고 他人의 법질서에 따른 행위를 할 것이라고 信賴해서는 아니되며, 人家나 歩道에서 갑자기 사람이 차도에 뛰어드는 것을 항상 염두에 두지 않으면 안 된다”, “운전자는 자기가 질주하는 앞 軌道뿐만 아니라 도로 폭 전체를 살펴야 하며, 前面에 정차 또는 질주하는 자동차와 같은 장애물이 있을 때에는 그 뒤에서 갑자기 사람이 나타나서 자동차 앞에 닥칠 수 있다는 가능성을 고려해야 한다는 것은 수차에 걸쳐 판시한 바이다”고 하여 운전자에게 돌발사태를 모두 예측하여 이에 대비할 수 있는 注意義務를 부담시키고, 다만 일상생활 경험상 예측불가능한 경우에 한하여 過失責任을 부정하는 不信의 原則이 지배하고 있었다.²³⁾

그러나 이러한 不信의 原則은 자동차 교통이 복잡하지 않던 시대에는 통용될 수 있었으나, 자동차와 도로교통이 기술화, 고속화, 다량화되고 교통질서와 교통도덕이 요청되고 있는 오늘날에는 유지될 수가 없다.

만일 현대산업사회에서 운전자에게 자신이 교통법규를 준수함은 물론 他人의 違反可能性까지 예상하여 만전의 조치를 취할 의무가 있다고 한다면 교통의 안전은 보장될 수 있지만, 교통정체를 야기시키고 자동차의 사회적 유용성을 도외시하여 그것이 지닌 현대적 기능에 커다란 차질을 가져오게 된다. 특히 고속화

23) 鄭盛根, 前掲書, p. 408.

는 시대적 요청이므로 사고 발생의 위험성이 증대한다고 해서 고속운전을 금지하거나 이에 의한 모든 사고에 대비하여야 할 의무를 요구할 수는 없다.

信賴의 原則은 교통능률이라는 전체적 이익을 보호하기 위하여 능력이 열등한 운전자와 보행자인 약자를 희생시키려는 히틀러 시대의 독일의 교통정책에서 유래하는 전체주의적 원칙에 지나지 않는다고 하는 견해도 있다.²⁴⁾ 그렇다고 하여 信賴의 原則이 국가사회주의 독일의 공동체 사상과 직접적인 관련이 있는 산물이라고 단정할 수는 없고, 信賴의 原則의 직접적인 탄생배경은 고속도 교통기관이 증가되고 그 사회적 유용성이 증대됨에 따라 자동차 교통의 신속·원활화가 사회적으로 불가피하게 요청되었던 바에 있다고 할 것이다.²⁵⁾

그러나 교통사고와 관련하여 등장한 信賴의 原則은 그 내용이 불명확하다는 것과 危險한 業務를 하는 자들이 항상 태만하지 않고 신중하게 업무를 처리해야 한다는 것을 완화하는 인상을 줄 수 있기 때문에 그 立法化에는 많은 어려움이 따른다.

외국의 경우를 살펴보면 1956년 독일 도로교통령 제1조가 信賴의 原則에 대한 전제적 준칙이라 할 수 있는데 이를 입법화로 보기는 어렵다. 그 후 1960년 오스트리아 도로교통법 제3조는 “모든 도로 이용자는 도로교통의 위험을 변별하고 이에 따라 행위할 수 없는 兒童, 盲子 또는 聾子, 불구자임을 안 경우 이외에는 다른 사람이 도로를 이용함에 있어서 법규를 따른다는 것을 信賴할 수 있다”고 규정하였다. 특히 스위스 도로교통법 제26조에서는 “교통법규를 준수한 도로 이용자는 원칙적으로 다른 교통관계자의 위반행위를 고려할 필요가 없다”고 명문으로 규정하는 태도를 취하고 있다.²⁶⁾

우리나라에서도 信賴의 原則에 대하여 아직 명문의 규정은 없으나 통설에 의하여 확고한 지지를 받고 있으며, 원래 도로교통과 관련하여 등장한 信賴의 原

24) 井上祐司, 「行爲無價値と過失理論」, 成文堂, 1978, PP. 59-117.

25) 姜榮喆, “交通事故와 信賴의 原則의 成立過程”, 「現代의 刑事法學」, 法元社, 1990, PP. 158-159 ; 李榮鎬, 前掲論文, P. 10 ; 山中敬一, “信賴의 原則”, 山中研一外 3人編, 現代刑法講座 第3卷, 「過失から罪數まで」, 成文堂, 1979, PP. 72-73.

26) 李在祥, “信賴의 原則”, 月刊考試, 1988. 2, p. 43 참조.

則은 도로교통의 범위를 넘어서서 다수인의 업무 분담이 요구되는 모든 過失犯의 注意義務의 한계를 확정하는 원리로 발전하고 있다.

2) 判例를 통한 信賴의 原則의 成立

信賴의 原則은 대부분 교통기관의 발달에 수반하여 判例를 통하여 발전되고 확립된 原則으로 특히 獨逸의 도로교통사고의 判例에서부터 출발하여 1930년대의 目的的 行爲論의 지지를 받으며 戰後에 성숙된 原則이다. 따라서 信賴의 原則을 成立過程을 자세히 살펴보려면 各國의 判例의 動向을 먼저 파악해야 할 것이다.

(1) 獨逸

원래 信賴의 原則은 독일의 재판실무에서 탄생하여 발전된 것으로 1920년대 후반부터 자동차의 급증과 도로 등 교통설비가 대규모로 정비되어 交通法規의 改定 및 새로운 立法이 이루어짐으로써 종래의 過失 인정의 기준의 변화가 불가피하게 되자, 1935년에 이르러 RG(Reichsgericht : 獨逸帝國法院)가 처음으로 同 原則을 채택하여 발전시켰고 BGH(Bundesgerichtshof : 獨逸聯邦最高法院)의 判例에 의하여 계승되어 확립되게 된 것이다.

信賴의 原則이 확립되기 이전에는 도로교통사범에 대한 過失 인정의 기준으로 교통기관의 종사자는 일반 공중의 적절한 행동을 기대해서는 안 된다는 不信의 原則이 지배하였으며, 이러한 不信의 原則이 적용된 독일의 判例로는 1927년 1월 4일과 1931년 2월 13일 RG의 판결이 있다.

前者의 경우는 "자동차 운전자는 도로상에 있어서의 他人의 이해할 수 없는 행동까지도 사정 여하에 따라서는 계산에 넣도록 의무화되어 있다. 도로교통이라는 것이 유아나 신체장애자까지도 포함한 모든 사람을 위한 것이므로 자동차 운전자는 특별히 遭遇한 사람 또는 추월하려고 하는 사람을 모르는 때에는 항상 그러한 사람이 본래 정신적으로 愚鈍하기 때문에 所與의 경고를 매

우 더디게 받아 들어서 그때부터 그의 결심을 굳힌다고 하는 일 또는 그러한 사람은 반대방향으로 행동한다는 일을 계산에 넣지 않으면 안 된다. 자동차 운전자는 前方의 진로에 장애물을 발견하였을 때에는 이러한 예기할 수 없는 우발사고가 생겼을 경우를 염두에 두고 그의 태도를 정하지 않으면 안 된다”²⁷⁾고 판결하였다.

後者は “. 제국법원은 자동차 운전자는 생활경험에 의하여 모든 도로이용자가 교통의 빈번화에 따라서 기대되는 주의를 기울여 행동하리라는 것을 염두에 두어서는 안 된다. 오히려 그 반대의 경험을 고려해 넣지 않으면 안 된다고 하는 생각을 고수해 왔다. 경험에 의하면 缺陷있는 태도는 보행자의 경우 특히 유아의 경우에 흔히 볼 수 있는 바이지만 성인인 보행자의 경우도 마찬가지라고 하지 않으면 안 된다”²⁸⁾고 판시하였다.

이렇듯 1920년대의 獨逸의 判例는 不信의 原則이 지배됨으로써 운전수는 他人의 적절한 행동을 예상하여 자기의 행동을 정할 수 없고 다만 예외적으로 他人의 부적절한 행동이 일상생활의 경험상 생각될 수 없는 경우에만 운전자는 過失이 없다는 것과 또한 교통의 편익은 인간 생명의 안전에 양보된다는 태도를 취했었다.

그러나 1935년부터는 태도를 바꾸어 “자동차 운전자는 다른 교통관계자가 교통규칙을 지킬 것이라고 信賴하여도 좋고 따라서 他人이 교통위반의 태도로 나올 것을 염두에 둘 필요는 없다”²⁹⁾고 하는 信賴의 原則으로 전향하게 되었던 것이다. 그 최초의 判例는 1935년 12월 9일의 RG판결로 “자동차 운전자는 보행자

27) RG St 61-121, 이는 앞이 잘 내다 보이는 道路上에서 일어났던 사고로 자동차를 운전한 被告人이 車道上을 같은 방향으로 걷고 있는 두 사람을 발견했기 때문에 警告器를 울리면서 도로의 左側으로 다가서 이들을 추월하려고 하였던 바 그 중 한 사람이 돌연 도로의 左側으로 달려 들었기 때문에 그 사람을 치어 傷害를 입힌 사건에 대한 판결이다.

28) RG St 65-135, 이는 도로의 左側에 직접 접해 있는 정원의 울타리 뒤에서 13세의 소녀가 돌연 도로상에서 뛰어 나갔기 때문에 시속 20-25km로 도로의 左側을 자동차로 통행하고 있던 被告人이 소녀를 친 사건에 대한 판결이다.

29) 姜榮喆, “交通事故와 信賴의 原則의 成立過程”, p. 168.

의 규칙에 반한 비합리적인 태도까지도 염두에 두지 않으면 안 된다고 하는 것은 옳지 않다. 그러나 이것은 일상생활의 필요와 자동차 교통의 본질, 특성, 요청 등을 고려해서 밝혀지는 한계내에서만 타당한 것이다. 따라서 자동차 운전자는 무릇 생각할 수 있는 모든 不注意한 행동을 고려할 필요는 없고 오히려 모든 존재하는 사정을 합리적으로 熟慮하면 예견하도록 동기를 부여했을 不注意한 행동을 염두에 두면 그것으로 그 의무를 달성한 것으로 된다”라고 판결하였다.³⁰⁾

물론 이 판결문에는 信賴라든가 信賴의 原則이라는 용어가 사용되어 있지는 않다. 그러나 “자동차 운전자는 일상의 생활경험상 가능한 한 다른 교통관계자의 부적절한 행동을 계산에 넣지 않으면 안 된다”라는 不信의 原則을 고수해 왔던 종래의 RG의 판례와는 달리, “자동차 운전자는 무릇 생각할 수 있는 他人의 모든 不注意한 행동까지 고려할 필요가 없고 일상생활의 필요와 자동차 교통의 본질, 특성, 요청 등을 합리적으로 고려해서 밝혀지는 한계 내에 있는 他人의 부적절한 행동만을 염두에 두면 된다”라고 하여 특별한 사정이 없는 한 자동차 운전자는 다른 교통관계자의 적절한 행동을 信賴해도 좋다는 信賴의 原則을 탄생케 한 밑바탕이 되었던 것이다.

이와 같이 RG의 판결에서 기초를 세운 信賴의 原則은 제2차 세계대전 후 사법제도의 개혁으로 RG가 BGH로 개조된 이후에도 계속 승인되어 발전되어 오고 있는 것이다.

BGH가 信賴의 原則을 인정한 최초의 判決은 1952년 7월 8일의 판결로 “일반적으로 특별한 이유가 없는 한 자동차 운전자는 성인의 불합리한 태도나 예견할 수 없는 교통위반의 태도를 계산에 넣을 필요는 없다. 교통상 보통 이상으로 엄격한 注意가 요구되는 것은 명백히 不注意한 사람, 명백히 신체 장애자, 유아

30) RG St 70-71, 이는 被告人은 10월 18일 오후 6시경 車道の 우측에 있는 車道보다 약간 높게 쌓아 놓은 폭 5.9m의 전차로의 緣石을 따라 승용차를 운전하고 있었는데 날씨는 맑고 視界는 양호하였다. 被告人이 도로와 연결된 다리의 전방 1.5m에 다달았을 때 바로 그 앞에서 상인과 여교사가 갑자기 전차로에서 車道로 뛰어내렸기 때문에 被告人의 차에 충돌하여 상인이 사망하고 여교사가 傷害를 입은 사건에 대한 판결이다.

등의 경우이고 교통관여자가 고령이라는 것은 그 者の 신체에 장애가 있다는 것을 예견시키고 이에 대해서 특별한 注意를 기울이도록 알아차리게 할 수는 있으나, 그것은 주의깊은 운전자라면 그것을 모든 사태로부터 인식할 수 있었을 것이라고 판단되는 경우에 국한된다”고 하면서 일정한 거리를 두고 배후로부터만 본 者가 고령이라는 것은 특별한 징표가 없는 한 무조건 이를 알아차려야 하는 것은 아니라고 판시하였다.³¹⁾

물론 이 판결에서도 信賴라든가 信賴의 原則이라는 표현을 찾아 볼 수는 없지만 “특별한 이유가 없는 한 자동차 운전자는 성인의 불합리한 태도 또는 예기할 수 없는 交通違反의 태도를 계산에 넣을 필요는 없다”라는 문언 중에서 특별한 이유가 없는 한 자동차 운전자는 다른 교통 관여자가 交通秩序를 지키리라고 信賴해도 좋다는 信賴의 原則이 묵시적으로 내포되어 있다고 할 수 있다.

이후 信賴의 原則을 명시적으로 사용한 判例들이 나타나기 시작하였고, 그 적용에 있어서도 형사사건뿐만 아니라 민사사건에까지 확대·적용되기 시작하였다.³²⁾ 그 구체적인 판례들을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, BGH의 1954년 7월 12일 판결로 “통행우선도로를 운전하는 운전자는 그 속도에 있어서 교통상태와 교통규칙을 존중해야 하지만 그는 보이지 않는 진로 양보의 의무있는 교통관여자가 그의 통행 우선권을 존중할 것을 원칙적으로 信賴할 수 있다. 따라서 그는 건물 때문에 볼 수 없는 도로입구에서 통행우선권의 침해시에 멈출 수 있도록 속도를 낮출 일반적인 이유는 없다”고 판시하였다.³³⁾

둘째, BGH의 1955년 9월 29일의 추월에 관한 판결로 “原審이 전망이 불가능한 곳에서 추월을 했다는 사실에 대해서만 비난하고 被告人이 심히 비이성적으로 보이는 속도까지 고려해야 한다고 한 것은 부당하다. 왜냐하면 종종 그 정도

31) BGH St 3-49, 이는 被害者는 난청인 72세의 노인으로서 10세의 조카를 데리고 도로 변을 통행 중 주위를 둘러보지 않고 갑자기 車道에 들어왔기 때문에 후방에서 같은 방향으로 시속 30km로 진행해 온 被告人의 오토바이에 치여 사망한 사건에 대한 判決이다.

32) BGH VRS 14-86 ; BGH VRS 13-20.

33) BGH St 7-118.

의 속도는 도로교통의 경우에 존재한다고 할 수 있으므로 다른 교통관계자가 아주 비이성적으로 행동하지 않을 것을 信賴할 수 있다는 信賴의 原則을 이 경우에 배제할 충분한 이유는 못 된다. 이 원칙을 개개의 사례에서 문제되는 교통관계자의 행위가 전대미문일 경우에 한하여 적용한다면 信賴의 原則은 아무런 의미가 없을 것이다”라고 판시하였다.³⁴⁾

셋째, 1956년 3월 15일의 판결로 BGH는 “운전자는 어른과 동반하고 있고 또 그에 의해 보호받고 있는 아동이 어른의 보호범위 내에서 곧장 뛰어들이는 않을 것을 보통 信賴하여도 좋다”고 판시하였는데, 이는 아동들에 대한 注意義務의 限界를 밝힌 것이라는데 특징이 있다.³⁵⁾

넷째, 1958년 9월 17일 판결로 BGH는 被告人이 어두운 밤에 50 - 60m의 지방 도로를 시속 50 - 60km로 운전하던 중 맞은 편에서 트럭이 왔으므로 서로 減光 스위치를 넣고 被告人은 속도를 시속 40km로 낮추었는데도 지나치기도 전에 트럭 운전자가 遠거리 전조등을 켜 被告人의 눈을 부시게 하여 被告人은 앞서 걸어가던 보행자를 예견하지 못하고 이를 친 사건에서 “被告人은 상대방의 그런 갑작스런 행동을 계산할 필요는 없고 그 자신이 減光한 채 운전했기 때문에 상대방도 또한 合理的으로 행동하고 交行後에 전조등을 켤 것을 信賴해도 좋다”고 판시하였다.³⁶⁾

이와 같이 獨逸의 경우 1935년의 RG의 判決에서 기초를 얻은 信賴의 原則은 그 후 BGH의 判決에서도 계속적으로 계승·발전되어 왔으며, 특히 BGH의 判決에서는 信賴라든가 信賴의 原則이라는 표현을 사용함으로써 信賴의 原則이 명실상부한 過失 인정여부에 대한 기준으로 확립되게 된 것이다.

(2) 日本

일본에서도 1950년대 중반 이전까지는 不信의 原則이 지배하고 있었는데 1950년대 말경부터 下級審의 판결에서 信賴의 原則에 관한 사상이 나오게 되었

34) BGH St 8-200.

35) BGH St 12-81.

36) BGH St 12-81.

다. 不信의 原則이 지배적이었던 대표적인 판례들을 보면 다음과 같다.

먼저 1922년 5월 11일의 大審院判決로 “ 자동차의 조정업무에 종사하는 자는 항상 그 진로의 전방을 경계하여 위험을 미연에 예방하는 데 있어서 세심한 주의를 기울여 교통의 안전을 도모하는 것은 업무상 당연한 의무로 危險이 그의 不注意로 인하여 발생한 경우에는 통행인의 不注意를 빙자하여 그의 責任을 회피할 수 없다. 만약 이 業務上의 注意를 怠慢하였기 때문에 통행인을 충돌시켜 이로 말미암아 사망의 결과를 발생시켰을 경우에는 비록 통행인에게 不注意가 있다 하더라도 이를 가지고 業務上 過失致死罪의 죄책을 면할 수 없다”고 판시하였다.³⁷⁾

이 판결은 정차하고 있는 전차의 배후에서 돌연 통행인이 도로의 중앙으로 뛰어 나오는 사태는 우리가 일상 목격하는 바이기 때문에 자동차 운전자에게는 통행인의 그러한 不注意로 인한 충돌을 예방하여야 할 업무상의 注意義務가 있으며, 자동차 운전자가 이러한 업무상의 注意義務를 怠慢이 하였기 때문에 통행인을 충돌시켜 同人을 사망케 하였을 경우에는 비록 통행인에게 상기와 같은 不注意가 있었다고 하더라도 이를 가지고 業務上 過失致死罪의 책임을 면할 수 없다고 판시하면서 加害者の 過失의 성립을 인정한 것으로 보아 명백하게 不信의 原則에 의하고 있다.

그러나 1950년대 중반 이후부터는 실질적으로 信賴의 原則에 관한 사상이 싹트기 시작하였다. 긴급자동차 운전자의 過失을 부정한 1955년 12월 21일의 名古屋高等裁判所의 判決이 대표적인 것으로, “. 본건의 소방 자동차를 운전 조정하고 있을 경우에는 통행중인 車馬 및 보행자에게 前記와 같은 避讓義務가 과해져 있기 때문에 被告人으로서의 車馬 등이 상기 避讓義務를 이행하여 통상 대피해 줄 것이라고 믿는 것은 條理上 당연하다고 해야 하므로 被害者가

37) 大審刑集 第1卷, p. 274, 이는 자동차 운전자인 被告人이 노상에 정류하고 있는 전차를 27.3-29.1m 앞에서 알아차리고 시속 약 25km의 속도를 줄이지 않고 단지 경음기만을 울리면서 상기 전차의 右側을 약 1m의 간격을 유지하면서 통과하려고 하였기 때문에 전차의 뒤에서 돌연 뛰어 나온 被害者와 충돌하여 이를 致死시킨 사건에 대한 判決이다.

언제 도로의 중앙 방향으로 진행하여 울지도 모를 것에 대처할 注意義務를 被告人에게 과할 수 없다고 이해하는 것이 타당하다”고 판시하였다.³⁸⁾

信賴의 原則을 채용한 듯한 또 다른 判例를 보면 “자전거 운전자가 後方에서 자동차가 진행하여 오는 것을 알면서도 하등의 신호도 없이 돌연 자전거의 진로를 右側으로 바꾸는 행위로 나올 것은 被告人으로서는 도저히 예견할 수 없었던 것이며 또한 예견하지 못한 것에 대해서도 過失이 없었다고 해야 할 것이고, 被告人이 위 자전거와 약 12m의 거리에 접근하였을 때 자전거 운전자가 돌연 자전거의 진로를 右側으로 꺾어 도로의 중앙보다도 右側으로 진행하여 온 것을 목격하고 즉시 급정차를 취함과 동시에 핸들을 右側으로 꺾어 자동차를 右側에 빠듯하게 避讓시켜 충돌을 방지하려고 하였던 것은 그가 취한 조치, 시기, 방법의 어느 것도 자동차 운전자로서는 적절한 것이며 被告人에게 注意義務를 怠慢이 한 점을 인정하기 어렵다”고 판시하였다.³⁹⁾

물론 이 두 判決에서는 信賴라든가 信賴의 原則이라는 용어가 쓰이지는 않았으나, 前判決이 “被告人으로서는 車馬 등이 상기 避讓義務를 이행하여 통상 대피해 줄 것이라고 믿는 것은 條理상 당연하다고 해야 할 바”라는 것에서, 後判決은 “자전거가 돌연 자기 차의 진로에 진입함으로써 자기 차와 자전거가 충돌할 지도 모른다는 것을 예견하는 것이 전혀 불가능하다고 단정할 수 없음에도 불구하고 이 판결에서는 이러한 사실상의 豫見可能性을 부정하고 加害 운전자의 過失의 성립범위를 한정시켰다는 점”에서 信賴의 原則의 실질적인 승인이라 할 수 있겠다.

그 후 1959년 3월 16일의 名古屋高等裁判所는 信賴의 原則이라는 용어를 사용하여 “자동차 운전자로서는 상대방이 위험한 행동을 취할 것을 알아차리지 못하는 한 상대방이 스스로 자동차와 충돌하는 등의 위험을 회피하기 위하여 적절한 행동으로 나올 것을 信賴하고 운전하면 족하고, 상대방이 언제 어떠한 불측의 행동으로 나올 지도 모를 것을 염려하여 이러한 만일의 경우 일어날 지도 모

38) 名古屋高判 1955. 12. 21, 高等裁判所 刑事判例特報, 第3卷 4號, p. 102.

39) 東京高判 1956. 12. 22, 判例時報 206號, p. 26.

를 위험을 예견하고 이것에 대비하여 항상 경적을 울리고 또는 감속하는 등의 만전의 조치를 강구하여 사고의 발생을 미연에 방지해야 할 의무를 과할 수 없다고 해야 할 것이다”라고 판시 하였다.⁴⁰⁾

이렇듯 일본의 경우 最高裁判所에서 信賴의 原則을 인정하기 전에는 下級審의 判決들을 통하여 信賴의 原則이 실질적으로 채용되어 왔다.⁴¹⁾ 그러던 것이 1966년에 이르러서 비로소 最高裁判所의 判決에 의해 정식으로 인정되기에 이르렀다. 信賴의 原則이 적용된 最高裁判所의 判決들을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 信賴의 原則을 最高裁判所가 최초로 승인한 것은 1966년 6월 14일의 최고재판소 제3소법정의 判決로 “승무원이 醉客을 하차시키는 경우에 있어서도 그 자의 만취의 정도, 보행의 자세, 태도 기타 외부로부터 용이하게 관찰할 수 있는 징표에 비추어 전차와의 접촉, 선로바닥에서의 轉落 등의 위험을 야기할 것이라고 인정되는 특별한 사정이 있는 때에는 별론으로 하고 그렇지 않은 때에는 일응 그 자가 안전유지를 위해 필요한 행동을 취할 것을 信賴해서 승객을 취급하면 족하다고 해석함이 상당하다”고 판시하였다.⁴²⁾

둘째, 信賴의 原則을 도로교통의 경우에 적용시킨 1966년 12월 20일 最高裁判所의 판결로 日本 最高裁判所는 “본 건과 같이 교통정리가 행해지지 않는 교차점에 있어서 우회전 도중 車道 중앙 부근에서 일시 엔진의 정지를 일으킨 자동차가 재차 시동을 걸어 시속 약 5km의 저속으로 발차 진행하고자 할 때에는 자동차 운전자로서는 특별한 사정이 없는 한 우측방향으로 오는 다른 차량이 교통법규를 지키고 자기 차와의 충돌을 회피하기 위한 적절한 행동으로 나올 것이라는 것을 信賴해서 운전하면 족한 것이어서 본 건 被害者의 차량처럼 감히 교통법규에 위반해서 자기 차의 前面을 돌파하고자 하는 차량이 있을 수 있다는 것까지도 예상하여 우측방에 대한 안전을 확인함으로써 사고의 발생을 미연에 방지해야 할 업무상의 注意義務는 없는 것이다”라고 판시하였다.⁴³⁾

40) 名古屋高判 1959. 3. 16, 高裁判集 12卷 4號, p. 270.

41) 姜榮喆, “交通事故와 信賴의 原則의 成立過程”, pp. 177-178 참조.

42) 日最判 1966. 6. 14, 最刑集 第20卷 5號, p. 449.

43) 日最判 1966. 12. 20, 最高刑集 第20卷 10號, p. 1212.

셋째, 被告人 자신이 교통법규를 위반한 경우에도 信賴의 原則을 적용하여 加害 운전자의 過失을 부정한 1967년 10월 13일 最高裁判所의 判決로 “차량의 운전자는 서로 다른 운전자가 교통규칙에 따라서 적절한 행동에 나갈 것을 信賴하여 운전하게 되면 사고의 발생이 미연에 방지되고 차량 등 고속교통기관의 효용이 충분히 발휘될 것으로 생각된다. 이렇게 보면 본 건 被告人과 같이 중앙선 右側에서 우회전의 신호를 하면서 우회전을 하려는 운전자로서는 후행에서 오는 다른 차량의 운전자가 교통규칙을 지켜 속도를 줄여 자기 차의 우회전을 기다려서 진행하는 등 안전한 속도와 방법으로써 진행하리라는 것을 信賴하여 운전하면 족하고 감히 交通規則을 위반하여 고속도로 중앙선 우측에 넘어와서까지 자기 차를 추월하려고 하는 차량이 있을 수 있다는 것까지 예상하여 우측 후방에 대한 안전을 확인함으로써 사고발생을 미연에 방지해야 할 업무상의 注意義務는 없는 것으로 해석함이 타당하다”고 판시하였다.⁴⁴⁾

이상과 같이 日本에서는 1950년대 중반 이후부터 下級審의 判決 중에 실질적으로 나타나기 시작하였던 信賴의 原則이 1966년부터는 最高裁判所의 判例를 통하여 정식으로 승인되기에 이르렀고 그 적용에 있어서도 刑事事件은 물론 民事事件에까지 인정되기에 이르렀던 것이다.⁴⁵⁾ 그리하여 日本에서도 信賴의 原則이 過失 인정의 새로운 기준으로 확고한 자리를 차지하고 있으며 최근에는 교통사고뿐만 아니라 산업재해, 의료행위 등 다수인의 협력행위에까지 적용되어지고 있다.⁴⁶⁾

(3) 우리나라

우리나라의 경우에도 獨逸과 日本의 경우와 마찬가지로 信賴의 原則을 적용하기 이전에는 不信의 原則이 지배적이었다. 不信의 原則이 적용되었던 판례들을 살펴보면 다음과 같다.

44) 日最判 1967. 10. 13, 最刑集 第21卷 8號, p. 1099.

45) 姜榮喆, “交通事故와 信賴의 原則의 成立過程”, p. 182.

46) 西原春夫, 「交通事故と信賴の原則」, p. 200이하 ; “判例にあらわた信賴の原則”, 「刑事法研究II」, 成文堂, 1967, p. 55 이하 참조.

먼저 朝鮮高等法院의 1926년 1월 21일의 判決을 보면 “운전수로서 위에서 말한 업무상 필요한 注意를 怠慢히 하여서 사람을 死傷한 때에는 被害者の 過失을 불문하고 刑法 제211조⁴⁷⁾의 罪責을 면하지 못한다”라고 판시한 바 있고, 1935년 7월 21일의 판결에서는 “刑法 제211조의 소정의 罪의 成否는 발생한 사고가 당해 업무자의 업무집행상의 過失에 기인한 것이나 아니냐에 의하여 결정할 것이며 被害者에게 過失이 없는 것과 같은 것은本罪의 성립 조건이 아니다”라고 판시한 바 있다.

위 두 判決은 加害者の 注意義務의 위반여부를 판단함에 있어서 加害者の 過失의 개입여부를 전혀 고려의 대상으로 넣고 있지 않다는 점에서 信賴의 原則을 채용하고 있지 않음을 보여 주고 있다.⁴⁸⁾ 이러한 判例의 태도로 보아 그 당시에는 교통의 유용성 보다는 인간의 生命·身體를 중시하는 思考가 팽배하여 교통 사고를 야기시킨 각종 차량의 운전자에게 엄격한 注意義務를 부담시켰던 것이다.

이외에도 전용선로상을 진행하는 기차 운전사의 注意義務에 관한 1955년 4월 8일의 大法院 判決⁴⁹⁾과 자동차 운전자의 업무상 注意義務의 정도에 관한 1966년 5월 31일의 大法院 判決⁵⁰⁾ 에서도 마찬가지로 운전자의 注意義務를 강하게 인정하였다.

이렇듯 우리나라는 각종 判例를 통하여 기관차 운전수에 대해서는 1950년대 중반까지, 자동차의 운전사에 대해서는 1960년대 말까지 운전자들에게 엄격한 注意義務를 요구하였다고 볼 수 있다. 그러나 도로교통이 발달하게 되면서 교통에 대한 사회적 유용성 및 교통의 신속·원활을 중시하게 되면서부터 이러한 不信의 原則에 입각한 태도는 변하기 시작하였다.

47) 舊 刑法 제211조 (業務上過失致死罪) 業務上 必要한 注意를 怠慢히 함으로 인하여 사람을 死傷에 이르게 한 者는 3年 以上の 禁錮 또는 千圓 以下の 罰金에 處한다.

48) 信賴의 原則을 채용하고 있지 않은 判決로는 1933년 9월 11일과 1939년 6월 29일의 朝鮮高等法院의 판결이 있다. 朝鮮高法刑判集 第20卷, P. 607 ; 朝鮮高法刑判集 第26卷, P. 458.

49) 大判 1955. 4. 8, 4286 刑上 155.

50) 大判 1966. 5. 31, 1966도 758 ; 大法刑判騰本 第30집, p. 1433.

