

## 형사판결논증의 구조와 특징\* -법이론의 측면에서-

양 천 수\*\* · 우 세 나\*\*\*

### < 목 차 >

- I. 서론
- II. 형사판결논증 개관
- III. 형사판결논증과 법해석학
- IV. 사실인정의 논증이론적 의미
- V. 형사법규범 탐색의 논증이론적 문제
- VI. 형사법규범 해석에 관한 논증이론적 문제
- VII. 글을 맺으며

### I. 서론

법적 분쟁을 종결하는 판결은 기본적으로 ‘논증’(Argumentation)을 필요로 한다. 여기서 논증은 근거를 통해 주장을 뒷받침하는 과정이라고 정의내릴 수 있다.<sup>1)</sup> 실무적으로 보면, 논증은 보통 ‘판결이유’에서 제시된다. 법관 또는 법원이 내리는 판결은 이러한 논증을 통해 규범적 설득력을 확보할 수 있다. 그 점에서 논증은 법적 분쟁을 해결하는 과정에서 중요한 역할을 수행한다. 이 글은

\* 이 논문은 공동필자인 양천수 교수가 공동연구원으로 참여한 대법원 연구용역보고서 『법적 논증 실천론 연구』(원광대학교 산학협력단, 2015)에서 양천수 교수가 집필한 부분을 우세나 교수가 대폭 수정 및 보완한 것이다.

\*\* 영남대학교 법학전문대학원 부교수·법학박사.

\*\*\* 공주대학교 법학과 부교수·법학박사.

1) 논증 개념에 관해서는 우선 울프리트 노이만, 윤제왕 (옮김), 『법과 논증이론』, 세창출판사, 2009 참고.

이렇게 법적 분쟁을 해결하는 과정에서 필수적인 요소로서 중요한 역할을 수행하는 논증의 구조를 분석하는 것을 목표로 한다. 특히 형사판결논증을 주된 분석대상으로 삼아 형사판결논증이 전체적으로 어떤 구조를 취하고 있는지, 여기에는 어떤 특징이 있는지를 분석하고자 한다. 다만 제한된 지면 그리고 필자가 갖고 있는 역량의 한계를 고려하여, 형사판결논증에 관한 개별적 쟁점을 상세히 다루기보다는 형사판결논증이 갖고 있는 구조 및 특징의 전체적인 모습을 개관하는 데 초점을 맞추고자 한다.

## Ⅱ. 형사판결논증 개관

### 1. 형사판결의 방법론적 기초로서 법적 삼단논법

#### 1) 법적 삼단논법의 개념

모든 판결이 그런 것처럼, 형사판결 역시 법적 삼단논법에 따라 이루어진다.<sup>2)</sup> 여기서 법적 삼단논법은 다음과 같이 정의할 수 있다. 법적 삼단논법이란 철학 및 논리학에서 정립된 삼단논법을 법 영역에 적용한 것을 말한다. 여기서 삼단논법이란 일정한 ‘대전제’(상위명제)를 기준으로 하여, 이러한 대전제에 ‘소전제’(하위명제)를 ‘포섭’하여 결론을 도출하는 논리적 방법을 말한다. 달리 ‘연역모델’이라고 부르기도 한다. 세 가지 단계로 구성된 논리적 추론방법이라고 해서 ‘삼단’논법이라고 부른다. 이러한 삼단논법을 법적 추론과정에 적용한 것이 바로 법적 삼단논법인 셈이다.

법적 삼단논법은 다음과 같은 추론과정으로 구성된다. 첫 번째 단계는 대전제에 해당하는 법규범을 탐색·구체화하는 단계이다. 법적 추론과정에서 큰 비중을 차지하는 법해석은 바로 대전제에 해당하는 법규범을 구체화하는 역할을 수행한다. 두 번째 단계는 소전제에 해당하는 법적 분쟁의 사실관계를 확정하는 단계이다. 이를 달리 ‘사실인정’ 단계라고 말하기도 한다.<sup>3)</sup> 실제 재판과정에

2) 법적 삼단논법에 관해서는 이상돈, 「새로 쓴 법이론」, 세창출판사, 2005; 김정오·최봉철·김현철·신동룡·양천수, 「법철학: 이론과 쟁점」, 박영사, 2013, 109면 아래 등 참고.

3) 이러한 사실인정에 관해서는 백찬하·조영석, “법원의 과거사사건 사실인정에 관한 고찰”,

서 이 단계는 소송절차를 통해 구현된다. 세 번째 단계는 대전제인 범규범을 소전제인 사실관계에 적용 또는 포섭하여 법적 결론, 즉 판결문의 주문을 이끌어내는 단계이다. 이를 도식화하면 다음과 같다.

<도식-1> 법적 삼단논법의 추론과정

제1단계	대전제 탐색 및 구체화	법적 분쟁의 관련 범규범 탐색·구체화
제2단계	소전제 확정	법적 분쟁의 사실관계 확정
제3단계	결론	범규범을 사실관계에 적용하여 결론 도출

그런데 여기에서 주의해야 할 점은 실제로 이루어지는 법적 삼단논법은 위에서 설명한 과정과는 다소 차이가 있다는 것이다. 왜냐하면 실제 재판과정에서 적용되는 법적 삼단논법은 소전제를 확정하는 과정이 먼저 이루어지고, 그 다음에 이러한 소전제와 관련을 맺는 대전제를 탐색 및 구체화하는 과정이 진행되기 때문이다. 이를 고려하면, 실제 재판에서 이루어지는 법적 삼단논법은 다음과 같이 도식화할 수 있다.

<도식-2> 실제 법적 삼단논법의 추론과정

제1단계	소전제 확정	법적 분쟁의 사실관계 확정
제2단계	대전제 탐색 및 구체화	법적 분쟁의 관련 범규범 탐색·구체화
제3단계	결론	범규범을 사실관계에 적용하여 결론 도출

## 2) 법적 삼단논법에서 본 형사판결

이러한 법적 삼단논법에 따라 형사판결을 보면, 형사판결은 다음과 같은 단

---

「법조」 제62권 제11호, 법조협회, 2013. 11, 5-45면; 김상준, 「무죄판결과 법관의 사실인정」, 경인문화사, 2013; 배문범, “시신 없는 살인사건에 있어서 간접증거에 의한 사실인정”, 『동아법학』 제59호, 동아대학교 법학연구소, 2013. 5, 107-155면; 이성기, “변화하는 형사재판 환경에서의 형사증거법의 역할과 과제: 사실 인정자의 편견을 배제하기 위한 형사증거법상 제언”, 『법과 정책연구』 제14집 제4호, 동광문화사, 2014. 12, 1933-1961면; 권오걸, 「사실인정과 형사증거법」, 경북대학교출판부, 2014; 김종률, “진술·증거분석을 통한 사실인정 방법론 연구”, 한양대학교 대학원, 박사 학위논문, 2014; 사법연수원, 「형사증거법 및 사실인정론」, 사법연수원 출판부, 2015 등 참고.

계를 통해 이루어진다.

(1) 첫 번째 단계

먼저 실제 법적 분쟁이 발생해야 한다. 물론 이러한 법적 분쟁은 형사사건이어야 한다. 형사법원 또는 법관이 형사분쟁을 해결하기 위해서는 첫 번째 단계로서 소전제를 확정해야 한다. 소전제는 형사분쟁에서 전제가 되는 사실을 말한다. 따라서 소전제를 확정한다는 것은 형사분쟁에서 전제가 되는 사실을 인정하는 것을 뜻한다.<sup>4)</sup> 일반적으로 이러한 사실은 검사가 공소제기를 통해 제시한다. 물론 검사가 공소로써 제시하는 사실은 확정된 사실이 아니라, 잠정적인 가설에 불과하다. 이러한 가설은 공판절차 속에서 관련자들의 주장과 증거를 통해 검증되어야 한다.<sup>5)</sup> 소전제에 해당하는 사실을 최종적으로 확정하는 권한은 법관에게 부여된다.

(2) 두 번째 단계

두 번째 단계는 형사분쟁을 해결하는 데 관련되는 형사법규범을 탐색하고 해석하는 단계이다. 물론 이 과정 역시 형사법관이 직접 전적으로 수행하는 것은 아니다. 왜냐하면 통상의 형사재판에서는 검사가 공소를 제기할 때 공소장에서 관련 형사법규범을 적시하고, 이러한 형사법규범에 대한 해석 역시 제시하기 때문이다. 그러므로 형사법관은 검사가 공소장에서 제시한 형사법 규범 및 이에 대한 해석이 과연 타당한지를 검토하면 된다.

물론 그렇다고 해서 형사법관이 법규범을 탐색할 필요가 전혀 없는 것은 아니다. 당사자주의가 지배하는 민사소송과는 달리,<sup>6)</sup> 직권주의가 지배하는 형사소송에서 법관은 경우에 따라서는 검사가 간과한 쟁점 및 이에 관한 형사법규범을 간취해 검사에게 공소장을 변경할 것을 요구할 수도 있기 때문이다.<sup>7)</sup> 그러므로 형사법관 역시 검사가 제출한 공소장과 수사기록 그리고 피고인 측이 제시하는

4) 이러한 사실인정에 관한 법이론적 문제에 대해서는 양천수, “형사소송에서 사실인정의 구조와 쟁점: 법적 논증의 관점에서”, 『형사정책연구』 제26권 제4호, 한국형사정책연구원, 2015. 12, 59면 아래 참고.

