

# 獨逸 刑法學에 있어서의 危險增加理論

李 在 錫\*

## I. 問題狀況

「許容된 危險의 法理」는 일정한 요건이 준수되어지는 한에 있어서 위험한 행위에 의해서 불행한 결과가 발생한 경우에도 그 행위를 적법한 것으로 하는데 의의가 있다. 따라서 그 요건으로서는 일반적으로 사회적으로 유익한 목적달성을 위해 필요한 행위외에, 개별행위에 있어서는 경험상 통상 예상되는 위험의 발생을 예방하기 위하여 법령상 혹은 기술법칙상의 규칙을 준수하는 것 및 그 상황하에서의 구체적인 주의의무를 준수하는 것 등이 거론되어지고 있다.<sup>1)</sup>

그러나 과학 및 기술의 발전 그리고 이러한 준수되어야 할 규칙들이 모든 사고를 예상한 망라적인 것이 아니라는 것과 함께, 사안의 구체적 사정 하에서는 분명히 유형적으로 예정된 규칙을 준수하지 아니하였지만, 금지·명령규범을 준수하고 있었던 경우에도 결과의 발생이 회피되지 아니하는 경우가 발생하는 것은 용이하게 상상되어질 수 있다. 즉, 규범을 준수해도 위만한 때와 동일한 결과가 발생할 때에는 규범준수는 결과회피에 도움이 되지 않는다. 이러한 상황은 교통·의료·공업생산 등의 여러 분야에서 생

\* 大邱大學校 法科大學 副教授

1) 西原春夫, 交通事故と信賴の原則, 成文堂, 1987, 33面以下; 藤木英雄, 過失犯の理論, 有信堂高文社, 1987, 30面以下 參照.

길 수 있지만 특히 교통사범의 영역에서 빈발하고 있다.

이러한 사태에 대해서 우리들은 어떠한 법적 평가를 내려야 할 것인가 (적어도 허용된 위험과 동일시 할 경우가 없을 것인가)라고 하는 문제에 조우하지 않으면 안 될 것이다. 규범설정의 본래의 목적실현을 위하여 도움이 되지 않는 규범이라면 그 규범에 대한 위반을 근거로 해서 처벌하는 것이 타당할 것인가 하는 문제이다.<sup>2)</sup> 즉, 「어떤 행위자가 의무위반적 태도에 의해서 법익침해를 야기한 경우, 이 결과가 합의무적 태도를 취하였다고 하여도 그 결과가 마찬가지로 개연적으로(wahrscheinlich) 발생하고 있었다고 하는 사정」에 어떠한 법적 의미가 부여될 것인가.<sup>3)</sup>

이 문제는 독일에 있어서 판례·학설상 오래 전부터 논하여지고 있는 것이지만 1957년 9월 25일 BGHSt 11.1 의 판결, 즉 「화물차사건」(Lastwagenfall)을 계기로 해서 형법이론상 일종의 「유행테마」(Modethema)로서 많은 논자들에 의해 다양한 견해가 주장되어졌다.<sup>4)</sup>

우선 이 문제가 논하여지는 경우에는 통상 인용되는 독일제국법원(Reichsgericht) 및 연방대법원의 유명한 네 가지 사례에 대하여 살펴보고자 한다.

## 1. 독일판례의 검토

### 1) 기본판례

① 약제사사건(Apothekerfall: RGSt 15, 151ff.): 의사의 처방에 따라 舍藥性의 약을 1회에 한하여 병자인 어린이에게 교부할 권한을 가진 약제사가 지시에 따라 약을 1회 조제해 주었다. 그 후에 약제사는 그 어린이의 모친이 간청하였기에 의무에 반하여 의사의 동의를 얻지 않고 4회에 걸쳐 동일 약을 교부하였다. 어린이는 燐중독에 의해 사망하였다. 그러나 만일 약제사가 의사에게 재교부를 문의하였더라도 급사病에 대한 燐투여는

2) M.Burgstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974, S.138.

3) K.Ulsenheimer, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, 1965, S.25.

4) 이 사건은 자전차운전자사건(Radfahrerfall)이라고도 불리워지기도 한다.

장기간을 요하기 때문에 그것을 동의하였을 것이라는 것이 확인되었다. 즉, 어린이의 사망은 약제사의 義務的 태도에 의해서도 발생하였을 것이라는 사정이 존재하고 있다.

② 코카인 혹은 노보카인 사건(Kokain - oder Novokainfall; RG HRR, 1926, 1636, Nr.2302.): 한 의사가 어린이환자를 수술하기 위하여 국소마취의 목적으로 의학상 지시되어있는 노보카인(Novokain) 대신에 코카인(Kokain)을 주사하였다. 그것은 의학적 견지에서는 기술적인 실수로서 어린이환자는 그 주사에 의해 사망하였다. 그러나 후에 밝혀진 바에 의하면 환자는 지극히 특이한 체질이었기 때문에 일체의 마취제에 대해서 과민반응을 보이기 때문에 의학상 허용된 노보카인을 사용하였을 경우에도 사망했을 것이라는 것이 밝혀졌다.

③ 산양의 毛 사건(Ziegenhaarfall; RGSt 63, 211ff.): 어떤 공장주가 솔(brush)을 제조하기 위하여 商事會社로부터 중국산의 산양의 毛를 들여왔다. 상사회사로부터 소독해야 한다는 상인의 통지와 소독하도록 명하여진 규정을 무시하고, 공장주는 사전에 소독하지 않은 채 이를 종업원에게 가공시켰다. 그 결과 4인의 여자종업원이 탄저병균에 감염되어 사망하였다. 사후에 알려진 바에 의하면 소독기술이 불완전하여 규정에 따라 소독을 했더라도 병균을 완전히 박멸하지 못하였을 것이기 때문에 산양의 毛의 실제상의 무균성에 대해서 충분한 보증은 불가능하고 그 여자종업원들이 사망할 가능성이 있었다.

④ 화물차(또는 자전거운전자)사건(Lastwagen - oder Radfahrerfall; BGHSt 11.1): 한 화물차의 운전자가 폭 6m인 직선 도로 위에서 자전거를 타고 가던 사람을 추월할 때에 도로교통규칙에 규정된 1.5m의 측면간격보다 좁은 75cm의 간격을 두고 추월하고 있었다. 자전거를 타고 가던 사람은 이에 깜짝 놀라 오른쪽으로 꺾어야 할 자전거를 왼쪽으로 꺾었다. 그 결과 그는 화물차의 뒷바퀴 아래로 들어가 거기서 사망하였다. 형사소송에서 감정인들은 화물차의 운전자가 도로교통규칙(StVO, §10)의 규정에 따라서 측면 법정거리를 두고 추월하였더라도 「매우 개연성을 가지고」

(mit hoher Wahrscheinlichkeit) 사망이란 결과를 초래한 사고는 아마도 발생하였을 것이라고 진술하였다. 그 이유는 자전거를 타고 가던 사람이 혈중 알콜농도 1.96%의 만취한 상태였기 때문이며 이러한 상태 하에서는 법정거리를 두고 추월이 이루어졌었다더라도 자전거를 타고 가던 사람은 그의 정신적·육체적 조정능력의 박약으로 인해 추월하는 차 밑으로 휘말려들 가능성이 높다는 것이었다.

위와 같은 사건에 있어서는 모든 사례에 공통적으로 ① 피고인은 의무위반적으로 행위하였다는 점, ② 법익침해의 결과가 발생한 점, ③ 그리고 비록 피고인이 정하여진 금지·명령규범을 준수하였다고 하더라도 동일한 결과가 개연적일 것이고 발생하였을 것이라는 사정이 인정된다는 점이다.

여기에서는 이러한 공통성을 가진 개개의 사건이 판례에 있어서는 어떠한 방법으로 해결되고 있는가를 살펴보기 위하여 독일제국법원 및 연방대법원의 判旨를 간단히 보기로 한다.

## 2) 판례의 검토

### A) 戰前의 판례

① 약제사사건: (判旨) 부작용범에 있어서는 당해 부작용이 없었다고 하여도(合義務的 態度를 취하였다고 하더라도) 동일한 결과가 발생하고 있다고 하는 「확실성에 근접하는 개연성」(die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit)이 있었을 경우에 한하여 당해 부작용의 인과관계는 배제된다고 하면서, 본사안에 있어서는 인과관계의 존재를 부정하였다.

약제사가 의사에게 재교부의 동의를 확인하지 아니하였다는 부작용에 대해서는 「과실적 행위태양」이 존재한다고 하고 「약의 재교부와 어린이의 사망 사이에 원인성을 긍정한다는 것이 곧 이러한 부작용과 사망이라는 결과 사이의 인과관계를 긍정하는 것은 아니다」고 한다.

이때의 부작용은 요구되는 작위행위가 있었다면 결과가 회피되었다고 생각되는 경우에 한하여 인과적인 것이며, 본사안에 있어서 어린이의 사망은 합의를무적 태도를 취하고 있었다고 하더라도 동결과는 배제되는 것이 아니

었다. 따라서 약제사의 부작위와 결과사이에 인과관계는 확실하게 긍정할 수 없으면 「in dubio pro reo」의 원칙에 따라 무죄를 결정하였다.

② 코카인사건: (判旨) 상급재판소는 의학상의 감정인의 감정에 따라서 노보카인의 사용에 의해 환자의 사망이라는 결과의 발생이 없었다라고 하는 것이 고도의 개연성(hohe Wahrscheinlichkeit)을 가지고 있지만, 그러나 확실성에 근접하는 개연성을 가지고 확정되지 아니하였다고 하는 경우라고 해서 무죄를 판시했다.<sup>5)</sup>

이에 대해서 독일제국법원은 그것을 파기하였다. 상급재판소의 견해와는 달리 「피고인의 책임은 의료원칙상 지시되어있는 노보카인을 사용한 경우에도 확실성에 근접하는 개연성을 가지고 동결과가 발생하고 있었다고 생각하는 경우에 한하여 존재하지 않는다」고 하였다. 그리고 그러한 경우에 있어서도 피고인의 행위와 환자의 사망사이에 인과관계는 존재한다고 한다. 이 사건은 독일제국법원이 문제의 해결을 책임의 차원에서 구한 까닭에 다른 판결들이 인과관계의 차원에서 찾고 있는 것과는 이례적이다.<sup>6)</sup>

③산양의 모(毛)사건: (判旨) 원심법원에 있어서는 합의무적인 소독이 되어 있었을 경우에도(가능적으로) 발생하는 사정이 조건공식에 의해서 고찰되었다. 즉, 「의무위반적 태도는 이것을 제외하고 생각한다면 결과가 확실성에 근접하는 개연성을 갖고 발생하지 않는다고 하는 경우에는 원인이지만, 그러나 합의무적 태도를 취하였다고 하여도 잘못하면 발생하고 있었다고 하는 것은 원인성이 필연적 확실성을 갖고 증명되지 않는 것이라고 하여 피고인은 무죄」라고 판결하였다.

그러나 독일제국법원은 이것에 대한 반론에서 원심법원의 견해는 인과관계의 증명에 있어서 「너무나도 엄격한 요건」을 요구하는 것이라고 하였다. 즉, 어떤 결과가 그 태도를 비난할 수 없을 시에도 발생하고 있었다는 것에 대하여서는 「확실성에 근접하는 개연성」이 존재하는 경우에만 이 태도

5) 개연성의 정도에 관하여서 독일에서는 단순한 가능성(die bloße Möglichkeit), 개연성(Wahrscheinlichkeit), 고도의 개연성(hohe Wahrscheinlichkeit) 그리고 확실성에 근접하는 개연성(die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit) 등의 용어가 사용되고 있다.

6) K. Ulsenheimer, a.a.O., S. 35.

가 그 결과를 야기하지 아니하였다고 하는 증명이 부여되었다고 한다. 따라서 피고인의 행위는 소독조치를 한 경우에도 동결과가 「확실성 혹은 확실성에 근접하는 개연성」을 가지고 발생하고 있는 경우에만 부정되며 합의 무적인 소독행위가 있었다라도 동일한 결과의 발생이 단순히 가능한 것만으로는 인과관계를 부정하는데 충분하지 않다고 하고 이 사건에 있어서는 「확실성」이 인정되지 않는다고 하여 인과관계를 긍정하고, 무죄를 선고한 원심판결을 파기하였다.

B) 戦後の 판례: 戦後の 판례의 대부분은 교통사범에 관한 것이다.

화물차 사건<sup>7)</sup>: (判旨) 형사재판소는 피고인을 너무나 좁은 측면간격에서 자전거를 타고 가는 사람을 추월한 점(StVO, § 1, § 49)만으로 유죄를 선고했다. 여기에 대하여 상소를 이유로 한 상급재판소는 가정된 事象經過가 사실상 결국은 동일한 결과를 초래한 것이라고 하는 것이 인간의 판단에 의하면 확실한 경우에 한하여 피고인에 의하여 야기된 결과에 대하여 피고인의 형법상의 答責性은 부정된다고 하여 피고인을 과실치사죄에 문의 하여 역시 유죄를 선고하였다.

여기에 대하여 연방대법원은 피고인의 走行態樣은 자전거를 타고 가는 사람의 사망에 대해서 「기계적·자연과학적 의미에 있어서는 一條件」이었다. 그러나 너무나 좁은 측면간격으로 추월한 도로교통규칙 위반이 형법 제222조(과실치사)의 구성요건의 야기에 대하여 그것이 곧 형법적 의미에 있어서 원인이라고 할 수 없다.

책임원리에 의하여 지배되는 형법은 원인과 결과사이의 관계에 관한 문제에 답하기 위하여 일정 발생사건의 순수한 자연과학적 결합에서 만족되는 것은 아니다. 오히려 인간의 행위를 평가하는 고찰방법에 있어서는 그 조건이 법적 평가기준에 따를 때 결과에 있어서 중요하였든가 아닌가가 본질적인 것이다.

7) 본 사건의 評釋으로서 井上祐司, 因果關係と刑事過失, 成文堂, 1979, 240面以下; 同, 「刑事過失論の問題點」, 判例タイムス, 第192號, 7面以下; Eser, Strafrecht II, 3.Auf., 1980, S.71

그것은 행위자가 법적으로 異議없이 행동하였다고 생각되는 경우에는 事象이 어떻게 경과되어 있었을 것인가가 결정적이다. 그 경우에도 동일한 결과가 발생하고 있었다고 말할 수 있다면 피고인에 의해서 설정된 조건은 결과를 평가함에 있어서 형법상의 의미를 갖지 않는다. 그리고 이 경우에는 행위와 결과 사이의 인과관계는 긍정되지 않는다. 따라서 피고인이 의무적합적 태도를 취한 경우에 있어서도 동 결과가 발생할 개연성이 높고 'in dubio pro reo'의 원칙에 따라 그것이 원심이 요구하는 「확실성에 근접하는 개연성」의 정도에까지 이르지 않았다 할지라도 「형법적 의미에 있어서 원인성」이 부정된다(원심판결을 파기하고 무죄를 선고).<sup>8)</sup>

이상의 合義務의 代替行爲의 문제에 있어 판례는 이 문제를 대부분 인과관계의 문제로서 취급하고 있는 것을 알 수 있다(인과관계에 의한 해결).<sup>9)</sup>

8) 이 판례에 대해서 독신(C.Roxin)은 위험증가이론의 입장에서 다음과 같이 비판하고 있다. 「이 견해에 따르면 결과가 의무위반에 의해 야기된 것임이 증명되어야만 하는데, 만약 결과가 의무에 적합한 행동 속에서도 발생하였을 것이라 인정되면 바로 이 점은 缺한다는 것이다. 그러나 나에게서는 이러한 論證이 시대에 뒤떨어지고 잘못 적용된 인과적 사고(Kausaldenken)의 산물로 밖에 보여지지 않는다. '의심스러울 때에는 피고인에게 유리하게' (in dubio pro reo)라는 원칙은 실제적인 生起經過에 대한 의문이 있을 때에나 적용되는 것인데 우리의 사례에 있어서 이 점은 명확히 확정되어 있다. 즉, 화물차의 운전자가 자신의 추월을 통하여 자전거를 타고 가던 사람의 죽음을 야기하였다는 사실과 여기서 행하여진 것과 같은 추월은 금지되었던 것이며 따라서 살해의 위험도 현저히 증가시켰다는 사실은 의심의 여지가 없다. 우리가 이러한 前提下에 결과를 귀속시킬 것인가 아니면 이러한 사고는 의무에 적합한 행동을 할 때에도 사정에서 따라 발생할 수도 있으리라는 이유 때문에 귀속시키지 말아야 하는가 하는 점은 일종의 형사정책적 가치결정(따라서 귀속문제)이며, '의심스러울 때에는 피고인의 이익으로' 라는 원칙과는 아무런 관계도 없는 것이다. 假脫의인(즉, 가능하다고 생각되어지나 현실의 것이 아닌) 인과관계는 형법에 있어서 결코 인과성의 문제가 아니라 언제나 귀속의 문제이다」라고 한다 [C.Roxin(김일수역), 「객관적 구성요건의 귀속(Die Zurechnung zum objektiven Tatbestand)」, 형법학방법론, 박영사, 1984, 193면이하; C.Roxin, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 74(1962), S.411ff]. 위험증가론에 대해서는 後述한다.

