

# 19세기 독일 형법학에서 전개된 법익 개념\*

— 理念史를 중심으로 하여 —

양천수\*\*

## 목 차

- I. 서론
- II. 법익 개념의 선구적 작업으로서 권리침해이론
  - 1. 계몽주의와 형법학
  - 2. 권리침해이론
- III. 이익이론(Güterlehre)의 등장
  - 1. 역사주의와 “은건한 실증주의” 시대
  - 2. 비른바움의 이익이론
- IV. 빈딩과 리스트의 법익론
  - 1. 헤겔형법학파의 등장과 이익이론의 퇴조
  - 2. 1870년대 이후 전개된 실증주의 시대
  - 3. 빈딩의 법익론
  - 4. 리스트의 법익론
  - 5. 빈딩과 리스트 이후
- V. 19세기 법익론의 역사가 던지는 시사점
  - 결론을 대신하여
  - 1. 법익 개념은 자유주의의 산물인가?
  - 2. 철학적 이념과 법익론의 상호연관성
  - 3. 법익 개념의 의미론적 불확실성

\* 이 글은 지난 2008년 6월 28일 토요일에 서울대학교 법과대학 서암홀에서 개최된 한국법사학회 정기학술발표회에서 필자가 발표한 글을 수정·보완한 것이다. 필자의 글에 생산적인 조언과 비판을 주신 모든 분들에게 감사를 드린다.

\*\* 영남대학교 법과대학 조교수·법학박사. yang1000soo@hanmail.net

## [국문 요약]

이 글은 형법학 전체에서 일종의 길잡이 역할을 하는 법의 개념이 구체적으로 무엇을 뜻하는지 밝히기 위한 전제적 작업으로서, 19세기 독일의 형법학에서 법의 개념이 어떻게 탄생하게 되었는가를 다루고자 한다. 무엇보다도 아래와 같은 문제의식을 '인식관심'으로 하여 19세기 독일 법학론의 역사를 간략하게 스케치하고자 한다. 첫째, 법의 개념은 어떤 철학적·정신사적 영향 아래서 탄생하고 전개되어 갔는가? 둘째, 법의 개념을 구체화하고자 하는 이론적 작업은 성공하였는가? 셋째, 법의 개념은 실질적 범죄를 판단하는 확고한 기준으로 작용하였는가? 이러한 문제의식을 토대로 하여, 이 글은 19세기에 전개된 법학론의 전개과정을 시간적 순서에 따라 '통시적으로' 다루고자 한다. 먼저 계몽주의 시대에 등장한 권리침해이론을 다루고(II), 그 다음 등장한 비른바움(J.M.F. Birnbaum)의 이익이론(Güterlehre)을 살펴본다(III). 나아가 실증주의가 절정기에 달한 즈움에 등장한 빈딩(K. Binding)과 리스트(F. v. Liszt)의 법학론을 살펴본 후(IV), 19세기에 전개된 법학론의 역사에서 우리가 어떤 시사점을 얻을 수 있는지 검토하도록 한다(V).

[주제어] 법의, 권리침해이론, 이익이론, 포이어바흐, 비른바움, 빈딩, 리스트

## I. 서론

오늘날 지배적인 형법이론은 '형식적 범죄' 개념과 '실질적 범죄' 개념을 구별한다. '형식적 범죄' 개념은 "하나의 행위가 처벌되기 위해서 현행법상 어떠한 법률적 체계들을 갖추어야 하는가 하는 문제를 내용으로 삼는다."<sup>1)</sup> 이러한 형식적 범죄 개념에 따르면, 범죄란 "구성요건에 해당하는 위법·유책한 행위"라고 정의할 수 있다.<sup>2)</sup> 이에 대해 '실질적 범죄' 개념은 실정형법체계를 넘어서 왜 일정한 일탈행위가 형법상 범죄행위로 평가되어야 하는지를 문제 삼는다.<sup>3)</sup> 그런데 이러한 '실질적 범죄' 개념을 판단하는 기준으로 자리매김하고 있는 것으로서 우리 형법학에서는 '법익'(Rechtsgut) 개념을 언급한다.<sup>4)</sup> 이에 따르면, 법

- 
- 1) 김일수, 『한국형법 I』(박영사, 1996), 92쪽; 인용문에서 한자는 모두 한글로 바꾸었다. 아래에서도 모든 인용은 한글전용을 원칙으로 한다.
  - 2) 김일수, 위의 책(주1), 92쪽.
  - 3) 김일수, 위의 책(주1), 93쪽.
  - 4) 김일수, 위의 책(주1), 93쪽.

익을 침해하는 일탈행위가 형법상 범죄가 된다고 한다.

법익 개념은 19세기 독일 형법학이 낳은 독일 형법학만의 독자적인 개념이다. 영미 형법학에서는 이러한 법익 개념을 찾아볼 수 없다. 대신 ‘사회유해성’이라는 다른 기준을 통해 범죄 여부를 판단할 뿐이다.<sup>5)</sup> 그런데 독일 형법학으로부터 많은 영향을 받은 우리 형법학은 지난 1980년대 이후 독일의 법익 개념을, 형법의 정당성을 판단하는 한 기준으로서 수용하였다.<sup>6)</sup> 이후 법익 개념은 『형법총론』 교과서 서두에서 찾아볼 수 있는 개념이 되었다. 그렇지만 법익 개념을 다루는 ‘법익론’(Rechtsgutslehre)은 형법 도그마틱(Strafrechtsdogmatik)과는 다소 이질적인, 추상적이면서 철학적인 성격을 갖고 있기 때문인지, 이러한 법익 개념이 과연 무엇인지를 심도 깊게 다루는 연구는 그리 많지 않은 편이었다.<sup>7)</sup> 이러한 경향은 형법학의 실체적 역할을 더욱 강조하는 요즘의 학문적 흐름과 맞물려 더욱 심화되고 있는 것처럼 보인다.

그러나 이 글은 이러한 형법학의 학문적 조류와는 달리, 형법학 전체에서 일종의 길잡이 역할을 하는 법익 개념이 구체적으로 무엇을 뜻하는지 밝히기 위한 전제적 작업으로서, 19세기 독일의 형법학에서 법익 개념이 어떻게 탄생하게 되었는가를 다루고자 한다. 무엇보다도 아래와 같은 문제의식을 ‘인식관심’으로 하여 19세기 독일 법익론의 역사를 간략하게 스케치하고자 한다.

- 법익 개념은 어떤 철학적·정신사적 영향 아래서 탄생하고 전개되어 갔는가?
- 법익 개념을 구체화하고자 하는 이론적 작업은 성공하였는가?
- 법익 개념은 실질적 범죄를 판단하는 확고한 기준으로 작용하였는가?

5) 영미 형법학의 ‘사회유해성’ 개념에 관해서는 A. v. Hirsch, Der Rechtsgutsbegriff und das “Harm Principle”, in: Hefendehl/Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden 2003, S. 13 ff.

6) 대표적으로 배종대, 「형법의 정당성 근거와 형법개정(상)」, 『월간고시』(1985. 6), 12~22면; 배종대, 「형법의 정당성 근거와 형법개정(하)」, 『월간고시』(1985. 7), 94~102면.

7) 이에 대한 예외로서 임웅, 『형법상 법익개념에 관한 연구』(서울대학교 법학박사 학위논문, 1982); 김일수, 「형법의 임무에 관한 비판적 고찰」, 『월간고시』(1985. 12), 26면 아래; 김창균, 『비범죄화정책에 관한 이론적 연구』(고려대학교 법학박사 학위논문, 1992) 등 참고; 특히 임웅 교수의 박사학위 논문은 독일에서 전개된 법익론의 역사를 잘 정리하고 있다.

여기서 첫 번째 문제의식에 관해서는 약간 해명해야 할 점이 있다. 선구적으로 독일 법익론의 역사를 정리한 페터 지나(P. Sina)는 법익 개념을 자유주의가 낳은 산물로 이해한다.<sup>8)</sup> ‘인격적 법익론’(personale Rechtsgutslehre)으로 유명한 하쎄머(W. Hassemer)도 1973년에 출간한 자신의 교수자격취득 논문에서 이러한 지나의 견해를 수용한다.<sup>9)</sup> 그러나 1972년에 공간한 박사학위논문에서 지나와는 별도로 법익론사를 분석한 아멜룽(K. Amelung)은 이러한 지나의 견해에 반대한다.<sup>10)</sup> 아멜룽은 법익 개념과 자유주의는 서로 무관하다고 한다. 그렇다면 이 가운데 어느 해석이 더욱 타당한 것일까? 이러한 문제는 첫 번째 문제의식을 짚어가면서 해명할 수 있으리라 생각한다.

이러한 문제의식을 토대로 하여, 이 글은 19세기에 전개된 법익론의 전개과정을 시간적 순서에 따라 ‘통시적으로’ 다루고자 한다. 특히 지나가 자신의 연구에서 보여준 시대적 구분을 원용해 법익론을 다루고자 한다. 지나는 자신의 연구에서 다음과 같은 시대구분에 따라 법익론의 역사를 다루었다.

