

<論 文>

保安處분에 관한 약간의 考察

李 壽 成*

一. 序 論

自然科學과 더불어 萬人의 福祉를 追及하는 至上命題를 품어 안은 社會科學中에서도 刑事科學은 動에 對한 反動, 正에 對한 不正을 本體로 하는 犯罪와, 그 犯行의 主體인 犯罪人群에게 必要惡으로서의 苦痛을 強制하는 刑罰의 正當性, 그 本質에 관한 어떤 結論을 얻기 爲하여 世紀에 걸친 論爭과 探究의 領域이 되어 왔다. 이리하여 許多하게 正립된 理論들은 궁극적으로 犯罪없는 社會의 建設이라는 理想指向의인 點에서 同質性을 갖게 된다. 그러나 이러한 同質性에도 不拘하고 이들 理論들은 各各 그들이 追求하는 價值的 基準에 따라 手段과 目的을 달리하고 있는데, 이러한 差異는 바로 個個의 理論이 背景으로 한 歷史的 感覺의 橫的 表現이라고도 할 수 있다. 卽 個人에게 科하여지는 不當한 害惡에 對하여 私의 制裁로 始終하였던 近世紀以前의 原始的 社會狀態가 public vengeance의 手段을 得하여 刑罰의 基礎理論을 莫然하게나마 正립할 수 있었던 것은 國家形成過程에서 必至하는 權力의 中央集中化라는 歷史的 政治樣狀이 作用한 까닭이었으며, 客觀主義의 發生은 道德的 自我를 부르짖던 18世紀 末葉의 自由主義思想에 호응하여 自由意思 卽 善과 惡의 選擇에 있어 人間內心의 道德律에 絕對價値를 부여한 結果에 다름 아니고, 이는 다시 19世紀初 大陸을 支配하던 Romanticism과 結合하여 Kant와 Hegel의 影響下에 正義實現의 手段으로서의 刑罰概念인 應報刑思想으로 發展하게 된 것이다. 한 便 主觀主義는 19世紀 末葉에 Europe大陸을 휩싸던 自然科學的 實證主義의 影響 아래 犯罪發生의 原由를 探究하며, 社會的 責任說의 立場에서 社會를 犯罪로부터 防衛하려는 새로운 시도인 目的刑主義乃至 教育刑主義라는 科學的 方法論을 創成하게 된 바 있다.

近來에 이르러 犯罪의 原因이 人間의 平等한 自由意志에서 연원하는 것이 아니라 犯罪人의 性格과 環境, 卽 個人的 原因과 社會的 原因의 複合狀態에서 必然的으로 찾아질 수 있다는 決定論의 立場이 強力하게 대두되면서부터 犯罪理論은 점차 分化된 社會作用과 아울러 純粹한 主觀主義로 轉移하게 되었으며, 이에 따라 刑罰理論도 目的刑乃至 教育刑主義를 向하

* 서울大學校 法科大學 助教

여 進化하게 되었다.

이러한 刑罰理論의 進化는 다시 그 實質에 있어, 威嚇萬能에서부터 점차 人間의 尊嚴性을 되찾아 刑法에 있어서는 刑罰의 완화와 目的刑主義를, 그리고 刑事訴訟法에 있어서는 當事者的 訴訟構造를 導入한 博愛時代(Periode humanitaire)를 出發點으로 하여 科學時代(Periode Scientifique)에 이르러 犯罪의 本質을 明確히 하고, 犯罪人의 處遇에 있어 科學性을 導入함으로써 團體와 個人의 調和를 期하며, 最初로 社會防衛의 現代的 概念을 定立한 과정이라 할 수 있다. 그 後 福祉國家의 概念이 一般화된 今世紀에 이르러서는 刑事政策의 重要性이 提唱되는 한 便, 犯罪現象에 對한 規制를 團體와 個人의 對立이라는 平面上的 觀點에 두지 아니하고 國家目的과 個人의 理想을 合一함으로써 立體化하여 社會存立의 基礎를 確固히 하기 爲한 全面的인 社會防衛手段의 必要性이 提高되어, 刑罰以外的 合理的 效率的 手段을 찾고자 하는 歷史的 思想的 움직임이 活發히 展開되었다. 이러한 理論의 進化는 필경 後述하는 바 傳統的 刑罰의 反省에서 유래하는 것으로, 刑事學을 眞正한 意味의 科學의 座位에 두게 된 것은 科學時代以後, 主觀主義理論의 대두로부터 비롯하였다고 말할 수 있을 것이다.

그러나 이처럼 多面的인 理論의 分岐와 學說의 總合에도 不拘하고 犯罪는 如前히 창궐하며, 오히려 그 量에 있어 增大하고 그 質에 있어 악랄하여 왔다. 그리하여 Ploscowe 같은 사람은 「刑罰의 犯罪人 抑壓의 性質보다도 그 科學的 研究 때문에 社會防衛는 威嚇을 받는다」⁽¹⁾라는 극단적인 主張을 하였으며, Durkheim(1858~1917)은 犯罪的 飽和(Saturation criminelle)⁽²⁾ 理論에 좇아 犯罪를 社會의 正規的 現象이라고 간주하고 있는 것이다.⁽³⁾ 그러나 이러한 見解는 재래의 刑罰만이 모든 復讐의 源泉이며, 犯罪者에 對한 社會的 증오는 그 自體가 正義의 實現인 까닭에 他의 措置는 無用하며, 또한 意味도 없다는 犯罪의 방관 乃至 放任說에 不過한 見解로서⁽⁴⁾ 이에 따른다면 社會가 存續하는 限 犯罪 또한 永久히 存續하고 人間의 知가 이 不變의 現象을 變更하려 함은 어리석고 무모한 것이라는 結論에 到達할 수 밖에 없다. 따라서 이러한 論旨는 人間의 努力에 制動장치를 하는 敗北主義의 發露이며, 理性的 人間이 容納할 수 없는 結論인 것이다. 一定한 文明이 犯罪를 誘致하는 것이 自然的인 歸結이라 할지라도 犯罪現象의 客觀的 觀察에 滿足하지 아니하고, 의연히 對犯罪鬭爭을 계속하는 것은, 犯罪가 이미 個別的 現象이 아니고 大量現象化하여 社會自體의 崩괴를 招來할만큼 重大한 社會問題로 등장하였기에 더욱 切實한 必要性을 갖는다. 이리하여 Bonger

(1) New York Univ. Social meaning of legal concepts (1950). A Criminologist Look at criminal guilt, Edwin J. Lukas.

(2) Saturation Criminelle란 社會學的 犯罪觀으로서 犯罪를 共同生活에서 야기되는 當然의 結果라고 보고, 必然的인 社會現象인 까닭에 一定條件의 社會에는 一定量의 犯罪가 存在하며, 그 以上도 以下도 될 수 없다고 主張한다. 따라서 犯罪放任說의 理論的論據로서 據論된다.

(3) Durkheim. *Les régnes de la methode Sociologique*. 1895.

(4) 비록 犯罪가 社會의 正規的 現象이라 할지라도 그것이 곧 放任說의 主張을 正當化시키어서는 안된다. 犯罪放任說에 關하여는 에링의 날카로운 비판이 있다. 牧野英一 法律に 於ける 矛盾と 調和 p. 27 參照

는 「歷史的인 犯罪現象의 調査方法을 考察하는 것은 흥미 있다. 그러나 犯罪科學은 흥미에 관계없이 社會的 惡性을 除去하는 方法을 提示할 義務가 있다」라고 갈파하는 것이다.⁽⁵⁾ 그리고 前述 方法의 하나로서 現代文明은 犯罪의 原因을 分析하여, 징벌적 刑罰論에서부터 主觀主義에 立脚한 教育刑主義에로 轉移함으로써 社會防衛의 目的下에 對犯罪鬭爭의 科學化에 主力하고 있는 것이다.

前述과 같은 對犯罪鬭爭의 좌표는 必然的으로 刑事心理學, 刑事政策等을 高唱하게 되었으며, 現代에 이르러서는 犯罪論(特히 責任論)에서 刑罰論으로, 그리고 다시 刑罰論에서 刑事政策으로 그 重點이 移動되는 感이 있다. 그러나 刑事政策은 그 自身 精密科學이 될 수 없는 弱點을 지닌 까닭에 如前히 政策의 範疇에서 벗어나지 못할 뿐더러, 主觀主義刑法理論이 犯罪論과 刑罰理論에서 純粹한 行爲者刑法理論을 展開하고 있음에도 不拘하고, 記載된 法形式으로서의 刑罰은 舊態依然 應報의 色彩 짙은 客觀的 추상적인 正義配分의 樣狀을 脫皮하지 못하고 있는 까닭에, 批判과 研究의 焦點은 오히려 刑罰論에 주어지며, 刑罰의 多樣化로서 犯罪人의 內面에 存在하는 명제를 治愈하고, 그 再社會化를 爲한 教育에 이바지하며, 同時에 社會防衛의 目的을 達成할 수 있도록 진력하고 있는 것이다.

이리하여 犯罪現象의 社會學的 考察로서 새로운 犯罪概念을 確立하고, 더하여 許多한 刑事法上의 迷路를 타개하기 爲한 시도로 主唱된 것이 바로 保安處分인 것이다.

後述하는 바와 같이 保安處分은 一義的으로 規定지을 수 없는 概念이다. 그러나 保安處分이 社會學的 犯罪概念을 基礎로 하여, 犯罪現象에 對한 團體主義的 規律을 통한 社會防衛의 理想을 達成하려는 目的을 가진 것임에는 疑心의 餘地가 없다.

회고하건대 1920年代, Ferri에 依하여 이루어진 保安處分의 研究는 가장 實證的이고 가장 科學的이었으며, 또한 人權의 保障에 철저히 留意한 犯罪學上의 希望峰이었다. 그러나 이와 같이 偉大한 業績이 政治的 격동기를 通하여 誤導되고 마멸되기 어연 半世紀, 그 오랜 期間은 실로 刑法理論의 公백기라 할 수 있다. 아무도 그 科學性을 否定할 수 없으면서, 또한 아무도 그 全面的 採擇을 두려워하지 않는 者 없고, 누구도 그 必要性을 切感하면서, 또한 臆질만의 道德律에 얽매인채 누구도 그에 外面하지 않을 수 없는 것, 그것이 바로 刑法에 있어서의 保安處分의 領域인 것이다.

本稿에서는 從來의 刑罰에서 그 矛盾을 찾고 保安處分의 回顧와 展望에 對한 약간의 考察을 함으로써, 검증하는 犯罪로부터 社會를 防衛하고자 하는 일단의 새로운 努力에 敬意를 表하고, 이러한 努力의 集大成이 文明社會에 이바지할 크나 큰 結果에 대하여 注意를 환기시키고자 한다.

(5) W.A. Bonger, *Criminality and Economic Conditions*, p. 246.

二. 保安處分の 本質

1. 保安處分の 意義

保安處分(Sichernde Massnahmen; Mesure de Sûreté; Provvedimenti)이란 본래 理論上의 概念이 아니고 刑事政策的 意味를 強하게 풍기는 實際上的 必要에 따라 創生한 개념에 一義的으로 그 概念을 規定할 수는 없다. 그러나 一般的인 概念規定에 따른다면 다음과 같이 要約할 수 있다.

가장 넓은 意味로는 犯罪의 危險을 防止하기 爲하여 刑罰以外에 刑罰을 補充 또는 代替하는 것으로서 國家가 使用하는 改善, 教育, 保護, 其他 一切의 處分을 總合하며, 가장 좁은 意味로는 刑罰以外에 이와 代替 또는 이를 補充하는 것으로서 犯罪行爲를 原因으로 하여 그 行爲者의 危險性을 防止하기 爲한 手段으로서 裁判所에 依하여 言渡되는 自由의 剝奪 혹은 制限等を 內容으로 하는 處分이다.⁽⁶⁾ 이러한 概念規定中 特히 廣義에 있어서의 保安處分은 獨逸刑法 第42條 n에서 보는 바와 같이 客觀的으로 犯罪實行의 可能性이 存在하고, 그 危險防止를 爲하여 特別의 措置가 必要하다면 그것으로 足하고 特히 犯罪行爲의 存在를 要件으로 하지 않는다는 點에 留意할 必要가 있다.⁽⁷⁾

後述하는 바와 같이 保安處分은 刑罰과 相對的인 概念으로 出發하여, 刑罰만으로써는 不充分 乃至 不適當한 社會防衛의 目的을 他手段에 依하여 達成하려는 慾求에서 비롯한 것이다. 例컨대 우리 刑法의 規定에 따르는 경우 責任無能力者(第9條, 同 第10條 第1項)는 刑罰로부터 完全히 自由로우며, 限定責任能力者(第10條 第2項)는 刑의 減輕의 惠澤을 입게 되는데, 이것은 在來의 刑法學이 스스로 限界點을 設定한 責任理論의 範圍內에서 刑罰과 道德律을 直結시킨 結果라 할 수 있으나, 한걸음 나아가서 刑罰適應性의 問題로 理解하여도 좋을 것이다.⁽⁸⁾ 그러나 비록 이 規定을 刑罰適應性의 問題로 解釋한다 하더라도 그것은 이미 現代의 社會防衛理論과는 全히 別個의 것이 아닐 수 없다. 왜냐하면 責任無能力者의 行爲일지라도 社會的 危險性이 存在하는 限 當然히 防衛의 對象이 되는 때문이다.⁽⁹⁾ 이리하여 責任能力과 社會防衛의 問題를 調和하는 方法으로 案出된 것이 保安處分의 原形이었다고 말할 수 있다.

(6) 劉基天 博士 刑法學(總論講義) p. 385; 木村龜二. 刑事政策의 基礎理論 p. 356 以下

(7) 劉基天博士 前掲書 p.385. 이 規定은 傳統的인 責任觀念을 完全히 이탈하여 主觀主義와 社會防衛理論에 투철한 立法形式으로서 重大한 意味를 갖는다.

(8) 이 規定을 自由意思의 概念을 重視하는 應報主義의 主張에서 본다면, 自由意思없는者에게 道德의 非難을 加할 수 없다는 뜻으로 理解할 수 있으며, 行爲者刑法理論에 쫓아 刑罰適應性의 有無에서 觀察할 때에는 또한 主觀主義의 立場을 取한 것이라고 解釋할 수 있다.

(9) 今日의 統計的, 精神病理學的 研究에 依한 結論은 精神能力의 缺陷으로 刑法典의 이른바 責任無能力者 乃至 限定責任能力者에 해당하는 者의 犯罪의 危險性이 더욱 크다는 것을 밝혀 주고 있다.