9) 독일의 일부 학설과 판례의 경우에 과실범에 있어서는 인과관계를 특수한 법적인 개념으로 파악하고 있다. 카아즈나 하르트비히 등은 형법상의 인과관계를 행위자가 규범에 따라 적법하게 행위한 경우에 그 결과가 회피가능하기라는 「회피가능성」을 기준으로 인과관계의 존부를 결정한다(Vgl. H.J. Kahrs, Das Vermeidbarkeitsprinzip und die conditio - sine - qua - non - Formel im Strafrecht, 1968, S.33ff; W.Hardwig, Die Zurechnung, ein Zentralproblem des Strafrechts, 1957, S.90ff; H.Bindokt, Versari in re illicita und Erfolgsszurechnung, JZ 1977, S.551; G.Spendel, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, Festschrift für E.Schmidt, 1961, S.183).

이러한 판례에 의한 해결에 있어 범죄론상의 위치의 문제와 개연성의 정도의 문제에 대해서 Ulsenheimer는 다음과 같은 圖式을 들고 있다(K.Ulsenheimer, a.a.O., S.28, 29).

① 合義務의 態度를 취한 경우에 결과가 확실성에 근접하는 개연성을 가지고 동일하게 발생하였다고 하는 경우에 한하여, 그 사정이 고려되어 인과관계를 검토할 경우에 그 否定을 도출하는 例: 山羊의 毛사건, 藥劑師사건

② 일정 사실에 근거하여 합의를무적 태도를 취한 경우에도 동일한 결과의 발생 가능성이 존재하는 경우에

여기에서 합의무적 대체행위를 하였더라도 그 결과가 마찬가지로 발생하였을 개연성의 정도의 문제에 있어서는 어느 정도의 가능성이 존재하는 경우에 행위자의 행위와 발생된 구성요건적 결과사이에 인과관계를 부정할 것인가에 대해서는 독일제국법원(RG)의 경우에는 「확실성에 근접하는 개연성을 가지고」(mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit) 동일한 결과가 발생하고 있었다고 하는 것이 요구된다는 견해가 지배적이었다. 戰後 독일연방대법원(BGH)의 약간의 판례도 이 견해를 따르고 있지만, 화물차사건 이후의 판례에 있어서 통설은 합의무적 대체행위에 의해서도 동일한 결과의 발생의 가능성(이 경우에 있어서의 가능성이란 합리적인 생활에 밀착된 관찰에 의하여 무시할 수 없을 정도로 농후하게 존재하는 것)이 존재하는 것으로 족하다고 한다. 그리고 그것은 곧 동일한 결과가 발생할 가능성만 존재하면 「in dubio pro reo」의 원칙에 따라 결과귀속이 부정될 수 있다는 것이다. 만약 이 경우에 확실성에 근접하는 개연성이 인과관계를 부정하기 위하여 필요하다고 한다면 구체적인 경우에 거증책임이 행위자에게 轉換하게 되어, 이것은 형사소송법상의 기본명제인 「in dubio pro reo」의 원칙을 파괴하게 된다고 한다.<sup>10)</sup>

BGHSt 11.1(화물차 사건)에서도 언급된 것처럼 동일한 결과가 행위자가 합의무적 태도를 취하였다고 하여도 발생할 것이라는 것이 단순히 관념적인 가능성(die bloße gedankliche Möglichkeit)만을 가질 때에는 인과관계의 부정을 고려하는데 충분하지 못하다고 하면서, 그러나 당해 행위의 인과성에 반대되는 사정들이 우월한 경우에만 그에 따른 의심이 피고인에게 유리하게 작용하는 것은 아니라고 한다.<sup>11)</sup>

는 항상 이 사정이 인과관계의 排除에 있어서 고려되는 것(여기에서의 가능성이란 합리적인 생활에 밀착된 관찰에 의하여 무시할 수 없을 정도로 농후하게 존재하는 것, 혹은 가정적 대체정황이 최소한 부정될 수 없을 정도로 존재하는 것): 화물차사건

- ③ 合義務의 態度를 취한 경우에는 결과가 확실성에 근접하는 개연성을 가지고 발생하고 있었던 경우에 한하여, 이 사정이 법적으로 중요한 행위자의 책임을 조각하는 것: 코카인사건
- ④ 일정한 사실에 기초하여 결과가 합의무적 태도를 취한 경우에도 발생할 가능성이 남아있는 한 행위자의 책임을 조각하는 것(이웃 일본에 있어서 町野教授가 이 견해에 속한다. 町野 朔, 「條件關係論」, 上智法學論集, 第12卷, 第2號, 1969, 1면以下).

10) BGHSt 11, 4f: Vgl. K. Ulsenheimer, a.a.O., S. 76.

11) BGHSt 11, 3f: 독일에서 학설에 있어서 통설은 蓋然性的 정도의 문제에 관해서는 화물차사건 이



## 2. 확실의 對應

과실범에 있어서 주의의무위반행위와 결과발생 사이에 인과관계가 존재하는 경우에 필요로 하는 의무를 다하고 있었던 경우에도 역시 동일한 결과가 발생하였을 것이라는 개연성이 있는 경우에 과실범으로 처벌이 가능한가(객관적 귀속이 가능한가)가 여기에서 취급해야 할 문제이다.<sup>12)</sup>

### 1) 處罰說(假定的 事情을 일체 고려하지 않는 인과관계설)<sup>13)</sup>

가정적 사정(합의무적 태도의 代置)은 전혀 고려할 필요가 없다는 견해는 초기에는 슈미트(Eb.Schmidt)에 의해서 주장되어지기 시작하여 최근에는 슈펜델(G.Spendel) 등에 의하여 적극적인 근거가 제시되고 있다.<sup>14)</sup>

독일에 있어서 슈펜델(G.Spendel)은 합의무적 태도를 취하였더라도 동일하게 결과가 발생하고 있었을 것이라는 것을 범죄의 성립요건으로서 고려하지 않고, 이러한 사정이 존재한다고 하더라도 주의의무에 반하는 행위자의 행위는 현실적으로 결과가 발생한 이상 과실에 의한 결과범으로 처벌하여야 한다는 것이다.<sup>15)</sup> 즉, 합의무적 대체행위의 사례에서 주의의무에

후의 연방대법원의 견해와 일치하고 있다(H.Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11.Aufl., S.136; K.Ulsenheimer, a.a.O., S.138; J.Wessels, Strafrecht, Allg.T., 13.Aufl., 1983, S.54; P.Bockelmann, Strafrecht, Allg.T., 3.Aufl., 1979, S.163f). 즉, 개연성의 정도의 문제에 있어서는 행위자가 합의무적 태도를 취한 경우에는 「확실성에 근접하는 개연성」을 가지고 결과가 회피되었을 경우에만 결과귀속은 긍정되고, 합의무적 대체행위가 있었다라도 동일한 결과발생이 최소한 부정될 수 없을 정도로 존재한다면, 그 의심은 피고인에게 불이익되게 고려되지 않는 상태로 방지되어서는 아니되며 「in dubio pro reo」의 원칙에 의해 결과귀속의 부정이 도출되지 아니하면 안된다.

여기에 대해서 단지 「가능성」이 있는 것만으로는 충분하지 않다는 견해로서는 H.H.Jeschek, Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht, 1965, S.17f; Arthur Kaufmann, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Festschrift für Eb.Schmidt, 1961, S.229; C.Roxin, ZStW 74, S.433F; E.A.Wolff, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965, S.27 등이 있다.

12) 이 문제에 대한 자세한 論述로서는 山中敬一, 「過失犯における義務違反と結果との關係について(一)」, 法學論叢, 第九二卷, 第三號, 1972, 72面以下; Arthur Kaufmann, a.a.O., S.220f; H.J.Kahrs, a.a.O., S.52f; E.A.Wolff, a.a.O., S.24ff.

13) 이 확설의 명칭에 대해서는 처벌설 혹은 인과관계설이라는 명칭을 학자들은 각각사용하고 있다(山中敬一, 刑法における因果關係と歸屬, 成文堂, 1984, 295面; 川口浩一, 「過失犯における假定的事情の考慮について—西ドイツ交通判例を中心として—」, 大阪市立大學法學雜誌, 第31卷, 第2號, 1985, 534面).

14) Eb.Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1939, S.200f; G.Spendel, a.a.O., S.183ff.

15) G.Spendel, a.a.O., S.183; 井上祐司, 行爲無價値と過失犯論, 成文堂, 1973, 240面以下

반하는 作爲行爲가 문제로 되는 경우에는 당해 행위에 의하여 야기된 결과가 합의무적 대체행위를 하였더라도 동일한 결과가 마찬가지로 발생하였을 것이라는 가정적 情況이 존재한다고 하더라도, 이러한 상황은 객관적 귀속에 아무런 영향을 미치지 못하고 금지된 행위로서 야기한 구성요건적 결과는 객관적으로 귀속되어야 한다고 한다(인과관계의 판단에 있어서 가정적 사정은 고려할 필요가 없다는 견해). 따라서 당해 위험이 비전형적인 것으로서 그 위험의 인식이가능성이 결여된 경우에만 면책되어진다고 한다.<sup>16)</sup>

슈펜델은 그 위험이 인식가능한 경우에는 「의무위반행위의 비난가능성은 합의무적 대체행위에 의한 그 결과가 발생했을 개연성이 있는 사정에 의해 조각되는 것이 아니고, 그것은 반대로 적법한 대체행위에 의한 경우에는 결과방지의 가능성이 남아 있다는 점에 근거하여 비난가능성이 인정되며 다만 현실적인 의무위반행위가 없었더라도 동일한 결과가 발생하였을 것이라는 가정적 예비조건의 존재는 범죄론상의 지위를 상실하고 양형에 있어 고려의 사정에 지나지 않는다」는 것이다.<sup>17)</sup>

이 견해는 ① 條件關係論에 있어서 c.s.q.n 공식을 적용할 때, 현실적으로 작용한 사정 이외에 단순히 가능적이거나 개연적인 사정(가정적 사정)을 고려하여서는 아니된다고 하는(가정적 대체원인의 개입을 제거) 슈펜델(G.Spendel)의 수정공식을 채용하고 있는 것과,<sup>18)</sup> ② 체계론적으로 「과실을 책임요소로 하는 전통적 체계론」의 입장에 서서 「과실범의 위법성은 철두철미 결과야기에 있다」고 하는 사고방식에 그 이론적 기초를 두고 있다.<sup>19)</sup>

슈펜델에 의하면, 예컨대 의사가 의학상 준칙에 위반된 수술을 행하여, 그 결과 환자를 사망한 경우에 있어, 사후적으로 새롭게 판명된 사정으로 부터 의학상 지시된 준칙에 따라 수술을 하였다고 해도 마찬가지로 사망하였을 것이라는 것이 판명된 경우에 있어서도 결과야기가 있는 이상 그것은

16) G.Spendel, a.a.O., S.196ff.

17) a.a.O., S.194ff.

18) a.a.O., S.34f: 山中敬一, 「幫助の因果關係」, 關西大學法學論集, 第25卷, 第四・五・六號 合併號, 1976, 127面以下.

19) 島田雅子, 「假定的豫備條件について~その批判的考察~」, 法學新報, 第86卷, 第10.11.12號, 1980, 217面.

위법하고, 따라서 그 결과의 주관적 예견가능성이 있으면 有責한 것이 되어 과실치사로서의 처벌을 면할 수 없다고 한다.

또한 일본의 島田雅子<sup>20)</sup>는 슈펜델의 견해는 대체로 타당하지만, 적어도 藥劑師事件, 코카인事件, 山羊의 毛事件, 화물차事件의 諸事例에 있어서의 가정적 예비조건의 존재는 量刑事情에도 해당되지 않는다고 한다.<sup>20)</sup>

이 논지에 의하면 가정적인 예비조건은 고려되어서는 안된다고 하면서 「화물차사건」의 경우를 고찰한다면 1.5m의 간격유지를 규정하는 도로교통규칙 제10조는 사고의 방지를 의도한 것이기 때문에, 제10조의 의무에 위반한 자는 그것에 의해 야기된 결과에 대한 예견가능성은 당연히 긍정된다는 것이다.

이러한 견해들은 일반적으로 가정적인 예비원인은 고려되어서는 되지는 않는다고 하게 되므로 결과책임(versari in re illicita, Erfolgshaftung)의 원칙에 입각한 것으로 비판되어지고 있다.<sup>21)</sup> 즉, 가정적 정황으로서의 합의무적 대체행위는 전혀 고려되지 않게 되므로 금지된 행위를 한 者는 그것으로부터 야기되어진 모든 결과에 대하여 책임을 져야 한다는 점에서 결과적으로 행위자의 귀책범위를 부당하게 확대하는 것이고 우연책임(Zufallshaftung) 내지 결과책임을 인정하는 결과로 된다는 것이다.

그러나 여기에 대해서는 쉰네만(B.Schünemann)도 지적하고 있는 것과 같이 슈펜델(G.Spendel)도 또한 책임의 단계에서의 검증을 필요로 하고 있으며 다만 행위는 위법이라고 하는 것을 기술하고 있는 것에 불과하다.<sup>22)</sup>

쉰네만(B.Schünemann)에 의하면 슈펜델(G.Spendel)이 주장하는 처벌설의 弱點은 일반적인 관점에서 본다면 일정한 주의의무위반행위로 인한 결과의 야기가 사전에는 인식될 수 없었던 구체적인 사정에 기초하여 불

20) 上掲論文, 216면: 이 견해에 好意的인 자로서는 松宮孝明, 「過失犯における「客觀的歸屬論」の問題點について」, 京大法院會誌, 第10號, 1981, 40面以下.

21) 山中敬一, 前掲書, 28면: C.Roxin, Literaturbericht, ZStW 78, 1966, S.217(Fn.5).

22) B.Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, S.647; M.Burgstaller, a.a.O., S.136f; 島田雅子は「슈펜델의 견해에 있어서 가정적 예비조건(합의무적 태도의 代置)이 고려되지 않는 것을 가지고 결과책임이라고 한다면, 그것은 매우 감상적 비판이라고 하지 않으면 안된다」라고 하고 있다(島田雅子, 前掲論文, 212面).

