

서도 著書의 勞苦의 程度를 窺知할 수 있다.

끝으로 法典編纂委員會의 草案에 對한 立法論의 批判은 앞으로의 新商法の 制定에 있어서 既示한 바 體系的인 見解와 더불어 立法方向을 示唆하는 바 적지 않을 것이다. 이렇듯 위에서 紹介한 本書의 諸特徵은 그것이 從來의 商法解說書等의 傾向과 色을 달라 하고 있다는 데서만 意義가 있는 것이 아니라, 立法、實務界 그리고 學界에 있어서 商法이 나아갈 새로운 方向을 指示하여 주며, 斯界에 寄與할 바 貢獻이 크다 할 것이니 이點에 한층 더 重大한 意義를 가졌다 할 것이며, 就中 우리나라 商法學發達의 하나의 커다란 里塚이 될 것을 믿어 마지 않는다.

孫 殊 瓊

〈筆者——本大學講師〉

朴文福著

刑法總論

四二八六年十月 現行刑法實施以後、今日까지 十數種의 刑法解說書乃至 教科書가 나왔다. 처음에는 주로 實務家에 依한 著書가 나오더니、最近 二三年間에는 各大學의 現役教授의 著作이 나오게 되었다. 이中에는 力作도 있고 韓國의 刑法學界의 理論水準을 높인 著書도 있었

다. 그러나, 우리가 보기에는 多數의 著書가 그 理論의 展開에 있어, 또는 現行刑法規定의 解明에 있어 未及한 著書도 있었다고 본다. 今般、朴文福教授의 「刑法總論」은 이러한 未及한 點을 充足시켜 줄 것으로 믿는다.

現在 우리의 刑法理論이 所謂 主觀主義와 客觀主義의 理論對立으로 發展하고 있다. 右의 여러 著作中에는 主觀主義理論을 根幹으로 하여 論述된 것도 있고, 客觀主義의 理論을 中核으로 한 것도 있다. 우리가 보기에는 서울法大의 黃教授、大邱大의 白教授、筆者等이 客觀主義의 理論을 展開한다고 본다. 그런데 朴教授의 今般著書는 教授自身이 그 序言에서 「本派를 구태어 學派로 色別하자면 그는 傳統的 刑法理論 即 舊派(所謂 客觀主義理論)에 屬한 것이 라고 할 수 있다」라고 말한 바에 依하여 明白히 客觀主義의 理論에 屬하는 것이다. 勿論 客觀主義의 理論을 採擇한다고 하여도 그 細部の 理論展開의 方法이 다르다. 그러나, 이러한 傾向의 著書들이 罪刑法定主義와 構成要件의 理論을 堅持하여 理論으로서의 刑法을 堅固히 하고, 實踐的으로는 國民의 權利自由를 保障하는 데에는 同一하다. 그러나 筆者와 同一傾向에 있는 朴教授의 著書를 筆者가 評한다는 데에는 適任이 아닐 줄 안다. 그러나, 細部에 있어서 는 筆者와 所見을 달리 하는 點도 있고 또 編輯者의 要求도 있으니, 몇가지 點에 있어 생각하는 바를 적어 본다.

二

本書가 教科書이기 때문에인지 右의 基本立場以外에 二가지 새로운 것은 없다고 본다. 著者가 M. E. Meyer 瀧川의 學說을 祖述하였지 이를 넘어 새로운 무엇을提示하였다고는 보이지 않는다. 第二次世界大戰後 西獨에서 再燃된 所謂目的的行爲論에 關하여서도 著者는 教科書에서 取扱하는 것이 適當하다고 생각하지 않는다는理由로 具體的으로 論及을 避하였다. 그러나 著者가 國內의 學者의 主要學說을 引用, 批評하고, 現行法規에 對한 所見을 披瀝하였음은 좋은 傾向이라고 하겠다. 그리하여 著者는 「무엇보다도 本稿를 契機로 하여 國內의 論著를 根據로 한 學問的論議가 展開되기를 希望한다」고 하였음은 우리 學界의 나간 길을 指示하여 줌과도 같다.

