

형법 제16조에 대한 유기천 교수의 해석론 연구^{*,**}

Paul. K. Ryu's Interpretation on Article 16 of Korean Penal Code

안 성 조^{***}
Ahn, Seong-Jo

목 차

- I. 서론
- II. 형법 제16조의 입법취지
- III. 형법 제16조의 이론적 토대: 엄격고의설과 가능성설의 견해의 대립
- IV. 형법 제16조의 해석론과 가능성설
- V. 결론

국문초록

본고는 우리 형법 제16조의 이론적 토대와 해석론적 의미에 대해 유기천 교수가 주장한 가능성설을 중심으로 검토해 보고자 하였다. 유기천 교수는 형법 제16조의 해석에 관하여 국내학자들은 고의설과 책임설의 입장을 그대로 주장하고 있는데, 이것은 형법 제16조의 해석을 법규정이 없는 독일형법에 있어서의 입법론상의 논쟁과 혼동한 결과라고 지적하며, “형법 제16조는 마이어의

논문접수일 : 2016. 06. 30.

심사완료일 : 2016. 07. 25.

게재확정일 : 2016. 07. 25.

* 이 논문은 2014년도 유기천교수기념사업출판재단 논문작성지원사업비에 의하여 지원되었음.

** 이 논문은 형법 제16조의 입법취지와 제정경위 등에 대한 필자의 선행연구, “안성조, 형법상 법률의 착오론, 경인문화사, 2006/2008”의 내용(특히 137-184면)을 토대로 하여 이를 주제에 맞게 수정·보완해 발전시킨 것임을 밝혀둔다.

*** 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 부교수

가능성설을 입법한 것이므로 그에 따라 해석하는 것이 타당하다”고 주장하였다. 그럼에도 불구하고 형법 제정 직후 당대의 해석론은 가능성설로 귀일되지 않고 오히려 위법성인식필요설(엄격고의설)이 동 조문의 이론적 토대이자 해석론적으로도 가장 적실하게 해석해낼 수 있는 학설이라는 견해도 유효하였고, 주지하다시피 오늘날에는 동 조문의 해석과 관련해 책임설이 통설적 견해를 차지하고 있고 가능성설은 별로 비중있게 다루어지 못한 채 거의 사장되었다고 볼 수도 있는 상황인바, 이러한 맥락에서 형법 제16조의 취지를 입법사적 고찰을 통해 되새겨 보고, 유기천 교수의 견해를 해석론적으로 재조명해보는 것은 매우 큰 의미가 있을 것으로 생각된다.

김종원 교수가 면밀히 분석한 바와 같이 형법 제16조의 취지를 적실히 살려낼 수 있는 해석론적 견해로는 법과실준고의설과 위법성인식가능성설, 그리고 책임설이 있다. 이 중에 법과실준고의설은 과실이 고의로 비약한다는 이론적 난점을 안고 있기 때문에 받아들이기 어렵고 결론적으로 가능성설과 책임설 중에서 동 조문의 정확한 해석에 가장 적실한 학설은 무엇인가의 문제로 귀결되는바, 본고는 가능성설은 우리나라나 일본 학계의 다수적 견해와 달리 독일학계처럼 고의설이 아닌 책임설에 편입시키는 것이 타당하다는 견해를 지지하였고 동 학설은 책임은 곧 비난가능성이라는 원칙에도 충실한 학설이므로 형법 제16조를 구태여 책임설에 입각해 문언의 가능한 범위를 넘어 해석해야 할 당위성은 상당히 줄어들 수 있다고 주장하였다. 책임설의 본래적 의미에 따르자면 착오에 정당한 이유가 없는 경우 책임이 감경되어야 하므로 독일형법 제17조처럼 형의 임의적 감경이 필요하지만, 형법 제16조는 그와 달리 고의범으로 처벌하되 다만 작량감경의 여지만 남겨두고 있기 때문에 책임설 입각해 형법 제16조의 취지를 무리하게 확장해석하는 것보다는 형법 제16조의 취지를 정확하게 해석해 내고 있는 가능성설이 동 조문의 이론적 토대이자 해석론적 기초로서 가장 타당하다는 점을 입론하고 있다. 이러한 고찰을 통하여 결론적으로 유기천 교수가 “형법 제16조가 바로 이 가능성설을 입법화하였던 것이다.”라고 확언에 가까운 주장을 한 것은 현대적 관점에서 보더라도 매우 타당한 것이었고, 그럼에도 불구하고 가능성설의 의미와 가치를 사장시킨 채 형법 제16조의 해석을 시도하는 태도는 재고될 필요가 있다는 결론을 제시해 보았다.

주제어 : 유기천, 가능성설, 책임설, 엄격고의설, 형법 제16조, 법률의 착오, 위법성의 인식

1. 서론

형법 제16조(법률의 착오)는 매우 흥미로운 조문이다. 이 규범은 형벌법규 스스로 자신의 규범력과 실효성을 높이기 위해 마련한 장치로 볼 수 있기 때문이다. 법계를 막론하고 매우 오래 전부터 “법률의 부지는 용서받지 못한다”는 법리가 다양한 형태로 명맥을 유지해 오고 있다는 사실도 이 조문의 성격을 더욱 흥미롭게 만든다. 여기서 “형벌법규가 자신의 효력을 유지하기 위해 스스로 마련한 장치다”라는 표현이 낯설 수 있을 것이다. 법규정의 입안은 엄연히 그 제정자의 몫이기 때문이다. 하지만 관점을 바꾸어 보면, 다시 말해 우리가 인간 중심적 관점에서 조금만 벗어나 법규의 관점에서 보면, 법이 효력을 유지하기 위해 자신의 제정자로 하여금 ‘법률의 착오’와 같은 조문을 두게끔 유도하였다고 ‘재기술할 수’도 있을 것이다. 그리고 실제로 문화적 현상을 연구하는 현대의 많은 이론가들은 이러한 관점전환적 표현이 필요하고, 이론적으로도 충분히 타당한 근거가 있다고 주장한다. 그 대표적인 예가 바로 ‘밈 이론(memetics)’이다.¹⁾ 동 이론에 의하면 모든 문화적 전파현상은 문화유전

1) 모방의 뜻을 담고 있는 그리스어 어근 ‘mimeme’에 착안하여 밈(meme)이란 용어를 만들어 밈이론의 기틀을 만든 인물은 영국의 유명한 진화이론가 리처드 도킨스이다. 리처드 도킨스/홍영남·이상임 역, 『이기적 유전자』, 을유문화사, 2012, 323면 참조. 그의 밈이론을 체계화하여 발전시킨 장본인은 수전 블랙모어가 있다. 수전 블랙모어/이명남 역, 『밈』, 바다출판사, 2010 참조. 밈개념의 유용성에 대해서는 대니얼 데닛/이한음 역, 『자유는 진화한다』, 동녘사이언스, 2010, 238면 이하. 밈이론에 대한 국내의 연구로는 장대익, “일반 복제자 이론: 유전자, 밈, 그리고 지향계”, 『과학철학』 제11권 제1호, 2008를 참조할 것. 동 이론을 통해 법적 개념들의 진화를 분석한 문헌으로는 Michael S. Fried, The Evolution of Legal Concepts: The Memetic Perspective, 39 Jurimetrics J. 291 (1999). 밈이론을 원용해 법학에서 학설대립의 의미를 재조명한 연구로는 안성조, “법학에서 학설대립은 경쟁하는 밈들 간 대립인가?”, 『연세대학교 법학연구』 제25권 제1호, 2015를 참고할 것. 참고로 최근 진화론적 관점에서 인류의 빅히스토리(big history)를 다루어 세계적으로 큰 반향을 얻고 있는 화제의 책 ‘사피엔스(Sapiens)’의 저자 유발 하라리 교수와 인간의 협력행동의 진화적 기원을 밝힌 하버드의 진화생물학자 마틴 노박도 밈이론에 대한 긍정적인 지지의사를 밝히고 있음은 참고할

자라고 볼 수 있는 밈(meme)의 성공적 자기복제행위에 다름아니며, 특정한 법의 제정과 전수과정도 이와 마찬가지로 설명된다. 법은 대표적인 문화적 구성물로서 여러 문화유전자가 뒤섞인 밈컴플렉스(meme-complex)의 일종이기 때문이다. 문화유전자인 밈은 모든 유기생명체의 ‘이기적 유전자(selfish gene)’가 그러하듯이 자신의 맹목적 복제와 전파에만 관심이 있으며 이를 위한 다양한 전략을 구사한다. 이러한 관점, 즉 지향복제자(intentional replicator)의 관점에서 보면 우리가 다루고자 하는 법률의 착오 조문은 특정한 법률-밈이 자신의 성공적 복제와 확산을 위해 사용하는 전략의 하나라고 볼 수 있다. 일반적으로 널리 인용되는 “Error juris nocet, error facti non nocet”²⁾라는 법언(法諺)은 로마법대전에서 유래한 것으로³⁾ 주로 민사법 영역에 적용된 법리로 보이지만, 오늘날 그 전형적 형태는 오히려 각국의 형법전에 잘 남아있다.⁴⁾ 이를 밈학적 관점에서 보자면, 법률의 착오 조문을 명문화하는 방식은 주로 형법-밈에 특유한 전략으로 판단된다. 그 덕분이었는지 오늘날 주요 형벌법규의 골자는 동서양을 막론하고 고대사회의 그것과 별다른 차이점이 없이 잘 전승되어 오고 있음은 주지의 사실이다.

본고는 이 흥미로운 조문의 해석론적 의미를 유기천 교수의 견해를 중심으로 검토해 보고 나아가 유기천 교수의 주장이 지니는 밈이론적 의의를 지적해 보고자 한다. 유기천 교수는 1957년 Journal of Criminal Law, Criminology

만하다. 유발 하라리, 조현욱 역, 「사피엔스」, 김영사, 2015, 344-345면; Martin A. Nowak & Roger Highfield, SuperCooperators, Free Press, 2011, 91면 이하 참조.

2) 법률의 착오는 해가 되지만 사실의 착오는 해가 되지 않는다는 뜻이다.

3) Paulus, Digesta 22.6.9.

4) 금지착오에 대한 각국 입법례 및 판례태도의 소개로는, Jescheck & Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 1996, 467-468면 참조. 동 문헌에 의하면 오스트리아, 스위스, 스페인, 포르투갈, 그리고 네덜란드의 금지착오 조문은 회피불가능한 금지착오에 빠진 경우는 책임을 조각한다는 점에 있어서 독일형법 제17조와 실질적으로 유사하다. 그런 반면, 프랑스는 독일과 유사한 명시적 조문이 있음에도 불구하고 최근까지도 판례가 ‘error juris nocet’이라는 전통적 법원칙을 고수하여 기껏해야 비형벌법규의 착오만을 형벌감경사유로 인정하는 태도를 취하고 있고, 이탈리아는 명문상으로는 금지착오가 고려되지 않는 것으로 규정하였으나 헌법재판소의 판결에 의해 회피불가능한 금지착오는 책임을 조각하는 것으로 보게 되었다. 나아가 영미법계의 사법실무(anglo-amerikanische Judikatur)는 일반적으로 금지착오를 그다지 고려하지 않는 태도를 보이고 있다는 점에서 독일과 차이점이 있다고 한다.

and Police Science에 게재한 논문과⁵⁾ 1960년 발간된 자신의 저서, 형법학 초판, 그리고 1976년 미국비교법잡지에 게재한 논문⁶⁾ 등의 일련의 문헌에서 형법 제16조는 Mayer의 '가능성설(Möglichkeitstheorie)'을 조문화한 것이라고 주장한 바 있다. 유기천 교수는 특히 형법학 초판에서 다음과 같이 조문의 유래를 설명해 주고 있다.

“형법 제16조의 규정은 일본형법가안 제11조 2항에 약간 수정을 가한 것이다. 일본형법가안 제11조 2항은 1927년 스위스 균형법 제17조와 1938년 동형법 제20조의 영향을 받아 “법률을 알지 못하는 경우에 자기의 행위가 법률상 허용되는 것이라고 믿은데 대하여 상당한 이유가 있을 때에는 그 형을 면제한다”고 규정하였었다. 이에 대하여 일본의 학자들은 이를 “별하지 아니한다”라고 개정할 것을 주장하였고, 현행법이 이를 받아들인 것이다. 학설상으로는 소위 M.E. Mayer의 가능성설에서 오는 결론이다. 이 학설에 의하면, 마치 위법성의 개념이 문화에 대한 국가의 관계에서 오는 바와 같이, 책임은 의무위반이란 위법한 행위와 범인과의 관계에서부터 오는 개념이다. 따라서 책임의 가장 낮은 한계는 ‘의무위반의 인식의 가능성’에 있다고 본다. 그러므로 이러한 위법성의 인식의 가능성이 없으면 (책임이 조각되어)⁷⁾ 고의범으로 별할 수 없으나, 위법성의 인식의 가능성이 있는 때에는, 행위자에게 과실이 있는 경우에도 고의범으로 처벌받아야 한다. 형법 제16조가 바로 이 가능성설을 입법화하였던 것이다.”⁸⁾

부연하자면, 신형법이 제정되기 이전까지 판례는 법률의 부지나 착오는 고의를 조각하지 않는다는 이른바 위법성인식불요설을 견지하고 있었고, 이 법리에 따를 경우 그 부지나 착오에 정당한 이유가 있는 경우 - 예컨대 변호사의 조언을 따른 경우 - 예도 고의범으로서 책임을 지우게 되는 결과는 가겨오

5) Paul Kichyun Ryu, New Korean Criminal Code, Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science, Vol.48, 1957, 281면 참조.