때, 주의의무에 적합한 합의를무적 행위와 비교하여 본다면 결과발생의 위험을 증대시키지 않은 것만이 아니라 오히려 당해행위가 법익침해에 대한 위험을 감소시킨 것으로 나타났을 실제적인 사안을 想定할 때 더욱 확실하게 된다고 한다.

예컨대 「코카인사건」을 수정해서 환자가 사후적인 해부에 의해 피해자의 특수한 이상체질로 인하여 통상 이용된 노보카인은 코카인 이상으로 몸에 나쁘고 그것을 사용하였더라면 환자는 확실하게 사망하였을 것이지만, 이것에 반하여 추상적으로는 의료기술에 반하는 코카인의 사용에 의해서도 사망하였을 것이지만 그러나 이것에 의하면 한가닥 생존할 가능성이 있었던 것으로 가정하여 보자.<sup>23)</sup> 그리고 兩者를 비교할 경우에 위험의 정도가 완전히 같은 사례(예컨대 코카인사건에 있어서 환자에게 있어 사전적으로는 인식불가능한 신체상의 이상이 존재하고 있었기 때문에 노보카인을 사용했어도, 코카인을 사용한 경우와 같이 사망하였을 것이라는 것이 판명된 경우)에 있어서 행위자를 과실치사로 처벌하는 것은 형사정책적으로 볼 때 부당하다는 것이다.

이 사례에 있어서 규칙에 반하는 것이 환자의 생존가능성을 높일 수 있었다는 것과 관계없이 슈펜델의 구상에 따르면 의사는 처벌되지 않으면 안 된다. 왜냐하면 적법한 행위에 의한 가정적인 인과경과는 전혀 고려되지 않기 때문이다. 이러한 결론이 형사정책적으로 불합리한 것은 명백하다. 즉, 注意規則을 지키는 것이 오히려 法益의 상황을 더욱 악화시키게 된다면 이 注意를 준수하는 것은 무의미한 것이고, 무의미한 규범의 요구를 준수하지 않은 것에 대하여 과실결과범으로 처벌하는 것은 의심할 여지도 없이 부당한 것이라 할 것이다.<sup>24)</sup>

여기에서 슈펜델의 견해에 대해서는 허용된 위험의 법리를 부정하는 것으로서 현행법과 전혀 조화될 수 없다는 지적과 함께<sup>25)</sup> 사후적으로 보아

23) B.Schünemann, JA 1975, S.647f.

24) 山中敬一, 前掲書, 297面: B.Schünemann, JA 1975, S.648.

25) 山中教授는 슈펜델의 견해에 의하면 허용된 위험의 법리는 전혀 고려되지 않는다고 하면서, 이 법리를 고려하지 않는 한 여기에서의 문제해결은 있을 수 없다고 한다. 즉, 이 문제를 고찰할 때의 구체적 事案의 상황에 관한 일반적 전제조건으로서 가정된 합의무적 태도를 취하는 경우에는 그 태도에 있어서는

사전적으로는 적법적이라고 생각되고 있던 행위가 오히려 위험하였을 경우 등에 있어 불합리하다고 비판되어진다.<sup>26)</sup>

이상에서 슈펜델의 견해와 그것에 대한 비판을 概觀하였지만, 여기에서 논점이 되고 있는 것은 현실적으로 발생한 事象이외의 가정적 事象을 고려할 필요가 있는가 어떠한가의 문제이다.

따라서 합의무적 대체행위의 사례에 있어서는 위와 같은 결과책임을 인정하는 이론적 부당성을 제거하기 위하여 어떠한 방법으로든지 합의무적 대체행위를 고려해야 한다는 기본적 관점에서 일정한 범위에서 결과책임을 제한할 필요성이 있다는 점에서 학설은 일치하고 있다. 그러나 어떤 이론적인 근거하에 결과의 객관적 귀속을 제한할 것인가에 대해서는 견해의 대립이 있다.

## 2) 關聯說(Zusammenhangstheorie)<sup>27)</sup>

독일에 있어서 판례·통설이 지지하는 견해로서<sup>28)</sup> 관련설에 의하면 구체적인 사정하에서 합의무적 태도를 취한 경우에도 동일한 결과가 발생할 가능성(möglicherweise)이 존재하는 경우, 즉 합의무적 代替態度的 가정적 인과성이 「확실성」에 근접하는 개연성을 가지고 그 결과발생이 배제되지 않는 경우에는 그 결과귀속은 부정된다고 하는 이론이다.<sup>29)</sup>

이 설의 근거로서 주장되는 論旨는 ① 합의무적 대체태도를 취하였을 경우에도 당해 결과가 마찬가지로 발생하였을 경우에는 자연주의적 인과관계의 중요성이 欠缺하였다고 하는 점, ② 그리고 이 문제의 사실적인 확정에

다른 구체적인 주의의무위반도 없으며 그것이 「허용된 위험」의 범위내에 속한다는 것을 전제로 하지 않으면 안된다는 것이다. 슈펜델의 견해는 이 점을 看過하고 있다고 한다(山中敬一, 前掲書, 28面).

26) 山中敬一, 前掲書, 297面; 川口浩一, 「西ドイツにおける危險增加論の最近の展開(一)」, 法學ジャーナル, 第37號, 1984, 37面以下; B.Schünemann, JA 1975, S.647f.

27) 關聯說(Zusammenhangstheorie)이란 용어는 록신(C.Roxin)에 의해 사용되어지기 시작하였다(C.Roxin, ZStW 74, S.419). 「회피가능성설」(Vermeidbarkeitstheorie)이라고도 부른다. 이 학설은 인과관계 이외에 의무위반과 결과와의 사이에는 직접적인 관련성이 필요하다고 하는 견해이다.

28) 關聯說을 지지하는 학설로서는 P.Bockelmann, a.a.O., S.169ff; H.Welzel, a.a.O., S.135ff; 판례의 예로서는 BGHSt 11,7: 21.59; 24,31; BGHSt 11,1의 事實 및 判旨에 대해서는 井上祐司, 行為無價値と過失犯論, 235面以下 및 丸山雅夫, 「假定的因果關係」, 警察研究, 第52卷, 第11號, 1982, 86面以下 參照.

29) Vgl. B.Schünemann, JA 1975, S.583.

있어서는 in dubio pro reo의 원칙이 존중되지 않으면 안된다고 하는 점에 있다.<sup>30)</sup>

연방대법원은 「화물차사건」의 判示에서 일단 긍정된 인과관계를 후에 다시 부정하고 있는 것으로서 이것은 과실범에 있어서는 행위와 결과사이의 자연과학적 인과관계의 존재 이외에 다시 「의무위반」과 「결과」와의 사이의 「제2의 인과관계의 검토」가 필요하다고 하는 것이다.<sup>31)</sup> 그리고 화물차사건에 있어서는 이 의무위반과 결과사이의 인과관계가 존재하지 아니한다고 한다.

이 견해는 독일 형법 제222조의 「과실에 의해서」 사람을 사망하게 하여 결과를 야기한 자라는 문언에 부합하기 위해서는 단지 행위와 결과사이의 인과관계가 존재하는 것으로서는 충분하지 않고, 결과발생은 행위자의 의무위반에 대한 비난으로서의 행위부분에 근거하지 않으면 안된다고 한다. 이러한 의미에서 의무위반과 결과와의 사이에 「특별한 관계」를 요구하는 견해로서 그 관계를 「인과관계」라고 하는 점에 특색이 있다.

따라서 과실범의 구성요건에서는 고의행위의 경우와는 달리 행위자의 행위가 자연과학적 의미에 있어서 결과에 대하여 원인이었다고 하는 것만으로서 확정되는 것은 아니다. 행위자의 注意의 欠缺에 의해서 설정된 위험이 발생한 결과에 있어 현실화된 경우에만 의무위반적 구성요건실현이 문제로 된다고 한다.

울젠하이머(K.Ulsenheimer)는 이것을 주의의무의 보호작용(Schutzwirkung der Sorgfaltspflicht)을 원용하여 설명하고 있다. 즉, 의무이행이 구체적인 사례에 있어서 법익보호를 위한 효과가 없는(nutzlos) 경우에 있어서는 그 주의의무의 보호작용이 결여된다고 한다.<sup>32)</sup>

그는 과실범의 경우에 구성요건적 중요성이 인정되기 위해서는 단순히 注意侵害와 그에 따른 결과가 발생한 것만으로는 부족하고 양자간에 특별

30) BGHSt 11.7.

31) BGHSt 11.1; BGHSt 21.59ff, 이른바 「齒科醫事件」(Zahnartzfall)이다.

32) K.Ulsenheimer, Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte, JZ 1969, S.368.

한 관련이 존재하지 않으면 안된다고 전제한 다음, 이때의 주의의무는 결과범에 있어 구성요건에 해당하는 결과를 회피할 목적으로 정하여지는 것이 본래의 목적이므로 구체적 상황에 있어 주의의무의 준수는 그것을 통하여 결과의 회피가 가능해야만 형벌이 부과될 수 있다고 한다.

따라서 의무침해가 있고 일정한 결과가 발생하였다고 하여 과실침해범으로 처벌되는 것이 아니라 발생결과와 특별한 관련이 있는 중요한 의무위반만이 처벌된다고 하였다. 그리고 이러한 특별한 관련은 규범의 보호작용을 매개로 하여 규명되어진다고 하고, 그것은 구체적인 사례에 있어서 의무이행과 규범의 보호작용과의 관련은 당해 의무이행에 의해 법익보호의 효과가 있고 그 완전성이 유지될 수 있으며, 반대로 주의의무를 침해하면 그 보호작용의 결여로 인하여 법익이 침해된다고 하는 식의 관련을 의미한다고 한다.

여기에서 의무이행이 구체적인 사례에 있어서 당해 법익보호를 위한 효과가 없는 경우에 있어서는 주의의무의 보호작용이 결여되어 그에 대한 의무위반은 발생결과와 특별한 관련이 있는 의무침해가 될 수 없고 행위자는 처벌되지 않는다는 것이다.

또한 야콥스(G.Jakobs)는 규범을 준수하여도 그것이 법익보호에 있어서 어떠한 역할도 할 수 없는 경우에는 그 규범은 기능을 상실한다고 한다. 즉, 결과가 규범의 준수에 의해서 계획적으로 회피가능(planvoll vermeidbar)한 경우에 한하여 그 규범은 적용가능한 것이라고 할 수 있다고 한다.<sup>33)</sup> 그는 행위자의 합목적 태도에 따른 행위가 주의의무에 반하는 행위와 동일한 정도 내지는 그보다 정도가 심하게 법익을 침해할 경우에는 당해 법익침해가 규범의 준수에 의해서 계획적으로 회피가능하였다고 할 수 없게 되며 따라서 결과귀속이 부정되어야 한다고 한다.

이 학설에 대해서는 다음과 같은 비판이 제기되고 있다. 먼저 가정적 정황을 고려하지 않는 슈펜델(G.Spendel)의 입장에서 현실적으로 발생하지 않는 가정적 사정을 채용할 필요가 있을 것인가하는 점에 대한 비판이다.

33) G.Jakobs, Strafrecht, Allg.T., 1983, S.184ff.

즉, 이와같은 가정적인 비교를 할 필요가 없이 구체적인 예견가능성의 요건에 의해서 처리하면 족하다는 것이다.<sup>34)</sup>

다른 하나는 이 설의 실제상의 귀결에 관한 것으로 형사정책적인 면에서 결과귀속이 부정되어지는 범위가 너무 넓다는 위험증가설로부터의 비판이다. 록신(C.Roxin), 쉬네만(B.Schünemann) 등은 의사가 의학적 規準(lege artis)에 반한 수술을 시행하여 환자를 사망하게 한 사례에 있어서 關聯說을 적용한다면, 합의무적으로 수술을 하였어도 환자가 사망할 가능성이 있는 이상 결과귀속이 인정되지 않게 되며, 무죄의 범위가 너무 넓어진다고 한다. 쉬네만은 확실히 관련설은 이론적 안정성을 가지고 있지만 형사정책적으로 만족할 수 없는 이론이라고 비판한다.<sup>35)</sup>

또한 위험증가설과 공통하는 문제로서 어떠한 사정이 假定되어야 하는가 하는 문제가 있다. 최근에 독일연방대법원은 동일한 결과가 제3자의 과실적 태도에 의해서 야기되어 질 수 있다고 하는 것은 고려의 여지가 없다고 한다.<sup>36)</sup>

## II. 위험증가이론(Risikoerhöhungslehre)의 내용

금지·명령규범은 일정 행위의 금지·명령에 의해 결과발생의 위험을 감소시키는 것을 통하여 결과회피를 위해 기능하는 것이므로, 事案의 구체적 사정하에서는 규범준수가 결과발생의 위험을 감소시키는 효과를 갖지 않는 경우에는 그 기능을 하지 않는 규범에 대한 위반을 근거로 처벌하는 것은 타당하지 않다. 위험증가이론은 구체적 사정하에서 행위규범위반이 결과발생의 위험을 무시할 수 있는 정도를 넘어서 증가시켰을 때에만 처벌이 가능하게 된다는 것이다.

34) 井上祐司, 行爲無價値と過失犯, 245面以下; 島田雅子, 前掲論文, 183面以下.

35) 川口浩一, 「西ドイツにおける危險増加論の最近の展開(一)」, 42面, 68面以下; B.Schünemann, JA 1975, S.648.

36) BGHSt 30, 228.



입법자가 현대의 교통에 있어서의 많은 출현형식이나 위험한 시설을 가진 기업활동 기타의 우월적 사회효용성(überwiegende sozialer Nützlichkeit)을 가진 사례에 있어서 일정한도까지의 危險受忍을 인정하고 있다면, 행위자의 태도가 허용된 위험의 증가를 의미하는 경우에 비로소 귀속이 인정된다. 그러나 그러한 경우에는 예컨대 당해 결과가 가능적(möglichlicherweise)으로 하자없는 태도를 취한 경우에도 발생하였을지도 모르는 경우가 있다하여도 그 결과는 행위자에게 귀속되지 아니하면 아니된다 37)고 한다.

그리고 이러한 전제하에서 그는 허용된 위험의 범위에서의 행위를 대치시킨 경우에도 동일한 결과가 발생하는 것이 확실(확실성에 근접하는 개연성을 가지고 입증되었다)하다면 그것과 행위자가 실제로 있어 행한 의무위반적 태도는 같이 취급되지 아니하면 안된다고 한다 38) (이 경우에는 양자는 동일하게 위험한 경우로서 위험증가가 없다고 본다). 關聯說과의 차이는 그 개연성의 정도의 相違에 있다. 관련설에 의하면 구체적인 사정하에서 합의무적 태도를 대치한 경우에 동 결과발생의 가능성이 존재하는 경우에는 결과귀속이 부정되지만, 위험증가이론에 있어서는 합의무적 태도를 대치한 경우에 확실성에 근접하는 개연성을 가지고 동결과가 발생하는 경우에만 귀속을 부정한다. 즉, 訴追側은 적법적 태도를 대치한 경우에 관련설과 비교하여 증명의 부담이 가벼워진다고 하겠다. 39)

위험증가이론은 처음에 「과실범에 있어서 의무위반과 결과와의 관계」 문제의 해결방법으로서 특히 합의무적 대체행위하의 결과발생이 불확실한 사례를 처리하기 위하여 1962년 록신(C.Roxin)에 의하여 주장된 이론이다. 40) 즉, 과실범에 있어서 행위자가 규칙에 적합한 태도를 취하면 동일한 결과가 발생하지 않는 것이 확실한 경우는 드물고, 많은 적든 동일한 결과의 발생가능성은 남는다. 그러나 록신에 의하면 그 결과의 발생가능성이 낮을

37) C.Roxin, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, S.126.

