

獨逸聯邦共和國의 內外安全을 侵害하려고 努力하는 計劃이다. 第80條 이하에서 構成要件 適合性은 行爲時에 요구되지 않으며, 각 安全의 侵害로서 足하다. 侵害는 外部로부터의 공격을 防禦하거나, 內部로부터의 騷擾에 대한 法秩序를 確立하는데 필요한 獨逸聯邦共和國의 能力이 減少된 경우에 侵害된 것으로 본다.

3. 憲法上 基本原則에 반하는 計劃이란, 計劃의 主體가 憲法上 基本原則(第2項)을 排除하거나, 無效化 시키거나 또는 破壞하려고 노력하는 計劃을 말한다.

이 規定은 또한 特定人 또는 特定階層이 第2項에서 열거한 憲法上 基本原則을 배제하려고 노력하는 것을 前提로 하고 있다. 聯邦政府의 責任下에 聯邦軍隊를 解體하고 國民代表機關에 대한 政府의 責任이 停止된다면 이 경우가 이에 해당한다.

이에 반해 無效概念은 法的인 存續에도 불구하고 이러한 基本原則이 實質적으로 지켜지지 않는 事實을 말한다.

憲法上 基本原則의 繼續的 有效에도 불구하고 그 效果가 實質적으로 현저하게 低下되면 憲法上 基本原則이 破壞된 것이다. 예를들면, 國民의 일부계층에 대해(國家的 追放措置로 인해) 人間尊嚴에 대한 權利가 留保되면 憲法上 基本原則이 破壞되는 것이다. 憲法上 基本原則은 특히 느린 속도의 低下를 통해 그 效力을 喪失할 수가 있다. 모든 경우에 있어서 그 自體로서 憲法上 基本原則의 侵害가 문제되는 것이지, 個個의 경우에 그의 輕視가 문제되는 것은 아니다.

第3章 背反 및 外的安全을 危殆롭게 하는 罪

第1節 國家機密의 漏泄等

第93條(國家機密의 定義) ①國家機密이란 獨逸聯邦共和國의 外的安全에 대한 重大한 不利益을 회피하기 위하여 오로지 制限된 人的範圍에서만 入手할 수 있고, 他國에 대하여 秘密로 하여야 할 事實, 物件 또는 知識을 말한다. ②自由民主的 基本秩序에 반하거나 獨逸聯邦共和國의 條約 相對國에 대하여는 秘密로 하면서 國家間에 締結한 軍備制限을 違反하는 事實은 國家機密이 아니다.

I. 本條는 國家機密의 法的 定義에 관하여 規定하고 있다. 第2項이 規範的 制限을 내리고 있음에 반하여, 第1項에서는 國家機密의 보다 實質的인 要素를 規定하고 있다.

II. 積極的 觀點에서는 다음에 열거한 要素가 國家機密의 概念에 속한다(第1項).

1. 國家機密의 對象은 事實, 物件 또는 知識이다.

이러한 概念들 間의 限界는 流動的이다.

과거 또는 현재의 事件이나 狀況이 事實이라는 概念으로 이해될 수 있고, 그때에는 進行過程(예컨대, 意圖·計劃)이 國外에서 일어나든 國內에서 일어나든 마찬가지이다. 장래의 事件은 豫測으로서 知識에 속하며, 그 知識에는 특히

科學公式, 政治分析 또는 經濟的 研究結果가 포함되고, 聯邦大法院 判決에 의하면 數個의 職務上 秘密에서 派生되는 知識內容도 이에 속한다.

物件이란 무엇보다도 秘密을 유지할만한 價値가 있는 內容을 포함하는 한에는 모든 태양의 有形的 物件을 말한다. 文書, 製圖, 圖解, 모델 및 그러한 事實과 物件에 관한 報告書는 第 93 條에서 規定한 事實이 될 수도 있기 때문에 事實로서의 보호를 받을 수 있다.

사람은 物件이 아니기 때문에 秘密保有者를 拉致하는 行爲는 第 94 條에 해당되지 아니한다. 이에 반하여 사람의 특별한 屬性, 예컨대 秘密領域에서 活動하는 사람의 活動에 관한 明細는 완전한 事實로서 國家機密의 對象이 될 수 있다.

2. 이러한 事實은 行爲當時에도 秘密이어야 한다. 오로지 制限된 人的範圍에서만 入手할 수 있는 事實이어야 秘密로 간주된다.

a) 그 判斷은 형식적 기준에 의하여 決定되는 것이 아니라 오로지 어떤 制限된 人的範圍에서만 해당사실을 알고 있느냐, 혹은 그것을 入手할 수 있느냐에 의하여 決定된다. 따라서 現在까지 일반적으로 알려지지 않았거나 發見되지도 않았고 그로 인하여 公式적으로 秘密로 취급될 수 없었던 事實뿐만 아니라 명확하게 폐쇄시키지 않더라도 내용상의 특성이나 취급상의 태양에 따라 特定한 사람이 알도록 制限되어야 하는 그러한 事實도 保護받는다

(소위 實體的 秘密概念).

사실 “形式的” 秘密을 拋棄함으로써 法律適用에 있어 確實히 不安定이 생긴다는 점은 인정해야 한다.

그렇다 치더라도 實質的 秘密概念은 形式的(동시에 實質的·形式的) 秘密概念 보다 우선한다. 왜냐하면 形式的 概念을 忌避하면서 秘密을 유지할 필요가 있는 그러한 事實도 秘密에 편입되고, 다른 한편으로는 과도하게 秘密로 책정함으로써 公共의 批判과 輿論形成의 可能性을 不法적으로 遮斷할 危險性을 방지할 수 있기 때문이다. 그러나 여러가지 個別的 構成要件에는 實質的 秘密概念이 確實한 形式的 規準에 의하여 制限되고 있다는 점에 留意할 필요가 있다.

b) 制限된 人的範圍는 公的인 地位나 특별한 秘密保有者일 것을 요구하지는 아니한다. 軍事技術적으로 중요한 發明을 하는 化學研究所의 構成員이나 아직 알려져 있지 아니한 軍用機의 墜落地點을 우연히 發見한 신문기자도 이러한 의미에서의 制限된 人的範圍일 수가 있다.

c) 制限된 入手可能性은 決定的이다. 그로 인하여 오로지 制限的으로 알 수 있는 可能性이 문제된다. 그것은 어떠한 事實이 具體的인 狀況에 비추어 임의의 第 3 者가 알 수 있을 경우에는 더 이상 秘密이 아니라는 것을 의미한다(예컨대, 거리에서 분실한 秘密文書). 이에 반하여 그것이 사실상 이미 발생한 事實이나 아니냐 하는 것이 決定的인 의미를 가지는 것은 아니다.

다른 한편 아직까지 전혀 알려져 있지 않았거나 이제 겨우 일부 制限된 사람들만이 (예컨대, 研究팀등) 발견한 事實은 모두 制限的으로 入手할 수 있는 事實에 해당한다.

이것은 무엇보다도 發明者에 대하여 의미가 있다. 秘密을 유지할 必要性이 존재하는 한에는 그 發明者에게는 公開할 權限이 인정되지 아니한다. 그것에 관한 보충적인 것은 著作權法 第31條 第5項, 第50條 내지 第54條와 實用新案法 第3條의 a를 參考하기 바란다.

事實은 그것에 관한 實質的인 供述內容을 認識할 수 있는 때에만 入手할 수 있는 것이다. 그러한 이유에서 事實으로서 이미 알려져 있음에도 불구하고 아직 秘密인 先例는 그것의 重要性이 制限된 사람들에게만 확인될 수 있는 경우라면 아직 秘密에 속한다. 소문으로 알려진 사실이라 할지라도 아직 確認과 補充이 필요한 狀態라면 역시 秘密이다.

d) 國家機密이 어떤 外國에 알려져 있다고 하더라도 그 外國에 대해서만 秘密을 維持하는 것이 필요한 경우가 아니라면 이를 이유로 國家機密로서의 屬性이 消滅되는 것은 아니다. 이미 알려진 國家에 漏泄하는 것은 第94條이하에서 規定하고 있는 獨逸聯邦共和國에 대한 危險을 惹起하는 것이 아니다. 물론 未遂의 可能性은 남는다.

e) 모든 사람이 알고 있거나 누구든지 알수 있는 事實은 설사 外國機關에 대하여 秘密을 유지하는 것이 큰 利益이 된다고 하더라도 더이상 秘密로 간주될 수 없다. 이것은

무엇보다도 소위 모자이크理論 (Mosaiktheorie)에 대하여 의미가 있다. 따라서 이미 알려졌거나 최소한 一般人도 接近할 수 있는 情報源으로부터 얻은 知識은, 그것이 새롭고 이제까지 制限된 사람들만이 알고 있는, 秘密을 要하는 특정한 事實의 總體的 表象인 것이 證明되는 한 어떠한 경우든 아직 秘密성이 인정된다. 예컨대, 이미 알려져 있는 生産量이나 戰術的으로 중요한 交通要地를 體系的으로 評價하여 얻은 어떤 國防計劃에 대한 歸納的 推論이 그러하다. 이러한 種類의 秘密概念은 결국 合法的인 情報需要와 衝突할 수 없다는 事實은 명백히 인정되어야 한다. 그 때문에 모자이크이론은 - 적어도 出版物에 의한 背反罪의 領域에 대해서는 - 특히 聯邦憲法裁判所 判決 20/180 이하 (少數意見)에 의하면 排斥당할 것이다.

이러한 생각을 立法者도 고려하였다고 한다. 第93條의 새로운 規定에서 모자이크이론을 배제하는 시도가 그럼에도 불구하고 완전히 成功하였는지 여부는 의문이다. 왜냐하면, 그러한 한에는 이미 단순한 “知識”이 秘密일 수 있기 때문에 새로운 形態의 知識內容을 體系的으로 作業하여 總體的 形象으로 만들 수 있는 可能性을 완전히 排除할 수는 없는 것이다. 一般人이 접근할 수 없는 事實에 基礎를 두는 그러한 知識만을 秘密로 취급하면 이러한 知識의 基礎資料를 漏泄할 경우에는 그것으로부터 도출된 知識에 전혀 拘束됨이 없이 바로 秘密漏泄이 될 것이다. 혹

은 그 知識에 대하여 基本的 事實資料와는 別個의 獨自의 秘密內容을 승인하는 때에는, 그렇게 함으로써 지금까지 알려지지 아니한 關係가 나타나거나 個別的인 事實이 새로운 觀點에서 해석된다면 一般人이 접근할 수 있는 情報源으로부터 얻은 知識도 역시 秘密이 될 수 있다는 점을 먼저 인정해야 한다.

물론 여기에서는 그 自體 오로지 制限된 人的範圍만이 入手할 수 있는 知識에 관한 경우이다. 公開되어 있는 個別事實을 組立하여 만든 모자이크가 누구든지 실제로 할 수 있는 꼼꼼한 作業에 基礎를 두고 있다면, 制限된 人的範圍는 존재하지 아니한다. 이에 반하여 그 知識이 아무나 任意로 할 수 없는 技術的이거나 精神的인 手段을 개입 시킴으로써 비로소 얻을 수 있고, 동시에 오로지 特定한 資格을 갖춘 사람들에게만 公開되어 있는 것이라면 制限된 人的範圍인 것이다. 그때에는 嚴格한 規準이 提示되어야 한다. 알려져 있는 개별사실을 계속 전파하는 경우에는 第 99 條에 의하여 處罰할 수 있음에 반하여, 이러한 條件이 충족되고 기타의 秘密要件도 存在하는 경우에는 知識의 傳達은 背反(漏泄)이 될 수 있다.

個別事實로부터 도출한 자신의 知識을 다른 사람이 계속 전파할 것이라는 점에 대하여 이를 전파하는 자가 알고 있을 경우에는 背反罪의 幫助犯이 問題되는 것은 물론이다.

3. 獨逸聯邦共和國의 外的安全에 대한 중대한 不利益을 초래할

危險을 회피하기 위하여 他國에 대하여 秘密維持하여야 할 경우에는 그 秘密은 國家機密이 된다(秘密維持의 必要性).

a) 秘密維持의 必要性은 他國에 대하여 존재하여야 한다. 여기에서 他國이란 國際法的으로 承認된 國家組織이든 그것의 適法한 政府이든 불문한다. 外國의 領土內에 있는 亡命政府나 反亂團體라도 그것이 國家機能을 遂行하려고 할 경우에는 그러한 種類의 他國에 해당한다. 순수한 犯罪集團(예컨대, 마피아)은 이에 해당하지 아니한다.

他國이란 國家聯合(예컨대, 나토 條約國)을 포함한 外國뿐만 아니라 특히 東獨政府와 같이 이 規定의 適用範圍 밖에서 있는 獨逸領土上의 政府도 뜻한다. 이에 반하여 獨逸聯邦共和國의 州政府은 相互關係에서 他國政府가 아니며, 마찬가지로 國內의 任意的 權力集團도 이에 해당하지 아니한다. 따라서 國內의 任意的 權力集團을 組織, 그 活動을 遂行할 경우에는 항상 內亂 혹은 第 353 條의 a에서 정하는 犯罪가 成立할 것이다.

b) 秘密維持 必要性은 오로지 獨逸聯邦共和國의 外的 安全, 다시 말해서 外部로부터의 攻擊을 防禦할 수 있는 能力을 그 基準으로 하고 있다. 어떠한 方法으로 安全이 위태롭게 되었느냐, 즉 政治的, 軍事的, 情報的 또는 經濟的 秘密의 漏泄에 의한 것인지는 중요하지 않으며, 그것으로 인하여 獨逸聯邦共和國의 外的地位가 침해당한다는 점이 決定的이다. 따라서 순수한 政黨利益을 侵害한 것만으로는

충분하지 아니하다. 상호 충돌할 수 있는 利益을 比較衡量하기 위해서는 外的安全이 成就되는지를 고려하여야 한다. 예컨대, A國家에 대하여 秘密을 公開함으로써 생기는 不利益이 B國家에 대한 外交政策的 利益에 의하여 제거되어진다면 綜合적으로 判斷할 때 獨逸聯邦共和國의 外的安全을 위태롭게 하지 아니할 수도 있다. 이에 반하여 예컨대, 民主적으로 意思를 형성하기 위해서 일어날 수 있는 國內政策的 또는 綜合政策上的 利益으로 이미 國家機密을 漏泄하여 일어난 外交政策的 損失을 補償한다는 것은 不可能한 것이다.

第2項에서 規定하는 國家機密의 概念으로부터 도출되는 不法的인 秘密이 아니라면 항상 正當性의 차원에서(예컨대, 違法性 阻却의 緊急避難에 근거하여) 利益衡量이 可能하다. 保護를 받는 것은 오로지 獨逸聯邦共和國의 外的安全이다. 그러므로 각 州의 秘密은 그것을 公開하는 것이 동시에 獨逸聯邦共和國의 外的安全을 위태롭게 할 때에 한하여 保護를 받는다. 超國家的인 共同體는 除外된다.

NATO會員國의 共同秘密은 역시 獨逸聯邦共和國의 保護에 해당한다.

- c) 秘密維持 必要性은 他國이 그 秘密을 알게됨으로 인하여 獨逸聯邦共和國의 外的安全에 대하여 중대한 不利益이 발생할 危險이 있는 때에만 인정된다. 秘密維持의 危險性은 단순히 추상적 危險에 의하여 決定된다.

秘密이 유지되어야 할 對象이 他國에 알려진 때에는 具體的 危險이 발생하는 것은 틀림없다. 그러한 경우의 不利益은 중대한 것이다. 獨逸聯邦共和國의 이러한 外的安全은 심하게 손상될 것임에 틀림없다. 가벼운 外交政策上的 不和는 原則적으로 이에 해당하지 아니한다. 이에 반하여 他國의 보복이나 孤立試圖 또는 同盟體制에서 逐出이 우려되는 때에는 그렇지 아니하다. 그 對象이 사소한 自國情報인 경우에는 原則적으로 그런 種類의 危險은 존재하지 아니한다.

