

# 危險概念의 構造와 그 分析

朴 相 源\*

## I. 序說

“危險” 또는 “危殆化”라는 犯罪構成標識가 現行法上 明文으로 주어져 있는 경우는 法條文 全體로 보아 그리 흔하지 않다.<sup>1)</sup>

그러나 이것은 氷山の 一角에 비유할 수 있다. 實際에 있어서는 犯罪論과 解釋論의 거의 全領域에서 直接間接으로 理論體系의 초석이 되어 있기 때문이다.

예컨대 犯罪의 實質的 概念主義, 因果關係論, 違法性的의 本質에 관한, 특히 結果反價値論과 行爲反價値論을 둘러싼 違法性的의 實質的 內容 把握의 問題, 危險犯, 未遂論, 保安處分등 많은 領域을 본다면 쉬이 肯定할 수 있다.

危險判斷은 現實的인 것이 아닌 “可能的” 結果를 本質的 內容으로 하고 있을 뿐만 아니라, 人間에게는 因果의 全體的 展開 過程을 完全히 주지할 能力이 없다. 그뿐만인가... 여기에 判斷의 기초가 行爲 時點에 認識 可能的 것과 같은 時間的 制約이 結合하면 觀點 如何에 따라 -條件說의 結論으로서는- “可能性”이나, “客觀的 可能性”은 存在하지 않으며, 그 점에도 不拘하고 “客觀的 可能性”의 主張은 人間의 主觀的 無知에 還元된다는 結論도 나

\* 嶺南大學校 法科大學 敎授

1) 一般法인 刑法만 보아도 第 17條 因果關係, 第 27條 不能犯, 第 166條 2項, 第 173條 1항 개쓰 등의 工作物 損壞, 第 258條 1項 重傷害, 第 278條 特殊逮捕監禁, 第 368條 重損壞 등 뿐이다.

오게 된다.

왜냐하면 客觀的인 實在의 世界에서는 오로지 必然性만이 存在하기 때문이라는 데 있다. 하나의 行爲와 一定한 法益侵害 間에는 그 行爲가 法益侵害을 惹起시키거나 惹起시키지 못하거나 둘 중의 어느 하나 만이 存在한다. 因果의 全展開過程에 대한 人間의 洞察能力의 限界와 可能性의 存在가 否定되기도 하는 問題 狀況에서 危險判斷을 어떻게 求할 수 있으며 그 危險性質은 어떠한 것일까?

그러한 反面에 이른바 相當說은 “客觀的 可能性”의 存在를 前提하여 “相當한 惹起”의 理論을 展開하였음은 周知의 事實이다.

可能性 判斷을 母體로 한 “危險”의 存否의 전말이야 어떻든 우리의 經驗의 領域에서 危險概念을 全적으로 排除할 수도 없거니와, 비록 主觀說은 脫皮할 수는 없다고 하더라도 우려로서는 危險의 存在를 否定할 수도 없다.

이러한 問題狀況에서 여전히 刑事司法上의 保障的 要請을 背景으로 “可能性” 判斷의 客觀性を 어떻게든 確保하려 하였다는 것은 當然한 것이라 하겠다.

그러나 規範적으로 어느 정도로, 어떻게 회식되었는가는 평소에 關心이 많았던 것으로 여기 危險判斷과 그 概念의 構造分析을 하게 된 것은 本人에게는 나름대로의 하나의 里程標에 비유될 수 있다.

## II. “可能性” 判斷과 그 客觀性

### 1. 크리스(Kries)의 肯定論

危險은 事態와 行爲에 關係한다. 여기의 事態는 一定한 結果의 現實的, 具體的 惹起에 이르지 아니한, 그러나 이 結果惹起 招來의 (現實的)可能性이 있는 事態를 意味하며, 因果的으로는 “行爲”에 의하여 創出된 法益侵害의 可能性이 있는 “狀態”임에 異議는 없다.

크리스에 의하여 展開된 “客觀的 可能性”의 概念은 數學上의 確率論과 社會學上의 統計的 觀點에 關心을 가지고 주어졌다고 한다.<sup>2)</sup>

刑法上으로는 自然科學의 高度의 發達에 힘입어 展開된 條件說에 대응하는 相當因果關係論과 客觀說의 土臺가 되었다.

그의 所論은 다음과 같은 것으로 要約할 수 있다.

① 事實上으로 發生하는 모든 現象은 이미 存在하는 모든 事情의 總體的作用에 의하여 必然的으로 惹起된다는 命題는 經驗科學上의 自明한 論理이자 結論이다.

그럼에도 不拘하고 우리가 “可能性”이나 “蓋然性” 운운하는 그 自體는 이에 대한 우리의 認識이나 知識이 不完全하거나, 正確하지 않다거나, 正確性이 缺如될 수 있다는 前提에서 歸結되는 하나의 表現이다.

② 누군가가 주사위를 열 번 던지면 한 번쯤은 육의 면이 나올 것이라는 蓋然性이 存在한다고들 거의 確信에 가깝게 말한다.

그리고 주사위가 던져졌을 때, 어느 면이 나올 것인가는 모든 現實的인 諸條件의 總體에 의하여 이미 決定되고 確定되어 있다는 것은 事實이다... 諸條件에 의하여 制約된 諸事情의 全體에 비추어 언제나 一面 또는 다른 면이, 어느 一面이 必然的이고, 따라서 다른 面은 전혀 不可能하다는 것도 움직일 수 없는 事實이다. 다만 어느 면이 確實하게 나올 것인가를 모를 뿐이다. 故로 “蓋然性”-“可能性”이라는 表現의 모두는 主觀的이며, 우리의 正確하지 못한, 혹은 不完全한 知識의 表現이자 結論이다.

이것은 嚴密히 規定된 諸條件下에서는 “客觀的 可能性”이라는 觀念은 思考上 不可能하고, 形容에 있어서 矛盾이요, 不合理하다는 것을 意味한다.

③ 그러나 (制限된 一定한) 特別한 諸事情下에서는 可能性의 客觀性 即 客觀的 可能性을 얻을 수 있다는 것이다. 비록 現實的으로는 期待되고 假定된 結果의 發生-招來가 없었다고 하더라도.

이러한 意味의 “客觀的 可能性”이 理論的 根據를 크리스는 이른바 方法

2) 振律師行, 크리스의「客觀的 可能性」의 概念とその若干의 通用について, 日本刑法學會, 刑法雜誌, 第 22 卷 第 34號, 1979, 414面 參照.

二元論과, 릿커트(H. Rickert)의 自然科學과 文化科學의 對比에서 얻어지는 結論이 이러한 論據의 基礎가 된다고 한다. 精神法則論的 規定(nomologische Bestimmung)과 存在(法則)論的 規定(ontologische Bestimmung)의 對比的 區分 등<sup>3)</sup>을 통하여, 그리고 또한 數學上的 確率論, 經驗科學에 있어서의 統計의 法則 등도 그 主要한 根據로 指目되고 있다. 對比되는 精神的, 文化科學上的 法則의 法則性은 왕왕 客觀的인, 換言하면 物理的 可能性的 觀念을 가지고 있다고 한다.

一定한 諸事情下에서 一定한 事件이 發生하거나, 아니면 脫落할 수 있다는 것, 그리고 이 兩者가 모두 客觀的으로 可能할 것이라는 것은, 條件지워진 諸事情의 表示 중에 一般的인 것, 따라서 個別的 具體的인 경우에는 그대로 妥當하지 않는 것, 혹은 正確하지 못한 다른 事情의 介入樣態, 卽 一定한 結果發生에 幅(Spielraum)이 있을 때에 많은 意味를 가질 수 있다.

왕왕 모든 事件의 本質的인 諸事情의 一部分 決定되고, 다른 部分이 전혀 決定되지 않는 狀況, 그리하여 不正確하게 規定된 一定한 諸事情下에서, 結果發生에 作用할 것인 바의 보다 正確한 規定이 思考 可能할 때, 卽 “主觀的인 蓋然性”과는 區別되는 意味의 “客觀的 可能性”을 保證하는 方法이 있는 때는 “部分的인 것”에서 나마 “一般的인 것”을 얻어낼 수 있다는 것이다. 그리하여 無數한 觀察에 의하여 確認되는 經驗的 事實, 大量現象의 테두리 내에서만 나타나는 規則性을 크리스는 幅의 原理(Prinzipien der Spielräume)라 부르면서 “自然的 合法則性的 原理”에 버금가는 것이라 하였다.<sup>4)</sup>

3) 現實은 同種 事物의 反覆를 나타내므로 事象에 관한 法則은 많은 것에 대하여 妥當하는 것으로 定立된다. 우리가 이 일 저 일에서 經驗한 바의 것이 一定한 다른 事象에 대하여 適用되어도 좋다고 假定하기가 일쑤이고, 이것은 또한 모든 自然을 認識하는 不可缺의 原理이기도 하다. 따라서 法則論的인 諸命題는 個個의 實例의 淸하여지지 않은 다수에 관하여 承認된 그런 의미에서 普遍妥當하는 것, 卽 事物의 全範疇로서의 性質을 가진다. 이에 反하여 存在論的 規定은 언제나 時間과 더불어 變化하는 個個의 事物의 規定으로서, 直接的으로는 同種의 계속적인 事物의 反應 그 自體에 대한 企待를 밝혀 주는 것은 아니어서 個別的 意味밖에는 가지지 않는다. 故로 存在論的 規定은 純粹하게 事實의 인 것이고, 一般的인 必然性에 還元되지 않는 性質을 가지고 있다는 說明이다. 上揭書, 註 11에서 再引用.

4) 上揭書, 417面 以下の 要約 比較參照.

## 2. 형거의 否定論

可能性의 概念을 考察하면 “두 가지 側面의 可能性”이 있다고 한다.

그 하나는 “必然性”에 對立하는 “可能性”이면서, 必然性의 法則이 支配하는 現實의 客觀的인 世界에 適用되는 一般的 經驗的 性質의 意味의 것이다.

예컨대 b가 a에 必然的으로 계속 連結된다는 拘束性도 없으며, a와 b는 相互間에 完全하게 相對方을 排除하는 必然的 制約性 —a가 없다면 b가 없다— 도 없는 경우의 可能性이다.<sup>5)</sup>

다른 하나의 “可能性”은 個個人의 生活 周邊에서 기우, 염려와 같은 예컨대 b가 a에 連續할 可能性이 있다는 意味의 것이다. 卽 兩者가 어떻게 反應하는가에 關하여 “나”는 具體的으로는 모르지만 아마도 b는 a에 連續할 것이다 라는 것을 의미하는 “可能性”이다. 兩者의 區別의 力點은, 첫째의 것이 因果의 總體的, 具體的 展開過程에 대한 無知라는 制約에서 벗어날 수 없으면서 必然性의 法則에 準하여 一般的인 法則性을 가지고 있는 점에, 두 번째의 “可能性”은 특히 判斷者가 意識하고 있는 것에 있다는 것이다. 同時에 크리스의 “不可能性”의 概念을 위의 두 가지 “可能性”도 합하여 以前의 諸經驗에 다만 矛盾되지 않는다는 程度의 것, 따라서 相對的이고, 主觀的인 概念이며, 主觀的 無知의 產物임에는 同一하다고 하였다.

형거는 “客觀的 可能性”의 概念을 또한 다음과 같이 반박하였다.

예컨대 “크리스는 주사위를 열번 쯤 던지면 6의 면이 나올 수 있다는 것을 주장하였으나, 이것은 매우 消極的인 단순한 表現 以外의 아무 것도 아니다. 왜냐하면 6의 면을 나오지 못하게 阻止하고 있는 바의 것에 대하여 우리에게는 아무것도 알려져 있지 않기 때문이다. 事實이지 嚴密히 생각해 본다면 주사위를 던진 경우, 1도, 6도 나올 수 있다는 것을 가지고 “客觀的”으로 可能하다고 주장하고 있기 때문에 옳지 않다는 것이다.

이와 같이 우리는 一般的으로 제시된 條件下에서 주장할 수 있는 唯一한

5) 抽象的 危險犯에서의 可能한 危險의 “可能性”이 여기에 該當하는 것이 아닌가 생각된다.

事實은 6이라는 面에 대한 것과 꼭 같이 다른 面 예컨대 1의 面이 나올 수 있다는 것뿐이다. 이 나올 수 있는 면의 可能性의 確率は 同一하기 때문이다.