38) a.a.O., S.170.

39) 川口浩一, 「過失犯における假定的事情の考慮について」, 535面.

40) C.Roxin, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, S.144ff.

때, 혹은 행위자의 과실이 증대할 때 등에는 결과가 주의의무위반에 기인하고 있는 것(즉, 주의의무위반이 없으면 결과가 발생하지 않는 것)이 확실하지 않다고 해서 무죄로 하는 것은 법감정에 반한다는 것이다.<sup>41)</sup>

여기에서 당해의 구체적인 사정하에서 행위자의 의무에 반한 행위에 의하여 결과발생의 기회가 허용된 위험보다도 높아졌다면 구성요건충족적 의무위반이 있고 과실범이 성립한다는 것이다. 그리고 이 경우에 행위자의 행위가 허용된 위험을 증대시킨 경우에는, 설령 결함없이 행위했다라도 결과가 발생했으리라고 생각되는 경우에도 그 결과는 행위자에게 반드시 귀속되어야 한다고 한다.<sup>42)</sup> 왜냐하면 그 결과가 그렇지 않았더라도 발생하였을 것이라는 이유만으로 상당히 높고 더 이상 허용되지 않는 위험을 내포하고 있는 행위에 의한 결과야기를 불처벌로 하는 것은 옳바르지 못하다. 입법자는 자신이 설정한 허용된 위험의 한계를 넘어 행위자가 그 위험을 증가시킨 경우에는, 특정의 경우에 일반적인 사회적 유용성을 고려하여 불가벌로 하였던 것을 더 이상 그대로 감수할 필요가 없는 것이다.

따라서 화물차사해(BGHSt 11,1)에서는 화물차의 운전자도 과실치사로 처벌받는 것이 마땅할 것이다. 왜냐하면 그는 법이 허용한 것보다 훨씬 좁은 간격을 두고 자전거를 추월하였다는 점에서 하나의 허용되지 아니한 위험을 야기한 것이고, 또한 이 위험이 실현되었으며 이에 대해서는 입법자가 아니라 바로 운전자 자신이 책임을 져야 하기 때문이다(이때 행위자의 행위가 일종의 허용된 위험의 범위내의 것이라면 이 위험의 결과에 대해서는 입법자가 책임을 져야 하고 결국은 그 처벌을 포기해야 한다). 살해라는 결과를 가져온 위험은 법정거리를 준수하지 않음으로써 현저하게 증가되었다고 볼 수가 있다. 왜냐하면 법규를 준수하였었다면 자전거를 타고

41) C.Roxin, ZStW 74, S.422ff: 위험증가이론은 합의무적 대체행위의 경우에 동일한 결과가 발생하지 않는 것이 확실하지 않고 단지결과발생의 가능성만 있는 경우에 중요한 의미를 갖는다(U.Ebert/K.Kühl, Kausalität und objektive Zurechnung, Jura 1979, S.572). 위험증가이론에 있어서도 합의무적 대체행위하에서 결과발생이 확정적일 때에는 객관적 귀속은 배제된다. 이 경우에 있어서는 구체적인 사정하에서 행위자는 주위위반행위에 의하여 합법적으로 허용된 상태보다 상황을 더 악화시킬 수 없었기 때문이다.

42) C.Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Festschrift für R.Honig, 1970, S.126.

가던 사람의 죽음은 비록 확실한 것은 아닐지라도 어쩌면 회피할 수도 있었던 것이기 때문이다.<sup>43)</sup>

특신의 이러한 견해는 그때까지 호니히(R.M.Honig)에 의해 소홀하게 취급되어져 온 과실범의 문제영역에서 독자적인 귀속기준을 제시하였다. 즉, 과실범의 경우, 주의의무위반행위와 결과발생 사이에 인과관계가 존재하고, 호니히의 기준대로 하면 예전가능성과 회피가능성(또는 지배가능성)이 존재하여 귀속이 될 수 밖에 없는 경우에도 귀속이 부당한 경우가 있다고 하고, 이를 주의의무위반과 객관적 귀속의 문제로 보고 그 해결을 시도하였다.<sup>44)</sup>

이러한 위험증가이론의 提案 근거로서 특신은 평등원칙(Gleichheits-satz)을 들고 있다.<sup>45)</sup> 평등원칙이란 형벌규범위반이 없는 허용된 위험이 불가벌이라고 한다면, 설령 의무위반의 위험창출행위가 있어도 결과발생의 위험이 허용된 위험의 정도를 넘어서지 않은 경우에는 결과가 야기되었다고 하더라도 금지되어있지 않은 행위와 동일하게 평가하여 불가벌로 해야 한다는 것이다. 이상에서 고찰한 바와 같이 특신의 위험증가이론은 소위 「허용된 위험」의 사상과 밀접하게 결합되어 있는 것이다.<sup>46)</sup>

이 견해의 특징은 무엇보다도 종래 지배적인 견해가 합의를무적 대체행위의 문제를 다룸에 있어서 합의무적 대체행위를 하였더라도 그 결과가 마찬가지로 발생하였을 개연성의 정도가 객관적 결과귀속에 어느 정도 영향을 미칠 것인가 하는 관점에서 논의를 전개하여 왔음에 비하여, 현실적인 의무위반행위가 허용된 위험의 정도를 넘어서었는가 하는 위험판단의 문제로 파악하고 있다는 데에 있다.<sup>47)</sup> 즉, 의무위반적 행위와 합의무적 행위가 각각 가져왔을 위험을 비교함으로써 의무위반적 행위가 가져오는 위험이 상대적으로 증가되었다고 볼 수 있는 때에 야기된 결과의 객관적 귀속을 증

43) C.Roxin, ZStW 74, S.411ff.

44) 독일판례의 검토에서 인용되어진 약제사사례, 코카인사례, 산양의 毛사례, 화물차사례 등이 問題事實으로 지적되고 있다.

45) C.Roxin, ZStW 74, S.432.

46) 松宮孝明, 「義務違反の原因性」, 關西大學大學院, 法學ジャーナル, 第36號, 1983, 192面以下 参照.

47) 김용욱, 「과실범에 있어서 객관적 주의위반행위와 결과와의 관련에 관한 연구」, 연세대 대학원 박사 학위논문, 1989.6, 161면; 신양균, 「과실범에 있어서 적법한 대체행위의 문제」, 법학연구, 전북대 법학연구소, 제14집, 1987.3, 117면.

정하는 입장이다.

이 견해에 의하면 행위자가 금지된 행위로서 구성요건적 결과를 야기하였으나 의무에 적합한 행동을 하였더라도 그러한 결과는 똑같이 마찬가지로 발생하였을 것이라는 경우에 있어서도 위험증가가 인정되는 한 이러한 결과는 귀속될 수 있다고 한다.<sup>48)</sup> 따라서 위험증가이론은 어느 사안에 있어서도 가정적 예비조건의 고려는 불필요하며, 그것이 형사책임에 영향을 주는가 어떤가에의 문제에 대하여는 원칙적으로 부정적이다.

오늘날 독신에 의해 합의무적 대체행위의 문제에 대하여 위험증가이론을 적용할 것이 제안된 이래 이 이론에 대해서는 독일의 학계에 있어 많은 지지자를 얻게 되어 유력설이 되었다.<sup>49)</sup>

또한 그 적용범위에 있어서도 不作爲犯<sup>50)</sup>, 幫助犯<sup>51)</sup>에 있어서의 귀속원

48) C.Roxin(김일수 역), 「객관적 구성요건에의 귀속」, 192면이하; 독신에 의하면 합의무적 대체행위에 의해서 동일한 결과의 발생의 가능성이 존재함에 불과한 경우에 「in dubio pro reo」의 원칙을 적용시켜 무죄라고 하는 학설과는 반대로 이 경우에 위험증가는 인정되어 유죄라고 한다. 또한 앞에서 인용된 기본판례에 있어 독신은 다음과 같이 해결을 하였다(C.Roxin, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, S.147ff). ① 화물차사건에 있어서는 살해라는 결과를 가져온 위험은 법정거리를 준수하지 않음으로써 현저하게 증가되었다고 볼 수가 있기 때문에 이러한 결과는 객관적으로 귀속될 수 있고, 따라서 화물차운전자는 과실치사로 처벌받는 것이 마땅할 것이라고 한다.

② 약제사사건에 있어서는 감정에 의하면 재교부는 위험증가가 아니기 때문에 객관적 귀속을 부정하여 무죄라고 하였다.

③ 山羊의 毛事件에 있어서는 소독되어 있지 않은 毛의 교부는 소독에 의하면 감염을 회피할 기회가 있기 때문에 위험증가가 있다(과실치사죄인정). 모든 규정을 준수한 경우에도 여전히 잔존하는 위험은 입법자가 감수하여야 한다. 그것이 곤란하다면 솔(brush)생산을 위한 외국산 羊毛의 사용을 전면 금지시키는 것이 그들이 해야 할 일이다. 그러나 어느 누가 완벽한 안전책을 강구하지 않음으로 해서 허용된 위험을 일탈하여 위험을 야기시켰다면 단지 합의무적 대체행위하에서도 위험이 어느 정도 잔존하였을 것이라는 가능성 때문에 결과귀속을 부정해야 할 이유는 없다.

④ 노보카인사건에 있어서는 이 경우에 의료원칙상 지시되어 있는 노보카인을 사용하였을 경우에 단지 동일하게 致死의 결과발생의 가능성이 존재함에 불과한 것이기 때문에 본질적인 위험증가가 있고 과실치사로 처벌된다고 한다. 그러나 만약 코카인의 주사가 마취쇼크(shock)를 초래해서 사망하였을 경우에는 환자의 체질에는 일체의 마취는 동일하게 위험하기 때문에 코카인의 주사는 위험증가를 초래하였다고 볼 수 없다(허용된 위험의 증가가 없다). 이에 반해서 예컨대 코카인에 의한 중독 등으로 사망한 경우에는 허용된 위험의 범외대에 해당하지 않기 때문에 결과가 귀속된다.

49) M.Burgstaller, a.a.O., S.129; H.H.Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts, Allg.T., 3.Aufl., 1978, S.473f; H.Kamps, Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeitsdelikt, 1981, S.115ff; D.Kienapfel, Strafrecht, Allg.T., 1983, S.451f; F.Schaffstein, Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, Festschrift für R.Honig, 1970, S.171f; B.Schünemann, JA 1975, S.528f; G.Stratenwerth, Strafrecht, Allg.T., 3.Aufl., 1981, S.278.

50) F.Schaffstein, a.a.O., S.172f.

51) a.a.O., S.173ff.

리로서도 이용가능하다고 하는 학설이 주장되어지고, 오토(H.Otto), 슈트라텐베르트(G.Stratenwerth) 등은 위험증가이론을 「객관적 귀속이론」(Lehre von der objektiven Zurechnung)의 일반원리로서 채용하고 있다.<sup>52)</sup>

독일에 있어서 이 학설이 지지되는 이유로서 ① 허용된 위험의 이익에 대한 실질적인 보장, ② 결과책임의 회피, ③ 평등원칙의 적용, ④ 사전판단과 사후판단의 상이함의 조정, ⑤ 事實解決의 형사정책적 타당성 등이 주장되고 있다.<sup>53)</sup>

### Ⅲ. 위험증가이론에 관한 주된 논쟁점

록신(C.Roxin)이 합의무적 행위의 대치의 문제에 대해 위험증가이론을 적용할 것을 제안한 이래 이 이론은 완성된 이론이 아니므로 이를 지지하는 견해에 의해 다른 영역에의 적용이 시험됨과 함께 이를 비판하는 학자들에 의하여 논쟁이 계속되어 오고 있다. 여기에서의 주된 논쟁점은 다음과 같다. ① 위험증가판단의 시점에 관한 것으로 위험증가판단은 사전판단인가 혹은 사후판단인가, ② 가정되어야 하는 합의무적 행위는 어느 시점에서의 어떠한 합의무적 행위를 가정하는 것을 의미하는가, ③ 위험증가이론은 in dubio pro reo의 원칙에 반하는가, ④ 위험증가이론이 침해범을 위험범으로 轉化시키는 것이 아닌가. 이상의 것들이 위험증가이론에 대한 주된 논쟁점이다. 이하에서는 이러한 논쟁점들을 차례로 검토하고자 한다.

#### 1. 위험증가판단의 시점

먼저 위험증가의 유무를 판단하기 위하여 비교되는 「위험(Risiko)」의

52) H.Otto, Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten, NJW 1980, S.417ff.

53) 川口浩一, 「過失犯における假定的事情の考慮について」, 535面; 山中敬一, 前掲書, 28面, 297面; C.Roxin, ZStW 74, S.217; B.Schünemann, JA 1975, S.651.

판단방법에 있어 그것이 事前判斷인가, 事後判斷인가에 대해서 논쟁이 있다. 울젠하이머(K.Ulsenheimer)는 행위의 위험성에 대한 판단의 事前性을 전제로 위험증가이론을 비판하고 있다.<sup>54)</sup> 즉, 위험의 존재는 행위반가치와 관련하여 사전적 판단(ex - ante Urteil)에 의해 결정된다고 하는 형법에 있어서 일반적으로 인정되어지는 견해에 의하면 위험증가원리의 정당한 적용은 난관에 봉착한다고 비판한다.

울젠하이머는 행위자의 의무위반적 태도에 의해 허용된 위험에 비하여 결과발생의 가능성이 증가되었는가 아닌가 하는 문제를 고찰하는 것 자체가 이미 의미가 없다고 단정하고, 일체의 주의의무위반의 태도는 사전적으로는 항상 허용된 위험을 초월하여 위험을 증가시키고 있다고 지적하고 있다. 생각컨대 주의의무는 위험을 감소시키기 위해 설정되어져 있는 것이므로 그 위반은 위험증가의 필연의 결과이며, 따라서 위험증가이론에 의하면 주의의무위반이 있으면 언제나 결과귀속이 긍정되어진다.

이것에 대해서 이 이론의 提唱者인 록신(C.Roxin)은 위험판단은 원칙적으로 사전적인 판단이지만 그러나 그 경우에 행위후에 사후적으로 인식 가능했던 「현실의 사정」(das wirkliche Sachverhalt)도 고려되어 판단되기 때문에 주의의무의 유무에 관계없이 위험증가가 존재하지 않은 경우도 있을 수 있다고 반박한다.<sup>55)</sup>

울젠하이머는 이러한 반박에 대해서 「현실적으로 일어난 사정」(die wirklich eingetretene Situation)은 사후적인 것이며, 또한 행위후에 인식할 수 있는 사정을 고려하는 것은 사전적인 판단이라는 것과 모순된다는 再批判을 가하고 있다.<sup>56)</sup> 그리고 록신의 이러한 고찰방법은 불명확한 사전적 고찰과 사후적 고찰(ex - ante und ex - post - Betrachtung)과의 혼합이라고 하고 있다. 이러한 비판에 대하여 최근의 위험증가이론은 위험증가의 사후판단성을 승인하고 있다.<sup>57)</sup>

54) K.Ulsenheimer, a.a.O.(Fn.3), S.134ff.

55) C.Roxin, Festschrift für R.Honig, S.138f.

56) 위험증가가 사전판단인가, 사후판단인가에 대한 록신(C.Roxin)과 울젠하이머(K.Ulsenheimer) 사이의 논쟁에 대해서는 山中敬一, 前掲書, 224面以下; K.Ulsenheimer, JZ 1969, S.366f.

