

위법성인식에 대한 연구*

박 상 진
건국대 교수

< 目 次 >

- I. 들어가는 말
- II. 위법성인식의 구체적 내용
- III. 나오는 말

I. 들어가는 말

책임비난을 가하려면 행위자가 법과 불법을 판단할 수 있었음에도 불구하고 불법을 택하였다는 점이 인정되어야 한다. 그렇지 못한 경우에는 행위자를 비난할 수 없다. 위법성인식은 행위 시 의사형성에 작용하여 반대동기를 형성하고, 규범에 따라 행동할 수 있도록 동기부여를 가능케 한다. 때문에 위법성을 인식하고도 위법행위로 나아갈 경우, 가장 무거운 책임비난이 가능하게 된다. 따라서 위법성인식은 책임비난의 핵심이다.¹⁾ 그러면 위법성인식의 구체적 내용은 어떤 것이 될까? 일반적으로 위법성인식이란 자신의 행위가 법적으로 허용되지 않거나 실질적으로 위법하다고 인식하는 것으로 파악된다. 문제는 그 구체적 내용이다. 이 점에 대해 본 논문은 검토하고자 한다.

* 심사위원 : 김성천, 성낙현, 이정원

1) Jescheck/ Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, §41 I. 1.

II. 위법성인식의 구체적 내용

1. 위법성인식의 대상범위에 대한 논의

1) 위법성인식에 대한 대상의 범위를 '사회정의나 조리'까지로 넓게 인정하고자 하는 입장에 대한 비판

대법원은 “범죄의 성립에 있어서 위법성인식은 자신의 행위가 **사회정의와 조리에 어긋난다**는 점에 대한 인식으로서 충분하며 구체적인 해당 법조문까지 인식할 필요는 없다”²⁾고 하여 위법성인식에 대한 대상의 범위를 사회정의나 조리까지로 넓게 인정하고 있다. 학자들 또한 ‘사회정의나 조리’ 외에 그 인식의 범위를 ‘반윤리성’³⁾이나 ‘반사회성 또는 사회적 유해성’⁴⁾에서 찾는 이들도 있으나, 이는 모두 전법률적(前法律的)인 규범위반에 대한 인식이 있으면 위법성인식이 존재한다고 보는 견해의 범주에 넣을 수 있다. 이와 같은 견해는 결국 위법성의

2) 대법원 1961.2.24. 선고, 형상 937 판결; 대법원 1987.3.24. 선고, 86도2673 판결.

3) 위법성인식의 범위를 ‘반윤리성(反倫理性)’으로 보는 학자로는 백남익, 형법총론, 1963, 230면; 허일태, 법률의 부지, 고시계, 1993. 10, 68면. 독일의 학자로는 Reinhard Frank, Armin Schlegel, August Köhler 등이 있고, 일본의 학자로는 龍川幸辰, 小野清一郎, 草野豹一郎, 莊子邦雄 등이 있다(Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 15. Aufl., 1924, S. 173; Schlegel, Das Unrechtsbewußtsein in strafrechtlichen Schuld begriff, GS Bd. 91, 1925, S. 231ff. insbes. S. 245; Köhler, Die Schuld als Grundlage des Strafrechts, GS Bd. 95, 1927, S. 433ff. und Bd. 96, 1928, S. 91ff; 龍川, 犯罪論序說, 1947, 127頁; 小野, 新訂刑法講義總論, 1950, 154頁; 草野, 刑法要論, 1956, 82頁; 莊子, 刑法總論, 1981, 350-1頁).

4) 위법성인식의 범위를 ‘반사회성(反社會性)’ 또는 ‘사회적 유해성’으로 보는 독일의 학자로는 M. E. Mayer, Eduard Kohlrausch, Arthur Kaufmann 등이 있고, 일본의 학자로는 平場安治, 佐伯千仞 등이 있다(M. E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, Strafrecht. Abh., Heft 50, 1903(Nachdruck : 1965), S. 78ff; ders., Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Lehrbuch, 1915, S. 233ff; Kohlrausch, Die Schuld, in: hrsg. v. Aschrott und v. Liszt, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, 1910, Bd. I., S. 217f; ders., Der Allgemeine Teil des Entwurfs 1925, in: hrsg. v. Aschrott und Kohlrausch, Reform des Strafrechts, 1926, S. 23ff; Arthur Kaufmann, Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949, S. 142ff; ders., Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 2. Aufl., 1976, S. 130ff; 平場, 法律の錯誤, 日本刑法學會編, 刑事法講座 第2卷, 1952, 357頁; 佐伯, 四訂刑法講義(總論), 1974, 252-3頁). 일본의 판례에도 위법성인식의 범위를 ‘반사회성’으로 판시한 예가 있다(最高裁 1949年 4月 9日 判決 [最高裁判所刑事判例集 3卷 4号 501頁]).

의미를 행위가 사회규범이나 윤리규범에 반하는 성격으로 파악하는 것이다.