더우기 오늘날의 犯罪學은 犯罪의 原因이 遺傳 等 個人的 原因에서보다도 오히려 貧困, 疾病, 文化갈등, 모방 等등의 社會的 環境에서 찾아져야 할 것이라고 갈파하고, 社會的 不安이 犯罪을 야기하며, 또한 犯罪가 社會的 不安을 造成하는 一大原因임을 明白히 한 바 있는데, 이러한 犯罪概念 乃至 犯罪觀의 轉移는 從來의 刑罰이 無力한 威嚇에 始終하였던 과오를 시정하여, 效率的인 犯罪對策으로서의 社會政策(刑事政策의 확대개념)과 함께 더욱 完全한 社會防衛策으로서의 保安處分の 必要性을 提高하게 된 것이다.

이처럼 保安處分の 存在意義는 첫째로는 犯罪로부터의 社會防衛, 그리고 둘째로는 至高한 人道主義에 立脚한 犯罪人의 社會復歸라는 두 개의 主題 속에 함축되어 있다. (保安處분이 人道主義의 眞正한 表徵이라 함은 哲學的으로 論究되는 外에 實質上으로도 證明된다. 이 點에 관하여서는 다시 論述키로 한다.)

이러한 觀點에서 考察하면 前述한 責任無能力者를 包含하여, Alcohol 中毒者, 勞動嫌忌者, 常習犯罪人 혹은 少年犯 等등이 모두 保安處分の 對象主體로서, 矯正教育和 治療處分 等の 特別한 措置를 받아야 하며, 그로써 社會防衛가 可能하게 될 뿐만 아니라 그들 自身の 社會에로의 復歸도 期待할 수 있게 되는 것이다. 序說에서 言及한 바와 같이 現代國家는 福祉 國家이며, 社會의 共榮을 爲한 온갖 努力을 傾注할 義務와 함께 個人의 權益을 最大로 保障하여야 할 任務를 同時에 갖는 것이다. 따라서 國家的, 社會的 義務로 대두된 犯罪現象의 規制 乃至 그 解決方法의 提示를 知識의 總動員으로 可期케 하는 努力은 不斷하며 또한 多樣的인 바, 특히 重大한 意味를 갖는 刑事科學에서, 社會防衛와 個人權益의 保障이라는 두 개의 目標에 接近하려는 手段中의 하나가 바로 保安處分이라 함에는 疑心의 餘地가 없다. 그러나 傳統的으로 위와 같은 目的을 갖고 있는 刑罰과 保安處分이 性質上 準별될 수 있는가의 問題는 반드시 明瞭하지는 아니하다. 이 問題에 對하여서는 後述하기로 하고 要件대 保安處分の 特徵이 되는 것으로 다음과 같은 두 가지 點을 내세울 수 있다.

即 첫째, 保安處分이란 單純한 法益의 剝奪外에 教育, 治療 等등의 方法을 施行함을 前提로 하며, 둘째, 保安處分은 本人의 社會的 危險性이 存續하는 동안 一定한 拘束을 本人에게 계속 加해야 한다는 것이다.⁽¹⁰⁾

이 두 개의 特徵은 示唆하는 點이 많다. 即 첫째번의 特徵에서 우리는 單純한 法益剝奪에 始終하였던 傳統的 應報刑主義理論(現代의 刑罰도 이에서 현저한 發展을 한 바가 없다)을 배격하고, 眞正한 主觀主義 教育刑理論의 立場에 充實하려는 努力을 엿볼 수 있으며, 그것은 本源的으로부터의 人道主義와도 關聯지어 생각할 수 있고, 두번째의 特徵에서, 受刑者

(10) 牧野英一, 刑法に於ける重點の變遷 p. 260 以下; 同教授 刑事學の新思潮 p. 231 以下; 木村龜二, 保安處分論 (法學 第6卷 第6號); 安平正吉, 保安處分法の理論 (昭和 11年). 其他 法學志林 第19卷 9號의 池田教授論文 및 第15卷 第9號의 牧野博士論文 參照. 一刑罰と保安處分とに就て—

의 矯正狀態에 關係없이 刑期の 滿了와 더불어 犯罪人을 釋放할 수 밖에 없었던 刑罰의 矛盾을 克服하여, 犯罪人의 危險狀態를 표준으로 하여 격리와 教育의 期間을 신축성있게 함으로써 合理的 社會防衛에 이바지하는 長點을 看取할 수 있다.

以上에서 대개 現代國家의 理念과 犯罪概念의 變遷이 保安處分의 必要를 낳게 한 후, 그 概念이 多樣하게 理解되고 있음을 說한 바 있다. 그러면 本稿에서는 保安處分의 存在價値, 即 保安處分이란 무엇인가의 問題에 對한 解答으로 다음과 같은 定義를 내려 볼 수 있을 것이다.

가. 個個의 犯人의 犯罪的 危險性을 豫防 또는 鎮壓하는 處分이나 그 目的은 全體社會의 福祉理念에 둔다.

나. 社會의 安全(Sicherung, sûreté)과 併行하여 個個 犯罪人의 再社會化를 爲한 最善의 措置를 강구하여야 할 義務가 있다.

다. 保安處分이 비록 Non-punitive measure 라고 하더라도 刑罰과 同質의인 自由의 剝奪 乃至 制限을 수반하는 까닭에 行政處分의 領域에 屬하지 아니하고, 따라서 반드시 法院에 依하여 行하여져야 한다.

라. 반드시 犯罪行爲를 前提로 하지 아니하나, 또한 반드시 危險性을 測定할 一般의 標準이 淸정 되어 있어야 한다.

마. 將次는 現代의 無用한 刑罰에 完全히 代置(Vikarierung) 될 運命을 가지나, 現在로는 刑罰과 併行(Kumulierung), 혹은 代替되는 處分이다.

2. 保安處分의 沿革

保安處分(Mesure de Sûreté; Sichernde Massnahme; Provvedimenti)이란 用語는 元來 大陸 法界에서 使用되고 淸립된 用語概念으로서, 英美法上의 用語概念은 아니다. 왜냐하면 英美法領域에서는 Common Law의 特徵으로 刑罰自體가 오랜 試行錯誤(A trial and error)의 과정을 거쳐 慣習의이며 目的的으로 淸립된 것인 까닭에, 固定的인 刑罰制度의 矛盾과 調和에서 始作한 保安處分이란 概念이 何等 意味를 갖지 아니하는 까닭이다. 따라서 保安處分을 英譯하여 Measure of Safety 혹은 Measure of Security 라고 淸하더라도 그것이 單純한 翻譯以上의 意味를 갖는다고는 할 수 없으며⁽¹¹⁾ 英美法上의 保安處分이란 오히려 Preventive Justice의 分野에서 찾아져야 할 것이다. 한편 Soviet Russia에서는 刑罰이라는 用語 自體를 資本主義法典의 產物에 不過하다고 보고, 純粹한 主觀主義的 立場에서 刑罰理論을 展開하는 結果, 社會防衛處分이라는 用語를 使用하는 까닭에 역시 保安處分이란 意味가 없다.⁽¹²⁾

(11) 小川太郎. 保安處分 p. 5.

(12) P.I. Stuchka. The Revolutionary part played by Law and The State (A General Doctrine of Law.) Hugh W. Babb 譯版 p. 43. 參照; 宮內裕. 社會主義國家의 刑法 參照. 그러나 注意할 것은 社會主義의 宗主國임을 自負하는 Soviet Russia에서도 이른바 過渡期의 理論으로, 刑罰概念의 正當性을 認定하고 있으며, 現在의 社會防衛處分의 概念 또한 應報의 觀念에서 完全히 이탈한 것이라고는 보기 어렵다.

Fides 第 12 卷第 1 號 1965 年 5 月 p. 20, 拙稿 社會防衛의 現代의 概念 參照.

이처럼 오늘날의 對立되는 世界를 代表하는 두 개의 國家(美國과 Soviet Russia)에서 공교롭게도 保安處分이라는 用語를 使用하고 있지 아니함은 흥미있는 일이다.⁽¹³⁾ 그러나 구태어 用語上의 問題를 據論할 必要는 없다. 왜냐하면 前述과 같은 英美法上의 Preventive Justice 가 바로 保安處分の 領域에 다름아닌 것이며, Soviet Russia 의 이른바 社會防衛處分이란 保安處分の 目的을 主로 하는 바이기 때문이다.

用語上의 問題는 別個의 것으로 하고, 實質的인 內容에 있어 現代의 保安處分에 해당하는 國家的 強制處分은 古代社會에 있어서도 이미 行하여져 왔다.⁽¹⁴⁾ 그러나 近代의 의미에서 保安處分을 刑罰과 區別하고, 保安處分の 必要性을 主張한 最初의 學者는 18世紀 末葉의 Klein (E.F. Klein 1747~1810)이었다. Klein 의 主張은 時代의으로는 應報刑論을 主張한 舊派의 理論이 점차로 가열한 批判의 對象이 되어, 科學的 實證主義의 영향하에서, 無條件의 個人自由로부터 合理的인 個人自由에로 轉換하는 團體的 覺醒의 結果인 新派理論이 대두되던 時期였다. Klein 은 刑法理論을 行爲者 中心으로 재편성할 것을 要求하고 犯罪的 危險性에 對한 國家의 對策은 刑罰以外에, 반드시 害惡을 內容으로 하지 아니하는 保安處分인 것이라고 論述한 바 있다. 그리하여 그는 刑罰의 對象이 되는 犯罪人에게도 必要에 따라 改善 隔離의 處分이 刑執行의 內容으로서 科하여질 수 있다고 主張하고, 18世紀初의 獨逸刑事 慣習에 의한 「保安上(der gemeinen Sicherheit halber) 不定期間 嚴重한 監督」을 加하는 것, 혹은 「勞役場(Workhouse; Arbeitshaus)에 留置」하는 것이나 善行保證(die Bürgschaft für gutes Verhalten)의 概念等 「嫌疑刑」(Verdachtstrafe)⁽¹⁵⁾의 性質을 비판하여, 그것은 刑罰이 아니고 保安處分인 것이라고 밝힌 바 있다.⁽¹⁶⁾ 그는 또한 Fredrich 王의 命을 받아서 그 自身이 立案한 Prussia 의 共通地方法(Allgemeine Landrecht) 中 刑法에 관한 部分에 刑期滿了後에도 犯罪人의 危險性에 따라 繼續 拘禁할 수 있는 規定을 두게 한 바 있다.⁽¹⁷⁾ 이러한 規定은 概念的으로 保安處分과 刑罰을 區別한 二元主義의 立場의 表現이라 할 수 있는데, 그 後 1799 년에는 危險性을 갖는 責任能力者인 犯罪人에 對하여 不定期의 保安刑(Unbestimmten Sicher-

(13) 小川太郎. 前掲書 p.5~7. 小川氏는 保安處分을 Italy 刑事法制度를 찬미한 Montesquieu 나 Beccaria 의 影響下에 있는 國家에서의 概念으로 限定시키고 있으나, 그것은 어디까지나 用語上의 問題이며 實質上의 差異는 今대에 있어 이미 解消된 것으로 봄이 妥當할 것이다.

(14) 鄭榮錫教授. 刑法總論 p.317. 독일의 카롤리나 刑法典 第 136 條가 그 좋은 예이다. 15世紀以後 16世紀에 걸쳐 浮浪人의 拘禁 및 勞役場留置處分の 例로는 英國의 House of Correction (矯正場) 이라는 Bridewell 施設, 화란의 Zuchthaus (男子 懲治場), Spinnhaus (女子紡績場) 등이 있다.

小川太郎. 前掲書 p.40 參照.

特記한 것은 前記와 같은 施設이 自由刑의 起源이 되었다는 點이다.

(15) 이러한 概念을 嫌疑刑으로 보는 것은 Liszt 의 見解이다.

(16) 小川太郎. 前掲書 p.42.

(17) 鄭榮錫教授. 前掲書 p.317 參照. Klein 은 1770年 Prussia 의 地方法中 刑法의 部分을 起草하였는데 그 後 1794년에 이르러 Klein 의 主張에 따라 本文과 같은 規定을 두게 된 것이다. 木村. 刑事政策의 基礎理論 p.356, 364.

ungsstrafe)을 과학적 함으로써 一元主義의 立場으로 轉移하게 되었다.⁽¹⁸⁾

이처럼 Klein 에 이르러 비로소 保安處分에 관한 理論上的 論爭이 비롯하였다고 할 수 있다. 그러나 그것이 正式의 刑法典 속에 明確한 用語(Mesure de Sûreté)로서 記載된 것은 1866 年의 베루누 刑法典 第 47 條였다.⁽¹⁹⁾ Klein 의 研究에서 長長 半世紀를 지나서 保安處分이 法形式化한 것은 그 나름의 時代의 特殊性 때문이었다. 卽 19 世紀에 들어와 福祉國家의 理念下에 出發한 中央集權의 現象이 強力한 君主體制로 復歸함으로써 理想的 團體主義理念은 스스로의 目的을 完하여 專制化되었으며, 이와 步調를 같이 한 自由人權의 思想은 Beccaria 以後의 罪刑法定主義와 함께 Feuerbach 를 中心으로 하여 應報刑의 實踐을 強力히 要求한 까닭에 Klein 의 業績은 좌절감을 맛볼 수 밖에 없었던 것이다.

그러나 19 世紀 後半에 이르러 Feuerbach 의 思想은 다시 새로운 批判의 對象이 되고, 그 結晶體로서 등장한 것이 바로 1882 年 Von Liszt 의 有名한 Marburger Programm (마부르크大學 綱領)이었다.⁽²⁰⁾ Liszt 의 등장은 序說에서 言及한 바와 같이 犯罪原因의 探究와 刑罰理論의 進化에 步調를 같이 한 것이다. 卽 19 世紀 後半期 以來 累犯激增의 現象, 少年犯 및 常習犯人의 問題 등이 대두되면서부터 傳統的 刑罰의 應報의 性格이 決코 犯罪對策으로서 效果的인 것이 아님이 밝혀지고, 이를 基礎로 한 行刑制度의 無力性 乃至 無價値性이 論證된 바 있는데, 이러한 發展의 계기는 다시 Lombroso 의 刑事人類學以來의 實證的 科學的 犯罪研究에서 찾아볼 수 있는 것이다. 또한 이러한 研究는 犯罪發生에 있어 犯罪人 自身에 基한 原因보다도 그가 處한 社會的 環境의 要因이 더욱 크게 作用한다는 決定說의 立場이 高조되는 것을 계기로 頂點에 達하였는데—普通 犯罪現象에 對한 社會의 責任에 관한 研究는 Ferri 以後에 비로소 峯에 進入하였다고 볼 수 있다.— Liszt 에 이르러 刑法의 刑事政策化의 必要性이 高唱되어 前述의 Marburger Programm 에서 應報刑은 目的刑으로, 鎮壓刑은 防衛刑으로 轉換할 것을 要求하게 되었으며, 또한 刑罰단으로서 特別豫防의 目的을 達할 수 없는 경우에는 保安과 改善의 刑事處分이 必至하여야 한다는 主張이 堅고하게 된 것이다.⁽²¹⁾

이러한 Liszt 의 主張과 더불어 想起되어야 할 것은 Enrico Ferri 의 偉대한 業績이다. 그는 Italy 刑事學界를 代表한 天才로서 Lombroso 의 影響下에, 犯罪의 社會的 原因을 究明하고, 1919 年 9 月 14 日 칙령에 의하여 組織된 刑法改正委員會의 委員長이 되어 Commission 의 第一次의 目的인 社會의 防衛와 個別犯罪人의 危險性에 관한 研究를 遂行하여, 必要惡으로서의 刑法典을 理想的 刑法典으로 改正할 것을 力說한 바 있는데⁽²²⁾ 그는 合理的 社會防衛와

(18) 小川太郎, 前掲書 p.42; 安平正吉, 前掲書, p.65.

