



한국 형법학의 두 가지 방법적 착안점에 대한 비판적 고찰: 개념법학적인 사유형태와 일반조항에로의 도피

김 영 환*

초 록

이 논문의 대상은 한국형법학에서 발견되는 바람직하지 않은 두 가지 사유방식이다. 즉 한편으로는 법적 구성방식을 강조하면서 연역적인 방식으로 범명제 간의 논리적인 관계만을 강조하는 개념법학적인 방식과, 다른 한편으로는 구체적인 법 적용 대신 내용이 확정되지 않는 일반조항적인 개념을 원용해 법률외적인 도덕표상들을 형법에 유입하는 일반조항으로의 도피가 관건이 된다. 여기서는 우선 개념법학의 발전과정과 그 이론적 특성을 검토한 후, 형법에서의 개별적인 사례를 통해 이러한 논증방식이 검토된다. 그리고 일반조항의 법학 방법론적 의미 혹은 그 기능을 밝힌 후, 형법에서의 구체적인 사례를 통해 이러한 경향이 법이론적으로 자세히 분석된다. 마지막으로 이 두 가지 사유방식이 어떤 상호관계에 있는가를 그 역사적 연원과 논증이론적인 측면에서 언급한 후, 이러한 부정적인 현상에 대한 실제적인 대응방안을 대략적으로 제시한다.

Keywords: 개념법학(Begriffsjurisprudenz),
법적 구성방법(juristische Konstruktion),
방법의 착오(abertio ictus),
일반조항으로의 도피(Die Flucht in die Generelklausel),
한국형법 제20조(§20 des koreanischen Strafrechts),
독일형법계수(Rezeption des deutschen Strafrechts)

* 한양대 법학전문대학원 명예교수
2019년 제64회 대한민국의학술원 사회과학분야 학술원상 수상자

I

필자가 고찰한 바에 의하면, 한국 형법학의 바람직하지 못한 특징은 다음과 같은 이율배반적인 사유형식인 것 같다. 한편으로는 법을 기술적인 측면으로부터 학문적으로 파악해서 특정 개념을 체계의 한 구성부분으로 파악하려고 한다. 이를 통해 연역적인 방법을 통해 범명제 간의 논리적인 관계를 밝히려는 법적 구성방법(juristische Konstruktion)¹⁾을 통한 개념 확정이 법학의 주된 임무가 된다. 그 결과 이러한 개념들로부터 순수한 논리적 추론과정을 거쳐 다른 개념들이 도출된다. 다른 한편으로는 법률에 규율된 “상당한 이유” 혹은 “기대가능성” 등의 가치충전을 필요로 하는 추상적인 개념이 등장하거나 법문 자체에 하등의 근거조항을 발견하지 못하는 경우, 법문 외부의 도덕적인 가치표상이 이러한 일반조항을 통해 법체계 안에 무차별적으로 수용된다²⁾. 법실무에서도 이런 사정은 마찬가지여서 한편으로는 — 문제가 된 법적 사태에 대해 해당 법규정이 있을 경우 — 지나칠 정도로 법조문의 문구에만 매달려서 소위 “형식주의”에 치우친 해석을 지향하지만, 다른 한편으로는 — 이와는 대조적으로 법조문이 없는 경우에는 — 불확정개념이나 혹은 일반조항을 통해 개괄적인 일상도덕의 관념들을 법영역 안으로 거침없이 받아들인다. 요컨대 이러한 우리의 법적 사고의 특징은 “개념법학적인 사유형태와 일반조항으로의 도피”라고 묘사될 수 있다. 달리 말해 한편으로 법조문이 있는 경우에는 개념법학적인 사유형태가 지배적이지만, 다른 한편 해당 법조문이 존재하지 않거나 혹은 불명확한 경우에는 일반조항의 원용이 지나칠 정도로 빈번하게 이루어진다는 것이다³⁾.

그러나 이와 같은 현상은, “법의 지배”를 그 이념으로 하는 오늘날의 법학방법론

-
- 1) 이에 관해서는 Jhering, “Theorie der juristischen Technik”, in: Krawietz(Hrsg.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, 1976, 66-82. 그리고 법적 구성방법에 대한 간략한 평가에 대해서는 Krawietz, “Einleitung”, in: Krawietz(Hrsg.), *Theorie und Technik*(주 1), 1-2. 또한 법적 구성방법의 목적에 대해서는 Rümelin, “Zur Lehre von der juristischen Konstruktion”, in: Ellschied/Hassemer(Hrsg.), *Interessenjurisprudenz*, 1974, 92-101.
 - 2) 형법 제20조 정당행위를 “사회상당성” 혹은 “사회상규”라는 일반조항적인 개념들을 통해 도덕적인 관점에서 내용적으로 구체화하려는 대표적인 예로 파악하는 입장에 대해서는 Young Whan Kim, “§20 Strafgesetz als ein Beispiel für eine Generalklausel”, in: *Festschrift für F. Streng*, 2017, 49-61.
 - 3) 김영환, 「개념법학적인 사유형태와 일반조항으로의 도피」, 『법철학 연구』 제4권 제1호, 2001, 159-164. 또한 Young Whan Kim, “Begriffsjurisprudenz und die Flucht in die Generalklausel”, in: *Festschrift für U. Neumann*, 2017, 199-211.

- 즉 법적 결정이 법률에 내재한 법원리의 구체화를 통해 이루어져야 한다는 생각 - 의 측면에서 본다면 대단히 문제의 소지가 많다. 그 이유는 무엇보다도 이러한 법의 적용 및 해석방식은 필히 다음과 같은 부정적인 결과들을 수반하기 때문이다. 즉 한편으로 법조문의 형식논리적인 해석에만 지향되어 있는 이론과 실무는 법적 판단의 실질적인 기초인 법현실을 도외시하게 된다. 다시 말해 판결의 정당성이 개별적인 사태 안에서 발견되는 구체적인 규범적 타당성 보다는, 오히려 형식논리적인 척도 - 즉 판결이 법조문에 부합한다든가 혹은 논리적인 체계가 내용적인 타당성보다 우선되어야 한다는 식의 기준 - 에만 의존하게 된다⁴⁾. 다른 한편, 일반조항 등에 의한 판단방식은 실질적으로는 법적 결정의 성격을 도덕적인 판단 - 요컨대 여론재판 - 으로 변질시킨다. 즉 법적 분쟁의 해결이 세분화되고 구체화된 법해석학의 기준에 의해서가 아니라, 오히려 미분화되고 추상적인 일상도덕의 척도에 따라 개괄적으로 결정되고 만다는 것이다⁵⁾.

이 글의 목적은 특정 법이론을 소개하려는 것이 아니며, 또한 필자 자신의 완결된 법학 방법론을 제안하려는 것은 더더욱 아니다. 그 대신 여기서 다루어지는 내용은 필자의 소박한 경험을 통해 우리나라 형법해석학의 이론 및 실무가 지니는 문제점들을 법이론(Rechtstheorie)이라는 관점에서 제시하려는 것이다. 이하에서는 우선 이 글의 첫번째 가정 - 즉 우리의 이론과 실무가 개념법학에 의해 특징지워진다는 견해 - 을 개념법학의 발전과정과 관련지워 검토한 후, 이에 대한 구체적인 예를 언급하려고 한다(이하의 II). 그리고 난 후, 이 논문의 두 번째 가정 - 즉 일반조항적인 개념이 지배적이라는 생각 - 을 일반조항의 법학방법론적 의미를 밝힌 후, 형법에서의 사례를 중심으로 이 문제를 자세히 분석하려고 한다(III). 마지막으로, 이 두 가지의 특징이 어떤 상호관계에 있는가를 그 역사적 연원과 논증이론적인 측면에서 밝히면서(IV), 이러한 부정적인 현상에 대한 대처방안을 간략히 언급하고자 한다(V).

4) 이억법학의 개념법학에 대한 비판은 바로 이런 측면을 염두에 두고 있다. 이에 관해서는 특히 Heck, "Was ist diejenige Wissenschaft, die wir bekämpfen", in: Ellscheid/Hassemer(Hrsg.), *Interessenjurisprudenz*, 1974, 44-46.

5) 형법 제20조를 예로 해서 전개된 이러한 비판에 대해 자세히는 김영환, 「형법 제20조 정당행위에 관한 비판적 고찰」, 『김종원교수화갑기념논문집』, 1991, 129-143.

II

1. 먼저 개념법학(Begriffsjurisprudenz)의 이론적인 전개과정을 간단히 설명하면 다음과 같다⁶⁾. 개념법학이라는 말 자체는 예링(Rudolf von Jhering)으로부터 유래한다고 한다. 즉 그는 젊은 시절 자신의 모범이 되었던 푸흐타(G. F. Puchta)를 겨냥해서 그의 형식논리적인 법학방법론을 개념법학이라고 명명하고, 이러한 사유방식이 더 이상 법학을 지배하지 않기를 원한다⁷⁾. 그러나 개념법학적인 사고유형 자체는 그 개념보다는 훨씬 더 오래되었다고 한다. 특히 크리스티안 볼프(Christian Wolff)는 이미 이와 같이 개념들 간의 형식논리적인 구조 및 연역적인 추론방식을 중시하는 논거제시방법(Demonstrationsmethode)을 주창하고, 이를 실정법에 응용한다.⁸⁾ 그 후 역사법학을 주창했던 사비니(F. C. v. Savigny)는 비록 민족정신 혹은 법제도가 법의 연원임을 강조하고 이를 체계화하기 위해 이와 같은 논리적인 방법을 사용한다. 그러나 이런 사유방식을 독자적인 법학방법론으로 발전시킨 법학자는 푸흐타이고, 바로 이런 이유에서 그를 “고전적인 개념법학”의 창시자라고 말한다⁹⁾. 그 후 개념법학은 예링에 의해서 더욱 발전되었지만, 또한 그에 의해 많은 비판을 받기도 한다.¹⁰⁾ 이와 같은 비판에 합류해서 자유법 운동이나 이익법학도 개념법학의 형식주의를 비난하고, 그 대신 법적 결정에 대한 기준이 개념이 아니라, 오히려 그것의 전제가 되는 사회적 사실로부터 도출되어야 한다고 역설한다.¹¹⁾ 개념법학의 창시자로 일컬어

6) 개념법학 일반에 대해서는 W. Krawietz(Hrsg.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, 1976. 또한 개념법학의 역사적 발전과정에 대해서는 K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Aufl., 1979, 20-26; F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, 430-458. 또한 Wilhelm, *Zur Juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, 1958, 70-87; Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 2. Aufl., 2001, 41-56.

