

과실범에 있어 과실판단과 인과관계판단

송 승 현*

국 | 문 | 요 | 약

과실범이 성립하기 위해서는 행위자의 행위가 과실임이 인정되어야 하고, 과실과 결과 사이에 인과관계가 인정되어야 한다. 여기서 과실이라 함은 행위자에게 주의의무위반이라는 점이 인정되어야 하고, 인과관계라 함은 주의의무위반으로 인하여 결과적으로 기수에 이르는 범죄가 발생했다는 점이 인정되어야 한다는 것이다. 그러나 대상판결의 사안에 대해 대법원은 이러한 과실판단과 인과관계판단을 함에 있어 논리적인 면이 부족하고, 이러한 판단으로 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 즉, 대법원은 대상판결의 사안에 대해 과실과 인과관계를 인정하여 피고인에게 과실범의 기수를 인정하고 있으나, 과실범 판단의 첫 번째인 과실판단 단계에서부터 피고인에게는 과실을 인정할 수 없다. 그리고 만약 과실을 인정한다고 하더라도 인과관계를 판단함에 있어 ‘합리적인 의심이 없는 정도’로 증명되어야 하는데, 그 증명을 함에 있어 가상의 사실을 재연하는 방법을 통해 확인하는 작업을 하지 않은 문제가 있다. 또한 이 과정에서 ‘주의에 합치되는 행위를 하였더라면’의 입장이 아닌, ‘주의에 합치되는 행위를 하였더라도’의 입장에서 마찬가지로의 결과가 발생하였을 가능성이 있음이 입증되지만 하면 ‘합리적인 의심이 없는 정도’로 증명된 것이 아니므로 인과관계를 부정하여야 한다.

❖ 주제어 : 과실범, 과실, 인과관계, 주의의무위반, 합리적인 의심

* 성균관대학교 법학연구소 선임연구원.

[대상판례] 대법원 2001.12.11, 선고 2001도5005 판결

[공소사실의 요지]

피고인은 1999년 5월 19일 새벽 1시 10분경 편도 2차로 중 2차로를 시속 약 60km 속도로 선행 차량과 약 30m 가량의 간격을 유지한 채 진행하고 있었다. 그러던 중 피고인은 선행차량에 역과 된 채 진행 도로상에 누워있는 피해자를 뒤늦게 발견하고 급제동을 할 겨를도 없이 이를 그대로 역과하고 말았다. 이 과정에서 피고인의 차량이 피해자를 약 10m 정도 끌고 감으로서 피해자의 온 몸이 꼬이고, 두개골의 일부가 떨어져 나가는 등 신체 전반에 광범한 손상을 입게 되어 피해자는 두개골 손상 및 심장 파열, 경추와 두부의 분리 등으로 그 자리에서 사망하였다.

이 사건 사고 당시는 야간인데다가 비까지 내려 시계가 불량하고 내린 비로 인하여 노면이 다소 젖어있는 상태였으며, 이 사건 사고지점은 비탈길의 고개 마루를 지나 내리막길이 시작되는 곳으로부터 가까운 지점이었다. 그리고 피해자의 시신을 부검한 결과 피해자가 입은 신체 각 부의 다발성 골절 및 심장파열 등의 손상부위에서 생전에 신체 내·외부에 가해진 자극에 대하여 반응하는 이른바 생활반응(출혈 및 혈액응고 현상)이 관찰되었고, 피해자의 위 각 손상부위마다 생활반응이 나타난 이상, 피고인이 피해자를 역과하기 전에는 피해자는 아직 생존해 있었고, 피고인 운전차량의 역과에 의하여 비로소 사망하게 된 것으로 판단하였다.

[대법원 판결요지]

1. 제1점에 대하여 기록에 의하면, 이 사건 피해자는 이 사건 사고 전까지는 좌측 얼굴에 피를 흘리고 있었던 것 외에는 신체나 의류에 외형적인 손상이 가해진 흔적 없이 도로에 반듯하게 누워있었던 사실, 그 후 제1심 공동피고인과 피고인의 차량이 피해자를 연속하여 역과하는 과정에서 피고인의 차량이 피해자를 약 10m 정도 끌고 감으로써 피해자의 온 몸이 꼬이고 두개골의 일부가 떨어져 나가는 등 신체 전반에 광범한 손상을 입게 되었는데, 피해자의 사망원인은 두개골 손상 및 심장 파열, 경추와 두부의 분리 등인 것으로 밝혀진 사실, 피해자의 시신을 부검한 결과

피해자가 입은 신체 각 부의 다발성 골절 및 심장과열 등의 손상부위에서 생전에 신체 내·외부에 가해진 자극에 대하여 반응하는 이른바 생활반응(출혈 및 혈액응고 현상)이 관찰되고 있어, 피해자는 위 다발성 골절상 및 심장과열상 등의 손상을 입을 당시까지는 생존해 있었던 것으로 보이는 사실을 각 알 수 있는바, 사실관계가 이러하다면, 제1심 공동피고인에 이어 피고인이 다시 피해자를 역과함으로써 피해자의 심장 등 내부 장기가 파열되고 두부가 손상되었을 뿐만 아니라 신체의 여러 부위가 골절되는 등의 손상을 입게 된 것이라고 보아야 할 것이고, 피해자의 위 각 손상부위마다 생활반응이 나타난 이상, 피고인이 피해자를 역과하기 전에는 피해자는 아직 생존해 있었고, 피고인 운전차량의 역과에 의하여 비로소 사망하게 된 것으로 판단함이 상당하다고 할 것이다.

같은 취지에서 원심이 피고인 운전 차량의 역과와 피해자의 사망 사이에 인과관계가 있다고 판단한 조치는 수긍할 수 있고, 거기에 상당인과관계의 존부에 관하여 채증법칙을 위배하여 사실을 오인한 위법이 있다고 할 수 없다.

2. 제2점에 대하여 앞차를 뒤따라 진행하는 차량의 운전사로서는 앞차에 의하여 전방의 시야가 가리는 관계상 앞차의 어떠한 돌발적인 운전 또는 사고에 의하여서라도 자기 차량에 연쇄적인 사고가 일어나지 않도록 앞차와의 충분한 안전거리를 유지하고 진로 전방좌우를 잘 살펴 진로의 안전을 확인하면서 진행할 주의의무가 있다고 할 것이다.

기록에 의하면, 이 사건 사고 당시는 01:10경으로서 야간인데다가 비까지 내려 시계가 불량하고 내린 비로 인하여 노면이 다소 젖어있는 상태였으며, 이 사건 사고 지점은 비탈길의 고개마루를 지나 내리막길이 시작되는 곳으로부터 가까운 지점인 사실, 피고인은 이 사건 사고차량을 운전하고 편도 2차선 도로 중 2차로를 시속 약 60km의 속도로 선행 차량과 약 30m가량의 간격을 유지한 채 진행하다가 선행차량에 역과 된 채 진행 도로상에 누워있는 피해자를 뒤늦게 발견하고 급제동을 할 겨를도 없이 이를 그대로 역과한 사실을 인정할 수 있는바, 이러한 경우 피고인이 사전에 사람이 도로에 누워있을 것까지를 예상하여 이에 대비하면서 운전하여야 할 주의의무는 없다고 하더라도, 사고 당시의 도로상황에 맞추어 속도를 줄이고(위 사고

지점은 비탈길의 고개마루를 막 지난 지점이므로 피고인으로서는 미리 법정 제한속도보다도 더 감속하여 서행하였어야 할 것이다) 전방시계의 확보를 위하여 선행차량과의 적절한 안전거리를 유지한 채 전방 좌우를 잘 살펴 진로의 안전을 확인하면서 운전하는 등 자동차 운전자에게 요구되는 통상의 주의의무를 다하였더라면, 진행 전방 도로에 누워있는 피해자를 상당한 거리에서 미리 발견하고 좌측의 1차로로 피양하는 등 사고를 미연에 방지할 수 있었음에도 불구하고 위와 같은 주의를 게을리 한 탓으로 피해자를 미리 발견하지 못하고 역과 한 것이라고 할 것이므로, 이 사건 사고에 관하여 피고인에게 업무상 과실이 없다고 할 수는 없을 것이다.

같은 취지에서 원심이 피고인의 이 사건 교통사고처리특례법위반의 범죄사실을 유죄로 인정하여 처벌한 조치는 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같이 주의의무 정도의 규준설정이나 신뢰의 원칙에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다.

[원심 판결요지]

원심은 먼저 인과관계에 대한 주장에 관하여 원심이 적법하게 증거조사를 마쳐 채택한 여러 증거들을 종합하면, 원심이 피고인 차량의 역과와 피해자의 사망 사이에 인과관계를 인정하여 공소사실을 유죄로 인정한 것은 정당하다고 판단되므로 변호인의 원심이 유죄로 인정한 것에 대하여 사실을 오인하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다는 주장은 이유 없다고 판단하였다. 다음으로 주의의무 위반에 대한 주장에 관하여 피고인의 연령, 전과관계, 성행, 환경, 범행의 동기, 수단, 결과, 범행 후의 정황 등 양형의 조건이 되는 여러 가지 사정들, 특히 이 사건 사고 발생에 대한 피해자의 과실이 중한 점 등에 비추어 원심의 형은 무거워 부당하다고 보인다고 판단하였다.

[1심 판결요지]

1심법원은 상황이 앞의 공소사실의 요지와 같은 경우에는 운전업무에 종사하는 자로서는 속도를 줄이고, 선행차량과 차간거리를 충분히 유지한 채 전방 좌우를 잘

살피 진로의 안전함을 확인하며 운전하여야 할 업무상의 주의의무가 있음에도 불구하고 이를 게을리 한 채 만연히 진행한 업무상과실이 있다고 판단하였다.

[연 구]

I. 머리말

이 사건은 피고인에게 업무상과실치사죄를 인정할 수 있는가하는 문제를 다루고 있다. 즉, 피고인에게 과실범으로서 죄를 물을 수 있는가하는 것이다. 이에 대법원은 이를 판단함에 있어서 두 가지 쟁점사항을 다루었다. 하나는 피고인에게 과실이 있는가하는 문제이고, 다른 하나는 피고인의 과실과 피해자의 사망사이에 인과관계가 인정되는가하는 문제이다. 이에 대해 대법원은 피고인에게 과실도 인정하였고, 피고인의 과실과 피해자의 사망사이에 인과관계도 인정하는 판결을 하였다. 그러나 대법원의 이러한 결론에 이르는 판결이유를 살펴보면 석연치 않은 점이 있다.

