

[특 집]

## 한국형법학의 독자성 찾기

오 영 근\*

---

### 차 례

---

I. 서 론	IV. 형사입법의 문제점
II. 형법학연구의 문제점	V. 한국형법학의 독자성찾기
III. 형법교육의 문제점	

---

### I. 서 론

‘한국형법학의 독자성 찾기’라는 주제는 그 동안 우리의 형법학이 독자성을 갖지 못하고 있다는 문제의식에서 나온 것이라고 할 수 있다. 형법학의 어려움은 논리일관성을 갖추어 동시에 현실적 타당성이 있는 이론들을 만들어내야 한다는 것이다. 현실적 타당성을 결여한 체계적 이론만을 제시해서는 부족할 때가 있고, 현실적 타당성은 있지만 법적 안정성을 흐르는 결론만을 제시해서도 안될 때가 있다.

그 동안 우리나라에는 세 종류의 형법학이 따로 존재해왔다고 할 수 있다. 학계의 형법학, 실무의 형법학, 고시학원의 형법학이 그것이다. 학계의 형법학은 가장 정통적인 형법학이지만, 그 동안 현실문제의 해결보다는 이론적 정합성이나 체계성을 마련하는 데에 중점을 두었고, 이로 인해 독일을 비롯한 외국의 연구결과를 소개하는 데에 주력하였다. 이것을 부정적으로 평가할 필요는 없다. 그러나 문제는 이렇게 형법학자들이 심혈을 기울여 써놓은 글들에 대해 동료학자들조차 별로 관심을 갖지 않는다

---

\* 한양대학교 법학전문대학원 교수

는 것이다. 소위 비교법적 연구방법으로 인해 국내학자들의 글보다 외국의 문헌을 먼저 읽어보는 습관이 아직도 남아있기 때문이다. 그리하여 어떤 문제에 대해 외국의 형법학자들의 견해는 잘 알고 있으면서도 바로 자신의 옆에 있는 우리 형법학자들의 입장에 대해서는 알지 못하는 이상한 현상이 발생하고 있다.

학계의 사정이 이러하니 형법학자의 글들이 실무계로부터 외면당하는 일은 어찌하면 당연한 것이라고 할 수 있다. 실무자들이 당면한 문제를 해결하기 위해 국내문헌을 찾아보지만 거기에는 이해할 수 없는 말로 외국, 주로 독일의 이론들을 소개하는데에 그치거나 실무자들이 궁금해하는 문제들에 대해서 충분한 답을 주지 못하는 것들이 많았다. 설사 실무에서 문제되는 사항들이 언급되었다라도 구체적인 해결책보다는 추상적인 해결방향만이 제시되어 실무에서 활용할 수 없는 글들이 많았다. 이 때문에 실무계에서는 일본의 문헌들을 참고하여 문제를 해결하거나 이것도 불가능한 경우에는 자신들만의 이론을 개발할 수 밖에 없었다. 그렇지만 이렇게 개발된 이론들은 형법전반에 걸친 심층적 연구를 통한 것이 아니기 때문에 논리적 일관성을 결여하거나 충분한 논거가 없이 결론을 제시하는 데에 불과한 약점을 지니게 되었다.

이와 같이 연구분야에서 소외받는 형법학계는 형법교육에서도 소외되었고, 현재에도 사정은 마찬가지이다. 현재 형법교육의 중심은 대학이 아니라 신림동의 고시학원들이라고 할 수 있다. 가장 많은 제자 또는 수강생을 둔 사람들은 형법교수가 아니라 신림동강사이다. 이들의 특징은 형법학자들의 연구결과들을 재빨리 요약하고 이것을 시험준비에 활용하는 것이다. 학자들이 견해를 제대로 소화하지는 못하여도, 나름대로 수험생들이 읽고 시험에 대비하기 편리하도록 요약정리를 해 놓고 있다. 시험제도로 불안한 수험생들은 어느 책을 읽어야 혹은 어느 학원강의를 수강해야 합격할 수 있다거나 일정한 책이나 강의를 듣지 않으면 합격할 수 없다는 미신에 사로잡혀 있다. 매년 사법시험문제 등 국가시험이 출제되고 있지만, 형법학계에서 이를 신속하게 심층분석하고 강의에 활용하거나 시험문제에 대한 논평과 개선방안에 대한 연구는 이루어지지 않고 있다.

형법학자들은 형사입법에서도 소외되었다. 수많은 형사특별법이 형법학계에서의 논의를 거치거나 의견을 수렴하는 과정없이 제정되거나 개정되었다. 근래에는 부분적으로 국회법사위등에서 의견을 물어오지만, 시간적으로 촉박하고 형법학자들의 전문지식을 공짜로 얻으려고 하는 무례한 방식으로 물어오기 때문에 제대로 된 의견을 낼

수도 없는 형편이었다. 그리고 이렇게 형식적으로 의견을 구하는 관행은 지금도 계속되고 있다.

이와 같이 형법학계가 현실의 연구, 교육 및 입법에서 주도권을 상실하고 소외된 데에는 사회전체의 책임이 있지만, 형법학자들의 책임도 적지 않다. 지금부터라도 우리 형법학 연구와 형법교육 및 형사입법에서 형법학계 본연의 위치를 찾아야 할 것이다. 이러한 관점에서 이 글에서는 그동안 우리나라의 형법학연구와 형법교육 및 형사입법의 문제점과 개선방안을 찾아보기로 한다.

## II. 형법학연구의 문제점

### 1. 독일형법 위주의 연구방법

형법해석은 형법규정을 현실에 적용하여 합리적 결론을 내리기 위해 형법규정의 의미와 내용을 명확하게 하는 작업이다. 독일의 형법해석학은 독일의 형법규정을 독일의 현실에 적용하여 합리적인 결론을 내리기 위해 개발된 것이다. 독일과 우리나라는 형법규정과 형법현실은 같은 것도 있고 다른 것도 있다. 따라서 독일의 형법해석론 중에는 그대로 우리 형법의 해석론으로 받아들일 수 있는 것도 있지만, 그대로 받아들이는 것은 형법해석의 원칙에 반하는 해석론도 있고, 적절한 수정을 거치지 않으면 안되는 해석론도 있다. 예를 들어 우리나라와 독일에 똑같은 벌금형규정이 있다고 하더라도 비용의 각자부담이 일반화되어 있는 독일과 특정인부담이 일반화되어 있는 우리나라에서는 그 해석론이 달라질 수 있을 것이다.

그럼에도 불구하고 - 어느 정도 불가피한 것이었다고 할 수 있지만 - 1980년대와 1990년대의 우리 형법학은 독일형법학에 종속되어 있었고 그 종속정도는 최대한 종속형식에 가깝다고 할 수 있었다. 2000년대에 들어오면서 이러한 경향이 많이 바뀌기는 하였지만 아직도 형법연구를 할 때에 국내의 선행연구들을 철저히 분석하기 보다는 독일의 문헌을 먼저 찾아보는 습관이 완전히 사라졌다고 보기는 어렵다. 아직도 우리 형법학계는 스스로 독일형법학에 극단적으로는 아니어도 제한적으로는 종속되어 있다고 해도 과언이 아닐 것이다.

## 2. 총칙에서의 해석례

### (1) 행위론

1950년대 후반 우리나라에 목적적 행위론이 소개되었고,<sup>1)</sup> 1970년 중반에는 사회적 행위론이 소개되고<sup>2)</sup> 이것이 현재의 다수설로 되어있다. 그런데 무수한 논의를 거쳐서 사회적 행위론에서 말하는 행위개념 즉, '사회적으로 중요한 인간의 행태'라는 개념은 동어반복 내지는 기존의 개념을 확인한 것에 지나지 않는다. 행위개념과 범죄체계론이 논리필연적인 관계가 아니라는 결론에 도달한 독일형법학의 시행착오를 타산지석으로 삼지 못하고 같은 시행착오를 반복한 것이 우리 형법학계의 현실이었다. 그리고 행위개념에 대한 미련은 아직도 우리 형법학계에서 완전히 사라지지는 않은 것으로 보인다. 어느 정도 불가피하기는 하지만 모든 형법교과서가 필요 이상으로 행위론에 대한 소개를 장황하게 하고 있기 때문이다.