그러나 위법성인식의 대상은 행위자의 구체적 행위의 '실질적 위법성'으로 파악하여야 할 것이다. 행위자에게 무거운 책임비난을 가하는 이유가 어디 있는가. 이는 위법성인식이 행위자의 의사를 법규범을 따른 행위로 동기부여하도록 작동하게 하기 때문이다. 그러기 위해서는 '위반한 규범의 법적 성격'을 반드시 인식하고 있어야만 되는 것이다.⁵⁾ 단순한 도덕위반이나 사회윤리적 비난, 사회침해성 등 전법률적 규범위반에 대한 인식만으로 법적 비난을 가하기에는 부족하다. 결국 '실질적 위법성'이란 적어도 이 의미에 있어서 이해되어야 한다. 즉 자신의 행위가 법질서에 반하여 법적으로 보호되는 이익을 실질적으로 침해한다는 대체적인 종합평가로서의 '실질적 위법성(實質的 違法性)(materielle Rechtswidrigkeit)'이 위법성인식의 범위가 될 것이다. 좀 더 생각해 보건대, 형법규범은 재판규범과 행위규범의 복합체이다. 위법성인식의 문제는 이 중 행위규범과의 관계에서 파악된다. 즉, 행위자가 일정한 행위(작위·부작위)가 금지·명령되고 있는 행위규범에 반하는 것을 인식하는 것이 위법성인식의 실체이다. 그러나 이 행위규범을 전법률적인 것에서 구해서는 안 된다. 여기서 행위규범은 재판규범의 이면에 존재하는 것이며, 그 위반 시에는 강제력이 수반되는 것인 이상, 법적인 색채를 띠고 있다. 때문에 여기에서의 행위규범위반에 대한 인식은 단순히 반윤리성·반사회성에 대한 인식만으로는 충분치 못하고, 법적으로 허용되지 않는다고 하는 인식이 아니면 안 되는 것이다. 같은 맥락에서 차용석 교수도 대법원의 견해는 윤리와 형법을 동일시하는 전근대적인 사고의 산물이라고 비판하고 있다.⁶⁾ 나아가 그 인식은 법규에 위배된다고 하는 형식적 위법성에 대한 인식이 아니고 실질적 위법성에 대한 인식임은 앞서 말한 바와 같다. 현재 우리나라의 다수 학자가 이 입장에 있다.⁷⁾ 독일에서도

5) Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2000, §10 Rn. 61.

6) 차용석, 위법성의 인식·위법성의 착오(上), 고시연구, 1993, 8, 25면.

7) 이를 가장 명확하게 밝히고 있는 학자는 임웅 교수다. "형법규범위반인지 혹은 행정법규범이나 민법규범의 위반인지를 알 필요도 없고, 단지 자신의 행위가 공동체의 법질서에 위배된다는 것, 즉 실질적으로 위법하다는 것, 법적으로 금지된다고 하는 인식을 가짐으로써 충분하다." (임웅, 형법총론, 2002, 292면) 이외의 학자들로는 김일수, 형법총론, 1996, 352면; 김종원, 위법성착오, 형사법학의 제문제, 권문택교수화갑기념, 1983, 22면; 배종대, 형법총론, 2007, 456-457면; 신동운, 형법총론, 2008, 397면; 손동권, 형법총론, 2007, 286면; 이재상, 형법총론, 2003, 319면; 이정원, 형법총론, 2008, 261면; 오영근, 법률의 착오, 고시계, 1994, 11, 79면.

‘의무위반’이라든지, ‘사회유해성(Sozialschädlichkeit)’이라고 하는 견해⁸⁾가 있었지만, 현재는 ‘행위가 법적으로 금지되어 있는 것’⁹⁾ ‘행위의 실질적 무가치성’¹⁰⁾으로 이해하는 것이 지배적이다. 판례 또한 “위법성인식이란 행위자 자신의 행위가 법적으로 허용되어 있지 못하고, 금지되어 있음을 알고 있는 것을 말한다”, “윤리적으로 비난받아야 된다는 인식만으로는 부족하다”고 보고 있다.¹¹⁾

한편 인식의 정도와 관련하여 형식적으로 구체적 법규에 위배된다는 인식이 지는 요하지 않고 자신의 행위가 현행법 질서에 어긋난다는 인식정도만 있어도 족하다고 본다. 이 점에 대해, 일본에서는 자연범의 경우에는 실질적 위법성인식으로 충분하지만, 입법자가 일정한 정책목적을 달성하기 위하여 인위적으로 설정해 놓은 행정범의 경우는 형식적인 법규위반의 인식이 필요하다는 견해가 있다.¹²⁾ 그러나 행정범도 실질적 위법성을 포함하는 것이며, 이 점에 있어 자연범과 다르지 않다고 생각한다. 따라서 행정범의 경우도 실질적 위법성에 대한 인식만으로 충분하다.¹³⁾ 오히려 행정범의 특수성은 사실인식의 측면에 있다. 이

8) 독일에서 위법성의 의미를 사회규범이나 윤리규범에 반하는 성격으로 파악하는 입장들은 전법률적인 사회규범인 문화규범(Kulturnorm)에서 행위규범을 구하는 마이어(M. E. Mayer)의 견해에 강한 영향을 받은 것이다. 마이어는 문화규범설의 입장에서 책임판단에 있어 행위자가 어떠한 법규범에 대한 인식이 있었는지는 중요하지 않고, 행위자와 전법률적인 규범복합체(vorjuristischer Normenkomplex)간의 관계가 중요하다고 하여 의무위반의 인식(가능성)이 책임의 전제조건으로 보았다. 그리고 이와 같은 마이어의 견해는 아르투어 카우프만(Arthur Kaufmann)으로 이어져 발전되었다. 카우프만은 행위자가 보호할 가치 있는 생활재(Lebensgüter)를 침해하거나 그 위험에 놓인 것을 인식하고 행동한 경우에는 책임이 있다고 보아, 형사책임을 지우기 위해서는 사회유해성(Sozialschädlichkeit)에 대한 인식이 필요하다고 보았다. 즉, 행위자가 사회유해성을 인식하여 행위를 한 경우에는 가령 법규상의 금지를 인식하지 못하였다 하더라도 그 행위가 의무에 반함을 인식하고 있다고 말할 수 가 있다(각주4 참조).

9) Jescheck/ Weigend. a.a.O., §41 I.3.a.; Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, AT, 5. Aufl., 1989, §17 Rn. 3; Cramer, in: Schönke/ Schröder, Strafgesetzbuch, 23. Aufl., 1988, §17 Rn. 5; Dreher/ Tröndle, Strafgesetzbuch, 45. Aufl., 1990, §17 Rn. 3.

10) Maurach/ Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilbd. 1, 8. Aufl., 1992, §38 Rn. 10ff; Blei, Strafrecht I, Allgemeiner Teil I, 18. Aufl., 1983, S. 198; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, 19/23f; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, §21 Rn. 12; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2005, §11 Rn. 28.

