

## 형벌법규의 구성문제

### A Critical Study for Formation of Penal Code

김 창 군\*  
Kim, Chang-Kuhn

#### 목 차

- I. 문제의 제기
- II. 구성의 논점
- III. 결론

#### 국문초록

본논문은 현대산업사회가 어떠한 입법기술을 통해 형법의 팽창을 야기하는지를 분석하고 있다. 현대의 위험사회는 일정한 위험을 안고 살아야 하는 구조를 가지고 있다. 형사입법자는 이러한 위험사회를 안전사회로 만들기 위해 최후의 수단으로 발동되어야 할 형법을 우선적으로 투입하고 형벌을 상향 조정하고 있다. 이전에는 형사입법자가 형벌법규를 주로 침해범으로 구성했었지만, 현대의 위험사회에서는 형법의 보호를 前置시키는 위험범으로 구성하여 보호적 기능을 수행하려는 경향을 보이고 있다. 이러한 변화의 경향은 刑法의 機能化 및 脫定型化에서 비롯된 것이다. 이로 인해 일반적인 위험이 구체적인 위험으로 나아가지 않도록 하기 위하여 위험의 근거가 될 수 있는 행위양태를 ‘전단계에서부터 범죄화’하고 있다. 그 일환으로 보편적 법익을 인정하고,

논문접수일 : 2015. 11. 15.

심사완료일 : 2015. 12. 07.

게재확정일 : 2015. 12. 07.

\* 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수

추상적 위험범을 광범위하게 도입하고 있다. 이것뿐만 아니라 다양한 입법기술을 통해 형법은 그 영역을 날로 확대해가고 있다. 이러한 형법의 팽창현상은 죄형법정주의, 보충성원칙 등 법치국가형법의 원칙을 위협하고 형법의 위기를 초래하고 있다. 본논문은 이러한 문제의식을 바탕으로 형사입법자가 형벌법규를 제정하거나 개정할 때 체계성의 유지, 예시형식, 법익보호의 정도, 구성요건의 표지 등을 어떻게 구성해야 하는지에 대한 지침들을 조명하고 있다.

주제어 : 법률의 체계성, 명확성의 원칙, 추상적 위험범, 예시형식, 위입입법

## Ⅰ. 문제의 제기

현대산업사회는 독일의 사회학자 Ulrich Beck이 '危險社會'라고 표현했듯이 환경오염, 자동차운행, 건축·토목공사, 공장시설가동 등 일정한 위험을 안고 살아야 하는 구조를 가지고 있다. 이러한 현대 산업사회의 특성상 형사입법자는 위험사회의 대량적인 위험성을 형법으로 대응하려는 유혹을 강하게 받을 수밖에 없다. 이로 인해 위험사회에서 발생하는 위험을 제거하기 위해서 형사입법자는 '최후의 수단'으로 발동되어야 할 형법을 우선적으로 투입하고 형벌을 상향 조정하는 경향을 보이고 있다. 安全社會를 구축하기 위한 방편으로 형법을 우선 투입하는 입법기술에는 특히 전통적으로 인정되어 오던 개인적 법익보다 훨씬 앞당겨진 보편적 법익의 인정, 추상적 위험범의 광범위한 도입 등을 들 수 있다. 이것뿐만 아니라 다양한 입법기술을 통해 형법은 그 영역을 날로 확대해가고 있다. 이러한 형법의 팽창현상은 죄형법정주의, 보충성원칙 등 법치국가형법의 원칙을 위협하고 형법의 위기를 초래하고 있다. 이러한 형법의 위기상황에 직면하여 법치국가형법의 원칙은 형법의 적용을 절제하도록 요청한다.

본 논문은 이러한 문제의식을 바탕으로 형사입법자가 형벌법규를 제정하거나 개정할 때 체계성의 유지, 예시형식, 법익보호의 정도, 구성요건의 표지 등을 어떻게 구성해야 하는지에 대한 지침들을 조명하고자 한다. 이를 토대로 현행법의 문제점을 검토하고자 한다.

## II. 구성의 논점

### 1. 體系性的 유지

#### (1) 기본지침

형사입법자는 형벌법규의 체계성을 유지함으로써 관련조문들의 錯綜(Paragrafenwirrwarr)을 방지하여야 한다. 법령을 편찬할 때 체계화는 법적 안정성의 조건이며, 법규범의 의미내용과 적용범위는 그 체계로부터 비로소 명백해진다. 이러한 이유로 법령의 자구에 구애되지 아니하고 법령의 전체적인 맥락이나 목적에 입각하여 논리적 추리를 통해 체계적으로 해석하는 방법이 중요한 형법의 해석방법이 되고 있다. 법률의 체계성은 특히 Karl Engisch가 內的 體系性(논리적인 무모순과 목적론적 부합성)과 外的 體系性(법률의 구조)으로 구분한 이래 이 구분이 일반화되고 있다. 여기서 외적 체계는 내적 체계에 이어진다. 양자는 상이한 개별법전 상호간에 있어서뿐만 아니라 하나의 법전 내에서도 존재해야 한다.

먼저 법률의 내적 체계성은 모순들이 없어야 한다는 것이다. Karl Engisch는 이를 다섯 가지로 분류하였는데, 立法技術上的 矛盾, 規範의 矛盾, 評價의 矛盾, 目的論的 矛盾, 原則의 矛盾이 그것들이다. 입법기술상의 모순은 개념사용이 통일적이지 않고, 동일한 개념을 상이하게 사용하는 경우이다. 규범의 모순은 동일한 행위를 명령하면서 동시에 금지하는 경우이다. 評價의 矛盾은 A죄를 B죄보다 더 중하게 보면서도 A죄의 未遂는 처벌하지 않으면서 B죄의 未遂를 처벌하는 경우이다. 목적론적 모순은 입법자가 일정한 규범을 통해 일정한 목적을 달성하고자 하면서도 다시 다른 규범을 통하여 그러한 목적의 달성에 필요한 조치들을 금지하는 경우이다. 原則의 矛盾은 行爲者責任의 原則과 行爲責任의 原則이 서로 상충하는 경우이다.

법률의 외적 체계성은 그 분류를 통해서 가장 잘 드러난다. 헌법은 章으로 구분하고 있고, 민법, 형법, 상법은 編, 章, 節로 분류하고 있다. 조문이 많지

않은 법률에서는 이러한 編, 章, 節의 구분이 없이 아리비아숫자로 분류한다. 예컨대, 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」, 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 등 많은 법률들이 이러한 방식을 취하고 있다. 법률의 체계화는 법전편찬의 시작과 더불어 法的 安定性의 포기할 수 없는 조건이 된다. 따라서 입법자는 항상 새로운 법규정을 기존의 법질서의 체계 속에 편입시킬 때 그 규범이 기존의 법질서를 파괴하지 않도록 體系正當性의 原則이 준수되어야 한다.<sup>1)</sup> 이에 따라 형법 제297조의2(유사강간), 제324조의2(인질강요)처럼 형법의 개정으로 나중에 새로운 조문이 법률에 추가될 때 '-조의2'식으로 이 원칙을 준수하고 있다. 또한 기존의 법소재들의 체계적인 분류도 규율될 실체문제들과 부합해야 한다. 이를 實體正當性의 原則이라고 한다. 그 한에서 體系化는 실체영역에 따라 상이하게 이루어진다. 이러한 관점에서 형법 각칙은 법익을 기준으로 개인적 법익, 사회적 법익, 국가적 법익에 따라 분류되고 있다.<sup>2)</sup> 그렇다면, 법률의 체계성의 관점에서 현행법들은 어떠한 문제점들을 안고 있는지를 검토할 필요가 있다.

## (2) 현행법에 대한 검토

현행법은 먼저 법률의 내적 체계성과 관련하여 체계성을 침해하고 있다. 첫째, 현행법은 입법기술상의 모순을 범하고 있다. 형법은 특히 폭행·협박이라는 동일한 용어를 사용하고 있지만, 범죄의 유형에 따라 그 개념을 다양하게 사용하고 있다. 예컨대, 소요죄(제115조)에서의 폭행·협박, 공무집행방해죄(제136조)에서의 폭행·협박, 폭행죄(제260조)에서의 폭행, 협박죄(제283조)에서의 협박, 강도죄(제333조)에서의 폭행·협박 등 범죄의 유형에 따라 폭행·협박의 개념은 그 의미내용이 다르다.

둘째, 현행법은 평가의 모순을 범하고 있다. 1) 형법 자체가 헌법의 가치질서에 위반하고 있다. 즉 헌법의 가치질서는 특히 기본권으로부터 형법적인 보호법익들의 序列을 정하는 데 중요한 관점들을 제공해 준다. 특히 인간의 존

1) 김승환, “입법학에 관한 연구”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 1987, 105면 이하.

2) Hill, *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, Heidelberg 1982, S.98ff.

