

〈논문〉

## 가인 김병로 선생의 범죄론체계와 한국형법의 총칙규정\*

申 東 雲\*\*

### 1. 서 론

가인(街人) 김병로(金炳魯) 선생(1888. 1. 27. - 1964. 1. 13.)은 한국 최초의 해외 유학과 형법학자라고 말할 수 있다.<sup>1)</sup> 김병로 이전에 이미 구한말 시절부터 일본에 유학하여 근대법학을 수학하고 귀국하여 법률학을 가르친 사람들이 없지는 않았다. 예컨대 장도(張燾) 같은 사람이 여기에 속한다.<sup>2)</sup> 그러나 이들은 관비유학생으로 일본에 건너가 법률실무가로서 필요한 최소한도의 법학교육을 받은 사람들이었다. 필자가 김병로 선생을 ‘형법학자’라고 일컫는 이유는 그가 법과대학의 법학사(法學士) 수준을 넘어서서 요즈음 식으로 말하자면 대학원에서 형법학을 본격적으로 수학한 점에 주목하기 때문이다.

김병로는 1910년부터 1915년까지 총 5년간 일본에서 법학을 공부하였다.<sup>3)</sup> 이

\* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2007학년도 학술연구비의 보조를 받았다.

\*\* 서울대학교 법과대학 교수.

- 1) 본고의 필자는 2007년 10월 10일 전북대학교 법학연구소가 주최한 전북대학교 개교 60주년 기념학술대회에서 “가인 김병로 선생과 법전편찬—형법과 형사소송법을 중심으로—”라는 논문을 발표한 바가 있다. 이 글은 전북대학교 법학연구소 발행의 **법학연구**, 통권 제25집(2007. 10.), 9-32면에 수록되어 있다. 가인의 형법총칙 기초작업을 중심으로 검토하는 본고는 전북대학교에서의 발표와 다소 중복되는 부분이 있으나 종전의 발표를 보다 발전시킨 것이다.
- 2) 장도(張燾)에 관한 최근의 연구로는, 허일태, “장도(張燾)의 형법이론과 형법사상”(미발표, **인권과 정의**, 2008년 4월호에 수록 예정) 참조.
- 3) 김병로의 일본 유학과 귀국 후의 활동경과에 대해서는, 김학준, **가인 김병로 평전**(1988), 58면 이하; 최종고, **한국의 법률가**(2007), 159면 이하; 신동운, “가인 김병로 선생과 법전편찬—형법과 형사소송법을 중심으로—”, **법학연구**, 통권 제25집(전북대학교 법학연구소, 2007. 10.), 10면 이하 참조.

기간 중 두 번에 걸친 일시 귀국이 있었다. 1913년에 청년 김병로는 일본의 메이지 대학(明治大學) 법학부를 졸업하였다. 이어서 1913년부터 1915년까지 그는 메이지 대학(明治大學)과 주요 대학(中央大學)이 공동 운영하는 ‘법률고등연구과’에서 법학공부를 계속하였다. 이 ‘법률고등연구과’는 지금으로 치자면 대학원 석사과정 정도였을 것으로 생각되지만, 요즘과 같은 미국식 박사과정이 없는 당시로서는 최고의 전문교육과정이라고 할 수 있었다. 그는 야간으로 개설된 이 ‘법률고등연구과’에서 민법과 형법 등 여러 법학분야에 대해 심층적으로 공부를 하였는데 이 때에 그가 형법을 배운 선생은 그보다 10살이 위인 마키노 에이이치(牧野英一)였다.<sup>4)</sup> 마키노 에이이치는 도쿄(東京) 제국대학의 전임교원이 된 이후 일본의 관례에 따라 국비로 해외유학을 하였는데 그 기간은 1910년부터 1913년 사이였다. 이러한 우연이 겹쳐서 김병로는 유럽의 최신 형법학을 익히고 막 일본으로 귀국한 마키노로부터 형법학을 배우게 된 것이었다.

김병로는 매우 우수한 학생이었던 것으로 보인다. 그의 재능에 주목한 어느 일본인 실무가 교수는 그에게 일본의 변호사시험에 응시할 것을 권하였다. 이에 시험을 열심히 준비하던 그에게 뜻밖의 좌절이 다가왔다. 일본 국적을 가지지 않은 사람은 일본의 변호사시험에 응시할 수 없다는 당시의 규정 때문이었다. 그러자 더 이상 법률공부를 할 필요가 없다고 판단한 김병로는 1915년에 조선으로 귀국하였다. 이때 그의 나이 27세였다.

귀국하자 얼마 되지 아니하여 그는 경성전수학교(京城專修學校)의 교유(敎諭)가 되었다.<sup>5)</sup> 당시는 조선에 대학(大學)이 설립되어 있지 아니하였기 때문에 전수학교는 조선에서 최고의 고등교육기관이라고 할 수 있었다. 대부분의 전임교원은 일본인이었으나 그는 극히 예외적으로 조선인으로서 교유(敎諭)로 임용되었다. 교유(敎諭)란 지금으로 보면 전임강사 정도에 해당하는 직급으로 보이는데, 그는 다음해인 1916년에 조교수(助敎授)로 승진하였다.

김병로는 귀국하자마자 조선인 법률가들의 모임인 ‘법학협회’에 적극적으로 참여하였다. 그의 활동에 힘입었음인지 ‘법학협회’가 활성화되면서 기관지이자 우리말 법률전문지인 『법학계』가 1915년 10월부터 발간되기 시작하였다.<sup>6)</sup> 애당

4) 牧野英一에 대해서는, 所一彦, “牧野英一”, 潮見俊隆·利谷信義 編著, 日本の法學者 (1974), 257頁 이하; 吉川經夫 外 編, 刑法理論史の總合的研究(1994), 333頁 이하 참고.

5) 경성전수학교(경성법학전수학교의 전신)의 학제와 이후의 발전에 대해서는, 김학준, **가인 김병로 평전**(1988), 85면 이하 참조.

6) **법학계**, 창간호(1915. 10. 25. 발행) 1면에는 ‘법학협회’의 약력에 관하여 다음과 같이

초 『법학계』는 월간을 표방하였으나 재정난 또는 원고부족 등의 사정으로 1916년 6월의 제6호까지 발행되다가 이후 중단되고 말았다. 이 『법학계』의 발행과 관련하여 사실상 김병로가 편집책임을 맡은 것으로 보인다. 그는 이 잡지의 여러 곳에서 장·단문의 각종 글들을 기고하고 있는데, 가인 자신이 회고하는 것처럼 원고의 충당 때문에 그러한 집필을 하게 되었던 것이다.<sup>7)</sup>

김병로는 1915년부터 1919년까지 경성전수학교의 전임교원으로 재직하다가 1919년에 특임(特任)으로 발령을 받아 밀양지원의 판사로 부임하게 된다.<sup>8)</sup> 김병로가 일제(日帝) 당국으로부터 판사에 특별임용된 것은 아마도 3·1독립만세사건의 처리 때문이 아니었을까 생각된다. 전국적으로 발생한 만세사건의 조선인 피고인들의 재판에 조선인 판사가 필요했던 것이 일제가 특임발령을 내린 배경으로 생각되기 때문이다. 그런데 김병로는 1년 정도의 판사생활을 한 후 퇴직하고 곧이어 변호사로 활동하게 된다. 독립만세사건의 처리에서 국권을 잃은 나라의 백성으로 그 비애를 뼈저리게 느꼈음인지 그는 독립투사의 변론과 신간회의 활동에 주력하게 된다.<sup>9)</sup>

가인의 생애는 여러 학자들의 연구를 통해 대부분 잘 알려져 있다. 일본 유학생 시절의 활동, 신간회 활동, 독립투사 변론, 일제 말기의 첩거 등은 일반인들도

적혀 있다(이해를 돕기 위하여 현대어로 번역하여 소개함).

“본회는 지금으로부터 8년 전(명치 41년, 융희 2년)에 경성(京城)에서 설립되어 제3년(명치 43년, 융희 4년)에 이르기까지 본회의 사업으로 법학회회잡지를 발행(제19호까지)하였으니 실로 본회의 정신을 사회에 발표하여 법률상 신지식을 일반에 소개하고자 노력하였으나 그동안 다소의 고장으로 인하여 사업은 발전하지 못하고 겹하여 부득이한 사정으로 잡지의 발행은 마침내 정간함에 이르러 이래 5주(週)의 한서(寒暑)를 열(閱)한지라 우리 회원의 차탄·실도(嗟歎失圖)는 물론이요 사회방관도 또한 애석을 이길 수 없도다.

오늘 이에 회원 일동이 다시 일층 성력(誠力)을 출(出)하고 분려(奮勵)를 가(加)하여 면목을 수신(修新)하고 방침을 경장(更張)하여 중지되었던 사업을 재흥(再興)함에 이르렀으니 우리 회원의 환행(歡幸)은 고사하고 실로 사회 일반의 동정을 득(得)하는 바이라. 그러한즉 오늘 이에 발행을 시작하는 법학계는 즉 법학회회잡지의 후신으로 본회 중흥사업의 정신기관이라. 이에 따라서 이 기관의 운전활동을 수반하여 우리 협회의 사업은 더욱더 발전하여 사회에 대표방(大標榜)을 수립하기를 기도(期圖)하노라.”

