

<논문>

객관적 귀속이론의 발전사 -의사(Wille)의 귀속을 중심으로-

김성룡*

목 차

- I. 글의 배경 및 범위
- II. 객관적 귀속의 유형과 초기경향
 1. 객관적 귀속론 유형개관
 2. 객관적 귀속론의 초기경향
- III. 현대 형법학의 객관적 귀속이론에 대한 의사의 귀속론의 함의
 1. 객관적 귀속의 원초적 의미
 2. 의사의 귀속과 목적적 행위론
 3. 객관적 귀속의 대상
 4. 규범적 귀속론·고의론에 대한 함의
- IV. 맺음말

[국문요약]

'객관적 귀속(Objective Zurechnung)'은 독일 형법학자들에 의해 형법도그마의 견고한 구성 요소가 되었다고 평가되고 있을 뿐만 아니라, 이를 수입한 한국 형법해석학에서도 전폭적 지지를 받고 있다. 한편 이러한 객관적 귀속이론의 호황이 과연 형법의 인과성판단에 실질적 도움이 되는 것인지, 혹은 '객관적'이라는 형용사를 전치시켰다고 인과성판단 영역에서 귀속을 다루는 것이 정당한지에 대한 회의적 입장을 밝히면서, 조건설의 여전한 생명력을 주장하는 입장도 눈에 띈다. 타인에게 손해를 가한 자에게 손해배상 의무(인과성)를 인정하는 것과, 발생한 손해의 어느 범위까지 그 자에게 책임을 물을 것인가의 판단이 다를 수 있듯이, 범죄 심사의 어느 단계에서건 특정 행위자에게 귀속되어야 할 행위 혹은 그 행위의 결과를 제한·

구체화하는 것은 불가피한 것이다. 하지만 필자에게는 국내·외에서 거의 절대적 지지를 받고 있다고 해야 할 객관적 귀속이론, 보다 구체적으로는 인과성판단에서 소위 '객관적 귀속척도'를 활용하는 것이 과연 범죄체계론의 정합성을 해치는 것은 아닌지, 과연 행위자의 책임범위를 제한하는 것이 객관적 구성요건단계에서 이루어져야 하는 특별한 이유가 있는지, 일반인의 이해를 넘어선 형법의 독자적인 법(인과성)개념이라는 논거로 일반의 상식을 뛰어 넘는 개념구성이 정당화될 수 있는가라는 의문이 제거되지 않는다. 이러한 배경에서 과연 필자의 의문제기가 올바른 것인지를 판단하기 위해서는, 객관적 귀속이론이 독일 형법학에서 어떠한 경로를 통해 현재와 같은 소위 '안정된 지위'에 이르게 되었는지를 역사적인 관점에서 추적해 보는 것이 불가피해 보이며, 이를 통해 객관적 귀속의 뿌리가 무엇인지를 확인하게 된다면, 과연 객관적 귀속의 현재 입지가 정당한 것인가를 판단하는데 보다 풍부한 자료가 획득될 수 있을 것이라고 생각된다. 따라서 여기서의 객관적 귀속의 뿌리를 찾아보는 시도 중 하나로써 우선 객관적 귀속의 발전방향 중 특히 의사·의지(Wille)의 귀속(voluntative Zurechnung)에 관한 주요 이론의 흐름을, 현대 형법학의 코페르니쿠스적 전환으로 정의될 뿐만 아니라 현대 형법도그마의 행위론과 범죄체계론에 기초로 작용하고 있는 벨첼(Welzel)의 이론까지 따라가 보았다. 이러한 접근을 통해 한편으로 현재의 객관적 귀속론이 어떠한 토양에서 자란 것인지를 파악하고, 다른 한편 이를 통해 규범적 관점의 객관적 귀속론들이 과연 체제적 정합성을 유지하고 있는지 판단할 수 있는 잣대를 획득할 수 있을 것이라 생각된다. 여기서 살펴본 의사의 귀속이 행위자의 심리에 기초한 접근이라면, 사태에 대한 법적 평가에 기초한 규범적 귀속이 현재의 지배적인 귀속론의 모습이라고 할 수 있고, 이에 대해서는 다음 기회에 살펴 보기로 한다.¹⁾

[주제어] 객관적 귀속, 귀책, 인과관계, 책임, 목적, 의사, 의지, 부책, 아리스토텔레스, 헤겔, 라렌쯔, 호니히, 벨첼.

* 경북대학교 법학전문대학원 법학과 부교수, 법학박사. kimsr@knu.ac.kr

1) 의명의 심사자께서 지적해주셨듯이 이 글은 객관적 귀속론의 발전과정 중 단지 일부를 다룬 것으로 소위 '규범적 귀속론'의 발전사, 이 양자의 관계, 현재의 귀속론의 주요 방향 등이 함께 다루어져야 보다 완전한 글이 될 수 있다. 또한 아래에서 언급된 귀속론자들과 각 이론들 사이에도 어떠한 이념적·역사적 배경이 관계되어 있는지를 입체적으로 다루지 못한 점도 이 글의 한계이다. 특히 전자의 경우와 관련해서는 별도의 지면으로 다루고자 하며, 이념적·역사적 배경에 대한 세부적인 검토는 기회가 된다면 다음 기회에 좀 더 풍부한 내용으로 접근해 보고자 한다.

I. 글의 배경 및 범위

‘객관적 귀속(Objektive Zurechnung)’은 이미 1990년대부터 독일 형법학자들에 의해 형법도그마의 견고한 구성요소가 되었다고 평가되고 있을 뿐만 아니라,²⁾ 이를 수입한 한국 형법해석학에서도 전폭적 지지를 받고 있다.³⁾ 하지만 여전히 인과성과 객관적 귀속에 관한 논의는 만족할 만한 결과물을 내놓지 못하고 있다고 믿는 자들은 끊임없이 새로운 해결책을 제시하고 있지만,⁴⁾ 그 방향 역시 대부분 객관적 귀속척도의 활용이 근본적으로 바람직한 방법이라는 출발점에서 있는 것으로 보인다.

한편 이러한 객관적 귀속이론의 호황이 과연 형법의 인과성판단에 실질적인 도움이 되는 것인지, 혹은 ‘객관적’이라는 형용사를 전치시켰다고 인과성판단

- 2) 이러한 분석의 최근 문헌으로는 다수의 글 중 예를 들어 Maiwald, “Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung”, in: *Festschrift für Koichi Miyazawa*(Nomos: Baden – Baden, 1995), S. 465; Hübner, *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*(Berlin: Duncker&Humblot, 2003), S. 23ff.
- 3) 교과서 수준에서는 상당인과관계설을 취하는 배종대, 『형법총론』(홍문사, 2006), 228면; 오영근, 『형법총론』(박영사, 2005), 167면을 제외하고는 합법칙적 조건관계와 객관적 귀속의 병렬적 판단을 인과관계확정의 도구로 받아들이는 것이 일반적이다[이재상, 『형법총론』(박영사, 2008), 157면; 김일수·서보학, 『새로쓴 형법총론』(박영사, 2006), 170면; 정영일, 『형법총론』(박영사, 2010), 140면; 박상기, 『형법총론』(박영사, 2009), 105면; 정성근·박광민, 『형법총론』(삼지원, 2008), 160면; 신동윤, 『형법총론』(법문사, 2006), 162면 이하; 이정원, 『형법총론』(홍문사, 2004), 112면 이하; 임 우, 『형법총론』(법문사, 2002), 135면; 김성돈, 『형법총론』(성균관대학교, 2008), 178면 등].
- 4) 예를 들어 독일의 경우 Koriath, *Kausalität und objektive Zurechnung*(Baden-Baden: Nomos, 2007), S. 114ff. 국내에서는 최근 문헌으로 장영민, 「인과관계론에 관한 보완적 연구 – 합법칙적 조건설과 중요설을 중심으로 –」, 『형사정책연구』 제18권 제3호(한국형사정책연구원, 2007), 107면 이하; 김호기, 「형법학에서의 인과관계의 의미와 객관적 귀속론」, 『형사법연구』 제26호 특집호(한국형사법학회, 2006), 529면 이하; 조훈, 「객관적 귀속에 있어서 간과된 연결고리」, 『형사법연구』 제26호 특집호(한국형사법학회, 2006), 551면 이하; 김호기, 「객관적 귀속론에 대한 주관적/역사적 해석론에 입각한 반론에 대하여」, 『법학논총』 제23집 제2호 특별호(한양대학교 법학연구소, 2006), 277면 이하; 김성천, 「객관적 귀속 이론과 판례」, 『비교형사법연구』 제7권 제1호(한국비교형사법학회, 2005), 53면 이하; 이용식, 「객관적 귀속이론의 규범론적 의미와 구체적 내용」, 『서울대학교 법학』 제45권 제1호(서울대학교 법학연구소, 2004), 271면 이하 등.

의 영역에서 귀속을 다루는 것이 정당한 것인지에 대한 회의적인 입장을 밝히면서, ‘조건(원인)없이 결과 없다(condition-sine-qua-non)’라는 소위 ‘조건공식’을 활용하는 조건설의 여전히 생명력을 주장하는 입장도 눈에 띈다.⁵⁾

법률이 금지하고 있는 결과를 발생시킨 행위를 밝히고, 그 행위에 대해 책임을 져야 할 자를 밝힌다는 원론적 의미를 상기할 때, 중국적으로 한 인간의 모든 행위가 형법적인 책임의 대상이 될 수 없음은 분명하다. 마치 타인에게 손해를 가한 자에게 손해배상의무(인과성)를 인정하는 것과, 발생한 손해의 어느 범위까지 그 자에게 책임을 물을 것인가의 판단이 다를 수 있듯이,⁶⁾ 범죄 심사의 어느 단계에서건 특정 행위자에게 귀속되어야 할 행위 혹은 그 행위의 결과를 제한 혹은 구체화하는 것은 불가피한 것이다.