업을 보장하기 위해서는 인간의 '생명'과 '신체의 완전성'은 불가침적인 것이다. 그럼에도 불구하고 현행 형법은 법정형의 측면에서 보면 '신체의 완전성' 보다는 '소유권과 재산'을 보호하는데 더욱 치중하고 있다. 예컨대, 상해죄(제257조 제1항)는 그 법정형을 "7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금"으로 규정하고 있다. 그러나 詐欺罪(제347조)는 그 법정형을 "10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금"으로 규정하고, "10년 이하의 자격정지"를 병과할 수 있도록 규정하고 있다(제353조). 또한 業務上 橫領罪·背任罪(제356조)의 법정형은 "10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금"으로 규정하고, "10년 이하의 자격정지"를 병과할 수 있도록 규정하고 있다(제358조). 현행 형법의 이러한 법정형의 체계는 보호법익의 가치체계와 서로 균형이 맞지 않고 있다. 이러한 입법실태는 物質優先主義 혹은 野蠻이라는 비판을 받을 수 있다.<sup>3)</sup> 2) 일반형법과 특별형법들 사이에도 가치체계가 난맥상을 보이고 있다. 형법의 법익질서는 헌법의 가치질서 하에서 罪質에 따라 그 서열이 정해진다. 법익의 서열은 인간의 '生命'을 정점으로 해서 피라미드식으로 여타 법익들의 순서가 정해져 있다. 이러한 保護法益의 서열에 따라 입법자는 살인, 강도, 사기, 절도 등의 법정형에 차등을 두고 있는 것이다. 형벌의 輕重을 판단할 때 주의할 것은 법정형의 하한선만을 기준으로 삼아서는 안 되고, 법정형의 상한과 하한을 전체적으로 비교해서 판단해야 한다는 점이다. 가령 구 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의7 제6항 소정의 특수강간치상죄의 법정형이 무기 또는 7년 이상의 징역으로 그 하한이 살인죄보다 높다고 해서 위헌이라고 볼 수는 없다.<sup>4)</sup> 이러한 맥락에서 절도죄를 살인죄나 강도죄보다 더 중하게 처벌한다면 적정한 형벌이라고 할 수 없으며, 경제사범이나 행정사범을 살인죄보다 더 중한 형벌로 처벌할 수 없다.<sup>5)</sup> 그러나 특별형법들을 보면 이러한 가치체계에 맞지 않는 형벌법규들을 볼 수 있

3) Sonnen, *Kriminalität und Strafgewalt. Eine integrierte Einführung in Strafrecht und Kriminologie*, S.32 ; Zipf, *Kriminalpolitik. Ein Lehrbuch*, 2.Aufl., Heidelberg 1980, S.103f.

4) 대법원 1992.8.14. 92초38.

5) 이재상, "특가법상의 제문제", 「사법행정」, 1988.5. 32면 참조 ; 한인섭, "사형제도의 문제와 개선방안", 「형사정책」, 제5호, 1990, 37면 이하 참조.

다. 먼저 性犯罪에 대처하기 위해 제정된 특별규정들부터 점검해 보기로 한다. 예컨대, 일반형법은 강간죄(제297조)의 경우 '3년 이상의 유기징역'에, 유사강간(제297조의2)의 경우 '2년 이상의 유기징역'에, 강제추행죄(제298조)의 경우 '10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금'에 처하고 있다. 그러나 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 법률」 제3조 제2항은 특수강도가 (준)강간·유사강간·강제추행의 죄를 범한 경우에는 "사형, 무기징역 또는 10년 이상의 징역"에 처하고 있다. 심지어 군형법 제84조는 전투지역 또는 점령지역에서 사람을 강간한 경우에 '死刑'에 처하도록 규정하고 있다. 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」, 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 등 특별형법들은 그 동안 개정이 되면서 상당부분 정비가 되었지만 그럼에도 여전히 문제점을 안고 있다. 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」은 상습강도(제5조의4 제3항), 강도상해·강도강간의 재범(제5조의5) 등을, 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」은 범죄단체조직의 수괴(제4조 제1항 제1호)를 '사형, 무기 또는 10년 이상의 징역'에 처하고 있다. 또한 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」은 약취·유인한 미성년자를 사망에 이르게 한 경우에(제5조의2 제2항 제4호) '사형, 무기 또는 7년 이상의 징역'에 처하고 있다. 이러한 가중처벌은 일반형법의 살인죄(제250조 제1항)보다 법정형을 더 높게 설정함으로써 '生命'을 정점으로 구축된 가치체계와 맞지 않는다. 동법 제10조(통화 위조의 가중처벌)는 형법 제207조의 죄(통화위조)에 대해서 살인죄와 마찬가지로 '사형, 무기 또는 5년 이상의 징역'으로 가중처벌하고 있다. 헌법재판소는 동법 제10조 중 형법 제207조 제1항 및 제4항에 관한 부분은 헌법에 위반된다고 결정하였다.<sup>6)</sup> 뿐만 아니라 일반형법의 범죄와 똑같은 구성요건을 규정하면서 법정형만 상향 조정한 조문도 있다. 동법 제5조의4 제1항은 상습적으로 절도죄(제329조) 또는 그 미수죄를 범한 사람은 무기 또는 3년 이상의 징역으로 가중처벌하고 있다. 그러나 이처럼 별도의 가중적 구성요건표지를 규정하지 않은 채 형법 조항과 똑같은 구성요건을 규정하면서 법정형만 상향 조정하여 어느 조항으로 기소하는지에 따라 벌금형의 선고 여부가 결정되고 선고형에 있어서도 심각한 형의 불균형

6) 헌법재판소결정 2014.11.27. 2014헌바224.

을 초래하게 함으로써 특별형법으로서 갖추어야 할 형법체계상의 정당성과 균형을 잃어 인간의 존엄성과 가치를 보장하는 헌법의 기본원리에 위배될 뿐만 아니라 그 내용에 있어서도 평등원칙에 위반된다.<sup>7)</sup> 이러한 형벌법규들의 실태는 불법에 대한 혼란을 초래하였다고 하지 않을 수 없다. 이처럼 보호법익의 가치를 판단하는 데에 난맥상을 보이고 있는 주요 이유는 특별형법들이 불법과 책임을 평가하지 않고 오직 소극적인 일반예방의 목적에서 형벌가중에만 치중한 데에 있다.

셋째, 현행법들은 목적론적인 모순을 범하고 있다. 1) 특별형법들은 형법의 일반원칙을 배제하는 경우가 많다. ① 형법은 과실에 의한 재물손괴를 처벌하는 규정이 없지만, 도로교통법 제151조는 차의 운전자가 업무상 과실 또는 중대한 과실로 재물을 손괴한 경우에 2년 이하의 금고나 500만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. ② 형법은 業務上過失·重過失致傷罪(제268조)를 反意思不罰罪로 규정하고 있지 않지만, 「교통사고처리 특례법」 제3조 제2항은 이 죄에 대해 반의사불벌죄로 규정하고 있다. ③ 형법 제114조(범죄단체의 조직)는 2013년 4월 5일의 형법개정에서 종래의 제114조 제1항의 법문이 변경되고, 제2항과 제3항이 삭제되었다. 동조문은 “사형, 무기 또는 장기 4년 이상의 징역에 해당하는 범죄를 목적으로 하는 단체 또는 집단을 조직하거나 이에 가입 또는 그 구성원으로 활동한 사람은 그 목적인 죄에 정한 형으로 처벌한다. 다만, 형을 감경할 수 있다”고 규정하고 있다. 본조문은 개정되기 이전에는 구성요건이 개별화되어 있지 아니하고 막연하게 범죄를 목적으로 하는 단체를 조직 또는 가입하는 것을 처벌함에 따라 죄형법정주의와 관련하여 문제점을 드러냈었다. 이 부분은 개정이 되면서 문제점이 해소되었지만 개정된 조문도 여전히 비판의 소지를 안고 있다. 본조문은 범죄 단체 또는 집단을 조직하거나 이에 가입 또는 그 구성원으로 활동만 하면 그 목적인 죄를 실행하여 결과를 초래한 것과 동일한 형으로 처벌하고 있다. 그러나 이는 행위가 있는 다음에 거기에 대하여 형벌을 과하는 죄형법정주의의 기본원리에 위배된다고 보지 않을 수 없다. 예컨대, 살인을 하려고 다수가 결합하여 어떤 단체 또는

7) 헌법재판소결정 2015.2.26. 2014헌가16.

집단을 형성하였을 때에는 살인의 豫備·陰謀의 단계밖에 되지 아니하며, 살인의 豫備·陰謀(제255조)는 10년 이하의 징역에 처한다. 또한 내란의 목적으로써 결속되었다면 이는 內亂의 豫備·陰謀에 해당하는 행위이므로 內亂의 豫備·陰謀(제90조 제1항)는 3년 이하의 유기징역이나 유기금고에 처한다. 그런데 본조문은 단체 또는 집단을 조직 또는 가입하였다고 하여 그 목적인 죄에 정한 형으로 처벌한다고 규정하여, 살인의 경우 제255조의 적용, 내란의 경우 제90조 제1항의 적용의 문제와 충돌된다. 이러한 의미에서 본조문은 여전히 위험적인 규정이라고 해석된다.<sup>8)</sup> 이처럼 범죄 단체 또는 집단을 조직 또는 가입한 행위는 형법의 기본원리상 일종의 예비·음모의 단계에 해당하여 목적인 범죄의 실행행위가 없음에도 불구하고 실행행위가 있는 것과 마찬가지로 간주하여 목적인 죄에 정한 형으로 처단하는 것이므로 '행위형법의 원칙'과 '죄형균형사상'에 위배된다고 하지 않을 수 없다.<sup>9)</sup> 더욱이 예비·음모죄가 독립된 가벌적 구성요건으로 설정되어 있는 죄에 있어서는 양자는 적용상의 모순 내지 불균형을 가져온다고 볼 수 있다.<sup>10)</sup> 따라서 본죄의 형은 별도로 정하는 것이 바람직할 것이다. 독일 형법 제129조는 범죄목적의 단체조직이나 가입을 5년 이하의 자유형이나 벌금형으로 정하고 있다.<sup>11)</sup> 2) 특별형법들은 형사소송법의 일반원칙들을 배제하는 경우가 많다. ① '범죄와의 전쟁'을 계기로 제정된 「특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법」은 특정강력범죄를 가중처벌하기 위하여 累犯의 경우 그 罪에 대하여 정하여진 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중하도록 규정하였고(제3조), 집행유예의 결격기간을 10년으로 연장(제5조)했을 뿐만 아니라, 簡易公判節次의 결정(제12조) 등 그 절차에 대한 特例를 규정하고 있다. 즉 동법은 피고인을 신속하게 처벌하기 위하여 證據調查의 簡易化와 證據能力制限의 緩和 규정을 준용하고 있다. 1995년 형사소송법이 개정되기 이전에는 제286조의2는 簡易公判節次를 지방법원 또는 지방법원 단

8) 유기천, 「형법학(각론강의 하)」, 일조각, 1983, 258면 이하.

9) 임웅, 「형법각론」, 제6정판, 홍문사, 2015, 583면.

