

형법적 '행위'에 대한 행위론상의 근본토대

- '통일적 행위론'과 '통일적 행위개념'의 구성을 위한 전제시론 -

박 중 규*

I. 서론

형법의 체계표지들(Merkmale)은 '행위'를 전제한다. 즉 구성요건해당성, 위법성 그리고 책임은 행위의 성립 위에서 비로소 논의될 수 있다. 그리고 체계적으로 앞서 있는 표지 '행위'는 일련의 이 후속표지들에게 고유한 내용과 근거를 제공해 준다. 이러한 위치에 있는 '행위'는 자신의 고유한 개념규정을 위해 형법학에서 상이한 방식으로 해석되어 왔으며, 특히 '행위'의 체계적 위치 그리고 행위개념의 내용규정은 형법 해석론상 주된 논란의 대상이 되어 왔다.¹⁾ 행위개념을 논의·규정하는 행위론은 지금까지 크게 존재론적 차원과 규범론적 차원에서 구성되어 왔다.²⁾ 그러나 이 양대 차원에서 구성된 행위론들은 실제로 내용적으로 상호 중첩되고 있다. 그래서 존재론과 규범론 양대 차원은 행위론의 토대차원으로서 논의영역의 고유한 순수성을 의심받아 왔다. 또한 일정한 토대차원 위에서 구성된 특정 행위론은 다른 토대차원 위에서 구성

* 嶺南大 法科大學 講師・法學博士

1) Vgl. Haft, Strafrecht 1994, S. 30; Lackner, StGB 1989, Vor §13 III. 1. a

2) Wessels, Strafrecht 1995, S. 20

된 행위론들상의 이론적 미해결문제들을 비판하면서 이론을 전개하고 있지만 결국 자기비판의 결과를 감수하는 형상으로 귀결되어 왔다. 전체적으로 보면 현존 행위론들은 형법에서 원칙적으로 요구되고 있는 행위개념의 성립조건을 완전하게 충족시키지 못하고 있어³⁾ 이론적 한계를 고백하고 있는 것으로 보인다. 따라서 일반·중성적인 내용 그리고 구분력을 내포하면서 아울러 실재적 내용을 함유할 수 있는 행위개념의 정립이 행위론에 끊임없이 모색되어 왔다.⁴⁾ 그런데 행위개념은 근본적으로 '의사(Wille)'의 존재를 전제한다. 그러므로 실제로 '의사'는 행위개념의 정립에 핵심적으로 관계하면서 형법적 '행위'에 관련된 부속문제들의 근본소재로 위치하고 있다. 이 논문은 행위개념상 '의사'의 이러한 위치를 고려하여 전체 행위론상 '의사'의 현존상태를 분석하고, 이 분석을 통해 행위개념에서 요구되는 '의사'형상(Bild)의 정립문제를 새로운 연구과제로 제시하는데 고유한 연구목적을 설정했다.

II. 행위개념 내용의 복잡성과 토대의 단일성

오늘날 대부분의 형법학습서들은 행위론을 기본적으로 자연주의적 '인과적 행위론', 목적적 행위론 그리고 사회적 행위론으로 분류·기술하고 있다.⁵⁾ 그러나 일부 형법학습서들은 기본적인 이 세 개의 행위론들에 덧붙여 비교적 최근에 구성되어 있는 새로운 행위론들을 병행하여 기술하고 있다. 예컨대 Eser와 Burkhardt⁶⁾ 그리고 Lackner⁷⁾는

3) 그러므로 형법적 '행위'는 종래의 방식으로는 충분히 설명·해석될 수 없어 과학·사실적 측면의 접근이 행위론에 꾸준히 요구되어 왔다. Weinberg, Fest. f. Klug 1983, S. 200

4) Jescheck, Fest. f. Eb. Schmidt 1961, S. 141

5) Vgl. Ebert, Strafrecht 1994, S. 21ff.; Jescheck, Strafrecht 1988, S. 197ff.; Maurach/Zipf, Strafrecht 1992, S. 198ff.; Wessels(Anm. 2), S. 20ff.

이 기본적인 세 개의 행위론들에다가 ‘개별적 회피가능성학설(Die Lehre von der individuellen Vermeidbarkeit)’, ‘의도적 행위론(Die intentionale Handlungslehre)’ 그리고 ‘형식·추상적 행위론(Die formale und abstrakte Handlungslehre)’을 언급·기술하고 있다. Roxin은⁸⁾ 세 개의 기본적인 행위론들에 ‘소극적 행위개념(Der negative Handlungsbegriff)’을 추가시키면서 자신의 고유한 ‘인격적 행위개념(Der personale Handlungsbegriff)’을 언급·기술하고 있다.

형법학에서 ‘의사’는 형법체계의 서열적 측면에서 보면 ‘행위’에서 가장 먼저 논의된다. ‘행위’에서 ‘의사’의 체계적 선제논의는 행위개념의 고유한 하나의 기능인 ‘결합기능(Verbindungsfunktion)’의 위치를 고려할 때 선제논의의 이유가 분명해진다. 왜냐하면 전체형법체계를 관류하면서 형법체계의 척추를 형성해야 하는 전구성요건적(vortatbestandlich) 행위개념의 내용은 바로 행위론 내부의 논의영역 ‘의사’에서 근원적으로 배출되고 있기 때문이다.⁹⁾ 실제로 모든 행위개념들은 작위이건 부작위이건 “인간의 ‘행위’이어야 한다”는 전제와 나란히 “‘의사’에 의하여 부담된 ‘행위’이어야 한다”는 즉 “‘의사’의 행위부담성”을 행위개념의 정립을 위한 ‘최소한의 전제’로 규정하고 있다. 이 전제의 성립에 의해서 일정한 ‘행위’는 비로소 일정한 행위자에게 귀속될 수 있게 된다.¹⁰⁾

이와 같은 ‘의사’와 ‘행위’의 불가분리적 결합성은 행위론상 행위개념에 대한 규정내용에서 구체적으로 인식될 수 있다. 먼저 형법학습서들에서 공통적으로 기술되고 있는 기본적인 세 개의 행위론들은 “행위”에서 포기될 수 없는 본질요소로서 “‘의사’의 행위부담성” 위에서 행위

6) Eser/Burkhardt, Strafrecht I 1992, S. 36ff.

7) Lackner(Anm. 1), Vor § 13 III. 1. a

8) Roxin, Strafrecht 1994, S. 180ff.

