

主觀的 正當化 要素 小考

沈 憲 燮*

- I. 不法과 主觀的 要素
- II. 學界의 見解와 判例의 態度
- III. 主觀的 正當化 要素의 根據와 範圍
- IV. 主觀的 正當化 要素의 性質과 程度
- V. 實際的 結果

I. 不法과 主觀的 要素

「違法은 客觀的으로, 責任은 主觀的으로」라는 主張을 끝까지 貫철하러던 古典的 犯罪理論에서는 오로지 客觀的 要素만이 違法 또는 不法의 判斷을 결정하는 것으로 인식되었다. 거기에서도 法秩序의 理想은 平和秩序이었으나, 이것은 무엇보다도 法秩序의 秩序機能과 保護機能을 통해서 이룩되는 것으로 보았다. 秩序機能은 「客觀的」인 生活秩序으로 주로 定位되었고, ① 保護機能은 保護客體, 즉 法益을 考察의 中心點에 놓게 되었다. ② 따라서 違法 또는 不法의 概念은 客觀的 觀點에서, 또 法益에서만 발견될 수 있었다. 違法은 法益의 侵害이었고, 違法判斷은 어디까지나 法益 侵害라는 客觀的 事象에 대한 客觀的 判斷이었다.

이러한 古典的 犯罪理論의 違法概念에 主觀的 不法要素 云云은 커다란 衝擊이었다. 그러나 종종 客觀的 事象은 그 자체로서 禁止되는 것이 아니라, “行爲者가 行爲를 할 때 어떠한 心的 態度(심보, Gesinnung)를 가지고 했는가에 따라, 그것은 禁止되기도 하고 許容되기도 한다”고 Fischer가 民法에 대해서, 그것도 주로 民法上의 違法阻却事由와 관련하여 주장한 이래 刑法에서의 違法理論도 그 態度를 점차 바꾸게 되었다. ③

註 ① Mezger는 특히 이 점을 강조한다. E. Mezger, Strafrecht, Lehrbuch, 3. Aufl. Berlin, 1949, 163면 이하 또 Leipziger Kommentar, Bd. 1, 1957, Bem. 6a und b vor § 51(318면 이하).

② 특히 F. Nowakowski, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, ZStW, 63, 310, 312면 참조.

③ H. A. Fischer, Rechtswidrigkeit, München, 1911, 288면 이하.

이에 결정적인 역할을 한 이는 Mezger이었다.^④ 그는 違法은 原則에 있어서는 客觀的으로 파악되어야 하지만, 이러한 原則을 예외 없이 固守한다는 것은 잘못된 것이라고 지적하면서 不法은 「例外로」主觀的 要素에 의존함도 인정했다. 즉 外的으로는 같은 行爲가, 行爲者가 行爲에 결부한 意味나, 行爲할 때의 行爲者의 心的 狀態나 態度에 따라 한번은 法的이 되고, 다른 한번은 不法이 된다는 것을! 그러나 이러한 例外는 어디까지나 例外이므로 특별한 根據가 필요할 것이며, 그것은 다름 아닌 實定法 뿐일 것이라고 했다.^⑤ 이리하여 構成要件에 포함된 主觀的 要素는 Beling的 體系에 있어서처럼 무리하게 責任의 영역에가 아니라,^⑥ 構成要件 該當性과 違法性의 次元에 속하게 되어야 한다는 인식이 자리잡게 되었다. 우선 이러한 主觀的 不法要素는 이른바 目的犯에서 발견되었다. 이러한 犯罪에서는 그 構成要件 該當性에 行爲者의 특수한 內的 意思方向(刑法 第329條에서 領得意思, 刑法 第231條에서 行使할 目的 등^⑦)을 요구하고 있어서 그것을 主觀的인 性格 때문에 責任에 속하게 한다면, 犯罪記述과 違法에 속하는 徵表를 잃어버리게 된다는 것을 인식하기에 이르렀다. 사실 이런 犯罪에는 行爲가 원래 行爲者가 主觀的으로 目的한 行爲(領得 및 行使行爲 등)에 대한 手段으로 행해진 것으로, 이들 犯罪의 不法에는 두개의 行爲가 속한다 하겠고, 다만 第2의 行爲結果는 目的한 것이어서, 그들 犯罪들에서의 不法行爲는 客觀的 및 主觀的 徵表의 總體로 이루어져 있다고 보지 않을 수 없었다. 다음으로 이러한 主觀的 不法要素는 傾向犯(刑法 第245條), 表現犯(刑法 第152條)에서 발견되었다.

그러나 不法은 여전히 法益의 侵害라는 客觀的 結果事態로 이루어져 있었다. 그러나 偶然的 結果가 法的으로 重要할 수는 없다. 結果는 하나의 일정한 行爲者의 作品으로서만 法的으로 重要하다. 즉 그것은 人間行爲의 結果이지 않으면 안된다. 不法은 다름 아닌 <行爲者>의 그릇된 所造로서의 「行爲」의 意味를 고려하지 않으면 안되게 되었다. 그래서 이제 行爲는 Beling의 이른바 「회한점 없는 곡두(Blutleeres Gespenst)」는 아니었다.^⑧ 人間行爲의 構造 자체를 파고든 「目的的 行爲論」은 行爲를 「目的的 活動의 遂行」으로 보고, 그것의 操縱因子는 目的的 實現意思이었다. 이 實現意思是 다시 「刑法的으로 重要的 目的性」으로서 故意 속에서 나타났고, 故意犯의 構成要件의 不法行爲의 主觀的 要素를 이루는 것으로 인식되었다.^⑨

註 ④ E. Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, Gerichtssaal, 89, 207면 이하.

⑤ E. Mezger, LB, 170면.

⑥ E. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906, 1964, Scientia Verlag Aalen, 특히 139면 이하 참조.

⑦ 모두 이른바 「不完全의 二重行爲犯」(Unvollkommene zweiaktigen Delikte)이다. 또 認告罪(刑法 第156條)나 準強盜(刑法 第335條)와 같은 「切斷된 結果犯」(Kupierte Erfolgsdelikte)도 이에 속한다고 보겠다. 同旨 Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, Berlin 1969, 215면.

⑧ E. Beling, 上揭書. 170면.

⑨ H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. Berlin, 1969, 33면 이하. Um die finale Handlungslehre, RuS. Heft 146, Tübingen 1949, 특히 22면 이하 참조. W. Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951, 56면 참조.

이리하여 끝내는 다름 아닌 故意가 종래의 目的, 傾向, 狀態라는 主觀的 不法要素 이외에 不法의 「一般的」인 主觀的 要素로 인식되기에 이르렀다. 이 점은 다른 한편으로 法秩序 그 자체의 意味가 달리 把握됨으로 더욱 잘 밝혀졌다. 즉 法秩序란 國民에 대해서 일정한 行爲를 要求하는 立法者의 意思表示로 이루어져 있는 것으로! 法秩序란 다름 아닌 「命令」秩序이었다. 그 「規範的 機能」이 강조되었다. 法規範은 國民들로 하여금 「內容的으로 正當한 意慾」에 이끄는 데^⑩ 그 課題를 두었다. 이러한 法律觀에 따른다면 行爲意思가 違法 또는 不法의 核心을 이룬다는 것이 더욱 잘 밝혀졌다. 그것은 法命令에 矛盾되는 意思是 곧 命令規範과 禁止規範에 違反하는 바 바로 그것이기 때문이었다.^⑪

이리하여 우리는 客觀的 要素 이외에 主觀的 要素가 또한 不法을 결정하는 중요한 徵表로 주장되기에 이른 것을 알게 되었다. 사실 古典的 見解와 오늘날 目的的 行爲論 사이에는 極的인 對立을 보여주는 점이 없지 않으나 이에 관한 論究는 우리의 당장의 關心事는 아니다. 우리에게 우선 중요한 것은 不法은 「結果非價値」로 끝나는 것이 아니라, 主觀的 徵表, 오늘날의 더욱 적극적인 표현을 빌린다면, 「行爲非價値」, 환언하면 非價値的 結果를 「惹起하는 行爲의 樣相」^⑫이 不法判斷을 내리는데 크게 작용한다는 사실이며, 아울러 이것이 한편으로는 「事物 그 자체에로」의 哲學的 思考方法과^⑬ 다른 한편으로는 좀더 積極的이고 內容的인 「法律觀」에 의해 肯定되기에 이르렀다는 점일 것이다.