하지만 필자에게는 국내·외에서 절대적인 지지를 받고 있다고 해야 할 객관적 귀속이론, 보다 구체적으로는 인과성판단에서 소위 ‘객관적 귀속척도’를 활용하는 것이 과연 범죄체계론의 정합성을 해치는 것은 아닌지, 행위자의 책

- 5) 대표적으로 Dencker, *Kausalität und Gesamtat*(Berlin: Duncker&Humblot, 1996), S. 26, 27, 40, 115, 226, 228; Toepel, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*(Berlin: Duncker&Humblot, 1992), S. 53ff., 61ff., 96. 최근 국내 문헌으로는 김성룡, 「부진정 부작위범에서 객관적 귀속척도」, 『법학논고』 제29집(경북대학교 법학연구소, 2008), 25면 이하; Kölbel/김성룡 역, 「부진정부작위범에서 객관적 귀속」, 『법학논고』 제30집(경북대학교 법학연구소, 2009), 610면 참조. 인과관계 판단과 객관적 귀속판단을 구분하고, 전자는 지배적인 입장인 ‘합법칙적 조건관계’가 아니라 소위 ‘수정된 조건공식’에 의해 결정되어야 한다는 입장으로는 김용세, 「형법상 인과관계의 본질 및 조건관계의 확정에 관한 연구-형법상의 인과관계와 객관적 귀속(0)-」, 『법학연구』 제4권 제1호(충남대학교 법학연구소, 1993), 307면 이하. 기존의 객관적 귀속척도의 적용사례를 형법 체계상 다양한 심사단계에서 해소하고자 하는 시도로는 임석원, 「객관적 귀속에 관한 의문점과 해석의 방향」, 『형사법연구』 제22권 제2호(한국형사법학회, 2010), 161면 이하.
- 6) 형사사안과 민사사안을 불문하고 상당인과관계설을 기준으로 인과성을 판단하고 있는 대법원의 입장이나, 현재 국내의 민사법적 논의에서 소위 ‘인과관계의 문제’와 ‘손해의 귀책문제’를 구분하여 접근하는 방법은 아직 소수의 입장에 머무르고 있으나, 독일 민법학에 있어서는 엄격히 구분되어 논의되고 있고, 특히 후자의 귀책문제는 형법의 객관적 귀속이론의 발전과 밀접한 관계를 맺고 있다. 최근 민사법관련 인과관계에 대한 논의로는 박운길, 「불법행위에 있어서 인과관계의 역할」, 『법학연구』 제19집(한국법학회, 2005), 155면 이하 참조.

임범위를 제한하는 것이 과연 객관적 구성요건단계에서 이루어져야하는 특별한 이유가 있는지, 일반인의 이해를 넘어선 형법의 독자적인 법(인과성)개념이라는 논거로 일반의 상식을 뛰어넘는 개념구성이 정당화될 수 있는가라는 의문이 제거되지 않는다.⁷⁾

이러한 배경에서 과연 필자의 의문제기가 올바른 것인지를 판단하기 위해서는, 객관적 귀속이론이 독일 형법학에서 어떠한 경로를 통해 현재와 같은 소위 ‘안정된 지위’에 이르게 되었는지를 역사적인 관점에서 추적해 보는 것이 불가피해 보인다. 이를 통해 객관적 귀속의 뿌리가 무엇인지를 확인하게 된다면 과연 객관적 귀속의 현재 입지가 정당한 것인가를 판단하는 데 보다 풍부한 자료가 획득될 수 있을 것이라고 생각된다. 따라서 아래에서는 객관적 귀속의 뿌리를 찾아보는 시도 중 하나으로써, 우선 객관적 귀속의 발전방향 중 특히 의사의 귀속에 관한 주요 이론의 흐름을, 현대 형법학의 코페르니쿠스적 전환으로 정의될 뿐만 아니라 현대 형법도그마의 행위론과 범죄체계론에 기초로 작용하고 있는 벨첵(Welzel)의 이론까지 따라가 보기로 한다. 이러한 접근을 통해 한편으로 현재의 (의사적·규범적) 객관적 귀속론이 어떠한 토양에서 자란 것인지를 파악하고, 다른 한편으로 규범적 관점의 다양한 객관적 귀속론들이 과연 체계적 정합성을 유지하고 있는지를 판단할 수 있는 잣대를 획득할 수 있을 것이라 생각된다.

II. 객관적 귀속의 유형과 초기 경향

1. 객관적 귀속론 유형 개관

윤리학에서 귀속(Zurechnung, lat. Imputatio)은 한 사람이 하나의 행위와 그

7) 객관적 귀속론이 어떠한 이념사적 뿌리를 갖고 있는지를 올바르게 이해하는 것은 이를 우리의 것으로 활용할 수 있는지를 판단하기 위한 첫걸음이라고 할 것인데, 이에 대한 세부적인 접근은 찾아보기 어렵다. 물론 이러한 현상이 단지 객관적 귀속론에만 해당하는 것은 아니다. 이런 상황이라면 여전히 수입법학이라는 오명을 벗기 어려울 것이다.

결과와 창안자·저작자 혹은 장본인(Urheber)으로 간주되거나, 이를 통해 자신의 행위에 대해 책임(Verantwortung)을 지게 된다는 판단(Urteil)을 뜻한다. 일반화된 정의라고 할 수는 없지만, 통상적으로 객관적 귀속 혹은 사실의 귀속(imputatio facti)은 하나의 행위의 장본인으로 인정되는 것, 주관적 귀속 혹은 법적 귀속(imputatio juris)은 하나의 (행위와) 결과에 대해 책임을 지게 되는 것이라고 간략히 정리할 수 있겠다. 이러한 귀속판단의 일반 전제는 특정 범행이 행위자 자신의 것, 즉 그의 자유로운 의사·의지(Wille)에⁸⁾ 그 뿌리를 두고 있다는 것이다.⁹⁾

세부적인 철학적 개념논의를 생략하면, 형법에서 이러한 귀속의 문제가 부각되기 시작한 것은 실질적으로 소위 ‘자연(주의)적 행위개념(Naturalistischer Handlungsbegriff)’ 혹은 ‘고전적 범죄체계(klassischer Deliktsaufbau)’로 명명되는 이론이 득세하던 19세기 말엽에, 이러한 이론에 따를 때 초래되는 광범위한 인과성과 책임범위를 제한하겠다는 목적 때문이었다. 즉 행위자의 의사·의지라는 요소와, 특정의 행위와 결과에 대한 규범적 평가라는 요소가 고려되지 않는 한 자연주의적 관점의 광범위한 시각을 적정하게 조정·축소할 수 없다는 판단이 그 배경이었다.¹⁰⁾

형법적 논의에 있어서 우선 전자의 입장, 즉 행위자의 실제 의사 혹은 추정되는 의사를 기준으로 하여 귀속의 범위를 제한하고자 하는 의사·의지적 귀

8) 이 글에서는 의사와 의지를 엄격히 구분하지 않고 사용한다. 철학적 논의에서와 달리 개별 실정에서의 논의에서는 Wille를 ‘의지’ 보다는 ‘의사’로 옮기는 것이 언어관용에 보다 더 익숙하다는 점에서 주로 ‘의사’로 옮기고 ‘의지’를 병용하기로 한다.

9) Hoffmeister(Hrsg.), *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, 2. Aufl.(Hamburg: Felix Meiner, 1955), S. 681; Precht/Burkard(Hrsg.), *Metzler Philosophie Lexikon*(Stuttgart·Weimar: J.B.Metzler, 1996), S. 590-591.

10) 구체적인 내용은 Hübner, aaO., S. 23-28. 국내에서 객관적 귀속이론의 발전사에 관한 언급으로는 이용식, 「객관적 귀속이론에 관한 일반적 논의」, 『서울대학교 법학』 제38권 제2호(서울대학교 법학연구소, 1997), 137면 이하; 이용식, 「객관적 귀속이론의 규범론적 의미와 구체적 내용」, 『서울대학교 법학』 제43권 제4호(서울대학교 법학연구소, 2002), 229면 이하.

속(voluntative Zurechnung)을 주장하는 입장에는 라렌쯔(Larenz), 호니히(Honig), 벨첼(Welzel), 흐루슈카(Hruschka), 킨트호이저(Kindhäuser)와 같은 학자들이 있으며, 규범적 귀속론(normative Zurechnungstheorie)을 주장하는 학자들로는 록신(Roxin), 프리쉬(Frisch), 야콥스(Jakobs), 푸페(Puppe) 등이 있다.¹¹⁾ 전자와 같이 주관적 의사 혹은 행위자의 자유로운 생각을 근거로 한 귀속론은 그와 관련한 철학적 논의가 그 자양분이 되고 있다는 특징을 가지는 반면, 규범적 귀속 관점들은 상당인과성이론과 맥을 같이 하는 규범적 책임제한 시도라고 할 수 있다.¹²⁾

아래에서는 우선 후자의 출발점으로 기능하고 있다고 할 수 있는, 행위자의 의사·의지를 중요시하는 전자의 입장의 발전과정을 중점적으로 살펴보기로 한다.

2. 객관적 귀속론의 초기경향

푸펜도르프는, 벨첼이 평가하듯이, 독일 형법도그마틱의 출발점이라고 할 수 있는 소위 인간의 목적활동성에 기초한 행위개념을 발전시킨 창안자라 할 수 있고, 그 뿌리는 아리스토텔레스로 소급한다. 이미 베르너(Berner)가¹³⁾ 적절히 지적한 바와 같이, 행위개념에는 귀속개념이 함유되어있고, 행위개념이 미치는

11) 이러한 개괄적인 구분은 Hübner, aaO., S. 23ff.