7) R. v. Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1884 (Nachdruck der 13. Aufl., 1980), 337.

8) W. Krawietz, “Jurisprudenz als Begriffsjurisprudenz”, in: ders.(Hrsg.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*(주 6), 435-436.

9) Haferkamp, *Georg Friedrich Puchta und die Begriffsjurisprudenz*, 2004.

10) 물론 예링 자신이 얼마만큼 개념법학을 극복했는가는 또 다른 문제이다. 왜냐하면 예링은 법학을 “하위의 법학(eine niedere Jurisprudenz)”과 “상위의 법학(eine höhere Jurisprudenz)”으로 나누고, 법률의 해석과 체계화를 꾀하는 전자보다는 개념의 자발적인 생성능력을 중시하는 - 소위 “자연역사적인 방법”에 의한 - 후자를 훨씬 더 중요하게 여겼기 때문이다. 이에 대해 자세한 점은 무엇보다도 Ph. Heck, “Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz”, in: Ellscheid/Hassemer (Hrsg.), *Interessenjurisprudenz*, 92-101.

11) 독일에서 전개된 개념법학의 형식주의에 대한 논의는 미국의 현실주의와는 다른 양상을 지니는 것 같다. 즉 이에 대한 독일의 비판론들은 대부분 법체계의 구성방법에 대한 것이었지, 구체적인

지는 푸흐타가 파악했던 개념법학적인 사유방식은 다음과 같다. 즉 그는 법을 일종의 논리적인 체계 - 요컨대 “개념의 피라미드(Begriffspyramide)” - 로 간주하고, 이를 파악하는 방법으로서 형식·개념적인 사유형태를 강조한다. 요컨대 사비니가 법의 연원을 민족정신 혹은 법제도에서 바라보았다면, 이와 같은 법의 통일적인 이념이 푸흐타에 가서는 논리적인 체계로 바뀐 셈이다. 어쨌든 이에 기초해서 푸흐타는 말하기를, “법학의 임무는 개별적인 법명제들을 그 체계적인 연관성하에서 파악하여, 그것들의 계보(Genealogie)를 그 원칙에 까지 거슬러 올라가 추적하고, 또한 반대로 그 원칙으로부터 그 밑에 있는 미세한 가지까지 내려갈 수 있도록 하는 것이다. 이런 작업을 통해 민족의 정신속에 감추어져 있던 법명제들은 비로소 학문적인 연역의 산물로서 분명하게 성립한다. 또한 이렇게 해서 학문은 제 3의 법원(法源)이 된다 ”¹²⁾.

이러한 푸흐타의 주장에서 드러나는 개념법학의 특징은 다음과 같이 정리될 수 있다. 첫째, 개념법학은 법을 일종의 체계, 그것도 폐쇄적인 개념의 체계로 상정한다는 것이다. 그리고 여기서 말하는 체계란 사비니나 기에르케(Otto v. Gierke)가 생각했던 바와 같은 어떤 유기적인 체계를 의미하는 것이 아니라, 단지 관념적인 사유의 체계를 의미한다.¹³⁾ 푸흐타는 이런 체계를 “개념의 피라미드(Begriffspyramide)” 혹은 “개념의 계보(Genealogie der Begriffe)”라는 말로 묘사하고 있다. 그리고 이것이 의미하는 바는, 한 체계 안에서 상위의 개념은 그것보다 하위의 개념들을 모두 포괄하는 내용을 지닌다는 것이다. 그러므로 최상위에 있는 개념은, 순환논법에 빠지기 않기 위해서, 이미 고정된 내용을 가진 것으로 전제된다. 또한 개별적인 법명제는 이러한 체계와의 연관성없이는 존재할 수 없으므로, 그것의 정당성은 전적으로 체계 자체의 논리적인 진리가(眞理價)에 근거하게 된다¹⁴⁾.

판결의 기준에 관한 것은 아니었다. 아마도 이것은 독일과 미국의 법체계의 차이점에 기인하는 것 같다.

12) G. F. Puchta, *Cursus der Institutionen*, Bd. 1, 9. Aufl., 1881, 36.

13) 바로 이런 근거에서 개념법학적인 사유형태는 사유적으로는 이미 스킨라 철학의 “개념실재주의 Begriffrealismus”에 까지 거슬러 올라가며, 또한 칸트와 헤겔의 관념철학에 의해 직접적인 영향을 받는다고 한다. 이에 대해서는 Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*(주 6), 21-22; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*(주 6), 399-402.

14) 이 개념의 피라미드의 구조는 “넓으면 넓을 수록 그 깊이는 얕다”는 것이다. 여기서 넓이는 내용을, 깊이는 그 범위를 의미한다. 라렌츠에 의하면, 푸흐타의 개념체계의 정점에 자리잡은 것은 바로 칸트의 자유개념이라고 한다. 여기에 기초해서 푸흐타는 그의 저서인 *Cursus der Institutionen*에서 법적 주체를 윤리적인 의미의 인격으로 파악할 뿐만 아니라, 주관적인 권리도 사물에 대한 인격의

둘째, 이렇듯 개념법학은 논리적인 체계개념으로부터 출발하기 때문에, 그 체계안에 있는 개별적인 범명제를 파악하기 위해서는 반드시 형식논리적인 방법 - 정확히 말해 “연역적인 추론방식” - 을 적용해야 한다. 즉 하위의 범명제는 바로 상위의 범명제로 부터 도출되는 것이기 때문에, 연역적인 추론에 의해 범명제들 간의 상호연관성을 밝힐 수 있다는 것이다. 또한 흥미로운 점은, 연역적인 방법에 의해 범명제간의 논리적인 구조를 밝히는 소위 “법적 구성방법(juristische Konstruktion)”¹⁵⁾을 개념법학은 법학의 일차적인 임무라고 보았으며, 그리고 이를 통해 사고가능한 모든 사태에 대한 법적 해결책을 찾을 수 있다고 믿었던 것이다.

셋째, 개념법학의 중요한 특징 중의 하나는 개념의 생성적인 기능이다. 다시 말해, 개념법학에서 말하는 개념은 단지 법적으로 유의미한 사실을 반사적으로 재현하는 기능만을 지니는 것이 아니다. 왜냐하면 개념들은 - 외부사실과의 연관성에 의해서가 아니라 - 체계상의 맥락으로부터 그 의미를 부여받기 때문에, 이러한 개념간의 상호연관성을 통해 자발적으로 새로운 범명제가 창출될 수 있다는 것이다. 이 점은 특히 법의 흠결보충에 대해 중요한데, 개념법학의 소위 “역추론방식(Inversionsmethode)”¹⁶⁾이 의미하는 바는 다음과 같다. A라는 사실에 대한 하위의 범명제로부터 X라는 상위의 범명제를 추론하고, 또한 이로부터 법이 상정하지 않은 - 그러나 A와 유사한 - B라는 사실에 대한 하위의 범명제를 다시 연역한다는 것이다. 바로 이러한 범개념의 창조적인 기능에 따라 법학자들이 발견하는 범명제는 제 3의 법원(法源)이 된다¹⁷⁾.

권한이라고 추론한다고 말한다. 그리고 이렇듯 체계의 정점에 윤리적인 개념을 위치시킨다는 점에서 개념법학은 - 한스 켈젠의 근본규범과는 달리 - 법철학과 항상 연관을 맺어왔다고 말한다. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*(주 6), 21-24.

15) 주 1에 언급된 문헌 참조.

16) 이에 따르면, 개별적인 범명제로부터 일반적인 법적 표상이 귀납적으로 만들어진 후, 그것을 다시금 새로운 개념의 연원으로 사용하는 것이다. 즉 그것의 논증도식은 개별적인 규칙 - 원칙 - 연역이 된다. 헤크는 이 개념에 대해 다음과 같이 비판한다. 즉 이러한 방식에 따르면 새로운 범명제가 일반적인 원칙으로부터 자동적으로 추론되는 것인 양 보이지만 사실은 그러하지 않다는 것이다. 이에 대해서는 Ph. Heck, “diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen”(주 4), 44-45. 개념법학을 비웃기 위해 이익법학이 이 개념을 사용한 것이라는 점에 관해서는 Ph. Heck, ‘Die Begriffskurisprudenz’, in: W. Krawietz(Hrsg.), “Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz”(주 6), 191-196.

17) 이에 대한 민법상의 예를 들면 이행불능, 이행지체로 부터 채무 불이행이라는 법원칙이 귀납된다면, 이제는 그러한 상위명제로부터 또 다른 형태의 채무불이행인 적극적 채권침해가 연역된다는 것이다. 이 경우 채무자는 채무 이행을 불완전하게 수행함으로써 자신의 의무를 침해한다. 적극적

이러한 개념법학의 공적은 - 물론 이 점은 비단 개념법학 뿐만 아니라, “체계적인 사고 Systemdenken” 일반이 지니는 본질적인 속성이기는 하지만 - 무엇보다도 법이라는 복잡한 제도를 손쉽게 개관시켜 준다는 데에 있다. 더 나아가 반드시 주목해야 할 것은, 바로 이와 같은 개념법학에 의해 오늘날 우리가 접하고 있는 법해석학이 비로소 하나의 학문(Wissenschaft)으로 체계화되기 시작했다는 점이다. 사실상 “법학”이라는 말은 대략 1790년 때부터 널리 퍼지기 시작했다고 하며, 코사카(Paul Koschaker)라는 법사학자는 이 개념은 독일의 역사학과로부터 유래한다고 주장한다.¹⁸⁾ 그러나 개념법학은 이런 장점이외에도 다음과 같은 문제점들을 지니고 있다.