- 7) “그 잡지에 게재할 논문이 부족하였기 때문에 내 자신이 글을 써서 매월 그 지면을 보충하기에 시간적 곤란이 가중하였다.” 김학준, **가인 김병로 평전**(1988), 88면 이하에서 재인용.
- 8) 김병로의 판사 임관과 변호사 개업 과정에 대해서는, 김학준, **가인 김병로 평전**(1988), 91면 이하 참조.
- 9) 이후의 활동은, 김학준, **가인 김병로 평전**(1988), 98면 이하 참조.

잘 알고 있다. 또한 해방 이후 미군정하의 사법부장, 대한민국 건국 후 초대 대법원장, 법전편찬위원회위원장, 5·16군사쿠데타 이후의 야당지도자 등의 직책과 관련한 일련의 활동들도 널리 알려져 있다. 그런데 1915년부터 1919년까지 경성전수학교 시절의 활동에 대해서는 별반 연구되어 있지 않다. 그러나 적어도 한국형사법사(刑事法史)의 관점에서 보면 이 기간 중에 김병로가 전개한 형법학자로서의 활동은 특별히 주목되고 새롭게 평가되지 않으면 안 된다. 그 이유는 이 시기에 그가 『법학계』에 발표한 「범죄구성의 요건되는 위법성을 논함」이라는 논문이 이후 대한민국 형법전의 총칙조문에 이론적 토대를 제공하고 있기 때문이다.

## 2. 형법전의 편찬과정

1945년 8월 15일 우리 민족은 꿈에도 그리던 조국광복을 맞이하였다. 그러나 기쁨의 순간도 잠시, 38선을 경계로 남과 북은 분단되었다. 1945년 8월부터 1948년 8월까지 3년 가까이 미군정이 실시되었다. 1947년 중반을 넘어설 무렵부터 미군정의 사법부장(司法部長) 김병로와 검사국장(檢事局長) 이인(李仁)은 장차 건국될 나라의 기본법령을 마련해야 한다는 점에 인식을 같이 하고 이를 준비하기 시작하였다.<sup>10)</sup> 이를 위하여 ‘조선법제편찬위원회’가 구성되었는데, 이 위원회는 대법원장 김용무를 위원장으로, 사법부장 김병로와 대검찰청장 이인을 부위원장으로, 그리고 필요에 따라 수시로 위촉되는 위원들로 구성되었다.<sup>11)</sup>

그런데 당시 법전편찬작업은 진척이 여의치 않았다. 새로운 정부의 출범을 앞두고 법전편찬이 시급히 요구되었음에도 불구하고 이를 추진해 나갈 역량이 부족하였기 때문이다. 이러한 상황에서 효당 엄상섭은 ‘효당학인’이라는 필명으로 『법정』지에 법전편찬의 지지부진함을 통박하면서 대안으로 특정한 입법례를 모델로 삼아 이를 우리말로 옮기면서 이에 침착을 가하는 방식으로 법전을 신속하게 편찬하자는 방안을 제시하였다.<sup>12)</sup> 그 자신이 법전편찬위원이었던 엄상섭의 제안이 받아들여졌음인지 이후 법전편찬작업은 활기를 띄게 되어 헌법, 형법, 민법,

10) 대한민국 형법의 제정경위에 대해서는, 신동운, “제정형법의 성립경위”, **형사법연구**, 제20호(2003 겨울), 9면 이하 참조.

11) 신동운, “제정형사소송법의 성립경위”, **형사법연구**, 제22호(2004 겨울), 161면 참조.

12) 효당학인, “법전편찬에 대하여”, **법정(法政)**, 제3권 제6호(1948. 6.), 10-11면; 신동운 편저, **효당 엄상섭 형사소송법논집**(2005), 53면 이하에 재수록 참조.

상법 등의 주요 법률들에 대한 요강안이 발표되기 시작하였다. 그러나 법전편찬까지는 이르지 못한 단계에서 1948년 8월 15일 대한민국이 출범하게 되었다.

대한민국 출범 후 새로이 ‘법전편찬위원회’가 구성되었다. 이번에는 가인 김병로 선생이 법전편찬위원회의 위원장이 되었다. 이때 그의 나이는 60세였다. 미군정하의 ‘법제편찬위원회’의 위원들이 대부분 일본의 고등문관시험 합격자였다면 대한민국의 ‘법전편찬위원회’ 위원들 가운데에는 한국에서 변호사시험에 합격하여 법률실무가로서 활동하던 사람들이 상당수 들어 있었다. 이들 가운데에는 김병로 선생으로부터 직접 가르침을 받은 사람들도 있었다.<sup>13)</sup> 요컨대 김병로 선생은 법전편찬에 관한 한 학문적으로도 가장 권위를 인정받는 분이였다.

미군정 당시의 ‘법제편찬위원회’ 시절에 형법전의 편찬은 총칙부분을 양원일 판사가, 각칙 부분을 엄상섭 검사가 맡기로 결정되어 있었다. 1948년 7월호 『법정』지에는 형법요강이 발표되었고<sup>14)</sup> 같은 해 9월호와 10월호 『법정』지에 엄상섭이 집필한 「형법요강해설」이 게재되었다.<sup>15)</sup> 그런데 형법요강의 총칙 부분은 논의의 의제만 나열되었을 뿐 구체적인 내용은 언급이 없었다. 각칙 부분은 엄상섭이 상세한 설명을 가하였는데, 그 전체적인 체제로 보아서 1907년의 일본 형법을 개정하기 위하여 1931년(총칙 부분)과 1940년(각칙 부분)에 일본에서 성안되었던 「개정형법가안」이 토대를 이루고 있었다.

대한민국이 출범한 이후 ‘법전편찬위원회’에서도 형법전의 편찬은 종전의 진행 방식을 유지하기로 하였다. 그리하여 총칙은 양원일 판사가, 각칙은 엄상섭 검사가 계속하여 조문의 기초(起草)작업을 진행하기로 하였다. 그런데 이와 같은 상황에서 1949년 3월 양원일 판사가 불의의 사고로 타계하는 사태가 발생하였다.<sup>16)</sup> 형법총칙은 모든 형벌법규에 공통적으로 적용되는 극히 중요한 준칙이다. 형법총칙의 기초(起草)는 누구나 맡아보고 싶어 하지만 여간한 기량이 없이는 감당할 수가 없다. 양원일 판사의 형법총칙 기초작업이 지지부진하였던 것도 바로

13) 김병로는 경성전수학교의 교원으로 재직할 당시 보성법률상업학교(보성전문학교의 전신)에도 출강하였다. 김학준, 가인 김병로 평전(1988), 87면 이하 참조.

14) “조선법제편찬위원회 기초요강(2) 형법”, 법정(法政), 제3권 제7호(1948. 7.), 45-46, 49면; 신동운·허일태 편저, 효당 엄상섭 형법논집(2003), 211면 이하에 재수록 참조.

15) 법정(法政), 제3권 제9호(1948. 9.), 18-19면 및 제3권 제10호(1948. 10.) 13-14면; 신동운·허일태 편저, 효당 엄상섭 형법논집(2003), 45면 이하에 재수록 참조.

16) 양원일 판사의 타계에 접하여 효당 엄상섭이 적은 추도사가 법정(法政), 제4권 제3호(1949. 4.), 32-33, 35면에 실린 “양원일 군을 보내면서”라는 글이다. 신동운 편저, 효당 엄상섭 형사소송법논집(2005), 249면 이하에 재수록 참조.

이 때문이었을 것이라고 생각된다. 이와 같은 상황하에서 형법총칙의 기초작업은 법전편찬위원회 위원장인 김병로 선생이 자담(自擔)하는 것으로 결정되었다.<sup>17)</sup> 이제 김병로 선생이 그의 형법학자적 기량을 발휘할 때가 찾아온 것이다.

김병로 선생은 형법총칙의 기초에 임하면서 다시 한번 법전편찬의 기본방침을 되살펴 보게 되었다. 그는 여기에서 특정 입법례를 토대로 삼아 법전을 편찬하는 것이 대단히 곤란하다는 근본적 성찰을 하게 된다. 이 점과 관련하여 가인이 형법안에 대한 국회 본회의 심의석상에 출석하여 행한 발언은 의미심장한 바가 있다.