5) 형사소송법은 이를 증거재판주의로 규정한다.

6) 이에 관해서는 양천수·우세나, “민사소송에서 바라본 진실 개념: 법철학의 관점을 곁하여”, 『민사소송』 제14권 제2호, 한국사법행정학회, 2010. 11, 33면 아래 참고.

7) 공소장 변경 문제에 관해서는 김형준, “공소장변경의 필요성과 한계”, 『중앙법학』 제2권, 중앙법학회, 2000. 9, 395면 아래 참고.

주장과 증거 등을 면밀하게 파악하여 형사분쟁과 관련된 법적 쟁점을 빠짐없이 그리고 정확하게 추출해야 하고, 이에 걸맞게 형사법규범도 탐색해야 한다.

그런데 형사법규범을 탐색하는 작업은 생각만큼 쉬운 작업이 아니다. 왜냐하면 실제 형사분쟁에서 전제가 되는 사실과 관련을 맺는 형사법규범은 다양하게 흩어져 있는 경우가 대부분이기 때문이다. 그러므로 형사법관이 형사분쟁과 관련되는 형사법규범을 성공적으로 탐색하기 위해서는 두 가지 사고를 행해야 한다. 첫 번째는 ‘확산적 사고’로서 형사법관은 관련되는 형사법규범을 가능한 한 빠짐없이 찾아내야 한다. 이는 형사분쟁의 법적 쟁점을 최대한 많이 수집하는 것과 관련을 맺는다. 두 번째는 ‘수렴적·체계적 사고’로서 이렇게 확산적 사고로써 찾아낸 형사법규범을 체계적으로 정돈하는 것이다. 형사법규범을 체계적으로 구성하는 과정이므로, 이를 ‘구성적 과정’이라고도 말할 수 있다.

이렇게 형사법규범을 탐색하는 과정이 완료되면, 그 다음으로 형사법관은 이러한 형사법규범을 형사분쟁의 전제가 되는 사실에 적용할 준비를 해야 한다. 이 과정에서 형사법관은 많은 경우 형사법규범을 해석하는 과정을 거쳐야 한다. 물론 상당수의 실제 사건에서 형사법관은 형사법규범을 직접 해석해야 할 일이 많지 않을 것이다. 왜냐하면 특히 하급심 법관의 경우에는 형사법규범을 해석해 놓은 대표적인 유권해석인 대법원 판례에 따라 형사분쟁을 해결할 것이기 때문이다. 그렇다 하더라도 경우에 따라서는, 이를테면 기존의 판례가 존재하지 않는 사건을 다루어야 하거나 이른바 ‘하드 케이스’(hard case)를 풀어야 하는 경우에는 형사법관은 독자적으로 형사법규범을 해석해야 한다. 이 때 형사법관은 유추금지원칙에 따라 허용되는 해석의 범위 안에서 형사법규범을 해석해야 한다. 달리 말해, 형법해석의 한계기준을 준수해야 한다. 그러나 형법해석의 한계기준이 무엇인지, 실제 형사판결이 형법해석의 한계기준을 준수한 것인지를 판단하는 것은 생각만큼 쉬운 일은 아니다.<sup>8)</sup>

### (3) 세 번째 단계

세 번째 단계는 이렇게 해석을 통해 구체화한 형사법규범을 형사분쟁의 전제가 되는 ‘사실’(Tatsache) 또는 ‘사안’(Sachverhalt)에 적용하는 단계이다. 이는 형사법규범을 사실에 적용하는 단계라고 말하기도 하고, 달리 사실을 형사법규

8) 이 문제에 관해서는 신동운 외, 「법률해석의 한계」, 법문사, 2000 참고.

법에 포섭시키는 단계라고 말하기도 한다. 전통적인 삼단논법에 따르면, 이 과정에서는 이른바 ‘포섭이데올로기’가 지배하였다.<sup>9)</sup> 포섭이데올로기에 따르면, 법관은 단순히 ‘법률을 말하는 입’이자 사실을 법규범에 기계적으로 포섭시키는 수동적인 존재에 지나지 않는다. 여기에 법관의 재량이 개입할 여지는 존재하지 않는다. 법관은 기계적으로 사실과 법규범을 연결시키기만 하면 될 뿐이다. 이 때문에 심지어 법관은 ‘자동포섭장치’(Subsumtionsautomat)라고 불리기도 하였다. 그러나 실제 재판과정에서 형사법관이 수동적이고 기계적인 존재에 불과한 것인지에 대해서는 의문이 없지 않다. 아래에서 다루게 될 법해석학은 이러한 의문에서 출발하여 법관이 단순히 ‘법률을 말하는 입’에 그치는 존재가 아니라는 점을 논증한다.<sup>10)</sup>

## 2. 형사판결논증의 절차적 과정으로서 형사소송

형사판결을 만들어 가는 과정은 일종의 논증과정이다. 제도적인 측면에서 볼 때, 이러한 형사판결논증은 형사소송절차를 통해 이루어진다. 형사소송절차는 크게 두 부분으로 구성된다. 수사절차와 공판절차가 그것이다. 수사절차는 형사분쟁의 전제가 되는 범죄사실을 밝히는 절차이다. 경찰과 검찰은 임의수사와 강제수사방법을 사용하여 범죄사실을 수사한다. 그러나 수사절차에서 밝힌 범죄사실은 확정된 사실이 아니라, 가설적인 사실에 불과하다. 이러한 범죄사실은 공판절차에서 검증되는 과정을 거쳐야 한다.

공판절차에서 형사법관은 수사기관이 제시한 공소사실이 진실에 맞는 범죄사실인지를 각종 주장과 증거를 통해 검증한다. 여기서 한 가지 주목해야 할 점은, 당사자주의가 지배하는 민사소송과는 달리, 형사소송에서는 기본적으로 직권주의가 지배하고, 따라서 형사법관은 이러한 직권주의에 따라 범죄사실을 밝혀야 한다는 점이다. 이 점에서 형사소송에서는 ‘실체적 진실’을 밝혀야 한다고 주장된다.<sup>11)</sup> 그러나 이에 관해서는 두 가지 점을 지적해야 한다. 첫째, 형사소

9) 이에 관해서는 Stefan Grote, *Auf der Suche nach einem „dritten Weg“: Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, 2. Aufl., Baden-Baden, 2008, S. 146 아래 참고.

10) 법해석학에 따르면, 사실을 인정하고 법규범을 해석하며 이렇게 인정된 사실을 법규범에 포섭시키는 과정은 서로 명확하게 분리된 과정이 아니라, 서로가 서로에 순환적으로 영향을 미치는 관계를 형성한다. 사실인정과 법규범해석 그리고 포섭절차가 분리되는 것이 아니라, 해석학적으로 서로 융합된다는 것이다.

송을 지배하는 직권주의는 엄격한 의미의 직권주의가 아니라, 다소 완화된 직권주의라는 점이다.<sup>12)</sup> 그 이유를 아래와 같이 말할 수 있다. 우선 가장 엄격한 직권주의는 수사기관과 판결기관이 분리되지 않는 규문주의라고 할 수 있는데, 우리 형사소송제도는 수사기관과 판결기관을 제도적으로 분리한 탄핵주의를 채택하고 있다는 점이다. 나아가 우리 형사소송법은 지난 2007년에 단행된 형사소송법 개정을 통해 공판중심주의를 강화함으로써 당사자주의의 요소를 대폭 수용하고 있다는 점이다. 이를테면 국민참여재판을 도입함으로써 사실인정에 관한 법관의 권한을 약화시킨 점을 꼽을 수 있다. 둘째, 형사소송에서 실체적 진실을 발견하는 것은 여러 측면에서 불가능하다는 점이다. 그 때문에 형사소송에서 추구해야 하는 진실은 실체적 진실이 아니라, 소송 관련자들이 수궁할 수 있는 절차적 진실이라는 주장이 제기되기도 한다.<sup>13)</sup>

여하간 공판절차에서 형사법관은 검사 및 피고인이 제기하는 주장과 증거를 바탕으로 하여 범죄사실을 확정해야 한다. 형사소송절차 전 과정에서 가장 중요한 비중을 차지하는 것이 이렇게 범죄사실을 밝히는 것이라고 말할 수 있다. 이러한 형사소송절차를 법적 삼단논법의 틀에서 재해석하면, 소전제를 밝히는 과정에 해당하는 범죄사실인정이 종료되면, 형사법관은 이러한 범죄사실과 관련을 맺는 형사법규범을 탐색 및 해석한 후 이를 범죄사실에 적용함으로써 형사판결을 내려야 한다.