(19) 劉基天博士, 前掲書 p.387.

(20) Liszt 는 Marburger Programm 에서 保護刑 (Schutzstrafe) 을 主張하여 慣習犯罪人에 對하여는 不定期刑을 科하여야 한다고 提唱함으로써 École classique 에 正面으로 挑戰한 바 있다.

(21) 鄭榮錫 教授, 前掲書 p.318 參照.

(22) Ferri. La réforme de la justice pénale en Italie, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht. 第 33 卷

犯罪人의 人權保障은 다 같이 刑의 個別化에 依하여 達成되는 것이며, 諸種의 理由로써 광범위한 犯罪政策에 관한 國家의 責任이 犯罪의 豫防에 있음을 淸명함으로써 社會防衛와 保安處分을 결부시켜 놓고 있다.

그러나 古典學派에서 主張하는 바와 같이 前述한 Liszt 나 Ferri 의 研究結果는 다 같이 保安處分의 刑罰의 性格을 明白히 함에 不充分한 것이며, 따라서 必然적으로 古典學派와의 妥協을 不可避하게 하는 것이다.⁽²³⁾ 이러한 妥協은 급격히 高조된 刑事政策의 要求와 舊派理論을 調和하여야만 하였던 當時의 狀況으로 보아서는 오히려 正當한 現象이었다.⁽²⁴⁾ 이리하여 나타난 것이 이른바 折衷學派(L'école éclectique) 또는 新古典主義(l'école néo classique)였다. 그들은 新派에 屬하면서도 本質적으로는 古典學派理論에 심취하였으며, 古典學派理論에 心醉하였으면서도 또한 社會防衛의 必要를 부르짖던 一羣이었는데 그 代表的 學者로 Vidal 을 들 수 있다.⁽²⁵⁾

舊派와 新派의 Conciliation 이 가장 深化된 形態로 나타난 것이 바로 1889 年에 創立된 國際刑法聯盟(Union Internationale de Droit Pénal)이었다.⁽²⁶⁾ 이 Union 은 刑法에 관한 最初의 國際組織體로서 Bruxelles 大學의 Prins 教授, Amsterdam 大學의 Van Hamel 教授와 Berlin 大學의 Litz 教授를 主軸으로 하여 古典學派와 實證學派의 妥協으로 하나의 一般의 原理를 創出하기 爲한 시도였다. Union 은 Italie 學派의 經驗의 方法論을 빌려서 人類學的, 社會學의 研究結果를 活用함으로써 犯罪原因의 發見과, 對犯罪政策의 강구를 시도하였는데, 그 結果는 犯罪人을 機會犯과 習慣犯으로 區分하여 各各 處遇를 달리 할 것과, 刑罰以外의 防衛方法이 必要하며, 또한 刑罰이 威嚇의 限, 그것은 個別化 되어야 한다는 것으로 要約할 수 있다.

그러나 이들의 理論과 거의 때를 같이 하여, 保安處分이라는 正式의 名칭을 使用하면서, 刑法典 속에 保安處分을 具體化한 最初의 學者는 Carl Stooss 였다. Stooss 는 Swiss 의 各 Canton (州에 該當됨)의 刑法을 統一하려는 努力 끝에 1893 年 Swiss 刑法草案을 發表하였는데 이 草案에 保安處分이 規定된 것이다. 그의 草案은 新舊學說을 折衷한 것으로서, 刑罰과 保安處分의 併行規定으로 이른바 二元主義(Zweispurigkeit)를 取하고 있는데⁽²⁷⁾ 이러한 Stooss

(1920) p.17 以下 參照. 其他 Ferri 에 關하여는 Fides 第 12 卷 第 1 號 卒稿 前揭文 p. 18 以下 參照.

(23) 木村龜二. 前掲書 p.365, 366 參照

(24) 왜냐하면 實證學派(l'école positiviste)에 依한 批判이 가열하였음에도 不拘하고 當時 大部分의 刑事學者들은 道德責任論의 思想에 充實하였었기 때문이다.

(25) Jean Buffelan, *La Réforme Pénitentiaire en Belgique et La Loi de Défense Sociale du 9 Avril 1930* (1930) p.16.

(26) Buffelan. op. cit., p.20.

(27) Stooss 案 (Entwurf Stooss)은 刑法과 刑事政策의 中間에 位置한 二元論的 立場을 取하고 있다. 小川太郎, 前掲書 p.43; 鄭榮錫教授, 前掲書 p.317.

案에 영향을 받아 歐州 各國에서도 刑法에 保安處分의 內容을 規定하는 傾向이 짙어졌는 바 英國의 犯罪豫防法(Prevention of Crime Act)을 始頭로 하여 덴마크(1930), 핀란드(1932), 獨逸(1933), 이탈리아(1930), 네델란드(1929), 노르웨이(1934), 스웨덴(1927), 스페인(1933), 스위스(1937) 등이 그 例라 할 수 있다. 그러한 運動과 관련하여 생각할 것은 간헐적으로 高唱되는 保安處分에 對하여 그 統一의 研究를 시도한 學者가 있었다는 事實이다. 例컨대 Silvio Longhi 教授는 그의 방대한 著書 「鎮壓의 豫防」—Repressione e Prevenzione nel diritto penale attuale(1911)에서 各國이 採用하는 保安處分의 內容과 性質을 統一의 研究함으로써 刑法과 保安處分의 同質性이 主張되는 前提로서의 一元的 立場을 始唱하였으며, Grisigni 教授는 이른바 實證的 刑法理論(Positivism giuridico criminale)을 主張하여 從來 行政處分으로 理解되어 온 保安處分의 概念을 刑罰概念과 合一하여, 犯罪를 惡性의 徵表로 보코 責任能力이란 犯罪能力이 아닌 刑罰能力, 即 刑罰適應性이라는 點을 明白히 한 바 있다.⁽²⁸⁾

이처럼 法形式化한 保安處分의 신장과 함께 刑法과 保安處分의 關係 및 社會防衛의 要請에 관한 問題의 解決이 國際的 課題임을 認識하면서 여러가지의 國際的인 會습이 시도되었는데 1925年의 國際刑事學協會(Internationale Kriminalistische Vereinigung), 1926年의 國際刑法學會(Association Internationale de Droit Pénal), 1928年의 刑法統一에 관한 國際會議(Conférence Internationale pour l'unification du Droit Penal) 等等을 그 例로 들 수 있다. 특히 Bruxelles에서 開催된 1926年의 Association Internationale de Droit Pénal은 그 最初의 集會로서 「La Mesure de Sûreté doit-elle se substituer à la peine ou simplement la compléter」—保安處分은 刑罰에 代替될 수 있는가, 혹은 單純히 刑罰을 補完함에 그치는가?—라는 議題를 심각하게 다룸으로써 後述하는 바 一元論의 전주곡을 힘차게 울리고 刑事科學의 發展에 一大 혁신적 계기를 만들었던 것이다.⁽²⁹⁾

이리하여 今日의 大部分의 國家에서는 實質에 있어 保安處分을 採用하지 아니한 나라가 거의 하나도 없다고 할 수 있으며(다만 形式上의 保安處分을 채택하였는가에 관하여는 異論이 있으나 前述한 바와 같이 保安處分이란 實際上的 必要에 의하여 創成된 政策의 意味를 多分히 갖는 까닭에, 반드시 法典에 記載된 正式의 形式의 問題가 重要한 것은 아니다), 우리나라의 少年法(同法 第30條)에 規定된 少年犯에 對한 保護處分도 그 一例라 할 수 있을

(28) 牧野英一. 刑法と 社會思潮. p.7~12.

(29) Bruxelles 會議는 前述한 바 Prins 등이 組織하였던 Union Internationale de Droit Pénal의 精神을 이어 받고, Prins를 추념하기 爲하여 Carton de Wiart 백작을 의장으로 선출, 사법대신 Jules Lejeune等 刑務制度의 改善에 공헌한 사람들에게 敬意를 表하는 한편 犯罪에 관한 일체의 問題를 世界의 모든 學者와, 모든 學派를 종합하여 討議한다는 광범위한 目的을 갖고 있었다. Buffelan op. cit., pp.21, 22 (단 注意할 것은 Association Internationale de Droit Pénal의 第一次 會議는 Bruxelles에서 開催되었으나 그 組織은 1924年 3月 28日, Paris에서 이루어졌다. René Foignet et Émile Dupont, Manuel élémentaire de Droit Criminel p.13 參照.

것이다. 要컨대 保安處分の 沿革에서 밝혀두어야 할 것은, 그것이 定期刑과 不定期刑의 差異인 것인가, 少年犯에 對한 處遇는 어떻게 할 것인가 等等의 地獄적인데 있지 아니하고 歷史的 觀察을 通하여 그것이 刑罰에 完全히 代置되어야 할 概念인을 強調하는데 있다고 생각한다.

3. 保安處분에 있어서의 價値觀의 問題

法律學一般이 價値의 學問이라 함은 그 對象이 人間이며, 人間の 權利와 義務에 對한 規制를 內容으로 하는 때문이다. 保安處分 역시 人間の 自由에 對한 하나의 規制라고 解釋되어 왔으며, 社會防衛의 理想 아래에서 自意건 他意건 間에 人間이 지켜나아가야 할 生活에 對한 評價規範으로 作用하는 까닭에 그 自身の 獨自인 價値觀을 形成하고 있다. 特히 保安處分은 비교적 새로운 概念으로서, 歷史적으로 보아 刑法理論의 轉換期에 하나의 妥協(事實上的 必要에 依한)으로 出發하였으므로 時代性을 強하게 代辯하는 特質을 갖게 된다.⁽³⁰⁾

무릇 保安處분에 있어서의 價値觀의 問題는 刑法理論인 責任論에 조응하여 研究함으로써 明白하여진다.

刑法學에 있어 責任의 基礎 乃至 本質을 어떻게 理解하여야 할 것인가의 問題는 刑法의 存立에 關한 問題로 思考되어 왔으며 許多한 學派의 對立도 대개 責任論의 領域에서 파생되는 論爭의 結果라고 할 수 있는데, 今日에 이르기까지 그 代表的인 理論으로 들 수 있는 것은 道義的 責任論과 社會的 責任論이라 할 것이다.

먼저 道義的 責任論을 考察하고, 道義的 責任論의 立場에서는 保安處分이 어떻게 評價되는가, 그리고 그 保安處分은 어떠한 價値觀을 갖게 되는가를 살펴 보기로 한다.

道義的 責任論(responsabilité morale)은 責任에 關한 古典的 理論(la théorie classique de la responsabilité)이며 人間の 絶對的인 自由意志論에 合一한다. 卽 人間은 本來 自由意思를 갖는 것이며, 이 自由意思의 主體인 人間이 一定한 決意에 依하여 一定한 行爲를 할 때에는 그 行爲 및 行爲의 結果에 對한 全責任이 行爲者에게 歸屬되는 것이라는 理論이다. 따라서 自由意思에 基한 行爲가 刑事犯罪의 形態로 나타날 때, 그 犯罪行爲의 責任이 犯罪人에게 歸屬되는 것을 刑事責任의 本質로 본다. 이 理論에 따르면 責任이란 바로 行爲와 그 結果가 行爲者의 人格에 聯鎖(Verknüpfung)되어 있는데서 成立하는 것이며 이러한 聯鎖가 없으면 바로 그 行爲自體를 自然界의 現象과 拔別할 意味가 없다고 한다.⁽³¹⁾ 道義的 責任說의 立場은 道德的

(30) 保安處分이 時代性과 密關되어 있다 함은 아직 保安處分の 價値의 側面이 保安處分으로 하여금 時間的 意味를 띠는 獨立한 理論(眞理라고 하여도 좋을 것이다)으로 승화시키는 것이 一般化되지 못하였다는 의미이다. 본래 順序上으로는 保安處분에 있어서의 價値觀의 問題는 刑罰과 保安處分の 關係가 一別된 以後에 다루어져야 할 것이나, 本稿에서는 前述한 바 一般化되지 못한 概念인 保安處分の 刑法上의 座位를 明白히 하기 爲하여 本章에서 考察하기로 한 것이다.

(31) 文學博士 藤井氏는 特히 自動의 自由라는 觀念을 高調하여, 行爲와 動機의 연쇄가 選擇의 自由에 依하여 中斷된다는에서 責任의 本質을 찾고자 한다.

人間을 豫定하고, 犯罪人의 自由로운 意思決定이 客觀的인 道德律에 배치되는 데서 非難可能性의 素地가 이루어지는 것이라고 하고, 道義의 規範을 認識하면서 敢히 그러한 行爲로 나오는 것(故意), 또는 이를 認識(豫見) 할 수 있는데도 不拘하고 不注意로 認識(豫見)하지 못하고 行爲를 한 것(過失)에 對하여 加하여지는 倫理的 非難이 바로 責任의 中核이라는 것이다.⁽³²⁾

또한 道義的 責任論은 行爲者가 아니고 行爲에 重點을 둔 客觀主義의 立場이며, 道德律을 基本으로 하는 應報刑主義의 立場이다. Birkmeyer에서 보는 바와 같이 自由意思의 概念이 責任의 礎石인 限, 責任無能力者(自由意思를 갖지 못한 者)의 行爲에 對하여서는 道德의 非難을 加할 수 없고, 따라서 刑罰도 없다. 그렇다면 道義的 責任論은 社會防衛에는 全혀 外면한 刑法理論에 다름 없으며, 理論上 保安處分の 觀念도 成立될 餘地가 없을 것이다. 만약에 道義的 責任說의 立場에서 保安處分の 存在價値를 認定한다면 保安處分이란 刑罰과는 全혀 別個의 目的과 基礎에서 出發하는 特別措置에 不過하다.

