

목 차

I. 서론	379
1. 연구 목적	379
2. 연구 방법	382
II. 故意(犯)과 過失(犯)에 관한 약간의 先考察	384
1. 故意(犯)	384
1) 故意의 基礎概念	384
2) 故意의 知的 要素	387
2. 過失(犯)	392
1) 개념	392
2) 過失犯의 成立要件	395
3) 道路交通에서의 特殊問題	401
3. 交通犯罪의 法源	411
1) 형법상 교통범죄	411
2) 특별법상 교통범죄	412
III. 미필적 고의와 인식있는 과실의 구별에 관한 특수문제	420
1. 학설의 대립	420
1) 고의의 종류에서의 미필적 고의(未必的 故意)	420
2) 可能性說(Möglichkeitstheorie)	420
3) 蓋然性說(Wahrscheinlichkeitstheorie)	421

4) 容認說(Billigungstheorie)	422
5) 無關心說(Gleichgültigkeitstheorie)	423
6) 回避說(Vermeidungstheorie)	424
7) 決斷說(Entscheidungstheorie)	424
8) 甘受說 또는 愼重說	425
9) 기타의 견해	425
2. 우리나라 판례의 태도	426
1) “容認意思”를 강조한 판례	426
2) 未必的 ‘認識’을 강조한 판례	428
3. 분석 및 소결	431
IV. 외국에서의 논의	433
1. 日本의 경우	433
1) 의 의	433
2) 도로교통의 특수성	434
3) 추상적 위험범의 경우	435
4) 구체적 위험범(위태범)의 경우	437
5) 미필적 고의론	440
6) 도로교통법 제72조 1항 전단락의 구호의무위반과 고의	441
7) 미필적 고의의 판례	447
2. 獨逸의 경우	458
3. 英美의 경우	462
V. 도로교통법상 미필적 고의 적용사례의 범위	469
1. 사람(특히 경찰관)을 향한 자동차돌진행위	469

2. 자기차의 외부에 붙어있는 사람을 흔들어 떨어뜨린 경우	470
1) 단속경찰관을 떨어뜨린 경우	470
2) 운전자가 매달린 승객을 떨어뜨린 경우	471
3. 운전중 다른 차량에게 충돌한 경우	472
1) 나란히 진행하는 다른 운행차량에 자의로 근접함으로써 충돌된 경우	472
2) 반대차선의 차량과 충돌한 경우	472
3) 운전부적격상태에서의 운전으로 인한 교통사고	473
4. 피해자를 차체에 걸친 채 주행한 경우	474
5. 도주를 시도하다가 일어난 제2의 사고	475
6. 교통사고후 중상자를 방치하여 사망결과를 야기한 경우	475
1) 유기죄(유기치사상죄)의 성립	476
2) 살인죄의 성립	478
3) 미필적 고의	484
7. 피해자를 방치하였으나 그 선행행위가 적법한 경우의 특수 문제	484
8. 교통사고를 인지하고 뺑소니운전을 한 경우	486
9. 주취운전	489
1) 도로교통법상 주취운전죄의 경우	489
2) 주취상태에서의 범행	491
10. 과속으로 인한 사고	494
11. 중앙선침범사고	495
VI. 맺는 말	496
참 고 문 헌	499

표 차례

<표 1-1> 交通事故의 推移(1990년~1999년)	381
<표 1-2> 自動車 10,000臺當 死傷者數(1990년~1999년)	382
<표 1-3> 日本과의 交通事故 比較(1995년~1999년)	382
<표 2-1> 원인행위와 실행행위시 고의의 존재여부와 처리	410

I. 서론

1. 연구 목적

도로교통의 급격한 발전과 더불어 교통사고에 의한 사람의 사상은 커다란 사회문제가 되어오고 있다. 아래의 <표 1-1>에서 보는 바와 같이, 交通事故 發生件數는 1997년의 246,452件에서 1998년의 239,721件으로 減少하는 추세를 보였으나 1999년에는 275,938件으로 다시 增加하였다. 그리고 교통사고로 인한 死亡者數는 연간 9,057명(99년) 내지 13,429명(91년)에 이르고, 負傷者數는 402,967명(99년)에 달하는 것으로 나타났다. 특히 日本과 우리나라의 1995년부터 1999년까지의 최근 5년간 交通事故 發生件數, 死亡者數, 負傷者數와 人口 10萬名當 및 事故 1件當 死亡者數와 負傷者數를 比較하여 나타낸 아래의 <표1-2>는 그 심각성을 보여준다. 1999년의 경우 人口 10만명당 死亡者數를 보면 日本은 7.1명임에 비하여 우리나라는 19.8명이고, 負傷者數는 日本이 830.4명임에 비하여 우리나라는 851.3명이며, 事故 1件當 死亡者數는 日本이 0.011명임에 비하여 우리나라는 0.034명이다. 이같은 점에 비추어 볼 때 같은 交通事故라도 우리나라의 件當 人的被害 規模가 日本보다 월등히 크다고 할 것이며, 따라서 사회의 가장 基礎的인 秩序라고 할 수 있는 交通秩序의 確立이 무엇보다도 重要的 課題라 할 것이다.¹⁾

그런데 현재 도로교통법상 범죄는 거의 자동적으로 업무상 과실범으로 처리되고 있다. 그리고 교통사고범에 대해서는 교통사고처리특례법이 보험가입자를 위해 공소불제기의 특례조항을 두고 있다. 따라서 교통사고범의 많은 부분은 과실범으로조차도 공소제기되지 않고 종결되고 있는 실정이다. 이러한 영향으로 우리나라의 교통문화는 세계에서 가장 불량한 국가에 속하여 있고 운전자에 의한 인명경시풍조도 만연되어 있다. 심지어 고의적 성향이 강한 교통사범에 대해서도 소송결과는 대개 과실범으로 귀결되고 있다. 이처럼 교통범죄로 인한 실질적 피해가 매우 큼에도 불구하고 이렇게 형량이 낮은 과실범으로 귀결되는 관계로 상습위반사례는 늘어나고 있다. 과실범, 특히 과실상해죄(제266조:

1) 법무연수원, 범죄백서, 2001년.

500만원 이하의 벌금), 과실치사죄(제267조: 2년 이하의 금고), 업무상과실·중과실치사상죄(제268조: 5년 이하의 금고)의 법정형이 고의범으로서의 살인죄(제250조: 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역), 상해죄(제257조: 7년 이하의 징역), 폭행죄(제260조: 2년 이하의 징역, 형법 제261조의 특수폭행은 5년 이하의 징역)에 비해서 지나치게 가볍다. 비록 업무상과실·중과실치사상죄에 의해 어느 정도 법정형이 상승되었지만 고의범인 살인죄, 상해치사죄의 법정형에 비교하면 현저하게 가볍다.

이러한 문제점을 해결하기 위하여 과실범의 형을 고의범의 그것에 가깝게 하는 방법을 생각할 수 있으나, 이것은 발생한 결과의 중대성에 눈을 빼앗겨 과실범을 고의범과 동일시하고, 양자의 사이에 존재하는 죄책의 기본적인 차이를 경시하는 방향으로 나아갈 우려가 있다. 고의와 과실을 구별하고, 전자만을 원칙적인 형사책임의 근거로서, 과실은 지극히 예외적인 사례만으로 별한다고 하는 것은, 행위자가 야기한 결과 뿐만 아니라, 행위자의 의사의 내용에, 죄책의 정도를 단계 지우는 중요한 계기가 존재하는 것이 확인되었기 때문이다. 과실범 중에서 특히 情狀이 무거운 것이, 고의범 중에서 특히 정상이 가벼운 것보다도 무거운 형사책임을 지어야 하는 경우가 존재하는 것은 의심 없지만, 과실범인 이상, 아무리 정상이 악질이라 하더라도 통상의 고의범과 바로 동일시할 수는 없다. 과실치사범을 고의범의 살인자로서 각인하는 것은 타당하지 않다. 과실책임의 정도는 역시 고의보다는 일단 가벼운 것이라고 하지 않으면 안된다.

물론 행정형법 중에는 고의범과 과실범이 같은 법정형으로 규정되는 경우도 있지만, 이것은 행정위반을 억제하려는 합목적성이 주로 고려되고 고의입증이 곤란하다는 정책적 고려가 더하여져서 책임원리의 요구가 후퇴하는 행정법에 있어서 하나의 특색에 불과하다.

그런데 사람을 사상에 이르게 하는 교통사고 야기 운전자 중에는, 인명존중의 정신을 거의 볼 수 없을 것 같은 살인자와 동일시 해야 하는 악질인 자가 존재하는 것도 사실이다. 이러한 ‘악질’인 운전자의 형사책임은 오히려 고의범의 그것으로 생각해야 하는 경우가 아닐까? 이를 가능하게 하는 것이 미필적 고의의 이론이다.

형법이론상 미필적 고의와 인식있는 과실의 구별에 대해서는 여러 가지 견해가 제시되고 있다. 예컨대, 가능성설, 개연성설, (심정적) 용인설, 무관심설, 회피설, 결단설, 감수설(신중설) 등이 그것이다. 만약 (심정적) 용인설에 따르면 대형사고를 내는 자에게도

미필적 고의를 인정할 여지는 거의 없게 된다. 왜냐하면 대형사고를 내는 자도 결과발생을 희망하는 용인의 정서를 가지는 경우는 거의 없기 때문이다. 그런데 이러한 용인설은 학자들에 의해 비판을 받는다. 학자들의 유력설은 감수설이다. 이 감수설에 따르면 대형사고를 일으키는 자들의 일정 부분에 대해 미필적 고의를 인정할 여지를 가진다. 특히 감수설은 교통사고범에서도 미필적 고의를 인정할 수 있는 영역을 추출할 수 있을 것이다. 이를 통해 고의적 성향이 강한 교통범죄에 대해 엄격히 처벌한다면 교통안전에 대한 의식을 강화하고 중대 교통사고의 사전예방에 기여할 수 있을 것이다. 본 연구의 목적도 바로 여기에 있다.

<표 1-1> 交通事故의 推移(1990년~1999년)

區分 年度	發生件數 (件)	死 亡 (名)	負 傷 (名)	財産被害 (百萬元)	交通警察官 (名)
1990	255,303 (100)	12,325 (100)	324,229 (100)	213,813 (100)	6,625 (100)
1991	265,964 (104)	13,429 (109)	331,610 (102)	249,226 (117)	7,600 (115)
1992	257,194 (101)	11,640 (94)	325,943 (101)	278,845 (130)	8,454 (128)
1993	260,921 (102)	10,402 (84)	337,679 (104)	348,196 (163)	9,133 (138)
1994	266,107 (104)	10,087 (82)	350,892 (108)	391,629 (183)	9,482 (143)
1995	248,865 (97)	10,323 (84)	331,747 (102)	403,683 (189)	10,104 (153)
1996	265,052 (104)	12,653 (103)	355,962 (110)	483,003 (226)	10,147 (153)
1997	246,452 (97)	11,603 (94)	343,159 (106)	516,351 (241)	9,992 (151)
1998	239,721 (94)	9,057 (73)	340,564 (105)	417,496 (195)	9,888 (149)
1999	275,938 (108)	9,353 (76)	402,967 (124)	462,758 (216)	10,349 (156)

註：1. 交通事故統計.
 2. () 안은 指數.
 3. 發生件數는 人的被害 交通事故의 件數.

<표 1-2> 自動車 10,000臺當 死傷者數(1990년~1999년)

年度 區分	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
死亡	36	32	22	17	14	12	13	11	9	8
負傷	955	781	623	538	474	392	373	330	325	361

註：交通事故統計.

<표 1-3> 日本과의 交通事故 比較(1995년~1999년)

年度	發生件數		死亡者						負傷者					
			實數		人口10萬名當		事故1件當		實數		人口10萬名當		事故1件當	
	日本	韓國	日本	韓國	日本	韓國	日本	韓國	日本	韓國	日本	韓國	日本	韓國
1995	761,789	248,865	10,679	10,323	8.5	23.0	0.014	0.041	922,677	331,747	734.8	739.7	1.21	1.33
1996	771,084	265,052	9,942	12,653	7.9	27.3	0.013	0.048	942,203	355,962	748.6	766.6	1.22	1.34
1997	780,399	246,452	9,640	11,603	7.6	24.7	0.012	0.047	958,925	343,159	760.1	731.9	1.23	1.39
1998	803,878	239,721	9,211	9,057	7.3	19.3	0.011	0.038	990,675	340,564	783.2	724.7	1.23	1.42
1999	850,363	275,938	9,006	9,353	7.1	19.8	0.011	0.034	1,050,397	402,967	830.4	851.3	1.24	1.46

註：1. 交通事故統計 및 日本 犯罪白書.

2. 日本의 死亡者數는 交通事故 發生後 24시간 이내에 死亡한 者를 말하며, 自動車의 數에는 原動機裝置自轉車數가 포함됨.

2. 연구 방법

이상의 연구를 위해 우선 문헌조사방법을 통해 기존의 연구성과와 관련자료들을 검토하였다. 특히 미필적 고의와 인식있는 과실의 구별에 관한 이론을 심도있게 탐구하여 교통사범 중에서 미필적 고의자를 가려낼 수 있는 표지를 추출하고자 하였다. 그리고 설득력있는 결론을 도출하기 위해서 다른 나라의 사례, 재판실무 및 관련이론을 비교·검토하여 선진 외국수준에 접근할 수 있는 내용을 추구하고자 하였다.

본 연구의 주요내용은 다음과 같이 요약될 수 있다. 우선 도로교통법상 미필적 고의

적용범위에 관한 연구의 필요성과 당위성을 제시하였다. 다음으로 이 문제를 풀기위한 이론적 기초로서 고의범과 과실범에 대한 약간의 고찰을 행하고 이어 미필적 고의와 인식있는 과실의 구별에 관한 관련이론을 심도있게 탐구하였다. 특히 이와 관련된 우리나라의 기존논의를 낱낱이 소개하는 것은 물론이고 외국의 관련이론도 새로이 심도있게 연구하여 소개하였다. 다음으로 외국과 우리나라의 관련사례를 분석하였다. 이를 통해 도로교통법상 미필적 고의를 인정할 수 있는 유형을 추출하였다. 이러한 분류된 유형에 대하여 외국 및 우리나라의 사례를 토대로 도로교통법상 미필적 고의 적용여부에 대한 의견을 제시하였다.

II. 故意(犯)과 過失(犯)에 관한 약간의 先考察

1. 故意(犯)

1) 故意의 基礎概念

고의의 개념은 고의의 본질을 어떻게 보느냐에 따라 달리 정의된다. 고의의 본질에 관하여는 의사설(Willenstheorie)과 인식설 또는 표상설(Vorstellungstheorie)의 대립이 있다. 의사설은 구성요건을 실현하려는 의사가 있을 때에 고의를 인정하는 설이고, 인식설 또는 표상설은 구성요건실현에 관한 인식 또는 표상만 있으면 고의를 인정하는 설이다. 이 중에서 인식설을 철저히 할 경우에는 아무런 의사적 요소가 없는 인식있는 과실이 모두 고의에 포함되어 고의의 범위가 부당하게 확대된다. 이러한 부당함 때문에 오늘날 인식설을 지지하는 견해는 거의 없다고 볼 수 있다. 또한 지적 요소를 전혀 무시해도 좋다는 의미의 의사설을 주장하는 자도 없다. 오늘날의 통설화된 견해는 고의는 지적 요소와 의적 요소를 모두 갖추어야 비로소 인정된다는 의미의 의사설에 기초하고 있다고 볼 수 있다. 문제는 고의가 인정되기 위해서는 의적 요소가 어느 정도 있어야 하는가이다. 고의의 종류에는 결과 「의욕」의 의사를 요하는 고의, 단순히 결과발생의 감수의사로 족한 고의 등의 다양성이 있다. 따라서 고의의 종류에 관계없이 통용되는 일반개념으로서 「고의란 객관적 구성요건요소를 인식하고 이를 실현하려는 의사이다」고 정의를 내릴 수 있다. 이렇게 보면 형법 제13조가 고의의 개념을 「죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다」로 규정하여 지적 요소만을 고의개념의 구성요소로 한 것은 잘못이다.

구성요건실현에 대한 인식과 의사라는 고의의 양 요소는 행위시에 존재하여야 비로소 고의범은 인정될 수 있다. 반면에 행위 이전에 양요소를 충족하였으나 행위시에는 단절되어 있는 소위 事前故意(dolus antecedens)에 대해서는 -미수 내지 기수에 해당하는 실행적- 고의범은 인정될 수 없다(예비죄의 인정은 가능함). 다만 그 사전고의가 행위시까지 연결된 경우에는 정형적으로 고의범이 성립될 수 있는 경우가 된다. 그리고 행위

후에 비로소 가지게 된 事後故意(dolus subsequens)에 대해서도 고의범의 성립은 불가능하다. 예컨대 교통사고를 낸 사실을 모르고 사고장소를 떠난 후 알게 되어도 소급하여 고의의 도주운전죄는 구성되지 않는다.

오늘날의 통설화된 견해에 의하면 행위자의 정신적·심리적 태도에 연관된 주관적인 것도 구성요건에 포함되어 있다. 이렇게 구성요건의 요소로서 포함된 주관적 측면을 주관적 구성요건요소라고 한다. 그러나 주관적 구성요건요소로서 다툼 없이 인정되는 영역은 목적범에서의 목적, 경향범에서의 경향, 표현범에 있어서 표현과 같이 특별한 범죄에만 국한된다. 이에 반해 일반범죄에서 범죄성립의 요소로서 요구되는 고의 또는 과실이라는 주관적 요소가 구성요건요소인지 책임요소인지에 대해서는 이론의 다툼이 있다. 이러한 논쟁에 불을 붙인 이론이 목적적 행위론이다.

종래 인과적 행위론의 범죄체계는 객관적인 것은 불법으로 주관적인 것은 책임으로 양분하는 체계였다. 즉 불법에 속하는 행위에는 단순히 有意性만을 요건으로 하였을 뿐, 의사의 내용에 해당하는 고의는 책임요소 또는 책임형식에 지나지 않았다. 그런데 인과적 행위론자 가운데도 미수범에 있어서는 어떤 구성요건이 문제되느냐가 고의에 의하여 결정되지 않을 수 없으므로 고의가 주관적 불법요소임을 인정하는 학자도 있었다.

목적적 행위론을 주장한 Welzel은 고의의 실질인 행위자의 의사내용을 행위요소로 보기 때문에 고의는 단순한 책임조건이 아니라 주관적 구성요건요소가 되지 않을 수 없다고 하였다. 따라서 Welzel에 의하여 특수범죄에서 인정되던 개별적 주관적 구성요건요소 이외에 종래 일반범죄의 책임요소로 있던 고의가 주관적 구성요건요소로 이해되게 되었다.

그리고 우리나라에서는 고의는 주관적 구성요건요소임과 동시에 책임요소로서의 이중의 지위를 가진다는 견해가 지배적으로 통용되고 있다. 즉 이 견해는 고의를 고의범으로서의 불법을 결정하는 행위형태와 고의범으로서의 책임을 결정하는 책임형태로 나누어 본다. 전자는 외적인 범행경과에 대한 행위자의 지적·의적 관련성이 있을 때 인정되는 고의이고, 후자는 행위자가 범질서에 대해 의식적으로 잘못된 태도를 가졌을 때 인정되는 고의이다. 따라서 구성요건요소로서의 고의는 행위반가치를, 책임요소로서의 고의는 심정반가치를 나타낸다. 행위자는 양자를 모두 가질 수도 있고, 구성요건적 고의는 있으나 책임고의는 탈락되는 경우도 있다. 이 견해를 취하는 자는 후자에 해당하는 것으로서

오상방위의 경우를 든다. 생각건대, 고의의 이중적 지위설 그 자체는 설득력을 지닌 것으로 판단된다. 그러나 이 설은 고의불법까지 인정하면서 고의책임이 탈락되는 경우에 그 처벌을 어떻게 할 것인가의 어려운 문제점을 동시에 내포하고 있다. 왜냐하면 현행법에는 불법 및 책임의 양자가 고의범인 것과 불법 및 책임의 양자가 과실범인 것에 대한 법정형은 존재하여도 불법까지는 고의범인데 책임에서는 과실범인 것에 대한 법정형은 존재하지 않기 때문이다.

고의의 종류는 고의의 요소, 즉 구성요건실현에 대한 인식이라는 지적 요소와 구성요건실현에 대한 의적 요소의 강도에 따라 나누어진다. 그런데 종래 고의의 종류는 확정적 고의와 불확정적 고의로 구분하고, 불확정적 고의는 미필적 고의, 택일적 고의 및 개괄적 고의로 세분하였다.²⁾ 확정적 고의란 구성요건의 실현을 행위자가 인식하였거나 확실히 예견했을 때 인정되는 고의이고, 불확정적 고의란 구성요건에 대한 인식 또는 예견이 불명확한 경우에도 인정되는 고의라는 것이다. 이는 행위자의 知的 側面을 중심으로 고의의 종류를 구분한 것으로서 고의의 본질이 의사에 있다는 의사설에 상응하지 못한 옛날의 구분방법이다. 오늘날의 고의구분은 오히려 행위자의 의적 요소를 기준으로 이루어지는 것이 일반적 태도이다. 이에 의하면 고의는 (i) 목표·의도(Absicht)·제1급의 직접 고의, (ii) 知情故意·제2급의 직접고의, (iii) 미필적 고의(bedingter Vorsatz)로 구분된다. 의도 또는 제1급의 직접고의란 행위자가 구성요건의 실현을 직접적 목표 또는 중간 목표로서 의욕했을 때 인정되는 고의(즉 지적 요소와는 관계없이 의적 요소가 최고로 강한 경우에 인정되는 고의)이고, 지정고의 또는 제2급의 직접고의란 행위자가 구성요건의 실현을 최강도로 의욕하지는 않았으나 자신의 행위로 구성요건이 실현된다는 것을 확실히 알고 감수했을 때 인정되는 고의이며(즉 의적 요소는 다소 약하지만 지적 요소가 확실한 고의), 미필적 고의란 구성요건실현의 가능성만을 인식하고 그 실현을 감수하는 의사만 있을 때 인정되는 고의(즉 지적 요소와 의적 요소가 모두 약한 고의)를 말한다.

2) 이렇게 구분한 이재상, 형법총론(제4판), 158면.

2) 故意의 知的 要素³⁾

고의의 지적 요소는 행위자가 객관적 구성요건요소가 되는 모든 것을 인식하는 것이다. 그런데 객관적 구성요건요소는 기술적인 사실도 있고, 규범적인 의미도 있다. 고의는 객관적 구성요건요소 전부에 대한 인식이 있어야 한다. 행위의 주체, 행위의 객체, 결과, 행위의 태양 등이 보편적인 객관적 구성요건의 사실요소이다. 예컨대 강도죄는 「폭행·협박하여 타인의 재산을 강취한 자는 ---에 처한다」고 규정되어 있는 바, 여기에서 「폭행·협박·강취」는 행위의 태양이고, 「타인의 재산을」은 행위의 객체이며, 「재산을 강취한」은 결과이고, 「者는」은 행위의 주체에 해당한다. 행위자는 이러한 모든 객관적 구성요건의 사실요소를 인식하여야 비로소 고의범이 된다.

그리고 가중적 구성요건의 경우에 고의는 형의 가중요소에 대한 인식이 요구된다. 왜냐하면 형법 제15조 1항이 「특별히 중한 죄가 되는 사실을 인식하지 못한 행위는 중한 죄로 벌하지 아니한다」고 규정하였기 때문이다. 형법 제15조 1항은 원칙적으로 동종의 범죄 사이에 가중관계가 있을 때를 규정한 것이나 이 조항은 죄질을 같이 하는 범죄 사이에도 적용되어야 한다는 것이 일반적 태도이다. 즉 타인이 점유하고 있는 재물이라는 인식없이 점유이탈물로 알고 가져간 경우에는 점유이탈물횡령죄가 성립한다는 것이다. 그리고 형법 제15조 1항은 기본적 구성요건과 감경적 구성요건 사이의 관계에서도 준용될 수 있다. 행위자가 형을 감경하는 구성요건요소가 존재하는 것으로 오인한 경우, 즉 기본구성요건요소를 인식하지 못한 경우에 기본구성요건의 고의범으로 처벌할 수 없고 감경적 구성요건의 고의범으로 처벌할 수 있을 뿐이다. 예컨대 타인의 축탁이 있는 것으로 오인하여 살해한 경우에는 축탁 승락살인죄로 처벌한다는 것이다.

그리고 결과범에 있어서는 인과과정에 대한 인식여부도 고의의 성립에 영향을 끼칠 수 있다. 이에 반하여 결과적 가중범에 있어 행위자가 발생된 가중결과에 대하여 인식하지 못하여도 결과적 가중범은 성립한다. 왜냐하면 결과적 가중범은 기본행위에 대한 고의가 있고, 발생된 가중결과에 대해서 과실만 있더라도 성립되는 범죄이기 때문이다. 또한 단순한 처벌조건이나 소추조건은 범죄성립을 위한 구성요건요소가 아니므로 그에 대

3) 고의의 의적 요소는 아래의 미필적 고의와 인식있는 과실의 구별문제에서 상세히 다루어질 것이다.

한 인식은 고의의 내용이 되지 않는다.

규범적 구성요건요소의 경우에는 그에 대한 의미인식이 있어야 고의범이 성립한다. 예컨대, 행위자는 유가증권위조죄(제214조)에서 「유가증권」, 절도죄 내지 횡령죄에서 「타인의」 재물 등과 같은 규범적 구성요건요소에 대해서도 그 의미를 인식하고 행위하여야 고의범이 성립된다. 즉, 규범적 구성요건요소에 대하여 전혀 인식이 없는 경우에는 구성요건적 고의가 없는 경우이다. 우리나라 ‘대판 1983.9.13, 83도1762’이 “절도죄에 있어서 재물의 타인성을 오신하여 그 재물이 자기에게 취득(벌린 것)할 것이 허용된 동일한 물건으로 오인하고 가져온 경우에는 범죄사실에 대한 인식이 있다고 할 수 없으므로 범의가 조각되어 절도죄가 성립하지 아니한다”는 판시와 ‘대판 1989.1.17, 88도971’이 “절도의 범의는 타인의 점유하에 있는 타인소유물을 그 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 점유하에 이전하는 데에 대한 인식을 말하므로, 타인이 그 소유권을 포기하고 버린 물건으로 오인하여 이를 취득하였다면 이와 같이 오인하는 데에 정당한 이유가 인정되는 한 절도의 범의를 인정할 수 없다”고 판시한 것은 타당하다. 다만 후자의 판례가 오인한 것에 대해 정당한 이유가 있는 것을 조건으로 고의를 부정한 것은 타당하지 않다. 고의는 재물의 타인성에 관한 인식과 의사라는 존재적 사실개념이지 그 정당성 여부에 따라 달라지는 평가개념은 아니기 때문이다.

문제는 규범적 구성요건요소에 대한 의미평가를 잘못된 경우이다. 이 경우에 행위자는 어느 정도의 의미평가를 하여야 고의범이 성립될 수 있는가의 문제가 발생한다. 통설적 견해에 의하면 여기서 요구되는 행위자의 의미 인식은 소박한 평균인이 내리는 가치평가(Parallelbewertung in der Laiensphäre)에 의한 인식이면 족하다. 만약 그렇지 않다면 법률가만이 그 의미를 인식할 수 있고 따라서 법률가만이 고의범이 될 수 있기 때문이다. 따라서 소박한 평균인이 그 의미를 인식할 수 있는 것을 행위자가 법문의 의미를 오해하여 구성요건에 해당하지 않는다고 해석한 경우에도 고의의 성립에는 영향이 없다. 이와같이 규범적 구성요건요소에 대한 해석을 잘못하여 자기의 행위가 허용된다고 오신한 경우를 包攝의 錯誤라 부르고, 소박한 평균인의 능력에도 못미치는 포섭의 착오는 고의의 성립에 영향을 미치지 못하는 금지착오로 본다. 이 경우에는 횡령죄의 고의성립에는 영향이 없고 착오에 정당한 이유가 있는 경우에만 책임이 조각될 뿐이다.

고의의 지적 요소와 관련하여 사실의 착오가 문제된다. 형법에 있어서의 착오란 행위

자가 어떤 객관적인 범죄요소를 전혀 인식하지 못하는 경우(즉 不知)와 주관적으로 인식하였으나 그 인식한 것과 객관적으로 실제한 것이 不一致하는 경우를 말한다. 또한 착오에는 현실적으로 존재하지 않는 범죄요소를 존재한다고 생각하는 것과 현실적으로 존재하는 범죄요소를 존재하지 않는 것으로 생각하는 2가지가 있을 수 있다. 전자를 적극적 착오라 하고, 후자를 소극적 착오라 한다. 전자의 경우에는 환각범, 불능범 또는 미수범의 문제가 발생한다. 반면에 전형적인 형법상의 착오문제는 후자의 경우에 발생한다. 구성요건적 착오란 구성요건요소를 인식하지 못한 경우와 인식한 것과 실제하는 것이 불일치하는 경우를 말한다. 구성요건요소를 인식하지 못하는 구성요건적 착오의 경우에 그 효과는 행위자가 기술적 구성요건요소를 인식하지 못하였는가 규범적 구성요건요소를 인식하지 못하였는가에 따른 차이가 없다. 그러나 인식과 실재가 불일치하는 경우에는 여러 문제점이 발생한다.

종래 독일제국재판소는 착오를 사실의 착오와 법률의 착오로 나누고, 전자의 착오에는 경우에 따라 고의를 조각시킬 수도 있으나, 후자의 착오에는 「법률의 부지는 변명되지 않는다」는 원칙에 따라 고의의 성립에 영향을 미치지 못하는 것으로 보았다. 여기서의 사실이란 구성요건에 기술된 감지 가능한 사실만을 의미하고, 구성요건의 규범적 요소나 행위의 위법성에 관한 착오는 법률의 착오로 보았다. 그러나 이 견해에 의하면 규범적 구성요건요소를 인식하지 못한 不知도 법률의 착오로 보게 되는 잘못이 있다. 이러한 잘못을 시정하기 위하여 독일연방재판소는 그 이후에 착오를 구성요건적 착오와 금지착오로 나누었다. 이에 의하면 규범적 구성요건요소의 不知도 고의를 조각하는 구성요건적 착오로 포함시켰다. 우리 형법은 착오를 사실의 착오와 법률의 착오로 나누나 그 효과는 구성요건적 착오와 금지착오의 구분에 따라 해석하는 것이 타당할 것이다.

구성요건요소를 구성하는 개개요소에 관하여 행위자가 인식한 것과 실제로 진행 및 발생된 것이 불일치하는 경우에는 항상 고의가 조각되는 것이 아니다. 여기서 인식한 것과 현실로 발생한 것 사이에 어느 정도 일치하여야 고의범이 성립하고, 역으로 어느 정도 불일치하여야 고의를 조각할 수 있는가의 문제가 대두된다. 사실의 착오는 목적의 착오(객체의 착오), 방법의 착오(타격의 착오) 및 인과과정의 착오로 나눌 수 있다. 객체의 착오는 행위자가 인식한 인과과정에 따라서 예정된 객체에 그대로 행위가 작용하였으나 그 자리에 있는 객체가 자신이 생각하지 못했던 다른 객체인 경우에 인정된다. 반면에

방법의 착오는 행위자가 인식한 인과과정에서부터 다르게 진행되어 자신이 생각하지 못했던 다른 자리의 객체에 행위가 작용한 경우에 인정된다. 그런데 우리나라 ‘대판 1984.1.24, 83도2813’은 피고인이 그의 조카를 등에 업고 있는 형수를 살해하기 위하여 몽둥이로 후려쳤으나 등에 업혀 있던 조카가 맞아서 사망한 사안에 대해서 “--소위 타격의 착오가 있는 경우라 할지라도 행위자의 살인의 범의 성립에 방해가 되지 아니한다”는 취지로 판시하였다(상기사례를 판례와 같이 방법의 착오로 보게 되면 법적 부합설을 취하여야 조카의 사망에 대한 살인고의가 인정될 수 있다. 반면에 구체적 부합설을 취하게 되면 형수에 대한 살인미수와 조카에 대한 과실치사의 상상적 경합이 될 것이다. 우리나라 판례는 앞의 법적 부합설을 취한 것이다). 그러나 이 사례는 방법의 착오문제 이전에 피고인이 행위시에 이미 조카에 대해서도 고의가 있었다고 해석하는 것이 더욱 타당할 것이다. 형수가 등에 조카를 업고 있었다면 피고인은 몽둥이를 휘두를 당시 잘못하면 조카가 맞을 수 있다는 것을 충분히 인식할 수 있었고 그렇게 되더라도 감수하겠다는 의사가 있었다고 보아야 하는 것이다. 이렇게 보면 이 사안은 방법의 착오 문제가 될 수 없다. 그리고 피고인이 하사관을 살해할 목적으로 발사한 총탄이 이를 제지하려고 피고인 앞으로 뛰어든 병장에게 명중되어 그 병장이 사망한 ‘대판 1975.4.22, 75도727’의 사안에 대해서도 피고인이 병장이 뛰어드는 것을 보고서도 그렇게 행동하였다면 동일하게 해석할 수 있을 것이다. 그러나 뛰어드는 것을 보지 못하였다면 방법의 착오 문제가 될 것이다.

객체의 착오와 방법의 착오는 다시 구체적 사실의 착오와 추상적 사실의 착오로 나누어 볼 수 있다. 전자는 행위자가 인식한 사실과 현실로 발생한 사실이 동일한 구성요건에 속할 때 인정되는 착오를 말하고, 후자는 인식한 사실과 현실로 발생한 사실이 다른 구성요건에 속할 때 인정되는 착오를 말한다. 그런데 살인기수를 생각하였는데 동일한 객체에 대한 살인미수만이 발생한 경우에는 구체적 사실에 관한 착오로 보아야 한다. 그리고 동일한 범죄내에서 형을 가중감경하는 요소 사이에서의 착오는 국내에서 일반적으로 추상적 사실에 관한 착오로 다루어진다. 그러나 형의 가중감경요소에 대한 착오는 공통되는 부분까지는 구체적 사실에 관한 착오, 그것을 초과하는 부분에 대해서는 추상적 사실에 관한 착오를 각각 인정하여 결국 양자가 결합된 것으로 이해하는 것이 가장 정확하다. 이와는 달리 인과과정의 착오는 행위자가 예상한 인과과정과 다른 인과과정을

거쳐서 동일한 객체에 행위가 작용된 경우에 인정된다. 인과과정의 착오는 객체가 동일하다는 점에서 인식객체와 발생객체가 서로 다른 객체의 착오 및 방법의 착오와는 다른 것이다. 사실의 착오유형 중에서 객체의 착오와 방법의 착오는 문제되는 객체가 복수인데 반하여 인과과정의 착오는 객체는 하나에 불과하다. 따라서 그 해결에서도 객체의 착오와 방법의 착오에 대해서는 아래와 같은 학설에 의해 공통으로 설명되지만, 인과과정의 착오는 별개이론으로 정립되어야 한다.

우선 객체의 착오와 방법의 착오를 해결하는 견해로는 구체적 부합설과 법정적 부합설로 대별될 수 있다. 구체적 부합설은 행위자가 인식한 사실과 실제로 발생한 사실이 구체적으로 부합하는 경우에 한하여 발생한 사실에 대해서도 고의를 인정하는 견해이다. 독일의 통설에 해당하는 견해이다. 이 설의 특징은 구체적 사실에 관한 객체의 착오인 경우에는 인식사실과 발생사실의 구체적 부합성을 인정하고 따라서 발생사실에 대해서도 고의를 인정하나, 구체적 사실에 관한 방법의 착오인 경우에는 인식사실과 발생사실의 구체적 부합성을 부정하고 따라서 발생사실에 대해서는 고의를 인정하지 않는다. 후자의 경우에 인식사실에 대해서는 고의를 가지고 실행에 착수했으므로 미수범이 되고, 발생사실에 대해서는 고의 없이 결과를 야기했으므로 과실범이 되어 양자는 하나의 행위로 두가지 구성요건을 충족하는 상상적 경합관계에 있게 된다. 추상적 사실의 착오인 경우에 이 설은 발생사실에 대하여 고의를 인정하지 않는다. 다음으로 법정적 부합설은 인식한 사실과 발생한 사실이 동일한 구성요건 또는 동일한 죄질에 속하면 발생한 사실에 대해서도 고의를 인정하는 견해이다. 우리나라의 통설이다. 이 설은 추상적 사실의 착오인 경우에 발생사실에 대한 고의를 부정하는 점에서 구체적 부합설과 동일하다. 그런데 법정적 부합설에는 구성요건부합설과 죄질부합설이 있는데, 이 중에서 죄질부합설은 상이한 구성요건 사이에도 죄질이 동일한 경우에는 고의의 성립을 인정한다. 따라서 죄질부합설은 가감적 구성요건 사이는 물론이고 절도죄와 점유이탈물횡령죄 사이에서도 고의를 인정한다. 그리고 법정적 부합설은 구체적 사실에 관한 객체의 착오는 물론 방법의 착오인 경우에도 발생사실에 대한 고의를 인정하는 점에서는 구체적 부합설과는 다르다. 그리고 추상적 부합설은 구체적 사실의 착오인 경우에 고의(기수)를 인정하는 점에서 법정적 부합설과 동일하나, 인식한 사실과 발생한 사실이 추상적 사실에 관한 상위라 하더라도 경한 범죄에 대해서는 고의기수의 책임을 인정해야 한다는 견해이다. 이 설

은 추상적 사실에 관한 착오에서 인식사실이 경한 경우에는 결과가 발생하지 않았음에도 불구하고 기수를 인정하여야 하고(예컨대 동물인줄 잘못 알고 사람을 쏘아 죽인 경우에는 손괴기수와 과실치사의 상상적 경합범), 발생사실이 경한 경우에는 고의 없이 결과가 발생하였음에도 불구하고 고의범을 인정하여야(예컨대 사람인줄 잘못 알고 동물을 쏘아 죽인 경우에는 살인미수와 고의손괴죄 기수의 상상적 경합) 하는 것으로서 형법이론에 맞지 않는 부당한 견해이다.

인과과정의 착오는 행위자가 인식한 인과과정과 실제로 진행된 인과과정이 불일치한 경우를 말한다. 예컨대 갑이 을을 익사시키기 위하여 그를 다리 밑으로 밀었는데 을은 갑의 생각과는 달리 떨어지면서 교각에 머리를 부딪혀 뇌진탕으로 죽은 경우가 여기에 해당한다. 결과범에 있어서는 인과관계도 객관적 구성요건요소이므로 나타난 인과과정이 행위자가 인식한 것과 같아야 완벽한 고의범이 된다. 그러나 실제의 인과과정은 행위자가 인식한 인과과정과 100% 동일하게 진행되지 않는 것이 보통이다. 여기서 어느 정도의 불일치가 있는 경우에 고의의 성립이 부정되는가가 문제된다. 통설적 견해에 의하면 양자의 상위가 본질적인 경우에만 고의가 부정되고, 그 차이가 일반적인 경험칙에서 예견할 수 있는 정도의 비본질적인 경우에는 고의의 성립에 영향이 없다.

2. 過失(犯)

1) 개념

刑法 제14조는 “正常的의 注意를 태만함으로 인하여 罪의 成立要素인 事實을 認識하지 못한 行爲는 法律에 특별한 規定이 있는 경우에 한하여 處罰한다”는 내용으로 과실범을 規定하고 있다. 여기서 正常的의 注意를 태만함으로 인하여 罪의 成立要素인 事實을 認識하지 못하는 것이 과실(Fahrlässigkeit)의 표지에 해당한다. 이와 같이 사회생활에서 요구되는 注意義務를 違反함으로써 그 의사에 반하여 構成要件的 結果가 발생하는 경우에 處罰되는 犯罪를 過失犯이라 한다. 過失犯은 法律에 특별한 規定이 있는 경우에만 例外的으로 處罰된다. 그런데 우리 형법은 실화죄(제170조), 과실일수죄(제181조), 과실교통

방해죄(제189조 1항), 과실치사상죄(제266조), (업무상·중과실)과실장물취득죄(제364조)를 규정하고 있다. 이렇게 처벌규정은 적지만 여기에 해당하는 실제사례는 수많은 교통사고, 의료사고 등에서 보는 바와 같이 고의범 못지 않게 엄청나다.

우선, 과실은 認識없는 過失과 認識있는 過失로 구분될 수 있다. 認識없는 過失은 行爲者가 注意義務의 違反으로 인하여 構成要件이 실현될 수 있는 가능성을 아예 認識하지 못한 경우의 過失이다. 반면에 認識있는 過失은 구성요건실현의 가능성을 認識하였으나 그 실현에 대한 의사가 없는 경우의 過失이다. 그런데 우리 형법 제14조는 마치 인식없는 과실만을 규정하고 있는 것 같으나, 인식있는 과실도 여기에 포함시켜야 한다. 그리고 과실범은 구성요건실현에 대한 의사가 없는 점에서 고의범과 구별되므로, 결국 인식있는 과실과 미필적 고의는 의적 요소의 존부에 의해서 구분된다. 인식있는 과실과 인식없는 과실은 刑法上 범죄성립의 문제에 있어서는 동일하게 평가된다.

