

客觀的 歸屬理論에 관한 一般的 論議

李 用 植*

I. 인과적 행위론과 목적적 행위론에 있어서의 구성요건해당성 문제

19세기말로부터 20세기초 독일에서 대표적으로 BELING과 LISZT에 의해 발전되었던 고전적 형법체계에 있어서 그 구성요건은 인과적 개념에 기초하고 있었다. 이에 의하면 구성요건에 해당하는 결과에 대해 어떤 조건을 제공하는 행위를 하기만 하면 누구라도 결과에 대해 — 동등하게 — 인과적인 것으로 되어, 구성요건은 충족된 것으로 간주되었다. 이렇게 되면 구성요건해당성이 매우 넓어지게 되고 그 외연이 지나치게 확대되기에 이른다. 그리하여 예컨대 권총으로 탄환을 발사한 사람뿐만 아니라 가설적 조건관계(condicio-sine-qua-non)에 의해 결과발생에 기여한 사람이면 누구나 살해행위를 행한 것이 된다. 따라서 권총과 탄환을 만들거나 판매한 사람, 사격행위의 원인이 되는 분장을 야기한 사람들, 그리고 행위자의 부모와 조상들도 살해행위를 행한 것으로 될 것이다. 이에 형법적 귀책을 제한할 것이 요청되는 바, 이는 범죄론 체계상 다른 단계에서 이루어질 수밖에 없었다. 즉 형사귀책의 제한은 위법성 영역에서 행해지거나 특히 범죄의 모든 주관적 요소들을 문제삼는 책임단계에서 이루어지게 된다.

이러한 범죄론체계에 반대하여 WELZEL에 의해 그 기초가 마련된 목적적 행위론이 1930년 경부터 나타나게 되었다. 목적적 행위론에 의하면 인간의 행위는 무엇인가를 야기하는 순수한 자연적 현상이 아니라, 계획한 목표를 위해 인과과정을 의사에 의해 조종한다는 데 인간행위의 본질이 있다. 이와 같이 행위를 목적적 혹은 목표지향적 행동으로 이해하면, 고의를 — 책임의 요소가 아니라 — 이미 구성요건의 주관적 요소로 보게 되고 따라서 행위가 인과적 행위론에서와 같이 무한정 소급하여 확대되는 것을 막아 이를 제한할 수 있게 된다. 이와 같이 고의를 주관적 구성요건요소로 이해하는 입장은 오늘날 형법학에 있어서 거의 일반적으로 받아들여지고 있다. 그렇지만 목적적 행위론이 가져왔던 이와 같은 커다란 진보와 성과는

* 서울大學校 法科大學 專任講師

주관적 구성요건 부분에 한정된 것이었다. 즉 객관적 구성요건의 충족에 관하여는 목적적 행위론도 등가설적 의미에서의 순수한 조건관계만 있으면 충분한 것으로 보았다. 그렇기 때문에 구성요건해당성은 여전히 그 범위가 너무 넓게 확대될 수밖에 없다. 이러한 사실을 명백히 보여주는 실례로서 다음 세가지 경우를 들어 살펴보기로 한다.

(사례 1-a) A는 B의 사망을 야기하려고 한다. A는 최근 미국 플로리다에서 관광객이 여러 명 살해되었다는 신문보도를 읽은 바 있었기에, B에게 플로리다 여행을 권유하였다. 이러한 A의 계획은 B에게도 그와 같은 일이 발생했으면 하는 의도에 의한 것이었다. 플로리다에서 일어난 살해사건에 관해 전혀 듣지 못한 B는 휴가 여행을 떠났는데 실제로 어느 살인범에 의해 그 희생물이 되고 말았다. 이 경우 A는 고의에 의한 살인죄로 처벌될 것인가? — 만약 객관적 구성요건해당성은 조건관계만 있으면 충분한 것으로 본다면, 본 사례에서 그러한 조건관계는 존재하는 것으로 인정될 것이다. 그리하여 객관적으로 A는 자신의 권유에 의해 B의 사망을 야기하였고 또한 주관적으로 그러한 결과를 의도했었다고 인정된다. (사례 1-b) 마찬가지로 어떤 사람이 상점에서 날이 매우 날카로운 칼을 구입하는 경우를 생각해 볼 수 있다. 칼을 판매한 사람 V는 이때 “그가 이 칼로 아마 누군가를 살해하려고 하는 것 같다. 그렇다고 하여도 그것은 나와 아무 상관없는 무관한 일이다” 라고 생각하였다. 칼을 구입한 사람이 그 칼로 누군가를 실제로 살해하였다면, V는 미필적 고의에 의한 살인죄로 처벌되어야 할 것인가? — V는 객관적으로 피해자의 사망에 대하여 원인을 제공하였던 것이고, 주관적으로도 그의 사망을 감수하였던 것이다.

(사례 2) 실무적으로 아주 의미가 있는 영역이라고 할 수 있는 것으로서 인과과정이 원래 생각했던 바와 달리 진행된 경우, 즉 인과진행과정의 불일치에 있어서도 유사한 문제가 생긴다. 널리 알려진 교과서사례로서 A가 살해의 의도로 B를 쏘았는데 B는 단지 부상만을 입었고, 구급차로 병원에 옮겨지는 도중에 교통사고로 사망한 경우를 생각해 보자. 이 경우 A는 살인죄의 기수로 처벌될 것인가? — 조건설적 의미에서 A는 분명히 B의 사망을 야기한 것이고 또한 그의 사망을 의도하였다. 그럼에도 불구하고 살인죄의 기수가 성립되는 것은 아니라고 주장한다면, 이는 객관적 구성요건을 인과적으로 이해하는 입장에서는 설명하기가 매우 어렵게 된다.

(사례 3) 세번째 사례로 들 수 있는 것은 마약을 제공하는 경우이다. A가 B에게 헤로인을 팔았다. 이러한 마약을 일정한 量 주사하면 생명을 잃을 수 있다는 것을 두 사람 모두 알고 있었지만 이를 감수하였다. A에게는 돈이 중요했던 것이고, B는 자기인생이 완전파탄나서 자신은 오로지 마약도취상태에서만 견딜 수 있다고 여기기 때문이었다. B는 구입한 마약을 주사하였고 그리하여 실제로 사망하였다면,

A는 미필적 고의에 의한 살인죄로 처벌되어야 할 것인가? — B의 사망에 대하여 A에게 인과관계가 있다는 것 그리고 A의 미필적 고의도 인정된다는 것은 의심할 여지가 없다. 객관적 구성요건의 충족에 인과관계가 있으면 충분하다고 보는 입장에서는 이러한 경우 A를 살인죄로 처벌해야 할 것이다.

II. 객관적 귀속이론의 기본적 내용

객관적 귀속이론은 이와 같은 여러 사례들로부터 생겨나는 문제를 해결하려는 이론적 시도인 것이다. 객관적 귀속이론의 내용을 가장 단순한 형태로 표현한다면, 행위자의 행위가 행위객체에 대하여 허용되지 아니한 위협을 창출하고(이하 1) 그 위협이 구체적인 결과에 실현되었을 때(이하 2) 그리고 그 결과가 구성요건의 해당범위 내에 있는 것일 때(이하 3)에만, 행위자에 의해 야기된 결과가 그의 작품으로서 그 야기자에게 귀속되며 따라서 객관적 구성요건이 충족되는 것이라고 말할 수 있다는 것이다.⁽¹⁾⁽²⁾

1. 허용되지 아니한 위협의 창출

(사례 1-a)는 허용되지 않는 위협의 창출과 관련되는 것이다. 플로리다 여행을 권유한 행위는 — 그것이 비록 객관적으로 사망을 야기하는 행위이고 주관적으로 피해자의 사망을 목표로 했다 하더라도 — 이미 객관적으로 살해행위가 될 수 없다(살해야기와 살해는 다르다). 그러한 행위는 법적으로 의미있다고 볼 수 있는 정도의 사망위험을 창출한 것도 아니며, 사람의 생명에 대한 일상적인 위협을 더욱 증대시킨 경우도 아니기 때문이다.⁽³⁾ 누군가가 살인의 피해자가 될 — 일반적으로 어느 나라에서건 있기 마련인 — 위협을 플로리다로의 여행이 증대시켰다고 할 수 있을지는 매우 의심스럽다. 어느 나라에 심한 혼란상황이 있어 몇몇 국가에서 그곳으로

(1) 자세한 것은 Roxin, AT I, 2. Aufl., 1994, § 11 Rn. 36ff. 또한 김일수, 한국형법 I, 개정판, 1996, 350면. Vgl. auch SK-Rudolphi, vor § 1 Rn. 57.

(2) 인과관계와 객관적 귀속의 관계에 관하여 Otto, Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten, NJW 1980, 417ff.는 인과관계를 위험증대이론으로 대체할 것을 주장한다. 그러나 이러한 견해는 소수설에 불과하다. 우선 작위범의 경우 인과관계 없이 허용되지 아니하는 침해의 위협이 실현된다는 것은 불가능하다. 즉 행위자의 행위가 결과에 대해 인과관계를 갖고 있지 않다면, 그는 허용되지 않는 위협을 실현할 수도 없다. 부작위범의 경우에는 사정이 좀 다를 수도 있겠으나, 이는 부작위범에 필요한 조건관계를 우리가 인과관계라고 볼 것이냐 하는 데 달려 있다고 하겠다.

(3) 법적으로 중요한 위협에 관하여는 Roxin, AT I, § 24 Rn. 37f. 참조.

여행하지 말라고 한 경우가 아니라면, 매우 사소한 정도의 위험증가는 — 수백만 명의 여행객이 아무 이상없이 돌아오는 것을 볼 때 — 법적으로 고려할 만큼 중요한 것은 아니라고 하겠다. 그러므로 여행객의 사망은 그 여행을 권유한 자에게 살해행위로서 귀속될 수 없다. 이는 이미 살인죄의 객관적 구성요건이 충족되지 아니하여, 고의의 문제는 제기되지도 않는다는 것을 의미한다. 마찬가지로 A는 B가 빈민구역에서 살해되었으면 하는 의도에서 값비싼 귀금속을 지닌 채 빈민구역을 산책하도록 했다고 하자. 빈민구역에서 살해될 위험은 존재한다고 할 수 있다. 그런데 그것이 허용된 위험이나 아니냐 하는 문제에 관하여는 우리가 일반적으로 대답할 수는 없다. 빈민구역으로 가도록 하는 행위는 보통은 허용되지 아니한 위험을 발생시키는 것은 아니라고 할 수 있다. 왜냐하면 많은 사람들이 그 지역에서 별다른 위험없이 활동하고 있기 때문이다. 그러나 어느 일정한 사람들에게는 특별한 위험이 존재한다면 예컨대 일정지역에서 이미 많은 관광객이 살해되었고 그래서 시 당국이 외국인들에게 그 구역에 가는 것을 심각하게 경고한 경우에, 이를 알지 못하는 관광객들을 이 지역으로 가도록 하는 행위는 허용되지 아니한 위험을 발생시키는 것이 된다.

