

[한국형사법학회 60주년 특집논문]

형사법학 60년의 회고와 향후과제

— 형법총칙분야를 중심으로 —

오 영 근*

형사법학회가 창립된지 60년이 되었다. 형법학 그 중에서도 총론분야 형법학의 60년을 회고할 경우 형법학회 창립 후 1970년대까지의 20여년간, 1980년대와 1990년대 20년간, 2000년 이후 현재까지 약 20년간 등 세 시기로 나누어 볼 수 있다. 제1시기는 주로 일본형법학의 영향을 많이 받은 시기, 제2시기는 독일형법학의 영향이 절대적인 시기, 제3시기는 우리의 독자적 형법학을 확립하기 위한 모색시기라고 할 수 있다.

이 기간동안 우리 형사법학계도 회원과 발간하는 논문집의 수가 비약적으로 증가하고 질적인 측면에서도 이전에 비해 수준이 높아졌다고 할 수 있다. 그러나 아직도 연구의 자세나 방법적 측면에서 개선해야 할 점들이 많이 있다. 그 중 대표적인 것이 비교법적 연구이다. 대부분의 경우 비교법적 연구 부분은 정확하지도 않고, 논문의 다른 부분들과 물과 기름처럼 분리되어 있는 경우가 많다.

이에 비해 국내문헌들에 대한 연구나 분석에 충분한 노력을 기울이지 않는 경향이 아직도 존재한다. 이에 따라 어떤 주제에 대한 외국학자의 주장은 잘 알면서 바로 옆에 있는 국내학자의 의견은 전혀 알지 못하는 본말전도 현상이 아직도 사라지지 않고 있다.

그동안 형사법학계에서도 이러한 현상에 대한 지속적인 비판과 반성이 있었고, 형사법학계 60년을 회고하고 앞으로의 방향을 설정하는 데에 있어서도 당분간은 이러한 잘못된 연구방법에 대한 철저한 반성과 개선이 핵심이 되어야 한다.

* 한양대학교 법학전문대학원 교수.

차 례

I. 머리말	IV. 향후과제
II. 1980년대와 1990년대의 형법학	V. 맺음말
III. 2000년대의 형법학	

I. 머리말

1957년 6월 22일 한국형사법학회가 창립된지 60년이 되었다. 그 동안 우리 사회에는 인류역사상 전무후무한 빠르고 광범위한 변화가 있었다. 정치적으로는 군사독재정권의 출현과 민주정권의 회복이라는 중대한 변화가 있었고 이에 따라 형사법에서도 많은 변화가 있었다. 민주정권이 확립되고 사회가 민주화됨에 따라 형사소송법분야는 긍정적인 방향으로 법률이 변경되었다고 할 수 있다.

그러나 형법 분야에서는 형사특별법의 양산에 따른 과잉범죄화와 과잉형벌화가 팽배하였고 급기야는 유기자유형의 상한을 30년, 50년으로 높이는 형법개정에 이르기까지 퇴보한 측면이 있음도 무시할 수 없다.

이 기간동안 우리 형사법학계도 회원과 발간하는 논문집의 수가 비약적으로 증가하고 질적인 측면에서도 이전에 비해 수준이 높아졌다고 할 수 있다. 그러나 아직도 연구의 자세나 방법적 측면에서 개선해야 할 점들이 많이 있다. 그 중 대표적인 것이 비교법적 연구이다. 일반논문은 물론이고 특히 석, 박사 학위논문이나 용역보고서와 같이 분량이 많은 글들에는 거의 예외없이 비교법적 연구가 있다. 그러나 대부분의 경우 비교법적 연구 부분은 정확하지도 않고, 논문의 다른 부분들과 물과 기름처럼 분리되어 있어서 논문을 포장하는 기능을 할 뿐이다.

이에 비해 국내문헌들에 대한 연구나 분석에 충분한 노력을 기울이지 않는 경향이 아직도 존재한다. 외국의 논문을 기초로 하여 그것을 번안하여 글을 쓰면서 국내문헌들은 그저 '참고문헌의 다양성'이나 '선행연구에 대한 분석'이라고 하는 심사기준을 충족시키기 위한 포장도구로 사용하기도 한다. 이에 따라 어떤 주제에 대한 독일학자의 주장은 잘 알면서 바로 옆에 있는 국내학자의 의견은 전혀 알지 못하는 본말전도 현상이

아직도 사라지지 않고 있다.

그동안 형사법학계에서도 이러한 현상에 대한 지속적인 비판과 반성이 있었고, 형사법학계 60년을 회고하고 앞으로의 방향을 설정하는 데에 있어서도 당분간은 이러한 잘못된 연구방법에 대한 철저한 반성과 개선이 핵심이 되어야 한다고 생각된다.¹⁾ 그래야 우리 형법학자간의 소통이 원활하게 되고 이를 통해 우리 현실에 맞고, '가장 한국적이어서 가장 세계적인' 형법학이 확립될 수 있을 것이다.

형법학 그 중에서도 총론분야 형법학의 60년을 회고할 경우 형법학회 창립 후 1970년대까지의 20여년간, 1980년대와 1990년대 20년간, 2000년 이후 현재까지 약 20년간 등 세 시기로 나누어 볼 수 있다. 제1시기는 주로 일본형법학의 영향을 많이 받은 시기, 제2시기는 독일형법학의 영향이 절대적인 시기, 제3시기는 우리의 독자적 형법학을 확립하기 위한 모색시기라고 할 수 있다.

그 동안 우리나라 형사법학에 대해 2, 30년의 회고,²⁾ 40년의 회고,³⁾ 50년의 회고⁴⁾ 등 회고한 글들이 여러 편 있다. 따라서 이 글에서는 필자가 형사법학에 입문한 1980년부터 현재까지 즉, 위에서 언급한 제2기 20년과 제3기 20년을 중심으로 서술하기로 한다.

II. 1980년대와 1990년대의 형법학

1. 전반적 특징

해방 이후 1970년대까지의 형법학은 일본형법학의 영향을 받았다. 당시의 대부분 학자들이 일본어와 일본형법학을 이해할 수 있었던 반면 우리나라에 고유한 형법이론이

-
- 1) 이러한 취지의 최근의 논문으로, 김태명, "법교육과 법실무에서의 형사법학의 위상과 역할", 형사법연구, 제28권 제1호, 2016, 169면 이하; 정승환, "독일의 형법 및 형법학과 한국의 형법이론" 제28권 제4호, 2016, 43면 이하 등.
 - 2) 황산덕, "광복 30년 우리나라 형법학설(형사법)의 회고", 법조, 제25권 제8호, 1976, 1-18면; 김기두, "형법학계의 회고", 서울대학교 법학, 제19권 제1호, 1978, 168면 이하. 해방 후 30년은 형사법학회 창립 후 20년이다.
 - 3) 김종원, "한국형법학 40년 - 한국형법학의 정립을 바라며 -", (전북대학교) 법학연구 제16권, 1989, 181-195면; 이재상, "형법학계의 회고와 전망", 사법행정, 제30권 제1호, 1989, 42-44면.
 - 4) 김종원, "새 천년을 맞는 한국 형법학의 발전방향", 법조, 제49권 제1호, 2000, 177-191면.

발전될 시간적 여유가 없었기 때문이다. 그리하여 1950년대에는 일본의 구파와 신파의 논쟁이 우리나라 형법학계에도 그대로 이어졌지만 구파의 입장이 우세했다.⁵⁾ 이후 1950년대 후반부터 독일의 목적적 행위론이 소개되면서 1970년대 말까지 인과적 행위론과 목적적 행위론의 논쟁이 전개되었고, 목적적 행위론이 학계의 우월한 위치를 차지하게 되었다.⁶⁾

그러나 1970년대 중반부터 사회적 행위론이 우리나라에 소개되면서 1980년대와 1990년대에는 행위론 뿐만 아니라 독일의 여러 가지 형법이론들이 소개되었다. 대표적인 예로 합법칙적 조건설, 객관적 귀속론, 고의에 관한 감수설, 정당방위의 사회윤리적 제한, 면책적 긴급피난, 위법성조각사유의 요건(전제)사실의 착오, 고의·과실의 이중적 기능, 범행(행위)지배설, 책임과 예방의 관계 등에 관한 논의를 들 수 있다.