II. 學界의 見解와 判例의 態度

위에서 우리는 主觀的 要素도 不法의 중요한 徵表라는 점을 지적했다. 그런데 우리의 考察은 主觀的 要素가 不法의 積極的인 構成要素라는 점에만 한정된 것 같은 감이 없지 않다. 그러나 우리는 위에서 언급했듯이, Fischer가 主觀的 違法要素를 違法阻却要素와 관련해서 처음으로 언급하지 않을 수 없었던 점에 우선 注意를 돌려야 할 것이다. 즉 行爲者가 行爲를 할 때 그 心的 態度에 따라 禁止되는 것이 있으면, 또한 許容되는 것도 있는 것이 당연하지 않나 생각된다. 말하자면 主觀的 要素는 不法을 構成할 뿐 아니라, 阻却도 할 것이라는 점이다. 물론 이른바 「主觀的 不法要素」理論의 形成期에 있어서의 學者들(Hegler, Nagler, Mezger)에 있어서도, 예컨대 正當防衛에 의한 違法阻却의 경우 行爲者가 그러한 正當防衛의 狀態를 認識하는 것이 필요한가의 문제가 論議되었던 것이다. 이것이 이른바 「主觀的 不法阻却要素」(Subjektiver Unrechtsausschlussgrund), 오늘날의 일반적인 표현을 빌린다면, 「主觀的 正當

註 ⑩ 이미 Graf zu Dohna, Rechtswidrigkeit als allgemeines Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, Halle, 1905, 150면. Jescheck, 上掲書, 162면에서는 이에 찬동.

⑪ H. Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935, 85면. Jescheck, 上掲書, 同면.

⑫ Jescheck, 上掲書, 163면.

⑬ 이른바 現象學的 方法이다. H. Welzel, 上掲書, 77면 이하.

化要素)(Subjektiver Rechtfertigungsgrund)의 문제인 것이다. 물론 그들에 있어서는 結果非價值的 不法思想이 支配的이었고, 따라서 主觀的 不法要素도 「例外的」인 것으로 취급되었던 만큼 主觀的 正當化要素에 대해서도 그것을 전적으로 否定하거나 局限해서 인정하려고 했던 것임은 당연했다. 또 客觀的으로 보아 結果非價値가 「優勢的」으로 存在하지 않는 곳에서는 구태어 主觀的 要素를 요구하지 않기까지 했다.¹⁴ 그러면 과연 違法阻却事由의 要件으로서, 違法性이 阻却되고 正當한 行爲가 되기 위해서는 그 行爲가 當該 違法阻却事由의 「客觀的」條件을 充足시키는 客觀的·外部的 動作으로 存在하는 것 이외에 더 나아가 그 行爲의 目的과 같은 主觀的 要素를 具備할 것을, 환언하면 主觀的 正當化要素를 요구해야 할 것인가?

우선 이러한 문제에 대한 우리 學界의 見解와 判例의 態度를 살펴보기로 하자.

1. 學界의 見解¹⁵

먼저 南興祐 교수는 “違法定型의 面에 있어서 構成要件의 主된 要素는 行爲—結果를 包含하여—의 客觀的 側面인 것이다. 그러나 行爲의 違法性은 行爲者의 主觀的 要素와 無關係하지는 않는다”고 말하고 종래의 「特殊的」主觀的 違法要素만을 通說로 받아드리고 있다¹⁶. 그리고 主觀的 正當化要素에 대해서는 一般的인 言及은 없으나 개개의 違法阻却事由에서 이를 인정한다. 즉 正當防衛에 있어서 “특히 積極的인 防衛意思가 없어도 客觀的으로 防衛行爲라고 認定되면 足하다고 생각된다”¹⁷고 論하고, “그러니 防衛意思가 必要하다는 立場을 取하게 된다”¹⁸고 말한다. 緊急避難에 대해서도 마찬가지로 태도를 취하고 있다¹⁹. 기타의 違法阻却事由에 대해서는 언급이 없다.

白南憶博士는 “主觀的 構成要件 要素는 犯罪成立의 要件을 그만큼 더 嚴格하게 하는 것이므로 刑法의 保障機能에 대한 影響은 없을 것이며…”라고 말하면서 그것을 否定하려는 客觀的 違法論者들을 批判하고 穩當치 않다고 본다²⁰. 그도 역시 종래의 「特殊的」主觀的 不法要素만을 通說로 받아드린다. 그러나 白博士 역시 主觀的 正當化要素에 대해서는 一般的 論及은 하지 않으나 正當防衛의 說明에 있어서 “防衛의 意思는 主觀的 正當化 要素에 속하는 것이므로 防衛行爲는 防衛의 意思가 있어야 하며, 그 意思가 없는 單純한 侵害行爲는 違法임을 免치 못할 것이다”라고 하여 상당히 積極的이다²¹. 緊急避難에서도 避難意思를 요구하나 그는 그것

註¹⁴ 主觀的 不法要素는 인정하면서 主觀的 正當化要素는 全的으로 否定한 이는 A. Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffes. In: Festgabe für R. v. Frank, Bd., I. Tübingen 1930, 258면 이고, 그것을 인정하면서도 正當防衛 등에는 요구하지 않으려는 이는 E. Mezger, LB. 235면 이하이다.

¹⁵ 필자는 南興祐, 白南憶, 劉基天, 李建鎬, 鄭榮錫, 黃山德 등의 老壯 教授의 教科書만 중심으로 살펴본다.

¹⁶ 南興祐, 刑法講義(總論), 高麗大學校 出版部, 1965, 97면 이하.

¹⁷ 南興祐, 上揭書, 163면.

¹⁸ 南興祐, 上揭書, 165면, 註 ⑦.

¹⁹ 南興祐, 上揭書, 168면.

²⁰ 白南憶, 刑法總論, 第三全訂版, 法文社, 1965, 144면.

을 責任阻却事由로 보았다.

劉基天 교수에 있어서는 現代의 犯罪論에 따라 “刑法을 科學的으로 理解하자면 體系의 整備가 必要하다”고 전제한 다음,²¹ 故意를 行爲의 要素, 즉 主觀的 構成要件要素, 환언하면 「一般的」主觀的 不法要素로 보는데 찬동한다. 더욱 나아가 劉교수는 종래의 「特殊的」主觀的 不法要素로는 法律이 特別히 明示하고 있는 目的犯만을 인정하고, 表現犯, 傾向犯, 종래 目的犯의 目的으로 취급했던 竊盜罪의 「領得意思」등은 一般的 主觀的 不法要素로서의 故意의 內容 속에 包攝되는 것으로 論하면서, 과거의 理論的 殘滓를 整備하는 餘有를 보이고 있다.²² 그러나 劉교수 역시 主觀的 正當化 要素에 대한 一般的 言及은 하지 않으나, 正當防衛의 說明에 있어서는 “主觀的으로 防衛者가 「防衛의 意思」를 가지고 行함을 要한다”²³고 지적한다. 그러나 기타의 違法阻却事由에 대해서는 언급이 없다.

李建鎬 교수도 古典的 犯罪論을 行爲의 存在論的 構造를 看過한 것이라고 批判한 다음, 行爲는 “現實的인 社會生活 속에서 하나의 統一的인 意味를 가지고 있는 總體로서 把握되어야 하는 것이다”라고 말하고,²⁴ 目的犯에서의 「目的」등의 主觀的 心理的 要素도 構成要件의 事實의 內容이 된다고 보아 종래의 主觀的 不法要素의 理論을 肯定하고, 나아가 “모든 犯罪의 構成要件에 共通되는 主觀的 要素가 또한 認定되는 것이다. 그것은 바로 故意이다”라고 하여²⁵ 故意를 「一般的」主觀的 不法要素로 보는데 찬동한다. 그러나 李교수는 主觀的 正當化 要素에 대하여는 一般的 言及을 하지 않고, 正當防衛에 있어서 「防衛의 目的」의 必要如否에 관해서 「舊法」時의 判例의 肯定的 態度와 獨逸學者들의 見解對立을 言及한 다음, “刑法 第21條의 解釋으로서, 대체 防衛라고 하는 것은 事態의 性質上 우선 防衛者의 主觀的 目的이라는 方面에서 考察될 性質의 것이며, ……犯人의 主觀的 心理事實을 全然 度外視하여 客觀的 事實만을 가지고 刑責의 分岐點인 正當防衛의 存否를 論定함은 不當하다고 생각하지 않을 수 없는 것이다”²⁶라고 한다. 기타의 違法阻却事由의 說明에서는 이러한 要求를 특별히 하고 있지는 않다.

鄭榮錫 교수도 “行爲者에게 特別한 主觀的 要素가 있음으로써 비로소 違法性의 存在를 確定하거나 그 程度를 加減하게 되는 경우가 있다”고 말하고 “이와 같이 行爲에 違法性의 色彩를 띠게 하는 主觀的 要素를 主觀的 違法要素”를 通說에 따라 받아 들인다.²⁷ 그러나 主觀的 正當化 要素에 대해서는 역시 一般的 言及을 하지 않고 있다. 그러나 正當防衛의 說明에 있어서 “防衛者의 主觀에 있어서 防衛의 意思(防衛의 目的)가 있음을 要하는 趣旨로 이해하는 것이

註 21 白南憶, 上揭書, 156면.

