

미필적 고의와 인식 있는 과실의 구별

孫 東 權

(建國大學校 法科大學 教授)

< 目 次 >

I. 머리 말	4. 피해자를 차체에 걸친 채 주행한 경우
II. 미필적 고의와 인식 있는 과실의 구별	5. 도주를 시도하다가 일어난 제2의 사고
1. 학설의 대립	6. 교통사고 후 중상자를 방치하여 사망결과를 야기한 경우
2. 우리나라 판례의 태도	7. 피해자를 방치하였으나 그 선행행위가 적법한 경우의 특수문제
III. 도로교통범죄에서의 적용가능성	8. 교통사고 후 뺑소니에 대한 고의
1. 사람(특히 경찰관)을 향한 자동차 돌진행위	IV. 맺는 말
2. 자기 차의 외부에 붙어있는 사람을 흔들어 떨어뜨린 경우	參考文獻
3. 운전 중 다른 차량에 충돌한 경우	

I. 머리말

형법에서 행위자가 고의 또는 과실의 어느 것에 의해서 구성요건적 결과를 야기한 것인지는 매우 중요하다. 왜냐하면 고의범이 원칙적 범죄유형인 반면에, 과실범은 특별한 처벌규정이 있어야 비로소 처벌될 수 있을 뿐만 아니라, 처벌되더라도 고의범에 비하여 매우 경하게 처벌되기 때문이다. 그런데 형법상 고의와 과실이 인정되는 요소는 그 종류에 따라 다르게 구성된다. 일반적으로 고의의 종류는 구성요

진실현에 대한 인식이라는 지적 요소와 구성요건실현에 대한 의적 요소(즉 지적 및 의적 양 요소)의 강도에 따라 나누어진다. 그런데 종래에는 고의의 종류를 확정적 고의와 불확정적 고의로 구분하고, 불확정적 고의는 미필적 고의, 택일적 고의 및 개괄적 고의로 세분하였다.¹⁾ 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 것이다. 그러나 이러한 구분은 고의의 본질이 구성요건실현에 대한 인식(표상)보다는 그 실현에 대한 의사에 있다는 의사설(통설)에 상응하지 못하는 방법이다. 그래서 오늘날의 고의구분은 오히려 행위자의 의적 요소를 기준으로 이루어지는 것이 일반적 태도이다. 이에 의하면 고의는 (i) 목표·의도(Absicht)·제1급의 직접고의, (ii) 知情故意·제2급의 직접고의, (iii) 미필적 고의(bedingter Vorsatz)로 구분된다. 의도 또는 제1급의 직접고의란 행위자가 구성요건의 실현을 직접적 목표 또는 중간목표로서 의욕 했을 때 인정되는 고의(즉 지적 요소와는 관계없이 의적 요소가 최고로 강한 경우에 인정되는 고의)이고, 지정고의 또는 제2급의 직접고의란 행위자가 구성요건의 실현을 최강도로 의욕 하지는 않았으나 자신의 행위로 구성요건이 실현된다는 것을 확실히 알고 감수했을 때 인정되는 고의이며(즉 의적 요소는 다소 약하지만 지적 요소가 확실한 고의), 미필적 고의란 지적 요소와 의적 요소가 모두 약한 고의를 말한다. 그리고 형법상 인정되는 과실에는 인식 있는 과실과 인식 없는 과실의 양자가 있다. (모든 종류의) 고의와 인식 없는 과실 사이에서는 구성요건실현(가능성)에 대한 인식이라는 지적 요소에 의해서 양자는 한계지을 수 있다. 즉 이를 요구하는 (모든 종류의) 고의와 이를 요구하지 않는 인식 없는 과실 사이는 지적 요소에 의해서 쉽게 구별되는 것이다. 문제는 이러한 지적 요소를 공통으로 가지고 있는 고의와 인식 있는 과실의 구별에서 야기된다. 특히 구성요건실현에 대한 인식의 지적 요소가 약한 미필적 고의와 또한 그 정도의 지적요소를 요구하는 인식 있는 과실 사이에서 문제가 발생한다. 즉, 미필적 고의와 인식 있는 과실 사이는 지적 면에서 행위자가 결과발생의 가능성을 인식했다는 점에서는 차이가 없다. 그러면 인식 있는 과실과 미필적 고의를 구별해 주는 다른 요소는 무엇인가? 이에 대해서는 견해대립이 있다. 아래에서 이에 대해 더욱 자세히 살펴보고, 그 결과를 도로교통범죄에 대해 적용해 보고자 한다.