과실범을 인정하기 위해서는 가장 중요한 것이 행위자에게 과실이 있는가 하는 점과 과실이 있다면 행위자의 행위와 결과 사이에 인과관계가 있는가 하는 점 그리고 발생한 결과를 행위자에게 객관적으로 귀속시킬 수 있는가 하는 점이다. 그러나 과실범에 있어서 이러한 문제의 판단은 고의범에 있어서의 판단보다 쉽사리 인정하기 어려운 사정이 개입되어 있다고 할 수 있다.

따라서 이하에서는 대상판결에서 과실인정문제와 인과관계인정문제를 구분하여 살펴본 후, 대법원이 이러한 문제를 제대로 판단하였는가를 살펴보고, 대법원의 판시사항에서 논리적인 면을 높이기 위해 보충적으로 추가되어야 할 사항에 대해 검토해보기로 한다.

II. 과실인정문제

과실은 고의와는 구별된다. 즉, 과실은 범죄사실에 대한 인식이나 범죄 실현에의 인용이 결여되어 있다는 점, 구성요건적 결과가 발생하였으나 행위자의 주의의무위반에 기인한다는 점에서 고의와 구별된다.

과실범의 불법내용은 행위반가치와 결과반가치의 두 측면에서 찾아볼 수 있다. 여기서 행위반가치는 객관적 주의의무위반에 있고, 결과반가치는 구성요건적 결과의 발생에 있다고 할 수 있다. 형법 제14조는 “정상의 주의를 태만함으로 인하여 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌한다.”고 규정하고 있다. 이로 보면 주의의무위반은 “정상의 주의태만”이라고 할 수 있다. 즉, 주의의무위반은 어떤 행위를 함에 있어서 일정한 주의를 하여야 할 의무가 있음에도 불구하고 이러한 주의의무를 태만한 것으로써, 사회생활상 요구되는 주의의무를 불이행한 것이라고 할 수 있다.

과실범에서 행위자에게 과실을 인정하기 위해서는 주의의무위반이라는 것이 중요하므로 과실범의 성립요건을 검토함에 있어서는 일차적으로 행위와 관련된 주의의무규정의 존재여부를 찾아볼 필요가 있다. 대상판결은 도로교통사고의 경우로써 운전자에게 과실이 있는가를 판단함에 있어서는 일차적으로 도로교통법상의 주의의무규정을 살펴봐야 한다. 먼저, 도로교통법 제31조 제1항에서는 “모든 차의 운전자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 곳에서는 서행하여야 한다.”고 주의의무를 규정하면서 세부항목 중 하나로 제3호에 “비탈길의 고갯마루 부근”이라고 규정하고 있다. 즉, 비탈길의 고갯마루 부근에서는 모든 차의 운전자에게 서행하여야 할 주의의무를 규정하고 있는 것이다. 다음으로, 동 법 시행규칙 제19조 제2항 제1문(〔행정자치부령 제94호, 2000.3.20., 일부개정〕 제12조 제2항)에서는 “비·안개·눈 등으로 인한 악천후 시에는 제1항¹⁾에 불구하고 다음 각 호의 기준에 의하여 감속운행

1) 제19조(자동차등의 속도) ① 법 제17조제1항에 따른 자동차등의 운행속도는 다음 각 호와 같다.

1. 일반도로(고속도로 및 자동차전용도로 외의 모든 도로를 말한다)에서는 매시 60킬로미터 이내.
다만, 편도 2차로 이상의 도로에서는 매시 80킬로미터 이내.
2. 자동차전용도로에서의 최고속도는 매시 90킬로미터, 최저속도는 매시 30킬로미터.
3. 고속도로.

하여야 한다.”라고 규정하고 있고, 제1호에서는 “1. 최고속도의 100분의 20을 줄인 속도로 운행하여야 하는 경우. 가. 비가 내려 노면이 젖어있는 경우”라고 규정하고 있다. 즉, 비가 내려 노면이 젖어있는 도로에서는 최고속도의 20/100을 감속하여야 할 주의의무를 규정하고 있는 것이다. 마지막으로, 도로에서의 안전거리는 일반도로의 경우 속도계에 표시되는 수치에서 15를 뺀 수치의 m정도로 유지하고, 시속 80km 이상이거나 고속도로를 주행하는 때에는 주행속도의 수치를 그대로 m로 나타낸 수치 정도의 안전거리를 유지하여야 한다.²⁾

이러한 주의의무규정을 고려하여 대상판결의 사건의 사실관계에 의하면 사고당시 야간인데다가 비까지 내려 도로의 노면이 젖어있는 상태여서 도로가 미끄러웠고, 사고지점도 비탈길의 고개마루를 지나 내리막길이 시작되는 곳으로부터 가까운 지점이었기 때문에 법정제한속도보다 감속하여 서행하여야 할 주의의무가 있다고 할 수 있다. 그러나 대상판결에서 피고인에게 과실이 인정될 수 있는가는 의문이다.

이유는 첫 번째로, 위에서 살펴본 도로교통규정에 의하면 사고지점은 편도 2차선 일반도로로써 운행가능속도는 80km이내이고, 비로 인하여 노면이 다소 젖어있는 상태였으므로 20/100을 감속할 의무가 있는데, 피고인은 편도 2차선도로에서 2차로로 60km의 속도로 운전하였으므로 80km에 20/100을 감속하면 64km가 나오므로 도로교통규정에 맞는 서행운행을 하였다고 할 수 있기 때문이다.³⁾

가. 편도 1차로 고속도로에서의 최고속도는 매시 80킬로미터, 최저속도는 매시 50킬로미터.
나. 편도 2차로 이상 고속도로에서의 최고속도는 매시 100킬로미터[화물자동차(적재중량 1.5톤을 초과하는 경우에 한한다. 이하 이 호에서 같다)·특수자동차·위험물운반자동차(별표 9(주) 6에 따른 위험물 등을 운반하는 자동차를 말한다. 이하 이 호에서 같다) 및 건설기계의 최고속도는 매시 80킬로미터], 최저속도는 매시 50킬로미터.

다. 나목에 불구하고 편도 2차로 이상의 고속도로로서 경찰청장이 고속도로의 원활한 소통을 위하여 특히 필요하다고 인정하여 지정·고시한 노선 또는 구간의 최고속도는 매시 120킬로미터[화물자동차·특수자동차·위험물운반자동차 및 건설기계의 최고속도는 매시 90킬로미터] 이내, 최저속도는 매시 50킬로미터.

2) 이 부분은 http://www.koroad.or.kr/kp_web/knCarSafe1-03.do (최종접속일 : 2014. 08.30)에서 인용함.

3) 이와 다른 견해로는 김성돈, “인과관계판단과 과실판단의 분리”, 「형사판례연구」[11], 한국형사판례연구회, 2003, 30면 : “이 사건의 사실관계에 의하면 사고 당시 비가 내려 도로의 노면이 젖어 있던 관계로 도로가 미끄러웠고, 사고지점도 비탈길의 고개마루를 막 지난 지점이었기 때문에 법정제한속도보다도 더 감속하여 서행할 주의의무가 있다. 따라서 피고인은 편도 2차선도로에서 시속 60킬로미터로 운전하였지만, 이보다 속도를 더욱 줄이지 않은 과실이 인정된다.”

그리고 두 번째로, 선행차량과의 안전거리문제에 있어서도 피고인은 선행차량과의 거리를 30m가량 간격을 유지한 채 진행하였다. 도로교통규정상 일반도로의 경우 속도계에 표시되는 수치에서 15를 뺀 수치의 m정도로 유지하여야 하므로 사시관계에 의하면 60km로 운행 중이었으므로 산술적으로는 45m의 안전거리를 유지해야 할 의무가 있다고 할 수 있다. 그러나 30m가량 간격을 유지하여 운행하였다고 하여 적절한 안전거리를 유지하지 않았다고 판단한 대법원의 태도는 문제가 있어 보인다. 즉, 대법원은 적절한 안전거리의 기준을 30m이상으로 보고 있는 것인데, 이러한 안전거리 기준에 미달하였기 때문에 주의의무를 결하였다고 판단한다는 것은 문제가 있어 보인다는 것이다. 물론 적절한 안전거리 유지기준을 수치를 기준으로 하여 판단하여야 하는 점은 타당하다. 그러나 운전을 하는 사람이거나 적어도 다년간 운전을 해본 사람이라면 사람이 운전을 함에 있어서 선행차량과의 거리가 30m인지 45m인지 정확히 따져서 운전을 할 수는 없다는 것을 공감할 것이다. 위에서 언급하였듯이 도로교통규정상 60km의 속도에서는 선행차량과의 안전거리가 45m인데, 자신이 지금 선행차량과의 거리가 45m인지 정확히 알 수는 없다는 것이다. 물론 15m라는 차이가 나기는 하지만, 일반적으로 사람의 눈으로 볼 때는 거리상의 수치는 정확히 알 수는 없다. 다시 말하면 일반적으로 운전자의 눈으로 보아 “선행차량과의 사고를 방지하기 위해서는 이 정도의 거리를 유지하면 되겠지” 또는 도로교통규정상 안전거리를 45m로 알고 있다고 하더라도 “이정도면 45m 정도 되겠지”라고 판단하면서 운전을 하지, “이정도가 45m야”라고 정확히 인식하면서 운전하지는 않는다는 것이다. 이와 같이 선행차량과의 안전거리의 문제도 중요하지만, 이러한 문제보다 중요한 것은 대상판결 사안에서 근본적인 문제가 되는 ‘선행차량에 역과 된 채 진행 도로상에 누워있는 피해자를 뒤늦게 발견하고 급제동을 할 겨를도 없이 이를 그대로 역과한 사실’이라는 점이다. 즉, i) 30m이상의 간격을 유지했으나 사안과 동일한 사실이 발생했다면, ii) 30m의 간격을 유지했지만 사안과는 다르게 그러한 사실이 발생하지 않았다면 어떻게 판단을 했을지는 알 수 없기에 의문이 드는 상황에서, 대법원은 적절한 안전거리가 어느 정도인지 명시하고 있지 않은 상황에서 단순히 피고인이 선행차량과 30m가량의 간격을 유지하였으므로 주의의무를 결하였다고 보고 있는 이상 30m이상이었다고 하더라도 사안과 같은 사실이

