

過失論의 構造와 發展動向

金 昌 君**

目 次

- I. 고찰의 범위
- II. 過失論의 發展動向
 - 1. 초기단계
 - 2. 目的的 行爲論의 질주
 - 3. 新古典的·目的的 犯罪體系
 - 4. 최근의 발전동향
- III. 결론

I . 고찰의 범위

故意가 構成要件을 실현하는데 대한 인식과 의사라면, 過失은 행위자의 不注意로 구성요건적 결과를 야기하는 것이므로 불법 및 책임의 정도에서 고의보다 낮다. 그러나 과실은 단순히 고의의 약한 형식에 불과한 것이 아니라 고의와는 전혀 다른 '독자성'을 지니고 있다. 과실의 본질적 요소는 사회생활을 영위함에 있어서 법질서가 요구하는 注意義務를 다하지 못했다는 규범적 측면에 있다.¹⁾ 형법상의 범죄는 대부분 故意既遂犯으로 구성되어 있으며, 과실은 법률에 특별한 처벌규정을 둔 경우에 한해 예외적으로 처벌되고 있다. 이러한 맥락에서 현행 형법 제14조도 과실에 관하여 "正常의 注意를 태만함으로 인하여 罪의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다"고 규정하고 있다. 따라서 종래에는 고의범에 치중하여 논의가 이루어질 수밖에 없었고 과실범은 제대로 다루어지지 못하였다.

주요 관심에서 비켜나 있었던 과실범의 문제가 이제 활발한 논의의 대상으로 부상

** 제주대 법학부 조교수

1) 任雄, 刑法總論, 초판(법문사, 1999), 429면.

하였다. 관심의 전환을 가져온 데에는 여러 가지 이유들이 있을 수 있겠지만 주로 두 가지 이유를 손꼽을 수 있다. 첫째, 20세기에 들어서면서 産業化와 技術文明이 급속한 발전을 거듭하였다. 이로 인해 각종의 현대적 산업설비 및 文明의 利器 등은 사회생활을 풍요롭고 편리하게 만들어 준 측면도 있지만, 그 이면에는 새로운 위험의 원천이 되기도 했다. 특히 자동차의 대중적 보급에 따라 과실로 인한 교통사고가 급격히 증가되었고 전기설비와 의료부분 및 환경범죄의 영역에서도 과실범이 차지하는 몫은 괄목할 만한 것이 되었다. 이처럼 과실범은 기술문명의 발달과 더불어 고도로 산업화된 사회의 거의 모든 부문에서 양적으로 엄청나게 팽창하였고 피해규모도 대형화하였다. 이러한 범죄 현실은 종래의 형법이론이 고의범을 본위로 해서 구성된 까닭에 상대적으로 등한시되었던 과실범 연구의 중요성을 환기시키는 등, 최근 형법학에 있어서 과실범은 고의범과 다른 특성에 입각해서 별개의 독립적인 연구영역으로 다루어지고 있다.²⁾

둘째, 目的的 行爲論이 등장하였다. 목적적 행위론은 因果的 行爲論의 시각을 뒤집고 형법체계 전반에 대한 패러다임의 전환을 가져 왔다. 목적적 행위개념을 기반으로 하여 犯罪論體系를 재구성하려는 시도가 행해지자 목적적 행위론의 최대약점인 過失犯의 이론구성을 둘러싸고 술은 비판이 가해졌다. 과실론은 이러한 비판을 거치는 동안 자체 수정을 거듭하면서 발전하지 않을 수 없었다.³⁾ 목적적 범죄체계의 연구 결과로 과실행위의 독자적 체계와 구조는 비로소 인식되었으며, 최근에 와서야 과실범에 관한 이론적 성과들이 괄목할만한 수준에 이른 것으로 보인다. 그렇다고 해서 완결된 논의는 아니며 여전히 논란의 여지가 남아 있는 중심테마이다.⁴⁾

그런데도 本論文은 과실론에 관한 새로운 理論構成을 목표로 하지 않고, 종래 우리나라 학계에서 논의되어 왔던 과실론이 어떠한 양상을 띠고 있으며 어떠한 방향으로 발전되어 왔는지를 추적하고자 한다. 물론 우리나라의 과실론은 독창적인 발전상을 보여주지 못했다. 주로 외국의 學說로부터 영향을 받았고, 또한 이와 병행해서 진행되어 왔다.⁵⁾ 과실론을 둘러싼 이론구성의 대외 의존도를 규명하는 작업은 향후 이 분야의 연구에 상당한 시사점을 제공해 줄 것으로 판단된다. 따라서 본논문은 외국, 특히 독일과 일본의 학설 발전과정을 비교·검토하고자 한다.

2) 任雄, 앞의 책, 430면.

3) 鄭盛根, “過失犯의 史的 考察”, 法曹 25권 10호(1976.10), 48면 이하.

4) 金日秀, 刑法學原論[總論講義], 초판(박영사, 1988), 938면.

5) Jescheck(金鍾源 譯補), “過失論의 發展과 現況”, 法曹 28권 12호(1979.12), 2면.

