

【書評】

벨첸 獨逸刑法論(第七版)

Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 7. Aufl.
1960. (Walter de Gruyter & Co. Berlin)

目的的行爲論의 唱導者인 「본」大學의 「벨첸」教授는 그 體系的 刑法教科書인 『獨逸刑法論』의 第七版을 이번 에 出刊하였다. 一九五八年에 그 第六版을 낸지 二年만에 또 다시 그 改訂版을 낸 것이다. 著者의 序文은 一九六〇年 七月에 作成되었으나 실제로 冊이 나오기는 九月 에 들어서이었다.

이 冊의 第六版에 展開된 「벨첸」教授의 刑法學說은 今年 八月에 出版된 著者의 教科書 『刑法總論』에 거의 殆 全 無 缺 乏 地 介紹되었으므로, 여기에서는 重複을 피하기 위하여 第七版에서 修正된 理論의 部分만을 紹介하기로 하였다.

書 評

第七版에서 「벨첸」教授가 主로 손을 댈 部分은 過失犯 에 關한 理論이다. 지금부터 약 三十年前에 「엠키슈」가 指摘한 바와 같이 過失犯에 있어서는 그 比較的 稀貴性 (relative Seltenheit der Fahrlässigkeitsvergehen)이 인정 되어 있어서, 비록 刑法典에 過失犯에 關한 規定이 있기는 하지만, 실제에 있어서는 그 例는 그리 많지 않으리라

고 짐작되었던 것이다. 그러나 一九五七년에 西獨聯邦官 吏들이 統計的으로 調査한 바에 의하면, 이러한 推測과는 反對로 刑事判例에 나타난 取扱件數의 四分之一 以上이 過失致傷 기타의 過失犯에 關한 것이었음이 判明된 것이 다. 그런데 종래의 그릇된 推測에 立脚한 지금까지의 刑 法理論에 있어서는 理論의 重點을 故意犯에 두고, 그리 고 過失犯에 關하여는 이것을 庶子取扱을 하는 次要된 態度가 支配的으로 되어 있었다. 그러나 過失犯의 比重이 豫想外로 크다는 것이 判明되었으므로, 理論的으로나 實 際的으로나 종래의 態度는 修正되지 않으면 아니되는 것 인데, 「벨첸」教授가 그 第七版을 내게 된 動機도 바로 여 기에 있었던 것이다.

著者는 小著 『刑法總論』에서 「벨첸」의 理論을 紹介할 에 있어서 結果價値 (Erfolgswert)와 行爲價値 (Handlungs- wert)를 區別하는 그의 方法에 注目할 것을 強調한 일이 있었다(五三面)。동시에 그 자리에서 著者는 이것들이 각 「막스·웨버」의 目的合理的行爲 또는 價値合理的行爲 와 相應하는 바가 있다고言及해온 일도 있었다. 그런데 結果價値의 面에서 보는 경우에는 故意犯이나 過失犯이 모두 法益을 侵害하는 結果非價値의 面을 나타냈으므로 크게 다를 바가 없지만, 行爲價値의 面에서 보는 경우에는——종래의 刑法學에 있어서는——故意犯의 行爲非價 値에 關하여는 理論展開가 잘 되어 있었으나 過失犯의 行 爲非價値에 關하여는 거의 이렇다할 關心이 주어지지 않

있던 것이 實情이었다. 一九五七年三月四日の 西獨聯邦裁判所 民事部判例(判例集二四卷二二頁)는 過失에 관하여 「벨겐」의 理論을 따르기로 하였던 것이며, 이것을 그들 目的的 行爲論의 大勝利의 하나라고 크게 宣傳까지 하였던 것이지만, 그러나 教授自身은 過失犯에 있어서의 行爲非價値의 面에 관하여는 아직 研究의 餘地가 많이 남아 있다고 示唆하였던 것인데, 이번이 그의 主著 第十八項 「過失犯에 있어서의 構成要件과 違法性」의 部分을 改筆함으로써 二年間의 그의 研究의 成果를 發表하게 된 것이다. 동시에 이렇게 過失犯에 관한 理論을 修正함으로써 第八項 「行爲論」과 第十項 「刑法上의 不法에 있어서의 構成要件該當性과 違法性」 그리고 第十三項 故意犯의 「主觀的構成要件」의 部分에 대한 修正乃至 補充이 必要하게 되었다. 그리고 대체로 이러한 項目들을 中心으로 第七版의 改筆 또는 補筆은 꾸며지었던 것이다.

그러나 過失犯에 관한 第七版에 있어서의 「벨겐」의 理論은 종래의 그의 理論을 拋棄하거나 修正하는 것이 아니라, 도리어 그의 立場을 強化하는데 있으며, 그것을 위하여 그는 說明을 詳細히 하는데에 注力하였던 것이다.

