법익과 범죄구조의 실질화* **

Roland Hefendehl
독일 프라이부르크(Freiburg) 대학 법과대학 교수

전현욱·임석순(역)
한경대 교수·고려대 법학연구원 연구원

< 目 次 >

A. 머리말 — 히르쉬(Hirsh)와 볼러스(Wohlers)의 인식
B. 얻은 것과 해야할 것
C. 법익개념의 과소평가된 의의
D. 첫 번째 단계 — 아래로부터 법익의 실질화
E. 집합적 법익의 구조와 그 체계화
F. 집합적 법익과 범죄구조
G. 결 어

A. 머리말 — 히르쉬(Hirsh)와 볼러스(Wohlers)의 인식

앤드류 폰 히르쉬(Andrew von Hirsch)는 독일의 법익개념을 영미법 분야에 기반을 두고 있는 해악의 원칙(Harm Principle)과 다시 연결하는 한눈에 보아도 놀라운 시도를 하였다.[1] 볼러스는 왜 독일의 법익론이 그와 같은 보조를 필요로 하는지를 제시하면서 그 자신은 범죄구조에 초점을 맞추었다.[2]

---

* 심사위원 : 김혜정, 이정원, 성낙현
** 이 글은 독일의 형법학자인 Roland Hefendehl의 논문 "Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur", GA 2002, S. 21 ff.를 번역한 것이다. 이 글을 번역하는데 도움을 준 고려대학교 대학원의 박연규, 박상민, 우희숙 대학원생에게 감사를 드린다.

1) *von Hirsch*, Der Rechtsgutsbegriff und das "Harm Principle" GA 2002, 2면 이하.

비록 해악의 원칙이 집합적 손해를 야기하는 행위방식을 내포하고 있음에도 불구하고, 히르쉬는 손해를 발생시키는 행위에 한정함으로써 타인이 지닌 이익의 우위를 표현하였다. 그 밖에도 자신에게만 손해를 입히는 행동은 타인의 이익을 침해하지 않는다는 점을 명확히 하였다. 그러나 해악의 원칙 외에 처벌을 위한 다른 근거, 즉 부담에 대한 형법적 보호 혹은 천연자원의 형법적 보호가 논의되어야 한다고 한다.

볼러스는 추상적 위험범을 구체적 위험성범(Gefährlichkeitsdelikte)과 누적범(Kumula- tionsdelikte), 사전범(Vorbereitungsdelikte)으로 구분함으로써 각각의 고유한 정당화 기준을 위한 방도를 마련하고자 하고 있다.

B. 얻은 것과 해야할 것

Ⅰ. 두 논문은 개방적이라는 점에서도 유익하다. 이는 모순적으로 보일 수도 있지만, 대상의 복잡성에 대한 일차원적인 해결이 적절하지 않을 수도 있다는 일치된 인식을 고려한 것이다. 히르쉬는 다른 원칙을 법익도그마로 언급함으로써, 볼러스는 침해범, 구체적 위험범, 추상적 위험범이라는 전통적인 3중의 범죄구조를 더욱 상세한 구조유형으로 전개함으로써 이러한 열린 체계를 설명하고 있다.

Ⅱ. 이 점에서 이 논문들은 가령 "공격" 범(Offencedelikt)이나 누적범의 정당화 조건 탐구에 대한 동기를 제공할 수 있다. 더욱 복합적이고 복잡하게 생각해야 할 위험을 감안하더라도, 나는 첫째로 법익개념의 중요성을 바로 범죄구조에 대한 법익개념의 기능 속에서 보다 강화하려고 한다. 둘째로는 개인적 법익과 집합적 법익을 구별할 필요성을 범죄유형에 대해서도 역시 강조하고, 셋째로 집합적 법익의 상이한 구조유형 및 범죄유형을 제안하려고 한다. 즉 집합적 법익의 보호가치에 대한 히르쉬의 지적은 더욱 상세하게 근거 지을 필요가 있다. 더 나아가 법익에 내재되어 있는 사상이 다른 정당화모델과 어떠한 관계에 있느냐 하는 점이 해명되어야 한다. 볼러스는 법익개념의 적극적 의의를 낮게 평가하고 있다. 그러나 법익개념은 그가 강조한 척도로서의 범죄유형에 대해서는

2) *von Hirsch* (주 1), 15면 이하.