그러나 道義的 責任論이 自由意思를 責任의 根源으로 함에도 不拘하고 自由意思를 갖지 아니하는 責任無能力者에게 保安處分이라는 自由의 制限을 加하는 것을 正當化하려 함은 스스로의 矛盾을 노정하는 것이며, 理論上으로는 道義的 責任說을 取하는 限 保安處分이 存在할 何等의 理由가 없다 할 것이다. 그럼에도 不拘하고 一群의 學者가 社會防衛라는 切박한 現實의 必要를 認定하고, 保安處分이라는 概念에 理論的 根據를 부여하기 爲하여 이른바 相對的 自由意思論을 展開한 事實은 特記할만 하다. 例컨대 Prins는 道義的 責任論이 論據로 하는 自由意思論을 修正하여, 常態의 意思를 갖는 人間에 있어서는 意思作用이 그 一部에 있어 自由로운 것이다, 他 一部에 있어서는 必至的인 것이라고 說明하여 이른바 相對的 自由意思論을 辟력한다.⁽³³⁾ 相對的 自由意思에서 責任의 本質을 찾고자 하면, 責任無能力者에게도 應報아닌 他 意味에 있어서의 어떤 歸責關係를 認定할 수 있게 된다. (왜냐 하면 相對的 自由意思論은 바로 客觀的 主觀化로서, 이미 刑罰의 本質을 應報에 局限시킬 수 없는 變換적 要素를 낳게 하기 때문이다). 따라서 保安處分の 存在가 理論上 一部의 據點을 얻을 수 있는 것이다. 이러한 相對的 自由意思論을 補充하고 승화한 것이 이른바 人格的 責任論의 立場이라고 할 수 있겠으나, 이 點에 관하여서는 後述하기로 한다.

要件대 純正히 理論上의 問題로 考察한다면 道義的 責任論이 絶對的 自由意思의 觀念과

그는 自動的 自由를 「特定의 人間이 何等 他人 혹은 他事件에 妨碍되지 아니하고 其者의 人格의 普通狀態로서 意思를 決定하는 境遇 우리는 그가 自由롭게 그의 意思를 決定하였다고 보는 것이다.」라고 記述하고, 맹수, 흉수 등에 對한 行政處分을 刑罰과 區別케 하는 것은 이러한 自由意思의 有無에 있다고 主張한다.

牧野博士, 犯罪及び刑罰의 社會的及 進化的 意義. (法學志林 第21卷 第11號 p.7) 參照.

(32) 劉基天博士 前掲書 p.226; 鄭榮錫教授 前掲書 p.151.

(33) Prins. *Science Pénale et Droit Positif*. p.286 以下, p.162 以下. Garraud도 같은 뜻의 主張을 한다.

應報 思想을 견지하는 限 保安處分이라는 概念이 存在할 수 없고, 만약 그것이 存在한다면 現實의 必要에 依한 하나의 行政處分으로서 刑罰과는 전혀 別個의 措置에 不過한 것이다 고 해석할 수 밖에 없다. 또한 이러한 解釋의 結論은 道義的 責任論이 스스로의 立場을 修正하여, 個人自由의 思想을 逆流하는 奇現象에 一定의 理論을 부여하려는 目的的 傾向에 있음을 말해 주고 있다. 이리하여 學者에 따라서는 道義的 責任論이란 하나의 形而上學的 觀念論을 넘어서지 못한다고 매도하는 것이다.

또한 道義的 責任說을 取하는 限, 실혹 必要에 따라 保安處分이 存立한다 하더라도 그 存在價値는 항상 責任無能力者에 對한 處遇라는 點에 局限되어 있는 것이다. 따라서 結論의 古典學派의 責任理論인 道義的 責任說에 依한다면 責任無能力者에 對한 保安處分이란 責任觀念을 떠나서 行爲者에게 加해지는 理由없는 強制로서, 決코 法律上의 問題로 되지 아니한다고 말할 수 있다.⁽³⁴⁾

이에 對하여 相對的 自由意思論이 實質的인 必要에 따라 保安處분에 一定의 理論的 根據를 부여한다는 點은 前述한 바 있는데, 이러한 傾向은 古典學派의 矛盾이 지적되고 新派理論이 社會防衛의 重要性을 力說하기 始作한 19C 末葉에서부터 舊派와 新派의 妥協으로 이루어진 것이다. Prins는 刑法을 絶對法(Droit absolu)으로 보지 아니하고 公共의 利益을 保障하기 爲한 社會防衛와 相互 관련된 相對法(Droit relatif)로 보면서 「舊派理論이라 하여 社會防衛의 必要를 排除하는 것은 아니며 社會의 방위와 그 必要의 程度에 따라 個別的으로 적용의 묘를 얻을 수 있다」고 說明함으로써 妥協을 시도한다.⁽³⁵⁾

이러한 觀點에서 본다면 (理論上의 問題를 떠난 實質的인 面에 局限된다) 오늘날 우리 刑法이 取하고 있는 立場 (刑法 第9條 및 同第10條의 責任無能力者에 관한 規定)이나 日本刑法 및 獨逸刑法 等の 內容은 순수한 道義的 責任說에 立脚한 것으로서, 오히려 19C 末葉以前으로 後退한 느낌을 주고 있다. 왜냐하면 19世紀末의 思潮가 社會防衛의 必要에 따라 責任無能力者에게 保安處分을 科함이 當然하다고 보는데 反하여 이들 規定들은 傳統的 責任理論에 좇아 責任無能力者의 行爲를 罰하지 않는 것으로 決定하여, 社會防衛를 爲한 일고의 고려도 하지 않기 때문이다.

따라서 社會的 責任說 乃至 社會防衛의 理論이 이미 一般화된 今일에 이르러서는 論理上 道義的 責任說을 完全히 배격하고, 社會防衛가 人間의 自由에 배치되는 것도 道德律을 無視하는 것도 아님을 證明함으로써 刑法典에 保安處분에 관한 상세한 規定을 두든가, 아니면 刑罰의 개념을 完全히 부식하고 社會防衛處分 乃至 保安處分의 概念을 一般化시킴으로써 刑

(34) Roux의 主張처럼 舊派의 이론바 道義的 責任說에 依하면 刑法이란 바로 自由意思의 信念上에 成立하는 것으로서 自由意思가 없는 限 刑罰도 科할 수 없는 까닭에 國家의 強制는 實질上의 근거를 상실할 것에 틀림없다.

(35) Prins op. cit., p.31; Buffelan op. cit., pp.9~12

罰에 代置하여야 할 것이다. 다음 社會的 責任說에 관하여 檢討하여 보기로 하자.

社會的 責任說의 歷史的 背景은 20世紀에 들어와 犯罪를 單純한 法律上的 概念으로 다루지 아니하고, 社會現象으로 파악한 進化思想이며, 個人의 自由를 絶對적으로 高揚한 舊派理論을 止揚하여 集團防衛의 理念과 國家目的의 福祉化로부터 由來한다. 即 검증하는 犯罪로부터 集團의 利益을 爲하여 社會를 防衛하는 것을 目的으로 設定, 犯罪의 原因 및 結果에 對한 科學的 實證的 分析을 通하여 새로운 刑罰理論으로 出發한 新派의 責任說이라 할 수 있다. 社會的 責任說은 自由意思의 觀念을 道義的 責任說이 公認하게 내 세우는 假說에 不過한 것이다 하여 全面的으로 否定하고⁽³⁶⁾ 人間은 社會生活의 主體인 까닭에 社會生活을 하는 동안 한 行爲에 對하여 社會的 反動을 받는 것은 當然하며, 그것이 곧 刑罰의 本質이라고 한다. 또한 社會的 責任論은 道義的 責任論이 自由意思를 認定함에 反하여, 犯罪現象을 素質과 環境의 複合現象으로 보는 이른바 意思決定說의 立場을 取한다. 이와 같은 理論의 展開에 依하여 社會的 責任論은 刑事責任이 道德規範의 違背에 있지 아니하고, 單純히 行爲者를 社會的으로 非難하기 爲한 要件—社會的 非難可能性—으로 理解한다.

責任을 이와 같이 解釋하는 경우, 그 責任을 決定하는 價值基準은 이미 個個의 犯罪行爲도, 個別者인 犯罪人도 아닌 全 社會의 安全인 것이다.

회고하건대 自由主義 Ideology를 基반으로 한 傳統的 責任說과 客觀主義가 罪刑法定主義를 信條로 삼은 것은 「國家의 利益과 人民의 利益이 當然히 相反된다」는 見解下에 「國家는 個人의 敵」—der naturgegebene Gegensatz zwischen den Interessen des Individuums und derjenigen der Staatsgewalt—이라는 觀念이 立었기 때문이었다.⁽³⁷⁾ 그러나 序論에서 言及한 바와 같이 福祉의 理念을 至高의 것으로 하는 今日의 國民社會主義國家에서는 刑法에 있어서도 그 文化性的 無限한 展開를 通하여, 國民과 國家의 利益을 상호 제휴적인 것(一元化)으로 보고, 個人과 國家의 鬭爭에서, 個人과 현명한 國家의 同化 乃至 國家의 自己制限으로 止揚하게 되는 것이다. 그리고 國家의 目的 乃至 自己制限이 社會防衛의 標準下에 設定되어야 함은 諸觀念의 綜合을 通하여 오늘날 이미 眞理로서 君臨하는 것이 아닌가.

國家理念의 進化過程에서 刑法學上 가장 현저한 變質을 보이는 것이 바로 罪刑法定主義인데, 이 罪刑法定主義의 原則의 修正에서도 우리는 社會防衛의 要求라는 基本的 思潮를 抽出할 수 있다. 即 國家權力을 制限하는 自由主義思想의 信念下에 정립된 罪刑法定主義는 「惡法도 역시 法이다」라는 論理로서 單純히 形式上的 演繹에서 始終하였으나, 概念法學의 誤謬를 切感하고 일어난 自由法運動이, 歷史的 事實로 存立하는 法律을 社會的 規範이라는 새로운 意義에서 對面하여, 規範에 內在하는 價值 即 合理性을 強調하고, 法律의 解釋에 있어서도

(36) 劉基天博士, 前掲書 p.226. 劉博士는 新派가 自由意思論을 一個의 主觀的 幻像 (une pure illusion subjective)으로 본다 고 한다.

(37) 牧野博士 刑法における法規の解釋 (國家學會雜誌 第51卷 第9號 p.15 參照).

罪刑法定主義에 執着되지 아니하고 一方에 있어 科學의 自由를 그리고 他方に 있어 進化的 解釋을 要求하게 된 것이다. 解釋의 嚴格성이 修正되어 合理的 解釋의 新起源을 이룬 것은 佛蘭西 및 日本에 있어 電氣竊盜事件의 判決에서 찾아볼 수 있다.⁽³⁸⁾ 要컨대 法律의 解釋은 事物의 合理性을 指示함에 언제나 不完全한 同時 또한 언제나 그 不完全성을 完全化하여 永久히 進化하는 屬性을 가져야 한다는 것으로, 形式上의 연역보다도 法規의 構成의 論理 혹은 價値의 論理가 強調되고, 이러한 價値에 依하여 事實의 認識도 規範化할 수 있다는 것이다.

이러한 主張이 高揚되어 나치스 獨逸刑法 第2條(그 表題는 「刑罰規定의 類推適用에 依한 法律創造」로 되어 있다.)와 1936年의 Athene 國際刑法協會會議 및 1937年 7月 26日부터 同月 31日까지의 Paris會議에서 類推解釋의 正當성이 主唱된 바 있으며, 日本에 있어서는 瀧川 教授와 木村 教授의 有名한 論爭을 일으키게 된 것이다.⁽³⁹⁾ 罪刑法定主義의 修正은 法治國에서 文化國으로 轉移하는 國家理念의 進化過程에서 當然히 야기되는 現象으로서, 社會防衛의 合理性和 必要性이 提高되면서 一般概念化하여, 刑罰의 本質도 教育的인 것, 社會防衛的인 것으로 理解하게 되고, 刑罰은 刑罰의 對象이 되는 行爲者의 社會的 地位가 社會防衛의 目的에 따라 制限되는 것으로 나타나는 形態라고 解釋되게 된다. 이리하여 Roux와 같은 學者는 刑罰의 個別化를 主張하여 刑罰理論에 新鮮한 變化를 일으켰으며, Ancel教授도 佛蘭西 刑法 第405條를 引用(詐欺罪)하여 傳統的 刑罰概念의 變質을 要求한 것이다.⁽⁴⁰⁾

이와 같은 進化的 刑罰概念이 社會的 責任說과 함께 社會的 反動이라고 解釋되는 경우, 責任無能力者의 行爲에 對하여서도 그 行爲가 社會的 危險性⁽⁴¹⁾을 갖는 限 當然히 反動의 方法이 加해지게 되며, 그것이 刑罰 혹은 保安處分이라고 칭하여지는 것이다.⁽⁴²⁾ 그러나 이와 같은 명칭의 區分은 刑罰과 保安處分의 本質的 差異를 認定함이 아니며(防衛手段이라는 점에 있어 同一할 뿐만 아니라 其他 諸點에 있어서도 差異를 認定할 수 없으나, 後에 詳

(38) 牧野博士 國家學會雜誌에 收錄된 前掲論文 p.2 參照; 同 博士 刑事學의 新思潮と 新刑法. 改訂版 p.48 以下 參照.

(39) 牧野博士 前掲論文 p.5~7 參照.

瀧川教授는 罪刑法定主義의 傳統的 意義를 維持하며 木村教授는 그 進化的 的의를 強調하여 論爭이 일어났다.

(40) Roux, *Cour de droit criminel français* 2^eéd. p34; Ancel, *La règle "nulla poena sine lege" dans les législations modernes*, Annales de l'Institut de Droit de l'Université de Paris, tome 2, 1936. p.24. 牧野博士. 前掲文(其二)(國家學會 雜誌 第51卷 第10號 p.50 以下)參照.

(41) 犯罪者의 特性을 特히 社會的 危險性이라 칭하는 것은 獨逸學界의 見解이다.

(42) 牧野博士는 責任無能力者도 역시 社會生活의 主體로서 權利와 利益을 향수하는 者인 까닭에 自己의 侵害行爲로 因하여 社會로부터 反動을 受하는 것은 당연한 것이라고 한다. 다만 이러한 反動의 作用이 責任能力者에게 對하여서는 刑罰이라고 칭하여지는 反面, 責任無能力者에게 對하여서는 保安處分이라고 칭하여짐에 不過하다고 한다.

劉基天博士, 前掲書 p.226 參照.