우선 1957년 2월 22일의 철도 사고에 대한 판례를 보면 역구내에서 기관차의 입환작업을 하던 중 기관 조수가 서행하는 기관차에 뛰어 올라 타려다가 실족하여 사망한 경우에 “본건 사고는 被害者가 과거 역원으로 6년간, 기관 조수의 견습으로 1년간 근무한 자로서 본건 사고 당일도 기관조수 견습으로써 기관사인 被告人과 함께 입환작업중이었으므로 여하한 경우에 있어서는 被害者 자신이 기관차의 속력·승차의 여부를 감안하여 안전하게 승차할 수 있는 시기와 장소를 정할 것이지 그 승차·하차에 일일이 기관차를 정차 또는 서행하지 아니하였다 하여 被告人이 業務上 필요한 注意義務를 다하지 아니하였다고 할 수 없다”고 판시하였다.⁵¹⁾

1957년 10월 18일의 大法院 判決은 차단기를 내렸는데 통행인이 그 사이로 뛰어 들어가 열차에 치여 사망한 사건에 대하여 차단기 간수인 被告人에게 過失이 없다고 판시하였다.⁵²⁾ 또한 1969년 1월 21일의 大法院 判決은 “시속 20km의 저속으로 운전중인 화물자동차 옆에서 被害者가 쫓아와 발판위에 뛰어 오르려다가 실족하여 떨어져 차의 뒷바퀴에 치어 사망하였을 지라도 운전수로서는 過失이 없다”고 판시하였다.⁵³⁾

위의 判例들은 信賴라는 단어들을 사용하지 않아 뚜렷이 信賴의 原則을 실질적으로 채용하였다고는 할 수 없으나, 加害者의 過失의 성립여부를 판단함에 있어서 加害者 자신의 태도 이외에도 被害者의 부적절한 태도까지도 판단의 대상으로 삼았다는 점에서 信賴의 原則을 교통사고에 대한 過失 인정의 기준으로 삼는데 그 기초가 되었던 것이라 할 수 있다.

그러나 1970년대에 들어서서 信賴 또는 信賴의 原則이라는 용어를 사용하면 이를 승인하기 시작하였는데 信賴라는 용어를 처음으로 사용한 大法院 判例는 1970년 2월 24일 판례이다. 그 판결 요지를 보면 다음과 같다.

51) 大判 1957. 2. 22, 4289 刑上 330 ; 大法院判例原本 915집, p. 235.

52) 大判 1957. 10. 18, 4290 刑上 264 ; 大法院判例原本 917집, p. 723.

53) 大判 1969. 1. 21, 68 도 1661 ; 이와 유사한 判決로는 大判 1971. 11. 23, 71 도 1765가 있다.

“ 본 사고는 오로지 一審 相被告人이 본 건 사고장소와 같은 추월을 금지한 곳에서는 앞에서 가고 있는 被告人의 차량을 추월하지 말아야 할 注意義務에 違背하여 무모하게 그를 추월하려고 한 過失에 기인하여 발생하였다 할 것이고 위 일심 相被告人이 적절하게 交通法規를 준수하여 진행할 것이라는 信賴하에 우측전방에 진행중인 손수레를 피하여 반대 방향에서 오는 차량이 없음을 확인하고 위 손수레와 안전거리를 유지하면서 중앙선을 약간 침범하여 자동차를 진행중이던 被告人에게는 중앙선을 침범하였다는 점에서 후방에서 오는 차량의 동정을 살펴 同 차량이 무모하게 추월함으로써 야기될지도 모르는 사고를 미연에 방지해야 할 注意義務까지 있다고는 볼 수 없다”고 판시하였는데⁵⁴⁾, 이는 信賴의 原則을 채용한 최초의 判例라 하겠다.

다음으로 信賴의 原則이라는 용어를 처음으로 사용한 判例는 1972년 12월 26일의 판결로 “고속도로를 자동차로 고속(본건에서는 시속 80km)운행하는 운전자는 보행인이 그 도로의 보행선 중앙방면으로 뛰어드는 일이 없으리라는 信賴 밑에서 운행한다고 보아야 하고 그 도로의 보수공사를 하는 노무자들이 일하는 옆을 지날 때도 마찬가지로 하겠다. 그런데 이 사건에 있어서 만일 被告人이 위와 같은 운전사의 注意義務를 제대로 다했다라면 原判決確定事實로 미루어 被告人은 사고의 원인이 된 신문문치가 앞차에서 내동댕이치는 것을 80m 후방에서 보았어야 할 것이다. 따라서 사고는 미연에 방지될 수 있었음이 분명히 追認된다고 하겠으므로 原判決의 위와 같은 판단에는 도로사정 기타 주위의 상황으로 허용된 고속을 유지하는 운전자에게 허용되는 信賴의 原則이 배제될 경우가 있음을 잊어 고속차량의 운전에 있어서의 業務上的 過失의 法理를 오해한 허물을 범하여 결과에 영향을 준 違法을 남겼다고 한 위 논지는 이유있고 原判決은 파기를 면하기 어렵다”고 판시하였다.⁵⁵⁾

이 밖에도 “被告人이 운행하는 차량의 전방 좌회전 금지지점에서 좌회전하려고 정지하고 있는 것을 보았다고 하여도 被告人이 서행할 의무는 없다”는 1974

54) 大判 1970. 2. 24, 70 도 176.

55) 大判 1972. 12. 26, 71 도 1401.

년 10월 24일의 判例⁵⁶⁾, “교차로에 이르러 신호대기선에서 대기하다가 진행신호에 따라 이미 교차로의 상당부분을 직진하여 통과한 운전자에게 뒤늦게 교통신호를 무시하고 좌측에서 교차로에 진입하여 좌회전하여 진행할 차량이 있을 것을 예상하여 사고발생을 미연에 방지할 注意義務가 있다고 할 수 없다”라는 1983년 2월 22일 大法院 判決⁵⁷⁾ 등이 있다.

이렇듯 우리나라에서는 교통사범에 대한 過失 인정의 기준으로 不信의 原則을 채용하였던 朝鮮高等法院의 判例의 태도를 유지하다가, 1957년부터 軌道車에 의한 교통사범의 분야에서 不信의 原則이 흔들리기 시작하면서 1970년대에 도로교통사범의 분야에서 정식으로 信賴의 原則을 채용한 判例를 기점으로, 도로교통사고분야뿐만 아니라 다른 영역에서도 信賴의 原則을 적용한 判例⁵⁸⁾가 나오게 된 것이다.

다시 말하면 우리나라의 大法院 判例는 信賴의 原則을 명시적 또는 묵시적으로 채용·발전시켜 왔고 특히 최근에는 信賴의 原則의 적용범위를 현저히 확대함으로써 도로교통사범의 過失犯 인정에 있어서 새로운 판단기준으로 信賴의 原則을 확고히 적용하고 있다.⁵⁹⁾



56) 大判 1974. 10. 22, 74 도 2411.

57) 大判 1983. 2. 22, 83 도 3071.

58) 大判 1976. 2. 10, 74 도 2046.

59) 大判 1976. 2. 10 ; 大判 1976, 1. 13, 74 도 2314와 大判 1978. 10. 12 判決 등은 “의사가 의약품을 판매하거나 조제함에는 그 약품의 表示包裝에 있어서 의약품의 사용을 피할 수 있었던 특별한 사정이 없는 한 官能試驗 및 器械試驗까지 해야 할 注意義務는 없는 것이므로 그 표시를 信賴하고 약을 사용한 점에 過失이 있다고 할 수 없다”고 판시하고 있다.

III. 信賴의 原則의 體系的 地位

信賴의 原則에 대한 체계적인 이론의 정립을 위해서는 먼저 同 原則이 過失犯과 어떠한 관계에 있는가를 검토하여야 할 것이다. 따라서 본 장에서는 過失犯理論의 변화와 信賴의 原則이 過失 體系上 어떠한 위치에 있는가를 검토해 보고 아울러 앞서 信賴의 原則의 이론적 근거가 된다고 본 許容된 危險의 法理와 社會的 相當性理論 등에 대해서 언급하고자 한다.

1. 信賴의 原則과 過失犯의 理論的 構造

우리 刑法은 제14조에 “정상의 注意를 怠慢히 함으로 인하여 罪의 成立要素인 사실을 인식하지 못한 행위는 法律의 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다”는 규정만 두고 있어 過失의 개념을 명백하게 정의하기는 곤란하다. 그러나 일반적으로 過失이라 함은 행위자가 構成要件의 實現可能性을 예견하거나 예견할 수 있었음에도 불구하고 구체적인 상황에서 그 구성요건적 결과의 발생을 회피하기 위하여 사회생활상 요구되는 注意義務를 違反하는 것을 말한다.⁶⁰⁾

여기서의 過失은 不注意로 인하여 犯罪事實을 인식하였더라도 그 결과가 발생하지 아니할 것이라고 誤信하여 --義務違反의으로 信賴하여--행한 경우도 포함하는 것으로 해석하고 있다.⁶¹⁾ 따라서 過失의 개념적 요소에는 正常의 注意怠

60) 申仁培, “過失犯에 있어서 注意義務의 限界에 관한 研究”, 碩士學位論文, 木浦大學 校 大學院, 1991, p. 5.

61) 過失에는 認識있는 過失과 認識없는 過失을 모두 포함하는 것으로 보고 있다. 李炯國, 「刑法總論研究Ⅱ」, 法文社, 1986, p. 656 ; 鄭盛根, 前掲書, p. 390.

慢 즉 注意義務違反이라는 규범적 요소와 犯罪事實의 불인식 또는 불인용이라는 심리적 요소로 이루어져 있음을 알 수 있다. 犯罪事實을 인식하지 못한 경우에 過失이 있는 것이 아니라 犯罪事實의 인식이 가능한데도 불구하고 正常의 注意怠慢 즉 不注意로 인하여 이를 인식하지 못한 경우에 비로소 過失이 있게 된다.

그러므로 正常의 注意怠慢이라는 義務違反성에 過失의 본질적 요소가 있고 또 過失에 있어서는 注意義務違反이라는 점에 책임비난이 가해짐으로 犯罪事實의 불인식이라는 심리적 요소보다 注意義務違反性이라는 規範的 要素가 한층 강하게 나타난다.⁶²⁾

이하에서는 過失 개념을 분명히 하기 위하여 過失理論에 대해서 살펴보고 過失理論과 信賴의 原則, 信賴의 原則과 관련된 法理들을 살펴보기로 한다.

1) 過失理論의 展開

종래의 過失理論에 의하면 過失을 責任의 단계에서 비로소 문제시하고 結果反價値의 관점에 의해서만 不法의 판단을 하였다. 그러나 사회 실정의 변화에 따라 許容된 危險의 法理가 不法의 판단에 작용하게 되었고, 主觀的 違法要素의 발견, 行爲反價値論, 社會的 相當性理論에 의하여 過失의 영역에서도 다루어지게 되었다. 따라서 過失의 문제를 종래와 같이 단순히 責任要素로써 논의할 것인가, 아니면 不法의 문제로 볼 것인가 하는 까다로운 논쟁이 제기되고 있는 것이다.

過失理論에 있어서 논쟁의 출발점은 過失犯(Fahrlässigkeitsdelikte)의 構造이다. 過失犯의 構造를 어떻게 파악하는가 하는 문제는 過失犯의 기초를 이루는 것으로, 新·舊過失論에 따라 대립을 이루고 있고 더 나아가 注意義務의 내용과 체계를 어떻게 이해하는가에도 영향을 미친다.

(1) 傳統的 過失論

62) 過失犯의 構成要素에 대한 자세한 것은 申仁培, 前掲論文, p. 5 ; 李敬鎭, “過失犯의 現代的 照明과 課題”, 博士學位論文, 釜山大學校 大學院, 1989, pp. 20-25 참조.

傳統的인 過失理論에서는 過失이란 注意義務에 違反하여 범죄사실을 인식하지 못하였거나 인식하였더라도 인용이 없는 경우이고, 이는 행위자의 주관적·심리적 사실에 속하는 것으로 오로지 責任要素라고 이해한다.

이는 犯罪를 構成要件該當性, 違法性, 責任性의 3요소로 나누고 客觀的·外部的 事實은 構成要件 또는 違法性 요소로, 그리고 主觀的·內部的 事實은 責任要素에 속한다는 전통적인 명제에 기초를 두고 責任의 실체를 결과에 대한 행위자의 심리적 관계라고 이해하였던 「心理的 責任論(Psychologischer Schuldlehre)」의 귀결이었다.⁶³⁾ 그 후 주관적 不法要素의 발견과 기대 가능성 이론이 보급되면서 「規範的 責任論(Normativer Schuldlehre)」이 지배하게 되었다. 그 결과 責任은 심리적 사실 그 자체가 아니라 規範的인 비난 가능성으로 이해하게 되었다.

이 경우 過失은 心理的·主觀的 요소로 나누어 故意와 더불어 責任의 종류 혹은 責任의 조건으로, 犯罪事實을 인식하지 않았던 違法한 결과를 回避해야 할 意思로 故意를 결했다고 하는 소극적 惡意 뿐만 아니라, 정신을 긴장하면 犯罪事實의 발생을 인식·예견할 수가 있고 또 인식·예견할 것을 요함에도 의식의 긴장을 결하여 즉 不注意로 결과를 인식·예견하지 못했던 심리상태라고 한다. 따라서 注意義務의 내용은 결과를 예견하기 위하여 의식을 긴장시켜야 할 義務 즉 結果豫見義務이고 意思의 긴장은 주관적·정신적 작용에 관계되는 것이므로 過失은 역시 責任要素에 지나지 않게 된다.

傳統的 過失理論은 이상과 같은 思考를 기반으로 過失犯의 내용을 결과발생, 부주의한 심리상태, 인과관계의 세가지 요소로 파악하고 발생한 결과를 출발점으로 하여 이와 상당인과관계가 있는 不注意한 심리상태만 있으면 過失犯은 성립한다고 본다. 다시 말해서 傳統的 過失論에 의하면 결과가 발생하고 그것과 행위와의 사이에 인과관계가 있고 의식을 긴장시켰다면 결과의 발생을 예견할 수 있다고 하는 不注意한 심리상태가 있었을 경우에 過失犯이 성립하는 것으로

63) 鄭盛根, 前掲書, p. 391.

된다.⁶⁴⁾

요컨대 傳統的 過失論에 의하면 침해적 결과의 발생이 過失犯의 객관적 측면이 되며, 不法判斷의 대상이고 이것이 過失犯의 不法要素로서 結果反價値(Erfolgsunwert)이다. 그리고 法益侵害를 야기한 이상 항상 過失犯의 構成要件該當性과 違法性은 충족된다. 따라서 이러한 結果反價値로서의 法益侵害說을 고수할 때에는 불가항력으로 구성요건적 결과가 발생할 경우, 즉 過失없이 결과가 발생할 경우에 있어서도 違法性이 존재하게 되는 불합리가 나타나게 된다.⁶⁵⁾

이처럼 過失을 責任論의 단계에서만 다루는 입장에서는 過失은 構成要件該當性·違法性의 단계에서는 전혀 나타나지 않고 責任의 단계에서 비로소 나타나게 된다. 따라서 構成要件該當性·違法性의 단계에서는 過失에 의해서 야기된 사태와 불가항력으로 발생했던 사태가 구별될 수 없고, 不法의 내용을 이루는 結果反價値의 면에서는 故意犯과 過失犯을 구별할 수 없게 된다. 따라서 過失犯은 責任의 단계가 아니라 不法의 단계에서 처음부터 構成要件該當性 내지 違法性이 없다고 해야한다는 점이 제기되어 이것을 계기로 新過失論이 대두되게 되었다.

(2) 新過失論

최근의 기술문명의 진보는 인간 생활의 원활과 많은 편익을 제공하고 있으나, 반면에 이에 의하여 대형사고의 위험을 중대시킴으로써 인류에게 불안과 위협을 주고 있다. 傳統的 過失論에 의하면 이러한 위험이 수반되는 행위로부터 法益侵害의 결과가 발생되면 그러한 행위도 違法行爲가 된다. 그러나 현대생활에 있어서는 이와 같은 행위를 違法行爲라고 하여 금지할 수 없고 오히려 法益侵害의 결과를 방지하기 위한 세심한 주의를 기울이면서 장려하지 않으면 안 된다.

따라서 위험이 수반되는 행위는 행위자가 필요한 注意, 즉 결과를 회피하기

64) 李敬鎭, “過失犯의 現代的 照明과 課題”, pp. 27-28.

65) 이러한 不合理的로 인하여 過失犯의 성립에는 因果的 結果와 犯罪事實의 不認識이라는 요건외에 제3의 극히 본질적인 요소를 인정할 필요가 생겼고 이리하여 案出된 개념이 注意義務違反이라고 할 수 있다.

위한 배려를 충분히 하였다면 이에 의하여 法益侵害의 結果가 발생되었다라도 이는 감수할 수 밖에 없고 그러한 행위 자체도 適法이라고 하게 된다. 이러한 행위가 違法으로 되는 것은 法益侵害의 結果가 발생하였기 때문이 아니라 結果 발생을 회피하기 위한 내부적 태도를 취하지 않았다는 結果回避義務違反때문이며, 注意義務의 내용은 結果豫見義務가 아니라 結果回避義務이고, 結果回避義務違反은 過失犯의 不法을 판단하는 違法性的의 문제로 된다.⁶⁶⁾

특히 이와 같은 이론 구성을 체계화한 것은 「目的的 行爲論(Finale Handlung-slehre)」⁶⁷⁾이다. 이에 의하면 過失犯에 있어서 結果를 발생시키는 것은 不注意한 심리적 사실이 아니라 不注意한 목적적 태도이고 不注意한 태도는 行爲反價値(Handlungsunwert)의 근거로 본다.

이렇듯 新過失論에 의하면 행위의 客觀的 注意를 違法性的의 영역으로 보아 過失의 실행 행위성을 중시한다. 객관적으로 요청된 注意義務 다시 말하면 사회 생활상 요구되는 필요한 注意를 준수한 행위는 不法이라고 할 수 없다. 따라서 過失犯에 있어서 不注意 즉 注意義務違反을 위법요소라고 하는 것이 시인되게 되었다. 그러므로 過失犯의 구성요건은 結果발생만으로 성립하는 것이 아니라 注意義務에 위반하여 結果가 발생하였다는 점에 있다.⁶⁸⁾

新過失論은 結果反價値만으로는 過失의 구성요건을 충족함에 부족하고 그것에 行爲反價値가 가하여져서 비로소 완성된다고 한다. 이에 따르면 어떤 행위에 기인한 法益侵害의 발생이 있고 또 그것이 예견가능성이 있는 것이라도 행동기준에 합치하는 것인 한 過失責任을 묻지 않는다. 新過失論은 結果反價値 違法의 제약원리로써의 기능을 하며 客觀的 注意義務違反이 없는 법익침해를 정당화·합리화함으로써 過失犯 처벌을 減輕化하는 길을 열었다.

66) 鄭盛根, 前掲書, p. 392.

67) 目的的 行爲論에 대한 자세한 것은 金日秀, 「刑法學原論」, pp. 959-960 ; 李基喆, 前掲論文, pp. 12-14 참조.

68) 李在祥, 「刑法總論」, 博英社, 1991, P. 179 ; 福田平, “過失犯構造につひて”, 「刑法解釋學の基礎問題」, 有斐閣, 1975, P. 47 ; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Walter de Gruyter, 1969, S. 130.

또한 新過失論은 過失犯을 우선 그 행동의 측면에서 다루고 행위기준에 합치한 행위를 構成要件該當性과 違法性으로부터 제외한다고 하는 점에서, 構成要件該當性이 있고 違法性이 있어 過失犯이 성립하는 事故와 불가항력에 의한 事故의 구별을 용이하게 한다. 따라서 過失犯의 不法은 구성요건에 규정된 결과의 발생과 객관적 注意義務違反의 두 가지 요소라고 하는 新過失論의 입장이 傳統的 過失論에 비해 보다 합리적이라고 할 수 있으며, 許容된 危險과 信賴의 原則 등에도 그 이론체계에 상당한 영향을 미친다고 볼 수 있겠다.

그러나 新過失論에 의하더라도 注意義務違反의 체계상의 위치에 관해 견해의 차이가 나타나고 있다. 우선 다수설의 입장으로 客觀的 注意義務違反을 過失의 본질로 보는 「新過失論」 또는 「客觀的 過失論」과 主觀的 注意義務違反이 過失의 본질적 요소이고 동시에 그것을 過失犯의 主觀的 構成要件 요소라고 하는 「主觀的 過失論」으로 나눌 수 있다.

먼저 新過失論을 바탕으로 한 客觀的 過失論에 의할 경우에도 注意義務違反의 체계상의 지위에 관하여 責任要素說, 構成要件要素說, 構成要件 내지 責任要素說의 세가지 입장이 대립하고 있다.⁶⁹⁾ 생각건대 過失은 故意와 별개의 行爲態樣上的 내용과 구조를 가지고 있기 때문에 過失에 의한 犯罪가 성립되기 위해서는 故意犯과 마찬가지로 過失犯의 構成要件該當性, 違法性, 責任性 등이 각각 다루어 지지 않으면 안 된다. 過失의 내용이 일반적이고 객관적인 문제일 때는 不法의 단계에서 다루고 주관적으로 행위자 중심의 비난할 만한 부분이 있으면 그것은 본질상 責任의 단계에서 다루면 되는 것이다. 따라서 過失의 이중적 성격을 잘 반영하고 있는 構成要件이자 責任要素라고 하는 학설이 타당하다고 본다.

69) 이에 대한 자세한 것은 金日秀, “過失理論의 새로운 地平”, 考試研究, 1991. 4, P. 52 ; 金日秀, 「刑法學原論」, 博英社, 1988, P. 941 ; 裴鍾大, 「刑法總論」, 弘文社, 1993, p. 537 ; 沈在宇, “刑法體系에 있어서 過失犯의 構造”, 高大法律行政論集 제18집, 高麗大學敎, 1980, P. 84 ; 劉基天, 「刑法學」, 一潮閣, 1986, P. 222 ; 李在祥, 「刑法總論」, PP. 187-189 ; 李炯國, 前掲書, PP. 657-658 ; 陳癸鎬, 前掲書, P.182 ; 團藤重光, 大塚仁, 「刑法概說」, 有斐閣, 1974, p. 308 ; 福田平, 「新版 刑法總論」, 有斐閣, 1982, p. 103 ; Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 562 참조.

다음으로 「主觀的 過失論」은 過失의 본질을 객관적·주관적인 이중의 注意義務違反으로 이해하는 오늘날 상당수의 유력한 견해와는 달리 客觀的 注意義務違反은 過失의 구성요소가 아니라 단지 客觀的 歸屬의 일척도로 過失犯의 객관적 구성요건요소가 되고 그 대신 主觀的 注意義務違反만이 過失의 본질적 요소로서 過失犯의 主觀的 構成要件要素가 된다고 한다.⁷⁰⁾

主觀的 過失論은 主觀的 注意義務, 즉 개별적인 豫見可能性과 回避可能性을 過失犯의 主觀的 構成要件要素로 파악함으로써 종래의 통설과는 달리 적어도 구성요건단계에서 故意犯과 過失犯 체계의 이론적 구조를 같이 한다는 점에서 괄목할 만한 이론적 진전이라 할 수 있다. 또한 主觀的 過失論의 논리적 근거와 특징은 그 내용에 있어서 過失의 본질이 주관적 注意義務違反에 있다는 것이고 그 형식에 있어서는 범죄체계의 통일성을 유지해야 한다는 원칙하에 주관적 注意義務違反의 체계상의 위치 전환에 있다.⁷¹⁾

그러나 「主觀的 過失論」의 체계적 합목적성에도 불구하고 이에 대한 상당한 비판이 제기되고 있다.⁷²⁾

첫째, 客觀的 注意義務를 過失개념에서 배재하여 客觀的 構成要件要素의 자리에 배치하고 主觀的 注意義務違反을 責任 영역에서 이끌어 내어 主觀的 構成要件要素의 자리에 위치시킴으로써 故意的 이중적 의미와 평행한 過失의 이중적

70) 이 이론은 1965년 이후 근자에 이르러 독일의 학자들에 의하여 의미있게 제기되기 시작하였던 것이고 우리나라에서는 거의 도입이 되지 않고 있었다. 그러나 최근 金日秀 교수가 主觀的 過失論을 수용하려고 하고 있다. 그에 의하면 故意와 過失이 체계적인 명칭을 유지하면서 不法과 責任에 대해 이중의 의미를 갖기 위해서는 먼저 過失 개념이 主觀的 過失의 의미로 국한 순환되지 않으면 안 된다고 하고 있다. 그리고 刑法上 過失이라 함은 客觀的 過失을 포함하는 것이 아니라 순전히 主觀的 注意義務違反을 지칭한다고 보고 있다. 다시 말해서 故意犯에서 故意가 이중적 의미를 가지듯 過失犯에서는 이 主觀的 過失이 不法과 責任의 이중적 의미를 가진다고 하고 있다. 독일에서는 Maurach, Gössel, Zipt, Jakobs, Stratenwerth 등이 주장하고 있다. 李敬鎭, “過失犯의 現代的 照明과 課題”, p. 42 참조.

71) 그러나 主觀的 過失論의 체계적 합목적성에도 불구하고 이에 대한 상당한 비판이 제기되고 있다. 자세한 것은 李敬鎭, 上揭論文, pp. 43-45 참조.

72) 上揭論文.

의미를 확인할 길이 없고, 또한 책임의 영역에 단지 책임능력과 불법의식만이 남게 되어 책임상황의 약화가 우려된다.

둘째, 主觀的 注意義務를 過失犯의 不法構成要件이라고 하면 규범의 요구를 예견하지 못했다는 것만으로 정당화되는 것이고, 이는 나아가 規範의 不知가 構成要件要素의 문제로 되어 適法化되는 우려가 있다.

셋째, 행위유형별 형벌체계의 독자성의 추구가 오늘날의 한 흐름이고 過失犯 자체도 그 行爲 특성의 차이를 고려한 過失理論의 세분화가 제시되고 있다. 主觀的 過失論은 이러한 행위유형별 특성에 의한 범죄체계화에 역행의 우려가 있는지도 의문이다.

요컨대 過失犯에 대한 지나친 刑罰의 완화는 금일의 過失犯 처벌에 대한 상황 윤리에서 볼 때 문제가 있으므로 主觀的 過失論의 수용은 바람직하지 않다고 하겠다.

2) 注意義務의 意義와 內容

(1) 注意義務의 意義

過失犯은 현행 刑法上 結果犯에 속하기 때문에 過失이 성립하기 위해서는 먼저 刑法各則에 정해진 일정한 法益侵害의 발생이라는 법률적 요소가 구비되지 않으면 안 된다. 또한 過失犯이 성립하기 위해서는 법률적 요소 이외에도 刑法 제14조에 규정되어 있는 바와 같이 罪의 成立要素인 사실의 不認識 즉 犯罪事實의 不認識이라는 심리적 요소와 정상의 注意怠慢 즉 不注意 또는 注意義務違反이라는 규범적 요소가 구비되지 않으면 안 된다.⁷³⁾

여기서 信賴의 原則은 일정한 法益의 침해가 他人의 부적절한 행동의 개입으로 인하여 발생되었을 경우에 그 侵害가 加害者의 注意義務違反에 의하여 발생한 것인가 어떤가를 합리적으로 정하기 위한 기준이기 때문에, 同 原則이 위

73) 安平政吉, 「責任主義の刑法理論」, 酒井書店, 1975, pp. 374-375.

세가지 요소중에 영향을 미칠 수 있는 것은 注意義務違反이라는 規範的 要素라고 할 수 있을 것이다.⁷⁴⁾ 그러므로 信賴의 原則이 過失 체계상의 체계적 지위를 논하기 위해서는 同 原則이 영향을 미칠 수 있는 注意義務에 대해서 검토하지 않으면 안 된다.

通說과 判例는 過失의 본질을 注意義務違反이라고 하나 注意義務違反 또는 注意의 欠缺이라는 말만으로는 過失의 본질을 명백히 설명한 것이라 할 수 없고, 다만 過失의 개념을 설명한 것에 불과한 것이다.⁷⁵⁾ 過失의 본질은 過失 비란의 발생 원인을 탐구하는 것인데 반하여 過失의 개념은 過失을 過失로서 성립시키는 조건을 의미하기 때문에 兩者는 구별하여 고찰할 것이 요구된다. 그러나 過失의 핵심이 注意義務違反에 있으므로 여기서는 우선 注意義務가 무엇인가에 대해 살펴보고자 한다.

여기서의 注意義務란 過失行爲로 인하여 발생하는 구성요건 실현의 認識可能性 또는 豫見可能性 그리고 결과발생에 대한 回避可能性 등을 포함하고 있는 것으로 해석되고 있으며 注意義務違反에는 주관적 注意義務違反과 객관적 注意義務違反이 포함되는 것으로 보고 있다.⁷⁶⁾

근대 형법학에서는 注意義務라는 개념이 過失犯의 중요한 핵심요소로 다루어져 왔고 그 결과 目的的 行爲論이 대두되기 전과는 달리 過失을 故意와 함께 責任條件(責任形式)으로 이해하여⁷⁷⁾ 過失犯도 결과발생을 요하는 結果犯이라는

74) 安相勳, “信賴의 原則에 關한 研究”, 碩士學位論文, 延世大學校 大學院, 1991, pp. 44-45; 李榮鎭, 前揭論文, p. 42.

75) 權五赫, “過失犯理論에 있어서 注意義務”, 碩士學位論文, 慶北大學校 大學院, 1990, p. 21; 李敬鎭, “過失犯의 現代的 照明과 課題”, p. 46.

76) 注意란 한마디로 말해 意思의 긴장상태를 의미한다. 그것을 心理學的으로 말하면 일정한 대상을 명확하게 인식하기 위하여 필요한 意思의 긴장 또는 어느 대상이 특별히 강하게 명확하게 인식되는 상태라고 말할 수 있다. 또한 法律的 意味로는 일정한 대상에 대한 개연성 있는 위험 발생을 회피하기 위하여 意思를 긴장시키는 것을 뜻한다고 할 수 있다. 그런데도 불구하고 종래에는 일반적으로 注意義務가 오감의 집중작용, 정신력의 긴장, 심신의 전기구의 통일을 의미하는 오로지 心理的인 것으로 이해되어 왔다. 申京均, “過失犯에 있어서의 注意義務”, 社會科學研究, 朝鮮大學校 社會科學研究所, 1990. 6, p. 366.

77) 車鏞碩, 「刑法總論講義 I」, 考試研究社, 1984, p. 856.

생각으로 注意義務를 責任論의 영역에서 벗어나지 못하였다.

그 후에 Welzel 교수가 「目的的 行爲論」을 통하여 주장하게 되었고 여기서 그는 過失犯에 있어서도 결과 발생의 측면보다는 결과 발생의 행위과정을 더욱 중시하여 판단해야 한다고 하기에 이르렀다. 이로부터 注意義務에 대한 체계론상의 위치가 새로운 문제로 대두되었다.

