

〈특 집: 법, 관습, 전통〉

형법 제20조 사회상규 규정의 성립경위*

신 동 운(申東雲)**

1. 서론

2005년 11월 25일 서울대학교 법과대학에서는 ‘형법이론의 발전사’라는 주제로 유기천 교수 추모 학술세미나가 열렸다. 이 자리에서는 특히 유기천 교수의 형법학체계에 주목하면서 분야별로 형법이론의 발전에 관한 발표가 있었다.¹⁾ 그 가운데 위법성 분야에 대해서는 연세대학교 명예교수인 이형국 교수께서 ‘한국형 법학에 있어서 위법성이론의 변천에 관한 고찰’이라는 제목으로 발표하였다.²⁾ 이 발표를 통하여 필자는 일찍이 가인(街人) 김병로(金炳魯, 1888~1964) 선생께서 위법성에 관한 학술논문을 집필한 적이 있다는 사실과 ‘사회상규(社會常規)’의 개념을 논하였다는 사실을 알게 되었다.³⁾ 그리고 이후 이 교수님으로부터 이 논문의 일부분을 복사본으로 전해 받을 수 있었다.⁴⁾

필자는 이를 계기로 ‘범죄구성의 요건되는 위법성을 논함’이라고 제목을 붙인 김병로 선생의 논문이 일제 치하인 1915년부터 1916년 사이에 4회에 걸쳐 당시 조선인 법률가들이 간행한 전문잡지 『법학계』에 수록되어 있음을 확인하였고⁵⁾ 고려대학교 도서관에서 이 논문의 전체를 구할 수 있었다. 그리고 어렵게 구한

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2006학년도 학술연구비의 보조를 받았음.

** 서울대학교 법과대학 교수

- 1) 이 세미나는 재단법인 유기천교수기념사업출판재단이 개최한 것으로서, **형법이론의 발전사**라는 제목의 세미나 자료집이 간행되어 있다.
- 2) 이형국, “한국형법학에 있어서 위법성이론의 변천에 관한 고찰”, 위의 세미나 자료집 **형법이론의 발전사**, 33~67면.
- 3) 이형국, “한국형법학에 있어서 위법성이론의 변천에 관한 고찰”, **형법이론의 발전사**, 40~42면 참조.
- 4) 이 자리를 빌려서 이형국 교수님께 감사를 표한다.
- 5) 김병로, “범죄구성의 요건되는 위법성을 논함”, **법학계**, 제3호(1915. 12.), 1~9면, 제4호(1916. 2.), 1~12면, 제5호(1916. 3.), 1~10면, 제6호(1916. 6.), 1~9면.

이 논문을 정독하면서 필자는 갑자기 온 몸에 전류가 통하는 듯한 느낌을 받았다. 그 이유는 우리 형법 제20조에 규정되어 있는 ‘사회상규(社會常規)’라는 법적 표현이 그 개념정의와 함께 1915년의 이 논문에 이미 제시되고 있었을 뿐만 아니라, 김병로 선생이 1948년에 출법한 법전편찬위원회의 위원장으로서, 그리고 형법총칙 조문의 기초자로 활약하였다는 사실이 상기되었기 때문이다.

장면을 바꾸어 본다. 2006년 1월 17일과 18일에 부산의 동아대학교 법과대학에서는 한국비교형사법학회 주최로 ‘형사사법의 정비방안’이라는 주제하에 제1회 동아시아 형사사법 국제학술회의가 열렸다.⁶⁾ 이 자리에서 필자는 최근의 사법개혁논의와 관련한 형사사법개혁의 논점을 발표하였는데,⁷⁾ 이 기회에 세미나에 참석하였던 어느 검사로부터 국제인권규약과 관련한 흥미 있는 이야기를 듣게 되었다. 내용은 대한민국이 각종 국제인권규약에 가입하게 되면서 UN에 제출하게 되는 소위 국가보고서(National Report)와 그에 대한 UN측의 의견표명에 관한 것이었다. 그는 법무부에 근무하면서 국가보고서와 관련된 업무를 수행하고 있었는데, 우리 정부가 제출한 보고서에 대해 UN의 관계자(아마도 UN인권위원일 것으로 생각됨)는 우리 형법 제20조의 ‘사회상규’ 개념이 대단히 문제 있는 조항으로서 법치주의(rule of law)를 위태롭게 할 위험이 있다고 지적하였다고 한다.⁸⁾

김병로 선생의 1915년 논문과 UN인권위 측의 문제제기에 접하면서 필자는 우리 형법 제20조가 위법성조각사유로 규정된 ‘기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위’라는 조항이 도대체 어떠한 경위를 통하여 어떠한 입법의도로도 우리 형법전에 들어오게 되었는지를 분명하게 밝혀야 할 필요가 있다고 생각하게 되었다.⁹⁾ 지금까지 필자는 막연히 우리 형법 제20조의 사회상규 개념이 1930년대를 전후한 일본의 개정형법가안의 영향을 받았거나 당시에 활약한 일본의 형법학자 마키노 에이이치(牧野英一)의 영향하에 도입된 것이라는 느낌만 가지고 있었다.¹⁰⁾

6) 이 세미나의 발표내용은 “제1회 동아시아 형사사법 국제학술대회 —형사사법의 정비방안—”이라는 세미나 자료집으로 간행되었다. 이 자료집은 한국비교형사법학회의 학회지 **비교형사법연구**의 2006년 특집호로 간행될 예정이다.

7) 신동운, “한국 형사사법의 개혁과 전망”, 위의 세미나 자료집 **형사사법의 정비방안**, 1~24면.

8) 필자는 아직 해당 부분에 대한 문헌을 찾지 못하였다.

9) ‘사회상규’ 조항의 입법경위에 대한 기존의 연구로는, 이상용, **형법 제20조 정당행위 규정 중 사회상규에 관한 연구**(2002), 서울대학교 박사학위논문이 있다. 그러나 이 학위논문은 김병로 선생의 1915년 논문이 발굴되기 전에 집필된 것이다.

10) 예컨대, 牧野英一, **日本刑法 上卷 總論**, 重訂版(1941), 338면은 “행위의 위법성이란 법

그러나 ‘사회상규’라는 용어가 이미 우리 형법학의 역사에서 1915년의 시점에 등장하고 있다는 사실에 비추어 볼 때 지금까지 필자가 가지고 있었던 막연한 추측은 수정되지 않으면 안 되게 되었던 것이다.

그와 동시에 우리 형법 제20조의 ‘사회상규’에 대한 법제사적 조명은 국제사회에 우리 형법의 정당성과 과학성을 입증하기 위한 작업으로서도 중요한 의미가 있다는 생각에 이르게 되었다. 무엇보다도 우리 형법에 대하여 계수사적 관점에서 선례로 작용하고 있는 일본 형법이나 독일 형법에 ‘사회상규’와 같은 예가 없다는 점에서 우리 형법의 ‘사회상규’ 규정에 대한 성립경위와 그 이론적 배경의 규명이 더욱 필요한 작업이라고 판단하게 되었다. 또한 ‘사회상규’ 개념의 해석론과 관련하여 독일 문헌이나 일본 문헌에서 이론구성의 모델을 구할 수 없다는 한계 때문에 학계의 이론전개가 미진한 상황에서 사회상규 조항에 대한 입법연혁의 연구는 보다 더 실천적 의미를 가질 수 있다고 생각하였다.

2. 형법제정 역사

‘사회상규’ 조항의 성립경위를 검토하기에 앞서서 먼저 우리 형법전의 제정경위를 일별할 필요가 있다.¹¹⁾ 주지하는 바와 같이 법전편찬작업은 미군정 후반기인 1947년 중반부터 시작되었다. 앞으로 출범하게 될 단독정부를 염두에 두고 헌법을 위시하여 각종 기본법률에 대한 제정이 필요하게 되었다. 이러한 상황에서 미군정 당국은 소위 ‘법제편찬위원회’를 조직하여 법전편찬작업에 임하도록 하였다. 그러나 작업은 지지부진하였다.

이러한 상황에서 1948년 4월, 효당(曉堂) 엄상섭(嚴詳燮, 1907~1960)은 효당학인(曉堂學人)이라는 필명으로 기고한 글을 통하여 법전편찬의 방침을 제안하였다.¹²⁾ 그 자신이 법전편찬위원회 위원임을 밝힌 그는 그때까지의 법전편찬 작업이 부진한 점을 통박하면서 법전편찬사업의 최우선적 과제가 왜어(倭語)로 되어 있는 육법전서로부터 탈피하는 데에 있음을 강조하였다. 그는 신속한 법전편찬의

의의 침해가 사회의 상규를 일탈한 것을 말한다”라고 적고 있다.

- 11) 상세한 내용은, 신동운, “제정형법의 성립경위”, **형사법연구**, 제20호(2003 겨울), 9~52면 참조.
- 12) 효당학인, “법전편찬에 대하여”, **법정**, 제3권 제6호(1948. 6.), 10~11면. 신동운 편저, **효당 엄상섭 형사소송법논집**(2005), 53~61면에 재수록.

방책으로 일단 일정한 입법례를 지목하고 이 입법례를 바탕으로 우리의 사회실정에 맞도록 조문에 약간의 첨삭을 가하면 법전편찬이 가능할 것이라고 제안하였다. 그의 제안은 이후 법전편찬위원회에서 기본방침으로 채택되었던 것으로 보이며, 끝이어서 각종 기본법전에 대한 요강안들이 제시되기에 이른다.

형법전의 경우로 와서 보면, 당시에 의용되었던 일본 형법의 개정을 위하여 시안으로서 마련되어 있던 일본의 ‘개정형법가안(改正刑法假案)’이 입법의 모델로 채택되었다.¹³⁾ 이 일본의 개정형법가안은 1931년에 총칙이 심의·의결되고 1940년에 각칙이 심의·의결되어 1940년에 공표되었던 것이다.

1948년 신생 대한민국이 출범하면서 미군정하에 조직되었던 법제편찬위원회는 해산되고 새로이 대한민국의 법전편찬위원회가 출범하게 되었다. 이 법전편찬위원회의 위원장은 김병로 대법원장이 맡게 되었고, 형법초안의 기초작업(起草作業)은 총칙부분을 양원일(梁元一) 판사가, 각칙부분을 엄상섭(嚴詳燮) 검사가 각각 담당하게 되었다. 그러나 1949년 3월 양원일 판사가 불의의 사고로 사망하게 되자¹⁴⁾ 총칙조문의 기초작업은 법전편찬위원장인 김병로 대법원장이 자담(自擔)하게 되었다.¹⁵⁾

1949년 11월 법전편찬위원회 총회는 형법초안에 대한 심의를 완료하였다. 법전편찬위원회는 ‘형법초안 이유설명에 가름하여’라는 제목의 간략한 이유서와 함께 형법초안을 정부에 제출하였다. 이 법전편찬위원회 형법초안 제20조는 “법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위, 기타 사회상규에 위배되지 않는 행위는 벌하지 않는다”라고 규정하여 ‘기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위’를 정당행위 조문에 명시하였다.