발생했다면 역시 주의의무를 결하였다고 판단할 것이라고 본다. 다시 말하면 사안과 같은 사실이 발생했기 때문에 30m라는 간격을 유지했음에도 이를 해석함에 있어서 ‘30m정도 밖에 간격을 유지하지 않았기 때문에’로 판단하고 있는 것이라고 본다. 또한 만약에 도로교통규정을 준수하였더라도 빗길에서의 제동력은 건조한 도로에서의 제동력보다 1.5배 이상 길어지므로 사안과 같은 상황에서는 제동거리가 산술적으로 최소 57.6m가 나오므로 45m라는 안전거리를 준수하였더라도 역시 피해자를 역과 할 수밖에 없는 상황이라고 할 수 있다.⁴⁾ 결국 대상판결 사안은 선행차량과의 안전거리문제는 변론으로 하더라도 중요한 점은 선행차량에 이어 다시 역과된 사실이라는 점에서 야간인데다가 비까지 내리는 상황에서는 선행차량과의 거리가 30m든지 45m든지 관계없이 도로상에 누워있는 피해자를 뒤늦게 발견할 수 있는 상황이라고 할 수 있음이 다분하고, 이로 인해서 그대로 역과 할 수 있는 상황이라고 할 수 있음 또한 다분하다.⁵⁾

이에 대해 반론으로 판례는 안전거리는 수치상의 문제가 아닌 경험상 사고를 방지할 정도의 거리를 의미하는 것으로 보고 있는 것이므로 안전거리가 산술적인 의미라면 도로교통법상 안전거리의무위반에 대한 단속은 처음부터 불가능한 것이 된다고 주장할 수 있다. 그러나 판례도 안전거리는 경험상 사고를 방지할 정도의 거리를 의미하면서도 이를 판단함에 있어서는 산술적인 수치를 근거로 하고 있다고 볼 수 있다. 그리고 대법원이 표명하고 있는 “안전거리 확보”라는 문언 자체도 추상적 이어서 명확성의 원칙에 반하는 것이므로 이를 판단하기 위해서는 여기서 말하는 ‘안전거리’가 어느 정도 인지는 명확히 할 필요가 있으므로 수치상으로 그 정도의 기준을 설정할 필요가 있다고 할 수 있다. 그러나 이러한 기준을 설정한다고 하더라도 실제 운전을 함에 있어서는 운전자의 눈으로 그 거리를 정확히 측정할 수는 없

-
- 4) 차의 제동거리는 차가 갖는 운동 에너지의 제곱에 비례해서 길어지며, 차의 속도가 2배로 되면 제동거리는 4배가 된다. 그리고 비에 젖은 노면이나 빙판길에서는 제동력이 낮아지게 되므로 미끄러져 나가는 거리가 더 길어진다. 이에 i) 50km/h의 속도로 건조한 도로에서 정지할 때 제동력의 길이는 32m이고, 빗길에서는 i)을 기준으로 1.5배 이상이 더 길어지며, 빙판길에서는 i)을 기준으로 3배 이상 더 길어진다(http://www.koroad.or.kr/kp_web/knCarSafe2.do (최종접속일 : 2014. 08.30)).
- 5) 이와 다른 견해로는 김성돈, 앞의 논문, 30면 : “운전자가 시속 60킬로미터로 운전하고 있었다면 앞차와의 안전거리를 45미터를 유지해야 할 의무가 생긴다. 하지만 피고인은 앞차와의 거리를 30미터만 유지하고 있었으므로 안전거리유지의무를 위반한 과실도 인정된다.”

고, 사람마다 그 측정지도 다를 수 있으므로 이러한 수치상의 기준을 기준으로 하여 안전거리의무위반을 판단하여야 한다. 따라서 이러한 주장은 이와 관련된 사항에 대대 정확한 이해가 부족하여 제기되는 것이므로 논지가 타당하지 않다고 할 수 있다.

또한 판례는 도로교통법상 안전거리는 과실판단의 기준일 뿐 그것이 유일한 기준이 아니라고 하기 때문에 빗길에서는 안전거리 준수만으로 과실이 부정되는 것이 아니라 제동거리까지 고려해서 과실을 판단해야 한다고 주장할 수 있다. 즉, 이러한 주장은 안전거리를 판단함에 있어 대법원은 안전거리를 후행차량이 선행차량의 갑작스러운 정지나 감속의 경우를 대비하여 그 제동거리까지를 고려해서 선행차량과의 안전거리를 확보하여 운행하여야 한다는 것을 말하고 있다는 것이다. 그러나 대법원에 의하면⁶⁾ 도로교통법 제17조 제1항⁷⁾은 “모든 차는 같은 방향으로 가고 있는 앞차의 뒤를 따르는 때에는 앞차가 갑자기 정지하게 되는 경우에 그 앞차와의 충돌을 피할 만한 필요한 거리를 확보하여야 한다.”고 규정하고 있는바, 이는 앞차가 제동기의 제동력에 의하여 정지한 경우뿐만 아니라 제동기 이외의 작용에 의하여 갑자기 정지한 경우도 포함한다고 할 것이다.”라고 하고 있다. 이는 선행차량이 갑작스럽게 정지하거나 감속할 경우, 이 경우에는 제동기의 제동력에 의하여 정지한 경우뿐만 아니라 제동기 이외의 작용에 의하여 갑자기 정지한 경우를 포함한다는 것이므로 후행차량으로 하여금 제동거리까지를 고려한 선행차량과의 안전거리를 확보하여 운행하여야 한다는 것을 말하는 것은 아니라고 할 수 있다. 그리고 도로교통법 제17조 제1항은 같은 방향의 선행차량과의 충돌을 피할 수 있는 거리를 확보하여야 한다는 규정이지 차로에 차로에 쓰러져 있는 자에 대한 역과 또는 충격을 대비하여야 한다는 규정은 아니라고 할 수 있다.⁸⁾ 또한 대법원이 말하고 있는 것과 같이

6) 대법원 1997.11.25, 선고 97다41639 판결; 1996.10.11, 선고 96다30823 판결; 대법원 1996.02.09, 선고 95다23590 판결.

7) 이 사건이 1999년 5월 19일에 발생하였고, 1심판결은 2000년 11월 14일에 선고된 것을 보면 도로교통법 제17조 제1항의 규정은 법률 제4872호에 의한다.

8) 이와 관련하여 대법원 2007.07.13, 선고 2007다26240 판결; 1998.04.28, 선고 98다5135 판결; 1996.10.15, 선고 96다22525 판결 : “보행자는 자동차전용도로를 통행하거나 횡단하여서는 아니 된다고 규정하고 있으므로, 자동차전용도로를 운행하는 자동차의 운전자로서는 특별한 사정이 없는 한 보행자가 자동차전용도로를 통행하거나 횡단할 것까지 예상하여 급정차를 할 수 있도록 대비하

안전거리를 제동기의 제동력에 의하여 정지할 수 있는 거리라고 본다고 하더라도 57.6m로써 규정상의 안전거리인 45m에 비하면 12.6m라는 차이가 나기는 하지만, 이 경우에도 앞서 언급하였듯이 일반적으로 사람의 눈으로 볼 때 거리상의 수치는 정확히 알 수는 없는 것이고, 운전자의 눈으로 보아 “이정도면 57.6m 정도 되겠지”라고 판단하면서 운전을 하지, “이정도가 57.6m야”라고 정확히 인식하면서 운전하지는 않으므로 제동력의 한계에 의하더라도 역시 피해자를 역과 할 수밖에 없는 상황이라고 할 수 있다. 더구나 야간인데다가 비까지 내리는 상황에서는 더욱더 그러할 것이다. 그리고 중요한 것은 일반적으로 이러한 제동력의 한계를 인식하고 있는 사람은 거의 없다고 할 수 있으므로 운전자들에게 이를 인식하면서 운전할 것이라고는 기대할 수 없다고 할 수 있다. 따라서 이러한 주장 역시 이와 관련된 사항에 대해 정확한 이해가 부족하여 제기되는 것이므로 논지가 타당하지 않다고 할 수 있다.

이와 관련하여 주의의무위반을 판단하는 표준으로 학설의 대립이 있다. 즉, 주관설과 객관설 및 절충설(이중표준설)이 그것인데, 객관설이 통설⁹⁾이면서 판례¹⁰⁾의

면서 운전할 주의의무는 없다 할 것이고, 따라서 자동차전용도로를 무단횡단 하는 피해자를 충격하여 사고를 발생시킨 경우라도 운전자가 상당한 거리에서 그와 같은 무단횡단을 미리 예상할 수 있는 사정이 있었고, 그에 따라 즉시 감속하거나 급제동하는 등의 조치를 취하였다면 피해자와의 충돌을 면할 수 있었다는 등의 특별한 사정이 인정되지 아니하는 한 자동차 운전자에게 과실이 있다고는 볼 수 없다. …그럼에도 불구하고, 이 사건 사고 당시 소외 2가 앞차와의 안전거리를 확보하지 않은 채 근접 운행한 과실과 이 사건 사고결과와의 사이에 상당인과관계가 있다고 보아 소외 2에게 이 사건 사고결과에 대한 책임을 인정한 원심판결에는 자동차전용도로에서의 자동차 운전자의 주의의무에 관한 법리나 과실과 사고결과 사이의 상당인과관계에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다.”

- 9) 김성천/김형준, 「형법총론」[제3판], 동현출판사, 2005, 169면; 김일수/서보학, 「(새로 쓴)형법총론」[제11판], 박영사, 2008, 451면; 박상기, 「형법총론」[제8판], 박영사, 2009, 283면; 오영근, 「형법총론」[제2판], 박영사, 2009, 209면; 이용식, “형법상의 과실”, 「고시계」 제40권 제7호, 1995, 7면, 56면; 이재상, 「형법총론」[제5판(보정판)], 박영사, 2007, 188면; 이형국, 「형법총론」[제4판], 법문사, 2007, 331면; 임웅, 「형법총론」[제5정판], 법문사, 2013, 527면; 정성근/박광민, 「형법총론」[제4판], 삼지원, 2008, 425면; 정영일, 「형법총론」[제3판], 박영사, 2010, 158면.
- 10) 대법원 1999.12.10, 선고 99도3711 판결. 同旨 대법원 2008.8.11. 선고 2008도3090 판결; 2006. 10. 26. 선고 2004도486 판결; 2003. 1. 10. 선고 2001도3292 판결 : “의료사고에 있어서 의사의 과실을 인정하기 위해서는 의사가 결과발생을 예견할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 예견하지 못하였고 그 결과발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 그 결과발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 하고, 그 과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의

태도라고 할 수 있다. 객관설은 평균인표준설이라고도 하는데, 이 학설에 의하면 평균인을 능가하는 주의능력을 가진 자는 평균인의 주의를 다함으로써 족하고, 평균인에 미달하는 주의능력자는 평균인 수준의 주의를 하여야 하지만 그 주의능력의 부족을 책임판단에서 고려하게 된다고 한다. 다시 말하면 누구나 사회생활을 함에 있어서는 객관적으로 필요한 주의의무를 다 하여야 한다는 것이다. 그리고 객관설에서의 ‘평균인’은 실수를 할 수도 있는 보통사람이라는 의미가 아니고, ‘주의 깊은 평균인’이라고 한다. 즉, ‘신중한, 성실한, 사려 깊은, 조심성 있는’ 평균인을 의미한다고 한다. 그러나 이렇게 평균인을 극히 제한적으로 한정하는 것은 문제가 있다고 보여지고,¹¹⁾¹²⁾ 혹여 이러한 평균인이 있다고 하더라도 앞서 언급한 대상판결의 사건과 같은 상황에서는 선행차량과의 안전거리를 정확히 측정하면서 운전할 수는 없고, 거리와 관계없이 도로상에 누워있는 피해자를 뒤늦게 발견할 수 있는 상황이어

주의정도를 표준으로 하여야 하며, 이에는 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 한다.”

