

도 없이 그냥 通讀만 하고 書評을 쓰게 된 것을 송구스럽
게 생각 하며 或是 著者の 意圖를 잘못 把握하지 않았
을까 念慮된다. 紙面의 制限으로 좀더 仔細한 評을 하지
 못한 것을 遺憾으로 생각하며 著者の 「戰時篇」이 하루 速
히 世上에 나올 것을 期待하면서 이만 그친다.

朴 觀 淑

〈筆者——梨大教授〉

Deutsche Beiträge zum VII Internationalen Straf-
rechtskongress in Athen vom 26. September bis
2. Oktober 1957

Herausgegeben von Edmund Mezger (München).

Hans-Heim. Jescheck (Freiburg) • Richard Lange

(Köln)

Sonderheft der Zeitschrift für die gesamte Strafrechts-
wissenschaft. Berlin 1957

1

이 책은 一九五七年 九月 二六일에서 十月 二일 사이
에 그리스의 아테네에서 열렸던 第七回 國際刑法學會의
제출된 독일 측의 論文을 모아서 편집한 것이다. 이 책
을 편집한 사람들 중에서 「메저거」교수가 그 대표로 되

어 있는 것을 보아도, 우리는 곧 이 책이 目的的行爲論의
「멘델」교수와는 반대의 입장에 있는 학자들이 주동이 되
어서 꾸며낸 것임을 알 수가 있다. 그리고 이 책은 독일
의 유일한 종합적 형법학 잡지인 「全刑法學雜誌」(Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft)의 一九五
七년도 附錄으로서 출간되었다.

이 책에서 취급된 데마는 전부 넷이다. 그리고 대마
마다 하나 이상 넷까지의 논문이 해당되어 있는데, 이
제 그 내용을 보면 다음과 같다.

제 1 데마 刑法에 있어서의 正犯과 共犯의 概念의 發
展 最近의 發展 (Die moderne Entwicklung der Begriffe
Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht)

이 데마는 威斯特伐利亞의 「부르크」(Wilhelm Gallas,
Heidelberg) 「부르크」(Paul Bockelmann, Göttingen)
「부르크」(Hans Dahn, Bonn) 「부르크」(Günter Blau,
Hannover) 등의 4명의 논문이 실려 있다.

제 2 데마 刑罰 또는 保安處分을 確定하는 데 있어서 法
官이 가지고 있는 裁量自由의 統制 (Die Kontrolle der
Ermessensfreiheit des Richters bei der Festsetzung
von Strafen und sichernden Massregeln)

이 데마는 威斯特伐利亞의 「부르크」(Richard Busch, Karls-
ruhe) 「부르크」(Herbert Kritte, Düsseldorf) 「부르크」

슈넬트」(Werner Sarsiedt, Berlin)의 한 세 편의 논문이 실려 있다.

제3테마 刑事判決이 가져오는 法律的・行政法的・社會的效果(Die gesetzlichen, verwaltungsrechtlichen und sozialen Folgen der strafgerichtlichen Verurteilung)

이 테마의 관할자가 「함스너트」(Ernst Heimitz, Berlin) 「페라이히」의 수탁첼베르크(Ferdinand Freiherr von Stackelberg, Karlsruhe)의 한 두 편의 논문이 실려 있다.

제4테마 航空機에 搭乗하고서 行한 犯罪와 그 效果(Die an Bord von Luftfahrzeugen begangenen Straftaten und ihre Folgen)

이 테마의 관할자가 「헤세그」(Hans-Heinrich Jeschke, Freiburg)의 두 편의 논문이 실려 있다. 부록이 제4테마에 관하여는 「마이어」(Alex Meyer)의 발표도 있었으나 이 논문은 그리사츠크에서 먼저 출판해 버렸으므로 이 책에서는 실리지 않기로 하였다 고 저문에 밝혀져 있다.

이 책은 물론 독일판으로 되어 있지만 각 논문마다 간단한 불문란서말의 résumé(Zusammenfassung)가 붙어 있어서

정리하기에 참으로 편리하다.

