

자본주의나라 형법에서 주장하는 《기대가능성》론의 반동성

김 철 희

범죄의 주관적표징을 결정하는 요소의 하나로서 《기대가능성》을 주장하고있는 자본주의나라 형법리론의 반동성을 까밝히는것은 자본주의형법리론의 부당성과 기만성을 옳바로 파악하는데서 중요한 의의를 가진다.

위대한 령도자 김정일동지께서는 다음과 같이 교시하시였다.

《착취계급의 탐욕적인 계급적요구를 반영한 부르주아사상은 아무리 위선적인 말로 분칠하여도 자기의 반동적본질을 가리울수 없다.》(《김정일선집》 증보판 제17권 132페이지)

자본주의나라 형법들에서 주장하는 《기대가능성》이란 범죄적행위를 수행할 당시 행위자에게 존재하는 합법적행위수행의 가능성을 말한다. 즉 행위자가 일정한 행위를 수행하여 어떤 범죄적결과를 발생시켰을 경우 행위자가 그러한 범죄적결과를 낳는 행위를 피하고 합법적인 행위로 나갈수 있는 가능성을 말한다.

이에 기초하여 자본주의형법리론은 《기대가능성》 다시말하여 행위자가 범죄행위를 피하고 합법적인 행위를 수행할수 있는 가능성을 가질수 없다면 설사 행위자가 범죄적사실을 인식하였거나 그 위법성을 알고있었다 하더라도 행위자에게 고의나 과실에 의한 형사적책임을 줄수 없다고 본다.

오늘 일부 자본주의나라 형법과 형법리론들은 범죄의 주관적표징으로서의 고의와 과실외에 그 무슨 《기대가능성》이라는것을 주장함으로써 범죄가 마치 《기대가능성》에 따라서도 결정되는듯이 떠돌고있다.

그러나 자본주의형법리론이 주장하고있는 《기대가능성》론은 철저히 범죄를 규정하는 기본속성으로서의 범죄의 주관적표징을 외곡하는 비과학적리론이며 자본주의사회에서 통치계급에게 마음대로 범죄를 주무를수 있는 법률적근거를 지어주려는데 목적을 둔 반동적리론에 불과하다.

자본주의나라 형법에서 주장하는 《기대가능성》론의 반동성은 무엇보다먼저 그것이 리론적으로 부당한 《기대가능성》이라는 범죄인정의 법률적징표를 인위적으로 설정해놓음으로써 범죄를 특징짓는 중요한 징표의 하나인 범죄의 주관적표징을 마음대로 부정할수 있는 합법적근거를 주고있다는데 있다.

일반적으로 범죄는 국가와 사회의 법질서를 고의 또는 과실로 침해하는 죄책성있는 행위를 말한다. 때문에 고의, 과실과 같은 주관적표징은 범죄성립의 근본조건의 하나로 되며 이러한 주관적표징을 떠나서 범죄에 대해 론할수 없다. 범죄적행위는 범죄자의 범죄적심리상태를 떠난 단순한 육체적동작이 아니라 부정적인 목적을 추구하는 범죄자의 의사적행위인 동시에 그 범죄적의사의 외부적발현이다. 이로부터 세계 여러 나라 형법과 형법리론들은 범죄적심리상태로서의 고의와 과실을 범죄를 규정하는 기본속성의 하나로, 범죄의 주관적표징을 범죄성립의 원칙적요소로 규정하고있다.

그러나 반동적인 자본주의형법리론은 범죄적인 고의나 과실외에 《기대가능성》이라는것을 고안하여 범죄의 주관적표징을 부정할수 있는 근거를 합리화하고있다. 보통 범죄는 범죄적목적을 가지고있는 범죄자에 의하여 형법이 보호하는 사회관계가 고의적으로 침해됨으로써 그리고 범죄적결과에 대하여 행위수행자가 지고있는 법적의무와 책임을 다하지 않음으로써 발생하는 위법현상이라고 볼수 있다. 이러한 범죄적행위의 수행자들에게 있어서 합

법적행위라고 할 때 그것은 행위수행자가 가지고있는 범죄적의사를 버리는것이며 또 행위수행자에게 부과된 법적의무와 책임을 다함으로써 범죄적결과를 발생시키지 않는것외에 다른것이 있을수 없다.