9) Vgl. ebd., S. 179; Jescheck(Anm. 5), S. 197

10) Vgl. Ebert(Anm. 5), S. 20; Haft(Anm. 1), S. 34; Rudolphi, in: Rudolphi/Horn/Günter/Samson SK-StGB 1995, Vor § 1 Rn. 18

개념을 구성하고 있다. 예컨대 '인과적 행위개념'의 경우 '행위'는 의욕에 소급되어 '행위'의 불가결한 전제로 '의사'가 고려되어 있다. 특히 '목적적 행위개념'에서 '의사'는 '행위'의 척추로서 규정되면서 "무엇을 의욕했는가?"에 논의중점이 설정되어 이른바 '의사'의 내용이 행위개념에 적극적으로 작용하고 있다.¹¹⁾ 한편 '사회적 행위개념'의 경우 '행위'의 사회적 의미가 행위개념의 전면에 배치되어 있지만, 사회적 의미 혹은 사회적 중요성 그 자체는 '의사'에 의하여 지배되거나 혹은 지배될 수 있는 '행위'에 조건적으로 결합되어 있어 행위개념 내부에 '의사'는 가장 밑바탕에 자리잡혀져 있다. 그러므로 '사회적 행위론'은 행위개념에 대한 정의규정상 다소간의 표현차이를 두고 있긴 하지만¹²⁾ 행위개념 내부에 '의사'의 근본적인 위치를 '인과적 행위론'과 '목적적 행위론'의 경우와 동일하게 승인하고 있다.

한편 '인과적 행위론'과 '목적적 행위론'의 미해결 이론영역으로 향해져 있는 비판도 '의사'에 직·간접적으로 결부되어 있다. '목적성' 관념으로 '행위'를 규정하는 '목적적 행위론'은 무엇보다도 '의사' 구체적인 내용결여를 이유로 '인과적 행위개념'에 참된 '의사동반적 '행위'의 존재를 부정하고 있다.¹³⁾ 그러나 '목적적 행위론'의 '목적성' 관념 자체도 '의사'에 관련하여 구성된 행위개념의 내용적 불충분성에 노출되어 있다. 왜냐하면 '행위'의 '목적성'에서 인과조종적 '의사'의 존재는 기본적으로 추론될 수 있지만 '의사'의 유효반경 외부에 있는 행위유형들 예컨대 과실행위, 걱정행위 그리고 자동화된 행위 등 이른바 '의식'의

11) Vgl. Ebert(Anm. 5), S. 21ff.; Jescheck(Anm. 5), S. 197f.; Wessels(Anm. 2), S. 20ff.

12) Vgl. Wessels(Anm. 2), S. 22f.; Roxin(Anm. 8), S. 189ff.

13) Vgl. Ebert(Anm. 5), S. 21; Jescheck(Anm. 5), S. 197; Stratenwerth, Fest. f. Welzel 1973, S. 300f.; Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems 1957, S. 2; ders., Strafrecht 1965, S. 36; ders., in: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie 1975, S. 11f.

외부에 있는 행위유형들에서 '의사'는 추론될 수 없을 뿐만 아니라, 부작위에도 인과현상의 목적적 조종은 사실상 결여되어 있는 것으로 간주되고 있기 때문이다.¹⁴⁾ 따라서 '인과적 행위개념'과 '목적적 행위개념'에서 '의사'는 근본적으로 행위개념의 중심축으로 고려되어 있지만 전통적으로 '자유로운 것'으로 파악되어 온 이 '의사'는 형법의 모든 행위유형을 근거·설명하지 못하고 있다. 한편 '사회적 행위론'은 이론토대영역에서 인과적 행위구조와 목적적 행위구조를 부분적으로 포함하고 있으므로 인과적 행위구조와 목적적 행위구조에서 '의사'의 존재추론이 불가능한 영역은 '사회적 행위론'에서도 동일하게 '의사'의 존재추론이 불가능한 영역으로 연결된다. 그러므로 '사회적 행위개념'은 '인과적 행위개념'의 내용구성 요소들과 '목적적 행위개념'의 내용구성 요소들을 배제하지 않고, 오히려 양대 행위개념들의 토대 위에서 발전된 종합적 의미의 행위개념으로 승인되고¹⁵⁾ 있기 때문에 '사회적 행위개념'에 대한 비판의 내용은 '인과적 행위개념'과 '목적적 행위개념'에 대한 비판의 내용과 부분적으로 중첩된다.

실제로 '사회적 행위론' 내부의 개개 입장들은 '행위'의 개념을 상호 상이하게 규정하고 있다. 그러나 내부입장들은 '행위'의 본질적 요소로서 '사회적인 것'을 행위개념의 내용에 공통적인 표지로 승인하고 있다.¹⁶⁾ 말하자면 '사회적 행위론'은 행위개념에 대한 정의(Definition)들에서 '사회적인 것'을 행위개념의 핵심요소로 고려하고 있고, 이 핵심요소의 주위에 인격·목적·인과 그리고 규범적 요소 등을 행위개념의 내용에 종합적으로 고려하고 있다. 따라서 '사회적 행위론'은 '인과적

14) Vgl. Jescheck(Anm. 5), S. 198f.; Roxin(Anm. 8), S. 186; Wessels(Anm. 2), S. 23

15) Vgl. Ebert(Anm. 5), S. 23; Haft(Anm. 1), S. 32; Jescheck(Anm. 4), S. 152f.; Roxin(Anm. 8), S. 189; Wessels(Anm. 2), S. 23

16) Vgl. Bloy, ZStW 1978, S. 610; Jescheck(Anm. 4), S. 153; Maihofer, Fest. f. Eb. Schmidt 1961, S. 158

행위개념'상의 자연적 생리현상들 그리고 '목적적 행위개념'상의 순수한 목적성 등으로부터 사회적 실재 그리고 사회적 현상 등으로 행위개념의 구성요소를 전환시킨다.¹⁷⁾ 이처럼 행위개념 구성요소의 포괄성으로 인하여 '사회적 행위론'은 고의와 과실 그리고 작위와 부작위 등의 행위형태를 모두 수용할 수 있는 '일반개념'¹⁸⁾으로 '사회적 행위개념'을 자체평가하고 있다.

정의규정의 다양함과¹⁹⁾ '의사' 외의 다른 요소들에²⁰⁾ 의한 행위개념의 구성에도 불구하고 '사회적 행위론'은 '의사'를 행위지배 가능성의 근거로서 그리고 '행위'의 '사회적인 것' 혹은 '사회적 의미'의 전제조건으로 고려하여 행위개념을 구성한다. 그리하여 '사회적 행위론'은 '의사'를 구체적으로 조종가능성, 회피가능성 그리고 목적지향가능성 등으로 규정하여 이 '의사'를 행위개념에 반영한다.²¹⁾ 그래서 '사회적 행위론'은 "의사에 의하여 지배된 혹은 지배될 수 있는 사회적인 중요한 거동으로서 '행위'" 그리고 "예견가능한 사회적 결과와 더불어 사람에게 지배될 수 있는 거동"²²⁾ 등으로 행위개념을 규정한다.