外的安全의 危害는 반드시 어찌면 있을지도 모르는 他國의 措置에 의하여 威脅받아야 한다. 國內政治團體에 의한 攻擊은 설사 그로 인하여 外的安全이 문제되더라도 構成要件該當性이 없다. 이러한 解釋은 外國企業에 대해서만 利益이 되고 반대로 外國政府에 대해서는 有益하지 아니한 순수한 産業스파이에 대해서도 타당하다. 이에 반하여 獨逸聯邦共和國의 外的安全이 어떠한 방법으로 침해될 수 있을 것인가의 問題는 중요하지 아니하다. 예컨대, 外國이 國內의 不安을 지원하는 방법으로 獨逸聯邦共和國의 地位를 弱化시키기 위하여 國內의 平和를 保護하는데 寄與하는 秘密을 利用한다면 그것으로 충분하다.

- d) 어떤 國家機關의 입장에서 볼 때 특별히 秘密을 유지하려는 主觀的 意思를 要하는 것은 아니다. 實質的 秘密概念에 의하면, 그 情報이 실제 중요하고 客觀적으로 秘密을

유지할 必要性이 있다는 事實에 의하여 決定될 뿐이다.

4. 國家秘密은 正當하여야 하며, 다시 말해서 그것이 具體化하고 있는 供述內容이 眞實에 부합하여야 한다. 이러한 概念要素는 특정한 要件하에서 洩露된 秘密을 “漏泄”하는 것을 특별히 處罰하는 第100條의 a에서는 도출할 수 없는 것이다.

Ⅲ. 第2項에 의하여 秘密의 概念은 本質적으로 制限된다. 이 規定에 의하면 소극적 觀點에서 自由民主的 基本秩序에 반하거나 獨逸聯邦共和國의 條約相對國에 대하여 秘密로 한 채 國家間에 締結한 軍備制限을 違反하는 모든 事實은 國家秘密의 概念에서 배제되고 있다.

1. 소위 不法的 國家機密을 이와 같이 排除시킴으로써 立法者는 外交政策上의 秘密維持의 必要性和 不法的인 事件을 폭로함으로써 생기는 法治國家의 利益間에 국가 안에서 일어날 수 있는 충돌을 고려하려고 努力하였다. 사정에 따라서는 綜合政策的 理由에서 國民一般의 正當한 情報慾求를 우선시켜야 한다는 事實은 이미 舊法에서 널리 승인되어 있었다. 그럼에도 불구하고 그러한 事實을 公開하는 것이 정당화되어야 하느냐 혹은 그러한 事實에 대해서는 國家機密의 性格이 거부되어야 할 것인지에 관해서는 論難이 있었다.

2. 立法者는 그러한 論爭을 — 어쨌든 原則적으로 — 構成要件解釋의 차원에서 끝내었다.

第2項에서 規定하고 있는 不法的인 狀況(事情)은 이미 國家機密의 概念에서 構成要件의 排除되어 있다. 그러나

이것은 모든 態樣의 違法行爲에 適用되는 것은 아니며, 오히려 自由民主的 基本秩序에 반하거나 또는 國際적으로 協約된 軍備制限에 違反할 때에만 適用된다. 該當官廳이 그 違反을 認識하고 있는지의 여부는 중요하지 아니하다. 그러나 軍備制限 協定을 違反하는 경우에는 獨逸聯邦共和國의 條約相對國에 대하여 秘密을 유지하면서 이를 違反하여야 한다.

條約相對國으로서 특히 NATO가 問題되며 기타 防衛協定 또는 軍縮協定相對國도 해당된다(예컨대, WEV 條約).

條約에 참여한 條約相對國이 事전에 條約違反通告를 받은 경우에는 不法性이 없어진다. 그 前提條件으로 모든 條約相對國에 대하여 通知되어야 한다.

3. 第2項이 規定하고 있는 엄격한 限界를 고려하면, 國家機密의 保護領域에는 不法的 事態가 廣範圍하게 남아 있다. 이것은 그것의 公開가 모든 경우에 違法性이 있을 것이라는 것을 의미하지는 아니한다. 왜냐하면, 第2項에서 規定하고 있는 정도의 不法性에 이르지 아니하는 事件에 대해서도 民主的 法治國家에서는 適法한 情報利益이 存在할 수 있기 때문이다. 正當化(違法性阻却)의 次元에서는 항상 이러한 必要性이 고려될 수 있는데, 그러한 경우에는 違法性阻却의 緊急避難의 原則이 도입된다.

그때에는 한편으로는 外的安全을 위하여 遂行된 秘密維持利益과 다른 한편 綜合政策的 公開利益은 서로 比較衡量되어야 한다.

어느 경우든 不法的 國家機密이라도 事情에 따라서는 그 公開가 外的安全에 상당히 위험하다면 최후의 手段으로 남겨 두어야 한다. 만약 外的安全을 보다 적게 침해할 可能性이 있다면 不法的 狀況을 시정하기 위하여 手段比例性의 原則에 留意해야 한다.

이에 반하여 基本法 第5條로부터는 公開權限은 어떠한 경우에도 도출할 수 없다. 言論에 대해서도 마찬가지이다.

4. 第2項의 實務上의 重要性은 특히 第2項에서 規定하는 不法的 秘密의 漏泄이 第97條의 a에 의해서도 일정한 條件下에서 處罰되기 때문에 현저하게 制限된다. 言論을 통하여 이러한 秘密을 公開하는 것은 原則적으로 處罰할 수 없다. 國家機密의 不法性에 관한 錯誤 역시 第97條의 b의 錯誤構成要件에 해당한다.

第94條(背反罪) (1) 國家機密을

1. 他國 또는 그의 仲介者 중 1人에게 알리거나
2. 기타 獨逸聯邦共和國에 不利益을 끼치거나 他國을 有益하게 하기 위하여 權限없는 자에게 알리거나 이를 公表하고 또한 이로 인하여 獨逸聯邦共和國의 外的安全에 중대한 不利益의 危險을 초래한 자는 1年以上의 自由刑에 處한다.

(2) 특히 중한 경우에는 無期自由刑 또는 5年以上의 自由刑에 處한다. '특히 중한 경우'는 原則적으로

1. 國家機密의 維持에 특별히 義務를 지는 責任있는 地位를 濫用하거나

2. 그 行爲로 인하여 獨逸聯邦共和國의 外的 安全에 특별히 중대한 不利益의 危險을 초래하는 때이다.

一. 이 規定은 좁은 의미에서의 國家背反을 規制한다. 國家背反의 客體는 第93條에서 의미하는 순수한 國家秘密이다. 이 構成要件은 國家機密을 外國勢力에 告知함으로써 實現되거나 行爲者가 특별 한 의도아래 無權能者에게 機密을 알게 함으로써 또는 公연히 알림으로써 實現된다.

1. 外國勢力에의 또는 諜者에의 國家機密의 告知

a) 國家機密의 受信人은 外國勢力 즉, 이를 代表하는 機關이거나 그 諜者일 수 있다. 後者에는 外國勢力에 대한 關係가 法律的으로 또는 事實上 어떻게 形成되었는지의 여부를 고려함이 없이, 당해 外國勢力을 위해 活動하는 者를 모두 포함한다. 諜者에의 告知는 이로 인하여 당해 秘密이 外國勢力의 손에 직접 傳達되지 아니한 채 犯行이 完成되기 때문에 특히 重要하다.

b) 告知라 함은 受信人이 國家秘密을 入手하거나 그 內容物로부터 情報를 얻게 되는 모든 傳達方式을 말한다. 口頭나 文書에 의하여 또는 그밖에 어떤 방식에 의하여 이러한 傳達를 行하는 가의 여부는 重要하지 아니하다. 따라서 特定한 秘密은 그 秘密이 담겨 있는 物件의 引渡만으로도 또는 諜者에게 不作爲를 통하여 國家機密을 얻도록 하는 방식을 통하여도 告知된다. 하나의 國家機密이 分離되어 保

관된 두 개의 情報源으로 構成되어 있는 경우, 그 한쪽 情報源이 外國勢力 또는 그 諜者側에 入手되어 있는 때에는 나머지 한쪽만의 引渡로 충분하다.

第1項 1號에서 의미하는 “告知”는 그것이 당해 外國勢力에 대하여 또는 그 諜者에 대하여 直接的으로 行하여진 경우에 問題된다. 이것은 2號 및 第95條, 第97條와 第97條 a의 構成要件과의 比較를 통해 분명해진다. 그러한 까닭에 1號는 國家機密이 어떠한 外國勢力의 代表 또는 諜者인 無權能者에게 引渡된 경우에 또는 그 公示가, 예컨대 言論을 통하여 公연히 招來된 경우에는 適用되지 아니한다. 두 개의 公示狀況을 區別함은 外國勢力 및 代理人을 위한 直接的 行爲는 특히 危險하게 보인다는 점을 고려하였기 때문이다.

2. 背反은 行爲者가 그밖의 方法으로 無權能者에게 國家機密을 얻게 하거나 公연히 公示하여 獨逸聯邦共和國에 不利益을 끼치거나 外國勢力을 이롭게 하는 方法을 통하여 廣範圍하게 行해질 수 있다.

a) 獲得許容에 관하여는 無權能者로 하여금 國家機密에 관한 또는 그 保存에 관한 知識을 획득하도록 하는 作爲 또는 不作爲로 충분하다. 占有取得으로 足하다. 受信人은 획득하고자 하는 內容에 관하여 인지하고 있을 것을 요하지 아니한다. 예컨대, 그가 단순히 受取人 本人의 一善意의 또는 惡意의 一使者인 경우가 그렇다. 行爲者 또한, 無權能

者에게 傳達된 物件이 國家機密과 관계가 있다는 事實을 알고 있거나 짐작하는 한, 保有하는 機密의 內容에 관한 認識을 필요로 하지 아니한다.

無權能者라 함은 行爲者가 알릴 義務를 지지 아니하거나 알릴 權限을 가지지 아니한 모든 사람을 뜻한다. 認識에 대한 權能은 獨逸法 또는 國際法에 緣由한다. 一般的으로 이러한 法은 新聞이나 政黨의 黨員들에게도 適用된다.

이 法은 특히 自己의 政黨에 대한 또는 이전의 政黨員들에 대한 關係에서 管轄閣僚로서 秘密運搬者인 政黨의 長에게도 適用된다. 國會議員도 一般的으로 國家機密의 獲得에 대하여 權能은 없으며, 權能을 가지려면 당해 獲得이 第97條의 b 1項 3號에서 의미하는 바와 같이 不法으로 推定되는 秘密에 대한 救濟策을 隨伴하여야 한다.

b) 國家機密의 公연한 公表에서는 無權能者에 대한 獲得許容의 특별한 경우만이 問題된다. 이것이 新聞을 통해 또는 公開的인 通知를 통해 行해졌는지의 여부는 중요하지 아니하다.

c) 2號의 두 개의 代案에 있어서는 國家機密의 公表는 이것이 특별한 의도 아래 招來되는 경우에, 즉 聯邦共和國에 不利益을 끼치기 위하여 또는 外國勢力을 이롭게 할 目的으로 行해진 경우에 한하여 第94條에 따라 處罰된다. 背反罪의 保護對象으로 밝혀진다고 하더라도, 이러한 利益 또는 不利益을 끼치는 行爲를 통하여 적어도 該當國家

의 外部的 政治形勢가 영향을 받아야 한다. 目標指向的인 行爲가 필요하다. 그러한 까닭에 대가를 추구한 行爲者는 하여튼 第95條에 의해 處罰된다.

3. 背反行爲는 1號의 경우 뿐만 아니라 2號의 경우에도 같은 行爲를 통해 獨逸聯邦共和國의 對外的 安全을 해칠 危險을 招來할 것이라는 귀결을 보여야 한다. 그밖에 秘密維持 必要性的의 根據에 관하여서는 抽象的 危險만으로는 부족하며, 오히려 具體的 危險의 國면에 도달하여야 한다.

예컨대, 秘密資料를 傳達하기 위해 諜者의 손에 쥐어 줄 경우 그 傳達 終了前에 그가 逮捕된 때에는 危險性이 결여된다. 마찬가지로 無權能者가 中전에 確定된 決定에 따라 그에게 주어진 該當官廳의 秘密資料를 引渡하는 경우에 法律上 危險性이 부인될 것이다.

또한, 여기에서는 國家機密概念에서와 같이 對外政治上의 尤리함 및 國內政治上의 不리함의 相殺는 고려되지 아니한다. 그보다는 對外的 安全의 危險性만을 문제시한다. 또한 第93條의 해설(二)에서 의미하는 바, 不法的 秘密에 관한 것이 아닌 필요한 경우에 正當化 원리에 근거하여 利益衡量이 가능하다. 특히 第94條 1項 1號에서 의미하는 背反行爲에 관하여는 第97條 a가 問題된다.

二. 違法性的의 阻却에 관하여는 一般的인 正當化 事由가 適用된다. 緊急避難에 근거한 正當化와 관련하여 公共의 情報利益을 위해 행동하는 新聞記者에게 第95條에서는 緊急避難이 도움이

되겠지만, 第94條의 範疇에서는 法律上 어떠한 領域도 存在하지 않는다. 왜냐하면, 여기에서는 外國勢力과의 共謀 또는 反逆的 目的이 前提되고 양자 모두 法律上 正當化가 배제되기 때문이다.

三. 1. 主觀的 構成要件과 관련하여 모든 兩者擇一에 있어서 故意가 필요하다. 第97條와의 比較를 통해 알 수 있는 바와같이 특히 故意는 外部的 安全의 危險을 指向하여야 한다. 原則적으로 危險에 관하여 限定된 故意도 충분하며 따라서 行爲者가 受信者에 의해 秘密이 商品化될 可能性을 臆두에 두면서 매각하는 것으로 족하다. 여기에 비해 2號에서 필요로 하는 “이롭게 할 의도”에 관하여는 目標指向的인 行爲를 要한다.

NATO의 秘密에 관한 대가의 支給에 있어서는 行爲者는 반드시 그의 告知가 독일의 관심사에 관한 사항을 포함하고, 聯邦共和國의 對外的 安全 때문에 秘密을 維持하여야 하는 事項을 포함하고 있다는 것을 알아야 한다. 行爲者가 당해 背反事項이 法律上 “國家機密”로 規定되어 있다는 것을 알 필요는 없고, 그에게 “國家秘密을 構成하는” 狀況(秘密事項, 秘密維持 必要性 등)이 認識되어 있는 것으로 족하다. 만약, 行爲者가 어떠한 國家機密이 形式的 秘密을 前提한다고 믿는다면, 包攝의 錯誤만이 存在한다.

2. 行爲者가 第93條 第2項에서 뜻하는 不法的 秘密에 관하여 錯誤로 背反行爲를 한 경우에 대하여는 第97條의 b의 構成要件

件的 錯誤를 고려할 수 있다. 그밖에 行爲者가 不法的 秘密을 合法的으로 保有하는 경우, 第1項 1號와 관련하여 같은 問題가 제기된다. 여기서는 第97條의 a가 관련한다.

그밖에 第94條의 未遂는 더 이상 고려되지 아니한다. 기타 錯誤의 一般論이 適用된다. 예컨대, 行爲者가(秘密維持 必要性 缺如 등과 같은) 다른 事由로 인하여 告知事項을 國家秘密이 아닌 것으로 간주한 경우가 그렇다(構成要件 錯誤).

3. 法律關係의 性質에 관한 故意는 第1項 第2號의 경우에 한하여 필요하다.

4. 故意가 缺如되어 있는 한, 國家機密에 관한 對價支給은 第97條에 의하여 考察된다.