즉 過失犯에서의 注意義務는 責任性에서만 파악할 것이 아니라 犯罪의 구성요건인 構成要件該當性과 違法性 아니면 責任性 중의 한 요소로 이해하자는 견해와 注意義務를 構成要件該當性·違法性 그리고 責任性 중의 어떤 영역에서나 고려될 수 있다는 견해 등이 目的的 行爲論의 주장과 더불어 논란이 되고 있다. 그러면 注意義務는 범죄 성립요건 중 어떤 체계적 지위를 가지고 있는가에 대해서 살펴보자.

첫째, 責任要素說로 보는 견해이다. 傳統的 過失理論에서는 過失은 故意와 함께 책임의 심리적 요소로서 책임형식·책임조건으로 이해하므로 責任의 단계에 와서 故意가 부정된 경우에 한하여 비로소 過失이 논의된다. 不法의 실체는 法益侵害에 있고, 法益侵害의 결과만 발생되면 허용된 위험행위도 不法行爲로 되어 일단 構成要件該當性과 違法性이 인정된다.

그러나 이 입장은 過失을 책임의 단계에서 비로소 문제삼기 때문에 적어도 客觀的 注意를 다한 행위도 법익의 침해 내지 위험이라는 결과 야기가 있는 한 違法이라고 판단되는데, 이것은 過失의 행위의 면을 간과한 것이다. 따라서 注意義務를 다한 이상 결과가 발생해도 그것을 過失行爲의 소산으로 보아서는 안되나, 이 견해에서는 注意義務違反을 책임요소로 보는 결과 注意義務違反이 없는 경우에도 일단 構成要件該當性과 違法性이 인정된다고 하게 되므로 부당하다 하겠다.

둘째, 構成要件要素 및 違法性으로 보는 견해이다. 이는 過失 즉 注意義務違反은 過失犯의 構成要件要素이고 동시에 行爲反價値를 근거지우는 不法要素로 된다는 견해이다. 이 견해는 目的的 行爲論者에 의하여 주장되었으나 過失이 구

성요건과 불법요소로 된다는 점에서 社會的 行爲論에서도 인정하고 있다.⁷⁸⁾

그러나 構成要件 및 違法性說도 過失을 違法要素 내지 構成要件要素라고만 이해한 나머지 注意義務違反은 오로지 構成要件 및 違法要素일 뿐이고 責任의 영역에서는 責任非難만이 문제된다고 하므로, 注意義務違反은 행위자에게 책임 비난을 가할 책임판단의 근거일 뿐만 아니라 구체적인 행위자의 注意能力을 떠나서는 고려할 수 없는 것이라는 점을 간과한 것이라는 비판을 받고 있다.⁷⁹⁾

셋째, 違法·責任要素로 이해하자는 설이다. 이 견해는 注意義務違反은 違法要素임과 동시에 責任要素라는 견해이다. 이에 의하면 注意義務를 結果豫見義務와 結果回避義務로 구별하고 前者의 違反有無는 책임의 문제로 되는 책임요소이고 後者は 위법성을 결정하는 불법요소라고 한다.⁸⁰⁾

그러나 結果回避를 위한 내부적 태도를 취하기 위해서는 논리적 전제로서 결과발생을 예견할 수 있어야 하고 결과발생에 대한 豫見可能性이 없으면 처음부터 回避義務도 있을 수 없으므로, 結果豫見義務는 結果回避義務의 내용으로 이해하면 충분하고 兩者를 구별하여 체계상 달리 취급해야 할 필요는 없다.

넷째, 構成要件·違法性·責任要素說(三要素說)이다.⁸¹⁾ 이 견해는 注意義務를 범죄구성의 3요소 중 어느 영역에서도 고려될 수 있다는 주장으로 注意義務

78) 目的的 行爲論에서는 過失行爲의 불법요소가 결과에 있는 것이 아니라 행위수행의 방법인 注意義務違反에 있다고 한다. 따라서 過失犯의 구성요건 해당성은 구성요건적 결과에 대한 목적적 행위의 수행방식 즉 거래교통상 他人의 법익보호를 위해 요구되는 注意를 등한히 함으로써 法益侵害를 故意없이 야기하였다는 결과요건과 他人의 법익보호를 위해 요구되는 注意를 등한히 한 構成要件行爲로 이루어진다. 어떤 행위가 過失犯의 구성요건에 해당하는 것인가는 客觀的 注意義務違反이 인정될 때에 過失犯의 構成要件該當性이 있다고 하며, 構成要件은 違法性を 유형화한 것이므로 客觀的 注意義務違反은 곧 違法性的 기초를 이룬다. 그러므로 이 설에 의하면 過失은 違法要素이며 構成要件要素가 되고 過失犯의 책임은 책임능력 등 故意犯에 공통한 有責性的 요소에 의해 판단되어야 한다고 한다. 李炯國, “過失犯에 關한 考察(上)”, 考試界, 1984. 6, p. 110.

79) 朴明魯, “過失犯理論에 關한 研究”, 碩士學位論文, 建國大學校 大學院, 1992, p. 13.

80) 鄭盛根, 前掲書, p. 393.

81) 이와 같은 견해를 가지고 있는 학자로는 劉基天 박사와 團藤, 平野, 福田 平, Hippel, Enqisch, Webel, H. Mayer, Maihofer 등이 있으며 이 견해는 최근 더 많은 호명을 받고 있다.

는 責任의 요소인 동시에 違法性的의 요소이며 構成要件의 요소로도 해석할 수 있다는 것이다. 다시 말하면 注意義務는 구성요건의 규범적인 면에 내재한 규범적 요소로서 注意義務違反이라는 특유한 조건하에서만 違法이 되는 것이며 注意義務違反이라고 하는 규범적 요소는 동시에 책임의 요소가 되는 것이다.⁸²⁾

이 설에 의하면 過失의 요소를 主觀的 要素와 客觀的 要素로 나누어서 前者를 내용으로 하는 것은 責任要素로서의 過失로 보고 後者를 내용으로 하는 것은 불법요소(構成要件·違法性)로서의 過失로 본다.⁸³⁾

따라서 이 설에 대해서는 過失이 성립하는 경우가 적어져서 過失犯의 처벌 가능성이 부당하게 좁아진다는 비판이 있다. 즉 행위 당시 행위자에게 있어서는 主觀的 豫見可能性 또는 主觀的 回避可能性을 인정할 수 있는 경우는 극히 적다는 것이다.

요컨대 故意犯과 過失犯은 구성요건 단계에서 구별되어야 하고, 불가항력이나 우연적인 사고 등 無過失에 의한 결과 발생을 처음부터 過失犯의 구성요건에도 해당할 수 없다고 하기 위해서는 過失을 구성요건요소로 보아야 한다. 또한 結果反價値라는 점에서는 故意犯과 過失犯은 동일하지만 注意義務違反이라는 行爲反價値에서 故意犯의 不法과 구별할 수 있으며, 主觀的인 豫見可能性 및 回避可能性은 이미 注意義務違反을 판단할 때 검토되는 것이고, 責任의 단계에서 별도로 過失의 有無를 결정하는 책임요소는 존재하지 않으므로 構成要件要素 및 違法要素說이 타당하다고 보는 것이 종래의 多數說의 입장이다.⁸⁴⁾

그러나 犯罪理論에 있어 構成要件·違法性·責任性에 대한 체계적인 문제는 하나의 犯罪成立을 위한 이론을 전개한다는 전제하에서만 다루어지는 것으로 보

82) 劉基天, 前掲書, p. 233.

83) 不法要素로서의 過失은 사회생활상 필요한 注意義務를 違反함으로써 犯罪의 결과 발생에 대한 客觀的 豫見可能性 및 客觀的 結果회피가능성이 있느냐를 다루는 것이고, 心理的 責任요소로서의 過失은 주관적인 행위자의 입장에 서서 범죄 발생의 주관적인 豫見可能性 및 주관적인 回避可能性이 있느냐 하는 것을 다루는 것이라 한다. 따라서 行爲無價値와 結果無價値는 不法 판단과 責任 판단의 각 단계에 따라 二元的으로 걸쳐 있다고 본다.

84) 鄭盛根, 前掲書, p. 395.

아서, 過失犯에서도 故意犯과 마찬가지로 過失犯의 構成要件該當性·違法性·責任性이 다루어지지 않으면 안 된다. 이러한 경우 過失責任의 근거인 過失의 문제가 반드시 責任性에서 귀속되어 다루어져야 한다는 이유는 없고, 또 過失이 구성요건부분에서만 다루어져야 할 것도 아니다. 過失의 내용이 주관적으로 비난할 만한 부분이 있으면 그것은 본질상 責任性에서 다루고, 객관적인 문제가 있을 때는 構成要件 및 違法性의 부분에서 다루면 되는 것이다.

따라서 過失犯의 구조를 客觀的 注意義務違反과 主觀的 注意義務違反으로 나누어 볼 때, 客觀的 注意義務違反은 構成要件 및 違法性 영역에서 主觀的 注意義務違反은 責任性의 영역에서 다루어지는 것이 타당할 것이다. 이러한 三要素說이 過失犯의 행위불법을 독자적으로 파악하고 개별적인 책임기준을 인정함으로써 실무상 지나치게 강조된 결과책임에 대하여 균형을 맞출 수 있다는 장점이 있다고 하겠다.

(2) 注意義務의 內容

過失犯에 있어서의 注意란 어떤 자가 위험한 구성요건적 실현을 회피하기 위하여 구체적·개별적 사정에 적합하게 적응해야 할 義務를 부담하는 것이라고 할 수 있고 그리고 그것은 확일적으로 결정되는 것이 아니라 구체적 사정을 통해서 목적론적·규범적 고려에서 비로서 얻을 수 있는 것이라 할 수 있다.

따라서 注意義務의 구체적 내용은 Welzel의 말과 같이 여전히 개방되어 있고 正常의 注意란 법관의 법보완을 위한 방향점을 정하는 것에 불과하므로⁸⁵⁾ 구체적 사정에 따라 개별적으로 논의할 수 밖에 없을 것이다.⁸⁶⁾ 즉 注意義務의 내용

85) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin, Walter de Gruyter, 1969, S. 131.

86) 注意義務는 항상 일정한 犯罪事實이나 行爲者 등과의 관계에서 개별적으로 판단되게 된다. 예컨대 자동차 운전자에 대한 高低速調整의 배려의무는 일반도로와 사람이 왕래가 많은 혼잡한 도로, 주간과 야간, 맑은 날과 비오는날, 숙련된 운전자와 초보 운전자 등에 차이가 있다. 또 對向車의 불빛에 현혹된 경우에 제한속도 준수만으로 注意義務를 준수한 것이라 볼 수 없다. 그러므로 法令上 개개의 注意義務를 상당 수 규정하고 있긴 하나 法令·規則에 규정된 의무만으로 개개의 구체적 사안에 있어서 注意義務의 내용을 확정할 수 없기 때문에 客觀的 注意義務의 내용은 개개의 구체

은 통찰력있는 판단에 의하여 객관적으로 예견할 수 있는 행위의 작용이 規範的·價值的 관점에서 결정되어야 한다.

또한 豫見可能性은 요구되는 注意의 怠慢에 선재하는 조건이므로⁸⁷⁾ 어떤 자가 객관적으로 예견할 수 없었던 결과를 야기시켰다면 그것은 法律에 규정된 注意義務를 침해한 것이라 할 수 없고 過失犯도 성립되지 않을 것이다. 이와같이 注意義務의 내용은 구성요건적 결과의 발생을 예견해야 할 의무와 예견된 결과의 발생을 회피해야 할 의무로 집약할 수 있다.

첫째, 結果豫見義務이다. 이는 內的 注意義務라고도 하며, 사전에 모든 注意力을 집중하여 자기의 행위로 인하여 발생할 지도 모르는 보호법익에 대한 위험을 인식하고 이를 정확하게 판단해야 할 의무를 말한다.⁸⁸⁾ 따라서 豫見義務는 意思의 긴장과 집중에 의하여 결과를 예견해야 하는 의무로 내부적 행위·내부적 주의에 해당한다.

둘째, 結果回避義務이다. 注意義務는 객관적으로 결과에 대한 예견이 가능한 경우에 意思의 긴장과 집중에 의하여 그 결과를 예견한다는 심리적 측면만 있는 것이 아니라 法益侵害의 위험을 회피하는 데 필요한 모든 행위를 취할 의무로써 강조되어야 한다. 이것이 結果回避義務로 이른바 외부적 행위·외부적 주의에 해당한다.⁸⁹⁾



적인 경우에 社會的 相當性을 기준으로 정할 수 밖에 없다. 따라서 注意義務를 구체화하기 위한 원리로서 許容된 危險의 原理, 信賴의 原則, 經驗原理 등이 제시되고 있다. 여기서 經驗原理란 注意 개념의 구체화 과정에서 만들어지는 내용있는 보편적 명제로 일정한 행위양식과 그에 수반되는 위험이라든가 그러한 위험을 피하기 위한 가장 적합한 조치에 대해서는 일반적으로 경험원리가 개개의 사례를 통해서 보편화되면서 생성되는 것이 보통인데 이러한 經驗原理는 同 종류의 유형적인 사례에서만 적용될 것임은 물론이다. 李炯國, “過失犯에 있어서의 客觀的 注意義務”, 考試界, 1987. 7, p. 122.

87) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 3. Aufl., Walter de Gruyter, 1975, S. 530.

88) 行爲者가 結果豫見義務를 이행하였는가의 여부는 인식했던 위험, 예상되었던 행위과정, 위험의 근접여부, 위험에 처했던 법익의 가치, 기타 부수적 사정 등 行爲가 행하여졌던 제반사정의 종합적인 고려하에서 판단될 수 있다.

89) 結果回避義務에는 첫째, 法益侵害의 위험성이 있는 상황을 야기하지 않을 의무 둘째, 위험한 상황에서 신중한 태도를 취할 의무 셋째, 法遵守 義務의 이행으로써의

3) 注意義務에 있어서의 信賴의 原則의 體系的 地位

信賴의 原則은 注意義務의 구체적 해석기준으로 판례상 성립된 것이므로 그 체계적 지위도 注意義務의 구체적 지위에 따라 결정될 것이다. 傳統的 過失論에 의하면 過失을 책임의 형식 또는 조건으로 봄으로써 信賴의 原則도 이 범주에 속하는 문제가 된다. 이 입장에서는 信賴의 原則을 적용하더라도 행위의 不法은 부정되지 않으며 責任이 阻却될 뿐이다. 그리고 행위의 不法을 부정하는 「許容된 危險의 法理」와도 무관하게 된다.

責任阻却說⁹⁰⁾에 의하면 信賴의 原則의 경우 교통상 정당한 행위를 결과발생에도 불구하고 不法阻却事由로 본다면, 결국 교통 관여자들은 交通規則과 信賴의 原則에 따라 행동할 것이고, 인정될 수 없는 결과가 발생하더라도 不法은 아니라고 하게 되어 法益에 대한 존중은 상실될 것이라고 한다.

그러나 이 이론은 자동차 운전자가 客觀的 注意義務를 다하여 운전하였으나, 피해자의 일방적 不注意로 인하여 운전자로서는 불가항력적인 교통사고로 死傷의 결과가 발생한 경우에도 운전자의 행위는 業務上 過失致死傷의 구성요건에 해당하는 違法한 행위로 단정하게 되고 다만 責任이 부정될 뿐이다. 이는 더 나아가 자동차의 운전행위는 그 성질상 일반적으로 사람의 생명·신체 등 法益侵害에 대한 고도의 개연성과 위험성을 필연적으로 내포하는 것이고, 이와 같은 위험성 있는 운전행위는 그 행위자체로 違法한 것으로 法律上 許容되지 않는다는 결론에 이른다.

이에 반하여 新過失論의 입장에서는 信賴의 原則은 당연히 책임의 문제에서 취급되지 않고 構成要件要素 내지 違法性的의 要素와 관련된다고 보게 된다. 信賴의 原則은 대체로 이러한 新過失論의 입장과 관련하여 許容된 危險의 法理 내지

의무 등이 있는데 이에 대한 자세한 것은 金種源 釋補, H. H. Jescheck, “過失犯의 發展과 現況”, 法曹 제28권 12호, 法曹協會, 1979, p. 17 ; 朴明魯, 前掲論文, p. 37 ; 井上正治, 「過失의 構造」, 有斐閣, 1972, p. 66 참조.

90) 沈憲燮, “許容된 危險의 法理와 그 批判”, 法政 제216권, 1986. 6, p. 54.

「目的的 行爲論」의 발전에 부과되어 이론적으로 체계화된 것이라 할 수 있다.

그런데 여기서 客觀的 注意義務를 구성요건의 문제로 보느냐 위법성의 요소로 보느냐에 따라 信賴의 原則의 체계적 지위가 다르게 된다. 대체로 過失을不法과 責任의 이중적 지위를 인정하거나 目的的 行爲論과 같은 입장에서는 客觀的 注意義務를 構成要件該當性の 문제로 보고 있으므로 信賴의 原則은 構成要件該當性を 阻却하는 요소라고 본다. 그리고 注意義務를 違法性的의 문제로 보는 입장과 信賴의 原則을 許容된 危險의 하나로 보는 경우에는 客觀的 注意義務를 다하면 그 행위가 사회적으로 허용되는 행위이므로 信賴의 原則은 違法性的의 요소라고 한다.⁹¹⁾

요컨대 信賴의 原則이 적용되는 경우에는 사회적 상당성이 있는 信賴下에 행위를 한 이상 발생된 결과를 회피하기 위한 豫防措置를 강구해야 할 客觀的 注意義務가 없다고 할 것이다. 따라서 信賴의 原則은 結果反價値와는 독립적인 것으로 行爲反價値가 없는 경우이다. 그러므로 客觀的 注意義務를 구성요건요소로 보는 新過失論의 체계와 信賴의 原則은 잘 부합된다고 할 수 있고, 동시에 그것은 構成要件該當性を 阻却한다고 봄이 타당하다.

過失犯의 구조와 관련된 信賴의 原則의 체계적 지위의 문제는 過失(注意義務)의 체계적 지위의 차이일 뿐이다. 信賴의 原則을 構成要件 내지 違法性的의 문제로 할 것인가 責任性的의 문제로 할 것인가에 의하여 過失犯의 성립요소가 달라지는 것은 아니므로 이러한 견해의 차이는 체계상의 대립이라고 할 수 있다.

오늘날 信賴의 原則이 過失의 성립범위를 한정하기 위한 기준에 관한 원칙이라는 점에 대해서는 다툼이 없다고 해도 좋을 것이다.⁹²⁾ 문제는 信賴의 原則이 객관적인 注意義務의 내용 중 어느 부분에 관계되어 注意義務의 구체적 판단기준이 되는가에 있다. 信賴의 原則이 過失의 개념 중 어느 것을 한정함으로써 過

91) 李敬鎬, “過失犯의 現代的 照明과 課題”, p. 73.

92) 姜榮喆, “信賴의 原則에 관한 研究”, p. 95 ; 木村靜子, “過失犯における信賴의 原則”, 藤木英雄編, 「判例と學說 7·刑法 1」, 日本評論社, 1977, p. 223 ; 西原春夫, “信賴의 原則”, 西原春夫外 2人編, 「刑法學」, 有斐閣, 1978, p. 40.

失의 성립을 부정하는 것인가에 대해 信賴의 原則은 豫見可能性을 한정한다는 견해와 注意義務를 한정한다는 견해로 大別된다.⁹³⁾

(1) 豫見可能性限定說

豫見可能性限定說은 過失의 中핵적 요소인 注意義務의 내용을 結果豫見義務로 파악하면서 그것을 過失犯의 有責性의 단계에 있어서의 문제로 보는 傳統的 過失論의 입장에서 주장하는 견해로, 信賴의 原則이 적용될 경우에는 豫見可能性 자체가 부정된다고 주장하고 있는데 이도 두가지 견해로 나누어 진다.

첫째, 信賴의 原則은 客觀的 豫見可能性의 유무를 판단하는 기준이라는 견해이다. 이 설에 의하면 信賴의 原則은 예견가능성 자체를 규제하는 원리일 뿐, 被害者에게 過失이 있기 때문에 加害者에게 책임이 없다는 것은 아니다. 따라서 信賴의 原則이 적용된 경우에는 加害者의 행위가 실질적인 위험성이 없는 행위(결과예견가능성이 없는 행위)이므로, 회피해야 할 注意義務가 과하여 지지 않고 過失犯이 성립되지 않는다고 한다. 또한 信賴의 原則은 過失의 객관적 예견가능성 내지 위험성이라는 추상적인 판단기준을 구체화하기 위한 思考上의 기준을 제공하는 것이라고 하여 행위의 위험성 내지 가능성을 한정하기 위한 방법상의 원칙이라고 한다.⁹⁴⁾

平野龍一 교수에 의하면 “過失行爲가 가지는 위험성은 결과의 객관적 예견가능성 또는 어느 정도 고도의 예견가능성이라고 할 수 있는데 信賴의 原則은 被害者가 그러한 행동을 취할 개연성이 낮고 따라서 被告人의 행위는 실질적인 위험성이 있다고 할 수 없기 때문에 過失犯은 성립하지 않는다는 것을 명시적으로 표현한 것에 불과하며 특별한 원칙 내지 요건을 의미하는 것은 아니다”라고 한다.⁹⁵⁾

한편 大谷 實 교수는 “信賴의 原則은 교통사범에 있어서 注意義務의 내용을 구체화하기 위한 것이지만 궁극에 있어서는 客觀的 豫見可能性의 存否를 인정하

93) 鄭盛根, 前掲書, p. 502.

94) 李榮鎬, 前掲論文, p. 46.

95) 平野龍一, 「刑法總論 I」, 有斐閣, 1983, PP. 193-198.

기 위한 판단 기준이다. 信賴의 原則은 交通관여자의 一方이 他方の 적절한 행동을 기대하고 信賴하는 것이 상당하다고 인정될 때에는 客觀的 豫見可能性을 부정하고 注意義務違反을 인정하지 않는다는 원칙이다. 그러므로 信賴의 原則을 적용함에 있어서는 구체적인 교통사고하에서 다른 교통관여자가 교통법규를 지켜 적절한 행동을 취할 것이라고 信賴하는 것이 상당한가 어떤가가 기준으로 되지만 그것이 긍정되면 객관적·구체적 예견가능성이 부정되는 것이다"라고 한다. 96)

둘째, 사실적·자연적 예견가능성 중 형법적 예견가능성을 선별하기 위한 원리라고 이해하는 견해이다.

豫見可能性이라는 개념은 원래 종교상, 도덕상, 법률상, 그밖의 여하한 규범적 관점에서도 사용할 수 있을 정도로 그 범위가 넓다고 할 수 있다. 만약에 過失 개념의 요소인 豫見可能性을 사실적·자연적 豫見可能性으로 이해하게 되면 자동차 운전자는 일반적으로 교통사고에 대한 막연한 불안감을(사실적·자연적 예견가능성) 항상 가지고 있게 된다. 따라서 교통사고로 인한 범죄적 결과만 발생하면 加害 운전자의 過失은 항상 성립하게 되어 결과 책임을 추궁하게 되는 결과를 가져오게 된다.

그러므로 過失 개념의 요소인 豫見可能性은 사실적·자연적 개념이어서는 안 되고 철두철미하게 刑法的인 개념이어야 한다. 그렇게 하기 위해서는 가령 행위자가 사실상 막연한 불안감을 가지고 있다 하더라도 항상 刑法學上으로도 豫見可能性이 있다고 인정해서는 안 되고 他人의 적절한 행동을 信賴하는 것이 객관적으로 상당한 경우에는 비록 자연적·사실적 예견가능성은 부정할 수 없다고 하더라도 형법적인 예견가능성은 부정되어야 한다는 것이다. 결국 자연적·사실적인 예견가능성 중에서 형법적인 예견가능성을 선별하기 위한 즉, 객관적 예견

96) 大谷 實, 「刑法講義總論(上)」, 成文堂, 1984, pp. 245-246 ; 大谷 實, “危險の分配と信賴の原則”, 藤木英雄編, 「過失犯 - 新舊過失論爭 -」, 學陽書房, 1980, pp. 108-110.

가능성의 인정을 규제하는 원리가 바로 信賴의 原則이라는 것이다.⁹⁷⁾

(2) 注意義務違反限定說

注意義務違反限定說은 信賴의 原則이 豫見可能性에 대해서는 한정을 가하지 않고 注意義務 자체를 한정한다는 견해로, 이에도 세가지 견해로 나누어 진다.

첫째, 豫見義務 그 자체의 범위를 한정하는 규범적인 기준이라고 이해하는 견해이다. 이 견해를 주장하고 있는 金澤文雄 교수에 의하면 信賴의 原則은 교통규칙이 일반적으로 준수되어 違反의 개연성이 감소하고 있는 것을 전제로 하여 성립하고 있다. 그러나 금일에도 교통위반은 빈번하게 범하여 지고 있기 때문에 信賴의 原則의 적용이 인정될 수 있는 모든 경우가 豫見不可能한 경우라고는 도저히 말할 수 없을 것이다.

他人의 교통법규 준수를 信賴하여 운전하는 것은 결국 일종의 위험행위인 것이다. 그러나 이 信賴관계를 인정하지 않으면 안전·원활한 교통을 확보할 수 없다는 이유에서 통상의 경우에는 他人의 違反行爲를 예견하지 않아도 좋다는 기준을 준 것이라고 이해된다.⁹⁸⁾

둘째, 客觀的 豫見可能性을 전제로 하고 結果回避義務를 제한하기 위한 기준이라고 보는 견해이다. 본 견해는 예견가능성이 있는 상태하에서 注意義務 즉 結果回避義務의 부담을 경감하는 기준으로써 信賴의 原則을 논하며 동시에 체계상으로 信賴의 原則을 결과회피의무를 인정하는 하나의 기본요소라고 한다.

藤木英雄 박사는 信賴의 原則의 체계적 위치에 대해서는 “..... 豫見可能性이 있는 상태하에서 注意義務(結果回避義務)의 부담이 경감되는 것이며, 체계상 注意義務(結果回避義務)를 인정하는 하나의 기준요소로 이해해야 할 것”이라고 하고⁹⁹⁾, 木村靜子 교수는 “침해야기의 위험을 내포하고 있는 사회적으로 유용한 행위는 그 유용성 때문에 이것을 행하는 것이 허용되고 있지만 그것에는 항상 필요한 예상된 위험방지조치를 강구하는 것이 전제된다. 이러한 방지조치

97) 西原春夫, 「交通事故と信賴の原則」, PP. 20-24.

98) 金澤文雄, “過失”, 我妻榮編, 「刑法の判例」, 第2版, 有斐閣, 1973, P. 77.

99) 藤木英雄, 「刑法講義總論」, 弘文堂, 1982, P. 249.

를 강구해야 하는 것이 客觀的 注意義務이다. 여하한 義務를 다해야 하는 가
개개의 경우에 특별한 규칙 등에 의하여 정해져 있지만 모든 정황에 따른 필요
한 조치를 모두 규정하고 있지는 않으므로, 가치적 이익보호의 이념을 기초로
하여 구체적인 경우에 필요한 조치를 이끌어내야 할 필요가 있다. 信賴의 原則
은 그러한 구체화의 時에 소용되는 하나의 전제원리”라고 한다.¹⁰⁰⁾

셋째, 豫見義務 및 結果回避義務를 내용으로 하는 客觀的 注意義務의 내용을
구체화하기 위한 방법적 원칙이라고 하는 견해이다. 福田 平 교수는 “객관적 豫
見可能性과 객관적 結果回避可能性이 긍정되면 여기에서 비로소 사회생활상 필
요한 注意義務를 부과하는 것이 가능하게 된다. 法은 우리들이 질서있는 사회생
활을 영위하기 위하여 부득이 필요한 정도를 초월한 法益侵害를 違法으로 금지
하는 것이기 때문에 구체적으로 어떠한 注意義務가 객관적으로 요청되는 것인가
는 개개의 구체적 사정을 고려하여 사회적 상당성의 견지에서 판단하지 않으면
안 된다. 즉 위험행위의 사회적 유용성, 필요성, 예상되는 위험의 개연성, 침해
될 법익의 가치 등을 고려하여 행위자에게 어떠한 注意를 요구하는 것이 사회적
으로 상당한 가라는 관점에서 注意義務의 내용을 구체화하지 않으면 안 된다”고
하면서 信賴의 原則은 교통사범에 관하여 사회생활상 필요한 注意의 내용을 구
체화하기 위한 방법적 원칙으로써 그 구체화를 위한 思考上的 기준을 제공하는
것이라고 한다.¹⁰¹⁾

그러면 이상에서 살펴 본 학설 중 어느 것이 타당하며 判例는 어떠한 입장을
취하고 있는지에 대해서 살펴 보기로 한다.

信賴의 原則의 체계적인 지위에 관한 견해의 相異는 過失論의 입장에 따라
달라지는데, 過失의 본질을 내부적 태도에서 찾는 나머지 注意義務의 중핵을 結
果豫見義務로 포착하면서 그것을 過失犯의 책임요소로 보는 傳統的 過失論의 입
장이나 또는 注意義務의 중핵을 結果回避義務로 보더라도 豫見可能性의 문제를
過失論의 중심 문제로 파악하는 구체적 예견가능성설의 입장에서는 信賴의 原則

100) 木村靜子, “信賴の原則”, 「法學セミナー」, 日本評論社, 1969. 4, p. 44.

101) 福田 平, 前掲書, pp. 96-97.

을 대체로 豫見可能性을 판단하기 위한 수단으로 이해하기 쉽다.

반면에 過失의 본질을 외부적 태도에서 찾는 나머지 注意義務의 중핵을 結果回避義務로 파악하면서 그것을 過失犯의 위법요소로 보는 新過失論 또는 豫見可能性의 문제를 結果回避義務의 存否를 판단하기 위한 일자로 내지 전제에 불과한 문제로 파악하는 입장에서는, 信賴의 原則은 어느 정도 예견가능한 경우에도 注意義務를 한정하기 위한 수단으로 이해된다.

따라서 注意義務의 내용을 豫見義務로 이해하는 입장에서는 豫見可能性이 있으면 豫見義務가 발생한다고 생각하지 않을 수 없기 때문에 注意義務違反限定說을 채용하기가 어려우며, 注意義務의 내용을 結果回避義務로 파악하는 입장에서는 예견가능성의 역할을 어떻게 이해하느냐에 따라서 信賴의 原則의 체계적 위치에 대한 견해가 달라질 것이다.¹⁰²⁾

그렇다면 信賴의 原則의 체계적 지위에 관한 豫見可能性限定說과 注意義務違反限定說 중 어느 것을 취해야 할 것인가?

豫見可能性限定說에 의하면 예컨대 자동차 운전자는 돌발적으로 車道 한가운데로 뛰어 들어오는 보행자의 不注意한 태도를 경험하게 되는데 이는 豫見不可能한 것이 아니다. 따라서 信賴의 原則이 의도하는 것이 過失 인정에 대한 豫見可能性이라는 기준에 다시 다른 차원에서의 한정적인 기준을 부여한다고 해석해야 할 것이므로 不合理的하다 할 것이다.

