

刑法形成의 指導原理에 관한 조감

金昌君*

목 차

- I. 서론
- II. 刑法의 指導理念
- III. 刑法의 憲法的·刑事政策的인 制限原則들
- IV. 결론

I. 서론

인간들이 모여 사는 사회에는 범죄가 있게 마련이다. 범죄는 비단 가해자와 피해자에게만 국한된 개인의 문제가 아니라 공동체의 질서유지와 관련된 사회 전체의 문제이다. 이러한 맥락에서 국가는 형사입법을 통해 범죄에 대처해 나가려고 한다. 공권력에 의한 범죄대책은 그 속성상 자칫 불필요한 범죄와 과중한 형벌을 동원할 소지를 안고 있다. 형벌의 비대화는 인권의 침해, 형법규범의식의 마비, 형벌의 실효성 상실 등 '과잉범죄화의 위기'¹⁾를 불러온다. 형벌의 맹신과 오용이 빚어내는 폐해를 차단하기 위해 형법학자들은 항상 형사입법과 관련된 영역을 예의주시해야 할 것이다. 하지만 이 분야를 놓고 행해진 체계적인 연구는 그리 흔치 않다. 종래의 法理論學(Dogmatik)과 法學方法論은 주로 법률제정 이후의 법적 상태에 주안점을 두고, 그 해석과 적용에 치중했기 때문으로 보인다. 법률을 잘못 해석하고 적용하는 경우 행위자의 기본권에 중대한 영향을 미치므로 이러한 경향은 타당하다.

종래의 이러한 경향은 그 근거가 되는 죄형법규가 합리적으로 제정되어 있다는 것을 전제로 한다. 만약 해당 법규의 내용이 불합리하게 왜곡되어 있다면 그 해석과 적용이 제대로 되기 어렵다는 점은 두말할 나위도 없다. 죄형법규 자체에서 비롯되는 害惡을 방지하기 위해서 刑事立法은 恣意를 배제하고 理性에 기초한, 공정한 내용을 갖춘 '最

* 제주대 법학부 부교수

1) Kadish, The crisis of overcriminalization, 저스티스 1972. 12(제10권 1호), 219면 이하 참조.

適의 刑法'(optimales Strafrecht)을 제정하여야 한다. 그렇다면 형사입법자는 무엇을 어떻게 금지·명령할 수 있으며 또한 立法權을 유월하는 경우란 어떤 때인가? 형사입법론은 바로 이러한 물음에 대답하고자 한다.

형사입법에서 가장 먼저 다루어야 할 논점은 개개의 구성요건의 改廢와 내용구성을 결정하는데 지침이 되는 형법형성의 지도원리이다. 본 논문은 이러한 맥락에서 형사입법을 놓고 자칫 방향 감각을 상실하지 않도록 나침반을 제시하고자 하며, 이를 위해 형법형성의 지도원리를 중심으로 관련논점들을 분석하고자 한다.

II. 刑法의 指導理念

1. 人間化(Humanisierung)

현대국가는 인간존엄을 보장해야 할 의무를 진다(헌법 제10조). 人間尊重은 人間尊嚴의 價値表象으로서 인간은 누구나 다 같은 자주독립적인 인격이며, 어느 누구에 의해서도 단순한 물건이나 짐승처럼 다루어질 수 없다는 의미를 내포하고 있다²⁾. 人間の尊嚴은 헌법의 구성원칙이며, 헌법질서내에서 최고의 법가치이다. 그러므로 국가권력은 인간의 존엄을 존중하고 보호해야 할 의무를 진다³⁾. 憲法 제10조도 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 이를 위하여 국가는 국민의 기본적 인권을 최대한 보장할 의무를 진다.”고 천명하고 있다. 이 조문에 표명되어 있듯이 국가는 人間尊嚴의 保障體로 이해되며, 따라서 모든 국가제도와 국가활동은 궁극적으로 이러한 국가최고의 목적으로부터 형성되고 조정되어야 한다. 국가는 이제 더 이상 인간을 지배하는 構成體가 아니며, 인간에게 봉사하는 構成體인 것이다⁴⁾. ‘人間の尊嚴과 價値’ 규정이 헌법의 원칙규범으로 부상함에 따라 모든 국가권력을 통제하게 되었다. 오늘날 법치국가에서는 국가권력의 행사가 이 條項에 위배되면 정당화될 수 없으며, 이에 반하는 법률은 그 효력이 승인되지 않는다. 그것은 違憲이며 無效이다⁵⁾. 물론 人間尊嚴의 概念이 그 구체적인 내용을 일일이 다 제시해주고 있지는 않다. 그렇기는 하지만 오늘날 인간으로서 포기할 수 없는 ‘人間다움’(das Menschliche)의 保存 및 發展條件들을 보장해주

2) Würtenberger, Humanität als Strafrechtswert, in : Kriminalpolitik im sozialen Rechtsstaat, 2면.

3) BVerfG NJW 1977, S.1526 : Zipf, Kriminalpolitik, Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Heidelberg u.a 1980, 47면.

4) Maihofer, Rechtsstaat und menschliche Würde, Frankfurt 1968, 44면.

5) 沈在宇, “人間の尊嚴을 侵害하는 犯罪”, 考試界 1977년 6월호, 12면 이하 참조.

는 人間實存의 개별측면들은 그 구성부분들로 간주되고 있다. 가령 法治國家에서의 개인의 자유와 안전, 社會國家에서의 社會福祉와 人間の 平等, 民主國家에서의 개인의 參政權이 그것들이다⁶⁾.

人間化의 지도사상은 이제는 이미 다 확보되고 실현된 것으로 단정할 수 없으며, 여전히 현재와 미래의 첫번째 임무인 것이다⁷⁾. 인간존엄의 원칙을 존중하는 형법은 이를 무시하는 형법과는 다른 모습을 가져야함은 두말할 나위도 없다. 人間尊嚴을 보장하고 인간존중의 가치를 지향하는 형법은 결코 국가적 권력욕구를 충족시키기 위해 함부로 인간의 자유로운 생활영역을 형법적인 통제로 규율해서는 안되며, 또한 범죄인이라 할지라도 국가형벌권의 단순한 대상으로 다루어서도 안된다. 刑事司法의 人間化는 Beccaria의 저서 「犯罪와 刑罰」(Dei delitti e delle pene)이 형사정책적인 改革運動을 불러일으킨 이래로 제재수단의 끊임없는 완화과정에서 특히 잘 나타나고 있다. 刑事司法의 역사는 점점 더 완화된 형벌들이 잔혹한 형벌들을 대체해 왔다는 점을 분명히 가리켜 주고 있다. 그 방향은 보다 잔인한 형벌형식들로부터 보다 인간적인 형벌형식들로, 보다 단순한 형벌형식들로부터 보다 세분화된 형벌형식들로 계속 발전되고 있는 추세에 있다⁸⁾.

刑法의 人間化는 刑罰制度에서 가장 두드러지게 나타나고 있다. 형사정책적인 관점에서 그 문제를 세분화하여 볼 필요가 있다. 먼저 헌법의 人間尊嚴保障條項은 형사사법에 있어서 刑罰의 本質觀을 규정한다. 인간존엄의 존중 요청은 특히 잔혹한·비인간적인·저열한 형벌들을 금지한다⁹⁾. 물론 現行憲法은 구체적으로 어떤 형벌이 그러한 형벌인지에 대해 전혀 언급하고 있지 않다. 다만 헌법 제12조 제1항이 拷問을 금지하고 있을 뿐이다. 반면에 독일기본법 제102조는 '死刑'을 이러한 형벌로 지목하고 폐지하고 있다. 이처럼 형법의 발전에서 가장 의미있는 人間化 업적은 여러 국가의 법질서 속에서 이루어진 拷問과 死刑의 廢止를 들 수 있다¹⁰⁾. 死刑廢止 이후에 人間化의 그 다음 목표는 終身自由刑의 폐지에 있다. 국가가 범죄인으로 하여금 다시 자유에 참여할 수 있는 기회를 주지 않으면서 그의 자유를 영구히 강제로 박탈할 수 있다고 주장한다면, 그것은 인간의 존엄과 일치하지 않는다¹¹⁾. 종신자유형제도는 再社會化刑法의

6) Maihofer, 주 4)의 책, 56면 ; Zipf, 주 3)의 책, 47면.

7) Zipf, 주 3)의 책, 48면.

8) BVerfG NJW 1977, 1526.

9) BVerfGE 45, 228.

10) Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband I, 7. Aufl., 1987, 372-373면 ; Sturm, Grundlinien der neueren Strafreform, in : Festschrift für Eduhard Dreher zum 70. Geburtstag, Berlin 1977, 513면.

입장에서 본다면 범인의 인격상실과 희망상실로 인간을 전적으로 非人間化시키는 제재수단으로 낙인찍을 수밖에 없다. 자유 안에서 자유회복의 기대가 주어질 때에만 범죄인의 인격변화와 再社會化가 가능한 데, 죽을 때까지 범인을 고립무원의 상태에 빠뜨려 두는 것은 인간의 인격적·정신적 몰락을 제도화한 것에 다름아니다¹²⁾. 그러므로 인간존엄의 보장원칙은 '적어도 다시 자유에 참여할 수 있는 가능성이 없이, 개인으로부터 그의 자유를 박탈하는 것'을 금지한다¹³⁾. 이 점은 종신자유형에서도 假釋放의 가능성을 열어놓을 것을 요구한다. 이러한 맥락에서 독일은 1949년 기본법으로 사형제도를 폐지한 이후 30여년 동안 '가석방 없는 종신형 제도'를 운영해 오다가, 1981년 이후에는 '15년 이상의 형집행과 엄격한 조건을 충족하는 경우' 종신형에 대해서도 가석방이 가능하도록 법을 개정하였다.