57) M.Burgstaller, a.a.O., S.140ff; B.Schünemann, JA 1975, S.169; G.Stratenwerth,

특신의 위험증가판단의구조(사전 - 사후의 양판단의 결합)의 부당성에 대해서는 특히 부르그슈탈러(M.Burgstaller)가 상세하게 논하고 있다. 부르그슈탈러는 특신의 結合說이 너무도 비분석적이며 엉겨주춤하게 증도에 머물고 있어 불명확하다고 비난한다.<sup>58)</sup>

먼저 특신의 견해는 비분석적인 것으로서 「危險性」(Gefährlichkeit)과 「危險化」(Gefährdung)의 개념을 구별하지 않고 있다고 한다. 부르그슈탈러에 의하면 위험성이란 행위 자체의 속성으로서 순수하게 事前的 觀察을 기초로 하는 것인데 반하여, 危險化란 결과개념의 일종으로서 法益客體가 위험한 행위의 영향범위내에 나타난 경우에 문제되는 것으로서 事後的 觀點에서 결정되어야 하는 것으로 事後에 인식될 수 있던 사정도 판단의 기초에 넣어 판단하지 않으면 안된다.<sup>59)</sup> 여기에서 우리가 논의하는 위험증가(Risikoerhöhung)는 행위 자체의 위험성과는 구별되는 그 행위로 인하여 나타난 법익에 대한 위태화판단의 문제이며 엄밀한 의미에 있어서는 危險化增加(Gefährdungserhöhung)를 의미한다. 당해의 구체적인 사정하에서 행위자의 의무에 반한 행위가 합의를무적 대체행위와 비교하여 위험을 증가시켰는지의 여부결정은 제약없는 사후적 고찰에 의해서만 확정될 수 있다.

다음으로 특신이 위험판단은 원칙적으로 사전적 판단이지만 행위후에 사후적으로 인식가능했던 현실의 사정도 고려하여야 한다는 주장은 불명확한 사전 - 사후고찰의 혼합이라고 비판한다. 그 이유는 먼저 사전적으로 평가해야 할 사정과 사후적으로 평가해야 할 사정의 구별을 위한 구체적 기준이 없다는 방법론적 결함이 지적되고 있다.<sup>60)</sup> 다른 하나는 구체적인 사례에 있어서 위험증가가 실현되었는지의 여부에 대해서는 한정되지 않는 무제한의 사후관찰에 의하지 않으면 안된다는 것이다. 순수한 사후적 입장에

Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, Festschrift für W.Gallas, 1973, S.230; 특신(C.Roxin)도 위험판단은 사전적 평가를 요한다는 견해를 수정하여 그것은 사후판단이어야 한다고 하고 있다(C.Roxin, Festschrift für R.Honig, S.138).

58) M.Burgstaller, a.a.O., S.140f.

59) 山中敬一, 「過失犯における因果經過の豫見可能性について(二)」, 關西大學 法學論集, 第29卷, 第2號, 50面以下; M.Burgstaller, a.a.O., S.141.

60) M.Burgstaller, a.a.O., S.141.

기초를 둔 경우에만 判斷基底에 일체의 제한이 없게 되어 판단기초의 탈락이 방지될 수 있고 위험증가의 존재여부가 적절하게 확정되는 것이 보장된다는 것이다.<sup>61)</sup>

왜냐하면 사전적 판단은 사후예측에 내포되는 추상성 때문에 합의무적 대체행위의 사례에서 결과발생의 개연성 판단에 중요한 단서가 될 수 있는 사후적으로 밝혀진 실제로 나타난 사실정황을 도외시킬 우려가 있기 때문이다. 사후적 입장에서의 위험증가판단의 실제상의 중요성은 이러한 판단이 「개개사례의 구체적 형태를 포괄적으로 고려할 수 있다」는 점에 있다고 한다. 부르그슈탈러의 이러한 지적은 정당하다 하겠다.

위험증가이론에 있어 「위험증가」란 사전적으로는 허용되지 않는 의무위반행위가 사후적으로 판명된 사정하에서는 당해의 구체적인 결과발생에 대해서 구체적으로 위험을 높였다고 말할 수 있는가 아닌가를 문제로 삼는 것이다. 따라서 구체적인 사정하에서 행위자의 의무에 반한 행위가 합의무적 대체행위에 비하여 결과발생의 위험을 증가시켰는가의 여부에 대한 위험판단에 있어서는 판결시점까지 법관에게 인식되었거나 인식될 수 있는 모든 정황을 고려한 한정되지 않는 무제한의 사후관찰이 타당하다 하겠다.

## 2. 假定되어야 할 合義務的 代替行爲

위험증가이론에 있어 어느 시점에서의 의무위반행위에 착안하고 또 어떠한 합의무적 행위를 가정하는가에 의해 결론은 전혀 달라지게 된다. 前者의 문제와 관련하여 독일의 판례는 약간의 예외를 제외하고는 문제로 되어야 하는 의무위반행위는 「구체적으로 위험한 교통상태의 발생」의 시점에서의 것이 아니면 안된다고 하고 있다.

이 문제와 관련하여 동종의 문제를 취급한 대조적인 두개의 판례를 검토하기로 한다.

먼저 1957년 11월 7일의 Karlsruhe 상급재판소의 판결로서 「피고인

61) a.a.O., S.142.



은 동승자와 함께 D도로를 오토바이로 달리고 있던 중 교차지점에서 자전거를 끌고 도로를 횡단하고 있던 노인을 전방 5-10미터의 지점에서 비로써 인식하고 그것을 피하려고 했으나 미끄러지면서 중상을 입혀 사망하게 하였다. 피고인은 그 당시 허용된 제한속도인 50km를 초과하여 시속 60km로 달리고 있었다. 그러나 사고지점의 구체적인 사정에 비추어 볼 때 제한속도로 충분한 주의의무를 다하였다 하더라도 약 5-10미터의 지점에 이르러서야 노인을 인식하는 것이 가능하였다.

前審이 피고인의 의무위반과 결과사이의 인과관계를 부정한 것에 대해서 Karlsruhe 상급재판소는 이 판단은 「이미 고찰의 출발점이 잘못되었다」고 하고 일정한 의무위반과 결과사이의 인과관계의 고찰은 「구체적인 事象經過로부터 출발되어야 한다」고 하고 있다. 그리고 다음과 같은 두가지의 문제점을 지적하고 있다.

그 하나는 허용된 법정속도로 달린 경우에 事象連鎖는 어떻게 경과하고 있었든가를 검토하여야 하고 그 경우에는 명확하게 「오토바이는 보행자가 이미 도로를 횡단한 시점에 비로소 사고현장에 도달하였을 것이다」라는 것을 알 수 있다. 따라서 인과관계는 긍정되어야 한다. 다른 하나는 50km의 시속과 60km의 시속과의 주행속도의 차이에 의한 구체적인 사정의 변화의 점 등이 지적되고 있다(NJW 1958, S.430ff).

이것에 대해서 1958년 10월 17일의 Stuttgart 상급재판소는 Karlsruhe 상급재판소의 판결에 대한 학자들의 비판을 받아들여<sup>62)</sup> 그들의 결론에 따랐다. 즉, 「모든 경우에 있어 과실적 태도의 형법적으로 중요한 인과관계는 즉각 손해를 초래하는 위험한 교통상태가 발생한 시점에 있어서 비로소 개시된다. 既述한 경우에 있어서는 피고인의 과속운전은 그가 도로를 횡단하려고 하는 의도를 가진 어린이를 인식하게 된 순간으로부터 어린이의 사망에 대한 원인이 되는 것을 의미한다. 이 순간부터 그의 과속운전이 형법적으로 효과를 갖는다」고 한다(NJW 1959, S.351ff).

후자의 견해가 독일판례에 있어서 통설로 되어있다. 따라서 과실책임을

62) Liebert, NJW 1958, S.759.

문의하는 경우에는 비교의 시점을 한정하여 직접 결과에 연결되는 구체적인 위험이 발생한 시점 이후의 과실행위를 문제시 하여야 할 것이다. 그리고 구체적인 위험발생의 시점이전의 의무위반행위와 결과사이의 결과귀속의 문제는 규범의 보호목적(Schutzzweck der Norm)의 문제이다.<sup>63)</sup>

다음으로 위험증가이론이 위험증가판단에 있어서 「비교」를 문제로 하는 한 반드시 해결하여야 할 문제로서 비교의 시점의 문제와 병행하여 도대체 어떠한 합목적 행위를 가정하여야 할 것인가 하는 문제가 발생한다. 이 문제와 관련하여 먼저 독일의 연방대법원의 판례를 검토한 다음 諸論點들을 고찰하기로 한다.

酩酊者事例(Trunkenboldfall; BGHSt 24,31): (사실의 개요) 「피고인은 저녁무렵에 다량의 알콜을 마시고 명정상태에서 아우토반(Autobahn)에 유사한 구조의 연방도로를 자동차를 운전해서 시속 100 내지 120km의 속도로 달리고 있었다. 피고인은 이차선의 車道 중앙 가까이를 달리고 있을 때 對向車가 있었음으로 라이트(light)를 내렸다가 다시 라이트를 올렸을 때 약 30m 앞에 같은 차선에 들어온 오토바이 운전자를 인식하고 급제동하였으나 오토바이 운전자를 역과하여 사망시켰다.」

이 사고는 (사전적으로 인식 가능한 상황에서는 허용되어지는) 정상적인 상태에서 동일 속도로서 주행하고 있었다고 하여도 회피 불가능하였지만, 위 피고인의 酩酊의 정도에 적합한 30km의 속도로서 주행하고 있었다면 회피가능한 것이었다(이 도로에는 속도제한은 없었다). 이러한 이유에서 그 행위와 결과사이의 인과관계를 인정하고 연방대법원은 과실범의 성립을 긍정하였다.

(결정요지) 「형사재판소(Landgericht)는 피고인에게 과실치사와 과실도로교통위험죄의 상상적 경합으로서 유죄를 선고하였다. 형사재판소는 운

63) 예컨대 자동차 운전자가 허용된 법정속도인 60km를 초과하여 과속운전하다가 다시 법정속도 이내로 감속운전하여 갑자기 뛰어난 행인을 치어 불가항력적으로 事故가 발생한 경우에 있어 사고시각과 사고지점 이전에 있었던 속도위반과 사고 사이의 결과귀속의 문제이다. 왜냐하면 발생한 사고는 허용된 위험범위내에서 정상적인 운행상태에서 발생하였지만 이전의 과속운전이 없었다면 그 시간에 그 지점에 이르지 않았을 것이고 보행자가 이미 도로를 횡단한 시점에 비로소 사고현장에 도달하였을 것이기 때문이다.

전자가 명정하지 않았으면 같은 속도로 주행한 경우에 사고가 회피가능하였을 것인가에 대해서는 확정할 수 없다고 했다. 유죄의 이유는 피고인이 그 당시 알콜에 의한 지각·반응능력 등의 장애를 고려한 감속된 속도, 결국 每時 30-40km로 주행하고 있지 않았던 것, 그리고 그 속도이면 사고는 회피될 수 있었던 것이라고 하는 것이다.

Stuttgart 상급재판소는 사실심리를 다시 하도록 형사재판소의 판결을 파기하고 환송하였다. 상급재판소의 견해에 의하면 피고인을 유죄로 하기 위해서는 그가 酤酩하지 않은 상태에서 동속도이면 사고는 회피가능하였을 것이라고 인정되는 것을 전제로 하고 있는 것이다.

Stuttgart 상급재판소의 견해는 정당하지 않다. 어떤 운전능능한 운전자의 교통사고가 회피가능했는지 아닌지에 대해 의문이 생기는 경우에, 먼저 운전자가 명정하지 않은 상태에서 동일한 속도이면 사고를 회피할 수 있었는가 아닌가에 착안해야 할까, 아니면 이 운전자가 알콜의 영향과 교통상태를 고려하여 어느 정도의 속도를 지키는 것이 허용될 것인가에 착안해야 할 것인가를 결정하는 것이 선결문제이다. 여기에서 명정하지 않은 운전자가 현재 주행하고 있던 속도이면 사고가 회피될 수 있는 지 아닌지에 착안되어야 하는 것은 아니고, 운전자가 어느 정도의 속도를 취하는 것이 그의 알콜의 영향과 교통상태를 고려한 경우에 허용될 것인가 및 사고가 이 속도이면 회피되고 있는지 아닌지가 검토되어야 하는 것이다.

교통위반행위의 원인성의 검토는 직접 결과에 연결되는 구체적인 위험한 교통상태의 발생에 의하여 개시되어야 한다. 행위자의 교통상의 합의무적인 행위에 대해 문의할 때 그것은 현실의 사태로부터 출발되어야 한다. 따라서 운전자의 어떠한 행위가 교통상 합의무적이었던가에 대해서는 직접의 사고원인으로 간주되는 교통위반을 감안해서 대답되어야 한다. 이것에 반하여 나머지의 것들은 사실상의 사상경과에서 출발되어야 한다.

이러한 원칙에 따르면 피고인이 명정하지 않은 운전자에 의해서는 허용되는 시속 100km의 속도를 지키고, 명정하지 않았음에도 오토바이 운전자를 역과하고 있는가 아닌가에 착안되어야 하는 것은 아니고 도로규칙 제9

조 제1항 1호에 의거 차량의 운전자는 언제라도 교통에 있어서 의무를 다하는 것처럼, 또한 긴급의 경우 適時 정차할 수 있도록 그 속도를 조정하지 않으면 안된다는 것에서 출발되어야 한다.

피고인은 혈중알콜 함유량에 의해 지각능력, 반응력이 현저하게 감퇴하고 있고 정상적인 상태에서는 적절한 것과 같은 속도로 달리는 것은 허용되지 않는다. 피고인이 이러한 혈중알콜량이면 처음부터 교통에 참가해서는 안된다고 하는 것은 오토바이 운전자의 사망에 대한 그의 잘못된 행위의 원인성에 대해서 결정함에 있어서는 고려되어서는 안된다.

교통사고가 일어났을 때 알콜에 의해 운전불능이 되어 있는 자는 교통에 참가하는 것이 처음부터 허용되지 않는 것이기 때문에 이미 그것에 대해서 책임을 지는 것이 아니고, 그가 운전방법에 있어서 그의 인적 결함 또는 차량의 결함(예컨대 브레이크의 고장 등)을 계산에 넣지 않고 그것에 의해 사고를 일어켰을 때 그것에 한해서만 책임을 지는 것이다. 운전부적격상태에 있어서의 의무위반적 운전이 그것만으로 사고에 대해 원인일 수는 없다. 사고의 원인은 그러한 사례에 있어서도 운전자나 차량의 상태에 맞지 않는 운전뿐이라고 할 수있다」.

판례와 관련하여 뮐하우스(H.Mühlhaus)는 속도위반과 명정운전의 사고에 대한 원인성에 대하여 다음과 같이 논하고 있다.<sup>64)</sup>

명정은 일반적으로 행위자가 술이 취하지 않은 상태에서 다른 여건은 동일한 상태이면 사고는 회피되고 있었을 것이라고 하는 경우에 사고에 대하여 원인이다. 속도가 일반규칙에 의해 명정하지 않은 자에 있어서는 문제가 아닌 때에는 명정자가 그 상태 때문에 그 위험을 제어할 수 있었던가 아닌가, 예컨대 피해자를 너무 늦게 인식하고 혹은 반응을 잘못하였는지 어떤지가 검토된다. 속도도 명정하지 않은 운전자에 있어서도 과속인 경우에는 양쪽의 위반행위, 즉 명정과 속도위반이 원인의 검토에 있어서 명하

64) H.Mühlhaus, Fahrgeschwindigkeit nach Alkoholgenuß und ihre Ursächlichkeit für den Unfall, DAR 1970, S.126f. 山中教一, 前掲書, 324面以下 參照.