- 11) 이와 같은 견해로는 송승현, “체포제도의 문제점과 개선방안”, 동국대학교 대학원, 석사학위논문, 2010, 57-59면; “현행범인체포에 있어서 준현행범인의 인정여부”, 『홍익법학』 제14권 제1호, 2013, 342-343면 : “일반적으로 ‘일반인·평균인·보통인’이라는 용어를 사용하는데, 이러한 용어도 추상적이라는 점에서는 같지만, 한 가지 더 언급하자면 이러한 용어는 편파적인면도 있다고 할 수 있기 때문이다. 일반적으로 이러한 용어는 ‘국민의 입장’ 또는 ‘시민의 입장’이라는 용어를 대신해서 사용하는데, 실제재판에서 ‘일반인·평균인·보통인’의 관점과 합치하는지는 의문이다. 이는 수사과정에서도 마찬가지라고 할 수 있다. 즉, 현행범인체포의 ‘실행직후’와 같이 명확히 규정할 수 없을 경우에 ‘일반인·평균인·보통인’이라는 용어를 사용하여 정도의 한계를 정하여 그 범위를 바라보고 있는데, 수사를 함에 있어서 구체적으로 하나하나 확인하면서는 수사에 어려움이 있다.”; 안경환/한인섭, 「배심제와 시민의 사법참여」, 아산재단 연구총서 제186집, 집문당, 2005, 84-91면 참조 : “일반인이 따로 존재하는 것이 아니며, 그렇다고 법에서 말하는 일반인은 여러 사람의 평균치를 의미하는 것은 아니다. ...일반인·정상인·평균인이 그 사회에서 영향력 있는 개인·집단의 관점을 대표할 가능성이 우려 된다. 사법은 소수자, 약자에게 최후의 호소수단일 수 있다. 그런데 법 자체가 보수화되어 있거나, 법이 외견상 중립을 견지하더라도 법 적용에 있어서 편파성을 드러낼 경우가 적지 않다. ...일반-정상-평균의 기준이 가진 구조적 편파성은 주목할 필요가 있다.”
- 12) 평균인의 의미를 통설과 같이 제한적으로 한정하는 것은 문제가 있다. 이유는 i) 통설과 같은 평균인과 일반적인 보통사람인 평균인을 구별할 수 없는 것이고, ii) 통설과 같은 평균인은 특정 업무와 관련해서 판단하는 기준으로 삼아야 하는 것인지 일반적인 평균인을 판단하는 기준으로 삼을 수는 없는 것이며, iii) 통설과 같은 평균인으로 제한적으로 한정하지 않더라도 ‘실수’와 ‘과실’은 엄연히 구별되는 것이고, iv) 일반적인 평균인으로 보더라도 이에 미치지 못하면 통설의 평균인으로 보는 바와 같이 행위의 위법성에는 영향이 없고 책임단계에서 고려될 수 있는 것이므로 ‘평균인표준설’에서의 평균인의 의미를 ‘신중한, 성실한, 사려 깊은, 조심성 있는’ 평균인으로 제한적으로 한정하는 것은 타당하지 않다고 본다.

서 이로 인해서 그대로 역과할 수 있는 상황 이므로 이러한 자도 결국은 일반적인 운전자와 같다고 할 수 있다.

이러한 점에서 보면 대법원이 “앞차를 뒤따라 진행하는 차량의 운전자로서는 앞차에 의하여 전방의 시야가 가리는 관계상 앞차의 어떠한 돌발적인 운전 또는 사고에 의하여서라도 자기 차량에 연쇄적인 사고가 일어나지 않도록 앞차와의 충분한 안전거리를 유지하고 진로 전방좌우를 잘 살펴 진로의 안전을 확인하면서 진행할 주의의무가 있다고 할 것이다.”라고 인정한 것은 전적으로 타당하지 않고, 적절한 판단이라고 할 수 없다.¹³⁾

Ⅲ. 인과관계의 판단

1. 형법상 인과관계에 대한 기본적인 태도

피고인에게 업무상과실치사죄의 죄책을 인정하기 위해서는 이와 같이 과실이 인정되는 이외에도 이러한 피고인의 과실과 피해자의 사망 사이에 형법상의 인과관계가 인정되어야 한다. 그러나 앞서 필자는 피고인에게 과실이 인정될 수 없음을 표명하였다. 그렇다면 인과관계를 굳이 따질 필요는 없다고 할 수 있다. 그러나 대법판례에서 다루고 있는 쟁점이 과실판단과 인과관계판단이므로 본 논문에서는 두 가지 쟁점을 모두 다루어 보고자 한다.

앞의 대법판례를 보면 피고인의 과실과 피해자의 사망 사이에 인과관계를 쉽사리 인정하기가 어려운 사정이 있다. 즉, 피고인이 피해자를 역과하기 이전에 이미 피해자는 선행차량에 의해 역과당하여 도로상에 쓰러져 있었기 때문에 피해자의 사망이 피고인의 과실로 인한 것이 아니라고 볼 수 있는 여지가 있기 때문이다.

13) 이와 다른 견해로는 김성돈, 앞의 논문, 30면 : “대법원이 “앞차를 뒤따라 진행하는 차량의 운전자로서는 앞차에 의하여 전방의 시야가 가리는 관계상 앞차의 어떠한 돌발적인 운전 또는 사고에 의하여서라도 자기 차량에 연쇄적인 사고가 일어나지 않도록 앞차와의 충분한 안전거리를 유지하고 진로 전방좌우를 잘 살펴 진로의 안전을 확인하면서 진행할 주의의무”를 인정한 것은 전적으로 타당하고도 적절한 판단이라고 말할 수 있다.”

형법상 인과관계가 인정된다고 할 수 있으려면, 학설상으로는 -일상적인 경험법칙이나 자연과학적법칙인- 합법칙적 조건설적인 의미의 인과관계가 인정되는 이외에도 그 결과에 대한 객관적 귀속이 인정되어야 한다고 하는 입장이 다수를 이루고 있다. 이에 반해 일부 견해와 대법원¹⁴⁾은 상당인과관계설을 취하고 있다. 상당인과관계설은 사회생활상의 일반적인 지식활동에 비추어 일정한 행위로부터 일정한 결과가 발생하는 것이 상당하다고 평가할 수 있을 경우에 형법상의 인과관계를 인정하고자 하는 견해¹⁵⁾이므로 과실과 결과 간에는 상당한 인과관계가 인정된다는 평가가 내려질 수 있어야 한다.

객관적 귀속이론을 취하든 상당인과관계설을 고수하든 과실범에서 합법칙적 조건설적 의미의 인과관계가 인정되는 것만으로는 형법상의 인과관계가 인정된다고 할 수 없다는 점에서는 견해가 일치되어 있다.¹⁶⁾ 이유는 과실범의 경우는 대부분 상황이 급박하게 전개되거나 행위자가 부지불식간에 벌어지고, 나아가 결과발생에 함께 영향을 미치는 중요한 다른 변수들이 동시에 혹은 순차적으로 진행되는 일이 비일비재한데, 이러한 경우 행위자의 과실만이 결과발생에 직접적으로 원인이 되었다고 말할 수는 없기 때문이다.¹⁷⁾ 따라서 행위자(피고인)의 행위 이외의 다른 변수가 인과과정에 영향을 미쳐 행위자(피고인)에게 과실이 없었더라도 결과발생을 피할 수 없었을 것이라고 볼 수 있는 여지가 있다면 그 결과발생을 행위자(피고인)의 탓이라고 비난할 수 없다고 즉, 형법상 비난가능성이 없다고 평가할 여지가 존재하게 된다.

2. 판례의 입장

현재 대법원은 과실범의 경우 ‘직접적 인과관계’라고 표현하면서 과실과 결과 간에 인과관계를 인정하여 왔다.¹⁸⁾ 이는 대법원이 과실과 결과 간에 직접적인 원인이

14) 대법원 2007.11.16, 선고 2005도1796 판결; 2000.02.11, 선고 99도5286 판결.

15) 임웅, 앞의 책, 135면.

16) 김성돈, 앞의 논문, 31면.

17) 김성돈, 위의 논문, 31면.

18) 이와 관련된 대표적인 판결로는 ‘대법원 1991.02.26, 선고 90도2856 판결(교통사고처리특례법위

되었다고 할 수 있는 사실을 확인할 경우에 사용하는 방법으로 행위자에게 과실이 없었을 경우를 가정해서 결과발생가능성 여부를 타진하는 방법이다. 즉, “행위자가 주의의무를 준수하였다 하더라도 결과는 피할 수 없었다.”라고 판단될 경우에는 과실과 결과 간의 행위자의 주의의무위반행위[과실행위]가 직접적인 원인이 되었다고 할 수 없다고 한다. 이러한 판단과정을 통해 행위자의 과실과 결과 간의 인과관계가 인정되는 범위를 좁히는 이론을 적법한 대체행위이론이라고 하고, 객관적 귀속이론을 수용하는 견해에서는 이를 의무위반관련성이라고 한다.¹⁹⁾

앞의 대상판례 역시 이와 같은 맥락에서 이해될 수 있다. 대상판례의 대법원은 피고인의 과실을 인정한 후에 “자동차 운전자에게 요구되는 통상의 주의의무를 다 하였더라면, ...사고를 미연에 방지할 수 있었음에도 불구하고”이라는 판단방법을 사용하고 있다. 그러나 위의 대법원이 표현한 것과 같이 “자동차 운전자에게 요구되는 통상의 주의의무를 다하였다 하더라도 ...사고는 미연에 방지할 수 없었다.”라고 판단하였더라면 피해자의 사망은 행위자의 행위로부터 직접적인 원인이 되었다고 할 수 없으므로 직접적 인과관계를 부정하는 결론을 내렸을 것이다. 여기서 위의 판례[특히 대법원 1990.12.11, 선고 90도694 판결]와 대상판례의 판결이유에서 분명한 차이점이 한 가지 발견된다. 그것은 대상판례는 판결이유에서 사고가 방지될 확률의 정도에 관하여 분명히 언급하고 있지 않다는 것이다.²⁰⁾ 직접적 인과관계인

반)과 대법원 1990.12.11, 선고 90도694 판결(업무상과실치사)이 있다.

