

형법에서 목적론적 해석의 가능성과 한계

Possibility and Limit of teleological interpretation in criminal law

고 봉 진*
Ko, Bong-Jin

목 차

- I. 죄형법정주의와 '형법의 해석'
- II. 명확성의 원칙과 해석학적 순환
- III. 목적론적 해석의 가능성과 한계
- IV. 나가며

국문초록

필자는 이 논문에서 죄형법정주의와 해석학적 순환의 충돌을 다루었다. 이는 '형법에서 목적론적 해석의 가능성과 한계'로 구체화된다. 이 주제를 전개하기 위해 필자가 출발점으로 삼은 텍스트는 베카리아(Cesare Beccaria, 1738-1794)가 1764년에 출간한 '범죄와 형벌'이다.

필자는 오늘날의 시각에서 보면 '다소 무모한' 베카리아의 주장을 이 책에서 발견했다. 필자는 이를 '베카리아의 3가지 주장'이라고 명명했다. 첫째, 베카리아는 형사사건에서 법관은 입법자가 아니기 때문에 형법을 해석할 권한이 없다고 주장했다. '법의 해석'은 하나의 해악이라는 주장이다. 둘째, 베카리아는

논문접수일 : 2016. 10. 30.

심사완료일 : 2016. 11. 10.

게재확정일 : 2016. 11. 10.

* 법학박사·제주대 법학전문대학원 부교수

법관은 '완벽한 삼단논법'을 전개해야 한다고 주장했다. 셋째, 베카리아는 법의 해석을 불가피하게 만드는 '법의 불명확성' 역시 명백한 또 다른 해악이라고 주장했다.

필자는 '베카리아의 3가지 주장'에 대해 다음 질문을 던졌고, 나름의 대답을 해보고자 했다.

- 법이 불완전한데도 '완벽한' 삼단논법을 전개하는 것이 가능한가?
- 법의 불명확성으로 인한 법의 해석이 초래하는 무질서가 그리 심각한 것인가?
- 법의 불명확성을 해악이라고 볼 것인가?

첫 번째 질문에 대한 필자의 대답은 "완벽한 삼단논법은 불가능하다"이다. 두 번째 질문과 세 번째 질문에 대한 필자의 대답은 "목적론적 해석을 합리적으로 통제할 수 있다면 법의 불명확성으로 인한 법의 해석이 초래하는 무질서는 그리 심각한 것이 아니며, 법의 불명확성 자체는 해악이 되지 않는다"이다.

법률언어의 모호성에 기초한 해석학적 순환은 형법을 포함한 모든 법률에서 일어나지만, 다른 법률 해석과 비교할 때 형법 해석은 분명 다른 면모가 있다. 이는 '목적론적 해석의 한계'에서 드러난다. 이는 형법에서 '제한적인' 해석학적 순환, '반문언적 해석'의 금지, '창조적 해석'의 제한, 형법문언 개정의 필요성으로 구체화된다.**

주제어 : 죄형법정주의, 명확성의 원칙, 해석학적 순환, 목적론적 해석

Ⅰ. 죄형법정주의와 '형법의 해석'

1. 죄형법정주의

"법률 없으면 범죄도 없고 형법도 없다(nullum crimen, nulla poena sine lege)." 죄형법정주의는 가벌성 자체 뿐만 아니라 형벌의 종류와 정도도 범행 이전에

** 논문의 I 과 II 부분은 필자의 저서 '판례 법학방법론'(한국학술정보, 2013) 39면 이하에 기술한 내용을 토대로 더 발전시킨 것임을 밝힙니다.

미리 성문화된 명확한 법률에 의해 확정되어야 한다는 원칙이다.¹⁾ 죄형법정주의는 “법률 없으면 범죄가 없다(범죄의 성립은 행위시의 법률에 의한다)”와 “법률 없으면 형벌은 없다(범죄의 처벌은 행위시의 법률에 의한다)”의 두 부분으로 구성된다.

우리나라 헌법과 형법은 ‘죄형법정주의’를 명시하고 있다. 헌법 제13조 제1항은 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며”라고 명시하였고, 형법 제1조는 “범죄의 성립과 처벌은 행위시의 법률에 의한다”고 규정하여 죄형법정주의가 형법의 대원칙임을 천명하고 있다.

오늘날 시각에서 보면 죄형법정주의는 너무나 당연한 형법원칙이다. 죄형법정주의는 대다수 일반 시민이 상식으로 받아들인다. 하지만 역사를 거슬러 보면 형법사(刑法史)와 형벌사(刑罰史)에서 형법에 규정되지 않은 범죄와 잔혹한 형벌을 통해 수많은 무고한 시민의 신체, 자유, 권리가 침해되었다. 이에 대한 반성을 기초로 형벌이라는 엄청난 공권력의 행사를 자의적으로 남용하는 것을 막기 위해 ‘죄형법정주의’는 실정법에 도입되었다.

죄형법정주의를 세부적으로 살펴보면, 죄형법정주의는 다음 4가지 원칙을 포함한다: ① 소급효 금지의 원칙, ② 불확정한 형법금지의 원칙, ③ 형벌인정 내지 형벌가중적 관습법금지의 원칙, ④ 유추적용금지의 원칙. 앞의 두 원칙은 형사입법자를 구속하는 원칙이고, 뒤의 두 원칙은 형법적용자를 구속하는 원칙이다.²⁾

2. ‘형법의 해석’과 ‘형법의 불명확성’

필자는 이 논문에서 베카리아(Cesare Beccaria, 1738-1794)가 1764년에 출간한 ‘범죄와 형벌’에 언급한 문제를 다루려 한다. 이 문제는 죄형법정주의와 밀

1) 김일수/서보학, 『새로쓴 형법총론』, 박영사, 제12판, 2014, 38면; 김일수 교수는 책임원칙, 비례성의 원칙, 행위형법의 원칙과 더불어 ‘죄형법정주의’가 ‘형법의 기본원칙’인 점을 감안하여 ‘죄형법정원칙’으로 명명하고 있다. 김일수/서보학, 『새로쓴 형법총론』, 박영사, 제12판, 2014, 제3장 ‘형법의 기본원칙’ 참조.

2) 김일수/서보학, 『새로쓴 형법총론』, 박영사, 제12판, 2014, 40면.

접하게 관련되어 있고, 특히 ② 불확정한 형법금지의 원칙, 즉 명확성의 원칙과 연결되어 있다. 잘 알려져 있듯이 베카리아는 그의 책 '범죄와 형벌'에서 죄형법정주의를 선언하였는데, 그는 특히 형벌법정주의를 강조하였다.³⁾ 죄형법정주의의 사도인 베카리아는 '형법의 해석'에 의해 죄형법정주의가 허물어질 것을 우려했고, '형법의 해석'에 의해 법률의 불명확성이 초래하는 무질서를 우려했다.⁴⁾

(1) 형법의 해석

베카리아는 형사사건에서 법관은 입법자가 아니기 때문에 형법을 해석할 권한이 없다는 다소 뜻밖의 주장을 한다. 베카리아에 따르면, 법관이 지켜야 할 법은 현재 시민들이 합치된 의사를 갖고 주권자에게 명시적 혹은 묵시적으로 한 서약의 산물이기 때문에, 모든 사람들의 의사를 위탁받은 주권자만이 법률의 확고한 진정한 권위를 구성한다.⁵⁾ 법관은 형법을 해석할 권한이 없다는 베카리아의 주장은 '법률의 문언을 말하는 입'(la bouche qui prononce les parole de la loi)이라는 몽테스키외(Montesquieu, 1689~1755)의 유명한 주장을 떠올리게 한다. "통찰력을 갖추고 있으나 동시에 맹목적이기도 한 법률은

3) "범죄에 대한 형벌은 오직 법률을 통해서만 가능하다. 이 권한은 사회계약으로 결합된 사회 전체를 대표하는 입법자에게만 속한다." Cesare Beccaria(한인섭 역), 『범죄와 형벌』, 박영사, 2006, 16면; 베카리아는 '범죄와 형벌'에서 "최대다수에 의해 공유된 최대의 행복! - 법은 바로 이 목적에 비추어 평가되어야 한다(8면)"고 말할 정도로 '공리주의'를 따르고 있다. 공리주의에 기초해 '죄형법정주의'가 주장되는 것을 보면 공리주의는 오늘날 흔히 오해하듯이 잘못된 정의관은 아니다. 하지만 공리주의가 베카리아의 '범죄와 형벌'에 대해 갖는 의미는 이 논문에서 연구할 내용은 아니며, 다른 논문에서 더 연구할 과제로 남기겠다.