1) 이렇게 구분한 이재상, 형법총론(제4판), 158면.

II. 미필적 고의와 인식 있는 과실의 구별

1. 학설의 대립

(1) 可能性說(Möglichkeitstheorie)

가능성설은 구성요건적 결과발생의 가능성만 인식하면 이미 미필적 고의가 성립한다는 견해이다. 2차 대전 후 Schröder(in: Sauer-FS, 1949, 207 ff.)가 처음으로 주창한 이래 그 당시로서는 많은 추종자를 얻었고, 그 이후 Schmidhäuser(in: GA 1957, 305 ff.)에 의하여 더욱 발전되었다. 이 설은 이미 단순한 결과발생의 가능성의 인식만 있으면 행위자는 범행을 중단하지 않을 수 없기 때문에 결과의 불발생을 신뢰하는 과실범은 이러한 가능성의 인식조차도 부정되어야 성립될 수 있다는 것이다. 이에 의하면 미필적 고의에 대해 인식 있는 과실과 구별할 수 있는 표지를 전혀 제시하지 못한다. 따라서 이 설은 인식 있는 과실의 존재를 부인하는 관점에서 모든 과실은 인식 없는 과실이라고 주장하게 된다.

이 설은 법익침해의 가능성을 인식하였으나 그 결과가 발생하지 않으리라고 믿고 행위 한 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 오늘날 인식 있는 과실의 개념이 일반적으로 인정되고 있으므로 가능성설은 이 개념이 부정되지 않는 한 유지될 수 없다.

(2) 蓋然性說(Wahrscheinlichkeitstheorie)

개연성설은 결과발생의 가능성을 초과하는 개연성을 인식했을 때에는 미필적 고의, 결과발생의 단순한 가능성을 인식했을 때에는 인식 있는 과실을 인정하는 견해이다. 독일의 H. Mayer(LB AT 1953, 250 ff.)가 이 견해를 주창한데에 이어서, Welzel은 결과의 예상(Rechnen mit dem Erfolge)을 고의의 근거로 보았고, Wezel, Strafrecht, 11. Aufl., S. 68.

Ross는 행위자가 범죄구성요건이 실현되리라는 것을 예상한 때에 고의를 인정하였다. Ross, Ueber den Vorsatz, 1979, S. 114.

보통 결과발생의 개연성을 인식하고서 행위자가 행위를 하였다면 결과발생을 감수하겠다는 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 시험 삼아 말을 건넸는데 의외로 기망할 수 있었던 자는 인식 있는 과실을 인정하여야 하는 불합리가 발생한다는 비판도 있다. 그러나 이 설의 근본적인 결점은 가능성설과 마찬가지로 고의의 성립에 의사적 요소를 고려하지 않았다는 점에 있다.

(3) 容認說(Billigungstheorie)

이 설은 행위자가 구성요건적 결과발생의 가능성을 인식하고 이를 내적으로 용인하거나 승낙 하는 정서적 심정적 태도가 있으면 미필적 고의가 되고 그것이 없으면 인식 있는 과실이 된다는 견해이다. 승낙설 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 인식 있는 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. 우리나라 판례가 사용한 '용인'의 의미에 대하여 후술하는 감수설의 감수위사와 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.

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. 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 않

은 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 대형사고야기자에 대해서는 전혀 고의범의 성립을 인정할 수 없게 된다.

(4) 無關心說(Gleichgültigkeitstheorie)

이 설은 Engisch가 주장하는 견해로서, Engisch, Untersuchungen ueber Vorsatz und Fahrlaessigkeit im Strafrecht, 1930, 186 ff.

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. 미필적 고의를 인정하기 위해서는 전술한 인용설의 인용보다는 더 엄격한 의미의 보호법익에 대한 무관심이 있어야 한다는 것이다.

이 설도 결과발생을 가능성을 인식하고 그것을 무관심한 태도로서 수락한 경우에는 고의행위에 대한 징표가 될 수 있다는 점에서는 어느 정도 설득력을 가진다. 그러나 무관심이라는 것도 책임요소에 해당하는 일종의 정서적 요소에 해당한다. 그리고 그 무관심을 부정하는 요소로서 결과불발생에 대한 희망을 든다면 그것은 위에서 설명한 인용설하고 큰 차이도 없다. 따라서 상기한 인용설에 대한 비판이 여기에서 그대로 적용될 수 있다.