10) 강구진, “한국형법전의 개정방향”, 「사회과학논집」, 창간호, 단국대 사회과학연구소, 1984, 102면.

11) 배중대, 「형법각론」, 제8전정판, 홍문사, 2013, 625면.



독판사의 제1심 管轄事件에 대해서만 인정하다가, 형사소송법이 개정되면서 간이공판은 합의부 관할사건에까지 전면적으로 확대되었다. 자백사건은 단순 명백한 사건이므로 간소한 심리로도 진실을 밝힐 수 있을 것이다. 그러나 오늘날 자백이 대부분 수사기관과 피의자·피고인 측의 왜곡된 협상에서 비롯된다는 점을 고려하면, 간이공판은 공정한 재판의 포기라는 성격을 떨쳐 버리기 어렵다. 그러므로 간이공판은 폐지되거나, 적어도 경미한 범죄유형에 국한하여 적용되어야 할 필요가 있다.<sup>12)</sup> 그런데도 「특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법」이 신중한 심리가 필요한 중범죄에 대해 이처럼 절차에 대한 特例를 둔 것은 被告人의 防禦權保障 등 법치국가적인 절차원칙을 무시하고 오직 신속한 심리종결과 판결선고(동법 제13조), 가중처벌을 통해 소극적 일반예방을 도모하자는 데 그 취지가 있는 것처럼 보인다. 이러한 입법태도는 법치국가적으로 정당화될 수 없다. 형벌을 부과하는 국가가 범죄에 대해 도덕적인 우월성을 주장하려면, 형사사범은 '범죄의 凶惡性'을 통해서 정당화되는 것이 아니라, '범죄자의 권리를 보장해 줄 수 있는 능력'을 통해서 정당화되기 때문이다.<sup>13)</sup> ② 형사소송법 제331조(無罪등 宣告와 拘束令狀의 效力)는 벌금형 등이 선고된 때에는 拘束令狀은 效力을 잃는다고 규정함으로써 인신구속을 최소화하고자 한다. 그러나 「부정수표단속법」 제6조(형사소송법의 특례)는 이 규정의 취지와 상반되게 벌금을 선고할 경우 형사소송법 제334조 제1항에 따른 假納判決을 하여야 하며, 구속된 피고인에 대하여는 같은 법 제331조에도 불구하고 벌금을 가납할 때까지 계속 구속하도록 규정하고 있다. 부정수표단속법은 罰金刑의 假納確保手段으로 인신구속을 이용하고 있다. 이러한 입법방식은 헌법상 신체의 자유를 침해하는 것이다.

넷째, 현행법은 외적 체계성을 지키고 있지 못하다. 기존의 법소재들의 체계적인 분류도 규율될 실체문제들과 부합해야 한다. 그 한에서 體系化는 실체영역에 따라 상이하게 이루어진다. 이러한 관점에서 형법 각칙은 法益에 따라 분류된다. 형법은 강요죄(제324조)를 제37장 권리행사를 방해하는 죄의 일종

12) 배종대·이상돈·정승환, 「신형사소송법」, 홍문사, 2008, 491면.

13) Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.Aufl., München 1990, S.306.

으로 규정하고 있다. 그러나 제37장 권리행사를 방해하는 죄는 재산상의 권리 행사를 침해하는 재산범죄이지만, 강요죄는 의사의 자유를 침해하는 전형적인 자유침해범죄이다. 재산에 대한 죄인 권리행사방해죄와 자유에 대한 죄인 강요죄를 함께 규정하는 것은 체계상의 문제를 안고 있다. 강요죄는 다른 사람에게 일정한 행위를 강요하는 범죄 중 가장 기본적인 형태의 범죄이고, 체포·감금죄, 약취죄, 강간죄, 강도죄, 공갈죄 등은 특수한 형태의 강요죄라고 할 수 있다. 따라서 강요죄를 협박죄와 같은 章에서 규정하거나 협박죄 다음 章에 규정하고, 그 다음 章에서 체포·감금죄를 규정하는 것이 체계상 바람직하다.<sup>14)</sup>

## 2. 명확성의 준수

### (1) 구성요건의 명확성과 현행법에 대한 검토

입법자는 형벌법규를 제정할 때 構成要件標識들을 구체적으로 기술하고 정확하게 규정해서 그 규정의 적용범위를 인식할 수 있게 하거나 해석을 통하여 ‘법문의 가능한 의미’를 탐지할 수 있게 해야 한다.<sup>15)</sup> 이를 위해서 입법자는 一般條項을 회피하고 記述的 構成要件標識를 사용하여야 한다. 일반조항은 ‘특색 없고 확장 가능한 개념’이므로<sup>16)</sup> 범죄구성요건을 일반조항의 형식으로 구성한다면, 수사기관은 의미론적인 여지로 인해 犯罪定義의 權限을 갖게 되고,<sup>17)</sup> 그렇게 되면 법관이 최종적으로 피고인에게 무죄판결이 내려지는 사안에 대해서도 수사절차에서 개입이 가능해질 것이다.<sup>18)</sup> 일반인도 일반조항의

14) 오영근, 「형법각론」, 제3판, 박영사, 2014, 128면.

15) 법문의 가능한 의미가 확정 가능한 가에 대한 논란은 안성조, 「현대형법학」, 경인문화사, 2011, 237면 이하 참조.

16) BGHZ 6,270ff.

17) Voß, *Symbolische Gesetzgebung, Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Ebelbach 1989, S.151.

18) Achenbach, “Kriminalpolitische Tendenzen in den jüngeren Reformen des Besonderen Strafrechts und des Strafprozessrechts”, in : *JuS* 1980, S.88.

내용적인 불명확성<sup>19)</sup> 때문에 가벌성의 위협을 평가할 수 없게 되고 그 결과 그 법률은 일반예방적인 효과도 거두지 못하게 된다.<sup>20)</sup> 일반조항에는 개별사례가 포괄되어 있어 구성요건의 정보기능이 훼손되기 때문이다.<sup>21)</sup> 요컨대, 명확성의 요청은 法的 安定性, 豫見可能性, 保障機能, 一般豫防 등을 확보해 줄 수 있다.<sup>22)</sup> 따라서 실질적인 정의를 앞세워 일반조항을 무제한 허용할 수는 더더욱 없다. 이것은 권력분립에 반하고 일반예방작용도 갖지 못하기 때문이다.<sup>23)</sup> 특히 입법자가 스스로 확정짓지 않으려고 편리하게 일반조항을 선택하는 경우가 문제이다.<sup>24)</sup> 예컨대, 전기통신사업법 제53조의 ‘공공의 안녕질서 또는 미풍양속을 해하는’이라는 불온통신의 개념,<sup>25)</sup> 구 아동복지법 제18조 제11호상의 ‘아동의 덕성을 심히 해할 우려’라는 개념,<sup>26)</sup> 외국환관리규정 제6-15조의4 제2호 (나)목에 규정된 ‘도박 기타 범죄 등 선량한 풍속 및 사회질서에 반하는 행위’라는 요건,<sup>27)</sup> 형법에 있어서 ‘사회상규’(제20조),<sup>28)</sup> ‘공연음란’(제245조),<sup>29)</sup> ‘특히 참작할만한 동기’(제251조), ‘현저하게 부당한 이익’(제349조) 등이 여기에 해당한다. 독일 형법 제228조(승낙)에서의 ‘선량한 풍속’(die guten Sitten)이나 제240조 제2항(강요죄), 제253조 제2항(공갈죄)에서의 ‘비난받아야’(verwerflich) 등의 표지들도 대표적인 일반조항이다. 입법자는

19) Class, “Generalklauseln im Strafrecht”, in : Festschrift für Schmidt, S.124.

20) Schünemann, *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikation der Rechtsgewinnun im Strafrecht*, Berlin, New York 1978, S.29.

21) Schröder, “Rückkehr zur Kasuistik in der Gesetzgebung?”, in : GA 1990, S.97 ; 김일수, “형법각론연구의 방법론적 서설”, 『현대의 형사사법』, 익현 박정근박사화갑기념논문집, 1990, 606면.

22) 이에 관하여 자세하게는 김성은, “형법의 일반조항”, 석사학위논문, 고려대학교 대학원, 1992, 50면 이하 참조.

23) Schünemann, a.a.O., S.32.

24) Voß, a.a.O., S.16.

25) 헌법재판소결정 2002.6.27. 99헌바480.

26) 헌법재판소결정 2002.2.28. 99헌가8.

27) 대법원 1998.6.18. 97도2231.

28) 사회상규는 불명확개념이기 때문에 법개념으로 적합하지 않다는 지적으로는 김영환, “형법 제20조 정당행위에 관한 비판적 고찰”, 『고시계』, 1991.5, 60-60면.

29) ‘공연음란’은 그 內包와 外延이 불명확한 개념으로 전적으로 해석적용자의 판단에 내맡겨져 있다는 지적으로는 김일수, 『형법학원론, 총칙강의』, 박영사, 1992, 151면.