4) 필자는 총47장으로 이루어진 '범죄와 형벌'에서 '제4장 법률의 해석'과 '제5장 법률의 불명확성'을 주로 다루었다.

5) Cesare Beccaria(한인섭 역), 『범죄와 형벌』, 박영사, 2006, 20면; 베카리아는 법관이 입법자가 아니며, 따라서 법률의 합법적인 해석자가 아니라는 점을 다음과 같은 물음의 형식으로 말하고 있다. "법관이 지켜야 할 법이란 현재 시민들이 합치된 의사를 갖고 주권자에게 명시적 혹은 묵시적으로 한 서약의 산물이다. 혹은 개인의 사적 이익을 통제하기 위해 필요한 강제장치인 것이다. 이것이 법률의 확고한 진정한 권위를 구성한다. 그러면 누가 법률의 합법적인 해석자가 되어야 하는가? 그것은 모든 사람들의 의사를 위탁받은 주권자인가, 아니면 특정한 사람이 범법행위를 범했는가 아닌가를 심사할 임무만을 지니고 있는 법관인가?" Cesare Beccaria(한인섭 역), 『범죄와 형벌』, 박영사, 2006, 20면.

어떤 때엔 지나치게 가혹할 수도 있다. 그러나 국민의 재판관은 앞에서 말한 것처럼 법조문을 선언하는 입의 역할밖에 수행하지 못한다. 말하자면 그 힘도 엄격함도 조절 못하는 무생물이다.”⁶⁾

베카리아는 법관에게 ‘완벽한 삼단논법’을 전개하라는 필자가 보기에 다소 무리한 주문을 한다. “만일 법관이 법의 불완전성으로 인해 이와 다른 삼단논법을 구사해야 하거나 임의대로 그렇게 한다면, 이때 법은 불확실성을 향한 문을 열어버리는 셈이다.”⁷⁾

베카리아가 ① 법관에게 해석할 권한을 주지 않고 ② 완벽한 삼단논법에 따라 판결할 것을 요구하는 이유는 ‘죄형법정주의’를 도입한 이유와 별반 다르지 않다. 법관의 자의적인 해석에 제갈을 물려 법관의 자의로부터 시민의 자유와 안전을 보장하기 위해서였다.⁸⁾

베카리아는 ‘법의 정신을 고려하라’는 속담처럼 위험한 것은 없다고 보았다. (필자가 보기에 ‘법의 정신을 고려하는 해석’은 오늘날 법의 목적을 고려하는 목적론적 해석에 해당한다.) 베카리아가 보기에 법의 정신을 고려하는 법관의 해석은 제방을 허물고 법을 여론의 흐름에 내맡기는 격이 된다. ‘법의 정신’은 한 법관의 논리에 좌우되고, 그의 이해력에 의존한다. 또한 법의 정신은 법관의 감정의 횡포, 피고인의 지위나 상황, 피고인과 법관과의 관계, 그 밖의 인간의 가변적인 심성으로 인해 사물에 대한 인상이 바뀔 수 있는 여러 요인들에 의해 영향을 받는다.⁹⁾

베카리아는 법관이 법의 불완전성으로 인해 그가 말한 ‘완벽한 삼단논법’과는 다른 삼단논법을 구사해야 하거나 임의대로 논리를 전개하면, 법은 불확실성을 향한 문을 열어버리는 셈이 된다고 보았다.¹⁰⁾ 베카리아는 ‘형법의 불완

6) Montesquieu(하재홍 역), 『법의 정신』, 동서문화사, 2007/2009, 185-186면.

7) Cesare Beccaria(한인섭 역), 『범죄와 형벌』, 박영사, 2006, 20면(이텔릭체는 필자에 의한 것임).

8) “한 시민의 운명이 재판부에 따라 몇 번씩 달라질 수 있음을 본다. 어떤 비참하고 가난한 자의 운명이 한 법관의 잘못된 추론이나 순간적인 기분에 마음대로 좌우되는 것을 본다. 법관은 그의 마음에 영향을 미치는 여러 충동들의 우연한 조합을 정당한 법해석으로 간주한다.” Cesare Beccaria(한인섭 역), 『범죄와 형벌』, 박영사, 2006, 21면.

9) Cesare Beccaria(한인섭 역), 『범죄와 형벌』, 박영사, 2006, 20-21면.

10) Cesare Beccaria(한인섭 역), 『범죄와 형벌』, 박영사, 2006, 20면.

전성'에 의해 '형법의 불확실성'이 발생하는 것을 그가 주장한 '완벽한 삼단논법'을 통해 막고자 했다. '완벽한 삼단논법'이 과연 가능한지 여부는 묻지 않고 말이다. 베카리아가 '형법의 불확실성'을 피해야 할 것, 막아야 할 것으로 보았지만, '법의 불완전성'을 부정하지 않았다. 베카리아는 형법이 불완전할 수 있음을 인정하였다. 형법이 불완전하더라도 법관의 해석을 통해 형법의 불완전성을 보완되는 것을 원하지 않았다. 법관의 자의적인 해석에 의한 시민의 자유와 안전이 침해될 위험이 있기 때문이다. 이 때문에 형법이 불완전하더라도 형법이 확실할 것을 원했다.

베카리아는 형법의 불완전성으로 인해 '완벽한 삼단논법'과는 다른 삼단논법이 있을 수 있음을 인정하였다. 다만 그는 법이 불완전할 수 있음에도 '완벽한' 삼단논법이라는 방법을 통해 불확실성을 향한 문을 닫기를 바랐던 것이다. 베카리아는 형법 자구의 엄격한 준수로부터 생겨날 무질서는 법의 해석으로부터 생겨나는 무질서와 비교해볼 때 사소하다고 보았다.¹¹⁾ 오히려 그는 형법 자구의 엄격한 준수로부터 생기는 장점을 강조한다.¹²⁾

(2) 형법의 불명확성

베카리아는 '법의 해석'이 하나의 해악이라는 주장을 넘어, 법의 해석을 불가피하게 만드는 '법의 불명확성' 역시 명백한 또 다른 해악이라는 주장을 펼친다.¹³⁾

죄형법정주의라는 형법의 대원칙이 중요하다고 하더라도 '법의 해석'과 '법

11) Cesare Beccaria(한인섭 역), 『범죄와 형벌』, 박영사, 2006, 22면.

12) “법률의 문리해석에 따라 일시적인 불편이 생겨날 경우, 입법자가 그러한 불확실한 법률조문에 대해 수정을 하는 것은 불가피하며 그리 어려운 일도 아니다. 하지만 법률의 자구를 그대로 따를 때는 법적 논쟁이 자의적이고 돈으로 좌우될 여지는 없다. 법률이 성문으로 확실히 규정되어 있는 경우 법관의 임무는 특정한 시민의 행위를 심사하여 그 행위가 위법인가 적법인가를 법조문에 따라 판단하기만 하면 된다. 정의와 부정의 기준은 무지한 자든 철학적 소양을 갖춘 시민이든 똑같이 규율되어야 한다. 만일 모든 행위를 판단하는 정의와 부정의 기준이 사실의 문제가 아니라 논쟁의 영역에 넘겨진다면, 시민들은 법관, 다시 말해 다수의 소압제자에게 예속된다.” Cesare Beccaria(한인섭 역), 『범죄와 형벌』, 박영사, 2006, 22면.

13) Cesare Beccaria(한인섭 역), 『범죄와 형벌』, 박영사, 2006, 24면.

의 해석을 낳는 법의 불명확성'을 '해악'으로까지 규정할 필요가 있을까? 물론 국가형벌권의 자의로부터 시민의 자유와 안전을 보장하려 한 베카리아의 의도를 고려해 본다면, 베카리아가 주장한 바가 이해 불가능한 것은 아니다. 베카리아가 드는 예를 보면 베카리아의 의도를 알 수 있다. 베카리아는 법조문이 보통 사람들이 이해할 수 없는 언어나 사어(死語)로 작성된다면, 보통 사람들은 자신의 생명, 신체, 자유가 어떻게 될지를 스스로 예측할 수 없게 되고, 그 때문에 그들은 법조문을 다루는 몇몇 사람들의 처분에 맡겨진다고 보았다.¹⁴⁾ 반대로 문자 그대로 시행되는 형법이 있다면, 시민들은 자신의 범법 행위로부터 생겨날 불이익과 불편을 정확히 계산할 수 있고, 이를 통해 시민은 범죄로부터 멀어지고 인신과 재산의 안전을 향유한다.¹⁵⁾

하지만 '법의 해석'이 해악이라고 한 점을 넘어 법의 해석이라는 해악을 불가피하게 만드는 '법의 불명확성'이 해악이라는 베카리아의 주장은 '역설적 표현'이라고 보기에는 너무나 직설적이다. 오늘날 법의 해석이 해악이고 더 나아가 법의 불명확성이 해악이라는 점에 동조하는 사람은 거의 없다. 해석하는 법이 '형법'이고 불명확한 법이 '형법'이어도 말이다. (물론 베카리아가 그 자신의 주장을 통해 법관의 자의적인 해석을 막고 죄형법정주의라는 형법의 대원칙을 공고히 했다는 점은 분명하다.)