11) BGHSt.2, 194(202); 19, 295(299)(Urt. v. 5.5.1964); BGH GA 1969, S.61(Urt. v. 26.1.1968).

12) 龍川, 經濟事犯の死點, 同著, 刑事責任の諸問題, 1948, 219頁; 平場, 刑事法講座 第2卷, 358頁.

13) 福田平, 行政刑法(新版), 188頁; 板倉宏, 租稅犯と違法性の意識, 同著, 租稅刑法の基本問

를 유형적으로 직접 위법성인식의 환기가 가능한 사실의 인식으로 이해한다면, 위법성인식의 문제로 자연범과 굳이 구별할 필요는 없고, 양자의 차이는 위법성 인식에 관한 '사실상 가능성의 다소의 문제'로 드러날 것으로 생각된다.

2) 위법성인식에 대한 대상의 범위를 형법위반의 인식으로 한정하는 입장에 대한 비판

한편 위법성인식의 범위를 '실질적 위법성'으로 보는 이상의 견해에 대해 차용석 교수는 다른 각도에서 다음과 같이 비판을 한다. "흔히들 위법은 전법질서(全法秩序)에 비추어 허용되지 않는 반가치판단을 의미한다고 한다. 그러한 관점에서 민법·행정법·노동법 등에서 위법이라는 인식이 있으면 위법성의 인식을 인정한다고 한다. 그러나 전법질서(全法秩序)에 비추어 위법판단이 내려진다는 것은 민법·노동법 등에서의 위법이 바로 형법상의 위법으로 본다는 의미가 아니고 따라서 위법성의 인식도 민법 등 어느 법규의 위반이라는 인식으로는 족하다는 말이 아니다. 그것은 헌법을 비롯한 법질서 전체에 비추어 본 형법적 판단이라는 의미이다. 결국 형법상의 위법 또는 위법성의 인식을 말한다"라고 하여 그 대상을 형법상의 위법으로 한정하고자 한다. 나아가 위법성인식의 범위를 '실질적 위법성'으로 보는 견해는 개인주의 사상에도 반하는 것으로 본다. 논거는 다음과 같다. "민사상 불법행위라는 인식만으로써는 형법상의 범죄행위를 억제할 동기부여가 충분하다고 할 수 없다. 그렇게 보는 것은 행위자가 예기하지 않은 결과마저 그에게 요하는 것으로 되어 이것은 개인주의사상에 반하는 국가권위주의사상의 반영이라고 하겠다."¹⁴⁾ 그러나 위법성인식의 범위를 '형법위반에 대한 인식'으로만 한정하여 보는 것은 과잉한 요구이다. 물론 가장 무거운 책임비난을 근거지우는 것으로서 위법성인식의 관점에서 고려하는 것은 중요하지만, 반대동기의 형성은 형벌위협에 의해서만 가능한 것은 아니다. 법적으로 허용되지 않는 것에 대한 인식이 있으면, 반대 동기를 형성하고 자기의 의사를 법규범에 따른 행위로 동기지우는 것이 가능하다고 본다. 또한 법적 효과는 위법성의 귀결이며, 위법성의 내용은 아니기 때문에, 그 인식의 유무는 책임비난의 양적 차이에 머문다고 생각된다. 따라서 위법성인식의 대상은 행위자의

題, 1961, 136頁 참조.

14) 차용석, 앞의 논문, 27-28면.

구체적 행위의 '실질적 위법성'으로 파악되어야 할 것이다.¹⁵⁾

2. 미필적 위법성인식(Bedingtes Unrechtsbewußtsein)에 대한 논의

위법성인식을 굳이 확정적 형태로 가지고 있을 필요는 없다. 자신의 행위가 위법일 수 있다는 가능성을 인식하면서도 이를 감수하는 미필적 위법성인식만으로도 족하다고 본다. 이 점은 우리나라 독일, 일본의 경우도 같다.¹⁶⁾ 확정적이지 못한 위법성에 대하여 어떠한 심리상태를 범규범에 따른 행동으로 동기지을 수 있을 것인지에 관해 미필의 고의의 경우와 같은 다툼이 있다.¹⁷⁾ 우선, 미필적 위법성인식과 위법성착오간의 구별이 문제된다. 행위자가 자신의 행위에 대한 위법성에 무언가 의문을 품었지만, 법률상태가 명확하지 못하거나 명확한 법률 정보가 없거나 혹은 판례나 그 밖의 법률정보의 대립으로 인하여, 적법·위법에 대해 확정판단을 내릴 수 없는 상황에서 행위를 한 경우에, 위법성인식이 존재한다고 할 수 있을 것일지 아니면 위법성착오인지가 문제된다. 그리고 이 양자 구별의 기준은 미필의 고의와 인식 있는 과실간의 구별기준과 같은 문제를 발생시킨다. 다음으로 책임비난의 정도에 있어서 위법성에 대해 미필적으로 인식한 경우와 완전하게 위법성을 인식한 경우를 동일시할 수 있을 것인지가 문제될 수 있다.¹⁸⁾ 미필적 위법성인식 하에서 이루어진 행위 역시 확실한 위법성인

15) 그리고 여기서 위법성인식의 대상이 되는 위법성이란 "타율적인 실정법의 위반을 의미한다. 다만 그 실정법은 국민다수의 합의에 의하여 민주적으로 입법화된 정당한 법률이어야 한다. 만약 그 실정법이 헌법에 위반되는 악법이라면 그 법률은 헌법재판소에 의해 위헌재판을 받을 것이고, 그에 위반하는 행위에 대해서는 이미 위법성이 부정되어야 할 것이다. 즉 이 경우에는 위반법률이 정당한 것임을 전제로 한 책임비난의 문제는 생기지 않는다." (손동권, 앞의 책, 246면).