6) Ryu & Silving, Error Juris, The American Journal of Comparative Law, 1976, 692면 참조.

7) ‘책임이 조각되어’는 유기천 교수의 명확한 입장에 대한 독자의 이해를 돕기 위해 필자가 부연한 것이다.

8) 유기천, 「형법학(총론강의)」, 법문사, 2011, 226-227면 참조. 유기천 교수의 형법학(총론강의)는 1960년 박영사에서 발간된 이후 26판까지 나왔으며, 본고에서는 유기천교수기념사업 출판재단이 법문사를 통해 2011년 출간한 영인본을 참고했음을 밝혀둔다.

는데, 이는 곧 위법성의 인식가능성조차 없는 경우에도 고의범이 성립된다는 뜻이므로, “책임의 본질이 ‘비난가능성’에 있는 이상 더 이상 철저히 유지할 수 없게 되었던 바, 이러한 배경 하에서 가능성설이 출현하게 되었다.”⁹⁾는 것이다. 나아가 유기천 교수는 “(신)형법 제16조의 해석에 관하여 국내학자들은 고의설과 책임설의 입장을 그대로 주장하고 있(는데), 이것은 형법 제16조의 해석을 범규정이 없는 독일형법에 있어서의 입법론상의 논쟁과 혼동한 결과”이며, “형법 제16조는 마이어(Mayer)의 가능성설을 입법한 것이므로 그에 따라 해석하는 것이 타당하다”고 재차 강조한다.

본고는 위 인용구에 드러난 유기천 교수의 주장, 즉 “형법 제16조는 가능성설을 입법화한 것이며 이에 따라 해석하는 것이 타당하다”는 견해에 주목하고자 한다. 그 이유는 오늘날 대부분의 교과서에서 가능성설은 형법 제16조의 해석과 관련해 별로 비중있게 다루어지지 못하고 있거나 아예 언급조차 되지 않는 경우도 많기 때문이다. 그러나 가능성설은 형법전 제정 직후에는 위법성 인식필요설(엄격고의설)과 함께 해석론의 양대 주류를 형성하고 있던 중요한 학설이다.¹⁰⁾ 비록 책임설에 입각해서 형법 제16조를 해석하고 현대의 주류적 견해에 비추어 볼 때에는 소수설로 분류되겠지만, 여기에는 그 학설의 의미와 가치에 대해서 다소 오해되고 있는 측면도 있다고 보인다. 이에 본고에서는 어떠한 근거에서 가능성설이 형법 제16조의 입법론적 토대로 타당하며, 유기천 교수가 주장한 바와 같이 동 조문의 해석에도 다른 학설에 비해 적실성이 두드러진 학설인지 구명해 보고자 한다.

이를 위해 우선 형법 제16조의 입법취지와 이론적 토대를 몇 가지 입법사료를 통해 검토해 보고(Ⅱ), 동 조문의 이론적 토대에 대한 대답하는 두 견해를 엄상섭 의원과 김용진 판사의 주장을 대비시키며 비판적으로 검토해 본 후(Ⅲ), 형법 제16조의 취지를 적실히 해석해 낼 수 있는 학설로는 유기천 교수의 견해가 가장 타당하다는 점을 입론한 후(Ⅳ), 그럼에도 불구하고 책임설이 현대의 주류적 견해로 자리매김하게 된 배경을 밀이론적으로 논급하며 결론을 맺고자 한다(Ⅴ).

9) 유기천, 앞의 책, 228면.

10) 이 점에 대해서는 김종원, 형법 제16조 해석의 검토, 『경희법학』 제4권 제1호, 1961, 24면.

II. 형법 제16조의 입법취지

1. 형법 제16조에 대한 법제편찬위원회 형법요강

해방 이후 미군정하 법제편찬위원회의 형법기초위원으로, 건국 후 법전편찬위원회에서는 역시 형법기초위원으로서, 그리고 제2대 국회에서는 법제사법위원장 및 위원으로서 형법의 기초 및 제정에 있어서 중추적 역할을 지속적으로 담당해 왔던 엄상섭은¹¹⁾ 1947년 7월호 '법정(法政)'지에 법제편찬위원회의 형법요강이 발표된 이후, 동년 9월 '법정'지에 형법요강해설(1)을 게재하면서 '법률의 착오'에 대한 다음과 같은 촌평을 하고 있다.¹²⁾

“『귀책조건』에서는 고의, 과실, 부작위, 책임능력 등에 관하여 규정할 것인바 ... “자기의 행위가 법률상 허용된 것이라고 믿음에 대하여 상당한 이유가 있는 때에는 그 형을 면제한다”는 규정을 두어서 해석론상으로 문제 많았던 것을 입법적으로 해결할 예정이며 ...”.

법제편찬위원회의 형법요강에는 총칙편은 각 항목의 표제어만 나열되어 있을 뿐, 각 조문의 구체적 형태가 드러나 있지 않다.¹³⁾ 그럼에도 엄상섭이 위와 같이 비교적 완성된 조문을 적시하고 있는 것으로 미루어 보건대, 비록 형법요강에는 실리지 않았지만, 이미 법제편찬위원회에서는 내부적으로 일정한 정도로 조문형태에 대해 합의가 이루어져 있음을 추측해 볼 수 있다. 엄상섭의 위 촌평은 형법 제16조의 제정경위를 재구성하는데 있어서 몇 가지 단초들을 제시해 주고 있다.

첫째, 구형법(의용형법) 제38조 제3항¹⁴⁾과 달리, 형면제의 효과를 부여하고

11) 엄상섭의 활약상에 대한 소개로는, 신동운, 제정형법의 성립경위, 『형사법연구』 제20호, 2003, 9면 이하 참조.

12) 엄상섭, 형법요강해설(1), 『법정』 제3권 제9호, 1948, 19면 참조.

13) 신동운, 앞의 논문, 15면.

14) 제38조(고의) 제3항 : 법률을 알지 못하였다 하더라도 그것으로써 고의가 없었다고 할 수

있다.¹⁵⁾

둘째, 현행 형법 제16조의 '정당한 이유'가 아닌 '상당한 이유'라는 법문이 채택되고 있다.

셋째, 위 규정은 당시의 해석론상의 논란을 입법론적으로 해결하기 위해 입안한 것임을 밝히고 있다.

이하 본고에서는 형법요강해설(1)에서 찾아낸 단초들을 토대로 하여 형법 제16조의 제정 배경과 관련된 여러 전거들을 검토해 봄으로써 동 조문의 이론적 배경이 무엇이었는지 논구해 보기로 한다.

2. 신형법 제16조의 제정 이전 구형법 제38조 3항에 대한 학설개관

우선 형법요강해설(1)을 보면 법률의 착오 규정은 당대의 해석론상의 학설대립을 입법론적으로 해결하려는 취지에서 입안한 것이라고 하는데, 당대의 학설대립은 분명 현행 형법 제16조가 제정되기 이전의 조문에 대한 학설대립, 즉 구형법(의용형법) 제38조 제3항에 대한 학설대립이었음에 유의할 필요가 있다. 그리고 구형법 제38조 제3항은 일본형법 제38조 제3항과 동일하기 때문에 당대의 학설대립은 그 실질에 있어서는 일본형법 제38조 제3항에 대한 일본 내의 학설대립 양상과 동일하였을 것이다.

1950년 법전편찬위원회 형법초안이 나온 직후 발간된 장승두 판사의 '형법요강(刑法要綱)'은 바로 이러한 학설대립의 양상을 적실히 전달해 주고 있다.

제38조(고의) 제3항 : 법을 알지 못하였다 하더라도 그것으로써 고의가 없었다고 할 수 없다. 단, 정상에 따라 그 형을 경감할 수 있다.

동 문헌에 따르면 구형법 38조 제3항에 대한 학설대립은 다음과 같다.

제1설에 의하면 형벌법규의 착오는 범의의 성립을 조각하지 않으며 이 점에 있어서 자연범(自然犯)과 법정범(法定犯)을 구별할 필요가 없다고 한다(통설,

없다. 단, 정상에 따라 그 형을 경감할 수 있다.

15) 이러한 분석으로는 신동운, 앞의 논문, 16면 참조.

판례).

제2설은 법률의 착오는 비형벌법규에 관한 경우에 있어서도 범의를 조각하지 않는다고 한다(勝本).

제3설은 법률의 착오로 인하여 자기의 행위를 조리에 반하지 않는다고 믿고 있었던 경우에는 범의의 성립이 없다고 한다. 따라서 제38조 제3항의 취지는 다만 개별 형벌[규정]은 이를 알 필요가 없다는 것을 의미하는데 불과하다고 한다(瀧川·小野·Mayer·Liszt·Schmidt).

제4설은 위법의 인식이 없는 경우에는 이론상 범의의 성립은 없는 것이나 이것을 인식하지 못한 점에 있어서 과실이 있는 경우에는 이것을 범의 있는 경우와 동일시한다(宮本·Hippel).

제5설은 자기의 행위를 법률상 허용되어 있는 것이라고 오신한 경우에 있어서도 범죄사실을 인식한 이상 범의가 없다고 할 수 없으며, 이 원칙은 자연법에만 타당한 것이므로 법정범에 있어서는 사물의 성질상 법규위반의 인식이 있는 경우에 한하여 범의가 있다고 보아야 한다고 주장한다(牧野, 本村).¹⁶⁾

이상의 학설대립을 김종원 교수의 분류법에 따라 정리해 보면, 제1설과 제2설은 고의의 성립에 위법성의 인식을 필요로 하지 않는다는 위법성인식불요설의 범주에 해당될 것이며(19세기 말엽의 독일과, 일본에 있어서 옛 통설이라고 함)¹⁷⁾, 제3설은 “자기의 행위를 조리에 반하지 않는다고 믿은 경우”라고 하여 동 문구가 정확히 위법성의 현실적인 불인식을 지칭하는 것인지, 아니면 위법성의 인식가능성의 결여상태를 지칭하는 것인지가 불명료한 점은 있으나, 엄격고의설을 주장한 瀧川·小野 및 Liszt를 인용한 것으로 볼 때 동 학설은 고의의 성립에 위법성의 인식이 필요하다는 위법성인식필요설에 해당한다고도 볼 수 있고,¹⁸⁾ ‘반조리성’의 불인식을 언급하면서 위법성인식가능성설을 주장한 M.E. Mayer 등을 인용한 점으로 미루어 보건대, 고의의 성립에는 위법

16) 제1설부터 제5설까지의 내용은 장승두, 「형법요강」, 1950, 117-118면에서 발췌한 것임.

17) 이에 대해서는 김종원, 금지착오, 「형사법강좌 II 형법총론(下) 한국형사법학회편」, 1984, 503-504면.

18) Binding, Nagler, Allfeld, Finger, Olshausen, Beling, Haelschner, Baumann, Schröder, Lang-Hinrichen, Liszt, 瀧川·小野, 植松 등이 주장했다. 김종원, 앞의 논문(각주 17), 505면 참조.

