

인과관계론에 관한 보완적 연구

- 합법칙적 조건설과 중요설을 중심으로 -

장 영 민*

국문요약

형법상 인과관계 문제에 있어서 인과적 야기관계와 객관적 귀속의 관계의 구분은 오늘날 대체로 인정되고 있다. 이에 비하여 인과관계의 확정을 어떤 방식으로 할 것인가 그리고 귀속의 기준이 무엇인가에 관하여는 논란이 없지 않다. 본고는 인과관계 확정의 문제를 중심으로 그 확정의 공식으로 제안된 합법칙적 조건설과, 양자를 통합하여 해결할 것을 시도한 중요설을 고찰하였다.

합법칙적 조건설은 전통적 조건설의 문제를 극복하기 위하여 등장한 학설로서, 행위와 결과 사이에 합법칙적 연관관계를 확인함으로써 인과관계를 확인한다는 기본 구상 위에 서 있다. 이때의 법칙은 당대 최고의 자연과학적 기식을 기반으로 함으로써, 일반인의 시점에서 판단하는 상당인과관계설의 불명확함을 극복하려 한다. 따라서 피해자나 제3자의 행위가 개입한 경우에도 특별한 경우(인과관계의 단절)가 아닌 한 인과관계를 인정한다.

중요설은 일단 조건설을 수용한다는 점에서 앞에서 언급한 피해자나 제3자의 행위가 개입한 경우 인과관계가 인정된다. 다만 중요설은 이 판단 다음에 구성요건적 중요성을 문제 삼는데, 그 구성요건적 중요성은 상당성의 관점에서 판단한다. 따라서 상당성이 없는 행위는 구성요건 해당성이 없다고 판단하게 되고, 이는 오늘날의 귀속이론의 결론과 유사한 결과가 된다.

이상에서 살핀 두 학설 모두 오늘날의 입장에서 볼 때 인과관계와 객관적 귀속의 사상을 전제하고서 이론을 전개하고 있다는 점에서 오늘날의 널리 인정되고 있는 인과관계와 객관적 귀속의 분리설의 초기적 형태의 모습을 보여 준다.

* 이화여자대학교 법과대학 교수, 법학박사.

I. 서 언

인과관계에 관한 연구는 그간 상당한 진전을 보아, 많은 문제가 해명된 것으로 보인다. 특히 인과관계와 귀속관계가 구별되어 생각되어야 한다는 점에 대하여 대다수 학자의 지지를 받고 있다.¹⁾ 그런데 이 주제에 관한 문헌에는 명확하게 정리되지 않고 있는 견해들이 여전히 남아 있다. 예컨대 귀속의 전제로서 선결적으로 확인되어야 할 ‘행위와 결과 사이의 야기적 연관관계’, 즉 인과관계의 확인에 어떤 방법이 필요한가와 같은 문제는 논란의 대상이 되고 있다. 주지하는 바와 같이 이에 관하여는 전통적으로 조건설이 활용되어 왔지만, 조건설 자체가 나름의 문제점을 가지고 있다는 점은 널리 인식되고 있다.²⁾ 한편 상당인과관계설은 인과관계의 존부를 확인하는 이론이 아니라, 인과관계의 존부의 문제와 귀속의 문제를 통합하여 판단하는 이론이라는 점에서, 양자를 구별하여 보는 한 인과관계 존부의 문제에 관한 해결책은 되지 못한다.

근자의 판례에서 문제되었던 사례³⁾는 이 문제에 관한 논의의 단서를 제공해 준다는 점에서 주목된다. 즉 가해자의 가해행위(상해)에 의하여 중상을 입고 회복되어 가던 중, 피해자가 의사의 권고에 반하는 섭생을 하여 사망한 사건에서 피해자 자신의 행위를 어떻게 보아야 할 것인가가 문제된 사안이다. 이와 같이 피해자 자신 또는 제3자의 행위가 개입하여 결과가 발생한 사례는, 문헌에서 자주 논의되는 주제이지만, 설득력있는 해결책이 제시되지 못하고 있었던 것도 사실이다.⁴⁾

합법칙적 조건설은 처음부터 인과관계의 확정을 염두에 두고 제안된 학설이다. 이 설은 독일 형법학자 엥기쉬(Karl Engisch)가 주장하고 후에

1) 법철학적으로 기본적인 문헌은 켈젠, 순수법학(변종필 외 역), 158면 참조; 대표적인 형법 문헌으로는 이재상, 형법총론, 5정판, 149면; 김일수/서보학, 형법총론, 11판, 170-171면. 이에 반하여 상당인과관계설을 주장하는 견해는 배종대, 형법총론, 8판, 234면; 오영근, 형법총론, 167면 참조.

2) 이점 이재상, 앞의 책, 137면; 김일수/서보학, 앞의 책, 159면; 오영근, 앞의 책, 158면; 배종대, 앞의 책, 222면.

3) 대법원 1994.3.22선고, 93도3612판결. 이에 관하여는 졸고, “인과관계의 확정과 합법칙적 조건설,” 형사판례연구 III, 1995, 22면 이하 참조.

4) 근자의 이 문제에 관한 논의는 정현미, “인과과정에 개입된 타인의 행위와 객관적 귀속,” 형사판례의 연구 I, 지송 이재상교수화갑기념논문집, 2003, 190면 참조.

다수의 지지를 얻었던 학설로서, 인과관계에 관한 전통적인 조건설을 수정한 학설이다. 그런데 이 학설의 내용이 다소 추상적으로 표현되어 있고, 우리나라의 학계에 심층적으로 연구·소개되고 있지 않아서, 심지어는 내용이 없는 학설이라는 평가까지 존재하고 있다.⁵⁾ 본고는 이 학설의 내용을 비교적 상세히 검토하여 합법칙적 조건설의 실체를 밝히기로 한다.

한편 인과관계에 관한 중요설은 메츠거(Edmund Mezger)가 주장한 설로서, 현재 우리나라에서는 별다른 주목을 끌고 있지 못하지만 독일의 경우에는 베셀스(Wessels)와 같은 학자가 이를 지지하고 있다.⁶⁾ 우리나라에서는 과거에 황산덕 교수가 이 설을 따른 것으로 보이고,⁷⁾ 유기천 교수의 교과서에 그 내용이 비교적 상세하게 소개되어 있지만,⁸⁾ 그 구체적인 내용이 무엇인지에 관하여는 다소 불명확한 점이 있었던 것이 사실이다.

따라서 본고는 앞의 사례와 관련하여 이 학설들이 이 문제를 어떻게 보고 있는가를 규명함으로써, 인과관계의 확정적 문제와 귀속적 문제에 관하여 과거의 학설을 명확히 함으로써 그 기본적인 통찰을 오늘에 되살려 합리적 해결방안을 모색해 보기로 한다.

II. 합법칙적 조건설의 위상과 내용

1. 조건설의 의의와 문제점

주지하는 바와 같이, 인과관계의 조건설은 결과의 선행조건들을 결과 발생에 대하여 동일한 비중을 갖는 것으로, 즉 등가적이라고 보는 데서 출발한다(그래서 조건설을 ‘등가설’(Äquivalenztheorie)이라고도 한다). 일반의 상식과는 달리 조건들이 모두 등가적이라고 보는 이유는, 어떤 결과가 발생하기 위하여는 그 결과에 대한 모든 선행 조건들이 존재해야 하고, 그 가운데 어느 한 조건만 제거되어도 그런 구체적인 양상의 결과는

5) 오영근, 앞의 책, 160-161면.