첫째, 개념법학은 법과 법적 사태와의 연관성을 은폐한다는 것이다.¹⁹⁾ 즉 법의 일차적인 임무가 올바른 분쟁해결에 있는데도 불구하고, 개념법학은 오로지 형식적인 체계만을 중시한 나머지 법적 분쟁의 현실을 제대로 파악하지 못한다는 것이다. 필립 헝크(Philipp Heck)가 적절히 지적한 바와 같이, 개념법학의 형식주의는 범명제와 법적 사태간의 현실적인 연관성을 법체계의 논리적인 연관성으로 대체하는 것이다.²⁰⁾ 그 결과 법적 판단의 결정적인 척도를 제공하는 법적 사태는 법체계라는 형식적인 구조를 통해 희석화되어, 결국에는 그것의 논리적인 틀만 남게 된다.

둘째, 개념법학은 법개념들의 정형화와 체계화가 곧 법인식의 문제라고 오해한다는 것이다. 그러므로 법률에 내재한 법원리를 탐구하는 것이 아니라, 단순히 개별적인 법개념을 정의하고 체계적으로 분류하는 것이 법학의 첫 번째 과제라고 역설한다. 그 결과 법해석학의 여러 개념들은 그것들의 실질적 근거가 되는 법원리로부터 벗어날 수 있게 되며, 이와 동시에 해석학적 개념들을 내용적으로 비판할 수 있는 토대들도 설 자리를 잃게 된다. 달리 말해 법해석학적 개념의 타당성은 그 개념들에 내재한 법원리가 아니라, 오히려 각 개념들 간의 체계적인 맥락이 될 뿐이다.

채권침해는 Staub이라는 학자에게로 소급한다(Staub, *Die positive Vertragsverletzung*, 1904, 2. Aufl. 1913. 이에 대해 자세히는 Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., 1995, 194.

18) Paul Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 4. Aufl., 1966, 210, 265, 337-338.

19) 이 점은 이익법학과 자유법 운동에 의해 “은폐사회학(Kryptosozologie)”이라는 말로 지칭되기도 하였다. 이 점에 대해서는 심현섭(역), 카우프만/하스머, 『현대법철학의 근본문제』, 1991, 103-104.

20) Ph. Heck, “diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen”(주 4), 45.

셋째, 개념법학적인 이론구성들은 - 그것의 전제가 되는 법현실과 또한 그 개념들을 통제할 수 있는 법원리로부터 벗어나 있기 때문에 - 자유롭게 행해지며, 그 결과 법적 안정성에 저해가 된다는 것이다.²¹⁾ 즉 개념법학은 단지 연역적인 추론만을 요구할 뿐이지, 어떤 특정된 추론을 고집하는 것이 아니기 때문에, 법적 구성방법을 선택할 때 폭넓은 재량을 행사한다는 것이다. 왜냐하면 이론적으로 어떻게 구성하든간에 그 법적효과는 별로 달라지지 않기 때문이다.

결론적으로 말해 개념법학의 문제점은 법을 현실로부터 분리시킨다는 - 소위 “비현실주의”이라는 - 의미에서의 형식주의 뿐만이 아니다. 오히려 해석학적 개념들을 법적 원리로부터 차단시킨다는 - 소위 “체계주의”라는 - 의미에서의 형식주의가 더 큰 문제로 되어 있다.

2. 개념법학에 대한 이론적인 설명은 이 정도로 접어두고, 이제 이 논문의 주제로 넘어가서 우리의 형법이론과 실무가운데서 발견되는 개념법학적인 사유형태를 언급하기로 하자. 사실상 이에 대한 예들은 무수히 많기 때문에, 여기서는 - 위에서 언급한 개념법학의 특징들과 연관 지워 - 그 중 대표적인 것만 열거해 보기로 하자.

개념법학적인 사유형태는 형법의 개념사용법에서부터 발견된다.²²⁾ 예컨대 우리의 통설은 여태껏 범죄의 개별요건에 관한 이론을 범죄론 **체계**(Verbrechenssystem)라고 부르고 있지, 이를 단순히 사례해결을 위한 **도식**(Schema)이라고 칭하지는 않는다. 그 결과 개별적인 범죄론체계들은 마치 형법적인 사태를 해결하기 위해 필수적으로 지켜할 법칙 - 즉 도그마(Dogma) - 인 것처럼 이해된다. 그러나 자세히 살펴보면, 이 도식들은 올바른 해결책에 대한 하나의 보조수단에 불과한 것이지, 그 자체가 이미 올바른 법적 결정에 대해 결정적인 척도를 내포하는 것이 결코 아니다. 다시 말해, 구체적인 법적 결정이 일정한 범죄론 체계를 따랐기 때문에 정당화되는 것이 아니라, 오히려 거꾸로 개별적인 사례를 제대로 파악할 수 있을 때만 해당 범죄론은 설득력을 지닌다. 이런 사정은 영미에서와 같이 범죄론을 굳이 - 독일과 같이 - 지나치게 세분화하지 않아도 법적

21) Ph. Heck, “Die Begriffsjurisprudenz”, in: W. Krawietz(Hrsg.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*(주 6), 194.

22) 개념법학적인 개념사용방식은 특히 형법각칙의 경우 - 예컨대 의사의 치료행위를 “상해”로 파악한 다든지 혹은 폭행치상과 상해를 개념적으로 구별하려고 든다든지 등등 - 무수히 발견된다.

분쟁이 제대로 해결된다는 것을 보면 잘 알 수 있다. 요컨대 범죄론이라는 체계론은 법적 해결의 길잡이에 지나지 않는 하나의 “논쟁도식(Argumentationschema)”에 불과할 뿐이다.²³⁾

개념법학적인 사유방식은 형법학의 일차적인 임무를 구체적인 결과와는 무관한 형식적인 개념정의에 둔다. 형법을 배우는 초학도들에게 가장 난해한 부분이 행위론인데, 어느 이론을 취하더라도 - 몇 개의 사례를 제외하고는 - 결론에서 별로 차이가 나지 않는다. 다시 말해 형법에서 행위론이 지니는 실천적인 기능이란 반사작용, 절대적 폭력, 수면행위 등의 극히 예외적인 경우들을 애당초 형법적인 고찰로부터 제거하는 데에 불과하다. 그럼에도 불구하고 형법상 행위론에 관한 논쟁이 그토록 난해한 이유는 바로 행위론의 체계로부터 모든 범죄현상을 연역적으로 체계화하려고 들었기 때문이다. 요컨대 이 논쟁의 핵심은 현학적인 개념들의 퍼즐 맞추기이지, 현실적인 분쟁해결의 기준이 아니다.²⁴⁾

개념적인 체계를 중시하는 또 다른 예는 형법상 예비에서도 발견된다. 형법상 미수범의 경우, 범죄의 실현단계를 범의의 결행, 예비, 실행, 기수, 종료 등으로 나누는 것은 전적으로 행위의 현실적인 진행과정에 의거한 것이다. 그러나 이와 같은 개념들은 이제 - 행위의 현실과정과는 무관하게 - 체계적인 맥락에서 예비 행위에도 적용되어 예비의 예비, 예비의 미수, 예비의 기수 등의 새로운 개념을 자발적으로 창조하기에 이른다. 그 결과, 형법상 미수는 예외적으로 그 행위의 위험성이 있을 때만 처벌된다는 자유주의 형법원리는 도외시된 채, “예비의 예비”라는 개념을 둘러싼 개념법학적인 논쟁들이 시작된다. 물론 예비죄를 처벌하고 있는 현행법이 이런 논의를 부추기고 있다는 점은 부인할 수 없는 사실이기는 하다. 그럼에도 불구하고 이와 같은 개념법학적인 발상법은 대단히 문제가 많은데, 왜냐하면 “예비의 예비”를 행위의 실현과정으로부터 추려낸다는 것은 -

23) “법학교육의 한 방식”이라는 주장에 대해서는 W. Hassemer, “Juristische Argumentationstheorie und Juristische Didaktik”, in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* Bd. 2, 1972, 473-479.

24) 바로 이런 관점에서 하세머는 형법의 행위론 논쟁에서 발견되는 불균형 현상 - 즉 이론적인 세분화 혹은 현학은 엄청난 데도 불구하고 이에 비해 실천적인 성과는 거의 발견되지 않는다는 모순 - 을 비판한다. W. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Aufl., 1990, 226-228. 참조. 한국에서의 형법상 행위론 논쟁에 대해서는 이형국, 「행위론과 한국형법」, 『김종원교수화갑기념논문집』, 1991, 1-12; 허일태, 「형법에서의 행위개념의 재구성」, 『차용석교수화갑기념논문집』, 1994, 1-42; 배종대, 『형법총론』, 제12판, 2016, 168-170; 김성돈, 『형법총론』, 제5판, 2017, 142-147.