성의 인식은 반드시 필요치 않고 그 가능성만 있으면 된다는 위법성인식가능성설에 해당된다고도 볼 수도 있을 것이다.¹⁹⁾

요약하면 장승두 판사가 논급한 제3설은 위법성인식필요설(엄격고의설)과 위법성인식가능성설을 모두 지칭하고 있는 것으로 보인다. 아울러 木村 및 福田 교수는 자신들의 저서에서²⁰⁾ 위법성인식가능성설을 제한고의설로 분류하고 있는 것으로 보면²¹⁾ 학설의 분류방식에 따라서 제3설은 제한고의설도 지칭하고 있는 것으로 해석할 수 있을 것이다. 이처럼 가능성설을 제한고의설로 분류하는 입장은 백남익 교수에게서도 찾아볼 수 있다.²²⁾

한편 제4설은 고의의 성립에 위법성의 인식을 필요로 하지만 위법성의 인식이 없는 데에 과실이 있는 경우(법과실)에는 고의와 동일하게 처벌하자는 이른바 법과실준고의설(法過失準故意說)로 볼 수 있을 것이고,²³⁾ 제5설은 자연범은 고의의 성립에 위법성의 인식이 필요없으나 법정범은 필요하다는 자연범·법정범 이분설(二分說)로 분류할 수 있을 것이다.²⁴⁾

이러한 학설대립 양상은 團藤重光이 편역한 '주석형법(註釋刑法)'²⁵⁾의 일본 형법 제38조 3항에 대한 학설소개나 아니면 비교적 최신 문헌인 前田雅英의 '형법총론강의'²⁶⁾의 학설을 보더라도 대동소이하기 때문에 엄상섭이 말한 구 형법 제38조 3항에 대한 해석론상의 논란이란 장승두 판사가 소개한 제1설에서 제5설까지의 학설대립으로 보아도 큰 무리는 없다고 판단된다.

19) 반조리성의 불인식과 위법성인식가능성설을 결합시키고 있는 견해로는 백남익, 「형법총론」, 1958, 231면.

20) 木村龜二, 「형법총론」, 1959, 309면 ; 福田 平, 「형법총론」, 1965, 156면.

21) 위법성인식가능성설을 제한고의설의 한 범주로 보는 견해에 대해 이러한 분류법은 타당하지 않으며 책임설의 일종으로 보아야 한다는 견해로는 김종원, 위법인식가능성설과 책임설, 「Fides(서울법대)」 제12권 제3호, 1966, 30면 이하 참조.

22) 백남익, 「형법총론」, 1962, 237면 참조. 이외에도 오늘날 이러한 입장을 취하는 이재상, 「형법총론」, 2011, 324면 참조.

23) 宮本, 草野, 佐伯 등이 주장했다. 김종원, 앞의 논문(각주 17), 505면 참조. 한편 법과실준고의설도 제한고의설의 일종으로 분류하는 입장으로는 김성돈, 「형법총론」, 2009, 372-373면 참조.

24) 김종원, 앞의 논문(각주 17), 504면 참조.

25) 團藤重光, 「주석형법(2)-Ⅱ 총칙(3)」, 1969, 366면 이하 참조.

26) 前田雅英, 「형법총론강의[제3판]」, 1998, 291면 이하 참조.

다만 장승두 판사가 소개한 학설 중에는 團藤重光 및 前田雅英 등과는 달리 위법성의 인식은 고의와는 독립된 책임의 요소라고 보는 책임설에 대한 소개가 없다는 점이 이채롭다. 그러나 책임설은 본래 고의를 책임으로부터 분리시키는 목적적 행위론과 깊이 결부되어 있다는 사실을 고려하면²⁷⁾ 인과적 행위론이 지배적이었던 1940년대나 1950년대 초반에 있어서는 구형법 제38조 3항과 관련해 책임설이 소개되지 않은 이유가 충분히 해명될 수 있다고 본다. 이러한 추론은 1959년 황산덕 교수가 서울대 법학지에 기고한 글에서 목적적 행위론에 입각해 책임설을 취할 때에만 형법 제16조의 정당한 이유를 올바르게 해석할 수 있다고 주장하면서 “신형법 제정 당시까지 우리나라에 도입된 외국의 저명한 형법 학설 중에 그것을 해석해낼 만한 이론이 없었다”고 지적한 점으로부터 지지받는다.²⁸⁾ 물론 당대의 통설적 범죄론체계, 즉 인과적행위론 하에서도 위법성의 인식을 고의와 병존하는 독립된 책임요소로 파악함으로써 책임설을 주장하는 견해도 있기는 했지만(Bockelmann, Dohna, Hartung, Eb. Schmidt 등)²⁹⁾ 이러한 견해가 우리 형법 제정 이전 당대의 구형법 및 일본형법 제38조 3항의 해석론과 관련하여 소개된 문헌은 찾아보기 힘들다.³⁰⁾

Ⅲ. 형법 제16조의 이론적 토대:

엄격고의설과 가능성설의 견해의 대립

형법 제16조의 이론적 토대에 대해서는 크게 두 가지 견해가 대립되고 있다. 하나는 규범적 책임론에 입각한 위법성인식필요설(엄격고의설)이라는 엄상섭 의원의 견해고, 다른 하나는 법전편찬위원이었던 김용진 판사가 피력한

27) 김종원, 앞의 논문(각주 17), 508면.

28) 황산덕, 형법 제16조에 있어서의 정당한 이유, 「서울대학교 법학」 제1권 제1호, 1959, 99면 참조.

29) 이에 대해서는 Baumann, Strafrecht, AT, 5. Aufl., 1968, 425면.

30) 1951년 출간된 牧野英一의 형법총론과 1952년에 출간된 이건호 교수의 형법총론에도 책임설에 대한 언급은 보이지 않는다. 牧野英一, 「형법총론」, 1951, 321면 이하; 이건호, 「형법총론」, 1952, 179면 이하 참조.

바 있고 유기천 교수도 지지하고 있는 위법성인식가능성설이다.

1. 규범적 책임론과 위법성인식필요설(엄격고의설)

형법 제16조의 이론적 토대에 대해 엄상섭은 1957년 ‘법정(法政)’ 8월호에서 다음과 같이 자신의 견해를 밝히고 있다.³¹⁾

“이 조문은 형법이론으로서의 규범적 책임론에서 도출되는 것이라고 필자는 단정하고 있거니와, 즉 규범적 책임론에서는 고의의 내용으로서 ‘인과관계를 포함한 구성요건 해당의 사실’에 대한 인식 이외에 ‘위법성’의 인식까지를 요한다는 것이다. 그러나 이에 대하여서는 규범적 책임론 자체에 대한 논란 및 주저(躊躇)와 동일할 정도로의 신중을 기하는 학자, 특히 실무가들이 많다는 것이 사실이다. 그러므로 우리 형법에서도 이에 대하여는 대단히 신중한 태도로 임하여 “자기의 행위가 법령에 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 별하지 아니한다”라고 규정하였다. 즉, 고의는 위법성의 인식까지를 포함한다는 형법이론을 일관한다면 ‘위법성에 대한 착오가 있어서 이 착오 때문에 그 행위 이외의 반대동기를 설정할 길이 막혔다’면 결국 고의범이 성립될 수 없다고 해야 할 것이다”

“형법 제16조는 규범적 책임론에서 보면 당연한 규정이기도 하나 ‘정당한 이유 있음’이라는 것은 ‘위법성을 오인함에 있어서 과실도 없음’을 말하는 것이고, 과실이더라도 있었다면 ‘정당한 이유가 없다’고 하여 결국 고의범이 성립된다는 것인 즉, ‘구성요건해당에 대한 사실에 대하여는 고의, 위법성에 대하여는 과실’이라는 이질적인 요소의 혼합이 고의범으로 비약한다는 이론적 결함을 청산치 못하고 있는 것으로 봐야 할 것이다. 그러나 어쨌든 형법 제16조의 명문이 있는 이상 이론의 혼잡성에도 불구하고 이에 따라서 재판할 수밖에 없을 것이다”

일반적으로 규범적 책임론이란 책임의 본질이 결과의 인식이라는 심리적 사실에 있다고 보지 않고 그러한 심리상태의 ‘비난가능성’에 있다고 보는 견해

31) 엄상섭, 형법이론과 재판의 타당성, 「법정」 제12권 제8호, 1957, 5-6면.

이다. 이 비난가능성에 있어서는 책임능력이나 고의·과실 등 소위 책임조건 이외에 행위당시의 행위자를 둘러싸고 있던 부수사정이 책임요소로서 중요한 역할을 한다고 보는 이론으로서³²⁾ 책임의 본질을 결과에 대한 행위자의 심리적 관계인 고의와 과실에 있다고 보는 심리적 책임론이 지닌 문제점을 극복하기 위해 등장한 책임이론이다. 규범적 책임론이라 하더라도 위 인용구에서 엄상섭이 지적하는 바와 같이 반드시 고의의 내용에 위법성의 인식까지 포함된다고 주장하는 것은 아니다. 예컨대 순수한 규범적 책임론에서는 고의나 과실은 책임요소가 아니지만 위법성의 인식은 책임의 구성적 요소가 된다고 본다.³³⁾ 따라서 엄상섭이 논급하는 규범적 책임론이란 고의에는 규범적 요소로서 위법성의 인식이 필요하다고 보는 Hippel과 Frank 등이 주장한 이론을 지칭하는 것으로³⁴⁾ 제한적으로 해석할 필요가 있음에 유의해야 할 것이다. 이러한 입장에 따르면 심리적 책임론이 고의개념을 순수한 심리적 사실로서 결과에 대한 인식과 의사로서 규정되었던데 반해 규범적 책임론은 고의에 범죄사실의 인식 이외에 위법성의 인식까지도 요구된다고 본다. 이에 엄상섭은 형법 제16조를 입안함에 있어서 규범적 책임론에 입각해 위법성인식필요설을 수용했다는 점을 밝히고 있는 것이다.³⁵⁾

그런데 위법성인식필요설, 즉 엄격고의설에 대해서는 상습범이나 확신범, 격정범 등에게는 범행 시에 위법성의 인식이 결여되어 있기 마련인데 이들이 위법성의 인식이 없었다고 주장하게 되면 대부분의 범죄에 있어서 고의범 처벌을 면하게 될 것이고, 만일 당해 범죄에 대한 과실범 처벌규정도 미비되어

32) 유기천, 앞의 책, 212면.

33) 같은 맥락에서 엄상섭이 말하는 규범적 책임론에 대해 특별한 이해가 필요하다고 지적하는 견해로는 허일태, 엄상섭 선생의 형법사상과 형법이론, 「효당 엄상섭 형법논집(신동운·허일태 편)」, 서울대학교출판부, 2003, 292면 참조.

34) Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. II, 1930, 348면과 Frank, Kommentar zum StGB, 18. Aufl., 1931, 185면 이하 참조. 한편 Hippel의 책임론은 규범적 책임론이 아닌 심리적 책임론으로 분류하는 학자도 있음에 유의할 필요가 있을 것이다. 이러한 입장으로는 Goldschmidt, Notstand, ein Schuldproblem, 1913, 135면.

35) 주지하다시피 규범적 책임론에 대한 이러한 이해방식은 Welzel에 의하여 목적적 행위론이 주창되어 고의를 책임에서 분리시켜 구성요건 요소로 체계화한 이후에는 위법성의 인식은 고의와는 별개의 책임요소로 새롭게 자리매김되면서 다소 변화하게 된다. 우리나라에 목적적 행위론이 소개된 때는 1957년이다. 이에 대해서는 황산덕, 「형법총론」, 1982, 5면 참조.

있다면 행위자는 완전한 면책에 이르게 되어 이는 결국 형사처벌의 부당한 축소를 가져올 위험이 있다는 비판이 제기된다.³⁶⁾ 바로 이와 같은 문제점 때문에 엄상섭은 위법성인식필요설에 대해 신중을 기하는 학자, 특히 실무자들이 많다고 언급하고 있는 것이다.

결론적으로 엄상섭은 이와 같은 이론구성의 어려움 즉, 규범적 책임론을 취해야 하면서도 규범적 책임론의 이론적 귀결인 위법성인식필요설이 지닌 결함, 즉 형사처벌의 부당한 축소라는 난점을 극복하기 위해 형법 제16조를 통해 입법론적으로 이러한 문제를 해결하였다고 밝히고 있는 것이다. 규범적 책임론에 입각하여 위법성인식필요설을 철저하게 밀고 나가면 행위자가 착오를 이유로 위법성에 대한 인식이 없었다고 주장하면 그 행위자를 고의범으로 처벌할 수 없게 되는 문제가 생기게 되지만, 형법 제16조를 두어 그 오인(착오)에 '정당한 이유가' 있는 경우에만 행위자를 처벌하지 않도록 하여 형사처벌의 부당한 축소를 회피할 수 있게 되었다는 것이다.

요컨대 당대의 우리 입법자들은 규범적 책임론을 공인하였지만 위법성인식필요설이 가져오게 되는 논리필연적인 귀결인, 형사처벌의 부당한 축소라는 문제점을 이론적으로 벗어날 수 없었기 때문에 형법 제16조를 두어 입법론적 해결을 보게 되었다는 것이다.