(사례 1-b)에서 칼을 살해에 사용할지도 모른다는 의심이 드는 자에게 칼을 판매한 경우 어느 정도 살해위험이 존재하는 것으로 볼 수도 있을 것이다. 그러나 이 위험은 허용되는 것이다. 왜냐하면 질서있는 사회생활은 각자가 상대방이 고의로 범죄를 행하지 않으리라는 것을 신뢰해도 좋다는 것을 원칙으로 해야만 가능할 것이기 때문이다. 그렇지 않으면 칼이나 연료, 성냥, 도끼 그 밖에 일상적으로 사용되는 여러 물건들을 판매하거나 개인적으로 빌려주는 일은 금지되어야 할 것이다. 예를 들어 맥주잔이 다른 사람의 머리를 내려치는 데 사용될 수도 있기 때문이다. 그러나 남용할 가능성이 있음에도 불구하고 그러한 물건이나 재화없이는 우리 사회가 유지될 수 없기 때문에, 그와 같은 남용의 위험은 국가에 의하여 허용되고 있는 것이다.

이러한 경우 — 교통형법 분야에서 널리 알려져 있는 — 신뢰의 원칙이 적용되는 것이라고 할 수 있다.⁽⁴⁾ 그리하여 사람들은 신뢰해서는 아니될 다른 구체적인 이유나 사정이 없는 한, 타인이 적법한 행위를 하리라고 신뢰하는 것이 허용된다. 단지 범죄를 저지르지 모른다는 의심이 드는 것만으로는 우리가 상대방을 신뢰해서는 아니될 구체적인 사정이 존재한다고 말할 수는 없을 것이다. 상대방이 범죄할지도 모르게 보인다는 점은 지극히 모호하고 또한 상당히 자의적으로 해석될 수 있는 기준이기 때문이다. 범행을 하려는 의도를 행위자가 분명히 인식할 수 있을 경우에 비

(4) 내용에 관하여는 Roxin, AT I, § 24 Rn. 26ff.; Roxin, Bemerkung zum Regreßverbot, FS-Tröndle, 1989, S. 177ff.

로스 상대방이 합법적 행위를 하리라고 신뢰해서는 안될 구체적 근거가 된다고 할 수 있다. 예컨대 자신의 상점 바로 앞에서 여러 사람들 사이에 무시무시한 격투가 행해지고 있는데, 행위자가 그들 중 한명에게 칼을 판매한 경우가 이에 해당할 수 있다. 예상대로 그 칼로 누군가가 살해되었다면, 그 칼의 판매자는 과실치사 혹은 고의에 의한 살인방조로 처벌될 수 있을 것이다. 그러나 (사례 1-b)에는 신뢰의 원칙이 적용된다고 하겠다. 판매자는 허용되지 아니한 위험을 창출한 것이 아니며, 따라서 — 그가 살해의 야기에 조건을 제공했다든지 혹은 주관적으로 그러한 고의가 있었다든지 여부와 관계없이 — 칼의 판매행위와 그로 인해 야기된 사망의 결과를 우리가 사람을 살해한 행위라고 평가하여 판매자에게 귀속시킬 수 없다.

2. 허용되지 아니한 위험의 실현

살해의 의사를 가지고 사람을 살해하려고 하였는데 피해자는 부상을 입은 데 그치고 그가 구급차로 병원에 옮겨지던 중 교통사고로 사망한 (사례 2)에서도 — 조건설에 의할 때 행위자가 사망의 결과를 야기했고 또한 주관적으로 사망의 결과발생을 의욕했음에도 불구하고 — 그 결과는 행위자에게 귀속될 수 없다. 물론 행위자는 권총을 발사함으로써 직접적인 사망위험을 야기한 것이다. 그러나 바로 이 허용되지 않는 위험이 현실로 실현된 것은 아니다. 피해자는 총격에 의한 부상으로 사망한 것이 아니라, 교통사고로 숨진 것이기 때문이다. 그가 구급차로 운반되게 됨으로써 일상적인 교통사고로 사망할 위험이 증대되었다고 볼 수 없다. 그 위험은 자기 차로 운전하다가 사고가 나서 사망할 위험보다 더 큰 것은 아니다. 이와 같이 사격행위에 의해 야기된 위험이 실현된 것이 아니므로, 행위자에게 사망의 결과를 그의 작품인 것으로 귀속시킬 수 없다. 그는 살인을 한 것이 아니라, 살해를 기도한 것으로 미수가 인정된다. 설사 병원으로 가는 도중에 교통사고가 나서 피해자가 사망할 것을 행위자가 간절히 바랐다고 하더라도, 단지 미수만이 성립된다. 교통사고에 의한 사망을 희망했을 뿐이며, 단순한 희망은 처벌되지 아니한다.

객관적 귀속이론이 발전되기 전에도 이와 같은 형태의 사례에 살인미수를 인정하는 입장이 독일에서는 통설적 견해였다. 그러나 이 견해는 매우 다른 근거에 입각하고 있었다(오늘날의 일부 학설은 아직까지도 이러한 근거를 유지하고 있다). 즉 인과진행과정의 불일치 내지 인과관계의 착오라는 관점에서 판단한다. 이에 의하면 고의는 인과과정의 중요한 부분을 인식해야 한다. 그리하여 인식했던 인과과정과 현실적으로 진행된 인과과정의 불일치가 본질적인 것이라고 인정되면, 고의는 조각된다고 한다. 객관적 귀속이론에 의하면 이 경우 이미 객관적 구성요건이 충족되지 아니하는 것으로 되는데, 종래의 전통적인 이론은 기껏해야 고의가 탈락하는 것으

로 보고 있는 것이다. 그러나 이를 고의의 문제라고 보는 입장은 그 실제 내용을 들여다 보면 올바른 해결방책이 될 수 없음을 알 수 있다. 인식했던 인과과정과 실제 진행된 인과과정의 불일치가 있어 그 불일치가 본질적인 것인가 여부가 결정적인 것으로 되는데, 이는 객관적인 척도이기 때문이다. 「본질적」이라는 개념도 그것이 무엇인지 내용이 채워져야 하기 때문에 매우 모호한 것이다. 이 개념을 구체화하여 어떤 불일치가 본질적인 것인가를 고찰하면, 결국 실행행위 속에 내포되어 있는 위험이 행위자가 인식했던 것과 상이하게 진행된 현실의 인과과정에 실현되지 않은 경우라는 결론에 이르게 될 것이다. 그렇기 때문에 이러한 문제를 고의론으로 해결하려는 입장은 원래 그 자체가 ‘객관적’인 귀속의 문제인 것을 ‘주관적’인 영역으로 미루어 버리는 일이 되며, 내용을 갖기 어려운 「본질적인」 불일치라는 요소를 끌어들이므로써, 문제의 해결을 불분명하게 만들 뿐이라고 생각된다.⁽⁵⁾

3. 구성요건의 해당범위와 피해자 자기책임의 원리

헤로인을 넘겨준 (사례 3)에서 마약을 제공한 것은 법적으로 허용되지 아니한 위험을 창출한 것이다. 마약법 제60조에 의하면 마약의 제공 자체가 이미 처벌되기 때문이다. 그리고 이러한 허용되지 않는 위험은 마약구입자가 헤로인을 주사함으로써 사망하였기 때문에 결과에 실현되었다. 마약제공자가 살인의 미필적 고의를 가지고 있었지만 그렇다고 하여 마약제공이라는 살해의 조건야기행위가 살해행위는 아닌 것이다. 왜냐하면 피해자의 고의 자살행위에 행위자가 고의로 관여하였다고 하여 이를 살인죄로 처벌할 수는 없기 때문이다. 자살행위를 교사하거나 방조하면 형법 제252조 2항에 의하여 자살관여죄로 처벌된다. 그러한 행위는 독자적인 형태의 범죄(*sui generalis*)로서 처벌되는 것이지, 이를 살인죄로 처벌하고 있는 것은 아니다. 고의의 자기위태화행위— 사례에서는 미필적 고의에 의한 자살행위 — 내지 그러한 위험이 있음을 명확히 인식하고서 행하는 피해자의 자기위태화행위에 행위자가 단지 관여했을 뿐인 행위는 살인죄로는 처벌할 수 없다. 자살관여죄가 인정될 수는 있지만, 살인죄가 성립되는 것은 아니다. 왜냐하면 살인죄 구성요건의 해당범위가 이러한 경우를 포함하고 있지는 않기 때문이다. 즉 피해자의 자기책임에 속하는 행위는 구성요건이 보호하려고 목적하는 범위 밖에 있다는 것이다.

원래 독일법원은 이러한 사례의 경우 마약제공자에게 살인죄의 죄책을 인정하였었다(대부분 과실이 인정될 뿐이기는 하지만). 1984년에 비로소 살인죄를 부정하는 방향으로 전환하여 주목을 받았다.⁽⁶⁾ 자기책임하에 스스로 원하여 실현된 자기위태

(5) Vgl. Haft, AT, 7. Aufl., 1996, S. 250.

(6) 특히 쉬네만의 논문 Schünemann, Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmittel?, NSz 1982, S. 60ff.으로부터 직접적인 영향을 받았다.

화행위는 그로 인해 의식적으로 창출한 위험이 결과로 실현되었더라도 이는 살인죄나 상해죄의 객관적 구성요건에 해당하는 것이 아니며, 또한 그러한 자기위태화행위를 단지 사주 가능케 했거나 혹은 촉진한 경우에도 이를 살인죄나 상해죄로 처벌할 수는 없다고 판시하였다.⁽⁷⁾ 이는 객관적 귀속이론이 독일의 법실무에 관철된 가장 중요한 판결로 꼽히고 있다.

III. 객관적 귀속이론에 의해 도출되는 그밖의 논의결과들

위에서 본 사례들은 객관적 귀속이론에 의해 해결할 수 있는 수많은 문제들 중에서 극히 일부분만을 제시한 것에 불과하다. 전부는 아니지만 그밖의 몇몇 객관적 귀속이론의 적용영역을 간단히 살펴보기로 한다.

1. 위험의 감소

위험을 감소시키는 행위는 비록 그것이 구체적으로 야기된 결과에 인과관계가 있고 행위자가 인식하였더라도 객관적 구성요건에 해당하는 것으로 귀속될 수 없다.⁽⁸⁾ 따라서 피해자에게서 100만원이 아니라 10만원만 훔치도록 설득한 경우에는 절도 방조범으로 처벌할 수 없다. 그는 피해의 위험을 증대시킨 것이 아니라, 감소시켰기 때문이다. 격투하는 데 있어 신체적 피해를 감소시킨 경우 등과 같은 사례도 마찬가지라고 하겠다. 따라서 이러한 경우에는 구성요건적 행위가 존재하지 않는 것이다. 결과를 완전히 방지할 수 없는 때에는 적어도 약화시키는 것이 사리에 맞기 때문에, 이 경우 처벌해서는 안된다고 본다.

그러나 하나의 동일한 위험을 감소시키는 경우가 아니라, 어떤 하나의 위험을 다른 위험으로 바꾸는 경우는 사정이 다르다. 화재로부터 어린아이를 구하기 위하여 창문 밖으로 던지는 사례를 예로 들 수 있다. 이러한 경우에는 어떤 위험(화재로 인한 소사)이 다른 위험(창문에서 던져져 추락사)으로 대체되어진 것이다. 행위자가 예견했던 바와 같이 아이가 창문에서 던져져 부상을 당하였다면, 고의의 상해죄가 성립된다. 이러한 위험은 행위자가 창출한 것이다. 물론 이러한 경우 긴급피난으로 위법성이 조각될 것이다.