이와 같이 독일형법이론이 우리 형법학계에서 주류를 이루게 된 것은 반일감정과 이에 따른 일본형법학에 대한 평가절하와 서양사회에 대한 동경과 독일형법학에 대한 과대평가에서 비롯된 것이라고 할 수 있다. 국내박사나 일본박사보다는 독일박사를 높게 평가하는 분위기가 형성되었고, 이에 따라 독일에서 박사학위 취득 후 귀국하여 바로 대학교수가 된 학자들이 앞다투어 독일의 형법이론을 소개하거나 기존에 소개되어 있는 독일형법이론을 지지하였다.

이들은 대부분 학부와 대학원 석사시절까지는 독일유학 준비를 위해 독일어공부에 치중하고, 독일에 가서야 본격적으로 형법공부를 시작하였다. 이 때문에 독일의 형법이론을 우리 형법학에도 그대로 적용하면 되는 것으로 생각한 것으로 보인다. 이에 대해서는 우리 형법학계에서 왜 독일형법이론을 이야기해야 하는가 대해 근본적 의문을 제기해야 했지만, 독일형법학에 대한 경외심과 우리 형법학에 대한 열등의식으로 인해 오히려 국내학자들조차 독일형법문헌을 읽는 데에 많은 시간을 소비하였다. 이러한 학문적 편향성은 20년이상 계속되었고 이후 약화되었지만 현재에도 완전히 불식된 것은 아니다.

이하에서는 1980년대와 1990년대 소개된 독일형법이론들 중 대표적인 것 몇가지를 살펴보기로 한다.

5) 이에 대해서는 황산덕, 앞의 논문, 2-3면.

6) 황산덕 교수에 의하면, 이진호 교수는 인과적 행위론에서 목적적 행위론으로 입장을 변경하였고, 김종원교수, 성시탁교수가 적극적으로 목적적 행위에 가담하였고, 유기천교수는 겉으로는 인정하지 않지만 목적적 행위론의 입장을 전부 수용하였다. 위의 논문, 4면.

2. 행위론

1970년대까지 우리 학계에서 목적적 행위론이 인과적 행위론보다 우월적 지위를 차지하였지만, 1970년대 중반 사회적 행위론이 소개되었다.⁷⁾ 사회적 행위론 이외에도 인격적 행위론,⁸⁾ 소극적 행위론⁹⁾ 등이 제시되기도 하였지만, 1980년대 이후 현재까지는 사회적 행위론이 다수설화 되었다. 한편 독일식 행위론과 같은 행위개념 무용론¹⁰⁾이 주장되기도 하였다.

그러나 행위론은 법철학의 영역에서는 몰라도 형법의 영역에서는 별 실익이 없는 논쟁이라는 이유로 독일과 마찬가지로 우리나라에서도 2000년대 이후에는 행위개념에 대한 논쟁은 거의 사라졌다고 할 수 있다.¹¹⁾

3. 합법칙적 조건설과 객관적 귀속론

판례는 1950년대 이래 현재까지 상당인과관계설을 따르고 있다.¹²⁾ 1970년대까지는 학계의 통설도 상당인과관계설을 따르고 있었다.¹³⁾ 그런데 1980년대 초반부터 독일의 객관적 귀속론과 합법칙적 조건설이 소개되어 다수설의 위치를 차지하게 되었다.¹⁴⁾

-
- 7) 심재우, “형법학에 있어서 목적적 행위론과 사회적 행위론”, 저스티스, 제13권 제1호, 1975, 107-131면.
 8) 김일수·서보학, 새로운 형법총론, 박영사, 2006, 114면; 손해목, 형법총론, 법문사, 1998, 166면.
 9) 조준현, “부작위범의 범죄체계론에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위 논문, 1987.
 10) 오영근, “형법상의 행위개념”, 현대의 형사법학(익헌 박정근박사화갑기념논문집), 1990, 63-89면. 이 논문은 독일식의 행위론 무용론이라고 할 수 있다.; 한정환, “형법에서의 행위”, 선문대 사회과학논집, 제5권, 2002, 158면도 “행위는 책임을 추궁할 수 있는 행동 즉, 작위와 부작위를 말한다”고 하는데, 이 역시 행위론 부정론이라고 할 수 있다.
 11) 허일태교수는 행위개념이 필요하다고 하지만(허일태, “형법전 시행 반세기의 회고: 형법상 행위개념에 관한 고찰”, 형사법연구 제18호, 2002, 59-60면), 이 역시 독일식 행위론에 따른 것이 아닌 새로운 행위개념의 필요성을 제시한 것으로서 독일식의 행위론 무용론에 속한다고 할 수 있다. 2000년대 새로운 관점에서 범죄행위에 대한 접근을 시도한 논문으로, 손지영, “인지과학적 관점에 의한 형사상 행위와 고의의 재조명”, 성균관대학교 대학원 박사학위논문, 2008.
 12) 상당인과관계를 직접 언급하는 판결로 대법원 1966.6.28. 선고 66도758 판결이 있지만, 이전의 판결들도 상당인과관계를 따르는 것으로 평가할 수 있다(예컨대, 대법원 1955.2.18. 선고 4287형상194 판결 등). 상당인과관계를 직접 언급하고 있는 최근의 판결로, 대법원 2017.3.15. 선고 2016도17442 판결.
 13) 황산덕 교수는 중요설, 유기천 교수는 목적설을 따르고 있으나 이 역시 상당인과관계설을 따르는 것을 전제로 한 것이라고 할 수 있다.
 14) 객관적 귀속론을 최초로 소개한 것으로, 이재상, “형법상의 인과관계”, 법조, 1983년 2월; 이형국, “형법상의 인과관계와 객관적 귀속 1”, 고시연구 1982년 2월 ~ “형법상의 인과관계와 객관적 귀속 4”.

상당인과관계설은 인과관계를 형사책임을 인정하기 위한 규범적 개념이라고 하는 데에 비해 합법칙적 조건설과 객관적 귀속론은 인과관계와 형사책임 인정 문제를 구별하여 인과관계는 형법 이전의 논리적·자연과학적 개념을 따르고, 형사책임 인정문제는 객관적 귀속론에 따라 해결해야 한다고 한다.

4. 감수설

고의에 대해 다양한 학설이 있지만 1970년대까지 통설과 판례 모두 인용설을 따르고 있었다. 인용설은 '결과발생을 인식하고 그러한 결과가 발생해도 할 수 없다는 내심상태'를 인용이라고 하였다. 이 때까지 형법의 모든 분야에서 고의의 개념만큼 견해가 일치하는 주제는 찾아볼 수 없었다.

그런데 1980년대에 들어서 감수설이 등장하였다. 감수설은 인용설에서 인용이란 행위자가 결과발생을 내심으로 승낙하여 그것을 기꺼이 받아들이는 정서적 태도를 포함하는 입장¹⁵⁾이라고 비판하며, 결과발생의 감수 즉, 결과가 발생해도 할 수 없다는 내심상태가 감수라고 하였다.

감수설은 다수설의 위치를 차지하기도 하였지만, 이후 감수설이나 용인설이나 다를 것이 없다는 주장이 설득력을 얻고 있다.

5. 정당방위의 사회윤리적 한계

1970년대까지 정당방위의 사회윤리적 제한에 대한 논의는 거의 없었으나 1980년대에 들어오면서 역시 독일형법의 영향을 받아 정당방위의 사회윤리적 제한이 논의되기 시작하였다.¹⁶⁾

현재에는 사회윤리적 제한을 별도로 논의할 필요가 없다는 견해, 상당한 이유와 별개의 요건이라는 견해, 상당한 이유에 속하는 요건이라는 견해 등이 대립하고 있다.¹⁷⁾

고시연구 1982년 7월 등을 들 수 있다.

15) 예컨대, 문채규, "미필적 고의", 안동대학 논문집, 제11집, 1989, 3면, 9면 등 참조.

16) 양화식, "정당방위의 사회윤리적 한계에 관한 연구", 성균관대학교 박사학위논문, 1986, 7면 참조.

17) 상세한 논의는, 최석윤, "정당방위의 상당성과 사회윤리적 제한", 비교형사법연구, 제4권 제1호, 2002, 421면 이하 참조.