‘선량한 풍속’을 ‘社會倫理’로 보고 있다. 그러나 多元的인 社會에서는 통일적인 社會윤리가 존재하지 않고, 집단특수적인 社會윤리관들만이 존재한다. 때문에 선량한 풍속의 원용은 국민들에게 명확한 행위지침을 주지 못한다.<sup>30)</sup>

그러나 입법자로 하여금 명확성의 원칙을 엄격하게 고수하지 못하게 하는 다른 사정이 있다. 가치관의 다원화와 상대화, 급속히 진행되고 있는 사회변화에 탄력적이어서 대응해야 할 필요성 때문에 일반조항이나 불명확한 규범적인 개념을 불가피하게 사용하지 않을 수 없다. 엄격히 정형화된 형법은 너무 경직되고 망라적이 되어 관계들의 변화나 개개 사례의 특수성을 올바르게 평가할 수 없다. 사회현실의 급속한 변화에 탄력적으로 대처해 나갈 수 있는 여지를 남겨 놓으려면 법규정의 표현을 너무 엄격하게 기술하지 않아야 한다.<sup>31)</sup> 이로 인해 형벌법규의 문언을 너무 엄격하게 기술하지 않음으로써 사회현실의 본질적 변화에 대처해 나갈 수 있는 여지를 남겨 놓는 것이 입법기술로 간주된다. 요컨대, 일반적인 개념의 사용은 입법의 經濟性, 適應機能, 欠缺補充(Lückenfüllung), 개별적인 정의의 가능성 등을 확보해 준다.<sup>32)</sup> 독일연방헌법재판소<sup>33)</sup>도 불명확한 개념의 사용이 불가피하다고 판시하고 있으며, 독일연방법원은 일반조항규정이 欠缺補充을 위한 형사정책적인 의미를 가지고 있다고 주장한다.<sup>34)</sup> 그렇다면 포괄적인 구성요건의 문언은 명확성의 원칙과 충돌하지 않으면서 구체적인 사례에서 세분화될 수 있는 여지를 제공하고 탄력적이어서 한다. 결국 일반조항과 불명확한 구성요건표지들은 그 형벌법규의 적용범위가 해석을 통해 판단될 수 있는 한 별다른 문제가 없는 것처럼 보인다.<sup>35)</sup> 그러나 이러한 긍정적 측면만의 부각은 입법자가 불명확한 개념을 남용하는 데 면죄부를 줄 우려가 있다.<sup>36)</sup> 실제로 형법의 구성요건들을 살펴보면 일반조항적인 표현이나 규범적

30) Zipf, a.a.O., S.99.

31) Tröndle, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Erster Band(Einleitung, §§1-31), Berlin 1985, §1 Rdnr.13.

32) 이에 관하여 자세하게는 김성은, 앞의 논문, 39면 이하 참조.

33) BVerfGE 4, 358 ; 11, 237.

34) BGH 22, 367.

35) Voß, a.a.O., S.151.

36) Schünemann, a.a.O., S.7.

인 표지가 들어가 있지 아니한 형벌법규가 거의 없는 실정이다. 그렇게 본다면, 이러한 개념표지들의 맹목적인 사용은 죄형법정주의의 법치국가적인 의미를 제대로 인식하지 못한 처사로 명확성원칙의 '묵시적인 포기'라고 표현할 수 있다.<sup>37)</sup>

이상에서 살펴보았듯이 명확성 원칙의 엄격한 준수는 형사사법을 이성적인 한계 내에 유지시킴으로써 법적 안정성을 제공해 주지만, 법률을 너무 경직되고 망라적으로 만들어 사회변화에 탄력적으로 대처하기 어렵게 만든다. 반면에 법률의 일반성은 실질적인 정의의 가능성을 제공해 주지만, 권력분립원칙에 반하고 일반예방작용을 확보하지 못할 소지를 안고 있다.<sup>38)</sup> 이로 인해 입법자는 형벌법규를 제정할 때 법적 안정성과 실질적인 정의 사이에서 어느 일방만을 고수할 수 없게 된다. 이러한 어려움에서 벗어날 수 있는 방안은 명확성의 원칙을 명확성의 유무가 아니라 정도의 문제로 보는 것이다.<sup>39)</sup> 명확성의 원칙은 오늘날 '최대한의 명확성'의 요청으로 이해된다. 그렇다면 입법자가 형벌법규를 더욱 구체화할 수 있었을 때에는 그 법규는 위헌이 될 것이다.<sup>40)</sup> 물론 불명확성이 어디까지 허용되는지 그 한계는 정확하게 확정되어 있지 않다. 다만 범죄구성요건이 어느 정도 명확하여야 하는가는 일률적으로 정할 수 없고, 그 법률이 제정된 목적, 각 구성요건의 특수성과 그러한 법적 규제의 원인이 된 여건이나 처벌의 정도, 다른 법률조항과의 연관성을 고려하여 합리적인 해석이 가능한지의 여부에 따라 결정될 수밖에 없다.<sup>41)</sup> 특히 이러한 측면에서 입법자가 주의해야 할 점이 있다. 즉 입법자는 개개의 형벌규정에서 불분명한 개념들을 사용하여 처벌의 사각지대를 없애려고 할 것이 아니라, 분명한 한계를 설정하고 상당한 행위들이 처벌되지 않는 것을 감수해야 한다. 또한 가능한 한 최대한의 명확성을 기한다는 미명 하에 형벌법규의 적용범위를 현저하게 증대시켜서도 안 된다. 이것은 '사이비 명확성'을 의미한다.<sup>42)</sup> 또한 기

37) Schünemann, a.a.O., S.29 ; Zipf, a.a.O., S.98.

38) Schünemann, a.a.O., S.32.

39) Tröndle, *LK*, Vor §1 Rdnr.13 ; 오영근, 「형법총론」, 제2판(보정판), 박영사, 2012, 47면.

40) Schreiber, in : *SK StGB*, §1 Rdnr.12 ; 이에 대한 비판으로는 Schünemann, a.a.O., S.34f.

41) 헌법재판소결정 2000.2.24. 99헌가4.

42) Zipf, a.a.O., S.99.

술적인 표지의 사용은 규범적인 표지의 사용보다 죄형법정주의에 더 부합하므로 記述的인 標識을 사용해서도 규율할 수 있다면, 규범적인 표지의 사용은 삼가해야한다. 마찬가지로 포괄적으로 표현된 일반조항을 실질적인 정의의 손상 없이 적어도 부분적으로 기술적인 표지나 그밖에 보다 덜 일반화된 규범적인 표지로 대체할 수 있을 때 그러한 일반조항은 사용하지 말아야 한다.<sup>43)</sup>

## (2) 형사제재의 명확성과 현행법에 대한 검토

구성요건이 명확하더라도 그에 대한 형사제재가 명확하게 규정되어 있지 않다면 형법이 보장적 기능을 제대로 발휘할 수 없다. 형사제재의 명확성은 刑罰의 種類 및 程度와 관련되어 있다. 법관이 형벌의 종류를 완전히 자유롭게 선택할 수 있도록 하거나, 형벌의 종류를 정했다고 하더라도 그 형벌의 정도를 자유롭게 정할 수 있도록 규정하는 법률은 불명확하고 무효이다.<sup>44)</sup> 그런 대도 형사제재의 명확성원칙은 비교적 중요시되고 있지 못하다. 형사제재의 명확성원칙은 형법 각칙의 폭넓은 형벌범위에 비추어 볼 때 실천적으로 충실히 준수되어야 한다. 유죄판결 못지않게 선고된 형벌의 종류와 정도는 한 인간의 사회적인 운명에 지대한 영향을 끼치며, 그런 까닭에 법관의恣意에 완전히 내맡겨져서는 안되기 때문이다.<sup>45)</sup> 그렇다면 문제는 어떤 사례들이 이러한 경우에 해당하는가 하는 점이다.

법과 불법만이 구별되는 것이 아니라 불법의 정도도 구별된다. 예컨대, 절도는 살인과 비교해 보면 불법의 정도에서 차이가 난다. 또한 책임은 행위자측면에서 개인적인 속성들과 사정들뿐만 아니라, 불법의 량과 質에 따라서도 측정된다.<sup>46)</sup> 이처럼 법정형은 불법과 책임의 정도에 따라 결정된다. 이러한 관점에서 볼 때 형벌의 종류와 관련해서 '-년 이상의 징역·금고'와 '벌금'을 선

43) Roos, *Entkriminalisierungstendenzen im Besonderen Teil des Strafrechts*, Frankfurt am Maim 1981, S.190f.

44) Roos, a.a.O., S.119.

45) Schünemann, a.a.O., S.37f.

46) Baumann/Weber, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9.Aufl., Bielefeld 1985, S.119.

택형으로 규정하거나, 혹은 법관이 刑免除와 비교적 중한 징역·금고형을 선택할 수 있도록 규정한다면, 이러한 입법태도는 문제가 아닐 수 없다. 또한 형벌의 정도와 관련해서 징역·금고형의 범위를 매우 폭넓게 설정하거나, 벌금형의 상한선을 두지 않는 경우 등은 명확성의 원칙에서 의심스럽다.<sup>47)</sup> 이러한 관점에서 의심스러운 형법의 조문들로는 公然淫亂罪(제245조), 暴行罪(제260조), 脅迫罪(제283조 제1항) 등을 들 수 있다. 이러한 범죄들은 형벌의 종류로 징역, 벌금, 구류, 과료를 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 이러한 범죄들에 대해서 법관은 量刑을 할 때 징역, 벌금, 구류, 과료 중 어떤 형벌의 종류를 선택할 것인지 광범위한 裁量權을 행사할 수 있게 된다. 또한 어떤 경우에 자유형에 해당하는 懲役이나 拘留를, 어떤 경우에 재산형에 해당하는 罰金이나 科料를 부과할 것인지를 결정해 줄 수 있는 적절한 판단기준도 마련되어 있지 않다. 바로 이점은 형사제재의 명확성원칙에서 볼 때 의심스럽다.

### 3. 例示形式의 도입

#### (1) 쟁점

형사입법자는 형법 각칙의 형벌법규에 예시형식(Regelbeispiel)을 도입함으로써 엄격한 개별조항형식(Kasuistik)을 취하지 않으면서도 법관에게 일정한 지침을 줄 수 있다. 독일 형법은 예시적인 입법기술을 통해 형벌법규 전반을 정비하고 있다. 예컨대, 강요죄(제240조), 절도죄(제243조), 배임죄(제266조), 문서위조죄(제267조) 등 다양한 범죄유형에서 예시적인 입법기술을 활용하고 있다.

예시형식에는 ‘요건을 명시한’(benannt) 형벌변경사유들과 ‘요건을 명시하지 아니한’(unbenannt) 형벌변경사유들이 있다. 요건을 명시한 예시형식은 기본적인 구성요건과 법정형을 먼저 규정하고, 가중적 구성요건에 해당하는 ‘특히 중한 경우’를 구체적으로 열거하고 형벌을 가중하는 방식이다. 반면에 요건을 명

47) Geerds, “Zur Problematik der strafrechtlichen Deliktstypen”, in : Festschrift für Engisch, S.423f.