다음으로 과실은 一般過失과 業務上 過失 및 重過失로 나눌 수 있다. 우리나라 실정법이 명시한 과실의 종류는 보통과실(학자에 따라서는 보통과실을 업무상 과실에 대응되는 개념으로만 사용하고, 중과실에 대응되는 개념으로는 경과실이라는 용어를 사용하기도 함), 업무상 과실, 중과실로 구분된다. 業務上 過失이란 일정한 업무에 종사하는 자가 그 업무상 일반적으로 요구되는 注意를 태만히 한 경우의 過失이다. 일정한 사회적 지위에 기하여 계속적으로 종사하는 업무자는 보통인보다 높은 주의능력을 가지므로 그에 의한 주의의무위반은 더 무겁게 처벌된다. 그리고 重過失이란 극히 근소한 注意만 하였더라면 過失발생을 예견할 수 있었음에도 불구하고 不注意로 이를 예견하지 못한 경우의 過失이다. 예컨대, 연탄보일러의 가까이에 가연물질을 두고 떠나서 화재가 일어난 경우에는 중실화죄(대판 1988.8.23, 88도855), 안수기도 중 연약한 노인과 어린이의 배와 가슴을 상당히 오랫동안 가격하여 결국 죽음에 이르게 한 경우에 중과실치사죄(대판 1997.4.22, 97도538)의 성립이 인정될 수 있다. 그러나 호텔오락실 경영자가 전기보안담당자에게 통고하지 않고 무자격 전기기술자로 하여금 형광등을 설치케 하다가 화재가 난 경우에 중실화죄를 인정하기 어렵고(대판 1989.10.13, 89도204), 같이 술을 먹던 일행이 러시아를렛을 하다가 한 명이 죽은 경우에 이를 즉시 말리지 못한 동료에게 중과실치사죄를 인정하기도 어렵다(대판 1992.3.10, 91도3172). 중과실은 보통과실 보다 행위 반가치가 중하므로 당연히 가중처벌될 수 있다. 이렇게 업무상 過失과 重過失은 一般過

失에 비하여 刑이 加重되지만(즉 가중적 구성요건), 장물취득죄의 보통과실에 대해서는 아예 처벌규정이 존재하지 않고 업무상 과실과 중과실에 대해서만 처벌규정이 존재하므로 여기서의 업무상 과실과 중과실은 가중적 구성요건요소가 될 수 없다.

過失犯의 성립에는 犯罪事實의 결과가 行爲者가 正常의 注意를 태만히 한 것에 기인함을 요하는 바, 이러한 注意義務違反, 즉 不注意가 곧 過失犯의 본질이다. 그런데 과실의 體系的 地位에 대해서는 다음과 같은 견해의 대립이 있다. 因果的 行爲論에 의하면 주의의무위반(過失)은 故意와 마찬가지로 心理的·主觀的 要素로서의 責任條件에 불과하다고 한다. 이에 따르면 과실범의 불법은 단지 위법성조각사유가 없는 결과야기에 있다는 것이다. 그러나 이 설은 과실범의 구성요건을 결과, 행위, 양자의 인과관계만으로 보는 것은 부당하다는 비판을 받는다. 특히 이 설은 운전 중 오직 상대방의 잘못으로 사고가 일어난 경우에도 운전행위에 대해 위법하다는 납득할 수 없는 평가를 하여야 한다. 주의의무위반의 과실은 책임단계에 앞선 위법성요소라는 견해가 新過失論이라는 이름으로 소개되고 있다. 그러나 주의의무위반을 불법(위법성)요소로 이해할 경우에 그것은 - 불법(위법성)을 조각하는 것이 아니라- 불법(위법성)을 구성하는 요소로 보아야 한다. 즉 불법구성요건개념에 따라 이미 구성요건요소로 이해하는 것이 타당하다. 目的的 行爲論에 의하면 주의의무위반(過失)은 過失犯에 있어서 主觀的 構成要件要素가 되고, 構成要件該當性은 違法을 징표한다는 의미에서 동시에 違法性의 要素가 된다고 한다. 이 설은 과실범에서도 이미 구성요건 내지 위법성의 단계에서 함께 고려되어야 하는 행위반가치를 결정하는 요소가 주의의무위반(과실)이라는 것이다. 이 설은 불법에서 결과반가치 이외에 행위반가치를 함께 고려한다는 점에서 전적으로 타당하다. 그러나 주의의무위반의 과실을 오직 불법단계에서만 고려한다면⁴⁾ 불충분한 견해가 된다는 비판이 아래의 이중적 지위설에 의해 제기된다. 이중적 지위설은 객관적으로 요구되는 주의의무위반은 구성요건요소이지만 행위자의 개인적 능력에 따른 주관적 주의의무위반은 책임요소로

4) 목적적 행위론을 주창한 Welzel이 주의의무위반을 오직 구성요건요소로서만 보았다고 국내에 소개되고 있다(예컨대, 이재상, 형법총론, 제4판, 181면). 그러나 Welzel은 주의의무위반을 객관적인 것과 주관적인 것으로 나누어 구성요건과 책임에 각각 위치시켜 이중적 지위를 인정하였다. 오히려 주의의무위반을 오직 주관적으로만 이해하는 Stratenwerth, Jakobs, Samson이 그 주의의무위반을 불법단계에만 위치시킨 것으로 평가하여야 할 것이다.

구분하여 바라본다. 고의에도 이중적 지위가 인정되듯이 과실도 마찬가지로 하는 것이다. 이 설은 독일 및 우리나라의 다수설에 해당한다. 생각건대, 주의의무위반은 불법단계에서는 일반인을 기준으로 평가하고, 책임단계에서는 행위자 개인을 기준으로 평가하는 것이 합리적이므로 과실의 이중적 지위를 긍정하는 것이 타당하다.⁵⁾

2) 過失犯의 成立要件

구성요건에 대한 실현의사가 있으면 (미필적) 고의범이 된다. 따라서 過失犯이 성립하려면 罪의 成立要素인 事實, 즉 構成要件의 事實을 실현할 의사가 없을 것을 요한다. 또한, 故意의 내용에 違法性的 認識이 포함된다는 故意說에 따르면 違法性的 認識이 결여된 경우에는 過失犯이 성립하지만 違法性的 認識을 故意와는 별개의 독립된 責任要素라고 이해하는 責任說에 따르면 違法性的 認識이 결여된 경우에도 故意犯이 성립될 뿐이다. 즉 책임설에 의하면, 구성요건적 상황에 대한 인식 또는 그 가능성이 있으면, 그 위법성의 인식이 결여되더라도 과실범의 불법은 인정된다.

過失犯의 성립에는 行爲者가 正常의 注意를 태만히 한 것에 기인하여 범죄사실의 결과가 발생하여야 하는 바, 이러한 注意義務違反이 곧 過失犯의 본질이다. 注意義務는 具體的인 行爲로부터 발생할 수 있는 보호법익에 대한 危險을 예견하고, 構成要件의 결과의 발생을 회피하기 위하여 적절한 조치를 취하는 것, 즉 結果豫見義務와 結果回避義務를 그 내용으로 한다.

과실범의 성립요소인 주의의무위반의 판단기준에 대해서는 크게 주관설과 객관설의 대립이 있다. 主觀說은 불법단계에서도 行爲者 본인의 注意能力을 표준으로 하여 注意義務違反을 결정하려는 見解이다. 따라서 이 견해에 의하면 행위자 개인의 특별지식뿐만 아니라 특별능력이 과실범 불법의 결정기준이 된다. 행위자가 평균인 이하의 능력 때문에 결과발생을 예견할 가능성이 없었다면 이미 과실범의 불법이 조각된다는 견해이다. 반면에 客觀說은 불법단계에서는 사회일반인의 注意能力을 표준으로 하여 注意義務違反

5) 손동권, 형법총칙론, 282면; 이재상, 형법총론, 제4판, 182면; 김성천/김형준, 형법총론, 162면; 배종대, 형법총론, 573면; 조준현, 형법총론, 276면; 김일수, 형법총론, 559면.

을 결정하려는 見解이다. 따라서 이 견해에 따르면 행위자가 평균인 이하의 능력 때문에 결과발생을 예견할 가능성이 없었더라도 과실범의 불법은 긍정된다. 생각건대, 注意義務는 사회생활에 있어서 그 이행이 요구되는 의무로서, 行爲者 개인에 대한 責任非難의 문제와는 구별되어야 하므로 구성요건단계에서는 사회일반인을 표준으로 하는 客觀說이 타당하다.⁶⁾ 다만, 행위자의 능력이 객관적 일반인을 넘어가는 경우에는 주의의무의 상한을 행위자의 능력으로 높여야 한다. 이 한에서 주관설은 타당하다. 반면에 행위자의 능력이 일반인의 능력에 미치지 못할 때에는 일반인의 능력이 불법판단의 기준이 되어야 한다.

우리나라에서 과실범이 성립되기 위해서는 주의의무위반행위에 의해서 반드시 결과가 야기되어야 한다(참고로, 독일형법에는 결과발생이 필요 없는 과실위중죄가 있다). 우리나라에서 과실범에는 미수범의 처벌규정이 없기 때문이다. 과실범이 모두 결과범이라면 반드시 심사하여야 할 것은 주의의무위반의 행위와 결과 사이의 인과관계와 객관적 귀속관계의 문제이다. 양자 사이에 이러한 관계가 부정되면 과실범은 성립될 수 없다. 우리 나라 판례는 단속경찰관이 만취운전을 확인하고도 차량열쇠를 교부하여 교통사고가 난 경우(대판1998.5.8. 97다54482), 자동차운전자의 과실로 인한 열차충돌사고에 놀라서 타인이 넘어져 상처를 입은 경우(1989.9.12. 89도866), 폭풍주의보가 발효 중인 바닷가에서 피해자를 행가래쳐서 바다에 빠져 사망하게 한 경우(대판1990.11.23. 90도2106)에 인과관계를 긍정하였다. 반면에 의사가 일반적으로 요구되는 농배양 검사를 하지 않고 특정 항생제를 사용함으로써 사망결과가 발생한 경우에도 추후에 사용된 항생제가 원인균에 적절한 것으로 밝혀졌다면 농배양검사를 하지 않은 과실행위와 사망결과 사이에 인과관계는 인정될 수 없고(대판 1996.11.8, 95도2710), 운전수가 시동을 끄고 열쇠를 꽂아둔 채 하차한 행위와 조수의 운전사고에 따른 상해결과 사이에는 특별한 사정이 없는 한 인과관계가 없으며(대판 1971.9.28. 71도1082), 완전한 제동장치를 하지 않고 단순히 양쪽 뒷바퀴에 받침돌만 고인 채 경사진 도로상에 세워 둔 삼륜차의 한쪽 뒷바퀴를 구둑발로 찬 행위와 그 차의 후진으로 인한 사고발생간에도 인과관계는 없다(대판

6) 손동권, 형법총칙론, 283면; 이형국, 형법총론, 379면; 박상기, 형법총론, 282면; 배종대, 형법총론, 541면; 김성천/ 김형준, 형법총론, 169면; 안동준, 형법총론, 274면

1970.9.22. 70도1526). 그런데 과실범은 주의의무를 위반하는 의무범이기 때문에 인과관계와 객관적 귀속관계의 문제에 있어서 독특한 이론이 제시되고 있다.

過失犯에 있어서도 行爲者의 行爲와 결과 사이의 因果關係를 요한다. 고의범에서 인과관계는 기수와 미수를 구별해 주는 표지이나, 과실범에서는 그 성립여부를 결정해 주는 표지이다. 그러나 주의의무위반행위와 결과간에 자연과학적 인과관계가 존재한다고 하여 항상 과실범이 성립하는 것이 아니다. 과실범에서도 규범적 관점에 의한 객관적 귀속관계가 확정되어야 한다. 주의의무위반행위가 보호법익에 대해 허용된 범위를 초과하여 창설 또는 증대한 경우(작위범)와 방지 또는 감소시키지 않은 경우(부작위범)에 객관적 귀속은 인정된다. 그런데 할로테인 마취제사용 사망사건에서 적법한 행위(간기능검사)를 두고 그 보다 결과발생의 개연성이 많은 주의의무위반행위(소변검사)를 함으로써 결과를 발생한 경우에 대해 우리나라 ‘대판 1990.12.11, 90도694’는 원심판결을 파기해 인과관계를 부정하였다. 그러나 이론적으로는 다음과 같이 나누어 살펴보아야 할 것이다. 우선 주의 있게 행위하였더라면(적법한 대체행위, 즉 간기능검사를 하였더라도) 그 결과가 확실성에 근접하게 방지되었을 것이라는 것이 확인되면 과실범의 성립이 인정된다. 그와 정반대로, 환자에게 숨겨진 병이 있었기 때문에 주의있게 행위하였더라도 동일한 결과가 발생하였다는 것이 확실성에 가까운 정도로 인정된다면 과실범의 성립은 부정된다. 따라서 [대판 1991.2.26, 90도2856]이 “실사 피고인이 중앙선 위를 달리지 아니하고 정상차선으로 달렸다 하더라도 이 사건 사고는 피할 수 없다 할 것이므로 피고인이 트럭의 왼쪽바퀴를 중앙선 위에 올려놓은 상태에서 운전한 것만으로는 이 사건 사고의 직접적인 원인이 되었다고는 할 수 없다”는 이유로 피고인에게 사고결과에 대해서 무죄를 선고한 것은 타당하다. 이 경우는 적법한 대체행위를 하였더라도 동일결과가 의심 없이 확실히 발생하였으므로 객관적 귀속관계가 부정되어야 하기 때문이다. 문제는 注意義務를 다하였더라도 동일한 결과가 발생할 가능성만 있는 경우이다. 독일 RGSt 15, 151의 약사사례(Apotheker-Fall),⁷⁾ RGSt 63, 211의 양털사건(Ziegenhaar-Fall),⁸⁾

7) 약사가 의사의 추가처방전 없이 환자에게 약을 교부함으로써 사망사고가 났는데, 환자가 의사에게 추가처방전을 요구하였다면 이를 발부하였을 것이고 따라서 동일한 결과가 발생하였을 것으로 예상되는 사례이다.

8) 공장장이 소독하지 않은 양털을 작업원에게 교부하여 사망사고가 났는데, 만약 양털을 소독하였더라도 동일한 결론이 발생하였을 것으로 예상되는 사례이다.

BGHSt 21, 59의 자전거운전자사건(Radfahrer-Fall)⁹⁾ 등에서도 동일한 문제가 발생하였다. 이 경우에 대해 in dubio pro reo의 원칙에 의하여 客觀的 歸屬을 시킬 수 없다는 견해와 주의의무위반으로 위험성을 증대시킨 경우에는 객관적 귀속이 가능하다는 견해의 대립이 있다. 이 중에서 위험증대설이 타당한 것으로 판단된다. 왜냐하면 위험증대설은 주의의무위반을 감행하여 위험성을 증대시켰다면 인과관계의 성립을 부정하는 거증책임을 그 의무위반자에게 전환케 하여야 한다는 소송법적 의미밖에 없고, 그 의미는 타당한 것으로 판단되기 때문이다.

그러나 상기한 적법한 대체행위이론의 사례와 다음의 사례들은 구별되어야 한다. 예컨대, 자신이 위험한 휘발유통을 열지 않았다면 다른 자가 확실히 그것을 열었을 것이라는 사정은 선행행위자의 과실범 성립을 부정하지 못한다(BGHSt 30, 228). 타인의 실재하지 않는 행위 때문에 실제로 행위한 자의 책임이 부정될 수는 없기 때문이다. 그리고 과속운전하다가 미끄러져 이를 보지 못하고 차도로 달려오는 자를 부딪쳐 사망시킨 사례에서 상대방이 인도에 그대로 있었다면 동일한 결과가 확실히 발생하였을 경우에도 운전자에 대한 과실범의 성립에 영향을 끼치지 못한다. 왜냐하면 피해자의 과실 여부는 결과발생에 아무런 차이를 주지 않을 뿐만 아니라, 그의 사망은 운전자가 창출한 위험으로 실현된 것이기 때문이다. 그리고 갑차가 정차하자 을차가 갑차를 박았고, 곧바로 병차가 을차를 박은 사례(BGHSt 30, 228)에서 을이 자신은 적시에 정차시켰다 하더라도 병의 차에 의하여 갑의 차를 박을 수밖에 없었다는 항변은 을에 대한 과실범성립을 부정하는 요소가 될 수 없다. 왜냐하면 결과발생에 사실상 아무런 작용도 하지 않은 시간적으로 이후에 발생한 병의 주의의무위반이 있었다고 하여 선행된 을의 행위와 결과사이의 관련성이 사후적으로 소멸되는 것은 아니기 때문이다. 그리고 우리나라 [대판 1993.1.15, 92도2579]는 “대향차선 위의 다른 차량이 신호를 위반하고 직진하는 자기 차량의 앞을 가로질러 좌회전할 경우까지 예상하여 그에 따른 사고발생을 미리 방지할 주의의무는 없고, 위 직진차량 운전자가 사고지점을 통과할 무렵 제한속도를 위반하여 과속운전한 잘못이 있었다 하더라도 그러한 잘못과 교통사고의 발생과의 사이에 상당인과관계가 있다고 볼 수 없다”고 판시하였다.

9) 자동차운전자가 법정추월간격을 무시하고 앞서가는 자전거를 추월하다가 옆으로 넘어진 자전거 운전자의 사망을 야기하였는데, 자전거 운전자가 술을 먹은 상태였기 때문에 법정간격을 준수하였더라도 동일한 결과가 발생할 가능성이 있는 사례이다.

과실범에서 불법의 기본요소는 행위위험에 대한 예견가능성이다. 그러나 현대사회에 있어서는 예견하고 회피할 수 있는 危險이라도 그것이 현대산업사회에 불가피한 것이 적지 않다. 예컨대 자동차 운전, 원자력발전소의 운영, 거대한 구조물의 건축 등은 항상 위험성이 따르는 산업사회에서의 행위들이다. 이 경우에는 그 위험성만에 근거하여 현대 생활에 유용한 행위를 전적으로 금지할 수 없다. 즉 이러한 위험원은 ‘허용된 위험(erlaubtes Risiko)’으로 인정할 수밖에 없다. 이러한 허용된 위험행위에 대해서는 행위자가 거래상 요구되는 주의의무를 다하는 한 구성요건해당성이 배제되는 것으로 보아야 한다. 행위자가 허용된 위험의 범주 내에서 움직이는 한 설령 타인에 대한 위험을 예견(가능)하였다 하더라도 그것만으로 주의의무를 위반하였다고 종국적으로 평가할 수는 없기 때문이다. 그리고 허용된 위험은 위법성조각과 관련하여서는 독자적 위법성조각사유의 자격을 부여받을 수는 없고, 개별 위법성조각사유에 공통적으로 적용되는 구조원칙으로 이해되어야 할 것이다.

過失犯에 있어서도 故意犯과 같이 構成要件의 실현으로 인하여 違法성이 징표된다. 그러나 過失犯의 違法성은 正當防衛, 緊急避難, 被害者の 承諾 등의 違法性阻却事由에 의하여 조각될 수 있다. 예컨대, 갑이 정당방위시에 권총을 타격용으로 사용하였으나, 권총이 발사되어 상대방을 중상케 한 경우(BGHSt 27, 314)에 권총을 타격용으로 사용한 것이 상당성이 있다면 그의 과실치상행위는 정당방위로서 위법성이 조각된다. 공포용으로 쏘려다가 실제로 맞은 경우에도 마찬가지이다(BGHSt 25, 31). 이 경우 갑이 정당방위상황을 인식하였다면 그에게 主觀的 正當化要素도 존재함은 의문이 없다. 반면에 갑이 정당방위상황의 인식 없이 행위하였다면 주관적 정당화 요소는 결여된 경우이다. 그러나 주관적 정당화 요소가 결여된 경우에도 과실범으로 처벌되지 않는다는 것이 통설이다. 그 근거로서 과실범에는 “가벌적인 행위반가치가 존재하지 않기 때문”(불법의 결여)이라는 견해와, 행위반가치는 있지만 과실범에는 미수범처벌규정이 없기 때문“(처벌의 결여)이라는 견해의 대립이 있다. 그러나 어떠한 견해에 따르면, 과실범에는 고의범과는 달리 주관적 정당화 요소가 결여되어도 처벌되지 않는다. 과실범에서의 긴급피난은 예컨대, 중환자를 병원으로 이송하기 위하여 속도위반운행을 한 경우에 인정된다. 이 경우에 교통사고로 타인을 죽게한 경우에도 위법성이 조각되는지가 문제된다. 물론 이 경우에는 일률적으로 답할 수 없다.

과실범에서 특히 문제되는 것은 “피해자의 승낙”이 있는 경우이다. 예컨대 도로에서 중환자를 불가피하게 의료규칙에 미달하여 응급조치함으로써 사망의 결과가 발생한 경우에는 추정적 승낙에 의하여 위법성이 조각된다. 특히 문제되는 것은 소위 ‘자기법익에 위협한 타인과실행위에 대한 승낙(Die einverständliche Fremdgefährdung)’이 있는 경우이다. 예컨대 친구가 음주운전하려고 하여 위험한 것을 알면서도 동승한 경우, 승객이 택시운전자에게 바쁘니 과속하라고 요구한 경우 등에서 차가 뒤집혀 사고나서 승객이 부상을 입었더라도 그 승객에 대해서는 업무상 과실치상죄가 성립하지 않는다. 그러나 행위자가 더 큰 원인책임이 있는 경우(예컨대 주저하는 승객을 운전자가 타라고 권유한 경우), 승낙 이외의 행위로 결과가 발생한 경우(과속을 승낙하였는데 졸음운전으로 사고가 난 경우)에는 자기위험화 행위와 동일시 할 수 없고 이 경우에는 승객의 피해에 대해 과실범이 성립된다.

過失犯의 責任도 構成要件에 해당하는 위법한 行爲의 비난가능성이라는 점에서 故意犯의 경우와 같다. 過失犯의 責任非難은 객관적 주의의무를 “이행”할 수 있느냐에 있어서 行爲者의 개인능력에 따른 주관적 기준에 의하여 결정된다. 따라서 늙은 의사가 최신 교육을 받지 못하여 환자를 잘못 다루어 사고가 난 경우에는 그의 책임이 조각된다(그러나 자기능력 밖에 있다는 것을 예상하면서 환자로 받아들인 경우에는 인수책임이 인정된다). 이 경우에도 위법성은 존재하기 때문에 직업금지과 같은 보안처분은 과할 수 있다. 그러나 이행능력만으로 과실책임이 확정되는 것은 아니다. 주의의무위반행위가 결과로 이를 것이라고 개인적 능력을 기준으로 하여 주관적으로 예견할 수 있어야 한다. 자기의 지식을 총동원했으나 결과발생을 예견할 수 없었다면 책임이 조각된다.

그리고 과실범에서의 책임능력의 문제는, 예컨대 명정상태에 빠진 갑이 을이 자기 옷을 절도한다고 착오하고 정당방위의사에서 그를 상해한 경우에 발생하며, 이 경우에 오상방위로 인한 과실상해죄의 불법은 존재하나 책임무능력의 명정상태로 인한 책임조각이 있게 된다.

또한 다수설에 의하면, 과실에 의한 원인이 자유로운 행위도 적용된다. 그러나 과실에 의한 원인이 자유로운 행위의 개념을 부정하는 견해도 있다. 소위 다수설이 말하는 원인행위가 과실범에 있어서는 자유로운 과실행위 그 자체이다는 견해이다(즉 자유로운 원인행위가 아니라 이미 자유로운 과실행위라는 것이다). 그리고 과실범에서의 금지착오의

문제는 예컨대, 100킬로미터의 속도가 허용된다고 착각한 경우에 발생한다. 그러나 착오의 경우에는 주관적 예견가능성의 문제로 해결된다. 그리고 주의의무 위반 없는 행위가 행위자에게 기대불가능하면 면책된다.

過失犯에 있어서는 未遂가 성립할 여지가 없으며, 현행법상 過失犯의 未遂를 處罰하는 規定도 없다. 過失에 의한 教唆·幫助는 있을 수 없고, 過失犯에 대한 教唆·幫助는 경우에 따라서 間接正犯이 될 수 있다. 過失犯의 共同正犯에 대하여 犯罪共同說의 입장에서는 이를 부정하나, 行爲共同說의 입장에서는 이를 인정하며, 判例의 태도도 같다.

3) 道路交通에서의 特殊問題

가) 과실범 성립을 제한하는 소위 '신뢰의 원칙'

신뢰의 원칙은 주로 교통사고에 관하여 적용된다. 그 내용은, 스스로 교통규칙을 준수한 운전자는 특별한 사정이 없는 한 다른 교통 관계자가 교통규칙을 준수할 것이라고 신뢰하면 족하고, 다른 교통 관계자가 교통규칙에 違反하여 非理性的으로 행동할 것까지 예견하여 이에 대한 방호조치를 취할 의무는 없다는 것이다. 이는 허용된 위험의 특별사례이다. 왜냐하면, 실제적으로 모든 교통관계자는 다른 교통관계자가 주의의무를 위반하여 행위 할 것이라 예견할 수 있으나, 신뢰의 원칙은 다른 교통관계자도 주의의무를 이행할 것이라고 신뢰한 것을 법이 보호하기 때문이다.

우리나라 대법원판례에 의하면 자동차와 자동차 또는 자동차와 자전거의 충돌사고에 대하여는 신뢰의 원칙이 널리 적용되고 있다. 특히 자동차와 자동차의 운전자 사이에는 신뢰의 원칙이 엄격하게 적용된다. 예컨대 고속도로에서 상대방 차량이 중앙선을 침범하지 않을 것이라는 신뢰(대판 1995.5.12, 95도512; 대판 1989.4.11, 88도1678; 대판 1986.2.25, 85도2651; 대판 1982.4.14, 81도2720), 비포장도로에서도 상대방 차량이 도로의 중앙부분이나 좌측으로 무작정 넘어오지 않을 것이라는 신뢰(대판 1992.7.26, 92도1137), 신호등에 따라서 직진하는 차량이 좌회전 차량보다 우선한다는 신뢰(대판 1985.1.22, 84도1493), 다른 차량이 무모하게 앞지르지 않을 것이라는 신뢰(대판 1984.5.29, 84도483), 교차로에 들어서서 통행 후순위 차량이 앞질러 진입하지 않을 것이라는 신뢰

(대판 1994.6.28, 94도995) 등은 보장된다.

그리고 자동차와 자전거의 운전자 사이에서도 신뢰의 원칙은 어느 정도 엄격하게 적용된다. 예컨대, 자동차전용도로인 서울 잠수교에서 자전거를 탄 사람이 나타나지 않을 것이라는 신뢰(대판 1980.8.12, 80도1446), 자전거가 도로상에서 넘어지지 않을 것이라는 신뢰(대판 1983.2.8, 82도2617), 무등화 자전거가 야간에 통행하지 않을 것이라는 신뢰(대판 1984.9.25, 84도1695)는 자동차 운전자에게 보장되고 있다.

그러나 보행자에 대한 사고에 대하여 대법원은 아직 신뢰의 원칙을 철저히 적용하고 있지 않다. 따라서 자동차 운전자는 보행자가 횡단보도 아닌 곳에서 횡단하지 않을 것이라는 신뢰를 주장할 수 없다(대판 1980.5.27, 80도842). 그러나 고속도로에서는 횡단보행자가 없을 것이라는 신뢰(대판 1977.6.28, 77도403; 대판 1971.5.21, 71도623), 자동차전용도로인 강변도로에서 보행자가 횡단하지 않을 것이라는 신뢰(대판 1977.9.28, 77도2559), 육교 바로 밑으로 보행자가 횡단하기 위해 뛰어 들지 않을 것이라는 신뢰(대판 1985.9.10, 84도1572), 적색횡단신호에서 반대차선 상에 정차해 있는 차량의 뒤로 보행자가 무단횡단하지 않을 것이라는 신뢰(대판 1993.2.23, 92도2077; 대판 1987.9.8, 87도1332) 등은 예외적으로 보장되고 있다. 그런데 ‘대판 1975.9.23, 74도231’이 어두운 야간 고속도로에서 자동차전조등의 가시거리가 60m인 차량을 시속 100km의 속력으로 운행하다가 60m 전방에 사람이 있음을 발견하고 정차하였으나 미치지 못하여 그를 치어 죽게 한 사안에 대해 업무상 과실치사죄의 성립을 긍정한 것은 너무 지나친 것으로 판단된다.

신뢰의 원칙에도 다음과 같은 한계가 있다.

첫째, 운전자 스스로 교통규칙을 위반한 경우에는 원칙상 신뢰원칙을 원용할 수 없다. 예컨대 과속으로 운전한 자는 상대방의 중앙선침범행위에 의한 사고에 대해서 과실책임을 부담하여야 한다(대판 1973.1.16, 72도2655). 그러나 스스로의 규칙위반이 항상 신뢰의 원칙을 배제하는 것은 아니다. 규칙위반이 결과발생에 결정적인 원인이 아니라면 경우에 따라서 신뢰원칙이 적용될 수도 있다(대판 1970.2.24, 70도176).

둘째, 상대방의 규칙위반을 이미 인식한 경우에도 신뢰원칙을 원용할 수 없다. 따라서 고속도로를 무단횡단하는 자를 발견한 경우(대판 1981.3.24, 80도3305), 반대방향에서 오는 차량이 이미 중앙선을 침범하여 비정상적인 운행을 하고 있음을 목격한 경우(대판

1986.2.25. 85도2651), 적색신호에서 횡단보도를 건너는 보행자를 발견한 경우 등에는 신뢰원칙의 적용이 배제된다(그런데 ‘대판 1986.5.27, 86도549’는 녹색신호에서 적색신호로 바뀌는 도중에 횡단보도에 있는 자는 그대로 계속 횡단할 것이라고 운전자가 예견할 수 있다고 판시하였다. 즉 예견가능성만 있는 경우에도 신뢰원칙의 적용을 배제하였다).

셋째, 상대방의 규칙준수를 기대할 수 없는 경우에도 신뢰원칙을 원용할 수 없다. 예컨대 노인, 장애인, 어린이 등에 대해서는 지적 능력이 결여되었거나 정신적 신체적으로 결함이 있기 때문에 아예 교통규칙을 모르거나 알더라도 규칙준수를 기대할 수 없다. 이러한 경우에는 신뢰원칙이 제한된다. 따라서 어린이가 버스 앞으로 느닷없이 뛰어 들어와 사고가 난 경우에도 버스 운전자가 전방으로 걸어가는 그 어린이를 목격하였다면 과실책임을 부담하여야 한다(대판 1970.8.18, 70도1336). 그리고 축제행렬에 참여하는 자는 축제분위기 때문에 쉽게 보행자에 대한 교통법규를 망각하게 되어 신뢰원칙의 적용이 제한되고, 버스정류장, 국민학교, 유치원 앞과 같은 사고다발장소의 경우에도 운전자가 이를 인식하였다면 신뢰원칙의 적용이 제한된다.

교통사건 이외에 다수인의 분업에 의한 공동작업의 경우에도 신뢰의 원칙의 적용된다. 예컨대 공동으로 수술할 때 다른 의사가 주의의무를 다하였다고 신뢰할 수 있고(예컨대 의사와 마취사 사이에), 의사는 간호원이 제공하는 수술도구가 정당하게 소독되었다고 신뢰할 수 있다. 오늘날 분업적 의료작업에 있어서 이론적으로 인정되는 신뢰의 원칙을 적용해 보고자 시도하였다. 만약 양자 사이에 신뢰의 원칙이 적용된다면 후자에 해당하는 의사에게는 과실범성립이 부정될 수 있다. 주치의는 야간당직의사에 대하여 ‘수직적 관계’에서 우위에 있는 자이기 때문에 주치의는 신뢰의 원칙을 원용할 수 없다. 같은 병원 내에서 ‘수평적 관계’에 있는 의사 사이에서는 신뢰의 원칙이 적용된다. 그리고 다른 병원 의사들 사이에서는 양자가 예컨대 일반의와 전문의의 관계라면 높은 위치에 있는 후자의 전문의는 신뢰의 원칙을 원용하기 어렵게 될 것이고, 반면에 양자가 명실공히 수평적 관계라면 신뢰의 원칙은 적용되어야 한다. 따라서 우리나라 [대판 1994.12.9, 93도 2524]이 정신병(조증)으로 입원한 환자에게 투여한 조증치료제인 클로르포르마진의 부작용으로 발생한 기립성저혈압을 치유하기 위하여 포도당액을 과다히 주사한 과실로 환자가 전해질이상 등으로 인한 쇼크로 사망한 사안에 대해 “---그 치료과정에서 야간당직 의사의 과실이 일부 개입하였다고 하더라도 그의 주치의 및 환자와의 관계에 비추어 볼

때 환자의 주치의사는 업무상 과실치사죄의 책임을 면할 수 없다”고 판시하였고, [대판 1998.2.27, 97도2812]이 간호사가 다른 환자에게 수혈할 혈액을 당해 환자에게 잘못 수혈하여 환자가 사망한 사안에 대해 “의사는 전문적 지식과 기능을 가지고 환자의 전적 인 신뢰하에서 환자의 생명과 건강을 보호하는 것을 업으로 하는 자로서, 그 의료행위를 시술하는 기회에 환자에게 위해가 미치는 것을 방지하기 위하여 최선의 조치를 취할 의무를 지고 있고, 간호사로 하여금 의료행위에 관여하게 하는 경우에도 그 의료행위는 의사의 책임하에 이루어지는 것이고 간호사는 그 보조자에 불과하므로, 의사는 당해 의료행위가 환자에게 위해가 미칠 위험이 있는 이상 간호사가 과오를 범하지 않도록 충분히 지도·감독을 하여 사고의 발생을 미연에 방지하여야 할 주의의무가 있고, 이를 소홀히 한 채 만연히 간호사를 신뢰하여 간호사에게 당해 의료행위를 일임함으로써 간호사의 과오로 환자에게 위해가 발생하였다면 의사는 그에 대한 과실책임을 면할 수 없다”고 판시한 것은 타당하다. 즉 전자의 판례는 주치의와 야간당직의사 사이, 후자의 판례는 의사와 간호사 사이에서 상위에 있는 전자는 하위에 있는 후자가 과실 없이 의료행위를 할 것이라고 신뢰하여서 안된다는 것을 판시한 것이다. 즉 수직적 분업관계에서 상위에 있는 자는 신뢰의 원칙을 원용할 수 없다는 것이다.

나) 주취운전과 관련된 소위 ‘원인에 있어서 자유로운 행위’

(1) 알코올의 작용

알코올에 의한 명정상태는 범죄성립요소인 책임에 영향을 끼치게 된다. 그 영향은 형법 제10조가 규정하고 있는 책임능력과 관계된다. 형법 제10조는 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자는 책임이 조각되고(제1항) 그 능력이 미약한 자는 책임 및 형벌이 감경된다고(제2항) 규정하고 있다. 책임능력을 감면하기 위해서는 심신장애라는 생물학적 요소와 이것을 기초로 하여 사물을 변별할 능력 또는 의사를 결정할 능력이 없다는 심리적 요소가 있어야 한다는 것이 통설이다. 그런데 주취(Trunkenheit)는 심신장애라는 생물학적 요소를 우선적으로 충족시킨다. 다수설에 의하면 주취는 병적인 정신장애(krankhafte seelische Störung)에 해당한다고

보는 반면에 소수설은 중대한 의식장애(tiefgreifende Bewußtseinsstörung)에 해당하는 것으로 본다. 이러한 생물학적 요소를 기초로 하여 규범합치적 의사조종능력에 결함이 야기되면 종국적으로 책임능력이 감면된다. 그런데 주취가 어느 정도 사람의 책임능력에 영향을 미치는가에 대하여는 일률적으로 단정할 수 없다. 왜냐하면 개인의 신체적 특성이나 상황적인 부가요소 등에 의해 알코올에 대한 구체적 반응의 정도는 사람에 따라 달리 나타날 수 있기 때문이다. 따라서 이에 대한 일반적 기준치만이 제시될 수 있을 뿐이다. 그런데 독일의 법률 및 판례에 따르면 혈중알콜농도와 책임능력과의 상관관계는 다음과 같이 분류된다.¹⁰⁾

- 0.8 Promille : 도로교통법 제24a 제1항에 혈중알콜농도 0.8 이상의 상태에서 운전을 하게 되면 질서위반(ordnungwidrig)의 행위가 된다.
- 1.1 Promille : 독일판례(BGH NJW 1990, 2393)에 의하면 혈중알콜농도 1.1 이상이면 형법 제315c 제1항 1a호, 형법 제316조의 도로교통에서의 주취(Trunkenheit im Straßenverkehr)에서 말하는 절대적 운전불능에 해당한다.
- 2.0 Promille : 독일판례에 의하면 혈중알콜농도 2.0이면 형법상의 한정책임능력자가 될 수 있다고 한다.
- 3.0 Promille : 독일판례에 의하면 혈중알콜농도 3.0 이상이면 완전주취(Volltrunkenheit)라고 하여 형법상 책임무능력자가 될 수 있다고 한다.

그러나 전술한 바와 같이 알코올의 수치만으로 책임능력의 유무를 결정할 수는 없다. 혈중알콜농도는 책임능력에 대한 징표작용만 할 뿐이기 때문이다. 따라서 구체적 사건에서 구체적인 행위자인격과 실행행위를 고려하여 책임능력의 유무는 판단되어야 한다. 이 경우에 행위자 개인의 질병, 뇌손상, 피로, 흥분, 다른 물질의 음용 등이 중요한 고려사항이 된다. 그런데 우리 나라에서 혈중알코올농도와 명정정도에 대한 법규정으로는 주취 운전죄에 해당하는 혈중알코올농도에 대하여 도로교통법 시행령 제31조가 “술에 취한 상태의 기준은 혈중알콜농도가 0.05퍼센트 이상으로 한다”는 정도에 그치고, 실무 ‘판례’

10) Schwind, Kriminologie, 6. Aufl., S. 402 f.

가 실제로 주취에 대하여 책임능력의 감면을 인정하는 것인지, 인정한다면 그에 상응하는 기준치는 무엇인지에 대해서는 아래의 사례에서 보는 바와 같이 매우 불명확하다. 특히 주취로 인한 책임조각은 대법원판례에서는¹¹⁾ 거의 찾아 볼 수 없다.¹²⁾

※ 주취에 대한 우리나라 판례의 태도

- 음주가 반드시 심신장애상태를 초래하는 것은 아니다(대판 1967.6.13, 67 도645).
- 범행당시 음주로 인하여 상당히 취한 상태에 있었고 어느 정도의 정신박약상태가 보태어져 있다 하더라도 바로 피고인이 범행당시 심신장애로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없거나 미약해진 상태에 있었다고 볼 수 없으므로, 범행이 비록 충동적이라 할지라도 행위동기, 분명한 사리인식과 상황판단, 범행의 은폐기도, 알리바이 조작기도 등을 볼 때 심신미약상태에 있었다고 볼 수 없다(대판 1986. 7.8, 86 도 765).
- 취중에 민 기억밖에 없다는 진술도 형의 감면의 이유되는 사실을 진술한 것으로 풀이하여야 한다(대판 1977. 9. 28, 77 도 2450).
- 피고인이 항소이유서에서 “술에 취한 제게 남성으로서의 가벼운 장난기와 함께 꼭 무엇에 홀린 듯이 피해자의 앞을 가로막고 희롱하려 하자”라고 기재한 부분은 단순히 범행의 동기, 정황을 기술한 것에 불과하고 음주로 인한 심신미약의 주장을 한 것이라고는 볼 수 없다(대판 1984. 2. 28, 83 도 3160).
- 피고인이 원심에 제출한 항소이유서에 범행 직전에 친구들과 소주를 약 7병 먹고 있었다고 진술한 대목이 있더라도 이러한 진술만으로는 심신미약의 주장을 한 것으로 볼 수 없다(대판 1990. 4. 24, 90 도 434).

11) 다만 서울고법 79노1712(1980.5.22. 제3형사부판결)의 하급심판례는 “피고인이 범행당시 술에 만취되어 있어서 과출소로 연행될 때에도 여자들이 몸을 부축하여 겨우 끌고 갔으며 경찰관앞에 임하여서도 경찰관을 전혀 알아보지 못하였기 때문에 보호실에 보호조치되었다가 다음날 오전 11시경 비로소 정신이 들어 조사를 받았다면 피고인은 범행당시 사물을 변별하고 의사를 결정할 능력을 상실한 상태에 있었다고 봄이 상당하다”는 이유로서 현주건조물방화미수 사건에 대해 무죄를 선고한 바가 있다.

