

국가형벌권 남용을 정조준한 절제된 논증

서평: 조국 著, 『절제의 형법학(제2판)』

안 성 조*

‘국가형벌권 남용을 정조준한 절제된 논증’이라는 표제가 이 책, ‘절제의 형법학’에 대한 서평 제목으로 제법 잘 어울린다고 생각한다. 저자인 조국 교수의 표현을 빌려¹⁾ 평하자면, 이 책은 한 마디로 ‘국가형벌권의 자제와 억제’에 관한 것이다. 총 20장의 개별 주제는²⁾, 일관되게 형벌의 겸역성 내지 보충성, 즉 과도한 형벌권 행사의 제한원리와 그 구체적 적용사태에 관한 것이기 때문에 ‘국가형벌권 남용을 정조준’ 했다는 뜻이다. 또 관련 논거와 사례를 설득력 있게 제시한 문투(文套)와 수사(修辭)의 측면에서, 특정 논증방식에 몰입하거나 어느 한쪽 관점에 기울어 있지 않기에, 고도로 ‘절제된’ 논증 스타일을 보여주고 있다는 뜻이다. 어느 특정 방법론에 입각하지 않고 적소에서 이를 고르게 활용해 가며 법적 논증을 한다는 것은 매우 힘든 작업이다. 저자는 판례가 범하고 있는 법리적 오류를 해석론적으로 검토하는데 머물지 않는다. 실증적 연구자료를 원용하고(제2장), 입법론을 제안하거나(제9장), 입법수준의 과감한 해석론을 제시하기도 하며(제5장), 국제인권법에 주목하지만(제1장),

논문접수일 : 2015. 10. 26.

게재확정일 : 2015. 12. 07.

* 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 부교수

- 1) 저자의 다른 책에서 빌려온 것이다. 조국, 보노보 찬가, 생각의 나무, 2009, 100면.
- 2) 제1판은 총 18개의 주제를 다루고 있었다. 서평 대상도서인 제2판에는 제1판 출간 후 발표한 두 개의 논문 ‘정치권력자 대상 풍자·조롱행위의 과잉범죄화 비판’과 ‘공직선거법상 사실적시 후보자비방죄에 대한 비판적 소론(小論)’을 수록하였다고 저자는 밝히고 있다. 조국, 절제의 형법학(제2판), 박영사, 2015 서문 참조. 지난 학기 “로스쿨에서 학자가 되는 길”이란 주제의 전문가 초청 특강을 위해 제주대를 방문한 저자는 감사하게도 이 책을 필자에게 증정해 주었고, 본 서평을 쓰게 된 계기가 되었다.

이를 맹목적으로 숭앙하는 입장도 아니다(제4장). 법철학적 근거나(제16장) 관련 조문의 입법연혁(제6장), 외국의 입법례도(제15장) 필요한 범위 내에서 제한적으로만 검토한다. 문학작품과 예술작품 및 영화와 만화를 소개하기도 하고(제14장), 긴 논지를 요약, 제시하는 대신 해안과 통찰력이 번뜩이는 타인의 글을 간명히 인용해 결론에 갈음하기도 한다(제8장). 그러면서도 독자들로 하여금 시비판단을 내리는 데 있어서 어느 한 부분이 특별히 부족해 미심쩍다는 인상을 받게 만들지 않는다. 각 주제마다 저자는 인간의 본성에 대한 깊은 성찰을 토대로 변화된 사회상을 직시할 것을 요청하면서도, 과거와 현재를 오가며 “균형을 잡기 위해 끊임없이 흔들린다.” 법적 논증이 이 정도로 절제된 방식이라면, 그 자체만으로 가히 성공적이라고 말할 수 있지 않을까? 제2판 서문에서 밝히고 있듯이 저자의 한국연구재단 학술논문 총피인용 횟수가 수위를 차지하고, 저자가 이 책에서 비범죄화를 주장한 혼인빙자간음죄와 간통죄에 대해서 최근 차례로 위헌결정이 내려진 것도, 저자의 논증이 성공적임을 보여주는 증좌로 해석할 수 있을 것이다.