그러면 우리가 아시다시피 정치적으로는 아무리 적이지만 사실 우리에게 오래 동안 효과를 내고 있는 일본법전 그것을 기초(基礎)로 해 가지고 빠르게[速하게] 편찬하는 사업을 진행하는 것이 좋지 않을까 이러한 말도 있었습니까다는 그것을 기초(起草)하는 데 당해서 보니 결단코 어느 나라 한 나라 법을 기초로 해 가지고 그것을 표본으로 해서 편성하기가 꼭 어렵다. 그렇지 않더라도 한 나라뿐만 아니라 어느 나라에도 공통되는 이러한 보통조문에 있어서는 말 안 하고 새로 기초를 삼더라도 우리의 특수성을 생각하고 그 나라 국민적·사회적 현실에 있어서 필요를 느끼는 특수한 사항에 있어서는 어느 나라 법을 기초로 한다는 것이 근본이론이 틀렸다. (후략)<sup>18)</sup>

이러한 문제의식에 입각하여 김병로는 대한민국의 형법총칙을 한국 사회의 현실에 적합한 독자적인 조문으로 성안하기로 하면서 종래 학설상 논란이 되어 왔던 여러 쟁점들을 입법적으로 해결한다는 기본방침을 설정하였다.<sup>19)</sup> 이와 같은 기본방침은 이후 그의 형법총칙 성안과정에서 상당부분 반영되었다. 그러나 효당엄상성이 전하는 바에 의하면 적어도 공범론 부분은 이론적 난해함이 심하여 대분을 일단 그대로 두는 것으로 방침이 결정되었다.<sup>20)</sup> 그리하여 독자적 형법총칙

17) [법전편찬위원회], “형법초안 이유설명에 가름하여”, 한국형사정책연구원, (신동운 편), **형사법령제정자료집(1) 형법**, (1990), 85면 참조.

18) 1953년 4월 16일(제2대 국회 제55차 회의) 형법안 제1독회 석상에서의 발언. 한국형사정책연구원, (신동운 편), **형사법령제정자료집(1) 형법**, (1990), 167면.

19) “형법초안 이유설명에 가름하여”에는 형법초안의 근본원칙을 8가지 천명하고 있는데 그 제7항에는 “형법학설의 화려기발함에 편파됨을 피하고 그 건전증정함을 택하여서 현실에 적합하도록 하였다. 따라서 세계 각국의 입법례와 특히 새로운 형법초안을 광범위로 참고하였다”라고 적혀 있다. [법전편찬위원회], “형법초안 이유설명에 가름하여”, 한국형사정책연구원, (신동운 편), **형사법령제정자료집(1) 형법**, (1990), 87면 참조.

20) “(전략) 그러나 형법이론에 있어서 주관주의와 객관주의와의 대립이 그렇게 용이하고

의 성안이라는 김병로의 구상은 기본적 범죄론체계에 한하여 실현되게 되었다.

미수범과 공범론은 기본적 범죄유형에 대한 수정형식이다. 이 수정형식을 제외한 나머지 부분은 범죄론의 기본형식이다. 김병로의 독자적 형법총칙의 성안은 이 기본적 범죄론체계에 관하여 이루어지게 되는데, 이를 위한 그의 구상은 1915년과 1916년에 발표한 그의 논문 「범죄구성의 요건되는 위법성을 논함」에 잘 나타나고 있다. 그러면 이제 이 논문을 분석해 보기로 한다.

### 3. 「범죄구성의 요건되는 위법성을 논함」의 구성

앞에서도 언급한 바와 같이 「범죄구성의 요건되는 위법성을 논함」이라는 논문은 김병로 선생이 1915년부터 1916년 사이에 ‘법학협회’의 회원 및 경성전수학교의 전임교원 자격으로 발표한 글이다. 이 글은 『법학계』 제3호(1915년 12월 발행)부터 제6호(1916년 6월 발행)에 걸쳐서 연재된 장문의 논문으로 띄어쓰기 없이 총 40면의 분량을 자랑하고 있다. 이 논문의 제목 「犯罪構成の要件되는違法性を論함」이 보여주는 바와 같이 서술체는 구한말 이래의 국한문혼용체이며 띄어쓰기가 전혀 없다. 문장의 말미는 “……호노라” 하는 식으로 아직 현대문법이 사용되고 있지 않다. 또한 문장 내용 가운데에는 일본의 문어체(文語體) 문장에서 사용되는 부사(副詞)들이 등장하고 있다. 예컨대 ‘更히’, ‘尙’, ‘尙히’, ‘尙且’ 등과 같은 것이 그것이다. 한글 부분을 일본어의 가타카나(片仮名)로 바꾼다면 그 자체로 일본어 문어체의 법률논문이 될 수 있다.

그런데 이와 같은 형식의 고색창연함에도 불구하고 그 내용은 대단히 모던하다. 그 이유는 아마도 구라파 유학에서 갓 돌아온 마키노 에이이치(牧野英一)로부터 형법이론을 수학하였기 때문이 아닌가 생각된다. 또한 이 논문은 구한말 장도(張燾)의 형법교과서 류(類)와 달리 다른 사람의 글을 번안·소개한 것이 아니라 논자의 입장을 분명히 밝히고 있으며 논지의 독창성 또한 대단히 뛰어나다.<sup>21)</sup>

---

단순하게 해결될 문제가 아닌 만큼 우리 형법의 제정에 있어서는 입법적으로 하는 결정적인 해결 또는 어느 편에 접근하는 경향까지도 피하려는 신중한 태도를 취하였으며, 이는 법전편찬위원회의 이름으로 발표된 형법초안이유서에 간단하게 언급해 둔 바도 있음에 비추어 명백하다.” 엄상섭, “우리 형법전과 공범이론”, **법정(法政)**, 제10권 제5호(1955. 5.), 3면. 이 글은 신동운·허일태 편저, **효당 엄상섭 형법논집**(2003), 167면 이하에 재수록되어 있다.

그리고 무엇보다도 이 논문에서 사용한 김병로의 용어가 대한민국 형법전의 총칙조문에 채택되고 있다는 점에서 이 논문은 법제사적으로 대단히 주목할 만한 가치가 있다.

김병로의 「범죄구성의 요건되는 위법성을 논함」은 총 4회에 걸쳐서 『법학계』에 모두논문(冒頭論文)으로 게재되었다. 처음부터 완성된 논문이 아니라 연재되는 도중에 집필을 하였음인지 김병로 자신이 붙인 논문의 소목차들은 다소 부실하며 숫자도 일치하지 않는다. 우선 아래에서 집필자 김병로 자신이 붙인 목차를 일별해 본다. 원문에는 띄어쓰기가 없으나 이해를 돕기 위하여 띄어쓰기를 본고의 필자가 부가하였다. [ ] 안의 소제목 또한 본고의 필자가 추가한 것이다.

- 一. 違法性的 積極的 觀念
- 二. 違法性的 消極的 觀念
- 三. 違法阻却의 事由<sup>22)</sup>

#### 權利行爲

##### 第一 法令에 因한 行爲

###### (一) 公의 職務執行

甲, 直接으로 一般的 法令에 基因한 境遇

乙, 上官의 命令에 基因한 境遇

###### (二) 現行犯人的 逮捕行爲

###### 三 懲戒行爲

甲, 各 法令에 認定한 境遇

乙, 慣習에 認容한 境遇

###### 四 監護行爲

###### 五. 船舶內에 在한 船長의 指揮行爲

##### 第二 正當業務에 因한 行爲

###### (一) 醫師 按摩術 鍼灸術 等에 因한 行爲

###### (二) 理髮 相撲(씨름) 擊劍 柔道 等에 關한 行爲

###### 三. 學術研究 又は 遊戲行爲

イ、正當한 行爲 됨에는 左의 要件을 具備함을 必備로 함

ロ、正當業務에 因한 行爲를 違法阻却의 事由로 認定하는 理由에 關

21) 한국 형법학사에서 장도(張燾)의 의의와 한계에 대해서는, 허일태, “장도(張燾)의 형법 이론과 형법사상”, (미발표, 인권과 정의, 2008년 4월호에 수록 예정) IV. 항목 참조.

22) 김병로가 제목에 방점을 붙인 이유는 분명하지 않다.



## 헌 論別

### [각국의 입법례]

[第一 我<sup>23)</sup>舊刑法]

[第二 佛國刑法]

[第三 獨逸刑法]

[第四 支那刑律]

[第五 往昔 朝鮮]

イ、法典에 定헌 行爲

(一) 公의 職務行爲

(二) 逮捕行爲

ロ、一般慣習에 因헌 行爲

(一) 懲戒行爲

(二) 監護行爲

(三) 業務行爲

여기에서 현대 독자의 이해를 돕기 위하여 김병로의 『범죄구성의 요건되는 위법성을 논함』을 본고(本稿)의 필자가 임의로 분석하여 소제목을 붙여본다면 다음과 같다.

### 제1장 문제의 제기

#### 제2장 위법성의 적극적 관념

제1절 형식적 위법성과 실질적 위법성

제2절 실질적 위법성의 본질

제3절 실질적 위법성에 대한 입법례

제4절 부진정 부작위범과 실질적 위법성

제5절 특수한 위법성 표지

#### 제3장 위법성의 소극적 관념

제1절 위법성조각사유의 의의

제2절 위법성조각사유의 성질

제1 위법성과 고의의 관계

제2 위법성조각사유와 착오

#### 제4장 위법성조각사유의 고찰

23) 일본을 가리킴.

