

良心犯 處罰에 관한 法理論的 考察 *

— 獨逸의 理論 및 判例를 중심으로 —

孫 徠 權

(警察大 教授)

I. 序

a) 지금까지의 世界史가 證明하듯이, 個人的 良心과 實定法과의 衝突은 어느 時代 어느 곳에서도 발생하여 왔다. 이 兩者의 衝突은 不法國家(Unrechtsstaat)에 있어서는 물론, 政治的·宗教的·道德的 中立性이 확립된 오늘날의 民主法治國家에서도 나타난다. 不法國家에 있어서는 個人的 良心이 國民多數의 良心의 承認을 얻지 못하는 惡法에 대하여 주로 충돌하나, 民主法治國家에 있어서는 多數 良心決定의 形態로서 民主的으로 成立된 法律과 少數良心決定으로서의 個人良心 사이의 충돌로 나타난다.¹⁾

우리나라에서도 實定刑法과 충돌되는 良心에 의한 行爲者, 즉 良心犯의 문제가 정치적 격동기 때마다 在野側의 모든 良心囚의 무조건 釋放과 政府側의 釋放不可라는 극단적 대립하에 정치적 논쟁점으로 등장하여 왔다. 또한 그때마다 良心犯, 確信犯 및 政治犯의 用語는 서로 뒤섞여 사용되어 왔다. 이와 같이 우리나라에서 주로 政治的 論議의 對象이 되어 왔고 또한 그 개념도 명확하게 되어 있지 않은 良心犯의 處罰에 대한 法理論的 基礎를 提供하기 위하여 이 글은 獨逸 法體系下에서의 良心犯 處罰에 관한 理論과 實際를

* 이 글은 주로 本人의 博士學位論文 "Die Problematik der Bestrafung des Gewissenstaters nach dem geltenden Recht(現行法에 의한 良心犯 處罰의 問題性), Bonn 1989"을 壓縮하여 1991년 5월 韓國刑事法學會에서 發表한 것이다.

1) 民主法治國家라 불리워지는 獨逸에서의 대표적 例는 여호와의 證人 신도가 종교적 良心 때문에 兵役義務를 거부하거나 瀕死狀態에 있는 자녀 또는 배우자의 靈的 救援을 위해 輸血을 거부 또는 방해하는 경우이다.

소개하고자 한다.

b) 종래의 獨逸 刑法學은 實定法과 個人的 確信 내지 良心과의 衝突을 刑罰制裁段階에서 해결하고자 했다. 이것이 바로 確信犯(Überzeugungstäter)을 名譽的인 特別刑으로 處遇할 것을 규정 한 Radbruch의 立法案을 둘러싼 과거의 論爭이었다. 그러나 이러한 試圖는 1969년 第一次 刑法改正에 의한 單一自由刑制度의 확립 후 좌절되었다. 또한 오늘날의 刑事政策이 오히려 一般刑罰의 名譽剝奪的 性格을 除去하는 방향으로 나아가기 때문에, 앞으로도 그러한 시도의 부활은 기대하기 어렵다.²⁾ 이와 관련하여 오늘날의 論議는 두가지 측면에서 그 중점을 옮겼다.

첫째, 論議의 對象에 있어서 確信犯보다도 良心犯(Gewissens-täter)이 前面에 들어서게 되었고,

둘째, 論議의 方向에 있어서 刑罰制裁段階에서 良心犯의 특별한 處遇를 둘러싼 立法論으로부터 現行法에 의한 良心犯의 可罰性實質에 대한 解釋論으로 바뀌었다.³⁾

Ⅱ. 良心犯 處罰의 憲法理論의 基礎

良心犯 處罰의 憲法理論의 基礎는 憲法이 基本權으로 保障한 良心의 自由의 內容에 대한 이해로부터 나온다. 그런데 모든 다른 基本權과 마찬가지로 良心自由基本權의 內容도 크게 保護領域과 그 限界로 나누어 볼 수 있다.

2) Vgl. Roxin, Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund, in: Maihofer-FS, S. 389; Ebert, Der Überzeugungstäter, S. 15 f.

3) 獨逸에서는 良心行爲에 대한 實體法上, 즉 刑法上의 可罰性論 뿐만 아니라 節次法上 즉 刑事訴訟法上의 문제점도 論議되고 있다: 良心에 의한 反復의 實定法違反行爲, 특히 良心에 의한 反復의 代替兵役拒否行爲에 대하여 二重處罰禁止의 原則이 어떻게 적용되는가에 관한 논의이다. 이에 대해 獨逸 聯邦憲法裁判所는 여호와의 證人에 의한 反復의 代替兵役拒否行爲에 대한 二重處罰의 禁止를 宣稱하였다 (BVerfGE 23, 191). 이 判例에 의해 확립된 二重處罰禁止의 結論 自體는 學說에 의해서도 支持되고 있다. 그러나 그 理論的 根據를 어디에서 찾을 것인가에 대해서는 심한 견해의 대립을 보이고 있다. 이에 대해 상세히는 D. K. Son, Die Problematik der Bestrafung des Gewissenstäters nach dem geltenden Rech., Dissertation, Bonn 1989, S. 208 ff.

소개하고자 한다.

b) 종래의 獨逸 刑法學은 實定法과 個人的 確信 내지 良心과의 衝突을 刑罰制裁段階에서 해결하고자 했다. 이것이 바로 確信犯(Überzeugungstäter)을 名譽的인 特別刑으로 處遇할 것을 규정 한 Radbruch의 立法案을 둘러싼 과거의 論爭이었다. 그러나 이러한 試圖는 1969년 第一次 刑法改正에 의한 單一自由刑制度의 확립 후 좌절되었다. 또한 오늘날의 刑事政策이 오히려 一般刑罰의 名譽剝奪的 性格을 除去하는 방향으로 나아가기 때문에, 앞으로도 그러한 시도의 부활은 기대하기 어렵다.²⁾ 이와 관련하여 오늘날의 論議는 두가지 측면에서 그 중점을 옮겼다.

첫째, 論議의 對象에 있어서 確信犯보다도 良心犯(Gewissens-täter)이 前面에 들어서게 되었고,

둘째, 論議의 方向에 있어서 刑罰制裁段階에서 良心犯의 특별한 處遇를 둘러싼 立法論으로부터 現行法에 의한 良心犯의 可罰性實質에 대한 解釋論으로 바뀌었다.³⁾

II. 良心犯 處罰의 憲法理論의 基礎

良心犯 處罰의 憲法理論의 基礎는 憲法이 基本權으로 保障한 良心의 自由의 內容에 대한 이해로부터 나온다. 그런데 모든 다른 基本權과 마찬가지로 良心自由基本權의 內容도 크게 保護領域과 그 限界로 나누어 볼 수 있다.

2) Vgl. Roxin, Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund, in: Maihofer-FS, S. 389; Ebert, Der Überzeugungstäter, S. 15 f.

3) 獨逸에서는 良心行爲에 대한 實體法上, 즉 刑法上の 可罰性論 뿐만 아니라 節次法上 즉 刑事訴訟法上的 문제점도 論議되고 있다: 良心에 의한 反復의 實定法違反行爲, 특히 良心에 의한 反復의 代替兵役拒否行爲에 대하여 二重處罰禁止의 原則이 어떻게 적용되는가에 관한 논의이다. 이에 대해 獨逸 聯邦憲法裁判所는 여호와의 證人에 의한 反復의 代替兵役拒否行爲에 대한 二重處罰의 禁止를 宣稱하였다 (BVerfGE 23, 191). 이 判例에 의해 확립된 二重處罰禁止의 結論 自體는 學說에 의해서도 支持되고 있다. 그러나 그 理論的 根據를 어디에서 찾을 것인가에 대해서는 심한 견해의 대립을 보이고 있다. 이에 대해 상세히는 D.-K. Son, Die Problematik der Bestrafung des Gewissenstäters nach dem geltenden Rech., Dissertation, Bonn 1989, S. 208 ff.

1. 良心自由基本權의 保護領域(Schutzbereich)

良心自由基本權의 保護領域이란, 良心自由基本權의 潛在的 保護對象에 들어가는 것은 무엇인가의 문제이다. 특히 良心犯의 論議에서는 實定刑法과 어긋나는 主觀的 良心決定 내지 實定刑法을 違反한 良心行爲도 良心自由基本權의 保護領域에 들어가는지가 중요한 문제가 된다.

