

## <書 評>

# Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von  
Paul Bockelmann, Arthur Kaufmann  
Ulrich Klug

Vittorio Klostermann  
Frankfurt am Main  
1969

沈 憲 燮\*

本書는 1969년 3월 15일로 70세 生辰을 맞이했던, 너무나 銳利한 批判的 刑法學者요 法哲學者인 이미 은퇴한 뮌헨대학교수 칼·엔기쉬에게, 그의 生辰을 기념하여 41명의 동료교수들이 바친 논문들으로써 이루어진 論叢이다. 736面に 달한만큼 방대하다. 內容은 두 부분으로 나누어져, 첫 부분은 《法哲學, 法哲學史, 法理論》분야의 16편의 논문들으로써, 그 둘째번 부분은 《刑法, 刑事學(犯罪學), 刑事訴訟法》분야의 25편의 논문들으로써 편성되어 있다.

필자가 本論叢을 구입하자 1969/1970년 冬期방학은 시작되었다. 이 절호의 기간을 이용해서 마음에 드는 논문부터 읽어보기로 한 것이 몇편을 제외하고는 거의 모두에 평자의 무딘 눈길은 스며든 것이다. 너무나 기대가 컸음인지는 몰라도 섭섭하게도 훌륭한 논문들이 본논총에 많이 실려져 있지는 못한 것 같다. 그러나 매수에 제한을 받고, 다망한 가운데 쓰여지는 論叢의 논문들이고 보면 이 정도이면 획기적인 것 중의 하나임에는 틀림없다. 다만 Engisch 교수 자신이 발표한 이때까지의 저서와 논문들에 비휘할 만한 글이 몇편이나 있을까에 대해서는 장담할 수 없는 것이 서운할 뿐이다. 사실 이와 같은 論叢에 실린 논문들이란 응당 그 기증받는 이의 학문분야와 특히 그 사상에 직접 또는 간접으로 관련되어져 있는 것이 보통이다. 本論叢에 실린 논문들도 물론 그러하다. Engisch 교수의 思想에 讚辭를 아끼지 않는가 하면, 그것을 批判하거나 그 嫌소함을 지적해 보기도 하고 또 그의 思想에 실마리를 얻어 새롭게 이론을 전개해 보는가 하면, 그의 저서의 군데군데를 인용해 주

\* 崇實大學 助教授

는 호의를 나타내 보이기도 한다. 그런가 하면 아예 그의 사상과는 관계없이 현실적으로 문제되는 論題를 택하여 동 교수가 몸바쳤던 학문분야의 풍성한 발전에 기여하고 있는 것도 있다.

평자 자신도 論叢이 書評의 대상이 되기에 적합치는 않다는 것을 생각하고 몇 번이나 주저하였으나, 우리의 형편으로는 外國文獻의 紹介라는 低次元의인 意味에서 보아 무방하리라고 여기고 펜을 들어 보는 것이다. 論文 하나 하나를 차례차례로 소개해 보려고 했으나, 예상했던 원고 매수의 몇 배를 초과하여도 부족할 것 같아 우선 본논총에 실린 논문들만을 열거하고, 그 다음 논문 세편을 골라 상세히 언급해 보기로 하겠다.

처음의 《法哲學・法哲學史・法理論》의 분야에는 위에서 말한 바와 같이 16 편의 논문이 실려 있다.