6) Wessels, Strafrecht, 36판, 2006, 61면.

7) 황산덕, 형법총론(7정판), 58면 이하.

8) 유기천, 형법학(총론강의), 개정 27판, 1995, 149면.

발생하지 않기 때문이다. 모든 (필요)조건은 바로 그 결과가 발생할 조건이라는 점에서 조건 상호간에 비중의 차이가 있는 것은 아니라고 할 수 있다. 따라서 특정의 결과가 발생하기 위하여 필요한 조건이라는 면에서 볼 때, 그 특정한 결과가 발생하는 데 전건(前件 antecedent)으로 작용한 모든 조건은 논리적으로 필요조건이 된다. 예컨대 갑이 타인 소유의 고려청자를 고의로 손괴한 경우, 고려청자를 만들고 그에 유약을 칠한 행위도 그러한 색깔의 청자가 손괴되는데 필요조건이 된다.

그런데 조건설에 의하면 이와 같이 등가적인 조건들 중에서, 원인을 찾는 방법으로서 이른바 ‘가설적 제거절차’를 활용한다. 이에 의하면 “어떤 조건을 배제하고 생각하면 그 결과가 발생하지 않을 조건”이 원인이 된다는 것이다. 그리고 조건설은 이러한 가설적 제거절차의 공식을 활용함에 있어서, 다른 조건들을 가설적 제거의 대상으로 문제 삼지는 않고 원인관계가 문제되는 ‘행위’를 가설적 제거의 대상으로 삼는다.⁹⁾ 이렇게 되면 특별한 경우가 아닌 한,¹⁰⁾ 문제의 행위는 결국 원인으로 판정되게 된다. 그런데 행위와 결과 사이에 또 다른 행위가 개재하는 경우, 즉 문제의 행위와 결과 사이에 제3자 또는 피해자의 행위가 개입한 경우에는 조건설은 상당한 난조를 보이게 된다. 왜냐하면 최초의 가해행위와 결과 사이의 인과관계를 인정하면서도, 그 개재된 행위를 고려하여 가설적 제거절차 공식에 추가하여 예컨대 소급금지이론, 인과관계의 중단이론과 같은 조건설에 대한 수정공식을 도입하게 되기 때문이다.

이러한 가설적 제거절차를 원인발견 공식으로 활용하고 있는 조건설의 문제점은 주지하는 바와 같다.¹¹⁾ 즉 실천적인 활용의 면에서 인과관계의 인정범위가 지나치게 넓거나, 지나치게 좁다는 것이다. 그리고 이러한 부조화의 이유는 조건설이 궁극적으로 인과관계의 확인을 ‘논리적’ 필요조건의 확인¹²⁾이라는, 규범적 관점을 전혀 배제한 가설적 제거절차의 방법을

9) 그 이유는 자연의 과정은 인과적으로 진행되지만 따라서 책임을 물을 수 없지만, 인간의 의사에서 비롯되는 행위는 결과‘야기’의 연관에서 책임을 물을 수 있다는 관념에 입각한 것이라고 하겠다.

10) 문헌에서 인과관계의 종류라는 제하에 논의되는 이중적, 추월적, 가설적, 중첩적 ‘인과관계’ 등은 조건설의 가설적 제거절차의 공식을 적용할 때 불합리한 결과가 되는 사례군이다.

11) 주 2의 문헌 참조.

활용하고 있기 때문이라는 것이다.¹³⁾

2. 합법칙적 조건설의 내용

앵기쉬의 합법칙적 조건설은, 조건설에서 활용되는 이러한 가설적 제거절차의 공식의 문제점을 극복하고, 조건설의 전제 즉 모든 조건의 등가성을 전제하면서, 인과연관을 파악하기 위한 공식으로서 제시된 것이다. 이렇게 볼 때 합법칙적 조건설은 조건설의 전제를 수용하면서, 조건설에서 활용하는 ‘가설적 제거절차’ 공식에 대한 대안적 공식을 제시한 학설로서, 크게 보면 ‘조건설’의 범주에 속하는 학설이라고 하겠다.¹⁴⁾

합법칙적 조건설은 가설적 제거절차의 공식 대신에 다음과 같은 공식을 제시한다: “어떤 행위가 일정한 구성요건적 결과에 대하여 원인이 되는 것은, 그 행위가 행위에 시간적으로 뒤이어 발생하는 외계의 변화와 연결되는 경우로서, 그 외계의 변화란 행위와 (자연)법칙적으로 연결되며, 형법 구성요건상 결과로 규정되어 있는 사태의 구성요소에 귀결되는 외계의 변화이다(필요조건(*condicio sine qua non* 공식에 대하여 합법칙적 조건의 공식).”¹⁵⁾

이 다소 이해하기 어려운 공식의 내용을 앵기쉬의 서술에 따라 검토해보기로 한다.

첫째, 행동이 외계에 미치는 효과는 그 행동에 시간적으로 후행하는 것이기 때문에, 원인되는 행위는 항상 그 효과에 시간적으로 선행한다. 따라서 결과발생 후의 행위가 원인일 수는 없게 된다.¹⁶⁾

둘째, 어떤 행동과 그에 따른 후속 변화, 그리고 결과 사이의 합법칙적 관계란, 그 행동에 시간적으로 후속하는 사건의 경과가 ‘자연법칙’에 따라

12) 이 점은 메츠거가 명쾌하게 지적하고 있다. Mezger, Strafrecht, 2판, 1933, 11면: “인과 개념은 법적 개념이 아니라 논리적 개념이다.”

13) 그렇다고 조건설의 가설적 제거절차가 ‘인과관계의 존부’를 알려주는 학설인 것도 아니다. 오히려 이 설은 일상적 경험법칙을 이 공식을 통해서 원용한다는 의미를 갖는다.

14) 따라서 우리나라의 문헌들에서 합법칙적 조건설을 조건설과는 별도의 학설로서 취급하는 서술방식은 다소 부정확하다고 할 수 있겠다.

15) Karl Engisch, Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, 21면.

16) 물론 그 의미는 단순히 시간적으로 선행한다는 것이 아니라, ‘원인’이 될 필요조건이라는 의미이다. 이에 관한 상세는 Höffe, 임마누엘 칸트(이상현 역), 1997, 150면 참조.

이루어지는 것을 말한다.¹⁷⁾ 따라서 행동에 후행하지만 자연법칙적인 과정에 들어오지 않는 것은 인과관련의 판단에서 배제된다.

셋째 행위에 후행하는 변화와 구체적인 결과에 이르는 변화 사이의 합법칙적 연관관계를 검토함에는 각 사안의 개별적인 사정을 토대로 하여야 한다. 행위가 가져온 변화가 결과와 합법칙적으로 연결되는가는 모든 개별적 사정이 알려진 경우에 판단할 수 있는 것이기 때문에 사후에 비로소 알려진 사정과 행위시 인식할 수 있었던 전체 사정도 행위와 결과 사이의 합법칙적 관계의 판정 시 고려대상이 된다. 이러한 판정방법과 상당설의 이른바 객관적 사후예후와의 관계는, 사후에 알려진 모든 사정을 고려한다는 점에서는 양자가 같지만, 이것을 상당설처럼 행위시에 소급하여 판단하는 것이 아니라, 사후적으로(재판시에)¹⁸⁾ 그 법칙적 연관을 검토한다는 점에서 다르다.