22 劉基天, 刑法學(總論講義), 改稿, 一潮閣, 1971, 142면.

23 劉基天, 上揭書, 83 이하면.

24 劉基天, 上揭書, 171면.

25 李建鎬, 刑法學概論, 高麗大學校出版部, 1964, 73면.

26 李建鎬, 上揭書, 74면.

27 李建鎬, 上揭書, 106면 이하.

28 鄭榮錫, 刑法總論, 第二全訂版, 法文社, 1960, 121면.

通說이다”고 하면서 그것을 요구한다. 緊急避難에 있어서도 避難意思를 通說에 따라 인정한다. ⑳ 기타의 違法阻却事由의 說明에서는 이에 관한 言及을 발견할 수 없다.

끝으로 우리 學界에서 目的的 行爲論의 刑法體系를 따르는 黃山德 교수를 보자. 그는 “行爲가 構成要件에 해당하며는 다음에 그것은 法을 基準으로 하여 違法如否의 審査를 받는 것인데, 이 때에 그 行爲의 內部的·主觀的 面과 外部的·客觀的 面은 아무런 차별도 받지 않고 동등하게 考察對象이 된다. 그리고 行爲에 있어서 그것 때문에 行爲全體가 違法한 것이 될 수 있는 그 行爲의 內部的·主觀的인 要素를 「主觀的 不法要素」라고 부른다”㉑고 論한 다음, “主觀的 不法要素로서는 우선 「故意」를 들 수 있으며, 故意야 말로 모든 故意犯構成要件에 있어서 共通的으로 인정될 수 있는 가장 一般的인 主觀的 要素가 된다고 말할 수 있다”㉒고 주장한다. 目的的 行爲論者인 黃교수로서는 당연한 歸結이라 하겠다. 그런데 더욱 주목할 점은 主觀的 不法要素와 관련하여 “正當防衛에 있어서의 「防衛意思」, 緊急避難에 있어서의 「避難意思」, 自救行爲에 있어서의 「自救意思」, 被害者의 承諾에 있어서의 「承諾事實의 認識」은 그것이 존재하면 不法이 아니고 그것이 없어야만 不法이 된다는 점에서 「主觀的 正當化 要素」라고 부르지만, 이것은 主觀的 不法要素를 裏面에서 파악한 것이 된다”고 하여 主觀的 正當化 要素에 관한 一般的 言及을 우리는 처음으로 발견할 수 있다는 사실이다. ㉓ 그런데 刑法 第20條의 「正當行爲」는 어떻게 보고 있는지 위의 설명으로는 알 수 없으나, 正當行爲의 個別的인 說明에 들어가서 法令에 의한 行爲중 懲戒行爲에 있어서, “그리고 懲戒行爲者의 主觀的 狀態도 主觀的 正當化 要素로서 참작되어야 한다”, ㉔ 또 業務로 인한 行爲중 治療行爲에 있어서, “여기의 治療行爲는 主觀的으로 治療의 目的(여기의 「治療의 目的」은 主觀的 正當化 要素가 된다)을 가지고…”라고 하여 ㉕ 主觀的 正當化 要素를 인정하고 있는 점으로 보아 違法阻却事由 全般에 걸쳐서 一般的으로 主觀的 正當化 要素의 存在를 요구하는 것으로 보인다.

2. 判例의 態度

우리 判例가 主觀的 不法(構成)要素를 고려하고 있음도 명백하다. 大法院은 目的犯인 誣告罪에 관하여 「誣告罪의 構成要件으로서 申告者에게 被申告者로 하여금 刑事處分 또는 懲戒處分을 받게 할 主觀的인 目的意識이 있어야 할 뿐만 아니라……」㉖, 또 「……誣告罪의 成立에는 誣告한다는 犯意以外에 刑事處分을 받게 한다는 目的이 있어야 하는바……」㉗ 라고 하여

註 ㉑ 鄭榮錫, 上揭書, 133면.

㉒ 黃山德, 刑法總論, 第四訂版, 法文社, 1969, 90면.

㉓ 黃山德, 上揭書, 同면.

㉔ 黃山德, 上揭書, 91면.

㉕ 黃山德, 上揭書, 128면.

㉖ 黃山德, 上揭書, 129면.

㉗ 大判, 1960. 10. 26., 刑事判例類集, 羅吉祚編, 奎章閣 1966, [305].

法律이 明示한 바를 따라 더욱 강조하고 있다. 또 竊盜罪에 관하여 『按전대 刑法上 竊盜罪의 成立에 必要한 不法領得의 意思라 함은…』^⑥ 『竊盜罪의 成立에 있어…적어도 그 財物에 대한 領得의 意思가 있어야 할 것인바……』^⑦ 라고 하여 主觀的 領得意思를 요구하고 있다. 나아가서 大法院은 『犯罪의 主觀的 違法要素인 犯意』라는 表現까지 쓰고 있음은 故意를 一般의 主觀的 不法要素에 까지 올려놓은 감마저 갖게 된다.^⑧

그러면 우리의 關心事인 主觀的 正當化 要素에 대해서는 判例는 어떠한 태도를 취하고 있는 것인가를 살펴보자. 이른바 「舊法」時의 判例로 主觀的 正當化 要素를 인정한 判例로는 正當防衛에 관한 것이었다. 그 判旨는 『刑法 第36條(現刑法 第21條)는 加害行爲에다 防衛意思의 存在를 必要로 하는 것으로써 設령 急迫不正의 侵害가 있는 境遇이더라도, 그에 對한 行爲가 防衛를 爲한 意思에서 나온 것이 아닌 限 그것을 가지고 正當防衛 또는 過剩防衛로 보아야 하는 것은 아니다』라는 것이었다.^⑨

이미 1947년에 우리 大法院은 『被告人 等の 所爲는 原判示 韓○○ 等の 侵害行爲에 對하여 自己들의 權利防衛上 不得已 取한 것이 아니고 도리어 同人 等に 對한 雪憤의 目的에서 나온 行爲로서 오히려 侵害行爲에 該當한다고 할 수 밖에 없으며 따라서 被告人 等の 行爲를 正當防衛로 볼 수 없음은 前 說示에 비추어 明白하다』^⑩고 하여, 물론 明示하고 있지는 않지만 이 判決에서 大法院은, 正當防衛로 인정되기 위하여는 방위의사가 필요하며, 설분의 목적은 이 방위의사에 포함되지 아니함을 밝힌 것이라고 생각된다.^⑪ 그 후 1955년에 大法院은 『무릇 防衛意思는 行爲者의 主觀을 標準으로 하는 同時에 客觀的으로 社會通念上 防衛意思를 確定할 수 있는 境遇이어야 하며……』^⑫라 하여, 사실 우리가 뒤에서 다룰 主觀的 正當化 要素의 「程度」에 대한 判例의 態度도 밝힌 것이라고 볼 수 있으나, 하여튼, 防衛意思를 主觀的 正當化 要素로서 보다 명백히 인정하고 또 요구하고 있다. 또 1957년 大法院은 『暴行 및 傷害點에 關하여 面의 肥料 等 物資取扱의 不正을 訂正하기 爲한 行爲임을 云謂하나 이는 記錄上 根據가 없을 뿐 아니라 한 便 不正이 있다 할지라도 被告人이 判示 暴行 및 傷害의 罪責을 免할 理由가 될 수 없으므로 論旨는 理由없다』^⑬고 하여, 비록 명백히 지적하고 있지는 않지만, 防衛意思의 必要性을 인정한 셈이다.

註 ⑥ 大判, 1963. 5. 9. 上揭 刑事判例題集, [308].

⑦ 大判, 1961. 6. 28. 上揭 刑事判例類集, [462].

⑧ 大判, 1965. 2. 24. 上揭 刑事判例類集, [466].

⑨ 大判, 1969. 3. 25. 黃山德, 上揭書 99면는 “참으로 고무적이다”라는 찬사를 아끼지 않는다.

⑩ 日大判, 昭和 11. 12. 7集 15卷 156項, 劉基天, 上揭書, 171 이하 및 註 356 참조. 判例演習(刑法總論), 平野龍一外 編集, 有斐閣, 1960, 93면 이하 참조.

⑪ 大判, 1947. 5. 6. 1947 刑上 33號. 주석 한국판례집, 형사법 I (1945~1950), 서울대학교 출판부 1965, 34면 이하.

⑫ 上揭 주석 한국판례집, 형사법刑, 35면의 [주석]. 물론 이 判例는 行爲의 「動機」까지 고려한다는 의미는 아니다. 後述 IV.

⑬ 大判, 1955. 8. 5., 1955 刑上 124號, 上揭 주석 한국판례집, 형사법 II (1951~1955), 1968, 71면.