베카리아의 주장에는 '법의 불완전성', '법의 불확실성', '법의 불명확성'이라는 세 가지 중요한 표현이 등장한다. 생각건대 베카리아의 주장에 동조하는 사람과 반대하는 사람 간에 의견이 일치하는 부분은 '형법의 불완전성'에 대한 부분이다. 반면에 양측 간에 의견이 대립하는 부분은 '형법의 불확실성'과 '형법의 불명확성'을 어느 정도 허용할 것인가에 대한 것이다. 베카리아는 '형법의 불확실성'과 '형법의 불명확성'은 전혀 허용하지 않겠다는 입장인 반면, 필자와 같이 베카리아의 주장이 현실성이 떨어진다고 보는 입장은 현실적으로 존재하는 '형법의 불확실성'과 '형법의 불명확성'을 죄형법정주의와 어떻게 조화할 것인가를 다시 고민하게 된다. 베카리아의 입장은 명확하다. 베카리아에

14) Cesare Beccaria(한인섭 역), 『범죄와 형벌』, 박영사, 2006, 24면.

15) Cesare Beccaria(한인섭 역), 『범죄와 형벌』, 박영사, 2006, 23면.

따르면, ‘형법의 불확실성’과 ‘형법의 불명확성’이 형법의 죄형법정주의와 조화될 수 없다.

필자는 베카리아의 주장에서 받아들이기 어려운 점을 발견하고 이에 대해 몇 가지 근본적인 물음을 제기하려 한다. 첫째 물음은 베카리아가 주장하는 ‘완벽한 삼단논법’이 과연 가능한가 하는 점이다. 필자는 ‘완벽한 삼단논법’을 통해 ‘법의 불확실성’을 차단하는 것이 사실상 불가능하다고 본다. 둘째 물음은 형법의 해석이 초래하는 무질서가 베카리아가 생각한 것만큼 그렇게 심각한 것일까 하는 점이다. 베카리아는 형법 자구의 엄격한 준수로부터 생겨날 무질서가 법의 해석으로부터 생겨나는 무질서보다 사소하다고 보았다. 필자는 오늘날 이성적 형법학의 발전과 법학방법론의 발전에 비추어 볼 때, 그 반대일 수 있지 않을까 생각되었다. 필자는 형법의 해석을 제대로 통제할 수 있다면, 법의 해석으로부터 생겨나는 무질서가 형법 자구의 엄격한 준수로부터 생겨날 무질서보다 더 사소할 수 있지 않을까 고민해 보았다. 마지막 세 번째 물음은 “법의 해석이 하나의 해약이라면, 법의 해석을 불가피하게 만드는 법의 불명확성 역시 명백히 또 다른 해약이다”라는 베카리아의 강력한 언명에 대한 것이다. (베카리아의 역설적 표현일 수 있지만) 필자는 ‘형법의 불명확성’이 과연 해약일까 하는 점에 의문을 제기한다. 필자가 보기에 ‘법의 불명확성’은 ‘명확성의 원칙’에 반하지 않는 한 해약이 아니라 축복일 수 있기 때문이다.

II. 명확성의 원칙과 해석학적 순환

1. 명확성의 원칙

형법에서 ‘명확성의 원칙’은 무엇이 범죄이고 형벌은 어떤 것인지를 성문형법에 명확하게 규정할 것을 요구한다.¹⁶⁾ 명확한 법률이 없으면 범죄도 없고

16) 명확성의 원칙은 법치국가원리의 한 표현으로서 기본권을 제한하는 법규범의 내용은 명확하여야 한다는 헌법상의 원칙이기도 하다. 법규범의 의미내용이 불확실하면 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 수 없고, 법집행 당국의 자의적인 법해석과 집행이 가능하게 한다는

형벌도 없다(nullum crimen, nulla poena sine lege certa). 너무 추상적인 문언을 통해 범죄를 규율하면 안되고(‘국민의 법감정 침해’라는 표현 같은 ‘일반 조항’이 이에 해당한다), 형벌의 상하한이 특정되지 않은 ‘절대적 부정기형’으로 형벌을 규정해서는 안된다.¹⁷⁾ 형법규정이 명확하지 않으면, 법관은 자의적인 해석으로 국가형벌권을 남용하여 시민의 자유와 안전을 침해할 위험이 발생한다.

하지만 죄형법정주의에 따른 명확성의 요구에도 불구하고 법률언어의 모호성은 존재한다.¹⁸⁾ 법문언의 명확성을 100% 충족시키기 위해 기술적 언어로 법조문을 채울 수도 없다. 형법 범죄구성요건을 모두 기술적 언어로 서술하면 법률 자체가 신축성을 잃고 너무 경직된 내용을 갖게 된다. 또한 사회의 다양한 모습과 개별 사례의 특수성을 고려한 적절한 해결책을 제시할 수 없게 된다.¹⁹⁾ 형법에 규범적 언어를 쓰는 것은 불가피하며, 모두가 그 내용을 똑같이 이해하는 규범적 언어는 없다. 죄형법정주의와 ‘형법에서 규범적 언어의 사용’이 대치되는 것처럼 보이지만, 실상은 죄형법정주의와 ‘규범적 언어의 과도한 사용’, ‘너무 추상적인 언어의 사용’ 만이 대치될 뿐이다. 형법의 규범적 구성요건요소를 불명확한 개념이라고 볼 수는 없다. 사회의 다양한 범죄를 적절히 규율하기 위해서는 형법에 규범적 언어가 필요한 것이 사실이고, 규범적 언어에 대한 해석을 피할 수 없다. 이러한 형법 입법기술상의 한계 때문에 ‘완벽한 삼단논법을 사용하라’는 ‘베카리아의 요구’는 사실상 불가능하다.

것을 그 근거로 한다(헌재 2001. 10. 25. 2001헌바9).

17) 김일수/서보학, 『새로쓴 형법총론』, 박영사, 제12판, 2014, 48면.

18) 법률언어의 ‘공시적(共時的, synchronic) 모호성’과 ‘통시적(通時的, diachronic) 모호성’과에 대해서는 이상돈, 『새로 쓴 법이론』, 세창출판사, 2005, 53면 이하; 같은 시간대를 사는 사람들 사이에 법률언어의 의미가 같은 것도 많지만 다른 것도 꽤 많다. 그렇기에 통설도 있지만 학설도 다수설과 소수설로 나뉜다. 대법원 판례로 정해진 것이 있지만 대법원 판례에도 다수의견과 소수의견이 나뉘기도 한다. 또한 법률언어의 의미는 시간의 흐름에 따라 달라지기도 한다. 다수설이던 A라는 학설이 시간이 지남에 따라 소수설이 되기도 한다. 전원 합의체 판결에 의한 판례 변경에 의해 법률언어의 의미가 변경된다. 다수의견과 소수의견이 대립하여 다수의견에 따라 판례가 형성되었지만, 이후 시간이 흘러 다수의견과 소수의견이 바뀌어 판례가 다르게 형성되기도 한다. 학설에서도 다수설과 소수설의 위치가 시간이 지남에 따라 바뀌기도 한다.

19) 김일수/서보학, 『새로쓴 형법총론』, 박영사, 제12판, 2014, 38면.