Platon의 “Phaidon”의 法哲學的 解釋인 E. Wolf의 “Das Rechte selbst” ist unvergänglich, W. Preiser의 Zur rechtlichen Natur der altorientalischen “Gesetze”, Goethe의 法律觀을 流麗한 筆致로 다룬 Th. Würtenberger의 Wahrheit und Rechtsgesetz in Goethes Weltbild, Kant, Hegel의 刑法理論으로부터 告別할 것이 아니라(Klug), 그 現代의 意義를 찾아야 한다고 강조하는 H. Mayer의 Kant, Hegel und Strafrecht, Th. Viehweg의 Einige Bemerkungen zu Gustav Hugos Rechtsphilosophie, 意思自由을 다시 변호해 보려는 H. Welzel의 Gedanken zur “Willensfreiheit”, C. A. Emge의 Gedanken zur Selbstbeherrschung, 人間生活의 基本構造로서의 規範性을 다룬 P. Noll의 Die Normativität als rechtsanthropologisches Grundphänomen, 法的 問題의 論理的 取扱을 다룬 I. Tammelo의 Logical Structure of the Legal Norm and of Legal States of Affairs, Engisch의 〈命令說〉의 狹小性을 지적한 K. Larenz의 Der Rechtssatz als Bestimmungssatz, 法規範의 意味를 다양한 차원에서 다룬 W.G. Becker의 Die reale Norm. Die Rechtsnorm als spezifisches logisches Urteil, 法規範의 解釋・加工・適用을 다룬 W. Goldschmidt의 Einheit und Vielfalt des Begriffes der Normenhandhabung, 역시 法解釋論을 깊이 다룬 E. Betti의 Die Problematik der Auslegung in der Rechtswissenschaft, 〈類型〉的 考察의 可能性을 다룬 R. Zippelius의 Die Verwendung von Typen in Normen und Prognosen, 法에 있어서의 言語와 歷史性을 다룬 意味깊은 Arthur Kaufmann의 Die Geschichtlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik, 法解釋에 있어서의 主觀的 解釋의 〈實際的〉 必要性을 지적한 W. Naucke의 Der Nutzen der subjektiven Auslegung im Strafrecht 등이다.

다음으로 《刑法・犯罪學・刑事訴訟法》의 분야에는 25 편의 논문이 실려 있다.

D. Oehler의 Die Ausbildung von Frankreichs Internationalem Strafrecht in der Neuzeit, 慰藉料의 Genugtuungslehre를 취함으로 인해 (BGHZ 18, 149) 刑法과 民法 사이의 限界가 흐려져 가고 있지 않느냐를 염려한 H. J. Hirsch의 Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht, 構

成要件을 事態에 맞게끔 바르게(sachgerecht) 파악하고 해석하기 위해서는 좀더 넓게 行爲개념을 구성해야 한다는 H. v. Weber의 Bemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff, 그의 70세 生辰記念論叢(1961)을 계기로 <社會의 行爲論>의 始祖로 알려진 E. Schmidt가 스스로 同行爲論에 대하여 언급한 E. Schmidt의 Soziale Handlungslehre, 目的論理的·評價的 觀點下에서 <犯行>(Tat)개념을 量刑(擴張의 犯行개념), 中止未遂(全體的 犯行), 共犯(相對的 犯行)에 걸쳐서 전개시킨 D. Lang-Hinrichsen의 Bemerkungen zum Begriff der "Tat" im Strafrecht, 作爲에 의한 不作爲犯의 可能性을 상설한 C. Roxin의 An der Grenze von Begehung und Unterlassung, F. Geerds의 Zur Problematik der strafrechtlichen Deliktstypen, <法益侵害>의 觀念을 各論에서 뿐만 아니라 總論에서도 고려하여 不法構成要件의 理論을 구성하려는 E. Schmidhäuser의 Der Unrechtstatbestand, 歐洲共同體議會(Europarat)의 構成員國家들간의 <人權協約> 第2條가 獨刑法 第53條의 正當防衛의 解釋과는 無關함을 밝히려고 애쓴 P. Bockelmann의 Menschenrechtskonvention und Notwehrrecht, 確信犯(에호바증인의 兵役拒否)에 대한 西獨聯邦憲法裁判所の 判決들을 다룬 K. Peters의 Abschließende Bemerkungen zu den Zeugen-Jehovas-Prozessen, 機械的·技術的 生産의 영역에서 오늘날 증가일로에 있는 이른바 <技術規範>과 個個의 技術者, 나아가서 그 立法者의 刑法的 過失責任과의 關係를 오늘날의 過失犯理論에 의거하면서 상술한 Th. Lenckner의 Technische Norm und Fahrlässigkeit, 그 行爲가 없었더라면 <더 輕한> 犯罪的 結果가 발생했었을 것이라고 추정될 때 그 사람의 行爲를 刑法的으로 어떻게 평가해야 할 것인가의 경우에 언제나 개입되는 "conditio sine qua non"의 思想은 客觀的 構成要件에도, 不法에도, 責任에도 關係 없으며, 오로지 法官의 酌量減輕의 事由로서 고려될 뿐이라고 지적하면서 量刑論에 寄與하려고 한 G. Spendel의 Der conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmilderungsgrund, 現代醫學의 發展에 의한 移植手術의 성공으로 死亡의 時期문제가 크로즈·엠펜데움에 즈음하여 광범위한 醫學專門誌를 기조로, 종래의 견해를 비판하고 <腦의 죽음>(cerebraler Tod)이 사람의 死亡의 時期를 唯一하게 결정할 수 있는 것으로 보고, 그러나 이러한 죽음을 어떻게 <확정>할 수 있는가는 醫師에게 맡기려는 G. Stratenwerth의 Zum juristischen Begriff des Todes, 특히 單一的 正犯論(Einheitstäterlehre)의 導入을 주장한 G. Schwalm의 Zu einigen ungelösten Strafrechtsproblemen, 講義案으로 優雅하게 圖解된 K.A. Hall의 Der unrealistische Dieb und der poetische Betrüger, 國家機密의 分析을 꾀한 U. Klug의 Ungeschriebene Tatbestandsmerkmale beim Staatsgeheimnisbegriff, 非合法的 國家機密의 歷史와 오늘날 西獨刑法改正에서의 문제점을 잘 파헤친 H.-H. Jescheck의 Die Behandlung des sog. illegalen Staatsgeheimnisses im neueren politischen Strafrecht, 獨刑法 第160條를 可罰的 "Urheberschaft"의 특수 形式으로 볼 수 있다는 W. Gallas의 Verleitung zum Falscheid, R. Lange의 Ist die Bezahlung fremder Prozeßstrafen gemäß 888 oder § 890 ZPO Begünstigung?,