⑭ 大判, 1957. 4. 6., 1957 刑上 243號, 上揭 주석 한국판례집, 형사법 III(1956~1958), 1971, 99면 이하.

이상으로 主觀的 正當化 要素에 관한 大法院 判例의 態度를 살펴 보았다. 결론적으로 말해서 判例가 正當防衛에 관해서 防衛意思의 存在를 요구하고 있음은 명백하지만, 기타의 違法阻却事由에 대해서는 그 태도를 알 수 없다.

III. 主觀的 正當化 要素의 根據와 範圍

이상으로 違法에서의 主觀的 要素, 특히 主觀的 正當化 要素에 관한 우리 學界의 理論의 現況과 大法院 判例의 態度를 살펴본 셈이다. 우리가 主觀的 正當化 要素에 국한해서 본다면, 우리 學界의 支配的 見解와 判例는 주로 正當防衛에서의 防衛意思의 必要如否에 대해서만은 주저하지 않고 積極的인 태도를 보인 데 있다 할 것이다. 물론 黃교수만은 예외로 主觀的 正當化 要素를 一般的으로 인정하려고 하고 있음은 위에서(II-1) 지적했다. 그러면 우리는 어떻게 이 문제를 보아야 하며 또 어떠한 범위에서 그것을 인정하여야 할 것인가?

사실 違法阻却事由의 主觀的 側面에 관한 理論은 다음과 같은 문제점들에 直面하고 있다 할 것이다.⁴⁵ 즉 하나의 行爲가 正當化되기 위해서는 行爲者가 그 行爲로써 하나의 社會的으로 價値있는 結果를 이루어 놓았다는 것으로써 만족할 것인가? 또는 더 나아가 行爲者가 그 行爲를 함에 있어서 그러한 結果의 이쁨을 또한 자기 意思 안으로 받아 들였어야 할 것을 요구할 것인가? 예컨대 원수가 이미 자기에 총을 겨누는 것을 모르고서, 復讐慾에서 그를 쏘아 죽였을 때, 그 行爲者는 正當防衛로 行爲한 것인가? 또 한 醫師가 火急하게 中絶手術을 하지 않았다면 生命의 危險이 있거나 自殺이라도 企圖했었을 것을 모른체, 오로지 그에게 약속한 手術費用만을 생각하고서 落胎手術을 했다면, 그 者의 行爲를 醫學的 見地에서 許容된다거나 또는 緊急避難行爲로 正當化할 수 있을까? 나아가 「모든」 違法阻却事由는 客觀的 正當化 要素는 물론, 主觀的 正當化 要素를 갖추어야만 正當化될 수 있는가? 그렇지 않고 우리는 후자에 대해서는 根本的으로 斷念할 수 있는가? 사실 이러한 문제가 완전한 해결을 보기에 아직 도 먼 것 같다. 「개개의」 違法阻却事由에서만 그것이 肯定的으로 검토되었을 뿐 見解의 一致를 보고 있지는 않다. 독일에서도 目的的 行爲論者나 그 贊同者들만이 일치해서 根本的으로 肯定하고 있는 것이다.⁴⁶ 이와 같은 사정을 고려하면 우리는 좀더 根本的인 次元으로 눈을 돌려 문제의 解答을 찾는 것이 바람직하다고 하겠다.

우리가 解答을 찾기 위해 들어서야 할 次元은 다시 다름아닌 不法論이다. 그것은 不法論이 違法阻却事由의 根本土臺를 이루고 있기 때문이다. 그것도 實質的 不法論이다. 그것은 또한 違法阻却事由란 한 行爲가 그 자체는 普遍的인 禁止規範에 違反된 것이지만, 具體的인 경우에 있어서 正當化되도록, 즉 不法이 阻却되도록 되어 있다는 점에 서이다.⁴⁷ 그러나 여기에서

註 45 R. Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1965, 258면.

46 Welzel, Niese, Maurach, Jescheck Stratenwerth, 등을 들 수 있겠다.

47 Jescheck, 上掲書, 219면.

不法理論全體를 파고드는 것은 불가능할 뿐 아니라 필요하지도 않다. 위에서도 언급했듯이 우리의 問題意識에서 요구되는 것은 특히 結果非價値와 行爲非價値가 不法에 대해서 어떠한 意味를 가지고 있는가이다. 그것은 우리가 行爲의 價値 및 非價値의 判斷의 出發點을 「結果」에서 잡는다면, 우리는 이 結果로써 만족할 것이고, 그 行爲者가 무엇을 目的하였는가를 묻지 않을 것이 명백하다고 볼 수 있기 때문이다.⁴⁸

이러한 각도에서 문제되는 不法論은 다음과 같이 크게는 두가지로 작게는 세가지로 나누어 볼 수 있다.⁴⁹

1. 結果非價値(古典的 不法論)

위에서의 설명을 보아서 알 수 있듯이 古典的 不法論에서는 不法은 法益侵害로 파악되었고 그것은 被害者에 대한 作用을 토대로 오로지 또는 압도적으로 客觀的 徵表에 따라 「結果非價値」로 규정되었다.⁵⁰ 不法의 主觀化는 용납되지 않았다.

그러나 外界에로의 作用에서 不法이 파악된다면, 그것은 단순한 狀態의 非認만이 아니라, 그런 法的으로 非認된 狀態의 「惹起」도 포함해야 할 것이며, 死亡이 아니라, 殺害하는 行爲가 不法이라고 해야 할 것이다.⁵¹ 따라서 行爲가 문제된다 하겠다. 行爲는 行爲의 方法 뿐만 아니라 行爲者의 主觀的인 目的設定을 떠나서는 「완전히」 규정될 수 없다. 社會의 障害가 客觀的으로 존재하지 않거나 主觀的 要素를 고려치 않고는 그것을 볼 수 없는 行爲들, 예컨대 未遂犯, 특히 不能犯에서는 古典的 不法論은 그 使用價値가 全的으로 疑問視되고 만다.⁵² 또 古典的 不法論을 正當化하기 위해 法的 秩序機能에 의거한 「客觀化」傾向을 들고 있으나 法秩序는 「責任」을 물을 뿐만 아니라 精神病者의 行爲를 健全한 人間의 行爲와는 달리 評價하고 있는 것이다. 또 더욱 숨길 수 없는 바는 국민 개개인은 무엇이 구체적으로 禁止 또는 命命되어 있는가를 알려주는 法命命에로 여전히 定位되고 있는 사실일 것이다. 따라서 法的 本質에서 客觀主義的 觀點을 排他的으로 이끌어 내는 것은 誤謬임은 명백하다.⁵³

이리하여 우리는 不法을 오로지 被害者에 대한 作用에서만 규정할 수는 없으며, 結果는 일정한 行爲者의 作品으로서만 法的으로 의미있는 것이라는 것을 알게 되었다. 不法은 行爲者의 그릇된 所造인 것이다.⁵⁴ 이에 人的(즉, 行爲者의) 要素가 違法判斷의 對象이 되었고 「行爲非價値」로 獨立化하기에 이른 것이다. 社會的 不法論과 目的論者들의 人的 不法論이 그 선두에 선 것이다.

註 48 Maurach, 上揭書, 258면.

49 D. Krauß, Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht, ZStW, 76, 19면 이하.

50 위 I 참조 또 D. Krauß, 上揭書, 19면.

