

범죄의 개념설정을 둘러싼 논의

金昌君*

목 차

- I. 문제의 제기
- II. 개념설정의 준거점
- III. 결 론

I. 문제의 제기

무엇이 범죄인가? 왜 특정한 행위양태가 범죄이어야 하는가? 범죄규정의 문제는 비단 형법이론학 뿐만 아니라 범죄학 등 다양한 입장에서 논의되고 있다. 형법학에서는 범죄개념이 형법의 임무와 연계하여 논의되고 있다. 먼저 형식적인 범죄개념은 實定刑法이 형벌로 위하고 있는 행위양태들을 범죄로 정의 내린다. 이러한 관점에서 본다면, 일정한 행위양태들은 범죄성을 지니고 있기 때문에 처벌되는 것이 아니라 처벌되기 때문에 범죄인 셈이다. 이로 인해 形式的인 犯罪概念은 입법정책의 준거점으로는 적합하지 않다. 반면에 실질적인 범죄개념은 일정한 법질서와 사회질서에 있어서 범죄적격성을 갖춘 행위양태를 제시해 주고자하며, 여기에는 犯罪의 본질을 규정하는 관념이 투영되어 있다. 이러한 관점에서 '實定刑法秩序의 양심'으로 표현된다.¹⁾ 實質的인 犯罪概念만이 犯罪化와 非犯罪化의 준거점이 될 수 있으며, 그 때문에 '중요한 형사정책적인 수단'으로서의 기능을 수행할 수 있다. 일정한 행위유형을 범죄로 자격지우는 표지를 담고 있는 실질적인 범죄개념을 확보할 수 있다면, 가벌성의 한계문제는 한결 쉽게 대답할 수 있을 것이다. 그러므로 지침의 기능을 수행할 수 있는 실질적인 범죄개념을 먼저 만들어 내야할 것이다. 실질적인 범죄개념을 미리 설정하지 않는다면 罪刑法規의 제정을 위한 판단척도가 없기 때문에 형법개정을 둘러싼 학문적인 논의는 이루어지기 어려울 것이다.²⁾ 그러나 오늘날까지도 실질적 범죄개념의 명확한 확정은

* 제주대 법학부 부교수

1) Vogler, Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung, in: ZStW 90(1978), S.137.

이루어지고 있지 못하다. 이점을 놓고 다양한 견해가 제시되고 있다. 본 논문은 바로 범죄개념을 둘러싸고 벌어지고 있는 논의를 조감하고자 한다.

II. 개념설정의 준거점

1. 社會有害性

1.1 개념도출의 논거

현대사회는 세계관이 다원화되어 있는 사회이다. '多元的인 社會'란 세계관의 統一性과 閉鎖性을 거부하는 '열린 사회'이다. 多元的인 社會의 기본원칙인 寬容의 原則은 세계관적이고 정치적인 대립을 형법으로 다스리는 것을 원칙적으로 거부한다.³⁾ 다원적인 개방사회에서는 사회규범을 둘러싼 견해 차이를 불가피한 것으로 받아들이기 때문에 어떤 행위양태가 다수의 견해나 평균적인 행동모형에 어긋난다고 해서 그것을 막 바로 범죄로 낙인찍을 수 없다. 그렇다고 해서 상이한 가치 확신에 대한 開放性이 임의적인 것이 될 수는 없다. 최소한의 규범적 동의도 없는 인간사회란 존재하지 않기 때문이다.⁴⁾ 형법은 이러한 최소한의 규범적 동의를 바탕으로 형성되어야 한다.

이러한 맥락에서 형법은 최소한의 공통분모만을 처벌대상으로 삼는 價値目錄이어야 한다. 이러한 공통분모는 다름 아닌 社會有害性이다. '사회유해성'의 개념은 말 그대로 社會共同體와 연관된 有害性이다. 따라서 형법은 범공동체 내에서 평화로운 공동생활의 불가결한 조건들 내지 共同善(bonum commune)을 침해하는 사회유해적인 행위양태만을 범죄로 지목하여 금지하고 처벌할 수 있다.⁵⁾ 입법자가 사회유해성의 기준에 따라 可罰性을 판단해야만, 형사입법은 합리적이고 비판적으로 검증할 수 있게 된다. 만약에 도덕위반행위까지도 금지하려고 든다면, 다양한 사회계층과 그룹들은 그들의 世界觀과 道德觀을 동원하게 될 터이고, 그렇게 되면 일정한 행위양태에 대한 刑事制裁의 必要性을 놓고 합의가 제대로 이루어질 수 없기 때문이다.⁶⁾

2) Zipf. Kriminalpolitik, Ein Lehrbuch, 2.Aufl., Heidelberg u.a 1980, S.111.

3) Ebenda, S.102.

4) Stratenwerth. Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 3., neubearb. Aufl., Köln u.a. 1981, Rdnr. 63(S.38).

5) Mayerhofer. Zur Effizienz des Strafrechts, in: Strafrechtspraxis und Kriminologie, Eine kleine Festgabe für Hans Göppinger zum 70.Geburtstag, 2.Aufl., Bonn 1990, S.330f.

6) Müller-Dietz. Strafe und Staat, Frankfurt am Main 1973, S.26f.

그러나, 판단기준으로 제시된 사회유해성개념도 좀더 신중히 점검해볼 필요가 있다. '社會保護와 社會有害性'이란 개념은 정향기준으로 사용하기에는 매우 추상적이어서, 결국 政策的인 價値判斷으로 좌우된다든가 혹은 犯罪適格性을 갖춘 사회유해적인 행위양태에 대한 확신들이 서로 다를 수 있으므로, 社會有害性의 概念은 남용의 소지를 안고 있다. 이러한 濫用과 歪曲을 방지하기 위해서는 사회유해성의 개념이 단순히 내용 없는 공식으로 남아 있지 않도록 정확히 규정해야 한다.⁷⁾ 그렇다면, 선결과제는 사회유해성의 내용을 밝히는 것이다. 그러나 사회유해성이 어떠한 내용을 담고 있느냐 하는 점을 놓고 견해의 대립상을 보이고 있다.

1.2 社會有害性의 확인준거점

1) 法益

社會有害性의 확인준거점으로 法益을 원용하는 견해가 지배적이다. 즉 사회유해성에 따라 범죄를 규정하기 위해서 法益을 매개시키는 경우이다. 사회유해성을 법익침해와 동일시⁸⁾하거나, 법익침해가 사회유해성 그 자체는 아니지만 사회유해성의 전제라고 보는 것⁹⁾이다. 양자의 경우에는 어떤 견해를 취하든지간에 法益과 社會有害性 사이에 相關關係가 성립한다.