대다수의 법률언어는 법률전문가 특히 형법전문가의 해석을 요한다. 실제로 형법의 범죄구성요건은 법원의 판결을 토대로 해석된다. 대법원에서도 다수의 견과 소수의견으로 나뉘고, 형법전문가 사이에도 다수설과 소수설로 나뉜다. 형법의 '범죄와 형벌'은 시민 모두가 똑같이 이해하는 명확하고 정확한 언어로 기술되어 있지 않다. 일반 시민이 쉽게 이해하기는 사실상 어렵다. 형법의 '명확성의 원칙'은 시민 모두가 이해할 수 있는 언어를 최대한 활용하되, 규범적 언어를 사용하더라도 해석을 통해 형법의 규범적 언어를 명확하게 밝히려는 요청으로 필자에게는 비취진다. "구체적인 형법조항의 문헌이 법률확정성의 요구에 반하느냐의 여부는 법문의 전체적인 구조와 입법취지를 고려하여, 당해 법조항의 전체적인 문헌이 형법해석의 여러 방법에 의해서도 가벌성과 처벌에 관해 해석적용자(법관)를 제약할 수 없을 정도로 불분명한가를 기준으로 삼아야 한다. 왜냐하면 이러한 불분명한 법조항이야말로 당해 법률의 해석적용자에게 포괄적인 해석의 전권(專權)을 부여한 꼴이 되어 법의 적용을 받을 구체적인 개인은 결국 법적용자의 우월한 자의 앞에 내맡겨져 있는 꼴이 된다. 바로 이처럼 해석자의 자의가 개입될 수 있는 불확정한 법률이야말로 법치국가성에 대한 적신호이며 시민의 자유에 대한 중대한 위협이 아닐 수 없다."²⁰⁾

2. 해석학적 순환

하나의 법률언어는 그 의미가 객관적으로 타당한 형태로 이미 존재하는 것이 아니다. 사람의 해석 여하에 따라, 그 해석이 법원이나 많은 사람에 의해 받아들여지는지에 따라 법률언어의 의미는 바뀐다. 이처럼 법률언어가 가지는 불명확성 내지 모호성 때문에 법률을 다루는 사람들 사이에는 '의미론적 투쟁'이 일어난다.²¹⁾ 자신의 법률언어 해석이 법원에 의해 채택되기를 바라면서 법률언어의 의미를 구성하려는 투쟁이 일어난다. 이는 실로 여러 차원에서 일어난다. 변호사가 사건을 변론하거나, 판사가 판결을 내리거나, 시민단체가 시민운동을 전

20) 김일수/서보학, 『새로운 형법총론』, 박영사, 제12판, 2014, 49면(이탤릭체는 필자에 의한 것임).

21) 법률언어에 대한 '의미론적 투쟁'에 대해서는 F. Müller/R. Christensen/M. Sokolowski(이덕연 역), 『법텍스트와 텍스트작업』, 법문사, 2005, 26면 이하.

개하거나, 검사가 기소를 하면서도 의미론적 투쟁을 전개할 수 있다. 물론 많은 사건의 경우는 기존 판례에 의하거나 다수 견해에 따라 활동을 전개한다.

법률언어의 불명확성 내지 모호성은 법률가의 작업에서는 ‘해석학적 순환’이라는 특징으로 나타난다. ‘법적용’은 ‘규범을 통한 사안의 구성’과 ‘사안을 통한 규범의 구체화’가 동시에 이루어지는 ‘해석학적 순환’의 과정에서 이루어지며,²²⁾ 그 과정에서 법률가의 ‘의미론적 투쟁’이 이루어진다. 엥기쉬(Karl Engisch)는 ‘해석학적 순환’을 ‘규범과 사태와의 시선의 영원한 왕복(Hin- und Herwandern des Blickes)’이라고 표현했다.²³⁾

다수설과 소수설, 판례의 다수의견과 소수의견이 법률문언을 두고 다투며, 판례의 다수의견은 사법기관인 법원의 판결로 법규범을 구체화한다. ‘사건을 적용되는’ 법률문언의 의미를 말할 때 중요한 것은 주장하는 바가 무엇인가가 아니라 그것이 받아들여지는지 여부라고 할 수 있다.²⁴⁾ 해석학적 순환을 거쳐 법률해석이 이루어지면, 이렇게 해석된 법률은 사건에 적용된다. 법률과 사안이 교차하는 지평에서 대전제와 소전제가 상호작용적, 선택적으로 확정되어 가는 판단 또한 규범에 사실을 포섭하는(법률에 사건을 포섭하는) 삼단논법이다. “포섭에 앞서 보통 적용해야 할 법규정의 의미가 해석에 의해 먼저 확정되어야 하므로 해석은 포섭의 전제이기도 하다.”²⁵⁾ 이러한 삼단논법은 베카리아가 주장하는 ‘완벽한 삼단논법’과는 전혀 다르다. “개별적 현상을 보편적 개념 속으로 편입시키는 논리적 포섭(Subsumption)을 통해서는 친숙한 낱말의 사용이 가능하지 않다. 오히려 알다시피 이해라는 것은 언제나 선이해의 적용을 포함하며, 그런 점에서 지속적으로 개념이 형성되어가는 과정이라 할 수 있다.”²⁶⁾ 법률이 정답으로 주어져 있고, 법적 사안이 이 법률에 포섭되는지

22) 이상돈, 『새로 쓴 법이론』, 세창출판사, 2005, 203면; ‘해석학적 순환’에 대해서는 Hans-Georg Gadamer(임홍배 역), 『진리와 방법 2』, 문학동네, 2012, 138-139면, 175면.

23) 하이데거(Martin Heidegger)는 해석자에게 “해석학적 순환으로부터 빠져나오는 것이 아니라 그것에 올바르게 들어갈 것”을 권고하였다. Martin Heidegger, Sein und Zeit, 11. Aufl., 1967, S. 153. (이상돈, 『새로 쓴 법이론』, 세창출판사, 2005, 207면에서 재인용함)

24) F. Müller/R. Christensen/M. Sokolowski(이덕연 역), 『법텍스트와 텍스트작업』, 법문사, 2005, 47면.

25) 김일수, 『한국형법 I』, 박영사, 1996, 151면.

26) Hans-Georg Gadamer(임홍배 역), 『진리와 방법 2』, 문학동네, 2012, 329면.

안 되는지를 살피는 방식으로 법률해석은 이루어지지 않는다. 법률해석은 '규범을 통한 사안의 구성'과 '사안을 통한 규범의 구체화'를 통해 이루어진다. 판례의 다수의견과 소수의견이 뒤바뀌기도 하여 법원의 판결은 법규범을 이전과는 다르게 구체화시키기도 한다. 텍스트(Text)의 의미는 정해져 있는 것이 아니라, 콘텍스트(Context)와 텍스트작업(Textarbeit)의 영향 하에 바뀐다. "오히려 모든 판결은 규범텍스트를 새로운 콘텍스트에 접목시키는 것임이 분명하고, 이 콘텍스트는 텍스트의 공포 당시에는 전혀 예측할 수 없는 것이다."²⁷⁾

법률언어의 특징을 고려한다면 법률언어의 사용 이전에 법전에 규율된 법률언어만으로 의미가 확정되기를 바랄 수는 없다. 베카리아의 '완벽한 삼단논법'은 법률언어의 불명확성에 의해 초래되는 무질서를 피하기 위해 일부러 법률언어의 특징을 무시한 것이다. 법률언어가 가지는 불명확성·모호성과 법률해석의 특징인 '해석학적 순환' 때문에 법률언어의 의미는 법률언어의 사용에 의해 결정된다. "한 낱말의 의미는 언어에서 그것의 사용이다(Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache)."²⁸⁾ 하지만 이는 죄형법정주의에서 추구하는 '명확성의 요구'와는 배치되는 면이 분명 있다.

III. 목적론적 해석의 가능성과 한계

1. 목적론적 해석

'목적론적 해석'은 법문언의 의미가 불명확할 때 법문언을 '법의 목적'에 비추어 해석하는 방법이다. "법률은 입법자보다 현명하다"는 법격언에서도 알 수 있듯이, 법률이 전혀 예상하지 못했던 사건도 목적론적 해석을 통해 어느 정도 해결할 수 있다. 목적론적 해석은 '법의 목적'을 중시하는 객관적 해석이다. 역사적 해석을 취하는 주관적 해석론은 '법관의 법률에의 구속'을 전면에

27) F. Müller/R. Christensen/M. Sokolowski(이덕연 역), 『법텍스트와 텍스트작업』, 법문사, 2005, 15면.

28) Ludwig Wittgenstein(이영철 역), 『철학적 탐구』, 책세상, 2006, 58면.

내세운다. 이에 따르면, 사법(司法)의 임무는 입법자의 의사에 따라 법률의 의미를 발견하는 것이지 이를 넘어서 입법자의 역할을 대신해서는 안 된다. 반면에 목적론적 해석을 취하는 객관적 해석론은 ‘법적용의 구체적 타당성’을 보다 우위에 두고, 법률 안에서 법의 발견은 개별적인 사례에서 발견되는 규범성을 법률과 상호 일치시켜 해당 사례에 적합한 법의 의미를 법률 안에서 형성하는 데 있다는 주장을 펼친다.²⁹⁾ 필자가 보기에 ‘해석학적 순환’이 일어나게 하는 장본인은 바로 ‘목적론적 해석’이다.

