

죄형법정주의의 현대적 의의

심재우*

국문요약

“법률이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다”는 죄형법정주의 원칙에서 ‘법률’이라함은 ‘실정법’을 뜻한다. 그러나 죄형법정주의의 형식적 의미는 이 ‘실정법’ 없이 처벌할 수 없다는 것을 말하여 줄뿐 그 실정법의 내용이 무엇이나에 대해서는 구체적으로 논의되지 않는다. 만일 법실증주의적 논리에 따라 그 법률의 내용이 인간의 기본적 자유와 권리를 침해하는 악법이라도 상관없다면 “법률 없으면 형벌 없다”는 죄형법정주의의 명제는 아무런 의미도 없다. 왜냐하면 그 법률이 악법일 때에는 죄형법정주의는 법에 의한 권리보호 대신 반대로 법에 의한 권리침해를 정당화하는 셈이 되기 때문이다. 따라서 우리는 이 문제를 해결하기 위하여 죄형법정주의의 ‘실질적 의미’에 눈을 돌려야 한다.

죄형법정주의의 형식적 의미가 “법률이 없으면 형벌 없다”는 명제에 있었다면, 죄형법정주의의 실질적 의미는 “불법 없으면 형벌 없다”는 명제 가운데서 찾아야 할 것이다. 형식적 위법성 개념과 실질적 불법개념은 원칙적으로 일치해야 하지만 그것이 불일치할 때에는 형식은 ‘법률’이지만 이미 그 내용은 ‘불법’으로 채워지게 된다. 라드부르흐(G. Radbruch)는 이것을 ‘법률적 불법’이라고 불렀다. 그리고 법률화되지는 않았지만 그 내용이 ‘법’인 것을 ‘초법률적 법’, 즉 ‘자연법’이라고 불렀다.

여기서 형식은 법률이지만 그 내용은 불법인 이른바 ‘법률적 불법’이 형법상의 ‘악법’ 개념에 들어간다. 형법이 악법이 되지 않으려면 실질적 불법인 ‘유해한 자유’만을 금지시켜야 한다. 프랑스 인권선언 제5조의 “법률은 사회에 대하여 유해한 행위만을 금지시킬 수 있다”고 함은 바로 이것을 두고 하는 말이다.

** 고려대학교 법과대학 명예교수, 법학박사

I. 보장규범으로서의 형법

“법률이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다”(nullum crimen nulla poena sine lege)는 형법상의 죄형법정주의의 원칙은 오늘날 어떠한 의의를 가지고 있는가?

이 원칙은 근세의 계몽주의적 자유사상이 프랑스 인권선언으로 선포되었을 때 그 제 8조에서 자유민주주의 법치국가 형법의 원칙규범으로 확립된 것으로서 형법의 본질을 인식하는데 있어서 코페르니쿠스적 전환을 가져왔다. 과거의 프랑스 혁명 이전의 형법은 국가의 법질서를 보호하기 위하여 범죄인을 처벌하는 규범으로 인식되어 왔으나 프랑스 혁명 이후의 형법은 정반대로 범죄인을 보호하기 위하여 국가의 형벌권을 제한하는 규범으로 인식하게 된 것이다. 간단히 말하면, 형법은 이제 범죄인을 다스리는 법이 아니라 국가를 다스리는 법이 된 것이다. 이것은 프란츠 폰 리스트(Franz von Liszt)의 다음과 같은 말 가운데 가장 잘 나타나 있다. “아무리 이상하게 들릴지 모르나, 내 생각으로는, 형법은 범죄인의 마그나 카르타이다. 형법은 법질서를 보호하는 것도 아니고, 사회를 보호하는 것도 아니고, 오히려 반사회적 행위를 한 개인을 보호하는 것이다. 형법은 개인에게 법률의 전제하에서만, 그리고 법률적 한계 내에서만 처벌받을 권리를 보증하고 있는 것이다. 법률이 없으면 범죄도 없고(nullum crimen sine lege) 법률이 없으면 형벌도 없다(nulla poena sine lege)는 양 명제는 국가의 막강한 권력으로부터 시민을 지켜주는 보루이다.”²⁾

이것은 법치국가 형법사상의 본질을 가장 명확하게 특징지어 주고 있다. 세계의 모든 나라는 형법을 가지고 있지만 아직도 대부분의 나라는 법치국가 형법이 아닌 권력국가 형법을 가지고 있을 따름이다. 양자의 차이는 그 보호대상에서 분명하게 드러난다. 위의 프란츠 폰리스트의 지적에서 알 수 있듯이, 법치국가 형법은 제1차적으로 반사회적 행위를 한 범죄인을 보호하는 법이고, 권력국가 형법은 국가와 사회를 보호하는 법이라는데 있다. 이것은 보편적인 가치인 인권, 즉 개인의 기본적 자유와 권

2) F. v. Liszt, Über den Einfluss der anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts, 1893, in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. II, 1905, S. 90.