그렇다면 매개기준으로 추천받고 있는 法益의 概念은 어떠한 내용을 담고 있는가? 이것을 놓고 그 동안 많은 연구들이 이루어져 왔고, 나름대로의 정의도 술하게 내려졌다. 그런데도 법익은 여전히 시비가 끊이지 않고 있는 개념이다.¹⁰⁾ 이처럼 법익개념의 실질적인 내용을 어떻게 규정할 것인가를 놓고 완전한 승意가 이루어져 있지 않다. 다만 형법구성요건의 체계에 대한 법익의 기능과 관련하여 법익론은 체계내재적으로 혹은 체계비판적으로 기획되고 있다.

(1) 體系內在的인 法益概念

체계내재적인 법익개념은 실정형법을 전제로 그 해석에 치중한다. 여기에서 實定刑

- 7) Voß, Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten. Ebelsbach 1989. S.140 : Arndt, Strafrecht in einer offenen Gesellschaft, in: Ernst Böckenförde/Walter Lewald (Hrsg.) : Gesammelte juristische Schriften, München 1976, S.212, 220f.
- 8) Müller-Emmert, Sozialschädlichkeit und Strafbarkeit, in: GA 1976, S.293.
- 9) Mylonopoulos, Über das Verhältnis von Handlungsunwert und Erfolgsunwert im Strafrecht, 1981, S.82.
- 10) Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, Frankfurt am Main 1973, S.99 : Rudolphi, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in: FS für Honig, S.151.

法은 '思考가 禁止된 것'(Denkverboten) 그 자체 더 이상 문제 삼을 수 없는 統制基準이므로, 형법규범의 정당성을 문제 삼지 않는다.¹¹⁾ 현행형법의 질서에 대한 體系內在的 認識關心(Erkenntnisinteresse)을 가진 법익개념은 범죄구성요건들을 체계화하기 위한 분류도구이며, 법을 적용할 때 해석의 보조수단이다. 그 한에서 이러한 법익개념은 형식적인 범죄개념이다.¹²⁾ 따라서 체계내재적인 법익개념은 실질적인 범죄개념에 대해 정보를 제공해 주지 못한다.

(2) 體系批判的인 法益概念

① 意義

체계비판적인 법익개념은 합리적인 형사정책을 목표로 삼고 있으므로, 體系批判的인 認識關心을 가지고 현행의 刑法體系가 담고 있는 보호법익을 그 선택의 정당성의 관점에서 비판적으로 평가하고, 입법자의 결정에 앞서 그 결정 자체를 이끌어 나가려고 한다.¹³⁾ 바로 體系批判的 法益概念은 實質的인 犯罪概念과 밀접한 관련을 맺고 있음을 알 수 있다.¹⁴⁾ 체계비판적인 법익개념은 刑罰權의 올바른 한계설정을 검증할 수 있는 형사정책적인 기준인 것이다. 이러한 비판적인 기능을 수행하기 위해서 체계비판적인 법익론들은 법익개념에 '實質的인 內容'을 부여하고자 한다. 이에 따라 體系批判的인 法益論은 형법이 지향해야 할 '價値秩序'를 먼저 설정하고 이러한 先在된 價値秩序의 관점에서 實定刑法을 비판적으로 검토한다. 이때 실정형법이 이러한 價値秩序에 부합하지 않을 때 그 犯罪構成要件은 폐지할 것을 주장한다.¹⁵⁾ 문제는 어떠한 價値秩序를 기준으로 삼을 것인가 하는 점이다.

② 憲法的인 價値秩序

(a) 실천적인 의미

體系批判的인 法益論은 대부분 憲法的인 價値秩序(특히 憲法的인 人間相과 基本權)를 원용

11) Hassemer, a.a.O., S.19ff., 24.

12) Zipf, a.a.O., S.107.

13) Hassemer, a.a.O., S.22f.

14) Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, S.253.

15) Marx, Zur Definition des Begriffs >Rechtsgut<, Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, Köln u.a 1972, S.70ff. ; Rudolphi, a.a.O., S.167 ; Otto, Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand, in: Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik(Hrsg. Heinz Müller-Dietz), 1971, S.14f., 20 ; Hassemer, Aternative Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1(§§1-21), Neuwiel 1990, Vor §1 Rdnr.261 ; Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, S.412f. ; Gössel, Das Rechtsgut als umgeschriebenes strafbarkeitseinschränkendes Tatbestandsmerkmal, in: FS für Oehler, 1985, S.100f.

하여 법익개념을 구체화시키고자 한다. 이러한 견지에서 法益을 '個人的自由와 그 法的인 保護의 條件'으로 이해하고, 憲法이 이 保護客體를 근거지우고 제한한다는 데 견해가 모아지고 있다.¹⁶⁾ 즉 '先在된 價値秩序'란 바로 '基本權'(예컨대 生命, 身體의 不可侵性, 自由, 所有權, 住居와 書信秘密의 不可侵性 등)인 것이다. 그렇다면 基本權規定의 目錄과 解釋은 형법적인 법익개념의 설정에 있어서 중요한 의미를 갖는다.¹⁷⁾ 부연하면 형벌구성요건의 제정과 형성에 있어서 내용적인 결정인자는 먼저 憲法의 基本權目錄으로부터 나타나게 된다.¹⁸⁾ 그렇게 보면 법익개념은 형사입법자의 입법지침이기는 하지만, 憲法秩序 이전에 그 구체적인 의미를 얻게 되는 실체적인 것이 아니다. 그렇다고 해서 법익은 어떤 靜的 狀態가 아니라, 헌법질서의 범위 안에서 歷史的인 變化와 經驗的인 認識의 進歩에 따라 변동될 수 있는 開放的 實體이다.¹⁹⁾ 그렇게 보면 合憲的인 社會에서의 人間의 共同生活의 條件들을 이론적으로 밝혀내고, 이를 法益目錄에 편입시켜야 할 과제를 안고 있는 셈이다.²⁰⁾ 그러나 체계비판적인 법익론은 실천적으로는 (적극적인)導入機能(=犯罪化) 보다는 (소극적인)除去機能(=非犯罪化)에 치중하고 있다. 전통적으로 형법이론은 刑法의 肥大化를 막으려는 것이 그 주요역할이었다는 점에 그 원인이 있다.²¹⁾