論키로 한다.) 다만 前述한 바 折衷의 立場에서 비롯된 名目上の 差異에 不過할 뿐이다.⁽⁴³⁾ 即 社會的 責任說에 있어서 保安處分과 刑罰은 同質의인 것으로 나타난다(一元論의 立場). 社會的 責任說이 처음으로 主唱된 것은 刑法理論의 祖國인 Italy에서 비롯하는데, 그 中에서도 特히 Enrico Ferri의 業績은 그 代表的인 것으로 理解되어 온다.⁽⁴⁴⁾ Ferri는 實證的인 人間에게는 刑罰의 萬能藥的 效力이 否定되며, 社會的 經濟的 條件 때문에 犯罪는 發生하는 까닭에 各 犯罪人에 對한 社會의 處遇方法도 달라져야 할 것이라고 力說한다. 그는 社會的 責任說에 立脚하여, 責任의 基礎는 自由意思 아닌 人格에 있고, 人格을 가지는 者는 그 行爲에 對하여 社會的 價值判斷을 받아야 한다는 것을 當然하게 생각하는 것이라고 主張하여, 刑法上의 責任도 刑罰으로써 表示된 範圍에 있어서의 社會的 價值判斷의 對象인 心理狀態인 것이라고 理解하는 것이다. 그러나 Ferri가 말하는 「人格」을 相對的 自由意思論에서 主張하는 「人格」과 同義의으로 解釋하기는 어렵다. 단지 法律論으로서의 刑事責任의 對象이 되는 獨立單位라는 意味로 解함이 妥當할 것이다. 泉二博士는 日本 舊刑法 第38條 乃至 第41條의 規定을 들어, 社會的 責任의 一種인 刑罰制裁를 科하는 要件으로서 主觀的 要素를 必要로 하는 까닭에, 이 主觀的 要素를 便宜上 責任이라고 칭한다 하여 主觀的 責任觀念이라는 意味에 있어서는 社會的 責任論과 道義的 責任論을 區別할 理由가 無하다고 하나⁽⁴⁵⁾, 前述 Ferri의 「心理狀態」란 價值判斷의 對象이 刑罰典에 具現된 刑罰의 부과조건인 主觀的 要素라 할지라도, 그 主觀的 要素는 오히려 社會的 責任說의 立場에서 理解되어야 할 것이다. 그리하여야만 비로소 責任無能力者에게 科하여지는 保安處分이 一種의 歸責關係로부터 비롯한다는 것을 說明할 수 있을 것이다.

要件대 社會的 責任說의 立場을 取하는 限, 個個의 行爲보다도 行爲者의 社會的 危險性이 問題로 되고, 道義的 非難을 초월하여 社會的 價值判斷이 主로 되며 따라서 社會防衛를 至上課題로 하여 行爲者中心의 主觀主義刑法理論 및 刑罰論에 있어서의 目的刑主義와 結合하게 된다.

以上の 概觀에서 다음과 같은 結論을 얻을 수 있다. 即 在來의 應報思想이 이미 刑事學上 無價値한 것이 證明된 것은 비단 社會防衛에 失敗한데만 있지 아니하고 道義的 責任論이 바탕으로 하는 個人自由思想에도 違背된 까닭이라는 事實이다. 왜냐하면 眞正한 個人保護는 當然히 犯罪人의 保護를 包含할 것을 豫定하여야 할 것이며, 社會의 安全없이 個人의 自由

(43) 折衷理論 (Théorie éclectique)는 効用學派 (l'école utilitaire)와 絕對的 正義理論 (Theorie de la justice absolue)의 中間立場에 있는 까닭에 最少限의 應報的 刑罰을 認定한다. 그 代表的인 學者로는 Cousin, Gizot 와 Broglie 를 들며 (佛蘭西에 있어서,) 후에 Rossi가 出現한다.

René Foignet et Émile Dupont, op.cit., p.9.

(44) Fides 收錄의 前掲拙文 參照. Ferri op. cit., p.19 (Schweizer Strafrecht. 1920.)

(45) 泉二博士, 刑法 p.411, p.414.

를 保障할 手段이 없음을 이미 常識화된 事實이기 때문이다. 그렇다면 社會防衛를 至上으로 하여 單純히 犯罪人을 抑壓, 除去 隔離함에 그치지 아니하고 刑事科學의 理想인 教育刑論을 導入한 社會的 責任說은 바로 高次元의이고 淳화된 人權保障의 思想에 다름 아니며, 形而上學이고 架空的인 道義的 責任說의 現實化를 爲한 唯一한 手段으로 作用한다 아니할 수 없다. 이리하여 保安處分도 社會的 責任說을 準거로 하여 정립된 높은 價値를 保有하게 되고, 根本的인 Humanism의 外的 表徵으로 각광받게 되는 것이다. 다만 注意하여야 할 것은, 責任無能力者에 對한 保安處分과 性質上 何等 區分될 수 없는 責任能力者에 對한 處遇가 現行刑法典에 있어서마저 應報的인 害惡으로 始終하는 것은, 社會的 責任說과 矛盾되는 現象으로서 반드시 克服되어야 할 것이라는 點이다. 따라서 理想的으로는 刑務制度의 改善, 科學的 犯罪人處遇의 方法을 탐색하고, 刑罰個別化의 理想을 實現함으로써 眞實로 教育的이고 完全히 防衛的인 刑罰(반드시 刑罰이라는 用語로 表現될 것이 아니다)로 代置되어야 할 것이다.⁽⁴⁶⁾

要컨대 社會的 責任論의 立場에서는 保安處分은 刑罰과 함께 그 배후에 社會防衛라는 現代의 理念과 더불어 眞正한 人道主義思想이 맥맥히 흐르고 있다고 要約할 수 있다.

이에 對하여 犯罪主義(客觀主義)를 取하는 學派의 犯人主義(主觀主義)에 對한 비판은 가열하며 그 論據로 하는 바 또한 多彩로우나⁽⁴⁷⁾ 今일에 이르러 客觀主義는 이미 그 기반을 잃고 있다는 결론만을 밝혀 둔다.

다음 道義的 責任說과 社會的 責任說의 두 主流에서 파생된 規範的 責任論과 人格的 責任論에 관하여 考察해 본다.

먼저 規範的 責任論(Normative Schuld)은 단적으로 말하여 期待可能性(Zumutbarkeit)을 責任의 核心으로 보는 立場이다. 即 特定の 경우, 行爲者에게 犯罪行爲 以外的 行爲를 期待할 수 있음에도 不拘하고 그 期待를 배척하여 犯罪行爲를 하는 것에 刑事責任은 成立한다는 理論이다. 따라서 具體的 事情下에서 行爲者가 犯罪行爲 以外的 行爲를 할 것을 期待할 수 없는 경우에는 그 犯罪行爲者에 責任非難이 加하여질 수 없다. 왜냐하면 「法律은 不可能을 要求할 수 없다.」는 것이 規範的 責任論의 持論인 까닭이다. 따라서 規範的 責任說은 또한 規範的 非難可能性 即 可責性(Vorwerfbarkeit)을 本質로 한다고 말할 수 있다.

規範的 責任論은 故意와 過失이라는 心理的 要素가 責任의 全部라고 主張한 Psychologische Schuldlehre (心理的 責任說)에 對하여 行爲者를 非難함에 있어서는 責任能力, 故意, 過失과 같은 條件과 아울러 이른바 行爲時의 附隨事情(begleitende Umstände)을 要素로 追加하고, 그

(46) 牧野博士. 「刑事責任의 實證的 理論.」 (文化國刑法における 好意と 技術との 原理) — 刑法研究 第6卷 參照.

(47) 牧野博士. 犯罪及び 刑罰의 社會的及び 進化的 意義(法學志林 第21卷 第12號 p.27~p.39) 參照; Fides 收錄의 前掲拙文 參照.

附隨事情의 正常性의 必要를 力說한 獨逸의 R.V. Frank(1860~1934)에 依하여 처음으로 主唱되어 비로소 規範을 基準으로 하는 價値判斷樣式을 闡發하였다.⁽⁴⁸⁾ 그 후 Goldschmidt, Mayer, Freudental 및 E. Schmidt 等に 依하여 規範의 責任論이 理論적으로 精研되었으며, 日本에 들어와 佐伯博士가 또한 이 理論을 先導하게 되어 오늘날에 이르러서는 거의 通說化하고 있다.⁽⁴⁹⁾

그러나 規範의 責任論은 社會的 非難의 基礎를 道義에 둔 點에서 結局 道義的 責任說에 다른 點이 아니며 다만 道義的 責任論에서 論議의 中心이 되는 自由意思의 概念에 「生活하는 人間」의 概念을 導入한 意味 밖에는 없다 할 것이다.⁽⁵⁰⁾ 특히 社會防衛의 面에서 본다면 期待可能性이 없는 경우 그 行爲가 社會的 危險性을 갖는다고 하여도 非難할 수 없는 까닭에 實益이 없으며, 또한 期待可能性을 어느 程度의 範圍內에서 法律上의 問題로 劃定할 것이냐의 새로운 問題가 提起되는 것이다. 따라서 結局 問題의 焦點은 그 期待可能의 程度 乃至 責任의 範圍를 傳統的 責任理論인 道義的 責任說과 進歩的 社會防衛思想에서 유래되는 社會的 責任說中 어느 것에 基礎하여 劃定할 것인가에로 歸着할 수 밖에 없고, 또한 이 경우 반드시 社會的 責任說을 基準으로 하여야 할 必然性에 關하여는 再言을 要치 않는다.

前述한 바와 같이 規範的 責任論의 事實上의 矛盾은 責任無能力者에 對한 處遇에서 發見된다. 即 責任無能力者의 行爲는 期待可能性이 없는 까닭에 刑事責任을 歸屬시킬 수 없다는 것이 規範的 責任論의 立場인데, 社會防衛의 立場에서는 責任無能力者의 行爲도 역시 社會的으로 價値否定의 對象이 되고, 따라서 社會的인 措置가 必要한 것이라는 것을 肯認할 수 밖에 없다.⁽⁵¹⁾

以上에서 規範的 責任論의 立場에서도 保安處分은 存在할 理論的 根據가 없다고 結論지을 수 있다. 即 規範的 責任論 역시 刑罰의 應報的 性格을 認定하는 위에 成立된 理論이며, 이처럼 刑罰의 本質을 應報로 보는 限, 社會防衛手段으로서 加해지는 保安處分이란 그 必要

(48) Frank는 「責任概念의 再建設」(Über den Aufbau des Schuld begriffes, 1907)이라는 論文에서 처음으로 規範的 責任理論을 展開하였는데 그 要諦는 例컨대 遊興을 爲한 橫領과 生活維持를 爲한 萬不得已한 橫領은 그 責任에 있어 差異가 있어야 하며, 責任의 本質은 結果의 認識이라는 心理的 事實에서 보아도 오히려 그러한 心理狀態의 「非難可能性」에서 찾아져야 할 것이라고 한다. 劉基天博士 前掲書 p.226, p.230 參照; 鄭榮錫教授 前掲書 p.154, p.189 以下 參照.

(49) 劉基天博士 前掲書 p.231; 鄭榮錫教授 前掲書 p.189

(50) 특히 劉博士는 規範的 責任論이 人間性을 刑法에 導入한 功績을 높이 評價하면서도, 期待可能性의 判斷의 標準을 行爲者에게 두는 限 스스로의 矛盾을 克服할 수 없다고 說明하고, 그 例로 確信犯(Überzeugungsverbrechen)의 경우를 들고 있다.

(51) 牧野博士는 期待可能性이 없는 者에게 刑事責任을 認定하지 않는 것은 바꾸어 말하면 期待可能性이 있는 者에게만 刑罰의 應化能力을 認定한다는 의미인 故로 矛盾이라고 지적하나, 이러한 說明은 지나치게 目的的이라고 해석된다. 왜냐하면 責任理論自體가 現實의 要求를 反映하여 相對的으로 發展하는 까닭에 오히려 이 問題는 刑의 應化能力에 關한 反論보다도 期待可能性의 範圍劃定의 基準 乃至 非難될 責任의 價値의 標準이나, 아니면 社會防衛의 至上目的의 下에서의 目的的인 犯罪人 處遇問題로 理解되어야 할 것으로 본다.

性이 現實的으로 認定된다 하더라도 刑罰과는 概念的으로 다른 것일 뿐더러 個人에게 責任 없이 加해지는 強制外的 아무 것도 아닐 것이다.

끝으로 世界 第二次大戰을 前後하여 各광을 받기 始作한 새로운 責任理論으로서 이른바 人格的 責任論에 관하여 一覽하기로 하자.

이 理論은 前述한 바 道義的 責任論과 社會的 責任論을 折衷하는 第三의 立場으로서 犯罪原因이 Von Liszt의인 素質과 環境의 結合에 依한다는 決定論의 立場을 取하면서도 그것을 어느 程度 支配하고 制約하여 行動의 自由를 갖게 하는 行爲者의 人間像을 基礎로, 具體的 行爲와 그 背後의 人格도 또한 責任의 基礎가 된다는 理論이다.⁽⁵²⁾ 이 理論은 元來 Lenz의 人間觀 乃至 犯罪觀 即, 「人間은 한편으로는 決定을 하면서 한편으로는 決定을 받는 것」으로서 犯罪行爲에 있어서도 人間의 主體의 性格이 無視될 수 없다는 思想을 根底로 하고 있는데 이처럼 獨立한 人格을 豫定하는 것은 科學이라는 呼을 쓰고 自由意思의 觀念을 肯定하는 態度로서, 結局 問題는 現代心理學, 特히 立體心理學(depth psychology)과의 關連下에 刑法理論이 定立되고 또한 運用되어야 한다는 立場을 正當化하게 한다.⁽⁵³⁾ 그러나 이러한 立場은 個人自由의 原則을 높은 理想으로 하고, 이에 科學的 方法(그것은 現代에 이르기까지 人間의 知的 水準이 發見할 수 있는 가장 高度의 科學이라 할 수 있다)을 導入한다는 意味에서는 극히 正當하다 하겠으나, 問題는 個人의 極限의 自由를 保障하기 爲한 現實的인 課題를 어떻게 解決하는가에 있으며 이 解決을 爲하여 集團社會의 組織形態인 國家의 機能이 福祉指向이며, 따라서 國家에 依한 社會防衛策의 活用은 항상 正當하다는 論理가 成立한다 할 것이다. 이러한 國家의 活動이 全體主義思想의 表現이라고 斷定되는 것은 이미 낡은 思想이며 科學이 過去에 屬매이지도 現在에 連連하지도 아니하고, 未來를 向하여 進化하는 限 國家의 使命은 바로 個人的 權益에 同化하는 것에 다름 아니고, 全體主義 혹은 個人主義 等等의 Ideology 上의 差異 自體가 霧散될 것에 틀림없다. 그런 까닭에 人格的 責任論이 心理學的 方法을 活用하지 않는다 하여 비판되는 것은⁽⁵⁴⁾ 妥當하지 못하며 오히려 그것이 自由意思를 認定하는 곳에 批判의 焦點이 돌려져야 할 것이다. 即 人格的 責任論 역시 自由意思論에 追從하며 行爲責任의 原理를 부식하지 못하는 까닭에 進化的 刑罰 理論이 될 수 없

(52) 人格責任論 (Persönlichkeitsschuld) 또는 行狀責任論 (Lebensführungsschuld)은 Mezger의 行狀責任說의 影響을 받아 日本의 團藤博士가 主張하는 理論이라고도 한다. 鄭榮錫, 前掲書 p.155; 團藤重光 刑法要綱(總論) p.185~186. 또한 人格的 責任論이 19C 末葉의 相對的 自由意思論을 基本으로 한 l'école éclectique의 理論을 深化하고 精微한 理論이라 할 수 있다.