그러나 '사회적 행위론'이 구성한 행위개념에 대한 가장 근본적인 비판도 또한 '의사'에 직접 관련되어 있다. 예컨대 법인들의 활동들, 절대적 강제들, 순수한 반사적 움직임들 혹은 그외에 조종될 수 없는 움직임들 등은 한편으로 사회적으로 중요할 수 있지만 다른 한편 행위자 개별전속적인 '의사'의 가능한 지배·조종의 외부에 놓여 있으므로 이

17) Vgl. Maurach/Zipf(Anm. 5), S. 206; Roxin(Anm. 8), S. 189; Wessels(Anm. 2), S. 22

18) Bockelmann/Volk, Strafrecht 1987, S. 47; Jescheck(Anm. 4), S. 152

19) Vgl. Bloy(Anm. 16), S. 611f., 629f., 634f., 649f.; Jescheck(Anm. 4), S. 151, 153; Maihofer(Anm. 16), S. 181; Roxin(Anm. 8), S. 189; Wessels(Anm. 2), S. 22

20) Vgl. Bloy(Anm. 16), S. 630; Jescheck(Anm. 4), S. 150; Maihofer(Anm. 16), S. 178

21) Vgl. Eser/Burkhardt(Anm. 6), S. 38; Jescheck(Anm. 5), S. 200

22) Maihofer(Anm. 16), S. 181

러한 유형의 거동들은 '의사' 그리고 '외적 상태변화'라는 '행위'의 두가지 전제조건들 가운데 전자를 충족시키지 못하게 된다. 그래서 이 거동 유형들의 경우 '의사'가 개입되어 있지 않고, '의사'의 내용이 비어 있어 '외적 상태변화' 혹은 '비(nicht)변화'에 대한 의욕이 사실상 배제되어 있다.²³⁾ 따라서 '사회적 행위론'상의 행위개념에서 '의사'의 위치와 역할은 '목적적 행위개념'과 비교하여 전체적으로 다소 약화되어 있다. 왜냐하면 '목적적 행위론'은 일반적으로 사회적 의미내용을 개별의사에 모순하지 않는 한에서 부차적으로 '행위'에 고려하는 반면에 '사회적 행위론'은 일반적으로 '행위'를 '사회의 행위'로 인식하여 '행위'를 고유한 사회적 실재 그자체로서 규정하고 있기 때문이다.²⁴⁾ 여기에서 이 '사회의 행위'는 행위자 개별전속적 표지에서 이탈되어 객관·규범화되어 있는 '행위'로 의미된다. 그렇지만 '사회적 행위론'의 행위개념에서 '의사'비(nicht)개입적 거동유형들에 대한 해석곤란성은 행위개념의 기능형태들 가운데 특히 '경계기능(Abgrenzungsfunktion)'의 제한으로 곧바로 연결된다.

한편 '목적적 행위론'의 진보된 형태로 간주되는 '개별적 회피가능성론'이 최근 새로운 행위론으로 등장하고 있다.²⁵⁾ 이 이론은 이른바 '가능적 의사'의 형태를 행위개념에 적극적으로 인용한다. 그래서 이 이론의 경우 이 '가능적 의사'가 '행위'에 긍정되면 의욕되어 있지 않은 작용들도 이론적으로 '행위'의 성분으로 고려될 수 있다. 이 '가능적 의사'는 특히 과실에서 효과적으로 설명될 수 있는 것으로 주장되고 있는데 예컨대 일정한 과실행위에서 행위자에 관련되어 있는 일정한 결과가 그 행위자로 부터 회피될 수 있었을 때 당해 '행위'는 행위자의 과

23) Vgl. Arthur Kaufmann, in: Schuld und Strafe 1983, S. 28f.; Bloy(Anm. 16), S. 627f., 634; Eser/Burkhardt(Anm. 6), S. 39; Maiwald, ZStW 1974, S. 633f.; Roxin(Anm. 8), S. 189f.

24) Bloy(Anm. 16), S. 628

25) Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff 1992, S. 45f.

실로 귀속될 수 있게 된다.²⁶⁾ 이 ‘가능적 의사’에서 구성되는 ‘행위’는 ‘개별적으로 회피가능한 결과야기’로 정의된다. 아울러 이 이론은 목적지향가능성을 회피가능성의 반영상으로 해석하여 “목적지향가능적인 것은 회피될 수 있고, 회피될 수 있는 것은 목적지향가능적이다”는 판단을 성립시킨다.²⁷⁾ 이처럼 이 이론은 ‘가능적 의사’를 가정하고 있으므로 ‘행위’를 소극적인 측면에서 해석한다. 왜냐하면 이 이론은 ‘의사’의 적극적 활동에서가 아닌 소극적 활동인 ‘회피가능성’으로서 행위개념을 구성하고 있기 때문이다. ‘행위’에 대한 이러한 소극적 측면을 핵심적으로 고려하고 있으므로 이 이론은 행위개념의 아류 가운데 ‘소극적 행위개념’에 편입된다.²⁸⁾ ‘소극적 행위개념’은 또한 바로 앞에서 언급한 ‘회피가능성’을 공통분모로 삼고 있는데 이 ‘회피가능성’에 의하면 “행위자는 일정한 결과를 회피할 수 있었고, 그리고 법이 일정한 결과를 행위자에게 금지하고 있음에도 불구하고 행위자가 회피하지 않았을 때 그 결과는 당해 ‘행위’에 그러므로 당해 행위자에게 귀속된다.”²⁹⁾

또한 최근에 등장되고 있는 ‘의도적 행위론’은 ‘의사내용에 의한 의사대상의 제약성과 행위내용의 제약성’이라는 근본적인 인식 위에서 행위개념을 구성하고 있다. 따라서 의욕되어 있지 않은 작용들은 여기에서 ‘행위’의 성분에서 제외된다. 또한 이 행위론은 ‘행위’를 ‘의사’와 실행의 변증법적 통일로서 해석한다. 즉 이 행위론에서 ‘의사’가 실행을 통해 구체화되어 있으면 실행은 ‘행위’의 외적인 것으로 고려되고, 일정

26) Ebd., S. 25 그러므로 여기에서 일정한 행위결과가 회피불가능했을 경우 그 ‘행위’는 형법적으로 무의미한 ‘행위’로 규정된다. Jakobs는 ‘규범의 타당함에 대한 비승인의 객관화’로서 ‘행위’를 규정한다. 따라서 형법적 의미의 ‘행위’는 사회에 영향을 끼치는 ‘사회적으로 부적합한 것’으로 해석된다. Ebd., S. 25, 36, 45

27) Ebd., S. 37

28) Vgl. Eser/Burkhardt(Anm. 6), S. 37; Stratenwerth(Anm. 13), S. 296ff.; Roxin(Anm. 8), S. 191f. Roxin은 여기에서 ‘소극적 행위개념’의 아류에 Jakobs의 ‘개별적 회피가능성론’을 포함시킨다.