헌법적인 가치질서는 실천적으로 현행형법의 법익질서에 대한 비판적인 검토의 준거점을 제공해 줄 수 있다. 헌법적인 가치체제에서 볼 때 인간의 실존에 생명 다음으로 귀중한 것은 신체의 완전성이다. 생명을 씨알에 비유한다면 신체는 그것을 보호·보존하고 있는 자양분과도 같다. 신체의 완전성이 없다면 인간의 인격은 생명 안에서 자기발전과 자기성장을 할 수 없을 것이다. 그러므로 형법의 법익질서는 생명을 정점으로 하고, 그 다음에 신체의 완전성을 둔다.²²⁾ 이러한 법익서열에 부합하게 살인, 상해, 강도, 사기, 절도 등의 法定刑도 차등이 두어져야 한다. 그러나 현행 罪刑法規의 體系를 보면 법익서열과 법정형이 서로 균형을 이루고 있지 못하다. 먼저 일반형법은 '身體의 不可侵性 내지 安全性'에 비해 '所有權과 財産'을 비교적 포괄적으로 보호하고 있다. 형법 제257조 ①항의 傷害罪는 그 법정형을 '7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금'을 규정하고 있다. 그러나 제347조 ①항의 詐欺罪는 그 법정형을

16) Otto, a.a.O., S.8 ; Rudolphi, a.a.O., S.166 ; Marx, a.a.O., S.25ff. ; Hassemer, a.a.O., S.65.

17) Hassemer, AK, §1 Rdnr.198.

18) Kaiser, Kriminalisierung und Entkriminalisierung in Strafrecht und Kriminalpolitik, S.591 ; Zipf, a.a.O., S.101.

19) 金日秀, "刑法의 任務에 관한 批判的 考察", 월간고시 85, 12, 131면 이하 ; Roxin, Strafrecht AT, Band I, §2 Rdnr. 15(S.13).

20) Rudolphi, SK, Vor §1 Rdnr.7.

21) Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, S.98 Anm.1.

22) 김일수-서보학, 새로 쓴 형법각론, 제5판(박영사, 2003), 58면.

'10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금'을 규정하고, 제353조는 여기에서 '10년 이하의 자격정지'를 병과할 수 있도록 첨부하고 있다. 또한 業務上 橫領罪·背任罪의 법정형은 '10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금'으로 규정하고(제356조), '10년 이하의 자격정지'를 병과할 수 있다(제358조). 이처럼 人格的인 法益들에 비해 所有權과 財産들을 더욱 포괄적으로 보호하고 있는 현행형법의 법정형체계는 보호법익의 가치체계와 명백히 균형을 잃고 있다. 이러한 입법태도는 다름아닌 '物質優先主義'를 표명하고 있는 것이다.²³⁾ 이러한 현상들은 特別刑法들의 경우에 더욱 심하게 나타나고 있다. 각종 특별형법들은 일시적인 정책적·정치적 목적으로 중형일변도로 규정하고 있고, 그 때문에 형법과의 조화가 깨어지는 경우가 허다하다. 특히 '死刑·無期·10년 이상의 懲役'과 같은 重刑條項은 일반형법에서는 보기 드문 규정이지만, 특별형법들에서는 흔히 볼 수 있는 罰則이다. 일반형법의 살인죄가 '사형·무기·5년 이상의 징역'으로 규정되어 있는 점과 비교해볼 수 있는 대목이다. 반면에 軍刑法 제84조는 '戰地強姦'의 경우 '사형'에 처하도록 규정하고 있다. 特定犯罪加重處罰法은 癡藥事犯(제11조)을, 성폭력범죄처벌법은 특수강도강간(제5조 ②항)을 일반형법의 殺人罪(제250조)보다 중한 형벌인 '사형, 무기 또는 10년 이상의 징역'에 처하고 있다. 특히 상습적인 강도죄(특정범죄가중처벌법 제5조의 4 ③항)의 경우 既遂犯 뿐만 아니라 未遂犯 조차 살인죄보다 중하게 처벌하는 것은 납득하기 어렵다. 그밖에도 通貨偽造(특가법 제10조)를 살인죄와 동일한 형으로 처벌하고 있다. 이러한 법률체계는 刑法各則의 법익위계질서까지 흔들여 놓고 있다. '생명'은 이제 더 이상 최고의 법익이라고 할 수 없게 된 것이다.²⁴⁾

살인죄는 사람의 생명을 보호법익으로 하는 반면, 財産犯罪들은 財物 또는 財産上의 利益을 보호법익으로 한다. "생명은 한번 잃으면 영원히 회복할 수 없고 이 세상에서 무엇하고도 바꿀 수 없는 절대적인 존재이며, 생명은 全地球보다 무겁고 또한 고귀하고 엄숙한 것이며 존엄한 인간존재의 근원인 것이다."²⁵⁾ 그러나 財物 또는 財産上의 利益은 인간의 人格發現을 위한 부차적인 生存條件일 뿐이며 실령 그것을 상실했다하더라도 이후에 얼마든지 벌충할 수 있는 비본질적인 것이다. 때문에 兩者는 동일하게 평가될 수도 없고 또 되어서도 안된다. 그런데도 특별형법을 조감해 보면 입법자는 恣意

23) 이러한 왜곡된 형법체계에 대한 비판으로는 Sonnen, Kriminalität und Strafgewalt. Eine integrierte Einführung in Strafrecht und Kriminologie. Stuttgart u.a 1978, S.32 ; Zipf, Kriminalpolitik, S.103f. 독일의 경우 1998년 4월 1일 제6차 형법개정법이 발효되면서, 독일형법상의 체계적인 문제점을 바로잡았다. 이에 관하여 자세하게는 Albin Eser(조병선역), "20세기의 최근 십년간의 獨逸刑法의 展開," 法學論集 제14집(1998), 청주대 법학연구소, 194면 이하 참조.

24) 배종대, 형법각론, 제5판(홍문사, 2003), 235면.

25) 大判 1963.2.28. 62 도 241.

的으로 兩者를 동일하게 평가하거나 심지어 財產的 價値를 더 높게 평가하고 있다. 이러한 刑事法體系는 오늘날 만연되어 있는 黃金萬能主義와 人命輕視風潮에 일단의 원인을 제공하는 것이 아닌가 의심스럽다. 이러한 예들은 實定刑法들의 왜곡된 法益秩序를 憲法の 價値體系와 일치시키는 것이 刑事政策의 영속적인 임무임을 말해주고 있다.