1750~1820	1820~1840	1840~1870	1870~1933	1933~1945	1945~
계몽주의 시대	온건한 실증주의 시대	헤겔학과 시대	빈딩과 리스트의 시대	국가사회주의 시대	현재

필자는 이러한 시대구분을 기본적으로 원용하여, 다음과 같은 순서로 법익론의 역사를 다루고자 한다. 먼저 계몽주의 시대에 등장한 권리침해이론을 다루고(Ⅱ), 그 다음 등장한 비른바움(J.M.F. Birnbaum)의 이익이론(Güterlehre)을 살펴본다(Ⅲ). 나아가 실증주의가 절정기에 달한 즈음에 등장한 빈딩(K. Binding)과 리스트(F. v. Liszt)의 법익론을 살펴본 후(Ⅳ), 19세기에 전개된 법익론의 역사에서 우리가 어떤 시사점을 얻을 수 있는지 검토하도록 한다(Ⅴ). 헤겔학과 시대(1840~1870)는 법익 개념이 퇴조한 시대이므로 Ⅳ.에서 간단하게 언급하도록

8) P. Sina, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut", Basel 1962, S. 91.

9) W. Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, Frankfurt/M. 1973, S. 27.

10) K. Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt/M. 1972, S. 10 ff.

하고, 1900년대 이후도 20세기의 역사에 속하므로 논하지 않도록 한다. 다만 여기서 미리 밝혀두고 싶은 것은, 필자는 법사학의 방법론을 제대로 훈련받은 법사학 전공자가 아니라는 점이다. 그 때문에 새로운 원전과 자료를 치밀하게 수집·분석하여 법사학적 논의를 하는 것은 필자의 역량을 벗어난 일이라 할 수 있다. 그 때문에 여기서 다루는 분석도 상당 부분은 이미 독일 학계에서 이루어진 작업을 참고한 것임을 밝혀두고자 한다.

## II. 법의 개념의 선구적 작업으로서 권리침해이론

독일 법의론의 역사를 치밀하게 분석한 지나와 아멜롱은 모두 법의론이 계몽주의 시대에 등장한 권리침해이론(Rechtsverletzungstheorie)에서 시작한다고 말한다.<sup>11)</sup> 따라서 이 글도 권리침해이론을 분석하는 것에서 논의를 시작하고자 한다. 그러나 엄밀하게 보면, 권리침해이론과 법의론은 서로 구별된다. 전자는 권리 개념을 범죄의 실질적인 근거로 파악하는 반면, 후자는 법의 개념을 범죄의 실질적인 근거로 파악하기 때문이다. 그렇지만 권리침해이론은 체계비판적인 측면에서 실질적인 범죄의 기준을 모색한다는 점에서, 법의론의 맥락에서 그리고 법의론의 선구적 작업으로 이해할 수 있다고 생각한다.<sup>12)</sup>

### 1. 계몽주의와 형법학

형법(학)의 역사를 일별하면, 근대 계몽주의의 영향을 받기 전까지 독일을 포함한 유럽의 형법학은 ‘학문적 성격’을 그리 갖추고 있지 못했다는 점을 확인할 수 있다.<sup>13)</sup> 여기서 형법학이 ‘학문적 성격’을 갖추지 못했다는 것은, 형법학

11) 가령 P. Sina, 앞의 책(주8), S. 9 ff.

12) W. Hassemer, 앞의 책(주9), S. 34 ff.

13) 이에 관해서는 박상기, 『독일형법사』(울곡출판사, 1993), 제4장 참고.

이 치밀한 개념이나 체계를 갖추지 못했고, 왜 형벌을 부과해야 하는지에 대한 문제의식도 그다지 갖고 있지 못했다는 것을 뜻한다. 이는 이미 로마법 시절부터 학문적인 성격을 갖추기 시작한 민사법과 비교할 때 차이가 나는 부분이기도 하다. 그래서 중세부터 계몽주의 시대에 이르기까지 유럽 형사절차에서는 잔인한 형벌이 횡횡하였고,<sup>14)</sup> 지금은 자명하게 금지된 것으로 인식되는 ‘고문’도 합법적인 수사절차로 인정되고 있었다.<sup>15)</sup>

이러한 경향은 인간의 이성을 신뢰하고, ‘인간존엄’과 ‘인권’을 강조한 계몽주의가 등장하면서 변한다. 예를 들어, 계몽주의의 영향을 받은 이탈리아의 사상가 베카리아(C. Beccaria : 1738~1794)는 1764년에 초판이 나온 저서 『범죄와 형벌』을 통해 본격적으로 ‘고문폐지’와 ‘사형폐지’를 주장하는데,<sup>16)</sup> 이러한 주장은 그 당시 유럽 전역에 걸쳐 큰 반향을 불러일으키면서 계몽주의 형법학의 태동을 예고하였다.<sup>17)</sup>

그러나 계몽주의의 수혜를 받아 근대적인 의미의 형법학을 체계화한 사람으로서 아무래도 포이어바흐(P.J.A.v. Feuerbach : 1775~1833)를 거론할 수밖에 없을 것이다. 일반인에 대한 ‘위하’(Abschreckung)를 핵심으로 하는 소극적 일반예방으로 우리에게 잘 알려진 포이어바흐는 기본적으로 칸트의 법철학에 토대를 두어 자신의 형법학을 정립한 칸트주의자였다.<sup>18)</sup> 물론 응보형을 주장한 칸트와는 달리, 포이어바흐는 인간의 합리적 계산가능성을 전제로 한 소극적 일반예방이론을 제시하였다는 점에서 볼 때, 포이어바흐가 사상적인 측면에서 전적으로 칸트에게만 의존한 것은 아니었다. 실증주의적인 요소도 포이어바흐에게서 찾아볼 수 있다.<sup>19)</sup> 그가 본격적으로 제안한 죄형법정주의, 즉 “법을 없으면 범죄도 형벌도 없다”(nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine

14) 박상기, 위의 책(주13), 82~83면.

15) L. Schulz, *Normiertes Misstrauen*, Frankfurt/M. 2000, S. 34-39.

16) 체자레 베카리아, 이수성·한인섭 (공역), 『범죄와 형벌』(지산, 2000), 66~74, 88~99면.

17) P. Sina, 위의 책(주8), S. 6-7.

18) 이재승, 「P.J.A. 포이어바흐의 법사상」, 『민주법학』 제19호(2001), 84면.

19) 이재승, 위의 논문(주18), 96~101면.

poena legali)는 사고는 이러한 실증주의적인 측면을 잘 보여준다. 왜냐하면, 만약 자연권이론에 기초를 둔 인권사상의 시각에서 죄형법정주의를 보면, 이러한 죄형법정주의는 오히려 인권사상과 합치하지 않는 점도 존재하기 때문이다. 예를 들어, 일정한 일탈행위가 피해자의 인권을 침해하였는데, 침해 당시 이러한 일탈행위를 범죄로 규율하는 법률이 존재하지 않았다면, 그러한 일탈행위는 형법상 범죄로 취급할 수 없다. 여기서 우리는 죄형법정주의가 자연권이론이 강조하는 피해자의 인권보장 또는 구체적 타당성을 지향하는 것이 아니라, 예견 가능성이나 법적 안정성과 같이 법실증주의가 강조하는 이념을 지향하고 있음을 알 수 있다. 물론 이렇게 죄형법정주의를 강조한 포이어바흐의 태도는, 도덕과 법을 구분한 칸트의 그것과 상통한다고 평가할 수도 있을 것이다.<sup>20)</sup> 여하간 칸트의 사상은 포이어바흐에게 많은 영향을 미쳤는데, 이는 무엇보다도 포이어바흐가 정립한 권리침해이론에서 극명하게 드러난다.

## 2. 권리침해이론

권리침해이론은 무엇이 범죄의 본질인가에 대해 포이어바흐가 내놓은 답이라 할 수 있다. 이러한 권리침해이론은 포이어바흐가 저술한 형법교과서에서 찾아볼 수 있다. 1801년에 처음 발간된 『현행 독일보통형법 교과서』(Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts)에서 포이어바흐는 국가계약에 의해 보증되고, 형법에 의해 보장되는 평등한 자유권을 침해하는 것을 범죄로 정의한다.<sup>21)</sup> 이러한 이해방식에 따르면, 각 개별 국민이 지닌 “권리”가 형법의 보호대상이 된다. 이러한 권리침해이론은 다음과 같은 점에서 중요하다. 첫째, 권리침해이론을 통해 포이어바흐는 실질적 범죄 개념에 대한 기준을 제시하였다는 점이다. 이에 따르면, 범죄는 권리를 침해하는 행위라고 말할 수 있

20) 이재승, 위의 논문(주18), 88~92면.

21) P.J.A.v. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 2. Neudr. Der 14. Aufl. (hrsg. von C.J.A. Mittermaier) Gießen 1847, Aalen 1986, §§ 19, 21, 22.

다. 둘째, 권리침해이론을 통해 포이어바흐는 자유주의적인 형법학을 구축하였다는 것이다.<sup>22)</sup> 왜냐하면, 일정한 행위가 사회적인 관점에서 보았을 때 비록 일탈행위에 해당한다 하더라도, 이러한 일탈행위가 개별 시민의 ‘권리’를 침해하지 않는 한, 그것은 형법상 범죄로 파악할 수 없고, 따라서 국가는 이러한 일탈행위를 ‘형벌’로써 제재할 수 없기 때문이다. 바로 이러한 근거에서 하쎄머는 권리침해이론을 법익론의 선구로 보았던 것이다.