6. 위법성조각사유의 요건(전제)사실의 착오

1970년대까지 오상방위 또는 오상피난 등은 두가지로 구분되었다. 즉, 정당방위나 긴급피난의 요건 그 자체에 대한 착오와 요건 그 자체에 대한 착오는 없지만 요건을 충족하는 사실이 없음에도 불구하고 있다고 오인한 경우 즉, 정당방위나 긴급피난 등의 성립요건을 충족하는 사실의 존재유무에 대한 착오이다. 전자의 경우 법률의 착오에 해당된다는 데에 별 의문이 없기 때문에 오상방위나 오상피난 등은 후자의 경우의 문제로 다루어졌다.

그리고 이에 대해서도 처음에는 사실의 착오설과 법률의 착오설이 대립되었고 전자가 다수설이었으나¹⁸⁾ 책임설이 도입되면서 법률의 착오로 보아야 한다는 견해가 우세하였다. 그 효과에 대해서는 책임설과 고의설에 따라 결론이 달라졌지만, 당시에는 제한적 고의설이나 엄격책임설에 따라 고의범의 효과를 인정하였다.¹⁹⁾

그러나 1980년대에 들어오면서 위법성조각사유의 전제사실의 착오²⁰⁾라는 용어가 빈번히 사용되면서 과실범의 효과를 인정하는 제한적 책임설이 등장하였다. 제한적 책임설에는 사실의 착오 유추적용설도 있지만, 고의·과실의 이중적 기능을 인정하면서 이 경우 구성요건적 고의는 인정되지만 책임고의가 탈락된다는 것을 근거로 과실책임을 인정하는 소위 법효과 제한적 책임설이 다수설이 되었다.²¹⁾

헌법재판소는 ‘오상방위 또는 위법성조각사유의 전제사실의 착오’라는 용어를 사용하면서 “폭행죄에는 과실범 처벌규정이 없으므로, 그 법률효과에 관하여 고의를 배제하거나 고의의 불법을 배제하는 견해, 또는 책임이 감면된다는 견해 중 어떤 견해에 의하더라도 이 사건 피의사실에서 청구인의 고의 또는 책임이 조각되어 처벌받지 않을 여지가 있다”고 한다.²²⁾ 이에 비해 대법원은 위법성조각사유의 전제사실의 착오라는 용어를 사용

18) 김봉태, “오상방위와 착오이론”, 부산대 법학연구, 1972, 109면 참조.

19) 위의 논문, 118-120면 참조.

20) 이 용어는 이미 1970년대에 사용되었지만(위의 논문, 119면), 당시에는 그렇게 빈번하게 언급되지는 않았다. 그런데 구성요건적 사실의 착오라고 하지 구성전제적 사실의 착오라고 하지 않고, 정당방위의 성립요건이라고 하지 정당방위의 성립전제라는 용어는 쓰지 않는다. 따라서 정당방위의 요건을 충족하는 사실이 없음에도 불구하고 있다고 착오한 경우 정당방위의 전제사실의 착오라고 하기 보다는 정당방위의 요건사실의 착오라고 하는 것이 좀더 이해하기 쉬운 것이다.

21) 제한책임설에 대한 상세한 설명으로, 홍영기, “위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오-체계적 이해와 관련된 몇 가지 문제-”, 고려법학, 제81권, 2016, 302-304면.

하지 않고, 오상방위의 경우 형법 제16조를 적용해야 한다는 듯한 입장을 취하고 있다.²³⁾

7. 범행(행위)지배설

1970년대까지 공범론은 공모공동정범의 인정여부와 과실범의 공동정범 인정여부를 중심으로 많은 논의가 전개되었다. 판례는 공모공동정범과 과실범의 공동정범을 인정하였다. 학계에서는 공모공동정범은 강하게 부정하였으나²⁴⁾ 과실범의 공동정범에 대해서는 인정설과 부정설이 대립하였다. 그리고 이러한 논의의 근거로서 범죄공동설, 행위공동설, 공동의사주체설, 공동행위주체설 등이 대립하였다.

1980년대에 들어와서는 정범개념의 우위성설과 범행(행위)지배설이 소개되었고, 이것이 학계의 지배적인 위치를 차지하여 오늘날까지 유지되고 있다. 판례도 “공동정범의 본질은 분업적 역할분담에 의한 기능적 행위지배에 있으므로 공동정범은 공동의사에 의한 기능적 행위지배가 있음에 반하여 중범은 그 행위지배가 없는 점에서 양자가 구별된다.”고 하여 범행(행위)지배설을 받아들이고 있다.²⁵⁾

III. 2000년대의 형법학

1990년대와 1990년대 소개된 독일형법이론 중 행위론을 제외하고는 21세기에도 그대로 우리 형법학에서 중요한 논제로 다루어지고 있다. 그러나 당시와는 달리 우리 형법의 독자적 관점에서 재평가해야 한다는 인식이 강해졌다. 특히 1990년대말부터 모든 학회지들에서 엄격한 논문심사를 하게 되었는데, 여기에서는 우리 형법에서 일정한 문제점을 제시하고, 외국의 학설이나 판례는 우리의 문제점을 해결하는 데에 참고자료로 활용하는 경우에만 논문으로서의 가치를 인정하였다. 따라서 외국의 학설이나 판례들을 번역하거나 외국의 제도들을 단순히 소개하는 것으로서는 논문이 아니라 번역논문 또

22) 헌법재판소 2010.10.28. 자 2008헌마629 결정.

23) 대법원과 헌법재판소 판례를 분석한 것으로, 윤상민 “위법성조각사유의 전제사실의 착오”의 해결과 관련한 학설과 판례의 경향”, *조선대 법학논총*, 제22권 제3호, 2015, 515-528면.

24) 대표적인 것으로, 정성근, “공모공동정범론의 비판적 고찰, 1”, *법조*, 제24권 제8호, 1975, 26-47면 이후 연재된 논문들.

25) 대법원 1989.4.11. 선고 88도1247 판결.

는 자료로서만 인정받게 되었다.

이러한 현상은 매우 바람직하다고 생각된다. 형법학에서 세계적 보편성도 강조되어야 하지만, 각 나라의 고유성도 무시되어서는 안된다. 즉, 인류의 보편적 가치에 어긋나는 내용이 아니라면 형법학의 성격상 각 나라의 고유성이 더 중요하다고 할 수 있다. 형법의 보편적 원칙으로 인정되고 있는 죄형법정주의원칙은 형법학 그중에서도 형법해석학은 형법의 문언에 충실해야 할 것을 요구하기 때문이다. 따라서 각 국가의 고유한 문언에 따라 각 국가의 형법학도 고유한 내용을 가져야 한다. 자기 국가의 문언을 무시하고 외국의 이론을 그대로 받아들이는 것은 해석이 아니라 입법이라고 할 수 있고, 이는 해석자가 입법자의 영역을 침해하는 것이다.

그러나 아직도 1980년대와 1990년대의 적폐가 완전히 청산된 것은 아니다. 아직도 연구방법이나 자세에서 다음과 같은 문제점을 쉽게 발견할 수 있다.

첫째, 외국 특히 독일문헌을 위주로 내용을 서술하면서 국내문헌에 대한 철저한 분석이 이루어지지 않은 글들이 많이 나오고 있다. 이전에 비해 국내판례에 대한 분석은 철저히 이루어지고 있지만, 국내의 논문이나 교과서들에 대해서는 아예 참고하지 않거나, 논문의 장식을 위해 인용하는 것 같은 현상을 너무 쉽게 발견할 수 있다. 이러한 기존 학자들의 연구자세로 인해 대학원생들의 논문에서도 같은 잘못을 쉽게 발견할 수 있다. 예컨대 외국문헌을 번역하고 참조하는 데에 많은 시간을 할애하지만, 국내문헌을 철저히 이해하고 분석한 학위논문을 발견하는 것은 그리 쉬운 일이 아니다.²⁶⁾

둘째, 비교법적 연구가 너무 많다. 학위논문이나 연구기관의 연구총서 또는 용역보고서와 같이 분량이 큰 논문들에서는 외국의 제도나 판례, 학설들을 소개하는 것이 상례이다. 예컨대, 독일, 프랑스, 일본, 영미의 법제도와 이론을 한꺼번에 소개하는데, 한, 두 사람의 작업으로 학문적 전문성과 정확성을 갖출 수 있는지 의문이다. 오히려 피상적인 연구결과를 제시하거나 정확하지 않은 정보를 제공하여 혼란만을 초래하는 것은 아닌지 걱정스럽다.