리를 존중하고 보호하는 법치국가의 가치질서인 자유민주주의 헌법의 원칙규범의 요청 때문에 오는 차이점이다. 범죄인도 인간이기 때문에 인권의 주체이며 그의 인간으로서의 존엄과 가치는 존중되고 보호되어야 하기 때문이다. 만일 형벌권의 주체인 국가가 범죄인의 인권을 존중하지 않고 비인간적으로 취급할 때에는 헌법에서 보장되고 있는 인권이 침해되며 그것은 국가에 의한 범죄행위가 될 수밖에 없다. 왜냐하면 형법상의 제재는 형법이 보호하는 법가치, 즉 생명, 신체, 재산, 자유, 명예, 인격 등을 침해하는 것을 내용으로 하고 있기 때문이다. 그래서 프란츠 폰 리스트도 형벌을 “법의 보호를 위한 법익침해”라고 말하고 있다.³⁾ 만일 국가의 형벌권의 행사가 법적으로 정당화되는 정당행위가 아니라면 그 자체가 범죄행위가 될 수밖에 없기 때문에 ‘범죄인의 마그나 카르타’인 형법, 형사소송법, 행형법을 엄정하게 준수함으로써 형벌권의 남용이 없도록 경계해야 할 것이다.

이와 같이 죄형법정주의에 기초한 법치국가의 형법은 제1차적으로 보장 규범적 기능을 한다는데 그 특징이 있다. 따라서 형법의 직접적 수범자는 국가이며 시민이 아니다. 이 점에서 법치국가의 형법은 국가 구속규범이다. 즉 법치국가의 형법은 국가권력이 지키라는 규범이지 국민일반이 지키라는 규범이 아니다.

물론 형법은 시민에 대한 행위규범으로서의 기능도 한다. 즉 형법은 시민에게 일정한 행위를 금지시키거나 요구함으로써 사회생활의 안전과 질서유지의 기능을 담당한다. 그러나 이 기능과 목적을 수행하기 위하여 반드시 성문형법(成文刑法)이 존재해야 할 필연적 이유는 발견되지 않는다. 왜냐하면 현실적으로 모든 시민들이 성문형법의 명문규정의 존재를 확인하고 무엇이 금지된 행위인지 인식한 다음에 행위하는 것은 아니기 때문이다. 형법에 구체적으로 어떠한 조문이 있는지 알고 있는 사람은 법전을 가지고 있는 소수의 법률가들이나 법학도뿐이며 대부분의 시민들은 형법조문을 알지 못하고 행위한다. 그럼에도 불구하고 형법규정에 어긋난 행위가 있으면 예외 없이 처벌한다.

그러면 이때 무엇을 근거로 하여 형법조문을 알려주지도 않고, 알지도

3) F. v. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, 1882, in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. I, 1905, S. 161.

못하는 시민들에 대하여 형벌이라는 법적효과를 귀속시키는가? 이때 형벌이라는 법적효과의 귀속은 형법의 조문을 알고 있었다는 것을 근거로 하고 있는 것이 아니라, 인간의 실천이성 능력을 그 근거로 하고 있는 것이다. 인간은 실천이성을 통하여 어떠한 행위를 하여야 하고 어떠한 행위를 하지 말아야 하는지를 알고 있고 또한 알 수 있다. 이 능력으로 말미암아 인간은 자기의 행위를 윤리규범에 맞추어 의미 합치적으로 행할 수 있다. 인간은 형법상 자연범(自然犯)에 속하는 살인, 강도, 강간, 상해, 폭행, 감금, 횡령, 사기, 절도 등이 범죄행위라는 것을 형법조문을 통해 비로소 아는 것이 아니라 실천이성이라는 도덕적 양심의 거울에 비추어 스스로 알고 있는 것이다. 형법이 인간에게 일정한 행위를 금지하도록 명령할 수 있는 것은 인간의 이 능력을 전제하고 있다. 만일 이 능력을 전제하지 않는다면 인간에게 일정한 행위를 명하고 그것에 따를 것을 바라는 형법의 요구는 완전히 무의미한 것이 될 것이다. 이성이 없는 동물의 세계에 법률이 통하지 않는 것도 이 때문이며, 이성이 완전히 마비된 미치광이나 기타 형사책임 무능력자를 처벌하지 않는 것도 이 이성능력이 결여되어 있기 때문이다. 그러므로 정확하게 말한다면, 인간은 국가형법의 명령에 따라 행위하는 것이 아니라 각자의 실천이성의 명령에 따라 행위하고 있는 것이다.

그렇다면 형법의 행위규범으로서의 기능은 다만 제2차적, 간접적 근거에 지나지 않는 것임을 알 수 있다. 오히려 그 제1차적, 직접적 근거는 형법의 보장규범으로서의 기능, 즉 범죄와 형벌을 법률로 미리 정하여 형벌권의 주체인 국가를 구속한다는 것에서 찾을 수밖에 없다. 다시 말하면, 법치국가 형법의 죄형법정주의원칙은 제1차적으로 형벌권의 주체인 국가기관, 즉 판사, 검사, 경찰관 등이 지키라는 규범이지 일반 국민들이 지키라는 규범이 아니다. 프랑스 혁명 이후의 근대적 법치국가 형법뿐만 아니라 오늘날의 현대적 법치국가 형법의 본질을 이해하는데 있어서도 법률로써 형벌권을 제한함으로써 범죄인의 인권을 보장하기 위한 마그나 카르타로서의 기능을 한다는데 아무런 변화도 가져오지 않는다. 다만 근대적 법치국가 형법에서는 형식적 의미의 죄형법정주의로 만족하였으나 현대의 법치국가 형법에서는 더 나아가 실질적 의미의 죄형법정주의를 확립하여 보완할 필요가 있음을 지적하고 그 현대적 의의를 살펴보고자 한다.