그런데 이러한 권리침해이론에서 우리는 칸트가 포이어바흐에게 미친 영향을 강하게 읽어낼 수 있다. 그 이유를 다음과 같이 말할 수 있다. 클라우스 귄터(K. Günther)의 분석에 따르면,<sup>23)</sup> 권리침해이론은 평등한 자유가 상호적으로 양립할 수 있도록 외부적·강제적으로 보장하는 것이 곧 법이라는 근거설정에 기초를 둔다.<sup>24)</sup> 이러한 근거설정은 칸트가 제안한 법 개념에 기원을 둔다. 칸트는 법 개념을 “한 사람의 자연적 자유가 다른 사람의 자연적 자유와 양립할 수 있도록 하는 조건의 총체”라고 정의한다.<sup>25)</sup> 이러한 칸트의 법 개념에서 우리는 세 가지 관점을 읽을 수 있다. 첫째, 법이 지향해야 하는 것은 각 개인이 갖고 있는 “자연적 자유”, 즉 ‘자유권’으로 대변되는 ‘권리’라는 점이다. 그런데 이 때 말하는 자유는 ‘내부적 자유’, 즉 도덕적인 자율성을 뜻하는 것은 아니다. 칸트는 도덕과 법을 구별하기 때문에, 법이 지향해야 하는 자유는 ‘외부적 자유’, 즉 ‘자연적 자유’이다.<sup>26)</sup> 둘째, 각 시민은 자신의 외부적 자유가 중요한 만큼, 타인의 자유도 동일하게 존중해야 한다는 점이다. 그래야만 모든 이의 자유가 양립할 수 있기 때문이다. 이러한 점에서 모든 이가 갖는 자유는 ‘상호적인 속성’을 띠는

22) 이에 관해서는 이재승, 앞의 논문(주18), 101~103면.

23) K. Günther, Von der Rechts- zur Pflichtverletzung, Ein “Paradigmawechsel” im Strafrecht?, in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, Frankfurt/M. 1995, S. 445.

24) P.J.A.v. Feuerbach, 앞의 책(주21), § 8.

25) I. Kant, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre, in: W. Weischedel (Hrsg.), Immanuel Kant, Werke in sechs Bänden, Bd. IV, 5. Aufl., Darmstadt 1983, § B, S. 337.

26) 이렇게 권리를 강조하는 칸트의 시각은 포이어바흐뿐만 아니라, 사비니(F.C.v. Savigny)에게도 영향을 미친다. 양천수, 「개념법학: 형성, 철학적·정치적 기초, 영향」, 『법철학연구』 제9권 제2호(2007. 5), 248~250면.



데, 그 결과 각 개인이 갖는 권리와 의무는 서로 일치하게 된다.<sup>27)</sup> 즉 모든 이는 자신의 자유라는 권리를 누리는 만큼, 타인의 권리를 존중해야 하는 의무를 부담해야 하는 것이다. 셋째, 이렇게 모든 이가 갖는 권리가 상호적으로 양립할 수 있도록 조정하는 역할을 법이 수행한다는 것이다. 법은 이러한 역할을 ‘소극적’으로 수행한다. 즉 법은 어느 한 사람이 다른 사람의 자유를 침해하였을 경우에만 비로소 이 침해를 규제하기 위해 개입한다는 것이다. 그런 점에서 칸트가 말하는 법은 ‘자유주의적 법모델’에서 말하는 법 개념과 일치한다.

포이어바흐의 권리침해이론은 이러한 세 가지 속성을 고스란히 보여준다. 우선 그 명칭에서 잘 드러나듯이, 권리침해이론은 ‘권리침해’를 범죄의 실질적인 근거로 파악한다. 타인의 권리를 침해하지 않았다면, 아무리 도덕적·윤리적으로 비난받을 만한 행위라 할지라도, 그것은 형법상 범죄가 될 수 없다. 나아가 권리침해이론은 자신의 권리가 중요한 만큼 타인의 권리도 존중할 것을 형법상 의무로 명령한다. 권리침해이론 안에서 권리와 의무는 서로 일치한다. 다만 여기서 말하는 의무는 타인의 권리를 침해하지 말라는 ‘소극적’인 의무이다.<sup>28)</sup> 마지막으로 이러한 의무를 위반하여 타인의 권리를 침해한 경우에는, 형법이 개입하여 형벌으로써 이를 규제하겠다는 것을 권리침해이론에서 읽어낼 수 있다.

이렇게 포이어바흐의 권리침해이론은 칸트의 계몽주의에 힘입어 자유주의를 지향하는 실질적·법치국가적 범죄 개념의 토대를 마련하였다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있다. 무엇보다도 권리침해이론은 철저하게 자유주의 형법을 지향한다는 점에서, 오늘날에도 지지를 얻고 있다.<sup>29)</sup> 그러나 반대로 바로 이러한 철저한 자유주의적인 속성 때문에, 비판을 받기도 하였다. 이러한 이유에서 등장한 것이 이익이론이었다.

27) K. Günther, 앞의 논문(주23), S. 447.

28) K. Günther, 앞의 논문(주23), S. 447.

29) 예를 들어, W. Naucke, Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht, in: Kritische Vierteljahresschrift (1993), S. 135 ff.; E. A. Wolff, Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen, in: Winfried Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform, Frankfurt/M. 1987, S. 213 등.

### Ⅲ. 이익이론(Güterlehre)의 등장

#### 1. 역사주의와 “온건한 실증주의” 시대

계몽주의와 더불어 등장한 사회계약이론, 이성적 자연법이론 및 자유주의적 권리이론은 1820년대를 전후로 하여 새로운 이념의 도전을 맞이한다. 역사주의와 실증주의가 그것이다.<sup>30)</sup> 티보(A.F.J. Thibaut : 1772~1840)와 사비니(F.C.v. Savigny : 1779~1861)의 ‘법체정논쟁’(1814)을 통해 힘을 얻기 시작한 역사주의는, 근대 계몽주의의 기초를 이룬 자연법이론과는 달리, 초경험적이고 초역사적인 것을 거부한다. 가령 법은 자연법이론이 주장하는 것처럼 시간과 공간을 초월해서 선형적으로 존재하는 것이 아니라, 시간과 공간 속에서, 즉 면면히 이어지는 역사의 흐름 속에서 생성·발전·소멸하는 것이라고 본다. 이러한 역사주의(혹은 역사법학)의 시각에서 보면, 중요한 것은 이념적인 것이 아니라, 현실적인 것, 즉 구체적으로 존재하는 경험적인 것이다. 한편 이러한 역사주의 경향은 사료와 원전을 강조한다는 점에서 실증주의와 맞물리기도 하였다. 이러한 점에서 지나는 1820년에서 1840년까지의 시대를 “온건한 실증주의 정신”(gemäßigt-positivistischer Geist)이 지배한 시대라고 규정하였다.<sup>31)</sup> 이렇게 추상적인 이념이 아니라, 구체적이고 경험적인 것을 강조하는 분위기는 형법학에도 영향을 미쳤는데, 그 결과 등장한 것이 ‘이익이론’(Güterlehre)이었다.<sup>32)</sup>

30) 19세기의 역사주의에 관해서는 S. Stübinger, Schuld, Strafrecht und Geschichte, Köln usw. 2000, S. 63 ff.

31) P. Sina, 앞의 책(주8), S. 14.

32) 독일어 ‘Gut’은 종래 ‘財’ 혹은 ‘財貨’라고 번역하였다. 이 점은 또 다른 독일어 ‘Interesse’를 ‘이익’으로 번역하고 있는 것을 고려한 것으로 보인다. 이에 필자도 전에는 이를 ‘재화’라고 번역하기도 하였다. 그러나 ‘Rechtsgut’을 ‘법익’이라고 번역하고 있고, ‘법익’은 ‘법적인 이익’을 줄인 말이라는 점에서 ‘Gut’도 ‘이익’이라고 번역하는 것이 낫지 않을까 생각한다. 그래서 이 글에서는 ‘Güterlehre’를 이익이론이라고 번역하고자 한다. 이에 대해 지난 2008년 6월 28일 학술발표회 당시 최병조 교수는 ‘Güterlehre’의 번역어로서 ‘利財理論’이라는 용어를 제안하기도 하였다. 경청할 만한 번역어라고 생각한다.