## 제1절 위법성조각사유의 고찰방법

## 제2절 일본 형법

## 제1 권리행위

## 1. 법령에 따른 행위

## 가. 공(公)의 직무집행

- (1) 직접으로 일반적 법령에 기인한 경우
- (2) 상관의 명령에 기인한 경우
  - (가) 상관명령의 적법성 요건
  - (나) 속관(屬官)의 복종의무의 범위
  - (다) 속관(屬官)의 복종의무의 한계사례

## 나. 현행범인의 체포행위

## 다. 징계행위

- (1) 각 법령에 인정된 경우
- (2) 관습이 인용(認容)한 경우

## 라. 감호행위

## 마. 선박 내에 있는 선장의 지휘행위

## 제2 정당업무에 따른 행위

## 1. 정당업무행위의 본질

## 2. 정당업무행위의 유형

## 가. 의사, 안마술, 침구술 등에 따른 행위

- (1) 실패한 치료행위
- (2) 낙태행위
- (3) 전단적(專斷的) 치료행위

## 나. 이발·스모(씨름)·검도·유도 등에 관한 행위

- (1) 사상(死傷)의 결과가 발생한 경우
- (2) 전단적(專斷的) 이발행위<sup>24)</sup>

## 다. 학술연구 또는 유희행위

## 제3 정당행위의 요건과 본질

## 1. 정당행위의 요건

## 2. 정당행위의 본질에 관한 학설

## 제4 정당행위의 한계

24) 이 부분에서 김병로가 제기한 논점은 다음과 같다 : “갑이 금전이 없으므로 적당한 시기에 이발하지 못하였더니 그 정실(情實)을 안 친우(親友) 을이 매우 딱하게 생각하여 갑의 수면 중에 모발을 깎은 때는 위법이 될까 아닐까?” 김병로, “범죄구성의 요건되는 위법성을 논함 (승전)”, **법학계**, 제5호(1916. 3.), 10면.

## 제3절 비교법적 고찰

## 제1 일본 구형법

## 제2 프랑스 형법

## 제3 독일 형법

## 제4 지나형률(支那刑律)

## 제5 과거 조선(朝鮮)의 경우

## 1. 법전에 규정된 행위

## 가. 공(公)의 직무행위

## 나. 체포행위

## 2. 일반 관습에 따른 행위

## 가. 징계행위

## 나. 감호행위

## 다. 업무행위

## 4. 김병로의 범죄론체계

## 가. 위법(違法)과 위법성(違法性)

이제 「범죄구성의 요건되는 위법성을 논함」을 토대로 형법학자 김병로의 범죄론체계를 분석해 보기로 한다. 김병로의 범죄론체계를 이해하려면 이 논문이 집필되던 당시, 즉 1915년 시점의 범죄론체계에 관한 이해가 선행되어야 한다. 당시의 범죄론체계는 인과적 행위론에 입각하고 있었다. 범죄가 성립하려면 객관적으로는 위법(違法)이, 주관적으로는 책임(責任)이 요구되었다. 행위에는 위법이 인정되고 행위자에게는 책임이 인정될 때 범죄가 성립한다는 것이다. 이때 범죄성립과 관련하여 모든 객관적인 요소는 위법(違法)으로, 모든 주관적인 요소는 책임(責任)으로 각각 편성되었다. 그리하여 고의(故意) 또한 책임의 요소로 파악되었다. 이제 이와 같은 지식을 배경으로 김병로의 문제제기를 살펴본다.<sup>25)</sup>

종래 위법의 관념은 형식상 명령·금지위반이요 실질상 법익의 침해라 논함

25) 아래에 소개하는 인용문들은 본고의 필자가 김병로의 논문 원문을 현대문법에 맞추어 고쳐 적은 것이다. 일종의 번역에 해당한다고 할 수 있다. 김병로의 논문 전문과 그에 대한 현대어 번역문 전문은 관련되는 해설과 함께 별도의 단행본으로 출간할 예정이다.

이 통상에 속한 것이나 이와 같은 논법은 위법(違法)을 범죄구성의 객관적 요건이라 논하는 현금(現今)의 법률사상을 관철한 것이라고 말할 수 없으니 왜냐하면 범죄구성의 요건이 되는 행위의 위법은 법의 명령·금지에 위반하여 법익을 침해한 행위가 위법의 특별성이 있음을 요하니 가령 일정한 행위가 그 행위의 준칙이 되는 법의 명령·금지에 위반하여 법익을 침해한 사실의 발현이 있다 할지라도 위법의 특별성 즉 위법성(違法性)이 있지 않으면 범죄구성의 객관적 요건이 되는 행위의 위법이라 논할 수 없다.

이에 논하고자 하는 주지(主旨)는 위법의 한 소인(素因)이 되는 특별성 즉 위법성(違法性)의 관념을 천명함에 있으니 요컨대 위법성은 행위위법의 한 소인(素因)이 되는 반상규격(反常規的) 특별성을 말한다. 형법 각본조(各本條)에 있어서는 일정한 행위가 일정한 법익을 침해한 사실의 발현(發現)을 행위의 위법으로 간주하는 것이나 이는 행위의 형식적 위법을 규정함에 불과한 것이요 범죄의 일반적 객관요건이 되는 행위의 위법은 법의 명령·금지에 위반하여 법익 침해의 사실을 발현한 일정한 행위가 다시 위법의 특별성이 있음을 요하니 이에 위법의 한 소인(素因)이 되는 특별성이 어떠한 것인가를 논함에 있어서는 이를 적극적 관념과 소극적 관념의 양 방면으로 연구하지 않으면 안 된다.<sup>26)</sup>

김병로가 「범죄구성의 요건되는 위법성을 논함」에서 고찰의 대상으로 삼은 것은 범죄성립의 두 가지 요건 가운데 첫 번째의 요건인 위법(違法)에 관한 것이다. 그런데 그는 용어사용에 있어서 위법(違法)과 위법성(違法性)을 구별한다. 범죄가 성립하려면 행위의 위법(違法)이 인정되어야 한다. 이 위법(違法)은 두 가지 요소로 구성된다. 하나는 형식상 명령·금지위반이요 실질상 법익의 침해이다. 그는 이 부분을 가리켜서 위법(違法)의 형식(形式) 또는 태양(態樣)이라고 한다. 다른 하나는 위법성(違法性)이다. 이때 위법성(違法性)은 ‘위법의 특별성’을 압축한 말이다. 요즈음 식으로 말한다면 구성요건에 해당하는 행위가 있어서 형식적으로 위법성이 인정된다고 하여도 위법성의 실질이 구비되어야만 행위가 위법(違法)으로 판단된다는 것이다.

그렇다면 행위의 위법(違法) 판단을 위하여 필요한 ‘위법의 특별성’, 즉 위법성(違法性)은 어떠한 내용의 것인가? 이에 대하여 김병로는 다음과 같은 설명을 제시하고 있다.

26) 김병로, “범죄구성의 요건되는 위법성을 논함”, **법학계**, 제3호(1915. 12.), 1면 이하.

(전략) 위법의 한 소인(素因)이 되는 위법성 즉 위법의 특별성이라는 관념은 일정한 행위에 대한 사회적 가치문제라 그 행위가 사회적(社會的) 공안목(公眼目)의 보편적 판정에 따라서 법률상 보호의 무가치성(無價値性) 및 범죄구성의 유가치성(有價値性)이 부대(附帶)됨을 말함이니 환언하면 일정한 행위의 특별준칙이 되는 법의 명령·금지에 위반하여 일정한 법익에 [침]해<sup>27)</sup> 또는 위험을 가한 행위 즉 외형상 행위의 위법형태를 이룬 행위가 다시 사회의 보편적 안목의 가치판단에 따라서 행위의 위법성 즉 반상규적 특별성이 있는 것으로 결정되는 것을 말한다. 요컨대 일정한 행위가 법의 명령·금지에 위반하여 법익을 침해한 사실의 발현은 위법의 형태(形態)요 사회의 공안목에 따라서 행위의 반상규적 위법성이 된 가치판단은 위법의 실질(實質)이니 이 형태와 실질이 합체된 행위가 범죄구성의 객관요건이 되는 위법(違法)을 이룬다.<sup>28)</sup>

요컨대 ‘위법의 특별성’, 즉 위법성(違法性)이란 행위가 사회적 공안목(公眼目)의 보편적 판정에 따라서 법률상 보호의 무가치성(無價値性) 및 범죄구성의 유가치성(有價値性)이 부대(附帶)됨을 말한다. 요즈음의 용어로 말하자면 실질적 위법성을 의미한다. 그렇다면 이 위법성(違法性) 여부를 판단할 때 사용되는 척도는 무엇인가? 이에 대하여 김병로는 다음과 같은 설명을 제시한다.

위법성(違法性)은 즉 반상규적 특별성을 말함ियो 사회적 상규(社會的 常規)는 공(公)의 질서와 선량한 풍속을 말함이니 공서양속(公序良俗)은 위법성의 가치판단의 기초가 됨은 물론ियो 사회 공존의 관계에 대한 비행(非行)을 판단함에 있어 유일한 명감(明鑑)이 되니 공법(公法)과 사법(私法)을 물론하고 일반 법률의 목표되는 것이라고 말하지 않을 수 없다. (다음 인용문에 계속됨; 필자 주)<sup>29)</sup>

여기에서 우리는 한국 형법에만 등장하는 고유의 표지 ‘사회상규(社會常規)’라는 표현을 만나게 된다. 민법의 공서양속(公序良俗)에서 출발하여 형법에서 사회상규(社會常規)로 표현되는 위법성판단의 척도를 제시하면서 김병로는 예상되는 비판론에 대해 다음과 같은 반론을 제시한다.