행위개념이 그렇게 중요한 것이라면 형법 뿐만 아니라 다른 모든 법분야에서도 행위개념이 문제되었어야 했을 것이다. 그러나 민법에서는 법률행위, 행정법에서는 행정행위, 상법에서는 상행위의 개념이 문제되지 행위 개념 그 자체가 문제되지 않는다. 이러한 법분야에서도 사회적 행위론에 따라 '행위란 사회적으로 중요한 인간의 행태이다'라고 말할 수 있겠지만, 이러한 행위개념을 도출하기 위해 지면을 낭비하지 않는다. 게다가 법인의 범죄능력을 인정하는 경향으로 나아가는 현실에서 법인의 행위는 행위가 아니라는 행위론의 전제는 어떻게 보면 시대착오적인 것이라고 할 수도 있다.<sup>3)</sup>

'행위는 목적활동성의 작용'이라거나 '목적부합적 의사조종의 능력에 지배되는 신체적 능동성이나 수동성', '회피가능한 불회피'와 같이 국적불명의 어렵고 부정확하고 모호한 용어로 점철된 문헌들을 읽지 않아도 범죄는 행위여야 한다는 것을 누구도 부인하지 않는다. 존재론적 행위개념을 찾는다고 하면서 행위는 근본기능, 연결기능, 한

- 
- 1) 대표적인 것으로, 황산덕, "목적적 행위론에 있어서의 고의와 과실", 법정, 1957년 9월호, 8-12면; 김중원, "목적적 행위론에 관하여", 저스티스, 제2권 제1호, 1958, 13면.
  - 2) 대표적인 것으로, 심재우, "형법학에 있어서 목적적 행위론과 사회적 행위론", 저스티스, 제13권 제1호, 1975, 107-131면.
  - 3) 법인의 범죄능력은 부정하면서 형벌능력은 인정하는 입장에 대해, 낭만주의모델과 조직모델을 비교검토하여 법인의 범죄능력을 해야 함을 자세히 논증한 것으로, 안성조, "한양법학, 제29집, 2010, 69-94. 특히 75면 이하 참조.

계기능 등을 수행해야 한다고 하는 규범적 태도를 전제하는 것은 논리적으로 모순이다.<sup>4)</sup> 이는 있는 그대로의 인간이라는 개념을 찾는다고 하면서 이성을 가지지 않으면 인간이 아니라고 전제하는 것과 마찬가지로이다. 있는 그대로의 인간은 이성적일 수도 있고, 이성적이 아닐 수도 있기 때문이다.

## (2) 인과관계론

인과관계는 논리학, 자연과학 뿐만 아니라 사회 모든 분야에서 독특하게 사용될 수 있는 개념이다. '이 생애에서 옷깃을 스친 것도 전생의 인연 때문'이라고 하는 불교에 독특한 인과관계 개념, '인간의 범죄는 인간의 원죄에서 비롯된 것'이라고 하는 기독교의 독특한 인과관계 개념도 있다. 두 인과관계 개념 모두 논리적, 자연과학적 인과관계라는 관점에서 보면 전혀 타당하지 않은 개념이다. 그러나 이러한 인과관계 개념은 논리적 자연과학적 인과관계 개념에 못지 않는 독특한 가치를 지니고 일정한 사회적 기능을 수행하고 있다.

독일형법이나 일본형법과 달리 우리 형법 제17조는 인과관계에 관한 명문의 규정을 두고 있다. 그런데 과거에는 형법 제17조는 인과관계가 없는 경우 처벌하지 않는다는 것을 소극적으로만 규정하고 언제 인과관계가 있는가는 전적으로 학설에 위임하고 있다고 하는 것이 지배적 견해였다. 이러한 입장은 이후 형법 제17조와 무관하게 형법적 귀책의 문제는 인과관계와 객관적 귀속의 문제로 해결해야 한다는 입장으로 이어졌다. 나아가 형법 제17조가 합법칙적 조건설적 인과관계와 객관적 귀속을 규정하고 있다고 하는 견해도 생겨났다.<sup>5)</sup>

그러나 이는 일본이나 독일의 인과관계론의 입장에서 우리 형법 제17조의 존재의의를 무시하는 태도라고 할 수 있다. 합법칙적 조건설이나 객관적 귀속을 논하기에 앞서 그리고 인과관계에 관한 학설들을 논하기에 앞서 형법 제17조를 해석해보려는 노력을 하지 않는 것은 형법해석의 올바른 태도라고 할 수 없다.

4) 존재론적 행위개념을 찾으려는 입장을 비판하고 행위개념의 정립에 있어서 규범적 관점을 참작할 필요성이 있다는 견해로, 허일태, "형법상의 제행위론에 대한 비판적 검토", 고시연구, 1997년 8월호, 105-122면.

5) 예를 들어, 이형국, "형법상의 인과관계와 객관적 귀속 4", 고시연구, 1982년 7월호, 125-133; 이재상, "형법상의 인과관계", 법조, 1983년 2월, 23면. 한편 최근의 형법총칙 개정과정에서도 제17조의 존재가 논의되었지만, 오늘날의 이론인 객관적 귀속이론의 입장에서 이 조문을 해석할 수 있을 정도의 함의를 가지고 있다는 이유로 존치하기로 하었다고 한다. 법무부, 형법(총칙)일부개정법률안 제안이유서, 2011, 25면.

형법 제17조는 '죄의 요소되는 위험발생'이라는 용어를 사용하고 있다. '위험발생'이라는 용어는 형법 제10조 제3항, 제18조에서도 사용하고 있다. 제17조와 제18조는 '결과'라는 용어를 사용하고 있고, 형법 제10조 제3항의 '행위'는 '결과실현행위'라고 해석할 수 있다. 여기에서 '위험발생'과 '결과'라는 것이 어떤 관계에 있는가를 먼저 검토해 보아야 한다. 결론적으로 말해 위험발생'은 전망적 개념인데 비해 결과는 회고적 개념이라고 할 수 있다. 즉, 위험발생'이란 '발생의 개연성 내지 상당성이 있는 결과의 총체'라고 할 수 있다. 행위당시에 행위자가 예견하는 것은 자신의 행위로 인하여 발생할 개연성이나 상당성이 있는 결과이고 이러한 결과의 총체가 위험발생이라고 할 수 있다. 따라서 발생한 결과가 이러한 위험발생의 범위 내에 있는 경우에는(연결된 때에는) 행위자가 책임을 져야 하지만, 이러한 위험발생의 범위 밖에 있는 경우에는(연결되지 아니한 때에는) 행위자가 책임을 질 필요가 없다는 의미라고 할 수 있다. 이것은 제10조 제3항, 제17조, 제18조에서 모두 타당하다. 예를 들어 아기를 살해하기 위해 젖을 주지 않는 어머니가 방지해야 할 위험발생은 그로부터 발생할 수 있는 개연성이나 상당성이 있는 결과이다. 따라서 아기가 굶어죽었다거나 먹을 것을 찾다가 실족하여 사망하였을 경우 그 발생한 결과에 대해 책임을 져야 한다. 그러나 아기가 굶고 있는 사이에 동물원에서 탈출한 호랑이가 들어와 아기를 잡아먹었다고 할 때 어머니는 아기의 사망에 대해 책임을 질 필요가 없다. 이러한 결과는 아기에게 젖을 주지 않을 때 발생할 개연성이나 상당성이 있는 결과 즉 위험발생에 속하지 않기 때문이다.

이와 같이 형법 제17조의 위험발생이라는 문언이나 제정연혁을 보면 상당인과관계설을 명문화한 것이라고 할 수 있다. 또한 우리의 판례는 상당인과관계설을 따르고 있다. 이러한 점을 고려한다면 합법칙적 조건설과 객관적 귀속론을 주장하더라도, 상당인과관계설을 모두 무시할 것이 아니라 상당인과관계설에 의해 해결되지 않는 부분은 합법칙적 조건설과 객관적 귀속론을 따라야 한다고 주장하는 방법도 있을 것이다. 실정법 규정의 존재를 무시하는 것은 형법해석의 원칙에 맞지 않기 때문이다. 또한 상당인과관계설의 상당성 판단과 객관적 귀속론에서 귀속의 기준 중 어느 것이 더 명확한지에 대한 검토도 충분히 이루어졌어야 했을 것이다.

### (3) 고의에 관한 감수설

고의에 대해 다양한 학설이 있지만 이는 연혁적 의미에 불과하고, 1980년대까지 초

반까지 우리의 학설과 판례 모두 인용설을 따르고 있었다. 따라서 형법총칙 분야에서 고의에 관해서만큼 견해의 일치를 보는 분야가 거의 없다고 할 수 있을 정도였다.