제재수단들의 지속적인 緩和傾向에도 불구하고 자유형은 重犯罪의 진압을 위하여 불가피하다. 왜냐하면 自由刑만이 施設內的(stationär) 再社會化와 위험한 행위자들의 保安의 기능을 가지고 있기 때문이다¹⁴⁾. 이처럼 자유형이 불가피하다면 人間尊重의 사상으로부터 폄해적인 內容을 가진 懲役刑과 禁錮刑의 구별 및 名譽刑은 배제되어야 한다¹⁵⁾. 그렇게 본다면 형벌의 인간화는 오늘날 모든 문명국가가 견지해야 할 형사정책의 진정한 핵심과제이다¹⁶⁾. 또한 인간존중사상은 行刑制度도 인간화될 것을 요구한다. 따라서 구금된 자들을 신체적으로나 정신적으로 학대하는 것을 금지한다. 이 원칙은 형벌의 집행에서 인간다운 삶(menschenwürdiges Dasein)을 영위할 수 있게 하는 최소한의 실존조건을 보장해 줄 것을 요청한다¹⁷⁾. 그렇게 본다면 行刑은 더욱 완벽한 격리를 목적으로 收監者들이 특히 가족들과 맺고 있는 인적인 유대를 차단해서는 안된다¹⁸⁾.

2. 自由化(Liberalisierung)

자유화란 형법개정이 시민의 자유보장과 자유증대의 방향으로 진행되는 경향을 말한다¹⁹⁾. 자유화는 刑法의 保障機能을 회복시키기 위한 수단이다²⁰⁾. 형법은 법익보호의 수

11) Zipf, 주 3)의 책, 49면.

12) 金日秀, "형법개정과 제재제도의 개선방향," 형사정책, 1990년도 제5호, 12면.

13) BVerfGE 45, 229.

14) Zipf, 주 3)의 책, 49면.

15) 金日秀, 주 12)의 글, 12면.

16) 沈在宇, "刑罰의 本質", 刑事法講座 II, 박영사, 1984, 807면.

17) BVerfGE 45, 228 : Naucke, Strafrecht, Eine Einführung, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1980, 96면.

18) Noll, Die ethische Begründung der Strafe, Tübingen 1962, 27-28면.

단으로서 범죄로부터 시민의 보호에 봉사하지만, 다른 한편으로는 범죄자의 마그나카르타로서 국가 공권력의 자의적인 행사로부터 범죄자의 보호에도 봉사한다. 형법은 또한 사회정책의 최후의 수단이기도 하다²¹⁾. 자유화의 원리는 몇가지 세목으로 구체화된다.

첫째, 형법은 법익보호의 수단이지만, 刑法法益의 目錄은 필요불가결한 최소한도에 그쳐야 한다²²⁾. 자유법치국가의 형법은 비대화되는 것을 경계한다. 한마디로 가벌성을 眞正한 犯罪에 국한시키고자 한다²³⁾. 형법의 군살 제거는 '범죄와의 전쟁'에서 우유부단한 대응으로 오해를 살 여지도 있지만, 실제로는 형사정책에 신중을 기하고 성공을 거두기 위해 어쩔 수 없이 취해야할 절박한 요구이다. 범죄숫자의 증가는 그만큼 많은 행위양태들이 처벌되며, 또한 죄형법규들이 判例에 의해 擴張解釋되고 있음을 시사해 준다. 그러한 과다처벌(Vielstraferei)은 '참을 수 없는 社會有害性'과 '寬容할 수 있거나 달리 방지될 수 있는 행위양태들' 사이의 차이를 없애버림으로써, 형법의 진지함을 손상시킨다. 또한 기대처럼 일반예방적인 작용을 增大시키는 것이 아니라 오히려 弱化시킨다. 이에 따라 형법을 법익보호에 제한하고, 이와 결합된 脫道德化는 수많은 윤리범죄들을 형법의 관할에서 배제시켰다²⁴⁾. 역사적으로 볼 때 '性道德을 害하는 罪'들의 비범죄화 과정이 이와 관련되어 있다. 姦通, 近親相姦, 同性愛行爲, 婚前性關係 등을 예로 들 수 있다. 이러한 행위양태들은 단순한 도덕위반은 되지만, 법익위해행위는 아닌 것이다. 이처럼 법익을 침해 내지 위태화하지 않는 행위양태들은 형법으로 단속할 것이 아니라, 윤리적인 규율에 맡겨야 한다. 그렇게 될 때 성숙한 개인들이 자기책임에 따른 행위를 할 수 있게 되어, 국가에 대한 시민의 자유영역은 더욱 넓게 확보될 수 있게 된다. 형법은 어디까지나 社會秩序의 유지기능에 봉사하는 것이지 시민의 도덕적인 고양이나 성숙을 강제하는 도덕법전이 될 수는 없다. 바로 형법의 道德法典化는 시민생활의 부자유를 의미하기 때문이다²⁵⁾.

자유화는 형법의 世俗化過程과도 연관되어 있다. 세속화과정은 이미 계몽주의자들과 특히 근대자연법학자인 Thomasius가 이론적으로 근거지웠다. 이러한 의미에서 다소 광범위한 행위양태들의 비범죄화요청은 급진적인 성격을 지니고 있는 것이 아니라, 고

19) 金日秀, 주 12)의 글, 8면.

20) Paliero, Probleme der Entkriminalisierung in Italien. ZStW 94(1982), 409면.

21) Maihofer, Die Reform des Besonderen Teils des Strafrechts, in : Programm für ein neues Strafgesetz (Hrsg. Baumann), 117-118면.

22) Paliero, 주 20)의 글, 409면.

23) Maihofer, 주 21)의 글, 118면.

24) Roxin, Strafzweck und Strafrechtsreform, in : Programm für ein neues Strafgesetz(Hrsg. Baumann), 87-88면.

25) 金日秀, "형법개정의 현대적 경향", 법·인간·인권, 중보판, 박영사, 1992, 443면.

전적인 자유주의적·민주주의적 기본사상을 바탕으로한 계몽주의적인 改革意志의 표현일 수 있다. 世俗主義는 윤리영역과 형법영역을 분명히 구분하고, 형법법익의 영역으로부터 순수한 도덕을 배제하고자 한다²⁶⁾. 그렇게 본다면 宗教, 道德, 美學 등 비형법적인 규범들의 단순한 위반은 형벌을 정당화시키지 못한다²⁷⁾. 이처럼 형법체계의 완벽한 世俗化에 대한 新啓蒙主義的인 要請도 '逸脫的인'(deviant) 性行爲를 형법으로 통제하지 못하도록 한다. 왜냐하면 그러한 행위양태를 판단하는 척도는 오직 윤리적·종교적 평가만을 원용하고 있기 때문이다²⁸⁾. 그렇게 본다면 어떤 사회의 自由化의 程度는 타부화된 행위양태들, 특히 性的이거나 性關聯的인 行爲樣態들의 평가와 취급에서 읽을 수 있다²⁹⁾.

둘째, 형벌은 최후의 수단으로서 투입되어야 한다. 이러한 관점에서 자유화는 특히 순수한 不道德性(Amoralität) 혹은 단순한 非社會性(Asozialität)의 표현인 행위양태들을 비범죄화할 것을 요청한다. 예컨대 유랑, 구걸, 飲酒癡 등이 비사회적인 행위양태들에 속한다³⁰⁾. 절인이나 부랑아처럼 사회적인 혐오감만을 주는 비사회적인 생활방식과 행위양태에 대해서는 필요하다면 社會政策的인 措置를 강구해야 한다. 사회적인 嫌惡性(非社會性)을 형법으로 규율하는 것은 자유주의적인 법치국가와 사회국가의 기본원칙들로부터 정당화되지 않는다. 먼저 법치국가의 기본원칙들은 타인의 법익보호를 위하여 불가피한 곳에서만 개인의 자유를 제한한다. 또한 사회국가는 적극적인 사회정책의 모든 조치들이 다 소용이 없고, 법익보호를 위하여 어쩔 수 없는 곳에서만 사회정책의 최후수단으로서 형벌을 동원한다³¹⁾. 이렇게 본다면 형법의 제정과 개정작업에서 형법규율의 완벽성을 기하려는 생각은 금물이다.

셋째, 責任原則의 고수도 형법의 자유화를 위해 없어서는 안되는 요구이다. 국가형벌의 한계는 행위자의 책임을 통해 규정된다. 국가는 自由와 責任의 전제없이 개인을 임의적인 조정의 객체로 전락시켜서는 안된다. 法治國家와 憲法은 우리가 자유롭고 책임 있는 인간으로 대우받는 것을 전제로 한다. 물론 責任만 가지고서 처벌되는 것은 아니다. 社會의 平和秩序가 국가의 개입을 불가피하게 요구할 때, 제재는 개인의 책임과 적합한 관계에 있어야 한다. 그렇게 이해한다면 책임원칙은 국가로부터 개인의 자유영역을 보호해 준다³²⁾. 이처럼 刑法의 自由化란 책임원칙과 그 사상적 맥락을 같이 한다.

26) Paliero, 주 20)의 글, 409-410면.

27) Lange, Strafrechtsreform. Reform im Dilemma, München 1972, 10면.

28) Paliero, 주 20)의 글, 410면.

29) Müller-Dietz, Strafe und Staat, Frankfurt am Main 1973, 22면.

30) Paliero, 주 20)의 글, 411면.

31) Maihofer, 주 21)의 글, 119면.