16) 배종대, 앞의 책, 461면; 손동권, 위의 책, 289면; Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, S. 118ff; Jescheck/ Weigend, a.a.O., §41. I.3.b. 판례로는 BGH JR 1952, S. 285 (Urt. v. 20. 5. 1952); BGHSt. 27, 202 (Beschl. v. 1. 6. 1977). 吉川經夫, 刑法總論, 1989, 196頁; 小野, 前掲書, 154頁; 平野龍一, 刑法總論II, 1975, 269頁 등이 있고, 판례로는 廣島高裁 岡山支 1950年 11月 22日 判決 [高等裁判所刑事判決特報 14号 155頁]; 最高裁 1996年 11月 18日 判決 [最高裁判所刑事判例集 50卷 10号 745頁].

17) Rudolphi, a.a.O., S. 118ff. 그리고 일본 문헌으로는 野崎和義, 未必的不法の意識-誤った法情報への信頼と禁止の錯誤, 中央大學大學院研究年報 15号 I-2, 1986, 129頁이하; 長井長信, 西ドイツにおける違法性の意識の限界論, 北大法學論集 36卷 5・6号, 1985, 79頁이하 참조.

18) Warda, Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewusstsein, Festschrift für Welzel, 1974, S. 499ff.

식하에 행하여진 행위와 같이 처벌된다고 여겨져 왔지만, 근래 독일에서는 형의 감경 또는 책임을 조각하자는 견해가 유력하게 주장되고 있다. 여기에서 형의 감경, 책임조각은 가능한가, 가능하다면 그 이론적 근거나 기준, 범위는 어떻게 정해야 할 것인지가 문제된다. 아래에서는 각각 문제되는 부분에 대해 논하기로 한다.

1) 미필적 고의와 미필적 위법성인식

독일에서는 미필적 위법성인식과 금지착오간의 구별기준이 미필의 고의와 인식 있는 과실의 구별기준과 같다는 견해가 다수이다.¹⁹⁾ 따라서 인식적 요소를 중시할지 아니면 의사적 요소를 중시하는가에 따라 가능성설, 개연성설, 무관심설, 진집설 또는 감수설 등이 대립하고 있다. ① 가능성설은 자신의 행위가 위법할지도 모른다고 하는 위법성 가능성에 대한 인식이 존재하면, 행위를 단념하도록 동기지을 수 있기 때문에 위법성인식이 존재한다고 보는 견해이다.²⁰⁾ 이 견해에 의하게 되면, 행위에 대한 위법성을 전혀 의심하지 않을 경우에만 금지착오가 인정되게 되어, 위법성인식의 범위가 가장 넓게 파악된다. ② 개연성설은 행위의 위법성을 (압도적으로)개연적이라고 생각할 경우에 위법성인식이 있다고 본다.²¹⁾ ③ 무관심설은 행위의 위법성가능성을 인식했지만 그 가능성에 대하여 무관심한 경우에 위법성인식이 존재한다고 보는 입장이다.²²⁾ ④ 진집설 또는 감수설은 행위의 위법성가능성을 진지하게 생각하여, 그 가능성이 있음에도 불구하고, 행위의 허용성을 신뢰하지 않거나 위법성을 감수할 경우에 위법성인식이 있다고 본다.²³⁾ 독일 판례는 위법하게 행위 할 지도 모른다 라는 인식이 있고, 그 가능성을 자신의 의사로 받아들일 경우에는 위법성인식이 존재하는 것

19) Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Aufl., 2006, §17 Rn. 5; Jescheck/Weigend., a.a.O., §41. I.3.b; Maurach/Zipf, a.a.O., §38 Rn. 34; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 1995, §21 Rn. 46.

20) Schröder, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriff, Festschrift für Sauer 1949, S. 246; Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1975, 10/70.

21) H. Mayer, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1967, S. 121.

22) Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S. 238; Armin Kaufmann, Der dolus eventualis im Deliktsaufbau, ZStW 70(1958), S. 86.

23) Jescheck/Weigend., a.a.O., §41. I.3.b; Jakobs, a.a.O., 19/29f; Fuchs Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil, I. 4. Aufl., 2000, S. 178.

으로 본다.²⁴⁾

고의설에 따르면 고의의 인식대상에 행위의 위법성도 포함되기 때문에, 미필적 고의의 경우와 동일한 심리상태의 기준으로 미필적 위법성인식의 존부를 판단하게 될 것이다. 책임설 또한 다음과 같은 근거로 동일한 기준이 도출될 수 있다. 책임비난은 행위자가 실현한 불법과 관련된 것이기 때문에, 책임비난의 중대성은 불법의 중대성에 따라 규정된다. 구성요건적 고의는 가장 높은 정도의 위법단계를 기초지우는 요소이며, 위법성인식은 최고도의 책임단계를 기초지우는 책임요소이다. 따라서 최고도의 책임단계를 기초지우는 책임비난은 고의에 의한 구성요건실현인 최고도인 위법단계와 관련될 때에만 가능하다. 때문에 고의와 위법성인식은 동일한 기준으로 규정되지 않으면 안 된다.²⁵⁾ 더불어 불법과 책임과의 균형을 유지하기 위해서는 주관적 측면은 같은 레벨을 이어야 한다.²⁶⁾