법전편찬위원회가 의결한 형법초안은 정부에 제출된 후 간통죄에 대한 쌍벌죄

13) 법전편찬위원회는 동 위원회가 심의·의결한 ‘형법초안’을 ‘형법초안 이유설명에 가름하여’라는 제목의 문건과 함께 정부에 제출하였다. 이 문건에서 법전편찬위원회는 “형법학설의 화려기발함을 피하고 그 건전중점함을 택하여서 현실에 적합하도록 하였다. 따라서 세계 각국의 입법례와 특히 새로운 형법초안을 광범위로 참고하였다.”라고 밝히고 있다. 여기에서 특히 광범위로 참고된 ‘새로운 형법초안’은 일본의 개정형법가안을 가리킨다. 법전편찬위원회, “형법초안 이유설명에 가름하여”, (1949. 11.), 한국형사정책연구원(신동운 편), **형사법령제정자료집(Ⅱ) 형법**(1990), 87면 참조.

14) 이 사고에 대해서는, 엄상섭, “양원일 군을 보내면서”, **법정**, 제4권 제3호(1949. 4.), 32~33, 35면 참조. 신동운 편, **효당 엄상섭 형사소송법논집**(2005), 249~259면에 재수록.

15) 법전편찬위원회, “형법초안 이유설명에 가름하여”(1949. 11.), 한국형사정책연구원(신동운 편), **형사법령제정자료집(Ⅱ) 형법**, 85면 참조.

조문이 1개 추가되었을 뿐 전 조문이 그대로 정부원안이 되었다. 1951년 4월 정부는 마침내 형법전에 대한 정부원안을 제2대 국회에 제출하였다. 정부원안은 법제사법위원회에 회부되었고, 법사위에서는 1950년 5월 30일 총선거를 통하여 국회에 진출해 있던 엄상섭 의원이 주심(主審)이 되어 법제사법위원회 수정안을 작성하였다. 그러나 정당행위 조문에 대해서는 법사위 차원에서 아무런 수정안이 제시되지 아니하였다. 그 결과 법전편찬위원회가 성안하였던 ‘기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위’라는 위법성조각사유는 그대로 국회심의를 통과하여 대한민국 형법전의 일부로 되었다.

3. 가인 김병로와 사회상규

(1) 형법학자로서의 가인

이상의 형법제정에 관한 약사를 통해서 알 수 있는 것은 우리 형법 제20조의 ‘사회상규’ 조항의 성립배경에는 가인 김병로 선생이 결정적인 역할을 담당하였다는 사실이다. 그는 우리 형법전의 총칙조문을 스스로 기초(起草)하면서 ‘사회상규’라는 용어를 우리 형법전에 도입하고 명문화하였다. 그러한 만큼 그가 ‘사회상규’에 대하여 어떠한 의미를 부여하고 있었는가를 밝히는 것은 형법 제20조에 대한 입법이유서의 복원이라고 할 정도의 중요성을 갖는다고 생각된다.

가인 김병로는 1888년 생이다. 1910년 3월 일본 동경으로 유학을 떠났다가¹⁶⁾ 잠시 귀국한 후 다시 일본 유학에 올라 1913년 3월에 명치대학(明治大學) 및 일본대학(日本大學)의 법학부를 졸업하였다. 이후 일시 귀국하였던 그는 그해 여름 다시 동경으로 가서 명치대학(明治大學)과 중앙대학(中央大學)이 공동 운영하는 ‘법률고등연구과’에서 연구를 시작하였다. 이 법률고등연구과는 2년 과정으로 야간이었는데, 오늘날의 대학원 석사과정에 해당하는 것으로 생각된다.¹⁷⁾ 이 연구과정에서 그는 그보다 10세 연상인 마키노 에이이치(牧野英一, 1878~1970) 동경 제국대학(東京帝國大學) 교수로부터 형법학을 수강하였다.¹⁸⁾

1915년 일본인이 아니라는 이유로 일본의 변호사시험에 응시할 수 없게 된 그

16) 가인 김병로 선생의 일본 유학시절에 대해서는, 김학준, **가인 김병로평전**(1988), 47면 이하, 특히 64~68면 참조.

17) 김학준, **가인 김병로평전**, 67면.

18) 김학준, **가인 김병로평전**, 67면.

는 그해 7월 귀국하였다. 귀국 즉시 그는 경성법학전문학교의 법률학 교유(敎諭)로 발령을 받았다. 이 당시 교유(敎諭)는 지금의 조교수 내지 전임강사로서 전임 교원을 의미하였다. 만 27세의 젊은 나이에 이미 그는 일본대학(日本大學) 법과 졸업장과 명치대학(明治大學) 법과 졸업장, 그리고 명치대학과 중앙대학(中央大學) 공동 운영의 법률고등연구과 수료증을 가지고 있었다. 그러므로 그가 경성법학전문학교의 거의 유일한 조선인 교원이 되었다는 사실은 그다지 놀랄 만한 일은 아니다.¹⁹⁾

법학교수로 활동하게 된 가인은 조선인 법조인으로만 조직된 사법협회 기관지 『법학계』의 편집책임 맡게 되었다. 잡지의 발간은 여의치 않았다. 잡지에 게재할 논문이 부족하였기 때문에 그 자신이 글을 써서 매월 그 지면을 보충해야 하는 형편이었다.²⁰⁾ 총 6회에 걸쳐서 발간되었던 『법학계』의 편집을 담당하는 과정에서 그는 4회에 걸쳐 ‘범죄구성의 요건되는 위법성을 논함’이라는 장문의 논문을 발표하기에 이른다.²¹⁾

이 글은 “범죄란 구성요건에 해당하고 위법하며 유책한 행위이다”로 정의되는 전통적인 범죄론체계를 전제로 하면서, 범죄성립의 요건 가운데 하나인 ‘위법성(違法性)’의 문제를 다룬 것이다. 그는 이 논문에서 위법성의 문제를 구성요건에 해당하는 행위가 있으면 바로 위법성을 인정하고 예외적으로 위법성조각사유를 검토해 들어가던 종래의 통설을 비판하면서, 구성요건에 해당하는 행위가 있어서 형식적으로 위법성이 인정되더라도 실질적 위법성이 인정될 때 비로소 행위의 위법성이 인정된다고 하는 점을 논증하려고 하였다. 종래의 통설을 극복하기 위하여 가인이 크게 관심을 기울인 것은 위법성의 실질을 규명하고 이를 토대로 위법성조각사유의 체계를 정리하는 작업이었다.

이와 같은 구상을 논문으로 전개하려면 우선 ‘실질적 위법성’이 무엇인가를 규명하여야 한다. 이 실질적 위법성을 가리켜서 그는 이 논문에서 ‘위법의 특별성’이라고 칭하고 있으며 때로는 ‘위법성’ 자체로 표현하기도 한다. 이 논문의 주제에 대해 가인은 “이에 논하고자 하는 주지(主旨)는 위법의 일 소인(素因) 되는 특별성, 즉 위법성의 관념을 천명함에 있으니 요컨대 위법성은 행위위법의 일 소

19) 이 점과 관련하여 김학준은 “이 정도의 교육 배경이면 그때로는 조선 전체에서 조선인으로서 법 분야에 관해 다섯 손가락 안에 들어가는 머리였다고 하겠다.”라고 적고 있다. 김학준, **가인 김병로평전**, 85면.

20) 김학준, **가인 김병로평전**, 88면.

21) 위의 각주 5번 참조.

인되는 반상규적(反常規的) 특별성을 말한다”고 밝히고 있다.

이제 본 논문의 핵심주제인 사회상규의 문제로 들어가 보자.²²⁾ 가인은 1915년의 논문에서 위법성의 실질 내지 실질적 위법성에 관하여 다음과 같은 중요한 언명을 하고 있다.

대개 범죄구성의 객관적 요건이 되는 위법의 관념은 일정한 행위가 그 행위의 특별준칙이 되는 법의 영금(令禁)²³⁾에 위반하여 법률상 보호하는 일정한 이익에 대하여 상해(傷害) 또는 위험(危險)의 사실을 발현(發現)하고, 그 행위가 사회(社會)의 공평(公評)에 의하여 사회적 반상규성(社會的 反常規性), 즉 위법의 특별성이 있음을 요한다. 그러니 위법의 일 소인(素因)되는 위법성, 즉 위법의 특별성의 관점은 일정한 행위에 대한 사회적 가치문제이다. 그 행위가 사회적 공안목(社會的 公眼目)의 보편적 관정에 의하여 법률상 보호의 무가치성 및 범죄구성의 유가치성이 부대(附帶)됨을 말함이다.²⁴⁾

위의 문장을 요약하면, 구성요건에 해당하는 행위가 형식적 위법성을 충족하더라도 그 사회가 내리는 공적 평가에 의하여 사회적 반상규성이 인정되지 않는다면 그 행위에 실질적 위법성이 인정되지 않는다는 것이다. 가인은 여기에서 ‘사회적 반상규성(社會的 反常規性)’이 있을 때 ‘위법의 특별성’, 즉 ‘실질적 위법성’이 인정된다고 설명한다. 이를 뒤집어서 말한다면 실질적 위법성의 판단기준은 바로 ‘사회상규(社會常規)’가 된다. 그렇다면 이제 이 ‘사회상규’의 구체적인 내용이 무엇인지 궁금해진다. 이와 관련하여 가인은 다음과 같은 설명을 제시하고 있다.

위법성은 즉 반상규적 특별성을 말함이고, 사회적 상규(社會的 常規)는 공(公)의 질서와 선량한 풍속을 말한다. 공서양속(公序良俗)은 위법성의 가치판단의 기초가 되는 물론이고, 사회공존의 관계에 대한 비행(非行)을 판단함에 유일한 명감(明鑑)이 된다. 그러니 공법(公法)과 사법(私法)을 물론하고 일반법률의 목

22) 원래 가인의 글 원문은 국한문, 중서체로 되어 있다. ‘아래 아’ 점이 사용되고 있고 띄어쓰기가 없으며 당시 일본의 문어체(文語體) 문투로 되어 있다. 이하에서는 원문을 거의 번역하는 수준으로 현대어로 고치고 문단을 나누어서 논문의 내용을 인용·소개하기로 한다.

23) 명령과 금지의 줄인 말.

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

표된 것이라 하지 않을 수 없다.²⁵⁾

위의 언급에서 우리는 가인이 ‘사회상규(社會常規)’의 개념을 ‘공(公)의 질서와 선량한 풍속’으로 정의하였음을 알 수 있다. 이 ‘공의 질서와 선량한 풍속’은 일본 민법이 제90조에서 법률행위의 효력을 판단하기 위하여 사용하고 있는 표지로서 소위 공서양속(公序良俗)으로 약칭되는 것이다. 가인은 각국의 실정형법에서 실질적 위법성을 판단하는 기준이 명시되어 있지 않음을 지적하면서 소극적인 입법태도를 취하는 기존의 이유를 분석한다. 그리고 사회상규 내지 공서양속으로 실질적 위법성의 근거를 삼아야 하는 이유를 다음과 같이 제시한다.

그러나 독일 형법, 프랑스 형법 및 일본 형법에 있어서는 모두 공서양속(公序良俗)과 행위[의] 위법(違法)의 관계에 대하여 직접 증거할 법문이 없다. 그러므로 종래의 통설에 의하면 공서양속이 행위[의] 위법의 성부(成否)에 밀접한 관계가 있음은 명료한 것이나 직접으로 공서양속을 기초로 하여 위법성의 적극적인 관념을 논정(論定)함은 형법의 엄정주의(嚴正主義)에 적응(適應)하지 않는다고 논한다.