29) Roxin(Anm. 8), S. 192

한 목표에 도달하려는 목적과 더불어 '의사'가 활동적으로 스스로를 치환할 때 그 '의사'는 '행위'의 내적인 것으로 해석된다. 결국 '의도적 행위론'도 '행위'를 근본적으로 '의사'의 토대 위에서 설명한다.³⁰⁾

한편 최근 '행위'의 외적 측면인 신체적 거동에 필수적으로 관련되어 있는 '의사'를 '행위'의 내적 측면으로 간주하면서 '행위'를 "'의사'에 의해 부담된(willensgetragen) 인간의 거동" 또는 "적극적(작위적) 혹은 소극적(부작위적) 신체움직임들 내에서 표현되는 '의사'의 활동들"로 규정하는 행위론이 또한 주목되고 있다. 이 행위론은 '형식·추상적 행위론'으로 기술되고 있다. 이 행위론은 행위자의 유의적 거동을 동반하는 목적지향의 '내용'을 '행위'에 중요하게 고려하지 않는다. 그래서 이 행위론은 몰(ohne)구성요건적 그리고 몰(ohne)가치적 행위개념으로 규정된다.³¹⁾ 물론 이 행위론은 행위개념 내에 '의사'를 본질적으로 전제하고 있다.

'인격적 행위론'도 계속 발전하여 오늘날 Roxin에 의해 대표되고 있다.³²⁾ 인격적 행위론자인 Arthur Kaufmann(이하 Kaufmann)은 이미 존재론적으로 접근하여 신체작용적인 것, 생명적인 것, 정신적인 것 그리고 영적·의미적인 것 등의 실체적 통일로서 '행위'를 파악하여 '인격의 객관화(Objektivierung der Person)'로 행위개념의 핵심을 규정하였

30) Eser/Burkhardt(Anm. 6), S. 38

31) Ebd., S. 39

32) '인격적 행위론'에 속하는 형법학자들로서 예컨대 Alwart, Arthur Kaufmann, E. A. Wolf, Gimbernat, Hruschika, Jescheck, Kinderhäuser, Rudolphi, Schmidhäuser 그리고 Kargle 등이 언급되고 있다. Roxin(Anm. 8), S. 197f. 그러나 한편 예컨대 Rudolphi는 '목적적 행위론'자로 그리고 Kaufmann과 Jescheck은 사회적 행위론자로 분류되기도 한다. Wessels(Anm. 2), S. 21 다른 한편 Schmidhäuser는 '의도적 행위론'의 대표자로 고려되기도 한다. Eser/Burkhardt(Anm. 6), S. 38 따라서 '인격적 행위론'은 다른 행위론들과 밀접한 관련 위에서 성립되어 있으며, 동시에 개개 행위론들의 고유한 내용의 엄격한 분리가 곤란한 공동지대가 행위론 영역에 존재하고 있음이 여기에서 추론될 수 있다.

다.³³⁾ Kaufmann은 하부의식(Unterbewußtsein) 영역에서 인격의 근원을 추론하였고,³⁴⁾ 존재론적 차원에서 인간 존재구조의 복합적 성질과 이 성질에 근거한 '행위'의 존재론적 복합적 성질로부터 '인격의 객관화'로서 '행위'를 추론하였다.³⁵⁾ 그러나 이 '인격의 객관화'로서 '행위'는 단지 행위하는 행위자 개별에 제한되지 않고, "다른 사람에 대한 작용과 일정한 결과를 발생시키는 사람들 사이의 현상"으로 보다 포괄적으로 파악된다. 그래서 행위하는 사람과 실재하는 공동세계에 대한 의미가 '행위'에 동시에 포함되어 '행위'는 개별적으로 중요할 뿐만 아니라 동시에 사회적으로 중요한 의미를 갖는 것으로 고려된다. 따라서 Kaufmann의 '인격적 행위개념'에서 "'행위'는 '의사'에 의해 지배될 수 있는 (그래서 그 '행위'에 귀속될 수 있는) 인과적 결과들을 동반하는 실재의 유책적인 의미형성"³⁶⁾으로 규정된다.

행위개념에 대한 Kaufmann의 이러한 규정내용은 최근 Rudolphi 그리고 Roxin에게서도 유사하게 반복되고 있다. 먼저 Rudolphi는 형법적으로 중요한 모든 거동양식을 인격경향성에 결부되어 있는 '인간의 객관화들(Objektivierungen des Menschen)'로 규정하면서 "의사"에의 소급가능성을 이 객관화들의 전제로 삼고 있다.³⁷⁾ 한편 Roxin은 '행위'를 '인격성의 외표화(Persönlichkeitsäußerung)'³⁸⁾로 규정하면서 '기능'고려

33) Kaufmann(Anm. 23), S. 30, 33

34) Kaufmann, in: Strafrecht zwischen Gestern und Morgen 1983, S. 115

35) Ebd., S. 45; ders., (Anm. 23), S. 23

36) Kaufmann(Anm. 34), S. 47 여기에서 Kaufmann은 자신의 '인격적 행위개념'을 '최종유효'한 행위개념으로 승인하지 않으면서도 고의와 과실 그리고 작위와 부작위 모두를 포괄할 수 있는 행위개념으로 인식하고 있다. 왜냐하면 Kaufmann의 행위개념에서 연역될 수 있듯이 '인과적 결과의 지배가능성' 표지가 과실을 포함하면서 고의를 배제하지 않으며, 또한 부작위의 경우에도 작위와 마찬가지로 '사실적 인과경과의 지배가능성'이 관제하고 있기 때문이다.

