

## 社會倫理的인 刑法理論

金 昌 君\*

### 目 次

I. 문제의 제기	III. 一般豫防理論
II. Welzel의 이론	1. 消極的인 一般豫防理論
1. 주요내용의 조감	2. 積極的인 一般豫防理論
2. 비판에 대한 점검	3. Jakobs의 이론
3. 이론구성의 재해석	IV. 결 어

### I. 문제의 제기

형법은 當罰的인 行動을 요건으로 국가적인 제재를 부과하는 법규범의 총체이다. 형법은 물론 사회통제를 수행하지만, 사회통제의 전체체계 중 일부분에 지나지 않는다. 형법 이외에도 사회통제에 이바지하는 제재규범들이 많다. 먼저 사회윤리의 규칙이라든가 사회내부의 각종 제재들에 의해 사회에서 인간의 공동생활의 질서는 잡힌다. 가령 가정, 학교, 교회, 회사, 각종 단체 등 공적이거나 사적인 제도들이 사회통제를 수행한다. 이처럼 刑事制裁는 어느 정도까지는 다양한 사회적인 제재들로 대체될 수 있으므로, 형사사법기관은 안전과 질서를 위태화할 우려가 없다면, 그 수단의 투입을 자제하지 않으면 안된다. 그렇다면 문제는 사회통제의 전체체계가 어떠한 기능적인 연관을 맺고 있느냐하는 점이다.

형법의 임무는 범죄통제이다. 형법은 可罰的인 行爲들을 방지하고자 한다. 형법이 없이는 국가는 존립할 수 없다. 인간은 그 속성상 혼자 살 수 없으며 타인과 더불어 옹기종기 살아갈 수밖에 없다. 이로써 국가는 사람들이 공동체내에서 공동생활을 영위할 수 있도록 보호해 주어야 하며, 이러한 기초적인 임무가 충족되어야 평화와 안전속에서 인간다운 삶이 보장받는다. 그 때문에 인류는 오래전부터 형벌의 필요성을 경험으로 알았고, 모든 문명국가는 범죄의 처벌을 자명한 임무로 받아들였다. 그렇다고 해서 국가의 형벌권은 공동체내

\* 제주대학교 법정대학 법학부 조교수

에서 인간의 공동생활을 보호하기 위하여 자의적인 방식으로 그리고 자의적인 범위에서 투입될 수는 없다. 형법은 世間的 혼돈을 수습하고 자유의 적절한 제한을 통해 인간의 放縱을 방지해야 하지만, 형법도 自由民主主義 기본질서의 표현이므로 사회를 보호하는데 불가피한 경우에만 투입될 수 있다. 이러한 맥락에서 형벌규범은 최후의 수단(ultima ratio)으로 표현되고 있다.<sup>1)</sup> 그러나 이러한 언명만으로는 아직 어떠한 행위가 국가형벌권의 대상이 될 수 있는지에 관하여는 알 수 없다. 문제는 가벌적인 행위의 내용적인 속성을 규명하는 일이다.

형사입법의 정당한 대상이 될 수 있는 가벌적인 행위의 내용적인 속성을 판단해줄 수 있는 當罰的인 不法의 기준을 학문적으로 규명하려는 시도들은 오늘날까지도 행해지고 있다.<sup>2)</sup> 이 문제는 특히 犯罪의 本質과 관련하여 논의되어 왔다. 먼저 형식적인 범죄개념은 實定刑法秩序를 대변하기 때문에,<sup>3)</sup> 법질서가 형벌로 위하고 있는 행위양태들을 범죄로 정의내린다. 이러한 범죄개념의 관점에서 본다면, 일정한 행위양태들은 그것들이 범죄이기 때문에 처벌받는 것이 아니라 거꾸로 처벌받기 때문에 범죄인 것이다. 때문에 形式的인 犯罪概念은 형사입법의 준거점으로는 별로 쓸모가 없다.<sup>4)</sup> 형식적인 범죄개념이 어디까지나 실질형법의 테두리내에서 가벌적인 행위를 제시해주는데 그치는 반면에, 실질적인 범죄개념은 실질형법의 배후에 놓여있는 가벌적인 행위의 내용적인 기준을 탐문한다. 따라서 실질적인 범죄개념은 형법전에 前置되어 있으며 입법자에게 처벌 여부에 대한 형사정책적인 기준을 제공해주고자 한다.<sup>5)</sup> 때문에 實質的인 犯罪概念이 형사입법의 준거점이 될 수 있으며, 그 때문에 “중요한 형사정책적인 수단”<sup>6)</sup>으로서의 기능도 갖고 있다. 그러므로 실질적인 범죄개념은 형법개정의 척도가 된다. 일정한 행위유형을 범죄로 자격지우는 표지를 담고 있는 실질적인 범죄개념을 구명할 수만 있다면, 가벌성의 한계문제는 한결 쉽게 대답할 수 있을 것이다. 그러므로 실질적인 범죄개념이 ‘典範으로서의 機能’(Leitbildfunktion)을 수행하기 위해서는 먼저 憲法秩序에 합당한 실질적인 범죄개념을 형상화해야 한다. 실질적인 범죄개념을 미리 구상하지 않는다면 罪刑法規들의 제정을 위한 판단척도가 없기 때문에 형법개정을 둘러싼 학문적인 논의는 이루어질 수 없을 것이다.<sup>7)</sup> 그러나 실질적 범죄개념은 명확히 확정되지 못한 채, 이점을 놓고 견해가 대립되고 있다. 그렇기는 하지만 실질

1) Jescheck, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10.Aufl., Erster Band(Einleitung, §§1 bis 31), Berlin · New York 1985, Einleitung, Rdnr.1ff. : ders., Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5.Aufl., Berlin 1996, 2f.

2) Kaiser, Kriminalisierung und Entkriminalisierung in Strafrecht und Kriminalpolitik, in : Festschrift für Klug, Köln 1983, S.587.

3) Zipf, Kriminalpolitik, Ein Lehrbuch, 2.Aufl., Heidelberg u.a 1980, S.106.

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

5) Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, München 1992, §2 I, Rdnr.1.