2. 위법성인식가능성설

엄상섭과 마찬가지로 법전편찬위원회의 일원이었던 김용진 판사는 엄상섭과 다른 견해를 가지고 있었던 것으로 보인다. 김용진 판사는 형법 제정 직후 발간된 그의 저서 '신형법 해의(解義) 총론·각론'에서 "형법 제16조의 취지는 법령의 오인은 원칙적으로 고의가 성립되나 예외적으로 그 오인이 정당한 이유가 있는 때에 한하여 고의가 없는 것으로 하는 것이다. 이것은 1927년 독일형법초안을 모방한 것이다. 이 독일 초안은 고의의 요소로서 위법의 의식 그 자

36) 이에 대해서는 김종원, 앞의 논문(각주 16), 505면 ; 황산덕, 형법 제16조에 있어서의 정당한 이유, 「서울대학교 법학」 제1권 제1호, 1959, 86-87면 ; 前田雅英, 앞의 책, 293-294면; BGHSt, 2, 194 참조.

체는 필요치 않으나 행위의 위법성을 의식함이 가능하였다는 것, 즉 위법을 의식하지 않는 것이 행위자의 과실이었던 것을 필요로 한다는 Mayer, Hippel 등의 학설적 견해를 채용한 것이다”라고 주장하였다.³⁷⁾ 김용진 판사에 의하면 형법 제16조는 한 마디로 M.E. Mayer 등의 가능성설을 입법화 한 것이라는 것이다. 그리고 그 모델이 되었던 입법례는 1927년 독일형법초안 제20조라고 한다. 동 초안은 다음과 같다.

1927년 초안 제20조 : 행위자가 고의로 행위하지만 용서할 수 있는 법률의 착오에 의하여 자기 행위의 불법성을 인식하지 못한 때에는 별하지 아니하고, 그 착오가 용서할 수 있는 것이 아닌 때에는 형을 감경할 수 있다.

김용진 판사는 계속해서 다음과 같이 말한다. “일본의 학설과 판례도 가능성설을 따른 것이 많았다. 이것은 일종의 절충적 견해로서 위법의 의식이 없는 경우를 즉시 무책임으로 하지 않고 과실이 있으면 고의범으로 처벌할 것이라는 점에서 보안(保安)의 요구에 적합한 것이었다 할 것이다. 그러나 고의범과 과실범의 본질적 분기점(分岐點)은 마치 위법의 의식을 가졌는가, 아닌가에 있는 것이고 위법성에 관한 과실을 고의로 하고 또는 고의와 동일하게 취급하여야 된다는 것은 사물의 본질에 반하는 것이라 할 수 있는 것이다”

형법 제16조의 형법이론적 토대에 대한 김용진 판사의 해의(解義)는 엄상섭 의원의 설명과도 많은 부분 일치하고 있다. 예를 들어 ‘절충적 견해’라든지 ‘과실이 고의로 된다는 문제점’ 등이 바로 그것이다. 이는 엄상섭 의원이 ‘입법적 해결’, ‘과실이 고의로 비약하는 이론적 결함’ 등을 언급한 것³⁸⁾과 거의 동일한 맥락의 표현들이다.

김용진 판사 외에도 박정규 검사는 Mayer나 Hippel 등의 가능성설을 조문화한 입법례로서는 독일의 1919년 초안 제12조와 1927년 초안 제20조, 1930년 초안 제20조 및 1937년 스위스 형법 제20조, 그리고 일본 개정형법가안 제11조 등을 들 수 있다고 하면서, 우리 형법 제16조도 1937년 스위스 형법 제20

37) 이에 대해서는 김용진, 「신형법 해의(解義) 총론·각론」, 1953, 91면 참조.

38) 엄상섭, 앞의 논문(각주 31), 6면 참조.

조 및 일본 개정형법가안 제11조에 유래된 것으로 보고 있다.³⁹⁾ 김용호 검사와 김남일 교수도 이와 거의 동일한 주장을 한 바 있다.⁴⁰⁾ 그리고 바로 유기천 교수도 이러한 입장에 있다.

그렇다면 형법 제16조의 이론적 배경으로서 ‘가능성설’도 입론될 수 있다고 본다. 가능성설에 의해서도 엄상섭 의원이 짚어낸 형법 제16조 제정의 이론사적 맥락을 구성해 낼 수 있기 때문이다. 다만 엄상섭은 규범적 책임론에 수반하는 위법성인식필요설(엄격고의설)을 염두에 두고 있었던 반면, 김용진은 엄격고의설과는 명백히 구분되는 가능성설을 내세우고 있었다는 점에서 차이가 있을 뿐인 것이다.

3. 소결

형법 제16조의 형법이론적 배경에 대하여 신동운 교수는, “엄상섭은 우리 형법 제16조가 형법이론적으로 규범적 책임론에서 도출되는 것이라고 단정하고 있다. 그가 이해하는 바에 따른 규범적 책임론에 의하면 고의의 내용으로서 ‘위법성의 인식’까지 요하는 엄격고의설을 취하게 되는바, 이러한 형법이론을 일관한다면 ‘위법성에 대한 착오가 있어서 이 착오 때문에 그 행위 이외의 반대동기를 설정할 길이 막혔다’면, 즉 ‘착오 때문에 규범의식(의무의식)이 차단되었다면, 결국 고의범이 성립할 수 없다는 결론에 이른다. 이와 같은 자신의 범죄론체계를 전제로 하면서, 고의의 엄격해석을 통하여 범죄불성립의 범위를 넓히려는 시도에 대하여 우려를 표하는 실무가나 형법학자들이 존재하고 있다는 현실을 부인하지 않았고, 그 때문에 형법 제16조를 통해 입법적 타협을 보게 되었다”고 해제를 제시해 주고 있다.⁴¹⁾

하지만 여기서 주목해야 할 부분은 이러한 해제와 별개로 형법 제16조의 이

39) 박정규, 법률의 착오, 「검찰(통권 제55호)」, 1970, 92면, 103면 참조.

40) 김용호, 법률의 착오와 현행형법, 「검찰」 통권 제44호, 1971, 204, 217면 ; 김남일, 법률의 착오에 관한 연구(1), 「법조」, 1974, 62-63면 참조.

41) 신동운, 효당 엄상섭 형법논집 해제, 「효당 엄상섭 형법논집(신동운·허일태 편)」, 서울대학교출판부, 2003, 353-355면 참조.

론적 토대에 대해 신동운 교수는 “형법 제16조가 책임설을 취한 것인지 고의 설을 취한 것인지 분명하게 말할 수는 없다. 시간적 선후관계에 비추어 볼 때 우리 형법의 역사적 입법자가 독일 형법의 모델에 따라서 책임설을 취했다고 단정하기는 곤란하다. 그러나 역사적 입법자가 설정해 놓은 조문들은 형법이론의 발전에 따라 새로운 의미를 부여받게 된다.”고 지적하면서 결론적으로 형법 제16조는 책임설에 근거하여 제정된 조문이라는 결론을 추론해 낼 수 있다고 한다.⁴²⁾ 엄상섭과는 달리 형법 제16조의 이론적 근거로 책임설을 제안하고 있는 것이다.

엄상섭의 형법논집에 대한 해제와는 다소 모순된 것처럼 보이는 이러한 입장은 필자가 보기에 형법 제16조의 이론적 토대에 대한 매우 흥미로운 연구 소재를 제공해 주고 있다. 즉 “우리 형법의 제정에 중추적 역할을 했던 엄상섭의 견해에 기초해 볼 때, 규범적 책임설에 입각하여 엄격고의설을 토대로 입안된 것으로 추정되는 조문이 왜 오늘날 책임설에 의해서 해석하는 것이 더 타당한 결과를 가져오는가?”라는 질문에 답할 필요가 있다는 것이다. 사실 오늘날 형법 제16조를 책임설에 입각해 해석하는 것이 통설적 견해이기도 하다. 하지만 “설령 형법이론의 발전에 따라서” 동 조문에 대해서 ‘새로운 의미’를 부여할 필요가 있다는 점을 수긍할 수 있다고 하더라도 그 전에 동 조문의 ‘본래적 의미’에 대해서 보다 면밀히 검토하고 넘어갈 필요도 분명 있다고 판단된다. 본고는 바로 이 문제에 대해서 중점적으로 고찰해 보고자 한다. 신형법 제정 직후 당대에 전개된 형법 제16조의 이론적 토대에 대한 두 개의 대립되는 견해 중 하나인 위법성인식가능성설에 대해서 엄상섭 의원도 신동운 교수도 특별히 논급하지 않고 있는바, 동 학설의 의미를 재검토해 봄으로써 위 질문에 적실한 해답이 구해질 수 있다고 본다.

이하에서는 위법성인식가능성설(이하 ‘가능성설’로 약칭함)의 의미를 다른 학설과의 비교 검토를 통해 명확히 해보고, 가능성설이 과연 형법 제16조의 해

42) 그 근거에 대해서 신동운 교수는 “우리 형법은 제13조 및 제15조 제1항에서 구성요건적 착오를 규정하고 제16조에서 금지착오를 규정하고 있다. (중략) 이러한 구조는 (중략) 1975년 독일 신형법의 태도와 결과적으로 매우 유사한 것이라고 하지 않을 수 없다.”고 한다. 신동운, 「형법총론」, 법문사, 2015, 412-413면.

석에 얼마나 가치가 있으며 고의설과 책임설의 범주 중 어디에 속하는지에 대한 김종원 교수의 견해를 통해 분석해 봄으로써 위 질문에 답해 보고자 한다.

IV. 형법 제16조의 해석론과 가능성설

1. 다른 학설과 가능성설의 비교

김종원 교수가 면밀히 논증한 바와 같이⁴³⁾ 형법 제16조를 적실히 해석해낼 수 있는 학설은 법과실준고의설과 가능성설, 그리고 책임설이다.⁴⁴⁾ 오늘날 위법성의 불인식, 금지착오의 문제를 통상 고의설과 책임설의 대립구도 하에 다루는 것이 대다수 문헌들의 주된 태도지만 원래 이 문제는 종래 고의론의 문제로서 고의의 성립에 위법성의 인식이 필요한지 여부의 형태로 다루어졌음에 유의할 필요가 있을 것이다.⁴⁵⁾ 이에 따라 위법성인식불요설, 필요설, 가능성설 및 이분설(자연범과 법정범 구분설)과 준고의설 등이 대립하고 있었던 것이다.⁴⁶⁾ 따라서 법과실준고의설과 가능성설 및 책임설을 동일 평면상에 병렬적으로 놓고 평가하는 것은 다소 오해의 소지가 발생할 수 있으므로 이하에서는 우선 법과실준고의설과 가능성설을 비교한 후, 가능성설과 책임설의 비교를, 가능성설이 태동한 배경과 함께 다루어 보고자 한다.

43) 김종원, 금지착오와 형법 제16조, 『경희법학』 제9권 제1호, 1971, 67면 참조.

44) 드물게 형법 제16조를 위법성인식불요설에 의해 해석하는 것이 타당하다고 주장하는 견해도 있으나(이근상, 『형법총론』, 1958, 154면 이하), 오늘날 동 학설을 지지하는 견해는 없으므로 논외로 하기로 한다. 이근상 교수는 그 근거로서 “위법성의 인식에 착오가 있더라도 원칙적으로 처벌을 면할 수 없지만, 형법 제16조에 의해 정당한 이유가 있는 경우에 한하여 처벌을 면할 수 있도록 규정하고 있기 때문”이라고 한다. 하지만 동 학설에 의하면 착오에 정당한 이유가 있는 경우든 없는 경우든 착오와 무관하게 처벌되어야 하므로 형법 제16조의 취지에 맞게 해석할 수 없다고 보아야 한다. 김종원, 앞의 논문(각주 43), 65면.

45) 이 점에 대한 지적으로는 김종원, 앞의 논문(각주 43), 59면.

46) 위법성의 인식에 관한 학설의 변천사에 대한 소개로는 손해목, 위법성의 의식(불법의식), 『행정논집』 제20권, 1992, 2-3면 참조.