이와 같이 위험의 감소는 구성요건 문제이고, 위험의 대체는 정당화 내지 위법성 조각의 문제이다. 물론 개별적인 사례에 따라서는 그것이 위험이 감소된 것인지 혹은 위험이 대체된 것인지 논란되는 경우가 있을 수 있다. 그러나 이는 어느 영역에

(7) BGHSt 32, 262.

(8) 이에 관하여는 Roxin, AT I, § 11 Rn. 43f. 참조.

서나 존재하는 구별의 한계문제이다. 따라서 양자를 원칙적으로 구별할 수 있다는 사실 자체가 의문시되는 것은 아니다. B를 살해하려는 A에게 살해하지 말고 단지 다리만 부러뜨리라고 사주한 경우와 B를 상해하려는 A에게 그러지 말고 단지 모욕만 하도록 교사한 경우를 예로 들어보자. 살해에는 상해가 포괄되므로, 살해를 골절로 감경시킨 행위는 위협의 감소에 해당할 것이다. 반면에 모욕을 하도록 권유한 행위는 다른 새로운 위협의 창출이라고 본다. 이때 모욕교사는 긴급피난에 의해 정당화될 수 있을 것이다. 이렇게 보면 법익이 서로 양적인 다소관계에 있느냐 혹은 질적으로 상이한 관계에 있느냐가 중요한 구별기준이 될 수 있을 것 같다.

2. 허용된 위협

허용된 위협의 의미는 위에서 이미 언급한 신뢰의 원칙 사례 이외에도 그 범위가 상당히 넓은 것이다.⁽⁹⁾ 위협성이 있는 혹은 위협이 예상되는 행위이지만 그것이 가지는 보다 큰 사회적 유용성 때문에 — 일정한 안전조치를 준수한다는 조건하에 — 입법자에 의하여 허용되는 경우에는, 비록 결과를 야기했다고 하더라도 그러한 행위는 객관적 구성요건에 귀속될 수 없다. 이는 특히 도로교통의 경우에 적용된다. 도로교통규칙을 준수하였는데도 사고가 나서 법익침해의 결과를 야기한 경우에, 이는 살해행위, 상해행위 혹은 재물손괴행위를 저지른 것이 아니다. 그러한 피해는 허용되지 않는 위협에 기인한 것이 아니라, 법적으로 허용되는 위협 내지 관용되는 위협에 의하여 발생한 것이다.

이러한 관점은 또한 현대적 산업시설에서 발생하는 위협에 대하여도 커다란 의미를 갖는다고 하겠다. 법적으로 요구되는 안전수칙을 준수했음에도 불구하고 발생한 사고는 이미 객관적으로 상해행위가 아닌 것이다. 책임자들이 그러한 사고의 가능성을 계산에 넣고 또 감수하였다고 하더라도, 그러한 사실로 상해의 고의가 인정될 수는 없는 것이다. 고의가 인식하고 의욕해야 하는 객관적 구성요건이 이미 충족되고 있지 아니하기 때문이다. 이러한 의미에서 입법자는 그러한 위협을 받아들이고 있는 것이다. 그러나 반면에 안전규정을 지키지 않음으로써 허용된 위협의 한계를 초과하는 경우에는 그러한 위협에 기인하여 신체건강을 침해한 결과의 야기는 상해행위가 된다. 물론 이 경우 그 책임행위자 내심의 의사내용에 따라 그는 과실범 혹은 고의범으로 처벌될 것이다.

(9) 자세한 것은 Roxin, AT I, § 11 Rn. 55ff. 참조

3. 위험증대설⁽¹⁰⁾

ROXIN에 의하면 어떤 행위가 입법자에 의해 허용된 위험을 증대시켰는지 아닌지가 현재의 지식상태로 확실하게 판단하기 어려울 경우에는 이를 허용되는 위험의 경우에 해당한다고 볼 수 없다.⁽¹¹⁾ 따라서 이러한 행위가 법익침해를 야기하는 데 이르렀다면 처벌하는 것이 타당하다고 한다. 그런데 이러한 위험증대설에 대한 찬반문제와는 별도로, 우선 허용되는 위험이 구체적인 경우에 도대체 증대되었는가 여부는 어떻게 판단하는 것인가? 이를 널리 알려져 있는 화물자동차 운전자 사례를 통하여 살펴보자.⁽¹²⁾ 화물자동차 운전자가 자전거 운전자를 추월하는 데 있어 요구되는 측면간격을 지키지 않았다. 추월 도중 자전거 운전자는 만취해 있었던 관계로 그만 왼쪽으로 자전거를 향하게 해서 결국 화물자동차 바퀴에 치어 사망하였다. 그런데 도로교통법이 정한 측면거리를 준수했다 하더라도 사고는 발생했을 개연성이 크다고 형사재판의 감정인은 진술하였다.

위험의 증대가 인정되는가 여부는 — 일반적으로 위험실현에서도 마찬가지로이지만 — 사후적으로(ex post) 판단해야 한다. 따라서 사후에 알려진 모든 사정들 — 예를 들면 자전거 운전자의 만취, 추월시의 정확한 측면간격, 화물자동차의 속도 등 — 을 고려하여야 한다. 이러한 사실관계를 기초로 허용된 위험을 준수했다라면 자전거 운전자에 대한 위험이 감소했겠는가, 다시 말하면 자전거 운전자의 생명을 구조할 가능성이 증대되었겠는가 하는 점을 검토하게 된다. 이러한 검토는 규범적 척도에 의하여 판단되는 것이다. 즉 사전에(ex ante) 규정된 법규범이 — 사후 지식을 기초로 하여 — 사후적으로 보더라도 결과발생의 위험을 줄인다는 의미의 금지규범으로 인정될 수 있는지를 검토한다. 긍정되는 경우라면 결과의 귀속이 인정된다. 그렇지만 새로 알려진 사정에 관한 인식을 바탕으로 판단하여 볼 때, 사전에 규정되어 있는 법규범이 이 구체적인 경우에는 법익침해를 방지하기 위해 기능하지 못하였거나 혹은 법익침해 방지를 수행하기 어렵다고 판단되면 결과의 귀속이 부정된다.⁽¹³⁾ 물론 이 규범적 판단에는 실제의 행위와 가정적 행위를 자연적 — 통계적으로 비교한

(10) 위험의 증대를 설명할 때 이것이 위험의 창출과 관련되는 것인지 아니면 위험의 실현에 관한 문제인지 의문이 있을 수 있다. 그런데 위험의 증대는 '허용되지 않는 위험의 실현'이라는 척도와 관련하여 논의하는 게 보통이다. 위험증대의 경우에는 물론 위험의 창출이 있다고 일반적으로 인정되고 있다. 그러나 논란이 되는 것은 허용되는 행위를 했더라도 역시 결과는 마찬가지로 발생했으리라는 경우에, '허용되지 아니하는 위험이 결과로 실현된 것인가' 하는 문제이다. 이러한 이유에서 위험증대설을 위험의 실현과 관련하여 논의하는 것이다.

(11) Roxin, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, ZStW 74 (1962), S. 411ff.

(12) BGHSt 11, 1.

(13) Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, S. 652.

결과도 고려된다.

금지되는 행위를 한 결과 행위자가 허용된 위험을 준수했을 경우보다 더 큰 위험을 창출하였는지 여부를 확정하기 어려울 때, 이를 어떻게 처리할 것인가에 관하여는 위험증대설의 지지자들 사이에서도 논란이 많다. 위험증대설의 지지자들 중에서 많은 수의 사람들은 이때 “의심스러울 때에는 피고인의 이익으로”(in dubio pro reo)의 원칙에 따라 위험증대와 결과귀속을 부정하고 있다. 그러나 ROXIN은 주의 규정을 준수했을 경우보다 위험을 초과했을 가능성이 있는 행위를 법질서가 관용할 근거는 없다고 한다. 예를 들어 어느 의사가 의료규칙을 무시하고 비정상적 치료를 행하여 환자를 사망케 했다고 하자. 의료규칙을 준수했을 경우 위험이 감소했겠는가를 확실하게는 확인할 수 없지만, 의료규칙을 준수했다면 환자에 대해 위험을 현저히 감소시켰을 개연성이 있는 경우라면, 결과는 그에게 귀속되어야 한다는 것이다. 다시 말하면 주의의무의 태만이 피해자에게 위험을 증대시킨 것이 확실하다고 할 수는 없지만, 위험증대의 개연성이 있거나 위험을 증대시켰을 가능성이 있는 경우에도 주의의무규정은 적용되어야 한다는 의미이다.⁽¹⁴⁾

그런데 자전거 운전자 사례와 달리 보아야 할 경우가 염소털 사례이다.⁽¹⁵⁾ 공장주가 종업원들로 하여금 규정에 따른 소독절차를 거치지 않은 중국산 염소털을 가공하도록 작업을 지시하였다. 작업도중 그 털에 묻어 있던 비탈저균으로 인하여 종업원 네명이 세균에 감염되어 사망하였다. 그러나 당시 소독기술의 미비로 인하여 법률상 규정되어 있는 소독수단은 이 세균에 대해 효과가 없었다. 이 경우 행위자는 소독을 하지 않음으로써 사전적으로 위험을 창출하였다. 그러나 소독을 하지 않은 행위가 종업원의 사망에 대한 위험을 증대시키지는 아니하였다. 그 소독수단은 효력이 없는 것이었기 때문이다. 그러므로 소독하지 않은 행위가 갖는 위험이 —사후에 확인된 바와 같이— 실현되지 않았고 따라서 종업원의 사망은 공장주인에게 귀속될 수 없다.

4. 위험실현의 척도로서 위험방지규정의 보호목적

나아가 객관적 귀속이론은 더욱 정교한 귀속의 기준을 발전시켰는데, 그것이 무엇인가 하면 결과가 결과야기자에 의하여 창출된 위험과 관련성이 있다는 것만으로는 객관적 구성요건을 충족하기에 충분하지 않다는 것이다. 더 정확하게 말하자면

(14) 그러나 이러한 논쟁은 위험증대설 그 자체의 당부에 관한 것이 아니라, 매우 제한된 일정한 사례들에 있어 위험증대설을 적용할 때 결과귀속을 인정할 것이냐 부정할 것이냐에 관한 문제일 뿐이다.

(15) RGSt 63, 211.