12) 명정상태로 인해 책임능력을 조각한 일본의 판례사안을 소개한 것으로는 김형준, 명정범죄의 형사 책임에 관한 연구, 중앙대 박사학위논문, 1992년, 154면 이하.

- 피고인이 범행당시 평소의 주량을 훨씬 초과하여 2홉들이 소주 2병을 2명이 나누어 마신 후 피고인 혼자서 다시 같은 소주 3병을 더 마셔 만취된 상태였고, 피고인이 재물을 강취하려한 피해자도 피고인이 평소 잘 알고 지내던 사이로 피고인의 주소까지 잘 알고 있는 점 및 범행후 피고인이 신발을 신은 채로 방안에서 잠을 잔 점 등을 모아보면, 피고인은 범행당시 술에 취하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에 있었다고 봄이 상당하다(대구고법 1985.4.9. 제1형사부판결, 85노262).
- 소주 1되를 마셔 취하므로써 아무런 이유도 없이 미친사람처럼 옷을 벗고 피투성이가 된 채 마구 날뛰고 다녔던 점을 미루어 보면 심신장애로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에 있었다고 할 수 있다(대구고법 1973.2.8. 선고, 72노1226).

(2) 소위 '원인에 있어서 자유로운 행위'의 이론 내지 법규정

원인에 있어서 자유로운 행위(*actio libera in causa*)란 원인행위는 자유롭게 즉 책임능력 있는 상태에서 행하여 졌으나 '형식적' 구성요건의 실행행위는 그 원인행위에 의하여 야기된 책임무능력의 시점에서 비로소 행하여진 경우를 말한다. 이러한 경우에 '完全責任' 있는 범죄성립을 인정하는 것이 원인에 있어서 자유로운 행위의 이론이다. 그런데 과연 형식적 구성요건을 실현하는 행위시에 책임능력이 없음에도 불구하고 원인행위시에 책임능력이 있었다는 이유만으로 완전책임의 범죄성립을 어떻게 법적으로 인정할 수 있는가? 이 문제는 아주 오래전 토마스 아퀴나스(Thomas von Aquin)과 푸펜도르프(Pufendorf)에 의하여 이미 다루어졌던 것이다. 오늘날 독일에서는 이러한 행위에 대해 범죄성립을 인정하는 것은 아예 독일 기본법 제103조 제2항의 죄형법정주의에 반한다는 견해도 있다.¹³⁾ 독일에서는 원인에 있어서 자유로운 행위에 대한 명문규정이 없기 때문에 이러한 견해의 주장이 가능하지만, 이에 대한 명문규정이 있는 우리나라에서 이 견해

13) Paefgen, *Actio libera in causa* und § 323 a StGB, ZStW 97, S. 513 ff.; Hettinger, Die "actio libera in causa", Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit?, 1988 u. Zur Strafbarkeit der "fahrlässigen actio libera in causa", GA 1989, S. 1 ff.

는 일단 타당하지 않다. 문제는 완전책임 있는 범죄성립을 인정하는 것이 형법의 대원칙인 책임원칙(Schuldprinzip)과 상충하는가에 있다.

대부분의 학자들은 완전책임의 범죄성립을 인정하더라도 책임원칙에 어긋나지 않는다고 본다. 그런데 ‘엄격한 의미의’ 형법상 책임원칙은 형식적 구성요건의 실행행위시에 행위자의 책임능력이 동시에 존재하는 것을 전제한다. 이것을 實行行爲時 責任能力同時存在의 原則(소위 Koinzidenzprinzip)이라고 한다. 그러나 자유로운 원인행위로 인한 범죄는 원인행위시에 완전한 책임능력은 존재하나 구성요건형식상의 범죄행위시에는 책임능력이 없거나 감경되는 경우이다. 따라서 원인에 있어서 자유로운 행위에 대한 완전한 책임비난은 사후의 책임무능력상태에서의 형식적 구성요건의 실행행위에 근거하여서는 나올 수 없다. 따라서 완전책임비난의 근거는 항상 부자유상태를 야기하는 사전의 원인행위에서 찾아져야 한다.

문제는 그 원인행위에서 완전책임비난의 근거만을 찾을 것인가, 더 나아가 ‘실질적’ 범죄실행행위까지 인정할 수 있는가에 있다. 이에 대해서는 뚜렷하게 견해가 대립되고 있다. 이에 대해서는 크게 2가지 관념이 대립되고 있다. 즉, 부자유상태를 야기하는 원인행위에서 실질적 범죄실행행위까지 찾는 견해와 원인행위에서는 책임비난의 근거만을 찾고 범죄실행행위는 사후의 부자유상태에서의 형식적 구성요건 실행행위에서 비로소 찾는 견해가 그것이다. 전자는 원인행위시에 실행행위와 책임능력이 동시에 존재하는 것이고, 후자는 실행행위와 책임능력이 동시에 존재하지 않는 것이다. 따라서 전자는 엄격한 의미의 책임원칙과도 일치하는 이론이고, 후자는 엄격한 의미의 책임원칙을 완화시키는 이론이다. 전자를 구성요건모델(Tatbestandsmodell)이라 하고, 후자를 예외모델(Ausnahmemodell)이라고 부른다.

구성요건(構成要件)모델은 구성요건적 실행행위를 스스로 자유롭게 책임무능력상태로 만드는 선행행위(actio pracedens)에서 이미 인정하는 견해이다.¹⁴⁾ 이는 독일의 판례 및 유력설이 취하는 견해이다.¹⁵⁾ 다음으로 例外모델은 원인행위에서는 책임비난의 근거만을

14) 구성요건모델은 실행행위가 앞선 원인행위에 위치한다고 하여 前進配置理論(Vorverlagerungstheorie)이라고도 한다.

15) RGSt 22, 413; 60, 29; 73, 182; BGHSt 2, 17; 17, 259 ff., 335; 21, 381 ff.; Rudolphi, SK, § 20 Rn. 28; Roxin, AT, 20/55 ff. u. Bemerkungen zur actio libera in causa, in: Lackner-

찾고, 그 반면에 실행행위는 그 이후 부자유상태에서 ‘형식적’ 구성요건상 행위를 할 때에 비로소 인정하는 견해이다.¹⁶⁾ 이 설을 주장하는 자는 책임비난의 근거를 실행행위에서가 아니라, 실행행위 아닌 원인행위로 앞당기더라도 -소위 事前的 有責化 (Vorverschulden)를 인정하더라도- 책임원칙에 반하는 것은 아니라고 한다. 그 근거를 예컨대 Jescheck은 무능력상태를 야기하는 원인행위와 무능력상태하에서의 실행행위 사이의 불가분적 연관에서 찾고,¹⁷⁾ Otto는 어느 누구도 자기이익을 위하여 자신의 恥部 (Schändlichkeit)를 원용할 수 없다는 권리남용의 사고에서 찾는다.¹⁸⁾ 이 설은 실행행위를 형식적 구성요건에 착수하는 행위에서 비로소 바라보기 때문에 실행행위와 책임능력이 동시에 존재하지 아니하는 경우이다. 이 설은 현재 우리나라의 다수설로 사료된다.

예외모델에 의하면 술을 먹는 자가 사후의 주취운전에 대해 고의(미필적 고의)가 있었다면 주취운전에 대하여 a.l.i.c.규정을 적용하여 자수범인 주취운전죄로 처벌할 수 있게 된다. 사후의 주취운전에 대해 (미필적)고의가 있더라도 자수범성립을 위해 요구되는 ‘형식적’ 구성요건의 운전행위시에 책임무능력상태에 있었다면 a.l.i.c.규정을 적용한 처벌이 불가능한 구성요건모델과 차이가 난다.

a.l.i.c.규정을 적용하여 완전책임의 범죄성립을 인정하는 것은 구성요건모델에 의하든 예외모델에 의하든 동일하게 일정한 제한이 뒤따른다. 그 제한은 아래에 기술한 바와 같이 사후에 실행한 범죄가 고의범인가 또는 과실범인가에 따라 나누어 보아야 하고, 원인행위시 행위자의 표상이 책임능력결함상태를 야기하는 것과 그 이후 그 상태에서 범죄

FS, S. 311 ff.; Baumann-Weber, § 22 III 1a B; Dreher-Tröndle, § 20 Rn. 19; Maurach-Zipf, AT/1, 36/54 ff.; 우리나라에서는 김일수, 새로쓴 형법총론, 346면.

16) 예외모델은 구성요건적 실행행위와는 별개로 책임근거만을 원인행위에서 찾는다는 의미에서 責任解決(Schuldlösung)이라고도 한다; 독일에서의 주장자로는 Hruschka, Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit, JuS 1968, S. 554; Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, 1989, S. 120 ff.; Kühl, AT, 11/9 ff.; Küper, Aspekte der "actio libera in causa", Lefrenz-FS, S. 592; Neumann, Zurechnung und "Vorverschulden", 1985, S. 24 ff.; Jescheck, AT, § 40 VI; Otto, Actio libera in causa, Jura 1986, S. 428 ff.; S./S./Lenckner, § 20 Rn. 35; Wessels, AT, Rn. 416.

17) Jescheck의 견해는 사후의 실행행위와 불가분적 연관이 있는 원인행위에 대해서만 사전적 책임비난(Vorverschulden)이 가능하다는 의미를 동시에 가지고 있다. 즉 원인에 있어서 자유로운 행위에 의한 범죄성립이 그 범위내로 제한된다.

18) Otto, Grundkurs Strafrecht, 4. Aufl., S. 193 f.

실행행위를 하는 것에 대하여 고의·과실의 어떤 것인가에 따라서도 나누어 보아야 한다. 이에 대해서는 보통 4가지 유형으로 나눈다. 즉, 일반적으로는 다음의 <표 2-1>과 같이 원인행위시 정신결함상태의 야기와 그 이후 실행행위의 양자에 대한 이중의 고의가 존재하는 경우(제1유형)와 양자 중의 하나라도 과실이 존재하는 기타 3가지 경우(제2·3·4유형)로 나눈다.

<표 2-1> 원인행위와 실행행위시 고의의 존재여부와 처리

구분 (원인행위시)	결함상태로 이끄는 원인행위에 대해	결함상태하의 범죄행위에 대해	처리방법
제1유형	고의	고의	고의범
제2유형	과실	고의	과실범
제3유형	고의	과실	과실범
제4유형	과실	과실	과실범

그런데 학자에 따라서는 7가지¹⁹⁾ 또는 8가지²⁰⁾ 유형으로 나누기도 한다 그러나 원인행위시 행위자의 표상에 따라 몇가지 유형으로 나눌 것인가는 우리나라에서는 큰 의미가 없다. 왜냐하면 원인행위시 이중의 고의가 있는 경우(제1유형)에만 중국적으로 고의범으로의 처벌을 긍정하고, 그 이외에는 모두다 고의범으로서의 처벌을 부정하면서 경우에 따라서 과실범으로만 처벌하는 것에는 국내견해가 일치하기 때문이다. 즉, 고의범으로서의 완전책임비난을 위해서는 우선 행위자가 책임능력결함상태에서 실제로 고의범을 범하여야 한다. 그리고 행위자가 원인행위시 책임능력결함상태를 고의로 야기하고 이 때에 이미 그 이후 책임능력결함상태에서 행할 구성요건적 행위의 실행에 대한 고의도 가진 경우에 비로소 인정된다.²¹⁾ 따라서 a.l.i.c.규정을 적용하여 완전책임의 고의범을 인정할 수 있는 요건은 매우 까다롭다.

19) Haft, AT, 4. Aufl., S. 135.

20) 오영근, “원인에 있어서 자유로운 행위와 그 유형: 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위를 중심으로”, 형사정책연구 1999·여름, 83면.

21) 우리나라 판례로는 원인행위는 음주이고 범죄행위는 음주운전죄 및 뺑소니죄와 같은 교통범죄에 대하여 주로 다루어지고, 원인행위가 마약류음용이고, 범죄행위로는 일반 형법범에 대한 것으로는 “대마초 흡연시에 이미 범행을 예견하고도 자의로 심신장애를 야기한 경우 형법 제10조 제3항에 의하여 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 없다는 최근판례(대판 96.6.11, 96 도 857)가 있다.

3. 交通犯罪의 法源

1) 형법상 교통범죄

형법은 第15章에서 交通妨害의 罪를 두고 있다. 사회적 법익에 관한 죄로서의 구성요건에 해당한다. 즉 일반공중의 교통을 보호법익으로 하는 것이다. 그리고 교통운전을 통하여 사고가 났을 때에 피해자에게 사상의 결과가 발생할 수 있다. 따라서 교통사고가 있는 경우에 운전자에게 적용될 수 있는 대표적인 구성요건은 과실치사상의 죄가 된다. 이것은 상기한 교통방해죄와는 달리 개인적인 교통피해자를 보호하려는 개인적 법익에 관한 죄에 해당한다. 아래에서 이에 대한 내용을 적시하기로 한다.

- 第185條(一般交通妨害) 陸路, 水路 또는 橋梁을 損壞 또는 不通하게 하거나 其他 方法으로 交通을 妨害한 者는 10年以下의 懲役 또는 1千500萬圓以下의 罰金에 處한다.
- 第186條(汽車, 船舶等의 交通妨害) 軌道, 燈臺 또는 標識를 損壞하거나 其他 方法으로 汽車, 電車, 自動車, 船舶 또는 航空機의 交通을 妨害한 者는 1年以上의 有期懲 役に 處한다.
- 第187條(汽車等의 顛覆等) 사람의 現存하는 汽車, 電車, 自動車, 船舶 또는 航空機를 顛覆, 埋沒, 墜落 또는 破壞한 者는 無期 또는 3年以上의 懲役に 處한다.
- 第188條(交通妨害致死傷) 第185條 내지 第187條의 罪를 犯하여 사람을 傷害에 이르게 한 때에는 無期 또는 3年이상 的 懲役に 處한다. 死亡에 이르게 한 때에는 無期 또는 5年이상 的 懲役に 處한다.
- 第189條(過失, 業務上過失, 重過失) ①過失로 因하여 第185條 乃至 第187條의 罪를 犯한 者는 1千萬圓 以下의 罰金에 處한다. ②業務上過失 또는 重大한 過失로 因하여 第185條 乃至 第187條의 罪를 犯한 者는 3年以下의 禁錮 또는 2千萬圓以下의 罰金에 處한다.

- 第190條(未遂犯) 第185條 乃至 第187條의 未遂犯은 處罰한다.
- 第191條(豫備, 陰謀) 第186條 또는 第187條의 罪를 犯할 目的으로 豫備 또는 陰謀한 者는 3年以下の 懲役に 處한다
- 第266條(過失致傷) ①過失로 因하여 사람의 身體를 傷害에 이르게 한 者는 500萬원 以下の 罰金, 拘留 또는 科料에 處한다. ②第1項의 罪는 被害者의 明示한 意思에 反하여 公訴를 제기할 수 없다.
- 第267條(過失致死) 過失로 因하여 사람을 死亡에 이르게 한 者는 2年以下の 禁錮 또는 700萬원以下の 罰金에 處한다.
- 第268條(業務上過失·重過失致死傷) 業務上過失 또는 重大한 過失로 因하여 사람을 死傷에 이르게 한 者는 5年以下の 禁錮 또는 2千萬원以下の 罰金에 處한다.

2) 특별법상 교통범죄

도로교통법은 제11장에서 도로교통법상의 위반죄에 대해 형벌을 과할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 제12장에서 범칙행위에 관한 처리의 특례를 두어 경미한 교통법규위반에 대해 행정청이 범칙금을 부과할 수 있도록 하고 이를 납부하지 않은 자에 대해서는 즉결심판을 받도록 하고 있다. 더 나아가 교통사고처리특례법은 교통사고에 대한 공소권 행사에 특별한 예외조치를 취하고 있다. 도로교통법상 형벌부과의 대상으로 규정되어 있는 교통범죄와 그에 대한 공소제기의 특례조항을 아래에서 살펴보기로 한다.

가) 도로교통법의 벌칙조항

- 제106조(벌칙) 제50조제1항의 규정에 의한 교통사고 발생시의 조치를 하지 아니한 사람은 5년이하의 징역이나 1천500만원이하의 벌금의 형으로 벌한다.
- * 제50조(사고발생시의 조치) ① 차의 교통으로 인하여 사람을 사상하거나 물건을 손괴한 때에는 그 차의 운전자 그밖의 승무원은 곧 정차하여 사상자를 구호하는 등 필요한 조치를 하여야 한다.

[89헌가118, 1990.8.27 도로교통법(1984.8.4. 법률 제3744호) 제50조제2항 및 동법 제111조 제3호는 피해자의 구호 및 교통질서의 회복을 위한 조치가 필요한 상황에만 적용되는 것이고 형사책임과 관련되는 사항에는 적용되지 아니하는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반되지 아니한다.]

- 제107조 (벌칙) ① 제63조제1항의 규정을 위반하여 함부로 신호기를 조작하거나 신호기 또는 안전표지를 철거·이전·손괴한 사람은 3년이하의 징역이나 700만원이하의 벌금의 형으로 벌한다. ② 제1항의 행위로 인하여 도로에서 교통상의 위험을 일으키게 한 사람은 5년이하의 징역이나 1천500만원이하의 벌금의 형으로 벌한다.
- 제107조의2 (벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 사람은 2년이하의 징역이나 500만원이하의 벌금의 형으로 벌한다.
 1. 제41조제1항의 규정에 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차등을 운전한 사람
 2. 술에 취한 상태에 있다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 사람으로서 제41조제2항의 규정에 의한 경찰공무원의 측정에 응하지 아니한 사람
 3. 제71조의2 제1항의 규정에 의한 전문학원의 지정을 받지 아니하고 제71조의6제5항의 규정에 의한 수료증 또는 졸업증을 교부한 사람
 4. 허위 기타 부정한 방법으로 제71조의2 제1항의 규정에 의한 전문학원의 지정을 받은 사람
 5. 제71조의10 제2항의 규정에 의하여 기능검정이 정지된 기간중에 기능검정을 실시한 사람
- 제108조 (벌칙) 차의 운전자가 업무상 필요한 주의를 게을리하거나 중대한 과실로 다른 사람의 건조물이나 그밖의 재물을 손괴한 때에는 2년이하의 금고나 500만원이하의 벌금의 형으로 벌한다.
- 제109조 (벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 사람은 1년이하의 징역이나 300만원이하의 벌금의 형으로 벌한다.
 1. 제40조제1항의 규정을 위반하여 제68조의 규정에 의한 운전면허를 받지 아니하거나 또는 제80조의 규정에 의한 국제운전면허증을 받지 아니하고 자동차를 운전한 사람

2. 제63조제2항의 규정을 위반한 사람
 3. 삭제
 4. 제52조 제2항의 규정을 위반하여 운전면허를 받지 아니한 사람에게 자동차를 운전하도록 시킨 고용주 등
 5. 허위 또는 부정한 수단으로 운전면허를 받거나 운전면허증 또는 운전면허증에 갈음하는 증명서를 교부받은 사람
 6. 제71조의 13의 규정을 위반한 사람 * 제71조의13 (유사명칭 사용금지) 이 법에 의한 전문학원이 아닌 자동차운전학원은 그 명칭중에 “전문학원” 또는 이와 유사한 용어를 사용하지 못한다.
- 제110조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 사람은 6월이하의 징역이나 200만원이하의 벌금 또는 구류의 형으로 벌한다.
1. 제37조·제42조의2 또는 제51조의 규정을 위반한 사람
 2. 제38조·제43조 또는 제54조의 규정에 의한 경찰공무원의 요구·조치 또는 명령에 따르지 아니하거나 이를 거부 또는 방해한 사람
 3. 삭제
 4. 삭제
 5. 제63조제1항의 규정을 위반하여 함부로 신호기 또는 안전표지 그밖의 이와 비슷한 공작물을 설치한 사람
 6. 제68조제3항 또는 동조제4항의 규정에 의한 조건에 위반하여 운전한 사람
- 제111조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 사람은 30만원이하의 벌금이나 구류의 형으로 벌한다.
1. 제39조 또는 제42조의 규정을 위반한 사람
 2. 제40조의 규정을 위반하여 제68조의 규정에 의한 원동기장치자전거면허를 받지 아니하고 원동기장치자전거를 운전한 사람
 3. 제50조제2항의 규정에 의한 신고를 하지 아니한 사람
 4. 제52조제2항의 규정을 위반하여 원동기장치자전거의 면허를 받지 아니한 사람에게 원동기장치자전거를 운전하도록 시킨 고용주

5. 제58조의 규정을 위반한 사람
 6. 제64조제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하거나 제2항의 규정에 의한 신호기 또는 안전표지를 설치하지 아니한 사람 또는 제3항의 규정에 위반하여 신고기 또는 안전표지를 원상회복하지 아니한 사람
 7. 제66조제1항의 규정에 의한 경찰서장의 명령을 위반한 사람
- 제112조(벌칙) 제77조제2항의 규정을 위반한 사람은 20만원이하의 벌금이나 구류의 형으로 벌한다.
 - 제113조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 사람은 10만원이하의 벌금이나 구류 또는 과료의 형으로 벌한다.
 1. 제5조·제12조제1항 내지 제3항 및 제5항·제13조제2항 내지 제4항·제13조의2 제3항(제56조의2제2항에서 준용되는 경우를 포함한다)·제14조·제15조제3항·제16조 내지 제19조의2·제21조·제22조 내지 제24조의2·제28조·제29조·제32조·제33조제1항·제35조제1항 내지 제4항·제44조·제48조·제48조의2제1항 및 제3항·제48조의3·제48조의4제1항·제48조의5·제49조·제57조 또는 제77조제1항의 규정을 위반한 차마의 운전자
 2. 제6조제1항 내지 제3항 또는 제7조의 규정에 의한 금지·제한 또는 조치를 위반한 차의 운전자
 3. 제27조·제27조의2·제30조의 규정을 위반하거나 제31조제1항의 규정에 의한 명령을 위반한 사람
 4. 제35조제5항의 규정에 의한 지방경찰청장의 제한을 위반한 사람
 5. 제20조 내지 제20조의3·제25조제4항 및 제5항·제56조제1항 및 제2항·제59조 내지 제61조 또는 제62조제1항의 규정을 위반한 사람
 6. 제62조제2항의 규정에 의한 고속도로 또는 자동차전용도로에서의 준수사항을 위반한 운전자
 7. 제74조제1항 및 제4항·제74조의2제1항 또는 제79조제1항의 규정을 위반한 사람
 - 제114조(벌칙) 다음 각호의 1에 해당하는 사람은 10만원이하의 벌금이나 구류 또는 과료의 형으로 벌한다.

1. 제5조·제8조제1항 및 제2항 또는 제10조제2항 내지 제5항의 규정을 위반한 보행자
2. 제6조제1항 내지 제3항 또는 제7조의 규정에 의한 금지·제한 또는 조치를 위반한 보행자
3. 제9조제1항의 규정을 위반한 행렬의 지휘자 또는 보행자
4. 제11조제1항의 규정을 위반하여 유아의 보호를 게을리한 보호자
5. 삭제<1999.1.29>
6. 제63조제3항의 규정을 위반한 사람

나) 도로교통법상 범칙행위에 관한 처리의 특례

- 제117조(통칙) ① 이 장에서 “범칙행위”라 함은 제113조 각호 또는 제114조 각호의 죄에 해당하는 위반행위를 말하며, 그 구체적인 범위는 대통령령으로 정한다.
② 이 장에서 “범칙자”라 함은 범칙행위를 한 사람으로서 다음 각호의 1에 해당하지 아니하는 사람을 말한다.
 1. 범칙행위 당시 운전면허증을 제시하지 못한 자동차등의 운전자
 2. 범칙행위로 교통사고를 일으킨 사람. 다만, 교통사고처리특례법 제3조제2항 및 제4조의 규정에 의하여 업무상과실치상죄·중과실치상죄 또는 이 법 제108조의 죄에 대한 벌을 받지 아니하게 된 사람은 제외한다.
 3. 제80조의 규정에 의한 국제운전면허증을 가진 사람
 ③ 이 장에서 “범칙금”이라 함은 범칙자가 제118조의 규정에 의한 통고처분에 의하여 국고에 납부하여야 할 금전을 말하며, 그 범칙금의 액수는 범칙행위의 종류·지역·차종에 따라 대통령령으로 정한다.
- 제118조(통고처분) 경찰서장은 범칙자로 인정되는 사람에 대하여는 그 이유를 명시한 범칙금납부통고서로 범칙금을 납부할 것을 통고할 수 있다. 다만, 다음 각호의 1에 해당하는 사람에 대하여는 그러하지 아니하다.
 1. 성명 또는 주소가 확실하지 아니한 사람

2. 달아날 염려가 있는 사람

3. 범칙금납부통고서를 받기를 거부한 사람

- 제119조(범칙금의 납부) ① 제118조의 규정에 의하여 범칙금납부통고서를 받은 사람은 10일 이내에 경찰청장이 지정하는 국고은행, 그 지점이나 대리점 또는 우체국에 납부하여야 한다. 다만, 천재·지변 그밖의 부득이한 사유로 말미암아 그 기간내에 범칙금을 납부할 수 없는 때에는 그 부득이한 사유가 없어지게 된 날로부터 5일 이내에 납부하여야 한다. ② 제1항의 규정에 의한 납부기간내에 범칙금을 납부하지 아니한 사람은 납부기간이 만료되는 날의 다음 날부터 20일 이내에 통고받은 범칙금에 그 100분의 20을 더한 금액을 납부하여야 한다. ③ 제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 범칙금을 납부한 사람은 그 범칙행위에 대하여 다시 벌받지 아니한다.
- 제120조(통고처분불이행지등의 처리) 경찰서장은 다음 각호의 1에 해당하는 사람에 대하여는 지체없이 즉결심판을 받도록 하여야 한다.
 1. 제118조 각호의 1에 해당하는 사람
 2. 제119조제2항의 규정에 의한 납부기간내에 범칙금을 납부하지 아니한 사람
- 제121조(직권남용의 금지) 이 장의 규정에 의한 통고처분을 함에 있어서 교통을 단속하는 경찰공무원은 본래의 목적에서 벗어나 직무상의 권한을 함부로 남용하여서는 아니된다.

다) 교통사고처리특례법의 공소제기특례사항

- 제3조(처벌의 특례) ① 차의 운전자가 교통사고로 인하여 형법 제268조의 죄를 범한 때에는 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다. ② 차의 교통으로 제1항의 죄중 업무상과실치상죄 또는 중과실치상죄와 도로교통법 제108조의 죄를 범한 운전자에 대하여는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없다. 다만, 차의 운전자가 제1항의 죄중 업무상과실치상죄 또는 중과실치상죄를 범하고 피해자를 구호하는 등 도로교통법 제50조제1항의 규정에 의한 조치를 하지

아니하고 도주하거나 피해자를 사고장소로부터 옮겨 유기하고 도주한 경우와 다음 각호의 1에 해당하는 행위로 인하여 동죄를 범한 때에는 그러하지 아니하다.

1. 도로교통법 제5조의 규정에 의한 신호기 또는 교통정리를 하는 경찰공무원등의 신호나 통행의 금지 또는 일시정지를 내용으로 하는 안전표지가 표시하는 지시에 위반하여 운전한 경우
2. 도로교통법 제12조제3항의 규정에 위반하여 중앙선을 침범하거나 동법 제57조의 규정에 위반하여 횡단·유턴 또는 후진한 경우
3. 도로교통법 제15조제1항 또는 제2항의 규정에 의한 제한속도를 매시 20킬로미터를 초과하여 운전한 경우
4. 도로교통법 제19조제1항·제20조 내지 제20조의3 또는 제56조제2항의 규정에 의한 앞지르기의 방법·금지시기·금지장소 또는 끼어들기의 금지에 위반하여 운전한 경우
5. 도로교통법 제21조의 규정에 의한 건널목 통과방법을 위반하여 운전한 경우
6. 도로교통법 제24조제1항의 규정에 의한 횡단보도에서의 보행자보호의무를 위반하여 운전한 경우
7. 도로교통법 제40조제1항, 건설기계관리법 제26조 또는 도로교통법 제80조의 규정에 위반하여 운전면허 또는 건설기계조종사면허를 받지 아니하거나 국제운전면허증을 소지하지 아니하고 운전한 경우. 이 경우 운전면허 또는 건설기계조종사면허의 효력이 정지중에 있거나 운전의 금지중에 있는 때에는 운전면허 또는 건설기계조종사면허를 받지 아니하거나 국제운전면허증을 소지하지 아니한 것으로 본다.
8. 도로교통법 제41조제1항의 규정에 위반하여 주취중에 운전을 하거나 동법 제42조의 규정에 위반하여 약물의 영향으로 정상한 운전을 하지 못할 염려가 있는 상태에서 운전한 경우
9. 도로교통법 제12조제1항의 규정에 위반하여 보도가 설치된 도로의 보도를 침범하거나 동법 제12조제2항의 규정에 의한 보도횡단방법에 위반하여 운전한 경우
10. 도로교통법 제35조제2항의 규정에 의한 승객의 추락방지의무를 위반하여 운전한 경우

- 제4조(보험등에 가입된 경우의 특례) ① 교통사고를 일으킨 차가 보험업법 제5조·제7조, 육운진흥법 제8조 또는 화물자동차운수사업법 제36조의 규정에 의하여 보험 또는 공제에 가입된 경우에는 제3조제2항 본문에 규정된 죄를 범한 당해 차의 운전자에 대하여 공소를 제기할 수 없다. 다만, 제3조제2항 단서에 해당하는 경우나 보험계약 또는 공제계약이 무효 또는 해지되거나 계약상의 면책규정 등으로 인하여 보험사업자 또는 공제사업자의 보험금 또는 공제금 지급의무가 없게 된 경우에는 그러하지 아니하다. ② 제1항에서 “보험 또는 공제”라 함은 교통사고의 경우 보험업법에 의한 보험사업자나 육운진흥법 또는 화물자동차운수사업법에 의한 공제사업자가 인가된 보험약관 또는 승인된 공제약관에 의하여 피보험자 또는 공제조합원과 피해자간의 손해배상에 관한 합의 여부에 불구하고 피보험자 또는 공제조합원에 갈음하여 피해자의 치료비에 관하여는 통상비용의 전액을, 기타의 손해에 관하여는 보험약관 또는 공제약관에서 정한 지급기준금액을 대통령령이 정하는 바에 의하여 우선 지급하되, 종국적으로는 확정판결 기타 이에 준하는 채무명의상 피보험자 또는 공제조합원의 교통사고로 인한 손해배상금 전액을 보상하는 보험 또는 공제를 말한다. ③ 제1항의 보험 또는 공제에 가입된 사실은 보험사업자 또는 공제사업자가 제2항의 취지를 기재한 서면에 의하여 증명되어야 한다.

Ⅲ. 미필적 고의와 인식있는 과실의 구별에 관한 특수문제

1. 학설의 대립

1) 고의의 종류에서의 미필적 고의(未必的 故意)

전술한 고의의 종류, 즉 제1급의 직접고의(의도), 제2급의 직접고의(지정고의) 및 미필적 고의 중에서 자동차 운전자의 경우에는 결과발생을 의도하는 제1급의 직접고의와 결과발생이 확실하다고 인식한 제2급의 직접고의를 그에게 인정할 수 있는 경우는 매우 드물 것이다. 따라서 운전자에게 고의를 인정할 수 있다면 그것은 결과발생의 가능성만을 인식하였을 뿐이고, 그 결과발생을 적극적으로 의욕하지는 않았지만 그것을 감수하는 정도의 의적 요소를 갖추는 미필적 고의가 될 것이다. 즉, 미필적 고의의 문제는 행위자가 지적 면에서는 구성요건적 결과발생의 가능성은 인식하였으나 결과발생을 확실하게 인식하지 못하였고, 의적 면에서는 구성요건실현을 의욕한 것보다는 약한 의사가 있는 경우에 대두된다. 따라서 미필적 고의는 지적 면에서 행위자가 결과발생의 가능성을 인식했다는 점에서는 인식있는 과실과 차이가 없다. 그러면 인식있는 과실과 미필적 고의를 구별해 주는 다른 요소는 무엇인가? 이에 대해서는 견해의 대립이 있다. 견해의 대립을 크게 나누면 인식의 정도를 구별기준으로 하는 태도와 과실범에는 없는 의적 면을 구별기준으로 하는 태도가 있다. 양자의 구별에 관해서는 다음과 같이 여러 견해가 대립된다. 이 견해들 중에 어느 것을 취하는가에 따라서 본고의 연구대상인 교통범죄에서 미필적 고의를 적용할 수 있는 범위도 결정될 것이다.

2) 可能性說(Möglichkeitstheorie)

가능성설은 구성요건적 결과발생의 가능성만 인식하면 이미 미필적 고의가 성립한다

는 견해이다. 2차대전 후 Schröder가 처음으로 주창한 이래²²⁾ 그 당시로서는 많은 추종자를 얻었고 그 이후 Schmidhäuser에 의하여 더욱 발전되었다.²³⁾ 이 설은 이미 단순한 결과발생의 가능성의 인식만 있으면 행위자는 범행을 중단하지 않을 수 없기 때문에 결과의 불발생을 신뢰하는 과실범은 이러한 가능성의 인식 조차도 부정되어야 성립될 수 있다는 것이다. 이에 의하면 미필적 고의에 대해 인식있는 과실과 구별할 수 있는 표지를 전혀 제시하지 못한다. 따라서 이 설은 인식있는 과실의 존재를 부인하는 관점에서 모든 과실은 인식없는 과실이라고 주장하게 된다.

이 설은 범의침해의 가능성을 인식하였으나 그 결과가 발생하지 않으리라고 믿고 행위한 자에게도 (미필적) 고의를 인정함으로써 지나친 고의성립의 확대를 가져오는 위험성을 지닌다. 예컨대 자동차를 운전하는 자는 대개 결과발생의 가능성을 인식하고 있기 때문에 이 설에 따르면 자동차운전자의 자동차사고에 대해서 항상 고의범을 인정하여야 할 것이다. 그리고 이 설에 따르면 침해범에서의 미필적 고의와 위태범의 고의가 구별되지 않는다.²⁴⁾ 더 나아가 오늘날 인식있는 과실의 개념이 일반적으로 인정되고 있으므로 가능성설은 이 개념이 부정되지 않는 한 유지될 수 없다.

3) 蓋然性說(Wahrscheinlichkeitstheorie)

개연성설은 결과발생의 가능성을 초과하는 개연성을 인식했을 때에는 미필적 고의, 결과발생의 단순한 가능성을 인식했을 때에는 인식있는 과실을 인정하는 견해이다. 독일의 H. Mayer가 이 견해를 주창한 데에 이어서,²⁵⁾ Welzel은 결과의 예상(Rechnen mit dem Erfolge)을 고의의 근거로 보았고,²⁶⁾ Ross는 행위자가 범죄구성요건이 실현되리라는 것을 예상한 때에 고의를 인정하였다.

보통 결과발생의 개연성을 인식하고서 행위자가 행위를 하였다면 결과발생을 감수하

22) Schröder, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs, Sauer-FS, 1948, S. 207.

23) Schmidhäuser, Strafrecht, AT, Studienbuch, 2. Aufl., 1984, 7/100.

24) Küpper, Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, ZStW 100(1988), S. 758 f.

25) H. Mayer, Strafrecht, AT, 1953, S. 250.

26) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 67.

겠다는 태도의 징표를 나타낸 것으로 볼 수 있는 점에서 이 설은 어느 정도 타당성을 지닌다. 그러나 이 설에 대해서는 개연성과 단순한 가능성의 구별기준이 애매하다는 것과 고의의 지적 요소는 결과발생의 가능성에 대한 인식으로 족하다는 비판이 있다. 또한 구체적으로 희생할 가망이 희박한 중환자에게 성공만을 기원하며 성실히 수술한 의사에게 살인죄의 미필적 고의를 인정하여야 하고, 반면에 도무지 기망될 것 같지 않은 자를 시험삼아 말을 건넜는데 의외로 기망할 수 있었던 자는 인식있는 과실을 인정하여야 하는 불합리가 발생한다는 비판도 있다. 그러나 이 설의 근본적인 결점은 가능성설과 마찬가지로 고의의 성립에 의사적 요소를 고려하지 않았다는 점에 있다.

4) 容認說(Billigungstheorie)

이 설은 행위자가 구성요건적 결과발생의 가능성을 인식하고 이를 내적으로 용인하거나 승낙하는 정서적 심정적 태도가 있으면 미필적 고의가 되고 그것이 없으면 인식있는 과실이 된다는 견해이다. 승낙설(Einwilligungstheorie)이라고도 한다. 이 견해는 지적 면에서는 가능성설과 같이 결과발생의 가능성에 대한 인식만을 미필적 고의인정의 요소로서 요구하면서 결과발생에 대한 내적 용인이라는 표지를 추가로 요구한 것이다. 따라서 행위자가 결과발생을 내심으로 거절하거나 그 불발생을 희망한 경우에는 미필적 고의가 인정될 수 없고 인식있는 과실이 성립될 뿐이다. 이 견해는 독일의 판례(RGSt 33, 4; 67, 425; 72, 168; BGH GA 1979, 106; BGH JZ 1981, 35) 및 학설과 우리나라의 판례(대판 1987.2.10, 86도2338; 대판 1968.11.12, 68도912; 광주고판 1979.2.22, 78노434) 및 학설에 많은 영향을 끼쳤다.²⁷⁾

그러나 이 설이 용인이라는 정서적 요소 또는 감정적 요소를 고의의 요소로 본 것은 잘못이다. 왜냐하면 용인이라는 정서적 요소는 책임요소는 될 수 있으나 구성요건적 고의의 요소로는 볼 수 없기 때문이다.²⁸⁾ 용인이라는 정서적 요소는 고의의 필요조건인

27) 우리나라 판례가 사용한 '용인'의 의미에 대하여 후술하는 감수설의 감수의사와 유사하게 해석하면서 용인설을 지지하는 것으로는 임웅, 형법총론, 1999, 132면; 이형국, 형법총론(개정판), 1996년, 138면; 정성근, 형법총론(전정판), 1996, 222면; 안동준, 형법총론, 1998, 80면; 이정원, 형법총론(증보판), 2001, 142면.

의사와 같이 취급될 수는 없는 것이다.²⁹⁾ 고의의 요소로서 요구되는 의적 요소는 이러한 정서적 요소가 아니다. 따라서 이 설은 주관적 구성요건요소로서의 고의와 책임형식으로서의 고의를 혼동하였다고 볼 수 있다. 그리고 용인설은 형사정책적 관점에서도 타당하지 않다. 이러한 용인설에 의하면 결과발생을 희망하지 않은 경우에는 미필적 고의가 인정될 수 없을 것이다. 그렇게 되면 비행기를 타는 원수를 죽이기 위하여 비행기에 시한폭탄을 장치하면서 다른 승객들은 폭탄이 터져도 죽지 않기를 희망하였다면 다른 승객이 죽더라도 그에 대해서는 살인죄의 미필적 고의 조차도 부정되어야 할 것이고, 대형사고의 결과발생이 확실하다고 인식하면서도 업무를 감행함으로써 수많은 사상자를 낸 경우에도 그에게 미필적 고의를 인정할 수 없게 된다. 왜냐하면 업무를 처리하는 자는 비록 대형사고가 나더라도 사상자까지 발생하도록 희망하는 자는 아무도 없을 것이기 때문이다. 그렇게 되면 사상자에 대해서는 전혀 고의범의 성립을 인정할 수 없게 된다.

5) 無關心說(Gleichgültigkeitstheorie)

이 설은 Engisch가 주장하는 견해로서, 행위자가 가능한 부수결과를 긍정적으로 시인하거나 무관심한 태도로 수락한 경우에는 미필적 고의가 되고, 그러한 부수결과를 원하지 않거나 그것이 발생하지 않기를 희망한 경우에는 인식있는 과실에 불과하다는 견해이다.³⁰⁾ 미필적 고의를 인정하기 위해서는 전술한 용인설의 용인보다는 더 엄격한 의미의 보호법익에 대한 무관심이 있어야 한다는 것이다.

이 설도 결과발생의 가능성을 인식하고 그것을 무관심한 태도로서 수락한 경우에는 고의행위에 대한 징표가 될 수 있다는 점에서는 어느 정도 설득력을 가진다. 그러나 여기서 무관심이라는 것이 무엇을 의미하는지가 명확하지 않고,³¹⁾ 무관심이라는 것도 책임요소에 해당하는 일종의 정서적 요소에 해당하며,³²⁾ 과실의 개념요소에서도 경솔이

28) Roxin, Strafrecht, AT, 1992, § 12 Rn. 34.

29) Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 4 f.

30) Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S. 33 f.

31) Frisch, a.a.O., S. 8 ff.