19) 김성돈, 앞의 논문, 32면.

20) 대상판례는 “자동차 운전자에게 요구되는 통상의 주의의무를 다하였더라면, 진행 전방 도로에 누워 있는 피해자를 상당한 거리에서 미리 발견하고 좌측의 1차로로 피양하는 등 사고를 미연에 방지할 수 있었음에도 불구하고”라고 말하고 있는 반면에, 대법원 1990.12.11, 선고 90도694 판결은 “혈청에 의한 간기능검사를 시행하지 않거나 이를 확인하지 않은 피고인들의 과실과 피해자의 사망 간에 인과관계가 있다고 하려면 피고인들이 수술 전에 피해자에 대한 간기능검사를 하였더라면 피해자가 사망하지 않았을 것임이 입증되어야 할 것이다. 즉 수술 전에 피해자에 대하여 혈청에 의한 간기능검사를 하였더라면 피해자의 간기능에 이상이 있었다는 검사결과가 나왔으리라는 점이 증명되어야 할 것이다(검사결과 간에 이상이 있었다면 의사인 피고인들로서는 피해자를 마취함에 있어 마취 후 간장액을 격화시킬 수도 있는 할로테인의 사용을 피하였을 것이다). 그러나 원심이 거시한 증거들만으로는 피해자가 수술당시에 이미 간손상이 있었다는 사실을 인정할 수 없고 그밖에 일진기록에 의하여도 위와 같은 사실을 인정할 아무런 자료를 발견할 수 없다.”라고 말하고 있다. 즉, 후자의 판결에서는 전자와 같은 판결방법임에도 불구하고 과실과 결과간의 인과관계가 인정되기 위해서는 어느 정도의 수준으로 사시관계가 입증되어 있어야 하는가에 대해 분명히 밝히고 있다.

적법한 대체행위이론을 적용하는 방법은 어디까지나 현실적으로 발생하지 않은 가상의 세계이므로 즉, 가상의 주의의무행위를 대체해 넣은 상황 속에서 결과방지가 능성 여부를 확인하는 방법이므로 가상세계에서 전개되는 가상영역에 대한 확인작업이라고 할 수 있다. 따라서 피고인이 주의의무를 준수하였더라면 결과가 방지될 수 있었을 것인가 하는 점은 어디까지나 확률적으로 즉, 수치상으로 밖에 말할 수 없는 문제인 것이다. 그렇다면 결과가 방지될 수 있는 확률이 어느 정도가 되어야 직접적 인과관계가 인정된다고 할 수 있을까하는 문제가 제기된다.

3. 학설의 입장

현재 다루고 있는 과실과 결과 간에는 직접적 인과관계 또는 객관적 귀속이 인정되어야 한다. 그러나 판례가 인정하고 있듯이 피고인이 주의의무를 준수하였더라면 결과가 방지될 수 있었을 것인가 하는 점은 어디까지나 확률적인 것이므로 직접적 인과관계 또는 객관적 귀속을 부정하기 위해서는 이러한 확률이 어느 정도인가를 따져봐야 한다. 이에 대해 학설과 판례는 그 표현방식에 있어서 차이를 보이고 있는데, 판례는 ‘통상의 주의의무를 다하였더라면, 사고를 미연에 방지할 수 있었는가’라는 식의 표현을 사용하고 있지만, 학설은 ‘주의의무에 합치되는 행위를 하였더라도 마찬가지로의 결과가 발생 하였겠는가’라는 식의 표현을 사용하고 있다. 학설은 여기서 ‘마찬가지의 결과가 발생 하였겠는가’라는 즉, 주의의무준수의 경우에 결과발생이 회피될 가능성의 확률적인 것에 대해 견해가 대립하고 있다.

1) 무죄추정설

무죄추정설은 주의의무에 합치되는 행위를 하였더라도 마찬가지로의 결과가 발생하였을 가능성정도만 인정되면 실제로 발생한 그 결과와 과실 간에 형법상의 인과관계 혹은 객관적 귀속을 부정하자는 견해이다.²¹⁾ 이 견해는 가상의 방법을 통한

21) 이제상, 앞의 책, 195면; Welzel, Hans, 「Das deutsche Strafrecht : e. systematische Darstellung」 [11. neubearbeitete und erweiterte Aufl.], Berlin : Walter de Gruyter, 1969, S. 136; Wessels, Johannes, 「Strafrecht, allgemeiner Teil : die Straftat und ihr Aufbau」 [27. überarbeitete Aufl.],

미래의 사실판단에 대해 ‘의심스러운 때에는 피고인의 이익으로’라는 원칙을 기반으로 삼고 있다.

2) 위험증대설

위험증대설은 주의의무에 합치되는 행위를 하였더라도 마찬가지로의 결과가 발생하였을 가능성정도만으로는 인과관계를 부정하기에 부족하고, 마찬가지로의 결과가 발생하였을 것이 확실시 되는 경우 즉, 주의의무의 위반이 주의의무를 준수한 경우와 통상적 위험에 비하여 현저한 위험증대를 가져온 경우에만 인과관계 혹은 객관적 귀속을 부정하자는 견해이다.²²⁾ 이 견해는 마찬가지로의 결과가 발생하였을 가능성정도만 인정될 때에는 결과를 미연에 방지할 가능성 역시 존재하는 것이라고 한다. 즉, 의무에 따른 적법한 행위가 있었다라면 당해 결과가 발생하지 않았을 것이 확실한 경우에만 그 결과는 행위자에게 귀속될 수 있다는 전제하에 그렇지 않은 경우에 이러한 불확실성은 피고인에게 불리하게 작용해서는 안 되고, 결국 “의심스러운 때에는 피고인의 이익으로”라는 원칙에 따라 결과귀속이 부정된다고 본다.

3) 절충설

절충설은 주의의무위반행위가 행위객체에 상당한 정도로 위험을 증대시켰을 때부터 과실과 결과 간에 인과관계를 인정할 수 있다는 견해이다.²³⁾ 이 견해는 위험증대설의 입장은 형법상의 보호법익의 충실한 보호를 도모하기에는 적절한 견해이지만, 이로 인해 피고인의 방어권보장이 무시되는 결과가 초래되어서는 안 된다는 입장에서 위험증대설의 입장을 제한하고자 한다.

Heidelberg : C.F. Müller, 1997, S. 200; BGH 11/1, 21/59, 24/31.

22) 손동권, 「형법총칙론」, 을곡출판사, 2001, 286면; 신양균, “과실범에 있어서 의무위반과 결과의 관련”, 「형사판례연구」 제1호, 한국형사판례연구회, 1993, 81면; Roxin, Claus, 「Strafrecht, allgemeiner Teil」[1. v], München : C.H. Beck, 1992, §11 Rn.72f; Rudolphi, Hans-Joachim/Germany, 「Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch」[6, neubearbeitete und erweiterte Aufl.], Kripfel : Metzner, 1993, Rn. 66 Vor §1; Ulsenheimer, „Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte“, JZ 1969, S. 364(신양균, 위의 논문, 78면 재인용.).

23) 신동운, 「형법총론」[제7판], 법문사, 2013, 241면.

4) 검토

이와 같이 주의의무준수의 경우에 결과발생이 회피될 가능성의 확률적인 것에 대해 견해가 대립하고 있다. 여기서 먼저 위험증대설은 주의의무위반행위만 있으면 위험을 증대시킨 것으로 보고 있다. 즉, 대법원이 표현하고 있듯이 과실과 결과 간의 직접적인 원인이 되었다고 할 수 있는 사실을 확인할 경우에 사용하는 방법인 ‘직접적 인과관계’가 인정되는 경우에만 형법상의 인과관계를 인정하는 취지를 벗어난다는 난점이 발생하게 되는 것이다. 이유는 행위자에게 과실이 인정될 경우 그것이 대부분 결과발생에 대한 위험을 증대시킨 것으로 볼 수 있기 때문에 발생한 결과가 그 과실의 탓이라고 평가함에 있어서 과실과 결과 간에 인정되는 자연과학적인 의미의 인과관계의 범위를 제한하는 기능을 해내지 못하기 때문이다.²⁴⁾ 그리고 이 견해에 따르면 행위자에게 과실이 인정되는 이상 -아직 결과가 발생하지 않았더라도- 시간적으로 후에 당해 결과에 영향을 미치는 행위가 개입하여 결과를 발생시키면 결과적으로 위험을 증대시킨 것으로 추정하여 평가를 하게 된다는 난점도 발생하게 된다.

다음으로 절충설은 피고인에게 자신의 행위에 대해 주의의무위반인 과실이 상당한 정도로 위험을 증대시켰을 경우에만 인과관계를 인정하고자 하고 있으므로 피고인에게 방어권을 보장한다는 점에서는 긍정할 만하다. 그러나 과실과 결과발생 간에 -대법원이 인정하고 있는 상당인과관계설의 입장에서- 상당성이 인정될 수 있는가 하는 문제에 대해 다시 상당성이라는 관점을 다시 제시함으로써 순환논증에 지나지 않은 태도라고 할 수 있다.²⁵⁾ 따라서 무죄추정설의 견해가 타당하다고 할 수 있다.

24) 김성돈, 앞의 논문, 35면.

25) 김성돈, 위의 논문, 35-36면.