이 책에 실려 있는 테마는 모두 넷이지만, 그중에서도 내가 특별히 흥미를 가지고 읽은 것은 共犯에 관한 제1테마 뿐이었으므로, 여기에서는 다만 이 부분에 관한 내용 소개만을 하기로 한다. 이 책은 전부가 二・八 페이지이지만 그중에서 이 共犯에 관한 부분만이 九七 페이지를 차지하고 있고, 그리고 이 테마에 관하여는 특별히 네 개의 논문이 배당되어 있는 것을 보아도, 이 책의 가치는 이 제1테마에 있는 것이라고 단정해도 과언은 아닐 것이다.

二

제1테마는 「앞에서도 말한 바와 같이, 「正犯과 共犯」에 관한 것이고, 그리고 이 테마에 관하여는 네 사람의 논문이 실려 있다. 그중에서도 처음에 나오는 「갈라스」교수의 논문은 그 분량이 四五 페이지나 되며, 다른 세 사람의 논문에 비하여 가장 그 비중이 무거운 것으로 생각된다.

그러면 「갈라스」교수의 논문 중에서 몇가지 이론을 알아 보기로 하자.

독일 형법에서는 正犯과 共犯을 엄격히 구별하고 있다. 正犯이 무엇인가에 관하여는——間接正犯에 관한 제四七조의 규정을 제외하고는——형법상 아무런 定義도

내려진 것은 없고, 그리고 共犯에 관하여는 教唆犯(제四八조)과 幫助犯(제四九조)의 둘이 구별되고 있다. 教唆犯과 幫助犯은, 그것들이 모두 단독으로는 범하여질 수가 없고 다른 行爲에 加擔함으로써만 비로소 가능하다는 점에서, 비슷하다. 즉, 共犯은 正犯을 前提로 하고 있다(共犯의 從屬性)。더 나아가서 共犯은 正犯의 行爲에 「故意로써」가담하는 것만을 말하며, 「過失에 의한 加擔은 독일 형법상으로는 共犯의 개념 속에 들어가지 않는다. 그리고 또한, 教唆犯은 共犯과 同一한 刑으로 처벌되지만, 幫助犯은 共犯에 비하여 그 刑을 減輕한다——이상 말한 것이 독일 형법상 共犯에 관한 理論의 골자가 된다(그리고 「共犯의 從屬性」에 관한 論爭이 있는 것을 제외하고는 우리 형법상으로도 동일한 이론이 통하고 있다는 것을 독자도 곧 알 수가 있을 것이다)。

그런데 이러한 共犯理論 중에서 아직 만족할 만한 해결을 짓지 못하고 있는 부분은 「正犯과 共犯」을 어떻게 구별하는가 라는 문제이다. 즉, 그것은 間接正犯과 幫助犯 또는 間接行爲者와 教唆者를 어떻게 구별하는가 라는 문제이다. 예를 들어 말하면, 情을 알고서 犯罪場所를 제공해 주는 것이 間接正犯인가 또는 幫助犯인가, 그리고 社長이 社員에게 자기를 위하여 詐欺罪를 범할 것을 요구하고 만일 이에 응하지 않으면 파면시킨다고 위협하는 것

이 教唆犯인가 또는 間接正犯인가. 이러한 문제에 관하여 종래의 독일 형법 학계에서는 主觀說과 客觀說이 대립되어 있었지만, 이것들은 모두 이 문제를 해결하기에는 불충분한 것들이었다. 왜냐 하면 이것들은 모두 正犯과 共犯의 行爲를 「因果의」으로만 보았고, 특히 主觀說은 正犯과 共犯의 行爲者의 「行狀」(Lebensführung, comperentem)의 차이를 고려에 넣지 않았기 때문이다. 오늘날의 刑法은 점차로 心情刑法法(Gesinnungsstrafrecht)의 방향으로 움직여가고 있으며, 이에 따라 아주 최근에는 行爲의 「目的性」(Finalität, finalité)에 착안함으로써 주관설과 객관설을綜合해 보려는 새로운 학설이 생겨나기에 이르렀다(여기에 「目的性」이라는 말이 있다고 해서 곧 「벨첼」일파의 目的的 行爲論을 연상하지 말기를 바란다 「갈라스」는 「벨첼」과는 반대 입장에서 있으며, 도리어 「메츠거」에 가깝다는 것을 독자는 주의하라 「메츠거」입파에서도 「벨첼」에 못지 않게 「目的性」을 강조하고 있다는 것은 주지의 사실이다)。그리고 이 새로운 학설에서는 「行爲支配」(Täterschaft, maîtrise d'action)가 있으면 正犯이 되고, 그리고 이러한 他人의 行爲에 犯行을 教唆하는가 또는 기타의 방법으로 幫助하면 共犯이 된다고 해석한다。「갈라스」가 말하는 이 새로운 학설이라는 것은 「메츠거」의 Dolusheorie 그리고 「벨첼」의 Anstusheorie를 말