이와 같은 確率의 論理는 結果惹起의 全體 條件 중에서 一部 條件이 一般的으로만 前提될 때, 그 結果의 發生 또는 不發生에 관한 모든 判斷에 正確하게 妥當하다는 것이다.

그리하여 크리스의 客觀的 可能性의 概念 또한 主觀的 無知에 還元된다고 함으로써 客觀的인 可能性이란 存在하지 않는다는 結論을 내렸다.<sup>6)</sup>

### 3. 問題의 所在

“客觀的인 可能性”의 概念에 대한 璽거의 批判은 ① 客觀的 可能性은 主觀的인 無知에 還元된다는 것과, ② 따라서 客觀的인 實在世界에는 必然性만 있고 “客觀的” “可能性”은 存在하지 아니한다는데 있다.

客觀的인 實在世界가 必然性的인 世界임을 크리스도 肯定하면서 客觀的인 可能性-危險性을 主張한 理由는 무엇이였을까?

위의 ②에서 특히 關係하는 것이지만, 璽거 등이 主張하고 있듯이 萬若에 一定한 結果惹起에 이르는 모든 條件이 客觀的으로 提示된다면 危險과 非危險은 서로가 區別이 되지 않는다는 批判에 대하여, 크리스 등 客觀的인 危險論者들은 다음과 같이 反論한다.

新칸트學派의 哲學에서 出發한 이들 客觀的인 危險論者는 “客觀的”이라는 概念 把握이 다르다. “이 可能性은 客觀的이다”라고 할 때의 이 認識은 物 自體에 관한, 그러한 것이 아니고, 따라서 우리의 五官을 가지고 觀察할 수 있는 그러한 認識이 아니다... 이 “客觀的인 可能性”은 概念의 世界에만 該當하고, 사실 合法則 自體는 아닐지라도 이에 關係하는 精神法則的인 批判이요, 이러한 合法則性에는 언제나 모든 사람에 대한 普遍妥當性이 주어지기

6) 上揭書, 420~421面 要約 再引用. 問題는 다른 面이 나오는 것을 阻止하는 요인을 모르는 狀況에서는 모든 各面이 나오는 可能性이 있기 때문에 그 “어느 한 面”이 나오는 “可能性”만을 가지고 客觀的인 “可能性”의 카테고리 屬性을 붙일 수 없다는 것이다.

때문에 客觀的인 것으로 存在할 수 있다고 본다. 卽 우리의 認識의 客體에 부착하고 있는 것이 아니라 主觀이 가지고 있는 意識內容이 普遍妥當性을 가지고 있다는 意味의 “客觀的인” 것이다.<sup>7)</sup>

크리스와 쾨거의 相反된 論理는 “客觀的 可能性”이라는 概念 把握에 根本的인 相違性이 있다고 할 수 있다.<sup>8)</sup>

샤프(A.Schaff)에 의하면 客觀的이라는 言語의 의미에는 세 가지 相違한 뜻이 있다. ① 客體나 對象 卽 認識悟性의 밖에 있고, 認識悟性과는 獨立하여 存在하는 것에 由來하는 意味이다. 客觀的 認識이란 요컨대 對象을 있는 그대로 反映하고 있는 認識이다. ② 모든 사람의 認識에 있어서 重要하다는 意味, ③ 感情的인 色彩나 또는 이와 결부된 黨派性으로부터의 自由라는 意味이다.

①의 言語用法은 그 特色이 客體 그 自體, 이른바 卽自的(an sich)인데 있고, ②는 認識이 普遍妥當性을 지니고 있다는 것이고, ③은 各自의 嗜好나 價値觀에 좌우되지 않는다는 의미의 用法이다.<sup>9)</sup>

그런데 크리스는 客觀的 可能性의 意味를 ②의 意味로, 쾨거는 ①의 意味로 把握하고 있다고 해도 過言이 아닐 것이다. 다만 問題는 眞理의 基準을 觀念論的인 “妥當”의 概念 속에서 찾으려고 할 때는, 하나의 認識이 “眞”이기 위하여는 客觀的 事物과의 一致가 必要한 것이 아니라, 사람과 사람間의 承認에 의거하고, 觀念의 世界內에서만 眞實과 虛僞가 決定된다는 것에 있다. 이런 概念과의 關係에서 또다시 본다.

막스 베버(Max Weber)는 다음과 같이 말한다. “可能性이라는 範疇는 단지 消極的인 것으로써, 斷定的이거나 反論할 수 없는 判斷과는 다른 그 무엇이며, 우리의 不完全한 知識에서 빚어지는 無知의 表現이라는 意味로 評價되는 그러한 것들이 아니라, 오히려 因果的 說明의 科學的 明確性和

7) 혼은 이점에 관하여 “客觀性”(Objektivität)은 “普遍的으로 妥當하는” 그러한 概念과의 關係에서, 그러나 事實에 있어서는 自身들의 一定한 理解 目的에 適合하게 概念적으로 一致된 事態의 成立에 지나지 않는다. 이에 관하여는 : Vgl. Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, S. 44f.

8) 이와 같은 概念 把握에 있어서의 根本的인 相違性은 方法論的 問題點을 안고 있다고 分析哲學은 指摘하고 있다.

9) 振律, 上掲書, 425面, 제 27 參照 : A. Schaff, Geschichte und Wahrheit, 1970.

妥當性を達成하기 위한 論理의 手段의 性質의 것, 法則論의 知識 내지는 事象의 法則에의 積極的인 知識과의 關聯을 意味한다고 하겠다".<sup>10)</sup>

그런가 하면 톤(Thon)은 "可能性"의 客觀的 性格을 또다시 正面에서 否定하고, 主觀的 客觀化에 지나지 않다고 非難한다. 人間의 知識이라는 것은 完全하지 못하고, 完全한 法則論의 知識에 의거한 것이 아니어서 언제나 流動的이며, 人類의 全經驗的 知識에 의한 判斷은 一定한 時點이라는 制限과 範圍內에서만 妥當하고, 그런 限度에서 普遍妥當한 것이 결코 아니라 하였다. 結局 客觀性있는 可能性 判斷의 存在는 否定하고, 그 대신에 "一定한 時點"에 制約되는 蓋然性 判斷(Wahrscheinlichkeitsurteil)만은 간신히 肯定하였다.<sup>11)</sup>

혼(Horn)은 또 다음과 같이 말한다. "客觀性"이라는 概念은 언제나 ① 普遍的으로 妥當하는 바의 概念과 關係하고, ② 一定한 理解 目的과의 關係에서 使用되는 것으로, 集團內部에서 妥當하는 의미를 가지는 것이 事實이고, 이러한 意味의 "客觀性"이라는 指示 內容의 修正을 위해서는 또한 上述한 "普遍妥當性"이 意味하는 바 可能性 概念의 內容에 대한 一致가 있을 때에만 可能하다. 換言하면 반드시 論述되어야 하는 "合法性"(Gesetzmäßigkeit)의 한 種類일 뿐만 아니라, 內容決定에 관하여는 權威있는 調査決定機關의 承認이 주어질 것이라는 前提만 선다면 自然의 法則에 內容의 一致하지 아니하고, 反하는 것으로 把握되는 경우라 하더라도, 客觀的일 수 있다는 것을 의미한다고 하였다.<sup>12)</sup>

히펠(Reinhard von Hippel)은 또 다음과 같이 言及하고 있다. "刑法上의 斷定的 判斷의 對象인 結果는 언제나 統計學上의 評價의 對象에 지나지 않는다... 왜냐하면 採證與否에 관한 法官의 基本的 機能은 主觀的 確信에 있음에도 불구하고, 하나의 行爲와 結果發生間, 卽 그 中間에 혹은, 未未來에 介入한 事件은 그 모두가 責任歸屬을 위한 算入(eine Imputation zukünftiger Ereignisse)이 許容되지 않고 있기 때문이다.

10) 振律, 上揭書, 421面 參照.

11) 振律, 上揭書, 427面 註 31 參照.

12) E. Horn, Konkerte Gefährdungsdelikte, 1973, S. 45.



具體的으로 풀이해 본다면: “一定한 結果惹起가 事전에 아무리 失敗할 수 없는 確實性을 가지고 있는 行爲-事態라고 하더라도, 이 結果가 아직 現實的으로 惹起되기 以前의 段階에 있는 限 그 結果惹起와의 關係에서는 可能性만이 있을 수 있을 뿐이다... 예컨대 被傷害者의 죽음이 先行行爲에 의해서가 아니라 다른 獨立된 事件의 介入에 의하여 惹起되었다면 이 죽음에 대한 責任은 先行行爲者에게 돌아가지 않는다.”

히펠은 이에 관한 가장 重要한 論據를 “絶對的 確實性”은 刑事訴追에서는 얻을 수 없다는데 두고 있는 것으로 思考된다.<sup>13)</sup>

### III. 因果論上的 “相當性”과 可能性

客觀的 “可能性”이라는 概念은 刑法上的 危險判斷에서 뿐만 아니라 相當因果關係說의 理論的인 出發 根據가 된다. 危險의 問題가 因果問題로 끝나는 것이 아니라는 오늘날의 大勢에도 不拘하고 危險의 實現을 純粹하게 因果問題로 다루려는 꾸준한 理論 또한 갈볼 수가 없다. 그 理論의 根據는 危險의 “實現”이라는 것은 事實問題이며... 可能狀態에서 現實狀態로의 變化는 行爲의 因果力과의 關係에서만 思考可能하기 때문이라는 데 있다.<sup>14)</sup>

1. 바르(von Bar)의 因果關係論이 이른바 相當因果關係論의 始祖가 된다는 것은 周知의 事實이다.

그가 原因과 條件을 區別하는 근거를 다시 한번 새겨 보면 다음과 같다.<sup>15)</sup> “한 事件의 모든 原因은 그 모두가 事件發生의 條件이 되어야 한다는 것은 물론이지만, 모든 條件을 原因이라 보는 것은 옳지 못하다는 것이다.” 예컨대 “돌이 떨어질 때 自然科學者들은 地球의 重力이 돌 落下의 原因으로 볼

13) R. von Hippel, Gefahrenurteil und Prognoseentscheidungen in den Strafrechtpraxis, 1972. S. 84, RG 14, 4(5f.) zu StGB.

14) 上揭, 刑法雜誌, 第 22卷 第 1號, 1978, 107面 以下 參照.

15) von Bar, Die Lehre vom Kausalzusammenhang, 1871.

것이지만 法律家나 道德家에 있어서는 그 돌을 떨어뜨리게 하는 行爲를 原因이라 본다... 3일이 지나면 죽게 되는 患者에 비록 成功率이 매우 낮아 죽음에 이를 危險性이 매우 높지만 生命延長을 위해서는 꼭 必要한 手術을 施術하는 途中에 死亡한 경우, 醫師는 患者의 죽음을 충분히 豫見하고 있었다고 하여 그 施術이 刑法上 죽음이라는 結果惹起의 原因으로 보지는 않는다. 原因의 選擇은 研究의 目的(예컨대 刑事司法上의)에 의하여 相對化된다"고 하였다.<sup>16)</sup>

條件의 이와 같은 選擇的인 區別은 많은 反論도 받았으나, 위에서 이미言及한 것처럼, 因果의 展開의 諸原因에 대한 人間의 認識能力에는 限度가 있어서 그 認識과 評價에 있어서는 正確한 것이 되지 못할 뿐만 아니라, 經驗의 知識과 合法則論的 補完을 받게 되어 있다. 그럼에도 불구하고 主觀性和 規範的 評價의 屬性을 脫皮하지 못하고 있다면 條件의 區別은 아직 설 땅을 가지고 있다고 하여도 큰 잘못은 되지 않는다.

크리스는 예컨대 個個의 具體的 事件의 自然的事實의 總體 因果의 展開를 說明하는 "具體的 原因關係"와 抽象的一般論的 內容을 담은 法則論的 觀點의 "客觀的 可能性"의 理論이 適用가능한 "抽象的 原因關係"를 區別하였다.<sup>17)</sup>

하트(Hart)는 "近因"(proximate)과 "遠因"(remote)의 區別이 점차 "豫見可能性"이나, 危險(risk)說에 代置되는 英美法上의 政策論的 傾向에 反對하면서, 條件과 原因의 區別은 우리의 日常生活上의 觀念에 깊게 定着하고 있는, 그러한 의미에서 法政策을 넘어서 區別이므로 이러한 區別은 오히려 法政策의 考慮되어야 한다고 主張한다.<sup>18)</sup>

16) 뒤의 設例는 因果性의 問題를 違法性이나 責任의 問題와 混同하였다는 批判이 주어졌다. 그러나 바로의 공은 刑法上의 妥當性을 因果의 一定한 展開過程에 구한 바로 이점에서 후의 相當因果關係說의 展開에 미친바 영향이 크다고 指摘된다.