12) 달리 말해 당시의 자연주의적인 행위개념, 즉 인과적인 행위개념에 기초할 때 발생하는 무한한 무가치 판단에 대해 상당인과관계설의 주장자들은 부책의 제한을 시도하였고, 인과진행에 대한 법적인 중요성이라는 잣대로 개연성법칙을 활용하기 시작한 것이다. 이에 따르면 결과발생의 개연성을 증대시킨 조건만이 상당인과적이라는 것이다. 허용되지 않은 위험(mißbilligtes Risiko), 합법(칙)적 대체행위(rechtmäßiges Alternativverhalten), 가설(가정)적 유보조건(hypothetische Ersatzbedingung), 위험증대(Risikoerhöhung), 보호목적(Schutzzweck), 의무위반의 인과성(Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung), 결과를 피한다는 행위자의 의무와 피해자의 요구 사이의 규범적 상응성(die normative Korrespondenz von der Pflicht des Täters und dem Anspruch des Opfers, den Erfolg abzuwenden), 위험실현(Risikorealisation) 등 다양한 척도들이 이러한 방향에서 제안된 귀속척도들이라고 할 수 있다.

13) Berner, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes*, 12. Aufl.(Leipzig: 1882), S. 158f.; Küpper, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*(Berlin: Duncker&Humblot, 1990), S. 85.

곳에는 귀속개념도 미치는 것이며, 행위개념이 멈추는 곳에는 귀속개념도 멈춘다는 점에서, 푸펜도르프의 행위론이 기초하고 있는 아리스토텔레스의 귀속론부터 간략하게 살펴보기로 한다.

1) 아리스토텔레스

아리스토텔레스는 윤리의 유용(유능)성을 다룬 니코마코스윤리학 제3권에서 “우리는 우리가 할 수 있고(힘이 미치고) 실현될 수 있는 것을 생각(고려)한다. … 물론 개별사례에서 인간에 의해서 이리 저리 생각(고려)될 수 있는 것은 단지 그 각자의 힘을 통해 실현될 수 있는 것이다. … 우리 스스로에 의해서 실현되고 그 진행이 변경 가능한 것에 대해 생각하는 것이다. 우리의 이러 저러한 생각은 목적에 향해질 수는 없으며, 단지 목적에 이르는 길(방법)에 향해진다. … 목적은 세워지는 것이고, 그리고 나서 어떻게 · 어떠한 방법으로 그것이 도달(성취)될 수 있는가에 생각이 미치는 것이다. 만약 단지 하나의 길만이 가능하다면 이제 인간은 어떻게 첫 번째의 원인, 즉 결과에서 볼 때는 가장 마지막 원인에 도달할 수 있는지를 고민한다.”라고¹⁴⁾ 하여, 소위 ‘실천이성의 활동’ 혹은 ‘실천이성의 삼단논법’이라 불리는 도식을 설정했다. 즉 대전제로 행위목적의 설정, 소전제로 목적달성을 위한 수단 선택, 그 결론으로 그 목적으로 달성하기 위한 수단의 적용(사용)이라는 구조가 만들어진다. 이 도식이 결국 목적적 행위론의¹⁵⁾ 도식과 일치한다는 것은 이미 지적되어왔다.¹⁶⁾

14) Aristoteles, *Nikomachische Ethik*(Stuttgart : Philipp Reclam, 1997), S. 62 – 63(아리스토텔레스의 그리스 원전을 인용하는 방법으로는 1831년 Immanuel Bekker의 Berliner Akademie – Ausgabe의 인용법을 따르는 것이 일반적이나, 여기서는 Franz Dirlmeier의 Reclam 1997년 발행본의 쪽수를 인용하는 것으로 한다).

15) 벨첸은 아리스토텔레스에 있어서 귀속의 가장 일반적인 원칙은 범행지배(Tatherrschaft)라고 하면서, 아리스토텔레스는 하나의 행위가 우리의 힘 안에 있거나 우리가 그 행위의 주인일 때, 따라서 우리가 달리 행위할 수 있었을 때에 귀속가능하다고 보았고, 한편으로 그 행위가 도덕적인 가치평가(칭찬과 비난)의 대상이 될 수 있는 경우만 귀속가능한 것으로 보았다고 이해한다. 나아가 이성의 형성력이 미치는 모든 것은 엄격한 의미에서 자유로운 것으로 보았다는 점에서 종국적으로 자신의 목적적 행위론의 원천을 찾고 있다[Welzel, *Naturrecht und*

나아가 목적과 관련하여 아리스토텔레스는 “우리가 희망하는 것 혹은 바라는 대상이 목적이라고 한다면 이제 우리의 고려나 결정의 대상은 목적을 위한 수단이 되고, 목적에 맞춰진 행위들이 결정을 통해 이뤄지면, 그것은 동시에 자유로운 의사에 의한 것이다.”라고¹⁷⁾ 하여, 결국은 자유의사, 즉 행위자의 자유로운 의사가 행위의 원천임을 분명히 하고 있다. 결국 행위나 귀책(귀속)은 행위자의 자유로운 의사에 기인함을 강조하고 있는 것이다. 이러한 생각은 결국 인적 행위불법, 목적적 행위론, 범행지배설의 근간이 되고 있다는 것도 지적된 바 있다.¹⁸⁾

2) 푸펜도르프

이러한 아리스토텔레스의 자연법론에 소급하는 소위 도덕적 귀책(귀속)개념을 ‘귀속(imputatio)’이라는 이름으로 형법적 귀책의 전제로 부각시킴으로써 법학의 논의를 풍부하게 한 푸펜도르프는 그 이후에 이뤄지는 법적 귀속론의 방향을 결정하는 중요한 역할을 했을 뿐만 아니라, 18세기와 19세기의 도덕철학적 논의에서도 핵심적인 개념을 제공한 것으로 평가되고 있다.¹⁹⁾ 푸펜도르프의 귀속론의 출발점은 아리스토텔레스와 같이 인간행위의 자유(Freiheit der menschlichen

Materiale Gerechtigkeit(Göttingen : 1990), S. 35-36; 한스 벨첵 지음/박은정 옮김, 『자연법과 실질적 정의』(삼영사, 2001), 57면에서는 ‘행위지배’, ‘귀책’, ‘자의’라고 옮기고 있으나, 여기서는 ‘범행지배’, ‘귀속’, ‘자유로운 의사’로 옮긴다.

16) Küpper, aaO., S. 86.

17) Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, S. 66.

18) Küpper, aaO., S. 86; Benakis, “Über den Begriff des Unrecht - tuns bei Aristoteles anlässlich einer Kritik gegen die finale Handlungslehre”, in : *Festschrift für Hans Welzel*(Berlin · New York, 1974), S. 226.

19) 이에 대해서는 Hübner, aaO., S. 29; Hruschka, “Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf - Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von action libera in se und actio libera in sua causa”, *ZStW* 96(1984), S. 661ff.; Küpper, aaO., S. 86ff. 아리스토텔레스의 자연법론에 기댄 후세의 사상가로 토마스 아퀴나스는 특히 착오론에 있어서 자의성·자유로운 의사(Freiwilligkeit; voluntarium)를 귀속의 전제조건을 삼았다(이에 대해서는 Welzel, *Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit*, S. 64; 한스 벨첵 지음/박은정 옮김, 앞의 책, 98면에서는 ‘자발성’으로 옮기고 있다).

Handlung)였다.²⁰⁾ 아리스토텔레스에 소급하는 푸펜도르프의 행위론에 따를 때 인간의 행위(actio humana)는 인간에게서 유래하는 모든 임의적 거동이 아니라 특별한 인간의 능력, 즉 지능(Intellekt) 그리고 의사·의지(Wille)로부터 조종되는 움직임이다. 이러한 조종행위(Lenkungsakte)를 통해서 야기된 작용(결과)만이 그 행위자에게 자신의 작품으로 귀속될 수 있다는 것이다.²¹⁾ 여기서 의사에 의해 조종된 행위만이 귀속의 대상이 된다는 목적적 행위론의 맹아를 볼 수 있다.

물리적 세계(entia physica)와 도덕적 세계(entia moralia)를 구분할 때, 이러한 인간행위의 자유는 도덕적 세계의 원천이며, 도덕적 세계에서는 인간 행위의 가치(Werthaftigkeit der Handlung)가 문제됨에 반해, 물리적 세계는 인간 행위의 기초가 되는 물리적·심리적 조건들(physische und psychische Bedingungen)로 구성된다고 보았다. 인간의 행위가 가치를 띠는 것의 근거는 규범인데, 왜냐하면 그 규범이 행위의 가치평가를 위한 기준을 제시하기 때문이라는 것이다. 부연하자면, 규범은 인간에게 특정한 방식으로 행위 하도록 요구하는데, 이것은 개인의 자유를 제약하는 것이 아니고, 규범복종자들로 하여금 규범이 요구하는 의미에서 자유롭게 판단할 것을 요구한다는 것이다. 이러한 자유로운 결정을 통해서 하나의 행위는 도덕적인 행위가 되고 동시에 가치평가의 대상이 되는 행위가 된다.²²⁾

휘브너(Hübner)의 분석에 따르면, 푸펜도르프에 있어서 가치평가의 대상이 되는 행위는 언급한 물리적 세계의 행위가 아니라 도덕적 세계의 행위를 의미하는 것이고, 이것은 결국 평가 가능한 행위와 평가 불가능한 행위의 구별을 가능하게 한다. 즉 물리적 관점에서 자유로운 의사에 기인한 행위라는 점이 인정되고, 따라서 도덕적 세계의 평가기준에 따라 평가될 수 있는 것만 귀속된다는 것이다. 전자가 물리적 세계에 관련된 것이라면, 후자는 도덕적 세계의 영역

20) Welzel, *Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit*, S. 132-133.

21) Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl.(Berlin: Walter de Gruyter, 1969), 1969, S. 38 참조.

22) Küpper, aaO., S. 87에서는 이러한 점에서 아리스토텔레스의 이론과 같이 푸펜도르프의 경우에 이미 범행지배의 표지가 귀속의 전제로 등장하고 있다고 평가한다.

이다.