26) 대학원에서 원강이라는 제목으로 대학원에서 외국교과서나 논문읽기를 하는 일이 비일비재한데, 이것은 우리나라 대학원교육의 수준을 떨어뜨리는 것이다. 대학원이 외국어교습소가 되어서는 안되기 때문이다. 이제 어떤 주제에 대한 국내문헌이 너무 적으므로 외국논문을 직접 읽어야 한다는 변명을 할 시기는 지났다고 해야 한다. 대학원에서 외국문헌을 읽는 시간에 우리의 법현실을 좀더 파악하여 그것을 형법학연구에 반영해야 할 때가 되었다.

IV. 향후과제²⁷⁾

1. 올바른 연구방법의 확립

(1) 국내문헌에 대한 철저한 분석

우리의 형법학이 이제는 외국의 문헌을 번안하는 수준에서 완전히 벗어나야 한다. 지금도 논문의 주제나 내용을 결정하는 데에 있어 외국의 문헌에서 힌트를 얻고, 그것을 번역하고 그 문헌의 각주에 있는 문헌까지 함께 인용하는 자세를 버려야 한다. 강의나 국내문헌들을 정밀히 검토하는 과정에서 연구주제에 대한 힌트를 얻고 번역이 아닌 생각하는 형법학으로 전환해야 한다.

(2) 올바른 비교법적 연구

비교법적 연구가 우리 형법의 해석과 운용에 도움이 된다는 것은 사실이다. 그러나 비교법적 연구란 매우 어려운 반면 제한된 범위에서만 그 효용성이 인정된다. 언어란 그 사회의 여러 가지 맥락에서 사용되는 것이기 때문에 그 자체가 일 대 일 대응이 되지 않는다. 외국의 단어가 우리 말로 번역되는 순간 그 의미가 달라질 수 있고, 이에 기초하여 우리의 논의를 전개한다면 시작부터가 잘못될 수 있다.

예컨대 행위론에서 나오는 '행태'라는 용어는 독일의 'Verhalten'을 번역한 것인데, 독일인들에게 'Verhalten'이라는 용어와 한국인들에게 '행태'라는 용어는 그 의미와 뉘앙스 면에서 매우 다르다. 전자는 부정적 의미를 지니고 있지 않지만, 우리나라에서는 '그 사람 행태를 보라'라고 할 때처럼 행태가 나쁜 행동이라는 부정적 의미를 지니는 경우가 더 많기 때문이다. 따라서 Verhalten을 행태로 번역한 것은 매우 부정확한 번역이고 Verhalten은 영어로는 'behavior'라고 번역되므로 차라리 '행동'이라고 번역하였으면 훨씬 이해가 빨랐으리라고 생각된다.

27) 이에 대해서는 이미 오영근, "한국형법학의 독자성 찾기", 형사법연구, 제23권 제3호, 2011, 35-60면에서 언급한 바 있다.

언어는 각 나라의 사회제도에 따라 서로 다른 의미를 지닐 수도 있다. 예컨대, 영국의 police를 경찰이라고 번역한다면 이것은 옳지 않다. 왜냐하면 영국의 경찰은 수사와 공소제기 및 유지권을 모두 가지고 있어 우리나라의 경찰과 검찰의 기능을 모두 수행하기 때문이다. 따라서 영국의 police를 제대로 번역하기 위해서는 양국의 법제도를 정확히 이해해야 하고 이러한 기초 위에서 세심한 주의를 기울여야 한다.

외국문헌들에는 이러한 단어들로 가득하므로 외국문헌을 제대로 이해한다는 것은 매우 어려운 일이다. 이러한 노력이 결여된 외국문헌의 연구나 소개는 우리 형법학 연구에 오히려 방해가 될 수 있다.

고의에 관한 감수설이 대표적인 예이다. 감수설은 인용설에서 인용이란 행위자가 결과발생을 내심으로 승낙하여 그것을 기꺼이 받아들이는 정서적 태도를 포함하고 있다고 비판한다. 이것은 국내학설에 대한 무지와 독일어에 대한 부정확한 이해에서 비롯된 것이라고 할 수 있다. 감수설이 등장하기 이전에도 우리나라의 인용설은 정서적 태도까지 고의성립에 필요하다고 한 적이 없다. 따라서 감수설은 사실상 인용설과 별 차이가 없음에도 불구하고 마치 인용설과 다른 새로운 주장인 것처럼 스스로 착각을 일으킨 것이라고 할 수 있다. 이것은 독일의 Einwilligung, Billigung, Abfindung이라는 용어가 우리말로 구별하여 번역하기 어려움에도 불구하고 억지로 번역하다가 오류에 빠진 것이라고 볼 수밖에 없다.²⁸⁾

다른 예로 독일에서는 Einverständnis와 Einwilligung이 일상용어에서는 거의 구별되지 않지만 형법에서만 전자는 구성요건해당성을 조각하고 후자는 위법성을 조각하는 용어로 사용된다고 설명한다.²⁹⁾ 이것을 우리 형법학에서는 양해와 승낙으로 번역하여 사용하고 있다. 그런데 독일과 달리 우리나라에서는 양해와 승낙이 일상용어에서도 잘 구별된다. 승낙을 기꺼운 승낙과 마지못한 승낙으로 구분한다면 양해는 후자에 가깝다. 따라서 승낙이 양해보다 형법적으로 강한 효과를 가져야 할 것이다. 그런데 우리 형법학에서는 양해가 구성요건해당성을 조각하고, 승낙은 위법성을 조각한다고 한다. 승낙보다 양해의 형법적 효과가 더 큰 것이다. 이것은 무언가 용어사용이 잘못된 것이라고 할 수 있다. 차라리 좀 번거롭다고 하더라도 ‘구성요건조각 승낙’과 ‘위법성조각 승낙’으

28) 이와 같이 감수설은 우리 형법학에 감수하기 어려울 정도의 혼란만 야기시킨 학설이라고 할 수 있다. 감수설에 대한 비판으로, 문채규, “미필적 고의”, 안동대학 논문집, 제11권 제1호, 1989, 15-16면.

29) <https://www.lecturio.de/magazin/einverstaendnis-einwilligung/> 2017.5.27. 검색.

로 사용하는 것이 나올 것이다. 왜냐하면 양해도 구성요건해당성을 조각할 수 있고 위법성을 조각할 수 있기 때문이다.

(3) 실정법에 대한 철저한 분석

형법해석학은 형법규정에서 출발해야 한다. 문언의 내용이 다른 경우는 물론이고, 명문규정이 있는 경우와 명문규정이 없는 경우의 해석론도 많이 달라질 수 있다. 따라서 외국의 해석론은 그 나라의 실정법규정의 내용과 존재여부에 따라 제시된 이론이므로 그 이론을 우리나라에 받아들이기 위해서는 양국의 실정법규정의 내용과 존재여부를 먼저 세심하게 검토해야 한다.

독일형법이나 일본형법은 인과관계에 대해 명문규정을 두고 있지 않지만, 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. 이 때문에 형법 제17조가 있음에도 불구하고 인과관계 문제와 형법상 책임인정 문제를 구별하여 전자는 법률 이전의 논리적·자연과학적 인과관계 개념을 따르고 후자는 객관적 귀속의 문제로 해결해야 한다는 입장이 도입되었다. 더 나아가 형법 제17조가 합법칙적 조건설적인 인과관계와 객관적 귀속을 규정하고 있다고 하는 견해마저 생겨났다.³⁰⁾

그러나 인과관계가 형법에 명문으로 규정되어 있다면 그것은 형법 이전의 인과관계가 아니라 형법상 고유한 인과관계라고 해석하는 것이 옳은 태도일 것이다. 형법에 규정되어 있는 '사람' 개념조차 민법과 다른 형법상 고유한 개념이다. 이러한 의미에서 합법칙적 조건설을 주장하기 이전에 인과관계의 문제를 형법상 귀책의 문제라고 하는 상당인과관계설에 대한 철저한 분석이 선행되었어야 한다. 왜냐하면 상당인과관계설은 1970년대까지 통설이 따르고 있었고 현재까지 판례가 따르고 있기 때문이다. 그리고 현실적 문제의 해결에 있어서도 두 입장이 별 차이가 없다면 굳이 새로운 주장으로 인해 학계나 학생들에게 혼란을 주는 것은 아닌지에 대해서도 충분히 고려해야 했을 것이다.

30) 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 존폐가 논의되었지만, 오늘날의 이론인 객관적 귀속이론의 입장에서도 이 조문을 해석할 수 있을 정도의 함의를 가지고 있다는 이유로 존치하기로 하였다. 법무부, 형법(총칙)일부개정법률안 제안이유서, 2011, 25면.