하는 것으로서, 이것은 즉 「自己의 罪를 犯하려는 意思」(animus auctoris)를 가지고 行하면 正犯이 되고, 그리고 「他人의 罪에 加功하려는 意思」(animus socii)를 가지고 행하면 共犯이 된다고 보는 것이다.

다음에, 共犯理論에 있어서는 다음과 같은 또 하나의 문제가 생긴다. 그것은 즉 소위 「共犯의 從屬性」에 관한 것인데, 共犯은 正犯에 종속하여 처벌된다고 하지만, 그 종속의 程度 또는 範圍는 어느 한도까지인가 라는 문제가 바로 이것이다. 일반적으로 독일 학자들은——독일 형법 제五〇조——한을 근거로——소위 「制限된 從屬性說」(limitierte Akzessorität)을 취하고 있다. 다시 말하면 共犯이 처벌되기 위하여는 正犯의 行爲가 構成要件에 該當하고 또한 違法한 필요는 있으나, 그 이상 더 나아가서 正犯者에 責任이 있어야 할 필요는 없고, 責任의 有無——따라서 처벌의 可否——에 관하여는 共犯者에 관하여 개별적으로 논한다는 것이다.

그러나 이에 관하여는 문제는 결코 간단하지가 않다. 종래의 통설에 의하면——따라서 「갈라스」의 견해에 의하면, 責任의 요소로서는 故意와 過失의 둘을 들 수가 있는데, 가령 故意없는 行爲者에 다른 사람이 故意를 가지고 이에 가담한다면——그 行爲者의 行爲가 構成要件에 해당하고 또한 違法한 것인 이상——「制限된 從屬性說」에

의하여 이 加擔者는 共犯으로서 처벌되어야 하는 것으로 해석될 것이다. 그러나 보통 이때에는 다른 사람의 行爲를 利用한 加擔者 자신의 間接的 行爲가 있다고 하여 이것을 間接正犯으로 보는 것이 일반으로 되어 있다. 따라서 間接正犯과 共犯의 구별이 불가능하게 되므로, 여러 가지 점을 고려하여 「갈라스」는 「故意犯에 대한 加擔犯에 있어서는 正犯者의 故意行爲를 前提로 한다」라는 결론을 내리고 있다(二四페이지)。다음에는 「過失犯에 대한 加擔犯」인 경우인데, 過失犯에 대한 教唆犯이 불가능하다는 것은 곧 알 수가 있는 일이지만, 過失犯에 대한 幫助犯은 가능한가라는 문제는 있을 수 있다. 물론 이에 대하여도 「制限된 從屬性說」을 취하는 독일의 통설에서는 「過失犯에 대한 幫助犯」은 있을 수 없다고 보고 있지만, 본래 幫助行爲는 教唆行爲와는 달라 그 종류의 제한이 없이 어떤 것도 다 포함할 수 있는 것이므로, 따라서 그것이 특별히 間接正犯을 구성하는 경우를 제외하고는 그러한 幫助犯도 가능하다고 단정하는 것이 「갈라스」의 결론이었다(二九페이지)。

이밖에도 「갈라스」는 특수 문제에 관하여 몇가지론 언급하고 있다.

이제「테마에 관하여는——앞에서도 말한 바와 같이「복켈만」, 「다아스」, 「볼라우」 등의 논문이 실려있

지만, 大同小異하므로 지면 관계상 여기에서는 그 내용 소개를 생략한다. 특히 「물라우」判事는 共犯理論에 관한 史的考察을 하고 있는데, 이것은 우리에게 많은 참고가 될 것이라고 생각한다.