그러나 이러한 근거는 고의를 위법요소로 보는 입장에서만 타당한 것이다. 고의와 위법성인식을 독립된 별개의 책임요소로 파악하는 입장에서는 받아들이기 곤란하다. 고의는 구성요건적 결과의 실현의사이며, 의사형성에 있어 책임판단의 대상이 된다고 하는 의미에서 책임요소가 되는 심리적 활동형식이다. 이에 반해 위법성인식은 의사형성과정에서 있어 반대동기형성 가능성 여부가 문제가 되는 규범적 인식이다. 따라서 양자는 문제의 소재, 파악하는 방법이나 기능이 다른, 별개의 책임요소인 것이다. 또한 고의를 범죄사실의 인식과 인식사실을 실현하고자 하는 의지적 요소로 보는 입장에서는 인식 있는 과실과의 구별은 인식적 요소가 아니라 의지적 요소에서 구한다. 그렇지만 법규범에 따른 행위로 동기지우는 것을 가능케 하는 위법성인식의 본질은 지적·인식적 측면에 있다고 해석된다.²⁷⁾ 그리고 이 입장에서는 미필의 고의와 인식 있는 과실간의 구별기준을 그대로 위법성인식과 금지착오와의 구별에 전용할 수는 없고, 나아가 고의의 존부에 대한 판단기준과 위법성인식의 존부에 대한 판단기준이 필연적

24) BGH JR 1952, S.285(Urt.v.20.5.1952); BGHSt. 4, 1(Beschl. v. 23.12.1952); BGHSt. 27, 196(Kartellsenat. Beschl. v. 1.6.1977); BGH NSTZ 1996 S. 338(Urt. v. 7.3.1996).

25) Rudolphi, a.a.O., S. 129ff.

26) Küpper, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990, S. 173.

27) Armin Kaufmann, a.a.O., ZStW 70, S. 84ff; W. Schneider, Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1964, S. 71; Horn, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, 1969, S. 35; Warda, a.a.O., S. 501, 517ff; Joecks, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003[MK], §17 Rn. 23.

으로 동일할 필요는 없다고 생각된다. 따라서 미필적 위법성인식과 위법성착오는 위법성인식의 본질인 인식적 측면에서 구별되어야 할 것으로 생각된다.

2) 미필적 위법성인식 하에서 이루어진 행위의 처벌

미필적 위법성인식의 문제를 미필적 고의의 경우와 같은 것으로 생각하는 입장에서는 미필적 위법성인식 하에서 이루어진 행위도 확실한 위법성인식을 가지고 행하여진 행위와 그 질적 차이는 없다고 본다. 따라서 금지착오를 인정할 수 없기 때문에 고의범으로 처벌할 것을 주장한다. 같은 맥락에서 법률상태의 불명확성은 단지 양형상의 의미를 지니는 것에 지나지 않고, 그 위험성은 행위자가 부담하게 된다. 즉 위법할지 모른다는 인식이 존재하는 이상, 법규범에 따른 동기 지움은 가능하고 따라서 완전한 책임을 물을 수 있다는 논거이다.²⁸⁾

이에 미필적 위법성을 인식한 경우이더라도 금지착오를 인정하자는 입장에서는 다음과 같이 비판한다. 첫째, 이 경우에 완전책임을 묻게 되면 시민의 자유가 너무나 부당하게 제한될 것이라는 점이다. 법률상태가 불명확할 경우, 행동의 자유는 법률에 의해서가 아니고, 자기에게 불이익한 법률견해에 의해 한계지워져 버리는 결과를 초래한다.²⁹⁾ 둘째, 미필적 고의와 과실의 구분은 무죄내지는 큰 폭의 형의 감경과 연결되지만, 미필적 위법성인식의 경우는 반드시 그렇지 않고, 구체적 상황에 있어서 행위자에 대한 처벌을 책임주의와 일치시킨다는 형사정책적으로 바람직한 가능성을 여는 것에 지나지 않는다. 한편 금지착오로는 보지 않지만, 불처벌이나 형의 감경을 받아들이는 입장에서는 셋째, 자신의 행위가 적법하다는 정보를 신뢰하여 금지착오를 일으킨 경우에 면책이나 형의 감경이 가능하다면, 이 보다 더욱 신중한 태도를 취하여 자신의 행위가 위법할 수도 있다고 의심한 경우에 완전책임을 묻는다고 하는 것은 균형에 맞지 않고 공정한 형벌의 요청에 반한다.³⁰⁾ 넷째, 명확하지 못한 법률상태의 위험을 일방적으로 행위자에게 부담시키는 것은 책임주의나 법치국가원리에 반한다는 비판이 있다.³¹⁾ 생각건대, 위법성인식이 존재하는 것만으로 완전한 책임이 긍정되

28) Jescheck/ Weigend, a.a.O., §41. I.3.b; Lackner/ Kühl, a.a.O., §17 Rn. 4; Maurach/ Zipf, a.a.O., §38 Rn. 34; Lesch, Unrechtseinsicht und Erscheinungsformen des Verbotsirrtums, JA 1996, S. 504; 판례로는 BGH MDR 1955, S. 528(v. 3.5.1955).

29) Roxin, a.a.O., §21 Rn. 33.

30) Warda, a.a.O., S. 516.

는 것은 아니고, 그것에 의거하여 자신의 의사를 법규범에 따른 행위로 동기 지을 수 있는 것이 중요하기 때문에, 미필적 위법성인식의 존재는 그것 자체가 완전한 책임을 기초지우는 것은 아니다. 따라서 책임주의의 관점에서 볼 때 미필적 위법성인식 하에서 이루어진 행위이어도, 책임을 조각해야 할 경우가 있을 수 있다고 본다. 문제는 그 근거를 제시하고, 어떤 경우에 책임을 조각할 것인지 밝히는 데에 있을 것이다. 이 문제에 대한 접근은 본 논문의 논의를 벗어나므로 다음 기회에 논하기로 한다.

3. 수반인식(Mitbewußtsein)

행위자가 범행을 결심하기 전에 자기 행위의 위법성을 명확히 인지 한 뒤 의식적으로 그 행위를 수행할 경우에 위법성인식이 존재하는 것은 명백하다. 그러나 위법성인식은 ‘수반인식(隨伴認識)’의 형태로도 존재할 수 있다.³²⁾ 즉 행위시에 상황을 명확하게 인식하지는 못한 상태이더라도, 그리고 특별히 기억을 위한 노력을 기울이지 않더라도, 행위의 위법성을 일상적인 현실에서 인지할 수 있는 경우를 말한다.³³⁾ 즉 이러한 인식은 행위자의 잠재적 의식상태를 의미한다.³⁴⁾ 절도의 경우를 예로 들어보자. 우리는 어릴 때부터 타인의 물건을 훔치는 것이 금지되어져 있다는 사실을 집이나 사회를 통해 배워왔다. 그렇기 때문에

31) Rengier, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl, 2000[KK-OWiG], §11 Rn. 54; Velten, Normkenntnis und Normverständnis, 2002, S. 89, 315.