시하지 아니한 예시형식은 기본적 구성요건과 법정형을 규정하였지만, 가중적 구성요건에 해당하는 ‘특히 중한 경우’를 따로 규정하지 않고 형벌만 가중하는 방식이다. 독일형법이 개정되기 이전에는 여기에 해당하는 조문들이 상당수 있었다. 이러한 조문들에서는 법관이 무엇이 ‘특히 중한 경우’에 해당하는지를 해석을 통해 결정할 수밖에 없다.<sup>48)</sup> 요건을 명시한 형벌변경사유들의 경우에는 입법자가 그 내용을 구체적으로 규정하고 있기 때문에 아무런 문제가 없고 형벌법규의 구성방식으로 많이 활용되고 있다. 문제는 요건을 명시하지 아니한 예시형식이다. 입법자는 형벌의 적용범위에 대한 기본적인 틀을 정해 주어야 하는데, 형벌가중사유들을 요건도 명시하지 아니하고 규정한다면, 입법자는 자신의 평가를 포기함으로써 법관이 실정법을 넘어서서 형벌가중상황을 인정할 수 있는 가능성을 열어주고 있는 셈이다. 이러한 입법태도는 명확성의 원칙을 침해하는 것으로 보인다.<sup>49)</sup>

요건을 명시하지 아니한 형벌변경사유들을 범죄구성요건의 명확성의 측면에서 다루는 것이 아니라 量刑의 영역에 편입시킴으로써, 여기에서도 유추적용이 허용된다고 보는 견해도 있다.<sup>50)</sup> 이처럼 요건을 명시하지 아니한 형벌변경사유들을 양형의 영역에서 다룬다 하더라도 어떤 사례가 특별히 중한 경우에 해당하는지를 알려면 언제나 그 행위 전체에 대한 전반적인 평가가 이루어져야 한다. 이러한 평가는 협의의 양형에 앞서서 이미 형벌범위의 선정에서 이루어지는 것이다. 그렇다면 동일한 표지가 먼저 형벌범위의 선정에서 사용되고, 그 후에 다시 협의의 양형에서도 사용되고 있는 것이다. 이것은 이중평가금지의 원칙에 반하는 처사이다.<sup>51)</sup>

‘특히 중한 경우’의 표지가 죄형법정주의에 부합하는지 여부는 형벌가중의 요소들을 법관에게 제시하지 않으면서도 형벌만을 중하게 가중할 수 있는지의 문제로 귀결된다. ‘특히 중한 경우’는 가장 높은 단계의 규범적 구성요건표

48) Horn, SK, §46 Rdnr.58.

49) Roos, a.a.O., S.192 ; Zipf, *Die Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*, Heidelberg u.a 1977, S.12f.

50) Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 3.Aufl., Berlin 1978, S.218 ; 김일수, 앞의 논문, 607면.

51) Zipf, a.a.O., S.12.



지이며, 실체적인 내용에 대해 전혀 서술하고 있지 않기 때문에 실질적으로는 구성요건표지라고 보기 어렵다.<sup>52)</sup> 일정한 범죄의 성격은 그 행위양태가 ‘특히 중한 경우’에 해당된다고 해서 輕罪(Vergehen)가 重罪(Verbrechen)로 그 범죄의 성격이 완전히 변환되는 것은 아니다. 그렇다면 ‘특히 중한 경우’의 표지가 명확성의 원칙을 충족하는지 여부의 문제는 폭넓은 형벌범위의 허용성 여부의 문제와 맞물려 있다. 행위형법을 고수하고자 하고, 구성요건을 가능한 한 명확하게 그리고 형벌범위를 가능한 한 좁게 형성하려는 명확성의 원칙을 준수하고 한다면, ‘특히 중한 경우’의 표지는 사용하지 말아야 한다.<sup>53)</sup> 또한 ‘요건을 명시하지 않은 중한 사례들’의 설정은 해당 범죄인을 가중처벌할 수 있도록 보장해주고자 하는 것처럼 보인다. 그러나 이처럼 완벽한 실질적인 정의의 추구는 불명확한 법적 효과들, 끝없는 형벌범위들, 결국에는 법적 불안정성으로 나아갈 것이다. 이처럼 구성요건들의 신호기능(Signalfunktion)과 법적 안정성의 상실은 그 의도에 비해 너무나 값비싼 댓가이다. 그러므로 범죄구성요건은 전형적인 사례들을 규정해야 하며, 예외적인 사례들은 따로 구체적으로 규정해야 한다. 그에 상응하게 형벌범위도 전형적인 사례들을 기준으로 정해야 하며, 예외적인 사례들은 따로 정해야 한다. 이러한 이유로 ‘특히 중한 경우’에는 형벌을 가중한다고 규정하면서도, 여기에 해당하는 형벌가중의 요건을 명시하지 아니하는 입법방식은 삼가해야 할 것이다.<sup>54)</sup>

## (2) 현행법에 대한 검토

독일 형법은 다양한 범죄유형에서 예시형식을 활용하고 있다. 이러한 예시적인 입법기술을 통해 독일 형법은 세목마다 별개조항으로 규정해야 하는 번거로운 개별조항형식이나 불확정한 법률효과를 초래할 수 있는 극단적인 일반조항형식을 피하고 있다. 예컨대, 사기죄에서 ‘요건을 명시한’ 예시형식을 취

52) Maiwald, “Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele”, in : Festschrift für Gallas, S.150.

53) Maiwald, a.a.O., S.150.

54) Baumann, “Minima non curat praetor”, in : *Einheit und Vielfalt des Strafrechts*, Festschrift für Karl Peters, Tübingen 1974, S.11f.

하고 있다. 제263조 제1항은 단순사기죄에 대해 '5년 이하의 자유형 또는 벌금형'에 처한다고 규정하고 있다. 그런데 동조 제3항은 '특히 중한 경우'에는 '6월 이상 10년 이하의 자유형'으로 법정형을 가중하고, 특히 중한 경우에 해당하는 사례를 제1호 내지 제5호에서 열거하고 있다. 즉 1. 영업적으로 또는 문서위조 또는 사기의 계속적 수행을 목적으로 조직된 범죄조직의 구성원으로서 행위한 경우, 2. 중한 정도의 재산손실을 야기하거나 또는 사기의 계속적 수행으로 수인을 재산손실의 위협에 빠뜨리려고 의도적으로 행위한 경우, 3. 타인을 경제적인 위급에 빠뜨린 경우, 4. 공무원으로서 자신의 권한 또는 지위를 남용한 경우, 5. 행위자 또는 타인이 목적을 위하여 중요한 가치가 있는 물건에 불을 놓거나 방화에 의하여 전부 또는 일부를 소실시키거나 또는 배를 물속에 빠뜨리거나 난파시킨 후에 보험사례로 기망한 경우 등을 열거하고 있다.

현행 형법은 독일 형법과 달리 예시형식을 도입하고 있지 않다. 예컨대, 절도죄의 기본적인 행위양태를 설정하고 야간에 사람의 주거 등에 침입하여 타인의 재물을 절취하는 경우, 야간에 문호 또는 장벽 기타 건조물의 일부를 손괴하고 사람의 주거 등에 침입하여 타인의 재물을 절취하는 경우, 흥기를 휴대하거나 2인 이상이 합동하여 타인의 재물을 절취하는 경우, 상습으로 타인의 재물을 절취하는 경우 등을 절도죄의 특별히 중한 경우로 예시하여 규정할 수도 있다. 그러나 현행 형법은 절도죄(제329조), 야간주거침입절도죄(제330조), 특수절도죄(제331조), 상습절도죄(제332조)를 각자 개별 조문으로 독립적으로 명시하여 개별조항형식을 취하고 있다. 예시형식을 적극적인 측면에서 본다면, 이 입법형식을 취할 경우 세목마다 별개조항으로 규정해야 하는 번거로운 개별조항형식이나 불확정한 법률효과를 초래할 수 있는 극단적인 일반조항형식을 피할 수 있는 장점이 있다. 특히 형사입법의 실태를 보면, 상당한 사회·경제·문화정책입법이 몇 조문밖에 되지 않는 가중처벌조항으로 인해 특별형법으로 제정되는 경향이 있다. 특히 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」, 「특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법」, 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」, 「성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」 등의 특별형법들이 일반형법의 외곽에 포진하고 있어, 특별형법으로 인한 일반형법의 공동화 현상이 현저하게 나타나고 있다.<sup>55)</sup> 이러한 입법실태가 바람직하지 못하다는

점을 감안한다면 ‘요건을 명시한’ 예시형식을 활용하여 현행법 전반을 정비해야 할 것이다.

#### 4. 抽象的 危險犯의 정당성 논란

##### (1) 쟁점

형사입법자는 법익보호의 정도와 관련하여 형벌법규를 침해범으로 구성할 것인지 아니면 위험범으로 구성할 것인지 여부를 검토해야 한다. 위험범도 구체적 위험범으로 구성할 것인지 아니면 추상적 위험범으로 구성할 것인지 여부도 검토해야 한다. 구체적 위험범은 보호법익이 침해될 구체적·현실적 위험을 발생시켜야 기수가 되는 범죄이다. 구체적 위험범의 구성요건은 대체로 ‘-에 대한 위험을 발생시킨 자는’이라는 형식으로 되어 있다. 추상적 위험범은 법익보호의 정도가 가장 앞선 시점에서 이루어지는 범죄이다. 추상적 위험범은 보호객체에 대한 일반적 위험이 발생하는 것만으로 범죄가 성립하는 경우를 말하며, 구체적인 사례에서 행위대상에 대한 구체적 위험의 발생 여부를 확인할 필요가 없는 범죄이다.

