

〈서평〉

安晟助, 『형법상 법률의 착오론』(경인문화사, 2006)

— 형법 제16조의 진화조건과 “형법상 법률의 착오론” —

金 成 敦*

I. 들어가는 말

형법 규정의 해석상 실무와 학계가 서로 견해차를 보이고 있는 경우는 적지 않다. 하지만 형법 제16조의 적용범위에 관한 문제만큼 실무와 학계가 서로 큰 격차를 보이는 예는 좀처럼 찾아보기 힘들다. 새로운 개정안이 나올 때까지 실무와 학계가 서로 영원히 만나지 않을 것 같이 평행선을 긋고 있는 문제는 다만 아닌 ‘법률의 부지’의 취급문제이다. 실무에서는 1961년 이래 법률의 부지가 형법 제16조의 적용대상이 될 수 없다는 태도로 일관하고 있고(대법원 1961.10.5, 4294형상280), 학계의 주류적인 입장은 법률의 부지도 당연히 형법 제16조의 적용대상이 되어야 한다고 맞서고 있다.

2006년 12월에 출간된 ‘형법상 법률의 착오론’(이하 ‘법률의 착오론’이라 약칭하고 괄호 속의 쪽수는 이 책의 인용쪽수에 해당한다)은 실무와 학계가 긋고 있는 두 개의 평행선의 출발점이 어디인지를 추적하고 있는 형법이론서이다. 2005년에 서울대학교에서 박사학위논문을 제출된 ‘형법상 법률의 착오에 관한 연구’를 수정·가필한 이 책은 그동안 접해 보지 못했던 고대 동양에서의 법률의 착오론(344쪽 이하)으로까지 우리의 인식의 지평을 넓혀주고 있다. 따라 이 책은 한눈에 보더라도 도그마틱의 비중이 상대적으로 감소되고 있는 최근 우리 형법 학계에 축적될 소중한 자료가 되기에 손색이 없을 정도라는 평가를 받을 만하다.

* 성균관대학교 법과대학 교수

II. 성공한 ‘법률의 착오론’

‘법률의 착오론’은 우리 형법 제16조에 대한 “절름발이 해석론”(4쪽)을 중단시키려는 저자의 사명감에서 나온 연구이다. 특히 이 책은 우리 형법 제16조가 외국의 입법례와 상이한 규범적 특질이 있다는 “가정”(5쪽)에서 출발하면서도 우리 형법 제16조가 장차 진화해야 할 방향과 조건을 성공적으로 제시하고 있다.

1. 성공의 형식적 모습

저자는 영미문헌, 독일문헌, 일본문헌을 아우르는 방대한 자료들을 해체하고 조합하면서 시종일관 ‘법률의 부지는 용서되지 아니한다’는 라틴법언과의 연관성을 놓지 않고 있다. 뿐만 아니라 저자는 치열하고도 치밀한 자료분석과 평가작업을 수행하면서도 우리 형법 제16조의 독자성과 우수성을 부각시키기 위해 노력하고 하고 있다. 특히 저자는 우리 형법 제16조가 탄생한 고유한 토대를 찾아가는 과정에서 우리 형법 제16조의 조문입법사와 이 조문에 관한 학설사, 조선고등법원과 우리나라 대법원판례를 자세하게 소개하고 있을 뿐만 아니라, “일본과 독일의 조문 및 판례를 유기적이고 종합적으로 이해함에 있어 예리한 통찰의 계기를 제공”하는 일에도 성공하고 있다. 현재 우리 대법원이 끝내 절연하지 못하고 있는 ‘법률의 부지’에 대한 완고한 필벌주의를 청산하기 위해 고대 그리이스나 아리스토텔레스의 착오이론, 로마법과 카논법의 착오법리, 그리고 카먼로법계의 전통을 추적해가는 저자의 동선을 따라가 보노라면 형법의 고고학이 눈앞에 펼쳐지고 있는 듯한 느낌을 받을 정도이다. 문제의 시원(始原)을 향해 나아가는 성실한 태도와 참고문헌에 대한 철저한 각주작업을 직접 보면 누구라도 저자가 기울인 각고의 노력의 흔적에 존경과 박수를 보내지 않을 수 없다. 더 나아가 ‘법률의 착오론’은 자칫 도그마틱이 빠지기 쉬운 이론을 위한 이론의 함정에 빠지지 않고 그 이론이 실무에서 어떻게 적용되었고, 그 적용의 실천적 의미가 무엇인지에 대한 코멘트까지 덧붙이고 있어서 구체적인 사회현실에 눈감지 않는 학자적 태도의 귀감마저 보여주고 있다.