6) Maurach/Zipf, AT I, 7.Aufl., 1987, § 13 II Rdnr.7.

7) Zipf, a.a.O., S.111.

적인 범죄개념은 대체로 형법의 임무와 관련지어 규명하려고 하고 있다. 형법의 임무도 다양한 측면에서 연구가 진행되고 있지만, 다수설은 형법의 임무를 법익의 보호로 보고 있다. 법익보호를 형법의 우선적인 임무로 강조하는 것은 자유주의 국가관의 특징이다. 그 배후에는 인간행위의 內面性은 형법으로 판단할 수 없고, 양심의 법정에서만 가려질 수 있다는 확신이 깔려있다.<sup>8)</sup> 사회윤리적인 형법이론은 바로 이러한 다수견해와 상당히 거리를 두고 있다. 특히 Welzel은 형법의 임무를 사회윤리적인 심정가치의 보호로 보고 있다. 이러한 상대 견해는 피상적으로 보면 법익보호와 행위가치보호 사이에 양자택일 내지는 단순한 양적인 보호의 많고 적음을 주장하고 있는 것처럼 비치지만, 실상은 양자 사이에 일정한 機能의 정립을 의도하고 있다. 이러한 측면은 지금까지 바로 평가받지 못하였다. 때문에 본 논문에서는 사회윤리적인 형법이론의 대표자적인 Welzel의 이론구성을 집중적으로 분석하고, 그 연장선상에 놓여있다고 판단되는 Jakobs의 이론구성도 함께 조감함으로써 가려져 있었던 부분을 부각시키고자 한다.

## II. Welzel의 이론

### 1. 주요내용의 조감

사회윤리를 원용하여 실질적인 범죄를 정의내리고 있는 대표적인 견해로는 단연 Welzel을 들 수 있다. 이제 Welzel의 이론구성을 잘 드러내 주고 있고, 동시에 비판의 빌미를 제공해 주고 있는 문헌상의 표현부터 추적하기로 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.<sup>9)</sup> 형법의 명령과 금지 이면에는 기초적인 社會倫理的 義務들이 있으며, 이러한 의무들의 효력을 보장하려면 그 침해가 형벌로 위하되어야 한다는 것이다. 그렇게 본다면, '社會倫理的인 義務(行爲價値)들의 違反'이 범죄로 규정된다.<sup>10)</sup> 이처럼 Welzel은 법익의 보호를 심정가치의 보호와 연계시키고 있다.

그렇다면 법익 보호와 행위가치 보호가 어떠한 방식으로 서로 序列지워져 있는가를 규명하여야 할 것이다. Welzel은 다음과 같이 표현하고 있다. "단순한 법익보호는 오로지 소극적·예방경찰적 목표만을 설정하고 있을 뿐이다. 그러나 형법의 가장 근원적인 임무는 적극적·사회윤리적 성격을 갖고 있다. 즉 형법은 법적 심정의 기본가치들이 현실적 실행에 의해 몰락하는 것을 저지하고 처벌함으로써, 이들 적극적 행위가치들의 불가침적 실효

8) Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts. S.8.

9) Welzel, Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung. 11.Aufl., Berlin 1969. S.4.

10) Ebenda. S.5f.

성을 천명하며, 시민의 사회윤리적인 판단을 형성하며, 그들의 법에 충실한 심정이 항상 유지될 수 있도록 강화해 준다.”<sup>11)</sup> 이러한 문헌상의 표현을 보면, Welzel의 이론에서는 법익 보호와 행위가치 보호가 ‘단순히 양적으로 어느 편을 더 많이 보호하고 어느 편을 덜 보호하는 것’이 아니라, 법익 보호와 행위가치 보호 사이에는 어떠한 機能이 정립되어 있음을 감지할 수 있다. 그 기능은 형법이 사회적으로 작용할 수 있는 현실적인 전제의 문제로 돌아간다. 즉 기초적·사회윤리적인 행위가치를 보호하지 않고서는 실제로 법익보호가 지속적으로 철저하게 이루어질 수 없는 것이다. 법익보호는 오직 法益保護思想에 의해서라기보다 형법의 포괄적인 사회윤리적인 기능에 의해 더 심도있고 더 강력하게 보장된다.<sup>12)</sup> 그렇게 본다면 법익보호모형은 형법이 사실상 사회적으로 실효성을 갖게 되는 조건들을 놓치고 있는 셈이다. 따라서 Welzel의 눈에는 형사사법의 임무를 법익보호원칙에 한정시키는 것이 문제축소로 비쳤을 것이다.<sup>13)</sup> 이러한 이유로 Welzel은 형사정책적인 관점에서 형법에 법익보호의 사회적인 조건인 사회윤리적인 심정가치의 보호를 부과하고자 하였다.<sup>14)</sup> 여기서 사회윤리적인 심정가치 보호와 법익 보호와의 관계를 설정해보면, 행위가치 내지 심정가치의 보호는 형법적인 법익보호의 필요조건이다. Welzel처럼 형법이 사회윤리적인 심정가치를 보호해야 할 임무를 진다면, 논리필연적으로 이러한 가치의 보호가 형법의 첫번째 임무로 귀착되어야 할 것이다. 부연하면 사회윤리적인 행위가치를 보호하지 않고서는 법익을 보호할 수 없다면, 형법의 첫번째 임무는 사실상 사회윤리적인 행위가치의 보호가 될 것이기 때문이다.<sup>15)</sup>

특히 이러한 Welzel의 이론적인 배경은 ‘社會有益性과 社會有害性’을 기준으로 법과 불법을 규정할 때 순수한 법익보호원칙이 결과의 측면만을 지나치게 강조할 소지가 있음을 우려하였으며, 결국 刑法의 功利主義化를 경계하고자 한 것이다. 따라서 Welzel은 ‘사회유해성의 정도에 대한 공리주의적인 계산’만하고 이로써 교량도그마에서 계산되지 않는 기초적인 가치들을 기능화하고 있는 법익보호원칙에 반대한 것이다.<sup>16)</sup> 人間の 尊嚴性, 生命의 尊重, 寬容原則 등은 손익계산을 통해 포기할 수 있는 성질의 가치들이 아니다.<sup>17)</sup> 그 한에서 형법은 사회윤리적인 심정가치를 보호해야 한다는 Welzel의 주장은 정당하다. 이러한 적극적인 측면은 제대로 평가받지 못한 부분이다.