3. 合理化(Rationalisierung)

형사입법은 論證과 反對論證에 대한 이성적인 검토위에서 입증되어야 한다. 합리적인 사고방식과 사고결과만이 타인을 납득시킬 수 있기 때문이다³²⁾. 그러므로 오늘날의 형사입법은 바로 이같은 民主的 討論과 相互意思交換의 토대위에서 얻을 수 있는 間主觀的 共感帶形成의 방향에서 진행되고 있다³⁴⁾. 이러한 사고방식은 '法の 脫神話化'와 일치한다. 이에 따르면 법은 形而上學的인 것이 아니다. 법은 人間實存의 안전과 발전을 보장하는 합목적적인 의미를 가지고 있으며, 사회에서 平和 및 秩序維持의 機能을 담당한다. 그렇다면 법규범들은 합리적으로 근거지워지고 정당화되어야 한다. 이러한 사고방식의 출발토대는 Ernst Topitsch의 이데올로기 연구와 Karl Popper와 Hans Albert의 科學理論的인 分析들이었다. 특히 Karl Popper와 Hans Albert는 '批判的인 合理主義'라는 슬로건하에서 規範과 價値를 비판적으로 분석하였으며, 결국 규범과 가치를 항상 그 合理性의 程度에서 가늠하고 있다. 이러한 사고토대로부터 형사입법도 지속적인 조정과 오류수정의 필요성이 도출된다³⁵⁾. 합리적인 관점에서 본다면, 형법은 세계관적으로 다원적인 국가의 형법이다. 그렇다고 해서 형법은 價値中立的的(wertfrei)인 것이 아니라, 憲法의 價値秩序하에 놓여 있다. 형벌의 부과는 形而上學的인 過程이 아니라, 불완전한 존재들이 더불어 사는 공동체를 유지해 나가기 위해서는 없어서 안될 必要惡이다³⁶⁾. 寬容의 原則에 기초한 多元的인 自由主義憲法하의 사회에서는 罪刑法規들은 합리적이고 검증가능한 근거를 제시해야 한다. 왜냐하면 이러한 방식으로만 형법의 인플레이에 대처해나갈 수 있기 때문이다. 이에 대한 예로 性刑法을 들 수 있다. Jäger는 일정한 性行爲들의 처벌과 관련하여 비합리적인 인자들이 함께 작용하고 있음을 지적하였다. 따라서 합리성의 관점에서 비합리적인 인자들을 배제하고, 罪刑法規는 법익보호를 통해서만 정당화될 수 있으며, '의심스러운 경우에는' 형벌을 포기해야 한다고 주장한다³⁷⁾. 그렇게 본다면 형법은 사회유해적인 행위만을 처벌할 수 있을 뿐이다. 이처럼 社會有害性概念을 원용하게 되면, 입법자는 어떤 형벌규범을 근거지우기 위하여 法傳統과 國民確信을 끌어들이 수 없게 된다³⁸⁾. 이처럼 개개의 죄형법규를 언제나 새롭게 憲法의 價値秩序에 따라 檢證하

32) Roxin, 주 24)의 글, 76-77면.

33) Müller-Dietz, 주 29)의 책, 15면.

34) 金日秀, 주 12)의 글, 10면.

35) Müller-Dietz, 주 29)의 책, 18-19면.

36) Sturm, 주 10)의 글, 518-519면.

37) Jäger, Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, 123면.

38) Müller-Dietz, 주 29)의 책, 18면.

고 비판적으로 문제삼는 것은 영속적인 절차로서의 형법개정의 중요한 임무이다³⁹⁾.

Ⅲ. 刑法의 憲法的·刑事政策的인 制限原則들

1. 比例性原則

1) 憲法的인 根據

독일기본법하에서 비례성원칙은 모든 국가행위의 포괄적인 지도원리로서 헌법적인 지위를 차지하고 있다⁴⁰⁾. 현행헌법은 비례성원칙에 대해 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 현행헌법이 기초하고 있는 법치국가원칙으로부터 근거지워질 수 있다.

법치국가의 개념은 權力分立, 司法의 獨立, 合法的인 行政 등등의 형식적인 제도만을 의미하지는 않는다. 법치국가는 단순한 合法國家(Legalitätsstaat)가 아니라, 그의 참된 목표는 實質的인 正義이다. 그러므로, 법치국가개념에 내재된 형식적인 보장들은 매우 중요한 의미를 갖지만, 법치국가의 두번째 기본요소, 즉 국가권력은 實質的 正義의 理念에 법적으로 구속되어 있음을 간과해서는 안된다. 그래야만 합법성의 형식적인 원칙도 진정한 의미에서 정당화된다. 왜냐하면 不法國家(Unrechtsstaat)에서도 형식적인 합법성의 원칙은 지켜질 수 있기 때문이다⁴¹⁾. 이러한 내용은 法治國家에 관한 Scheuner의 연구결과에 잘 나타나 있다. 즉 법치국가는 합법적 행정 또는 포괄적 사법통제의 국가만도 아니고, 또 법적 안정성과 집행구속의 원칙만도 아니다. 실질적인 의미의 법치국가는 개인의 자유를 존중하고 옹호하는, 확고하게 질서잡힌 국가권력의 원리 위에 구축된 공동체를 의미하며, 그 법질서는 국민으로부터 출발하고 있으며 모든 국가행위를 이러한 기초와 인간관계의 공평하고 동등한 형성을 향한 노력에 구속시킨다. 요컨대, 法治國家란 국민의 개인적·정치적 자유의 옹호 그리고 모든 公權力行使의 節制(Mäßigung)와 法的 拘束을 스스로 구현한다⁴²⁾. 이처럼 개인의 자유보장에 치중하는

39) Sturm, 주 10)의 글, 520면.

40) Roos, Entkriminalisierungstendenzen im Besonderen Teil des Strafrechts, Frankfurt am Main 1981, 207면. 비례성원칙의 헌법적인 근거지움에 관하여는 Bae, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelrecht des StGB, Frankfurt am Main 1985, 24면 이하.

41) Rudolphi, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in: Festschrift für Honig, Göttingen 1970, 159면.

42) Scheuner, Juristentagsfestschrift(1960), 229면 이하, 250면.

實質的인 正義의 요청으로부터, 개인의 자유에 대한 국가권력의 침해는 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 불필요한 침해는 회피되어야 한다는 比例性原則이 나온다. 따라서 비례성원칙은 법치국가의 實質的 正義의 핵심요소이며, 그것의 구체화라고 할 수가 있다⁴³⁾. 이처럼 비례성원칙은 人間의 尊嚴과 價値를 최고의 법가치로 인정하고 있는 법치국가헌법에서는 당연히 승인되는 원칙인 것이다⁴⁴⁾. 법치국가원칙에서 헌법적 근거를 갖고 있는 비례성원칙은 모든 국가권력(입법, 사법, 행정)을 구속한다.

비례성원칙에 따르면, 입법자는 형법의 수단을 신중하고 절제하면서 사용해야 할 헌법상의 의무를 진다. 형벌의 투입은 범죄통제에 '適合하고', 다른 덜 침해적인 수단으로 는 일탈행동을 충분히 진압하지 못한다는 의미에서 '必要해야' 하며, 더 나아가 '均衡을 이루어야' 한다.

2) 구체적 내용

(1) 適合性의 要請(Geeignetheitsgebot)

죄형법규는 의도한 목표를 달성하는 데에 적합한 수단이어야 한다. 그러나 어떤 조치의 '상대적인 목적유용성'을 확인하기란 쉽지 않기 때문에 입법자는 적합성의 문제를 광범위한 판단여지를 가진 예측에 근거하여 결정해야 한다. 원칙적으로 입법자는 주의 깊은 사실분석에 따라 그리고 그에게 주어진 모든 인식가능성들을 총동원하여 의사결정 당시의 정보상태에 따르면 '가능한 최선의 것'으로 보이는 수단을 선택해야 한다. 물론 입법자의 처음의 예측은 사실관계의 변화, 사회관의 변화, 학문적인 인식의 진보로 인해 훗날 부적합한 것으로 드러날 수 있다. 이러한 예측의 오류가 곧바로 법규의 違憲性으로 나아가는 것은 아니다⁴⁵⁾. 다만 입법자는 불필요하게 보이는 죄형법규를 재검토하고, 사정에 따라서는 수정해야 할 의무를 진다. 이 단계에서는 적합성의 기준이 실무적으로 중요하다. 이때 어떤 罪刑法規의 '객관적인 부적합성'이 명백히 입증될 때, 입법자는 그 범죄구성요건을 삭제할 의무를 진다. 왜냐하면 적합성의 요청은 '公權力의 불필요한 침해로부터 개인을 보호할 것'을 요청하기 때문이다⁴⁶⁾. 그러나 어떤 법규의 적합성에 대해 의심이 갈 때에는 사정이 좀 다르다. 이 때에는 아직 위헌성을 근거지우지는 못하며, 그 결과 잠정적으로 '의심스러운 경우에는 법률에 따라'(in dubio pro lege)

43) Bae, 주 40)의 책, 40면 이하.

44) 김일수·서보학, 형법총론, 제9판, 박영사, 2002, 82면.

45) Roos, 주 40)의 책, 208-210면.

46) Günther, Die Genese eines Straftatbestandes. Eine Einführung in Fragen der Strafgesetzungslehre. in : JuS 1978, 10면.

원칙이 적용되어야 한다⁴⁷⁾. 이처럼 어떤 법률 자체의 정당성에 관해 전체적으로 혹은 부분적으로 의심이 있을 때, 그 법률의 改廢를 놓고 끈질기게 논증해야 하고 이와 동시에 입법적으로 해결될 때까지는 현실적으로 적용될 수밖에 없는 법률의 속성을 직시하여 그 적용범위가 가급적 축소되도록 제한해석 등 모든 체계내재적인 해석수단을 동원해야 할 것이다⁴⁸⁾. 바로 이런 이유로 형사입법자는 사정에 따라서는 어떤 행동을 부당하게 범죄화할 수 있기 때문에, 입법자는 '범죄구성요건을 제정했다고 해서 그것으로 제할 일을 다 한 것이 아니라, 그 연후에도' 그의 결정에 기초가 되었던 가설들을 가급적 빨리 檢證하거나 反證하는 데 진력해야 할 의무를 지고 있는 것이다⁴⁹⁾.