이 경우 중요한 사정이 밝혀지지 않거나 법칙적 관계가 존재하는가가 명확하지 않은 경우에 그 결과의 원인되는 조건이 어떤 것인지는 판단불능이 되지 않을 수 없다.¹⁹⁾ 예컨대 앞의 주에서 든 예에서 누구의 총탄으로 사망하였는가가 밝혀지지 않는 경우에는 인과관계의 존재를 판단할 수 없다.²⁰⁾

넷째, 행위와 결과 사이의 조건관계를 확인함에 있어서는 아주 구체적인 사정에 입각하여야 하기 때문에 양자를 연결시켜주는 법칙은 수정될 수 있다는 점을 염두에 두어야 한다. 합법칙성의 문제를 하나의 개별적 법칙으로 답하는 경우는 드물다. 오히려 개별 사안의 판단을 위하여 여러 법칙을 결합시켜야 하는 경우가 많을 것이다. 예컨대 갈릴레오의 낙하의 법칙은 진공의 공간에서만 타당하기 때문에, 이것만으로는 형법상 유의의한 결과와 관련해서 별다른 의미를 얻을 수 없고, 공기의 마찰이나 부력과 같은 법칙도 고려해야 한다.²¹⁾

17) 예컨대 갑과 을이 A를 동시에 저격하여, 갑이 발사한 탄환은 A에게 맞고 을이 발사한 탄환은 맞지 않았다면, 이러한 행위들에 의하여 발생한 A의 사망에서 을이 발사한 탄환은 조건이 되지 않는다. 왜냐하면 몸을 비껴간 탄환은 사망을 합법칙적으로 야기하지 않기 때문이다. 이에 비하여 A가 갑과 을의 총격으로 쇼크를 받아서 사망한 경우에 시간적으로 선행하는 사건과 시간적으로 후행하는 사건 사이에는 합법칙적 관계가 존재한다.

18) Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3판, 1997, 297면.

19) Engisch, 앞의 책, 22면.

20) 이 점이 중요한 의미를 갖는 이유는 ‘조건관계의 확인’과, 행위와 결과 사이의 ‘상당(인과)관계의 확인’과의 사이에는 차이가 있기 때문이다. 그리고 이 점은 상당설의 결함을 잘 나타내 준다.

다섯째 여기서 법칙이라고 하는 것은 ‘넓은 의미의 자연법칙’이다.²²⁾ 따라서 고유의 의미의 자연법칙 뿐 아니라 확률적 성격의 경험법칙도 고려될 수 있다. 그리고 그 내용의 기준이 되는 것은 판단시의 최고의 지식이다.²³⁾

여기서 간단히 고찰해 보아야 할 것은, 합법칙성을 확인함에 있어서 다시 전통적인 조건설적(=가설적 제거절차적) 해결방식을 원용하는 것은 아닌가 하는 의문이다. 엥기쉬는 이를 부정하는데, 그의 논리는 다음과 같다:²⁴⁾ 법칙을 확인하는 가장 정밀한 방법은 ‘실험’이다. 실험자는 어떤 사실의 복합체(K)를 그 원인성이 문제시되는 요소(U)와 관련하여 넣어 보기도 하고 빼보기도 하여 결과(F)와의 관련성을 탐구한다. 이 때 당시에 존재했던 사실의 복합체 K만으로는 일정한 결과가 발생하지 않고, K와 관련하여 U가 개입하여야만 결과와 연결될 때, U는 발생한 결과에 대하여 ‘원인’이라고 말한다. 그렇다면 이 U가 조건설적(=가설적 제거절차적) 의미의 원인이라고 판정하는 것과 다른 점이 무엇인가?

엥기쉬는 이를 다음과 같이 설명한다. K가 U와의 연관 하에서 F라는 결과를 발생시킨다는 것은, K에 U라는 요소가 부가되어야만 F라는 결과 발생을 가져온다는 식으로 해석할 것은 아니라는 것이다. 왜냐하면 U와 여러 면에서 다르지만, K와 연결되어 F라는 결과발생을 가져오는 U와 동일한 속성을 갖는(그래서 U와 더불어 U_x 라는 집합을 형성하는) U_1 , U_2 , U_3 과 같은 다른 요소들이 있을 수도 있기 때문이다. 동일한 원인은 동일한 결과를 가져온다는 명제는 성립하지만, 그의 역 명제 즉 동일한 결과에는 동일한 원인이 있다는 명제는 성립하지 않는다. 따라서 “K가 U와 관련하여 F라는 결과를 가져온다”는 말은, K가 U와 관련하여만 F에 이른다는 의미가 아니라, 단지 K라는 사실복합체는, 실험에서 U라는 요소를 부가하

21) Engisch, 앞의 책, 23면.

22) Engisch, 앞의 책, 같은 면.

23) Engisch, 앞의 책, 같은 면. 앞서 언급한 바와 같이 이 법칙은 필연적인 법칙이 아니라 확률적인 법칙(경험법칙)일 수도 있다. 다만 이 경우 확률적인 법칙이라고 하여 상당인 과관계설이 말하는 개연적 관계를 지칭하는 것은 아니다. 이어지는 일련의 현상들 사이에 반복성이 관찰된다고 하더라도 그것이 곧 법칙적 관계와 동일한 것은 아닐 수 있기 때문이다. 우연적인 반복적 사태가 법칙인 것은 아니다. 낮이 지난 후에 밤이 온다고 해서 낮이 밤의 원인은 아닌 것과 같다. 엥기쉬는 또 포탄 투하시 사람들이 었드리는 행위를 한다고 해서 포탄투하가 사람들이 었드리는 행위의 원인이라고 할 수는 없다는 점도 지적한다.

24) Engisch, 앞의 책, 24면.

기 전의 상태만으로는, 즉 “K 자체만으로는 F에 이를 수 없다는 것”을 의미할 뿐이다. 그래야만 우리는 U를 F의 ‘원인’이라고 말할 수 있다. 그리고 여기서 다음과 같은 결론도 도출할 수 있다. 즉 “K가 있을 때, F는 U가 없이는 발생하지 않는다”는 실험적 명제(법칙)로부터, K 속에는 U나, 동일한 의미에서 결과발생에 대하여 실효적인 어떤 $U_1, U_2, \dots$ 들도 들어 있지 않(아야 한)다는 명제가 도출된다.

이에 비하여 가설적 제거절차의 공식은 문제시되는 행동 U를 제거하고 생각하는 경우에도, 나머지 사실의 복합체 K 속에 여전히, 제거되어 생각된 행동과 결과발생에 대하여 동일한 실효성을 가지고 있고, 그렇기 때문에 이것의 효과를 인정한다면 제거하고 생각된 행동 U의 원인성을 잘못하여 부정하게 되는 모종의 U_x 가 여전히 들어 있을 수 있다.

다음으로, 실험에서 얻어지는 이와 같은 법칙성의 확인은 그 실험의 경우에만 해당되는 것이 아니라, 그러한 사건의 보편적 집합에 적용된다. 이는 귀납적 법칙을 형성한다는 의미이다. 따라서 문제의 구체적 결과는 “결과 F는 U없으면 존재하지 못한다”는 ‘법칙’에 ‘포섭’됨으로써 ‘합법칙적’이라고 말할 수 있게 된다.²⁵⁾ 따라서 어떤 구체적 행위가 일정한 결과에 대하여 원인이 되는 것은, 실험상 집어넣은 요소의 ‘중’이 실험상 전제되어 있는 조건들의 ‘중’의 복합체에 부가됨으로써 구체적인 결과가 실험상 확인된 ‘중’인 경우이다.²⁶⁾ 다시 말하자면 1회성 사안에 대하여 법칙을 문제삼는 것이 아니라, 동종 사안에 대하여 보편적인 법칙을 문제삼는 것이다. 이것이 바로 구체적인 사건의 연쇄적 과정이 ‘합법칙적’이라는 의미이다.

