

# 刑法學의 對象과 方法에 대한 小考

金 光 澤

………目 次………

- I. 序 論
- II. 對象과 方法
  - 1. 刑法學의 對象은 刑法이다.
  - 2. 刑法學은 規範科學이다.
  - 3. 刑法의 研究는 刑法上의 諸概念으로부터 法價値를 把握하는 方法이다.
- III. 結 論

## I. 序 論

對象이 方法을 制約한다고 하는 認識論의 命題는 刑法을 研究함에 있어서도 妥當하는 것이다. 무릇, 萬物의 科學의 認識에는 演釋, 歸納, 分類等의 方法이 있고 科學은 그 認識對象을 그러한 方法에 의하여 體系化하고 普遍妥當의 法則을 求하려고 하는것인데 文化科學의 體系로서는 이것을 範疇的體系와 目的論的體系로 區分된다.

그래서 法律學은 文化科學의 一部로서 위 兩者를 모두 利用하는것인데 純粹法學에 있어서는 範疇的體系를 主로 하고있으며, 이것에 對應해서 一方 目的法學에 있어서는 目的論的方法을 重視하고 있다.

即 範疇的方法은 事物 그 自體의 論理에 根據해서 一定한 體系를 導出하는 方法인것이며, “권젠”一派의 純粹法學은 法規範自體의 論理에 의해서 法을 體系化 하려는 것이다. 一方 目的法學은 法的共同體에 있어서의 一定한 目的觀에 根據한 法規範의 體系를 導出하려는 것이며, 刑法의 目的論的 考察은 “예링”의 「法의 目的」에 이어 1882年 “리스트”의 「刑法의 目的觀念」이라는 著書에 의해서 確立된 것이다. “리스트”는 同時에 刑法學에 있어서 實證主義의 方法을 主張하면서 縱來의 概念法學的, 形而上學的 思惟方法을 排斥하고 社會現象의 實證된 經驗의 事實을 重視하는 所謂 實證主義 刑法論을 唱導하였다. “예-링”도 同著書에서 社會는 法規의 構成의 基礎이며 社會의 概念이야 말로 國家와 法理論의 基本概念이라고 強調하고 있으며 社會學的, 實證主義의 見解를 示唆하고 있다.

如何間에 法規範의 認識에는 價値關係의 方法이 採擇되고 있다.

法은 文化現象으로서 文化的意義를 지니는 것인데 이 意義는 人間이 一定한 目的 또는 意慾에서 얻어지는 것이며, 이것이 곧 法의 文化價値인 것이다. 自然科學의 對象은 物質乃至 物理的 因果法則인 것이며 人間의 目的乃至 意慾의 法則에는 關係가 없는 것이다. 이것에 對比하여 文化科學의 對象은 意慾하는 人間의集團인 社會의 現象이며, 社會現象은 各己 社會의 意味를 가지고

있다. "슈타르"가 自然科學에 對比해서 文化科學을 目的科學 (Zweckwissenschaft) 이라고 한것은 이러한 意味인 것이다.

이와같은 見地에서 刑法學도 위의 範疇에서 벗어나지 못할 것이며 刑法學을 研究함에 있어 그 對象과 方法을 明確히 해둔다는것은 곧 刑法의 正確한 理解에의 根本問題이기에 小考를 記述한다.

## II. 對象과 方法

### 1. 刑法學의 對象은 刑法이다.

刑法이란, 刑罰法規의 全體를 意味하고 刑罰典及 特別刑法이라고 불리우는 諸法規를 총칭한다. 그리고 刑法은 犯罪과 刑罰에 關한 法規임과 同時에 實踐的社會規範인 것이다.

그래서 刑法은 社會生活上의 當爲에 뒷받침되어 있는 共同生活의 基準이되는 것이므로 그 規範의 意味, 內容인 社會的 當爲를 干先 理解하여야 할 것이다. 勿論, 刑法은 一定한 社會的 當爲에 違反하는 人間 의行爲를 犯罪라고 하여 이것에 刑罰을 科하는 것이다.