2. 성공의 실질적 모습

‘법률의 착오론’이 야심차게 내놓고 있는 연구 성과를 자세히 검토해 보면 저자의 최초 가정까지도 성공적으로 입증되고 있음을 알 수 있다. 저자는 우리 형

법 제16조가 “20세기에 등장한 입법례 중에서 가장 혁신적이고 민주적인 조문”(324쪽)이라고 한다. 이러한 형법 제16조 예찬론은 두가지 확실한 근거를 바탕으로 이루어지고 있다. 하나는 인과적 행위론과 엄격고의설을 수용하였던 당시의 상황에서 위법성의 인식이 없으면 고의가 조각되어 형사처벌의 부당한 축소로 이르러가는 문제점을 극복하는 “입법론적 묘책”(146쪽)으로서 ‘정당한 이유’라는 면책의 추가적인 요건을 설정하였다는 점이고, 다른 하나는 당시의 다른 입법례들이 그 법적 효과를 ‘형의 감면’에 그쳤지만 우리 형법의 제16조는 ‘벌하지 아니한다’라고 규정함으로써 “형법의 민주화”(183쪽)를 이루어내었다는 점이다.

‘법률의 착오론’에서 저자는 어디에 내놓아도 손색이 없는 우리 형법 제16조를 잘못 적용하고 있는 실무의 태도에 비판의 화살을 겨눈다. 저자는 대법원은 형법 제16조가 ‘법률의 부지는 용서받지 못한다’는 전통적 법원칙의 엄격함을 완화하기 위해서 성안한 것임을 입법자가 명백하게 밝히고 있음(268쪽, 286쪽)에도 불구하고 법률의 부지를 형법 제16조의 적용대상에서 제외시키는 옹색하고 협애한 태도로 일관해 오고 있음을 지적하고 있다. 뿐만 아니라 저자는 우리 판례의 이러한 태도가 로마법상의 전통적 법원칙이나 일본의 조문 및 판례를 그대로 답습한 것이라는 종래의 평가를 일축하고(296쪽), 그 보다는 5·16혁명 직후 발생한 국가보안법 위반사건을 배경으로 불가피하게 형성된 착오법리를 반성없이 기계적으로 따르고 있는 것임을 자세하게 기술하고 있다(227쪽 이하). 그러면서 저자는 우리 형법 제16조의 입법취지를 고려하여 “귀책할 수 없는 법률의 부지는 용서될 수 있도록” 해석해야 한다고 강하게 주장한다(288쪽). 더 나아가 장차 배심제도가 도입되면 판례의 해석론적 변경을 기다릴 필요도 없이 배심원의 건전한 상식에 의해 법률의 부지이론이 극복될 수 있을 것이라는 전망까지 내놓고 있다(321쪽).

Ⅲ. 법률의 착오론이 ‘뛰어넘어야 할 한계’

‘법률의 착오론’에서 옹장하게 선포되고 있는 우리의 형법 제16조의 우수성과 독자성에 대해서 수긍하지 않는 것이 아니다. 더욱이 장차 법률의 부지를 형법 제16조의 적용대상에 포함시키는 방향으로 실무의 태도가 바뀌어 나가야 한다는 일의 당위성에 대해서 한 점 의혹을 가지는 것도 아니다. 하지만 저자가 위와 같

은 결론을 이끌어가는 논증에 몇 가지 추가사항을 덧붙임으로써 우리 형법 제16조가 보다 낮게 ‘진화’해 가는데 조금이라도 보탬이 되어 보고자 한다.