형법에서 죄형법정주의와 해석학적 순환의 충돌은 ‘형법에서 목적론적 해석의 가능성과 한계’라는 구체적인 문제로 나타난다. 형법에서 목적론적 해석은 다른 법에 비해 그리 자연스러운 것이 아니며, 해석학적 순환도 다른 법률의 경우와 다른 면모를 띤다. ‘법률적용의 구체적 타당성’이라는 큰 장점 때문에, 민법이나 행정법 등에서 ‘목적론적 해석’을 광범위하게 인정된다. 민법과 행정법이 꼼꼼하게 규율하고 있더라도 법이 예상하지 못한 사건이 다양하게 일어나기 때문에 법적 규율은 사건의 복잡성, 다양성을 미리 다 규율할 수 없다. 그렇다고 새로이 생겨나는 사건을 법적 규율이 손놓고 있을 수도 없다. 이 경우 ‘법의 목적’에 비추어 법규범을 통해 사안이 구성되고, 사안을 통해 법규범이 구체화되는 ‘해석학적 순환’이 이루어진다. 반면에 형법은 ‘죄형법정주의’의 요구 때문에 ‘목적론적 해석’을 광범위하게 활용할 수 없다. 형법에서도 목적론적 해석은 가능하지만, 그 한계가 다른 법률에 비해 매우 크다. 형법에서 목적론적 해석은 매우 조심스럽게 접근해야 하고 다루어져야 한다.

우리나라 형사판례는 목적론적 해석을 다음과 같은 문구로 표현하고 있다 (이 문구는 목적론적 해석에 대한 전형화된 표현으로 목적론적 해석 방법을 쓴 대다수의 형사 판결에 쓰여져 있다).

“형벌법규는 문언에 따라 엄격하게 해석·적용하여야 하고 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장해석하거나 유추해석하여서는 아니되지만, 형벌법규의 해

29) 김영환, 『법철학의 근본문제』, 홍문사, 2012, 300-301면; 법의 해석방법을 法史(‘개념법학’, ‘목적법학’, ‘이익법학’)와 관련하여 기술한 논문으로는 김부찬, “법의 해석 및 흠결 보충에 관한 고찰”, 『법과정책』 제21집 제3호, 제주대학교 법과정책연구원, 2015, 97면 이하.

석에서도 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 그 법률의 입법취지와 목적, 입법연혁 등을 고려한 목적론적 해석이 배제되는 것은 아니다.”

형사 실무와 학계는 법률문언의 통상적인 의미를 벗어나지 않는 한 목적론적 해석은 허용된다는 입장이지만, 목적론적 해석을 부정해야 한다는 목소리도 적지 않다. 형법에서 목적론적 해석을 활용하는 것에 반대하는 입장에 따르면, 대부분의 목적론적 해석은 형법문언의 통상적인 의미를 넘어서 행해지기 때문에, 허용되는 해석이 아니라 형법에서 금지하는 ‘유추’에 해당한다.

형법의 경우 죄형법정주의의 요청 때문에 (목적론적 해석에 반대하는) 엄격한 주관주의자의 목소리가 다른 법률의 경우보다 더 크다.

2. 목적론적 해석의 한계

(1) ‘제한적인’ 해석학적 순환

(법률언어의 특징 외에도) 형법에서 목적론적 해석이 허용되기 때문에 베카리아가 주장하는 ‘완벽한 삼단논법’은 불가능해진다. 목적론적 해석이 허용되는 정도의 ‘법률의 불확정성’은 인정되며, ‘완벽한 삼단논법’에 의해 차단되어야 할 것이 아니다. 물론 베카리아 또한 ‘법률의 불확정성’을 부인한 것은 아니며, 법률의 불확정성에 의해 초래되는 무질서 때문에 법률이 확정될 것을 요구한 것임에 유의해야 한다.

하지만 베카리아의 주장은 엄격한 결정주의의 입장과 유사하다.³⁰⁾ 물론 엄격한 결정주의는 법이 완전하여 법의 불확실성이 없다고 상정했다는 점에서 베카리아의 주장과 다르다.³¹⁾ 엄격한 결정주의에 따르면, 사건이 법률에 포섭

30) 또한 생각해 보면 베카리아의 주장은 역사적 해석을 주장하는 주관주의자와 유사한 면이 있다.

31) 만약에 법이 완전하다면 “완벽한” 삼단논법을 전개하는 것이 가능할까? 법이 완전하다면 “완벽한” 삼단논법은 가능할 것이다. 실제로 법이 완전하다고 상정하고, “완벽한” 삼단논법을 전개하는 것이 가능하다는 견해가 있다. 이 견해의 문제는 너무 강한 전제를 설정했다는 점에 있다. 이 강한 전제는 유일하게 정당한 결정이 법률을 통해 이미 법관에게 주어져

되는지 여부가 법률 문언에 의해 이미 결정되어 있기 때문에 법관의 판단은 모두 일치하게 된다. 법률 문헌에 해당하는 사건과 해당하지 않는 사건이 법률 문헌에 의해 이미 확정되어 있기 때문에, ‘법률의 입’인 법관은 법률을 단순하게 적용하는 법률기계와 불과하게 된다. 엄격한 결정주의는 법률 해석의 해석학적 순환을 알지 못한다. 엄격한 결정주의에 따르면, 법률적 삼단논법의 결론은 법률 문언이라는 전제 속에 이미 들어가 있다.

하지만 엄격한 결정주의가 올바른 것도 아니고 현실에서 가능한 것도 아니다.³²⁾ ‘규범을 통한 사안의 구성’과 ‘사안을 통한 규범의 구체화’를 통해 삼단논법의 전제는 달라질 수 있기 때문이다. ‘규범을 통한 사안의 구성’과 ‘사안을 통한 규범의 구체화’를 통해 법률적 삼단논법의 법적 전제인 법규범은 시간의 흐름에 따라 약간씩 달라진다.

완벽한 명확성의 원칙이나 ‘완전한 삼단논법’은 법해석의 특징은 ‘해석학적 순환’ 때문에 가능하지 않다. 또한 법해석의 ‘해석학적 순환’은 형법의 죄형법정주의, 명확성의 원칙과 의해 제한적일 수밖에 없다. 죄형법정주의(명확성의 원칙)과 해석학적 순환은 서로 충돌하면서, 서로를 제한한다. 다시 말하자면 형법 해석의 ‘해석학적 순환’은 형법의 죄형법정주의(명확성의 원칙) 때문에 상법 등 다른 법에서 일어나는 ‘해석학적 순환’과는 다른 모습과 형태를 띤다.

(2) ‘반문언적 해석’의 금지

목적론적 해석이 가능하다고 하더라도 반문언적 해석이 되어서는 안 된다. 반문언적 해석을 목적론적 해석이라는 명목으로 허용한다면, 이 경우에는 형

있다는 ‘법적 결정주의’이다. 이미 주어져 있는 것에 대한 인식은 인식 그 자체를 통해 정당화될 뿐이며, 판결을 정당화하는 법관의 해석은 불필요하다. Ulfrid Neumann(윤재왕 역), 『법과 논증이론』, 세창출판사, 2009, 4면; 사안이 법률에 포섭되는지 포섭되지 않는지는 이미 법률을 통해 결정되어 있으며, 법관은 이를 인식할 수 있다는 강한 전제 하에서, 법률 위반 여부는 이미 존재하는 법률을 인식함으로써 결정된다.

32) “어느 누구도 더 이상, 법률규칙의 적용은 개념적으로 형성된 상위명제로의 논리적 포섭에 다름 아니라고 진지하게 주장할 수 없다.” 칼 라렌츠의 이러한 확정은 오늘날의 법학방법론에 관한 논의에 있어 일치점을 형성하고 있는 몇 안 되는 사항들 중의 하나이다.” Robert Alexy(변종필/최희수/박달현 역), 『법적 논증 이론』, 고려대학교 출판부, 2007, 21면.

법의 해석이 초래하는 무질서를 심각하게 받아들여야 한다.