그러므로 信賴의 原則은 일반적으로 예견가능한 결과에 대한 구체적 結果回避義務가 없는 경우라는 점에서 注意義務를 結果回避義務로 보고 信賴의 原則은 豫見可能性이 있는 상태에서 結果回避義務의 부담을 경감·면제시키는 객관적 기준이 되는 요소라는 견해가 타당하다고 본다. 즉 信賴의 原則을 결과 발생에 대한 예견가능성은 부정할 수 없는 경우에도 자동차 교통의 사회적 유용성과 신속·원활화라는 사회적 필요성에 따라 客觀的 注意義務를 한정하기 위한 원리로 보는 注意義務違反限定說이 타당하며, 注意義務의 내용을 結果回避義務로 보아

102) 姜榮喆, “信賴의 原則에 관한 研究”, pp. 103-104.

注意義務違反限定說 중에도 둘째의 견해가 타당하다고 본다.

마지막으로 信賴의 原則의 체계적 지위에 관한 判例의 입장을 보면 독일의 判例는 “ 할 것을 信賴할 수 있었기 때문에 할 것을 계산에 넣을 필요가 없었다”라는 형식¹⁰³⁾, 일본의 判例는 “운전자로서는 할 것을 信賴하여 운전하면 족하고 까지를 예상하여 할 注意義務는 없다라는 형식”¹⁰⁴⁾, 우리나라의 判例는 “운전자로서는 할 것을 예견하여 할 注意義務는 없다라는 형식”¹⁰⁵⁾을 각각 취하고 있다. 이상의 判例의 文面에 나타난 형식을 보아서는 獨逸·日本·우리나라의 判例가 한결같이 注意義務違反限定說의 입장을 취하고 있다고 할 수 있을 것이다.

2. 信賴의 原則과 許容된 危險과의 關係

산업혁명 이후 과학기술의 발달에 따른 피해를 법적 특히 형법적으로 해결하기 위하여 19세기 말부터 20세기 초에 걸쳐 완성된 「許容된 危險(Erlaubtes Risiko)」의 法理란 사회생활상 불가피하게 존재하는 法益侵害의 위험을 수반하고 있는 행위에 관하여 그 사회적 유용성을 근거로 法益侵害의 결과가 발생한 경우에도 일정한 범위내에서 허용한다는 사고방식의 법리를 말한다.¹⁰⁶⁾ 즉, 고속도 교통기관의 운영, 광산·공장의 경영 등과 같이 그 행위 자체로써 法益侵

103) 西原春夫, 「交通事故と信賴の原則」, pp. 87-186.

104) 日最判, 1966. 12. 20 (最高刑集 10卷 10號, 1212面); 日大阪高判 1967. 8. 29 (下級刑集 9卷 8號, 1056面); 日大阪高判 1967. 12. 7 (下級刑集 9卷 12號, 1477面)

105) 大判 1981. 12. 8, 81 도 1808 (大法刑判集(4) 562-228~232면); 大判 1982. 4. 13, 81 도 2720 (大法刑判集(4) 562-236~238면); 大判 1982. 7. 27, 82 도 1018 (大法刑判集(4) 562-244~246면).

106) 前田雅英, “許られた危險”, 中山研一 外 3人編, 現代刑法講座 第3卷, 過失から罪數まで, 成文堂, 1979, p. 25.

험의 위험을 포함하고 있으나, 개개의 업종에 필요한 規則과 注意를 준수하고 있는 이상 설사 法益侵害의 결과가 발생하더라도 適法한 것으로 過失이 부정된다는 원리를 소위 「許容된 危險」의 法理라고 한다.

그런데 信賴의 原則은 「許容된 危險」의 法理를 구체적으로 적용한 하나의 경우라고 할 수 있다. 여기서 信賴의 原則이 위험이 수반되는 행위와 관련하여 행위자가 스스로 규칙을 준수하면서 他人이 규칙을 준수할 것을 信賴하고 행위할 때 法益侵害의 결과가 발생하더라도 특별한 사정이 없는 한 이를 허용한다는 원칙이므로 「許容된 危險」의 法理와 어떠한 상관관계가 있는 것인가가 문제된다.

여기서는 「許容된 危險」의 法理에 대해서 간략하게 살펴보고 信賴의 原則과의 관계를 고찰해 보고자 한다.

1) 許容된 危險의 本質

「許容된 危險論」은 사회변화에 따른 법이론적 접근의 한 모습으로 기계문명의 발달로 인한 빈번한 사고발생과 연관되어 제기되었다. 오늘날 「許容된 危險」의 法理가 적용되는 영역으로 광산의 채굴행위, 운동경기, 육상·해상·항공교통, 원자력 발전소, 건설공사, 공장의 위험한 제품생산행위, 과학적 실험행위 그리고 의사의 수술행위나 경찰관의 직무집행행위 등을 들 수 있다.

이러한 行爲들은 제반 안전조치를 다하더라도 그 행위자체가 여러가지 위험성을 내포하고 있다. 그럼에도 불구하고 이러한 행위들이 갖는 사회적 유용성이나 필요성 및 공공이익은 이와 같은 위험수반 행위 자체의 근본적인 금지를 요구할 수 없게 하고 있다. 따라서 일정한 수준의 안전장치를 전제로 해서 위험한 산업활동 등이 허용되고 있는 것이다.¹⁰⁷⁾ 즉 현대사회에 있어서 그 자체가 法益侵害의 위험성을 내포하고 있는 행위라 할 지라도 공공이익이나 사회적인 효용성을 이유로 필요한 안전조치를 강구한 이상 이에 대한 위험은 法秩序가 인용할

107) 朴相基, 「刑法總論」, 博英社, 1994, p. 271.

것을 요구하게 되었다.

이렇듯 「許容된 危險」은 사회생활상 불가결한 요소로써 각종 사업 내지 행위에 불가피하게 수반되는 위험을 회피하기 위하여 필요한 위험예방조치를 한다는 데에 가치가 있는 것이므로 그것은 사회생활상 필요한 注意에 제한되어 있는 危險이고 사회적으로 상당한 정도로 내재되어 있는 危險이라고 할 수 있다.

「許容된 危險」의 성질은 사회적으로 상당하다고 인정된 행위에 대해 범죄구조론상 어떠한 체계적 지위를 부여할 것인가라는 문제에 봉착하며 이에 대해서는 다음과 같은 학설 대립이 있다.

첫째, 構成要件該當性排除事由說이다. 이 견해는 許容된 危險에 의해 法益侵害의 결과가 발생하였을 때에는 형법상의 構成要件該當性 자체가 배제된다는 견해이다.¹⁰⁸⁾ 이에 의하면 許容된 危險은 사회생활상 요구되는 注意義務의 한계를 제시한다고 보아 이 범위내에서 발생한 결과의 客觀的 歸屬을 부인한다. 또한 형법상의 不法은 단순한 法益侵害에 있는 것이 아니라 그 침해를 유발시키는 행위의 특별한 態樣, 즉 행위 수행상의 過誤에서 구하지 않으면 안 된다. 許容된 危險行爲는 사회적으로 상당한 정도의 위험을 포함한 행위이므로 이미 過失犯의 不法의 핵심적 내용인 行爲의 無價値를 나타내는 것이라 할 수 없고, 또 그것에 의하여 위험이 현실화되어도 이미 違法하지 않다고 이해된다.¹⁰⁹⁾

둘째, 違法性阻却事由說이다. 이는 許容된 危險 상황하에서 불가피하게 발생한 위험의 결과는 正當防衛나 緊急避難과 같이 독자적으로 違法性を 阻却한다고 보는 입장이다.¹¹⁰⁾ 이 견해는 許容된 危險과 사회적 상당성을 개념적으로 구분하여 사회적 상당성은 構成要件該當性排除事由이지만 許容된 危險은 위험의 근접성이나 일정한 이익때문에 위험시될 뿐 아니라, 원칙적으로 금지된 행위가 예

108) 金日秀, 「刑法學原論」, p. 977 ; 朴相基, 上掲書, p. 274 ; 독일에서는 Hirsch, Jakobs, Niese, Welzel 등이 이 견해를 취하고 있다.

109) 安相勳, 前掲論文, p. 62.

110) 鄭盛根, 前掲書, p. 507 ; 독일에서는 Jescheck, Maurach, Samson 등이 이 견해를 취하고 있다.

외적으로 법익형량의 관점에서 정당화되는 경우라고 한다.¹¹¹⁾

셋째, 責任排除事由說이다. 過失行爲의 책임요소를 일반적인 注意義務違反과 豫見可能性으로 파악하여 許容된 위험행위의 결과발생은 책임을 배제하는 것으로 보는 견해가 있다.¹¹²⁾ 이는 許容된 危險은 책임요소로서의 일반적인 注意義務違反과 예견가능성의 문제라고 보는 입장으로, 기본적으로 責任의 본질을 행위에 대한 행위자의 주관적·정신적인 관계에서 찾는 心理的 責任論을 출발점으로 삼고 있다. 이 설은 合法的인 전체의 영업과 개개의 영업행위를 우선 구별하고 전체의 영업행위가 合法하다고 해서 개개의 영업행위도 합법적일 수는 없으며, 許容된 危險은 사회적으로 유익한 영업을 정당화하는 것이지 결코 위험있는 영업행위를 정당화할 수는 없다고 하면서 許容된 危險의 성질을 責任阻却事由로 본다.¹¹³⁾

「許容된 危險」의 法理는 비교적 최근에 논의가 활발하게 된 이론으로 그 개념 및 유형이 상당히 불명확하므로, 許容된 危險의 독자적 기능을 부정하고 전통적인 違法性理論으로 해결하려는 違法性阻却事由說은, 「許容된 危險」의 경우에 있어서 法益侵害의 결과발생이 있을 때 이를 違法性 이론으로 해결하자면 構成要件에 해당하지만 利益衡量이나 緊急避難에 의해 정당화되는 것으로 보게 된다는 난점이 있다.

따라서 違法性阻却事由說에 의해 일반적으로 許容된 危險의 상황과 違法性阻却事由인 正當防衛나 緊急避難의 행위정황을 동일시하는 것은 수긍하기 어렵다. 正當防衛나 緊急避難은 예외적인 상황인데 비해 許容된 危險은 정상상황이기 때문이다. 이에 의하면 불확정적인 許容된 危險을 違法性阻却 체계내에 편입시킴으로써 기존의 違法性阻却事由는 그 입지가 축소 내지 중복될 뿐만 아니라 경우에 따라서는 許容된 危險의 구체적인 하나의 예에 불과하게 된다.

그리고 責任排除事由說도 오늘날 규범적 책임이론이 일반화된 상황하에서 許

111) 車鏞碩, “過失犯의 構造(下)”, 考試研究, 1987. 12, pp. 92-93.

112) 朴相基, 前掲書, p. 276.

113) 현재 責任排除事由說을 취하는 우리나라의 학자는 없다.

容된 危險을 비난가능성의 문제로 파악하여 責任이 배제된다는 주장은 타당하지 않다. 결국 許容된 危險은 사회적으로 상당한 위험에 대해서는 객관적 귀속의 관점에서 客觀的 注意義務를 부인함으로써 構成要件該當性を 排除하는 事由라고 보는 것이 타당하다고 생각된다.

2) 許容된 危險의 限界

法益을 침해할 위험성이 있는 행위는 法益의 보호차원에서 그러한 행위를 하는 것 자체를 違法한 것으로 금지해야 할 것이다. 그러나 그러한 행위 중에는 사회생활상 유용하고 필요불가결한 경우가 많기 때문에 그러한 행위를 하는 것 자체를 모두 違法이라고 하여 금지해서는 안 될 것이다.

그러므로 사회생활상 유용하고 필요불가결한 행위에 대해서는 설령 法益侵害에 대한 위험성을 가지고 있다고 하더라도 사회생활의 정상적인 기능을 발휘하도록 하기 위하여 그러한 행위를 하는 것을 일정한 조건하에서 허용하여야 할 것이다. 또한 더 나아가 그러한 행위로 말미암아 비록 法益侵害의 결과가 발생하였다 하더라도 행위의 사회적 유용성을 근거로 일정한 범위 내에서 그러한 행위를 法的으로 정당화시킬 필요가 있을 것이다.

그러나 행위의 사회적 유용성을 증시한 나머지 위험한 행위를 하는 것 자체를 법적으로 아무리 허용하고 있다고 하더라도 그 위험행위로 인하여 발생된 모든 결과에 대해서 책임을 항상 지지 않는다는 것을 의미하는 것은 아니기 때문에 「許容된 危險」에 있어서 許容되는 기준이 무엇인가가 문제가 된다.

許容된 危險이 모든 의미에 있어서 適法하게 되기 위해서는 定形的인 危險을 예상하여 그러한 위험이 구체화됨으로써 法益侵害의 결과가 발생하는 것을 예방하기 위하여 여러 가지의 作爲·不作爲를 명하고 있는 각종 行政法規上의 위험방지의무와 위험행위를 구체적으로 행할 경우에 요구되는 刑法上의 注意義務를

준수해야 될 것이다.¹¹⁴⁾ 따라서 許容된 危險의 限界는 行政法規上의 危險防止義務와 刑法上의 注意義務의 준수 유무를 조사·확정함으로써 명확하게 될 것이다.

「許容된 危險」이 모든 의미에 있어서 정당화되는 한계를 긋는다고 볼 수 있는 行政法規上의 危險防止義務와 刑法上의 注意義務와는 과연 어떠한 관계가 있는 것인가가 문제로 된다.

行政法規上의 危險防止義務는 어떤 일정한 위험한 상태를 전제로 하여 위험의 구체화를 예방하기 위하여 필요하다고 생각되는 행위를 정형화한 것이기 때문에 구체적인 결과발생에 대하여 이것을 회피하기 위하여 법적으로 요구되는 內的·外的인 作爲·不作爲인 刑法上의 注意義務와 근본적으로 공통된 성질을 가지고 있다. 이에 대하여 刑法上의 注意義務는 당해 사고발생 당시의 구체적 상황에 의거하여 加害者에게 과해지는 의무임에 반하여 行政法規上의 危險防止義務는 사고 당시의 구체적 상황의 여하에 관계없이 운전자 모두에게 과하여지는 일반적인 의무라는 점에서 차이가 있다.

따라서 行政法規上의 危險防止義務에 違反하였다고 하여 그것만으로 刑法上의 注意義務違反이 성립하는 것은 아니며, 또한 行政法規上의 危險防止義務를 준수하였다고 하여 곧 刑法上의 注意義務가 준수되었다고 할 수도 없을 것이다.

그렇다면 「許容된 危險」이 형법적으로 정당화되기 위한 한계가 무엇인가에 대하여 살펴보아야 할 것인데, 許容된 위험행위 자체가 適法하게 되기 위해서는 먼저 行政法規上의 危險防止義務를 준수하는 것이 필요하다. 行政法規上의 危險防止義務를 준수하지 않고서 許容된 위험행위를 하게 되면, 가령 인명 침해라는 法益侵害의 결과가 발생하지 않았다고 하더라도 적어도 行政法的인 측면에서 볼 때 違法性を 띠게 된다.

그러나 「許容된 危險」의 法理는 行政法上의 이론이 아니라 刑法의 이론이기 때문에 許容된 危險을 가지는 것은 死傷 등의 法益侵害의 결과가 발생한 경우

114) 姜榮詰, “信賴의 原則과 許容된 危險의 法理”, 『刑事法學』, 中央大學校, 1990, p. 17.

로, 死傷 등의 法益侵害의 결과가 발생하였음에도 불구하고 여전히 형법적으로 適法하게 되는데에 「許容된 危險의 法理」의 실제적인 意義가 있다고 볼 수 있다.

따라서 死傷 등의 法益侵害가 발생하더라도 형법적으로 適法하기 위해서는 형법적인 관점에서 행위가 客觀적으로 적절하게 행하여졌다고 판단되는 것, 다시 말하면 위험행위를 구체적으로 행할 경우에 요구되는 형법상의 注意義務를 준수했다고 판단되는 것이 필요하다. 그러므로 死傷 등의 法益侵害의 결과가 발생했음에도 불구하고 許容된 危險이 형법적으로 보아 허용되는 한계는 行政法規上的의 危險防止義務의 遵守有無가 아니라 刑法上的의 注意義務의 준수 유무 즉 過失의 有無에 있다고 할 것이다.¹¹⁵⁾

전술한 바와 같이 行政法規上的의 危險防止義務違反이 있더라도 刑法上的의 注意義務違反이 인정되지 않을 수도 있고, 行政法規上的의 危險防止義務違反이 없더라도 刑法上的의 注意義務違反이 인정되는 경우가 있기 때문에 許容된 危險의 刑法的인 限界는 오로지 刑法上的의 注意義務違反(過失의 有無)에 의하여 판단되어야 한다.

3) 許容된 危險과 信賴의 原則

이상에서 본 바와 같이 「許容된 危險」의 刑法的 限界가 過失의 有無에 의해서 결정된다면 過失의 有無를 인정하는 데 영향을 미치는 信賴의 原則은 許容된 危險의 한계를 확정하는 하나의 원리라고 이해할 수 있다. 他人의 적절한 행위에 대한 信賴가 상당하다고 인정되어 결과 발생에 대한 過失이 부정될 때 설사 그 행위 자체가 원래 결과발생의 위험을 포함하고 현재 그 행위에 의해서 死傷의 결과를 발생시켰다 하더라도 그 행위는 許容된 危險으로써 適法하다고 해석된다. 그러나 이러한 信賴의 原則이 許容된 危險을 반드시 전제로 하여야 하는

115) 姜榮喆, 上揭論文, pp. 17-20.

가에 대해서는 過失犯의 이론 구성의 방법적 차이에 따라 결론이 달라진다.

結果無價値에 기초를 둔 傳統的 過失論에서는 예견가능성에 대한 형법적 평가를 하는 경우에 사실상의 豫見可能性으로부터 형법상의 豫見可能性을 구별하는 기준으로써 信賴의 原則을 이용할 수 있는데, 이 경우에 적용되는 信賴의 原則은 행위의 違法性을 부정하는 것이 아니고 행위의 責任을 부정하는 것이기 때문에 許容된 危險과는 무관하다. 또한 許容된 危險의 법리가 적용되지 않는 행위에 대해서도 信賴의 原則의 적용이 가능하기 때문에 許容된 危險과 信賴의 原則은 관계가 없다.

예컨대 설명서에 따라 충전식 회전전등을 충전하고 있는데 그 회전전등에 결함이 있기 때문에 화재가 발생한 경우에는 「許容된 危險」의 法理는 적용되지 않지만 信賴의 原則은 적용될 수 있다는 것이다.¹¹⁶⁾

이에 대해서 過失을 構成要件 내지 違法性의 단계에서 논의하는 新過失論에 의하면 行爲反價値가 있는 경우에 過失犯의 違法性을 인정하기 때문에, 信賴의 原則은 過失犯의 構成要件該當性 내지는 違法性을 부정하는 원리가 되므로 許容된 危險의 法理와 무관하다고 할 수는 없다.

그리고 過失은 故意와 마찬가지로 構成要件이지만 責任要素로서의 의미를 가지고 있다는 二重機能說에 의하면 過失犯의 構成要件該當性은 行爲反價値와 結果反價値에 의해 결정되므로, 過失에 있어서 객관적으로 요구되는 注意義務는 불법구성요건의 영역에 속하고 행위자에게 가능한 注意義務는 責任의 영역에 속한다고 한다. 따라서 許容된 危險은 사회생활상 요구되는 注意義務의 한계를 갖는 것이고 信賴의 原則은 注意義務를 제한하는 것이므로 許容된 危險의 한 특별한 경우라고 보는 것이 일반적이다.¹¹⁷⁾

생각건대 信賴의 原則이 위험 분배의 원칙을 배경으로 하여 인정된다고 볼 때, 「危險分配의 原則」과 「許容된 危險의 法理」는 결코 무관하지 않다. 자동차 운전행위, 의료행위, 광산이나 공장의 경영, 과학실험행위 등과 같은 행위들은

116) 西原春夫, 「交通事故と信賴の原則」, p. 38.

117) 鄭辰鎭, 前掲論文, pp. 62-63참조.

사회적 유용성 내지 불가피성과 法益侵害의 위험성이라는 서로 상반된 양면성을 가지고 있기 때문에 그 이익득실의 관계를 어떻게 조화시키는 것이 바람직한가라는 문제로부터 「危險分配의 原則」이 요구되는데, 이는 「許容된 危險」의 法理의 요청이라고 할 수 있다.

왜냐하면 「許容된 危險」의 法理는 사회적으로 유용하거나 불가피한 행위들을 무조건적으로 허용하는 것이 아니라 사회적으로 相當한 客觀的 注意義務를 준수하였다고 하는 일정한 범위 내에서 許容하는 것으로써 사회적 유용성과 법익의 보존을 동시에 피하기 때문이다. 그리고 信賴의 原則이 結果回避義務를 부정하는 것이라고 볼 때 「危險分配의 原則」을 토대로 하여 상대방도 위험 방지를 위해서 적절한 조치를 취할 것이라고 信賴하고 행동하더라도 여전히 결과 발생의 예견가능성은 상존하는 것이고, 따라서 결과 발생의 예견가능성을 부정할 수 없음에도 불구하고 결과가 발생한 경우에 過失을 부정하는 것은 바로 「許容된 危險」의 法理가 적용된 것이라고 말할 수 있을 것이다.¹¹⁸⁾

그러므로 許容된 危險은 비록 위험을 수반하는 행위라고 할 지라도 그 행위를 금지하는 것이 社會生活을 영위함에 있어 적절하지 못하기 때문에 위험을 피하기 위한 예방조치를 강구한 때에는, 비록 法益侵害의 결과가 발생할 지라도 허용된다는 원칙이므로 이에겐 交通상의 이익을 위한 행위 및 인명과 건강유지를 위한 행위를 포함하는 것이고 또한 信賴의 原則이 적용될 여지가 있다는 점에서 관련을 갖는다.

본래 信賴의 原則은 사회적 유용성과 결과발생의 위험성이라는 서로 상반된 양면성을 지니는 행위에 대하여 행위자의 注意義務를 합리적으로 輕減시키기 위하여 등장한 이론이기 때문에 「許容된 危險」의 法理와 무관하지 않다고 볼 수 있다. 信賴의 原則을 許容된 危險의 限界를 긋는 하나의 원리라고 이해하는 것은 許容된 危險의 개념이 형법상 실제적인 의의를 갖는 것으로, 현실적으로 결과가 발생한 경우에 過失을 부정하기 위해서는 信賴의 原則을 인용해야 한다.

118) 安相勳, 前掲論文, p. 69.

따라서 信賴의 原則은 「許容된 危險」의 法理의 구체적인 응용이라고 할 수 있겠다.

3. 信賴의 原則과 社會的 相當性理論과의 關係

信賴의 原則과 許容된 危險과의 관계에 있어서 마지막으로 검토하지 않으면 안 될 것은 信賴의 原則과 社會的 相當性과의 관계라고 할 수 있으므로 이에 대해 검토해 보고자 한다.

社會的 相當性이란 法律이 예정하는 행위에 의하여 결과가 발생하였을 때 통상의 경우라면 違法性을 갖는 것으로 사회생활상 상당하다고 생각되는 목적·수단에 의한 경우라면 違法性이 부정된다는 이론을 말한다. 이러한 社會的 相當性의 개념은 Welzel에 의해 최초로 주창되었다.

벨첼은 1939년의 『刑法體系의 研究』에서 다음과 같이 서술하였다. “모든 사회생활은 法益의 투입과 소비에 의하여 성립한다. 사회공동생활은 예를 들면 행동의 자유가 항상 일정한 범위내에서 제한을 받는 것과 같은 조건하에서만 성립하는 것이다. 만약 法이 모든 法益의 侵害를 객관적으로 違法한 것으로 금지하여 버린다면 모든 사회생활은 당장 정지되지 않을 수 없고 단지 관찰하는 것만이 허용된 박물관과 같은 세계가 남을 것이다. 그러므로 모든 法益侵害를 금지하는 것이 아니고 역사적으로 형성된 국민공동체의 질서 내에서 기능적으로 작용하고 있는 행위는 不法 개념에서 제외해야 한다”고 하고 이와 같이 역사적으로 규정된 질서에 따라 사회생활이 영위되는 범위내의 모든 활동을 社會的 相當行爲라고 命名하였던 것이다.¹¹⁹⁾

119) Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW Bd. 58, S. 515-517 (姜榮喆, “信賴의 原則과 許容된 危險의 法理”, pp. 24-25 에서 再引用).

社會的 相當性 내지 社會的 相當行爲란 사회생활상에 있어서의 常規를 이탈하지 않는 행위 즉 건전한 사회 통념에 의하여 許容된 行爲로써 예를 들면 故意犯과의 관계에 있어서는 의사의 수술행위, 복싱·레슬링·태권도와 같은 스포츠 행위, 노동쟁의행위, 경찰관의 체포·감금행위 등이 社會的 相當行爲에 해당될 것이고, 過失犯의 관계에서는 許容된 危險行爲가 이것에 해당될 것이다. 이와같이 許容된 危險의 법리와 社會的 相當性理論은 法益侵害의 결과가 발생하였음에도 불구하고 그 法益侵害를 가져오게 한 행위의 사회적 상당성을 고려하여 그 행위가 사회생활상 필요한 注意義務를 준수한 행위인 이상 適法性을 인정한다는 점에서 공통점이 있다 하겠다.

그러나 社會的 相當性理論이 法益侵害의 결과를 야기한 故意·過失의 모든 행위에 대하여 적용되는 반면 許容된 危險의 법리는 처음부터 法益侵害의 위험을 안고 있는 행위에 대하여만 적용된다는 점에서 許容된 危險이 社會的 相當行爲의 유형 중의 일부에 속한다고 하겠다. 그러므로 許容된 危險의 適法性의 한계를 긋는 원리인 信賴의 原則도 社會的 相當性 理論과 관련을 가지게 될 것이다.

전술한 바와 같이 信賴의 原則은 他人의 적절한 행동을 信賴하는 것이 사회적으로 相當하기 때문에 法益侵害의 결과가 발생하였다 하더라도 그 행위가 適法하게 인정되는 것이다. 따라서 信賴의 原則은 모든 信賴를 保護하는 것이 아니라 구체적 상황에서 그러한 信賴를 보호하는 것이 사회생활상 相當한 경우에 비로소 信賴를 시인하는 데 그치는 것이다.

그러므로 信賴의 原則은 信賴의 相當성의 판단이 社會的 相當性이란 판단이라는 점에서 社會的 相當性理論과 관련이 있는 것이며, 社會的 相當性理論은 信賴의 原則을 적용함에 있어서 그 지도 형상으로써의 기능을 수행하게 될 것이다.¹²⁰⁾

120) 姜榮喆, “信賴의 原則과 許容된 危險의 法理”, P. 27 참조.

IV. 信賴의 原則의 適用範圍와 그 限界

앞서 보았듯이 信賴의 原則은 단순한 이론상의 논쟁의 산물이 아니고 도로교통사정의 변화에 따른 자동차 운전자의 注意義務 부담의 輕減·合理化라는 실천적 사명을 띠고 도로교통사고를 둘러싼 刑事判例를 통하여 등장한 것이기 때문에 同 原則의 최대의 관심사는 전술한 바와 같이 過失 개념에 있어서의 信賴의 原則의 체계적 지위라든가 또는 信賴의 原則과 許容된 危險 및 社會的 相當性과의 관계와 같은 이론적 측면에 있다기 보다는 도로교통사고를 야기시킨 자동차 운전자의 過失責任을 어떠한 경우에 否定할 것인가라는 실천적 측면에 있다고 할 것이다.

우리나라의 사회적 상황 즉 도로교통사정도 이제는 信賴의 原則의 적용 그 자체를 부정할 수 없는 상황에 이르렀다고 볼 수 있으므로, 우리나라 역시 同 原則의 인정에 관한 타당성 여부나 이론적 측면에 관한 문제보다도 信賴의 原則을 적용하는 데 필요한 요건이나 그 한계에 대하여 검토하는 것이 우선의 과제라고 하지 않을 수 없다.

특히 信賴의 原則은 ① 행위자의 위험한 행동 자체까지도 정당화하는 것은 아니라는 것을 일반적으로 예고함으로써 행위자에게 예방적 효과가 있을 것이고, 被害者에게는 교통법규 및 기타 적절한 행동의 준수를 강제하는 기능을 하게 되어 사고를 사전에 예방하는 기능을 한다 ② 行爲者가 위험한 행위를 해야 할 경우에 어떠한 注意를 가지고 어떠한 조치를 취해야 하는가 라는 행동 준칙을 구체화하며 ③ 過失犯의 처벌을 합리적으로 제한·완화하는 기능¹²¹⁾을 갖기

121) 不信의 原則이 지배하던 때에는 결과책임 내지 절대책임화라고 할 정도로 행위자에게 너무 과중한 부담을 과하고 있었으나, 信賴의 原則은 注意義務를 전적으로 행위자에게만 부담시킬 것이 아니라 어느 정도 關係者에게 부담시켜 행위자의 注意義務에 합리적 기준을 제공하게 되므로 행위자의 注意義務 부담을 輕減·合理化하는 기능을 갖는다.

때문에 더욱 그 적용상에 있어서의 요건 및 한계를 검토할 필요성이 있는 것이다.

1. 信賴의 原則의 適用要件

1) 客觀的 要件

信賴의 原則은 어떠한 경우에 적용될 것인가를 논함에 있어 먼저 전술한 바 있는 법리적인 측면을 이해해 둘 필요가 있다. 信賴의 原則은 일반적으로 許容된 危險 내지 危險의 適切한 分配의 法理를 구체적으로 응용한 경우의 하나라고 할 수 있다.¹²²⁾ 즉 고속도 교통기관은 비록 중대한 위험을 지니고 있지만 그 사회적 유익성 때문에 그 위험을 사회적으로 상당한 것으로 보아 허용되고 있는 것이다.

교통관여자간에는 그 위험을 상호분담하고, 위험분배를 전제로 한 규칙의 확립이 요청된다. 이러한 규칙이나 사회생활상 일반적으로 요구되는 注意에 따라서 행동하면 사회생활상 상당한 것으로 되어 違法하지 않게 되는 것이다. 이러한 관점에서 信賴의 原則을 적용하기 위해서는 여러 가지 사회적 조건이 필요하다 할 것인데 여기서는 이러한 사회적 조건들에 대해서 먼저 고찰해 보고자 한다.

그렇다면 信賴의 原則을 적용할 수 있는 社會的 前提條件들은 무엇인가?

첫째, 자동차의 신속·원활한 교통의 필요성이 요구된다. 예전과 같이 자동차 수가 적고 그 속도도 별로 빠르지 않던 시대에서는 위험이 있는 경우에 일일이 서행 내지 정차함으로써 잃게 되는 이익이 큰 것은 아니었다. 이에 반하여 현재와 같이 자동차 수가 많고 고속화하여 그것이 일상생활상 필요불가결한 것

122) 藤木英雄, 「過失犯の理論」, 有信堂高文社, 1980, p. 15.