51 F. Nowakowski, 上揭 ZstW, 63, 312도 이를 부인하지 않는다.

52 D. Krauß, 上揭書, 24면.

53 D. Krauß, 上揭書, 22면 이하.

54 D. Krauß, 上揭書, 31면.

2. 行爲非價値

(1) 客觀的 義務違反(社會的 不法論)——우선 Maihofer의 社會的 不法論(Soziale Unrechtslehre)은 行爲者의 本質에 대한 省察에서부터 출발한다. 그는 人間을 實存哲學의 좁은 存在把握을 超克하여 存在論的으로 「如斯存在內에서의 自己存在」(Selbstsein im Alssein)로 본 다음, 그에게는 「自己가 되라」(Werde selbst)는 實存的 準則과 「普遍的이 되라」(Werde allgemein)는 定言命令의 二重的 法則이 동시에 해당된다는 것이다.⁵⁵ 이러한 二重的 倫理的 要請은 不法과 責任의 領域을 확정하게 된다. 즉 不法은 (……으로서의 사람인) 社會人으로서의 人間에 대한 非難이고, 責任은 (……너 자신인) 個人으로서의 人間에 대한 그것이었다.⁵⁶ 이에 따라 評價의 各對象으로서의 不法과 責任의 事態도 엄격히 구별된다. 즉, 不法事態 속에서는 그 社會的, 外的 現實과 作用에서의 行爲者의 行爲가 파악되었으나, 이에 반해 責任事態 속에서는 그 個人的, 內的 現實과 作用(認識과 意慾)에서의 行爲者의 行爲가 파악된 것이다.⁵⁷ 不法은 行爲와 行爲者라는 要素로 이루어져 있다. 不法은 利益侵害인 동시에 社會人에 대한 行態規範(Verhaltensnorm)의 侵害, 따라서 義務侵害이었다.⁵⁸ 무엇보다도 行爲者의 人的 要素가 不法에 들어간 것이 古典的 不法論과 特異한 점이다. 그러나 그것은 「客觀的 人間態」(Objektive Personalität)에 국한되었다.⁵⁹ 그것은 規範的인 성질을 지녔다. 즉 行爲者의 社會的 諸義務의 地位를 나타내는 것이다. 따라서 不法非難은 行爲者가 法이 拘束的인 것으로 확정한 그의 社會的 義務를 다하지 못했다는데에 근거하게 되었다. 따라서 結果非價値 이외에, 社會的 能力(Können)에 따른 社會的 當爲의 그릇침에 그 본질이 있는 「行態非價値」(Verhaltensunwert)가 등장한 것이다.⁶⁰ 이리하여 하나의 結果는 그것이 義務侵害의 結果로 나타날 때 不法非難의 基礎가 되고, 行爲者의 義務侵害는 그것이 法으로 非認된 「他者에 대한 結果」를 야기시키는 한, 不法非難의 基礎가 된 것이다.⁶¹ 어쨌든 여기에서도 不法이 어디까지나 客觀的 性質을 띠고 있었다.

社會的 不法論이 不法을 일정한 社會的 義務를 지고 있는 「客觀的 人間態」에 의해 규정하려 들어, 行態非價値를 받아들인 것에는 찬동하나, 不法判斷은 단순한 事態의 評價만이 아니고, 달리 행위했어야만 했다는, 환언하면 法에 따라 행위하라는 命令에 違反되었다는 확정을 省略하고 있는 것이다.⁶² 法은 責任에서만 命令으로 나타나는 것이 아니라,⁶³ 不法에서도 그런

註 55 W. Maihofer, *Recht und Sein, Prolegomena zu einer Rechtsontologie*, Frankfurt/M. 1954, 122면.

56 W. Maihofer, *Der Unrechtsvorwurf, Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre*, In: *Festschrift für Th. Rittler*, Scientia Aalen 1957, 159면.

57 W. Maihofer, 上揭書, 164면.

58 W. Maihofer, 上揭書, 156면 이하.

59 W. Maihofer, 上揭書, 142면, 147.

60 W. Maihofer, 上揭書, 142면.

61 D. Krauß, 上揭書, 33면.

62 D. Krauß, 上揭書, 33면.

63 이 점은 Liszt-Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Bd. 1. 26 Aufl. 1932, 173면의 註 1, 175면 참조.

것이다. 그런데 모든 命令說은 궁극적으로 行爲意思를 문제 삼으며, 그것을 不法의 中心點에 놓게 된다. 그렇다면 社會的 不法論이 不法의 人的 核心을 主觀的이 아닌, 客觀的인, 社會人的 要素에 의해서「단」구성하려고 한 것은 비판되어야 한다. 또 行態非價値를 社會人에 부과된 行爲義務만에 따라 결정하려는 것은, 行爲者의 특수한, 社會的으로 有益한 目的에 그것이 後退해야 되는 경우(바로 이것이 우리는 다루는 主觀的 正當化 要素이다)가 있다는 점⁶⁴과 일정한 構成要件은 主觀的 要素를 고려치 않고는 그 不法을 論定할 수 없게끔 되어 있는 것을 고려하면, 비판되어야 할 것이다.

(2) 그릇된 意思決定(人的 不法論)——위에서 이미 論했듯이, 目的的 行爲論의 不法概念은 行爲의 目的的 構造와 관련시켜, 行爲者의 主觀的 實現意思를 不法의 核心으로 삼았다. 또 이들은 이것을 法規範의 性質에서 설명하려 했다. 즉 禁止와 命令은 盲目的인 因果過程에 향하고 있는 것이 아니라, 未來를 目的活動으로 形成할 수 있는 人間行爲으로 향하고 있으며, 이러한 法規範의 必然的 結果로 實現意思는 不法에 속하게 된다는 것이었다.⁶⁵ 이리하여 社會的 不法論의 「行態非價値」를 넘어 「行爲非價値」(Handlungsunwert)의 영역에 도달한 것이다. 그런데 目的的 行爲論은 여기에 만족하지 않는다. 持續的 法益保護를 위해서는 行爲者의 基礎的인 社會倫理的 行爲價値를 確保해야 하고, 行爲非價値의 處斷이 있음으로써만 結果非價値는 排除된다고 보았다. 즉 「人的 行爲非價値」가 「모든 刑法的 犯罪의 普遍的 不法」이 된 것이다.⁶⁶ 이리하여 不法은 事物論理에 의해 唯一의 指導的 觀點下에 놓기에까지 이르렀다.⁶⁷

그러나 目的的 行爲論은 過失犯이나 不作爲犯에서 行爲非價値를 社會人으로서 부과된 義務의 侵害로 客觀的으로 論定하였음은 우리가 잘 읽을 수 있고,⁶⁸ 이 점에서는 社會的 不法論의 「行態非價値」의 原理를 拒否 못했음을 지적치 않을 수 없다. 또 結果는 不法의 構成的 要素가 아니라, 단지 制限的 要素로서의 機能 밖에 가지지 않는다고 하나,⁶⁹ 過失犯의 可罰的 不法을 결정하는데 結果非價値는 行爲非價値와 동등한 不法要素라는 점을 누구도 의심치 않는다.⁷⁰ 또 특히 目的的인 侵害犯에서는 結果惹起와 故意로 不法은 「完全히」 構成된다고 보나

註 64 D. Krauß, 上掲書, 36면. 醫師가 重傷을 입은 患者를 치료하기 위한 目的으로 過速으로 차를 몬 경우를 들고 있다.

65 H. Welzel, Strafrecht, 37면. Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte Göttingen 1959, 19면 이하. 目的的 實現意思를 이런 의미에서 不法의 要素로 보는 것이 타당하며, 行爲論에서 그렇게 볼 것이 아니라 주장하는 이도 많다. Jescheck, 上掲書, 164면. D. Krauß, 上掲書, 49면은 行爲概念이 不法의 構造를 규정하는 것이 아니라, 立法者가 어떤 存在構造에 자기의 價値實辭를 附着시킬까를 결정한다고 지적한다.

66 H. Welzel, Strafrecht, 62면.

67 특히 G. Stratenwerth, Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache", RuS, Heft 204, Tübingen 1957, 19면 참조.

68 H. Welzel, Strafrecht, 131면 이하. 또 217면 등 참조.

69 H. Welzel, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte, Karlsruhe 1961, 21면.

70 D. Krauß, 上掲書, 61면. Jescheck, 上掲書, 386면. 또 Jescheck, Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht, Freiburg/Br. 1965, 16면 등 참조.

結果의 客觀的 豫見可能性(因果의 相當性)은 물론 社會人으로 부과된 客觀的 注意義務의 侵害라는 規範的 要素(社會的 相當性)를 고려치 않을 수 없음을 人的 不法論이 自認하고 있다. ㉑

이상으로 우리는 不法의 實質的 把握을 시도한 여러 理論을 살펴보았다. 不法은 혹은 結果非價値로서의 法益侵害로 혹은 社會的 諸義務의 違反과 行爲者의 그릇된 意思決定으로서의 行爲非價値로 나타났다. 어떤 범위에서 이 세가지의 要素가 可罰的 不法을 규정하는가는 各論의 개개의 構成要件을 분석해야만 밝혀질 터이지만, 대개의 構成要件에는 行爲者의 目的設定, 客觀的 義務侵害 그리고 結果가 併存的으로 意味를 가질 것이다. 따라서 하나의 唯一한 指導的 觀點에 의한 不法理論은 결국 포기된다. 古典的, 社會的 및 人的 不法論은 相互排他的이 아니라, 「相互 補完的」이어야 한다는 점을 인식해야 할 것이다. ㉒ 여기서 實質的 不法論들은 形式論理를 넘어, 그러나 「合理的」인 영역은 離脫하지 않은채 「그럭저럭의 平和協定」으로 共存하는데 성공할 것이다. ㉓ 이러한 不法에 대한 우리의 견해는 여러 가지의 重要한 結果를 우리의 高찰에 가져다 준다 하겠다.