1. 입법자의 의도와 입법형식

우선 ‘법률의 착오론’에는 일반적으로 ‘형법이론상’의 법률의 착오개념이 아니라 ‘우리 형법 제16조’의 ‘법률의 착오’의 법률상의 ‘요건’을 말해주는 지시어(‘자기 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위’)에 대해 상대적으로 작은 비중을 두고 있음이 눈에 띈다. 이 책의 저자는 그 보다는 오히려 다른 나라의 형법규정 혹은 멀리 그리이스나 로마시대 혹은 카논법이나 카먼로상의 착오법리를 붙들고 씩씩하는데 더 많은 노력을 소진하거나, 법률의 부지를 용서하지 않는 실제상의 이유를 법률의 부지를 악용해서 죄를 회피하려는 피고인의 항변방법을 차단(269쪽)하기 위한 대법원의 궁여지책으로 몰아붙이고 있다.

오늘날 ‘법률의 부지’는 행위자가 자기 행위의 위법성(불법성 또는 금지성)을 인식하지 못한 경우를 일컫는 ‘형법이론상’의 ‘법률의 착오’사례의 대표적인 사례로 받아들여지고 있다. 하지만 ‘우리 형법 제16조’의 법률의 착오는 법률의 부지를 그 속에 포함시킬 수 있는 언어로 되어 있지 않다. 우리 형법 제16조의 요건을 문자 그대로 읽으면 ‘행위자의 행위를 원칙적으로 금지되지만 그것을 허용하는 특별한 법률이 없음에도 불구하고 그러한 법률에 의하여 허용되는 것으로 오인’한 경우라고 할 수 있다(대법원의 태도). 이와 같은 해석이 “문리적 해석의 귀결로서 타당”(288쪽)하며 ‘단순한 법률의 부지’는 따라서 형법 제16조의 적용에서 배제될 수밖에 없음은 이 책의 저자도 인정하고 있다. 입법자도 의도하지 않았던 이러한 ‘변형된 형태의 법률의 착오’(이를 ‘한국형 법률의 착오’라고 해 두자)의 탄생은 현행 형법 제16조의 윤곽이 최초로 그 모습을 드러낸 순간부터 예고된 것이었다. 즉 ‘자기 행위가 법률상 허용된 것이라고 믿음’(1947년 엄상섭안), ‘자기 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니한 것으로 오인’(1950년 법전편찬위원회 형법초안)으로 윤색되어 수면에 떠 오른 시점부터 형법 제16조는 자기 행위의 불법성 내지 금지성을 오인한 경우를 모두 포섭하는 형법이론상의 법률의 착오로 자리잡지 못하고, 원칙적으로 금지되어 있는 행위를 다시 허용하는 법령에 의해 허용된다고 오인한 경우만을 규율하는 ‘한국형 법률의 착오’로 고착되어 버린 것이다. 결과적으로 볼 때 우리 형법 제16조는 그 요건에 관한 한 엄상섭 의원의 잘못된 용어선택으로 인해 빚어진 변태적 법률의 착오를 규율하는 규

정이라고 할 수 있다.

물론 형법이론상의 법률의 착오개념을 그대로 반영하지 않는 법률의 착오규정은 입법자의 결단에 의해 얼마든지 나올 수 있다. 제1항에는 법률의 부지를 규정하면서 제2항에서 별도로 법률의 착오규정(‘법률상 허용되지 아니하는 것임을 알지 못함’)을 두고 있는 1940년의 일본개정형법가안 제11조나 현행 일본형법 제38조 또는 1935년 중화민국형법 제16조가 그 예에 해당한다. 반면에 1930년의 독일형법 초안 제20조 제2항이나 현행 독일형법 제17조는 ‘자기 행위의 불법성을 인식하지 못한 경우’라는 형법이론적 의미의 법률의 착오개념을 채택하고 있기 때문에 법률의 부지를 그 속에 포함시킬 수 있도록 되어 있다. 하지만 우리 형법 제16조는 법률의 착오만을 가리키는 규정형식조차도 ‘허용되지 아니한 것임을 알지 못한 경우’ 혹은 ‘불법성을 인식하지 못한 경우’(형법이론적 의미의 법률의 착오)와 동가성을 인정받을 수 있는 언어로 표현되어 있지 않고 이른바 간접적 법률(금지)의 착오사례만을 그 규율대상으로 삼고 있는 입법형식을 취하고 있음은 하루빨리 손질해야 할 취약부분이라고 할 수 있다.