이 된 때에는 고속도 교통기관의 신속·원활화로 인하여 얻어지는 이익의 보호가 일반 국민의 利益保護와 직결되므로, 자동차운전자로 하여금 다른 교통관계자의 적절한 행동을 기피하고 자동차를 운전하도록 하지 않고서는 그 고속성을 도저히 확보할 수 없을 것이다. 따라서 信賴의 原則을 적용하기 위해서는 무엇보다도 먼저 고속도 교통기관의 발달과 그에 따른 利益의 保護가 일반 국민의 利益의 保護와 직결될 수 있는 사회적 조건이 전제되어야 한다.

둘째, 위험분배를 전제로 한 도로의 정비, 신호기의 설치 등의 교통환경의 정비가 필요하다. 예컨대 歩道와 車道가 구별되고 교차로 기타의 장소에서 신호기가 설치되어 있고 횡단보도와 육교 등이 제대로 설치되면 자동차 운전자는 다른 교통관계자의 적절한 행동을 기대할 수 있는 범위가 확대될 것이다.

셋째, 교통교육, 교통도덕의 보편화에 의하여 일반 교통관계자가 교통질서에 반하는 부적절한 행동을 취하는 것이 희박한 단계에 있어야 한다.¹²³⁾

그런데 客觀的 要件에 있어 증대한 것은 이들 세 가지 요건 외에 보다 구체적으로 어떠한 상황이 존재하는 경우에 信賴의 原則이 적용될 수 있는가 하는 것이다. 따라서 이들 세 가지 조건은 어떠한 구체적 상황에 있어 信賴의 原則이 적용될 수 있는가 하는 客觀的 適用範圍를 다룸에 있어 선행조건이 되는 것일 따름이다. 여기서는 천차만별의 교통상황을 전제로 客觀的 要件을 모두 검토한다는 것은 사실상 곤란함으로 이에 대한 것은 생략하기로 한다.¹²⁴⁾

2) 主觀的 要件

信賴의 原則의 적용요건은 객관적 측면에서만 고찰할 것이 아니라, 위의 세

123) 이 세가지 요건을 客觀的 要件 내지 外部的·實際的 條件이라고 한다 : 李敦鎭, “過失犯의 現代的 照明과 課題”, p. 87 ; 山中敬一, “信賴의 原則”, p. 81 ; 中山研一, 「口述刑法總論」, 成文堂, 1983, p. 31 ; 西原春夫, 「交通事故と信賴의 原則」, pp. 197-198.

124) 客觀的 要件에 대한 구체적인 것은 姜榮喆, “信賴의 原則에 關한 研究”, pp. 151-157 참조.

가지 客觀的인 기본 전제조건을 바탕으로 하여 行爲者 자신에게 어떠한 요건이 구비되어 있는 경우에 그 적용이 가능한가라는 것을 검토해 볼 필요가 있다. 이것은 信賴의 原則을 적용하기 위한 內部的 條件으로 그 유형화가 客觀的 要件에 비해 용이하고 추상적·일반적인 고찰도 가능하다 하겠다.

信賴의 原則은 “모든 교통관여자는 특별한 사정이 없는 한 다른 교통관여자가 교통질서를 준수할 것을 信賴해도 좋다. 따라서 他人이 교통질서에 위반하는 태도로 나올 것을 염두에 둘 필요는 없다”는 원칙이라 할 수 있다.¹²⁵⁾ 이로부터 信賴의 原則을 적용하기 위한 요건은¹²⁶⁾ 첫째, 信賴의 存在 둘째, 信賴의 相當性이라고 할 수 있다.

왜냐하면 信賴가 현실적으로 존재하지 않는 경우에는 豫見義務 내지 回避義務는 부정될 수 없으며, 구체적인 교통사정을 전제로 하여 그러한 信賴를 함이 사회윤리적으로 相當한 경우에 비로소 刑法은 加害者의 信賴를 보호할 뿐이며 이러한 信賴가 있는 경우에 限하여 사실상 豫見可能性이 있음에도 불구하고 結果回避義務의 발생을 부정하는 것이 되기 때문이다.

(1) 信賴의 存在

信賴의 原則은 전술한 바를 통해서도 알 수 있는 바와 같이 他人이 적절한 행동을 취할 것이라고 信賴하는 것이 상당한 경우에 그 적용이 가능한 원리이기 때문에 信賴의 原則을 적용하기 위해서는 먼저 加害者에게 他人의 적절한 행동에 대한 信賴가 현실적으로 존재하여야 한다.

이러한 信賴의 존재에 있어서 검토해야 할 문제로 ① 信賴의 存在 및 信賴의 程度의 문제 ② 信賴의 對象 문제 ③ 信賴의 相對方에 의한 認識의 문제로 나누어 고찰해 볼 필요가 있다.

먼저 信賴라고 하는 것은 인간의 감성에 속하는 작용으로 客觀的 사실이 아니라 主觀的 사실이고 대단히 막연한 것이다. 信賴感은 안도감처럼 확실적인

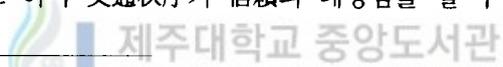
125) 李敬鎬, “過失犯의 現代的 照明과 課題”, p. 88 ; 李榮鎬, 前揭論文, p. 64.

126) 加害者 자신에게 어떠한 조건이 구비된 경우에 이 原則을 적용할 수 있는가의 문제라는 점에서 이를 主觀的 要件이라고 한다.

상태의 강력한 것에서부터 단순한 예견·예측에 가까운 약한 상태 그리고 다소 의심이 동반한 회의적인 것까지 상당히 광범위한 폭을 지니고 있다.¹²⁷⁾ 그러나 信賴의 原則의 적용요건인 信賴는 信賴의 相當性과는 달리 信賴의 存否의 문제이므로 信賴의 정도에도 불구하고 넓은 의미로 해석함이 타당하다고 생각된다.

이러한 의미에 있어 信賴는 완전무결한 것까지는 필요하지 않다고 하더라도 相當한 정도의 信賴 더 나아가서는 무의식적인 예측이라는 형식을 취한 것에 지나지 않은 정도의 信賴는 최소한 존재하여야 한다. 따라서 객관적으로는 信賴의 原則을 적용할 수 있는 상황이 존재하더라도 加害者에게 未必的이라도 결과발생에 대한 故意가 존재할 경우에는 未必的 故意가 성립하게 될 것이고 또한 加害者에게 他人의 적절한 행동에 대한 적극적인 불신이 존재한다거나 상당한 정도의 의심이 존재하는 것과 같은 경우에는 認識있는 過失이 성립하게 될 것이므로 이러한 경우에는 他人의 적절한 행동에 대한 信賴 그 자체가 존재하지 않는 것으로 될 것이다.¹²⁸⁾

다음으로 信賴의 存在에 있어서 信賴의 對象은 무엇인가하는 점이다. 이미 전술한 信賴의 原則의 정의에서 보면 “다른 교통관계자가 교통질서를 지킬 것”이라고 하여 交通秩序가 信賴의 대상임을 알 수 있다. 그러면 信賴



127) 예컨대 질주하고 있는 자신의 차 앞에 보행자가 돌출하지 않을 것이라고 하는 信賴는 좁은 小路를 지나고 있는 경우와 고속도로를 달리고 있는 경우와는 다른 것이고 비우선차가 자신의 우선권을 침해하지 않을 것에 대한 우선차의 信賴는 교차전에 신호가 있는 경우와 없는 경우에 역시 차이가 있는 것이다. 그러나 어느 경우에도 내면적 주관적 사실로서의 信賴는 존재하는 것이고 다만 그 정도의 차가 있을 뿐이다.

128) 예컨대 고객이 혼잡을 이루는 商店路를 步行중인 상황에서 자동차 운전자는 보행자가 어쩌면 도로 가운데로 나올지도 모른다는 사실을 인식하면서 그러나 나의 기술이면 충분히 충돌을 회피할 수 있다고 하는 상태에 있는 경우에는 이미 信賴는 존재하지 않으며, 우선 도로를 走行중인 자동차 운전자가 비우선도로와의 교차점에서 그 비우선 도로로부터 교차점으로 진입하려는 어떤 자동차를 발견하고 그 자동차의 운전자가 횡포로 우선권을 침해하려는 것을 알고 이렇게 충돌하면 대항 차에게 잘못이 있으므로 그대로 주행하여 충돌해도 좋다고 생각하고 감속없이 직진하였기 때문에 충돌사고가 일어난 경우에는 他人의 적절한 행동에 대한 信賴는 存在하지 않는다. 西原春夫, 「交通事故と信賴の原則」, pp. 45-48.

의 대상인 交通秩序¹²⁹⁾란 무엇인가? 여기서의 交通秩序란 교통관여자에게 상호 신뢰의 대상이 되는 것으로 평균인의 의식속에 알려져 있고 유효한 힘을 지닌 法則이라고 할 수 있다. 이러한 교통관여자가 交通規則에 따라서 적절한 행동을 취할 것을 信賴의 대상으로 함에는 두말할 필요가 없다.

그러나 어떠한 法律도 사회의 변화에 부응할 수는 없으므로 교통규칙만으로는 도로교통상 야기되는 모든 상황에 대응할 수 없다. 따라서 交通法規나 規則이 교통관행이나 도덕과 합치하여 하나의 交通秩序를 확립하고 있다는 점을 고려할 때 交通慣行·交通道德에 따라서 행동하는 것도 역시 信賴의 대상이 된다고 할 수 있다.¹³⁰⁾

마지막으로 信賴의 대상과 관련하여 또 하나의 문제가 되는 것은 信賴의 대상인 상대방이 이미 행위자가 인식하고 있는 자에 한하는가 아니면 아직 보이지 않는 자도 포함하는가 하는 것이다. 이에는 세가지 학설이 대립되고 있다.¹³¹⁾

제1설은 행위자의 信賴는 상대방의 구체적인 행동의 존재를 전제로 한 것이기 때문에 그 상대방은 구체적인 장소에 등장한 자인 것을 요하고 아직 눈 앞에 나타나지 않는 자는 포함하지 않는다는 견해이다. 즉 信賴가 존재한다고 하기 위해서는 추상적·일반적인 信賴가 아니라 구체적인 信賴의 존재를 요하므로 적어도 信賴의 相對方의 존재만은 이미 인식하고 있어야 한다는 견해이다.

제2설은 他人의 적절한 행동에 대한 信賴라고 할 경우의 그 행동이라는 것은 결국 현실적으로 존재하는가 안하는가를 묻지 않고 관념의 세계에 있는 추상적인 행동인 것이며 더욱이 사고의 발생에 이르는 각종 態樣의 행동을 포함한 포괄적인 것이기 때문에 그것에 대한 信賴는 이미 모습이 인식된 자나 모습이 인식되지 않는 자 모두 信賴의 相對方이 될 수 있다는 견해이다.

129) 예컨대 道路交通法 및 交通法規에 규정된 交通規則을 들 수 있다.

130) 다만 交通慣行과 道德은 경솔 또는 무지한 자가 아닌 사회 일반인 즉 차량운전자 의 慣行·道德의 경우에는 운전자 일반에게 알려져 있고 그 효력을 지니고 있는 것으로 불명한 것이 아닌 일반인의 의식속에 살아 있는 것이어야 한다.

131) 姜榮喆, “信賴의 原則에 關한 研究”, p. 139 ; 西原春夫, 「交通事故と信賴の原則」, p. 48.

제3설은 교통사고의 유형을 차량 대 차량의 사고와 차량 대 보행자의 사고로 구분하여, 前者의 경우에는 信賴의 대상으로 되는 상대방 차량의 존재를 이미 인식하고 있었는가에 관계없이 信賴의 原則을 적용할 수 있지만, 後者の 경우에는 加害 차량의 운전자가 미리 보행자의 존재를 인식하고 그가 信賴할 수 있는 보행자인가 아닌가를 확인한 후가 아니면 信賴의 原則을 적용할 수 없다는 것으로, 차량 대 차량의 사고에 있어서는 아직 모습이 인식되지 않은 자도 信賴의 相對方이 될 수 있으나, 차량 대 보행자의 사고에 있어서는 아직 모습이 인식되지 않은 보행자는 信賴의 대상으로 될 수 없다는 견해이다.

생각건대 信賴의 대상인 행동의 주체란 현실적으로 事故가 발생하기 이전의 개념으로 行爲者가 이미 인식하고 있을 필요는 없고 인식가능한 포괄적인 상대방이라고 할 수 있으므로 제2설이 타당하다고 하겠다.¹³²⁾

(2) 信賴의 相當性

전술한 바와 같이 信賴의 原則이 적용될 수 있기 위해서는 他人의 적절한 태도에 대한 信賴가 있어야 하나, 信賴가 존재하더라도 이때의 信賴가 행위자의 自意에 기한 판단일 뿐이고 당해 구체적 사정에서 보아 社會的 相當性을 지니지 못하면 信賴의 原則은 적용될 수 없을 것이다.

왜냐하면 信賴의 原則은 他人의 적절한 행동에 대한 加害者의 信賴를 보호하여 그의 注意義務 부담을 輕減·合理化하려는 데 그 목적이 있다고 할 수 있지만, 그렇다고 하여 加害者의 모든 信賴를 보호한다는 의미는 아니고 구체적인 교통사고를 전제로 하여 그러한 信賴를 하는 것이 사회윤리적으로 보아 상당한 경우에 비로소 형법은 加害者의 信賴를 보호하게 되는 것이기 때문이다. 따라서

132) 물론 信賴의 原則을 적용하여도 대부분의 判例는 被害者의 존재 및 행동을 인식한 자에 한하여 信賴의 原則을 적용하고 있지만, 그것은 그러한 사안이 過失犯 중에 다수이기 때문이고 반드시 그러한 경우에만 信賴의 原則의 적용을 한정하고 있는 것은 아니다. 예컨대 교차점으로 부터 돌연 우선 도로에 침입하여 왔던 비우선차에 우선차가 충돌했다는 사례(BGHSt 7, 118) 나 정차하고 있는 버스의 背後로부터 갑자기 보행자가 차도로 뛰어 나왔음으로 주행중인 자동차에 충돌했다고 하는 사례(BGHSt 13, 169) 등 많은 경우에 獨逸判例는 行爲者가 被害者를 미리 인식하고 있지 않았음에도 명시적으로 信賴의 原則을 적용하고 있다.

他人의 적절한 행동에 대한 加害者의 信賴가 존재하더라도 그 信賴가 형법적인 입장에서 보아 사회생활상 당연하다고 판단되는 信賴가 아니면 信賴의 原則의 적용은 배제될 것이다.

이렇듯 信賴의 原則의 적용에는 相當性 있는 信賴라고 하는 요건이 요구되는데 그렇다면 어떠한 경우에 信賴의 相當性이 인정되고 어떠한 경우에는 인정되지 않는가하는 信賴의 相當性의 판단기준이 문제로 된다.¹³³⁾ 그런데 相當性의 판단은 相當性의 의미내용만으로는 분명히 할 수 없고 개개의 구체적 사정의 여하에 들어가서 刑法, 道路交通法, 기타 관련 法規 등을 통하여 개별적으로 고찰하지 않으면 안 될 것이다.

信賴의 相當性이 부인되는 경우는 결국 信賴해서는 안 될 것을 錯誤에 의하여 信賴한 경우라고 할 수 있으므로 信賴의 相當性은 결국 錯誤의 相當性의 문제가 된다.¹³⁴⁾ 그러나 錯誤의 相當性의 판단도 결국은 개개의 구체적인 사정의 여하에 따라서 그것을 분석·고찰하여야 될 것이다.¹³⁵⁾

133) 결국 信賴의 相當性도 그 판단이 社會的 相當性에 귀착될 것이나, 信賴의 相當性이 일정한 信賴를 전제로 한 행위의 過失의 성립을 부정하는 원리임에 비하여, 社會的 相當性理論은 刑法 전분야에 있어서 法益侵害의 결과를 야기시킨 모든 故意·過失行爲에 대한 적법성의 평가원리라는 점에 있어서 차이가 있을 뿐이다.

134) 西原春夫는 信賴의 相當性의 판단에 대한 총론적 고찰의 방법으로써 信賴의 相當性의 문제는 錯誤의 相當性의 문제로 환원할 수 있고 그 兩者는 표리의 관계에 있다고 한다. 西原春夫, 「交通事故と信賴の原則」, pp. 50-51.

135) 횡단보도의 도로표시가 있음에도 불구하고 그것이 닳아서 희미해지고 더욱이 저녁에 비가 내려서 그것을 운전자가 간과하였기 때문에 보행자는 차도를 횡단하지 않을 것이라고 錯誤한 경우에, 일반의 운전자들의 입장에서 보아 당해 구체적인 사정상 횡단보도의 존재를 인식하는 것이 불가능하였다고 인정되면 錯誤의 相當性은 긍정될 것이고, 도로변에 있는 보행자가 이미 차도횡단의 자세를 명확히 취하였다는 것을 인식할 수 있는 사정이 존재하지 않는 한 信賴도 상당한 것으로 되어 錯誤가 상당하지 않으면 信賴도 상당하지 아니하게 되어 결국은 信賴의 原則의 적용이 배제될 것이다. 한편 自轉車가 도로의 옆 가장자리를 자기와 동일 방향으로 달리고 있다는 것을 인식하고 있었지만 자기 자동차의 전면에 나오지 않을 것을 착오하여 그대로 진행하다가 사고를 일으킨 경우, 도로가 자동차의 운행이 대단히 빈번한 국도급의 도로라면 자전거가 지그자그로 달리든가 큰 화물을 실어서 불안정하다든가 하는 사정이 없는 한 그 錯誤는 상당하고 따라서 信賴도 相當하다고 하겠다. 그러나 만약 그 도로가 자동차의 운행이 드문 도로였다면 그 錯誤는 相當하지 않게 되고 信賴도 또

또한 信賴의 相當성과 관련하여 다루어져야 할 것은 被害者가 이미 교통질서를 위반하고 있고 加害者측에서 그 違反을 이미 인식하고 있었던 경우에 信賴의 原則을 적용하여 加害者의 過失을 부정하는 것이 상당한가 하는 문제이다.

獨逸의 判例를 보면 “他人의 交通違反의 태도가 信賴의 原則을 배척하는 것은 겨우 그 他人의 태도로부터 일반적인 교통부적격이 인식될 수 있는 경우라든가 또는 현재 행해지고 있는 실수로부터 이것과 이어진 그 이상의 交通違反이 예견될 수 있는 경우에 限 한다”고¹³⁶⁾ 하여 교통관여자가 경솔·부도덕성이 현저한 교통부적격자이든가 재차 새로운 交通違反을 범할 것이 예견된 경우를 제외하고는 信賴의 原則을 적용할 수 있음을 인정하고 있다. 이렇듯 加害者가 被害者의 交通違反을 이미 알고 있는 경우에도 그 被害者가 老幼者 등의 교통부적격자가 아닌 한 信賴의 原則을 적용하고 있는 것이다.

그러나 이러한 獨逸判例의 입장을 우리나라의 현행 교통사정하에서 인정한다면 개인의 생명, 신체, 재산에 커다란 희생을 초래할 위험성이 크므로 다른 교통관여자가 交通法規에 違反하여 다른 위험한 행동으로 나올 것을 예견하고 있지 않은 경우에만 信賴의 原則이 적용될 수 있고, 被害者가 交通法規에 違反하고 다른 위험한 행동으로 나올 것을 加害者측에서 이미 인식하고 예견했던 경우에는 적용될 수 없다고 하는 것이 타당하다.

마지막으로 信賴의 相當성과 관련하여 加害者 자신은 交通法規를 위반하면서도 他人의 交通秩序에 따른 행동을 취하리라고 信賴하는 것이 상당하다고 볼 수 있겠는가 라는 문제를 검토하여야 한다. 즉 加害者 자신에게 交通法規違反이 있을 경우에도 여전히 信賴의 原則을 적용할 수 있는가? 만약에 信賴의 原則을 적용할 수 있다면 加害者의 交通法規違反이 어느 정도일 경우에 信賴의 原則의 적용이 가능한가에 대해서 검토해 보아야 한다.

이 문제에 대하여는 세가지 학설이 대립되고 있다. 제1설은 스스로 交通法規

한 相當하지 않게 될 것이다.

136) BGH VRS, 34, 356.

에 위반하는 자는 信賴의 原則을 적용할 수 없다는 견해¹³⁷⁾이고, 제2설은 행위자에게 交通法規違反이 있고 위반사실과 事故간에 因果關係가 있을지라도 ① 행위자의 違反이 다른 교통관계자로 하여금 이미 기정사실로 되어 있는 경우 ② 자기에게 違反이 있든지 없든지 간에 무릇 상대방의 적절한 행동을 信賴하는 것이 상당한 경우에는 信賴의 原則이 적용된다는 견해이고¹³⁸⁾, 제3설은 信賴의 原則은 사회적 상당행위의 하나의 유형으로써 적용되는 것이므로 事故의 원인으로 된 違反行爲가 인정될 수 있는 이상 사회적으로 相當하게 되어 信賴의 原則은 적용될 수 없다는 견해이다.¹³⁹⁾

그러나 행위자에게 交通法規違反이 있더라도 그것이 당해 결과에 대하여 그 원인을 이룬 경우 외에는 信賴의 原則의 적용이 가능하다고 보고, 행위자의 交通法規違反이 다른 교통관계자로 하여금 기정사실로 되어 행위자에게 있어서 다른 관계자가 그 違反을 고려에 넣어 행동하고 있다고 생각하는 것이 상당한 경우인가 아닌가 또는 행위자의 違反의 有無에도 불구하고 행위자에게 있어서 무릇 상대방의 적절한 행동을 信賴하는 것이 상당한 경우인가 아닌가라는 것을 행위자의 交通法規違反이 事故의 원인을 이루는 것인가 아니면 단지 조건에 머무르는 것인가의 판단기준으로 보아야 한다.

일본의 判例는 加害者の 交通違反이 결과의 발생에 대하여 원인관계에 있는 경우에도 信賴의 原則의 적용을 인정하는 태도를 취하고 있으며¹⁴⁰⁾ 우리나라의 大法院 判例 중에도 加害者の 交通法規違反이 있어도 그것이 사고발생의 직접적인 원인이 아닌 경우에는 信賴의 原則을 적용하여 被害者の 過失을 부정한 판례가 있다.¹⁴¹⁾

137) Hans Weizel, Das Deutsche Strafrecht, 11, Aufl., S. 133.

138) 西原春夫, 「交通事故と過失의 認定」, 成文堂, 1980, p. 128.

139) 姜榮喆, “信賴의 原則에 關한 研究”, p. 144.

140) 日最判, 1967. 10. 13 ; 最高刑集, 21卷8號, p. 1099.

141) 大判, 1970. 2. 24, 70 도 176 ; 大判, 1980. 2. 12, 79도 3004.

2. 信賴의 原則의 適用擴大

1) 道路交通分野

信賴의 原則은 본래 共同作業을 전제로 하는 위험한 업무·사무를 수행함에 있어서 그 업무관계자가 작업을 분담하고 상호위험을 분배하면서 각인이 적절한 결과방지조치에 대한 信賴를 전제로 해서 성립된 것이다.¹⁴²⁾ 이미 앞서 各國의 判例를 통하여 살펴 본 바와 같이 信賴의 原則은 주로 도로교통의 분야를 중심으로 생성·발전하여 왔다. 차량 대 차량의 사고뿐만 아니라 차량 대 보행자의 사고에까지 특별한 사정이 없는 한 同 原則은 확대적용되어 왔다. 최근의 信賴의 原則을 적용한 사례들을 보기로 한다.

먼저 자동차 전용도로에서의 信賴의 原則을 적용한 大法院 判例로 “도로 교통법상 자동차 전용도로는 자동차만이 다닐 수 있도록 설치된 도로로서 보행자 또는 자동차 이외의 車馬는 자동차 전용도로를 통행하거나 횡단하여서는 안 되도록 되어 있으므로, 자동차 전용도로를 운행하는 자동차의 운전자로서는 특별한 사정이 없는 한 자동차 전용도로를 무단횡단하는 보행자가 나타날 경우를 미리 예상하여 이를 피할 수 있도록 감속·서행할 注意義務는 없다”고 판시하였는데¹⁴³⁾, 이는 信賴라는 용어는 사용되지 않았으나 자동차 전용도로에서의 자동차 운전자는 보행자나 자동차 이외의 車馬 등이 나타나지 않을 것을 信賴하여 운전하면 족하다고 하는 것을 보여준 判例라고 해석할 수 있다.¹⁴⁴⁾

1990년 2월 9일 大法院 判例는 “신호등에 의하여 교통정리가 행하여지고 있

142) Stratenwerth, Arbeitsteilung und arztliche Sorhfalt Spflicht, E.Schmidt -Festschrift, 1961, S.383ft (鄭辰鎭, 前揭論文, p. 72에서 재인용).

143) 大判 1989. 2. 28, 88 도 1689.

144) 大判 1990. 1. 23, 89 도 1395는 “자동차 전용도로를 운행중인 자동차 운전자들에게 반대 차선에서 운행차량 사이를 뚫고 횡단하는 歩行者들이 있을 것까지 예상하여 전방주시를 할 의무가 있다고 보기는 어려운 것이므로, 被害者들이 반대 차선을 횡단해 온 거리가 14.9미터가 된다는 것만으로 被告人的 過失을 인정할 수 없다”라고 하여 자동차 전용도로에서 信賴의 原則을 적용하여 被告人的 過失을 부정하였다.

는 사거리 교차로를 녹색등화에 따라 직진하는 차량의 운전자는 특별한 사정이 없는 한 다른 차량들도 교통법규를 준수하고 충돌을 피하기 위하여 적절한 조치를 취할 것으로 믿고 운전하면 족하고, 다른 차량이 신호를 위반하고 직진하는 차량의 앞을 가로질러 직진할 경우까지를 예상하여 그에 따른 사고발생을 미연에 방지할 특별한 조치까지 강구할 業務上의 注意義務는 없다”고 하여¹⁴⁵⁾ 교통정리가 이루어지고 있는 사거리 교차로에서의 信賴의 原則의 적용을 인정하였다.¹⁴⁶⁾

우리의 大法院 判例는 신호등이 있는 경우의 信賴의 原則의 적용뿐만 아니라, 신호등이 없는 교차로에서도, “교차로에 먼저 진입한 운전자로서는 이와 교차하는 좁은 도로를 통행하는 被害者가 交通法規에 따라 적절한 행동을 취하리라고 信賴하고 운전한다고 할 것이므로, 특별한 사정이 없는 한 被害者가 자신의 진행속도보다 빠른 속도로 무모하게 교차로에 진입하여 자신이 운전하는 차량과 충격할 지 모른다는 것까지 예상하고 대비하여 운전하여야 할 注意義務는 없다고 할 것이다”라고¹⁴⁷⁾ 판시하였다.

이에 따르면 신호등이 없어 교통정리가 행해지지 않고 있는 교차로에서는 전후좌우를 충분히 살핀 후 안전하다고 믿고 먼저 진입한 차량은 후행하는 다른 차량들이 交通法規를 지켜 서행할 것을 信賴하여 운전하면 족하다고 하여, 교통정리가 행해지지 않는 교차로에서까지 信賴의 原則의 적용을 인정한 것이라 할 수 있다.

이외에도 신호위반의 경우에 信賴의 原則을 적용한 판례로 1991년 9월 10일

145) 1993년 1월 15일 大法院 判例는 “신호등에 의하여 교통정리가 행하여 지고 있는 삼거리의 교차로를 녹색등화에 따라 직진하는 차량의 운전자는 특별한 사정이 없는 한 다른 차량들도 交通法規를 준수하고 충돌을 피하기 위하여 적절한 조치를 취할 것으로 믿고 운전하면 족하고”라고 판시하여, 교통정리가 되고 있는 삼거리 교차로를 녹색등화에 따라 통과하는 운전자는 다른 차량이 交通法規에 따라 진행할 것을 믿고 운전하면 족하고, 신호등을 위반하고 진행하여 올 것을 예상하여 운전할 注意義務는 없다고 하여 信賴의 原則을 적용하였다.

146) 大判 1990. 2. 9, 89 도 1774.

147) 大判 1992. 8. 18, 92 도 934.

大法院 判例는 “ 덤프트럭을 뒤따라 가던 승용차 운전자로서는 1차선으로 진입하던 덤프트럭이 갑자기 우회전하여 2차선으로 다시 들어올 것을 예견하기 어려운 상황이라고 하지 않을 수 없다”고 하여 승용차 운전자의 過失을 부정하였다. 148)

본 判例는 승용차 운전자가 덤프트럭이 우회전할 것을 미리 예견할 수 있는 다른 사정이 있었는데도 이를 豫見하지 못하였거나 또는 덤프트럭이 우회전하기 시작하는 것을 목격한 지점에서 급정지하거나 避行함으로써 충돌을 피할 수 있었는데도 이를 게을리하였다는 것과 같은 특별한 사정이 인정되지 않는 한 승용차 운전자에게 業務上 過失責任을 지울 수 없다고 하여, 자기의 진행하는 차선에서 갑자기 우회전 또는 좌회전 신호등을 켜지 않고 진행하여 올 차량까지를 고려하여 운행할 필요는 없다는 것이라고 해석할 수 있다.

또한 1992년 7월 28일 大法院 判例는 “자동차의 운전자로서는 특별한 사정이 없는 한 마주 오는 차도 교통법규(도로교통법 제12조 제3항 등)를 지켜 도로의 중앙으로부터 우측부분을 통행할 것이라고 信賴하는 것이 보통이므로, 자동차의 운전자가 業務上 요구되는 적절한 조치를 취하였음에도 불구하고 마주 오는 차의 운전자의 重大한 過失로 인하여 충돌사고의 발생을 방지할 수 없었던 것으로 인정될 때에는 자동차의 운전자에게 過失이 있다고 할 수 없다”고 판시하였다. 149)

따라서 본 判例는 중앙선이 표시되어 있지 않은 비포장도로에서 자동차 운전자는 마주오는 차량도 자기와 마찬가지로 도로의 우측가장자리로 진행할 것이라고 믿고 운행하면 족하며, 반대 방향에서 마주 오는 차량이 도로 중앙 부분으로 진행하여 오는 것을 발견하였을 때에는 경음기를 울리면서 도로 우측으로 치우쳐서 서행하면 되고, 이와 같은 조치를 취하였음에도 불구하고 사고가 발생하였을 경우에는 過失의 責任을 부정하였다. 150)

148) 大判 1991. 9. 10, 91 도 1746.

149) 大判 1992. 7. 28, 92 도 1137.

150) 大判 1994. 9. 9, 94다 18003도 判決은 “중앙선이 설치된 도로에서 제차선을 지켜

1994년 4월 26일의 大法院 判決은 횡단보도에서 갑자기 무단 횡단하던 오토바이 운전자를 치어 사망케 한 운전자에 대하여 “. 제한속도를 준수하며 진행하는 被告人으로서는 신호기의 차량진행신호에 따라 그대로 진행하면 족하고 위 被害者の 오토바이가 신호를 무시하고 갑자기 위 횡단보도를 무단횡단할 경우까지를 예상하여 사고예방을 위한 필요한 조치를 취하여야 할 業務上 注意義務는 없다. 여기에는 信賴의 原則, 자동차 운전자의 注意義務에 관한 법리오해의 違法이 없다” 고 하여 자동차와 오토바이사이에서도 信賴의 原則을 적용하였다.¹⁵¹⁾

이에 따르면 제한속도를 준수하면서 진행하는 被告人으로서는 신호기의 차량 진행에 따라 그대로 진행하면 족하고 위 被害者の 오토바이가 신호를 무시하고 갑자기 위 횡단보도를 무단횡단할 것까지 예상하여 사고예방을 위한 필요한 조치를 취하여야 할 業務上 注意義務는 없다고 하여 승용차 운전자와 오토바이 운전자간에 信賴의 原則을 적용하여 승용차 운전자의 過失을 부정한 것이라고 할 수 있다.