그런데 《기대가능성》론에서는 행위자의 이러한 범죄적의사외에 《기대가능성》이라는 인위적인 요소를 설정하고 그 유무에 따라 범죄인가 아닌가를 결정해야 한다고 주장하고있는것이다. 그들의 주장대로 하는 경우 실례로 죽일 범죄적목적을 가지고 《가》를 살인한 《나》에게 만일 살인하지 않으면 안될 그 어떤 《객관적요인》이 있다고 증명되면 그를 살인범죄자로 인정할수 없다는 결론에 떨어진다.

오늘 반동적인 《기대가능성》론은 《기대가능성》을 범죄의 주관적표징을 결정하는 《요소》로 규정하고있을뿐아니라 그것을 형사책임문제와 혼탁시켜놓음으로써 범죄에 대한 정확한 리해를 가질수 없게 하고있다.

우선 《기대가능성》론에서는 범죄의 주관적표징으로서의 고의나 과실이 《기대가능성》에 의하여 결정된다고 주장하고있다.

반동적인 《기대가능성》론에서는 《기대가능성은 범죄적고의나 과실의 구성요소인 동시에 바로 고의, 과실의 성립을 결정하는 요소》라고 한다. 그리고 《행위수행자에게 범죄적고의나 과실이 있다는것과 이에 대해 고의적책임과 과실적책임을 지운다는것은 별개의 문제》라고 하면서 《순수 행위자의 범죄구성사실에 대한 인식이나 예견유무에 의해 결정되는 고의나 과실이 그에 따르는 형사책임으로 이어지자면 기대가능성이 있었는가 없었는가 객관적으로 증명되어야 한다.》라고 주장하고있다.

이러한 주장은 바로 범죄성립의 필수적요소인 범죄의 주관적표징을 부정하는 반동적 꾀변이다. 다시말하여 이것은 범죄적행위의 수행자에게 주관적인 허물과 잘못이 있다고 증명된 경우에도 《기대가능성》이 없으면 형사책임을 지울수 없으며 결국 범죄로 볼수 없다는 부당한 리론이다.

범죄는 철저히 범죄적의식을 가진 범죄자에 의하여 수행되는 사회적위험성을 띤 행위이다. 그러므로 범죄적의사를 가지고있는 범죄자의 범죄적행위가 객관적으로나 주관적으로 증명되면 그것이 곧 범죄로 되게 되며 그러한 범죄에 대하여 형사책임을 주는것은 마땅하다. 따라서 범죄자가 수행한 행위와 범죄자가 가지고있는 범죄적의식은 범죄성립의 필수적요소로 되며 이외에 그 어떤 다른것이 요구되지 않는다.

자본주의형법리론의 주장은 사실상 자본주의사회에서 반동적지배계급의 요구와 리익에 맞는 범죄를 마음대로 만들어내거나 없애버릴수 있는 합법적공간을 마련하자는데 그 목적이 있는것이다.

또한 《기대가능성》론에서는 범죄의 주관적표징으로서의 고의, 과실과 함께 기대가능성이 형사책임을 배제시키는 독립적인 사유로 된다고 주장하고있다.

《기대가능성》론을 주장하는 자본주의형법리론의 다른 한 류파는 이것을 정당화하기 위하여 《기대가능성》의 그 무슨 《책임배제사유설》을 들고나오고있다. 실례로 일본의 반동적 어용형법학자들은 책임능력이나 고의, 과실 등이 형사책임의 《원칙적요소》이지만 기대가능성은 《례외적요소》로 된다고 하면서 기대가능성이 형사책임을 배제시키는 일종의 독립적 사유로 된다고 주장하고있다. 그리고 책임능력과 고의, 과실은 《주관적책임요소》이지만 《기대가능성》은 《객관적책임요소》로서 독립적성격을 가지는 배제사유라고 하면서 그것을 리론적으로 합리화하고있다.