四. 行爲者라 함은 1號에서 의미하는 國家機密을 告知하거나 第2號의 故意로써 公表하는 者를 말한다. 이와 반대로 受信者는 第94條의 適用이 미치지 아니한다. 그럼에도 불구하고 그가 諜者로서 外國勢力에게 또는 다른 諜者에게 秘密을 提供하는 경우 그는 第94條에서 의미하는 것을 告知하는 結果를 초래한다. 단순히 秘密을 영수함은 당해 諜者가 그 秘密을 傳達하고 이로 인하여 背反行爲를 할 意圖를 가지고 있는 限度內에서 第96條의 適用을 받는다. 共犯에 관하여는 一般的 規律이 適用된다. 예컨대, 이롭게 할 의도가 없이 第2號에서 뜻하는 바, 行爲者를 支援하거나 一般的으로 알려진 事項을 告知하여 다른 사람이 이로부터 秘密에 관한 歸納的 推論을 끌어 내도록

하고 이에 관한 知識을 傳達하도록 하는 자는 從犯이다. 供給者로부터 受領人에게 秘密을 送付해 주는 使者는 背反行爲의 從犯에 속한다. 그가 受領者의 지시에 의하여 行爲하는 때에도 從犯이다. 왜냐하면 從犯은 第27條의 취지상 그 形態의 實現을 증진시키는 것을 알고 있는 것으로 足하기 때문이다. 第1項 第2號에서 의미하는 이롭게 할 또는 해롭게 할 의도는 行爲와 관련된 徵表를 의미하므로, 그 자신이 이러한 意圖없이 行爲하는 共犯도 역시 第94條에 따라 處罰된다.

五. 秘密이 公表되고 第1項에 의해 요구되는 危險性이 實現되는 때 行爲는 完成된다. 第2號에서는 行爲의 完成을 위해 당해 秘密이 外國勢力에 到達될 것을 요구하지 아니한다. 그것이 無權能者에게 到達된 경우에, 이로 인하여 이미 構成要件上的 危險性이 實現되었다고 前提되므로, 당해 背反行爲가 完成된 것으로 본다.

未遂犯은 處罰한다. 共犯行爲에 대한 直接的인 시도를 필요로 한다. 그러므로 背反을 目的으로 한 特정한 資料의 形成만으로는 충분하지 아니하다. 聯邦防衛에 소속된 者가 秘密文書를 外國의 通信事務에 提供할 目的으로 지참한 채 兵營을 離脫하는 경우에 있어서도 未遂는 存在하지 아니하며, 兵營에 직접 隣接한 곳에서 즉각적인 讓渡가 이루어지지 아니한 경우에도 未遂가 存在하지 아니한다. 이와 반대로 行爲者가 諜者와의 會合場所에서 會合豫定時間에 발견되거나 秘密文書를 郵便小包로 送付한 경우에는 告知를 直接的으로 시도한 것으로 본다. 누구든지

想像的 國家機密을 漏泄하는 자는 (不能) 未遂에 해당한다.

中止未遂犯은 第24條에 해당하며, 필요한 경우에는 혹 第96條 또는 第98條 以下에 따라 處罰될 수 있다.

六. 1. 刑罰은 특히 중한 경우에는 無期懲役 또는 5年 以上の 自由刑에 處한다. 이러한 경우는 法 第2項 2號에서 처럼 國家秘密을 보장할 特別한 義務를 지는 者가 “責任있는 地位를 濫用” 하거나 自己行爲를 통하여 獨逸聯邦共和國의 對外的인 安全에 대해 특히 중대한 害惡을 招來할 때에 발생한다. 그런데 첫번째 경우는 秘密運搬者가 從屬的 權能以上을 가지는 地位를 차지함을 전제로 하여 그가 직접 秘密을 漏泄하는 때에 발생한다. 여기에서는 私企業에서의 職責 또는 責任있는 地位를 濫用하는 가의 여부에 의하여 左右되지 아니한다. 가중된 秘密維持義務는 狀況에 따라 발생한다. 또한 行爲者는 明示的으로 義務를 부담하였을 것을 要하지 아니한다.

共犯에 관하여는 第28條 第2項이 類推適用된다. 두번째의 刑罰加重事由는 오로지 절박한 危險의 加重에 根據를 두고 있는데 이 危險은 본래 構成要件 該當性を 위해 반드시 重大한 것이어야 하고, 이와 동시에 어느 정도 實際的인 性質의 것을 요구한다. 이것은 특별한 경우에 필요에 따라 고려된다.

2. 沒收 가능함.

七. 大逆罪나 國家危害의 構成要件에 관하여는 想像的 競合이 가능하다. 第94條는 豫備行爲가 漏泄된 秘密에 국한되는 한, 對外

的 安全에 대한 內在的 危險으로 보아, 당해 豫備行爲에 適用된다. 그밖에 다른 점에 있어서는 一般的으로 侵害的·具體的 危險犯과 抽想的 危險犯 사이에 想像的 競合이 可能하다.

第95條(國家機密의 漏泄) ①職務官廳으로부터 또는 그의 勸誘에 의하여 秘密로 維持되는 國家機密을 權限없는 者에게 알리거나 이를 公表하고 이로 인하여 獨逸聯邦共和國의 外的安全에 중대한 不利益의 危險을 초래한 者는 그 所爲가 第94條에서 刑을 科하도록 되어 있지 아니한 때에 6月以上 5年以下の 自由刑에 處한다.
②未遂는 罰한다.
③특히, 중한 경우에 그 刑은 1年以上 10年以下の 自由刑에 處한다. 第94條 第2項 第2號를 適用한다.

- 一. 本規定은 背反罪의 適用範圍에서 보다 덜 重大한 경우들을 意圖한 것이다. 동시에 특히 소위 널리 背反罪의 特性을 고려하였는 바, 이는 行爲者가 전적으로 獨逸聯邦共和國의 公益을 위하여 公的인 情報의 필요에 奉仕하여야 하지만 그러나 그 경우에는 機密侵害에 대하여는 責任을 진다는 것이다.
- 二. 이밖에도 本規定은 他國과의 直接的인 關係가 없이도(第94條 第1項) 또는 특별한 不利益의 意圖가 없어도(第94條 第2項), 行爲者가 國家機密을 漏泄하는 모든 경우들에 대한 基本 構成要件의 機能을 가진다.

1. 行爲의 客體로서는 오직 진정한 國家機密만이 고려된다. 第93條 第2項의 不法的인 機密은 保護되지 않는다.

97條 a가 背反罪 (第94條)에 대하여 이를 規定하고 있는 것과 같은 아무런 基本構成要件도 없는 경우인 限 그러하다. 第93條 第2項에서 배제된 不法的인 機密 이외의 다른 경우에는 第95條가 制限없이 適用된다.

2. 진정한 背反罪 (第94條) 이외의 경우에 있어서, 保護는 職務官廳으로부터 또는 그의 勸誘에 의하여 機密로 維持되는 그러한 國家機密에 局限된다. 여기에서 第93條의 法律的 定義의 基礎가 된 實質的 機密의 概念은 形式上의 制限을 가진다. 즉, 그 機密은 職務上 機密維持에 해당되어야만 하는 것이다.

무엇보다도 이러한 要件으로 인해서 충성된 行爲者들에 대해 保護될 필요가 있는 機密의 範圍의 限界를 보다 분명하게 해주어야 한다.

a) 職務官廳이라 함은 그것이 立法府, 司法府 또는 行政府에 속하였든 간에 마찬가지로 모든 國家의 職務機關을 말한다. 間接的인 國家權力의 機關들(自治團體, 公法上의 團體 등)도 포함된다.

그의 勸誘에 의하여는 國家機密이 私인에 의해서도 機密로 維持될 수가 있다. 職務官廳이 이를 形式上으로 또는 단정적으로, 個別的으로 또는 一般的으로 勸誘하였는가는 중요하지 않다. 職務官廳은 國家機密의 發生 이전일지라도

예컨대, 研究委託에 있어서도 機密維持를 勸誘할 수 있다.

그렇지만 職務上의 勸誘없이 私인에 의한 機密維持 措置만으로는 충분하지 않다.

b) 機密이 事實上 機密維持保護를 받고 있었다는 事實이 重要的 것이다. 단순한 機密維持의 意思만으로는 충분하지 않다. 그런 까닭에 가령 研究委託에 있어서 國家機關에 아직 알리지도 않고, 國家機關에 의해서 對備되지도 않은, 機密維持範圍에 포함되지도 않은 私人的 發明들은 여기서 保護받지 못한다. 그렇지만 特許法 第31條 第5項, 第50條에서 第54條가 고려된다. 그밖의 경우에 있어서는 機密維持의 意思만이, 公表하기 이전에 機密의 保護를 위하여 豫防策으로 分明하게 인지할 수 있는 한, 秘密의 方法(예컨대, 事實上의 閉鎖 또는 機密維持의 義務化)에 달린 것이 아니다.

三. 行爲는 行爲者가 機密을 權限없는 者에게 알리거나 이를 公表하고, 이로 인하여 獨逸聯邦共和國의 外的 安全에 중대한 不利益의 危險을 招來한다는 데에 있다(第95條 第1項).

1. 第94條는 他國 또는 그 仲裁者에의 直接的인 傳達를 對象으로 한다.

2. 公表로 인해 동시에 他國이 그 機密을 알게 된 경우 第94條 第1項 1號에 의한 傳達로서 간주될 수 없다. 이와 반대로 거기에 요구된 意圖가 있는 경우 第94條 第1項 2號가 適用될 수 있다.

3. 위의 두 경우에 있어 漏泄은 外的 安全의 危險을 초래 하여야만 한다.

四. 正當化의 問題는 무엇보다도 一定한 不法狀況에 대한 公表를 위해서 또한 그렇게 함으로써 그러한 不法狀況을 제거할 目的으로 漏泄을 하게 된 경우에 있어서 提起된다.

그와 같은 경우에 있어 第100條 第3項 a에 聯邦議會의 國會議員들에 대한 特別한 正當化의 事由가 있었다.

그렇지만 여기에는 이러한 國會議員들의 特權은 原則적으로 모든 國民들에 예속되어야만 하는 一般的인 法益衡量原則의 특별한 適用임을 당연히 言及해야 한다. 그 때문에 오늘날의 第94條에 대한 理解가 더이상 그러한 正當化의 事由를 포함하지 않는다는 事實은 결코 이로써 利益衡量的 一般原則에 따라 正當化의 可能性이 排除되어야 함을 의미한다고 할 수도 없다. 각기 不法狀況의 漏泄에 대해서는 다음이 適用된다.

1. 第93條 第2項의 不法의 機密에 관한 한 이미 第95條의 構成要件을 결여하고 있는데, 그 이유는 이러한 事實關係는 國家機密의 概念에서 빠져있기 때문이다. 물론 여기서는 第97條 a가 고려되는데 이는 機密의 선의의 漏泄에 있어서 예컨대 言論에의 公表를 통하여 公共의 意見形成에 寄與하기 위하여 規則적으로 되어지는 것은 아니다.

2. 그와 반대로 여전히 第93條의 構成要件에 해당하는 그밖의 不法의 國家機密에 관한 한 -그밖의 正當化 事由를 불문하고- 正當한 緊急避難의 一般原則에 따른 正當化가 고려된

다(그 경우에 한편으로 機密維持의 필요와 民主的 意思形成에 필요한 情報公表의 利益間의 衡量에 대하여는 第93條 RN27을 比較).

3. 그러한 경우에 公共의 情報利益이 우선하는 한 그 漏泄은 一定한 公務擔當者 또는 國會議員들 뿐만아니라 原則적으로 모든 시민에게 부여된다. 그렇지만 一般的인 생각으로는 第97條의 b 12項에서 行爲者가 事前에 聯邦議會의 議員들에게 시정책을 要求한 경우 公表에의 도주는 단지 맞추어놓은 手段이 될 것이라고 推測할 수 있다.

왜냐하면 이 경우에 不法의 狀態를 秘密을 지키는 方式으로 除去하기 위하여는 대개 다른 方法들을 利用할 수 있기 때문이다.

그 때문에 관대한 수단의 原則에 따르면 行爲者가 事前에 聯邦議會 國會議員을 포함시킨 경우 그는 대개 正當化되게 된다.

그렇지만 後者조차도 이로인해 어떠한 特權을 획득하는 것은 아니다. 그가 業務에 專念한다면 이는 다시 第97條의 b의 留保下에서 발생할 수 있다.

이러한 原則은 言論에도 適用된다. 言論의 경우에도 진정한 國家機密의 漏泄時에는 아무런 特別한 地位도 인정되지 않는다. 이에 대하여 基本法 第5條 第2項(言論의 自由)에서 아무런 반대의 것도 연역할 수 없다. 왜냐하면 第93條 ff가 一般的이고도 그 때문에 이미 基本法 第2條에 의해 留保된

權利를 포함하고 있다는 것을 완전히 별도로 하고도 言論의 特權賦與에 따른 擴大된 要求들에 대해 言論의 自由와 一般 法律間의 相互作用에 대한 기대와 함께 오늘날의 新聞기자 들에 의한 國家機密의 善意의 漏泄은 진정한 背反罪의 概念에서 벗어난 것이라는 견해로 인해 상당히 고려되고 있다.

國家機密의 公表로 인한 言論人들의 處罰이 무엇보다도 公表된 事實이 外國의 政府에 알려지지 않았다는 것은 어떤 경우에도 證明할 수 없으므로 許容될 수 없으며 동시에 刑罰이 賦課되리라는 마이호퍼의 진보적인 見解에 대하여 이미 비슷한 정도로 間諜에게 適用되어야만 한다는 異議가 당연히 提起되었다.

4. 議會의 委員會에 있어 議員들에 의한 機密의 漏泄에 있어서는 基本法 第46條와 刑法 第36條에 따른 無罪가 고려된다.

五. 主觀的 構成要件은 故意를 전제로 하며, 또한 물론 第97條 1項과의 比較에서 나타나는 바와같이 聯邦共和國의 危險에 관한 것이다. 그 故意는 마찬가지로 職務官廳에 의한 勸誘를 포함하여 事實上의 機密維持를 포함해야만 한다. 條件附 故意로 충분하다. 그밖에도 第94條가 準用되며 이는 錯誤의 경우에도 그러하다. 특별한 意圖가 要求되지는 않는다. 行爲者는 獨逸 聯邦共和國에 不利益을 끼치고 또는 他國을 이롭게 하려는 意圖로 行動한 경우 第94條 第1項 2號가 해당된다.

六. 未遂는 罰한다 (第95條 第2項). 未遂는 무엇보다도 行爲者가 錯誤로 私人に 의한 機密維持에 있어서 이것이 職務官廳에 의

해 勸誘받은 것이라는 데에서 출발한 경우를 前提로 한다. 未遂의 開始와 해제에 대해서도 第94條가 準用된다.

七. 第94條에 대하여 第95條는 補充的이다 (第1項). 準備構成要件과의 관계에 대해서는 第94條가 準用된다.

第96條(背反的 探知, 國家機密의 通知) ①國家機密을 漏泄하기 위하여 (第94條) 國家機密을 入手한 者는 1年以上 10年以下の 自由刑에 處한다.

②職務官廳으로부터 또는 그의 勸誘에 따라 秘密로 維持되는 國家機密을 漏泄하기 위하여 (第95條) 國家機密을 入手한 者는 6月以上 5年以下の 自由刑에 處한다. 未遂는 罰한다.

一. 이 規定은 背反的 探知(第1項)와 國家機密의 通知(第2項)를 獨立하여 處罰하여야 할 豫備行爲로 파악하고 있다.

二. 背反的 探知(第1項)

第1項은 背反的 豫備로서 行爲者가 第94條의 規定에 따라 漏泄하기 위하여 國家機密을 入手할 것을 前提한다.

1. 行爲의 對象으로서는 순수한 國家機密만이 問題가 된다. 虛偽의 또는 偽造된 것에 대하여는 第100條의 a 第2項 參照. 第93條 第2項의 不法的인 秘密의 入手는 第97條의 a를 통하여 處罰된다.