그런데 1980년대 중반 감수설이 등장하였다. 감수설은 인용설에서 인용이란 행위자가 결과발생을 내심으로 승낙하여 그것을 기꺼이 받아들이는 정서적 태도를 포함하고 있다고 비판한다. 감수설에 의하면 ① 인용설은 고의를 책임형식으로 보는 범죄체계에서는 인정될 수 있지만, 고의를 주관적 구성요건요소로 보는 범죄체계에서는 인정될 수 없고, ② 고의의 성립에 정서적 태도까지 문제삼을 필요는 없다고 한다.

그러나 감수설이 등장하기 이전에도 우리나라의 인용설은 정서적 태도까지 고의성립에 필요하다고 한 적이 없다. 오히려 판례는 “살인죄에 있어서의 범의는 반드시 살해의 목적이나 계획적인 살해의 의도가 있어야만 인정되는 것은 아니고, 자기의 행위로 인하여 타인의 사망의 결과를 발생시킬 만한 가능 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하면 족한 것이고 그 인식 또는 예견은 확정적인 것은 물론 불확정적인 것이라도 이른바 미필적 고의로 인정된다”라고 한다.<sup>6)</sup> 이는 인식설을 따르고 있는 듯 하지만, 사망의 결과발생 가능성에 대한 인식이 인정되면 결과발생의 의욕까지도 인정되는 사건에 대한 것이었다. 반면 인식이 있어도 인용까지 있는지 여부가 불분명한 사건에서는 “미필적 고의가 있었다고 하려면 결과발생에 대한 인식이 있음은 물론 나아가 이러한 결과발생을 용인하는 내심의 의사가 있음을 요한다”고 하였다.

예를 들어 감수설이 나오기 이전인 1980년대 초반에 발생한 소위 ‘이윤상군 살해사건’에서 대법원은 “피고인이 ... 감금된 피해자의 얼굴에 모포를 덮어 썩워놓고 아파트에서 나올 때에는 그 상태로 보아 피해자를 방치하면 사망할 가능성이 있다는 것을 내심으로 인정하고 있었음이 분명하고, 여기에 피고인이 피해자와는 물론 그 부모와도 면식이 있는 사이였었다는 사정을 보태어 보면, 피고인이 위와 같은 결과발생의 가능성을 인정하고 있었으면서도 피해자를 병원에 옮기고 자수할 용기가 생기지 않았다는 이유로 사경에 이른 피해자를 그대로 방치한 소위에는 그로 인하여 피해자가 사망하는 결과가 발생하더라도 용인할 수밖에 없다는 내심의 의사 즉 살인의 미필적 고의가 있었다고 볼 수 있다”라고 하였다.<sup>7)</sup> 이 사건에서 피고인은 결과가 발생하면 좋겠다는 정서적 태도를 갖지 않았다. 오히려 결과가 발생하지 않으면 좋겠지만 결과

6) 대법원 2009.2.26. 선고 2008도9867 판결; 대법원 2006.4.14. 선고 2006도734 판결 외 다수판결.

7) 대법원 1982.11.23. 선고 82도2024 판결.

가 발생해도 할 수 없다고 생각했다. 이 경우 고의를 인정하는 것이 인용설이었다.

고의가 책임요소인가 아니면 주관적 구성요건요소인가 따라 고의의 내용이 달라져야 할 논리필연적인 관계가 있는 것도 아니다. 어느 체계론을 따르든 인용설은 고의가 성립하기 위해서는 지적 요소와 의지적 요소로서 객관적 구성요건요소에 대한 인식 및 인용이 필요하다고 하였고, 법적대적 의사로서의 위법성의 인식 및 인용(이를 정서적 태도라고 보는 것 같다)까지 필요하다고 하지는 않았기 때문이다.

따라서 인용설에 대한 감수설의 비판은 우리나라의 인용설에 대한 오해에서 비롯된 것이라고 할 수 있다. 이 역시 우리의 형법해석론을 철저히 분석하지 않고 독일의 해석론을 우리나라에 그대로 옮겨왔기 때문이라고 할 수 있다.

#### (4) 위법성론

독일형법과 달리 우리 형법 제20조는 위법성조각에 관한 일반규정을 두고 있다. 따라서 독일에서 논하는 초법규적 위법성조각사유란 우리 형법에 존재하지 않는다. 위법성이 조각되는 경우란 모두 제20조의 적용을 받기 때문이다.

정당방위의 사회윤리적 제한이라는 개념을 긍정하는 견해들이 있고, 이들 견해들은 그것이 상당한 이유라는 요건에 포함되어 있는가 아니면 상당한 이유와는 별도의 또 하나의 정당방위의 성립요건인가에 대해서 견해가 대립한다<sup>8)</sup>. 그러나 후자의 견해는 정당방위의 성립범위를 문언의 가능한 의미보다 좁혀 피고인에게 불리한 결과를 초래하는 것으로서 죄형법정주의의 유추해석금지의 원칙에 반한다. 이는 너무나도 평범한 형법해석의 원리이다.

독일형법학을 보지 않았다면 정당방위의 사회윤리적 제한이라는 개념 자체가 우리나라에서는 문제조차 되지 않았을 것이다. 예를 들어 어느 이슬람국가에서 정당방위의 종교적 제한이라는 개념이 문제된다고 해서 이를 우리의 해석론으로 가져 들어온다고 하면 우스꽝스러운 일이 될 것이다.

#### (5) 법률의 착오와 정당한 이유

우리 형법 제16조는 법률의 착오에 정당한 이유가 있는 경우 벌하지 않는다고 규정하고 있다. 그리고 정당한 이유가 있는 경우란 법률의 착오가 회피불가능한 경우, 법

8) 자세한 소개는, 오영근, 형법총론, 박영사, §19/54-60 참조.

률의 착오에 과실이 없을 때라고 해석한다. 이 역시 독일형법해석론을 따른 것이라고 할 수 있다.

그러나 정당한 이유가 있는 때를 위와 같이 해석하는 것이 과연 형법해석의 원칙에 맞는다고 할 수 있을지 의문이다. 또한 위와 같이 해석한다고 하더라도 그 인정범위는 독일보다는 넓어야 할 것이다. 우리나라의 경우 독일에 비해 과잉범죄화되어 수많은 행정형법들이 존재하고,<sup>9)</sup> 법률의 착오가 문제된 사건의 대부분은 행정형법위반 사건이기 때문이다.

따라서 '정당한 이유가 있는 때'에는 '과실이 없는 때', '회피불가능한 때'보다 좀더 넓게 해석해야 할 필요가 있다. 즉, 과실이 있거나 회피가능한 법률의 착오도 정당한 이유가 있다고 해석해야 할 필요가 있다. 이 경우 과실이 있거나 회피가능하지만 정당한 이유가 있는 법률의 착오를 처벌하지 않는 근거를 찾아봐야 할 필요도 있다.

#### (6) 간접정범

통설은 제34조 제1항의 '교사 또는 방조하여'를 '이용하여'라고 해석한다. 제34조 제2항은 아예 신경을 쓰지 않는 경우가 많다. 이 역시 제34조 제2항의 '교사 또는 방조하여'를 '이용하여'라고 해석하기 때문일 것이다.

그러나 형법 제34조는 범죄론 규정 중 가장 긴 규정 중 하나이다. 이것은 입법자가 제34조를 규정할 때에 특별히 신경을 썼다는 것을 의미한다고 할 수 있다. 따라서 제34조가 입법상의 과오라든가 의미없는 규정이라고 속단해서는 안된다. 그러나 통설의 입장은 '교사 또는 방조하여'는 입법상의 과오라고 해석하는 것이다. 독일형법식의 타인을 생명있는 도구로 이용하는 형태의 간접정범만을 인정하게 되면, 방조자가 범행 지배를 할 수 없으므로 제34조의 '방조하여'는 잘못된 규정이고, '교사하여'는 '이용하여'의 의미로 해석할 수밖에 없다. 또한 제34조 제2항 역시 타인을 생명있는 도구로 이용하는 간접정범을 규정한 것이기 때문에 교사 또는 방조범에게는 적용할 수 없게 된다. 따라서 자기의 감독을 받는 형사미성년자를 교사하여 절도죄를 범하게 한 사람의 경우 절도교사범의 죄책을 지므로 간접정범에 적용되는 제34조 제2항이 적용되지는 않는다고 한다.

9) 현재는 폐지되었지만 1988년 제정된 한국형사정책연구원법조차도 연구원의 임원이나 직원 또는 그 직에 있었던 자가 직무상 알게 된 비밀을 누설한 경우 2년 이하의 징역 또는 200만원이하의 벌금에 처하는 규정을 두고 있었다(동법 제17조, 제19조).