37) Rudolphi(Anm. 10), Vor § 1 Rn. 22, 23

38) Roxin은 이 '인격의 외표화'를 '행위'의 전법적(vorrechtlich) 이해에 결합시키면서 동시에 최초의 법적인 전평가(Vorwertung)를 위해 이 '인격의 외표화'와 더

적으로 행위개념을 구성하고 있다. Roxin의 '인격적 행위론'에서 '행위'는 심적(seelisch)인 그리고 정신적(geistig)인 활동중추로서 행위자에게 부가될 수 있는 모든 것을 의미하고 있어 인격의 심층 그리고 정신층에 귀속될 수 없는 '인격의 외표화'는 '행위'로 승인되지 않는다.³⁹⁾ 그러므로 여기에서 부작위는 당연히 고의 그리고 과실과 동일하게 '인격의 외표화'로 승인되고, 또한 무의식적인 과실적 부작위 자체도 금지위반적 규범충돌로서 행위자 자신의 활동으로서 주관에 귀속될 수 있는 '인격의 외표화'로 승인된다. 특히 여기에서 이 부작위는 행위기대 즉 '행위'에 대한 사회적 기대에 의해 법적으로 평가되어 있다.⁴⁰⁾

Roxin의 '인격적 행위론'에서 '행위'와 '비행위'는 또한 '의사' 문제를 중심으로 준별되고 있다. 말하자면 예컨대 동물들의 거동들, 법인(격)의 활동들, 단순한 생각만으로 그치는 심정활동들, 정신이 참여되어 있지 않은 거동들, 반사적 행위들, 자동화된 행위들, 높은 걱정 상태에서의 행위들, 의식상실적 명정(Vollrauschung)상태의 거동들 그리고 수면 및 최면 중의 거동들 등의 경우들에서 어떠한 형태로든지 '의사'의 존재유무와 '의사'의 형태가 '인격적 행위론'에서 '행위'와 '비행위'의 준별척도로 기능하고 있다.⁴¹⁾ 왜냐하면 Roxin의 '인격적 행위론'은 거동상의 '유의성' 그리고 '목적성'과 같은 행위론상의 통상적인 표지들을 '의사'의 자유 혹은 청명한 '의식'에 결합시켜 '행위'와 '비행위'의 경계 영역에 있는 예의 거동형태들을 분석하고 있기 때문이다.⁴²⁾ Roxin은 자신의 '인격적 행위개념'을 '사회적 행위개념' 혹은 '소극적 행위개념'

불어 '행위'의 실체단면을 직관적으로 파악하고 있다. Roxin(Anm. 8), S. 200 또한 Roxin은 예컨대 정신적으로 병들고 흐트러져 있는 정신병자의 '행위'를 '자유로운 것'으로 혹은 '유책한 것으로' 규정하지는 않지만 '인격성의 외표화'로서 간주하고 있다. Roxin(Anm. 8), S. 197, 202

39) Ebd., S. 196

40) Ebd., S. 199, 200f.

41) Ebd., S. 202ff.

42) Ebd., S. 207

과 동일하게 규범적 차원에서 파악되고 있지만⁴³⁾ 실제로 ‘의식’, ‘의사’ 그리고 ‘의사’의 자유 등의 토대요소들을 ‘인격적 행위론’ 영역에서 ‘행위’에 대한 모든 판단의 근본적인 준거로 고려하고 있다.

III. ‘행위’와 ‘비행위’의 구별에 대한 경계영역의 토대

행위론이 전래적으로 어려움을 겪어 왔던 영역은 ‘행위’와 ‘비행위’의 경계영역이다. 행위론에서 일반적으로 고의의 경우 구성요건적 결과는 ‘행위’를 조종하는 ‘의사’에 의해 실현되고, 과실의 경우 구성요건적 결과는 올바른 조종의 결여로 행위자에 의해 야기된 구성요건적 결과와 다른 결과로 향해져 있는 ‘의사’에 의해 실현되는 것으로 양대 불법 구성요건적 행위는 설명되고 있다.⁴⁴⁾ 더 나아가 행위론은 인간의 거동 중에서 ‘행위’와 ‘비행위’의 결정적인 경계척도를 ‘의사’의 존재유무에 두고 있으며, ‘의사’의 존재가 전혀 부정되는 ‘비행위’ 유형들을 ‘의사’의 참여없는 ‘역학적인 양적 작용’으로 간주해왔다.⁴⁵⁾ 그렇지만 한편 의식적인 의욕없이 경과하고 있지만 의도성(Intentionalität)을 내포하고 있는 일정한 거동형태들 가운데 ‘행위’와 ‘비행위’의 경계영역에 위치하면서 ‘행위’로 승인되고 있는 거동형태들도 있다. 즉 실질적으로 의식적

43) Ebd., S. 208

44) Maurach/Zipf(Anm. 5), S. 191

45) Vgl. ebd., S. 192; Kaufmann(Anm. 34), S. 100; Eser/Burkhardt(Anm. 6), S. 40; Roxin(Anm. 8), S. 204; Wessels(Anm. 2), S. 24f. 예컨대 단순한 사고들, 실행되지 않은 의도, 절대적 강제에 의하여 야기된 움직임들, 간질병의 발작과 졸도에 의한 넘어짐과 같은 의식상실상태 중의 신체움직임들, 신체생리적 자극에 의하여 직접적으로 발생된 반사움직임들, 마취된 상태 중의 움직임들, 고도의 정신착란 혹은 의식상실정도의 만취상태 중의 거동들 그리고 절대적 강제상태중의 행동 등의 경우 일반적으로 행위특질이 부정되어 ‘비행위’로 규정되고, 그래서 형법적 의미는 배제되어 있다.

통제들이 더 이상 필요하지 않는 정도의 숙련에 도달되어 있는 학습된 거동형태들과 충동적 반작용들이 바로 이 거동형태들에 해당된다. 예컨대 도로의 커브지점에서 회전운행중 차창 밖에서 갑자기 벌이 날아들었을 때 운전자가 취하는 즉각적인 방어자세 즉 반사적으로 행하는 거동으로서 반사행위(Reflexbewegung), 운전 도중에 갑자기 나타난 전방의 장애물에 대한 급작스러운 회피동작 등과 같은 자동화된 행위(Automatismus), 높은 걱정상태에 의해 발생된 걱정행위 혹은 의식상실적 명정상태에서 행해진 행위 등이 이 거동형태들에 대표적으로 언급될 수 있다. 특히 이 거동형태들 중에서 자동화된 거동들과 반사거동들의 경우에 일반적으로 형법적 행위특질이 승인되고 있기 때문에 '의사'의 개입없이 '역학적인 양적 작용'으로서만 평가되는 단순한 신체움직임들과 구분되고 있다.⁴⁶⁾ 그렇지만 '행위'와 '비행위'의 표준적인 경계는 실제로 개개 행위론들에 의해서 만족스럽게 설명되지 못하고 있는 것으로 보인다.⁴⁷⁾

먼저 '인과적 행위론'은 이론내용상 예의 반사행위나 자동화현상에 대하여 충분하게 설명하지 못하고 있다. 그러나 '목적적 행위론'은 이 거동형태들을 '잠재적 목적성'⁴⁸⁾ 혹은 '무의식적 목적성'⁴⁹⁾으로 포섭하면서 이 거동형태들의 거동경과를 의도적 조종의 존재유무를 기준으로 평가한다. 그래서 '목적적 행위론'은 자동화된 행위경과들을 순수한 신체반작용들로부터 구분되는 결정적인 요소를 '조종가능성(Steuerbarkeit)'이 아니라 '무의식적 조종'으로 인식하고 있다. 그 외의 다른 행위론들은 단순한 '조종가능성', '지배가능성(Beherrschbarkeit)' 혹은 '회피가능

46) Eser/Burkhardt(Anm. 6), S. 41; Roxin(Anm. 8), S. 205f.

