

인과관계 유형의 분류와 조건설에 의한 해결

李 昇 鎬

(建國大學校 法科大學 法學科)

目 次

- | | |
|-------------------------------|----------------------------|
| I. 들어가는 말 | III. 조건설에 의한 문제의 해결 |
| II. 인과관계 유형의 분류 | 1. 왜 유독 조건설인가? |
| 1. 기존에 제시된 유형분류의 정리 | 2. '처음의 조건설'에 의한 문제해결 |
| 2. 유형분류에 있어서 전체적인 체계 수립의 필요성 | 3. 수정된 조건설의 등장과 이에 의한 문제해결 |
| 3. 기본적 인과관계와 복수행위(複數行爲)의 인과관계 | IV. 맺는말-여타의 인과관계 이론들의 역할- |
| 4. 복수행위 인과관계의 여러유형 | |

I. 들어가는 말

주지하는 바와 같이 인과관계란 구성요건의 한 요소로서 행위와 결과 사이에 존재해야 하는 연결관계를 의미한다. 결과범의 경우 이러한 인과관계가 존재해야 범죄가 성립한다는 것은 오늘날 형법학의 당연한 상식이고¹⁾, 현행 형법 제 17조도 “어떤 행위라도 죄의 요소되는 위험발생에 연결되지 아니한 때에는 그 결과로 인하여 벌하지 아니한다”라고 하여 이 점을 명시적으로 밝히고 있다.

따라서 결과가 발생한 구체적인 사안의 범죄성을 논정함에 있어서 인과관계의 존재여부 확정을 위한 기준을 마련하는 일은 형법학의 중요한 과제로 대두되는 바, 이와 관련하여 종래 우리의 형법학에는 조건설이니, 상당인과관계설이니, 중요설이니 하는 제 학설들이 이러저러한 경로

1) 이에 대해 거동범의 객관적 귀속을 거론하는 학자도 있다(김일수(1992), 384면 ; 신양균(1993 A), 15면 참조). 하지만 이 경우의 객관적 귀속은 소위 ‘행위귀속’을 이야기하는 것이지 전통적인 의미의 인과관계는 아니다.

를 통해 상당히 많이 소개되어 왔다.²⁾

아울러 처음에는 '갑이 을을 칼로 찔러 살해한 경우'와 같이 통상적으로 발생 가능한 사안의 인과관계 확정여부만이 관심의 대상이었으나, 점차 이론은 이론을 낳아서 소위 경험적 인과관계니 추월적 인과관계니 하는 것들처럼 현실적인 발생가능성은 희박하나 이론의 논리적 정합성을 입증하기 위해 문헌상 만들어진 사안에까지도 인과관계의 논의가 확대되었다.

하지만 이러한 논의의 확대는 여러 가지 부작용을 수반하였는 바, 그 대표적인 것이 바로 '논의의 혼란과 비효용성'의 야기였다. 즉, 인과관계론의 영역에서 제시된 십수개의 생경한 용어들은 그 뜻이 무엇이고 서로의 관계가 어떻게 되는지 고도의 논리적 이해력을 동원하여도 정리되기 힘들 정도로 엉켜버렸고, 나아가 그렇게 힘들게 구축된 논리들도 현실적으로는 거의 쓸모가 없는 가상의 담론(談論)으로서 그저 형이상학 위로 붕 떠버렸던 것이다. 그리하여 이러한 저간의 상황에 대해 여러 가지 비판도 제기되었지만, 인과관계 분야의 논란은 수그러들지 않고 계속 달아 올랐다.

그리하여 이제는 이렇게 달아 오른 인과관계 분야의 논의에 냉정한 지표를 제시하는 것이 필요한 시점이라고 생각되며, 이 글은 바로 그러한 작업의 일환으로 쓰여졌다. 아울러 냉정한 지표제시 작업의 첫 단추로서 이 글이 선정한 일단의 과제는 다음의 두가지이다. 첫째, 그 동안 인과관계 논의의 장에 제시된 여러 용어 중 특히 의미가 혼란스러운 것들을 대상으로 그 개념을 다시 한 번 정리함으로써, 향후 논의에서의 혼선을 최대한 막아보고자 한다. 특히 이 작업은 인과관계의 유형분류와 관련하여 그 동안 이야기된 여러 가지 명칭들 - 예를 들어, 경험적 인과관계, 이중적 인과관계, 추월적 인과관계, 비유형적 인과관계, 누적적 인과관계 등 -을 대상으로 진행될 것인데, 이 글에서는 그러한 명칭들이 그저 우후죽순식으로 작성된 개념으로서가 아니라 '문제해결을 위해 제시된 가능한 경우의 수'로서의 역할을 담당해야 한다는 차원에서 재조명하게 될 것이다. 둘째, 이 글은 그 동안 인과관계 판단의 기준으로 제시되었던 여러 이론들 중에서 특히 조건설에 관심을 집중시켜 동 설의 구체적인 내용은 무엇인지, 동 설에 의할 때 여러 인과관계의 유형들은 각기 어떻게 해결되는지, 또한 동 설의 한계는 진정 어디에서 발견되는지 등에 관해 나름의 의견을 피력하게 될 것이다. 이 글이 이렇게 가장 전통적인 인과관계 이론인 조건설을 새삼 끄집어 내어 이야기하는 것은 이후 개발된 여타 이론들과 비교해 보아도 조건설은 여전히 나름의 중요한 유용성을 지니고 있다는 생각과 그 동안 제기되었던 인과관계

2) 이렇게 인과관계 판정에 관한 여러 기준들이 학설적 차원에서 논의되는 것은 형법 제 17조의 규정이 결과범에 있어서 인과관계의 존재가 필수적이라는 점만 선언할 뿐 구체적으로 그것의 존재여부에 대한 판정기준을 제시하고 있지 않기 때문이라고 설명된다. 즉, 형법 제 17조가 너무 포괄적인 내용으로만 규정되어 있어서 결국 인과관계에서 해결해야 할 본론적인 과제는 학설에 맡겨진다는 것이다. 이러한 차원에서 형법 제 17조를 "... 지나친 '완전주의적 입법태도'에서 비롯된 불완전하고도 불필요한 정의규정으로서 ... 오히려 해석상 혼란만 야기시키는 규정"이라고 비판하는 견해도 있다(김종원(1979), 20면 참조).

론 분야의 비효율적인 논란은 조건설의 역할 및 위치에 대한 근거없는 경시에서 일정 부분 비롯되었다는 판단에 기초한다. 즉, 조건설은 가장 간단한 이론이면서도 최소한 이론의 영역에서는 인과관계의 유형으로 이야기될 수 있는 '가능한 경우의 수'들을 논리적으로 모두 해결할 수 있는 이론적 정합성을 지니고 있음에도 불구하고 그 동안 제시되었던 각 이론들은 이러한 조건설의 유용함을 제대로 평가하지 않은 상태에서 중첩적으로 주장되었고, 아울러 전통의 이론을 무시하고 내 이론만으로 '새롭게 시작하겠다'는 아집으로 인해 인과관계 논의의 비효율적인 방만함이 초래되었다는 것이 이 글의 기본적인 인식이다. 그리하여 조건설을 제대로 조망함에 의해 향후 인과관계 논의의 바람직한 방향의 가닥을 잡아 보자는 것이 이 글의 두 번째 작업이라는 이야기이다. 그러면 이하에서는 이러한 두가지의 작업을 차례대로 진행하기로 한다.

II. 인과관계 유형의 분류

1. 기존에 제시된 유형분류의 정리

그 동안 우리나라에서 제시된 인과관계의 유형분류는 주지하는 바와 같이 독일에서 이야기되던 것들을 정리, 소개하는 형식이었다. 따라서 그 내용에 있어서는 학자에 따라 큰 차이가 없고(물론 얼마나 소개를 정확히 하였는가에 따라 정확한 소개와 부정확한 소개의 차이는 있어 왔지만), 다만 등 유형 제시의 작업을 얼마나 비중있게 하는가에 따라 혹자는 그저 조건설³⁾이나 합법칙적 조건설⁴⁾의 내용을 설명하면서 등 설들이 해결할 수 있는 경우의 수를 나열하는 방식을 취하기도 하였고(이 경우 독일에서 거론된 인과관계의 유형들은 부분적으로만 소개된다), 혹자는 인과관계의 제이론들을 설명하는 전(前) 단계에서 본격적으로 인과관계의 유형들을 설명하기도 하였던 것이다⁵⁾(이 경우 인과관계의 전체적인 유형들이 소개될 수 있을 것이다). 그리하여 이렇게 소개된 인과관계의 제유형들을 간단히 정리하면 다음과 같다.⁶⁾

(가) 기본적 인과관계(Grundstruktur der Kausalität)

행위와 결과 사이에 다른 개입요소없이 양자가 인과적 관련을 맺고 있는 경우이다. 갑이 을을 살해하였다고 하는 경우처럼 가장 전형적인 인과관계이다.