범죄자의 주관적의사를 떠난 범죄란 존재할수 없으며 만일 있다고 하면 벌써 그것은 범죄라고 말할수 없다. 그럼에도 불구하고 자본주의형법리론에서는 범죄적의식성이 범죄의 주관적측면을 특징짓는 속성으로서 어떤 범죄에서나 반드시 있어야 하는 필수적인 요소가 아니라 범죄자에게 형사책임을 지울수 있는 조건의 하나라고 주장하고있다. 즉 자본주의형법리론은 범죄의 주관적표징으로서의 고의와 과실을 범죄성립조건과 분리시켜 순수 책임에 관한 문제로 다시말하여 형사책임을 지우지 않는 사유 또는 형사책임의 조건으로 보고있다. 이에 따라 자본주의형법리론은 주관적표징으로서의 고의나 과실과 련관되어있는 《기대가능성》도 형사책임에 관한 문제로 보고있다. 자본주의나라 형법학자들의 이러한 주장은 범죄의 속성에 대한 비과학적인 견해에 기초한것으로서 행위수행자의 주관에는 관계없이 범죄를 만들어내거나 부정할수 있는 이론적근거를 주는 반동적인 견해이다.

이처럼 자본주의형법리론에서 주장하고있는 《기대가능성》론은 형법상 범죄인정의 본질적표징인 주관적표징을 부정할수 있는 합법적근거를 줌으로써 범죄를 마음대로 조종할수 있는 공간을 조장하는 반동적리론이다.

자본주의나라 형법에서 주장하고있는 《기대가능성》론의 반동성은 다음으로 그것이 자본주의사회의 반인민적인 사적소유제도를 옹호하고 유지강화하기 위하여 만들어지고 적극적으로용되고있는 법률적수단이라는데 있다.

일반적으로 어느 사회에서나 형법과 그 리론은 철저히 지배계급의 요구와 리익을 반영하며 그 실현에 적극적으로 복무한다. 자본주의형법리론이 그러하듯이 《기대가능성》론 역시 자본주의제도를 유지강화하려는 반동적지배계급의 요구를 반영하여 고안되었으며 반인민적인 자본주의제도를 미화분식하려는 자본가계급의 계급적요구에 맞게 더욱 각색되고 구체화되어왔다.

《기대가능성》론은 우선 사적소유제도를 옹호유지하려는 자본가계급의 계급적요구를 반영하여 《공정》과 《공평》의 미명밑에 발생하였으며 그들의 요구에 맞게 각색되어온 반동적리론이다.

19세기말 유럽을 휩쓴 자본의 착취를 반대하는 노동계급의 투쟁은 도이쉴란트지배계급으로 하여금 사회에 대한 정치적지배를 강화하는것과 함께 근로인민대중의 투쟁을 무마시키고 취약한 자본주의제도를 정당화할수 있는 법적수단들을 요구하였다. 《기대가능성》론은 바로 도이쉴란트지배계급의 이러한 계급적요구를 반영하여 고안된 반동리론이다.

《기대가능성》론은 도이쉴란트제국재판소가 1897년에 판결한 《습관성말사건》에 그 근원을 두고있다. 이 사건은 자기의 꼬리로 고삐를 휘감아 내리누르는 습성이 있는 말을 끄는 쌍마차의 마부가 어느날 도로를 달리던 도중에 말의 습성이 갑자기 발작하여 어쩔수 없이 지나가던 행인을 부상입힌 사건이었다. 당시 이 사건을 맡았던 검찰관은 과실상해죄로 마부를 재판에 제기하였으나 원심재판소와 제국재판소는 《피고가 나쁜 습성을 가지고있는 마차를 몰고있다는것을 이미 알고있고 그것이 행인들에게 상해를 줄수 있다는것을 인식하고있었다는 점에서 볼 때 과실상해죄를 구성한다고 볼수 있다. 그러나 이 마차를 운전할데 대한 주인의 요구를 피고가 거절할수 없다는 점을 고려해야 하며 또한 피고가 직업을 잃는다는것은 기대할수 없기때문에 피고에게 이 사건에 대한 과실책임을 저서는 안된다.》라고 판결하고 피고에게 무죄를 선고하였다.