우선 違法判斷을 통한 評價의 對象은 行爲의 外的 要素는 물론 內的 要素도 포함한다는 점이다. 따라서 構成要件을 실현하려는 行爲意思 자체가 行爲不法의 構成部分임이 밝혀졌다 할 것이다. 따라서 종래의 좁은 의미에서의 「主觀的 不法要素」는 「特殊的」인 그것이라 하겠고, ㉔ 그 외에도 行爲遂行의 樣相을 나타내는 것은 물론, 行爲者의 要素도 不法에 속함으로 인해, 특수한 義務地位로 인해 加重處罰되는 경우 등도 모두 人的 行爲不法要素라 하겠다. ㉕ 그런데 不法이 이러한 主觀的인 徵表를 포함함으로 인해 그 客觀的인 性格을 상실하지 않는가 하는 의문이 있으나 예컨대 行爲意思是 法規範이 「모든 이에게」 설정하고 있는 「普遍妥當」한 要求의 侵害로 볼 수 있겠고, Lampe가 말하듯이 「主體의 客觀的(傍點—필자) 不法」이라고 보면 문제는 해결된다 하겠다. ㉖

다음으로 우리의 高찰에 직접적인 結論을 이끌어 낼 수 있다. 즉 하나의 行爲가 일반적인 禁止規範에 위반되었지만은 구체적인 경우에 그것의 實質的 不法이 阻却되도록 되자면, 그 行爲의 結果不法은 물론 行爲不法이 全的으로나 또는 大部分이 脫落되어야 하거나 또는 공제되어야 할 것이라는 것이다. ㉗ 이렇게 본다면 적어도 오랜 傳統을 가지고 構成要件的으로 定型

註 ㉑ H. Welzel, Strafrecht, 73면(abratio ictus의 경우), 또 55면(soziale Adäquanz—지금은 構成要件의 次元에서 본다).

㉒ D. Krauß, 上揭書, 67면에서 이 점은 강조된다.

㉓ E. Schmidt, JZ 56/190, Jescheck, Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung, Festschrift für E. Schmidt, Göttingen 1961, 140면. 참조. 社會的 行爲論에 따르는 이들은 대개 이런 견지에 서고 있다(Arthur Kaufmann, W. Maihofer 등등). D. Krauß, 上揭書, 68면.

㉔ 黃山德, 上揭書, 90면.

㉕ 虐待罪(刑法 第273條)는 전자의 예이고, 業務上의 過失 등의 諸犯罪과 公務員犯罪 등은 후자의 예이다.

㉖ E. J. Lampe, Das personale Unrecht, Berlin 1967, 208면. 「客觀的=普遍妥當」에 관해서는 H. Welzel, Strafrecht, 60면, Jescheck, Lehrbuch, 165/166면. 역시 黃山德, 上揭書, 83면.

㉗ Jescheck, 上揭書, 219면.

化되어 온 違法阻却事由의 基本原理도 一元的으로 설명될 수 없다는 점이 또한 밝혀진다. 「優越的 利益의 原理」라든가,⁷⁸ 「法秩序에 의해 승인된 目的을 달성키 위한 상당한 手段의 使用」⁷⁹이라든가 「價値較量」⁸⁰ 등과 같은 一般的이고 抽象的인, 따라서 具體的으로는 거의 말해 주지 않는 原理에 머무는 한 그러한 一元的인 해석은 가능할지 모른다. 그러나 「개개의」 違法阻却事由의 構造와 重要性에 대한 解明을 찾고자 한다면, 그 實質的 內容의 相異性을 밝혀주는 考察方法에 의거해야 할 것이다. 이리하여 違法阻却事由의 基礎를 이루는 指導思想은 反對規範이 介入함으로 인해 實質的으로 不法이 阻却되는 것을 말해 주는 그것이 되어야 했고, 그것은 결국 多元的이라 하겠다.⁸¹ 그래서 決定的인 것은 아니지만 매개 두개의 基本思想이 그 基礎가 된 것이다. 그 하나는 犯罪를 法益侵害, 즉 結果不法으로 보는 견해에 일치하고 또 「行爲는 어떠한 作用을 가져왔던가?」라는 질문에서 출발하는 「法益衡量思想」(Güterabwägungsgedanke)과 다른 하나는 犯罪를 義務違反의 意思行動, 즉 行爲不法으로 보는 견해에 일치하고 또 「行爲者는 무엇을 意圖했는가?」라는 질문에서 출발하는 「目的思想」(Zweckgedanke)이다.⁸² 이것은 우리의 不法把握에 훌륭히 合致되는 結果임에도 틀림없다. 따라서 하나의 行爲가 그 不法이 阻却되기 위해서는, 그 行爲로 인한 法益의 侵害가 더 높은 價値를 위해 甘受되어야만 하고 「또」 그 行爲者가 추구한 目的도 또한 是認되어야만 한다고 말할 수 있다.⁸³ 또 여기에서 우리가 얻고자 했던 해답은 발견된다. 즉 主觀的 正當化 要素는 正當防衛에서 뿐만이 아니라, 違法阻却事由 「全般」에 걸쳐서 요구되어야 한다는 사실이다. 그것은 構成要件 該當行爲의 結果不法 뿐만 아니라 「行爲不法」도 阻却되어야 하기 때문이다. 따라서 構成要件에 해당하는 하나의 行爲가 正當化되기 위해서는 당해 違法阻却事由의 「客觀的」 諸前提가 주어졌다는 것으로는 만족되지 않고, 行爲者는 行爲를 正當化하는 狀況의 存在를 「認識」하고 그로 인해 그에게 부여된 권리를 「實現하기 위하여」 또는 그로 인해 그에게 부과된 義務를 「다하기 위하여」 행위했어야만 한다고 우리는 결론 지을 수 있다.⁸⁴ 물론 古典的 不法論에서만 본다면, 主觀的 正當化 要素를 全的으로 否定하거나,⁸⁵ 法律이 요구한듯한 개개의 違法阻却事由에서만(예컨대 正當防衛 등) 인정할 것임은 물론이다.⁸⁶

註 78 Th. Lenckner, Der rechtfertigende Notstand, 1965, 133면.

79 Graf zu Dohna, Der Aufbau der Verbrechenslehre, Bonn 1936, 22면. Liszt-Schmidt, 上掲書, 187면.

80 P. No11, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 77 (1965) 9면.

81 黃山德, 124면 이하. Jescheck, 上掲書, 218면, Maurach, 上掲書, 254면 등 참조.

82 Jescheck, 上掲書, 218면. 물론 여기에서 「目的思想」은 人的 不法論을 고려하더라도 Dohna, Liszt-Schmidt에서 처럼 순전히 客觀的으로 볼 것이 아니라고 하겠다(R. Maurach, 上掲書, 259면). 또 특히 우리 刑法上 「社會相當性의 思想」도 들 수 있겠으나, 이것은 實質上 「目的說」과 일치할 것이다(이 점도 R. Maurach, 上掲書, 254면).

83 Jescheck, 上掲書, 219면 참조.

84 Jescheck, 上掲書, 221면, Maurach, 上掲書, 259면. H. Welzel, 上掲書, 84면. G. Stratenwerth, Strafrecht, Allg. Teil I, Köln. 1971, 143면.

85 F. Nowakowski, 上掲書, 319면. D. Oehler, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, Berlin 1959, 165면 이하.

86 J. Baumann, Strafrecht, Allg. Teil, 3. Aufl. Bielefeld 1964, 261면. 이미 Mezger, Lehrbuch, 173면.

IV. 主觀的 正當化 要素의 性質과 程度

이상으로 우리는 왜 그리고 어떤 범위에서 主觀的 正當化 要素를 인정해야 할 것인가를 밝힌 셈이다. 이제 우리는 이러한 主觀的 正當化 要素의 性質과 程度를 잠깐 살펴보기로 하자.

우선 故意犯에서의 그것이 문제된다. 위에서 말했듯이 主觀的 不法要素가 構成要件에 해당하는 行爲의 「行爲不法」을 阻却하는 課題에로 定位되어야 한다면, 그것은 곧 構成要件의 主觀的 要素들과 逆關係에 있다 하겠다. 따라서 우선 故意犯의 영역에서는 主觀的 正當化 要素는 「모든」 違法阻却事由에 속한다는 것이 밝혀진다.⁸⁷ 즉 不法은 行爲者가 인식하지 못한 客觀的인 事情에 의해서만은 不法이 「完全히」 阻却되지 않는 다는 것이다. 그러면 여기에서 主觀的 正當化 要素가 요구하는 「認識」의 정도는, 또 行爲者의 「意思」는 어떠한가?