적어도 현실적으로는 - 불가능하며, 그러므로 이런 류의 논쟁은 필연적으로 공리공론에만 치우칠 수밖에 없기 때문이다.²⁵⁾

개념법학에 의하면 개념은 현실을 재현할 뿐만 아니라, 오히려 다른 개념을 자발적으로 구성하는 능력이 있다고 한다(소위 개념법학의 역추론 기능). 이에 대한 좋은 예는 예컨대 “방법의 착오”라는 영역에서 찾을 수 있다. 인식된 것과 실현된 것의 불일치를 “착오”로 파악한 후, 이러한 상위개념에 의해 행위자가 의욕한 것이 자신의 실수로 계획한 바와 달리 실현된 경우도 소위 “방법의 착오”로 파악한다. 그리고 자신이 의욕한 것(고의)이 얼마만큼 법적 구성요건과 일치하는 바에 따라 “추상적 부합설”, “법정적 부합설”, “구체적 부합설”이라는 기준에 따라 사례를 해결하려고 시도한다. 그러나 착오라는 상위개념이 아니라 행위의 구체적인 과정에 주목한다면 이 사례들은 단순히 행위자가 의욕한 것이 실현되지 않는 미수와 계획과 다른 결과실현이라는 과실이 서로 결합한 형태에 불과하다는 점이 밝혀진다²⁶⁾. 그리고 일상용어 따르더라도, 방법이 착오를 일으킨다는 것도 어불성설이다.²⁷⁾

개념법학적인 사유방식은 우리 실무에서의 해석론과 입법론의 철저한 구별 및 이에 기초한 법률가들의 역할이해에서도 발견된다. 즉 대다수의 법관들은 자신의 임무를 법체계내의 개념기술자로 파악함으로써, 한편으론 법률자체의 문제를 입법자의 소관으로만 미루는가 하면, 다른 한편 판결이후의 사회적인 결과 - 예컨대 형의 집행 등 - 는 형법체계 밖의 문제로 여김으로써 결국 이 문제는 해당인 자신의 일로 떠맡긴다.

필자가 생각하기에, 이렇듯 개념법학적인 사유형태는 형법이론뿐만 아니라 형사실무의 곳곳에서 발견되며, 또한 이와 같은 사유형태는 법관의 법률에의 구속이라는 원칙을 초월해서 이미 독자적인 법의 구성원리로 까지 고양되어 있는 것 같다.

25) 이에 대해서는 특히 Stratenwerth/Kuhlen, *Strafrecht AT, Die Straftat*, 6. Aufl., 2011, 193.

26) 이러한 문제점에 대해 자세히는 김영환, 「형법상 방법의 착오의 문제점」, 형사판례연구회(편), 『형사판례연구』 (1), 1993, 13-39. 같은 견해로는 Stratenwerth/Kuhlen, *Strafrecht*(주 25), 101-102.

27) “방법의 착오”로 번역되는 “*aberatus ictus*”는 “타격의 실패”를 의미한다.

III

1. 개념법학이 법이론에 관한 특정학과를 지칭하는 것이라면, 일반조항이라는 개념은 법학방법론의 특정된 문제영역을 지시한다. 특히 헤데만(J. W. Hedemann)의 “일반조항에로의 도피”²⁸⁾라는 저서를 통해 주위의 관심을 환기시켰던 이 문제는 아직까지도 법학방법론에서 속시원히 해결되지 못한 부분에 속한다. 그 이유는 무엇보다도 “일반조항(Generalklauseln)”이라는 개념자체에 대해서조차 아직까지 상이한 견해들이 주장될 뿐만 아니라, 더 나아가 그 법이론적 기능 및 이에 대한 법적 평가도 서로 상반되기 때문이다²⁹⁾.

일반조항의 개념은 무엇보다도 입법기술적인 측면에서 그 본래적인 의미가 드러난다.³⁰⁾ 즉 이 개념을 사용하는 입법방식은 소위 “결의론(Kasuistik)”과 서로 대조되는 것인데, 전자가 주로 해당사례들을 추상적인 개념에 의해 포괄하는 것이라면, 이에 반해 후자는 개별적인 사례유형들을 낱낱이 조문화하는 방식을 의미한다. 그 결과 이 양자는 각각 다음과 같은 장점과 단점을 지닌다. 즉 일반조항은 유연성을 지니고 있어 수많은 사례들에 대해 각 사례에 맞게 개별적인 법률효과를 귀속시키는 것을 가능하게 만들어 준다면, 이에 반해 결의론적인 방식은 법적용의 범위를 명확히 확정함으로써 법관의 자의적인 해석을 애당초 방지한다. 그러나 전자의 방식이 개념의 추상성, 모호성으로 인해 법적 안정성에 저해가 된다면, 이에 반해 후자의 방식은 개별적인 사례에 대한 구체적인 형평성을 도외시할 위험이 있다.³¹⁾

28) Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln, Eine Gefahr für Recht und Staat*, 1933. 이 조그만 논문은 일반조항이 법치국가에 대해 지니는 위협성을 여러 법 분야에 걸쳐 처음 본격적으로 설명하고 있다. 물론 그는 일반조항에 대해 상반된 입장을 지닌다. 원래 그는 일반조항을 통해 법치국가 원칙이 침해된다는 점에서 이에 대해 비판적이었지만, 그 후 이를 통해 구체적인 형평이 실현될 수 있다는 관점에서 이에 대해 대해 적극적인 기능을 인정하기도 한다. 이에 대해서는 Wegerich, *Die Flucht in die Grenzenlosigkeit*, 2004, 156-174.

29) 심현섭, 「일반조항 소고 - 분석적 소묘 -」, 서울대학교, 『법학』 제30권 1.2호, 1989, 107-121. 특히 심현섭 교수의 논문은 여태까지의 일반조항의 개념들을 유형한 후 이에 함당한 개념 및 그 기능을 논리적으로 분석해내고 있다. 또한 형법상 일반조항의 문제점에 대해서는 F. Haft, “Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht”, in: *JuS* 1975, 477-485; Th. Lenckner, “Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz nullum crimen sine lege”, in: *JuS* 1968, 249-257, 304-310.; W. Naucke, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1973. 특히 나우케는 일반인의 생각과는 달리 이미 불특정 개념이 형법에서 일반화되어 있다는 점을 지적한 후 이를 자유주의적 법치국가의 관점에서 비판하고 있다.

30) 이에 대해 자세한 점은 특히 윤재왕(역), 칼 엥기쉬, 『법학방법론』, 2011, 209-210.

이렇듯 일반조항은 대부분 특정개념으로 유형화될 수 없는 법적 사태들을 포괄하기 위해 사용되기 때문에, 일반조항이라고 불러워 지는 개념들은 추상적이고 모호할 뿐만 아니라 또한 대부분 가치충전을 필요로 하게 된다. 그리고 일반조항의 적용범위는 비단 음란, 공서양속 등의 법개념 뿐만 아니라, 예컨대 건전한 성도덕이라는 법익원칙이나 사회상규, 기대가능성 등의 법적 기준과 같은 법원리에 까지 이른다. 특히 흥미로운 사실은 이러한 일반조항들은 서구법 계수와 맞물려 있다는 점이다. 즉 형법이 전제하는 사회모델이나 생활관계가 낯설 뿐만 아니라 예컨대 외국어에 꼭 들어맞는 말이 없거나 혹은 구문론상의 차이점으로 인해 정확한 번역 용어도 없다면 이제는 일반조항을 통해 서구법을 굳이 그대로 번역하는 대신 일반조항을 통해 이러한 법문화의 괴리를 메꿀 수 있다는 것이다³²⁾. 이를 통해 우리의 경우 형법의 도덕화가 일반조항을 통해 이루어진다는 것은 그리 놀랄만한 일은 아니다. 즉 일반조항적인 입법방식이 범외적인 규범들을 법체계 안에 수용함으로써 법의 유연성을 확보할 수 있다면, 이제는 이러한 개념의 폭이 법률해석을 통해 구체화된다는 것이다.

2. 일반조항을 통해 서구의 법문화와 한국의 법문화의 괴리를 교량하려는 입법방식이 가장 잘 나타나는 부분은 형법의 위법성 분야이다. 왜냐하면 위법성 조각사유들은 다양해서 개념적으로 확정하기가 힘들 뿐만 아니라, 죄형법정주의 원칙이 요구하는 명확성의 수준도 구성요건과 위법성 조각사유는 서로 다르기 때문이다. 즉 비교적 명확하게 서술될 수 있는 범죄유형이라는 구성요건 범주와는 달리 위법성 조각사유에서는 서로 상충되는 이해관계의 형량에 의해서만 파악될 수 있는 일회적인 사건의 구체적인 사회유해성이 관건이 된다. 요컨대 구성요건이나 책임과는 달리 위법성 분야에서는 해당사회의 규범적 합의를 통한 행위의 평가 혹은 허용성 여부의 차이점이 쉽게 드러난다³³⁾. 주지하듯이 우리 형법전은 개별적인 위법성 조각사유들과 관련해서 “사회상규”, “상당한 이유”이라는 일반조항만으로 그 허용여부를 결정하는 대담성을 보인다.

31) 하프트에 의하면, 결의론적인 방식이 일반조항에 의한 입법보다 훨씬 더 문제의 소지가 많다고 역설한다. 이에 대해서는 F. Haft, “Generalklauseln und unbestimmte Begriffe”(주 29), 479-481; Th. Lenckner, “Wertausflugsbedürftige Begriffe im Strafrecht”(주 29), 251-252. 물론 대부분의 입법방식에서는 이 양자를 혼합하는 소위 예시적인 방법(exemplifizierende Methode)을 사용하고 있다. 이에 대해서는 윤재왕(역), 『법학방법론』(주 30), 207-208.

32) 구체적인 예를 든다면 독일형법은 정당방어에서의 방어행위를 “자기 또는 타인에 대한 현재의 위법한 공격을 방지하기 위하여 필요한”이라는 요건으로 세분화하는 반면, 우리나라 형법은 “상당한 이유”라는 하나의 개념을 통해 매우 추상적으로 규정하고 있다

33) 이에 관해서는 특히 Roxin, *Strafrecht AT* Bd. 1, 4. Aufl., 2006, 289.