II. 過失論의 發展動向

1. 초기단계 : 전통적인 과실이론

1) 독일의 학계동향

古典的 犯罪體系에서 책임은 犯行時 행위자의 内心에 있었던 정신적·심리적 상황, 즉 주관적으로 파악할 수 있는 모든 표지들을 총괄하는 개념을 말한다. 여기에서 고의와 과실은 다같이 責任形式을 의미하는데, 특히 범죄사실을 인식하거나 의욕함이 없이 부주의로 구성요건적 결과를 야기하는 것을 말한다. 이 고전적 책임개념은 '心理的 責任概念'이라 불려지고 있다.⁶⁾ 독일에서 과실론의 發展史는 당연히 심리적 책임개념을 출발점으로 삼고 있다.⁷⁾ 그러나 고전적 범죄체계는 제1차 대전 이후부터 그 기본구조를 유지하면서도 모든 표지에서 體系內的 改善을 통하여 再構成되었다. 이를 '新古典的 犯罪體系'라고 한다. 신고격적 범죄체계하에서도 과실의 체계적 지위는 여전히 책임요소로 이해하는 데에는 변함이 없고, 다만 책임개념이 심리적 책임에서 意思形成에 대한 規範的 評價 내지 非難可能性을 본질내용으로 하는 책임으로 변화되었다. Frank가 이러한 시각변화를 유도하는데 결정적인 역할을 한 학자이며, 그는 책임을 행위자에게 비난이 가해질 수 있는 의무위반의 의사형성이라고 보았다. 즉 "한 금지된 행동은 누가 그것을 저지른데 대해 그에게 비난을 가할 수 있을 때 비로소 그의 책임으로 귀속시킬 수 있다"는 것이다.⁸⁾ 이로써 개개 책임표지의 내적 관련성을 설명할 수 없었던 심리적 책임개념의 결함을 제거할 수 있는 준거점이 마련된 셈이며, 동시에 책임판단의 대상도 범인의 심정 속에 있는 그 무엇이 아니면 안된다는 점이 분명해졌다. 뿐만 아니라 책임비난에 있어서는 단지 책임능력과 구성요건의 인식만이 아니라, 도리어 범인이 행위했어야 했던 바에 따라 극히 개인적으로도 그렇게 행위할 수 있었느냐가 중요한 문제로 되었다.⁹⁾

2) 우리나라의 경향

① 植民理論

우리나라의 過失論은 한일합방 이전까지는 대체로 중국의 唐, 明, 淸律에 기초한 것이었고, 그 이후에는 大陸法系의 過失犯理論에 따르고 있다.¹⁰⁾ 韓末의 한국법문화와

6) 金日秀, 앞의 책, 186면 이하, 939면.

7) Jescheck(金鍾源 역보), 앞의 논문, 2면.

8) Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907, S.11.

9) 金日秀, "體系的 犯罪論에 관한 方法論的 一考察", 고대 법학논집 제21집(1983.12), 20면 : 앞의 책, 191, 940면.

10) 鄭盛根, 앞의 논문, 71면 주 55.

법사상은 일찍부터 개화선각자들을 통하여 영미법사상과 여러모로 접할 수 있었다. 그리고 미국인 변호사들이 직접 한국에서 활동하기도 하였다. 그럼에도 불구하고 한국이 미국법사상을 전폭적으로 수용할 수 없었다. 그 이유는 크게 두가지로 볼 수 있다. 첫째는 法思想과 法文化의 독자적 측면이다. 물론 선각자들이 소개하는 미국식 법문화의 수준에 한국의 현실이 따라가지 못하는 괴리가 있었던 것이 사실이지만, 다른 면으로는 미국법문화의 독특성 내지 이질감도 큰 작용을 하였을 것으로 추측된다. 영미법체계는 不文法(unwritten law)의 체계로 비교적 법적 안정성이 지켜지고 歷史와 年輪이 쌓여서 이루어진 것이다. 이런 면에서 영미법주의는 직접 영국이나 미국의 식민통치를 받은 몇몇 국가를 빼고는 외국에 그대로 수용되기가 쉽지 않은 법체계라고 해도 과언이 아니다. 특히 극동에서처럼 서구의 충격을 받고 급속도로 서양법의 수용을 추구하고 있던 상황에서는 영미법의 판례주의를 천천히 실험하면서 받아들일 여유가 없었고 보다 이론화되고 체계적인 대륙법체계 쪽이 더 분명히 이해되고 호감이 가는 것이었을 것이다. 그리하여 영미법은 한국에서 가장 빨리 소개되었음에도 불구하고 뿌리를 내리지 못하고 대륙법체계가 자리를 잡고 말았다.¹¹⁾

두번째는 정치적인 측면이다. 우리나라에 본격적으로 대륙법계의 형법이 계수된 것은 日帝時代의 일이다. 1910년 일제에 의한 강압적인 한일합방은 우리 형법의 독자적인 발전을 중단시켰다. 1911년 朝鮮總督府 制令 제11호 '朝鮮刑事令'은 1907년에 제정된 일본형법을 依用할 것을 정함으로써 우리 형법문화의 자생적 발전은 제도적으로 중단되고 일본형법의 植民地化해 버렸다. 日本舊刑法은 프랑스파리대학 교수였던 보아소나드(Boissonade)의 초안을 수정하여 1882년에 시행한 까닭에 일본형법학에 프랑스의 영향은 컸다. 그 후 일본형법은 독일형법학의 新派理論의 영향을 받은 1871년의 독일제국형법(獨逸舊刑法)을 참고하여 1907년 새로운 형법을 만들었기 때문에 그 이후 일본형법학에는 독일형법이론이 지속적인 영향을 끼치게 되었다. 1907년의 일본형법을 의용하게 된 기연으로 하여 우리 나라에서는 종래 唐律에 의거한 동양식 형법에서 일거에 신평이론에 입각한 독일형법이 시행되게 되었던 것이다. 이로부터 한국형법의 일본의존도는 해방기까지 그 심도를 더해 갔고, 한국형법학의 독자성과 정체성은 그 뿌리를 찾지 못한 채 일본형법학의 그늘을 벗어날 줄 몰랐다. 오늘날까지도 주로 독일형법학의 영향을 받게된 원류도 다름아닌 여기에서 비롯된다.¹²⁾ 1945년의 해방과 더불어 軍政이 실시되자 軍政法令 제21호(1945년 11월 2일)에 의하여 한국인을 차별했던 법령 이외의 법령은 그대로 존속됨에 따라 종래 의용되던 일본형법은 그대로 효력을 존속하게 되었으며, 이러한 상태는 대한민국 정부 수립후에도 舊憲法 제100조에 의하여 의용은 계속되었다. 현행형법은 6.25사변의 참화를 겪으면서도 꾸준히

11) 崔鍾庫, 韓國의 西洋法受容史, 重版(박영사, 1983), 411면.