‘법률의 착오론’의 행간을 읽으면 ‘명백하게 표명된 입법자의 의도가 충분히 반영하지 못하는 표현방식이 선택되었을 경우에는 그 입법자의 의도를 헤아려 문언의 부족분을 해석을 통해서 보충할 수 있다’는 저자의 무언의 호소가 들리는 듯하다. 하지만 현실은 냉혹하다. 컴퓨터등사용사기죄(형법 제347의 2조)의 적용대상을 넓히려는 입법자의 의사가 명백하게 표명된 형법 개정작업(2001.12.29) 이후에도 ‘재물’이라는 단어를 추가하지 못함으로 인해 그 입법자의 의사가 여전히 실무에서 관철되지 못하고 있는 저간의 사정이 그 답을 말해준다. 그러므로 법률규정에 표현된 문언의 문리적 의미를 밝혀내어 그대로 적용하는 일을 본분으로 삼는 판사에게서 입법자의 의사를 소리높여 외치는 일보다 하루빨리 법률규정의 자구를 수정하는 일이 훨씬 경제적이고 효과적인 방법이다. 저자는 이러한 점을 충분히 인식하면서도 “만연한 법률의 부지”라는 입법자 엄상섭 의원이 사용한 단어에 스스로 집착한다. 그 결과 ‘만연한 법률의 부지’가 아닌 경우에는 법률의 부지가 있어도 정당한 이유를 따져서 용서할 수 있는 해석론을 전개할 수 있다는 의견을 개진하고 있다. 하지만 엄상섭 의원의 “만연히 죄가 되지 아니한 것으로 오인한 것”이라는 설명(286쪽)은 전후문맥에 비추어 볼 때 정당한 이유가 인정될 수 없는 경우를 한마디로 축약하여 표현한 것 이상의 의미를 가지고 있지 못함을 저자도 모르는 바가 아닐 것이다. 요컨대, 법률의 부지를 법률의

착오와 다르게 취급하는 것은 “지지될 수 없는 착오법리”(325쪽) 때문이 아니라 실정법의 태도가 그렇기 때문이다.

2. 규범적 책임개념

입법자 엄상섭 의원의 지성에 감복하고 시대를 읽는 혜안에 매료된 이 책의 저자는 형법 제16조의 형법이론적 토대와 관련한 엄상섭 의원의 코멘트를 무비판적으로 수용하는 자세를 보이고 있다. 엄상섭 의원은 형법 제16조의 형법이론적 의의를 설명하는 글에서 규범적 책임론에서 고의의 내용으로서 사실의 인식 이외에 위법성의 인식까지를 요한다고 하면서 이에 대해 규범적 책임론 자체에 반대하는 학자나 실무가가 많은데 형법 제16조의 ‘정당한 이유’는 규범적 책임론에 대한 반대론자들의 우려를 잠재우기에 적합한 기능을 하는 것이라는 취지의 논지를 펴고 있다(143-146쪽의 요약). 이러한 엄상섭 의원의 논지는 사실의 인식 이외에 위법성의 인식을 고의의 요소로 보는 이른바 위법성인식필요설(엄격고의설)의 내용을 당대의 규범적 책임론의 핵심적 내용으로 평가하고 있다. 이 점은 “엄상섭은 우리의 입법자가 규범적 책임론에 입각해 위법성인식필요설을 수용했다는 점을 밝히고 있는 것이다”(144쪽)라는 부연설명에서 재차 확인되고 있다.