(b) 刑事政策的인 限界

憲法の 價値秩序를 원용한 法益概念의 구체화도 일정한 한계를 안고 있다. 첫째, 판단기준이 되어야 할 憲法の 價値秩序 자체가 확정적으로 열거되어 있지 못하다. 때문에 헌법 제37조 ①항은 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 않는다.”고 천명하고 있는 것이다. 둘째, 刑法的인 法益秩序는 헌법상 개략적으로 윤곽지워질 뿐이지, 구체적으로 확정될 수 있는 것이 아니다. 형법적인 법익질서는 헌법적인 테두리 내에서의 독자적인 보호질서이다.²⁶⁾ 즉 刑法의 法益秩序는 ‘共同體生活의 基礎價値들’만을 보호하고자 하기 때문에 헌법의 가치질서와 반드시 일치하는 것은 아니다.²⁷⁾ 이에 대한 예로 ‘勞動力’을 들 수 있다. 형법은 대다수 사람들의 유일한 經濟的인 法益인 勞動力을 제대로 보호해주고 있지 않다.²⁸⁾ 이렇게 본다면 헌법의 가치질서는 입법자의 형사입법지침으로 작용하는 데에 제한적인 의미만을 가짐을 알 수 있다.

(3) 법익론의 지평확대

종래의 법익론은 형법의 모든 보호객체들을 포괄하는 이론을 구성하려고 하였으며, 그 問題地平(Fragehorizont)을 規範的·法律的 範疇에 제한하였다. 특히 헌법적인 가치질서를 토대로 구축되었다. Hassemer는 법익론의 문제지평을 규범적 원칙들을 넘어서서 범죄화의 조건인자들만큼 확장하고자 하였다. 먼저 법익의 현실관련성을 규명하기 위하여 Hassemer는 ‘인간행위가 어떻게 범죄화되는가’에 관심을 두고 있는 범죄화 이론이 법익론의 문제방향과 일치한다고 진단한다.²⁹⁾ 여기서 범죄화의 조건인자들로 Hassemer는 위태화행위의 ‘頻度’(Häufigkeit), 당해객체의 ‘必要度’(Bedarfsintensität), ‘威脅感’(Bedrohungsmoment)를 제시하고, 이를 하나하나 논증하고 있다. 첫째, 일탈행동이 빈발함에 따라 사회도 이러한 행동을 범죄시한다. 여기서 頻度란 일탈행동이 발생된

26) Zipf. Kriminalpolitik, S.103.

27) Roos. Entkriminalisierungstendenzen im Besonderen Teil des Strafrechts, S.289f.

28) Zipf. a.a.O., S.104 : Sonnen, a.a.O., S.32.

29) Hassemer, a.a.O., S.132f. : 金昌君, “體系批判的 法益論.” 刑事法研究 제7호(1994), 한국형사법학회, 5면이하

객관적인 빈도가 아니라, 대중매체를 통해 사회적으로 알려진 빈도를 말한다.³⁰⁾ 둘째, 일탈행동에 의해 침해되거나 위태화되는 法益이 상대적으로 희소가치를 누리면 누릴수록, 그 행동은 犯罪化될 가능성이 더욱 더 높다. 물론 그 반대도 성립한다.³¹⁾ 그러나 어떤 인간의 소유대상이 사실상 그의 人格實現의 條件이 된다면, 그러한 대상들은 그것이 아무리 쉽게 再生産될 수 있다할지라도 언제나 필요한 것이다. 이 기능은 이데올로기적이거나 대화적인 것으로 이해되는 것이지, 경제적인 것이거나 使用機能으로 이해될 수는 없는 것이다. 이러한 機能도 필요성의 정도를 함께 구성한다.³²⁾ 셋째, 일탈행동에 대한 社會의 寬容은 그러한 행동에 대해 社會가 느끼는 威脅感에 달려 있다.³³⁾ 물론 이러한 세가지 因子들의 사회적인 작용방식은 객관적으로 이해할 수 없다. 즉 이러한 因子들은 그 社會의 文化意識, 다시 말하면 社會의 규범적 의사소통을 거치고 나서야 비로소 犯罪化에 중요한 의미를 갖게 된다.³⁴⁾ 그렇게 본다면 법익이란 社會의 規範的 意思疏通의 산물인 것이다. 이는 법익이 對話로 구성됨을 말한다. 그러므로 Hassemer에게 있어서 法益(Güter)은 '있는' 것이 아니라, 사회적으로 '만들어지는' 것이다.³⁵⁾

이상에서 살펴보았듯이 Hassemer는 특히 犯罪化理論의 틀을 가지고 사회현실을 법익론에 끌어들이려고 시도하고 있다. 그는 犯罪사회학적인 관점에서 犯罪를 相互作用現象으로 보면서,³⁶⁾ 犯罪행위에서 교란의 전제들을 성찰할 것을 주장하고 있다.³⁷⁾ 이러한 상호작용적인 착안점은 犯罪를 이해하는데 중요한 의미를 갖는다. 그런데도 Hassemer는 犯罪에 의해 교란된 상태가 원래는 어떤 모습이었는지를 해명하지 않고, 이러한 상태의 교란이 언제 犯罪化되는지의 문제로 그냥 넘어가 버렸다.³⁸⁾ 여기서 Hassemer는 犯罪화의 조건인자로 '頻度', '必要度', '威脅感'을 제시하고, 이러한 인자들은 문화적으로 각인된 社會의 의식, 즉 社會의 規範的 意思疏通을 거치면서 비로소 犯罪化에 중요한 의미를 갖게 된다고 보았다. 그러나 Hassemer처럼 '교란되지 않는 상호작용의 전제들'을 해명하지 않고, 막바로 '사회적인 가치경험'을 문의할 경우 문제가 발생한다.

법익론의 본래의 핵심내용은 입법자의 자의적인 결정을 방지하기 위한 처방을 내리는 것이다. 그러나 Hassemer가 이에 대한 처방으로 제시한 사회적인 價値經驗은 좀처럼

30) Ebenda, S.148f.

31) Ebenda, S.150.

32) Ebenda, S.153f.

33) Ebenda, S.158.

34) Ebenda, S.153f.

35) Hassemer, AK, Vor §1, Rdnr.283.

36) Ders., Theorie und Soziologie des Verbrechens, S.145.

37) Ebenda, S.140.

38) Ebenda, S.147.