27) 원문에는 ‘상해(傷害)’로 되어 있다.

28) 김병로, “범죄구성의 요건되는 위법성을 논함”, **법학계**, 제3호(1915. 12.), 3면.

29) 김병로, “범죄구성의 요건되는 위법성을 논함”, **법학계**, 제3호(1915. 12.), 3면 이하.

(앞의 인용문에서 계속됨; 필자 주) 그러나 독일 형법, 프랑스 형법 및 일본 형법에 있어서는 모두 공서양속(公序良俗)과 행위위법(行爲違法)의 관계에 대하여 직접 증거할 법문(法文)이 없으므로 종래의 통설에 의하면 공서양속이 행위위법의 성부(成否)에 밀접한 관계가 있음은 명료한 것이나 직접 공서양속을 기초로 하여 위법성(違法性)의 적극적 관념을 논정(論定)함은 형법의 엄정주의(嚴正主義)에 적응(適應)하지 않는다고 논하나 나는 그렇지 않은 줄로 확신하니 대개 법률은 근본적 관념이 공(公)의 질서를 유지하고 선량한 풍속을 함양하여 인민의 행복을 증진하는 것을 목적으로 하는 것이니 형법에 있어서는 공서양속을 목표로 하여 그 효과를 관철함을 목적으로 하는 것은 다언(多言)을 요하지 않는다.<sup>30)</sup>

#### 나. 부작위법과 위법성(違法性)

김병로는 위법성(違法性)의 판단기준으로 공서양속 내지 사회상규에 주목하면서 각국의 입법례에서 이를 명시하고 있지 않으나 실질을 분석해 보면 모두 동일한 원리에 입각하고 있다고 주장한다. 이어서 그는 부작위와 위법성(違法性)의 관계에 대하여 언급한다. 지금의 부작위법이론에서는 구성요건 단계에서 보증인적 지위의 규명에 초점이 모아지고 있지만 당시의 부작위법이론에서는 위법성 단계에서 작위의무의 발생근거에 논의가 집중되고 있었다. 이와 관련하여 김병로는 당시의 통설을 비판하면서 자신의 견해를 다음과 같이 전개한다.

(전략) 종래의 통설에 의하면 그 작위의 [의]무(義務)<sup>31)</sup>가 반드시 일반의 법령(法令) 또는 특별한 계약(契約)에 의하여 발생한 경우에 한하여 부작위로 인한 행위위법(行爲違法)의 전제요건이 되는 것이라고 논하나 내가 믿는 바에 의하면 부작위로 인한 행위의 위법은 외계변동의 발생을 방지할 수 있는 경우에 있음에도 불구하고 이를 방지하지 아니함으로써 일정한 법익의 [침]해 또는 위협을 발생하게 한 표현사실(表現事實)이 반상규적 특별성 즉 위법성이 부대(附帶)되는 것을 요할 뿐이요 그 외계변동의 발생을 방지할 작위의 의무가 반드시 법령 또는 계약에 따라 발생된 경우에만 한정되지 않는 것이라고 논정(論定)하니 환언하면 일정한 부작위로 인하여 일정한 법익의 [침]해 또는 위협을 발생하게 한 사실이 표현될 때에는 그 부작위가 법령 또는 계약에 따라 발생한 작위의 의무에 위반된 경우에만 한할 뿐이 아니라 공(公)의 질서 또는 선량한 풍

30) 김병로, “범죄구성의 요건되는 위법성을 논함”, **법학계**, 제3호(1915. 12.), 4면.

31) 원문에는 ‘등무(等務)’로 되어 있으나 ‘의무(義務)’의 오식으로 생각됨.

속에 반한 경우에는 모두 부작위로 인한 행위위법의 전제요건이 되는 작위의 의무에 위배한 것이라고 논할 수 있으니 다시 이 행위를 사회적 가치판단에 제 공하여 반상규적 특별성이 부대(附帶)되었다고 결정된 때에는 범죄구성의 객관 요건이 되는 행위의 위법을 이루는 것이라고 할 것이다.<sup>32)</sup>

작위의무에 관한 이와 같은 인식은 대한민국 형법총칙의 부작위범에 관한 조 문에 분명하게 드러난다. 형법전을 기초(起草)할 때 대본으로 삼았던 일본의 개 정형법가안은 작위의무를 ‘법률상’의 의무로 규정하고 있었다. 그러나 김병로에 의하여 기초된 한국의 부작위범 조문은 단순히 ‘위험발생을 방지할 의무’라고만 규정하여 작위의무의 범위를 인위적으로 한정하지 아니하였다. 이것은 공의 질서 또는 선량한 풍속에 반한 경우를 모두 작위의무위반으로 포착할 수 있도록 하기 위함이다. 여기에서 부작위범에 관한 형법 제18조의 조문성안에 이르는 과정을 관련 입법례를 대비하여 살펴보기로 한다.

의용형법 (1907)	(부작위범 조문 없음)
일본 개정형법가안 (1931)	<b>제13조</b> ① 죄로 될 사실의 발생을 방지할 법률상의 의무 있는 자가 그 발생을 방지하지 않은 때에는 작위로 인하여 그 사실을 발생하게 한 자와 동일하게 이를 벌한다. ② 작위로 인하여 사실발생의 위험을 발생하게 한 자는 그 발생을 방지할 의무를 진다.
법전편찬위원회초안 (1949) (정부초안) (1951)	<b>제18조</b> 위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 <u>않았을</u> 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다.
국회 법사위수정안 (1952)	<b>제18조</b> 위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 <u>아니하였을</u> 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다.
국회통과 형법 (1953)	<b>제18조</b> 위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 <u>아니한</u> 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다.

32) 김병로, “범죄구성의 요건되는 위법성을 논함”, **법학계**, 제3호(1915. 12.), 6면 이하.

### 다. 위법성조각사유와 고의의 관계

지금까지의 검토가 위법성(違法性)을 적극적 관점에서 고찰하였던 것이라면 이제 이 위법성을 소극적 관점에서 고찰할 필요가 있다. 위법성이 소극적 관점에서 표현된 것은 다름 아니라 위법성조각사유이다. 이와 관련하여 김병로는 요즈음의 용어체인 ‘위법성조각’이라는 표현 대신에 ‘위법조각(違法阻却)’이라는 표현을 사용하고 있다. 위법성(違法性)의 소극적 측면과 관련하여 그는 다음과 같은 설명을 제시한다.

(전략) 대개 일정한 행위가 특별준칙되는 법의 명령·금지에 위반하여 일정한 법익의 [침]해 또는 위험을 발생하게 한 경우에는 이미 외형상 위법의 태양(態樣)을 이룬 것이나 그 행위가 법령이 인허(認許) 또는 방임(放任)한 바가 될 때에는 실질상 위법을 조각하는 적법성(適法性)이 부대(附帶)된 까닭으로 범죄구성의 요건이 되는 행위의 위법(違法)을 이루지 않는다. 요컨대 범죄구성의 요건이 되는 행위의 위법은 법의 명령·금지에 위반하여 법익의 [침]해 또는 위험을 발생하게 한 일정한 행위가 법령이 인허 또는 방임한 바가 되지 아니한 사실 즉 위법조각의 사유가 부존재함을 요하는 것이다.<sup>33)</sup>

김병로는 위법성(違法性), 즉 실질적 위법성을 조각시키는 구체적인 사유들을 검토하기에 앞서서 먼저 위법성과 고의의 관계를 분석한다.

범죄의 객관적 요건이 되는 행위의 위법(違法)은 특별준칙이 된 법의 명령·금지에 반하여 법익을 침해한 사실 즉 적극적 범죄사실과 법이 인허(認許) 또는 방임(放任)한 행위가 되지 아니한 사실 즉 소극적 범죄사실의 존재에 따라 완성되는 것이요 범죄의 의(意)는 범죄의 사실을 인식함에 따라서 성립되는 것이니(일본형법 제38조 제1항, 일본구형법 제77조 제2항, 독일형법 제59조 참조)(다음 인용문에 계속됨; 필자 주)<sup>34)</sup>

이제 위 인용문의 논리전개를 따라가 본다. 김병로는 먼저 행위의 위법(違法)이 적극적 범죄사실과 소극적 범죄사실로 이루어진다는 점을 확인한다. 이때 소극적 범죄사실은 위법성(違法性)을 배제하는 사유, 즉 위법성조각사유이다. 다음

33) 김병로, “범죄구성의 요건되는 위법성을 논함”, **법학계**, 제3호(1915. 12.), 9면.

34) 김병로, “범죄구성의 요건되는 위법성을 논함 (승진)”, **법학계**, 제4호(1916. 2.), 1면.



으로 그는 고의의 개념을 정의한다. 이와 관련하여 그는 “범죄의 의(意)는 범죄의 사실을 인식함에 따라서 성립되는 것”이라고 정의한다.