### 3. 형사판결논증의 2단계 구조

법적 삼단논법과는 별개로, 제도적인 측면에서 볼 때 형사판결논증은 2단계로 구조화된다. 첫 번째 단계는 검사와 피고인 측이 제기하는 주장과 증거가 적법한지를 판단하는 적법성 논증단계이다. 형식적 판단에 해당한다. 이 단계는

- 
- 11) 이에 관해서는 하재홍, “형사절차에서의 실체진실주의: 평가와 전망”, 『인권과 정의』 제414호, 대한변호사협회, 2011. 2, 68-85면; 양천수, “형사소송법상 실체진실주의와 적정절차원칙에 대한 비판적 고찰: 법철학의 관점에서”, 『경남법학』 제23집, 경남대학교 출판부, 2008. 2, 125-146면 등 참고.
  - 12) 이러한 맥락에서 우리 대법원은 현행 형사소송의 소송구조를 직권주의가 아니라, 직권주의의 요소가 가미된 당사자주의로 파악한다.
  - 13) 이에 관해서는 이상돈, “형사소송의 사실인정에서 인식, 이론, 현실 그리고 정책”, 『법실천의 제문제』, 법문사, 1996; 이상돈, “법관의 말행위와 올바른 법”, 『저스티스』 제25권 제2호, 한국법학원, 1992. 12; 변중필, “형사소송에서 진실개념”, 고려대학교 대학원, 박사 학위논문, 1998; 양천수, 앞의 논문(주11), 125-146면 등 참고.

민사소송에서 소송요건의 적법성을 판단하는 과정과 유사하다. 적법성을 논증하는 단계에서는 크게 다음과 같은 것들이 문제가 된다. 이를테면 검사가 공소를 제기할 때 공소장 일본주의를 준수했는지 여부,<sup>14)</sup> 검사가 제시하는 증거가 형사소송법이 규정한 증거법에 따라 적법하게 수집된 것으로서 증거능력을 갖추었는지 여부 등이 그것이다. 이 과정에서는 주로 형사소송법이 판단근거로 활용된다. 두 번째 단계는 검사와 피고인 측이 제기하는 주장이 내용적인 측면에서 이유구비성을 갖추고 있는지를 판단하는 이유구비성 논증단계이다. 실질적 판단에 해당한다. 본래 의미의 형사판결논증은 바로 이 부분과 관련을 맺는다. 왜냐하면 이 부분은 형사실체법과 관련을 맺는 부분으로서, 형사법규범의 해석 및 적용과 직접 연결되기 때문이다.

#### 4. 형사판결논증의 특수성

법적 논증 가운데 가장 대표적인 유형인 민사판결논증과 형사판결논증은 여러 측면에서 공통점과 차별점을 갖는다. 예를 들어, 민사판결논증과 형사판결논증은 다 같이 법적 삼단논법을 논증의 기반으로 삼는다. 그렇지만 민법과 형법이 추구하는 규범목적에 차이가 있는 것처럼, 민사판결논증과 형사판결논증 사이에는 차이점도 여럿 보인다. 예컨대 위에서 지적한 것처럼, 사실을 인정할 때 민사판결논증에서는 당사자주의가 지배하는 반면, 형사판결논증에서는 직권주의가 지배한다.<sup>15)</sup> 또한 민사판결논증에서는 증거법보다는 증명책임이 더욱 중요한 비중을 차지하는 반면, 형사판결논증에서는 증명책임보다 증거법이 더욱 중요한 역할을 수행한다. 이 중에서도 법적 삼단논법의 시각에서 볼 때 가장 중요한 부분은, 민사판결논증에서는 사실인정에 관한 문제보다는 법적 쟁점을 찾고 이에 관한 법규범을 탐색 및 해석하는 문제가 더욱 비중을 차지하는 반면, 형사판결논증에서는 이와 반대로 형사법규범을 탐색하고 해석하는 문제보다는 범죄사실을 인정하는 문제가 더욱 중요하고 또한 어려운 문제로 취급되고 있다는 점이다.<sup>16)</sup> 바로 이러한 까닭에서 형사판결논증에서는 검사가 제시하는

14) 공소장 일본주의에 관해서는 홍영기, “공소장일본주의: 이론과 정책: 대법원 판례(2009도 7436 전원합의체) 평석을 포함하여”, 『형사법연구』 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2010, 205-233면 참고.

15) 여기서 직권주의가 지배한다는 것은, 민사소송에서 인정하는 처분권주의와 변론주의가 형사소송에서는 적용되지 않는다는 점을 뜻한다.



증거가 과연 적법한 증거능력을 갖추고 있는지를 판단하는 문제가 중요하고, 이를 규율하기 위해 형사소송법에서 엄격한 증거법을 규정하고 있는 것이다.

### Ⅲ. 형사판결논증과 법해석학

위에서 언급한 것처럼, 형사판결논증은 기본적으로 법적 삼단논법에 따라 이루어진다. 그러나 실제 형사판결논증이 철저하게 법적 삼단논법에 따라 이루어지는 것은 아니다. 특히 전통적인 법적 삼단논법이 예정하는 ‘포섭이테올로지’가 실제 형사판결논증에서 구현되는 것은 아니다. 왜냐하면 법해석학이 주장하는 것처럼, 형사판결논증 과정에서도 해석학적 이해가 이루어지기 때문이다.

#### 1. 법해석학의 의의

##### 1) 해석학의 의의

그러면 법해석학이란 무엇인가? 법해석학은 ‘해석학’(Hermeneutik)을 법 영역에 수용하면서 등장한 학문분과이다.<sup>17)</sup> 그렇다면 해석학이란 무엇을 뜻하는가? 철학에서 해석학은 보통 “이해에 관한 학문”이라고 정의한다.<sup>18)</sup> 성서해석과 같이 일정한 텍스트를 해석하는 데서 발전하기 시작한 해석학은 크게 세 가지 흐름으로 전개되었다. 첫째는 정신과학의 ‘방법’으로서 정립된 해석학이다. 19세기 독일의 철학자인 딜타이(W. Dilthey)가 정립한 해석학이 바로 여기에 해당한다.<sup>19)</sup> 둘째는 이해의 과정을 존재론적으로 밝히고자 한 해석학이다. 철학자 하

16) 이에 관해서는 조강수·오종택, “‘독수리 5형제’와 이견 없었다 … 법관 보수·진보 구분 찬성 못 해”, 『중앙일보』(2014. 8. 30. 02:01)(<http://news.joins.com/article/15684988>) 참고; 양창수 전임 대법관의 퇴임인터뷰를 다루고 있는 이 기사에서 양창수 당시 대법관은 “유 무죄를 다루는 형사사건에 대한 대법원 심리는 거의 전부가 사실 인정, 즉 증명의 문제에 집중된다.”고 말한다.

17) 우선적으로 J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, Frankfurt/M., 1970, S. 133 아래; 이를 소개하는 남기윤, “독일 사법학 방법론의 현상과 신경향들”, 『저스티스』 제95호, 한국법학원, 2006. 12, 90-93면.

18) 한스 인아이헨, 문성화 (옮김), 『철학적 해석학』, 문예출판사, 1998, 15면.

19) 딜타이의 해석학에 관해서는 빌헬름 딜타이, 이한우 (역), 『체현·표현·이해』, 책세상, 2002 참고.

이데거(M. Heidegger)에게서 시작하여 가다머(H.-G. Gadamer)를 통해 집대성된 철학적-존재론적 해석학이 이에 해당한다. 셋째는 ‘비판이론’(kritische Theorie)의 맥락에서 등장한 해석학이다. 하버마스(J. Habermas)가 초기의 저작인 『인식과 관심』(Erkenntnis und Interesse)에서 제시한 해석학이 바로 이에 해당하는데, 이를 달리 ‘비판적 해석학’(kritische Hermeneutik)이라고 부르기도 한다.<sup>20)</sup>

## 2) 법해석학의 세 가지 유형

이러한 세 가지 흐름의 해석학 중에서 법해석학에 많은 영향을 미친 해석학은 가다머가 집대성한 철학적-존재론적 해석학이다.<sup>21)</sup> 이해‘방법’이 아닌 이해의 ‘존재론적 과정’ 그 자체를 탐구하는 데 몰두한 철학적 해석학은 법 영역에 수용되어 다수의 생산적인 결과를 낳았다.<sup>22)</sup>

이 같은 해석학의 유형을 법해석학에 적용하면, 법해석학 역시 세 가지 유형으로 구분할 수 있다. 첫째는 실정법에 대한 해석방법으로서 의미를 갖는 법해석학이다. 전통적인 ‘실정법 해석학’ 혹은 ‘실정법 도그마틱’이 첫 번째 유형의 법해석학에 속한다. 이러한 유형의 법해석학에서는 어떻게 하면 실정법규범을 올바르게 해석할 수 있는지에 관심을 갖는다. 해석‘방법’ 그 자체에 주안점을 두는 것이다. 그 점에서 첫 번째 유형의 법해석학은 ‘실천적’이며 ‘규범적’이다. 실정법학자들과 실무법률가들이 가장 관심을 기울이는 법해석학이 바로 여기에 속한다.

둘째는 실무법률가들이 법규범을 어떻게 해석하는지를 존재론적으로 관찰하는 법해석학이다. 철학적-존재론적 해석학을 수용한 법해석학이 여기에 해당한다. ‘철학적-존재론적 법해석학’이라고 말할 수 있다. 보통 ‘법해석학’(juristische Hermeneutik)하면 이러한 두 번째 유형의 법해석학을 의미한다. 이러한 법해석학에서는 어떻게 하면 실정법규범을 잘 해석할 수 있는가보다는 실무법률가들이 실제로 어떻게 법규범을 해석하는가에 관심을 쏟는다. 그 점에서 두 번째

20) 하버마스의 비판적 해석학을 간단하게 소개하는 양천수, “형법상 범의 개념의 새로운 근거 설정 필요성과 가능성”, 『고려법학』 제47호, 고려대학교 법학연구원, 2006. 10, 276-280면 참고.