4. 인과관계의 문제에 대한 입증의 정도

1) 입증의 정도

앞서 직접적 인과관계 또는 객관적 귀속을 부정하기 위해서는 어느 정도의 확률이어야 하는가에 대한 학설상의 대립에 있어서 무죄추정설의 견해가 타당함을 표명하였다. 그러나 확률적인 문제는 현실에서 완벽하게 확인할 수 없는 문제이다. 확률이라는 것은 일정한 조건 아래에서 어떤 사건이나 사상(事象)이 일어날 가능성의 정도이므로 확실하게 단정할 수는 없지만 대개 그럴 것이라고 생각되는 상태를 말하는 것이기 때문이다. 이는 판례와 학설에서도 말하고 있듯이 “과실이 없었더라면” 또는 “과실이 있었더라도”라는 표현을 사용하고 있는 것과 같이 가상의 사실을 통해서 인과관계의 입증정도를 판단하려는 것을 봐도 알 수 있다. 결국 이 문제는 가상의 사실을 결부시켜 이를 평가함으로써 입증의 정도를 판단하려는 것이므로 실제 재판과정에서 명백하게 확인될 수 있는 성질이 아닌 최대한 입증되어야 할 성질이라고 할 수 있다. 만약 이러한 과정을 거치지 않고 규범적인 평가방법만을 통해서 인과관계를 판단한다면 이는 판단자의 개인적 주관이 개입될 수밖에 없을 것이다.

먼저, 그렇다면 재판과정에서 당해 사건에 대해 인과관계를 판단하여 유죄를 인정하기 위한 입증의 정도는 어느 정도인지가 문제이다. 이러한 입증의 정도에 있어 형사소송법은 제307조 제2항에서 “범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다.”라고 규정하고 있다. 즉, 형사재판을 함에 있어서 유죄의 사실인정을 하기 위해서는 법관은 증거의 증명력을 자유롭게 판단하여 이로 인해서 얻은 심증형성이 ‘합리적인 의심이 없는 정도의 증명’에 이르러야 한다는 것이다. 만약 제출된 증거에 대해 합리적인 의심의 여지가 있다면 판사는 그 피고인에 대해 유죄판결을 할 수 없다. 이에 검사는 피고인의 유죄를 입증하기 위해서는 당해 범죄사실에 대해 합리적인 의심이 없는 정도의 증명을 입증해야 한다. 대수판례의 사안 역시 과실과 결과 간에 형법적인 인과관계가 범죄성립 요건의 한 요소가 되므로 이와 같은 입증의 정도를 충족시켜야 한다. 즉, 과실과 결과 간에 직접적 인과관계가 인정되기 위해서는 양자 간의 인과관계가 합리적인 의심의 여지가 없는 정도로 입증이 되어야 한다. 여기서 문제는 이러한 입증의 정도가 어느 정도가 되어야 법률에

서 말하는 합리적인 의심이 없는 정도가 되었다고 할 수 있는가이다. 이 상황은 가상의 사실을 통해서 인과관계의 입증정도를 판단하려는 것이다. 어떤 사건이건 재판관을 함에 있어서 과거에 발생한 일에 대해 인과관계를 확실하게 단정할 수는 없다. 단지 그러한 가능성이 합리적인 의심이 없다고 판단되느냐의 여부가 유무죄의 판단기준이 되는 것이다. 즉, 과거의 당시의 상황으로 돌아가지 않는 이상 제3자의 입장에서 과거에 발생한 당해 사건의 인과관계를 완벽하게 또는 확실하게 입증할 수도 없고, 확실하게 판단할 수도 없는 것이다. 이는 가상의 사실을 통해서 판단하고자 할 경우 더욱더 그러할 것이다. 결국 합리적인 의심이 없는 정도인가의 문제는 확률적인 문제에 귀결되는 수밖에 없다. 이러한 확률상의 정도는 다섯 가지로 구분해 볼 수 있다. 즉, 입증의 정도는 확률 상으로 i) 불가능성, ii) 희박한 가능성, iii) 가능성, iv) 개연성, v) 고도의 개연성, vi) 확실성으로 구분할 수 있다. 여기서 확실성은 그 확률정도가 100%를 의미한다고 할 수 있다. 그러나 앞서 언급하였듯이 과거의 사실에 대한 입증은 완벽하게 또는 확실하게 할 수는 없는 것이므로 확실성의 정도까지는 요구할 수 없지만, 합리적인 의심이 없는 정도는 되어야 하므로 확실성에 가까운 정도의 확률은 갖추어야 한다고 할 수 있다. 따라서 확실성의 정도보다는 낮지만, 일반적인 가능성보다는 높은 개연성 또는 고도의 개연성의 정도에 이르는 확률은 갖추어야 한다고 할 수 있다. 그리고 이러한 확률을 수치로 나타내면 일반적으로 합리적 의심이 없는 정도는 95%정도에 이르는 것이라고 말하는 점을 고려하면,²⁶⁾ 본 논문에서 말하고자 하는 ‘합리적인 의심이 없는 정도의 증명’은 고도의 개연성이므로 90%~95%를 의미하는 것이라고 할 수 있다.²⁷⁾

26) Del Carmen, Rolando V, 「Criminal procedure : law and practice」[5th ed], Belmont, CA : Wadsworth/Thomson Learning, 2001, p.72

27) 대법원 2011.01.27. 선고 2010도12728 판결 : “자유심증주의를 규정한 형사소송법 제308조가 증거의 증명력을 법관의 자유판단에 의하도록 한 것은 그것이 실제적 진실발견에 적합하기 때문이므로, 증거판단에 관한 전권을 가지고 있는 사실심 법관은 사실인정을 하면서 공판절차에서 획득된 인식과 조사된 증거를 남김없이 고려하여야 한다. 또한 증거의 증명력에 대한 법관의 판단은 논리와 경험칙에 합치하여야 하고, 형사재판에서 유죄로 인정하기 위한 심증 형성의 정도는 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도여야 하나, 이는 모든 가능한 의심을 배제할 정도에 이를 것까지 요구하는 것은 아니며, 증명력이 있는 것으로 인정되는 증거를 합리적인 근거가 없는 의심을 일으켜 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로 허용될 수 없다. 여기에서 말하는 합리적 의심이란 모든 의문, 불신을 포함하는 것이 아니라 논리와 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리성 있는 의문을 의미하는 것으로서, 단순히 관념적인 의심이나 추상적인

다음으로, 이러한 인과관계에 대한 입증의 정도 즉, -개연성 또는 고도의 개연성의 정도인- 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야 한다는 것을 누가 어느 정도로 하여야 하는가도 문제이다. 이 문제는 형사소송절차상의 거증책임과 관련된다고 할 수 있다. 거증책임은 증명을 요하는 사실의 존부에 관하여 증명이 불충분한 경우에 그로 인하여 불이익을 받게 되는 소송관계인의 지위를 말하는데, 형사소송은 그 최고이념이 실제적 진실발견에 있으므로 합리적인 의심이 없는 정도의 증명을 요구한다. 그러나 거증책임에 대해서는 실제적 진실발견에 기초하여 국가형벌권을 실현하려는 형사소송에 있어서 증명책임을 인정할 수 있는가하는 문제로 학설의 대립이 있는데, 거증책임긍정설²⁸⁾과 거증책임부정설²⁹⁾이 그것이다. 전자는 당사자주의적 입장으로 검사와 피고인이 대립당사자의 지위에서 공격·방어를 행하고 법원은 제3의 심판자로서 제출된 증거를 바탕으로 피고사건에 대한 판단을 해야 하므로 거증책임의 개념은 당연히 인정된다고 보는 견해이고, 후자는 직권주의적 입장으로 실제적 진실발견은 법원의 책무이므로 형사절차의 본질에 비추어 볼 때 거증책임의 관념을 인정할 수 없다고 한다. 이에 대해 대법원은 긍정설의 입장에 있다.³⁰⁾ 현행 형사소송법은 직권주의를 기본으로 당사자주의를 대폭 도입하였으므로

가능성에 기초한 의심은 합리적 의심에 포함된다고 할 수 없다.”

대법원 1994.09.13, 선고 94도1335 판결 : “증거의 증명력은 법관의 자유판단에 맡겨져 있으나 그 판단은 논리와경험칙에 합치하여야 하고, 형사재판에 있어서 유죄로 인정하기 위한 심증형성의 정도는 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도여야 하나, 합리성이 없는 모든 가능한 의심을 배제할 정도에 이를 것까지 요구하는 것은 아니며, 증명력이 있는 것으로 인정되는 증거를 합리적인 근거가 없는 의심을 일으켜 이를 배척하는 것은 자유심증주의의 한계를 벗어나는 것으로 허용될 수 없다.”

28) 강구진, 「형사소송법원론」, 학연사, 1982, 428면; 김기두, 「형사소송법」[전정신판], 박영사, 1987, 129면; 백형구, 「형사소송법강의」[신정2판], 박영사, 1996, 606면; 손동권, 「형사소송법」, 세창출판사, 2008, 506면; 신동운, 「신형사소송법」[제4판], 2012, 1030면; 이재상, 「신형사소송법」[제2판], 박영사, 2008, 37/28; 정영석/이형국, 「형사소송법」, 법문사, 1994, 318면; 정용석/백승민, 「형사소송법」[전정제2판], 대명출판사, 2008, 184면.

29) 배종대/이상돈/정승환/이주원, 「신형사소송법」[제4판], 홍문사, 2012, 556면; 신양균, 「(신판) 형사소송법」, 화산미디어, 2009, 624면.