3) 이형국(1997, 118-121면) 교수는 조건설의 문제점을 설명하면서 추월적 경합, 태일적 경합, 가설적 인과관계 등을 제시하고 있으며, 박상기(1997, 97-101면) 교수는 조건설의 내용을 설명하면서 그 보조자료로서 가정적 인과관계, 태일적 인과관계, 비전형적 인과관계, 인과관계의 단절 등의 제 유형들을 제시하고 있다.

4) 이재상(1995, 130-132면) 교수는 합법칙적 조건설의 내용을 설명하면서 비유형적 인과관계(피해자의 특이체질), 인과관계의 중단, 추월적 인과관계, 가설적 인과관계, 이중적 인과관계, 중투적인과관계 등을 제시한다.

5) 김일수(1989, 298-301면) 교수는 인과관계의 제이론들을 설명하기에 앞서서 "인과관계가 문제되는 사례군"이라는 표제하에 여러 유형들을 정리하고 있고, 배종대(1996, 208-210) 교수도 인과관계이론의 첫 머리에서 "인과관계의 종류"라는 표제하에 전체적으로 인과관계의 유형들을 정리하고 있다.

6) 이하 내용정리는 주로 김일수(1989, 298-301면)교수와 배종대(1996, 208-210면)교수의 글을 참조한 것이다.

(나) 이중적 인과관계(Doppelkausalität)

단독으로도 같은 결과를 야기시킬 수 있는 여러 개의 행위들이 결합하여 일정한 결과를 발생시킨 경우로서 택일적 인과관계(alternative Kausalität)라고도 한다. 갑과 을이 각기 치사량의 독약을 병에게 먹였고 병이 사망한 경우가 그 예로 거론된다.⁷⁾

(다) 누적적 인과관계(중루적 인과관계, kumulative Kausalität)

단독으로는 해당 결과를 야기시킬 수 없는 여러 개의 행위들이 공동으로 작용하여 동 결과를 발생시킨 경우이다. 갑과 을이 각기 치사량 미달의 독약을 병에게 건네주었는 바, 병은 이를 모두 먹고 죽은 경우가 그 예로 거론된다.

(라) 가설적 인과관계(hypothetische Kausalität)

수개의 행위가 얽혀서 개입되어, 현실로 결과를 발생시킨 해당 행위가 없었더라도(if) 다른 행위에 의해 결과가 발생했을 경우이다. 현실로 결과가 발생된 시점이 가설적 인과과정이 진행하였을 때 결과가 발생되었을 시점보다 앞서는가 동일한가에 따라 다시 다음의 두 경우로 나뉜다.

(라-1) 추월적 인과관계(überholende Kausalität)

가설적 인과관계 중 해당 행위의 개입으로 말미암아 결과발생의 시점이 앞당겨진 경우이다. 사형이 집행되기 전에 피해자의 가족이 뛰어 들어 사형수를 먼저 살해해 버린 경우가 그 예로 거론된다.

(라-2) 경합적 인과관계(einholende Kausalität)

가설적 인과관계 중 어느 행위에 의하더라도 결과발생의 시점이 동일했을 경우를 말한다. 그 실례로는 갑과 을이 치사량의 독약이 든 주스잔을 병에게 건넸고, 병은 갑이 건넨 주스를 마시고 사망하였는 바, 그렇지 않았더라면 을이 건넨 주스를 마시고 역시 동일한 시간에 사망했을 경우를 들 수 있다.

(마) 단절적 인과관계(abgebrochene Kausalität)

이미 인과과정이 진행되는 도중에 제3의 독립적인 행위가 개입되어 기왕의 인과과정을 단절시키고 자기 나름의 인과과정을 진행시키는 경우를 일컫는다. 독약의 약효가 발생하기 전에 제3자가 나타나서 음독자를 살해한 경우가 그 예이다.

(바) 비유형적 인과관계(atypischer Kausalverlauf)

일정 행위가 결과를 야기하는 도중에 비유형적인 다른 원인이 개입하여 결과를 발생시킨 경우이다. 공격받은 피해자가 특이체질로 인해 사망한다든가 앰블런스로 호송되던 도중 앰블런스

7) 동 사례는 Schönke-Schröder(1997), S. 160에서 옮긴 것이다. 이에 반해 김일수(1989), 298면은 이중적 인과관계의 예로서 23인의 칼에 의해 시이저가 암살된 사건을 거론한다(시이저 암살사건의 처리에 대해서는 여러 의견이 개진되어 있다. 예를 들어 Jescheck(1996), S. 282는 누적적 인과관계의 한 예로서 설명하기도 한다). 하지만 시이저 암살사건은 역사적으로 검토할 때 23인 사이에 공모가 있었다고 해야 할 것이므로 공동정범의 사례로 다루는 것이 타당하다.

사고로 사망한 경우 등이 그 예로서 거론된다.⁸⁾

2. 유형분류에 있어서 전체적인 체계수립의 필요성

우리는 앞에서 그 동안 제시되어 온 인과관계의 각 유형들을 살펴보았다. 그런데 이러한 기존의 논의에서는 문제되는 몇몇 인과관계 유형들만이 평면적으로 열거되어 있을 뿐 전체적인 유형분류의 틀은 제시되어 있지 않다. 즉, 독일에서 논의되던 각 인과관계 유형들이 마치 '또 하나의 특이하고 회한한 형태를 덧붙이는 식으로' 소개만 되어 있어서, 과연 기본적 인과관계부터 비유형적 인과관계까지의 각 유형들이 각기 어떤 체계상의 위치를 차지하고 있으며 그들 간의 관계가 어떠한지 등이 불분명하고, 심지어 위에서 제시된 각 유형들이 '이야기될 수 있는 모든 경우의 수'를 전부 포함한 것인지, 아니면 특이한 몇몇 경우들만을 기록해 놓은 것인지도 확실하지 않다. 그리하여 이러한 체계의 결여로 인하여 다음의 문제점들이 생겨난다.

첫째, 각 인과관계의 유형들을 이해함에 있어서 혼선이 발생한다. 예를 들어 이중적 인과관계가 단독으로 같은 결과를 야기시킬 수 있는 여러 개의 행위들이 결합하여 일정한 결과를 발생시킨 경우이고, 가설적 인과관계가 수개의 행위가 얽혀 개입되었으면서 현실로 결과를 발생시킨 해당 행위가 없었다라도 다른 행위에 의해 결과가 발생했을 경우를 이야기하는 것이라면, 과연 전자는 후자에 포함될 수 없는 것인지, 없다면 양자는 어떻게 구별되는 것인지 등의 의문이 제기된다. 아울러 이러한 의문은 추월적 인과관계와 단절적 인과관계 간에서도 생겨나는데, 전자가 이미 진행 중인 인과과정을 제3의 행위로 추월하는 것이고 후자가 제3의 독립적인 행위에 의해 기왕의 인과과정을 단절시키는 것이라면 과연 추월과 단절의 차이는 무엇인지 구별이 곤란하다는 이야기이다.

둘째, 위 각 유형들은 결국 인과관계 존부의 판정을 위해 주장된 각 학설들의 이론적 정합성을 검토하기 위해 제시된 것들이면서도 전체적인 체계의 결여로 인해 동 작업의 종합적인 수행을 불가능하게 한다. 즉, 조건설의 경우만 예로 들어도 조건설은 사실론적 차원에서 결과야기 행위가 판명된 경우와 판명되지 않은 경우가 달리 처리될 수 밖에 없는 이론구조를 지니고 있는 바(이에 관한 구체적인 내용은 후술한다), 위 각 유형들은 과연 어떤 것이 전자의 경우이고 어떤 것이 후자의 경우인지 불분명하여서 조건설에 의할 때 각 유형들이 어떻게 해결되는지 일의적으로 설명하기 곤란해 진다는 것이다. 그리하여 지금까지 이야기된 것들은 그저 가설적 인과관계와 비유형적 인과관계에 있어서 조건설이 만족할 만한 결과를 낸다는 등 못 낸다는 등, 누적적 인과관계에 대한 조건설의 해답이 옳다는 등 그르다는 등 하는 단편적인 논의에만 치중

8) 신양균(1993 B), 194면은 비유형적 인과관계를 누적적 인과관계의 한 경우로 이해하기도 한다. 그러나 누적적 인과관계는 개입된 모든 행위가 독자적인 결과야기 가능성을 가지지 못하는 경우임에 반하여, 비유형적 인과관계는 적어도 후행행위의 경우 독자적인 결과야기 가능성을 지니는 것이라는 점에서 양자는 구별된다.

