

형벌이론과 범죄이론에서 찾은 범죄의 본질적 속성에 관한 고찰 - 범죄와 비범죄의 구별을 중심으로 -

김 지 연*

- I. 서론
- II. 범죄와 비범죄의 구별이 필요한 영역
- III. 형법사상 속에 담긴 범죄의 본질적 속성
- IV. 범죄의 세 가지 본질적 속성에 대한 검토
- V. 형법사상에서 찾은 범죄의 세 가지 속성의 적용
- VI. 결론

국문초록

살인, 상해와 같이 행위의 불법성이 자연스럽게 인식되는 범죄도 존재하지만 범죄와 비범죄의 구별이 쉽지 않은 영역들도 존재한다. 대표적으로 과실범의 주의의무위반, 재산범죄 중 횡령과 배임의 성립범위, 과학기술의 발달과 함께 등장한 신유형 범죄 등이 그것이다. 이들은 개별 사안의 유형 및 제반 사정에 따라 범죄를 구성하기도 하고, 범죄성립이 부정되기도 한다. 이와 같은 범죄 또는 비범죄 유형에서 그 행위의 어떤 측면이 불법성 인정 또는 부정의 근거가 되었는지 묻는 과정은 범죄가 갖춰야 할 본질적 속성은 무엇인지에 관한 질문과 연결되어 있다.

20세기 독일의 학자들은 행위론을 통해 객관과 주관에서 범죄의 본질을 찾았다. 위논의의 결과로써 우리는 불법은 결과반가치와 행위반가치를 의미하고, 구성요건에 해

* 서강대학교 법학전문대학원 조교수

당하고 위법한 행위는 불법하므로 범죄를 구성한다고 평가한다. 그러나 범죄체계론의 구조적 논의에 집중하다 보면 오히려 불법의 실질이 무엇인지에 대한 고찰을 소홀히 할 수 있다. 불법을 구체적이고 실질적인 개념으로 해석하고자 하는 시도가 필요하다. 범죄체계론 하에서 불법을 판단할 때 사용하는 ‘반가치’라는 용어가 무엇을 의미하는지 풀어내는 작업이다.

그 기초를 형법사상에서 찾아보고자 한다. 과거 계몽사상가들은 형벌의 목적 및 정당성을 논하면서 형벌의 대상이 된 범죄가 가진 기본적인 속성들을 이야기하였다. 이 논문은 오늘날의 불법 개념을 과거 계몽사상가들의 범죄이론과 독일 형법학자들의 불법성 논의와 연결하고, 과거의 논의 속에서 오늘날의 불법 개념을 구체화할 수 있는 표지들을 얻는 것을 목적으로 한다. 여러 학자에게서 동일하게 발견되는 범죄의 속성을 찾고, 그 표지들의 타당성을 논의한 후 오늘날 범죄와 비범죄의 구별이 필요한 영역에 그 기준을 적용하고자 한다.

• 핵심어 법사상, 범죄이론, 형벌이론, 행위론, 불법의 실질

I. 서론

범죄의 근원적 속성은 무엇인가? 범죄의 어떤 측면이 형벌을 정당화하는가? 라는 질문은 오랜 기간 형법학자들을 괴롭혀 온 주제이다. 오늘날 다시 한 번 이 질문은 주목을 받고 있다. 위험사회가 도래하고 인터넷 등 새로운 과학기술이 폭넓게 사용되면서 입법자에 의해 제정된 새로운 유형의 범죄가 등장하고 과실범 성립범위가 넓어졌지만 과연 그 속에서 범죄의 근원적 속성을 발견할 수 있는지 고민하지 않을 수 없다. 반대로 재산범죄에서 형사상 불법이 인정되는 영역이 축소되고 있지만 그와 함께 형법이 국민을 보호하는 기능을 상실할 것에 대한 우려의 목소리도 존재한다. 또한 시민들의 주권의식의 성장과 더불어 개인의 목소리가 직접적으로 입법자에게 전달되는 환경 속에서 대중의 요청은 곧장 범죄의 형성 및 양정에 영향을 미치지만 그 이면에서는 위헌성 논의가 끊이지 않고 있다.

위 문제를 해결하기 위해서는 변화된 사회에도 적용될 수 있는 범죄의 고유하고 본질적 속성을 찾고, 그것을 범죄와 비범죄를 구별하는 기준, 나아가 죄의 경중을 결정하는 요소로 사용해야 한다. 먼저 이 기준은 규범이 가진 추상적 특성에 부응해야 한다. 문제는 이 기준을 어디서 찾을 것인가이다.

최선의 연구방법은 그 동안 이뤄진 연구결과를 살펴보는 것에서부터 시작된다. 19세기 사상가들은 형벌의 정당화 근거를 밝히기 위해 많은 노력을 기울였다. 그들은 형벌의 정당화에 관해 이야기하기 위해 어떤 것이 처벌의 대상인지에 대해서 고민했고, 그들의 이론 속에는 불법의 실질에 관한 연구의 흔적들이 담겨 있다. 범죄이론과 형벌이론은 동일한 대상을 다른 관점에서 바라본 것이다. 형법사상가들이 형벌의 정당화 대상, 즉 범죄로 인식한 대상들이 어떤 속성을 가지고 있는지는 곧 불법의 본질을 파악할 단서가 될 수 있을 것이다. 이것은 범죄의 불법성을 찾는 데 중요한 시작점이자 범죄 성립의 철학적 기초로써 실질적 의미의 범죄개념을 구성짓는 기준이 될 것이다.¹⁾ 범죄이론과 형벌이론 속에서 도출된 공통의 속성 내지 기준을 행위론의 논의하에서 고찰해 본 후 오늘날 범죄와 비범죄의 구별이 쉽지 않은 영역에 적용해 봄으로써 향후 불법성 판단에 도움이 되고자 한다.

II. 범죄와 비범죄의 구별이 필요한 영역

1. 과실범의 주의의무위반

다수의 형법학자들은 과실범의 불법성이 주의의무위반이라는 점에 대해 어느 정도 합치된 견해를 가지고 있다.²⁾ 주의의무위반의 내용은 예견가능성과 회피가능성

-
- 1) 김성돈, 『형법총론』, SKKUP, 2020, 111면. “어떠한 행위에 대해 형벌을 부과할 것인가’하는 물음을 통해 규명하려는 범죄개념을 ‘실질적 의미의 범죄’개념이라고 한다.”라는 설명과 같이 형벌의 부과 대상이 지닌 속성에 관한 논의는 실질적 의미의 범죄개념에 관한 논의에 해당한다.
 - 2) 박상기, 『형법학(총론·각론 강의)(제2판)』, 집현재, 2015, 190면; 배종대, 『형법총론(제13판)』, 홍문사, 2017, 483면; 신동운, 『형법총론(제11판)』, 법문사, 2019, 247면; 오영근, 『형법총론(제5판)』, 박영사, 2019, 128면; 이상돈, 『형법강론(제3판)』, 박영사, 2020, 88면; 이재상 외, 『형법총론(제10

이다. 다수설에 따르면 과실범의 구성요건해당성을 인정하기 위해서는 객관적 주의 의무위반과 주관적 주의의무위반이 존재해야 하므로³⁾ 행위자는 구성요건적 결과발생을 예견하거나 예견가능하였음에도 이를 소홀히 하여 회피가능한 결과를 발생시킨 때에 해당해야 한다. 그렇다면 개별 사례에서 위 예견가능성과 회피가능성 유무를 쉽게 판단할 수 있는지 살펴보자.

한밤중 도로에서 자동차를 운전하는 운전자가 선행 교통사고로 인해 도로면에 누워 있는 사람을 미처 발견하지 못하고 충격하였다. 이 운전자에게는 업무상과실치사죄의 불법성이 있는 것일까? 건축공사 현장에서 근로자가 낙하하여 사망하는 재해가 발생하였다. 위 현장을 감독하는 현장소장에게는 업무상과실치사죄의 죄책을 질 여지가 있는 것일까? 이 문제에 답을 하기 위해서는 당시의 제반 사정과 상황에 대한 행위자의 인식을 살펴보지 않고 쉽게 답을 할 수 없다. 이처럼 대다수의 과실범 사례들은 구체적이고 개별적인 상황과 행위자의 인식에 기초하여 이 문제들을 해결해나가고 있다. 예를 들면 도로에 가로등이 잘 설치되어 있어 도로면이 쉽게 인식될 수 있었고, 행위자가 과속을 하지 않았다면 피해자를 충격하기 전에 자동차를 정차할 수 있었던 사정이 존재한다면 행위자의 불법을 인정하기 보다 용이해진다. 그렇다면 과실이 인정된 사안과 그렇지 않은 사안이 가진 개별 상황 사이에서 본질적인 불법성의 차이는 어디에서 도출되는 것인가?

과실범 성립여부에 관한 판단이 공감대를 형성하고 경고적 기능을 수행할 수 있으려면 불법성의 본질적 속성이 그 안에 포함되어 있음이 확인되어야 한다. 그래야 행위자는 자신의 형벌에 수긍하고, 일반의 수범자들에게는 형사상 의무로서의 ‘주의의무’를 부여할 수 있다.

판)』, 박영사, 2019, 205면; 이정원·류석준, 『형법총론』, 준커뮤니케이션즈, 2020, 315면; 이형국·김혜경, 『형법총론(제5판)』, 법문사, 2019, 459면; 임웅, 『형법총론(제11정판)』, 법문사, 2019, 538면; 정성근·박광민, 『형법총론(전정3판)』, SKKUP, 2020, 340면, 정영일, 『형법총론(제2판)』, 학림, 2020, 153면.

3) 박상기, 앞의 책, 190면; 배종대, 앞의 책, 483면; 신동운, 앞의 책, 247면; 오영근, 앞의 책, 128면; 이상돈, 앞의 책, 88면; 이재상 외, 앞의 책, 205면; 이정원·류석준, 315면; 임웅, 앞의 책, 538면; 정성근·박광민, 앞의 책, 340면; 정영일, 앞의 책, 153면.

2. 재산범죄와 형사상 불법

재산범죄는 민사상 소유관계와 점유관계를 기초로 하여 구성요건에서 정한 타인의 권리를 침해하는 행위에 대해 형사상 불법을 인정하여 처벌의 대상으로 삼는 범죄이다. 최근의 경향은 형사상 재산범죄의 성립 여부를 판단할 때 민사상 법률행위의 유효 및 무효에 관한 민사법적 기준들이 직접 적용되고 있고, 민사상 계약에 기초하여 피해자가 누리는 지위는 형사상 보호대상에서 벗어난 것으로 보아 점차 형사상 횡령죄 및 배임죄의 성립범위가 축소되고 있는 상황이다.

아파트를 소유한 행위자가 제1매수인에게 자신의 아파트를 매도하기로 계약하고 중도금까지 지급받은 후 잔금을 지급받고 등기를 이전하기 전에 제2매수인에게 아파트를 매도하고 소유권이전등기까지 경료한 경우와 자동차를 소유한 행위자가 동일한 방식으로 자동차를 인도한 경우에 전자는 배임죄의 불법성이 인정되고,⁴⁾ 후자는 불법성이 인정되지 않는다.⁵⁾ 위 두 유형의 계약의 본질적 차이는 무엇인가? 즉 범죄를 구성하는 본질적 속성이 전자의 유형에서만 발견되는가?

이와 같은 경향은 민사상 법률행위의 유효와 무효를 결정하는 기준들이 형사상 불법성 판단에 사용되면서 더욱 두드러졌다. 부동산실권리자명의등기에관한법률은 중증, 배우자 등과 같이 법에서 정한 경우를 제외하고는 명의신탁이 무효임을 규정하고 있고,⁶⁾ 위 기준은 횡령죄 성립여부를 판단할 때 중요하게 고려된다.⁷⁾

그러나 반드시 모든 경우에 재산범죄의 형사상 불법성이 민사법상 판단을 따라가는 것은 아니다. 대표이사가 대표권을 남용하여 회사 명의의 약속어음을 발행하였을 때 상대방이 대표이사의 대표권 남용사실을 알았거나 알 수 있었다면 위 약속

4) 대법원 2018. 5. 15. 선고 2017도4027 판결.

5) 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결.

6) 부동산실권리자명의등기에관한법률 제4조(명의신탁약정의 효력), 제8조(중증, 배우자 및 종교단체에 대한 특례).

7) 대법원 2021. 2. 18. 선고 2016도18761 전원합의체 판결(양자간 명의신탁 사안), 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결(중간생략등기형 명의신탁 사안), 대법원 2000. 3. 24. 선고 98도4347 판결(선의 매도인과 계약명의신탁 사안), 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011도7361 판결(악의 매도인과 계약명의신탁 사안).

어음 발행행위는 회사에 대하여 무효인 법률행위이지만 약속어음이 유통되었다거나 의무부담행위에 따른 채무를 이행한 사정이 없더라도 일단 실행의 착수를 인정하여 배임미수죄 성립을 긍정하고 있다.⁸⁾ 이때 약속어음 발행은 사법상 무효인 법률행위에 해당하지만 형사상 불법성이 인정된다.⁹⁾ 다수의 재산범죄 판례 속에서 불법성 인정에 관한 뚜렷한 기준을 찾는 것이 쉽지 않아 보인다.¹⁰⁾

3. 새로운 유형의 범죄의 등장

과학기술의 발전은 인간이 과거 경험하지 못한 환경을 제공하였고, 사회구성원들은 새로운 환경에 적응하면서 관계를 형성해 왔다. 그 결과 예전에는 생각하지 못했던 새로운 유형의 권리침해 현상이 나타나면서 이들 영역을 형사범죄로 구성하고 통제해야 하는지에 관한 논의가 생겨났다.

플랫폼 이용자가 타인의 저작물을 허락없이 인터넷에 업로드하고 여러 사람과 공유하는 것을 알면서도 방치한 온라인 플랫폼 운영자의 행위는 범죄인가? 인공지능을 학습시킬 데이터를 구하기 위해 개인들로부터 동의를 받아 개인의 채팅앱 대화내용을 제공받았는데 그 내용을 토대로 학습한 인공지능 대화서비스에서 개인을 식별할 수 있는 정보가 이용자에게 노출되었다면 그것은 개인정보를 불법하게 침해한 것인가?