47) 반사행위나 자동화현상은 예컨대 보행, 필기 그리고 자동차 운전 등에서 나타난다. 한편 숙고되어 있지 않은 '행위'로서 분노와 두려움 등에서 행해지는 단락행위(Kurzschlußhandlung)와 걱정행위도 상이하게 해석되고 있다.

48) Bloy(Anm. 16), S. 633 사회적 행위론자인 Maihofer도 '잠재적 목적성' 개념으로 모든 '행위'의 공통적 표지를 승인한다.

49) Stratenwerth(Anm. 13), S. 289

성(Vermeidbarkeit)' 등을 이 거동형태의 표준적인 설명기재들로 고려한다. 구체적으로 예컨대 조종하는 '의사'가 거동에 접속될 수 있는지, 자동현상이 의식적으로 중단될 수 있는지, 자동현상이 동기부여적으로 반복형성될 수 있는지 그리고 이 반복형성을 위해 상황적으로 충분한 시간적 여유가 있는지 등의 물음형태들이 이 설명기재들에 부가될 수 있다.⁵⁰⁾ 한편 '인격적 행위론'의 경우 먼저 Kaufmann은 반사행위나 자동화현상들을 '전의식(Vorbewußtsein)' 혹은 '하부의식(Unterbewußtsein)' 등의 관념과 더불어 '사전결정'의 형태로 파악하면서 심층과 자아중추 사이에 있는 인격층의 기능으로 이해한다.⁵¹⁾ 그러나 Roxin은 반사행위에 의식의 존재를 부정하지만 '정신적으로 중재된 목적지향적 방어움직임의 존재'를 인정하여 '인격성의 외표화'를 반사행위에도 승인하고 있을 뿐만 아니라 또한 자동화현상을 의식적 고려없이 동작으로 전환되는 '학습된 행위상태들'로서 규정하여 인격에 직접 결합시킨다.⁵²⁾

또한 '행위'와 '비행위'의 경계영역에 위치하면서 애매한 거동형태들을 나타내고 있는 사례들이 또한 이 문제영역에 인용될 수 있다. 예컨대 남편 부재중에 부인이 자신의 침대에 다섯 살 짜리 아이를 눕혀 놓고 소설을 읽고 있던중 갑자기 정전되어 부인은 촛불을 켜서 독서를 계속하였고, 독서중 졸음으로 말미암아 부인은 촛불을 켜놓은 채 잠이 들었으며, 수면 도중에 부인은 몸부림으로 촛불을 밀쳐 넘어 뜨렸고 이어서 화재가 발생하였으며, 그 결과 어린이는 질식사했고, 부인은 안전했다. 이 사례에서 '행위'는 어떠한 거동에서 추론되며, 또한 추론가능한 '행위'는 어떻게 책임으로 연결될 수 있는지, 그리고 더욱 근본적으로 '행위'는 어떻게 근거될 수 있을 것인지 등의 의문들이 행위론에서 제기될 수 있다. 이 사례의 경우 '사회적 행위론'은 "최초 졸음현상이

50) Eser/Burkhardt(Anm. 6), S. 41

51) Kaufmann(Anm. 34), S. 114f.

52) Roxin(Anm. 8), S. 205

나타났을 때 촛불을 끄지 않았다”는 의무위반적인 부작위에 형법적 행위를 추론한다.⁵³⁾ 왜냐하면 이 사례와 같은 경우 ‘사회적 행위론’은 일반적으로 “행위자의 ‘의사’에 의하여 지배된 혹은 지배될 수 있는 사회적으로 중요한 거동”으로서 부작위를 설명하고 있기 때문이다.

또한 유사하게 행위특질에 관련하여 빈번하게 인용·논의되고 있는 다른 사례들이 문제영역으로 인용될 수 있다. 예컨대 수면중이던 엄마가 몸부림으로 말미암아 자기 아이를 압사시킨 경우에 행위특질이 문제될 수 있다. 이 사례에서 “엄마가 자신의 아이를 자신의 침대로 데려 왔다”는 그 점에서 행위특질이 일반적으로 승인되고 있다. 또한 행위특질이 문제될 수 있는 다른 사례 즉 간호원이 실수로 죽음에 이르게 할 수 있는 모르핀을 환자에게 주사하였을 경우⁵⁴⁾ 형법적 행위의 성립유무가 또한 의문시될 수 있다. 이 사례들의 경우처럼 수면중의 거동들, 의식상실중의 거동들 그리고 경련상태중의 거동들은 형법적 ‘행위성’ 여부에 대하여 행위론에서 여전히 논란되고 있다. 왜냐하면 일반적으로 행위론은 ‘의식’의 토대 그러므로 ‘의사’의 토대 위에서 형법적 ‘행위성’을 인정하고 있기 때문이다.

IV. 존재론적 행위론상 ‘행위’의 근본토대

‘의사’를 부담하는 거동으로서 ‘행위’가 규정된다면 논리귀결적으로 ‘의사’가 ‘행위’를 근본적으로 규정하게 된다. 왜냐하면 ‘의사’가 배제된 거동 그 자체는 일반적으로 단순한 물리적 역학작용에 불과한 것으로 취급되어 형법적 평가의 대상으로 고려되지 않기 때문이다. 형법적 행위의 근본전제인 ‘의사’는 특히 존재론적 행위론의 관점에서 ‘의사’의

53) Wessels(Anm. 2), S. 25f.

