

책임과 기대가능성

글·엄윤문 대표 (주)피플스

책임(責任)이라 함은 어떤 작용이나 동작이 그의 원인이라고 인정할 만한 일이다. 일반적으로 임무나 책무(責務) 혹은 의무로 이해하지만, 법률, 특히 형법적 견지에서는 책임(Schuld)이란 규범이 요구하는 합법을 결의하고 이에 따라 행동할 수 있었음에도 불구하고 불법을 결의하고 위법하게 행위한 것에 대한 비난 가능성(censurability)을 말한다.

그래서 책임주의(責任主義)란 "책임이 없으면 형벌이 없다"는 원리를 기초로 책임없으면 범죄는 성립하지 않고 형량도 책임의 대소에 따라서 결정하여야 한다는 원칙이다. 책임의 범위 내로 형벌권을 한정함으로써 국가의 형벌권으로부터 개인의 자유를 보장하는 수단이 된다.

형법상 이러한 책임문제는 행위의 위법성이 확정된 후에 비로서 제기되는 문제이다. 형법상 책임을 논하기 위해서는 먼저 그 근거와 본질에 관한 논의가 선행되어야 한다.

책임의 근거로서 도덕적책임론, 사회적책임론 그리고 인격적책임론으로 나누어진다.

도덕적책임론은 책임의 근거를 자유의사에 두고, 책임은 자유의사를 가진 자가 자유로운 의사에 의하여 적법행위를 할 수 있었음에도 불구하고

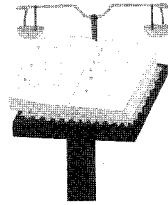
하고 위법한 행위를 한 것에 대한 도의적 그리고 윤리적 비난이라는 견해를 말한다. 자유의사의 경험적 입증이 사실상 불가능하다는 비판이 있다.

사회적책임론은 범죄는 개개인의 소질과 환경에 의해서 필연적으로 결정된 행위자의 사회적 위험성이 있는 성격의 소산이다. 그러므로 책임의 근거는 바로 반사회적 성격에 있다고 한다. 성격의 위험성에 대한 판단은 다분히 주관적 판단이 개입될 여지가 크다는 비판이 있다.

인격적책임론은 소질과 환경의 영향을 받으면서도 한편 어느정도의 상대적 자유의사를 가진 인간성을 전제로 한다. 따라서 구체적인 행위와 그 배후에 잠재되어 있는 행위자의 인격에 책임의 근거가 있다는 견해이다. 개인의 인격형성과정은 매우 복잡하므로 이를 일률적으로 확정하기는 어렵다는 견해가 있다.

그리고 책임의 본질에 관하여서는 심리적책임론, 규범적책임론과 예방적책임론이 있다.

심리적책임론은 책임의 실체를 결과에 대한 행위자의 심리적 관계로 이해한다. 그리하여 심리적 사실인 고의나 과실만 있으면 책임이 인정된다는 견해이다. 이에 대하여 결과에 대한 심



리적 관계가 없는 "인식없는 과실"의 책임을 인정할 수 없다는 비판도 있다.

규범적책임론은 책임을 규범적 가치관계의 앵글에서 이해하여, 적법행위의 기대가능성을 그 본질로 본다. 이것은 자칫 책임판단의 대상을 상실한 우려가 있다는 사실도 비판의 대상이 되고 있다. 또 예방적책임론은 책임의 내용은 형벌의 예방적 차원에서 그러한 목적에 의하여 결정하여야 한다는 견해이다. 형법과 형사정책의 관계를 혼동하여 책임주의의 제구실을 다하지 못한다는 우려와 비난이 있다.

여기서 말하는 책임능력(責任能力 : capability for responsibility)이란 위법행위로 인한 민사·형사 책임을 지기에 족한 능력을 말한다. 즉 행위자가 법 규범의 의미와 내용을 충분히 이해하여 명령과 금지를 인식할 수 있는 통찰능력을 지칭한다.

또한 이 통찰에 따라 행위할 수 있는 조정능력을 더불어 말한다. 본디 책임은 책임능력을 그 요소로 하며, 따라서 책임능력이 없으면 그 비난가능성도 자연히 없게 된다.

그리하여 형법은 이러한 책임능력을 인정할 수 없는 경우로서, 책임무능력자제도와 한정책임능력자제도를 규정하고 있다. 전자에는 형사 미성년자로서, 14세가 되지 아니한 자의 행위는 별하지 아니한다고 규정하고 있다. 또한 심신장애로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없는 심신상실자의 행위도 또한 별하지 아니한다고 규정하고 있다.

후자인 한정책임능력자에는 심신장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 자로서 심신미약자와 농아자(聾兒者)의 행위는

형을 감경(減輕)한다고 규정하고 있다. 여기서 기대가능성(期待可能性)이란 행위 당시 행위자가 적법행위를 할 수 있었으리라고 기대할 수 있는 정황, 사정을 말한다.

이것도 책임의 요건중 하나로 간주되고 있다. 어떠한 경우 누구라도 그렇게 하지 않을 수 없었을 것이라는 상황아래서 행해진 위법행위에 대하여서는 그 행위를 형법적으로 비난할 수는 없는 것이다. 인간이면 누구든지 그와 같은 상황에 몰린다면 나쁜 일인줄 알면서도 그 행위를 그만 두거나 나아가서 적법행위를 취하기가 불가능했으리라고 판단되기 때문이다.

즉 행위자의 책임이 소급(遡及)되는 것은 일반적으로 보통인이라면 누구라도 적법행위를 취할 수가 기대되는데 그러한 기대를 배반하여 위법행위를 감행한 경우에 한한다. 따라서 적법행위를 취하여야 할 기대가능성이 없는 상화하에서 부득이 하게된 그러한 행위에는 책임이 조각된다.

이점에 관해서 독일에서는 흥미있는 판례가 하나 있었다. 마차를 끄는 말이 난폭하여 통행인에게 상처를 입혔다. 이 마차를 모는 마부는 본시부터 이 말의 난폭성을 잘 알고 있었다. 마부는 당연히 업무상 과실상해죄로 문책 받아야 했다. 그러나 마부는 그 이전에 고용주에게 그 난폭한 말을 바꾸어 달라고 요청하였다.

그러나 고용주는 이러한 마부의 요청을 거절하였다. 마부로서는 주인의 명령을 따라야지 거부하면 해고되리라는 것은 필연의 사실이다. 법원은 이 사건에 대하여 마부에게는 그 말(馬)을 부리지 않을 것을 기대할 수 없다하여 무죄를 선고하였다.