

## 확신범에 대한 대책

- 예비적 고찰: 확신범에게 적법행위의 기대가능성이 있는가? -

A study on conscientiously motivated criminals

안 성 조\*\*  
Ahn, Seong-Jo

### 목 차

- I. 머리말: 논의구도와 고찰범위
- II. 확신범에 대한 몇 가지 형법적 쟁점 개관
- III. 확신범의 의무의식 대한 새로운 이해  
- '도덕적 걱정범'으로서의 확신범
- IV. 확신범과 적법행위의 기대가능성
- V. 맺음말

### 국문초록

확신범을 형법적으로 어떻게 다룰 것인가의 문제는 오랜 논쟁의 역사를 갖고 있다. 이와 관련해 확신범에게는 비록 형법적으로 고려해 볼 만한 특별한 동기가 있지만 결국 처벌을 피할 수 없다는 견해와 확신범에게는 위법성조각사유 또는 책임조각사유가 존재하므로 범죄가 불성립한다는 견해 등이 대립되어 왔던바, 본고에서는 그 예비적 고찰로서 확신범에게도 적법행위의 기대가능성이 있는지 여부를 검토해 보고자 한다. 특히 대법원은 확신범에게 적법행위의 기대

논문접수일 : 2017.06.28.

심사완료일 : 2017.07.24.

게재확정일 : 2017.07.24.

\* 이 논문은 2016학년도 제주대학교 학술진흥연구비 지원사업에 의하여 연구되었음.

\*\* 제주대학교 법학전문대학원 부교수·법학박사

가능성이 전혀 없다고 할 수는 없다고 보고 있으나 이러한 입장은 확신범의 동기형성과정에 대한 그릇된 선이해(先理解)에서 비롯된 것임을 밝혀보고자 한다.

확신범에게 적법행위의 기대가능성이 있는지 여부에 대해 국내외의 학설은 기대가능성이 있다는 견해와 없다는 견해로 나뉘고, 기대가능성의 판단기준으로 평균인표준설과 행위자표준설 중 어느 판단기준을 취하느냐에 따라서 결론이 달라진다고 보는 견해도 있다. 본고에서는 결론적으로 확신범에게 기대가능성이 없다는 점을 인간의 도덕적 판단과정에 대한 최신의 학제적, 과학적 연구성과를 원용해 논증해 보고자 하며, 아울러 이러한 결론은 평균인표준설이나 행위자표준설 중 어느 기준을 채택하더라도 달라지지 않는다는 점을 입론하고자 한다. 아울러 이러한 논증방식이 확신범을 평균인 다수와 생각이 다른 ‘소수자’로 파악해 이에 대한 법적 배려를 베풀고자 하려는 시도에 대한 보완재 역할을 해 줌으로써 확신범에게 ‘면책’의 가능성을 더 확대해 주는 실익이 있다는 점을 보여줄 것이다. 하지만 이러한 결론이 곧바로 확신범에게 책임조각의 효과를 인정해야 한다고 주장으로 귀결되지는 않는데, 초법규적 책임조각사유로서 기대가능성의 인정여부에 대한 첨예한 논쟁이 여전히 미해결 상태로 남아 있기 때문이다. 이 점에 대한 비판적 연구와 함께, 만일 확신범의 책임이 조각된다고 볼 수 있다면 비폭력적 확신범의 불처벌은 상대적으로 문제가 덜 되겠지만 폭력적 확신범, 예컨대 종교적 신념에 기초한 테러리스트의 불벌이라는 결과를 규범적, 정책적으로 어떻게 수용하고 보완해야 할 것인지 등에 대한 논의 등도 향후 후속연구과제로 남겨두고자 한다.

**주제어** : 확신범, 양심범, 규범적 책임론, 기대불가능성, 초법규적 책임조각사유, 비정상적 부수사정, 초정상 도덕적 자극, 진화윤리학, 도덕적 격정범

## Ⅰ. 머리말: 논의구도와 고찰범위

확신범을 형법적으로 어떻게 다룰 것인가의 문제는 오랜 논쟁의 역사를 갖고 있다. 자신이 가진 정치적, 종교적, 도덕적 가치관으로 인해 현행 법질서를 정

당하지 못하다고 평가하며 처벌을 무릅쓰고 현행법을 위반하는 자를 어떻게 취급할 것인가의 문제는 다루기 매우 어려운 테마였고, 이와 관련해 확신범에게는 비록 형법적으로 고려해 볼 만한 특별한 동기가 있지만 결국 처벌을 피할 수 없다는 견해와 확신범에게는 위법성조각사유 또는 책임조각사유가 존재하므로 범죄가 불성립한다는 견해 등이 대립되어 왔던 것이다. 본고에서는 개별 쟁점들을 모두 망라하여 다루지 않을 것이다. 대신 우선 그 예비적 고찰로서 확신범에게도 적법행위의 기대가능성이 있는지 여부를 검토해 보고자 한다. 그 이유는 확신범의 기대가능성 유무는 규범적 책임론의 영향 하에 있는 현행 형법도그마틱 체계 하에서 여러 쟁점 중에서도 핵심적 지위를 차지하고 있고 또한 우리 대법원이 그 다양한 쟁점 중에서 확신범의 기대가능성에 대해서는 명확한 입장을 표명하고 있는바,<sup>1)</sup> 이에 대한 면밀한 검토가 확신범에 대한 대책을 강구함에 있어서 무엇보다 기초를 이루는 중요한 선결사항이 될 것으로 보이기 때문이다.

확신범에게 적법행위의 기대가능성이 있는지 여부에 대해 국내외의 학설은 기대가능성이 있다는 견해와 없다는 견해로 나뉘고, 기대가능성의 판단기준으로 평균인표준설과 행위자표준설 중 어느 판단기준을 취하느냐에 따라서 결론이 달라진다고 보는 견해도 있다. 본고에서는 결론적으로 확신범에게 기대가능성이 없다는 점을 인간의 도덕적 판단과정에 대한 최신의 과학적 연구성과를 원용해 논증해 보고자 하며, 아울러 이러한 결론은 평균인표준설이나 행위자표준설 중 어느 기준을 채택하더라도 달라지지 않는다는 점을 입론하고자 한다. 아울러 이

1) 대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결. “양심적 병역거부자에게 그의 양심상의 결정에 반한 행위를 기대할 가능성이 있는지 여부를 판단하기 위해서는, 행위 당시의 구체적 상황에 행위자 대신에 사회적 평균인을 두고 이 평균인의 관점에서 그 기대가능성 유무를 판단하여야 할 것인바, 양심적 병역거부자의 양심상의 결정이 적법행위로 나아갈 동기의 형성을 강하게 압박할 것이라고 보이기 는 하지만 그렇다고 하여 그가 적법행위로 나아가는 것이 실제로 전혀 불가능하다고 할 수는 없다고 할 것인바, 법규범은 개인으로 하여금 자기의 양심의 실현이 헌법에 합치하는 법률에 반하는 매우 드문 경우에는 뒤로 물러나야 한다는 것을 원칙적으로 요구하기 때문이다.” 요컨대 대법원은 양심적 병역거부자에게 적법행위의 기대가능성을 인정할 수 있다고 판단하고 있다. 본고는 대법원의 이러한 판단이 그릇된 先理解에서 비롯된 것임을 논증하며 그러한 결론의 부당성을 비판적으로 검토해 보고자 한다. 한편 최근의 몇 개의 하급심 판결은 비록 기대불가능성을 긍정한 것은 아니지만, 양심적 병역거부자에 대해 무죄를 선고한 바 있다. 광주지방법원 2016. 10. 18. 선고 2015노1535 판결; 서울동부지방법원 2017. 5. 24. 선고 2017고단191 판결.

러한 논증방식이 확신범을 평균인 다수와 생각이 다른 ‘소수자’로 파악해 이에 대한 법적 배려를 베풀고자 하는 시도<sup>2)</sup>에 대한 보완재 역할을 해 줌으로써 확신범에게 ‘면책’의 가능성을 더 확대해 주는 실익이 있다는 점을 보여줄 것이다. 하지만 이러한 결론이 곧바로 확신범에게 책임조각의 효과를 인정해야 한다고 주장으로 귀결되지는 않는다. 초법규적 책임조각사유로서 기대가능성의 인정 여부에 대한 첨예한 논쟁이 아직 해결되지 않은 채 남아 있기 때문이다. 이 점에 대한 비판적 연구는 후속 연구과제로 남겨두고자 한다. 또한 만일 확신범의 책임이 조각된다고 볼 수 있다면 비폭력적 확신범의 불처벌은 상대적으로 문제가 덜 되겠지만 폭력적 확신범, 예컨대 종교적 신념에 기초한 테러리스트의 불벌이라는 결과를 규범적, 정책적으로 어떻게 수용하고 보완해야 할 것인지 등에 대한 논의 등도 향후 연구과제로 남겨두고자 한다.

## II. 확신범에 대한 몇 가지 형법적 쟁점 개관

### 1. 확신범(Überzeugungsverbrecher, Überzeugungstäter)의 개념

#### 가. 개념정의

확신범에 대한 개념의 정의는 대체로 일치되어 있다. 일반적으로 확신범은 “행위자가 정치적, 종교적, 또는 윤리적 확신에 의하여 행위할 의무가 있다고 생각하여 현행 실정법에 위배되는 행위를 함으로써 성립하는 범죄”<sup>3)</sup>로 정의된

2) 예컨대 한인섭, “양심적 병역거부, 그 처벌의 위헌성”, 「법과정책」 제21집 제3호, 제주대학교 법과정책연구원, 2015, 459-460면 참조. 한인섭 교수는 다음과 같이 말한다. “양심의 자유는 개개인의 문제이다. 양심적 병역거부자는 감옥에 간다고 해도 자신의 양심을 바꿀 수 없다는 절박한 내면의 소리에 따라 행동할 수밖에 없다고 결단한 사람이다. 이러한 존재는 우리 사회에서 매우 예외적이고, 그 양심적 결단은 다른 ‘사회적 평균인’의 판단과 전혀 다르다. 이 사안에서 사회적 평균인의 관점에서 보면, 양심적 병역거부의 쟁점 자체가 생겨날 리도 없다. 기대가능성 문제에 대한 판단에 있어서는 소수자 인권의 문제임을 감안하여 양심적 병역거부자 중의 평균인 관점의 관점에서 접근하지 않으면 기대가능성 유무는 아무런 평가대상으로서의 의미가 없을 것이다.”

다. 확신에 대한 대처방안에 대해서 지대한 관심을 가지고 두 편의 글을 발표한 바 있는 효당 엄상섭도 이와 크게 다르지 않게 “행위자가 정치상 또는 종교상의 확신에 의하여 행위할 의무가 있다고 하여 현행법에 위배되는 행위를 함으로써 성립하는 범죄”<sup>4)</sup>라고 정의내린 바 있다. 본고에서 다루고자 하는 확신범도 바로 이처럼 정치, 종교, 윤리적 확신에 의해 일반인과는 다른 ‘특수한 의무의식’이 생겨 현행법을 위반하는 자를 지칭하기로 한다.

#### 나. 확신범 관련 입법안

확신범을 형법적으로 어떻게 다룰 것인가와 관련해 선행연구들의 축적된 성과의 방향을 가늠해 볼 수 있는, 참조할 만한 국내외 학자들의 입법안이 있다.