되어 왔고, 조건설이 위 각 유형들에서 어떠한 해결능력을 나타내는지에 대한 전체적이고 종합적인 평가는 발견되지 않는다.

그리하여 이러한 인식을 바탕으로 이 글은 지금까지 제시된 인과관계의 여러 유형들을 전체적인 하나의 틀 속에서 재점검하고 재배치하는 시도를 해보고자 하는 것인데 구체적인 내용은 항을 바꾸어서 설명한다.

3. 기본적 인과관계와 복수행위(複數行爲)의 인과관계

인과관계의 유형은 우선 하나의 행위만이 결과야기에 관여한 경우와 수개의 행위가 인과과정에 개입된 경우로 나뉘어 질 수 있다. 즉, 갑이 을을 칼로 찔러 살해한 경우와 같이 하나의 행위가 다른 개입요소 없이 독자적으로 결과를 발생시킨 경우가 있는가 하면, 갑의 상해행위와 병의 교통사고가 복합적으로 작용하여 을의 사망을 야기시킨 경우와 같이 수개의 행위가 결과발생에 관여한 경우가 있을 수 있다. 통상 전자의 경우를 기본적 인과관계라고 하는 바, 이것이 가장 일반적이고 보편적인 인과관계의 유형임은 물론이다. 이에 대해 후자의 경우를 통칭하는 용어를 만들어 본다면 복수행위의 인과관계라고 할 수 있지 않을까 생각된다. 아울러 이 두 유형 중에서 기본적 인과관계는 비교적 손쉽게 인과관계의 존부여부가 확정된다. 하지만 복수행위의 인과관계는 다시 여러 가지의 유형으로 분류되어지고, 인과과정의 확정도 간단하게 해결되지 않는다. 따라서 후자의 경우는 다시 항을 바꾸어 상세히 살펴 보기로 하고, 여기서는 우선 전자의 기본적 인과관계가 어떤 구조를 가지고 있는지에 대해서만 확실하게 확인하기로 한다. 결론적으로 말해 기본적 인과관계는 다음 <그림 1>과 같은 구조를 지닌 인과관계이다.⁹⁾

<그림 1 : 기본적 인과관계>

행위 —————> 결과

실선은 인과과정 진행을 의미함.

4. 복수행위 인과관계의 여러 유형

복수행위의 인과관계에는 여러 유형이 있을 수 있는 바, 앞에서 정리·설명하였던 이중적 인

9) 이하 인과관계의 유형에 관한 그림들은 Haft(1990), S. 60에서 시사받은 바 크다. 하지만 분류유형과 구체적인 그림의 내용에서는 나름대로의 차이를 지니고 있다고 생각한다. 참고로 Haft는 인과관계의 유형을 기본적 인과관계(Grundstruktur), 택일적 인과관계(Alternative Kausalität), 누적적 인과관계(Kumulative Kausalität), 비유형적 인과관계(Atypischer Kausalverlauf), 가설적 인과관계(Hypothetische Kausalität), 인과관계의 중단(Abgebrochene Kausalität)로 구분하고 있다.

과관계, 누적적 인과관계, 가설적 인과관계, 비유형적 인과관계 등도 모두 수개의 행위가 결과야기에 관여한 경우들이다. 하지만 이미 살펴본 바와 같이 복수의 인과관계 유형을 그저 나열식으로 설명하고 그치는 것은 각 유형들 간의 비교적·체계적 이해나 인과관계 제학설의 이론적 적용에 있어서 일정한 한계를 들어낸다. 따라서 복수의 인과관계 유형을 수집·정리하기 위한 전체적인 체계를 구축하는 작업이 중요한데, 여기서는 조건설의 적용을 전제로 체계수립을 시도해 본다는 차원에서 조건설 적용의 결정적 관건인 결과야기행위의 판명여부를 1차적인 구별의 표지로 하여 체계를 구축하고자 한다. 즉, 조건설은 후술하는 바와 같이 사실론적 차원에서 인과과정이 어느 만큼 확실하게 확정되는가에 따라 그 적용의 해답이 달라지는 이론인 만큼, 동 설의 적용을 전제로 체계를 수립하기 위해서는 결과야기행위의 사실적 판명여부를 가장 중요한 기준으로 하여 각 유형들을 재편성해야 할 것이라는 이야기이다. 이렇게 볼 때 복수인과관계의 유형은 우선 다음과 같이 나누어 진다.

(가) 결과야기행위가 단독의 특정행위로 판명되는 경우

(나) 결과야기행위가 집합행위로 판명되는 경우

(다) 결과야기행위가 판명되지 않는 경우

이하에서는 이러한 각 경우들을 항 별로 나누어 설명하기로 한다.

4-1. 결과야기행위가 단독의 특정행위로 판명되는 경우

복수의 행위 중 하나의 특정행위가 결과를 야기하였음이 사물논리적으로나 사후의 검증에 의해 판명된 경우이다. 하지만 동 그룹은 다시 수개의 행위 각각이 어느 정도 강력한 결과야기 가능성을 지니고 있는지, 수개의 행위 상호간의 관계는 어떠한지 등에 따라 여러 유형으로 나뉠 수 있는 데, 구체적으로 분류하면 다음과 같다.

(1) 복수의 강력한 행위 중 단독의 특정행위만이 결과야기행위로 판명되는 경우

이는 단독으로도 결과를 발생시킬 수 있는 수개의 강력한 행위가 개입하였으나 그중 하나의 특정행위만이 결과를 야기시킨 것으로 판명된 경우를 말한다. 즉, 갑과 을이 각기 병의 사망을 초래할 정도의 살해행위를 하였으나 병의 사망을 직접적으로 야기한 것은 갑의 행위로 판명되었다고 하는 경우이다. 이렇게 볼 때 기존의 논의에서 분류한 여러 유형들- 이중적 인과관계, 누적적 인과관계, 가설적 인과관계, 단절적 인과관계, 비유형적 인과관계 - 중에서 누적적 인과관계와 비유형적 인과관계는 일단 동 그룹에 편성될 가능성이 없는 것으로 판단된다. 왜냐하면 누적적 인과관계에서는 개입된 복수의 행위가 모두 독자적인 결과야기 가능성을 지니고 있지 못하고, 비유형적 인과관계에서는 후에 개입된 행위는 독자적인 결과야기 가능성을 지니지만 먼저 행해진 행위가 동 가능성을 지니고 있지 않기 때문에, 결국 단독으로도 결과를 발생시킬

수 있어야 한다는 등 그룹의 전제요건을 충족시키지 못하기 때문이다. 따라서 남는 것은 이중적 인과관계와 가설적 인과관계, 단절적 인과관계 정도인데, 이 중에서 다시 이중적 인과관계는 수개의 강력한 행위가 말 그대로 이중적으로 작용하여 - 이중적이라는 말은 행해진 모든 행위가 결과야기에 관여되었다는 이야기이다. 결과를 발생시킨 것이므로 이는 결과야기행위가 어느 것인지 구체적으로 판명되지 못한 경우로 이해하는 것이 타당하리라 사료된다.¹⁰⁾ 즉, 이중적 인과관계는 수개의 강력한 행위가 행해져서 결과가 발생한 후 아무리 사후조사를 하여 보아도 그 중 어느 행위가 결과발생에 직접적으로 관여하였는지 판명되지 못한 경우를 의미한다는 이야기이다. 이렇게 보면 등 그룹의 특수유형으로 남는 것은 가설적 인과관계와 단절적 인과관계 뿐이다. 즉 가설적 인과관계는 현실로 결과를 발생시킨 특정행위가 없었더라도 다른 행위에 의해 결과를 발생시킬 수 있을 정도로 수개의 행위가 얽혀 있는 경우이고, 단절적 인과관계는 이미 하나의 행위가 결과발생을 목표로 인과과정을 진행 내지 추동시키고 있는 상황 하에서 제3의 독자적인 행위가 개입하여 결과를 발생시킨 경우이므로, 양자 모두 개입된 수개의 행위가 독자적인 결과발생가능성을 지니고 있어야 한다는 점과 그 중 현실로 결과를 발생시킨 행위가 하나의 특정행위로 판명되어야 한다는 점이 모두 충족된다. 따라서 기존의 논의에서 거론된 유형들 중에서 등 그룹에 편성될 수 있는 것은 가설적 인과관계와 단절적 인과관계라고 할 수 있는 데, 이 글은 단절적 인과관계의 경우 가설적 인과관계의 한 종류로 포섭시킬 수 있다는 인식을 바탕으로 소위 가설적 인과관계의 유형을 체계적으로 정리해 보기로 한다.