그럼에도 불구하고 예컨대 형법 제20조 정당행위³⁴⁾를 정당방위, 긴급피난 등을 아우르는 초법률적 위법성 조각사유라고 해석하는 것은 문제의 소지가 많다³⁵⁾. 왜냐하면 형법 제20조는 그 정당성 근거에서 개별적인 요소들이 통일적이지 않기 때문이다³⁶⁾. 그러나 정당행위의 통일적인 원칙을 벨첼의 “사회상당성 (soziale Adaquanz)”³⁷⁾의 도움을 받아 구체화하려는 노력이 좌절된 이후에도 통설은 여전히 형법 제20조의 사회상규를 포괄적인 법원칙으로 파악하려고 시도한다³⁸⁾. 그 결과 이제는 사회상당성과 사회상규간의 범죄론체계론 상의 위치가 문제된다. 대부분의 학설은 사회상당성은 구성요건 영역에, 사회상규는 위법성 영역에 편성하지만³⁹⁾, 그러나 문제는 “사회상규”와 “사회상당성”간의 구별이 실질

34) 형법 제20조는 스위스 형법 제32조와 유사하다. 이 조문은 “공적 의무나 직업상의 의무가 명령하거나 혹은 법률이 허용되거나 처벌되지 않는 것으로 여기는 행위는 범죄가 아니다”라고 규정되어 있었으나 그 사이 폐지되었다. 그 후 이 조문과 관련된 변화상황에 대해서는 Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht, AT 1, Die Straftat*, 3. Aufl., 2005, 247-251.

35) 같은 의견으로는 천진호, 「사회상규에 위배되지 아니하는 행위」에 대한 비판적 고찰, 『비교형사사법』 제3권 제2호, 2001, 162-172.

36) 이에 대해 자세히는 김영환, 「형법 제20조 정당행위에 관한 비판적 고찰」(주 5), 131-134.

37) 벨첼은 처음에는 구성요건을 “형법적인 불법의 유형화(Vertypung strafrechtlichen Unrechts)”로 파악했으며, 따라서 “역사적으로 생성된 사회윤리적 공동생활의 범주 안에 있는 행위(Handlungen, die sich innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozialetischen Ordnungen des Gemeinschaftslebens)”, 즉 사회상당한 행위는 애당초 구성요건에서 배제된 것으로 파악했었다. 이런 의미에서 예컨대 우편배달원에게 신년선물을 건네주는 증회행위, 가벼운 돈을 건 도박행위, 대중교통수단의 운전자가 승객을 하차시키지 않고 다음 정류장까지 데리고 가는 감금행위 등은 “범죄유형(Deliktstypus)”에 해당되지 않으므로 애당초 구성요건에 해당하지 않는다고 한다.(Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 1. Aufl., 1947, S. 35) 그러나 “개방적인 구성요건(offene Tatbestandsmerkmale)”을 인정하면서부터 벨첼의 구성요건개념은 가치중립화되었으며 이에 따라 “사회상당성”도 “구성요건의 한정사유”로부터 단순히 “관습법적인 정당화사유”로 전락했던 것이다. 벨첼이 대표적인 사례로 드는 것은 예컨대 오늘날의 기술분야 및 대중교통에 있어서의 정상적인 위험행위 등이다(ders., *Das Deutsche Strafrecht*, 4. Aufl. 1954에서 부터 8. Aufl., 1963까지). 물론 벨첼은 그 후에 다시금 “사회상당성”을 “일반적인 해석의 원칙(allgemeines Auslegungsprinzip)”으로 파악함으로써 처음의 입장으로 회귀했지만(ders. *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969), 여하튼 벨첼의 “사회상당성” 개념은 너무 포괄적이어서 구성요건의 한정뿐만 아니라 위법성의 조각도 가능하게 만들며 그 결과 그 범죄론적 체계가 명백하지 않게 된다. 이러한 문제점에도 불구하고 최근에 예저는 형법에서 이 개념의 유용성에 대해 피력하고 있다. 이에 대해서는 Eser, “Sozialadäquanz: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur”, in: *Festschrift für Roxin*, 2011, 208-212; Young Whan Kim, “§20 Strafgesetz als ein Beispiel für eine Generalklausel” (주 2), 58, 주. 50.

38) 신동운 교수는 형법 제20조에 사회상규라는 개념을 입법화한 김병로 전대법원장의 업적을 뛰어난 입법례로 평가한다. 즉 그에 의하면, 형식적인 위법성 조각을 넘어서는 실질적인 불법배제는 바로 사회상규이며 이것은 공공의 질서 또는 선량한 풍속이라는 것이다. 이에 관해서는 신동운, 「형법 제20조 사회상규 규정의 성립경위」, 서울대학교, 『법학』, 제47권 제2호, 2006, 189-219.

39) 이재상/장영민/강동범, 『형법총론』, 8판, 2015, 285; 김일수/서보학, 『새로 쓴 형법총론』, 제12판, 2014, 245-246; 배종대, 『형법총론』 주 (24), 311-324. 흥미로운 것은 배종대 교수는

적으로 가능한가이다. 왜냐하면 이 두 개념은 모두 형법 이전의 사회윤리적인 가치구조와 관련을 맺는 개념이고, 단지 서로 차이가 있다면, “사회상규”는 행위의 가치판단의 “척도(Maßstab)”인 반면에 “사회상당성”은 가치판단의 “결과(Ergebnis)”에 불과하기 때문이다. 달리 말해 이 두 개념의 구별이 가능하다면 그것은 단지 어휘상으로만, 즉 형식적인 차원에서만 가능하다. 자세히 살펴보면 이 두 개념의 구별은 마치 벨첼에 있어서의 두 가지의 서로 다른 “사회상당성” 개념 — 즉 하나는 “구성요건배제사유”, 그리고 다른 하나는 “관습법상의 위법성 조각사유”— 을 서로 다르게 이름붙이는 것이 아닌가 하는 인상만을 풍길 뿐이다.

이런 상황은 실무에서도 달라지지 않고 오히려 더 심화되는 거 같다. 왜냐하면 이제는 문제해결을 위법성조각사유의 개별요건을 해석하는 데서가 아니라, 오히려 위법성 조각사유의 형태를 바꾸는 데서 찾기 때문이다. 구체적으로 말해, 정당방위나 긴급피난 등의 허용요건이 어차피 일반조항이라면 오히려 그 요건이 단순화된 정당행위 등에 의해 위법성을 조각하는 것이다. 그 결과 유감스럽게도 정당방위는 항상 정당행위와 관련되어 좁게 인정되며⁴⁰⁾, 또한 긴급피난이나 피해자의 승낙에 관한 우리의 판례는 극히 찾아보기 힘들게 된다.⁴¹⁾ 여기서 반드시 짚고 넘어가야 할 점은, 이와 같은 일반조항에로의 도피가 - 그것이 입법자에 의해서이든 아니면 해석자나 법적용자에 의해 이루어 지든간에 - 법률의 명확성원칙, 법관의 재량의 한계, 그리고 헌법상의 삼권분립에 이르기 까지 자유주의적 법치국가원리에 대해 많은 문제를 잉태시킨다는 것이다.

그러나 이와 같은 문제점 - 즉 법률자체가 일반조항을 조문화한 나머지, 이에 대한 해석과 적용이 자의적이 되는 것 - 은 범죄론의 영역에서는 그나마 심각하지 않은 편이다. 왜냐하면 이에 대한 길잡이로 다양한 해석론이 제시되어 있을 뿐만 아니라, 더 나아가 형법총론의 범죄론은 어차피 실무에서 큰 비중을 차

형법 제20조가 초법규적 위법성 조각사유이 아니라고 주장하면서 사회상규라는 불투명한 개념을 유형비교를 통해 구체화할 수 있다고 주장한다. 또한 신동운 교수는 사회상규를 일반조항에 근거하여 인정되는 위법성조각으로서 다른 위법성조각사유와 달리 비유형적, 개괄적이라고 한다. 신동운, 『형법총론』, 11판, 2017, 372-373.

40) 소위 “소극적 방어행위”라는 개념은 정당방위에 의해 해결될 수 있는 사례들이 형법 제20조 정당행위에 의해 해결되는 것에 대한 중요한 단서로 파악된다. 이에 대해서는 배종대, 「정당방위의 이론과 현실」, 『고려법학』, 제49권, 2007, 43-47.

41) 배종대 교수에 의하면 긴급피난에 대한 판례는 지난 30년간 단지 한 사례만이 발견된다고 한다. 이에 관해서는 배종대, 「정당방위의 이론과 현실」(주 40), 35.

지하지 않기 때문이다. 그러나 양형의 분야에서는 이와 사정이 전혀 다르다. 왜냐하면 형법상 양형은 법관의 고유한 영역일 뿐만 아니라, 더 나아가 양형의 결과는 비단 해당인에게 뿐만 아니라 사회전반에 대해 막대한 영향을 미치기 때문이다⁴²⁾. 사안의 이러한 중대성에도 불구하고 우리 입법자는 법관의 양형에 대해 - 필자가 생각하기에는 범죄론보다 더 심한 정도로 - 일반조항을 사용하고 있다. 즉 양형의 원칙도 규정하지 않을 뿐만 아니라, 양형의 조건도 전형적인 것만 불완전하게 나열하고 있다. 또한 “행상의 양호”, “개전의 정”, “정상참작” 등 법개념이라기 보다는 오히려 일상 도덕적인 개념을 그대로 옮겨 놓고 있다. 이런 현상에 직면해서 대다수의 해석론들이 양형을 애당초 법관의 재량으로 파악하는 것은 아마도 무리가 아닐지는 모른다⁴³⁾. 그러나 양형도 - 현실적으로는 가장 중요한 - 법적용의 한 과정이라면, 이 영역을 전적으로 법관의 재량에 떠맡긴다는 것은 곧 해석론의 포기를 의미할 것이다. 더 나아가 이런 해석론의 태도는 법관자신에게도 결코 도움이 되지 못한다. 왜냐하면 법관의 가장 큰 바람은 자신의 양형을 정당화할 수 있는 세분화된 기준을 - 법률에 기대할 수 없다면 - 적어도 해석론에서 발견하는 것이기 때문이다⁴⁴⁾.