## 2. 비른바움의 이익이론

비른바움(J.M.F. Birnbaum)은 1834년에 발표한 논문 “범죄 개념을 위해서 권리침해가 필요한가에 관해”(Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens)에서 포이어바흐의 권리침해이론을 대신할 이익이론을 제시한다.<sup>33)</sup> 비른바움에 따르면, 범죄가 침해하는 것은 ‘권리’가 아니라, 법이 보호하고자 하는 ‘이익’(Gut)이라는 것이다.<sup>34)</sup> 이렇게 비른바움이 권리침해 대신 이익침해를 전면에 내세운 것은 크게 다음 두 가지 이유 때문이다. 첫째는-위에서 언급한 것처럼-범죄를 통해 실질적으로 ‘침해’되는 것은 권리가 아니라, ‘이익’이라는 것이고,<sup>35)</sup> 둘째는 기존의 권리침해이론이 종교범이나 경찰범을 설명하지 못하기 때문이라는 것이다.<sup>36)</sup>

첫째 이유에서 우리는 비른바움의 이익이론이 담고 있는 실증주의적 성격을 읽어낼 수 있다. 사실 경험적인 측면에서 볼 때, 권리가 실제로 침해된다고 말하기는 힘들다. 왜냐하면, 권리는 관념적인 개념이기 때문이다. 이는 소유권이라는 개념을 상정하면 쉽게 납득할 수 있다. 민법의 기초개념인 소유권은 일종의 관념적인 개념이다. 소유권 그 자체는 경험적인 세계에서 직접 눈으로 볼 수 있는 것은 아니다. 우리가 경험적으로 확인할 수 있는 것은, 소유권이 아니라, 소유권의 대상인 부동산이나 동산, 더 구체적으로 말하면 단독주택이나 아파트와 같은 권리의 객체이다. 바로 이러한 이유에서 비른바움은 경험적인 관점에서 볼 때 침해되는 것은 권리가 아니라, 권리와 법의 대상인 ‘이익’이라고 본 것이다.

둘째 이유에서는 비른바움의 이익이론이 담고 있는 또 다른 이념인 공동체

33) J.M.F. Birnbaum, Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, in : Archiv des Criminalrechts, Neue Folge Band 15 (1834), S. 149 ff.

34) J.M.F. Birnbaum, 위의 논문(주33), S. 172-176.

35) Birnbaum, 위의 논문(주33), S. 174-176.

36) Birnbaum, 위의 논문(주33), S. 168 f.

주의적인 속성을 읽어낼 수 있다. 그 이유를 다음과 같이 말할 수 있을 것이다. 앞에서 말한 것처럼, 권리침해 이론은 개인의 권리를 지향한다. 권리침해이론에서는 개인의 권리가 중심적인 지위를 차지한다. 그렇지만 비른바움의 이익이론에 따르면, 이익침해가 범죄의 실질적인 근거가 되므로, 권리를 침해하지 않는 경우라도 이익을 침해하는 경우라고 볼 수 있으면, 이를 범죄로 파악할 수 있다. 예를 들어, 포이어바흐는 경찰범이나 종교범의 경우에는 개인의 권리를 침해하는 일탈행위가 아니라는 이유에서 본래 의미의 범죄로 취급하지 않았다. 이와 달리, 비른바움은 경찰범이나 종교범의 경우에도 비록 권리를 침해하지는 않지만, 이익을 침해하고 있으므로, 이를 형법상 범죄로 취급할 수 있다고 보았다. 이는 형법의 가벌성 범위를 확장하는 것이다.<sup>37)</sup> 여기서 우리가 알 수 있는 것은, 비른바움의 이익이론은 분명 권리침해이론이 지향했던 자유주의적 속성을 넘어서고 있다는 것이다. 왜냐하면, 이익이론은 종교범이나 경찰범, 풍속범과 같이 개인의 자유를 넘어서, 공동체 전체의 이익과 연결되는 범죄까지 포괄하기 때문이다. 이러한 이유에서 우리는 비른바움의 이익이론을 공동체주의적 법익구상의 한 예라고 이해할 수 있다.<sup>38)</sup>

결론적으로 우리는 비른바움의 이익이론이 담고 있는 이론적인 속성을 다음과 같이 말할 수 있다. 우선 비른바움의 이익이론은 실증주의에 기반을 두고 있다. 실정형법체계를 출발점으로 삼아, 실정형법이 구체적으로 규율하는 이익을 근거로 하여 범죄 여부를 판단하고자 한다. 이러한 점에서 비른바움의 이익이론은 -하쎄머의 분류에 따르면- '체계내재적 법익구상'에 해당한다.<sup>39)</sup> 실정법체계라는 체계내적 틀에 충실하고자 하는 이론이기 때문이다. 나아가 비른바움의 이익이론은 포이어바흐의 권리침해이론처럼 철저하게 자유주의를 지향하지는 않는다. 이익이라는 기준에 힘입어 형법의 가벌성 범위를 확장하고 있다

37) K. Günther, 앞의 논문(주23), S. 451-452.

38) K. Amelung, 앞의 책(주10), S. 5.

39) K. Günther, 앞의 논문(주23), S. 451; 체계내재적 법익구상에 관해서는 W. Hassemer, 앞의 책(주9), S. 19 ff.

는 점에서, 오히려 공동체주의에 더 가까운 이론이라고 말할 수 있다. 여기서 우리는 다음과 같은 중간결론을 이끌어낼 수 있다. 만약 우리가 비른바움의 이익이론을 법익론의 일종으로 편입시킬 수 있다면, 법익론이 언제나 자유주의와 논리필연적인 관계를 맺는 것은 아니라는 점이다. 다시 말해, 법익론의 철학적·이념적 지평은 자유주의 하나로 고정되어 있는 것이 아니라, 더 열려 있다는 것이다. 한편 비른바움의 이익이론에 대해서는 다음과 같은 문제점을 지적할 수 있다. 비른바움이 말하는 이익 개념이 구체적으로 무엇을 뜻하는지 명확한 것만은 아니라는 것이다. 왜냐하면, 한편으로 비른바움은 이익 개념을 경험적인 대상 개념으로 파악하면서도, 다른 한편으로는 이익 개념을 경험적인 대상과는 구별되는 개념으로도 사용하였기 때문이다.<sup>40)</sup> 예를 들어, 비른바움은 ‘명예’(Ehre)를 이익으로 파악한다. 그렇지만 명예는 분명 경험적인 대상이 아니라, 관념적인 개념이다. 이를 통해서 알 수 있듯이, 비른바움이 제시한 이익 개념은 이중적인 의미를 갖는다. 그러한 점에서 권리침해이론을 넘어서고자 했던 비른바움의 기획은 이론적으로 그리 성공하지 못했다고 말할 수 있다.

## IV. 빈당과 리스트의 법익론

### 1. 헤겔형법학과의 등장과 이익이론의 퇴조

지나의 연구에 따르면, 1840년대부터 1870년대까지는 헤겔의 법철학을 이어 받은 헤겔형법학파가 득세하던 시기였다. 물론 헤겔이 콜레라로 사망한 1831년까지만 해도, 헤겔 철학이 법학에 큰 영향력을 발휘하지는 못했다. 오히려 헤겔이 사망한 이후인 1840년대부터 약 30년에 걸쳐 헤겔 철학이 각 법 영역에 침투하여 독자적인 학파를 형성하는 데 기여하였다.<sup>41)</sup> 헤겔이 정립한 (법)철학 가

40) 이를 지적하는 P. Sina, 앞의 책(주8), S. 22; K. Amelung, 앞의 책(주10), S. 45; K. Günther, 앞의 논문(주23), S. 452.

운데 법학에서 볼 때 중요한 것으로서는 승인이론(Anerkennungstheorie), 규범이론, 귀속론, 국가철학, 응보형 이론 등을 꼽을 수 있다. 이러한 이론들은 오늘날에도 여전히 빛을 잃지 않고 있거나 또는 새롭게 발전하고 있다. 예를 들어, 승인이론은 독일의 쉴만(K. Seelmann)을 통해 규범(Normen)의 정당성 근거를 밝히는 이론으로 주목을 받고 있고,<sup>42)</sup> 귀속론은 일찍이 칼 라렌츠(K. Larenz)와 호니히(R. Honig)를 통해 민법학과 형법학에 수용되었다.<sup>43)</sup> 또한 헤겔의 국가철학은 공동체주의로 재해석되었으며,<sup>44)</sup> ‘부정의 부정’(Negation der Negation)으로 유명한 응보형 이론은 오늘날 적극적 일반예방이론으로 재해석되고 있다.<sup>45)</sup>

헤겔의 규범이론도 마찬가지이다. 포이어바흐나 비른바움과는 달리, 헤겔은 범죄가 권리나 이익을 침해하는 것이 아니라고 한다. 헤겔에 따르면, 범죄가 침해하는 것은 규범 그 자체이다. 헤겔은 다음과 같이 말한다.

“자유가 구체적인 의미에서 현존하는 법 그 자체를 침해하려 드는 폭력적인 첫 번째 강제가 자유인에 의해서 행사될 때 그것이 범죄이다.”(강조는 인용자)<sup>46)</sup>

여기서 알 수 있는 것처럼, 헤겔의 규범이론에서는 권리나 이익이 아니라, 규범이 전면에서 등장한다. 이러한 헤겔의 규범이론이 형법학에 수용되면서, 1840년대부터 1870년대까지 득세한 헤겔형법학파에서는 법익론이 더 잡을 만한 자리가 없었다. 법익론의 역사에서 보면, 법익론이 규범이론에 밀려 후퇴한 시기라고 평가할 수 있다. 그런데 이러한 헤겔의 규범이론은 오늘날 독일의 형

41) 박상기, 앞의 책(주13), 188면.

42) K. Seelmann, *Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion*, München 1995.