이와 같은 유형의 행위들에 대해 개별 국가들은 서로 다른 반응을 보이고 있다. 개인정보침해 사안을 예로 들면, 미국은 주에 따라 차이가 있지만 대체적으로 민사

8) 대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결.

9) 이에 대하여 배임죄에서 대표권 남용행위의 사법상 유효인지 여부는 배임죄 손해 문제로 고려해서는 안 되며 공범의 배임죄 가담여부를 판단할 때 고려되어야 한다는 견해가 존재한다. 이진수, “대표권 남용에 의하여 약속어음을 발행한 사례에 대한 형사법적 고찰-대법원 2017. 7. 20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결에 대한 평석”, 『형사정책』 제33권 제4호, 한국형사정책학회, 2022, 314면.

10) 류전철, “형법해석론에서 불법의 의미와 역할”, 『형사법연구』 제32권 제3호, 한국형사법학회, 2020, 21면. “판례가 개별 사안에서 개별범죄의 불법을 인정하였다거나 인정하지 않았다는 것을 비판적인 검토없이 받아들이는 것에 더 이상 익숙해져서는 안된다. 형법해석론의 강화를 통해 개별범죄의 불법을 보다 명확하게 분석하고 규명해 나”갈 것을 주장한다.

소송을 통해 해결하고자 하는 반면¹¹⁾ 유럽은 이들을 형사범죄로 구성하고 EU 내 국가들로 하여금 형사처벌 규정을 둘 수 있도록 하고 있다.¹²⁾ 우리나라는 법률상 처벌규정은 존재하지만¹³⁾ 이들이 형사범죄인지 여부는 개별 사안에서 구체적으로 판단하되 때로는 그 범위를 축소하기 위해 새로운 구성요건을 제시하기도 한다.¹⁴⁾

형사범죄를 구성한다고 보는 국가들과 그렇지 않다고 보는 국가들 사이에서 범죄의 본질적 속성 또는 불법성에 관해 큰 차이를 발견할 수 있는가? 아니면 단지 이들은 해결방안을 달리 모색한 것 뿐일까? 이와 같은 질문은 향후 과학기술의 발전이 가져올 새로운 상황에서 우리 사회는 어떤 점에 기초하여 형사상 불법을 판단해야 하는지에 대한 깊은 고찰로 이어진다.

4. 상대적 범죄개념과 구별

범죄와 비범죄의 구별을 논의하기 위해서는 먼저 상대적 범죄개념의 관계를 명확히 할 필요가 있다. 상대적 범죄개념은 절대적 범죄개념의 반대어로서 형벌로써 보호할 필요가 있는지에 대한 사회적 평가에 따라 범죄가 될 수도 있고, 범죄가 되지 않을 수도 있는 경우를 말한다.¹⁵⁾ 헌법재판소의 결정례에서 볼 수 있듯 ‘국가의

11) Eichenberger v. ESPN, Inc., 876 F.3d 979, 985 (9th Cir. 2017). 개인정보 식별문제를 제기한 사안의 원고는 18 U.S.C § 2710(b)(1)에 기초하여 자신의 프라이버시가 침해되었다고 주장하며 소를 제기하였는데, 위 법률은 그에 따른 구제수단으로 같은 조(c)에서 민사소송을 규정하고 있다(아래 규정 참고).

18 U.S.C. § 2710 (c) CIVIL ACTION.- (1) Any person aggrieved by any act of a person in violation of this section may bring a civil action in a United States district court.

12) General Data Protection Regulation(GDPR) 제84조 벌칙(Penalties) 제1항 “회원국은 본 규칙의 위반 특히 제83조에 따른 과징금의 대상이 되지 않는 위반에 적용할 수 있는 다른 벌칙에 대해 규정하고 이들 규정의 이행을 보장하는데 필요한 모든 조치를 취하여야 한다. 그 벌칙은 효과적이고, 비례적이며 또 억지력이 있어야 한다”라고 정함으로써 회원국에 벌칙의 성격을 지닌 제재 수단을 입법하도록 하고 있다.

13) 개인정보보호법 제70조 내지 제74조.

14) 2020년 개인정보보호법 개정을 통해 개인정보의 개념에 ‘입수 가능성’ 요건이 도입되었으나, 법 개정 이전부터 판례는 “그 자체만으로는 특정 개인을 알아볼 수 있는 정보라고 보기 어렵다 하더라도...관련하여 ‘용이하게 얻을 수 있는 일상적인 정보’와 어려움이 없이 쉽게 결합함으로써 개인을 식별할 수 있게 되므로...개인정보에 해당한다고 봄이 타당하다”라고 판시(서울행정법원 2019. 8. 29. 선고 2018구합85143 판결)하는 등 ‘입수 가능성’을 개인정보 식별을 위한 요건으로 고려하고 있었다.

입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정'되는 경우이다.¹⁶⁾

시대의 변화는 절대적 범죄개념의 약화로 이어졌다. 적극적 안락사를 범죄로 정하지 아니하는 나라가 존재하므로¹⁷⁾ 살인과 같은 과거의 절대적 범죄개념조차 이미 시대와 환경의 변화로 그 의미가 약화 되었다. 오늘날 모든 범죄개념은 지역, 문화, 역사적 배경에 따라 상대적일 수 밖에 없다. 앞서 논의한 과학기술의 발전이 가져온 새로운 유형의 범죄, 민사관계가 고려된 형사상 재산범죄의 성립은 상대적 범죄개념에 해당할 여지가 있어 보인다. 사회적 평가에 따라 범죄 또는 비범죄를 선택할 수 있는 대상이라면 범죄의 본질적 속성을 통해 범죄와 비범죄를 구별하고자 하는 논의는 더 이상 의미가 없게 되는 것은 아닐까?

그러나 상대적 범죄개념 역시 '범죄'에 해당함을 전제한 것이다. 범죄의 본질적 속성을 지니지 아니한 행위에 대해 사회적으로 형벌이 필요하다는 평가가 우세하다고 하여 실정법상 범죄로 규정하고 형벌을 부과할 수 없다. 즉 사회적 평가에 따라 범죄가 될 수도 있고, 안 될 수도 있는 행위는 일단 범죄의 본질적 속성을 지닌 행위여야 한다는 전제가 충족되어야 한다. 그렇지 않다면 입법을 통해 범죄가 아닌 행위에 형벌을 부과하여 국민의 기본권을 침해하는 결과에 이르게 된다.

오늘날 절대적 범죄개념의 범위가 지극히 좁다는 점을 고려하면 아래의 논의는

15) 김성돈, 앞의 책, 112쪽 : 상대적 범죄개념에 관해 “무엇을 보호법익으로 삼아 그에 대한 침해행위를 범죄로 볼 것인가는 문제되는 가치 내지 이익을 형벌을 수단으로 보호해야 할 필요성이 있는가에 대한 사회적 평가에 달려있다. 헌법재판소는 ‘...종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다’라고 밝히고 있다.”라고 설명하고 있다.

16) 헌법재판소 2022. 11. 24.자 2021헌가8, 2021헌바314 결정 [특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의4 제5항 제1호 위헌제청], 헌법재판소 1998. 11. 26.자 97헌바67 결정 [구 관세법 부칙 제4조등위헌소원] 다만 위 표현이 언급된 다수의 결정들이 범죄의 성립 자체를 다루는 경우가 아니라 선택적 벌금형의 존재와 같은 법정형 구성방식, 책임과 형벌 간 비례원칙 위반 여부를 다루는 경우가 많았다는 점을 고려하면 헌법재판소가 위와 같은 표현을 사용한 의도는 상대적 범죄개념 자체를 다루기 위한 목적보다는 권력분립원칙에 기초하여 입법부의 입법권행사에 대한 사법권 행사의 자체를 표현하고, 그 이유를 설명하기 위한 목적이었다고 봄이 타당할 것이다.

17) 네덜란드, 벨기에, 캐나다, 포르투갈 등은 의사가 직접 독극물을 환자에게 주입해 사망에 이르게 하는 적극적 안락사를 합법화하였다.

상대적 범죄개념에서 ‘범죄’의 범위를 정하기 위한 것이라고 해도 무방하다. 우리가 상대적 범죄개념에 들어가지 않아야 할 행위를 넣지 않도록 함과 동시에 그 반대의 상황을 방지하기 위한 고찰이다. 일단 범죄인지 아닌지가 명확해야 비로소 그 후 어떤 통제 방식을 선택할 것인지를 논의할 수 있다. 예를 들면 간통이 범죄라면 형사제재를 가할지 여부를 선택할 수 있지만, 간통이 범죄가 아니라면 어떤 경우에도 형사제재를 가해서는 안된다. 범죄가 아닌 대상을 범죄로 정한 것은 입법권의 남용이다. 이곳에서는 그 자의를 통제할 본질적인 범죄의 속성을 이론적 차원에서 발견하고자 하는 것이다. 상대적 범죄개념과 구체적 판단기준에 대한 더 깊은 논의는 본고의 논점을 벗어나는 것이므로 일단 배제하고자 한다.

III. 형법사상 속에 담긴 범죄의 본질적 속성

1. 형법사상과 범죄의 본질

(1) 형법사상과 형법학파의 논의

형법사상과 형법학파는 19세기 말부터 20세기 초 사이에 독일에서 전개된 이론을 중심으로 고전주의와 실증주의로 나뉜다.¹⁸⁾ 고전주의는 유럽 계몽주의에 기초한 자유의지를 사상적 배경으로 하고 있고, 형벌이론으로써 응보형주의를 택하고 있다. 고전주의의 대표적 학자는 베카리아, 칸트, 헤겔, 포이어바흐이다.¹⁹⁾ 실증주

18) 임웅, 앞의 책, 49~58면 : 구과와 신과의 사상적 차이가 이미 고대 그리스의 객관주의 정의론자인 피타고라스, 주관주의·상대주의의 정의론자인 프로타고라스로부터 시작되었다고 설명한다.

19) 칸트와 헤겔을 응보형주의 학자로 분류할 수 있는지에 대해서 논란이 있으나, 이들의 이론은 형벌의 근거 또는 정당성을 형벌이 추구하는 목적에서부터 도출하는 상대적 형벌이론과 불법한 범죄 자체가 형벌을 정당화한다고 보는 절대적 형벌이론 중에서 후자에 가깝다는 점에서 응보형주의 학자로 분류하는 것이 일반적인 듯하다. 윤재왕, “형벌과 도덕·칸트와 예방이론”, 『안암법학』 제40권, 안암법학회, 2013, 521~522, 536면. 다만 552면 이하에서 칸트의 형벌이론은 절대적 형벌이론을 기초로 하여 윤리학상의 필기 노트, 실천철학상의 노트필기 등의 구절을 통해 확인된 예방이론을 더한 합일이론에 가깝다는 평가를 내리고 있다. 조홍길, “범죄와 형벌의 변증법”, 『대동철학』 제31집, 대동철학회, 2005, 150면. 헤겔의 형벌이론을 응보주의와 예방주의를

의는 자연과학적 방법을 사용해 범죄의 원인을 분석하는 경향이 강해지면서 인간의 자유의지 보다 사회환경에 의해 범죄가 결정된다고 보았고, 형벌은 이를 개선하거나 교육하여 범죄를 예방하는데 그 목적이 있다고 보았다. 실증주의의 대표적 학자는 롬브로조, 페리, 가로팔로, 리스트이다.

형법학과의 논의는 범죄가 무엇인지, 그리고 형벌은 어떤 목적하에서 정당화되는지에 대한 풍성한 이론적 토대를 제공해주었다. 두 학파는 범죄체계론이 형성되기 전부터 범죄와 형벌에 관해 고민하였고, 범죄의 중점을 ‘행위’에 두는가, 아니면 ‘행위자’에 두는가에 따라 범죄의 개념을 달리 보았다.²⁰⁾ 형벌에 관해 고전주의는 위법적 행위를 중심으로, 실증주의는 행위자의 반사회적 성격과 같은 개인이 가진 위험성을 중심으로 형벌을 정당화하였다. 오늘날 형법학과의 이론적 논쟁은 종식되었지만,²¹⁾ 이들 중 칸트, 헤겔, 리스트의 사상은 형벌의 존재이유에 관한 철학적 사고 속에서 범죄의 본질적 속성 및 불법의 실질에 관해 근원적 고찰을 하였다는 점에서 가치가 있다.²²⁾

(2) 형법학과의 범죄이론과 형벌이론의 관계

형법학과의 논의 속에서 범죄의 실질에 관해 언급한 부분은 많지 않다. 형법학과의 주된 논의 대상은 형벌의 정당화와 그 근거였기 때문이다. 오히려 형벌이론을 논의하면서 형벌의 대상이자 근거가 된 범죄에 대해 고찰하였다고 보는 것이 보다 정확할 것이다. 고전주의 학자들은 형벌의 정당화 근거에 논의의 초점을 두고, “왜 형벌이 정당화되는지”를 풀어가는 과정에서 범죄의 본질적 속성에 관해 구체적으로

합일하는 현대적인 형벌 이론으로 파악하고 있다.

20) 임웅, 앞의 책, 58면.

21) 임웅, 앞의 책, 66면.

22) 고전주의와 실증주의의 대표적 학자 중 칸트, 헤겔, 리스트는 형벌의 정당화에 관해 구체적이고 자세한 이론적 논증을 펼쳤고, 그 과정에서 오늘날 참고할 만한 범죄이론을 정리한 바 있으므로 위 세 학자의 이론을 본고의 고찰 대상으로 삼았다. 형법학과의 다른 학자들은 고전주의와 실증주의를 대표하는 칸트, 헤겔, 리스트의 이론과 큰 관점에서 맥락을 같이 하므로 고찰 대상에서 배제하였다.