21) 아래에서는 이를 ‘철학적 해석학’으로 약칭하고자 한다.

22) 이를 분석한 양천수, “해석학의 법철학적 수용”, 고려대학교 대학원, 석사 학위논문, 2000 참고.

유형의 법해석학은 ‘존재론적’이고 ‘관찰자적’이다.

셋째는 비판적 해석학을 수용한 법해석학이다. ‘비판적 법해석학’이라고 말할 수 있다. 비판적 법해석학은 한편으로는 철학적-존재론적 해석학의 관점을 수용하면서도, 다른 한편으로는 철학적-존재론적 해석학의 한계를 비판적으로 극복하고자 한다. 특히 ‘선이해에 대한 반성’을 강조함으로써 철학적-존재론적 법해석학이 자의적인 법해석학으로 전락하는 것을 막고자 한다.

이러한 세 가지 유형 중에서 보통 법해석학하면, 이미 언급한 것처럼, 두 번째 유형의 철학적-존재론적 법해석학을 지칭한다. 아래에서도 법해석학을 이러한 의미로 사용하고자 한다.

## 2. 법해석학의 핵심 개념

법해석학의 핵심 개념으로는 크게 두 가지 개념을 언급할 수 있다. ‘선이해’와 ‘해석학적 순환’이 그것이다.<sup>23)</sup>

### 1) 선이해

선이해 개념은 철학적-존재론적 법해석학에서 가장 핵심이 되는 개념이다. 선이해를 인정할 것인가 여부에 따라 전통적인 실정법 해석학과 법해석학이 구별된다. 법해석학의 철학적 기초가 되는 철학적-존재론적 해석학은 우리가 “백지상태”에서 대상을 인식한다는 로크(J. Locke)의 주장을 거부한다. 그 대신 철학적 해석학은 이해자가 특정한 텍스트를 이해하기 이전부터 이미 일정한 이해조건에 기반을 두어 해당 텍스트를 이해한다고 말한다. 이러한 이해조건을 ‘선입견’(Vorurteil) 또는 ‘선이해’(Vorverständnis)라고 말한다.<sup>24)</sup> 철학적 해석학에 따르면, 우리는 이러한 선이해에 의존하여 대상이나 텍스트를 이해한다. 우리의 모든 이해과정은 선이해에 종속된다.

이러한 철학적 해석학의 테제는 인식의 객관성을 추구하는 전통적인 인식

23) 아래의 서술은 양천수, “법해석학을 통해 다시 바라본 사회적 행위론”, 「안암법학」 제25호, 안암법학회, 2007. 11, 481면 아래를 주로 참고하였다.

24) 아래에서는 이를 ‘선이해’로 통일해서 사용하고자 한다. 다만 철학적-존재론적 해석학을 정립한 가다머는 “선입견”(Vorurteil)이라는 용어를 사용하였다. H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1975, S. 250 아래 참고.

론의 테제와 비교할 때 상당히 과격한 것이다. 그러나 여기서 주의해야 할 점은, 이렇게 철학적 해석학이 선이해를 강조한다고 해서 철학적 해석학이 이해의 객관성을 완전히 포기하는 것은 아니라는 것이다. 가다머는, 니체가 그런 것처럼, 이해과정이 철저하게 각 개인의 주관성에 의존한다고 주장하지는 않는다.<sup>25)</sup> 그 대신 가다머는 이해의 전제조건인 선이해는 이해자인 각 개인이 갖고 있는 주관적인 선이해에 기반을 두는 것이 아니라, 그 개인이 속한 공동체의 ‘전통’에 바탕을 둔다고 말한다. 그리고 이러한 전통은 공동체의 구성원이 자발적으로 승인한 ‘권위’에 기반을 둔다고 말한다. 따라서 가다머의 철학적 해석학에 따를 때, 이해과정은 주관적인 것이 아니라 객관적인 것일 수 있다.

## 2) 해석학적 순환

나아가 철학적 해석학은 텍스트를 이해하는 과정은 단선적인 과정이 아니라 순환적인 과정이라고 말한다. 이러한 순환적인 과정을 철학적 해석학에서는 “해석학적 순환”(hermeneutischer Zirkel)이라고 말한다. 다시 말해, 철학적 해석학에 따르면 이해과정이란 이해자와 이해대상 사이에서 “시선”이 순환적으로 “오고가는” 과정인 것이다.<sup>26)</sup> 이를 구체적으로 다음과 같이 말할 수 있다. 위에서 언급한 것처럼, 이해의 출발점은 이해자가 지니고 있는 선이해이다. 이해자는 선이해를 통해 이해대상을 이해하고자 한다. 그러나 대상 또는 텍스트를 이해하는 과정에서 이해자는 새로운 지평을 만나게 되고, 이를 통해 이해자가 지니고 있던 선이해는 어느 정도 교정된다. 이해자는 이렇게 교정된 선이해를 바탕으로 하여 다시 이해대상을 더욱 정확하게 이해하고자 하고, 경우에 따라서는 선이해가 다시 한 번 교정된다. 이렇게 교정된 선이해를 통해 이해자는 다시금 자신의 이해를 심화시킬 수 있다. 이렇게 이해과정은 순환과정을 거치면서 더욱 정확한 이해에 도달한다.<sup>27)</sup>

25) 니체에 관해서는 T.-M. Seibert, “Dekonstruktion der Gerechtigkeit: Nietzsche und Derrida”, Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart, 2006, S. 29 아래.

26) 이를 독일의 형법학자 엥기쉬(K. Engisch)는 비유적으로 “상위명제와 생활사안 사이에서 시선의 오고 감”이라고 표현한다. 이에 관해서는 K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1963 참고.

27) 이 때문에 독일의 형법학자 하세머(W. Hassemer)는 해석학적 순환이 ‘나선형’을 그린다고 말한다. W. Hassemer, *Tatbestand und Typus*, Köln usw., 1968, S. 107.

### 3) 법해석학에서 바라본 선이해와 해석학적 순환

#### (1) 선이해

이러한 선이해와 해석학적 순환은 기본적으로 법해석학에도 그대로 수용된다. 이를테면 형사법관은 자신이 갖고 있는 선이해를 기초로 하여 검사와 피고인 측이 제시하는 사실주장과 증거를 판단하고 관련되는 형사법규범을 해석한다. 이 때 형사법관의 선이해를 구성하는 것이 무엇인지 문제될 수 있다. 이를 흔히 형사법관 개인이 갖고 있는 가치관 또는 선입견으로 파악하기 쉬운데, 사실 이는 그렇게 간단하지는 않다. 형사법관이 갖고 있는 선이해는 일단 두 가지로 구분할 수 있다. 개인적 선이해와 직업적 선이해가 그것이다.

먼저 직업적 선이해는 형사법관이 법관직을 수행하면서 축적된 선이해를 말한다. 체계이론의 언어로 말하면, 형사법관 개인이 법체계에 편입되면서 축적되고 내면화된 법체계의 고유한 지식 및 작동논리 등을 말한다. 법체계가 축적한 지적 산물로서 형사법관에게 내면화된 법적 개념과 논리, 해석론, 판례 등이 여기에 해당한다. 그 중에서도 판례는 형사법관의 직업적 선이해를 구성하는 데 결정적인 역할을 한다.

나아가 개인적 선이해는 형사법관이 개별 인간으로서 축적한 선이해를 말한다. 이는 사실적 측면과 규범적 측면으로 구분할 수 있다. 사실적 측면의 선이해란 형사법관 개인이 체험한 경험이나 지식 등을 말한다. 이에 대해 규범적 측면의 선이해란 형사법관이 개인적으로 형성하고 내면화한 도덕이나 윤리, 가치관 등을 말한다.

#### (2) 해석학적 순환

법해석학에 따르면, 형사법관이 사실을 인정하고 법규범을 해석하며, 사실을 법규범에 포섭시키는 과정에서 해석학적 순환이 이루어진다. 이 때 일반적인 철학적 해석학이 주장하는 해석학적 순환과 차이가 있는 부분은, 법해석학에서는 법규범을 해석하는 과정뿐만 아니라, 사실을 인정하고 이렇게 인정된 사실을 해석으로 구체화된 법규범에 포섭시키는 과정에서도 해석학적 순환이 일어난다는 것이다. 더 나아가 이러한 세 가지 유형의 해석학적 순환은 서로 명확하게 분리되는 것이 아니라, 서로가 서로에 대해 순환적으로 영향을 미친다. 요컨대, 사실인정과 법규범해석 및 포섭절차는 엄격하게 구분되는 것이 아니라,

해석학적 순환을 통해 서로 통합된다. 사실을 인정하는 과정에서 범규범의 관점이 투영되고, 이를 통해 포섭절차가 사실인정과 동시에 이루어진다. 범규범을 해석할 때도 사실의 관점이 반영된다. 해석은 포섭을 동시에 수반한다. 이러한 근거에서 볼 때, 사실인정과 범규범 해석 및 포섭절차를 명확하게 구획하는 것은 쉽지 않다.