獨逸 聯邦憲法裁判所(Bundesverfassungsgericht)는 憲法 제4조의 保護領域에 있는 良心은 自律的이고 倫理的인 人格으로서의 個人이 내린 善惡에 대한 진지한 倫理的 決定으로서, 이것은 個人을 絶對的으로 拘束하기 때문에 심각한 良心葛藤 없이는 그에 어긋난 行爲를 할 수 없는 것이라고 하였다. 더 나아가, 法官은 個人의 良心決定을 그 內容에 따라, “錯覺이다(irrig)”, “틀렸다(falsch)”, “옳다(richtig)” 등의 判斷을 하여서는 안되며 良心의 內容에 대한 判斷은 法官의 權限을 벗어난 것이라고 判示하였다.⁴⁾

獨逸 聯邦行政裁判所(Bundesverwaltungsgericht)도 基本法 제4조의 良心은 當事者에게 內的 強制로서 拘束하는 진지한 倫理的 決定으로서, 이러한 內的 強制에 反한 行爲는 그의 倫理的인 人格性을 害치거나 파괴하게 된다고 하고, 실제로 그러한 진지한 倫理的인 決定이 있었느냐의 여부가 憲法的 良心認定의 尺度가 되며 그 決定으로 나아가게 된 動機가 무엇이냐는 중요치 않다고 하였다.⁵⁾

兩 判例에 의하면 헌법 제4조의 保護領域에 들어가는 良心概念의 충족을 위해서는 실제로 개인이 자신에게 絶對的인 倫理的 拘束力을 가지는 善惡에 대한 主觀的 當爲決定이 있었느냐가 중요할 뿐, 그러한 主觀的 良心決定이 客觀的 當爲, 實定(刑)法規範, 社會倫理 또는 특별한 世界觀과 內容의으로 一致하느냐의 여부는 중요치 않다.⁶⁾

4) BVerfGE 12, 45 (56).

5) BVerwGE 7, 242 (247).

6) Vgl. Rudolphi, Die Bedeutung eines Gewissensentscheides für das Strafrecht, in: Welzel-FS, S. 606; Ebert, a.a.O., S. 41 f.

이러한 判例의 主觀的 良心概念은 少數의 反對見解가 있으나, 民主國家는 모든 國民에게 — 특히 “디씨덴트(Dissident)”에게도 — 각자의 倫理的 當爲決定을 基本權保護의 對象으로 설정해 주어야 한다는 점에서 妥當하며 또한 支配的 學說에 의해서 받아들여지고 있다.⁸⁾ 判例 및 通說의 主觀的 良心概念에 따르면 刑法上 良心犯의 문제에서 중요한 의미가 있는, 實定刑法에 어긋나는 良心決定도 기본법 제4조의 保護領域에 들어간다.

또한 獨逸의 通說 및 判例에 의하면, 憲法上의 良心自由의 基本權은 內面的 良心形成뿐만 아니라 모든 形態(즉 作爲 및 不作爲)의 良心實現의 自由(Gewissensbetätigungsfreiheit)를 그 保護領域으로 포함하여야 한다고 한다.⁹⁾ 그 理論的 根據는 — 특히 Rudolphi가 지적하였듯이¹⁰⁾ — 바로 民主國家에서 良心自由基本權이 保障된 意味와 目的으로부터 나오게 된다. 民主國家에서 憲法的으로 良心自由基本權이 保障된 意味와 目的은, 한편으로는 個人에 대하여 人格의 同一性喪失(Identitätsverlust)을 방지해 주고 人格의 同一性實現을 保障해 주는데 있으며,¹¹⁾ 다른 한편으로는 모든 國民이 자기 良心에 責任지는 결정을 자유롭게 하게 함으로써 自由民主國家를 形成하고 正當化시켜 주는데 있다. 이러한 良心自由基本權保障의 意味와 目的은 個人의 內面的 良心形成만 保障되고

7) 判例와 정반대의 客觀的 良心概念의 주장은 Brinkmann, Grundrecht und Gewissen im Grundgesetz, Bonn 1965; 기타 判例에 대한 批判은 Witte, Der Gewissensbegriff des Artikels 4 Abs. 3 des Grundgesetzes, AöR 87 (1962), S. 158와 Böckenförde, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStRL 28 (1970), S. 173.

8) Zippelius, in: Bonner Kommentar, Art. 4 Rn. 32; Herzog, in: M./D.-H.-Sch., Art. 4 Rn. 124; Geiger, Gewissen, Ideologie, Widerstand, Nonkonformismus, S. 62 ff.; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 4 Rn. 36; Roxin, in: Maihofer-FS, S. 391; 물론 客觀的으로 妥當한 良心決定도 당연히 良心自由基本權의 保護領域에 들어간다.

9) Herzog, Die Freiheit des Gewissens und der Gewissensverwirklichung, DVBl 1969, S. 719; Bäuml, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, in: VVDStRL 28 (1970), S. 15 f.; Böckenförde, a. a. O., S. 91; 단지 forum internum에 한정된다는 견해는 Zippelius, in: VVDStRL 28 (1970), S. 91; 不作爲에까지 확장하는 견해는 Arndt, Das Gewissen in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung, NJW 1966, 2205.

10) Rudolphi, a. a. C., S. 608 f.

11) Vgl. Luhmann, Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, AöR 90 (1965), S. 280

그 外部的 實現이 보장되지 않을 때에는 충족될 수 없다. 결론적으로 獨逸의 通說 및 判例에 의하면, 良心犯의 行爲, 즉 (刑)法規範과 어긋난 良心行爲도 일단 憲法上的의 良心自由基本權의 保護領域에 들어간다.

良心自由 基本權의 保護領域에 들어간다는 憲法的 意味는 모든 國家機關은 國民의 良心行爲를 가능한 한 最大로 保護하여야 한다는 데 있다.¹²⁾ 또한 이로부터 어떤 良心行爲가 비록 實定法規範에 어긋난다고 할지라도 가능한 한 最大로 寬容되어야 한다는 原則이 나온다(소위 寬容의 原則, Toleranzgebot). 이 寬容의 原則은 獨逸 聯邦憲法裁判所의 判例에 의해서 宣言되었다.¹³⁾

2. 良心自由基本權의 限界

良心行爲가 단지 憲法上 良心自由基本權의 保護領域에 들어간다는 것과 主觀的 基本權으로서 궁극적으로 주장할 수 있다는 것과는 구별되어야 한다. 主觀的 基本權으로서 궁극적으로 주장할 수 있는 良心行爲는 그것이 基本權의 限界를 벗어나지 않는 경우에 한한다. 獨逸 基本法에는 良心의 自由에 대한 法律留保條項을 두고 있지 않다. 즉 憲法的 條文 形式上으로는 限界 없는 基本權이다. 그러나 良心實現의 自由에 대한 實質的인 制限可能性은 인정되어야 한다는 것이 學說·判例의 일치된 견해이다. 獨逸에서 憲法上 法律留保 없는 基本權의 制限에 대하여 여러 理論의 대립이 있으나, 通說的 立場에 의하면 그 根據를 憲法的 統一性(Einheit der Verfassung)에서 찾는다.¹⁴⁾ 바꾸어 말하면 憲法上 法律留保 없는 良心의 自由는 다른 憲法上的 法益과 충돌할 경우에는 制限을 받는다. 왜냐하면 두가지의 憲法的 法益이 서로 충돌할 때는 相互制限을 통하여 憲法規範의 調和를 이루어야지 어느 하나의 일방적 犧牲

12) BVerfGE 23, 127 (134);vgl. BVerfGE 32, 98 (109)

13) BVerfGE 32, 98 = JZ 1972, 83 (84);vgl. Bopp, Der Gewissenstater und das Grundrecht der Gewissensfreiheit, Karlsruhe 1974, S. 184.

14) BVerfGE 32, 98 (108);Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 383; Bäuml, in;VVDStRL 28 (1970), S. 18 ff.;Steiner, Der Grundrechtsschutz der Glaubens-und Gewissensfreiheit, JuS 1982, S. 162.