어느 한 법률문헌에서 반문언적 해석이 타당해 보이는 경우라 하더라도, 반문언적 해석은 인정하게 되면 해석의 한계가 사라지는 문제점이 발생한다. 반문언적 해석을 허용하면, 다른 법률문헌에서 반문언적 해석을 하는 것을 더 이상 막을 수 없게 된다. 물론 어떤 해석이 반문언적 해석인지는 명확하지 않다. 왜냐하면 목적론적 해석에 반대하는 사람들이 보기에, 대부분의 목적론적 해석은 반문언적 해석이기 때문이다. 그렇기에 해석자가 주관주의자인지 객관주의자인지가 더 중요한 요소일지 모른다(해석에서 주관주의자는 역사적 해석만을 인정하는 반면에, 객관주의자는 목적론적 해석을 인정한다).

필자는 목적론적 해석이 필요하다는 점을 인정하면서도, 목적론적 해석과 반문언적 해석을 명확하게 구별해야 한다고 본다. 법의 목적을 아무리 고려하더라도 법문언의 가능한 의미라는 한계를 넘어설 수는 없다. 해석학적 순환에 의해 법문언의 가능한 의미가 확장될 여지가 있지만 법문언이 원래부터 가지고 있는 명확성의 정도를 훼손해서는 안된다.

필자가 보기에 형사판례(大判 2006. 3. 24 선고 2005도3516)에서 타인의 신용카드로 '위임받은 금액을 초과하여' 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 행위를 '재산상의 이익' 만을 객체로 규정하고 있는 형법 제347조의2 '컴퓨터 등 사용사기죄'로 포섭하는 것은 '재산상의 이익'이라는 법문언에 반하는 형법해석이 된다.³³⁾ 또한 형사판례(大判 1978. 4. 25 선고 78도246)에서 "벌금을 감경할 때에는 그 '다액'의 2분의 1로 한다"라고 규정된 형법 제55조 제1항 제6호에서 '다액'의 의미를 '소액'까지 포함된 '금액'으로 해석하는 것은 '다액'이라는 법문언에 반하는 형법해석이다.

(3) '창조적 해석'의 제한

해석학적 순환에 의한 법해석은 많은 경우 창조적 해석을 낳는다. 법문언을

33) 반면에 大判 2003. 5. 13 선고 2003도1179에서는 '절취한' 타인의 신용카드로 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 행위가 재물에 관한 범죄임이 분명한 이상 형법 제347조의2 '컴퓨터 등 사용사기죄'로 처벌할 수 없다고 판시하였다.

통해 사안을 구성하는 과정에서 이제껏 다루어진 해석과는 다른 해석이 시도되기도 한다. 사안 자체가 기존 법률이 전혀 예상하지 못한 내용이지만 법률을 통해 해결해야 할 절실한 필요성이 생길 때 누구도 예상하지 못한 기발한 아이디어가 등장하기도 한다. 물론 아무리 창조적인 해석이라 하더라도 법률을 떠나 해석하면 해석이 아닌 입법이 되며, 아무리 독창적인 해석이라 하더라도 사건을 떠나 해석하면 해석이 아닌 소설이 되어버린다. 그렇기에 법문언의 가능한 의미를 해석자를 조심스럽게 살피게 된다.

창조적 해석이 성공해서 법원에 의해 받아들여지면, 법률과 사안 간의 해석학적 순환을 통해 사건을 법률에 포섭하는 삼단논법의 과정 또한 창조적으로 변한다. 물론 연역법의 일종인 삼단논법의 논리 그 자체는 그 자체로 보아 창조적이지 않다. 베카리아는 (앞에서 살핀 대로) 법의 불완전성으로 인해 '완전한 삼단논법'과는 다른 삼단논법이 구사되는 것을 두려워했지만, 이러한 삼단논법이 해석학적 순환 내에서 일어난다면 그로 인한 법의 불확실성은 두려워할 것이 안된다. 무엇보다 이는 법률가가 논증을 상세히 전개함으로써 자신의 창조적 해석이 가능함을 입증해야 한다. 법률가는 법문언에 새로운 의미를 부여할 수 있지만 이에 대한 막대한 책임을 지게 된다.

하지만 창조적인 해석이 '형법 해석'에도 과연 타당할지는 다시 물어야 할 문제이다. 형법 해석에서 해석학적 순환은 상법 등 다른 법률의 해석에서 해석학적 순환과는 분명 다른 면모를 띤다. 죄형법정주의가 요구하는 '명확성의 원칙' 때문에 형법 문언이 해석학적 순환을 통해 가지는 해석의 공간은 그리 크지 않기 때문이다. 형법 이외의 법률 문언이 가지는 공간보다 형법 문언이 가지는 공간은 훨씬 좁다. '법문언의 가능한 의미의 폭'은 모든 법률에 동일하지 않다. "명확성의 원칙에서 명확성의 정도는 모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것은 아니고, 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있으며, 각각의 구성요건의 특수성과 그러한 법률이 제정되게 된 배경이나 상황에 따라 달라질 수 있다고 할 것이다. 일반적으로는 어떠한 규정이 부담적 성격을 가지는 경우에는 수익적 성격을 가지는 경우에 비하여 명확성의 원칙이 더욱 엄격하게 요구되고, 죄형법정주의가 지배하는 형사관련 법률에서는 명확성의 정도가 강화되어 더 엄격한 기준이 적용

되지만, 일반적인 법률에서는 명확성의 정도가 그리 강하게 요구되지 않기 때문에 상대적으로 완화된 기준이 적용된다.”³⁴⁾ 그렇다면 창조적 해석의 여지 또한 법률에 따라 달라진다. 필자는 형법에서 창조적 해석이 필요할 때가 있지만, 창조적 해석이 위험할 수 있음을 지적하고자 한다. 이는 (문맥은 전혀 다르지만) 베카리아가 법률의 불명확성에 의해 생기는 무질서, 법률의 불명확성에 의해 해석이 자의적으로 이루어지는 것을 우려한 것과 유사하다. 베카리아의 주장에 대해 필자는 반대하지만, 베카리아가 무엇을 우려했는지에 대해서는 공감한다. 베카리아는 자신의 우려가 너무 커서 필자가 보기에 부당한 요구로 나아갔던 것이다.

실제로 형법에서 창조적 해석은 그리 많지 않다. 필자가 생각하는 ‘형법에서 창조적 해석’은 목적론적 해석과 유추가 대립하는 사례, 목적론적 축소와 문리 해석이 대립하는 사례에서 드물게 나타난다.³⁵⁾ 많은 경우 형법에서 목적론적 해석은 ‘법의 목적’에 비추어 법문언의 의미를 확장하는데 이용된다.³⁶⁾ 목적론적 해석을 도입해야 하는 근거로 나름 ‘창조적 논거’가 사용될 뿐이다. 형법에서 금지되는 유추라고 주장하는 견해는 목적론적 해석이 법창조행위에 해당한다고 비판한다. 논거가 매우 참신하고 창조적인 생각에 기초하고 있어도 형법 문언의 명확성, 문리를 벗어나서는 안 된다. 형법 해석에서 (상법 등 다른

34) 헌재 2000. 2. 24 98헌바37, 헌재 2002. 7. 18. 2000헌바57 결정 내용.

35) 심사자 의견 중에 ‘형법에 있어 창조적 해석’의 의미가 모호하다는 지적이 있었다. 창조적 해석의 예와 이에 대한 정확한 분석이 있어야 한다는 심사자의 견해는 매우 타당한 지적이라고 생각한다. 때때로 심사자의 심사의견에서 연구 주제를 발견하기도 한다. 심사자의 적절한 언급에 감사드린다. 필자 논문에서 이를 자세히 다루지 못한 한계가 분명히 있다. 앞으로 필자는 별도의 논문으로 이를 상세하게 다루어 볼 생각이다.

36) 형법 제347조의2(컴퓨터 등 사용사기)에 대한 대법원의 ‘목적론적 해석’이 이에 해당한다. 예금주인 현금카드 소유자로부터 일정액의 현금을 인출해 오라는 부탁과 함께 현금카드를 건네받은 자가 그 위임받은 금액을 초과하여 현금을 인출한 행위가 형법 제347조의2(컴퓨터 등 사용사기)에 규정된 ‘재산상의 이익’에 해당하는가가 문제되었다. 제1심 판결은 문리 해석에 기초해서, 형법 제347조의2는 타인의 신용카드로 현금자동지급기에서 현금을 인출하는 행위는 재산상의 이익이 아닌 재물에 대한 범죄로서 제342조의2(컴퓨터 등 사용사기)로 처벌할 수 없다고 보았다. 반면에 대법원 판결(大判 2006. 3. 24 선고 2005도3516)은 ‘목적론적 해석’을 하여 그 인출한 현금 총액 중 인출을 위임받은 금액을 넘는 부분의 비율에 상당하는 재산상 이익을 취득한 것으로 보아 피고인에게 제347조의2(컴퓨터 등 사용사기)에 대한 유죄를 인정하였다.