II. 죄형법정주의의 형식적 의미

죄형법정주의의 형식적 의미는 ‘법률이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다’는 형식 자체에 있다. 이것을 거꾸로 말하면 법률이 있으면 범죄도 있고 형벌도 있다는 말이다. 그러나 그 ‘법률’이 무엇을 실질적 내용으로 하고 있느냐에 대하여는 여기서는 논의되지 않는다. 따라서 법률만 있으면 그 내용 여부를 불문하고 우선 형벌권 발동의 근거는 충족되어 있는 셈이다. 이것은 구체제하에서 법률 없이 시민을 함부로 처벌한데 대한 반발에서 확립된 원칙이다. 즉 근세의 계몽주의적 자유사상이 아직 자유민주주의 법치국가의 제도로 확립되기 이전에는 범죄와 형벌은 반드시 성문(成文)의 근거를 필요로 하는 것은 아니었다. 따라서 어떠한 행위를 범죄로 하고 이에 대하여 어떠한 형벌을 부과할 것인지는 지배자의 자의(恣意)에 내맡겨져 있었다. 그 결과 개인의 자유와 권리는 극히 불안정한 상태에 놓여있었으며, 언제 어떠한 행위로 인하여 어떻게 처벌될 것인지 알 수 없었고 때로는 정치적 보복수단으로 형벌권이 남용되기도 하였다. 이러한 역사적 상황으로부터 벗어나서 법적 안정성을 찾고자 하는 요구는 1789년의 프랑스혁명을 계기로 하여 인권선언 가운데 죄형법정주의의 원칙으로 확립되기에 이르렀던 것이다.

프랑스 인권선언 제8조는 다음과 같이 언명하고 있다. “법률은 절대로 필요한 형벌만을 규정하여야 하며, 아무도 범행 이전에 제정 공포된 적법한 법률에 의하지 않고는 처벌되지 아니한다.” 이 조항은 국가형벌권의 자의적 남용으로부터 개인의 자유와 권리를 안전하게 보장하려는 것으로서 형벌권의 주체인 국가를 구속하는 규범이다. 이런 의미에서 형법은 ‘시민의 자유의 마그나 카르타’라고 부르게 된 것이다.⁴⁾

이 죄형법정주의의 기원을 더듬어 올라가면 이미 1215년의 영국의 마그나 카르타에서 그 시원을 찾아볼 수 있다. 즉 자유의 대헌장 제39조는 “어떠한 자유인도 그와 동등한 신분을 가진 자의 적법한 재판 또는 국가의 법률에 의하지 아니하고는 체포·구금되지 아니하며, 소유지를 빼앗기지 아니하며, 파멸되지 아니하며, 법적 보호가 박탈되지 아니하며, 추방되

4) W. Maihofer, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, 1968, S. 140ff.

지 아니하며, 또 폭력이 가해지지 아니하며, 투옥되지 아니한다”라고 규정하고 있다. 이러한 취지의 규정은 그 후 미국 각주의 권리선언 가운데 언명되어 있는데, 1776년의 버지니아 권리선언 제8조는 “어느 누구도 국가의 법률 없이 또는 재판에 의하지 아니하고는 자유가 박탈되지 아니한다”라고 규정하고 있으며, 또 그 후 1791년의 미합중국 헌법 수정조항 제5조에도 “누구든지 법률의 정당한 절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유, 또는 재산을 박탈당하지 아니한다”라고 언명되어 있다. 이러한 사상은 그 후 각국의 자유민주주의헌법의 기본원칙의 하나로 확립되기에 이르렀고, 따라서 우리 헌법 제12조 제1항도 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포, 구금, 압수, 수색, 심문, 처벌과 보안처분을 받지 아니하며, 형의 선고에 의하지 아니하고는 강제노역을 당하지 아니한다”라고 규정하고 있다.

위에서 살펴본 각 헌법 규정에서 알 수 있듯이 형벌권은 법률의 근거 없이는 절대로 발동될 수 없다. 여기서 ‘법률’이라함은 물론 ‘실정법’을 뜻한다. 그러나 죄형법정주의의 형식적 의미는 이 ‘실정법’없이 처벌할 수 없다는 것을 말하여 줄 뿐 그 실정법의 내용이 무엇이냐에 대하여는 우선 논의되지 않는다. 따라서 법률만 있으면 그 내용의 합법성 여부와는 상관 없이 형벌권 발동의 근거는 충족되어 있는 셈이다. 그러나 만일 법실증주의적 논리에 따라 그 법률의 내용이 인간의 기본적 자유와 권리를 침해하는 악법이라도 상관없다면 “법률 없으면 형벌 없다”는 죄형법정주의의 명제는 아무런 의미도 없다. 왜냐하면 그 법률이 악법일 때에는 죄형법정주의는 법에 의한 권리보호 대신 거꾸로 법에 의한 권리 침해를 정당화하는 셈이 되기 때문이다. 죄형법정주의의 형식적 의미에 우리가 만족할 수 없는 것은 바로 그 때문이다. 그러면 어떻게 하여야 이 문제를 해결할 수 있을 것인가? 우리는 이 문제를 해결하기 위하여 죄형법정주의의 ‘실질적 의미’에 눈을 돌려야 할 것이다.