결국 푸펜도르프는 귀속의 전제이자 기초는 ‘자유로운 의사에 좌우되는 사건진행에 영향력을 미칠 수 있는 가능성’에 있었다고 보면서,²³⁾ 귀속의 두 가지 유형을 구분한다. 즉 정규적·일반적 귀속과 비정규적·예외적 귀속이 그것이다. 후자는 소위 원인에 있어서 자유로운 행위(actus libera in causa)의 귀속을 염두에 둔 것이다. 즉 그(사태나 행위) 자체가 인간이 할 수 있는, 즉 인간에 의해 좌우될 수 있는 것과,²⁴⁾ 그(사태나 행위) 원인(in seiner Ursache)에서(무언가를) 인간이 좌우할 수 있는 것을 구분한 것이다.²⁵⁾

특히 푸펜도르프는 위에서 언급한 귀속을 가치와는 무관한 것으로 보았고, 물리적 세상의 한 부분으로 보았으며, 귀속과 규범적용을 특별히 구별하지 않았다고 보는 것이 일반적이다. 즉 소위 법적 귀속(imputatio juris)과 사실적 귀속(imputatio facti)의 구별도 푸펜도르프에게는 명확하게 발견될 수 없었던 것으로 평가된다.²⁶⁾

3) 볼프·다리스·레만

볼프(Wolff)는 푸펜도르프와 달리 물리적 귀속(imputatio physica)과 도덕적 귀속(imputatio moralis)을 구분하고, 전자의 경우에는 단지 인과성판단만이 문제될 뿐이며, 사실의 귀속과 법적 귀속은 주체에 대한 하나의 사건(Ereignis)의 귀속에

23) 벨첼은 이러한 푸펜도르프의 자연법적 귀속론에 함유된 행위개념이 Böhrer에 의해 형법학에 수용되었고, 19세기 형법도그마의 기초가 되었다고 분석하고 있다(Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., S 38).

24) Hruschka, aaO., S. 661: “하나의 도덕적 규범에 맞춰질 수 있고, (그 관점에서) 그것이 일어날지 그렇지 않을지를 그 인간이 (결정) 할 수 있는 모든 (임의·자의의) 행위는 그 인간에게 귀속될 수 있다.”

25) 푸펜도르프의 원인에 있어서 자유로운 행위에 대한 글로는 한상훈, 「원인에 있어서 자유로운 행위의 연혁과 최근독일의 논의상황」, 『법학논총』 제15집(국민대학교 법학연구소, 2002), 153면 이하, 특히 161면 참조.

26) 물론 이에 대해서 Hruschka, aaO., S. 681에서는 푸펜도르프 스스로 후기 저작에서 양자의 구별을 시도하였다고 평가되고 있다.

로 도덕적 귀속에 포함되는 것으로 보았다. 이에 더 나아가 다리스(Daries)는 사실의 귀속과 법적 귀속을 구분하기 시작했고,²⁷⁾ 전자를 주체와 사태 간의 가치 중립적인 관계로 이해했다면, 법적 귀속은 그 범행의 공과에 관한 평가 혹은 판단으로 이해했다. 이러한 두 가지 귀속판단은 하지만 규범의 적용(*applicatio legis ad factum*)과는 구분하였는데, 왜냐하면 (사실·법적) 귀속에서는 범행의 주체가 문제됨에 반해, 규범적용에서는 주체의 범행이 문제되기 때문이라는 것이었다.²⁸⁾

즉, 흐루시카(Hruschka)의 분석에 따를 때, 다리스와 레만(Lehmann)의 서술을 종합하면, 귀속의 3단계가 구별되며, 그 중 하나의 단계는 소위 사실의 귀속 혹은 귀속의 제1단계(*Zurechnung erster Stufe; imputatio facti*)로 주체에게 하나의 사태가 범행으로 귀속되는 것이며, 또 하나의 단계는 법적 귀속 혹은 제2단계의 귀속(*Zurechnung zweiter Stufe; imputatio iuris*)으로 선한 행위(*Tat*)는 그의 기여로, 위법한 범행은 그의 책임으로 귀속되는 것을 말한다. 나머지 하나의 귀속은 법 적용의 단계, 즉 규범을 사실에 적용하는 것(*applicatio legis ad factum*)으로, 여기서 범행의 주체가 문제되는 것이 아니라, 그와 반대로 주체의 범행과 그 범행이 법률의 요구와 일치 혹은 불일치하는가의 문제가 다루어지는 것으로 본 것이다.²⁹⁾

4) 칸트

칸트 역시 푸펜도르프의 귀속론, 즉 물리적 세상(귀속)과 도덕적 세상(귀속)을 구별하는 이론의 영향을 받았다. 따라서 칸트도 자유로운 행위(*actio libera*)를 귀속의 전제조건으로 받아들였으며, 흐루시카의 지적처럼, 귀속을 도덕적 귀속으로 이해하였고, 그것을 사실의 귀속(*imputatio facti*)으로 제한하였다. 칸트의

27) Hruschka, aaO., S. 694; Hübner, aaO., S. 32.

28) 세부적인 내용은 Hruschka, aaO., S. 692ff.; Hübner, aaO., S. 32f.

29) Hruschka, aaO., S. 696; Hübner, aaO., S. 32.

귀속론을 요약하자면 다음과 같이 간추릴 수 있다. “도덕적인 의미에서 귀속은 하나의 판단이다. 그 판단을 통해 누군가는 하나의 행위, 즉 범행(Tat, factum)으로 일컬어지고 법률의 적용을 받는 하나의 행위의 장본인·창안자(causa libera)로 간주되는 것이다.”³⁰⁾ 칸트의 경우도 창안자 혹은 장본인이라는 개념에 주목하고 있고, 이것은 달리 말해 인간의사의 자유를 귀속판단에 끌어들이고 있다는 반증이다. 인과사슬과 달리, 하나의 행위가 특정 인간에 그 뿌리·원천을 가지고 있다는 것은 결국 그 행위자의 자유, 즉 절대적으로 행위주체의 자유로운 결정(absolute Spontaneität)을 전제하지 않고는 성립되기 어렵기 때문이다.³¹⁾

5) 헤겔

라렌쯔의 귀속론에 기초가 되고 있는 헤겔의 귀속론의 출발점은 우선 행위는 주관적·도덕적인 의사·의지의 외적 표현(Die Äußerung des Willens als subjektiven oder moralischen ist Handlung)이라는 점이다.³²⁾ 특정의 범행이 행위로서 인정되기 위해서는 단지 목적을 인식한 상태에서 이루어진 경우라야만 한다는 것이다. 달리 말해 스스로 행위 하는 의지는 자기 앞에 놓여진 실존(vorliegendes Dasein)에 향해진 목적(속)에서 그 실존(의 상황들)에 대해 생각(Vorstellung)하지만, 그 의지라는 것은 한정된 것이므로 현실에 나타나는 발현현상이 자신의 생각과는 다를 수 있고 우연일 수 있다. 따라서 의지의 법(das Recht des Willens)은³³⁾ 그 자신의 행위(중)에서, 그가 자신의 목적에서 그러한 전

30) Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Weischedel(Hrsg.), Werkausgabe Bd. 8, 10. Aufl.(Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993), S. 334[통상적으로 제1판(A, 1797년)과 제2판(B, 1798년)의 쪽수를 병기하는 방식으로 인용하지만 여기서는 Wilhelm Weischedel 편집본의 쪽수를 인용하기로 한다].

31) 칸트에 관한 추가적인 내용은 Hübner, aaO., S. 33.

32) Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Bernhard Lakebrink(Hrsg.)(Stuttgart: Philipp Reclam, 1995), S. 218(§113).

33) 헤겔의 Recht라는 개념도 다양한 의미로 읽힐 수 있다. 여기서는 ‘법’으로 옮긴다[예를 들어 강성화, 『헤겔의 생애와 <법철학>』, 『철학사상』별책 제2권 제7호(서울대학교 철학사상연구소, 2003), 10면 참조].

제조건들을 알았던 것에 대해, 즉 고의가 있었던 것에 한해 그것을 자신의 행위로 인정하게 하고 책임을 지게 한다.³⁴⁾ 즉 행위자의 고의가 미친 결과만이 행위자에게 귀속될 수 있다(das Recht des Wissens)는 것이고, 그것이 바로 의지(합)의 결과라는 것이다.³⁵⁾ 즉 귀속의 주체로서 한 인간이 자신의 의사를 통해 목적을 설정하는 능력은 귀속의 첫 번째 전제조건이 된다. 헤겔철학에서 의지(Wille)는 귀속을 근거지우는 출발점이다. 그 의사·의지는 신체와 정신을 결합하는, 귀속주체의 인격을 근거지우는 요소이다

인간은 그의 행위가 귀속될 수 있는 주체를 의미한다는 칸트의 정의처럼, 헤겔에 있어서도 단지 의지를 가진 자, 의사·의지의 향유주체(Willenssubjekt; Willensträger)인 인간에게만 행위와 결과의 귀속이 가능하다. 결국 인간성·인격과 귀속은 뗄 수 없는 관계이고, 인간을 인간답게 하는 본질은 바로 의사·의지인 것이다.

6) 라렌쯔

현대 법학의 객관적 귀속논의에 있어서, 추상적인 행위자의 의사에 근거하건 혹은 구체적인 사안에서의 개인적인 능력에 근거하건, 행위자의 주관적 의사가 귀속의 근거로 작용하는 이론들을 소위 ‘의사·의지적 귀속(voluntative Zurechnung)’이라고 한다면, 이런 입장으로 분류되는 이론의 주장자로는 라렌쯔, 호니히, 벨첵, 호루시카, 키티호이저를 들 수 있다. 우선 형법의 객관적 귀속의 단초를 제공했다고 할 수 있는 라렌쯔의 이론을 개관해 본다.

익히 알려져 있듯이, 라렌쯔는 헤겔철학의 기본사상으로부터 객관적 귀속에 관한 이론을 발전시켰다.³⁶⁾ 1927년 발간된 ‘헤겔의 귀속론과 객관적 귀속의 개

34) Hegel, aaO., S. 223(§ 117).

35) Hegel, aaO., S. 223, 224(§ 117, 118).