그러나 나는 그러하지 아니한 줄로 확신한다. 대개 법률은 근본적 관념이 공(公)의 질서를 유지하고 선량한 풍속을 함양하여 인민의 행복을 증진함을 목적으로 하는 것이니 형법에 있어서도 공서양속을 목표로 하여 그 효과를 관철함을 목적으로 함은 다언(多言)을 요하지 않는다. 그러한즉 특별[한] 법문의 유무를 묻지 않고 사회적 공안목(社會的 公眼目)에 의하여 위법성의 가치를 판단함에 있어서 공서양속으로 판단의 기초를 삼는 것은 법률의 근본적 관점에 적응(的應)한다고 말할 것이다.

또한 [일본] 형법에 특히 위법[성]조각의 일정한 사유를 인정하여 이 일정한 사유로 인한 행위는 외형상 위법(違法)의 태양(態樣)이 있는 것이라도 실질상 위법으로 인정하지 아니하는 소극적 규정을 두었으니, 그 규정의 내용을 탐구하면 법령이 인허(認許)하거나 또는 방임(放任)하는 사유에 의한 행위는 공서양속에 반하지 아니하는 적법성(適法性)이 있음을 인정함에 다른 아니다.²⁶⁾

이상과 같이 실질적 위법성의 개념을 적극적으로 규명한 후에 가인은 실질적 위법성을 갖추지 못하는 경우의 법적 효과를 ‘위법성의 소극적 관념’이라는 항목

25) 김병로, “범죄구성의 요건되는 위법성을 논함”, **법학계**, 제3호(1915. 12.), 3~4면.

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

아래 검토한다. 여기에서 그는 (1) 실질적 위법성은 범의(犯意)의 내용을 이루는 것이며, (2) 위법성조각사유의 존재는 객관적 범죄의 성립을 조각한다는 점을 논증하면서 동시에 위법성조각사유에 대한 착오의 문제도 함께 다루고 있다.

위법성의 소극적 관념을 분석한 후 가인은 당시의 일본 형법이 소위 정당행위(正當行爲)로 규정하고 있는 사유들을 구체적으로 분석한다. 이러한 분석에 임하는 이유는 앞에서 인용한 것처럼 “그 규정의 내용을 탐구하면 법령이 인허하거나 또는 방입하는 사유에 의한 행위는 공서양속에 반하지 아니하는 적법성이 있음을 인정하는 것에 다름 아님”을 논증하기 위함이다.

이와 관련하여 그는 일본 형법 제35조가 정당행위로 규정하고 있는 ‘법령에 의한 행위’와 ‘정당한 업무로 인한 행위’에 해당하는 사례들을 구체적으로 살피고 있다. 특히 그는 ‘정당한 업무로 인한 행위’의 유형들을 상세히 검토하면서 이러한 행위들이 정당한 업무로 인한 행위로서 위법성조각사유로 인정되는 이유에 대해 “무릇 위법성의 관점은 공서양속에 위반하는 비상규성(非常規性)이 되는 까닭에 일정한 행위가 위법성조각사유가 되는 이유는 공공질서와 선량한 풍속에 위반하지 아니하는 상규적 행위(常規的 行爲)가 되는 까닭이라고 하지 않을 수 없다”는 결론을 내리고 있다.²⁷⁾

가인은 자신의 논문 말미에서 실질적 위법성과 관련한 각국의 입법례를 검토한다. 그는 이 자리에서 일본 형법, 프랑스 형법, 독일 형법의 경우를 검토하면서 그 입법이 불충분함을 지적하는 한편, 중국의 형법에 대해서는 이례적으로 다음과 같은 높은 평가를 내리고 있다.

지나형률(支那刑律)²⁸⁾ 총칙 제14조에는 [“]무릇 율례(律例)에 따르거나 혹은 정당한 업무로 인한 행위, 공공질서 및 선량한 풍속·관습에 반하지 아니하는 행위는 죄로 되지 아니한다(凡依律例或正當業之行爲不背於公共秩序及善良風俗習慣

27) 김병로, “범죄구성의 요건되는 위법성을 논함”, **법학계**, 제6호(1916. 6.), 3~4면.

28) 이 경우 ‘지나형률(支那刑律)’은 청나라 정부가 1911년 1월에 공포하고 1914년에 시행하기로 한 ‘대청신형률(大清新刑律)’을 가리키는 것으로 보인다. 이 근대적 형법전은 일본인 학자를 초빙하여 기초한 것이라고 한다. 그러나 이 ‘대청신형률(大清新刑律)’이 반포 후 정식으로 시행되기 전에 청나라 왕조는 멸망해 버렸다. 張晉藩 主編, **中國法制史**(1994), 597~599면 참조. 그렇지만 이 법전은 이후 잠정적으로 시행되었던 것으로 보인다. 이 자리를 빌려서 본 논문과 관련된 문헌의 입수와 내용설명, 그리고 후술하는 분묘발굴죄와 관련하여 전통법제의 이해에 도움을 주신 서울대학교 법과대학의 정공식(鄭靑植) 교수께 감사사를 드린다.

之行爲不爲罪)[]”고 규정하였으니 [일본] 형법 제35조에 해당하는 것이다.

그러나 [일본] 형법에는 [“]법령 또는 정당업무로 인한 행위[”]라고 규정함에 그치지 때문에 업무가 아닌 정당행위를 포함하는 여부에 대하여 학자의 의문이 일치하지 않는다. 그러나 지나형률(支那刑律)에는 법률에 따른 행위 또는 업무 행위 외에 공서양속 또는 관습에 반하지 아니하는 행위는 죄가 되지 아니한다고 규정하였으므로 일호(一毫)의 의문이 없어서 법문(法文)의 완미(完美)함이 종래 각국의 입법례에 일찍이 보지 못한 영단(英斷)이라고 할 것이다.²⁹⁾

이상의 논의를 살펴보면 가인의 주장은 다음과 같이 요약할 수 있을 것이다. 첫째로, 구성요건에 해당하는 행위가 위법하다고 판단되려면 형식적 위법성을 넘어서서 실질적 위법성이 구비되어야 한다. 둘째로, 실질적 위법성은 사회적 반상규정을 의미하는데, 이를 바꾸어 말하면 실질적 위법성의 판단기준은 사회상규(社會常規)이다. 셋째로, 사회상규는 공의 질서 또는 선량한 풍속이라고 정의된다. 넷째로, 일본 형법, 프랑스 형법, 독일 형법에는 실질적 위법성을 나타내는 명문의 규정이 없으나 중국 형법은 총칙에 ‘공공질서 또는 선량한 풍속·관습에 반하지 아니하는 행위’라는 조항을 두고 있어서 뛰어난 입법례로 평가된다.

이상이 가인 김병로가 형법학자로서 1915년부터 1916년에 걸쳐 『법학계』에 발표한 ‘범죄구성의 요건되는 위법성을 논함’이라는 논문의 골자라고 말할 수 있다. 가인은 경성법학전문학교의 전임교원으로 재직하다가 1919년 4월에 판사로 특별 임용된다. 그러나 1920년에 그는 판사직을 사직하고 변호사의 길을 걷게 된다. 판사 사직의 이유로는 1919년의 독립만세운동에 참가한 동족을 처단해야 하는 부담이 크게 작용하였던 것으로 보인다.³⁰⁾ 법학교수의 직을 떠난 후 그는 독립투사를 위한 변론으로, 그리고 신간회(新幹會)의 활동 등으로 일제 강점기를 보내게 된다. 그리고 그와 함께 형법학에 대한 그의 학술연구도 종언을 고하게 된다.

그러나 그가 가졌던 위법성의 본질 및 위법성조각사유의 체계에 대한 이해는 이후 그가 법전편찬위원회의 위원장이 되면서 대한민국 형법전의 총칙조문에 대한 기초자로 활동하게 될 때 중요한 밑그림으로 작용하게 된다. 그런데 여기에서 한 가지 확인해 둘 사항이 있다. 그가 27세의 나이로 『법학계』에 발표한 ‘범죄구성의 요건되는 위법성을 논함’이라는 논문은 그 자신의 독자적인 이론연구에 입

29) 김병로, “범죄구성의 요건되는 위법성을 논함”, **법학계**, 제6호(1916. 6.), 6~7면.

30) 가인이 법학자에서 변호사로 진로를 바꾸는 과정에 대해서는, 김학준, **가인 김병로평전**, 91~96면 참조.

각한 것이 아니라 그가 일본에서 수학할 당시 법률고등연구과에서 형법을 강의 하였던 마키노 에이이치(牧野英一)의 이론을 상당부분 그대로 수용한 것이라는 사실이다.³¹⁾ 김병로의 실질적 위법성에 대한 이해와 마키노 에이이치의 그것 사이에 존재하는 연결고리는 1920년대 후반부터 1930년대 전반에 걸쳐서 진행되었던 일본의 개정형법가안의 논의상황을 살펴보면 곧 알 수 있다.

아래에서는 일본개정형법가안의 심의과정 가운데 정당행위와 관련한 조문의 논의상황을 간단히 점검해 보기로 한다. 이와 같은 논의가 필요한 이유는 우선 우리 형법전이 일본의 개정형법가안으로부터 많은 영향을 받고 있다는 사실 때문이다. 그러나 그와 동시에 우리 형법전이 일본의 개정형법가안을 무비판적으로 변안·수용한 것이 아니라 독자적인 입법적 결단에 의하여 성립하였음을 논증하기 위하여도 그러하다.

4. 일본의 개정형법가안과 사회상규

주지하는 바와 같이 현행 일본 형법은 1907년에 제정되었다. 이 일본 형법은 프랑스 파리대학의 법과대학교수인 보아소나드가 기초한 종전의 구형법을 대체한 것으로서 독일 형법학의 영향을 강하게 받고 있다. 이 일본 형법은 일제 강점기의 전 기간뿐만 아니라 1953년 10월에 대한민국의 형법전이 시행되기까지 이 땅에서 소위 의용형법(依用刑法)으로 효력을 발휘하고 있었다.

일본 형법은 위법성조각사유로 정당방위와 긴급피난을 규정하는 외에 보다 포괄적인 위법성조각사유로서 정당행위를 규정하고 있다. 이 점은 우리 형법과 비슷하다. 그러나 일본형법 제35조가 규정한 정당행위의 조문은 “법령 또는 정당한 업무로 인한 행위는 벌하지 아니한다”는 형태로 규정되어 있다. 아래에서는 이 조문의 개정작업을 중심으로 일본의 개정형법가안(改正刑法假案)의 성립과정을 간단히 살펴본다.³²⁾

31) 마키노의 교과서 **日本刑法**은 1915년에 초판이 발간되었다. 1930년의 증정판(增訂版)을 보면 다음과 같이 기재되어 있다. “행위의 사회적 상규성이란 행위가 공의 질서, 선량한 풍속에 반하지 않음을 말한다.” 牧野英一, **日本刑法**(1930), 271면.