54) Ebd., S. 21

존재형태와 존재근거에 관하여 다양하게 논의되어 왔다. 이 논의는 '의사'의 실재성 논증으로 지향·구체화되어 '의사'의 존재형태와 존재근거에 대한 이론을 구성하여 왔다. 이 논의는 '행위'를 존재론적으로 분석하였으므로 존재론적 행위론으로 규정되었다. 한편 오늘날 특히 자연과학분야의 연구성과들은 '의사' 그리고 '행위'에 대한 새로운 인식자료들을 사실적 차원에서 제공하고 있어 존재론적 행위론의 경험성을 보다 강화시키면서 '행위'에 대한 현존 존재론적 내용에 새로운 요소들의 첨가를 가능하게 만들고 있다.

일종의 철학적 인식방법으로서 이 존재론은 행위론에서 형법적 행위를 규정하는 인식방법론으로서도 정당한 것으로 평가되어 있다. 이 평가는 크게 세가지 근거에서 정당시되고 있다. 첫째 예컨대 "법질서 즉 규범론은 인과과정의 규명을 통해 규정될 수 있고 또한 법에 앞서 존재하는 현상형태로서 일반적 의미의 '행위'를 규정지을 수 없다"⁵⁵⁾는 인식, 둘째 "'행위'는 가치평가에 앞서 존재하므로 '행위'의 존재론적 구조와 그 존재구조의 일개내용으로서 예컨대 '목적활동성'은 '행위'에서 특히 고의의 경우 입법적으로 변경불가한 불가피한 전제로서 승인될 수 밖에 없다"⁵⁶⁾는 인식 그리고 "법질서는 인간거동의 실재적인 현상 형태들과 인간거동의 실재적인 현상형태들의 일반적 구조를 먼저 고려해야 한다"⁵⁷⁾는 인식" 등의 이유에서 존재론적 인식방법론은 승인되어 있다.

사회적 행위론자인 Maihofer는 규범적 성격으로 규정되어 있는 자

55) Hirsch, ZStW 1981, S. 848

56) Weinberg(Anm. 3), S. 205 물론 '행위'에 대한 규범론적 관점과 존재론적 관점은 특히 '인격적 행위론'에서 상호 대립적으로 구성되어 있지 않다. 예컨대 규범론적 관점에서 '인격적 행위개념'을 주장하는 Rudolphi는 법에 앞서 존재하는 '행위'의 존재론적 구조로 언급되고 있는 '목적성'을 자신의 행위개념에 받아들이고 있다. Rudolphi(Anm. 10), Vor § 1 Rn. 27ff.

57) Vgl. Hirsch(Anm. 55), S. 849f.; Welzel, Strafrecht 1965, S. 33; ders., in: Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie 1975, S. 11

신의 '사회적 행위개념'에 존재론적 요소를 포함시켰다. Maihofer는 행위개념에 네가지 요소들을 포함시키고 있는데 첫째 '객관적인 목적성' 관계에서 행위결과의 예견가능성이 추론되는 지적 요소, 둘째 '잠재적 목적성' 관계에서 행위현상의 지배가능성이 추론되는 자발적 요소, 셋째 인격적 객관성 관계에서 객관적으로 인간에게 적용가능한 척도가 추론되는 객관적 요소 그리고 넷째 사회적 외부세계 관계에서 다른 사람에 대한 결과발생의 척도가 추론되는 사회적 요소 등을 행위개념의 구성요소들로 고려하였다. 이 구성요소들과 더불어 Maihofer는 '사회적 행위개념'을 "형법적 의미에서 인간에게 객관적으로 귀속될 수 있는 그리고 사회적 의미로 향해져 있는 거동"으로 정의한다.⁵⁸⁾ 행위개념에 대한 Maihofer의 이 구상은 행위자 개별의 특질과 사회적 특질을 상호 결합시킨 이른바 '결합적 구상'으로 평가될 수 있다. 다시 말해서 Maihofer는 특히 '객관적 목적성' 요소와 '잠재적 목적성' 요소를 모든 '행위'에 공통되는 표지로 인식하고 있다. 그러므로 Maihofer는 본질적인 존재론적 요소인 '목적성' 즉 '객관적 목적성'과 '잠재적 목적성'을 행위개념에 구성적으로 수용하고 있다.⁵⁹⁾

인격적 행위론자인 Kaufmann은 자신의 행위개념의 토대인 '의식'을 목적조종의 근원적인 힘으로 규정하고 있다. 즉 Kaufmann은 목적도달을 위한 필수적인 수단을 선발하고, 그 수단에 의해 실현·도달될 수 있는 목적을 사고적(nachdenklich)으로 예측하는 이른바 '목적적 행위개념'에서 '행위'의 존재표지인 '목적성'을 '의식'에 귀속시키고 있다.⁶⁰⁾ 한편 이와 유사하게 '목적적 행위론'자들은 자동화현상과 반사행

58) Maihofer(Anm. 16), S. 178ff.

59) Ebd., S. 170ff. '목적적 행위개념'도 고의에서 '예견된 것' 그리고 과실에서 '예견 가능한 것'을 행위개념 내부에 유지하여 현상의 규범적 평가가 내포되어 있으므로 엄격한 의미에서 '목적적 행위개념'의 순수한 존재론적 개념성은 당연히 제한되고 있다는 점이 지적되고 있다. Vgl. Eser/Burkhardt(Anm. 6), S. 37; Roxin(Anm. 8), S. 187

위 등에 대한 해석근거로 행위론에서 자주 인용되고 있는 ‘무의식’을 넓은 의미의 ‘의식’의 내부에 포괄한다. 예컨대 ‘목적적 행위론’자인 Stratenwerth⁶¹⁾는 이 ‘무의식’을 가지고서 Welzel의 고유한 ‘잠재적 목적성’을 해석한다. ‘무의식’으로 ‘잠재적 목적성’을 포섭하는 Stratenwerth의 관념방식은 Kaufmann의 관념방식에서도 유사하게 반복되고 있다. 왜냐하면 Kaufmann은 ‘목적적 행위론’에서 언급되고 있는 ‘잠재적 목적성’을 ‘잠재의식(혹은 무의식)’으로 규정하고 있기 때문이다.⁶²⁾