그러나 적어도 필자가 이해하는 한 오늘날의 규범적 책임론적 사고는 물론이고 당시의 규범적 책임론적 사고도 엄상섭 의원이나 이 책 저자의 이해방식과는 일정한 차이가 있다. ‘책임은 비난가능성’이라는 말로 요약되는 규범적 책임론은 책임을 행위에 대한 행위자의 심리적 관련성에서 찾는 심리적 책임개념에 대한 거부에서 등장하였다. 즉 책임의 본질이 고의나 과실이라는 심리적 요소에 있지 않고 고의나 과실이 있어도 비난가능성이 없을 때에는 책임을 조각한다고 평가할 수 있다는 평가적 요소에 있다는 것이 규범적 책임론의 핵심내용이다. 이러한 책임이해에 따르면 위법성의 인식도 행위자의 심리적 태도이므로 위법성의 인식 유무에 따라 책임비난이 결정되는 것이 아니라고 해야 한다. 규범적 책임론의 기본사상은 위법성의 인식을 고의와 별개의 책임요소로 보는 이른바 ‘책임설’이전에 엄격고의설은 물론이고 제한고의설의 입장에서도 기대가능성이론과 연계되어 수용될 수 있었다. 그에 따르면 행위자에게 고의나 과실이 있어도 적법행위에 대한 기대가 불가능하다고 평가될 수 있을 경우에는 행위자에게 면책의 길이 열릴 수 있었다.

엄상섭 의원은 물론이고 이 책의 저자도 심리적 책임론과 규범적 책임론의 관

계를 이렇게 설정하지 않고 있다는 점은 “심리적 책임론이 고의개념을 순수한 심리적 사실로서 결과에 대한 인식과 의사로서 규정되었던데 반해 규범적 책임론은 고의에 범죄사실의 인식 이외에 위법성의 인식까지도 요구된다고 본다”(144쪽)는 진술이나 “규범적 책임론에 의하면 고의의 내용으로서 위법성의 인식까지를 요하는 엄격고의설을 취하게 된다”(146쪽)는 언술 혹은 “... 형법이론적으로 고의에 범죄사실의 인식이외에 ‘위법성의 인식’을 요구하는 소위 규범적 책임론으로 전회한 것”운운에서 여실히 드러나고 있다. 뿐만 아니라 위법성인식필요설이 규범적 책임론의 내용과 무관하다는 우리의 이해방식대로라면, 위법성인식필요설을 취하게 될 때 생기는 형벌의 부당한 축소를 방지하기 위해 ‘정당한 이유’라는 요건을 새롭게 추가한 것이 “규범적 책임론 자체에 대한 논란 및 주저와 동일할 정도도의 신중을 기하는 학자 특히 실무가”들의 반론을 잠재우기 위함이라는 엄상섭 의원의 설명(143쪽) 역시 문제가 있기는 마찬가지이다. 위법성의 인식필요설을 취할 때 생기는 고의조각가능성의 확대에 대한 당시의 우려는 규범적 책임론에 대한 반대론으로 나타난 것이 아니라 고의조각의 문턱을 더 높이려는 제한고의설(위법성인식가능성설 또는 법과실준고의설 등)의 입장에서 제기된 문제점이기 때문이다.

3. 정당한 이유의 형법이론적 자리매김

규범적 책임론에 대한 오도는 형법 제16조에 표방되어 있는 책임개념의 진정한 규범화를 과소평가하거나 간과하는 태도로 이어지고 있다. 오늘날 고의에 위법성의 ‘인식’을 포함시키든(고의설) 포함시키지 않든(책임설) 형법 제16조는 행위자의 ‘인식’이라는 심리적 요소만을 가지고 행위자의 행위를 평가하지 않는다. 형법 제16조는 행위자가 법률의 착오를 일으켜 위법성을 인식하지 못하였다(즉 인식이 없더라도) 그 불인식의 이유 내지 사정을 헤아려 행위자를 비난할 수 있는가를 평가하는 과정을 거치도록 하고 있는데 인식/불인식의 문제에 덧붙여 비난가능성이라는 평가를 하게 하는 단서가 바로 ‘정당한 이유’라고 할 수 있다.