여진 교통태도에 의해 대체되지 않으면 안된다.

그러나 명정자의 경우 명정하지 않은 운전자에 의해서는 허용된 속도보다도 낮은 속도가 원인의 검토에 있어서 사용되어서 좋은지 아닌지에 대해서는 연방대법원은 본판결 중에서 「보다 속도를 감속하지 않은 것이 직접의 사고원인이 되어야 할 교통위반이었다」고 하고 있는데 반하여, 뮐하우스는 속도위반이 없는 경우에는 속도위반도 명정도 사고의 원인은 아니다라고 한다.

본판결에 대하여 푸페(I. Puppe)는 다음과 같은 반론을 제기하고 있다.<sup>65)</sup>

연방대법원은 위의 판결에서 명정상태에 있다든가, 차량에 고장이 있는 경우에도 운전이 금지되는 것은 아니고 그러한 상황을 고려해서 감속하라고 하는 명령이 타당하다고 하고, 「구체적인 위험상태의 발생」시점에 있어서의 위반에 주목해야 한다고 한다. 그러나 푸페는 구체적인 상태에 있어서의 주의위반행위라는 기준은 타당하지 않다고 한다. 이 기준에 의하면 구체적인 위험상태의 발생 이전에 주의위반이 존재하는 경우(예컨대 부품의 수리가 부주의로 결함이 있는 경우)에 운전자에게는 그 주의의무위반의 결과에 대해서 책임을 물을 수 없기 때문에 부당하다고 한다. 이러한 경우에는 구체적인 위험상태의 발생시점에 있어서는 결과발생이 불가항력의 과정을 거칠 뿐이므로 고속으로 주행하는 자는 이러한 종류의 사고를 저지하는 것이 위반된 규범의 목적이 아니기 때문에 책임을 지지 않는다는 것이다.

다음으로 푸페는 중요한 가정적 경과의 선택기준은 「허용된 위험」이 그 기준이라고 한다.<sup>66)</sup> 푸페는 허용된 위험이란 무조건적으로 보장되는 것은 아니고 일정한 상황에서 일정한 목적을 위해 보장되는 것이라고 한다. 운전하는 자는 실체에 있어 순조롭게 전진한다고 하는 이익을 추구한다. 이 이익에 있어서는 운전적격한 신체적 상태로, 교통에 적합한 차량으로 그에 의해 주행된 구간에서 일정한 제한속도로 운전하는 것이 허용되고 있다. 그때 그것으로부터 귀결하는 다른 교통참가자에 대한 위험은 감소된다.

65) I. Puppe, Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung, JuS 1982, S. 662.

66) I. Puppe, JuS 1982, S. 664.

푸페가 가정되어야 할 합의무적 대체행위의 선택기준을 「허용된 위험」에서 찾고 있는 것은 정당하다 하겠다. 그런데 이 경우에 가정되어야 할 것은 허용된 위험내에 머무는 행위이지만 그것은 위반된 의무의 내용에서 도출되어지는 것이다. 복수의 의무에 위반된 경우에는 당연히 복수의 의무가 준수되고 있었던 상황이 가정되지 않으면 안된다. 예컨대 결눈질을 하면서 과속운전을 하여 사고를 일으킨 자에 대해서는 결눈질운전이 없어도 속도 위반에 의해, 또한 속도위반이 없어도 결눈질운전에 의해 사고가 발생하고 있었다 할지라도 이 양자가 함께 존재하지 않는 허용된 위험의 범위 내에 머무는 행위가 「비교」의 대상으로 되어야 한다.

또한 푸페는 연방대법원의 「구체적인 위험상태의 발생」이라는 기준을 비판하지만 이 기준을 올바르게 적용하면 유효하다고 생각된다. 푸페는 이 기준에 의하면 예컨대 자동차의 부품을 부주의하게 사전에 수리한 경우에 구체적인 상태에 있어서의 주의위반행위라고는 할 수 없으므로, 이 기준에 의해서 주의의무를 결정할 수 없다고 한다. 그러나 직접적인 결과야기자 이외에 타인의 부주의한 행위가 관여하는 경우, 예컨대 앞의 예에 있어서 운전자 이외의 자동차수리공이 부주의하게 수리한 경우에는 운전자 자신이 수리한 것과 같은 경우로서, 사고에 직접 관계하는 의무위반은 오히려 「구체적 위험상태」에 있어서 수리가 불충분한 차를 운전하고 있는 것이 의무 위반의 내용이 될 수 있다 할 것이다. 따라서 판례의 기준은 타당하다 할 것이다.

마지막으로 본판결의 사안에서 곤란한 문제로 남는 것은 명정한 자동차의 운전자는 이 명정의 정도에 적합한 30 내지 40km의 속도로 감속해서 주행할 의무가 있고, 이 의무를 다하고 있었다면 사고는 회피할 수 있었다고 한다. 즉, 명정한 자동차 운전자의 諸注意義務에 정상 운전자의 그것보다도 확대된 보호영역을 인정하게 되는 것이다.

그러나 이것은 평등원칙에 반한다 할 것이다. 예컨대 A, B 두명의 운전자가 나란히 시속 40km로 동일한 방향을 향하여 차를 운전하고 있었다. 그때 갑자기 目前的 차도에 한 어린이가 뛰어들어 양편의 차량과 충돌하여

부상하였다. A와 B는 동시에 브레이크를 걸었지만 피하지 못하였다. 운전자 한 사람은 음주하지 않은 정상인이었고 다른 한 사람은 명정한 상태였다. 음주하지 않은 운전자는 과실치상으로 처벌될 수 없을 것이다. 명정하고 있던 운전자는 만약 감속해야 한다고 하게 되면 유죄로 될 수 있다. 여기에서 양자의 취급은 불평등하게 된다.<sup>67)</sup>

이 점에서 본판결의 논리에는 납득할 수 없는 점이 있다. 본판결에서는 명정을 이미 「구체적인 위험상태의 발생」 이전에 명정하고 있었기 때문에 사고의 「원인」으로서는 배제하고 속도위반을 그 「원인」이라고 한 것이다. 판례의 기준에서 볼때에도 명정운전을 선험적으로(a priori) 제외하여 사고의 원인을 고찰하는 것은 타당하지 않다. 오히려 「구체적 위험상태의 발생」 이후에 있어서의 명정이라는 의무위반을 문제로 하여야 할 것이다. 본판결의 모순은 명정을 사고의 「원인」으로서는 배제하면서도 그것을 전제로 「주의의무」를 정립하려고 한 점에 있다.

우리의 견해에 의하면 여기에서 의무위반으로서 고려의 대상이 될 수 있는 것은 「명정운전」과 「감속의무위반」이다. 그러나 「감속의무위반」은 「명정운전」인 것이 전제로 되어야 비로소 연역될 수 있는 의무이다. 여기에서 명정운전 대신에 음주하지 않은 운전이 가정되는 경우에는 감속의무위반은 없었던 것이 되며, 음주하지 않은 운전에 의해서 허용된 위험내의 속도를 기초로 하지 않으면 안되게 된다. 이리하여 본건에 있어서는 BGH의 견해와는 달리 명정에 의해서 결과에 대한 위험증가는 없다고 할 것이다.<sup>68)</sup>

### 3. 위험증가이론과 in dubio pro reo의 원칙

위험증가이론에 대해서 가해지는 다른 비판의 하나로서 그것은 in dubio pro reo의 원칙에 반한다는 것이다. 과실결과범의 성립에는 주의의무위반과 결과 사이에 일정한 관련이 존재하는 것이 필요하지만, 주의의무

67) 山中敬一, 前掲書, 328面以下 參照.

68) B.Schünemann, JA 1975, S. 718.

를 준수하여도 동일한 결과발생의 가능성이 있는 경우에도 처벌하는 것은 의심이 있는 경우에 그것을 행위자에게 유리하게 취급하지 않으면 안된다고 하는 점에서 in dubio pro reo의 원칙에 위반된다고 비판한다.<sup>69)</sup>

이것에 대해서 록신(C.Roxin)은 다음과 같이 이 비판에 답하고 있다. 먼저 위험증가이론에 있어 문제되는 것은 가정적 인과경과의 확정이라는 사실인정의 문제(증명의 문제)가 아니고 합의를무적 태도를 취한 경우에 결과발생의 위험이 측정가능할 정도로 감소했는가 하는 것에 대한 과학적 측도에 따라 감정인이 판단해야 할 과학적 일반명제이다. 가정적 정황은 증명의 문제는 아니므로 in dubio pro reo의 원칙은 타당하지 않다.<sup>70)</sup>

“의심스러운 때에는 피고인에게 유리하게”(in dubio pro reo)라는 원칙은 실제적인 사건경과에 대한 의문이 있을 때에나 적용되는 것인데 우리들의 사례에 있어서 이 점은 명확히 확정되어 있다. 우리가 이러한 전제하에 결과를 귀속시킬 것인가, 아니면 事故란 의무에 적합한 행동을 할 때에도 사정에 따라 발생할 수도 있으리라는 이유 때문에 귀속시키지 말아야 하는가 하는 점은 일종의 형사정책적 가치결정(따라서 귀속문제)이며 in dubio pro reo 원칙과는 아무런 관계도 없는 것이다. 가설적인(즉 가능하다고 생각되어지나 현실의 것이 아닌) 인과과정은 형법에 있어서 결코 인과성의 문제가 아니라 언제나 귀속의 문제라고 한다.<sup>71)</sup>

다음으로 「허용된 위험」의 법리는 범정한도를 일탈한 위험한 행태에 의해 발생한 모든 과실침해행위가 귀속되는 것을 전제로 하고 있다. 규칙에 합치하는 행위로부터 동일한 결과가 발생하였을 때에 그것을 행위자에게 객관적으로 귀속시킬 수 없는 것은 다만 그러한 행위가 「허용되고 있다」는 것에 지나지 않고, 그 사이에 피고인에게 유리하게 작용하는 「의심의 여지」와 같은 문제는 존재하지 않는다.<sup>72)</sup>

마지막으로 록신은 위험증가의 유무가 현재의 과학수준에서 증명할 수

69) K.Ulsenheimer, JZ 1969, S.47.

70) C.Roxin, ZStW 74, S.433f.

71) C.Roxin(김일수역), 「客觀的 構成要件에의 歸屬」, 193面以下.

72) C.Roxin, Literaturbericht, ZStW 78, S.219.



없을 때에도 그것은 위험증가가 「없다」는 것과는 구별되어야 한다고 하고 결과귀속을 긍정하였다.<sup>73)</sup> 즉, 위험증가의 유무가 그 당시의 과학수준에 의할 때 일정한 행위가 입법자에 의하여 허용될 수 있는 위험정도를 초과하여 이를 증가시켰는지 아닌지가 확실하게 밝혀지지 못한 경우에는 이러한 사례들은 허용된 위험의 그것과 동일시 될 수는 없고 행위자는 그 행위가 법익침해를 야기하였다면 처벌되는 것이 정당하다고 한다.

예컨대 어떤 의사가 치료행위시에 학문적으로 불확실한(따라서 의료규칙에 의해 허용되지 않는) 방법을 사용하여 그것에 의해 환자가 사망한 경우에는 당시의 의학의 과학적 기준에 따라 허용된 위험내에 속하는 의료방법이 현실적으로 위험성이 없다고 하는 것에 대하여 절대적 확실성이 존재하지 않는 경우에도 과실치사로서 처벌될 수 있는 것이다.

이러한 특신의 反論에 대해서 울젠하이머(K.Ulsenheimer)는 「허용될 수 없는 책임의 추정」이라고 비판하고 있고 삼손(E.Samson)은 「이것은 책임원리에 반하는 것으로서 결과책임에 근접하는 것」이라고 비판하고 있다.<sup>74)</sup>

울젠하이머는 위험증가이론이 일방에서는 처벌의 전제로서 위험증가를 요구하면서 다른 한편으로는 위험증가의 단순한 가능성이 처벌을 위해 충분하다고 하는 모순을 비판한다.

삼손(E.Samson)은 위험증가이론이 고찰의 대상으로 하는 諸事例에 있어서 행위자의 행위의 자연주의적인 인과성은 확정되어 있으며, 가정적인 경과만이 문제가 되는 것 자체가 이미 in dubio pro reo의 원칙에 반한다고 한다. 즉, 특신은 사후적 관점에 의하여 위험증가여부를 결정하려는 입장에 서기 때문에 「행위자의 행위의 작용은 판명되어 있으며, 여기에서 고찰의 대상으로 되어있는 諸사례에 있어서 발생된 결과에 대해 그 행위의 원인성에 대해서는 문제가 없다. 따라서 재판관에게 의문의 여지가 발생한다고 하면 그것은 항상 가정적 경과의 관점에서 발생하는 것이다.

행위자의 불가벌성은 가정적인 인과경과가 또한 사실적인 경과와 같이

73) C.Roxin, ZStW 74, S.434.

74) K.Ulsenheimer, a.a.O.(Fn.3), S.138f; E.Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, zugleich ein Beitrag zur Kausalität der Beihilfe, 1972, S.152.

실효적인 경우, 다시 말하면 가정적인 경과가 완전하게 확실성을 갖고 당해결과로 인도되는 경우에만 인정된다. 이 때문에 유죄판결은 재판관이 모든 사정을 조사할 수 있는 상태에 있는가 아닌가에 의존하고 있다. 재판관이 가정적인 경과에 있어서도 또한 동일한 결과를 야기할 것이라고 하는 사정이 존재하는가 아닌가에 대해 의문을 갖거나 그 사정이 해명되지 아니하였을 경우에는 그 사정이 만약 해명되고 있으며 그것에 의해 무죄판결로 인도될 것임에도 불구하고 유죄라고 하지 않을 수 없다.<sup>75)</sup> 즉, 재판관(혹은 재판관에 의해서 감정을 명받은 감정인)이 가지고 있는 가정적인 결과 발생에 있어서의 의문은 그것 때문에 항상 행위자의 불이익으로 작용하는 것이다.<sup>76)</sup>

그리고 그는 현행법은 과실범은 惹起를 요건으로 하는 결과범이라고 하고 있으나 위험증가설은 그것에 반하여 이것을 위험범으로 轉化한 것이라고 비판하고 있다.<sup>77)</sup> 특히 록신이 허용된 위험의 法理는 그 위험한도를 일탈한 위험한 행태에 의하여 발생한 모든 과실침해행위가 귀속되는 것을 전제로 하고 있다고 주장하는 것은 이러한 비판을 스스로 自認하고 있다고 한다.

이러한 비판에 대해서 위험증가이론의 支持者들은 록신설을 옹호하기 위하여 록신의 견해를 수정하여 反論을 시도하고 있다.

먼저 슈트라텐베르트(G.Stratenwerth)에 의하면 삼손(E.Samson)의 이러한 추론은 전혀 부당하다고 한다.<sup>78)</sup> 그는 위험판단 중에는 in dubio pro reo의 원칙이 타당하지 않은 영역이 있다는 것을 논리적으로 설명하려고 하고 있다. 슈트라텐베르트에 의하면 행위자가 의무위반적 태도에 의하여 법익침해의 결과를 야기한 경우, 이 결과가 합의무적 태도를 취한 경우에도 가정적인 사상경과가 결과를 야기하고 있는가 아닌가의 여부가 불확실한 경우에 그 가능성의 판단에는 두가지의 경우를 생각할 수 있다고

75) E.Samson, a.a.O., S.47.

76) a.a.O., S.47 Fn.30.

77) a.a.O., S.153ff.

78) G.Stratenwerth, Festschrift für W.Gallas, S.231ff.

하고, 삼손의 비판을 ① (원리적으로 해명 가능한) 현실의 사태의 불명확성(Unaufklärbarkeit)과, ② 가정적 인과경과의 불명확성을 구별하는 것에 의해 회피하려고 하고 있다.