(5) 回避說(Vermeidungstheorie)

이 설은 Armin Kaufmann(in: ZStW 70, 77 f.)이 주장하는 견해로서, 행위자가 결과발생의 가능성을 인식하였음에도 회피를 위한 조종의사 즉 회피행위가 없었을 때에는 미필적 고의가 되고, 그 결과발생을 회피할 의사를 실제로 가동했을 때에는 인식 있는 과실에 불과하다는 견해이다. 그러나 형법적으로 의미 있는 것은 행위자가 최종적인 결과발생 자체에 대하여 어떠한 의사를 가졌느냐 이지 그 중간에 회피행위를 하였느냐는 고의성립 여부에 결정적인 것이 될 수 없다. 즉 회피행위는 고

의를 부정하는 한 요소는 될 수 있으나 최종적인 기준은 될 수 없다. 특히 행위자가 회피행위의 성과를 믿지 않고 계속 행위 한 경우에는 비록 회피행위가 있었다라도 고의가 배제되어서는 안 된다.

(6) 決斷說(Entscheidungstheorie)

이 설은 Roxin의 견해로서, 가능한 결과발생에 대한 결단이 있는 경우에 미필적 고의가 되고, 그러한 결단이 없는 경우에는 인식 있는 과실에 불과하다는 견해이다.²⁾ 형법의 기능은 범익보호에 있으므로 행위자의 심정이나 정서에서 고의와 과실을 구별할 것이 아니라 가능한 범익침해에 대한 행위자의 결정에 따라 구별하여야 한다는 것이다.

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

(7) 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.³⁾ 이 설은 최종적인 결과발생 자체에 대한 행위자의 의적 측면을 기준으로 인식 있는 과실과 미필적 고의를 구별하였기 때문에 가장 타당한 견해로 생각한다.

(8) 기타의 견해

Frank는 '만약 행위자가 결과발생에 대한 가능성을 인식한 경우라도 행위 했으리라는 결론에 도달하면 고의가 인정되고, 만약 행위자가 일정한 인식이 있는 경우

2) Roxin, AT, 3. Aufl., S. 393 f.

3) 박상기, 형법총론(전정판), 1999, 109면; 조준현, 형법총론(개정판), 2000, 174면, 손동권, 형법총론, 2004, 133면; 이재상, 형법총론(제4판), 164면.

에는 행위 하지 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.⁴⁾

그러나 행위자가 결과발생에 대한 인식이 있었을 때에 행위 하지 않았으리라는 경우에 미필적 고의의 성립을 부정하는 것은 타당하지 않다. 예컨대 사과를 소녀의 머리위에 올려놓고 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.

2. 우리나라 판례의 태도

(1) “容認意思”를 강조한 판례

[대판 1985.6.25, 85도660]⁵⁾ 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 피의자신문조서 기재에 의하면 피고인은 이 사건 물건 거래 시 박**이 수입면장을 보여주지 않은 것에 대해서는 물건이 부정으로 수입된 것이 아닌가 하는 생각이 들기도 하였지만은 그 보다는 박**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.

(2) 未必的 ‘認識’을 강조한 판례

4) Frank, STGB, 18. Aufl., # 59, Anm. V.

5) 동지로는 대판 1987.2.10, 86도2338.

[대판 2000.8.18, 2000도2231] 살인죄에 있어서의 범의는 반드시 살해의 목적이나 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 다투고 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 결과발생가능성 정도, 범행 후에 있어서의 결과회피행동의 유무 등 범행 전후의 객관적인 사정을 종합하여 판단할 수밖에 없다. 따라서서 인체의 급소를 잘 알고 있는 무술교관 출신의 피고인이 무술의 방법으로 피해자의 울대(顴帶)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 목설에 크게 격분하여 흉기인 과도를 들고 피해자에게 달려가서 막 바로 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 것이다.

[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 목설에 크게 격분하여 흉기인 과도를 들고 피해자에게 달려가서 막 바로 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 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.