〈犯罪의素質〉의 개념은 포기되어야 한다는 A.E. Brauneck의 Zum Begriff der kriminellen Anlagen, 社會沮害者나 些少한 累犯들에 대한 勞作處分이나 豫防處分(拘禁)의 違憲性 및 刑事政策的 非現實性을 언급한 F. Schaffstein의 Die Behandlung der Gemeinlästigen und der kleinkriminellen Rezidivisten als kriminalpolitisches Problem, 未成年者에 대한 姦淫醜行을 예를 들어 犯罪(統計)學에서의 暗數에 크게 주목한 H. v. Hentig의 Dogmatik, Strafverfahren, Dunkelfeld, 獨刑訴法에서의 이론바 〈水平的 部分的 確定力〉을 다룬 W. Stree의 Teilrechtskraft der fortgesetzte Tat, 鑑定人的 증대되는 역할과 그 統制를 파헤친 E. Heinitz의 Grenzen und Zulässigkeit eigener Ermittlungstätigkeit des Sachverständigen im Strafprozeß, 獨刑訴法에서의 量刑(不當)만의 上告理由를 모색한 H.-J. Bruns의 Zum Revisionsgrund der "ungerecht" bemessenen Strafe 등이다.

이상으로 本論叢에 실려있는 論文들과 그 筆者를 살펴본 셈이다. 이제 評者는 위에서 말했듯이 主觀的인 見解에 따라 論文 세편을 골라 간단히 紹介・論評하고 싶다. 물론 많은 論文 가운데 세개를 고른다는 것은 어렵기도 하다. 특히 《法哲學...》부문에서는 Engisch교수에 의해 크게 開拓되었던 法規範의 意味, 法解釋論, 法適用의 論理的 構成 등에 대한 Tammelo, Larenz, Becker, Goldschmidt, Betti, Kaufmann, Naucke 등의 論文들이 있고, 이들은 꼭 紹介할만하다. 그러나 評者는 아쉬운 感을 억제하고 그 중 주로 刑法에 관계있는 論文 셋을 골라 보았다.