43) K. Larenz, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Göttingen 1926; R. Honig, 이용석 역, 「인과관계와 객관적 귀속」, 이재상·김영환·장영민(편역), 『인과관계와 객관적 귀속』(박영사, 1995), 11~43면.

44) 발터 레제-쉐퍼, 서운호(역), 「찰스 테일러의 원자적 개인에 대한 비판」, 『서울대학교 법학』 제46권 제2호(2005. 6), 397~417면.

45) F. Herzog, *Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts: Bausteine zur Überwindung des heteronom-präventiven Denkens in der Strafrechtstheorie der Moderne*, Frankfurt/M. 1987.

46) G.W.F. 헤겔, 임석진 옮김, 『법철학』(한길사, 2008), 202면.

법학자인 야콥스(G. Jakobs) 등을 통해 되살아나고 있다.<sup>47)</sup>

## 2. 1870년대 이후 전개된 실증주의 시대

1870년대로 접어들면서, 약 30년에 걸쳐 독일 형법학을 지배하였던 헤겔학파가 퇴조하였다. 그 뒤를 이어 본격적으로 실증주의가 득세하기 시작하였다. 실증주의는 두 가지 하부이론으로 분화되어 각각 법이론에 영향을 미쳤다. 첫째는 법실증주의였고, 둘째는 자연과학적 실증주의였다. 이 중에서도 법실증주의는 독일 법학 전반에 걸쳐 많은 영향을 끼쳤다. 예를 들어, 민사법 영역에서는 개념법학을 통해 ‘법학적 실증주의’라는 형태로 발전하였고,<sup>48)</sup> 공법학 영역에서는 라반트(P. Laband)나 오토 마이어(O. Mayer) 등이 법실증주의 공법학을 형성하는 데 기여하기도 하였다. 이러한 법실증주의는 형법 영역에서는 칼 빈딩(K. Binding)의 형법학을 통해 구현되었다. 이에 대해 자연과학적 실증주의는 ‘목적사상’(Zweckgedanke)으로 유명한 프란츠 폰 리스트(F.v. Liszt)를 통해 구현되었다. 이러한 이념적 토대는 빈딩과 리스트의 법의 개념에도 그대로 관철되었다.

## 3. 빈딩의 법이론

빈딩은 방대한 규범이론(Normtheorie)을 정립한 학자로서 그리고 ‘법의’ 개념을 최초로 형법학에 도입한 학자로서 널리 알려져 있다.<sup>49)</sup> 빈딩은 자신의 규범이론에 기초를 두어 형법학을 정립한다.<sup>50)</sup> 빈딩에 따르면, 실정법 이전에 이미

47) 이를 소개하는 양천수, 「형법의 임무로서 법익보호원칙에 대한 비판적 논의 - 독일의 논의 상황을 중심으로 하여」, 『한국형법학의 새로운 지평』(심은 김일수 교수 화갑기념논문집)박영사, 2006), 629~631쪽.

48) F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen 1996, S. 431; 그러나 개념법학을 법실증주의의 산물로만 이해하는 것은 타당하지 않다고 생각한다. 이에 관해서는 양천수, 앞의 논문(주26), 244~247쪽.

49) Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normtheorie*, Göttingen 1954, S. 69.

50) 이에 대한 상세한 연구는 신동일, 『Binding의 규범이론』(고려대학교 법학박사 학위논문,

이 사회에는 일정한 규범체계가 존재한다.<sup>51)</sup> 이 규범들은 당위구조로 이루어져 있다.<sup>52)</sup> 그리고 실정형법은 이러한 당위규범을 실정화한 것에 지나지 않는다고 한다.<sup>53)</sup> 이처럼 빈당의 규범이론과 형법학에서는 규범으로 대변되는 ‘당위구조’가 전면에 등장한다. 빈당의 체계에서 경험적인 요소는 그리 중요하지 않다. 이러한 점에서 빈당의 형법학은 경험적인 요소를 형법에 끌어들이려 한 리스트의 형법이론과 차이가 있다.<sup>54)</sup>

빈당은 이러한 규범이론에 입각하여, 범죄 역시 ‘형식적’(formal)으로 정의한다. 빈당에 따르면, 범죄란 불복종의 의미에서 이러한 형법규범을 침해하는 것이라고 말할 수 있다. 즉 규범침해가 핵심적인 징표가 된다. 이렇게만 보면, 빈당의 범죄론은 헤겔의 범죄론과 큰 차이가 없어 보인다. 이미 위에서 본 것처럼, 헤겔은 규범침해를 범죄의 실질적인 근거로 파악하기 때문이다. 그렇지만 빈당은 여기에서 만족하지 않는다. 빈당은 이렇게 모든 범죄를 규범침해라고만 규정하면, 각 범죄 사이에 존재하는 차이를 더 이상 규명할 수 없다고 말한다.<sup>55)</sup> 그 때문에 빈당이 제시한 것이 법의 개념이다. 빈당이 볼 때, 법의 개념은 규범 침해라는 근거를 더 구체적으로 보완하는 기능을 수행한다고 말할 수 있다.

그렇다면 빈당이 말하는 법의 개념이란 무엇인가? 이에 대해 빈당은 법의 개념을 다음과 같이 정의한다. 즉 법의 개념이란 “그 자체로 법은 아니지만 입법자의 눈으로 보았을 때 법공동체가 건전하게 살아가는 데 필요한 조건의 총체로서, 입법자의 시각에서 볼 때 법공동체는 이러한 조건의 총체를 완전하게 유지하는 데 관심이 있고, 그 때문에 입법자가 규범을 통해 이러한 조건의 총체가 원하지 않게 침해되거나 위태롭게 되는 것을 막고자 하는 것이 가치가 있는 것”

1997).

51) Armin Kaufmann, 앞의 책(주49), S. 3-7; 그러나 이러한 규범들이 자연법을 뜻하는 것은 아니다. 빈당은 이성원칙에 토대를 둔 자연법이론과는 달리, 이성원칙으로부터 규범을 이끌어내지는 않는다. 신동일, 위의 논문(주50), 74~75쪽.

52) Armin Kaufmann, 앞의 책(주49), S. 7-13.

53) Armin Kaufmann, 앞의 책(주49), S. 13-17.

54) K. Amelung, 앞의 책(주10), S. 82 ff.

55) 이 점을 지적하는 K. Amelung, 앞의 책(주10), S. 73-74.



을 뜻한다.<sup>56)</sup> 이러한 빈딩의 법익 개념에서 우리는 크게 두 가지 측면을 이끌어낼 수 있다.

첫째, 빈딩은 범죄 개념과 마찬가지로 법익 개념 역시 ‘형식적’으로 정의하고 있다는 것이다. 왜냐하면, 빈딩은 “입법자의 눈으로 보았을 때 범공동체가 건전하게 살아가는 데 필요한 조건의 총체”를 법익으로 규정하는데, 여기서 과연 무엇이 “범공동체가 건전하게 살아가는 데 필요한 조건의 총체”인가 하는 점은 미리 전제되어 있는 것이 아니라, 오히려 입법자가 이를 어떻게 판단하는가에 달려 있기 때문이다. 다시 말해, 빈딩의 법익 개념에서는 입법자라는 국가기관의 시각이 전면에 대두한다. 이러한 점에서 빈딩의 법익 개념은 법실증주의적인 성격을 강하게 보인다. 또한 바로 이 점에서 빈딩의 법익 개념은 ‘체계내재적’인 법익 개념이라고 말할 수 있다.

둘째, 빈딩은 “입법자의 눈”뿐만 아니라, “범공동체”를 법익 개념의 핵심 내용으로 파악한다는 점이다. 이는 개인의 자유를 우선시한 포이어바흐의 권리침해이론과는 차이가 나는 것으로서, 빈딩의 법익 개념은 오히려 공동체 지향적인 성격을 갖고 있다고 평가할 수 있다.<sup>57)</sup> 이는 다음과 같은 빈딩 자신의 언명에서 분명하게 드러난다.

“이러한 이익들(Güter)은 모두 사회적인 가치를 가진다. 이 이익들을 침해하지 말라는 성질(Unverletztheit)은 (...) 모두 현존하는 공동체적 성질(lebendige Gemeinwesen)에서 비롯된다. 그렇기 때문에 사회적으로 보호할 가치를 가진다. 여기서 개인적인(individualistisch) 고령을 한다든지 사회와 국가와 절연된 개인적인 이익(Gut)을 인정하려고 하는 것처럼 잘못된 것은 없다. (법)익침해에 대한 제재효과는 개인적인 범위를 훨씬 초과한다.”<sup>58)</sup>

결론적으로 빈딩의 법익론은 법실증주의적·체계내재적인 법익론인 동시에,

56) K. Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, Bd. I, 2. Aufl., Leipzig 1890, S. 353-354.

57) 같은 지적으로 K. Amelung, 앞의 책(주10), S. 75; 신동일, 앞의 논문(주50), 49쪽.

58) K. Binding, 앞의 책(주56), S. 340; 번역인용은 신동일, 앞의 논문(주50), 49쪽을 따랐다. 다만 ‘財’는 모두 ‘이익’으로 바꾸었다.