다음의 救助의 因果經過에의 개입의 사례에 있어서 그의 견해를 보기로 하자. 예컨대 B가 물 속에 빠져있는 X에게 구명대를 던지려고 하고 있던 A를 방해한 사례에 있어서 ① X가 처음부터 A에 의해 던져질 구명대를 잡을 수 있기에는 거리가 너무 많이 떨어져 있던 것이 증명된다면 위험의 증가는 없다. 또한 A와 X 사이의 거리는 대단히 먼 거리에 있다고 하는데도 불구하고 어쩌면 구명대가 닿을 지도 모른다고 하는 가능성이 절대적으로 없다고 할 수 없는 사례에 있어서도 위험증가는 적극적으로 입증되어 있지 않고 귀속성은 부정된다.

② 그렇지만 그 거리가 확실히 미소한 것이 증명되고 A가 구명대를 바로 X의 옆에 던질 수 있다고 하게 되면, B의 간섭은 X가 구조될 수 있었던 기회를 박탈하고 있는 것이다. 이것은 X가 구명대를 잡는 것이 만약 당시의 높은 파도 때문에 실패로 끝났을 가능성이 존재하고 있는 때에도 타당하며 위험증가는 인정된다.

이 사례에 있어서 前半의 예는 현실의 사태에 있어 사실해명의 문제로서 in dubio pro reo 원칙은 무제한으로 적용되어야 할 것이다(현실의 사태가 해명되지 않는 경우에는 행위자에게 유리하게 적용된다). 그러나 위의 사례에 있어서 後半은 가정적 사상경과에 관한 문제로서 위험증가이론이 위험증가판단을 문제삼는 영역이다. 후자의 경우에 있어서는 그 사태가 인간에게는 전망불가능한 복잡성 때문에 사후적으로도 결코 완전하게 해명할 수는 없고 그러므로 항상 개연성 판단만이 인정되기 때문에 가정적 경과의 판단 시에는 in dubio pro reo 원칙은 처음부터 고려되지 않는다고 한다.<sup>79)</sup>

이 외에도 슈트라텐베르트는 록신이 가능적으로 위험증가가 있으면 결과 귀속을 하기에 충분하다고 하는데 대해서 위험증가가 적극적으로 인정되지

79) a.a.O.: 부르크슈탈러(M.Burgstaller)와 발더(H.Walder)도 슈트라텐베르트의 견해와 같은 논증을 하고 있다(M.Burgstaller, a.a.O., S.143; H.Walder, Die Kausalität im Strafrecht, SchwZStr 93(1977), S.159ff)

않으면 안된다고 하고, 독신에 의하여 이미 示唆되고 있는 것처럼<sup>80)</sup> 현실의 인과경과를 가정한 인과경과와 비교하는 것이 아니라 의무위반행위의 「통계적인」 결과발생의 위험과 일반적으로 주의의무에 적합한 대체적 태도의 통계적인 위험과를 비교하려고 하는 입장을 취하고 있다.<sup>81)</sup> 왜냐하면 현실의 인과경과에 있어서는 이미 결과가 발생하고 있고 [100%의 결과확실성(Erfolgssicherheit)을 가지고 있으므로], 그것과 가정적 인과경과를 비교한다면 대부분의 경우에 위험증가가 있는 것이 되어버리기 때문이라고 한다. 따라서 위험증가판단은 그와 같은 종류의 행위의 일반적인 위험성(generelle Gefährlichkeit von Handlungen solcher Art)의 판단에 의한다는 것이다.

마지막으로 위험증가이론이 in dubio pro reo의 원칙에 위반된다는 비판에 대하여 이 이론의 옹호자로서 쉬네만(B.Schünemann)의 견해를 검토하기로 한다.

쉬네만은 과실범에 관하여 1975년의 논문에서 객관적 귀속론의 기본구상에 관하여 상세하게 論及하고 있다.<sup>82)</sup> 그의 견해는 전술한 독신(C.Roxin)의 견해를 기초로 해서 그것을 비판적으로 발전시킨 것이다. 그에 의하면 과실범에 있어서의 결과귀속은 ① 현실관련(행위·결과 사이의 자연주의적 인과개념에 의하여 파악되어야만 하는 최소한의 관련), ② 상당성관련(결과의 예견가능성), ③ 위험증가관련(의무위반과 결과와의 관련), ④ 보호목적관련(발생한 결과가 침해되어진 규범의 보호목적내에 있다고 하는 필요성)의 四段階로 분류하고 있다. 각단계에서는 그 전의 단계를 전제로 하고 있으며, 바로 전단계에서 귀속이 부정된다고 한다면 그 후의 단계에서는 이미 고찰할 필요가 없어진다고 한다. 그리고 독신과 마찬가지로 위험증가의 문제와 규범의 보호목적의 문제는 일응 구별하여 취급하고 있다.<sup>83)</sup>

80) C.Roxin, a.a.O. (Fn.37), S.171.

81) G.Stratenwerth, Festschrift für W.Gallas, S.234ff.

82) B.Schünemann, JA 1975, S.578ff; 齊藤誠二, 「いわゆる客觀的な歸屬の理論をめぐって- 危險をたかめる法理と規範の保護目的の理論をも含めて-」, 警察研究, 第49卷, 第8號, 1978, 3面以下.

83) B.Schünemann, JA 1975, S.716.

다음으로 그는 「규범적 위험증가설」을 주장하여 종래의 위험증가설에서의 「자연주의적 고찰방법」으로부터 규범적 고찰방법으로의 전환을 시도하여 in dubio pro reo 문제를 해결하려고 하고 있다. 먼저 이 견해의 기초가 되어있는 결과범의 본질에 관한 그의 논증을 검토할 필요가 있다. 록신은 평등원칙을 원용하여 슈펜델(G.Spendel)의 견해를 비판하였지만,<sup>84)</sup> 쉬네만(B.Schünemann)에 의하면 그 비판 또한 결과범의 기초가 되는 일반적(구조적) 금지규범의 목적에 기한 논거에 의해서 보충되어진다면 이 이론이 한층 더 높은 설득력을 가질 수 있다고 한다.<sup>85)</sup> 즉, 최근에 관련설의 입장에서 야콥스(G.Jakobs) 및 삼손(E.Samson)이 주장하고 있는 결과범의 금지규범은 그 일반적인 구조상 법익유지(Rechtsgutserhaltung)를 그 내용으로 하고 있으며 「법복종자로 하여금 규범에 적합한 행위를 하도록 동기지움」이라는 규범에 있어서 그 특유의 작용형태에 의해서 법익침해가 계획적으로 회피가능한 경우에 있어서만 이러한 목적을 달성할 수 있다고 하는데 대하여 쉬네만도 동의하고 있다.<sup>86)</sup>

그리고 이와 같은 결과범에 있어서 금지규범의 핵심을 이루고 있는 계획적 회피가능성은 주의의무에 반한 행위와 마찬가지로 합의무적 태도를 대치한 경우에도 법익이 침해되었을 것이라고 하는 것이 판명된 경우에는 부정되어야만 하는 것이라고 한다.<sup>87)</sup> 이와 같은 계획적 회피가능성이 없을 경우에 여전히 처벌한다고 하는 것은 「형사정책적 목적을 상실한 본보기를 드는 것」(ein kriminalpolitisch zweckloses Exempel zu statuieren)과 같다는 것이다.

이와 같이 쉬네만은 가정적 사정의 援用(합의무적 태도의 대치)이 필요하다고 하지만 관련설에 대해서는 그 입장을 현실적으로 직시한다면 「형사정책적으로 전혀 감내할 수 없는 과실범의 효용상실(Ineffektivität)」에 이르게 되고 만다고 비판하고 있다. 즉, 「사회생활상 요구되는 주의의무가

84) C.Roxin, a.a.O.(Fn.37), S.170.

85) B.Schünemann, JA 1975, S.648.

86) G.Jakobs, a.a.O., S.184ff; E.Samson, a.a.O., S.96ff; B.Schünemann, JA 1975, S.648.

87) B.Schünemann, JA 1975, S.647f.

설정될 때에 허용된 위험이 고려되어지는 경우에는 그것에 의해서 定義上 이미 주의적합적 태도를 취한 경우에도 결과가 발생할 가능성은 존재할 수 있는 것이 되므로, 관련설에 의하면 이와 같은 경우를 이미 무죄로 하지 않을 수 없다. 그러나 이와 같은 귀속은 거부불능한 예방의 필요성과 저촉될 것이다」라고 하고 있다.<sup>88)</sup>

여기에서 그는 합의무적 태도를 취한 경우에도 동일한 결과가 발생하고 있을 가능성이 있었다고 해서 그것만으로 결과귀속이 부정되어서는 안된다는 것이다. 따라서 사전적으로 인식가능한 사정과 사후적으로 비로소 명백하게 된 사정이 일치하지 않는 특수한 사례에 있어서는 「재판관은 사전적으로 정식화된 규범이 사후적 지식을 기초로 하였다고 하여도 의미가 있는 결과위험을 감소하는 금지로서 승인될 것인가(이것이 승인될 경우에는 결과귀속이 인정된다)를 음미하지 않으면 안된다」고 하고 있다.<sup>89)</sup>

이상의 인식으로부터 쉬네만은 「위험증가의 문제는 단순히 현실의 행위와 가정적인 행위를 자연주의적·통계적으로 비교하는 것이 아니라, 사전적으로 정립된 규범과 사후적으로 알려진 지식을 기준으로 하여 본 주의의 무에 적합한 조치와의 가치론적인 비교에 의해 사전의 규범이 여전히 구체적인 의미가 있는(즉, 결과위험을 감소시키기 위하여 유용한 것) 행위의 지침으로서 승인될 것인가 아닌가의 여부에 따라 결정하지 않으면 안된다고 한다. 즉, 비교되어야 할 것은 두가지의 통계적인 위험이 아니라, 「각각 상이한 지식을 기초로 하여 정립된 규범이다」고 하고 있다.<sup>90)</sup>

여기에서 쉬네만이 이해하는 위험증가원리는 동일하게 「비교」라는 외관을 유지하면서도 비교의 내용은 종래의 견해와 전혀 다르다 하겠다. 예컨대 山羊의 毛事件에 있어서도 당해행위의 사회적 유용성을 기준으로 하여 구체적인 이익을 형량하지 않으면 안된다고 하고, 먼저 소독에 의한 減菌의 가능성이 불분명한 산양의 毛가 사치품이라면 처음부터(즉, 소독조치를 실시한 후에도) 그 사용이 금지되고, 사회적 필수품이라면 소독하지 않은

88) a.a.O., S.651.

89) a.a.O., S.652.

90) a.a.O.

채로 사용하는 것은 귀속근거가 된다(소독이 사후적(ex post)으로 보아도 위험의 본질적 억제에 도움이 되었기에)고 하고 있다.

다음으로 쉬네만은 종래의 위험증가론에 있어서는 순수한 통계적인 것만이 비교되어야 한다고 하기 때문에 「극소(minimal)의 위험증가」가 있을 뿐인 때에도 결과귀속이 긍정되었기 때문에 질적(qualitativ)인 측면이 간과되어 부당한 결론이 도출되고 있다고 비판하고 있다.<sup>91)</sup>

그는 前述한 「화물차사건」에서 화물차의 운전자가 자전거를 타고 가던 사람을 추월시에 0.5m의 간격을 두었을 경우에는 일만件的 사례에서 모두 사망하지만 1m의 간격을 취하였다면 일만件 중 단 한件만 구조될 가능성이 있었을 경우에 까지도 순수한 통계적인 위험증가설에서는 과실치사로 처벌하지 않으면 안된다. 이것에 대해서 규범적 위험증가이론의 규범적 한계에 있어서는 사전적으로 정형화되어 있는 規範(추월할 때는 도로교통규칙에 규정된 1.5m의 측면간격을 유지하라)이 사후적 지식을 기초로 하더라도(酤酹者) 상당히(erheblich) 위험을 감소시키는데 의미있는 것이라고 인정되는 경우에만 결과귀속이 긍정된다고 한다.

이상에서 논의된 쉬네만의 규범적 위험증가이론을 바탕으로 위험증가이론이 in dubio pro reo 위반이라는 비판에 대한 그의 반론을 검토하기로 한다.

쉬네만은 「어떤 행위가 법익침해를 발생시킬 위험을 가지고 있는가 그러하지 않는가에 대해서 불확실한 요소가 있다고 하는 것에 의해서 주의의무를 부과하는 규칙을 정립하는 것이 부정되는 것이 아니고, 그것은 그 위험의 정도와 행위의 추구하는 가치와의 비교형량에 의해서 판단된다」<sup>92)</sup>고 한다. 이것은 허용된 위험(Das erlaubte Risiko)의 사고를 그 기초에 두고 있다. 즉, 허용된 위험의 법리는 객관적 예견가능성(결과발생의 개연성)이 낮은 것을 이유로 하여 과실을 부정하는 이론인 것이다. 다만 여기에서 주의하지 않으면 안되는 것은 허용되는 결과발생의 개연성의 정도는

91) a.a.O., S.653.

92) a.a.O., S.575f.

행위의 유용성, 필요성에 의해서 영향을 받고 있다는 점이다. 상위의 가치 실현을 목적으로 한 행위라고 한다면 아주 높은 결과발생의 개연성이 있다 하더라도 정당화될 수 있다. 그러나 침해의 위험에 직면한 법익이 아주 크고 더구나 그 행위자체는 그다지 가치를 내포하지 않고 필요성의 정도 또한 아주 낮은 경우에는, 그 행위는 위법이라고 하지 않을 수 없다. 이와 같이 행위가 가진 가치와 위험성 판단이 聯動되는 곳에 허용된 위험의 법리의 중요함이 존재하고 있다고 생각된다.<sup>93)</sup>

쉬네만은 행위의 유용성을 고려할 때에는 각 행위사이의 질적 차이에 의해서 ① 사치스러운 행위(Luxushandlugen), ② 사회생활상 일상적으로 행하여지고 있는 행위(sozialübliche Handlungen), ③ 사회적으로 유익한 행위(sozialnützliche Handlungen), ④ 사회적으로 불가결한 행위(sozial - notwendige Handlungen)로 유형화하고 이것과 이러한 행위에 의해서 危殆化되어지고 있는 법익침해(의 개연성)를 比較衡量하고 있다.<sup>94)</sup>

이와 같이 쉬네만은 객관적 주의의무를 부과하는 경우에는 이와 같은 위험의 정도와 관계지워진 이익형량의 관점에서 판단되고 있으므로 그것은 in dubio pro reo의 관점과는 처음부터 상이한 것이라고 한다. 그리고 그 는 합의무적 태도하에서 결과발생의 가능성이 남아 있으면 결과귀속을 부정하는 통설은 논리적으로 잘못되어 있다고 한다. 생각컨대 합의무적 태도는 「허용된 위험」의 범위내에서의 행위이며, 따라서 다소간 위험(결과발생의 가능성)을 동반하는 것은 당연히 예정되고 있다는 것이다.<sup>95)</sup>

그러나 위와 같은 쉬네만의 이익형량의 기준에는 의문이 있다. 즉, 그것은 예컨대 「자동차는 사회생활에 있어서 편리한 것이니까 어느 정도 사람을 치어 사망시켜도 상관없다」<sup>96)</sup>라고 하는 것과 같은 논지가 되어버리기 때문이다. 여기에 대해 쉬네만은 다시 前述한 바와 같이 위험증가이론의 내용을 수정하여 그것은 규범적 판단의 문제로서 경험적 사실에 대한 증명

93) 前田雅英, 「許された危険」, 現代刑法講座Ⅲ, 成文堂, 1979, 37面.