구체적으로 Stratenwerth는 환경·결과관련적 모든 거동방식을 ‘의식적으로 조종가능한 것’으로 규정하면서 ‘행위’와 ‘비행위’의 경계영역에 있는 거동유형들을 이 ‘무의식’에 귀속시켜 ‘유의성(Willkürlichkeit)’을 근거시킨다.⁶³⁾ 그래서 Stratenwerth는 “무의식적 조종은 항상 의식적으로 통제될 수 있다.”⁶⁴⁾는 ‘무의식의 의식화 가능성’을 ‘행위’의 일반적 토대로 규정한다. ‘무의식’에 대한 Stratenwerth의 이러한 규정은 Kaufmann에게서 다시 ‘의식능력적인 것’으로 규정된다. 물론 “좁은 의미의 ‘무의식적인 것’은 ‘의식무능력적인 것’이다”는 판단이 Kaufmann의 규정방식에 내포되어 있다. 그러나 여기에서 이 ‘의식능력적인 것’ 차원의 ‘무의식적인 것’은 실재적 현상이 아닌 잠재적 현상으로 ‘의식’에 내재되어 있으면서 ‘의식적이 될 수 있는 잠재의식’으로 규정된다. 따라서 Kaufmann은 비록 ‘밝은 의식’은 아니더라도 넓은 의미의 의식적 행위에 해당되는 무의식적 행위들을 목적으로 조종될 수 있는 인격적 활동들로서 승인하고 있다.⁶⁵⁾ 행위론에서 규정되고 있는 ‘의식’과

60) Kaufmann(Anm. 34), S. 104

61) Stratenwerth(Anm. 13), S. 300

62) Kaufmann(Anm. 34), S. 114

63) Stratenwerth(Anm. 13), S. 303 그러므로 신체반사들, 경련발작 그리고 비틀거림 등은 환경에 관련되어 있지 않고, 또한 그 어떠한 결과로 향해져 있지 않기 때문에 ‘무의식’에서조차 근거될 수 없게 된다. 따라서 이러한 거동들은 다른 제3의 기재(범주)에 의해 설명될 수 밖에 없다.

64) Ebd., S. 300

‘무의식’의 이러한 존재론적 구조관계는 양대 차원의 엄격한 구분을 사실상 부정하는 결과로 연결될 수 있다. 그리고 ‘의식’과 ‘무의식’의 엄격한 구분의 부정은 ‘무의식’의 실재적인 존재론적 ‘소여(Gegebenheit)’ 그러므로 실재(Wirklichkeit)로서 ‘무의식’의 물질성과 불가분적인 결합을 의미한다. 따라서 행위론상의 ‘행위’에 대한 존재론적 인식토대는 ‘행위’에서 전제되어 있는 ‘의식’과 ‘무의식’에 대한 통일적인 파악으로 이끌어 간다.

또한 Kaufmann은 성층법칙들에 의해 지배되는 층(schichttlich)적 존재의 단계질서를 인용하여 존재론적 행위구조를 인과성, 목적성, 정신성 그리고 영적 의미성 등 네 가지 요소들로 파악한다.⁶⁶⁾ 그래서 Kaufmann은 이 네 가지 요소들의 적절한 그리고 포괄적인 고려 위에서 비로소 인간존재의 복잡성에 상응하는 ‘행위’의 복잡성을 실현할 수 있고, 귀결적으로 올바른 행위개념을 정립할 수 있는 것으로 보고 있다.⁶⁷⁾ ‘행위’에 대한 Kaufmann의 이러한 존재론적 접근방법에 비교하여 Welzel의 행위구조는 층적 존재론상의 일 범주인 ‘목적성’ 위에서만 구축되어 있기⁶⁸⁾ 때문에 행위구조의 존재론적 일면성에 집중(혹은 치중)하게 되는 결과가 된다. 그러나 행위특질을 넓은 의미의 ‘의식’에 결부시키고 있는 점에서 Kaufmann, Welzel 그리고 Stratenwerth는 일치하고 있다. ‘무의식’을 포함하는 넓은 의미의 이 ‘의식’은 결국 존재론적

65) Kaufmann(Anm. 23), S. 40; ders., (Anm. 34), S. 114 Kaufmann은 이 ‘무의식’을 ‘전의식(Vorbewußtsein)’ 또는 정신적 잠재성의 풍부한 생활근거로 이해되고 있는 ‘하부의식(Unterbewußtsein)’으로 인식하면서 이 ‘무의식’에 인격성과 창조적 활동성 그리고 형법적 거동의 유의성을 근거시킨다. Kaufmann(Anm. 23), S. 41f.

66) Kaufmann(Anm. 34), S. 29f.

67) Ebd., S. 19 Kaufmann은 ‘행위’의 이 복잡성 구조를 인간존재의 복합적 구조 즉 무기계의 물질층, 생물계의 생명층, 감성계의 심층 그리고 의미계의 정신층 등 존재층들의 통일체에서 연역한다. Ebd., S. 30

68) Welzel, Strafrecht 1965, S. 29f.; ders., (Anm. 57), S. 20

행위론에서 '행위'의 근본토대로 규정될 수 있다.

V. 결 론

존재론적 행위론에서 '행위'의 근본토대로 귀결될 수 있는 '의식'은 현존 행위론들의 '행위'에 대한 공통적 토대로 규정될 수 있다. 그러므로 행위론상 '행위'의 근본전제인 '의사'는 '의식'의 추상체로 유추될 수 있다. 그리고 행위론은 이 '의사'를 '자유'로 더 정확하게는 상대적 자유로 규정하여 왔고, 또한 이 '의사'에서 모든 가별적 거동형태들을 추론하고 있다. 따라서 자유로운 이 '의사'가 '행위'를 부담하고 형법적으로 의미 있는 '행위'를 본질적으로 각인시키고 있다. 그리고 '의사'의 이 '자유성'이 실질적으로 형법적 '행위'의 개념성을 내적·질적으로 규정하고 있다. 따라서 개개 행위개념들은 근본적으로 '의사'의 이 자유성의 내화(內化)·질화(質化)에 의해 각기 고유하게 구성되어 있다. 그러나 '무의식' 혹은 잠재의식에서 발현되는 거동들은 '의사'의 이 자유성에서 근거될 수 없다. 그러면 이 거동유형들은 무엇(어디)에서 근거될 수 있는가? 이 물음은 '의사'에 자유성 외에 다른 '성질'의 존재를 암시한다. 이 다른 '성질'은 결정성으로 규정될 수 밖에 없다. 그러므로 이제 '의사'는 자유성과 결정성을 통일적으로 내포하여 형법적 행위를 성립시킨다. 이 두가지의 성질들을 내포하고 있는 이 통일적 '의사'가 형법적으로 의미있는 거동유형들을 근거할 수 있게 된다. 그리고 이 논문은 이 두 가지의 성질들을 본질적으로 포함하고 있는 '의사'를 형법적 '행위'의 근본토대로 규정한다. 이 토대 위에서 형법적 '행위'가 논의될 경우 형법학상의 행위론은 '통일적 행위론'으로 그리고 '통일적 행위론'상의 행위개념은 '통일적 행위개념'으로 발전될 수 있다.