下에 다른 하나의 일방적 보호는 憲法의 統一性에 입각한 規範調和的 解釋을 해치기 때문이다. 가장 바람직한 조화는 두 憲法的 法益의 制限을 가능한 한 최소로 하고 그 보호를 가능한 한 최대로 하는 것이다. 良心自由基本權을 제한할 수 있는 憲法的 法益에는 個人的 法益 — 生命, 身體, 財産 등 — 뿐만 아니라 國家的 法益도 포함된다.¹⁵⁾ 獨逸 基本法에 의하면 — 우리 憲法 (헌법 제39조의 國防의 義務)과는 달리— 兵役(Wehrdienst)은 良心의 自由를 제한할 수 있는 憲法的 法益이 아니나 代替兵役인 民間役務(Zivildienst)는 良心의 自由를 제한할 수 있는 憲法的 法益이다.

3. 良心自由基本權 保障의 刑法立法의 意味

良心自由基本權의 憲法的 保障을 통해 立法者는, 모든 國民에게 자기의 良心에 따른 행위를 최대한으로 보장하는 立法을 해야 할 憲法的 義務를 부담한다. 달리 말하면 立法者는 個人的 良心과 충돌되는 法律의 立法을 가능한 한 회피하여야 한다. 이러한 회피방법으로, 刑法의 立法者에게 요구되는 것으로는 다음과 같은 것들을 예상할 수 있다.

우선 立法者는 평화로운 共同生活를 침해하는 行爲에 대한 투쟁을 刑法規範의 내용으로 하는 立法을 하여야지, 특정한 倫理, 道德 혹은 특정한 世界觀의 유지를 그 내용으로 하여서는 안된다.¹⁶⁾ 특정한 倫理 내지 世界觀 자체를 보호목적으로 하는 刑法規範은 個人的 良心과의 衝突을 防止·減少시키는 것이 아니라 오히려 조장할 뿐이다. 이는 모든 國民에게 各自의 倫理的 當爲決定을 최대한으로 保障하고, 世界觀的 中立性을 지키는 國家를 지향하는 良心自由基本權의 意味와 目的에 반한다.

다음으로 良心의 自由를 최대한으로 보장하기 위하여, 立法者는 良心의 衝突이 豫想되는 法律에 대해 그 衝突을 回避시킬 수 있는

15) Vgl. Rudolphi, in: Welzel-FS, S. 614.

16) Vgl. Welzel, Gesetz und Gewissen, in: Abhandlungen zum Strafrecht und Rechtsphilosophie, S. 313; Rudolphi, in: Welzel-FS, S. 614 u. 618 f.

法的 代案을 마련해 주어야 한다.¹⁷⁾ 그 대표적인 例가 獨逸 基本法이 良心에 반하는 兵役(Wehrdienst)의 代案으로서 民間役務(Zivildienst)를 마련한 것이다.

더 나아가, 立法者는 國民大多數의 良心과 충돌되는 法律이 現存해 있으면 이를 廢止 또는 改正하여야 한다. 왜냐하면 國民多數의 良心的 承認을 얻지 못하는 法律은 — 法哲學者 Laun이 지적했듯이¹⁸⁾— 그 法效力을 유지할 수 없기 때문이다. 그리고 現存하는 특정 法規範이 단지 少數國民의 良心과 충돌한다 하더라도 立法者는 그것을 緩和해 줄 수 있는 代案을 마련해 주어야 한다.

良心自由基本權의 憲法的 保障은 위와 같이 立法者에게만 義務를 지우는 것이 아니라, 法官도 實定法律을 適用함에 있어 항상 良心自由基本權이 上位法으로서 憲法上 保障되어 있음을 고려하여야 한다. 그러면 良心犯의 行爲를 法官은 刑法的으로 어떻게 다루어야 할 것인지 아래에서 살펴본다.

Ⅲ. 良心犯 處罰에 관한 刑法的 考察

1. 良心犯의 概念: 確信犯 및 政治犯과의 區別

17) H. Stein은 平等의 原則과의 일치를 위하여 그 代案은 원래의 義務와 同等한 負擔(Belastungsausgleich)이어야 한다고 하였다. 더 나아가 Böckenförde는 訴訟法上 요구되는 良心決定에 대한 證明의 어려움을 구제하기 위하여 고통적인 代案(lästige Alternative)이어야 한다고 주장하였다; 이에 대한 비판적 견해는 Rühl, Grundrecht auf Gewissensfreiheit, S. 20 ff.; Bopp, Der Gewissenstäter und das Grundrecht der Gewissensfreiheit, S. 169)

18) Laun에 의하면, 個人的 良心的 承認을 얻지 못하는 實定法은 그 個人에 대해서는 當爲가 아니라 단순히 他律的 暴力法(heteronomes Gewaltrecht)에 불과하다. 그에 반하여 個人的 良心的 承認을 얻는 實定法은 그 個人에 대해 拘束力 있는 自律的 當爲法(autonomes Sollensrecht)이 된다. 그러나 Laun은 實定法의 法效力根據를 個人에 의한 良心的 承認이 있는가 여부에 두지 않고, 오히려 國民大多數에 의한 良心的 承認이 있는가 여부에 둔다. 즉 實定法이 비록 한 個人 또는 少數國民의 良心的 承認을 얻지 못한다 하더라도 國民大多數의 良心的 承認을 얻는 한 그 實定法은 效力이 있다. 이와같이 Laun의 法理論은 實定法의 法效力根據를 國民大多數의 主觀的 良心承認에 의한 當爲認定에 두는 점에서, 一面으로는 實定法 自體의 內容이 客觀的으로 正當할 것을 요구하는 Welzel에 의해 대표되는 規範的 法效力論(normativistische Rechtsgeltungslehre)과 구별되고, 他面으로는 實定法의 法效力根據를 단순히 他律的인 強制力有無에 두는 Binder에 의해 대표되는 法實證主義(Rechtspositivismus)와도 구별된다; 上記에 대한 상세한 소개는 D.-K. Son, a. a. O., S. 56 ff.

法的 代案을 마련해 주어야 한다.¹⁷⁾ 그 대표적인 例가 獨逸 基本法이 良心에 반하는 兵役(Wehrdienst)의 代案으로서 民間役務(Zivildienst)를 마련한 것이다.

더 나아가, 立法者는 國民大多數의 良心과 충돌되는 法律이 現存해 있으면 이를 廢止 또는 改正하여야 한다. 왜냐하면 國民多數의 良心的 承認을 얻지 못하는 法律은 — 法哲學者 Laun이 지적했듯이¹⁸⁾— 그 法效力을 유지할 수 없기 때문이다. 그리고 現存하는 특정 法規範이 단지 少數國民의 良心과 충돌한다 하더라도 立法者는 그것을 緩和해 줄 수 있는 代案을 마련해 주어야 한다.

良心自由基本權의 憲法的 保障은 위와 같이 立法者에게만 義務를 지우는 것이 아니라, 法官도 實定法律을 適用함에 있어 항상 良心自由基本權이 上位法으로서 憲法上 保障되어 있음을 고려하여야 한다. 그러면 良心犯의 行爲를 法官은 刑法的으로 어떻게 다루어야 할 것인지 아래에서 살펴본다.