(가) 추월적 인과관계

기존의 논의에 의할 때 가설적 인과관계의 첫 번째 유형은 추월적 인과관계이다. 아울러 추월적 인과관계는 가설적 인과관계 중에서 결과야기행위로 판명된 특정행위로 말미암아 결과발생이 앞당겨진 경우를 말한다고 설명된다. 즉, 추월적 인과관계는 다음의 요건을 내용으로 하는 인과관계 유형으로 분석된다.

- (i) 복수의 행위가 개입되었을 것
- (ii) 복수의 행위는 각기 독자적으로도 결과야기 가능성이 있는 행위일 것
- (iii) 단독의 특정행위가 결과를 발생시킨 것으로 판명될 것
- (iv) 결과야기 행위의 개입으로 말미암아 결과발생의 시기가 앞당겨졌을 것

아울러 이러한 요건을 충족시키는 사례로는 통상 갑이 병에게 치사량의 독약이 든 주스잔을 건넸으나 병이 마시기 전에 을이 병을 칼로 찔러 죽인 경우가 거론된다. 즉, 동 사례는 (i) 갑

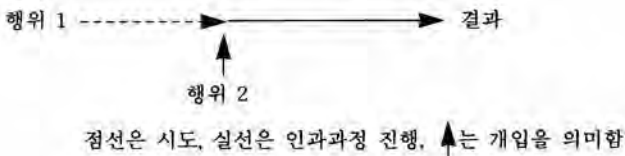
10) 이에 대해 이중적 인과관계에 결과야기행위가 판명된 경우와 판명되지 못한 경우가 모두 포함되는 것으로 이해하는 견해도 있다(윤용규(1996), 127-128면 참조). 하지만 이러한 이해는 옳지 않다. 이중적 인과관계의 외양을 갖추면서 결과야기행위가 판명되는 경우는 - 이는 곧 독자적으로 결과야기 가능성을 지닌 수개의 행위가 행해졌으면서도 실제 결과를 발생시킨 하나의 행위가 판명된 경우를 말한다 - 결국 가설적 인과관계의 하나로 다루어져야 할 것이기 때문이다.

의 독살시도와 을의 자살(刺殺)시도라는 복수의 행위가 개입된 것이고, (ii) 갑의 독살 및 을의 자살(刺殺)은 모두 독자적으로도 병의 사망을 야기시킬 만한 행위이며, (iii) 사후조사에 의해 병의 사망을 야기시킨 것은 을의 자살(刺殺)이었음이 판명되었고, (iv) 을의 행위로 말미암아 병의 사망이 앞당겨졌으므로 추월적 인과관계의 한 사례라고 이야기할 수 있는 것이다.

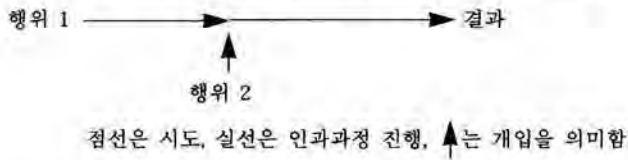
나아가 이 글은 기존의 논의가 소위 단절적 인과관계라고 부르는 유형도 여기에서 제시한 추월적 인과관계의 한 경우로 취급될 수 있다고 생각한다. 즉, 통상적으로 거론하는 단절적 인과관계의 예는 갑이 병에게 치사량의 독약을 든 주스잔을 건넸고 병이 마셨으나 독약이 몸에 퍼지기 전에 을이 병을 칼로 찔러 살해한 경우 정도인 바, 동 사례에서도 (i) 갑의 독살시도와 을의 자살(刺殺)시도가 복수로 개입되어 있고, (ii) 양 행위는 모두 병의 사망을 야기시킬 만큼 심각한 것이며, (iii) 병의 사망에 연결된 행위는 을의 자살(刺殺)이라는 특정행위이고, (iv) 을의 행위가 병의 사망을 앞당겼으므로 추월적 인과관계의 4가지 요건을 모두 충족시키는 것이다. 따라서 동 사례는 추월적 인과관계의 한 경우이고, 단지 동 사례는 전 사례와 비교하여 볼 때 추월이 발생할 당시에 가설적 행위의 인과과정 진행단계가 어느 정도였는가 하는 점에서만 차이가 난다고 생각된다. 즉, 전 사례는 가설적 행위가 아직 구체적 인과과정을 진행시키지 않은 상태에서(갑의 독살행위 단계는 주스잔을 단지 제시만 한 수준이었다) 현실적 행위가 추월한 것이고, 동 사례는 가설적 행위가 인과과정을 진행 내지 추동(追動)시킨 상태에서(갑의 독살행위 단계는 음독까지 시킨 수준이었다) 현실적 행위가 추월한 것이라는 이야기이다.

이렇게 보면 기존의 논의에서 제시된 단절적 인과관계라는 것은 그러한 유형이 독립적으로 있다고 이해하기 보다는, 추월적 인과관계에 (가-1) 가설적 행위가 결과야기를 목표로 제시된 상태에서 다른 행위가 개입되어 더 빨리 결과를 야기시킨 경우와 (가-2) 가설적 행위가 결과야기를 목표로 구체적으로 인과과정을 진행 내지 추동시킨 상태에서 다른 행위가 개입되어 더 빨리 결과를 야기시킨 경우의 두가지 유형으로 나뉘어지며, 단절적 인과관계는 이 중 후자의 경우를 의미하는 것이라고 이해하는 것이 더 바람직하다. 그리하여 이러한 이해를 바탕으로 추월적 인과관계의 구조를 그림으로 나타내면 다음과 같다

〈그림 2A : 추월적 인과관계 A〉



〈그림 2B : 추월적 인과관계 B(단절적 인과관계)〉



(나) 경합적 인과관계

기존의 논의는 가설적 인과관계의 두 번째 유형으로 경합적 인과관계를 거론한다. 아울러 경합적 인과관계라는 것은 가설적 인과관계 중에서 결과발생 시기에는 전혀 변동이 초래되지 않은 유형이라고 설명한다. 이러한 이해에 의할 때 경합적 인과관계의 요건은 다음과 같이 열거될 수 있다

- (i) 복수의 행위가 개입되었을 것
- (ii) 복수의 행위는 자기 독자적으로도 결과야기 가능성이 있는 행위일 것
- (iii) 단독의 특정행위가 결과를 발생시킨 것으로 판명될 것
- (iv) 결과야기 행위의 개입으로 말미암아 결과발생 시기에는 전혀 변동이 없을 것

아울러 이러한 경합적 인과관계도 앞에서 설명한 추월적 인과관계에서와 마찬가지로 적어도 이론상으로는 (나-1) 가설적 행위가 결과야기를 목표로 제시만 된 상태에서 다른 행위가 개입되어 결과를 야기시킨 경우와 (나-2) 가설적 행위가 결과야기를 목표로 구체적으로 인과과정을 진행 내지 추동시킨 상태에서 다른 행위가 개입되어 결과를 야기시킨 경우의 두가지 유형으로 나뉘어 질 수 있다. 즉, 갑과 을이 각기 치사량의 독약이 든 쥬스잔을 병에게 건넸으나, 병은 을이 건넨 쥬스잔만을 마시고 사망한 경우는 전자의 사례이고, 갑과 을이 각각 병에게 치명상을 가했으나 병은 을의 치명상으로 사망하였을 뿐만 아니라 을의 치명상이 없었더라도 갑의 치명상에 의해 동일 시점에 사망하였을 것 까지 밝혀진 경우가 후자의 사례이다.

하지만 위 두 유형 중 후자는 대부분 거론되는 경우가 없는데, 이는 동 경우의 성립이 현실적으로 너무 어렵기 때문이라고 생각된다. 즉, 동 경우는 수개의 행위가 이미 인과과정을 추동시켜야 한다는 요건과 현실적 결과발생의 시점이 가설적 결과발생의 시점과 동일해야 한다는 두가지 요건을 모두 충족시켜야 하는 바, 이 양자의 공동 충족은 거의 불가능하기 때문에 기존의 논의에서도 동 경우의 실례는 찾아보기 힘들었다는 이야기이다. 하지만 적어도 이론적으로 가능한 경우의 수를 생각함에 있어서는 동 경우까지 포함시키는 것이 논리적 정합성을 갖추는데 유익하다는 판단하에, 동 경우까지 포함하여 경합적 인과관계의 구조를 그림으로 나타내면 다음과 같다.