36) Larenz, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung - Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des*

념'이라는 그의 책자의 초두에서 밝히고 있듯이, 그는 헤겔 철학의 전체체계에서 도출되는 사고에 기초한 객관적 귀속에 관한 자신의 이론을 끄집어내기 위해 헤겔의 사상의 상위체계라고 할 수 있는 비판적 관념론(kritischer Idealismus)이라는 맥락 안으로 헤겔의 사상을 집어넣어 그 의미를 밝히고자 했다.³⁷⁾ 그 세부적인 내용을 다룰 수는 없으나 결론적으로 라렌쯔는 19세기 귀속개념이 직접적으로 헤겔철학에 연결되었던 것과 달리, 소위 imputatio facti와 imputatio iuris의 개념을 구분하고, imputatio facti에서는 단순한 인과성이 아니라 범행(Tat, 행위)에 관한 판단이, imputatio juris에서는 그 범행의 가치에 대한 판단이 문제 된다고 보았다. Imputatio facti는 물론 imputatio iuris도 한 인간의 형법적 책임을 묻기 위해서는 필수적인 것이지만, 범행에 대한 판단은 도덕적·법적 가치판단으로부터 독립되어야 한다는 점을 강조했다. 즉 라렌쯔는 범행을 하나의 통일체이며 단일체로 파악한 헤겔학파들의 관점이 옳다는 것을 인정하면서도, 의사와 행위의 관련성, 행위 혹은 범행의 주관적인 요소를 바로 법적인 가치판단과 결합시켜 결국 귀속을 책임귀속으로 파악한 것은 너무 성급한 태도라고 비판한다.³⁸⁾

결국 라렌쯔는 범행에 대한, 그리고 그에 기초된 행위에 대한 이러한 가치판단에서 독립된 추상적인 판단을 객관적 귀속이라고 명명했다. 이러한 주장은 무엇보다 객관적 귀속판단에서는 범행의 평가를 위해 필수적인 한 개인의 속성이나 범죄인의 통찰능력과 같은 것은 관건이 될 수 없다는 점을 밝히고자 한 것이다. 라렌쯔가 이와 같이 객관적 귀속의 결과를 근거지우기 위하여 범행에 대한 판단을 가치평가로부터 구별하고자 했다는 사실은 결국 행위자의 구체적인 의사에서 벗어나고자 했다는 것인데, 이는 이러한 (구체적인) 개인의 의사가 행위의 가치를 결정지우는 요소이기 때문이다. 즉 가치나 평가로부터 독립된

kritischen Idealismus und zur Lehre von der juristischen Kausalität (Leipzig: A. Deichert'schen Verlagsbuchhandlung, 1927; Darmstadt: Schentia Verlag, 1970), 59면까지 헤겔철학에 대한 분석, 60면 이하부터 자신의 객관적 귀속에 관한 입장을 서술하고 있다.

37) Larenz, aaO., S.(아래에서는 1970년판을 참고함) 1ff., 특히 S. 2-3.

38) Larenz, aaO., S. 70.

객관적 귀속을 염두에 둔 것이다.³⁹⁾ 라렌쯔는 이러한 객관적인 귀속과 범행의 법적인 평가의 구별을 칸트로부터 차용하고 있으나, 언급했듯이 이미 칸트 이전에도 그러한 구별은 존재했다. 칸트에 따르면 귀속은 누군가가 하나의 행위의 창안자(Urheber, causa libera)로서 간주된다는 판단이며, 이것이 인정되어야만 비로소 범행(Tun, factum)이라고 명명할 수 있으며, 법률의 대상이 된다. 이러한 행위의 창안자가 확정되고 그 결과가 확정되고 나서야 이에 그 범행은 법률 아래 놓이게 되며, 법적 평가가 가능해진다는 것이었다.⁴⁰⁾

나아가 라렌쯔는 목적은 원인(Ursache)과는 달리 단지 결과를 야기하거나 결과를 일으키는 것이 아니라, 그 결과를 결정(규정)하며, 결과 외에도 존재하는 것이고, 하나의 움직임의 시작이자 끝이기 때문에, 목적이야말로 하나의 행위의 진정한 의미의 기원 혹은 원천이라고 했다. 라렌쯔에 따르면 결국 목적은 의사를 행위자로부터 자신의 수행된 목적을 통해 변경된 존재와 결합시키는 것이고, 이로써 그 자체 타자인 대상을 자기 것으로 만드는 것이다. 인과사슬은 목적을 위한 수단이 되는 것이다.⁴¹⁾ 이렇게 하나의 행위의 목적에 그 원천·출처가 있다면 당연히 해결철학과 같이 인간의사의 자유가 전제된다. 인간의 의사가 자유로운 것으로 전제되지 않는다면, 그 의사는 결국 자연의 일부로서 인과적으로 이미 결정된 것이 될 것이기 때문이다. 이제 의사가 자유롭다면 그 의사는 그 의사에 소급 가능한 목적과 목표를 설정할 수 있고, 그 목적을 행위를 통해 실현할 수 있다. 따라서 단지 자유로운 주체(ein freies Subjekt)만이 인과사실을 형성할 수 있다는 것이다.⁴²⁾ 라렌쯔에 있어서 자유는 의사의 근본특성이며, 그 본질이고, 자기결정이며, 근원적인 것이다. 자유는 의사의 속성이 아니라 의사 그 자체이고, 인격, 정신 그 자체이다.⁴³⁾

결국 라렌쯔에 의해 발전된 객관적 귀속의 핵심표지들은 목적 개념 안에 이

39) Hübner, aaO., S. 47.

40) Kant, aaO., S. 334.

41) Larenz, aaO., S. 43.

42) Larenz, aaO., S. 44.

43) Larenz, aaO., S. 45.

미 함유되어 있다. 외부 현실세계에 발생된 결과에 대한 책임(Verantwortung)은 단지 목적으로서 이러한 결과에 정향된 의사에 근거해서만 정당화될 수 있는 것인데, 의사에 의해서 결정된 목적, 혹은 의사 자체는 결과에서 실현된 것이기 때문이다. 이러한 목적(·의도가능)성(Bezweckbarkeit)은 결국 사실적인 소여(사건)와 그 주체 사이를 결합하는 요소가 된다.⁴⁴⁾

따라서 결과의 귀속은 행위자의 능력, 즉 인과관련성을 개관하고 예견하는 행위자의 능력에 좌우된다. 인간의 능력이 좋으면 좋을수록 결과를 의도할 수 있는 힘이 늘어나는 것이다. 물론 그 판단시점은 소크라테스도 지적했듯이 행위시점이며, 라렌쯔는 무엇보다 행위 당시의 그 능력을 구체적인 한 인간의 능력이 아니라, 예견의 잠재적인 가능성(die potentielle Möglichkeit zur Voraussicht)에 초점을 맞추었다. 헤겔이 구체적인 주체의 의사내용에 관심을 둔 것과 달리, 라렌쯔는 목적을 객관적으로 특정하는 헤겔학파의 시도를 따르면서도, 구체적이고 사실적인 행위자의 인식과 의사가 아니라 잠재적인 행위자의 인식과 의사에 정향함으로써, 결국 그 순수한 가능성의 형태에서 행위자의 의사로부터 포착할 수 있는 목적이 출발점이 된다. 즉 범행에 대한 판단으로 귀속은 인과적인 것이 아니라 목적적인 판단이지만, 이러한 의미를 행위자가 구체적·현실적으로 인식하고 그의 의사에 의해 포착한 것을 귀속한다는 것으로 이해해서는 안 되며, 의사의 대상이 될 수 있었던 것을 귀속해야 한다는 결론에 이르러야 한다는 것이다.⁴⁵⁾

가능성과 관련하여 라렌쯔는 헤겔의 형식적, 현실적 그리고 절대적 가능성을 언급하면서,⁴⁶⁾ 결론적으로 당시 지배적인 인과성이론인 상당인과관계설과 연결하여, 그들의 객관적 가능성·개연성은 다름 아닌 헤겔의 형식적 가능성을 말하는 것이고, 주관적 가능성(판단자)이며, 하나의 주체에게 가능한 것을 의미

44) Hübner, aaO., S. 48-49.

45) Larenz, aaO., S. 68.

46) Larenz, aaO., S. 77.

하는 것이지, 특정한 개인으로서의 주체에게 가능한 것을 의미하는 것은 아님을 강조한다.⁴⁷⁾ 이를 통해 결국 상당인과성 이론은 인과성에 관한 이론이 아니라, 귀속이론으로 근거 지워질 수 있다는 것이다. 환언하면 라렌쯔는 예견가능성을 판단함에 있어서 개인으로서의 행위자의 진정한 가능성을 기준으로 삼은 것이 아니라, 행위자의 상황에서 통찰력 있는 인간의 예견가능성을 기준으로 한다. 따라서 귀속판단의 기초는 행위자의 개인적인 또는 인적인 능력에 근거하여 제공되는 예견가능성이 아니라, 인간 일반에게 그 결과의 목적이 가능한 것인지의 여부에 대한 객관적인 판단이 기준이 되어 버리는 것이다. 라렌쯔에 따르면, 결국 당시 트레거(Traeger)의 상당인과성이론에서 주장된 통찰력 있는 인간이 기준이 된다.⁴⁸⁾

라렌쯔의 객관적 귀속론에 따르면, 결국 예견가능성(순수한 가능성)에서는 행위자의 특수한 능력이나 지식이 원칙적으로 고려되지 않는다. 이를 통해 결국은 행위자 개인의 우연적인 속성이 객관적 귀속판단에 영향을 미치지 못하도록 하겠다는 것이며, 한 인간의 행위로 이해되는 범행에 대한 판단, 즉 *imputatio facti*에서는 개인적 특성에 따른 우연성을 배제한다는 것이었다.

라렌쯔의 귀속형식은 결국 다음과 같이 요약될 수 있다. 결과는 구체적인 개인으로서가 아니라 추상적 인간으로서 자신의 의사를 통해 결과를 조종하고 따라서 그 결과를 목적할 수 있는 경우에만 그 행위자에게 객관적으로 귀속가능하다. 구체적인 결과가 한 인간인 행위자의 행위를 통해 목적의 대상이 될 수 있는 경우, 즉 직접적으로 행위 수행 전에 행위자의 상황에서 예견될 수 있었을 경우에 귀속가능한 것이며,⁴⁹⁾ 현실·구체적으로 특정의 인간이 결과를 예견했는가는 중요치 않다는 것이다.⁵⁰⁾

47) Larenz, aaO., S. 83-84.