III

지면 관계로 共犯에 관한 네 학자들의 이론의 물자나 마충분히 소개하지 못하는 것은 유감스러운 일이지만, 그러나 다행히도 독일 학자들의 이에 관한 새로운 共犯理論을 그대로 반영한 「刑法改正草案」의 一九五六년 一二월 에 발표된 것이 있으며, 이것은 이 책의 四二—四四 페이지에 실려있으며, 이것은 다음과 같이 정의를 하고 있다. 「凡은 二人以上이 공동의 목적을 가지고 한 자(수인)나 한 자의 단독 행위를 공동 행위로 보거나 또는 한 자의 단독 행위를 二人以上이 공동의 목적으로 한 자(수인)로 보거나 하는 것」이다.

Entwurf eines Strafgesetzbuchs(All. Teil)

nach den

Beschlüssen der Grossen Strafrechtskommission

in erster Lesung

Dritter Abschnitt Die Tat

Dritter Titel Täterschaft und Teilnahme

§ 28 (Täterschaft)

(1) als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst ausführt.

(2) Als Täter wird auch bestraft, wer vorsätzlich die Straftat durch einen anderen ausführt, der ohne Vorsatz oder trotz Vorsatzes schuldlos handelt oder bei dem nicht die besonderen persönlichen Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände (besondere persönliche Merkmale) oder besonderen Absichten vorliegen, welche die Strafbarkeit begründen.

§ 29 (Mittäterschaft)

Führen mehrere die Straftat gemeinschaftlich aus, so wird jeder als Täter bestraft.

§ 30 (Anstiftung)

Als Anstifter wird gleich einem Täter bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen rechtmäßig begangener Tat bestimmt hat.

§ 31 (Beihilfe)

(1) Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem

anderen zu dessen rechtswidrig begangener vorsätzlicher Tat Hilfe geleistet hat.

(2) Die Strafe des Gehilfen richtet sich nach der Strafandrohung für den Täter. Die Strafe ist nach § 65 Abs. 1 zu mildern.

§ 32 (Irrtum über den Tätervorsatz)

(1) Wie ein Anstifter wird bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen rechtswidrig begangener Tat in der irrigen Annahme bestimmt hat, der Täter werde bei der Begehung vorsätzlich handeln.

(2) Entsprechendes gilt für die Beihilfe.

§ 33 (Besondere persönliche Merkmale)

(1) Liegen besondere persönliche Merkmale, welche die Strafbarkeit des Täters begründen, beim Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe) nicht vor, so ist dessen Strafe nach § 65 Abs. 1 zu mildern.

(2) Bestimmt das Gesetz, dass besondere persönliche Merkmale die Strafe schärfen, mildern oder ausschliessen, so gilt das nur für den Beteiligten (Täter oder Teilnehmer), bei dem sie vorliegen.

§ 34 (Selbständige Strafbarkeit des Beteiligten)

Jeder Beteiligte wird ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld bestraft.

§ 35 (Versuch der Beteiligung)

(1) Wer einen anderen zu bestimmen versucht, ein Verbrechen auszuführen oder zu ihm anzustiften, wird nach den für den Versuch des Verbrechens geltenden Vorschriften bestraft. Die Strafe ist nach § 65 Abs. 1 zu mildern.

(2) Ebenso wird bestraft, wer sich bereit erklärt, wer das Erbieten eines anderen annimmt oder wer mit einem anderen ~~we~~ abredet, ein Verbrechen auszuführen oder zu ihm anzustiften.

(3) Machen besondere persönliche Merkmale ein Tat zum Verbrechen, so gelten die Absätze 1 und 2 nur dann, wenn die Merkmale bei dem vorliegen, der die Tat ausführen soll. Im übrigen gelten die §§ 33 und 34 entsprechend.

§ 36 (Rücktritt vom Versuch der Beteiligung)

(1) Nach § 35 wird nicht bestraft, wer freiwillig

1. den Versuch aufhört, einen anderen zu einem Verbrechen zu bestimmen, oder, wenn dessen Begehung zu besorgen ist, die Tat verhindert,

2. nachdem er sich zu einem Verbrechen bereit erklärt hatte, sein Vorhaben aufgibt,

3. nachdem er ein Verbrechen verabredet oder das Erbleiten eines anderen zu einem Verbrechen angenommen hatte, die Tat verhindert.

(2) Unterbleibt die Tat ohne Zutun des Zurücktretenden oder wird sie unabhängig von seinem früheren Verhalten begangen, so genügt zu seiner Straflosigkeit sein freiwilliges und ernsthaftes Bemühen, die Tat zu verhindern.

黃 山 德

〈筆者—本大學副教授〉