종래의 刑法論爭에 관하여는 故意犯 또는 未遂犯에 있어서 因果的 行爲論이 目的的 行爲論에게 慘敗를 당하였지만, 過失犯만은 因果的 行爲論의 最後의 堡壘가 되는 것이며 이에 대한 目的的 行爲論의 攻撃은 결코 成功하지 못

하리라는 것이 一般의 公論으로 되어 있었다. 그러나 「예기슈」도 指摘한 바와 같이——그처럼 難攻不落을 자랑하는 因果的 行爲論의 過失犯論이라 할지라도 「難點」과 「不明確性」을 保有하고 있지 않는 것은 아니다. 즉, 過失犯에 있어서 客觀的인 法益侵害(結果非價値)와 主觀的인 豫見可能性의 外에 第三의 要素로서 注意義務違反이 있지 않으면 아니 되는 것인데, 그런데 因果的 行爲論에 있어서 第三의 要素를 어떻게 處理하는가에 관하여 아주 態度가 模糊하였던 것이다. 다시 말하면, 注意義務違反이 무엇인가를 說明할 수 없는 것이 過失犯에 관한 因果的 行爲論의 最大의 「難點」으로 되어 있는 것이며, 그러기 때문에 因果的 行爲論의 過失犯論 全體가 그 「不明確性」을 免할 수 없게 되는 것이다. 그러면 이 注意義務違反을 어떻게 볼 것인가 하면, 이것이야말로 行爲의 屬性으로서 行爲非價値에 속하는 것이며, 따라서 故意와 함께 過失을——責任의 要素로서가 아니라——行爲의 要素로서 보는 目的的 行爲論에 의함으로써만, 이것은 理論적으로 올바르게 說明이 될 수가 있는 것이다. 그러므로 故意犯의 「未遂」에 관하여 目的的 行爲論으로부터 一擊을 얻어 맞은 因果的 行爲論은, 過失犯의 「注意義務」에 관하여 再次 致命的 打擊을 얻어 맞음으로써, 마침내 刑法學界에서 그 殘命에 終止符를 찍게 되었다고 해도 過言이 아닐 程度가 되었다.

「벨첸」自身도 그의 序文에서 明白한 바와 같이, 그가 注意義務違反을 行爲非價値의 面에서 理解하려고 着眼하게 된 데에는 「노바코브스키」(Nowakowski)의 論文「유리스벤차이퉁誌一九五八年三三五面以下」에서 示唆된 바가 많은 것 같다. 「노바코브스키」는 물론 因果의 行爲論에 加擔하고 있지만, 그러나 過失犯에 있어서의 注意義務違反이 무엇인가라는 問題가 因果의 行爲論에 있어서의 最大의 難點이라는 것을 意識하고 있었다. 이리하여 「노」는 窮除之策으로 다음과 같은 提案을 하였는데, 그것은 現在의 因果의 行爲論의 難關을 克服하기 위하여는 모든 犯罪을 故意犯 一色으로 統一해 버리는가 또는 違法性을 削除하여 責任論 하나만을 가지고 犯罪論을 構成하든가 二者擇一을 하지 않으면 아니 되겠다는 것이었다. 그러나 「노바코브스키」가 이처럼 革命的인 過激한 提案을 하지 않을 수 없는 것은, 過失 즉 注意義務違反을 어디까지나 責任의 要素로서 보려는 因果의 行爲論을 固執하고 있기 때문인 것이며, 만일 이 注意義務違反을 行爲非價値의 面에서 把握하려고 하는 경우에는 종래의 三段階 犯罪論體系를 그대로 維持하면서도 恣意히 故意犯과 過失犯을 各別로 說明할 수가 있게 되는 것이다. 그러므로 「노바코브스키」의 悲觀論은 도리어 「벨첸」에게 樂觀을 許容하는 契機가 되었다고 말할 수가 있다.

그러나, 他面에 있어서, 過失犯에 관한 理論은 不作爲

犯에 관한 그것과 併行해서 發表되지 않으면 아니된다.

그리고 周知되어 있는 바와 같이 종래의 不作爲犯論은 不作爲犯을 因果關係論 또는 違法性論의 하나의 附隨의 部分으로서 취급하는 것이 常例로 되어 있었으며, 이것을 修正하기 위하여 「나글러」의 不作爲犯에 관한 構成要件論의 取扱이 있기도 하였지만, 그러나 成功的은 아니었다.

그러나 「벨첸」門下の 젊은 私講師 「아·카우프만」(Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959)에 의한 劃期的인 研究가 發表되었으므로 스승인 「벨첸」教授는 이것을 그대로 받아들여 第七版에 있어서의 不作爲犯에 관한 部分(第二五—二七項)을 改筆하기로 하였다.

第七版에 나타난 「벨첸」의 새로운 理論의 全貌는 現在 計劃 중인 筆者의 새로운 刑法教科書에서 紹介하기로 하고 여기에서는 우선 이 程度의 輪廓만이라도 알라 두기로 한다.

黃 山 德

〈筆者——本大學教授〉