(2) 必要性的 要請(Erforderlichkeitsgebot)

국가는 먼저 형법수단 말고 다른 수단으로 그의 보호의무를 이행해야 한다. 형법제재는 가장 단호한 조치들이기 때문에, 덜 단호한 여타 법적인 사회통제의 형식들이 동일한 목표를 보장해 준다면 형법제재의 사용은 금지된다. 이런 의미에서 형법제재는 '최후의 수단'인 것이다. 필요성의 원칙⁵⁰⁾은 '刑法의 補充性'⁵¹⁾ 내지 '전체법질서내에서의 부차적인 성격'을 가장 명확하게 해준다. 법의 보호가 곧 형법의 보호를 의미하지는 않기 때문에 사회적인 규범체계의 전체관계를 보아야 한다. 민법이나 행정법의 규율을 통해서도 동일한 목표를 달성할 수 있다면 죄형법규는 비록 구체적인 사례에서 그 適格性(Eignung)이 확실하다 할 지라도 일단 뒤로 물러서야 한다⁵²⁾. 그러므로 입법자는 필요성의 요청에 따라 형법외적인 규율들도 형사정책의 수단으로 투입해야 한다. 이러한 경향은 예컨대 財産犯罪에 대한 민법의 활용, 사회법의 활용, 질서위반법 적용범위의 확대 등에 잘 반영되고 있다. 환경보호법의 영역에서도 같은 의미가 주어질 수 있다. 예컨대 환경보호는 환경당국의 신중한 인가, 매연·폐수 등 오염물질배출업체들에 대한 지속적인 감시와 단속, 부담금의 부과, 정화시설의 가동과 확충을 통해서 상당한 성과를 거둘 수 있다. 그렇게 본다면 형법의 역할을 과대평가하여 環境保護를 매사 형벌에만 의존하려는 발상은 전환되어야 할 것이다⁵³⁾.

47) Roos, 주 40)의 책, 210-211면.

48) 裴鍾大, "현행보안처분법의 개선점," 성곡논총 제18집(1987), 743면 주 4) 참조.

49) Günther, 주 46)의 글, 11면.

50) 必要性的 要請을 過剩禁止의 原則으로 보고 있는 견해로는 Zippelius, Rechtsphilosophie, 1981, 186면.

51) 適合性的 要請과 必要性的 要請은 補充性原則과 중첩되는 내용이 많다. 그러나 補充性原則은 그 관련점이 주로 사회의 組織體 사이의 문제에 놓여 있다면, 比例性原則은 보다 個人關聯的이라는 점에서 서로 구별된다(Bae, 주 40)의 책, 63면 이하).

52) Roos, 주 40)의 책, 215-216면.

53) 앞의 책, 216-217면.

필요성의 원칙에 따르면 豫防措置들은 더 경한 수단이므로 진압적인 형법제재에 선행해야 한다(鎮壓 보다 豫防優位의 사상). 그러므로 형사정책에서는 범죄예방에 더욱 치중해야 할 것이다. '예방은 최선의 치료보다 낫다.'는 명제에 따라 범죄의 원인을 규명하고, 이에 대처해 나감으로써 범죄의 발생을 예방할 필요가 있다. 그렇게 본다면 입법자는 일방적으로 진압만을 고수할 것이 아니라 범죄감소의 여타가능성들에 대해서도 눈을 돌려야 한다. 범죄예방은 그 범죄의 사회적·경제적 원인을 제대로 알고 소화해 낼 때 비로소 가능할 것이다. 그러므로 예방책상은 범죄의 발생조건과 예방행위의 효율성을 형사제재와 비교하여 정확히 진단하는 연구를 전제로 한다. 먼저 이러한 임무는 범죄학이 떠맡아야 할 것이다. 범죄학은 범죄의 관계, 구조, 원인 그리고 이에 대한 형사제재의 작용에 대해 가급적 일반화할 수 있고 타당한 언명을 해야 할 임무를 진다. 범죄학적인 기초에 터잡은 형사정책만이 사회정책적으로 매우 중요한 범죄예방의 임무를 만족스럽게 수행할 수 있을 것이다⁵⁴⁾.

(3) 狹義의 比例性原則

目的, 手段, 個人的 自由權을 전체적으로 교량하여 비록 적합하고 필요하다더라도 침해의 중대성과 얻을 수 있는 결과 사이에 불균형을 초래할 만큼 개인의 자유영역을 침범하는 국가적 조치는 허용되지 않는다. 이것을 均衡性의 原則이라고도 한다⁵⁵⁾. 이처럼 형법은 그 제정된 계기보다 더 중하게 요구될 수 없다. 예컨대 형법은 경미범죄를 중한 형벌로 처단할 수 없다. 경미한 절도에 대해 중신자유형을 부과하는 것은 違憲이 될 것이다. 물론 경미한 절도에 대해 중신자유형을 부과해야 한다고 생각하는 사람은 없다. 오늘날 실천적인 문제는 '경미한 절도가 일반적으로 처벌되어야 하는지 여부'이다⁵⁶⁾. 이처럼 목적과 수단의 비례성원칙은 특히 경미범죄의 비범죄화에 대한 근거를 제공해 준다. 즉 '輕微性'(Geringfügigkeit)의 관점에서 起訴便宜主義를 통한 輕微犯罪의 不起訴處分을 정당화시켜 준다⁵⁷⁾.

2. 過剩禁止의 原則

자유로운 법공동체에서는 가벌적 행위들을 어떠한 댓가를 치루고서라도 진압하는

54) 앞의 책, 217면 이하.

55) 김일수·서보학, 주 44)의 책, 83면.

56) Naucke, Strafrecht, Eine Einführung, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1980, 97면.

57) Faller, Verfassungsrechtliche Grenzen des Opportunitätsprinzips im Strafprozeß, Festgabe für Th. Maunz, 1971, 80면.

것만이 능사는 아니기 때문에, 입법자는 의도하지 않는 유해한 부작용들의 종류, 범위 및 정도에 관한 문제도 고려해야 한다. 예컨대 1919년 미국에서 시행되었던 禁酒法이 過剩禁止의 원칙에 반하는 實例가 되고 있다. 禁酒法은 密酒·密賣에 의한 영업적인 조직범죄의 엄청난 증대를 부채질했고 그 결과 알콜중독의 위험보다 훨씬 더 큰 위험을 야기했다⁵⁸⁾. 이처럼 형법의 적용이 결국 得보다는 失을 더 많이 야기할 것으로 예상되고 우려될 때 이러한 부작용은 형법의 포기를 검토하게 한다. 이 원칙은 '형법적용은 긍정적인 결과만을 가져오는 것이 아니라, 당사자 자신, 그의 가족, 제3자, 일반인 혹은 피해자를 파괴할 수 있는 힘도 가지고 있다'는 인식을 밑바탕에 깔고 있다⁵⁹⁾. 이 관점은 夫婦와 家族들 사이에서 일어나는 犯行들의 경우 그 可罰性을 제한하는 데 특히 중요한 의미를 가지고 있다⁶⁰⁾. 人的 處罰阻却事由의 인정이 그 예이다. 예컨대 親族相盜例(형법 제328조, 제344조, 제354조, 제361조, 제365조)에 따라 직계혈족, 배우자, 동거친족, 호주, 가족 또는 그 배우자간의 일정한 범행들은 刑을 免除하고 있다. 또한 親告罪는 개인의 私生活領域을 보호하는 범죄에서 볼 수 있는데, 어떤 사건의 公開審理가 사정에 따라서는 '법익에 대한 과도한 비용이 들게 하거나' 내지는 '그의 보호에 절대적으로 역기능적이 될 수 있다'는 사상을 고려하고 있다. 그러므로 법률은 개인적인 생활 및 비밀영역의 침해(형법 제316조의 비밀침해죄, 제317조의 업무상 비밀누설죄), 일정한 성범죄(제241조의 姦通罪, 제297조의 強姦罪, 제299조의 準強姦罪, 제302조의 미성년자등에 대한 간음죄, 제303조의 業務上 威力 등에 의한 姦淫罪, 제304조의 혼인빙자 등에 의한 간음죄, 제288조 1항의 醜行, 간음목적 약취, 유인죄 등), 侮辱(제311조), 死者의 名譽毀損(제308조) 등을 親告罪로 규정하고 있다.

그러나 입법자의 폭넓은 형성의 공간은 형벌구성요건들을 설정할 때 죄형법규에 반대하는 범죄학적이거나 형사정책적인 의심을 어느 정도 무시할 수 있게 한다. 왜냐하면 형법의 개입은 그 본질상 어느 정도 유해한 부작용을 야기할 수밖에 없기 때문이다. 그러므로 입법자는 그 평가활동에서 罪刑法規의 利害得失을 서로 교량해야 한다. 물론 입법적인 재량행위는 과잉금지 원칙내에서 이루어져야한다. 과잉금지의 원칙은 '입법자가 일반적인 범행충동을 억제하기 위하여 지나치게 높은 형벌에 치중하여 국가 형벌의 일반예방적인 효과를 극대화하려고 도모하는 것'을 방지한다⁶¹⁾. 형사정책과 관련하여 과잉금지의 위반은 세가지 사례로 나타날 수 있다. 첫째, 일정한 형벌구성요건

58) Göppinger, Kriminologie, 567면 : Scheerer, Ende einer Illusion, Die Alkoholprohibition in den USA, in : NZZ-FOLIO · April 1992, 18면 이하.

59) Roos, 주 40)의 책, 220-221면.

60) 앞의 책, 112면.

61) 앞의 책, 222-223면.