여기에서 우리는 대한민국 형법 제13조 본문이 고의를 규정함에 있어서 “죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다”는 표현을 사용하고 있다는 점에 생각이 미치게 된다. ‘범죄의 사실을 인식함’이나 ‘죄의 성립요소인 사실을 인식[함]’은 같은 내용으로 볼 수 있기 때문이다. 여기에서 확인할 수 있는 것은 고의에 관하여 규정한 한국 형법 제13조가 김병로의 범죄론체계에 기초하여 성안되었다는 사실이다. 이러한 점은 형법초안을 기초(起草)할 때 대본 역할을 하였던 일본 개정형법가안의 해당 조문 등과 비교해 보면 금방 알 수가 있다.

<p style="text-align: center;"><b>의용형법</b> (1907)</p>	<p><b>제38조</b> ① 죄를 범할 뜻[意]이 없는 행위는 이를 벌하지 아니한다. 단, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>② 죄가 본래 중(重)한 것을 범할 때에 알지 못한 자에게는 그 중(重)함에 따라서 처벌하지 못한다.</p> <p>③ 법률을 알지 못함으로써 죄를 범할 뜻[意]이 없다고 할 수 없다. 단, 정상에 의하여 그 형을 감경할 수 있다.</p>
<p style="text-align: center;"><b>일본 개정형법가안</b> (1931)</p>	<p><b>제9조</b> 죄를 범할 뜻[意]이 없는 행위는 이를 벌하지 아니한다. 단, 법령에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p><b>제10조</b> ① 죄로 될 사실을 알지 못하고 범한 자는 고의 있다고 할 수 없다.</p> <p>② 죄가 본래 중(重)한 것을 범할 때 알지 못한 자는 그 중(重)함에 따라서 처단할 수 없다.</p>
<p style="text-align: center;"><b>법전편찬위원회초안</b> (1949) (정부초안) (1951)</p>	<p><b>제13조</b> 죄의 <u>성립요소되는</u> 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 않는다. 단, <u>법</u>의 특별한 규정이 있는 경우에는 <u>그러하지 않는다</u>.</p>
<p style="text-align: center;"><b>국회 법사위수정안</b> (1952)</p>	<p><b>제13조</b> 죄의 <u>성립요소되는</u> 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 않는다. 단, <u>법에</u> 특별한 규정이 있는 경우에는 <u>예외로 한다</u>.</p>
<p style="text-align: center;"><b>국회통과 형법</b> (1953)</p>	<p><b>제13조</b> 죄의 <u>성립요소인</u> 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다. 단, <u>법률에</u> 특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 한다.</p>

이제 고의의 인식대상이 확인되면서 다음으로 위법조각사유가 고의의 인식대상이 되는지가 문제된다. 이와 관련하여 김병로는 종래의 통설에 의문을 표시하면서 자신의 입장을 다음과 같이 전개한다.

(앞의 인용문에서 계속됨; 필자 주) 적극적 범죄사실 즉 위험성이 범의(犯意)의 내용을 이룸에 있어서는 종래 이의(異議)가 없는 것이나 소극적 범죄사실 즉 위험성이 범의의 내용을 이루는가 이루지 않는가 하는 점에 있어서 종래의 통설은 이를 부인하는 데로 돌아간 것이다. 그러나 내가 믿는 바에 의하면 법이 인허 또는 방입한 행위 즉 위법을 조각할 사유가 존재하지 않음은 소극적 범죄사실이 된 것이니 적극적으로 되는 것과 소극적으로 되는 것을 묻지 않고 범죄구성의 사실이 된 이상은 범의(犯意)의 내용을 이루는 것은 다언을 요하지 않는다. 따라서 행위자가 실제상 위법조각의 사유가 부존재함에도 불구하고 이러한 사유가 존재한 줄로 인식한 경우에는 범의의 성립을 인정할 수 없을 것이요 단지[但是] 이러한 사유가 존재한 줄로 인식한 것이 주의의 소홀이나 해태(懈怠)에 기인한 때에는 과실범의 성립을 인정할 뿐이다. (다음 인용문에 계속됨; 필자 주)<sup>35)</sup>

#### 라. ‘위험성(危險性)’의 개념

위의 대목에 대한 분석에 들어가기에 앞서서 김병로가 사용한 용어 한 가지에 주목할 필요가 있다. 그것은 위의 인용문에서 등장하는 ‘위험성’이다. 한국 형법은 형법총칙의 조문에서 ‘위험’ 또는 ‘위험성’이라는 용어를 여러 곳에서 사용하고 있다. 형법 제10조 제3항은 “위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전 2항의 규정을 적용하지 아니한다”고 규정하고, 제17조는 “어떤 행위라도 죄의 요소되는 위험발생에 연결되지 아니한 때에는 그 결과로 인하여 별하지 아니한다”라고 규정하고 있으며, 제18조는 “위험의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위험발생의 원인을 야기한 자가 그 위험발생을 방지하지 아니한 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다”고 규정하고 있다. 또한 형법 제27조는 “실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다”고 규정하고 있다.

35) 김병로, “범죄구성의 요건되는 위험성을 논함 (승전)”, **법학계**, 제4호(1916. 2.), 1면 이하.

이 가운데 형법 제27조의 ‘위험성’은 법전편찬위원회가 성안하여 정부가 제출한 원안에 대해 국회 법제사법위원회가 수정안을 성안하는 과정에서 들어간 것이다.<sup>36)</sup> 이에 반하여 형법 제10조 제3항이나 제17조 또는 제18조의 ‘위험발생’은 법전편찬위원회의 초안을 그대로 이어받은 정부원안에 들어 있던 것이며, 그 기초자는 김병로이다. 그리하여 위의 인용문에서 김병로가 언명한바 “적극적 범죄사실 즉 위험성”이라는 표현은 우리 형법 제10조 제3항과 제17조 및 제18조를 해석함에 있어서 대단히 중요한 시사점을 제공한다. 적극적 범죄사실은 김병로 스스로 개념을 정의하고 있듯이 특별준칙이 된 법의 명령·금지에 반하여 법익을 침해한 사실을 말한다. 이때 ‘특별준칙’이란 개개의 특별구성요건을 말한다. 그렇다면 한국 형법 제17조와 제18조가 사용하고 있는 ‘위험발생’은 특별구성요건이 된 법의 명령·금지에 반하여 법익을 침해한 사실을 의미하게 된다. 환언하면 어느 특별구성요건의 실현을 의미하게 되는 것이다.

#### 마. 위법성조각사유에 대한 착오

이제 ‘위험발생’의 의미내용을 넘어서서 고의와 위법성(違法性)의 관계에 대해 형법학자 김병로가 전개한 논지를 계속 살펴보기로 한다. 그는 위법성조각사유를 지칭하는 소극적 범죄사실도 고의의 인식대상이 된다고 주장하고 있다. 요즈음의 용어로 말하자면 소위 소극적 구성요건요소(消極的 構成要件要素)의 이론을 주장하고 있는 것이다. 그리하여 위법조각사유도 고의의 인식대상이 된다고 하면서 그는 위법성조각사유에 대한 착오의 문제를 논한다.

위법성조각사유와 관련한 착오는 두 가지 형태로 나타난다. 하나는 실재상 위법성조각의 사유가 부존재함에도 불구하고 행위자가 이러한 사유가 존재한 줄로 인식한 경우이다. 다른 하나는 실재상 위법성조각사유가 존재하였음에도 불구하고 행위자가 이러한 사유의 존재를 인식하지 못한 경우이다. 이 가운데 첫 번째의 경우에 대해 앞에서 본 바와 같이 김병로는 고의범의 성립을 부인하고 과실범의 성립만을 인정한다. 종래의 통설에서 벗어나는 그의 주장을 입론하기 위하여 그는 다음과 같이 자신의 논지를 전개한다. 그 내용은 요즈음에 많이 논의되는 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오에 관한 고찰이라고 할 수 있다.

36) 자세한 내용은, 신동운, “불능범에 관한 형법 제27조의 성립경위”, 서울대학교 법학, 제41권 제4호(2001. 2.), 39면 이하, 특히 60면 이하 참조.

(앞의 인용문에서 계속됨; 필자 주) 여기에서 범익침해의 인식이 있는 행위를 가지고 과실범의 성립을 인정하는 것은 이론상 모순을 면할 수 없다는 의문이 있으나 그렇지 않으니 과실은 범죄사실의 어떠한 방면을 묻지 않고 존재하는 것으로 볼 것이니 위의 과실범의 성립을 인정하는 것은 적극적 범죄사실 즉 범익의 침해를 인식하지 못한 것에 대하여 과실이 있음을 말함이 아니요 소극적 범죄사실 즉 위법을 조각할 사유가 존재하는 줄로 인식함에 대하여 과실이 있음을 말하는 것이니 범죄사실이 적극적으로 되는 것과 소극적으로 되는 것을 묻지 않고 범죄구성의 사실에 관하여 혹은 인식하지 못한 것에 대하여 혹은 인식한 것에 대하여 과실의 존재를 인정하는 것은 의문을 용납하지 않는 것이다. 여기에서 주의를 요할 바가 있으니 위법조각의 원유(原由)가 된 사실(事實)이 부존재함에도 불구하고 이러한 사유가 존재한 줄로 인식한 경우와 범익침해의 행위가 위법(違法)이 됨에도 불구하고 위법이 아닌 줄로 인식한 경우를 구별하지 않으면 안 된다. 왜냐하면 전자는 범죄사실에 관한 착오이니 범의(犯意)의 성립을 조각하는 것이나 후자는 법률에 관한 착오이니 범의(犯意)의 성립을 조각할 수 없다([일본]형법 제38조 제2항·제3항).<sup>37)</sup>

위법성조각사유와 관련한 두 번째의 착오유형은 위법성조각사유가 존재함에도 불구하고 행위자가 이러한 사유의 존재를 인식하지 못한 경우이다. 이에 대하여 김병로는 다음과 같은 논지를 전개하고 있다.