2. 國家機密의 入手는 機密을 入手하는 각 行爲에 따라 差異가 있을 수 있다. 行爲者가 秘密의 참된 의미를 認識하고 있는

가 하는 것은 중요하지 않다. 入手한다는 것은 國家機密을 具體化하는 對象을 占有하게 되는 것을 의미한다. 內容을 알 필요는 없다. 어떠한 方法으로 行爲者가 秘密을 入手하였는가(예컨대 竊盜, 脅迫, 賣買, 證據의 撮影, 觀察 등)는 중요하지 않다. 그러나 그가 漏泄할 目的으로 秘密을 入手할 것이 要求된다. 보다 정확히 말하자면, 늦어도 入手行爲의 終了時에는 漏泄의 意圖가 있어야 한다. 漏泄의 意圖없이 國家機密을 入手하고 그 후에야 비로소 漏泄의 目的으로 記錄한 者는 本條(第96條)의 適用을 받지 않는다.

그가 알게 된 秘密의 對象을 漏泄의 意圖로 隱匿하는데, 保管하는데 있어 이러한 意圖가 問題되지 않은 경우도 동일하다. 發見에 있어서도 마찬가지이다. 發見者가 즉시 漏泄을 결의한 경우에만 本條를 適用할 수 있다.

3. 主觀的인 構成要件으로는 故意가 필요하다. 行爲者가 入手한 事實, 情報등이 國家機密이라는 것을 알아야 한다. 制限된 故意로 충분하다. 國家機密의 合法性에 대하여 錯誤가 있는 경우에는 第97條의 b가 問題된다. 그밖에 行爲者는 國家機密을 漏泄할 意圖를 가져야 한다. 이에 대하여는 目的에 適合한 意思가 필요하다.

漏泄의 意圖는 第94條의 行爲로써 有罪가 된다. 行爲者는 外國에 대한 直接通知 또는 第94條 第1項 2號의 權限있는 公表를 意圖하여야 한다.

三. 國家機密의 通知(第2項)

國家機密漏泄(第95條)의 豫備로서 行爲者가 職務官廳으로부터 또는 그의 勸誘에 따라 秘密로 維持되는 國家機密을 漏泄하기 위하여 入手할 것이 前提된다.

1. 여기서는 第95條의 職務官廳으로부터 또는 그의 勸誘에 의하여 秘密로 維持되는 國家機密만이 保護된다.
2. 入手에 대하여는 第1項과 동일하다.
3. 主觀的 構成要件에 대하여는 第1項과 마찬가지로 故意가 필요하다.
4. 그와는 반대로 行爲者의 資格이 있는(適當한) 漏泄意圖는 여기에서 第95條의 規定된 方法으로 入手된 秘密이 公表되도록 意圖하기만 하면 된다.

四. 探知된 秘密의 公表가 無罪로 立證되는 한은(예컨대, 第95條의 緊急避難에 의한 경우) 正當한 探知가 된다. 그밖의 緊急避難의 경우에는 그 限度내에서 責任만이 免除된다.

第97條(國家機密의 放棄) ①公務所로부터 또는 그의 要求로 秘密로 維持되는 國家機密을 權限없는 者에게 到達하게 하거나 이를 公表하고 이로 인하여 과실로 獨逸聯邦共和國의 外의安全에 重大한 不利益의 危險을 惹起한 者는 5年以下の 自由刑 또는 罰金刑에 處한다.

②公務所로부터 또는 그의 要求로 秘密로 維持되고 또한 그의 職務 또는 勤務上의 地位 또는 公務所에 의해 賦與된 委

任에 기하여 알 수 있었던 國家機密을 輕率하게 權限없는 者에게 到達하게 하고, 이로 인하여 過失로 獨逸聯邦共和國의 外的 安全에 重大한 不利益의 危險을 惹起한 者는 3年 以下の 自由刑 또는 罰金刑에 處한다.

③그 行爲는 聯邦政府의 授權에 의하여야만 訴追된다.

一. 國家機密의 放棄에 대한 規定은 두 개의 構成要件을 포함한다. 第1項에 있어서는 故意的인 秘密公表와 過失로 인한 國家安全의 危險의 結合이 問題된다.

第11條第2項에 의하여 故意行爲가 存在하기 때문에 第1項에 의한 行爲에는 共犯關與가 可能하다. 國家安全의 危險化에 관해서는 共犯者에게도 過失이 要求된다. 이에 반하여 第2項에 의한 순수한 過失行爲에서는 共犯關與가 不可하다.

二. 兩者의 構成要件에서는 第93條가 정하는 순수한 國家機密만이 保護된다.

國家機密이 아닌 秘密에 대하여는 第353條의 b가 고려된다.

NATO 當事者의 保護에 관하여는 第80條 앞의 17以下를 參照.

三. 國家機密의 放棄(第1項)

1. a) 客觀的 構成要件은 行爲者가 公務所로부터 또는 그의 要求에 의하여 秘密로 유지되어 있는 國家機密을 權限없는 者에게 到達하게 하거나 公表하는 것을 要件으로 한다.

b) 그 行爲는 獨逸聯邦國의 外的 安全에 重大한 不利益의 危險을 惹起하였어야 한다. 또한 그런 한에 있어서는 第95條에 '있어서와 같다.

2. 主觀的 構成要件에 있어서는 다음과 같이 區分할 수 있다.

a) 國家機密의 公開와 有關한 모든 構成要素에 대하여는 行爲者가 故意的으로 行하였어야 한다.

b) 國家安全의 危險化에 관하여는 過失로 충분하다. 어떠한 자가 國家機密이 들어있는 文書를 權限없이 부하에게 건네 주고 또한 부하가 國家機密을 不充分하게 保護하고 있다는 것을 말했어야 하는 때에는 이 경우에 해당한다. 行爲者가 危險化를 감수한 때에는 보통 公表에서와 같이 第95條가 適用된다.

3. 未遂는 處罰되지 아니한다.

四. 輕率한 國家機密의 放棄(第2項)

1. 여기서도 客觀的 構成要件은 第1項과 일치하여 行爲者가 公務所로부터 또는 그의 要求에 의하여 秘密로 維持되는 國家機密을 無權限者에게 到達하게 하는 것을 要件으로 한다.

여기에 단순한 國家機密의 公表는 포함되지 아니한다.

a) 그러나 第1項에서와 달리 그의 職務 또는 勤務上의 地位 또는 公務所에 의해 賦與된 委任에 기하여 알 수 있었던 國家機密만을 포함한다.

또한 私人에 대한 職務上의 個別委任으로도 충분하다(예: 研究 또는 生産委託). 行爲者가 그 地位에 기하여 秘密로 하여야 할 事項을 파악하거나 秘密로 하여야 할 實際的인 可能性을 가진 때에는 그 國家機密을 그의 職務에 의하여 알 수 있는 것이 된다.

行爲者가 그의 接近可能한 地位를 利用하여야 하는지 또는 그의 地位에 기하여 이미 알고 있는지 與否는 重要하지 않다. 이에 대하여 職務擔當者가 다른 方法으로 秘密을 알게 된 때에는 第2項은 適用되지 아니한다.

b) 또한 여기서도 放棄가 獨逸聯邦共和國의 外的 安全에 대한 重大한 不利益의 危險을 惹起하였어야 한다.

2. 主觀的 構成要件에 있어서는 다음과 같이 區分할 수 있다.

a) 放棄와 관련된 모든 構成要素는 行爲者가 적어도 輕率하게 惹起하였어야 한다.

輕率이란 현저한 過失로 理解할 수 있다. 그것은 行爲者가 특히 重大한 정도로 부주의하게, 어느정도 현저하게 조심성없이 行爲하거나 특히 重大한 義務를 害하고 (重大한 業務 違反要件에 相應하여) 또한 그에게 그러한 業務違反 및 이로 인하여 權限없는 자가 바로 國家機密에 接近可能하였음이 認識되어질 것을 요한다. 行爲者가 시

정장치를 열어놓거나 秘密장의 열쇠를 뽑지 않거나 또는 秘密文書의 作成後에 그 寫本이나 草稿를 휴지통에 던져 버리는 때에는 특히 이 경우에 해당한다. 어떠한 자가 그 집의 사정상 權限없는 者의 一瞥이나 取去를 防止할 수 있는 狀態에 있지 아니함을 알았어야 함에도 불구하고 國家機密을 주차한 車輛에 두거나 그의 居處에 가지고 간 때에도 같다.

b) 聯邦共和國의 危殆化에 관하여는 第1項에 있어서와 같이

過失로써 充分하다.

3. 未遂는 處罰되지 아니한다.

五. 兩者의 경우에 犯罪行爲는 聯邦政府의 授權에 의해서만 訴追된다. 授權行爲를 통하여 양자의 경우에 全體的인 사정, 특히 責任의 程度 및 聯邦共和國의 危殆化의 種類 및 程度에 의하여 필요한 것으로 보이는 行爲만이 刑法的으로 訴追되는 것이 保障된다.

第97條 a (不法的인 秘密의 漏泄) 第93條 第2項에 揭記된 違反事項中的 하나임을 理由로 國家機密이 아닌 秘密을 他國 또는 그 仲介者 中の 1人에 알리고 이로 인하여 獨逸聯邦共和國의 外的 安全에 重大한 不利益의 危險을 招來한 자는 背反罪를 犯한 者(第94條)와 같이 罰한다. 第94條 第1項 第1號와 關聯한 第96條 第1項은 第1文에 揭記된 種類의 秘密에 準用한다.

一. 1. 이 規定은 第93條 第2項에서의 不法性을 理由로 國家機密의 保護를 享有하지 않은 秘密維持가 필요한 事實의 漏泄에 대한 補完的 構成要件을 內包한다. 이 規定은 일면으로는 公的 意思形成에 대하여는 그러한 事例의 告知가 最高의 관심 있는 일로 될 수 있으나 다른 면으로는 그 公表가 他國과의 關係上 獨逸聯邦共和國의 外的 安全에 대하여는 극도로 불리할 수 있다는 較量에 근거하고 있다.

第 97 條의 a 는 그러한 秘密의 단순한 公開는 不可罰로하고 그 秘密을 非公開裡에 直接 外國에 提供하는 자만을 處罰 對象으로 하고, 또한 第 94 條 第 1 項 第 1 號의 形態로 취급함으로써 情報에 대한 關心과 秘密維持 必要 사이의 緊張關係를 解決하려고 한다.

이러한 第 94 條와의 內的인 結合에 의하여 間諜 및 諜者의 行爲에 대하여 어떠한 의미가 있는지에 따라 準背反罪가 問題된다. 自國 政府가 그 사안이 아직 秘密이라고 믿고 있는 생각도 標準이 되었다. 第 97 條의 a 는 第 94 條 내지 第 97 條와 달리 NATO 當事國의 保護에는 適用되지 않는다.

2. 文法的으로는 다소 問題가 있는 이 規定은 2개 즉 不法的인 秘密의 漏泄(第 1 文)과 그를 위한 準背反的 探知(제 2 文)의 構成要件을 가지고 있다.

이 章의 나머지 構成要件과의 關係에 대하여는 第 93 條의 3 以下 參照.

第 97 條의 a 第 1 文 및 第 94 條 第 1 項과 第 97 條의 a 第 2 文 및 第 96 條 第 1 項은 그때그때 選擇的 確定이 가능하다.

第 97 條의 a 의 範疇에서도 第 97 條의 b 의 基本思想은 準用되어야 한다. 심지어 第 94 條의 경우에는 第 1 項 第 2 號 및 第 3 號의 要件下에서 第 97 條의 b 가 不可罰로 하기 때문에 行爲者가 不法的이지만 錯誤로 適法하다고 생각한 國家秘密을 漏泄한 때에는 行爲者에게 실제로 不法的인 國家秘密의 漏泄時와, 同一한 要件下에서 不可罰性이 부인될 수는 없다.

이러한 事例은 第 97 條의 a 의 範疇에서는 물론 드문 일일 것이다.

二. 不法的인 秘密의 漏泄(第 1 文)

1. 客觀的 構成要件은 他國 또는 그 仲介者중의 1 人에게 알림으로써만 實現될 수 있다(이에 대하여는 第 94 條 4 項目 以下 參照). 특히 新聞을 통한 憲法違反的인 公積비난이라는 特徵을 나타내는 바와 같은 第 95 條에서의 公表는 要하지 아니한다. 그러나 不利益의 意圖로 公表하는 것과 같은 第 94 條 第 1 項 第 2 號의 行爲로도 充足하지는 않다.

a) 漏泄의 對象은 단순히 第 93 條 第 2 項에서의 不法性을 理由로 國家秘密의 性質을 결하는 그러한 秘密維持가 필요한 事實만이 될 수 있다. 그러나 이러한 曷결은 秘密概念의 나머지 모든 요소(따라서 獨逸聯邦共和國의 外的安全에 關連하여 秘密維持의 必要)가 存在하여야 하는 반면에 第 93 條 第 2 項의 法違反으로부터만 발생될 수 있다. 그 秘密이 第 93 條 第 2 項에서 열거된 것과 다른 法違反과 關連되는 한 國家秘密로서의 特性은 바뀌지 아니한다. 따라서 이 경우에 대해서는 第 94 條 第 1 項 第 1 號가 직접 고려된다. 不利益의 危險은 사정에 따라서는 秘密의 不法性으로부터 바로 생겨날 수 있다.

b) 漏泄을 통한 聯邦共和國의 外的安全의 危殆化에 대하여는 第 94 條 第 13 項目 以下 參照.

2. 主觀的 構成要件은 故意를 要한다. 그러한 限에서는 第 94 條 第 1 項 第 1 號에서의와 같다. 行爲者가 適法한 秘密을 錯誤로

不法으로 誤認한 때에는 第 97 條의 b 만이 適用된다. 그러나 그가 不法的인 秘密을 適法한 것으로 誤認한 때에는 다르다. 이러한 경우를 위하여 第 97 條의 a 가 補完的 構成要件을 形成한다. 行爲者가 不法的인 秘密의 漏泄을 허용되는 것으로 誤認한 때에는 第 97 條의 b 에 의한 錯誤와 달리 刑罰減輕을 가져올 수 있는 禁止錯誤가 存在한다.

3. 行爲者는 背反罪를 범한 자와 같이 處罰할 수 있다. 특별히 중한 경우에는 刑罰加重이 포함된다.

三. 不法的인 秘密의 探知(第 2 文)

1. 外的 構成要件으로서 行爲者가 第 93 條 第 2 項에서의 不法的 秘密을 第 94 條 第 1 項 第 1 號의 方法으로 漏泄하기 위하여 行動하는 것을 요한다. 그러한 한에서는 秘密維持를 요하는 事實이 第 93 條 第 2 項에서의 不法性을 理由로만 國家機密로서의 保護를 排除한다는 것을 제외하고는 第 96 條의 모든 요소가 갖추어져야 한다.

2. 主觀的 構成要件은 故意를 要件으로 한다. 그 以外에 第 96 條 第 1 項에서와 마찬가지로 秘密을 第 94 條 第 1 項 第 1 號의 方法으로 漏泄하려는 意圖가 요구된다.

3. 刑罰은 第 96 條 第 1 項에서 借用된다.

第 2 節 他國을 위한 諜報活動等

第 98 條(背反的 諜報活動) ① 1. 他國을 위하여 國家機密의 取得 또는 通知에 向하여진 活動을 行하거나 또는 2. 他國 또는 그 仲介者中の 1 人에 대하여 그러한 活動을 할 뜻을 表明한 者는 그 行爲가 第 94 條 또는 第 96 條 第 1 項에서 刑이 規定되어 있지 아니한 때에는 5 年以下의 自由刑 또는 罰金刑에 처한다. 특히 중한 경우에는 그 刑은 1 年以上 10 年以下의 自由刑으로 한다. 第 94 條 第 2 項 第 2 文 第 1 號를 準用한다.