이 사건을 계기로 도이쉴란트의 반동적인 한 형법학자는 《책임개념의 구성에 관하여》라는 책에서 《기대가능성》이라는 용어를 처음으로 제기하였으며 그후 《기대가능성》에 관

한 리론은 도이칠란드의 여러 형법학자들에 의하여 반동적통치계급의 요구에 맞게 각색되었다. 당시 도이칠란드의 반동적어용형법학자들은 형법상 《기대가능성》에 관한 문제가 일반 반고용인의 행위에서 발생하였다는데로부터 그것이 마치 자본주의형법의 《공정성》과 《공평성》을 그대로 반영하고있는것처럼 떠들면서 자본주의사회가 일반 평민들의 리익을 옹호하는 사회라도 되는듯이 요란스럽게 떠들어대고있다.

그러나 력사적사실이 보여주는바와 같이 인류사회에 존재한 온갖 형법과 형법리론들은 국가주권을 장악한 지배계급의 독재를 실현하기 위한 수단으로서 철저하게 계급적성격을 띠고있다. 자본주의사회의 법에 《공평》과 《평등》이 있다면 그것은 철저히 반동적지배계급을 위한 《공평》과 《평등》만이 있을뿐이다. 자본주의형법리론인 《기대가능성》론 역시 도이칠란드에서 자본주의의 급속한 발전과 함께 강화되는 자본가계급을 반대하는 도이칠란드인민들의 투쟁을 무마시키고 사회에 대한 정치적지배를 더욱 강화하려는 목적에서 고안된 반동적인 리론이었다.

《기대가능성》론은 또한 자본가계급의 사적소유제도를 옹호하고 실현하려는 반동적지배계급의 요구와 리익에 맞게 각색되고 적용되어온 반동적리론이다.

《기대가능성》론은 객관적인 근거만 존재하면 그 어떤 범죄행위도 정당화하고 무효화시킬수 있게 하는 반동적리론이다. 때문에 《기대가능성》론은 그것이 나온 후 반동적인 어용형법학자들에 의하여 부단히 체계화되고 완성되어왔다.

현시기 이 리론은 자본주의형법리론에서 책임리론의 핵심적인 사항으로 인정되고있다.

더우기 형법상 《기대가능성》론은 그것이 반동적지배계급의 계급적요구와 리익을 실현할수 있는 《법적근거》를 안고있는것으로 하여 출현후 적극적으로 적용되었다. 《기대가능성》론이 나온 후 그것이 법률적근거를 가지고있지 못함에도 불구하고 많은 자본주의나라들에 파급되어 법실천에 적극 적용되고있는것은 바로 이것이 반동적지배계급의 계급적요구에 부합될뿐아니라 근로인민대중에 대한 무제한한 착취와 략탈을 정당화할수 있는 합법적담보를 제공해주고있기때문이다.

실례로 일본은 이 리론이 나온 후 제일 처음으로 받아들였고 그것을 자본가들의 온갖 범죄행위를 정당화하는 법률적근거로 리용하였다. 그 대표적인것이 1933년에 일어난 려객선침몰사건이었는데 이 사건은 배의 선장이 정원의 5배이상이나 되는 승객을 싣고 항행하던 도중 배가 뒤집어져 수많은 사상자를 낸 사건이었다. 당시 일본대법원은 배에 오른 승객들이 봄비였다 것과 선장이 선주에게 제기하였으나 선주는 도리어 많은 승객을 태우도록 명령하였다는 사실들을 근거로 즉 선장에게 《기대가능성》이 없었다는것을 리유로 그에게 비교적 경한 벌금형을 부과하였다. 이 사건을 계기로 일본은 제2차 세계대전이후부터 《기대가능성》이 존재하지 않는다는것을 구실로 많은 특대형의 범죄사건들에서 범죄자들에게 무죄를 선고하는 판례들을 기록하였다. 오늘 적지 않은 자본주의나라들에서 《기대가능성》론은 자본가들을 《범죄》의 울가미에서 벗어나게 해주는 합법적근거를 제공해주기때문에 형사법실천에서 적극적으로 리용되고있다. 이것은 비록 《기대가능성》이란 용어가 평범한 고용인의 행위로부터 발생하였다고는 하지만 실제상 그것이 오늘 자본주의사회에서 많은 인명피해와 물질경제적손실을 가져오는 범죄들에서 지게 될 자본가계급의 형사적책임을 무마시키는 형법적수단으로 리용되고있다는것을 보여주고있다.