32) 일본의 개정형법가안에 대한 연구로는, 林弘正, **改正刑法假案成立過程の研究**(2003); 久禮多益喜, “昭和15年 改正刑法假案 註釋”, **法律時報**, 1960年 7月号 臨時增刊, 334~407면; 오영근, “일본 개정형법가안이 제정형법에 미친 영향과 현행 형법해석론의 문제점”, **형사법연구**, 제20호(2003 겨울), 109~140면; 신동운, “공범론 조문체계의

1921년 일본 정부는 임시법제심의위원회(臨時法制審議委員會)에 형법개정에 대한 자문을 구하였다.³³⁾ 이에 기초하여 1926년 동 위원회는 ‘형법개정의 강령(刑法改正の綱領)’을 의결하였고 그 주된 입법방침으로 “각 죄에 대한 형의 경중은 본방(本邦)의 순풍미속(淳風美俗)을 유지함을 목적으로 하고 충효 기타 도의에 관한 범죄에 대하여는 특히 그 규정에 주의할 것”을 제1 항목으로 설정하였다.³⁴⁾ 일본 사법성(司法省)은 1927년 주로 실무가를 중심으로 형법개정안에 대한 일종의 시안을 마련하였는데 이를 ‘형법개정예비초안(刑法改正豫備草案)’이라고 부른다.³⁵⁾ 이어서 일본 형법의 본격적인 개정작업은 당시의 일본 사법성(司法省) 산하에 설치된 ‘형법 및 감옥법개정조사위원회(刑法並びに監獄法改正調査委員會)’에서 담당하게 되었다.³⁶⁾

이 ‘형법 및 감옥법개정조사위원회’는 사법성이 이전에 작성한 ‘형법개정예비초안’과는 무관하게 독자적인 관점에서 심의용 형법초안을 작성하기로 하고 초안 작성 작업을 위원들 가운데 일부로 구성된 ‘형법개정기초위원회(刑法改正起草委員會)’에 일임하였다.³⁷⁾ 이 기초위원회는 1927년 6월부터 1931년 9월까지 사이에 일단 총칙조문을 성안하여 『형법개정안이유서(刑法改正案理由書)』라는 제목이 붙은 심의용 이유서와 함께 본위원회에 제출하였다.³⁸⁾ 이렇게 마련된 총칙초안은 1931년 10월부터 같은 해 12월까지 본위원회라고 할 수 있는 ‘형법 및 감옥법개정조사위원회’에서 심의·의결되었다.³⁹⁾ ‘형법개정기초위원회’의 심의용 초안 작

성립에 관한 연혁적 고찰”, 우범 이수성 선생 화갑기념논문집 **인도주의적 형사법과 형사정책**(2000), 69~105면; 오영근·최종식, “일본 개정형법가안에 관한 일고찰”, **형사정책연구**, 제10권 1호(1999), 107~131면 참조.

- 33) ‘형법개정의 강령’에 대한 심의경과는, 林弘正, **改正刑法假案成立過程の研究**, 43면 이하 참조.
- 34) 小野清一郎 編, **刑事法規集**, 第一卷(1944), 191면 참조.
- 35) ‘형법개정예비초안’에 대한 심의경과는, 林弘正, **改正刑法假案成立過程の研究**, 56면 이하 참조.
- 36) ‘개정형법가안’의 심의경과는, 林弘正, **改正刑法假案成立過程の研究**, 63면 이하 참조.
- 37) 法務大臣官房調査課, **法務資料 別冊 第23號 刑法並びに監獄法改正調査委員會議事速記録**(1957), 4면 참조.
- 38) 필자는 이 **刑法改正案理由書**와 그에 대한 심의록인 **刑法並びに監獄法改正調査委員會議事速記録**의 복사본을 서울대학교 대학원 박사과정의 이상문 군을 통하여 입수하였다. 이 군은 일본에 직접 건너가 도서관을 뒤진 끝에 이 문헌들을 찾아내었다. 이 자리를 빌려 이상문 군에게 감사를 표한다.
- 39) 林弘正, **改正刑法假案成立過程の研究**, 71~72면 참조.

성과정에는 동경제국대학의 형법교수 마키노 에이이치(牧野英一)가 기초위원으로 참여하였는데, 특히 그는 일본 형법의 정당행위 조문과 관련하여 자신의 평소 구상을 개정초안에 반영하려고 대단한 노력을 기울였다.

이제 일본 형법 제35조에 대한 개정시안의 성립경과를 일별해 보면 다음과 같다. 우선, 1927년의 ‘형법개정예비초안’ 제17조는 “법령 혹은 정당업무로 인한 행위 또는 공의 질서 혹은 선량한 풍속에 위배되지 않는 관습으로 인한 행위는 죄로 되지 아니한다”고 규정하고 있었다. 이에 대해 ‘형법개정기초위원회’가 작성한 초안 제17조는 “법령에 의한 행위 또는 정당업무로 인한 행위 기타 공의 질서 또는 선량한 풍속에 반하지 아니하는 행위는 죄로 되지 아니한다”고 규정하였다. 일본의 ‘형법 및 감옥법개정조사위원회’가 심의의 대상으로 삼았던 ‘형법개정기초위원회’의 초안은 마키노의 주장이 그대로 반영된 후자의 조문이었다.

심의용 이유서는 이 기초위원회의 개정초안 제17조에 대해 “행위의 위법성의 조각에 관한 규정으로서 공의 질서 또는 선량한 풍속에 반하지 아니하는 행위는 위법하지 아니하므로 죄로 되지 않음을 명확하게 한 것이다. 현행법 제35조에 소위 법령 또는 정당한 업무로 인한 행위도 또한 그 취지에 있어서 공의 질서 또는 선량한 풍속에 반하지 아니하는 행위와 다르지 않지만 해석상 의의(疑義)를 남기고 있기 때문에 본안(本案)에 있어서는 이 취지를 명확하게 하였다”라는 입법이유를 제시하고 있다.⁴⁰⁾

정당행위에 대한 본위원회의 심의에 들어가게 되자 마키노의 주장이 반영된 정당행위 조문은 일대 격론을 불러일으켰다.⁴¹⁾ 마키노(당시 53세)는 위법성이 형식적 위법성과 실질적 위법성으로 구성된다는 점을 지적하면서 형법학계의 학설 발전에 따르기 위하여 실정법적 근거로 “법령에 의한 행위 또는 정당업무로 인

40) 刑法改正案理由書는 정규로 간행된 책자가 아니다. 유인물 형식의 자료집으로 간행처와 간행일자가 밝혀져 있지 않다. 본문 중에 이유서의 인쇄시점이 1931년 7월과 8월로 되어 있고, 형법개정기초위원인 ‘泉二委員提出’이라는 표기가 속표지에 인쇄되어 있는 점에서 간행처와 간행일자를 추측할 수 있다. 刑法改正案理由書, 10면.

41) 기초위원회의 초안이 제시한 ‘공의 질서 또는 선량한 풍속’은 심의과정에서 격론을 불러일으켰다. 그리하여 이 부분에 대한 회의속기록의 분량이 상당한 정도에 이른다. 이하에서는 논의의 요지만을 간략히 소개하기로 한다. 法務資料 別冊 第23號 刑法並びに監獄法改正調査委員會議事速記録, 40~63면 참조. 원래 이 의사속기록은 총칙과 각칙으로 나뉘어 전전에 일본 사법성에 의하여 두 권의 책자로 간행되었다. 필자는 1957년 일본 법무성이 이를 합본하여 한 권으로 출간한 책자를 가지고 있다. 종래의 속기록은 일본어의 가타카나(片假名)로 기재되어 있었으나 새로 간행된 속기록은 히라가나(平假名)로 되어 있다.

한 행위 기타 공의 질서 또는 선량한 풍속에 반하지 아니하는 행위는 죄로 되지 아니한다”는 조문이 필요함을 역설하였다.⁴²⁾ 이 조문에서 언급되고 있는 ‘공의 질서 또는 선량한 풍속’이라는 용어는 이미 1915년 가인 선생의 논문에 등장하고 있는 개념으로서 이를 뒤집어서 말하면 ‘사회상규(社會常規)’라고 표현할 수 있다.

마키노의 주장에 기초한 형법초안에 대하여 우선 검찰측 위원으로부터 반론이 제기되었다. 반론의 논거로는 새로운 규정에 의할 경우 위법성조각사유의 범위가 지나치게 넓어진다는 점과 대부분의 피고인들이 ‘공의 질서 또는 선량한 풍속’을 들어서 무죄를 주장하게 될 것이고 그로 인하여 법질서가 무력해질 우려가 있다는 점이 지적되었다. 그리하여 검찰측 위원은 ‘관습’이라는 제약조건을 붙여서, ‘형법개정예비초안’이 제안한 것처럼 “공의 질서 혹은 선량한 풍속에 위배되지 않는 관습으로 인한 행위”라는 표현을 통하여 그 적용범위를 축소할 것을 수정안으로 제안하였다.⁴³⁾

이 수정안에 대하여 이는 형식적 위법성과 실질적 위법성의 관계를 정확하게 이해하지 못하는 데에서 나오는 기우라는 반론과 함께 원안의 채택을 지지하는 견해가 제시되었다. 찬반 양론의 논전이 치열한 가운데 외국의 입법례에 대한 보고가 있었다. 이 과정에서 위원회는 구미 제국의 입법례의 경우 ‘공의 질서 또는 선량한 풍속’이라는 일반조항이 없다는 점을 확인하였다. 그와 함께 독일 형법의 개정초안에는 위법성조각사유로 “공법 또는 사법에 의한 행위”라는 표현이 들어 있다는 점과 이것이 실질적 위법성의 관점을 반영하기 위한 노력이라는 점에 대한 설명이 있었다.⁴⁴⁾ 이와 같이 논란이 거듭되면서 기초위원회가 마련한 원안에 대한 결의가 어렵게 되자 회의를 주재하던 위원장은 이 조문에 대한 추가적 검토를 지시하는 한편 다른 조문에 대한 심의가 종료한 후에 이 조문을 다시 검토하기로 하였다.⁴⁵⁾

이후 진행된 막후의 협상과정에서 마키노는 실질적 위법성의 관점이 반영된다면 굳이 ‘공의 질서 또는 선량한 풍속’이라는 표현을 고집하지 않겠다는 선으로 후퇴하였고 결국 일본의 개정형법가안 제17조로 규정된 정당행위의 조문은 “법

42) 法務資料 別冊 第23號 刑法並びに監獄法改正調査委員會議事速記録, 30~31면 참조.

43) 法務資料 別冊 第23號 刑法並びに監獄法改正調査委員會議事速記録, 40~42면 참조.

44) 法務資料 別冊 第23號 刑法並びに監獄法改正調査委員會議事速記録, 52~54면 참조.

45) 法務資料 別冊 第23號 刑法並びに監獄法改正調査委員會議事速記録, 62~63면 참조.

령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 법률상 정당한 행위는 죄로 되지 아니한다”는 형태로 타결되었다.⁴⁶⁾

이상의 논의과정에서 알 수 있는 것처럼 일본의 개정형법가안은 정당행위의 조문과 관련하여 ‘사회상규’나 ‘공의 질서 또는 선량한 풍속’이라는 표현을 사용하고 있지 않다. 1956년부터 시작된 전후 일본의 형법개정 논의과정에서는 개정형법가안이 제시한 ‘법률상 정당한 행위’라는 표현이 개정안으로 제안되기도 하였으나 ‘법률상 정당한’이라고 하면 적극적인 정당성이 요구되는 것으로 해석되어 소위 방임행위(放任行爲)가 제외될 염려가 있다는 이유로 채택되지 아니하였다. 결국 1974년에 의결된 일본의 ‘개정형법초안(改正刑法草案)’은 제13조에서 “법령에 의한 행위, 정당한 업무에 의한 행위, 기타 법률상 허용된 행위는 이를 별하지 아니한다”는 형태로 정당행위를 규정하게 되었다.⁴⁷⁾

이러한 일본의 형법개정작업을 살펴볼 때 한 가지 뚜렷하게 확인할 수 있는 것은 우리 형법 제20조가 규정한 ‘기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위’가 대한민국의 입법자가 독자적으로 결단한 조항이라는 사실이다. 그리고 이와 같은 입법적 결단의 중심에는 1915년에 ‘범죄구성의 요건되는 위법성을 논함’이라는 장문의 학술논문을 집필한 가인 김병로 선생의 형법학자적 기량이 작동하고 있음을 알 수 있다.