12) 金日秀, "韓國刑法 40년의 回顧와 展望", 韓國法學의 回顧와 展望, 초판(법문사, 1991), 486, 493면 이하; 李炯國, 刑法總論, 36면 이하.

준비되어 온 형법초안이 1953년에 이르러 국회를 통과함에 따라 동년 10월 3일(개천절)로부터 시행을 보게 되었다. 현행 형법은 독일형법과 특히 1940년의 일본형법가안의 영향을 많이 받은 것으로 보인다.¹³⁾

② 종속의 연장선

일본으로부터 해방은 되었지만 해방 직후에는 아직 우리가 제정한 형법도 없었고 우리말로 된 형법교과서도 없었다. 이러한 이유로 해방과 6·25사변을 전후하여서까지도 우리나라 학생들 사이에서는 일본의 형법교과서가 그대로 읽혀졌다. 이러한 국내 사정은 우리나라 형법이론이 대체로 19세기말까지에 독일에서 완성되어 일본을 거쳐 수입된 것이었음을 짐작할 수 있게 한다. 이를테면 당시 독일에서는 이미 논의가 끝난 신구파간의 學派論爭이 일본형법학에서는 主觀主義犯罪理論(소위 新派)과 客觀主義犯罪理論(소위 舊派)으로 변형된 뒤 심각한 대립양상을 보였던 기현상이 해방후 한국형법학에 그대로 나타났다. 그리하여 1950년대에 백남익, 정창운, 남홍우, 염정철, 박문복이 일본의 團藤, 草野, 瀧川 系統의 舊派理論을 답습한 반면, 이진호, 정영석이 일본의 木村系統의 新派理論을 답습하였다.¹⁴⁾ 독일과 일본의 형법학계는 상당한 발전을 거듭해왔지만, 우리나라 학계는 그들이 이미 잊어버린지 오래인 5-60년전의 이론에 머물러 있었으며, 특히 우리나라의 경우는 學派의 구분과 관련하여 과거 일본학자들의 분파를 따라 여전히 객관주의와 주관주의의 대립을 운위하고 있는 실정이었음을 알 수 있다. 그것은 아직까지 일본에 있어서의 團藤·木村의 학파대립의 한국식 再版이라는 면모를 벗어나지 못한 것이었다.¹⁵⁾ 그 당시 일본과 독일의 형법이론이 우리나라 형법학계에 상당한 영향을 미쳤음을 알 수 있는 대목이다. 과실론의 이론구성도 이러한 실정에서 벗어나지 못했음은 두말할 나위도 없다.

우리나라 학계에서 過失論을 논의할 당시에는 독일과 일본에서는 이미 '心理的 責任概念'이 극복되고 '規範的 責任概念'이 주장되었다. 당연히 우리나라에서는 규범적 책임개념이 곧바로 논의될 수밖에 없는 상황이었다. 이처럼 독일과 일본에서는 이미 규범적 책임개념에 의해 심리적 책임개념이 극복되었기 때문에 특히 일본의 영향을 받았던 당시의 우리나라 학계에서는 過失論의 發展史가 막바로 규범적 책임개념으로부터 출발했다고 볼 수 있다.¹⁶⁾ 이처럼 우리나라에서도 독일과 일본에서와 마찬가지로 규범적 책임개념에 입각하여 과실을 責任形式으로 보았다. 이것은 주로 1960년대 이전에 출간된 형법교과서에서 흔히 볼 수 있었던 이론이다.¹⁷⁾ 여기에 영향을 받은

13) 黃山德, 刑法總論, 제7정판(邦文社, 1982), 37면 이하 ; 李炯國, 刑法總論, 초판6쇄(법문사, 1992), 37면.

14) 金日秀, 앞의 논문, 494면 이하.

15) 한스·벨첵(黃山德譯), 刑法體系의 新形象 - 目的的 行爲論入門 -(박영사 1960), 譯者序, 5면 이하 ; 黃山德, 刑法總論, 序文 5면 이하 ; 李炯國, 형법총론, 37면 참조.

16) Jescheck(金鍾源 역보), 앞의 논문, 2면.

우리나라 형법학계의 대표적인 인물로는 白南樞, 鄭暢雲, 南興祐, 朴文福, 鄭榮錫 등을 손꼽을 수 있다.

먼저 白南樞는 그의 저서 「형법총론」에서 다음과 같이 서술하고 있다.