우선 우리가 말할 수 있는 것은 하나의 違法阻却事由의 客觀的 諸前提를 단순히 주관적으로 인식만 하는 것으로는 충분하지 않고, 나아가 다소 명료하게 하나의 일정한 「意思方向」 같은 것을 요구해야 할 것이다. 이러한 의미에서 大法院이 正當防衛에 관하여 『防衛意思是 行爲者의 主觀을 標準으로 하는 同時에 客觀的으로 社會通念上 防衛意思를 推定할 수 있는 境遇이어야 하며...』라고 한 것은 타당하다 하겠다.⁸⁸ 이러한 일정한 「意思方向」은 正當防衛는 물론 緊急避難, 自救行爲, 懲戒行爲, 治療行爲 등에 특히 요청된다 하겠다. 그러나 이것은 개개의 事例에 따라 그 形式이 相異할 수 있겠으며, 標準的인 觀點을 찾기란 곤란하다는 점을 솔직히 승인해야 할 것이다. 가장 眞正하게 그러한 意思方向을 요구하는 것은 우선 懲戒行爲이다. 여기에서는 身體的인 어떤 不當取扱과 教育的인 目的과의 關係는 대개 行爲者의 意思方向에서 비로소 밝혀지는 것이므로 인해, 懲戒行爲는 더욱 主觀的인 教育的 「目的」을 隨伴해야만 正當化된다 할 것이다. 그렇지 않으면 教育目的을 이미 客觀的으로 그르치기 때문이다.⁸⁹ 이에 가까운 것들로는 刑法 第20條의 諸正當行爲도 들 수 있겠다. 그러나 正當防衛의 狀況에서 꼭 防衛「目的」을 추구한 者만이 合法的으로 행위한 것인가? 따라서 攻撃의 防禦에 대해서 보다 攻撃者에의 加害에 대해서만 눈독 드리는 者는 合法的으로 행위했다고 할 수 없는가? 또 이러한 것은 緊急避難에서도, 만약 우리가 行爲者는 더 높은 가치의 法益을 求할 것을 「目的」하여야만 한다고 한다면 마찬가지다. 즉 妊婦를 求하는데는 별 관심이 없고 자기에게 들어올 手術費用만에 관심이있었다고 해서 그를 처벌할 것인가? 또한 被害者의 承諾의 경우에서도 承諾의 認識 이외에 그 承諾이 꼭 「動機」가 되어서 行爲해야만 된다고 주장하겠는가?⁹⁰

註 87 G. Stratenwerth, 上揭書, 143면(504).

88 위 II-2.

89 예컨대 새디스틱한 教師가 자기의 性的 충동을 만족하기 위해서 生徒를 매린 경우(Maurach, 上揭書, 259면).

90 G. Stratenwerth, 上揭書, 144면.

91 G. Stratenwerth, 上揭書 同면.

이러한 점을 고려하면 우리가 主觀的 要素에 대하여 말할 수 있는 것은, 그것이 위에서도 말했듯이 行爲의 「行爲不法」을 排除하는 課題에로 定位하도록은 되어야 하겠다는 것이다. 結論的으로 말한다면 다음과 같을 것이다. 즉 行爲者가 違法阻却의 客觀的 諸前提를 「확실히」 주어진 것으로 생각하는 한, 그의 意思는 동시에 단순한 不法構成要件의 實現에로나, 그 可能性에로 향해질 수는 없을 것이다. 따라서 客觀的 違法阻却事由의 確實한 認識은 主觀的 正當化 要素로서 항상 충분하다 하겠다. 이에 반해 行爲者가 違法阻却의 客觀的 要素가 존재할 「可能性」이 있다고만 생각하는 한, 그는 적어도 그것의 存在를 「信賴」해야만 할 것이다. 그러면 그는 단순한 不法構成要件의 實現을 認容할 수는 없을 것이다. 이렇게 본다면 主觀的 正當化 要素는 바로 故意와 逆關係에 놓여 있다 하겠다.⁹²

이에 반하여 여기에서 강조해야 할 점은 「法的」인 評價에 있어서는 어떠한 「動機」에서 자기에게 부여된 권리를 행사했는가는 문제되지 않는다는 점이다. 그렇지 않으면 倫理的 判斷과 混同되어 버릴 것이다. 따라서 違法阻却事由에 있어서도 客觀的으로 法の 限界內에 있는 行爲의 動機는 法的으로는 항상 중요하지 않다고 하겠다.⁹³

이러한 「一般的」 主觀的 正當化 要素 이외에 「良心的 精査」(Gewissenhafte Prüfung)라는 「特殊的」 主觀的 正當化 要素를 인정해야 할 것인가가 독일 학계에서는 論議되고 있다.⁹⁴ 위에서도 언급했듯이 특히 主觀的인 「目的」을 요구하는 경우는 보통의 그것들과는 조금 달리 해석해야 할 필요성도 인정했다. 그러면 더 나아가 일정한 違法阻却事由에서는 그 客觀的 前提들을 반드시 良心的으로 精査해야만 그 行爲不法이 비로소 阻却된다고 보아야 할 것인가? 사실 보통으로는 行爲者가 良心的으로 調査해 보지 않아도, 客觀的인 前提가 存在하고 또 그러한 狀況에 직면하여 행위했을 경우에는, 그에게 全的으로 違法阻却事由를 인정하는 것이다. 예컨대 醫師가 妊婦를 정밀하게 조사해 보지는 않았지만 醫學的 見地에서 正當化되는 手術을 했다는 경우이다. 사실 良心的인 精査의 문제는 그런 客觀的 前提가 현실로 「존재하지 않을」 경우에 의미를 가질 것이고, 이것은 違法阻却事由에 대한 錯誤의 문제로 될 것이다.⁹⁵

그렇다면 우리는 이 문제를 어떻게 보아야 할까? 사실 Lenckner는 모든 違法阻却事由를 당해 法益이 「사실로」 보호되어 지려고도 하지 않았단거나 行爲時 다른 이익을 보호하기 위하여 그 침해가 「현실로」 불가피했었다는 思想에로 남김없이 귀착시킬 수는 없다고 한 다음, 그러한 것들로 「推定的 承諾」(Mutmaßliche Einwilligung) (예컨대 現實的 意思와 推定的 意思가

註 92 G. Stratenwerth, 上掲書, 144면.

93 G. Stratenwerth, 上掲書, 144면.

94 Jescheck, 上掲書, 222면, G. Stratenwerth, 上掲書, 140면(487). 특히 Th. Lenckner, Die Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtmäßiger Prüfung, In: Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für H. Mayer, Berlin 1966, 165~184면. 독일判例(BGH St. 2, 114)는 이를 法益 및 義務衝突, 즉 緊急避難의 경우에도 이를 요구하고 있다.

95 H. Welzel, JZ 1955 143면. Jescheck, 222면, 306면 참조.

일치하지 않을 경우), 獨刑法 第193條의 「正當利益의 圖謀」(Wahrnehmung berechtigter Interessen)(公益圖謀인 한 우리 刑法 第310條와도 일치),⁹⁵ 그리고 法令에 의한 公務執行行爲(예컨대 緊急拘束의 事由가 있다고 생각하고서 拘束했으나 그렇지 못한 경우) 등을 들고 있다.⁹⁶ 사실 이러한 경우들은 「客觀적으로는 不當한 行爲」이나, 行爲者가 추구한 目的이나, 行爲時에 존재하는 不確實性을 고려하여 法秩序에 의해 是認되는 違法阻却事由들이므로, 違法阻却의 客觀的 事由에 대한 良心的인 調査를 문제삼는 것이 意味 있다 하겠다. 왜냐하면 여기에서는 行爲者가 客觀的 狀況에 대하여 가능한 한 完全히 알기 위하여 적어도 모든 것을 하였을 때에만 違法阻却事由가 인정될 수 있기 때문이다.⁹⁷ 이들 경우는 이른바 「許容된 危險」(Erlaubtes Risiko)의 具體的 事例들이다.⁹⁸ 따라서 이러한 경우들에서만은 行爲者가 良心的으로 調査한 다음에 構成要件에 해당하는 行爲를 할 권리가 있다고 확신했을 경우에만 正當化된다고 보는 것이 타당하다 하겠다.⁹⁹ 그러나 기타의 違法阻却事由, 특히 문제되는 緊急避難의 경우에는 一般的 主觀的 正當化要素로 충분하다고 보아야 할 것이다.¹⁰⁰

다음으로 過失犯에 있어서의 主觀的 正當化 要素의 문제가 남아 있다. 물론 過失犯의 行爲不法을 客觀的 注意義務의 侵害로 보는 오늘날의 「過失犯」의 理論에서이다.¹⁰¹ 또 모든 違法阻却事由가 過失犯에서 문제되는 것은 아니다. 특히 「良心的 精査」가 요구되는 違法阻却事由들에서는 注意違反行爲란 아예 보호될 수도 없기 때문이다. 따라서 주로 正當防衛, 緊急避難, 被害者의 承諾에서 인정될 것이다.¹⁰² 그러면 이러한 경우들에서는 主觀的 正當化 要素를 요구해야 할 것인가? 한편으로는 「過失犯에서는 客觀的 事態로 충분하다. 그것은 여기에서는 法秩序에 대한 意識的인 背反이 없기 때문이다」라고 하면서 이를 否定한다.¹⁰³ 그러나 過失犯에 합치하게끔 「變型」시킨 態度, 즉 防禦의 構成要件 該當時 結果의 認識은 包含하지 않는, 예컨대 正當防衛에서는 攻撃을 制禦하겠다는 意思나,¹⁰⁴ 또는 「社會的으로 價値 있는 結果」에로지향된 意思를,¹⁰⁵ 過失犯에서의 違法阻却事由의 主觀的 正當化要素로 보아 이를 肯定하려 한다. 이렇게 變型된 형태로서의 主觀的 正當化 要素라면 이에 반대할 근거가 없는 것 같다. 그

註 95 刑法 第310條의 性格에 대해서는 金鍾源, 刑法各論(改訂版), 法文社, 1971, 157면 이하 참조.