11) Ebenda, S.3.

12) Ebenda, S.4.

13) Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, Frankfurt am Main 1973, a.a.O., S.88.

14) Ebenda, S.97 Anm.220.

15) Ebenda, S.92.

16) Welzel, a.a.O., S.3f.

17) Hassemer, Alternative Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1 (§§1-21), Neuwied 1990, Vor §1 Rdnr.250.

## 2. 비판에 대한 점검

### 1) 형법의 倫理化

먼저 Welzel은 형법의 고유한 임무를 더 이상 법익보호가 아니라, 행위가치의 보호에 두고 있으며, 이러한 이론구성은 다름아닌 刑法을 倫理化시킨다는 비판이 가해지고 있다.<sup>18)</sup> 일견 나올 수 있는 비판이다. 실제로 Welzel의 이론구성이 형법의 기능을 사회적인 교육에 치중시키고 법익보호를 논외로 치고 있다면, 이러한 비판은 합당할 것이다. 그러나 이 부분은 좀더 자세한 분석이 필요하다.

社會的인 教育機能과 法益保護機能 양목표는 똑같은 자격과 강도로 추구될 수 없으며, 부분적으로는 이율배반적이다. 왜냐하면, Welzel이 예로 들고 있는 信義, 順從, 人格의 尊重 등<sup>19)</sup>과 같은 행위가치들을 형법이 우선적으로 보호해야할 의무를 지고 있다면, 형법은 법익의 객관적 침해(外部世界的 變化)에 대해서만 반응할 수 없기 때문이다. 그러나 행위가치의 실효성 있는 보호는 행위형법과는 전혀 다른 사회적인 교육프로그램을 전제로 한다. 즉 行爲反價値는 객체침해로서 외부에 표출되었을 때 비로소 형법적인 의미를 갖게 되는 것은 아니다. 행위가치의 보호는 그 형성시에 이루어져야 하는 것이지, 그 표명시에는 이미 늦어버리기 때문이다. 그렇게 보면 형법은 법에 충실한 시민을 교육해야 하며, 단지 犯法者를 처벌하는 데 그칠 수는 없을 것이다. 또한 Welzel의 문헌상의 표현으로부터, 법익보호와 행위가치보호 사이의 서열을 짐작할 수 있다. 즉 심정가치의 보호가 형법의 가장 중요한 임무이다. 그러나 형법의 임무에 관한 Welzel의 이론은 법익보호가 부차적인 목표로서 형법의 교육 임무의 뒷전으로 물러설 정도로 단순하게 정립되어 있지는 않다.<sup>20)</sup> Welzel 자신은 형법에서는 法的 心情的 基本價値들이 '현실적인 실행에 의해' 몰락하는 데 대한 비난만이 중요하며,<sup>21)</sup> 따라서 형법적인 반작용의 계기와 정당성은 언제나 범행인 것이지, 결코 단순한 심정가치가 아님을 강조하고 있다. 이 점을 보면, Welzel은 刑法의 倫理化를 의도적으로 거부하고 있음을 알 수 있다.<sup>22)</sup> 이처럼 Welzel은 법과 윤리를 구별하고 있고, 당연히 그의 이론구성에서도 이러한 구별을 고수하고 있다.

### 2) 개념의 불명확성

법익보호와 행위가치보호 사이에 기능을 정립하고 있는 Welzel의 이론은 무엇보다도 그

18) Lampe, Das personale Unrecht, Berlin 1967, S.93f.

19) Welzel, a.a.O., S.4.

20) Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, S.89f.

21) Welzel, a.a.O., S.2.

22) Hassemer, a.a.O., S.90.

개념의 불명확성에서 문제점을 안고 있는 것으로 보인다. 이 이론의 주요개념인 心情價値概念이 법익개념보다 더 명확하게 그 내용을 언명해줄 수 있어야 한다. 먼저 '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. Welzel은 어떠한 가치가 행위가치에 속하는지를 자세히 말하고 있지 않다. Welzel은 체계적인 관련 없이 몇 가지 예들만을 들고 있을 뿐이다. 예컨대 지금까지 행위가치는 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)에서 서술되고 있는 것처럼 보인다. 그러나 이러한 정도만으로는 사실상 법익론에 있어서 '법익보호는 행위당사자들이 형법적인 명령이나 금지를 준수할 때에만 효과적으로 관철될 수 있다'고 하는 형식적인 인식 그 이상을 얻을 수 없다. 法益保護와 心情價値保護의 機能化가 이론학적이고 형사정책적으로 쓸모가 있으려면, 심정가치가 내용적으로 서술되어야 할 뿐만 아니라 내용서술도 법익개념으로부터 나온 정보 이상의 것을 매개해 주어야 한다.<sup>23)</sup> 그러나 위에서 보았듯이 심정가치개념은 법익개념만 못한 것처럼 보인다.

### 3) 형법의 제한기능 상실

사회윤리적인 형법이론은 형법의 제일차적인 임무로 사회윤리적인 심정가치의 보호를 내세우고 있다. 그렇다면 이러한 이론구성이 형법의 위상과 부합하는지 여부도 검토해야 할 것이다. 먼저 Welzel은 형법에 사회윤리적인 심정가치들을 보호할 임무를 부여함으로써, 형법에 사회적 교육기능을 인정하고 있다.<sup>24)</sup> 이처럼 형법이 사회적 교육의 임무를 직접적인 목표로 삼아야 한다면,<sup>25)</sup> 형법은 소극적·예방경찰적인 성격이 아니라, 적극적·경찰국가적인 성격을 갖게되어 결국 心情刑法으로 나아갈 우려가 있다.<sup>26)</sup> 이에 대해 Welzel은 "현실적 실행에 의한 법적 행위가치의 몰락만이 형법적인 반작용의 정당한 계기가 될 수 있는 것이며, 이미 行爲反價値 일반의 존재가 형법적인 반작용의 정당한 계기가 될 수는 없다"<sup>27)</sup>고 강조하고 있다. 이러한 표현을 보면 Welzel의 이론은 行爲刑法의 유지를 의도하고 있음을 알 수 있다.