32) 隨伴認識의 이론은 플랏츠굼머(Platzgummer)에서 시작되었고(Die Bewusstseinsformen des Vorsatzes, Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage, 1964), 이 이론은 현재 널리 받아들여지고 있다. 프랏츠굼머는 위법성인식에 대해서는 언급하지 않았지만 록신(Roxin)이 수반인식이 위법성의 인식에도 타당하다고 보았다(Roxin, Literaturbericht, ZStW 78, 1966, S. 257).

33) 루돌피는 이와 같은 상태를 다음과 같이 표현하고 있다. “행위의 위법성을 특별한 기억을 위한 노력을 하지 않아도, 언제나 현실화 되어 알 수 있을 경우, 따라서 이와 같은 인식이 행위자의 피와 몸속에 스며든 경우”라 하였다(Rudolphi, SK StGB, §17 Rn. 14).

34) 이러한 정신적 현상을 플랏츠굼머는 隨伴認識(Mitbewußtsein), 슈미트호이저(Schmidhäuser)는 事物聯想的 違法性意識(sachgedankliches Unrechtsbewußtsein), 쉘베(Schewe)는 자기행위의 不法性으로의 定向性(Orientiertsein über das Unrechts-mässige des eigenen Verhaltens)이라는 용어로 표현하고 있다(Schmidhäuser, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, Festschrift für H. Mayer, 1966, S. 329; Günther Schewe, Bewußtsein und Vorsatz[Berlin/Neuwied: Luchter-hand, 1967], S. 135ff; 참조: Horn, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, 1969, S. 43; Blei, Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum, JA 1970, S. 205ff.).

특별한 의식적 성찰 없이도 외적인 행위과정에서 그러한 터부에 대한 인식이 병존해 있다.³⁵⁾ 이 경우에는 행위자의 인식에 있어 외형적·감각적으로 지각·표상된 행위는 그 사회의 윤리적·법적 의미와 분리하여 인식될 수 없기 때문에 외형적 행위의 인식과 그 위법성인식과는 '불가분일체(不可分一體)'로 존재하게 된다. 이와 같은 심리적 현상은 행위자가 자신의 행위에 대한 위법성을 분명하게 인지하지 못한 경우에도 존재하며, 이러한 현상 하에서의 행위자는 법적 금지·명령에 따를 것인지 아니면 부정할 것인가에 대한 결정을 요구받는다. 따라서 행위자가 자기행위의 위법성을 명백하게는 인지 못하고 단지 피상적으로만 인식한 경우이더라도, 약화된 형태이기는 하지만 완전한 책임이 존재한다고 본다. 이러한 수반인식 형태로서의 위법성인식은 상습범과 부작위범의 경우에 흔히 볼 수 있다. 그러나 수반인식의 형태로 위법성인식이 존재하는 경우에 현실적 위법성인식이 있는 경우처럼 의사를 법규범에 따른 행위로 동기 부여할 가능성이 있다고 볼 수 있을지에 대해서는 여전히 의문이 남는다. 특히 충동범과 격정범의 경우가 그러하다. 즉 행위자가 격정적 충동과 같은 심리적 극한상황으로 인해 수반인식조차 가지지 못한 경우를 어떻게 처리하여야 할 것인가가 문제될 수 있다. 생간진대, 이 경우에는 심신상실로 인한 책임무능력의 요건은 충족시키지 못하지만 적어도 위법성인식에는 영향을 끼쳐(잠재적 위법성인식³⁶⁾) 책임감경 내지는 책임배제의 조건은 될 수 있다고 생각한다.³⁷⁾

4. 위법성인식의 가분성

위법성인식은 무언가 위법한 행위를 행한다는 추상적 인식만으로는 부족하다. 당해 구성요건과 관련하여 구체화된 행위의 위법성을 인식하지 않으면 안 된

35) Eckhard Horn, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit: Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie(Strafrechtliche Abhandlungen; Neue Folge Bd. 5), Berlin, Duncker & Humboldt(1969), S. 43; Ruidolphi, SK StGB, §17 Rn. 14f; ders., Unrechtsbewußtsein, S. 150ff.

36) 잠재적 위법성인식이란 행위자가 행위 시에 아주 낮은 정도의 위법성인식을 지닌 경우라고 하나(김일수, 앞의 책, 355면; 배종대, 앞의 책, 391면), 이는 정확한 표현은 아니다. 잠재적 위법성인식이란 어디까지나 현실적인 위법성의 인식이 없고, 단지 위법성을 인식할 '가능성'이 있는 경우라 할 것이다. 존재론적으로 보면 위법성의 인식과 잠재적 위법성인식(혹은 위법성인식 가능성)은 유(有)와 무(無)의 관계에 있다(김성돈, 형법총론, 1998, 258면).

37) 김일수, 위의 책, 356면.