## H. Welzel, Gedanken zur "Willensfreiheit"(本論叢 91面~102面)

〈意思自由〉를 둘러싼 형법학의 논쟁은 끊임없다. Binding의 巨木에 v. Liszt의 햇불로 불 붙기 시작하여 Merkel의 折衷으로 어느 정도 일단락짓게 되었던 지 유명한 〈學派論爭〉은 오늘날의 學的 對決에서도 그 據點을 제공하고 있다. Engisch와 Welzel사이의 論爭의 再燃이 그것이다. 그 실마리는 Engisch가 1952년 5월 4일 베르린法曹協會에서 행했던 名講演文이자 同協會의 叢書 第10卷으로 출판된 Die Lehre von der Willensfreiheit in der Strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart(Berlin, 1963)에서 비롯되었다. 그는 同書에서 非決定論위에 서있는 西獨聯邦法院의 判例와 刑法改正案(1960)의 〈責任刑法〉에의 告白을契機로 삼아 다시 거슬러 올라가 〈學派論爭〉에서 오늘날에 이르기까지의 刑法哲學 분야에서의 意思自由와 刑事責任의 문제를 銳利하게 파헤친다. 그는 드디어 決定論인가 非決定論인가의 양갈래길에 서게 된다. 萬事解決로 보이는 듯한 非決定論의 態度에 懷疑를 품는 限, 確固한 眞理로서가 아니라, 다만 〈假設的으로〉(hypothetisch) 決定論을 받아드린다. 그러나 여기에 또한 防衛刑法인가 責任刑法인가의 선택에 부딪친다. 刑罰과 保安處分과는 구별되어야 한다는 확신을 가진 Engisch는 후자의 길을 택한다. 그러나 그가 責任非難을 自由로운 意思에가 아니라, 犯罪的 行爲가 흘러나온 行爲者의 性格에 연결시킨다. 이리

하여 이미 Herakleitos에서 Paul 使徒, Luther, Goethe, Schiller, Schopenhauer를 거쳐 Merkel, Graf zu Dohna, Seelig, Heinitz, 또한 民法學者 Coing 등이 변호하기에 이르렀던 〈性格責任論〉을 따른다. 특히 同書에서 Engisch는 Welzel의 理論을 6면에 달하도록 검토 비판했었다. 要約해 보면, 우선 存在論的 問題인 自由는 價值論的 問題와는 無關하다는 점, 合意味的 自己決定도 역시 〈決定〉된 것이라는 점, 確信犯과 같은 合意味的 犯罪도 있다는 점, Welzel의 論理대로라도 犯罪야 말로 非合意味的 意思이요 따라서 自由롭지 않은 意思라는 점등이다(32~37面). Welzel의 理論과는 관계없되 Welzel의 挑戰을 받게 된 것은 〈自由意識〉을 〈우리의 根源의 人格(性格)에 따라서 행위했다는 意識〉으로 본 점이다. 이에 대해 Welzel은 M. Grünhut-Gedächtnisschrift에의 寄稿로 예비되었고 單行本으로 출판되었던 „Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft (Marburg, 1964)에서, 처음으로 Engisch에 挑戰했다. 우선 自由는 價值와 無關하다는 점에 대해, 《先驗의이고, 倫理的으로 拘束力을 가진(verpflichtend) 生活意味의 受諾이, 〈法〉과 〈正義〉는 물론 〈自由〉와 〈責任〉에 대해서 意味깊게 도대체 말할 수 있고 문제삼을 수 있는 唯一한 前提이다》(同 16面)라고 批判했고, 〈自由意識〉을 인정은 하되 Engisch처럼 해석한다면, 그것은 犯行者 뿐만 아니라, 行爲의 法 不法을 결정하는 立法者에도 타당한 것이어서, 世界의 궁극적 說明根據가 〈人(性)格 相當性〉, 더 나아가서 〈순수한 事實性〉(Dilthey)으로 낙착되어 버리지 않을까 警告했다(15/16面). 이러한 Welzel의 抗議에 Engisch는 H. v. Hentig의 80세 生辰記念論叢으로 編輯된 Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (50 Jahrgang, Juni 1967 Heft 3—4)에 실린 „Um die Charakterschuld”에서 다시 자기의 입장을 방어하였다. Engisch는 意味內容에로의 定位와 因果的 決定은 相互排斥的인 것은 아니며(同 120面), 認識行動의 正當性이 根源的 性格에서 오는것은 아니지만, 그렇다고 해서 곧 正當한 認識, 評價, 意思行動은 因果的 決定 밖의 〈自由로운〉 것이라고 말할 수 있을까? 또 특히 認識에 관한 限 위대한 思想家의 天才的 着想에도 〈自由로운〉 行動이 아니라, 숨은 素質과 性向이 작용한다고 덧붙여 강조한다(同 120~121面). 나아가서 〈모든 實際的 決定에는 그것들이 因果的으로 決定되어 있다고 보는 것이 타당하다〉, 《거기에서 〈意味內容〉이란 그 固有한 因果的 힘, 말하자면 그 〈誘惑力〉을 가진다》고 論한다(同 121面). 이에 대해 Welzel은 偉대한 思想家의 天才的 着想이 정말 하나의 洞察인지, 그렇지 않고 하나의 錯覺에 불과한지는, 認識對象과의 〈自由로운〉 접근을 통해서만 가능하다고 주장한다(本論叢 95面). 本論叢에서도 認識行動의 意味志向性을, 특히 Nowakowski의 序文을 실은 M. Danner의 Gibt es einen freien Willen?(Hamburg, Kriminalistik Verlag 1967)에 대한 긴 批判에서 다시 강조한다. 또한 認識論議에 대한 이러한 結果를 意思自由의 문제에로 확장시켜 自由는 〈合意味的으로 定位되고 決定할 수 있는 可能性 또는 能力〉(102面)이라는 자기의 주장을 本論叢에서도 되풀이하고 있다. —Engisch와