III. 죄형법정주의의 실질적 의미

죄형법정주의의 형식적 의미가 “법률이 없으면 형벌 없다”(keine

Strafe ohne Gesetz)는 명제에 있었다면, 죄형법정주의의 실질적 의미는 “불법이 없으면 형벌 없다”(keine Strafe ohne Unrecht)는 명제 가운데서 찾아야 할 것이다. 무엇이 형법상의 불법인가는 실정법의 결정사항이 아니다. 그것은 실정법에 앞서서 이미 자연법이 결정하여준다. 형식적 위법성개념과 실질적 불법개념은 원칙적으로 일치해야 하지만 그것이 불일치할 때에는 형식은 ‘법률’(Gesetz)이지만 이미 그 내용은 ‘불법’(Unrecht)으로 채워지게 된다. 라드부르흐(G. Radbruch)는 이것을 ‘법률적 불법’(gesetzliches Unrecht)이라고 불렀다. 그리고 범법화되지는 않았지만 그 내용이 ‘법’(Recht)인 것을 초법률적 법(übergesetzliches Recht), 즉 ‘자연법’(Naturrecht)이라고 불렀다.⁵⁾

여기서 형식은 법률이지만 그 내용은 불법인 이른바 ‘법률적 불법’이 형법상의 ‘악법’개념에 들어간다. 다른 말로 표현하면, 형법상의 악법은 실질적 불법에 속하지 아니한 소위 ‘無害한 自由’를 금지규범으로 만들어 처벌하는 경우이다. 그러므로 형법이 악법이 되지 않으려면 실질적 불법인 ‘有害한 自由’만을 금지시켜야 한다. 프랑스 인권선언 제5조의 “법률은 사회에 대하여 유해한 행위만을 금지시킬 수 있다”고 함은 바로 이것을 두고 하는 말이다. 우리가 이미 위에서 살펴본 인권선언 제8조 후단의 “아무도 범행 이전에 제정 공포된 적법한 법률에 의하지 아니하고는 처벌받지 아니한다”는 조항이 죄형법정주의의 형식적 의미에 관계되어 있다면, 여기에서의 제5조 전단의 “법률은 사회에 대하여 유해한 행위만을 금지시킬 수 있다”는 조항은 죄형법정주의의 실질적 의미에 관련되어 있다고 볼 수 있다.

형법은 법익보호질서(Rechtsgüterschutzordnung)이다. 여기서 말하는 법익에는 인간의 실존조건으로서의 생명, 신체, 재산, 자유, 명예, 인격 등과 이를 보호하는 국가의 존립, 권위, 기능 등이다. 이러한 법익들을 보호하기 위하여 법규범질서(Rechtsnormenordnung)가 필요하다. 그것이 형법이다. 그러므로 형법은 법익보호의 목적을 위한 법규범질서라고 할 수 있다. 여기에서 법익은 목적이며 형법은 그 법익을 보호하기 위한 수단이다. 그런데 이 수단이 본래의 목적, 즉 법익보호의 목적을 떠나서 다른 목적을 위하여 남용되는 수가 있다. 특히 정치적 목적, 이데올로기적 목적 또

5) G. Radbruch, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, in: Rechtsphilosophie, 5. Aufl., 1956, S. 349ff. 참조.

는 혁명적 목적을 위한 경우가 그것이다. 이와 같은 목적을 위하여 수단으로 동원된 정치화된 형법을 보통 ‘정치형법’(politisches Strafrecht)이라고 일컫는다.⁶⁾

이 정치형법은 인간의 기본적 실존조건과 그것을 지켜주는 국가를 보호하는 것이 그 과제가 아니라 특정한 정치적 목적, 특정한 이데올로기적 목적, 특정한 혁명적 목적 등을 실현시키기 위하여 인간의 존엄과 가치, 기본적 인권과 자유를 희생시킬 것을 강요하는 것을 그 내용으로 하고 있다. 우리는 이러한 정치형법의 예를 20세기에 들어와서 나치스 전체주의 국가나 이데올로기 공산주의 국가 기타 권위주의적 권력국가들을 통하여 쓰라린 경험을 하였다. 국가의 형벌권은 그 본래적인 목적을 떠난 정치적 목적을 위하여 남용될대로 남용되었으며 그것도 반드시 일반형법이나 특별형법의 법률을 통하여 남용되었던 것이다. 법률을 만들어 가지고 처벌하는 한 그것은 죄형법정주의의 형식적 의미에 어긋나는 것도 아니었다. 따라서 형식적 죄형법정주의만으로써는 애당초 범죄가 아닌 것을 제멋대로 형법의 구성요건으로 만들어 처벌하는 것을 막을 길이 없다.