무릇 형사법학자는 평생 두 가지 과제를 떠안고 산다. 하나는 시대의 변화에 따라 끊임없이 새롭게 등장하는 사회유해적 행위와 행위자³⁾를 발견하고 이를 처벌할 수 있도록 이론적 논거를 고안하는 것이고, 다른 하나는 국가권력의 형벌권남용을 견제하고 억지하는 것이다. ‘절제의 형법학’은 이 중, 후자에 초점을 맞춘 책이다.⁴⁾ 근대 이후 형법의 보충성은 확고한 원칙으로 자리매김 되었지만, 오늘날 형법은 사회통제의 최후수단(ultima ratio)이 아닌 최우선수단(prima ratio)으로 각종 사회문제에 개입하는 경우가 많다.⁵⁾ 이러한 실태에 대해 “형법이라는 강한 독성의 약을 남용하면, 시민사회의 자기치유력

3) 형법상 행위자의 범위를 개인이 아닌 ‘단체’나 ‘집단’으로까지 확장하려는 이론적 시도로는 조병선, “형법에서의 행위자의 특징: 개인책임과 단체책임”, 「서울대학교 법학」 제50권 제2호, 2009와 안성조, “플레처의 집단책임론에 대한 비판적 재론”, 「서울대학교 법학」 제51권 제1호, 2010 참조.

4) 저자가 향후 출간하려 하는 ‘개입의 형법학’은 전자에 주목한 책일 듯하다. 경향신문(2014년 12월 27일자), 20면 참조.

5) 이 점에 대해서는 빈프리트 하세머/배종대·윤재왕 역, 범죄와 형벌, 나남, 2011, 170-171면 참조.

은 떨어지고 형법 동원에 대한 내성만 높아질 것”이라는 저자의 통찰과 확고한 신념은 이 책에 잘 투영되어 있다. 또 “국가, 특히 권위주의국가는 자신의 체제유지를 위해 형법을 최우선수단으로 사용하고 싶어”하기 때문에 이를 항상 경계해야 한다는 저자의 형법관은 이 책의 모든 주제를 일관되게 관류하고 있다. 형벌로 특정한 도덕을 강요하고, 표현의 자유를 억압하며, 사형제를 폐지하지 않는 것도 이러한 맥락에서 이해될 수 있을 것이다. 이제는 고전적 원칙이 되었지만, 형사법을 연구하고 적용하며 집행하는 전문가들과 일반 독자들 모두에게 형법의 보충성이 지닌 미덕을 오늘날 다시 한 번 재음미할 수 있는 계기를 마련해 준다.

나는, 몇 해 전 출간한 한 저서에서⁶⁾ 형법과 인접학문을 융합한 학제적 연구방식이 우리 학계와 실무에 보다 널리 확대될 수 있기를 호소한 바 있다. 또한 그러한 연구가 일반 독자를 포함해 ‘누구나 이해가능한 방식으로’ 수행될 수 있기를 간청한 바 있다. ‘융합연구’는 더 이상 새로운 분야도 아니다. 거의 모든 학문이 다른 학문 분과와 대화하고 있다고 보아도 과언이 아닐 것이다. 법학이 해석학(Hermeneutik)과 만나고, 경제학과 인지과학(cognitive science)의 도움을 받으며, 문학과 이야기를 나누는 것은 이제 흔한 풍경이 되었지만, 다른 학문의 행보는 훨씬 빠르다. 이미 게임이론은 진화론과 만나 좋은 성과를 거두고 있고,⁷⁾ 전혀 대화가 이루어 질 것 같지 않은, 음악과 미술과 미학도 진화론에 귀 기울이는 형국이다. 포르노그래피의 확산현상에 대한 원인분석도 문화진화론의 일 분야인 밈이론(memetics)⁸⁾이 한몫을 담당하고 있다.⁹⁾

6) 拙著, 안성조, 현대 형법학 제1권 - 이론과 방법 - 경인문화사, 2011의 서문 참조.

7) 예를 들어 Robert Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, Basic Books, 2006과 톰 지그프리트/이정국 역, *게임하는 인간 호모루두스*, 자음과 모음, 2010을 참조할 것.

8) ‘밈’이론에 따르면 ‘모방’을 통해 전달될 수 있는 모든 것은, 최초의 복제자인 유전자처럼 자연선택의 원리에 따라 진화하는 일종의 ‘복제자’라고 하며, 이들을 일컬어 ‘밈(meme)’이라 한다. 언어와 제도, 법률, 아이디어, 건축양식, 미술양식 등 일체의 문화적 양식 등이 여기에 포함된다. 이들은 유전자가 ‘생식’을 통해 복제되는 것과는 달리 인간의 뇌를 이용해 ‘모방’을 통해서만 복제될 수 있고, 자신들의 생존공간인 인간의 뇌 용량을 서로 차지하기 위해 경쟁한다. 여기서 ‘모방’은 ‘넓은 의미’로 사용되는 용어이다. 누군가 다른 사람에게 어떤 이야기를 들려주었는데, 그가 이야기의 개요를 기억했다고 또 다른 사람에게 다시 들려준다면 그 과정도 모방이다. 의식적으로 어떤 행동이나 표현을 정확하게 모방하는 것은 아니더라도 무언가가 ‘어떤 과정’을 거쳐 뇌에서 뇌로 건너 뛸 수 있다면 그 ‘어떤 과정’은 모방이 된다.