이에 비하여 가설적 제거절차의 공식은 직접적으로 구체적인 사안을 놓고 원인으로 문제시되는 행위를 제외하고 생각하면 어떻게 될 것인가를 묻는다. 이 점에서 가설적 제거라는 사고실험을 통해서 경험법칙의 동원을 요구하는 조건설과 그 법칙 자체의 존재에 유념하는 합법칙적 조건설의 차이가 나타난다. 결국 존통적인 조건설의 경우에는 동일한 시점에서 그 행위 대신에 U_x 에 속해서 그와 동일한 결과를 가져올 행위가 조건들 속에 있었던 경우에는, 원인된 행위임이 명백한 행위와 결과 사이의 인과성이 부정되지 않을 수 없게 된다. 구체적인 사건 경과의 자연법칙에의 포섭가능성을

25) Engisch, 앞의 책, 25-26면.

26) Engisch, 앞의 책, 같은 면.

묻는 합법칙적 조건설과, 그 조건을 제거하고 생각하면 구체적인 경우에 사건이 발생할 것인가를 묻는 가설적 제거절차는 이러한 차이가 있다.²⁷⁾

여섯째 조건을 이렇게 보는 경우, 합법칙적 조건공식은 행위를 통하여 어떤 상태가 창출되고, 그 상태 위에서 피해자 자신 또는 제3자 또는 자연적 사실이 구성요건적 결과에 이르는 변화를 야기한 사안에도 적용된다.²⁸⁾ 예컨대 어떤 사람이 구덩이의 덮개를 열어 놓아(어떤 상태의 창출), 피해자가 산책하다가 그 속에 떨어져서 상해를 입은 사안이나, 피해자의 행동의 자유를 물리적으로 제약함으로써 어느 장소에 붙들어 두었는데, 여기에 제3자(책임있는 또는 책임없는) 또는 자연적 사태(지진, 화재사고)가 개입하여 결과가 야기된 경우에도, 구덩이의 덮개를 열어 놓은 행위나 장소에 붙들어 둔 행위와 결과 사이에는 인과관계가 있다.²⁹⁾ 원인된 행위가 엄밀한 의미에서 ‘결과를 야기’한 행위인가 단지 ‘결과발생을 가능케 한’데 불과한 것인가, ‘결과가 발생할 상황을 만들어 놓은’ 것인가를 구별하는 것은 별다른 의미가 없다.³⁰⁾

일곱째 부작위에 의한 작위범의 경우, 즉 구성요건적 결과가 발생하는 것을 막아 줄 인과관계가 있는 행위를 하지 않음으로써 결과가 발생하는 경우, 그 부작위와 결과 사이에는 합법칙적 관계가 있다고 할 수 있다. 예컨대 전철수가 전철을 하지 않음으로써 열차의 충돌사고가 야기된 경우 전철을 하지 않은 행위와 결과 사이에는 합법칙적 인과관계가 있다. 엥기쉬는 이를 이렇게 표현한다: “경험법칙에 비추어 볼 때, 모든 구체적인 결과의 발생은 그 결과를 발생하지 못하게 하는 소극적(부정적)인 조건들을 배제하는 조건들과 합법칙적으로 연결된다.”³¹⁾

3. 합법칙적 조건설에 대한 검토

앞에서 이미 언급했지만 합법칙적 조건설과 전통적인 조건설의 차이를

27) Engisch, 앞의 책, 26면.

28) Engisch, 앞의 책, 26면.

29) Engisch, 앞의 책, 26-27면. 이 경우 행위와 결과 사이에 시간간격이 있다고 하더라도 상호간의 변화는 합법칙적으로 연결된다.

30) Engisch, 앞의 책, 27면.

31) Engisch, 앞의 책, 28면.

다시 한 번 정리해 보기로 한다. 우선 합법칙적 조건설을 당해 사안과 관련된 법칙을 해명할 것을 전제하기 때문에, 적극적으로 자연법칙을 밝힐 필요가 있다.³²⁾ 전통적 조건설과 같이 경험법칙을 묵시적으로 원용하는 방식은 경험법칙의 부존재시 처리하기 어려운 불명확한 점을 가지고 있다.

둘째 전통적 조건설에 의할 때 대치원인이 있어서 인과관계가 증발하는 경우에 대하여, 합법칙적 조건설은 이 대치원인을 고려하지 않고 판정하는 방안을 제시한다. 즉 결과발생에 시간적으로 선행하는 전건(행위) 모두를 대상으로 하는 것이 아니라, 그 자체만으로는 합법칙적으로 결과가 발생하지 않는 조건들에 대하여 원인으로 문제되는 조건을 개입시켜서 합법칙적으로 결과가 발생하는가를 검토하기 때문에 인과관계가 증발하지 않게 된다.³³⁾ 다만 이 경우는 앞서 메츠거의 표현과 같이 “그 구체적인 모습으로 결과가 발생한다”는 요건을 덧붙이면 합법칙적 조건설과 유사한 결과를 얻을 수 있다.

셋째 합법칙적 조건설에 의할 경우, 피해자 본인이나 제3자의 행위가 개입하여 결과가 발생한 경우에도 인과관계는 인정될 수 있다. 앞에서 인용된 엥기쉬의 설명에 따르면, 사후에 알려진 모든 조건들을 고려함으로써, 행위자가 일정한 상황을 창출하였고, 그 창출된 상황 속에서 피해자(또는 제3자)가 일정한 행위를 함으로써 그 행위와 상황이 결합하여 결과가 ‘자연법칙적’으로 발생한다면 행위와 결과사이의 합법칙적 연관관계는 존재한다고 할 수 있다. 이 경우 다시 엥기쉬의 설명을 원용한다면, 피해자의 행위는 그 자체만으로는 합법칙적으로 결과를 발생시키지 않고 따라서 단지 사후적 조건을 제공한 데 불과하고, 이 사후적 조건은 최초의 가해자의 행위의 원인성을 문제삼는 실험에서 조건적 사태의 복합체 K에 들어 갈 뿐이다.

넷째 합법칙적 조건설에 의하면 부작위에 의한 작위범의 경우, 결과를 발생시키는 인과연쇄를 저지하는 행위를 하지 않는 것이 결과발생에 합법칙적으로 연결되는 경우 양자 간에 인과관계를 인정할 수 있고, 따라서

32) Puppe, “Naturgesetze vor Gericht,” JZ 1994, 1151면. 상세히는 Roxin, 앞의 책, 298면 참조.

33) 예컨대 갑과 을이 각각 별도로 치사량 이상의 독약을 먹어 피해자가 사망한 경우 전통적인 조건설에 의하면 갑과 을의 행위와 사망 사이의 인과관계가 증발할 수 있으나, 합법칙적 조건설에 의하면 갑과 을의 행위 모두 사망과의 인과관계를 인정할 수 있게 된다.

부진정부작위범의 인과관계 문제도 해결된다.