〈그림 3 A : 경합적 인과관계 A〉



점선은 시도, 실선은 인과과정 진행을 의미함

〈그림 3 B : 경합적 인과관계 B〉



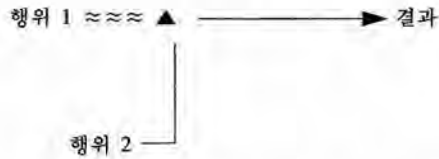
실선은 인과과정 진행을 의미함

(2) 복수의 행위 중 특정행위만이 결과야기 가능성이 있는 경우

복수의 행위가 개입되긴 하였지만 결과야기 가능성이 있는 강력한 행위는 특정행위 뿐이어서 결과발생 행위가 쉽게 판명되는 경우를 말한다. 아울러 이러한 유형의 가장 대표적인 것으로는 소위 비유형적 인과관계를 들 수 있는 바, 이는 복수행위의 관계가 '무대제공과 주연역할'의 형태로 설정되는 경우이다. 즉, 하나의 행위가 그 자체만으로는 결과를 야기할 수 없으나 다른 행위가 개입될 수 있는 무대를 제공하고 그 무대 위에서 다른 강력한 행위가 개입되어 결과야기의 주연으로서 역할하는 경우이다. 그러한 사례로는 갑이 을에게 상해만 입힌 상황에서, 을이 입원해 있는 병원에 화재가 발생했다든지 을을 수술한 의사의 의료과실에 기인하여 을이 사망한 경우가 거론되는 바, 동 사례들에서는 독자적으로 결과를 야기할 역량을 갖춘 행위는 후에 개입된 행위 뿐이라는 사실에서 결과야기행위의 판명이 자연스럽게 이루어 진다. 따라서 이러한 비유형적 인과관계의 성립요건은 다음과 같이 분석될 수 있을 것이다.

- (i) 복수의 행위가 개입되었을 것
 - (ii) 복수의 행위 중 결과야기 가능성이 있는 행위는 하나의 특정행위 만일 것
 - (iii) 문제되는 특정행위에 의해 결과가 발생했음이 확인될 것
 - (iv) 복수의 행위는 '무대제공과 주연역할'의 관계에 있을 것
- 나아가 이러한 비유형적 인과관계의 구조를 그림으로 나타내면 다음과 같이 된다.

〈그림 4 : 비유형적 인과관계〉



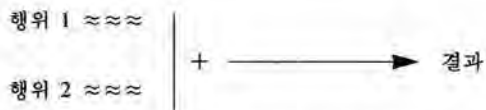
≈≈≈는 무대제공, 실선은 인과과정 진행을 의미함

4-2. 결과야기행위가 집합행위로 판명되는 경우

이는 결과야기의 과정이 판명되기는 하지만 특정행위가 결과를 야기시킨 것이 아니고 그에 개입된 수개의 행위가 복합적으로 작용하여 결과를 야기시킨 경우를 말한다. 다시 말하면 각기 독자적으로는 해당결과를 야기시킬 수 없는 수개의 행위가 공동으로 작용하여 해당결과를 야기시킨 경우인 바, 예를 들어 갑과 을이 각각 치사량 미달의 독약이 든 쥬스잔을 병에게 건넸으나 병이 두 잔을 모두 마셔서 치사량 초과의 상태로 되어 사망한 사례가 그러하다. 기존의 논의는 이 경우를 가리켜서 누적적 인과관계 혹은 중루적 인과관계라고 하는 바, 이 경우는 각자의 행위가 모두 결과를 야기하기에 불충분한 행위이므로 행위의 성격상 특정행위를 결과야기 행위라고 하는 것이 불가능하지만, 그 전체의 행위가 합쳐져서 결과를 야기하였다는 점은 명백하게 밝혀진다. 이러한 누적적 인과관계의 성립요건을 분석하면 다음과 같다.

- (i) 복수의 행위가 개입되었을 것
 - (ii) 복수의 행위는 모두 독자적으로는 결과야기 가능성이 없는 행위일 것
 - (iii) 복수의 행위가 누적적으로 작용하여 결과가 발생된 것으로 판명될 것
- 아울러 누적적 인과관계의 구조를 그림으로 나타내면 다음과 같다.

〈그림 5 : 누적적 인과관계〉



+는 누적, 실선은 인과과정 진행을 의미함

4-3. 결과야기행위가 판명되지 않은 경우

복수행위 인과관계 중 마지막 유형은 결과야기행위가 어떤 것인지 판명되지 않은 경우이다.

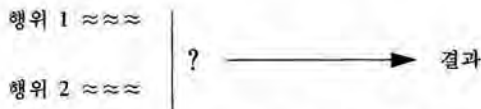
즉, 수개의 행위가 개입되었고 결과가 발생하였는데, 사실론적인 사후조사에 의할 때 결과를 직접적으로 야기한 행위(단독행위이든 집합행위이든 불문하고)가 무엇인지 도무지 밝혀지지 않은 경우를 말한다. 이러한 사례는 현실에서도 많이 발생할 수 있기 때문에 인과관계 제유형 중 반드시 짚고 넘어가야 할 중요한 관심의 대상으로 부각된다.

아울러 기존의 논의에서 제시된 여러 유형들 중에서 이 그룹에 포함되는 것을 검토해 보면 이중적 인과관계가 그 대표적인 것으로 간주될 수 있다고 생각한다. 즉, 이중적 인과관계는 단독으로도 같은 결과를 야기시킬 수 있는 여러 개의 행위들이 결합하여 일정한 결과를 발생시킨 경우라고 설명되는 바, 이것은 각 행위들이 모두 독자적인 결과야기 가능성을 가지고 있는 것이므로 누적적 인과관계에서처럼 집합행위를 결과야기행위라고 할 수가 없을 뿐더러, 만약 특정행위가 결과를 발생시켰다고 판명된다면 이는 가설적 인과관계로 취급될 것이기 때문에, 결국 이중적 인과관계는 결과야기행위가 무엇인지 판명되지 않은 경우에 한정되는 것으로 취급되어야 한다는 이야기이다. 이러한 인식을 바탕으로 소위 이중적 인과관계의 성립요건을 분석하면 다음과 같다.

- (i) 복수의 행위가 개입되었을 것
- (ii) 복수의 행위는 각기 독자적으로도 결과야기 가능성이 있는 행위일 것
- (iii) 결과야기행위가 무엇인지 판명되지 않았을 것

아울러 이중적 인과관계의 구조를 그림으로 나타내면 다음과 같다.

〈그림 6 : 이중적 인과관계〉



살전은 인과과정 진행, ?는 결과야기행위 불판명을 의미함

Ⅲ. 조건설에 의한 문제의 해결

1. 왜 유독 조건설인가?

앞에서도 잠시 언급했듯이 이 글은 인과관계 제이론 중에서 조건설에 큰 관심을 가지고 있는 바, “새로운 것이 좋다”라는 사고가 팽배해 있는 우리의 현실상황 속에서 이 글이 가장 오래된 이론인 조건설을 들먹이는 것은 동 설이 지니는 다음 몇가지의 큰 장점 때문이다.

첫째, 조건설은 가장 상식적인 이론이다. 즉, 후술하겠지만 조건설은 인과과정을 사실론적으로 규명하여 결과야기행위가 무엇인지 밝혀내자는 이론인데, 이렇게 사실적으로 확정된 인과과정을 바탕으로 인과관계 여부를 판단하자는 주장은 당연하고도 자연스러운 상식에 속하는 이야기이다.¹¹⁾

둘째, 조건설은 아주 큰 현실적 유용성을 지니고 있다. 즉, 현실의 인과관계 사례들을 해결함에 있어서 조건설은 다른 어느 이론에 못지 않게 큰 위력을 발휘한다. 아마도 법관들은 의식하던 의식하지 않던 간에 문제되는 사례를 해결함에 있어서 가장 먼저 조건설의 기준을 떠올릴 것이라고 생각한다.¹²⁾

셋째, 조건설은 '가능한 경우의 수'를 해결해 내는 논리적 정합성에서 있어서 아주 뛰어난 능력을 나타낸다. 즉, 조건설은 인과관계의 제유형들을 빠짐없이 일관된 논리에 의해 해결해 내는 장점을 지니고 있다는 것이다.

아울러 이 글은 이러한 여러 장점들 중에서 첫 번째와 두 번째의 언급은 큰 설명없이도 인정·확인될 수 있는 것이라 생각되지만, 마지막에 제시한 논리적 정합성의 부분에 대해서는 과연 그러한지 구체적인 설명이 덧붙여져야 할 것으로 판단된다. 즉, 조건설이 앞의 장에서 제시한 인과관계의 여러 유형들을 모두 해결해 낼 수 있는가 하는 문제이다. 이에 대해 차례로 살펴보면 다음과 같다.