설명하고 있다.²³⁾ 이러한 현상은 그 당시 역사적·사회적 배경 속에서는 실질적 의미의 범죄개념을 논하는 것보다 죄형법정주의를 보장하는 것이 훨씬 중요한 상황이었고, 국가에 의한 자의적 형벌권 행사로부터 국민을 보호하는 형벌이론에 대한 고민이 더 절실히 필요하였기 때문이라고 생각된다.

실증주의 학자들은 범죄를 범죄인의 성격에서 유래한다거나 하나의 사회적 현상으로 파악하고 있어²⁴⁾ 범죄 자체보다 관찰, 실험, 분석 등 과학적 방식에 의한 범죄원인을 분석하는데 집중하였다.²⁵⁾ 그들의 이론체계에서는 범죄의 성향을 가진 범죄자를 찾고 범죄자의 재사회화라는 형벌의 목적을 어떻게 구현할지 여부가 ‘무엇이 범죄인가’에 비해 보다 중요한 논의대상이었다.²⁶⁾ 이때 형성된 범죄학은 범죄의 실질을 찾아가는 이론이 아니라 범죄의 원인을 다룬 학문이다.

정당화되어야 할 형벌의 대상이 곧 범죄행위라는 것을 고려한다면 형벌이론과 범죄이론은 동일한 대상을 다른 차원에서 바라본 것에 불과하다. ‘어떠한 경우에 한하여 형벌이 부과될 수 있는가? 형벌이 정당화될 수 있는 행위들은 어떤 속성을 지니는가?’라는 의문은 곧 범죄의 실질은 무엇인가?라는 논의와 맞닿아 있다. 현대의 법철학자들 중에서도 형벌의 정당화를 논의하면서 정당화 대상이 되는 범죄의 속성과 실질을 함께 언급한 연구들이 종종 발견되는 점을 고려하면 형법사상가들의 형벌이론 속에 녹아있는 범죄이론을 살펴보는 과정은 불법의 실질을 파악할 수 있

23) 칸트의 도덕형이상학 제2편 공법에서는 형벌권에 관해 많은 분량을 다루지 아니하였고, 그 대부분은 형벌의 정당화에 관한 것이다. Immanuel Kant(a), *Die Metaphysik der Sitten*, Frankfurt: Suhrkamp, c1956; 베카리아는 그의 저서 『범죄와 형벌』에서 죄형법정주의, 형벌의 비례성 및 정당화, 적법절차를 중심으로 논하였다. Beccaria, C., *On crimes and punishments*, New Brunswick: Transaction Publishers, c2009.

24) 임웅, 앞의 책, 59면.

25) 체사레 롬브로조는 범죄인류학은 두개골과 안면의 모습이 사람의 성격, 지능상태, 범죄성을 나타낸다고 보았으며, 검사와 인체계측을 통해 범죄인의 특성을 생물학적 요인에서 찾은 범죄학의 창시자이다. 여기서의 범죄학은 범죄의 원인을 밝히는 학문(범죄원인학)이다. 실증주의 토대에 따른 범죄학에는 그 외에도 생물사회이론, 생물사회학적 범죄원인론, 심리학적 특성이론, 사회구조이론(에밀 뒤르켐), 사회과정이론 등이 존재한다.

26) 스캔론은 비용보 이론은 범죄의 성립과 처벌의 정당화 근거를 멀리 떨어뜨려 놓고 처벌의 정당화에만 집중한다는 점에서 불만족스럽다고 표현하였다. Scanlon, T., *The difficulty of tolerance; essays in political philosophy*, Cambridge; New York: Cambridge University Press, c2003, p.232.

는 한 방법임에 틀림없다.

고전주의와 실증주의의 대표적 사상가인 칸트, 헤겔, 리스트의 형벌 및 범죄이론 속에 담긴 불법의 실질을 찾고, 이 속성들이 행위론에 기초한 범죄체계론에 부합하는지 확인하며, 현대의 사상가의 관점과 비교해봄으로써 과거와 현재를 아우르는 범죄판단 기준이 될 수 있는지 검토하고자 한다.

2. 법사상가들의 이론과 범죄의 속성

(1) 칸트의 이론

칸트는 대표적인 고전주의 학자이다. 칸트가 인식한 인간의 유일한 생래적 권리는 자유였다.²⁷⁾ 칸트는 그의 저서인 도덕형이상학의 법론에서 법이란 “조건들의 총체, 즉 한 사람의 자의가 다른 사람의 자의와 자유의 보편 법칙에 따라 상호 통합될 수 있는 조건들의 총체”라고 말한 바 있다.²⁸⁾ 자유는 외부 세계와 실제적으로 연결되어 있고, 한 사람의 자유와 다른 사람의 자유는 서로 양립할 수 있는 조건의 총체로서 법적 사고와 연결되어 있으므로, 개인의 외적 행위에는 법원칙으로서 법적 실천적 이성이 들어있다.²⁹⁾

타인의 권리에 대한 관계에서 한 사람의 권리가 갖는 영향력이 어느 정도인지에 따라 법침해 여부, 법침해 정도가 결정된다. 따라서 범죄는 상호인격적 행위이며 타인의 자유영역에 대한 침해로 표현될 수 있다.³⁰⁾ 칸트는 절도범은 다른 사람의 소유물을 불안하게 만들고, 이것은 곧 절도범 자신의 소유물의 안전성을 빼앗는 결과에 이른다고 표현한다.³¹⁾ 칸트의 법론에 비추어 보면 범죄는 공동체를 구성하는

27) Immanuel Kant(a), 앞의 책, p.344(A45, VI237-238).

28) Immanuel Kant(a), 앞의 책, p.336(A32, VI230); 번역 참고: 임마누엘 칸트, 이충진·김수배 역, 『도덕형이상학』, 한길사, 2018, 54면.

29) Immanuel Kant(a), 앞의 책, p.337(A33, VI230); 번역 참고: 임마누엘 칸트, 이충진·김수배 역, 앞의 책, 55면.

30) 라이너 차직(a), 손미숙 역, “살인을 했다면 그는 죽어야 한다-칸트와 형법”, 『법철학연구』 제14권 제3호, 한국법철학회, 2011, 8면.

상호작용을 하는 개인들 사이에서 이뤄진 자유에 대한 침해이다.

덕의무와 구별되는 범의무는 자연상태와 대비되는 시민적 법에 의해 규율되는 영역으로서³²⁾ 이때 “공적 법칙의 위반은 위반자로 하여금 국가 시민의 자격을 상실하도록 만드는데”, 형령과 같은 사적 범죄는 민사 재판에 회부되고, 절도와 강도와 같은 공적 범죄는 형사재판에 회부되며, 범죄를 이유로 범죄자에게 고통을 부과하는 권리가 형벌권이 된다.³³⁾ 이때 형벌과 과거의 범죄행위가 연결될 수 있는 이유는 처벌 법칙인 형법이 정언명령이기 때문이다.³⁴⁾ 즉 범죄 행위 자체에서 형벌의 정당화 근거가 발견된다.³⁵⁾ 그리고 이 명령은 “네 의지의 준칙이 보편적 법칙으로 타당할 수 있도록 행하라”³⁶⁾라는 표현에서 알 수 있듯이 보편성을 요구하며, 공동체의 법칙으로 확장된다.³⁷⁾

칸트는 범죄자에게 가해지는 강제 즉 형벌은 “자유를 방해하는 것으로서 보편 법칙에 따라 자유와 일치한다”고 표현한다.³⁸⁾ 오직 응보법만이 처벌의 질과 양을 결정할 수 있는데, 이것은 공적 정의가 원리와 기준으로 삼는 것은 동일성의 원리이기 때문이다. 여기에 형벌을 정당화하는 응보의 핵심이 있다. 범죄와 동등한 정도의 형벌만이 응보의 관점에서 받아들여진다.³⁹⁾

31) Immanuel Kant(a), 앞의 책, p.454(A199, VI333).

32) Immanuel Kant(a), 앞의 책, p.350(A51, VI242).

33) Immanuel Kant(a), 앞의 책, p.452(A196, VI331); 번역 참고: 임마누엘 칸트, 이충진·김수배 역, 앞의 책, 182~183면.

34) Immanuel Kant(a), 앞의 책, p.453(A197, VI332); 라이너 차츰(b), 손미숙 옮김, “형벌의 정당성의 근거에 대하여”, 『비교형사법연구』 제24권 제1호, 한국비교형사법학회, 2022, 212면.

35) 스캔론은 응보 이론의 오류는 ‘비난이 적절하기 위한 조건으로서의 정신적 요소’ 즉, 범죄의 성립과 ‘손실을 가하는 일의 허용 조건으로서 정신적 요소’ 즉, 처벌의 정당화 근거를 동일하게 취급한 데에 존재한다고 주장한다. Scanlon, T., 앞의 책, p.232.

36) Immanuel Kant(b), *Kritik der praktischen Vernunft. Grundlegung zur Metaphysik der sitten*, Frankfurt: Suhrkamp, c1956, § 7, p.140 : “Handle so, dass die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten koenne.”

37) 라이너 차츰(b), 손미숙 옮김, 앞의 논문, 214면; 정언명령은 “어떠한 조건에도 제한받지 않으며, 절대적으로 필연적이고, 그러면서도 실천적으로 필연적인 것”(Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, IV416)이라는 뜻에서 ‘본래적인 지시명령’이고, 정언명령은 행위자의 주관적 실천 규칙 곧 준칙이 보편성을 갖출 것을, 곧 법칙이 될 것을 명령한다. 백종현, 『한국 칸트사건』, 아가넷, 2019, 314~315면.

38) Immanuel Kant(a), 앞의 책, p.338(A35, VI231); 번역 참고: 임마누엘 칸트, 이충진·김수배 역, 앞의 책, 56~57면.

(2) 헤겔의 이론

헤겔 역시 범죄의 기초는 자유의지에 대한 침해라고 보았다. 다만 이때의 자유는 ‘법’의 요소를 이루고 있는 것으로서 아래에서 표현한 바와 같이 각 개인의 주관적인 자유들이 관계 속에서 객관적인 자유를 구현한 상태를 의미한다.⁴⁰⁾ “법의 요소를 이루는 것은 정신적인 것이며, 그 구체적인 입각점과 출발점이 되는 것은 자유로운 의지이다. 자유야말로 법의 실체와 사명을 이루며, 또한 법의 체계란 실현된 자유의 왕국이며, 정신 스스로가 제2의 자연으로서 산출해낸 정신의 세계이다.”⁴¹⁾

헤겔의 이론 속에서 범죄는 ‘부정’으로 표현된다. “범죄의 행위가 어떤 최초의 것, 긍정적인 것이고 여기에 대해 부정으로서의 형벌이 가해지는 그런 것이 아니라 범죄행위는 하나의 부정적인 것이며 따라서 형벌은 부정을 다시금 부정하는 것에 다름 아닌 것이다.”⁴²⁾ 헤겔은 불법을 세 가지 영역으로 구분하였다. 범의가 없는 민사법상의 불법, 사기, 범죄이다. 민사상의 권리분쟁으로 인해 어느 일방의 소유로 포섭되는지 여부만이 결정되는 것은 범의 없는 불법으로서 특수의지만을 부정할 뿐 보편적인 법은 존중되므로 가장 경미한 불법으로서 범죄가 아니다. 범의가 없는 민사상의 불법에는 법을 위반하려는 의지가 없었으므로 형벌이 내려질 수 없다.⁴³⁾ 반면 사기는 계약에 기초한 것이지만 보편적 법을 존중하지 아니하여 법에 대한 침해가 존재하므로 처벌대상이다. 끝으로 범죄는 “시민사회에서 소유나 인격은 법률에 의해 인정되고 타당성을 지니고 있기 때문에 범죄는 더 이상 주관적으로 무한한 인격의 침해라는 데 그치지 않고 내적으로 확고부동한 현실성을 지닌 공동의 사안에 대한 침해가 된다.”⁴⁴⁾라고 보았다.

39) Immanuel Kant(a), 앞의 책, p.454(A199, VI333).

40) 양천수(a), “헤겔 법철학과 형법학-형벌이론을 예로 하여”, 『법철학연구』 제24권 제1호, 한국법철학회, 2021, 132면.

41) G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Stuttgart: Fr.Frommanns, c1952, § 4, p.50; 번역 참고 : G.W.F. 헤겔, 임석진 옮김, 『법철학』, 한길사, 2008, 70면.

42) G.W.F. Hegel, 앞의 책, § 97, pp.151~152; 번역 참고 : G.W.F. 헤겔, 임석진 옮김, 앞의 책, 205~206면.

43) G.W.F. Hegel, 앞의 책, § 82, p.142 이하.

따라서 헤겔에게 범죄란 “자유로운 인격 사이에서 형성되는 상호인정 관계를 침해하는 현실존재”로 파악된다.⁴⁵⁾ 이와 같은 상호관계는 공동체를 전제한 개념이다. 헤겔은 “사회의 일원에 대한 침해가 곧 다른 모든 성원에 대한 침해라고 보는 입장은…범죄의 외적인 실상 면에서는 그의 본성을 바꾸어 놓는다”라고 표현한 바 있다.⁴⁶⁾ 또한 “이 질이나 무게라는 것은 시민사회의 상태에 따라 변하는 것으로”⁴⁷⁾라는 문장을 통해 공동체성은 범죄의 평가 과정에 영향을 미침을 나타내었다.