“행위자가 구성요건에 해당하는 사실 또는 위법성을 실제로 인식하지는 않았다고 할지라도 법률상 요구되는 주의의무를 다했더라면 응당 그 인식이 가능했고 따라서 위법행위 대신에 적법행위가 기대되는 데도 불구하고 부주의로 인하여 위법의 결과를 발생시켰다면 행위자는 그 결과에 대하여 법률적으로 비난을 받게 되는 것이다. 이 비난이 즉 과실의 책임이다.”¹⁸⁾

鄭暢雲에 의하면,

“과실이라고 함은, 부주의로 인하여 범죄사실을 인식하지 못한 결과 그 위법성을 의식하지 못하고 또는 범죄사실은 인식하였으나, 그 위법성을 의식하지 못한 것을 말한다. … 과실의 본질은 不注意와 違法性的의 不意識에 있다. 행위자는 법률이 요구하는 정상 주의의무가 있고, 또 그 주의의무를 할 수 있는 가능성이 있었음에도 불구하고, 주의의무를 태만히 함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 점에 윤리적 법률상 비난을 가할수 있을 것이다.”¹⁹⁾

南興祐에 의하면,

“과실은 부주의로 인하여 범죄구성요건해당사실 내지 그 부조리성을 인식하지는 못하였으나 그 구체적 사정이 적법행위를 기대할 수 있음에도 불구하고 위법행위를 실현한 경우에 성립하는 것이다. … 범죄사실의 인식의 결여 그 자체가 문제가 아니고 이러한 인식의 결여가 부주의에 인하였다는데 비난의 대상이 된다.”²⁰⁾

朴文福에 의하면,

“행위자는 사실에 있어서는 구성요건에 해당하는 사실·의미·위법 등을 인식하지 못했으나 구체적 사정에서 보면 인식이 가능하며, 따라서 위법행위 대신에 적법행위를 기대할 수 있었음에도 불구하고 위법행위를 하였을 경우에 비난을 받게 되며 과실책임도 성립한다.”²¹⁾

鄭榮錫에 의하면,

“과실은 정상한 주의를 하였더라면 범죄사실(따라서 그 위법성도)을 인식할 수 있고 따라서 그 위법행위로 나오는 것을 피할 수 있는데도 불구하고 부주의로 범죄사실을 인식하지 못하고 그러한 행위로 나왔다는 점에 책임비난이 있다.”²²⁾

17) Jescheck(金鍾源 역보), 앞의 논문, 4면.

18) 白南樞, 형법총론, 초판(법문사, 1956), 156면 : 제3전정판(법문사, 1962), 197면 이하.

19) 鄭暢雲, 刑法學總論, 초판(박영사, 1958), 153-157면.

20) 南興祐, 刑法講義(總論), 초판(경기문화사, 1958), 109면 : 형법총론, 개정판(박영사, 1975), 172면 이하.

21) 朴文福, 형법총론, 증정판(보문각, 1960), 225면.

22) 鄭榮錫, 형법총론, 초판(삼중당, 1961), 207면 : 제4전정판(법문사, 1978), 170면.

이상의 견해들을 살펴보면, 과실을 認識可能性과 期待可能性으로 설명하는 것이 공통된 입장임을 알 수 있다. 또한 不注意, 즉 정상의 주의태만이라는 의무위반성에 과실의 본질적 요소가 있고, 과실에 있어서는 이 주의의무위반성이라는 규범적 요소가 범죄사실의 불인식이라는 심리적 요소보다 더 한층 중요한 의미를 가지며, 여기에 과실의 책임비난의 근거가 있다고 보고 있다. 또한 과실의 체계적 지위와 관련하여 因果的 行爲論, 古典的 犯罪體系, 新古典的 犯罪體系에서는 과실을 책임형식 내지 책임요소로만 이해하고 있으며, 책임요소로서의 과실이 성립하려면 ① 범죄사실의 인식이 없어야 하고, ② 부주의에 의하여 구성요건적 결과가 발생해야 한다고 보았다. 이와 관련하여 일본 형법학에서는 고전적·신고전적 범죄체계에 입각한 전통적 과실론을 '舊過失論'이라고 부르는 경향이 있다.²³⁾

그러나 이러한 입장에서는 고의·과실을 책임의 단계에 와서야 비로소 구별되므로 과실의 독자적 의미가 그만큼 감쇄되고, 구성요건해당성과 위법성의 단계에서는 고의범과 과실범의 독자성을 구분하여 고찰할 수 없다. 뿐만 아니라 적어도 사회적으로 상당한 주의를 다한 행위도 일단 法益侵害의 結果만 발생하면 위법하다고 평가할 수 밖에 없어 '許容된 危險'하에서의 행위 등을 체계적으로 올바르게 다룰 수 없다는 문제점을 노정하였다.²⁴⁾ 이처럼 許容된 危險의 理論은 주의의무위반이 위법성의 요소라는 견해에 결정적인 영향을 주었다. 이에 의하면 생활필수적인 목적을 추구하는 행위는 필요한 안전조치를 강구한 이상, 즉 객관적 주의의무를 다한 이상 허용되며, 따라서 그 행위는 책임 없는 것이 아니라 적법한 것이 된다는 것이다. 그러므로 과실행위의 본질적인 불법요소는 結果反價値가 아니라 行爲反價値에 있고, 따라서 과실은 과실범에 있어서 주관적 위법성의 요소가 된다. 그러나 과실, 즉 注意義務違反을 과실범의 본질적인 불법요소로 이해한다면 그것은 위법성의 요소에 그치는 것이 아니라 오히려 構成要件要素로 파악해야 한다.²⁵⁾

2. 目的的 行爲論의 질주

제2차 대전 이후 Welzel의 목적적 범죄론에 의하여 독일의 과실론은 전혀 새로운 국면을 맞이하게 되었다.²⁶⁾ 목적적 범죄체제는 과실행위의 본질적 요소가 結果에 있는 것이 아니라 행위수행의 방식, 즉 注意違反에 있다고 본다.²⁷⁾ 따라서 여기서 과실은 이미 과실범의 구성요건요소가 되어 과실범에서 본질적인 行爲反價値를 구성하게

23) 李炯國, 형법총론, 초판(법문사, 1992), 944면.