이전에는 형사입법자가 형벌법규를 주로 침해범으로 구성했었지만, 현대의 위험사회에서는 형법의 보호를 前置시키는 위험범으로 구성하여 보호적 기능을 수행하려는 경향이 있다.<sup>55)</sup> 이러한 변화의 경향은 형법의 기능화 및 탈정형화에서 비롯된 것이다. 형법의 탈정형화란 정치적인 목적의 추구에 장애가 되는 법치국가적 형법의 전통에 기초한 장애물을 제거하거나 극소화하는 것을 말한다. 이러한 형법의 탈정형화는 형법의 기능화와 밀접한 관련이 있다. 형법의 기능화는 ‘새로운 대량위험의 예방 및 효과에 대한 고려’를 형법의 정당화의 핵심기준으로 삼고, 이로부터 일반적인 위험이 구체적인 위험으로 나아가지 않도록 하기 위하여 위험의 근거가 될 수 있는 행위양태를 ‘전단계에

55) 이에 관하여 자세하게는 조성용, “특별형법의 가중처벌에 관한 비판적 고찰”, 석사학위논문, 고려대학교 대학원, 1990.12, 44면 이하.

56) Roos, a.a.O., S.193.

서부터 범죄화'(Vorfeldkriminalität)하는 것을 말한다. 전단계의 범죄화는 보편적 법익을 인정하고, 추상적 위험범을 광범위하게 도입하게 한다. 보편적 법익은 전통적으로 인정되어 오던 개인적 법익보다 훨씬 앞당겨진 법익이며, 추상적 위험범은 구체적인 결과의 발생과 상관없이 일정한 위험창출의 개연성이 있는 행위들까지도 범죄화하고, 행위와 결과 사이의 인과관계에 대한 요건을 완화한다.<sup>57)</sup> 이로써 국가와 사회는 모든 위험을 방지하려는 노력의 일환으로 겨우 위태화의 기미를 보이는 시점에까지 앞질러 들어가 형벌법규를 통해 개입하고자 한다.<sup>58)</sup> 이처럼 가벌성의 영역을 확대시키는 구조적인 속성으로 인해 추상적 위험범은 그 정당성을 놓고 논란을 빚고 있다.

추상적 위험범에서는 그 保護法益이 모호할 뿐만 아니라 개인적인 피해자를 설정하고 있지 않기 때문에 당해 형벌법규의 관철과 통제의 결여를 야기할 수 있다. 개인적 이해를 원용하지 않으면 않을수록 그 형벌법규의 필요성에 대하여 의사소통하기는 더욱 더 어려워진다. 형벌법규는 공통적인 가치합의에 이를 수 있는 가능성을 지녀야하기 때문이다.<sup>59)</sup> 이러한 보편적 법익을 상정하여 정형화하는 것은 형사입법의 비판원칙으로서 형법의 법익보호원칙을 무력화시키며, 또한 형법의 보충성 및 명확성의 원칙을 침해할 수 있다.<sup>60)</sup> 이처럼 보편적 법익과 추상적 위험범을 통한 可罰性의 前置는 본질적으로 문제가 되고 있는 위험의 예방이나 제거라는 효과를 달성하지 못한 채, 결과적으로 형법의 실효성과 집행상의 결함을 초래할 뿐이다. 또한 抽象的 危險犯의 구성요건은 保護法益에 대한 일반적인 危殆化의 전제만을 기술하고 있어 법익침해에 대한 구체적인 위험이 발생할 것을 요구하지 않고, 인과관계의 존재도 추정하여 귀속을 완화시키고 있다. 그로 인해 일정한 행위를 하면 그 자체로 법익침해에 대한 위험이 있는 것으로 추정되어 버린다.<sup>61)</sup> 이러한 추정은

57) 김재윤, 「현대형법의 위기와 과제」, 전남대출판부, 2009, 29-31면.

58) Baumann, a.a.O., S.9.

59) Kaiser, "Kriminalisierung und Entkriminalisierung in Strafrecht und Kriminalpolitik", in : Festschrift für Klug, Köln 1983, S.589.

60) Hassemer, *Alternative Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1(§§1-21), Neuwied 1990, Vor §1 Rdnr.265ff.

61) Roos, a.a.O., S.193.

형법의 예방기능에 손상을 줄 수 있고 責任原則과 충돌할 소지를 안고 있다.<sup>62)</sup> 책임원칙은 불법과 책임의 일치를 요구한다. 행위의 전체불법내용에 따라서 책임판단은 내려질 수 있는 것이다. 그러나 추상적 위험범은 구체적 위험의 야기가 없어도 처벌할 수 있으므로 이러한 불법내용을 찾아내기는 힘들다. 여기에서 위험은 構成要件要素가 아니며 입법자가 想定하고 있는 動機에 지나지 않는 것이다. 따라서 법관은 형사소송에서 법익침해에 대한 구체적·현실적 위험이 발생했음을 입증해야 할 필요가 없다.<sup>63)</sup>

그렇다고 해서 추상적 위험범을 전면 부정하기도 어렵다. 예컨대, 도로교통법의 영역에서 신호위반, 차선위반 등의 행위들은 구체적인 경우에 다른 교통참여자의 위태화로 나아갈 것인지 여부를 묻지 않고 단속된다.<sup>64)</sup> 이러한 위반행위들을 모두 具體的 危險犯으로 구성한다면, 법익침해의 구체적·현실적 위험에 대한 입증의 어려움으로 인해 도로교통법규의 적용이 곤란해질 수 있다.<sup>65)</sup> 이러한 속성으로 인해 추상적 위험범은 질서위반범이나 적합한 것이지, 형법에는 적합하지 않다.<sup>66)</sup> 이러한 맥락에서 독일형법 개정시안에 따르면, 추상적 위험범은 질서위반범의 전형적인 구성요건으로 간주되어 왔다.<sup>67)</sup> 그밖에 환경, 경제, 보건 등 일정한 분야에서 발생할 수 있는 危害行爲를 추상적 위험범으로 구성해야 할 불가피한 영역들이 있다. 생명을 침해할 수 있는 위험성이 매우 높은 범죄들이 존재하기 때문이다. 이러한 행위들은 그 자체로 위험하다는 점이 상정된다.<sup>68)</sup> 그렇다 하더라도 입법자는 개개의 사례에서 추상적 위험범으로 구성하려면, 그에 앞서 먼저 침해범이나 구체적 위험범으로 규율해서는 안되는지 그 이유를 논증해야 한다.<sup>69)</sup>

62) Hassemer, AK, Vor §1 Rdnr.400 ; 배종대, 앞의 논문, 238면.

63) 배종대, “정치형법의 이론”, 『법학논집』, 제26집, 고려대학교, 1991.9, 237면 이하 ; Hassemer, “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”, in : NStZ 1989, Heft 12, S.558.

64) Schröder, “Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht”, in : ZStW 81(1969), S.17.

65) Schröder, a.a.O., S.16.

66) Hassemer, AK, Vor §1 Rdnr.400.

67) Ross, a.a.O., S.193f.

68) 이에 관해서는 신동운, 「환경범죄의 현황과 대책」, 한국형사정책연구원, 1990, 73면 이하 ; 강동범, “경제범죄와 그에 대한 형법적 대응”, 『형사정책』, 제7호, 1995.7, 18면 이하.

69) Baumann, a.a.O., S.10.

## (2) 현행법에 대한 검토

형법에는 현주건조물방화죄(제164조), 공용건조물방화죄(제165조), 일반건조물방화죄(제166조 제1항) 등 많은 조문들이 추상적 위협범으로 구성되어 있다. 특히 금품수수죄(제5조), 잠입·탈출죄(제6조), 찬양·고무죄(제7조), 불고지죄(제10조) 등 국가보안법에 추상적 위협범으로 규정된 조문들이 많이 들어 있다. 여기서 위협의 발생은 추상적 위협범의 구성요건표지가 아니다. 해당 행위가 경험법칙상 법익침해의 일반적 위험만 있으면 성립하므로 법관은 구체적인 사건에서 위험성을 입증해야할 필요가 없다.<sup>70)</sup> 이점은 그러한 행위 자체로 위험성이 반박할 수 없도록 추정하고 있기 때문이다.<sup>71)</sup> 따라서 추상적 위협범은 구체적인 사례에서 일정한 행위가 있으면 위험이 구체적·현실적으로 발생하였는지 여부를 검토할 필요도 없이 당연히 법익에 대한 위험이 있는 것으로 해석된다. 입법자는 일반적인 경험에 입각하여 일정한 상황 하에서는 위험이 존재한다고 간주한다. 그러나 입법자의 경험적인 판단이 구체적인 사례에서 잘못될 수도 있으며, 이러한 판단의 오류를 확인할 수 있는 사례에서도 추상적 위협범이 적용된다. 현주건조물방화죄가 대표적인 범죄이다.<sup>72)</sup> 본죄를 가중처벌하는 근거는 방화행위를 통해 야기되는 生命의 危殆化이다. 본죄의 경우 건조물이 일부분이 주거로 사용되어도 건조물 전체가 주거용으로 인정된다.<sup>73)</sup> 문제는 사람이 주거에 사용하는 건조물이지만 방화시에 사람이 현존하지 아니하는 경우이다. 이러한 사례에 있어서도 법관은 그러한 위태화를 확인해야할 필요가 없다. 법관은 행위객체가 사람이 주거로 사용하는 현존하는 건조물인지 여부를 확인하는 것으로 충분하다. 본죄의 구성요건은 불을 놓아 건조물을 소훼하는 행위 자체로 생명의 위태화를 법률상 추정하고 있기 때문이다. 그러므로 주거에 사용하는 건조물이면 행위자가 방화를 할 때 건조물 내부에 사람이

70) 배종대, 「형법총론」, 제11판, 홍문사, 2014, 193-194면.

71) Schröder, a.a.O., S.14.

72) Jakobs, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", in : ZStW 97 (1985), S.767ff.

73) 대법원 1967.8.29. 67도925.