헤겔에게 범죄와 형벌은 “어느 한쪽이 필연적으로 전제하는 다른 한쪽이다.”⁴⁸⁾ 범죄와 형벌은 내적으로 연결되어 있다고 본 것이다. 헤겔은 법을 침해하는 범죄는 무효로 선언되어야 하는데 이 선언은 곧 범죄와 형벌을 연결하는 고리가 된다. “법 그 자체에 이루어진 침해는 적극적·외부적으로 존재하는 실존이지만 그 자체로는 무효인 것이다. 이러한 무효를 선언하는 것은 법에 대한 침해를 무효화하는 것을 실존으로 드러내는 것이다. 이것이 법의 현실성이자 법에 대한 침해를 지양함으로써 자기 자신과 매개되는 법의 필연성이다.”⁴⁹⁾ 이 선언을 통해서 법의 타당성이 회복되고, 그와 동시에 일반 시민의 신뢰를 강화하여 적극적 일반예방이 가능하기 때문이다.⁵⁰⁾

(3) 리스트의 이론

리스트는 실증주의가 최고조에 달한 시기에 활동한 사상가이다. 그는 원시적 형벌은 사회적 성격을 띠고 있는 하나의 충동 행위로서 윤리나 도덕적 가치 판단과

44) G.W.F. Hegel, 앞의 책, § 218, p.299; 번역 참고: G.W.F. 헤겔, 임석진 옮김, 앞의 책, 403면, 조흥길, 앞의 논문, 161쪽 : “...범죄는 이미 주관적으로 무한적인 것에 대한 침해에 그치는 게 아니라 그 자체 확고하고 강력한 실존성을 지닌 보편적인 것에 대한 침해이기도 하다.”

45) 양천수(a), 앞의 논문, 135면.

46) G.W.F. Hegel, 앞의 책, § 218, p.299; 번역 참고: G.W.F. 헤겔, 임석진 옮김, 앞의 책, 403면.

47) G.W.F. Hegel, 앞의 책, § 218, pp.299~300; 번역 참고: G.W.F. 헤겔, 임석진 옮김, 앞의 책, 404면.

48) G.W.F. Hegel, 앞의 책, § 101, p.159; 번역 참고: G.W.F. 헤겔, 임석진 옮김, 앞의 책, 214면.

49) G.W.F. Hegel, 앞의 책, § 97, p.151-152; 번역 참고 : 양천수(a), 앞의 논문, 131면; G.W.F. 헤겔, 임석진 옮김, 앞의 책, 205면.

50) 양천수(a), 앞의 논문, 137면.

무관하게 존재했으나 사회의 발달과 더불어 목적사상에 의하여 형벌은 의지 행위가 되고, 객관화되었다고 평가한다.⁵¹⁾ 형벌의 객관화는 공동체의 삶의 조건에 대해서 인식 가능하게 하였고, 이러한 삶의 조건을 침해하는 것을 범죄로 정의한다.⁵²⁾ 이 삶의 조건이 바로 법익에 해당하며 리스트는 삶의 조건이 법익이 되는 과정에 대해 “일반화된 명령에 의해 확정되고 그 경중이 가려져서 법적으로 보호된 이익, 즉 법익으로 선언된다.”라고 설명하였다.⁵³⁾

리스트는 보호객체와 행위객체를 구별함으로써 법익 개념을 관념화한 사상가로 평가받는다.⁵⁴⁾ 법익의 범위는 곧 범죄의 가벌성의 범위이므로 법익 개념을 어떻게 파악할지는 형법학에서 중요한 문제가 된다. 법익의 개념은 철학적 이념에 영향을 받을 수 밖에 없다는 점에서 법익 개념은 고정된 것이 아니라 철학적 바탕 또는 사고에 따라 넓어지기도 하며 좁아지기도 하는 유동적인 존재인 것이다.⁵⁵⁾

리스트가 말한 법익은 리스트의 철학적 사고를 바탕으로 그 범위를 명확히 할 수 있다. 리스트는 법익은 인간의 생활이익으로서 법질서보다 우선하여 존재하는 것으로 보았다. 형벌이 보호하고자 하는 위 법익은 곧 침해되었을 때 범죄가 구성될 수 있는 대상이다. 따라서 리스트의 이론에 따르면 법질서 보다 우선하여 존재하는 인간의 생활이익을 침해하는 것이 범죄가 된다.⁵⁶⁾

리스트는 형벌의 부과 대상은 법익을 침해하는 행위임을 명확히 하면서 민사 불법은 법익보호라는 형벌의 목적사상 밖에 존재하는 대상이라고 보았다. “특정 시대의 국민에게 그들의 삶의 조건을 침해한다고 여겨지는 행위에 형벌을 부과해야 하고, 따라서 형사 불법과 민사 불법은 그 종류의 측면에서 차이가 없고, 다만 목적사

51) Liszt, Franz von, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Marburg: Pfeil, c1882, p.12 (<https://www.digitale-sammlungen.de/en/view/bsb11481888?page=22,23>); 프란츠 폰 리스트, 심재우·윤재왕 역, 『마르부르크 강령』, 도서출판 강, 2012, 46면, 51면.

52) Liszt, Franz von, 앞의 책, p.13; 프란츠 폰 리스트, 심재우·윤재왕 역, 앞의 책, 59면.

53) Liszt, Franz von, 앞의 책, p.13; 프란츠 폰 리스트, 심재우·윤재왕 역, 앞의 책, 58면.

54) 양천수(b), “19세기 독일 형법학에서 전개된 법익 개념-이념사를 중심으로 하여”, 『법사학연구』 제38권, 한국법사학회, 2008, 95면.

55) 양천수(b), 앞의 논문, 99면.

56) Liszt, Franz von, 앞의 책, p.13; 프란츠 폰 리스트, 심재우·윤재왕 역, 앞의 책, 58면.

상이 양자 사이의 경계를 확정할 뿐이라고 하는 입장”을 취하였다.⁵⁷⁾

형벌의 객관화는 범죄 개념에 대한 고찰에만 그치지 아니하고 형벌작용에 대한 고찰로 이어진다고 평가한다.⁵⁸⁾ 형벌의 목적은 법익 보호와 범죄 예방이며 “범죄에 대하여 일정한 법익을 보호하기 위해 필요하다고 여겨지는 정도에 따라 형벌의 종류와 척도를 정하도록” 해주므로,⁵⁹⁾ 형벌의 목적사상은 형벌이 법익 보호에 이바지하게 하는 결과에 이른다.⁶⁰⁾ 따라서 리스트에게는 범죄와 형벌을 연결시키는 고리는 바로 목적사상인 것이다. 리스트가 형벌의 궁극적 목적으로 언급한 ‘법익보호기능’은 이런 측면에서 리스트의 범죄이론과 연결되어 있다.⁶¹⁾

3. 범죄의 본질적 속성 도출

칸트, 헤겔, 리스트가 범죄를 정의하기 위해 사용한 용어나 표현방식에는 어느 정도 차이가 있지만, 공통적으로 언급한 부분이 존재한다. 이들은 형벌이론 차원에서 범죄와 형벌이 연결될 수 있는 철학적 근거를 논증하였고, 그 내용 속에서 형벌이 정당화될 수 있는 대상으로서, 범죄의 특성을 파악할 수 있다. 이들을 종합하여 공통의 속성을 추출한다면 범죄의 본질적 속성으로 정의하기에 무리가 없을 것이다.

칸트에게 범죄는 ‘한 사람의 행위가 다른 사람의 자유와 보편 법칙에 따라 상호 통합’되지 않는 것을 말한다. 침해대상은 타인의 자유이며, 침해행위는 타인의 자유와 통합될 수 없다는 특성을 가진 행위이다. 칸트의 이론 속에서 선행행위인 범죄와 후행행위인 형벌이 유효하게 연결될 수 있는 근거는 이것이 공동체와 관련된 침해로서의 성격을 가지기 때문이라고 보는 입장이 존재한다.⁶²⁾ 소급효는 오직 공동

57) Liszt, Franz von, 앞의 책, p.17; 프란츠 폰 리스트, 심재우·윤재왕 역, 앞의 책, 71면.

58) Liszt, Franz von, 앞의 책, p.14; 프란츠 폰 리스트, 심재우·윤재왕 역, 앞의 책, 61면.

59) 리스트는 처벌대상은 행위가 아닌 행위자인 범죄자라고 보고, ‘개선이 가능하고 필요한 범죄자’에게는 개선이, ‘개선이 불가능한 범죄자’에게는 무해화가, ‘개선이 필요하지 않은 범죄자’에게는 위하가 형벌의 목적이라고 보았다. Liszt, Franz von, 앞의 책, p.23 이하; 프란츠 폰 리스트, 심재우·윤재왕 역, 앞의 책, 93면 이하.

60) Liszt, Franz von, 앞의 책, p.15; 프란츠 폰 리스트, 심재우·윤재왕 역, 앞의 책, 62면.

61) 양천수(b), 앞의 논문, 93면.

체에서만 이해될 수 있다는 것이다. 이것은 칸트의 다음과 같은 표현에 비추어 볼 때 타당하다고 여겨진다. “그러므로 내가 국민 가운데 한 사람에게 행한 부당한 악행은 내가 네 자신에게 행하는 악행인 셈이다.”⁶²⁾ 자유의 개념은 공동체 속에서 확정되고, 범죄행위는 보편법칙 하에서 공동체적 성격을 지니는데, 형벌의 정당화는 일차적으로 형법의 정언명령으로서의 성격에 근거하지만 결국 공동체성을 통해 확보된다. 따라서 공동체적 성격은 범죄의 관점에서 개인의 특정한 침해행위가 형벌의 대상이 될 수 있도록 하는 자격요건이고, 형벌의 관점에서는 국가 형벌의 정당화 근거이다.

헤겔에게 범죄란 “자유로운 인격 사이에서 형성되는 상호인정 관계를 침해하는 현실존재”이다. 공동체적 속성에 기초하여 보호대상인 자유는 상호인정 관계를 형성하는데, 침해행위는 이 자유에 관해 공동체의 보편적인 법을 부정하는 행위이다. 이처럼 헤겔은 공동체를 통해 객관화된 자유가 보호의 대상이라고 보았다. 범죄와 형벌은 내적으로 연결되어 상호간에 다른 존재의 전제가 되므로 법에 대한 침해에 무효를 선언하는 것, 즉 형벌은 법의 필연적 성격의 요청에 따른 것이다. 이처럼 범죄의 객관화 과정을 위해서는 공동체가 전제되어야 하고, 형벌을 통한 무효의 선언 역시 공동체를 전제하므로, 공동체적 속성은 헤겔의 범죄이론과 형벌이론에서 모두 본질적인 속성으로 등장한다.

리스트는 형벌의 객관화는 공동체의 삶의 조건에 대해 인식 가능하게 하였고, 이러한 공동체의 삶의 조건을 침해하는 것을 범죄로 정의하며, 이 삶의 조건을 법적으로 불렀다. 리스트가 말한 법익의 ‘이익’은 공동체를 형성하여 살아가는 인간의 생활에 관계된 것으로서 실정법 이전에 존재하는 것이다. 공동체를 전제하여 형성된 개념인 법익을 보호하고 범죄를 예방하기 위해 형벌이 존재한다. 이처럼 리스트는 목적사상에 기초하여 범죄를 정의하고 형벌의 목적을 설정하였는데, 여기서 핵심적인 기능을 하는 것은 곧 공동체이다. 공동체적 속성을 지닌 법익 개념은 범죄

62) 라이너 차취(a), 손미숙 역, 앞의 논문, 15면.

63) Immanuel Kant(a), 앞의 책, p.453(A197, VI332), 번역 참고: 임마누엘 칸트, 이충진·김수배 역, 앞의 책, 183면.

를 구성함과 동시에 형벌의 목적을 구성한다.

절대적 형벌이론을 택하든 상대적 형벌이론을 택하든 공동체적 속성은 범죄의 본질을 구성하고 형벌을 정당화하는 근거가 된다. 칸트, 헤겔, 리스트는 실정법 이전에 존재하는 인간의 자유 내지 권리를 인정하고, 범죄는 이것을 침해하는 행위라고 보았는데, 인간의 자유 내지 권리 개념 속에도, 침해의 개념 속에도, 형벌의 정당화 근거에서도 모두 공동체적 속성이 발견되었다.

범죄와 형벌의 관계에서도 공동체적 속성이 도출될 수 있음을 보았는데, 이것은 공적 표명 기능을 매개로 하여 극대화된다. 절대적 형벌이론은 범죄 자체가 형벌의 정당화 근거라고 보는 입장으로써 형벌 자체는 공동체 구성원을 상대로 대상 행위가 범죄임을 확인하는 공적 표명 작용을 하게 된다. 상대적 형벌이론에서도 형벌의 정당화 근거로 삼은 범죄 억제 목적을 달성하기 위해서 공적 표명 기능이 필요하다고 언급한 바 있다.⁶⁴⁾ 결국 두 형벌이론은 형벌의 근거에 관해 상반된 견해에 서 있지만 특정한 유형으로 일반화된 행위 또는 개별 행위자의 행위가 범죄라는 사실을 공적으로 표명하는 기능이 형벌을 정당화한다는 점에 있어서는 같은 입장에 서 있다. 그렇다면 범죄는 공동체 내에서 공적으로 표명이 필요한 행위라는 특성을 지니고 있다고 추론할 수 있다.⁶⁵⁾ 이것 역시 공동체성을 전제한다. 따라서 공동체성은 범죄를 구성하는 속성이자 형벌의 정당화 근거 측면에서도 고려되는 본질적 속성이다.

이와 같이 공동체적 성격을 범죄의 본질적 속성의 근원으로 보는 견해는 다른 학

64) Liszt, Franz von, 앞의 책, p.13; 프란츠 폰 리스트, 심재우·윤재왕 역, 앞의 책, 58-59면: “형벌의 객관화는 우선 국가 공동체 및 국가 공동체 내에 포괄되어 있는 개별 공동체의 삶의 조건에 대한 인식을 가능하게 해준다. 이러한 공동체의 삶의 조건을 침해하는 것이 범죄다. 그런데 이러한 삶의 조건들은 너는 살해해서는 안 된다... 등의 일반화된 명령에 의해 확정되고 그 경중이 가려져서 법적으로 보호된 이익, 즉 법익으로 선언된다. 이렇게 규범의 목록을 작성하는 것은 커다란 의미가 있다. 그것은 국가가 형벌권을 스스로 제한하는 첫걸음이자, 법과 도덕의 최초의 형식화이다. 바로 그렇게 때문에 법과 도덕을 형성하는 강력한 수단임과 동시에, 예방을 향한 최초의 조치이기도 하다.”