Welzel의 論爭은 評者가 접근키 어려운 높은 次元에서의 그것인 것 같다. 意思自由의 문제를 궁극적으로 存在論的 문제로 보려는 Engisch와 價值論的 문제로 보려는 Welzel 사이에 相廻이 없을 수 없다. 또 評者의 견해로서도 意味의이든 反意味의이든 現實의 立法家나 法官이나 犯行者의 意思行動은 Engisch의 이론바 〈心理的 因果〉의 범위 밖에 놓여 있는 것 같지는 않다. 그러나 Engisch도 그의 著書 마지막에 〈形而上學的 思惟들으로써만 이러한 深淵에서 헤어나올 용기를 가질 수 있을 것이다〉라고 告白하였다. 여기에서 비로소 Welzel의 思惟는 여러 가능성 중의 하나로 자리잡게 되는 것이 아닌지 評者는 생각해 본다.

### E. Schmidt, Soziale Handlungslehre(本論叢 339面~352面)

Liszt의 살아있는 唯一한 弟子로서도 유명하며, 독일형법학계의 老指導者로서의 名譽를 한몸에 지니고 있는 E. Schmidt는 〈社會的行爲論〉의 始祖라고 불리어졌을 뿐 그 자신 行爲論을 본격적으로 전개시킨 적은 없었다. 本論叢에 실린 그의 同名の 論文은 비록 素描的이지만 그런 의미에서 意味가 크다. (1) 〈에덴〉동산이 아니라 〈社會的 共同體〉에서는 行爲는 우선 社會生活上의 觀念, 體驗, 慣習 등에 따라 파악될 수 있어야만하는 그대로 〈理解〉해야 하는 〈機能的인 社會的 意味(統一)體〉(funktionale soziale Sinnereinheit)로서 나타난다(341面). (2) 〈行爲〉의 成立에 〈사람의 身體〉가 어떠한 방법으로 가담되어 있는가는 根本的으로 役割을 하지 않는다. 따라서 自然主義的・因果的 行爲論의 誤謬를 벗어나야 한다. (3) 實質犯의 경우 〈意思行動과 結果 사이의 因果關係〉는 決定的 意味를 가지나, 行爲의 〈社會的 意味〉는 일반 等價說的인 因果觀念에서 解放되어야 함은 殺人者의 兩親의 出產行爲(그 자신 한때 Frank-Festschrift II, 119面 (1930)에서 이의 因果性을 인정하려고 했었다)와 兵卒의 死傷을 가져 오는 戰場에서의 命令權者의 攻擊命令行爲에서 명백히 들어난다. (4) 行爲의 〈결모습〉은 無色彩해서 行爲者의 意圖의 確定없이도 그 〈社會的 意味〉를 確定할 수 없다. (5) 하나의 일정한 〈結果〉는 아주 相異한 意味를 가진 行爲로 惹起될 수 있다. 싸움에서의 칼부림이 상대방의 膿腫을 더뜨려 낮게 한 경우와 그것에 대한 醫師의 治療行爲는 같은 結果를 가져왔지만 전혀 相異한 社會的 意味를 가진다. 〈醫師의 治療行爲〉는 그 社會的 意味上 결코 傷害罪의 構成要件該當의 〈行爲〉는 아니다. (6) 醫師의 正當한 手術이 死亡을 초래했을 경우, 그것을 일단 〈殺人行爲〉로 보고, 그 다음 違法性阻却 云云한다는 것은 危險性을 內包한 手術行爲의 〈社會的 意味解釋〉上, 처음부터 〈事物의 本性〉에 합치되지 않는다. 〈道路交通〉에서 交通規則을 지독히 준수한 交通參與者가, 그럼에도 다른 參與者를 害치는 경우도 달리 意味解釋을 할 수 없음은 마찬가지다. (7) 社會的行爲論만이 接續犯行(Fortsetzungstat)을 〈하나의 完結된 意味(統一)體〉로서 나타나게 하는 觀點을 밝힌다. (8) 〈社會的 意味符合性〉은 〈作爲와 不作爲〉를 包括하는 〈上位概念〉으로서의 〈統一的〉行爲概念을 가능케 하며, 〈不眞正〉 不作爲의 〈構成