현존하지 않는다는 사실을 확인했다 하더라도 본죄는 성립한다. 본죄의 구성요건은 단지 건조물이 '사람이 주거로 사용하는' 점만을 전제로 하고 있기 때문이다. 이것은 사람이 현존하지 아니하는 상황들이 행위자에게 불리하게 작용하고 있는 것이다. 이러한 입법방식은 일종의 嫌疑刑(Verdachtsstrafe)을 의미하는 것으로 법치국가형법의 기본원칙에 반한다. 이처럼 일정한 행위양태가 그 객관적인 속성에 비추어볼 때 전혀 보호법익을 위해할 수 없는데도 추상적 위험범으로 처벌받는다. 이러한 이유로 Schröder는 추상적 위험범의 적용을 제한해야 한다고 주장하고 있다. 형벌법규를 추상적 위험범으로 구성했다 하더라도 보호법익에 대한 구체적·현실적인 위협이 전혀 발생하지 않는 경우라 한다면 추상적 위험범의 구성요건의 적용을 배제해야 한다는 것이다. 즉 위험성에 대한 법적인 추정을 반박할 수 없도록 할 것이 아니라, 법관은 구체적인 사례에서 위험성에 대한 반대입증을 허용하고, 그 행위가 생명에 어떠한 위태화도 야기하지 않는다는 점을 확인했을 때에는 본죄의 적용을 제한해야 한다는 것이다.<sup>74)</sup> 이러한 Schröder의 주장을 현행 형법에 적용해 본다면, 행위자가 주거에 사용하는 건조물을 방화할 때 건조물 내부에 사람이 현존하지 않는다는 사실을 확인했다면 현주건조물방화죄(제164조)을 적용할 것이 아니라 일반건조물방화죄(제166조 제1항)을 적용할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 이론구성도 비판의 소지를 안고 있다. 피고인이 자기 행위의 無危險性에 대해 입증을 해야 한다면, 그것은 '의심스러운 경우에는 피고인의 이익으로'(in dubio pro reo)원칙에 반하는 것이다. 반면에 개별사례에서 無危險性의 입증을 법관이 해야 한다면, 추상적 위험범은 실무적인 절차에서 구체적인 위험범으로 전환되어 버린 셈이다.<sup>75)</sup>

## 5. 포괄적인 위임입법의 금지

### (1) 쟁점

74) Schröder, a.a.O., S.15f.

75) Schönke/Schröder : *Strafgesetzbuch Kommentar*(§§223a-358), 24.Aufl., München 1991, S.2131.

죄형법정주의는 무엇이 처벌될 행위인가를 국민이 예측가능한 형식으로 정하도록 하여 개인의 법적 안전성을 보호하고 성문의 형벌법규에 의한 실정법 질서를 확립하여 국가형벌권의 자의적 행사로부터 개인의 자유와 안전을 보장하려는 법치국가형법의 기본원칙이다. 이에 따라 국민의 자유와 권리는 오직 입법부에서 제정된 법률에 의해서만 제한할 수 있으며, 명령이나 규칙으로 범죄와 형벌을 규정할 수 없다. 그러나 아무리 權力分立이나 法治主義가 민주 정치의 원리라고 하더라도 사회현상의 복잡화와 입법기술의 한계로 인하여 국민의 권리·의무에 관한 사항이라 하여 모두 입법부에서 형벌법규의 구체적인 내용을 모두 다 규정하는 것은 사실상 불가능할 뿐만 아니라 실제에 적합하지도 않다. 따라서 범죄와 형벌의 주요내용은 법률에서 정하되, 구성요건의 세부사항을 명령에 위임(白地刑法)하거나, 벌칙의 제정을 명령 또는 조례에 위임할 필요가 있게 된다. 이처럼 범죄와 형벌의 구체적 내용을 명령, 규칙, 자치법규 등에 위임하는 것이 불가피하다 하더라도 이러한 위임입법에는 엄격한 제한이 뒤따라야 한다는 점은 두말한 나위도 없다.

먼저 委任立法은 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 대해서만 행해져야 한다. 일반적이고 포괄적인 위임입법은 사실상 입법권을 백지위임하는 것으로 위임입법의 원칙이나 죄형법정주의를 부인하는 것이다. 이러한 위임태도는 행정권의 부당한 자의와 기본권행사에 대한 무제한적 침해를 초래할 위험을 야기할 수 있기 때문이다. 따라서 위임입법은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한하여 授權法律(위임법률)이 구성요건의 점에서는 처벌대상인 행위가 어떠한 것인지 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, 형벌의 점에서는 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명확히 규정해야만 허용될 수 있다.<sup>76)</sup> 그렇게 본다면 하위법규에 위임을 하더라도 하위법규들이 형사처벌의 대상을 확장하거나 형벌을 강화하는 것은 허용되지 않는다.<sup>77)</sup>

76) 대법원 2002.11.26. 2002도2998.

77) 대법원 1998.2.11. 98도2816.



## (2) 현행법에 대한 검토

현행법들 중에는 형벌법규의 범죄구성요건이나 벌칙을 하위법령에 위임한 법률들이 산재해 있다. 이러한 형벌권의 위임입법은 반드시 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 대해서만 행해져야 한다. 그렇지 아니하고 일반적이고 포괄적인 위임을 한다면 이는 사실상 입법권을 백지위임하는 것이나 다름없어 위임입법의 원칙이나 죄형법정주의에 위배된다. 이러한 근거에서 헌법재판소는 구 「복표발행, 현상 기타 사행행위단속법」 제9조 및 제5조에 관한 위헌심판사건에서 동법 제9조 중 처벌대상행위를 법률에 정하지 않고 하위법령에 위임한 부분(제5조)<sup>78)</sup>은 위헌이라고 판시하였다.<sup>79)</sup> 그러나 동법 이외에도 형벌법규의 범죄구성요건이나 벌칙을 하위법령에 위임한 법률들이 더러 있었다. 대표적인 예로는 구 「지방자치법」(법률 제4464호, 1991.12.31.) 제20조(벌칙의 위임)를 들 수 있다. 동조문은 “시·도는 당해지방자치단체의 조례로써 3월 이하의 징역 또는 금고, 10만원 이하의 벌금, 구류, 과료 또는 50만원 이하의 과태료의 벌칙을 정할 수 있다”고 규정하였다. 이처럼 벌칙을 구체화하고 있는 동조문은 일견 위임입법의 한계를 지키고 죄형법정주의에 충실한 듯 보인다. 그러나 제재수단들을 총망라해 놓은 듯한 동조문에 대해서는 비판이 가해진다. ① 동조문은 刑罰과 秩序罰을 혼재해 놓고 있다. 무엇이 범죄행위이고 무엇이 질서위반행위에 해당하는지는 당해지방자치단체의 위원들이 알아서 결정하도록 백지위임하고 있는 셈이다. 이처럼 처벌대상이 되는 행위유형을 정하지 아니한 위임입법은 입법권의 행사를 포기하는 것이 되어 권력분립의 원칙에 반해 위임입법의 한계를 벗어나고 있다. ② 동조문은 그 벌칙으로 懲役, 禁錮, 罰金, 拘留, 科料뿐만 아니라 過怠料까지도 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 일선 행정기관은 지나치게 폭넓은 재량권을 행사할 수 있게 된다. 이러한 입법태도는 죄형법정주의 관점에서 의심스럽다. 유죄선고도 중요하지만 형벌의 종류도 그 사람의 사회적인 운명에 지대한 영향을 끼치기 때

78) 「제5조의 규정에 의한 각령의 규정에 위반한 행위로서 각령에서 本條의 罰則을 적용할 것을 정한 조항에 해당하는 자」라는 부분

79) 헌법재판소결정 1991.7.8. 91헌가4.

문에 행정기관의 부당한 자의에 완전히 맡겨져서는 안 된다. 문제는 어떤 경우에 징역, 금고, 구류를, 어떤 경우에 벌금, 과료, 과태료를 부과할 것인지 여부를 결정해 줄 수 있는 적절한 판단기준도 마련되어 있지 않다는 점이다. 바로 이 점은 제재수단의 명확성에서 볼 때 의심스럽다. ③ 질서위반행위와 범죄행위에 대한 불법평가가 잘못되어 있다. 동조문은 ‘벌금형은 10만원 이하’인데 반하여 ‘과태료는 50만 이하’의 벌칙을 정할 수 있도록 규정함으로써 질서위반행위에 대한 과태료를 범죄행위에 대한 벌금보다 높게 책정하고 있다. 이러한 입법태도는 질서위반행위에 대한 불법평가가 범죄행위에 대한 불법평가보다 중하게 내려지는 평가의 모순을 범하고 있는 것이다. 오히려 양자의 행위에 대한 벌칙 액수가 바뀌어져야 평가의 모순을 해소할 수 있을 것이다. 벌금은 형벌이고, 과태료는 질서위반제재이기 때문에 그 額數에 상관없이 벌금이 중한 것이라고 주장한다면, 이것은 새로운 형태의 名稱詐欺(Etikettenschwindel)일 뿐이다.<sup>80)</sup> 이러한 비판에 직면하여 지방자치법은 1994년 개정되었으며, 개정법률(제4741호) 제20조는 “지방자치단체는 조례로써 조례위반행위에 대하여 1천만원 이하의 과태료를 정할 수 있다”고 규정하였다.

그밖에도 구 「수산업법」 제52조는 어업단속, 위생관리, 유통질서 기타 어업조정을 위하여 大統領令에 필요한 벌칙을 둘 수 있고, 벌칙에는 벌금, 구류 또는 과료를 둘 수 있다고 규정하고 있었다. 동법도 비슷한 문제점을 안고 있어서 2007년 전면개정(법률 제8377호)되어 제94조 내지 제99조에 위반행위에 따라 개별적으로 벌칙을 규정하였다. 또한 구 「소방법」 제13조는 목욕탕·굴뚝·화로·전기시설 기타 화재발생 우려가 있는 설비 또는 기구의 위치, 구조 및 관리와 불의 사용에 관해 화재예방상 지켜야할 사항은 市·郡의 條例에 위임하고 조례에 벌칙을 정해놓고 있어 죄형법정주의에 위배되고 있다. 이처럼 형벌권행사를 시·군의 조례로 규정하면 전국 각시·각군마다 동일한 위반사항에 대한 처벌기준이 각기 다르게 될 수 있기 때문이다. 이로 인해 국민의 법적 안정성을 크게 해칠 우려가 있다. 이러한 지적에 따라 2003년 「소방법」은 폐지되고 대체입법으로 「소방기본법」(법률 제6893호)이 제정되면서 제

80) Roos, a.a.O., S.175.