그 자체 혹은 그 적용범위가 과잉금지에 위반될 수 있다. 이러한 형법들은 합헌적인 질서의 구성부분이 될 수 없음은 물론이다. 둘째, 범죄행위에 비해 그 제재가 과도한 경우이다. 법정형이 구성요건에 서술된 불법내용과 일치하지 않는 경우이다⁶²⁾. 과잉금지의 제한기능은 법정형의 설정에서 더 큰 실천적인 의미를 갖는다. 여기에서 過剩禁止는 입법자의 形成自由의 기준선으로서 어떤 죄형법규의 구성요건과 법적 효과가 서로 내용상 균형이 맞아야 함을 요청한다. 법정형은 범행의 정도와 행위자의 책임과 공정하게 비례해야 한다⁶³⁾. 셋째, 구체적인 형벌선고가 과잉금지를 위반할 수 있다. 量刑에서는 過剩禁止와 責任原則의 관계가 문제될 수 있다. 과잉금지와 책임원칙은 둘 다 법치국가원칙에 뿌리를 박고 있다. 양자는 국가가 개인의 권리영역을 부당하게 침해하는 것에 대한 법치국가적인 방어기능도 똑같이 가지고 있다⁶⁴⁾. 과잉금지는 추구하는 목적과 관련하여 투입될 수단을 결정하는 제한원칙이다. 과잉금지에 따라 원칙적으로 당해 국민에게 가장 적은 부담을 주면서도 그 목적을 추구할 수 있는 국가의 침해가 선택된다. 그러나 책임원칙은 목적과 절연되어 있다. 책임원칙은 범행과 형벌 사이의 均衡性을 목표로 한다. 그러므로 책임원칙은 구성요건과 법적 효과가 서로 사리에 합당한 관계에 있을 것을 요청한다⁶⁵⁾. 그렇다고 해서 책임원칙과 과잉금지는 量刑에서 서로를 배척하는 것이 아니라, 서로를 보완한다. 먼저 책임원칙은 형벌의 상한선을 제한한다. 그 한에서 책임원칙은 형사사법의 영역에서 법치국가적인 권력제한을 보장해 준다⁶⁶⁾. 과잉금지는 이러한 책임범위 내에서 일방예방과 특별예방을 고려함으로써 부가적인 법치국가적인 보장으로 작용한다⁶⁷⁾.

3. 刑法의 斷片性과 補充性原則

1) 형법의 단편성

형법은 Binding의 표현을 빌리자면 '斷片的인 性格'(der fragmentarische Charakter)을 가지고 있다. 입법자는 사회유해적인 행위양태를 남김없이 다 처벌하려고 하지 않으며, 그 중에서 '참을 수 없는 행위양태'만을 처벌한다. 이러한 의미에서 형법각칙의

62) Zipf, 주 3)의 책, 101-102면.

63) Roos, 주 40)의 책, 223면.

64) Zipf, 주 3)의 책, 65면.

65) BVerfGE 20, 331.

66) Zipf, 주 3)의 책, 66-67면 ; Noll, 주 18)의 책, 22면.

67) Zipf, 주 3)의 책, 102면.

구성요건들을 제한함으로써 '刑法의 肥大化'를 감량하도록 요청한다⁶⁸⁾. Jescheck는 바로 이점을 '자유법치국가의 우월성과 특색'으로 본다⁶⁹⁾.

형법의 단편성은 보충성원칙과 일부분 관련을 맺고 있다. 단편성사상은 보충성원칙의 양측면 중 소극적인 측면, 즉 법치국가의 자유주의적인 측면하고 관련을 맺고 있다. 자유법치국가적인 측면만을 보게 되면 보충성원칙과 형법의 단편성사상은 동일한 의미를 갖는다. 바로 이러한 맥락에서 Roxin은 형법의 단편성과 보충성을 동일시한다⁷⁰⁾. Feuerbach의 시대로부터 오늘날에 이르기까지 자유주의적인 법치국가 이념이 형법을 지배하고 있다. 그 주요관심사는, Feuerbach가 「Anti-Hobbes」에서 이미 기초지웠듯이, 법률을 통한 '國家權力の 制限'이다. 그러나 형법사상이 자유적·법치국가적으로만 지향할 경우 매우 중요한 것을 보지 못할 우려가 있다. 즉 '社會的 正義'의 실현, 따라서 共同善(bonum commune)의 실현이 그것이다⁷¹⁾. 이것은 보충성원칙의 적극적인 측면인 사회국가적인 측면이다. 그렇게 본다면 형법의 단편성은 보충성원칙의 적극적인 측면인 사회국가적인 측면하고는 연결되어 있지 않음을 알 수 있다.

2) 補充性原則

補充性原則은 형법입법과 그 적용에서 매우 중요한 의미를 가지고 있다. 형법이 실제로 '最後의 手段'으로 발동되고 있는지의 여부는 형사입법과 법률해석·적용을 전반적으로 고찰할 때 비로소 판단내릴 수 있다. 국가기관들이 형법을 제정하고 적용할 때 보충성 원칙을 준수해야 할 법적인 의무를 지는지 여부는 중요한 문제이다. 현행 헌법과 형법은 이 원칙에 대한 명문의 규정을 두고 있지 않다. 그렇지만 보충성 원칙은 憲法에 기술되지 아니한 法原則으로 인정되고 있다⁷²⁾. 형사정책적인 관점에서 볼 때 보충성원칙은 형법형성에서 많은 관점들을 내포하고 있다. 형법은 전체 사회정책과 법정책의 가장 단호한 수단이다. 그러므로 형법은 '인간들이 다른 사람들과 더불어 살아가는 共同生活에 있어서 필요불가결한 법익들을 여타 보호장치들이 충분히 보호해줄 수 없는 곳에서만' 투입될 수 있는 것이다⁷³⁾. 이러한 형법의 最後手段性은 '형법의 적용을

68) Arth. Kaufmann, Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht, in : Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, 1974, 103면.

69) Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts AT, 3. Aufl., Berlin 1978, 40면.

70) Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in : Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin 1973, 13면 이하(특히 14면 주17).

71) Arth. Kaufmann, 주 68)의 글, 103-104면.

72) Bae, 주 40)의 책, 64면.

73) Arth. Kaufmann, 주 68)의 글, 102면.

自制(Zurückhaltung)해야 함'을 의미한다. 이로써 부정적인 현상의 진압수단으로 형법을 투입하기에 앞서 여타 비형법적인 사회통제수단들을 먼저 고려해야 한다. 이러한 수단들 중 그 어느 것도 충분한 것으로 입증되지 못할 때 비로소 그 행위양태를 범죄화할 수 있다⁷⁴⁾. 따라서 여타 제재수단으로도 얼마든지 해낼 수 있는 곳에서 형벌이 투입된다면, 형벌은 정당성을 갖지 못한다. 형법이 최후의 수단이라는 자기본분을 망각할 때, 형벌위하는 法的 平和를 촉진시키는 것이 아니라, 법적 평화를 교란케 한다. 형법이 과도하게 적용되면, 거꾸로 그것이 진압하고자 하는 상태를 야기하게 된다⁷⁵⁾. 그 한에서 보충성원칙은 實質的인 犯罪概念과 관련되어 있다.

형법의 형성과 적용에서는 언제나 가장 경미하면서도 실효성은 여전히 가지고 있는 제재가 우선적으로 고려된다(그 한에서 보충성의 원칙은 과잉금지와 관련되어 있다). 이점으로부터 罰金刑에 대한 自由刑의 보충성이 나오며, 또한 保護觀察附 執行猶豫의 조건들이 갖추어져 있는한, 보호관찰부 집행유예가 자유형보다 우선한다는 점이 나온다. 더 나아가 執行猶豫, 宣告猶豫 혹은 刑免除는 그 法定條件들이 갖추어져 있는 한 '必要的'으로 선고할 것을 요청한다⁷⁶⁾. 이러한 관점에서 형사소송법 제247조 1항의 起訴便宜主義가 활용될 여지가 있다. 기소편의주의는 과잉범죄화를 수정하는데 필요한 수단으로 운용될 수 있다. 이때에 강한 警告를 주면서도 형법적인 有罪判決의 낙인을 찍지 않고자 하는 '改悛이 情이 있는' 初犯의 경우 형벌을 부과하지 않을 수 있다. 바로 이점에서 형법을 사회보호의 최후의 수단으로 받아들이는, 보다 인간적이고 보다 탄력적인 법적용의 중요한 기여가 있는 것이다.

4. 多元主義와 寬容의 原則

다원주의와 관용의 원칙은 (상이한 사회집단들 사이의)사회적인 合意가 이루어지지 않거나, 합의가 도출되기 어려운 문제들에 대한 대답을 할 때 특히 중요한 의미를 갖는다. 양개념은 윤리적·세계관적·정치적으로 논란을 빚고 있는 행위양태를 규율하려는 형법구성요건들에 대해 커다란 영향을 미친다⁷⁷⁾.

74) Gardocki, Das Problem des Umfangs der Strafbarkeit in der polnischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Strafrechtslehre, in : Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip, Lüderssen/Nestler-Tremel/Weigend (Hrsg.), Frankfurt am Main 1990, 18면 ; Sonnen, Kriminalität und Strafgewalt. Eine integrierte Einführung in Strafrecht und Kriminologie, 1978, 28면.

75) Roxin, 주 70)의 글, 13-14면.

76) Zipf, 주 3)의 책, 53면.

77) Müller-Dietz, 주 29)의 책, 23면.

1) 多元主義

정치학자인 Fraenkel은 多元主義를 ‘自由主義的·法治國家的인 民主主義의 構造要素’라고 정의하고 있다. 상이한 집단들 사이에 그 규율을 둘러싸고 견해의 차이를 보이는 국가·사회적인 생활영역들이 존재하기 마련이다. 이 경우 갈등을 타협으로 해소시키는 갈등의 ‘공개적인 조정’만이 유일한 해결책이 될 수 있다는 것이다⁷⁸⁾. 多元主義가 형법에 원용됨에 따라, 多元主義는 국가형벌권의 규제적인 제한원칙으로 역할을 한다. 물론 법적으로 구체화될 수 있는 척도라기 보다는 영속적인 경고로서 입법자에게 늘 비판적인 자성을 야기케하는 기본사상으로서 역할을 한다⁷⁹⁾.

‘多元的인 社會’란 다름아닌 세계관의 統一性和 閉鎖性을 강제하지 않는 ‘열린 社會’이다. 이러한 ‘열린 社會의 刑法’은 원칙적으로 사회유해적인 행위양태만을 처벌할 수 있다⁸⁰⁾. 그렇지 않으면 형법의 영역은 경합하는 이데올로기들과 권력투쟁의 각축장이 될 것이며, 형법은 득세한 집단들과 사회계층들의 지배도구가 될 것이다. 이러한 이유로 多元主義는 세계관적으로 논란을 빚고 있는 構成要件들을 폐지할 것을 주장한다⁸¹⁾.