17) 振律, 上揭書, 刑法雜誌 第 22卷 第 34號, 428面 以下 參照.

18) 진律, 上揭書, 刑法雜誌 第 22卷 第 1號, 108面 參照 : 하트는 刑法上의 行爲類型과의 關係에서 "結果를 惹起하는"(causing harm) 因果類型과 "機會를 提供하는"(providing an opportunity) 因果類型을 區別하여 分類하고 있다. 前者는 故意·過失의 作爲犯에서 그 因果는 目的操縱을 實體로 하며, 行爲와 結果는 일용 연한 "法則性"으로써 連結된다. 그 間に 第3者의 有意行爲, 또는 偶發事故가 介入하면 물론 因果는 斷折된다. 그러나 後者 即 第3者의 有意行爲는 反對로 故意·過失의 不作爲犯, 幫助犯 등이 豫定되고, 이 分野에서는 위 "法則性"은 問題가 되지 않으며, 標準의 으로(一般의 으로) 期待되는 順序로부터의 因果의 逸脫을 主體로 한다. 故로 行爲와 結果 間に 第3者의 有意行爲가 介入하더라도 因果는 斷折되지 아니하며, 더 나아가 "行爲 動機를 提供하는" 教唆犯의 因果類型, 他人으로 하여금 行爲시키는

條件과 原因의 區別이 적어도 可能하고, 因果概念의 相違性의 成立 餘地가 적어도 남아 있다고 한다면, 우리는 크리스의 “抽象的 原因關係”와 “相當한 惹起” —偶然한 結果惹起가 아닌—에 관한 그의 因果理論을 다시 한번 檢討해 볼 필요가 있다.

一定한 結果에 대하여 하나의 要素가 因果的이라고 確定되기 위해서는 우선 兩者間의 關係가 偶然的 惹起에 範疇論上 包攝되지 않아야 한다. 刑法上 行爲 主體에 責任을 묻기 위해서는 우선 法益侵害的인 結果惹起가 偶然的인 惹起-事故가 되어서는 아니되기 때문이다. 相當因果關係說은 問題의 因果關係가 一般化될 수 있는 性質의 것인가, 아니면 特別한 경우에 속하는가의 判斷의 區別을 重要視한다. 換言하면 原因 A가 特別한 것이라고도 結果 B를 惹起시킨 具體的 因果性이 存在하는 경우와, A가 一般的으로 B의 促進의 事情이 된다고 생각되는 경우, 卽 抽象的 因果性이 存在하는 경우, A는 B의 “相當한 原因”이 되고, B는 A의 “相當한 結果”가 된다. 물론 그렇지 않는 경우는 抽象的 因果性조차 없는 것이고, 그 結果惹起는 偶然的인 것이 되어, 누구에게도 責任을 물을 수 없는 偶然한 事故에 지나지 않게 된다. 가장 重要的 點은 行爲와 結果간의 因果的 相當性은 그 因果自體만으로 完成되는 것이 아니라, 人間社會에 存在하는 一般的인 事實上의 諸社會關係가 考慮되지 않으면 아니된다는데 있다.

因果論的 相當性만 하더라도 問題가 없는 것이 아니라 많다. 刑法上의 人間의 有責한 態度的 法益侵害에 대한 相當性 與否는 우선 外界의 事實로서 考察의 對象이 되므로 心理的인 力點 如何에 따라 心理的으로 定義되어야 하고, 行爲者에게 알려진 部分的인 諸條件이 前提된다. 이와 같은 制限된 具體的 境遇의 一般化는 “有責한 態度”와의 關係에서 行爲者에게 알려져 있지 않는 諸條件의 捨象이라는 抽象的 處理도 可能케 하고, 判斷의 必要的 存在論的 基礎가 더욱 不明確한 幅을 가지게 하는 憂慮를 諱을 수가 없다.

바로 이런 점에서 크리스의 相當性에 관한 因果論에는 “相當한 惹起”와

“우연한 惹起”의 限界判斷을 흐리게 할뿐만 아니라, 負責論과 因果論의 混同이라는 難點이 주어지는 것도 事實이다.<sup>19)</sup>

특히 負責論과 因果論의 混同은 行爲者의 有責性의 程度가 心理的인 것에 크게 依存하는 것에 相衡하는 영향을 미친다. 詳論하면 다음과 같다.

客觀的인 妥當性을 지향하는 一般法則論的인 可能性 判斷은 行爲者에 따라 달라지는 主觀的인 可能性 判斷으로 인하여 客觀性이나 相當性이 떨어지는 단점은, “認識可能한 諸事情”으로써 判斷의 基礎로 삼을 때 結局은 行爲者의 有責性은 自由롭게 調整하는 꼴이 되어 過失의 領域과 중복하게 되는 길을 막을 수 없게 되기 때문이다.<sup>20)</sup>

#### IV. 危險概念의 構造分析

크리스는 “客觀的 可能性”의 概念을 前提로 하여 “危險” 概念을 논하였다. 後世의 이른바 客觀的 危險論者에 있어서도 客觀的 可能性의 概念은 危險認識을 위한 手段이자 道具가 된다.

그는 危險을 定義하여 “侵害的 結果惹起의 客觀的 可能性”이라 하였다. 그리고 “可能性”이라는 範疇에 속하는 모든 概念이 그러한 것처럼, 危險概念도 그 用語使用上 一定한 不正確性이 內包되어 있다는 점을 看過해서는 아니된다고 하였다.<sup>21)</sup> 그러면서도 “危險”이라는 말은 그 自體가 客觀적으로 妥當하는 그 무엇을 가지고 있다는 것도 否定할 수가 없다고 하였다. 그는 또한 刑法上 重要的 “具體的 事態의 危險性” —具體的 危險—에 관하여, 여기 危險의 뜻은 예컨대 어떠한 경우에 危險이 있었다면가, 누군가가 커다란 危險 속에 빠져 있을 것인 것이라고 말하였으나, 豫想된 侵害가 事實上 發生하지 아니하였다고 하더라도 調和·妥當하는 性質의 概念이라 한다. 換言하면 具體적으로 實現된 諸條件이 侵害로 連繫되지 않아서 回顧적으로

19) 振律, 上揭書, 第 22卷, 430面 以下 比較參照.

20) 上揭書, 430面 以下 比較參照.

21) 振律, 上揭書, 433面 參照.

는 분명하게 그 結果發生에 대하여 하등의 可能性도 보여주지 않았을 경우에도 말할 수 있는 그러한 概念이다.<sup>22)</sup>

그런가 하면 비록 이른바 客觀的 危險說에 의하여 克服되었다고 하나, 兇기는 危險과 非危險(Gefahr und Nichtgefahr)이 客觀적으로 提示되는 要素에 의해서는 서로 區別이 되지 않는다<sup>23)</sup>고 하였는가 하면, 힉펠은 刑法上的 危險概念은 存在論적으로는 언제나 거의 하나의 擬制(eine Fiktion)에 지나지 않는다고 斷定하였다.<sup>24)</sup>

刑法上的 因果論이 經驗에 의거하여 合法則性を 可能な한 要求하면서도 獨自性이 要求되는 事例은 많다.

同一한 結果에 대하여 複數의 原因이 있을 때 우리 刑法上으로는 一明文으로써— 第 19條에 同時 또는 異時의 獨立行爲가 競合하고 結果에 대한 因果關係는 分明하였으나 原因行爲가 判明되지 않는 경우에 各 行爲를 未遂犯으로 處罰한다고 하여 因果關係의 成立을 否定하고 있다. A와 B가 각기 獨立하여 致死量의 毒藥을 투여했고 C가 이로 인하여 毒殺되었음에도 불구하고, A와 B의 行爲를 原因으로 보지 않는다는 것은, 물론 節次法上の 證明問題가 있겠으나 科學的인 因果의 思考를 넘어선 結論이라 아니할 수 없다.

이른바 因果關係의 中斷이나 斷折의 경우, 혹은 A가 B의 머리에 도끼를 후려치는 순간 C가 B에 “危險하다”고 외쳤기에, 그리고 B가 머리를 약간 돌렸기에 머리에 맞지 않고 어깨에 맞아 죽었다는 경우, 負傷位置의 變更과 C의 B의 죽음에 대한 因果關係 與否가 問題이다.

이것은 同時에 刑法上的 “結果”가 因果關係와의 關係에서 어떻게 評價되

22) 振律, 上揭書, 434面 및 439面 註 參照. 註 1에 의하면 危險과 相當因果關係는 客觀的 可能性의 概念에 依存하고 있다는 共通點이 指摘되고 있다.

23) E. Horn, a.a. O. S. 44f.에 의하여 “克服의 內容”을 보면 다음과 같다. 一定한 結果(侵害的)의 惹起에 이르는 因果過程에서 條件의 全體가 認識된다면 可能性의 概念은 餘餘 餘餘 없이 없고, 따라서 危險이 客觀的인 “可能性”을 要件으로 하고 있는 한 侵害可能性으로서의 危險의 概念의 存在可能性을 否認된 바 있었다. 그러나 客觀的 危險說은 “客觀的 可能性”의 의미를 다음과 같이 規定함으로써 客觀的 可能性의 客觀的 存在를 肯定하게 되었다는 것이다. 即 客觀的 可能性은 사실에 있어서 合法則性에 關係하는 보다 낮은 程度의 法則論的 知識에 지나지 않더라도 合法則性에는 언제나 모든 사람에게 妥當하는 普遍妥當性이 주어지기 때문에 客觀적으로 存在한다고 해야 한다는 것이다.

24) Derselbe, ebenda S. 45. insbesondere Amn. 47.

어야 하는가 라는 새로운 問題를 提起한 바 있었다.

“結果”만 하더라도 現實의으로는 그렇게 發生하지는 않았지만 죽음이라는 結果發生이 매우 높았던 머리에 맞아 죽는다는 抽象化的 結果와 어깨에 맞아 죽게 되는 現實的인 具體化的 結果가 問題의 焦點이 된다.

問題를 보는 角度를 조금 돌려 달리 보기로 한다. 예컨대 화병을 책상 위에 떨어뜨려 그 破片이 책상 위에 산산이 흩어졌다는 경우 책상 위에 유리 破片이 산산이 흩어졌다는 具體化的 結果는 法的인 意味에서 重要的 結果가 되지 않는다. 사실 이와 같은 세세한 모든 結果까지 問題視하는 것은 法的으로는 無意味하기 때문이다. 原因行爲는 얼마든지 條件上 遡及될 수 있겠으나 이른바 因果關係의 修正 내지는 法的으로 重要的 結果의 變更 卽 選擇, 따라서 財物로서의 화병의 毀損이 法的으로는 重要的 것이다. 不可分的으로 連續되는 自然事象 중에서 刑法上的 結果는 一定한 觀點下에서 分離되고 抽出되고 있는 것이다.<sup>25)</sup>

대충 이와 같은 경우 侵害가 強調되는 경우에는 因果關係가 肯定되고 그 以外的의 경우엔 因果關係가 否定된다는 解釋論이 주어지기도 하나 요컨대 刑法上的 因果概念이 相當性, 重要性, 客觀的 歸屬 등 自然的인 因果概念과는 달리 規範的 性質을 많이 지니게 된 것을 밝혀 둘 수가 있다.<sup>26)</sup>

그리하여 社會法則論의 因果概念의 탄생을 보게 된다. 構成要件의 結果나 事態, 卽 保護法益에 대한 侵害의 可能性, 換言하면 單純한 可能的 狀態에서 現實的인 事態惹起라는 因果的 過程線上에 있는 危險이나 그 實現의 關係가 刑法上 行爲의 因果力을 最小限 不可缺少하게 前提해서만 思考可能하다면, 危險의 問題를 基本的으로 因果論的으로 構成하고 解決하고자 하는 것은 論理的으로 矛盾이 없다.