65) 다만 공적 표명 기능은 절대적 형벌이론의 입장에서는 형벌 부과 과정에서 나타나는 효과이고, 상대적 형벌이론의 입장에서는 목적을 이행하는 하나에 수단에 불과하다는 점에서 형벌의 차원에서 이해되어야 마땅하므로 범죄를 구성하는 본질적 속성이라기 보다는 하나의 ‘특성’에 불과하다고 판단하였다.

자들에게서도 발견되고 있다. 독일의 형법학자 하세머는 법익 개념이 사회적 의사소통의 과정을 통해 구성된다고 밝힌 바 있다.⁶⁶⁾ 아멜룽은 법익 개념의 의미가 명확하지 않으므로 사회유해성 개념에 기초할 것을 제안하면서, “인간의 공존조건을 위태롭게 하는 행위가 사회적으로 유해한 행위이고, 이러한 행위가 바로 범죄가 된다”고 보았다.⁶⁷⁾ 이때 ‘공존조건’, ‘사회적’이라는 개념은 공동체적 속성을 나타낸다.

칸트, 헤겔, 리스트의 범죄 개념에는 공통적으로 다음의 세 가지 속성이 발견된다. 실정법 이전에 존재하는 다른 사람의 자유 내지 권리에 관한 것이라는 속성,⁶⁸⁾ 타인과 통합되거나 정당화되지 않는 침해로서의 속성, 공동체적 속성이다. 이때 공동체적 속성은 개념적으로 독립된 속성이지만, 실질적으로는 다른 두 속성 안에서 작용하는 속성이라고 보는 것이 타당할 것이다. 공동체적 속성을 구체적으로 표현한다면 사회 일반에 의해 인정된 권리만 법익이 되어 형벌의 보호대상의 자격을 얻는 것이고, 사회 일반의 기준에서 볼 때 허용되거나 수인되기 어려운 정도가 되어야 비로소 침해로 평가되어 범죄행위를 구성하게 될 것이다. 이때 사용된 ‘사회 일반’이라는 용어는 개인적·주관적 차원을 사회적·객관적 차원으로 끌어올리는 역할을 하게 된다.

IV. 범죄의 세 가지 본질적 속성에 대한 검토

1. 행위론과 불법의 본질

(1) 행위론의 법적 의미

66) 빈프리트 하세머, 배종대·윤재왕 옮김, 『범죄와 형벌』, 나남, 2011, 161쪽 이하.

67) K. Amelung, *Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft* (Frankfurt/M., 1972), S. 75.; 양천수(c), “법사회학의 관점에서 바라본 형사법학—사회학적 형사법학의 관점을 중심으로 하여”, 『법학논고』 제49집, 경북대학교 법학연구원, 2015, 873면 재인용.

68) ‘실정법 이전에 존재하는’이라는 점은 칸트, 헤겔, 리스트의 철학사상만을 고찰의 대상으로 삼았기 때문임을 밝힌다.

범죄의 실질은 범죄의 불법성에 대한 논의이기도 하다. 범죄는 곧 행위이기 때문에, 범죄의 불법성은 형법상의 행위개념을 어떻게 보는지에 따라 달라질 수 있다.⁶⁹⁾ 20세기 독일에서 시작된 행위론 논쟁은 형법의 논의를 벗어난 것이므로 “형법상의 불법을 구성하는 행위가 어떤 질을 구비하고 있어야 하는가”라는 규범적 측면에 초점을 맞출 것을 제안하거나⁷⁰⁾ 행위론 논쟁에 대해 부정적 시각을 보여주는 견해도 존재하지만⁷¹⁾ 행위론은 불법의 본질에 관한 논의와 연결되어 있다는 점은 분명하므로 불법의 실질을 파악하기 위해서 행위론과 이에 기초한 범죄체계론을 살펴볼 필요가 있다.⁷²⁾

행위론은 불법과 책임의 관계에도 영향을 미칠 수 있다. 객관적 불법 개념과 주관적 불법 개념은 행위자에게 귀속할 수 없는 행위를 불법하다고 평가할 수 있는지 여부에 있어서 서로 다른 결론에 이를 수 있다. 현재 우리는 평가규범으로서의 불법 개념을 채택하고 있으므로 책임과 불법은 엄격히 구별되며, 행위자에 대한 귀속가능성은 불법 평가에 영향을 미치지 않는다. 만약 주관적 불법 개념을 따르게 되면 행위자에게 의무의 불이행에 따른 비난가능성이 귀속될 수 있어야만 불법이 인정된다.⁷³⁾ 이때 불법의 개념에는 책임요소인 책임능력과 비난가능성이 포함된다. 귀속론 및 행위론에 따라 불법과 책임이 구별되며, 불법을 구성하는 요소가 달라지고, 결과적으로 불법의 실질을 파악할 때 염두에 두어야 할 대상이 달라지게 된다.

69) 허일태(a), “범죄행위의 불법성”, 『동아법학』 제22호, 동아대학교 법학연구소, 1997, 195면.

70) 박상기, 앞의 책, 40면.

71) 배종대, 앞의 책, 114면.

72) 허일태(a), 앞의 논문, 195면, 204면 : “형법상의 불법성은 형법상의 행위개념과 불가분의 관계에 있지만, 그렇다고 해서 형법상 의미있는 행위가 곧바로 형사처벌의 전제가 되는 행위의 불법성이 성립되는 것은 아니다. 어느 행위가 형사처벌만을만한 형법상의 불법성이 성립하려면, 다시금 형법상 불법성의 성립요건 내지 불법성이 무엇인가에 대한 규명을 하여야 할 것이다. 특히 불법성의 구조 내지 내용에 대한 규명이 있어야 한다”라고 설명한다. 행위론의 관점에서 본 범죄행위의 불법성과 금지규범의 관점에서 본 형법상의 불법성을 나눠서 논의를 전개하고 있다. 본고는 후자(금지규범의 관점에서 본 형법상의 불법성)에 관한 논의이다.

73) 문채규·강수경, “불법과 책임의 구별 그리고 규범이론”, 『서울대학교 법학』 제59권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2018, 65면 : 51쪽 이하에서는 귀속론에 기초한 객관적 불법과 주관적 불법의 개념 구별 논의가 19세기 후반 독일에서 행위론에 기초한 불법과 책임의 구별 논의로 이어졌다고 소개하고 있다.

따라서 오늘날에도 귀속론 및 행위론은 여전히 의미 있는 논의이다.⁷⁴⁾

(2) 행위론에 기초한 범죄체계론과 불법

행위 개념 속에 의사의 내용을 배제하고 의사의 존재만을 고려하여 행위를 의미 있는 신체의 행태로 보는 인과적 행위론에서는 주관적 인식이나 의사가 불법을 결정해서는 안된다고 본다. 객관적인 것들만 불법성 차원에서 고려되므로 불법의 본질은 결과반가치에 있다. 19세기 자연주의에 철학적 배경을 두고 있다.⁷⁵⁾ 고전적 범죄체계에서 주관적 불법요소를 발견한 메츠거는 “모든 법의 실질적 내용은 인간의 이익의 보호로, 모든 불법의 실질적 내용은 그러한 이익의 침해로 파악된다. 모든 법의 최종목적은, 다른 표현으로 정의의 사상은 이익충족의 최대한에 대한 노력으로 결정된다. 이러한 최종목적에 위배되는 것은 실질적으로 ‘불법’이라고 할 수 있다.”라고 평가한 바 있다.⁷⁶⁾

반면 행위를 ‘목적활동의 수행’으로 해석하는 목적적 행위론은 고의와 같은 주관적 요소가 불법을 나타내므로 규범에 위반하는 행위를 범죄로 파악하고 불법의 본질을 행위반가치로 이해한다. 결과반가치를 불법의 영역에서 완전히 배제하지 아니한 벨첼과 달리 인적불법론의 입장에 선 학자들은 불법은 의무의 불이행으로서, 결과반가치는 불법을 구성하지 않고 불법의 근거도 되지 않는다고 평가했다.⁷⁷⁾

사회적 행위론은 사회적 중요성 내지 사회적 의미에 기초하여 행위개념을 파악하고 있고, 형법상 행위의 개념요소를 결여하여 범죄행위에서 배제되어야 할 것들을 명확히 하는 기능을 수행한다. 사회적 행위론의 입장은 인과적 행위론에 따른 결과반가치와 목적적 행위론에 따른 행위반가치의 불가분적 연관성 속에서 불법의

74) 최민석, “행위론과 범죄체계론의 관계-인과성의 두 가지 의미”, 『안암법학』 제55권, 안암법학회, 2018, 15면 : 행위론 본래의 가치는 불법론에 있다고 파악한다.

75) 김일수, “체계적 범죄론에 관한 방법론적 일고찰”, 『법학논집』 제21권, 고려대학교 법학연구원, 1983, 16면.

76) Mezger, Edmund, “Die subjektiven Unrechtselemente”, Der Gerichtssaal, 89. Band, 1924, S. 248 f.; 문채규·강수경, 앞의 논문, 66쪽 재인용.

77) 문채규·강수경, 앞의 논문, 65면.

속성을 파악하고, 고의와 과실의 이중적 지위를 인정하는 합일태적 범죄체계론에 따라 불법체계를 구성하고 있다. 이원적·인적 불법론은 결과반가치와 행위반가치를 대등한 지위에서 불법의 본질로 파악한다.⁷⁸⁾

범죄의 본질을 권리침해로 보는 권리침해설, 법익침해로 보는 법익침해설, 의무위반으로 보는 의무위반설이 존재하지만 오늘날 법익침해설과 의무위반설을 결합한 결합설의 입장에서 범죄의 본질을 파악하는 것은 위와 같이 합일태적 범죄체계론을 따른 결과이다.⁷⁹⁾ 즉 범죄를 범죄로 정하는 요소는 법이 보호하고자 하는 법익에 대한 위해 및 사회구성원이 정한 의무를 위반하는 것의 결합체이다.

다만 행위론은 범죄의 규범적이고 본질적 속성보다는 불법을 구성하는 행위요소의 체계나 지위에 관한 논의를 중심으로 이뤄진 측면이 있다.⁸⁰⁾ 그 결과 법익침해 또는 의무위반이라는 용어가 가진 불확정성 또는 추상성은 해석에 따라 형법의 보호범위를 넓히거나 좁힐 수 있는 여지를 제공하게 된다. 따라서 우리는 위 개념 안에서 ‘불법의 본질적 속성’이 존재해야 한다는 규범적 한계를 찾아내야 한다.

(3) 행위론과 불법의 본질

인과적 행위론은 개별 구성요건이 염두에 둔 법익에 대한 침해 결과가 범죄의 핵심이며, 불법의 본질적 속성을 구성한다고 본다. 반면 목적적 행위론자인 벨첼은 불법은 결과에 대한 객관적 평가만으로 결정된다는 인과적 행위론의 입장에 반대하면서 처벌의 대상이 된 인간 행위의 본질적 특성을 밝히는데 주목하였다. 그는 행위자의 인식과 의사에 따라 범죄실현이 지배되었다는 점이 범죄의 본질을 구성한다고 보고, 범죄를 ‘목적활동성의 수행’으로 평가하였다.⁸¹⁾

78) 김성돈, 앞의 책, 144면; 이재상 외, 앞의 책, 98면; 이정원·류석준, 앞의 책, 104면; 임웅, 앞의 책, 118면.

79) 김일수·서보학, 『새로 쓴 형법총론(제13판)』, 박영사, 2018, 16면; 이재상 외, 앞의 책, 78면; 임웅, 앞의 책, 88면.

80) 허일태(a), 앞의 논문, 196면. “인과적 행위론의 결정적 실수는 이 행위론이 형법상 처벌될만한 불법행위의 본질적 의미와 내용이 무엇이나를 묻는 데서 출발하지 않고, 고전적 범죄체계의 뒤치다꺼리를 위해서 탄생케 된 이론이라는 점이다.”

사회적 행위론을 따르는 마이호퍼는 ‘객관적 목적성’ 개념을 도입하여 행위론에 새로운 의미를 부여하였다.⁸²⁾ 객관적 목적성은 목적적 행위론의 행위자의 목적을 사회 일반의 관점에서 객관화할 수 있을 때에만 규범성을 부여하였다. 즉 목적적 행위론의 ‘행위자의 의사에 의한 목적활동의 수행’은 규범적으로 의미있는 행위여야 하고, 곧 사회적 차원이 고려된 객관화 가능성에 의해 결정된다.⁸³⁾ 또한 마이호퍼는 형법상 행위개념은 지성적, 의지적, 객관적 요소 외에도 사회적 요소를 담고 있고, 사회적 요소는 ‘타인의 관점에서 본 사회적 결과 기준’을 말한다고 평가하였다.⁸⁴⁾ 이때 타인은 곧 공동체를 전제한 개념이다.

이처럼 공동체적 요소는 결과반가치를 평가할 수 있는 사회적 기준으로 작용하고,⁸⁵⁾ 행위자의 주관적 목적을 법규범에서 정한 목적활동으로 받아들일 수 있는지 여부를 결정한다.⁸⁶⁾ 그리고 그 기준을 행위자의 관점에서 타인의 관점으로 돌린다. 이것이 곧 우리가 법적 판단과정에서 사용하는 ‘일반의 기준’ 또는 ‘일반인의 사회통념’으로 볼 수 있을 것이다.

법사상가들로부터 찾은 세 가지 범죄의 본질적 속성 중에서 ‘실정법 이전에 존재하는 다른 사람의 자유 내지 권리에 관한 것이라는 속성’ 및 ‘타인과 통합되거나 정당화되지 않는 침해로서의 속성’은 객관적으로는 결과반가치와 주관적으로는 행위반가치와 유관하다. 침해 결과는 결과반가치가 되고, 침해 결과를 야기한 행위의 규범적 요소와 주관적 요소에 관한 평가가 행위반가치로서의 불법성을 구성한다. 공동체적 속성은 사회적 행위론의 중요한 핵심가치로 침해 결과라는 결과반가치 속에도 존재하며, 사회일반의 관점에서 객관화된 행위자의 의사에 따라 침해행위가

81) H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Berlin, c1969, § 33, p.247: “Menschliche Handlung ist Ausübung der Zwecktätigkeit.”