그러나 Welzel의 항변에도 불구하고, 형법은 소극적·예방경찰적인 성격을 갖고 있다. 형법의 이러한 성격에는 무엇보다도 국가의 後見으로부터 시민의 자유영역이 침해되는 것

23) Ebenda. S.92f.

24) Ebenda. S.97 Fn.220.

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

26) Mylonopoulos, Über das Verhältnis von Handlungsunwert und Erfolgsunwert, S.83.

27) Welzel. a.a.O., S.2.

을 방지하려는 근거가 내재되어 있는 것이다. 또한 범죄심리학의 연구에 의하면 Welzel이 社會倫理의 心情價値라고 말하는 것들은 형법과는 무관한 사회적인 인자들에 의해 영향을 받는다. 이러한 인자들이란 예컨대 교육여건, 가정환경, 직업교육, 소년복지정책, 失職, 주거환경, 대중매체의 범죄방영 등등이다. 그렇다면 사회윤리적인 심정가치의 보호는 형법 이외에 여타 범영역과 사회정책이 그 확보의 수단이 될 수 있는 것이다.<sup>28)</sup> 형법은 사회통제의 전체체계내에서 '最後의 手段'으로서의 位相을 가지고 있다. 이러한 자리매김에 따라 형법의 투입은 제한된다. 사회윤리적인 심정가치의 보호는 이러한 제한기능에 부합되지 않는다.<sup>29)</sup> 이처럼 보충성원칙에 따르면 社會倫理的인 心情價値의 保護는 형법의 최우선적인 목표가 될 수 없다. 심정가치 자체는 국가와 일반적으로 아무런 관련이 없기 때문이다. 그 때문에 Arth. Kaufmann은 "자유형은 '法秩序의 守護'를 위하여 집행되어야 한다"고 규정하고 있는 독일형법 제47조 1항과 구형법 제56조 3항을 비판하고 있다. 왜냐하면 이러한 애매한 표현배후에 숨겨져있는 것은 바로 시민의 '法忠實' 혹은 '法的인 心情'과 같은 것이며, 이러한 것을 강화하는 것은 국가형벌의 바람직한 결과이지, 결코 그 근거가 될 수는 없기 때문이다.<sup>30)</sup> 설령 형법이 윤리적인 가치와 관련을 맺고 있다고 할지라도, 윤리적인 원칙에 반하는 것 모두를 처벌할 수는 없다.<sup>31)</sup> 價値多元的인 社會에서는 윤리적인 가치관을 보호하는 것이 형법의 임무가 될 수는 없다.<sup>32)</sup>

더욱이 법익론은 두가지 점을 제시해주고 있다. 첫째, 법익론은 역사적으로 볼때 Welzel의 이론과는 정반대 방향에서 기초지위져 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 법익을 보호함으로써 정당화된다. 따라서 법익보호의 영역을 넘어서 버리면, 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.<sup>33)</sup> 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, 마그나 카르타思想에 기초하고 있다. Welzel의 이론대로 형법이 행위가치의 보호에 치중한다면, 이러한 목적규정으로부터 '행위가치보호의 임무는 현실적 실행에 의한 기본가치의 몰락에서 그 한

28) Hassemer. Theorie und Soziologie des Verbrechens. S.116.

29) Sonnen. Kriminalität und Strafgewalt. Eine integrierte Einführung in Strafrecht und Kriminologie. Stuttgart u.a 1978. S.27.

30) Arth. Kaufmann. Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht. in : Festschrift für Henkel. 1974. S.101f.

31) Roos. Entkriminalisierungstendenzen im Besonderen Teil des Strafrechts. Frankfurt am Main 1981. S.287.

32) Sonnen. a.a.O.. S.27.

33) Welzel. a.a.O.. S.5.

계가 그어져야 한다'는 점을 통찰하기 어렵다. 그렇게 보면 Welzel의 이론에서 법익보호원칙은 그 제한기능을 수행하지 못한다.<sup>34)</sup> 이상에서 Welzel 이론의 체계적인 약점이 드러났다. 이처럼 제한기능을 수행하지 못한다는 체계적인 약점으로부터 Welzel의 사회윤리적인 범죄개념은 형사입법의 기준으로 사용하기 어렵다는 결론이 나온다.

### 3. 이론구성의 재해석

이상에서 살펴보았듯이 Welzel의 이론은 법익보호를 근거지우고 있지만, 그 제한기능을 수행하지 못하는 체계적인 약점을 드러내고 있다. 그 원인은 Welzel의 이론이 형사정책적인 관점에서 실효성있는 法益保護의 社會的인 條件(社會倫理的인 心情價値의 保護)에 치중했다는 데에 있다.<sup>35)</sup> 다시 말하면 Welzel은 완벽한 체계를 구축하려고 한 것이 아니라, 법익보호의 사회적 전제들을 이해하려고 했기 때문이다.<sup>36)</sup> 이러한 이론구성은 지금까지 제대로 평가받지 못한 부분이다. 그러나 1980년대 후반에 이르러 형법에서 적극적 일반예방사상이 각광을 받게 되고, 급기야는 하나의 형벌목적범주를 넘어 형법의 임무로 인식되면서, Welzel의 이론은 再解釋되기 시작했다. 그리하여 Welzel에게 법익보호는 형법이 지향하는 목표이지만, 그 목표도달의 수단 내지 임무는 사회윤리적 행위가치의 보호라는 것이다. 바로 사회윤리적 행위가치의 이 같은 목표관련적 기능은 일찍이 刑法의 道德形成力을 그 이념적 출발점으로 삼는 積極的 一般豫防思想의 다른 표현에 불과하다는 점에 오늘날 대체적인 의견의 일치가 이루어지고 있는 셈이다.<sup>37)</sup>

## Ⅲ. 一般豫防理論

형법의 임무는 공동체내에서 인간의 共同生活을 규율하는 것이다. 형법이 실효성을 갖는다는 것은 질서기능을 제대로 수행함을 의미한다. 달리 말하면 형법이 일반예방적인 기능을 수행한다는 것이다. 이러한 일반예방은 형사입법과 관련하여 형벌위하의 여부와 방법에 관한 물음에서 입법자의 형사정책적인 지도원리로서 작용한다.<sup>38)</sup> 일반예방에는 적극적인 일반예방과 소극적인 일반예방이 있으므로 양측면에서 타당성 검토가 이루어져야 한다.