나타나므로 고의에서의 독자적 의미가 결여되어 있다.³³⁾ 그리고 그 무관심을 부정하는 요소로서 결과불발생에 대한 희망을 든다면 그것은 위에서 설명한 용인설하고도 큰 차이가 없다. 따라서 상기한 인용설에 대한 비판이 여기에서 그대로 적용될 수 있다.

6) 回避說(Vermeidungstheorie)

이 설은 Armin Kaufmann이 주장하는 견해로서, 행위자가 결과발생의 가능성을 인식하였음에도 회피를 위한 조종의사 즉 회피행위가 없었을 때에는 미필적 고의가 되고, 그 결과발생을 회피할 의사를 실제로 가동했을 때에는 인식있는 과실에 불과하다는 견해이다. 이 설에 따르면 건조한 날씨에 차를 타고 가면서 불붙은 담배꽂초를 야산에 던져 버린 경우에 회피의사의 표동이 없었기 때문에 미필적 고의가 인정될 수 있을 것이다.³⁴⁾ 그러나 형법적으로 의미 있는 것은 행위자가 최종적인 결과발생 자체에 대하여 어떠한 의사를 가졌느냐이지 그 중간에 회피행위를 하였느냐는 고의성립 여부에 결정적인 것이 될 수 없다. 즉 회피행위는 고의를 부정하는 한 요소는 될 수 있으나 최종적인 기준은 될 수 없다. 특히 행위자가 회피행위의 성과를 믿지 않고 계속 행위한 경우에는 비록 회피행위가 있었다라도 고의가 배제되어서는 안 된다.

7) 決斷說(Entscheidungstheorie)

이 설은 Roxin의 견해로서, 가능한 결과발생에 대한 결단이 있는 경우에 미필적 고의가 되고, 그러한 결단이 없는 경우에는 인식있는 과실에 불과하다는 견해이다.³⁵⁾ 형법의 기능은 법익보호에 있으므로 행위자의 심정이나 정서에서 고의와 과실을 구별할 것이 아니라 가능한 법익침해에 대한 행위자의 결정에 따라 구별하여야 한다는 것이다. Philipps도 행위자가 법질서와 상용할 수 없는 행위를 의식으로 결정하였을 때에 고의

32) Weigend, Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, ZStW 93(1981), S. 661.

33) Eser/ Burkhardt, Strafrecht 1, 1991, Fall 7, A 13.

34) 신양균, 앞의 글, 134면.

35) Roxin, a.a.O., § 12 Rn. 27.

가 있다고 주장하였다.

이 견해에 대해서는 결단의 의미가 무엇인지 불명확하다는 비판이 제기될 수 있다. 그것이 감수위사의 범위를 초과하는 의지의 결단을 요구한다면 미필적 고의의 범위를 너무나 좁히는 것이고, 감수위사 이하로 해석한다면 미필적 고의를 너무 넓게 하는 결점을 지닌다. 그리고 결단을 단순히 행위한다는 의미로 본다면 가능성설과 동일하다는 비판을 면할 수 없다.

8) 甘受說 또는 慎重說

이 설은 결과발생의 가능성에 대한 진지한 고려가 있고 그 결과발생의 위험을 감수한 경우에는 미필적 고의가 되고, 반면에 구성요건적 결과발생을 회피할 수 있다고 신뢰한 경우에는 인식있는 과실에 불과하다는 견해이다. 독일의 통설이고 현재 우리나라의 유력설이다.³⁶⁾ 그리고 오스트리아 형법은 이에 기초하여 고의와 과실을 구분하고 있다(동형법 제5조 1항, 제6조 2항). 이 설은 최종적인 결과발생 자체에 대한 행위자의 의적 측면을 기준으로 인식있는 과실과 미필적 고의를 구별하였기 때문에 가장 타당한 견해로 생각한다.

9) 기타의 견해

Frank는 ‘만약 행위자가 결과발생에 대한 가능성을 인식한 경우라도 행위했으리라는 결론에 도달하면 고의가 인정되고, 만약 행위자가 일정한 인식이 있는 경우에는 행위하지 않았으리라는 결론에 도달하면 고의가 부인된다’는 제1공식과 ‘행위자가 어떠한 일이 있더라도 어떠한 결과가 되더라도 아무튼 나는 행위하고야 말겠다고 스스로 말한다면 그의 책임은 고의적이다’는 제2공식을 제시하였다. 이 프랭크 공식은 미필적 고의의 인식수단으로 등장한 것이다.³⁷⁾ 그리고 제2공식은 전술한 용인설에 가까운 것이다.

36) 박상기, 형법총론(전정판), 1999, 109면; 조준현, 형법총론(개정판), 2000, 174면, 손동권, 형법총칙론, 2001, 130면; 이재상, 형법총론(제4판), 164면.

37) Roxin, a.a.O., § 12 Rn. 46.

그러나 행위자가 결과발생에 대한 인식이 있었을 때에 행위하지 않았으리라는 경우에 미필적 고의의 성립을 부정하는 것은 타당하지 않다. 예컨대 사과를 소녀의 머리위에 올려 놓고 청년장교 2명이 내기사격을 하다가 소녀의 손을 다치게 한 경우에 행위자가 총알이 빗나가서 결과가 발생할 것이라는 것을 인식하였더라면 사격을 하지 않았으리라는 공식에 의해서 고의범의 성립을 부정하여야 하는 부당한 결론에 이른다.³⁸⁾ 그리고 제2 공식은 전술한 용인설에 대한 비판이 그대로 적용될 수 있다.³⁹⁾

2. 우리나라 판례의 태도

1) “容認意思”를 강조한 판례

- 대판 1985.6.25, 85도660: 이른바 미필적 고의라 함은 결과의 발생이 불확실한 경우 즉 행위자에 있어서 그 결과발생에 대한 확실한 예견은 없으나 그 가능성은 인정하는 것으로 미필적 고의가 있었다고 하려면 결과발생에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 이러한 결과발생을 용인하는 내심의 의사가 있음을 요한다고 풀이된다. 일건기록에 의하여 피고인이 그 성립과 그 진술의 임의성을 인정한 검사작성의 피고인에 대한 피의자신문조서기재에 의하면 피고인은 이 사건 물건 거래시 ○○○이 수입면장을 보여주지 않은 것에 대해서는 물건이 부정으로 수입된 것이 아닌가 하는 생각이 들기도 하였지만은 그 보다는 ○○○이 수입면장을 본인에게 보여주면 수입원가가 밝혀지므로 그것이 염려되어 보여주지 않는 것이 아닌가 생각하였다고 진술하고 있는 바, 그 진술 자체로나 피의자신문조서작성시의 진술경위 및 그 내용과 제1심 법정이래 일관하여 이 사건 편상식 고압고무호스가 부정한 방법으로 수입통관된 것이라는 점을 몰랐다고 변소하고 있는 점을 모아볼 때 피고인에게 미필적 고의가 있었다는 소론 논지는 독자적 견해에 불과하여 채용할 것이 되지 못한다.

38) 이러한 취지의 비판으로는 Puppe, Der Vorstellungseinheit des dolus eventualis, ZStW 103(1991), S. 3 f.

39) 신양균, 미필적 고의와 인식있는 과실, 손해목교수 화갑기념논문집, 법문사, 1993, 127면.

- 대판 1987.2.10, 86도2338: 이른바 미필적 고의라 함은 결과의 발생이 불확실한 경우 즉 행위자에 있어서 그 결과발생에 대한 확실한 예견은 없으나 그 가능성은 인정하는 것으로, 이러한 미필적 고의가 있었다고 하려면 결과발생의 가능성에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 결과발생을 용인하는 내심의 의사가 있음을 요한다고 할 것인 바(당원 1985.6.25 선고 85도660 판결 참조), 기록에 의하여 피고인의 경찰이래 원심법정에 이르기까지의 진술을 살펴보면, 피고인은 일관하여 위 ○○○은 사춘처남이기는 하지만 1984.4.경 조카의 결혼식장에서 처음 만나 알게 된 사람인데 그가 해외취업을 알선하고 있다면서 해외 취업희망자를 모집하여 달라고 하므로 그의 말을 진실이라고 믿고 10여년 동안 조선회사에서 용접공등으로 피고인과 같이 일하여 왔거나 같은 동네에서 오랫동안 같이 살아온 제1심판결 실시의 피해자들을 위 ○○○과 만나도록 하였을 뿐이고, 위 박 현이 피해자들을 속이고 있다는 것은 전연 모르고 있었으며 그렇기 때문에 피고인 스스로도 금 2,000,000원을 위 ○○○에게 교부하였을 뿐 아니라 피고인의 형인 공소외 ○○○으로 하여금 금 3,000,000원, 피고인의 외사촌 동생인 공소외 ○○○로 하여금 5,500,000원을 위 ○○○에게 교부하여 해외 취업알선을 요청하도록 하였는데 모두 피해를 입게 된 것이고, 피고인은 중학교 정도의 학력밖에 없어 해외취업에 관한 정확한 절차 등은 몰랐고 다만 위 ○○○이 모든 일을 알아서 처리하여 줄 것으로 알고 제1심판결 사실중의 일부 금원을 피해자들로부터 받아 위 ○○○에게 전하여 준 것이고, 제1심판결 실시 피해자들의 일부와 위 ○○○, ○○○ 및 피고인등 9명은 정식여권을 발급 받고 위 ○○○의 의뢰를 받은 미국 뉴욕에 사는 교포라는 공소외 ○○○, ○○○의 인솔아래 1985.10.19 출국하여 미국에 입국할 의도아래 도미니카국에 이르렀는데 위 인솔자인 ○○○, ○○○ 등이 몰래 귀국하여 버리거나 잠적하여 버리고 미국에 입국할 수도 없어 결국 위 ○○○이 피고인이나 위 피해자들을 속인 것으로 알았고, 약 50일정도 도미니카국에 불법체류하다가 귀국하게 되었다고 범의를 완강하게 부인하고 있다.(다만 검사의 제1회 피의자신문조서중, 검사가 피고인에게 이 사건기록의 “범죄일람표”를 제시하면서 피고인이 한 행위가 그와 같으냐고 물은 데 대하여, 피고인이 “그 중에는 제가 직접 그와 같이 한 것도 있고 제가 돈을 받아서 ○○○에게 전해주기도 하였읍니다”라고 진술한 것으로 기재되어 있는 부분이

있으나 이는 경찰이래 원심법정에 이르기까지의 위 피고인의 진술에 비추어 피고인 또는 위 ○○○의 금전수수 사실에 관한 자백 진술일 뿐, 이 사건 기망사실에 관한 자백으로 볼 진술은 아닌 것이 분명하다). 한편 제1심판결이 이 사건 공소사실을 유죄로 인정함에 끌어 쓴 증거들중 피고인의 진술내용을 제외한 나머지 증거들을 기록에 대조하여 살펴보아도 이들은 주로 이 사건 피해자들의 진술로서 피고인 또는 위 ○○○에게 제1심판시의 돈을 주었다는 내용 또는 피고인과 위 ○○○은 사촌 처남 매부간이므로 피고인이 위 ○○○의 기망행위를 알고 있었던 것으로 생각한다는 내용에 불과하므로써 이 사건범죄사실을 증명할 수 있는 것은 못된다 할 것이고, 오히려 제1심판결이 들고있는 여러 증거들에 의하여 인정되는 피고인의 주장내용과 같은 여러사정들, 즉 피고인과 위 ○○○과의 접촉과정, 피해자등과 피고인과의 인간관계, 피해자들 중에 형 또는 외사촌동생이 포함되어 있고, 그들 또한 많은 피해를 입었으며 피고인 또한 피해를 입은 점, 경위야 어찌되었건 정식 출국절차를 밟아 도미니카국까지 가서 약 50일정도 체류한 점, 피고인의 학력, 직업 등을 참작하여 보면 피고인에게 기망과 편취의 고의가 없었다는 피고인의 변소를 수긍못할 바도 아니어서 피고인에게 이 사건 기망과 편취의 고의가 있었다거나 이른바 미필적 고의가 있었다고 보기는 어렵다 할 것이다.

2) 未必的 ‘認識’을 강조한 판례

- 대판 2000.8.18, 2000도2231: 살인죄에 있어서의 범의는 반드시 살해의 목적이거나 계획적인 살해의 의도가 있어야만 인정되는 것은 아니고 자기의 행위로 인하여 타인의 사망의 결과를 발생시킬 만한 가능 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면 족한 것이고 그 인식 또는 예견은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이라도 이른바 미필적 고의로도 인정되는 것인데, 피고인이 살인의 범의를 자백하지 아니하고 상해 또는 폭행의 범의만이 있었을 뿐이라고 다두고 있는 경우에 피고인에게 범행 당시 살인의 범의가 있었는지 여부는 피고인이 범행에 이르게 된 경위, 범행의 동기, 준비된 흉기의 유무·종류·용법, 공격의 부위와 반복성, 사망의 결과발생 가능성 정도, 범행 후에 있어서의 결과회피행동의 유무 등 범행 전후의 객관적인

사정을 종합하여 판단할 수밖에 없다. 따라서서 인체의 급소를 잘 알고 있는 무술 교관 출신의 피고인이 무술의 방법으로 피해자의 울대(聲帶)를 가격하여 사망케 한 행위에 살인의 범의가 있다.

- 대판 1987.7.21, 87도1091: 살인죄에 있어서의 범의(고의)는 반드시 살해의 목적이나 계획적인 살해의 의도가 있어야 하는 것은 아니고 살해에 대한 인식이 있으면 족한 것이고 그 인식도 확정적인 것은 물론이고 미필적인 것도 이에 포함되는 것인바 피고인이 피해자의 목에 크게 격분하여 흉기인 과도를 들고 피해자에게 달려가서 막바로 피해자의 목(경부)을 위 흉기로 치명상을 입도록 힘껏 내리 찔러 그 자리에서 바로 사망하게 하였다면 위 피고인에게 살해의 의식이 없었다 할 수는 없다.
- 대판 1994.3.22, 93도3612: 살인죄의 범의는 자기의 행위로 인하여 피해자가 사망할 수도 있다는 사실을 인식 예견하는 것으로 족하지 피해자의 사망을 희망하거나 목적으로 할 필요는 없고, 또 확정적인 고의가 아닌 미필적 고의로도 족한 것인바, 사실관계가 원심이 유지한 제1심판결이 적법하게 확정된 바와 같다면, 피해자에 대한 가해행위를 분담하여 직접 실행한 피고인 ○○○, ○○○, ○○○, ○○○ 등이 소론과 같이 피해자들의 머리카락 등 치명적인 부위를 낫이나 칼로 찌르지는 않았다고 하더라도, 쇠파이프와 각목으로 피해자들의 머리와 몸을 마구 때리고 낫으로 팔과 다리를 난자한 이상(그로 인하여 피해자 ○○○은 10일이 지나도록 의식조차 회복하지 못하였고, 피해자 ○○○은 16주 내지 18주의 치료를 요하는 상해를 입었다. 수사기록 37장 및 154장 참조), 위 피고인들이 소론과 같이 자기들의 가해행위로 인하여 피해자들이 사망할 수도 있다는 사실을 인식하지 못하였다고 볼 수 없고(오히려 살인의 미필적 고의가 있었다고 볼 수 있다), 또 여관의 안내실에서 종업원을 감시한 피고인 ○○○으로서도 위와 같은 경위로 집단적인 보복을 할 목적으로 낫과 쇠파이프 등을 가지고 여관으로 들어간 위 피고인들이 피해자들을 살해할 수도 있다는 사실을 인식하였을 것이므로, 피고인 ○○○, ○○○, ○○○, ○○○은 물론 피고인 ○○○에게도 살인의 범의가 있었다고 본 원심의 판단은 정당한 것으로 수긍이 되고, 원심판결에 소론과 같이 채증법칙을 위반하여 사실을 잘못 인정한 위법이 있다고 볼 수 없으므로, 이 점을 비난하는 논지는 이유가 없다.

- 대판 1987.7.21, 87도1091: 살인죄에 있어서의 범의(고의)는 반드시 살해의 목적이나 계획적인 살해의 의도가 있어야 하는 것은 아니고 살해에 대한 인식이 있으면 족한 것이고 그 인식도 확정적인 것은 물론이고 미필적인 것도 이에 포함되는 것인바 피고인이 피해자의 욕설에 크게 격분하여 흥기인 과도를 들고 피해자에게 달려가서 막바로 피해자의 목(경부)을 위 흥기로 치명상을 입도록 힘껏 내리 찔러 그 자리에서 바로 사망하게 하였다면 위 피고인에게 살해의 의식이 없었다 할 수는 없다.
- 대판 1988.6.14, 88도692: 살인죄에 있어 범의는 자기의 행위로 인하여 타인의 사망의 결과를 발생시킬만한 가능 또는 위험이 있음을 인식 또는 예견하면 족한 것이고 사망의 결과발생 또는 회망할 것은 필요치 않으며, 그 인식 또는 예견은 불확정적인 것이라도 소위 미필적 고의가 있다고 보아야 할 것이다.
원심판결 이유와 원심이 유지한 제1심판결이 든 증거에 의하여 확정된 바에 의하면 피고인이 그 판시와 같이 시위대원 3명과 같이 시내버스를 탈취한 후, 술이 취한채 탈취한 버스를 운전하여 그때 시위대를 진압하기 위하여 차도를 차단하여 포진하고 있는 충남경찰국 기동대원을 향하여 시속 50킬로미터의 속력으로 돌진하자, 이러한 경우 그들이 버스에 치어 사망할 것이라는 점을 충분히 인식할 수 있음에도 불구하고 계속 같은 속도로 운행하면서 차도에서 인도쪽으로 피하는 대원들을 따라 일부러 핸들을 우측으로 틀면서 돌진하여 위 버스 전면차체부위로 피해자들을 들이받아 쓰러뜨려 대원 중 일경 ○○○(남, 20세)은 두개골 골절 등으로 사망케 하여 그를 살해하고 상경 ○○○(남, 22세), 수경 ○○○(남, 24세)들에게는 그 판시와 같은 상처를 입혔을뿐 살해의 목적을 이루지 못하고 미수에 그친 사실을 인정하고 있다. 기록에 대조하여 살펴보아도 피고인의 위 범행에 대하여 미필적인 살의가 있었다고 본 제1심판결과 이를 유지한 원심의 조치는 정당하게 수긍이 가고 거기에 소론과 같이 채증법칙에 위배한 위법이 없고 살인죄의 범의에 관한 법리를 오해한 위법이 있다는 주장은 받아들일 수 없다. 논지는 이유없다.
- 대판 1981.2.24, 81도73: 원래 살인죄의 범의가 있다고 함에는 범인이 자기의 행위로 인하여 타인의 사망의 결과를 발생시킬만한 가능 또는 위험이 있음을 인식 또

는 예견하면 죽는 것이요 사망의 결과 발생을 목적 또는 희망한 것은 필요치 않을 뿐 아니라 그 인식 또는 예견은 확정적인 것만 필요로 하는 것이 아니요, 불확정적인 것이라도 소위 미필적 고의가 있다고 할 것임이 당원의 견해인 바(대법원 1954.1.6. 선고 4268 형상 120판결참조) 이건에서 피고인의 행위는 길이가 17센치미터나 되는 예리한 칼로 신체의 중요부분인 피해자의 복부(간근처)를 찌른 것이므로 그와 같은 행위로 인하여 피해자에게 사망의 결과를 발생할 가능성이나 위험이 있음을 인식 또는 예견했다고 할 수 있으므로 피고인에게 최소한 미필적 범의가 있었다고 봄이 상당한 바, 이와같이 판단한 원심의 조처는 정당하고 수긍이 되고 거기에 살인죄의 범의에 관한 법리오해의 잘못이 없다. 논지는 이유없다.

3. 분석 및 소결

우리나라 판례는 살인죄에 있어서는 고의의 지적 요소, 즉 결과발생의 가능성 정도를 인식하는 미필적 “인식”이 있고, 이 인식에 근거하여 행위를 하는 경우에는 미필적 고의 범의 성립을 긍정하고 있다. 그리고 살인결과를 계획 또는 희망하였는가는 고의범성립에 영향이 없는 것으로 판시하고 있다. 따라서 우리나라 판례가 심정적 의미의 용인설을 취하지 않은 것은 명백하다.

그런데 이 판례의 태도가 전술한 가능성설을 취한 것으로 볼 것인가가 문제된다. 단순히 형식적인 용어사용만으로 보면 가능성설을 취한 것으로 해석될 여지가 있다. 그러나 판례들이 제시하는 실행행위가 살인결과를 야기하기에 적합한 것들이다. 따라서 판례는 행위자가 구성요건실현의 가능성을 인식하고 그 결과야기에 적합한 실행행위를 감행하였다는 것을 근거로 고의범 성립을 인정한 것으로 해석할 수도 있다. 후자와 같은 해석은 학설이 지지하는 감수설과 유사한 결론이 될 것이다. 이러한 살인죄 사건과는 달리 다른 범죄에서는 구성요건실현 가능성의 인식 이외에 “그 결과를 용인하는 내심의 의사”를 (미필적) 고의범 성립에 요구하고 있다. 여기서 “용인하는 내심의 의사”가 무엇인지는 다소 불명확하다. 이것을 단순한 심정적인 희망을 의미하는 것으로 사용하였다면 이 판례는 비판받아야 할 것이다. 고의는 행위자가 구성요건의 실현을 위하여 노력하지

는 않아도 이를 가능한 것으로 간주하고 고려에 넣은 경우, 즉 구성요건의 실현을 승인한 경우에 존재하게 된다. 예컨대 행위자가 명백한 위험에도 불구하고, 위험이 다행스럽게도 일어나지 않으리라고 믿지도 않으면서 자신의 계획을 실행하고 그가 알고 있는 특별한 위험이 실현될지 여부를 우연에 맡겨 버리는 경우에는 사망의 결과에 대한 승인은 명백히 인정된다. 그 경우 선행행위와 연결된 특별한 위험이 기대에 반하여 실현되지 않으리라는 희망은 그 위험의 실현에 대한 의식적인 감수를 배제하지 못할 것이다. 왜냐하면 그 희망이란 하나의 다행한 행위경과에 대한 단순한 표상에 불과하기 때문이다. 미필적 고의는 결과의 발생을 고려에 넣는다는 점에서 행위자가 결과가 발생하지 않으리라고 신뢰하는 인식있는 과실과 구별된다. 이러한 심정적인 요소를 고려하지 않고 미필적 고의를 인정하는 감수설이 가장 설득력이 있다.

IV. 외국에서의 논의

1. 日本의 경우

1) 의 의

일본에서도 고의의 개념은 우리나라와 비슷하게 전개된다. 일본형법 제38조 1항은 ‘죄를 범하고자 하는 의도가 없는 행위는 처벌할 수 없고 단지 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다’라고 하여 고의가 아닌 과실행위는 처벌하지 않는 것을 원칙으로 한다. 도로교통법에 규정되어진 고의범에 대해서도 형사법 전반에 걸쳐 통용되는 책임주의의 원칙이 적용되는 것은 당연한 것이다. 고의는 죄가 되는 사실의 실현을 의도하거나 죄가 되는 사실의 발생을 용인해서 행위하는 의사이다. 자신의 행위에서 죄가 되는 사실이 발생한다는 취지의 인식이 있는 경우에는 위법성의 의식이 환기되고, 위법행위를 피하려고 하는 양심의 제지(억지)가 생기는 것이 기대됨에도 불구하고, 오히려 그것을 무릅쓰거나 그것이 환기되지 않는 채로 부정하게 단행되었다고 하는 것으로 행위자를 비난할 수가 있다. 이와 같이 범죄사실의 인식(표상, 상징)·인용이 고의의 중심적인 요소이다. 고의에 있어서 행위자는 범죄사실을 알고 있으므로 반규범적인 태도가 직접적으로 인정된다. 그러나 과실의 경우에는 행위자가 범죄사실을 모르기 때문에 직접적인 반규범적인 태도가 인정되지 않고, 주의의무의 위반을 통한 간접적인 반규범적인 태도가 인정될 뿐이다. 이 경우의 범죄사실에는 구성요건에 해당하는 사실 이외에 위법성에 기초한 사실이 포함된다. 구성요건에 해당하는 사실은 행위(행위주체, 행위객체, 행위상황을 포함시킨)와 결과, 행위와 결과사이의 인과관계의 모든 것을 말한다. 행위자는 그러한 사실의 내부에 현존하는 것에 대해서는 인식하고 앞으로의 일에 대해서 예견하지 않으면 안된다. 또한 구성요건에 해당하는 사실 속에는 자연적 사실만이 아닌 규범적 요소도 포함되어 있어 그 의미를 이해하지 않으면 인식이 있다고 말할 수 없다. 행위자가 이러한 사실을 단지 인식(표상)하는 것만으로 충분한 것인가(인식설·표상설), 아니면 행위와 결과의 발생을 의도했을 것을 필요로 하는가(의사설)?

통설에 따르면 인식만이 아니라 그 결과가 발생해도 어쩔 수 없다고 생각하는 용인이 필요하다. 그러나 반드시 사실의 발생을 의도 혹은 희망하는 것까지는 필요로 하지 않는다. 이것을 인용설이라고 한다. 이것은 인식설과 의사설의 절충적 견해이다. 일본판례는 당초에 인식설을 취하고 있던 것 같다. 예를 들면, 大判大正 11년 5월 6일 살인미수사건에서 ‘고의에는 죄가 되는 사실의 인식예견이 있는 것으로 족하고 그 사실의 발생을 희망하는 것을 요구하는 것이 아니다’고 판시하였다. 그러나, 최고재판소는 소화 33년 9월 9일 부작위에 의한 방화사건에 관하여 ‘자기의 과실로 인하여 사무실내의 석탄불이 책상에 옮겨 붙기 시작하는 것을 선잠에서 깨어나 발견한 사람이 그대로 방치한다면 사무소에 불이 번지게 된다는 것을 인식하면서도 자기의 실책이 발각되는 것을 두려워하는 것으로 인해 앞의 결과의 발생을 용인해서 아무런 조치를 취하지 않고 그 현장으로부터 도망쳤을 경우에는 부작위에 의한 방화죄의 책임을 저야만 한다’고 판시하여 인용설의 입장을 취하였다.

2) 도로교통의 특수성

일본에서 고의의 성립을 위해 범죄사실의 인식이 필요한 것은 전술하였다. 그런데 인식의 대상이 되는 구성요건에 해당하는 사실을 어느 정도로 인식할 필요가 있는가는 의문이다. 도로교통법은 도로에 있어 위험을 방지하고 교통의 안전과 원활을 꾀하는 것을 목적으로 한다. 동법의 형벌법규에는 행위자가 주관적으로 인식하는 것이 곤란한 ‘도로교통에 관한 위험의 발생’(도로교통법 제115조등), ‘정상적인 운전이 되지 않을 우려’(동법 제117조의2 제1항)와 같은 규범적 성질이 강한 요소를 구성요건의 내용으로서 규정하고 있다. 소위 ‘구체적 위험범’이 많다. 그렇기 때문에 교통단속상의 합목적성의 요구를 책임주의의 원칙과 어떻게 조화시키면서 해석할 것인가의 극히 곤란한 문제가 대두된다. 고의의 인식정도는 대상 형벌법규가 추상적 위험범 또는 구체적 위험범의 어느 것인가에 따라 다르게 된다.

3) 추상적 위험범의 경우

추상적 위험범은 추상적으로 도로상의 위험이 발생할 만한 것을 인식할 필요는 없고 구성요건사실을 인식하는 것으로 충분하다고 여겨지는 범죄에 해당한다. 일본에서 발생한 사안을 통해 이에 대해 살펴보기로 한다.

- ① 무면허 운전위반(도로교통법 제64조, 동법 제118조 제1항 제1호); “법령에 정해진 운전자격을 가지지 않고 모든 차 또는 궤도차를 운전하는 것은 그 자체로 교통의 안전을 해할 위험발생의 우려가 있는 행위로서 무모한 운전에 해당한다. 구체적으로 정상적인 운전이 가능하지 않을 우려가 있는지 없는지에 따라 무모한 조종인지의 여부를 판단해야만 한다는 견해는 자동차 운전면허 제도를 부정하는 것과 같은 결과가 되어 찬성하기 어렵다”(소화 30년 5월 9일 동경고등재판결).
- ② 속도위반(도로교통법22조, 동법118조1항2호); “법정속도 또는 지정제한 속도를 초과하고 있는 것을 인식하고 있는 것으로 충분하다. 이러한 위반행위는 모두 일반적으로 교통의 안전을 해치고 위험발생의 우려가 있는 행위이기 때문에 금지되므로, 그 이상의 개개의 행위에 대해서는 구체적인 위험이 발생하는 것을 필요로 하지 않는다”(소화 30년 5월 9일 동경고등재판결).

상기한 양판례의 태도는 과적재위반(일본 도로교통법 제57조, 동법 제119조 1항 3호 2) 등에 대해서도 동일하게 적용될 수 있다. 도로교통법상의 형벌법규가 추상적 위험범 또는 구체적 위험범인가의 여부는 구성요건의 내용으로써 구체적 위험의 발생을 규정하고 있는가의 여부만으로 결정되지는 않는다. 규정의 형식적인 문리해석이 아니라 위반행위로서 금지한 입법의 취지에 입각해서 해석되어야 한다. 일본 도로교통법 제47조 1항은 “차량은 사람의 승강 또는 화물의 적재 때문에 정차할 때는, 가능한한 도로의 좌측에서, 다른 교통의 방해가 되지 않도록 해야 한다”고 규정하고 있다. 이 규정을 형식적으로 문리해석하면 “도로의 좌측가에 붙이지 않는다”는 것 이외에 “다른 교통의 방해가 된다”는 것까지 인식할 것을 요구하는 것으로 보인다. 그러나 판례는 행위자에 있어 주

정차시 차량이 도로의 좌측가에 붙이지 않는 것이 되면 충분하고, 다른 교통의 방해가 되는 것까지 인식할 필요는 없는 것으로 판시하여 주정차방법위반을 추상적 위험범으로서 해석하였다. 그 판례의 내용은 다음과 같다.

- ③ 주정차방법위반(도로교통법 제47조, 동법 제119조의2 제1항 2호); “이 위반행위는 마치 정차된 차량들이 도로좌측가에 없는 것 이외에 다른 교통의 방해가 되는 것을 필요로 하는 것처럼 보인다. 그러나 차량이 정차된 경우에는 그 차량폭 만큼 해당 도로의 폭을 좁히는 것이므로 정차된 차량은 항상 다른 교통의 방해가 되는 것이다. 따라서 차량이 정지하는 경우에는 가능한 한 도로좌측가에 정차시키고 다른 교통에 대한 방해를 최소한 줄이도록 하는 것이 도로교통법 제47조의 취지이므로, 가능한 한 도로의 좌측단가에 정차하지 않는 것은 바로 같은 조건의 위반이 되고, 그 이상 다른 교통의 방해가 되는 것을 필요로 하지 않는다”(소화 38년 5월 19일 나고야고등재판소판결).

교통정리가 행해지지 않는 교차점에 있어서는, 다른 방향에서 동시에 차량 등이 차점에 들어오려고 하여, 교통의 위험을 발생시키는 위험이 적지 않다. 이러한 위험을 방지하기 위해 법 제36조 및 제37조는 차량 등의 통행의 우선권을 정하고 있다. 그렇지만 교통정리가 행해지지 않는 교차점, 특히 교통사고가 다발로 예상되는 지점에 있어서는 위험방지의 조치를 철저히 하기 때문에 공안위원회가 지정한 장소에 차량 등을 일시 정지시키고, 안전을 확인하면서 교차점을 통행시키는 것으로 규정하였다. 이에 의한 일시 정지는 일반적·추상적 위험의 발생 위험이 있기 때문에, 차량 등은 공안위원회가 지정한 장소에 있어서는 구체적인 위험의 유무에 관계없이 반드시 일시정지하지 않으면 안 되게 된다”고 해석하고 있다. 이에 대한 판례는 다음과 같다.

- ④ 지정장소에 있어 일시정지위반(도로교통법 제43조, 동법 제119조 1항 2호); “원판결은 피고인이 본 건 교차점의 앞에서 일시정지를 하지 않았지만 그 대략 중심부까지 진출해서 일시정지하고 거기서 안전확인 조치를 강구하였기 때문에 도로교통법 제43조가 규정하는 교차점에 있어서 일시정지의 의무를 달성하는 것이고 형

사책임이 없다고 피고인의 무죄를 언도한다면, 이는 명백히 동조의 해석을 잘못하는 것이다. 원래 동법조의 의미는 교차점에 들어오려고 하는 차량 등에 대해 미리 일시정지 할 것을 의무로 한 것으로 해석함에 있고, 교차점인 구역에 들어오려고 할 때는 적어도 교차점의 앞 직전에서 정지할 것을 요구하고 있는 것은 의문의 여지가 없다. 여기서 도로교통법 제43조의 지정장소에 있어 일시정지를 위한 지점에 대한 입법 취지는 동법 제1조에 규정하는 도로에 있어서 위험을 방지하고, 교통의 안전과 원활을 꾀하는 목적이 되는 것은 말할 필요도 없는 것이고, 특히 동법 제43조는 교차점에 들어가려고 하는 차량 등에 대해 공안위원회가 지정한 장소에 일시정지를 위한 의무를 규정한 것이므로, 차량 등의 일시정지는 교차점의 바로 앞, 적어도 그 직전에 있어서 행할 것이라고 해석되는 것이 앞에서 기술한 입법 취지와 상당히 어울린다”(소화 37년 2월 8일 나고야고등재판결).

4) 구체적 위험범(위태범)의 경우

개개 법규의 범의미가 법익침해의 위험이 구체적인 경우를 구체적 위험범이라고 한다. 구성요건의 내용으로서 특히 위험의 발생을 필요로 하는 범죄로서 위험에 대한 고의를 필요로 한다. 일본 판례사안을 중심으로 설명하기로 한다.

- ① 주취운전위반(도로교통법 제65조 1항, 동법 제117조의 2 제1호, 동법 제119조 1항 7의2호): 도로교통법 제65조 1항은 어떤 사람도 음주운전해서는 안된다고 규정하고 있다. 그런데 동법 제117조의 2 제1호와 동법 제119조 1항 7호와 2는 법 제65조에서 규정하는 음주운전위반 이외에 알콜영향에 의한 정당한 운전이 되지 않는 위험이 있는 상태 또는 신체에 적정수준으로 정하는 정도 이상의 알콜을 보유하는 상태를 구성요건으로 하고 있다. 이에 의해 음주운전죄는 구체적 위험범인 것으로 인정된다. 즉, “정상적인 운전이 되지 않을 위험이 있는 상태”라고 하는 행위자가 주관적으로 인식하기에 곤란한 내용을 고의의 내용으로서 하고 있다. 또는 적정수준으로 정하는 정도 이상의 알콜을 보유하는 상태라고 하는 것도 행위자 자신이 일반적으로 과학적 판정방법을 가지고 있지 않기 때문에 인식하는 것이 곤란한 내용을 고의의 내용으로 하고 있다.

과연 행위자는 이것까지 인식하여야 그에게 고의가 긍정되는 것인가?

음주운전위반에 대해서 소화 46년 12월 23일 최고재판은 “---이상의 각 조문에 규정되어있는 음주운전의 죄가 성립하기 위해서 필요한 고의의 내용으로는 행위자에 있어서 음주에 의한 알콜을 자기의 신체에 보유하면서(취기가 있으면서) 차량 등의 운전을 하는 것의 인식이 있으면 충분하다는 것으로 해석되는 것이므로, 알콜의 영향에 의한 “정상적인 운전이 되지 않을 위험이 있는 상태”에 달해있는가 어떤가는 객관적으로 판단되어지는 것으로 행위자에 있어서 거기까지 인식하고 있을 필요는 없는 것이라고 말할 수 있다. 따라서 이것과 저촉되는 동경고등재판소, 소화 35년 8월 29일 판결은 변경되어야 한다”고 판시하였다.

그리고 소화52년 3월 16일 동경고등법원도 “도로교통법 제65조 1항, 제119조 1항 7호의 2에 규정한 음주운전의 범의라는 것은, 행위자에게 전기내용의 인식이 있으면 충분하고, 동법시행령 제44조 소정에 알코올 보유량의 수치에 대해까지 인식할 필요는 없다고 해석되어지기 때문에, 본건에 있어서는 피고인의 범의의 성립에 결함은 없다”고 판시하였다.

또한 소화 52년 9월 19일 최고재판소도 “도로교통법 제119조 1항 7호의 2에 규정한 음주운전의 죄의 고의가 성립되기 위해서는 알코올을 자기의 신체에 보유하면서(음주를 하여서) 차량등 운전을 하는 것의 인식이 있으면 족하고 알코올 보유량의 수치까지 인식할 필요는 없다”고 판시하였다.

- ② 과로운전위반(도로교통법 제66조, 동법 제118조 1항 3호): 도로교통법 제66조는 과로, 병, 약물의 영향 등으로 정상적인 운전이 불가능한 우려가 있는 상태로 차량등을 운전해서는 안된다고 규정하고 있다. 과로, 병, 약물의 영향 등의 인식과 그로부터 정상적인 운전이 불가능한 우려있는 상태의 인식을 필요로 하는 것에서 구체적 위험범에 속한다. 그러나 이 상태는 고의의 내용을 이루는 사실인식의 대상으로부터 제외된다. 행위자는 과로상태, 병에 걸려있는 상태, 약물을 신체에 보유하고 있는(약물에 취한상태) 것을 인식하는 것까지 하면 고의의 성립에 족하다.
- ③ 안전운전의무위반(도로교통법 제70조, 동법 제119조 1항 9호): 도로교통법 제70조는 “차량등의 운전자는 당해차량등의 핸들, 브레이크 그 외에 장치를 확실히 조작

하고, 도로, 교통 및 당해차량 등의 상황에 응하여, 타인에게 위해가 미치지 않는 속도와 방법으로 운전하지 않으면 안된다”고 규정하고 있다. ‘타인에 위해를 미치지 않도록 하는 속도나 방법으로 운전을 하지 않으면 안된다’로 규정되어 고의범이 성립되기 위해서는 이것의 인식을 요하게 된다. 따라서 본죄는 구체적 위험범이 된다. 그러나 ‘위해를 미칠 수 있는 우려가 있는 속도와 방법’이라는 것은, 구체적으로 위험이 발생할 것까지가 아니라 발생우려가 있으면 족하다고 해석된다. 소화 46년 10월 14일 최고재판소는 “위험발생의 우려라는 것은 누구에 대해서도 충돌, 사고발생의 위험을 느끼는 것을 말한다. 이것은 일반인이 갖고 있는 사회통념상 객관적 기준에 기초해서 판단할 수 있으므로, 행위자 자신이 현실에서 타인에게 위해를 미칠 우려가 있다고 인식하는 것은 반드시 필요한 것은 아니다. 즉 객관적 평가로서 운전행위가 타인에 위해를 미칠 우려가 있다는 인식이 있으면 충분하다”고 판시하였다(판례 타임즈 No.248.90).

- ④ **공동위험행위위반(도로교통법 제68조, 동법 제118조1항3호의 2):** 도로교통법 제68조(공동위험행위)에 따르면 자동차등의 운전자로서의 신분이 없는 자도 신분이 있는 자의 행위를 이용하는 간접정범적 형태에 의해 구체적위험을 야기시켜 보호법익을 침해하는 것이 가능하다. 이른바 공동위험행위위반은 2대 이상의 자동차 및 원동기부착 자동차를 줄지어 통행시키는 것 등의 인식 이외에 도로 위의 교통위험, 불편을 끼친다는 인식이 필요하다. 소화 55년 8월 27일 오사카지방법판소는 “공동위험행위의 죄는 그 행위주체가 2인 이상의 자동차 또는 원동기부착의 자동차의 운전자에 한정된다. 그리고 도로의 다른 차량 아니면 보행자에 구체적 위험을 발생시켜 또 다른 차량등에 통행을 고의로 막아 통행의 자유를 빼는 등 구체적인 불편을 발생시키는 것을 요건으로 하는 구체적 위험범이다. 보호법익은 도로의 다른 차량등의 통행에 안전 및 자유에 있다고 볼 수 있다. 전기 자동차등의 운전자의 신분이 없는 자도 신분있는 운전자의 행위를 이용한다는 간접정범형태에 의해서 구체적 위험을 야기시켜 그 보호법익을 침해하는 것이 가능하다”(판례시보 992호 135)라고 판시하였다.