그런데 이와 같이 ‘교사 또는 방조하여’를 ‘이용하여’로 해석하는 것이 형법해석으로서 허용될 수 있는지, 이것은 형사입법의 단계까지 나아간 것은 아닌지 의문이 든다. 이렇게 문언에 반하는 해석을 하기 위해서는 먼저 제34조를 문언대로 해석하더라도저히 감당할 수 없는 부당한 결과가 생긴다는 점을 먼저 증명해야 한다. 그러나 제34조를 문언대로 해석하더라도 어떤 부당한 결과가 발생하는 것은 아니고, 오히려 방조범형태의 간접정범을 인정할 수 있는 장점이 있을 수도 있다.

### (7) 정범과 공범의 구별

현재의 통설은 정범개념의 우위성원칙에 따라 정범개념을 먼저 확정짓고 이어 공범의 개념을 확정해야 한다고 한다. 그리고 정범과 공범은 범행(행위)지배설에 따라 구별한다.

그러나 이러한 원칙은 독일형법에는 타당하지만 우리 형법에도 그대로 적용되어야 하는가에 대해서는 의문이 있다. 독일형법은 제25조에서 직접정범, 간접정범, 공동정범, 제26조에서 교사범, 제27조에서 방조범의 순으로 규정하고 있기 때문에 자연스럽게 정범의 개념이 확정되고 이어 교사범, 방조범의 개념이 확정되어야 한다. 그러나 우리 형법은 제30조 이하에서 공동정범, 교사범, 종범, 간접정범의 순으로 규정하고 있다. 간접정범도 독일형법과 같이 ‘다른 사람을 이용해(durch einen anderen) 범죄행위를 하는 자’라고 규정하지 않고, ‘교사, 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자’라고 규정하고 있다. 따라서 우리 형법의 조문의 순서나 내용을 그대로 보게 되면 교사, 방조범의 개념이 먼저 확정되어야 간접정범을 정의할 수 있는 체제로 되어 있다.

따라서 만약 간접정범을 정범으로 본다면, 교사, 방조의 개념이 확정되어야 간접정범의 개념이 확정되게 된다. 즉, 우리 형법에서는 오히려 (간접정범에 대한) ‘공범개념의 우위성’원칙이 타당할지도 모른다.

또한 ‘어느 행위로 처벌되지 않는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사, 방조하여’라고 규정하고 있는 제34조를 문리해석하게 되면, 간접정범에서 피이용자의 의사 지배를 통한 범행지배라는 공식은 성립되지 않는다. 교사, 방조에 있어서는 교사, 방조자가 범행을 지배하는 것이 아니라 피교사·방조자가 범행을 지배하기 때문이다.

## (8) 공범의 종속형식

통설은 우리 형법이 제한적 종속형식을 취하고 있다고 한다. 그 근거로 통설은 ① 제31조제 2, 3항에서는 효과없는 교사의 경우 교사자를 처벌하도록 하고 있는데 이는 극단적 종속형식과 일치하지 않고, ② 범죄라는 개념도 상대적인 이상 정범이 구성요건에 해당하고 위법한 행위를 하면 그 책임 여부와 관계없이 공범이 성립할 수 있다고 해석하는 것이 타당하고, ③ 공범의 처벌근거는 정범의 책임에 가담하는 것이 아니라 정범의 불법을 야기, 촉진하는 데에 있으므로 제한적 종속형식이 개인 책임의 원리와 일치하고, ④ 제34조가 책임무능력자를 교사, 방조한 경우 언제나 간접정범을 인정하는 의미는 아니고 책임무능력자를 생명있는 도구로 이용한 때에는 간접정범이 성립하지만, 책임무능력자를 의사능력있는 피교사자로 이용할 때에는 교사범이 성립한다고 해야 한다는 등의 이유로 형법이 제한적 종속형식을 취하고 있다고 한다.

독일형법은 제한적 종속형식을 따르기 위해 극단적 종속형식을 취하고 있던 구형법을 개정하여 의식적으로 '타인의 위법한 행위'를 교사한 자 또는 방조한 자라고 규정하였다. 따라서 독일형법이 제한적 종속형식을 취하고 있다는 것은 의심의 여지가 없다. 그러나 우리 형법에는 제한적 종속형식을 적극적으로 뒷받침할만한 규정이 없다. 위에서 보는 것과 같이 제한적 종속형식을 따르려면 제31조, 제32조, 제33조, 제34조 모든 규정을 문언대로 해석하지 말아야 한다. 이에 비해 이러한 규정들을 모두 문언대로 해석하게 되면 우리 형법의 규정은 극단적 종속형식을 취하고 있다고 해야 할 것이다.

이렇게 문언상 명백함에도 불구하고 우리 형법이 제한적 종속형식을 취하고 있다고 해석하는 것 역시 독일형법해석학의 눈으로 우리 형법을 보기 때문이라고 할 수 있다.

## (9) 공범과 신분

공범과 신분에서 가장 문제되는 것은 제33조 단서의 '중한 형으로 별하지 아니한다'의 의미이다. 통설과 판례는 이를 '각자의 신분에 따라 별한다'는 의미로 해석하고 있다. 이에 의하면 가중적 부진정신분범에 가공한 경우에는 별 문제가 없지만, 감경적 부진정신분범에 가공한 경우에는 문제가 된다. 예를 들어 생모를 교사하여 영아를 살

해하게 한 사람의 경우 위 규정을 문리해석하면 영아살해교사죄로 처벌된다. 그러나, 통설과 판례는 보통살인죄의 교사범으로 처벌된다고 하고, 이것이 책임개별화 내지 신분개별화에 맞는다고 한다.

그런데 이 사례에서 보통살인죄의 교사범으로 처벌해도 되지만, 영아살해죄의 교사범으로 처벌해도 문제될 것이 없다. 설사 제33조 단서가 '각자의 신분에 따라 처벌한다'라고 규정하였다고 하더라도 공범종속성의 원칙상 이 규정은 가중적 부진정신분범에만 적용되고, 감정적 부진정신분범에는 적용되지 않는다고 해석하는 것이 논리적으로 모순되는 것도 아니다.

반면에 '중한 형으로 벌하지 아니한다'를 '각자의 신분에 따라 벌한다'로 해석하는 것은 해석의 범위를 넘어서 입법의 단계에까지 나아간 것이라고 해야 할 것이다. 독일형법의 공범과 신분규정의 눈으로 보지 않고 우리 형법 제33조 단서를 보았다면 통설, 판례와 같은 해석이 나올지 의문이다.

### 3. 각칙에서의 해석례

#### (1) 영아살해죄의 주체

형법 제251조 제1항은 영아살해죄의 주체를 직계존속이라고 규정하고 있음에도 불구하고 이를 생모에 국한시켜야 한다는 입장이 있다.<sup>10)</sup> 그런데 이러한 해석은 피고인에게 유리한 규정을 축소해석하는 것으로서 죄형법정주의 원칙에 위배된다. 그리고 이것은 너무나도 명백하다. 그럼에도 불구하고 위와 같은 해석이 나오는 것 역시 독일형법학의 영향을 받은 것이라고 할 수 있다. 그러나 독일 구형법은 영아살해죄의 주체를 생모로 국한시켰기 때문에 이러한 해석이 가능한 것이었다. 그럼에도 불구하고 우리나라에서 영아살해죄의 주체를 생모로 제한하자고 하는 해석은 현행 독일형법이 영아살해죄를 폐지하였으므로 우리나라에서도 영아살해죄를 해석상 인정하지 말아야 한다는 것과 별 다름이 없다.

#### (2) 재물의 개념

현재 다수설은 재물에 경제적 가치를 요하지 않는다고 하여 재물과 물건의 개념을

10) 이에 대해서는 오영근, 형법각론, 박영사, §2/59, 각주 2)의 문헌 참조.

같은 것으로 파악하고, 판례는 통설처럼 넓게 파악하지는 않으나 경제적 교환가치는 없더라도 타인에 의해 이용되지 않는다는 주관적, 소극적 가치만 있어도 재물이 될 수 있다고 한다.<sup>11)</sup>

그런데 우리 형법은 재산범죄만 재물이라는 용어를 사용하고 재산범죄 이외에서는 물건이라는 용어를 사용한다. 재산범죄 이외에서는 도박죄에서만 재물이라는 용어를 사용하고, 재산범죄에서는 권리행사방해죄에서만 물건이라는 용어를 사용한다.