(53) 劉基天博士 前掲書 p.44 以下 參照.

劉博士는 人格的 責任論에 관하여, 環境이 좋은 者의 犯罪行爲는 環境이 나쁜 者의 犯罪行爲에 비하여 더욱 무거운 非難이 주어진다라는 人格的 責任論은 現代心理學을 無視하여 마치 一般豫防論者와 同一한 誤謬를 犯하는 것이라고 통박하고 心理的 自他混淆을 克服하여 現代心理學의 方法이 刑法에 導入될 것을 要求한다.

(54) 劉基天博士 前掲書 p.46.

다. 그러나 注意할 것은 人格의 責任論은 行爲者刑法의 一面的 役을 認定하는 까닭에 理論上 保安處分の 存立이 可能하다는 點이다. 하지만 人格責任論에서 認定되는 保安處分 역시 刑罰과는 本質이 相異한 特殊處分이 될 수 밖에 없는 것은 自由意思 即 이른바 生活決定의 自由를 認定하면서 責任無能力者 即 生活決定의 自由없는 者에게 科하여질 保安處分の 性質을 考察하면 自明할 것이다. 따라서 人格責任論은 責任理論에 있어 觀念的인 主張以上이 될 수 없고, 다만 個人人格에 對한 改善, 敎育, 防衛의 方法을 달리하는데 이바지할 수 있을 뿐이라고 結論지을 수 있다.

以上에서 責任의 本質에 관한 約간의 考察과 더불어 이에 부수하여 保安處分에 內在하는 또는 하여야 하는 價値觀念을 分析하여 보았다. 이와같은 分析은 刑法理論에 있어 가장 重大한 位置를 占하였던 責任論을 종래의 觀念的인 것으로부터 事實的인 것으로 轉換하여, 刑罰의 分化形態인 保安處分에 어떻게 具現하여야 하는가를 斷面으로 살펴 본 것이라고 할 수 있다.

그리고 위의 許多한 理論的 分岐는 結局 責任能力과 保安處分の 關係를 問題로서 提起한다. 그런데 責任能力이란 結局 自由意思의 觀念에 지나지 않는다 함이 證明되으며, 自由意思를 認定하는 道義的 責任說의 立場을 取할때, 責任能力이란 바로 意思能力(Willensfähigkeit) 혹은 犯罪能力(Deliktstfähigkeit)을 意味하고⁽⁵⁵⁾ 自由意思를 否定하는 社會的 責任說을 擇하는 경우, 責任能力은 바로 刑罰能力(Strafmündigkeit) 또는 刑罰適應能力이라고 認定되는 까닭에 前者의 경우에는 소위 責任能力者와 責任無能力者의 行爲는 準별되어 責任無能力者의 行爲는 自由意思가 없는 까닭에 法律上 非難의 對象에서 除外되는데 反하여, 後者의 경우에는 소위 責任能力者와 無能力者의 行爲를 區別할 理論的 근거가 없으며, 다만 刑罰適應性有無에 따라 實際上的 處遇만을 달리 할 뿐이라고 認定되는 것이다. 그러한 差異는 立法政策에 있어서도 뚜렷이 나타나는데 前述한 獨刑(新刑法) 第51條 第1項이 無能力者의 行爲에 對하여 犯罪成立을 否認함에 反하여⁽⁵⁶⁾ Belgique의 社會防衛法이 「心神喪失의 狀態에 있는 者, 精神의 不均衡 또는 精神이 薄弱하여 行爲의 統制를 無效케 하는 重한 狀態에 있는 者에 對하여서는 特別한 考查를 한 後에 監護處分에 附한다——Lorsqu'il existe des raisons de croire que l'inculpé est en état de démence ou dans un état grave de déséquilibre mentale ou de débilité mentale le rendant incapable du contrôle de ses actions, les juridictions d'instruction et de jugement peuvent,——⁽⁵⁷⁾라고 規定하고 있음은 極히 對照的인 現象이다.

(55) 獨 新刑法 51條 1項을 비롯하여 佛蘭西刑法 第66條 (Discernement), 獨逸 舊刑法 第51條, 56條, 57條 및 우리刑法 第10條, 9條나 日本刑法 草案 第14條 등이 모두 이러한 立場을 取한다.

(56) 獨刑法 第51條 1項은 우리法의 規定과 같은 立場을 取한다고 볼 수 있다.

(57) Buffelan op. cit., p179. Belgique에서는 社會防衛法의 制定이 허다한 改正의 過程을 거쳐 이루어졌는데 前記 規定은 1929年 12月 11日 上院을, 그리고 1930年 3月 13日 下院을 最終的으로 通過한 社會防衛法 第一條이다.

論者에 따라서는 社會的 責任論이 刑罰과 保安處分은 同質的으로 보는 것은 刑法을 責任과 유리시키는 오류를 犯함이며, 價値判斷을 無視하는 所爲라고 論駁하나 이러한 비난은 不當하다. 왜냐하면 社會的 責任論은 社會的 立場에서 道義的인 價値判斷을 내리는 것으로, 犯罪人은 그 道德的 惡性 때문이 아니고 바로 그 社會的 危險性 때문에 社會的으로, 그리고 眞實한 意味(近代的 意味)에 있어 道義的으로 非難된다는 것이다. 即 社會防衛를 絶對命題로 하는 今日 責任을 刑罰能力으로 理解한다면, 刑罰適應性없는 幼者, 責任無能力者도 犯罪意思를 가질 수 있으며, 따라서 그 反社會性이 道德的 非難의 對象이 될 것은 當然할 것이다.⁽⁵⁸⁾

그 외에 意見決定의 狀態(Normale Determinierbarkeit des Willens)를 責任能力의 內容으로 보는 見解로서 意思自由의 概念에 社會的 行爲의 能力(Soziale Anpassungsfähigkeit)을 代置시켜, 意思決定의 狀態에 있는 者만이 刑罰적응성을 갖는다는 理論이 있으나 (狀態意思說은 道義的 責任論과는 兩立하는 理論이다) 狀態意思없는 者의 行爲라고 하여 社會防衛의 對象이 되지 않음도 아니며, 한걸음 나아가서, 責任無能力者도 保安處분에 依하여 社會的 應化能力을 갖게 할 수 있는 까닭에, 應化能力 역시 刑罰과 相對的인 것으로 解釋하는 것은 禁物이라 할 것이다.

以上 概觀한 바에서 責任能力이란 概念의 實質은 犯罪構成要件으로서보다도 保安處분에 依하여 社會防衛와 敎導의 方法을 多面性있게 하는 標準으로 理解하여야 한다는 結論을 얻을 수 있다. Italy에서 1921년에 이미 責任能力의 觀念을 배척하고, 犯罪人을 成年者, 少年 및 精神病者로 三分하여 各各 處遇를 特別히 한다는 (即 保安處分の 多面化라 할 것이다) 原則이 수립된 것은 이러한 의미에서 하나의 革命的 기틀이 된 것이라고 볼 수 있다. 그럼에도 不拘하고 Italy 新刑法이 이 原則을 배척, 道義的 責任說의 立場에 되돌아간 事實이나 其他 諸國의 刑法이 保安處分을 規定하면서도 刑罰과의 同質性을 否定하는 것은 現實的인 難題로 因하여 理論上 無用한 應報刑論을 固守하는 까닭이다.

이러한 矛盾에 관하여는 다시 論議하기로 하자.

三. 刑罰과 保安處分

1. 一元論과 二元論

保安處분이 法的 性質에 있어 刑罰과 同質的인 것인가 혹은 異質的인 것인가의 問題는 刑法理論의 根底에 흐르고 있는 世界觀的 乃至 人生觀的 思想에 따라 左右된다. 대개 그 性質을 刑法의 基礎理論, 特히 應報刑主義와 目的刑主義의 立場에서 檢討하면 各各 다음과 같다.

應報刑主義의 立場을 取하는 限 保安處分과 刑罰은 本質上의 差異가 있는데 普通 이러한 立場을 二元論(Zweispurigkeit)이라 칭한다. 이제 그 論據를 提示하면 다음과 같다.

(58) 泉二博士, 前掲書 p.417, 423.

(가) 刑罰은 犯罪行爲에 對한 反動으로 科하는 것으로, 그 本質은 犯罪에 對한 應報인데 反하여, 保安處分은 社會防衛와 犯罪人의 矯正, 教育을 目的으로 하는 處分이다.

(나) 刑罰의 基礎는 責任이나 保安處分의 그것은 社會的 危險性이다.

(다) 刑罰은 犯罪를 必然的인 前提로 하나 保安處分은 端的으로 危險한 性格에 着眼한다.

(라) 刑罰은 犯罪의 鎮壓인데 對하여 保安處分은 犯罪의 豫防이다.

(마) 刑罰은 過去의 犯罪에 對한 刑事處分인데 對하여 保安處分은 將來의 危險에 對한 行政處分이다. (59)

以上이 二元論을 主張하는 理論的 根據라고 할 수 있는데, Valsecchi의 서술에 따라 대개 이러한 論據를 主張한 學者들과 그 理論을 橫的으로 살펴보면 아래와 같다. (60)

- I. La mesure de sûreté n'est pas afflictive (Lucchini)
- II. La mesure de sûreté ne s'applique qu'aux incapables de droit pénal (Alimena)
- III. La mesure de sûreté est une mesure préventive et non repressive (Longhi)
- IV. La mesure de sûreté n'est pas comme la peine réaction à un acte criminel individuel, mais elle n'est qu'un acte de prevention (Rocco)
- V. Théorie de la nocivité (Pericolosità) (Conti, Birkmeyer, Stooss)
- VI. Théorie de l'acte administratif. (Manzini)
- VII Théorie intégrale ou synthétique (Vannini).
- VIII. Théorie du défaut de sanction (Bonucci)

특히 第八의 特徵(Bonucci의 主張)은 Valsecchi도 지지하는 바로서 保安處分은 威嚇을 手段으로 하지 않는다는 點에서 刑罰과 準별된다고 說明한다. (61)

그러나 前章에서 說明한 바와 같이 應報刑論은 道義的 責任論을 바탕으로 하고, 絶對國家에 抗爭한 自由人權思想이라는 歷史的 鬭爭을 배경으로 한 까닭에 罪刑法定主義原則을 철저히 維持하는고로 반드시 刑罰이 아니라도 責任 없음에도 不拘하고 刑罰에 準한 억압적 措置를 可能케 하는 理論的 근거를 提示할 수 없다(前記의 서술과 같이 保安處分은 刑罰과

(59) 鄭榮錫教授 前掲書 p.319 以下; 小野 刑法 p.216; 宮本 刑法 p269 以下. 특히 小野教授는 保安處分을 特別法에 移讓될 것이라 하며, 一定의 犯罪行爲를 前提로 하지 않는다는 特質을 強調함. 宮本教授는 刑罰은 主觀的으로 違法한 行爲를 前提로 한다 하고, 刑罰에 關하여는 規範的 評價와 處分的 評價가 論理上 必然의 關係에 있음에 對하여 保安處分은 반드시는 主觀的 違法에 對한 規範的 反動을 前提로 하지 않으며, 客觀的 違法가 있으면 即時 이에 對한 處分的 評價를 基礎로 하여 내려지는 것이라고 한다.

(60) Valsecchi는 刑罰과 保安處分을 區別하는 學者들과 그 論據를 여덟개의 原理로서 分類한다. Jean B. Georgiadès, *Peines et Mesures de Sûreté. Schweizer Strafrechts.* (Revue Pénale Suiss.) 1921 pp.146, 149. Georgiadès는 Valsecchi의 「*Pene e Provvedimentidi sicurezza, dan Scuola positiva.*」1920라는 論文을 前述한 論文에서 評價하고 있다.

(61) Georgiadès. op. cit., p.149
日本의 小野教授도 특히 이 點을 重視하고 있다.

달라 法益剝奪을 目的으로 하지 않는다고 主張하는 學者가 있으나 이러한 主張은 形而上學的 論理이며 實際에 있어 保安處分 역시 行爲者에 對한 一定의 法益剝奪 乃至 自由制限을 수반 함은 疑心의 餘地가 없다 할 것이다). 따라서 應報刑論이 소위 二元的 立場을 取하는 것은 傳統的인 應報觀念을 신봉하면서도, 社會防衛의 切實한 욕구가 스스로의 信念을 修正케 하는 現象으로서 이러한 修正에 一定한 論理의 근거를 마련하기 爲하여 하나의 行政處分으로 保安處分을 理解하였던 때문이라 할 수 있다.

그러나 教育刑主義 乃至 目的刑主義를 取하는 境遇에는 刑罰과 保安處分은 다같이 社會防衛와 犯罪人教育이라는 目的에 合一하게 되어 何等 그 性質을 區別할 理由가 없게 된다. 이처럼 그 實質과 目的의 同一性에 비추어 刑罰과 保安處分の 性質上의 差異를 認定하지 아니하는 見解를 一元主義(Einspurigkeit)라고 하는데, 社會的 責任說의 대두와 社會防衛思想이 提高됨에 따라 一元論의 立場으로 轉移하는 것이 今日的 추세라 할 수 있다.

대체로 刑罰과 保安處分の 性質上의 差異를 認定할 것인가 아니할 것인가에 따라 생기는 實質上의 效果로서 다음과 같은 두 가지 問題를 들 수 있다.