5. 법전편찬위원회의 활동과 사회상규

그러면 이제 1948년에 출범한 대한민국의 법전편찬위원회에서 ‘사회상규’의 입법화와 관련하여 어떠한 논의가 있었는지 궁금해진다. 그러나 아쉽게도 법전편찬위원회의 논의사항을 확인할 수 있는 입법자료는 거의 남아있지 않다. 전쟁이 발발하면서 관련자료들이 대부분 산일(散逸)되었기 때문이다. 그러나 그 동안 발굴된 약간의 입법사료를 통하여 몇 가지 추론을 해 볼 여지는 있다.

법전편찬위원회가 작성한 형법초안의 입법이유서라고 할 수 있는 것이 ‘형법초안 이유설명에 가름하여’라고 제목을 붙인 문건이다. 이 이유설명서는 형법총

46) 法務資料 別冊 第23號 刑法並びに監獄法改正調査委員會議事速記録, 194면 참조.

47) 1973년의 일본 ‘개정형법초안’의 내용은 우리말로 번역·소개되어 있다. 형사법개정특별심의회위원회, 일본형법개정작업경과와 내용(1989. 5.) 참조. 정당행위 조항에 관해서는 이 책자 83~84면 참조.

칙의 심의과정에 대해 다음과 같이 전해주고 있다.⁴⁸⁾

(전략) 불행히도 양원일 위원이 서거케 되었으므로 부득이 김병로 위원장이 총칙기초를 자담(自擔)하게 되어, 엄상섭 위원과 함께 장시일에 걸쳐서 기초(起草)를 완성하여 우선 가안(假案)이 탈고되었으므로, 이를 김병로 위원장, 이인, 권승렬 양 부위원장, 최병주, 김갑수, 엄상섭 및 정윤환 4위원으로 구성된 법률안심의위원회에 제출하여 [서기 1949년] 6월 20일부터 동년 9월 12일까지의 전후 13회에 걸쳐서 심의를 거듭한 후 제2가안이 완성되었으며, 이 심의회 계속 중에도 먼저 심의가 종료된 총칙은 법전편찬위원회에 제출하게 되었는바 제2가안은 동년 8월 6일부터 동년 11월 12일까지의 전후 11회에 걸쳐서 토의를 거듭한 결과 법전편찬위원회에서 최후로 결정된 안이 본 초안이다.

이상의 기록을 통하여 알 수 있는 것은 김병로 법전편찬위원회위원장(당시 61세)이 총칙조문의 기초를 직접 담당하였고 1949년 3월 이후부터 같은 해 가을 사이의 무렵에 형법총칙 조문에 대한 기초(起草)와 심의가 진행되었다는 사실이다. 그러나 아쉽게도 이 기간 중의 심의내용이나 경과를 직접 확인할 수 있는 자료는 없다. 그나마 다행인 것은 법전편찬위원회의 형법초안 기초(起草)로부터 시작하여 국회법제사법위원회의 수정안작성을 거쳐 국회본회의 표결에 이르는 전 과정에 걸쳐서 현장에 참여하였던 호당 엄상섭의 글들이 당시의 심의상황을 간헐적으로 전해 주고 있다는 사실이다. 엄상섭은 형법제정을 위시한 다양한 문제들에 대해 자신의 생각을 기록으로 남기고 있는데, 그의 글은 자신이 현안으로 당면한 과제에 대하여 문제의식이 생생하게 살아있는 시점에 그의 생각을 문장으로 형상화하고 있다는 점에 특색이 있다.

이러한 관점에서 볼 때 그가 1949년 6월 30일에 탈고하였다고 명기한 ‘암살법의 특질’⁴⁹⁾ 1949년 8월에 발표한 ‘긴급행위에 대한 시론’⁵⁰⁾ 1950년 6월 6·25 전쟁 발발 직전에 발표한 ‘간통죄철폐와 그 사회적 영향’⁵¹⁾ 같은 일련의 논문들은 우리 형법전의 심의상황을 직·간접적으로 전해주는 자료로 주목된다. 특히 ‘간통죄철폐와 그 사회적 영향’이라는 글은 1949년 11월 무렵에 있었던 간통죄에

48) 한국형사정책연구원(신동운 편), **형사법령제정자료집(1)형법**, 85면.

49) 신동운 편저, **호당 엄상섭 형사소송법논집**, 223~247면에 재수록.

50) 신동운·허일태 편저, **호당 엄상섭 형법논집(2003)**, 101~130면에 재수록.

51) 신동운·허일태 편저, **호당 엄상섭 형법논집**, 187~194면에 재수록.

대한 법전편찬위원회의 심의 및 표결상황을 생생하게 전해주고 있다. 이러한 문헌들을 근거로 할 때 1949년 6월을 전후한 시점에서 정당행위에 관한 조문의 기초 및 심의가, 1949년 8월 무렵에 정당방위, 긴급피난, 자구행위에 대한 조문의 기초 및 심의가 이루어졌다고 조심스럽게 추측할 수 있다.

이제 형법 제20조의 ‘사회상규’ 조문과 관련하여 의미가 있다고 보이는 효당 엄상섭의 글을 점검해 본다. 1949년 6월 26일 김구(金九) 선생이 경교장에서 안두희에 의하여 피살되었다. 이 대사건을 목도하면서 사건 발생 사흘 후인 6월 29일 엄상섭은 ‘암살범의 특질 - 정치적 동기에서의 암살범을 중심으로 -’라는 글을 탈고하고 있다. 그는 이 글에서 암살범의 특징과 범행동기 등을 분석하면서 정치적 암살범을 사회의 변동과정에서 발생하는 현상의 하나라고 진단한다. 사회의 변동에 적응하는 형태에는 긍정적인 것과 부정적인 것이 있는데 부정적인 방식으로 사회변동에 대응하는 표현이 암살범이라는 것이다. 이러한 진단을 기초로 그는 소위 확산범이라는 이유로 정치적 동기의 암살범을 관대하게 처벌해 온 그동안의 법원 태도에 대해 경종의 목소리를 보내고 있다.

이러한 일련의 논지를 전개하면서 엄상섭은 소위 확산범에 대한 위법성판단의 문제에 대하여 나름대로의 독자적 의견을 제시하고 있다. 먼저 그는 확산범의 처벌문제에 대하여 다음과 같이 분석한다.

형법상에 있어서의 소위 위법성을 초범규적으로 볼 것이라는 것이 현대 형법학계의 대세이니 아무리 명문으로 범죄유형이 규정되어 있고 그를 요소로 하는 구성요건에 해당하는 행위가 있을지라도 위법성이 없는 행위일진대 처벌하지 못할 것인 바, 그 위법성의 본질을 M·E 마이어가 말하듯이 “국가적으로 승인된 문화규범” 위반이라고만 본다면 확산범 처벌의 근거는 용이하게 발견되는 것이다. 왜? 그 범인은 “영원을 지향하는 문화규범”에는 위반되지 아니하였지마는 “그때그때의 현실적 국가에 의하여 승인된 그것”에는 위반되었기 때문이다. 그러나 이 견해는 보수적이라는 비평을 면치 못할 것이다. 부단히 생성·발전하는 인류사회의 진화에 대하여 현실적 국가가 반드시 보조를 맞출 수 있다고는 장담할 수 없는 까닭에 우리는 마이어의 의견에 추종할 수 없는 것이다.⁵²⁾

위의 글에서 효당 엄상섭은 종래 “국가적으로 승인된 문화규범”이 실질적 위

52) 신동운 편저, **효당 엄상섭 형사소송법논집**, 235~236면.

법성의 판단근거로 작용했다고 보고, 이 기준이 ‘국가적으로 승인된’이라는 개념 요소 때문에 부단히 생성·발전하는 인류사회의 진화에 부응하지 못하는 문제점을 노정시킨다고 지적한다. 이러한 분석은 실질적 위법성을 종래처럼 ‘실정법체계’를 기준으로 한 위법성판단으로 새기는 경우에 발생하는 경직성과 보수성을 지적하는 것이라고 할 수 있다. 이러한 문제의식을 바탕으로 하여 그는 다음과 같은 해결책을 제시한다.

여기서 나는 일개의 의견을 제공하려 한다. 즉 위법성의 본질을 “인류사회의 진화를 목표로 하고 생성·발전할 수 있는 문화규범” 위반이라고 관념할 때에 이 문제는 비로소 해결된다는 것이다. “국가적으로 승인된”이라는 것을 부인함으로써 “현실에 굳어붙을 수 있는 보수성”을 제거하고, “인류사회의 진화”만에 봉사하는 것이 아닌 점에서 확신범 불벌의 부당한 결론을 피하는 것이 비견의 골자다. 즉 “할 수 있는”에 의미가 있는 것으로서 이는 “인류사회의 진화의 과정”을 존중한다는 것에 중요한 포인트가 있다.⁵³⁾

여기에서 그는 M·E 마이어가 제시한 실질적 위법성의 판단기준인 ‘국가적으로 승인된 문화규범’으로부터 ‘국가적으로 승인된’이라는 부분을 떼어낼 것을 제안한다. 그 대신에 ‘인류사회의 진화를 목표로 하고 생성·발전할 수 있는 문화규범’을 실질적 위법성의 판단기준으로 삼자고 제안한다. 이렇게 될 경우 확신범에 대해서도 위법성조각을 인정할 여지가 있지 않겠는가 하는 의구심에 대하여 그는 ‘인류사회의 진화’만에 봉사하는 것이 아니라는 점에서 확신범에 대한 위법성조각은 인정할 수 없다는 결론에 이른다.

그런데 위법성의 본질 내지 위법성의 실질을 판단함에 있어서 굳이 실정법의 테두리에 매일 필요가 없음을 강조하는 효당 업상섭의 제안은 가인 김병로가 형법초안의 기초(起草)시에 실질적 위법성의 판단기준으로 명시한 ‘사회상규’의 사고와 같은 맥락의 것이라고 할 수 있다. 사회상규는 다시 말하자면 ‘공의 질서와 선량한 풍속’인데, 이것은 실정법의 테두리와 관계없이 존재하는 ‘인류사회의 진화를 목표로 하고 생성·발전할 수 있는 문화규범’이라고 해석할 여지가 있기 때문이다.

효당 업상섭은 실정법의 테두리를 떠난 ‘문화규범’이 자의적으로 해석·적용되

53) 신동운 편저, **효당 업상섭 형사소송법논집**, 236면.

어 확산법의 불처벌에 이르게 되는 상황을 염려하는 견해에 대하여 다음과 같이 답하고 있다.