1) 법과실준고의설과 가능성설

법과실준고의설은 고의의 성립에 위법성의 인식을 필요로 하나 위법성의 인식이 없는 데 과실이 있는 경우(즉, 법과실이 있는 경우)에는 이를 고의와 동일하게 취급하는 학설이다. 따라서 위법성의 인식에 착오가 있으면 고의가 조각되나, 그 착오가 과실에 기하는 경우에는 고의에 準하게 된다. 이 학설에 대해서는 결론적으로 전술한 엄상섭 의원과 김용진 판사가 비판한 내용이 그 대로 적용될 수 있다. 즉 법과실이 어떻게 고의와 동일하게 취급될 수 있는지, 즉 어떻게 ‘고의로 비약하는지’ 그 이론적 근거가 부족하여 ‘사물의 본질에 반한다’는 것이다.⁴⁷⁾ 그리고 법과실이 있는 경우 과실범 처벌규정이 있다면 과실범으로 처벌해야 하는지, 아니면 고의범으로 처벌해야 하는지 불분명하다는 지적이 있다.⁴⁸⁾

이에 비해 가능성설은 고의의 성립에 위법성의 인식이 반드시 필요하지는 않고 그 가능성만 있으면 된다고 하는 학설로서 이 점에서 법과실준고의설(이하 ‘준고의설’로 약칭함)과 뚜렷하게 구분된다. 따라서 위법성의 착오가 있어도 곧바로 고의가 조각되지 않고, 위법성 인식의 가능성이 없을 때에 비난 가능성이 없으므로 비로소 고의의 책임이 조각된다고 본다. 이 학설의 대표자인 M. E. Mayer에 의하면 책임은 행위자와 구성요건적 결과에 대한 관계에서의 책임과 행위자의 위법성에 대한 관계에서의 책임으로 나눌 수 있으며, 전자는 심리적 책임요소로서 고의와 과실을 뜻하며, 후자는 윤리적 책임요소(ethisches Schuldement)로서 의무위반성의 의식가능성을 말한다고 한다. 그리고 이 책임의 규범적 요소는 고의와 과실에 공통되는 기본적 책임요소라고 한다.⁴⁹⁾

47) 이러한 비판에 대해 동 학설의 지지자는 구성요건적 사실의 인식에 과실에 있어서 그로 인하여 행위를 한 경우보다는 구성요건적 사실의 인식은 갖고 있으나 다만 위법성의 인식에 과실이 있는 경우에는 행위자에게 적법행위의 기대가능성이 더 크기 때문에 법과실은 고의와 동일하게 취급하여도 무방하다고 주장한다. 이러한 입장에 대해서는 김용식, 「신형법」, 1957, 116-117면 참조.

48) 손해목, 앞의 논문, 4면 참조.

49) Mayer, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrecht: Lehrbuch, 1923, 231면 이하.

가능성설에 대해서는 앞서 김용진 판사가 지적한 바와 같이 “위법성에 관한 과실을 고의로 하고 또는 고의와 동일하게 취급하여야 된다 하는 것은” 부당하다는 비판이 유력한바, 다시 말해 고의의 성부문제에 과실의 요소를 혼합하였다는 것이다. 즉 가능성설은 고의와 과실의 분기점에 관하여 사실에 대해서는 현실의 인식을 고의로 보고, 그 인식의 가능성을 과실로 보면서, 위법성에 대해서는 그 인식의 가능성만으로 고의가 성립한다고 보는 것은 개념의 혼동이고 이론적 모순이라는 지적이 제기된다.⁵⁰⁾ 이러한 비판에 대해 김종원 교수는 고의에 과실적 요소를 도입한다는 비판이 있으나 “의문이다”고 반박한 뒤,⁵¹⁾ 가능성설은 위법성의 인식의 가능성이 없을 때에는 ‘비난가능성이 없어’ 고의의 책임이 완전히 조각되는 것이지, 고의범 성립이 부정된다고 해서 과실범의 존부문제로 귀결되지 않는다고 한다.⁵²⁾ 다시 말해 위법성인식필요설이나 법과실준고의설의 경우 고의책임이 부정될 경우, 과실범 성립여부를 검토할 여지가 남게 되지만, 가능성설은 그러할 여지가 없다는 것이다. 마이어의 구분법처럼 고의와 과실을 책임의 심리적 요소로 보고, 위법성의 인식가능성은 윤리적·규범적 요소로 본다면, 양자는 책임판단에서 영역을 달리하는바, 위법성의 인식가능성이 있는 고의 행위에 대해서 책임을 인정할 수 있다는 것은 심리적 요소와 규범적 요소의 결합이 가능함을 뜻하는 것이고, 이와 마찬가지로 위법성의 인식가능성이 없는 고의행위는 책임이 조각된다는 것은 책임의 규범적 요소가 인정되지 못하여 비록 심리적 요소가 있더라도 책임이 조각된다는 뜻으로 해석할 수 있으므로, 이러한 책임이론에서 보면 가능성설은 고의라는 심리적 요소에 과실이라는 또 다른 심리적 요소가 혼입되고 있지 않다는 견해로 보인다.⁵³⁾ 즉 비판의 요지는 위법성의 인식가능성이라는 과실적 요소가 심리적 책임요소로서의 고의와 결합해 ‘고의책임’이 인정되는 것은 모순이라는 것인데, 이 두 요소는 층위를 달리하는 요소이므로 충분히 결합될 수 있

50) 이에 대해서 Mangakis, Das Unrechtsbewusstsein in der strafrechtlichen Schuldlehre nach deutschem und griechischem Recht, 1954, 46면.

51) 김종원, 앞의 논문(각주 43), 61면.

52) 김종원, 앞의 논문(각주 21), 30면.

53) 이러한 해석으로는 손해목, 앞의 논문, 4면 참조.

고, 이는 결코 심리적 책임요소로서의 고의와 과실이 혼합되는 것이 아니라는 것이다.

2) 책임설과 가능성설

잘 알려져 있듯이 책임설은 위법성의 인식은 고의의 요소가 아니라 고의와 분리된 독립된 책임요소라는 설이다. 이 학설에 의하면 위법성의 인식이 없는 경우, 즉 금지착오의 경우에 그것이 회피불가능한 때에는 책임이 조각되지만, 회피가능한 때에는 책임이 감경될 뿐이다. 학설사적으로 보면 이미 Merkel 등에 의해 고의와는 별개의 독립된 책임요소로 인식되기 시작한 이래⁵⁴⁾ 일반적으로 고의가 책임요소임을 부정하는 목적적 행위론자들은 모두 필연적으로 책임설을 취하지만, 고의를 책임요소로 인정하면서도 위법성의 인식을 책임형식으로서의 고의와는 별개의 독립된 책임요소라고 파악하는 전통적인 범죄체계론을 견지하는 입장에서도 주장된다.⁵⁵⁾

가능성설과 책임설의 연관성에 대해 살펴보면, 독일의 경우 가능성설이 대체로 책임설에 편입되고 있지만⁵⁶⁾ 일본이나 우리나라의 경우 고의설, 그 중에서 제한고의설의 한 범주로 분류되는 경우가 많다. 이에 김종원 교수와 유기천 교수는 가능성설을 책임설로 편입시켜 이해하고 있다는 점에 주목하여 양자의 관계를 살펴보고자 한다.

우선 김종원 교수는 고의설이란 위법성의 의식이 고의의 성립요건이 되고 그 의식이 없으면 바로 고의가 조각된다는 학설이고, 이에 비해 가능성설은 위법성의 의식이 없어도 바로 고의가 조각되지 않으므로 “그러한 한에 있어서 가능성설은 일종의 ‘고의설’이라도 될 자격을 상실한다고 보아야 옳[다]”고 주장한다.⁵⁷⁾ 다만 가능성설이 고의설이 될 자격이 없다고 해서 곧바로 책임설에 편입된다고 말할 수는 없는바, 가능성설에서 말하는 ‘고의’가 과연 어떤 의

54) Merkel, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, 1912, 82면.

55) 김종원, 앞의 논문(각주 17), 508면.

56) 이 점에 대해서는 김종원, 앞의 논문(각주 21), 28면.

57) 김종원, 앞의 논문(각주 21), 30면.

미를 가진 고의인지를 밝힘으로써 결론적으로 책임설에 편입되는 것이 옳다고 한다. 즉 가능성설에서 말하는 고의는 과실과의 한계로서 문제되는 고의가 아니라 책임요소로서의 고의, 더 정확하게 말하면 ‘위법성의 의식과의 관련 하에서의 고의책임’이라는 의미에서의 고의라고 이해해야 하므로⁵⁸⁾ 그렇다면 위법성의 의식의 가능성의 유무는 고의의 ‘책임(비난가능성)’의 유무를 결정짓는 것이 되어 결론적으로 가능성설은 책임설에 편입시키는 것이 타당하다고 한다. 부연하자면 전술한 M. E. Mayer의 구분법대로 책임을 심리적 요소(고의와 과실)와 규범적 요소(위법성의 인식가능성)로 나누어 후자는 전자(고의와 과실)에 공통되는 책임요소라고 할 때, 위법성의 인식가능성이 없어서 고의책임이 조각된다는 의미는 심리적 책임요소로서의 고의나 과실의 성립여부에 기여하는 별개의 규범적 책임요소가 부정된다는 뜻이므로 이것은 책임설의 입장과 ‘통한다’는 것이다.⁵⁹⁾

유기천 교수도 가능성설과 책임설의 연관성에 관해 논급한 바 있다. 이에 대하여 김종원 교수는 유기천 교수의 그 논급에 대해 “자기의 입장을 책임설이라고 보지 않는 것 같다”고 촌평한 바 있다.⁶⁰⁾ 하지만 필자가 보기에 유기천 교수는 자신의 저서에서 책임설과 가능성설의 유사성을 누누이 강조하고 있다. 유교수는 “벨첼이 지지하는 책임설은 독일학계에 한때 큰 파문을 주었고, 독일연방재판소에도 영향을 주었다. 그러나 이는 마이어의 가능성설과 그 결론에 있어서 거의 동일하다.”⁶¹⁾고 지적한다. 또한 과거 판례의 입장인 위법성인식불요설은 책임의 본질이 비난가능성에 있는 이상 더 이상 유지될 수 없게 된 배경 하에서 가능성설이 출현하게 되었다고 보면서 책임, 곧 비난가능성의 지적 요소로서 고의와 위법성의 인식가능성을 별개의 요소로 다루고 있는바,⁶²⁾ 이는 곧 위법성의 인식(가능성)을 별개의 독립된 책임요소로 보는 책임설의 입장과도 통하는 것이라 해석하지 않을 수 없다고 본다.

58) 김종원, 앞의 논문(각주 17), 515면.

59) 김종원, 앞의 논문(각주 43), 63면.

60) 김종원, 앞의 논문(각주 10), 30면 참조.

61) 유기천, 앞의 책, 92면.

62) 유기천, 앞의 책, 228-229면.

이처럼 가능성설은 그 핵심 논지에 있어서 책임설과 상통하는 입장이나, 일본과 우리나라의 경우 주로 고의설(제한고의설)의 한 범주로 분류된 이유는 추측컨대 위법성의 불인식이 종래 고의론의 문제로서 고의의 성립에 위법성의 인식이 필요한지 여부의 형태로 다루어져 왔고 그 과정에서 가능성설이 출현하게 되었다는 점에서 찾을 수 있다고 본다. 가능성설은 책임요소로서의 고의의 성립에 위법성의 인식은 불필요하고, 그 인식가능성만 있으면 된다는 학설이므로 일견 고의설처럼 보이지만, 여기서 말하는 ‘고의’는 김종원 교수가 잘 지적한 바와 같이 심리적 책임요소로서의 고의가 아니라, 그와 구별되는 규범적 책임요소인 위법성의 인식가능성에 따라 그 성립여부가 결정되는 ‘고의책임’을 뜻하는 것으로 보아야 하므로 이러한 입장은 어디까지나 책임설의 한 범주로 편입해야 마땅하다고 본다. 유기천 교수도 바로 이와 같은 맥락에서 ‘책임의 가장 낮은 한계’로서의 ‘위법성의 인식가능성’을 고의와 더불어 비난가능성의 지적 요소의 하나로 파악하고 있는 것이다. 전술한 바와 같이 책임설의 입장은 고의를 책임에서 완전히 분리시키는 목적적 행위론자들 외에 고의를 책임요소로 파악하는 전통적 견해에서도 채택할 수 있으므로, 비록 가능성설이 ‘고의론’의 전개과정에서 태동한 학설이라 하더라도 그 핵심 논지는 결과적으로 “고의로부터 위법성의 인식(가능성)을 분리한다”는 책임설의 입장과 상통한다는 점을 혼동해서는 안 될 것이다.

2. 형법 제16조의 해석과 가능성설

그렇다면 이번에는 과연 가능성설과 법과실준고의설, 그리고 책임설 중에서 어느 학설이 형법 제16조를 가장 정확하게 해석해 낼 수 있는지를 검토해 보기로 한다.

1) 형법 제16조의 ‘가능한 의미’ 내에서의 문리해석

죄형법정주의 원칙상 형법조문은 ‘문언의 가능한 의미’ 내에서 엄격하게 해석되어야 한다.

형법 제16조는 “자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다.”고 규정하고 있다. 동 조문의 구조상 상기 언급한 각 학설에 따르는 해석상 차이점을 두드러지게 보여주는 부분은 바로 ‘정당한 이유가 있는 때에 한하여’라는 법문이다. 동 법문의 정확한 해석을 위해서는 유사한 법문형태를 취하고 있는 입법례를 검토해 볼 필요가 있을 것이다.