82) 심재우(a), “사회적 행위론”, 『법조』 제24권 제7호, 법조협회, 1975, 59면.

83) 심재우(b), “목적적 행위론 비판-사회적 행위론의 입장에서”, 『법학행정논집』 제13권, 고려대학교 법학연구원, 1976, 187면.

84) W. Maihofer, “Der soziale Handlungsbegriff” in: Festschrift für E. Schmidt, 1961, S.178-180; 양천수(d), “법존재론과 형법상 행위론-베르너 마이호퍼를 통해 본 형법철학의 가능성”, 『법철학연구』 제9권 제1호, 한국법철학회, 2006, 165-166면 재인용.

85) 양천수(d), 앞의 논문, 165면.

86) 심재우(b), 앞의 논문, 216면.

실현되었다는 행위반가치 속에도 존재한다. 결국 공동체적 속성은 양자 모두에서 고려되고 있다. 형법사상에서 찾은 범죄의 본질적 속성은 행위론에 기초한 불법의 본질과 조화를 이루고 있다.

2. 현대 사상가의 범죄이론과 비교

현대의 사상가들이 제시한 범죄이론 및 형벌이론에 비추어 볼 때 범죄의 세 가지 속성이 수용가능한지 검토가 필요하다. 현대 사상가 중 영미의 계약주의 철학자 스캐론은 범죄이론과 형벌이론의 관계를 살피고 그 본질을 탐색한 바 있으므로 그의 이론에 비추어 앞서 형법사상에서 찾아 낸 범죄의 본질적 속성이 현대에도 적절한 기준으로 작용할 수 있는지 검토 가능할 것이다.⁸⁷⁾

스캐론은 옳고 그름을 정하는 도덕률은 나의 행위가 다른 사람에게 정당화될 수 있는지, 즉 다른 사람에 의하여 합당하게 거절될 수 없는 것인지에 있다고 하였다.⁸⁸⁾ 스캐론의 도덕률은 범죄와 형벌에도 작용하게 된다. 스캐론은 “일정한 유형의 행위가 피해자에 대한 정당화될 수 없는 침범이라는 사실은 이 행위들을 비난의 힘을 갖춘 법의 대상이 되게 하기 위한 필요조건”이라고 평가한다.⁸⁹⁾ 스캐론이 말한 ‘정당화되지 않는 침범’은 곧 범죄의 속성이다. 스캐론은 표현의 자유 영역에 이 기준을 적용할 때 제재가 가능한 행위는 거짓 광고 행위, 타인의 명예를 훼손하는 행위 및 사생활을 침해하는 표현행위라고 언급하였다.⁹⁰⁾

87) 고전주의와 실증주의의 대표적 학자인 칸트, 헤겔, 리스트는 유럽에서 태동한 법사상가로서 현대의 유럽철학에 지대한 영향력을 미쳤다. 칸트, 헤겔, 리스트의 이론으로부터 추출한 속성이 오늘날 범죄의 실질을 판단하는 기준으로 사용될 수 있는지 검증하기 위해서는 이들로부터 직접적인 영향을 받은 현대의 유럽철학을 벗어나 다소 다른 관점에서 철학적 토대를 구성한 영미철학자의 시각을 도입하여 검토하는 것이 필요하다고 판단하였다. 자신의 저서에서 형벌과 범죄에 관해 직접적인 논의를 한 계약주의 이론가 스캐론의 사상은 그런 측면에서 유용한 기준이 될 수 있을 것이다.

88) 성창원, “스캐론의 계약주의, 그리고 잉여반론과 불확정성반론”, 『철학』 제111집, 한국철학회, 2012, 161면.

89) Scanlon, T., 앞의 책, p.231; 번역 참고 : 토머스 스캐론, 이민열 역, 『관용의 어려움』, 서울대학교출판문화원, 2021, 384면.

90) Scanlon, T., 앞의 책, p.163. 스캐론이 언급한 ‘제재’가 반드시 형사제재를 의미하는 것은 아니

그는 형벌이론으로서 응보주의를 거부하고⁹¹⁾ 응보를 대체하는 요건으로 억지라는 공리를 주장한다.⁹²⁾ 이 억지가 작용하는 기제는 다음과 같다. 잘못을 저지른 이에 대해서 그것이 범죄임을 확인 또는 표명하는 것은 인정을 넘어서 피해자의 주장이 공적으로 표명되고 응답받는 체계를 부여하며,⁹³⁾ 범죄를 억제하는 결과를 가져온다.⁹⁴⁾ 비난 대상으로 인해 피해를 입었다는 피해자의 주장이 공적으로 표명되고 응답받을 수 있는 ‘피해자 권리 확인’은 곧 해당 행위가 범죄라는 사실을 표명하게 되므로 범죄와 형벌을 연결할 수 있는 매개로 기능하게 된다.

스캔론이 제시한 또 다른 근거는, 모든 이들이 법에 저촉되는 것을 ‘피할 공정한 기회’를 제공받았다는 점이 형벌의 정당화 근거가 되어 범죄와 형벌을 연결하는 고리가 된다고 설명하고 있다.⁹⁵⁾ 행위자의 구체적 의도나 법적 결과에 대한 부주의는 ‘정신적 요소’로서 범죄를 구성할 뿐만 아니라 피할 공정한 기회를 제공받았다는 점에서 엄한 처벌을 결부하는 것을 허용하여 억지의 결과를 가져온다고 보았다.⁹⁶⁾ 법에 저촉되는 것을 피할 공정한 기회의 이익을 누린 범죄자는 처벌에 반대할 수 없으므로 처벌이 정당화 가능하다.⁹⁷⁾

지만 스캔론의 이론에 비추어 보면 ‘제재’의 대상이 된 행위들은 스캔론이 범죄를 정의하고자 언급한 ‘정당화되지 않는 침범’의 속성을 지니고 있다.

91) Scanlon, T., 앞의 책, pp.220~221 : 도덕적 응분의 관념 속에 잘못을 저지른 사람에게 고통을 겪게 하는 것이 도덕적으로 좋은 일이라는 의미를 포함하는 것을 거부하고, 사회 구성원의 권리를 박탈하고 손실을 가하는 제도가 응보 관념을 통해 정당화되는 것은 아니라는 것이다.

92) Scanlon, T., 앞의 책, p.221 : 이러한 점에서 스캔론은 예방주의의 입장에 가깝다고 판단된다. 다만 스캔론 자신은 미래의 가능성에 기초한 순수억제이론은 결합이 존재한다고 주장하여 자신의 이론과 순수억제이론의 차이점을 언급하였다.

93) 형벌의 내적 측면은 피해자들이 ‘자신들이 억울한 피해자였다는 사실에 대해 공적 인정을 요구하는 것이다’라는 주장은 스캔론의 이런 견해와 맞닿아 있다. 이영록, “도덕축구로서의 형벌”, 『법철학연구』 제9권 제2호, 한국법철학회, 2006, 218면.

94) Scanlon, T., 앞의 책, p.223.

95) Scanlon, T., 앞의 책, pp.231~232; 번역 참고 : 토머스 스캔론, 이민열 역, 앞의 책, 385면 : “범죄를 정의할 때 ‘정신적 요소’는 내가 방금 제시한 설명에서 두 가지 역할을 하게 된다. 그것은 어떤 행위를 정당화되지 않는 침범으로 만드는 것, 즉 정당하게 비난할 수 있는 대상으로 만드는 것의 일부로서 한 번 등장한다. 그것은 두 번째로, 일정한 행위를 비난할 뿐만 아니라 억지의 기제로서 그 행위에 엄한 처벌을 결부하는 것이 왜 허용되는지에 관한 설명으로서, ‘피할 공정한 기회’의 형태로 다시금 등장한다.”

96) Scanlon, T., 앞의 책, p.232.

97) Scanlon, T., 앞의 책, p.230.

스캔론이 정의한 ‘정당화되지 않는 침범’은 ‘공동체적 속성’을 전제한 개념일 수 밖에 없다. 정당화 가능성은 다른 사람에 의하여 합당하게 거절될 수 없는 것인지에 달려 있기 때문이다. ‘정당화되지 않는 침범’은 관용할 수 없는 행위이므로 타인과 통합되거나 정당화되지 않는 침해로서의 결과반가치 및 행위반가치적 성격을 지닌다. 나아가 피해자 권리의 확인은 공동체 내에서 피해자의 주장을 공적으로 확인하는 기능이 주된 목적이라는 측면에서 공동체와 결부되어 있다. 결국 법사상가들의 이론에서 도출한 범죄의 세 가지 속성은 스캔론의 범죄이론 및 형벌이론 속에서도 동일하게 발견된다.

V. 형법사상에서 찾은 범죄의 세 가지 속성의 적용

1. 과실범 성립여부 판단의 초점

주의의무위반의 범위를 결정하는 일은 주의규정에서 시작할 수 있다. 개별 과실범 처벌 규정에 관련된 주의규정들에는 행위자가 기울여야 하는 주의들을 나열하거나 제시한다. 예를 들면 교통사고처리특례법의 ‘과실’은 운전자가 주의를 기울여야 하는 대상과 방법을 구체적으로 실시한 도로교통법의 영향을 받게 된다. 이어서 주의의무의 범위를 결정하는 중요한 원리 중 하나인 ‘허용된 위험’ 또는 ‘신뢰의 원칙’도 고려된다. 허용된 위험은 객관적 구성요건 중 주의의무 뿐만 아니라 인과관계 내지 객관적 귀속의 차원에서도 논의되고 있고, 신뢰의 원칙은 주의의무를 제한하는 원리로서 기능하고 있다.

과실범은 ‘의무’를 위반하는 것을 처벌하는 것이므로 규범적 속성을 가진다. 과실은 규범적 범죄구성요건으로 구성된 범죄이다. 위 의무는 객관적 구성요건, 주관적 구성요건, 인과관계, 객관적 귀속과 같은 범죄체계론상의 여러 요건들에 걸쳐져 있고, 위 요건들이 상호 영향을 받도록 하는 결과를 가져온다. 따라서 고의범과 달리 과실범의 본질적 속성은 규범적 요소가 포함된 객관적 주의의무위반, 주관적 주의

의무위반 뿐만 아니라 인과관계와 객관적 귀속에서도 도출될 수 있다.

그렇다면 과실범이 지닌 범죄로서의 속성은 무엇인가? 과실범을 처벌하는 이유는 행위자가 타인과의 관계에서 타인의 생명과 신체를 침해하였기 때문이다. 그리고 그것이 ‘탓’할 만한 행위였기 때문이다. 여기에서 ‘탓’할 만한 이유가 없다면, 즉 예견가능하고 회피가능한 부주의가 없었다면, 위험을 창출하거나 위험을 증가시킨 것이 아니라면, 타인을 신뢰하여 그와 같은 행위를 했다면 이 행위는 범죄로서의 속성을 가지지 못하게 된다.

즉 과실에서는 세 가지 범죄의 본질적 속성 중에서 타인의 자유나 권리에 대한 침해 결과보다는 그 행위가 공동체 내에서 통합되거나 정당화되지 않는 것이라는 속성이 가장 중요한 부분이 된다. 과실은 미수를 처벌하지 아니하므로 타인의 자유 또는 권리에 대한 침해상황이 전제되어야 비로소 범죄성립 논의가 시작된다는 측면에서 이것은 당연한 이야기일 수도 있다. 그러나 단순히 구성요건적 결과 발생 외의 범죄성립요건이 중요하다는 것만을 의미한다고 인식하면 위 속성을 제대로 해석하지 못한 것이다. 위 ‘통합성’ 내지 ‘정당화’라는 속성은 부주의가 가진 다양한 면모 중에서 특히 사회 내에서 무리없이 받아들여질 수 있는가라는 관점이 가장 중요하게 고려되어야 한다는 점을 시사한다. 그 결과 허용된 위험이나 신뢰의 원칙이 과실범에서 가장 의미있게 논의될 수 있는 것이다. 따라서 다수의 인명피해와 같은 중대한 결과 발생에만 초점을 두어 ‘누군가는 사회적 책임을 져야 한다’라는 관점에서 관련된 행위자의 죄책을 판단하게 된다면 이것은 불법의 실질을 담지 못한 형벌이 될 수 있다. 그 관점을 ‘사회 일반의 인식’에 따라 행위자의 행위가 ‘통합되거나 정당화 될 수 있는 가능성’으로 돌려야 한다.

2. 형사상 보호대상의 범위

(1) 재산범죄

형사법에서 불법 개념은 민사상 불법과 구별되는 독자적 지위를 가진다.⁹⁸⁾ 그러나 이 불법성이 민법의 판단에 종속되는 경우가 있다. 특히 횡령과 배임과 같이 위탁관계나 신임관계가 전제되어야 범죄가 성립할 때, 이 위탁관계나 신임관계를 위반하는 것이 범죄의 핵심적 부분일 때 형법은 민법의 법리적 판단에 영향을 받는다. 이러한 상황이 발생하는 이유는 횡령과 배임의 기초가 일종의 ‘계약관계’에 있기 때문이다.

절도, 강도, 사기, 공갈, 손괴 등 다른 재산범죄는 ‘누구든지’ 범할 수 있다. 그와 달리 횡령죄와 배임죄는 특정한 사람만이 죄를 범할 수 있고, 신분범으로서의 성격을 지니므로 형법 제33조의 적용을 받는다. 횡령죄는 타인의 재물을 보관하는 자, 배임죄는 타인의 사무를 처리하는 자가 그 주체가 되는데, 이들 지위는 ‘위탁관계’와 ‘신임관계’에서 발생한다. 즉 ‘관계’이다. 특히 규범적 의미의 관계 개념에 해당하므로 이들 재산범죄는 규범적 범죄구성요건이 문제되는 경우에 해당한다.