그 결과는 위험방지규정의 보호목적에 속하는 것이어야 한다. 독일제국법원의 판례를 기초로 이를 좀 분명히 해보자.⁽¹⁶⁾ 어두운 때에 불을 켜지 아니하고 두사람이 각각 자전거를 타고 가고 있었다. 앞에 가던 자전거 운전자가 조명을 하지 않았기에 반대편에서 오던 자전거와 부딪혔다. 그런데 뒤에 오던 자전거 운전자만이라도 조명을 하였다라면 그것만으로도 사고는 회피될 수 있었다(자전거 운전자 사례). 이 경우 앞에 가던 자전거 운전자가 과실에 의한 상해죄로 처벌된다는 것은 명백하다. 조명을 해야 한다는 등화의무는 충돌사고를 방지하려는 것이기 때문이다. 등화하지 아니하고 운전함으로써 앞 자전거 운전자는 허용되지 아니한 (충돌사고의) 위험을 창출하였고 또 이 위험이 결과로 실현되었던 것이다. 그런데 그 결과는 또한 뒤에 오던 자전거 운전자에게도 귀속되고 따라서 과실상해로 처벌되어야 할 것인가? 뒤 자전거 운전자도 역시 앞에 가던 운전자가 충돌사고를 야기하게 될 위험을 창출하였다. 왜냐하면 뒤 운전자의 등화만으로 이미 앞 운전자의 사고는 회피되었을 것이기 때문이다. 그리고 이 위험은 — 앞 자전거 운전자가 창출한 위험과 마찬가지로 — 결과로 실현되었다. 그러나 이들 사이에는 분명한 차이가 있다. 등화의무규정의 목적은 타인들 상호간의 충돌을 방지하려는 데에 있는 것이 아니라, 자기 자신에게 일어나는 충돌사고를 회피하려는 데 있다는 점이다. 만약 뒤에 오던 자전거 운전자 자신이 다른 제3자와 충돌한 경우라면, 그 결과는 그에게 귀속될 수 있을 것이다. 그러나 그에게 부과되는 등화의무는 다른 자전거 운전자가 제3자와 충돌하는 것을 방지하기 위하여 요구된 것이 아니다. 즉 뒤 자전거 운전자의 경우에는 입법자가 등화를 요구함으로써 방지하려고 목적하는 그 위험이 실현된 것이 아니다. 따라서 그는 등화하지 않았다고 해서 과실상해죄로 처벌되지는 아니한다.

위험방지규정이 보호하려고 목적하는 보호목적이 귀속에 중요한 역할을 하는 경우는 매우 많다. 그러한 사례들 중에서 대표적인 예로서는 자동차를 운전하여 가다가 측면거리 내지 안전거리 규정을 지키지 아니하고 추월하였던 바, 추월당한 자동차의 운전자가 그에 놀라서 심장마비로 사망한 경우(심장마비 사례)라든가,⁽¹⁷⁾ 추월하는 자동차에 인식할 수 없었던 부품결함이 있어 그 때문에 바퀴가 부서지고 추월당한 자동차와 충돌하여 그로 인해 사망의 결과가 야기된 경우(바퀴파손 사례)를 들 수 있다.⁽¹⁸⁾ 이러한 경우에 규정에 위반하는 추월행위는 허용되지 않은 위험의 창출이 된다. 그리고 이러한 허용되지 아니한 위험과 결과는 인과적으로 관련성이 있다. 그러나 일정한 추월을 금지하는 규정의 목적은 위험한 추월행위 그 자체로부

(16) RGSt 63, 392.

(17) OLG Stuttgart, NJW 1959, 2320.

(18) BGHSt 12, 79.

터 발생하는 충돌을 방지 내지 회피하려는 데에 있다. 심장마비를 회피한다든지 혹은 자동차바퀴의 파손을 방지한다든지 하는 것은 추월규정의 보호목적에 해당하지 아니한다. 따라서 두 사례 모두 과실치사죄는 부정되어야 한다. 또한 운전자가 제한 속도를 초과하였다가 곧 규정에 맞는 속도로 운전하였는데, 갑자기 어린이가 튀어나와 사망의 결과가 야기된 경우(제한속도 일시위반 사례)에 있어서도, 금지된 위험을 행한 것이 우연하게도 결과로 연결되었을 뿐이어서 결과귀속은 부정된다. 속도제한규정은 일정한 장소에 도달하는 데 속도제한을 지키도록 하여 일정한 시간 안에 도달하도록 하려는 — 그 시각에는 어린아이가 이미 길을 건너갔을 것이므로 — 목적을 가지고 있는 것이 아니기 때문이다.⁽¹⁹⁾

또한 치과의사 사례도 마찬가지이다.⁽²⁰⁾ 치과의사가 어느 부인을 전신마취한 상태에서 어금니 두 개를 뽑았다. 원래 이 부인은 원인모를 심장질환을 앓고 있었고 그래서 이를 뽑기 전에 치과의사에게 자신의 심장에 이상이 있는 것 같다고 이야기하였다. 이러한 경우에 의사는 먼저 환자를 내과전문의에게 보여 심장의 이상유무를 확인해야 하는데도 이를 행하지 않고 바로 마취한 후 이를 뽑았으며, 그 결과 부인은 마취에 의한 심장마비로 사망하였다. 그런데 내과전문의가 검진했더라도 심장질환을 발견하지 못하였을 것이라는 사실이 확인되었다. 물론 이를 내과전문의가 검진했더라면 그로 인한 시간지연 만큼 환자는 늦게 사망하였을 것이다. 이 경우 치과의사의 잘못으로 사망의 위험이 1주일 정도 앞당겨졌음은 사실이다. 그러나 내과전문의에게 사전조회할 의무는 그 검진으로 인한 시간 만큼 사망을 지연시키려는데 있지 않다. 이와 같이 그 부인이 1주일 먼저 사망했다는 사실은 그 주의규범의 보호목적에 포함되지 아니하며 따라서 치과의사에게 귀속될 수 없다.

또다른 실례로 도로교통규칙에 위반하여 운전자가 건널목을 건너던 중 차바퀴가 부서져 혹은 예견불가능한 부품결함으로 기차길에 멈춰서고 말았던 바, 오고 있던 기차와 곧바로 충돌하여 기차승객들이 사망하기도 하고 부상도 당하였다고 하자. 일정한 경우에는 건널목을 건너가지 못하도록 금지하고 있는 주의규정은 자동차와 기차의 충돌을 방지하려는 목적을 가지고 있다고 볼 수 있다. 운전자가 보통은 충돌이 발생할 수 없는 경우(예컨대 기차는 10분 후에 오게 되어 있어서)인데, 건너

(19) 심장마비 사례나 바퀴파손 사례 그리고 제한속도 일시위반 사례에 있어서는 이를 허용되지 아니한 위험(과속운전, 규칙위반추월)이 실현되지 아니한 경우라고 볼 수도 있다. 물론 규범의 보호목적이 그와 같은 구체적 형태의 결과발생을 포함하고 있지 않다고 말할 수도 있다. 따라서 두가지 논거가 모두 가능하다. 그런데 예시당초 어떠한 위험의 실현이라는 게 전혀 존재하지 않는 경우라면, 주의규범의 보호목적에 근거로 삼을 필요는 없다고 생각된다.

(20) BGHSt 21, 59.

가는 도중에 바퀴가 부서져 자동차가 건널목 상에 멈춰서게 되어 충돌이 발생했다면, 이러한 충돌은 위험방지규정의 보호범위 밖에 있는 것이다. 그러나 기차가 오고 있어 그 시각에 건널목을 건너가는 것이 도로교통규칙에 위반된 행위였다면, 건너던 중 바퀴파손으로 건널목에 멈춰서 발생한 충돌사고는 운전자에게 귀속되어야 한다. 기차가 가까이 오고 있을 때 건널목 건너는 것을 금지하는 목적에는 운전자가 예상할 수 없는 사태에서 발생할 수 있는 위험을 배제하려는 것도 포함된다. 따라서 그러한 결과의 방지도 위험방지규정의 보호목적에 해당한다.

5. 타인의 책임영역에 해당되는 경우

우리는 (사례 3) 마약제공 사례에서 구성요건의 해당범위라는 귀속기준을 자기책임의 원리에 의하여 설명하였다.⁽²¹⁾ 책임영역의 범위나 한계를 보여주는 또 하나의 사례를 들어 구성요건의 해당범위라는 객관적 귀속의 척도를 분명히 해보자. 부주의로 A는 가로수를 자동차로 들이받았다. 이 사고로 동승했던 한 사람이 왼쪽 허벅다리 골절상을 입었다. 그런데 그는 병원에서 의사의 부주의로 패혈증에 걸려 사망하였다.⁽²²⁾ 이와 같은 사례에서 독일법원은 최초의 원인제공자에게 과실치사를 인정하였다. 사람들은 의사의 가벼운 혹은 중간정도의 실수는 예상하고 있어야 하며 따라서 의사의 실수로 인한 사망의 결과발생도 역시 사고위험의 실현이라는 점을 근거로 한다. 그렇게 볼 수도 있을 것이다. 그러나 여기서 반드시 지적해야 할 사실은, 그러한 과오가 과연 전적으로 의사가 책임져야 할 것인지에 관한 물음이 추가로 제기되어야 한다는 점이다. 병원으로 옮김으로써 환자를 돌보는 책임은 오로지 의사에게 맡겨져 있다. 의사가 사망의 결과를 방지하지 못했으면, 최초의 원인야기자가 과실치사죄로 처벌된다. 왜냐하면 의사가 사망의 위험을 창출한 것이 아니었고, 의사는 단지 이미 존재하고 있는 위험을 제거하지 못한 것이기 때문이다. 그렇지만 본 사례의 경우는 사정이 좀 다르다. 골절상은 전혀 생명을 위태롭게 하는 것이 아니다. 생명에 대한 위험은 의사에 의하여 비로소 창출되었고 또 실현되었다. 최초의 원인제공자가 의사의 행위를 감시·감독할 수는 없는 것이기 때문에, 그는 의사의 행위에 대하여 책임을 질 수 없다. 구성요건의 해당범위가 그렇게 광범위한 귀속을 인정하고 있지 아니하다.

이는 상해가 갖고 있는 전형적 위험 밖에서 의사의 과오행위가 이루어진 경우에⁽²³⁾ 일반적으로 타당하다. 따라서 환자가 최초행위자의 상해 때문에 사망한 것이

(21) 이에 관하여는 신양균, 객관적 귀속에 대한 구체적 검토, *고시계* 1993/3, 23면 이하 참조.

(22) OLG Celle, *NJW* 1958, 271.

(23) 이에 관하여는 Schünemann, *JA* 1975, S.719.

아니라, 마취전문의사의 마취실수로 인하여 사망하였다면, 처음의 상해행위자에게 과실치사의 책임을 인정할 수 없다. 비록 그러한 의사의 실수가 예견불가능한 것은 아니지만, 그것은 최초 원인야기자의 책임범위 내에 있지 않고 따라서 구성요건에 해당되지 아니하는 것이다.⁽²⁴⁾

IV. 객관적 귀속이 현대의 구성요건이론에서 가지는 의미 — 주관적인 것과 객관적인 것의 뒤엉킴과 혼란에 관하여

1. 객관적 구성요건으로의 강조점이동

객관적 귀속이론은 객관적 구성요건에 대하여 지금까지 그것이 가지고 있던 의미보다 훨씬 큰 의미를 부여하고 있다. 그 구성요건 개념이 인과적 행위론에 의한 것이든 목적적 행위론에 근거한 것이든 어쨌든 두 경우 모두 객관적 구성요건이 커다란 의미를 가지게 되었다.

a) 결과범에 있어서 인과적 행위론은 불법의 인정에 단순히 조건관계만 있으면 충분한 것으로 보았다. 조건관계를 적용하면 알려진 바대로 무한으로의 소급(regressus ad infinitum)에 이르게 된다. 이 때 예를 들어 살인범의 출산행위가 피해자의 사망에 대해 하나의 조건이 되지만 그렇다고 해서 살인행위는 아니라는 점은 분명하다. 이와 같이 각 구성요건의 범죄유형을 결정하는 데 있어서 이러한 인과적 행위론과 그에 기초한 인과적 구성요건론은 완전히 무력하고 기능을 전혀 발휘할 수 없다. 바로 이러한 과제와 문제를 객관적 귀속이론은 해결하려고 시도하는 것이다. 즉 사망, 상해, 손괴의 결과를 야기하는 여러가지 행위 내지 조건부여행위 중에서 어떠한 조건야기행위가 살해행위, 상해행위, 손괴행위이고, 어떠한 조건야기행위는 살해행위, 상해행위, 손괴행위가 아닌지에 대해 일반적으로 적용되는 기준이나 원칙들을 객관적 귀속이론은 제공하고 있는 것이다. 이와 같이 객관적 귀속이론은 범죄의 객관적인 불법유형을 분명하게 기술할 수 있게 해 줄 뿐만 아니라 위의 여러 사례가 보여주듯이 구체적인 가벌성 여부에 관한 문제를 해결해 준다. 무엇보다도 종래 인과적 사고의 올라머리 속에서 지나치게 확대되었던 과실책임을 적절히 제한하는 것을 가능케 한다. 이러한 제한은 형사정책적으로 볼 때도 타당하다고 생각된다. 결국 객관적 귀속이론은 무엇이 구성요건행위인가, 예컨대 살해행위, 상해행위, 손괴행위인가 하는 물음에 답하려는 시도이다.

b) 목적적 행위론과 관련하여 보더라도 객관적 구성요건은 현대 귀속이론에 의하여 그 중요성을 부여받는다. 물론 고의는 체계적으로 주관적 구성요건에 위치한다

(24) 의사의 과오행위에 관한 귀속문제는 Vgl. Roxin, AT I, § 11 Rn. 108ff.