우선 라드브루흐는 “국가가 승인한 법률이라도 그것을 납득할 수 없는 자에 대해서 실정법은 잔인한 폭력을 의미할 뿐이며 윤리적 권위를 의미하지 않는다.”고 지적하면서 “형벌을 통한 응보나 교육은 처벌하는 국가가 처벌받는 행위자의 낮은 도덕적 가치에 대해서 더 높은 도덕적 품격을 가진다는 전제에 직결되어 있다.”는 점을 고려해 보면 “확신범은 ‘낮은 도덕적 가치를 지닌 자’가 아니라 ‘다르게 생각하는 자’이므로 확신범에 대해서는 응보나 교육이라는 형벌목적은 탈락하고 위협의 과제는 거부되어야 한다.”고 말한다. 확신범 처우의 어려움과 특수성을 밝힌다. 결국 “국가로서는 형벌보다는 하나의 투쟁조치의 성격을 가진, 내적 전쟁에서의 전쟁포로의 일종과 같은 감금을 통하여 해만 끼치지 않도록 하는 수밖에 없다.”는 것이 그의 결론이다. 라드브루흐는 이러한 지론에 따라 다음과 같은 입법안을 제시한 바 있다. “행위자의 결정적 동기가 그의 윤리적, 종교적 및 정치적 확신 때문에 그렇게 할 이유가 있다고 생각한 데 있다면, 그에 대해서는 중징역과 경징역 대신 같은 기간의 금고형으로 처벌한다.”<sup>5)</sup>

3) 신동운, 「형법총론」, 법문사, 2015, 426면.

4) 엄상섭, “확신범에 대한 대책”, 「법정(法政)」 제12권 제5호, 1957, 4면. 또 다른 확신범 관련 글로는 엄상섭, “암살범의 특질”, 「법률평론(法律評論)」 제1권 제3호, 1949.

5) 라드브루흐의 입법안에 대한 소개로는 심헌섭, “라드브루흐·확신범·금고”, 「법조」 제19권 제1호 (1970), 61면. 심헌섭 교수에 의하면 확신범의 특별취급을 강력히 주장한 라드브루흐에 견해는 “법규범이 근거하고 있는 당위명제들은 증명할 수 없고, 공리적이며 인식되는 것이 아니라

역시 독일의 형법학자 쉬네만은 “종교적, 정치적 또는 윤리적 확신에 의해 합법제로의 동기형성력이 현저하게 제한된 상태에서 행위한 자에게는 형법 제 49조 제1항에 의한 필요적 형벌감경이 선고되어야 한다. 형이 감경된 확신범이 비록 일회의 중한 범죄를 행하였다고 하더라도 재범의 위험성이 있는 이상 법원은 그에 대해 보안감호를 선고할 수 있고, 이 경우 형벌과 보안감호의 합산 기간은 형벌감경이 없으면 내려질 형기보다 더 길어서는 안 된다.”<sup>6)</sup>고 하여 보안감호와 함께 형의 필요적 감경을 제안한 바 있다.

엄상섭은 구체적인 입법안은 아니지만 “확신범이여 네가 미워서 처벌하는 것이 아니라 네가 위태해서 처벌한다”는 법신(法神)의 탄사가 튀어나올 수밖에 없는 것이다.”라고 지적하며 “그러면 우리는 확신범에 대한 적절한 처우방안을 포기하고 말 것인가?”라는 의문을 제기한 후, “그 유일한 방도는 민주주의의 고도화인 것이다. 모든 문제가 그러한 것과 마찬가지로 확신범문제도 형법의 세계에서만 국척(跼蹐)하여 해결하려 할진대 아무리 교묘하고 치밀한 이론구성을 하여도 해결될 방도가 없는 것이다. (중략) 더군다나 확신범처럼 세계관의 대립과 긴장에서 나타나는 현상은 견해의 차이, 주관과 주관과의 충돌의 조화에 의한 국가나 사회의 평화를 유지함으로써 인류의 행복과 안전을 기하려는 민주주의의 의식의 강화에서만 해결의 서광이 보이는 것이다.”고 전제하면서 “확신범에 대해서는 현실적 질서를 유지함에 필요한 한계에서만 그의 자유를 제약하고 행동을 억제함에 그쳐야 할 것이고 그 생명을 박탈하거나 일반범죄자와 동일하게 처우해서는 안 될 것이다. 이는 입법, 재판, 형형에서는 물론이고 수사의 단계에서도 존중되어야 할 원리인 것이다.”라고 신중한 견해를 제시한 바 있다.

어느 입법안 또는 처우방안이거나 주된 공통점은 확신범의 경우 동기의 특수성이 고려되어야 한다는 것이며, 따라서 일반 범죄자와는 다르게 취급될 필요가 있다는 문제의식에서 출발하고 있다는 점에서 찾을 수 있다. 본고의 경우도 기본적으로 이러한 문제의식에 공감하며 확신범의 형법적 취급문제를 검토하고

고백될 뿐이다. 궁극적인 당위명제들에 대해 대립되는 주장들이나 대립되는 가치관 및 세계관들이 서로 다투면서 맞서고 있는 곳에서는 그들 사이를 학문적으로 명료하게 결정지워 놓을 수는 없다”는 상대주의 법철학으로부터 도출된다고 한다. 심현섭, 앞의 논문, 62-63면 참조.

6) 쉬네만의 입법안에 대해서는 손동권, “형법상 양심범처벌의 문제점: 독일의 이론 및 판례를 중심으로”, 「안암법학」 제2호, 1994, 343면 이하 참조.

있음을 밝혀둔다.

#### 다. 확신범에게 요구되는 확신의 정도: 양심범과 구별문제

일반적으로 형법적으로 문제되는 확신범의 확신의 수준은 개인을 절대적으로 구속하기 때문에 심각한 내적 갈등 없이는 그에 어긋나는 행동을 할 수 없을 정도이며, 이때의 확신은 자율적이고 윤리적인 인격으로서 개인이 내린 선악에 대한 진지한 윤리적 결정을 의미한다. 즉 단순한 개인적 척도에 의한 자의적 결정을 뜻하는 것이 아니라 이러한 윤리적 결정은 객관화 내지 일반화 경향을 가져야 한다.<sup>7)</sup> 만일 이러한 윤리적 절대구속력을 가지는 확신에 반하는 행위를 한 자에게는 종교적 확신범의 경우에는 신으로부터의 이탈을<sup>8)</sup>, 비종교적 확신범의 경우에는 인격의 실체상실을 경험하게 된다.<sup>9)</sup>

확신범의 확신은 윤리적으로 절대적 강제력을 지니지 못하는 반면 양심범의 경우에는 당사자에게 그에 합치되는 행위를 하도록 윤리적으로 강제한다는 점에서 내적 강제의 정도가 양심범이 더 크다는 견해도 있으나<sup>10)</sup> 그 반대의 견해도 있고<sup>11)</sup>, 국내학자들의 경우에도 이를 구별하는 입장과<sup>12)</sup> 혼용하는 입장이<sup>13)</sup> 병존하고, 대법원은 이 두 용어를 특별한 구별 없이 사용하고 있는 것으로 보

7) 객관화 경향 내지 일반화 경향이란 행위자는 자신의 결정이 절대적으로 선하다고 확신하기 때문에 타인들도 자신과 같은 결정을 하기를 원해야 한다는 것으로서 다시 말해 행위자는 자신의 확신을 타인과 공유하기를 희망해야 한다는 것을 의미한다. 양심적 병역거부가 그 대표적 사례라 할 수 있음.

8) 여호와의 증인 신도들의 경우 만일 집총거부를 하지 않게 되면 신앙적으로 약속받은 영생을 잃게 된다고 함. 이 점에 대해서는 어느 로스쿨 재학생 OO군과의 인터뷰를 통해 처음 알게 되었는데, 그는 과거 모태신앙으로 여호와의 증인을 믿었고, 결국 양심적 병역거부로 실형을 살았으며, 어떤 계기로 인해 현재는 여호와의 증인에서 탈퇴하여 과학적 세계관에 심취해 있고, 로스쿨에서 성실히 법학을 공부하고 있다.

9) 손동권, 앞의 논문, 317면.

10) Peters, Überzeugungstäter und Gewissenstäter, in: Mayer-FS, 1966, S. 276; Ebert, Der Überzeugungstäter in der neueren Rechtsentwicklung, 1975, S. 275.

11) Heinitz, ZStW 1966, S. 621.

12) 양화식, “확신범의 가벌성과 처우”, 『형사정책연구』 제10권 제2호 (1999).

13) 박중규, “양심범, 확신범 그리고 걱정범에 대한 책임해석론의 내용”, 『비교형사법연구』 제2권 제1호, 2000.

이는바(대법원 2004도2965 전원합의체 판결)<sup>14)</sup>, 본고에서는 윤리적으로 절대적 구속력을 지닌 내적 강제력이 있는 확신(양심)을 가진 행위자를 지칭하는 용어로 확신범과 양심범을 혼용하기로 한다.

## 2. 확신범과 금지착오

### 가. 확신범의 불법의식과 금지착오

확신범과 관련된 형법적 쟁점 중 오늘날에는 다툼의 여지없이 거의 일치된 결론<sup>15)</sup>에 이르고 있는 것으로서 확신범에게도 불법의식을 인정할 수 있는가의 문제가 있다. 불법의식의 대상은 통설적 견해에 의하면 ‘범위반성’, 즉 ‘위법성’이다. 다시 말해 위법성의 인식이 곧 불법의식이고 불법의식이 있기 때문에 행위자에게 적법행위의 기대가능성이 있음에도 불구하고 달리 행위한 점에 대한 책임비난을 가할 수 있다는 것이 책임원칙으로부터 도출된다. 그런데 만일 확신범이 ‘자율적’ 양심을 주된 척도로 불법의식을 형성하는 것으로 이해한다면 자신의 양심과 어긋나는 ‘타율적’ 범규범의 호소는 대부분 그의 양심에 의해 매개돼 적절한 수준의 불법의식을 심어주지 못할 것이기 때문에 이 경우 불법의식이 없다고 말할 수 있을 것이다. 하지만 이러한 입장은 ‘범의보호’라는 형법의 예방적 목적에 반하는 결과를 가져온다. 따라서 오늘날 통설적 견해는 확신범이라 하더라도 자신의 행위가 사회에 유해하고 법적으로 금지되어 있다는 점을 알고 있다면 형법상의 불법의식이 인정되는 것으로 본다. 그러므로 확신범의 불

14) “피고인에게 존재하는 이러한 양심상 결정의 진지하고도 절박한 구속력 내지 내적 강제력은 우리 헌법 제19조에 의하여 보호되어야 하는 양심의 전형적인 특성을 그대로 나타내고 있는 것이고, 이는 절대적 윤리구속성을 갖추지 못한 다른 확신범이나 양심범과도 뚜렷이 구별되는 것이기도 하다(대법원 2004도2965 전원합의체 판결).”

15) 김성돈, 「형법총론」, 성균관대출판부, 2009, 367; 김일수·서보학, 「형법총론」, 박영사, 2002, 423면; 박상기, 「형법총론」, 박영사, 2002, 236면; 배종대, 「형법총론」, 홍문사, 2001, 384면; 성낙현, 「형법총론」, 동방문화사, 2010, 363면 신동운, 앞의 책, 427면; 오영근, 「형법총론」, 대명출판사, 2002, 484면; 이상돈, 「형법강론」, 박영사, 2015, 404면; 이형국, 「형법총론」, 법문사, 1997, 230면; 임웅, 「형법총론」, 법문사, 2002, 292면; 정영일, 「형법총론」, 박영사, 2007, 302면.