이 ‘관계’를 어떻게 해석할지에 따라 범죄의 성립범위가 달라진다. 단지 민법에 따른 계약상의 관계만 인정하는데 그칠 수도 있고, 민법과 독자적 지위를 형성하여 형사상의 불법에까지 이를 수 있는 ‘위임’관계를 인정할 수도 있다. 전자의 관계를 위반하는 것은 단순한 계약상 채무불이행에 불과하다. 후자의 관계를 위반하는 것은 채무불이행을 넘어서 범죄를 구성하는 불법적인 행위가 된다.

관계를 위반하는 것이 범죄가 되는지가 문제되므로, 이것은 범죄의 세 가지 본질적 속성 중에서 ‘통합되거나 정당화되지 않는다’는 침해행위의 행위반가치적 속성 보다는 ‘다른 사람의 자유 내지 권리에 대한 것’인지 여부가 핵심적인 역할을 하게

98) 허일태(b), “형법학에서 위법과 불법”, 『법학논총』 제35권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2015, 53면. 불법은 어느 행위를 형법적인 관점에서 가치평가한 것이라고 보면서 “민법상의 불법이나 형법상의 불법 또는 행정법상의 불법은 모두 동일한 내용일 수 없고, 각 범영역마다 달리 평가될 수밖에 없다.”라고 본다.

된다. 모든 형태의 자유 내지 권리에 대한 제한이 범죄를 구성하는 것이 아니며, 형사법이 정한 대상만 보호대상이 된다. 그 기준은 개인적인 문제인지 아니면 법공동체 전체의 반응이 요구되는 공동체적 속성을 띤 문제인지에 영향을 받게 된다.⁹⁹⁾

우리나라는 사기죄에서 채무불이행만으로는 불법을 구성하지 않는다는 것이 일반적 견해이다. 기망적 요소, 사술적 요소가 수반되어야 비로소 채무불이행이 불법을 구성할 수 있음은 형법 제347조의 구성요건에서도 명백하다. 만약 횡령죄와 배임죄에서 단순 채무불이행 사안을 범죄로 구성하게 되다면 이것은 곧 모든 계약관계가 추가적인 불법 표지 없이 범죄의 영역으로 포섭할 수 있음을 의미한다고 볼 수 있다. 이러한 시도가 부적절함은 모두가 알고 있는 바이다. 즉 계약 불이행은 형벌이론의 관점에서는 칸트가 말한 응보의 대상으로서의 자격 및 스캔론이 언급한 공적 확인 대상이 되는 정당화되지 않는 침범으로서의 성격을 가지지 못한다. 또한 범죄이론의 관점에서는 리스트가 언급한 보호대상으로서의 범익에 포함되지 않는 것이다. 따라서 민사상 계약의 불이행이라는 요소만으로 형법상 불법을 구성하지 않는다는 대법원 판단의 전체적인 흐름은 범죄의 속성 측면에서 타당하다고 생각된다.

다만 공동체의 생활이익을 침해한다고 판단되는 행위는 단순 채무불이행을 넘어서 형법상 불법의 속성을 지니게 되므로 범죄를 구성하게 된다. 양자의 구별을 위해 헤겔의 이론을 가져올 수 있다. 헤겔이 언급한 바와 같이 ‘민사상의 권리분쟁으로 인해 어느 일방의 소유로 포섭되는지 여부만이 결정되는 것’은 ‘(형사상) 범의 없는 (민사상) 불법’에 해당하지만, 법공동체 전체의 반응이 요구되는 공동체적 속성을 띤 문제에 해당하는 ‘보편적인 법을 존중하지 아니하여 법에 대한 침해가 존재’하는 행위는 재산범죄를 구성하며 형사처벌대상이다. 따라서 공동체의 보편적 이익이라는 관점은 단순한 민사상 지위를 형사상 지위로 격상시키는 역할을 한다.

99) 라이너 차척(b), 손미숙 옮김, 앞의 논문, 210면.

(2) 혼인빙자간음죄

과거 우리나라는 혼인빙자간음죄¹⁰⁰⁾와 간통죄¹⁰¹⁾를 처벌하였으나 헌법재판소의 위헌결정¹⁰²⁾으로 인해 해당 법률이 효력을 잃게 되었다. 헌법재판소가 혼인빙자간음죄의 ‘형사처벌의 적정성을 심사할 때’ 사용한 기준들은 무엇인가? 다수의견은 도덕률에 맡겨두어야 할 것, 비난가능성에 관해 사회적으로 판단할 수 있는 객관적 기준이 부재하다는 것을 주된 근거로 삼았다. 반면 소수의견은 혼인빙자간음은 부녀의 법익을 침해하는 법적 문제라고 보았다. 헌법재판소의 논의는 도덕과 법의 다툼이었다. 이것은 곧 범죄와 비범죄의 경계에 대한 문제이기도 하다.¹⁰³⁾

헌법재판소는 이것을 범죄와 비범죄의 문제로 보았고, 그 결정은 우리 사회의 인식이 반영된 결과였다. ‘결혼을 약속한 사이’에서 이뤄진 ‘성행위’라는 사인간의 내밀한 관계로 이뤄진 사적영역에서는 비록 처음부터 결혼할 의사가 없었다 하더라도 이것이 범죄라고 여겨지지 않는 것은 형벌의 대상인 범죄는 어디까지나 공동체의 관점에서 해석되어야 하기 때문이다. 이것이 칸트, 헤겔, 리스트, 스캔론의 입장이기도 하다. 혼인을 빙자하였다면 상대방의 동의를 얻은 간음행위가 공동체라는 관계 속에서 해석되어야 하는 행위인가? 범죄라고 공적으로 표명되어야 하는 행위인가? 오늘날 쉽사리 ‘그렇다’라고 답하기는 어려울 것이다.

나아가 형사처벌의 적정성이라는 판단기준 속에는 건전한 사회통념이라는 관념이 포함되어 있는데, 이 관념들은 포괄적으로 법감정에 토대를 두고 있다고 평가된

100) 구 형법 (2012. 12. 18. 법률 제11574호로 개정되기 전의 것) 제304조.

101) 구 형법 (2016. 1. 6. 법률 제13719호로 개정되기 전의 것) 제241조.

102) 헌법재판소 2009.11.26자. 2008헌바58, 2009헌바191 결정【형법 제304조 위헌소원】, 헌법재판소 2015. 2. 26 자 2009헌바17, 205, 2010헌바194, 2011헌바4, 2012헌바57, 255, 411, 2013헌바139, 161, 267, 276, 342, 365, 2014헌바53, 464, 2011헌가31, 2014헌가4 결정【형법 제241조 위헌소원 등】

103) 이러한 헌법재판소의 논의에 반대하면서 ‘형사처벌의 실효성’, ‘형사처벌의 부작용’, ‘형사처벌의 적정성’ 판단을 기준으로 삼아 민사적 해결을 도모해야 한다는 견해가 있다. 위 견해는 불법성은 인정하지만 형사처벌은 적정하지 않으므로 처벌대상에서 배제하자는 의견으로 해석된다. 이 견해는 혼인빙자간음죄를 상대적 범죄개념 차원에서 해석하려는 시도이다. : 고봉진, “형법 제304조 규범심사-해악, 법적 후견, 자기결정권”, 『법철학연구』 제16권 제1호, 한국법철학회, 2013, 193면.

다. 결합설을 따른 현대의 형벌이론은 응보형주의를 배격하지 아니하고 있다. 보편성을 갖춘 법감정은 결국 경험을 통해 형성된 정의감정으로서의 응보감정과 일치하게 된다. 곧 사회일반의 법감정이 형벌의 대상을 결정하는 기준으로 사용될 수 있는 이론적 토대가 마련될 여지가 있다.¹⁰⁴⁾¹⁰⁵⁾ 헌법재판소가 혼인빙자간음죄는 도덕의 문제라고 본 것은 이미 이 논의가 사회 일반의 법감정을 토대로 보았을 때 법의 영역, 즉 칸트의 공적 법칙 위반의 영역, 헤겔이 보호대상으로 삼은 공동체를 통해 객관화된 자유의 영역, 리스트의 공동체의 삶의 조건을 침해하는 영역을 벗어났기 때문이기도 하다. 이와 같이 형사상 보호대상을 정할 때에도 공동체적 속성은 ‘사회 일반의 인식’을 의미하는 법감정의 모습으로 영향력을 행사하게 된다. 그리고 이것은 곧 규범적인 성질을 지닌 범죄구성요건에 대한 공동체의 인식이기도 하다.

3. 신유형 범죄와 불법 판단

생명공학의 영역에서는 기술의 성장이 계속되므로 입법자의 인식은 언제나 불완전할 수 밖에 없다. 그렇다고 하여 아무런 법적 통제없이 기술이 사람에게 해악을 초래하는 방향으로 발전하는 것을 바라볼 수만은 없다.¹⁰⁶⁾ 여기에 대한 해결책을 제시하기 위해 다양한 논의가 이뤄지고 있다.¹⁰⁷⁾

과학발전과 더불어 도래한 다양한 범죄들을 살펴보면 객관적 결과 보다는 주관적 측면이 더욱 문제되는 것을 발견할 수 있다. 과학기술 자체에서는 불법성을 발견할 수 없지만 이를 이용하는 사람의 의도에 따라 불법성이 달라지는 경우이다.

104) 임웅, “법감정에 대한 연구”, 『법철학연구』 제1권, 한국법철학회, 1998, 86면.

105) 이에 반하여 법감정은 주관적이며 사람마다 다르기 때문에 “동일한 법질서의 규율을 받는 수범자들을 대상으로 하여 동일한 법감정을 탐구한다고 하더라도 그에 대해 동일한 결론에 이르는 것이 불가능”하기 때문에 “법감정으로부터 법규범의 구속력의 근거를 구하기는 쉽지 않은 것이다”라는 견해도 존재한다. 변종필, “법감정의 일반화를 위한 제언”, 『법철학연구』 제3권 제1호, 한국법철학회, 2000, 261면.

106) 물론 이런 주장과 전제에 대해 과학자들을 비롯하여 다른 학자들의 반대 견해가 존재할 수 있다.

107) 이에 대한 해결 방안으로 “행위의 위법으로부터 책임을 별개의 것으로 풀어놓는 것”을 제안하는 견해도 존재한다. 울프리트 뉴먼, 김학태 역, “과학기술발달의 조건하에서의 책임구조의 변화에 관하여”, 『법철학연구』 제3권 제1호, 한국법철학회, 2000, 320면.

때로는 과학기술을 특정한 방식으로 이용하는 것 자체를 범죄로 정하고, 이를 허용 가능한 의도로 이용하는 때에는 고의를 배제하여 비범죄화하는 해석방식을 선택하기도 한다. 예를 들면 독일연방법원은 배아보호법위반 사안에서 고의를 선별하여 법에서 금지한 행위를 고의를 가지고 행한 경우라 할지라도 불법성이 인정되지 않는 사례가 존재함을 인정하였다.¹⁰⁸⁾ 이러한 판단은 법규정의 입법 형식에서부터 출발하는데, ‘임신의 목적’과 같이 소극적으로 불법이 배제되는 고의를 법규정 안에 포함하고 있으므로, “가벌성이 아니라 불가벌성을 근거짓는 고의를 규정하는 소극적인 태도”로써 “고의결여범 형태”의 규율이라고 보는 견해가 존재한다.¹⁰⁹⁾

가상의 사례를 통해 접근해보자면, 사람을 살상할 목적으로 기술을 사용하는 경우 ① 이런 행위가 불법하다는 것을 쉽게 평가할 수 있다. 반면 최초 기술을 이용하는 시점에 행위자의 인식이나 의도를 알 수 없고, 시간이 흘러 기술로 인해 사람의 생명과 신체에 중대한 해악이 발생했으며, 기술개발 과정에서 이러한 결과를 어느 정도 인식가능하였지만 그 시점을 명확히 알 수 없을 때 ②에는 범죄 성립 여부를 판단하기 매우 어렵다.¹¹⁰⁾ 거기에서 더 나아가 기술로 인한 범익침해 결과가

108) 독일에서는 배아보호법 제1조 제1항 제2호에서 “난자를, 난자를 제공한 여성이 임신하도록 하는 목적과는 다른 목적으로 인공적으로 수정하는 행위를 하는 자”를 처벌하고, 같은 법 제2조 제1항에서는 인간 배아를 “그 배아를 보존하는 데에 기여하지 않는 목적”으로 “사용하는” 자를 처벌하는 규정이 존재한다. 독일연방법원은 유전적 질환이 있는 여성이 임신을 위해 배아를 선별하고자 착상전 유전자 진단(PGD)을 실시하여 유전적 결함이 없는 배아를 이식받고, 유전적 결함이 있는 배아는 폐기한 행위가 인간 배아를 보존하는데 기여하지 않는 목적으로 PGD를 시행한 것으로 배아보호법에 위반되는지가 문제된 사안에서 “배아가 중대한 유전적인 결함을 지니고 있는지를 알기 위하여” “배반포기 단계의 배아로부터 다능세포를 추출하여 검사하는 방식으로” PGD를 시행하는 경우, 이러한 행위에 대해 배아보호법 제1조 제1항 제2호 및 동법 제2조 제1항이 적용될 수 없다는 판단을 내린 바 있다. : 김나경, “착상전 유전자 진단에 대한 독일 법원의 논증 분석-형법적 가벌성의 인정여부에 따른 해석학적 구조의 차별화”, 『법철학연구』 제15권 제1호, 한국법철학회, 2012, 132면.

109) 김나경, 앞의 논문, 136쪽 : “이러한 법규정들은 모두, 행위의 가벌성을 ‘직접’ 근거지을 수 있는 특정한 고의의 내용에 관해 ‘적극적으로’ 규정하지 않는다. 달리 표현하면, (‘법적으로’) 바람직하지 않은 목표들의 목록’을 규정하지 않는다. 대신에, 언급한 법규정들은 고의를 규정함에 있어서, 가벌성(Strafbarkeit)이 아니라 불가벌성(Straflosigkeit)을 근거짓는 ‘고의’를 규정하는, ‘소극적’인 태도를 취한다.”라고 언급하면서 이와 같은 형태를 “고의결여범(Absichtsfehltdelikt)” 형태의 규율이라고 표현하였다.