다.³⁸⁾ 그래야지만 비로소 당해 행위에 대한 의사를 법규범에 따른 행위로 동기지울 수 있고, 따라서 가장 무거운 책임비난이 가능하기 때문이다. 이는 특히 복수의 구성요건을 실현할 경우나 가중관계에 있는 구성요건의 경우에 중요한 의의가 있다고 생각된다.³⁹⁾ 즉 행위자가 수 개의 구성요건을 실현할 경우, 행위자는 그 모든 구성요건의 실질적 위법내용에 대하여 위법성인식을 가지고 있어야 한다. 따라서 수 죄가 경합하는 경우에는 각 죄에 대하여 위법성인식은 분리될 수 있으며 그에 따라 위법성착오도 각 구성요건에 상응하여 성립될 수 있다. 또 형의 가중적 범죄에 있어서는 기본범죄에 대하여 가중된 위법내용 즉 가중적 구성요건에 대해서까지 위법성인식이 존재하여야 한다. 이것이 이른바 '위법성인식의 가분성' 혹은 '위법성인식의 분리가능성의 원칙(Grundsatz der Teilbarkeit des Unrechtsbewußtseins)'이다.⁴⁰⁾ 위법성인식가분성의 원칙은 행위자 자신이 위법성을 인식할 수 있었던 한도 내에서만 책임을 져야한다는 책임이념을 충실히 하기 위한 것이다.⁴¹⁾

5. 비전문가적 위법성인식

위법성 판단에 있어 일반인에게는 법률전문가들처럼 기술적·전문적 판단을 요구하지는 않는다. 단지 자신의 행위가 법질서에 위배되어 규범에 대한 반대동기의 형성을 일으킬 정도의 인식이면 충분하다. 즉 행위 시에 자신의 행위의

38) 이를 위법성인식의 구성요건 관련성이라 부른다(김일수, 한국형법Ⅱ(총론下), 1992, 82면).

39) 행위의 일부에 대해서만 위법성인식이 존재하고 다른 부분에 대해서는 위법성착오가 생길 수 있다. 독일의 판례 중 BGHSt 15, 377(383)(Urt. v. 28. 2. 1961)는 가중적 구성요건의 경우는 기본적 구성요건의 '특별한 법익침해(spezifische Rechtsgutverletzung)'의 인식만으로도 족하다고 하였다. 이에 대해서는 학설의 비판이 강하다(Rudolphi, SK StGB, §17 Rn. 9; Cramer/ Sternberg-Lieben, SS, §17 Rn. 8; Schröder, LK, §17 Rn. 15; Maurach/ Zipf, a.a.O., §38 Rn. 41). 판례로는 BGHSt. 42, 123(130)(Urt. v. 10.4.1996). 이에 대한 비판으로는 Neumann, Die Schuldlehre des Bundesgerichtshofs-Grundlagen, Schuldfähigkeit, Verbotsirrtum, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof-Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000, S. 98.

40) Baumann/ Weber, Strafrecht AT, 9. Aufl., 1985, S. 421f. Jescheck, a.a.O., S. 409; Wessels, Strafrecht AT, 19. Aufl., 1989, S. 120. 판례는 BGHSt 3, 342 (Urt. v. 9. 12. 1952)의 판결에서는 위법성인식은 불가분한 것으로 보았지만, BGHSt. 10, 35(39) (Urt. v. 6. 12. 1956) 판결에서는 가분성을 긍정하였으며 이후 지금까지 위법성인식의 가분성은 확립되어 있다.

41) Rudolphi, a.a.O., Unrechtsbewußtsein, S. 10.

위법성에 대하여 '법률에 문외한인 사람의 인식'⁴²⁾만으로 충분하므로 행위자가 법률에 문외한인 사람들의 평가와 평행한 평가수준의 위법성인식을 가지면 족하다고 본다.

6. 상습범·확신범의 경우와 위법성인식

상습범이나 확신범의 경우에도 위법성인식이 있는가의 문제에 대해서, 실질적 위법성인식을 요하는 입장에서도 이를 적극적으로 해석할 수 있다고 생각한다. 우선 상습범인의 경우, 행위를 반복하는 동안에 위법성인식이 희박화되거나 마모될 수 있다는 지적이 있지만, 오히려 전과로 인해 자신의 행위가 법적으로 허용되지 않음을 쉽게 확인할 수 있으므로 실질적 위법성인식이 결여되었다고는 볼 수 없을 것이다. 확신범의 경우에도 자기 행위의 정당성을 믿고 행동하기 때문에 위법성인식이 존재하지 않는다는 지적이 있다. 그러나 여기에서 요구되는 위법성인식은 앞서 살펴 본 바와 같이 반윤리성·반사회성에 대한 인식이 아니라 재판규범의 이면에 있어서 법적 색채를 띤 행위규범에 반하는 점에 대한 인식인 것이다. 따라서 자신의 가치관에 의해 행위를 정당화하여도 자기의 행위가 현행 형벌법규(재판규범)에 위배되는 것을 아는 이상 실질적 위법성에 대한 인식은 존재한다고 말할 수 있다. 법질서의 실효성은 개개인이 그 규범체계에 동의하는가에 좌우되는 것이 아니라 그 공동체가 행하는 규범정립활동에 근거를 두고 있기 때문이다.

III. 나오는 말

이상으로 위법성인식의 구체적 내용을 살펴보았다. 특히 본 논문에서 주안을 둔 것은 위법성인식의 대상범위와 관련된 논의와 미필적 위법성인식에 대한 논의이다. 먼저 위법성인식의 대상범위와 관련해서는 ① 전법률적 규범위반의 인식으로 파악하자는 견해, ② '실질적 위법성'에 대한 인식으로 파악하자는 견해 ③ 형법적 위법성 또는 가벌적 형법위반의 인식으로 보는 견해가 대립하고 있다.

42) BGHSt 10, 35(41); Jescheck, a.a.O., S. 408; Bockelmann, Strafrechts, AT, 3. Aufl., 1979, S. 126.