[대판 1981.2.24, 81도73] 원래 살인죄의 범의가 있다고 함에는 범인이 자기의 행위로 인하여 타인의 사망의 결과를 발생시킬만한 가능 또는 위험이 있음을 인식 또는 예견하면 족한 것이요 사망의 결과 발생을 목적 또는 회망한 것은 필요치 않을 뿐 아니라 그 인식 또는 예견은 확정적인 것만 필요로 하는 것이 아니요, 불확정적인 것이라도 소위 미필적 고의가 있다고 할 것이다. 이견에서 피고인의 행위는 길이가 17 센치미터나 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 상당하다.

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 그 성립을 긍정하고 있다. 그리고 살인결과를 계획 또는 회망하였는가는 고의범성립에 영향이 없는 것으로 판시하고 있다. 따라서 우리나라 판례가 심정적 의미를 가지는 학설상 용인설을 취하지 않은 것으로 판단된다.

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 회망을 의미하는 것으로 사용하였다면 이 판례는 비판받아야 할 것이다. 고

의는 행위자가 구성요건의 실현을 위하여 노력하지는 않아도 이를 가능한 것으로 간주하고 고려한 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 행위결과에 대한 단순한 표상에 불과하기 때문이다. 미필적 고의는 결과의 발생을 고려 속에 넣는다는 점에서 행위자가 결과가 발생하지 않으리라고 신뢰하는 인식 있는 과실과 구별된다. 이러한 심정적인 요소를 고려하지 않고 미필적 고의를 인정하는 감수설이 가장 설득력이 있다.

III. 도로교통범죄에서의 적용가능성

1. 사람(특히 경찰관)을 향한 자동차 돌진행위

우리나라 '대판 1988.6.14. 88도692'의 사안에 따르면, 피고인은 시위대원 3명과 같이 시내버스를 탈취한 후, 술이 취한 채 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 인도 쪽으로 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 경우에는 (고의)살인의 죄가 인정되어야 할 것이다. 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 것이기 때문이다(상기한 판례의 태도이기도 함). 그리고 사람이 많이 다니는 여의도 광장으로 차량을 돌진한 사례가 우리나라에서 발생하였는데, 이로 인해 사람을 도파하여 사망케 한 경우에도 운전자에게

적어도 살인죄의 미필적 고의는 인정될 것이다. 그리고 독일의 연방재판소는 피고인이 정차를 요구하는 경찰관에게 그가 인도로 뛰어야만 구조될 수 있는 상태에서 그를 향해 자동차로 돌진한 사건에서 상대방이 차에 충돌할 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.⁶⁾ 더 나아가 일본에서는 무면허운전의 발각을 우려해서 도주하려고 해서, 정차를 명령한 중앙선 부근에 서있던 경찰관을 노리고 약10톤의 시멘트를 적재한 대형 자동차가 브레이크도 밟지 않고, 핸들도 틀지 않고 시속 약 70km로 돌진해서 사망시킨 사건이 발생하였는데, 이것도 미필적 고의를 인정할 수 있는 것으로 판단된다 (대율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. 자기 차의 외부에 붙어있는 사람을 흔들어 떨어뜨린 경우

(1) 단속경찰관을 떨어뜨린 경우

이에는 일본 大律地判 昭和37.5.17의 사안이 해당될 수 있다. 이 사례는 운전자가 직무질문을 위해 자동차의 한쪽에 올라탄 경찰관의 양 발이 모두 허공에 뜬 상태로 매달린 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 상황 등 구체적 상황 하에 있어서 위험의 정도를 상세히 검토하여 그 상황 하에 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 경

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

우). 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, 택시운전수가 승차거부를 했기 때문에 승객이 반쯤 열린 창에 달라붙었는데, 108m의 거리를 시속40km로 주행해서 승객을 떨어뜨려 상해를 입힌 사건이 일본에서 발생하였다. 우리나라에서도 승차거부가 다반사로 행하여지고 이에 불만을 품고 승차하려는 승객을 운전자가 태우고 무리하게 출발하려다가 사고가 나는 경우가 있을 것이다. 그리고 일본에서는 승용차의 본 네트 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, 가해 차에 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 추락했더라도 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 200m 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 본 네트 위에 사람을 매단 채 시속 약30km로 급출발, 가속 후 급정차해서 떨어뜨려 부상 입힌 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 살인죄의 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. 운전 중 다른 차량에 충돌한 경우