공동체주의적인 법익론으로 규정할 수 있다. 여기서 우리는 법실증주의가 어떻게 법익론과 연결되고 있는지를 확인할 수 있다. 그 때문에 빈딩의 법익론을 규범 관련적 법익론이라고 바꿔 말할 수 있다. 여기서 규범 관련적인 법익론이란 규범 혹은 규범적인 사고에 입각해서 법익론을 전개하려는 법익론을 뜻한다. 이 규범 관련적인 법익론은 존재와 당위의 구별을 전제로 하여, 주로 당위와 관련해서만 법익론을 전개한다. 따라서 규범 관련적인 법익론에서는 존재적인 요소, 달리 말해 현실적인 요소가 그리 중요하게 작용하지 않는다. 사실 이러한 규범 관련적인 법익론은 지금까지 전개된 법익론의 다수를 차지하였다.<sup>59)</sup> 이러한 빈딩의 규범 관련적 법익론은 규범이론의 토대 위에서 그리고 당위구조 위에서만 법익 개념을 구축하고 있다는 점에서 그리고 이를 통해 법익론을 포함한 형법학 일반의 규범적 독자성을 확보하고자 한다는 점에서 긍정적인 평가를 내릴 수 있다. 그렇지만 빈딩의 법익론은 입법자의 시각을 존중함으로써, 법익 개념이 갖추어야 할 ‘체계비판적인 역량’을 놓치고 있다.

#### 4. 리스트의 법익론

법실증주의 및 규범이론에 바탕을 두어 법익론을 정립한 빈딩과는 달리, 리스트는 자연과학적 실증주의에 토대를 두어 형법학 및 법익론을 전개한다.<sup>60)</sup> 이러한 점에서 리스트의 법익론은 ‘현실 관련적 법익론’이라고 말할 수 있다. 잘 알려진 것처럼, 리스트는 유명한 ‘목적사상’에 기반을 두어 자신의 형법학을 구축한다.<sup>61)</sup> 이는 형법학과 형사정책을 결합하는 것으로 구체화된다. 즉, 리스

59) W. Hassemer, 앞의 책(주9), S. 98 ff.; W. Hassemer, Strafrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland, in: D. Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, Frankfurt/M. 1994, S. 274-276.

60) 인과적 행위론은 이렇게 형법학에 자연과학적 실증주의를 수용하여 얻은 산물이라고 평가할 수 있다. H. Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht - Untersuchung über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft, in: ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Berlin/New York 1975, S. 93.

61) 이에 관해서는 K. Amelung, 앞의 책(주10), S. 82 ff.

트에 따를 때, 형법은 형사정책적인 목적을 달성하기 위한 도구에 해당한다. 이는 형법에 ‘목적’이라는 현실적인 요소를 끌어들이는 것을 의미한다. 물론 그렇다고 해서 형법이 전적으로 형사정책적인 목적을 실현하기 위한 도구에 불과한 것은 아니다. 왜냐하면, 리스트는 형법이 형사정책의 도구라고 말하면서도, 동시에 “형법은 형사정책이 넘을 수 없는 한계”라고 규정하기 때문이다. 요컨대, 형법과 형사정책은 서로가 서로를 변증적으로 규율한다고 말할 수 있다.

리스트의 목적사상은 1883년에 『총체적 형법잡지』(ZStW) 제3권에서 발표한 유명한 논문 “형법에서 본 목적사상”(Der Zweckgedanke im Strafrecht)(이른바 “마부르크 프로그램”)에서 분명하게 드러난다.<sup>62)</sup> 이러한 목적사상은 리스트의 정신적 스승이라 할 수 있는 예링(R. v. Jhering: 1818~1892)에게서 이어받은 것이다. 민법학자이자 로마법학자였던 예링은 원래 초기에는 개념법학의 사유형태를 이어받아 완결된 개념과 체계를 구축하기 위해 노력하였다.<sup>63)</sup> 그러나 예링은 그 후 생각을 바꾸어 개념법학을 비판하고, 그 대신 목적사상을 법학에 끌어들이고자 하였다.<sup>64)</sup> 예링에 따르면, 법학은 완결된 개념과 체계를 지향해야 하는 것이 아니라, 사회현실에 담긴 목적을 지향해야 한다는 것이다. 이는 곧 예링이 사회적인 경험성을 법학에 끌어들이려 한 것이라고 말할 수 있다. 리스트는 이러한 예링의 목적사상을 수용하여, 형법에서 목적사상이 어떻게 구체화되어야 하는지 다음과 같이 말한다. 즉 “형벌권을 목적사상에 완전하게 구속시키는 것이야말로 형사정의가 추구해야 하는 이상”이라는 것이다.<sup>65)</sup>

리스트는 법익 개념 역시 이러한 목적사상에 기반을 두어 도출한다. 구체적으로 보면, 리스트는 왜 형벌을 부과해야 하는지에 대한 대답을 찾는 과정에서

62) F. v. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: ZStW 3 (1883) = F. v. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht (mit Einführung von M. Köhler), Baden-Baden 2000; 여기서서는 후자의 문헌으로 인용한다.

63) R. v. Jhering, Geist des römischen Rechts, Darmstadt 1954, S. 334-388.

64) R. v. Jhering, Der Zweck im Recht, Bd. I-II, 2. Aufl., Leipzig 1884-86; 이 유명한 저작에서 예링은 자신의 모토를 다음과 같이 설정한다. “목적은 전체 법의 창조자이다.”; 또한 R. v. Jhering, Vertrauliche Briefe über die heutige Jurisprudenz von einem unbekanntem, in: G. Ellscheid/W. Hassmer (Hrsg.), Interessenjurisprudenz, Darmstadt 1974, S. 14-23.

65) F. v. Liszt, 앞의 책(주62), S. 37.

법익 개념을 이끌어낸다. 우선 리스트는 목적사상에 기반을 두어 형벌을 다시 근거 짓는다. 이는 곧 “형벌을 목적사상에 적용시키는 것”을 뜻한다.<sup>66)</sup> 이를 위해 리스트는 종전의 지배적인 형벌론인 응보형이론을 비판하면서, 목적사상에 따라 특별예방이론을 새롭게 근거 짓는다.<sup>67)</sup> 리스트의 특별예방이론에 따르면, ‘범죄’가 아닌 ‘범죄자’가 전면에 등장한다. 리스트는 ‘목적’에 따라 형벌을 부과하기 위해 범죄자를 세 유형으로 구분하고, 이에 따라 형벌의 목적도 각기 달리 설정한다. 리스트에 따르면, 먼저 범죄자는 “개선될 수 있는 또는 개선이 필요한 범죄자”와 “개선이 필요하지 않은 범죄자” 그리고 “개선할 수 없는 범죄자”로 유형화된다. 그러면서 리스트는 첫 번째 유형의 범죄자에 대해서는 “개선”(Besserung)을, 두 번째 유형의 범죄자에 대해서는 “위하”(Abschreckung)를, 마지막으로 세 번째 유형의 범죄자에 대해서는 “무해화”(Unschädlichmachung)를 형벌의 목적으로 삼아야 한다고 말한다.<sup>68)</sup> 더 나아가 리스트는 형벌은 “법익보호라는 직무를 수행”해야 한다고 말한다.<sup>69)</sup> 요컨대, 형벌이 궁극적으로 목적으로 삼아야 하는 것은, 법익을 보호하는 것이라고 말한다.

이러한 이론적 토대 위에서 리스트는 법익을 ‘이익’(Interesse)으로 규정한다. 리스트에 따르면, 법익이란 국가 공동체의 생활조건으로서 “법적으로 보호되는 이익”이다. 리스트는 “모든 법은 인간을 위하여 존재하며, 따라서 형벌의 목적도 인간의 생활이익을 보호하는 데 있다”고 한다. 아울러 이러한 생활이익은 법질서의 산물이 아닌 생활의 산물이라고 하면서, 이는 법질서에 선재해 있다고 한다.<sup>70)</sup> 여기서 우리는 규범침해를 중요시한 빈딩파는 달리, 리스트는—예령이 강조하는 것처럼—사회현실 속에 담겨 있는 이익을 법익의 핵심징표로 여기고 있었다는 점을 알 수 있다. 이는 분명 빈딩의 법익론과는 구별되는 것

66) F. v. Liszt, 앞의 책(주62), S. 25.

67) 물론 리스트의 형벌이론이 특별예방이론적 성격만 갖는 것은 아니다.

68) F. v. Liszt, 앞의 책(주62), S. 42.

69) F. v. Liszt, 앞의 책(주62), S. 25.

70) H.-J. Rudolph, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffs, in: Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, Göttingen, 1970, S. 155.