30) 대법원 2006.02.24, 선고 2005도4737 판결; 2003.02.11, 선고 2002도6110 판결; 2001.08.21, 선고 2001도2823 판결; 1996.03.08, 선고 95도3081 판결 : “형사재판에서 공소제기된 범죄사실에 대한 입증책임은 검사에게 있는 것이고, 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 하는 증명력을 가진 증거에 의하여야 하므로, 그와 같은 증거가 없다면 설령 피고인에게 유죄의 의심이 간다 하더라도 피고인의 이익으

혼합된 구조를 취하고 있다고 할 수 있다. 그러나 당사자주의를 대폭 도입한 이상 거증책임역시 변화가 있다고 할 수 있다. 이로 보면, 거증책임은 검사에게 있다고 할 수 있다. 그리고 거증책임긍정설의 입장에서 공소범죄사실과 법률상 형의 가중·감면의 사유가 되는 사실 및 소송법적 사실은 거증책임의 분배에 의해서 검사에게 거증책임이 있다고 할 수 있으므로 인과관계의 인정은 범죄사실에 해당하므로 이에 대한 입증은 검사에게 있다고 할 수 있다. 따라서 피고인이 주의의무에 합치되는 행위를 하였더라면 결과를 방지할 수 있었을 것인가라는 입장에서 범죄사실의 인정에 대해 합리적인 의심이 없는 정도로 증명해야 인과관계를 인정할 수 있다. 그러나 검사가 범죄사실의 인정에 대해 이러한 정도의 증명에 이르지 못한 경우 법원은 피고인에게 무죄를 선고하여야 한다. 또한 이 경우 피고인 또는 변호인의 입장에서는 검사와는 반대의 입장에서 범죄사실에 대해 입증활동을 하게 되므로 검사가 이러한 정도의 증명에 이르지 못한 때에는 그의 주장에 대해 주의의무에 합치되는 행위를 하였더라도 마찬가지로 결과가 발생하였을 가능성이 있음을 입증하면 법원은 인과관계를 부정하여야 한다. 피고인 또는 변호인의 입증활동은 거증책임의 위치에서 하는 것이 아니기 때문에 즉, 유죄의 입증을 지향하는 것이 아니기 때문에 범죄사실의 인정에 대해 합리적인 의심이 없는 정도에 이를 필요가 없기 때문이다. 이 경우 피고인 또는 변호인의 입증의 정도는 50% 이상인 상당한 이유 또는 증거의 우세에 이르는 정도³¹⁾를 말하는 것이므로 피고인 또는 변호인의 입장에서는 가능성만 입증되면 족하다고 할 수 있다.

2) 대상판례에의 적용

앞서 살펴본 입증의 정도에 대한 논의를 대상판례에 적용해보면, 대법원은 “사고를 미연에 방지할 수 있었음에도 불구하고”라고 하고 있으므로 피고인의 과실과 피해자의 사망 간에 인과관계를 인정하고 있다. 그러나 이러한 입장을 취하기 위해서는 피고인이 주의의무에 합치되는 행위를 하였더라면 피해자의 사망이라는 결과를 방지할 수 있었다는 점이 ‘합리적인 의심이 없는 정도’로 증명되어야 하는데 원심법

로 판단할 수밖에 없다.”

31) Del Carmen, Rolando V, op.cit, p.72

원에서 이러한 점을 하지 않은 채증법칙의 위반이 있는지에 대해 대법원이 이러한 판단을 하지 않은 잘못이 있다고 보여진다.³²⁾ 따라서 대법원이 이러한 판단을 내리

32) 이와 관련하여 대법원이 채증법칙의 위반이 있는지에 대해 판단한 대표적인 판결로는 대법원 1998.04.28, 선고 98다5135 판결 : “기록에 의하면 사고 장소는 가로등이 설치되어 있지 않은 왼쪽으로 약간 굽은 지점이고, 이 사건 사고가 난 후 정진철보다 뒤에서 소외 김진석이 전복 7야 2668호 카고트럭을 운전하여 시속 약 70km의 속도로 3차로를 따라 진행하여 오던 중 약 100m 앞에서 진행하던 5t 화물차량이 갑자기 3차로에서 중앙분리대 쪽으로 방향을 바꾸었고, 그 순간 김진석은 약 50m 전방에 위 소나타 개인택시가 전조등이나 비상등을 켜지 않은 상태로 서 있음을 발견하고 즉시 브레이크를 밟으면서 2차로로 차선을 변경하였으나 위 카고트럭의 오른쪽 앞범퍼로 위 소나타 개인택시의 오른쪽을 들이받고 이어서 오른쪽 노면으로 이탈하여 방음벽에 충돌하는 사고를 냈으며, 그에 선행하던 위 5t 화물차량은 위 소나타 개인택시와 충돌하는 것은 면하였으나 중앙분리대를 들이받는 사고를 냈음을 엿볼 수 있는바(갑 제12호증의 5, 10, 11 등 참조), 원심이 인정한 바와 같이 정진철이 시속 약 120km의 속도로 진행하다가 위 소나타 개인택시를 약 50m 전방에서 발견하였다 하더라도 그 즉시 전조등이나 비상등도 켜지지 아니한 위 소나타 개인택시가 사고로 인하여 180°회전하여 반대방향으로 멈추어 서 있는 차량임을 파악할 수 있었던 것인지 의문이고, 따라서 그와 같은 사고가 있었기 때문에 그 운전자가 갑자기 1차로와 2차로의 경계선으로부터 중앙분리대 쪽으로 걸어 나올 것을 예상하기도 어렵다고 봄이 경험칙에 부합할 것이고, 한편 정진철이 위 소나타 개인택시가 사고로 인하여 180°회전하여 반대방향으로 멈추어 서 있는 차량임을 파악하였다 하더라도 위 소나타 개인택시는 3차로 위에서 서 있었으므로 1차로로 진행하고 있었던 정진철로서는 2차로나 3차로로 진행차선을 변경할 수는 없고, 즉시 감속하는 수밖에 없었을 것인데, 시속 약 70km의 속도로 3차로를 따라 진행하여 오던 김진석이 약 50m 전방에서 위 소나타 개인택시를 발견하고 즉시 브레이크를 밟으며 2차로로 차선을 변경하였는데도 위 소나타 개인택시와의 충돌을 피하지 못한 점에 비추어 보면 정진철이 위 소나타 개인택시를 발견하고 즉시 감속하였다 하더라도 망 임경수를 충격하는 사고를 면할 수 있었을 것인지 의문이라 할 것이다(정진철이 위 소나타 개인택시를 발견하고 즉시 감속하였다 하더라도 정진철은 50m 미만, 20 내지 30m 이상의 어느 거리에서 망 임경수를 발견하게 되었을 것이다). 결국 원심이 인정한 사실 관계에 정진철이 위 소나타 개인택시를 발견할 당시 그 차량의 상태를 보태어 보면, 이 사건 사고에 있어서 정진철이 위 그랜저 승용차의 운행에 있어서 주의를 게을리 하지 아니한 것으로 볼 소지가 많음에도 불구하고 원심이 위와 같은 사정들과 위 그랜저 승용차가 제동하는 데에 필요한 거리 등에 대하여는 따져보지도 아니한 채 정진철에게 아무런 과실이 없다는 피고의 항변을 가법 게 배척하고 만 것은 고속도로 운행에서 요구되는 주의의무에 대한 법리를 오해한 나머지 심리를 다하지 아니한 위법이 있고, 이와 같은 위법은 판결 결과에 영향을 미친 것임이 명백하다. 논지는 이유가 있다.”

대법원 1991.05.28, 선고 91도840 판결 : “원심판시와 같이 자정이 지난 시각에 한적한 시골의 국도를 운행하면서 사람이 누워있을 것까지 예상하여 이에 대비하면서 운전하여야 할 주의의무는 없다고 하더라도, 피고인이 자동차운전자에게 통상적으로 요구되는 운전상 주의의무를 다하였더라면 도로위에 누워있는 피해자를 상당한 거리에서 미리 발견하여 이를 피할 수 있었음에도 불구하고 이를 게을리 한 탓으로 미리 발견하지 못한 것이라면 피고인의 업무상 과실이 없다고 할 수 없을 것이다. 사법경찰관직성의 검증조서와 사법경찰관 및 검사작성의 피고인에 대한 각 피의 자신문조서기계에 의하면 이 사건 사고 장소는 낮에도 상, 하행 차선의 왕래차량이 5분간에 각 5, 6대 정도에 불과하고 이 사건 당시에도 피고인 택시에 앞서 진행한 차량은 없을 정도로 매우

기 위해서는 원심법원으로 하여금 대상판례의 사안과 같이 동일한 시간대에 동일한 상황에서 60km의 속도보다 저속으로 운행하면서 앞차와의 안전거리 45m 또는 57.6m 정도를 유지하면서 운행을 하였더라면 역과 되어 쓰러져 있는 피해자를 미리 발견하여 역과하지 않도록 조치를 취할 수 있었을 것인가의 여부에 대해 가상의 사실을 재연하는 방법을 통해 확인했어야 한다고 판단했어야 할 것이다. 그리고 이를 통하여 이러한 사정이었다면 피고인이 피해자의 사망이라는 결과를 방지하기 위한 조치를 취할 수 있는 시간이 있었을 것이라는 점이 합리적인 의심이 없는 정도로 증명될 수 있는 경우에만 결과방지조치를 취하지 못한 과실과 피해자의 사망 간에 인과관계를 인정할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 정도의 증명에 이르지 못하고 주의의무에 합치되는 행위를 하였더라도 마찬가지로 결과가 발생하였을 가능성이 있음이 입증되면 법원은 인과관계를 부정하여야 할 것이다.

IV. 맺음말

지금까지 대상판례의 사안에 대한 과실판단과 인과관계판단의 문제를 살펴보았다. 이 사안에 대해 대법원은 피고인의 행위와 피해자의 사망사이에 인과관계를 인정하여 주의의무위반이라는 과실을 인정하였다. 그러나 도로교통법의 규정에 의하면 피고인에게 주의의무위반이라는 과실을 인정할 수는 없다고 본다. 이에 대해 선행차량과의 안전거리위반이라는 근거를 들 수도 있으나, 앞서 언급하였듯이 선행차량과의 안전거리는 산술적으로 정확히 계산을 할 수는 있어도 실제로 운전을 하면

한산한 직선도로로서 시야장애가 없는 장소인 사실과 피고인은 경찰 및 검찰조사에서 맞은편에서 전조등을 켜고 오는 차량과 교행할 때에 피고인 택시의 전조등을 하향조정하여 진로를 잘 살펴야 하는데도 이를 게을리한 잘못이 있음을 시인하고 있는 사실이 인정되는 바 이러한 사실관계에 비추어 보면 피고인이 사전에 사람이 도로 위에 누워 있을 것까지 예상하지 아니하였다고 하여도 맞은편에서 오는 차량과 교행 시에 전조등을 하향조정하여 진로를 주시하였더라면 진행전방에 누워있던 피해자를 상당한 거리에서 미리 발견할 수 있었다고 한다면 피고인은 과실 책임을 면할 수 없을 것이다. 원심으로서서는 위와 같은 점을 염두에 두고 피고인이 통상적으로 요구되는 운전상 주의의무를 다하였는데도 피해자를 미리 발견할 수 없었던 것인지의 여부를 심리하여 보았어야 함에도 불구하고 이에 이점이 없이 만연히 위와 같이 판단하고 말았음은 심리미진과 채증법칙위반으로 판결에 영향을 미친 위법을 저지른 것으로서 이 점에 관한 논지는 이유 있다.”