(1) 나란히 진행하는 다른 운행차량에 자의로 근접함으로써 충돌된 경우

자기차가 피해자에게 추월당한 것에 화를 내고 피해차를 놀라게 하기 위하여 자기차를 그 차의 부근에 나란히 진행·근접하면서 핸들을 갑자기 꺾음으로써 피해자의 차에 접촉된 결과로 차가 전도되어서 피해 차의 운전자등에 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 행위 하였다면 적어도 폭행 또는 상해의 미필적 고의는 인정될 것이다. 그러나 접촉가능성에 대한 인식이 있었다더라도 접촉되더라도 할 수 없다고 생각하고 행동한 것이 아니라면 결과발생에 대해 소극적 인용조차도 부정되는 경우이므로 과실치상죄만이 성립할 것이다. 즉, 실행착수단계에서 여전히 다른 사람이나 차의 충돌에 대한 미필적 고의가 존재하여야 한다. 따라서 운전 중은 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.⁷⁾

(2) 반대차선의 차량과 충돌한 경우

선행차를 추월하려고 상대방향 차선에 차체의 절반 이상을 넘어서 선행 차와 병진상태가 되었을 때에 자기 차의 전방 약 10m 앞에 반대차선의 피해차가 출현했지만, 피해 차는 중앙선에 접해서 주행하고 그 옆에 다른 차가 병진하며 후속차도 뒤따라 진행하고 있기 때문에 피해차가 옆 차도로 피해갈 수 없는 상태가 된 경우, 반대차선을 주행하는 것을 알면서 진행하다가 피해 차와 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 피하는 것이 곤란한 상태였던 것을 알고 있어서 충돌의

7) 손기식, 교통형법, 239면

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 피해자가 피할 여지가 있고 행위자도 상대방이 피해서 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 고장 나서 전방 주시가 불안함에도(도저히 정상적인 운전이 불가능한 상태였기 때문에 측계에서 돌아오는 다수 보행자를 자동차로 받아서 그 사람들에게 사고를 야기할 위험이 있는 것을 충분히 인식하면서 술의 힘에 의해 그와 같은 결과의 발생을 개의치 않는다) 그에 개의치 않고 화물자동차를 운전하여 보행자를 치어 3명의 사망, 7명의 상해를 야기 시킨 사례가 여기에 해당할 것이다(廣島古裁 昭和36.8.25.의 사안). 이와 같이 자신이 운전부적격의 상태인 것을 인식하였으면서도 운전을 감행함으로써 교통사고를 야기하는 사례들은 우리나라에서도 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 들어가서 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 중극적으로 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 차체 아래에 걸친 채로 시속10km로 300m 주행하여 사망시킨 사건(新瀉地長岡地部判 昭和37.9.24의 사안), 운전중 과실에 의해 사람을 치고 그 사람을 자기 차의 하부에 걸친 채로 3.8km로 주행, 이상한 기분이 있었지만 시속30km로 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. 운전 중 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 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 발진시부터 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, 운전 중 과실에 의해 사람을 전도시키고 도주하려고 하는 과정에서 피해자를 후륜으로 다시 치어 사망시킨 사건이 여기에 해당할 것이다(札幌地小樽地部 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. 교통사고 후 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. 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. 다음으로 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 운전 중 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. 이 경우에 부진정부작위범의 성립은 긍정되어야 할 것으로 판단된다. 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 없기 때문이다. 다만 부작위에 의한 살인죄의 작위의무위반은 인신에 대해 고도의 위험이 없으면 안 되지만 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(横浜地判 昭和37.5.30 사안)에도 동일하게 처리되어야 할 것이다. 그러나 피고인이 과실에 의해 피해자의 자동차에 충돌시켜 피해자가 자동

차와 함께 내천에 굴러 떨어져 중상을 입었지만 그대로 현장에서 도주한 경우(岐阜地大垣地部 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.

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 개연성 있는 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 특수문제

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 結果가 발생한 경우에 성립한다. 여기서 업무라 함은 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 사망

할 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 위해서는 우선 운전자가 피해자의 생명을 보호해야 할 보증인적 지위에 있어야 한다. 이 경우 형식설은 보증인지위와 보증의무의 발생 근거를 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 운전자에게 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 의무 있는 자만이 행위주체로 제한되어 있다. 그런데 도로교통법 제50조는 교통사고를 일으킨 자는 자기 과실의 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 의심 없이 인정된다. 결국 운전자에게는 적어도 유기치사죄의 성립은 긍정된다.