Ⅲ. 良心犯 處罰에 관한 刑法的 考察

1. 良心犯의 概念: 確信犯 및 政治犯과의 區別

17) H. Stein은 平等의 原則과의 일치를 위하여 그 代案은 원래의 義務와 同等한 負擔(Belastungsausgleich)이어야 한다고 하였다. 더 나아가 Böckenförde는 訴訟法上 요구되는 良心決定에 대한 證明의 어려움을 구제하기 위하여 고통적인 代案(lästige Alternative)이어야 한다고 주장하였다; 이에 대한 비판적 견해는 Rühl, Grundrecht auf Gewissensfreiheit, S. 20 ff.; Bopp, Der Gewissenstäter und das Grundrecht der Gewissensfreiheit, S. 169)

18) Laun에 의하면, 個人的 良心的 承認을 얻지 못하는 實定法은 그 個人에 대해서는 當爲가 아니라 단순한 他律的 暴力法(heteronomes Gewaltrecht)에 불과하다. 그에 반하여 個人的 良心的 承認을 얻는 實定法은 그 個人에 대해 拘束力 있는 自律的 當爲法(autonomes Sollensrecht)이 된다. 그러나 Laun은 實定法의 法效力根據를 個人에 의한 良心的 承認이 있는가 여부에 두지 않고, 오히려 國民大多數에 의한 良心的 承認이 있는가 여부에 둔다. 즉 實定法이 비록 한 個人 또는 少數國民의 良心的 承認을 얻지 못한다 하더라도 國民大多數의 良心的 承認을 얻는 한 그 實定法은 效力이 있다. 이와같이 Laun의 法理論은 實定法의 法效力根據를 國民大多數의 主觀的 良心承認에 의한 當爲認定에 두는 점에서, 一面으로는 實定法 自體의 內容이 客觀的으로 正當할 것을 요구하는 Welzel에 의해 대표되는 規範的 法效力論(normativistische Rechtsgeltungslehre)과 구별되고, 他面으로는 實定法의 法效力根據를 단순히 他律的인 強制力有無에 두는 Binder에 의해 대표되는 法實證主義(Rechtspositivismus)와도 구별된다; 上記에 대한 상세한 소개는 D.-K. Son, a. a. O., S. 56 ff.

위에서 본 바와 같이 獨逸의 判例 및 多數說에 의하면 좁은 意味의 客觀的 良心概念 뿐만 아니라, 넓은 意味의 主觀的 良心概念, 즉 客觀的 法秩序 내지 實定刑法과 어긋나는 良心도 法的 意味의 良心概念에 해당된다. 그러나 法的 意味의 主觀的 良心概念의 充足을 위해서는 最小限으로 要求되는 標識가 있다. 獨逸 聯邦憲法裁判所(Bundesverfassungsgericht)에 의하면 法的 意味의(主觀的) 良心이란 個人을 絶對的으로 拘束하기 때문에 심각한 良心葛藤 없이는 그에 어긋나는 行動을 할 수 없는, 自律的이고 倫理的인 人格으로서 個人이 내린 善惡에 대한 진지한 倫理的 決定을 의미한다. 이 判例의 良心概念에 기초하여 學者들은 크게 두가지 標識를 이끌어 낸다.

먼저, 善惡에 대한 倫理的 當爲決定으로서의 良心決定이 — Peters가 적절히 지적한 바와 같이— 主觀性이 있는 것은 부정할 수 없으나 결코 단순한 個人的 尺度만에 의한 자의적 결정이 아니고 항상 客觀化傾向(Tendenz zur Objektivierung) 및 一般化傾向(Verallgemeinerungstendenz)을 그 標識로 한다.¹⁹⁾ 즉 良心에 따른 行爲者는 자기의 當爲決定이 絶對적으로 善하다고 확신하므로 타인도 자기와 같은 當爲決定을 하기를 원한다. 다시 말해서 良心에 따른 行爲者는 그가 絶對적 善이라 확신한 것을 타인과 共有하기를 바란다. 실제로 獨逸 聯邦行政裁判所는 良心에 따른 兵役拒否를 주장하는 者가 —獨逸 憲法上 良心에 의한 兵役拒否는 正當化된다— 他人도 자기와 같이 兵役拒否의 良心決定을 내리기를 전혀 希望하지 않는다면, 그에게 良心的 決定이 있었다고 인정할 수 없다고 判示하였다.²⁰⁾

더 나아가, 良心犯에서의 良心은 무엇보다도 그에 합치하는 행위에 대한 絶對的 倫理拘束性을 概念標識로 한다는 점에서 이러한 標識와 무관한, 確信犯에서의 確信과 구별된다. 즉 確信犯에서의 確信은 단지 善惡에 대한 確信的 “判斷”의 영역에 머물러 있을 뿐이

19) Peters, in: Mayer-FS, S.271;vgl. Rühl, Grundrecht auf Gewissensfreiheit, S.261.

20) in:NVwZ 1982, 675;이 判例에 대한 贊成的 立場은 Kunze, NVwZ 1983, 398와 Tiedemann, DöV 1984, 61;批判的 立場은 Liskén, NVwZ 1982, 664

며, 그것이 當事者의 行爲를 倫理的으로 強制하느냐의 여부는 밝혀 주지 못한다. 이에 반하여 良心犯에서의 良心은 當事者에게 그에 합치하는 行爲를 하도록 倫理的으로 強制시킨다는 점을 그 본질적 특성으로 한다. 이러한 倫理的 絶對拘束力을 가지는 良心에 反하는 行爲를 한 者에게는 -Peters에 의하면- 宗教的 領域에 있어서는 神으로 부터의 離脫(Abfall vom Gott)을, 非宗教的 領域에 있어서는 人格의 實體喪失(Substanzverlust der Persönlichkeit)을 의미하게 된다.²¹⁾ 결론적으로 良心犯은 倫理的으로 行爲가 強制된 確信犯 또는 確信犯의 特別事例라 할 수 있다.

또한 獨逸 聯邦行政裁判所의 判例와 같이 行爲者에게 실제로 위와 같은 標識가 갖추어져 있느냐의 여부가 法的 의미의 良心을 認定하는 尺度가 될 뿐이며 그 決定으로 나아가게 된 動機가 무엇이냐는 중요치 않다.²²⁾ 따라서 政治的 動機에 의한 行爲者, 즉 政治犯이 良心犯으로 되느냐의 여부도 바로 그에게 絶對的 倫理拘束性 및 客觀化傾向이라는 良心의 標識가 충족되어 있느냐의 여부에 달려 있다. 이에 대해 대부분의 獨逸學者는 그 정도의 차이는 있으나 政治犯의 良心犯에로의 可能性을 인정함으로써²³⁾ 그러한 가능성을 완전히 부정한 Welzel의 견해에²⁴⁾ 批判的 立場을 취한다.

2. 良心犯의 可罰性(Strafbarkeit)

1) 不法

(1) 良心行爲에 대한 不法阻却의 可能性

憲法上 保障된 良心自由基本權의 限界를 이탈하지 아니하는 良心行爲는 刑罰이 免除된다. 이점에 있어서는 의견이 통일된다. 그런데 이러한 刑罰免除事由(Strafbefreiungsgrund)를 犯罪體系上

21) Peters, in: Mayer-FS, S. 270; so auch Greffenius, Täter aus Überzeugung, S. 67

22) BVerwGE 7, 242 (247)

23) Vgl. Peters, in: Mayer-FS, S. 273; Bopp, Der Gewissenstäter, Karlsruhe 1974, S. 48; Schünemann, Politisch motivierte Kriminalität, S. 90 f.; Freihalter, Gewissensfreiheit, Berlin 1973, S. 112 f.

24) Welzel, in: Niederschriften der GrStKomm., Bd. III, S. 61 f.

어디에 위치시킬 것인가에 대해서는 견해가 갈린다. 一說에 의하면, 이것을 免責事由(Entschuldigungsgrund)로서 責任領域에 위치시키고 良心行爲의 不法阻却可能性을 부정하는데 반하여,²⁵⁾ 다른 견해에 의하면 이것을 不法阻却事由로 다룬다.²⁶⁾

兩說 중, 法秩序의 統一性(Einheit der Rechtsordnung)이라는 관점에서 不法阻却事由說이 타당하다. 왜냐하면 憲法上的 基本權은 그 限界를 이탈하지 않는 한, 國民에게 主觀的 權利, 즉 適法性を 보장하고, 따라서 基本權 限界內의 行爲는 憲法合致的이며, 그것은 또한 法秩序의 統一性이라는 측면에서도 刑法的으로 適法하다고 해석되어야 하기 때문이다.

그런데 Peters는 모든 良心的 不作爲行爲는 항상 良心自由權의 限界內에 있으며 따라서 刑法的으로도 正當化된다고 주장한다.²⁷⁾ 그에 의하면 良心決定에 의한 代替兵役拒否 및 아들의 死亡을 招來하는 父母의 輸血拒否 등의 경우에도 그 良心行爲는 正當化된다. 그러나 이 견해는 타당하지 않다. 良心行爲는 그것이 作爲이든 不作爲이든 다른 憲法的 法益을 侵害하는 한, 良心自由權의 限界를 이탈하며 동시에 刑法的으로도 무제한으로 正當化될 수는 없다.