이와 같이 법률이 다른 용어를 쓸 때에는 그 의미가 서로 다르다고 해석하는 것이 법해석의 일반원칙이다. 재물과 물건이 같은 개념이 아니라는 것은 한 눈에 알 수 있다. 물건 중에서 재산적 가치 즉, 경제적 가치가 있는 것만이 재물에 속한다고 할 수 있다. 그럼에도 불구하고 재물을 물건과 같은 개념으로 해석하는 것은 역시 재산범죄의 객체인 Sache에 경제적 가치를 요하지 않는다는 독일형법의 해석론을 따른 것으로 보인다.

그러나 우리 형법은 재산범죄 중 권리행사방해죄에서만 물건이라는 용어를 사용한다. 이는 경제적 가치가 없는 물건에 대해서도 경제적 가치를 지닌 권리가 발생할 수 있기 때문이다. 예를 들어 보관료를 주기로 하고 경제적 가치가 없는 물건을 보관시킨 경우 그 물건을 취거하는 등의 행위를 통해 경제적 가치를 지닌 권리의 행사를 방해할 수 있기 때문이다. 이 경우 물건을 취거한 것이지만 재물을 취거한 것은 아니다.

### (3) 불법영득의사

통설과 판례는 영득죄에서 불법영득의사를 요한다고 하고, 불법영득의사란 초과주관적 구성요건요소라고 한다. 이는 불법영득의사를 명문으로 규정하고 있는 독일형법의 해석론에서 유래한 것이라고 할 수 있다. 그러나 불법영득의사를 명문으로 규정하고 있지 않은 우리나라에서 굳이 불법영득의사를 요한다고 해석할 필요가 있는지 의문이다. 나아가 이렇게 해석하는 것은 해석의 한계를 넘어선 것이라고 할 수 있다. 피고인에게 유리한 해석은 금지되는 것은 아니지만 그렇다고 하여 항상 정당한 것은 아니기 때문이다. 위와 같은 통설, 판례에는 다음과 같은 문제점이 있다.

첫째, 불법영득의사를 초과주관적 구성요건요소로 규정하는 독일형법의 입법방식은 별로 바람직하다고 할 수 없다. 절도죄나 강도죄와 같이 누구나 쉽게 알 수 있는

11) 대법원 2007.8.23. 선고 2007도2595 판결 외 다수판결.

범죄를 불법영득의사라는 개념으로 어렵게 만들 필요가 없다.

둘째, 불법영득의사에서 불법이란 위법을 의미한다. 그런데 예를 들어 긴급피난으로 타인의 재물을 절취하거나 가치가 경미한 재물을 절취한 경우 위법영득의사가 없어서 절도죄의 구성요건해당성이 없는 것인지 불법영득의사는 인정되어 절도죄의 구성요건해당성이 있지만 위법성이 조각되는 것인지 혼란을 일으킬 수 있다. 위의 경우 일반적으로 위법성이 조각된다고 하지만, 긴급피난 등에 의한 영득은 위법영득이라고 할 수 없으므로 위법영득의사가 없다고 할 수 있기 때문이다. 이와 같이 구성요건요소에 위법이라는 용어를 사용함으로써 통설이 거부하는 소극적 구성요건요소이론과 같아질 수 있는 문제가 생길 수 있다.

셋째, 불법영득의사에서 의사란 독일어의 Absicht를 번역한 것으로서 Absicht는 우리 형법상의 용어로는 목적이라는 말과 같은 것이라고 할 수 있다. 따라서 영득죄를 목적범으로 해석하는 문제가 생긴다. 나아가 우리 판례와 같이 목적을 신분이라고 하는 입장과 결합된다면<sup>12)</sup> 영득죄는 목적범이요, 진정신분범이 되는데 이렇게 될 경우 해석의 독이 무너지는 것이라고 할 수 있다.

넷째, 독일형법에서도 횡령죄에서는 불법영득의사를 요하지 않는다고 해석한다. 왜냐하면 동범죄의 실행행위가 '영득한 자'이므로 횡령죄에서 불법영득의사를 요한다고 하면 영득이 목적의 대상이 됨과 동시에 고의의 대상이 되는 이상한 결과가 발생하기 때문이다.

#### (4) 사기죄에서 손해의 발생

판례는 사기죄의 성립에 재산상의 손해발생을 요하지 않는다고 하지만, 다수설은 사기죄가 성립하기 위해서는 재산상의 손해발생을 요한다고 한다. 다수설은 독일형법의 사기죄 규정과 그 해석론에 영향을 받은 것이라고 할 수 있다. 독일형법은 재산상의 손해발생을 명문으로 규정하여 사기죄를 배임죄와 같은 성격의 범죄로 규정하고 공갈죄는 폭행·협박을 수단으로 한다는 점을 중시하여 공갈죄는 강도죄와 같은 성격의 범죄로 규정하고 있다. 이에 비해 우리 형법은 하자(瑕疵)있는 처분행위에 의해

12) 대법원 1994.12.23. 선고 93도1002 판결 형법 제152조 제1항과 제2항은 위증을 한 범인이 형사사건의 피고인 등을 '모해할 목적'을 가지고 있었는가 아니면 그러한 목적이 없었는가 하는 범인의 특수한 상태의 차이에 따라 범인에게 과할 형의 경중을 구별하고 있으므로, 이는 바로 형법 제33조 단서 소정의 "신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우"에 해당한다고 봄이 상당하다.

재물 또는 재산상의 이익을 취득한다는 점을 중시하여 사기죄를 공갈죄와 같은 성격의 범죄로 규정하고 있다.

즉, 독일형법에서 재산상 이익의 취득은 사기죄의 객관적 구성요건요소가 아니고 초과주관적 구성요건요소이지만, 우리 형법에서는 재산상 손해를 가할 것이 명문으로 규정되어 있지 않고, 재산상 이익을 취득할 것이 명문으로 규정되어 있다. 따라서 재산상 이익의 취득은 객관적 구성요건요소임과 동시에 재산상 이익의 취득은 초과주관적 구성요소가 아니라 고의의 한 내용이다.

독일형법에서 재산상 손해발생을 어떻게 해석할 것인가에 대해 논란이 있고, 불법영득의사를 초과주관적 구성요건요소로 규정하는 입법방식이 별로 바람직한 것이 아니라고 한다면, 굳이 우리 형법을 독일형법과 같이 해석할 필요는 없을 것이다.

#### (5) 뇌물죄에서 대가관계 요부

그러나 우리 형법은 '직무에 관하여'라고 규정하고 있으므로 뇌물과 직무 사이에 대가관계를 요한다고까지 해석할 필요는 없고, 뇌물과 직무 사이에 인과관계 내지 상관관계만 있으면 족하다고 해석할 수 있다. 그리고 관례와 다수설은 뇌물죄의 성립에 뇌물과 직무와의 대가관계를 요한다. 이 역시 독일형법의 해석론에 영향을 받은 것으로 보인다. 독일 구형법상의 뇌물죄규정은 대가관계를 명문으로 요구하고 있었다. 따라서 독일구형법의 해석에서는 공무수행과 뇌물간에는 대가관계가 있어야 한다고 해석해야 하고, 대가관계가 없어도 된다고 해석하는 것은 형벌권의 적용범위를 명문의 규정보다 부당하게 확대하는 것이어서 허용될 수 없는 해석이 되었을 것이다.

하지만 독일통일 이후 부정부패가 문제가 되자, 현행독일형법은 구법에 규정되어 있던 '대가로'(als Gegenleistung)이라는 표현을 삭제하였다. 이에 따라 뇌물죄의 성립에 대가관계는 필요없는 것으로 해석할 수 있다고 한다. 이러한 독일의 해석론에 비추어 보더라도 대가관계를 명문으로 규정하고 있지 않은 우리 형법의 해석론으로는 대가관계를 요한다고 해석하지 않아도 되고, 또 이렇게 해석할 필요도 없다.<sup>13)</sup> 우리나라의 부정부패가 독일보다 덜 심각하지는 않으므로 뇌물죄 규정을 문언보다 엄격하게 해석할 필요도 없다. 이 때문에 관례는 소위 '포괄적 대가관계'가 있으면 족하다고 하

13) 자세한 논의는, 오영근, "부정부패에 대한 형사법적 대응방안", 제1회 한국법학자대회 논문집 I, 1998, 747-772면 참조.

지만,<sup>14)</sup> 포괄적이건 구체적이건 대가관계까지 필요하다고 해석할 필요가 없다. 우리는 독일 구형법 보다 진일보된 규정을 가지고 있음에도 불구하고 다수설 및 판례가 독일의 구형법의 해석방법을 따랐다는 것은 아이러니칼한 일이 아닐 수 없다.