### 3. 형사판결논증과 법해석학의 연결지점

그러면 법해석학의 관점이 형사판결논증에 투영되는 지점은 어디인가? 법적 삼단논법의 틀에서 볼 때, 세 지점에서 법해석학의 관점이 투영된다. 첫째는 사실을 인정하는 과정이고, 둘째는 범규범을 탐색 및 해석하는 과정이며, 셋째는 사실을 범규범에 포섭시키는 과정이다. 이 세 지점에서 법관의 선이해가 개입하고, 선이해를 기반으로 하여 해석학적 순환이 이루어진다. 그리고 위에서 언급한 것처럼, 이러한 세 가지 지점은 서로 엄격하게 구분되는 것이 아니라, 해석학적 순환을 통해 서로 통합된다. 어떻게 해석학적 사고가 각 지점에서 개입하는지는 아래에서 상세하게 다루도록 한다.

## IV. 사실인정의 논증이론적 의미

그러면 이제 아래에서는 법적 삼단논법의 틀에 따라 형사판결논증의 각 단계를 상세하게 살펴보도록 한다. 우선 IV.에서는 법적 삼단논법의 첫 번째 단계에 해당하는 사실인정의 논증이론적 의미를 밝히도록 한다.

### 1. 법적 삼단논법의 소전제로서 사실

법적 분쟁에 적용되는 범규범은 기본적으로 구성요건과 효과로 구조화되어 있다.<sup>28)</sup> 구성요건은 사실, 달리 말해 요건사실을 규율한다. 법적 분쟁이 실제

28) 이러한 규범형식을 ‘규칙규범’이라고 말한다. 이와 달리 헌법에서 많이 볼 수 있는 ‘원칙규범’은 요건과 효과를 명확히 구별할 수 없는 경우가 많다. 이러한 원칙규범과 규칙규범에 관해서는 로베르트 알렉시, 이준일 (옮김), 『기본권이론』, 한길사, 2007 참고.

발생하였을 때, 법적 분쟁에서 문제가 되는 사실이 요건사실로서 구성요건을 충족하면, 이러한 법적 분쟁에 당해 범규범이 적용되어 법적 효과가 부여된다. 법관이 소송절차에서 수행하게 되는 사실인정은 이렇게 범규범의 구성요건에 해당하는 요건사실을 인정하는 것을 목표로 한다. 그러므로 사실인정은 범규범의 구성요건을 확인하는 과정이라고도 말할 수 있다.

전통적인 법적 삼단논법의 틀에서 보면, 사실인정의 대상이 되는 사실은 ‘소전제’에 해당한다. 법관은 대전제인 범규범을 법적 분쟁에 적용하기 위한 준비과정으로서 소전제에 해당하는 사실을 인정해야 하는 것이다. 그런데 위에서 언급한 것처럼, 사실인정의 대상이 되는 사실은 말 그대로 사실로서 존재적 성격을 갖지만, 동시에 범규범의 요건사실로서 규범적 성격도 갖는다. 요컨대, 사실인정의 대상이 되는 사실은 한편으로는 존재적이면서도, 다른 한편으로는 규범적인 것이다.

## 2. 사실인정절차의 한 부분으로서 기록읽기와 메모

사실인정은 소송절차에서 당사자가 제시한 정보를 수집하고 분석 및 판단함으로써 이루어진다. 당사자가 제시한 정보는 크게 언어적 정보와 비언어적 정보로 구성된다. 이 중에서 언어적 정보는 이른바 ‘기록’으로 구체화된다. 오늘날에는 공판중심주의나 집중심리주의와 같은 이념적 이유로 그리고 ‘장면적 이해’나 ‘마당적 이해’와 같은 이론적 이유로 인해 언어적 정보뿐만 아니라 비언어적 정보 역시 사실인정에서 중요하게 원용되는 정보로서 그 중요성이 부각되고 있다.<sup>29)</sup> 그렇지만 여전히 사실인정에서 큰 비중을 차지하는 정보는 기록으로 대변되는 언어적 정보이다. 그 때문에 실무현장에 있는 법관에게는 기록을 읽는 것이 그 무엇보다 중요한 업무로 인식되고 있다. 흔히 “기록 속에 답이 있다.”는 말이 회자되기도 한다. 따라서 이러한 기록을 어떻게 읽을 것인지, 이를 어떻게 메모할 것인지가 중요한 실무적 문제로 법관에게 부과되기도 한다. 법관이 실무를 읽혀간다는 말에는 어떻게 기록을 읽고 이를 어떻게 메모하여 정리할 것인가와 같은 실천적인 기술을 습득하는 것도 포함된다. 물론 이에 대해서

29) ‘장면적 이해’ 및 ‘마당적 이해’에 관해서는 W. Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, München, 1990, SS. 123-124; 이상돈, 「형법학: 형법이론과 형법정책」, 법문사, 1999, 408면 아래 참고.

는 아직 확립된 정답이 없으므로, 각자가 자신에게 적합한 기록읽기 및 메모 방법론을 만들어가야 할 필요가 있다.

### 3. 포섭과정으로서 사실인정

전통적인 법적 삼단논법은 사실을 인정하고 범규범을 해석하며 인정된 사실을 해석된 범규범에 포섭시키는 과정을 각각 분리해서 파악한다. 그러나 이미 앞에서 살펴본 것처럼,<sup>30)</sup> 법해석학의 관점에서 실제로 이루어지는 사실인정 및 규범해석 그리고 포섭절차를 관찰하면, 이러한 세 가지 과정이 엄격하게 분리되어 이루어지는 것은 아님을 발견할 수 있다. 실제로는 각 과정이 통합되어 진행된다. 많은 경우 사실인정과 해석 및 포섭이 동시에 진행되는 것이다. 이를 상세하게 분석하면 아래와 같다.

사실인정과정, 즉 법적 삼단논법의 소전제를 확정해 가는 과정은 다양한 기록 및 비언어적 정보에 산재되어 있는 사실정보를 정형화된 사실정보로 확정해 가는 과정이다. 그런데 이 때 판단주체인 법관은 단순히 정보를 수용하기만 하는 수동적 존재로만 머물러 있는 것은 아니다. 왜냐하면 사실을 인정하는 과정은 법관이 갖고 있는 선이해, 즉 규범적 직관이 적극적으로 개입하는 과정이기 때문이다. 예를 들어, 법관이 갖고 있는 체험이나 형사범규범에 대한 지식 등이 선이해로서 사실을 인정하는 과정에 적극적으로 개입한다. 법관은 능동적인 존재로서 사실인정과정에 적극적으로 참여하는 것이다. 이 때 형사범규범이 규정하는 구성요건은 사실을 인정하는 데 결정적인 선이해로 작용한다. 법관은 자신이 갖고 있는 구성요건에 대한 관점과 지식을 기반으로 하여 다양한 기록 등에 비정형적으로 산재되어 있는 정보를 체계화·정형화한다. 이 과정에서, 칼 엥기쉬(K. Engisch)가 주장하는 것처럼, ‘포섭’(Subsumtion)이 이루어진다.<sup>31)</sup> 법관은 다양한 사실정보를 범규범이 규정하는 구성요건 혹은 요건사실에 포섭시키는 방식으로 사실을 인정하는 것이다. 이를 통해 대전제인 범규범에 대한 관점과 지식이 선이해 또는 규범적 직관으로서 법관이 기록 등에 담겨 있는 비정형적인 정보를 정형화된 사실로 체계화하는 데 기여한다.

30) 앞의 III.3. 참고.

31) 칼 엥기쉬, 안범영·윤재왕 (옮김), 『법학방법론』, 세창출판사, 2011, 제3장 참고.



#### 4. 규범해석에 관한 문제로서 사실인정

이렇게 사실인정이 포섭과정을 포함하는 과정이라면, 사실인정에 관해 다음과 같은 명제도 이끌어낼 수 있다. 사실인정에 관한 문제는 사실문제일 뿐만 아니라, 규범해석에 관한 문제이기도 하다는 것이다. 예를 들어, 형사절차의 사실인정에서 중요하고도 어려운 대상인 ‘고의’는 사실에 관한 문제로서 증명의 대상이 되기도 하지만, 동시에 형법이 규정하는 (숨은) 구성요건으로서 해석의 대상이 되기도 한다. 가령 사기죄가 문제되는 형사분쟁에서 법관이 피고인에게 사기죄의 고의가 있었는지를 판단하려면, 사기죄의 고의에 해당하는 인식과 의욕이 피고인에게 내적으로 존재했는지 여부도 판단해야 하지만, 동시에 사기죄에서 말하는 고의가 구체적으로 무엇을 뜻하는지도 판단해야 한다. 이러한 이유에서 사실인정은 사실적 측면과 규범적 측면을 동시에 갖는 이중적인 성격을 가질 수밖에 없다. 독일의 법철학자 카우프만(Arth. Kaufmann)이 정확하게 지적한 것처럼, 사실인정과정에서 존재와 당위가 상응하게 되는 것이다.<sup>32)</sup>

### V. 형사법규범 탐색의 논증이론적 문제

구체적인 소송절차를 통해 문제되는 법적 분쟁의 사실관계가 확정되면, 법적 삼단논법의 제1단계는 완료된다. 이어서 제2단계로서 이렇게 확정된 사실관계에 적용할 수 있는 법규범을 찾아 이를 구체화하는 작업을 해야 한다. 여기서 시사하는 것처럼, 두 번째 단계에 해당하는 법규범 구체화 단계는 다시 두 단계로 세분화할 수 있다. 첫째는 관련 법규범을 탐색하는 단계이고, 둘째는 이렇게 탐색하여 찾은 법규범을 해석하는 단계이다.