이러한 결과를 앞에서 거론한 사안에 적용하여 보기로 한다. 합법칙적 조건설에 따르면, 중상을 입혀 신장에 큰 손상을 가져온 행위와 사망사이에는 인과관계가 있다고 판정하게 된다. 왜냐하면 앞에서 설명한 바와 같이, 신장의 손상이라는 전제없이 콜라와 김밥을 먹는 행위만 가지고는 결코 사망의 결과가 발생하지 않기 때문이다. 즉 콜라와 김밥을 먹는 행위(엥기쉬의 의미의 전체적 사실 복합체 K에 속하는 조건)는 최초의 상해 행위(U)가 없다면, 독자적으로 사망의 결과를 발생시키지는 않는다. 그렇다면 이 경우 상해행위를 K로 보고, 콜라와 김밥을 먹은 행위를 U라고 볼 수 있는가? 그렇게 볼 수는 없을 것이다. 왜냐하면 앞의 엥기쉬의 분석에 따르면, 상해행위는 - 그 자체만으로는 결과가 발생하지 않는 조건을 부가시킴으로써(예컨대 콜라와 김밥이 아니지만 수분저류가 발생할 수 있는 섭생) - 결과를 발생시킬 수 있지만, 콜라와 김밥을 먹는 행위는 그 자체만으로는 합법칙적으로 사망의 결과를 발생시키지 않기 때문이다. 이와 같은 논리는 구덩이의 덮개를 열어 놓아 산책하던 피해자가 구덩이에 빠져 사망하는 경우에도 마찬가지로 적용된다. 산책하는 행위가 사망을 야기하지는 않는다. 따라서 산책하는 행위는 U에 해당하는 것이 아니라 K에 해당한다. U는 구덩이에 덮개를 덮지 않은 행위를 말한다고 보아야 한다. 또 상해를 입은 피해자가 치료를 제대로 하지 않고 상처부위가 감염되어 파상풍에 걸려 사망한 경우, 보통의 피부에 파상풍균이 감염되어 사망하지는 않는다. 따라서 상해행위(U)는 감염이라는 조건과 결합하여야 결과가 발생한다. 합법칙적 조건설의 의미는 이러한 것이다. 이 설의 별다른 의미가 없다고 보는 것은 지나친 견해라고 하지 않을 수 없다.

III. 중요설의 위상과 내용

1. 중요설의 조건설 수용

엥기쉬의 합법칙적 조건설이 원인과 결과 관련의 법칙적 관계를 파악

함으로써 인과관계의 존부에 관심을 두는 시도였다고 한다면,³⁴⁾ 유사한 문제의식에서 출발해서 다소 다른 방향으로 문제의 해결을 시도한 학설로서 메츠거(Mezger)의 중요설을 들 수 있다. 이 설을 간단히 살펴본다.

우선 메츠거는 인과관계의 문제에 있어서 일단 조건설의 가설적 제거 절차 방식을 수용한다. “의사(의지)행위가 그 결과와 인과적인 경우란, 그 의사 행위를 제외하고 생각하면 그 결과가 그 구체적인 형상으로는 발생하지 않을 경우이다.”³⁵⁾ 그렇지만 그는 조건설을 전면적으로 받아들이지는 않는다. 그는 “통설³⁶⁾에 의하면 형법상 책임(Haftung)을 근거짓는 원인은 구체적 결과의 모든 각각의 조건이다. [통설은] 결과에 대한 모든 조건은 인과적 관계에서 뿐 아니라, 법적인 관계에서도 등가적이라고 주장하며, 모든 각 조건은 결과에 대한 책임을 근거지워주는 원인이라고 한다.”³⁷⁾ 메츠거는 등가설이 인과개념과 모든 형법적 책임의 하한선을 그어주는 기능을 하였다는 점에서는 기여가 있다고 평가한다. 그렇지만 그는 조건설이 ‘인과연관’과 ‘귀책연관’을 잘못 동일시하였다고 비판한다.³⁸⁾ 여기서 메츠거가 인과관계와 귀속(책) 관계를 구별해야 한다는 점을 인식하고 있었다는 점을 확인할 수 있다.

그는 상당설에 대하여도 비판을 가한다. 메츠거는 우선 상당설이 조건 관계만으로는 형법상의 책임(의 범위)를 확인해 주지 못한다는 점을 지적한 점에서는 공헌이 있다고 본다. 그렇지만 그는 상당설이 조건설에 대한 비판을 ‘잘못된 곳’에서 행하였다고 지적한다.³⁹⁾ 상당설은 그 법적 중요성이 부정되는 경우에 ‘인과관계’까지를 부정한다는 것이다. 즉 상당설은 논리적 의미의 인과개념을 법적 방법을 통해서 비판하면서, 그렇게 함으로써 그 학설이 가지고 있는 한계선을 일탈하고 있다고 지적한다.⁴⁰⁾

34) 엥기쉬는 궁극적으로는 상당설을 주장하였다. 합법칙적 조건공식은 조건설을 극복하고, 상당설로 이행하는 전제를 해명했다는 데 의의가 있다. Engisch, 앞의 책, 41면 이하 참조.

35) Mezger, 앞의 책, 109면. 여기서 “그 구체적인 모습으로”라는 문구에 주목할 필요가 있다. 앞서 언급했지만 이러한 제한을 가함으로써 이른바 택일적 인과관계라든가 가설적 인과관계의 경우 조건설로 판정할 때 인과관계가 증발하는 것을 피할 수 있다.

36) 조건설을 지칭한다.

37) Mezger, 앞의 책, 112면.

38) Mezger, 앞의 책, 116면.

39) Mezger, 앞의 책, 121면.

40) Mezger, 앞의 책, 122면.

메츠거는 결국 조건설은 ‘인과관계’의 이론이고, 상당설은 ‘책임’의 이론, 더 일반적으로 말하자면 상당설은 ‘법적 중요성’의 이론이라고 한다. 이러한 토대 위에서 메츠거는 중요설을 다음과 같이 공식화하고 있다: “타당한 학설에 의하면 형법의 경우에도 원인인 것, 즉 구체적인 결과에 대하여 인과적인 것은, 그 조건을 제거하고 생각하면 그 결과가 탈락할 그러한 각 조건이다. 그렇지만 형법적 책임을 근거짓는 것은 ‘상당한’ 인과연관 뿐이다. 왜냐하면 행위가 결과에 대하여 인과적이라는 것이 확인 되는 경우에도 행위자는 그 관련성이 유의의한(중요한 relevant) 경우에 한하여, 즉 법적으로 중요한 경우에 한하여 그 결과로 인하여 처벌될 수 있기 때문이다.”⁴¹⁾ 여기서 메츠거는 “인과성이라는 잘못된 문제 대신에, 그 인과관련의 법적 중요성이라는 문제가 제기된다.”⁴²⁾는 점을 강조한다. 나아가 인과연쇄의 모든 요소들이 인과적으로 등가적이라는 데서 그 법적 등가성이 나오는 것은 아니라는 점도 지적한다.⁴³⁾

2. 중요설의 내용

메츠거는 이러한 입장에서 종래의 인과관계론의 전체적 구도를 재정비할 것을 시도하고 있다. 그는 종래의 인과관계론이 잘못된 요건에 입각하고 있음을 지적한다. 즉 그 요건이란 첫째 의사와 결과와의 ‘인과적’ 관계, 그리고 둘째 행위자의 결과에 대한 책임이라는 요건이 그것이다. 이에 대하여 그는 인과관계의 문제가 세 가지 요건에 입각하고 있다고 보아야 한다고 주장한다. 그것은 첫째 ‘의사’와 결과 간의 인과관계, 둘째 이러한 관계의 ‘법적 중요성’ 그리고 셋째 행위자의 책임이 그것이다.⁴⁴⁾ 따라서 책임의 요건을 검토하기 전 단계에서 첫째의 인과관계 이외에 그 중요성이

41) Mezger, 앞의 책, 같은 면.