즉 확산법은 문화의 진화과정을 무시하는 점에 그 위법성이 있다는 것이다. 퇴화적인 정치범 등의 가벌성은 물론이고 진화성을 가진 확산범일지라도 그 과정을 무시함으로 인하여 현실사회에 대하여 다대한 혼란과 마찰을 가져오게 된다면 도리어 인류의 문화발전을 저해하는 결과에 빠질 터이니 이런 의미에서 진화적인 확산범도 위법성을 대유(帶有)케 되는 것이다. 물론 여기서 “그 과정”의 적절성은 결국 국가의 입법에 의하여 판단되지 않느냐는 의문이 나올 터이나 위법성은 원래 초범규적인 것이라는 점에 상도한다면 성문법과의 관련을 떠나서 판단된다는 것을 알게 될 것이다.⁵⁴⁾

이상에서 형법 제20조의 사회상규 규정이 법전편찬위원회에서 심의되던 당시의 분위기를 간접적으로 점검해 보았다. 효당 엄상섭의 글은 ‘사회상규’ 그 자체에 대한 것은 아니지만 실질적 위법성의 판단기준을 분석하고 그의 구상을 제안하였다는 점에서 법전편찬위원회의 심의과정에 어느 정도 투영되었을 것으로 짐작된다. 그러나 아쉽게도 법전편찬위원회의 형법초안 심의과정에 대한 회의록은 아무 것도 남아있지 않다. 법전편찬위원회의 논의과정은 효당 엄상섭이 기록한 문헌에 간헐적으로 언급되기는 하나 ‘사회상규’에 대해서는 위에서 말한 간접적 기록이 거의 전부라고 할 수 있다.

실질적 위법성의 판단기준에 관한 엄상섭의 분석은 그의 개인적인 생각을 적은 것이어서 법전편찬위원회의 심의상황과는 직접적인 관련성이 없다. 그렇지만 그는 이후 정부가 국회에 제출한 형법원안에 대해 법사위수정안의 작성을 위한 소위원회의 주심(主審)으로 활동하게 되므로 위법성의 본질에 관한 그의 구상과 분석은 ‘사회상규’ 조항의 국회 심의과정에서 중요한 역할을 하였을 것으로 짐작된다.

1949년 11월 법전편찬위원회는 마침내 형법초안에 대한 심의를 종료하고 법전편찬위원회의 최종안을 의결하였다. 그리고 일종의 입법이유서라고 할 수 있는 ‘형법초안 이유설명서에 가름하여’라는 문건과 함께 소위 법전편찬위원회 형법초안을 정부에 제출하였다.⁵⁵⁾

54) 신동운 편저, **효당 엄상섭 형사소송법논집**, 236면.

55) 이 ‘형법초안 이유설명서에 가름하여’라고 하는 문건의 실제 작성자가 누구인지는 밝

그런데 이 이유설명서의 내용 가운데 주목할 부분이 있다. 이 이유설명서의 구성을 보면 (1) 초안완성의 경과, (2) 입안의 근본원칙, (3) 총칙에 대하여, (4) 각칙에 대하여라는 네 부분으로 이루어져 있다. 이 가운데 (2)의 입안의 근본원칙과 관련하여 이유설명서는 제1항에서 “세계 각국의 현행법, 형법개정초안, 특히 독일형법 및 독일 1930년 형법초안을 많이 참고로 하였고, 제정역사가 새롭고 국정이 우리나라와 유사한 중국형법을 참작하였다”고 밝히고, 나아가 제5항에서 “우리 민족 고유의 미풍양속의 유지향상에 유의하였다”라고 적고 있다.⁵⁶⁾

그런데 외국의 입법례와 관련하여 이유설명서가 밝힌 설명 가운데 특히 주목되는 것은 “제정역사가 새롭고 국정이 우리나라와 유사한 중국형법을 참작하였다”는 대목이다. 필자는 종래 이 대목과 관련하여 언급된 ‘중국형법’을 중화민국(대만)의 형법전을 의미하는 것으로 생각하고 있었다. 그리하여 1948년 12월에 법무부조사국이 형법초안 작성을 위한 입법자료로 간행한 ‘중국형법전’을 살펴보았으나⁵⁷⁾ 정당행위 조문과 관련하여 우리 형법과 비슷한 조항을 찾아볼 수 없었다.⁵⁸⁾ 그리하여 ‘중국형법’을 언급한 부분이 무엇을 의미하는가 하는 데에 대하여 계속적으로 의문을 가지고 있었다.

그러다가 필자는 이번에 가인 김병로 선생이 1915년에 집필한 ‘범죄구성의 요건되는 위법성을 논함’이라는 논문을 발견하고 비로소 그 의미를 파악하게 되었

혀져 있지 않다. 그러나 이 이유서를 직접적으로 인용하고 있는 당시의 문헌은 효당 엄상섭의 글이 거의 유일하다. 엄상섭은 “우리 형법전과 공범이론”(신동운·허일태 편저, **효당 엄상섭 형법논집**, 167~186면에 재수록)에서 “(전략) 그러나 형법이론에 있어서 주관주의와 객관주의와의 대립이 그렇게 용이하고 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.”고 적고 있다(위의 책 167면). 이와 같은 기재내용에 비추어 볼 때 이 이유설명서의 실제 작성자는 효당 엄상섭인 것으로 추측된다.

56) 한국형사정책연구원(신동운 편), **형사법령제정자료집(I) 형법**, 86~87면 참조.

57) 법무부조사국, **법무자료 제5집 중국형법전, 만주형법전, 소련형법전 및 일본개정형법가안**(1948. 12.) 참조.

58) **법무자료 제5집 중국형법전**에 나타난 정당행위 조문은 아래와 같다(위의 책 5면 참조).

제21조 ① 법령에 의한 행위는 처벌하지 않는다.

② 소속 상급 공무원의 명령에 의한 직무상의 행위는 처벌치 않는다. 단, 명령이 위법이라는 것을 명지(明知)할 때는 그러하지 아니하다.

제22조 업무상의 정당행위는 이를 처벌치 않는다.

다. 그 이유는 이유설명서에서 언급된 ‘중국형법’이 1911년에 공포되었던 청나라 말기의 근대 형법전 ‘대청국형률(大清國刑律)’을 의미한다는 사실을 알게 되었기 때문이다. 앞서도 언급한 바와 같이 가인 김병로는 실질적 위법성의 판단기준과 관련하여 “지나형률(支那刑律)에는 법률에 따른 행위 또는 업무행위 외에 공서양속 또는 관습에 반하지 아니하는 행위는 죄가 되지 아니한다고 규정하였으므로 일호(一毫)의 의문이 없어서 법문(法文)의 완미(完美)함이 종래 각국의 입법례에 일찍이 보지 못한 영단(英斷)이라고 할 것이다”라고 서술한 바 있다.⁵⁹⁾ 30여년의 세월이 흐른 후 가인 김병로는 일찍이 언급하였던 지나형률의 모델에 따라 ‘공서양속 또는 관습에 반하지 아니하는 행위’를 ‘사회상규(社會常規)’라는 표현으로 압축하여 삽입함으로써 우리 형법전에 ‘법문의 완미함’을 기하고자 하였던 것이다.

6. 국회 본회의 심의와 사회상규

‘사회상규’를 정당행위의 하나로 명문화한 법전편찬위원회의 형법초안은 그대로 형법전에 대한 정부원안으로 되어 제2대 국회에 제출되었다. 국회에서는 법제사법위원장이었던 효당 엄상섭을 중심으로 하여 정부원안에 대한 법사위수정안이 작성되었다. 그런데 정당행위에 관한 형법 제20조는 수정안의 대상에 포함되지 아니하였다. 법전편찬위원회의 구상을 법제사법위원회도 그대로 받아들인 것이다. 그 배경에는 앞서 소개한 것처럼 ‘암살범의 특질’에서 밝힌 엄상섭의 견해가 중요한 요인으로 작용하였던 것이 아닌가 생각된다.

사실 정부원안 제20조에 명기된 ‘사회상규’의 조항은 당시의 법률가들에게 생소한 것이었다. 따라서 국회 본회의의 심의과정에서 이 조항의 신설에 대해 여러 가지 의문이나 반론이 제기될 법하다. 그러나 예상 밖으로 형법 제20조에 대한 국회 본회의의 축조심의 과정에서는 아무런 이의 없이 원안이 그대로 의결되었다. 그런데 ‘사회상규’ 조항은 뜻밖에도 형법각칙의 분묘발굴죄 심의과정에서 문제되었다.

주지하는 바와 같이 분묘는 우리의 전통적인 인습과 밀접한 관련을 맺고 있다. 분묘와 선산(先山)은 조상의 숭배와 관련된 장소로서 풍수지리설에 입각한 소위

59) 전술 각주 29번의 본문 참조.

명당자리의 확보와 관련하여 예로부터 여러 가지 분쟁의 계기가 되어 왔다. 따라서 분묘발굴행위는 전통적 인습과 밀접하게 관련을 맺고 있는 규범위반행위라고 할 수 있다.⁶⁰⁾

분묘발굴죄의 처벌과 관련하여 정부원안 제171조는 “분묘를 발굴한 자는 5년 이하의 징역에 처한다”라고 규정하고 있었다. 이 원안에 대해 법사위는 수정안을 제시하지 아니하였다. 그러나 변진갑(邊鎭甲) 의원은 국회의원 개별수정안의 형태로 “자기의 수호(守護)에 의하지 아니한 분묘를 발굴한 자는 5년 이하의 징역에 처한다”라는 수정안을 제안하였다. 이 수정안과 관련하여 제안자인 변진갑 의원은 국회 본회의에 참석한 의원들에게 다음과 같은 설명을 제시하였다.⁶¹⁾

“분묘를 발굴한 자는 5년 이하의 징역에 처한다”, 이것은 저의 아버지 묘를 제가 파더라도 이것도 다 죄가 성립이 되게 됩니다. 그런데 우리나라의 습관을 본다든지 할 것 같으면 이것은 도저히 그러다가는 수습을 못할 결과가 나올 것이옵니다. 다 각기 저희 선산(先山)에 대해서 면례(緘禮)⁶²⁾하는 일도 있고, 이것은 일종의 [의] 미신이고 또 미신에 구애되는 일이 많이 있겠지만, 선산을 함장하려 [하]거나 분묘를 하려고 할 때, 이것을 역시 단순히 미신이라고 웃음에 부쳐 버릴 것이 아니라 또 역시 여태까지 일종의 위선사업(爲先事業)⁶³⁾이라는 것은 일종의 철학과 같은 그러한 개념을 가지고 있습니다. 그래서 자기가 수호하고 있는 자기 선조의 묘를 옮기기 위해서 혹은 그 안의 관(棺) 내에 혹은 분묘 내에 이상이 없는가, 그것을 보기 위해서 파는 것에 대해서까지 이것을 처벌해서는 안 될 것이라고 생각하는 것이옵니다.

물론 여기에 대해서 면례(緘禮)를 자꾸만 하는 것을 방지한다든지 또는 면례를 하려면 허가를 맡아야 한다든지 이런 것은 따로 행정법규로서 매장규칙(埋葬規則)이라고 하는 것이 총독부령으로 실시되어 가지고 있습니다. 하니까 파가지고 자기가 옮긴다 할지라도 이것은 매장규칙을 허가를 맡아가지고 하거나 또는 면장이나 경찰관서의 명령을 받아가지고 파는 것은 물론 행정법규에 의해서 당연히 의법(依法)으로 할 것입니다.