#### 1. 쟁점추출에 대한 방법론적 접근

확정된 사실관계에 적용될 형사법규범을 성공적으로 탐색하기 위해서는 사실관계에서 문제가 되는 쟁점을 최대한 많이 그리고 정확하게 추출할 수 있어야

32) Arth. Kaufmann, *Analogie und „Natur der Sache“*, Heidelberg, 1965 참고.

한다. 문제가 되는 쟁점을 최대한 많이 그리고 정확하게 추출해야만, 여기에 적용될 수 있는 형사법규범 역시 성공적으로 찾아낼 수 있다. 그러면 어떻게 하면 문제가 되는 쟁점을 성공적으로 추출할 수 있는가? 이를 위해서는 두 가지 사고과정을 거쳐야 한다. ‘확산적 사고’와 ‘체계적 사고’가 그것이다.

### 1) 확산적 사고를 통한 쟁점추출

첫째는 확산적 사고를 통해 쟁점을 추출하는 과정이다. 확산적 사고란 사실관계와 관련을 맺는 쟁점을 최대한 폭넓게 그리고 많이 추출해 내는 사고과정을 뜻한다. 확산적 사고에서는 쟁점을 정확하게 파악하는 것이 중요한 게 아니라, 사실관계와 관련을 맺는 쟁점을 가능한 한 많이 파악하는 것이 중요하다. 실제 형사재판에서 법관은 범죄사실과 관련된 기록을 읽어가면서 확산적 사고를 진행하게 된다. 기록을 시간적으로 읽어나가면서 쟁점을 파악해가는 것이다. 이러한 측면에서 확산적 사고는 역사적 사고와 결합하는 경우가 많다. ‘확산적·역사적 사고’로서 범죄사실과 관련된 쟁점을 가능한 한 많이 그리고 폭넓게 추출해 내는 것이다.

### 2) 체계적 사고를 통한 쟁점정리

둘째는 확산적 사고를 통해 추출한 쟁점들을 체계적 사고를 통해 체계적으로 정리하는 과정이다. 확산적 사고는 범죄사실과 관련된 쟁점들을 최대한 많이 그리고 폭넓게 추출해 내는 것이 목표이기에, 쟁점들이 체계적으로 정돈되어 있지 않은 경우가 많다. 그렇지만 형사법관이 관련 형사법규범을 성공적으로 탐색하기 위해서는, 더 나아가 설득력 있게 형사판결논증을 수행하기 위해서는 확산적 사고에 힘입어 추출한 쟁점들을 체계적으로 정리해야 할 필요가 있다.

### 3) 확산적 사고와 체계적 사고의 해석학적 순환

그런데 이러한 확산적 사고와 체계적 사고는 순차적으로 명확하게 구획되어 진행되는 것은 아니다. 달리 말해, 확산적 사고를 먼저 진행시키고, 이어서 체계적 사고를 진행시키는 것은 아니다. 오히려 양자는 해석학적 순환관계를 형

성한다고 보아야 한다. 그 이유를 다음과 같이 말할 수 있다. 형사법관은 확산적 사고를 이른바 ‘백지상태’에서 진행시키는 것은 아니다. 확산적 사고는 백지 상태에서는 이루어질 수 없다. 형사법관은 ‘규범적 선이해’를 기반으로 해서만 확산적 사고를 진행시킬 수 있을 뿐이다. 이 때 체계적 사고는 형사법관이 갖는 규범적 선이해의 일정 부분을 채우게 된다. 이렇게 체계적 사고가 스며든 규범적 선이해를 통해 형사법관은 비로소 확산적 사고를 진행시킬 수 있다. 이렇게 진행된 확산적 사고는 체계적 사고를 통해 체계적으로 정돈된다. 이뿐만 아니라, 체계적 사고는 쟁점을 체계적으로 정리하는 과정에서 새로운 확산적 사고의 계기를 마련하기도 한다. 체계적 사고를 통해 새로운 확산적 사고가 이루어지는 것이다. 이처럼 확산적 사고와 체계적 사고는 해석학적 순환관계를 형성한다.

## 2. 형사법규범 탐색의 해석학적 접근

쟁점추출과 체계화가 완료되면, 이와 관련되는 형사법규범을 탐색해야 한다. 그런데 이렇게 관련 법규범을 탐색하는 작업은 법적 삼단논법이 본래 의도했던 것처럼 순수하게 논리적·기계적으로 진행되는 과정은 아니다. ‘철학적 해석학’의 성과를 수용한 ‘법해석학’이 주장하는 것처럼,<sup>33)</sup> 법규범을 해석하는 과정은 해석자가 해석 이전에 지니고 있는 ‘선이해’ 또는 ‘인식관심’(Erkenntnisinteresse)에 의해 영향을 받는다.<sup>34)</sup> 다시 말해 해석자가 당해 사실관계에 대해 어떤 선이해 또는 인식관심을 갖고 있는가에 따라 관련 법규범을 탐색하는 작업도 그 결과가 달라질 수 있다는 것이다. 이러한 선이해나 인식관심으로부터 영향을 받지 않는, 달리 말해 선이해나 인식관심으로부터 자유로운 법규범 탐색과정을 모색하는 것은 생각하기 어렵다. 이러한 측면에서 법적 분쟁의 사실관계와 관련을 맺는 법규범을 탐색하는 작업은 법관이 지닌 선이해나 인식관심에 의존하는 해석학적 과정이라고 말할 수 있다. 법적 분쟁의 사실관계와 관련을 맺는 형사법규범 탐색이라는 측면에서 이러한 선이해 또는 인식관심을 유형화하면, 이는 “분과별 인식관심”, “체계적 인식관심”, “이론적 인식관심”으로 유형화할 수 있다.<sup>35)</sup> 여기서 “분

33) 법해석학에 관해서는 앞의 III. 참고.

34) 이는 달리 ‘직관’이라고 말할 수도 있을 것이다.

35) 이상돈, 「로스쿨을 위한 법학입문」, 법문사, 2009, 151-154면.

과별 인식관심”은 해당 사실관계가 “어떤 법분과의 영역에 관한 것”인지에 대한 인식관심을 말한다. 그리고 “체계적 인식관심”은 해당 사실관계에 적용될 법규범이 어떤 법적 체계와 관련을 맺는지에 대한 인식관심을 말한다. 마지막으로 “이론적 인식관심”은 해당 사실관계에 적용될 법규범이 어떤 해석이론들과 연결되는지에 대한 인식관심을 말한다.

### 3. 형사법규범 탐색의 의미

그런데 형사법규범을 탐색하는 작업은 생각만큼 쉽지 않다. 그 이유는, 칼 엥기쉬가 정확하게 지적하고 있는 것처럼, 형사법규범을 탐색하는 작업은 몇 개의 단일한 형사법규범을 탐색하는 그런 간단한 작업이 아니라, 다양한 형사법규범을 탐색하고 조합하는 좀 더 복잡한 작업이기 때문이다. 이는 확산적 사고를 통해 최대한 많은 쟁점을 추출하고, 이를 다시 체계적 사고로써 정돈하는 과정에 상응한다. 쟁점을 모으고 체계적으로 정돈하는 것처럼, 이러한 쟁점에 상응하는 형사법규범도 모으고 체계적으로 결합시켜야 한다. 이를 엥기쉬는 다음과 같이 말한다.<sup>36)</sup>

“법률로부터 법적 대전제를 획득하기 위해 법률가가 이행해야 하는 복잡한 과제 가운데 첫 번째는 법적 당위에 관한 전체 사고과정을 ‘기술적인’ 이유에서 분리해 놓았던 개개의 구성부분들을 다시 하나의 전체모양으로 짜맞추는 작업이다. 더 자세히 말하면, 법적 당위에 관한 전체 사고과정 가운데 구체적인 법적 사건의 판단에 필요하게 될 구성부분들을 추출하여 이를 하나로 묶는 작업이다. 이 점을 우리의 예와 관련시켜 설명해 보자. 형법 제211조는, 실령 제2항에 전개되어 있는 개념표지들을 함께 고려할지라도, 법적 대전제를 구성하는 모든 본질적 개념표지들의 일부만을 포함하고 있을 뿐이다. 왜냐하면 살인자를 종신형에 처할 수 있기 위해서는 그가 행위시에 책임능력을 갖고 있어야 하며(이에 관해서는 형법 제19조 이하 및 청소년법의 해당 조항이 규정하고 있다), 정당화사유(예컨대 제32조에 따른 정당방위)와 면책사유(예컨대 제35조에 따른 긴급피난)가 존재하지 않는다는 점 등을 함께 고려에 넣어야 한다. 그렇다면

36) 칼 엥기쉬, 안범영·윤재왕(옮김), 앞의 책(주31), 98-99면.