럼 분명하지 않으며, 종종 사회계층에 따라 전혀 다르게 형성되기 때문에, Hassemer의 공식을 가지고서는 형사정책적인 현안문제들이 제대로 해결되지 않는다. Hassemer처럼 '교란되지 않은 상호작용의 전제들'을 규명하지 않고, 사회의 규범적 의사소통만을 입법자의恣意를 방지하기 위한 수단으로 내세운다면, 이로 인해 자칫 '國民精神'의 유입을 막을 수 있는 차단막이 미비될 우려가 있다.³⁹⁾

2) 社會保護理論

Amelung은 형법의 임무를 법익보호의 원칙에서가 아니라, 啓蒙主義時代의 社會有害性論으로부터 곧바로 출발하고 있다. 즉 형법의 임무는 인간의 평화로운 공동생활의 조건들을 확보해주는 것이라고 한다.⁴⁰⁾ 이러한 형법의 임무규정은 啓蒙主義 이래로 형법학의 기본적인 도그마이다. Amelung은 바로 이점에서부터 문제를 제기하고 있다. 可罰性的의 前提로서 '社會有害性'을 요구하는 思想은 社會契約說로부터 연유된 것이지만, 이러한 共存條件들에 관한 물음이 사회계약설의 붕괴 이후, 다시 말하면 법익보호원칙의 생성 이래로 더 이상 진지하게 제기되지 않았다는 것이다. 이처럼 Amelung은 법익보호이론이 '인간의 공동생활의 조건들에 관한 문제'를 간과했다고 진단하고, 이러한 형법학의 도그마를 다시금 거론하기 위한 준거점으로 사회학의 체계이론을 원용하고 있다.⁴¹⁾ 19세기 개인주의 형법학은 '개인의 個別的 實存'(Einzel-Existenz)의 조건들을 규명하고, 그것에 따라 전체사회를 구도하고자 했으므로 '人間의 共存'(Ko-Existenz)의 前提에 대해서는 생각이 미치지 못했다. 共同生活은 적어도 두사람 이상이 영위하는 것이므로, Amelung은 個人이 아닌 集團을 고찰의 중심으로 삼고 있다.⁴²⁾ 체계이론은 개인의 필요가 아니라, 다수인 사이의 상호작용의 요구를 연구대상으로 한다. 이런 까닭에 Amelung은 법익개념이 아니라 體系理論을 원용하여 인간의 共存條件들을 내용적으로 구체화하고 형사정책적으로 활용하려고 한다. 여기서 Amelung은 체계이론의 개요를 주로 Parsons와 Luhmann의 이론을 중심으로 소개하고, 사회유해성을 이해하는데 이 모형이 갖는 유용성을 많은 예들을 들면서 실증하고 있다. 이에 따르면 '社會有害的'이라는 것은 사회의 社會體系가 그 존립문제들을 해결해 나가는 것을 방해하거나 어렵게 만든

39) Amelung, Besprechung(Winfried Hassemer), in: ZStW 87(1975), S.145.

40) Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, S.7f. ; Hassemer, Besprechung(Knut Amelung), in : ZStW 87(1975), S.146 ; 김창군, "社會有害性的의 體系理論的인 分析," 안암법학 제8호(1998), 안암법학회, 125면 이하.

41) Amelung, a.a.O., S.367.

42) Ebenda, S.364.

는 역기능적 현상 내지 사회현상을 가르킨다. 그러므로 범죄는 사회의 존립문제를 해결하는데 필요한 제도화된 규범들에 대한 위반으로서 逆機能的 現象들이다. 바로 그 속에 내재한 규범효력의 위태화에 대처해 나가는 것이 형법의 기능이다.⁴³⁾

체계이론은 법규범이 일정한 사회체계안에서 어떤 기능을 발휘하는가를 설명할 수 있지만, 그러나 체계구조 자체가 유지할 가치가 있는지 아니면 변경이 필요한지는 결정내리지 못한다. 따라서 규범적 기준의 문제는 여전히 미결정상태인 채로 남겨져 있다.⁴⁴⁾ 또한 우리가 만약 사회유해성론을 단지 체계이론의 관점에서만 파악하려고 한다면 애당초 형사입법의 경우 큰 어려움에 봉착하게 될 것이다. 우선 Roxin은 Amelung의 입장에 대해 두가지 의문점을 제기하고 있다. “첫째, 일정한 價値의 보장은, 그 가치의 무시가 어느 누구의 권리도 침해하지 않는 경우라 할지라도, 社會全體體系의 機能化에 매우 유용할 수 있다. 따라서 이러한 체계이론적 사회고찰방식으로 可罰性을 제한할 수 있을런지 의문이다. 둘째, 社會體系의 存立條件을 형사입법의 規準으로 삼는다면, 법익론의 자유주의적 경향과 개인의 자유를 출발점으로 삼는 시각은 포기되어야 할 것이다. 왜냐하면 無能力者, 精神異常者, 못마땅한 자들의 살해나 권리박탈도 역사적인 경험(NZ시대)이 말해주듯 철저히 체계기능적일 수 있기 때문이다.”⁴⁵⁾ 또한 어떤 사회현상이 기능적이라고 말할 때 이는 암암리에 동질적인 사회체계, 즉 상이한 집단들의 利害의 일치를 전제로 한다. 사회존립의 위태화라는 기준들을 가지고 사회유해성을 규정하는 것은 사회의 동일성의 기준들을 제시해줄 수 있을 때에만 내용이 공허하지 않다. 그러나 여기에는 恣意가 개입되지 않을 수 없다. 그러므로 체계이론적 사회고찰은 당벌적 행위와 비당벌적 행위의 한계를 설정하기에 적합하지 않다는 비판이 가해진다.⁴⁶⁾

이러한 비판에 대해 Amelung은 “독일연방공화국에서 형사입법이 행해진다면, 그 존립이 문제되는 체계란 연방체계이며, 그러므로 이 연방사회체계를 위태화하는 것이 형벌로 위하될 수 있다.”고 답변하고 있다. 체계이론은 기술적·분석적인 것이다. 그런데 Amelung은 이 체계이론적 착안점을 형벌규범의 정당성을 검토하는 데 사용하려고 하기 때문에, Amelung은 存在와 當爲 사이에 다리를 놓아야만 하였다.⁴⁷⁾ 이런 이유로 Amelung은 체계이론적인 서술을 하면서도 機能主義 社會學에서가 아니라, 법체계에서 취한 두 가지 규범적 전제를 앞세우고 있다. 첫째, 헌법질서 내에서의 민주공화국 사회체계의 유지에 기여할 수 있는 犯罪構成要件들만이 정당하다. 둘째, 이러한 사회체계의

43) Ebenda, S.361.

44) Stratenwerth, Strafrecht, AT I, S.36(Rdnr.58).

45) Roxin, Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit AE. in : JA 1980, S.546.

46) Neumann/Schroth, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, Darmstadt 1980, S.111f.

47) Ebenda, S.113.