이러한 상황에서 ‘절제의 형법학’은 매우 고무적인 연구서이다. 저자는 형사법 학자이지만, 매 주제마다 헌법¹⁰⁾ 및 국제인권법과 소통하려고 노력하며, 당면한 문제상황을 냉철히 진단함에 있어서 인접학문의 연구성과에 귀를 기울인다. 인접학문과의 소통, 특히 진화심리학에 대한 저자의 관심과 이를 원용한 융합적 논증 및 수사(修辭)의 기법은 과거 출간한 ‘보노보 찬가(생각의 나무, 2009)’에서도 이미 표출된 바 있다. 공동조상에서 갈라져 나온¹¹⁾ 인간과 침팬지, 보노보를 대비시키면서,¹²⁾ 인간에게는 침팬지의 부계중심적 폭력적 권력 투쟁 성향, 남성지배 성향만 있는 것이 아니라 보노보의 모계중심적 약자들봄 성향, 남녀평등적 성향도 있음에 주목하면서, 우리 내부의 보노보를 들여다보 자고 통언하는 조국 교수의 호소는 지금도 우리의 심금을 울린다. 그리고 ‘보노보 찬가(讚歌)’는 이제 다른 형태로 ‘절제의 형법학’ 곳곳에서 울려 퍼지고 있다.¹³⁾

법학만큼 세상과의 소통이 절실한 학문도 드물다. 또 법적 논증은 고도로 ‘지향적 성격(intentionality)’을 띠는 작업이다. ‘소통을 기대하며’ 무언가 ‘겨냥하는’ 작업이란 뜻이다. 공감능력이 없는 자폐증 환자에게는 타인과의 관계에서 지향성을 관념하기 어렵다. 우리도 ‘학문적 자폐증’에 빠지지 않도록 경계

‘밈(meme)’ 개념은 리처드 도킨스가 창안했으며, 수전 블랙모어가 발전시켰다. Richard Dawkins, *The Selfish Gene*, Oxford University Press, 2006, 189면 이하와 수전 블랙모어/김명남 역, 밈, 바다출판사, 2010을 참조. 잘 알려져 있다시피 이 용어는 리처드 도킨스가 ‘모방’과 관련된 그리스어 ‘Mimeme’을 ‘유전자(gene)’의 음과 비슷하게 축약해 만든 신조어이다.

9) 장대익, “포르노그래피의 자연사: 진화·신경학적 접근”, 『비평과 이론』 제17권 제1호, 2012, 276면 이하 참조.

10) 절차법인 형사소송법과 달리 실체법인 형법의 경우, 비교법적으로 보더라도 이에 대한 헌법적 한계를 검토할 수 있는 사례는 많지 않아 보인다. 특히 미국의 경우 실체형법에 대해 의미가 있다고 할 만한 헌법적 제약(meaningful constitutional constraints)은 거의 없다고 한다. 이 점에 대해서는 M. Dubber & T. Hörnle, *Criminal Law - A Comparative Approach*, Oxford University Press, 2014, 107면 이하 참조. 그럼에도 불구하고 거의 모든 장마다 철저하게 관련조항의 위헌성 여부를 검토하려고 시도하는 저자의 태도는 대단히 주목할 만하다.

11) 이 점에 대한 상세한 설명은 제레드 다이아몬드/김정흠 역, 제3의 침팬지, 문학사상, 2015, 43면 이하 참조.

12) 조국, 앞의 책(각주 1), 12-19면 참조.

13) 예컨대 성적 소수자(제7장), 성판매자(제16장), 근로자(18장), 소비자(제19장) 등 사회적 약자에 대한 배려의 태도가 잘 드러나고 있다.