이며, 또한 계몽주의 형법학과도 구별되는 것이다.<sup>71)</sup>

한편 리스트는 법익론과 관련하여 또 다른 중요한 테제를 제시한다. 즉 ‘보호객체’(Schutzobjekt)와 ‘행위객체’(Tatobjekt)를 구분한 것이다.<sup>72)</sup> 이러한 이분법은 리스트 이후에 등장한 많은 형법학자들에게 영향을 미쳤고, 법익 개념을 ‘관념화’(Spiritualisierung)하는 데 기여하였다는 점에서 짚고 갈 필요가 있다.<sup>73)</sup> 여기서 행위객체는 범죄행위(Tat)가 실제로 공격대상으로 하는 객체를 말한다. 예를 들어, 범죄자가 타인의 자동차를 손괴의 고의로 손괴하는 경우에는, 손괴행위의 직접적인 대상이 되는 타인의 자동차가 행위객체가 된다. 말하자면, 행위객체는 구성요건객체인 셈이다. 이와 달리, 보호객체는 침해행위를 금지함으로써 보호하고자 하는 이익, 더욱 정확하게 말하면 법익을 뜻한다. 이렇게 보호객체와 행위객체, 즉 법익과 구성요건객체를 분리하는 사고는 오늘날 형법학에서 일반적으로 받아들이고 있다. 그러나 리스트가 이 양자를 분리하기 전에는, 법익과 구성요건객체가 명확하게 구분되지는 않았다. 예를 들어, 포이어바흐는 권리침해를 범죄의 실질적인 근거로 보면서, 권리 자체를 행위객체이자 보호객체로 이해하였다. 이에 반해 비른바움은 권리 자체는 침해될 수 없다고 하면서, 그 대안으로 이익(Gut)을 범죄의 실질적인 근거로 파악하였다. 비른바움에 따르면, 범죄가 실제로 침해하는 것은 권리가 아니라 이익이기 때문이다. 따라서 비른바움에 따라 때, 이익은 보호객체인 동시에 행위객체가 된다. 그렇지만 이미 앞에서 지적한 것처럼, 비른바움이 이익 개념을 행위객체의 의미로 일관성 있게 사용한 것만은 아니다. 왜냐하면, 한편으로 비른바움은 이익 개념을 경험적인 대상 개념으로 파악하면서도, 다른 한편으로는 이익 개념을 경험적인 대상과는 구별되는 개념으로도 사용하였기 때문이다.<sup>74)</sup> 예를 들어, 비른바움은 ‘명예’(Ehre)를 이익으로 파악한다. 그렇지만 명예는 분명 경험적인 대상이 아니라,

71) H.-J. Rudolphi, 위의 논문(주70), S. 155.

72) K. Amelung, 앞의 책(주10), S. 85-86.

73) 이를 비판적인 시각에서 접근하는 K. Amelung, 앞의 책(주10), S. 91-94.

74) 이를 지적하는 P. Sina, 앞의 책(주8), S. 22; K. Amelung, 앞의 책(주10), S. 45; K. Günther, 앞의 논문(주23), S. 452.

관념적인 개념이다. 이러한 점에서 볼 때, 비른바움의 이익 개념이 정확하게 무엇을 뜻하는지는 그리 명확하지 않다. 이 때문에 보호객체와 행위객체를 분명하게 구분한 리스트의 시도는 중요한 의미를 갖는다. 물론 리스트 이후, 이렇게 보호객체와 행위객체를 구분하는 것이 과연 타당한지 논쟁이 전개되었기는 하지만 말이다.<sup>75)</sup>

결론적으로 리스트의 법익론은 다음과 같이 특징지를 수 있다. 우선 리스트의 법익론은 자유주의적이다. 이는 “모든 법은 인간을 위하여 존재하며, 따라서 형법의 목적도 인간의 생활이익을 보호하는 데 있다”고 한 리스트의 언명에서 확인할 수 있다. 나아가 리스트의 법익론은 실질적이다. 이에 대한 근거를 두 가지로 말할 수 있다. 첫째, 빈딩과는 달리, 리스트는 입법자의 눈이 아니라, 사회현실 속에 존재하는 이익(Interesse), 다시 말해 실정법을 넘어서는 ‘체계초월적인 이익’ 속에서 법익 개념을 찾고 있기 때문이다. 둘째, 리스트는 위법성 역시 실질적으로 파악하기 때문이다. 가령 리스트는 “실질적인(반사회적인) 불법내용은 입법자를 통해 이루어지는 정확한 가치판단(Würdigung)과는 무관한 것이다. 법규범이 이러한 실질적인 불법내용을 발견하는 것이지, 법규범이 이를 창설하는 것은 아니”라고 말한다.<sup>76)</sup> 여기서 불법은 법익침해를 의미하는 것이므로, 불법내용이 실질적인 것으로서 입법자보다 먼저 있다는 것은, 곧 불법내용의 전제가 되는 법익 개념 역시 입법자보다 먼저 존재하는 실질적인 것임을 시사한다. 마지막으로 리스트의 법익론은 이미 언급하였듯이, 현실 관련적 법익론이라고 말할 수 있다. 이처럼 리스트의 법익론은 다른 법익론에 비해 많은 장점을 지니고 있다. 그렇지만 리스트가 법익 개념으로 내놓은 ‘이익’이 구체적으로 무엇을 뜻하는지 명확한 것만은 아니라는 점에서 비판에 부딪히기도 한다.

75) K. Amelung, 앞의 책(주10), S. 97 ff.; 이 논쟁은 형법상 범죄 가운데는 행위객체가 없는 범죄도 상정할 수 있다는 점에서 촉발되었다. 예를 들어, 명예훼손죄의 경우에는 구체적으로 무엇이 행위객체가 되는지 문제될 수 있다.

76) F. v. Liszt/E. Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Erster Band (Einleitung und Allgemeiner Teil), 26. Aufl., Berlin/Leipzig 1932, S. 176-177.

## 5. 빈딩과 리스트 이후

포이어바흐와 비른바움에 의해 그 기초가 마련된 19세기의 법익론은 빈딩과 리스트를 통해 정점에 이른다. 빈딩과 리스트 이후에는-20세기 초반에 새롭게 신칸트주의에 입각한 법익론이 등장하기 전까지-법익론이 이론적으로 큰 진전을 이루지 못한다.<sup>77)</sup> 빈딩과 리스트가 세운 법익론의 틀 안에서 논의가 진행될 뿐이었다. 리스트가 제시한 보호객체-행위객체 이분론의 타당성에 대해 논쟁이 전개되기도 하였지만, 이 역시 빈딩과 리스트가 세운 틀을 벗어나는 것은 아니었다.

## V. 19세기 법익론의 역사가 던지는 시사점-결론을 대신하여

지금까지 19세기에 독일 형법학에서 전개된 법익론의 역사를 간략하게 정리하였다. 여기서 우리는 법익 개념의 성격에 관해 의미 있는 시사점 몇 가지를 읽어낼 수 있다. 아래에서는 결론을 대신하여 필자가 의미 있다고 보는 시사점을 정리해 보고자 한다.

### 1. 법익 개념은 자유주의의 산물인가?

지나는 법익론의 역사를 정리하면서, 법익론은 자유주의가 낳은 산물이라는 결론을 내렸다. 그러나-아펠룽이 설득력 있게 보여준 것처럼-포이어바흐에서 리스트까지 전개된 법익론을 일별하면, 이러한 주장이 그리 타당한 것만은 아니라는 점을 알 수 있다. 이를 예시적으로 보여주는 것이 비른바움의 이익이론과 빈딩의 법익론이다. 비른바움은 ‘이익’(Gut) 개념을 통해 포이어바흐의 권리침해이론이 범죄 개념에 포섭하지 않은 경찰범이나 종교범 등을 범죄 개념

77) 이에 관해서는 K. Amelung, 앞의 책(주10), S. 96 ff.

에 포함시킨다. 이익이론을 통해 형법의 가벌성 범위를 확장하고 있는 것이다. 또한 빈딩은 ‘법공동체’를 법의 개념의 핵심요소로 파악함으로써, 개인보다는 공동체를 더 우선하는 법이론을 근거 지었다. 이러한 예를 통해 우리는 법의 개념이 반드시 자유주의와 연결되는 것은 아니라는 점을 확인할 수 있다.

## 2. 철학적 이념과 법이론의 상호연관성

이렇게 법의 개념이 자유주의의 산물이 아니라, 이른바 ‘공동체주의’와도 결합될 수 있는 이유는, 철학적 이념과 법이론 사이에서 일정한 상호연관성이 형성되고 있기 때문이다. 다시 말해, 철학적 이념이 법의 개념에 영향을 미치고 있는 것이다. 예를 들어, 권리침해이론은 사회계약론에 바탕을 둔 계몽주의의 영향을 받아 형성되었다. 이와 달리 비른바움의 이익이론은 “온건한 실증주의”의 영향을 받았다. 나아가 철학적 이념과 법이론 사이의 상호연관성은 빈딩과 리스트의 법이론에서 극명하게 찾아볼 수 있다. 왜냐하면, 빈딩은 법실증주의에 따라 “입법자의 눈”을 강조하는 법실증주의적인 법의 개념을 제시하는 반면, 리스트는 예링의 목적사상에 따라 법의를 ‘이익’(Interesse)으로 규정하기 때문이다.

필자는 이렇게 철학적 이념과 법의 개념에서 볼 수 있는 상호연관성을 ‘법의 개념의 해석학적 구조’로 정리한 적 있다.<sup>78)</sup> 이에 따르면, 철학적 이념과 법의 개념은 서로 해석학적 순환관계를 형성한다. 여기서 철학적 이념은 법의 개념에 대한 일종의 ‘선이해’가 된다. 이러한 선이해에 따라 법의 개념의 구체적인 내용이 결정되고, 이렇게 결정된 법의 개념은 형법의 가벌성 범위를 확정함으로써, 형법학의 ‘성격’을 규정한다.