48) 물론 트레거는 절충적 상당인과관계설로 표현할 수 있는 기준, 즉 행위 혹은 결과발생시점에서 통찰력있는 인간이 인식 가능했던 것과 나아가 행위자 자신에게 그 밖에 인식되었던 사정들을 종합하여 판단한다는 기준을 제시했다(이에 대해서는 Traeger, *Kausalbegriff*, S. 159).

49) Larenz, aaO., S. 67f., 81.

7) 호니히

호니히(Honig)의 출발점은 인간의 행위와 결과 사이에 존재하는 관련성이다. 이러한 관련성은 라렌쯔의 생각과 연결되어 인과성과 객관적 귀속으로 나누어진다. 호니히는 순수한 존재론적인 인과판단은 법질서의 요구들, 즉 위에서 언급한 행위와 결과의 관련성을 해명하기에는 부족하다고 본다. 인과성의 확정은 단지 행위와 결과의 결합을 위한 필수적 전제를 의미할 뿐이므로 다음 단계로 인과관련성이 법질서에서도 의미가 있는지 여부, 즉 법질서에서 요구하는 바를 충족시키고 있는지를 심사해야 한다는 것이다. 이 판단이 바로 객관적 귀속판단이며, 가치론적인 판단, 즉 인과성판단이 법질서에 대해 유의미한 것인가에 관한 가치판단이라는 것이고, 결국 그 판단은 법질서 자체에서 주어지는 기준에 의해 판단되어야 한다는 것이다.⁵¹⁾ 그의 사고의 핵심을 표현하는 소위 ‘객관적 목적부합성(objektive Zweckhaftigkeit)’ 또는 ‘객관적 합목적성’은 간단히 표현하면, “합목적적으로 투입된 것으로 생각할 수 있는 그 결과는 귀속가능하다.”는 의미이다.⁵²⁾

평가척도에 있어서 호니히는 라렌쯔와 같이 행위를 하나의 목적론적 발현, 즉 한 인간의 의사·의지의 표현으로서, 자연적인 사건진행에 나타나는 목적에 부합하는 현상으로 이해한다. 호니히는 라렌쯔를 따랐다고 하지만, 실제로는 객관적 귀속의 철학적 근거지움에서 라렌쯔와 다른 생각을 가졌었는데, 예를 들어 호니히는 객관적 귀속을 일반적으로 승인되고 있었던 일반 법이론의 기본원칙으로부터 발전시키고자 했다. 하지만 호니히도 가장 전형적인 논거로서

50) 여기서 우리는 이미 현대적 규범적 귀속론의 완전한 형태를 발견할 수 있으며, 규범적 귀속론이 의사의 귀속론과 접하고 있음을 알 수 있고, 상당인과관계설과 객관적 귀속론의 동질성을 발견할 수 있다.

51) Hübner, aaO., S. 52ff.

52) Honig, “Kausalität und objektive Zurechnung”, in *Festschrift für Reinhard von Frank*(Tübingen, 1930), Bd. 1, S. 184; Richard Honig/이용식 역, 「인과관계와 객관적 귀속」, 이재상 등 편역, 『인과관계와 객관적 귀속』(박영사, 1995), 3면에서는 ‘객관적 목적관련성’으로 옮기고 있다.

인간 의사의 자유를 내세우고 있고, 객관적 귀속의 근거는 결국 인간 행위의 원천·출처성에 중점을 두고 있다는 점에서 라렌쯔와 닮아 있다. 따라서 호니히는 결국 라렌쯔와 같이 인간행위의 목적관련성(Zweckbezogenheit)을 객관적 귀속의 평가척도로 수용한 것이고, 그 배후에는 목적과 의사의 불가분성이 내재되어있는 것이다.

나아가 호니히에 따르더라도 객관적인 목적부합성의 확정만으로는 행위자의 책임에 관한 문제가 아직 밝혀진 것은 아니며, 합목적성 혹은 목적합치성이 객관적인 속성을 가지고 있다는 것은 결국 행위자의 구체적인 인식이나 의사에서 벗어난 일종의 추상적인 인식과 의사가 그 근거가 된다. 개인적인 능력 대신에 해당 범법 상황에서 한 인간의 '가능한 능력'에 초점을 맞추고 있는 것이다. 따라서 호니히는 인간이 특정 행위가 가져올 결과 혹은 효과를 예견할 능력이 있고, 나아가 그에 상응한 행위를 통해 그 효과를 야기하거나 그에 반하는 행위를 통해 그 효과를 막을 수 있는 능력이 있다면 창안자가 될 가능성은 충분한 것이며, 그렇다면 그는 단순히 원인과 결과 혹은 조건과 효과라는 인과연쇄의 단순한 구성부분이 아니라, 그것을 형성·구성하는 것이며, 따라서 이를 근거로 하여 그의 행위는 (그가 무엇을 원했었는가를 고려하지 않고, 즉 객관적으로 고찰할 때) 그의 의사의 합목적적인 표현으로 간주될 수 있다고 한다.⁵³⁾

언급했듯이, 특히 호니히는 라렌쯔와 달리 자신의 귀속공식에 규범적인 내용을 접합한다. 즉 호니히에 따를 때 법은 법규범의 수신자에게 특정한 금지 혹은 요구규범을 존중할 것을 요구함으로써 행위의 정신적인 기초로서 인간의 의지에 향해져 있다는 것이다. 즉 법의 효력범위 혹은 법의 요구가 받아들여질 수 있는 영역은 의지적인 특정 행위 혹은 부작위에 제한된다. 결국 자신의 힘이 미치는 범위 안에 있기 때문에 그가 목적할 수 있는 행위와 결과만이 법적으로 의미 있는 것이며, 수신자가 충족시킬 수 없는 행위를 요구할 수는 없다

53) Honig, aaO., S. 183f.; Hübner, aaO., S. 53.

는 의미이다. 규범의 효력범위는 따라서 그 규범이 형성력을 발휘할 수 있는 범위에 국한된다고 본다.⁵⁴⁾ 결국 호니히는 규범적인 측면에서도 인간의 행위는 단지 결과를 야기하거나 회피하는 것이 합목적적으로 투입된 것으로 생각될 수 있는 경우에만 법적으로 의미 있다는 결론에 이른다.

8) 벨첼

1930년대 벨첼에 의해 확고한 자리를 잡기 시작한 목적적 행위론은⁵⁵⁾ 하르트만의 존재론이나, 후설과 라이나흐의 현상학은 물론, 언급한 라렌쯔와 호니히에 의해 발전된 객관적 귀속이론의 영향도 강하게 받고 있다. 결국 목적적 행위론이 귀속론의 성격을 지니고 있음을 자연스럽게 추론해 볼 수 있는 대목이다. 벨첼의 목적적 행위론의 기본착상은 인간의 행위는 목적활동성의 수행(행사)으로서 목적으로 구조 지워진 것이라는 인식이다. 라렌쯔나 호니히와 같이 의사(Wille)에 의해 설정된 목적이 벨첼의 사고의 핵심에 놓여있다. 라렌쯔와 호니히에 의해서 핵심으로 부상한 목적개념이 목적적 행위론의 본질적인 기초가 되고 있다는 점에서, 벨첼이 목적적 행위론을 최초로 주장할 때 목적관련성(Zweckbeziehung)을 라렌쯔와 호니히에 의해 발전된 객관적 귀속과 상응하게 정의하였다는 것은 특별할 것도 없어 보인다. 행위의 목적성(Finalität)과 목적관련성(Finalbezogenheit)은 결국 귀속의 근본원칙으로서 목적성에서 도출한 범행지배개념에도 본질적인 역할을 수행하고 있음을 알 수 있다.⁵⁶⁾ 의사·의지, 목적, 행위, 범행, 행위·범행지배 등의 개념은 이미 언급한 귀속론의 다양한 곳에서 등장했다는 점에서 벨첼의 귀속론은 일종의 종합판이라고 할 수 있을

54) Honig, aaO., S. 184-187; Hübner, aaO., S. 54.

55) Finalität라는 용어는 벨첼이 1935년부터 하르트만의 용어를 차용하여 사용한 것인데, 이후에 벨첼은 목적성이라는 용어는 오해의 소지가 많아, Kybernetik, 즉 조종(과 통제), 즉 ‘행위조종’이라는 용어가 더 적절한 것 같다고 밝히고 있다(이에 대해서는 Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., S. 37).

56) 세부적인 분석은 Hübner, aaO., S. 73ff.

것이다.

한편 언급한 라렌쯔 및 호니히와 같이 벨첼도 인간행위의 목적관련성은 그 행위를 형법적으로 평가하기 위한 전제조건이라고 보았으며, 그 이유는 형법상 금지와 요구라는 것은 단순한 맹목적인 인과진행이 아니고, 인간의 의사에 맞춰져야 하며, 그 의사는 결국 행위들을 통해 미래를 합목적적·목적활동적으로 형성할 수 있게 된다는 것이다. 이점에서 벨첼의 목적적 행위론도 의사의 귀속 이론이라고 할 수 있다.⁵⁷⁾

하지만 무엇보다 벨첼(Welzel)은, 호니히나 라렌쯔 등과 달리, 고의를 목적성과 동일시함으로써 객관적 귀속관점을 특별히 받아들이지 않고, 형법각칙의 구성요건에 따른 고의의 해석문제로 해소하고 있다는 점이 가장 큰 특징이다. 즉 벨첼은 인과성 영역에서는 소위 조건설·등가설을 통한 인과관계의 확정으로 충분하다고 보며, 이러한 인과성의 확정은 하나의 결과에 대한 형법적인 부책의 기본적인 전제이자 외연적인 한계를 설정하는 것에 불과함을 강조한다.⁵⁸⁾ 결과에 인과적인 행위를 한 자가 그 결과에 대해 형법적인 책임을 져야하는가의 문제는 인과성의 문제를 넘어 범죄개념의 보다 추가적인 요소(전제조건)들에 의해 결정된다는 것이고, 인과성은 단지 구성요건해당행위의 한 부분요소에 불과하다는 것이다. 고의범의 경우에는 단지 고의에 의해 조종된 인과관련성만이 구성요건적으로 의미가 있고, 구성요건적 고의가 포착한 범위를 넘어서는 인과관계는 고의범의 구성요건에서는 배제된다.⁵⁹⁾ 헤켈의 앓과 의지의 귀속을 재현해 놓은 듯하다.