따라서 우리 형법 제16조에 나타난 규범적 책임론의 핵심 요체는 위법성인식 필요설에 있는 것이 아니라 ‘정당한 이유’에 있다. 엄상섭 의원은 물론이고 저자도 ‘정당한 이유’와 규범적 책임개념의 직접적 연관관계에 대해 주목하지 않고 ‘정당한 이유’에 대해 적절한 형법이론적 자리매김을 하지 않았기 때문에 정당한 이유의 해석과 관련해서도 사실관련성을 가진 ‘과실’과 연계시키고 있다. 그 결

과 특히 엄상섭 의원은 우리 형법 제16조를 자평하기를 “구성요건해당사실에 대해서는 고의, 위법성에 대해서는 과실이라는 이질적인 혼합이 고의범으로 비약”하게 되는 이론적 난점을 보이고 있다고 하면서 “규범적 책임론과 제16조의 법적 효과가 모순된다”고 자인하고 있다(151쪽). 하지만 정당한 이유의 관련객체인 위법성의 인식은 사실에 대한 인식과 별개로 자기 행위의 규범위반성에 대한 인식을 의미하는 것이기 때문에 ‘사실’의 불인식(또는 인식가능성)을 의미하는 과실 개념과 친화력을 가질 수 없는 이질적인 요소로 보아야 하며, 정당한 이유를 규범적 책임개념의 평가적 요소로 삼으면 정당한 이유유무에 따라 행위자의 형사 책임유무가 판가름나므로 ‘벌하지 않는다’라는 형법 제16조의 법적 효과와 아무런 모순관계가 생기지 않는다.

뿐만 아니라 이 책의 저자와 같이 형법 제16조의 이론적 토대로는 위법성인식 필요설이 타당하지만 형법 제16조의 법적 효과와 관련해서는 “위법성인식가능성 설이 동 조문을 무리없이 해석할 수 있는 대표적인 학설”(149쪽)이라고 분석하는 태도도 결국 ‘정당한 이유’의 형법이론적 위상을 염두에 두지 않고 있기 때문에 빚어질 수 있는 태도이다. 즉 위법성인식가능설에 의하면 행위자에게 위법성인식 가능성이 긍정될 경우에는 정당한 이유가 부정되어 행위자는 고의범으로 처벌되겠지만, 그 가능성이 부정될 경우에는 정당한 이유가 긍정되는데, 이 경우 행위자는 고의범으로는 처벌되지 않겠지만 과실범으로는 처벌될 여지가 여전히 남게 되는 문제를 설명할 길이 없어진다. 하지만 ‘정당한 이유’를 규범적 책임개념의 요체로 이해한다면 형법 제16조의 ‘벌하지 아니한다’라는 법적 효과와 관련해서 비난가능성(책임)이 탈락되어 고의범으로도 과실범 중 어느 것으로도 처벌할 수 없게 된다고 설명할 수 있으므로 엄격고의설, 제한고의설 더 나아가 책임설도 아무런 의미가 없어지게 된다.

더 나아가 정당한 이유가 법률의 착오영역에서 행위자에 대한 비난가능성여부를 평가하는 규범적 척도로서의 위상을 가지는 것임을 주목한다면 정당한 이유의 실질적 의미를 일본개정형법가안의 ‘상당한 이유’ 즉, “사회윤리적·상식적으로 무리가 아닌 경우”(324쪽)로 해석하는 태도도 수용할 수 없다. ‘상당한 이유’ 속에 내포되어 있는 사회윤리적 판단은 그 행위의 위법성판단에서 이루어지는 것인 반면, 책임비난의 평가적 요소인 ‘정당한 이유’판단에서는 보다 구체적인 행위자의 행위상황을 염두에 두어야 할 것이기 때문이다.

IV. 나오는 말

어떤 한 개인의 형법이론을 비판적인 시각에서 조명하는 것이 그 개인이 남긴 족적을 기리고 그 위업을 계승하는 일과 배치되는 일은 아니다. 어떤 개인의 범할 수 있는 오류가능성에 의혹을 제기한다고 해서 그 개인의 지성의 수준과 이념적 지평에 흠집을 내는 일은 더더욱 아니다. 결론적으로 말해 ‘법률의 착오론’은 그 누구도 쉽게 뛰어넘을 수 없는 훌륭한 연구서이면서도 그 자체 ‘엄상섭 의원’의 한계를 뛰어넘지 못하고 있다고 있다는 아쉬움을 주고 있다.