완전한 대전제는 다음과 같이 될 것이다: 독일 형법에 따르면, 행위자가 책임능력을 가진 사람으로서 정당화사유나 면책사유가 존재하지 않은 상태에서 고의로 다른 사람을 살해했고, 이 살해가 살인에 대한 쾌감, 성욕의 충족, 물욕 또는 기타 저열한 행위동기로부터 ... 저질러진 때에는 그 살인자는 종신형에 처한다.”

## VI. 형사법규범 해석에 관한 논증이론적 문제

범죄사실에 관한 형사법규범을 탐색하는 작업이 완료되면, 그 다음에는 이러한 형사법규범을 해석해야 한다. 아래에서는 이에 관한 몇 가지 중요한 문제들을 다루도록 한다.

### 1. 해석의 대상으로서 형사법문언 및 개념

형사법관이 해석해야 하는 대상은 형사법규범의 내용을 구성하는 법문언이다. 주지하다시피 법문언은 언어로 구성된다. 이러한 법문언 중에서 가장 중요한 비중을 차지하는 것이 법적 개념이다. 법적 개념이야말로 형사법관이 해석으로써 구체화해야 하는 가장 중요한 대상이다.

#### 1) 법적 개념의 특수성

다른 일상언어적인 개념이나 학문적인 개념과는 달리, 법적 개념은 이론적으로뿐만 아니라 실천적으로도 중요한 의미를 지닌다. 왜냐하면 법적 개념은 법적 효과가 미치는 범위를 확정하는 기준이 되기 때문이다. 여기서 법적 효과는 대부분 권리와 의무로 구성된다. 이러한 연유에서 법적 개념을 정확하게 파악하고 구체화하는 것은 법학에서 이론적으로나 실천적으로 중요한 의미를 갖는다.

그런데 이러한 법적 개념은 대부분 일상언어에 더 잡고 있으면서도 일상언어와는 상당히 이질적인 경우도 상당수 존재한다. 물론 일상언어로부터 상당히 괴리된 법적 개념은 가능한 한 쉽게 순화하는 것이 바람직하다. 그렇지만 법적

개념을 일상언어와 완벽하게 일치시키는 것은 가능하지도 바람직하지도 않다. 그 이유는, 위에서 언급한 것처럼, 법적 개념은 법적 효과가 미치는 범위를 확정하는 기준이 되기 때문이다. 법적 개념은 다른 학문적인 개념처럼 전문화된 개념이다. 법적 영역의 전문성과 특수성을 반영하고 있는 개념이 바로 법적 개념이다. 현대 체계이론(Systemtheorie)의 관점에서 말하면,<sup>37)</sup> ‘법체계’(Rechtssystem)의 작동영역, 즉 법체계와 환경의 경계를 확정하는 것이 법적 개념이다. 우리는 법적 개념을 통해 법체계와 환경을 구분할 수 있다. 또한 법적 개념은 자기생산적 체계인 법체계의 고유한 작동논리에 따라 만들어진다. 이러한 이유에서 법적 개념이 법체계의 환경에 속하는 언어인 일상언어와 차이가 나는 것은 자연스러운 일이라고 말할 수 있다. 이를 무시하고 법적 개념과 일상언어의 차이를 없애고자 하면, 이로 인해 법체계의 기능적 독자성이 허물어지는 문제가 발생할 수도 있는 것이다.

## 2) 법적 개념의 통일성과 상대성

자기생산적 체계인 법체계에서 사용되는 언어인 법적 개념은 법체계의 통일적인 작동을 보장하기 위해 통일적으로 사용된다. 요컨대, 법적 개념은 통일성을 이룬다. 법적 개념이 통일적으로 사용됨으로써 법체계는 안정적으로 자기생산을 유지할 수 있다. 법철학에서는 이를 ‘법적 안정성’이라고 표현하기도 한다.<sup>38)</sup> 이를테면 권리와 의무와 같은 법적 개념은 법체계 전체에서 통일적으로 사용되어야 한다.

그러나 법적 개념이 통일적으로만 사용되는 것은 아니다. 법적 개념은 경우에 따라서는 각 법 영역에 따라 달리 사용되기도 한다. 이를 ‘법적 개념의 상대성’이라고 부르기도 한다. 이를테면 점유 개념은 민법과 형법에서 달리 사용된다.<sup>39)</sup> 이러한 법적 개념의 상대성은 법체계가 내부영역의 분화를 통해 획득한 결과물이라고 말할 수 있다. 요컨대, 법적 개념의 특수성이 법체계와 환경 사이의 차이에서 비롯된 것이라면, 법적 개념의 상대성은 법체계 내부의 분화에서

37) 현대 체계이론에 관해서는 우선 니클라스 루만, 디르크 베커 (편집), 윤재왕 (옮김), 「체계이론입문」, 새물결, 2014 참고.

38) 법적 안정성에 관한 체계적인 연구로는 Andreas von Arnould, *Rechtssicherheit: perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts*, Heidelberg, 2006 참고.

39) 이에 관한 상세한 분석은 양천수, 「부동산 명의신탁」, 영남대학교출판부, 2010 참고.

비롯되는 것이라고 말할 수 있다.

## 2. 범죄구성요건의 해석순서 문제

### 1) 해석의 출발점으로서 형법상 범죄구성요건

형사법규범을 해석한다는 것은 형사법규범이 정하고 있는 법적 개념을 해석하는 것뿐만 아니라, 형사법규범이 규정하는 범죄구성요건을 해석하는 의미까지 포함한다. 즉 형사법규범을 해석한다는 것은 범죄구성요건을 해석한다는 것을 뜻한다. 이 때 범죄구성요건을 어떻게 해석해야 하는지가 문제될 수 있는데, 이에 관해서는 일반적으로 확립된 범죄체계론에 따라 판단하면 된다. 범죄체계론에 따라 객관적 구성요건, 주관적 구성요건, 위법성, 책임의 순서로 구성요건을 해석하고 논증하면 된다.

### 2) 특수문제로서 결합범의 해석 순서

일반적인 범죄구성요건은 형사법규범이 정하고 있는 구성요건순서에 따라 판단하고 논증하면 된다. 문제는 두 개 이상의 범죄가 결합된 결합범을 해석하는 경우이다. 이 경우에는 어떤 순서로 해석해야 하는가? 예를 들어, 주거침입과 강간죄가 결합된 경우(성폭력특별법 제3조 제1항)에는 이를 어떤 순서로 해석해야 하는가? 이에 대해서는 크게 두 가지 방안을 생각할 수 있다. 시간적 논리에 따른 해석과 범죄의 중대성에 따른 해석이 그것이다.

#### (1) 시간적 논리에 따른 해석

첫 번째 해석방안은 시간적 순서에 따라 범죄구성요건을 해석하는 것이다. 범죄행위의 시간적 순서에 따라 범죄구성요건을 판단하고 논증하는 것이다. 이는 행위의 시간적 논리를 중시하는 해석방법으로서, 범죄구성요건에 대응하는 범죄사실을 판단할 때도 유리하다. 시간적 논리야말로 범죄사실을 증명하는 증거들의 객관성을 판단하는 데 결정적인 근거가 되기 때문이다.

(2) 범죄의 중대성에 따른 해석

두 번째 해석방안은 범죄의 중대성 순서에 따라 해석하는 것이다. 이는 범죄의 객관적 중요성을 고려하는 해석으로서, 결과고려해석의 한 유형에 속한다. 예를 들어, 주거침입강간죄의 경우에는 주거침입죄와 강간죄가 결합된 경우인데, 두 범죄를 비교하면 강간죄가 주거침입죄보다 더욱 중대한 범죄이므로, 강간죄를 먼저 판단해야 한다는 것이다.

(3) 검토

결과고려해석이 오늘날 형법해석의 방법으로서 많이 활용되고 있다는 점을 고려하면 두 번째 방안이 더욱 합리적으로 보일 수 있다. 그렇지만 사실인정의 용이성을 감안하면, 첫 번째 방안이 더욱 바람직하다. 법해석학의 관점에 따르면, 사실인정논증과 형사법규범해석은 서로 별개로 이루어지는 과정이 아니라 서로 영향을 주고받는 해석학적 순환관계를 형성하므로, 사실을 인정하는 데 더욱 용이한 첫 번째 방안이 결과적으로 결합범의 구성요건을 성공적으로 해석하고 논증하는 데도 도움이 될 것이기 때문이다.

## VII. 글을 맺으며

지금까지 법해석학과 논증이론의 관점에서 형사판결논증이 어떤 구조와 특수성을 지니고 있는지 살펴보았다. 다만 지면의 제약으로 형사판결논증의 구조와 특수성을 개관하는 데 그치고 말았다. 그렇지만 형사판결논증과 관련해서는 여전히 해결하지 못한 다양한 문제들이 존재한다. 이를테면 사실인정에 관해, 형사법규범을 해석하는 데 바탕이 되는 선이해에 관해, 형사법규범의 해석방법에 관해 여전히 많은 문제들이 산적해 있다. 그 중에서도 사실인정에 관한 문제들은 앞으로 우리 형사법학이 관심을 갖고 다루어야 할 문제라고 생각한다. 이러한 문제들을 다루는 것은 앞으로 필자가 수행해야 할 연구과제로 남겨두기로 한다.