60) 분묘와 관련된 전통법제에 대해서는, 진경목, “산송(山訟)을 통해서 본 조선후기 사법제도 운용실태와 그 특징”, **법사학연구**, 제18호(1997. 12.), 5~31면; 진경목, 조선후기 산송 연구(1996), 전북대학교 박사학위논문 참조.

61) 이하에 소개하는 속기록의 내용은 필자가 현대 맞춤법으로 고치고 문단 나누기를 한 것이다.

62) 무덤을 옮기고 다시 장사 지냄.

63) 조상을 위하는 일.

그렇지만 자기가 면례(緇禮)를 하기 위해서 또는 부모의 선산(先山)을 합장시키기 위하여나 선산을 통혈(通穴)을 시켜보기 위해서 자기가 수호하는 분묘를 발굴하는 데까지 형벌을 주는 것은 가혹하지 않느냐 이런 의미에서 이 글자 몇자를 넣자는 것이올시다. “자기의 수호에 의하지 아니하는 분묘를 발굴한 자” 이것입니다. 많이 찬성해 주시기 바랍니다.⁶⁴⁾

변진갑 의원의 수정안에 대해 법제사법위원장 대리로서 정부원안과 법사위수정안의 입법취지를 설명하는 임무를 맡고 있던 엄상섭 의원은 다음과 같은 반론을 제시하였다.

이것에 대해서는 우리가 앞서 통과시킨 형법총칙 제20조를 보아 주십시오. 여기서 각칙만 보아 가지고는 자꾸 의심이 나는데 형법은 총칙하고 합해서 보는 것입니다. 총칙 제20조를 보면 “법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 않는 행위는 벌하지 않는다”, 이렇게 해 가지고 위법성이라고 하는 문제가 여기 나와 있는 것입니다.

그래서 이 이종욱(李鍾郁) 의원도 금방 사담(私談)으로 이야기하십니까만, 가령 자기의 산에 와서 누가 암장(暗葬)을 했다, 이러면 이 암장에 대해서 다른 나라 사람들은 그렇게 큰 문제로 삼지 않을 것입니다만, 우리나라 사람은 자기 선산(先山)에다 암장을 했다고 할 것 같으면 대단히 문제로 삼을 것입니다.

그러면 사회상규(社會常規)라고 하는 것은 무엇이냐 하면 그 시대와 그 지역의 여러 가지 관습과 모든 것을 합해 가지고 사회상규를 결정할 것입니다. 그러면 이제 이 자기 선산에다 암장을 했다고 이것을 파버렸다고 해서 분묘발굴죄로 처벌한다는 것은, 이런 것은 적어도 대법원에서 분묘발굴죄로서의 위법성이 없다고 하는 것으로 생각할 것입니다. 그런 의미에서 자기 부모의 묘라든지 이러한 것이, 사회상규에 어긋나는 것이 없다는 이런 것으로 해 가지고, 분묘를 발굴해도 결코 분묘발굴죄에 걸리는 것이 아닙니다.

그러니까 이 점을 같이 아울러 생각해 주시고, 혹은 각조를 명백하게 만들자, 이렇게 보통 법률을 모르는 사람들은 총칙까지 합해서 그렇게 만들자 한다면 문제는 별문제가 되어서, 이 형법조문을 자세하게 만들려고 다른 방향으로 더 노력해야 될 것입니다. 그러나 이제 말씀과 같이 이러한 사회상규에 어긋날 적에, 즉 형법보다 현실적 자연법 이론이라고 하는 것이, 그보다 위에 가는 한 원리가 있어서 이것이 형법총칙에 설명이 되어 있는 것입니다. 또 이제 이 사

64) 한국형사정책연구원(신동운 편), 형사법령제정자료집(Ⅱ) 형법, 385~386면.

회상규에 관한 것이 현행 [의용]형법에는 35조에 있고, 우리 형법총칙에는 20조에 있는 것입니다.⁶⁵⁾

엄상섭 의원의 설명에 대하여 수정안 제안자인 변진갑 의원은 다음과 같은 제반론을 전개하였다.

사소한 문제에 여러 번 나와서 죄송합니다. 그러나 지금 엄 의원께서 하신 말씀에 대해서 밝혀 두지 않으면 안 될 말씀이 있습니다. 총칙 20조의 '사회상규'라고 하는 말을 하시면서 다른 사람이 내 선산에다 투장(偷葬)⁶⁶⁾했을 적에도 파도 좋은 것 같이, 이렇게 지금 제가 들었습니다.

이것은 제 생각으로는 만만부당하고, 현재도 그러한 일을 하지 아니하고 우리나라 고래(古來)에도 그러한 일은 없습니다. 아무리 부당한 일이라 할지라도 시체가 ... 뼈다구가 한번 땅속에 들어가면 법에 의하지 아니하고는 파지 못하는 것이올시다. 그렇기 때문에 투장(偷葬)이 든다면 관계자가 직접 파지 못하고 관(官)에다가 소지(所地)를 정해서 보고하면 관에서 그것을 실지조사를 해 가지고 대전통편(大典通編) 또는 형법대전(刑法大全)에 비추어 가지고 2백보니 3백보니, 그 안에 정해 놓은 구역 내에 들어온 것은 투장(偷葬)으로 보아 가지고 날짜를 정해서 광고를 합니다. 며칠까지 묘를 파지 않으면 관굴(官掘)을 하겠다고 광고를 합니다. 그래서 그 기일이 지나도 파는 놈이 없으면 그 때에도 바로 가서 관가(官家)에서 바로 묘를 파지 아니하고 가장자리에 고랑을 쳐놓았다가 그래도 기일이 지나도 안 파가면 그 때는 관에서 다른 데로 개장(改葬)을 하는 것입니다.

이것이 우리나라의 전에 있는 습관인데 엄 의원 말씀대로 투장(偷葬)이 들었다고 함부로 판다는 것은 지금 우리나라 형법에도, 구식법에도 없는 것이올시다. 그런데 지금 형법안으로서는 자기의 선산이라도 파면 다 처벌하게 되어 있으니 이것은 우리나라 관습에 비추어서 가혹한 게 아니냐, 자기가 수호하고 있는 선산은 필요에 의해서 이것을 개장하거나 합장하기 위해서 판다는 것은 용인하지 않으면 안 될 것이다, 이러한 의미로 자기가 수호하고 있는 선산은 파도 좋고 그 외의 묘에 대해서는 파서는 안 된다는 것도 포함되어 있는 것이올시다. 많이 참작해 주시기 바랍니다.⁶⁷⁾

65) 한국형사정책연구원(신동운 편), 형사법령제정자료집(I) 형법, 385~386면.

66) 국회 속기록에는 '유葬'으로 표기되어 있다. 또한 형사법령제정자료집(I) 형법에는 '幽葬'으로 정리되어 있다. 그러나 이는 투장(偷葬)의 오독 내지 오기에서 비롯된 것으로 보인다. 투장(偷葬) : 몰래 하는 장사.

사회상규 조항을 통한 형벌법규의 무력화라는 변진갑 의원의 문제제기에 대하여 엄상섭 의원은 다음과 같은 답변을 제시하였다.

지금 우리나라에서 묘를 파고 그러는 것은 묘지화장취체규칙(墓地火葬取締規則)이라는 이런 것이예요, 그런 행정법규를 가지고 하고 있습니다. 그러니까 행정법규 그것하고 형법 자체하고는 갈라서 생각하세요. 그런 의미에서 지금 현재 변진갑 의원의 말씀의 일부는 취체규칙을 가지고 말하는 것이고, 우리나라 대전통편(大典通編)이든지 그런 것에 나와 있는 것이 아직까지도 고쳐지지 않은 그러한 관습이 있으면 그것은 사회상규의 일부로 그때에 가서 말썬이 될 것입니다.

지금 말한 것은 적어도 자기 부모의 묘를 딴 데로 옮겨도 그것이 분묘발굴죄에 [해당]되느냐 안 되느냐 이 문제가 변진갑 의원이 내놓은 취지입니다. 그 말에 따라서 백남식(白南軾) 의원의 말씀도 계셨습니다만, 이것은 아마 우리나라 사회상규로 보아서 자기 아버지 묘라도 다른 데로 옮기려고 봤다고 해 가지고 분묘발굴죄로 해야 된다, 이것은 아무도 할 사람이 없을 거예요. 함부로 묘를 이리저리 옮겼다, 이래 가지고 아까 말한 묘지화장취체규칙이나 거기에 걸리는 것은 별문제로 하고 형법상에서는 문제로 안 [될] 것입니다.⁶⁷⁾

이상에서 소개한 변진갑 의원과 엄상섭 의원의 논쟁을 통하여 1953년 국회 심의 당시 ‘사회상규’의 개념이 어떠한 의미로 이해되고 있었는지를 어느 정도 살펴 볼 수 있다. 변진갑 의원은 우리의 사회실정에 비추어 분묘발굴죄의 적용범위를 제한하자는 취지로 각칙조문의 차원에서 행위주체를 제한하자는 수정안을 제안하고 있다. 이에 대하여 엄상섭 의원은 개별 구성요건의 차원에서는 원안을 그대로 두더라도 형법총칙에 규정된 ‘사회상규’ 조항에 의하여 적절한 해결책을 모색할 수 있다고 답하고 있다.

사회상규의 논의와 관련하여 엄상섭 의원은 “사회상규라고 하는 것은 무엇이냐 하면 그 시대와 그 지역의 여러 가지 관습과 모든 것을 합해 가지고 사회상규를 결정할 것입니다”라고 하는 설명을 제시하고 있다. 그의 발언에서 사회상규의 개념정의를 추출해 본다면 “그 시대와 그 지역의 여러 가지 관습과 모든 것을 합해 놓은 것”으로 정리할 수 있을 것이다. 요컨대 실정법의 규율체계가 그

67) 한국형사정책연구원(신동운 편), 형사법령제정자료집(Ⅱ) 형법, 388~389면.

68) 한국형사정책연구원(신동운 편), 형사법령제정자료집(Ⅱ) 형법, 389면.

시대의 관습과 여러 요소를 감안할 때 사회의 실정에 맞지 않는 경우에 사회상규를 들어서 실정법 위반행위의 위법성을 조각할 수 있다고 설명하는 것이라고 할 수 있다.

분묘발굴죄에 대한 국회 본회의의 표결 결과 변진갑 의원의 수정안은 채택되지 아니하고 정부원안이 그대로 가결되었다. 요컨대 엄상섭 의원이 제시한 ‘사회상규’의 개념설명이 다수의 국회의원을 납득시킨 결과라고 할 수 있다.

이상의 연혁적 고찰에서 알 수 있는 것은 우리 형법 제20조에 규정된 ‘사회상규’ 조항이 (1) 1915년에 발표된 가인 김병로의 논문을 시발점으로 구상되었고, (2) 법전편찬위원회 단계에서 가인 김병로가 중국형률을 모델로 하여 성안하였으며, (3) 형식적인 처벌법규와 사회실정의 괴리를 완화하는 장치로 이해되어 국회를 통과하였다는 일련의 사실이다. 이러한 성립경위의 점검을 통하여 알 수 있는 것은 우리의 역사적 입법자들이 서구적인 ‘전체 법질서’라는 관념보다는 그 법질서의 토대를 이루고 있는 ‘사회상규’, 달리 말하자면 공의 질서 또는 선량한 풍속을 실질적 위법성의 판단기준으로 선호하고 이를 입법적으로 결단하였다는 사실이다.

