

〈토론문〉

## “양천수, 19세기 독일 형법학에서 전개된 법익개념”에 대한 토론문

이석배\*

1. Güter를 과거에 우리나라에서 ‘財’라고 번역을 하였는데, 이를 ‘이익’이라고 번역한 특별한 이유는 무엇인지 궁금하다. 일반적으로 財라고 번역하는 것이 문맥에서 어색할 경우가 있기는 하지만, 이익은 Interesse라는 용어가 있기 때문에 오히려 이러한 용어의 사용은 혼동을 초래할 수도 있을 것 같다.

2. 독일에서 법익이론의 발전은 역사적인 변화를 그대로 반영한 것이라고 생각한다. 권리침해이론이 등장한 것은 1789년 프랑스혁명이 일어나고 그러한 영향 아래 자유주의적인 색채를 강하게 나타나는 시대적 배경을 가지고 발생한 것이라는 생각이 든다. 또한 이익이론(또는 財이론)이 공동체주의적 색채를 가지는 것은 당시 프로이센, 오스트리아를 주축으로 하는 독일동맹 시대의 보수 반동적인 시대상의 반영이라고 생각한다. 또한 19세기 말의 실증주의도 자연과학에 대한 무한한 신뢰를 바탕으로 한 것으로 이해할 수 있다.

이러한 역사적 사실이 보여주는 것은 형법이 보호하고자 하는 대상은 발표자가 지적하는 것처럼, 언제나 당연히 자유주의와 연결되어야 하는 것은 아니다. 하지만 근대형법이 자유주의적인 관점에서 출발한 것이고, 국가로부터 뿐

---

\* 경남대학교 법학부

만 아니라 對私人的으로도 개인의 생명, 신체, 자유, 재산 등을 보호한다는 점을 부정하지 않는다면, 그리고 역사적으로 법익개념의 변천을 바라볼 때 현대적인 의미에서도 법익개념이 해주는 중요한 역할은 자유주의적 관점과 연결해야 하는 것이 아닌가 생각한다. 법익개념이 확장되고 그에 따라 범죄화가 진행되는 시대는 보수화가 이루어졌다는 역사적 사실을 고려해야 한다. 이러한 점에서 자유주의와 필연적으로 연결되어야 한다고는 볼 수 없지만 자유주의와의 연결점을 찾으려고 노력할 필요는 있는 것이 아닌가 하는 생각이 든다.

계몽주의자들이 “사회유해성”의 개념을 아주 좁게 해석하여 실제로 범죄의 축소에 기여한 것과는 반대로, 1970년대 독일의 법익 논쟁에서 나타난 아멜룽의 “사회유해성”개념은 필자가 말하는 것처럼 자유주의와의 연결고리를 부정하면서 범죄의 범위를 확장하는 이론이라는 점을 간과해서는 안될 것이다.

특히, 이제까지의 우리나라의 현실과 상징적인 특별형법의 홍수가 나타나는 점 등을 고려한다면 자유주의와의 연결점을 포기할 수 없다고 생각한다.

3. 발표자가 말하는 철학적 이념과 법익개념도 서로 해석학적 순환관계를 이룬다는 점은 물론, 철학적 이념이 법익개념에 대한 선이해로 법익개념을 채우는 역할을 한다는 점도 당연히 동의한다. 이 글에서 언급하고 있는 19세기 독일형법학을 전제로 한다면 타당한 주장이다. 하지만 그러한 철학적 이념도 현대 입헌국가에서는 이미 헌법에 반영이 되어있다는 점을 고려하여야 한다. 법익개념도 헌법의 이념과 국가의 기본권 보호의무를 고려하여 채워 나가야 한다. 따라서 현대입헌국가에서 발표자가 말하는 해석학적 순환구조는 결국 철학적 이념보다는 헌법의 이념과 기본권으로 보는 것이 조금 더 바람직하지 않은가 하는 생각이 든다.

물론 여기서 토론자가 언급한 내용들도 발표자가 말한 토론자의 선이해를 바탕으로 한다는 점은 부정하지 않는다.