2) 寬容의 原則

특히 Werner는 寬容의 原則으로부터 ‘입법자는 도덕의 영역에 개입을 삼가해야 한다.’는 점을 도출하고 있다⁸²⁾. 따라서 형벌규범들을 직접 道德에 환원시키고 일정한 道德觀을 가지고 정당화하는 것은 허용되지 않는다. 이것은 의심할 바 없이 刑法과 道德律을 동일시하는 것이다. 그러므로 형법은 사회유해적인 행위양태만을 처벌할 수 있다. 그 한에서만 그때그때의 道德觀과 관계없이 상이한 그룹들과 사회계층들 사이에 형법 제재의 필요성에 대한 합의가 이루어질 수 있기 때문이다. 그로부터 특히 性刑法의 영역에서는 기존의 죄형법규들과 새로운 죄형법규들을 오직 사회유해성 내지 법익보호의 척도에서 검토해야 한다는 결론이 나온다⁸³⁾. 이처럼 寬容의 原則은 세계관적이고 정치적인 대립을 형법으로 다스리는 것을 원칙적으로 배제한다⁸⁴⁾. 寬容의 原則은 多元

78) Fraenkel, Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich- rechtsstaatlichen Demokratie, 1964, S.B 8.

79) Müller-Dietz, 주 29)의 책, 24면.

80) Arndt, Strafrecht in einer offenen Gesellschaft, in : Ernst Böckenförde/Walter Lewald(Hrsg.) : Gesammelte juristische Schriften, München 1976, 207면 이하.

81) Müller-Dietz, 주 29)의 책, 24-25면.

82) Werner, Recht und Toleranz, 1963, S. B 11.

83) Müller-Dietz, 주 29)의 책, 26-27면.

的인 社會의 기본원칙이다. 多元的인 國家·社會像은 단순히 일정한 집단의 價値觀을 기초로 삼는 것을 배제한다. 범죄의 기준은 사회유해성이 될 수밖에 없다. 이에 따라 법공동체 내에서 공동생활의 불가결한 조건들을 침해하는 사회유해적인 행위양태만이 범죄로 지목되어 처벌받게 된다⁸⁵⁾. 평화로운 공동생활은 寬容위에서만 영위될 수 있으며, 寬容은 사리분별 있고, 자제력 있으며 또한 타협할 줄 아는 국민을 전제로 한다. 이로써 寬容은 일탈행동을 스스로 극복할 수 있는 사회의 능력을 주장한다. 寬容은 (정당한) 正體性 追求(Konformitätsstreben)와 사회적인 변화 사이의 완충지대에 자리 잡고 있다. 그러므로 寬容은 열린 사회의 중요한 生活原則이다. 사회적인 공동생활의 기능력에 대한 위협이 입법자의 개입을 불가피하게 만들지 않는한, 寬容의 原則은 특히 종교적이거나 세계관적으로 논란을 빚고 있는 사안들의 경우 형법의 개입을 자제할 것을 요청한다⁸⁶⁾.

5. 刑事司法의 實效性

1) 一般豫防의 관점

형법의 임무는 공동체내에서 인간의 共同生活을 규율하는 것이다. 형법이 실효성을 갖는다는 것은 이러한 질서기능을 제대로 수행함을 의미한다. 달리 말하면 형법이 일반예방적인 기능을 수행한다는 것이다. 이러한 일반예방은 형법형성과 관련된 형벌위하의 여부와 방법에 관한 물음에서 입법자의 형사정책적인 지도원리로서 작용한다⁸⁷⁾. 이러한 일반예방에는 적극적인 일반예방과 소극적인 일반예방이 있다. 이하에서는 형사입법과 관련하여 兩者가 어떠한 의미를 가지고 있는지를 검토하고자 한다.

(1) 消極的인 一般豫防理論

소극적인 일반예방이론은 啓蒙主義의 산물이다. 이 이론이 想定하고 있는 人間像은 이성, 냉철한 합리성, 이해타산으로 특징지워진다. 사회계약의 당사자는 社會契約을 위반하면 무슨 일이 일어나는지를 잘 알고 있고 그로 인해 이러한 인식이 없었다면 쉽게

84) Zipf, 주 3)의 책, 102면.

85) 앞의 책, 94면.

86) 앞의 책, 103면.

87) Roxin, 주 70)의 글, 12면 : Vogler, Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung, ZStW 90 (1978), 142면 : Roos, 주 40)의 책, 45면.

저질렀을 불법을 단념하는 인간유형인 것이다. 소극적 일반예방이론은 Feuerbach가 '心理强制說'에서 처음으로 형상화하고 상세히 근거지웠다. 그에 따르면, 형법은 형벌위하를 통하여 '범행에 따라 어떻게 처벌하려고 하는지'를 알려주고, 형벌의 집행을 통하여 '형벌위하들이 진지하게 관철된다'는 사실을 분명하게 보여줄 때에만 범죄문제를 해결할 수 있다는 것이다. 이성적이고 계산적인 인간은 이러한 방식으로 강제를 받게 마련이다. 이때 强制란 범행을 아예 못하도록 손발을 쇠사슬로 묶어놓은 것처럼 신체적으로 작용하는 것이 아니라, 범죄를 저지르면 처벌될 것이고 하니 범죄는 할 게 못된다는 계산을 토대로 심리적으로 작용하는 것이다⁸⁸⁾. 그러나 威嚇理論은 형법형성의 지도원리로 보기에는 치명적인 규범적인 문제점을 안고 있다.

먼저 心理强制說은 일반인의 遵法行爲를 확보하기 위해 범죄인을 본보기 대상으로 삼고 있다. 여기서 범죄인은 계산을 잘못하여 범행을 자행한 것이므로 '나쁘다'(schlecht)기 보다는 '非理性的'이다⁸⁹⁾. 일반예방이론이 상정하고 있는 형벌작용은 '人間輕蔑的인 觀念'을 바탕에 깔고 있다. 刑罰威嚇와 刑罰執行은 社會契約의 당사자들에게 遵法行爲를 하라고 압박지르는데 이용하는 도구들이 아니다. 啓蒙主義의 政治哲學은 사회계약의 당사자들을 '衝擊'이 아니라, '洞察'이 필요한 이성적인 존재로 상정하고 있다. 하지만 위하예방이론은 Kant가 누누히 강조하고 있는 인간학적이고 규범적인 準則들을 무시하고 있다. 威嚇理論은 Kant와 Hegel 등이 인간정렬적이라고 혹평했던 人間像을 형법의 인간상으로 전제하고 있다. Feuerbach의 형벌이론은 계몽주의철학이 상정하고 있는 尊嚴한 人間像을 무시하고 人間을 客體로 만들어 버렸다⁹⁰⁾.

특별예방이론은 형벌부과를 行爲者의 利害에서 정당화시킬 수 있지만, 일반예방이론은 이러한 정당성을 갖추고 있지 못하다. 범죄인들은 형벌의 집행으로부터 어떠한 의미도 찾을 수 없다. 그가 요행히 유죄판결을 받고 난 연후에 새 사람이 된다면 모르겠지만, 그렇지 않다면 그는 목적을 위한 수단으로 이용되었을 뿐이다. 그렇다면 일반예방이론은 범죄인의 人格尊嚴을 위협하고 있는 것이다⁹¹⁾. 또한 일반예방이론은 刑執行의 내용구성을 위하여 기여하는 바도 전혀 없다. 일반예방이론에서 受刑期間은 응보형론에서처럼 害惡에 다름 아니며, 허송세월이다. 그것도 오직 他人을 威嚇하는데 필요한 해악일 뿐이다. 그러므로 위하의 형벌목적은 준법상황을 조성하기 위하여 범죄인들을 희생양으로 삼을 위험이 있다⁹²⁾. 그래서 입법자는 世間에 물의를 일으키는 사건들이

88) Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., München 1990, 309면.

89) 앞의 책, 310면.

90) 앞의 책, 315-316면.

91) Roxin, 주 70)의 글, 10면 : Neumann/Schroth, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, Darmstadt 1980, 38면.

발생하면 시급한 정책적인 현안문제를 과도한 형벌위하를 통해 대처해 나가려고 한다⁹³⁾. 이 경우 刑罰의 程度는 위하의 필요성 때문에 원칙적으로 행위자의 불법 및 책임과 상관없이 정해지게 된다⁹⁴⁾. 현행 특별형법들이 바로 이러한 맥락에서 양산된 법규들이다. 그렇게 본다면 威嚇理論은 人間像의 歪曲이라는 댓가를 치루고 서야만 형벌위하와 형벌집행이 유용한 위하수단이라고 주장할 수 있을 것이다⁹⁵⁾. 뿐만 아니라 위하이론처럼 일반인을 잠재적인 범죄자로 보는 발상은 유죄판결이 나기 전까지는 無罪로 추정하는 헌법상의 '無罪推定の 原則'(헌법 제27조 4항)에 반하는 것이기도 하다.

이미 살펴보았듯이 威嚇豫防은 經濟的인 人間(homo oeconomicus)을 상정하고 있다. 즉 잠재적인 범죄인은 먼저 범행의 利害得失을 따져보고, 그 연후 범행을 단념한다. 왜냐하면 형법체계가 형벌위하와 형벌집행에서 범행은 수지가 맞지 않음을 규정했기 때문이다⁹⁶⁾. 소극적인 일반예방은 오직 '威嚇의 必要性'만을 염두에 두고 있다. 잠재적인 범죄인을 위하해야 할 필요성 때문에 그 이념상 犯罪와 刑罰 사이에 균형이 전제되어 있지 않다⁹⁷⁾. 물론 위하예방이 실효성을 거두자면 成文法으로 罪와 罰을 미리 정해야 하므로 죄형법정주의에 기여한 바가 있다. 그렇다하더라도 위하예방의 기본속성은 위하력을 바탕으로 한 '恐怖'의 조장일 뿐이다. 그러므로 소극적인 일반예방은 犯罪化와 刑罰加重化에 치중하기 마련이다. 반면에 형사입법정책은 人間の 尊嚴, 寬容, 自律的인 人間像 등을 기본사상으로 하고 있다. 따라서 소극적인 일반예방은 그 이념적인 맥락에서 볼 때 형법형성의 지도원리로 삼기 어렵다.