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

35) Ebenda, S.97.

36) Ebenda, S.92 Fn.209.

37) 金日秀, 韓國刑法 I [總論 上], 개정판(박영사, 1996), 145면 이하.

38) Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in : Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin 1973, S.12 : Vogler, ZStW 90(1978), S.142 : Roos, a.a.O., S.45.

## 1. 消極的인 一般豫防理論

### 1) 주요내용과 규범적인 문제점

소극적인 일반예방이론은 啓蒙主義의 산물이다. 위하이론이 想定하고 있는 人間像은 이성, 냉철한 합리성, 이해타산으로 특징지워진다. 사회계약의 당사자는 社會契約를 위반하면 무슨 일이 일어나는지를 잘 알고 있고 그로 인해 이러한 인식이 없었다면 쉽게 저질렀을 불법을 단념하는 인간유형인 것이다. Feuerbach가 '心理强制說'에서 소극적인 일반예방이론을 처음으로 형상화하였다. 그에 따르면, 형법은 형벌위하를 통하여 '어떤 불법행위에 대해서는 어떻게 처벌하려고 하는지'를 알려주고, 형벌의 집행을 통하여 '형벌위하들을 진지하게 관찰한다'는 것을 분명하게 각인시켜줄 때에만 범죄문제를 해결할 수 있다는 것이다. 이성적이고 계산적인 인간은 이러한 방식으로 강제를 받게 마련이다. 여기서 强制란 범행에 못하도록 손발을 쇠사슬로 묶어놓은 것처럼 신체에 작용하는 것이 아니라, 범죄를 저지르면 처벌될 것이고 하니 범죄는 할게 못된다는 손익계산을 통해 심리에 압박을 가하는 것이다.<sup>39)</sup>

Feuerbach의 심리강제설을 이론적 기초로 삼고 있는 위하이론은 형사입법의 근거로 삼기에는 치명적인 규범적인 문제점을 안고 있다. 心理强制說은 일반인의 違法行爲를 확보하기 위해 범죄인을 본보기대상으로 삼고 있다. 이에 따르면 범죄인은 잘못된 계산에서 범행을 자행한 것이므로 그는 '나쁘다' (schlecht)기 보다는 오히려 '非理性的'이다.<sup>40)</sup> 그렇게 본다면 소극적 일반예방이론이 상정하고 있는 형벌작용은 '人間輕蔑的인 觀念'을 바탕으로 깔고 있다. 형벌위하와 刑罰執行은 社會契約의 당사자들에게 違法行爲를 하라고 압박지르는데 사용할 수 있는 도구들이 아니다. 다시 말하면 啓蒙主義의 政治哲學은 사회계약의 당사자들을 '衝擊'이 아니라, '洞察'이 필요한 이성적인 존재로 상정하고 있다.<sup>41)</sup> 그러나 위하이론은 Kant가 누누히 강조하고 있는 인간학적이고 규범적인 準則들을 무시하고 있다. 즉 위하이론은 Kant와 Hegel 등이 인간경멸적이라고 혹평했던 人間像을 형벌의 인간상으로 전제하고 있다. Feuerbach의 형벌이론은 계몽주의철학이 상정하고 있는 尊嚴한 人間像을 무시하고 人間을 客體로 만들어 버린 것이다.<sup>42)</sup>

특별예방이론은 형벌부과를 行爲者의 利害에서 정당화시킬 수 있다. 그러나 소극적 일반예방이론은 이러한 정당성을 갖추고 있지 않다. 범죄인들은 형벌의 집행으로부터 어떠한 의미도 찾을 수 없다. 그가 유죄판결을 받고 난 연후에 새 사람이 된다면 모르겠지만, 그렇

39) Hassemer. Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2., a jour gebrachte Auflage. München 1990. S.309.

40) Ebenda. S.310.

41) Ebenda. S.315.

42) Ebenda. S.316.

지 않다면 그는 목적을 위한 수단으로 이용되었을 뿐이다. 그렇다면 소극적 일반예방이론은 범죄인의 人格尊嚴을 위협하고 있는 것이다.<sup>43)</sup> 또한 소극적 일반예방이론은 刑執行의 내용구성을 위하여 기여하는 바가 전혀 없다. 일반예방이론에서 受刑期間은 응보형론에서 처럼 다름아닌 害惡이며, 허송세월이다. 그것도 오직 他人을 威嚇하는데 필요한 해악일 뿐이다. 그러므로 위하의 형벌목적은 준법상황을 조성하기 위하여 범죄인들을 희생양으로 삼을 위험이 있다.<sup>44)</sup> 그래서 사회적으로 물의를 일으킬 만한 범죄가 속출하고, 국가의 치안 유지와 범죄대책에 대한 비판적인 여론이 비등하게 되면, 정치현실에서는 과도한 형벌위하를 통해 대처해나가려고 한다.<sup>45)</sup> 이 경우 刑罰의 程度는 위하의 필요성 때문에 대체로 행위자의 불법 및 책임과 상관없이 정해지게 된다.<sup>46)</sup> 현행특별형법들이 바로 이러한 관점에서 양산된 법규들임은 두말한 나위도 없다.<sup>47)</sup> 이처럼 위하이론은 人間像의 歪曲이라는 댓가를 치루고서야만 형벌위하와 형벌집행이 유용한 위하수단이라고 주장할 수 있다.<sup>48)</sup> 또한 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.