법의식 문제는 그 존재유무보다는 그에 대한 착오의 문제로 접근하는 것이 타당하다고 본다.<sup>16)</sup>

본고에서도 통설적 견해를 따라 확신범에게도 불법의식이 존재한다는 점을 전제로 하면서 기대가능성 유무가 있는지를 판단하는 방향으로 논지를 전개하기로 한다. 다시 말해 금지착오가 문제되지 않는 상황에 있는 확신범에게 기대가능성을 인정할 수 있는지 여부를 검토한다는 것이다.

### 3. 확신범의 가벌성: 불가벌 사유의 범죄체계론상 지위

#### 가. 확신범의 가벌성 논의

확신범 문제에 지대한 관심을 갖고 있었던 엄상섭은 확신범의 가벌성과 관련해 ‘가벌성 제한적 긍정론’이라 칭할 만한 견해를 피력하고 있다. 그는 “만일 확신범이 개별적 분산적으로 행해짐에 그치거나 결과의 중대성이 없다면 확신범을 극력 관대하게 처리할 수도 있는 것이고 그러한 아량을 가질 수도 있는 것이다. 그러나 확신범은 ‘정치적 또는 종교적 확신’에 기인한 것이기 때문에 그 성질상 집단적, 전파적이며 그 결과는 개별적인 경우에도 살인 등의 중대범으로 나타나는 것이고, 집단적일 때에는 국가나 사회의 존립을 위태롭게 하는 내란죄, 반역죄 등을 구성하게 되므로 국가와 사회의 평화와 질서를 유지해야 하는 필요로 인하여 부득이 가혹한 형벌로 임할 수밖에 없는 것이다. 동기의 특수성에 비추어서는 불벌, 또는 지극히 관대하게 처리해야 할 확신범임을 누구나 잘 알고 있으면서도 그를 엄벌함도 또한 일반 국민들의 시인하는 바가 되어 있는 것이다.”라고 말한다. 이어서 “목하 확신범이 처벌되고 있음은 각국 공통

16) 독일연방대법원은 확신범의 불법의식과 관련해 유책적 금지착오의 문제로 다룬 바가 있다. BGHSt 2, 208. 이와 관련해 헌법재판소에 의한 규범판단이 없어 그 정당성 및 합법성에 의문이 있는 형법규범에 대해서는 헌법적 또는 자연법적 근거에 기초한 금지착오(특히 효력의 착오)가 발생할 가능성 있지만 민주주의가 법치주의가 확립된 국가에서는 그러한 착오는 대부분 회피가능한(따라서 책임이 조각되지 않는) 경우가 되고, 반면 그렇지 못한 국가에서는 회피불가능성으로 인한 책임조각이 인정될 여지가 남는다는 견해가 있다. 손동권, 앞의 논문, 337면.

적인 것이니 그 가벌성에 대하여 운운할 필요가 없을지는 모르나 확신범의 처벌근거는 이처럼 간단한 것이 아니[다]. (중략) 위법성은 초범규적으로 볼 것이라는 것이 현대 형법학계의 대세이니 (중략) 위법성의 본질을 인류사회의 진화를 목표로 하고 생성발전할 수 있는 문화규범위반이라고 관념할 때에 이 문제는 비로소 해결된다. ‘국가적으로 승인된’이라는 것을 부인함으로써 ‘현실에 굳어붙을 수 있는 보수성’을 제거하고 ‘인류사회의 진화’만에 봉사하는 것이 아닌 점에서 확신범 불벌의 부당한 결론을 피하는 것이 비견의 골자다. 즉 ‘할 수 있는’에 의미가 있는 것으로서 이는 ‘인류사회의 진화의 과정’을 존중한다는 것에 중요한 포인트가 있다. 즉 확신범은 문화의 진화과정을 무시하는 점에 그 위법성이 있다는 것이다. 진화성을 가진 확신범일지라도 그 과정을 무시함으로 인하여 현실사회에 대하여 다대한 혼란과 마찰을 가져오게 된다면 도리어 인류의 문화발전을 저해하는 결과에 빠질 터이니 이런 의미에서 진화적인 확신범도 위법성을 대유케 되는 것이다.”<sup>17)</sup>고 하여 확신범의 위법성을 긍정할 수 있는 이론적 근거를 마련하고 있다.<sup>18)</sup>

반면 일부 학자들은 ‘가벌성 전면적 긍정론’을 주장한다. 즉 확신범은 통상적으로 정당화되지도 면책되지도 않는다는 것이다.<sup>19)</sup>

한편 ‘가벌성 제한적 긍정론’도 학설에 따라 다양한 형태로 나뉘는데, 우선 작위범은 처벌되나 부작위범은 기대불가능성에 의해 면책될 수 있다는 견해가 있다.<sup>20)</sup> 다음으로 국가의 존립과 안전을 위태롭게 하거나 기타 최상의 헌법원칙을 침해한 경우에는 양심자유의 기본권을 원용할 수 없고, 생명, 자유, 재산 등 개인적 법익을 침해하는 경우 이는 타인의 인격발현의 가능성을 배제하기 때문에 이를 용인하는 것은 헌법적 가치체계에 불합치되므로 처벌할 수 있다는 견해도 있는바,<sup>21)</sup> 이는 헌법상의 양심상의 자유도 국가안전보장, 질서유지 또는

17) 엄상섭, “암살범의 특질”, 「법률평론(法律評論)」 제1권 제3호, 1949 참조.

18) 엄상섭의 형법이론에 대해서는 안성조, “효당 엄상섭의 형법이론과 형법사상”, 「서울대학교 법학」 제58권 제1호, 2017, 223-279면 참조.

19) Hirsch, StGB. Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 1994, vor 32 Rdn. 221; Jeschek/Weigend, AT, 1996, S. 506.

20) Schönke/Schröder/Lenckner, StGB, 24. Aufl., 1991, vor 32 Rdn. 119, 120.

21) Roxin, Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund, in: Maihofer-FS, 1988, S. 410.

공공복리를 위하여 제한할 수 있으므로(헌법 제37조 제2항) 이러한 경우에 해당할 때에는 처벌할 수 있다는 우리 대법원의 견해와도 유사한 것으로 보인다.<sup>22)</sup>

#### 나. 불가벌 사유의 범죄체계론상 지위

확신범이 일정한 경우 가벌성이 없다고 할 때 이를 범죄체계론상 어디에 정서시킬 것인가의 문제가 발생한다.

이와 관련해 우선 엄상섭은 규범적 책임론에 기초하여 책임조각의 가능성을 인정하고 있다. 그는 “규범적 책임론에서는 ‘인식, 또는 인식은 없었으나 인식할 수 있었다는 인식가능성’이라는 심리적 조건 외에 고의나 과실이 있었지만 위법행위를 피하고 적법행위를 할 수 없는 동기가 행위자의 의사결정의 골자가 되었을 때에는 이에 대해서도 비난을 가할 수는 없으므로 결국 행위의 책임성이 결여되는 것으로 봐야 한다는 것인즉 확신범에 있어서 행위자의 ‘정치상 또는 종교상의 확신에 의한 의무의식’이 그 행위자의 ‘현행법을 준수하는 행위를 할 수 없는 비정상적인 부수사정’이 될 수 있기 때문에 그 동기구성을 무시할 수 없다.”고 지적한다.<sup>23)</sup>

다음으로 ‘위법성조각사유설’로 볼 수 있는 견해로서 확신범 중에서 양심상 결정에 의하여 형법에 위반한 양심범은 기본권을 행사한 것이므로 위법성이 조각된다는 견해가 있는데<sup>24)</sup> 헌법상의 양심의 자유권은 그 한계를 일탈하지 않는 이상 형법적으로 적법하다고 해석되어야 한다는 것이다.

22) 대법원 1998.7.28, 98도1395; 대법원 1997.7.16., 97도985.

23) 혹자는 엄상섭의 견해에 대해 ‘비정상적 부수사정’은 행위자 외부에 존재하는 것이어야 하므로 특수한 의무의식을 그러한 부수사정으로 볼 수 있는 것인지에 대해 의문을 제기할 수도 있을 것이다. 하지만 기대가능성을 판단하는 데 있어서의 ‘부수사정’을 후술하듯 ‘범죄구성요건의 외부에 있으면서 행위자의 동기구성에 영향을 주는 요소’로 이해한다면 엄상섭의 논지는 타당하다고 할 것이다. 이와 관련해 본고의 입장은 확신범으로 하여금 ‘특수한 의무의식’을 형성하게 만든 ‘초정상 도덕적 자극’으로서 ‘지속적이고 복합적인 일련의 계기들’을 비정상적 특수한 부수사정으로 파악함으로써, 확신범의 기대가능성 판단에 요구되는 부수사정을 ‘범죄구성요건’은 물론 ‘행위자’ 외부에 존재하는 특수사정으로 바라보고 있다.

24) Peters, a.a.O., S. 276.

한편 ‘책임조각설’로 분류할 만한 것으로서 헌법적 한계를 벗어나지 않는 양심범은 면책사유에 해당한다는 견해가 있는데, 이 중에서도 양심자유의 실현이 가져오는 인격통합적 효과로 인한 불법감소와 양심의 강제상태에 기인한 동기형성력의 장애에 의한 책임감소라는 이중의 책임감소사유가 충족됨으로써 양심범은 면책된다는 견해와<sup>25)</sup>, 양심 강제상황의 존재는 행위자의 인격에 존재하는 ‘비정상적 상황’ 중의 하나로 인정될 수 있고, 따라서 양심범의 사실적-정신적 타행위불가능성은 법적 기대불가능성으로 평가된다는 견해가 있다<sup>26)</sup>. 이밖에도 양심자유 실현이 그 내재적 한계를 초과한 때에는 예방적 이유에서 처벌이 불가결하며 그리고 행위자의 책임이 인정된다는 전제에서 이 예방적 필요성이 양심범의 처벌을 근거지우지만 양심의 실현이 헌법적 한계를 초과하지 않는 때에는 이는 헌법적으로 보장된 행위자유로서 형법상으로 볼 때 예방적 관점에서 수인될 수 있고 따라서 제재를 가할 수 없다는 견해도 있다.<sup>27)</sup>

### Ⅲ. 확신범의 의무의식 대한 새로운 이해 - ‘도덕적 걱정범’으로서의 확신범 -

#### 1. 확신범의 특수한 의무의식의 발현계기

상기 고찰한 바에 따르면 간단히 말해 확신범은 ‘정치·종교·윤리상의 확신에 의한 강력한 의무의식이 그 행위자의 현행법을 준수하는 행위를 할 수 없을 정도의 심각한 내적 갈등을 불러일으키는 자’로 규정할 수 있다. 그런데 확신범은 과연 어떠한 계기로 인해 그러한 내적 결정을 실행에 옮기게 되는 것일까? 이 점에 대해 그렇게 하지 않으면 종교적 확신범의 경우에는 신으로부터의 이탈을, 비종교적 확신범의 경우에는 인격의 실체상실을 경험하게 되기 때문이라고 이

25) Rudolphi, Die Bedeutung eines Gewissenentscheides für das Strafrecht, in: Welzel-FS, 1974, S. 630.

26) Ebert, a.a.O., S. 66.

27) Roxin, a.a.O., S. 410.

해되고 있지만, 본 발표문에서는 도덕심리학, 신경과학 및 진화윤리학 등의 관점에서 확신법의 양심적 결단과 행동의 동기를 새롭게 재조명해 보고자 한다.