는 점에 관하여는 객관적 귀속이론도 전적으로 동의한다. 그러나 구성요건행위를 어떻게 이해하느냐 하는 점에 있어서 매우 상이하다. 목적적 행위론자들은 사망이라는 결과를 위해 인과적 진행과정을 의도적으로 조종하는 행위만을 살해행위라고 본다. 즉 고의라는 주관적 요소가 있어야만 비로소 (객관적인) 구성요건행위가 된다. 그러나 객관적 귀속이론의 입장에서는 객관적으로 귀속이 가능한 사망야기행위는 비록 그것이 고의없는 행위라고 하더라도 (객관적으로) 살해행위라고 파악한다. 따라서 고의는 살해행위를 구성하는 요소가 아니다. 고의는 살해행위에 있을 수도 있고, 없을 수도 있는 것이다. 목적적 행위론자들에게는 과실에 의한 살해가 —가 별적인 사망야기행위이긴 하지만— 결코 살해행위가 아니다. 그러나 객관적 귀속이론에서는 이러한 과실에 의한 살해 혹은 상해가 바로 살해행위 혹은 상해행위의 전형적인 형태이다. 벌써 이러한 점에서 범죄의 요체 내지 중점이 구성요건의 객관적 측면으로 옮겨지게 된 것이다.⁽²⁵⁾ 다시 말하면 객관적 귀속이론은 무엇이 구성요건적 행위인가, 즉 구성요건해당 행위의 요건을 묻는 것이다. 객관적 귀속이론에 의하면 구성요건행위 예컨대 살해행위는 사망이라는 결과에 대하여 법적으로 허용되지 아니하는 위험을 창출하고 이 위험이 구성요건의 해당범위 내에서 사망의 결과로 실현되었을 경우에 성립된다. 이러한 살해행위가 존재할 때 비로소 이 살해행위가 고의에 의한 것일 수도 있고, 과실에 의한 것일 수도 있는 것이다. 즉 목적적 행위론자들과 달리 고의는 구성요건행위의 구성요소가 아니라고 본다.

2. 과실불법의 신구조화

원칙적으로 객관적 귀속이론을 따르는 사람들에게도 그다지 분명하게 인식되지 않고 있는 점이 있다. 그것은 객관적 귀속이론이 과실범의 불법체계를 본격적으로 설계하고 기초짓는다는 사실이다. 이에 따르면 위에서 말한 척도들에 의해 객관적 구성요건에 귀속되는 행위가 과실로 행해진 경우 그것이 과실행위인 것이다. 전통적인 형법이론에서는 과실을 주의의무위반, 예견가능성, 인식가능성, 회피가능성이라는 개념들에 의해 파악하려고 했다. 그러나 그와 같은 개념들은 불필요하다. 우리는 그러한 개념들과는 결별할 수 있다. 왜냐하면 그러한 개념으로 의미하고자 하는 것들은 위에서 말한 객관적 귀속의 기준들에 의해 더 정확히 기술될 수 있기 때문이다.

이를테면 플로리다 사례와 구급차사고 사례에서 보는 바와 같이, 어떠한 행위가 예견불가능한 결과와 인과과정을 야기하였다면 우리는 과실을 인정할 수 없다. 그

(25) 이러한 중점변화의 또 하나의 측면에 관하여는 이하 IV.의 3. 참조.

러나 전자의 경우 허용되지 않는 위험을 창출한 것이 아니며, 후자의 경우에는 창출된 위험이 실현되지 아니하였다는 사실을 과실범 성립의 부정근거로 설명하는 것이 더욱 정확하다. 예견가능성이 없다는 사실을 근거로 삼는 것은 단지 문제를 덮어 가리는 일이 될 뿐이다. 왜냐하면 자연적 법칙에 의하여 발생이 가능한 인과과정—예컨대 위의 두 사례에서 보듯이—은 모두 이론적으로 예견가능하기 때문이다. 중요한 것은 무엇을 법적 기준에 따라 예견해야 할 것인가이다. 바로 이 점이 귀속의 척도에 의해 확정되는 것이다.

회피가능성에 관하여도 마찬가지이다. 도로교통에서 법규정을 모두 준수했음에도 불구하고 발생한 사고는 회피불가능하고 따라서 과실에 의하여 야기된 것이 아니라고 말하는 경우, 이는 일상적인 언어사용에 따른다면 별다른 문제가 없다고 생각된다. 그러나 그것은 법률적으로 정확한 표현이라고는 할 수 없다. 모든 사람들이 도로교통에 참여하지 않고 걸어 다닌다면, 도로교통에 따르는 위험은 회피가능하다. 모든 법규정을 준수했음에도 불구하고 사고가 발생한 경우 과실이 인정되지 않는 결정적 이유는 이러한 사고에서는 허용된 위험이 실현되었다는 점에 있다. 이를 회피불가능성으로 근거지을 필요는 전혀 없다.

그리고 전통적 과실이론에서 중심적 역할을 한 주의의무위반이라는 척도에 대하여 언급하지 않을 수 없다. 주의의무위반이란 한마디로 어떠한 요건들이 존재하면 우리가 법적으로 시인되지 아니하는 위험의 창출을 인정하는 이들 요건들을 총괄하여 부르는 명칭일 뿐이다. 주의의무위반이라는 개념은 이들 요건들의 본질적 특징을 나타내 보여주지 못한다. 법률, 교통규칙, 신뢰의 원칙 그리고 어떠한 사람을 기준이나 표준으로 할 것인가 하는 등의 더 상세한 척도를 사용해서만이 우리는 주의의무위반을 인정하거나 부인하게 된다. 그렇지 아니하고 주의의무위반의 의미를 「요구되는 주의의무」를 다하지 않은 부작위에 초점을 두는 것이라면, 이는 아무런 내용이 없는 공허한 것일 뿐만 아니라 실제적으로도 부정확한 것이다. 왜냐하면 과실범의 불법이 일반적으로 부작위에 그 본질이 있는 듯한 잘못된 인상을 줄 수 있기 때문이다. 예컨대 누군가 성냥을 부주의하게 취급해서 화재를 야기했다면, 이 때 과실은 허용되지 않는 위험을 창출한 적극적 작위에 있지 주의조치를 하지 않은 부작위에 있는 것이 아니다. JAKOBS가 올바르게 지적했듯이, 작위범 영역에서는 성냥을 주의하여 다루는 행위가 요구되는 것이 아니라, 부주의한 취급행위가 금지되는 것이다.⁽²⁶⁾

이와 같이 객관적 귀속이론은 과실불법에 관하여 아주 새로운 해석론을 가져오고

(26) Jakobs, AT, 2. Aufl., 1991, 9/6.

있다. 그러나 이러한 점은 아직 크게 인식되지 못하고 있는 게 사실이기도 하다. 우리나라 교과서를 살펴보면 독일에서 발전된 객관적 귀속의 기준들 이외에 예전의 과실 판단기준들이 여전히 사용되면서 이들이 혼용 내지 혼재되어 있는 실정에 있다.⁽²⁷⁾ 그리하여 양자의 관계는 매우 불투명하게 되어 있다. 이는 독일의 경우에도 마찬가지이다. 과실범의 구성요건 영역에서는 객관적 귀속의 척도들만으로 그 판단이 행하여져야 한다.⁽²⁸⁾ 그리하여 객관적 주의의무위반은 과실개념 내에서 독자적인 의미를 갖지 아니하고, 객관적 귀속의 기준으로 해소되는 것이다.⁽²⁹⁾

3. 객관적 귀속이 고의범에 대하여 가지는 의미

객관적 귀속이론은 실제로는 과실범의 불법을 확정하는 데 커다란 의미와 중요성을 갖는다. 그러나 고의범에 있어서도 의미가 크다. 우리가 처음에 문체제기를 위하여 들었던 사례, 즉 플로리다 사례, 구급차 사례, 칼 판매 사례 그리고 헤로인제공 사례들이 이를 잘 보여준다. 이들 사례는 모두 사망의 결과발생을 행위자가 의도했거나 적어도 감수하였던 경우이다. 그러나 이들 사례에서 고의에 의한 살인행위는 성립되지 아니한다. 객관적 구성요건이 충족되지 않았고 따라서 행위자의 실현의사는 그것이 형법상 관련되어야 할 대상을 지향한 것으로 될 수 없기 때문이다. 즉 고의가 없는 것은 객관적 구성요건이 부정되는 데 따른 것이다. 이와 같이 객관적 귀속이론은 간접적으로 고의의 성립범위도 좁아지게 한다. 이와 반대로 객관적 구성요건이 실현된 것으로 보는 입장에서는, 이러한 사례에서 고의도 긍정해야 할 것이고 따라서 처벌해야 한다는 잘못된 결론이 나올 것이다.

위와 같은 결론도출에 대하여 특히 목적적 행위론자들은 반대한다. 귀속될 수 없는 사건의 경과를 가벌성고려에서 배제하기 위하여 목적적 행위론에 따르는 사람들은 이 경우 고의를 부정한다. 이 점에 관하여는 이하 객관적 객관이론에 대한 최근 비판자들의 견해를 다루는 곳(이하 V 3 a b)에서 언급하기로 한다. 이미 구급차 사례에서 명백히 하였듯이, 인과진행과정이 불일치하는 경우 객관적 구성요건은 충족되는 것으로 인정하고 다만 행위자가 인과진행과정을 충분히 정확하게 예견하지 못했다는 이유로 고의를 부정하는 시도는 잘못된 것이다. 이는 허용된 위협의 사례에서도 마찬가지이다. 이를 위해 ARMIN KAUFMANN이 제시하고 있는 사례를

(27) 진계호, 형법총론, 제5판, 1996, 268면; 정성근, 형법총론, 전정판, 1996년, 419면 이하; 박상기, 형법총론, 개정판, 1996, 283면; 손해목, 형법총론, 1996, 711면; 이재상, 형법총론, 신정판, 1995, 177면; 이형국, 형법총론, 개정판, 1996, 384면.