다만 自然的이며 經驗的인 因果律이 危險의 存否의 判斷을 위하여 必要

25) 이 事例에 관한 것은 振律, 上揭書, 第 22卷 第 1號 113面 以下, 再引用.

26) 이 以外에도 自然科學的인 의미에서는 하나의 條件 設定이 分明함에도 不拘하고 相對方의 過失이 介入하여 刑法上的 因果關係가 否定된 獨逸聯邦裁判所의 이른바 트레일러 事件의 判決이 있다. 트레일러 運轉技士의 追越法規의 違反이 있었음에도 불구하고 相對方이 강한 敵面下에 自轉車를 타고 있어서 結局 트레일러 運轉技士의 追越規定의 違反이 없었더라도 自轉車를 탄 사람은 當然 道路事情上 높은 蓋然性을 가지고 치어서 죽었을 것이라는 事情이 있었다는 內容의 事件에 관한 判例이다. 上揭書, 113面, 115面 參照.

하지만 이대로는 具體的으로 妥當할 수 없기 때문에 그 限界가 어디에 있는가의 問題가 連續된다. 이러한 意味에서 이른바 存在論的인 危險概念이 實定法上 모든 경우에 普遍的으로 妥當해야 한다는 것은 받아들이기 힘들다. 아닌게 아니라 一定한 行爲가 侵害의 結果惹起에 連結되지 않았다면, 그 行爲가 侵害에 連結되지 않았다는 것을 證明하는 것이 되지만, 이것은 그러나 行爲가 何等의 危險을 招來하지 않았다는 것을 또한 立證한 것이라 할 수는 없을 것이다. 自然科學的인, 存在論的인 因果關係는 存在하거나 存在하지 않거나 한다.

그러나 反復되고 蓄積된 經驗的 知識에 의거하는 社會法則論的 因果概念은 侵害의 結果發生 以前에 認識 및 認識可能한 知識과 結合하여 危險의 一般的인 存在可能性을 推定할 수 있게 한다.

이러한 危險概念은 이른바 社會的 危險概念, 그리고 社會的-規範的 因果概念에 의거하는 길을 열어 두는 同時에, 結果惹起의 物理的인 可能性이 없는 경우라 하더라도, 社會經驗法則에 의하여 一定한 경우엔 社會通念에 비추어 法益侵害의 可能性이 있다고 하는 結論을 提示할 수 있게 한다.

예컨대 빈 포켓에 손을 넣었으나 아무 것도 奪取하지 못한 경우, 放火의 意思로 초가집 지붕에 불뚝을 떨어뜨렸으나 마침 비가 온 후 얼마 되지 않아 그만한 불뚝으로는 着火될 수 없었다는 경우, 전쟁터에서 살아남은 경우 등을 생각하면 充分하다.

現實的으로 侵害의 結果를 發生하지 않는 경우가 있음에도 不拘하고 侵害의 可能性, 卽 客觀的으로 可能性이 있는 危險이 있다고 하는 근거는 判斷의 기초에 一般的으로 正確하지 못한 部分이 있거나, 혹은 이른바 不正確한 存在의 幅(Spielraum)이 있고 “部分的인 것의 一般化”에 그 근거가 있다.

## 1. 主觀的 危險說

行爲者의 一定한 行爲가 危險을 招來하였다는 判斷이나 確定은, 外界에

있어서의 現在와 一定한 未來의 一定한 法益侵害의 事態惹起와의 關係에 因果關係가 可能하다는데 대한 意味가 담겨져 있음을 밝힌 바 있다.

아닌게 아니라 모든 事象은 原因과 結果(Wirkung)의 法則에 支配되므로 時間的으로 連續되는 두개의 事態 間에는 將來에 一定한 結果가 發生한다는 必然性的 因果律의 存在가 있거나, 아니면 그 結果가 發生하지 않는, 因果關係의 不存在가 있을 뿐이다.<sup>27)</sup>

이것은 一定한 結果를 惹起시키는 現實的 因果性만이 因果性的 範疇에 속하는 것이고, 現實性없는 抽象的·潛在的 因果성은 否定된다는 것을 의미한다.

換言하면 具體的인 경우 行爲가 一定한 法益侵害의 結果를 惹起시키지 못했다면, 바로 이 理由때문에 그 行爲手段에 의해서는 當該 法益이 危殆化되지 않았다는 것을 證明하고 또한 意味한다.<sup>28)</sup>

자연히 抽象的, 潛在的 因果성에 의거하는 危險의 客觀的 規定可能性도 必然적으로 否定된다.

一定한 事態에 現實적으로 內包되어 있는 因果的 要因에 대하여는 可能性이 存在하고 있는 것이 아니라 必然性만이 存在한다는 것이다.

따라서 인간이 “可能的 關係”로 표시하는 것, 혹은 一定한 結果發生이 可能하리라는 判斷은, 可能이라는 바로 이점에서 個個의 諸條件의 適合 또는 不適合에 대한 判斷者의 不充分한 認識 속에서만 成立할 수 있다. 만약 諸條件의 適合, 不適合에 대한 認識이 充分하고, 完全한 것일 때는 누차言及하였듯이 結果發生은 必然적이거나 結果發生이 없다고 하게 되는 것은 거꾸로 말하여 判斷主體의 認識이 充分한 根據를 가지고 스스로 包括하고 있는가, 아니면 缺如되어 있는가의 어느 하나이고 第三의 것은 存在하지 않는다. 그리고 危險의 存在는 결국 이것을 追求하는 行爲主體에 의해서만, 그리고 犯罪意思의 外部世界에의 表動에 의해서만 判斷되고 計測될 수가 있다는 것이다.<sup>29)</sup>

27) 振律師行, 刑法における危險概念, 日本法學會의 刑法雜誌 第 24卷 第 2號, 1981年, 235面 參照.

28) 振律師, 上揭書, 234面 參照.

29) 振律師, 上揭書, 237面 以下 比較參照. Lamanach의 理論의 要約 再引用.



핑거(Finger)는 危險概念을 自然的 因果性에 가장 密接한 關係에서 크 리스의 “客觀的 可能性”을 主觀的 無知에 환원되는 主觀的 判斷形式에 지나 지 않다고 단언하였다.<sup>30)</sup>

等價說을 主張한 부리(Buri)의 主觀的 危險說은 어떠하였는가?

① 危險과 侵害는 終局的으로 合致하여야 하는 것이며, ② 終局的으로 合致되어야만 하는 侵害의 事態는 未來의 事態이므로, 未來의 事態에서 現在의 狀態가 引出될 수는 없다. ③ 따라서 危險 또한 現在의 客觀的 狀態가 될 수는 없다. ④ 만약에 危險이 成立할 수 있다면 侵害의 瞬間에 비로 소 成立할 수 있을 뿐이다. ⑤ 그러나 侵害는 侵害의 瞬間에 侵害가 確定되므로 論理的으로는 危險은 侵害에 포섭되어져 結局은 危險이라는 概念은 完全히 否定된다는데 있다.<sup>31)</sup> 요컨대 現實의 侵害에 이르지 못한 危險은 客觀的 可能性이 말하는 것처럼 物理的 意味의, 그리고 具體的 現實의 意味의 客觀的으로 存在하는 狀態는 아니라는 것을 말한다. 이것은 따라서 判斷者의 主觀的 判斷形式에 지나지 않게 되고, 또한 그것일 뿐이다.

그 이유는 간단하다. 將來에 걸친 因果의 흐름의 모든 것을 事前에 알 수 있다면, 侵害의 結果의 發生은 있거나, 없거나 하는 둘 중의 하나만 現實的으로 成立하기 때문에 이른바 現時點에서의 “可能한” 結果惹起는 存在하는 것이 될 수가 없게 되고, 자연히 危險概念 自體도 存在論的으로는 成立할 수 없다.

예컨대 누군가가 주사위를 열번 던지면 적어도 한번은 6의 면이 나올 것이라는 蓋然性이 있다고 흔히 말한다. 그러나 이 6의 面의 實現이 現實的으로 發生할 것인지의 與否는 現實的인 모든 諸條件의 總體에 의하여 이미 決定되어 있다는 것이다. 條件지워진 諸事情의 全體에 의하여 언제나 주사위의 一面 혹은 他面의 어느 것인가가 必然의이고, 그 反面에 자연히 다른 面은 不可能하다. 하나의 可能性과 동시에 이에 對立하는 다른 可能性이 하나의 同一 狀態에서는 결코 兩立할 수는 없을 것이기에 일체의 “蓋

30) 上揭書, 242面 參照.

31) 振律, 上揭書, 242面 比較參照.

然性”-“可能性”이라는 것은 制限된 知識을 토대로 한 因果性과 非因果性의 不明確한 關係에서 얻어지는 것, 따라서 主觀性을 면치 못하며, 우리의 不完全한 知識의 表現이자 그 結果라는 것이다.<sup>32)</sup> 그리하여 可能的 結果發生의 現實性은 侵害에 대한 認識이 充分한 根據을 스스로 包括하고 있는가, 없는가의 어느 하나이며 第三의 것은 存在하지 않는다는 前提에서 主觀的 危險說은 危險의 存在를, 이를 假定하는 行爲主體에 의해서만 判斷할 수 있다는 結論에 도달한 것이다. 그러나 다시 한번 指摘하거나와 이러한 結論이 우리의 常識에 맞지 않는다는 것엔 아무런 異議가 없다.<sup>33)</sup>

부리(Buri)도 立法의 現實은 否定할 수 없었는 듯, 立法者나 法은 -自然의 世界와는 달리- 假定으로서의 危險을 構成要件의 要素로 정할 수 있다고 하였다. 危險이 判斷者의 主觀에 철저히 依存한다는 것을 핑거(Finger) 또한 肯定하면서 危險認識의 一般的 尺度로서, “平均的 判斷”이라는 基準을 定立하게 된다.

## 2. 客觀的 危險說

客觀的 意味의 可能性은 存在할 수 없지만, 하르트만(Hartmann)의 이른바 現實化하는 實在可能性은 存在할 수 있다는 觀點에서 現實化하는 可能性의 問題가 一般的 意味의 因果原理와의 關係에서 追求하는 흐름은 또 다른 당연한 추세라 할 수 있다.

主觀的인 多樣的 判斷과 같은 部分的인 것에서의 一般化, 혹은 量的인 것에서의 質的인 것으로의 轉換이 모색되었다. 여기에 論理必然性의 意識과 普遍妥當性에 대한 要求가 結合한다. 一定한 狀況에서는 法益의 毀損이 용이하게 이루어진다는 類型的 認識狀況에서 危險의 기초가 되는 “같은 形質의 것”(Gleichförmigkeit))을 얻을 수 있다는 期待가 成立한다고 보았다.

32) 振律, 上揭書, 第22卷, 418面420面 以下 參照.

33) 振律, 上揭書 第24卷 239面. 라마슈의 理論 參照: 極端的인 結論으로는 이와 같은 危險이나 危險化의 存在가 否定的인 마당에 危險化規範이 構成要件의 要素로 주어지는 것은 立法者가 왕왕 저지르는 잘못이라는 指摘으로 나타난다.

비록 人間의 認識活動이 完全한 것이 되지 못한다고 하더라도 一定한 所與에 一定한 結果가 反復發生한다는 經驗的 知識에 의하여, 一定한 같은 條件下에서는 같은 結果가 發生한다는 期待를 가져도 좋다는 이른바 “平均的” 認識이 成立할 수 있다는 것이다. 그리하여 危險이란 經過한 因果에 관한 判斷이 아니라 切迫하게 다가오는 因果經過에 관한 判斷이라는 점에서 超越的 所與에 관한, 類型的으로 認識된 判斷이라는 데에서, 더 나아가 機械論的 因果論에 대신하여 實踐的 因果論이, 科學的 客觀性에 대신하여 實踐的 客觀性이 要求되는 길을 열어 놓았다.

客觀的 危險說은 이와 같은 轉換的 視角에서 보는 것이 妥當하다. 以下에서는 代表的인 것을 골라서 그 基本的 性格을 分析해 본다.