이러한 형벌권의 남용을 막기 위하여는 실질적 죄형법정주의의 원칙을 확립해야 한다. 그것은 처벌의 근거로서 범형식만을 요구하는 것이 아니라 법내용의 정당성을 요구한다. 만일 법내용의 정당성을 전제하지 않고 그 내용이 부당한 악법이라도 법률만 있으면 처벌할 수 있다고 한다면 오늘날 현대국가에서 죄형법정주의의 원칙을 어기는 나라는 하나도 없을 것이다. 오늘날 법률 없이 처벌하는 국가는 거의 없기 때문이다. 그렇다면 법률 없이 처벌해서는 안된다는 죄형법정주의는 오늘날 이미 그 의의를 상실한 것이 아닌가? 그러나 그렇지 않다. 오히려 과거의 그 어느 때 보다도 그 의의가 더 절실하다고 느끼는 것이 형법학자들의 공통된 견해일 것이다. 법을 통한 죄형법정주의의 본질 파괴는 법을 통하지 아니한 그 본질 파괴보다 더 어렵고 심각한 문제를 법의 세계에 던져주고 있기 때문이다. 범죄를 다스려야 할 법이 스스로 범죄를 저지르는 이 역논리의 현상을

6) 정치형법에 관해서는 배종대, 정치형법의 이론, 법학논집 26호, 고려대학교 법과대학 논문집, 1991, 197면 이하 참조. 이 논문에서는 우리나라의 특별형법인 ‘국가보안법’에 관한 비판적 고찰이 그 주된 내용을 이루고 있으나, 소련의 스탈린 형법이나 독일의 히틀러 형법이나 북한의 김일성 형법과 같은 일반형법 등도 전부 정치형법의 카테고리에 들어간다고 보아야 할 것이다.

법학은 어떠한 이론적 논거를 가지고 극복할 수 있을까? 나는 이것을 두 가지 관점에서 시도해 보고자 한다. 그 하나는 ‘有害한 自由’의 이론이고, 다른 하나는 ‘불법구성요건’의 이론이다.

첫째, ‘유해한 자유’의 이론은 프랑스 인권선언 제5조에 명시되어 있다. “법률은 사회에 대하여 유해한 행위만을 금지시킬 수 있다. 법률에 의하여 금지되지 아니한 모든 행위는 방해받지 아니하며, 어느 누구도 법률이 명하지 아니한 행위를 강요당하지 아니한다.”

이 조항은 법률로써 시민의 자유를 제한할 수 있는 한계를 명시하고 있다. 이 조항의 의미를 형법적으로 말한다면, 사회에 대하여 유해한 행위만이 법률로써 금지된 범죄행위가 되며, 그러한 범죄행위에 대해서만 형벌이 과해지며, 기타의 행위는 자유이기 때문에 이 자유로운 시민의 행위영역을 국가는 침범할 수 없다는 것이다. 여기서 ‘사회에 대하여 유해한 행위’라 함은 타인과의 사회적 공존에 유해한 영향을 미치는 ‘자연적 자유’를 말하는 것이며 그것은 타인의 생명 · 신체 · 재산 · 자유 · 명예 · 인격 등에 대한 침해행위로서 나타나게 된다. 이 ‘자연적 자유’의 개념은 홉스(Thomas Hobbes)의 법철학에서 가장 잘 설명되어 있다.

홉스에 의하면, 사회계약체결이전의 자연상태(Naturzustand)에서는 모든 개인은 각자의 자기보존을 위하여 ‘자연적 자유’(natürliche Freiheit)를 갖는다고 한다. 그것은 “각자가 그 자신의 자연, 즉 그 자신의 생명을 보존하기 위하여 자신의 의사에 따라 자기 자신의 힘을 사용할 수 있는 자유”, 다시 말하면 “각자가 그 자신의 판단과 이성에 따라 이 목적을 위하여 필요한 수단이라고 인정되는 바의 모든 것을 할 수 있는 자유”이다.⁷⁾ 이것이 타인에 대하여 유해한 행위로서의 ‘자연적 자유’이다. 이러한 자기보존의 자연적 자유는 인간의 이기적 욕망을 추구하는 본성으로 말미암아 그 한계를 모르며, 따라서 필연적으로 타인의 자연적 자유와 충돌을 면할 수 없게 되어서 홉스가 “자연상태”라고 부른 “만인의 만인에 대한 투쟁상태”(bellum omnium in omnes)를 가져오게 된다.⁸⁾

이러한 자연상태를 극복하기 위하여 사회계약을 맺고 법상태로 전환되는데 이때 각자의 자연적 자유는 타인의 자연적 자유와 충돌하지 않는 한

7) T. Hobbes, Leviathan, chap. 14, pp 145-146.

8) T. Hobbes, Leviathan, chap. 13, p. 141ff.

계 내에서 제한되며 이 제한된 자유를 법적 자유, 즉 ‘시민적 자유’(bürgerliche Freiheit)라고 한다. 다시 말하면 사회계약을 통하여 타인에 대하여 ‘有害한 자연적 자유’는 타인에 대하여 ‘無害한 법적 자유’로 전환되어 공존조건으로서의 법이 확립되는 것이다. 따라서 형법은 이를 위하여 ‘타인에 대하여 有害한 자유’만을 금지시킬 수 있는 것이다.

이러한 법률관은 칸트(Immanuel Kant)의 법철학에 있어서도 마찬가지이다. 그에 있어서도 ‘사회에 대하여 유해한 자유’는 ‘자연적 자유’를 의미한다. 이 자연적 자유는 자기의 이기적 욕망을 충족시키기 위하여 무제한한 자유를 요구한다. 이러한 무제한한 자유는 타인의 자연적 자유와 필연적으로 충돌되어 마찰과 무질서를 가져온다. 그것이 ‘사회에 대하여 有害한 자유’이다. 그것이 ‘사회에 대하여 無害한 자유’가 되자면 타인의 자유와 양립 가능한 범위내에서 제한되어야 한다.