## 2. 도덕적 판단의 성격: 감정을 배제한 순전히 이성적 판단인가?

오늘날 많은 실험과 연구결과에 의하면 도덕적 판단은 합리적인 이성에 의한 도덕적 추론(moral reasoning)보다는 주로 도덕적 정서에 의해 작동되는 도덕적 직관(moral intuition)에 의해 더 크게 좌우된다고 한다. 전중환 교수에 의하면 우리의 도덕적 판단이 “냉정한 합리적 이성뿐만 아니라 원시적인 혐오정서에서 상당부분 유래한다는 증거들이 있다.”<sup>28)</sup>

이 점을 보다 과학적으로 해명해 주는 하버드 대학의 실험심리학자이자 인지 신경과학자인 조슈아 그린(Joshua Greene)에 의하면 도덕적 판단과정은 감정의 지배를 받는 자동모드와 이성의 영향을 받는 수동모드 양자 간의 ‘이중처리 방식’으로 작동한다. 자동모드는 집단 내에서 협력을 가능하게 하는 직감적 본능인 반면, 수동모드는 도덕적 문제나 그 밖의 실제적인 문제를 푸는 데 사용되는 이성적 추론능력이다. 이는 마치 카메라의 자동모드와 수동모드의 작동방식처럼 전자는 효율적이지만 융통성이 없고, 후자는 융통성이 있지만 비효율적이라는 특징을 지닌다고 한다.<sup>29)</sup>

도덕의 본성에 대한 진화적 해석에 따르면 인간의 도덕성은 인간들 상호간 협력을 촉진시키기 위해 진화한 적응적 심리기제의 하나이다.<sup>30)</sup> 이 분야의 저

28) 전중환, 「본성이 답이다」, 사이언스북스, 2016, 51면 이하 참조. 하지만 본고의 입장이 도덕적 판단이나 신념의 형성에 있어서 이성의 중요성을 낮게 보거나 무시하는 것은 결코 아니다. 다만 그동안 간과되어 왔던 도덕적 감정과 직관의 기능에 주목할 필요가 있음을 강조하고자 하는 것이다. 이미 형성된 신념을 깨트리거나 해체하는데 있어서 논리와 이성적 설득의 중요성을 풍부한 경험적 사례를 통해 제시하고 있는 문헌으로는 오카다 다카시(황선종 역), 「심리조작의 비밀-어떻게 마음을 지배하고 행동을 설계하는가-」, 어크로스, 2016, 257면 이하 참조.

29) 조슈아 그린(최호영 역), 「옳고 그름」, 시공사, 2017, 206면 이하 참조. 그린 교수에 의하면 도덕적 판단과정에서도 도덕적 의무와 관련된 판단은 주로 감정, 즉 도덕적 직관이 담당한다고 한다. 조슈아 그린 외(한세정 역), 「넥스트」, 21세기북스, 2010, 22면 참조.

30) 조슈아 그린에 의하면 “도덕성은 실제로 협력을 촉진하기 위해 진화했다. 다시 말해 도덕성은 집단들 사이의 경쟁에서 유리한 위치에 서도록 집단 내 협력을 촉진하기 위해 생물학적

명한 심리학자 조너선 하이트(Jonathan Haidt)에 의하면 도덕적 판단에 관여하는 심리적 적응은 크게 도덕적 직관과 도덕적 추론이라는 두 요소로 구성되는데 도덕적 직관은 분노, 감사, 죄책감, 동정 등의 도덕적 정서에 의해 작동되고, 도덕적 추론은 정서의 개입이 거의 없이 합리적 이성에 의해 결론에 도달한다고 한다. 그는 도덕적 직관이 추론에 우선한다고 주장한다.<sup>31)</sup> 즉 대부분의 도덕적 문제에 있어서 도덕적 정서가 즉각적이고 자동적으로 판단을 내리고, 이성에 의한 도덕적 추론은 이 판단을 합리화할 뿐이라는 것이다.<sup>32)</sup>

### 3. 진화론의 관점에서 본 윤리와 양심

앞서 확산범의 확산 또는 양심은 자율적이고 윤리적인 인격으로서 개인이 내린 선악에 대한 진지한 윤리적 결정을 의미하며, 그러한 윤리적 판단과정에는 이성적 추론 이상으로 도덕적 정서와 직관이 매우 중요한 기능을 한다는 점을 살펴보았던바, 그렇다면 도덕적·윤리적 판단과정에 왜 그토록 정서와 직관이 강하게 작동할 수밖에 없는지에 대해 진화론의 시각에서 윤리를 어떻게 바라보고 있는지 검토해 봄으로써 해명해 보고, 더 나아가 확산범의 결단과 실천의 동기를 진화적 관점에서 재조명해 보고자 한다.

#### 가. 도덕성에 대한 진화론적 이해방식

으로 진화했다. 자연선택이 협력을 촉진하는 유전자를 편애하는 유일한 이유는 협력적인 개인들이 다른 개인들과의 경쟁에서 더 잘 이길 수 있기 때문이다. 단, 도덕성의 궁극적 기능은 모든 생물학적 적응이 그러하듯이 유전물질을 퍼뜨리는 것이다. 진화는 협력 자체의 촉진을 목표로 삼지 않는다. 진화가 협력을 선호, 촉진한다면 그것은 오직 협력자들의 유전자를 퍼뜨리는데 도움이 되기 때문이다.” 조슈아 그린(최호영 역), 앞의 책, 281면.

31) Haidt, J., Koller, S.H., & Dias, M.G., “Affect, culture, and morality, or is it wrong to eat your dog?”, *65 J Pers Soc Psychol.*, (1993), at 613-628; Haidt, J., “The emotional dog and its rational tail: A social intuitionist approach to moral judgment”, *108 Psychol Rev.* (2001), at 814-834.

32) 전중환, 「오래된 연장통」, 사이언스북스, 2014, 190면 이하 참조. 동지의 마이클 셔머(김소희 역), 「믿음의 탄생」, 지식갤러리, 2012, 326면. 마이클 셔머에 의하면 “우리는 대부분 도덕적으로 먼저 믿음을 형성한 뒤에 그것을 합리화한다.”

자연선택에 의한 진화는 ‘유전된 변이들의 차등적 생식성공 때문에 긴 시간에 걸쳐 일어나는 변화’로 정의된다. 즉 개체의 생존과 번식에 더 나은 변이가 선택되어 진화된다는 것으로, 주어진 선택환경에 더 적합한 신체적, 행동적 특질을 지닌 개체가 높은 적응도(fitness)를 지니게 되어 살아남아 번식에 성공한다는 의미이다.

진화심리학은 환경에 더 적합한 ‘심리적 특질’을 가진 개체가 선택되고 개체군 내에 그러한 유전자가 퍼져 그 심리적 특질이 진화해 현재에 이르고 있다는 이론이다. 그러한 심리적 특질로는 뱀과 거미 등 위험한 생물에 대한 두려움, 달고 기름진 음식에 대한 선호 등이 있다. 흔히 ‘본성’이라 칭하는 이러한 특질을, 진화심리학은 전문용어로 ‘진화된 심리적 메커니즘(EPM: evolved psychological mechanism)이라 칭하며, 진화된 심리적 메커니즘은 오랜 진화사를 통해 생존과 번식 등의 적응문제를 반복적으로 해결해 주었기 때문에 현재와 같은 형태로 존재하게 되었다고 설명한다.<sup>33)</sup>

진화윤리학은 여기서 더 나아가 다른 심리적 특질들과 마찬가지로 인간의 도덕적 성향도 생물학적 적응의 산물이라고 본다. 즉 ‘도덕’도 ‘적응’이라는 것이다. “도덕성은 이기적 개체들이 협력의 혜택을 누릴 수 있게끔 해주는 심리적 적응물”이라는 조슈아 그린의 명제가 이를 잘 대변해 준다고 할 것이다. 예컨대 ‘상호적 이타성’이란 심리적 기제는 오랜 진화사에 걸쳐서 이기적으로 행동하는 사람보다 상호이타적으로 행동하는 사람들이 생존과 번식면에서 유리했기 때문에 진화하게 된 것이다.<sup>34)</sup>

## 나. 진화윤리학과 양심

확신범으로 하여금 강력한 의무의식을 지니게 하여 실정범에 반하는 행동을 하게 만드는 양심은 진화윤리학의 전제에 비추어 볼 때 ‘상호적 이타성’의 한

33) 케빈 랠랜드·길리언 브라운(양병찬 역), 「센스 앤 넌센스」, 동아시야, 2014, 212면 이하.

34) 데이비드 버스(이충호 역), 「진화심리학」, 웅진 지식하우스, 2012, 418면 이하 참조. 상호적 이타성은 흔히 호혜성이라고도 하며 ‘상호이익을 위해 둘 이상의 개인 사이에 일어나는 협력’으로 정의된다.

발현형태로 해석해도 무방할 것이다. 진화윤리학자들은 감사, 우정, 분노, 연민, 신뢰, 죄의식, 양심, 복수심 등<sup>35)</sup>을 비롯해 공정하지 못한 것을 보면 부당함을 느껴 심란해지는 성향도 모두 상호적 이타성에서 기인한다고 해석한다. 또한 도덕감정을 비롯해 정의개념이나 법체계의 기원까지도 상호적 이타성의 진화와 연결된다고 보기도 한다.<sup>36)</sup>

확신범들의 의무의식은 대부분 공감이나 복수심, 죄책감, 의분 등 생래적인 도덕적 성향들의 발현형태로 볼 수 있을 것이다. 예컨대 양심적 병역거부의 경우 평화를 지향하는 생래적 도덕감정의 한 발현형태로 볼 수 있다. 또한 수혈 거부는 성서의 해석에 대한 복종이라는 추상적인 이념에 헌신할 줄 아는 인간의 능력에 기인한 것으로 이러한 능력은 대규모 집단에서 이루어지는 협력을 촉진하기 위해서 진화된 도덕성의 일부를 구성한다.<sup>37)</sup>

진화된 심리적 기제로서의 도덕적 성향들은 인간의 대부분의 다른 본성이 작동하는 방식과 마찬가지로 즉각적이고 자동적으로 발현되는 특징이 있다. 달고 기름진 음식에 본능적으로 끌리고, 맹수를 보면 위협을 느끼는 것처럼 자신의 이익이나 가치관이 공격을 당하거나 불공정하거나 불의한 것을 보면 ‘본성적’으로 심리적 동요를 느끼게끔 우리의 마음이 진화해 온 것이다. 이 점에 비추어 보면 도덕적 판단에 왜 그토록 정서와 직관이 강하게 작용하는지 이해할 수 있다.

이상의 논의를 종합하자면 도덕성은 사회적 협력을 촉진하기 위해 진화된 심리적 기제이고, 확신범의 의무의식은 실천이성에 의한 도덕적 추론은 물론 진화된 심리적 기제(본성)인 도덕성이 복합적으로 작용해 형성된 것으로 볼 수 있을 것이다.

35) 예컨대 분노는 도움을 받기만 하고 되돌려주지 않는 사기꾼과는 더 이상 관계를 지속하지 않게끔 해 주고, 양심이나 죄책감은 부도덕한 행위가 탄로 날 위험에 처했거나 이미 탄로 났을 때 잘못을 공개하고 뉘우쳐서 다시 다른 사람들과 정상적인 신뢰관계를 맺게끔 해 주는 적응적 기능이 있다고 설명한다. 전중환, 앞의 책(주 32), 199면 참조.

36) Wagstaff, G.F., "Equity, justice and altruism", *17 Current Psychology* (1998), at 111-134; Ridley, Matt, *The Origins of Virtue*, (London: Viking, 1996).