著者가 全般的으로 보아서 느낀 것은 第一編 緒論 第四章 犯罪原因論을 取扱한 것이다. 著者는 第一編 緒論 第一章 冒頭에서 「犯罪는 社會環境과 個人的 素質에서 생기는 現象이며 疾病, 貧窮, 自殺等과 同一한 內容이다. 犯罪는 社會生活에 隨伴하는 現象이라고 할 수 있다」라고 하고 페리의 學說을 紹介引用하고 있다. 從來 犯罪原因論은 刑事政策에서 取扱하던 것이고 刑法學에서는 이에 對하여 깊은 取扱을 하지 않았다. 規範的인 刑法學에서 特別 舊派理論에서 事實的 社會的인 犯罪에 對한 研究가 疎忽히 되었었다. 그러나, 舊派理論을 採用한다 하더라도, 現在 社會的 現象으로서의 犯罪의 原因을

다루어 새로운 理論을 展開시킨다는 것은 重要하다고 본다. 이에 있어 著者의 着眼은 옳다고 보겠으나, 愆心을 말하면 事實的인 犯罪을 如何히 하여 規範的인 刑法과 結付시키느냐의 問題일 것이다. 이에 對한 著者의 앞으로의 理論展開가 斐然되는 바이다.

또 다음 著者와 意見을 달리 하는 主眼한 몇가지 點을 들어 보겠다. 爲先 著者는 因果關係問題에 있어 亦是 M. E. Meyer 瀧川의 線을 따라 이의 無用論을 主張하고 있다. 「刑法에서 結果에 對한 原因이 어느 範圍까지 溯及하느냐의 問題는 結局 責任의 範圍에 一致하다고 할 수 있다. 이리하여 (1) 因果關係論으로서 責任論과 別途로 結果와 原因間의 規範的價值的關係를 決定한 必要가 왜 要求되느냐 (2) 價値問題와는 全然分離하여 事實的關係를 理論的으로 取扱할 必要가 왜 있느냐에 關하여 疑問을 갖게 된다」(二四五面)이라고 하고 있다. 그러나 一旦 一般理論을 떠나고도 現行法 一七條의 規定으로서는 이 因果關係無用論은 成立되지 않으리라고 본다. 다만 刑法 一七條 「어떤 行爲라도 罪의 要素되는 危險發生에 連絡되지 아니한 때에는 그 結果로 因하여 關하지 아니한」의 規定을 어떻게 解釋하느냐의 問題만이 남는다고 본다. 그러나 爲先 「罪의 成立要素되는 危險發生」이 무엇을 말하느냐? 이에 있어 이 規定은 法益侵害 또는 侵害의 危險發生을 要하는 犯罪에 있어서 行爲(作爲)와 結果間에 要求되는 因果關係가 缺如된 때에는 그 結果를

行爲者의 所行으로 볼 수 없고 따라서 犯罪가 成立되지 아니함을 明示한 規定인 것이다. 그러나 「罪의 要素는 危險發生」이라고 함은 이를 詳細히 쓰면 「罪의 成立要素인 事實에 對한 危險發生」이다. 다시 말하면 「構成要件에 對한 危險發生」이다. 그러면 刑法第一七條는 「어떤 行爲라도 構成要件에 對한 危險發生에 連結되지 아니한 때에는」이 되는데 이는 말이 重複되므로 이를 整理하면 本條의 規定은 「어떤 行爲라도 構成要件에 該當하지 아니한 때에는 그 結果로 因하여 罰하지 아니한다」라는 뜻으로 일게 된다. 이는 所謂 構成要件의 因果關係說이라고 解釋된다(筆者의 刑法講義 六七面參照).

다음은 共犯理論에 있어서의 問題이다. 刑法理論이 主觀과 客觀과의 對立을 보임에 있어 特別히 共犯理論에서 그 樣相이 뚜렷하다. 그리하여 現行刑法의 共犯規定에 對하여, 이를 共犯獨立性의 立場에서 解釋한 것이나, 共犯從屬性의 立場에서 解釋한 것이나에 對하여는 많은 理論討論을 要한다. 또 同一한 從屬性을 支持하는 派에 있어서 도어느 程度의 從屬性을 要하느냐에 따라, 學說이 分離될 것이다. 이는 現行刑法이 從來 學說과 判例로 認定되었던 間接正犯의 規定을 두게 되므로 이에 對한, 明確한 理論이 要求되는 바이다. 이에 있어 著者는 「現行刑法은 極端的從屬形態의 立場을 取하고 있다고 생각된다」(三一面以下參照)고 하고 그 證據로서 세가지를 들고 있다. 또 다음 著者는 다음과 같이도 말하고 있다. 「現行