이처럼 자본주의나라 형법에서의 《기대가능성》론은 그 발생에서나 적용실천에서 사적소유제도를 유지하고 사회에 대한 계급적지배를 더욱 강화하려는 자본가계급의 요구를 철

저히 반영하고있는 반동적인 이론이다.

《기대가능성》문제는 현시기 자본주의나라들의 법제정과 활동에서 가장 중요한 원칙인 《죄형법정원칙》에도 어긋난다고 말할수 있다. 자본주의형사립법과 실천의 가장 중요한 원칙으로 되고있는 《죄형법정원칙》은 어떤 행위가 범죄로 되며 거기에 어떤 형벌을 부과하는가 하는것은 립법기관이 채택한 제정법에 근거하여서만 처리할수 있다고 하는 원칙을 말한다. 자본주의나라 형법의 이 원칙에 따르면 어떤 행위가 비록 사회적위험성을 가지고있다 하더라도 그에 대하여 형법에 범죄로 규제되어있지 않는 경우에는 형벌을 주지 말아야 하며 형사책임을 지울수 없거나 경감시켜야 할 경우에는 그에 대하여 형법에 규제하여야 한다.

오늘 자본주의나라들의 형사법실천에서 중요한 법률적근거로 리용되고있는 《기대가능성》은 형법상의 법규적인 사유로 규제되지 않고있는것이 일반적이다. 이에 대하여 자본주의형법리론은 《실체법의 배후에 기대가능성의 사상이 존재하는 이상 구태여 형법에 규제하지 않아도 되는 특수한 책임조각사유》라고 주장하고있다.

자본주의형법리론의 이러한 주장은 실제상 법규적성질을 부여할수 있는 리론적근거를 가지고있지 못한 《기대가능성》문제를 정당화하기 위한 구실에 불과하다. 만일 《기대가능성》에 관한 문제를 형법에 규제하는 경우 지배계급의 리익에 배치되는 복잡한 사회정치적문제들을 산생시킬수 있다. 왜냐하면 자본주의사회에서 일어나는 범죄의 대다수는 사람들을 범죄적행위로 추동하고 적극 조장시키는 자본주의사회제도자체의 사상적 및 사회경제적요인에 그 근원을 두고 발생하고있기때문이다. 바로 이러한 리유로부터 자본주의형법리론은 《기대가능성》에 관한 문제를 형법조문으로 규제하지 않고 법리론상문제로 론하면서 법실천에 적극 적용하고있는것이다.

이처럼 자본주의형법리론이 주장하고있는 《기대가능성》론은 온갖 범죄를 지배계급의 리해관계에 맞게 마음대로 주무룰수 있는 합법적공간을 주는 법률적수단으로서 자본주의형법의 반동적이고 반인민적인 본질을 가리우고 미화분식하기 위하여 만들어낸 비과학적인 리론이다.

자본주의나라들에서 반동적어용형법학자들이 온갖 기만적인 구호밑에 자본주의형법의 반동적이며 반인민적인 본질을 외곡하는 여러가지 비과학적인 리론들을 아무리 꾸며내어도 자본주의형법이 자본가계급을 비롯한 착취계급의 리익을 옹호보장하기 위해 근로인민대중의 반항을 진압하고 그들에 대한 압박과 착취를 보장하는 반동적이고 반인민적인 부르조아독재의 도구라는것을 결코 숨길수 없다.

우리는 자본주의나라 형법과 형법리론에서 주장하고있는 《기대가능성》론이 내포하고있는 비과학적이며 반동적인 내용들을 정확히 인식하고 오늘 《인권》과 《민주주의》에 대해 떠들고있는 자본주의형법의 반동성을 철저히 폭로비판해나가야 할것이다.