24) 金日秀, 앞의 책, 939면 이하.

25) 李在祥, 앞의 책, 111면 이하.

26) Jescheck(김종원 역보), 앞의 논문, 5면 이하.

27) 여기에서는 예견·회피가능성으로 봄.

된다.²⁸⁾ 이 이론이 우리나라에 소개되기 시작한 것은 黃山德에 의해서였다. 황산덕은 Welzel의 법철학 저서 「Naturrecht und materiale Gerechtigkeit」(2 Aufl., 1955)을 접하고 이에 많은 공감을 느낀 나머지, 계속해서 Welzel의 형법학에도 관심을 갖게 되었노라고 고백하고 있다.²⁹⁾ 이리하여 黃山德은 Welzel의 저서 「Das neue Bild des Strafrechtssystems : Eine Einführung in die finale Hanslunglehre」(3 Aufl., Göttingen 1957)을 번역 출판하여,³⁰⁾ 목적적 행위론을 연구하는데 배움을 수 없는 기초자료를 제공해 주었다. 황산덕은 Welzel을 “지금 전세계 형법학의 형성적 존재”로 높이 평가하고, “우리나라의 형법학계는 해방후 오늘날까지 너무도 오랫동안 동면상태를 계속해왔다”고 진단하고 “우리 나라 형법학계의 후진성을 극복하고 新刑法理論을 우리나라에 도입하기 위해서는 本書를 우선 제1차로 연구해야 한다”고 강조하고, “이 저서 하나로 우리는 그 당시까지 독일 형법학계의 발달해온 모습을 개관할 수가 있으며, 따라서 해방후 십년 동안의 공백을 메꿀 수가 있다”까지 확신하였다.³¹⁾ 이러한 맥락에서 황산덕은 그의 저서 「형법총론」(초판, 1960)을 목적적 행위론의 관점을 가지고 일관되게 서술한 최초의 저서라고 자부하였다. 황산덕은 형법이론학에 있어서 하나의 코페리니쿠스적 전환을 가져온 목적적 행위론의 입장에 동참할 것을 은근히 호소하였다.³²⁾ 그러면서도 黃山德 자신은 1960년에 출간된 저서 초판에서는 과실을 책임에 소속시키면서 과실이 구성요건요소 내지 위법성요소임을 암시했을 뿐이다. 아마 황산덕은 Welzel의 목적적 행위론을 받아들이면서도 Welzel의 人的不法論에 대해서는 이해가 미치지 못하여 이러한 결과를 빚지 않았나 싶다. 초판이 나온 후 1962년 미국무성의 초청을 받아 미국을 방문하고 돌아오는 길에 독일에 들러 Welzel을 직접 만나 여러 가지 교시를 받았으며, 귀국하는 길로 곧 초판의 개필에 착수하여 교과서 2판(1963년)부터 일관되게 새로운 과실론의 입장을 취하였다. 또 하나의 중요한 점은 李建鎬를 들 수 있다. 李建鎬는 1949년 「형법강의(총론)」 이래로 과실을 책임조건의 하나로 보아 왔으나, 1958년 「목적적 행위론에서 본 형법 제13조」라는 제하의 논문에서 이 이론을 적용한 것을 계기로 1964년 「형법학개론」을 출간하면서 이 입장으로 방향을 선회하였다.³³⁾ 특히 金鍾源은 “이 이론의 젊은 투사”³⁴⁾로서 목적적 행위론의 진영에서 주요역할을 담당하였다. 김종원은 黃山德의 문화생으로 황산덕과 더불어 Welzel의 문헌들을 연구해왔으며, 이러한 노력이 토대가 되어 많은 논문들을 통해 因果的 行爲論에 입각한 과실론을 분석·비판한 후 목적적 행위론의 관

28) 金日秀, 앞의 책, 940면 이하.

29) 黃山德, 형법총론, 초판(법문사, 1960), 서문.

30) 한스·벨첼(黃山德譯), 刑法體系의 新形象 - 目的的 行爲論入門 -, 박영사 1960.

31) 한스·벨첼(黃山德 역), 앞의 책, 譯者序, 5면 이하.

32) 黃山德, 앞의 책(초판), 서문.

33) 李建鎬, 刑法學概論(總論·各論), 고대출판부 1964, 56면, 73면 이하.

34) 黃山德, 앞의 책(제7정판), 서문 6면.

점에서 '과실범이론의 새로운 고찰'을 하였다.³⁵⁾ 이에 의하면, 과실은 책임영역에서 문제삼을 것이 아니라, 구성요건단계에서 다루어 나감으로써 과실범도 고의범과 마찬가지로 구성요건해당성·위법성·책임의 세단계에서 검토되어야 한다. 이로써 과실범과 고의범은 책임단계에서 비로소 구별되는 것이 아니라 이미 구성요건단계에서 구별된다. 또한 過失犯의 不法에 있어서 行爲反價値의 중요성이 밝혀진다는 것이다. 김종원은 황산덕의 문하로 그 당시 Welzel의 논문과 견해를 번역 소개³⁶⁾하는 등 황산덕에 이어서 목적적 행위론의 견해를 가장 체계적으로 분석³⁷⁾하고 추종한 대표적인 학자로 보여진다.