56조는 위반행위에 대해 200만원 이하의 과태료에 처한다고 규정하였다.

### III. 결론

형사입법자는 정확한 사실분석을 토대로 '가능한 최선의 것'으로 보이는 형벌법규를 구성하여야 한다. 이를 위하여 형사입법자는 먼저 형벌법규의 체계성을 견지하여 관련조문들 사이의 모순·중복·불균형을 방지해야 한다. 또한 법률의 문언은 구체적으로 기술하고 정확하게 규정해서 그 규정의 적용범위를 인식할 수 있게 하거나 해석을 통하여 탐지할 수 있게 해야 한다. 입법자 자신이 '누구나 이미 구성요건으로부터 어떤 행동이 형법적으로 금지되고 처벌되는지를 알 수 있도록' 스스로 결정해야지 이러한 결정을 법관에게 위임해서는 안된다.<sup>81)</sup> 그때에야 비로소 構成要件은 명확성의 원칙에 부합할 수 있다. 그러나 형법 자체의 법익질서뿐만 아니라 형법과 특별형법들 간의 가치체계가 난맥상을 보이고 있다. 또한 특별형법들은 형사법의 일반원칙들을 무시하고 있다. 형벌법규의 구성 미비점은 조문들의 착종, 불명확한 構成要件標識들, 抽象的 危險犯, 위임입법의 한계를 벗어난 포괄적인 위임입법 등에서 나타나고 있다. 따라서 먼저 입법자는 새로운 형벌법규를 제정할 때 기존의 법질서를 고려함으로써 새로운 형벌법규들이 기존의 형벌법규들과 착종되지 않도록 해야 한다. 형사입법자는 정확한 사실분석을 토대로 '가능한 최선의 것'으로 보이는 형벌법규를 구성해야 한다. 그러나 형벌법규를 구성할 때 입법자가 예측했던 것들이 시대적·사회적 상황과 여건의 변화로 인해 부적합한 것으로 드러날 수 있다. 물론 예측의 오류가 곧바로 규범의 위헌성으로 나아가는 것은 아니다.<sup>82)</sup> 그렇다 하더라도 형사입법자는 부적합하게 보이는 형벌법규를 재검토하고 개정해야할 의무에서 벗어나는 것은 아니다. 따라서 입법자는 형벌법규를 개정할 때 문제되는 부분들을 손질해야 할 것이다. 형법은 헌법의 가치체계에 상응하게 법익질서를 정해야 하며, 특별형법들은 이러한 법익질서

81) BVerfGE 45, 363(370) ; 47, 109(120).

82) Roos, a.a.O., S.208.

에서 일탈하지 말아야 한다. 게다가 특별형법들은 형법과 형사소송법의 일반 원칙을 준수해야 한다. 또한 형사입법자는 형벌법규를 추상적 위험범으로 구성할 때, 그에 앞서 먼저 침해범이나 구체적 위험범으로 규율해서는 안되는지 그 이유를 논증해야 한다. 그래야만 입법자는 모든 위험을 방지하려는 노력의 일환으로 점점 더 앞선 시점에서 처벌하고, 이를 통해 개인의 행위자유를 매우 제한시키고 위험한 행위와 허용된 행위, 당벌적 행위와 비당벌적 행위 사이에 실질적인 가치의 차이를 점점 더 없애버리는 해악을 예방할 수 있다.

## 참고문헌

- 강구진, “한국형법전의 개정방향”, 『사회과학논집』, 창간호, 단국대 사회과학연구소, 1984, 79-107면.
- 강동범, “경제범죄와 그에 대한 형법적 대응”, 『형사정책』, 제7호, 1995.7.
- 김성은, “형법의 일반조항”, 석사학위논문, 고려대학교 대학원, 1992.12.
- 김승환, “입법학에 관한 연구”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 1987.7.
- 김일수, “형법각론연구의 방법론적 서설”, 『현대의 형사사법』, 익헌 박정근박사화갑기념논문집, 1990, 595-621면.
- 김일수, 『형법학원론, 총칙강의』, 박영사, 1992.
- 김영환, “형법 제20조 정당행위에 관한 비판적 고찰”, 『고시계』, 1991.5.
- 김재운, 『현대형법의 위기와 과제』, 전남대출판부, 2009.
- 배종대, 『형법총론』, 제11판, 홍문사, 2014.
- 배종대, 『형법각론』, 제8전정판, 홍문사, 2013.
- 배종대, “정치형법의 이론”, 『법학논집』, 제26집, 고려대학교, 1991.9, 197-272면.
- 배종대·이상돈·정승환, 『신형사소송법』, 홍문사, 2008.
- 신동운, 『환경범죄의 현황과 대책』, 한국형사정책연구원, 1990.
- 안성조, 『현대형법학』, 경인문화사, 2011.
- 유기천, 『형법학, 각론강의 하』, 일조각, 1983.
- 이재상, “특가법상의 제문제”, 『사법행정』, 1988.5, 30-34면.

- 임웅, 「형법각론」, 제6정판, 홍문사, 2015.
- 오영근, 「형법총론」, 제2판(보정판), 박영사, 2012.
- 오영근, 「형법각론」, 제3판, 박영사, 2014.
- 조성용, “특별형법의 가중처벌에 관한 비판적 고찰”, 석사학위논문, 고려대학교 대학원, 1990.12.
- 한인섭, “사형제도의 문제와 개선방안”, 「형사정책」, 제5호, 1990, 23-50면.
- Achenbach,Hans : “Kriminalpolitische Tendenzen in den jüngeren Reformen des Besonderen Strafrechts und des Strafprozessrechts”, in : *JuS* 1980, Heft 2, S.81-89.
- Baumann,Jürgen : “Minima non curat praetor”, in : *Einheit und Vielfalt des Strafrechts*, Festschrift für Karl Peters zum 70.Geburtstag, Tübingen 1974, S.3-14.
- Baumann/Weber : *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9.Aufl., Bielefeld 1985.
- Class,Wilhelm : “Generalklauseln im Strafrecht”, in : Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70.Geburtstag, Göttingen 1961, S.122-138.
- Geerds,Friedrich : “Zur Problematik der strafrechtlichen Deliktstypen”, in : Festschrift für Karl Engisch zum 70.Geburtstag, Frankfurt/Main 1969, S.406-432.
- Hassemer,Winfried : *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.Aufl., München 1990.
- Hassemer,Winfried : “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”, in : *NStZ* 1989, Heft 12, S.553-559.
- Hassemer,Winfried : *Alternative Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1(§§1-21), Neuwied 1990.
- Hill : *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, Heidelberg 1982.
- Horn,Eckhard : *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, AT(§§1-79b)*, 2.Aufl., Frankfurt am Main 1977.
- Jakobs,Günther : “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”,

- in : *ZStW* 97(1985), S.751-785.
- Jescheck,Hans-Heinrich : *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 3.Aufl., Berlin 1978.
- Kaiser,Günther : "Kriminalisierung und Entkriminalisierung in Strafrecht und Kriminalpolitik", in : *Festschrift für Klug*, Köln 1983, S.579-596.
- Maiwald,Manfred : "Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele", in : *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70.Geburtstag*, S.137-162.
- Roos,Gehard : *Entkriminalisierungstendenzen im Besonderen Teil des Strafrechts*, Frankfurt am Main 1981.
- Schönke/Schröder : *Strafgesetzbuch Kommentar(§§223a-358)*, 24.Aufl., München 1991.
- Schröder,Horst : "Rückkehr zur Kasuistik in der Gesetzgebung?", in : *GA*, 1990.
- Schröder,Horst : "Die Gefährungsdelikte im Strafrecht", in : *ZStW* 81(1969), S.7-28.
- Schünemann,Bernd : *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikation der Rechtsgewinnun im Strafrecht*, Berlin, New York 1978.
- Sonnen,Berner-Rüdiger : *Kriminalität und Strafgewalt. Eine integrierte Einführung in Strafrecht und Kriminologie*, Stuttgart 1978.
- Tröndle,Herbert : *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, Erster Band(Einleitung, §§1-31), Berlin 1985.
- Voß,Monika : *Symbolische Gesetzgebung, Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Ebelbach 1989.
- Zipf,Heinz : *Kriminalpolitik. Ein Lehrbuch*, 2.Aufl., Heidelberg 1980.
- Zipf,Heinz : *Die Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*, Heidelberg u.a 1977.

[Abstract]

## A Critical Study for Formation of Penal Code

Kim, Chang-Kuhn

*Professor, Jeju National Univ. Lawschool*

This paper analyzes how modern industrial society expands the extent and range of criminal law through a variety of legislative techniques. Modern risk society has a structure which evokes the constant risk. Criminal lawmakers firstly mobilize criminal law that should be activated as ultima ratio, and raise the level of penal sanction to turn risk society into safe society. Previously penal code was made up of the verletzungsdelikts, but nowadays recently tends to perform the protective function by consisting of the gefahrdungdelikts to intensify the protection of criminal law in modern risk society. This tendency is derived from the functionalization and non-formularization of criminal law. This is why criminal lawmakers criminalize the behavior that can be the source of a common risk in order to prevent real danger more effectively. As part of these efforts, they approve the universal legal interests, and introduce the abstract gefahrdungdelikt widely. As well as these, criminal law is going to expand its field through a variety of legislative techniques. The expansion trend of criminal law threatens the principles of rule of law including nulla poena sine lege, and leads to a crisis in criminal law. On the basis of this critical mind, this paper analyzes legislative techniques such as systemicity, regelbeispiel, abstract gefahrdungdelikt, clarity of legal description, limit of delegated legislation etc. that should be considered when criminal lawmakers enact or amend penal code.

**Key words** : abstract gefahrdungdelikt, delegated legislation, regelbeispiel,  
legislative techniques, systemicity