(전략) 위법조각의 사유가 존재할 때에는 행위자가 이러한 사유가 존재함을 인식하지 못하고 범익을 침해한 경우라도 범의(犯意)의 성립 및 범익침해의 사실이 [실현]<sup>38)</sup>됨에도 불구하고 기실은 위법조각의 사유가 존재함에 따라서 객관적 범죄의 성립을 조각하는 것이다. 예컨대 경관이 상해죄의 현행범을 위경죄(違警罪)인 줄 오신하고서 감히 행할 의사로써 범인을 체포한 경우<sup>39)</sup>와 같다.<sup>40)</sup>

37) 김병로, “범죄구성의 요건되는 위법성을 논함 (승전)”, **법학계**, 제4호(1916. 2.), 2면 이하.

38) 원문에는 ‘현실(現實)’로 표기되어 있다.

39) 당시의 일본 형사소송법은 예심판사에게 강제처분권을 집중시키고 있었다. 그러나 경미범죄인 위경죄(違警罪)에 대하여는 경찰이 위경즉결례(違警即決例)를 근거로 고유의 즉결처분권한을 가지고 있었다. 한편 식민지 조선에서는 범죄즉결례(犯罪即決例)에 의하여 1개월 이하의 징역에 처할 일반 형사사건도 위경죄와 함께 경찰의 즉결처분대상이 되고 있었다. 자세한 내용은, 신동운, “일제하 형사절차에 관한 연구”, **박병호 교수 환갑기념(III) 한국법사학논총**(1991), 401면 이하 참조.

40) 김병로, “범죄구성의 요건되는 위법성을 논함 (승전)”, **법학계**, 제4호(1916. 2.), 3면.

이와 같은 김병로의 추론은 모든 주관적 범죄성립요소는 책임단계에 위치한다고 본 당시의 인과적 행위론의 범죄론체계에서 당연히 도출되는 것이라고 할 수 있다.<sup>41)</sup> 요즘 논해지고 있는 주관적 정당화요소는 목적적 행위론의 영향을 받아 등장한 것으로 그 시점은 김병로가 논문을 발표한 1915년의 시점보다 훨씬 뒤의 일이다.

#### 바. 실질적 위법성의 판단척도와 사회상규

지금까지 형법학자 김병로가 실질적 위법성을 논증하면서 사용한 용어들을 중심으로 한국 형법의 총칙조문 성안에 미친 그의 영향을 살펴보았다. 그러나 그것은 어디까지나 방론적인 것이다. 김병로가 「범죄구성의 요건되는 위법성을 논함」에서 논증하려고 하였던 것은 실질적 위법성의 판단근거가 공서양속 내지 사회상규라는 점에 있었다. 이와 같은 결론에 이르기 위하여 김병로는 실질적 위법성이 소극적인 측면에서 작용하는 영역, 즉 위법성조각사유에 대한 분석에 임하였다. 이와 관련하여 김병로는 먼저 정당행위를 규정한 일본 형법 제35조를 분석하고 이어서 일련의 입법례를 검토하여 입법적 대안의 모색에 나선다. 이와 같은 작업의 목표는 여러 가지 위법성조각사유의 배후에 실질적 위법성의 사상이 자리하고 있음을 밝히는 것이다.

김병로는 먼저 일본 형법 제35조의 분석에 나선다. 이 조문을 분석함에 있어서 그는 (1) 법령에 의한 행위, (2) 정당한 업무로 인한 행위, (3) 그 밖의 정당행위로 3분하여 고찰을 진행한다. 이 가운데 (1)의 법령에 의한 행위의 항목<sup>42)</sup>에서는 위법명령의 수행행위가 위법성을 조각시킬 것인가 하는 문제에 대하여 상세한 고찰을 시도한다. 이 부분의 자세한 내용은 지면관계로 본고에서는 고찰을 생략하기로 한다. 김병로는 이어서 (2)의 정당업무행위를 검토한 다음<sup>43)</sup> (3)의 기타 정당한 행위와 관련하여 ‘업무’ 이외에 개별적 정당행위가 성립할 수 있을 것인가를 검토한다.<sup>44)</sup> 여기에서 (3)의 경우가 특별히 문제되는 것은 일본 형법 제35

41) 동일한 접근방법은 엄상섭의 글에서도 나타난다. 엄상섭, “긴급행위에 대한 시론”, **법조협회잡지**, 제1권 제5호(1949. 8.), 1-20면; 신동운·허일태 편저, **효당 엄상섭 형법논집**(2003), 101면 이하에 재수록. 해당 부분은 **효당 엄상섭 형법논집**, 114면 이하 참조.

42) 김병로, “범죄구성의 요건되는 위법성을 논함(승전)”, **법학계**, 제4호(1916. 2.), 5-12면; 김병로, “범죄구성의 요건되는 위법성을 논함(승전)”, **법학계**, 제5호(1916. 3.), 1-4면.

43) 김병로, “범죄구성의 요건되는 위법성을 논함(승전)”, **법학계**, 제5호(1916. 3.), 4-10면; 김병로, “범죄구성의 요건되는 위법성을 논함(승전)”, **법학계**, 제6호(1916. 6.), 1-2면.

조가 (1)의 법령에 의한 행위와 (2)의 정당한 업무행위만을 위법성조각의 사유로 명시하고 있기 때문이다. 이와 관련하여 김병로는 ‘정당한 업무’의 영역에 속하지 않는 개개의 행위도 정당행위로 될 수 있다고 주장하면서 그 근거를 다음과 같이 설명한다.

(전략) 무릇 위법성의 관념은 공서양속에 위반하는 비상규성(非常規性)이 되는 까닭에 일정한 행위가 위법조각의 사유되는 이유는 공공질서와 선량한 풍속에 위반하지 않는 상규적 행위가 되는 까닭이라고 말하지 않을 수 없다.<sup>45)</sup>

일본 형법 제35조의 분석에 이어서 김병로는 실질적 위법성에 관한 일련의 입법례를 비교법적으로 검토한다. 이를 위하여 그는 일본의 구형법, 프랑스 형법, 독일 형법, 청나라 말기의 형률, 과거 조선의 형법을 분석한다. 이 대목에서 그가 조선의 법제사를 분석한 것은 특히 주목할 만하다. 비교법적 고찰을 통하여 김병로는 일본이나 프랑스, 독일의 경우에 실질적 위법성을 제시하는 실정법적 표준이 없다는 점을 지적하면서 이를 입법의 미비점으로 들고 있다. 이에 반해 청나라의 형법에는 실질적 위법성의 표준이 제시되어 있다는 점에 주목하면서 그는 입법론적으로 다음과 같이 전폭적인 지지를 표명한다.

제4, 지나형률(支那刑律) 총칙 제14조에는 “무릇 법률에 의하거나 혹은 정당 업무행위, 공공질서 및 선량한 풍속·관습에 위배되지 않는 행위는 죄로 되지 않는다[凡依律例或正當業之行為不背於公共秩序及善良風俗習慣之行為不爲罪]”라고 규정하였으니 [일본]형법 제35조에 해당하는 것이나 [일본]형법에는 법령 또는 정당업무에 따른 행위라고 규정하는 데에 그친 까닭에 업무가 아닌 정당행위를 포함하는 여부에 대하여 학자의 의논이 일치하지 않으나 지나형률(支那刑律)에는 법률에 의한 행위 또는 업무행위 외에 공서양속 또는 관습에 반하지 아니한 행위는 죄가 되지 아니한다고 규정하였으므로 일호(一毫)의 의문점이 없어 법문(法文)의 완미(完美)함이 종래 각국의 입법례에 아직까지 보지 못한 영단(英斷)이라고 할 것이다.<sup>46)</sup>

44) 김병로, “범죄구성의 요건되는 위법성을 논함(승전)”, **법학계**, 제6호(1916. 6.), 2-4면.

45) 김병로, “범죄구성의 요건되는 위법성을 논함(승전)”, **법학계**, 제6호(1916. 6.), 3면 이하.

46) 김병로, “범죄구성의 요건되는 위법성을 논함(승전)”, **법학계**, 제6호(1916. 6.), 6면 이하.

그의 이러한 인식은 이후 대한민국 형법의 총칙조문에 ‘사회상규’라는 표현으로 성문화되기에 이른다.<sup>47)</sup> 이해를 돕기 위하여 관련 조문들을 시계열적으로 배열해 본다.