- ⑤ 도로교통위험죄(도로교통법 제115호): 도로교통법 제115조는 함부로 신호등을 조작하는 것, 공안위원회가 설치한 도로표시를 이전하는 것, 신호등 또는 공안위원회가 설치한 도로표시 및 도로표시를 손괴하는 행위 이외에, 행위자의 행위가 “도로의 교통의 위험을 발생시키는” 구체적 위험범으로 규정하였다. 그러나 동일한 취지의 형법 제125조 1항의 왕래위험죄에 대해 소화35년2월18일 최고재판소는 “철도 또는 그 표지를 손괴하거나 그 이외의 방법을 써서 열차 또는 전차의 탈선, 전복, 충돌, 파손 등 이런 교통기관의 왕래에 위험한 결과를 발생시키는 우려가 있는 상태를 발생시키는 것에 의해 성립하는 것으로 해석하는 것이 마땅하다”고 판시하였다. 따라서 도로교통위험죄도 위험이 현실에 발생한 것은 필요로 하지 않지만 그 위험이 발생할만한 상태를 발생시키면 충분하다고 해석된다. 그리고 교통의 위험이 발생하는 우려가 있는 상태에 달했는지 아닌지는, 일반인이 갖고있는 사회통념상 객관적 기준을 기초로 판단해야하는 사안이므로, 행위자의 이런 점에 관한 인식도, 행위자 자신이 교통의 위험이 발생할 우려가 있다는 사실을 실제로 인식하는 것을 반드시 필요로 하지 않는다. 예를 들어 행위자 자신의 주관적인 판단으로는 교통의 위험이 발생할 우려가 없다는 부정적인 인식을 갖고 있어도 사회통념상 객관적인 평가로서 그 우려가 있다고 여겨지는 인식만 있으면 고의의 성립에 부족한 것은 아니다(판례타임즈No.284.89).

5) 미필적 고의론

일본에서 고의의 유형으로는 확정적 고의와 불확정적 고의로 크게 나눈다. 확정적 고의는 구체적으로 확정하고 있는 범죄사실, 특히 확정적인 결과를 인식하고 실행하는 경우를 말한다. 불확정적 고의는 범죄사실(특히 결과)의 인식은 있지만, 그것이 불확정의 상태로 실행하는 경우를 말한다. 불확정적 고의는 개괄적 고의, 택일적 고의, 미필적 고의로 분리될 수 있다. 개괄적 고의는 예를 들어 군중의 누군가가 다칠 것을 인식하고, 군중을 향해 돌을 던진다가, 살의를 가지고 군중 속으로 차를 몰고가는 경우처럼, 어느 쪽의 객체에 대해 결과가 발생하는지, 그 객체가 몇 명인지가 불확정된 인식을 말한다. 택일적 고의는 예를 들어, 갑과 을 2인 가운데 어느 쪽이건 한명을 해칠 의사로 발

포하는 경우로서 결과가 어떤 객체에 발생할지는 인식하고 있지만, 그 누군가가 불확실한 인식을 말한다.

미필적 고의는 결과발생 그 자체를 불확실하게 인식하는 경우로서 결과발생의 가능성을 인식하고 그것을 인용한 경우에 인정된다. 미필적 고의는 인식있는 과실과 경계를 접하고 있다. 그 구별의 기준은 크게 개연성설과 인용설이 있다. 개연성설은 본인이 예견한 결과발생의 가능성의 정도가 고의의 존부를 판단하기 위한 기준이 되는 것이다. 이설에 의하면 결과발생의 개연성이 크다고 인식하면서 행위를 할 때에는 고의(미필적 고의)가 인정되고, 결과발생의 개연성이 작다고 인식하면서 행위를 했을 때는 과실(인식있는 과실)이 인정된다고 한다.

인용설은 미필적 고의도 인식있는 과실도 결과발생의 가능성을 인식하는 것이므로, 그 구별은 의사적 태도에서 구하지 않으면 안된다는 생각에서 결과발생의 인용이라고 하는 의사적 태도에 의해 미필적 고의와 인식있는 과실을 구별하자고 하는 것이다. 인용설이 말하는 것의 결과발생의 가능성의 인용은 그것이 적극적 인용인지 소극적 인용인지를 묻지 않는 것이라고 해석할 수 있으므로, 자기의 행위가 그 본래의 목표에 없는 결과를 발생시킬 우려가 있는 것을 알고 있을 경우, 행위자가 그 결과의 발생을 어쩔수 없는 것 또는 의사 없이 행위한 것으로 인정되는 한 미필적 고의가 성립한다고 한다. 통설은 인용설을 취한다. 판례도 “미필적 고의는 결과발생의 가능성 즉 결과발생의 개연성이 크음을 인식하면서 그럼에도 불구하고 그 발생을 인식하는 심리적 태도이다”고 판시하였다(古松高判所 소화32.3.11).

인용설에서 말하는 인용은 결과가 발생할 것을 알고서 감히 그 위험을 범하는 심리태도를 말한다. 이러한 심리태도를 인정하는 것은 실제상 어려운 것이다. 행위자의 진술만에 의지하지 않고 외부적으로 보여진 구체적 사정을 기초로 일반통상인이었다면 당해 결과의 가능성을 어떻게 평가할까를 고려해서 행위자 자신의 입장에 서서 그 심리상태를 추측해야 할 것이다(주석형법(2)의 2 326항).

6) 도로교통법 제72조 1항 전단락의 구호의무위반과 고의

법 제72조 1항 전단은, [차량등의 교통에 있어 사람의 사상 또는 물품의 손괴가 있을

때 당해차량등의 운전자 그 외 승무원은 곧 차량등의 운전을 정지시키고, 부상자를 구호하고..]라고 규정하고, [사람의 사상 및 물건의 손괴]에 대해서 고의를 필요로 한다.

사람의 사상 또는 물건의 손괴의 인식에 있어서는 차량이 사람 또는 물건에 접촉, 충돌했다는 인식만 있으면 충분하고, 사상의 인식은 필요하지 않다는 생각방식, 즉 차량등이 사람 또는 차량에 접촉, 충돌한 경우에는 사람의 사상의 결과가 발생하는 것은 경험에 비추어 통상의 일이라고 하는 것을 근거로 한다.

이러한 판례로서, 소화 40년 7월 6일 나고야고등재판소 카나가와지부는 “차량의 교통에 있어 사람의 사상, 또는 물건의 손괴는 차량이 고속으로 주행중에 순간적으로 발생하는 경우가 많고, 따라서 사람의 사상, 물건의 손괴라는 사고의 결과를 곧 인식하는 것이 불가능한 경우가 많다고 생각된다. 타방 차량이 사람 또는 물건에 접촉한 경우, 사람의 사상, 물건의 손괴라고 하는 결과가 발생하지 않는 쪽이 오히려 드문 일임에 비추어보면 위의 구호의무, 보고의무위반의 죄가 성립되기 위해서는 운전자 등이 자기의 차량 등의 교통에 의해 야기된 사람의 사상 또는 물건의 손괴를 인식할 필요는 없고, 사상 또는 손괴의 가능성의 인식이 있으면 좋다고 말할 수 있다. 그렇지 않으면 전기의 차량에 의한 교통사고에 동반하는 특수사정으로부터 피해자의 구호 및 교통질서의 회복등 긴급을 필요로 하는 응급조치를 잡는 것을 목적으로 한 동법 72조 1항의 규정은 대부분 공허한 말로 돌아가는 우려가 있고, 이렇게 해석한다고 해서, 운전자 등에 과중한 책임을 부과하는 것이라고는 생각할 수 없기 때문이다”라고 판시하고 있다.

사람의 사상 또는 물건의 손괴에 대해서 인식에 대해서 사람 물건과의 접촉, 충돌만의 인식만으로는 부족하고 마지막까지도 사람의 사상 또는 물건의 손괴의 인식은 필요하다고 하는 견해도 있다.

사람의 사상, 물건의 손괴의 인식을 필요로 한다는 판례로서, 소화40년10월27일 최고재판소는 “원판결은, 본건 공소사실중 교통사고를 일으키고 피해자에게 상해를 가한 것에 걸리지 않는 동조 기재대로 그대로 운전을 계속하고, 법령에 정한 사항을 소관 경찰 직원에게 신고하고, 그 지시를 받는 등 법령의 정해진 필요한 조치를 강구하지 않았던 사실을 인정한 제1심판결에 대해서 변호인의 공소취의 중, 만일 피고인이 공소제기전의 교통사고를 일으켰다 하더라도, 피고인은 피해자에 상해를 가한 사실을 인식하고 있지

않았으므로, 도로교통법 24조 1항 소정의 의무위반의 죄는 성립되지 않는 취지의 주장에 대해, 위 24조 1항, 동법시행령 67조 소정의 긴급구호 및 보고의무의 발생에 있어서는 차량 등의 운전자에 있어 '사람의 사상 또는 물건의 손괴'의 결과발생의 사실을 인식하는 것을 필요로 하는 것은 아니고, 그 운전 중에 차량을 직접 또는 간접으로 사람의 신체에 접촉 혹은 충돌하고 또는 그 신체를 치는 것의 인식만 갖추어지면 필요충분한 것으로 말할 수 있다고 해서 의무위반이 성립하는 취지 판시한 것은 소론대로이고, 원심의 위의 판단이 동법 24조 1항 소정의 의무위반이 성립하기 위해서는 적게는 사람의 사상 또는 물건의 손괴의 결과발생에 대한 불확정 또는 미필적 인식을 필요로 한다고 판단한 나고야고등재판소 카나자와지부판결(소화34년 제245호, 동년12월17일 선고) 및 이것과 동취지의 동경고등재판소(소화28년제2984호, 동30년1월28일보고)와 상반되는 판단을 한 것으로 소론인용의 판례 중, 동경고등재판소판결(소화28년제3831호, 동29년7월19일선고)은 사안이 다른 본건에 적절하지 않다. 도로교통법 24조1항, 동법시행령 67조 1항 및 2항의 규정은 사고발생에 관계가 있는 조종자에 대해 또 응급의 조치로 구호와 물건의 손괴등에 의해 발생하는 도로에의 위험방지 그 외에 교통의 안전을 도모하기 위해 상당한 조치를 취할 것을 명하고, 또, 경찰관에 대해 만전의 구호와 안전을 위해 보고의무를 부과한 것으로 (소화38년4월17일 대법정판결, 형집17권3호 229항참조), 조종자 등에 대한 구호등 조치의무 또는 보고의무에 위반하는 것으로 형사책임을 부과하기 위해서는 구호등의 조치의 대상으로 될 수 있는 피해자의 사상의 사실, 위험방지 그 이외에 교통안전의 조치의 대상으로 될 수 있는 물건의 손괴의 사실이 발생하고, 게다가 조종자등이 이쪽의 사실을 미필적으로 인식한 경우에 한정되는 것으로 해석하는 것이 상당하다"고 판시하였다.

이 판례와 같은 취지의 판례로써, 도로교통법 72조 1항 위반의 죄가 성립하기 위해서는, 사람의 사상 또는 물건의 손괴에 관해 적어도 미필적 고의가 필요하거나, 사람과 접촉한 인식이 있는 것만으로는 부족하고, 미필적으로 사람의 사상 또는 물건의 손괴에 대한 인식을 필요로 하는 다음과 같은 고등재판판결이 있다. 소화52년 1월 25일 나고야고등재판에서는, 「피고인은, 원판시 교차점내에서 원판시 제1의 1의 충돌사고를 일으킨 후, 그 지프를 잠시 교차점의 남서 구석에 정차했었으나, 그 피해자가 병원으로 옮겨지

고 머지 않아, 위의 지프를 운전해서, 시속 약 20킬로미터로 위의 정차지점에서 약 12.9미터 전진했을 때 위의 교차점 서쪽 입구 부근을 3명의 보행자가 대면 보행하고 있는 것을 확인하고, 큰소리로 비켜라고 소리치면서 진행한 바, 그 3명의 보행자 가운데 양쪽의 2명은 각각 좌우로 피하고, 가운데 있던 원판시 수기모토가 약간 피하는 것이 느껴서, 양손을 그 지프의 본넷과 오른쪽편의 펜다 경계부근에 매달리는 것 같은 모양으로 지프를 피하려고 해서, 그 때 왼쪽 무릎부근이 그 지프의 범퍼 부근에 접촉했다(다만, 이 접촉은, 하반신이 사각에 있어서 피고인에게 보이지 않았다.). 동인은 특별히 그 장소에서 미끄러지던가 비명을 지르거나 하지 않고, 그 후에, 집으로 돌아오고 한참 되어서 왼쪽다리가 부었음을 눈치채고, 139번지 소재의 병원에 가서, 의사의 진단을 받은 결과, 2주간의 치료를 요하는 왼쪽무릎 타박상의 상해를 얻을 것이 판명된 것, 피고인은 위의 사고 당시 상당히 음주 상태였던 것을 인정, 또한, 원심 제 1회 공판조서의 기재에 의하면, 피고인은 동 공판에 있어서, 피고인의 검찰관 및 사법경찰인에 대한 각 공술조서 및 원심 제 2회 공판조서 중에 피고인의 공술기재부분 등에 피고인은 조사의 단계에서 시종일관, 전기 수기모토가 지프의 오른쪽 앞 부근 펜다 부근에 손을 댄 것 같은 상태에서 접촉한 것만을 보았을 뿐이고, 그 때 동인이 넘어졌다거나, 비틀거리는 것 같은 상황은 아니고 동인이 부상당한 것을 전혀 눈치채지 못했다고 변론한 것이 인정되었다. 그리고 변론 내용을, 전 인정의 원판시 제1의 2의 사고의 태양과 함께 생각해 보면, 피고인이 위의 사고 당시 수기모토의 부상에 눈치채지 못했다는 전기 공술이 변명하기 위한 변명이란 것도 즉시 인정하기 어렵고, 기록을 정밀 검토해 보아도, 전기 제1회 공판조서 중의 피고인의 공술기재부분을 빼서는, 달리 피고인이 위의 사고 당시 미필적으로 수기모토의 부상을 눈치챘다는 것을 인정할 만한 충분한 증거는 없고, 또, 원판 제1회 공판조서 중의 피고인의 전기 공술에 있어서, 즉시 피고인에 있어서 위의 사고당시 수기모토가 부상당한 것을 지연하고 있다라는 것과 속단할 수 없다. 그래서, 자동차와 사람이 접촉한 경우에도 사람이 부상당하지 않는 것도 종종 있을 수 있는 것이고, 또, 교통사고의 결과로서 사람의 사상 또는 물건의 손괴의 발생은 도로교통법 72조 1항 위반의 범죄의 구성요건사실의 내용에 해당하는 것이기 때문에, 동죄의 성립에는, 미필적으로 사람의 사상 또는 물건의 파괴에 있어서의 인식이 있는 것이 필요하고, 단순히 접촉 등에 대해서 인식이 있는 것만으로는 부족하다에 해당된다(최고재판소 소화 40년 10월 27일 판

결, 형집 19권 7호 773항 참조). 때문에, 피고인에 있어서 원판시 제1의 2의 교통사고를 낸 후, 사고의 피해자 수기모토가 부상당한 것에 대해서는, 미필적으로도 이것을 인식한 것을 인정하는데 충분한 증거가 없는 본건에 있어서, 피고인에게 전기 도로교통법 72조 1항의 위반의 죄의 형사책임을 물을 수 없다 라고 할 수밖에 없다”라고 판시하고 있다.

다음으로, 미필적 고의의 성립에 필요한 사실의 인식은 어느 정도를 요하는 것인가. 이미 앞에서 말한 대로, 미필적 고의를 결과발생의 개연성이 있는 것을 인정하면서, 발생을 인용하는 심리상태라고 진술해 왔지만, 용인이라는 행위자의 심리상태를 인정하는 것은 상당히 곤란하다.

구호의무위반의 경우, 사람의 사상 또는 물건의 손괴가 발생했다고 인식하는 것을 요구하지 않으면 안되지만, 미필적 고의를 인정한 사례로써, 현장상황과 운전자의 특수한 체험에서 사람을 차로 친 것이 아닌가라고 느꼈기에 뭔가의 상해를 한 것을 인식한 것을 인정하고, 미필적 고의가 있었다라고 한 판례가 있다.

소화 47년 3월 28일 최고재판소는 도로교통법 117조의 범죄의 성립에 필요한 사실의 인식은, 반드시 확정적인 인식인 것을 요구하지 않고, 미필적인 인식으로도 만족하는 요지의 원심의 판단은 상당하다고 하고 있다. 판결의 이유는 다음과 같다.

“여기서 검토하면, 피고인이 본건 피해자를 차로 친 것은 이것을 인정할 수 있는 상황이고, 피고인이 본건 피해자에게 상해를 입혔던 것을 인식하는 것을 인정하는가 아닌가에 관해서 보면, 피고인의 사법경찰원(소화 40년 9월 24일부), 검찰관에 대한 각각 공술조서에 의하면, 피고인은 본건 사고 현장부근에서 진로 전방에 동일 방향으로 걷고 있는 5명 정도의 학동을 발견하고, 부적을 울리자 도로좌측에 일렬로 섰기 때문에 위의 사람들을 지나치는 순간, 적토의 위를 달리고 있을 때, 무엇인가 차륜이 좌우로 미끄러지는 것이 있어, 전단 방향의 차체뒷부분이 옆쪽으로 미끄러진 것 같은 쇼크를 느꼈다. 한순간 섬뜩함을 느꼈다. 차를 세우고 뒤로 돌아가는 것이 무서워져서 그 상태로 달려갔다고 공술하고 있다. 위의 공술은 임의로 행해진 것이어서, 그 내용은 경험한 사람이 아니라면 모르는 것이어서 충분히 믿을 수 있다. 위의 공술에서 보면, 피고인은 추월한 때의 현장의 상태에서 보면 사람을 친 것이 아닌가라고 느껴서 뭔가의 상해를 입힌 것을 인식했다고 인정하는 것이 상당하다. 다음에 소론은 원판결은 피고인이 본건 피해자

에게 사상을 입힌 것을 미필적으로 인식함으로써 도로교통법 72조, 117조를 적용해서 피고인을 처벌하고 있지만, 위 72조는 행위자가 사고를 일으키고, 그 결과 사람 몸에 상해가 발생한 것을 확정적으로 인식한 경우에 한해서 적용되고, 미필적 인식의 경우에는 적용되지 않는다고 한다. 그렇지만 소론에서 말하는 법조의 행위자의 인식에 있어서는 사람 몸에 상해 발생의 사실에 대해서 미필적 인식이 있는 것으로써 충분하고, 반드시 사고발생의 확정적인 인식을 요구하는 것이 아니라고 해석하기 때문에, 원판결에서는 소론과 같은 법령해석 내지 법령적용의 오류는 존재하지 않는다”라고 판결하고, 미필적 고의만 있으면 충분하다고 한다.

다음으로, 차량 등의 접촉, 충돌의 인식은 있지만 사람의 사상에 대한 인식이 없는 경우에는, 도로교통법 제72조 제1항 후단의 보고의무만의 책임을 지는 것으로 판결하고 있다. 소화 41년 1월 동경고등재판소는 “도로교통법 제72조 제1항 전단에는, 차량 등의 교통에 의해 사람의 사상 또는 물건의 손괴가 있을 때에는, 해당 차량 등의 운전자 그 외의 승무원(운전자 등)은 즉시 차량 등의 운전을 정지해서 부상자를 구호하고 도로에서의 위험을 방지하는 등 필요한 조치를 강구하지 않으면 안 된다고 규정하고, 발생한 사고가 사람의 사상이 있거나 물건의 손괴가 있거나 어느 쪽이든 우선 차량 등의 운전을 정지하는 것을 명하기 때문에, 운전자 등에 있어서 그 어느 쪽인가의 사고가 발생했다고 인식한 이상, 가령 막 인식했을 때와 실제로 발생한 사고와의 사이에 차이가 있다 하더라도, 어쨌든 차량 등의 운전을 정지하지 않으면 안 되는 것에는 변함이 없고, 따라서, 만약 그 운전을 정지하지 않은 채 계속 달린 경우에는, 이 조항의 위반이 되는 것은 확실하다. 하지만, 문제는, 단순히 이 규정의 위반이 있었나 아닌가가 아니라, 그 위반에 대해서 어느 정도 형벌법규상의 평가를 하는가, 바꿔 말하면 사람의 사상이 있던 경우에 관해서는 도로교통법 제117조에 의한 무거운 형사책임을 묻던가 그렇지 않으면 물건의 손괴가 있었을 경우에 그것보다도 가벼운 같은 법 117조의 2 제2호의 형사책임을 묻는가에 있는 것이다. 그래서, 이 점에 관해서는, 그 각각의 법조에 의한 형사책임을 지우기 위해서는, 그 발생한 사고의 종류에 있어서의 인식이 있을 것도 또 당연 필요하다고 해석하지 않으면 안된다. 왜냐하면, 범죄의 성립에는, 그 구성요건에 대한 인식을 필요로 한다는 것은 형법 제 38조 제 1항에 정해진 대원칙이고, 이 경우 사고의 종류의

여하는 법정형에 영향을 끼치는 사항이고, 구성요건의 내용을 이룬다고 생각할 만하기 때문이다. 이에 대해 원판결이 실시하는 것은, 행위자의 인식이 어떻든지, 실제로 발생한 것이, 사람의 부상이라면 동법 제117조의 2편 2호에서 처벌한다라는 취지이다라고 해석할 수 있지만, 이것은 결국 그 사고의 종류를 고의와 관계가 없는 일종의 처벌조건이라고 해석하기 때문에, 형법 제 38조의 원칙에 반할 뿐만 아니라, 이 경우에 한해서는 오히려 것처럼 해석하지 않으면 안 되는 이유는 조금도 눈에 띄지 않는 것이다. 그러므로, 도로교통법 제117조의 죄의 형사책임을 물을 때에는 객관적으로 사람의 사상이 있었나라는 것만으로는 불충분하고, 행위자에 있어서도 그 것을 인식하고 있었나라는 것이 필요하고, 만약 그 인식이 없다면, 물건의 손괴가 있었다라고 오인하고 있는 것에 불과한 경우에는, 형법 제38조 제2항에 의해 도로교통법 제117조 2 제2항에서 규정하는 정도의 책임만을 물어야한다고 하지 않으면 안된다.”고 제시하고 있다. (경시청 도로교통법관계 실무판례집)

7) 미필적 고의의 판례

가) 적극적 인용

미필적 고의에 관한 판례가 개연성설에 근거한 것인가 인용설에 선 것인가에 관해 논의가 이루어져 왔지만 교통사범에 관해서는 후에 검토하도록 하고, 살인·상해·폭행의 미필적 고의와 과실치사상에 있어서, 먼저 객관적으로 결과발생의 상당정도의 개연성을 인정할 이상, 그 개연성의 인식이 인정된다고 하여 고의를 인정하고 있는 것이 많은 것 같이 보여진다. 그래서 인용이라고 하는 말이 많이 사용되고 있지만, 그 내용은 소위 적극적 인용이다. 물론 소극적 인용을 인정한다고 생각되는 것도 없는 것은 아니다.

주행중인 차량이 순간적으로 일어난 사고에 있어서 운전자의 심리상태를 상황증거로부터 판단하는 경우, 운전 자체가 원래 위험성을 잠재시키고 있기 때문에 일반적·경험적으로는 위험한 결과의 가능성에 대해 인식이 있다는 것으로 판단되기 쉬운 경향이 있는 경우, 그 결과에 대해서 무시, 무관심의 태도에 관해 미필적 고의의 인정을 둘러싼 판단이 미묘하고 어려운 경우가 발생하는 것이다. 이하 3개의 유형으로 나누어 설명하기로 한다.

나) 운전중 다른 차량 혹은 보행자에게 충돌한 경우

① ㉔ 大津地判 昭和39.9.8의 사안은, 무면허운전의 발각을 우려해서 도주하기 위해 정차를 명령한 중앙선 부근에 서있던 경찰관을 향하여 약10톤의 시멘트를 적재한 대형자동차가 브레이크도 밟지 않고, 핸들도 꺾지 않고 시속 약 70km로 돌진해서 사망시킨 사건에서 상해치사죄가 아닌, 예비적 訴因인 살인죄를 인정했다. 정차한다고 생각하고 있던 경관, 차의 속도, 위치관계 때문에 충돌의 개연성 내지 확실성을 인정하고, 충돌 즉시 사망의 결과발생을 인정하고, 위 행동 등으로부터 이 결과발생의 인식이 있었다는 것을 인정하며, 그 인식하에 [자기차를 돌진시켰다]는 것으로부터 미필의 살의가 인정된다는 것이다.

㉕ 大阪高裁 昭和47.3.6의 사안은, 자기차가 피해자에게 추월당한 것에 화를 내고 피해차를 놀래키려고 자기차를 그 우측부근에 나란히 진행해서 피해자에게 근접하고, 전진할 때 핸들을 우측으로 꺾어 피해자의 크러치레바에 접촉시키고 그 결과 전도됐고 피해차의 운전자등에 부상을 입힌 사건이다.

원심판결은 상대가 경고를 넘어선 부분이 있다고 생각하고 폭행의 미필적 고의를 인정했지만, 위 大阪高裁는 접촉의 가능성의 인식이 있었다는 것은 부정할 수 없다고 하면서도, [접촉되더라도 할 수 없다]고 생각하고 행동한 것은 아니라고 해서 과실상해죄가 성립한다고 하였다. 소극적 인용조차도 없다고 하여 인식있는 과실을 인정한 것으로 해석된다. 그러나 접촉시키려고 해서 행동한 것은 아니라고 한다면 개연성설로부터 위 판결은 긍정될 것이다. 이와 동종의 사안에서

㉖ 高松地裁 昭和38.4.9은 폭행의 고의를 인정했지만 어떤 사실에 기초했는지는 확실치 않다.

㉗ 名古屋高裁 昭和47.3.7의 사안은, 선행차를 추월하려고 상대방향 차선에 차체의 절반 이상을 넘어서 선행차와 병진상태가 될 때, 자기차의 전방 약10m 앞에 반대차선을 직진하는 피해차가 출현했지만, 피해차는 중앙선에 접해서 주행하고 그 좌측에 다른차가 병진하며 후속차도 뒤따라 진행하고 있기 때문에 피해차는 왼쪽으로 갈 수 없는 상태가 된 경우, 반대차선을 주행하는 것을 알면서 진행하다 피해

차와 충돌하고 그 운전자를 부상 입힌 사건이다.

원심판결은 가해차는 피해차가 피양하는 것이 곤란한 상태였던 것을 알고 있었기 때문에 충돌의 위험의 인식이 있고, 또 스스로 회피조치를 취하지 않았었기 때문에 상해의 미필적 고의를 인정했지만, 위 名古屋高裁는 피해차는 피양할 여지가 있고 피양해서 올 수 있다고 생각했다고 하는 피고인의 공술에서 결과의 인용은 없다고 하며 과실범을 인정했다.

그러나 위 판결은 피고인의 공술에 기초한 주관적 인식만을 주목하고 있지만, 객관적 상황으로서의 결과발생의 위험 유무에 대해서는 고려하지 않은 점에 의문이 있다. 반대차의 진로방향으로 넘어서 차를 운행한 사안에 관해 폭행의 미필적 고의를 인정한 것에

㉞ 東京高判 昭和37.11.6이 있다.

- ② ㉞ 廣島高裁 昭和36.8.25은 교통사범에게 처음으로 폭행의 고의를 인정한 것으로, 당시는 재판소의 용단에 많은 칭찬도 있었지만 그 후 많은 논평의 대상이 되었다. 위 판결은 상당한 음주로 술에 취해 정상적인 운전이 불가능해 보이는 피고인이 무면허로 밤에 전조등이 고장나 전방 주시가 불안함에도(도저히 정상적인 운전이 불가능한 상태였기 때문에 측제에서 돌아오는 다수 보행자를 자동차로 받아서 그 사람들을 사고를 야기할 위험이 있는 것을 충분히 인식하면서 술의 힘에 그와 같은 결과의 발생을 개의치 않는다.) 굳이 화물자동차를 운전하여, 위 보행자를 차례차례로 치어 3명을 사망, 7명을 부상시킨 경우 폭행의 미필적 고의가 있다고 하였다. 많은 견해는 위 사안의 경우 운전자가 결과발생의 구체적 위험에 관해 인식, 인용한 행위로 위 판결을 긍정하였다. 객관적 동기설은 결과발생가능성의 인식이 있는 것에 지나지 않는다고 해도 일반인이라면 허가되지 않는다고 할 수 있어 반대동기를 형성해야할 것 같은 경우는 미필적 고의를 인정해야 한다고 하는 것이고(사회생활을 정상으로 하는 상황에서 발생한 위험에 관해 그것을 예견하고 굳이 행위에 미치더라도 주의의무를 다해 결과를 회피할 수 있다는 사회적 상당성이 있는 경우에는 허락되는 허용된 미필적 고의가 있다고는 말할 수 없다고 한다.) 본 사건의 경우는 허용된 위험의 범위를

초과하고 결과회피가 불가능한 상태에 스스로를 두어 [평소와 다른 위험]이 발생, 폭행의 실행행위가 있다고 보여지고, 결과의 인식에 대해서는 [일단 일반인이 행위자의 지위에서 본다면 평소와 다른 위험이라고 하는 정도의 사정을 인식하고 있었을 때는] 그 위험의 인식이 있는 것으로서 폭행의 미필적 고의를 인정할 수 있다.

그러나 객관적 사정에서 일반인을 기준으로 고의를 추정하고 고의를 객관화하는 것은 무모한 운전이라면 폭행의 미필적 고의가 있다고 하는 것으로 되어 인정하기 어렵다. 고의는 어디까지나 행위자의 심리내용의 문제이기 때문이다.

이에 대해 위 판결을 긍정하는 견해가 많은 것은 인용설의 입장에서 위 사안에는 폭행 내지 상해의 결과를 인용하는 정서적 의사적 태도가 인정된다고 하는 것이다. 즉 결과의 발생을 개의치 않고, 무관심한 상태로 무모하게 행위한 경우에는 소극적 인용이 있다고 판단할 수 있지만, 그 기준은 [결과발생의 개연성이 높은 것과 그것에 대한 피고인의 인식의 정도 및 피고인의 전체로서 행동이 판단자료가 된다].

본 건에 대해서는 인용설의 입장에서 상해 및 살인의 미필적 고의도 인정되어도 좋다고 하는 견해도 존재한다. 확실히 객관적으로는 무모한 운전은 불특정·다수의 사람의 생명신체에 대해 위험성이 있지만 문제는 행위자의 주관적인 심리과정으로서 개의치 않는다고 하는 태도로부터 무관심 또는 상관없다고 하는 심리적 상태를 인정하고, 그것을 인식했던 결과의 발생을 감정으로서 어떻게 받아들일까라고 하는 점과 관련 여기에는 결과의 발생을 決意한다고 하는 의사적 요소는 아니라는 점에서 그것이 고의라고 하는 것은 안이한 생각이라는 비판도 있다. 단지 어디에서 사고가 발생할지도 모른다고 하는 예견은 일반적인 위기감이고, 결과발생의 인식까지는 이르고 있지 않지만, 주취·취면상태의 경우에는 특히 행위자의 심리내용이 명확하지 않은 경우가 많다.

이 점에 관해, ㉔ 仙台高裁 昭和38.6.7 및 ㉕ 大阪地判 昭和40.3.10은 둘 다 폭행의 미필적 고의를 부정했다.

㉔의 사안은 주취상태로 운전하던 피고인이 접촉사고를 일으키고, 계속 운전한다면 어딘가에서 재차 사고를 일으킬 위험이 있는 것을 알면서 시속40km로 운전하고

진로 우측전방에 정차중의 자동차에 충돌하여 차내에 있던 자를 부상 입힌 사건이다. 원심은 상해의 고의를 인정하지만, 위 仙台高裁는 [피고인이 단지 어딘가에서 사고를 일으킬 위험이 있다는 것을 자각하면서 운전을 계속했다고 하는 것은, 충돌의 상대방을 인식한 것이 아니고, 구체적 사실을 대상으로 하지 않고 추상적인 사고 발생의 위험의식에 지나지 않는 것이기 때문에 상해죄의 성립에 필요한 폭행의 고의가 있다고 하는 것은 불가능하다. 충돌의 위험이 있는 것을 인식하면서 굳이 이것을 용인해서 진행했다고 하는 경우에 비로소 폭행의 미필적 사고가 있다고 말할 수 있다] 고 했다. 이것과 같은 취지의 판단을 한 위 大阪地裁의 사안은 수면약을 복용하고 의식이 몽롱하게 되어 정상적인 운전이 불가능한 상태로 자전거 운전자에 충돌해 상해 입힌 사건이다. 앞서 기술한 ㉔ 廣島高裁의 사안과 대비하면 위 ㉓는 충돌회피조치를 취했던 것, 위 ㉔는 도로의 교통량이 감소하고 있었던 것 및 거리의식이 몽롱한 상태에서 주행했다는 점에 약간의 차이가 있다.

다) 자기차의 외부에 붙어있는 사람을 흔들어 떨어뜨린 경우

- ① ㉔ 大津地判 昭和37.5.17의 사안은, 직무질문을 위해 자동차의 한쪽에 올라탄 경찰관이 양발이 모두 허공에 뜬 상태로 매달린 채로 시속 35km로 800m 주행한 결과, 경찰관이 추락사한 것이다.

본 판결은, 위와 같은 주행으로 인한 추락을 용인하였고, 본 건과 같은 위험한 상태로 추락한다면 중상·사망의 결과를 예견하고 있다고 하며 살인의 미필적 고의를 인정했다. 사망의 결과발생을 [어쩔 수 없다]고 하고 도주했다고 판시하고 있지만, 오히려 적극적 인용이 있었다고 한 것으로 해석된다. 그러나, 결과발생의 고도의 개연성이 있는가의 문제와 그것의 인식가능성과는 다르다는 점을 본 판결은 혼동하고 있는 듯 하지만, 시속, 주행거리, 피해자의 위험한 상태로부터 본 판결은 긍정될 수 있다.

이 점에 관해 역시 경찰관을 흔들어 추락시킨 사건에서 ㉓ 岐阜地大垣支部判 昭和42.12.1, ㉔ 岡山地判 昭和46.3.10은 둘 다 살인미수의 訴因을 배제하고, 상해죄를 인정했다.

㉔의 판례는 죽음의 결과의 인식·용인에 관해 [가해자의 운전방법, 속도, 거리, 피해자의 부상의 부위, 정도, 추락상황, 위치, 태도, 장착 또는 착의, 도로상황, 교통량, 당해 차량의 상황등 구체적 상황하에 있어서 위험의 정도를 상세히 검토하여 그 상황하에 있어서는 추락에 의해 일반적으로 치사의 결과를 초래할 가능성이 높다고 판단하는 것이 합리적인 경우에는 정신상태에 특히 이상이 인정되는 등 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고, 치사의 결과에 대해서 미필적 살의가 있다는 것으로 추인하는 것이 가능하다]고 하는 일반적 기준을 지적하며, 본 건의 경우는 죽음의 결과가 높을 가능성이 없었다고 해서 사망의 객관적 위험성을 부정했다. 본 건과 같이 행위형태는 이미 평소와 다른 위험상태여서 결과발생에 대한 고도의 개연성이 있다면 결과회피조치를 강구하면 결과의 발생이 없을 것이라고 판단하는 경우와 달리 결과의 인식과 실현의사를 추인하는 것에 어려움은 없지만 개연성이 높지 않은 결과를 의도하거나 또는 확실히 알았을 때에 고의가 성립한다.

㉔의 판례도 죽음이라는 결과에 대한 고도의 개연성을 부정한 것이지만 경관이 올라탄 이상사태에 당황한 심리상태는, 사망의 결과발생을 인식·인용하는 심리적 여유가 없었다는 점이 서술되고 있다.

그러나 ㉔의 경우와 달리 사망이라는 결과의 개연성이 높은 경우에는 오로지 도주하려고 하는 의도에 쫓기고 있었다고 해도 자신의 차에 달라붙어 있는 사람이 추락할 가능성도 그 결과인 상해와 치사에 관해 의식하는 것은 충분히 있을 수 있다고 할 수 있지 않을까?

전술한 昭和39년 大津律地判은 [도주하고자 하는 생각]이라고 하면서도 [의식상 또는 잠재의식하에] 사망의 위험성을 충분히 인식하고 있다고 하고, 昭和46년 名古屋高判 및 같은 昭和41년 東京地判은 [전락(추락)시키더라도 도주하려고 하는 의식의 근거에는] 죽음의 결과를 충분히 예견하고 있다고 하고 있지만 이것들은 사망의 결과에 높은 개연성이 인정되고 있는 경우이지만 위 각 판시는 도주의 강한 의식이 있었다는 것과 함께, 다른 의식에 있어서 죽음의 결과를 예견하고 있다고 하는 심리과정을 표현한 것으로 해석된다.

이에 대해 전기 昭和42년 岐阜地大垣支部判, 다음에 기술할 昭和40년 東京地判 및

같은 昭和47년 東京地判은 당황해서 심리적 여유가 없었다는 것이 미필의 살의를 부정하는 요인의 하나로 되고 있지만 둘 다 객관적 상황으로서 죽음의 결과발생의 개연성이 없었다고 하고 있다.

- ② 택시운전수가 승차거부를 했기 때문에 승객이 반쯤 열린 창에 달라붙었는데, 108m의 거리를 시속40km로 주행해서 승객을 떨어뜨려 상해를 입힌 사건인데, 살인미수의 성립을 인정했다.(東京地判 昭和45.2.16)

또한 승용차의 본넷 위아래에 엮드리고 양손으로 와이퍼를 잡고 불안정한 자세에 있는 피해자를 인식하면서 시속50km로 약290m의 거리를 2, 3회 주행한 경우에 대해 살인미수가 성립한다고 판시했다.(名古屋高判 昭和46.1.28) 이들 판례는, 피해자의 불안정한 위험한 상태, 속도, 주행거리, 운전방법, 교통상황, 가해차에 의해 바퀴에 치일 가능성등으로 보아 객관적 상황으로서 轉落에 의해 사망의 결과발생에 대한 높은 개연성을 인정하고, 또한 그 인식이 있었다고 보고 있다. 결과를 인식하면서 굳이 범행에 이르게 되었을까라는 점과 관련하여 그 행동에는 결과의 인용이 있었다고 판시하고 있지만, 결과발생의 고도의 개연성을 인식·예견하고 있음에도 불구하고, 반대동기를 형성하지 않고 행동을 결의했던 혹은 의사에 기초한 행동을 억지하지 않았다고 하는 취지로 해석된다.

한편 여성이 차의 손잡이를 쥐고 매달리고 있는 것을 떨어뜨리기 위해 시속30km에서 40km로 가속하여 200m를 주행해서 轉落, 부상 입힌 사건에서 전락했어도 사망의 결과가 발생할 고도의 개연성이 없었다는 점으로 미루어 죽음의 결과를 인식하고 가속했다고 인정하기 어렵기에 살인미수의 訴因을 배제하고 상해죄를 인정했다.(東京地判 昭和47.5.12)

또 본넷 위의 사람을 매단 채 33m를 시속 약30km로 급출발, 가속후 급정차해서 떨어뜨려 부상 입힌 사건에서 위험은 있었을지도 모른다고 하면서도, [죽음의 결과의 발생에 대해서 인식 및 그것에 대한 인용까지는 없었다.]고 미필의 살의를 부정하고 상해의 고의를 인정했다.(東京地判 昭和40.12.24) 순간에 있어서 살의의 형성이 있었을까 하는 의심과 속도, 바퀴에 치는 것에 대한 회피조치가 취해졌다는 것이 그 이유이다. 시속20km 내지 30km로 가속해 30m를 주행하여 범퍼 위

에 올라탄 사람을 떨어뜨린 경우에 관해 상해치사죄가 성립한다고 한 선행판결도 있다.

이상 소위 매달고 주행하다 흔들어 떨어뜨리는 사안에 대해서, 판례는 폭행·상해의 고의를 초과하여 살의(殺意)를 인정하는 경우는 객관적 상황으로서 죽음의 결과발생의 고도의 개연성이 있는 경우와 같이 특별한 사정을 제외하고 상해의 고의를 인정하는 것에 머물고 있다. 인용이라고 하는 말이 적지 않게 보이지만, 정상이 아닌 상태에서의 주행에 의한 결과의 인식에 대해서는 경험칙상(經驗則上) 소극적 인용이 미필적 고의로서 인정되지는 않는다.

라) 뺑소니교통사고(교통사고야기 후 도주)·피해자를 차체에 걸친 채 주행

㉠ 다음의 세 판례는 모두 살인의 고의를 인정했다. ㉡ 주취운전하던 피고인이 보행자들을 치고 차체의 아래에 걸친 채로 시속10km로 300m 주행하여 사망시킨 사건이다.(新瀉地長岡支部判 昭和37.9.24)

㉢ 운전중 과실에 의해 사람을 치고 그 사람을 자기 차의 하부에 걸친 채로 3.8km로 주행, 이상한 기분이 있었지만 시속30km로 1.2km 계속 주행한 사건이다.(山形地判 昭和38.9.30)

㉣ 주취운전 중 강풍 때문에 자전거에서 떨어져 넘어져 있던 사람을 과실로 충돌하고, 그 사람을 자기 차의 차체 아래에 걸친 채로 시속30km로 약106m 주행해 사망시킨 사건이다.(鹿兒島地判 昭和44.3.4)

위 유형의 사안에서는 사고를 일으킨 운전자가 자기의 차체에 피해자를 매달고 주행하고 있는 것을 감지하고 있었을가의 여부가 요점이고, 위 각 판례는 모두 차체의 변조와 운전조작의 이상, 운전경험을 감안할 때 피해자가 매달려 있다는 사실의 감지를 인정하고 그 감지가 있는 이상 경험칙과 신의칙상 사망에 대한 결과의 인식이 있었다고 인정하고 있다. [인용]이라고 하는 표현이 사용되고 있지만, 위와 같은 경우는 사망결과의 개연성이 지극히 높기 때문에, 적극적 용인 혹은 결과의

확실한 인지가 있는 경우로 해석할 수 있다. 피해자가 걸렸다는 인식이 있다면 특별한 사정이 없는 한 살의를 인정하는 것은 타당하다.