구조는 憲法을 통해서만 정당화된다.⁴⁸⁾ 그러나 이러한 전제들을 내세움으로 인해 Amelung은 체계의 정당성이 그것의 기저체계(Subsystem) 중 하나인 헌법으로부터 나와야 한다는 궁색함을 보여주고 있다. 또한 어떤 규범이 언제 체계보존에 기여하는지, 그 규범이 바로 형법으로 보호되어야 하는 건지 여부가 불투명하게 남겨져 있다.⁴⁹⁾ 더욱이 “연방공화국 사회구조가 헌법을 통해 정당화된다.”는 Amelung의 착상을 끝이곧대로 받아들인다고 하더라도, Amelung처럼 굳이 체계이론을 원용해야 할 필요가 있을까하는 의문이 생긴다. 말하자면 헌법적으로 근거 지워진 규범 내지 보호법익이 형벌에 의하지 않고서는 실제로 보호될 수 없다면, 그것들의 침해를 형벌로 처벌하면 될 것이 때문이다.⁵⁰⁾

비단 이것뿐만 아니라 Amelung의 착상에는 아직도 석연치 않는 구석들이 산재해 있다. 왜냐하면 그는 헌법으로부터 자유주의적 제한을 시도하고자 했지만, 그의 체계이론적 착안점은 여전히 개인이 아니라 사회체계를 사회유해성의 준거점으로 삼고 있기 때문이다. 이점은 “개인적 침해의 사회유해성은 개인의 입장이 아니라, 사회의 입장에서 파악된다.”, “개인적은 그 자체 때문에 보호되는 것이 아니라, 사회를 위하여 보호되어야 한다.”, “개인적의 안전은 사회체계의 유일한 존속문제가 아니다.”⁵¹⁾ 등의 대목에서 엿볼 수 있다. 이러한 대목들은 개인적이란 상호작용체계의 유지를 위해 필요한 한도 내에서만 보호됨을 의미한다.⁵²⁾ 이처럼 “개인적 없이는 상호작용체계가 존재할 수 없기 때문에, 개인적의 침해는 사회유해적이다.”⁵³⁾ 라는 논거는 개인적의 고유가치를 표방하는 자유주의의 헌법으로서는 받아들이기 어렵다.⁵⁴⁾

국가가 인간의 존엄과 자유를 위해 존재하며, 개인적은 그 자신의 존재의의를 스스로 갖고 있는 것이지 결코 전체사회체계의 일부분으로서 보호되는 것이 아니라는 최상위의 헌법원칙과 Amelung이 주장하는 사회보호원칙의 충돌을 어떻게 해결할 수 있을 것인가? Amelung은 이러한 헌법원칙 자체가 초기자유주의적 관점 외에 아무 것도 아니라는 입장에서 인간존엄의 불가침성과 개인적의 고유가치성을 단지 국가권력의 제약과 사회유해성론의 제한을 위한 척도로 작용케 함으로써 만족하고자 한다.⁵⁵⁾ 그러나 사회적 법치국가에서 인간의 존엄성개념은 초기자유주의적 개인주의가 생각했던 것처럼 단순히 그와 같은 소극적 방어기능에 국한되지 않는다. 오히려 그것은 개인과 사회의 자

48) Amelung. a.a.O., S.363 Fn.67.

49) Hassemer, ZStW 87(1975), S.161.

50) Neumann/Schroth, a.a.O., S.113f.

51) Amelung, a.a.O., S.388f.

52) Neumann/Schroth, a.a.O., S.112.

53) Amelung, a.a.O., S.388.

54) Hassemer, a.a.O., S.162 ; Neumann/Schroth, a.a.O., S.113.

55) Amelung, a.a.O., S.314f., 390.

기발전조건을 동시에 조장하고 보호해 주어야 할 적극적 내용에까지 이르고 있다.⁵⁶⁾ 따라서 법과 국가는 인간의 존엄을 실현하기 위해 제1차적으로 인간의 共存條件을 창설하고 보존해 주지 않으면 안된다. 그러나 인간존엄의 실현은 일면 그 보호를 위해 형법에 대해 범죄투쟁에 나설 것을 요구하지만, 타면 그 존중을 위해 국가적 제재작용의 제한을 요구한다. 따라서 만약 인간존엄의 의미가 Amelung이 주장하듯 단지 사회유해성사상의 자유주의적 한계를 위한 역할만 담당한다면, 형법에서 그의 보장요구는 부당하게 제약되는 결과가 될 것이다. 인간존엄의 보장규범의 의미와 기능을 것처럼 내용적으로 단순화한 것은 Amelung 자신이 인간의 공동생활의 조건을 단지 '사회체계의 유지'에서 이끌어 내려고 했지, 그 이전에 '개인적 자기발전의 가능성의 전제조건'에서 이끌어 낸 것이 아니기 때문에 불가피했던 것으로 보인다. 이렇게 된다면 사회체계의 기능은 논리적으로 '개인이 자기 자신의 존재의 때문에 보호되는 것이 아니라, 단지 사회를 위하여 보호된다'는 결론에 이르게 된다.⁵⁷⁾ 이러한 결론은 법익보호사상이 내포하고 있는 자유주의적 내용과 상반되는 것이다. 때문에 Amelung은 그의 기본입장인 사회보호를 자유주의적인 측면에서 소극적으로 파악한 인격존중의 원칙을 통해 제한하고자 했던 것으로 보인다. 그러나 이러한 제한은 그의 원래의 착상과 어울리지 않는다.

또한 Amelung은 社會有害性思想의 이론학적인 한계도 지적하고 있다. 그는 범죄를 사회체계의 교란으로 보고 있는바, 이러한 견해는 범죄의 위해작용의 객체를 어떤 가치판단으로부터 직접 발전시킬 수 없다. 가치판단이란 평가주체가 있어야 하기 때문이다. 법익론은 바로 이러한 입법자의 가치판단을 문제로 삼고 있다. 이것은 법익보호사상이 갖고 있는 특수한 장점이다.⁵⁸⁾ Amelung은 법익론의 이런 장점을 인정하여 법익을 규정할 때 '평가의 토대로서 社會秩序의 機能條件들'을 고려한다면, 양착안점을 접맥할 수 있다고 본다.⁵⁹⁾ 이처럼 법익론을 일반적으로 배척해 버리고 법익의 매개없이 범죄를 사회유해성을 통해 규정하려는 Amelung의 방식은 많은 비판을 받고 있다. Amelung 자신도 사회유해성사상을 전개하면서도 결국 그의 체계이론적인 약점을 法益思想을 통해 보완하고자 하였다.

3) 논의상황에 대한 조감

지금까지 법익론을 둘러싸고 진행되었던 논의들을 개략적으로 점검해보면, 가장 대표

56) Il-Su Kim, Die Bedeutung der Menschenwürde im Strafrecht, 1983, S.253.

57) Amelung, a.a.O., S.389f.

58) Calliess, Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1974, S.139.

59) Amelung, a.a.O., S.393ff.