첫째 限定責任能力 등에 對한 處分上의 問題로서 應報刑을 밑받침으로 하는 二元論에 依하면 限定責任能力者도 역시 責任能力者로서 刑事責任의 主體가 되며 다만 그 刑을 減輕할 뿐 이라고 한다. 그러나 目的刑論과 結合한 一元主義에 따르면 限定責任能力者에게 通常의인 刑罰을 科하는 것은 全혀 無意味하며, 어느 程度(一定量)의 刑罰을 加하면서, 또한 그 刑을 減輕하여야 한다는 二元主義의 立場은 스스로 矛盾을 肯認하는 것이라 한다. 따라서 二元論은 限定責任能力者에게는 그가 適應함으로써 社會防衛와 그 自身の 社會復歸를 達成할 수 있게 하는 特別의 措置 卽 保安處分이 必要함을 主張하는 것으로 歸着한다.⁽⁶²⁾

그 둘째는 刑罰과 保安處分の 選擇 및 代替, 卽 保安處分은 刑罰에 附隨的인 것으로 그를 補充하며 併科되는 것인가, 아니면 刑罰과 全面的으로 代替할 수 있는 것인가의 問題이다. 二元論의 立場에서는 刑罰과 保安處分の 本質的 差異를 認定하는 까닭에 特定の 犯罪人에게 그가 有責한 경우에는 刑罰을, 그리고 無責(責任이 없다는 것이 아니라 責任을 질 수 없다는 意味이어야 할 것이다) 한 경우에는 保安處分을 各各 科하는 것으로서, 그 곳에는 兩者擇一의 選擇問題가 存在할 뿐이요, 決코 代替의 觀念은 있을 수 없다고 主張한다. 그러나 一元論의 立場은 刑罰과 保安處分은 法益剝奪, 自由制限이라는 同質性을 갖는 한편 社會防衛와 犯罪人 教育이라는 同一한 目的을 갖는 것인 까닭에 相互 區分되지 아니하고, 따라서 保安處分은 그 目的에 따라 刑罰을 補充하고 이에 併科될 뿐만 아니라 自由롭게 代替될 수 있음도 當然하다는 結論이 나오는 것이라고 主張한다.

(62) 철저한 社會防衛理論에 따르면 刑法上의 責任能力者, 責任無能力者 및 限定責任能力者의 區分이란 全혀 意味 없으며, 다만 保安處分이라는 處遇上의 技術的 價値를 가질 뿐이라고 생각된다.

이른바 代當의 理論이 正面으로 認定된 것이 1926年 Bruxelles의 國際刑法學會에서였음은 前述한 바 있는데, 要件대 刑罰에 保安處分이 代替될 수 있는가의 問題는 첫째 責任無能力者에 對하여 裁判所가 保安處分을 科할 수 있어야 한다는 現實的인 必要와, 保安處分의 內容이 性質上 不定期刑을 主로 할 수 밖에 없는 것과 步調를 같이 하여 今日的 罪刑法定主義는 單純히 弱者階級の 옹호라는 Ideology의 意義를 갖는 外에는 不定期刑과 類推解釋을 正面으로 認容할 수 밖에 없다는 理論上의 接近이 結合한 때문에 提起된 것이라고 할 수 있다.⁽⁶³⁾ 初期의 學者들 中에서도 保安處分을 刑罰과 區別하지 아니한 사람이 많지만 (Grispigni, Franchi, Florian, Stoppato, Matteoti, Delaqui, Liszt, Kriegsmann, Saleilles, Prins 등을 들 수 있다),⁽⁶⁴⁾ 近來에 이르러서는 保安處分이 刑罰에 代替될 수 있다는 것이 一般的인 傾向으로 되고 있다.⁽⁶⁵⁾

또한 一元論과 二元論의 立場中 어느 것을 取할 것인가에 따라 발생되는 것으로서 宣告機關이 어딘가의 問題가 있다. 一元論에 依하면 刑罰과 保安處分은 그 內容과 目的에 있어 差異가 없는 까닭에 統一적으로 法院에 依하여 宣告될 것이나 二元論의 경우에는 道義的 責任說에 依하여 法院은 刑事處分이 될 수 없는 保安處分을 宣告할 權限이 없고, 따라서 保安處分은 法院以外的 機關에 依하여 科해지는 行政處분에 不過하게 된다.⁽⁶⁶⁾

以上에서 一元論과 二元論의 立場을 밝히고 今日的 추세가 一元論의 立場이며 또한 代替의 原則을 正面으로 肯定하려 함을 明言한 바 있다. 그러나 注意할 것은 一元論의 立場을 取하더라도 保安處分과 人權保障의 問題가 強調되어야 한다는 點이다. 이리하여 保安處分도 自由의 制限인 限 엄격한 罪刑法定主義의 原則에 따라야 할 것이라는 것이 一般的인 見解이다. 생각컨대 傳統的 應報思想과 社會防衛思想의 妥協에서 保安處分이 이루어지고 保安處分이 人格을 갖는 人間의 自由를 拘束한다는 點에서는 保安處分의 法定主義는 勿論 深大한 意義를 갖는다. 그러나 刑의 目的이 犯罪人의 社會的 再應化⁽⁶⁷⁾와 社會防衛로 歸一하게 된 現代에 이르러 刑法理論自體內에서 罪刑法定主義의 修正이 不可避한 것처럼, 保安處分에 엄격한 法定主義를 要求한다는 것은 矛盾이 아닐 수 없다. 다만 現實的인 必要에 依하여

(63) 牧野博士, 刑法改正の 諸問題 p.72~74.

또한 保安處分은 行爲者의 危險性이 存續하는 限 繼續되는 까닭에 本質적으로 不定期處分이어야 한다. 其外에 代當의 理論에 關하여는 小川, 前掲書 p.6, p.51 以下 參照. Buffelan op. cit.

(64) Georgiadès. op. cit., p.148. 特히 Valsecchi가 Ferri를 前述의 範圍에 두지 아니한 點에 關하여서는 同論文 p.148 註①參照.

(65) 例컨대 Swiss 刑法 第42條는 常習犯罪人에 對한 豫防處分을 宣告하는 경우, 그 處分은 刑罰에 代替하는 것이라는 것을 明記하고 있다.

其外 Swiss 草案 13. 14. 15.41條等에서 비롯한 代當의 認定은 日本을 비롯하여 여러 國家에서 이미 立法化되기 始作하였다고 본다.

(66) 鄭榮錫教授 前掲書 p.321.

(67) 社會的 再應化란 牧野博士의 用語로서, 至高의 犯罪人處遇라 할 수 있다. 牧野博士, 前掲書 p.82以下.

Belgique의 社會防衛法⁽⁶⁸⁾과 같은 立法手段에 依存한다는 것은 不可避한 現象이라 하겠으나 1921年의 Ferri案 혹은 1926年以後의 Soviet刑法과 같이 「制裁」 혹은 「社會防衛方法」이라는 用語를 刑罰概念에 代置하는 立法形式을 取하는 限, 이러한 論議도 不必要하다 할 것이다.

이러하여 우리는 一元論의 一般化와 함께 科學의 發達は 刑罰概念에 對한 保安處分の 完全한 代置(반드시 保安處分이라는 用語를 使用할 必要는 없다)를 招來하리라는 展望을 할 수 있으며 그것이 바로 理想인 社會防衛方法이며 또한 犯罪人에 對한 人道的 處遇라고 結論 지을 수 있다. 豫見되는 이 段階에서는 罪刑法定主義나 時效, 責任論等의 觀念은 이미 持續 될 意味를 상실하게 될 것이다.

2. 刑罰無用論과 保安處分の 要求

刑罰理論은 犯罪人 處遇에 관한 理論으로서, 犯罪理論에 對應하여 刑事的 諸目的을 具體化한다. 그리고 이러한 刑事的 諸目的을 우리는 犯罪의 鎮壓 및 豫防이라고 理解하여 왔다. 特히 今日의 刑事科學은 刑法에서 刑事政策으로, 그리고 犯罪論에서 刑罰論으로 그 重點이 移動되었으며, 刑罰論은 自然科學의 發達과 더불어 變遷을 거듭하여 왔다. 이처럼 重大한 意味를 갖는 刑罰의 本質(刑罰은 前述 刑事的 諸目的을 達成하기 爲한 唯一의 手段으로 理解되어 왔다)을 價值的 基準에서 考察하여 보면, 오늘날 刑法學界에서 理論上으로도 實質上으로도 가장 큰 論爭의 對象이 되고 있는 심각한 對立, 即 應報刑論과 目的刑論의 對立狀을 볼 수 있다. 이와 같은 刑法學派의 論爭——Streit der Strafrechtsschulen——은 各各 國家와 人間을 連結하는 歷史的 ideology의 特性을 代辯하여 發展한 바 있는데, 이제 그 特性을 간략히 살펴 보기로 하자.

應報刑論(Theorie der Vergeltungsstrafe)은 歷史的으로는, 舊派(古典學派)에서 主張하는 刑罰本質論으로서 계몽철학인 自由主義思想에 힘입어, 근원적으로는 絶對國家의 刑罰權 濫用을 배격하여 人權保障을 주력으로 하며 思想적으로는 犯罪는 即 社會에 反하는 行爲이므로 규탄되는 것이라는 應報의 觀念에 支配된 것이다. 이러한 應報刑은 Beccaria에서 처음으로 理論的으로 追求된 原理로서 Kant의 實踐理性論과 Hegel의 正反合思想을 基本으로 하여 發展되어 왔으며, 그 後, 近代刑法學의 創始者로 불리우는 Feuerbach(1775~1833)에 依하여 單純한 應報觀念外에 一般으로 하여금 苦痛(害惡)으로서의 刑罰에 不快感을 느끼게 함으로써 犯罪行爲를 阻止하게 할 수 있다는 心理強制說(Psychologische Zwangstheorie)이 加味되는 것으로 完全히 理論的 體系를 갖추게 된 것이다. 따라서 應報刑論은 刑罰自體를 自己目的으로 하는 까닭에 絶對主義(Absolute Theorie)라고도 칭하여진다.⁽⁶⁹⁾ 應報刑의 理論的 展開는

(68) 前述한 바와 같이 Belgique에서는 刑法典外에 따로 社會防衛法을 마련(1930年)하여 責任無能力者에 對한 保安處分을 法定化 하고, 이러한 立法의 結果를 自肯, 自讚하고 있다.

(69) 鄭榮錫教授, 前掲書 p. 38; Foignet et Émile Dupont, op. cit., p. 11 以下.

특히 犯罪人の 刑事責任이 그 自由意思에 基하는 것이라는 點과, 犯罪는 正義에 反하는 行爲이기 때문에 그 不正義에 對하여 報復되는 것이라는 點으로 要約되어질 수 있다. 따라서 Anselm von Feuerbach 의 有名한 文節 「Nullum crimen nulla poena sine lege」가 定立될 素地를 닦은 바 있다.

그러나 前述한 바와 같이 過去에 對한 單純한 報復——犯罪後의 處分(Post delictual)——이라는 회고적 應報刑觀念은 近代社會에 있어서는 이미 意味없는 것으로 轉落한 바 있으며, 또한 犯罪의 原因과 犯罪人에 관한 科學的 探究는 從來의 自由意思論의 虛點을 맹격함으로써 새로운 刑罰理論의 구성이 不可避한 現實的 要求로 등장하였다. 그 뿐더러 한걸음 나아가서 舊派의 應報刑이 基本으로 한 「正義」의 觀念도 이미 時代錯誤의인 形而上學上의 概念이라고 批判되고, 社會防衛라는 새로운 目的과, 犯罪原因의 社會性에 감안하여 正義의 觀念도 變質되고 淳化되게 되었다.⁽⁷⁰⁾

이리하여 등장한 새로운 刑罰理論이 目的刑主義(Theorie der Zweckstrafe)로서, 目的刑主義에 依하면 刑罰은 그 自體를 目的으로 하지 아니하고, 刑罪以外의 어떤 目的을 達成하기 爲한 手段에 不過하다고 한다. 따라서 이러한 相對性에 비추어 目的刑主義를 또한 相對主義(Relative Theorie)라고도 칭하는 것이다. 目的刑主義의 目的은 第一次으로 社會의 防衛 또는 保護이며, 다음으로 犯罪人の 再社會化를 들 수 있는데, 이 兩大的 目的은 서로 平行線上에 있는 것이 아니고 交叉한다. 即 社會防衛는 犯罪人 教育의 必要를 낳고, 犯罪人教育은 또한 完全한 社會防衛의 眞實된 手段이기 때문이다. 그러므로 目的刑主義는 淳化되어 教育刑論(Theorie der Erziehungsstrafe)으로 發展하여 나아가는 것이다.

目的刑主義를 主唱함으로써 刑法理論의 가열한 論爭에 一時期를 劃한 것은 Von Liszt 였다. Liszt 는 말브르히大學의 教授로 부임하여 1882年 「刑法에 있어서의 目的觀念」(der Zweckgedanke im Strafrecht)이라는 有名한 論題의 講演을 通하여 目的主義의 봉화를 높이 올렸다. 特記할 것은 舊派(應報刑論者)의 맹장인 Karl Birkmeyer(1847~1920)와의 有名한 論爭이다. 即 Birkmeyer 가 刑法上의 責任이 犯罪人の 自由意思에 基한 것이라고 主張함을 反駁하여 Liszt 는 自由意思란 哲學上의 觀念이며 科學的으로는 犯罪意思의 動機를 탐구함으로써 이 原因에 對한 社會防衛의 方法을 강구하는 것이 刑法의 任務라고 力說하였으며, Birkmeyer 가 刑罰을 發生史的으로 復讐에 基因하는 이른바 淳化된 報復이며 그 法的 確信은 不動한 것이라고 主張한데 對하여 Liszt 는 그 復讐觀念이 社會의 防衛, 保全을 主로 하는 目的刑으로 完全히 代置되어야 한다고 強調하였다. 그리고 立法政策에 있어서도 Birkmeyer 는 刑法改正運

(70) 牧野博士는 『正義』의 觀念을 自명한 것이라고 보지 아니하고, 社會防衛를 爲한 目的刑主義의 立場에서 社會上의 調和를 가져오는 것이 곧 刑法上의 正義에 一致된 刑罰의 理想이라고 論及한 바 있는데, 筆者의 見解 또한 『正義』의 觀念을 固定的인 것으로 보지 아니한다. 要컨대, 萬古不變의 正義는 Rousseau 의 이른바 「最大多數의 最大幸福」이라는 觀念을 刑法理論에 導入한 Beccaria 의 「最大多數의 最大幸福」以外에는 없다고 할 것이다.