### Ⅲ. 형법교육의 문제점

#### 1. 문제상황

현재 대부분의 학생들이 신림동 고시학원에서 형법강의를 수강하고, 이를 통해 국가시험을 준비하는 상황이 계속되고 있다. 신림동 고시학원이 바람직한 방향으로 형법을 교육한다면 대학은 마음놓고 현재의 상황을 즐기면서 좀더 심오한 형법이론의 개발에 매진하면 될 것이다. 그러나 현실은 그렇지 못하다.

신림동 고시학원의 번성은 대학의 형법교육의 실패를 의미하기 때문이다. 그 주된 원인은 한편은 형법교수들이 형법강의에서 학생들의 필요를 충족시켜주지 못하면서, 다른 한편으로는 국가시험의 출제위원이 되어서는 신림동 고시학원의 강의에 의존할 수 밖에 없는 문제들을 출제하기 때문이라고 할 수 있다.

#### 2. 학부강의의 문제점

대학강의의 가장 큰 문제점은 형법교수들이 강좌내용의 끝까지 강의를 하지 않고 하기도 어렵다는 것이다. 예를 들어 3학점 3시간의 형법총론 강의에서 죄수론이나 형벌론까지 강의하는 교수가 많지 않다. 이는 학생들이 강의내용을 이해하는지 여부에 아무런 신경을 쓰지 않으면서 강의를 하지 않는 한 내용의 끝까지 강의를 한다는 것은 거의 불가능하다. 형법총론의 내용 중에는 학생들이 한 번의 강의로 이해하지 못하는 경우가 많은데, 이 때 다시 한번 설명을 하게되면 추가적인 강의를 하지 않는 한 뒷부분에 대한 강의는 포기하게 되는 결과를 초래하기 때문이다.

이 문제는 강의시간을 늘리면 해결될 수 있겠지만, 형법강좌만을 무한정 늘릴 수는 없기 때문에 학생들이 이해하도록 하면서도 끝까지 진도를 나아갈 수 있는 심층적인

14) 대법원 1997.12.26 선고 97도2609 판결.

연구가 이루어져야 한다. 그러나 이러한 연구가 행해진 적은 별로 없다. 이는 형법교수들이 비과학적인 방법으로 강의를 하고 있는 것이라고 할 수 있다.

강의의 내용에도 문제가 있다. 대다수 학생들의 관심사는 국가고시 준비인데, 교수들은 자신이 연구한 내용에 대해 지나치게 많은 시간을 할애하거나 국가고시에 어떤 문제가 출제되는지 모르고 또한 신경도 쓰지 않으면서 강의를 하기 때문이다. 이러한 강의는 학생을 위한 강의가 아니라 교수를 위한 강의라고 할 수 있다.

### 3. 대학원강의의 문제점

대학원강의에는 소위 원서강독이라는 과목들이 있다. 외국의 교과서나 논문들을 번역하는 것이 강의내용의 전부이다. 이는 외국의 형법이론들을 중시해 온 비교법적 연구방법에서 비롯된 것이라고 할 수 있다. 그러나 제대로 된 비교법적 연구를 하는 것은 거의 불가능한 일이다. 독일이나 영미의 문헌들에서도 제대로 된 비교법적 연구는 거의 발견하기 어렵다. 비교법적 연구가 있다면 그저 여러 나라의 제도들을 평면적으로 모아 놓은 것이다. 그 내용의 정확성 여부는 전혀 담보되지 않는다.

영어나 독일어를 모른다고 하여 형법을 공부하지 못하는 것도 아니다. 국내의 문헌과 판례들을 분석하여 작성된 훌륭한 논문들이 얼마든지 있다. 외국의 문헌을 많이 인용한 논문들 중 대부분은 그 진정성이 의심되는 논문들이 많이 있다. 외국의 문헌 이전에 국내문헌에 대한 철저한 이해가 선행되어야 한다. 과거에는 국내문헌들이 많지 않았지만, 오늘날에는 국내문헌도 많이 있기 때문에 이를 제대로 살펴보는 것도 쉬운 일이 아니다. 어느 주제에 대해 열 권의 국내교과서를 살펴보면 그 내용이 조금씩 다르고, 나름대로의 특색을 지닌 부분들이 있다. 그러나 이러한 부분은 인용하지 않고, 각주를 장식하는 용도로 국내문헌들을 인용하는 논문들이 너무나 많다. 심지어는 대부분의 박사학위논문들마저 예를 들어 1930년대의 외국형법이나 외국학자의 견해는 자세히 소개하면서 현재 국내학자의 견해는 충분히 이해하지 못하면서 인용하고 있는 실정이다.

외국의 제도나 학설들을 소개하는 글들도 문제가 많다. 그 나라의 제도를 제대로 이해하고, 외국어의 뉘앙스까지 제대로 번역한 글들은 거의 없다. 외국의 법령들을 번역해 놓은 자료들이 많이 있지만, 이를 그대로 믿고 인용하는 것은 너무 위험하고, 반

드시 원문의 내용을 확인하고 적절한 번역이 이루어졌는지를 확인해야 한다. 적절한 번역이 이루어지기 위해서는 그 나라의 저번제도와 우리나라의 제도까지 잘 알아야 한다. 예를 들어 영국의 police를 경찰이라고 번역한다면 그것은 넌센스이다. 영국의 police는 수사 뿐만 아니라 공소의 제기 및 유지업무까지 담당하고 변호사자격이 있는 공무원들이 많이 있기 때문이다. 따라서 영국의 police를 어떻게 번역해야 할지는 많은 연구를 필요로 하는 작업이다.

#### 4. 국가시험출제의 문제점

사법시험등 국가시험의 문제는 주로 교수들이 출제한다. 그런데 아이러니컬하게도 교수들이 출제하는 문제들 때문에 학생들은 대학강의보다는 고시학원의 강의를 중시하게 된다. 대부분의 출제위원교수들은 국가시험의 문제를 어느 정도의 분량에서 어느 정도의 수준으로 어떤 표현으로 출제해야 하는가에 대한 구체적 고민을 하지 않고, 몸이 감금되어 머리마저 굳어버린 상태에서 석방될 날만을 기다리며 문제를 출제한다.

국가시험문제 중에는 형법공부에서 중요한 위치를 차지 하지 않는 지엽적인 판례를 그것도 논리가 아닌 결론의 내용만을 묻는 문제들이 너무 많다. 또한 복수정답 시비에 휘말리지 않을 문제를 출제해야 하기 때문에 호랑이를 그리려던 문제는 고양이를 그린 문제로 전락한다. 이렇게 좀 쉬워 변별력이 떨어질 것을 두려워하여 문제의 분량을 늘린다. 나중에 보면 형법내용은 어렵지 않은데, 문제의 내용을 파악하기 어려워 풀지 못하는 문제들도 많다. 예를 들어 “근대 형법학의 아버지는 누구인가?”라는 문제라면 쉽게 정답을 맞힐 수 있는데, “고대도 아니고 중세도 아니고 현대도 아닌 시대의 형법학의 증조할아버지의 손자녀로서 작은 할아버지의 조카인 사람은?”이라는 식의 문제도 있다. 여기에서 수험생들은 “석기시대의 형법학의 아버지인가”, “미래 형법학의 아들인가”하는 의문을 갖다가 ‘근대형법학의 어머니’를 묻는 문제라고 오해하고 ‘베카리아의 아내’라고 답을 쓸 수도 있다.

그럼에도 불구하고 사법시험 문제의 문제점에 대해 연구하고 바람직한 방향을 제시하는 연구는 별로 없다.

## IV. 형사입법의 문제점

### 1. 문제상황

2007년부터 시작된 형법의 전면개정작업의 결과 총칙부분의 형법개정법률안이 국회에 제출되어 있고, 현재에는 각칙의 법정형 조정작업이 진행되고 있다. 법무부는 형법개정의 기본방향으로 ① 기본권 보장에 관한 헌법정신의 구현, ② 형법 이론 발전에 따른 범죄론 재정비, ③ 사회 변화로 인한 범죄화 및 비범죄화 현상 반영, ④ 형사정책적 고려에 의한 형벌제도 및 법정형 조정, ⑤ 각종 형사특별법의 형법으로 흡수·통합, ⑥ 평이한 법률용어로 개선 등을 제시하였다. 이러한 정부의 형법전면개정작업에 대응하여 한국형사법학회등에서도 학회의 전면개정안을 만드는 작업을 진행하여 총칙의 개정시안을 마련하였다<sup>15)</sup>.