(2) 積極的인 一般豫防理論

적극적인 일반예방이론은 독일 최고법원의 판결에서 시사되었다⁹⁸⁾. 독일연방헌법재판소는 '法秩序의 存立 및 貫徹力에 대한 信賴의 보존과 강화'라고 말하였으며, 독일연방대법원은 '市民의 法的 忠實의 보존', '사법에 건 신뢰동요의 결과로서의 시민의 法的 心情的 重大한 침해와 위태화에 대한 방어'라고 말하고 있다.

92) Hassemer, 주 88)의 책, 310면.

93) 金日秀, 刑法學原論, 補訂版, 박영사, 1992, 61면 : 裴鍾大, "政治刑法의 理論," 고려대 법학논집 제26집(1991.9), 243면 : Achenbach, Kriminalpolitische Tendenzen in den jungeren Reformen des Besonderen Strafrechts und des Strafprozessrechts, in : JuS 1980, 84면.

94) Hassemer, 주 88)의 책, 310면.

95) 앞의 책, 333면.

96) 앞의 책, 312면 참조.

97) Maiwald, Die Bedeutung des Erfolgsunwertes im Unrecht, in : Wiedergutmachung und Strafrecht (Hrsg. Heinz Schöch), München 1987, 70면.

98) BGHSt 24, 40 : BGHSt 24, 64(66) : BVerfGE 45, 187(253ff.).

적극적인 일반예방은 이전에는 '道德形成力'으로 특징 지워 졌다. 오늘날에는 그 성격을 法忠實에의 熟練, 規範承認에의 熟練, 結果들의 引受에의 熟練 등으로 세분하기도 한다⁹⁹⁾. 물론 아직 적극적 일반예방이 개념적으로 확정된 것은 아니지만 개략적으로 社會教育的 學習效果, 信賴效果, 滿足效果 등 세가지 내용이 거론되고 있다. 社會教育的 學習效果란 일반시민들에게 법준수·법충실한 생활태도가 몸에 배이도록 숙련시키는 동기작용을 말한다. 信賴效果란 일반시민들에게 법이 잘 집행·관철되어 질서가 확립되는 것을 보여줌으로써 법은 지킬만한 가치 있는 것이라는 信賴感을 고양시키는 작용을 말한다. 滿足效果란 범죄에 의하여 야기된 법적 평화의 동요를 범죄인에 대한 처벌을 통해 진정시킴으로써 일반시민의 법감정의 만족과 훼손된 법적 평화의 회복작용을 말한다. 이러한 세가지 효과내용 중 특히 '滿足效果'를 Roxin은 統合豫防이라 부른다. 흔히 통합예방을 적극적 일반예방과 동일시하는 경향이 있지만, Roxin은 적극적 일반예방을 이 세가지 내용의 목표설정을 추구하는 상위개념으로 상정하고, 통합예방은 그 중의 하나인 제재의 만족효과만을 지칭하고 있다¹⁰⁰⁾. 그러나 Hassemer는 형법의 임무를 비단 이러한 세가지 효과들의 추구에 제한시키지 않고, 더 나아가 이러한 효과들을 추구하는 과정에서 그 한계들의 명백한 설정과 준수, 自制와 節制, 社會統制의 定型化도 형법의 임무에 포함시키고 있다. 이에 따르면 통합예방론자들은 전체형법 체계에서 實體刑法의 목표들(예컨대, 殺害禁止, 詐欺禁止, 竊盜禁止 등)만을 보고 있으며, 헌법적으로 규정된 刑事訴訟法의 목표들(예컨대 防禦權의 保障 등)은 보지 못하고 있다는 것이다. 이러한 점들을 고려해야만 형사사법이 견지해야할 慎重과 寬容을 제대로 볼 수 있다는 것이다¹⁰¹⁾. 요컨대 적극적 일반예방에서는 '어떤 법익들이 형법의 보호를 필요로 하는지'의 문제가 중요시된다. 이로써 적극적 일반예방은 형사입법정책과 밀접한 관련을 맺고 있음을 알 수 있다¹⁰²⁾.

(3) 소결론

일반예방은 소극적으로 일반인(잠재적인 범죄인)의 威嚇로 이해되는 것이 아니라, 적극적으로 개개인이 스스로를 전개해 나갈 수 있도록 신뢰기반을 조성하는 데 있다.

99) Jakobs, Strafrecht AT, 1.Abschn. Rdnr.15.

100) Roxin, Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, in : Wiedergutmachung und Strafrecht (Hrsg. Heinz Schöch), München 1987, 47-48면.

101) Hassemer, 주 88)의 책, 325면.

102) Horstkotte, Tendenzen in der Entwicklung des heutigen Strafrechts, Die Gesetzgebung, in : Hartmann Horstkotte/Günther Kaiser/Werner Sarstedt(Hrsg.) : Tendenzen in der Entwicklung des heutigen Strafrechts, Frankfurt am Main 1973, 21면.

그렇게 본다면 刑罰이란 自由制限이 아니라, 自由保障이다¹⁰³⁾. 적극적인 일반예방의 측면은 범죄구성요건의 설정을 통해 수범자들에게 社會教育的인 效果를 목표로 하고 있다¹⁰⁴⁾. 인간은 규범을 통한 가치정향과 행동조종을 필요로 하는바, 이러한 규범의 준수가 그를 갈등으로부터 벗어나게 하고 보호해 준다. 사람들이 갈등상황에서도 법을 준수하는지 여부는 범법행위가 물고 올 불이익한 결과를 둘러싼 계산에 달려 있다가 보다는, 오히려 법공동체가 범죄행위를 처벌함으로써 언명되는 '범죄자에 대한 공공연한 사회윤리적인 반가치 판단'을 통해 그의 遵法行爲가 '규범의 정당성에 대한 그의 信賴의 정당성에서' 實證되고 強化되는 것을 실감하는 데에 달려 있다. 바로 적극적 일반 예방은 집단적인 행동조종을 목표로 한다¹⁰⁵⁾. 이러한 내용은 한마디로 "法忠實에의 熟練"¹⁰⁶⁾이라고 말할 수 있다.

적극적 일반예방의 합목적성으로부터 형법제한의 법정책적인 필요성이 나온다. 국가는 형법전을 통해 모든 시민들을 대상으로 '실존에 필요한 법익들을 보호하고 어떠한 침해행위가 처벌되는지'를 알려주고 있다. 위하가 필요하지 않는 자도 一般豫防의利害에서 命命·禁止의 범위를 알 수 있어야 하기 때문이다. 이점은 罪刑法定主義가 요청하고 있는 것이다¹⁰⁷⁾. 그러나 소기의 교육적인 효과는 일면 국민들의 受容力이 무수한 형법의 호소들을 통해 지나친 요청을 받지 않을 때 거두어 질 수 있다. 그렇다면 刑法의 肥大化는 이러한 목표달성을 촉진시키는 것이 아니라, 오히려 해가 될 뿐이다¹⁰⁸⁾. 타면 소기의 교육적인 효과는 개인의 價値定向이 법률을 통해 표방된 가치질서와 일치할 때에만 거두어 질 수 있다. 多元的인 社會에서는 각양각색의 價値定向들이 존재하고, 이것들 모두가 사회통제의 부분영역인 형법의 보호를 받을 수는 없기 때문에 가급적 많은 受範者들이 형법적인 법익질서와 동일시할 수 있는 것이라야 한다. 형법이 기본적인 根本價値의 보호에 제한될 때가 그런 경우이다. 왜냐하면 이러한 기본적인 근본가치는 적어도 대다수 사람들에게 의해 승인된다고 생각할 수 있기 때문이다¹⁰⁹⁾. 이처럼 형법은 모든 정치세력들과 특히 일반국민들의 폭넓은 동의를 요구한다¹¹⁰⁾. 그렇게 본다면 형법은 필연적으로 '단편적이고 예시적인 성격'을 가질 수밖에 없다¹¹¹⁾. 형

103) Vogler, 주 87)의 글, 142-143면.

104) H.Mayer, Lehrbuch, S.26 : Schmidhäuser, Lehrbuch, S.52 : Vogler, 주 87)의 글, 143면 : Roos, 주 40)의 책, 47면.

105) Vogler, 주 87)의 글, 143-144면.

106) Jakobs, 주 99)의 책, 10면.

107) Roxin, 주 70)의 글, 17면.

108) Vogler, 주 87)의 글, 144면 : Roos, 주 40)의 책, 48면.

109) Roos, 주 40)의 책, 47면 이하.

110) Sturm, 주 10)의 글, 518면.

법이 모든 법익을 빠짐없이 보호하고자 하는 것은 '환상'이며, 이로써 법적 안정성이 이루어진다고 보는 것은 잘못된 생각이다. 이러한 생각은 형법 이전의 여타 사회통제 수단들도 일반적인 法益保護를 행하고 있다는 사실을 보지 못하고 있는 것이다¹¹²⁾. 과다한 죄형법규들은 개개인의 수용력을 넘어서버려 可罰性의 범위에 관한 정보부재와 새로운 형법적인 명령에 대한 불감증으로 이어진다. 그 결과는 法無視와 法敵對性이다.