이點에 있어서 刑法은 社會的當爲違反을 內容으로하는 違法의 類型을 表面化 시키는 것이며, 他種의 法規一般이 適法行爲를 原則으로해서 研究하는것에 比해서 對照的인 特徵이 있는 것이다.

예를 들면 「사람을 殺害한 者는 死刑, 無期 또는 五年以上の 懲役に 處한다」(刑250條)고 하는 殺人罪의 規定은 殺人行爲가 原則으로 違法이라는 것을 表徵함과 同時에 사람을 殺害해서 는 아니된다는 社會的 當爲를 意味內容으로 한 것이다. 그러므로 刑法의 研究은 이해한 社會的 當爲 違反을 內容으로 하는 犯罪概念과 이에 對應하는 刑罰概念의 合理的 認識인 것이다. 그래서 그 러한 認識으로서 刑法의 適用은 觀念的으로 規定되어 있는 犯罪類型을 大前提로 하고 이에 該 當되는 사람의 行爲를 小前提로 해서 刑罰效果를 付與하는 三段論法的 操作인 것이다.

### 2. 刑法學은 規範科學이다.

法律을 對象으로 함에 있어서, 그것을 單純히 歷史的, 社會的事實로서 研究하는 경우에는 이것은 事實學이며 法社會學的 研究에 屬하는 것이다. 이것에 對比하여 刑法學은 倫理學과 같이 社會的 當爲를 內容으로 한 社會規範을 對象으로 하는 規範科學인 것이다. 即 그것은 刑罰法規가 同時에 그 規範의 具體的社會生活에 있어서의 普遍妥當性의 認識인 것이며 또 어떠한 社會的妥當에 關聯해서 犯罪及 刑罰概念의 如何를 研究하는 學問인 것이다. 그래서 여기에 말하는 普遍妥當性이라는 것은 自然科學에 있어서의 因果法則과 같은 存在하는 (Sein) 妥當性이 아니고 社會規範의 內容인 當爲 (Sollen)乃至 價値의 妥當性을 말하는 것이다. 法規範은 法規 그속에 實在하

는 것이라고 考察할 수 있는 것이나 그 規範의 內容인 當爲는 法規로부터 觀念적으로 把握할 수 있는 것이며 價值關係의인 意味인 것이다. 또 社會的 當爲는 社會共同生活에 있어서의 人間의 目的, 意慾에 의해서 形成된 것이기 때문에 그 具體的 共同生活의 理念을 反映한다. 그래서, 刑法의 意味, 內容도 法的共同體에 있어서의 刑法의 目的에 依據해서 合理的으로 把握해야 될 것이며, 犯罪, 刑罰概念 역시 그러한 具體的 共同生活에 있어서의 規範概念임을 理解해야 할 것이다.

### 3. 刑法의 研究는 刑法上의 諸概念으로부터서 法價値를 把握하는 方法이다

法的價値는 法的共同體의 倫理的價値에 關聯됨과 同時에 共同社會의 目的에 對한 法規範의 有效性을 意味하는 것이므로 合理的, 實際的인 것이다.

그래서 이러한 價値判斷이 法規範의 意味를 理解하는 것이고, 法的 解釋인 것이다.

刑法의 解釋은 要컨대 現實의 社會生活에 妥當할만 한 刑法의 具體的意味와 內容의 認識인 것이다. 그래서 그 解釋에 있어서는 社會生活에 妥當하는 普遍的인 法規範을 理解함과 同時에 이를 適用함으로써 收得하게 되는 具體的妥當性도 考慮해야 할 것이다. 法的 理念은 法的 適用으로서 實現되는 것이고 여기에 具體的인 法秩序가 形成되는 것이다. 法的 解釋, 適用은 法的 理念에 의해서 透導됨과 同時에 發展하며 流動하는 現實의 社會狀態에 應해서 法으로 하여금 具體的으로 妥當하도록 해야 할 것이며 單純히 概念法學的 解釋을 한다는 것은 妥當하지 않다. 元來 法的 解釋은 倫理的인 것이다. 그러나 그것은 同時에 法的 目的과 法的 實踐的 價値에 順應해서 合理的인 것이어야 되며 여기에 概念法的, 形式論理를 버리고 具體的인 社會共同生活에 있어서의 實體的, 實踐的 解釋이 必要하게 되는 것이다.