할 필요가 있을 것이다. '절제의 형법학'은 이런 측면에서 '소통의 형법학'이란 별칭을 얻어도 되지 않을까 싶다. 더욱이 저자의 필치를 보면 설령 법을 전공하지 않은 독자라 하더라도 쉽게 읽어 내려갈 수 있을 만큼 소통지향적이다. 쉬운 글은 쉽게 잊혀 질 수도 있고, 현학적 글쓰기를 선호하는 독자들에게는 호소력이 덜할 수도 있다. 하지만 보다 많은 독자층을 확보해 지식과 신념을 전파하는 데 있어서 훨씬 효과적일 뿐만 아니라, 학문적 검증이 수월해져 공론의 장에서 '논박'에 의해 더욱 보편적인 진리로 자리잡을 수 있다는 이점이 있다. "부족시대에는 주술사, 중세에는 성직자, 오늘날에는 법률가가 있다"는 프레드 로델의 신랄한 비판¹⁴⁾은 오늘날에도 분명 진실된 측면이 있다. 이 책은 법률전문가들이 '로델의 우려'를 어떻게 씻어낼 수 있는지, 그 전범을 보여준다.¹⁵⁾

개별 주제에 대한 개관과 총평은 이미 여러 서평에서 다루어졌기 때문에¹⁶⁾ 여기서 상세히 다루지 않으려 한다. 다만 본서에 수록된 논문 중에서 '사실적시 명예훼손죄 및 모욕죄의 재구성'이란 글은 '명예훼손죄와 모욕죄'를 주제로 한 어느 학술회의에서 나도 발표자로 참여한 가운데 접했던 내용이므로 특별히 관심이 가고, 또 제2판에 새롭게 수록된 두 편의 글, '정치권력자 대상 풍자·조롱행위의 과잉범죄화 비판'과 '공직선거법상 사실적시 후보자비방죄에 대한 비판적 소론' 역시 이와 밀접한 연관이 있으므로 이 세 편의 주제에 대한 소감을 간략히 적어두고자 한다.

위 세 편의 글은 저자의 공통된 견해를 토대로 하고 있다. 그것은 공적 사안에 관한 한, 공인이나 정치권력자는 시민들로부터 온갖 풍자와 조롱과 비판을 감내해야 한다는 것이다. 시민들이 비록 모욕과 명예훼손과 비방을 가할지

14) 프레드 로델은 법현실주의자로 예일 로스쿨의 헌법 교수를 역임했다. 프레드 로델/이승훈 역, 저주받으리라, 너의 법률가들이여!, 후마니타스, 2014 참조.

15) 우연하게도, '절제의 형법학(제2판)'은 내가 '현대형법학 제2권'의 출간을 준비하던 과정에서 접하게 되었다. 제2권의 주제는 '형법과 진화이론'이다. 진화생물학, 진화심리학과 밍이론의 관점에서 과거와 현재의 형벌제도를 조명할 예정이다. 이러한 학술적 접근은, 어쩌면 '보노보 찬가'에서 일정부분 영감을 얻었는지도 모르겠다.

16) 이 점에 대해서는 특히 이용식, "조국 저, 「절제의 형법학」에 대한 서평", 「서울대학교 법학」 제56권 제1호, 2015, 253-276면 참조.

라도, 이들의 행위는 표현의 자유에 의해 보호받아야 한다는 것이다. 민주주의의 건강한 작동을 위해 비범죄화가 필요하다는 취지다. 그것은 저자가 강조하는 형법의 보충성에서 오는 자연스러운 귀결이며, 국가형벌권남용을 억지하는 실천적 방책이기도 하다. 이에 세 편의 논문은 각기 다른 주제에 대해서 공통된 논지를 펼친다. 우선 형법 개정을 통해 '공적 사안'과 관련한 '공적 인물'에 대한 명예훼손을 비범죄화할 것을 제안한다. 그러면서도 공적 사안과는 무관한, 공인¹⁷⁾ 또는 사인에 대한 사실적시 명예훼손의 경우는 처벌의 여지를 남겨둔다. 사실적시 명예훼손의 전면적 비범죄화 주장에 대해서는 누구나 약간의 거부감을 가질 수 있다. 표현의 자유도 중요하지만 명예는 동서고금을 통해 매우 중요한 법익으로 취급되어 온 것도 사실이기 때문이다.¹⁸⁾ 그러므로 결론적으로, 매우 '절제된', 균형감 있는 입법론이라 평할 수 있을 것이다. 다만, 저자가 제안한 개정안의 사실적시 명예훼손죄의 경우, 어떤 이유에서 현행 형법 조문에는 없는 '비방할 목적'이라는 초과주관적 구성요건요소를 추가해 목적범으로 규정해야 하는지, 공적 사안에 관련한 공인대상 명예훼손의 비범죄화를 '위법성 조각'이 아니라 애당초 '구성요건해당성이 없도록' 입법화하는 것은 불합리한지에 대해 부연설명이 있으면 더 좋을 것 같다. 다음으로 공직선거법 제251조의 사실적시 후보자 비방죄의 경우도, 후보자 관련 '공적 사안'을 이유로 후보자를 비방하는 것은 비범죄화해야 한다는 해석론을 제시한다. 후보자 관련 '사적 사실'에 대한 인신공격만을 본죄의 적용대상으로 보아야 한다는 것이다. 표현의 자유에 대한 '위축효과(chilling effect)'를 최소화하기 위한 해석론이다. 이러한 입장의 연장선상에서 저자는 정치권력자 대상 풍자나 조롱행위, 이를테면 스프레이 페인트로 글씨나 그림을 넣는 '그래피티(graffiti)' 행위나 조롱조의 포스터나 유인물을 제작, 배포하는 행위의 경우 '당벌성'과