42) Mezger, 앞의 책, 같은 면.

43) Mezger, 앞의 책, 같은 면. 메츠거는 당시 이미 출간되어 있던 객관적 귀속론의 논문인 호니히(Honig)의 “Kausalität und objektive Zurechnung,” Frank-Festgabe I, 1930, 174면 이하(이재상 외 역, 인과관계와 객관적 귀속, 1995, 11면 이하에 번역 수록되어 있다)를 자신과 같은 중요설의 취지의 글로 인용, 소개하고 있다. 앞의 책, 122면, 주 41 참조.

44) 이때의 책임은 고의설의 시대의 책임임을 유념할 필요가 있다. 다시 말하자면 고의, 과실과 같은 귀책사유를 지칭하는 것이다.

별도로 검토되어야 한다고 주장한다.⁴⁵⁾

그렇다면 이 중요성은 어떻게 찾을 수 있는가? 메츠거는 그 중요성이란 분명하지 않은 ‘대중적 인과관념’이나 선형적인 자연법적 관념에서는 찾을 수 없고, 그 보다 확고한 근거, 즉 ‘법칙적’인 근거가 있어야 한다고 주장한다. 나아가 이 중요성이 개별 범영역을 초월한 ‘통일적인’ 것으로 존재하는 것은 아니라고 한다. 그는 이 중요성 문제에 대한 답은 오로지 형법상의 ‘범죄구성요건’(강조원서)과 그의 올바른 해석에서 찾아야 한다고 주장한다.⁴⁶⁾

그는 이 중요성에 관하여 다음과 같은 해석론을 전개한다. 첫째로 그는 ‘상당성’의 사상이 위법성 분야에서 형성되기 시작하여 구성요건의 분야(결과적 가중범)에서 까지 다루어지게 된 것을 높이 평가하면서,⁴⁷⁾ 상당성이 형법상의 구성요건 해당성의 본질적인 구성요소라고 말한다. 즉 상당성은 “행위와 결과 사이의 공속(=연관)관계를 범명제에 합치되게 한 제지우는 표지로서”의 의미를 갖는다는 것이다. 따라서 상당성이 없는 인과관련은 의미있게 구성요건적 귀책(속)을 근거지우지 못한다고 한다.⁴⁸⁾ 그리고 이 귀책(속)은 구성요건의 ‘올바른 해석’에서 나온다고 한다.

이러한 메츠거의 언급은 오늘날 논의되는 위험감소나 규범의 보호영역 밖에서 발생한 결과를 행위에 귀속시키지 않는 태도와 부합된다.⁴⁹⁾ 나아가 이 이론에 의할 때 상당성이 없는 경우는 구성요건해당성 자체를 부정할 수 있기 때문에, 귀속이 부정되는 경우 미수범으로도 처벌되지 않는 경우의 문제도 해결할 수 있는 이점이 있다.

둘째 메츠거는 결과적 가중범에 있어서 가중적 결과에 대한 (가중)처벌을 위하여는 통상적인 종류의 ‘상당’ 인과관계로는 충분하지 않다고 말한다.⁵⁰⁾ 그에 의하면 결과적 가중범의 가중처벌을 위하여는 통상적인 상당인과관계로는 부족하고, ‘중한 결과발생에 특유하게 유리한 것의 테두리

45) Mezger, 앞의 책, 123면.

46) Mezger, 앞의 책, 같은 면.

47) 메츠거가 드는 상당성 사상의 주장자는 Max Ludwig Müller이다. Mezger, 앞의 책, 123면 참조. 상당인과관계설과 유사한 이름을 가지고 있어서 혼동의 우려가 있으나 이는 ‘사회’ 상당성과 가까운 개념이고 예견가능성을 중심으로 한 상당(인과관계)설의 내용과는 다른 것이다.

48) Mezger, 앞의 책, 124면.

49) Schönke/Schröder, StGB, 90 vor §13.

50) Mezger, 앞의 책, 같은 면.

내'에 속하는 관계가 요구된다는 것이다. 다시 말하자면 결과발생에 정형적인 행위라야만 결과적 가중범이 성립된다는 것이다.⁵¹⁾ 메츠거의 이러한 주장은 당시 독일 형법상의 결과적 가중범 규정이 지나치게 넓게 규정되어 있던 문제를 극복하기 위하여 제기된 것이라고 할 수 있다. 당시 독일 형법 식의 표현(“상해로 인하여 피해자의 사망이 야기된 때에는...”(독일 형법 제226조 제1항))을 조건설이나 상당인과관계설로 보는 경우 성립범위가 넓어지는 데 대한 제한해석의 의미를 갖는다. 그리고 이것은 오늘날 결과적 가중범의 성립요건으로 논의되는 ‘직접성’의 요건의 문제가 이러한 식의 맹아적 형태를 가지고 있었다는 점을 시사한다.⁵²⁾

셋째로 메츠거가 논의하는 것은 ‘소급금지’에 관한 것이다. 소급금지란 행위 이후에 자유롭고 인식있는(고의 및 유책한) 의사(의지)가 결과발생에 개입한 경우에는 결과로부터 원인관계의 소급은 이 의사에서 그치고, 이 의사를 거쳐 소급하여 그 전 조건을 원인으로 보지 않는다는 이론이다.⁵³⁾ 인과관계의 존부의 문제와 관련하여 오늘날 소급금지 이론은 지지를 받지 못하고 있다.⁵⁴⁾ 이 이론의 근거는 다른 여타의 조건이 아니라 인간의 의사만이 자연적 인과연쇄를 끊고 별도의 새로운 인과연쇄를 야기시킬 수 있다는 칸트 류의 자유·인과법칙의 구별론에 입각한 것으로서,⁵⁵⁾ 인간의 의사(행위)가 개입한 경우에는 그 의사(행위)로부터 인과연쇄가 비롯된다는 인식에 입각한 것이지만, 모든 경우를 그렇게 볼 것은 아니고 이른바 인과관계의 단절의 경우에만 그렇게 볼 수 있을 뿐이다. 즉 인간의 의사에 기한 행위가 기왕의 인과의 진행을 단절하는 것이 아니라, 단지 결과발생의 새로운 조건으로 부가되는 경우에는 인과관계를 확인함에 있어서 이 의사에 기한 행위를 넘어서 그 전의 원인적 행위로 소급할 수 있다. 앞에서 든 예를 다시 들면, 구덩이의 덮개를 열어 놓아 사람이 산책을 하다가 빠져서 다친 경우에, 산책행위가 자유의 행위라 하더라도 상해

51) 황산덕, 앞의 책, 59면은 이렇게 새기고 있다.

52) 오영근, 앞의 책, 217면은 상당인과관계설을 택하면 직접성 요건을 필요하지 않다고 언급하고 있는데, 상당인과관계설을 택하더라도 이 설의 약점인 예견가능성 판단의 불확실성의 문제는 남는다. 메츠거가 상당성만 가지고는 부족하다고 하는 이유도 이 점에 있는 것으로 보인다.

53) Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 1926, 16면.

54) 이재상, 앞의 책, 같은 면; 김일수/서보학, 앞의 책, 170면.

55) 이에 관하여는 Höffe, 임마누엘 칸트, 앞의 책, 206면 이하.