그리고 이와 같은 대립은 문제되는 위법성착오의 범위의 차이로 드러난다. 앞서 논증한 바와 같이 위법성인식의 대상은 행위자의 구체적 행위의 '실질적 위법성'에 대한 인식으로 파악되어야 할 것으로 본다. 다음으로 미필적 위법성인식과 관련된 논의에서 본 논문은 두 가지 측면을 다루었다. 먼저 미필적 위법성인식과 위법성착오간의 구별의 문제와 미필적 위법성인식 하에서 이루어진 행위에 대해 형의 감경이나 책임조각이 가능한가에 대한 논의가 그것이다. 전자의 문제는 결국 미필적 위법성인식과 위법성착오는 위법성인식의 본질인 인식적 측면을 고려하여 구별되어야 할 것으로 본다. 후자의 문제는 미필적 위법성인식의 존재 자체가 완전한 책임을 기초지우는 것이 아니므로 책임주의의 관점에서 미필적 위법성인식 하에서 이루어진 행위이어도, 책임을 조각해야 할 경우가 있을 수 있다고 생각된다. 그리고 본 논문은 위법성인식이 수반인식 형태로 존재할 수 있는가, 행위자가 수 개의 구성요건을 실현할 경우, 각 죄에 대해 위법성인식은 분리될 수 있는가, 그리고 위법성 판단에 있어 어느 정도의 전문적 판단이 필요 한가 등에 대해서 고찰하였다.

주제어 : 위법성인식, 미필적 위법성인식, 수반인식, 책임비난가능성

참 고 문 헌

- 배종대, 형법총론, 2007.
 백남억, 형법총론, 1963.
 손동권, 형법총론, 2007.
 신동운, 형법총론, 2008.
 오영근, 법률의 착오, 고시계, 1994. 11.
 이재상, 형법총론, 2003.
 이정원, 형법총론, 2008.
 임 웅, 형법총론, 2002.
 차용석, 위법성의 인식·위법성의 착오(上), 고시연구, 1993. 8.
 허일태, 법률의 부지, 고시계, 1993. 10.
- Baumann/ Weber/ Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 1995.
 Blei, Strafrecht I, Allgemeiner Teil I, 18. Aufl., 1983.
 Dreher/ Tröndle, Strafgesetzbuch, 45. Aufl., 1990.
 Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Aufl., 2006.
 Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 15. Aufl., 1924.
 Fuchs Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil, I. 4. Aufl., 2000.
 Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 3. Aufl., 1989.
 Jescheck/ Weigend. Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996.
 Joecks, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003[MK].
 Lesch, Unrechtseinsicht und Erscheinungsformen des Verbotsirrtums, JA 1996.
 Kaufmann, Arthur, Das Unrechtbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949.
 Kaufmann, Armin, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, ZStW Bd. 80, 1968.
 Köhler, Die Schuld als Grundlage des Strafrechts, GS Bd. 95, 1927.
 Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2005.
 Küpper, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990.
 Mayer, M. E, Rechtsnormen und Kulturnormen, Strafrecht. Abh., Heft 50,

1903 (Nachdruck: 1965).

Maurach/ Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilbd. 1, 8. Aufl., 1992.

Neumann, Die Schuldlehre des Bundesgerichtshofs-Grundlagen, Schuldfähigkeit, Verbotsirrtum, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof-Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, 2000.

Roxin, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, in: Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, 1979.

_____, Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien, in: Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, 1974.

_____, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., 2006.

Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, AT, 5. Aufl., 1989.

Schlegel, Das Unrechtsbewusstsein in strafrechtlichen Schuldbegriff, GS Bd. 91, 1925.

Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2000.

Warda, Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewusstsein, Festschrift für Welzel, 1974.

瀧川, 犯罪論序説, 1947.

小野, 新訂刑法講義總論, 1950.

草野, 刑法要論, 1956.

莊子, 刑法總論, 1981.

佐伯, 四訂刑法講義, 1974.

平場, 法律の錯誤, 日本刑法學會編[刑事法講座第2卷], 1952.

板倉宏, 租稅犯と違法性の意識, 同著, 租稅刑法の基本問題, 1961.

野崎和義, 未必的不法の意識-誤った法情報への信賴と禁止の錯誤, 中央大學大學院研究年報15号 I-2, 1986.

長井長信, 西ドイツにおける違法性の意識の限界論, 北大法學論集36卷 5・6号, 1985.

[Zusammenfassung]

Eine Studie über Rechtswidrigkeitsbewußtsein

Park, Sang-Jin

Professor, Konkuk Univ.

Rechtswidrigkeitsbewußtsein ist der Kernpunkt von Vorwerfbarkeit. Rechtswidrigkeitsbewußtsein bildet die Gegenmotive durch die Willensbildung bei Tathandlung und bietet auch eine Motivation an eine Handlung nach Norm auszuführen. Wenn man mit Rechtswidrigkeitsbewußtsein eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, ermöglicht dies die schwerste Vorwerfbarkeit im Bereich von Schuld. Was ist Rechtswidrigkeitsbewußtsein konkret? Rechtswidrigkeitsbewußtsein ist das Bewußtsein überhaupt, einschätzen zu können, ob eine Tathandlung rechtlich nicht erlaubt oder materiell bzw. wesentlich rechtswidrig ist. Dabei geht es wiederum um die konkrete Art der Tathandlung. Die folgende Arbeit untersucht diesen Schwerpunkt mithilfe eines Vergleiches von Theorie und Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland bezüglich dieser Thematik.

Der inhaltliche Punkte sind die Diskussion über Gegenstandsbereich von Rechtswidrigkeitsbewußtsein und bedingtes Unrechtsbewußtsein. Und diese Arbeit untersucht folgende wichtige Kategorien : erstens, kann das Rechtswidrigkeitsbewußtsein in der Form von Mitbewußtsein dabei zu sein? zweitens, wenn ein Täter mehrere Tatbestände verwirklicht, kann das Rechtswidrigkeitsbewußtsein gegen jeweilige Verbrechen isolieren bleiben? - sog. Grundsatz der Teilbarkeit des Unrechtsbewusstseins und letztens, inwieweit braucht man eine fachkundige Beurteilung in Rechtswidrigkeitsurteil?

Schlüsselwörter : Unrechtsbewußtsein, Bedingtes Unrechtsbewußtsein,

Mitbewußtsein, Vorwerfbarkeit