8. 교통사고 후 뺑소니에 대한 고의

특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의3 제1항은 '피해자를 구호하는 등 도로교통법 제50조 제1항의 규정에 의한 조치를 취하지 아니하고 도주한 때'에 뺑소니죄로서 가중처벌한다. 여기서 고의의 뺑소니란 것은 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.⁸⁾ 그리고 여기에서 말하는 사고로 인하여 피해자가 사상을 당한 사실에 대한 인식의 정도는 반드시 확정적임을 요하지 아니하고 미필적으로라도 인식하면 족한바, 사고운전자가 사고 직후 차에서 내려 직접 확인하였더라면 쉽게 사고사실을 확인할 수 있었는데도 그러한 조치를 취하지 아니한 채 벌일 아닌 것으로 알고 그대로 사고현장을 이탈하였다면 사고운전자에게는 미필적으로라도 사고의 발생사실을 알고 도주할 의사가 있었다고 볼 것이다.⁹⁾

IV. 맺 는 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 고의범성립에 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 고의범성립을 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 명백한 위험에도 불구하고, 위험이 다행스럽게도 일어나지 않으리라고 믿지도 않으면서 자신의 계획을 실행하고 그가

8) 대판 2000.3.28, 99도5023; 대판 1999. 12. 7, 99도2869; 대판 1998. 5. 12, 98도375.

9) 대판 2000.3.28, 99도5023; 대판 1985. 9. 10, 85도1462; 대판 1998. 5. 12, 98도375.

알고 있는 특별한 위험이 실현될지 여부를 우연에 맡겨 버리는 경우에는 인정되어야 한다. 미필적 고의는 결과의 발생을 고려 하에 넣는다는 점에서 행위자가 결과가 발생하지 않으리라고 신뢰하는 인식 있는 과실과 구별된다. 이러한 심정적인 요소를 고려하지 않고 미필적 고의를 인정하는 감수설이 가장 설득력이 있다. 감수설에 의하면 사람(특히 경찰관)을 향해 자동차를 돌진한 경우(대판 1988.6.14. 88도 692의 사안), 자기 차의 외부에 붙어있는 사람을 흔들어 떨어뜨린 경우(단속경찰관을 떨어뜨린 일본 大津地判 昭和37.5.17의 사안, 승차거부 운전자가 매달린 승객을 떨어뜨린 일본 東京地判 昭和45.2.16의 사안), 운전 중 다른 차량에게 충돌한 경우, 교통사고후 중상자를 방치하여 사망결과를 야기한 경우 등의 교통범죄에서는 결과발생에 대한 미필적 고의를 인정할 수 있을 것이다. 이들 사안과 같이 행위자가 결과발생의 가능성을 인식하였음에도 불구하고 결과 불발생에 대한 신뢰 없이 적극적으로 행위로 나아감으로써 결과발생의 가능성을 감수하였다면 그에게 미필적 고의는 인정되어야 하기 때문이다. 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 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 가혹한 주의의무를 부담시키는 극단으로 치닫기 쉽다는 경고에도 귀를 기울려야 할 것이다.

< 參 考 文 獻 >

- 김성천/김형준, 형법총론, 동헌출판사, 1998.
김일수, 한국형법 I, II, 박영사, 1992.
-----, 형법총론(제8판), 박영사, 2000.
-----, 형법학원론, 박영사, 1992.
남홍우, 형법총론, 박영사, 1980.
박상기, 형법총론(전정판), 박영사, 1999.
배종대, 형법총론(제5판), 홍문사, 1999.
손기식, 교통형법, 제3판, 한국사법행정학회, 2000
손동권, 형법총론, 을곡출판사, 2004.
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 인식 있는 과실의 구별, 형사법학의 현대적 과제 (손해
목교수화갑기념논문집), 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 용, 형법총론, 법문사, 1999.
정성근, 형법총론(전정판), 법지사, 1996.
정영석, 형법총론, 법문사, 1983.
조준현, 형법총론, 법원사, 1998.
진계호, 형법총론, 대왕사, 1996.
차용석, 형법총론강의 I, 고시연구사, 1984.
황산덕, 형법총론, 방문사, 1982.

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.
- Geppert, Zur Abgrenzung von bedingten Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit, Jura 1986, S. 612.
- Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983.
- Haft, Fritjof: 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.
- Lafave & Scott, Criminal Law, 2. Ed.
- 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 vorsätzlicher 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.
- 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.
- 島倉 隆, 未必の 故意・認識ある過失, 刑事裁判實務大係-警察-.