7. 사회상규에 대한 대법원의 개념정의

이상에서 우리 형법 제20조에 ‘사회상규’의 조항이 등장하게 되는 경위를 점검해 보았다. 일단 ‘사회상규’ 조항이 입법화되었으므로 이를 실제사건에 구체적으로 적용하는 일은 사법부의 몫이다. 그렇다면 이제 대법원이 이 ‘사회상규’ 개념에 대해 어떠한 이해를 보이고 있는가를 살펴보아야 할 것이다. 그러나 이미 지면을 상당부분 초과하고 있는 상황에서 대법원이 ‘사회상규’의 개념을 어떠한 형태로 구체화하고 있는가를 살필 여유는 필자에게 없다. 다만 대법원이 ‘사회상규’의 개념을 정면에서 정의한 세 가지 판례를 간단히 소개함으로써 분석에 대신하고자 한다.

대법원이 최초로 사회상규 개념을 구체적으로 정의하여 판례를 내어놓은 것은 1956년이다. 이 시기는 ‘사회상규’ 개념의 제안자라고 할 수 있는 김병로 대법원장이 재임 중이던 때이므로 이 1956년의 판례는 특히 주목된다.⁶⁹⁾ 이 판례에서

69) 1956. 4. 6. 4289형상42, 대법원판례카드 No. 4559. 증뇌물전달죄로 기소된 피고인이 상관이나 동료의 청탁을 인정상 거절할 수 없었음을 이유로 들어 자신의 뇌물전

대법원은 “원래 [형법 제20조의] ‘사회상규’는 그 입법정신에 의하면 국가질서의 존중성의 인식을 기초로 한 국민일반의 건전한 도의감을 지칭한다”고 판시하여 피고인의 상고를 기각하였다. 이 관례에서 대법원은 사회상규를 “국가질서의 존중성의 인식을 기초로 한 국민일반의 건전한 도의감”이라고 정의하고 있다.

이후 1983년에 대법원은 사회상규의 개념을 다시 한번 정의하였다.⁷⁰⁾ 이 관례에서 대법원은 “형법 제20조가 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 처벌하지 아니한다고 규정한 것은 사회상규 개념을 가장 기본적인 위법성판단의 기준으로 삼아 이를 명문화한 것으로서 그에 따르면 행위가 범규정의 문언상 일응 범죄구성요건에 해당된다고 보이는 경우에도 그것이 극히 정상적인 생활형태의 하나로서 역사적으로 생성된 사회생활질서의 범위 안에 있는 것이라고 생각되는 경우에 한하여 그 위법성이 조각되어 처벌할 수 없게 되는 것”이라고 판시하고 있다. 이 관례는 독일의 형법학자 벨켈이 주장한 소위 사회상당성의 이론을 연상시키는 것으로⁷¹⁾ 윤리관의 측면이 아닌 사회생활의 변화에 주목한다는 점에 특색이 있다.⁷²⁾

독일식의 사회상당성 이론이 반영된 관례가 계속되던 중 대법원은 2000년에 들어와서 사회상규의 개념을 새롭게 정의하여 “형법 제20조 소정의 ‘사회상규에 위배되지 아니하는 행위’라 함은 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위를 말[한다]”라고 판시하였다.⁷³⁾ 이 2000년의 대법원판례는 ‘사회윤리 내지 사회통념’에 주목한다는 점에서 ‘국민일반의 건전한 도의감’을 강조한 1956년의 대법원판례와 같은 맥락을 보이고 있다.⁷⁴⁾

달행위가 사회상규에 반하지 아니한다고 주장한 사안이다. 이 사건의 상고심 재판장은 김병로 대법원장이었다.

70) 1983. 2. 8. 82도357, 공 1983, 531. 전매서의 실적을 올리기 위하여 허위서류작성 등의 편법을 사용한 전매서장의 행위에 대해 피고인이 사회상규에 반하지 아니한다고 주장한 사안이다.

71) Welzel, H., *Das deutsche Strafrecht*, 10. Auflage(1967), 52면 참조.

72) 이 관례에 대한 필자의 평석은, 신동운, **판례백선 형법총론**, 개정정보판(1988), 289~291면 및 295~296면 참조.

73) 2000. 4. 25. 98도2389, 공 2000, 1345. 수지침 시술행위로 의료법위반죄로 기소된 피고인에게 법원이 사회상규에 위배되지 아니함을 이유로 무죄를 선고한 사안이다.

74) ‘사회상규’와 관련한 필자의 대법원판례 분석은, 신동운, **형법총론**, 제2판(2006), 331면 이하 참조.

8. 결론

지금까지 우리 형법 제20조의 ‘사회상규’ 규정에 대해 그 성립경위를 살펴보았다. ‘사회상규’의 조항은 우리 형법에 대해 계수사적으로 모법의 관계에 있다고 할 수 있는 독일 형법이나 일본 형법에 없는, 한국 형법 특유의 위법성조각사유이다. 그러나 법치주의를 강조하는 외국인들의 눈에 생소하거나 위험한 조문으로 비치는 것도 결코 무리가 아니다. 그런데 아쉽게도 이 사회상규 조항에 대해 그동안 법제사적 규명작업이 충분하지 아니하였다. 다행스럽게도 1915년에 집필된 가인 김병로 선생의 ‘범죄성립의 요건되는 위법성을 논함’이라는 논문이 발굴되면서 이제 그 입법적 배경이 보다 분명하게 드러나게 되었다.

사회상규 조항의 직접적인 도입계기는 가인 김병로가 법전편찬위원회위원장으로 형법총칙 조문의 기초를 스스로 담당하였다는 점에서 찾아볼 수 있을 것이다. 우리 형법전의 총칙조문 가운데 체계적으로 가장 잘 정돈되어 있는 부분이 위법성조각사유에 관한 것이다. 정당행위(제20조), 정당방위(제21조), 긴급피난(제22조), 자구행위(제23조), 피해자의 승낙(제24조)의 순으로 배열되어 있는 우리 형법의 위법성조각사유들은 가인이 1915년에 집필하였던 위법성에 관한 논문에서 분석한 실질적 위법성과 위법성조각사유의 관계에 관한 분석을 그 바탕에 깔고 있는 것이라고 해도 과언이 아닐 것이다.⁷⁵⁾

가인은 ‘사회상규’의 조항에 대해 특히 많은 의미를 두었던 것 같다. 1915년의 논문에서 그가 지나형률(支那刑律)이 ‘공의 질서 또는 선량한 풍속이나 관습’이라는 위법성의 판단기준을 규정하고 있는 것에 대해 이를 ‘입법적 영단(英斷)’이라고 극찬하였던 부분은 특별히 주목할 필요가 있다고 본다. 그가 ‘사회상규’에 대해 각별한 의미를 부여한 것은 형식적 위법성과 실질적 위법성의 관계라는 독일 형법학의 이론적 성과를 수용하는 차원을 넘어서서 서구식 형벌법령체계가 동양 사회 내지 전통사회에 수용될 때 발생하는 마찰을 의식하였기 때문이라고 생각된다.

현재 형법학계에서는 ‘위법성’을 전체법질서에 반하는 성질이라고 설명한다.⁷⁶⁾ 이 때 전체법질서는 법규범의 총체로 이루어지는 규범체계를 말한다. 법적 관점에서 보면 이 전체법질서는 그 자체로서 완결성과 자족성을 갖는다. 그러나 그

75) 예컨대 피해자의 승낙에 관한 조항은 일본의 개정형법가안에는 보이지 않는다.

76) 위법성조각사유의 체계에 관하여는, 신동운, **형법총론**, 제2판, 253면 이하 참조.

규범체계는 그 규범체계의 규율대상이 되는 공동체의 고유한 역사적 전통을 무시하고는 기능할 수 없게 된다. 서구적 관점에서 정립된 전체법질서라는 규율체계와 전통적 가치와 문화를 알게 모르게 유지해 오고 있는 생활공동체의 실재(實在) 사이에 발생할 수 있는 괴리현상을 극복할 수 있는 완충장치가 필요하다. 가인 김병로 선생이 우리 형법 제20조에 ‘사회상규’의 조항을 명문화한 것은 바로 이러한 현실적 필요성을 고려하였기 때문이 아닌가 생각된다.

이러한 관점에서 볼 때 우리 형법이 제정된 이후에 ‘사회상규’ 조항에 대해 대법원이 보여준 개념정의의 변화는 주목된다. 형법전 제정 직후에 나온 대법원의 개념정의는 도의감을 강조함으로써 동양적인 법사상의 단편을 보여준다. 이에 대해 1970년 이후에는 독일 형법학에서 발전한 사회상당성의 이론이 사회상규의 개념정의에 투영된다. 그 후 2000년대에 들어서 대법원은 다시 사회윤리의 측면을 강조하여 동양적인 법사상의 측면을 강조하고 있다.

이러한 개념정의의 변화를 점검함에 있어서 필요한 것은 사회상규 조항의 입법경위와 입법취지를 확인하는 일이다. 변화의 출발점과 비교의 척도가 마련되어야 현재의 위치를 점검할 수 있기 때문이다. 이러한 점에서 1915년에 발표된 가인 김병로 선생의 논문 ‘범죄구성요건의 요건되는 위법성을 논함’을 발굴하게 된 것은 우리 형법학계에 커다란 기쁨이요 수확이라고 하지 않을 수 없다.

주제어 : 사회상규, 정당행위, 형법제정, 김병로, 일본개정형법가안

<Abstract>

Korean Criminal Act (Article 20)

— Establishment of Normal Social Rules —

Dong Woon Shin*

One of the grounds that allows the exemption of criminal liability in the Korean Criminal Act is the Article 20 (Justifiable Act). Article 20 specifically states that 'an act which is conducted in accordance with Acts and subordinate statutes, or in pursuance of accepted business practices, or other action which does not violate the social rules shall not be punishable'. Among the three justifiable acts, the exemption based on the 'normal social rules' is considered one of the most unique features of Korean Criminal Act. Unlike other laws, it does not originate from the German Criminal Act or Japanese Criminal Act.

There has not been much research on how the 'Normal Social Rules' had been established in the past. Since it was unclear where the 'Normal Social Rules' originated benchmarked from, many issues have been raised regarding the interpretation of the provisions. Recently, the author found important documents which illustrate the legislative process of The 'Normal Social Rules'. Byungro Kim played a significant role in writing the draft of general provisions of Korean Criminal Law. In his article, "Discussion on Unlawfulness as a Requisite for Criminal Liability", which was published in 1915, he used the concept of 'Normal Social Rules' based on the concept of material unlawfulness.

The author examined the establishment process of 'Normal Social Rules' in the following chronological order: (1) Byungro Kim' idea in his 1915's article, (2) Reform of Criminal Act in Japan in 1930s, (3) Draft of Korean Criminal Act in 1949, (4) National Assembly and Establishment of Korean Criminal Act in 1953, (5) Korean Supreme Court decisions. The author's goal is to reconstruct the

* Professor of Law, Seoul National University

purpose of the legislation of 'Normal Social Rules'.

The author proposes a hypothesis that the 'Normal Social Rules' was introduced into the Korean Criminal Act as a buffer, which mitigated the conflicts between the Western Rule of Law and Korean or Eastern Society.

Key words: Normal Social Rules, Establishment of Korea Criminal Act,
Byungro Kim