大法院 判例는 시내버스의 운전자와 승객과의 관계에서도 “안내원이 없는 시내버스의 운전사가 버스 정류장에서 일단의 승객을 下車시킨 후 통상적으로 버스를 출발시키던 중 뒤늦게 버스 뒷편 좌석에서 일어나 앞쪽으로 걸어 나오던 被害者가 균형을 잃고 넘어진 경우, 위 운전자로서는 승객이 下車한 후 다른 움직임이 없으면 차를 출발시키는 것이 통례이고 특별한 사정이 없는 한 착석한 승객 중 더 내릴 손님이 있는지, 출발 도중 넘어질 우려가 있는 승객이 있는지 등의 여부를 일일이 확인해야 할 注意義務가 없다”고 하여 信賴의 原則을 적용

진행하던 버스가 대향 차선에서 중앙선을 침범하여 진입해 온 승용차와 자기 차선내에서 충돌하여 사고가 발생한 경우에 버스의 운전자가 제한 속도를 초과하여 버스를 운전했다는 사실만을 들어 곧바로 그에게 過失이 있다고 할 수는 없고, 다만 그와 같이 과속운행을 아니하였다더라면 상대방 승용차의 중앙 침범을 발견하는 즉시 점차 또는 감속으로 충돌을 피할 수 있었다는 사정이 있었던 경우라야만 과속운행을 過失로 볼 수 있다”라고 판시하였다.

151) 大判 1994. 4. 26, 94 도 548.

하였다. 152)

또한 1993년 2월 23일 大法院 判例는 “차량의 운전자로서는 횡단보도의 신호가 적색인 상태에서 반대 차선상에 정지하여 있는 차량의 뒤로 보행자가 건너오지 않을 것이라고 信賴하는 것이 당연하다”고 하여 차량과 보행자간에 信賴의 原則을 적용하였다. 153)

가장 최근의 1995년 7월 11일 大法院 判例에서도 “두줄의 황색 中央線 표시가 있는 직선도로상을 운행하는 차량의 운전자로서는 특별한 사정이 없는 한 상대 방향에서 운행하여 오는 차량이 도로 중앙선을 넘어 자기가 진행하는 차선에 진입하지 않으리라고 믿는 것이 우리의 經驗法則에 합당하고, 또 반대 차선에 연결된 小路에서 主道路로 진입하는 차량이 있다고 하더라도 그 차량이 법률상 금지된 중앙선을 침범하여 자기가 진행하는 차선에 진입하는 犯法行爲까지를 예상하여 자기가 운전하는 차량을 서행하거나 일일이 그 차량의 동태를 예의주시할 의무가 있다고 할 수 없다”고 판시하여, 信賴의 原則을 적용하여 운전자의 注意義務를 부정하였다. 154)

그러나 최근에는 다수인이 일정한 목적을 실현하기 위하여 조직적으로 협력하여 분담 수행하는 共同作業에도 확대적용되어야 한다는 주장이 증가하고 있다. 155) 오늘날에는 교통기관뿐만 아니라 그 밖에 위험성을 내포한 업무들이 우리 생활에 필수불가결한 것으로 되어 있어 分業的 協力を 요하는 업무의 경우 그러한 업무를 공동으로 수행하는 자들 상호간에는 상대방의 적절한 행위를 信賴하지 않고서는 능률적인 업무의 수행을 기대할 수 없게 되었다.

2) 醫療分野

152) 大判 1992. 4. 28, 92 도 56.

153) 大判 1993. 2. 23, 92 도 2077.

154) 大判 1995. 7. 11, 95 도 382.

155) 徐相撤, “過失犯에 있어서의 信賴의 原則”, 碩士學位論文, 韓國外國語大學校 大學院, 1985, p. 66.

현대생활에 있어서 필수적인 여러가지 활동들은 생명이나 신체 등 중요한 법익에 대하여 각종의 위험을 야기하고 있다. 그러나 문제의 위험업무가 현대 사회에 기여하는 이로움을 포기할 수는 없으므로 소위 許容된 危險의 법리가 발전하여 過失犯의 성립에 필요한 注意義務를 제한하고 있다. 특히 過失犯의 유형에 따라서는 許容된 危險의 법리를 보다 확장하여 注意義務의 범위를 통상의 경우보다 더욱 제한하려고 하는 교통사고와 관련된 信賴의 原則이 적용되고 있다.

信賴의 原則은 앞서 보았듯이 교통사고와 관련하여 발전된 이론이었으나 현재에는 고도의 분업활동을 요구하는 여러 사회활동에까지 그 적용범위를 확장하고 있다. “원칙적으로 각자는 他人이 故意的인 犯行을 저지르지 않는다는 사실을 信賴해도 좋다”는 명제는 인간의 원칙적인 행동의 자유를 전제로 하고 그 행동의 자유를 수행함으로써 얻어지는 사회적 이익과 그 행동의 자유에 수반되는 불가피한 위험 사이의 가치형량에서 도출된 낙관적인 결론에 해당한다.¹⁵⁶⁾

分業的 共同作業에 信賴의 原則을 적용하기 위해서는 도로교통의 경우와는 달리 각자의 分擔業務가 확정되어 있을 뿐만 아니라 공동작업의 능률화를 위해서 信賴를 보장할 필요성이 있고 업무분담자 사이에 지휘·감독관계가 있는 경우에는 그 감독에 대한 注意義務의 존재가 증명되는 한 信賴의 原則을 적용할 수 없고, 損害의 絶박이 객관적으로 확정되어 他人의 장애의 행위가 전혀 문제될 수 없는 경우에는 信賴의 原則을 적용할 수 있다.¹⁵⁷⁾

특히 의료활동은 信賴의 原則이 새롭게 적용되기 시작한 대표적인 분야이다. 수술은 환자의 생명과 건강을 회복하기 위하여 현대 사회생활에 있어서 필수불가결한 활동이며, 마취, 수술실시, 마취회복 등 일련의 단계를 밟아 「팀활동」으로 진행되며 많은 의료인들이 分業의 형태로 참여하고 있다. 여기에서 환자의 생명·신체에 중대한 위험을 수반하는 수술에 있어서 참여하는 醫療人들이 각자 어느 범위에서 注意義務를 부담할 것인가 하는 문제가 발생한다. 침해될 法益의 중대성을 생각하면 각각의 의료인들에게 최대한의 注意義務를 부과하면

156) 金日秀, 「韓國刑法 11」, 博英社, 1992, pp. 486-487.

157) 鄭盛根, 前掲書, p. 413.

좋을 것 같으나 그렇게 되면 신속하고 효과적인 수술은 불가능하게 될 것이며 그 결과 환자에게 오히려 불이익이 가해질 우려도 없지 않다.

따라서 醫療活動에 있어서도 교통 참여의 경우와 마찬가지로 信賴의 原則을 도입하여야 한다는 주장이 나오게 된다. 즉 각각의 의료인은 자신이 맡은 분야에서 注意義務를 다하기만 하면 다른 의료인들도 그들의 注意義務를 다할 것이라고 信賴해도 좋으며, 그 결과 자기 분야의 注意義務를 다한 의료인은 더 이상의 注意義務를 부담할 필요가 없다는 것이다.¹⁵⁸⁾

특히 의료기술의 고도의 진보 및 전문화에 수반되어 醫療의 組織化·分業化를 가져오고 이른바 「팀醫療」가 일반화되면서 이러한 위험한 공동작업을 分業的으로 수행하는 다수인의 책임범위 내지 위험적용확대 문제가 논의되고 있는 것이다.¹⁵⁹⁾ 醫療行爲 중 治療行爲는 疾病의 존재를 전제로 하여 인체에 侵害를 가하여 疾病을 제거하는 행위이므로 그 자체가 지극히 위험한 行爲이고 의학이 완전한 과학으로써 아직 확립되어 있다고 할 수 없으므로 醫療侵害에 대한 生體反應의 다양성과 더불어 醫療行爲가 커다란 위험성을 내포하고 있다는 점은 부정될 수 없다.

그러나 醫療行爲에 종사하는 자는 醫療行爲로 인해 바람직하지 않은 결과의 발생(예컨대 수술실패에 따른 환자의 사망)을 예견하는 것이 일반적으로 가능하며 이러한 가능성을 인식하면서도 위험을 무릅쓰는 경우가 적지 않다. 따라서 이러한 경우에 業務上 過失致死傷의 責任을 면할 수 없다고 하게 된다면 사실상 醫師에게 절대적인 책임을 부담시키는 결과가 되며, 醫師들이 위험성 때문에 醫療行爲를 전면적으로 회피하게 되어 사회생활의 유지나 시민의 건강·복지향상에 문제가 발생하게 될 것이다.¹⁶⁰⁾

158) 申東雲, 「刑法總論(上)」, 經世院, 1995, pp. 150-151.

159) 鄭盛根, 前掲書, p. 505.

160) 오늘날 信賴의 原則은 도로 교통사고의 분야를 넘어서 책임이 각자에게 분담된 상태에서 분업활동이 행해지는 곳이면 어디서나 적용되고 있다. 예컨대 수인이 공동으로 행하는 공동수술이나 과학적 실험이나 구조행위와 같이 분업에 의한 공동작업의 경우에도 적용되고 있다.

醫療行爲는 보통 인체의 복잡성 또는 다양성으로 인해 여러 과목으로 세분화되어 있고 하는 업무의 내용도 분업화되어 있어서 의료인 간의 協同性이 절실히 요청되는 것이므로 이러한 醫療行爲의 分業性·協同性에 기인하여 信賴의 原則의 적용이 문제되는 것이다.¹⁶¹⁾

이와 같은 醫療行爲에 기인한 事故에 있어서는 다수 관계자의 매개로 過失의 경합에 의하여 결과가 발생하는 경우도 있지만 의료관계자 상호간에는 서로 협동자의 사려있는 적절한 태도를 信賴하는 것이 타당하다고 인정되는 경우도 있다. 數人の 醫師에 의한 수술행위에 있어서 그 수술에 따르는 위험발생을 최소한도로 줄이기 위해서는 수술 자체에 정신적인 집중이 무엇보다도 요청되며 그러기 위해서는 동료의사나 간호사의 협동적 공동작업을 信賴할 필요가 있다.¹⁶²⁾

RG는 “의사가 수술 등의 준비에 있어서의 일상의 보조와 처리에 있어서 그의 간호사와 보조원이 거기에 적합하도록 육성·채용되었으며, 또한 그의 알맞은 범위내에서 제대로 감독되었다면 그들을 信賴해도 좋다고 판결”한 바 있고, BGH도 “外科醫師와 麻酔醫師 사이의 책임의 한계에 대하여 麻酔醫師는 手術醫師가 그 자신의 업무를 麻酔醫師의 업무와 적절하게 나란히 수행하고 마취처리의 기초를 이루는 진단을 올바르게 하리라고 信賴할 수 있으며 의도하는 마취에 대하여 麻酔醫師에게 시의적절하고 완전하게 알려주리라고 信賴할 수 있다고 판결”한 바 있다.¹⁶³⁾

우리나라에서도 원래 信賴의 原則은 도로교통사고를 중심으로 발달되어 온 것이나, 최근에는 위험한 업무에 종사하는 공동업무자간에도 그 적용이 확대되

161) 秋昊卿, 「醫療過失論」, 育法社, 1992, p. 96 ; 예컨대 수술과 같은 醫療行爲에 있어서는 수술전 검사에 관계하는 각종 검사기사, 시술에 있어 관계하는 집도의사·마취의사·간호사 등, 수술후 관리에 있어서는 병동의사·병동간호사 등이 관여함으로써 직무분담이 불가피하고 또 이들의 긴밀한 협력이 없이는 중대한 수술과 같은 것은 불가능하다.

162) 鄭盛根, 前掲書, p. 413.

163) 朴永奎, “醫療行爲에 있어서의 許容된 危險과 信賴의 原則”, 京畿行政論集, 제8집, 京畿大學校 行政大學院, 1994, p. 32 ; 朱昊魯, 「醫療와 法律」, 유성문화사, 1991, pp. 184-185 ; 秋昊卿, 前掲書, pp. 99-100.

고 있는데 구체적으로 醫療行爲에 있어서 信賴의 原則이 적용되고 있는 경우들을 판례를 통하여 살펴보기로 한다.

(1) 醫師와 患者간의 信賴의 원칙의 適用

醫師와 患者사이에는 醫師는 전문적 지식과 기능을 가진 자이고 患者는 醫師에게 자신의 생명·신체를 맡기고 있으므로 醫師는 이러한 환자의 보호자적 입장에 서게 되어 兩者간에는 원칙적으로 信賴의 原則이 적용될 여지가 없다.

그러나 患者의 협력이 필요한 의료의 경우 즉 醫師가 患者의 주관적인 성실성, 투병의지, 순종도 등에 따른 환자선택권을 가질 수는 없지만 필요한 보조자를 구할 수 없는 상황이라면 환자측의 扶助를 필요로 하고 또한 만성적 질병인 경우에는 흔히 치료효과를 기대할 수 없기 때문에 이러한 반복적인 단순 치료행위는 제한된 범위내에서 환자에게 위임되므로 그 결과 악효과가 발생했다 하더라도 醫師의 免責을 인정해야 할 것이다.¹⁶⁴⁾

또한 問診의 경우에 환자의 대답을 信賴해서 다른 진단과 치료방법을 醫師가 선택하고 결정할 수 있으나 하는 점도 문제된다. 의료의 결과는 醫師와 患者사이의 협력에 의해서만 소기의 목적을 달성할 수 있으므로 진단·치료를 바라는 患者는 의료에 협력할 의무가 있고, 특히 問診에 있어서는 가능한 한 정확한 대답을 하여야 하고 치료에 있어서는 醫師의 지시에 따르지 않으면 안 된다. 따라서 醫師도 患者의 그러한 태도를 信賴해서 치료에 임하므로 경우에 따라서는 醫師와 患者간에는 교통사고의 信賴의 原則보다 더욱 개별적인 信賴 관계가 이루어 질 수 있는 것이다.

醫師와 患者간에 信賴의 原則이 適用된 1991년 2월 12일 大法院 判例는 “자기집 안방에서 취침하다가 일산화탄소(연탄가스)중독으로 병원 응급실에 후송되어 온 환자를 진단하여 일산화탄소 중독으로 판명하고 치료한 擔當醫師에게 회복된 환자가 이튿날 퇴원할 당시 자신의 병명을 문의하였는데도 醫師가 아무런 치료방법을 지도하여 주지 아니하여, 患者가 일산화탄소에 중독되었던 사실을

164) 金信圭, “刑法上 醫療過失의 法理에 관한 研究”, 博士學位論文, 釜山大學校 大學院, 1991, p. 113.

모르고 퇴원 즉시 사고난 자기 집 안방에서 다시 취침하다 전신피부파열 등 일산화탄소 중독을 입은 것이라면, 위 醫師에게는 그 원인사실을 모르고 병명을 문의하는 患者에게 그 병명을 알려주고 이에 대한 주의사항인 피해 장소인 방의 수선이나 환자에 대한 요양의 방법 기타 건강관리에 필요한 사항을 지도하여 줄 요양방법의 지도의무가 있는 것이므로 이를 怠慢한 것으로써 醫師로서의 業務上 過失이 있다”고 판시하였다.¹⁶⁵⁾ 이 판례는 患者는 醫師의 진찰과 진단을 믿고 이를 信賴하여 행동하면 족하다는 것을 間接적으로 보여주는 判例라 할 수 있겠다.

(2) 醫師와 醫師간의 信賴의 原則의 適用

공동작업자간의 信賴의 原則의 적용은 의료의 진보가 현저하여 복수인에 의한 의료가 행해짐에 따라 점점 많아지고 있는 실정이다. 말하자면 의학의 전문 분화가 진행됨과 동시에 의료도 醫師와 患者라는 1대 1의 관계에서 「팀醫療」로 변화하고 있다.

一般開業醫 상호간에 순차적으로 치료를 하는 경우, 즉 轉醫의 경우에는 轉醫되기 전의 醫師에게 진료관계기록을 송부받거나 문의를 하여 이상증세라든가 既往歷(병력)등을 확인할 의무가 있고, 이를 信賴하여 치료한 결과 轉醫前의 진단과 치료의 過失로 인해 악결과가 발생한 때에는 우선 一般開業醫와 專門醫간에 共同醫療가 행해지고 있다면 상호간에 信賴의 原則이 적용되어 過失責任이 부정된다고 하겠다.

단 專門醫는 一般醫의 치료행위를 완전히 信賴해서는 안 되고 지도·감독의 무에 의해 一般醫의 不注意로 인한 악결과에 대해서는 過失責任을 부담하게 된다. 우리나라 大法院은 “산부인과 專門醫인 被告人이 醫師 X의 초방을 받고 그가 처리 중인 임산부에게 鉗子分娩手術을 마치고 약 3시간 동안 수술 결과를 세심히 감시하다가 수술 후의 다른 증세가 없으므로, 혹시 분만 수술시에 子宮口의 裂創傷에서 오는 출혈에 대비·조치할 것을 擔當醫師인 X에게 지시하고 임산

165) 大判 1991. 2. 12, 90 도 2547.

부를 인계한 이상 그 후의 환자에 대한 관리와 조치의 책임은 X에게 있는 것이고 일단 그 자리를 물러난 被告人에게는 위 담당 醫師의 過失로 환자에게 발생한 결과에 대한 過失責任이 있다고 할 수 없다”고 판시하였다¹⁶⁶⁾.

이 판결은 초빙의사인 산부인과 專門醫師가 일단 鉗子分娩手術을 마치고 환자를 담당 醫師에게 인계한 이상 그 이후의 조치는 그 담당 醫師가 정당하게 처리할 것이라고 믿는 데에 잘못이 없다는 취지로서 信賴의 原則을 적용하였다고 볼 수 있다.¹⁶⁷⁾

또 大法院은 정신과질환인 燥症으로 입원한 被害者를 치료하기 위해 1일 300mg을 투여하는 것이 환자에 따라서는 과다할 수도 있고 기립성 저혈압이 발생할 가능성이 높은 클로르포르마진을 1일 300mg단위로 환자에게 계속적으로 투입하였고, 이로 인해 환자가 기립성 저혈압으로 쓰러져 상태가 악화되었음에도 內科 專門醫師에게 轉院시키는 등의 조치를 취하지 아니하고 혈압 상승을 위해 과다하게 투여되면 혈액이 희석되어 전해질이상등의 결과를 초래할 수 있는 포도당을 투여하였고, 야간 當直醫師에게 일반 통상적 의례로 처방전과 간호일지를 인수하고 자리를 떠난 경우에 환자가 사망한 사건에 대하여 다음과 같이 판결하였다.

“정신과질환인 燥症으로 입원한 환자의 主治醫師는 환자의 건강상태를 사전에 면밀히 살펴서 그 상태에 맞도록 燥症 치료제인 클로르포르마진을 가감하면서 투여하여야 하고, 클로르포르마진의 과다 투여로 인하여 患者에게 기립성 저혈압이 발생하게 되었고 당시 환자의 건강상태가 갑자기 나빠지기 시작하였다면 좀 더 정확한 진료와 치료를 위하여 내과 전문병원 등으로 轉院 조치를 하여야 할 것이고, 그러지 못하고 환자의 혈압상승을 위하여 포도당액을 주사하게 되었으면 그 과정에서 환자의 전해질이상 유무를 확인하고 투여하여야 함에도 醫師에게 요구되는 이러한 일련의 조치를 취하지 아니한 過失이 있다면, 그러한 過失로 환자가 전해질 이상·빈혈·저알부민증 등으로 인한 쇼크로 사망하였음을

166) 大判 1970. 2. 10, 69 도 2190.

167) 이와 같은 취지의 民事判決로는 大判 1970. 1. 27, 67 다 2829 判決이 있다.

인정할 수 있고, 그 치료과정에서 야간 當直醫師의 過失이 일부 개입되었다 하더라도 그의 主治醫師 및 患者와의 관계에 비추어 볼 때 환자의 主治醫師는 業務上 過失致死罪의 責任을 면할 수 없다”고 판시하였다.¹⁶⁸⁾

判例를 살펴보면 主治醫師와 當直醫師간에 信賴의 原則이 적용된다는 것을 알 수 있다. 본 사안에서 主治醫師가 當直醫師에게 자리를 비우면서 자기가 담당하고 있는 患者에게 처방전에 따라 포도당액을 주사하도록 하였기 때문에 이로 인해 환자가 사망한 경우, 야간 當直醫師는 主治醫師의 처방을 信賴하고 이를 행한 것이므로 過失이 없다고 할 것이다.

그러나 만일 主治醫師가 본 사건의 被害者인 患者의 상태에 대한 자세한 사항과 조치방법 등을 야간 當直醫師에게 설명하고, 患者에 대한 세밀한 주의와 治療方法을 취하여 줄 것을 인계하였다면, 포도당을 계속 투입한다면 환자가 사망할 수도 있다는 것을 야간 當直醫師가 알 수 있었을 때에는 야간 當直醫師에게도 過失의 책임을 물을 수 있을 것이다. 따라서 본 判例도 의료분야에 信賴의 原則을 적용한 것이라고 볼 수 있겠다.

(3) 醫師와 看護師간의 信賴의 原則의 適用

看護師는 主治醫師 또는 齒科醫師의 지시가 있는 외에 진료기구를 사용하거나 의약품을 투여하거나 의약품에 관하여 지시없이 醫師 또는 齒科醫師가 행하지 않으면 위생상 危害가 생길 우려가 있는 행위를 해서는 안 된다고 할 수 있다. 따라서 醫師의 지시가 잘못된 경우는 看護師가 그 지시를 信賴해서 행동한 결과 나쁜 결과가 발생한 경우 醫師의 過失은 문제되지만 看護師에게는 責任이 없다고 할 수 있다.

그러나 醫師가 주사를 지시했는 바 看護師가 주사약을 잘못 주입한 경우에는 醫師는 진료의 보조로서 자기가 행하여야 할 의료행위를 간호사에게 시킨 이상 간호사를 지휘·감독해서 시정하는 것이 가능했다고 인정되어지는 한 간호사의 책임은 물론이고 醫師도 責任을 면할 수 없다.

168) 大判 1994. 12. 9, 93 도 2524.

독일 判例를 보면 종합병원의 환자가 看護師에게 같은 양의 Protocid와 Decholin을 섞은 주사기를 준비하라고 일렀으나 看護師가 이를 잘못 듣고 또한 사용법을 잘 몰라서 자기가 잘못 섞은 Cholin이 灌腸을 위해서만 효과가 있다는 것을 알지 못하고 10ccm Protocid 와 10ccm Cholin의 주사를 醫師에게 넘겨 주었다. 醫師는 이를 조사해 보지 않고 주사했고 그 결과 환자가 사망한 사건에 있어 醫師의 過失을 인정하고 있다.¹⁶⁹⁾

우리나라의 경우에도 醫師와 看護師간의 信賴의 原則을 적용한 판례를 보면 다음과 같다.

먼저 1990년 5월 22일 大法院 判例에서는 “주사약인 에프톨은 3, 4분 정도의 단시간형 마취에 흔히 이용되는 마취제로 점액성이 강한 유액성분이어서 반드시 정맥에 주사하여야 하며, 정맥에 투여하다가 근육에 새면 유액성분으로 인하여 조직괴사, 일시적인 혈관 수축 등의 부작용을 일으킬 수 있으므로 위와 같은 마취제를 정맥주사할 경우 醫師로서는 스스로 주사를 놓든가 부득이 간호사나 간호조무사에게 주사케하는 경우에도 주사할 위치와 방법 등에 관한 적절하고 상세한 지시를 함과 함께 스스로 그 장소에 입회하여 주사시행과정에서의 환자의 징후 등을 계속 주시하면서 주사가 잘못없이 끝나도록 조치하여야 할 注意義務가 있고, 또한 위와 같은 마취제의 정맥주사 방법으로서는 수액세트에 주사침을 연결하여 정맥내에 위치하게 하고 수액을 공급하면서 주사제를 기존의 수액세트를 통하여 주사하는 이른바 사이드 인젝션(Side Injection) 방법이 직접 주사방법보다 안전하고 일반적인 것이라고 할 것인 바, 산부인과 醫師인 被告人이 被害者에 대한 임신중절 수술을 시행하기 위하여 마취 주사를 시주함에 있어 被告人이 직접 주사하지 아니하고, 만연히 간호조무사로 하여금 직접 방법에 의하여 에프톨 500밀리그램이 함유된 마취주사를 被害者의 우측 팔에 놓게 하여 被害者에게 傷害를 입혔다면 이는 醫師로서의 注意義務를 다하지 아니한 過失이 있다고 할 것이다”고 판결하였다.

169) 金信圭, 前掲論文, p. 121.

위 判例에서 보면 信賴의 原則을 적용한 것이라고 볼 수 없다고 할 수도 있겠지만, 상호 信賴를 요하는 醫師와 看護師 또는 看護助務師간의 信賴의 범위를 정하였다는 면에서 그 意義를 찾을 수 있을 것이다. 즉 본 判例는 醫師가 환자에게 주사를 놓음에 있어서는 숙달되고 능숙한 간호사가 안전하게 주사할 것을 信賴하여 醫師의 業務를 수행할 수 있지만, 미숙한 간호사나 전문성을 요하는 주사인 경우에는 간호사를 信賴하여 주사케 하는 것은 醫師로서의 注意義務를 怠慢이 한 것이라고 하고 있다.

다음으로 1994년 4월 26일 大法院 判例는 “마취환자의 회복실 업무를 담당하고 있던 被告人 乙은 마취환자가 수술도중 특별한 이상이 있었는지를 확인하여 특별한 이상이 있었던 경우에는 보통 환자보다 더욱 감시를 철저히 하고 또한 마취환자가 의식이 회복되기 전에는 호흡이 정지될 가능성이 적지 않으므로 주위에서 관찰하거나 적어도 환자 곁을 떠날 때는 被害者를 담당하는 간호사를 특정하여 그로 하여금 환자의 상태를 계속 주시하도록 하여 만일 이상이 발생한 경우에 즉시 응급처치가 가능하도록 할 義務가 있다고 할 것이라고 전제하고서, 위 被告人이 被害者가 어떤 이상증세가 일어났는지에 대해 확인하여 회복조치에 참고하지도 않았고 被害者에게 자발호흡이 있는 것만 확인하고 의식이 회복되었는지 분명하지 않은 상태에서 특정 간호사에게 확실한 인계조치나 구체적인 지시도 하지 않은 채 환자를 떠난 점을 麻醉醫師로서의 業務上 注意義務를 해태한 것으로 판단한 것이나, 被告人이 위와 같은 注意義務를 다하였다면 다른 看護師가 함부로 심전도기를 탈착하지 못하였을 것이니 다른 看護師가 被告人이 被害者에게 부착한 심전도기를 탈착하였다고 하여 被告人의 注意義務 해태와 被害者간의 사망간에 因果關係가 중단되었다고 할 수 없다고 판단한 것은 모두 정당한 것으로 수긍되고 거기에 注意義務나 因果關係에 대한 법리오해의 違法이 있다고 할 수 없다. 또한 被告人 B는 원래 회복실을 담당하던 看護師도 아니고 被害者를 감시하도록 업무를 인계받지도 않았으므로 被害者를 감시할 義務가 있다고 할 수 없고 또한 위 被告人은 자기 환자의 회복조치에 전념하고 있던 중으로 被

被害者の 호흡이 중단된 것을 알 수 있는 상황도 아니었으므로 被害者에 대한 관계에서 어떤 注意義務를 해태하였다고 할 수 없으며, 회복실에 다른 看護師가 남아있지 않은 경우에도 자기의 고유 업무에 전념하고 있었다면 다른 환자의 이상 증세가 인식될 수 있는 상황에서야 이에 대한 조치를 할 의무가 있다고 보일 뿐 회복실내의 모든 患者에 대해 적극적·계속적으로 주시·점검을 할 義務는 있다고 할 수 없다”라고 判決하였다.¹⁷⁰⁾

본 判例는 醫療過誤에 관한 것으로서 마취와 관련한 의료인들 사이에 注意義務가 어떻게 분배되는가 하는 점이 논의의 중심을 이루고 있으며, 醫療活動에서의 信賴의 原則이 적용되는 현상을 잘 보여주고 있다.

수술 후 환자 甲은 회복실로 옮겨졌다. 이 회복실에는 마취회복업무를 담당하는 乙과 간호사 B가 있었다. 이 경우 수술환자의 특별한 이상을 예견하고 위험상황이 감지될 때 결과를 회피할 의무는 마취회복담당 乙의 몫이다. 따라서 특별히 환자 甲을 감시하도록 업무를 인계받지 않은 看護師 B는 마취담당 乙이 환자 甲의 이상여부를 감시할 것이라고 信賴해도 좋다. 그 결과 看護師 B에게는 환자 甲의 특별한 이상을 감시할 注意義務가 발생하지 않으며 환자 甲의 사망에도 불구하고 業務上 過失致傷罪가 성립하지 않는다.

이에 대하여 마취담당 乙은 자신에게 요구되는 注意義務에도 불구하고 환자 甲으로 부터 떠나버렸다. 따라서 乙에게는 환자 甲의 사망에 대하여 業務上 過失致死罪가 성립하게 된다. 그런데 여기에서 눈여겨 보아야 할 것은 大法院이 적어도 환자를 떠날 때는 被害者를 담당하는 간호사를 특정하여 그로 하여금 환

170) 大法院 判例 1994. 4. 26. 92 도 3283, 사실 관계를 보면 환자 甲은 A병원에서 마취된 상태로 수술을 받았다. 수술 후 甲은 마취환자의 마취회복업무를 담당하고 있던 乙로부터 처치를 받고 회복실로 이송되었다. 乙은 환자 甲에게 자발호흡이 있는 것만 확인하고는 의식이 회복되었는지 아직 분명하지 않은 환자를 두고 그 장소를 떠났다. 그런데 간호원 B가 환자 甲에게 부착된 심전도기를 떼어버리는 일이 발생하였다. 회복실로 이송된 지 30분이 경과할 무렵 마취 擔當醫師가 患者 甲에게 호흡중단의 생리장애가 일어난 것을 발견하고 응급처치를 하였으나 患者 甲은 의식을 회복하지 못하고 결국 무산소성 또는 저산소증으로 인한 뇌손상으로 2개월 후 사망한 사건이다.

자의 상태를 주시하도록 하여 만일 이상이 발생한 경우에는 즉시 응급조치가 가능하도록 할 의무가 있다고 지적한 점이다.