본질적인 것이고, 개인적 법익과 집합적 법익이 구별되는 경우에는 그 중요성이 더욱 증대된다. 결국 볼러스의 인식은 원칙적으로는 타당하지만, 체계화로부터 어떠한 내용도 유도해 낼 수 없다. 다만 체계화는 우리가 실질적으로 중요한 체계화를 실행하는 경우에는 항상 비판적 잠재력을 지니게 된다.

C. 법익개념의 과소평가된 의의

Ⅰ. 볼러스가 이미 설명한 바와 같이, 정점에 선 실질적 법익개념은 어쩌면 학문적으로는 매혹적이지만 현실주의적 고찰에 의하면 실패로 판명된 기획일지도 모른다.[3] 왜냐하면 무엇이 (여전히) 법익이고 무엇이 법익이 아닌가라는 경계영역을 결정하는 물음은 각각의 사회와 그의 구성, 사회모델, 그리고 사회의 (물론 헌법적인) 체계조건에 의존하기 때문이다.[4] 자신을 정의할 때 이러한 의존성을 받아들이지 않는 법익개념은 이러한 역동성에 적합할 수 없다. 이에 반해 이러한 의존성을 고려하는 법익개념은 자신의 비판적 잠재력을 상당부분 상실한다. 법익에 대한 일반개념을 찾는 데에 있어 우리는 법익개념의 사회적·법정책적 상대성 때문에 다른 말로 "모호성과 선별성 사이의 유쾌하지 않은 선택" 에 직면하게 된다.[5]

Ⅱ. 볼러스는 이러한 생각을 범죄유형의 세분화에 주목하는 계기로 삼는다. 그럼에도 그는 범죄유형은 법익의 엄밀한 확정과 불가분적으로 결부되어 있다고 확언하고 있다. 나는 이에 다음과 같이 덧붙이고자 한다. 즉 특히 법익의 개념을 집합적 법익의 개인적이고 다양한 구조유형으로 분류할 때, 우리는 이러한 문제영역에 대한 계속적인 도전에 직면하게 된다. 그 외에도 법익 자체의 개념에 내재한 가능성은 여전히 고갈되지 않은 것으로 보인다. 다만 법익개념은 처음부터 정의되어야 하는 것이 아니라, 오히려 — 하쎄머(Hassemer)가 표현한 것처럼[6] — "아래로부터 실질화" 되어야 한다. 이때 단지 구속력 없는 형사정책

3) 보편적 법익의 보호를 위한 추상적 위험형법이 일괄적으로 평가되어야 하는지의 질문에 대한 *Kuhlen* (GA 1994, 347, 367)의 표현 참조.

4) *Frisch*, in: Eser/Kaiser/Weigend (Hrsg.), Vom totalitären zum rechtsstaatlichen Strafrecht, Freiburg (1993), 201면, 205면.

5) Nomos Kommentar/*Hassemer* Vor § 1 Rn. 287, Baden-Baden (Dezember 1995); *Stratenwerth*, Strafrecht AT, 4. Aufl. Köln/Berlin u. a. (2000), § 2 Rn. 7.

적 제안만으로 만족할 수 없다면, 이러한 실질화의 구성요소는 형법보다 상위에 있는 법, 즉 헌법에서 나와야 한다.[7]

D. 첫 번째 단계 — 아래로부터 법익의 실질화

몇몇 실질화 기준은 이미 히르쉬와 볼러스에 의하여 언급되었다.