## 2) 犯罪化와 刑罰加重化

위에서 살펴보았듯이 威嚇豫防은 經濟的인 人間(homo oeconomicus)을 상정하고 있다. 즉 잠재적인 범죄인은 범행의 利害得失을 저울질하고 그 결과 범행을 단념한다. 왜냐하면 형법 체계가 형벌위하와 형벌집행을 통해 범행은 수지가 맞지 않는 처사임을 규정했기 때문이다.<sup>49)</sup> 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 않다.<sup>50)</sup> 물론 위하예방이 실효성을 거두자면 成文法으로 罪와 罰을 미리 정해야 하고, 그 결과 죄형법정주의에 기여한 바도 없지 않다. 그러나 위하예방의 기본속성은 위하력을 바탕으로 한 '恐怖'의 조장일 뿐이다. 그러므로 소극적인 일반예방은 犯罪化와 刑罰加重化에 치증하기 마련이

43) Roxin. a.a.O., S.10 : Neumann/Schroth, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, Darmstadt 1980, S.38.

44) Hassemer. a.a.O., S.310.

45) 金日秀, 刑法總論, 새로쓴 제6판(박영사, 1998), 693면 : 裴鍾大, "政治刑法의 理論", 고대 법학논집 제 26집(1991.9), 243면 : Achenbach, Kriminalpolitische Tendenzen in den jüngeren Reformen des Besonderen Strafrechts und des Strafprozessrechts, in : JuS 1980, S.84.

46) Hassemer. a.a.O., S.310.

47) 이에 관하여 자세하게는 金昌君, "特別刑法의 속성과 문제점", 법과 정책 제5호(1999.8.10), 322면 이하 참조.

48) Ebenda, S.333.

49) Ebenda, S.312.

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

다. 그러나 입법정책은 비범죄화사상을 바탕으로 하고 있으며, 비범죄화사상은 人間の 尊嚴, 寬容, 自律的인 人間像 등을 기본사상으로 하고 있다.<sup>51)</sup> 그렇다면 형사입법정책의 기본사상은 소극적인 일반예방과는 그 이념적인 맥을 전혀 달리하고 있음을 알 수 있다.

## 2. 積極的인 一般豫防理論

### 1) 주요내용

적극적 일반예방이론은 시민을 범죄소인자가 아닌 완전한 인격체로 상정하고, 그 연장선 상에서 형법체제도 더 이상 공포가 아닌 통찰 위에서 구축하고 있다.<sup>52)</sup> 적극적인 일반예방 이론은 독일 최고법원의 판결에서 시사되었다.<sup>53)</sup> 독일연방헌법재판소는 '法秩序의 存立 및 貫徹力에 대한 信賴의 보존과 강화'라고 말하였으며, 독일연방대법원은 '市民的 法的 忠實의 보존', '사법에 건 신뢰동요의 결과로서의 시민의 法的 心情的 증대한 침해와 위태화에 대한 방어'라고 말하고 있다. 적극적인 일반예방은 이전에는 '道德形成力'으로 특징지어졌다. 이에 대해 Jakobs는 국가형벌의 임무를 규범승인에의 숙련을 통한 일반예방으로 보고 있다. 여기서 그는 세가지 효과들을 규범승인에의 숙련으로 통칭하고 있다. 먼저 규범신뢰에의 숙련, 法忠實에의 熟練, 結果들의 引受에의 熟練으로 세분하고 있다.<sup>54)</sup> 같은 맥락에서 적극적 일반예방의 개략적인 내용으로 社會教育的 學習效果, 信賴效果, 滿足效果를 제시하고 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 가치있는 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 우세한 편이지만 Roxin은 적극적 일반예방을 이 세가지 내용의 목표설정을 추구하는 상위개념으로 상정하고, 통합예방은 그 중의 하나인 제재의 만족효과만을 지칭하고 있다.<sup>55)</sup>

그러나 Hassemer는 형법의 임무를 이러한 세가지 효과들의 추구에 한정하지 않고, 여기에서 더 나아가 이러한 효과들을 추구하는 과정에서 그 한계들의 명백한 설정과 준수, 自

51) 이에 관하여 자세하게는 金昌君, "非犯罪化的 實現方案", 형사정책 1996·제8호, 9면 이하 참조.

52) Hassemer, a.a.O., S.325.

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

54) Jakobs, a.a.O., 1.Abschn. Rdnr.15.

55) Roxin, Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, in : Wiedergutmachung und Strafrecht (Hrsg. Heinz Schöch), München 1987, S.47f.

制와 節制, 社會統制의 定型化도 형법의 임무로 보아야 한다고 주장한다. 이에 따르면 통합 예방론자들은 전체형법체계에서 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. 또한 형사정책적으로 보면 형법의 범죄화측면을 보고 있지, 비범죄화의 절차를 보고 있지 못하다. 형법의 비범죄화의 측면인 慎重과 寬容을 제대로 보아야 형법체계의 자유제한적인 '어두운' 측면이 아니라, 자유를 가능케하는 '밝은' 측면을 볼 수 있다는 것이다.<sup>56)</sup> 이러한 적극적인 일반예방에서는 '범죄화의 정당성'이 문제되는 것이 아니라, '어떤 법익들이 형법의 보호를 필요로 하는가'의 문제가 중요시된다. 그렇게 본다면 적극적인 일반예방이 형사입법정책과 밀접한 관련을 맺고 있음을 알 수 있다.<sup>57)</sup>

## 2) 刑法의 節制

일반예방은 소극적으로 일반인(잠재적인 범죄인)의 위하로 이해되는 것이 아니라, 적극적으로 개개인이 스스로를 전개해 나갈 수 있도록 신뢰기반을 조성하는 데 있다. 그렇게 본다면 刑罰이란 自由制限이 아니라, 自由保障이다.<sup>58)</sup> 적극적인 일반예방의 측면은 범죄구성요건의 설정을 통해 수범자들에게 社會教育的인 效果를 목표로 하고 있다.<sup>59)</sup> 인간은 규범을 통한 가치정향과 행동조종을 필요로 하는바, 이러한 규범의 준수가 그를 갈등으로부터 벗어나게 하고 보호해 준다. 사람들이 갈등상황에서도 법을 준수하는지 여부는 범법행위가 가져올 불이익한 결과에 대한 계산에 달려있다고 보다는, 오히려 범공동체가 범죄행위를 처벌함으로써 언명되는 '범죄자에 대한 공공연한 사회윤리적인 반가치판단'을 통해 그의 遵法行爲(Rechtsgehorsam)가 '규범의 정당성에 대한 그의 信賴의 정당성에서' 實證되고 強化되는 것을 느끼는 점에 달려 있다. 그러므로 일반예방은 집단적인 행동조종을 목표로 한다.<sup>60)</sup> Jakobs는 이것을 "法忠實에의 熟練"이라고 표현하고 있다.<sup>61)</sup>