그런데 형법총칙개정법률안의 경우 독일형법이론을 따른 범죄론의 재정비는 이루어졌지만, 다른 기본방향들은 거의 실천되고 있지 않다.

### 2. 몇가지 문제점

형법개정에서 나타난 문제점 몇가지를 들어보면 다음과 같다.

첫째, 유기징역의 상한을 30년, 50년으로 한 현행법 제42조를 개정하지 못하였고 여기에 보안처분을 도입하였다. 이것은 기본권보장에 따른 헌법정신의 구현이라는 개정방향과는 잘 맞지 않는다고 할 수 있다.

둘째, 기본권보장에 따른 헌법정신의 구현이라는 기본방향은 현행형법이나 형사특별법의 법정형이 너무 무겁다는 전제를 포함하고 있는 것이다. 따라서 각칙의 경우 법정형을 완화해야 한다는 의미를 포함하고 있다. 그런데 개정형법의 법정형을 현행 형법 내지 현행형법과 거의 비슷한 법정형을 지닌 1992년 형법개정법률안의 법정형보다 낮추기 위해서는 낮춰야 할 특별한 근거를 제시해야 한다는 주장이 힘을 얻게 되었다. 이에 따라 법정형을 강화하기는 쉬워도 완화하기는 어렵게 되었다.

15) 이 개정시안에 대한 소개 및 평가는, 장영민, “형법개정의 기본방향 : 한국형사법학회의 2010년 형법개정시안을 중심으로”, 형사법연구, 제22권 제4호, 2010, 3-18면.

셋째, 각칙개정에서 간통죄에 대한 비범죄화가 논의되고 있지만, 훨씬 많은 신범죄화가 이루어졌다.

넷째, 형사특별법의 형법으로의 흡수·통합도 개정방향 설정시 목표했던 것과는 다른 방향으로 나아가고 있다. 너무나 많은 형사특별법이나 행정형법이 존재하기 때문에 그 내용 파악조차 쉽지 않다. 따라서 형사특별법 내지 행정형법의 규정을 형법전에 편입시키기 위해서는 많은 연구가 필요하다. 그러나 이러한 연구를 할 수 있는 재정적, 인적 기반이 마련되지 않았기 때문이다.

이에 따라 현재 진행 중인 개정형법이 현행형법보다 좀더 나은 내용을 가질 것이라고 장담하기 어렵게 되었다. 그럼에도 불구하고 형법학계에서도 개정안을 제시하는 하였지만, 형법개정작업의 진행에 따라 좀더 바람직한 대안을 제시하려고 집요하게 노력을 할 필요가 있다.

## V. 한국형법학의 독자성찾기

### 1. 연구방법의 개선

#### (1) 올바른 비교법적 연구방법의 확립

학위논문이나 연구논문 기타 용역논문 등을 볼 때 거의 예외없이 비교법적 연구방법을 택하고 있다. 비교법적 연구방법은 매우 유용한 연구방법이지만, 비교법적 연구를 할 때는 다음의 사항을 주의해야 한다.

첫째, 두 나라의 형법규정을 정확하게 비교해야 한다. 언어는 다의적이어서 일 대 일 대응이 되지 않는 표현이 많고, 설사 같은 표현이라고 하여도 문화의 차이에 따라 그 개념이나 뉘앙스가 다르기 때문이다.

둘째, 두 나라 형법이 같은 개념을 사용한다고 하여 그 해석·적용이 꼭 같을 수는 없다. 예를 들어 ‘음란’이라고 하는 개념을 구체적으로 해석·적용함에 있어서 폐쇄적 성윤리를 가진 우리나라와 개방적 성윤리를 가진 독일의 현실을 고려한다면 그 적용 범위가 항상 같을 수는 없을 것이다.

셋째, 비교법적 연구가 모든 문제를 해결해 줄 수 없을 뿐만 아니라 비교법적 연구

로 해결할 수 있는 범위는 매우 적다. 형법학은 세계적 보편성도 갖지만 각 나라만의 특수성도 갖기 때문이다. 따라서 아무리 다른 나라에서 지배적 이론이라고 하더라도 우리나라에는 맞지 않을 수 있다.

넷째, 비교법적 연구에 의해 의미있는 결론을 얻기 위해서는 한, 두 국가만을 비교해서는 안되고 될 수 있는 대로 여러 국가와 비교해야 한다.

다섯째, 미시적으로 외국의 일정한 형법규정의 내용 뿐만 아니라 전체 법체계 및 그 국가의 형법현실을 고려할 때 당해 형법규정의 진정한 의미가 무엇인가를 거시적으로 파악할 수 있어야 한다. 이것이야말로 가장 어려운 과제라고 할 수 있다.

## (2) 국내문헌과 법현실의 우선적 연구

독일이나 영미의 단행본이나 논문들을 보면 비교법적 형식으로 구성된 것이 그렇게 많지 않다. 이는 위와 같은 수준에 이른 비교법적 연구를 하기 어렵기 때문일 것이다. 그리고 위와 같은 수준에 도달하는 연구를 하지 못할 바에는 자신들의 법현실을 좀더 잘 파악하고, 이에 맞는 해석론을 전개하는 것이 실현 가능성 있고, 또 유일한 연구방법이기 때문일 것이다.

따라서 비교법적 연구보다는 차라리 우리의 법현실을 좀더 잘 파악하고, 그것에 맞는 해석론을 개발하는 것에 중점을 두어야 할 것이다. 이를 위해서는 독일등 외국문헌을 읽는 데에 시간과 노력을 들이기 보다는 우리의 법현실과 국내문헌을 철저히 분석하고 새로운 대안을 제시하는 연구방법으로 전환해야 할 것이다. 연구논문에서 교과서나 다른 논문을 인용한다면 그 교과서나 논문에서 독특하게 주장하는 부분을 인용해야 할 것이다. 그런데 국내문헌에 대해서는 예를 들어 '미수란 실행의 착수 이후 기수 이전을 말한다'와 같은 일반적 설명을 하면서 여러 종류의 교과서나 논문을 인용하는 반면 독일이나 외국의 문헌은 아주 세밀한 부분까지 읽어 인용하는 경우가 많다. 또한 국내문헌을 인용하더라도 저자가 주장하는 내용을 정확하게 파악하기보다는 유사한 견해와 동일시하거나 저자의 주장과는 반대되는 의견으로 인용하기도 한다.

조선시대의 철학자들이 중국 철학자들이 아닌 국내 철학자들의 주장을 중심으로 논쟁을 벌였기 때문에, 이기이원론이나 이기일원론과 같은 독창적인 유교이론들이 나올 수 있었다고 한다. 규정에 얽매이지 않는 철학에서도 이러할진대, 형법규정에 엄격히 구속되는 형법해석학에서는 더욱 더 그러해야 할 것이다.

## 2. 교육방법과 내용의 개선

### (1) 학부강의

사법시험 등 국가고시의 문제는 학생들의 공부방법을 결정한다. 입시가 존재하는 경우 입시위주의 교육을 해야 한다. 여기에서 전인교육을 하려고 하는 것은 너무나 비현실적인 일이다. 마찬가지로 국가고시가 법학도들의 장래를 결정하는 환경에서는 대학에서도 국가고시위주의 교육을 해야 한다.

따라서 적어도 국가시험 문제의 동향을 정확하게 파악하고 국가시험에 대비할 수 있는 강의를 해야 한다. 교수들은 자신이 하고 싶은 강의를 하기에 앞서, 학생들이 듣고 싶은 강의를 해야 한다. 교수들도 교육서비스의 제공자이기 때문이다. 자신이 쓴 논문의 주제로 여러 시간을 강의하거나 심지어는 하나의 주제로 한 학기를 강의하는 것은 학생들에게 제대로 형법을 가르쳐주는 것도 아니고 학생들의 수요를 충족시켜주는 것도 아니다. 그것은 힘없는 학생들에 대한 교수의 독재에 불과하다.

그러나 여기에 보태어 올바르게 형법을 공부할 수 있도록 지도해 주어야 한다. 학생들의 시험준비요구에만 맞추는 강의는 학원강의와 다를 바 없기 때문이다. 그리고 올바른 형법공부는 국가시험을 준비하는 최선의 방법일 수도 있다. 하나의 교과서를 열 번 읽고 강제로 외우는 방식의 공부가 아니라 열 개의 교과서를 비교하며 한번씩 읽음으로써 자연스럽게 그 내용을 터득할 수 있도록 하는 방향으로 교육해야 한다. 이를 위해서는 교수 스스로 국내문헌들을 열심히 읽고 분석해야 한다.