Ⅰ. 실질화 기준에는 형법을 보호법으로 성격짓는 것이 포함된다. 따라서 헌법을 통해서는 형법이 법익보호에 기여한다는 것은 확인되지 않지만, 보호사상의 반대개념인 단순한 의무침해사상이 위헌적일 수도 있다는 상황은 확인된다.[8] 이러한 인식은 히르쉬가 계속적으로 언급한 가능한 처벌원리라는 배경에 앞서 특수한 충격에까지 다다른다. 히르쉬와 함께 나는 — 내 전문용어에 따르자면 — 사회에 뿌리박힌 가치표상이나 행위표상[9]에 대한 위반을 처벌하는 것은 이러한 위반으로 인해 야기된 손해가 없더라도 헌법에 반하지 않는다는 입장을 취하려고 한다. 다만 그러한 종류의 행위범(Verhaltensdelikte)에서는 결과요소의 결여로 인해 형벌제한의 가능성이 제한된다. 그럼에도 불구하고 행위범의 위헌성에 대해서는, 행위범에서는 국가적 행위표상의 강요가 아니라 사회에 존재하는 동질적인 신념에 대한 반성이 중요하다는 반론이 제기된다. 따라서 행위범은 — 물론 단지 절대적인 예외로서 — 엄격한 전제조건하에서 정당화되는데, 이 때문에 히르쉬의 개념에서와 마찬가지로 다른 원칙에 비하여 해악의 원칙의 특별한 중요성이 강조되는 것이다.

Ⅱ. 이러한 원칙으로부터 계속적으로 두 가지를 이끌어낼 수 있다. 볼러스가 적절하게 완성한 바와 같이, 법익을 위한 실체나 가령 "증서" (Handfeste) 따위를 요구하는 경향은 거부된다. 그러나 반대로 법익은 또한 관념적인 가치로만

6) NK/*Hassemer* (주 5), Vor § 1 Rn. 288.

7) 이와 관련하여 헌법적 법익개념에 관해 언급하는 것(가령 *Roxin*, Strafrecht AT/1, 3. Aufl. München [1997], § 2 Rn. 9 Fn. 17)은 그럼에도 불구하고 여기에서 선호하는 행동양식에 적합하지 않게 될지도 모른다. 왜냐하면 그와 같은 헌법이 아니라 헌법에서 파생된 구체적 원칙이 아래로부터의 법익의 실질화를 달성할 수 있기 때문이다.

8) 상세한 것은 *Hefeldehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln/Berlin u. a. (2001), § 3 Ⅱ.

9) 이에 대해서는 또한 *Stratenwerth* ZStW 105 (1993), 679, 694; 그 외에도 *Stratenwerth* (주 5), § 2 Rn. 8 및 9 참조.

간주되지도 않는다.[10] 왜냐하면 현실성은 실질적인 대상을 단순히 모아놓은 것에 국한되는 것이 아니기 때문이다.[11] 전문용어를 사용해 설명하자면 다음과 같다. "관념적인" (ideell)에 대한 대안은 "실질적인" (materiell)(실체적인, körperlich)이 아니라 "현실적인" (real)이다. 다시 말하자면 현실성은 실질적인 대상에 존재할 뿐만 아니라, 심리적-정신적 현상의 영역에도 그 뿌리를 두고 있다. 이러한 현상은 관념적인 사상의 형성과 같이 인과작용에서 결코 멀어지지 않는다. 침해될 수 있는 것은 사실관계이다.[12] 이러한 인식은 보호대상과 범죄구조 각각에 연결된 세 논문 모두에 대해 중요한 요소로 강조될 수밖에 없다.

Ⅲ. 오직 그와 같이 정밀하고 동시에 좁은 법익확정을 통해서만이 개인적인 법익뿐만 아니라 집합적인 법익을 보호하는 범죄구성요건에 "숨어있는" 피상적인 법익의 정의를 밝힐 수 있다. 이는 정확한 범죄구조 내지는 법익이 없는 범죄의 정당화조건을 탐구하려는 것과 같은 모든 시도를 방해할 수도 있다. 히르쉬는 이와 관련하여 중혼(제172조)이라는 범죄구성요건과 아울러 자연보호법(Naturschutzrecht)[13]상의 범죄를 적절하게 강조하였다. 여기에서 지지하는 견해에 따르면 제265조의b의 신용경제의 (집합적) 보호도 마찬가지로 여기에 속하게 된다.[14]