37) 조슈아 그린, 앞의 책, 76면 참조.



#### 4. 초정상 자극(supernormal stimuli)과 확신범

이상의 고찰을 통해 확신범은 진화된 심리적 기제로서의 도덕성이 강력한 의무의식으로 표출된 자라고 새롭게 규정할 수 있었다. 그런데 한 가지 의문은 누구든지 권위주의정권의 폭압정치 하에 있다거나 부도덕한 가치체계를 용인하는 법제도 하에 살고 있다면 일정한 양심의 동요가 생겨날 것이라는 점은 해명되나, 왜 그 중 소수만이 확신범의 형태로 기존의 법질서에 저항을 하게 되는지 설명될 필요가 있을 것이다. 이와 관련해 ‘초정상 자극’에 주목하고자 한다.

노벨상 수상자인 동물학자 니코 틴버겐은 동물들이 자연에서 접하게 되는 실제 자극보다 더 과장된 인공적 자극에 더 강하게 끌리는 것을 관찰했고 이를 ‘초정상 자극’이라고 개념화하였다. 물고기든 아니든 붉은 색에 맹렬한 반응을 보이는 큰가시고기 수컷이 그 예이다. 진화심리학자들은 이를 인간의 본성에도 적용이 가능하다고 보고 1만년 전의 진화적 적응환경인 수렵채집사회에서 달고 기름진 음식을 선호하도록 진화된 인간의 심리기제를 자극하는 초정상 미각적 자극인 정크푸드에 중독되거나 인간의 생래적 보복감정을 자극하는 초정상 도덕적 자극인 정치인의 선동선전에 빠져들어 그 지지자가 되는 것을 같은 맥락에서 해석한다.<sup>38)</sup> 양심이나 도덕도 본성의 하나로 볼 수 있다면 그러한 본성의 과대반응자로 볼 수 있는 확신범은 초정상 도덕적 자극에 대한 반응현상의 하나로 볼 수 있을 것이다.

요컨대 양심이나 도덕도 본성의 하나로 볼 수 있으므로 확신범은 동일한 상황에 처한 사람들 중에서 특수한 계기로 ‘초정상 도덕적 자극’을 받아서 ‘도덕적 걱정상태’에 도달한 자로 규정할 수 있을 것이다. 이로부터 확신범은 ‘도덕적 걱정범’으로 새롭게 이해될 수 있다. 이를 기대가능성의 이론과 결부시켜 법리적으로 분석해 보자면, 그러한 도덕적 걱정상태가 만든 확신범의 특수한 의무의식은 ‘초정상 도덕적 자극’이라는 비정상적 부수사정에서 유래한 것으로 해석할 수 있으며, 이는 후술하듯이 ‘강한 의무의식을 유발하는 특수한 계기’ 또는 ‘도덕적 걱정을 일으키는 일련의 계기’로 이해할 수 있다고 본다.

38) 디어드리 배릿(김한영 역), 「인간은 왜 위험한 자극에 끌리는가」, 이순, 2011, 99-164면 참조.

## 5. 도덕적 공격성의 표출로서의 의무의식

진화심리학의 관점에서 확신범의 의무의식의 표출을 재해석하면 특정한 도덕적 우월감을 갖고 자신과 다른 도덕체계를 가진 자를 공격하는 행위로도 새롭게 정의할 수 있다. 정치적 암살자든 양심적 병역거부자든 기존의 정치체제나 법제도에 적극적 또는 소극적으로 '저항하는' 자가 확신범이라면 그 행위는 명백한 '공격행위'의 일환으로 해석된다.

그런데 진화심리학에 의하면 공격성은 다양한 방식으로 표출이 가능하다. 확신범의 경우는 도덕적 공격성의 표출로 상대방을 공격하는 자로 볼 수 있을 것이다. 그리고 공격에는 '맥락특정성'이 있어서 아무 때나 무분별하게 상대방을 공격하는 것이 아니라 공격을 통해 특정한 적응적 이익이 기대되는 맥락에서만 공격성이 표출된다.<sup>39)</sup>

확신범의 맥락특정성은 크게 두 가지인데, 하나는 정치적, 종교적, 도덕적 가치를 수호하기 위해서 그 가치를 침해하는 행위에 대한 반격행위로서의 맥락특정성이고, 다른 하나는 종교적 확신범의 경우 가족의 명예와 지위의 향상 및 물질적 보상, 소속된 신앙공동체로부터의 보호나 영생이나 천국에서의 행복한 삶 등이 보장된다는 점<sup>40)</sup> 등을 들 수 있을 것이다.

이러한 맥락특정성에 비추어 보면 확신범의 행동은 현세적 이익은 물론 비교형량할 수 없는 내세적 이익을 가져다 주기 때문에 합리적 판단의 관점에서 볼 때에도 양심의 결정에 따르는 것이 절대적으로 이익이 되는 행위이므로 달리

39) 데이비드 버스(이충호 역), 앞의 책, 464면 이하. 예컨대 배우자의 잠재적 불륜이라는 적응문제를 해결하기 위해 폭력을 사용하는 남편의 경우, 그가 폭력을 휘두를 가능성은 배우자로서의 가치가 상대적으로 자신의 처보다 낮거나 여자들이 소중히 여기는 자산의 감소(예컨대 실직)를 겪은 자일 경우에 더 높다. 그러한 조건에서는 여성이 불륜을 저지르거나 관계를 완전히 끊을 확률이 더 높기 때문이다. 또 '명예를 중시하는 문화'에서는 모욕을 받았을 때 공격을 가하지 않으면 지위가 추락할 수 있다. 중세 유럽에서는 살인 피해자의 가족이 가해자에게 보복을 하지 않으면 위신과 명예가 추락했다. 반면 어떤 맥락에서는 폭력행위로 인해 평판이 크게 손상되기도 한다. 예컨대 교수사회에서는 물리적 공격을 하면 오히려 그 사람은 학계에서 추방될 수 있으므로 물리적 공격의 가능성은 대체로 매우 낮다. 하지만 자신의 학문적 업적에 대한 공격에 대해서는 방어의 차원에서 논리적 반격이 필요함은 자명할 것이고, 이는 자신의 학문적 평판도 향상에도 기여한다. 이는 공격성의 맥락특정성이 두드러지는 대목이다.

40) Stern, Jessica, *Terror in the Name of God* (HarperCollins, 2004), at 51-52.

행동할 적법행위의 기대가능성이 부정된다고 보는 것이 타당할 것이다.

#### IV. 확신범과 적법행위의 기대가능성

##### 1. 기대가능성의 이론: 초법규적 책임조각사유로서 기대불가능성

형법상 기대가능성(Zumutbarkeit)이란 행위 당시의 제반 사정에 비추어 볼 때 행위자에게 적법행위를 기대하는 것이 가능함을 말한다. 그리고 이것이 불가능한 경우를 기대불가능성(Unzumutbarkeit)이라고 한다. 기대가능성의 이론은 책임의 본질이 비난가능성에 있다고 보는 규범적 책임론을 배경으로 하여 행위 당시의 제반 附隨事情(begleitende Umstände)들을 고려할 때 행위자에게 적법행위가 기대될 수 있었는가를 중시하는 이론이므로 통상 규범적 책임론과 동일시되거나, 그 중심개념으로 이해되기도 한다.<sup>41)</sup> 규범적 책임론을 발전시킨 독일의 프랑크(Reinhard Frank)의 주장에 의하면 행위자를 비난하기 위해서는, 책임능력과 사실에 대한 심리적 관계인 고의와 과실 외에 행위자가 적법하게 행위를 할 수 있는 정상적인 부수사정이 필요하다. 따라서 강제상황과 같은 비정상적 부수사정 하에서는 행위자에게 적법행위를 기대할 수 없고, 따라서 그 행위자를 비난할 수 없다. 따라서 부수사정은 적법행위에 대한 기대가능성의 사실적 기초가 되는데, 부수사정은 범죄구성요건의 외부에 있으면서 행위자의 동기 구성에 영향을 주는 요소이다.<sup>42)</sup>

독일의 경우 프랑크를 필두로 하여 프로이텐탈(Bernhold Freudenthal)과 골드슈미트(James Goldschmidt) 및 슈미트(E. Schmidt)에 의해 완성된 것으로 평가되는 규범적 책임론이 일반화된 1920년대와 1930년대에는 기대불가능성이 고의범이든 과실범이든 두 책임형식에 일반적 의미를 갖는 일반적 초법규적 책임조각사유로 인정되었으나<sup>43)</sup> 그 이후 이러한 의미의 기대가능성 개념은 쇠퇴

41) 이형국, “기대가능성의 이론과 기대불가능성의 초법규적 책임조각의 한계”, 『경희법학』 제18권 제1호, 1983, 2면 참조.

42) 엄상철, “긴급행위에 대한 시론”, 『법조협회잡지』 제1권 제5호, 1949.

하여 오늘날 독일에서는 기대가능성의 원리를 고의적 작위범에 관한 한 단지 형벌법규 해석상의 補正原則으로 보는 것이 지배적이다.<sup>44)</sup> 하지만 우리나라와 일본은 독일과 대조적으로 기대불가능성을 초법규적인 책임조각사유로 인정하는 것이 오랫동안 통설적 견해로 되어 있었다. 하지만 1970년대 이후 기대가능성의 초법규성을 부정하는 유력한 견해들도 제시되고 있다. 본고는 기대가능성의 초법규성에 대한 판단은 후속연구로 남겨두어 유보하고자 하며, 일단 초법규적 책임조각사유로 인정할 수 있다는 전제 하에 논의를 전개해 보고자 한다.

한편 기대가능성 이론과 관련해 과연 어느 정도로 적법행위가 기대불가능한 경우에 책임이 조각될 것인가와 관련해 전술한 바 있는 양심적 병역거부자의 병역법 위반사건에서 대법원은 “양심적 병역거부자의 양심상의 결정이 적법행위로 나아갈 동기의 형성을 강하게 압박할 것이라고 보이기는 하지만 그렇다고 하여 그가 적법행위로 나아가는 것이 실제로 전혀 불가능하다고 할 수는 없다 (대법원 2004. 7. 15. 선고 2004도2965 전원합의체 판결).”고 판단하고 있다. 즉 “실제로 전혀 불가능한 경우가 아니라면 기대가능하고, 따라서 책임비난이 가능하다”는 취지로 읽힌다. 그러나 이러한 입장에 대해서는 “적법행위가 실제로 전혀 불가능한 경우에만 책임을 조각하게 된다면 적법행위의 기대가능성을 중요한 책임표지로 보는 것은 무슨 의미가 있는가?”라는 비판이 제기된다.<sup>45)</sup> 일상에서 적법행위로 나아가는 것이 실제로 전혀 불가능한 경우란 사실상 찾기 어려운바, 판례의 입장대로라면 비정상적 부수사정으로 인해 기대불가능성이 인정되는 경우는 전무할 것이라는 지적이다. 또한 기대가능성의 원리가 반영된 형법조문들, 예컨대 강요된 행위나 야간 등 과잉방위에 있어서도 적법행위가 실제로 전혀 불가능하지는 않음을 고려해야 한다는 것이다.<sup>46)</sup> 기대불가능성이 ‘절대적’ 불가능성을 의미한다면 애당초 확신범의 기대가능성 유무가 형법적으로 문제되지도 않았을 것이다. 따라서 확신범의 확신 또는 양심의 결단이 적법행위를

43) 신치재, “고의의 작위범에 있어서 기대불가능성은 초법규적 책임조각사유로서 인정될 것인가?”, 「중앙대학교 법정논총」 제41집, 1987, 104면 이하.