## [참고문헌]

- 권오걸, 「사실인정과 형사증거법」, 경북대학교출판부, 2014.
- 김상준, 「무죄판결과 법관의 사실인정」, 경인문화사, 2013.
- 김정오·최봉철·김현철·신동룡·양천수, 「법철학: 이론과 쟁점」, 박영사, 2013.
- 김종률, 「진술·증거분석을 통한 사실인정 방법론 연구」, 한양대학교 대학원, 박사 학위논문, 2014.
- 김형준, “공소장변경의 필요성과 한계”, 「중앙법학」 제2권, 중앙법학회, 2000. 9.
- 남기운, “독일 사법학 방법론의 현상과 신경향들”, 「저스티스」 제95호, 한국법학원, 2006. 12.
- 니클라스 루만, 디르크 베커 (편집), 윤재왕 (옮김), 「체계이론입문」, 새물결, 2014.
- 로베르트 알렉시, 이준일 (옮김), 「기본권이론」, 한길사, 2007.
- 변종필, 「형사소송에서 진실개념」, 고려대학교 대학원, 박사 학위논문, 1998.
- 배문범, “시신 없는 살인사건에 있어서 간접증거에 의한 사실인정”, 「동아법학」 제59호, 동아대학교 법학연구소, 2013. 5.
- 백찬하·조영석, “법원의 과거사사건 사실인정에 관한 고찰”, 「법조」 제62권 제11호, 법조협회, 2013. 11.
- 사법연수원, 「형사증거법 및 사실인정론」, 사법연수원 출판부, 2015.
- 신동운 외, 「법률해석의 한계」, 법문사, 2000.
- 양천수, “법해석학을 통해 다시 바라본 사회적 행위론”, 「안암법학」 제25호, 안암법학회, 2007. 11.
- \_\_\_\_\_, 「부동산 명의신탁」, 영남대학교출판부, 2010.
- \_\_\_\_\_, “형법상 범의 개념의 새로운 근거설정 필요성과 가능성”, 「고려법학」 제47호, 고려대학교법학연구원, 2006. 10.
- \_\_\_\_\_, “형사소송법상 실체진실주의와 적정절차원칙에 대한 비판적 고찰: 법철학의 관점에서”, 「경남법학」 제23집, 경남대학교 출판부, 2008. 2.
- \_\_\_\_\_, “형사소송에서 사실인정의 구조와 쟁점: 법적 논증의 관점에서”, 「형사정책연구」 제26권 제4호, 한국형사정책연구원, 2015. 12.
- \_\_\_\_\_, 「해석학의 법철학적 수용」, 고려대학교 대학원, 석사 학위논문, 2000.
- 양천수·우세나, “민사소송에서 바라본 진실 개념: 법철학의 관점을 겸하여”, 「민사소송」 제14권 제2호, 한국사법행정학회, 2010. 11.
- 울프리트 노이만, 윤재왕 (옮김), 「법과 논증이론」, 세창출판사, 2009.
- 이상돈, 「로스쿨을 위한 법학입문」, 법문사, 2009.

- \_\_\_\_\_, “법관의 말행위와 올바른 법”, 『저스티스』 제25권 제2호, 한국법학원, 1992. 12.
- \_\_\_\_\_, 『새로 쓴 법이론』, 세창출판사, 2005.
- \_\_\_\_\_, 『형법학: 형법이론과 형법정책』, 법문사, 1999.
- \_\_\_\_\_, “형사소송의 사실인정에서 인식, 이론, 현실 그리고 정책”, 『법실천의 제문제』, 법문사, 1996.
- 이성기, “변화하는 형사재판 환경에서의 형사증거법의 역할과 과제: 사실 인정자의 편견을 배제하기 위한 형사증거법상 제언”, 『법과 정책연구』 제14집 제4호, 동광문화사, 2014. 12.
- 조강수·오종택, “‘독수리 5형제’와 이견 없었다 ... 법관 보수·진보 구분 찬성 못 해”, 『중앙일보』(2014. 8. 30. 02:01)(<http://news.joins.com/article/15684988>).
- 칼 엥기쉬, 안법영·윤재왕 (옮김), 『법학방법론』, 세창출판사, 2011.
- 하재홍, “형사절차에서의 실체진실주의: 평가와 전망”, 『인권과 정의』 제414호, 대한변호사협회, 2011. 2.
- 한스 인아이헨, 문성화 (옮김), 『철학적 해석학』, 문예출판사, 1998.
- 홍영기, “공소장일본주의: 이론과 정책: 대법원 판례(2009도7436 전원합의체) 평석을 포함하여”, 『형사법연구』 제22권 제3호, 한국형사법학회, 2010. 가을.

Andreas von Arnould, *Rechtssicherheit: perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts*, Heidelberg, 2006.

Arth. Kaufmann, *Analogie und „Natur der Sache*, Heidelberg, 1965.

H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1975.

J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl*, Frankfurt/M., 1970.

K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1963.

Stefan Grote, *Auf der Suche nach einem „dritten Weg“: Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, 2. Aufl., Baden-Baden, 2008.

T.-M. Seibert, “Dekonstruktion der Gerechtigkeit: Nietzsche und Derrida”, Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart, 2006.

W. Hassemer, *Tatbestand und Typus*, Köln usw., 1968.

[국문초록]

## 형사판결논증의 구조와 특징 - 법이론의 측면에서 -

양 천 수\* · 우 세 나\*\*

이 논문은 형사판결을 내리고 근거 짓는 과정, 즉 형사판결논증이 어떤 구조와 특징을 지니고 있는지를 다룬다. 이를 위해 특히 법이론의 관점을 원용한다. 형사판결논증 역시 기본적으로 법적 삼단논법에 따라 이루어진다(Ⅱ). 이러한 법적 삼단논법은 구체적으로는 형사소송절차를 통해 실현된다. 그렇지만 형사판결논증에서는 전통적인 법적 삼단논법이 주장하는 것처럼 사실인정절차와 형사법규범 해석절차가 서로 분리되어 진행되지는 않는다. 또한 ‘포섭이테올로지’가 말하는 것처럼, 형사판결논증에서 포섭이 형식적·기계적으로 이루어지는 것은 아니다. 오히려 법해석학이 주장하는 것처럼, 형사판결논증에서 사실인정절차와 형사법 규범 해석절차는 해석학적 순환관계를 형성한다(Ⅲ). 이 때 해석자가 지닌 선이해가 결정적인 역할을 수행한다. 한편 소전제를 확정하는 절차에 해당하는 사실인정은 형사판결논증에서 중요한 비중을 차지한다(Ⅳ). 왜냐하면 민사소송절차와는 달리, 형사소송절차에서는 법규범을 해석하는 문제보다 사실을 인정하는 문제가 더욱 중요하면서 어렵기 때문이다. 논의의 마지막으로서는 형사법규범을 탐색하고 이를 해석하는 데 어떤 특징과 문제가 있는지를 살펴보았다(V)(Ⅵ). 여기에서는 특히 어떤 방법을 통해 형사법규범을 탐색할 수 있는지, 형사법규범이 마련하고 있는 법적 개념이 어떤 특징을 지니고 있는지를 살펴보았다.

주제어 : 형사판결논증, 법적 삼단논법, 법해석학, 선이해, 해석학적 순환, 사실인정, 법적 개념의 통일성과 상대성

\* 영남대학교 법학전문대학원 부교수·법학박사

\*\* 공주대학교 법학과 부교수·법학박사

[Abstract]

The Structure and Characteristics of Criminal Decision Making  
Argumentation

- From the Legal Theoretical Perspective -

Yang, Chun-Soo\* · Woo, Se-Na\*\*

This article deals with the structure and characteristics of criminal decision making argumentation. For this purpose, this article uses especially the legal theoretical perspective. According to the traditional theory of legal method, the criminal decision making argumentation is based upon the legal syllogism (Ⅱ). This legal syllogism is specifically realized through criminal proceedings. However, the fact finding procedure and the procedure of criminal legal interpretations are not separated from each other in the criminal decision making argumentation, even though the traditional legal syllogism argues that these procedures are separated. In addition, the subsumption process in the criminal decision making argumentation is not a “formal-mechanical” procedure, even though the “subsumption ideology” (Subsumtionsideologie) argues that the subsumption is a formal-mechanical procedure. Rather, as the legal hermeneutics asserts, we can find a “hermeneutic circle” between the fact finding procedure and the procedure of criminal legal interpretations in the criminal decision making argumentation (Ⅲ). The “preunderstanding” of a interpreter plays here a very important role. On the other hand, the fact finding procedure is one of the very important parts of the criminal decision making argumentation (Ⅳ). This is because the procedure of fact finding in the criminal decision making argumentation, unlike civil procedure, is in fact more difficult than the procedure of criminal legal interpretations. As the end of the discussion, this

---

\* Professor at Yeungnam University Law School · Dr. jur.

\*\* Professor at Kongju National University Department of Law · Ph.D in Law

article handles the characteristics and problems of researching and interpreting criminal norms (V)(VI).

Key words : criminal decision making argumentation, legal syllogism, legal hermeneutics, preunderstanding, hermeneutic circle, fact finding, unity and relativity of legal concepts