Ⅳ. 상세한 헌법적 실질화기준으로서 헌법과 국가활동의 인격적 형상화는 인간이 모든 가치의 최상위에 있는 것으로 국가의 토대가 된다는 점을 고려하고 있다.[15] 그러나 그에 따라 — 가령 순수하게 체계이론적 착안의 모습을 하고 있기도 한[16] — 공동체 이익의 우선을 처음부터 위헌적인 것으로 떼어 놓는다면, 모든 집합적 법익이 직접적으로 개인적 이익으로 귀속될 수 있어야 한다는 정반대의 상황도 정당화될 수 없다.[17] 이원론적 법익개념은 국가에 대한 이해의

---

10) 따라서 가령 *Blei*, Strafrecht AT, 18. Aufl. München (1983), 89면; *Sax* JZ 1976, 429, 432.

11) *Graul*, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, Berlin (1991), 57면.

12) *Kargl* ARSP 82 (1996), 485, 493; 같은 취지로 *Niepoth*, Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, Frankfurt/M. (1994), 116면 이하 및 보다 풍부한 자료를 제시하고 있는 주 417.

13) 이에 대해서는 *Hefendehl* NuR 2001, 498 이하.

14) 이에 대해서는 *Hefendehl* (주 8) § 7 Ⅲ 3.

15) *Hefendehl* (주 8) § 3 Ⅲ.

16) 이를 거부하고 있는 입장으로는 *Wohlers*, 이 책 17면 이하.

17) 이러한 생각으로는 *Hohmann*, Das Rechtsgut der Umweltdelikte, Frankfurt/M. (1991), 189

변화로 인해 시민을 위한 집합적 제도의 확장된 중요성까지 (근본적인) 법익으로 인정하고 있다. 다만 실현가능성으로서 이러한 집합적 법익의 인격적 뿌리가 여전히 명백하기는 하지만 국가의 기능법익(Funktionsrechtsgüter)에 의해 약화된다는 것은 분명하다. 여기에서 기본법이 사회체계의 중요한 구조적 근본결정을 실행했던 것이다. 따라서 이러한 입장에서 보면 이원론적 법익개념의 두 구성요소간의 경계가 사라지는 것이지, 결코 개인적 법익과 집합적 법익간의 경계가 사라지는 것이 아니다. 이러한 인식은 또한 범죄구조에서도 기본적인 의의를 갖는다.

V. 비례성 원칙은 문헌이나 판례에 대한 입법자의 소극적 한계로서 그것이 갖는 중요성에 비추어 볼 때 이제까지는 과소평가되어왔다.[18] 법익보호를 위한 범죄구성요건의 적합성이라는 요소에 관해 세 논문 모두에서 제시된 법익과 범죄구조의 연결은 그 헌법적 타당성을 획득한다. 형법에 대한 투입의 필요성에서는 한편으로 형벌위협이 순수하게 보충적 본성만을 지닌 것인가 하는 문제가 제기된다. 다른 한편으로는 형법과 명백히 동일한 가치를 갖는 대안이 언제 존재하게 되는지를 결정해야 한다.[19] 끝으로 좁은 의미의 비례성은 보호사상에 모순되는 원리로서, 형법적 보호의 무제한적 전치를 억제하는 것인데, 특히 볼러스가 언급한 사전범에서 그 중요성이 나타난다.

E. 집합적 법익의 구조와 그 체계화

이제까지는 단지 법익에 대한 몇몇의 명확화만이 앞에서 본 바와 같이 이루어졌다. 이제는 핵심형법과 부수형법 곳곳에 존재하는 집합적 법익의 구조에 관심을 기울이는 것이 중요하다. 이러한 구조는 국가와 통화의 안전을 포함하고

면; *Marx*, Die Definition des Begriffs "Rechtsgut" , Köln/Berlin u. a. (1972), 79면 이하.

18) *Vogel* StV 1996, 110, 113 이하의 연방헌법재판소 판례에 대한 분석. 비례성원칙의 능력이라는 관점에서 비판적으로 서술하고 있는 것으로는 *Appel*, Verfassung und Strafe, Berlin (1998), 171면 이하; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Tübingen (1996), 여러 곳; *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts - zur Dogmatik "moderner" Ge- fährdungsdelikte, Berlin (2000), 242면.