動과 關聯, 立法上 兩派의 妥協은 不能이라는 所信을 밝히고 目的刑主義를 取하는 限, 그것은 바로 現行刑法의 폐기를 의미하는 것이라고 主張하는데 對하여 Liszt는 科學에는 妥協이 있을 수 없으나 立法에는 妥協이 있는 것이라는 反論을 提起한 바 있다.⁽⁷¹⁾

Liszt 外에도 多數의 學者들이 應報刑으로부터 目的刑에로의 轉換을 強力히 要求한 바 있는데 그 중에서도 Ferri(1856~1929)의 業績은 크게 評價된다. 그는 著書 *Sociologia Criminale* 을 비롯하여 多數의 論文 및 그 自身이 中心이 된 各種 刑法改正運動에 參加하여 刑事學의 理想인 目的刑의 實現은 即 完全한 社會防衛를 爲한 不可缺의 手段이며, 그것은 傳統的인 刑罰觀念을 떠난 새로운 制裁의 方法으로 達成하여질 것이라고 主張하고, 그의 主張을 뒷받침하는 社會學的 犯罪理論을 強力히 展開한 바 있다.

이리하여 今일에 이르러서는 目的刑主義의 採擇이 刑罰理論史에 가장 進步的인 段階로서 認定되는 影響이 一般化하였으며 이러한 影響은 刑罰의 本質에 관한 明確한 規定을 法形式化한 例마저 남고 있다.

即 Italy 共和國 憲法(1947年)은 그 第27條 第3項에서 「刑罰은 人道的 感情에 反하여 取扱되어서는 아니되며, 受刑者의 再教育을 目的으로 하는 것이 아니면 안된다」고 規定하고, Soviet Russia의 刑法 第9條는 또한 社會防衛處分(곧 刑罰을 意味한다)의 目的을 아래와 같이 提示하고 있다.

「첫째, 罪를 犯한 者가 새로운 犯罪을 行하는 것을 豫防하는 것이다.

둘째, 意思薄弱한 社會人을 견제한다.

셋째, 罪를 犯한 者를 勞働者國家의 共同生活의 條件에 馴化시키는 것이다.

또한 前記의 目的을 가진 社會防衛處分은 人體에 苦痛을 주거나 人格을 훼손, 혹은 報復이나 懲罰을 目的으로 하여서는 아니된다.」라는 規定이 곧 그것이다.

그 外에도 Swiss의 連邦統一刑法(1937年) 第37條의 「重懲役刑 및 輕懲役刑의 執行은 囚人에게 教育的인 作用을 함으로써 그가 自由로운 生活을 할 때 更生할 수 있는 준비로서의 使命을 갖는 것이다」라는 規定이 目的刑主義의 大義를 淸명한 例라 할 수 있다.⁽⁷²⁾

그러나 原則으로서의 目的刑主義를 肯認한다 하여도, 그 自體로서는 意味가 없으며, 原則은 항상 實質 속에 具體化됨으로써 그 價値가 評價되어야 한다. 그런 의미에서 刑罰理論上의 原則은 刑務制度라는 실질에 具現된 程度에 依하여 評價될 것이다.

주지하는 바와 같이 大部分의 國家에서 採擇하는 刑罰은 그 性質上 應報로서의 害惡에 다름 아니며 다만 그것을 原則의 面에서만 教育刑이라고 믿는데 不過할 뿐이다. 따라서 刑罰로서 教育의 目的을 達하려 함은 마치 病과 治療를 同一한 手段으로 加하는 矛盾이다.

(71) 事實 現行刑法典의 모두는 例外없이 立法에 있어서의 兩派의 妥協을 시도한 結果라고 할 수 있다.

(72) 小川太郎 前掲書 p.25. 26 註 1 參照.

예를 들어 우리 刑法은 目的刑主義의 일환으로 第 59 條以下의 宣告猶豫制度, 第 62 條以下의 執行猶豫制度外에 第 72 條以下에서 假釋放制度를 取擇함으로써 立法論上的 兩派의 妥協을 刑法構成에서 나타내었다고 할 수 있으나⁽⁷³⁾ 그로써 目的刑의 理想을 達하였다고 할 수는 없을 것이다.

要컨대 Lukas의 언명대로 現行의 刑罰制度는 첫째 常習犯罪人의 抑壓이라는 點에서 失敗하였으며 둘째 社會防衛에 失敗하였으며 끝으로는 訴訟비용의 面에서도 失敗하였다.⁽⁷⁴⁾

이러한 結果는 어떠한 論理로 僞裝하든지 間에, 主觀主義刑法理論을 刑罰論에 적응케 함으로써 目的刑主義의 理想에 接近하는 수단으로 現行 刑罰制度는 妥當치 아니함을 反證하는 것이며 그것은 다시 保安處分의 必要를 高唱하는 것으로 歸着한다.

이리하여 保安處分은 犯罪概念의 世紀에 걸친 變遷에 조응하고, 이른바 自由刑의 破産이라고 칭해지는, 극에 達한 刑罰의 矛盾을 克服하며, 團體와 個人의 利益이 調和되고 또 되어야 할 福祉社會의 社會防衛策으로, 또한 教育刑으로서 close up 된 것이다.

勿論 保安處分(前述한 바와 같이 구태어 保安處分이라 칭해질 것은 아니고 社會防衛處分 혹은 教育處分, 制裁等の 用語가 오히려 適當한 것이다)의 全面的 施行에는 許多한 難題가 따를 것이나 그 難題는 언제라도 우리가 克服하여야 할 險地이며, 또 그것은 빠를수록 좋을 것에 틀림없다.

四. 結 語

以上에서 本質의 面에서 保安處分과 刑罰을 論하고, 다시 保安處分에 照應되는 人間의 價値를 保安處分에 있어서의 價値觀으로 斷面上에서 살펴 보았다. 그리고 傳統의인 刑罰이 社會防衛와 人權保障이라는 두 가지의 主題를 다 같이 完遂하지 못한 無用한 것임을 간략히 考察하고, 새로운 法技術과 現實타개策으로 保安處分이 要請된다 함을 主張한 바 있다. 以上の 論難은 結局 두 개의 問題 即 觀念上的 正義를 어떻게 생각할 것인가, 그리고 保安處分을 施行함에 있어 集團의 利益과 個人의 利益은 어떻게 조화될 것인가의 問題에 歸着한다. 또한 이 두 개의 問題는 別個의 것이 아니고 合一될 수 있는데 그것은 保安處分의 適用限界라는 tesis로 나타날 것이다.

먼저 正義에 관하여 考察해 보자.

正義는 社會의 權威를 갖는 社會力이며, 이 社會力의 發現은 첫째 最高의 自由에 對한 憧憬 또는 模倣과, 둘째 社會體制에 對한 背反, 侵害의 排除라는 두 개의 側面으로 나타난

(73) 鄭榮錫教授 前掲書 p. 44~47.

(74) Lukas의 論文 (Social Meaning of Legal Concepts 에 收錄된) 參照; 拙稿 犯罪의 經濟的 原因 研究.

다. (75) 따라서 이러한 正義는 Rousseau의 一般意思의 總化 乃至 Hegel의 一般意志라고 말할 수 있다.

그렇다면 福祉國家를 指向한 今日的 社會는 一般意志와 個別意志, 普遍者와 個別者 乃至 特別者의 利益을 상호 충돌하는 것으로 보지 아니하고 一元的으로 조화하는 任務를 갖는 다 할 것이며, 前述의 論證에서 우리는 또한 一般意志 乃至 普遍者의 正義觀이 결코 個別者의 그것과 兩立하는 것이 아님을 發見할 수 있다. 따라서 一般意志로 理解되는 國家의 處分(保安處분에 局限되지는 않는다)이 결코 性質上 專制的인 것은 되지 아니하며, 다만 그 實行過程의 合理性이 問題로 된다 할 것이다.

國家의 處分權의 性質이 以上과 같음에도 不拘하고 또한 刑의 應報의 性格이 否定되는 것은 變遷하는 社會가 社會防衛와 個人的 權利를 똑같이 要求하는 強力한 움직임을 갖는 까닭이다. 卽 應報는 眞正한 社會防衛手段도 아니며 個人에 對한 正當한 正義權의 行使도 아님이 統計와 犯罪原因研究, 및 犯罪에 對한 價値觀의 變動이 實證的으로 말해주며, 때문에 現在的인 正義觀念에 따른 새로운 手段으로 提起된 唯一한 것이 保安處分임을 主張할 수 있다.

筆者는 Paris에 주재하는 한 日刊新聞의 通信員이, 現地 르-보로 보낸 컬럼을 읽고 감격한 일을 상기한다. 卽 佛蘭西에서 無名용사들의 영웅적 영혼들을 위로하는 記念비에 새겨진 一句는 「무명용사들의 비」가 아니고 單純히 「un」, 卽 「어느 무명용사의 비」라고 銘刻되어 있다는 事實이다. 그것은 바로 全體와 個人을 조화하며, 그럼에도 不拘하고 全體 속에 함축된 個人 個人이 잊혀지지 아니하고, 全體 속의 獨立한 個體로서 아름답고 행복하게 융화됨을 말해 준다.

保安處분에 있어서도 이러한 조화는 必至的인 것이어야 하며, 따라서 保安處分の 全面的인 採擇이 우리의 理想에 接近하는 唯一의 刑事政策이라 할지라도 諸般의 科學的 知識이 併用됨으로써야만 비로소 所期의 目的을 達成하는 것으로 이 段階以前의 保安處分은 그 스스로의 限界를 論理上에 언제나 확정하여야 할 任務를 갖는 것을 잊지 말아야 할 것이다.

끝으로 紙面의 制限으로 保安處分の 가장 重要한 部分, 卽 그 內容과 形式에 言及할 수 없이 序論의 考察에서 始終할 수 밖에 없었음을 밝혀 둔다.

(75) 勝水淳行 犯罪社會學 (大正 14 年版) p. 172 以下

A BRIEF NOTE ON THE MEASURE OF SAFETY*

by LEE SOO SUNG**

Summary

I. Introduction

The variety of the theories in the field of criminal science is just the expression of their historical feeling of which they have been back uped. In unorganizing old society, there had been nothing but the competition of private power, and we can say that in these days, the power was the justice. But the centralization of administrative power with its process of forming the country brought out the means of practical exercise of public vengeance. Added to this, we can pick out as an example of the historical expression that the liberalism toward the end of 18 th century initiated the objectivism based on the conviction of free will that suggests the man's moral ego, and on the other hand, the natural scientific positivism overwhelmed through whole area of the European continent at the end of the 20th century brought out the subjectivism as a result of an effort to investigate the real condition of crime.

And now it is right to be called that the 20th century is a scientific age to achieve the prosperity of human race under the rational bandage of the community. But in the field of the criminal science (especially in penal system) in real, there has been nothing to be found but only the essence of the traditional nemesis notwithstanding their splendid modification and the pursuit of scientific technique of punishment. With these phenomena the crime is in it's way of increasing and there even occurred an extreme view as Durkheim that we should not but a spectator, for the crime is a regular phenomenon of the society.

But man's strong volition for accumulating valuable pages of human history shall not be broken by this defeatism. The ardent effort for ideal society where there are not even a single crime continued, numbers of the natural science like psychology, pethology and physiology etc. are applied to the field of criminal science. Following these all exertion a general trend of present time seems to be turned that the pivotal point of the criminal science are changed from the theory of criminal responsibility to that of punishment, and from punishment to

* The term Measure of Safety has no other meaning than the translation of the French term "Mesure de Sûreté".

** Teaching Assistant, College of Law, S.N.U.

criminal politics. From now on, the reflection of traditional theory of punishment inevitably requires a scientific counter-measure against criminals, and these counter-measures must achieve the aims of criminal politics simultaneously. The Measure of Safety is nothing more than one of these counter-measures.

Taking a retrospective glance, the study about Measure of Safety achieved by Enrico Ferri in the year of 1920 was the most practical and scientific one, and deserved of being called the Cape Town of the criminal science which took heed thoroughly to the real human right. But even this great achievement could not be practically revealed out in sunlight on account of the man's posture that clined to the barks of morality.

This treatise would start by indicating the contradiction of traditional punishment and aims to make conclusion concerning the Measure of Safety which we should adopt some day.

2. The Essence of the Measure of Safety

According to the stipulations of our Criminal Law, concerning the man who has not legal capacity, they are completely or partially free from criminal liability(Art. 9, 10). From the theory of social defence view point, these stipulations are not reasonable even if they are the marginal point of Criminology to harmonize punishment and morality on the same basis of responsibility. However since the safety and welfare of the society became the basic premis at the beginning of this century, it is asserted that those who are free from criminal liability also have to be regulated in as much as their acts include social danger, and accordingly the stipulations mentioned above are to be re-examined. This is the original form of Measure of Safety. As is pointed out in Introduction, the contradiction and useless effect of the repressive punishment are the basis of the nessecity of Measure of Safety to educate criminals. The main subjects of the Measure of Safety can be summarized into two parts; one is protection of society against crimes, the other is reversion of criminals to society on the basis of humanitarianism. According to Common Law in Anglo-American countries which have long been suffered with trial and error in their histories, the Measure of Safety is accomplished by means of Prevention Justice, and it is also interesting that Soviet Russia includes the Measure of Safety under the category of Protective Measures of society while it denied the punishment itself. Apart from the legal term they are, it is true that these countries applies the Measure of Safety to the general use. In Korea, even if we developed the Measure of Safety theoretically, the practical availability of the Measure of Safety is very rare on account of economic and social conditions. But it has to be accomplished some day. Theoretically speaking, the Measure of Safety will

be justified only when we take the subjective theory of criminal science.

3. Punishment and Measure of Safety

Whether the legal nature of Measure of Safety accords with or differ from that of punishment depends on the various view points of criminal theories. The theory of nemesis insists on substantial difference between them, saying Measure of Safety is rather a Measure of policy to protect society while punishment is a social reaction against crimes. In this century of developing society, however, the principles of *Nulla poena Sine Lege* are not the only standard of the best legislature, but the criminal punishment should be evaluated to a higher humanitarian level so that it may use the effective Measures to revert the criminals to society. From these point of view, it is general trend to regard the legal nature of Measure of Safety same with that of punishment. Therefore, the Measure of Safety would take the whole place of punishment as an inevitable consequence in the near future. But since the Measure of Safety might be abused as means violate human rights by the administrative power, we have to pay broad attention to protect them by legislative means.

4. Conclusion

It is now very clear that the traditional punishment is not good enough to meet the necessities of social protection for the purpose of social prosperity and protection of human rights in a real sense. The supreme freedom that we mankind long for can be found in the synthesis of general will which Rousseau or Hegel asserted, and we must accept it at the point where the general will harmonizes with that of individuals. This is the very justice we persue, and also a reason why we criminal scientists close the Measure of Safety as a means of realizing justice. In other words, the significance of Measure of Safety, a measure of government, which is to be understood as a general will consists in complete harmony of the whole with the individual, and keeping independent and joint relationship and eternal happiness of individuals embarrassed in the whole.