(2) 刑法規範의 內容과 良心行爲의 不法

어떤 良心行爲가 刑法的으로 正當化되는가의 문제는 우선 위에서 언급한 良心自由基本權의 限界에 대한 結論 - 즉 단지 다른 憲法的地位의 價値만이 憲法的 統一性이라는 관점에서 形式上 限界 없는 良心自由基本權을 제한할 수 있다는 結論-으로부터 대답되어질 수 있다. 만약 良心行爲에 의해 侵害된 刑法規範이 憲法的 價値를 具

25) Roxin, in: Maihofer-FS, S. 405; Rudolph, in: Welzel-FS, S. 629 f.; vgl. Ebert, a. a. O., S. 48 f.; Müller-Dietz, Gewissensfreiheit und Strafrecht, in: Peters-FS, S. 106 f.; Wittig, Der übergesetzliche Schuldausschlussungsgrund der Unzumutbarkeit, JZ 1969, S. 546 ff. (547 f.); Ulsenheimer, Das Personensorgerecht der Eltern im Widerstreit mit dem Gewissen und dem Strafgesetzbuch, FamRZ 1968, S. 572; Heinitz, Der Überzeugungstäter im Strafrecht, ZStW 78(1966), S. 631; S./S./Lenckner, Vor §§ 32 ff. Rn. 118 ff.

26) Peters, Überzeugungstäter und Gewissenstäter, in: Mayer-FS, S. 276; Bopp, a. a. O., S. 18 ff.; v. Burski, Die Zeugen Jehovas, die Gewissensfreiheit und das Strafrecht, S. 88 ff.

27) Peters, in: Mayer-FS, S. 274 f.; ders., JZ 1966, S. 457 ff.; vgl. Arndt, NJW 1966, S. 2205

體化시키는 規範內容을 가지지 아니하면 그 刑法規範은 良心自由基本權을 制限하지 못하고, 따라서 이를 違反하는 良心行爲는 良心自由基本權의 限界를 離脫하지 아니하는 憲法合致的 行爲이며, 이는 또다시 法秩序의 統一性이라는 觀點에서 刑法的으로도 正當化된다.

28) 憲法的 價値를 具體化시키지 못하여 良心自由基本權을 제한할 수 없는 刑法規範의 전형적인 것이 바로 惡法(gesetzliches Unrecht)이 될 것이다. 惡法에 대한 抵抗의 良心行爲는 良心自由基本權에 의해서 뿐만 아니라, 獨逸 基本法 제20조 4항의 要件下에서 -특히 補充性的 要件下에서- 抵抗權에 의해서도 正當化 될 수 있다. 이에 반해 憲法的 價値를 具現하는 刑法規範을 침해한 良心行爲는 刑法上的 다른 不法阻却事由가 존재하지 않는 이상 正當化 되지 않는다. 즉 憲法的 價値를 가지는 法的 義務와 良心義務가 충돌할 때, 그 法的 義務의 拘束力은 維持된다. 예컨대 자기의 宗教의 良心에 反하는 輸血을 막기 위해 生命이 危殆한 아들을 病院에 입원시키지 않아 죽게한 아버지의 良心行爲는 良心自由基本權의 限界를 이탈한 것이며 이는 刑法的으로도 違法하다.

이 원칙은 法的 義務間의 충돌의 경우 良心的 選擇行爲가 介入할 때에도 마찬가지이다. 法義務衝突의 경우에 兩 義務 사이에 價値輕重이 있으면 그것이 作爲義務間의 충돌이든 作爲義務와 不作爲義務間의 충돌이든(현저히) 높은 가치의 義務履行은 正當化된다.²⁹⁾ 또한 獨逸의 多數說에 의하면³⁰⁾ 同價値的 作爲義務間의 충돌의 경우에는 兩者중 어느 것을 履行하든 正當化되나,³¹⁾ 同價値的 作爲義務와 不作爲義務의 충돌의 경우에는 단지 不作爲義務의 履行만이 正當化된다.³²⁾ 이 경우의 違法性阻却은 良心的 選擇行爲가 있었느

28) Vgl. Klier, Gewissensfreiheit und Psychologie, S. 181

29) 이 경우 不法阻却의 근거는 利益衡量的 原則이다.

30) Rudolphi, SK, Vor § 13 Rn. 29; S./S./Lenckner, Vor §§ 32 ff. Rn. 73; Schmidhäuser, AT, 16/77; Welzel, Lb, S. 205

31) 이 경우의 不法阻却의 根據는 “法은 어느 누구에게도 不可能한 것을 요구할 수 없다”는 原則이다. 이 경우에도 違法性을 인정하는 견해는 Jescheck, AT, §§ 33 V, 47 I과 Gallas, Pflichtkollision als Schuldasschließungsgrund, in: Mezger-FS, S. 332

32) 이 경우의 不法阻却의 根據는 不作爲義務優先의 原則이다. 이에 대해 상세히는 Rudolphi, SK, Vor § 13 Rn. 29 a u. § 19 Rn. 8

나의 여부와 관계 없이 성립한다.

반면 輕重있는 義務衝突의 경우(헌저히) 낮은 價値의 義務履行은 正當化되지 않는다. 또한 同價値的 作爲義務와 不作爲義務의 충돌의 경우 作爲義務의 履行은 正當化되지 않는다. 이 경우 良心的 選擇行爲가 있었다 하더라도, 그 違法性을 인정하는데 영향을 미치지 못한다. 예컨대 전철수가 良心的 決定에 의해 脫線危機에 있는 기차의 진행방향을 바꿈으로써 승객을 구조한 반면, 그 때문에 선로 노동자를 죽게한 경우에 전철수의 良心的 選擇行爲는 違法하며 正當化되지 않는다.³³⁾ 이 경우의 전철수의 良心行爲에 대한 免責(Entschuldigung)여부에 대하여는 후술한다.

2) 責任

(1) 不法한 良心行爲에 대한 原則的 責任非難可能性

다른 憲法的 法益을 侵害하는 良心犯의 行爲는 그것이 作爲이든 不作爲이든 良心自由權의 限界를 이탈하며 다른 刑法上의 不法阻却事由가 없는 한, 刑法的으로도 正當化되지 않는다. 또한 不法한 良心行爲에 대해 원칙적으로 刑法上 責任非難을 加할 수 있다. 왜냐하면 刑法理論學上의 責任概念은 個人倫理責任이 아니라 法的 責任에 기초하기 때문이다.³⁴⁾ 따라서 生命이 危險한 아들에 대한 輸血을 그의 宗教的 良心 때문에 拒否함으로써 死亡의 結果를 招來한 아버지의 行爲는 個人倫理的으로는 非難이 不可能하더라도 法的으로는 非難可能하다. 반면 非暴力의 宗教的 良心을 가진 아버지가 자기 아들의 危難을 暴力의 手段으로 回避한 경우, 자기의 良心에 反하는 暴力을 사용했기 때문에 個人倫理的 責任은 있지만 法的 責任은 없다. 이처럼 法的 責任과 個人倫理的 責任의 分리가 良心犯에 대하여 항상 無制限의 刑法的 責任非難이 가해져야 된다는 것을

33) 生命 對 生命의 충돌의 경우에 있어서의 違法性 判斷時, Sauer가 말하는 “損害보다 利益이 많음의 原則(Mehr-Nutzen-als-Schaden Formel)”이 적용되어서는 안된다. 왜냐하면 人間의 生命은 “人間은 目的 그 자체이다. 따라서 다른 目的을 위한 手段으로 다루어져서는 안된다”는 Kant의 정언명령과 같이 단순한 利益較量의 對象이 아니기 때문이다.

34) Schmidhäuser, AT, 7 11 u. 7/78; Schmidhäuser는 다른 학자들이 일반적으로 倫理的 責任이라고 부르는 社會倫理的 責任(sozialethische Schuld)을 道德的 責任(moralische Schuld)이라고 명명한다.

의미하는 것은 아니다.