44) 이형국, 위의 논문, 3면; 신치재, 위의 논문, 105면.

45) 윤영철, “양심적 병역거부에 대한 형사처벌의 형법적 문제점”, 「형사정책」 제16권 제2호, 2004, 110면 참조.

46) 윤영철, 위의 논문, 110면.

기대할 수 없게 만든 비정상적 부수사정이 될 수 있다고 할 때, 그러한 기대불가능성은 절대적인 의미의 불가능성이 아님을 형법적 논의의 전제로 해야 할 것이다.

물론 대법원도 이 점을 전혀 인식을 못하지는 않았을 것이라고 본다. 다만 그럼에도 불구하고 대법원이 그와 같은 설시를 하게 된 이유에 대해 미루어 짐작해 볼 수 있다. 즉, 적법행위로 나아가는 것이 실제로 “전혀 불가능하다고 할 수는 없다”는 판단이 ‘기대불가능성의 정도’에 대한 일반적인 기준을 제시한 것 이라기보다는 확신범의 경우 현행법을 위반하게 만든 동기 형성력이 절대적일 수 없다는 점에 주목하고 이를 지적한 것으로 선해(善解)할 수 있다는 것이다.

예컨대 어느 양심적 병역거부자의 확신형성 과정에 대한 다음의 ‘진술’을 보자.

“감옥에 있는 내내 제가 내린 결정에 대해 단 한 번도 후회 해 본 적은 없습니다. 오히려 흔들림 없는 신념 덕분에, 감옥에 있는 다른 범죄자들에 비해 안정적이고 평화롭게 살았으며, 강제로 군복무를 하지 않고 끝까지 무죄를 주장한 것에 대해 진정한 양심의 자유를 느꼈습니다.”<sup>47)</sup>

위 술회 내용을 보면 확신범의 양심적 결정과정은 오랜 비판적 자기성찰을 통해 이루어지고 있음을 엿볼 수 있다. 따라서 대법원의 판단도 이러한 평가를 토대로 하고 있다고 볼 수 있다. 다만 대법원이 “전혀 불가능하다고 할 수는 없다”고 판단한 것이, 확신범의 신념형성 과정을 전적으로 이성적인 사고과정으로만 잘못 이해한 데에서 비롯되었다는 점에 문제가 있다고 본다. 즉 순전히 이성적 측면에서 확신이 형성된 것으로 본다면 그 과정에서 개인의 확신은 가치의 다원성을 인정하는 민주사회에서 감정적 진리로서만 여겨져야 하고 따라서 확신범이 남과 ‘다르게 생각하는 자’라 할지라도 바로 그 ‘남’의 생각도 존중 되어져야 한다는 점을 알고 있었을 것이고 또한 알고 있어야 하기 때문에 현행법을 위반할 정도의 강한 동기 형성력이 지배했다고는 판단하기 어려울 것이고, 따라서 최소한 적법행위의 기대가능성은 관념할 수 있다는 것인데, 바로 이러한 이해방식이 판례의 입장에 상당부분 영향을 주었을 것이라고 본다. 그런데 과연

47) 위 술회내용은 한인섭, 앞의 논문, 445면에서 일부 가져온 것이다.

그러한 이해방식은 타당한 것일까? 이하에서는 바로 이 점에 대해 검토해 보고자 한다.

## 2. 도덕적 격정범으로서의 확신범

확신범 또는 양심범에게 기대불가능성으로 인해 책임을 조각 또는 감경해 주어야 한다는 주장에 대해 “이것은 형법의 차원을 넘어서는 문제로서 책임론에서 말하는 기대가능성과 관련이 없고, 위법성인식의 실정법 문제로 접근해야 한다.”는 견해도 있으나<sup>48)</sup> 효당 엄상섭 선생이 규범적 책임론과 연관지어 적절히 지적하고 있듯이 “확신범에 있어서 ‘정치상 또는 종교상의 확신에 의한 의무의식’이 그 행위자의 ‘현행법을 준수하는 행위를 할 수 없는 비정상적인 부수사정’이 될 수 있기 때문에 그 동기구성을 무시할 수 없다.”<sup>49)</sup>는 점을 고려한다면 확신범에게 기대불가능성으로 인한 면책가능성을 검토하는 것은 충분히 가능하고<sup>50)</sup> 필요한 작업이라고 본다.

전술한 바와 같이 대법원은 확신범에게 적법행위의 기대가능성이 있다고 판단하고 있다. 하지만 자신의 행위로 인해 형사처벌을 받게 될 것을 명확히 예측하고, 그럼에도 불구하고 자신의 신념을 지키기 위해 현행법을 위반하는 결의를 하고 행위를 한 자에게 적법행위의 기대가능성이 있다고 보는 것은 일반인의 관점에 비추어 보더라도 설득력이 없다.<sup>51)</sup> 대법원이 이러한 판단을 내리게 된 이유에 대해서는 다각도에서 해석이 가능하겠지만, 무엇보다 개개인의 신념의 형성이나 도덕적 판단이 순전히 이성적 추론의 산물이라고 여기는 先理解(Vorverständnis)에서 비롯된 것으로 분석할 수 있을 것이다. 이러한 선이해는 우리의 기대와 통념에는 대체로 부합되지만 도덕적 판단이 내려지는 실제 과정과는 상당히 거리가 먼 것으로 보인다.

48) 배중대, “기대가능성이론의 발전과 우리형법 50년”, 「형사법연구」 제18호, 2002, 89-90면.

49) 신동운·허일태 편저, 「효당 엄상섭 형법논집」, 서울대학교출판부, 2003, 158-159면.

50) 유기천 교수 역시 “기대가능성의 판단의 표준을 행위자에게 두는 한, 소위 확신범은 기대가능성이 없으므로 책임이 없다는 결론이 된다.”고 한다. 유기천, 「형법학」, 법문사, 2011, 214면.

51) 동지의 한인섭, 앞의 논문, 460면.

앞서 검토해본 바와 같이 오늘날 많은 실험과 연구결과에 의하면 일반의 기대와 통념과는 달리 도덕적 판단은 합리적인 이성에 의한 도덕적 추론(moral reasoning) 보다는 주로 도덕적 정서에 의해 작동되는 도덕적 직관(moral intuition)에 의해 더 크게 좌우된다. 즉 이 두 요소가 도덕적 판단에 상호작용하거나 도덕적 직관이 도덕적 추론에 우선한다는 것이 도덕적 판단과정을 과학적으로 연구한 학자들의 유력한 견해이다. 확신범은 양심적 판단, 즉 도덕적 판단에 의한 의무 의식으로 인해 현행 실정법을 따를 수 없게 된 자로 정의된다. 확신범이 순전히 도덕적 추론을 통해서만 그러한 의무의식에 이르게 된 것으로 이해한다면, 즉 사회의 평균적 다수인과 다르게 생각하는 소수자로만 파악한다면 기대가능성을 인정할 여지는 상대적으로 커질 수밖에 없을 것이다.<sup>52)</sup> 왜냐하면 이성적 추론에 의하면 도덕적 확신은 비판적인 심사를 받아야 하는 잠정적인 진리 내지 가치에 불과하므로 어느 누구도 자신의 도덕적 판단을 절대적으로 공동체에 요구할 수 없기 때문이다.<sup>53)</sup> 대법원의 입장도 이와 크게 다르지 않다고 생각된다. 하지만 만일 확신범의 양심적 결정을 도덕적 정서나 직관의 측면, 즉 인간의 도덕적 본성의 관점에서 바라본다면 기대가능성을 부정할 여지가 더 많이 생겨난다. 진화심리학에서 본성은 ‘진화된 심리적 기제’로 정의되며 이는 특수한 자극을 받으면 더욱 증폭되어 발현되는 속성이 있다. 앞서 검토한 바와 같이 이러한 자극을 ‘초정상 자극’이라고 한다. 그렇다면 확신범은 권위주의 정권의 폭정이나 특정 종교의 교리체계와 같은 일정한 계기를 통해 ‘초정상 도덕적

52) 확신범도 자신의 신념과 다른 생각이나 대안, 즉 반론(counterargument)을 추론을 통해 생각할 수 있다. 종교적 확신범(criminal religious fundamentalist)도 자신의 신념과 다른 반론을 인지적 추론(cognitive reasoning)에 의해 생각해낼 수 있다는 점을 기능적 자기공명영상(fMRI) 촬영을 통한 신경과학적 실험결과 등의 경험적 증거를 제시하며 논증하고 있는 연구로는 Marvin Lim, “The Sanity of Faith : What religious Fundamentalism Teaches About the Insanity Defense and the First Amendment”, *17 New Crim. L. Rev.* 252 (2014), at 283-285. 동 문헌에 의하면 바로 이 부분은 확신범이 다른 정신이상자들(psychotic individuals)과 다른 점이고 따라서 정신이상 항변(insanity defense) 확신범들에게는 적용할 수 없다고 한다. 이 실험은 확신범의 기대가능성 판단에 있어서 매우 중요한 의미를 갖는다고 볼 수 있는데 왜냐하면 순전히 인지적 측면에서는, 확신범의 타행위불가능성을 입증하기 곤란함을 뜻하기 때문이다.

53) 양화식, 앞의 논문, 165면; 한상훈, “진화론적 인지과학을 고려한 책임개념과 책임원칙의 재조명”, 『형사법연구』 제27권 1집, 2005.

자극<sup>54)</sup>을 받아 ‘도덕적 걱정’을 일으킨 자로 재정의할 수 있고, 이로 인해 현행 법질서를 따를 수 없는 ‘비정상적인 부수사정’을 갖게 된 자로 볼 수 있다. 따라서 일반적으로 걱정범에게 책임조각의 효과를 부여해야 하듯이<sup>55)</sup> 확신범에게도 기대불가능성으로 인해 타행위가능성이 소멸되어 면책의 효과를 부여해야 한다는 결론에 도달할 수 있다. 다시 말해 확신범이 경험하는 양심의 강제는 형법적으로 볼 때, 야간 기타 불안스러운 상황하에서 공포, 경악, 흥분 또는 당황으로 인한 과잉방위가 기대불가능성으로 면책되는 것과 유사한 법리적 구조를 지닌다고 볼 수 있을 것이다.<sup>56)</sup>