#### a) 一般的 危險概念

로란트(Rohland)는 行爲의 法的인 評價가 行爲의 一般的 概念과 一般的 性格을 尺度로 한다는 前提에서 다음과 같이 말한다. 예컨대 “한번 지갑을 잃어 버렸다고 하여 그 사람의 支拂能力이 喪失되는 것이 아닌 것은 法上的 支拂能力이 一般概念이고, 따라서 個別的 事例에서의 無能力에 의하여 廢棄되는 것이 아니기 때문이다와 같은 理致로 “可能性”이라는 一般概念은 경우에 따라 염려된 結果發生이 없었고, 事後的으로 不可能하였다는 것이 判明되었다고 하더라도<sup>34)</sup> 이로 인하여 당장 폐기되는 것이 아니라는 論法이다. “可能性”의 概念 自體가 一般概念이기 때문이다. 따라서 危險의 存在도 危險의 強度, 換言하면 蓋然性의 強度가 確實性에 密接하고 있거나 극도로 非蓋然的인 것이거나 간에, 혹은 個個의 경우의 結果發生의 不可能性조차도 危險의 存在를 排除하지는 못한다”고 하여 이른바 一般的 危險說을 전개하였다.

그는 自己의 一般的 危險說의 論據를 크리스의 確率論과 客觀的 可能性에 두었다. “두 개의 주사위를 던지면 1과 3이 나온다던가, 불을 핀의 방

34) 예컨대 殺害의 意思로서 防彈조끼를 입은 사실을 모르고 가슴을 향하여 총을 쏘았을 경우를 想像해 볼 만하다. 結果發生은 不可能하더라도 이러한 行爲가 危險한 行爲가 아님을 그렇게 간단히 말할 수 없다.

향으로 던지면 一定한 편에 맞는다는 것을 “可能”하다고 말하여도 무방하다. 前者의 境遇를 一般的·抽象的 可能性, 後者를 特殊的·具體的可能性이라고 불려서” 나누어 說明하였다. 요컨대 “抽象的 危險이란 遂行된 行爲의 “類”的 性格으로 부터 생기는 法益侵害에 대한 原因發生의 可能性이고, 危險犯의 刑法上 시초는 이 一般的(抽象的) 危險이라 하였다. 그 理由는 一 學問이나 一 立法者는 個個의 行爲에 關係하는 것이 아니라 類(最近類)의 全部의 그 一般的 性格에 關係하는데 있다고 하였다.<sup>35)</sup> 結局 “立法者가 測定하는 尺度는 個個의 行爲의 具體的 危險性이 아니라 行爲의 全範疇의 抽象的 危險이라 하였고, 이와 같은 危險概念은 個個의 行爲가 社會를 現實의 으로 危殆롭게 하였는가의 與否와는 전혀 無關한 것”이라는 예링(Jehring)의 主張에 連結된다. 危險性은 바로 個個의 行爲의 屬性이 아니기 때문에 禁止規範의 對象 또한 個別的인 意味의 危險行爲 그 自體가 아니라 社會通念上 一般的으로 危險한 行爲로 評價된 類型的 行爲를 뜻한다.

이와 같은 一般的 危險說임에도 부리의 다음과 같은 批判은 여전히 意味가 있다. “一般的 危險”이란 結局 個別事例에서 程度의 차이는 있겠으나 “恣意的인 一般性”, 思考上的 抽象化에 의거한, 單純한 危險의 推定에 지나지 않다고 한다.<sup>36)</sup>

그러나 一般的 危險說의 가장 重要한 難點은 通說이나 判例가 法律이 危險이라는 標識를 明文化하고 있는 곳에서는 具體的인 危險을 필요로 하는데 있다. 確率論에 特有한 計算上的 大量觀察에 의거하고 危險의 尺度에 無關한 抽象的·一般的 危險概念은 個別事情을 前提한 具體的 危險에 대하여는 適合하지 않다.<sup>37)</sup> 結局 이러한 問題性에 대한 理解의 缺如는 具體的

35) 振律, 上揭書, 第 24卷, 256面 以下 및 258面 再引用.

36) 振律, 上揭書, 259面 以下 再引用 參照: 만약에 어떤 수렵인이 연속하여 다섯 마리의 토끼를 맞추어 잡았다고 할 때, 여섯 번째의 토끼도 아마 맞추어 잡을 것이라고 假定할 수가 있다. 그러나 이 觀念上 想定된 여섯 번째의 토끼에 대한 危險은 現實의 으로 危險化하는 것은 아니라는 것이다. 이 여섯 번째의 토끼에 대한 現實的인 危險은 射擊이 행하여지는 순간에 비로소 問題가 되고, 發射의 순간에 갑자기 비친 太陽光線에 의하여 눈이 부시어 彈丸이 벗어났다면 그 토끼는 現實에 危險化되지는 않았다는 것이다. 故로 여섯 번째의 토끼에 대한 危險이 그럼에도 불구하고 存在할 수 있다면 이것은 다섯 번째의 토끼까지를 연속하여 맞추어 잡았다는 여섯 번째의 發砲 以前의 觀念上 想定된 危險, 推定上的 危險에 지나지 않는 것이다.

37) 一般化된 概念은 論理學上, “種”(Species)에 關係하는 것이 아니라 “類”(Gattung)에 關係하기 때문이다.

危險犯의 領域에서 特殊事情에 의하면 具體的 危險性은 없지만, 一般的 危險을 成立시키는 事情이 存在할 때 解決하기 어려운 판단이 있다.<sup>38)</sup> 또한 “量的인 것에서 一般的인 것”을 連역하지만 “如何한 一般化”, 卽 危險標識와 的 關係에서 一般化가 어떻게 얻어지는가 - 統計的 確率論上의 것이라면 어떤 근거의, 平均的 判斷의 근거는 防彈조끼를 입고 있었다, 砒素에 耐性이 있었다는 등 個別事情들은 法律上 本質的으로 重要하여 많은 研究가 要求되는 問題領域이기도 하다.<sup>39)</sup>

#### b) 危險犯과 未遂犯의 區別

一般概念으로서의 危險概念과 관련하여 刑法上의 重要한 問題는 危險犯과 未遂犯을 어떻게 區別하는가에 있다.

첫째로 兩者의 區別은 故意의 概念에 있다. 卽 危險犯의 故意는 法益을 危殆化하겠다는 데 있는 反面에 未遂犯에 있어서는 法益을 侵害하겠다는 데 있다.

둘째로는 手段의 結果에 대한 有效性의 問題 -- 특히 不能未遂와의 關係에서 -- 가 주어진다. 危險犯의 기초가 되는 “危險”이, 一般的 危險性 卽 一般的 可能性으로서 充分하다고 할 때, 手段의 有效性도 一般的 有效性으로서 充分하다고 보았다. 그래서 ① 一般的 危險에는 具體的 危險은 缺如되었지만 一般的 危險은 存在하는 경우와 ② 一般的 危險이 없기 때문에 具體的 危險도 없는 두 가지 경우가 分類될 수 있다. 一般的 有效性에도 具體的으로는 不能이지만 一般的으로는 有效한 手段과 一般的으로 不能하기 때문에 具體的으로도 不能한 手段, 이른바 絶對的 不能의 경우의 두 類型이 分類可能하다는 것이다.

一般的 危險概念이나 手段의 一般的 有效性의 概念도 앞에서 言及한 “幅”의 伸縮性을 가지고 있다. 이러한 점에서 로란트는 行爲의 危險性이나, 手段의 有效性의 問題가 價值判斷-價值的 要素에 의하여 決定된다고 함으

38) 振律, 上揭書, 260面 比較參照.

39) 上揭書, 259面 比較參照.

로서 危險概念에 社會的 意味을 담게 되는 社會的 危險概念의 定立에 礎石을 마련하였다.

詳說하면 事實的 物理的 可能性이 없더라도 社會的 一般的 評價(社會經驗則)에 의하여 社會通念上 法益侵害의 可能性의 存在를 肯定함으로써 이른바 相對的 不能의 成立과 그 範圍를 擴大하는 理論的 根據을 마련한 것이다.<sup>40)</sup>

### 3. 實踐的 意味의 客觀性과 危險概念

一般的 危險概念은 一般化的 方法論上 個個의 具體的 事實을 輕視하거나 無視하는 缺點을 가지고 있다.

빈딩(Binding)은 몇천, 몇만 번이라는 原因과 結果의 關係에 대한 認識의 集積, 成就된 認識의 價值있고 빛나는 成果가, 危險概念을 人間의 無知와 錯誤의 產物로서가 아니라, 相當한 根據를 부여함으로써 定立하는 것이라 하여, 이른바 原因과 條件을 區別하였다. 消極的 條件과 이에 대치되는 優越的 條件에 관한 理論이다.<sup>41)</sup>

外部世界의 變化는 요컨대 이 變化를 招來코자 하는 諸條件과 이를 妨害하는 諸條件間의 均衡의 緊張關係가 깨어지는데 依據하고, 비록 人間의 認識能力은 不完全 하다고 하더라도 相當한 範圍에 걸쳐 豫見할 수 있다는 것이다. 故로 또한 人間은 이 變化를 —물론 相當한 範圍에 制限되겠으나— 招來할 수도 있고, 防止할 수도 있다는 것에 그의 理論的 根據가 있다.<sup>42)</sup>

예컨대 或者는 길을 건다가 넘어져 傷害를 입는 경우와 3層에서 밑으로 떨어졌을 때 傷害를 입는 경우의 “可能性”에서 可能性이 높은 것과 낮은 것을 區別하고,<sup>43)</sup> 判斷主體의 主觀的인 恣意性을 排除하기 위하여 理性的인

40) 振律, 上揭書, 261面 以下 比較參照 : 殺人罪의 客體가 된 사람이 防彈조끼를 입고 있었는가 혹은 그 사람이 砒素에 상당히 耐性이 강한 體質의 所有者이었는가는 比較的 問題가 되지 않는다고 하지만 死體에 대한 殺害行爲는 매우 重要한 問題가 된다고 指摘된다. 요컨대 危險의 概念에서 評價的·價值的 要素가 불시될 수 없다면 絕對的 不能으로 보아야 하는가, 아닌가가 明確하게 決定되지 않는다는 問題性은 여러 가지 解釋論의 展開에도 不拘하고 基本的으로는 여전히 未解決의 狀態로 남는다 하여도 過言일지?

41) Binding, Die Norman und ihre Übertretung, 1. Bd., 2. Aufl., 1890, S. 116, 377.

42) a.a. O. Vgl. 120ff., 373f.

며, 經驗에 의하여 精神的으로 修練된 平均的인 判斷主體가 本質的으로 同一하게 承認할 수 있는 平均的 考慮 등이 客觀性 存在의 擔保가 되는 것이 라 하였다.<sup>44)</sup>

부슈(Busch)는 個別的이고 具體的인 客觀的 諸事情들을 重視하면서도 實在的이며 科學的인 客觀性을 要求하지 않고, 日常生活 속에서 實踐되고, 國民의 意識 속에서 實踐되고 있는 것에서 出發하였다.

“危險”이라는 것은 社會通念의 意味에 비추어 一定한 害惡이 近接하고 있는 狀態를 말하고, 이 社會通念의 意味는 社會正常人 各者에 固有한 經驗的 知識에 의거한, 그러한 限度에서 一般的이고, 法則論的인 判斷으로 轉位하는 性質을 가진다고 主張하였다.<sup>45)</sup>

또 헨켈(Henkel)은 因果的 考察의 領域에 具體的現實의 因果性과 區別되는 抽象的 因果性의 概念을 導入하면서 危險이라는 것은 이 抽象的 因果性 以外的 아무 것도 아니라 하여 相當說의 한 適用事例임을 다시 한번 主張한다. 그러나 헨켈의 이 結論에 대하여는 危險概念과 因果關係의 問題를 完全히 混同하였다는 批判이 다시금 주어졌다.<sup>46)</sup>

#### 4. “狀態”로서의 危險과 “判斷”으로서의 危險.

危險概念에 관한 헨켈의 理論 중 重要한 問題提起는 “危險”이 狀態인가, 아니면 判斷(의 所産)인가에 있다.

키슈(Kisch)에 의하면 危險概念은 세 가지로 분류된다.

첫째는 思考上의 熟考의 沈澱物로서의 可能性 判斷으로서의 危險概念이다. 이 危險概念은 “具體的 狀態”로서의 實在的인 것이 아닌 思考와 表象에 의한 產物이다.