良心行爲가 責任論에서 문제되는 경우는 크게 두가지로 나눌 수 있다. 즉 知的 側面으로서의 不法意識 및 禁止錯誤의 문제와 意的 側面으로서의 期待不可能性 및 免責의 문제가 그것이다.³⁵⁾

前者의 禁止錯誤는 良心의 自由가 憲法的으로, 즉 刑法보다 上位의 規範으로 保障되어 있기 때문에 발생할 수 있다. 만약 行爲者가 그의 良心行爲가 良心自由基本權의 限界 內에 있어 헌법적으로 허용되어 있다고 錯誤한 경우(즉 許容錯誤)와 그가 침해하는 刑法規定이 헌법에 의해 보장된 良心自由權의 上位規範에 저촉되어 無效라고 錯誤한 경우(즉 法的 根據에 기초한 效力錯誤)에는 禁止錯誤의 규정이 적용된다.³⁶⁾

그러나 民主的 法治國家에 있어서의 效力錯誤는 대부분의 경우에 深思熟考(Nachdenken) 및/또는 照會(Erkundigung)을 통해 回避可能하다.³⁷⁾ 왜냐하면 民主的 法治國家에서는 拘束力 있는 法律의 制定이 立法機關에 의해 擔保되고 있음을 행위자는 특별한 注意없이도 알 수 있기 때문이다.³⁸⁾ 그러나 이 논거를 惡法 내지 그 정당성에 대해 다툼이 있는 法律의 存在가 부정되지 않는 獨裁國家에까지 援用하여서는 안된다.

後者의 良心犯의 意的 側面에 대한 責任論은 項을 바꾸어 설명하기로 한다.

(2) 期待不可能性 및 免責(Entschuldigung)

가) 倫理的 期待不可能性

Ebert는 良心犯의 특징을 行爲時에 사실적으로 달리 행위할 수 없는 者로 파악하면서, 刑事政策的 豫防目的을 위해 원칙적으로 責

35) 良心犯의 行爲를 刑法上 責任無能力者 내지 限定責任能力者의 行爲로 파악할 수 있는지의 문제도 있다. 그러나 獨逸 刑法上의 責任無能力者 내지 限定責任能力者의 責任阻却이나 減輕은 항상 生物學的 病理狀態에 근거한 行爲自由의 制限을 그 전제조건으로 한다. 良心에 拘束된 行爲를 이러한 생물학적 병리현상에 근거한 行爲로 評價切下하는 것은 良心自由의 基本權保障의 意味와 目的에 反한다. 따라서 良心에 충실한 行爲는 원칙적으로 刑法上 責任無能力者 내지 限定責任能力者의 行爲와도 다르다.

36) 法的 根據에 기초하지 않은 效力錯誤는 진정한 의미의 禁止錯誤가 될 수 없다; 이에 대해 상세히는 Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, S. 184 ff.

37) Vgl. Jescheck, AT, § 41 I 2b; Rudolphi, a. a. O., S. 190

38) Vgl. Rudolphi, a. a. O., S. 232 ff.

任非難이 가능하다고 주장한다.³⁹⁾ 그러나 이 견해는 責任原則에 어긋나는 주장이다. 만약 良心犯이 Ebert가 주장하듯이 실제로 行爲時에 달리 행동할 수 없는 者라면 아무리 豫防必要性이 있더라도 刑罰을 가할 수 없다는 것이 責任原則이고, 이 원칙은 刑法의 人權保障的 機能을 擔保해 주는 것으로서 결코 포기되서는 안된다.⁴⁰⁾ 오히려 良心犯은 行爲時에 사실적으로 달리 행동할 수 없는 者라는 Ebert의 정의가 비판되어야 한다. 왜냐하면 良心犯에 있어서의 良心의 強制(Gewissenszwang)는 倫理的 當爲強制(sittlicher Sollenszwang)이지 事實的 必然強制(faktischer Müssenszwang)는 아니기 때문이다. 즉 良心에 충실한 者는 良心에 따른 行爲를 하도록 倫理的으로 強制당하나, 그에게 있어 良心에 反한 行爲가 사실적으로 不可能한 것은 아니다. 良心犯에게는 이러한 倫理的 當爲強制(Sollenszwang) 때문에 合法行爲에 대한 倫理的 期待可能性이 없을 뿐이다(倫理的 期待不可能性).⁴¹⁾ 良心強制를 그렇게 보지 않는다면, 良心의 呼訴에 의한 中止未遂者에 대해 항상 自意性(Freiwilligkeit)을 부정하여야 하는 불합리가 발생할 것이다.

나) 不法한 良心行爲의 免責可能性

良心犯에 있어서의 倫理的 期待不可能성에 根據하여, 獨逸에서는 刑法 제35조 1항의 免責的 緊急避難(entschuldigender Notstand)의 규정이 그에게 直接 또는 類推適用될 수 있는냐의 문제가 다루어진다. 免責的 緊急避難을 규정한 제35조 1항에 의하면 緊急避難에 의하여 보호되는 法益은 生命, 身體 및 自由에 한정된다. 그런데 여기서의 “自由”는 肉體的 移動行爲의 自由(körperliche Fortbewegungsfreiheit)만을 의미하지 모든 一般的 行爲自由를 의미하지 않는다.⁴²⁾ 따라서 자기의 良心을 刑法에 違反하여 實現하려는 自由는 여기에 포섭될 수 없다. 그러므로 良心犯에 대한 제35

39) Ebert, a.a.O., S. 50 ff. (60)

40) Vgl. Roxin, in: Maihofer-FS, S. 405 f.

41) 이와는 달리 良心行爲를 法義務와 良心義務가 충돌할 때, 자유롭게 良心義務를 意欲(Wollen)한 경우라고 파악하는 견해는 Diederrichsen, Gewissensnot als Schuldbefreiungsgrund, in: Michaelis FS, S. 44; Brinkmann, a.a.O., S. 209 f.; 그에 대한 비판은 D. K. Son, a.a.O., S. 138 f.

42) Rudolphi, SK, § 35 Rn. 5

조 1항의 直接的 適用은 좌절된다.

Baumann,⁴³⁾ Peters⁴⁴⁾ 및 v. Burski⁴⁵⁾는 宗教的 良心犯에 대하여 제35조 1항의 규정을 類推適用할 것을 주장한다. 그들에 의하면 良心犯에게는 행위시 제35조에서 규정하는 정도의 心理的 强制狀態에 놓여 있으며 또한 良心에 반한 行爲를 함으로써 喪失되는 “영원한 生命(ewiges Leben)”은 제35조에 규정된 緊急避難을 할 수 있는 法益인 이승의 生命 만큼 중요하다고 한다. 그들은 이러한 근거로부터 宗教的 良心決定에 의한 여호와 證人의 代替兵役拒否行爲에 대해 免責的 緊急避難을 인정한다.

Stratenwerth도 反良心의 行爲에 의한 行爲者의 人格의 自同性 破壞를 제35조가 규정한 緊急避難法益과 同一한 保護價値가 있는 法益侵害로 파악하여 제35조 1항을 良心犯에 類推適用할 것을 주장한다.⁴⁶⁾

그러나 上記의 見解들은 설득력이 없다. 왜냐하면 첫째, 世界觀의 中立性이 확립된 民主法治國家에서 特定宗教의 영원한 生命을 이승의 生命과 동일한 法益으로 보호할 수 없다는 점과 둘째, 제 35조 1항의 免責效果의 실질적 근거가 多數說에 의하면 豫防과 결합된 二重의 責任減少事由(doppelte Schuld-milderung i. V. m. präventiven Erwagungen)라는 점 때문이다.⁴⁷⁾ 제35조 1항에 의한 免責效果의 실질적 근거는 精神的 緊急强制狀態에 놓여 動機形成力이 制限되는데 따른 責任減少事由와 緊急法益回避行爲로부터 나오는 不法減少事由의 충족를 그 전제로 한다. 그러나 構造的으로 二重의 責任減少事由가 충족됨으로써 곧바로 免責의 效果가 주어진다 는 의미로 해석되어져서는 안된다. 二重의 責任減少事由는 免責의 전제조건이지 충분조건은 아니다. 免責의 效果는 더 나아가 豫防의 觀點에서 刑罰必要性이 배제될 때 비로소 가능하다. 따라서 良心犯에 있어서 良心强制狀態에 의한 責任減少事由와 영원한 生命 내지 人格의 自同性 확보행위로부터 나오는 不法減少事由의 충족만

43) in: AT, § 29 III 2

44) in: JZ 1966, S. 457 ff.