54) 이 용어가 자연과학적 선택이 강해 다소 거부감이 들 수 있을 것이다. 이를 현행 법질서를 위반할 정도의 ‘강한 의무의식을 유발하는 특수한 계기’ 또는 ‘도덕적 걱정을 일으키는 계기’ 정도로 표현해도 무방할 것이다. 일반적으로 ‘극도의 흥분상태’에서 범죄를 저지른 걱정범의 경우 ‘타행위가능성’이 완전히 사라져 책임이 조각되는 것으로 평가된다. 이 점에 대해서는 박중규, 앞의 논문(주 13), 36면 이하 참조. 또한 ‘도덕적 걱정’이란 표현이 ‘자율적으로 진지하게 내린 윤리적 결정’ 또는 ‘양심상의 고민과 판단을 거친 고뇌의 산물로서의 결단’이라는 확신범 특유의 표지에 부합되지 않는 듯 보이지만, 이때의 걱정을 걱정범의 일시적이고 충동적인 상태가 아니라 ‘일련의 계기들에 의해 누적적으로 형성된 도덕적 걱정상태’를 지칭하는 것으로 본다면 이러한 문제는 해소될 수 있을 것이다. 실제로 양심적 병역거부자들의 사례를 보면 비단 여호와의 증인이나 기독교 평화주의자가 아니라 하더라도 양심적 병역거부를 하는 경우가 있는데, 그러한 결정을 내리게 된 배후에는 부친의 사망, 존경하는 다른 병역거부자와의 만남, 운동권 집회참여나 평화단체와의 만남 등 다양한 계기들이 자리잡고 있으며 이러한 계기들이 누적적 혹은 복합적으로 작용해 양심에 따른 의무의식의 형성에 기여하고 있음을 어렵지 않게 확인할 수 있다. 민용근, 「그들의 손에 총 대신 꽃을」(끌레마, 2014) 참조. 아울러 ‘도덕적 걱정범’이란 용어에 대해서도 부연 설명하고자 한다. 이 새 용어를 만든 아이디어는 일반적으로 ‘사이코패스(psychopath)’가 ‘도덕적으로 미친(morally insane)’ 자로 재정의되는 것으로부터 얻게 되었다. 사이코패스는 사물변별능력은 정상이지만, 도덕적 억제능력이 결여되어 저항하기 힘든 범죄충동의 지배를 받아 적법한 행위결의를 할 수 없는 자라는 점에서, 일반적인 광인과는 달리 ‘도덕적으로 미친 자’로 볼 수 있는바, 확신범은 사물변별능력도 행위통제능력도 온전하므로 책임능력의 측면에서는 문제가 없는 ‘정상인’의 범주에 속한다는 점에서 일반적인 광인이나 사이코패스와 분명히 다르며, 특수한 의무의식이 충만해 현행법을 위반하지만, 그 의무의식이 범죄적인 것이 아니라 지극히 도덕적이고, 정상적인 행위통제능력을 압도할 정도로 강력하다는 점을 고려해 ‘저항하기 힘든 도덕적 걱정(irresistible moral passion)’을 지닌 ‘도덕적 걱정범’으로 재정의하는 것이 확신범에 대한 책임판단을 명료하게 만드는데 기여할 수 있고, 또 적절하다고 느껴졌기 때문이다.

55) 박중규, 앞의 논문(주 13), 36면. 물론 걱정범이라고 하여 모두 면책되는 것은 아니다.

56) 법리적 구조가 유사하다고 보는 이유는, 확신범은 도덕적, 종교적, 정치적 차원에서 주관적으로 정당화되어 있으므로 객관적 적법성에 기초한 비난은 상대적으로 약화되어 책임이 감소한다는 측면에서 과잉방위자의 책임이 감소되어 있는 것과 유사하고, 과잉방위자가 야간 기타 불안스러운 상황하에서 공포, 경악, 흥분, 당황 등의 계기로 인해 기대가능성이 소멸되어



### 3. 확신범의 맥락특정성과 기대가능성

다음으로 진화심리학의 관점에서 확신범의 의무의식의 표출을 재해석하면 특정한 도덕적 우월감을 갖고 자신과 다른 도덕체계를 가진 자를 공격하는 행위로도 새롭게 정의할 수 있다. 정치적 암살범이든 양심적 병역거부자든, 수혈거부자든 기존의 정치체제나 법제도에 적극적 또는 소극적으로 ‘저항하는’ 자가 확신범이라면 그러한 행위는 명백한 ‘공격행위’의 일환이다. 인간의 폭력성과 공격성에 대한 진화심리학의 분석에 의하면 공격성은 물리적으로만 표출되는 것이 아니라 다양한 방식으로 가능하다. 확신범의 의무의식의 표출은 도덕적 공격성의 표출이라고 말할 수 있을 것이다. 그리고 앞서 검토한 바와 같이 진화심리학에 의하면 공격에는 ‘맥락특정성’이 있다. 다시 말해 아무 때나 무분별하게 상대방을 공격하는 것이 아니라 공격을 통해 특정한 적응적 이익이 기대되는 맥락에서만 공격성을 표출한다는 것이다. 필자가 볼 때, 확신범의 저항, 즉 공격행위는 두 가지의 맥락특정성이 있는데, 하나는 정신적인 삶을 살고 있는 인간에게 특유한 것으로서 특정한 정치적, 종교적, 도덕적 가치를 수호하기 위해 그 가치를 침해하는 행위에 대한 반격행위<sup>57)</sup>로 볼 수 있을 것이고, 다른 하나는 특히 종교적 확신범의 경우 양심적 병역거부나 수혈거부 및 자살폭탄테러 등은 자신과 가족의 명예와 지위의 향상 및 물질적 보상이나 소속된 신앙공동체로부터의 보호라는 현세적 이익과 영생이나 천국에서의 행복한 삶이라는 실로 비교 형량할 수 없는 내세적 이익을 가져다주기 때문에 표출된 공격행위로 이해할 수 있을 것이다. 후자의 경우 합리적 판단의 관점에서 볼 때에도 양심의 결정에 따르는 것이 절대적으로 이익이 되는 행위이므로 이 또한 달리 적법하게 행동할 기대가능성을 긍정하기 어렵게 만드는 부수사정이 될 것이므로, 도덕적 격정행위에 이러한 부수사정이 더해진다면 책임을 인정하기가 더욱 어려울 것으로 보인다.<sup>58)</sup>

책임이 완전히 조각되는 것처럼 ‘초정상 도덕적 자극’, 즉 일정한 ‘도덕적 격정의 계기’로 인해 타행위가능성이 완전히 사라지는 것과 유사하기 때문이다.

57) 진화심리학적으로 볼 때, 반격은 명백히 적응적 행동이다. 상대방의 공격에 적절히 반격하지 못하게 되면 또 다른 공격의 희생양이 되기 쉽다.

요컨대 초정상 도덕적 자극을 받은 자가 특정한 적응적 편익을 얻기 위해서 의무의식을 따르는 경우라면 타행위가능성이 거의 없어서 책임이 조각될 수밖에 없는 사례가 될 것이다.

#### 4. 확신범의 기대가능성 판단과 평균인표준설 및 행위자표준설

본고의 입장에 의하면 확신범의 기대가능성 판단에 있어서 평균인표준설과 행위자표준설의 대립도 해소될 수 있다. 확신범을 초정상 도덕적 자극을 받아 현행법을 위반하는 자로 새롭게 규정한다면, 이러한 해석은 확신범을 특정한 부류의 사람, 즉 ‘다수와 다르게 생각하는 소수자’로만 볼 것이 아니라 정상적인 범주의 사회적 평균인의 일원으로 볼 수 있음을 함축한다. 진화심리학의 미덕은 진화된 심리적 기제로서의 보편적인 인간본성을 다루고 있다는 점에서 찾을 수 있는바, 도덕적 본성은 그러한 심리적 기제의 하나로서 사회적 평균인이 공유하는 것이고 다만 확신범은 그러한 본성이 일정한 계기들, 즉 초정상 자극에 의해 증폭된 의무의식을 지닌 자로 해석할 수 있다는 것이다. 확신범을 이렇게 재해석하는 것이 온당하다면, 평균인표준설과 행위자표준설의 대립은 무의미해진다. 사회적 평균인을 고찰대상으로 하는 진화심리학의 기본입장에 비추어 볼 때 초정상 자극을 받게 되면 누구든지 확신범이 될 수 있기 때문이다. 다만 도덕적 자극에 대한 민감도에 있어서 극도로 과민한 행위자를 분별해 내기 위해서 그러한 자극에 노출된 자들 중에서 평균인을 기준으로 기대가능성유무를 판단하는 것이 타당하다고 본다. 예컨대 양심적 병역거부자라면 ‘양심적 거부자 중의 평균인 관점(reasonable conscientious objector standard)’에 의해 판단<sup>59)</sup>하

58) 확신범의 특징으로 이타적 동기설정에 주목하는 라드브루흐의 견해도 있지만 종교적 신념이 추가 되고, 만일 확신을 따르지 않을 경우에 영생이나 교단으로부터의 보호를 기대할 수 없게 되는 부수사정이 발생하는 경우라면, 이 역시 면책 가능한 확신범의 범주로 고려하는 데 무리는 없다고 본다.

59) 이러한 기준은 진화적 관점에서도 지지될 수 있다. 트롤리 문제(trolley problem)로 잘 알려진 실험이 있다. 여기서 발생하는 도덕적 딜레마의 하나가 ‘스위치 딜레마’이다. 기차가 다섯 명의 사람을 치려는 순간 스위치를 누르면 선로가 바뀌어 다섯 명은 구하지만 다른 선로의 한 사람을 치게 된다. 다른 하나는 ‘도보교(footbridge) 딜레마’로서 기차가 다섯 명을 치려는 순간 도보교에서 옆의 한 남자를 철로로 떠밀면 다섯 사람을 구할 수 있다. 실험결과에 의하면

면 될 것이다.<sup>60)</sup>

## V. 맺음말

확신범의 처우에 대한 기존의 유력한 관점의 하나는 이들을 단지 다수와 '다르게 무가치한 생각을 하는 자'가 아니라 다수의 생각 이상으로 '가치있는 다른 생각을 하는 자'로 보고 소수자의 '인권보호'의 측면에서 일정한 법적 배려를 해 주자는 것이었다. 이러한 접근방식은 다원화된 민주사회에서 생각이 다른 소수자의 다양한 가치를 인정해 준다는 측면에서 긍정적인 기능이 있지만, 법리적으로 기대불가능성으로 인한 책임조각의 가능성 측면에서는 적극적인 기능을 하지 못한다는 한계점을 드러낸다. 이에 본고에서는 관점의 전환을 통해 확신범에게 적법행위의 기대가능성이 없음을 입론해 보고자 하였다.

본고에서 고찰한 바에 따르면 확신범은 오랜 기간에 걸쳐서 누적적, 복합적

---

전자의 경우 대부분의 사람은 스위치를 누르는 것이 옳다고 판단했고, 후자의 경우 그 남자를 떠미는 것은 옳지 않다고 판단했다. 조슈아 그린은 이 결과를 두고 스위치 사례에서는 "다른 생명을 희생해서는 안 된다"는 의무감과 같은 감정에 기반한 도덕판단(자동모드)가 강하게 작동하고, 도보고 사례에서는 '최대다수의 행복'과 같은 공리주의적인 이성적 추론, 즉 인지작용에 기반한 도덕판단(수동모드)가 강하게 작동하기 때문이라고 분석한 바 있다. 그리고 이처럼 도덕판단에 있어서 상황에 따라 우리 뇌의 자동/수동 모드가 상이하게 개입하는 인지편향은 우리가 "서로를 밀치거나 때때로 밀어뜨려 살해해야 하는 환경" 속에서 진화했고, 멀리 떨어진 낯선 사람의 생명을 구할 수 있는 환경에서 진화하지 않았기 때문"이라고 해석한다. 이러한 해석이 옳다면 확신범의 '도덕적 걱정'의 기대가능성을 판단하는 데 있어서도 '조정상 도덕적 자극'이나 '도덕적 걱정의 계기'를 직접적으로 맞닥뜨린 행위자를 기준으로 하는 것이, 우리의 도덕판단에 있어서의 인지편향을 고려할 때 더 타당할 것이다. 조슈아 그린 외, 앞의 책, 15-24면 참조.