법 해석에 비해) 창조적 논거는 매우 제한될 수밖에 없다.³⁷⁾

(4) 형법문언 개정의 필요성

형법에서 목적론적 해석이 많이 이루어지는 것은 바람직하지 않다. 형법문언의 '명확성의 요구' 때문이다. 어쩔 수 없이 목적론적 해석이 이루어진다고 해도 계속적으로 해석을 통해 법문언의 불명확성을 보완할 것은 아니다. 목적론적 해석이 더 이상 필요하지 않도록 곧 개정될 필요가 있다. 이 또한 '명확성의 요구' 때문이다.

특히 문리해석을 주장하여 목적론적 해석에 따른 결론에 반대하여도 그 처벌의 필요성에 대해서는 공감하는 경우라면 더 그러하다. 여기서 목적론적 해석에 반대하고 문리해석을 주장하는 의견의 논거는 목적론적 해석에 따른 결과를 반대하는 것이 아니라, 목적론적 해석에 의해 법문언의 가능한 의미를 넘었다는 것이다. 문제를 목적론적 해석을 통해서가 아니라 개정을 통해 해결해야 한다고 누차 강조한다. 아래에 든 '실화죄 판결'과 '복사문서의 문서성 판결' 외에도 이에 해당하는 수많은 형사판례가 있다.

“과실로 인하여 타인의 소유에 속하는 일반물건을 소훼하여 공공의 위험을 발생하게 한 경우 그 처벌의 필요성이 있다는 점에는 의견을 같이 할 수 있으나, 그 처벌의 필요성은 법의 개정을 통하여 이를 충족시켜야 할 것이고 법의 개정 에 의하지 아니한 채 형법의 처벌규정을 우리말의 보통의 표현방법으로는 도저히 해석할 수 없는 다른 의미로 해석하는 것에 의하여 그 목적을 달성하려고 한 다면 그것은 죄형법정주의의 정신을 훼손할 염려가 크다고 아니할 수 없다. 이러한 이유로 다수의견에는 찬동할 수가 없는 것이다.” (대법원 1994. 12. 20. 자 94 모32 전원합의체결정 소수의견)

37) 또한 형법 해석에서 목적론적 해석을 통해 합리적 논증이 결여된 '법정책적 논거'가 원용되어서는 안 된다. 객관적·목적론적 해석카논을 원용하여 자신의 해석을 정당화하고자 하는 해석자라면 합리적인 논증을 수행해야 하며, 이런 경우야 비로소 객관적·목적론적 해석 카논은 해석자의 은폐된 주관적 동기나 법정책적 관심을 무방비로 형법해석에 관철시키는 비밀병기가 아니라, 형법해석을 위해 필요한 의미있는 논거형식으로 자리잡을 것이라는 견해로는 변증필, 『형법해석과 논증』, 세창출판사, 2012, 217면.

“전자복사본에 의한 부정서류의 범람으로부터 진정문서에 대한 사회적 신용을 보호할 필요가 있다고 하여도 그러한 행위를 처벌할 수 있는 명확한 규정이 없는 이상 법원으로서서는 무죄를 선고하여야 하고 필요성을 강조하여 처벌법규를 적용하는 것은 부당하다. 그러한 사태에 대한 대책은 입법으로 하여야하고 법원이 형벌법규의 유추확장해석으로 대처할 일이 아니라고 믿는다. 또 다수의견은 복사문서가 필기의 방법 등에 의한 단순한 사본과는 달리 복사자의 의식이 개재할 여지가 없다 하여 필사본을 만들어 그러한 원본이 존재한다고 속인 경우와 전자복사본을 제시하고 그러한 원본이 있다고 속인 경우를 구별하려고 하나 형법 제231조가 규정한 문서의 개념속에 전자복사본은 포함되고 필사본은 포함되지 않는다고 해석한다면 그 규정은 다의적으로 해석하는 것이 되어 형벌법규의 명확성에 반하는 결과가 될 것이다.” (대법원 1989. 9. 12. 87도506 전원합의체판결 중 이재성 대법관의 소수의견)

목적론적 해석을 주장하는 의견과 문리해석을 주장하는 의견은 정반대의 결론에 따라 피고인의 처벌 여부가 달라진다. 목적론적 해석을 주장하는 의견은 그것이 법규정의 가능한 의미를 벗어나 범형성이나 법창조행위에 이른 것이라고 할 수 없고, 죄형법정주의의 원칙상 금지되는 유추에 해당하지 않는다고 본다. 반면에 문리해석을 주장하는 의견은 형벌법규의 해석은 문언해석으로부터 출발하여야 하고, 문언상 해석 가능한 의미의 범위를 넘어서는 것은 법창조 내지 새로운 입법행위가 되기 때문에, 죄형법정주의의 중요한 내용인 유추 금지에 의해 쉽게 허용되지 않는다.³⁸⁾ 당해 사건의 처벌 여부에 대해서는 정반대의 입장이지만, 그 처벌 필요성에 대해서는 견해가 일치한다. 한쪽은 목적론적 해석을 통해 당해 사건을 처벌할 수 있다는 입장인 반면에, 다른 한쪽은 당해 사건은 처벌하지 못하고 형법을 개정한 이후에 발생한 사건은 처벌하자는 입장이다.

하지만 두 의견 모두 처벌의 필요성에 대해서는 공감하기 때문에 해석을 통해 해결하기보다는 차후 (가능하다면) 목적론적 해석에 따른 내용을 입법화하여 차후 문리해석으로 전환하는 것이 타당하다. 그렇다면 형법에서 ‘명확성의 원칙’에는 다음 내용이 첨가되어야 할 것 같다. 문리해석을 하는 경우에도 그 처벌의 필요성에 공감하는 경우라면 법문언을 개정하여 명확하게 할 의무

38) 대법원 1994. 12. 20 자 94도32 전원합의체 결정 다수의견과 소수의견 참조.

가 입법자에게 주어진다. 법문언이 개정되면 그 문언과 관련해서는 기존의 목적론적 해석이 더 이상 필요 없다.

복사문서의 문서성을 입법화한 형법 제237조의2 신설은 좋은 예라고 보여진다.³⁹⁾ 복사문서의 문서성에 대해서는 시대의 변화에 따라 의견이 매우 분분하였다. 대법원 1978. 4. 11 선고 77도 4068 전원합의체판결은 복사문서의 문서성을 부정하였지만(소수의견은 인정하였다), 대법원 1989. 9. 12 선고 87도 506 전원합의체판결은 긍정하였다(소수의견은 부정하였다). 우리나라 형법은 1995년 12월 29일에 형법 제237조의 2를 신설하여 복사문서의 문서성을 입법화하였다.⁴⁰⁾

하지만 현실은 형법문언이 즉시 개정될 필요성이 있음에도 그 개정은 이루어지지 않거나 더디다(물론 형법개정이 그리 쉽게 이루어질 수 없다는 점은 백분 고려되어야 한다). ‘실화죄 판결’과 ‘다액 판결’에서 그 처벌의 필요성에 대해 다수의견과 소수의견이 일치함에도 그 해결을 여전히 해석에 맡기고, 법문언의 개정은 지금까지 없다.⁴¹⁾

IV. 나가며

필자는 이 논문에서 죄형법정주의와 해석학적 순환의 충돌을 다루었다. 이는 ‘형법에서 목적론적 해석의 가능성과 한계’로 구체화된다. 이 주제를 전개하기

39) 형법 제347조의 2처럼 형법 법문언의 개정이 대법원 판결 이전에 이루어진 경우도 있다. ‘권한 없이 정보를 입력 변경하여 정보처리를 한 사건’을 ‘허위의 정보 또는 부정한 명령을 입력하여 정보처리를 하는 것’을 처벌하는 행위당시의 형법 제347조의 2 ‘컴퓨터 등 사용자 기죄’로 처벌할 수 있는지가 대법원 2003. 1. 10 선고 2002도2363 판결에서 논의되었다. 이 판결은 목적론적 해석을 통해 권한 없는 자에 의한 명령 입력 행위를 ‘부정한 명령을 입력하는 행위’에 포함된다고 보았다. 이 판결이 있기 전인 2001년 12월 29일 제5차 형법 개정을 통해 형법 제347조의 2에 ‘권한 없이 정보를 입력 변경하여 정보처리를 하게 한 행위’도 처벌하도록 하였다.