43) 或者는 또 必然的으로 可能하지도 않고, 그렇다고 必然的으로 不可能하지도 않는 그러한 의미에서 當然性이나 可能性은 같은 것이지만, 可能性의 程度에 따라 單純한 危險(bloße Gefahr)과 보다 큰 (危險)可能性이 있는 危險化(Gefährdung)를 區別하기도 하였다.

44) 振律, 上揭書, 第 24卷 263面 以下 參照.

45) 上揭書, 265面, 比較參照.

46) 振律, 上揭書, 266面 比較參照.

둘째의 것은 言語의 慣用이라는 觀點에서, 危險이라는 可能性 判斷이 連結되는 實在的인 現實性을 가지고 存在하는 狀態로서의 概念이다. 이 概念은 단지 表象된 可能性에 關係하는 것에 그치는 것이 아니라 表象에 의한 可能性이 存在하는 바의 實在的 狀態(reale Zustand)에 關係한다. 그리고 이 實在的 事態는 感覺的으로 把握이 아니되는 意味의, 그리고 判斷活動의 抽象的 歸結도 아닌, 可能性의 結論이 獲得되는 바의 事物의 事實의 形象이자 歷史的 現實性에 비추어 주어지는 事態를 意味한다.

세 번째는 可能性 判斷이 주어지는 事件을 危險이라고 하는 경우이다. 이때의 危險은 가능한 것으로 表象된, 혹은 現實的인 것으로 表象된 歷史的 事件(自體)을 意味한다는 것이다.

이 세 가지 危險의 概念을 保險法과의 關係에서 例示한다면 다음과 같은 것이 된다. 예컨대 “建物 內에 引火性이 강한 휘발유가 있다”는 것은 두 번째 意味의 危險이나 危險狀態를 말한다. 이 前提에서 火災가 일어날 可能性이 있다는 것은 첫째 意味의 危險判斷, 可能性 判斷에 속한다. 그리하여 危險하다고 念慮가 된, 혹은 發生하여 現實化되는 火災는 세 번째 意味의 危險 혹은 危險事實이다.<sup>47)</sup>

#### ① 可能性 判斷으로서의 “危險”

헨켈은 上述한 分類에 따라 특히 “危險”은 이른바 認識方法論上的의 判斷의 客體(評價의 對象)로서의 意味인 “狀態”(Zustand)인가, 客體의 判斷(對象의 評價)을 意味하는 判斷(Urteil) 그 자체인가에 관하여는 判斷의 所産 卽 判斷活動의 抽象的 歸結인 “可能性의 判斷”이고 判斷의 對象은 아니라고 申明하였다.

물론 “狀態”에 관한 것으로 볼 때는 보는 角度가 달라진 만큼 危險概念도 달라진다.<sup>48)</sup>

헨켈이 “判斷”으로서의 危險概念을 택한 이유는, 만약에 危險을 實在的인

47) 振律, 上揭書, 274面, 註70 比較參照. 再引用.

48) Vgl. Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1933, S. 31ff.



現實性的 範疇 안에 存在하는 狀態로 解析할 때, 이러한 危險狀態란 存在하든지, 存在하지 않든지 兩者擇一 關係에 있는 것이고, 따라서 危險의 程度의 差를 줄 수가 없게 된다는 것이다. 이에 반하여 可能性 判斷, 換言하여 이른바 抽象的 因果性的 意味의 危險概念에는 程度의 差를 둘 수 있는 相對的 概念이자, 累積된 可能性 判斷의 量的인 “程度”의 可能性에 그 根據가 있다.

同時에 注目할 만한 또하나의 結論은 비록 危險을 相當說의 한 適用例라 하여 危險概念과 因果關係의 問題를 混同했다는 批判을 받았으나,<sup>49)</sup> 危險概念의 客觀性을 “狀態” 概念의 客觀性에서가 아니라 그 狀態와 結付되어 있는 可能性 判斷, 卽 危險判斷의 客觀性을 어떻게 保證하느냐에 重點을 쫓았다는데 있다.

그리하여 헨켈은 可能性 判斷에서 考慮되어야 할 條件의 範圍를 다음의 것으로 公式化하였다. 個別的 事例의 경우 客觀的 觀察者의 批判的 判斷에 의하여 積極的으로 結果發生의 可能性이 있을 때와, 結果의 脫落, 卽 消極的으로 不發生이 豫測되지 아니할 때는 危險은 存在하며, 이 豫測은 行爲者의 處地에서 客觀的 觀察者가 認識可能한 경우와, 혹은 客觀的 觀察者가 認識不可能한 경우라도 行爲者에게만 알려져 있는 條件을 합한 全條件을 기초로 할 수 있다고 하였다.<sup>50)</sup>

바센게(Bassenge)는 또 조금 다른 觀點에서 普遍妥當한 危險判斷의 保障을 要求하였다. 卽 “有害한 結果惹起의 可能性을 우리는 危險으로 表示하고, 이 構成要件要素의 確定을 위하여, 사람에 따라 다른 事實的 知識과 經驗的 知識을 活用, 그때 그때의 기초가 되어 있는 存在論的 및 法則論的 知識의 決定에 따르면서, 또한 法治國家의 刑事司法의 要請에 附合하는 妥當한 判斷의 保障은 可能하다”고 하였다.<sup>51)</sup>

49) 만약에 危險概念이 現在狀態와 將來의 一定한 狀態間의 機械論的 因果關係의 문제로서만 모색되고, 實在的 因果概念이 前提되어야 한다면 兩者間에는 必然性만 存在하고 可能性으로서의 危險은 存在하지 않는다는 結論을 앞에서도指摘하였으나, 現在의 狀態와 未來의 事件間에는 사실상 “必然性” 아니면 不可能性만이 擇一的으로 存在하기 때문에 程度의 差를 가진 危險性的 肯定은 必然性的 因果性과는 다른 것이라 한다.

50) 振律, 上揭 刑法雜誌, 第 24卷, 267面 參照.

51) 振律, 上揭書, 269면 比較참조.

經驗的 知識(法則論的 知識)과 存在論的 知識(因果法則의 知識)의 援用은 필시 人間의 認識能力에는 限界가 있어서 因果의 經過를 規定하는 狀態의 部分的 知識이라는 制限의 關係에서 經驗的 知識, 卽 法則論的 知識의 援用이 또한 必要하게 되는 것은 當然하다고 思料된다.<sup>52)</sup>

訴訟節次法上的의 理由도 指摘되고 있다. 그것은 우선 刑法上的의 問責이 이른바 斷言的 判斷의 形式을 취하고 있다는 데서 由來한다. 因果의 存在論的 經過에 대한 人間의 認識能力의 限界와 制限된 知識은 存在論的인 因果性에서 얻어지는 結果惹起 自體와 刑法上으로는 잘 調和되지 아니할 뿐만 아니라 刑法上的의 結果惹起에 관한 可能性은 統計上의 評價의 客體에 지나지 않다는 것이다. 뿐만 아니라 刑事訴訟節次에서 絶對的 確實性은 얻어질 수 없다는 것 또한 周知된 事實이라는 등의 實情을 감안할 때, 그럼에도 불구하고 存在論的 危險概念의 固執은, 예컨대 危殆化의 構成要件에 있어서는 結果에 대한 假定的 혹은 條件附 侵害(eine hypothetische oder konditionale Verletzung in den Erfolg)에 連結되어 있는 法과 이러한 것으로서의 法の 執行이라는 觀點에서 意味가 없다는 것이다. RG判例에서도 “法律에 의하여 要求되고 있는 結果가 아직 事實로서 現實化되지 않는 限 構成要件(違法性)은 存在하지 않는다... 그 理由인 즉 그 結果는 獨自的인 先行하는 介入에 의하여 다른 方法으로 惹起될 可能性이 있고, 이와 같은 結果에 대한 歸責은 위 行爲者에 돌릴 수가 없다”는 判示에서도 示唆되고 있다고 한다.<sup>53)</sup>

고로 刑法上的의 危險에 관하여 問題가 殘存한다면 刑事司法上的의 保障의 機能이라는 觀點에서 判斷의 可能的 客觀性을 어디에서 어떻게 얻어야 하는가에 있다는 것도 理解가 간다.

52) 振律, 上揭書 268面 比較參照.

53) Vgl. Hippel, a.a. O. S. 84 : 그리고 RG의 이와 같은 判示는 그 結果의 惹起의 可能性이 아무리 確實視되고, 必然的인 것으로 豫見되었다고 하더라도... 로 補充하여 보면 理解에 도움이 될 것이다. 그리고 이 RG의 判示內容은 結果에 대한 歸責은 이 結果를 豫見하고 또는 豫見하였을 것인 行爲者의 意思活動內의 因果關係가 필요하다는 것을 指摘하고 있다. 이에 관하여는 Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 24. Aufl., 1922, S. 126.

## ② “狀態”로서의 危險

푼쯔(Püfz) 등 많은 學者는 正反對의 結論을 提示하고 危險을 “狀態”로 본다. 그는 危險을 法益侵害의 可能性을 스스로 지니고 있는 狀態라 定義한다.

술쯔(Schulz)는 危險의 客觀性을 狀態 概念의 客觀性에서 얻고자 하였다. “結果없이 原因이 없고, 原因없이 結果 또한 存在할 수 없다고 하더라도 一定한 結果에 대한 諸條件은 그 結果發生에 關係없이 存在할 수가 있고 人間은 이를 認識할 수가 있다... 어떤 事實이 原因인가는 結果가 具體으로 發生하였거나, 아니하였거나 할 때에 비로소 判斷할 수 있으므로 原因과 (단순한) 條件은 區別되어야 한다... 뿐만 아니라 바로 이 理由에서 結果發生 以前의 段階에 있어서 諸條件은 原因과 同一하게 客觀적인 것이다... 다만 우리는 有害한 結果를 惹起할 수 있는 바의, 換言하면 우리가 그것이 原因인가의 與否는 알지 못하고, 단지 有害한 結果發生의 可能한 原因과 같은 諸條件이 存在할 때에 우리는 危險에 直面하게 되는데... 이 客觀적인 狀態가 곧 危險이다”고 술쯔는 말한다.<sup>54)</sup>

리스트(F.von Liszt)는 물론 主觀說의 前提에서, 危險은 行爲者의 意思活動時에 一般으로 認識可能한, 혹은 行爲者에게만 알려져 있는 狀態下에서 주어지는... 侵害의 惹起가 있는 可能性(蓋然性)이 있는 狀態라 한 바 있다.<sup>55)</sup>

슈뢰더(Schröder)는 期待되는 侵害의 程度가 問題되지 않는 危險 自體의 概念이 問題되는 限, 法的으로 保護되고 있는 利益의 侵害가 생각 可能한 하나의 狀態로 理解하여야 한다고 하였다. 그는 또한 獨逸 判例도 같은 結論이라고 다음과 같이 解說한다. 卽 獨逸 判例은 “侵害의 惹起가 侵害의 不發生보다도 더 많은 蓋然性이 있다”는 公式을 가지고 侵害의 結果의 惹起에 대한 眞摯한 기대가 주어지는 하나의 狀態가 곧 危險이라고 解釋한다는 것이다. 그러면서도 슈뢰더는 危殆化 犯罪의 領域에서 危殆化 判斷을

54) 振律, 上揭書, 275面 比較參照 再引用.

55) Liszt, a. a. O. S. 126.

위한 因果論은 그 自體가 설 자리를 전혀 갖지 못한다고 하였으며, 危殆化 判斷의 問題를 行爲와 結果間的 因果의 어떤 類의 結合의 確定에서가 아니라, 알려진 一定한 要素나 事實의 근거 위에 未來狀態의 展開(die zukünftige Entwicklung der Dinge) 如何에 대한 豫測 —이것도 相當說의 觀點에서가 아닌— 에서 찾았다.

相當說 排除에 대한 根據는 다음과 같다. “相當說의 特色은 責任歸屬의 限界를 非類型的인 因果의 經過를 排除하고, 一般的 經驗에 의거 一定한 類型的인 行爲로부터 惹起되기 쉬운 것만을 行爲者에 歸屬시키는데 있다... 危殆化에 이러한 원칙을 適用한다면 一定한 事實이 具體的 事件에 대한 影響이 確實한 때라 할지라도 一般화된 類型的인 判斷基準으로 인하여 一定한 個別的·具體的인 所與가 도외시될 수가 있는데 이것은 具體的인 危險犯의 基本思想과 맞지 않는다”는 것이다.<sup>56)</sup>

벨첼(H. Welzel)은 또 이렇게 보았다. 危險의 概念은 因果의 經過에 관한 客觀的인 豫見可能性에 뿌리를 가지고 있으므로 客觀的인 判斷에 비추어 원하여지지 않는 一定한 結果의 惹起의 蓋然性이 있는 狀態를 말한다고 하였다.<sup>57)</sup>

## 5. “狀態”와 “判斷”의 相互依存性

相反되는 解釋論理의 構造를 통하여 이미 充分히 느끼고 있는 바이지만, 危險은 “狀態”와 “判斷”이라는 不可分離의 二 要素의 結合에 의하여 成立하고 있다.