㉠ 東京高判 昭和63.5.31의 사안은, 운전중 과실에 의해 노상에서 술에 취해 누워 뒹굴고 있던 피해자를 치어 중상을 입힌 피고인이 도중에 차륜이 미끄러지는 것 같은 느낌이 들어서 정차해 하차하고 차 아래를 보았을 때까지 생존해서 그곳에 걸려있던 피해자를 인식했는데, 그 상태로 약300m를 주행해서 떨어뜨리고 그대로 도주하여 그 후 피해자는 병원에서 사망한 사건이다.

원심은 업무상 과실치사죄로 했지만, 위 東京裁判은 사인(死因)이 되는 신체의 파괴가 어떤 구간에서 발생했는지가 확실치 않기 때문에 차의 발진시부터 피해자를 차 아래에서 발견할 때까지의 행위를 업무상 과실상해죄, 그 후에 행위를 상해죄로 하고, 양죄는 병합죄관계에 있다고 했다.

그러나, 전기 ㉡ 내지 ㉣의 판례에 따르면 위 사안의 경우는 살인의 미필적 고의를 인정할 수 있을 것이다. 본 건에서는 한번 피해자를 확인하고 거듭 주행했기 때문이다. 그런데 앞의 ㉣의 鹿兒島地判은 도주행위에 살인죄를 인정한 외에 당초의 과실에 의한 충돌행위에 관해 업무상과실치사죄를 인정했지만, 위 東京高判은 과실에 의해 사고를 낸 것과 치사의 인과관계를 부정하여 과실상해로서 본 점에 문제가 있다.

② ㉡ 札幌地小樽支部 昭和40.2.16의 사안은, 운전중 과실에 의해 사람을 전도시키고 도주하려고 하는 과정에서 피해자를 후륜으로 다시 치어 사망시킨 사건에서 살인의 미필적 고의를 인정했다. 사고 현장의 상황·피해자와 자동차의 위치관계·충돌의 모양 등으로부터 위와 같이 사실을 인정하고 있지만, 피고인의 자백에 의존하는 경향이 있고, 객관적으로 위험성이 존재한다는 구체적 인정도 충분치 않고, 단지 뺑소니했다고 하는 악한 동기에서 살의를 인정한 것은 아닐까라고 하는 의심이 있다.

㉢ 福岡地小倉支部 昭和38.11.29의 경우는 위 ㉡과 동종의 사안이지만, 최초의 충돌에 관해 업무상과실상해죄만 인정하고, 차를 후진, 회전할 때 치어 사망케했다고 하는 살인죄에 대해서는 사인과 후진행동과의 인과관계가 불분명하여 부정했다.

살인의 고의를 인정 할 수 없는 경우가 있지만, 앞서 관계된 것과 같이 당초의 충돌과 치사와의 인과관계의 존부 문제가 있다.

③ 소위 뺑소니가 형법상 부작위에 의한 보호책임자 유기죄 혹은 살인죄를 구성할까가 문제가 되지만 주지한 바와 같이 최고재판소는 피해자를 자기 차에 태우고 사고현장과 떨어져 눈 내리는 어둑어둑한 차도 위에 하차시켜 그대로 방치하고 달아난 사안에서, 보호책임자 유기죄가 성립한다고 하였다. 위 유기죄의 작위의무의 근거에 관해 견해가 나뉘지만, 遺棄한 운전자의 고의에 대해서는 구조가 필요할 정도의 상해를 입혔다는 것 및 유기하면 피해자의 생명과 신체에 추상적 위험이 발생할 것이라는 인식을 요한다.

교통사고에 관해 부작위에 의한 살인죄가 인정되는가에 대해서는 작위의무의 성립, 살의 및 인과관계의 인정에 관해 곤란한 문제가 있고, 일본의 하급심 판례도 긍정례와 부정례가 있다.

㉞ 東京地判 昭和40.9.30의 사안은 운전중 과실에 의해 중상을 입히고 가까운 병원으로 후송하려고 조수석에 태웠지만(즉시 병원에 운반하면 죽음의 결과를 방지할 수 있었는데) 사고의 발각을 우려해 어딘가에 유기하려고 도주를 기도하고 주행하던 중에 피해자가 차안에서 사망한 사건에서 부작위에 의한 살인죄를 인정하였다. 그 이유는 즉시 병원에 데려가지 않았은 것은 부작위범에 있어서 작위의무위반으로서 과실상해라고 하는 선행행위, 병원에 운반하려고 한 선행행위, 죽음의 결과방지의 가능성, 차내에 태웠다고 하는 관리가능성 외에 범죄의 자취를 인멸하려고 한 의도 등의 상황이 고려된 것으로 보인다. 단지 부작위에 의한 살인죄의 작위의무위반은 보호책임자 유기죄의 보호의무 위반보다도 고도의 인신에 대해 위험이 없으면 안되지만 실제로는 죽음의 결과발생의 고도의 개연성이 있는 경우 살인죄의 작위의무가 긍정되고 있는 것이다. 선행행위가 작위의무의 하나의 요소가 된다고 하는 의미는 결과의 객관적 위험의 개연성 없이 가능성과의 관계가 고려되고 있다는 점에 주의하지 않으면 안된다.

㉟ 浦和地判 昭和45.10.22 사건은 ㉞와 동종의 사안으로 과실에 의한 부상을 입힌 피

해자를 사람이 통행하지 않는 장소에 운반하고 달아난 경우에 살인죄를 인정하는 것
이지만, [피해자가 상해의 정도, 유기된 시간적, 장소적 상황 등으로부터 방치한다
면 사망에 이를 고도의 개연성이 인정되고, 또한 범인의 미필적 고의에 관한 자백
이 충분히 신뢰할 수 있는 경우에 한해 부작위에 의한 살인죄가 성립]한다고 명언
하고 있다.

또한 ㉔ 横振地判 昭和37.5.30 사안은 중상을 입힌 피해자를 새벽 한기가 매섭게
서리가 내리고 있는 장소에 유기한 경우로서, 죽음의 위험성이 있는 사안이다. 이
것에 대해, ㉕ 岐阜地大垣支部 昭和42.10.3 사안에서 피고인이 과실에 의해 피해자
의 자동차에 충돌시켜 피해자가 자동차와 함께 내천에 굴러 떨어져 중상을 입었지
만 그대로 현장에서 도주한 경우에 대해 부작위에 의한 살인죄의 객관적 요건으로
서의 작위의무는 있지만 살인의 미필적 고의는 없다고 하여 살인죄를 부정했다.
그러나 구체적 상황에서 보면 구호하지 않고 도주하고도 사망의 결과발생의 개연
성이 높은 경우가 아니었기 때문에 살인의 작위의무를 부담시키는 것이 불가능하
다고 하겠다. 만일 살의가 인정되었다고 해도 부작위에 의한 살인죄는 성립하지
않는다.

부작위에 의한 살인죄의 미필적 고의는 어떤 경우에 인정되고 있는가.

㉖의 判例는 [인용의 의사가 부정되기 위해서는 자기의 행위에 의해서 확실히 결
과를 회피할 수 있다고 생각한 경우에 한정된다고 해야 하고, 본 건과 같이 피해
자의 생명을 우연히 위탁하는 것 같은 경우에는 결과를 적극적으로 인용한 경우와
아무런 차이가 없다] 고 하여 미필적 살의를 인정하고 있다.

이것은 일종의 고의를 객관화한 생각에 의한 것이다. 독일에서는 목적적 행위론의
입장에서 결과발생의 가능성을 알면서 적절한 회피조치를 취하지 않았을 때는 고
의가 있다고 하는 견해가 있지만 고의의 객관화는 타당하지 않다. ㉖의 判例의 경
우는 죽음의 결과에 고도의 개연성있는 사태에 관해 구호를 하지 않으면 죽을지도
모른다는 인식이 있으면서 구호의 조치를 강구하지 않았다는 점에 있어서 미필적
고의가 인정되고, ㉖의 判例가 적극적 인용이라고 하는 취지는 위와 같은 인정에
기초한 것으로 해석된다. ㉗의 사안은 꽤 유사한 것이면서 최고재판소에서 부작위

에 의한 살인은 문제가 되지 않았다. 그것은 작위의무가 없었기 때문일까 아니면 살인의 고의가 없었기 때문일까 하는 견해가 나뉘고 있지만, 부작위에 의한 살인 죄에 있어서 고의 특히 미필적 고의의 인정이 얼마나 미묘한 것인가를 엿볼 수 있는 대목이다. 더욱이 盛岡地判 昭和44.4.16의 판결은 중상을 입은 피해자를 유기하기 위해 차내에 태우고 주행 중 피해자가 사망한 경우, 병원에서 구호조치를 받았어도 죽음의 결과를 방지할 수 있었다고는 인정하기 어렵고, 또 피고인이 병원에 운반하면 구호가 가능하다고 생각하고 있지 않았다는 점에서 부작위에 의한 살인 죄가 부정되었다.

2. 獨逸의 경우

독일의 경우, 경미한 교통위법행위에 대해서는 과태료구성요건에 해당하는 질서위반행위(Ordnungswidrigkeiten)로 만들어 비범죄화시키고 있는 것에 반하여 중대한 교통범죄는 형법에 규정되어 있다. 예컨대 독일형법 제142조는 -우리나라 특가법 제5조의3 제1항 및 제2항에 해당하는- 도주운전죄(교통사고장소로부터의 허용되지 아니한 떠남)를 규정하고 있다. 동조의 제1항은 “교통사고에 관여한 자가 (i) 다른 교통관여자 및 피해자의 이익을 위하여 자신의 신원, 차량 및 관여의 태양에 대한 확정을 그의 입회와 그가 사고에 관여하였다는 진술을 통하여 가능하게 하거나 (ii) 확정을 할 사람이 없는 때에는 그 상황에 따라 적당한 시간 대기하거나 하지 아니하고 도로교통에서의 사고후 사고장소로부터 떠났을 때에는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다”고 규정하고 있다. 그리고 제2항은 “교통관여자가 (i) 대기기간(1항 2호)의 경과후 또는 (ii) 정당하게 또는 책임없이 사고장소를 떠난 후 그 확정을 사후에 지체없이 가능하게 하지 않았을 때에도 제1항에 의하여 처벌한다”고 규정하고 있다. 그리고 제3항은 “사후에 확정을 가능케 할 의무는 그 교통사고관여자가 권한있는 자(제1항 1호) 또는 인근에 있는 경찰관서에 그가 사고에 관여하였다는 것을 알리고, 그의 주소, 체재지 및 그의 차량의 번호와 사용본거지를 말하고 또 이러한 것들을 지체없는 확정을 위하여 그에게 기대될 수 있는 시간 동안 제공하고 있는 때에 충족된다. 그러나 그가 그의 행동을 통하여 확정을 의도

적으로 무효화한 경우에는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있다. 그리고 제4항은 “교통사고관계자란 그 상황에 따라 그의 행위가 교통사고의 유발에 기여하였을 수도 있는 모든 사람을 말한다”고 규정하고 있다. 더 나아가 독일형법이 규정하고 있는 교통관련 구성요건을 소개하면 다음과 같다.

- 제315조(궤도, 선박 및 항공교통에 위험한 공격) ① 1. 설비나 승용물을 파괴, 손괴 또는 제거하거나 2. 장애물을 설치하거나 3. 허위의 표지나 신호를 하거나 4. 이와 유사하고 그와 동일한 정도로 위험한 공격을 행함으로써 철도, 공중삭도, 선박 또는 항공교통의 안전을 침해하고 이로 인하여 타인의 신체나 생명 또는 큰 가치가 있는 타인의 물건을 위태롭게 한 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. ② 미수는 벌한다. ③ 행위자가 1. 재난을 초래하거나 2. 다른 범죄행위를 가능하게 하거나 은폐할 의도에서 행위할 때에는 1년 이상의 자유형에, 비교적 덜 중한 경우에는 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. ④ 제1항의 경우에는 과실로 위험을 야기한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. ⑤ 제1항의 경우에 과실로 행위를 하고 과실로 위험을 야기한 자는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. ⑥ 행위자가 현저한 손해가 발생하기 전에 자의로 위험을 방지한 때에, 법원은 제1항 내지 제4항의 경우에 형을 그 재량에 의하여 감경(제49조 2항)하거나 이 규정에 의한 처벌을 면제할 수 있다. 이와 동일한 요건 하에서 행위자는 제5항에 의하여 벌하지 아니 한다. 위험이 행위자의 노력없이 방지된 때에는 이러한 목적을 달성하기 위한 행위자의 자의적이고 진지한 노력으로 족하다.

- 제315조의 a(궤도, 선박 및 항공교통의 위태화) ① 1. 알콜음료나 기타 흥분제의 복용으로 인하여 또는 정신적이나 신체적 결함 때문에 승용물을 안전하게 운전할 수 있는 상태에 있지 아니함에도 불구하고 기관차나 공중삭도차, 선박 또는 항공기를 운전하거나 2. 그러한 승용물의 운전자로서 또는 그 밖에 안전에 대한 책임이 있는 자로서 현저하게 의무에 반하는 태도에 의하여 철도, 공중삭도, 선박 또는 항공교통의 안전을 위한 법규에 위반하고, 이로 인하여 타인의 신체나 생명 또는 큰 가치가 있는 타인의 물건을 위태롭게 한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. ② 제1항 제1호의 경우에 미수는 벌한다. ③ 제1항의 경우에 1. 과실로 그 위험을 야기하거나

2. 과실로 행위를 하고 과실로 그 위험을 야기한 자는 2년 이하의 자유형 및 벌금형에 처한다.

- 제315조의 b(도로교통에 있어서 위험한 공격) ① 1. 설비나 승용물을 파괴, 손괴 또는 제거하거나 2. 장애물을 설치하거나 3. 이와 유사하고 그와 동일한 정도로 위험한 공격을 행함으로써 도로교통의 안전을 해하고 이로 인하여 타인의 신체나 생명 또는 큰 가치가 있는 타인의 물건을 위태롭게 한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. ② 미수는 벌한다. ③ 행위자가 제315조 제3항의 요건하에서 행위를 한 때에는 1년 이상 10년 이하의 자유형에, 비교적 덜 중한 경우에는 6월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다. ④ 제1항의 경우에 과실로 위험을 야기한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. ⑤ 제1항의 경우에 과실로 행위를 하고 과실로 위험을 야기한 자는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. ⑥ 제315조 제6항을 준용한다.
- 제315조의 c(도로교통의 위태화) ① 도로교통에 있어서 1. a) 알콜음료나 기타 흥분제의 복용으로 인하여 또는 b) 정신적이나 신체적 결함으로 인하여 승용물을 안전하게 운전할 수 있는 상태에 있지 아니함에도 불구하고 승용물을 운전하거나 2. 심하게 교통위반하고 무분별하게 a) 선행권을 무시하거나 b) 틀리게 추월하거나 기타 추월에 있어서 틀리게 운전하거나 c) 보행자횡단로에서 틀리게 운전하거나 d) 앞을 내다 볼 수 없는 위치, 교차로, 가로합류점 또는 철도횡단점에서 과속으로 운전하거나 e) 앞을 내다볼 수 없는 위치에서 차도의 우측을 엄수하지 아니하거나 f) 고속도로나 자동차전용도로에서 회전하거나 뒤로 운전하거나 이를 시도하거나 g) 교통의 안전상 필요함에도 불구하고 정지하거나 정차하고 있는 승용물을 충분한 거리에서 표시하지 아니하고 이로 인하여 타인의 신체나 생명 또는 큰 가치가 있는 타인의 물건을 위태롭게 한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. ② 제1항 제1호의 경우에 미수는 벌한다. ③ 제1항의 경우에 1. 과실로 위험을 야기하거나 2. 과실로 행위를 하고 과실로 위험을 야기한 자는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
- 제315조의 d(도로교통상의 철도) 철도가 도로교통에 관계되는 한 도로교통의 보호를 위한 규정(제315조의b, 제315조의c)만이 적용된다.

- 제316조(운전중의 명정) ① 알콜음료나 기타 흥분제의 복용으로 인하여 승용물을 안전하게 운전할 수 있는 상태에 있지 아니함에도 불구하고 교통상(제315조 내지 제315조의 d) 승용물을 운전한 자는 그 행위가 제315조의 a 또는 제315조 c에 의하여 형을 과하도록 되어 있지 아니한 때에, 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다. ② 과실로 위 죄를 범한 자는 제1항에 의하여 벌한다.

독일의 연방재판소는 피고인이 정차를 요구하는 경찰관에게 그가 인도로 뛰어야만 구조될 수 있는 상태에서 그를 향해 자동차로 돌진한 사건에서 상대방이 차에 치일것인가를 우연에 맡긴 것이므로 행위의 결과에 대해 무관심하였고 그러면 법적으로 그 결과를 감수한 것으로 볼 수 있다는 이유로 (미필적)고의를 인정할 여지가 있는 것으로 판시하였다(BGH VRS 26, 202, 203); 이에 대해서는 Ross, Vorsatz, S. 109 f.

그리고 술 취한 사람을 친 피고인이 그 피해자를 위해 곧바로 구호조치를 하지 않으면 사망할 수 있다는 것을 인식하고서도 그 자신이 음주운전을 하고 있었기 때문에 그 대로 도주한 사례에서 독일 연방법원은 “피고인은 피해자의 죽음이 구호조치를 하지 않은 부작위의 결과로서 발생한다는 것을 시인하였다”는 취지로 판시하였다.⁴⁰⁾ 더 나아가 운전자가 추적하는 경찰관의 차와 과격하게 충돌함으로써 추적경찰관의 사망을 야기한 사례,⁴¹⁾ 연행하려는 경찰을 향하여 도끼를 던진 사례(BGH 2 StR 127/80 = JZ 1981, 35), 가로 막는 경찰관의 머리를 향해 흉기로 내려친 사례(BGH 2 StR 210/80 = MDR 1980, 812) 등에서 법원은 미필적 고의의 인정가능성을 밝혔다. 그리고 극도로 위험한 과속운전을 함으로써 충돌한 상대차량의 운전자를 사상케 한 사례에서 법원은 그 운전자가 과속운전에도 불구하고 사고를 회피할 수 있었다는 것을 신뢰하였는가에 따라 미필적 고의의 가능성 여부를 판단하였다(BGH NJW 1968, 66, 661; BGH NStZ 1982, 506 f). 그리고 정차를 요구하는 경찰관을 보고 20-25 전방에서 정차하려고 하다가 자신이 무면허 음주운전을 하고 있다는 것을 인식하고는 14-15 전방에서 가속페달을 밟아 도주한 사례에서도 살인에 대한 미필적 고의의 인정여부가 다투어졌다(BGH VRS 20, 206). 그리고 독일 형법상의 뺑소니 행위는 고의범에 한하여 처벌된다. 물론 이 경우 미

40) Vgl. BGH VRS 9, 29, 31 (=BGHSt 7, 287 = NJW 1955, 876).

41) BGH NJW 1968, 660.

필적 고의로도 족하다. 그리고 사고운전자로 확정되는 것을 불가능하게 하려는 의도는 필요하지 않다. 그러므로 1차적으로 형사소추를 면하기 위해서고 다만 그럼으로써 동시에 피해자를 구호하지 아니하고 버려두게 된다는 것을 계산에 넣고 있으면 역시 고의는 인정된다. 그리고 일어난 피해의 상태에 대한 정확한 인식까지는 필요 없고 어찌면 전혀 사소하지 않은 피해가 야기되었을지도 모른다는 생각으로 족하다. 따라서 고의를 긍정할 수 있는 사례로서는 그의 동승객으로부터 어찌면 야기되었을지 모르는 교통사고에 관하여 지적을 받았거나(BGH 1958.9.11. 선고 VRS 15, 338), 다른 사람으로부터 사고발생의 공동책임자로 문책된 경우(다만, 그가 부당하게 혐의를 받고 있다는 확신을 가지고 있는 경우는 제외된다), 또는 (특히 야간에) 어떤 대상물을 강하게 충돌하고서도 그에 대해서 알아보지 아니한 채 계속 진행한 경우, 또는 다른 명백한 상황(특히 이상한 충돌의 소음, 차의 흔들림 등)이 무엇인가 일어났음을 상상할 수 있게 하는 경우를 들 수 있다.

반면에 사고운전자가 사고장소를 떠난 후에 비로소 그의 사고야기에 관하여 알게 되었을 때, 심각한 당황, 착란 또는 장시간 지속되는 쇼크 때문에 그가 도주한다는 인식이 없었던 때, 구성요건적 착오의 요건을 갖추었을 때, 전혀 피해가 없다거나 있어도 구호조치가 필요 없는 전혀 보잘 것 없는 피해가 발생했다는 생각, 피해자의 구호 등 사고현장에서의 조치가 이미 이루어졌다거나 피해자들이 전부 구호가 필요없다면서 그대로 운행을 계속하도록 승낙하였다고 생각하는 경우 등에는 고의가 부정된다.

3. 英美의 경우

우리나라, 일본 및 독일과 같은 대륙법계 국가가 미필적 고의의 개념을 이론적으로 추출하고 제1급의 직접고의, 제2급의 직접고의 및 미필적 고의의 사이에 법정형의 차이를 두지 않은 것과는 달리(즉 법관의 양형에서만 고려될 것임), 영미의 경우는 미필적 고의의 개념에 해당하는 영역을 아예 입법적으로 규정하고 그 법정형에 차이를 둔 점에 특성이 있다. 대륙법계와 다른 영미의 형사제도를 우선 간단히 언급하면 다음과 같다. 영국과 미국에서는 경죄 또는 경미범죄에 해당하는 것에 대해서는 치안법원에서 치안판

사에 의한 재판(trial by magistrate), 즉 약식절차(summary procedure)에 의해서 처리된다. 여기서 약식절차란 중죄의 경우에 거쳐야 하는 예비심문절차(preliminary examination), 기소(indictment), 배심원에 의한 사실심리를 거치지 않는 것을 말한다.⁴²⁾ 반면에 형사법원(영: the Crown Court)에서 정식판사에 의한 재판을 기소에 의한 정식재판(trial on indictment)이라고 한다. 따라서 영미에서는 경범죄에 대하여는 배심원에 의한 재판을 받을 권리(right to trial by jury)가 부정된다.

영국의 경우에 범죄는 세 개의 기본유형으로 분류된다. 첫째, 2,000파운드 이하의 벌금 또는 6개월 이하의 구금형을 법정형으로 규정한 범죄들로서 이를 경죄(summary offence)라고 한다.⁴³⁾ 둘째, 반드시 기소에 의한 정식재판으로만 처리되는(trial only on indictment) 강간(rape), 강도(robbery), 모살(murder), 고살(manslaughter)과 같은 중죄(serious offences)와 그 죄상에 따라서 약식재판과 정식재판이 모두 가능한 절도(theft), 주거침입(burglary), 상해(malicious wounding), 강제추행(indecent assault)과 같은 범죄들로서 이를 통틀어 기소가능범죄(indictable offence)라고 한다.⁴⁴⁾ 셋째, 전술한 기소가능범죄 중에서 약식재판으로도 처리가 가능한 범죄들을 어느 쪽으로도 재판이 가능한 범죄(offence triable either way)라고 한다. 경죄의 경우는 반드시 치안법원에서 약식재판으로만 처리되고, 범죄발생일로부터 6월 이내에 정보제공, 즉 사인이나 경찰의 고소나 고발이 있어야 하고 그렇지 아니한 경우 원칙적으로 재판권을 행사할 수 없는 일종의 시효제도가 적용된다. 치안법원은 사인이나 경찰에 의하여 특정인의 범죄에 관한 공소장이 그에게 접수되고 범죄혐의가 있다고 인정할 경우에 고소나 고발된 자에게 소환장(summons)을 발부하여 재판을 시작한다. 치안판사는 피고인의 이름을 묻고 고소내용을 제시한 뒤 그에 대한 유·무죄의 답변을 요구한다. 피고인이 무죄를 주장하면 심리 및 증거조사의 절차에 들어간다.

미국의 경우에 범죄는 원칙적으로 중죄(felony)와 경죄(misdemeanor)로 구분된다. 여기서 중죄란 사형과 국가교도소에의 구금(imprisonment in the state prison)을 선고받는 범죄를 말하고, 경죄란 벌금이나 지방구치소에의 구금(imprisonment in a local jail)

42) Lafave & Scott, Criminal Law, 2. Ed., 36면

43) ss. 15, 30 Criminal Law Act 1977.

44) 김용진, 영국의 형사재판, 26면.

을 선고받는 기타의 범죄를 말한다. 그리고 범죄는 목적에 따라서 주요범죄(major crimes)와 경미범죄(小罪, petty offense)로도 구분된다. 경미범죄는 경죄(misdemeanor)의 하부유형에 해당된다. 즉 경죄 중 6월을 초과하지 아니하는 구금 또는 500달러 이하의 벌금 및 그 병과형에 처하게 되어 있는 범죄를 경미범죄(소죄)라고 한다. 대부분의 교통위반 행위는 소죄에 해당한다. 중죄는 주요범죄만을 포함할 뿐이지만 경죄는 경미범죄는 물론이고 주요범죄도 포함할 수 있다. 경미범죄에 대해서는 영국과 비슷한 약식절차가 진행된다. 약식절차의 특징은 피고인의 배심재판을 받을 권리가 부정되는 점에 있다.

영미에서도 범죄성립을 위해서는 행위자에게 일정한 범죄적 정신상태(Mens Rea; culpable state of mind)를 요건으로 한다. 판례를 통해 정립되는 보통법상의 범죄에 있어서 범죄의 Mens Rea 요건은 단지 일반적 고의(general intent)를 요하는 범죄, 특별고의(specific intent)를 요하는 범죄, 단지 과실(negligence)만을 요하는 범죄로 분류되었다. 일반고의는 피고인이 범죄적 행위로 평가되는 행위를 의도하였음을 의미한다(defendant desired to commit the act which served as the actus reus). 일반고의는 단지 행위의 의도만으로 성립되며 자신의 행위가 범죄에 해당하는지의 인식이나 범죄를 행하려는 의도가 필요한 것이 아니다. 일반고의는 별도의 입증이 필요 없고 행위로부터 당연히 추론된다는 것이 일반적 원칙이다. 예컨대 폭행위협죄(assault)에 대하여 검사는 가해자가 그의 행동이 불법이라는 점을 알고 있었거나 신체적 해악을 가하려고 의도하였다는 사실을 입증할 필요가 없다. 따라서 만약 가해자가 단지 피해자를 겁먹게 하기 위하여 칼로 피해자를 건드리기만 하여도 비록 실제 상해를 가할 의도가 없었다 하더라도 충분히 폭행위협죄의 고의가 성립된다.

특별고의는 피고인이 범죄적 행위를 행하려는 의도뿐만 아니라 더 나아가 어떤 일을 행하려고 의도하였음(desired to do something further)을 말한다. 특별고의는 행위로부터 추론되는 것이 아니므로 별도의 입증이 필요하다. 예컨대 보통법상 야간주거침입죄(burgary)는 피고인이 타인의 주거에 시설물을 부수고 침입한 사실뿐만 아니라 침입 후 중범죄(felony)를 저지를 의도가 있음을 입증하여야 한다.

일반적 고의와 특별고의를 구분하는 실익은 다음과 같다. 피고인이 주취·약물중독(intoxication) 상태였다 하더라도 이는 일반적 고의를 요하는 범죄에 대해서는 고의를 부정할 수 없으나 특별고의를 요하는 범죄에 대하여는 특별고의를 부정하기에 충분할

수 있다. 예컨대 피고인이 주거침입을 하였으나 너무 술에 취하여 절도 또는 중범죄를 행할수 없었던 경우이다. 다음으로 사실의 착오(mistake of fact)는 일반적 고의를 부정할 수 없으나 특별고의에 대하여는 부정요인이 될 수 있다. 예컨대 피고인이 자신의 소유라고 착각한 물건을 가져가려고 주거침입을 하였다면 주거침입 자체의 일반적 고의는 부정될 수 없으나 bulgary의 특별고의는 부정될 수 있을 것이다.

그런데 많은 주에서는 이러한 구분이 모호하다는 이유로 양자를 구분하지 않는 추세에 있다. 모범형법전에서도 일반적 고의 또는 특별고의를 구분하지 않고 “범죄의 구성요건을 충족하기에 충분한 유책성(culpability)이 법에 의하여 규정되어 있지 않을 경우에 행위자가 의도적으로(purposely), 알면서(knowingly) 무분별하게(recklessly) 행동하였다면 구성요건은 충족한다”고 규정하고 있다[M.p.C. § 2.02(3)]. 더 구체적으로 살펴보면, 모범형법전은 범죄가 의도적으로(purposely), 알면서(knowingly), 무분별하게(recklessly), 과실로(negligently) 행하여 졌는지 여부에 따라 성립된다고 규정하여 4단계로 범죄적 정신상태를 구분하였다. 그리고 범죄적 정신상태가 없이도 범죄가 성립되는 무과실범죄(strict liability crime)도 예외적으로 인정하고 있다. 여기서 의도는 범죄의 결과를 야기하거나 범죄로 되는 행동에 종사하고자 하는 의식적 목적을 가지고 행동하는 것을 말한다[M.P.C. § 2.02(2)(a)]. 여기서 의도는 모범형법전 이전 성문법에서 사용되었던 고의적(intentionally) 내지 악의적(maliciously)의 개념과는 구별되는 개념이다. 고의적은 범행결의를 야기하거나 범죄로 되는 행동에 종사하고자 하는 의식적 목적 뿐만 아니라 그러한 행동이나 결과가 확실히 야기된다는 사실을 인식(awareness) 하는 것도 의미한다. 예컨대, 피고인이 A를 살해하기로 마음먹고 A와 B가 탄 비행기에 폭탄을 장치하였다면 비록 B를 죽일 의도는 없었으나 그의 행동으로부터 B의 사망이 확실하게 초래된다는 사실을 알고 있었으므로 고의적으로 B를 살해하였다고 보는 것이다. ‘악의적’은 전술한 ‘고의적’ 이외에 보통 ‘경솔한 행동(reckless conduct)’도 포함하는 개념이다. 여기서 악의는 단순한 ‘부정한(wicked)’ 것과 다르므로 무분별하게 행동하였다는 사실을 입증하여야 한다. 그리고 동기(motive)는 범죄의 최종적인 목적을 의미하는 것이므로 그것이 선한 동기(good motive)이더라도 고의인정에 대한 항변사유는 되지 않는다.

다음으로 모범형법전의 인지(knowingly)는 자신의 행동으로 인하여 범죄의 결과나 범죄로 인한 상황이 발생할 것을 ‘사실상 확신(aware that it is practically certain)’하

면서 행동하는 것을 말한다[M.P.C. § 2.02(b)]. 인지는 범죄의 결과나 범죄로 인한 상황이 발생할 것을 사실상 확신하고 있으나 이의 발생을 반드시 원하고 있지는 아니한다는 점에서 의도와 구별된다. 이것은 계획적(willfully)'와 유사한 개념이다. 모범형법전은 '계획적 살해(willful taking of the life of another)'과 같은 '계획적 범행(conduct willfully)'에서 반드시 피고인이 의도적으로 희망(desire)하여 행동할 필요는 없고 인지 상태에서 행하면 족하다고 규정하고 있다[M.P.C. § 2.02(8)]. 그리고 모범형법전과 대부분의 판례는 피고인의 인지 여부를 '과연 피고인이 실제로 알았거나 믿었는지(actually knew or believed something)'에 따라 판단하는 주관적 기준(Subjektive test)을 제시하였다. 즉 합리적인 평균인이 피고인의 입장에서라면 알았거나 믿을 수 있었는지의 객관적 기준은 거부되었다. 따라서 검찰은 장물은닉죄(knowingly concealing stolen property)의 피고인이 -평균인이면 알 수 있었다는 것이 아니라- 개인적으로 장물임을 실제 알았다는 것을 입증하여야 한다. 다만 장물임을 믿게한 여러 가지 정황을 알게 되었다면 족하다(he was made aware of circumstances which caused him to believe that they were stolen)[State v. Beale, 299 A. 2d 921(Me, 1973)]. 그리고 계획적 맹목(Willful blindness)의 경우에는 인지상태에서의 범행임이 인정된다. 즉, 계획적 맹목은 피고인이 실제로 알았거나 믿지는 않았으나 의심을 품게 되었으므로 이를 해소하기 위하여 당연히 조사를 하여야 함에도 의도적으로(purposely) 하지 않은 경우를 말하는 것이다. 예컨대 피고인이 운반을 의뢰받으면서 트럭속에 든 것이 구체적으로 마약이라는 것을 인지하지 않았다 하더라도 그가 마약의 존재에 대해 의심을 품었음에도 불구하고 이를 확인하는 조치를 계획적으로 하지 않았다(willful refused to ascertain for certain that which he suspected)면 유죄가 된다[U.S. v. Jewell, 532 F. 2d 697(9th Cir. 1976)].

다음으로 무분별(recklessly)은 행위의 결과로 인하여 중대하고 정당화될 수 없는 위험이 발생할 것을 예견하면서도 이를 무시하고 행동하는 것(consciously disregard a substantial and unjustifiable risk)을 의미한다[M.P.C. § 2.02(2)(c)]. 범죄의 결과나 범죄로 인한 상황이 발생할 위험을 예견한다는 점에서 이의 발생을 확신하는 인지와 구별된다. 모범형법전은 가해자가 자신의 행위로부터 초래되는 위험의 예견(aware of risk)을 실제적인 예견으로 보는 것에 반하여 상당수 법원과 법률은 비록 가해자가

위험을 알지 못하였다 하더라도 극도로 불합리하게 행동하였다면(behave extremely unreasonably) 인정하는 객관적 기준을 제시하고 있다. 예컨대 나이트 클럽 화재로 인해 손님이 사망하였다면 소유주는 위험을 초래하는 사실을 인식하지 못하였다더라도 평균이 같은 상황에서 인식할 수 있었다면 비록 가해자가 너무 어리석거나 주의력이 없어 그러한 위험의 심각성을 알지 못하였다 하더라도 고살(manslaughter)의 책임을 벗어날 수 없다는 것이다[Commonwealth v. Welansky, 55 N.E. 2d 902(Mass. 1944)]. 무분별에서 중대하고 정당화될 수 없는 위험인지의 여부는 가해자가 알고 있는 모든 상황을 종합적으로 참작하여 결정한다. 따라서 가해자가 주거지역을 과속으로 운전한 사안에서 만약 단지 영화에 늦지 않으려고 하였다면 무분별이 인정될 수 있으나 환자를 병원으로 후송하기 위하였다면 무분별을 인정할 수 없다. 그리고 모범형법전은 단지 해악의 위험이 외견상 명백(apparent) 할 뿐만 아니라 실제(actual)해야 하는 것으로 해석한다.

다음으로 과실(negligently)이라 함은 일정한 상황에서 합리적인 인간에게 요구되는 주의의무를 이행하지 아니하는 것을 말한다. 즉 행위의 결과로 인하여 중대하고 정당화될 수 없는 위험이 발생할 것을 예견할 수 있었음에도 불구하고 이를 예견하지 못하고 행동하는 것을 말한다[M.P.C. § 2.02(2) (d)]. 과실은 위험의 발생을 예견하지 못하고 있다는 점에서 위험발생을 예견하고 있는 무분별과 구별된다.

무과실(strict liability)은 위험성이 문제되기 때문에 미국에서 극도의 예외로서 인정된다. 보통법하에서는 중혼(bigamy)은 비록 전 배우자가 사망한 것으로 알았거나 이혼 명령이 유효한 것으로 알았다 하더라도 범죄가 성립하는 것으로 보았다. 현재 인정되는 대표적인 유형으로는 약품부정표시(mislabeled drug)의 행위[21 U.S.C. § 331(a). U.S. v. Dotterreich, 320 U.S. 277(1943)], 공해(pollution)[Ariz. R. § 36-779, State v. Arizona Mines Supply Co., 484 P. 2d 619(Ariz. 1971)], 위험한 무기를 은닉한 채 비행기를 탑승하는 행위[9 U.S.C. § 1472(1) U.S. V. Flum, 518 F. 2d 39(8th Cir. 1975) 등이 있다.

형법에서 범죄적 정신상태에 대하여 아무런 명문의 규정을 두고 있지 아니한 경우에는 최소한 무분별(recklessly) 이상의 정신상태가 충족되어야 한다[M.P.C. § 2.02(3)]. 이것은 무분별 이상의 정신상태가 전통적인 보통법하에서의 고의(intent)의 개념에 해당

하기 때문이다. 즉 미국도 원칙적으로 고의범만 처벌되고 과실범은 명문의 처벌규정이 있어야 처벌할 수 있는 점은 대륙법과 동일하다. 그러나 우리나라 및 독일의 대륙법 계통에서는 이론적으로만 그리고 고의범의 성립 그 자체에서는 특별한 의미를 부여받을 수 없는 미필적 고의의 개념이 정립되는 것과는 달리, 영미에서는 “recklessly”라는 미필적 고의의 형상이 아예 별개의 고의종류로서 법적으로 마련되어 있다. 따라서 미국의 “The Road Traffic Act 1972”도 s. 2에서 “도로에서 자동차를 무분별하게 운전하는 자는 유죄범죄자가 된다(A person who drives a motor vehicle on road recklessly shall be guilty of an offence)”고 규정하고 있다. 더 나아가 1972년의 도로교통법 Section 1은 “도로에서 무분별한 자동차운전으로 타인의 사망을 야기케 한 자는 유죄범죄자로 처벌될 것이다(A person who causes the death of another person by driving a motor vehicle on a road recklessly shall be guilty of an offence)”고 규정하고 있다. 후자에 대한 형벌로서는 5년의 자유형 그리고/ 또는 벌금이 부과될 수 있다.⁴⁵⁾

45) J C Smith/ Brian Hogaan, Criminal Law, 6. Ed., 1988, p. 485.

V. 도로교통법상 미필적 고의 적용사례의 범위

1. 사람(특히 경찰관)을 향한 자동차돌진행위

우리나라 '대판 1988.6.14. 88도692'의 사안이 여기에 해당한다. 이 사안에서 피고인은 시위대원 3명과 같이 시내버스를 탈취한 후, 술이 취한채 탈취한 버스를 운전하여 그때 시위대를 진압하기 위하여 차도를 차단하여 포진하고 있는 충남경찰국 기동대원을 향하여 시속 50킬로미터의 속력으로 돌진하자, 이러한 경우 그들이 버스에 치어 사망할 것이라는 점을 충분히 인식할 수 있음에도 불구하고 계속 같은 속도로 운행하면서 차도에서 인도쪽으로 피하는 대원들을 따라 일부러 핸들을 우측으로 틀면서 돌진하여 위 버스 전면차체부위로 피해자들을 들이받아 쓰러뜨려 대원 중 한명은 두개골 골절 등으로 사망케 하여 그를 살해하고 다른 사람들에게는 상처를 입혔을 뿐 살해의 목적을 이루지 못하고 미수에 그쳤다. 이 경우 판례는 살인죄에 있어 범의는 자기의 행위로 인하여 타인의 사망의 결과를 발생시킬만한 가능 또는 위험이 있음을 인식 또는 예견하면 족한 것이고 사망의 결과발생 또는 희망할 것은 필요치 않으며, 그 인식 또는 예견은 불확정적인 것이라도 소위 미필적 고의가 있다고 보아야 할 것이다. 그리고 사람이 많이 다니는 여의도 광장으로 차량을 돌진한 사례가 우리나라에서 발생하였는데, 이로 인해 사람을 도파하여 사망케 한 경우에는 운전자에게 적어도 살인죄의 미필적 고의는 인정될 것이다. 그리고 독일의 연방재판소는 피고인이 정차를 요구하는 경찰관에게 그가 인도로 뛰어오만 구조될 수 있는 상태에서 그를 향해 자동차로 돌진한 사건에서 상대방이 차에 치일 것인가를 우연에 맡긴 것이므로 행위의 결과에 대해 무관심하였고 그러면 법적으로 그 결과를 감수한 것으로 볼 수 있다는 이유로 (미필적)고의를 인정할 여지가 있는 것으로 판시하였다.⁴⁶⁾ 더 나아가 일본에서는 무면허운전의 발각을 우려해서 도주하려고 해서, 정차를 명령한 중앙선 부근에 서있던 경찰관을 노리고 약10톤의 시멘트를 적재한 대형자동차가 브레이크도 밟지 않고, 핸들도 꺾지 않고 시속 약 70km로 돌진해서 사망

46) BGH VRS 26, 202, 203); 이에 대해서는 Ross, Vorsatz, S. 109 f.