서는 산술적인 거리를 정확히 예측하면서 운전하기란 쉬운 것이 아니므로 이를 근거로 주의의무위반임을 주장한다면 억지라고 본다. 이에 대상판례의 사안의 사안에서 피고인에게 과실이 없다고 볼 수 있으므로 대법원의 판단은 문제가 있다고 본다.

이와 같이 과실판단에 있어 대법원의 판단과는 다르게 피고인에게 과실이 없다고 보고 있는 상황에서는 다음으로 판단하여야 하는 인과관계의 판단을 굳이 따질 필요가 없다. 대법원과는 다르게 과실판단의 단계에서 피고인은 과실이 없으므로 대법원에서 인정하고 있는 과실범이 성립하지 않는다고 보기 때문이다. 그러나 본 논문은 대상판결에 대한 대법원의 판결에 문제점은 없는지를 판단하는 것이므로 과실판단에 있어 피고인에게 과실이 없다고 보고 있지만, 대법원과 같이 피고인에게 과실이 인정된다는 전제하에 인과관계판단에 대한 대법원판단의 문제점에 제안을 제시할 수는 있다고 본다.

첫 번째로, 대상판례의 사안과 관련하여 대법원은 피고인에게 과실도 인정되고, 이로 인해서 주의의무위반으로 인한 피해자의 사망이라는 인과관계도 인정된다고 하고 있다. 그러나 인과관계를 판단하는데 있어 가상의 상황을 통한 사실규명절차가 선행되어야 한다. 즉, 행위자에게 죄를 묻기 위해서는 동일한 시간대에 동일한 외적 조건에서 선행차량과의 안전거리를 45m로 유지한 채 운전하였더라면 선행차량에 역과 된 채 쓰러져 있는 피해자를 상당한 거리 앞에서 미리 발견하여 다시 역과하지 않는 조치를 취할 수 있었을 것인가에 대해 합리적인 의심이 없이 인정될 수 있도록 증명을 하였어야 한다. 그리고 이러한 정도의 입증수준에 미치지 못하고 피고인이 주의의무를 다했더라도 마찬가지로의 결과가 발생되었을 가능성이 존재하기만 하면 피고인에게 과실과 결과간의 인과관계가 부정된다는 결론을 내려야 한다.

두 번째로, 사안을 보면 피고인이 피해자를 역과하기 전에 선행차량에 의해서 피해자는 1차로 역과 된 사실이 있다. 여기서 선행차량은 티코 승용차량으로 도로교통법 시행규칙 제16조 제1항에 따른 별표 9를 보면 고속도로외의 도로 편도2차로에서 승용차는 1차로로 진행하여야 한다.³³⁾ 그러나 피고인의 선행차량은 2차로로

33) 제16조 (차로에 따른 통행구분) ① 법 제14조제1항에 따라 차로를 설치한 경우 그 도로의 중앙에서 오른쪽으로 2 이상의 차로(전용차로가 설치되어 운용되고 있는 도로에서는 전용차로를 제외한다)가 설치된 도로 및 일방통행도로에 있어서 그 차로에 따른 통행차의 기준은 별표 9와 같다.

[별표9] 차로에 따른 통행차의 기준(제16조제1항 및 제39조제1항 관련) 고속도로외의도로 편도2

진행하였으므로 법리적으로 보면 선행차량은 도로교통법 위반이라고 할 수 있다. 따라서 첫 번째와 같이 선행차량과 같이 도로교통법 위반차량이 없었다면 도로상에 쓰러져 있는 피해자를 상당한 거리 앞에서 미리 발견하여 애초에 역과하지 않는 조치를 취할 수 있었을 것인가에 대해 합리적인 의심이 없이 인정될 수 있도록 증명하는 절차도 거쳐야 한다. 그리고 이러한 절차를 통해서 이 정도의 입증수준에 미치지 못하고 피고인이 주의의무를 다했더라도 마찬가지로 결과가 발생되었을 가능성이 존재하기만 하면 피고인에게 과실과 결과간의 인과관계가 부정된다는 결론을 내려야 한다.

결론적으로 대법원은 과실판단의 문제에서 객관적으로 주의의무위반으로 판단할 수 없음에도 불구하고 주의의무를 위반하였다고 과실을 인정한 과오가 있고, 대법원의 판단과 같이 과실이 인정된다고 하더라도 가상의 사실을 재연하는 방법을 통해 인과관계를 판단하는 작업을 했어야 함에도 불구하고 이를 해태한 과오가 있으므로, 이러한 방법을 통해서 인과관계를 다시 판단하여 결론을 내려야 한다.

차로

1 차로 : 승용자동차, 중·소형승합자동차.

2 차로 : 대형승합자동차, 화물자동차, 특수자동차, 건설기계, 이륜자동차, 원동기장치자전거, 자전거 및 우마차.

참고문헌

국내문헌

- 강구진, 「형사소송법원론」, 학연사, 1982.
- 김기두, 「형사소송법」[전정신판], 박영사, 1987.
- 김성돈, “인과관계판단과 과실판단의 분리”, 「형사판례연구」[11], 한국형사판례연구회, 2003.
- 김성천·김형준, 「형법총론」[제3판], 동현출판사, 2005.
- 김일수·서보학, 「(새로 쓴)형법총론」[제11판], 박영사, 2008.
- 박상기, 「형법총론」[제8판], 박영사, 2009.
- 배종대·이상돈·정승환·이주원, 「신형사소송법」[제4판], 홍문사, 2012.
- 백형구, 「형사소송법강의」[신정2판], 박영사, 1996.
- 손동권, 「형법총칙론」, 을곡출판사, 2001.
- _____, 「형사소송법」, 세창출판사, 2008.
- 송승현, “체포제도의 문제점과 개선방안”, 동국대학교 대학원, 석사학위논문, 2010.
- _____, “헌행범인체포에 있어서 준헌행범인의 인정여부”, 「홍익법학」 제14권 제1호, 2013.
- 신동운, 「신형사소송법」[제4판], 2012.
- _____, 「형법총론」[제7판], 법문사, 2013.
- 신양균, “과실범에 있어서 의무위반과 결과의 관련”, 「형사판례연구」 제1호, 한국형사판례연구회, 1993.
- _____, 「(신판) 형사소송법」, 화산미디어, 2009.
- 안경환·한인섭, 「배심제와 시민의 사법참여」, 아산재단 연구총서 제186집, 집문당, 2005.
- 오영근, 「형법총론」[제2판], 박영사, 2009.
- 이용식, “형법상의 과실”, 「고시계」 제40권 제7호, 1995.
- 이재상, 「신형사소송법」[제2판], 박영사, 2008.
- _____, 「형법총론」[제5판(보정판)], 박영사, 2007.

- 이형국, 「형법총론」[제4판], 법문사, 2007.
- 임 용, 「형법총론」[제5정판], 법문사, 2013.
- 정성근·박광민, 「형법총론」[제4판], 삼지원, 2008.
- 정영석·이형국, 「형사소송법」, 법문사, 1994.
- 정영일, 「형법총론」[제3판], 박영사, 2010.
- 정웅석·백승민, 「형사소송법」[전정제2판], 대명출판사, 2008.

외국문헌

- Del Carmen, Rolando V, 「Criminal procedure : law and practice」[5th ed], Belmont, CA : Wadsworth/Thomson Learning, 2001.
- Roxin, Claus, 「Strafrecht, allgemeiner Teil」[1. v], München : C.H. Beck, 1992.
- Rudolphi, Hans-Joachim/Germany, 「Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch」[6, neubearbeitete und erweiterte Aufl.], Kriftel : Metzner, 1993.
- Ulsenheimer, „Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte“, JZ 1969.
- Welzel, Hans, 「Das deutsche Strafrecht : e. systematische Darstellung」[11. neubearbeitete und erweiterte Aufl.], Berlin : Walter de Gruyter, 1969.
- Wessels, Johannes, 「Strafrecht, allgemeiner Teil : die Straftat und ihr Aufbau」[27, überarbeitete Aufl.], Heidelberg : C.F. Müller, 1997.

Zusammenfassung

Das Fahrlässigkeitsurteil und das Kausalitätsurteil im Fahrlässigkeitsverbrecher

Song, Seung Hyun*

Für das Zustandekommen der Fahrlässigkeitsverbrecher wird die Handlung des Täters durch die Fahrlässigkeit anerkannt, zwischen der Fahrlässigkeit und dem Erfolg hat die Kausalität anerkannt. Hierauf ist die Fahrlässigkeit, was zum Täter der Punkt der Sorgfaltswidrigkeit anerkannt hat, und die Kausalität ist, die wegen der Sorgfaltswidrigkeit im Ergebnis der Vollendung gelangt, der das Verbrechen der Punkt vorgekommen ist, daß durch die Sorgfaltswidrigkeit anerkannt wird. Aber über die Sache des Gegenstandsurteils der oberste Gerichtshof fehlt die logische Seite, was das Fahrlässigkeitsurteil und das Kausalitätsurteil tut, diesen Urteil ist der Fehler gewesen, der dem Urteil übt aus. D.h., der oberste Gerichtshof über die Sache des Gegenstandsurteils erkennt die Fahrlässigkeitsverbrechers anerkannt hat, des Urteils der Fahrlässigkeitsverbrecher zum ersten Mal von der Stufenfolge des Fahrlässigkeitsurteils kann zu den Angeklagte die Fahrlässigkeit nicht anerkennen. Und auch wenn die Fahrlässigkeit erkennt an, urteilt die Kausalität der Fahrlässigkeit, was, dem Grad kein vernunftgemäßer Zweifel¹ bewiesen wird, den Beweis tut, den durch die Methode die Tatsache der Voraussetzung führt wieder auf, was die Arbeit bestätigt, die nicht tut, was das Problem gewesen ist. Auch diesem Prozess ist, der kann Standpunkt ,der Sorgfalt stimmt überein, wenn die Handlung gewesen wäre² ist, ist dem Standpunkt ,der Sorgfalt stimmt überein, wenn auch die Handlung gewesen wäre³ was so gut wie der Erfolg die

* Der Seniorforscher, Das juristische Forschungsinstitut der Universität SungKyunKwan

Möglichkeit käme auf, wenn die Möglichkeit sich erwiese, da ‚dem Grad kein vernunftgemäßer Zweifel‘ bewiesen wird, was die Kausalität verneinen soll.

❖ Stichwörter : das Fahrlässigkeitsverbrecher, die Fahrlässigkeit, die Kausalität, die Sorgfaltswidrigkeit, der vernunftgemäße Zweifel