위법성조각사유의 요건사실의 착오 문제도 독일의 이론을 받아들이기 이전에 우리의 형법규정을 잘 살펴보면 충분히 비슷한 논의를 개발할 수 있었을 것이다. 즉, 형법 제13조 및 제14조가 '죄의 성립요소인 사실'에 대해 규정하고 있으므로 위법성조각사유의 요건사실이 '죄의 성립요소인 사실'인가를 깊이 생각해보았다면 독일형법이론을 살펴볼 것도 없이 제한책임설과 유사한 논리를 전개할 수도 있었을 것이다.³¹⁾

(4) 판례에 대한 시정 노력

지난 60년간 대법원전원합의체 판결들을 비롯한 대법원판례들을 분석해 보면 형벌권을 제한하기보다는 확대하는 판결들이 월등히 많다. 그리고 별 합리적 근거가 없거나 잘못된 이론들을 고수하거나 입장을 변경한다고 하더라도 이상한 형태로 변경하는 경향도 있다.

대법원이 고수하고 있는 이론들 중 문제가 있는 것들을 몇가지 예로 들면 다음과 같은 것들이 있다.

첫째, 대법원은 1990년대부터 형법전이나 형사특별법에 새로 도입된 제도를 보안처분이라고 한다. 예를 들어 대법원은 형법상의 보호관찰,³²⁾ 위치추적 전자장치 부착명령,³³⁾ '아동·청소년성보호법'상 고지명령, 신상공개명령,³⁴⁾ 성폭력범죄자에 대한 약물치료명령³⁵⁾ 등을 보안처분이라고 한다. 대법원이 이러한 태도를 취하는 것은 이러한 제도들에 소급효금지가 적용되지 않는다고 하기 위함으로 보인다.³⁶⁾ 그러나 오늘날 형벌과 보안처분이 명확히 구별되지 않으므로 이러한 제도들을 전적으로 보안처분이라고 보기는 어렵고, 설사 보안처분이라고 한다고 하더라도 보안처분에도 소급효금지원칙은 엄격하게 적용되어야 할 것이다.

둘째, 판례는 형법 제1조 제2항을 동기설에 따라 그 적용범위를 제한하고 있다. 그런

31) 이미 1970년대 유기천교수가 제한책임설에 유사한 주장을 하고 있다. 이에 대한 분석으로 이경걸, "형법 제15조 사실의 착오와 그 해결이론의 한계: 유기천형법학 착오이론의 재조명", 성균관법학, 제26권 제3호, 2014, 209-248면.

32) 대법원 1997.6.13. 선고 97도703 판결.

33) 대법원 2010.12.23. 선고 2010도11996 판결.

34) 대법원 2011.3.24. 선고 2010도14393 판결.

35) 대법원 2014.2.27. 선고 2013도12301 판결.

36) 다만, 예외적으로 가정폭력특례법상의 사회봉사명령에 대해서는 소급효금지원칙이 적용된다고 한다 (대법원 2008.7.24. 선고 2008어4 결정).

데 판례 스스로 밝히고 있듯이 피고인에게 유리한 규정을 축소해석하는 것은 피고인에게 불리한 유추해석금지 원칙에 반하는 것이다.³⁷⁾

셋째, 판례는 “교사자가 피교사자에 대하여 상해 또는 중상해를 교사하였는데 피교사자가 이를 넘어 살인을 실행한 경우 일반적으로 교사자는 상해죄 또는 중상해죄의 교사범이 되지만 이 경우 교사자에게 피해자의 사망이라는 결과에 대하여 과실 내지 예견가능성이 있는 때에는 상해치사죄의 교사범으로서의 죄책을 지을 수 있다”라고 하여 상해치사죄의 교사범을 인정한다.³⁸⁾ 그런데 교사범이 성립하기 위해서는 본범에 대한 고의와 교사행위에 대한 고의가 있어야 하므로 과실범의 교사범은 인정되지 않는다. 따라서 진정결과적가중범의 경우 과실범 부분에 대한 교사범은 인정될 수 없다. 판례는 결국 상해교사치사죄를 인정하는 것이다. 그런데 상해치사죄는 상해죄의 정범만이 범할 수 있으므로 결국 위 판결의 입장은 상해치사죄의 주체를 문인의 가능한 의미를 넘어서 상해교사범까지 확대하는 것으로 유추해석금지원칙에 반하는 것이다. 따라서 상해치사죄의 교사범은 인정하지 말고 상해교사범과 과실치사죄의 상상적 경합범으로 처벌해야 할 것이다. 만약 상해치사죄로 처벌하려고 한다면 좀더 정교한 논리를 제시해야 하고 충분히 설득력있는 논거를 제시하지 못한다면 상해치사교사죄로 처벌하지 말아야 할 것이다.

넷째, 판례는 형법 제16조의 법률의 착오를 “단순한 법률의 부지의 경우를 말하는 것이 아니고 일반적으로 범죄가 되는 행위이지만 자기의 특수한 경우에는 법령에 의하여 허용된 행위로서 죄가 되지 아니한다고 그릇 인식한” 것이라고 한다.³⁹⁾ 그러나 ‘법률의 부지’란 용어는 정확하게 말하면 ‘법률의 부지에서 야기된 법률의 착오’라고 할 수 있다. 그런데 형법 제16조에서 법률의 부지를 제외하는 것은 피고인에게 유리한 규정을 축소해석하는 것으로서 허용되지 않는 해석이라고 할 수 있다.

다섯째, 공모공동정범이론이다. 판례가 이전에 취했던 공모공동정범이론은 소위 공동의사주체설에 따라 공모가 있게 되면 공범들은 일심동체가 된다는 입장이다. 그러나 그 이론의 황당성 때문에 학계의 강력한 비판이 있자, 판례는 범행(행위)지배설에 따라 공모공동정범을 인정하기 시작하였다.⁴⁰⁾ 그러나 이후 판례는 “공모관계에서의 이탈은 공

37) 대법원 1997.3.20. 선고 96도1167 전원합의체 판결.

38) 대법원 1993.10.8. 선고 93도1873 판결; 대법원 2002.10.25. 선고 2002도4089 판결.

39) 대법원 2015.2.12. 선고 2014도11501 판결 외 다수판결.

40) 공모자 중 구성요건 행위 일부를 직접 분담하여 실행하지 않은 자라도 경우에 따라 이른바 공모공동

모자가 공모에 의하여 담당한 기능적 행위지배를 해소하는 것이 필요하므로 공모자가 공모에 주도적으로 참여하여 다른 공모자의 실행에 영향을 미친 때에는 범행을 저지하기 위하여 적극적으로 노력하는 등 실행에 미친 영향력을 제거하지 아니하는 한 공모자가 구속되었다는 등의 사유만으로 공모관계에서 이탈하였다고 할 수 없다⁴¹⁾라고 하여 이전보다⁴²⁾ 공모관계의 이탈을 제한적으로만 인정하고 있다. 이와 같이 공모공동정범에 대해 판례의 입장이 미묘하게 달라졌으므로 학계에서도 판례에 대한 세심한 분석과 정리 및 비판이 필요하다.

여섯째, 목적의 신분성에 관한 문제이다. 판례는 “형법 제152조 제1항과 제2항은 위증을 한 범인이 형사사건의 피고인 등을 모해할 목적을 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 해당한다”고 하고, 모해목적 있는 사람이 모해목적 없는 사람을 교사하여 위증죄를 범하게 한 경우 모해위증죄의 교사범을 인정한다.⁴³⁾ 그러나 통설은 신분은 행위자요소이지만, 목적은 고의, 과실, 불법영득의사 등과 같이 주관적 구성요건요소로서 행위요소이지 행위자요소가 아니라고 한다. 판례의 부당성은 말할 것도 없지만,⁴⁴⁾ 이를 계기로 우리 형법의 신분개념⁴⁵⁾과 독일형법의 ‘특수한 행위자 요소’(besondere persönliche

정범으로서의 죄책을 질 수도 있는 것이기는 하나, 이를 위해서는 전체 범죄에 있어서 그가 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합해 볼 때, 단순한 공모자에 그치는 것이 아니라 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 존재하는 것으로 인정되는 경우여야 한다(대법원 2007.4.26. 선고 2007도235 판결). 이후 판례들은 이러한 입장을 최초로 선언한 것으로 소위 빼끼주점사건 판결(대법원 1998.5.21. 선고 98도321 전원합의체 판결)을 인용하고 있지만, 이 판결은 범행지배설에 따른 공모공동정범을 인정했다기 보다는 현장에 없는 범인도 공동정범이 될 수 있다는 것으로 공동의사주체설에 따른 공모공동정범을 인정한 것이라기 보아야 한다. 왜냐하면 위 판결에서 문제된 피고인에게 절도범행지배를 인정할 수 있을지 의문이기 때문이다.