② 行爲者가 自意로 그의 行動을 拋棄하고 그가 아는 것을 勤務官廳에 알리는 때에는, 法院은 그의 裁量에 따라 刑을 減輕하거나(第 49 條 第 2 項) 이 規定에 의한 處罰을 免除할 수 있다. 行爲者가 第 1 項 第 1 文의 경우에 他國 또는 그 仲介者中の 1 人에 의하여 그의 行動을 強要받은 때에는 그가 自意로 그의 行動을 中止하고 그가 아는 것을 遲滯없이 勤務官廳에 알리는 때에는 이 規定에 따라 罰하지 아니한다.

一. 이 規定은 背反罪의 可罰的 豫備行爲의 範圍를 第 96 條에서 規定하는 背反的 探知를 넘어서 國家機密의 取得 또는 通知를 위한 모든 行爲로 넓히고 있다. 보통은 秘密活動이 存在할 것이다(第 99 條). 行爲者가 직접 政府를 위

하여 또는 他國의 秘密勤務에 속하지 아니하는 外交官을 위하여 일하는 때에는 第98條만이 適用될 수 있다.

二. 第1項 第1號는 他國을 위한 國家機密의 取得 또는 通知에 向하여진 活動의 實行과 관련된다. 이러한 活動은 第99條의 경우에서와 같이 오랜기간 持續될 필요는 없다.

1. 構成要件 充足을 위한 要件은 國家機密의 取得 또는 通知에 向하여진 즉 積極的 作爲인 活動의 實行이다.

行爲者가 事前에 他國 또는 그 仲介者中의 1人에 대하여 그러한 活動을 할 뜻을 表明하였거나 他國 또는 그 仲介者와 연락을 시작하였을 필요는 없다.

또한 스스로 他國 또는 그 仲介者에 대하여 委託을 받거나 그와 接觸함이 없이 그러한 活動을 展開한 자가 次後의 漏泄目的으로 行爲한 때에는 構成要件에 해당한다.

2. 活動의 目的은 國家機密의 取得 또는 通知이어야 한다.

第93條 第1項에서의 國家機密이 문제되어야 하며 不法的인 秘密(第93條 第2項)로는 불충분하고 國家機密의 探求를 위한 出發根據만을 형성하는 事實도 마찬가지로 마찬가지이다.

이것은 第99條가 있음으로써 발생하며 同條에 의하면 秘密勤務活動은 그것이 第98條의 擴張解釋에 아무런 理由가 없을 정도로 단순한 事實과 相關될 때에는 또한 可罰的이다. 聯邦大法院 判決에 의하면, 第98條는 國家機密의 本質的 部分의 通知에 向하여진 行爲도 그것을 통하여 他國을 國家機密의 取得에 더욱 接近시킨 때에는 포함한다.

3. 第98條는 國家機密의 取得 뿐만 아니라 國家機密의 通知에 向하여진 活動도 包括한다. 우선 그 속에는 대략 때에 따라서는 複寫하기 위한 의도로 秘密書類의 保管場所를 탐사하는 것과 같이 行爲計劃의 成功時에는 결국 第94條 또는 第96條의 正犯의 犯行에 이르게 되는 모든 行爲를 包括한다. 그러나 第98條는 또한 第94條 및 第96條에 대한 豫備的 共犯關與의 性格을 갖는 行爲도 포함한다. 또한 第94條 또는 第96條와 관련하여 第30條 第1項에 해당하는 舉動이 漏泄하려는 秘密을 이미 충분히 具體化하고 있는 때에는 第98條에 의하여 어떤 다른 背反的 行爲만을 하려고 하고 있는 사람도 그 處罰對象이 된다.

그러나 이러한 事實은 第98條內에서 正犯과 共犯의 區別을 배제하지는 않는다. 間接적으로만 背反的 目的設定을 提供하는 行爲는 보통 幫助만이 된다. 이것은 예컨대 行爲者의 편지를 他國에 써준 秘書에 대하여도 같다.

取得 또는 通知에 向하여진 모든 行爲도 包括된다. 이때 秘密自體의 供給 또는 通知는 아직 개시되지 않았어야 한다.

4. 行爲는 他國을 위하여 행하여져야 한다. 따라서 國家機密 漏泄의 종국적 目的이 行爲者 自身에 의한 것이든 또는 他人을 통하여 행하여진 것이든 第94條에 따른 背反罪이어야 하는 目的指向 行爲가 요구된다.

他國의 概念에 대하여는 第93條 以下 참조. 他國과 接觸開始가 되었을 필요는 없다(위 3.參照) 國家機密을 他

國에 讓渡하는 것이 行爲者의 目的이라면 充分하다.
그러한 한에서는 行爲者가 이미 特定된 他國을 위하여 決意하였을 것은 要하지 아니한다. 따라서 그가 獲得된 國家機密을 後에 최고값을 부르는 他國에 팔려고 하는 것으로도 充分하다. 그 밖의 것은 第 99 條에서와 같다.

5. 主觀的 構成要件은 모든 構成要件要素에 관하여 故意를 要하는데 그 故意는 條件附故意로써 充分하며, 그러한 한에서는 國家機密의 取得 또는 通知(위 4 以下 참조)를 위하여 또한 他國을 위하여 行爲가 요구되는 바와 같이 目的指向의 行爲를 要한다.

따라서 他國만이 國家機密의 取得을 위하여 努力하는 것만으로는 不充分하고 行爲者가 이를 認識하는 때에는 그러하다. 이것은 무엇보다도 外觀상으로만 情報를 提供하는 他國의 探索活動에 관계되는 자에 대하여도 適用될 수 있다.

6. 親族에 대한 報復이 期待될 수 있는 때에는 行爲者는 第 35 條에 의한 緊急避難의 結果로 免責될 수 있다.

이때 行爲는 危險으로부터 救出을 위하여 存在하였어야 한다는 것을 주의하여야 한다. 예컨대, 行爲者가 監禁의 威脅을 받을 때에는 도망가능성 여부를 통하여 그것은 排除될 수 있다. 意識的으로 緊急狀況을 惹起한 자는 緊急避難을 主張할 수 없다.

7. 正犯의 範圍는 第 94 條, 第 96 條에 있어서 보다 더 넓다.

그 밖에는 正犯과 共犯에 대하여 一般原則이 適用된다.

三. 他國 또는 그 仲介者中 1 人에 대하여 第 1 項 第 1 號에 든 行爲中 하나에 대하여 用意在 있음을 表明한 자는 마찬가지로 處罰된다.

1. 이 構成要件은 第 30 條 第 2 項에서 用意在 있음을 表明한 자의 構成要件에 相應한다. 刑罰根據는 犯罪的 活動을 위한 진지한 意思의 表明 및 이로 인한 意思相對方에 대한 效果的인 拘束의 根據가 되는 危險이다. 이로부터 第 98 條 第 1 項 第 2 號는 重大한 意思表示에만 適用된다는 結果가 된다. 이에 따르면 外觀상으로만 用意在 있음을 表明한 자는 不可罰이다. 他國의 同意를 要하지 않는 行爲者의 一方的 意思表示로 充分하다. 그 때문에 그 主導權이 行爲者에 의한 것인지 또는 他國에 의한 것인지는 重要하지 않다.

他國에 意思表示가 도달되어야 하는 지는 疑問이 있다.

第 30 條에 대한 詳論에 의하면 行爲者가 他國에 접근하려는 意圖로 意思表示를 提供한다면 充分하다. 또한 他國의 仲介者에 대한 用意 表明으로도 充分하다. 他國과의 단순한 交渉은 行爲者가 스스로 拘束되지 않는한 用意表明은 아니다. 모든 경우에 (處罰 欠缺의) 未遂가 存在한다.

2. 第 98 條 第 1 項 第 1 號의 正犯의 犯行을 위한 用意表明만이 處罰된다. 이 속에는 다른 지나친 背反的 行爲를 企圖하려는 用意表明도 除外된다.

3. 第1項 第2號의 主觀的 構成要件은 意思表示의 진지성과 그 밖의 要素에 대한 故意를 要한다.

4. 第98條 第1項 第2號에 의한 行爲에 대한 共犯關與에 관하여는 第30條 第2項에 의한 用意表明에 대한 共犯關與에 관해서와 마찬가지로 內容이 適用되어야만 한다. 幫助만을 行하는 자는 第1項 第1號에 의한 行爲時에 從犯으로서 協力할 用意가 있음을 表明하는 자와 마찬가지로 處罰될 수 있다.

5. 第98條 第1項 第1號에 의한 行爲의 實行에 대하여는 第1項 第2號에 의한 用意表明은 補充的이다.

四. 第98條에 의한 行爲의 未遂는 不可罰이다. 어떤 事實을 錯誤로 國家機密로 誤認한 자는 處罰되지 않는다.

五. 第1項의 行爲는 實質的으로는 豫備行爲이지만 形式的으로는 既遂犯罪이므로 中止는 問題되지 아니한다. 그러나 第2項은 有效한 悔悟時에 刑罰減輕, 刑罰免除 또는 免除의 可能性을 열어주고 있다. 同規定은 第1項 第2號에 의한 用意表明時에도 適用되어야 한다. 이것은 第30條 第2項에 相應하므로 第31條 第1項 第2號와의 關聯도 문제된다. 여기서는 第98條 第2項이 우선한다.

第98條는 行爲者가 他國에 의하여 行爲를 强요 당하였는지 또는 그렇지 아니한 지에 따라 有效한 悔悟의 要件과 可罰的 結果의 要件에 관하여 區別하고 있다. 이에 대하여 주목할만한 理由는 알 수 없다.

第2項 第1文은 第1項 第2文에 의한 특히 重한 경우에도 適用된다.

1. 行爲者가 그의 行爲를 强要받지 아니한 第1項의 보통의 경우에는 第2項 第1文은 行爲者가 自意로 그의 行爲를 포기하고 그가 아는 것을 勤務官廳에 알리는 것을 要한다. 따라서 一般的인 中止規定과는 달리 단순히 自意에 의하여 더이상의 行爲에 나아가지 않는 것만으로는 不充分하며 오히려 行爲者가 아는 것을 勤務官廳에 알린다는 追加的인 行爲를 통하여 中止의 恩전을 획득하여야 한다.

여기서 刑罰減輕 또는 免除를 일종의 原狀回復에 從屬시키려는 刑事政策的 目的이 認識되어야 한다. 다른 面으로는 公表를 통하여 行爲者에 대하여 聯邦共和國의 秘密勤務로부터 돌아서서 지금까지 그를 위하여 活動하였던 他國에 반대하게 되는 危險이 存在한다는 事實이 看過되어서는 안 된다.

a) 行爲者가 自意로 그의 行爲를 拋棄하였어야 한다는 要求는 第24條 第1項에 의한 未了된 未遂의 中止에 相應한다. 그 行爲는 특히 진지하고 終局的으로 拋棄되어야 한다.

行爲者가 他國에 대하여 用意가 있음을 表明하였을 뿐 (第1項 第2號), 아직 相應하는 行爲를 實行하지 아니한 때에는 中止의 要件은 勤務官廳에 대한 公表로 縮小된다. 또한 勤務官廳에 대한 公表도 自意로 行하여져

야 한다. 自意는 行爲者가 證據狀況이 가망이 없다는 판단에서 스스로 自白할 것을 결심한 것이 아닌 한 行爲者에 대하여 이미 相應하는 嫌疑가 존재하였고 搜查過程에서 訊問을 받았다는 事實만으로써 배제되지는 아니한다. 第2項 第1文은 어느 時點에서 自意에 의한 公表를 行하였는지는 規定하지 아니한다. 第2項 第2文에서와는 달리 遲滯없음을 要하지 아니한다. 따라서 行爲者가 訊問時에 防禦措置의 範圍內에서 그가 아는 것을 즉각 털어놓지 않고 뒤에야 비로소 勤務官廳에 通知한 때에는 有效한 悔悟가 있을 때 可能한 恩典을 잃지 않는다.

b) 公表는 모든 國家勤務官廳에 대하여 行할 수 있고 여기서 警察官廳이나 憲法守護廳이나가 중요하지는 않다. 그 때문에 公務員이 그의 上官에게 알린 때에는 충분하다.

c) 行爲者는 그가 아는 것을 알려야 한다. 아는 것이란 그의 行爲에 대하여 直接的으로 중요한 모든 事情, 특히 行爲의 種類, 範圍 및 期間과 委託者의 同一性和 作業方法等 모든 事情에 대한 것이다. 行爲者가 他國을 위하여 행위함에 있어 獲得하고 그의 行動에 대하여 중요하지 않았던 부차적인 知識 즉, 他國의 다른 仲介者나 諜者에 대한 知識等도 公表하여야 하는지는 의문이 있다. 이 경우 公表는 告發이 될 것이다. 具體的 背反企圖에 制限되는 第138條의 告發義務는 추측할 수 없는 方法으

로 확대될 것이다. 또한 第98條 第2項의 原狀回復 思想은 그러한 解釋을 갖지는 않을 것이다. 行하여진 不法이 行爲의 숨김없는 묘사로 回復된다고 할 때에는 이것은 行爲에 대하여 本質的인 事情만에 중요하게 관련될 수 있다. 그것을 넘는 知識의 公表는 聯邦共和國의 防衛官廳을 위한 協力이 될 것이다. 이것은 第98條 第2項의 범주에서도 要求될 수 있다.

d) 第98條 第2項의 要件이 存在하면 法院은 그 재량에 따라 刑罰을 減輕하거나(第49條 第2項) 第98條에 따라 刑罰을 免除할 수 있다. 法院裁判에 대하여는 行爲者가 언제 그가 아는 것을 公表하였는지가 특히 중요할 수 있다. 그가 그의 知識을 빨리 通知할수록 그것은 一般的으로 일종의 原狀回復으로서 더욱 比重을 갖게 된다. 그러므로 非難의 여지가 있는 지체는 경우에 따라서는 行爲者의 不利益으로 고려될 수 있다. 行爲者가 公判節次에서 公表한 것을 撤回한 때에도 같다.

e) 有效한 悔悟의 效果는 第98條의 行爲로 인하여 行하여진 다른 犯罪行爲에는 미치지 아니한다. 이것은 특히 第94條 또는 第96條에 따라 이미 完了된 行爲에도 같다. 實行에 着手한 背反罪 또는 背反的 탐지의 中止나 完了한 背反的 탐지의 경우 有效한 회오는 第98條 第2項의 特 별한 中止要件이 동시에 存在하였음이 틀림없는 경우를 제외하고는 第98條의 補充規定을 理由로 이 規定에 따른 可罰性이 배제된다. 물론 第98條에 의한 行爲

者, 第 94 條, 第 96 條로서 포괄할 수 있는 具體的인 個別 事案을 超過하여 第 98 條의 補充性이 缺如되는 한 第 98 條 第 2 項이 適用된다.

2. 行爲者가 他國 또는 그 仲介者中 1人으로부터 그 行動을 強要받은 때에는 특히 重大한 事情이 존재하지 않는 한 그 가 自意로 그의 行動을 拋棄하고 遲滯없이 그가 아는 것을 勤務官廳에 公表한 때에는 第 98 條 第 2 項 第 2 文에 따라 항상 不可罰이 된다.

a) 行爲者가 他國 또는 그 仲介者로부터 최소한 심한 害惡으로 威脅을 받은 때에는 그의 行動을 強要받은 것이 된다. 이에 비하여 立法者의 意圖에 의하면 어떠한 強迫狀況의 利用으로 충분하다고 한다. 그러나 第 2 項 第 1 文(任意的 刑罰減輕 또는 免除)에 비하여 중요한 特典賦與(必要的免除)는 兩者의 경우에 他國에 대한 진지한 行爲나 진지한 用意表明이 요구되기 때문에 第 2 項 第 2 文이 현저한 責任減輕의 경우로 制限될 때에만 正當化된다.