刑法은 極端的從屬形態의 立場을 取하였다고 생각하는 것이 많은 問題를 解決함에 있어서 便利하며, 日常生活의 觀念에도 適合한다. 그러나, 이것만으로서 共犯의 諸問題全體를 解決되었다고는 할 수 없다 間接正犯의 認定의 與否, 所謂 共謀共同犯罪을 어떻게 取扱하느냐, 身分犯의 身分者가 非身分者를 利用하였을 境遇를 어떻게 取扱하느냐 等等의 問題는 極端的從屬形態의 共犯理論으로서 解決하기 困難한 것이다. 이러한 問題는 理論的인 것 보다는 立法的인 問題에 屬하며, 決定的인 解決은 立法手段에 期待할 道理밖에 없다」고. 著者는 結局에 가서는 現行刑法을 極端的從屬形態로 보는 것에 相當한 懷疑를 갖고 있는 것은 事實이다. 그러나, 우리는 現行刑法 共犯規定의 全體의 趣旨을 보아, 直接的으로는 刑法第三一條과 第三二條의 規定의 解釋으로써 現行刑法은 制限的從屬形態를 取하고 있다고 본다. 그 理由는 다음과 같다. 即 第三一條은 「他人을 教唆하여 罪를 犯하게 한」者라고 또 「罪를 實行한者라고 하고 있다. 第三二條는 「他人의 犯罪를 幫助한」者라고 하고 있다. 여기에 있어 「罪」 및 「犯罪」를 생각하면 被教唆者의 行爲가 犯罪의 成立要件의 全部를 具備할 것을 要求하고 있는 것으로 보이나, 犯罪를 「實行」케 함으로써 足하다고 본다. 그러므로 客觀적으로 犯罪의 「實行」이 있으면 足하고, 行爲者에게 歸責시킬 수 있는나와 問題는 別個인 것이다. 다음 이러한 理論은 第三一條二項三項에서 發展되고 있다

본다. 특히 同條第三項「教唆를 받은자가 犯罪의 實行을 承諾하지 아니한 때에도 教唆者에 對하여는 前項과 같다」라고 하고 있음은 共犯이라 함은 實行行爲가 어느 것이든지 犯罪의 構成要件에 該當하는 違法行爲、最少限構成要件을 違法하게 實行하는 行爲임을 要件으로 하여 成立하고, 實行行爲者가 있던가 없던가를 不問한다는 뜻으로 解釋된다. 또 우리는 第三四條一項의 間接正犯의 規定中「教唆 또는 幫助의 例에 依하여 處罰한다」라고 한 것은 間接正犯을 擴張의 共犯概念에 包攝시키는 態度를 취하며 制限的從屬形態의 理論의 인 뒤받침을 하였다고 한다.

三

이외의 點에 있어서도 論評할 點이 있으나 紙面關係로 이만 하여 두겠다. 本書는 「標準的教科書로서 必要하다고 認定되는 各學派의 主要學說을 빠짐없이 具體적으로 本稿에 紹介하기爲하여 努力을 하였고 특히 國內學者의 主要學說을 引用批判하였으므로 力作임에도 틀림없다. 다만 恣心을 말하면 大陸法의 先進國家 特別 獨逸에 있어서의 最近의 學說과 英美法에 關한 比較研究가 있었으면 한다. 著者が 많이 紹介한 것은 現代日本學者의 說이다. 學問하는데 있어 偏狹性을 主張하는 것은 아니다. 또 一面 日本學說이 배우기 쉬운 點도 있을 것이다. 그러나 우리가 學問하는데에는 이제 日本學者의 說을 넘어 直接 所謂原典에서 따드려야 하지 않나 한다. 또 英

美法에 關한 比較研究라 함도 우리나라 學者 그 中에서도 젊은 學者만이 할 수 있다고 생각하므로 老婆心으로 一 言하여 둔다(妄言多謝).

南 興 祐

〔筆者——高大副教授〕