(28) 김일수, 한국형법 II, 개정판, 1997, 394면 이하.

(29) 김일수, 한국형법 II, 407면. 그리고 Yamanaka, Die Entwicklung der japanischen Fahrlässigkeitdogmatik im Lichte des sozialen Wandels, ZStW 102 (1990), S. 944.

들어 살펴보기로 한다.⁽³⁰⁾ 자동차 운전자 K가 어느 승용차와 그 뒤에 가고 있는 오토바이를 규정을 준수하여 추월하려고 행위를 개시한다. 그런데 앞에 가고 있는 오토바이 운전자가 뒤를 확인하지도 않고 또 적시에 추월신호를 보냄도 없이 앞차를 추월하기 위해 갑자기 자기 차선을 벗어나고 그리하여 K자신과 충돌해 사망할 수도 있다는 것을 K는 의식하고 있다. K가 실제로 추월을 행하고, 서술한 그대로 사태가 발생하였다고 하자. 추월개시 시점에 K의 규칙위반행위가 없었던 이상, K는 자신에 의해 야기된 사망결과의 발생에도 불구하고 과실치사로 처벌되지 아니한다. 왜냐하면 사건의 진행과정이 허용된 위험의 범위내에 있고 따라서 살인죄의 객관적 구성요건이 충족되지 않기 때문이다. 그런데 객관적 귀속이론을 거부하고 그리하여 단순히 사망의 조건적 야기행위를 이유로 객관적 구성요건충족을 긍정한다면, 우리는 K를 처벌하지 않을 수 없다. 왜냐하면 고의는 존재하기 때문이다.⁽³¹⁾

그러므로 고의범 영역에서 처벌하는 것이 부당하게 보이는 경우 이를 객관적 귀속의 입장에서 해결하지 아니하고, 고의를 부정하여 이러한 사례를 처리하는 것은 불가능하다. 결국 고의범 영역에서는 객관적 귀속이론이 불필요하다고 주장하는 견해는 타당하지 아니하다. 그리하여 객관적 귀속이론은 고의범에 있어서도 객관적 구성요건에 강조점을 두게 한다.

4. 객관적 귀속에 있어서 주관적인 것에 관하여

여기서 주의할 것은 객관적 귀속은 객관적인 요소뿐만 아니라 주관적인 요소들에 기초를 두고 있다는 사실이다. 예컨대 허용되지 않는 위험이 인정되는가 하는 문제를 판단함에 있어서는 통찰력 있는 판단자라면 행위 이전에 가졌을 입장이 그 기준이 된다. 그러나 이 통찰력 있는 판단자는 구체적인 행위자의 특수지식도 가지고 있다고 고려된다. 그리하여 누군가에게 비행기여행을 권유하였는데 그때 비행기가 추락하였다면 허용되지 않는 위험의 창출은 인정되지 아니한다. 그렇지만 여행을 하라고 권유하여 여행에 원인을 제공한 사람이 만약 그 비행기에 폭탄이 투척되도록 계획되어 있다는 정보를 가지고 있었다면, 그는 과실범 혹은 내심의 의사에 따라서는 고의범으로 처벌될 것이다. 이 경우에는 행위자의 특별한 인식, 즉 주관적 사정이 위험창출 따라서 객관적 구성요건에의 귀속을 근거짓게 된다.

이와 같이 행위자의 특수지식은 이미 객관적 구성요건에 영향을 미치는 것이다.⁽³²⁾

(30) Armin Kaufmann, Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt?, *FS-Jescheck*, 1985, S. 267.

(31) 이는 Armin Kaufmann도 인정하고 있다. 그리하여 Armin Kaufmann, *FS-Jescheck*, S. 267f.에서 그는 '살해한다'라는 표지를 제한적으로 해석함으로써 동일한 결론에 이르고 있다.

(32) Roxin, *AT I*, § 11 Rn. 32; § 24 Rn. 67ff.

예컨대 결함이 있는지 알지 못하고 타인에게 그 차를 타고 가도록 한 사람은 허용되지 아니한 위험을 창출한 것이 아니다. 따라서 결함에 의해 야기된 사고로 발생한 결과는 그 사람에게 귀속되지 아니한다. 이에 반하여 그 사람이 결함을 알고 있었다면, 이러한 특수지식은 허용되지 않는 위험의 창출을 인정하게 한다. 따라서 과실치사죄의 죄책을 지게 된다. 그 사람이 사고로 인한 사망을 예상하고 감수했느냐는 문제(=고의)는 ‘결함의 인식’과는 아무 관계가 없다. 그러므로 특수지식을 고려한다는 것은 고의를 검토한다는 것과 동일하지 아니하다.

구성요건의 해당범위라는 척도에 있어서도 주관적인 요소가 결정적 역할을 하는 경우가 종종 있다. (사례 3)의 헤로인제공 사례에서 서술한 바와 같이, 객관적 구성요건에의 귀속은 피해자의 자기책임에 의하여 한계지워진다. 그런데 마약제공자가 그 물질의 위험성에 관하여 구매자보다 훨씬 잘 알고 있었던 경우라면, 이때는 다시금 판매자가 책임을 지게 된다. 즉 이 경우에도 행위자의 지식이나 인식이 객관적 구성요건에의 귀속을 인정하는 데 의미를 갖는 것이다.

심지어 STRUENSEE에 의하면 과실범은 “위험발생요인의 인식과 그 목적적 실현”이라는 주관적 구성요건을 전제로 하고 있다.⁽³³⁾ 그리하여 예컨대 빨간 신호등에서 차를 운전하여 사거리로 건너가거나 보이지 않는 커브길에서 추월한다는 사실을 인식하고 있는 자는, 그에 이어져 발생한 사고를 과실로 실현한 것이라고 한다. 그러나 STRUENSEE가 과실의 성립요건으로서 위험발생요인의 인식이 필요하다고 지적한 점은 타당하지 아니하다.⁽³⁴⁾ 부주의하여 빨간 신호등과 커브길을 인식하지 못한 자 역시 허용되지 아니한 위험을 창출한 것이고 과실로 행위한 것이다. 그렇지만 위험야기사정의 「인식」은 「객관적」 구성요건에의 귀속에 관련되는 요소이다.

어쨌든 이러한 모든 점들이 객관적 귀속이론에 반대하는 논거가 되지는 못한다. 이는 단지 객관적 귀속에 있어서도 주관적 요소들이 일정한 역할을 할 수 있다는 사실을 보여줄 뿐이다. 객관적 귀속에 있어서는 주관적 사정이 중요하지 않기 때문에 그것이 “객관적” 귀속이라고 불리는 것이 아니다. 귀속에 의하여 성립되는 구성요건행위—예컨대 살해, 상해, 손괴 등—가 객관적인 어떤 것이기 때문에, 우리는 그것을 객관적이라고 하는 것이다. 그리고 이러한 객관적인 것에 비로소 주관적 구성요건의 고의가 부가되는 것이다. 주관적 구성요건에 속하는 것들은 단지 주관적

(33) Struensee, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 1987, S. 58ff. 이와 관련된 자세한 논의로는 정영일, 과실범에 있어서의 인적 불법론에 관한 연구, 서울대 박사학위논문, 1992, 137면 이하 참조.

(34) 이에 관하여는 Roxin, Finalität und objektive Zurechnung, GS-Armin Kaufmann, 1989, S. 249f.

구성요건요소, 즉 고의와 주관적 불법요소들 뿐이다. 구성요건요소가 아닌 단지 위험의 판단(예컨대 비행기여행 사례)이나 여러 관련자들 사이의 책임한계(예컨대 헤로인제공 사례)와 관련된 인식내용은 객관적 구성요건에의 귀속에 속하는 것이다.⁽³⁵⁾ 이와 같이 객관적 귀속은 주관적 기준들에 의하여서도 영향을 받는다는 사실을 분명히 인식해야 할 것이다. 인간의 행위—따라서 구성요건행위도—는 항상 객관적 요소와 주관적 요소가 결합되어 이루어진다.

V. 객관적 귀속이론의 발전 및 반대론

1. 현대적 귀속이론의 성립과 인정

오늘날 전개되고 있는 것과 같은 형태의 객관적 귀속이론은 1970년 경에 성립되었다. 위의 여러 적용영역에서 본 바와 같은 위험(Risiko)이론은 ROXIN에 의하여 처음 전개된 것이었다고 할 수 있다.⁽³⁶⁾ 그리고 그의 제자인 RUDOLPHI⁽³⁷⁾와 SCHÜNEMANN⁽³⁸⁾이 보호목적론의 근거를 마련하고 구성요건의 해당범위론을 확립하는 데 중요한 기여를⁽³⁹⁾ 하였다.⁽⁴⁰⁾ 객관적 귀속이론은 오늘날 독일의 형법교과서와 코멘타르에서는 거의 일반적으로 승인되고 있으며 또한 논문들에 의해 계속 발전되었다.⁽⁴¹⁾ 물론 객관적 귀속이론의 주장자들 사이에서도 많은 개별적 문제에 관하여는 상이한 견해들이 존재한다. 그러나 방법론적으로나 내용적인 면에 있어서 기본적으로 객관적 귀속이론이 독일 형법학계에 받아들여져 있다고 할 수 있다.

(35) 자세한 것은 Roxin, *GS-Armin Kaufmann*, S. 250f.

(36) Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, *FS-Honig*, 1970, S. 133ff. 그리고 본고에서 자세히 다루지 아니한 위험증대설은 이미 1962년에 나왔다 (Roxin, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, *ZStW* 74(1962), S. 411ff.). 객관적 귀속이론이 Roxin에 의하여 도입되었다는 사실은 Hirsch, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, *FS-Universität zu Köln*, 1988, S. 403 에서도 인정하고 있다.

(37) Rudolphi, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, *JuS* 1969, S. 549ff.

(38) Schünemann, *JA* 1975, S. 575ff., 715ff.

(39) Vgl. Roxin, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, *FS-Gallas*, 1973, S. 241ff.

(40) 이러한 이론사적 고찰에 관하여는 Toepel, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1992, S. 136ff.에 있는 객관적 귀속의 역사적 발전을 참고.

(41) Burgstaller, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, 1974; Wolter, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981; Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*, 1988.