19) *Hefendehl* (주 8), § 6.

경우에 따라서는 사물에 대한 국가의 지배력과 환경매체도 포함한다. 그러나 이 구조가 항상 보편적이어야 한다는 점은 구조와 체계화의 유일한 기준으로 충분하지 않다.

Ⅰ. 1. 소모불가능성(Nicht-Abnutzbarkeit) 내지 분배불가능성(Nicht-Distributivität)이라는 개념은 명료화의 첫 번째 단계를 구성한다.[20] 반면에 집합적 법익은 잠재적으로 모든 사회구성원이 이용할 수 있다는 점에 의해 일괄적으로 특징지어진다. 그리고 이러한 개념형성은 예컨대 환경범죄의 특별한 위치를 명백하게 한다. 왜냐하면 환경자원의 이용은 어떠한 경우에든 "소모되지 않고는" 이루어질 수 없기 때문이다.

2. a) 집합적 법익의 "다듬어지지 않은" 체계학은 예나 지금이나 진부하지 않으면서도 특히 오늘날에는 그 중요성이 다소 변화된 국가와 사회의 구분과 관련되어 있고, 개인들을 위해 형성되고 있는 법익을 위한 자유영역을 국가적 한계조건의 보호를 위한 법익으로부터 분리한다. 첫 번째 그룹은 개인적 법익과 같이 항상 존재하여 공동체구성원의 생활을 둘러싸고 있는 법익(예컨대 문서죄의 기초가 되는 법익)으로 이루어져 있다. 여기에서는 법익의 인격적 구조에 의해 특히 개인적 법익 그 자체의 보호를 위한 구획을 설정하는 문제가 발생한다. 볼러스가[21] 하나의 그룹으로 파악한 신용사기와 투자사기라는 범죄구성요건은, 여기에서 주장되는 견해에 따르면 전단계화된 개인적 이익의 보호에 기여할 수도 (최초로) 집합적 이익의 보호에 기여할 수도 있을 것이다.

b) 두 번째의 큰 그룹인 국가적 한계조건의 보호를 위한 법익[22]에서는 다음과 같은 세 가지의 서로 다른 계층적 차원이 구분된다. 즉 국가 그 자체의 보호를 위한 것(예컨대 반역죄)과 특정한 헌법기관의 기능조건 보호를 위한 것(예컨대 헌법기관에 대한 협박), 그리고 시민에 대하여 이루어지는 직접적인 국가작용의 보호를 위한 것(예컨대 공무집행방해)이 그것이다.

Ⅱ. 집합적 법익의 다양한 구조유형[23]은 앞에서 언급한 체계화와 만난다.

1. 사회적으로 중요한 신뢰법익(Vertrauensrechtsgut)[24]은, 전형적으로 관료기

---

20) *Alexy*, in: Weinberger (Hrsg.), Internationales Jahrbuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung, Aktuelle Probleme der Demokratie, Wien (1989), 49면, 54면 이하; 또한 *Koriath* GA 1999, 561, 564.

21) 이 책 19면.

22) 상세한 것은 *Hefendehl* (주 8), § 9.

23) 상세한 것은 *Hefendehl* (주 8), § 4.

구의 불가매수성에 대한 신뢰를 들 수 있는데, 법익과 무관한 법질서의 효력 그 자체에 대한 신뢰와 엄격하게 구별되어야 한다. 왜냐하면 특정한 제도에 대해서는 형성 및 파괴 각각의 고유한 전제조건 아래에 있는 신뢰가 만들어지고 있다는 것이 증명되기 때문이다.

2. 사회적으로 중요한 소비가능영역을 담당하고 있는 법익은 환경형법에서 찾아볼 수 있다. 왜냐하면 환경자원의 보호는 핵심에 있어서 서술적 법익(deskriptive Güter)[25]으로서, 환경 자체의 한정성과 임의적인 재생불가능성으로 인해 신뢰법익과는 달리 이용에 의해 고갈될 수 있기 때문이다. 바로 여기에 그 특수한 보호필요성의 결정적인 이유가 존재한다.