40) 형법 제237조의 2: 이 장의 죄에 있어서 전자복사기, 모사전송기 기타 이와 유사한 기기를 사용하여 복사한 문서 또는 도화의 사본도 문서 또는 도화로 본다.

41) 제55조(법률상의 감경) ① 법률상의 감경은 다음과 같다. 6. 벌금을 감경할 때에는 그 다액의 2분의 1로 한다.

제170조(실화) ② 과실로 인하여 자기의 소유에 속하는 제166조 또는 제167조에 기재한 물건을 소훼하여 공공의 위협을 발생하게 한 자도 전항의 형과 같다.

위해 필자가 출발점으로 삼은 텍스트는 베카리아(Cesare Beccaria, 1738-1794)가 1764년에 출간한 '범죄와 형벌'이다.

필자는 오늘날의 시각에서 보면 '다소 무모한' 베카리아의 주장을 이 책에서 발견했다. 필자는 이를 '베카리아의 3가지 주장'이라고 명명했다. 첫째, 베카리아는 형사사건에서 법관은 입법자가 아니기 때문에 형법을 해석할 권한이 없다고 주장했다. '법의 해석'은 하나의 해악이라는 주장이다. 둘째, 베카리아는 법관은 '완벽한 삼단논법'을 전개해야 한다고 주장했다. 셋째, 베카리아는 법의 해석을 불가피하게 만드는 '법의 불명확성' 역시 명백한 또 다른 해악이라고 주장했다.

필자는 베카리아의 주장을 한편에서는 수긍하면서도 받아들이기 어려웠다. 법관은 형법을 해석할 권한을 가지며 '법의 해석'은 (잘 운영한다면) 해악이 될 수 없다. '완벽한 삼단논법'을 통해 '법의 불확실성'을 차단하는 것도 이상적인 언급으로 들린다. 법문언도 해석 여하에 따라 의미를 달리 할 수 있으며, 이 때문에 의미론적 투쟁이 벌어진다. 오늘날 법학방법론이 받아들이는 '해석학적 순환'에 따라 삼단논법의 전제인 법문언의 의미가 약간씩 바뀔 수 있다. '법의 불명확성'이 또 다른 해악이라는 베카리아의 주장 또한 수긍하기 어렵다. 명확성의 요구에도 불구하고 법문언은 여전히 모호하고 불명확하다. 필자는 '법의 불명확성'은 '명확성의 원칙'에 반하지 않는 한 해악이 아니라 축복이라고 본다.

필자는 '베카리아의 3가지 주장'에 대해 다음 질문을 던졌고, 필자 나름의 대답을 해보고자 한다.

- 법이 불완전한데도 '완벽한' 삼단논법을 전개하는 것이 가능한가?
- 법의 불명확성으로 인한 법의 해석이 초래하는 무질서가 그리 심각한 것인가?
- 법의 불명확성을 해악이라고 볼 것인가?

첫 번째 질문에 대한 필자의 대답은 "완벽한 삼단논법은 불가능하다"이다. 두 번째 질문과 세 번째 질문에 대한 필자의 대답은 "목적론적 해석을 합리적으로 통제할 수 있다면 법의 불명확성으로 인한 법의 해석이 초래하는 무질서는 그리 심각한 것이 아니며, 법의 불명확성 자체는 해악이 되지 않는다"이다.

형법 이외의 법률은 법률이 제정되더라도 사안이 매우 다양하고 복잡하게 전개되기 때문에 법문언을 어느 정도 개방적으로 운영할 필요가 있다. 하지만 형법의 경우에는 사안의 다양성, 복잡성 해결보다는 시민이 형벌권에 의해 부당하게 피해를 당하지 않도록 하는 것이 중요하기 때문에 법문언을 좀 더 폐쇄적으로 운영한다.

법률언어의 모호성에 기초한 해석학적 순환은 형법을 포함한 모든 법률에서 일어나지만, 다른 법률 해석과 비교할 때 형법 해석은 분명 다른 면모가 있다. 이는 '목적론적 해석의 한계'에서 드러난다. (이 논문에서 다루지 않았지만 법흡결의 보충인 '유추'와 '목적론적 축소'에서도 드러난다. 형법 이외의 법률에서 '유추'는 광범위하게 사용되지만, 형법에서 유추는 금지된다.)

필자는 (약간은 어설픈 형태이지만) 형법에서 '제한적인' 해석학적 순환, '반문언적 해석'의 금지(사실 이는 형법 외의 법률에도 해당되는 내용이며, 형법과 그 외의 법률에서 '반문언적 해석'의 금지 정도에서 차이난다고 보여진다), '창조적 해석'의 제한, 형법문언 개정의 필요성으로 '목적론적 해석의 한계'를 구체화하였다. 형법에서 죄형법정주의와 해석학적 순환의 충돌은 이러한 '목적론적 해석의 한계'에 의해 피해져야 한다.

참고문헌

- Robert Alexy(변종필/최희수/박달현 역), 『법적 논증 이론』, 고려대학교 출판부, 2007
- Cesare Beccaria(한인섭 역), 『범죄와 형벌』, 박영사, 2006
- F. Müller/R. Christensen/M. Sokolowski(이덕연 역), 『법텍스트와 텍스트작업』, 법문사, 2005
- Hans-Georg Gadamer(임홍배 역), 『진리와 방법 2』, 문학동네, 2012
- Montesquieu(하재홍 역), 『법의 정신』, 동서문화사, 2007/2009
- Ulfrid Neumann(윤재왕 역), 『법과 논증이론』, 세창출판사, 2009
- Ludwig Wittgenstein(이영철 역), 『철학적 탐구』, 책세상, 2006

- 김부찬, “법의 해석 및 흠결 보충에 관한 고찰”, 『법과정책』 제21집 제3호, 제주
대학교 법과정책연구원, 2015, 97면 이하
- 김영환, 『법철학의 근본문제』, 홍문사, 2012
- 김일수/서보학, 『새로쓴 형법총론』, 박영사, 제12판, 2014
- 김일수, 『한국형법 I』, 박영사, 1996
- 변종필, 『형법해석과 논증』, 세창출판사, 2012
- 이상돈, 『새로 쓴 법이론』, 세창출판사, 2005

- 대법원 1978. 4. 25. 78도246 판결
- 대법원 1989. 9. 12. 87도506 전원합의체 판결
- 대법원 1994. 12. 20. 자 94모32 전원합의체 결정
- 대법원 2003. 1. 10. 2002도2363 판결
- 대법원 2003. 5. 13. 2003도 1179 판결
- 대법원 2006. 3. 24. 2005도3516 판결
- 헌법재판소 2002. 7. 18. 2000헌바57 결정

[Abstract]

Possibility and Limit of teleological interpretation in criminal law

Ko, Bong-Jin

Professor, Jeju National Univ. Lawschool

I would like to address a conflict of the principle of ‘nulla poena sine lege’ and Hermeneutics cycle in this paper. This is crystallized as ‘Possibility and Limit of the teleological interpretation in criminal law’. The writer is to

deploy Beccaria's Book as a starting point. *Dei delitti e delle pene* (English: *On Crimes and Punishments*) is a seminal treatise on legal reform written by the Italian philosopher and thinker Cesare Beccaria.

From today's perspective I found the 'a bit reckless' Beccaria's claim in this book. First, Beccaria claims that judge has no authority to interpret the criminal in a criminal case, because judge is not the legislation. Second, Beccaria insists that judge use 'the perfect syllogism'. Third, Beccaria claims that 'uncertainty of the law' is also a harm.

I bring forward three questions about the 'Beccaria's three claims' and propose my own answer with regard to criminal law.

- 'the perfect syllogism' is possible?
- disorder caused by the interpretation of law is so serious?
- 'uncertainty of the law' is a harm?

My answer to the first question is "the perfect syllogism is impossible". My answer to the second and third question is "the interpretation of criminal law can be reasonable if we can control the teleological interpretation.

Hermeneutics cycle based on the vagueness of language law happens in all laws, including criminal law. But the interpretation of criminal law has different aspect. This is revealed in 'limits of the teleological interpretation'.

In this paper I give shape to 'limits of the teleological interpretation': 'limited' Hermeneutics circle, prohibition of 'contra-textl Interpretation', Limit of 'creative interpretation', the need of revision of criminal law.

A conflict of the principle of 'nulla poena sine lege' and Hermeneutics cycle should be shunned by the 'limits of the teleological interpretation'.

Key words : the principle of 'nulla poena sine lege', principle of certainty, Hermeneutics circle, teleological interpretation