적극적 일반예방의 합목적성은 형법의 제한을 요구한다. 국가는 형법전속에서 '생활에 필요한 법익들을 보호하고 어떠한 침해행위가 처벌되는지를 말해주는' 구속력있는 보호질서를 모든 시민들에게 설정하고 있다. 왜냐하면 위하를 필요로 하지 않는 자도 一般豫防의 利害에서 命命·禁止의 範圍를 알 수 있어야 하기 때문이다. 이점은 罪刑法定主義가 요청하고 있는 것이다.<sup>62)</sup> 그러나 소기의 교육적인 효과는 일면 국민들의 受容力이 무수한 형법

56) Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, S.326.

57) Horstkotte, Tendenzen in der Entwicklung des heutigen Strafrechts, Die Gesetzgebung, in : Tendenzen in der Entwicklung des heutigen Strafrechts, Frankfurt am Main 1973, S.21.

58) Vogler, ZStW 90(1978), S.142f.

59) H.Mayer, Lehrbuch, S.26 ; Schmidhäuser, Lehrbuch, S.52 ; Vogler, a.a.O., S.143 ; Roos, a.a.O., S.47.

60) Vogler, a.a.O., S.143f.

61) Jakobs, a.a.O., S.10.

의 호소들을 통해 지나친 요청을 받지 않을 때 거두워질 수 있다. 그러므로 형법적인 명령·금지의 숫자증대(刑法의 肥大化)는 이러한 목표달성을 촉진시키는 것이 아니라, 오히려 해가 될 뿐이다.<sup>63)</sup> 타면 개인의 價値定向이 법률을 통해 표방된 가치질서와 일치할 때만 소기의 교육적인 효과는 거두어 질 수 있다. 그러나 多元的인 社會에서는 각양각색의 價値定向들이 존재하고, 이들 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 사람들에 의해 승인된다고 생각할 수 있기 때문이다.<sup>64)</sup> 이처럼 형법은 모든 정치세력들(politische Kräfte)과 특히 일반국민들의 폭넓은 동의를 요구한다.<sup>65)</sup> 그렇게 본다면 형법은 필연적으로 '단편적이고 예시적인 성격'을 가질 수밖에 없다.<sup>66)</sup> 형법이 모든 법익을 빠짐없이 보호하고자 하는 것은 '환상'(Irrlicht)이며, 이로써 법적 안정성이 이루어진다고 보는 것은 잘못된 생각이다. 이것은 형법 이전의 여타 사회통제수단들도 일반적인 法益保護를 행하고 있다는 사실을 보지 못하고 있는 것이다.<sup>67)</sup> 너무 많은 형법률들은 개개인의 수용력을 넘어가게 되며, 그것들은 可罰性의 범위에 관한 정보부재와 새로운 형법적인 명령에 대한 불감증으로 이어진다. 그 결과는 法無視와 法敵對性이다.

논리필연적으로 일반예방적인 관점에서는 간단하고 명확한, 가급적 적은 犯罪構成要件들을 갖고 있는 가치질서의 창설이 필요하다.<sup>68)</sup> 일반예방이 실효성을 거들러면 '三章의 금지'(plakathafte Grundsatzverbote)를 요구한다.<sup>69)</sup> 이와 달리 많은 것을 처벌하거나 모든 것을 처벌하는 것은 형벌의 印象力을 약화시킬 것이다. 왜냐하면 거의 모든 사람에게 차례로 일어나는 것은 더 이상 배척되는 것으로 간주되지 않기 때문이다. 그렇게 되면 범죄는 예외적인 현상으로서의 성격을 상실하게 되고, 일반인의 違法意識이 약화되어 형벌은 우리가 살아가면서 치루어야 할 일상생활의 비용쯤으로 치부될 것이다. 이로 인해 행위자는 자신의 범법행위에 대해 罪責感을 느끼기 보다는, 처벌 자체를 팔자소관담으로 돌릴 것이다. 그렇다고 해서 범죄자를 전혀 처벌하지 않는다면, 집단적인 행동규율의 수단으로서의 법의 명령은 사회교육적인 가치를 상실하게 된다. 그러므로 일반인의 법충실을 유지시키기 위해서

62) Roxin. Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, S.17.

63) Vogler. a.a.O., S.144 : Roos. a.a.O., S.48.

64) Roos. a.a.O., S.47ff.

65) Sturm. Grundlinien der neueren Strafreform. in : Festschrift für Eduhard Dreher zum 70. Geburtstag. Berlin 1977, S.518.

66) Vogler. a.a.O., S.144 : Roos. a.a.O., S.49.

67) Vogler. a.a.O., S.144ff.

68) Roos. a.a.O., S.49.

69) Roxin. Schuld und Verantwortung als strafrechtliche Systemkategorien. in: Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Henkel. Berlin · New York 1974. S.171ff., 181. : Vogler. a.a.O., S.144.

는 범죄자가 받을만한 것을 받았다고 생각케하는 것이 결정적이다. 또한 국가의 통제수단은 한정되어 있다. 국가는 자신이 선택한 범죄를 적합한 방식으로 대처해야 하는 의무를 지고 있기 때문에 예시적으로 규정된 개별사례에 만족하지 않으면 안된다.<sup>70)</sup> 이처럼 본질적인 것에 제한할 때 비로소 자유주의국가는 이러한 최소한을 성공적으로 보호할 수 있기 때문이다.<sup>71)</sup> 그렇게 보면 더 적은 犯罪構成要件이 더 큰 일반예방을 확보해 줄 것이다.