2. 귀속이론의 역사에 관하여

객관적 귀속이론의 정신사적 뿌리는 HEGEL의 법철학에까지 거슬러 올라간다. 그로부터 1927년 LARENZ가 객관적 귀속의 개념을 도출하였고,⁽⁴²⁾ 이는 곧 HONIG에 의하여 특별히 형법해석학에 적용되었다.⁽⁴³⁾ LARENZ와 HONIG의 주장을 근거로 ROXIN은 1970년 위험증대설을 발전·전개시키게 되었고,⁽⁴⁴⁾ 이 원리는 그후로 많은 반향을 얻어 성공을 거두었다고 할 수 있다. 객관적 귀속의 개념이 이러한 예전의 문헌에 근거하고 있다고 볼 수 있는가에 관하여는 근래 의문을 표시하는 입장이 있다.⁽⁴⁵⁾

사실 LARENZ와 HONIG에게서 우리는 단지 하나의 연결고리만을 발견할 수 있다. 이것이 그후 객관적 귀속의 개념을 이렇게 확장·전파하리라고 생각하지 못했던 것이다. LARENZ에 의하면 귀속이란 어느 주체에게 어떠한 행위를 자신의 행위로 간주하여 책임을 지울 것인가 하는 문제에 관한 것이다.⁽⁴⁶⁾ 이러한 생각은 완전히 오늘날의 견해와 일치한다. 그러나 LARENZ는 그 사고의 실제적 의미를 단지 우연의 배제라는 점에 한정하고 있었다. 그리하여 귀속이란 단지 어떤 행위를 우연히 발생한 사태와 구별지우려는 시도를 의미하는 것이라고 한다.⁽⁴⁷⁾ HONIG의 “객관적 목적성”(objektive Zweckhaftigkeit)이란 척도 역시 이와 동일한 생각에 기초하고 있다. 그리하여 결과는 그것이 목적으로 설정된 것이었다고 생각될 수 있는 결과여야 귀속이 인정된다고 한다.⁽⁴⁸⁾ 따라서 오로지 우연한 사고만이 귀속으로부터 제외된다. 왜냐하면 우연한 사고를 목적으로 추구할 수는 없기 때문이다. 오늘날 그 의미를 생각해 보면 결과를 야기하는 수단이나 방법이 목적으로 행위를 실현하기 위한 것이라고 할 수 없을 때에는, 결과의 귀속을 인정할 수 없다는 것이다. 예를 들어 누군가를 살해할 것을 목적으로 하였다면, 그를 미국에 여행하도록 권유하는 행위는 결코 적합한 수단이 될 수 없다. 살해를 이러한 형태로 목적할 수는 없기 때문이다. 그러므로 그가 미국에 여행을 가서 우연히 사망하게 되었을 경우에도 객관적으로 살해행위가 성립되지 아니한다.

물론 현대의 새로운 귀속이론도 플로리다 사례와 구급차 사례에서 본 바와 같이 우연한 사고를 구성요건해당성에서 제외하려는 문제를 다룬다. 그러나 위험을 감소

(42) Larenz, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927.

(43) Honig, Kausalität und objektive Zurechnung, *FG-Frank*, Bd. I, 1930, S. 174ff.

(44) Roxin, *FS-Honig*, S. 135.

(45) Vgl. Toepel, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang, S. 140ff.

(46) Larenz, *Hegels Zurechnungslehre*, S. 51.

(47) Larenz, *Hegels Zurechnungslehre*, S. 61, 75, 84.

(48) Honig, *FG-Frank*, Bd. I, S. 184.

시키는 경우나 허용된 위험의 경우에 발생한 결과는 우연한 것이 아니다. 또한 위험방지규정의 보호목적 밖에 있는 결과나 구성요건의 해당범위에 속하지 않는 결과의 발생도 우연한 것은 아니다. 그렇지만 이들 경우에 귀속이 긍정되지 아니한다. 이와 같이 현대적 귀속이론은 LARENZ나 HONIG에게서 처음 시작될 때보다 훨씬 광범위한 적용영역을 가진다. 초창기 이론은 이미 그 당시 상당인과관계설이나 중요설에 의해서도 달성될 수 있었던 경우에 국한된 것이었다.⁽⁴⁹⁾ 상당인과관계설은 상당성판단공식을 가지고 있어 객관적 귀속이론과 일치하는 부분이 있다. 인과진행 과정이 상당하다고 이야기할 때, 이는 야기행위자가 창출한 위험이 그 인과과정에서 실현된 경우를 말한다. 단지 이러한 점에 있어서만 상당인과관계설과 객관적 귀속은 동일하다. 그러나 위험의 감소, 허용된 위험, 주의규범의 보호목적 그리고 구성요건의 해당범위 문제는 상당성으로는 파악할 수 없다.

3. 객관적 귀속이론에 반대하는 견해

독일 판례는 아직까지 객관적 귀속이론에 명시적으로 따르고 있지는 아니하지만, 여러 면에서 접근하고 있으며 일정 부분 받아들이고 있다고 보인다.⁽⁵⁰⁾ 자기책임영역 원칙과 관련해서는 위(II 3)에서 이미 언급하였다. 어쨌든 독일 판례는 적어도 반대한다는 입장을 표명하지 않고 있다. 오늘날 객관적 귀속이론에 대하여 원칙적으로 반대하는 입장은 단지 목적적 행위론에 따르고 있는 일련의 학자들에서만 발견할 수 있다. 그들은 위에서 언급했던 객관적 구성요건으로의 이론적인 강조점 변화를 인정하지 않으려고 한다. 왜냐하면 목적적 행위론이 중시하던 주관적 구성요건에 우월적인 위치를 유지시키려 하기 때문이다.⁽⁵¹⁾ 오늘날 특히 HIRSCH와 그의 제자인 KÜPPER가 목적적 행위론의 종전 입장을 그대로 유지·옹호하려는 학자로 두드러지게 나타나고 있어, 이들의 견해에 관하여 간단히 살펴보기로 한다.

a) 위험의 창출 문제에 관하여

HIRSCH는 특히 — 우리가 플로리다 사례에서 분명히 했던 바와 같은 — 위험의 창출이 결여되는 사례에 관하여 언급하고 있다. 그는 이러한 경우 객관적 구성요건은 충족되는 것으로 보고, 고의의 인정여부를 문제삼는다. 행위자의 인식은 이 경우 불운한 사고의 피해자가 될 위험, 즉 단지 사회생활에 있어서의 일상적 위험에 관

(49) 상당인과관계설과 중요설에 관하여는 Roxin, AT I, § 11 Rn. 31ff.

(50) Goydke, Probleme der Zurechnung und Schuldfähigkeit im Strafverfahren, in: Deutscher Anwaltverlag (Hrsg.), *Verkehrsstrafverfahren usw.*, 1992, S. 8.

(51) 이러한 시도의 대표적인 것으로는 Armin Kaufmann, *FS-Jescheck*, S. 251ff.; Struensee, *JZ* 1987, S. 53ff. 이에 대한 비판은 Roxin, *GS-Armin Kaufmann*, 1989, S. 237ff.

련된 것이었다. 다시 말하면 행위자의 인식은 구체화된 침해행위에 관련된 것이 아니었다. 따라서 이는 단순한 희망에 불과한 것이며, 조종의사는 아닌 것이라고 한다.⁽⁵²⁾ 물론 그가 고의에 관하여 설명한 부분은 옳다. 그러나 이는 사실상 객관적 귀속이론의 타당성을 다시 확인해 주고 있는 것이다. 왜냐하면 고의가 없다고 인정되는 이유는 — HIRSCH가 말한 바에서 우리가 알아차릴 수 있듯이 — 고의가 이 경우 그 객관적 대상을 갖고 있지 못하기 때문이다. 다시 말하면 이러한 형태의 결과야기행위는 객관적으로 침해행위, 즉 허용되지 아니한 위험의 실현행위가 될 수 없기 때문인 것이다. 만약 관광여행자가 살해당한 것이 그 여행을 권유한 자에게 객관적으로 귀속될 수 있는 살해행위에 해당되고 따라서 객관적 구성요건이 충족되는 것이라고 인정한다면, 고의도 당연히 긍정되어야 할 것이다. 왜냐하면 여행권유자는 객관적으로 발생한 바의 그것을 정확히 주관적으로 목적하였기 때문이다.

그런데 KÜPPER는 위험창출이 없는 경우에는 결과야기자의 범행지배(Tatherrschaft)가 부정되는 것이라고 주장한다. 행위자라고 말할 수 있으려면 그는 범행에 지배적이 되는 사정들을 인식하고 범죄구성요건을 자신의 작품으로 실현한 자여야 한다. 그러므로 목적적 행위론의 관점에서는 객관적 귀속판단의 여지가 남아 있지 아니하다는 것이다.⁽⁵³⁾ 이러한 논거도 실제로는 행위자가 무엇을 자신의 작품으로 실현했느냐는 확정을 문제삼는 객관적 귀속이론을 지지해 주는 것이 될 뿐이다. 어떠한 위험도 창출하지 아니한 사람은 객관적으로 결과를 야기한 인과과정을 지배하지 않았다는 지적은 확실히 옳다. 그러나 지배가능성 결여라는 척도는 객관적인 것으로서, 행위자의 주관적인 인식과 목적은 이와 아무런 상관이 없다. 그리고 KÜPPER에 의하면 객관적 귀속은 행위개념의 구성요소이다.⁽⁵⁴⁾ 객관적으로 어떤 행위가 살해행위, 상해행위인 것은 위에서 말한 귀속의 기준에 의하여 결정된다는 의미라면, 그의 말은 타당하다. 그러나 그것은 목적성과는 아무런 관련이 없다.

객관적 귀속이론에 의하면 허용되지 않는 위험을 창출하고 그 위험을 실현한 행위만이 객관적으로 귀속되는 행위이다. 일반적으로 구성요건고의는 객관적 구성요건에 미쳐야 한다고 우리는 이야기한다. 그렇다면 고의는 허용되지 아니하는 위험을 인식해야 하지 않느냐 하는 의문이 들 수 있다. 그러나 구성요건고의는 허용되지 아니하는 위험이 발생하는 사정 내지 상황을 인식하는 것이다. 즉 허용되지 않는 위험이라는 평가가 포함될 필요는 없다. 이러한 평가를 잘못하였으면 금지착오가 될 것이다. 따라서 허용되지 않는 위험이라는 표지는 “종합평가적 표지”라고 할 수

(52) Hirsch, *FS-Universität zu Köln*, S. 405.

(53) Küpper, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, 1990, S. 92f.

(54) Küpper, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, S. 93.

있다.⁽⁵⁵⁾ 예컨대 허용된 위험이 제한속도를 80km로 하고 있는데, 행위자가 90km로 달리면서 속도계 고장으로 자신은 단지 75km로 달린다고 믿은 경우라면, 그에게는 구성요건적 착오가 인정된다. 그러나 행위자가 90km로 달리면서 착오로 제한속도는 100km까지 허용된다고 믿었다면 금지착오가 된다.

b) 인과진행과정의 불일치 문제에 관하여

구급차 사례에서와 같은 인과진행과정의 불일치에 관하여 HIRSCH는 행위자가 인식한 것과 다른 방식으로 결과가 발생했다는 점이 이 경우 문제된다고 본다. 그리하여 문제를 객관적 구성요건으로 위치변환시키는 것은 사리에 어긋난다고 한다.⁽⁵⁶⁾ 그러나 이미 앞에서 언급하였듯이 인과진행과정이 행위자의 인식과 달랐다는 사실은 중요한 판단척도가 아니다. 왜냐하면 창출된 위험의 범위 내에 있는 불일치는 귀속을 방해하지 않기 때문이다. 중요한 것은 그러한 불일치가 본질적인가 하는 문제로, 이는 객관적인 문제이다. 그리고 이 본질적이나 여부는 오로지 객관적 귀속의 척도에 의하여 결정될 수 있을 뿐이다.