이와 같이 각자의 제한된 자유는 타인과의 사이에서 상호독립성을 주장하는 권리로써 이해된다. 그러므로 칸트는 그 제한된 자유를 “어느 누구도 상호적으로 구속될 수 있는 것 이상으로 타인에 의하여 구속받지 아니할 독립성의 권리”라고 말한다.⁹⁾ 이와 같이 상호 구속적으로 제약된 無害한 자유권을 보장하는 것이 바로 그에게 있어서 법률이다. 그렇기 때문에 그는 법의 개념을 정의하여 “법이란 한 사람의 恣意(자연적 자유)가 다른 사람의 恣意(자연적 자유)와 자유의 일반법칙에 따라서 서로 양립할 수 있는 조건의 총체”라고 말한다.¹⁰⁾

프랑스 인권선언 제4조는 이러한 칸트의 법개념을 그대로 옮겨놓고 있다. “자유란 타인에 대하여 유해하지 아니한 일체의 행위를 할 수 있는 권리이다. 모든 인간의 자연적 권리의 행사는 사회의 다른 구성원에게도 이러한 자연적 권리의 향유를 보장하기 위하여 갖는 한계이외의 다른 한계를 갖지 아니한다. 이 한계는 법률에 의해서만 정해질 수 있다.” 여기서 “타인에 대하여 有害하지 아니한 일체의 행위를 할 수 있는 권리”는 “자유 일반법칙”의 한계 내에 들어가는 “無害한 자유”를 두고 말하는 것이며 그것만이 자유권의 개념에 들어가는 것이다. 법률은 이 시민의 자유권을 법적 권리로

9) I. Kant, Die Metaphysik der Sitten, in: Kant-Werke, Bd. 7(Ausgabe der Wissenschaftlichen Buch- gesellschaft, Darmstadt 1968), S. 345.

10) I. Kant, Die Metaphysik der Sitten, S. 337.

서 보장하고 그와 반대로 “有害한 자유”(schädliche Freiheit)는 불법으로서 금지시키는 것이다.

둘째로 ‘불법구성요건’의 이론이다.

실질적 의미의 죄형법정주의는 실질적으로 불법이 아닌 행위는 범죄구성요건으로 만들 수 없다는 원칙을 확립시켜야 한다. 그 명제는 “불법이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다”(kein Verbrechen, keine Strafe ohne Unrecht)고 표현된다. 형식적 의미의 죄형법정주의는 “법률이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다”는 명제로서 표현되지만 그 ‘법률’이 무엇을 실질적인 내용으로 하는가에 관해서는 그 명제의 형식 자체에서는 아무런 해명도 주고 있지 않다. 이것은 구체제하에서 법률 없이 함부로 형벌권을 발동한 지배자의 자의를 견제하기 위한 원칙으로서 확립된 것이지만, 19세기와 20세기에 들어와서 오히려 이 원칙의 형식을 이용하여 형벌권이 남용되기에 이르렀던 것이다. 즉 법률 없이 처벌하는 것이 아니라 법률을 만들어 가지고 처벌하되, 그 법률의 내용이 시민의 자유권을 보호하는 것이 아니라 오히려 침해하는 것으로 되어 있었던 것이다. 법률을 만들어 가지고 처벌하는 한 그것은 형식적 의미의 죄형법정주의에 어긋나는 것은 아니었으나 형법의 보장적 기능을 완전히 마비시켜버리고 말았다. 즉 시민의 자유를 보장해야 할 국가가 법률을 통하여 “법률적 불법”을 자행했던 것이며, 범죄를 막아야 할 국가가 스스로 범죄를 저지르기에 이르렀던 것이다.¹¹⁾ 이러한 法的 逆理현상은 19세기와 20세기 중반에 걸쳐서 그 절정에 이른 법률실증주의(Gesetzes-positivismus)의 산물 이외의 아무것도 아니다. 왜냐하면 법률실증주의는 법내용에 대한 가치맹목성으로 말미암아 ‘악법도 법이다’라는 명제를 그 자신의 논리로써 부인할 수 없기 때문이다. 아이러니컬하게도 법률을 통하여 법의 본질은 완전히 파괴되고 공동화되었던 것이다.

불법구성요건의 이론은 형법의 구성요건은 반드시 불법을 그 내용으로 전제해야 한다는 원칙을 말한다. 즉 “사회에 대하여 유해한 행위”가 있을 때에만 범죄구성요건이 성립한다는 이론이다. 그런데 무엇이 불법인가는 실정법이 결정하여 주는 것은 아니다. 실정법은 형식적 위법성 개념만 확

11) G. Radbruch, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, in: Rechtsphilosophie, 5. Aufl., 1956, S. 349ff. 참조.