3. 국가의 한계조건 보호를 위한 법익에서는 사회적으로 중요한 집합적 법익(바로 1.과 2. 참조)에서와 같이 유사한 이분화가 이루어진다. 즉 앞의 두 계층적 단계로서 국가와 그 제도의 존속에서는 그 기능조건이 중요하다. 반면에 직접적으로 수행하면서 침해하는 국가작용은 (예컨대 조세범죄에서) 돈이나 특정한 노동력과 같은 유한재에 해당하는 자원이 국가의 손안에 존재함을 전제로 한다.

4. 이제까지 체계화했던 집합적 법익 외에도 개인적 법익과 집합적 법익 사이에 있는 특별한 상황이 있는데, 예컨대 마약형법에서 이른바 국민의 건강 또는 도로교통범죄에서 소위 교통의 안전이라는 형태에서 찾을 수 있다. 이때 개인적 법익의 보호와 관련이 있는 사실상의 정당화 조건을 명료하게 하기 위해서는 피상적인 집합적 법익의 구조가 제거되어야 한다.[26]

5. 이러한 구조유형들은 동시에 추상적 법익에 대한 이제까지의 논쟁이 갖고 있는 "위험"을 분명하게 해준다. 즉 이들은 대체로 "오히려 가벼운"[27] 적을 가려낸다. 집합적 법익은 신용사기나 환경범죄, 마약형법을 넘어 바로 비난받을 수 있는 것이 아니라, 각각의 예외적인 상황을 표현한 것이다.

---

24) *Hefendehl* (주 8), § 7 Ⅲ 2.

25) 다만 *Kindhäuser*, in: Letzgus u. a. (Hrsg.), FS für Helmrich, München (1994), 967, 978면.

26) *Hefendehl* (주 8), § 4 V.

27) 즉 *Neumann*(ZStW 106 [1994], 189, 195)의 *Herzog*(Gesellschaftliche Unsicherheit und straf- rechtliche Daseinsvorsorge, Heidelberg [1991])에 대한 평가.

F. 집합적 법익과 범죄구조

볼러스는 다양한 정당화조건을 규명하기 위해 단순히 추상적 위험범이라는 범죄형태로 주의를 환기시키는 것만으로는 결코 충분치 않다고 명확히 설명하였다. 이러한 흠결은 추상적 법익을 보호하는 모든 범죄구성요건에 대해 종래의 용어에 따라 기껏해야 추상적 위험범만을 고려한다는 점을 감안할 때 특히 두드러진다.[28]

Ⅰ. 볼러스는 특별한 범주로서 개인적 법익과 집합적 법익에 같은 정도로 관련되어 있는 사전범을 강조하였다. 이에 따르면 단지 좁은 법익개념만이 하나의 범죄구성요건이 단지 아래의 전단계보호(Vorfeldschutz)를 위한 특별한 정당화조건에 기여하는지 아니면 이미 직접적인 법익보호에 기여하고 있는지에 대한 물음에 대한 판단을 내릴 수 있다. 여기에서 전단계보호는 법익의 연관대상에 대한 상대적 개념으로 이해된다. 그리고 이는 법익이 행동에 의해서 침해되지 않는다는 것은 우연에 관한 문제가 아니라는 상황을 포함한다. 여기에는 제30조의 범죄공모는 포함되지만, 제316조의 음주운전은 포함되지 않는다.

Ⅱ. 볼러스가 이와 같이 설명한 구체적 위험성범을 단순히 개인적 법익에서만 고려하도록 하는 것을 현실화한다면, 그에 따르면 집합적 법익이라는 어마어마한 그룹에 대해서는 소위 누적범만이 남을 뿐이다. 이러한 범죄유형은 실제로 강조될 수밖에 없는 것으로, 오직 개인적 법익에서만 가능한 현실적 침해의 인과성에 대해 여기에서 그와 같이 특징지어진 실질적 등가성(materielles Äquivalent)을 만들어낸다. 그런데 이러한 현실적 침해의 인과성은 심지어는 사회적으로 중요한 신뢰법익에서뿐만 아니라 사회적으로 중요한 소비가능영역에서도 발생할 수 있는 것이다. 따라서 누적사상은 특히 환경범죄[29]에서, 그리고 이미 일찍이 수뢰죄[30]에서도 설명된 바 있다. 경미성원칙(Bagatellprinzip)을 감안한다면 오직 현실적인 시너지효과만이 누적될 수 있는 것으로 간주되는 바, 이미 누적구성요건에 대하여 제시된 반론 가운데 일부는 제거되었다. 그 잠재적 적용영역은 좁게 제한되어 이익을 존중하는 행위와 일상생활 내지는 직장생활