94) B.Schünemann, JA 1975, S.575f.

95) a.a.O., S.652.

96) 平野龍一, 刑法總論 1, 有斐閣, 1972, 199面 參照.



의 문제가 아니므로 in dubio pro reo의 문제는 발생하지 않는다고 하였다.<sup>97)</sup> 지금까지 위험증가판단이 현실적 태도와 가정적 태도와의 자연주의적·통제적 위험의 비교였다면, 그것은 그러하지 않고 ex ante로 설정된 규범과 ex post로 알려진 사정에 적합한 주의의무규칙과의 가치론적 비교라고 해석해야 한다고 한다. 그것은 종래의 위험증가원리가 사실적 기초에 따른 「사실적 위험의 비교」라면 여기에서는 당해규범의 준수를 요구하는 것이 타당한가 하는 「평가적 판단」이라고 한다.<sup>98)</sup>

쉬네만은 거듭 「주의의무규칙의 정립시에 있어서 위험증가 여부의 판단(어떤 행위가 법익침해를 발생시킬 위험을 가지고 있는지의 여부)에 있어서 문제되어질 수 있는 위험관련적(gefährrelevant) 사실과 자연법칙에 관한 불확실성이 있다고 하는 것에 의해서 주의의무를 과하는 규칙을 정립하는 것이 완전히 부정되어야 할 성질의 것도 아니고, 또한 그것이 어떠한 증명부담원칙에 따라서 도식적으로 취급되어야 할 성질의 것도 아니고 구체적인 사정하에서 전체적 이익형량에 따라 다루어져야 할 문제로서, in dubio pro reo 문제는 여기에서는 사실상 발생하지 않는다는 것이다(입법자도 또한 in dubio pro reo oder contra를 결정하고 있는 것은 아니다)」라고 하고 있다.<sup>99)</sup>

이상의 고찰에서 위험증가이론이 in dubio pro reo 원칙에 위반된다는 비판에 대해서 위험증가이론을 주장하는 학자들에 의한 반론이 전적으로 설득적인 것은 아니라고 생각된다.

그러나 ① 위험증가에 있어서 문제되는 것은 사실인정에 대한 증명문제가 아니라 행위자가 금지된 행위로서 구성요건에 해당하는 결과를 야기하

97) B.Schünemann, JA 1975, S.172; 발더(H.Walder)도 위험증가를 법적 문제라고 한다(H.Walder, SchwZStr 93, S.162).

98) 쉬네만의 방법에 의해서 판단되는 것은 「危險化禁止」 규범으로서의 유효성에 지나지 않는다는 비판이 있다(O.Ranft, Berücksichtigung hypothetischer Bedingungen beim fahrlässigen Erfolgsdelikten, NJW 1984, S.1431). 그리고 ex post 판단시의 과학의 진보상황의 입장에서 볼 때 가정적 결과발생이 불확실한 때에는 규범은 그 시점에서 여전히 유효하다고 하지 않으면 안되기 때문에 그 준수를 요구할 수 있다는 쉬네만의 주장에 대해서 삼손(E.Samson)은 결과귀속의 실체적 판단을 판단시점이라는 우연에 의존시키는 것이라고 비판한다(E.Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band.1, Allg.T., 3.Aufl., 1981, Anh. zu §16.Rdnr.27a).

99) B.Schünemann, JA 1975, S.652.

였으나 합의무적 태도를 취한 경우에도 그러한 결과가 마찬가지로 똑같이 사정에 따라 발생할 수 있으리라고 하는 경우에, 이 이유 때문에 그 결과를 행위자에게 귀속시키지 말아야 하는가 하는 점에 대한 일종의 형사정책적 가치결정의 문제로서 그것은 인과성의 문제가 아니라 귀속의 문제라는 주장이나, ② 종래의 위험증가론에 있어서의 「자연주의적 고찰방법」으로부터 「규범적 고찰방법」에로의 전환을 시도하여 in dubio pro reo의 문제를 해결하려고 하는 쉬네만의 견해는 이 이론에 대한 다소간의 이유있는 비판에도 불구하고 그 타당성이 인정된다 하겠다.

#### 4. 侵害犯의 危險犯으로의 轉化문제

위험증가이론에 대한 비판의 하나로서 침해범구성요전에 의해서 위험범의 실질을 가지는 것에 지나지 않는 행위를 처벌하는 것을 가능하게 한다는 비판이 제기되고 있다.<sup>100)</sup> 다만 위험증가이론도 침해결과가 발생하지 않은 경우에 까지 침해범의 성립을 인정하는 것은 아니다. 따라서 여기에서의 문제는 침해결과 및 이것과 의무위반행위 사이의 어떠한 관련을 객관적 처벌조건으로 해서, 처벌의 근거를 법익의 위태화의 측면에서 구하는 것이 허용되는가라는 것이다.

위험증가이론이 침해범을 위험범으로 변질시키는 과정을 지적해서 내재적인 의문을 제기하는 학자는 삼손(E. Samson)이다. 그에 의하면 「위험증가이론이 상호비교의 대상으로 하는 위험의 계산에는 추상화 절차가 필요하고 그 추상화에 의해 가정적 인과경과에 있어서 현실적 인과경과와 동일하거나 혹은 그것 이상의 결과를 발생시켰을 것 같은 微小대체원인을 捨象해 버릴 염려가 있다. 그렇다면 가정적 인과경과에 있어서 결과발생의 위험은 실제보다 낮게 見積되고, 그 때문에 위험증가가 과도하게 긍정되는 것이다」라고 한다.<sup>101)</sup>

100) H. Bindokat, JZ 1977, S.550; E. Samson, a.a.O. (Fn.74), S.48; F. Schaffstein, a.a.O., S.173; F.C. Schroeder, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1980, §16. Rdnr.190.

삼손의 용어에 의하면 「強化(Intensivierung)」의 위험에 지나지 않는 것이 「강화」로서 기수범으로 처벌되게 된다는 것이다. 즉, 사후판찰에 의하면 법익침해의 강화가 행하여 지지 않은 경우에도 위험증가이론에 의하면 기수범으로서의 책임을 지게 되는 것이고 이것은 침해범을 위험범으로 전환시키는 것이라고 한다. 그리고 삼손에 의하면 「위험증가이론은 자칫 잘못하면(가능적으로) 행위자의 행위와 관계지을 수 있는 것에 불과한 침해결과의 발생으로 충분한 것이다. 그리고 만약 後의 시점에서 발생한 결과가 행위자의 행위에 의해 강화된 것은 아니고 수정된 것에 지나지 않는 것이 확실하게 된 때에도 개개의 사례에 있어서 위험증가이론은 기수범으로서 책임을 지게 하지 않으면 안 될 것이다」고 한다.<sup>102)</sup>

이렇게 삼손에 의하면 위험증가이론에 있어서는 결과의 수정만으로서 이미 책임을 묻게 되고 「침해의 강화」를 필요로 하지 않고 있음으로, 이것은 이미 위험의 발생을 가지고 귀속에 충분하다고 하는 것이며 침해범을 위험범으로 재구성하려고 하는 이론이라는 것이다.<sup>103)</sup>

여기에 대해서 슈트라텐베르트(G.Stratenwerth)는 위험계산에 있어서 무제한의 사후판단을 행하므로 대체원인을 간과하는 것은 없다고 그 비판을 일축하고 있다.<sup>104)</sup>

危險犯化의 비판에 대해서는 먼저 위험증가이론의 주장자들도 위험의 결과에 대한 「실현」을 요구하므로 단지 허용된 한도를 일탈한 위험의 존재만으로 침해범의 성립을 인정하는 것은 아니기 때문에 타당하다고 할 수 없다.<sup>105)</sup> 침해범의 경우에 객관적 귀속의 보편적 尺度는 행위자에 의해 야기된 결과는 그 행위자의 행위가 행위객체(또는 보호법익)에 대하여 허용되지 아니한 위험을 창출하였고, 이 위험이 또한 구체적인 결과로도 사실

101) 삼손은 위험증가이론에 있어서 위험은 구체적 종류의 침해에 대해서 위험의 増減을 묻는 것이 아니고 결과를 추상적으로 記述한 경우에만 합리적인 의의를 가진 것이라고 한다 [E.Samson, a.a.O.(Fn.74), S.153f]

102) E.Samson, a.a.O.(Fn.74), S.156; 山中敬一, 前掲書, 303面以下 參照.

103) E.Samson, a.a.O.(Fn.74), S.156.

104) G.Stratenwerth, Festschrift für W.Gallas, S.237.

105) a.a.O., S.237; H.Walder, SchwZStr 93, S.162.

상 실현되었을 때 객관적으로 귀속시킬 수 있다. 이 귀속척도 중 위험창출 행위는 있었으나 구체적인 위험실현이 결여된 경우에는 결과반가치의 결여로 既遂의 성립이 저해된다. 따라서 미수범처벌이 法定되어 있는 경우에만 단죄 미수로 처벌될 수 있을 뿐이다.

더구나 법은 인간의 행위를 매개로 하여서만 현실세계를 규제할 수 있는데 한편으로 인간은 외계의 변화를 직접적으로 가져오는 것은 불가능하며 자기의 행위에 의해서 결과의 가능성을 창출하는 것에 의해서만 외계의 변화를 달성할 수 있다. 따라서 법에 의한 현실세계의 규제는 인간에게 결과의 야기 또는 회피 그것을 명하는 것에 의해서가 아니고 위험의 창출 또는 소멸을 명하는 것에 의해서만 가능한 것이다. 즉, 모든 침해결과는 사전적인 의미에서 고찰하여 볼때 위험한 행위를 하므로써(作為), 또는 구조의 기회를 제공하는 행위를 하지 않으므로써(不作爲) 결과발생의 위험을 창출하거나 또는 회피하지 않거나 하는 방법으로만 인간에 의해 일반적으로惹起(실현)될 수 있다는 점이다. 따라서 침해범의 구성요건도 危險化禁止(Gefährdungsverbot) 그리고 위험증가금지(Gefahrerhöhungsverbot) 내지는 위험감소명령(Gefahrminderungsgebot)을 기초로 하고 법익침해에 대한 책임은 항상 그 법익침해를 현실화한 위험에 대한 책임에 의해 매개되는 것이라는 보다 근본적인 反論이 가능하다.<sup>106)</sup>

이 이외에도 위험증가이론에 대해서 귀속을 긍정하기 위해서 필요한 위험증가의 정도가 문제로 된다. 야콥스(G.Jakobs)는 위험증가이론에 의하면 사소한 위험증가로도 족하게 된다고 비판한다.<sup>107)</sup>

확실히 록신(C.Roxin)과 같이 합의무적 태도에 의하여 동일한 결과 발

106) G.Stratenwerth, Festschrift für W.Gallas, S.238; H.J.Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, Allg.T., 3.Aufl., 1984, Vor §1.Rdnr.70: 크림펠만(J.Krumpelmann)은 결과는 우연이며 지배할 수 없고 더구나 위태화상태를 통해서 결과가 발생하는 것이므로 「危險化상태」가 오히려 결과범의 본질적인 내용이라고 하고 있다(J.Krumpelmann, Schutzzweck und Schutzreflex der Sorgfaltspflicht, Festschrift für P.Bockelmann, 1979, S.448f). 그러나 위험증가이론은 결과귀속에 있어 규범의 보호목적이론에 의하여 제한되므로 우연책임(Zufallshaftung) 내지 결과책임(Erfolgshaftung) 원칙으로 회귀하는 것은 아니다.

107) Vgl. Arthur Kaufmann, Kritisches zur Risikoerhöhungstheorie, Festschrift für H.H. Jescheck, 1985, S.279f.

생이 확정적이지 않은 경우에 귀속을 긍정하게 된다면 처리범위가 현저하게 확장될 것이다. 여기에서 록신도 위험증가의 정도가 「측정가능한(meßbar)」,<sup>108)</sup> 혹은 「명백한(eindeutig)」,<sup>109)</sup> 차이가 있을 것을 요구하는 것도 있고, 다른 論者들도 위험증가가 「현저한(erheblich)」,<sup>110)</sup> 내지 「본질적(wesentlich)」,<sup>111)</sup> 일 것을 주장하고 있다.<sup>112)</sup>

#### IV. 結語

지금까지의 논의의 쟁점은 「어떤 행위자가 의무위반적 태도에 의해서 법익침해를 야기한 경우, 이 결과가 합의무적 태도를 취하였다고 하여도 그 결과가 마찬가지로 개연적으로 발생하고 있었다고 하는 사정에 대하여 어떤 법적 평가를 내려야 할 것인가(적어도 허용된 위험과 동일시 할 경우가 없을 것인가)」라고 하는 문제이다. 그것은 규범설정의 본래의 목적실현을 위하여 도움이 되지않는 규범이라면 그 규범에 대한 위반을 근거로 해서 처벌하는 것이 타당할 것인가 하는 것이다.

이상의 고찰에서 우리의 결론을 요약하면 다음과 같다.

먼저 합의무적 대체행위의 사례에 있어서는 결과책임을 인정하는 이론적 부당성을 제거하기 위하여 어떠한 방법으로든지 합의무적 대체행위를 고려해야 한다는 기본적 관점에서, 일정한 범위에서 결과귀속을 제한할 필요성이 있다는 점에서 확설은 일치하고 있다.

다음으로 독일에 있어서 판례·통설이 지지하는 견해로서의 관련설에 의하면 구체적인 사정하에서 합의무적 태도를 취한 경우에도 동일한 결과가

108) C.Roxin, ZStW 74, S.433.

109) C.Roxin, ZStW 78, S.219.

110) H.H.Jescheck, a.a.O.(Fn.49), S.474.

111) P.Cramer, in: Schönke/Schröder/Lenckner, Strafgesetzbuch. Kommentar, 22.Aufl., 1985, §15.Rdnr.172.

112) 그러나 이 경우에도 요구되는 위험증가의 정도가 상당인과관계설에 있어서의 상당성과 마찬가지로 그 애매함은 있다 할 것이다.

발생할 가능성이 존재하는 경우에는 그 결과귀속은 부정된다고 하는 이론이다. 이 설의 근거로서 주장되는 논지는 ① 합의무적 대체태도를 취하였을 경우에도 당해결과가 마찬가지로 발생하였을 경우에는 자연주의적 인과관계의 중요성이 欠缺하였다고 하는 점, ② 그리고 이 문제의 사실적인 확정에 있어서는 in dubio pro reo의 원칙이 존중되지 않으면 안된다고 하는 점에 있다.

그러나 이 학설은 실제상의 귀결에 관한 것으로 형사정책적인 면에서 결과귀속이 부정되어지는 범위가 너무 넓다는 위험증가설로부터의 비판이다. 확실히 관련설은 이론적 안정성을 가지고 있지만 형사정책적으로 만족할 수 없는 이론이라 하겠다.

마지막으로 록신(C.Roxin)이 합의무적 대체행위의 문제에 대하여 위험증가이론을 적용할 것을 제안한 이래 이 이론은 이를 지지하는 견해에 의해 다른 영역에서의 적용이 시험됨과 함께, 이를 비판하는 학자들에 의하여 논쟁이 계속되어 오고 있다. 합의무적 대체행위하에서 결과발생이 불확실한 경우에 귀속을 긍정하기 위하여 주장되고 있는 위험증가이론은 이 이론에 대해 다소간의 이유있는 반론에도 불구하고, ① 허용된 위험의 이익에 대한 실질적 보장, ② 결과책임의 회피, ③ 평등원칙의 적용, ④ 사전판단과 사후판단의 상이함의 조정, ⑤ 사안해결의 형사정책적 타당성의 측면에서 그 유용성이 긍정된다 할 것이다.