1966년 Welzel은 황산덕의 초청으로 한국으로 방문하여 여러 대학에서 강연을 하였고, 한국형사법학회에서는 대담을 추진하고 그 내용을 소개하는 등³⁸⁾ 국내학계에 커다란 반향을 일으켰다. 이처럼 1950년대 후반부터 일부 학자들에 의하여 도입되기 시작한 目的的 行爲論과 이에 기초한 목적적 범죄체계는 종래의 新舊學派 論爭을 行爲論 내지 犯罪體系의 대립으로 변화시키는 계기를 만들었다.³⁹⁾ 이러한 지적인 분위기로 인해 우리나라에서 과실론을 둘러싼 학설의 대립은 인과적 행위론과 목적적 행위론의 대립이 과실론에 그대로 투영된 것이라고 할 수 있다.⁴⁰⁾ 한편 사회적 행위론이 소개되고 대세를 형성한 이후에도 여전히 목적적 행위론을 고수하고 있는 陳燾鎭⁴¹⁾와 사회적 행위론자인 鄭盛根⁴²⁾도 그의 교과서에서 Welzel을 인용하면서 과실, 즉 주의의무위반은 과실범의 구성요건요소이고 동시에 행위반가치를 근거지우는 불법요소로 보고 있다. 이처럼 과실을 과실범에 있어서 단순한 책임요소나 위법성의 요소에 그치는 것이 아니라 이미 구성요건의 단계에서 검토해야 할 구성요건요소로 보아야 한다는 목적적 행위론의 결론은 목적적행위론자뿐만 아니라 사회적 행위론자와 행위론을 부정하는 학자들에 의하여서도 일반적으로 지지되고 있다.⁴³⁾ 일본 형법학에서는 목적적 범죄체계에 입각한 과실론을 '新過失論'이라고 부르는 한편 결과발생에 대한 危懼感만 있어도 결과회피의무의 위반을 인정하는 藤木英雄의 危懼感說을 수용하

35) 金鍾源, "과실범이론의 새로운 고찰", 법정 19권 5호(1964.5), 19면 이하; "과실범의 구조", 법정 24권 8호(1969.8), 6면 이하; "과실범의 구조", 서울대 법학 17권 1호(1976), 123면 이하.
 36) 한스벨첼(金鍾源 譯), 목적적 행위론, 법정 22권 4호(67.4), 22권 6호(67.6); 목적적 행위론과 형법의 현실적 계문제, 법정 12권 12호(57.12), 13권 8호(58.8); 목적적 행위론의 구조, 사법행정 12권 4호(71.4); "행위의 목적적 구조", 새법정 1권4호(71.4) 등.
 37) 金鍾源, "한스·벨첼과 목적적 행위론", 법정 21권 3/4호(66.3./4); "한스·벨첼의 목적적 행위론 - 그의 근본적 입장과 행위개념-", 법정 19권 3.4.6호(64.3.4.6).
 38) 한국형사법학회, "한스·벨첼과의 대담", 법정 21권 6호(66.6), 54면 이하.
 39) 李炯國, 형법총론, 37면.
 40) 강대성, 앞의 논문, 34면.
 41) 陳燾鎭, 형법총론, 제4판(大旺社, 1984), 126, 164, 182면.
 42) 鄭盛根, 형법총론, 改稿版(1988), 395면.
 43) 李在祥, 刑法新講[總論 I], 초판(박영사, 1984), 112면.

는 이론을 新新過失論이라고 부르는 경향이 있다.⁴⁴⁾ 외국의 문물을 선별 수용하여 자기들의 방식으로 바꾸어 日本化시키는 양태가 여기에서도 그대로 나타나고 있는 셈이다.

그러나 이 목적적 범죄체계에서 과실범의 책임은 행위자가 주관적으로도 법익침해의 가능성을 예견할 수 있었다는 전제하에서 법익침해를 야기한 객관적 주의의무위반 행위에 대한 개인적 비난가능성이다. 이로써 목적적 범죄체계는 순수한 규범적 책임 개념에 따라 심리적·정신적 요소로서의 과실을 제거하여 구성요건요소로 국한시킨 결과 책임개념의 공허화를 낳는다는 난점에 부딪힌다.⁴⁵⁾ 그러나 과실이 구성요건요소가 되었다고 하여 그것이 책임요소로서의 의의를 상실해 버린 것은 아니며, 불법요소와 책임요소가 결합되어 있다고 하지 않을 수 없다. 즉 과실은 고의와 마찬가지로 구성요건요소지만 동시에 책임요소로서의 의미도 가지고 있는 二重性格(Doppelnatur)을 띠고 있는 것이다. 그러나 과실이 구성요건요소와 책임요소로서의 이중기능을 가진다고 하여 그 판단기준까지 같은 것이 아님은 고의의 경우와 같다.