---

28) 몇몇의 예외에 대해서는 *Hefendehl* (주 8), § 10.

29) *Kuhlen* GA 1986, 389, 399이하; *ders.* ZStW 105 (1993), 697, 716.

30) *Loos*, in: Stratenwerth u. a. (Hrsg.), FS für Welzel, Berlin / New York (1974), 879면, 891면 이하.

이 분쟁에 휘말리거나(도로교통범죄와 환경범죄) 개인적 법익에 있어서의 현실적인 누적효과가 불가피하게 집합적 법익에 영향을 미칠 수 있는(사기행위와 관련하여 이루어지는 통화위조범죄) 사례들 정도만 포함할 뿐이다. 누적을 넘어서는 불법의 근거지음은 제3자의 불법으로부터 발생한다는 반론은 오직 구체적인 구성요건적 형식의 범위 안에 있는 제3자의 불법에 책임을 근거지우려는 지적이 일어난다고 할 때에나 적절할 수 있을 것이다. 그러나 이는 불가능하다.

Ⅲ. 국가적 기능법익의 보호를 위한 범죄구성요건에서는 침해의 가능성이나 누적의 가능성은 문제되지 않는다. 국가에 대한 공격은 보통 중첩될 수 없는 의도에 의해 발생한다. 이처럼 현저히 완화된 법익관련성은 오직 두 가지의 전제하에서만 받아들여질 수 있다. 하나는 보호되는 국가의 기능법익에 헌법상의 근거를 부여하는 것이고, 다른 하나는 법익관련성을 적합한 방식으로 객관적으로 구성하는 것이다. 바로 이러한 예는 누적사상의 투입을 곤란하게 만들지 않기 위해서는 범죄구조에 있어서 상세한 세분화가 요구된다는 점을 보여준다.

G. 결 어

이 논문은 히르쉬와 볼러스의 논문과 관련되어 있다. 법익개념의 중요성은 히르쉬에 의해 강조되고 있다. 무엇이 형법에 의해 보호되어야 하는 법익으로 간주되고 무엇이 그렇지 아니한지를 법익개념을 통해 적극적으로 확정할 수 있을 것이라는 생각을 갖고서는 법익개념을 실질적으로 형성할 수 없다. 그럼에도 불구하고 법익개념은 헌법에 뿌리를 두고 있는 실질적 요소를 포함하고 있다. 또한 정밀하게 정의된 법익의 개념은 볼러스가 촉발시킨 범죄유형의 세부적인 차별화의 출발점이기도 하다. 이러한 요구는 집합적 법익이라는 큰 그룹에 대하여 종래의 용어에 따라 단순히 추상적 위험범을 결코 충분하지 않은 것으로 본다는 것을 염두에 둘 때 부가적으로 그 중요성을 획득하게 된다. 비록 오늘날 유럽형법시스템의 "초석" 이 수집된다 할지라도[31] 근본요소에 관심을 두는 것은 예나 지금이나 충분한 가치가 있다. 왜냐하면 이와 관련된 법률의 의도 또한 적

31) 가령 이른바 "유럽형법의 토대로서 법전" (Corpus juris als Grundlage eines Europäischen Strafrechts)에 관한 논문 참조(이에 대해서는 *B. Huber*가 편찬한 동명의 저서, Freiburg [2000]; *Otto* Jura 2000, 98이하; *Tiedemann* GA 1998, 107이하 참조).

어도 현실적 침해의 인과성과의 실질적 등가성에 의해 "위태화" 되는 (집합적) 법익을 보호하는 방향으로 이루어져야 하기 때문이다.