이러한 意味에서 價值關係의 認識이 實踐的 意味의 把握 乃至 價値判斷을 뜻하는 것이 아니라 는 "릿게루도" 一派의 見解는 規範科學에서는 妥當하지 않는다.

刑法의 解釋方法에 있어서도 刑法理論에 異論이 있듯이 多少의 對立이 있다.

元來 刑法學에 있어서는 罪刑法定主義에 立脚해서 刑法上의 諸 概念의 解釋을 嚴格히 해야 한다는 主張이 強하였었다. 即, 佛蘭西革命의 人權宣言에서 刑法의 解釋에는 類推解釋을 不許한다는 條項이 明示되어 있고, 이 思想은 各國의 刑法에 傳統적으로 採用되었고, 오늘에 이르렀으나, 이것은 國民의 政府 및 司法官憲에 對한 不信의 意思表示였었다.

刑法의 解釋을 不當하게 擴張해서는 아니된다는 것이 人權擁護를 위한 不變의 鐵則임은 明白한 것이다. 그러나 文化國家에 있어서는 漸次 裁判官의 裁量의 權限을 넓히는 傾向이 있고, 刑法의 解釋도 論理的이고, 合理的인 解釋인 以上 實質的으로 弊害가 없는 것이며 또한 判例가 實定法의 缺陷을 補充하는 機能을 지니게 됨에 이르렀다.

要컨대 刑法의 解釋도 法律學 一般에 있어서의 原則과 大差가 있을수 없는 것이다. 單只 規範

概念인 犯罪 및 刑罰概念을 刑法의 理念과 具體的 法的 共同體의 狀態에 應해서 合理的, 目的的으로 妥當시키지 않으면 아니된다는 것이다.

말할것도 없이 刑法은 個人의 違法侵害로 부터 共同社會를 防衛함을 目的으로 하는 것이다. 그러므로 해서 刑法에 의해서 國家, 社會, 個人의 社會生活上의 利益(法益)을 擁護하는 것이므로 刑法의 保護法益이 如何한 것인가를 理解할 必要가 있다. 또 刑法을 正確히 解釋함으로써 刑罰의 濫用을 制止하고 이에 依하여 人權의 保障을 確保하지 않으면 아니될 것이며 또한 이것과 法益의 保障機能을 調和시키지 않으면 아니된다. 刑法이 豫定하는 사람의 行爲는 私法上의 行爲와 같이 任意的인 것이 아니고 刑罰로서 處斷할만한 行爲인 것이다.

여기에 있어서 犯罪概念을 理解함에 있어서는 規範的인 判斷과 同時에 可罰性的인 判斷이 核心이 되어있다는 것을 注目해야 할 것이다.

刑法의 解釋을 嚴格히 해야한다 든가, 或은 疑問되는 事實이 있을 때는 被告人의 利益에 따라야 한다는 刑法上의 原則(刑訴<sup>309</sup>法<sup>310</sup>條)은 悠久한 歷史的인 血斗로써 爭取한 貴重한 傳統인 것이며 이러한 原則을 또한 根本理念을 輕率히 破壞할 수는 없는 것이다. 그래서 慣習法에 依據하여 刑罰을 科하지 않는다는 原則도 罪刑法定主義의 一原則으로 해서 오늘날에도 刑法의 解釋上 嚴存하고 있는 것이라 하겠다.