시킨 사건이 발생하였는데, 이것도 미필적 고의를 인정할 수 있는 것으로 판단된다(大津地判 소화 39년 9월 8일의 판시도 살인죄를 인정했다). 정차한다고 생각하고 있던 경관, 그 당시 운전속도, 경관과의 거리에 비추어 보아서 행위자는 충돌의 개연성 내지 확실성을 인식하였고 그 인식 하에 자기 차를 돌진시켰기 때문에 결과발생을 인용·감수도 하였기 때문에 미필의 살의가 인정되는 것이다.

2. 자기차의 외부에 붙어있는 사람을 흔들어 떨어뜨린 경우

1) 단속경찰관을 떨어뜨린 경우

이에 는 일본 大津地判 昭和37.5.17의 사안이 해당될 수 있다. 이 사례는 운전자가 직 무질문을 위해 자동차의 한쪽에 올라탄 경찰관의 양 발이 모두 허공에 뜬 상태로 매달 린 채로 시속 35km로 800m 주행하여 그 경찰관을 추락사시킨 것이다. 이 경우 운전자는 주행으로 인한 추락을 용인하였고, 그리고 위험한 상태로 추락한다면 중상·사망의 결과를 예견할 수 있었던 상태에 있었으므로 살인의 미필적 고의를 인정할 수 있는 것이다. 이러한 사례에서는 사망결과의 인식·용인에 관해 가해자의 운전방법, 속도, 거리, 피해자의 부상의 부위, 정도, 추락상황, 위치, 태도, 장착 또는 착의, 도로상황, 교통량, 당해 차량의 상황등 구체적 상황하에 있어서 위험의 정도를 상세히 검토하여 그 상황하에 있어서는 추락에 의해 일반적으로 치사의 결과를 초래할 가능성이 높다고 판단하는 것이 합리적인 경우에는 정신상태에 특히 이상이 인정되는 등 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 치사의 결과에 대해서 미필적 살인고의가 있다고 보아야 한다. 그러나 사망의 결과발생에 대한 가능성을 인식하지 못한 경우이더라도 매달린 경관을 흔들어 떨어뜨렸다면 적어도 상해의 고의는 인정되어야 한다(岐阜地大垣支部判 昭和42.12.1와 岡山地判 昭和46.3.10의 경우). 따라서 사망의 결과가 발생하지 않았다면 상해죄, 사망의 결과가 발생하였다면 상해치사죄라는 결과적 가중범의 성립은 항상 긍정되어야 할 것이다.

2) 운전자가 매달린 승객을 떨어트린 경우

이에는 상기한 일본의 東京地判 昭和45.2.16의 사안이 우선적으로 해당된다. 즉, 택시 운전수가 승차거부를 했기 때문에 승객이 반쯤 열린 창에 달라 붙었는데, 108m의 거리를 시속40km로 주행해서 승객을 떨어뜨려 상해를 입힌 사건이 일본에서 발생하였다. 우리 나라에서도 승차거부가 다반사로 행하여지고 이에 불만을 품고 승차하려는 승객을 운전자가 태우고 무리하게 출발하려다가 사고가 나는 경우가 있을 것이다. 승용차의 본넷 위에 엮드리고 양손으로 와이퍼를 잡고 불안정한 자세에 있는 피해자를 인식하면서 시속50km로 약290m의 거리를 2, 3회 주행한 사례도 발생하였다(名古屋高判 昭和46.1.28의 사안). 일본판례는 양 사례에 대해 모두다 살인미수, 즉 살인죄에 대한 미필적 고의를 인정하였다. 피해자의 불안정한 위험한 상태, 속도, 주행거리, 운전방법, 교통상황, 가해차에 의해 바퀴에 치일 가능성 등으로 보아 객관적 상황으로서 추락에 의해 사망의 결과발생에 대한 높은 개연성을 인정할 수 있고 행위자에게는 그에 대해 인식이 있었다고 볼 수 있다. 이렇게 결과발생의 고도의 개연성을 인식·예견하고 있음에도 불구하고, 반대동기를 형성하지 않고 행동을 결의하였다면 살인에 대한 미필적 고의는 긍정되는 것이다.

그러나 추락했다라도 사망의 결과가 발생할 고도의 개연성이 없었던 경우에는 운전자가 죽음의 결과를 인식하고 가속했다고 인정하기 어렵기 때문에 살인의 미필적 고의는 인정하기 어렵다. 예컨대 운전자가 여성이 차의 손잡이를 쥐고 매달리고 있는 것을 떨어뜨리기 위해 시속30km에서 40km로 가속하여 200m를 주행해서 추락시켜서 부상을 입힌 경우에도 사망의 결과가 발생할 고도의 개연성이 없었다는 점으로 미루어 죽음의 결과를 인식하고 가속했다고 인정하기 어렵기 때문에 살인미수를 인정할 수 없다는 것이다. 물론 이 경우에도 적어도 상해죄의 고의는 인정될 것이다(東京地判 昭和47.5.12의 경우). 더 나아가 본넷 위에 사람을 매단 채 33m를 시속 약30km로 급출발, 가속후 급정차해서 떨어뜨려 부상입힌 사건에서도 동일하게 해석될 수 있다. 즉 그러한 운전으로 인해 사망의 결과발생에 높은 개연성이 있고 이를 인용하여 운전한 경우에는 살인죄의 미필적 고의는 인정될 수 있을 것이다. 그러나 위험은 있었을지도 모른다고 하면서도, 죽음의 결과의 발생에 대해서 인식 및 그것에 대한 인용까지는 없었던 경우에는 살인

죄의 미필적 고의는 부정되고 상해의 고의를 인정하여야 할 것이다(東京地判 昭和 40.12.24의 경우). 따라서 사망의 결과가 발생한 경우에는 적어도 상해치사죄라는 결과적 가중범은 성립될 것이다.

3. 운전중 다른 차량에게 충돌한 경우

1) 나란히 진행하는 다른 운행차량에 자의로 근접함으로써 충돌된 경우

자기차가 피해자에게 추월당한 것에 화를 내고 피해차를 놀래키려고 자기차를 그 차의 부근에 나란히 진행·근접하면서 핸들을 갑자기 꺾음으로써 피해자의 차에 접촉된 결과로 차가 전도되어서 피해차의 운전자에게 부상을 입히는 경우가 여기에 해당한다(일본 大阪高裁 昭和47.3.6의 사안). 이러한 사례가 우리나라에서도 적지 않게 발생할 것으로 추측된다. 이 경우 운전자가 접촉되더라도 할 수 없다고 인용하고서 행위하였다면 적어도 폭행 또는 상해의 미필적 고의는 인정될 것이다. 그러나 접촉가능성에 대한 인식이 있었더라도 접촉되더라도 할 수 없다고 생각하고 행동한 것이 아니라면 결과발생에 대해 소극적 인용 조차도 부정되는 경우이므로 과실치상죄만이 성립할 것이다. 즉, 실행착수단계에서 여전히 다른 사람이나 차의 충돌에 대한 미필적 고의가 존재하여야 한다. 따라서 운전중은 다른 사람이나 차를 충돌하여도 상관없다고 생각하고 있었다고 하더라도 현실적으로 다른 사람이나 차를 직면하여 순식간에 감속서행 기타 사고를 피하기 위한 노력을 한 때에는 그것이 주효하지 않고 충돌사고를 발생시켰다고 하더라도 폭행의 실행이 있었다고 할 수 없어서 과실만을 인정하여야 한다.⁴⁷⁾

2) 반대차선의 차량과 충돌한 경우

선행차를 추월하려고 상대방향 차선에 차체의 절반 이상을 넘어서 선행차와 병진상태

47) 손기식, 교통형법, 239면.

가 되었을 때에 자기차의 전방 약 10m 앞에 반대차선의 피해차가 출현했지만, 피해차는 중앙선에 접해서 주행하고 그 옆에 다른 차가 병진하며 후속차도 뒤따라 진행하고 있기 때문에 피해차가 옆차도로 피해갈 수 없는 상태가 된 경우, 반대차선을 주행하는 것을 알면서 진행하다가 피해차와 충돌하고 그 운전자를 상해케 하는 사건이 여기에 해당할 것이다(예컨대 일본의 名古屋高裁 昭和47.3.7의 사안). 이 경우 피해차가 피양하는 것이 곤란한 상태였던 것을 알고 있어서 충돌의 위험인식이 운전자에게 있는 상태에서 스스로 회피조치를 취하지 않았다면 적어도 상해죄의 미필적 고의는 인정되어야 한다(東京高判 昭和37.11.6의 경우). 그 반면에 피해차가 피양할 여지가 있고 행위자도 상대방이 피양해서 올 수 있다고 생각했다면 결과발생의 인용은 없었으므로 운전자에게 과실치상죄만을 인정하여야 할 것이다.

3) 운전부적격상태에서의 운전으로 인한 교통사고

상당한 음주로 술에 취해 정상적인 운전이 불가능해 보이는 피고인이 무면허로 밤에 전조등이 고장나서 전방 주시가 불안함에도(도저히 정상적인 운전이 불가능한 상태였기 때문에 측제에서 돌아오는 다수 보행자를 자동차로 받아서 그 사람들에게 사고를 야기할 위험이 있는 것을 충분히 인식하면서 술의 힘에 의해 그와 같은 결과의 발생을 개의치 않는다) 굳이 화물자동차를 운전하여 보행자를 치어 3명의 사망, 7명의 상해를 야기시킨 사례가 여기에 해당할 것이다(廣島高裁 昭和36.8.25.의 사안). 이와 같이 자신이 운전부적격의 상태인 것을 인식하였으면서도 운전을 감행함으로써 교통사고를 야기하는 사례들은 우리 나라에서도 허다할 것이다. 이러한 경우에 결과발생가능성이 있다면 일반인에게 허용되지 않는 위험으로서 이의 회피를 위해 반대동기를 형성해야 할 것이고, 이를 위반하고 운전을 감행하였다면 적어도 상해죄에 대한 미필적 고의는 인정될 수 있을 것이다. 즉, 허용된 위험의 범위를 초과하고 결과회피가 불가능한 상태에 스스로 들어서서 평소와 다른 위험이 발생하였다면 상해의 실행행위가 있다고 평가된다. 이 경우 결과의 인식에 대해서는 일반인이 행위자의 지위에서 평소와 다른 위험이라고 하는 정도의 사정을 인식하고 있었을 때는 그 위험의 인식이 있는 것으로서 적어도 상해의 미필적 고의를 인정할 수 있다. 더 나아가 경우에 따라서는 살인죄의 미필적 고의도 인정될 수

있을 것이다. 결과의 발생을 개의치 않고, 무관심한 상태로 무모하게 행위한 경우에는 소극적 인용이 있다고 판단할 수 있고, 그 기준은 결과발생의 개연성이 높은 것과 그것에 대한 피고인의 인식의 정도 및 피고인의 전체로서의 행동이 판단자료가 된다. 객관적으로 명확하게 무모한 운전은 불특정·다수의 사람의 생명신체에 대해 매우 위험하다. 이 경우 행위자의 주관적인 심리과정에서 개의치 않는다고 하는 태도로부터 무관심 또는 상관없다고 하는 감수의사가 인정된다면 중국적으로 미필적 고의는 인정될 수 있을 것이다.

4. 피해자를 차체에 걸친 채 주행한 경우

운전자가 교통사고를 일으키고 그 피해자가 차체에 걸쳐있는 것을 확인하고서도 주행을 계속함으로써 피해자가 추락하여 사망하는 사례가 발생되고 있다. 예컨대, 주취운전 하던 피고인이 보행자들을 치고 차체의 아래에 걸친 채로 시속10km로 300m 주행하여 사망시킨 사건(新瀧地長岡支部判 昭和37.9.24의 사안), 운전중 과실에 의해 사람을 치고 그 사람을 자기 차의 하부에 걸친 채로 3.8km로 주행, 이상한 기분이 있었지만 시속 30km로 1.2km 계속 주행한 사건(山形地判 昭和38.9.30의 사안), 주취운전 중 강풍 때문에 자전거에서 떨어져 넘어져 있던 사람을 과실로 충돌하고, 그 사람을 자기 차의 차체 아래에 걸친 채로 시속30km로 약106m 주행해 사망시킨 사건(鹿兒島地判 昭和44.3.4의 사안) 등이 여기에 해당한다. 이러한 사례의 경우에 차체의 변조와 운전조작의 이상, 운전경험을 감안할 때 피해자가 매달려 있다는 사실을 감지한 이상 경험칙과 신의칙상 사망에 대한 결과의 인식이 있었다고 인정할 수 있다. 따라서 이 경우에는 사망결과의 개연성이 지극히 높기 때문에, 적극적 용인 혹은 결과의 확실한 인지가 있는 경우로 해석할 수 있다. 피해자가 걸렸다는 인식이 있다면 특별한 사정이 없는 한 살인죄에 대한 미필적 고의를 인정하는 것이 타당하다.

이러한 원리는 다음의 유사사례에서도 타당하다. 운전중 과실에 의해 노상에서 술에 취해 누워 뒹굴고 있던 피해자를 치어 중상을 입힌 피고인이 도중에 차륜이 미끄러지는 것 같은 느낌이 들어서 정차해 하차하고 차 아래를 보았을 때까지 생존해서 그곳에 걸

려있던 피해자를 인식했는데, 그 상태로 약300m를 주행해서 떨어뜨리고 그대로 도주하여 그 후 피해자가 병원에서 사망한 사건이 일본에서 발생하였다(東京高判 昭和63.5.31의 사안). 東京裁判은 사인(死因)이 되는 신체의 파괴가 어떤 구간에서 발생했는지가 확실치 않기 때문에 차의 발견시부터 피해자를 차 아래에서 발견할 때까지의 행위를 업무상 과실상해죄, 그 후에 행위를 상해죄로 의율하였으나, 이 사안에서는 한번 피해자를 확인하고 거듭 주행했기 때문에 살인죄에 대한 미필적 고의를 인정하는 것이 타당하다.

5. 도주를 시도하다가 일어난 제2의 사고

교통사고를 일으킨 후에 운전자가 도주를 시도하다가 타인을 부상 또는 사망케 하는 사례도 발생하고 있다. 예컨대, 운전중 과실에 의해 사람을 전도시키고 도주하려고 하는 과정에서 피해자를 후륜으로 다시 치어 사망시킨 사건이 여기에 해당할 것이다(札幌地小樽支部 昭和40.2.16의 사안). 이러한 경우에 사고 현장의 상황·피해자와 자동차의 위치관계·충돌의 모양 등으로부터 결과발생의 위험성을 감수한 사실이 인정된다면 살인에 대한 미필적 고의는 인정될 수 있을 것이다. 반면에 객관적으로 위험성이 존재한다는 구체적 인정사유가 충분치 않고, 단지 뺑소니했다고 하는 악한 동기에서 살의를 인정하는 것은 타당하지 않을 것이다.

6. 교통사고후 중상자를 방치하여 사망결과를 야기한 경우

교통사고 후에 운전자가 피해자를 유기함으로써 피해자를 사상케 하는 경우가 허다하게 발생하고 있다. 이 경우에 어느 정도까지 결과에 대해 미필적 고의를 인정할 수 있을지가 문제된다.

1) 유기죄(유기치사상죄)의 성립

운전자가 피해자를 자기 차에 태우고 사고현장과 떨어져 눈 내리는 어둑어둑한 차도 위에 하차시켜 그대로 방치하고 달아났다면 적어도 그 행위자에게는 유기죄가 추가로 성립될 것이다. 이 경우에 유기에 대한 고의는 확정적 고의가 될 것이다. 유기죄의 죄는 부조를 요하는 자를 보호할 의무있는 자가 유기함으로써 성립하는 범죄이다. 주체가 보호의무있는 자에 제한되는 점에서 독일 형법의 불구조죄(Unterlassene Hilfeleistung)와는 다른 것이고 이러한 구성요건은 우리 형법상 존재하지 아니한다. 우리형법은 유기죄에서 단순유기죄(제271조 1항)를 기본적 구성요건으로 삼고, 존속유기죄(제271조 2항)를 불법가중적 구성요건으로, 영아유기죄(제272조)를 책임감경적 구성요건으로 삼는다. 중유기·존속중유기죄(제271조 3항, 4항)와 유기치사상죄(제275조)는 결과적 가중범에 해당한다. 유기죄의 보호법익은 생명과 신체의 완전성이고, 보호의 정도는 위험범이다. 다만 구체적 위험범인가 추상적 위험범인가에 대해서는 견해의 대립이 있다. 소수설은 구체적 위험이 없는 행위는 원칙적으로 벌하지 않아야 한다는 이유로 구체적 위험범설을 취한다. 그러나 통설은 형법이 유기죄의 결과로 사람의 생명에 대한 구체적 위험을 발생케 한 경우에는 특히 중유기죄의 가중구성요건(제271조 3항, 4항)이 있으므로, 단순유기죄는 추상적 위험범으로 해석한다. 통설이 타당하다. 본죄의 주체는 부조를 요하는 자를 보호할 법률상 계약상 의무있는 자에 한한다. 따라서 본죄는 진정신분범이다. 유기죄의 주체를 특정하는 보호의무는 법률상 계약상의 의무이다. 법률상의 보호의무란 부조를 요하는 자를 보호해야 할 의무의 근거가 법령에 규정되어 있는 경우를 말한다. 공범이든 사범이든 불문한다. 예컨대 경찰관직무집행법 제4조에 의한 경찰관의 보호조치의무, 도로교통법 제50조에 의한 사고운전자의 구호의무, 민법 제974조에 의한 친족간의 부양의무 등이 여기에 해당한다. 본죄의 보호의무는 요부조자의 생명 신체에 대한 위험으로부터 보호해야 할 의무이므로 민법상의 부양의무와는 반드시 일치하는 것은 아니다. 계약상의 보호의무란 부조를 요하는 자를 보호해야 할 의무가 당사자간의 계약에 의해 발생하는 경우를 말한다. 계약은 유기자와 피유기자 사이는 물론, 유기자와 제3자 사이의 체결이 있는 경우도 가능하다. 명시적 계약이 있는 경우는 물론, 예컨대 의사, 간호사, 부모와 같이 명시적인 의사가 없더라도 사무의 본래적인 성질상 당연히 보호의무의 인수

를 묵시적으로 승인했다고 볼 수 있는 묵시적인 계약도 포함된다. 종래의 통설은 보호 의무의 근거를 법률상 계약상의 의무에 한정하지 않고 ‘널리 사무관리, 관습 또는 조리에 의해서도 보호의무가 발생한다’고 한다. 그러나 오늘날의 유력설은 이러한 확대적용은 ‘유추적용금지의 원칙’과 ‘관습법적용금지의 원칙’에 반하는 것으로 비판한다. 대법원 판례도 이러한 입장에 있다(대판 1977.1.11, 76 도 3419). 행위객체는 노유, 질병 기타의 사정으로 인하여 부조를 요하는 자이다. 부조를 요하는 자란 다른 사람의 조력없이 자기의 생명 신체에 대한 위협을 스스로 극복할 수 없는 자를 말한다. 경제적 요부조자인 극빈자는 이에 해당하지 않는다. 예컨대 병자, 상처입은 부상자, 명정으로 의식을 잃은 자가 ‘질병’에 해당할 것이고, 불구자, 최면술에 걸린 자, 분만중의 부녀는 ‘기타 사정’에 해당할 것이다. 그러나 단순히 임신중에 있다는 사실은 여기에 해당할 수 없다. 행위는 유기이다. 유기란 요부조자를 보호없는 상태에 덩으로써 그 생명 신체에 위협을 가져오는 행위를 말한다. 유기는 요부조자를 보호있는 상태에서 보호없는 상태로 옮기는 적극적 유기(Aussetzen)와 요부조자를 그대로 두고 떠나는 소극적 유기(Verlassen)로 구분할 수 있다. 전자를 협의의 유기, 후자를 광의의 유기라고도 한다. 유기的方法是 제한이 없다. 부작위에 의한 유기도 가능하다. 예컨대 요보호자에게 돌아가지 않거나, 그대로 있으면서 보호하지 않으면 부작위에 의한 유기가 된다. 교통사고를 일으킨 운전자가 본죄의 주체에 해당하고 교통사고에 의해 상해를 입은 자가 본죄의 객체에 해당하는 것은 의문의 여지가 없다. 그리고 중유기죄·중존속유기죄(제271조 3항, 4항)는 유기죄를 범하여 사람(또는 직계존속)의 생명 신체에 대한 위협을 발생케 함으로써 성립하는 범죄이다. 본죄는 보호법익에 대해 구체적 위험성이 있어야 비로소 기수범이 되는 구체적 위험범이고, 그 구체적 위험성을 과실로 야기한 경우는 물론 고의로 야기한 경우도 본죄가 성립하는 부진정결과적 가중범이다. 그리고 유기등 치상죄와 치사죄(제275조)는 유기, 영아유기, 학대의 죄를 범하여 사람을 상해 또는 사망에 이르게 함으로써 성립되는 결과적 가중범이다. 따라서 운전자는 경우에 따라서는 중유기죄, 유기치사상죄가 성립될 수도 있다.

2) 살인죄의 성립

가) 사안 및 문제점

운전자가 피해자를 구조하지 않고 방치함으로써 사망의 결과를 야기한 경우에 살인죄의 성립을 긍정할 수 있는지가 문제된다. 이 경우에 살인죄가 성립한다면 행위에 있어서는 부작위범이 될 것이고, 그 주관요소는 주로 미필적 고의가 문제될 것이다. 예컨대 운전중 과실에 의해 중상을 입히고 가까운 병원으로 후송하려고 조수석에 태웠지만(즉시 병원에 운반하면 죽음의 결과를 방지할 수 있었는데) 사고의 발각을 우려해 어딘가에 유기하려고 도주를 기도하고 주행하던 중에 피해자가 차안에서 사망한 사안에서(東京地判 昭和40.9.30의 사안), 운전자에게 부작위에 의한 살인죄를 인정할 수 있을지가 문제된다. 여기에서 문제되는 미필적 고의에 관한 이론은 위에서 이미 상론하였으므로, 아래에서는 부작위범에 관한 이론을 먼저 간단히 언급하기로 한다.

나) 부진정부작위범

(가) 일반론

행위에는 작위와 부작위가 있다. 전자는 금지된 행위를 적극적으로 행하는 것이고, 후자는 요구(명령)된 행위를 소극적으로 행하지 않는 것이다. 또한 범죄의 유형에도 작위행위로 성립하는 作爲犯과 부작위행위로 성립하는 不作爲犯(Unterlassungsdelikt)의 카테고리가 있다. 그런데 원칙적인 범죄유형은 전자의 작위범이다. 따라서 형법각칙에 규정된 일련의 범죄구성요건은 “원칙적으로” 작위를 통하여 실현하는 것으로 예정하고 있다. 예컨대 형법 제250조 1항의 살인죄는 칼로 찌른다든가, 총을 쏜다든가, 몽둥이로 때린다든가의 육체적 거동을 통하여 사람을 죽였을 때 성립하는 것이 원칙이다. 즉 형법 제250조 1항은 원칙적으로 살인으로 향한 이러한 적극적 행동을 금지하는 규범이다. 그러나 이러한 구성요건을 부작위에 의하여 실현할 수도 있다. 예컨대, 굶어 죽어가는 아이를 보고도 부모가 젓을 먹이지 않고 가만히 있다가 아이를 죽게 하는 경우이다. 이때

의 부작위는 존재론적으로만 보면 젓을 먹이지 않고 『가만히 있는 것』이나, 규범적으로 평가하면 범죄구성요건을 실현하지 않도록 법이 요구하는 젓을 먹이라는 작위의 명령규범에 따르지 않는 것이다. 따라서 작위가 금지규범(Verbotnorm)에 위반하는 것이라면 부작위는 명령규범(Gebotnorm)에 위반하는 것이다.

초기의 인과적 행위론은 의사성과 거동성을 행위의 개념요소로 요구하여, 행위를 의사에 의하여 외부세계에 야기된 순수한 인과과정으로 이해하였다. 그러나 규범적 평가 이전의 부작위는 거동성이 없으므로 외부에 아무런 변경을 야기하지 않는 일련의 가만히 있는 것에 불과하다. 따라서 부작위는 여기의 행위개념에 포섭될 수 없다. 이를 극복하기 위하여 인과적 행위론자도 그 이후 거동성을 포기하고 의사성만을 개념요소로 하는 행위개념으로 바꾸었다. 목적적 행위개념은 부작위를 행위개념에 포섭시키기 어렵다. 부작위는 실제로 인과과정을 조종한 것이 아니라, 오히려 요구되는 인과과정을 조종하지 않은 것이므로 부작위를 목적적 행위라고 보기 어렵기 때문이다. 반면에 사회적 행위론(soziale Handlungslehre)은 부작위를 행위개념에 가장 잘 포섭시킬 수 있다. 부작위는 아무 것도 행하지 아니하는 단순한 無爲가 아니라 법이 요구하는 행위기대를 이행하지 않는 것이므로 사회적으로 중요한 의미를 가지기 때문이다.

부작위범은 眞正不作爲犯(echte Unterlassungsdelikte)과 不眞正不作爲犯(unechte Unterlassungsdelikte)으로 구분할 수 있다. 양자를 구별하는 기준에 대해서는 형식설과 실질설의 대립이 있다. 형식설에 의하면 진정부작위범은 다중불해산죄, 퇴거불응죄, 전시군수계약불이행죄(제103조 1항), 전시공수계약불이행죄(제117조 1항)와 같이 형법이 직접 부작위를 구성요건의 내용으로 규정한 부작위범을 의미한다. 반면에 부진정부작위범은 형법이 규정한 작위범을 부작위에 의하여 실현하는 범죄를 말한다. 예컨대 부모가 유아에게 젓을 주지 아니하여 아사시킴으로서 형법 제250조의 살인죄를 실현한 경우가 부진정부작위범에 해당한다. 그러나 실질설에 의하면 진정부작위범은 단순한 부작위에 의하여 성립되는 부작위범을 말하고 부진정부작위범은 구성요건적 결과의 발생을 요하는 부작위범을 의미한다. 양이론 중에서 실질설은 동범죄의 기수를 인정하기 위하여는 인과관계 및 객관적 귀속의 문제를 특별히 논하여야 하는가라는 형식범과 실질범의 구별에 상응하는 구분에 불과하다. 그런데 부작위범의 문제는 인과관계 및 객관적 귀속의 문제에 그치는 것이 아니다. 따라서 기타의 범죄성립요소를 논하여야 하는 부작위범의 문제

에 있어서는 형식설이 실질설보다 상대적으로 우월한 것으로 사료된다. 형식설이 우리나라의 통설이고, 이 설을 취하는 한 형법각칙상의 擧動犯에 대해서도 부진정부작위범의 성립가능성을 인정하여야 한다. 여하튼 형법총칙의 문제로서 다루어야 할 것은 모든 범죄에 공통으로 발생될 수 있는 후자 즉 부진정부작위범이다. 따라서 아래에서는 부진정부작위범에 대하여 상론한다.

부진정부작위범의 성립을 위해서는 작위범과 마찬가지로 구성요건해당성, 위법성 및 책임의 3가지 요소가 충족되어야 한다. 그러나 각요소의 구체적 내용은 작위범과 다르다. 또한 진정부작위범의 경우에는 각칙에서 부작위를 처벌하는 특별규정을 두고 있으므로 별문제가 없다. 그러나 부진정부작위범은 작위범의 구성요건을 부작위에 의하여 실현하는 경우이므로 부작위범의 일반적 구성요건 이외에 부작위가 작위와 같이 평가될 것을 요한다. 우선 작위범에는 특정한 행위주체의 제한이 없는 경우에도 부진정부작위범이 성립하기 위하여는 그 행위주체가 「보증인적 지위」에 있어야 한다. 즉 보증인적 지위에 있는 자의 부작위만이 부진정부작위범을 실현할 수 있다. 보증인적 지위란 일정한 법익과 특수하고도 밀접한 관계를 맺고 있어서 그 법익이 침해되지 않도록 보증해 주어야 할 지위를 말한다. 이러한 지위에 있는 자의 법익침해방지의무를 작위의무라고 한다. 여기의 작위의무는 법적 의무이지 단순한 도덕적 의무, 종교적 의무로는 족하지 않다(대판 1996.9.6, 95도2551). 보증지위 및 보증의무의 발생근거에 대해 형식설은 법령, 계약, 조리 또는 선행행위와 같은 형식에서 발생한다는 견해이다. 가장 확실한 작위의무는 법령에 의하여 인정된다. 여기의 법령의 영역에는 제한이 없다. 민법상의 작위의무로는 친권자의 보호의무(제913조), 친족간의 부양의무(제974조), 부부간의 부양의무(제826조) 등이 있으며, 공법상의 작위의무로는 경찰관의 보호조치의무(경찰관직무집행법 제4조), 의사의 진료 및 응급조치의 의무(의료법 제16조), 운전자의 구호의무(도로교통법 제50조) 등이 있다.

(나) 계약에 의한 작위의무

작위의무는 계약에 의하여 양육 또는 보호의무를 지고 있는 경우에도 발생한다. 고용계약에 의한 사용자의 피용자에 대한 보호의무, 간호계약에 의한 간호사의 환자에 대한 간호의무 등이 그것이다.

(다) 선행행위에 의한 작위의무

우리 형법 제18조에 의하면 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자는 그로 인한 위험을 방지하여 결과를 발생하지 않도록 할 작위의무가 있다. 여기서 위험발생의 원인을 야기하는 행위가 작위의무를 근거지우는 선행행위이다. 예컨대, 자동차사고를 낸 운전자는 피해자를 구조하여야 하며(이 때에는 도로교통법에 의한 작위의무도 발생한다), 폭약을 호송하는 자가 화차 내에서 촛불을 켜 놓은 채 잠자다가 폭약상자에 불이 붙는 순간 이를 발견하고서 그 상자를 뒤집는 등의 방법으로 쉽게 진화할 수 있음에도 불구하고 도주하였다면 부작용에 의한 폭발물과열죄를 인정하여서(대판 1978.9.26, 78도1996), 실화자에게 소화조치를 취할 보증의무를 귀속시켜야 한다. 그리고 미성년자를 유인하여 포박 감금한 자가 의외로 피감금자를 사망에 이르게 하였다면 감금치사죄만 성립하겠지만, 중간에 살해의 (미필적) 고의를 가지고 계속 방치하여 사망케 하였다면 그에게 선행행위에 따른 보증의무를 부과하여 부작용에 의한 살인죄의 성립을 인정하여야 한다(대판 1982.11.23, 82도2024). 판례는 강간치상의 범행을 저지른 자가 그 범행으로 인하여 실신상태에 있는 피해자를 구호하지 아니하고 방치한 경우에는 포괄적으로 단일의 강간치사죄만을 구성하는 것으로 판시하였다(대판 1984.11.27, 84도1906). 그리고 살해할 생각으로 어린 조카를 미끄러지기 쉬운 제방 쪽으로 걷게 하여 물에 빠지도록 유도한 삼촌에게는 그를 구조하여야 할 '법적 작위의무'가 있다(대판 1992.2.11, 91도2951). 이 경우의 법적 작위의무는 다른 법률에 특별한 명시적 규정이 없다면 형법 제18조가 규정한 선행행위에 의한 작위의무가 될 것이다.

(라) 조리에 의한 작위의무

작위의무는 법령이나 계약 이외에도 조리, 신의성실의 원칙 또는 사회상규에 의하여 발생할 수 있다는 것이 통설이다.⁴⁸⁾ 특히 일반거래의 경험칙상 상대방이 그 사실을 알았다면 당해 법률행위를 하지 않았을 것이 명백한 경우에는 신의칙에 비추어 그 사실을 고지할 법률상 의무가 인정된다(대판 1997.9.26, 96도2531; 대판 1996.7.30, 96도1081; 대판 1984.9.25, 84도882). 따라서 임대인은 임차인에게 여관건물의 경매개시사실을 고

48) 진계호, 148면; 황산덕, 71면, 정영석, 109면; 유기천, 124면.

지해야 할 법적 의무를 지므로 이를 위반하고 임대하면 비록 임차인 스스로 등기부확인이 가능하더라도 임대인에게 사기죄가 성립하고(대판 1998.12.8, 98도3263), 도시계획이 입안되어 협의수용될 것을 알고 있으면서 매수인에게 이같은 사정을 고지하지 않은 것은 부작위에 의한 사기죄에 해당한다(대판1993.7.13. 93도14). 더 나아가 동거하는 피용자에 대한 고용자의 보호의무, 관리자의 위험발생방지의무, 목적물의 하자에 대한 신의칙상의 고지의무 등도 여기에 해당한다. 그러나 조리 또는 사회상규는 너무 추상적 개념이기 때문에 자칫 보증의무의 인정범위가 확대될 우려가 있다. 그렇게 되면 형식설의 취지가 퇴색되게 된다. 따라서 조리에 의한 작위의무는 다음에서 설명할 실질설(기능설)의 내용으로 제한될 수 밖에 없다.⁴⁹⁾

반면에 실질설은 보증인지위와 보증의무의 발생근거를 형식과는 관계없이 실질적 기능에서 판단하는 견해이다. 실질설을 주장한 대표자는 독일의 Armin Kaufmann이다. 그는 법익의 보호기능에 의한 보증인지위 및 보호의무와 위험의 감시기능에 의한 보증인지위 및 안전의무 내지 감시의무로 분류하였다. 그러나 형식과 실질이라는 양자는 서로 배타적이어서는 안되고 서로 결합되어야 한다. 즉 법령, 계약, 조리 또는 선행행위의 형식에는 보호의무 또는 감시의무라는 실질로서 채워져야 한다. 따라서 형식설과 기능설은 서로 배타적이어서는 안되고 서로 보충적·제한적으로 통합되어야 한다.⁵⁰⁾ 그 통합의 방법은 구체적 사례에서 개별적으로 형성되는 것이지 일률적으로 결정될 수는 없다.

다음으로 그 행위주체에 의해 구성요건실현을 방지하지 않는 「부작위」행위가 있어야 한다. 행위없이 범죄가 성립할 수 없는 것은 작위범과 동일하다. 그리고 요구되는 작위행위는 객관적으로 이행할 수 있는 것이어야 한다. 객관적으로 이행할 수 없는 것을 부작위(불이행)하였다고 하여서 위법하다고 평가할 수는 없기 때문이다. 그리고 부작위행위는 작위행위와 「행위정형의 동가치성」이 있어야 한다. 왜냐하면 해당구성요건은 작위범을 예정하였고, 그 예정된 작위와 단순한 부작위가 동가치성이 있어야 동일한 구성요건과 죄명이 적용되더라도 불공평하지 않기 때문이다. 더 나아가 결과범인 경우에는 그 범죄의 기수가 되기 위하여는 「구성요건적 결과」가 발생하여야 하고, 부작위행위와 결과

49) 배종대, 전정관, 613면.

50) Vgl. Rudolphi, SK, § 13 Rn. 25; 이재상, 113면; 김일수, 589면; 박상기, 304면.

간에 『인과관계 및 객관적 귀속의 관계』가 확인되어야 하는 점은 작위범과 동일하다.

주관적 구성요건요소는 작위범과 같이 고의범에는 고의가 행위자에게 있어야 한다. 특별한 범죄유형에 따라서는 고의를 초과하는 주관적 구성요건요소를 요구하는 점에서도 작위범과 차이가 없다.

위법성의 판단에 있어 우리형법이 규정한 위법성조각사유가 중요한 기준이 되는 것은 작위범에서와 동일하다. 이러한 위법성조각사유와는 별개로 위법성의 구성적 요소로서 작위의무를 요구한다는 것이 우리나라의 통설이다. 이와는 달리 작위의무를 구성요건요소로 보는 것이 보증인설이다. 우리나라의 통설에 따르면 부진정부작위범에서의 구성요건은 개방적 구성요건에 불과하나, 보증인설에 따르면 작위범과 같이 폐쇄적 구성요건이 된다. 또한 위법성과 관련하여 부진정부작위범에만 고유한 문제가 있다. 예컨대 의무의 충돌에 있어 작위의무를 부작위에 의해 위반하는 경우가 그것이다. 책임의 판단은 작위범의 요소를 그대로 준용하면 된다. 아래에서는 부진정부작위범에 고유한 요소만을 도출하여 상론한다.

다) 상기사안의 경우

상기사안에서 부진정부작위범의 성립은 긍정되어야 한다. 즉시 병원에 데려가지 않은 것은 부작위범에 있어서 작위의무위반으로서 과실상해라고 하는 선행행위, 병원에 운반하려고 한 선행행위, 죽음의 결과방지의 가능성, 차내에 태웠다고 하는 관리가능성 외에 범죄의 자취를 인멸하려고 한 의도 등의 상황으로부터 부진정부작위의 성립에는 별다른 장애사유가 없다. 다만 부작위에 의한 살인죄의 작위의무위반은 인신에 대해 고도의 위험이 없으면 안되지만 실제로 죽음의 결과발생의 고도의 개연성이 있는 경우에 살인죄의 작위의무가 긍정되는 것이다. 동일한 취지에서 과실로 부상을 입힌 피해자를 사람이 통행하지 않는 장소에 운반하고 달아난 경우(浦和地判 昭和45.10.22 사건의 경우) 살인죄를 인정할 수 있을 것이다. 즉, 피해자가 상해의 정도, 유기된 시간적, 장소적 상황 등으로부터 피해자가 방치한다면 사망에 이를 고도의 개연성이 인정된다면 부작위에 의한 살인죄가 긍정되어야 할 것이다. 그리고 중상을 입힌 피해자를 새벽 한기가 매섭게 서리가 내리고 있는 장소에 유기한 경우(横振地判 昭和37.5.30 사안)에도 동일하게 처리되어

야 할 것이다. 그러나 피고인이 과실에 의해 피해자의 자동차에 충돌시켜 피해자가 자동차와 함께 내천에 굴러떨어져 중상을 입었지만 그대로 현장에서 도주한 경우(岐阜地大垣支部 昭和42.10.3 사안)에는 작위의무의 위반이 긍정되기 어렵다. 이 경우에 부작위에 의한 살인죄의 객관적 요건으로서의 작위의무는 있지만 살인의 미필적 고의는 없다고 하여 살인죄를 부정할 여지도 있지만, 그 이전에 구호하지 않고 도주하고도 사망의 결과발생의 개연성이 높은 경우가 아니라면 살인의 작위의무를 부정하는 것이 타당할 것이다.

3) 미필적 고의

운전자가 자기의 행위에 의해서 확실히 결과를 회피할 수 있다고 생각한 경우에는 미필적 고의가 부정되어야 하고, 그 반대로 피해자의 생명을 우연에 위탁하는 경우에는 결과를 적극적으로 인용한 경우와 아무런 차이가 없기 때문에 살인죄의 미필적 고의가 긍정되어야 한다. 즉, 죽음의 결과에 고도의 개연성있는 사태에 관해 구호를 하지 않으면 죽을지도 모른다는 인식이 있으면서 구호의 조치를 강구하지 않았다면 미필적 고의가 인정되어야 한다. 그러나 중상을 입은 피해자를 유기하기 위해 차내에 태우고 주행 중 피해자가 사망한 경우이더라도 병원에서 구호조치를 받았어도 죽음의 결과를 방지할 수 있었다고 인정하기 어렵고, 또 피고인이 병원에 운반하면 구호가 가능하다고 생각하고 있지 않았다면 부작위에 의한 살인죄는 부정되어야 할 것이다(盛岡地判 昭和44.4.16의 판결).