110) 가슴기 살균제 사건을 기억한다면 이 논의를 더욱 쉽게 이해할 수 있을 것이다. 수 건의 가슴기 살균제 사건이 서로 다른 결과에 이르렀던 이유는 이러한 인식 또는 의사의 존재에 있었고, 그 판단은 가슴기 살균제 제품에 사용된 원재료의 차이와 관련 있다.

현실에 도래하지 않았으나 먼 미래에 그와 같은 결과를 예측할 수 있을 때(③) 기술의 사용방식 자체를 두고 범죄성립 여부를 판단하는 것은 더욱 어려운 일이다. 두 번째 사례는 ‘미필적 고의’가 어느 시점에 있었던 것인지 특정하는 문제이고, 마지막 사례는 이들을 어떻게 유형화하여 범죄의 구성요건으로 정형화할 수 있는지의 문제이다.

기술 자체가 지닌 성질이 무색투명할수록 주관적 의도가 중요하다. 기술로 인한 인명피해 결과가 발생하고 이를 토대로 범죄 성립 여부를 판단할 때에는 개인의 법익침해라는 결과적 측면보다는 주관적 요소 속에 범죄의 본질적 속성이 발현되어 있는지 여부가 핵심이 된다. 앞서 살펴본 범죄의 본질적 속성 중에서 ‘실정법 이전에 존재하는 다른 사람의 자유 내지 권리에 관한 속성’ 및 ‘타인과 통합되거나 정당화되지 않는 침해라는 속성’ 보다는 개별 행위자의 고의 내지 과실이 가장 중요하게 고려된다.

나아가 인명피해 결과가 발생하지 않았으나 인간의 존엄성 및 공동체의 지속적인 안전을 위해 기술사용 자체를 제한하는 경우에는 보호하고자 하는 ‘인간의 존엄성 및 공동체의 지속적인 안전’이 추상적 개념에서 벗어나 과연 형사상 법익 개념으로 구체화할 수 있는 것인지, 기술개발 및 사용 행위가 ‘타인과 통합되거나 정당화되지 않는 침해’인지 여부를 확정하여야 할 것이다. 따라서 인명피해 결과가 발생하지 아니하였음에도 기술사용의 불법성을 판단하는 마지막 사례가 결과발생을 전제하는 두 번째 사례에 비해 범죄와 비범죄의 구별이 더욱 어렵다.

VI. 결론

오늘날 국가의 형벌권 행사를 범죄로 인식하는 사람은 많지 않다. 그것은 오랜 기간 논의된 형벌의 정당화 근거에 대한 사상적, 이론적 결실이 오늘날 사회구성원들에 의해 큰 거부감 없이 수용되고 있다는 반증이다. 이처럼 법사상은 우리가 형

법을 제정하고 집행하는 것이 가능하게 하는 원천이자 미래에 변화하는 사회 속에서 형법의 바람직한 변화를 보장하는 수단이다. 따라서 형법사상가들이 이룩한 범죄와 형벌의 본질이 현대의 범죄 속에서도 확인되고 있는지를 고찰하는 과정은 형사법시스템을 거쳐 도출된 결과가 진정한 의미의 형벌이 되게 한다는 점에서 중요하다.¹¹¹⁾

법사상가들의 형벌이론과 함께 제시된 범죄의 개념 속에서 범죄가 가진 공통된 본질적 속성을 추출하고 범죄와 비범죄 구별이 어려운 영역에 적절한 판단기준으로 작용할 수 있는지 여부를 고찰하였다. 칸트, 헤겔, 리스트의 범죄의 개념에는 공통적으로 다음의 세 가지 속성이 발견된다. 실정법 이전에 존재하는 다른 사람의 자유 내지 권리에 관한 것이라는 속성, 타인과 통합되거나 정당화되지 않는 침해로서의 속성, 공동체적 속성이다. 이들 속성은 행위론에 기초한 범죄체계론과도 부합하는 기준이다. 과실범의 주의의무위반, 민사 관계에 영향을 받는 재산범죄, 과학기술의 발전으로 새롭게 대두되는 범죄와 같이 범죄와 비범죄의 구별이 어려운 행위들은 규범적 범죄구성요건을 가지고 있고, 위 세 가지 속성과 결부되어 있으며, 범죄 유형에 따라 보다 중요하게 고려되는 속성이 존재함이 확인되었다.

범죄의 세 가지 본질적 속성은 공동체성을 전제하고 있으므로 시대의 흐름과 사회의 인식변화에 영향을 받게 될 것이다. 이러한 변화는 범죄가 가진 본질적 속성에서 발현된 것이므로 타당한 것이다. 다만 변화의 시도가 진정으로 그 시대의 ‘공동체의 인식과 요구’를 나타내는 것인지는 별개의 문제이다. 끊임없이 변화하는 사회 속에서 법을 바꾸고 해석하는 일을 맡은 자들은 범죄의 본질적 속성이 개별 사회 안에 존재하는지 검토하고 재고해야 할 의무가 존재한다.

▶ 논문투고일: 2023. 01. 09. 논문심사일: 2023. 01. 12. 게재확정일: 2023. 02. 02.

111) 같은 취지의 글, 김학태, “법의 상징기능에 관한 연구-상징입법의 개념과 기능에 대한 비판적 고찰”, 『법철학연구』 제3권 제2호, 한국법철학회, 2000, 187면.

■ 참고문헌

1. 단행본

- 김성돈, 『형법총론』, SKKUP, 2020.
- 김일수·서보학, 『새로쓴 형법총론(제13판)』, 박영사, 2018.
- 박상기, 『형법학총론·각론 강의(제2판)』, 집현재, 2015.
- 배종대, 『형법총론(제13판)』, 홍문사, 2017.
- 백종현, 『한국 칸트사전』, 아카넷, 2019.
- 빈프리트 하세머, 배종대·윤재왕 옮김, 『범죄와 형벌』, 나남, 2011.
- 신동운, 『형법총론(제11판)』, 법문사, 2019.
- 오영근, 『형법총론(제5판)』, 박영사, 2019.
- 이상돈, 『형법강론(제3판)』, 박영사, 2020.
- 이재상 외, 『형법총론(제10판)』, 박영사, 2019.
- 이정원·류석준, 『형법총론』, 준커뮤니케이션즈, 2020.
- 이형국·김혜경, 『형법총론(제5판)』, 법문사, 2019.
- 임마누엘 칸트, 이충진·김수배 역, 『도덕형이상학』, 한길사, 2018.
- 임웅, 『형법총론(제11정판)』, 법문사, 2019.
- 정성근·박광민, 『형법총론(전정3판)』, SKKUP, 2020.
- 정영일, 『형법총론(제2판)』, 학림, 2020.
- 체사레 베카리아, 한인섭 역, 『범죄와 형벌』, 박영사, 2006.
- 토머스 스캐론, 이민열 역, 『관용의 어려움』, 서울대학교출판문화원, 2021.
- 프란츠 폰 리스트, 심재우·윤재왕 역, 『마르부르크 강령』, 도서출판 강, 2012.
- 헤겔, 임석진 옮김, 『법철학』, 한길사, 2008.
- Beccaria, C., *On crimes and punishments*, New Brunswick: Transaction Publishers, c2009.
- G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Stuttgart: Fr.Frommanns, c1952.
- H. Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., Berlin, c1969.
- Immanuel Kant(a), *Die Metaphysik der Sitten*, Frankfurt: Suhrkamp, c1956.
- Immanuel Kant(b), *Kritik der praktischen Vernunft. Grundlegung zur Metaphysik der sitten*, Frankfurt: Suhrkamp, c1956.
- K. Amelung, *Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft* (Frankfurt/M., 1972).
- Liszt, Franz von, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Marburg: Pfeil, c1882.
- Scanlon, T., *The difficulty of tolerance: essays in political philosophy*, Cambridge; New

York: Cambridge University Press, c2003.

2. 논문

고봉진, “형법 제304조 규범심사 - 해악, 법적 후견, 자기결정권”, 『법철학연구』 제16권 제1호, 한국법철학회, 2013.

김나경, “착상전 유전자 진단에 대한 독일 법원의 논증 분석 - 형법적 가벌성의 인정여부에 따른 해석학적 구조의 차별화”, 『법철학연구』 제15권 제1호, 한국법철학회, 2012.

김일수, “체계적 범죄론에 관한 방법론적 일고찰”, 『법학논집』 제21권, 고려대학교 법학연구원, 1983.

김학태, “법의 상징기능에 관한 연구 - 상징입법의 개념과 기능에 대한 비판적 고찰”, 『법철학연구』 제3권 제2호, 한국법철학회, 2000.

라이너 차치(a), 손미숙 역, “살인을 했다면 그는 죽어야 한다-칸트와 형법”, 『법철학연구』 제14권 제3호, 한국법철학회, 2011.

라이너 차치(b), 손미숙 옮김, “형벌의 정당성의 근거에 대하여”, 『비교형사법연구』 제24권 제1호, 한국비교형사법학회, 2022.

류전철, “형법해석론에서 불법의 의미와 역할”, 『형사법연구』 제32권 제3호, 한국형사법학회, 2020.

문채규·강수경, “불법과 책임의 구별 그리고 규범이론”, 『서울대학교 법학』 제59권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2018.

변종필, “법감정의 일반화를 위한 제언”, 『법철학연구』 제3권 제1호, 한국법철학회, 2000.

성창원, “스캔런의 계약주의, 그리고 잉여반론과 불확정성반론”, 『철학』 제111집, 한국철학회, 2012.

심재우(a), “사회적 행위론”, 『법조』 제24권 제7호, 법조협회, 1975.

심재우(b), “목적적 행위론 비판-사회적 행위론의 입장에서”, 『법학행정논집』 제13권, 고려대학교 법학연구원, 1976.

양천수(a), “헤겔 법철학과 형법학-형벌이론을 예로 하여”, 『법철학연구』 제24권 제1호, 한국법철학회, 2021.

양천수(b), “19세기 독일 형법학에서 전개된 법익 개념-이념사를 중심으로 하여”, 법사학연구 제38권, 한국법사학회, 2008.

양천수(c), “법사회학의 관점에서 바라본 형사법학-사회학적 형사법학의 관점을 중심으로 하여”, 『법학논고』 제49집, 경북대학교 법학연구원, 2015.

양천수(d), “법존재론과 형법상 행위론-베르너 마이호퍼를 통해 본 형법철학의 가능성”, 『법철학연구』 제9권 제1호, 한국법철학회, 2006.

- 울프리트 뉴먼, 김학태 역, “과학기술발달의 조건하에서의 책임구조의 변화에 관하여”, 『법철학연구』 제3권 제1호, 한국법철학회, 2000.
- 윤재왕, “형벌과 도덕-칸트와 예방이론”, 『안암법학』 제40권, 안암법학회, 2013.
- 이영록, “도덕촉구로서의 형벌”, 『법철학연구』 제9권 제2호, 한국법철학회, 2006.
- 이진수, “대표권 남용에 의하여 약속어음을 발행한 사례에 대한 형사법적 고찰-대법원 2017.7.20. 선고 2014도1104 전원합의체 판결에 대한 평석”, 『형사정책』 제33권 제4호, 한국형사정책학회, 2022.
- 임 웅, “법감정에 대한 연구”, 『법철학연구』 제1권, 한국법철학회, 1998.
- 조홍길, “범죄와 형벌의 변증법”, 『대동철학』 제31집, 대동철학회, 2005.
- 최민석, “행위론과 범죄체계론의 관계-인과성의 두 가지 의미”, 『안암법학』 제55권, 안암법학회, 2018.
- 허일태(a), “범죄행위의 불법성”, 『동아법학』 제22호, 동아대학교 법학연구소, 1997.
- 허일태(b), “형법학에서 위법과 불법”, 『법학논총』 제35권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2015.
- Mezger, Edmund, “Die subjektiven Unrechtselemente”, Der Gerichtssaal, 89. Band, 1924.
- W. Maihofer, “Der soziale Handlungsbegriff” in: Festschrift für E. Schmidt, 1961.

■ Abstract

A Study on the Essential Attributes of Crime Derived from Theory of Punishment and Theory of Crime

– Focusing on the distinction between crime and non-crime–

Kim Jiyoun *

There are crimes where the illegality of an act is naturally recognized, such as murder and injury, but there are also areas where it is not easy to distinguish between crime and non-crime. Violation of the duty of care by negligence, the scope of establishment of the crime of embezzlement or breach of trust among property crimes, and new types of crimes that have appeared along with the development of science and technology are the representative cases. Depending on the type of individual case and overall circumstances, they constitute a crime, or they do not constitute a crime. The process of asking which aspect of the act served as the basis for recognition or denial of illegality in these differentiated types of crimes or non-crimes is linked to the question of what essential attributes a crime should have.

German scholars in the 20th century found the essence of crime in objective aspect and subjective aspect through theory of act. As a result of the discussion, we evaluate that illegality means anti-value of result and anti-value of act. The act that contain the requirement of actus reus of a crime and illegality constitutes a crime. However, if we focus on the structural discussion of theory of crime system, we may neglect to consider what the substance of illegality is. Attempts are needed to interpret illegality as a concrete and practical concept. That is about figuring out what is the meaning of the term 'anti-value' used when judging illegality under the theory of crime system.

The foundation is to be found in legal philosophy. Enlightenment philosophers in the past discussed the purpose and legitimacy of punishment, and talked about the basic properties of the crime that became the object of punishment. The purpose of this paper is to connect today's concept of illegality with the criminal theories of past Enlightenment philosophers and the discussion of illegality by German criminal law scholars, and to obtain

* Assistant Professor, School of Law, Sogang University.

markers that can materialize today's illegal concept in past discussions. After finding the attributes of crime that are found identically in various scholars, discussing the validity of the markers, I would like to apply the criteria to the area that needs to distinguish between crime and non-crime today.