일반예방적인 관점에서 보면 간단하고 명확한, 가급적 적은 犯罪構成要件들을 갖고 있는 가치질서의 창설이 필요하다¹¹³⁾. 일반예방이 실효성을 거두려면 '대표적인 罪刑法規들만' (plakathafte Grundsatzverbote)을 요구한다¹¹⁴⁾. 이와 달리 많은 것을 처벌하거나 모든 것을 처벌하는 것은 형벌의 印象力을 약화시킬 뿐이다. 거의 모든 사람들에게 차례로 일어나는 것은 더 이상 배척되는 것으로 간주되지 않기 때문이다. 그렇게 되면 범죄는 예외적인 현상으로서의 성격을 상실하게 되고, 일반인의 遵法意識이 약화되어 형벌은 우리가 살아가면서 치러야 할 일상생활의 비용쯤으로 치부될 것이다. 이로 인해 행위자는 자신의 범법행위에 대해 罪責感을 느끼기 보다는 처벌 자체를 運으로 돌릴 것이다. 그렇다고 해서 범죄자를 전혀 처벌하지 않고 방치한다면, 집단적인 행동규율의 수단으로서의 법의 명령은 사회교육적인 가치를 상실하게 된다. 일반인의 법충실을 유지시키려면 범죄자가 적절한 벌을 받았다고 수긍하게 하는 것이 매우 중요하다. 게다가 국가의 통제수단도 한정되어 있다. 국가는 자신이 선택한 범죄를 적합한 방식으로 대처해야 하는 의무를 지고 있기 때문에 예시적으로 규정된 개별사례에 만족하지 않으면 안된다¹¹⁵⁾. 본질적인 부분에 집중할 때 비로소 자유주의국가는 최소한의 공통분모를 성공적으로 보호할 수 있기 때문이다¹¹⁶⁾. 그렇게 보면 더 적은 犯罪構成要件이 더 큰 일반예방을 확보해 줄 것이다.

2) 刑事司法經濟(비용-수익-분석)의 관점

근래 형사사법에서는 경제적인 '費用-收益-分析'을 방법론으로 응용하고 있다. 이러한 시도는 어떤 처분의 비용과 그 처분에 의한 목표실현의 程度值인 수익을 서로 비교

111) Vogler, 주 87)의 글, 144면 ; Roos, 주 40)의 책, 49면.

112) Vogler, 주 87)의 글, 144면 이하.

113) Roos, 주 40)의 책, 49면.

114) Roxin, Schuld und Verantwortung als strafrechtliche Systemkategorien, in: Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Henkel, 171면 이하, 181면 ; Vogler, 주 87)의 글, 144면.

115) Roos, 주 40)의 책, 50-51면.

116) Arzt, Notwehr, Selbsthilfe, Bürgerwehr, in : Festschrift für Schaffstein, 88면.

교량하여 형사정책적인 지표로 삼고자 한다. 이러한 방법론은 한정된 인력과 장비를 효율적으로 분배하여, 최대한의 범죄진압 성과를 얻으려는 발상으로 '선택과 집중'의 전략을 구상한다. 그러나 '비용-수익-분석'은 두 가지 점에서 의문을 빚고 있다. 첫째, 범죄진압의 영역에서는 경제적으로 산정할 수 있는 범주들을 발전시키기 어렵다. 둘째, 범죄는 '비용이 얼마가 들든' 진압적인 제재를 가지고 대처한다는 입장이 지금까지 통용되었다는 점이다¹¹⁷⁾.

범죄진압의 일선에 포진해있는 수사당국은 모든 형사사건을 균등하게 수사하고 소추할 수는 없는 노릇이다. 그렇게 하기에는 검·경찰의 인력과 장비가 충분치 못하다. 수단이 부족한 처지를 감안한다면 費用因子¹¹⁸⁾는 무시할 수 없는 측면이다. 때문에 형법의 영역에서 '비용-수익-분석'은 형사정책의 불가피한 요청이기도 하다. 범죄진압의 수단이 한정되어 있고 또 마음대로 증대시킬 수도 없기 때문에, 비용의 관점에서 선택이 행해질 수밖에 없다¹¹⁹⁾. 범죄의 증가와 이에 따른 刑事事件의 폭증은 법원, 검찰, 경찰 등 관련 당국에 과중한 업무 부담을 주고, 결국에는 중한 범죄에 집중되어야 할 搜查, 訴追, 裁判節次 등에 막대한 지장을 주게 된다. 이러한 현상은 實體法으로서의 형법의 기능이 손상됨을 의미하는 것이기도 하고, 다른 한편으로는 절차법상 訴訟의 遲延, 즉 국민의 신속한 裁判을 받을 權利에 대한 침해를 의미하기도 한다¹²⁰⁾. 그렇다면 형사소추기관의 인력과 장비를 효율적으로 분배하는 것이 입법자의 임무여야 한다¹²¹⁾. 우리 입법자도 檢·警察의 수사활동의 효율적인 배분을 위해 起訴便宜主義(형소법 제247조 1항)를 채택하고 있는 것으로 보인다. 그러나 起訴便宜主義의 활용은 법치국가적인 근거에서 논란을 불러일으킬 소지를 안고 있다. 檢·警察이 일정한 범죄들을 선택하여 자신의 犯罪索引을 작성한다면, 검·경찰은 실무적으로 가벌성의 범위와 한계를 규정하고 있는 셈이다. 선택을 하자면, 먼저 評價가 있어야 한다. 수사당국의 평가가 입법자의 평가와 항상 같다고는 볼 수 없기 때문에¹²²⁾, 검·경찰의 사실상의 비범죄화 활동은 法治國家的인 權力分立原則에 반할 위험이 있다¹²³⁾. 이러한 우려에도

117) Roos, 주 40)의 책, 234면.

118) 이러한 費用因子와 收益因子에 대하여는 任雄, "非犯罪化論의 意義와 根本思想," 유기천교수 교회기념논문집, 1988, 232면 이하 참조.

119) Roos, 주 40)의 책, 235면 ; 姜求真, "한국형법전의 개정방향," 사회과학논집 창간호(1984), 단국대 사회과학연구소, 82면 참조.

120) 任雄, 주 118)의 글, 232면 이하.

121) Roos, 주 40)의 책, 237면.

122) Kaiser, Entwicklungstendenzen des Strafrechts, in : Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1972, 34면.

123) Roos, 주 40)의 책, 236면.

불구하고 현행법체계를 보면 입법자는 수사당국의 사실상의 비범죄화 활동에 대한 일정한 指導形象機能(Leitbildfunktion)을 하고 있음을 추론해 볼 수 있다. 현행법은 검사의 恣意的인 公訴權不行使(不起訴處分)를 규제하는 제도들을 두고 있기 때문이다. 公訴權의 적정한 행사를 담보하기 위한 裁判上的 準起訴節次(형소법 제260조), 불기소처분에 대한 抗告制度(검찰청법 제10조), 불기소처분의 通知 및 理由告知制度(형소법 제258조) 그리고 불기소처분에 대한 憲法訴願(헌법 제111조 1항 5호, 헌법재판소법 제68조 1항) 등이 그것이다. 이러한 제도들은 특히 '공소를 제기함이 상당한 사건'인 重犯罪에 대한 검사의 자의적인 불기소처분을 방지하고자 하는 것으로 보인다. 이러한 입법취지에 비추어 본다면 기소편의주의는 重犯罪에 대해서는 허용될 수 없으며, 오히려 "형벌권을 행사하지 아니하는 것이 오히려 보다 더 나은 결과를 초래할 수 있다고 기대되는"¹²⁴⁾ 경미범죄에 대해서만 활용될 수 있음을 말해준다고 볼 수 있다. 경미범죄의 不起訴는 중간 이상의 범죄영역에 형사소추를 집중시킨 데에서 오는 소득이다¹²⁵⁾. 또한 경미범죄는 일면 그 빈도와 형사소추기관의 수용력 때문에, 타면 형사정책적인 관점에서 경미한 불법내용 때문에 비범죄화할 수 있는 것이기도 하다¹²⁶⁾. 그렇게 본다면 선택과 집중을 통해 檢·警察의 수사활동을 증한 범죄에 효과적으로 투입하고자 하는 형사사법경제의 관점도 형사입법의 지도원리로 작용할 수 있을 것이다.

N. 결 론

지금까지 형사입법자가 지켜야 할 형법형성의 지도원리들을 조감하였다. 먼저 인간화, 자유화, 합리화의 지도이념들, 법치국가의 실질적인 본질표지인 공권력행사의 절제와 개인의 자유보장 등은 사회유해성 내지 법익을 위해하는 행위양태들만을 처벌하고, 그 이외에 도덕위반행위들에 대해서는 형법의 개입을 삼가할 것을 요청하고 있다. 또한 보충성원칙은 사회유해성 내지 법익위해성을 띤 행위양태들이라 할지라도 형법으로만 단속하려고 할 것이 아니라 여타 사회통제수단에 의한 범죄 진압을 먼저 고려하도록 권고하고 있다. 이처럼 형법형성의 지도원리들은 죄형법규의 개폐와 내용구성을 놓고 그 지침을 제시해주며, 이를 토대로 현행 형법이 안고 있는 문제점들을 일깨워 왜곡된 형법의 모습을 바로잡아 최적의 형법을 지향하고 있는 것이다. 다시 말하면 불필요한

124) 憲法裁判所決定 1989.4.17, 88 헌마 3.

125) Zipf, Die mangelnde Strafwürdigkeit der Tat, 14면.

126) Roos, 주 40)의 책, 238면.

죄형법규를 가려내어 삭제하고, 또한 과도한 형벌을 바로잡아 범죄와 형벌을 서로 균형지우려는 요청인 것이다. 그러나 이러한 지도원리들은 대부분 형사입법에 대한 規制的인 原則으로 작용하고 있는 것이며, 범죄화 내지 비범죄화가 어느 정도 가능한 지에 대한 구체적인 척도는 아닌 것이다. 그러므로 가벌성의 영역을 더욱 정확하게 서술해 줄 수 있는 다른 헌법적이고 형사정책적인 척도들을 원용해야 할 것이다. 물론 형법형성의 지도원리들이 규제적인 원칙으로 작용한다고 해서 형사입법의 기준에 관해 전혀 言明力을 갖고 있지 않다는 말은 아니다. 이러한 지도원리들은 위에서 살펴보았듯이 實質的 犯罪概念, 社會有害性, 法益, 補充性 등을 그 기준으로 제시해 주고 있다. 결국 형법형성의 지도원리들과 기준들은 '인간의 얼굴을 한 형법'으로 나아갈 수 있는 올바른 길을 가리켜 줄 것이다.