45) in: Die Zeugen Jehovas, S. 112 f.

46) Stratenwerth, AT, Rn. 613

47) Rudolphi, SK, § 35Rn. 3; S./S./Lenckner, Vor §§ 32 ff. Rn. 111

으로는 免責의 효과를 인정해서는 안된다. 만약 그와 달리 해석한다면 刑法規範의 效力은 個人的 良心決定에 依存하게 되며 모든 良心犯의 行爲는 刑罰로부터 免除된다. 이것은 刑法의 本質적 目的인 法益保護를 통한 平和로운 共同秩序의 확보와 상치된다. 따라서 良心行爲의 免責은 行爲者가 良心強制에 의해 倫理的으로 달리 행동할 수 없었을 뿐만 아니라 그 行爲자체의 내용이 어느정도 價值的으로 評價되어 豫防의 觀點에서도 民主國家秩序에 의해 寬容될 수 있을 때 비로소 可能하다.⁴⁹⁾ 이 경우 免責의 可能性은 作爲犯에 비해 경미한 不法 및 責任內容을 가진 不作爲犯에 있어서 더 크게 나타날 것이다.⁵⁰⁾

다) 法義務 衝突의 경우

以上은 法的 義務와 良心義務 사이의 충돌의 경우에 良心義務의 履行에 대한 責任問題의 結論이다. 그러나 法的 義務間의 충돌시의 良心的 選擇行爲에 대한 責任問題가 아직 남아있다. 이에 대해서는 앞에서 들은 전철수사례를 통해 알아본다. 이미 언급한 바와 같이 良心的 決定에 의해 脫線危機에 있는 기차의 進行방향을 바꿈으로써 乘客을 구조한 반면 (즉 作爲義務의 履行), 그 때문에 선로 노동자를 죽게한 경우에 (즉 不作爲義務의 不履行) 전철수의 作爲에 로의 良心的 選擇行爲는 違法하며 正當化되지 않는다. 그러나 이 경우 전철수의 행위는 免責될 수 있다. 왜냐하면 그에게는 良心強制에 의한 責任減少事由와 乘客救助行爲에 의한 不法減少事由가 있을 뿐만 아니라, 豫防의 觀點에서도 刑罰必要性이 배제되기 때문이다. 이로부터 同價值的 作爲義務와 不作爲義務의 충돌시, 違法한 作爲義務의 履行이 免責되기 위해서는, 行爲者의 良心的 選擇決定이 중요한 요소임을 알 수 있다.⁵¹⁾ 따라서 예컨대 한 환자에게 달린 하나뿐인 산소호흡기를 떼어 자기 친구인 다른 환자에게 연결한 醫師의 反良心的 行爲는 免責되지 않는다.

49) 法官이 良心 자체의 內容을 판단하는 것은 禁止되나, 그 行爲를 評價하는 것은 許容된다: 良心行爲에 대한 免責의 刑事政策的 意味에 대해서는 Roxin, a.a.O., S. 411 f.

50) Vgl. Stratenwerth, AT, Rn. 1052; Rudolphi, SK, Vor § 13 Rn. 31

51) Vgl. Rudolphi, SK, Vor § 19 Rn. 8; S. S. Lenckner, Ver §§ 32 ff. Rn.

3. 良心犯에 대한 量刑

良心行爲가 不法 또는 責任阻却事由에 의해 刑罰로부터 免除되지 않는다면 量刑의 문제가 나타난다. 刑法上 量刑의 基礎는 責任이다. 그런데 量刑責任(Strafzumessungsschuld)의 정도를 구성하는 일차적 요소는 바로 不法의 量이다.⁵²⁾ 즉 行爲의 結果, 手段 및 態樣 등이 量刑責任의 정도를 결정하는데 중요하다.⁵³⁾ 따라서 政治的으로 動機지워진 狂信的 確信犯에서 전형적으로 볼 수 있는 무자비한 테러, 폭력적 手段은 不法加重 때문에 量刑責任이 加重되고 결론적으로 刑罰이 加重되는 요소가 된다.⁵⁴⁾

量刑責任에 대한 良心決定의 영향을 판단함에 있어, 良心의 內容 자체가 社會倫理的으로 고려할 만한가의 여부에 따라 유리하게 또는 불리하게 다루어져서는 안된다.⁵⁵⁾ 그렇지 않으면, 法官은 個人의 良心決定을 그 內容에 따라 “錯覺이다”, “옳다”, “틀렸다” 등의 판단을 하여서는 안된다는, 위에서 소개한 聯邦憲法裁判所判例의 결론과 상치할 것이기 때문이다. 그러나 고려할 만한 內容의 良心이 사실상의 行爲로 표현되었을 때에는 量刑責任에 유리하게 영향을 미칠 수 있다.⁵⁶⁾ 반면 良心犯의 특징, 즉 良心強制에 의해 倫理的으로 달리 행동할 수 없는 動機形成力의 制限狀態는 責任減少에 의한 刑罰減輕事由로 고려되어야 한다.⁵⁷⁾ 이 경우, 合法에로의 動機形成力의 制限은 그 正當性에 대해 다툼이 있는 法律에 대하여 더 크게 나타날 것이다.⁵⁸⁾ 이에 반해 광신적 確信犯 내지 良心犯의 再犯危險性은 責任原則을 이탈하지 않는 범위 내에서 特別豫防의

52) Horn, SK, § 46 Rn. 38

53) Vgl. BGHSt 8, 162 (163)

54) Vgl. Schönemann, Politisch motivierte Kriminalität, in: Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung Heft 4, S. 104

55) Vgl. Bockelmann, Zur Problematik der Sonderbehandlung von Überzeugungsverbrechern, in: Welzel-FS, S. 550 ff.; Horn, SK, § 46 Rn. 82

56) Zipf, Die Strafzumessung, S. 67-68; vgl. Dreher/Tröndle, § 46 Rn. 19; S./S./Stree, § 46 Rn. 15; Ebert, a.a.O., S. 78 f.; BVerfGE 25, 230 (233 f.)

57) Rudolphi, SK, Vor § 19 Rn. 11; Schönemann, a.a.O., S. 99 ff.

58) Vgl. Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, S. 43

관점에서 刑罰加重事由로 고려될 수 있다.⁵⁹⁾ 또한 良心犯에 대하여도 再犯防止를 위한 刑罰의 改善 再社會化機能이 포기되서는 안된다.⁶⁰⁾ 왜냐하면 刑罰에 의해 良心犯으로부터 그의 良心 자체의 변경을 기대하기는 어렵고 또한 그에게 그 변경을 강제하여서도 안되지만, 그러나 그에게 再犯行爲抛棄의 改善을 기대할 수 없는 것은 아니기 때문이다. 따라서 Radbruch에 의해⁶¹⁾ 주장되었고 國內學者에 의해⁶²⁾ 아직도 引用되는 確信犯 내지 良心犯에게는 改善刑이 부과되서는 안된다는 확정은 옳지 않다고 생각된다.

위와 같은 刑法上的 量刑論의 결과와는 관계없이, 獨逸 聯邦憲法裁判所는 良心自由基本權 保障이라는 客觀的 憲法原則으로부터 良心犯에 대해 量刑에 있어서의 善處의 原則(Wohlwollensgebot)을 이끌어 내어 선언하고 있다.⁶³⁾ 이에 따르면, 良心에 의한 行爲者는 보통의 行爲者보다 刑量 및 刑罰의 種類의 선택에 있어 유리하게 따라서 절대로 불리하지 않게- 다루어져야 한다.

4. 政治的 確信犯에 대한 保安監護;Schünemann의 刑法改正案

Schünemann은 “政治的으로 動機지워진 犯罪(politisch motivierte Kriminalität)”라는 그의 論文에서⁶⁴⁾ 獨逸刑法典에 2개의 條文을 追加할 것을 주장하였다. 그 하나는 제35조의 a로서, 宗教的, 政治的 또는 倫理的 確信에 의해 合法에로의 動機形成力이 현저하게 제한된 상태에서 行爲한 者에게는 형법 제49조 1항

59) 그러나 位價-또는 等價理論(Stellenwert-oder Stufentheorie)에 의하면 活動領域理論(Spielraumtheorie)과는 달리 刑量決定(狹義의 意味의 量刑)에 있어서의 豫防의 고려는 부정된다.