78) 이에 대한 상세한 내용은 양천수, 「형법상 법의 개념의 새로운 근거설정 필요성과 가능성」, 『고려법학』 제47호(2006. 10), 269~275쪽.



### 3. 법익 개념의 의미론적 불확실성

그러면 19세기에 등장한 법익론은 법익 개념을 구체화하는 데 성공하였는가? 법익 개념은 실질적 범죄를 판단하는 확고한 기준이 되고 있는가? 이에 대해서는 선불리 긍정적인 대답을 하기 어렵다. 물론 권리침해이론의 경우에는 그 의미내용이 비교적 명확하다. 권리침해이론이 핵심징표로 삼는 권리 개념은 그 의미론적 내용이 분명한 편이기 때문이다.<sup>79)</sup> 그러나 비른바움의 이익이론이 말하는 ‘이익’(Gut)이나 리스트의 법익론이 말하는 ‘이익’(Interesse)이 구체적으로 무엇을 지칭하는지 그리 명확한 것만은 아니다. 과연 어디까지 ‘이익’으로 볼 것인가에 대한 분명한 기준이 존재하지 않기 때문이다. 예를 들어, 선량한 풍속이 이익 개념에 해당하는지, 종교적인 규칙이나 신념을 이익 개념으로 볼 수 있는지에 대해 법익론은 분명하게 대답을 할 수 없다.

이러한 의미론적 불확실성은 법익 개념이 지니고 있는 해석학적 구조 때문에도 어쩔 수 없는 것처럼 보인다. 위에서 언급한 것처럼, 법익 개념은 철학적 이념에 의해 영향을 받는다. 어떤 철학적 이념을 선택하는가에 따라 법익 개념의 구체적인 모습이나 내용이 달라질 수 있다. 여기서 우리는 다음과 같은 중간결론을 추론할 수 있다. 법익 개념을 의미론적으로 구체화하는 데는 한계가 있으며, 더 나아가 법익 개념 자체가 고정되어 있는 것은 아니라는 점이다. 만약 사실이 그렇다면, 법익론이 실현하고자 한 기획, 즉 법익 개념을 기준으로 하여 실질적인 범죄 개념을 밝혀내려는 것, 그리고 이를 통해 형법의 가벌성 범위를 선형적으로 확정하려는 기획은 이미 태생적으로 한계를 가질 수밖에 없다고 말할 수 있다. 실질적 범죄 개념을 해명하기 위해 법익 개념을 고안했지만, 이러한 법익 개념은 다시 새로운 구체화기준을 필요로 하고, 이러한 구체화기준을 선택하는 과정은 다시 ‘구체화기준에 대한 선이해’에 의해 좌우된다는 점에서 한계를 가질 수밖에 없는 것이다.

79) 그러나 권리침해이론은 범죄의 범위를 너무 좁게 설정한다는 점에서 문제가 없지 않다.

## ■ 참고문헌

- 김일수, 「형법의 입무에 관한 비판적 고찰」, 『월간고시』, 1985.12.  
\_\_\_\_\_, 『한국형법 I』, 박영사, 1996.
- 김창균, 「비범죄화정책에 관한 이론적 연구」, 고려대학교 법학박사 학위논문, 1992.
- 박상기, 『독일형법사』, 울곡출판사, 1993.
- 배종대, 「형법의 정당성 근거와 형법개정(상)」, 『월간고시』, 1985. 6.  
\_\_\_\_\_, 「형법의 정당성 근거와 형법개정(하)」, 『월간고시』, 1985. 7.
- 양천수, 「형법의 입무로서 법익보호원칙에 대한 비판적 논의-독일의 논의상황을 중심으로 하여」, 『한국형법학의 새로운 지평』(심은 김일수 교수 화갑기념논문집), 박영사, 2006.  
\_\_\_\_\_, 「형법상 법의 개념의 새로운 근거설정 필요성과 가능성」, 『고려법학』 제47호, 2006.10.  
\_\_\_\_\_, 「개념법학: 형성, 철학적·정치적 기초, 영향」, 『법철학연구』 제9권 제2호, 2007. 5.
- 이재승, 「P.J.A. 포이어바흐의 법사상」, 『민주법학』 제19호, 2001.
- 임 응, 「형법상 법익개념에 관한 연구」, 서울대학교 법학박사 학위논문, 1982.
- 발터 레제-쉴퍼, 서운호 역, 「찰스 테일러의 원자적 개인에 대한 비판」, 『서울대학교 법학』 제46권 제2호, 2005. 6.
- 체자레 베카리아, 이수성·한인섭 공역, 『범죄와 형벌』, 지산, 2000.
- G.W.F. 헤겔, 임석진 옮김, 『법철학』, 한길사, 2008.
- R. Honig, 이용식 역, 「인과관계와 객관적 귀속」, 이재상·김영환·장영민 편역, 『인과관계와 객관적 귀속』, 박영사, 1995.
- K. Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt/M. 1972.
- K. Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, Bd. I, 2. Aufl., Leipzig 1890.
- J.M.F. Birnbaum, Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, in: Archiv des Criminalrechts, Neue Folge Band 15 (1834).

- P.J.A.v. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 2. Neudr. Der 14. Aufl. (hrsg. von C.J.A. Mittermaier) Gießen 1847, Aalen 1986.
- K. Günther, Von der Rechts- zur Pflichtverletzung, Ein "Paradigmawechsel" im Strafrecht?, in : Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hrsg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, Frankfurt/M. 1995.
- W. Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, Frankfurt/M. 1973.
- \_\_\_\_\_, Strafrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland, in : D. Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, Frankfurt/M. 1994.
- F. Herzog, Prävention des Unrechts oder Manifestation des Rechts : Bausteine zur Überwindung des heteronom-präventiven Denkens in der Strafrechtstheorie der Moderne, Frankfurt/M. 1987.
- A. v. Hirsch, Der Rechtsgutsbegriff und das "Harm Principle", in : Hefendehl/Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden 2003.
- R. v. Jhering, Geist des römischen Rechts, Darmstadt 1954.
- \_\_\_\_\_, Der Zweck im Recht, Bd. I-II, 2. Aufl., Leipzig 1884-86.
- \_\_\_\_\_, Vertrauliche Briefe über die heutige Jurisprudenz von einem unbekanntem, in : G. Ellscheid/W. Hassemer (Hrsg.), Interessenjurisprudenz, Darmstadt 1974.
- I. Kant, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre, in : W. Weischedel (Hrsg.), Immanuel Kant. Werke in sechs Bänden, Bd. IV, 5. Aufl., Darmstadt 1983.
- Armin Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Göttingen 1954.
- K. Larenz, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, Göttingen 1926.
- F. v. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht (mit Einführung von M. Köhler), Baden-Baden 2000.
- F. v. Liszt, E. Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Erster Band (Einleitung und Allgemeiner Teil), 26. Aufl., Berlin/Leipzig 1932.
- W. Naucke, Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht, in : Kritische Vierteljahresschrift (1993).
- H.-J. Rudolphi, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in : Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, Göttingen, 1970.
- L. Schulz, Normiertes Misstrauen, Frankfurt/M. 2000.
- K. Seelmann, Anerkennungsverlust und Selbstsubsumtion, München 1995.

- P. Sina, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut", Basel 1962.
- S. Stübinger, Schuld, Strafrecht und Geschichte, Köln usw. 2000.
- H. Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht - Untersuchung über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft, in: ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Berlin/New York 1975.
- F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl, Göttingen 1996.
- E. A. Wolff, Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen, in: Winfried Hassemer (Hrsg.), Strafrechtspolitik. Bedingungen der Strafrechtsreform, Frankfurt/M. 1987.

## The Concept “Rechtsgut” of German Criminal Jurisprudence in the 19th Century

Yang, Chun-Soo\*

In this article, I attempt to deal with how the concept of Rechtsgut originated at the nineteenth-century criminal jurisprudence of Germany, as prior work to clarify the concept of Rechtsgut which plays a guiding role all over the criminal jurisprudence. Above all things, considering the following critical minds as cognitive interest, I try to briefly sketch the history of theory of Rechtsgut in Germany at the nineteenth century. First, under what philosophical and intellectual historical influences, has the concept of Rechtsgut originated and evolved? Second, was the theoretical inquiry which intends to concretize the concept of Rechtsgut successful? Finally, has the concept of Rechtsgut operated as determined criterion to decide substantial crime? On the basis of these critical minds, I will discuss development of theory of Rechtsgut diachronically, which has evolved in the nineteenth century. In this article, I will first deal with the theory of right violation that appeared in the age of Enlightenment(Ⅱ), and examine the theory of Gut by J.M.F. Birnbaum(Ⅲ). After observing the theory of Rechtsgut which appeared at the time when the positivism gained the very summit and was argued by K. Binding and F. v. Liszt(Ⅳ), I will examine thoroughly whether we could get some implications from the history of theory of Rechtsgut(Ⅴ).

**[Key Words]** Rechtsgut, theory of right violation, theory of Gut, Feuerbach,

---

\* Professor, Yeungnam University College of Law

Birnbaum, Binding, Liszt

접수일 : 2008. 9. 1, 심사일 : 2008. 9.15~9.30, 게재확정일 : 2008.10.15