3. 新古典的·目的的 犯罪體系

신고전적 범죄체계와 목적적 범죄체계의 合一態의 犯罪體系인 신고전적·목적적 범죄체계는 목적적 범죄체계의 존재적 행위개념의 방법론적 요구를 거부하되, 그의 가장 중요한 체계적 성과인 고의·과실을 구성요건요소로 파악하는 착상을 그대로 받아들인다. 그리하여 목적적 범죄체계에서 객관적 주의의무위반(객관적 과실)을 과실범의 구성요건요소로 파악한 것을 그대로 수용하여, 객관적 주의의무위반은 구성요건요소로서 구성요건에 정서시킨뒤, 다시 주관적 주의의무위반(주관적 과실)을 책임요소로서 책임에 편입시킨다. 여기에서 과실은 이중적 지위를 지닌 고의의 구조와 비슷하게 구성요건요소임과 동시에 책임요소로서의 이중적 지위 내지 기능을 갖는다. 이러한 입장은 우리나라에서도 다수설이라고 할 수 있다.⁴⁶⁾

Welzel의 目的的 行爲論은 目的性을 事物論理의 구조로 삼고 범죄체계를 存在論的으로 파악하고자 하는 것이어서 자연히 범죄체계구성의 결정인자가 목적적 행위개념에 집중된다. 이러한 존재론적 행위개념이 규범적 평가를 대상으로 하는 형법상의 범죄체계에 별로 도움이 되지 못한다는 비판은 주로 1950년대 이래 독일에서 社會的 行爲論者들에 의해 주장되어 왔다. 이러한 입장이 우리나라 학계에 소개되기까지는 특히 1973년경 沈在宇가 주도적인 역할을 수행하였다.⁴⁷⁾ 심재우는 그 당시 풍미하였던

44) 李炯國, 앞의 책, 375면.

45) 金日秀, 앞의 책, 940면 이하.

46) 沈在宇, "형법체계에 있어서 과실범의 구조", 고대 법률행정논집 18집(1980), 59면 ; 孫海睦, "과실범(상)", 고시연구 1977.6, 45면 ; 李在祥, 형법총론, 180면 ; 李炯國, 형법총론연구 II, 659면.

47) 金日秀, 앞의 논문, 495면.

목적적 행위론을 비판하는 논문들을 발표하면서 학계의 비상한 관심을 끌었다.⁴⁸⁾ 이로써 심재우는 향후 우리나라에서 사회적 행위론을 정착시키는데 기여하였다. 심재우의 연구는 비난 행위론 자체의 개조에서 끝나는 것이 아니라, '형법체계에 있어서 과실범의 구조'가 각 행위론의 관점에 따라 어떻게 구성되는가를 분석·비판하였다.⁴⁹⁾ 그 결과 과실에 대하여 불법요소와 책임요소로서의 이중기능을 인정하는 것은 바로 사회적 행위론의 과실의 체계라고 설명하고 있다.⁵⁰⁾ 심재우는 이러한 결론을 社會的 行爲論의 과실의 체계라고 단정하고 있으나 사회적 행위론과 직접 관련이 있다고 보기 어렵다는 반론이 제시하기도 하였다.⁵¹⁾ 뿐만 아니라 범죄체계로는 합일체계에 반대하면서도 과실의 이중적 지위만큼은 긍정하는 학자들도 있다.⁵²⁾ 이처럼 과실의 체계적 지위를 놓고 변화의 와중에서 상당한 혼돈을 겪고 있음을 알 수 있다. 이러한 현실과 관련하여 사회적 행위론이 우리나라에서는 목적적 행위론을 비판하는 이론적 무기로 등장하면서 부지불식간에 목적적 행위론과 똑같은 존재론적 행위론으로 변용되어 신고전적·목적적 범죄체계의 합일태를 결정인자로 오도되기에 이르렀다. 최근까지 우리 나라에서 형법이론, 특히 행위론에 관련된 서술을 함에 있어, 마치 행위론으로부터 범죄체계가 논리일관하게 연역·도출되는 것이라는 듯한 인상을 심어주었다.⁵³⁾ 이처럼 행위론이 그 실제적인 기능과는 달리 범죄체계의 存在論的 決定因子로 오인되고 있는 오류는 1980년대에 이르러서 특히 金日秀가 범죄체계에 관한 방법론을 검토하기 시작하면서 제대로 규명되었다.⁵⁴⁾

4. 최근의 발전동향

신고전적·목적적 범죄체계는 구성요건적 과실을 단지 客觀的 注意義務違反으로만 보고 있기 때문에 과실범의 주관적 구성요건요소가 결여되지 않을 수 없고, 따라서 과실범의 경우 객관적 구성요건요소와 주관적 구성요건요소의 구분이 이 범죄체계에서는 애당초 불가능해진다는 난점이 있다.⁵⁵⁾ 때문에 독일에서는 다수설과 달리 객관

48) 沈在宇, "사회적 행위론", 법조 1975.7. 87면 이하; "형법학에 있어서 목적적 행위론과 사회적 행위론", 저스티스 1975. 110면 이하; "목적적 행위론에 대한 비판", 고대법률행정논집 제13집(1976.4), 175면 이하; "목적적 행위론의 행위개념에 대한 비판", 고시연구 1977.4; "목적적 행위론의 과실범체계에 관한 비판", 고시연구 8권 4호(1981.4), 87면 이하 등

49) 심재우의 연구에 대해 다각적으로 분석하고 있는 논문집으로는 김일수·배종대 편, 범치국가와 형법 -심재우선생의 형법사상에 대한 재조명-, 세창출판사, 1998.

50) 沈在宇, "刑法體系에 있어서 過失犯의 構造", 81면.

51) 李在祥, 앞의 책, 113면 주10; 李炯國, "합일태적 범죄론체계", 고시연구 1986.8. 145, 148면 이하 참조.

52) 金鍾源, "過失犯", 형사법강좌 1, 336면; 鄭盛根, 423면.

53) 沈在宇, "형법체계에 있어서 과실범의 구조", 고대 법률행정논집 제18집(1980.12), 59면이하.

54) 金日秀, "體系的 犯罪論에 관한 方法論的 一考察", 고대 法學論集 제21집(1983), 3면 이하.

55) 金日秀, 앞의 책, 942면.