96 Th. Lenckner, 上掲書, 178면 이하. 또한 Jescheck, 上掲書, 222면 이하.

97 Jescheck, 上掲書, 222면.

98 Lenckner, 上掲書, 同面 이하. Jescheck, 上掲書, 263면. 이에 관해서는 拙文, 「許容된 危險」의 理論과 그 批判, 法政 No. 216(1968년 7월호) 52면 이하. D. Kienapfel, Das erlaubtes Risiko im Strafrecht, Frankfurt/M 1966.

99 Jescheck, 上掲書, 223면.

100 Lenckner, 165면 이하, (p. 181). Jescheck, 242면. Stratenwerth, 144면.

101 金鍾源, 過失犯의 構造, 法政, No. 227(1969년 8월호), 6면 이하. 黃山德, 上掲書, 109면 이하. 李建鎬, 上掲書, 96면 이하. H. Welzel, 127면 이하. Jescheck, 373면 이하. Stratenwerth, 287면 이하.

102 Jescheck, 上掲書, 390면.

103 Schönke-Schröder, STGB(Kommentar), 12. Aufl. 356면 (§ 51 Vorbem. 77). 同旨, R. Schmitt, Subjektive Rechtfertigungselemente bei Fahrlässigkeitsdelikten? Juristische Schulung, 1963, 63면.

104 Jescheck, 上掲書, 390면 이하.

105 Maurach, 上掲書, 469면.

러나 故意犯에서와 동일한 의미에서의 그것은 요구하기가 어려울 것 같다. ㉞ 이렇게 되면 故意犯에서 보다 過失犯에서 違法阻却되는 경우가 더 많게 될 것임은 당연하다.

V. 實際的 結果

위에서 우리는 또 主觀的 正當化 要素의 性質과 그 程度를 간단히 살펴 보았다. 마지막으로 우리는 主觀的 正當化 要素가 違法阻却의 前提에 속한다고 할 경우 거기에서 생기는 하나의 論難이 많은 實際的 문제를 다루어 보지 않을 수 없다. 그것은 다름이 아니라, 그러한 主觀的 正當化 要素를 요구할 경우 그것이 존재하지 않을 경우, 그 行爲가 결국 合法的이 될 수 없는 것인데, 그 때 違法阻却의 客觀的 前提는 충족되었다고 한다면, 이를 既遂犯으로 볼 것인가 또는 未遂犯으로 볼 것인가이다. ㉞ 우리가 위에서 든 例가 바로 여기에 해당한다. 즉 자기를 쏘려고 하고 있는 것을 모르고서, 그를 쏘아 죽인 者나, 醫學的 견지에서 허용된 妊娠中 絶手術을 하면서도 그것을 모른체 手術費用만을 탐내어 행위한 醫師이다. 이 문제에 대한 解決도 좀더 근본적인 角度에서 검토해 보아야 얻을 수 있다.

우선 古典的 不法論에서 본다면, 主觀的 正當化 要素를 全的으로 고려하지 않고 客觀的 前提의 存在로 만족하는 그 論理로 보아 客觀的 前提의 不認識은 하등의 重要性을 가지지 않을 것이고 行爲는 그 違法性을 阻却 받을 것이다. 그러나 古典的 不法論者들이 이를 未遂로 보려고 하고 있음은 주지의 사실이다. ㉞ 다른 한편 人的 不法論에서 본다면 主觀的 正當化 要素를 全的으로 무시하는 것이 아니라, 行爲의 行爲不法을 阻却키 위해서는 全的으로 肯定하면서 違法阻却의 客觀的 存在만으로는 만족하지 않는 그 論理로 보아, 결코 行爲의 違法阻却은 인정되지 않을 것이고 既遂犯으로 보지 않을 수 없을 것이다. 그 철저한 대변자인 Maurach는 우선 主觀的 및 客觀的 違法阻却事由의 一致만이, 즉 相應되는 意思에 의한 正當行爲단이 構成要件徵表를 脫落케 할 수 있다고 주장하고, 나아가 문제의 경우 錯誤가 構成要件과는 관계 없고, 構成要件은 조금도 부족 없이 充足되었기 때문에 未遂犯 云云도 타당치 않다고 하면서 既遂犯으로 처벌해야 한다고 斷言한다. ㉞ 黃山德 교수도 正當防衛의 경우 “防衛者는 現在의 侵害를 「認識」하고 또한 이에 대한 「防衛意思」를 가지고 있지 않으면 아니된다. 왜냐하면, 侵害의 事實을 認識하지 못하고 그저 不法을 行할 目的에서 敢行된 것을 「正當」防衛라고 適法視할 수는 없기 때문이다.”라고 하고, 나아가 被害者의 承諾의 경우, 承諾事實의 認識이 없는데에는 “그의 行爲는 全的으로(傍點一筆者) 可罰的인 것이 된다”고까지 주장하는 것으로 보아 人的 不法論의 견해에 철저히 따르는 것 같다. ㉞

註 ㉞ Stratenwerth, 上掲書, 296면 참조.

㉞ 이에 관해서는 鄭榮錫, 上掲書, 128면 참조(그러나 이에 대한 態度를 결정하고 있지는 않다).

㉞ E. Mezger, Leipziger Kommentar(上掲), 10 e vor §51, F. Nowakowski, 上掲書, 319면.

㉞ R. Maurach, 上掲書, 161면. 同旨, Welzel, 83면 이하.

㉞ 黃山德, 上掲書, 138면, 154면.

그러나 不法把握에 있어서 極端을 피하고 平和協定을 피한 우리로서는 이 양 견해에 만족할 수는 없다. 우선 위의 Maurach의 첫째 論點은 바로 증명해야 할 점, 즉 行爲非價値의 存在만이 문제되고 그에 반해 結果非價値의 脫落은 아무런 의미가 없다는 점을 그대로 받아들이는 격이 되고 만다 하겠다. ㉔ 또 그의 둘째 論點에 대해서 보더라도 그의 말대로 客觀的 構成要件이 充足되었음은 의심할 여지가 없다. 위의 例에서 사람과 胎兒는 죽었다. 形式的으로 보면 未遂가 문제될 수 없다. 그러나 實質的으로 行爲의 不法內容을 고려하여 본다면 未遂와 단지 客觀的으로만 正當化된 構成要件實現은 本質的으로 동일한 것이다. 양자에 모두 行爲非價値는 존재하나, 結果非價値는 없다. 왜냐하면 후자에 있어서의 結果는 客觀的으로 주어진 違法阻却狀態 때문에 法秩序에 의해 非認되지 않으며 또 그렇기 때문에 結果「不法」은 否定되기 때문이다. 이것은 未遂에 일치된 法的 狀態라고 하겠다. 사실 構成要件에 해당하는 結果 그 자체가 발생하지 않는가 또는 그런 結果가 발생은 했지만 不法으로 평가되지 않는가는 違法の 문제에 대해서는 差異가 없는 것이다. ㉕ 따라서 結論的으로 말한다면 이런 경우는 未遂의 原則에 따라서 처벌하는 것이 타당하다 하겠다. ㉖ 이것은 未遂犯 處罰이 特定되어 있는 점은 물론 그것이 또한 任意的이나마 減輕이 된다는 점에서도 意味가 있다 하겠다. ㉗

註 ㉔ G. Stratenwerth, 上掲書, 145(513년).

㉕ Jescheck, 上掲書, 222년.

㉖ 그러나 行爲者의 意思가 더욱 결정적으로 違法阻却을 하는데 작용하는 경우, 예컨대 懲戒行爲의 경우에는 不法이 완전히 존재한다 하겠다. 따라서 새디즘에서 生徒를 傷害한 教師는 客觀的 違法阻却의 狀態가 존재하더라도 傷害罪의 既遂로 처벌해야 할 것이다(Stratenwerth, 146년).

㉗ 필자는 본논문을 끝맺을때 까지 본논제에 대한 銳利한 모노그라피인 H. Waider의 Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts (Berlin 1970)를 끝내 참조하지 못했음을 몹시 섭섭하게 생각한다.