要件該當性)은 <法律的(刑法的)評價>의 영역에 속하는 것으로서 保證義務의 侵害가 그것을 決定함은 <合意味的>이다. (9) 위에서 몇번이나 言及한 <事物의 本性>(Natur der Sache)이라는 思考形式은, 立法者나 法官에 대한 <足鎖>로나(Welzel, Stratenwerth), 存在를 法으로 둔갑케 하는 <呪文>으로 지나치게 생각할 것이 아니라, <事實的 生活關係에 결부된 意味>(Radbruch)로 보는 것이 적당하다. 따라서 이것은 당연히 法的 評價에로의 唯一한 連結點이기도 한 社會的 意味解釋에로 이끈다. 法은 意味에 充滿된 社會的 世界와 相互關係를 맺고 있지, 순수한 存在的 所與의 因果 經驗的 意味에서의 自然과는 관계없다. —이상으로 Schmidt의 說明을 要約해 보았다. 여기에 우리가 注目해야 할 몇가지 點이 있다. 우선 行爲는 <社會的 意味(統一)體>로서, 目的的 行爲論과는 달리 <客觀的·社會的>으로 <理解>하는 데서부터 決定的 意味를 얻는다는 점이다(Welzel도 行爲를 社會的 意味體로서 把握하는 점에서는 같다). 다음으로 (2)(3)에서 본 바와 같이 自然主義와 因果主義는 결코 決定的 役割을 하지 못한다는 점이다. 이러한 意味에서 <因果的> 行爲考察을 <自然主義的> 行爲概念과 <社會的> 行爲概念의 共通된 上位概念이라고 보는 見解(Maurach)는 是正되어야 마땅하다. 끝으로 가장 중요한 점은 <社會的 意味>에 따른 行爲把握이다. 社會的 行爲論에 同調하는 學者들 중에는, 혹은 <社會的 結果惹起作用>을 (Maihöfer), 혹은 <社會的 重要性>을 (Jescheck, Kienapfel), 혹은 兩者 모두를(Engisch), 혹은 여기의 Schmidt처럼 <社會的 意味>, 나아가 <事物의 本性>을 강조함으로써 서로 뒤안스가 있고, 이것이 治療行爲나 運轉行爲 등의 解釋에 差異를 가져올 것임은 물론이다. 어쨌든 Schmidt에 관한 限, <社會的 意味(Sinn)>의 意味부터가 우선 문제된다. 그가 <理解>하고 <解釋>하는 意味가 他者에 있어서는 다를 수 있고 심지어 <無意味> 내지 <反意味>로 <理解·解釋>될 수도 있다. 또 社會的 意味인지 自己만에 관한 意味인지 模糊한 경우도 있다(예컨대 外國에서의 同性間의 淫行, 獸姦 등——H.v.Weber, 本論叢 331面 참조). 또 規範判斷<단어> <意味있는> 그것을 決定한다는 暴決(Kelsen)에 따를 수도 없지만, 社會的 <意味>에서, <事物의 本性>에서 곧 <意味 있는> 規範判斷이 流出된다고 믿는다면 存在와 當爲 사이의 깊은 간격에 非合理的 煙幕의 橋梁을 놓는 격이 되고 말 것이다. 그의 <意味>에도 그 자신이 警戒한 立法者와 法官에 대한 <足鎖>나 存在를 法으로 둔갑케 하는 呪文이 도사리고 있지 않는다고 장담할 수 있을까? 評者의 杞憂에 不過하기를 바랄 뿐이다. 사실 社會的 行爲論에 대하여 評者도 한두번 受驗志를 통해(法政 No. 191, 61面, 同 No. 216, 55面) 언급했고, 觀點에 따라 規範的 領域과 前規範的 領域 사이의 境界線 안팎을 넘나들고, 따라서 意味論的 分析을 考慮치 않을 수 없는 行爲論의 位置로 보아, 지금도 <지나치게> 把握하지 않는 限 이에 따르고 싶다. 그러나 <完全한>(?) 解決은 결국 <立法者의 定義>에나 <目的論的 公理化>에 있을 것으로(Klug) 評者도 믿어 본다.