의용형법 (1907)	제35조 법령 또는 정당한 업무로 인하여 한 행위는 이를 별하지 아니한다.
일본 개정형법가안 (1931)	제17조 법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 법률상 정당한 행위는 죄로 되지 아니한다.
법전편찬위원회초안 (1949) (정부초안) (1951)	제20조 법령에 의한 행위 또는 <u>업무에 인한</u> 행위, 기타 사회상규에 위배되지 <u>않는</u> 행위는 별하지 <u>않는다</u> .
국회 법사위수정안 (1952)	제20조 법령에 의한 행위 또는 <u>업무에 인한</u> 행위, 기타 사회상규에 위배되지 <u>아니하는</u> 행위는 별하지 <u>아니한다</u> .
국회통과 형법 (1953)	제20조 법령에 의한 행위 또는 <u>업무로 인한</u> 행위 기타 사회상규에 위배되지 <u>아니하는</u> 행위는 별하지 <u>아니한다</u> .

일본 형법 제35조의 정당행위 조문은 “법령 또는 정당한 업무로 인하여 한 행위는 이를 별하지 아니한다”고 규정되어 있다. 일본의 개정형법가안 제17조는 “법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 법률상 정당한 행위는 죄로 되지 아니한다”고 규정하고 있다. 이에 대해 대한민국 형법 제20조는 “법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 별하지 아니한다”고 규정하고 있다. 우리 형법 제20조가 보여주는 특징은 정당행위의 범위를 단순히 (1)의 법령에 의한 행위와 (2)의 업무로 인한 행위에 국한시키지 않고 (3)의 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위에까지 넓히고 있다는 점이다. 이러한 특징은 바로 김병로가 1915년의 논문에서 밝힌바 “사회의 공안목에 따라서 행위의 반상규적 위법성이 된 가치판단[이] 위법의 실질(實質)[이다]”라는 논지가 실정법으로 입법된 것임을 보여주고 있으며, 그 자신이 말한바 “각국의 입법례에 아직까지 보지 못한 영단(英斷)”을 내린 것이라고 할 수 있다. 법전편찬

47) 자세한 내용은, 신동운, “형법 제20조 사회상규 규정의 성립경위”, 서울대학교 법학, 제47권 제2호(2006. 6.), 189면 이하 참조.

위원회가 작성한 형법초안의 이유서는 우리와 사회실정이 비슷한 중국 형법을 참조하였다고 적고 있는데 이 부분의 언급은 바로 ‘사회상규’를 염두에 둔 것이라고 말할 수 있다.<sup>48)</sup>

## 5. 결 론

지금까지 김병로가 형법학자로서 1915년에 발표한 「범죄구성의 요건되는 위법성을 논함」을 분석하여 그가 구상하였던 범죄론체계가 한국형법의 총칙에 어떠한 모습으로 성문화되었는가를 살펴보았다. 이제 김병로의 범죄론체계에 대한 분석을 마치면서 한두 가지 소회(所懷)를 적어서 결론에 갈음하고자 한다.

첫째로, 한국 형법의 독자성과 김병로의 역할에 대한 인식의 필요성이다. 한국 형법의 총칙부분에는 계수사적 관점에서 우리와 밀접한 관련을 맺고 있는 독일 형법이나 일본 형법에서 찾아볼 수 없는 조문들이 많다. 이와 같은 독자적 조문들은 형법학자 김병로의 구상에서 비롯된 것이다. 형법 제13조와 제14조에서 사용되고 있는 ‘죄의 성립요소인 사실’이라는 표현, 제10조 제3항과 제17조 및 제18조에서 사용되고 있는 ‘위험발생’, 제20조에서 사용되고 있는 ‘사회상규’ 등은 모두 형법학자 김병로의 범죄론체계에서 유래하고 있다. 본고에서는 검토하지 아니하였으나 형법 제17조의 인과관계 조문 또한 김병로의 법철학적 성찰에 기초를 두고 성안된 것이다.<sup>49)</sup>

둘째로, 형법개정작업과 관련한 김병로의 재평가 필요성이다. 현재 법무부에서는 형법개정작업이 추진되고 있다. 이를 위하여 ‘형사법개정특별심의회위원회’가 구성되어 있으며 그 산하에 3개 분과위원회가 설치되어 있다. 제1분과위원회는 형

48) 법전편찬위원회가 작성한 “형법초안 이유설명서에 가름하여”는 입안의 근본원칙 제1항으로 “세계 각국의 현행법 형법개정초안, 특히 독일형법 및 독일 1930년 형법초안을 많이 참고로 하였고, 제정역사가 새롭고 국정(國情)이 우리나라와 유사한 중국형법을 참조하였다”고 적고 있다. 이 경우 중국형법은 중화민국 형법이 아니다. 이 점은 형법초안 작성과 관련하여 당시 법무부조사국이 발간한 법무자료 제5집에 수록되어 있는 중국형법전을 검토해 보면 즉시 알 수 있다. 그렇다면 형법초안 입안의 근본원칙 제1항에서 언급된 ‘중국형법’은 청나라 말기에 제정된 형법전, 즉 김병로가 위의 논문에서 지목한 ‘지나형률(支那刑律)’을 의미한다고 보아야 할 것이다. 자세한 검토는, 신동운, “형법 제20조 사회상규 규정의 성립경위”, **서울대학교 법학**, 제47권 제2호 (2006. 6.), 207면 이하 참조.

49) 신동운, “개인 김병로 선생과 법전편찬—형법과 형사소송법을 중심으로—”, **법학연구**, 통권 제25집(전북대학교 법학연구소, 2007. 10.), 23면 이하 참조.



범총칙 부분을, 제2분과위원회는 개인적 범익에 관한 죄 부분을, 제3분과위원회는 사회적 범익 및 국가적 범익에 관한 죄 부분을 각각 맡아서 개정작업을 진행하고 있다. 그런데 형법개정을 하려면 개정의 대상이 되는 조문이 어떠한 경위로 어떠한 이념적 지평하에서 성안되었는지를 확인하지 않으면 안 된다. 개정의 대상이 되는 조문이 탄생한 사회적 배경과 그 후의 사회적 변화 등을 감안하여 새로운 시대에 대비하는 작업이 형법개정작업이기 때문이다.

이러한 관점에서 볼 때 적어도 형법총칙의 범죄론 분야에서만큼은 김병로에 대한 연구와 재평가가 이루어져야 한다. 김병로가 인식하였던 당시의 사회사정과 지금의 사회실정은 백년 가까운 시차를 두고 있다. 범죄론체계 또한 그동안에 비약적으로 발전하였다. 1915년 당시 김병로가 「범죄구성의 요건되는 위법성을 논함」에서 전개하였던 범죄론체계는 당시로서는 대단히 진보적인 것이었다. 그러나 지금의 시점에서 보면 거의 백년 전의 그것이라고 하지 않을 수 없다.

새로운 학문적 성과들은 형법총칙의 개정작업에 반영되지 않으면 안 된다. 그러나 그렇다고 하여 형법총칙의 개정작업이 외국입법의 무비판적 번안수용으로 그칠 수는 없다. 적어도 ‘개정(改正)’이라는 어의에 충실하게 출발점을 확인하는 작업이 선행되어야 한다. 그리하여 대한민국 형법의 총칙조문 개정작업은 조문의 기초자 김병로의 구상을 정확하게 이해하고 그의 구상을 비판적으로 점검하면서 새로운 지혜를 모으는 선에서 출발하여야 한다. 이 때문에 본고의 필자는 특히 형법총칙의 개정작업만큼은 “가인에서 시작하여 가인을 넘어서!”라는 슬로건 아래 진행되어야 한다고 생각하고 있다.<sup>50)</sup> 현재 진행되고 있는 형법개정작업에서 형법학자 김병로가 1915년에 집필한 논문 「범죄구성의 요건되는 위법성을 논함」이 반드시 정독(精讀)되어 재평가되기를 소망하는 이유는 바로 이 때문이다.

주제어: 김병로, 형법제정, 형법개정, 위법성, 정당행위, 법전편찬위원회

50) 본고의 필자는 “가인 김병로 선생과 법전편찬—형법과 형사소송법을 중심으로—”라는 논문에서 이 슬로건을 제시한 바가 있다. 전북대학교 법학연구소, **법학연구**, 통권 제25집(2007. 10.), 32면 참조.

<Abstract>

## Byungro Kim's Structure of Criminal Acts and the General Provisions of Korean Criminal Code

Dong Woon Shin\*

A major reform in Korean Criminal Code is being carried out by the Ministry of Justice. As a first step towards reform in Korean Criminal Code it is necessary to revisit the publication process of Korean Criminal Code which was published in 1953. Byungro Kim, who was the chair of the Korean Code Compilation Committee, drafted the General Provisions of the Korean Criminal Code. Much of his draft was based on his article on Justification of Crime which was published in 1915. The author of this paper analyzed the structure and the content of Kim's 1915 article and examined how his philosophy of criminal law had been reflected in the General Provisions of Korean Criminal Code. It is the author's expectation that Kim's 1915 article will be appreciated by a wider audience and that it will significantly contribute to the current revision process of Korean Criminal Code.

Key words: Byungro Kim, Codification of Criminal Code, Reform of Criminal Code, Justification of Criminal Act, Justified Act, Code Compilation Committee

---

\* Professor, College of Law, Seoul National University