적인 학자로는 Marx, Amelung, Hassemer를 손꼽을 수 있으며,⁶⁰⁾ 그들은 각자 상이하고 독자적인 이론을 구성하고 있다. 여태까지의 법익개념을 둘러싼 논의상황도 이들의 연구논문에서 어느 정도 집약되어 있다고 보여 진다. 이들 이후의 연구 또한 다소 차이가 있을지 모르지만 이러한 관점에서 크게 벗어나지 못하고 있는 것으로 보인다.⁶¹⁾ 종래의 법익론의 주류는 헌법, 특히 헌법의 인간상과 기본권을 토대로 하여 이론을 구성하고 있다.⁶²⁾ 이러한 방향의 대표적인 견해로는 Marx의 법익론을 들 수 있다. 그 이론적 토대는 특히 Kant의 人間尊嚴思想, 인간본질에 관한 Arth. Kaufmann의 存在論 등이다. 그에 따르면, 인간이란 자유로운 자기실현을 목표로 하는 존재이며, 국가와 사회는 이러한 人間性向(Anlage)의 실현조건이다. 또한 憲法이 이러한 실현조건의 實定的·法的 實證이라고 한다.⁶³⁾ 반면에 Hassemer와 Amelung은 '社會'에 유해한 행위를 결정하자면 먼저 사회현실에 대한 탐구가 선행되어야 한다고 보고, 이를 究明하기 위해 사회과학을 도입하고 있다. Hassemer는 Marx처럼 오직 규범적 원칙으로부터만 법익론을 구성하는 것은 포괄적인 법익론이 될 수 없다고 진단하고, 규범적 원칙을 전제로 社會現實도 함께 고려하고 있다. 이를 위해 법률해석학, 범죄사회학, 심층심리학을 원용하고 있다. 그 결과 법익론의 구조는 '法益思想'과 '법익에 중요한 社會因子들'(頻度, 必要程度, 威脅感, 사회의 규범적 의사소통)의 결합형식을 취하고 있다.⁶⁴⁾ 이처럼 Hassemer는 법익론의 問題地平을 規範的-法律的 範疇에서 社會現實로 확장시킴으로써 독자적인 이론체계를 구축하고 있다. 이와 달리 법익개념과 사회유해성개념의 상관관계를 부정하는 견해도 있다. 특히 Amelung이 대표적인 경우이다. Amelung은 법익보호론이 계몽주의자들에 의해 발전된 사상, 즉 '형법은 인간의 공동생활의 조건들을 보장해 주어야 한다'는 사상과 동일한 내용을 담고 있는지에 의문을 품고 있다.⁶⁵⁾ Amelung은 그 점을 부인하고 있다. 법익보호론은 이러한 공존조건들에 관한 문제를 제기하고 있지 않다는 것이다. 그렇게 보았기 때문에 Amelung은 많은 학자들의 이론구성과는 달리 법익개념을 매개시키지 않고 직접 사회유해성의 내용을 究明하고자 한다. 그 방법론으로는 Parsons와 Luhmann의 체계이론을 원용하고 있다. Amelung처럼 형법학의 문제를 사회학적인 체계이론의 범주 안으로 옮겨 놓으려는 시도는 도그마틱한 사회과학과 경험적인 사회과학 사이에 접맥

60) Voß. Symbolische Gesetzgebung. S.141 Fn.9.

61) 이에 관해서 자세하게는 金昌君, 「非犯罪化政策의 理論的 研究」, 고대박사학위논문 1992.6. 75면 이하.

62) Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens. S.125.

63) Marx. a.a.O., S.25ff.

64) Hassemer, a.a.O., S.192f.

65) Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. S.1.

가능성을 타진하고 있는 매우 독창적인 이론구성으로 평가받고 있다.

2. 社會倫理概念

사회윤리를 원용하여 실질적인 범죄를 정의내리고 있는 대표적인 견해로는 Welzel을 손꼽을 수 있다. 먼저 Welzel의 이론구성을 잘 드러내 주고 있고, 동시에 그 비판의 단서를 제공해 줄 수 있는 문헌적인 표현을 살펴보기로 한다. Welzel에 따르면 형법의 임무는 基礎的인 社會倫理的 心情(行爲)價値들의 보호이며, 개개 法益의 保護는 이 속에서 비로소 이루어진다고 한다. 형법의 명령·금지 이면에는 기초적인 社會倫理的 義務들이 있으며, 이 의무들의 효력은 그 침해가 형벌로 위하됨으로써 보장된다는 것이다. 그렇게 본다면, 犯罪란 '社會倫理的인 義務(行爲價値)들의 違反'이다.⁶⁶⁾ 이처럼 Welzel은 형법의 목표로서의 법익보호를 심정가치의 보호라는 다른 목표와 결합시키고 있다. 그렇다면 Welzel이 어떤 방법으로 법익보호와 행위가치보호를 서열지우고 있는가를 주목할 필요가 있다. "단순한 法益保護는 오직 消極的·豫防警察的 目標設定만을 갖는다. 그러나 형법의 가장 심원한 임무는 積極的·社會倫理的 性格을 갖고 있다. 즉 형법은 法的 心情의 基本價値들이 現實的 實行에 의해 몰락하는 것을 저지하고 처벌함으로써, 이들 적극적 행위가치들의 불가침적 실효성을 천명하며, 시민의 사회윤리적인 판단을 형성하며, 그들의 法에 忠實한 心情이 항상 유지될 수 있도록 강화해 준다."⁶⁷⁾ 이러한 Welzel의 文言的인 表現을 보면, 법익보호와 행위가치의 보호가 '단순히 양적으로 어느 것을 더 많이 보호하고 어느 것을 덜 보호하는 것'이 아니라, 법익보호와 행위가치보호 사이에 어떤 機能이 정립되어 있음을 짐작할 수 있다. 즉 기초적·사회윤리적인 행위가치를 보호하지 않고서는 실제로 법익보호가 지속적이고 철저하게 이루어질 수 없는 것이다.⁶⁸⁾ 때문에 Welzel에 따르면, 법익보호모형은 형법이 사실상 사회적으로 실효성을 갖게 되는 조건들을 놓치고 있다고 본다. 따라서 형사사법의 임무를 법익보호원칙에 한정시키는 것은 그의 눈에는 문제축소로 비쳤다.⁶⁹⁾ 이러한 Welzel의 논리처럼 형법이 사회윤리적인 심정가치를 보호해야할 임무를 진다면, 이러한 가치의 보호는 형법의 첫번째 임무가 되어야 한다. 다시 말하면 법익보호가 사회윤리적인 행위가치를 보호하지 않고서는 이루어질 수 없다면, 형법의 첫번째 임무는 사실상 사회윤리적인 행위가치의 보호가 될 것이다.

66) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11.Aufl., S.4ff. ; 金昌君, "社會倫理的인 刑法理論," 법과정책 제 6호(2000), 제주대법과정책연구소, 195면 이하.