혼(Horn)은 쾰거의 이론을 통하여 外部的인 諸關係의 一定한 狀態(eine gewisse Constellation)가 危險判斷의 기초가 된다는 것을 是認하면서도, “危險判斷”은 결국 狀態와 判斷이 어떻게든 서로가 結合되어 있으며, 아마도 危險을 一定한 侵害의 惹起를 우려하고 걱정하는 하나의 事態로 보든

56) Schröder, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, ZStW., Bd. 81, S. 8, 9f.

57) H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 47.

지, 아니면 一定한한 事態에 結付된 걱정스런 우려(die Befürchtung)를 危險으로 보는, 力點을 어느 쪽에 두고 있는가에 따른 것임을 指摘하고 있다.

그는 또 헨켈은 言語用法과의 關係에서 이른바 “危險은 하나의 狀態이다”와 “危險은 하나의 判斷이다”를 區別하였지만, 각기 對立的인 것으로는 결코 생각하지 않았고, 하나인 同一 事物의 相異한 力點의 表現에 지나지 않는 것으로 생각한 것 같다는 지적도 하였다. 혼은 그 理由로, 헨켈은 言語의 慣用的 用法이 危險을 可能性 判斷이 結付하는 바의 “狀態”를 意味하고 있었기에 “可能性 判斷”에서 出發한 것이고, 이의 “根據”를 찾아 헨켈은 이 근거를 다시금 “狀態”라 明名하였는 것이라 하였다. 可能性 判斷이란 “現實性 속에 주어져 있는 그 무엇, 換言하면 諸事件, 卽 하나의 狀態를 토대로 構成된다는 데 대하여 本來 何等の 異議는 없었다”는 데에서 찾았다.<sup>58)</sup> 事實上 可能性의 存在問題는 차치하고라도 만약에 狀態에 結付되지 아니하고, 狀態에 依存하지 아니하는 危險概念이 과연 存在할 수 있을까? 있다고 한다면 狀態에 結付되지 아니한 “主觀的 (恣意的) 判斷”으로서의 “危險”이 제멋대로 가게 되고, 이것은 자칫 莫大한 人權侵害에 連結될 危險性이 클 것이다.

經驗認識論的 觀點에서도 하나의 同一 事物에 대한 評價의 對象과 對象의 評價로서의 그것이 그러한 것처럼 이렇게 보는 것이 方法論的 論理에도 附合한다.

또한 홀쯔(Volz)가 “狀態로서의 危險”의 特色을 靜的인 것에 비유하고, “判斷으로서의 危險”을 行爲에 의한 危險狀態의 招來可能性과 같은 動的인 것에 비유하였다는 것도 注目된다.<sup>59)</sup>

RG와 BGH의 判例傾向은 다음과 같다. 첫째는 危險의 概念은 보다 正確한 科學的인 定義하고는 거리가 있다는 것이고, 둘째로는 越等하게 事實의 性質의 것이지만 完全히 普遍妥當하게 規定할 수 있는 性質의 것은 아

58) Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, S. 34f. 類似하게 : Gallas, Abstrakte und konkrete Gefährdung, in Heintz-Teil, 1972, S. 117.

59) 振律, 上揭書, 275面, 註72 比較 參照.

니고, 그렇다고 完全하게 法的인 性質의 것도 물론 아니라고 하고 있다. 1963년의 BGHSt. 判例에는 言語의 用法에 따라 侵害의 惹起가 近接하고 있을 때 하나의 危險은 存在한다고 判定하면서, 思惟上의 可能性 뿐만이 아니라 주어진 事實로서 確定된 事態에 의거한 侵害의 事態惹起의 蓋然性이 存在할 때라고 해석하고 있다. 同時에 侵害의 念慮(不安한)에 대하여 決定的 基準이 되는 “事態”의 “判斷”에 대한 個別的인 境遇의 比率은 一般的으로도 그러하지만, 一連의 事態의 連續線上에는 相乘의 作用과 對立的의 작용(Zusammen- oder Gegeneinanderwirken)의 要因 등에 의하여 항상 同一한 比率을 가진다고는 할 수 없다.<sup>60)</sup>

危險의 存否에 관한 問題解決을 위해서는 우선 行爲者의 行爲에 의하여 創出된 一定한 狀態가 前提되어야 한다. 이 創出된 狀態가 法益侵害의 可能性 如何와의 關係에서 비로소 判斷을 얻을 수 있게 된다. 그리고 이 判斷의 性質은 앞에서도 言及되었듯이 問題의 法益侵害가 行爲時에는 아직 發生하지 않은 豫想 因果展開上의, 思考過程上의 하나의 推論, 卽 外界의 現在와 將來의 狀態間의 可能한 因果關係에 관한, 그러나 因果의 必然法則으로는 存在할 수 없는 것에 관한 推論에 지나지 않는다는 점에 있다.<sup>61)</sup> 더우기 이 推論의 바람직스러운 屬性으로서의 客觀性은 科學的인 計算上의 것이 되지못하기 때문에 hippel은 여러 가지 근거에서겠으나 오히려 깨끗하게 決定論的인 것이 아닌, 그런 意味에서 相對的인 規範的인, 法概念으로서의 “蓋然性”의 意味가 法上의 實踐의 問題를 統制可能하게 하고, 나아가 合理的인 解決을 可能하게 한다고 하였다.<sup>62)</sup> 이 法的-規範的 “蓋然性”의 屬性을 構成要件의 要素로서의 危險概念에 부여하는데는 다음과 같은 注目할 만한 意味가 있다. 卽 法益保護를 이른바 結果反價値의 테두리에서 벗어나게 하여, 侵害의 客觀的 計算不可能性과의 關係에서 時間的으로 앞당겨 保護可能하게 하는데 가장 合理的인 方法이 된다는데 있다. 論難을 거듭하여

60) BGHSt., Bd. 18, S. 272.

61) Hippel, a.a. O. S. 26, 62 : 刑事節次에서는 上述한 바 있으나 “絕對的 確實性”은 生産되지 않는 反面에 刑法上의 結果가 오로지 統計學上의 客體로서의 이른바 斷言的 判斷이 對象이 된다는 것을 들 수 있다. 이것은 RG의 이에 관한 判例들 (p.40) 註 53 參照..

62) Hippel, a.a. O. S. 26, 47.

은 危險概念의 把握에 關하여 힙펠 自身이 나름대로의 態度를 整理한 根據는 다음의 言及에서 잘 알아 볼 수가 있다. “刑法上的 結果에 假定的 혹은 條件附 侵害를 導入한 것은 이 自體로 이미 存在論的인 危險概念의 定立을 排除한 것이다... 따라서 構成要件의 結果로서의 屬性을 부여받고 있는 危險化는 故로 現實的인 侵害야 어떻든, 설혹 惹起될 수 없는 경우라 하더라도 “危險한” 것으로 判斷되고 敍述될 수 있다”고 하였다. Diese Situation ist gefährlich라는 表現方式은 ‘ist’가 主語와 述語의 단순한 連結辭의 機能 밖에는 가지는 것이 없기 때문에 法文으로서는 ‘Diese Situation gilt --und zwar im Sinne des gesetzlichen Gefahrbegriffes A-- als gefährlich’의 表現이 보다 正確하다는 것이다. 故로 “刑法上的 危險概念은 거의 언제나 存在論的으로는 하나의 假定이다”고 하였다.<sup>63)</sup>

그럼에도 불구하고 앞에서도 指摘한 바 있으나 “危險”의 概念이나 危險한 事態는 “可能性”이나 “蓋然性”이라는 因果的 要素를 任意로 排除시킬 수가 없다. 만약 “可能性”에 關하여 因果的 要素를 度外視할 때는 다시 한번 指摘하거니와 “狀態”와는 無關한(結付되지 않는) 危險이 判斷의 世界에서 活步하게 될 危險性을 排除할 수 없을 뿐만 아니라 認識論理에도 맞지 않다.

## 6. 事前判斷과 事後判斷

이와 같은 危險判斷의 理論構成 趨勢를 背景으로 하여, 보다 客觀的인 可能性 判斷으로서의 危險判斷은 무엇보다도 먼저 判斷의 事實의 基礎, 換言하면 所與의 存在的 知識과 經驗的 知識의 範圍가 如何히 確定되어야 하는가 하는 매우 重要한 問題로 바로 이어진다. 事實認識의 主體에 關한 類型問題 등 많은 問題가 豫想되지만 여기서는 危險判斷은 事後判斷으로서의 屬性을 가지고 있는가, 아니면 通說의 趨勢처럼 危險判斷은 可能性判斷이기 때문에 事後判斷으로서의 屬性만을 가진다고 해야 할 것인가의 問題에

63) Hippel, a.a. O. S. 84f.

焦點을 맞추기로 한다.

우선 結果惹起로부터 回顧的으로 觀察하자면 必然性的의 判斷, 아니면 不可能的 判斷만이 存在하고, 可能性으로서의 危險判斷은 成立하지 않는다는 主張이 주어질 수 있다.

그 理由는 이미 본 바와 같이 行爲가 具體的인 경우에 法益을 侵害하지 못했다면, 이 行爲는 바로 具體的인 경우에 法益을 侵害할 수가 없었던 것이고, 이로 인하여 그 法益은 危殆化되지 않았다는 結論이 나올 수 있기 때문이다. 이렇게 본다면 危險判斷은 事前判斷이어야 하고 事後判斷은 될 수가 없다. 그런데 이에 대한 反論으로서는 事前判斷의 原則論은 그렇다고 하더라도 可能性判斷에도 一定한 정도의 事後判斷으로서의 考慮가 許容되어야 한다는 것이다. 그 理由는 무엇일까?

첫째로는 非存在(Nicht-Sein)와 現實的 存在(Wirkliche-Sein)의 中間에 위치한 因果의 一般的인 法則論的 知識과 統計確率의 性質의 經驗的 知識들에 의하여 “思考 가능한 實在的 可能性”의 存在에 대한 要求가 주어지면서 存在 가능한 可能性 判斷을 구할 수 없다는 것은 퇴색된 낡은 思考가 潛在해 있을 뿐만 아니라 조급한 結論이라는 反省의 批判이 주어진 것이다.

둘째로는 事前判斷으로서의 危險判斷이 “相當性”과 같은 因果概念과 결합하는 경우, 다음과 같은 폐단이 있다고 지적된다. 相當說의 主要 關心事가 因果의 經過에서 非類型的인 結付는 歸屬論 關係로부터는 考慮되지 아니하고, 經驗의 土臺에서 行爲의 性質上 一般的으로 歸結될 수 있는 것에만 限定하기 때문에, 一定한 個別的인 具體的 所與가 具體的 事件의 惹起에 影響力을 미치고 있음에도 불구하고, 卽 그 所與가 危險의 存在로 評價될 수 있음에도 불구하고 一般화된 判斷을 위하여 非類型的인 것이라는 理由에서 부합되지 않는 것이 되기 때문이다. 危險의 概念이 이른바 抽象的 危險이 아니라 具體的 危險이 問題되는 곳, 換言하면 侵害의 危險이 具體的으로 發生하였는가의 決定이 요구되는 곳에서는 利用 가능한 모든 事情을 考慮하는 것이 오히려 합당하다고 할 수 있는 것이다. 그리하여 危險問題의 解決을 위한 因果性 理論 自體는, 制限的으로 알려진 事情이나 要素에



의거하여, 事件의 未來의 展開가 여러 가지 理由에서 適切하지 못한 곳에서는 설 땅이 없다고 슈뢰더는 말한다.<sup>64)</sup> 相當性 理論은 또 證據法上으로는 法官의 可能性 判斷의 基礎範圍 如何에 따라 同一 事態가 被告人에게 有利하게 혹은 不利하게 考慮될 수가 있다는 것은 바람직한 것이라 할 수 없다.