이것은 모든 強迫狀況에 해당하는 것이 아니고 行爲者가 行爲時에 第 240 條에서의 심한 害惡을 回避할 것을 決定하였을 때만 그러하다. 이러한 制限的 解釋에 대하여 法文으로부터의 의심은 생기지 않는다. “強要받은”이라는 概念은 완전히 不確定的이다. 따라서 第 2 項 第 2 文은 他國이 그 領域內에 살고 있는 家族에 대하여 報復의 威

脅을 한 때 특히 그 強要가 어느정도 持續的 性格을 가진 경우에 實際的이다.

b) 第 2 項 第 2 文에 의한 刑罰免除는 行爲者가 遲滯없이 勤務官廳에 알리는 것을 더 要求하고 있다. “遲滯없이”란 強迫狀況의 終了時까지로 풀이할 수 있다. 事情에 따라서는 持續的인 威脅時에는 他國을 위한 數年間의 活動以後에도 해당될 수 있다. 行爲者가 “일단 結合된 關係”를 “짧은 時間만 存續”하게 하여서는 안된다는 聯邦大法院 判決에서의 公式은 외관상의 用意表明이라는, 여기서 는 전혀 관계가 없는 事案에만 適合하다.

그러나 公表가 이러한 意味에서 “遲滯없이” 行하여지지 않는다면 第 2 項 第 1 文이 여전히 適用될 수 있다. 第 2 項 第 2 文에 의한 形罰免除가 行하여진 行爲가 특별히 중한 경우로 評價될 수 있다는 理由만으로 適用되지 않는 때에도 같다.

六. 刑罰은 특히 중한 경우에는 1年以上 10年以下の 自由刑이 된다. 특별히 중한 경우는 第 94 條 第 2 項 第 2 文 第 1 號에 相應하여 보통 특별히 國家機密을 保管할 義務가 있는 責任 있는 地位의 濫用時에 존재한다.

七. 競合犯

1. 第 98 條는 明示的 規定에 의하여 第 94 條, 第 96 條 第 1 項에 대한 補充規定이다. 이러한 補充性은 未遂에 그치거나 第 30 條에 의한 可罰的 豫備行爲에만 그친 때에도 適用된다.

물론 行爲 또는 用意表明이 第 98 條에 따라 第 94 條 또는 第 96 條에 의하여 處罰할 수 있는 具體적인 國家機密에 制限되지 않는 한 第 98 條는 이 規定과 함께 적용된다. 왜냐하면 그 속에 存在하는 抽象적인 危險性은 第 94 條, 第 96 條에 의하여 포괄되지 않기 때문이다.

第 98 條에 의한 行爲는 일종의 繼續犯이기 때문에 行爲 단 일성이 存在한다.

2. 第 98 條 第 1 項에는 行爲의 實行으로 行하여진 犯罪들(대략 文書의 竊盜, 權限없는 聽取, 秘密漏泄等)間에는 想像的 競合이 성립한다. 第 99 條와도 想像的 競合이 된다.

第 99 條(密偵式의 間諜行爲) ① 1. 外國의 諜報機關을 위하여 事實, 物件, 知識의 傳達 혹은 提供을 目的으로 하는 獨逸聯邦共和國에 敵對적인 密偵行爲를 한 者, 또는

2. 外國의 諜報機關이나 그 仲介者中の 1 人에 대하여 그러한 活動을 할 意圖를 表明한 者는 그 行爲가 第 94 條, 第 96 條 第 1 項이나, 第 94 條 및 第 96 條 第 1 項과 관련되어 第 97 條 a 項 또는 同條 b 項에서 刑을 과하도록 되어 있지 아니한 경우에는 5 年以下의 自由刑 또는 罰金刑에 處한다.

② 특별히 중한 경우에는 1 年以上 10 年以下의 自由刑에 處한다. 특히 중한 경우는, 原則적으로 行爲者가 公務所에 의하여 또는 公務所의 勸誘에 따라 秘密로 維持되는 事實,

物件, 知識을 提供하거나 傳達하고, 그가

1. 그러한 秘密을 保護하여야 할 특별한 義務가 주어진 責任있는 職位를 남용하였을 때 또는
2. 그 行爲로 인하여 獨逸聯邦共和國에 重大한 不利益의 危險을 招來하는 때이다.

③ 第 98 條 第 2 項을 準用한다.

- 一. 第 99 條는 中心的인 間諜罪의 構成要件으로서 대체로 情報活動의 特性을 가진 個個의 密偵行爲를 規制하고 있다. 同條는 密偵式의 사보타지 또는 分裂工作(사보타지간첩)에는 적용될 수 없고, 마찬가지로 住民들 중의 일부에 대한 影響力을 미치는 데에 制限되는 活動(소위, 여론조성간첩)이나, 또한 外國의 政治體制의 本質에 대한 影響力行使나 外國人團體 內部에서 혼란을 惹起시킬 우려가 있는 影響力行使에는 적용될 수 없다.

그 주된 意味는, 第 93 條에서 規定하고 있는 國家機密에 국한된 것이 아니라 모든 種類의 事實, 物件, 知識에 관계되는 “단순한” 情報活動에 대한 處罰에 있는 것이다.

이런 점에서 第 99 條는 獨自的 性格을 지니며 謀反罪 條項의 補完的인 역할을 하고 있다. 즉 第 99 條는, 단순한 機密의 漏泄이나, 秘密이 아닌 事實의 傳達行爲에 대하여 第 94 條, 第 96 條, 第 98 條가 反逆과 그 豫備行爲에 대하여 정한 바와 同一한 處罰可能性의 領域을 포괄하고 있는 것이다.

第 99 條는 本質적으로 反逆罪 規定의 領域에 속하며, 이것은 第 99 條가 反逆罪에 대하여 부차적이라는 점에서도 나타난다. 이에 반하여 그의 獨自性은 第 98 條와의 關係 속에서 명백히 표현된다(想像的 競合).

第 99 條에 의한 行爲는 實行된 行爲의 단순한 停止만으로 完成되는 것이 아니라 外國諜報機關과의 關係를 最終적으로 단절할 때 비로소 完成되는 繼續犯이다.

二. 第 1 項 第 1 號는 外國의 諜報機關을 위한 事實, 物件, 知識의 傳達 또는 提供을 目的으로 하는 獨逸聯邦共和國에 敵對的인 活動의 實行을 規制하고 있다.

1. “外國”의 概念에 대하여는 第 93 條 說明을 참조.

2. 第 99 條에서의 “諜報機關”은 협소하고 技術的인 의미로 情報의 蒐集과 評價와 관련된 “間諜組織”으로 理解할 수 있다. 諜報機關은 國家的(政治的 또는 軍事的) 目的에 寄與하는 것이어야 한다.

그 規定을 이렇게 理解하는 것은 오늘날의 情報活動의 주된 任務中 하나가 어떤 外國內에서의 모든 重要事實과 事件들을 최대한 完璧하게 捕捉하는데 있다는 事實을 고려한 것이다. 즉 그러한 事實들의 蒐集整理와 科學的인 評價를 통하여 주어지는 外國의 總體的狀況에 대한 精確한 인식은 때로는 外國의 몇가지 진정한 國家機密에 대한 認識보다 權力政治的 또는 軍事的 決定에 더 중요할 수 있다.

비록 그것이, 外國의 購讀者에게 新聞을 發送하는 것 처럼

外國에 國內事情에 관한 知識을 供給해 줄 수 있는 모든 行爲를 刑法으로 막는데 가지에는 이르지 못할 수도 있으나, 行爲者 自身이 外國의 諜報機關의 손발이 되어 活動을 할 때에는 處罰의 必要性이 생겨나는 것이다. 이러한 요구 때문에 第 99 條는 新聞의 자유로운 報道를 해칠 수 없다. 따라서, 109 條의 F. I 2에 相應하는 規定은 둘 필요가 없는 것이다. 이에 반하여 外國의 諜報機關을 위하여 일정한 主題에 관하여 日刊新聞記事를 스크랩하는 자는 處罰될 수 있다.

게다가 同規定의 根底에는 外國諜報機關을 위한 그 行爲는 國家機密을 漏泄할 抽象的 危險을 일으킨다는 思考가 깔려 있다. 그러한 점에서 企業體가 産業스파이 活動을 위하여 유지하는 諜報組織은 第 99 條에 해당되지 아니하나 반면에 國家的인 目的에서 오로지 産業스파이 活動을 추구하는 國家機關은 第 99 條에서 의미하는 諜報機關이 된다. 그 諜報機關이 갖춘 外觀상의 形態는 중요하지 않다. “偽裝組織” 역시 그것이 단지 전술한 任務領域을 가지는 한 이에 해당된다.

外國이 國家機關 대신 私的인 間諜網(狀況에 따라 여러 國家를 위하여 個別的인 委任에 따라 일하는)을 利用하는 경우에 是는 例外的으로 非國家機關도 諜報機關이 될 수 있다. 일반적으로 그것은 外國政府自體가 아니라, 私的 間諜組織을 利用하는 外國政府의 諜報機關이 될 것이며, 이것은

仲介者(第99條第1項第2號)로 볼 수 있을 것이다.

3. 同條의 構成要件은 外部勢力을 위한 “密偵式的 活動”을 要求한다. 이 特徵은 그것이 外國의 諜報機關을 위한 傳達 行爲이어야 한다는 바로 그 점으로부터 構成要件의 畧을 얻고 있기 때문에 과도할 뿐만 아니라 여러가지 不明 確의 原因이 된다. 그 構成要件의 限界가 얼마나 不明 確한가는 B.G.H 24,372의 그에 대한 解釋이 보여주고 있는데, 그에 따르면 어떤 行爲가 密偵式的 行爲가 되려면 그것이 情報活動目的에 投入된 間諜이나 仲介者나 다른 助力者들의 業務에서 特徵적으로 나타내는 外觀에 相應하여 야 한다고 되어 있다.

그 詳細는 다음과 같다.

a) 外國諜報機關을 위한 行爲는, 그것이 事實等의 傳達 혹은 提供을 目的으로 하는 한 모두 第99條의 適用을 받는다.

“陰謀的” 方式(情報所持者에 대한 脅迫, 소형카메라, 무인포스트등의 利用)이 반드시 要求되지는 아니한다.

密偵式的 活動은 오늘날 더욱더 關照적 特性을 지니고 있다.

第99條의 行爲는, 外國의 諜報機關과 行爲者간의 協力과 그 行爲의 目的指向性에 의하여 독특한 特性을 지니게 된다. 이러한 條件이 存在한다면 外形上 일상적인 것으로, 보이는 活動으로도 충분하다.

b) 같은 理由에서 外國諜報機關을 위한 活動이 비교적 長 期間 계속되는 關係에서 行하여질 것이 要求되지도 않는다.

第99條에 따르면, 예컨대 外國에서 自身の 軍隊에 관한 知識을 팔아넘긴 도망병이나 한번만 活動하게 될 使者와 같이, 오직 1回的인 기회라도, 意識적으로 外國諜報機關에게 情報活動上 理解關係事項을 전달하는 行爲도 處罰받게 된다.

이러한 경우들을 第99條에 편입시키지 않으려고 한다면, 可罰性이 너무 우연한 事實에 左右되게 될지 모른다. 즉, 일정한 事態를 探索하여 전달하려는 外國諜報機關의 勸誘를 따르기 위하여 탐지활동을 하여야 하는 자는 處罰받게 되고 同一한 경우에, 要求된 情報를 즉시 提供할 수 있는 자는 그가 當該事實을 事前에 알고 있었다는 것 때문에 反對로 處罰을 받지 아니하는 것이다. 따라서 보다 교활하고 노련한 行爲者들은 刑事政策的으로 견지할 수 없는 結果를 特權으로 賦與받게 된다.

그러나 外國諜報機關에 대한 1回的 情報提供으로 行爲가 끝나버리는 경우들에 있어서는 어떤 確實한 重要性을 가진 事實等에 관한 것이어야 한다. 왜냐하면 여기에서의 行爲의 危險性은, 第99條가 예정하는 통상적인 경우와 달리 行爲者가 外國諜報機關의 組織에 編入되어 있는 事實에서 推論될 수 없기 때문이다.

外國에서 現地諜報機關에 의한 審問을 당하게 되어, 이러한 狀況에서 벗어날 目的으로 특별히 중요하지 아니한 몇가지 情報을 提供한 경우는 第99條의 適用을 받지 아니한다.

4. 行爲는 外國의 諜報機關을 위하여 行하여진 것이어야 한다. 他人에게 勤務를 提供하려는 자는 他人을 위하여 일하는 것이 된다. 따라서 그것은 目的指向的인 行動일 것이 요구된다. 그런 점에서, 他人을 위한다는 目的을 지향하여, 情報活動을 수행하고 그때 그 他人이 外國의 諜報機關일 가능성을 인용하고 있다면 그것으로 충분하다.

a) 第98條와는 反對로, 단순한 目的指向만으로는 족하지 아니하다. 行爲者가 活動하기 이전에 이미 外國諜報機關과 접촉하였을 것이 요구된다.

그러므로 후일 外國의 諜報機關에 提供할 意圖로 事實을 蒐集한 자는 處罰할 수 없다.

第98條와의 區別은, 第99條의 行爲가 그 行爲의 특별한 危險性이 傳達되는 對象物(단순한 秘密 또는 秘密 아닌 事實)로서부터 뿐만 아니라 行爲者의 外國諜報機關과의 協力에서 파악되는 反面에, 第98條는 國家機密의 取得에 초점이 있다는 점에서 正當化된다. 그 밖의 外國의 諜報機關과의 관련없이는 密偵式의 間諜行爲는 거의 想定할 수 없다.

b) 行爲者가 外國諜報機關의 어떤 職位와 연결이 되었을 것

이 要求되지 아니한다. 第1項 第2號에 따르면 外國諜報機關의 仲介者와 協力을 한 것으로 충분하다. 그렇지만 行爲者가 자신의 行爲로서 目的指向的으로 他人에게 勤務하여야 한다. 對話時의 단순한 意見交換만으로 충분하지 아니하다.

여기에서 事實을 他人에게 傳達하고 그 사람이 外國諜報機關의 仲介者로서 그 事實에 利害關係를 가지고 있을 가능성을 예견하기만 한 자는 第99條에 의하여 處罰할 수 없다.

5. 第99條는 行爲의 客체로서 事實, 物件 또는 知識을 열거하고 있다. 따라서 그 客체의 範圍는 第93條에서와 똑같이 包括的으로 정해진다. 事實은 秘密스러운 것이거나 특별히 重要的 意味를 지닐 필요가 없다.

適法한 事實 뿐만 아니라 不法한 事實도 포함된다. 또한 傳達된 事實들이 第93條에서 定하고 있는 國家機密을 탐지하는 但書가 될 것을 요하지도 않는다(오히려 이러한 소위 徵表事實의 漏泄은 第99條의 重要的 適用範圍로 된다).

6. 行爲는 前述한 客체의 傳達과 提供을 指向하는 것이어야 한다(客체의 取得은 第98條와는 달리 言及되어 있지 아니하다).

그렇다고 하여 第99條가 본래의 探知活動을 言及하고 있지 않는다고 단정할 수는 없을 것이다. 오히려 그 行爲가 “密偵式”이라고 표현되어 있음으로 말미암아 그 行爲는

最終적으로 外國諜報機關에게 事實等を 傳達하는 것을 目的으로 하는 個個의 行爲로 파악되는 結果가 된다. 이것은 바로 事實의 探知가 諜報機關員의 전형적인 任務에 속하기 때문이다.

이에 따라 第99條가, 새로이 募集한 間諜의 소위 試驗任務를 포함하는가 하는 問題도 해결된다. 그 경우는 第99條에서 前提로 하는 目的에 쓰이는 것이 아니라 直接的으로 間諜들을 試驗하는 데만 쓰이는 臚조된 任務에 관한 것이기 때문에 (不可罰的) 未遂라는 가정에 다다를 수 있다. 그러나 일시적인 行爲의 궁극적인 目的이 事實의 實質的인 傳達이라는 것으로 충분하다고 하여야 한다. 따라서 諜報機關의 새로운 勤務者를 募集하기만 하는 諜報機關員이나, 諜報機關의 接觸을 개시시킬 書類를 傳達하는 使者도 第99條에 의하여 處罰될 수 있다.