### 3. Jakobs의 이론

Jakobs는 국가형벌의 임무를 '規範承認의 熟練을 통한 일반예방'에서 보고 있다.<sup>72)</sup> 물론 Jakobs는 Welzel처럼 '규범승인에의 숙련'의 목표를 근본적으로 규정하려고 하고 있다. 이 때에 Jakobs는 Welzel의 이론이 그의 이론과 유사하다고 보는 것이 아니라, 오히려 體系理論과 深層心理學을 원용하여 자신의 이론을 구성하고 있다.<sup>73)</sup>

그러나 "국가형법은 규범승인에의 숙련의 임무를 가지고 있다"는 Jakobs의 견해는 Welzel의 이론과 다른 것이 아니며, 심지어 Welzel의 이론만 못하다. 첫째, Jakobs의 견해는 Welzel의 이론과 다른 것이 아니다. 왜냐하면, 비록 Jakobs의 견해가 體系理論과 深層心理學의 용어로 포장되어 있다할지라도, 그 내용이란 실상 사람들의 意識 속에 있는 '正直性'(Rechtlichkeit) 및 '誠實性'(Redlichkeit)과 다른 것이 아니기 때문이다. 그것들은 바로 규범들이 파괴될 때 이 규범들에 대한 신뢰에서 실증된다(規範信賴). 그것들은 규범위반이 논의할만한 행위의 양자택일이 아니라는 점을 가르켜 준다(法忠實). 왜냐하면 규범위반은 비용부담의무를 야기하기 때문이다(結果들의 引受). 이러한 목표들은 다름아닌 사회윤리적인 심정가치들이다.

둘째, Jakobs의 견해는 Welzel의 이론만 못하다. 왜냐하면 Welzel은 법익보호의 원칙에서 법치국가적인 제한을 인정하고 있지만, Jakobs의 견해는 이러한 법치국가적인 제한원칙들을 내포하고 있지 않기 때문이다. 規範承認에의 熟練은 사회적으로 반가치적인 수단들, 가령 개인의 자유권과 개인적 존중을 축소시키는 恐怖心을 자아내는 불법적인 형법으로도 추구될 수 있다. 물론 Jakobs의 이론도 이것을 의욕하거나 목표하고 있지는 않다. 그러나 단순히 規範承認에의 熟練을 위해 불법적이고 억압적인 형법의 투입을 방지하기 위해서는 이 이론에 법치국가적인 제한이 가해져야 함은 두말할 것도 없다.<sup>74)</sup> 때문에 Jakobs의 견해는 이론적으로 미흡한 감이 없지 않다.

70) Roos, a.a.O., S.50f.

71) Arzt, Notwehr.Selbsthilfe.Bürgerwehr. in : Festschrift für Schaffstein, Göttingen 1975. S.88.

72) Jakobs, a.a.O., 1.Abschn. Rdnr.15.

73) Hassemer, AK. Vor §1 Rdnr.248.

74) Ebenda. Vor §1 Rdnr.254.

## IV. 결 어

이상에서 살펴보았듯이 사회윤리적인 형법이론은 피상적으로 보면 형법을 윤리화시키고 있다는 오해의 소지를 안고 있지만, 자세히 분석해 보면 인식의 지평을 실효성있는 법익보호의 사회적인 조건으로 확장시키고자한 이론으로 판단된다. 이에 따르면, 법익보호는 '社會倫理的인 心情價値의 保護'와 '規範承認에의 熟練'을 통해 실효성있게 보호됨을 알 수 있다. 이러한 맥락에서 Welzel은 실효성있는 법익보호의 전제조건인 사회윤리적인 심정가치를 보장하는 임무들을 형법에 지우고 있다. 물론 효과적인 법익보호가 인간행동의 금지·명령을 통해서만, 즉 행태반가치의 진압을 통해서만 성취될 수 있다는 점은 옳다. 그러나, 국가형법의 목표설정을 순수하게 예방적인 법익보호에 국한시키지 않고, 그것을 넘어서서 국가형법의 적극적인 목표설정에 대해서는 의문이 간다. 처벌받는 행동이 법익을 전혀 위해하지 않는 곳에서는 형법위하는 오로지 시민의 사회윤리적인 판단을 도야시키고 그들의 법에 충실한 심정을 강화시키기 위해서만 존재할 것이기 때문이다. 형법위하는 일정한 행동양태를 그 내재적인 속성 때문에 방지하려는 것이 아니라, 장애에 있을 수 있는, 보호법익에 실제로 위협한 다른 행위들을 진압하기 위해서만 존립하는 것이 될 것이다. 결국 입법자는 그 자체로서는 전혀 문제삼을 수 없는 행위를 처벌함으로써 다른 목적, 다시 말하면 일반적인 위하를 추구하기 위한 계기로 삼을 수 있을 것이다. 이것은 헌법정신에 반한다.<sup>75)</sup> 뿐만 아니라 Welzel의 이론에 따르면 법익보호원칙이 제한기능을 수행하지 못한다는 사실도 이미 살펴 보았다. 그러나 법익은 '正當性의 關門'(Nadelöhr)이며, 이를 통해서 형법은 행위가치를 획득해야 한다. 그러므로 형법규범이 행위가치에 지향되어 있다할지라도, 법익보호를 원용할 수 없다면, 그 형법규범은 승인받을 수 없는 것이다.<sup>76)</sup> 따라서 어떠한 경우에도 법익은 범죄화를 위해 반드시 갖추어야 하는 최소조건이다. 이러한 최소조건을 결한 구성요건은 폐지되어야 한다. 이처럼 사회윤리의 원용은 입법자에게 보호의 필요성과 사회의 가치관들에 대한 중요한 준거점을 제시해 주기는 하지만,<sup>77)</sup> 그것을 넘어서서 실질적인 범죄개념의 판단기준으로 사용하기는 어렵다.<sup>78)</sup> 그렇게 본다면, 사회윤리적인 형법이론은 법익론의 인식지평을 확대해주지만, 형법의 제한기능을 수행하지 못하는 약점을 안고 있다.

75) Rudolphi. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I. AT(§§1-79b). 6.Afufl., Neuwied/Kriftel/Berlin 1995. Vor §1. Rdnr.2.

76) Hassemer. AK. Vor §1 Rdnr.252 : 沈在宇, "刑罰의 本質", 刑事法講座(박영사, 1984), 803면 참조.

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

78) Vogler. a.a.O., S.138.