이상의 예를 통해 알 수 있는 점은, 일반조항적인 입법방식은 필히 해석의 자의성을 동반하며, 급기야는 법적용자의 재량권의 확대로 연결된다는 것이다. 다시 말해 일반조항에 의해 구획된 광범위한 개념의 폭은 해석자의 주관적인 가치 판단의 폭과 상응할 뿐 아니라, 더 나아가 법관의 재량권의 행사범위와 일치한다. 이러한 일반조항을 그 척도로 삼는 사례해결방식이 과연 법적용에 불과한지 아니면 법관에 의한 입법에 해당하는지의 여부는 여기서 더 이상 논의하지 않겠

42) 헤데만은 일반조항이 양형에서 중요하다는 점을 강조하는 반면, 엥기쉬는 양형을 재량의 영역에 편성한다. 독일에서의 재량개념에 관한 논의에 대해서는 윤재왕(역, 『법학방법론』(주 30), 188-204. 또한 흥미로운 것은 엥기쉬는 일반조항을 법발견(해석)의 대상으로 보는 반면(윤재왕, 『법학방법론』(주 30), 209), 크라머는 입법자에 의해 의식적으로 행해진 법흥결이고 그것의 보충인 법형성은 법관이 행하는 것으로 파악한다. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, 4. Aufl., 2013, 275-276.

43) 이러한 입장에 대해서는 이재상/장영민/강동범, 『형법총론』(주 39), 582-5844; 김일수/서보학, 『새로 쓴 형법총론』(주 39), 574-578; 오영근, 『형법총론』, 제3판, 2014, 523-525; 김성돈, 『형법총론』(주 24), 805. 배중대 교수는 해석학적 관점에서 재량개념의 세분화를 꾀한다. 이에 대해서는 배중대, 『형법총론』(주 24), 790-798. 또한 양형을 재량행위가 아니라 법적용의 일환으로 보는 것에 대해서는 김영환/최석윤, 『양형의 형벌이론적인 기초 및 개별적인 양형단계에 관한 고찰』, 형사정책연구원보고서, 1996, 39.

44) 최근에는 대법원 양형위원회에서 이 문제에 대해 상세히 연구되고 있기는 하지만, 그 실효성에 대해서는 아직도 회의적인 견해가 많다.

다. 더 나아가 바로 이와 같은 일반조항을 통해 얼마만큼 일상도덕적인 관념들이 법개념으로 화하게 되고, 그 결과 법이 도덕의 이차적인 수단으로 전락하는 지도 이 논문의 직접적인 관심사는 아니다. 그러나 다만 주목해야 될 점은, 이와 같은 현상이 법적용자나 해석자에게는 - 적어도 그가 법치주의의 진정한 의미를 실현시키려고 한다면 - 정신적으로 큰 부담이 될 뿐만 아니라, “법의 지배”라는 이념을 실현하는 데에 더없이 커다란 장애요인이 된다는 것이다.⁴⁵⁾

IV

그렇다면 이제 개념법학적인 사유형태와 일반조항에로의 도피가 어떤 상관관계에 있는가를 분석해 보기로 하자. 먼저 결론부터 말하자면, 이 양자는 그 역사적인 연원, 논증적인 구조, 그리고 사실적인 기능의 측면에서 대단히 유사한 속성을 지닌다는 것이다. 물론 얼핏 보기에 개념법학적인 사유형태는 일반조항적인 입법 내지 해석방식과 서로 대립되는 듯한 양상을 연출한다. 즉 방법론적인 관점에서 볼 때, 전자가 분석적인 시각을 요구한다면, 후자는 오히려 종합적인 판단을 지향한다. 또한 전자가 법개념의 체계적인 완결성을 전제로 한다면, 이에 반해 후자는 법외적인 규범에로 열려져 있다. 더 나아가 전자가 형식논리적인 추론을 중시해서 개념의 정의 등에 매달린다면, 반면 후자는 실질적인 내용을 전면에 내세워 직관적인 법감정에 호소한다. 그러나 이와 같이 서로 상반되는 것처럼 보이는 이 양자는 자세히 살펴보면 다음과 같은 특성을 공유하고 있다.

첫째, 개념법학적인 사유방식과 일반조항에로의 도피는 모두 그 역사적인 연원상 서구법의 계수와 연관된다는 것이다. 이미 필립 헤크가 밝힌 바와 같이, 개념법학적인 방법은 로마법의 계수라는 역사적 사실에 의해 조건지워진다.⁴⁶⁾ 즉 역사법학과 달리 개념법학에 대해 부여된 임무는 로마법의 계수이후 법학을 학문적으로 체계화하는 것이었다. 그런데 로마의 법률가들은 자유롭게 법적 사태를 관념화했는가 하면, 또한 유스티니아 법전은 해석에 대해 유보적인 태도를 보였

45) 뤼터스는 이와 같은 개괄적인 사유방식이 나치의 불법국가의 온상이 되었다는 주장을 한다. Bernd Rüter, *Unbegrenzte Auslegung*, 1973, 175-183, 270-321.

46) Ph. Heck, “Die Begriffsjurisprudenz”(주 21), 196-197.

으며, 더 나아가 로마법은 대부분 개별적인 판결의 형태로 전수되었다. 그 결과 로마법을 실제로 적용하기 위해서는 필히 다음과 같은 두 가지 절차 - 즉 한편으로는 구체적인 사례로부터 일반적인 원칙을 귀납하고, 다른 한편 이러한 해석 원칙으로부터 개별사태에 대한 범규칙을 연역하는 방식 - 를 거쳐야 했다. 이에 따라 생겨난 이원주의 - 즉 귀납과 연역을 혼용한 소위 역추론방식(Inversionsmethode) - 와 법적 구성의 창조성은 단순히 범함결의 보충을 넘어서서 결국에는 개념법학의 본질적인 속성으로 자리하게 된다.

이렇듯 독일에서의 개념법학적인 방법 자체가 로마법의 체계화라는 역사적인 필요성으로부터 발단된 것과 마찬가지로, 우리에게 대해서도 개념법학적인 사유방식은 서구법의 계수라는 역사적 사실에 의해 지대한 영향을 받는다⁴⁷⁾. 그 이유는 무엇보다도 법이 전제로 하는 생활사실이 서로 다르기 때문이다. 다시 말해 애당초 상이한 법문화권으로부터 전래된 서구법을 해석하기 위해서는, 이해하기 어렵고 또한 접하기도 어려운 그들의 법문화보다는 오히려 법체계 자체의 형식논리적인 맥락으로부터 그 기준을 발견하는 것이 보다 더 손쉽다는 것이다.⁴⁸⁾ 더 나아가 동일한 맥락에서 입법자가 일반조항적인 개념을 조문화하든가 혹은 법해석이 일반조항을 통해 사회규범에게 팔을 내미는 것도 쉽사리 설명될 수 있다. 즉 이미 언급한 바와 같이, 생활관계의 차이점으로 인해 개별적인 법적 요건을 번역함에 있어서 모호한 일반조항적인 개념을 법조문화하거나 혹은 규율 대상을 정확히 기술하지 않음으로써 범외적인 규범이 유입될 수 있는 길을 터놓는다는 것이다⁴⁹⁾.

47) 흥미롭게도 Zweigert와 Kötz는 일본에서의 독일법 계수와 관련해서 다음과 같이 말한다. 즉 “왜 일본민법의 준비과정에서 결국에는 독일어로 입법의 방향이 기울어졌는지에 대해서는 확인하기 힘들다. 그러나 그 당시 독일민법이 대륙법계 가운데서 가장 훌륭한 업적으로 통용됐다는 점이 큰 역할을 했다는 것은 확실하다... 독일법의 심오한 현학성과 개념주의는 일본인들에게는 놀라운 일이 아니었다. 오히려 반대이다. 왜냐하면 체계적이고 이론적인 사고로의 경향이 일본법학의 특징이었고 독일법은 바로 여기에 상응했기 때문이다. 거기에 더해 독일민법은 그 당시 보수적인 일본인들의 지도층에 호의적으로 보였던 독일황제의 작품이었다는 사실이다.” 이에 관해서는 *Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts*, 3. Aufl., 1996, 291-292.

48) 물론 여기에서 반드시 짚고 넘어가야 할 점은, 서구법을 직접 배우고 돌아온 소위 해외 유학파들의 역할이다. 즉 그들이 서구법을 그 문화적인 맥락에서 소개하려고 했는지, 아니면 소위 국적없는 “수입법학”에 오히려 더 박차를 가하는 것은 아닌지가 문제가 된다. 이 점에 대해서는 - 적어도 법학의 분야에선 - 진지한 문제제기가 필요한 것 같다.

49) 참고로 한국형법의 개정안을 검토한 독일 괴팅겐 대학의 형법 교수들은 한결 같이 이 개정안에는 많은 일반조항적인 조문이 발견된다고 논평한다. 이에 대해서는 형사정책연구원, 한국형법개정안에 대한 학술세미나 참조.