## U. Klug, Ungeschriebene Tatbestandsmerkmale beim Staatsgeheimnisbegriff

(本論叢 570面~583面)

本論叢에 실린 刑事法에 관한 論文은 西獨刑法改正法이 통과되기 이전의 것들이므로 해서, 그중 몇개는 주로 刑法改正에 관한 政府案이나 選擇(代)案에 대한 批判을 내용으로 하고 있다. U. Klug의 論文도 종래의 獨刑法 第99條 1項, 1962/1965년의 政府案 第393條의 國家機密에 관한 法律的 定義를 考察의 對象으로 삼는다. 즉 거기에서 國家機密은 <他政府에 대한 그 機密保持가 獨逸聯邦共和國이나 그 州의 하나의 安寧을 위하여 必要한 事實・對象・認識...등이다>로 定義되어 있다. 즉 國家機密이란 그 機密保持가 <必要한> 事實이다. Klug는 우선 이 定義는 <있어야 함> (Sein-sollen)에서 <있음> (Sein)을 이끌어낸 誤謬를 범하고 있음을 지적한다. 그 機密保持가 軍事機關이나 政府가 바람직하다고 생각되는 事實은 곧 機密事實이 된다(Spiegel 事件). 즉 <機密이어야 함>에서 <機密임>이 推論된다. 또 이미 알려져 있고 일반적으로 接近할 수 있는 事實들의 알려지지 않은 相互關係를 機密로 보는, 이른바 <모자이크說>(Mosaiktheorie)도 동일한 誤謬를 범하고 있다. 이것은 모두 法律的 定義가 事實의 機(秘)密現實, 즉 事實이 現實로 機密인 것을 無視한데 있다. 그러나 當該事實이 機密일 경우에 비로소 國家機密이 構成要件該當의으로 存在하지만 機密임의 概念을 잘못 해석함으로써 그릇된 結論을 이끌어 내기도 한다. 따라서 機密임에 必要한 徵表를 列舉해야 한다. (1) 機密은 <일반적으로 알려져 있지 않음>을 요한다. 그러나 일반적으로 알려져 있지 않은 事實은 機密일 수 있지, 機密이어야 하는 것은 아니다. 이 兩者의 同一視는 또한 <모자이크說>이 犯한 誤謬다. 일반적으로 알려져 있지 않음은 機密임의 條件이나 充分條件은 아니다. (2) <일반적으로 알려져 있지 않음>은 너무 漠然하다. 罪刑法定主義에 反한다. 따라서 機密客體는 <일반적으로 接近할 수 없음>을 요한다. <일반적으로 알려져 있지 않음>과 <일반적으로 接近할 수 없음>은 一致하지 않음으로 인해 本要件은 요구된다. (3) 이 兩要件이 具備된 모든 事實이 機密은 아니다. 거기에는 알 수 있는 者의 範圍를 <制限하는 措置를 取함>을 요청한다. (4) 위의 세 客觀的 要件을 具備하더라도 <機密保持意思>라는 主觀的 要件이 있어야 한다. 그렇지 않으면 機密이라고 볼 수 없다(예컨대 다만 衛生政策上 制限措置가 취해졌을 경우). 이러한 네 記述되지 않은 構成要件의 徵表는 立法者가 言及하든 않든, 機密概念에 必要한 徵表이므로 그 下位概念인 國家機密概念에도 必要한 徵表이다. 이러한 機密의 客體는 物理的이든 心理的이든 <現實的>(real)인 것이면 된다. 따라서 <事實, 對象 또는 認識>으로 할 것이 아니라, <事實>로만 해도 된다. 또 네개의 徵表를 갖춘 機密은 絶對的인 屬性을 가진 것은 아니며, 어디까지나 <相對的>이다. 一者에 대한 機密은