상당인과관계설의 의미와 관련해서도, 동 이론은 과실범과 결과적 가중범에 있어서 결과를 야기한 행위가 구성요건해당성을 인정받기 위해서는 ‘거래교통

57) Welzel의 행위론에 대한 핵심적인 내용은 Welzel, aaO., S. 33ff.

58) Welzel, aaO., S. 45.

59) Welzel, aaO., S. 45. 나아가 벨첼은 고의 혹은 주관적 구성요건을 일반적으로 객관적 인과진행의 교정 혹은 수정 역할을 하는 것으로 정의하는데, 이러한 표현은 오해의 소지가 있다고 한다. 즉 고의는 객관적 사태를 예견하고 조정하는 요소이지, 사후적인 교정의 역할을 하는 것은 아니라는 지적이다.

에서 객관적으로 요구되는 주의를 다하지 않은 경우'임을 요구하는데, 이러한 판단을 위해서 통찰력 있는 인간, 즉 객관적인 판단에 따를 때 예견가능한 것이어야 함을 요구한다는 점에서, 상당성판단의 가치를 인정하고 있다. 나아가 고의범에 있어서도 이러한 객관적 예견가능성이라는 의미에서 상당성척도의 유용성을 인정하고 있는데, 누구나 행위 진행의 세부적인 그리고 종국적인 흐름을 예견할 수는 없는 것이고, 단지 일반적인 진행의 과정을 예견할 수 있는 것이므로, 자신의 의지한 바와 다른 현실적인 인과진행이 있었다고 하더라도 그것이 객관적으로 예견가능한, 즉 상당한 영역 안에 머물고 있다면 그러한 불일치는 본질적이지 못하다는 의미로 사용하고 있다.⁶⁰⁾ 이는 행위자의 실제 의사와 발생한 사실 사이의 불일치가 있을지라도 고의로 평가할 수 있는 외연으로 상당성 혹은 객관적 예견가능성을 활용하는 것이다.

Ⅲ. 현대 형법학의 객관적 귀속이론에 대한 의사의 귀속론의 함의

1. 객관적 귀속의 원초적 의미

아리스토텔레스에서 벨첼까지 이어지는 객관적 귀속론의 본질은 특정 행위(와 결과)를 한 인간에게 귀속시키기 위해서는, 그러한 행위가 한 인간의 의사·의지에 의한 것임이 확인되어야 한다는 것이다. 인간의 의사는 자신의 예견에 기초한 특정의 목적설정으로 나타나고, 그 목적의 달성을 위해 인간은 자연적인 사태들에 개입하여 자신의 행위를 목적 달성에 맞게, 즉 합목적적으로 수행한다는 것이다. 이러한 의사에 기초한 목적설정, 목적에 부합하는 행위(와 결과)만이 그 행위자에게 귀속되며, 특정한 행위가 의사에 의해 설정된 목적달

60) Welzel, aaO., S. 46-47.

성에 부합하는지 혹은 그러한 결과가 특정의 구체적 행위자가 아니라, 통상의 통찰력 있는 인간에게 예견 가능한 것인지에 따라 객관적 귀속이 결정된다. 특히 후자의 방향은 규범적인 귀속판단의 단초가 되어 현재의 객관적 귀속이론의 배경이 되고 있다는 것도 알 수 있었다.

이러한 소위 ‘의사의 귀속’ 혹은 ‘의지적 귀속’이론은 자연적인 의미의 인과성의 문제와 달리 인과적인 소여를 행위자의 행위로 귀속시킬 수 있는가의 문제이며, 결론적으로 행위자의 의사가 미칠 수 있었던 결과(를 야기한 행위)만이 행위자에게 귀속된다는 것이다. 그렇다면 결국 객관적 귀속은 행위자의 의사, 행위자의 의지·목적이 미치는 범위를 확정하는 문제이다.

2. 의사의 귀속과 목적적 행위론

위에서 살펴본 범위 내에서 의사의 귀속, 즉 의지적 귀속론의 마지막에는 목적적 행위론이 등장하고 있다. 달리 말해 목적적 행위론은 전통적 의미의 객관적 귀속의 다른 표현이자, 의사·의지의 귀속의 정점이라고 할 수 있다. 자유의사, 의사에 기한 목적설정, 그 목적의 달성에 함목적적인 행위와 그 결과라는 요소들은 결국 목적적 행위론의 주관적 구성요건, 즉 고의에서 그 정점에 달한다. 그 결과 벨첼에 있어서 인과관계의 확정은 추후 고의에 의해 형법상 중요한 인과관계의 범위가 결정될 때까지 잠정적으로 이뤄지는 형사법적 부책의 가장 기본적인 전제로서의 의미로 족한 것이었고, 상당성이건 객관적 귀속척도이건 특별히 조건설을 수정하는 도구로 사용할 필요가 없었다. 달리 말해 현재 형법체계론에서 주관적 구성요건으로서의 고의가 목적적 행위론자들의 고의인지, 사회적 행위론자들의 고의인지, 양자는 어떠한 차이가 있는지에 대한 세부적인 논쟁을 뒤로 하더라도, 귀속의 문제는 주관적 구성요건에서 다루어지는 것이 의지적 귀속에 뿌리를 둔 객관적 귀속론의 체계적 위치인 것이다.

3. 객관적 귀속의 대상

귀속의 대상은 물리적 귀속, 도덕적 귀속, 사실적 귀속, 법적 귀속 등등 다양하게 표현되고 있다. 하지만 객관적 귀속이 무엇인가에 대한 답은 의지적 귀속의 논의 속에서는 결국 사실의 귀속, 즉 특정 행위와 결과를 그 행위자의 의사에 의해 이뤄진 행위와 결과로 귀속시킨다는 의미로 모아진다. 호니히의 경우 규범 혹은 법질서 또는 평가라는 개념을 객관적 귀속영역에서 언급함으로써 결국 규범적 귀속이론의 현대적 단초를 제공했지만, 호니히 이전의 논의에서는 객관적 귀속은 가치와는 독립된 문제였고, 벨첼에 있어서도 객관적 귀속은 고의나 목적과 다를 바 없었다. 물리적 귀속이 자연적 의미의 인과성을 뜻한다면, 사실의 귀속은 그 자연적 의미의 인과적인 행위와 결과관련성 중에서 인간의 의사, 즉 행위한 자의 의지에 의해 이뤄진 행위와 결과만을 객관적 귀속의 대상으로 한다는 것이고, 그렇다면 결국 고의 혹은 의사에 의해 포착될 수 있는 것만이 객관적으로 귀속됨으로써 자연적 의미의 인과관계와는 분명히 구별된다. 물론 이러한 귀속이 추상적인 의미의 통찰력 있는 (가공의) 인간의 의사내용에 따른다고 보게 되면, 사실로서의 의사나 고의가 아니라, 규범적 판단의 결과로서의 의사나 목적이 관건이 된다는 것도 알 수 있다. 그렇다면 결국 객관적 귀속론의 일부는 의사의 내용에 대한 규범적 판단과 다름없음을 추론할 수 있다.

목적적 행위론이 정초되기 전의 의사·의지적 귀속론들을 고전적 범죄체계 하에서 이해하게 된다면 물리적 귀속 혹은 자연적 의미의 인과관련성은 구성요건단계에서 판단되며, 책임단계에는 사실의 귀속과 법적 귀속이 놓여있고, 그 사실의 귀속은 결국 행위자의 의사가 미치는(미칠 수 있었던) 결과만을 대상으로 한다는 것이 된다. 위에서 언급한 목적적 행위론을 기초로 한다면, 주관적 구성요건으로서의 고의는 이러한 사실의 귀속과 연결되어 있다고 보아야 할 것이다. 그런 이유로 결국 목적적 행위론자들의 고의가 의지적 귀속론들의 사실의 귀속과 맞닿아 있는 것이다. 이미 언급했듯이 물론 중요한 차이는 구체적인 행

위자의 의사(고의)인지, 추상적인 인간으로서의 능력이 기준이 되는 것인지의 차이이다. 하지만 벨첼도 행위자의 사실상의 고의가 미치지 못한 결과가 발생하였다고 하더라도, 그것이 객관적으로 예견가능한(상당한) 결과인 경우에는 고의를 인정할 수 있다고 한 점에서 사실상 외연에서 차이는 없다고 볼 수 있다.

4. 규범적 귀속론·고의론에 대한 함의

규범적 귀속론의 대부분은 소위 허용되지 아니한 위험이 결과에서 실현되었는가를 객관적 귀속판단의 선두에 내세우고 있다. 이러한 규범적 귀속론도 상당인과관계설에서 출발하고 있으며, 결국은 라렌쯔와 호니히의 귀속론에 연결되어 있다는 점에서, 어떠한 이유로 행위자의 의사 혹은 주관적인 가능과 목적에서 벗어난 별도의 귀속척도를 필요로 했는지, 어떻게 행위자의 의사를 떠난 객관적 귀속이 정당화될 수 있는지에 대한 논증의 내용을 확인해 보는 것이 객관적 귀속의 전반을 이해하는데 필수적일 것이다. 하지만 여기서 잠정적으로 예측해 볼 수 있는 것은 현대의 객관적 귀속론자들도 ‘행위자의 작품’으로 귀속하는 것을 객관적 귀속으로 정의하고 있다는 점에서, 결국 그들의 규범적 귀속론도 사실의 귀속에 해당한다는 점은 분명하다. 그럼에도 불구하고 객관적 귀속척도라고 명명하는 것은 전래하는 객관적 귀속의 의미를 왜곡하는 표현으로 부적절한 것은 아닌지 생각해 볼 필요가 있다.