또 그 反對로 非類型的인 事情이 結付하여 事實上 惹起될 수 없는 것이 거의 確實한 경우임에도 불구하고, 行爲의 性質上 危險惹起의 類型에 속한다는 理由에서 責任을 물을 수 있게 된다면 이 또한 設法은 正當化되지 않을 것이라 할 것이다. 요컨대 危險이 存在함에도 불구하고 危險의 否定은 의문의 여지가 많으며, 危險의 惹起가 事實上 存在하지 않는데도 責任을 묻는 경우가 發生할 수 있다면 이것 또한 不當하다는 것이다. 고로 具體的 危險이 問題되는 곳에서의 問題解決은 사용할 수 있는 모든 事情을 考慮해야 한다는 것이다. 다만 事後判斷의 許容은 客觀的인 歸責의 範圍가 擴大된다는 憂慮가 指摘되고 있으나 이점은 主觀的 要素로서의 故意·過失에 의하여 合法則的 範圍가 維持될 수 있다고 한다.<sup>65)</sup>

더우기 一定한 行爲로부터 一定한 結果가 事實上 惹起되었다면, 이것은 또 다음과 같은 것을 意味한다고 할 수는 없는지? 卽 어떤 類型의 것이든 人間의 認識으로서의 豫見不可能한 것이었거나, 結果를 惹起시킨 事態가 非類型的인 것이었거나를 不問하고, 모든 條件을 具備하였기에 當該 結果가 發生했다고 할 수 있을 것이고, 또 證明하는 바의 것이라고 할 수 있다면 이것은 요컨대 行爲時의 判斷者의 豫測도 重要하지만, 그 後의 事實도 危險判斷에 影響을 주어 무방하지 않는가의 意味는 成立할 수 없는가? 이다.<sup>66)</sup> 그리하여 만약에 이와 같은 意味의 論理가 받아들일 수 없다면 法

64) Schröder, Die Gefährdungsdelikte in Strafrecht, in ZStW., Bd. 81. S. 9f.

65) Vgl. Schröder, a.a. O. S. 10f. 14 : 引用되고 있는 事例은 아래와 같다. 卽 一般의 經驗에 의하면 頸部에 대한 가벼운 力격은 重傷을 惹起함에는 不適切한 것이었는데, 만약 이 行爲로 인하여 被害者의 眼球에 疾病이 發生하고 視力 喪失이 되었다면, 이 가벼운 力격은 視力의 喪失에 實際로는 이끌어올 수 있다는 것은 具體적으로 確認될 수 있다. 反面 사람의 다리 부분에 銃彈을 發射한 경우, 中傷이 惹起됨에 適合한 行爲라고 一般적으로 생각되지만 相對方이 義足を 달고 있었기 때문에 一般적으로 豫想된 傷害가 發生할 수 없었다는 경우 不能犯의 與否가 問題되는 바이지만, 危險이 排除되는 경우로 보고 있다. 이것은 물론 事後判斷과 關聯되는 問題이다.

66) Vgl. Schröder, a.a. O. S. 11ff.

的으로 保護되고 있는 利益의 侵害가 -法的인 意味에서- 危險하지 않는 行爲에 의하여 惹起되었다는 이상한 結論이 成立할 수도 있게 된다. 그 뿐만 아니라 반대로 侵害의 原因行爲가 있음에도 불구하고 누구에게도 責任을 물을 수 없는 偶然한 事故에 지나지 않았다는 結論도 나올 수 있게 된다. 원래가 客觀的 所與에 대하여는 모두를 알 수가 없고, 자연히 모르는 부분을 가지고 있다는 점에서 뿐만 아니라, 可能性 判斷의 보다 올바른 修正 (die Verbesserung)을 위해서라도 事後判斷이 介入할 수 있다고 하더라도 解決되어야 하는 다른 問題 하나가 또 뒤따른다. 그것은 行爲時에는 적어도 몰랐던 事實 등이 事後에 알려진 경우 그러면 危險判斷에 어떠한 影響을 미칠 수 있는가의 問題이다. 다시 말하면 一定한 하나의 行爲로부터는 行爲時의 狀態에서 그와 같은 判斷이 주어질 수 없다는 認識임에도 불구하고, 事後의 事實이 危險의 存在 卽 行爲의 危險性을 立證하고 있는 경우이다.

예컨대 대부분의 사람에게서는 治療의 效果를 가지고 있는 藥이 例外的인 경우에 有害한 副作用을 가져오는 경우이다. 專門家(ein Selbstverständiger)라고 한다면 醫學的 經驗의 原理에 의거하여 예컨대 1,000名 혹은 10,000名の 患者의 어느 程度가 이 處方에 의하여 危險에 빠졌으며 또 빠질 것인가에 대한 蓋然性 내지는 非蓋然性的 程度를 指摘할 수도 있을 것이라는 問題狀態에서 問題는 단 한 사람의 患者에라도 侵害의 結果가 發生하였다면, 비록 그 蓋然性的 程度는 미미하다고 하더라도 醫師의 이 處方の 治療行爲가 危險하다고 할 수 없는가의 問題이다.

혹은 사리드마이드(Thalidomiden)라는 藥을 시중에서 구할 수 있었던 時點에서는 아무도 危險한 것으로 認識되지 못하였는데 現代科學의 研究 結果 이 化學藥品의 使用은 一解釋論上 異見이 있으나-- 危險한 것으로 判明되어 이 藥의 交付時에 이미 危險한 事態가 惹起된 것으로 볼 수 있다는 것이다.<sup>67)</sup>

67) 라크너(Lackner)는 그러한 危險判斷에 事後判斷과 事後의 介入事實은 考慮되지 아니해도 좋다고 하였다. Lackner, Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht, 1967, S. 18f.

셋째로는 이른바 量子論 出現 以來로 自然科學의 世界에는 不確實의 原理가 必然法則에 대하여 疑問으로 提起되고 있을 뿐만 아니라, 日常生活에서조차 事件의 解明이 왕왕 統計的 確率에 의한 推定으로써 滿足하는 現實生活이 지적된다.

넷째로 法の 主要對象인 行爲와 그 主體인 人間에 대한 像은, 豫見하고 實現할 수 있는 能動的 人間을 豫定하고 있는 만큼, 이 豫見可能性과 實現可能性이라는 視角은, 回顧的인 “必然性”의 視角에 못지 않게 중요하다는 것이다.

결국, 個別的인 特殊事情에 대한 部分的 不知와 因果展開의 不正確한 豫見性은 抽象的 觀察에 依據한 하나의 假定으로서의 危險判斷, 有害한 存在的 結果發生이나 不發生과는 무관한 事前判斷으로서의 主觀的인 두려움으로서의 危險判斷을 成立시킨다. 그럼에도 불구하고 事後判斷의 必要性은 抽象的·規範的인 觀點에서도 主觀的 危險判斷의 바람직스럽지 않는 제멋대로를 豫防하고 危險判斷의 보다 나은 客觀化의 追求에 있다고 할 수 있다.

## 7. 危險한 行爲와 危險한 事態

危險判斷이 事前判斷인가 아니면 事後判斷인가에도 關聯되지만 危險判斷의 對象이 行爲인가, 事態인가에 따라 危險判斷의 基礎的 事實은 그 範圍가 同一할 수 없다는 論理가 있다. 요컨대 危險判斷이 一定한 行爲의 評價의 意味를 가지는가 아니면 한 事態의 判斷의 意味를 가지는 것인가는 區別해야 한다는 見解가 있다.<sup>68)</sup>

이것은 違法性的의 問題와 關係한다. 違法性的의 本質을 原則적으로 法益侵害의 惹起라는 結果的 觀點에서만 보는 것에서 法益侵害을 志向하고 있는 行爲 自體의 反價値性이 앞의 結果의 反價値性과 더불어 違法性的의 本質의 內容을 實質적으로 決定하는 要素로 본다는 違法性的의 理論이 오늘날의 有

68) E. Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, S. 11 : 用語上的 觀點에서도 논하여지고 있다.

力說이다.<sup>69)</sup>

行爲者 自身の 行態가 危殆化 禁止에 違背하였는가의 여부가 問題되는 곳, 卽 行爲의 危險性이 問題되는 곳에서의 侵害의 危殆性 有無의 判斷-豫測 根據가 오로지 行爲者의 處地에서 可能的 侵害의 展望만이 判斷의 資料가 된다면, 그리고 여기의 危險判斷이 언제나 豫測의 面에서 問題되는 한, 事前判斷의 범주를 벗어날 수가 없다는데 異議가 없다고 한다.<sup>70)</sup> 豫測 自體가 事實上의 經過를 決定하는 事態의 不知와 不完全性을 前提하고 있는 것이기 때문이다.

그러나 또한 이러한 制限의 事實의인 存在論의인 根據, 卽 事態의 危險性 有無에 대하여도 그대로 妥當하는가에는 問題가 있다. 豫測이 行爲基準의 意味를 가지는가 아니면 事態判斷의 意味를 가지는가에 따라 區別된다는 것이다. 그 論據는 다음과 같은 것으로 要約된다. 첫째는 抽象的(一般的) 危險犯에서는 法益侵害의 危險이 問題, 換言하면 人間의 健康이 問題가 되더라도 個別화된 特定の 人間이 아닌 類概念으로서의 人間の 一般的 健康이 問題가 된다는 것이다. 따라서 여기에서는 一定한 사람의 健康侵害가 現實적으로 惹起될 危險에 빠졌는가는 檢討되지 않는다.

둘째는 抽象的 危險犯에서는 行爲反價値가 問題이다. 따라서 危殆化 禁止規範 違反 與否는 行爲者側에서 接近(認識)可能的 根據가 되고 또한 事前에 주어진 根據가 基準이 된다. 동시에 侵害의 意圖와 行爲事情의 結合에 의거하여 경우에 따라서는 具體的危險으로의 發展이 可能하여 抽象的 危險은 具體的 危險의 前段階에 비유될 수 있다.

셋째는 個別화된 하나의 法益이 過去의 어느 時點에서 事實上의 危險에 빠졌는가를 判斷하는 이른바 結果反價値가 問題되는 곳에서는 行爲時와 危險의 發生時點의 知識에 區別-限定시켜야 할 필요가 없다는 데 있다. 본시 未來 事件의 全條件에 대한 人間の 洞察力에는 限界가 있다는 점과 刑法上의 法益侵害의 結果惹起에는 아직 이르지 아니하였으나, 이에 이를 可能性

69) Gallas, Abstrakte und konkrete Gefährdung, in Heintz-Fest., 1972, S. 178.

70) Vgl. Gallas, ebenda, S. 177.

(蓋然性)의 諸問題가 中心이 되며 實在可能性과 實在性的의 接續媒體로 危險概念이 要求되고 있다는 것, 危險判斷의 最大限의 眞實性을 確保하기 위하여, 이 豫測이 自然科學的 認識임을 가능한한 確保하기 위하여 事後的으로 비로소 알게 된 것도 근거를 포함시키는 事後判斷을 補完並行시킨다는 것은 오히려 事理에 맞다는데 있다.<sup>71)</sup>

## V. 結

危險問題는 未遂犯의 問題, 違法性問題 중에 깊이 關聯되어 있음을 새삼 느낌으로서, 이들 問題에 나름대로의 충분한 조명이 없이는 結論을 내릴 수 없다는 結論을 가지게 되었다. 다만 危險判斷에서 무엇이 問題가 되었고, 問題가 되고 있는가에 대하여는 알아보았다는 위안을 가지고 있을 뿐이다.

71) Gallas, ebenda, S. 178ff. : 一般의 抽象的 危險의 事例는 사람들이 있다는 認識何에 爆藥을 投擲했으나 爆發時에는 그 有效範圍 內에 아무도 없었다는 경우, 또는 傳染病에 汚染된 곳에 外觀上 露出되었으나 豫防注射약을 맞고 있었으므로 傳染되지 아니했다는 경우가 例示되고 있다. 具體的 危險이 肯定되는 경우 또는 앞에서 언급되었으나 藥의 有毒性이 處方 服用 後에 研究結果로 혹은 服用患者와의 經驗에 의하여 事後에 證明되었다는 境遇에는 服用注射時에 具體的 危險이 發生했다고 보고 있다.