41) 대법원 2010.9.9. 선고 2010도6924 판결.

42) 이전의 판례는 “소위 공모공동정범에 있어서도 다른 공모자가 실행행위에 이르기 전에 그 공모관계에서 이탈한 때에는 공동정범의 책임을 지지 않는다.”(대법원 1972.4.20. 선고 71도2277 판결)고 하여 실행에 미친 영향력 제거는 요건으로 하고 있지 않았다.

43) 대법원 1994.12.23. 선고 93도1002 판결.

44) 대법원판결 중 이 판결이 이론상으로는 최악의 판결이라고 할 수 있다. 이 판결은 행위요소인 목적을 행위자요소인 신분으로 파악하고, 비신분자가 신분범에 가공한 경우 적용하도록 한 제33조를 신분자가 비신분자의 범행에 가공한 경우에 적용하고, 제33조 단서의 문리해석에 반하고, 제33조 본문과 단서의 해석에 논리일관성을 결여하고 있다.

45) 예를 들어 부진정부작위범을 진정신분범이라고도 하는데 이것이 독일형법에서는 맞다고 할 수 있지만(독일형법상 특수한 인적 지위에 해당), 작위의무를 지닌 것이 신분이라고 하는 것은 무리가 있다.

Merkmal)가 어떻게 구별되는지와 형법 제33조 본문과 단서에 대한 좀더 세밀한 분석을 해야 한다.

이것 이외에도 형법총칙에 관한 판례의 입장들 중에는 재고를 요하는 것들이 많이 있다. 중지미수의 자의성, 불능미수에 관한 추상적 위험설, 간접정범의 성격 등을 예로 들 수 있고, 특히 죄수론에서는 아무런 체계없이 죄수문제를 결정하고 학설들은 이것을 방관하고 있는 입장이라고 할 수 있다.

따라서 학계에서는 이러한 판례의 입장들이 형법해석의 원칙에 맞는 입장으로 시정 되도록 계속적으로 심층적으로 분석하고 비판해야 할 것이다.

2. 형법교육과 국가시험 문제에 대한 연구

(1) 변호사시험과 형법교육

우리 형법에는 학계의 이론형법, 실무계의 실무형법, 신림동학원의 고시형법 등 세가지 형법이 존재하고 있다. 학계가 독일형법에 편향되었을 때에는 이론형법과 실무형법은 각자의 길을 갔다. 그러나 근래에 학계에서 판례에 대한 연구가 많이 이루어지고, 실무자들이 학계에서 활동하면서 양자는 이전에 비해 상당히 근접하게 되었다. 그러나 이론형법과 학생들의 고시형법은 많은 차이가 있었고, 이러한 현상은 로스쿨제도의 시행으로 상황은 더 악화되고 있는 것으로 보인다. 오늘날 로스쿨학생들은 교수들에게 형법 학자와 교육자로서의 역할보다는 신림동고시학원의 강사와 같은 역할을 해줄 것을 기대하고 있다.

이것은 결국 잘못된 변호사시험 때문이지만 출제교수들의 책임도 크다. 변호사시험 문제는 로스쿨의 교육을 결정한다. 그런데 아니러니컬하게도 형법교수들이 출제하는 변호사시험 문제 때문에 로스쿨에서 정상적인 형법강의가 이루어질 수 없는 것이 현실이다(이것은 사법시험이 시행되던 때도 마찬가지였다).

왜냐하면 신분은 어느 정도 계속성이 있어야 하는데 작위의무는 계속성이 없어도 얼마든지 인정될 수 있기 때문이다.

(2) 시험문제 분량의 문제

어느 교수가 변호사시험을 출제하는 것은 평생 한 두 번, 많아야 서너번에 불과할 것이다. 다시 말해 변호사시험 문제는 초보출제자들이 출제한 문제로 이루어진다는 것이다. 초보출제자들의 출제의 미숙성은 우선 그 분량에서 제일 잘 나타난다. 변호사시험 객관식 형사법 문제의 분량은 3만자에 이르고 있다. 출제교수들이 그 문제를 푼다면 아마 절반도 풀지 못할 것이다. 그럼에도 불구하고 이런 문제들이 계속 출제되고 있다. 앞으로 변호사시험을 출제하는 교수들은 반드시 그 전 해에 시행된 문제를 수험생과 동일한 조건하에서 풀어보아 자신이 얼마나 푸는지 알아보는 성의를 가져야 하고, 자신들이 풀 수 있는 정도의 분량으로 출제해야 한다. 자신이 풀지 못하는 문제를 학생들에게 풀라고 하는 것은 출제자의 횡포라고 할 수밖에 없고, 이러한 어리석은 횡포로 로스쿨의 교육이 망가지고 있다는 것을 명심해야 한다.⁴⁶⁾

(3) 시험범위의 문제

분량 뿐만 아니라 시험범위도 대폭 줄여야 한다. 현재의 변호사시험은 로스쿨의 교육 연한에 비해 시험범위가 너무 넓다. 이로 인해 학생들은 시험에 대한 불안감을 갖고 실험동학원식 공부를 하게 된다. 한 예로 형사특별법의 문제는 출제하지 않는 것과 같은 시험범위의 적절한 조정도 필요하다.⁴⁷⁾

(4) 문제내용의 문제

선택형의 경우 문제내용이 단순암기형이 아니라 법적 사고능력을 배양할 수 있는 것이어야 한다. 예컨대, 살인의 피해자가 치료를 받던 도중 김밥을 함부로 먹어 사망한 경우 살인행위와 사망결과 사이에 인과관계를 인정한 판례⁴⁸⁾에 대해 출제할 경우 “판례

46) 유사한 지적으로, 원혜옥, “변호사시험 형사법 선택형 시험의 출제방향”, 형사법연구, 제23권 제3호, 2011, 428면.

47) 특별법의 문제를 제한하자는 주장으로, 김재봉, “변호사시험 형사법 사례형 시험의 출제방향”, 형사법연구, 제23권 제3호, 2011, 442-443면.

김재봉 (刑事法研究, Vol.23 No.3, [2011])[KCI등재]

48) 대법원 1994.3.22. 선고 93도3612 판결, 이 사건에서 상당인과관계설에 따른 인과관계를 인정한 것도 의문이 있다. 이러한 판례는 될 수 있는대로 출제하지 말아야 하지만, 유감스럽게도 매우 빈번하게 출제된다.

는 이 경우 인과관계를 인정하고 있다”는 설문을 만들고 이것이 판례의 태도로 맞는 것이라고 전제하였다면 그것은 그야말로 최하의 출제라고 할 수 있다. 인과관계 유무를 따질 때에는 행위당시에 있었던 모든 사정들을 고려해야 하기 때문에, 위 판결의 판결문에서 명시적으로 서술하고 있지 않은 사정들에 대한 평가도 들어가 있다. 행위당시 있었던 사정들을 설문에서 다 서술할 수 없는 이상 위 설문은 맞는 것이라고 할 수 없고, 오히려 틀린다고 해야 할 것이다. 설문에서 제시하고 있는 사정만으로 판단해서는 인과관계를 인정하지 않을 수도 있기 때문이다. 따라서 위 설문과 같이 단순히 판례의 결론을 묻는 문제가 아니라 인과관계에 따른 학설 등에 따른 결론을 물어야 어느 정도 수준을 갖춘 문제가 될 수 있을 것이다.⁴⁹⁾

(5) 사례형 문제의 설문 축소

사례형 문제의 경우 설문이 10개에 이르는데, 이로 인해 학생들은 서술형의 답안도 아니고 단답형의 답안도 아닌 애매한 형태의 답안을 작성해야 한다. 심층적인 서술을 하기에는 시간과 답안공간이 너무 모자라기 때문에 통설이나 판례에 의한 논술만을 해야 한다. 객관식 문제와 마찬가지로 결론을 중요시하고 결론에 이르는 과정을 시험하기 어렵게 되어 있다. 따라서 두 개의 큰 문제 중 하나는 기존의 방식과 같이 문제를 내더라도 한 문제는 다양한 학설들과 그에 따라 결론에 이르는 논리적 과정까지 서술할 수 있도록 설문을 한, 두 개 정도로 해야 할 것이다.