7. 피해자를 방치하였으나 그 선행행위가 적법한 경우의 특수 문제

전술한 바와 같이 자신의 과실로 교통사고를 야기한 운전자가 피해자가 구조하지 않으면 생명이 위험한 중상을 입은 것을 알면서도 그대로 방치함으로써 사망의 결과를 야기한 경우에는 부작위에 의한 살인죄의 성립을 긍정할 수 있다. 그런데 자신에게는 과실이 없고 오직 피해자의 과실에 의하여 교통사고가 발생한 경우에도 피해자를 방치하여

사망에 이르게 한 운전자에게 부작위에 의한 살인죄의 성립을 인정할 수 있는지가 문제된다. 특가법 제5조의 3, 제1항 1호는 형법 제268조의 죄를 범한 당해 차량의 운전자가 피해자를 치사하고 도주하거나 도주 후에 피해자가 사망한 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하고 있다. 즉 동죄는 형법의 업무상 과실치사상죄를 실현한 자를 행위주체로 제한하고 있다. 그리고 형법의 업무상 과실치사상죄는 업무상 과실로 인하여 致傷의 결과가 발생한 경우에 성립한다. 여기서 업무라함은 사회생활상의 지위에서 행하는 계속적 사무를 말한다. 계속성은 주관적인 것으로 족하며, 면허의 유무는 불문한다. 운전자는 일반적으로 업무자에 해당한다고 할 수 있다. 그러나 피해자의 사망에 대하여 운전자의 과실을 인정할 수 없다면 특가법위반의 죄가 성립할 여지는 없다. 만약 운전자가 피해자를 충격하고 그대로 방치하면 사망할 수도 있다는 것을 알고 이를 감수하고 도주하였다면 비록 그에게 살인의 확정적 고의는 없었지만 미필적 고의는 인정된다. 그런데 이 경우에도 운전자가 피해자를 방치하고 도주하는 것은 작위의 살해행위라고 할 수는 없다. 따라서 운전자가 피해자를 구조하지 않은 것에 대해서는 부작위에 의한 살인죄의 성립만이 문제된다. 부작위에 의한 살인죄가 성립하기 위하여는 우선 운전자가 피해자의 생명을 보호해야 할 보증인적 지위에 있어야 한다. 이 경우 형식설은 보증인지위와 보증의무의 발생근거를 법령·계약·조리 또는 선행행위에서 찾는다. 그런데 도로교통법 제50조에서는 차의 교통으로 인하여 사람을 사상케 할 때에는 운전자에게 구호의무를 부과하고 있다. 따라서 운전자에게는 법령에 의하여 보증인의무가 발생한다고 할 수 있다. 여기의 보증인의무는 교통으로 인하여 사람을 사상케 할 경우에 발생하며 운전자에게 과실이 있을 것을 요하지 않는다. 따라서 운전자에게는 법률에 의한 보증의무가 인정된다. 그러나 실질설(기능설)에 의하면 이러한 해석을 하는 것에 약간의 문제점이 발생한다. 실질설에 따를 때 운전자가 취해야 할 구호의무는 선행행위로 인한 것이라고도 할 수 있다. 여기의 선행행위로 인한 작위의무는 성질상 안전의무에 해당한다. 그런데 선행행위는 위험을 새로이 창출하거나 기존위험을 증가시켜야 하는 것은 물론이고, 더 나아가 그 선행행위는 위법하여야 한다는 것이 다수설의 태도이다. 따라서 선행행위가 위법하여야 한다는 다수설에 따르면 부작위에 의한 살인죄는 성립될 수 없다. 그러나 우리나라 도로교통법이 교통사고를 일으켜 상대방을 상해케 한 경우에는 그를 구호하라고 명시적으로 규정하고 있는 것과 실제로 운전자가 피해자를 구조할 수 있는 상황에도 있었다면 운전자

에게 피해자를 구조하여야 할 보증의무가 있는 것으로 해석하는 것이 타당하다. 따라서 운전자에게 사망에 대한 미필적 고의가 인정된다면 부작위에 의한 살인죄의 구성요건이 충족될 것이다. 살인에 대한 미필적 고의가 부정된다면 다음으로 유기치사죄의 성립이 문제될 것이다. 유기죄는 요보호자를 구조해야 할 법률상 계약상 의무있는 자만이 행위 주체로 제한되어 있다. 그런데 도로교통법 제50조는 교통사고를 일으킨 자는 자기과실의 유무를 불문하고 상대방을 구호해야 할 법률상의 의무를 부과하고 있다. 운전자는 바로 여기의 법적 의무를 이행하지 않고 유기하여 사람을 사망케 한 자에 속한다. 그리고 사망의 결과에 대해서는 예견가능성도 있고 사망결과와 유기행위 사이에 인과관계 및 객관적 귀속관계도 아무런 의심없이 인정된다. 결국 운전자에게는 적어도 유기치사죄의 성립은 긍정된다.

8. 교통사고를 인지하고 뺑소니운전을 한 경우

이와 관련하여서는 이미 다수의 우리나라의 판례가 적시되고 있다. 이를 소개하면 다음과 같다.

- 대법원 2000. 3. 28. 선고 99도5023 판결 : 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의 3 제1항 소정의 ‘피해자를 구호하는 등 도로교통법 제50조 제1항의 규정에 의한 조치를 취하지 아니하고 도주한 때’라 함은 사고운전자가 사고로 인하여 피해자가 사상을 당한 사실을 인식하였음에도 불구하고 피해자를 구호하는 등 도로교통법 제50조 제1항에 규정된 의무를 이행하기 이전에 사고현장을 이탈하여 사고를 낸 자가 누구인지 확정될 수 없는 상태를 초래하는 경우를 말하고, 여기에서 말하는 사고로 인하여 피해자가 사상을 당한 사실에 대한 인식의 정도는 반드시 확정적임을 요하지 아니하고 미필적으로라도 인식하면 족한 바, 사고운전자가 사고 직후 차에서 내려 직접 확인하였더라면 쉽게 사고사실을 확인할 수 있었는데도 그러한 조치를 취하지 아니한 채 별 일 아닌 것으로 알고 그대로 사고현장을 이탈하였다면 사고운전자에게는 미필적으로라도 사고의 발생사실을 알고 도주할 의사가 있었다고 볼 것이다. 신빙성이 있는 ‘사

고장소에서 무엇인가 딱딱한 물체를 충돌한 느낌을 받았다'는 피고인의 제1심 법정에서의 진술에 비추어 피고인에게는 미필적으로나마 사고의 발생사실을 알고 도주할 의사가 있었음을 인정할 수 있다.

- 대법원 1985.9.10. 선고 85도1462 판결 : 특정범죄가중처벌등에 관한 법률 제5조의3 제1항 제1호 소정의 치사라고 함은 교통사고를 직접적 원인으로 하여 사망한 경우를 말하고 또 도주후 피해자의 사망이라 함은 교통사고로 인한 피해자를 구호조치를 취하지 아니하고 그대로 방치한 결과 교통사고의 충격 내지는 상해상태가 타력의 개입 없이 자연적인 경과로 악화되어 사망한 경우를 가리키며 다른 가해로 인한 치사 내지는 사망의 경우는 여기에 해당되지 아니하며 도주라 함은 치사 내지는 상해 등 사실을 인식하고(미필적으로도) 사고후 구호조치를 함이 없이 현장을 이탈하는 경우라고 할 것이다.
- 대법원 1995.7.11. 선고 95도833 판결 : 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의3 제1항 소정의 “피해자를 구호하는 등 도로교통법 제50조 제1항의 규정에 의한 조치를 취하지 아니하고 도주한 때”라 함은 사고운전자가 사고로 인하여 피해자가 사상을 당한 사실을 인식하였음에도 불구하고 피해자를 구호하는 등 도로교통법 제50조 제1항에 규정된 의무를 이행하기 이전에 사고현장을 이탈하여 사고야기자로서 확정될 수 없는 상태를 초래하는 경우를 말하고, 여기서 사고운전자가 사고로 인하여 피해자가 사상을 당한 사실을 알았다는 것은 사고가 자신의 업무상 과실로 발생하였다는 것까지 알았음을 요하나, 그 인식의 정도는 반드시 확정적으로 인식함을 요하지 아니하고 미필적으로라도 인식하면 족하다.
- 대법원 1997. 11. 28. 선고 97도2475 판결 : 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의3 제1항 소정의 ‘피해자를 구호하는 등 도로교통법 제50조 제1항의 규정에 의한 조치를 취하지 아니하고 도주한 때’라 함은 사고운전자가 사고로 인하여 피해자가 사상을 당한 사실을 인식하였음에도 불구하고 피해자를 구호하는 등 도로교통법 제50조 제1항에 규정된 의무를 이행하기 이전에 사고현장을 이탈하여 사고를 낸 자가 누구인지 확정될 수 없는 상태를 초래하는 경우를 말한다. 피고인이 교통사고를 낸 후 피해자들을 자신의 차량에 태우고 근처에 있는 병원으로 데리고 간 다음, 그 병원 접수창

구 의자에 피해자들을 앉힌 후 접수직원에게 교통사고 피해자들이라고 말하고, 피해자들이 치료를 받기 위하여 의자에 앉아 대기하고 있는 사이에 병원 밖으로 나가 도주하였고, 피해자들의 상태는 2주 또는 3주의 치료를 요하는 뇌진탕, 염좌상 정도로 그 후 병원측의 안내로 치료를 받은 사안에서, 피고인은 피해자를 병원에 데리고 가기는 하였으나 도로교통법 제50조 제1항이 예정하고 있는 사고야기자로서 취하여야 할 구호의무를 제대로 이행하였다고 할 수 없음은 물론 피해자나 그 밖의 누구에게도 자기의 신원을 밝히지 않고 도주함으로써 사고를 낸 자가 누구인지 확정할 수 없는 상태를 초래케 하였으므로, 피고인의 행위는 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의3 제1항 소정의 '피해자를 구호하는 등 필요한 조치를 취하지 아니하고 도주한 때'에 해당한다.

- 대법원 1985.9.10. 선고 85도1462 판결 : 특정범죄가중처벌등에 관한 법률 제5조의3 제1항 제1호 소정의 치사라고 함은 교통사고를 직접적 원인으로 하여 사망한 경우를 말하고 또 도주후 피해자의 사망이라 함은 교통사고로 인한 피해자를 구호조치를 취하지 아니하고 그대로 방치한 결과 교통사고의 충격 내지는 상해상태가 타력의 개입 없이 자연적인 경과로 악화되어 사망한 경우를 가리키며 다른 가해로 인한 치사 내지는 사망의 경우는 여기에 해당되지 아니하며 도주라 함은 치사 내지는 상해 등 사실을 인식하고(미필적으로도) 사고후 구호조치를 함이 없이 현장을 이탈하는 경우라고 할 것이다.
- 대법원 1993.6.11. 선고 92도3437 판결 : 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의3 제1항 소정의 "피해자를 구호하는 등 도로교통법 제50조 제1항의 규정에 의한 조치를 취하지 아니하고 도주한 때"라 함은 사고운전자가 그 사고로 인하여 피해자가 사상을 당한 사실을 인식하였음에도 불구하고 피해자를 구호하는 등 도로교통법 제50조 제1항에 규정된 의무를 이행하기 이전에 사고현장을 이탈하여 사고야기자로서 확정될 수 없는 상태를 초래하는 경우를 말한다.

이와 같이 우리나라 판례는 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의3 제1항의 교통사고 야기 후 도주범죄의 성립과 사고운전자의 사고로 인하여 피해자가 사상을 당한 사실에 대한 인식의 정도는 반드시 확정적임을 요하지 아니하고 미필적으로라도 인식하면 족한 것으로 해석하고 있다.

9. 주취운전

1) 도로교통법상 주취운전죄의 경우

주취상태는 형법상 책임 및 형벌을 감경 또는 조각하는 요소로 작용한다. 그런데 도로교통법 제41조 1항은 “운전면허를 받은 사람이라 할지라도 술에 취한 상태에서는 자동차 등을 운전하여서는 아니된다”는 금지규정을 두고 있고, 동법 제107조의 2는 이를 위반한 사람은 “2년이하의 징역이나 300만원이하의 벌금의 형으로 벌한다”는 벌칙조항을 두고 있다. 여기서 형사처벌의 대상이 되는 술에 취한 상태는 대통령령으로 정하기로 하고(제41조 3항), 이에 근거하여 도로교통법 시행령 제31조는 “술에 취한 상태의 기준은 혈중알콜농도가 0.05퍼센트 이상으로 한다”고 규정하고 있다. 여기서 도로교통법상의 주취운전죄에 대하여도 형법 제10조의 책임능력에 관한 규정이 피고인을 위해 적용되어야 할 것인가의 문제가 대두된다. 이 문제에 대해 형법 제8조는 ‘본법의 총칙은 타법령에 정한 죄에 적용한다. 단, 그 법령에 특별한 규정이 있는 때에는 예외로 한다’고 규정하고 있다. 이 법조와 관련하여 조세범처벌법 제4조, 인삼사업법 제27조 등은 형법 제10조 2항의 적용을 명문으로 배제하고 있다. 그러나 도로교통법에는 이러한 명시적 규정이 없다. 그럼에도 불구하고 제107조의 2 제1호에서 규정하는 주취운전죄는 형법 제10조 1항과 2항의 적용을 배제하는 특별규정인가? 이에 대해서는 도로교통법상 주취운전죄의 규정을 책임능력에 관한 형법총칙의 특별규정으로 보아 운전자가 형법상 책임무능력 또는 한정책임능력의 상태임에도 불구하고 주취운전죄의 법정형을 그대로 적용하여야 한다는 견해도 있을 수 있으나, 이를 부정하는 것이 피고인을 불리하게 하는 유추해석, 확장해석 등을 금지하는 죄형법정주의의 취지에 상응할 것이다.

그리고 도로교통법이 규정한 주취운전죄는 당연히 고의범이다. 엄격한 이론적 관점에 의하면, 고의범의 성립은 동죄의 객관적 구성요건의 요소를 모두 인식하여야 성립된다. 그런데 도로교통법 제41조 제1항은 혈중알콜농도 0.05퍼센트 이상의 ‘술에 취한 상태’를 형식적으로는 구성요건요소로 기술하고 있다. 이러한 형식에만 따른다면, 행위자는 도로교통법 제41조 1항에서 말하는 ‘술에 취한 상태’에 빠졌다는 것을 인식하고서 운전하여야 그에게 (고의)주취운전죄는 성립된다. 반면에 자기가 주취상태에 빠졌다는 것을 인식

하지 못한 경우에는 고의범은 성립되지 않는다. 만약 후자의 경우에 고의범의 성립을 부정하게 되면 과실범의 처벌규정이 없는 우리나라에서 그를 주취운전죄로 처벌할 수 있는 방법은 없게 된다. 그러나 주취운전죄에 대하여는 그렇게 보지 않는 것이 타당하다고 사료된다. 왜냐하면 주취운전죄는 사회적 법익에 관한 죄로 이해하여야 하는데, 행위자가 술먹은 것을 알고서 고의로 운전행위를 하였다면 설령 자신이 주취상태에까지 빠졌다는 것을 인식하지 못하였다고 하더라도 이미 사회적 법익에로의 침해를 고의로 감행한 것으로 보아야 하기 때문이다. 이렇게 본다면 도로교통법 제41조 1항의 ‘술에 취한 상태’는 실질적으로는 구성요건요소가 아니라 객관적 처벌조건이 될 것이다. 참고로, 주취운전죄(Trunkenheit im Verkehr)를 규정한 독일형법 제316조의 제2항은 행위자가 운전불능상태(Fahruntüchtigkeit)에 빠진 것을 과실로 몰랐다고 하더라도 그를 고의범으로서의 주취운전죄로 처벌한다는 특별규정을 두고 있다. 이 규정은 고의범의 성립을 위해서는 행위자가 객관적 구성요건의 요소를 모두 인식하여야 한다는 형법이론을 완화된 것이기 때문에, ‘술에 취한 상태’를 객관적 처벌조건으로 이해하는 본인의 견해와는 다른 것이나 그 취지는 비슷한 것으로 판단된다.

더 나아가 도로교통법상의 주취운전죄는 구성요건적 행위(즉 운전행위)를 직접 행하지 않으면 정범이 될 수 없는 자수범으로 이해되어야 한다.⁵¹⁾ 왜냐하면 실제로 전혀 운전하지 않은 자에게 ‘운전한 죄’를 사실적으로 지배한 정범으로 평가할 수는 없기 때문이다. 따라서 주취운전죄의 간접정범은 개념적으로 성립할 수 없다. 따라서 주취자에게 운전을 맡기거나 차후 운전할 자에게 미리 술을 마시게 한 동승자는 주취운전죄의 간접정범이 아니라 협의의 공범이 될 뿐이다.⁵²⁾

51) Rudolphi, Fälle zum Strafrecht, 4. Aufl., S. 53.

52) Horn, SK, § 316 Rn. 13.

2) 주취상태에서의 범행

가) 주취운전 그 자체

음주운전의 경력이 많은 자가용 운전자가 술집으로 차를 몰고가서 자의로 음주한 이후에 또다시 자가용차를 몰고가는 가장 흔히 발생하는 사례에 대하여 그 운전자에게 대체적으로⁵³⁾ 고의범인 주취운전죄에 대해서 a.l.i.c.이론(규정)을 적용하여 완전책임을 인정하는 것은 별 무리가 없는 것으로 생각한다. 왜냐하면 그러한 경력의 운전자에게는 원인행위인 음주시에 이미 주취운전에 대한 미필적 고의가 있었다고 볼 수 있기 때문이다.⁵⁴⁾ 그러나 평소에 음주운전을 하지 않는 운전자가 그러한 행위를 하였다면 이미 음주시에 사후의 주취운전에 대한 (미필적)고의가 있었다고 보기는 어렵다. 그러한 운전자에게는 사후의 주취운전에 대해서 기껏하여 과실이 인정될 수 있을 뿐이다. 그런데 주취운전죄에는 과실범의 처벌규정이 없다. 따라서 행위자가 사후의 운전시에 실제로 책임무능력의 명정상태에 있었다면 이론적으로 그를 주취운전죄로 처벌할 수 있는 방법은 없게 된다. 다만 독일형법에 의하면 그는 ‘주취운전죄의 불법을 실현한 완전명정죄’로 처벌될 것이다.

나) 명정상태에서의 교통사고

(가) 완전책임비난의 문제

자가용 운전자가 자의로 음주하고 운전할 때에 교통사고를 내는 흔히 발생하는 사례에 대해서 a.l.i.c.이론(규정)을 적용하여 ‘완전책임의 과실범(예컨대 업무상과실치사상죄)’

53) 엄밀히 말하면 행위자에게 고의가 있었는가의 여부는 그 개인에 대한 구체적인 사실문제이다.

54) 이상과 같은 취지의 우리나라 판례로는 대판 1995.6.13.선고, 95도826(同旨: 대판 1994.2.8.선고, 93도2400; 대판 1992.7.28.선고, 92도999): “피고인이 자신의 차를 운전하여 술집에 가서 술을 마신 후 운전을 하다가 교통사고를 일으켰다면, 이는 피고인이 음주할 때 교통사고를 일으킬 수 있다는 위험성을 예견하고도 자의로 심신장애를 야기한 경우에 해당하여, 가사 사고 당시 심신미약 상태에 있었다고 하더라도 심신미약으로 인한 형의 감경을 할 수 없다”.

을 인정하는 것도 이론상 별 문제가 없는 것으로 사료된다. 왜냐하면 행위자에게는 이미 자의적인 원인행위시에 적어도 그 이후 음주운전을 할 것이고 이에 의해 교통사고도 쉽게 유발될 것이라는 예견가능성(즉 과실)도 있었다고 볼 수 있기 때문이다. ‘대판 1992.7.28., 92도999’도 “형법 제10조 제3항은 ‘위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다’고 규정하고 있는 바, 이 규정은 고의에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위만이 아니라 과실에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위까지도 포함하는 것으로서 위험의 발생을 예견할 수 있었는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우도 그 적용 대상이 된다고 할 것이어서, 피고인이 음주운전을 할 의사를 가지고 음주만취한 후 운전을 결행하여 교통사고를 일으켰다면 피고인은 음주시에 교통사고를 일으킬 위험성을 예견하였는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우에 해당하므로 위 법조항에 의하여 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 없다”고 판시하였다. 더 나아가 그 행위에 대해 a.l.i.c.이론(규정)의 적용없이 과실범을 인정하는 것도 가능하다. 왜냐하면 이미 원인행위에 주의의무를 위반하는 과실범의 실행행위성을 인정하더라도⁵⁵⁾ 별 무리가 없기 때문이다. 다만 사후의 운전행위와 이로 인한 교통사고에 대한 예견가능성조차 없이 자유로운 원인행위를 한 것만으로 사후 운전사고에 대해 ‘완전 책임까지’ 인정하여서는 안된다. 왜냐하면 이 경우에는 a.l.i.c.이론(규정)이 적용될 수 없기 때문이다.

그러나 음주운전시에 교통사고를 내고 뺑소니를 치는 사례에 대하여 a.l.i.c.이론(규정)을 적용하는 것은 여의치 않게 된다. 오히려 자가운전자에게 ‘고의범’인 뺑소니에 대해서 a.l.i.c.이론(규정)을 적용하여 완전책임을 인정하는 것은 거의 불가능하다고 볼 수 있다. 왜냐하면 자가 운전자가 음주할 때 이미 뺑소니에 대해서까지 (미필적) 고의가 있었다고 볼 가능성은 거의 없기 때문이다.⁵⁶⁾ 경우에 따라 원인행위시에 뺑소니에 대한 과실은 있었다고 인정될 수 있다. 그러나 뺑소니罪의 과실범에 대해서는 현행법상 처벌규정

55) 이 점에 관한한 구성요건모델과 일치한다.

56) 이와 같은 취지의 우리나라 판례로는 대구고법 제1형사부판결 1986.9.24선고, 86노1038: “혈중 알콜농도가 혈액 1밀리리터당 2.7밀리그램인 만취상태에서 차량을 운전하다가 피해자를 충격하여 사망케 하고도 계속 운전하여 현장을 이탈한 경우 주취운전 및 업무상과실치사의 소위들은 모두 형법 제10조 제3항 소정의 원인에 있어서 자유로운 행위에 해당하여 그 책임을 면할 수 없으나, 특별한 사정이 없는 한 사고후 도주의 점까지 원인에 있어서 자유로운 행위라고 단정할 수 없다.”

이 없다. 그러나 이러한 보충규정이 없는 우리나라의 실무는 뺑소니행위시의 행위자의 상태에 대하여 보통 -責任無能力狀態였음에도 불구하고- 限定責任能力만을 인정함으로써 그 행위자를 고의범으로 처벌하고 있는 것으로 사료된다. 그러나 원인행위시에 사후의 뺑소니행위에 대한 고의가 없는 자에게 한정책임능력을 인정하는 경우에는 a.l.i.c.이론의 적용없이 반드시 責任 및 刑罰의 減輕이 이루어져야 한다. 왜냐하면 a.l.i.c.이론을 적용한 완전책임의 고의범은 원인행위시 그 이후의 뺑소니행위에도 고의가 있어야 비로소 인정될 수 있을 뿐이기 때문이다.

(나) 미필적 고의의 문제

주취운전 중에 교통사고를 일으켜 상대방에게 상해를 입히거나 사망케 하는 사례가 적지 않게 발생한다. 예컨대 주취상태로 운전하던 피고인이 접촉사고를 일으키고 난 이후 어딘가에서 재차 사고를 일으킬 위험이 있다는 것을 알면서 시속 40km로 계속 운전함으로써 진로 우측전방에 정차중인 자동차에 충돌하여 차내에 있던 자를 상해케 한 사건이 일본에서 발생하였다(일본 仙台高裁 昭和38.6.7.의 사안). 이러한 경우에 충돌의 위험이 있는 것을 인식하면서 굳이 이것을 용인해서 진행했다면 미필적 고의는 인정되어야 할 것이다. 그러나 일본판례가 판시한 바와 같이, 피고인이 단지 어딘가에서 사고를 일으킬 위험이 있다는 것을 자각하면서 운전을 계속했다면 충돌의 상대방을 인식한 것이 아니고, 구체적 사실을 대상으로 하지 않고 추상적인 사고 발생의 위험의식에 지나지 않는 것이기 때문에 상해죄에 대한 미필적 고의가 인정되기는 어려울 것이다.

그리고 수면약을 복용하고 의식이 몽롱하게 되어 정상적인 운전이 불가능한 상태에서 운전함으로써 교통사고를 야기하는 경우도 있을 것이다(일본 大阪地判 昭和40.3.10의 사안). 이러한 경우에도 주취운전과 동일한 원리에서 해석하면 될 것이다.

다) 獨逸 刑法上 完全酩酊罪(Vollrausch)의 입법필요성

도로교통법상의 주취운전죄는 자수범으로 보아야 한다.⁵⁷⁾ 따라서 우선적으로 주취운

57) Rudolphi, Fälle zum Strafrecht, 4. Aufl., S. 53.

전죄의 간접정범은 성립할 수 없다. 예컨대 주취자에게 운전을 맡기거나 차후 운전할 자에게 미리 술을 마시게 한 동승자는 주취운전죄의 간접정범이 아니라 협의의 공범이 될 뿐이다.⁵⁸⁾ 그리고 자유로운 원인행위를 한 운전자에 대하여는 구성요건모델에 의하면 예컨대 음주운전의 고의를 가지고 술을 먹었다 하더라도 실제 운전행위시에 책임무능력 상태에 있었다면 그 운전자에게 a.l.i.c.규정을 적용하여 완전책임의 주취운전죄로 처벌할 수 없다. 반면에 예외모델에 의하면 술을 먹는 자가 사후의 주취운전에 대해 고의(미필적 고의)가 있었다면 주취운전에 대하여 a.l.i.c.규정을 적용하여 자수범인 주취운전죄로 처벌할 수 있게 된다.⁵⁹⁾ 따라서 주취운전죄에 대하여 a.l.i.c.규정을 적용하여 완전책임의 주취운전죄를 인정하는 것은 예외모델에 의할 때에만 완전히 타당한 것이 된다. 필자는 입법론으로는 구성요건모델을 따르면서 이 경우에 독일형법의 ‘주취운전죄의 불법을 실현한 완전명정죄’로 처벌하는 것이 옳다고 본다. 이를 위해서는 우리나라에서도 완전명정죄의 신설이 요구된다.

10. 과속으로 인한 사고

운전자가 자신이 운전하는 차량을 인간에 의한 통제가 불가능할 정도의 위험한 고속도로 이동하는 물체로서 인간의 공동생활체 속에 방치하여 두었다고 인정될 정도의 무모한 운전속도를 스스로 선택하고 그 결과 사상사고를 발생시킨 경우에 무모한 운전상태 그 자체가 미필적 고의에 의한 폭행의 실행으로 보아야 한다.⁶⁰⁾ 즉 일반적으로 과속 중 사고가 발생한 경우에도 사고에 대한 고의를 인정하는 것은 어렵겠지만 과도한 과속, 특수한 상황하에서의 과속으로 인한 사고의 경우에는 미필적 고의문제가 검토될 수 있을 것이다.

58) Horn, SK, § 316 Rn. 13.

59) 도로교통법상의 주취운전죄는 고의범이기 때문에 원인행위시에 주취운전에 대한 (미필적)고의가 없었다면 예외모델에 의해서도 a.l.i.c.규정을 적용할 수 없다.

60) 藤木英雄, 自動車事故における人の死傷と故意犯・過失犯, 警察研究. 33권 6호, 24면.

- 커브구간에서의 과도한 속도로 운행 중 사고(2000.4.7. 경북 안동)
- 야간 등 도로환경이 매우 열악한 도로에서의 과도한 과속
- 무면허로 과속운전 중 사고(1999.12.7. 창원)
- 빗길 과도한 속도로 운행 중 추돌사고(1999.5.15. 경기도 용인)

11. 중앙선침범사고

중앙선침범으로 인한 사고의 대부분은 미끄러짐, 추월 중 핸들과대조작, 운전부주의, 타이어의 플랫 등 그 고의성을 인정하기 힘든 경우이지만 다음과 같은 경우는 고의성을 찾아볼 수도 있다고 할 것이다.

- 교차로에 접근하면서 앞지르기를 할 목적으로 중앙선을 침범하여 진행중 마주오던 차량과 정면충돌한 경우(2000.5.11 제주도에서의 사고)
- 중앙선을 넘나들며 곡예운전을 한 경우(2000. 11.15 경기도 포천에서의 사고)
- 급커브구간에서 과속 중 중앙선 침범(2000.9.5 전북 군산에서의 사고)
- 결빙된 도로에서의 과속 중 중앙선 침범(2000.1.1 경기도 남양주 사고)
- 빗길 과속운전 중 급제동으로 인한 중앙선 침범(2000.10.15 충남부여)
- 혈중알콜농도 0.128%의 음주상태로 운전 중 중앙선침범 사고(2000.4.16 대구사고)
- 혈중알콜농도 0.3%의 음주상태로 운전 중 중앙선침범 사고(1999.11.10 대구사고)
- 주취, 면허상태에서 사고야기하고 도주하다가 중앙선을 침범하여 다시 사고를 야기한 경우(1999.9.5 경남 김해)
- 국도에서 오토바이운전자가 중앙분리대를 넘어 역주행 중 사고(1999.8.29. 경남 통영시)
- 커브길에서 중앙선을 침범하여 앞지르기 중 정면충돌사고(1999.6.1. 전남 완도)

VI. 맺는 말

본문에서 밝힌 바와 같이, 우리나라 판례는 살인죄에 있어서는 결과발생의 가능성 정도를 인식하는 미필적 “인식”이 있고, 이 인식에 근거하여 행위를 하는 경우에는 미필적 고의의 성립을 긍정하고 있다. 이 경우에 살인결과를 계획 또는 희망하였는가는 고의범 성립에 영향이 없는 것으로 판시하고 있다. 따라서 우리나라 판례가 심정적 의미의 용인설을 취하지 않은 것은 명백하다. 그러나 이 판례의 태도가 가능성설을 취한 것으로 볼 수도 없다. 판례는 행위자가 구성요건실현의 가능성을 인식하고 그 결과야기에 적합한 실행행위를 감행하였다는 것을 근거로 고의범 성립을 인정하는 것으로 해석할 수도 있다. 후자와 같은 해석은 학설이 지지하는 감수설과 유사한 결론이 될 것이다. 이러한 살인죄 사건과는 달리 다른 범죄에서는 구성요건실현 가능성의 인식 이외에 “그 결과를 용인하는 내심의 의사”를 (미필적) 고의범 성립에 요구하고 있다. 여기서 “용인하는 내심의 의사”가 무엇인지는 다소 불명확하다. 이것을 단순한 심정적인 희망을 의미하는 것으로 사용하였다면 이 판례는 비판받아야 할 것이다. 고의는 행위자가 명백한 위험에도 불구하고, 위험이 다행스럽게도 일어나지 않으리라고 믿지도 않으면서 자신의 계획을 실행하고 그가 알고 있는 특별한 위험이 실현될지 여부를 우연에 맡겨 버리는 경우에는 인정되어야 한다. 미필적 고의는 결과의 발생을 고려에 넣는다는 점에서 행위자가 결과가 발생하지 않으리라고 신뢰하는 인식있는 과실과 구별된다. 이러한 심정적인 요소를 고려하지 않고 미필적 고의를 인정하는 감수설이 가장 설득력이 있다.

이 감수설에 따라 교통범죄에서의 미필적 고의의 적용범위를 추출하면 다음과 같이 여러 경우를 상정할 수 있다.

(1) 사람(특히 경찰관)을 향한 자동차돌진행위

우리나라 대판 1988.6.14. 88도692의 사안, 피고인이 정차를 요구하는 경찰관에게 그가 인도로 뛰어오르면 구조될 수 있는 상태에서 그를 향해 자동차로 돌진한 독일의 사안, 무면허운전의 발각을 우려해서 도주하려고 해서, 정차를 명령한 중앙선 부근에 서

있던 경찰관을 노리고 약10톤의 시멘트를 적재한 대형자동차가 브레이크도 밟지 않고, 핸들도 꺾지 않고 시속 약 70km로 돌진해서 사망시킨 일본의 사안(大津地判 소화 39년 9월 8일의 판시도 살인죄를 인정했다) 등이 여기에 해당할 것이다.

(2) 자기차의 외부에 붙어있는 사람을 흔들어 떨어뜨린 경우

단속경찰관을 떨어뜨린 사안(일본 大津地判 昭和37.5.17의 사안), 승차거부 운전자가 매달린 승객을 떨어뜨린 사안(東京地判 昭和45.2.16의 사안) 등이 여기에 해당할 것이다.

(3) 운전중 다른 차량에게 충돌한 경우

나란히 진행하는 다른 운행차량에 자의로 근접함으로써 충돌된 경우(일본 大阪高裁 昭和47.3.6의 사안), 반대차선의 차량과 충돌한 경우(名古屋高裁 昭和47.3.7의 사안), 운전부적격상태에서의 운전으로 인한 교통사고(廣島高裁 昭和36.8.25.의 사안) 등이 여기에 해당할 것이다.

(4) 피해자를 차체에 걸친 채 주행하여 피해자를 치사상시킨 경우

新潟地長岡支部判 昭和37.9.24의 사안 등이 여기에 해당할 것이다.

(5) 도주를 시도하다가 일어난 제2의 사고를 야기한 경우

札幌地小樽支部 昭和40.2.16의 사안 등이 여기에 해당할 것이다.

(6) 교통사고후 중상자를 방치하여 사망결과를 야기한 경우

(7) 피해자를 방치하였으나 그 선행행위가 적법한 경우의 특수문제

(8) 교통사고를 인지하고 뺑소니운전을 한 경우

대법원 2000. 3. 28. 선고 99도5023 판결; 대법원 1985.9.10. 선고 85도1462 판결; 대법원 1995.7.11. 선고 95도833 판결; 대법원 1997. 11. 28. 선고 97도2475 판결; 대법원 1985.9.10. 선고 85도1462 판결; 대법원 1993.6.11. 선고 92도3437 판결의 대상이 된 사안들이 여기에 해당할 것이다.

(9) 주취운전과 그를 통한 교통사고

(10) 운전자가 자신이 운전하는 차량을 인간에 의한 통제가 불가능할 정도의 위험한 고속도로 이동하는 물체로서 인간의 공동생활체 속에 방치하여 두었다고 인정될 정도의 무모한 운전속도를 스스로 선택하고 그 결과 사상사고를 발생시킨 경우

이상과 같은 사안들에서 행위자가 결과발생의 가능성을 인식하였음에도 불구하고 결과발생에 대한 신뢰 없이 적극적으로 행위로 나아감으로써 결과발생의 가능성을 감수하였다면 그에게 미필적 고의는 인정되어야 한다. 이 경우 사망의 결과발생에 대한 감수의사가 있었다면 살인죄의 미필적 고의를 인정할 수 있겠으나, 그렇지 않더라도 적어도 상해죄의 미필적 고의와 사망결과에 대한 과실, 즉 종합적으로는 상해치사죄라는 결과적 가중범을 적어도 인정할 수 있을 것이다. 물론 이러한 엄벌주의적 해석방법은 자칫하면 결과의 중대성에 눈을 빼앗겨서 발생한 사고에 대한 책임추궁에 급한 나머지 책임원리를 무시해서 한편으로는 고의범과 과실범과의 차이를 경시하고 다른 한편으로는 과실의 인정에 있어서 사고의 실정을 무시한 가혹한 주의의무를 부담시키는 극단으로 치닫기 쉽다는 경고에도 귀를 기울여야 할 것이다.

참 고 문 헌

<국내문헌>

- 김성천/김형준, 형법총론, 동헌출판사, 1998.
- 김일수, 한국형법 I, II, 박영사, 1992.
- 김일수, 형법총론(제8판), 박영사, 2000.
- 김일수, 형법학원론, 박영사, 1992.
- 남홍우, 형법총론, 박영사, 1980.
- 박상기, 형법총론(진정판), 박영사, 1999.
- 배종대, 형법총론(제5판), 홍문사, 1999.
- 손기식, 교통형법, 제3판, 한국사법행정학회, 2000.
- 손동권, 형법사례연구, 법원사, 2000.
- 손동권, 형법총칙론, 율곡출판사, 2001.
- 손해목, 형법총론, 법문사, 1996.
- , 미필적 고의와 인식있는 과실, 법정 1963년 10월, 61면.
- 신동욱 외 7인공저, 형법총론, 사법행정, 1978.
- 신동운, 형법총론, 법문사, 1990.
- 신양균, 미필적 고의와 인식있는 과실의 구별, 형사법학의 현대적 과제, (손해목교수화
 갑기념논문집), 법문사: 1993.
- 심재우, 법치국가와 형법, 세창출판사, 1998.
- 유기천, 형법학(총론강의), 일조각, 1983.
- 이건호, 형법학개론, 고대출판부, 1977.
- 이재상, 형법총론(제4판), 박영사, 1999.
- 이정원, 형법총론, 법지사, 1999.
- 이형국, 형법총론(개정판), 법문사, 1997.
- 임 웅, 형법총론, 법문사, 1999.
- 정성근, 형법총론(진정판), 법지사, 1996.

- 정영석, 형법총론, 법문사, 1983.
- 조준현, 형법총론, 법원사, 1998.
- 진계호, 형법총론, 대왕사, 1996.
- 차용석, 형법총론강의 I, 고시연구소, 1984.
- 황산덕, 형법총론, 방문사, 1982.
- 김용진, 영국의 형사재판.
- 법무연수원, 범죄백서, 2000년.
- 오영근, “原因에 있어서 자유로운 行爲와 그 유형: 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위를 중심으로”, 형사정책연구, 1999·여름, 75-92면.
- 김형준, 명정범죄의 형사책임에 관한 연구, 중앙대 박사학위논문.

<외국문헌>

- Alternativkommentar, Bd. 1, 1990.
- Baumann, Jürgen: Strafrecht, AT, 8. Aufl., 1977.
- Baumann/Weber/Mitsch: Strafrecht 10. Aufl., 1995.
- Baumann/Weber: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1985.
- Blei, Hermann: Strafrecht I, 18. Aufl., 1983.
- Bockelmann, Paul: Strafrecht, AT, 3. Aufl., 1979.
- Bockelmann/Volk: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1987.
- Dreher/Tröndle: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47. Aufl., 1995.
- Ebert, Udo: Strafrecht, AT, 1985.
- Eser, Albin: Strafrecht I·II, 3. Aufl., 1980.
- Geppert, Zur Abgrenzung von bedingten Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit, Jura 1986, S. 612.
- Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983.
- Haft, Fritjot: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 1996.
- Hassemer, Winfried: Einführung in das Strafrecht, 2. Aufl., 1990.
- ----- : Kennzeichnen des Vorsatzes, Armin Kaufmann-GS, 1989, S. 289.
- Herzberg, Rolf Dietrich: Täterschaft und Tatherrschaft, 1. Aufl., 1977.

- Hillenkamp, Dolus eventualis und Vermeidewille, Armin Kaufmann-GS, 1989, S. 351.
- Jakobs, Günther: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991.
- Jescheck, Hans Heinrich: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1988.
- Jescheck/Weigend: Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl., 1996.
- Kühl, Kristian: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1. Aufl., 1994.
- Küpper, Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit, ZStW 100(1988), S. 758.
- Lackner, Karl: StGB, 18. Aufl., 1989.
- Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 11. Aufl.(1992).
- Maurach/Gössel/Zipf; Strafrecht, Allgemeiner Teil, Tb.2, 6.Aufl. 1987.
- Maurach/Zipf: Strafrecht, :Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 1987.
- Maurach/Zipf: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1. Teilband, 8. Aufl., 1992.
- Merkel, Abgrenzung zwischen vorsatzlicher und fahrlässiger Straftat, NStZ 1981, S. 2414.
- Noll, Perter: Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1. Bd., 2. Aufl., 1986.
- Noll, Perter: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1, 1981.
- Otto, Harro: Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl., 1988.
- Puppe, Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis, ZStW 103(1991), S. 3.
- Roxin, Claus: Strafrecht, Allgemeiner Teil 1, 2. Aufl., 1994.
- Roxin, Claus: Täterschaft, und Tatherrschaft, 3. Aufl., 1975; 5. Aufl., 1990.
- Rudolphi, Hans-Joachim: Fälle zum Strafrecht, 4. Aufl.
- Rudolphi/Horn/Samson/Günter: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl. 1995.
- Schmidhäuser, Eberhard: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1984.
- Schmidhäuser, Eberhard: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1982.
- -----, Die Grenze zwischen vorsatzlicher und fahrlässiger Straftat("dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit"), JuS 1980, S. 241.
- Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Aufl., 1997.

- Schroth, Die Differenz von dolus eventualis und bewusster Fahrlässigkeit, JuS 1992, S. 2.
- Seelmann: Kommentar zum Strafgesetzbuch 1, 1990.
- Stratenwerth, Günter: Strafrecht, Allgemeiner Teil 1, 3. Aufl., 1981.
- : Dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit, ZStW 71(1959), S. 55.
- Triffterer, Otto: Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1985.
- Weigend, Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, ZStW 93(1981), S. 661.
- Welzel, Hans: Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969.
- Wessels, Johannes: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 27. Aufl., 1997.
- Schwind, Kriminologie, 6. Aufl., S. 402 f.
- Paefgen, Actio libera in causa und § 323 a StGB, ZStW 97, S. 513 ff.
- Hettinger, Die "actio libera in causa" Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit?, 1988.
- Lafave & Scott, Criminal Law, 2. Ed.
- 藤木英雄, 自動車事故における人の死傷と故意犯・過失犯, 警察研究 제33권제6호, 13-18면.
- 島倉 隆, 未必の故意・認識ある過失, 刑事裁判實務大係 5(交通事故), 1990, 51-64면.
- 橋木光雄, 道路交通法と 刑法等との交錯-判例中心-, 立花書房, 1983, 73-91면.