7. 獨逸聯邦共和國에 敵對的인 行爲만이 포함된다. 이러한 制限의 範圍가 문제시되고 있다.

우선, 이 점이 그 行爲가 獨逸聯邦共和國의 不利益으로 또는 具體的인 危險으로 歸着되어야 한다는 것을 의미한다고 할 수 없다.

이것은 第99條에 포함되는 傳達對象物의 範圍가 事實上 無制限의이기 때문에 어떤 損害라던가 具體的인 危險의 발생은 충분히 證明될 수가 없기 때문이다. 그러나 第99條는 行爲者가 獨逸聯邦共和國에 대한 具體的인 危險의 발

생을 추구하였어야 한다는 意味의 目的犯으로 理解해서는 안된다. 왜냐하면 無害한 事實을 傳達만 하는 경우에 있어서 그로부터 어떻게 獨逸聯邦共和國에 危險이 초래되는지를 전혀 認識할 수 없는 경우가 종종 있을 수 있기 때문이다.

第99條는 따라서 “抽象的危險犯”으로 보아야 한다. 그 條文은 行爲의 危險性을 獨逸에 대한 것으로만 限定하고 있는데, 그것은 同條文이 어떠한 方式으로든지 外國의 獨逸에 대한 政治的 行動에 아주 중요할지도 모르는 問題에 관하여 外國諜報機關에게 (情報를) 傳達하는 行爲를 다루고 있기 때문이다.

同時에 第99條는 獨逸聯邦共和國의 對外的 安全 뿐만 아니라 모든 種類의 다양한 (對外) 政治的 效果까지 圖謀하고 있다. 그래서 그 行爲가 어떤 狀況下에서도 對外的인 安全을 해하는 結果로 되지 않더라도 단지 獨逸에 대한 輕蔑을 초래할 수 있다면 “獨逸에 敵對的인” 行爲가 된다. “背反과 對外的 安全의 危險化”라는 章에 第99條를 體系的으로 編入한 것은 확실히 그 逆을 시사할 것이다. 그렇지만 이것은 第99條에서 規定하는 傳達對象物의 特性을 참작하지 않은 것이어서 그와 모순될 지도 모르고, 같은 章에 規定된 比較할만한 모든 條文에서는 그때 그때마다 獨逸聯邦共和國의 對外的 安全에 대하여 重大한 損害를 끼칠 危險이 言及되어 있지만, 第99條 第2項 第2號 第

2 文에서는 단지 중대한 損害의 危險만을 말하고 있다.

따라서 “獨逸聯邦共和國에 敵對적인”이라는 문구는 어떤 경우에도 獨逸의(對外) 政治的 立場에 영향을 주지 아니하는 行爲들은 除外한다는 의미만을 가진다. 이에는 두 가지의 의미가 있다.

a) 첫째로, 獨逸 刑法은 外國의 國家利益을 保護하는데 適合하지 않다는 一般原則이 고려된다. 그럼에도 불구하고 第 99 條의 이러한 構成要件上的 特徵은 지나치다고 볼 수 없는데 그것은 그 行爲가 外國에 의해서건 獨逸人에 의해서건 獨逸國內에서 저질러진 경우에도 前述한 一般原則이 그대로 適用될 것인가가 항상 의문시되기 때문이다 (獨逸刑法의 規範的 機能).

또한 獨逸內에 있는 外國의 代表機關이나 外國人 團體에 대하여 敵對적으로 행해진 獨逸領土內에서의 外國諜報機關의 行爲는 處罰할 수 없다.

그러나 때때로 그와 같은 探知行爲에 있어서도 獨逸聯邦共和國이 利害關係가 있어 그 경우에 第 99 條가 適用될 수 있다.

外國問題에 관한 단순한 利害關係는, 이러한 의미에서의 고유한 利害關係로 評價될 수 없다. 나토가 그 中央組織이 探知되는 그런 경우에 해당한다면, 그 行爲는 同時に 獨逸聯邦共和國에 적대적인 것으로서 第 99 條에 의하여 處罰될 수 있다.

b) 두번째로, “獨逸”聯邦共和國이 항상 國家라는 政治的地位에 해당하는 경우이어야 한다는 점이 분명하다. 그 行爲가 어떤 基準에서 볼 때 個個의 獨逸國民에게만 不利益한 것일 때 (예컨대, 刑事訴追를 위하여 拘引하기 위한 犯罪者의 所在地探知等)에는 第 99 條에 해당하지 않고, 마찬가지로 獨逸內의 個人的인 獨逸人組織에 의한 偵探 (예컨대, 東歐間諜에 의한, 不法적인 共產黨에 대한 監視)도 해당되지 아니한다. 물론 다음과 같은 경우들은 例外에 속한다. 즉, 통상 個個의 私人이나 私的組織에 의한 偵探活動이라도 그것이 최소한 間接적으로 獨逸에 敵對적인 경우, 예컨대 外國에 의하여 運營되는 組織의 探知活動이 獨逸에 대하여 對外政治적인 공격을 일으킬지도 모르는 경우이다. (國家的인) 諜報機關을 통하여 행해지는 産業스파이나 科學스파이 活動에 대하여도 같다.

8. 第 99 條 第 1 項 第 1 號의 行爲者는 第 98 條와 위 6. 에서 上述한 바와 같이 앞에서 적시된 의미에서의 密偵式的 活動을 遂行한 자, 즉 어떤 方法으로든지 그 探知와 傳達行爲에 가담한 모든 자를 말한다.

諜報機關의 構成員이 되는 것이 모든 경우에 要求되지는 않는다. 後者는 단순한 助力者가 결코 아니다. 第 94 條에서는 단지 幫助犯으로 보일지 모르는 使者나 무전수 등도 同條의 行爲者이다. 共犯의 範圍는 훨씬 더 狹小하다.

共犯者는 本質的으로 外國人들일 것이다. 남편에게 諜報機關에 협력하여 收入을 올리자고 설득한 婦人은 教唆罪로 處罰받게 된다.

가령 間諜에게 그 活動을 위하여 自動車를 사용할 수 있게 한 자도 幫助犯이 될 수 있다. 따라서 外國諜報機關의 探知活動의 客體가 되어 사소한 情報을 提供한 자는 幫助犯으로 處罰할 수 없다.

外國諜報機關의 “仲介者” 자신들도 역시 第99條에 의하여 處罰받게 되는데, 이는 第94條에서 (情報)傳達이 外國에 도달한 그 순간에야 비로소 犯行可能性이 終了하는 것과 마찬가지로이다.

9. 犯行은, 行爲의 終了나 任務의 成功的인 遂行이 있을 때 비로소 既遂에 도달하는 것이 아니라 최초의 活動行爲가 있을 때에 이미 既遂가 된다.

三. 第1項 第2號에 의하면 外國의 諜報機關이나 그 仲介者들에 대하여 第1項 第1號에 規定된 行爲를 할 意圖를 表明한 자도 處罰된다. 第98條 第1項 第2號에서 說明한 바가 여기에서도 同一하게 適用된다.

여기에서도 진지한 意思 表明만이 處罰된다.

四. 行爲者가 어떤 職責上 또는 服務上의 義務나, 獨逸의 官廳 (주둔군대의 官廳은 해당되지 아니함)에 의하여 부여된 任務를 근거로 하여 행한 行爲 예컨대, 二重間諜은 正當化될 수 있다. 누구든지 敵性間諜의 正體를 밝힐 目的으로 실제의

行爲에 나아가지 아니하고 그에게 가담의 意思를 꾸며서 表明하였을 때는 아무런 正當化 事由도 필요치 않다. 즉 이 경우는 行爲의 構成要件이 이미 缺如되어 있는 것이다.

같은 目的으로 행해진 어떤 行爲가, 그 行爲者가 職務上 權限이 없거나 委任받은 바 없다고 하더라도 지체할 경우 危險이 있기 때문에 행하여졌다면 國家의 利益을 위한 緊急避難으로 正當化될 수 있다. 違法性은, 正當化될 수 있는 緊急狀態를 根據로 하여서도 阻却될 수 있다.

五. 主觀的 構成要件은, 모든 構成要件의 要素에 관한 故意를 필요로 하고, 이 경우 條件附故意도 충분하며 他人을 위한 情報活動이어야 한다는 점에서 目的指向的 行爲일 것이 요구된다.

六. 第3項에 따르면 第98條 第2項의 “有效한 회오”에 관한 規定이 準用된다.

여기에서 다음과 같은 特異點이 나타난다. 第3項에 의하면 行爲者가 이미 數年間 外國의 諜報機關을 위하여 活動해 온 경우, 더욱이 第99條 第2項이 의미하는 秘密을 계속 漏泄하여 獨逸聯邦共和國에 대하여 重大한 損害를 끼칠 危險(第99條 第2項 第2號)이 아니라 損害 그 자체를 惹起한 경우에조차 刑을 輕減받거나 免除받을 수 있다.

이것이 사리에 맞는 것인지는 疑問의 여지가 있어 보인다.

즉 第158條 第2項에 相當하는 留保(條項)를 插入하여야 한다는 점이 시사될 것이다. “有效한 회오”에 대한 이러한 폭넓은 認識은 行爲者가 자신의 知識(知得한 事實)을 털어

놓음으로써 이를 認定받을 수 있어야 한다는 것에서 根據를 찾을 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 그것으로 인하여 獨逸聯邦共和國에 이미 일어난 損害는 回復될 수 없을 것이다. 그렇지만 解釋論으로 어떤 制限을 두는 것은 불가능하다. 끝으로 그 刑의 減輕은 단지 任意的일 뿐이므로 個個事件에서 具體적인 狀況이 고려될 수 있을 것이다.

七. 第 99 條는 法定刑에서 第 98 條와 同一하다. 이것은 일반적인 사안이나 특별히 重大한 사안에서도 마찬가지다. 이에 대하여 第 99 條 第 2 項은 특이한 規定을 두고 있으나 結局 第 98 條 第 1 項 第 2 號에 따르는 것과 다르지 아니하다. 同條項은 第 94 條 第 2 項의 引用이 不可能하기 때문에 필요할 뿐이다.

1. 個別的으로, 第 2 項 第 2 文은 行爲의 客體가 公務所에 의하여 또는 그의 勸誘로 인하여 秘密로 維持되는 것이어야 하고, 그것의 傳達이나 提供行爲가 이루어져야 하고 行爲者가 그러한 機密의 保護를 위하여 특별히 義務를 지는 責任있는 地位를 남용하거나 그러한 行爲로 인하여 獨逸聯邦共和國에 대하여 重大한 不利益의 危險을 惹起할 것을 前提로 한다.

行爲는 公的으로 秘密로 維持되는 事實等에 관한 것이어야 하고 그 경우 그것이 國家秘密에 관한 것일 것을 要하지 않지만 私적인 機密이나 秘密아닌 事實만으로는 충분하지 아니하다.

덧붙여서 다음과 같은 條件中의 하나가 갖추어져 있어야 한다.

a) 行爲者는 그에게 그러한 公的인 機密을 保護하도록 특별히 義務를 부여받고 있는 어떤 責任있는 地位를 濫用한 것이어야 한다.

第 98 條 第 1 項 第 2 號가 引用하는 第 94 條 第 2 項 第 2 文 第 1 號에 規定된 刑의 加重事由와 一致한다.

b) 또는 그 行爲로 인하여 獨逸聯邦國에 重大한 不利益을 끼칠 危險이 惹起됐어야만 한다. 이 경우 위 說明 7. 에서 言及한 바와 같이 獨逸聯邦國의 對外政治的 地位에 관한 重大한 損害로서 充分하고 獨逸聯邦國의 對外的 安全에 대한 危險化가 필요한 것은 아니다.

그 機密의 傳達에 의하여 이러한 損害들이 어떻게 발생하였는가 하는 것은 重要하지 않다. 公公연한 情報에 관한 것이라도 그것이 意圖적인 교란策동에 公할 目的을 띠고 傳達된 것이라면 充分할 수 있다.

2. 附加刑과 沒收에 대하여는 第 101 條, 第 101 條의 a 說明 參照

八. 競合犯

1. 第 98 條와 마찬가지로 第 99 條도 背反罪에 대하여 副次的인 地位에 있고, 第 99 條는 國家機密을 前提로 하지 아니하고 있기 때문에 第 97 條의 a, 第 97 條의 b에 대하여도 副次的인 地位에 있다. 그러나 第 98 條와 같이 第 99 條 역시 그 行爲가 第 94 條, 第 96 條, 第 97 條의 a, 第 97 條의 b에 의한 處罰對象인 具體적인 機密의 漏泄을 超過하는 한 위

規定들과 想像的 競合犯의 관계에 있다. 그 副次的 性格은 앞서 본 規定들에 의한 訴追가 時效의 完成으로 불가능하지만 第99條에 의하면 訴追가 可能的 경우에 나타난다.

즉 時效完成된 行爲와 直接的으로는 같은 行爲의 部分들이 時效의 影響을 받지 아니하고 存續하게 되는데 그것은 第99條의 犯行이 繼續犯이기 때문이다.

2. 第98條에 비하여 第99條가 항상 後線에 서는 것은 아니다. 第98條가 第99條보다, 本質的인 國家機密이라는 좁은 領域을 다루고 있지만 第99條는 그것이 단지 諜報機關의 行爲만을 規制하는 限度에 있어서는 第98條에 대한 特別規定이다. 이 理由에서 行爲者가 外國의 諜報機關을 위하여 國家機密을 취득하는 活動을 하는 경우 두 條項間의 行爲의 單一性이 인정되어진다.

3. 第84條 ff와는 일반적으로 數個의 犯罪을 構成한다. 第99條의 犯行이 繼續犯인 것은 事實이지만 第84條 ff에서 規定된 行爲들은 한결같이 諜報機關의 行爲가 아니다. 第87條 第1項 第2號(偵探行爲)와 第4號(探知行爲)에 대하여는 그러하지 아니하고 두 條項間에 行爲의 單一性이 인정될 수 있다.

第88條와는 原則적으로 數個의 犯罪을 구성한다. 즉 第88條에 의한 犯行이 第87條 第1項 第2號 또는 第4號의 行爲中 하나에 선행하는 경우는 數個의 犯罪가 되고 그로써 이들은 第88條와 第99條 사이를 연결하는 교량 역할을 하게 된다.

第100條(平和를 危殆롭게 하는 關係) ①이 法의 適用地域內에 生活根據地를 두고 있는 獨逸人으로서 獨逸聯邦共和國에 대한 戰爭 또는 武力的 企圖를 招來할 意圖로 이 法의 適用地域 밖에 있는 政府·團體·機構 또는 이들의 仲介者中의 하나와 關係를 맺거나 維持하는 者는 1年以上의 自由刑에 處한다.

②특히 중한 경우에는 無期自由刑 또는 5年以上의 自由刑에 處한다. 특히 중한 경우라 함은 原則적으로 行爲者가 그 犯罪로 인하여 獨逸聯邦共和國의 存立에 重大한 危險을 招來한 때를 말한다.

③比較的 중하지 아니한 경우에는 1年以上 5年以下の 自由刑에 處한다.

一. 國家背反的 謀反에 관한 規定은 嚴格한 意味에서의 國家背反規定에 속하지 아니한다. 聯邦共和國을 戰爭에 관련시킬 意圖 下의 外國과의 謀反的 關係를 處罰한다. 保護法益은 聯邦共和國의 外的 安全이다 (NATO 構成員의 保護에 관해서는 第80條 參照).

二. 客觀的 構成要件은 行爲者가 政府等に 대하여 關係를 맺거나 維持하는 것을 要한다.

1. 그 關係가 어떠한 態樣이어야 하는가에 관해서는 構成要件은 언급하지 않고 있다. 規定된 意圖로 그 關係를 維持하면 모든 態樣的 關係로 충분하다.

行爲者가 그 關係에 근거하여 어떤 특별한 活動을 할 것은 要하지 아니한다.