달리 보면 규범적 귀속도 사실의 귀속이며, 객관적 귀속이라면 오히려 인과관계의 제한 혹은 수정이 아니라, 고의의 영역에서 구체적인 행위자가 아니라, 추상적인 인간, 통찰력 있는 인간 혹은 판단자의 입장에서 능력(성)을 기준으로 한 고의의 귀속·의사의 귀속으로 자리바꿈 하는 것이 보다 정합적이지 않은지 재고할 필요가 있다는 것이다. 물론 이러한 위치변경이 쉽지 않은 것은 객관적 귀속척도에는 너무나 다양하고 이질적인 요소들이 섞여 있다는 것이 현재 객관적 귀속척도(이론)의 특징이기도 하기 때문이다.

5. 맺음말

귀속, 객관적 귀속의 오래되고 다양한 관점의 논의를 한편의 글로 접근하기 어렵다는 이유로 위에서는 특히 의지 혹은 의사의 귀속, 사실의 귀속, 제1의 귀속을 객관적 귀속으로 보고 있다고 할 수 있는 중요 이론가들의 주장의 핵심을 간략히 살펴보았다. 사실상 이러한 주관적 귀속 혹은 의지적 귀속이 귀속론의 맹아였고, 현재까지 내려오는 귀속론의 본래 모습이라고 해도 과언이 아니지만, 형법학의 객관적 귀속론은 이미 이러한 방향과 단절한 지 오래이다. 그러한 현재의 객관적 귀속론의 소위 ‘규범적’인 접근이 평가라는 이름으로 모든 것을 뒤섞어 버린 것은 아닌가하는 의문에 적절히 답하기 위해서는 규범적 귀속론들이 위에서 살펴본 의지적 귀속론과 어떠한 관계에 있는지, 그 차이점은 무엇인지에 대한 정확한 분석이 전제되어야 한다.

이러한 보다 추가적인 접근을 위해 여기서는 무엇보다 전통적인 귀속론의 기본방향은 자유로운 의사·의지를 가진 한 인간이 그러한 자유로운 의사에 기해 행동하고, 그 행위를 통해 발생시킨결과만이 귀속의 대상이 된다고 보았다는 것을 확정하는 것만으로도 충분한 의미가 있을 것이다. 나아가 이미 의지적 귀속론 안에서 구체적인 특정 인간이 아니라 추상적인 가능태로서의 인간, 그 추상적인 인간의 의사가 미칠 수 있었던 곳이 언급됨으로써 귀속의 규범화가 시작되었다는 점을 확인한 것만으로도 현대 귀속론의 두 방향(의지적·규범적 귀속관점)을 그 원천으로부터 접근할 수 있는 기초가 마련되었다는 것도 적지 않은 의미가 있을 것이라 생각된다.⁶¹⁾

61) 각주 1 참조

■ 참고문헌

- Aristotele, *Nikomachische Ethik*, Franz Dirlmeier(Hrsg.), Stuttgart, 1997.
- A. Benakis, “Über den Begriff des Unrecht—tuns bei Aristoteles anlässlich einer Kritik gegen die finale Handlungslehre”, in: *Festschrift für Hans Welzel*, Berlin · New York, 1974.
- A. F. Berner, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes*, 12. Aufl., Leipzig, 1882.
- F. Dencker, *Kausalität und Gesamttat*, Berlin, 1996.
- G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundriss*, Bernhard Lakebrink(Hrsg.), Stuttgart, 1995.
- J. Hoffmeister(Hrsg.), *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, 2. Aufl., Hamburg, 1955.
- R. Honig, “Kausalität und objektive Zurechnung”, in *Festgabe für Reinhard von Frank*, Tübingen, 1930.
- H. J. Hruschka, *Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf—Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von action libera in se und actio libera in sua causa*, ZStW 96(1984).
- C. Hübner, *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, Berlin, 2003.
- I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Wilhelm Weischedel(Hrsg.), Werkausgabe Bd. 8, 10. Aufl., Frankfurt am Main, 1993.
- R. Kölbel, 김성룡 역, 「부진정부작위법에서 객관적 귀속」, 『법학논고』 제30집, 경북대학교 법학연구소, 2009.
- H. Koriath, *Kausalität und objektive Zurechnung*, Baden—Baden, 2007.
- G. Küpper, *Grenzen der normierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1990.
- K. Larenz, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung—Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der “juristischen Kausalität”*, Leipzig, 1927; Darmstadt, 1970.
- M. Maiwald, “Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung”, in: *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Baden-Baden, 1995.
- P. Precht/F.-P. Burkard(Hrsg.), *Metzler Philosophie Lexikon*, Stuttgart · Weimar, 1996.
- F. Toepel, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim faktizigen Erfolgsdelikt*, Berlin, 1992.

- H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Berlin, 1969.
- H. Welzel, *Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1990.
- 김성돈, 『형법총론』, 성균관대학교, 2008.
- 김성룡, 「부진정 부작위범에서 객관적 귀속척도」, 『법학논고』 제29집, 2008.
- 김성천, 「객관적 귀속 이론과 판례」, 『비교형사법연구』 제7권 제1호, 2005.
- 김용세, 「형법상 인과관계의 본질 및 조건관계의 확정에 관한 연구-형법상의 인과관계와 객관적 귀속(I)-」, 충남대학교 법학연구 제4권 제1호, 1993.
- 김일수·서보학, 『새로 쓴 형법총론』, 박영사, 2006.
- 김호기, 「객관적 귀속론에 대한 주관적/역사적 해석론에 입각한 반론에 대하여」, 『법학논총』 제23집 제2호 특별호, 2006.
- _____, 「형법학에서의 인과관계의 의미와 객관적 귀속론」, 『형사법연구』 제26호 특집호, 2006.
- 박상기, 『형법총론』, 박영사, 2009.
- 박운길, 「불법행위에 있어서 인과관계의 역할」, 『법학연구』 제19집, 2005, 155면 이하.
- 배종대, 『형법총론』, 홍문사, 2006.
- 신동운, 『형법총론』, 법문사, 2006.
- 오영근, 『형법총론』, 박영사, 2005.
- 이용식, 「객관적 귀속이론의 규범론적 의미와 구체적 내용」, 『서울대학교 법학』 제45권 제1호, 2004.
- _____, 「객관적 귀속이론의 규범론적 의미와 구체적 내용」, 『서울대학교 법학』 제43권 제4호, 2002.
- _____, 「객관적 귀속이론에 관한 일반적 논의」, 『서울대학교 법학』 제38권 제2호, 1997.
- 이재상, 『형법총론』, 박영사, 2008.
- 이재상/김영환/장영민 편역, 『인과관계와 객관적 귀속』, 박영사, 1995.
- 이정원, 『형법총론』, 대왕사, 2004.
- 임 응, 『형법총론』, 법문사, 2002.
- 임석원, 「객관적 귀속에 관한 의문점과 해석의 방향」, 『형사법연구』 제22권 제2호, 2010.
- 장영민, 「인과관계론에 관한 보완적 연구-합법칙적 조건설과 중요설을 중심으로-」,

『형사정책연구』 제18권 제3호, 2007.

정성근·박광민, 『형법총론』, 삼지원, 2008.

정영일, 『형법총론』, 박영사, 2010.

조 훈, 「객관적 귀속에 있어서 간과된 연결고리」, 『형사법연구』 제26호 특집호, 2006

한상훈, 「원인에 있어서 자유로운 행위의 연혁과 최근독일의 논의상황」, 『법학논총』 제
15집, 2002.

한스 벨첵 지음, 박은정 옮김, 『자연법과 실질적 정의』, 삼영사, 2001.

<Abstract>

Die Entwicklungsgeschichte der Lehre von der objektiven Zurechnung —insbesondere über die voluntative Zurechnung—

Prof. Dr. iur. Sung-Ryong Kim*

Die sog. objektive Zurechnung ist nicht nur ein fester Bestandteil in der deutschen Strafrechtsdogmatik geworden, sondern auch – wohl nicht ohne Ausnahme – von koreanischen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern als maßgebliches Kriterium im Rahmen der Kausalitätsfeststellung im Strafrecht angenommen. Es steht aber dem Autor nicht außer Frage, ob die objektive Zurechnung als Korrektur der Bedingungstheorie für die Kausalitätsfeststellung im Strafrecht eine solche Rolle spielen kann und soll. Um dieses Bedenken unter rechtshistorischer Sicht zu bewerten, wird es in dieser kleinen Arbeit unternommen, vor allem eine der traditionellen Zurechnungslehre, also die Lehre von der voluntativen Zurechnung skizzenhaft zu schildern, deren Kerninhalte zusammenzufassen, und die Andeutung der voluntativen Zurechnungslehre für die moderne Diskussion über die objektive Zurechnung herauszukristallisieren.

Alles in allem wird es klar gemacht, dass die Freiheit der menschlichen Handlung oder die Freiwilligkeit in der objektiven Zurechnung, die vor allem von Aristoteles, Pufendorf, Daries, Wolff, Kant, Hegel, Larenz, Honig, Welzel als Willenszurechnung angenommen wurde, den Ausgangspunkt bildet; dass die voluntative Zurechnung bis Welzel war im wesentlichen durch zwei Theorien bestimmt: die objektiv voluntative

* Kyungpook National University Law School

Zurechnung von Larenz und Honig, die finale Handlungslehre von Welzel. Ein wichtiger Streitpunkt zwischen beider Theorien ist die Frage, ob auf den konkreten Wille des Täters(im Sinne der finalen Handlungslehre) oder nur auf einen vom Täterwillen losgelösten abstrakten Willen(im Sinne der Möglichkeit einer Person) als Zurechnungsgrundlage abgestellt werden muß.

[Key Words] Zurechnung, imputatio, facti, iuris, Aristoteles, Larenz, Pufendorf, Hegel, entia, Urheber, Finalität, voluntativ, Zweck, libera, Welzel, Honig, Kant, Wille.

접수일 : 2010. 4. 1; 심사일 : 2010. 4. 8~15; 게재 확정일 : 2010.10. 6