2. '처음의 조건설'에 의한 문제해결

주지하는 바와 같이 조건설이란 형법학상 가장 먼저 제시되었던 인과관계이론이며¹³⁾, 기본적으로 형법학상 인과관계의 문제를 사실론적 차원에서 해결하려는 이론이다. 즉, 형법상 인과개념을 자연과학적, 논리적 인과개념과 동일한 것으로 파악하여 소위 *Conditio* 공식에 의해 인과관계를 확정한다. 즉 전자가 없으면 후자도 존재하지 않았으리라(*Conditio sine qua non*)고 인정되

11) 이러한 차원에서 벨첸의 다음 이야기는 다소 과장된 측면이 있긴 하지만 인과관계 해결의 일차적이고도 본질적인 과정이 어디에 있는 것인지 적절히 설명해 주는 것으로 평가된다: "인과개념은 법률적인 개념이 아니라 사실적인 범주(*eine Seinskategorie*)에 속하는 개념이다. ... 즉, 그것은 실제 사건이 벌어진 과정 속에서 존재하는 것(*Aufeinanderfolge des realen Geschehens*)이며, ... 사건 자체와 같이 현실적인 것이다. 그리하여 법은 이러한 존재론적 인과개념(*ontologischer Kausalbegriff*)에서 출발해야 하는 것이지 특수한 법률적 인과개념을 따로 설정해서는 안된다."(*Welzel*(1969), S. 43)

12) 각국의 판례가 일반적으로 조건설을 원용하고 있는 것은 이 때문이라고 생각한다. 주지하는 바와 같이 독일의 연방대법원은 조건설을 취하고 있으며(BGH 1, 332 ; BGH 7, 112 ; BGH 10, 291 ; BGH 4, 360 ; 구체적인 내용은 Jescheck(1996) S. 280 ff. 참조), 일본의 판례도 조건설을 견지하고 있다(大塚 仁 等(1989), 126-127面). 아울러 우리 대법원에서도 과거의 판례이긴 하지만 1955, 5, 24, 4288 형상 26이나 1955, 6, 7, 4288 형상 88 등은 조건설을 채택하였다고 평가되고 있다.

13) 익히 알려진 바와 같이 동 설은 1870년 오스트리아의 소송법학자인 Julius Glaser에 의해 고안되었고, 1873년 독일제국법원의 법관이던 Maximilian von Buri에 의해 구축되었다. 즉, 19세기 후반에 이미 등장된 이론인 것이다(*Leipziger Kommentar*(1993), Vor §13, Rdn. 54)

면 전자와 후자사이에는 인과관계가 있다고 하는 것이다. 아울러 이 공식을 수정없이 그대로 적용해 보려 했던 초기의 조건설을 통상 학자들은 처음의 조건설이라 부른다.

그러면 문제는 이러한 처음의 조건설에 의할 때 앞 장에서 제시한 인과관계의 제유형들이 어떻게 해결되는가 하는 것인데, 차례로 검토하면 다음과 같다.

(1) 기본적 인과관계의 해결

결과발생에 하나의 행위만이 개입된 기본적 인과관계(그림 1의 경우)에서는 사실적으로 규명된 인과과정의 내용에 기초하여 *conditio* 공식이 별 무리없이 문제해결의 기준으로 적용될 수 있다. 따라서 인과과정의 사실론적 확인만이 수행해야 될 과제로 남게되는 셈이다. 하지만 기본적 인과관계와는 달리 복수행위 인과관계에서는 인과과정의 사실론적 규명 이외에도 논리적인 차원에서부터 처음의 조건설은 난관을 겪게 된다. 이에 대해서는 항을 바꾸어 설명한다.

(2) 가설적 인과관계의 경우

가설적 인과관계는 앞서 설명한 바와 같이 '복수의 강력한 행위 중 단독의 특정행위만이 결과야기행위로 판명되는 경우'이다(그림 2A와 2B의 추월적 인과관계 및 그림 3A와 3B의 경합적 인과관계 포함). 그리하여 이 경우들은 결과를 야기시킨 특정행위가 판명되었으므로 그 행위에 대해서는 인과관계가 인정되어야 할 것이지만, *conditio* 공식에 의하면 해당 행위가 없었다라도 다른 행위에 의해 결과는 야기되었을 것이므로 해당 행위에 대해서도 결과에 대한 인과관계가 인정되지 못하는 모순이 발생한다. 그리고 이러한 논리진행은 여타의 행위들을 대상으로 놓고 보아도 모두 마찬가지여서 결국 인과관계를 인정할 수 있는 행위가 하나도 없다는 결론에 봉착하는 것이다. 즉, 인과관계를 인정할 특정행위가 있음에도 불구하고 개입된 모든 행위에 인과관계가 부정되는 모순이 발생한다.

(3) 비유형적 인과관계의 경우

비유형적 인과관계는 '하나의 약한 행위가 제공한 무대 위에서 다른 강력한 행위가 결과를 야기한 경우'로서(그림 4의 경우), 여기서도 후의 강력한 행위가 결과야기행위로 쉽게 판명된다. 하지만 동 유형에 조건설의 공식을 대입시키면 전의 행위가 없었을 경우 후 행위가 개입될 무대 자체가 제공되지 않아 결과는 발생되지 않았을 것이므로, 전의 행위에까지 발생된 결과와 관련한 인과관계가 인정되는 것이다. 아울러 이러한 논리조작은 후의 행위를 독립변수로 놓고 하여도 동일하므로 결국 전, 후의 두 행위에 모두 인과관계가 인정되는 것이다. 그리하여 특정 행위(후의 행위)에만 인과관계가 인정되어야 함에도 불구하고 개입된 모든 행위에 인과관계가 인정되는 모순이 발생한다.

(4) 누적적 인과관계의 경우

누적적 인과관계에서처럼 '여러개의 약한 행위가 복합적으로 작용하여 결과를 야기시킴으로써 각 행위의 총합이 결과를 야기시킨 것은 확인되지만 특정행위가 결과를 야기하였다고 볼 수

는 없는 경우'에서도(그림 5의 경우) *conditio* 공식은 한계를 드러낸다. 즉, 이 경우는 각 행위가 그 자체 결과를 야기할 역량이 없는 행위이므로 그러한 행위들에 대해 인과관계가 인정되어서는 안될 것이지만, 조건설의 공식에 의하면 개입된 모든 행위에 대하여 각자 "행위가 없었으면 결과가 없었다"라는 결론이 도출되므로 모든 행위에 인과관계가 인정되는 모순된 결과가 나오는 것이다. 즉, 개입된 모든 행위에 인과관계가 부정되어야 하는데, 반대로 개입된 모든 행위에 인과관계가 인정된다.

(5) 이중적 인과관계의 경우

이중적 인과관계는 개입된 수개의 행위가 모두 독자적인 결과야기 가능성이 있는 행위인 경우이다(그림 6의 경우). 따라서 동 유형에 *conditio* 공식을 적용하면 모든 행위에 전부 "동 행위가 없었어도 결과는 (다른 행위에 의해) 발생하였다"라는 명제가 도출되므로, 모든 행위에 인과관계가 부정된다. 따라서 문제는 과연 이러한 결론이 타당한가 하는 것인데, 이에 관해서는 후술한다.