2. 相對方과 소정의 意圖를 가지고 意見一致를 보려고 努力하는 者는 關係를 맺는 것이다. 그러기 위하여 行爲者가 外國政府等과 個人的으로 몸소 關係를 맺을 필요는 없다. 書面에 의한 接觸으로도 充分하다.

追求된 意見一致가 成就되어 있을 필요는 없다. 그러한 限度에서는 關係設定을 第98條, 第99條에서의 承諾意思表示에 相應하는 未遂 構成要件이다. 그렇기 때문에 行爲者가 外國政府에 대하여 接近하거나 外國政府가 接觸을 가지는 것에 관심을 환기시켰느냐의 여부는 問題되지 않는다.

舊法 第100條의 e와 一致하는 用語 때문에 의견상의 關係로 充分하냐의 問題는, 진지하게 熟考되지 아니한 關係設定의 경우에는 第100條에서 規定하는 意圖가 缺如되어 있기 때문에 第100條의 경우에는 일어나지 아니한다.

3. 關係는 連繫가 持續되는데 영향을 미치는 모든 活動을 통하여 유지된다. 維持는 필연적으로 그들의 關係에 관한 關係相對方의 同意(意見一致)를 前提한다. 行爲者에 의하여 시도된 戰爭遂行에 관한 意見一致는 要件이 아니다. 이 경우에는 繼續犯이 문제된다.

4. 關係相對方은 刑法의 適用地域 밖에 있는 政府·團體 또는 機構이어야 한다. 政黨도 團體에 속한다. 列舉하고 있는 機關의 仲介者와의 관계로 充分하다.

5. 政府等은 刑法의 適用地域 밖에 있어야 한다. 仲介者에 대하여는 이러한 制限은 適用되지 않는다. 그가 國內의 어디에 있느냐는 것은 그의 경우에는 重要하지 않다.

6. 刑法의 適用地域內에 生活根據地를 두고 있는 獨逸人만이 行爲者일 수 있다. 그러므로써 法律은 중전의 法에 대한 判例를 따르고 있으며 그 法에 의하면 獨逸聯邦共和國에 대하여 특별한 保護關係 또는 信賴關係에 있는 者만이 行爲者일 수 있다.

三. 國際法에 根據한 行爲의 正當化는 獨逸人만이 行爲主體일 수 있기 때문에 問題되지 않는다.

四. 主觀的 構成要件은 故意를 要하며 條件附 故意로 充分하고 獨逸聯邦共和國에 대한 戰爭 또는 武力企圖를 誘導하는 意圖를 말한다. 行爲者는 規定되어 있는 結果에 拘束된다. 이것은 重要하지 않거나 거절하는 態度의 경우에는 들어맞지 않는다. 結果의 단순한 認識만으로는 充分하지 않다.

1. 戰爭이란 國際法的 意味에서 다른 나라와의 武力衝突로 理解될 수 있다. 武力的 企圖는 그에 반하여 역시 不法的인 戰爭을 하려는 것으로는 간주될 수 없는 힘에 根據를 두어야 한다. 그것은 밖에서부터 聯邦共和國에 대하여 조준되어야 한다. 內的混亂(또한 市民戰爭)은 充分하지 않다. 聯邦共和國에 대한 武力的 조치없는 商業戰爭의 追求도 마찬가지로 充分하지 않다.

2. 戰爭은 聯邦共和國에 대하여 照準되어야 한다. 聯邦共和國

의 편에서 攻擊戰爭에 대한 단순한 防禦行爲로는(第 80 條 參照) 충분하지 않을 것이다.

3. 行爲者は 戰爭 또는 武力企圖의 惹起 그리고 그것의 도발을 목적해야 한다. 戰爭期間中에 敵을 支援하는 것만으로는 충분하지 못하다.

五. 刑은 특히 중한 경우(第 2 項)에는 無期自由刑 또는 5 年以上의 自由刑이다. 聯邦共和國의 存立에 대한 重大한 危險의 惹起가 原則的 例로 規定되어 있다. 武力企圖의 危險이 발생하였을 때는 이에 해당하지 않고 聯邦共和國이 그 存立에 있어 급박하게 威脅받고 있는 경우가 이에 해당한다. 具體的 危險의 발생은 要件이다.

比較的 중하지 아니한 경우(第 3 項)에는 刑罰은 1 年 以上 5 年 以下の 自由刑이다. 이에 대하여 法律은 아무런 例示도 規定하고 있지 아니하다.

六. 第 98 條, 第 99 條 및 第 80 條와의 關係는 想像的 競合關係에 있다.

第 100 條의 a (國家背反的 僞造) ①良識에 반하여 僞造 또는 變造된 物件, 이에 관한 情報 또는 그것이 진정하거나 진실인 경우에는 獨逸聯邦共和國의 他國에 대한 外的 安全 또는 關係를 위하여 중요하고, 眞實이 아닌 事實主張을 진정한 物件이나 事實이라고 他國을 기망하여 관계하기 위하여 他人에게 알리거나 公表하고, 그럼으로써 獨逸聯邦共和國의

外國에 대한 外的 安全 또는 關係에 중대한 不利益의 危險을 招來한 者는 6 月 以上 5 年 以下の 自由刑에 處한다.

②그러한 物件을, 他國을 기망하기 위하여 第 1 項에 揭記한 方法으로 이를 다른 사람에게 알리거나 公表하고 이로 인하여 他國에 대한 獨逸의 外的 安全이나 關係에 중대한 不利益을 招來하기 위하여 僞造·變造의 方法으로 製作하거나 入手한 者도 前項의 刑으로 處罰한다.

③未遂犯은 處罰한다.

④특히 중한 경우에는 1 年以上의 自由刑에 處한다. 특히 중한 경우란 原則적으로 行爲者가 그 犯罪로 인하여 他國에 대한 獨逸聯邦共和國의 外的 安全 또는 關係에 특별히 중대한 不利益을 招來하는 때를 말한다.

- 一. 獨逸聯邦共和國의 外的 安全 또는 外國에 대한 關係는 날조된 虛構의 事實을 傳達 또는 公表함으로써 그리고 政治的 혹은 軍事的 態樣의 事件을 통하여 위태롭게 될 수 있다. 法律은 그렇기 때문에 第 100 條의 a에서 國家背反的 僞造를 處罰한다. 이 構成要件은 단순히 聯邦共和國을 위한 해로운 結果만을 固有한 國家背反과 共有하고 있다. 行爲 그 自體는 오히려 聯邦共和國의 政治的 誹謗의 性格을 가진다. 나토(NATO) 加盟國의 保護에 관해서는 第 100 條의 a는 適用될 수 없다.
- 二. 第 1 項은 僞造된 情報의 傳達 혹은 公表를 規定하고 있다.
 1. 僞造 또는 變造된 物件, 그에 관한 情報 혹은 진정하지

못한 事實上的 主張이 問題된다.

이러한 列擧는 第 93 條에 있어서의 그것—진정한 事實等—과 같이 包括的이다. 僞造 또는 變造된 物件에 관한 情報은 그 自體로서 진실일 수 있다. 內容적으로 진정하지 못한 主張은 事實的 態樣이어야 하고, 단순한 價値判斷은 충분하지 못하다.

2. 僞造 또는 變造된 物件들은 그것이 진정하거나 眞實인 경우에는 獨逸聯邦共和國의 外的 安全과 外國에 대한 關係를 위하여 중요하도록 만들어져야 한다. 그것은 第 93 條 所定の 國家機密의 概念에 의존한다. 그러나 事實等이 國家機密의 質을 가지고 있을 것은 요하지 아니한다. 다른 한편 第 100 條의 a는 그것이 外國에 대한 聯邦共和國의 關係를 規定함으로써 第 93 條를 능가한다. 그럼으로써 第 100 條의 a는 聯邦共和國의 外交政策의 保護에 完全히 一般的으로 공헌한다. 情報等이 진정하거나 眞實인 경우 違法性이 있을 것인가는 중요하지 않다. 行爲者는 物件을 자기 스스로 만들어야 할 필요는 없다(第 2 項).

3. 그 行爲로 인하여 聯邦共和國의 外的安全 혹은 外國에 대한 聯邦共和國의 關係를 위하여 중대한 損失의 危險이 일어났어야 한다. 具體的 危險의 발생이 要件이다. 그런 한에서는 第 94 條에서와 같은 것이 妥當하다. 第 94 條의 경우와는 달리 獨逸聯邦共和國의 外交政策的 地位(位置)를 위하여, 重大한 損失로 충분하다. 그러한 危險은 外國을 기

망하는 것이 成功하지 못해도 발생한다.

4. 基本法 第 5 條 第 1 項에 의한 “公表”의 正當化는 필요한 欺罔意圖 때문에 問題되지 않는다.

5. 主觀的 構成要件은 僞造等과 관련하여 確실한 認識을 要한다. 僞造된 物件에 관한 情報의 경우에는 그 情報가 그와 같은 物件과 관련이 있다는 確실한 認識이면 충분하다. 危險의 발생에는 故意가 필요하다. 條件附故意로도 충분하다. 行爲者는 더 나아가서 眞實된 主張 혹은 僞造하지 아니한 物件이라고 外國을 기망할 意圖를 가져야 한다.

欺罔의 結果는 발생되었을 것을 要하지 않는다. 情報等の 直接的 受領者에 대한 기망의도는 要件이 아니다. 行爲者가 그 情報의 불순수성(부진정함)을 認識하고 外國에게 넘겨주거나 公表해야 할 때면 충분하다.

三. 第 2 項은 第 1 項에 대한 確實한 豫備行爲를 規定하고 있다. 第 2 項에 의하면 欺罔의 의도하에 第 1 項에서 列擧한 物件을 僞造 또는 變造를 통하여 製作하거나 入手한 자는 處罰된다.

1. 物件은 僞造 또는 變造에 의하여 製作되어야 한다. 行爲가 聯邦共和國의 外交政治的 地位의 危險을 招來해야 하기 때문에, 이것은 第 267 條 所定の “부진정한”(진정하게 成立되지 아니한) 文書로 理解할 수 없고 오히려 단순히 그것이 表彰하는 價値(內容)의 眞實 혹은 虛僞만이 問題된다. 이것은 第 1 項에서는 變造된 物件과 “虛僞”의

主張을 同一視하고 있다는 점에서 그러하며, 그 主張에서
는 그 主張의 진정성 또는 부진정성의 問題는 일어날 수
없다. 그러한 文件을 入手하는 것도 同一하다.

2. 第2項의 主觀的 構成要件은 行爲者가, 製作되어진 혹은 고
쳐 만든 物件을 犯罪行爲를 위하여 第1項에 따라 使用할
意圖로 行爲할 것을 要件으로 하고 있다. 거기에서 더 나
아가서 第1項의 경우와는 달리 獨逸聯邦共和國의 外的安
全 또는 外國에 대한 獨逸聯邦國의 關係를 위하여 重大한
損失의 危險을 초래할 意圖를 要件으로 한다. 主觀的 構成
要件內에서의 이러한 加重的 要件은 豫備行爲의 보다 가벼
운 客觀的 危險성과 같은 比重을 가지고 있다.

3. 第2項은 危害意圖를 要件으로 함으로써 第1項을 능가함
에도 불구하고, 단순한 豫備行爲로서의 物件의 製作 또는
變型은 第1項으로 돌아간다.

四. 第100條의 a의 두 構成要件間에는 選擇確定이 許容되며,
그에 반하여 第94條와 第100條의 a 사이에는 그러하지 아
니하고, 그 이유는 背反과 偽造 사이에는 選擇確定을 위하
여 필요한 比較可能性이 缺如되어 있기 때문이다.

五. 未遂犯은 處罰하고(第3項), 事實 第1項의 경우 뿐만 아
니라, 第2項의 경우에도 그러하다.

1. 行爲者가 기망적으로 自身이 讓渡했거나 製作한 物件等이
不正이거나 變造되었거나 진실하지 아니하다는 점에 根據
를 두고 있으면 未遂는 역시 성립한다. 第23條 第2項에

다른 刑의 減輕은 重大한 損害危險이 발생한 경우에는 適
用되지 아니한다.

2. 第1項에 規定한 行爲의 第24條에 의한 中止未遂는 行爲
者가 變造된 物件等을 스스로 製作하거나 入手하고, 그럼
으로써 第2項의 構成要件을 충족시켰을 경우에도 處罰할
수 없게 된다. 이러한 構成要件은 事實(形式上으로는) 既
遂이고, 그럼으로써 第24條는 그 構成要件에 適用될 수
없다. 第1項의 犯罪行爲에 대하여 補充的인 豫備行爲가 問
題되기 때문에 第1項에서 定하고 있는 行爲의 中止未遂의
效果는 여기에도 미친다.

3. 行爲者가 第1項의 고유한 “基本的 犯罪”의 實行을 시작
했을 경우까지도 自發的인 中止로 인하여 완전히 處罰되지
않는다면, 自身の 計劃을 그 이전의 段階에서 拋棄한다면
그에게 中止犯의 恩전이 주어지는 것은 당연하다. 그것은
第2項의 豫備行爲 범주에서는 第83條의 a, 第316條의 a
第2項에서 內包하고 있는 “有效한 회오('tätige Reue)”
에 관한 規則을 類推的으로 끌어낼 수 있을 것이다. 行爲
者가 第1項 所定の 犯罪를 범하기 위하여 所定の 虛偽의
物件中의 하나를 製作하였을 때에는 이러한 計劃을 自意로
拋棄할 때, 判事는 第83條의 a, 第316條의 a 第2項에 相
應하여 재량에 따라 刑罰을 減輕하거나(第49條 第2項)
刑을 免除할 수 있다. 그것은 第96條의 豫備에만 妥當하
다. 中止犯 效果의 多樣성은 물론 불충분하다. 第1項에 의

한 行爲의 中止未遂에는 行爲者가 處罰받지 않으나, 단순한 豫備行爲에서는 有效한 회오가 단순히 刑罰의 減輕 또는 免除의 結果를 가져온다. 이러한 不公平은 물론 現行刑法上으로는 없애질 수 없다. 그것은 中止犯 規定의 不完全한 併列化의 한 結果이다.

六. 刑罰은 특히 중한 경우에는 1年以上의 自由刑이다. 이러한 경우에는 第4項이 第94條 第2項 第2號를 援引한 規定(聯邦共和國의 外的 安全 또는 外國에 대한 關係를 위하여 특히 重大한 不利益)을 포함하고 있다.

第4章 憲法機關에 대한 犯罪行爲

第105條(憲法機關에 대한 脅迫) ① 다음 各號의 憲法機關에 대하여 그 權限을 行使하지 못하도록 하거나 또한 特定한 의 道대로 行使하도록 하기 위하여 不法的인 強制力이나 強制力을 수반한 強迫을 加함으로써 脅迫한 者는 1年以上 10年 以下の 自由刑에 處한다.

1. 聯邦이나 州의 立法機關 또는 當該 立法機關에 소속된 委員會
2. 聯邦議會나 그에 所屬된 委員會
3. 聯邦政府나 州 政府 또는 聯邦憲法裁判所나 州憲法裁判所

② 비교적 事案이 가벼운 경우에는 6月以上 5年 以下の 自由刑에 處한다.

一. 이 조항은 聯邦憲法機關이나 州憲法機關에 대한 脅迫에 대하여 당해 機關의 行動의 自由 및 決定의 자유를 보호하기 위하여 規定되었다. 그와 동시에 오늘날은 立法機關 이외에도 聯邦政府나 州政府 또는 聯邦憲法裁判所나 州憲法裁判所 뿐만 아니라 그에 소속된 委員會까지도 당해 規定의 適用을 받고 있다.

그러나 위에 열거된 機關만이 保護를 받지 그 각각의 구성원들은 보호를 받지 아니한다. 그럼에도 불구하고 第106條(聯邦大統領, 憲法裁判所 構成員 등) 및 第240條(強要罪)에 規定된 者는 본 條의 脅迫對象에 포함된다.