‘정당한 이유’란 법문은 1935년의 중화민국형법 제16조에서도 채택된 바 있지만 ‘정당한 이유가 있는 때에 한하여’란 법문은 비교법적으로도 드문 사례이다. 동 조문의 입안 당시 고려되었을 만한 입법례를 보아도 이와 같은 법문형식은 찾아볼 수 없다. 예를 들면 다음과 같다.

1930년 독일형법 초안 제20조 제2항 : 행위자가 고의로 행위하지만 용서할 수 있는 법률의 착오에 의하여 자기 행위의 불법성을 인식하지 못한 때에는 벌하지 아니하고, 그 착오가 용서할 수 있는 것이 아닌 때에는 행위자를 처벌하되 그 형을 감경한다.

1938년 스위스 신형법 제20조 : 범인이 충분한 이유로 자기는 당해의 범행을 행하는 권리를 가질 것이라고 사유한 경우에는 재판관은 자유재량에 따라서 형을 감경하며(제66조) 또는 처벌을 하지 아니할 수 있다(Hat der Täter aus zureichenden Gründen angenommen, er sei zur Tat berechtigt, so kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern (Art.66) oder von einer Bestrafung Umgang nehmen).

1935년 중화민국형법 제16조 : 법률을 알지 못했다고 하여 형사책임이 면제될 수 없다. 단, 그 정상에 따라서 그 형을 감경할 수 있다. 만약 그 행위가 법률에 의해서 허가되는 것으로 믿은 데에 정당한 이유가 있는 경우에는 그 형을 면제할 수 있다(不得因不知法律而免除刑事責任但按其情節得減輕其刑如自信其行為爲法律所許可而有正當理由者得免除其刑).⁶³⁾

1940년 일본개정형법가안 제11조 [법률의 착오] :

① 법률을 알지 못하였다 하더라도 그것으로써 고의가 없었다고 할 수 없다.

63) 동 조문의 해석으로는 김종원, 1969년의 새로운 독일형법총칙을 중심으로, 「경희법학」 제8권 1호, 1970, 119-120면; 법무부조사국, 「법무자료」, 제5집, 1948, 4면 참조.

단, 정상에 따라 그 형을 경감할 수 있다.

② 자기의 행위가 법률상 허용되지 아니하는 것임을 알지 못하고 범한 자는 그 점에 대하여 상당한 이유가 있는 때에는 그 형을 면제한다.⁶⁴⁾

소개한 초안 및 입법례들은 모두 “정당한(상당한, 충분한, 용서할 수 있는) 이유가 있는 ‘경우에는(때에는)’”이라는 법문을 채택하고 있음을 쉽게 확인할 수 있다. 즉 우리 형법 제16조처럼 ‘한하여’라는 극히 제한적인 법문을 취하고 있는 초안 및 조문은 찾아볼 수 없다. 이러한 비교법적 사례를 토대로 동 조문에 대한 문리적 해석을 하자면, ‘정당한 이유가 있는 때에 한하여’라는 법문은 ‘정당한 이유가 있는 경우에만’ 법률의 착오를 고려하여 벌하지 않는 것으로 법적 효과를 부여하되, 반면에 정당한 이유가 없는 경우에는 원칙적으로 처벌하겠다는 취지로 새겨진다. 바꾸어 말하면 동 조문의 취지는 원칙적으로 정당한 이유가 없는 때에는 벌하면서, 예외적으로 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다는 것으로 해석된다. 이 점은 특히 만일 ‘정당한 이유가 있는 경우에는(때에는)’이라는 법문형식을 취할 경우 법률의 착오에 정당한 이유가 있는 경우에는 벌하지 않는 법적 효과가 부여되는 것은 동일하지만 만일 정당한 이유가 없는 경우에는 그 법적 효과에 대한 해석이, ‘정당한 이유가 있는 때에 한하여’라는 법문형식을 취할 경우와 비교해 볼 때 상대적으로 ‘문리해석상’ 분명하지 않아 학설과 판례에 맡겨질 것이고, 결과적으로 처벌하거나 형을 감경하는 법적 효과를 부여하겠다는 취지로 해석될 수 있다는 점에서 명확해진다.⁶⁵⁾ 위에 소개한 1930년 독일형법 초안 제20조 2항이 바로 그러한 조문형태이다.

요컨대 ‘한하여’라는 법문형식은 정당한 이유의 유무에 따라 ‘처벌’ 또는 ‘불처벌’의 법적 효과가 가능한 양자택일 방식의 조문구조를 갖게 되는데 비해,⁶⁶⁾ ‘경우에(때에는)’라는 법문형식은 정당한 이유가 없을 때에는 ‘처벌’ 내지 ‘감경’이라는 법적 효과를 부여할 수 있는 보다 신축적인 조문구조를 지니

64) 법무부조사국, 앞의 자료, 3면 참조.

65) 이러한 해석으로는 김종원, 앞의 논문(각주 43), 65면.

66) 이 점에 대해서는 신동윤, 앞의 책, 411면.

게 된다고 볼 수 있다.

그런데 여기서 한 가지 의문이 들 수 있다. 형법 제16조가 비록 '정당한 이유가 있는 때에 한하여'라는 법문을 채택하고 있다고 하더라도 그 법적 효과에 있어서 정당한 이유가 없는 때에는 반드시 양자택일적 해석에 의해 '처벌'만 하는 것이 아니라 형의 '임의적 감경'이라는 법적 효과도 부여할 수 있다고 보는 것은 '문언의 가능한 범위'를 벗어나는 것일까? 순전히 문리해석에만 기초해서는 이에 답하기 어렵다고 본다. 이하에서는 동 조문의 입법사적 유래를 검토해 봄으로써 보다 이 점에 대한 보다 명확한 해석론을 제시해 보고자 한다.

2) 입법사적 고찰을 통한 문리해석의 보완

우리의 입법자는 형법 제16조를 기초하는데 있어서 일본의 개정형법가안을 주된 모델로 삼았던 것으로 보인다.⁶⁷⁾ 그러므로 일본 개정형법가안 및 동 가안과 거의 유사한 조문구조를 갖고 있는 1961년 개정형법준비초안 및 1974년 개정형법초안과 우리나라 법전편찬위원회 형법초안 및 형법 제16조를 비교해 봄으로써 '정당한 이유가 있는 때에 한하여'의 의미를 구명해 보기로 한다.

1940년 일본개정형법가안 제11조 [법률의 착오] :

- ① 법률을 알지 못하였다 하더라도 그것으로써 고의가 없었다고 할 수 없다. 단, 정상에 따라 그 형을 경감할 수 있다.
- ② 자기의 행위가 법률상 허용되지 아니하는 것임을 알지 못하고 범한 자는 그 점에 대하여 상당한 이유가 있는 때에는 그 형을 면제한다.⁶⁸⁾

1950년 법전편찬위원회 형법초안 : 자기의 행위가 법령에 의하여 죄 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인이 정당한 이유가 있는 때에 한하여 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

1953년 형법 제16조 : 자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다.

67) 이러한 견해의 소개로는 신동운, 앞의 논문(각주 11), 18면, 20면 참조.

68) 법무부조사국, 앞의 자료, 3면 참조.

위 법전편찬위원회 형법초안 역시 동 가안을 토대로 성안되었다고 보아도 큰 무리는 없을 것이다. 위의 두 가지 안을 비교해 보면, 눈에 띄는 차이점을 쉽게 발견할 수 있다. 일본개정형법가안의 제11조 제2항이 법전편찬위원회의 형법초안과 유사함은 누누이 지적된 사실이지만, 분명히 우리 입법자는 개정형법가안 제11조 제1항의 규정은 우리 조문에 도입하지 않았다. 여기서 두 가지의 의문점이 떠오른다.

첫째, 일본의 경우 개정형법가안을 기초함에 있어서 어째서 일본의 현행형법 제38조 제3항의 규정을 가안 제11조 제1항에 그대로 존치시킨 것일까?

둘째, 우리 입법자는 일본개정형법가안을 참조했음에도 불구하고 어째서 일본과는 다른 입법형식을 취한 것인가?⁶⁹⁾ 이에 대해 검토해 보기로 한다.

牧野英一에 따르면 스위스 신형법 제20조는 ‘충분한 이유’가 있는 법률의 착오만을 형법적으로 고려하고 있으며, 그러한 점에서 동 조문은 다분히 전통적인 사고방식, 즉 “법률의 부지는 용서받지 못한다”는 로마법상의 법원칙을 따르고 있다고 한다. 그리고 스위스 형법 제20조의 이러한 취지를 개정형법가안은 (법적 효과에 있어서는 차이가 있지만) 그대로 전승하고 있다고 한다. 그렇기 때문에 동 가안의 제1항은 “법률을 알지 못하였다 하더라도 그것으로써 고의가 없었다고 할 수 없다. 단, 정상에 따라 그 형을 경감할 수 있다”는 현행 조문을 존치시킴으로써 전통적인 법원칙을 승인하면서도, 제2항에 “자기의 행위가 법률상 허용되지 아니하는 것임을 알지 못하고 범한 자는 그 점에 대하여 상당한 이유가 있는 때에는 이를 벌하지 아니한다”는 조문을 둠으로써 ‘상당한 이유’가 있는 법률의 착오만을 고려하는 태도를 취하게 되었다는 것이다.⁷⁰⁾

요컨대 일본개정형법가안 제11조 1항은, 비록 정상에 따른 형의 임의적 감경의 여지는 남아 있지만, 법률의 부지는 용서받지 못한다는 전통적 법원칙을 승인하는 규정이고, 2항은 상당한 이유가 있는 법률의 착오에 한하여 이를 형법적으로 고려하겠다는 규정인 것이다.⁷¹⁾

69) 그러나 형법 제16조에 관한 한 이러한 차이점에 주목한 연구는 아직까지 보이지 않는다. 예를 들면 “오영근, 일본개정형법가안이 제정형법에 미친 영향과 현행 형법해석론의 문제점, 『형사법연구』 제20호, 2003, 109면 이하”에도 특별히 이러한 문제의식은 표출되지 않는다.

70) 牧野英一, 「법률의 착오(형법연구 제12권)」, 1951, 106-109면 참조.

그렇다면 우리 입법자도 역시 형법 제16조를 입안함에 있어서 일본개정형법가안 제11조의 이와 같은 취지를 고려해 동 가안 제11조와 유사한 규정형식을 취하는 것이 전통적인 법원칙과의 조화 측면에서 바람직하다고 판단했을 것임은 쉽게 추측해 볼 수 있다. 이에 대해서 엄상섭은 다음과 같이 말하고 있다.

“제16조에 “자기의 행위가 법령에 의하여 죄가 되지 아니하는 것으로 오인한 행위는 그 오인에 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 아니한다”라고 되어 있거니와 이 조문도 형벌조문을 완화한 것이다. “법을 모른다고 하여 처벌을 면할 수 없다”는 것이 형법상의 원칙이거니와 이 원칙의 절대적인 적용만으로는 심히 가혹하여 해위자로서는 역올키 한량없는 경우가 있는 것이다. … 그러므로 우리 형법제정에서는 “자기의 행위에 죄가 안 되는 것으로 오인함에 있어서 그 오인을 책(責)할만한 아무런 이유도 없을 때”에는 벌하지 말자는 이 조문을 설치한 것이다. 이 조문에서의 ‘정당한 이유가 있음’이라 함은 “만연히 죄가 안 되는 것으로 오인한 것이 아니고 적어도 법률전문가나 당로자에게 문의를 하여 죄가 안 된다는 요지의 확답을 얻었다든가 이에 준할 만한 노력을 한 연후에 죄가 되지 아니한다는 인식을 하게 되었음”을 의미하는 것으로 본다.”⁷²⁾

엄상섭의 말을 풀이하자면 형법 제16조는 “법을 모른다고 하여 처벌을 면할 수 없다”는 형법상의 전통적 법원칙의 엄격함을 완화하기 위해 입안된 것이기는 하지만 ‘정당한 이유’란 ‘만연히 죄가 안 되는 것으로 오인한 것’은 분명 아니라는 것이며 동 조문은 전통적 법원칙과의 긴장을 해소하여 입법적 조화를 도모하고 있는 규정이라는 것이다. 엄상섭을 통해 알 수 있듯이 형법 제16조의 입안자 역시 스위스 형법 제20조나 일본개정형법가안 제11조처럼 형사처벌의 엄격함을 완화시키는 노력을 기울이면서도 다분히 전통적 법원칙을 존중하여 양자의 조화를 모색하고 있다는 점에서 스위스 형법 제20조나 개정형법가안 제11조의 취지를 전승하고 있다고 봐야 할 것이다.