### (2) 대학원강의

로스쿨이나 대학원 강의도 마찬가지이다. 다만 읽어야 할 범위가 학부생보다 넓다. 로스쿨이나 대학원강의는 암기식일 필요가 없다. 다양한 문헌들을 참고하여 다른 사람들의 견해를 이해하고 자신의 견해를 확립하는 방식의 지도가 필요하다. 이를 위해서는 도서관이 독서실이 아닌 도서관으로 활용되도록 해야 한다. 로스쿨학생이나 일반대학원학생들의 경우에도 외국문헌에 앞서 국내문헌을 철저하게 읽어야 한다. 이를 위해서는 도서관에 많은 문헌들을 갖춰놓아야 하고 특히 기본적인 교과서들은 수십 권씩 도서관에 갖춰놓아야 한다.

로스쿨의 경우 이러한 여건이 형성되어 있다. 전에는 한 종의 교과서를 열 권 사더

라도 한권을 소장한 것으로 평가하였지만, 현재에는 50권까지 소장한 것으로 평가받는다. 한 강좌를 듣는 학생들이 어느 주제를 가지고 국내의 모든 교과서를 참고할 수 있도록 하기 위해서는 적어도 기본서는 상당수를 갖춰놓아야 한다.

외국어 해석 중심의 강의는 극히 예외적으로만 운용해야 한다. 이제는 우리나라에서 매년 출간되는 논문도 상당수에 이른다. 한국형사법학회, 한국비교형사법학회, 한국형사판례연구학회, 한국형사정책학회, 한국피해자학회, 한국소년정책학회, 한국교정학회, 한국공안행정학회, 한국형사소송법학회 등 학회와 한국형사정책연구원이나 기타 연구기관에서 발간하는 논문들이 일년에 수백 편에 이를 정도이다. 이렇게 새로 출간되는 논문들까지도 교수와 학생들이 모두 읽을 수 있어야 한다. 그래야 우리 학계의 동향을 알 수 있고, 우리 현실에 맞는 해석론이나 입법론들이 나올 수 있다.

다시 말해 기계적으로 외국문헌을 번역하기 보다는 우리 문헌으로 생각하고 비판하고 창의적인 대안을 도출할 수 있도록 교육하는 방법을 사용해야 한다.

### 3. 형사입법의 개선

형사입법에서도 학회들이 참여할 수 있는 방안을 마련해야 한다. 형사특별법의 입법이나 개정, 형법이나 형사소송법의 개정에서 학회들이 주도적 역할을 할 수 있는 방안을 마련해야 한다. 국회나 법무부에서 이러한 방안을 받아들이지 않을 때에는, 형사법관련 학회들이 선제적으로 입법안이나 개정안을 제시할 수 있도록 해야 한다. 예를 들어 현재 법무부의 형법각칙 개정과정에서 법정형 정비작업이 진행중이다. 이 때에 우리의 선고형의 실태를 분석하는 등의 방법을 통해 현행법의 법정형이 적당하지 그렇지 않을 경우 어떻게 조정해야 할지를 먼저 제시하는 적극적 자세도 필요하다. 만약 강도상해죄나 강도치상죄 또는 특수강도죄가 아닌 단순강도죄에 대해 한번도 5년 이상의 징역이 선고된 적이 없다면 3년 이상 30년 이하의 징역이라는 현행 강도죄의 법정형은 대폭 조정되어야 한다. 현실에 적용되지 않는 형벌법규를 존치하게 되면 그것은 반드시 악용되기 때문이다.

### 4. 정 리

모든 법과 법이론은 세계적 보편성과 함께 개별 국가의 특수성을 지니고 있다. 우리나라는 이미 세계적 보편성에 따른 형법 규정과 이론 및 실무의 지니게 되었다. 이

것은 지난 반세기 이상 선진외국의 형법이론과 법제도를 받아들이는 데에 힘을 기울였기 때문이고, 이러한 노력을 결코 과소평가해서는 안된다. 우리의 것이 없었던 때에는 우리 형법의 독자성을 찾으려고 해도 찾는 것이 불가능했기 때문이다. 오늘날 우리가 한국형법학의 독자성 찾기라는 주제로 논의할 수 있는 것도 이러한 과거의 노력에 힘입은 바 크다고 할 수 있다.

그러나 우리 형법이 제정된지 60년 가까이 되었고, 그 동안 많은 판례와 학설들이 축적되었다. 이제는 우리의 법현실에 맞는 형법이론들을 개발하고, 이것을 교육하고, 실무에 활용할 수 있도록 하는 노력이 필요한 때이다. 이것이야말로 한국형법학의 독자성을 찾는 첫걸음이라고 할 수 있다.

1960년대부터 1980년대까지 젊은 세대들이 주로 듣는 음악은 팝송이었다. 당시에는 팝송을 번안한 가요도 많았다. 그렇게 한국가요는 팝송의 아류 또는 팝송보다 한 단계 낮은 음악으로 평가되었다. 그러나 1990년대에 들어오면서 젊은 세대들이 듣는 팝송의 양은 현저하게 줄어들었다. 그 이유는 한국의 가요들이 팝송에 못지 않은 수준에 도달하였기 때문이다. 나아가 최근에는 K-Pop이 유럽대륙에 상륙하여 선풍적 인기를 끌고 있다.

우리의 형법학계도 지난 4, 50년간 많은 발전을 이룬 것이 사실이다. 그러나 아직도 외국의 이론을 소개하고 따르면 된다는 안일한 사고에 젖어있는 것은 아닌지 염려된다. 예를 들어 수백명을 살해하고, 대통령재직기간 중 수천억을 뇌물로 받았고 대통령 퇴임 후에는 수천억의 추징금을 납부하지 않고서도 호의호식을 하는 사람들을 처벌할 수 있는 논리를 개발하지 못한 한국 형법학을 어떻게 평가해야 할까? 선진국가에서는 경험해보지 못한 이러한 현실에서 선진국들이 개발한 형법이론이 아니라 한국적 특수성을 반영한 독자적 형법이론을 개발해 냈어야 하는 것은 아닌가? 그리고 이러한 형법이론을 개발해야 우리 형법학의 수준이 높아질 뿐 아니라 독재에 신음하고 있는 아프리카나 중동 기타 지역 국가의 국민들에게 희망을 주고 선진국 형법학계의 관심을 끌 수 있는 세계적 형법학을 수립할 수 있는 것은 아닐까?

\* 주제어 : 한국형법, 독자성, 형법학연구, 형사입법, 형법교육

\* 논문접수 : 2011.8.31. \* 심사개시 : 2011.9.4. \* 게재확정 : 2011.9.17.

[Abstract]

## A Desirable Way to Study Korean Criminal Law

Oh, Young-Keun\*

The purpose of this paper is to review the attitude of Korean scholars and practitioners to study Korean criminal law in the past 50 years, to find out the problems in it and to suggest some desirable ways.

The contents of this paper is as follows :

### I. Introduction

### II. The Problems in Studying Korean Criminal Law

#### 1. The Attitude Depending German Theory

#### 2. Some Examples in General Part(Allgemeiner Teil)

(1) The Theory of Action(Handlungslehre)

(2) The Theory of Cause and Effect(Kausalität)

(3) The Theory of Mens Rea(Vorsatz)

(4) The Theory of Illegality(Rechtswidrigkeit)

(5) The Mistake of Illegality(Rechtsirrtum)

(6) The Indirect Principal Offender(Mittelbare Täter)

(7) The Theory of Accoplice

#### 3. Some Examples in Individual Part(Besonderer Teil)

(1) The Subject of an Infanticide

(2) The Concept of a Thing and a Property

(3) The Purpose of Illegal Gaining(Absicht Rechtswidrig zu Zueignen)

---

\* Professor, School of Law, Hanyang University

(4) The Problems in the Interpretation of the Fraud

(5) The Problems in the Interpretation of the Bribery

III. The Problems in the Education of Criminal Law

1 Some Problems in the Undergraduate School

2. Some Problems in the Law School

3. Some Problems in the Bar Examination

IV. The Problems in the Legislation

1. General Situation

2. Some Problems in the Process of the General Reform of Criminal Law

V. Some Suggetion and Conclusion

\* Key Word : Korean Criminal Law, Independency, The Study of Criminal Law,  
The Legislation of Criminal Law, The Education of Criminal Law.