17) 저자는 공인을 "당사자가 중요한 사회적 관심사와 직접적으로 관련이 있거나 당사자의 지명도에 비추어 당사자의 행위가 사회 구성원 다수의 관심을 유도할 수 있는 위치에 있는 사람"이라고 정의한다.

18) 명예와 평판에 대한 선호나 욕구는 진화심리학적으로도 인간의 뿌리 깊은 본성이다. 즉 명예와 평판은 일부 문명화된 사회에서만 중요시되던 법익이 아니다. 수만 년 전 우리의 원시 조상들에게도 명예와 평판의 유지는 그들의 삶을 영위하는 데 있어서 매우 중요한 문제였다. 이 점에 대해 데이비드 버스/이충호 역, 진화심리학, 웅진 지식하우스, 2012, 479-480면 참조.

‘형벌필요성’의 요건을 충족시키지 못하므로 형법으로 규제해서는 안 되고, 관련 구성요건을 설정하고 있는 경범죄처벌법으로 의율할 수 있겠으나 이 경우에도 경찰서장이 훈방조치해야 한다는 논지로 나아간다. 사회유해성도 찾을 수 없고 형벌의 보충적 성격을 고려할 때 이러한 행위를 처벌하는 것은, 표현의 자유를 억압하고, 국가형벌권의 권위를 떨어뜨리는 ‘과잉범죄화’에 해당한다는 것이다. 이러한 결론은 모두 저자의 형법관을 이해하고 공감하는 독자라면 충분히 예측할 수 있는 것들이다. 혹여 다른 견해를 가진 독자라 하더라도 저자가 인용한 고사, ‘비방지목(誹謗之木)’¹⁹⁾의 정신을 되새겨 본다면, 그 논지를 어렵지 않게 수긍할 수 있으리라 본다.

진화론적 용어를 빌려 표현해 보자면, 오늘날 ‘형법의 보충성 밈’은 위험사회가 도래함에 따라서 예방적 기능을 강조하는 위험형법(Risikostrafrecht)이나 적대형법(Feindstrafrecht) 등 사회문제에 대한 ‘형법의 선제적·적극적 개입을 강조하는 밈’과 경쟁국면에 접어들었다고 평할 수 있다.²⁰⁾ 과연 어느 밈이 최종적으로 승리할 것인지,²¹⁾ 이 책이 전자의 확산과 전파에 얼마나 기여할 수 있을지, 그것은 공적 관심의 대상임이 분명하다. ‘절제의 형법학’에 대한 총평에 같음해, 저자의 주장과 학문적 태도에 대해 공감과 찬사를 보내면서, 향후 이러한 문제를 다룬 후속 연구성과물이 또 하나의 역저(力著)로 세상에 나오기를 앙망(仰望)하는 바이다.

19) 조국, 앞의 책(각주 2), 291면. 중국 요나라 임금의 궁궐 다리 위에 나무를 세워 백성들에게 왕이나 정치의 그릇됨을 쓰도록 하여 자성할 수 있는 계기로 삼았다는 고사에서 유래한 것이라고 한다.

20) 현대사회에서도 형법의 보충성 원칙은 지켜야 하지만 형법의 ‘전진배치’ 필요성이 있다고 진단하는 입장으로는 김일수, 위험형법론 다시 보기, 서울신문(2013년 6월 6일자), 23면 참조.

21) 참고로, 형법학상의 도그마틱적 쟁점의 하나인 위법성조각사유의 객관적 전제사실에 대한 착오의 해결방법에 관한 여러 학설 중에서 법효과제한책임설(rechtsfolgeneinschränkende Schuldtheorie)이 다수설로 자리잡을 수 있었던 배경을 밈이론의 관점에서 분석한 논문으로 안성조, “법학에서 학설대립은 경쟁하는 밈들 간 대립인가? - 소수설을 위한 밈학적 변론 -”, 『연세대학교 법학연구』 제25권 제1호, 2015 참조.