둘째, 논증구조적인 관점에서 볼 때도 개념법학적인 사유방식과 일반조항의 운용은 별로 다르지 않다. 즉 개념법학이 법을 생활관계로부터 유리시켜 그 논리적인 틀만 남겨 놓는다면, 이에 반해 일반조항들은 대부분 법개념을 법규칙으로부터 분리시켜 개념의 껍데기만 남겨놓는다. 또한 개념법학적인 사유방식이 판결의 기준을 형식적으로는 체계의 논리일관성에서 구하지만 실질적으로는 그 체계의 정점에 자리잡은 윤리적인 전제들로부터 획득하는 것이라면, 이에 반해 일반조항에 의한 분쟁해결은 판결의 척도를 표면적으로는 법조문에서 찾지만 내용적으로는 법외적인 도덕의 상당성으로부터 얻어내는 것이다. 더 나아가 법의 흠결에 대해서도 이 둘은 모두 체계의 완결성을 확보하려는 점에서 부정적인 역할을 담당한다. 그러므로 이 양자의 차이점은 다만 방법적인 수단 - 즉 개념법학에서는 연역적인 추론이라면, 일반조항에 있어서는 직관적인 법감정 - 에서만 차이를 보일 뿐이다. 그리고 바로 여기에서 이 둘 모두가 사유적으로는 형이상학적인 개념체계나 혹은 이에 근거한 윤리적인 질서체계와 밀접하게 연관되어 있다는 점을 발견하게 된다.⁵⁰⁾

셋째, 법해석자나 법적용자에게 부여된 판단의 폭 혹은 재량에 있어서도 이 둘은 거의 흡사하다. 즉 개념법학적인 사유방식이 - 대부분 그 법적 결과에서는 거의 차이가 나지 않는 - 법이론의 구성방법(juristische Konstruktion)들을 선택하는데 있어서 자유롭다면, 이와 마찬가지로 일반조항을 내용적으로 구체화하는 데에도 법해석자의 재량의 폭이 지나치게 넓다. 또한 개념법학적인 사유방식이 형식적으로 파악된 개념의 내용을 법관의 주관적인 가치판단으로 채울 수 있다면, 일반조항의 소위 가치충전(Wertausfullung)도 법해석자나 혹은 법적

50) 독일형법의 계수가 우리의 형이상학적 혹은 관념적인 성향과 밀접한 관계를 맺고 있다는 점에 대해 자세히는 Young-Whan Kim, "Rezeption des deutschen Strafrechts", in: *Festschrift für Arthur Kaufmann*, 1993, 701-703. 필자는 여기서 우리나라가 일본을 통해 받아들인 독일법학과 한국의 법문화의 이념적인 바탕이 매우 흡사하다고 주장한다. 즉 독일관념론의 다음과 같은 전제들 - 윤리적인 질서가 이미 개인의 자유 앞에 미리 주어졌으며, 따라서 개인의 자유는 바로 이런 초월적인 윤리의 왕국에 귀의할 때 비로소 실현될 수 있다는 생각 - 은 독일법학의 중요한 이론적 기초인데, 이러한 사고방식은 법의 합리적인 근거를 따지지 말고 기존의 윤리적인 질서에 순응해야 한다는 우리의 문화와 매우 친근하다는 것이다. 일본을 통해 계수된 독일법 혹은 독일법학이 우리에게 찾아들어 온 길목은 바로 이 윤리를 등에 업은 보수적이고 권위적인 "국가후견주의"이므로 독일 형법과 형법학을 받아들이고 그 영향 하에 있다는 사실은 결코 달가운 것이 아니라는 것이다. 이런 관점에서 독일의 관념론에 입각한 독일법이 기존의 국가질서를 윤리의 총화인 것으로 합리화시켰던 것처럼, 윤리를 내세웠던 우리의 유교적인 사고방식은 항상 기존의 사회질서를 정당화시켰고 이에 따라 각자 스스로 기존의 윤리질서를 판단할 수 있는 가능성을 애당초 배제시킴으로써 개인의 자유와 권리보장이 소홀하게 되었지 않았는가 추측된다.

용자의 일상도덕적인 관념에 의해 이루어진다. 요컨대 이들 모두 법개념이라는 미명하에 은폐사회학(Kryptosozologie)적인 사실들을 감추고 있는 셈이다. 특히 개념법학과 일반조항의 이런 특성이 가장 잘 어우러진 경우를 형법의 이론적인 체계와 그 운영방식에서 찾아볼 수 있는데, 왜냐하면 표면적으로는 형식적인 개념을 가지고 범죄의 개별요건들을 세분화하지만, 이런 이론적인 체계의 실질적인 운영은 대부분 일반조항에 의해 수행된다는 것이다. 즉 구성요건의 해당성 여부는 대부분“사회상당성”에 의해 판단되며, 위법성은“사회상규” 등에 의해 개괄적으로 조각될 수 있고, 책임은 행위자의“기대가능성”에 따라 판단되며, 그리고 양형은“정상참작”을 기준으로 정해 진다는 것이다. 이런 상황에서 우리의 법실무가 합리적인 법적 논거보다는 오히려 일상적인 도덕을 중시한다는 비판은 전혀 근거가 없는 것이 아닐 것이다. 더 나아가 이와 같은 방식에 의해 형법해석에 길잡이가 되는 법치국가의 여러 원칙들이 침해된다는 지적도 결코 과장된 주장이 아닐 것이다.

V

그렇다면 이런 류의 접근방법에 대해 어떻게 대처해야 하는 것이 바람직한가? 사실상 이 주제는 그 자체 별도의 논문을 요할 만큼 복잡하므로, 여기서는 다만 그 기본방향만을 간략하게 암시하는 것으로써 이 발표의 결론에 대신하고자 한다.

첫째, 현재의 해석방법이 지니는 문제점을 지양하기 위해서는 무엇보다도 개념법학적인 사유방식의 본질적인 징표가 되는 연결고리 - 즉 개념과 법체계와의 상관관계 - 를 지금의 상태로 방치해서는 안된다. 달리 말해, 개념법학적인 발상법에 의해 서로 분리된 법개념과 생활사태를 다시금 연결지움으로써, 법개념 및 법적 결정의 정당성이 형식적인 개념의 체계성으로부터 확보되는 것이 아니라라는 점이 밝혀져야 한다. 법적 사태를 개념과 무관하게 사실 그대로 받아들여야 한다는 것이다. 그렇게 되어야만 아무런 실천적인 의미도 가지지 않은 개념법학적인 논의의 허구성이 드러날 수 있으며, 이와 함께 법개념 혹은 법적 논거의 정당성이 체계적인 논리가 아니라 바로 개별적인 사태의 규범적인 타당성에 의해 주어진다는 점이 밝혀질 수 있다. 즉 판결의 정당성에 대한 충분조건은 개별

사태가 지니는 규범적인 의미를 법원리적으로 구체화시킨 법적 논거에 의해 마련될 뿐이다.⁵¹⁾ 이런 의미에서 해석학적 개념 혹은 체계들이 정당한 판결을 이끌어 내기 위한 하나의 보조수단에 불과하다는 점은 아무리 강조를 해도 지나치지 않는다. 그것은 특히 우리의 이론과 실무와 같이 해석학적 지식들 혹은 개별 판례를 마치 성서와 같이 떠받드는 풍토에서는 더 더욱 그러하다.

둘째, 가능한 한 형법의 영역으로부터 일반조항적인 개념을 배제하는 것이 필요하며, 만약 그것이 불가능하다면 형법에 대해 일반조항적인 개념이 지니는 기능이 올바르게 파악되어야 할 것이다. 다시 말해 일반조항적인 개념은 그 특성상 법적 판단을 도덕적인 판단으로 변질시킬 성향을 지니고 있기 때문에, 이러한 개념의 사용은 단지 세부화된 해석학적 규칙이 발견되지 않는 경우에만 보충적으로 적용되어야 한다. 사실상 그렇게 되면 일반조항적인 개념들은 범외적인 영역으로 편성될 것이며, 법적 판단은 개괄적인 도덕적인 판단과 서로 구별될 수 있을 뿐만 아니라, 또한 법관의 법률에의 구속이라는 법치국가의 원칙도 어느 정도 실현될 수 있을 것이다⁵²⁾. 물론 일반조항의 원용은 다양한 법적 사태를 개념화하기 어렵다는 점에서 수궁이 가며, 또한 사회상규 등의 범외적인 척도를 법적 체계안의 기준과 서로 연결시킨다는 점에서 형법해석에 대해 순기능도 지니지는 한다. 그러나 일반조항이 제시하는 기준들은 추상적이고, 모호하며, 그리고 세분화되기 힘들기 때문에, “일반조항에로의 도피”는 곧 법해석학의 포기로 귀결될 소지가 많다. 요컨대 “법원리”를 무시하는 형식주의적인 개념법학적 발상 법도 문제이지만, 이와 마찬가지로 세분화된 “법규칙”대신 개괄적인 윤리기준만을 들이대는 일반조항의 원용도 방법론상 결코 바람직하지 않다. 그러므로 일반조항적인 개념들은 형법해석에 대해 단지 “최후보충적인 원칙 ultima ratio”로서의 의미만을 지닌다고 보아야 한다.

이런 관점에서 바라 볼 때, 개념법학적인 사유방식과 일반조항적인 개념의 원용은 법치국가의 시험대라고 말할 수 있다. 요컨대 형법의 해석이 형법에 내

51) 이에 대해 자세히는 U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, 1986, 3-4; 김영환, 「법적 논증이론의 전개과정과 그 실천적 의의」, 『현대법철학의 흐름』, 1996, 130-133.

52) 이런 측면에서 예컨대 형법 제20조 정당행위는 정당방위, 긴급피난 등 개별적인 위법성 조각사유를 포괄하는 “초법규적 위법성 조각사유”가 아니라 그러한 개별적인 위법성 조각사유의 검토 후 비로소 적용되는 “법률외적인 위법성 조각사유”로 파악되어야 한다. 이에 관해서는 김영환, 「형법 제20조 정당행위에 관한 비판적 고찰」 (주 5), 140-143.