- 60) 한인섭, 앞의 논문, 460면. 한편 유사한 맥락에서 성희롱 성립여부를 판단하는 기준도 '평균적인 일반인', 즉 '합리적 인간(reasonable person) 기준'이 아닌 '합리적 여성(reasonable woman) 기준'이 바람직하다고 논증하고 있는 논문으로 안성조, "대학 내 교수 성희롱의 법·제도적 방지책 수립을 위한 시론 - 예비적 고찰로서 성희롱의 유형화와 판단기준의 제안 - ", 「한양대 법학논총」 제33집 제2호 (2016), 120면 이하 참조. 동 문헌에 의하면, 진화의 관점에서 보면 남녀의 성적 의사소통의 장애는 각기 다르게 진화한 인지편향에 기초한 것이므로 성희롱 판단은 '성-중립적'이 아닌 '성-의식적(sex-conscious standard)' 기준인 '합리적 여성 기준'을 따르는 것이 양성의 각기 다른 성적 심리를 적절히 고려할 수 있기 때문에 더 합리적인 결과를 가져온다.

인 계기를 통해 정서적·감정적으로 도덕적 자극을 받아 적법하게 행위할 가능성이 차단된 ‘도덕적 걱정범’으로 볼 수 있고, 따라서 적법행위의 기대가능성을 인정하기 어려우므로 책임이 조각된다고 보는 것이 타당하다. 특히 종교적 신념에 기반한 확신범은 확신을 따르지 않을 경우 영생이나 교단 또는 조직으로부터의 보호를 기대할 수 없게 되는 비정상적 부수사정이 더해지므로 기대가능성이 더욱 현저히 축소된다.<sup>61)</sup>

확신범의 기대가능성 판단기준에 대해 본고의 고찰이 시사하는 바는 누구든지 일정한 도덕적 자극과 계기를 접하면 확신범이 될 수 있다는 점에서 평균인 표준설과 행위자표준설의 대립은 큰 의미가 없으며, 확신범을 ‘다수와 다르게 생각하는 소수자’로만 볼 것이 아니라 ‘정상적인 범주의 사회적 평균인’의 일원으로 바라볼 필요가 있다는 것이고, 이러한 관점 전환은 확신범에게 책임조각의 가능성을 보다 크게 열어준다는 실익이 있다는 것이다.

본고에서 매듭짓지 못한 남은 문제가 몇 가지 있다. 확신범의 기대가능성을 부정하게 되더라도, 초법규적 책임조각사유로서의 기대가능성을 인정하지 않는다면, 곧바로 책임이 조각된다고 볼 수는 없을 것이다. 또한 만일 기대불가능성으로 확신범의 책임이 조각된다고 볼 수 있다면, 폭력적 확신범인 테러리스트에

61) 본고의 입론이 옳다면, 소송전략의 측면에서 확신범의 타행위불가능성은 인지적 측면(가치관이나 실천이성의 영역)보다는 심리적 측면(정서와 감정 및 도덕적 직관의 영역)에서 입증하는 것이 보다 효과적일 것이다. 또한 법관의 입장에서든 공정한 재판을 위해서는 확신범의 심리적 굴곡(屈曲)들에 대한 더 면밀하고 섬세한 검토가 필요할 것이다. 한편 논자에 따라서 본고의 결론이 확신범에게 그다지 달갑지 않게 여겨질 수 있을 것이라고 생각할 수도 있을 것이다. 오랜 고뇌와 이성적 숙고를 거쳐 형성된 확신을 ‘격정상태’로 격하시켰다고 부정적으로 받아들일 수도 있을 것이기 때문이다. 만일 당사자의 입장에서 그렇게 느낄 수 있다면 이유는 두 가지일 것이다. 하나는 자신의 신념의 형성과정에서 중요한 작용을 했던 일련의 계기들을 인식하지 못하고 있기 때문일 것이고, 다른 하나는 비록 인식은 하고 있었다 하더라도 그 중요성을 낮게 보거나 의도적으로 무시하고 싶기 때문일 것이다. 그러나 법원이 공정한 재판을 위해서 확신범의 심리적 측면에도 주목할 필요가 있는 것과 마찬가지로 확신범 자신도 의식적 또는 무의식적으로 간과하고 있거나 거부하고 있는 확신형성과정의 실제에 대해서 이해하고 수용하며 시인할 필요가 있을 것이다. 예컨대 감각적으로 지각할 수 없고 이성으로도 판단할 수 없는 순간적인 자극이 인간의 판단과 행동에 영향을 미칠 수 있음은 이른바 ‘서브리미널(subliminal) 효과’를 통해 널리 알려져 있다. 이 효과에 대해서는 오카다 다카시(황선중 역), 앞의 책, 216면 이하 참조. 적법행위의 기대가능성 판단이 과학적 지식에 기초한 사실인정에서 시작되지 않는다면 그것은 설령 증거에 기초했다고 하더라도 그릇된 선이해에서 비롯된 것으로서 정당한 판결이라고 보기 어려울 것이다.

대한 형사적, 정책적 대응을 어떻게 하는 것이 바람직할 것인지에 논의가 필요할 것이다. 이 문제에 대한 후속연구를 기약하기로 한다.

## 참고문헌

### 1. 논문

- 박중규, “양심범, 확신범 그리고 걱정범에 대한 책임해석론의 내용”, 「비교형사법연구」 제2권 제1호, 2000.
- 배종대, “기대가능성이론의 발전과 우리형법 50년”, 「형사법연구」 제18호, 2002.
- 손동권, “형법상 양심범처벌의 문제점 : 독일의 이론 및 판례를 중심으로”, 「안암법학」 제2호, 1994.
- 신치재, “고의의 작위범에 있어서 기대불가능성은 초법규적 책임조각사유로서 인정될 것인가?”, 「중앙대학교 법정논총」 제41집, 1987.
- 심현섭, “라드브루흐·확신범·금고”, 「법조」 제19권 제1호, 1970.
- 안성조, “효당 엄상섭의 형법이론과 형법사상”, 「서울대학교 법학」 제58권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2017.
- 안성조, “대학 내 교수 성희롱의 법·제도적 방지책 수립을 위한 시론-예비적 고찰로서 성희롱의 유형화와 판단기준의 제안-”, 「법학논총」 제33집 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2016.
- 양화식, “확신범의 가벌성과 처우”, 「형사정책연구」 제10권 제2호, 1999.
- 엄상섭, “확신범에 대한 대책”, 「법정(法政)」 제12권 제5호, 1957.
- 엄상섭, “암살범의 특질”, 「법률평론(法律評論)」 제1권 제3호, 1949.
- 윤영철, “양심적 병역거부에 대한 형사처벌의 형법적 문제점”, 「형사정책」 제16권 제2호, 2004.
- 이형국, “기대가능성의 이론과 기대불가능성의 초법규적 책임조각의 한계”, 「경희법학」 제18권 제1호, 1983.
- 한상훈, “진화론적 인지과학을 고려한 책임개념과 책임원칙의 재조명”, 「형사법

- 연구」 제27권 1집, 2005.
- 한인섭, “양심적 병역거부, 그 처벌의 위헌성”, 「법과정책」 제21집 제3호, 제주대학교 법과정책연구원, 2015.
- Ebert, Der Überzeugungstäter in der neueren Rechtsentwicklung, 1975.
- Haidt, J., Koller, S.H., & Dias, M.G., “Affect, culture, and morality, or is it wrong to eat your dog?”, 65 J Pers Soc Psychol., (1993).
- Haidt, J., “The emotional dog and its rational tail: A social intuitionist approach to moral judgment”, 108 Psychol Rev. (2001).
- Heinitz, ZStW 1966.
- Marvin Lim, The Sanity of Faith : What Religious Fundamentalism Teaches about the Insanity Defense and the First Amendment, 17 New Crim. L. Rev. 252 (2014).
- Peters, Überzeugungstäter und Gewissenstäter, in: Mayer-FS, 1966.
- Roxin, Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund, in: Maihofer-FS, 1988.
- Rudolphi, Die Bedeutung eines Gewissensentscheides für das Strafrecht, in: Welzel-FS, 1974.
- Wagstaff, G.F., “Equity, justice and altruism”, 17 Current Psychology (1998).

## II. 단행본

- 김성돈, 「형법총론」, 성균관대출판부, 2009.
- 김일수·서보학, 「형법총론」, 박영사, 2002.
- 데이비드 버스(이충호 역), 「진화심리학」, 웅진지식하우스, 2012.
- 디어드리 배릿(김한영 역), 「인간은 왜 위험한 자극에 끌리는가?」, 이순, 2011.
- 마이클 셔머(김소희 역), 「믿음의 탄생」, 지식갤러리, 2012.
- 민용근, 「그들의 손에 총 대신 꽃을」, 끌레마, 2014.
- 박상기, 「형법총론」, 박영사, 2002.
- 배종대, 「형법총론」, 홍문사, 2001.
- 성낙현, 「형법총론」, 동방문화사, 2010.

- 수전블랙모어(김명남 역), 「땀」, 바다출판사, 2010.
- 신동운, 「형법총론」, 법문사, 2015.
- 신동운, 「효당 엄상섭 형사소송법논집」, 서울대학교 출판부, 2005.
- 신동운·허일태, 「효당 엄상섭 형법논집」, 서울대학교 출판부, 2003.
- 오영근, 「형법총론」, 대명출판사, 2002.
- 오카다 다카시(황선종 역), 「심리조작의 비밀 - 어떻게 마음을 지배하고 행동을 설계하는가」, 어크로스, 2016.
- 유기천, 「형법학」, 법문사, 2011.
- 유발 하라리(김명주 역), 「호모데우스」, 김영사, 2017.
- 이상돈, 「형법강론」, 박영사, 2015.
- 이형국, 「형법총론」, 법문사, 1997.
- 임 웅, 「형법총론」, 법문사, 2002.
- 전중환, 「오래된 연장통」, 사이언스북스, 2014.
- 전중환, 「본성이 답이다」, 사이언스북스, 2016.
- 정영일, 「형법총론」, 박영사, 2007.
- 조슈아 그린(최호영 역), 「옳고 그름」, 시공사, 2017.
- 조슈아 그린 외(한세정 역), 「넥스트」, 21세기북스, 2010.
- 케빈 랠랜드·길리언 브라운(양병찬 역), 「센스 앤 넌센스」, 동아아시아, 2014.
- Hirsch, StGB. Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 1994.
- Jeschek/Weigend, AT, 1996.
- Ridley, Matt, The Origins of Virtue, (London: Viking, 1996).
- Schönke/Schröder/Lenckner, StGB, 24. Aufl., 1991.
- Stern, Jessica, *Terror in the Name of God : Why Religious Militants Kill* (HarperCollins Publishers, 2003).

[Abstract]

## A study on conscientiously motivated criminals

Ahn, Seong-Jo

*Professor, Jeju National University Law School*

There have been long-term disputes related with the legal treatments and countermeasures of conscientiously motivated criminals in legal academia. Some asserted that such criminals should be punished without exception, but others argued that they should be regarded as innocent.

This paper examines the possibility of exemption of criminal responsibility of conscientiously motivated criminals and argues that they should be treated as innocent actor, because there are no possibility of expectation to legal act(Zumutbarkeit) when they commit a specific crime with moral confidence.

To back up this argument objectively, the paper invoked some scientific grounds on the process of moral judgement and tried to redefine conscientiously motivated criminals as morally passionate criminals.

In conclusion, as far as we can judge from these grounds, conscientiously motivated criminals are not to blame, because they acted with irresistible moral passion.

**Key words** : conscientiously motivated criminals, moral intuition, possibility of expectation to legal act(Zumutbarkeit), supernormal moral stimuli, evolutionary ethics, morally passionate criminals