본 사안에서 만일 마취담당 乙이 看護師 B에게 이와 같은 조치를 취하고 떠났다면 이때부터 乙은 看護師 B의 注意義務 준수를 信賴할 수 있게 되며 그 한도 내에서 자신의 注意義務는 축소될 것이다. 본 判例는 信賴의 原則이란 말을 언급하고 있지는 않으나 大法院이 醫療過誤의 영역에 이미 信賴의 原則을 도입하고 있음을 알 수 있다.

(4) 醫師와 藥師 등 醫療業者간의 信賴의 原則의 적용

藥師는 의사의 처방전에 의하지 않으면 조제해서는 안 되고, 또한 처방전에 기재된 의약품에 관해서는 그 처방전을 교부한 醫師 등의 동의를 얻지 않고 변경하여 조제해서는 안 된다고 할 수 있다. 따라서 藥師는 醫師의 처방전대로 조제하고 있는 한 그 기재에 잘못이 있었기 때문에 死傷의 결과가 발생하더라도 그것은 처방전을 교부한 醫師의 책임에 그치며 藥師는 그 責任을 면할 수 있다. 그러나 처방전에 의심이 있는 경우에는 醫師에게 조회한 후가 아니면 조제해서는 안 되며 이를 무시하고 조제한 경우에는 責任을 면할 수 없다.

우리 大法院은 醫師와 醫師간, 醫師와 患者간, 醫師와 看護師간, 醫師와 藥師간의 信賴의 原則 뿐만 아니라 製造會社와 藥師간에도 信賴의 原則을 적용하고 있다. 즉 제약회사와 약사사이의 책임분담에 따른 信賴의 原則을 적용하여 “약사가 제약품의 포장과 검인을 확인하고 그 약품의 탄산바륨임을 감별하지 못한 점에 過失이 없다”고 판시한 바 있다.¹⁷¹⁾

또한 약품제조업자와 판매업자 상호간에서는 “약사가 의약품을 판매하거나 조제함에 있어 그 약품의 표시 표제에 있어서 약사법 소정의 검인이 있는 합격품이고, 부패·변질되지 않고 유효기간이 경과하지 않았음을 확인하여 조제·판매한 경우 특별한 사정이 없는 한 官能시험 및 機器시험까지 해야 할 注意義務는 없는 것이고, 그 표시를 信賴하고 약을 사용한 점에 過失이 있다

171) 大判 1976. 2. 10, 74 도 2046.

고 할 수 없다”고 판시하여 信賴의 原則의 적용영역을 넓혀 놓았다.¹⁷²⁾

3) 工場操業

오늘날에 와서 信賴의 原則은 교통사고와 의료분야뿐만 아니라 위험한 공사 현장에서도 적용되고 있는데 이에 대한 判例를 살펴보면 다음과 같다.

1989년 1월 31일 大法院 判例에서는 “회사관리담당상무의 지휘·감독을 받는 소속 직원들의 작업 중 일어난 안전사고로써 그에 관한 안전관리책임은 안전관리과장이 부담하고 있다면, 공장장이 공장의 모든 일을 총괄하고 있다고 하더라도 직접적인 지휘·감독을 받지 않는 위 직원들이 安全守則을 違反할 지도 모른다고 하여 이에 대비하여 개별작업에 일일이 세부적인 安全對策을 강구해야 할 구체적이고 직접적인 注意義務는 없다”고 하였다.¹⁷³⁾

이에 따르면 공장장은 안전관리과장이 소속 직원들에 대한 지휘·감독의 철저로 安全守則을 지키도록 할 것이라고 信賴하면 되고, 개별적으로 소속 직원들의 安全守則遵守 違反에 대비하여 안전 대책을 강구할 필요가 없다는 것으로 공장조업에서의 信賴의 原則의 적용을 인정한 判例라고 할 것이다.

또한 1989년 11월 24일 判例에서도 “시공회사의 상무이사인 현장소장이 현장에서 공사감독을 전담하였고 사장은 그와 같은 감독을 하게 되어 있지 않았다면 사장으로서 그 공사의 진행에 관하여 직접적인 지휘·감독을 받지 않는 회사직원 혹은 고용한 노무자들이 공사시행상의 安全守則을 違反하여 사고를 저지르지도 모른다고 하여 이에 대비하여 각개의 개별 작업에 대하여 일일이 세부적인 안전대책을 강구하여야 하는 구체적이고 직접적인 注意義務가 있다고 하기 어렵다”고 하여 다시 한번 공장조업에서의 信賴의 原則을 적용하였다.¹⁷⁴⁾

172) 權文澤, “刑法上 信賴의 原則에 關한 研究”, 碩士學位論文, 忠南大學校 大學院, 1987, p. 51.

173) 大判 1989. 1. 31, 88 도 1683.

174) 大判 1989. 11. 24, 89 도 1618.

1994년 10월 25일의 大法院 判決은 “被告人이 被害者 등과 함께 구성된 팀의 성격이 건설현장에서의 인부조달 및 그 관리의 원활화와 성과급에 따른 작업의 효율화의 필요성에서 자생된 임시조직에 불과하며, 그 팀장인 被告人은 그 팀의 섭외자 내지 대표자로서 일정 부분의 공사를 受注하여 팀원과 함께 일을 하여 성과급으로 지급된 임금을 그 숙련도에 따라 자신 및 팀원에게 분배하고, 비숙련 팀원에게 업무상의 조언을 하는 등의 역할을 할 뿐이다. 작업인부에 대한 지휘·감독은 당해 공사에 대한 책임을 지는 시공자나 하도급자에 고용된 현장소장, 안전관리책임자 또는 작업반장이 한다고 봄이 타당하고, 被告人은 팀장으로서 그 지휘·감독자들로부터 받은 작업지시를 팀원에게 전달하면서 그 업무분담을 조정하는 지위에 있는 데 불과하며, 같은 팀원인 被害者를 지휘·감독할 지위에 있다고 볼 수 없으므로 被告人에게 그와 같은 業務上 注意義務가 있다고 할 수 없다”고 하였다.¹⁷⁵⁾

이에 의하면 信賴의 原則은 직접적인 지휘·감독관계에 있는 자 사이에 적용되는 것이지, 단순한 임시조직의 팀장에게는 그러한 지휘·감독권이 없으므로 팀장이 팀원들이 작업 도중의 안전사고에 대비하여 안전대책을 강구해야 할 注意義務는 없다는 것을 보여주는 것으로, 信賴의 原則이라는 용어는 사용되지 않지만 본 判例는 작업현장에서의 信賴의 原則의 적용을 보여주는 것이라 할 수 있겠다.

4) 民事法分野에서의 適用問題

최근 信賴의 原則은 刑事法 분야에서 형성되어 그 기반을 구축한 이후, 民事法 분야에서도 자동차 사고로 인한 不法行爲責任의 분야에 도입되기에 이르렀다. 그러나 刑事法 분야에서 확립된 信賴의 原則을 民事責任에 대하여 적용하는 것이 타당한가와 관련하여 몇가지 의문이 제기된다.

175) 大判 1994. 10. 25, 94 도 1549.

첫째, 刑事責任을 결정하는 過失의 개념과 民事責任을 결정하는 過失의 개념의 동일성의 문제이다. 그러나 法律의 개념은 일의적으로 정해지는 것이 명확하고 民事의 過失도 비난인 것이므로 동일하게 해석해야 할 것이다. 이러한 관점에서 民事의 過失도 豫見可能性의 일면을 가지므로 당연히 豫見可能性의 일면을 가지는 信賴의 原則이 적용되어야 한다.

둘째, 刑事法 분야에서 加害者에 대하여 有罪나 無罪냐를 결정하는 信賴의 原則을 民事法 분야에 적용하는 것이 損害의 공평한 분담을 이념으로 하는 過失相計 제도의 취지에 반하는 것이 아닌가 하는 점이다. 信賴의 原則이 民事法 분야의 責任有無를 결정하는 소극적 역할에만 머물게 해서 안 되고 적절한 책임 분배를 행하는 데 중요한 평가요소로써 적극적으로 고려되어야 할 것이다.

이러한 견지에서 자동차 사고의 경우에 차량운전자와 차량운전자간에는 상호간에 공통의 규범적 인식이 존재한다고 볼 수 있으므로 信賴에 반한 운전자에게 이를 이유로 責任을 분담케 하여야 한다. 또한 보행자에게도 중대한 過失이 있는 경우에는 사회 생활인으로서의 責任을 물을 수 있어야 할 것이다.¹⁷⁶⁾

民事法上 信賴의 原則을 적용하여 過失을 인정한 判例들을 보면 다음과 같다.

1993년 12월 10일 93다 36712 大法院 判決이다. 이는 보행자의 도로교통법상의 보행자 통행방법에 관한 규정에 위반한 잘못이 不法行爲의 성립요건으로써의 過失에 해당한다고 하였다. 同 判決의 사실관계는 가해차량이 도로변에 무단횡단방지용 가드레일까지 설치되어 있고 주변 10m 지점에 지하통로까지 설치되어 있는 步·車道 구분이 없는 편도 2차선 도로상에서 무단횡단하는 被害者를 피하려다가 이를 충격하면서 도로의 중앙선을 넘어가 마주오던 승용차를 충격한 사안인데, 이에 대하여 “위 被害者의 무단횡단 過失은 도로교통법 소정의 他人에 대한 注意義務를 違反함으로써 不法行爲의 성립요건으로써의 過失에 해당한다고 하여 위 被害 승용차에 대한 관계에서 加害 차량과 共同不法行爲者의 責任을 부담한다”고 판시하였다.

176) 法律新聞, 1995년 6월 5일자, 14面.

1994년 9월 9일 94다 3247 大法院 判決로 동승자가 직장 동료인 운전자와 공동음주를 한 후 정원 초과 차량에 동승하거나 그의 과속 등 난폭한 운전을 방임한 때 운전자가 운전이 미숙한데도 과속을 하거나 피곤한 상태에서 운전한다는 것을 알고 방임한 때와 같은 위험관여형의 경우에는 운전자에 대한 감속 등 안전운전을 촉구할 의무를 다하지 아니한 過失을 인정하고 있다.

1992년 9월 25일 91다 45929 大法院 判決에서는 被害者가 사고 후 치료를 받는 과정에서 수술을 받으라는 醫師의 지시를 따르지 않아 치료 종료 후 노동능력 상실이 加重된 경우에는 위와 같이 醫師의 지시를 따르지 않고 수술을 거부한 過失을 被害者의 過失로 참작하였다.

3. 信賴의 原則의 適用限界

信賴의 原則을 적용하기 위한 기준을 교통사고를 중심으로 구체적으로 고찰해 보았다. 특히 信賴의 存在 및 信賴의 相當性과 信賴의 原則과의 관계에 대해서 살펴 보았는데, 信賴의 相當性이 인정되는 경우에 信賴의 原則이 적용됨을 보았다.

원래 信賴의 原則은 過失犯의 성립을 제한시키고자 하는데서 발전되어 온 것이나, 오늘날 信賴의 原則이 광범위하게 적용된다면 오히려 교통사고 및 의료사고 등이 증가하게 될 우려가 있다. 왜냐하면 오늘날과 같이 자동차가 생활화되어 있는 반면 그에 따른 교통도덕 및 교통질서가 확립되어 있지 않은 상태에서는 자동차 운전자나 보행자 등은 상대방 운전자나 보행자가 적절한 행동을 할 것이라고 믿고 운전을 한다면 오히려 교통사고를 야기시키는 경우가 많을 것이다. 또한 醫療事故에 있어서도 醫師와 醫師간, 醫師와 看護師간, 醫師와 藥師간 信賴의 범위를 광범위하게 인정한다면 환자의 생명에 危害를 가져올 소지

가 많아진다.

따라서 信賴의 原則의 정의에서 보듯이 구체적 적용범위에 대한 고찰의 방향은 이 原則이 적용되지 않는 「특별한 사정」이 무엇인가에 논점을 두어야 할 것이다. 信賴의 原則은 다른 교통관계자가 교통질서에 합치하는 적절한 행동을 하는 것을 信賴해도 좋은 경우에 그 기능을 하는 것이므로 그러한 信賴를 할 수 없는 「특별한 사정」이 있는 경우에는 그 적용이 배제되기 때문이다. 이에 대한 상세한 것은 그 구체적인 사례들을 유형화해서 信賴의 原則의 적용한계와 관련하여 살펴보아야 할 것이다.

그러나 信賴의 原則의 적용상의 한계는 구체적인 경우와 관련하여 判例에 의하여 다양하게 나타나기 때문에 이를 유형별로 구분하여 고찰하는 것은 어렵다고 하겠다. 여기서는 도로교통의 경우와 분업적 공동업무의 경우로 나누어 살펴보기로 하겠다.

1) 道路交通

(1) 結果의 發生을 용이하게 認識할 수 있거나 回避할 수 있는 경우

信賴의 原則은 被害者の 행동·태도에서 그 사람이 교통상 부적절한 행동을 하고 있는 경우 또는 그러한 행동으로 나아갈 것을 용이하게 예견할 수 있거나 회피가능한 경우에는 그 적용이 배제된다. 다만 예견할 수 있거나 회피가능한 경우를 ‘충분한’ 또는 ‘상당한’ 注意를 요하면 예견·회피할 수 있었던 경우와 같이 한정적으로 해석해야 할 것이다.

BGH는 1958년 9월 17일 判決에서 “他人의 교통질서에 위반한 태도를 계산에 넣어야 할 誘因이 발생하고 있는 경우 또는 충분히 유의하면 발생하고 있는 것이라고 하지 않으면 안 될 경우에는 信賴의 原則은 적용되지 않는다”라고 판시하였다.¹⁷⁷⁾

177) BGH St 12. 81.

우리나라의 경우에도 “被告人은 위 3인이 자전거를 타고 가면서 불안한 상태로 기우뚱하는 것을 10m 전방에서 보았으며 被告人은 路線버스 운전자로서 동지점을 향시 운행하고 있었기 때문에 사고지점에 구덩이가 있는 것을 알고 있었음을 엿볼 수 있으므로 이러한 경우 운전자로서는 위 3인이 불안한 상태로 운행하고 있는 자전거가 넘어진다거나 위 구덩이에 빠져 버스진행방향으로 쓰러질지도 모른다는 것을 일응 예측하여야 될 경우였다고 보여진다 할 것이므로 이러한 경우에는 감속 내지 정차 등 사고발생예방에 관한 제반조치를 취하여야 할 업무상 注意義務가 있다”고 판시하였다.¹⁷⁸⁾

또한 “반대방향에서 오는 차량이 이미 중앙선을 침범하여 비정상적인 운행을 하고 있음을 목격한 경우에는 자기의 운행전방에 돌입할 가능성을 예견하여 그 차량의 동태를 주의깊게 살피면서 속도를 줄여 避行하는 등 적절한 조치를 취함으로써 사고발생을 미연에 방지할 業務上 注意義務가 있다고 할 것이다”¹⁷⁹⁾라고 하여 信賴의 原則의 적용을 배제하였다. 이외에 1977년 9월 28일과 1980년 5월 27일의 판결에서도 信賴의 原則을 적용하지 않는다고 판시하였다.¹⁸⁰⁾

최근에 信賴의 原則의 적용을 배제한 판례인 1990년 2월 27일 大法院 判例는 “빗물로 노면이 미끄러운 고속도로에서 직진 전방의 차량이 빗길에 미끄러져 비정상적으로 움직이고 있다면 앞으로의 진로를 예상할 수 없는 것이므로 그 차가 일시 중앙선을 넘어 반대차선으로 진입되었더라도 노면의 상태나 다른 차량 등 장애물과의 충돌에 의하여 원래의 차선으로 다시 미끄러져 들어올 수 있으므로 그 후방에서 진행하고 있던 차량의 운전자로서는 이러한 사태에 대비하여 속도를 줄이고 안전거리를 확보해야 할 注意義務가 있다”고 판시하였다.¹⁸¹⁾

본 판례는 빗길로 노면이 미끄러운 고속도로를 운행하는 운전자는 여러 제반 사정을 고려하여 앞서 가던 차량이 미끄러져 다시 제차선으로 돌아올 수 있다는

178) 大判 1970. 10. 30, 79 도 1719.

179) 大判 1986. 2. 25, 85 도 2561.

180) 大判 1977. 9. 28, 77 도 2559; 大判 1980. 5. 27, 80 도 842.

181) 大判 1990. 2. 27, 89 도 777.

것을 미리 예상 할 수 있었음에도 이를 게을리하여 사고가 발생한 경우에는 운전자의 過失을 인정하고 信賴의 原則의 적용을 배제한 것이라 할 수 있다.¹⁸²⁾

또한 1991년 5월 28일 大法院 判決은 “· · · · · 이 사건 사고장소는 낮에도 상하행 차선의 왕래차량이 5분간에 각 5, 6대 정도에 불과하고 이 사건 당시에 被告人 택시에 앞서 진행한 차량은 없을 정도로 매우 한산한 직선도로로서 시야장애가 없는 장소인 사실과 被告人은 경찰 및 검찰조서에서 맞은 편에서 전조등을 켜고 오는 차량과 교행할 때에 被告人 차량의 전조등을 하향 조정하여 진로를 잘 살펴야 하는데도 이를 게을리한 잘못이 있음을 시인하고 있는 사실이 인정되는 바, 이러한 사실관계에 비추어 보면 被告人이 사전에 사람이 도로 위에 누워있을 것까지 예상하지 아니하였다고 하여도 맞은 편에서 오는 차량과 교행할 때 전조등을 하향조정하여 진로를 주시하였더라면 진행 전방에 누워 있던 被害者를 相當한 거리에서 발견할 수 있었다고 한다면 被告人은 過失責任을 면할 수 없을 것이다”라고 판시하였다.¹⁸³⁾

따라서 본 判例는 통상적으로 요구되는 운전상 注意義務를 다하였는데도 被害者를 미리 발견할 수 없었던 것인지의 여부를 심리하여, 이를 발견할 수 없었을 경우에는 信賴의 原則의 적용을 긍정하여 被告人의 過失을 부정할 수 있으나, 注意를 하였다면 事故를 회피할 수 있었을 경우에는 被告人의 過失을 인정하여야 한다고 하여 信賴의 原則의 적용 범위를 제한한 것이라고 할 수 있겠다.

1994년 12월2일 大法院 判決은 “오르막 경사가 있고 왼쪽으로 굽은 편도 1차

182) 이와 유사한 判例로는 大判 1991. 1. 15, 90 도 1918이 있다. 이 判決의 요지를 보면 “부득이한 사정으로 할 수 없이 중앙선을 침범한 경우에는 교통사고처리특례법 제3조 제2항 제2호의 중앙선 침범에는 해당하지 아니한다 할 것이나 被告人이 고속도로의 주행선을 진행함에 있어서 비가 내려 노면이 미끄러웠고 추월선상에 다른 차가 진행하고 있었음으로 속도를 더 줄이고 추월선 상에 다른 차량의 동태를 살피면서 급히 급제동할 수 있는 조치를 취하여야 할 注意義務를 게을리하여 추월선상의 차량이 被告人의 차선으로 갑자기 들어오는 것을 피하다가 빗길에 미끄러져 중앙분리대를 넘어가 반대편 추월선상의 자동차와 충돌한 경우에는 業務上 過失致死傷罪 및 道路交通法 제108조 違反의 犯罪를 구성한다”고 판시하였다.

183) 大判 1991. 5. 28, 91 도 840.

선 도로 중 일부 구간이 마을 진입로를 위해 중앙선이 지워져 있는 지점에서 야간에 승용차와 교행하게 된 화물트럭 운전자로서는 상대방 차량이 도로중앙부위를 넘어서 통행할 가능성이 있으므로 이에 대비하여 상대방 차량의 동태를 예의 주시하면서 경음기를 울리거나 차량 전조등을 깜박거리 상대방 차량의 운전자에게 경고를 보내고 속도를 줄이면서 최대한 도로의 우측 가장자리로 진행하는 등 사고발생 방지에 필요한 조치를 취할 注意義務가 있다”고 하였다.¹⁸⁴⁾

따라서 被告人이 밤중에 화물트럭을 운전하고 사고지점에 다달았을 때 반대방향에서 위 승용차가 다가오는 것을 발견하고도 速度를 줄이면서 도로 우측으로 진행하거나 경음기를 울려 相對方에게 경고를 보내는 등의 사고방지 조치를 취하지 아니하고 시속 60km의 속력으로 도로 중앙부분에 가깝게 운행하다가 사고를 일으킨 경우에는 被告人에게 過失責任이 있다고 하여 信賴의 原則의 적용을 배제하였다.

1994년 12월 13일 大法院 判例는 교차로에서의 信賴의 原則의 적용을 배제하였다. 大法院 判例는 “..... 승용차 운전자가 교차로에 진입하기 위하여 일단 정지하였을 때 오토바이가 교차로를 향하여 오는 것을 발견할 수 있었고, 오토바이에게 진로를 양보하여야 함에도 불구하고 그대로 교차로에 진입한 過失이 있다. 아울러 오토바이 운전자도 교차로의 통행에 있어 優先權은 있으나 먼저 교차로에 진입한 차량이 있을 경우 그와 충돌하지 않도록 속도를 줄이거나 차선을 바꾸는 등으로 사고를 미연에 방지하여야 할 注意義務가 있다고 할 것이다. 兩者 모두 過失責任을 면할 수 없다”고 판시하였다.¹⁸⁵⁾

위 大法院 判例는 교차로의 우선권이 있는 차량은 자기 차에 앞서 다른 차량이 이를 무시하고 교차로를 통과할 것이라는 것을 미리 예상하고 서행하거나 일시 정지하여야 할 注意義務는 없다. 그러나 자기 차에 앞서 優先權이 없는 차량이 먼저 진입하고 있었다는 것을 보았을 경우에는 감속 서행하여야 할 注意義務가 있다고 하여, 交叉路 통과에 있어 우선 진입하는 車輛이 있었을 경우에 優先

184) 大判 1994. 12. 2, 94 도 814.

185) 大判 1994. 12. 13, 94 도 1442.

권이 있는 차량의 운전자에게 信賴의 原則의 적용을 배제한 것이라 할 수 있다.

(2) 相對方의 規則遵守를 信賴할 수 없는 경우

相對方이 交通規則을 알 수 없거나 이에 따를 가능성이 없는 경우에도 信賴의 原則이 적용되지 않는다. 일반적으로 步行者에게는 요구되는 정도의 交通規則遵守를 기대할 수 없는 것이 原則이다. 그러나 보행자가 교통정리가 되어 있는 차도에 함부로 뛰어들지 않는다는 횡단보도가 아닌 곳에서 자동차의 直前·直後를 무모하게 건너다니지 않을 것을 信賴할 수 있다.

步行者도 車輛의 운전자와 마찬가지로 도로교통법을 준수해야 되고 信賴의 相當性이란 기준을 동일하게 적용받아야 할 것이다. 그러나 보행자 그 자신에게 특별한 사정이 있는 경우에는 그 信賴는 相當性이 없는 것으로 배척할 수 있다. 예컨대 유아나 노인, 心身障礙者와 같이 경험상 他人의 정당한 행위를 기대하는 것이 불확실한 자에게는 信賴의 原則은 적용되지 않는다¹⁸⁶⁾. 왜냐하면 유아의 경우에는 모든 상황판단을 스스로 자신에게 맡길 수 없는 것이고 交通秩序에 대한 충분한 이해도 없을 뿐만 아니라 이해하고 있다고 하더라도 그에 따른 理性的 行動을 하기보다는 本能的으로 行動하는 것이 대체적인 현상이다. 또한 노인의 경우에는 스스로의 거동이 부자유하고 의지적 작용과 외부적 행위가 일치되지 않는 경우가 허다하다. 더욱이 신체적인 급격한 동작이 불능 상태에 처하거나 傳統的 慣習 속에서 새로운 상황의 交通秩序를 이해하지 못하는 사람이 많다.

1952년 7월 8일의 BGH의 판결은 “교통상 주의깊게 어떠한 일에 대하여 보통 이상으로 엄격한 요구가 나올 수 있는 것은 명백하게 부주의한 사람, 명료한 신체장애자 또는 유아인 경우이며, 사정 여하에 따라서는 그 태도 여하에 따라 소년의 경우에도 이것에 산정된다. 교통관여자가 고령이라는 것은 그 사람의 신체에 장애가 있다는 것을 미리 알려 이것에 대하여 특별한 주의를 기울이도록 깨닫게 할 수 있지만 그것은 주의깊은 운전자라면 그 일을 모든 사태에서 확인할

186) 李在祥, 「刑法總論」, p. 197.

수 있었을 경우에 限한다”고 판시하였다.¹⁸⁷⁾

1962년 7월 27일의 BGH의 판결도 “차량의 운전자는 일반적으로 특별한 교통상의 위험이 생길지도 모른다는 생각의 단서가 생길 경우에만 이러한 위험을 염두에 두면 좋으나, 이것과 마찬가지로 유아에 대하여도 그가 路上에 있는 것을 실제로 보았거나 또는 보지 않아도 그러한 아이가 路上에 나타나는 일이 있을 수 있다는 생각을 가져야 할 특별한 요인이 생긴 경우에만 이에 대하여 주어진 고도의 注意를 기울이면 된다”라고 판시하여 被害者가 유아인 경우에 信賴의 原則이 배제되는 때에는 일정한 制限이 있음을 인정하고 있다.¹⁸⁸⁾

日本の 1970년 8월 21일의 判決을 보면 “현재의 우리나라의 步行者에 대한 교통교육의 실정, 步行者의 교통도덕의 정도, 자동차 전용도로 및 步行者 전용도로가 극히 적고 대부분의 도로는 歩道와 車道の 구별이 있는 경우에도 양자 공용이라는 실정을 감안하면 步行者에게 많은 것을 기대할 수 없다. 특히 步行者 중에서 幼兒, 酩酊者, 老人이면 차량의 운전자가 미리 이러한 자를 인식할 수 있었던 경우라든가 이러한 자가 위험한 행동으로 나올 것을 예견할 수 있는 상황이 있었던 경우에 있어서 오히려 信賴를 하는 것은 상당하지 아니하며 信賴의 原則은 적용되지 않는 것이라고 이해해야 할 것이다”라고 판시하였다.¹⁸⁹⁾

우리나라의 大法院도 “被告인이 40m 전방 路邊에 어린아이가 被告인의 자동차와 같은 방향으로 걸어가고 있음을 목격하였을 경우에는 자동차 운전자로서 그 아이가 진행하는 버스 앞으로 느닷없이 튀어 나오는 수가 있음을 예견하고 이로 인한 사고를 미리 방지하기 위해서는 속력을 줄이고 그 동태를 주시하는 등 제반의 注意義務가 있었음에도 불구하고 이를 怠慢하고 과속으로 달리다가 위의 어린아이가 2m 전방에서 버스 앞으로 갑자기 뛰어드는 바람에 급정차를 하였으나 미흡하여 본건 사고를 일으킨 것을 인정할 수 있으므로 被告인에게 過失이 없다고 할 수 없다”라고 판시하였다.¹⁹⁰⁾

187) BGH St 3, 49.

188) BGH VRS 23, 37.

189) 高裁判集 第23卷 3號, p. 577.

190) 大判 1970. 8. 18, 70 도 1336.

그러나 被害者가 유아, 노인 등의 경우에 信賴의 原則의 적용이 배제된다고 하여도 被害者가 단지 客觀的으로 그러한 者였다는 것만으로 항상 그렇게 되는 것은 아니다. 예컨대 步行者인 被害者가 비록 유아, 노인 등이라도 보호자와 동행하고 있거나 보호자의 지배권이 미치는 경우에는 信賴의 原則의 적용이 배제되지 않는다.

(3) 事故의 原因으로 된 交通規則違反이 加害者에게 있는 경우

信賴의 原則은 他人의 적절한 태도에 대한 信賴를 인정하는 것이기 때문에 그 전제로서 당연히 자기가 적절한 태도를 취할 것이 요구된다. BGH 의 경우 “스스로 交通秩序에 따라 행동하고 있는 교통관계자는 원칙적으로 다른 교통관계자도 현행의 交通規則을 지킬 것이라고 기대해도 좋다”고 하여 加害者의 交通規則違反이 있는 경우에는 信賴의 原則이 적용되지 않음을 인정하고 있다.¹⁹¹⁾

우리나라 학설의 경우 운전자의 違法이 事故에 직접 관여하지 않았거나 違法이 事故에 영향을 미친 때라도 그것이 事故의 결정적인 요인이 아닌 때에는 信賴의 原則을 적용할 수 있다고 한다.¹⁹²⁾ 이 점에 대해 우리나라 判例는 “운전자가 중앙선을 약간 침범하였다 하더라도 그것이 도로교통법에 위반한 점에 관한 責任이 있음을 변론으로 하고 ” 라고 하여¹⁹³⁾ 행위자측에 약간의 交通規則違反이 있더라도 過失의 성립을 부정할 수 있다고 하고, 또 “被害 차량이 중앙선을 침범함으로써 일어난 被告 차량과 충돌사건에 대하여 被告人이 交通法規를 다소 어기고 제한 속도를 약간 넘어서 운행하였다고 하더라도 본 건 충돌은 被害 차량이 交通法規를 어기고 운행한데 그 직접적인 원인이 있었다”고 하여 信賴의 原則의 적용 가능성을 인정한 듯이 보인다.¹⁹⁴⁾

앞서 보았듯이 加害者에게 交通規則違反이 있는 경우에 전적으로 信賴의 原則의 적용을 배제한다는 것은 信賴의 原則의 적용 범위를 축소시킬 염려가 있으

191) BGH St 12. 81.

192) 李洪雨, “刑法上 信賴의 原則에 관한 研究”, 碩士學位論文, 忠南大學校 大學院, 1987, p. 57.

193) 大判 1970. 2. 24.

194) 大判 1976. 1. 13, 74 도 2314.

므로 운전자의 違法이 사고에는 직접 관여하지 않았거나 사고의 결정적인 요인이 아닌 때에는 信賴의 原則을 적용하는 것이 타당하리라고 본다.

2) 分業的 共同業務

信賴의 原則은 복수인이 일정한 목적을 실현하기 위하여 조직적으로 협력하여 各人の 分擔 部分을 수행함에 따라 위험한 작업을 행하는 영역에도 확대적용된다. 따라서 共同作業 分擔에 있어서 부분적 사무를 委任받은 他人의 처리능력 적성에 오인이 있거나 共同作業 전체에 대한 상호 諒解가 잘못되어 있는 경우에는 처음부터 고유의 위험이 발생될 가능성이 크기 때문에 信賴의 原則을 적용함에 있어서 고려되어야 한다.

(1) 醫療過失

의료기술의 고도의 진보·전문화에 따른 醫療의 組織化·分業化를 초래하여 소위 「팀醫療」가 일반화되었으며 이러한 위험한 共同作業을 분업적으로 수행하는 複數人의 責任範圍 내지 危險分擔의 확정이라는 문제가 주목됨에 따라 信賴의 原則의 적용문제가 대두되었다.