정할 수 있을 따름이다. ‘형식적 위법성’과 ‘실질적 불법’은 원칙적으로 일치함을 요하는 것이지만 그렇지 않을 때도 있다. 양자가 불일치할 때 어느 것을 우선시킬 것인가는 범실증주의와 자연법의 입장 사이에 차이가 있다. 전자는 법적안정성의 요청으로 말미암아 형식적 위법성에 우선권을 주고, 후자의 입장은 실질적 정의의 요청에 따라 실질적 불법에 우선권을 준다. 즉 전자의 입장은 금지대상이 ‘무해한 자유’라 하더라도 형법의 구성요건으로 실정화되어 있으면 처벌되어야 한다는 것이며, 후자의 입장은 금지대상이 ‘유해한 자유’인 경우에만 처벌될 수 있다는 것이다. 전자의 입장을 따를 경우 죄형법정주의의 실질적 의미는 무시될 수밖에 없을 것이다.

그러나 자연법적 입장은 형법의 금지대상은 반드시 불법행위, 즉 ‘사회에 대하여 有害한 행위’일 것을 요구한다. 따라서 죄형법정주의의 ‘범불 있으면 형벌 없다’는 명제에 있어서 그 범불은 반드시 자연법상 불법을 금지 대상으로 하는 법이어야 한다. 무엇이 ‘법’이고 무엇이 ‘불법’인지는 자연법만이 말하여 줄 수 있다. 혹자는 자연법이란 것은 객관성이 없으며 정체불명의 모호한 것인데 그것이야 말로 정치적 자의가 법률화하는 것을 막을 수 없지 않느냐는 의문을 제기할지도 모른다. 그러나 고대의 형이상학적 자연법이나 중세의 신학적 자연법관으로부터 벗어나서 근대의 루소나 칸트의 이성적 또는 계몽적 자연법관에 의할 때에는 형법질서가 말로 가장 전형적인 자연법 질서라 할 수 있을 것이다. 형법에 규정된 ‘형사범’이야말로 ‘자연범’으로서 인간의 본성인 이성에 의하여 인식 가능하고 판단가능한 객관적인 개념들로 구성된 범규범 체계이기 때문이다. 따라서 살인·상해·폭행·감금·강도·강간·사기·횡령·모욕·학대·내란·외환 등의 죄는 ‘자연범’으로서 법률 이전에 이미 자연법적으로 이성에 의하여 불법한 행위, 즉 ‘사회에 대하여 유해한 행위’임을 누구나 알고 있다. 그러한 자연범들은 실정법적으로 범죄구성요건화 되었기 때문에 비로소 불법이 된 것이 아니다. 그것들은 이미 자연법적으로 범죄개념에 속하는 것이며 입법자는 이에 구속되어야 한다. 그렇기 때문에 입법자가 법률로써 금지를 명하였다고 하여 그것이 곧 형법상의 불법, 즉 범죄가 되는 것은 아니다. “불법은 그것이 금지되어 있기 때문에 불법이 되는 것이 아니라 불법이기 때문에 금지되어지는 것이다.”¹²⁾ 범죄구성요건은 결코 입법자의 ‘판능의 집’일 수는 없으며, 실질적인 불법 개념에 근거되어 있어야

한다. 이러한 구성요건 개념을 ‘불법구성요건’(Unrechtstatbestand)이라고 한다.¹²⁾ 이 구성요건은 실질적 불법만을 금지내용으로 하기 때문에 이에 반하는 행위만이 불법한 범죄행위로 처벌 받게 된다. 이러한 형법이야말로 진정한 의미에서 ‘범죄인의 마그나 카르타’라 할 것이다.

IV. 죄형법정주의의 현대적 의의

우리는 죄형법정주의의 현대적 의의를 불법구성요건론에 따라 ‘불법 없으면 형벌 없다’는 명제에서 찾아야 할 것이다. 보통 죄형법정주의라 하면 ‘법률 없으면 형벌 없다’라는 형식적 측면만 강조하고 그 법률의 내용이 자연법적으로 정당화되는지 여부는 주의를 기울이지 않는 경향이 있다. 죄형법정주의가 그러한 형식적 의미에서 충족되는 것이라면 오늘날 현대국가에서 그 원칙을 어기는 나라는 하나도 없을 것이다. 왜냐하면 법률 없이 형벌권을 발동하는 국가는 거의 없기 때문이다. 물론 형식적 의미의 죄형법정주의도 법률로서 구성요건화 되어 있지 아니한 행위를 함부로 처벌하지 못한다는 점에서는 국가 형벌권의 자의적 발동을 견제하는 기능을 한다. 그러나 이것만으로는 처음부터 자연법적으로 범죄행위가 아닌 것을 마음대로 범죄구성요건으로 만들어 처벌하는 국가의 자의를 막을 근거는 못 된다. 이러한 자의를 막자면 오로지 실질적 죄형법정주의의 불법구성요건 개념, 즉 구성요건의 실질적 내용의 불법성을 자연법적으로 확정하여 그것을 실정법의 구속 근거로서 제시할 수 있을 때에만 가능하다.

죄형법정주의의 형식 자체는 법실증주의의 산물이지만 그 내용의 본질은 이와 같이 자연법 사상에 기초하고 있음을 간과해서는 안 될 것이다. 처음부터 죄형법정주의의 기본정신은 시민의 권리 보호에 있었던 것이고 다만 그 수단으로 실정법을 처벌의 근거로 원용하였던 것이다. 그런데 20

12) Arthur Kaufmann, Schuld und Strafe, 1966, S. 105.