71) 일본개정형법가안의 이유서도 이와 거의 동일한 취지로 설명하고 있다. 즉 본조 제1항은 전통적 법원칙을 도저히 변경할 수 없다는 점을 승인하는 것이고 다만 제2항은 제1항의 엄격성을 완화하기 위해 상당한 이유가 있는 경우에는 그 형을 ‘면제’까지도 할 수 있도록 입안된 것이라고 한다. 이에 대해서는 刑法改正案理由書, 小野幹事提出, 7-8면 참조.

72) 엄상섭, 우리 형법전에 나타난 형법민주화의 조향, 『법정』, 제10권 제11호, 1955, 3-4면 참조.

그렇다면 형법 제16조 역시 일본개정형법가안 제11조처럼 두 개의 항을 두는 방식을 채택하는 것이 바람직하였을 것이라고 본다. 그럼에도 불구하고 우리 입법자는 과감히 단일 조문형태로 현행 형법 제16조와 같은 규정형식을 취했다. 과연 어떠한 이유에서 이와 같은 조문형식을 택했는지가 의문시된다. 추측컨대, 바로 이 의문점을 해결하는 실마리가 형법 제16조의 ‘정당한 이유가 있는 때에 한하여’란 법문에 있다고 본다. 우리 입법자는 일본과 다르게 단일 조문형태로 법률의 착오를 규정하면서 ‘정당한 이유가 있는 경우에 한하여’란 법문을 들여오고 있다. 여기에는 분명히 당시 입안자의 의도가 담겨 있으리라고 판단된다.

우리 형법 제16조도 분명 일본개정형법가안 제11조처럼 형사처벌에 엄격성을 완화하면서도 전통적인 법원칙을 존중하는 노력 속에 입안된 것임은 분명할 것이다. 그럼에도 불구하고 우리 조문의 입안자가 현재의 조문형태를 취한 것은 ‘정당한 이유가 있는 때에 한하여’라는 법문이 바로 일본개정형법가안 제11조 제1항 및 제2항의 기능을 대신해 줄 수 있다고 보았기 때문이라고 판단하는 것이 자연스럽다. ‘정당한 이유가 있는 경우에 한하여’란 법문은 분명 제한적인 수식어구이다. 유기천 교수는 동 조문을 영어로 소개한 문헌에서⁷³⁾ “only when his mistake is based on reasonable grounds”라고 번역한 바 있다.

다시 말해 동 법문은 형법 제16조 역시 스위스 형법 제20조나 일본개정형법가안 제11조처럼 ‘정당한 이유가 있는 경우의 법률의 착오만을 고려한다는 태도를 분명히 하고 있는 것이다. 즉 형법 제16조 하에서도 법률의 착오는 정당한 이유가 있는 경우에만 고려되고, 그 외의 경우에는 처벌된다는 것이 원칙인 것이다.⁷⁴⁾ 다만, 일본개정형법가안이 한 조문에 두 개의 항을 뒀으로써 이러한 취지를 명확히 하였음에 비해서 우리 조문은 오히려 스위스 형법 제20조와 유사하게 단일 조문방식을 채택하면서도 ‘한하여’란 제한적 법문을 통해서 그와 같은 취지를 두드러지게 표현하고 있는 것이다. 이러한 결론은 형법 제

73) Ryu & Silving, 앞의 논문, 692면 참조.

74) 다만 일본개정형법가안 제11조와 차이가 있다면, 정당한 이유가 없는 경우에 정상에 의한 임의적 감경규정을 두고 있지 않다는 점이다. 이로 인해 정당한 이유가 없는 경우의 법적 효과는 ‘처벌’이라는 점이 더욱 명확해 진다.

16조와 같이 ‘정당한 이유’란 법문을 채택하면서도 규정형식에 있어서는 일본 개정형법가안 제11조와 유사한 조문구조를 가진 1935년 중화민국형법 제16조에서 ‘정당한 이유가 있는 경우에’라는 법문형식을 취하고 있는 점에서도 지지된다고 생각한다.

1935년 중화민국형법 제16조 : 법률을 알지 못했다고 하여 형사책임이 면제될 수 없다. 단, 그 정상에 따라서 그 형을 감경할 수 있다. 만약 그 행위가 법률에 의해서 허가되는 것으로 믿은 데에 정당한 이유가 있는 경우에는 그 형을 면제할 수 있다(不得因不知法律而免除刑事責任但按其情節得減輕其刑如自信其行爲爲法律所許可而有正當理由者得免除其刑).⁷⁵⁾

요컨대 형법 제16조는 정당한 이유가 없는 때에는 전통적 법원칙을 존중해 원칙적으로 처벌하겠다는 취지로 해석하는 것이 타당하다고 하겠다. 이에 대해 형의 ‘임의적 감경’이라는 법적 효과도 부여할 수 있다고 보는 것은 동 법문의 ‘가능한 의미’를 넘어서는 해석이다. 이와 관련해 유기천 교수는 “형법 제16조를 정당하게 해석하려면 위법성의 인식이 불가능하였으면 책임이 조각되고, 위법성의 결여가 과실에 인한 때에는, 고의범으로 처벌한다고 보아야 한다. 다만 양형에 있어서 책임을 감경하려고 할 때에는 그 정상에 참작할 사유가 있음을 이유로 감경하게 되며(제53조), 제16조에 의하여 감경하는 것은 아니다”라고 적확히 지적해 주고 있다.⁷⁶⁾

3) 가능성설과 형법 제16조의 해석

전술한 형법 제16조의 해석론에 입각해 볼 때, 동 조문의 취지에 맞게 법적 효과를 가장 적실히 해석해 낼 수 있는 학설이 무엇인지 검토해 보고자 한다.

우선 법과실준고의설은 위법성의 착오에 정당한 이유가 없는 경우, 즉 법과실이 있는 때에는 고의범으로 취급하여 처벌하므로 형법 제16조의 취지에 합

75) 동 조문의 해석으로는 김종원, 앞의 논문(각주 63), 119-120면; 법무부조사국, 앞의 자료, 4면 참조.

76) 유기천, 앞의 책, 230면과 237면 참조.

치된다고 볼 수 있다. 또한 정당한 이유가 있어서 법과실이 부정되는 경우에는 범죄불성립으로 처벌되지 않는다는 점도 형법 제16조의 취지에 부합된다. 하지만 법과실준고의설이 지닌 이론적 결함은 차치하더라도 그 법적 효과에 있어서 법과실이 있는 경우 만일 과실범 처벌규정이 있다면 과실범으로 처벌해야 하는지, 아니면 고의범으로 처벌해야 하는지 불분명하다는 점에서 형법 제16조의 취지에 정확히 부합되지는 않는다고 볼 수 있다. 다시 말해 이 학설은 위법성인식필요설의 형사정책적 결함, 즉 고의범 성립이 부정될 때 과실범 처벌규정도 없어서 형사처벌의 공백이 발생하는 것을 극복하기 위해 주장되었지만, 만일 과실범 처벌규정이 있다면 과연 이를 어떻게 처리할 것인가에 대해서는 불분명한 입장을 취하고 있다는 것이다.

다음으로 책임설은 오늘날 형법 제16조의 해석론적 근거로서 널리 받아들여지고 있는 만큼 동 조문의 취지에 상당부분 부합되는 측면이 있는 것은 사실이다. 즉 위법성의 착오가 회피불가능한 경우, 즉 정당한 이유가 있는 경우에는 책임(비난가능성)이 조각되어 벌하지 아니하고, 회피가능한 경우, 즉 정당한 이유가 없거나 법과실이 있는 경우에는 처벌되지만 책임이 감경될 수 있으므로 형법 제16조의 취지에 합치될 수 있다는 것이다.⁷⁷⁾ 수궁할 수 있는 해석론이지만, 이 지점에서 본래적 의미의 책임설을 재음미해볼 필요가 있다고 본다. 책임설은 원래 회피가능성의 정도에 따라서 책임조각에서부터 책임감경, 완전한 책임의 인정까지 단계적 평가가 가능한 조문을 설정하고 있다. 대표적으로 책임설을 입법화한 것으로 평가받는 독일형법 제17조의 경우 제1문은 행위자에게 착오의 회피가능성이 전혀 없는 경우에 대하여 “책임 없이 행위한 것이다”라고 규정해 책임조각의 효과를 부여하면서, 제2문에서 행위자가 그 착오를 회피할 수 있었던 경우에는 그 “형을 감경할 수 있다”고 하여 회피가능성의 정도에 따라서 형의 감경이 가능하도록 규정하고 있다. 즉 본래적 의미의 책임설 구상에 입각한 독일형법 제17조는 형의 임의적 감경사유가 되지만, 우리형법 제16조는 법률상 형의 감경사유가 아니다. 이 점은 전술한 바, 형법 제16조의 문리적, 입법사적 고찰에 비추어 보더라도 명백하다. 동 조문에

77) 이 경우 책임의 감경은 형법 제53조에 의한 작량감경을 통해서 가능하다고 보는 견해로는 성낙현, 「형법총론」, 동방문화사, 2011, 364면 참조.

의하면 정당한 이유가 없는 법률의 착오는 단지 작량감경사유에 불과할 뿐이다. 소송법적으로 보면 우리나라 피고인은 형법 제16조를 법률상 범죄의 성립을 조각하는 이유임을 들어 법원에 판단을 요구할 수는 있지만, 법률상 형의 감경을 규정한 조문이라고 주장하여 법원의 판단을 요구할 수는 없다는 것이다.⁷⁸⁾ 그럼에도 불구하고 책임설에 입각하여 형법 제16조를 해석하여 회피가능한 금지착오의 경우 작량감경(제53조)은 물론 동 조문에 규정하고 있지 않은 법률상 감경(제55조)까지 가능하다고 보는 것은⁷⁹⁾ 동 조문의 ‘가능한 의미를 넘는’ 해석론임은 전술한 바와 같다.⁸⁰⁾

그렇다면 이제 남는 것은 가능성설이다. 그러면 여기서 유기천 교수의 견해를 다시 살펴보자.

“위법성의 인식의 가능성이 없으면 고의범으로 벌할 수 없으나, 위법성의 인식의 가능성이 있는 때에는, 행위자에게 과실이 있는 경우에도 고의범으로 처벌받아야 한다. 형법 제16조가 바로 이 가능성설을 입법화하였던 것이다”

유기천 교수의 주장은 앞서 상론한 바에 의하여 그 의미가 명확하게 된다. ‘고의범으로 벌할 수 없다’는 것은 책임, 즉 비난가능성이 결여되어 ‘고의책임’이 조각된다는 뜻이고 이로 인해 과실범의 존부문제는 더 이상 발생하지 않는다. 또한 행위자에게 과실이 있는 경우에도, 위법성의 인식가능성이 있다면 고의가 인정되어 고의범으로 처벌받아야 한다. 이러한 해석론은 전술한 형법 제16조의 취지에 적확하게 부합된다. 정당한 이유가 있는 때에 한하여 벌하지 않고(책임조각), 정당한 이유가 없다면 고의범으로서 처벌되어야 한다는 결론에 도달하기 때문이다. 그러므로 가능성설은 형법 제16조의 해석론으로서 가

78) 이러한 분석으로는 신동운, 앞의 책, 408-411면 참조.

79) 이러한 해석론으로는 예컨대 김일수, 「한국형법 II」, 1992, 94-95면과 김일수·서보학, 「형법총론」, 2003, 430면. 본래적 의미의 책임설에 충실한 해석론이라고 평가할 수 있겠으나, 법문의 가능한 의미범위를 넘어선 것으로 보인다.

80) 물론 그러한 견해가 피고인에게 유리한 해석이라는 점에서는 긍정적으로 평가할 여지가 있지만, 피고인에게 유리하다고 해서 합리적인 근거도 없이 명백히 법문의 가능한 의미를 넘어서는 해석론을 허용할 수는 없다고 할 것이다. 동지의 이상돈, 「형법강론」, 박영사, 43면 참조.

장 타당한 학설이고 이를 토대로 동 조문이 입법화되었다는 유기천 교수의 주장은 적확하다고 판단된다.

그렇다면 마지막으로 엄상섭 의원의 견해, 즉 규범적 책임론에 입각한 위법성인식필요설은 형법 제16조의 해석론으로 어떠한지 검토해볼 필요가 있을 것이다. 비록 엄상섭은 엄격고의설의 형사정책적 결함을 “입법적으로 해결했다”고 평가하고 있지만, 엄격고의설의 입장에 충실하게 따르자면 위법성의 불인식에 과실이 있는 경우 과실범 처벌규정이 없으면 결국 처벌하지 못하게 되어야 하는바, 형법 제16조의 취지에 부합되지 못하며, 이러한 해석론상 난점을 해결해 줄 수 있는 ‘가능성설’이라는 학설이 있음에도 불구하고 굳이 ‘규범적 책임론에 입각한 엄격고의설’의 입장을 무리하게 고집하면서 ‘입법적 해결’을 본 것으로 동 조문을 평가하는 것은 우리 형법의 이론적 토대를 다소 자의적으로 해석한 것으로 볼 여지가 있고, 위법성의 인식가능성이 없으면 비난가능성이 없어 책임이 조각된다는 형법상의 기본원칙을 적실히 담아내지 못했다는 비판을 받을 수 있다고 생각된다. 그러므로 형법 제16조의 취지에 맞는 이론적 토대로는 가능성설이 가장 타당하다고 본다.