共同作業 分擔의 경우에 있어서 信賴의 原則의 적용면에서의 특색을 보면 ① 도로교통의 경우와는 달리 各人の 分擔업무가 확립되어 있어 공동작업의 능률화를 위해 그것에 대한 信賴를 보장할 필요성이 존재한다는 점 ② 업무분담자간에 지휘·명령·감독관계가 존재하는 경우에 명령자 내지 감독자는 어느 정도 책임을 지는가 특히 他者의 행위를 감독하는 자에 대한 注意義務의 존재를 증명하는 정도에서 信賴의 原則의 적용은 배제된다는 점 ③ 도로교통의 경우와는 달리 통상 손해의 절박이 객관적으로 확정되어 他人의 장래의 행위가 문제되지 않고 있는 상황에 있어서도 이 原則이 적용된다는 점이다.¹⁹⁵⁾

共同業務에 있어서의 信賴의 原則의 適用限界는 도로교통의 경우보다 다양한

195) 曹仕成, 前掲論文, p. 48.

양상을 띠고 있으므로 이를 일률적으로 나열하는 것은 곤란하므로 여기서는 信賴의 原則을 許容된 危險의 法理의 限界와 관련하여 제시하면 다음과 같다.

첫째, 그러한 행위에 따르는 위험성에 대하여 충분한 사전예방조치를 하여야 한다. 예컨대 위험한 수술이나 投藥에 있어서 충분한 시설과 요원의 동원 등을 구비하여야 하고, 임상실험을 통해 예비지식을 충분히 가진 후에 환자에게 설명하고 정당한 동의를 얻은 후에 시행함이 요청된다. 또한 새로운 치료방법의 적용에 관하여 의학적으로 제시되어야 하고 道義的·法的으로 정당화되어야 한다. 즉 이것이 자의적이거나 인간실험에 이용되어서는 아니되므로 자신만의 독단이 아니라 의학학술지 등을 통하여 그 타당성을 용인받고 적어도 존중되는 소수에 의하여 고려되어야 한다. 그리고 기존의 기술·방법으로는 치료할 수 없거나 새로운 것에 의할 때만큼 건강회복이 불가능한 때이다. 종래의 사용한 방법보다 위험성이 적고 적어도 동일한 정도의 성공율이 있어야 한다.

둘째, 規則遵守를 들 수 있다. 각종 사업에 필요한 법령·규칙상의 諸要件 예컨대 자격과 행정상의 규칙 등의 준수가 필요하다.

셋째, 注意義務의 遵守이다. 許容된 危險이 인정되는 곳에서 信賴의 原則을 적용하기 위해서는 대부분 숙달된 기술과 고도의 注意義務를 요하는 것이므로 이에 따르는 注意義務를 엄격히 遵守하여야 한다.¹⁹⁶⁾

넷째, 앞서 보았던 일반 原則인 信賴의 存在와 信賴의 相當性이 갖추어 질 때 교통사고 이외의 許容된 危險業務 등에서 信賴의 原則의 적용이 가능하다고 하겠다.

여기서는 醫師의 注意義務의 내용과 관련하여 信賴의 原則이 적용되는 限界를 고찰 한 후, 구체적으로 어떠한 경우에 信賴의 原則이 制限되고 있는가에 대하여 살펴보기로 한다.

① 注意義務面에서의 限界

醫療行爲에 있어 醫師, 看護師 등의 의료인에게는 여러가지 注意義務가 부과

196) 盧泰瑩, “刑法上 醫療過失의 法理와 實際的 考察”, 碩士學位論文, 서울大學校 大學院, 1984, pp. 30-39.

되고 이러한 注意義務의 결여로 인하여 환자에게 생명·신체에 危害를 주었을 경우에는 過失이 인정된다.

첫째, 醫師는 진찰에 임함에 있어 환자와 轉醫前 醫師와의 상담의무가 있다. 醫師는 환자에게 문진을 하여 환자의 자각증세 등에 대한 정보를 얻어서 이를 진단의 기초로 삼아야 한다. 또한 외래환자의 경우 그 病狀이 이상하거나 특이한 경우에는 환자의 主治醫나 轉醫되기 前의 醫師에게 상담할 의무가 있다.

둘째, 醫師는 진단과 치료뿐만 아니라 환자의 동의를 얻기 위해서 환자에게 증상이나 진행과정, 치료방법, 경과 등을 설명할 의무가 있다.

셋째, 현대의료는 그 내용이 복잡하고 이에 따른 사용되는 의약품이나 의료기구 등 물품의 종류도 다양하며 또한 복잡한 수술등에서는 「팀의료」도 점차 증대하고 있는 실정이어서 하나의 질병치료에 다수의 의료인들이 공동으로 참여해서 상호 협력하여 소기의 목적을 달성하는 경우가 많아지게 되었다. 따라서 의료인은 각종 의약품 및 의료기구를 사용하기에 앞서서 이의 안전성을 확인할 의무가 있다. 의약품 및 재료에 대하여는 被投與者, 투여시기, 의약품의 재료, 변질여부 등을 확인할 의무가 있으며, 특히 위험성이 있는 의료장비인 경우에는 안정성 및 정상가동여부에 대하여 확인할 의무가 있다. 또한 醫師는 看護師 등의 醫療行爲를 지휘·감독해야 할 의무가 있다.

넷째, 醫療行爲는 환자의 치료행위에만 그치는 것이 아니라 진료가 끝난 후 즉 퇴원 후에도 환자의 自家治療 및 건강회복을 위해서 요양을 지도할 의무가 있다. 그리고 환자를 진료함에 있어서 의료시설이나 醫師의 능력이 부족한 경우에는 醫療目的을 충족시킬 수있는 보다 능력있고 의료시설 및 장비를 갖춘 醫師나 病院으로 轉醫해야 할 의무가 있다.

다섯째, 醫師가 환자에 대한 진료의무를 부담하고 있을 경우에는 비록 回診時가 아니라 할 지라도 환자가 고통을 호소하는 등 긴급사태가 발생한 경우에는 이에 응할 의무가 있다. 이외에도 醫師는 看護師 등의 醫療補助者의 醫療行爲를

항시 지시·감독해야 할 의무가 있다.¹⁹⁷⁾ 이와같은 注意義務를 怠慢히 하였을 경우에는 信賴의 原則이 적용되지 않고, 발생한 결과에 대한 過失責任을 부담하게 된다.

② 具體的인 限界

먼저 醫師가 처음부터 醫療補助者의 자격·능력이 없는 자를 채용한 경우, 醫師의 지시를 看護師가 잘못 판단한 경우에는 醫師의 注意義務違反을 고려해야 한다.¹⁹⁸⁾ 또한 看護師의 실수가 구체적으로 예상되는 경우에는 그 看護師의 자격부족, 경험부족, 약품 기타 시설 등의 정비 정도 등의 구체적 사정은 信賴의可否를 결정하는 중요한 사유가 될 것이므로, 醫師가 이러한 구체적인 사정을 알고도 看護師의 행위를 제지하지 않았을 경우에는 信賴의 原則이 적용되지 않는다고 할 것이다.¹⁹⁹⁾

일반적으로 醫師는 看護師 등 자격있는 보조자가 자기의 醫療行爲를 보조함에 있어 독자적인 업무에 관한 한 이에 대한 信賴가 가능한 것이다. 다만 看護師가 간호업무상에서 醫師의 지시로 시행하는 주사나 투약에 있어서는 醫師가 이를 통제·확인할 의무를 지므로 이들에 의한 過失이 醫師의 過失로 되어 信賴의 原則이 적용되지 않는다.

다수인에게 위임된 부분 업무에 대한 限界가 불분명한 경우에는 엄격한 분업과 지휘·감독 등에 의하여 적절한 조정을 배려해야 할 의무가 있다. 이와는 달리 의료보조자는 원칙적으로 醫師의 지시를 정당하다고 信賴해도 좋다. 다만 醫師의 지시가 보조자의 개인적 지식에 의하여 부당한 것으로 판명될 수 있는 경우에는 過失責任을 부담하게 된다. 醫師가 醫療補助人에게 의약품을 부르는 경우에 비슷하게 들리는 의약품의 수가 많아 잘 못 듣는 때가 많기 때문에 반드시 그 대답을 확인해야 하며 醫師는 錯誤를 피하기 위하여 그들로부터 건네받은 注射器와 함께 빈 앰플을 제시하게 하여 확인하여야 한다.

197) 金信圭, 前掲論文, pp. 71-73.

198) 鄭盛根, 前掲書, p. 413.

199) 大判, 1981. 6. 23, 81 다 413.

BGH는 이에 대하여 “병원의 훈련된 看護師는 醫師의 지시에 따라 준비된 주사의 정확성을 다시 검사할 의무가 없으나, 이에 반하여 병원의 醫師는 주사준비에 사용된 앰풀이 그의 지시와 일치하는가 여부를 확인하기 위하여 다시 검사하지 않았다면 注意義務를 다하였다고 할 수 없다”고 판시한 바 있다.²⁰⁰⁾

醫師와 患者와의 관계에서도 醫療行爲가 전문적인 의학적 지식과 경험을 전제로 하고 있고 또 여기에 필요한 인원과 도구들이 전적으로 醫師측의 독점적 지배하에 있으며 醫師는 患者의 信賴에 기하여 보호자적 지위를 위임받은 자라는 점, 또 실제로 환자 자신은 심신미약 또는 그에 가까운 상태에 있는 수가 많다는 점에서 특히 患者가 醫師의 지시나 권고를 무시하거나 醫師의 問診에 대하여 중요한 사항을 숨기는 등의 不信行爲가 있는 경우는 별론으로 하고 원칙적으로 醫師와 患者사이에는 信賴의 原則을 적용하여 醫師의 責任을 輕減시킬 수는 없다고 할 것이다.²⁰¹⁾

醫療行爲에 있어서는 醫師와 患者간에 協助關係 내지는 信賴關係가 존재할 것이 요청된다. 즉 醫師는 患者의 問診을 기초로 치료하게 되며, 환자는 자각증세 등을 정확히 알려주고 既往歷(病歷) 등을 醫師에게 보고할 의무를 진다. 따라서 환자가 이에 위반하여 醫師의 過誤를 유발시킨 경우에는 醫師에게 信賴의 原則이 적용되는 것이다. 제주대학교 중앙도서관

이와같이 醫療의 결과는 醫師와 患者사이의 협력에 의해서 소기의 목적을 달성할 수 있으므로 진단·치료를 바라는 患者는 의료에 협력할 의무가 있다. 따라서 醫師는 환자의 태도를 신뢰해서 치료에 임하면 된다. 그러나 醫師는 환자 개개인의 언동에 따라 환자가 어느 정도 醫師를 信賴하고 협력할 것인가를 판단할 수 있으므로 사려깊고 양심적인 醫師라면 누구라고 부정할 수 밖에 없는 경우에는 信賴의 原則은 존재하지 않는다고 할 수 있다.

醫師와 醫師간의 信賴의 原則의 적용에 있어서는, 患者에 대한 치료를 순차적으로 하는 경우에는 醫師는 轉醫되기 전의 醫師에 대하여 일정한 경우에 患者

200) 秋吳卿, 前掲書, p. 101.

201) 李相完, 「醫療事犯의 理論과 實態」, 法務研修院, 1988, pp. 151-152.

의 이상증세라든가 既往歴 등에 대하여 문의할 의무가 있을 수가 있으며, 外科 醫는 수술을 임하기 전에 마취여부를 확인할 의무가 있다. 따라서 이들이 不注意로 인하여 나쁜 결과를 초래할 경우에는 이들 상호간에 信賴의 原則이 적용되지 않고 兩者 모두에게 過失이 인정된다.

一般醫와 專門醫 상호간에 공동치료가 행해지는 경우에는 專門醫는 一般醫의 치료행위를 완전히 信賴해서는 안 되고 지휘·감독의무에 의해 一般醫의 不注意로 인한 악결과에 대해서는 過失責任을 부담하게 된다.

다만 수술 등과 같이 內科醫와 外科醫가 동시에 협조하여 시행하는 경우에는 각 전문 분야별로 분담할 것이 요청되고 상대방의 업무에 대하여는 거의 전적으로 信賴함이 가능한 것이다. 그러므로 外科醫는 內科醫의 내과적 진료를 信賴함이 타당하며 內科的 진료에서 기인한 결과에 대하여는 責任이 없는 것이라고 할 수 있겠다.

醫師와 藥師간에 있어서는 藥師는 처방전에 의하지 않으면 조제해서는 안 되고 처방전에 기재된 의약품에 관해서는 그 처방전을 교부한 醫師 등의 동의를 얻지 않고 변경해서 조제해서는 안 된다. 이에 대한 잘못이 있는 경우에는 醫師와 藥師간에 信賴의 原則이 적용되지 않고 藥師는 過失責任을 지게 되는 것이다.

또한 식품과 약품 등의 제조업자와 소비자 사이에서도 마찬가지로 信賴의 原則은 적용될 수 없다고 본다. 이 점에 대해 日本 判例는 “信賴의 原則에 대하여 본 건과 같은 경우에 기업 내지 동료자 상호간에는 이 原則이 적용될 수 있다는 것은 부정할 수 없으나, 結果回避의 責任을 구체적으로 그러한 행위에 의해서 위협에 처하게 된 被害를 입은 소비자에게 일부 전가하는 것은 허용될 수 없다. 식품 제조업자는 자기가 판매한 식품이 안전하다는 것을 소비자에게 보증하고 있는 것이므로 注意를 소홀히 해서는 안 된다”고 판시한 바 있다. 202)

202) 德島地判, 昭和 48. 11. 28, 判例月報 721號, p. 7 ; 이는 森永밀크 砒素中毒사건으로 분유제조업체인 森永 유업이 價格, 色, 結晶 상태에 차이는 없으나, 인체에 유

醫師와 檢査技士간에 있어서는 원칙적으로 信賴의 原則이 적용되지 않는다. 왜냐하면 檢査技士는 醫師가 지시하는 검사항목에 대하여 신체검사를 하는 것에 불과하므로 검사방법에 대한 過誤는 있을 수 있어도, 검사결과에 대한 판정은 擔當醫師에게 주어지므로, 비록 檢査技士가 불가피하게 판정에까지 개입하는 일이 있더라도 어디까지나 醫師가 醫療行爲의 責任者로서 자신의 책임하에 검사결과를 판정하는 것이 당연하므로 판정의 잘못에 대해서는 醫師가 책임을 면할 수 없다.

(2) 工場操業

최근 工場操業 분야에서도 信賴의 原則이 적용되어 위험한 업무종사자간의 지휘·감독과 관련하여 責任의 범위가 정하여지고 있다. 그러나 工場操業에서의 信賴의 原則도 무한히 적용되어지는 것은 아니다. 다만 최근 信賴의 原則이 工場操業 분야에 적용되어 지는 判例는 앞서 살펴본 바와 같으나, 이의 적용이 배제된 判例는 아직까지 나와있지 않다. 따라서 工場操業 분야에서의 信賴의 原則의 適用範圍에 대한 判例의 축적이 이루어져야 지휘·감독 체계에 있어 상호 공동업무자간의 責任의 범위를 한계지을 수 있을 것이다.²⁰³⁾

이상에서 信賴의 原則의 적용이 배제되는 특수한 경우를 도로교통과 분업적 공동업무로 나누어 살펴보았지만 이는 일률적·확정적으로 결정할 수는 없고,

해한 비소화합물을 함유하는 공업용 제2 인산소다를 納入하였으리라고 믿고 분유제조에 사용하여 이를 먹은 다수의 유아를 死傷케 한 사건이다.
203) 大判 1992. 10. 9, 92 다 27157 判決은 "사용자가 都給을 주면서 작업장 일부를 임대해 주고 동력을 제공함과 아울러 작업업무와 관련한 대외적 면허관계 등도 함께 대여한 경우 설사 사용자가 都給에 소속되어 종사하는 근로자에 대해 지시를 내릴만한 위치에 있지 않았다 하더라도 산업안전과 관련한 적극적인 주의관리·감독업무를 소홀히 하여 都給 소속 근로자가 사고를 발생케 했다면 이에 다른 산업재해의 損害賠償責任은 都給을 준 使用者에게 있다"고 판시하였다. 이는 損害賠償과 관련된 판결이지만 사용자가 都給을 주는 경우에 있어 비록 都給 소속 근로자에 대한 직접적인 감독관계는 없더라도 그들의 안전수칙 違反으로 인하여 사고가 발생한 경우에는 使用者에게 注意義務가 있다는 것을 間接적으로 보여주는 것이다. 따라서 본 판결은 工場操業에 있어서의 信賴의 原則의 적용범위를 제한하는 것이라 할 수 있겠다.

시대의 변화·발전과 행위자의 구체적 상황에 따라서 개별적으로 결정되어야 할 것이다. 따라서 구체적인 사례가 쌓여서 유형화됨으로써만 信賴의 原則의 적용 한계를 명백히 할 수 있을 것이다.

V. 結 論

過失犯은 종래에는 理論的 또는 實質的인 면에서 예외적으로 다루어져 왔으나, 근래에는 과학기술의 비약적인 발달로 過失犯의 발생 건수가 증대하고 또한 過失事故가 새로운 형태로 나타남에 따라서 이의 해결을 위한 새로운 이론들이 등장하게 되었다.

이러한 이론 중의 하나인 信賴의 原則은 不信의 原則이 지배함으로 인해 일상 생활에서 필수적이고 유익한 업무가 축소 또는 정지될 염려를 방지하고 이의 합리적인 해결과 위험분배의 기능을 가지고 등장하였는데, 獨逸의 判例에 의하여 처음으로 인정된 후 各國의 判例와 學說에서도 대부분 인정되고 있다.

종래의 刑法 체계에 따르면 도로교통 사고에 있어서 비록 被害者측의 信賴에 반하는 행위가 있다고 하더라도 加害者측에 過失이 있는 한 加害者는 過失犯으로 처벌하고 被害者의 過失은 加害者의 責任 영역에 있어 고려의 대상이 됨에 그칠 뿐이었다. 그러나 물질 문명의 진보 특히 교통기관의 증대에 따른 도로교통사정의 변화는 종래의 엄격했던 교통사범에 대한 처벌을 완화하고 그 범위를 합리적으로 제한하려는 의도에서 判例를 통한 信賴의 原則을 형성하게 되었다. 이러한 信賴의 原則의 등장은 社會的 相當性理論과 許容된 危險의 法理 등과 연관되어 過失犯理論에 새로운 지평을 열었다고 할 수 있다.

특히 信賴의 原則은 軌道上的의 교통사고에서부터 인정되다가 차츰 고속도로와 일반도로에도 인정하는 방향으로 발전되었으며 오늘날에는 의료사고 등 다수인

이 일정한 목적을 실현하기 위하여 組織的으로 協力하여 分擔수행하는 共同作業에 있어 공동작업자 상호간에도 확대적용하려는 추세에 있다.

따라서 信賴의 原則은 注意義務를 한정하는 기준이라는 점에서 過失犯 문제, 共同業務의 危險分配 문제 등에 대한 적극적인 이해가 요청되며, 구체적 적용기준에 관한 연구에 초점을 모아야 한다고 본다. 특히 새롭게 등장되는 共同業務 분담체제에서의 구체적 적용기준은 도로교통사고 判例上的 信賴의 原則과는 상이한 점이 있는 바 信賴의 存在 문제, 監督 관계 등이 있는 경우 責任 문제 등에 관한 信賴의 原則의 적용기준 및 제한에 따른 한계정립에 대한 研究가 이루어져야 할 것이다.

본 論文에서는 이와 관련하여 過失犯에 있어 확고부동한 위치를 차지하고 있는 信賴의 原則에 대하여 同 原則의 意義와 成立背景, 各國의 判例를 통한 成立過程 및 최근의 判例의 動向, 過失犯에 있어서의 體系的 地位, 信賴의 原則의 適用要件 및 限界에 대하여 살펴 보았다. 여기서는 지금까지 검토한 바를 요약·정리한 후 앞으로의 연구에 있어서 해결해야 할 과제를 제시해 보고자 한다.

먼저 信賴의 原則이 모든 過失犯의 분야로 그 적용이 확대됨에 따라서 信賴의 原則을 “危險이 수반되는 행위라고 할 지라도 스스로 規則을 준수하여 주의 깊게 행위한 자는 특별한 사정이 없는 한 다른 관여자의 적절한 행동을 信賴해도 좋다”는 原則으로 정의할 수 있다.

둘째, 信賴의 原則의 體系的 地位에 관하여 살펴보면 크게 信賴의 原則이 豫見可能性을 부정한다는 견해와 結果回避義務를 부정한다는 견해로 나눌 수 있는데, 信賴의 原則은 결과 발생에 대한 豫見可能性을 부정할 수 없는 경우에도 자동차교통의 사회적 유용성과 교통의 신속·원활화라는 사회적 필요성에 따라 인정되므로 結果回避義務를 부정한다고 하는 견해가 타당하다고 본다. 또한 信賴의 原則과 許容된 危險의 관계에 대해서는 信賴의 原則은 許容된 危險의 구체적 인 응용이라고 보아야 할 것이다.

셋째, 우리나라의 判例에 나타난 信賴의 原則의 적용을 살펴보면 독일과 일

본의 성립과정을 거의 그대로 답습하는데, 이는 고도의 기계문명의 발달로 현대 사회에서 各國이 직면하고 있는 상황이 유사하다는 것을 나타낸다고 볼 수 있다.

넷째, 信賴의 原則의 적용요건과 한계를 살펴보면 主觀的 요건으로는 信賴의 存在와 信賴의 相當性을 들 수 있으나, 客觀的 요건으로는 구체적 상황에 따라 천차만별이므로 이를 일률적으로 定形化할 수는 없다. 따라서 그 적용요건과 한계에 대한 구체적인 검토와 고찰이 이루어져야 된다고 본다.

이상에서 본 바와 같이 信賴의 原則은 注意義務의 범위를 한정한다는 점에서 過失犯 처벌을 완화함과 동시에 危險業務의 공동작업자간에 상호 규칙을 준수하게 함으로써 危險을 감소 내지 해소시키려는 의미를 가진 것으로 社會的 利益과 個人的 利益을 조화시킨다는 점에서 信賴의 原則을 이해해야 할 것이다.

이러한 信賴의 原則은 실천적인 측면에서 발전되어 온 이론이기 때문에 구체적인 상황에 따라서 그 적용의 한계가 달라지는 유동적인 성격을 가지며, 특히 사회변화에 수반하여 危險業務가 증대됨에 따라 모든 過失犯의 영역에 적용되는 이론으로 발전하고 있다.

그러나 아직도 信賴의 原則은 확고히 정립된 法原則이라기 보다는 발전과정 에 있는 原則이기 때문에 理論的으로 한층 깊은 연구가 요구된다. 이와 더불어 재판에 있어서는 현실적이고 구체적인 상황을 고려하여 우리의 현실에 적합한 적용기준을 마련함으로써 道路交通法, 醫療法 등 관련법규에 信賴의 原則에 대한 具體的인 適用基準을 立法化할 수 있도록 하여야 할 것이다.

參 考 文 獻

1. 國內文獻

가. 單行本

1. 金日秀, 「韓國刑法 II」, 博英社, 1992.
2. ———, 「刑法總論」, 博英社, 1992.
3. ———, 「刑法學原論」, 博英社, 1988.
4. 朴相基, 「刑法總論」, 博英社, 1994.
5. 竇鍾大, 「刑法總論」, 弘文社, 1993.
6. 申東雲, 「刑法總論(上)」, 經世院, 1995.
7. 劉基天, 「刑法學」, 日潮閣, 1986.
8. 李相完, 「醫療事犯의 理論과 實態」, 法務研修院, 1988.
9. 李在祥, 「刑法總論」, 博英社, 1991.
10. 李炯國, 「刑法總論研究 II」, 法文社, 1986.
11. 鄭盛根, 「刑法總論」, 法志社, 1992.
12. 朱昊魯, 「醫療와 法律」, 유성문화사, 1992.
13. 陳癸鎬, 「刑法總論」, 大旺社, 1988.
14. 車鏞碩, 「刑法總論講義 I」, 考試研究社, 1984.
15. 秋昊卿, 「醫療過失論」, 育法社, 1992.

나. 論文

1. 姜榮喆, “交通事故와 信賴의 原則의 成立過程”, 「現代의 刑事法學」, 法元社, 1990.

2. 姜榮喆, “信賴의 原則과 許容된 危險의 法理”, 刑事法學, 中央大學校, 1990.
3. ———, “信賴의 原則에 關한 研究”, 博士學位論文, 中央大學校 大學院, 1986.
4. 權文澤, “刑法上 信賴의 原則에 關한 研究”, 碩士學位論文, 忠南大學校 大學院, 1987.
5. 權五赫, “過失犯理論에 있어서 注意義務”, 碩士學位論文, 慶北大學校 大學院, 1990.
6. 金三南, “刑法上 信賴의 原則에 關한 考察”, 政策科學論叢, 全州大學校 政策科學研究所, 1989.
7. 金信圭, “刑法上 醫療過失의 法理에 關한 研究”, 博士學位論文, 釜山大學校 大學院, 1991.
8. 金日秀, “過失理論의 새로운 地平”, 考試研究, 1991, 4.
9. 金種源, “過失犯의 構造”, 『刑事法講義 I』, 博英社, 1981.
10. 金種源 釋補, H. H. Jescheck, “過失犯의 發展과 現況”, 法曹 제28권 12호, 1979.
11. 盧泰瑩, “刑法上 醫療過失의 法理와 實際的 考察”, 碩士學位論文, 서울大學校 大學院, 1984.
12. 朴明魯, “過失犯理論에 關한 研究”, 碩士學位論文, 建國大學校 大學院, 1992.
13. 朴永奎, “醫療行爲에 있어서의 許容된 危險과 信賴의 原則”, 京畿行政論集 제8집, 京畿大學校 行政大學院, 1994.
14. 朴鐘丸, “信賴의 原則에 關한 研究”, 碩士學位論文, 圓光大學校 大學院, 1984.
15. 徐相撤, “過失犯에 있어서의 信賴의 原則”, 碩士學位論文, 韓國外國語大學校 大學院, 1985.

16. 申京均, “過失犯에 있어서의 注意義務”, 社會科學研究, 朝鮮大學校 社會科學研究所, 1990.
17. 申仁培, “過失犯에 있어서 注意義務의 限界에 關한 研究”, 碩士學位論文, 木浦大學校 大學院, 1991.
18. 沈在宇, “刑法體系에 있어서 過失犯의 構造”, 高大法律行政論集 제18집, 高麗大學校, 1980.
19. 沈憲燮, “過失犯에 關한 研究”, 저스티스 제10권 제1호, 韓國法學院, 1972.
20. ———, “許容된 危險의 法理와 그 批判”, 法政 제216권, 1986, 6.
21. 安相勳, “信賴의 原則에 關한 研究”, 碩士學位論文, 延世大學校 大學院, 1991.
22. 于種烈, “過失犯에서의 信賴의 原則”, 碩士學位論文, 京畿大學校 大學院, 1990.
23. 李建鎬, “우리나라 交通事故에 대한 刑事政策學的 刑法的 考察”, 韓國文化研究院 論叢 제19집, 韓國文化研究院, 1972.
24. 李敬鎬, “過失犯에 있어서 信賴의 原則”, 論文集 제3집, 韓國海洋大學校 海洋研究所, 1984.
25. ———, “過失犯의 現代的 照明과 課題”, 博士學位論文, 釜山大學校 大學院, 1989.
26. 李基喆, “過失犯에 있어서의 注意義務와 信賴의 原則”, 碩士學位論文, 延世大學校 行政大學院, 1981.
27. 李榮鎬, “刑法上 信賴의 原則에 關한 考察”, 碩士學位論文, 延世大學校 大學院, 1993.
28. 李在祥, “信賴의 原則”, 月刊考試, 1988, 2.
29. 李炯國, “過失犯에 關한 考察(上)”, 考試界, 1984, 6.
30. ———, “過失犯에 있어서의 客觀的 注意義務”, 考試界, 1987, 7.

31. 李洪雨, “刑法上 信賴의 原則에 關한 研究”, 碩士學位論文, 忠南大學校 大學院, 1987.
32. 鄭盛根, “過失犯에 있어서의 問題點”, 法曹 제23권, 法曹協會, 1984.
33. 鄭辰鎬, “信賴의 原則에 關한 研究”, 碩士學位論文, 東國大學校 大學院, 1992.
34. 曹仕成, “信賴의 原則”, 碩士學位論文, 朝鮮大學校 大學院, 1988.
35. 車鏞碩, “過失犯의 構造(下)”, 考試研究, 1987, 12.

2. 外國文獻

가. 單行本

1. 大谷 實, 「刑法講義總論(上)」, 成文堂, 1984.
2. 藤木英雄, 「過失犯の理論」, 有信堂高文社, 1980.
3. ———, 「刑法講義總論」, 弘文堂, 1982.
4. 福田平, 「新版 刑法總論」, 有斐閣, 1982.
5. 西原春夫, 「交通事故と過失の認定」, 成文堂, 1980.
6. ———, 「交通事故と信賴の原則」, 成文堂, 1980.
7. ———, 「刑事法研究」, 第1卷, 成文堂, 1967.
8. 安平政吉, 「責任主義の刑法理論」, 酒井書店, 1975.
9. 井上正治, 「過失の構造」, 有斐閣, 1972.
10. 井上祐司, 「行動無價値と過失犯論」, 成文堂, 1978.
11. 中山研一, 「口述刑法總論」, 成文堂, 1983.
12. 平野龍一, 「刑法總論 I」, 有斐閣, 1983.
14. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 3. Aufl., Dunker und Humblot, 1978.

15. Mayer, Strafrecht, Allg. Teil, Stuttgart, Kohlhammer, 1953.
16. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 3. Aufl., Walter de Gruyter, 1975.
17. Wessels, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1979.
18. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Walter de Gruyter, 1969.

나. 論文

1. 金澤文雄, “過失”, 「刑法の判例」, 第2版, 有斐閣, 1973.
2. 大谷 實, “危険の分配と信頼の原則”, 藤木英雄編, 「過失犯-新舊過失論争-」, 學陽書房, 1980.
3. 木村靜子, “過失犯における信頼の原則”, 「判例と學說 7・刑法 I」, 日本評論社, 1977.
4. ———, “信頼の原則”, 「刑法學問題集 60講」, 一粒社, 1976.
5. ———, “信頼の原則”, 「法學セミナー」, 日本評論社, 1969, 4.
6. 福田平, “過失犯構造につひて”, 「刑法解釋學の基礎問題」, 有斐閣, 1975.
7. 山中敬一, “信頼の原則”, 「現代刑法講座」, 第3卷, 過失から罪數まで, 成文堂, 1979.
8. 西原春夫, “信頼の原則”, 「刑法學」, 有斐閣, 1978.
9. ———, “判例にあらわた信頼の原則”, 「刑事法研究 II」, 成文堂, 1967.
10. 前田雅英, “許られた危険”, 「現代刑法講座」, 第3卷, 過失から罪數まで, 成文堂, 1979.
11. 板倉宏, “企業組織體の過失”, 「過失犯」, 有斐閣, 1975.
12. Larenz, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, NJW, 1955.
13. Naucke, Über das regreßverbot im Strafrecht, ZStw-76, 1964.