60) Vgl. Peters, JZ 1965, S. 490; Heinitz, ZStW 78(1966), S. 627 f.; Ebert, a. a. O., S. 37; Schünemann, a. a. O., S. 95

61) Radbruch, Der Überzeugungsverbrecher, ZStW 44 (1924), S. 36 f.

62) 박은정, 법과 사회, 창간호, 1989, 54면

63) BVerfGE 23, 127 (133 f.)

64) in: Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung, Heft 4, S. 43 ff.

에 의한 必要的 刑罰減輕이 宣告되어야 한다는 규정이고,⁶⁵⁾ 다른 하나는 제66조 4항으로서, 제35조 a에 의해 刑減輕된 確信犯이 비록 一回의 重한 犯罪를 행하였다고 하더라도 再犯의 危險性이 있는 이상 法院은 그에 대해 保安監護를 선고할 수 있고, 이 경우 刑罰과 保安監護의 合算期間은 刑罰減輕이 없으면 내려질 刑期보다 더 길어서는 안된다는 규정이다.⁶⁶⁾

Schünemann의 立法案에 대해 다음과 같이 비판할 수 있다. 즉 그의 刑法 改正案 제35조 a의 위치상, Schünemann은 刑法 제35조 1항의 免責效果를 주장할 수 없는 緊急避難者-예컨대 緊急狀態를 스스로 惹起한 者, 특별한 危險受忍의 法關係에 놓여 있는 者, 緊急避難事由의 存在를 錯誤한 者-에게 인정되는 제49조 1항에 의한 必要的 刑罰減輕을 確信에 의해 動機形成力이 制限되는 테러적 政治犯에게도 적용하려는 취지이다. 그러나 免責의 效果를 주장할 수 없는 緊急避難者에 대한 제49조 1항의 必要的 刑罰減輕은 원칙적으로 生命, 身體 혹은 肉體의 舉動의 自由에 대한 避難行爲에 국한되고 또한 그 경우에도 第三者의 法益侵害는 가능한 한 回避되어야 한다.⁶⁷⁾ 따라서 자기의 政治的 確信의 실현을 위해 他人의 法益을 적극적으로 重大하게 침해하는 테러적 政治犯에 대한 제49조 1항에 의한 必要的 刑罰減輕의 적용은 正當化되지 않는다. 그러므로 제49조 1항에 의한 必要的 刑罰減輕을 근거로 政治的 確信犯에 대하여 保安監護를 宣告할 수 있도록 하자는 제66조 4항의 改正案도 그 이론적 바탕을 잃는다.

65) § 35 a StGB의 原文: "Will der Täter zum Wohle anderer oder der Allgemeinheit handeln und fühlt er sich zu seiner Tat aus religiöser, politischer oder sittlicher Überzeugung verpflichtet, so ist die Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern, sofern die Fähigkeit des Täters, nach seiner Einsicht in das Unrecht der Tat zu handeln, aus diesem Grunde bei Begehung der Tat erheblich vermindert war."

66) § 66 Abs. 4 StGB의 原文: "Wird die Strafe wegen einer Straftat nach den §§ 211, 212, 220a, 223a bis § 239a und b, 249 bis 255, 306 oder 311 wegen der in § 35a bezeichneten Voraussetzungen gemildert, so kann das Gericht die Sicherungsverwahrung anordnen, wenn die Pflichtüberzeugung des Täters nach Verbußung der Strafe weitere Straftaten der genannten Art erwarten läßt. Strafe und Sicherungsverwahrung dürfen in diesem Fall zusammen nicht länger sein als die Strafe, die ohne Strafmilderung angemessen wäre."

67) Rudolphi, SK, § 35 Rn. 10

그러나 政治的으로 動機지워진 테러적 確信犯에 대해, — 現刑法上 요구되는 數회가 아닌 — 단지 一回의 重한 犯行時에도 再犯의 危險性이 현저한 한, 減輕된 刑期만큼 保安監護를 선고할 수 있도록 하자는 Schünemann의 견해는 政治的 테러범에 대한 社會防衛對策으로서 고려될 필요가 있다고 생각된다.

IV. 맺는 말

이상에서 살펴본 바와 같이 獨逸에서는 良心犯의 문제가 하나의 法問題로서 그 可罰性論에 이르기까지 깊숙히 다루어지고 있다. 그 考察의 結論은, 모든 良心犯은 항상 무조건 석방되어야 할 者도, 반면에 항상 반드시 處罰되어야 할 者도 아니다는 것이다. 良心犯의 可罰性 實質은 오히려 구체적 사례에서 개별적으로 파악하여야 한다. 즉 良心犯의 행위가 作爲인가 또는 不作爲인가, 침해하는 法律이 惡法인가 또는 國民大多數의 良心的 承認을 얻는 法律인가, 순전히 法義務를 침해하는 良心行爲인가 또는 兩 法義務의 충돌시의 良心的 選擇行爲인가 등의 구체적 사정의 차이에 따라 그 可罰性的의 有無와 程度는 개별적으로 달리 확정되는 것이다.

끝으로 지적되어야 할 것은, 獨逸에서 良心犯에 대한 刑法理論이 발전된 것은 무엇보다 憲法上的의 良心概念, 良心自由基本權의 保護 領域 및 限界와 그 法的 意味에 대한 最高司法機關인 憲法裁判所의 태도가 확립됨으로써 가능하였다는 것이다. 따라서 우리나라 法體系에서 良心犯의 문제를 法理論的으로 탐구하기 위해서도 먼저 司法의 最高機關인 憲法裁判所에 의해 良心自由의 基本權에 대한 法的 態度가 — 특히 規範統制와 憲法訴願에 대한 심판을 통하여 — 확립될 것이 요청된다. 이 경우 獨逸의 憲法裁判所에서와 같이 良心犯에 대한 寬容의 原則(Toleranzgebot)과 量刑에 있어서의 善處의 原則(Wohlwollensgebot)이 선언되기를 기대한다.

그러나 政治的으로 動機지워진 테러적 確信犯에 대해, — 現刑法上 요구되는 數회가 아닌 — 단지 一回의 重한 犯行時에도 再犯의 危險性이 현저한 한, 減輕된 刑期만큼 保安監護를 선고할 수 있도록 하자는 Schünemann의 견해는 政治的 테러범에 대한 社會防衛對策으로서 고려될 필요가 있다고 생각된다.

IV. 맺는 말

이상에서 살펴본 바와 같이 獨逸에서는 良心犯의 문제가 하나의 法問題로서 그 可罰性論에 이르기까지 깊숙히 다루어지고 있다. 그 考察의 結論은, 모든 良心犯은 항상 무조건 석방되어야 할 者도, 반면에 항상 반드시 處罰되어야 할 者도 아니라는 것이다. 良心犯의 可罰性 實質은 오히려 구체적 사례에서 개별적으로 파악하여야 한다. 즉 良心犯의 행위가 作爲인가 또는 不作爲인가, 침해하는 法律이 惡法인가 또는 國民大多數의 良心的 承認을 얻는 法律인가, 순전히 法義務를 침해하는 良心行爲인가 또는 兩 法義務의 충돌시의 良心的 選擇行爲인가 등의 구체적 사정의 차이에 따라 그 可罰性的의 有無와 程度는 개별적으로 달리 확정되는 것이다.

끝으로 지적되어야 할 것은, 獨逸에서 良心犯에 대한 刑法理論이 발전된 것은 무엇보다 憲法上的의 良心概念, 良心自由基本權의 保護 領域 및 限界와 그 法的 意味에 대한 最高司法機關인 憲法裁判所의 태도가 확립됨으로써 가능하였다는 것이다. 따라서 우리나라 法體系에서 良心犯의 문제를 法理論的으로 탐구하기 위해서도 먼저 司法의 最高機關인 憲法裁判所에 의해 良心自由의 基本權에 대한 法的 態度가 — 특히 規範統制와 憲法訴願에 대한 심판을 통하여 — 확립될 것이 요청된다. 이 경우 獨逸의 憲法裁判所에서와 같이 良心犯에 대한 寬容의 原則(Toleranzgebot)과 量刑에 있어서의 善處의 原則(Wohlwollensgebot)이 선언되기를 기대한다.