적 주의의무위반을 과실의 구성요소가 아니라 단지 客觀的 歸屬의 척도로서 과실범의 객관적 구성요건요소가 되고, 그 대신 주관적 주의의무위반만이 과실의 본질적 요소로서 흔히 다수설이 생각하듯이 책임요소가 아니라 과실범의 주관적 구성요건요소가 된다는 새로운 견해가 주장되고 있다.⁵⁶⁾

이러한 견해는 주관적 주의의무, 즉 개별적인 豫見可能性과 回避可能性을 과실범의 주관적 구성요건요소로 파악함으로써 종래의 통설과는 달리 적어도 구성요건단계에서 고의범과 과실범체계의 이론적 구조가 같아지게 된다는 점에서 괄목한 만한 이론적 진전으로 평가받고 있다. 그러나, 객관적 주의의무위반을 과실개념에서 배제하여 객관적 구성요건요소의 자리에 배치하고, 주관적 주의의무위반을 책임영역에서 이끌어 내어 주관적 구성요건요소의 자리에 위치시킴으로써 故意의 二重意味와 평행한 과실의 이중의미를 확인할 길이 없고, 또한 책임의 영역에 단지 책임능력과 不法意識만이 남게되어 책임상황의 약화를 가져온다는 난점을 피할 수 없다. 이러한 문제점을 해소하기 위하여 金日秀는 故意와 過失의 체계적인 평형을 유지시키기 위해 형법상 과실을 주관적 과실, 즉 主觀的 注意義務違反으로 한정시키고, 과실범에서는 이 주관적 과실이 과실범의 구성요건에서 주관적 구성요건요소로서의 의미를 가질 뿐만 아니라 책임요소로서 過失責任의 구성요소로서의 의미도 갖는다고 한다.⁵⁷⁾ 이러한 견해는 종래 과실범의 구성요건요소이면서도 명확한 위치가 애매했던 객관적 주의의무위반을 과실의 구성요소가 아니라 고의범과 과실범에 공통되는 객관적 귀속의 척도로서, 행위결과와 구성요건적 귀속의 최저한의 한계를 긋는 객관적 구성요건의 한 요소로 자리매김함으로써 제자리를 정해주고 있다. 이러한 견해는 점점 동조자를 규합하고 있는 추세이다.⁵⁸⁾ 이러한 입장의 제시로 과실범이론의 발전은 체계상 막다른 골목까지 간 것이 아닌가 생각된다.

Ⅲ. 결 론

이상에서 살펴 보았듯이 우리나라에서 과실론의 발전에 획기적인 사고의 전환을 가져온 계기를 살펴보면 다음과 같이 요약할 수 있다.

첫째, 黃山德이 목적적 행위론을 소개하고, 이 목적적 행위론의 관점에서 과실을 책임형식 내지 책임조건으로만 파악하던 이전의 견해를 뒤집어 과실을 과실범의 구성요건요소로 전환시켰다는 점이다. 이 당시 김종원은 목적적 행위론의 입장을 가장 체제

56) Jakobs, S.263f. ; Stratenwerth, S.294ff. ; Samson, §15 Rdnr.13f. ; Triffterer, S.303f.

57) 金日秀, 앞의 책, 943면, 949면 이하.

58) 李用植, “客觀的 歸屬理論에 관한 일반적 논의”, 서울대 법학 1997.9, 제38권 2호(통권 104호), 134면.

적으로 서술하고 소개하였다.

둘째, 沈在宇가 목적적 행위론을 비판하면서 사회적 행위론을 정착시켰으며, 이 사회적 행위론의 관점에서 과실범의 구조를 조감하여 과실이 구성요건요소임과 동시에 책임요소로서의 이중기능을 갖고 있음을 밝혀낸 점이다. 황산덕이 우리나라 형법학계의 동면상태를 깨뜨리기 위하여 Welzel의 목적적 행위론을 소개하는데 노력하였다면, 심재우는 그 당시 폄하되었던 목적적 행위론의 문제점을 질타하고 사회적 행위론의 소개에 혼신을 다하였다. 실로 형법이론의 영고성쇠를 바라보는 듯 싶다.

셋째, 金H秀가 다수설과는 달리 형법상의 과실을 주관적 주의의무위반으로 순화시키고, 과실범에서는 이 주관적 과실이 불법과 책임에 대해 이중의 의미도 갖는다고 보았으며, 종래 과실범의 구성요건요소이면서도 그 명확한 위치가 애매했던 객관적 주의의무위반을 과실의 구성요소가 아니라, 고의범과 과실범에 공통된 객관적 귀속의 척도로서 객관적 구성요건요소로 위치시킨 점이다.

우리나라에서 형법이론의 전개는 초기에는 일본에 의존했지만, 1970년대 이후부터는 주로 독일에서 유학하고 돌아온 학자들에 의해 제2차 세계 대전 이후 특히 1970년 이후 독일형법이론의 성과들이 소개되기 시작했을 뿐만 아니라 한국형법이론의 일부로 사용되기에 이르렀다. 특히 1980년대 이후 한국형법학은 독일에서 유학하고 돌아온 소장학자들의 노력에 의해 일본형법학으로부터 탈피하려는 노력이 두드러지게 나타나고 있을 뿐만 아니라, 한국형법학의 독자적인 위상을 찾기 위한 새로운 논의가 진지하게 거론되고 있는 실정이다. 이러한 맥락에서 과실론의 전개도 주로 독일의 학설동향과 맞물려 진행되고 있음을 알 수 있으며, 또한 독일의 최근의 학술동향과 마찬가지로 우리나라의 과실론의 전개도 체계상 종착점에 도달한 것으로 여겨진다.