(6) 덧붙일 이야기

사실 처음의 조건설에 대하여 가장 먼저 제기된 비판은 연쇄적 인과관계의 경우에 있어서 조건설은 인과관계의 인정범위를 무한정 확대시킨다는 지적이었다. 즉, 갑이 을을 칼로 찔러 살해한 사건에 있어서 을의 사망이라는 결과에 대해 갑의 살해행위, 병의 칼 판매행위, 정 의 칼 제조행위, 정'의 정 출산행위... 등이 모두 조건설의 공식에 의할 때 인과관계가 인정된다는 지적이다.¹⁴⁾ 그러나 이러한 비판은 타당성이 없다. 왜냐하면 행위론에서 전구성요건적 행위개념이 확실히 구축되었다면 위 사안에서 갑의 살해행위 이외의 행위들은 모두 행위개념에 포함되지 못하며 인과관계 판단의 영역에 가지 넘어 오지도 못하기 때문이다. 즉, 행위개념의 한계적 기능이 충실히 이행된다면 위 사안의 해결은 이미 행위개념 판단의 부분에서 이루어진다는 이야기이다.¹⁵⁾

3. 수정된 조건설의 등장과 이에 의한 문제해결

지금까지 살펴 본 바와 같은 *conditio* 공식은 액면 그대로 적용할 경우 복수행위 인과관계에서 경우 해결할 수 없는 논리적 비정합성을 노출하게 된다. 따라서 동 경우들을 해결하기 위해

- 14) 이러한 비판은 조건설의 문제점을 제기할 때 단골처럼 이야기되는 것이다. 즉, 조건설에 의하면 인류의 모든 범죄가 결국 아담과 이브에게까지 소급되는 무한소급(無限溯及, *regressus ad infinitum*)의 결과가 초래된다는 것이다(이에 대해서는 윤용규(1985), 19면 이하에 잘 정리되어 있다).
- 15) 이와 관련하여 연쇄적 인과관계는 일정한 교정요소(구성요건적 행위개념이나 고의의 내용등)에 의해 해결된다는 주장이 있다. 즉, 갑의 살해행위 이외의 것들은 형법상 살인죄의 살해행위에 해당하지 않거나 살인죄의 고의가 인정되지 않으므로 살인죄에 해당하지 않는 것으로 해결된다는 지적이다. 그러나 이러한 이해는 동 사안의 해결이 적어도 인과관계 부분에서는 이루어 지지 않는다는 점을 전제로 하고 있다. 따라서 이러한 이해 보다는 행위론 부분에서 해결된다고 파악하는 것이 올바른 설명이라 사료된다.

처음의 조건설을 수정하려는 시도가 행해졌는데, 이 중 가장 대표적인 것이 조건설의 공식을 적용시키되 적용의 전제를 '실제로 실현된 상황(實際情況)' 만에 국한한다는 이론이다. 즉, 실제 발생한 상황을 미리 밝혀서 동 정보를 전제로 *conditio* 공식을 적용한다는 것인데, 동 이론의 내용을 명제화해 본다면 다음과 같이 된다: "실제상황(實際情況)을 전제로 하여 전자가 없으면 후자도 존재하지 않았으리라(*Conditio sine qua non*)고 인정되면 전자와 후자 사이에는 인과관계가 있다." 아울러 이러한 수정된 조건설에 의하면 앞에서 제시한 인과관계의 제유형들은 다음과 같이 해결된다.

(1) 기본적 인과관계의 해결

동 유형은 처음의 조건설에서와 마찬가지로 별 문제없이 해결된다. 따라서 인과과정의 사실론적 확인만이 과제로 남는다.¹⁶⁾

(2) 가설적 인과관계의 해결

동 유형은 처음의 조건설에서는 개입된 모든 행위에 인과관계가 부정되는 모순이 발생했으나, 수정된 조건설에 의하면 이러한 문제점이 극복된다. 즉, 동 유형은 '실제 발생된 상황'이 특정행위에 의해 결과가 발생했다는 것이므로, 수정된 조건설에서는 그러한 특정행위에는 결과에 대한 인과관계가 인정되지만 나머지의 행위에는 인과관계가 부정되는 해법이 무리없이 유도되어 나오는 것이다. 그리고 이러한 결론이 우리의 일반적인 정의감정과 합치되는 것은 물론이다.

(3) 비유형적 인과관계의 해결

동 유형에 있어서도 처음의 조건설이 부딪힌 한계는 수정된 조건설에 의해 극복된다. 즉, 여기서도 '실제 발생된 상황'은 강력한 행위에 의한 결과야기의 추동작용 뿐이므로 그 행위는 '*conditio sine qua non*'의 공식을 충족시켜서 인과관계가 인정되지만, 무대만을 제공한 약한 행위는 동 공식이 충족되지 못하여 인과관계가 부정되는 결론이 도출되는 것이다. 이러한 결론 역시 자연스럽게 당연한 것임은 물론이다.

(4) 누적적 인과관계의 해결

수개의 약한 행위가 복합적으로 작용하여 결과를 야기시킨 경우의 문제에 대해서도 수정된 조건설은 불완전하지만 어느 정도의 해결의 단초를 제공해 준다. 즉, 동 경우에 '실제 발생된 상황'은 전체 행위가 집합적으로 작용하여 결과를 야기했다는 사실 뿐인데, 동 사실을 전제로 놓고 '*conditio sine qua non*'의 공식을 대입시키면, 전체의 집합행위를 독립변수로 놓아야 공식 충족이라는 확실한 해답이 나올 뿐이고, 그 중 특정행위만을 떼어서 독립변수로 위치시켜 놓으면 결과가 어땠을지 "모른다"는 대답이 나올 수 밖에 없다. 그리하여 이렇게 동 공식을 적용시킨 해답이 "모른다"라면 이는 공식 불충족이 되는 것이고, 결국 인과관계가 부정되어야 한다.

16) 아울러 Puppe 같은 사람은 이러한 사실관계의 확정도 필연적 결과발생의 조건을 가려낼 필요는 없고 결과를 발생시키는 데 충분한 최소한의 조건만이 판명되면 된다고 설명한다(Puppe(1980), S. 863ff.).

아울러 이러한 논리조작은 동 상황에 개입된 각 행위들에 대해 모두 적용되므로 결국 인과관계를 인정할 특정행위는 하나도 존재하지 않는 셈이 되고, 이는 우리의 정의관념에 합치한다.

(5) 이중적 인과관계의 해결

마지막으로 남은 유형은 이중적 인과관계이다. 동 경우는 앞에서 설명한 대로 처음의 조건설에 의할 때, 어떤 특정행위를 삭제하더라도 다른 행위의 추동력으로 말미암아 결과가 야기될 것이기 때문에 모든 개별행위에 대해 인과관계가 부정되는 결론이 도출된다. 아울러 수정된 조건설에 의하더라도 "실제 발생된 상황"이 판명되지 않았으므로 어떤 특정행위를 독립변수로 갖다 놓아도 *conditio* 공식의 적용이 불가능하여(답은 "모른다"로 나온다) 결국 인과관계가 부정되는 결론이 유도된다. 그리하여 동 경우는 처음의 조건설과 수정된 조건설을 불문하고 개입된 모든 행위에 미수의 죄책만을 지우게 되는데, 그렇다면 과연 이러한 결론이 불합리한가 따져보기로 하자.

우선 일견 생각하면 이러한 결론은 피해자를 억울하게 하여 불합리한 것 같은 생각이 든다. 즉, 분명 피해는 발생하였는데, 기수의 책임을 질 사람이 하나도 없다면 피해자만 억울한 것이니냐는 생각이다. 하지만 관심을 피해자가 아닌 행위자 쪽으로 돌린다면 우리의 생각은 달라진다. 즉, 행위자의 입장에서는 확실히 자기가 질 죄책이 아니라면 자기가 부담질 수 없을 것이니, 자기의 행위로 말미암아 발생한 결과임이 명백히 판명되지 않은 경우라면 마땅히 자기에게 인과관계가 인정되어서는 안된다고 생각할 것이다. 그리하여 결국 남는 것은 과거의 사람(피해자)과 현재의 사람(형벌대상자) 중 어느 쪽의 정의관념을 우선시 해야 할 것인가 하는 문제이니, 여기에서 현재의 정의에 손을 들어 준다 하여 불합리하다고 말할 수는 없을 것이다. 이렇게 보면 동 경우의 해결에 있어서 처음의 조건설과 수정된 조건설이 모두 인과관계의 부정이라는 결론을 도출하는 것은 양 설의 단점이 아니라 오히려 장점이라 할 수도 있다. 이와 관련하여 우리의 형법이 19조에서 독립행위가 경합하여 원인된 행위가 판명되지 않는 경우에 각 행위를 미수로 처리한다고 규정한 것은 동 경우에 있어서 정의의 내용이 무엇이지 분명히 밝혀주고 있는 것이라 생각된다.

(6) 확인할 이야기

지금까지의 논의를 정리하면 적어도 수정된 조건설에 관한 한 인과관계 제유행의 논리적 해결이라는 문제는 깔끔히 결론지워진다. 즉, 기본적 인과관계 뿐 아니라 가설적, 비유형적, 누적적 인과관계의 제유행들이 모두 사리에 맞게 해결되고 이중적 인과관계의 처리방향도 우리의 정의관념에 합치하는 것으로 드러난다. 그리하여 이러한 강점이 있기 때문에 조건설(구체적으로 수정된 조건설)은 가장 오래 된 이론이면서도 여전히 가장 비중있는 인과관계의 이론으로 취급되는 것이다.