13) K. Engisch, "Der Unrechtstatbestand im Strafrecht", in: Hundert Jahre Deutsches Rechtslehren, Bd. I, 1960, S. 401ff; E. Schmidhäuser, "Der Unrechtstatbestand" in: Festschrift für K. Engisch, 1969, S. 441ff; W. Maihofer, "Der Unrechtsvorwurf" in: Festschrift für T. Rittler, 1957, S. 149ff; Arthur Kaufmann, Schuld und Strafe, 1966, S. 106, 114, 132. 참조.

세기에 들어와서 범실증주의가 팽배하게 되자 그 수단 자체가 목적화 되어 오히려 법의 본질을 왜곡하는 역현상이 일어난 것이다. 법률 없이 형벌권이 남용된 것이 아니라 법률을 통하여 형벌권은 남용될대로 남용되었다. 법률의 탈을 쓴 불법이 죄형법정주의의 미명하에 만능의 형벌 마술사로 둔갑을 하며 인권을 유린 하였다. 법률을 만들어 가지고 처벌하는 한 그것은 죄형법정주의의 형식적 의미에 어긋나는 것도 아니었다. 형벌권의 남용은 완전히 합법적으로 행해졌다. 우리가 죄형법정주의의 형식적 의미에 만족할 수 없는 것은 바로 이러한 이유 때문이다.

그러나 이것은 실정법 없이 자연법만으로 처벌할 수 있다는 것을 뜻하는 것은 결코 아니다. 처벌의 근거로서 실정법이 반드시 있어야 한다. 그러나 그 실정법의 내용이 악법이 아니어야 한다는 조건을 하나 더 덧붙이는 것일 뿐이다. 이 전제조건을 무시하는 죄형법정주의는 무의미할 뿐만 아니라 오히려 유해하다. 결국 악법에 의한 형벌권의 발동은 외형상으로는 법률의 옷을 입었다 할지라도 형벌권의 정당화 범위를 벗어난 단순한 刑罰 暴力에 지나지 않는 것이다.

결론적으로 말하면, 우리의 주장은 ‘법률이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다’는 명제 이외에 ‘불법이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다’는 명제가 보충적 명제로서 존재해야만 개인의 자유와 권리를 국가 형벌권의 부당한 행사로부터 지킬 수 있다는 죄형법정주의의 기본정신을 충족시켜줄 수 있을 것이다. 전자의 명제가 근대형법의 법문화의 산물이라면, 후자의 명제는 현대형법의 법문화의 소산이 되어야 할 것이다. 우리는 죄형법정주의의 현대적 의의를 이 후자의 명제에서 파악하는 것이다.

Die Bedeutung des strafrechtlichen Gesetzlichkeitsgrundsatzs in der Moderne

Shim, Jae-Woo*

Der vorliegende Aufsatz versucht zu erklären, daß der strafrechtliche Gesetzlichkeitsgrundsatz in der Moderne neben dem Satz: “keine Strafe ohne Gesetz” zusätzlich noch einen anderen Satz: “keine Strafe ohne Unrecht” bedarf. Denn im 20. Jahrhundert hat das Strafrecht des totalitären Staates zu einem “politischen Strafrecht” entartet und die Strafgewalt mißbraucht “durch das schlechte Gesetz”, das den willkürlichen und verbrecherischen Inhalt in sich hat. Solche politische Strafjustiz hat sich dennoch mit dem positivistischen Grundsatz: “Gesetz ist Gesetz” und sogar “das schlechte Gesetz ist auch Gesetz” gerechtfertigt. Diese Auffassung vom Gesetz macht sinnlos den strafrechtlichen Gesetzlichkeitsgrundsatz: “keine Strafe ohne Gesetz”. Denn das hier berufene “Gesetz” ist “gesetzliches Unrecht”.

Im Gegensatz dazu gibt es “übergesetzliches Recht”, das nach Gerechtigkeit strebt und Menschenrechte zu achten und zu schützen sucht. Man nennt dies das Naturecht oder das Vernunftrecht. Recht ist Wille zur Gerechtigkeit und Norm zur Achtung und zum Schutz der Menschlichkeit des Menschen. Das Gesetz nicht als “Unrecht” sondern als “echt” muß deshalb dem Naturrecht entsprechen und umgekehrt das Gesetz als “nrecht” dem Naturrecht widersprechen.

So ist der Gegenstand der Strafe im Gesetzlichkeitsgrundsatz das Gesetz als “nrecht” das den strafrechtlichen “nrechtstatbestand” ausmacht. Wir finden daher die Bedeutung des strafrechtlichen Gesetzlichkeitsgrundsatzes in der Moderne nur im Satz: “eine Strafe ohne Unrecht”

* Professor, Department of Law, Korea University, Ph.D. in Law

주제어 : 죄형법정주의, 악법, 법률적 불법, 초법률적 법, 법실증주의, 자연법, 자연적 자유, 불법구성요건, “법률이 없으면 형벌 없다”, “불법이 없으면 형벌 없다”

Keywords : Gesetzlichkeitsgrundsatz, das schlechte Gesetz, gesetzliches Unrecht, übergesetzliches Recht, Gesetzespositivismus, Naturrecht, natürliche Freiheit, Unrechtstatbestand, keine Strafe ohne Gesetz, keine Strafe ohne Unrecht