이상의 논의를 종합하자면, 가능성설을 책임설에 편입될 수 있고, 책임은 곧 비난가능성이라는 원칙에도 충실한 학설이므로 형법 제16조를 굳이 책임설에 입각해 문언의 가능한 범위를 넘어 해석해야 할 당위성은 상당히 줄어들 수 있다고 본다. 이러한 고찰을 통하여 결론적으로 유기천 교수가 “형법 제16조가 바로 이 가능성설을 입법화하였던 것이다.”라고 확언에 가까운 주장을 한 것은 지극히 타당한 것이고, 그럼에도 불구하고 가능성설의 의미와 가치를 사장시킨 채 형법 제16조의 해석을 운운하는 태도는 재고될 필요가 있을 것이다.

V. 결론

그럼 이제 다시 앞서 제기한 질문으로 돌아가 보자. 형법 제정에 증추적 역할을 한 인물들이 형법 제16조의 이론적 토대에 대해 피력한 견해를 - 엄격고

의설이든 가능성설이든 - 문헌적 전거에 기초해 확인할 수 있음에도 불구하고 오늘날 동 조문의 해석론적 기초로서 책임설이 각광을 받고 있는 이유는 어떻게 해명할 수 있을까? 즉 “역사적 입법자가 설정해 놓은 조문들은 형법이론의 발전에 따라 새로운 의미를 부여받게 된다.”는 말을 과연 어떻게 이해하는 것이 바람직한 것일까? 필자는 이에 대해 서론에서 논급한 바 있는 ‘밈이론’이 어느 정도 적실한 해답을 제시해 줄 수 있다고 믿는다.

학설에 대한 밈이론적 분석에 의하면 반드시 가장 설득력 있는 학설이 다수설이나 통설로 남게 되지는 않는다. 오히려 가장 정치한 논지를 갖춘 소수설이 사장되고, 이론적 결함이 있는 학설이 선택되어 지배적 통설이 되는 것도 충분히 가능하다. 왜냐하면 밈복합체로서의 학설-밈이 다른 학설-밈과의 경쟁에서 승리해 법률전문가들에게 선택되는 과정은 유기체의 특정한 형질이 자연선택을 통해 진화하는 것과 동일한 과정을 거치기 때문에 그것이 단지 해당 학설-밈의 밈적 적응도를 높이는 방향으로, 즉 가장 많이 복제되어 널리 전파될 있는 방향으로 무심히 진행될 뿐 반드시 학설로서의 진리성이나 정당성을 높이는 방향으로 진행되지는 않기 때문이다. 진리성이나 정당성은 해당 학설-밈의 밈적 적응도를 높이는 한 요소일 뿐이다. 그렇다면 학설-밈의 성공적 전파를 보장해 주는 다른 요인에는 무엇이 있을까? 그것은 바로 법률전문가 집단의 선호도이다. 밈이론에 따르면 학설-밈은 법률전문가 집단의 두뇌를 차지하고 판례나 법률문헌에 수록되기 위해 격렬한 투쟁을 벌이는 복제자로 볼 수 있고, 이들 중에서 어떠한 학설이 생존에 성공하여 선택될지 여부는 전적으로 그 선택환경에 달려 있기 때문이다. 법학의 영역에서 그 선택환경은 바로 법률전문가 집단의 선호도인 것이다.⁸¹⁾

이러한 분석에 의하면 형법 제16조의 해석과 관련해 오늘날 책임설이 어째서 다른 학설에 비해 두각을 나타내며 널리 받아들여지고 있는지 어느 정도 해명이 가능하다고 본다. 잘 알려져 있다시피 1952년 독일 연방대법원이 책임설을 채택한 이후 1975년 독일 신형법은 제17조에 책임설을 명문화 하여 금지착오 조문을 두었고 이러한 영향은 현재 우리나라의 법률전문가들에게도 상

81) 이러한 분석으로는 안성조, 「현대 형법학」, 제2권, 경인문화사, 2015, 261면 이하 참조.

당한 영향을 미치고 있다고 판단된다. 독일에서 책임설이 통설적인 지위를 구축하게 된 것은 고의설과의 오랜 대결에서 그 이론적 장점이 판명되고, 책임 원칙에 충실한 금지착오조문의 입안을 가능케 해주며, 행위론 분야의 발전에 수용할 수 있다는 장점 등 다양한 이유에서 설명할 수 있을 것이다. 하지만 본고에서 살펴본 바대로 책임설은 우리나라 형법 제16조의 해석론적 토대로서는 ‘가능성설’에 비해 논리적 완결성이 떨어진다고 평가할 수 있다. 그럼에도 불구하고 이론 자체의 완결성이 아닌 형법 제16조의 해석론적 토대로서 책임설이 오늘날 주목을 받고 있는 것은 바로 법률전문가들의 선호도 때문이라고 볼 수 있을 것이다. 바꿔 말하면 책임설에 대한 법률전문가들의 선호가 형법 제16조의 취지를 몰각시키고, 그에 합당한 해석론을 뒤바꾸는 선택을 가져온 것이라고 믿이론적으로 분석할 수 있을 것이다.

비록 정치한 해명은 아니지만, 이러한 대강의 분석만으로도 형법 제16조에 대한 유기천 교수의 해석론을 재평가할 수 있는 계기는 충분히 마련될 수 있다고 생각한다. 상론할 필요 없이 유기천 교수도 책임설의 장점과 그 의의를 명확히 인식하고 있었다. 그럼에도 유기천 교수는 “형법 제16조의 해석에 관하여 국내학자들은 고의설과 책임설의 입장을 그대로 주장하고 있(는데), 이것은 형법 제16조의 해석을 법규정이 없는 독일형법에 있어서의 입법론상의 논쟁과 혼동한 결과”라고 지적하며, “형법 제16조는 마이어의 가능성설을 입법한 것이므로 그에 따라 해석하는 것이 타당하다”고 주장하고 있는 것이다. 그도 독일 연방대법원과 독일 신형법의 영향으로부터 자유롭지 못했을 것이다. 그럼에도 불구하고 가능성설을 옹호하며 형법 제16조의 해석론을 펼친 것은 오늘날 우리에게 시사하는 바가 크다고 생각한다. 믿이론적 관점에서 보면, 그는 남들처럼 특정한 학설-믿이 서식할 수 있는 환경이 되는 데 ‘의식적으로 저항한’ 것이고, 그 저항의 목표는 책임원칙에 충실하면서도 실정법을 모순없이 해석할 수 있는 다른 학설-믿이를 전파하고자 함에 있었던 것이다. 이처럼 형법상의 기본원칙과 실정법 조문을 존중하며, 해석론적 완결성을 지향하는 유기천 교수의 태도는 형법학자 유기천과 그의 저서 ‘형법학’의 identification을 가능케 해 주는 좋은 전거가 될 수 있다고 생각한다. 형법 제16조에 대한 유기천 교수의 해석론을 검토해 봄으로써 미래이나마 시대를 앞서 간 先學의

정신을 기릴 수 있는 계기가 마련되었다면 필자는 더 바랄 것이 없겠다.

참고문헌

국내문헌

단행본

- 김성돈, 「형법총론」, 2009.
김용식, 「신형법」, 1957.
김용진, 「신형법 해의(解義) 총론·각론」, 1953.
김일수, 「한국형법 II」, 1992.
김일수·서보학, 「형법총론」, 2003.
김종원, 금지착오, 「형사법강좌 II 형법총론(下)」, 한국형사법학회편, 1984.
법무부조사국, 「법무자료」, 제5집, 1948.
백남억, 「형법총론」, 1962.
성낙현, 「형법총론」, 동방문화사, 2011.
신동운, 「형법총론」, 법문사, 2015.
신동운·허일태, 「효당 엄상섭 형법논집」, 서울대학교출판부, 2003.
안성조, 「현대 형법학」, 제2권, 경인문화사, 2015.
유기천, 「형법학(총론강의)」, 법문사, 2011.
이건호, 「형법총론」, 1952.
이근상, 「형법총론」, 1958.
이재상, 「형법총론」, 2011.
장승두, 「형법요강」, 1950.
황산덕, 「형법총론」, 1982.

논문

- 김남일, “법률의 착오에 관한 연구(1)”, 「법조」, 1974.

- 김종원, “형법 제16조 해석의 검토”, 『경희법학』 제4권 제1호, 1961.
- _____, “1969년의 새로운 독일형법총칙을 중심으로”, 『경희법학』 제8권 1호, 1970.
- _____, “금지착오와 형법 제16조”, 『경희법학』 제9권 제1호, 1971.
- 김용호, “법률의 착오와 현행형법”, 『검찰』 (통권 제44호), 1971.
- 박정규, “법률의 착오”, 『검찰』 (통권 제55호), 1970.
- 손해목, “위법성의 의식(불법 의식)”, 『행정논집』 제20권, 1992.
- 신동운, “제정형법의 성립경위”, 『형사법연구』 제20호, 2003.
- 안성조, “법학에서 학설대립은 경쟁하는 밈들 간 대립인가?”, 『연세대학교 법학연구』 제25권 제1호, 2015.
- 엄상섭, “우리 형법전에 나타난 형법민주화의 조향”, 『법정』 제10권 제11호, 1955.
- _____, “형법요강해설(1)”, 『법정』 제3권 제9호, 1948.
- _____, “형법이론과 재판의 타당성”, 『법정』 제12권 제8호, 1957.
- 오영근, “일본개정형법가안이 제정형법에 미친 영향과 현행 형법해석론의 문제점”, 『형사법연구』 제20호, 2003.
- 허일태, “엄상섭 선생의 형법사상과 형법이론”, 『형사법연구』 제19호, 2003.
- 황산덕, “형법 제16조에 있어서의 정당한 이유”, 서울대학교 『법학』 제1권 제1호, 1959.

외국문헌

- 木村龜二, 형법총론, 1959.
- 福田 平, 형법총론, 1965.
- 團藤重光, 주석형법(2)-Ⅱ 총칙(3), 1969.
- 前田雅英의 형법총론강의[제3판], 1998.
- 牧野英一, 형법총론, 1951.
- _____, “법률의 착오”, 『형법연구』 제12권, 1951.
- 刑法改正案理由書, 小野幹事提出.

- Baumann, Strafrecht, AT, 5. Aufl. 1968.
Frank, Kommentar zum StGB. 18. Aufl., 1931.
Goldschmidt, Notstand, ein Schuldproblem, 1913.
Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. II, 1930.
Jescheck & Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 1996.
Mayer, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrecht: Lehrbuch, 1923.
Mangakis, Das Unrechtsbewusstsein in der strafrechtlichen Schuldlehre nach
deutschem und griechischem Recht, 1954.
Merkel, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, 1912.
Paul Kichyun Ryu, New Korean Criminal Code, Journal of Criminal Law,
Criminology and Police Science, Vol.48, 1957.
Ryu & Silving, Error Juris, The American Journal of Comparative Law,
1976.

[Abstract]

Paul. K. Ryu's Interpretation on Article 16 of Korean Penal Code

Ahn, Seong-Jo

Professor at Jeju National University Law School

This paper examines Paul. K. Ryu's interpretation on article 16 of Korean penal code. He argued 'Möglichkeitstheorie' as a theory that can most exactly explain the meaning of article 16 of Korean penal code, originally introduced by M. E. Mayer, a renowned german legal professor.

Unlike Paul. K. Ryu's opinion, many other legal scholars prefer 'Schuldtheorie' to 'Möglichketistheorie' as a theoretical background of article 16 of Korean penal code. However, as I refuted in this paper, 'Schuldtheorie' is not the right theory but just one of the candidate theory which can give us an accurate explanation of the meaning of article 16.

From the view of memetics, we can conjecture an identification of Paul. K. Ryu as a legal professor and his book 'Strafrecht AT'. His academic attitude seems to be oriented toward defending the principle of criminal liability as well as the meaning of positive law and pursuing theoretical interpretational integrity.

In memory of Paul. K. Ryu's academic attitude, I argued 'Möglichketistheorie' as the best theory that can be congruent with the meaning of article 16.

Key words : Paul. K. Ryu, Möglichketistheorie, Schuldtheorie, mistake of law, consciousness of illegality, article 16 of Korean penal code