HIRSCH와 달리 KÜPPER는 인과과정 불일치의 경우 주관적인 면을 판단함에 객관화 요소가 개재된다는 것을 인식하고 있다.⁽⁵⁷⁾ 그것이 바로 상당성판단이라고 할 수 있다. 그러한 점에서 이 상당성판단은 위험실현의 원리와 동일한 것이다. 그럼에도 불구하고 KÜPPER는 이를 목적성에 관한 문제라고 하는 견해를 유지하려 한다. 즉 의욕하는 인과관계를 설정함에는 그것이 상당하다는 객관적 판단이 전제된다는 것이다. 상당성 범위를 넘는 것은 목적적으로 조종할 수 없으며 따라서 주관적으로 귀속이 불가능하다고 한다. 객관적으로 상당한 판단은 따라서 심리적으로 인식된다고 한다. 어느 누구도 상당하지 않은 인과진행을 설정할 수 없다는 것은 확실하다. 그러나 귀속이 부정되는 것은 객관적으로 위험의 실현이 없었기(인과진행과정의 상당성 결여) 때문이지, 행위자가 이때 무엇을 심리적으로 인식하였는가 하는 점과는 아무런 상관이 없다. 피해자가 병원으로 옮겨질 때 교통사고를 당할 수 있다는 사정을 설사 행위자가 자신의 의사로 수용했다 하더라도, 살인의 기수는 성립되지 아니한다.

c) 여러 가지 문제를 단지 객관적 귀속이라는 용어로 일원화한다는 비판

HIRSCH와 KÜPPER는 과실범에 있어서 객관적 귀속이론의 중요한 결론들을 문제삼은 것이 아니라, 단지 이를 귀속론으로 체계화하려는 데 반대한다는 사실이 지

(55) 종합평가적 표지에 관하여는 김일수, 한국형법 I, 421면 참조.

(56) Hirsch, *FS-Universität zu Köln*, S. 404.

(57) Küpper, *Grenzen der normatierenden Strafrechtsdogmatik*, S. 96f.

적되어야 할 것이다. HIRSCH에 의하면 객관적 귀속이라는 이름하에 이 이론을 고려하지 않고서도 해결할 수 있거나 더 정확히 해결할 수 있는 여러가지 문제들을 그냥 모아 놓고 있는 것에 지나지 않는다.⁽⁵⁸⁾ 또한 KÜPPER는 과실범이나 결과적 가중범은 그 고유한 형태 때문에 특별한 척도가 요구되는 것이 아닌가 묻고, 단지 이를 소위 귀속이라는 이름으로 제시하고 있는 것은 아닌가 의문을 나타낸다.⁽⁵⁹⁾

확실히 객관적 귀속이론은 LARENZ나 HONIG에게서 볼 수 있는 바와 같이 단지 우연의 배제라는 하나의 관점을 가지고 있지 않다. 위험의 창출, 허용된 위험의 초과, 위험의 감소, 위험방지규정의 보호목적, 피해자책임의 원칙과 제3자 책임의 원칙 등은 각기 상이한 귀속의 관점을 가지고 있는 것이다. 그렇다고 해서 이들이 이질적인 문제해결의 관점들을 자의적으로 모아놓은 집합체는 아니다. 전체적으로 이들은 「객관적 구성요건을 충족하는 살해행위, 상해행위, 손괴행위 등이 인정되면 행위와 결과 사이에 어떠한 관련성이 있어야 하는가」하는 점을 말해 주고 있다.

이러한 관점들은 아직 다른 여러 관점들에 의하여 보충되어야 할 것들이지만, 그렇다고 하여 우연한 것은 물론 아니다. 이들은 우리 형법이 목적으로 하는 법익보호를 법치국가적으로 제한하려는 형사정책적 원리에 기초하고 있다.⁽⁶⁰⁾ 다른 방법으로는 보호할 수 없는 법익을 보충적으로 형법에 의하여 보호하려고 하면, 허용되지 않는 위험의 창출과 실현을 그를 위한 귀속의 척도로 하지 않을 수 없다. 그리고 또한 허용된 위험, 위험방지규정의 보호목적, 피해자의 자기책임과 제3자 책임의 범위 등이 —공공의 이익과 개인의 자유 때문에— 위험책임을 제한하기 위하여 요청되는 것이다. 객관적 귀속이론은 이와 같은 형법이론적 배경을 가지고 형사정책적 목적에 기초한 이론체계의 요청에 부응하는 것이다. HIRSCH가 생각하듯이 아무런 관련도 없는 여러 가지 문제를 모아 이름만 달아놓은 것과는 거리가 멀다. 그와 반대로 객관적 귀속이론은 바로 현대 형법학이 WEIZEL과 목적적 행위론에 의하여 얻은 시각에 머무를 수 없다는 사실을 보여주는 것으로 생각된다.

KANT는 우리에게 ‘Sein에서 Sollen을 이끌어 내서는 안된다’, ‘규범원리를 경험적 사실에서 얻을 수는 없다’고 가르쳐 주었다. 그런데 목적적 행위론은 형법체계에 대해 존재론적인 기초를 부여하고 이로부터 법적인 문제해결을 도출해 낼 수 있다고 믿는다. 이는 KANT의 인식과는 반대된다고 볼 수 있다. 형법학이 형사정책적인 목적을 고려해야 한다고 할 때, 이는 Sein에서 Sollen을 도출해 내는 것이 아니

(58) Hirsch, *FS-Universität zu Köln*, S. 407.

(59) Küpper, *Grenzen der normativeringenden Strafrechtsdogmatik*, S. 91.

(60) Mir Puig, *Die Zurechnung im Strafrecht eines entwickelten sozialen und demokratischen Rechtsstaates, Jahrbuch für Recht und Ethik*, Bd. 2 (1994), S. 225ff.

라 Sollen을 다른 Sollen으로부터 이끌어 내는 것이라고 하겠다. 이는 동시에 형법학적 원리를 다른 규범체계에서 도출하는 것, 다시 말하면 철학적, 신학적 혹은 이념적 원리들로부터 형법적 해결을 전개하려는 시도에 반대하는 것이기도 하다. 예컨대 맑스주의에서 형법체계가 도출되어 나오는 것이 아니다. 형법체계는 법익보호, 책임원칙, 죄형법정주의 등에서 표현되고 있는 형사정책적 기본요청에 관한 대화에서 나오는 것이다.⁽⁶¹⁾ 이에 관하여 토론하는 데에 종교와 이념 등은 별 관계가 없는 것이다.

(61) 대화이론에 관하여는 이상돈, *형법의 근대성과 대화이론*, 1994, 62면 이하 참조.

〈Résumé〉

Die Diskussion über die Lehre von der objektiven Zurechnung im allgemeinen

Yong-Sik Lee*

Das klassische Strafrechtssystem gründete den Tatbestand auf den Kausalbegriff. Der Tatbestand galt immer schon dann als erfüllt, wenn jemand eine Bedingung für den Erfolg gesetzt hatte und damit im Sinne der Äquivalenztheorie für ihn ursächlich geworden war. Das führt zu einer weiten Ausdehnung des Tatbestandes. Die danach erforderlichen Einschränkung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit muß bei anderen Stufen des Straftatsystems gesucht werden, vor allem im Rahmen der Schuld, der man alle subjektiven Merkmale des Verbrechens zuordnete. Gegen diese System wandte sich finale Handlungslehre, die das Wesen der menschlichen Handlung nicht in dem reinen Naturphänomen der Verursachung, sondern in der vom menschlichen Willen gelenkten Steuerung des Kausalverlauf erblickt. Diese finale Handlungslehre vermeidet weitgehend den regressus ad infinitum der kausalen Handlungslehre, indem sie den Vorsatz als subjektiven Teil schon des Tatbestandes betrachtet. Aber für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes läßt auch sie den reinen Bedingungszusammenhang im Sinne der Äquivalenztheorie genügen. Damit wird der Tatbestand immer noch zu weit ausgedehnt. Diese Probleme versucht die Lehre von der objektiven Zurechnung zu lösen. Sie besagt in ihrer einfachsten Form: Ein vom Handelnden verursachter Erfolg ist dem Verursacher nur dann als sein Werk zuzurechnen und erfüllt nur dann den objektiven Tatbestand, wenn das Verhalten des Täters ein unerlaubtes Risiko für das Handlungsobjekt geschaffen, wenn das Risiko sich im konkreten Erfolg verwirklicht hat und wenn der Erfolg innerhalb der Reichweite des Tatbestandes liegt. Sie liefert allgemein gültige Regeln dafür, welche Verursachung eines Todeserfolges, einer Verletzung, einer Sachbeschädigung usw. Tötungs-, Verletzungs-, Beschädigungshandlungen sind und welche nicht. Damit ermöglicht sie vor allem eine plausible Einschränkung der

* Full-time Lecturer, College of Law, Seoul National University

Fahrlässigkeitshaftung. Während die Finalisten als Tötungshandlung nur die bewußte Steuerung des Kausalverlaufs auf den Todeserfolg hin gelten lassen, ist nach der objektiven Zurechnung jede objektiv zurechenbare Todesverursachung eine Tötungshandlung, und zwar gerade auch dann, wenn sie unvorsätzlich ist. Der Vorsatz ist also nicht etwas, was die Tötungshandlung konstituiert, sondern was bei ihr vorhanden sein oder fehlen kann.

Die Lehre von der objektiven Zurechnung gestattet es, ein System des Fahrlässigkeitsunrechts zu entwerfen. Die Begriffe, mit denen die herkömmliche Dogmatik die Fahrlässigkeit zu erfassen versucht hat —Sorgfaltspflichtverletzung, Vorhersehbarkeit, Erkennbarkeit, Vermeidbarkeit—, sind überflüssig und können verabschiedet werden. Denn was mit ihnen gesagt werden soll, läßt sich mit Zurechnungskriterien präziser beschreiben. Auch beim Vorsatzdelikt ist eine vorsätzliche Tötung ausscheidet, wenn der objektive Tatbestand aufgrund objektiver Zurechnung nicht erfüllt ist. In diesem Fall richtet sich der Verwirklichungswille also nicht auf einen strafrechtlich relevanten Gegenstand. Das Fehlen des Vorsatzes beruht deshalb auf der Ablehnung des objektiven Tatbestandes. Die Lehre von der objektiven Zurechnung verengt damit mittelbar auch den Vorsatzbereich. Sieht man dagegen den objektiven Tatbestand als verwirklicht an, muß auch der Vorsatz bejaht werden.

Auch subjektive Faktoren spielen bei der objektiven Zurechnung eine Rolle. Bewußtseinsinhalte, die keine Tatbestandsmerkmale sind, sondern nur für das Gefahurteil oder die Abgrenzung der Verantwortung unter verschiedenen Beteiligten relevant sind, betreffen die Zurechnung zum objektiven Tatbestand. Auch Tatbestandshandlung besteht aus einem Geflecht von objektiven und subjektiven Momenten.

Die Zurechnungsaspekte beruhen auf den kriminalpolitischen Prinzipien eines rechtsstaatlich begrenzten Rechtsgüterschützes. Daraus macht man die Schaffung und Verwirklichung eines unerlaubtes Risikos zum zentralen Zurechnungskriterium. Man muß aber auch das erlaubte Risiko, den Schutzzweck der Risikovermeidungsvorschriften sowie die Selbstverantwortung des Opfers und den Verantwortungsbereich Dritter zu einer aus Gründen des Gemeinwohls und der individuellen Freiheit nötigen Begrenzung der Risikoschaffung heranziehen. Die Lehre von der objektiven Zurechnung zeigt, daß die moderne Strafrechtsdogmatik nicht bei den durch Welzel und Finalisten gewonnenen Einsichten stehenbleiben kann.