67) Ebenda, S.3.

68) Ebenda, S.4.

69) Hassemer, a.a.O., S.88.

이처럼 法益保護와 心情價値保護의 機能化를 구상하고 있는 Welzel의 이론은 상당한 문제점을 안고 있다. 첫째, 心情價値概念이 법익개념보다 더 명확하게 그 내용을 언명해줄 수 있는가 하는 점이다. '法益'이 무엇인지는 비교적 명확하다. 비록 법익론이 전체법익들을 그것들을 體系化하는 上位概念하에 질서지우기는 어렵다고 하지만, 형법적인 보호법익을 열거하는 것은 한계문제를 빼놓는다면 큰 어려움이 없다. 그러나 心情價値들이 무엇인지는 상당히 불명확하다. Welzel도 어떠한 가치가 행위가치에 속하는지를 자세히 말하고 있지 않다. 다만 체계적인 관련 없이 몇가지 예들만을 제시하고 있을 뿐이다. 예컨대 지금까지 행위가치의 서술은 추상적·일반적인 수준(忠實, 順從, 正直) 혹은 이미 알려진 법익규정의 단순한 人的 反映(個人生活의 尊重, 형법적으로 규정된 이웃부조의 의무에 대한 준수, 타인의 住居權에 대한 존중 등등)에 머물러 있는 것처럼 보인다. 그러나 法益保護와 心情價値保護의 機能化가 이론학적이고 형사정책적으로 쓸모가 있으려면, 심정가치의 내용이 명확하고 구체적으로 서술되어야 할 뿐만 아니라 내용서술도 법익개념으로부터 나온 정보 이상의 것을 매개해 주어야 한다.⁷⁰⁾ 심정가치개념은 그렇지 못하다.

둘째, 心情價値들의 보호가 형법의 제일차적인 임무가 될 수 있는가 하는 점도 문제이다. 먼저 Welzel은 형법에 사회윤리적인 심정가치들을 보호할 임무를 부여함으로써, 형법에 사회적인 교육기능을 인정하고 있다.⁷¹⁾ 이처럼 형법이 사회적인 교육의 임무를 직접적인 목표로 가져야 한다면,⁷²⁾ 형법은 소극적·예방경찰적인 성격이 아니라, 적극적·경찰국가적인 성격을 갖게되어 결국 心情刑法으로 나아갈 우려가 있다.⁷³⁾ 더욱이 법익론은 두가지 점을 제시해주고 있다. 첫째, 법익론은 역사적으로 볼때 Welzel의 이론과는 정반대 방향에서 기초지워져 있다. 즉 체계비판적인 착상은 오늘날까지도 형법에 사회적인 교육기능을 수용하는 방향이 아니라, 형법행위를 제한하는 방향에 그것의 가장 중요한 목표를 두고 있다. 둘째, 법익보호의 체계비판적인 원칙은 형법행위를 근거지울 뿐만 아니라 제한할 수 있었다. 형벌은 법익보호에 봉사함으로써 정당화된다. 따라서 법익보호의 영역을 넘어서버리면, 형벌은 정당화될 수 없다. Welzel의 경우 형법의 임무를 法益保護로 근거지우는 기능은 여전히 존재한다. Welzel은 형법의 임무를 기초적인 사회윤리적 행위가치의 보호를 통한 법익보호에서 보기 때문이다.⁷⁴⁾ 그러나 그 제한기능은 더 이상 법익원칙에 그 기초를 두고 있는 것이 아니라, 法治國家原則, 行爲刑法의 原則, 마

70) Ebenda, S.92f.

71) Ebenda, S.97 Fn.220.

72) Welzel, a.a.O., S.3.

73) Mylonopoulos, a.a.O., S.83.

74) Welzel, a.a.O., S.5.

그나 카르타思想에 기초하고 있다. 그렇게 보면 Welzel의 이론에서 법익보호원칙은 그 제한기능을 수행하지 못한다.⁷⁵⁾ 이상에서 Welzel 이론의 체계적인 약점이 드러났다.

또한 형법이 윤리적인 가치와 관련을 맺고 있다고 할지라도, 윤리적인 원칙에 반하는 것 모두가 처벌될 수는 없다.⁷⁶⁾ 價値多元的인 社會에서는 윤리적인 가치관을 보호하는 것이 형법의 임무가 될 수는 없다.⁷⁷⁾ 이처럼 사회윤리의 원용은 입법자에게 보호의 필요성과 사회의 가치관들에 대한 중요한 준거점을 제시해 주기는 하지만,⁷⁸⁾ 그것을 넘어서서 입법정책의 기준으로 사용하기는 어렵다.⁷⁹⁾

III. 결 론

위에서 살펴보았듯이 범죄개념을 둘러싼 논의는 결국 법익개념의 구성문제로 수렴되고 있음을 알 수 있다. 법익론은 법익개념의 구성문제를 놓고 다양한 견해를 제시해 왔다. 이 와중에서 법익론의 결함을 지적하고, 법익개념을 일반적으로 배제한 채 법익의 매개 없이 사회유해성을 통해 직접 범죄를 규정하려는 착상도 있었지만, 그러한 시도는 별다른 소득을 주지 못했다.⁸⁰⁾ 법익개념 대신에 사회유해성개념으로부터 직접 논의를 전개해나가고자 했던 Amelung도 결국은 그의 체계이론적인 약점을 법익론을 통해 보완하고자 했다는 점이 이를 반증한다.⁸¹⁾ 또한 Welzel도 법익보호를 부인하고 있는 것이 아니라, 실효성있는 法益保護을 위한 社會的인 條件인 社會倫理的인 心情價値의 保護에 치중하고 있다. 이러한 관점을 견지한다하더라도 법익개념은 어디까지나 正當性의 關門(Nadelöhr)이며, 이것을 통해서 형법은 행위(심정)가치를 획득해야 한다. 그러므로 형법규범은 비록 행위(심정)가치에 정향되어 있다할지라도, 법익보호를 주장할 수 없다면 승인받을 수 없는 것이다.⁸²⁾ 따라서 어떠한 경우에도 法益은 犯罪化를 위해 반드시 갖추어야 하는 최소조건이다.

75) Hassemer, a.a.O., S.96f.

76) Roos, a.a.O., S.287.

77) Sonnen, a.a.O., S.27.

78) Roos, a.a.O., S.294.

79) Vogler, Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung, S.138.

80) Jakobs, Strafrecht AT, 2.Abschn Rdnr.24(S.45).

81) Amelung, a.a.O., S.393ff.

82) Hassemer, AK, Vor §1 Rdnr.252.