他者に 機密이 아닐 수 있다. 相對方이 仔細히 알고 있는 경우, 漏泄된 機密은 機密일 수 없다(물론 漏泄者의 不能犯成立은 있다). 이리하여 上記 兩條文에서의 定義를 批判하고, <國家機密이란 그 熟知가 安全措置를 통하여 일정한 機密保持者의 범위에서 制限되어 있고 또 다른 國家(Macht)에 알려짐이 경우에 따라 獨逸聯邦共和國의 國土防衛에 重大한 損害를 惹起시키기에 알맞는 그런 事實 또는 認識들이다>라고 한<刑法各論代案>의 法律的 定義가 위에서 言及한 네 構成要件의 徵表 모두를 잘 表現한 것이라고 論한다(§A 14 des Alternativentwurfes eines Strafgesetzbuches, Bes. Teil, Politisches Strafrecht, Tübingen, 1968).——이상으로 Klug의 論旨을 더듬어 보았다. 存在에서 當爲가 推論될 수 없듯이, (存在概念을 바꾸지 않는 限) 當爲에서 存在가 이끌어내어질 수 없는 것도 사실이다. 이 明白한 論理에 反한 法律的 定義나 解釋上的 理論(모자이크說)은 批判되어 마땅하다. Klug의 論旨에 의하면 國家機密의 概念은 實質的 徵表 뿐만 아니라, 形式的 徵表도 가지고 있고, 하나의 折衷된 形式的・實質的 構造로서 나타난다. 순수한 形式說(Roeder)도 拒否되는 동시에, 實質說(支配說)도 어떤 意味에서는 補完을 必要로 하게 된다. 方法論的으로 보아 國家機密의 定義도 주로 <意味論的 定義>중 특히 <分析的 定義>, 즉 言語慣行의 分析에서 精確한 內容을 얻게 되고 그것이 또한 體系符合的이라는 것이다. Klug의 全論旨은 이러한 方法論的 基礎 위에 서있는 것이다. 그러나 <法>에는 立法者가 일반적인 見解와는 다른 獨自의인 言語慣行을 確定할 수 있는 것이 사실이다. 즉 <綜合的 (또는 創設的) 定義>의 可能性이 훌륭히 존재한다. Klug도 승인하듯이 이렇게 되는 경우에는 너무나 넓은, 法律擬制的 機密概念이 되고 말 것이나, 그러나 거기에 <合目的性>이 있다면? 그러면 그 限界는 <모자이크說>도 마찬가지일 것이다. 이것은 다시 <價値評價>의 문제일 것이다. 어쨌든 우리 刑法 第98條에는 國家機密의 定義는 고사하고 심지어 그 概念조차 言及이 없고 그 一切를 法曹의 法學界에 맡기고 있어 正規線을 찾지 못하고 있는 현실로 보아 Klug의 論文은 큰 意味가 있다 하겠다.