의 원인은 그 행위를 지나 소급하여 찾을 수 있다. 또 어떤 사냥꾼이 장전된 총을 사람들이 잘 싸우는 음식점에 걸어 두었을 때, 이 총을 거기에 온 사람들 중 하나가 고의의 살인을 하는 데 이용한 경우에는 사냥꾼은 (업무상)과실치사로 처벌되어야 한다고 본다.⁵⁶⁾ 메츠거는 소급금지가 작동하지 않는 근거는 당시의 독일 형법 제46조의 교사범 규정을 들어 이와 같은 인과관계의 중단은 실정법상 인정되지 않는다고 주장한다.⁵⁷⁾

넷째로 그가 드는 예는 그의 이른바 인과관계의 3요소 중에서 제3의 요소인 책임과 관련되는 것으로서, 이는 앞서 언급한 바와 같이 오늘날은 객관적 귀속의 문제로 다루어지는 것들이다. 즉 책임의 요소(건)을 동원하여 귀책의 과잉을 제한한다는 것이다. 예컨대 뇌우시에 들뜬으로 사람을 보내어 벼락에 맞아 사망케 한 사안에 대하여 경우, 메츠거는 들뜬에 보내는 행위에 토대가 된 의사를 고의로 보지 않고 단순한 ‘원망’(願望)으로 보아 고의의 성립에 미달하는 것으로 판단하고 있다.⁵⁸⁾

3. 중요설에 대한 평가

메츠거의 중요성설은 인과‘관계’의 판단에는 전통적인 조건설의 가설적 제거절차를 활용하고, 형사책임의 귀속에는 구성요건의 해석의 수준에서, 그리고 나아가 범죄성립요건의 전체 단계 위법성, 책임 등의 형법상의 범죄성립을 위한 평가단계를 검토한다는 것이다. 그래서 구성요건의 단계에서의 해석에는 상당성, 정형성의 사상이 주된 역할을 하며, 따라서 예컨대 살인범을 출산하는 행위는 살인과 인과관계가 있을 수 있으나, 출산행위가 살인행위의 구성요건적 정형성을 갖지는 못하므로 (원인·결과의 관계는 있으나) 구성요건해당성의 검토단계에서 배제된다는 것이다.

이러한 이론전개를 통해서 그가 얻은 결론은, 당시 독일형법의 결과적 가중범 조항이 가지고 있었던 문제를 극복하고 오늘날의 해결책에 접근하는 대안을 제시하였다는 점, 그리고 구성요건 해석에서 상당성의 개념을

56) 앞의 책, 같은 면. 이에 비하여 소급금지이론을 주장하는 프랑크는 이 경우 처벌되지 않는다고 한다. Frank, 앞의 책, 16면.

57) Mezger, 앞의 책, 126면.

58) Mezger, 앞의 책, 127면.

도입한 점, 소급금지 이론에 대한 명확한 입장 표명을 하였다는 데에서 의의를 찾을 수 있다.

그런데 중요설은 귀속판단의 면에서 특별히 통일적인 기준을 확보하지는 못하고, 오늘날의 관점에서 볼 때, 구성요건해당성 내지 위법성을 조각하는 (사회)상당성의 사상, 당시의 고의설의 입장에서 책임의 요소였던 고의, 과실등의 요소를 통하여 조건설의 귀책범위의 과잉을 조절하려고 했던 시도라고 할 수 있겠다. 오늘날 중요설을 평가하는 학자들은 중요설이 위험감소의 경우나 규범의 보호영역의 경우에도 귀속을 배제하는 단서를 제공했다는 점에서, 중요설은 결국 오늘날의 객관적 귀속이론과 대차가 없는 결과에 이른다고 평가하고 있다.⁵⁹⁾

다만 중요설은 인과관계의 문제가 순수하게 구성요건의 단계에서 다루어 질 수 있다는 오늘날의 관점에서 볼 때, 범죄론 체계상의 문제와 함께 생각함으로써 문제를 책임귀속형식에 까지 연장시켜서 보게 되고 그럼으로써 문제를 간명하게 해결할 수 있는 시야를 확보하지 못한 당대의 인식에 머무르는 한계를 가지고 있었음을 부정할 수는 없겠다.

IV. 사례에 대한 약간의 검토

이러한 논의를 토대로 앞서 언급한 사안을 검토해 보기로 한다. 이 사안은 행위자의 상해행위로 중상을 입어 신장의 손상을 입고 병원에서 치료를 받아 회복되던 중 퇴원하여, 의사가 지시한 섭생방법을 어기고 콜라와 김밥을 먹고 수분저류가 발생하여 결국 사망한 사건이다.⁶⁰⁾ 이 사건은 많은 논점을 가지고 있는 사안이나, 인과관계의 문제에 국한해서 볼 때, 때, 의사가 콜라와 김밥을 먹지 말라고 주의를 주었음에도 불구하고 이를 먹고서 사망한 피해자의 행위를 어떻게 볼 것인가이다.

콜라와 김밥을 먹게 된 이전의 상황은 최초 가해자의 행위의 태양이 살인죄의 구성요건에 해당하는데 미달함이 없고, 사망한 피해자에 대한 살인

59) Schönke/Schröder, StGB, 앞의 책, 같은 면.

60) 이에 관한 상세는 줄고, “인과관계의 확정과 합법칙적 조건설,” 형사판례연구, 앞의 책, 22면 이하 참조.

의 (미필적) 고의를 인정할 수 있어서 단지 동 행위와 피해자의 사망 사이에 인과관계와 객관적 귀속이 인정되면 살인죄로 처벌할 수 있는 사례이다.

조건설의 가설적 배제절차의 방법에 의하면 행위자는 살인죄의 죄책을 지게 된다. 폭행, 상해행위를 제거하고 생각하면 콜라와 김밥을 먹더라도 사망에 이르지 않을 것이기 때문이다. 상당설에 의하면 가해(상해)를 하는 당시를 기준으로 예견가능성을 판단하게 될 것이다. 그 정도의 폭행을 가하면 일반인이 보기에 사망에 이를 수 있다는 판단을 할 수 있다면 폭행 행위와 사망과의 사이에 인과관계가 있다고 할 수 있다. 그렇지만 의사와 같은 전문가가 아니라 일반인이 이러한 정도의 가해행위가 사망에 이를 수 있다는 판단을 할 것이라고 간단히 말하기는 어려울 것으로 생각된다. 왜냐하면 일상적 생활경험 속에 이와 같은 중상의 예후가 들어 있다고 보기도 어렵고 그에 대한 확고한 판단을 한다는 것도 어렵기 때문이다. 바로 이 점이 상당설의 문제이다.

합법칙적 조건설에 의하면, 행위 이후의 사건의 연쇄가 합법칙적으로 전개되었는가가 문제된다. 이 경우 가해(폭행, 상해)행위와 합법칙적 연관관계에 있는 신체의 상해(신장의 기능장애)가 발생하였고, 이러한 상해 위에서, 예컨대 음독과 같은 행위가 아니라⁶¹⁾ 피해자의 행위가 결합하여 결과가 발생한 것이다. 앵기쉬의 설명에 따를 때 피해자의 행위는 조건적 사태(K)에 해당하는 것이고 원인적 행위(U)로 볼 수는 없다. 왜냐하면 콜라와 김밥을 먹는 행위가 그 자체 합법칙적으로 결과를 야기하지는 않는 것으로서, 원인적 행위(U)에 대한 새로운 조건의 부가에 지나지 않기 때문이다. 그리고 이 사안에서 (상해)행위와 결과는 합법칙적으로 연결된다고 할 수 있다(앞의 II 3 참조).