(6) 기록형 문제의 폐지

기록형문제는 아예 폐지해야 한다. 기록형 문제는 기록에서 사실관계를 파악해 내는 능력을 시험하는 것인데, 이것까지 로스쿨에서 교육할 필요는 없을 것이다. 로스쿨이 법률전문가가 아니라 법률전문가로서의 자질을 갖추도록 하는 교육하는 곳이므로 이러한 실무적인 것까지 교육할 필요는 없고, 3년이라는 로스쿨의 교육연한을 고려할 때 기록형까지 출제하는 것은 학생들에게 지나친 부담을 주기 때문이다.

49) 구체적 기록문제를 평가한 것으로, 이창현, “변호사시험에서의 형사법 선택형 문제의 적합성 연구: 제4회 변호사시험 형사법 선택형 시험의 1책형 21문과 40문을 중심으로”, 외법논집, 제39권 제4호, 2015. 187-205면.

(7) 학회의 역할

이것은 교수 개인들이 해결할 수도 있지만, 교수들의 성격상 잘 되지 않기 때문에 형사법관련 학회에서 국가시험 문제에 대해 좀더 관심을 가져야 한다. 학술연구에 못지 않은 관심이다. 법학교육을 결정하는 것이 국가시험이라면 학회에서는 매년 출제되는 문제마다 철저한 검증을 해야 하고, 모범적인 국가시험 문제를 개발하고 제시하도록 해야 한다. 이를 위해서 연구윤리위원회와 마찬가지로 법학교육위원회를 두어야 하고, 당분간은 매 학술대회마다 국가시험에 대한 검토를 하는 세션을 두어야 할 것이다.

3. 형사법개정에 대한 연구

지난 60년 중 형사법과 형사정책 분야에 가장 바람직하지 못한 변화를 지적하자면 최근 10년 동안의 범죄에 대한 포퓰리즘적 강경대응 정책이고 이것이 현행형법이나 형법개정작업에도 지대한 악영향을 미치고 있다는 사실이다. 가장 대표적인 예가 유기징역형이나 유기금고형의 상한을 두 배 가중한 2010년의 형법개정이다. 그리고 이 규정을 원래대로 환원하지 않는 한 범죄인의 마그나카르타로서 기능할 수 있는 개정형법을 마련하기는 어려운 실정이다.

우리나라는 지난 20년간 사형을 집행하지 않아 국제적으로는 사실상 사형폐지국가로서 인권국가의 대열에 들어섰다고 평가받는다. 그러나 자유형까지 포함하여 평가한다면, 유기자유형의 형기가 너무 길어 가혹한 형법을 가지고 있는 인권후진국이라고 평가되어도 할 말이 없는 형편이다.⁵⁰⁾ 독일, 스위스, 오스트리아 등의 유기자유형기의 최상한이 15년이나 20년이고 중국형법의 유기자유형기의 최상한도 20년이다. 20세기 초에 만들어진 상대적으로 후진적인 내용을 지니고 있는 일본형법의 유기자유형의 최상한도 30년이다. 이에 비해 현행형법의 자유형의 최상한은 50년이기 때문이다.

2010년 유기자유형의 상한이 30년으로 개정되어 예컨대 강도죄나 강간죄의 경우 법정형이 3년 이상 30년 이하의 징역으로 되었다. 이렇게 넓은 법정형은 사실상 절대적 부정기형과 다를 바가 없다고도 할 수 있다. 따라서 형법개정작업은 형법 제42조의 재

50) 이에 대한 개선방안으로, 오영근, “결합범의 인정범위와 법정형 설정방안”, 한양대 법학논총, 제32권 제3호, 2015, 77-99면.

개정에서부터 시작되어야 하는데, 그동안 진행된 법무부의 형법개정작업에서도 이러한 방안은 현실성이 없다는 이유로 거부되었다. 놀라운 것은 학자인 개정위원들조차 재개정에 찬성하지 않았다는 사실이다. 그러나 21세기의 형법이 전쟁 중인 1953년 제정된 형법보다 유기자유형기를 2배로 높여야 할 이유가 있는지에 대해 합리적이고 과학적인 설명이 필요하고, 그렇지 못하면 제정형법보다 유기자유형기를 낮추지는 못할망정 제정형법의 형기를 높여서는 안될 것이다.

법무부의 형법개정작업에서는 이러한 과잉형벌화의 완화와 함께 과잉범죄화의 완화 특히 행정형법과 형사특별법의 폐지와 형법전예의 흡수라는 목표를 세웠었지만 현재는 거의 포기상태라고 할 수 있다. 이는 형법개정위원회에도 책임이 있지만, 더 큰 문제는 이러한 목표를 달성할 수 있는 구체적 연구들이 너무 부족하다는 것이다. 이것은 사회의 요구에 학계가 부응하지 못하고 있다는 것을 의미하므로 학계의 분발이 요구되는 사항이라고도 할 수 있다.

4. 위기의 형법학 살리기

2009년 로스쿨이 도입된 이후 학문으로서의 형법학은 최대의 위기를 맞고 있다. 실무자들이 로스쿨교수로 들어왔지만, 학자들이 실무계로 진출한 일은 한번도 없고 구조적으로도 불가능하다. 실무와 학계의 교류는 쌍방적이 아니라 일방적으로 되어버렸다. 이것은 학계의 합리적인 이론들이 실무에 반영되지 못함으로 말미암아 국민들에게 좀 더 나은 법률서비스를 제공할 수 없다는 것을 의미한다.

더욱 심각한 문제는 로스쿨이 실무자들에게 일자리를 창출해 주기는 하였지만, 대신 전업학자들의 일자리를 박탈하였다는 것이다. 또한 잘못된 로스쿨제도의 시행으로 학부의 법학교육도 대폭 약화되고 있다. 로스쿨 도입 이전 각 대학의 법학과들은 확대되었고 변호사가 연 1천명밖에 배출되지 못했지만 연 1만명 이상의 법학도들이 사회 각계에 진출하여 사회가 필요로 하는 법률서비스를 제공할 수 있었다.

그러나 로스쿨이 도입되면서 상황은 심각해도 너무 심각하게 반전되었다. 각 대학의 법학과들은 축소일로로 걷고 법학과와 법학도들이 대폭 감소되었다. 대학교육의 실용성 제고가 매우 강력한 사회적 요구이고 법학이 가장 실용적인 학문이라는 점을 감안한다면 이러한 현상은 국가적 관점에서 매우 심각한 것이라고 할 수 있다. 로스쿨제도는

연 500명의 변호사를 더 배출하기 위해 매년 거의 1만명의 법학도를 감소시켰다. 그리고 변호사 500명으로 이들 법학과 졸업생들이 담당하였던 법률서비스를 담당하는 것은 불가능하다. 이런 현상이 지속된다면 얼마가지 않아 우리 사회는 또 다른 형태의 무법 사회로 전락할 가능성이 있다.

법학과의 축소는 국내외에서 박사학위를 취득한 학자들이 안정적으로 형법학을 연구할 수 있는 기회를 박탈하였다. 앞서서도 본 것과 같이 형법개정이나 제도의 개선을 위해 많은 연구가 필요함에도 불구하고 그러한 필요성을 충족시켜줄 수 있는 학자들이 낭인으로 전락한 실정이다. 학자가 되기 위해 대학원에서 전업으로 형법학을 공부하는 학생들이 대폭 줄어들었다.

따라서 형사법관련 학회에서는 이와같은 학문으로서의 형법학의 큰 위기를 극복할 수 있도록 현실적인 활동을 해야 한다. 이런 의미에서 한국형사법학회가 젊은 학자들의 활동기회를 제공하기 위해 새로운 연구의 장을 열어준 것은 높이 평가해야 한다. 그러나 여기에서 그치지 말고 학회와 학회원 모두 좀더 적극적으로 젊은 학자들에게 기회를 주고 학문으로서의 형법학을 살릴 수 있도록 현실적인 활동까지 해야 한다.