그러므로서 罰을 받아야 할 行爲의 限界는 法規上 判然하게 하는것이 必要해 지는 것이고 具體的 行爲의 判斷에 있어서는 刑罰法規를 標準으로 해서 慎重히 可罰性的인 判斷을 해야만 할 必要가 있는 것이다. 이것에 對해서 “비롱바우무”는 犯罪概念을 社會的, 實證的으로, 規定해야 한다고 하면서, 市民社會에 있어서 可罰的인 行爲가 犯罪라고 하였다. 即 그러한 可罰的인 判斷도 單히 思弁的 價值 判斷이 아니고 社會 共同體의 實踐的 規範的 價值判斷인 것이다. 그래서 또한, 具體的 刑罰의 適用은 犯人에 適應한것이 아니면 아니될 것이며, 여기에 進化하는 社會的 事實의 經驗科學上의 認識에 依해서 實定法의 解釋을 補充할 必要가 있게 된다.

刑法이 想定하는 犯罪行爲는 社會的 現象으로서 實證科學의 對象이 됨과 同時에 刑法學의 對象인 것이다. 現實의 犯罪現象 및 犯罪行爲는 決코 法規에 있는 바와 같은 抽象的인 觀念形態는 아니다. 그런故로 刑法을 進化하는 社會에 適應해서 實踐的 合理的인 것으로 하기 爲해서는 犯罪 및 刑罰概念을 單純히 思弁的인 것으로 理解할것이 아니고 現實의 犯罪現象을 包攝해야 할 概念이 되지 않으면 아니될 뿐만 아니라 새로이 이것에 刑罰을 適應시키는 것이 아니면 아니될 것이다. 이러한 點에 있어서도 從來의 認識論的方法에 代替하여 社會學的方法의 必要性이 더욱 더 要請되는 것이며 刑事政策의 必要가 強調되는 由來도 여기에 있는 것이다.

그러나 刑法學은 實定法의 刑罰法規의 論理的 解釋인 것이고 政策學 그것은 아니다. 故로 政策學에 있어서의 理論만을 重視하는 것은 이러한 意味에서 妥當하지는 않는다.

## Ⅱ. 結 論

要컨대 刑法學에 있어서는 刑法을 認識對象으로 함과 同時에 刑法을 標準으로 해서 人間의 行爲를 評價한다고 하는 二種의 作業을 矛盾없이 調整하여야 할것이고 여기에 또한 全體的 觀察方法이 必要하게 되는 것이다.

그래서 刑法의 規範概念인 犯罪 및 刑罰概念을 演釋分類함과 同時에 社會秩序의 維持를 目的으로 하는 法規範의 全體的 意味에 依해서 其 部分的意味를 理解하고 이것을 統合하여야 하는 것이나 거기에 如何한 世界觀의 立場에 立脚해서 이것을 統一的으로 理解하느냐 하는 問題가 놓여지는 것이다.

法の 價値評價의 主體를 法의 共同體라고 言及한바 있거니와 現實의 認識主體는 共同體의 構成員이 되는 個人인 것이다. 共同體가 評價의 主體라고 하는 것은 그것이 價値評價의 實質的 基盤이라는 것을 意味하는 것이다. 卽 認識의 主體는 個人인데 그것이 現實에 屬하고 있는 共同社會의 歷史的 文化的 構成을 理解하지 않고서는 法の 實質을 把握할 수는 없는 것이다. 認識의 對象이 되는 社會生活 關係는 其 意味에 있어서 認識主體를 包攝하는 것이며 따라서 그 主體와 客體는 當初부터 合致되어 있는 것이다.

그래서 이러한 見地에서 共同體를 評價의 主體라고 말하는 것이다. 故로 認識의 主體인 個人은 이러한 社會生活의 連關속에서 法規範을 認識해야 할것이며 認識主體의 世界觀의 立場도 法的 共同體의 理念을 反映하여야 할 것이다.

筆者는 法の 認識에 있어서 現實의 社會關係를 重要視해야 할 것이며 이러한 意味에 있어서 刑法의 領域에 있어서도 社會法學의 方法의 重要性을 認定치 않을 수 없는 것이다.