한국 형법학의 두 가지 방법적 착안점에 대한 비판적 고찰

제한 법원리로부터 획득되기 위해서는 이 양자 모두 형법의 영역에서 추출되면
될수록 한층 더 법치국가적인 형법학에 다다르게 될 것이다.

참고 문헌

1. 국내

- 김성돈, 『형법총론』, 제3판, 2014.
- 김영환, 「형법 제20조 정당행위에 관한 비판적 고찰」, 『김종원교수화갑기념논문집』, 1991, 129-143.
- 김영환, 「형법상 방법의 착오의 문제점」, 형사판례연구회(편), 『형사판례연구』 1, 1993, 13-39.
- 김영환, 「법과 도덕의 관계 - 특히 한국형법을 중심으로」, 『정성진박사고회기념논문집』, 2010, 1-22.
- 김영환/최석윤, 『양형의 형벌이론적인 기초 및 개별적인 양형단계에 관한 고찰』, 형사정책연구원 보고서, 1996.
- 김일수/서보학, 『새로 쓴 형법총론』, 제10판, 2004.
- 배종대, 『형법총론』, 제10판, 2011.
- 배종대, 「정당방위의 이론과 현실」, 『고려법학』, 제49권, 2007, 33-57.
- 신동운, 「형법 제20조 사회상규 규정의 성립경위」, 서울대학교, 『법학』, 제47권 제2호, 2006, 189-219.
- 심헌섭, 「일반조항 소고 - 분석적 소묘 -」, 서울대학교, 『법학』 제30권 1·2호, 1989, 107-121.
- 윤재왕(역), 칼 엥기쉬, 『법학방법론』, 2011.
- 이재상, 『형법총론』, 6판, 2010.
- 이형국, 「행위론과 한국형법」, 『김종원교수화갑기념논문집』, 1991, 1-12.
- 천진호, 「사회상규에 위배되지 아니하는 행위」에 대한 비판적 고찰」, 『비교형사사법』 제3권 제2호, 2001, 146-185.

2. 독일

- Eser, "Sozialadäquanz: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur", in: *Festschrift für Roxin*, 2011, 199-212.
- Haferkamp, *Georg Friedrich Puchta und die Begriffsjurisprudenz*, 2004.
- Haft, "Generalklauseln und unbestimmte Begriff im Strafrecht", in: *JuS* 1975, 477-485.
- Hassemer, "Juristische Argumentationstheorie und Juristische Didaktik", in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* Bd. 2, 1972, 467-480.
- ders., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Aufl., 1990.

- Heck, "Was ist diejenige Wissenschaft, die wir bekämpfen", in:
Ellscheid/Hassemer(Hrsg.), *Interessenjurisprudenz*, 1974, 45-46.
- ders., "Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz", in:
Ellscheid/Hassemer(Hrsg.), *Interessenjurisprudenz*, 88-108.
- Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln, Eine Gefahr für Recht und Staat*, 1933.
- Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1884 (Nachdruck der 13. Aufl., 1980).
- ders., "Theorie der juristischen Technik", in: Krawietz(Hrsg.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, 1976, 11-82.
- Young Whan Kim, "§20 Strafgesetz als ein Beispiel für eine Generalklausel", in:
Festschrift für F. Streng, 2017, 49-61.
- ders., "Begriffsjurisprudenz und die Flucht in die Generalklausel", in: *Festschrift für U. Neumann*, 2017, 199-211.
- Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 4. Aufl., 1966.
- Kramer, *Juristische Methodenlehre*, 4. Aufl., 2013.
- Krawietz(Hrsg.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, 1976.
- Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Aufl., 1979.
- Lenckner, "Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz nullum crimen sine lege", in: *JuS* 1968, 249-257, 304-310.
- Naucke, *Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1973
- Puchta, *Cursus der Institutionen*, Bd. 1, 9. Aufl., 1881.
- Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 2. Aufl., 2001.
- Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil* Bd. 1, 4. Aufl., 2006.
- Rümelin, "Zur Lehre von der juristischen Konstruktion", in:
Ellscheid/Hassemer(Hrsg.), *Interessenjurisprudenz*, 1974, 72-87.
- Rüthers, *Unbegrenzte Auslegung*, 2. Aufl. 1973.
- Stratenwerth/Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat*, 6. Aufl., 2011.
- ders., *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil 1, Die Straftat*, 2. Aufl., 1996.
- Wegerich, *Die Flucht in die Grenzenlosigkeit*, 2004.
- Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 1. Aufl.(1947), 8. Aufl.(1963), 11. Aufl.(1969).
- ders., *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 1961.
- Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967.
- Wilhelm, *Zur Juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, 1958.
- Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts*, 3. Aufl., 1996.

ABSTRACT

Eine kritische Betrachtung über zwei methodische Denkansätze in der koreanischen Strafrechtswissenschaft; Begriffsjurisprudenz und die Flucht in die Generalklausel

Young Whan Kim*

1. Im folgenden geht es darum, Lehre und Praxis des koreanischen Strafrechts in methodischer Hinsicht kritisch zu untersuchen. Dabei fallen zwei Betrachtungsweisen in den Blick, die beide gleichmaßen fragwürdig erscheinen, nämlich die Neigung zur Begriffsjurisprudenz und die Flucht in die Generalklausel. Einerseits steht im Mittelpunkt die Hervorhebung der juristischen Konstruktion. Hier kommt es darauf an, die gegebenen Rechtssätze ohne den Bezug auf ihre tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen in Begriffen zu fixieren, um aus diesen wiederum die weiteren Rechtssätze abzuleiten, indem sie als deren logische Folgen aufgefasst werden. Andererseits ändert sich dieses Bild sehr rasch, wenn auf unbestimmte Begriffe, die im Gesetz selbst vorgeschrieben sind, Bezug genommen wird oder kein gesetzlicher Anhaltspunkt auffindbar ist, der das Urteil juristisch absichern soll. Hier genießt ein ganz anderes methodisches Prinzip seine unerwartete Konjunktur, indem jegliche Inhalte in Generalklauseln wie „Sozialadäquanz“, „Unzumutbarkeit“ und „gesellschaftliche Sitte“ überführt werden, um den in Frage kommenden Fall zu entscheiden.

2. Nun wird zuerst auf die Eigenschaften und deren Probleme der begriffsjurisprudenz eingegangen und dann diese theoretischen Defizite anhand der konkreten Beispiele wie der Handlungslehre, des Verbrechenssystems, der Lehre von der Vorbereitung und *abratio ictus* illustriert. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtsstaatlichkeit besteht ein schwerwiegendes Bedenken gegen eine solche formalistische Sichtweise, weil sie häufig auf die endgültige Entfremdung der Rechtswissenschaft von der gesellschaftlichen, politischen und moralischen Wirklichkeit des

* Emeritus Professor of Hanyang University

Rechts hinausläuft. Allein die Tatsache, dass das Urteil aus dem Gesetz logisch deduziert ist, garantiert keinesfalls die sachliche Richtigkeit.

3. Danach werden die Vorzüge und Nachteile der Generalklausel analysiert, wobei als Beispiel dafür vor allem §20 StGB und die Strafzumessung in Betracht kommen. Beim Rückgriff auf die Generalklausel besteht auch die Gefahr, dass er häufig die rechtliche Entscheidung in die alltagsmoralische verwandeln lässt, indem die öffentliche Meinung schließlich zum einzigen Maßstab des Urteils erhoben wird. Darüber hinaus stellt sich heraus, dass die stille Flucht in die Generalklausel letztlich dem Richter die Funktion aufbürdet, die der Gesetzgeber eigentlich zu erfüllen hat. Kurz: Hier wie dort tritt der Verlust an Rechtsstaatlichkeit genauso zutage, nur die Art und Weise, in der es geschieht, ist verschieden.

4. Aufgrund dieser Betrachtung wird dann das Verhältnis von den beiden Tendenzen, nämlich einerseits der Zuneigung zur Begriffsjurisprudenz und andererseits die Flucht in die Generalklausel dargestellt. Meine These lautet: sie weisen in weiterem Umfang eine Affinität auf. Von der historischen Herkunft her hängen die beiden Tendenzen in der koreanischen Rechtswissenschaft gleichermaßen mit dem Rezeptionsvorgang zusammen. Im Hinblick auf die Struktur der Argumentation ist ihre Gemeinsamkeit dort auszumachen, wo sie gleichermaßen das positive Recht zum formalen begrifflichen Bezugsrahmen degradieren lassen. Unter dem Gesichtspunkt der praktischen Funktion besteht kein wesentlicher Unterschied, weil die beiden Haltungen dem Richter einen weitgehenden Spielraum lassen, sowohl in der Selektion der juristischen Konstruktion als auch in der inhaltlichen Ausfüllung der gesetzlichen Merkmale.

5. Schließlich werden Gegenmaßnahmen gegen diesen beiden Tendenzen vorgeschlagen. Erstens muss das Verhältnis von Rechtsbegriff und Lebenssachverhalt wieder umgestellt werden. Das heißt: Indem der Rechtsbegriff in den Zusammenhang mit den Lebenssachverhalten gestellt wird, soll damit klargestellt werden, dass sich die Legitimität des rechtlichen Urteils niemals allein aus der formalen Systemschlüssigkeit ergibt, sondern aus der normativen

Sachgerechtigkeit im konkreten Fall. Aber da die Generalklausel tendenziell dazu neigt, das rechtliche Urteil ins Alltagsmoralische umzuwandeln, ist es empfohlen, sie möglichst nicht zu verwenden. Falls es dennoch unausweichlich erscheint, ist erforderlich, den Stellenwert der Generalklausel richtig zu erkennen. Mit anderen Worten: Der Bezug auf die Generalklausel soll nur subsidiär in Anspruch genommen werden, falls dazu kein ausdifferenziertes methodisches Mittel in Sicht ist.