IV. 맺는말 - 여타의 인과관계 이론들의 역할 -

이 글은 지금까지 인과관계 유형들의 '가능한 경우의 수'들을 살펴 보았고, 동 유형들을 전제로 조건설의 문제해결 능력을 검토하였다. 그리하여 세간의 오해와는 달리 조건설에는 적어도 논리적인 차원에서는 인과관계 판단의 기준이론으로 채택되기에 충분할 만큼의 역량이 갖추어져 있음을 확인하였다. 그렇다면 이제 제기되는 문제는 조건설 이외의 여타 이론들, 즉, 상당인과관계설, 중요설, 합법칙적 조건설, 객관적 귀속이론 등이 과연 어떠한 효용가치를 지니는 것일까 하는 점이다. 마지막으로 이 문제에 대해 나름대로 언급하고자 하는 것은 이 글이 조건설의 논리적 정합성만을 확인하고 글을 맺을 경우 혹시 있을지 모를 오해가 우려되기 때문이다.

결론적으로 말해 이 글은 인과관계의 기타이론들을 불필요하다거나 폐기처분되어야 한다고 생각하는 것은 아니다. 이 글은 앞에서 조건설이 지니는 논리적인 차원에서의 문제해결 능력을 칭찬하였지만, 이와는 별개로 구체적인 현실에 적용되는 부문에서는 조건설도 나름대로의 한계를 지니는 것이 사실이다. 즉, 조건설의 기준 - 실제정황하에서의 *conditio* 공식 - 을 구체적인 사례에 적용하기 위해서는 결과야기행위의 판명작업이 필수적으로 요청되는데, 동 작업은 실무상 상당히 부담되는 것이어서 종종 법관들은 동 과제를 덮어 둔 상태에서 인과관계 확정의 해답을 내리고 싶은 욕망을 느끼게 되고,¹⁷⁾ 바로 이러한 상황하에서는 상당인과관계설이니 객관적 귀속이론이니 하는 여타의 이론들이 나름의 기능을 발휘하게 되는 것이다. 그리하여 이러한 차원에서 기타 이론들이 갖는 나름의 역할은 조건설의 보충 내지 보조기능으로 보아야 한다는 것이 이 글의 입장이다.

다시 한 번 언급하거나와 인과관계의 본질은 행위와 결과간에 존재하는 '사실적인' 차원의 관련성이다,¹⁸⁾ 따라서 그것의 확정작업은 원칙적으로 사실의 인과과정을 규명하는 차원에서 행

17) 바로 이것이 조건설이 지니는 한계이다. 즉, 사실적인 차원에서의 인과관계 확정이 잘 이루어 지지 않는 경우들에서는 조건설이 힘을 발휘할 수 없다는 것이다. 이런 점은 독일의 여러 학자들에 의해 익히 지적된 바 있다 (Kaufmann, A(1961), S. 200ff.; Maurach-Zipf(1992) S.245; Wessels(1992)S.48; Jescheck(1996)S.280 ff.; Rudolphi-Horn-Günther-Samson(1995) Vor §1 Rn. 40).

18) 황산덕(1982) 54면이 형법에서도 논리적·일반적 인과개념이 타당하다고 한 것은 위와 동일한 인식에 기초한 것으로 생각한다. 그리고 이에 대해 오늘날 다수의 학자들은(이재상(1995) 122-123면; 배종대(1996) 230면) 형법상 인과개념은 자연과학상의 인과개념이 아니라 법적·규범적으로 평가한 인과개념이어야 한다고 주장하나, 인과과정에 규범적 잣대를 들이대는 것은 다음 두가지 경우에 한해야 한다고 생각한다. 첫째, 사실적인 인과진행의 과정이 확실하게 판명되지 않은 경우이다. 이에 대해서는 본문에서 설명하였다. 둘째, 사실적인 인과진행의 과정을 판명해낸 다음에도 최종적으로 형사죄책 여부를 확정짓기 위해서는 다시 한 번 규범의 그물로 걸러내야 할 필요가 있는 것이 사실이다. 하지만 이러한 규범적 평가는 순수한 의미의 인과관계 확정이 아니라, 인과관계 확정 후의 단계에서 행해질 형사책임 판단의 문제라고 해야 할 것이다. 미국의 형사법이 사실적 원인(factual cause)과 법적 원인(legal cause)을 구분하여 전자를 인과관계의 문제로 후자를 형사책임 문제로 구별하는 것은 바로 이러한 시각을 반영한 것이라 생각된다(Hall(1996), p. 79 참조).

해져야 한다. 즉, 인과관계는 사실적으로 “있으면 있고, 없으면 없는 것”이다. 그리고 바로 이러한 작업을 수행하는 것이 조건설이다. 이에 반해 위에서 적시한 기타 이론들은 인과관계를 가치적, 규범적 차원에서 확정하려는 이론들이다. 즉, 일정한 규범적 잣대 - 상당성, 법률적 중요성, 합법칙성, 객관적 귀속성 -를 가지고 인과관계가 “있는 것으로 하겠다, 혹은 없는 것으로 하겠다”라고 재단하는 것이다. 따라서 기타 이론들은 조건설이 사실확정의 역량부족으로 말미암아 나름의 기능을 하지 못하고 물러나는 부분에서만 활용될 가능성을 지니게 된다. 하지만 그러한 영역은 현실에 있어서 생각보다 클 수가 있고, 이러한 현실적 제약상황 때문에 기타 이론이 발전할 여지가 마련되는 것이다. 아울러 이러한 기타 이론들에 대한 검토와 나름의 의견은 다른 지면을 빌려 하기로 한다.

參 考 文 獻

- 김일수, 1989, 형법총론, 박영사.
 김일수, 1992, 한국형법 1, 박영사.
 김종원, 1979, “형법총칙의 해석론적, 입법론적 검토”, 법무자문위원회 논설집 제2집.
 박상기, 1997, 형법총론, 박영사.
 배종대, 1996, 형법총론, 홍문사.
 신양균, 1993A, “객관적 귀속에 관한 구체적 검토 - 자기위태화의 사례들을 중심으로 -”, 고시계 1993년 3월 호.
 신양균, 1993B, “인과관계와 객관적 귀속”, 고시연구 1993년 6월호.
 윤용규, 1985, 형법상 객관적 귀속이론에 관한 고찰, 고려대 석사학위논문.
 윤용규, 1996, 12, “형법의 인과관계 논의에 대한 몇가지 의문”, 법정고시 1996년 12월호.
 이재상, 1995, 형법총론, 박영사.
 이형국, 1997, 형법총론, 법문사.
 황산덕, 1982, 형법총론, 방문사.
 大塚 仁, 河上和雄, 佐藤文哉(編), 1989, 大コンメンタール刑法 第2卷, 青林書院.
 Haft, 1990, Strafrecht A.T., 4 Aufl., Verlag C.H. Beck.
 Hall, Daniel E., 1996, Criminal Law and Procedure, Second Edition, DElmar Publishers.
 Jescheck, 1996, Lehrbuch des Strafrechts A.T., Fünfte Aufl., Duncker & Humblot.
 Kaufmann, Arthur, 1961, “Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht”, Festschrift für Eb. Schmidt
 Leipziger Kommentar, 11 Aufl., 1993 Walter de Gruyter.
 Maurach-Zipf, 1992, Strafrecht A.T., C.F. Müller Juristischer Verlag.
 Puppe, 1980, “Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht”, ZStW 92.
 Rudolphi-Horn-Günther-Samson, 1995, Systematischer Kommentar zur Strafgesetzbuch, Luchterhand.

Schönke-Schröder, 1997, Strafrechtsgesetzbuch Kommentar, 25 Aufl., Verlag C.H. Beck.

Welzel, 1969, Das deutsche Strafrecht, 11 Aufl., Berlin.

Wessels, 1992, Strafrecht A.T., C.F. Müller Juristischer Verlag.

SUMMARY

An Examination of the Types of Causal Relations in terms of the 'sine qua non'

Lee, Seung Ho

(Department of Law, College of Law, Kon-Kuk University)

Some acts are criminal even though the prohibited result does not occur. Causation is not an issue in such crimes. However, for crimes that do require a particular result, the act must be the cause of the result. This article is an attempt to analyze the types of causal relations in such crimes and examine the exact meanings of the 'sine qua non'.

In this article, all types of causal relations are illustrated as follows ; (1) direct cause, (2) complex causes, in which one act is found to be superceding cause and the others are only contributory, (3) complex causes, in which all acts are found to be superceding, (4) complex causes, in which the superceding cause can not be found.

But the main theme of this article is to examine problems of actual causation in terms of the 'sine qua non'. 'Sine qua non' means literally 'whithout which not'. The meanings of it is that an act is the cause of the result if the result would not have ocured unless the act occurred. In this article, 'sine qua non' is applied to all types of causal relations and the achivement of it is sufficiently successful.