V. 맺음말

지난 60년간 우리 형사법학계와 관련된 중요사건들을 시기별로 정리해보면, ① 독일 형법학의 대거도입, ② 사법시험 합격자수의 증가 및 신림동 고시학원의 확대, ③ 기념논문집 발간의 활성화를 통한 논문발표기회의 확대, ④ 법과대학의 확대 및 한국형사정책연구원의 설립을 통한 형사법학자들과 형사법연구의 증가, ⑤ 인터넷 판례정보의 보급과 판례연구의 활성화, ⑥ 제1, 2차 형법전면개정작업, ⑦ 성폭력특별법 등 다수의 형사특별법의 제정, ⑧ 게재논문심사 강화에 따른 형사법연구의 질적 향상, ⑨ 로스쿨의 도입에 따른 형법학과 법과대학의 위기, ⑩ 2010년의 형법개정등 범죄에 대한 강경대응 정책 등을 들 수 있다.

지난 60년동안 가장 긍정적인 변화를 들자면 사법시험 합격자수의 증원과 이에 따른 법과대학의 확대 및 법학도의 증가를 들 수 있다. 형사법연구와 국민들에게 질 좋은 법률서비스를 제공할 수 있는 환경이 조성된 것이다.

그러나 가장 부정적인 변화를 들자면 잘못된 로스쿨 제도의 도입과 법과대학의 위축 및 법학도의 감소를 들 수 있다. 최근에 들어와 긍정적인 방향보다는 부정적인 방향으로 상황이 역전된 것이다. 변호사는 연 500명 더 배출되지만, 불과 몇 년 사이에 법과대학이 대폭 축소되고 법학도들의 수가 대폭 감소함에 따라 높은 수준의 형법연구와 질 좋은 법률서비스를 제공하기 불가능한 환경으로 급격히 악화되었다. 특단의 조치가 없는 한 당분간 상황은 계속 악화될 전망이다.

지난 60년간 우리 법이론과 실무에 발전이 있었다고 하지만 아직도 우리나라 법조계의 수준은 국정농단의 주범이 법조인인 현실에 머물러 있다. 21세기에 들어오면서 우리 형사입법자들은 야만적이고 전근대적인 위하형 사고를 벗어나지 못하고 제정형법보다 후진적인 규정들을 계속적으로 도입하고 있다. 범죄에 대한 강경대응 요구에 따른 포퓰리즘적이고, 이성이나 과학보다는 감정과 직관에 기초한 법과 제도와 정책들이 도입되었고, 과잉범죄화와 과잉형벌화 현상은 조금도 개선되지 않고 오히려 악화일로에 있다.

이와 같이 형사법학자들과 형사법학회 앞에는 결코 순탄치 않은 길이 놓여있다. 그 길을 헤쳐나아가기 위해서는 이전보다 훨씬 많은 노력과 수고가 필요할 것이다. 형사법학자와 형사법학회의 분발이 지난 60년 중 그 어느 때보다 절실히 요구되는 시점이다.

* 주제어 : 형사법학회, 독일형법이론, 변호사시험, 법학교육, 한국형법학의 독자성

* 논문접수 : 2017. 9. 18. * 심사개시 : 2017. 9. 18. * 게재확정 : 2017. 9. 25.

[참고문헌]

- 김기두, “형법학계의 회고”, 서울대학교 법학, 제19권 제1호, 1978.
- 김봉태, “오상방위와 착오이론”, 부산대 법학연구, 1972.
- 김일수·서보학, 새로쓴 형법총론, 박영사, 2006.
- 김재봉, “변호사시험 형사법 사례형 시험의 출제방향”, 형사법연구, 제23권 제3호, 2011.
- 김종원, “새 천년을 맞는 한국 형법학의 발전방향”, 법조, 제49권 제1호, 2000.
- _____, “한국형법학 40년 - 한국형법학의 경로를 바라며 -”, (전북대학교) 법학연구 제16권, 1989.
- 김태명, “법교육과 법실무에서의 형사법학의 위상과 역할”, 형사법연구, 제28권 제1호, 2016.
- 문채규, “미필적 고의”, 안동대학 논문집, 제11권 제1호, 1989.
- 법무부, 형법(총칙)일부개정법률안 제안이유서, 2011.
- 손지영, “인지과학적 관점에 의한 형사상 행위와 고의의 재조명”, 성균관대학교 대학원 박사학위 논문, 2008.
- 손해목, 형법총론, 법문사, 1998.
- 심재우, “형법학에 있어서 목적적 행위론과 사회적 행위론”, 저스티스, 제13권 제1호, 1975.
- 양화식, “정당방위의 사회윤리적 한계에 관한 연구”, 성균관대학교 박사학위논문, 1986.
- 오영근, “결합범의 인정범위와 법정형 설정방안”, 한양대 법학논총, 제32권 제3호, 2015.
- _____, “한국형법학의 독자성 찾기”, 형사법연구, 제23권 제3호, 2011.
- _____, “형법상의 행위개념”, 현대의 형사법학(익헌 박정근박사화갑기념논문집), 1990.
- 원혜옥, “변호사시험 형사법 선택형 시험의 출제방향”, 형사법연구, 제23권 제3호, 2011.
- 윤상민, “위법성조각사유의 전제사실의 착오의 해결과 관련한 학설과 판례의 경향”, 조선대 법학논총, 제22권 제3호, 2015.
- 이경결, “형법 제15조 사실의 착오와 그 해결이론의 한계 : 유기천형법학 착오이론의 재조명”, 성균관법학, 제26권 제3호, 2014.
- 이재상, “형법상의 인과관계”, 법조, 1983년 2월.
- _____, “형법학계의 회고와 전망”, 사법행정, 제30권 제1호, 1989.
- 이창현, “변호사시험에서의 형사법 선택형 문제의 적합성 연구: 제4회 변호사시험 형사법 선택형 시험의 1책형 21문과 40문을 중심으로”, 외법논집, 제39권 제4호, 2015.
- 이형국, “형법상의 인과관계와 객관적 귀속 1”, 고시연구 1982년 2월.

- _____, “형법상의 인과관계와 객관적 귀속 4”, 고시연구 1982년 7월.
- 정성근, “공모공동정범론의 비판적 고찰, 1”, 법조, 제24권 제8호, 1975.
- 정승환, “독일의 형법 및 형법학과 한국의 형법이론” 제28권 제4호, 2016.
- 조준현, “부작위범의 범죄체계론에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위 논문, 1987.
- 최석윤, “정당방위의 상당성과 사회윤리적 제한”, 비교형사법연구, 제4권 제1호, 2002.
- 한정환, “형법에서의 행위”, 신문대 사회과학논집, 제5권, 2002.
- 허일태, “형법전 시행 반세기의 회고: 형법상 행위개념에 관한 고찰”, 형사법연구 제18호, 2002
- 홍영기, “위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오-체계적 이해와 관련된 몇 가지 문제-”, 고려법학, 제81권, 2016.
- 황산덕, “광복 30년 우리나라 형법학설(형사법)의 회고”, 법조, 제25권 제8호, 1976.

[Abstract]

The Review of the Korean Criminal Jurisprudence since 1957

Oh, Young-Keun*

The contents of this paper is the review of the korean criminal jurisprudence since 1957, in which year The Korean Association of Criminal Law and Procedure was found.

The total 60 years may be devided into three eras of 20 years.

The first era is from 1957 to the end of 1970's. In that era, the most of the korean criminal scholars focused on introducing the japanes criminal jurisprudence into Korea.

The second era is from the early of 1980's to the end of 1990's. In that era, many korean criminal schloars studied in Germany and introduced german criminal jurisprudence into Korea. For Korea has received german criminal law through Japan, it was considered very important to introduce and refer german criminal jurisprudence in interpreting korean criminal code. The representative example is introducing german criminal theories such as 'die Lehre von Handlungsbegriff'(the theory of the concept of act in criminal law), 'die Lehre von objective Zurechnung'(the theory of the relationship between a criminal act and a criminal result), 'the theory of the social and ethical limitation of the self-defense' and 'die Lehre von Täter und Tatherrschaft'(the theory of the distinction between a principal offender and a accomplice).

The third era is the 21th century. In this era, many korean criminal scholars criticize the simple comparative study and germany-oriented criminal jurisprudence of the former era and try to found a criminal jurisprudence which is proper to korean

* Prof. Dr. Hanyang Law School.

criminal code.

* Key Words : The Korean Association of Criminal Law and Procedure, German Criminal Theory, The Bar Examination, Legal Education, Identity of Korean Criminal Jurisprudence