한편 메츠거의 중요설에 의하면, 이 사안은 다음과 같이 정리될 수 있을 것이다. 우선 중요설은 인과관계 존부의 판정을 위하여는 조건설을 받아 들이고 있으므로, 이 경우 최초의 가해행위와 피해자의 사망 사이에 인과관계는 존재한다고 판정하게 될 것이다. 또 소급금지를 인정하지 않는 메츠거의 입장에서 볼 때 '인과관계의 존부'의 문제에서는 피해자의 행위는 문제되지 않을 것으로 보인다.

61) 음독자살을 한 경우에는 행위자(자살자)의 결의에 의한 새로운 인과연쇄가 시작되기 때문에 인과관계는 단절된다고 보아야 할 것이다.

다음으로 중요성의 검토에 있어서는, 문제된 행위의 구성요건적 중요성으로서의 상당성을 검토할 필요가 있는 바, 중상을 입히는 행위가 구성요건적으로 상당하다는 데에는 이론이 없을 것이다. 당시의 범죄성립요건의 틀 아래에서는 어떤 구성요건인가는 책임의 단계에서 비로소 확정되기 때문에 구성요건 해당성의 단계에서 확정할 수는 없으나, 살인, 상해 등의 구성요건에서 중요성을 인정하는 데에는 문제가 없을 것이다. 피해자가 콜라와 김밥을 먹는 등 섭생을 잘못된 행위는 메츠거의 관점에서 볼 때, 구성요건적 상당성이 없는 행위로서 고찰의 대상에서 제외되어야 할 것으로 보인다. 결국 중요설의 입장에서 볼 때 이 사안에서는 행위와 결과인 사망 사이에 인과관계도 존재하고, 귀속연관(메츠거의 용어법으로 본다면 책임)도 존재하는 것으로 판정하게 될 것이다.

끝으로 본고의 주제는 아니지만 이 경우 귀속연관은 어떠한가를 간단히 살펴보기로 한다. 이 사안은 일단 행위자에 의하여 위험이 창출되었고, 그 창출된 위험의 테두리 내에서 사망의 결과가 발생하였다고 판단된다. 여기서 결과의 행위 귀속을 배제할 만한 별다른 사유가 있는가가 문제된다. 즉 콜라와 김밥을 먹은 피해자의 행위를 어떻게 볼 것인가 문제이다. 귀속을 함에 있어서, 중대한 과실로서 선행행위자에 대한 결과귀속을 배제할 정도가 되기 위하여는, 피해자의 과실이 추가적 위험요소를 창출하고, 그 발생한 결과가 선행행위에 의하여 야기되었다고 보기에는 우연으로 여겨질 정도가 되어야 한다. 이 경우는 그렇다고 볼 수 없으므로 사망의 결과는 선행행위에 귀속된다고 할 수 있다.⁶²⁾

V. 결 어

오늘날 인과관계의 문제에 관하여 다수의 지지를 얻고 있는 인과관계와 객관적 귀속의 구별은, 오늘날 귀속이론이 상당한 세련화를 달성하기 전 초창기의 학자들 사이에 착상이 이루어진 것으로 보인다. 본고에서 검

62) 이 점 정현미, “인과과정에 개입된 타인의 행위와 객관적 귀속,” 형사판례의 연구 I, 앞의 책, 190면 이하 참조.

또한 두 설이 바로 그러한 착상 위에서 전개된 이론이라고 하겠다.

합법칙적 조건설은 조건설의 등가설(等價說)이라는 전제를 공유하면서, 이러한 등가적인 조건들 가운데 결과와 합법칙적으로 연결되는 인간의 행위요소를 원인으로 보는 설이다. 따라서 합법칙적 조건설은 크게 보아 ‘조건설’의 테두리 내에 들어가는 학설이며, (가설적 제거절차의 공식을 사용하는) 전통적인 조건설의 수정공식이라고 할 수 있다.

국내 학자들의 합법칙적 조건설에 대한 비판은 대체로 합법칙적 조건의 공식이 무엇을 의미하는지 명확하지 않다는 것이다. 그러나 이는 앞에서 살핀 바와 같이, 그 내용의 정확한 해명이 없었기 때문에 나온 불만의 표시라고 할 수 있다. 오히려 그 진상을 이해하는 경우 합법칙적 조건설은 불명확한 내용의 것이 아니라, 조건설 보다 오히려 더 합리적인 공식이 될 수 있다고 하겠다.

이에 비하여 중요성설은 인과관계의 확정과 귀속의 문제가 구별된다는 의식을 갖기는 하였으나, 그 중요성 판단의 면에서 상당성을 통한 구성요건의 해석 그리고 나아가 범죄성립요건의 전체 단계를 통한 해결의 구상을 가지고 이 문제에 접근하였다는 점에서 오늘날의 이해에서 보면 다소 협소한 시도였다는 점을 부정할 수 없을 것이다.

참고문헌

- 김일수/서보학, 형법총론, 11판, 2006.
 배종대, 형법총론, 8판, 2005.
 오영근, 형법총론, 2005.
 유기천, 형법학(총론강의), 개정 27판, 1995.
 이재상, 형법총론, 5정판, 2003.
 장영민, “인과관계의 확정과 합법칙적 조건설,” 형사판례연구 III, 1995.
 정현미, “인과과정에 개입된 타인의 행위와 객관적 귀속,” 형사판례의 연구 I, 지송 이재상교수화갑기념논문집, 2003.
 켈젠, 순수법학(변종필 외 역), 1999.

황산덕, 형법총론(7정판), 1982.

회폐, 임마누엘 칸트(이상헌 역), 1997.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 1926.

Karl Engisch, Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände,
1931.

Mezger, Strafrecht, 2판, 1933.

Puppe, “Naturgesetze vor Gericht,” JZ 1994.

Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3판, 1997.

Schönke/Schröder, StGB, 27판, 2006.

Wessels, Strafrecht, 36판, 2006.

A Consideration on Some Theories of Causation in Criminal Law

Young-Min Chang*

In this article the author tries to shed light on the relatively old theories of causation in criminal law, *the theory of condition based on the covering law model* and *the relevance theory*, which were asserted by german criminalists Karl Engisch and Edmund Mezger respectively.

The author analyses the literature in which the theories were introduced and finds that these theories are commonly based on the distinction between *causal relationship* of act and result which the act caused on the one hand and *imputation* of the result to the act on the other.

The theory of condition based on the covering law model tries to explain the occurrence of the result, that is, causal relationship between the act and the result on the basis that the result caused by the change of external world initiated by the act must be connected to the act performed by the actor *according to the covering (natural) law(s)*. In this sense the theory revises the traditional theory of condition, which adopts so-called hypothetical elimination test that the condition without which the result could not occur(*conditio sine qua non*), which is to be seen the cause we are looking for. According to this theory, in case the victim's behavior itself has involved in the midst of causal process and itself became a condition for occurring the result, we can say it is not *a cause*, but only *a condition* for the result.

The relevance theory accepted the traditional theory of condition in order to confirm causal relationship between the act and its result. But

* Professor of Law, Ewha Womans University

it also calls for examining its *relevance* to *corpus delicti*, and asserts that the relevance itself can be found by a right interpretation of the *corpus delicti* set by the rules of criminal law. According to this theory, the causal relationship of the above mentioned case can be affirmed, because the traditional theory of condition already recognizes causal relationship between the act and result. And the theory does not recognize relevance of the victim's involvement of the causal process, because it makes no adequate contribution to the occurrence of the result.

주제어 : 인과관계론, 조건설, 상당인과관계설

Keywords : theories of causation, *conditio sine qua non*, theory of condition, relevance theory