

## <書評>

# 주석 한국판례집

형 사 법 I

1945—1950

서울大學校 韓國法學研究所에서 刊行된 주석 한국판례집을 읽고 나서 이제 우리나라도 法文化領域에 있어 이미 幼年期를 벗어났구나 하는 감회가 새로왔다. 회고하면 日帝의 文化抹殺政策 아래에서 우리나라는 그 創意力과 進取性을 否定하고 文化一般에 하나의 追從의인 習辭을 自招하도록 強制되어 왔다. 그럼에도 不拘하고 우리는 文化民族으로서의 矜持를 맥맥하게 품은채 自由를 갈망하는 鬪爭을 연이어 왔음은 실로 우리 民族의 자량이라 아니 할 수 없을 것이다. 그러나 이러한 자량이 單純한 反撥이거나 혹은 그림자로 投影되는 小英雄主義의 結果이어서는 안되며 그것은 반드시 알알이 차여진 진지한 努力들의 結晶物이어야만 할 것이다. 이제 日帝植民地로부터 벗어난지 어언 20餘年, 名實相符한 成年 祖國의 모습이 이곳 저곳에서 發見되지만 유독 法文化分野에서는 如前히 後進의인 模倣에 始終하는 느낌이 길다. 그것은 法이 一朝一夕에 이루어지는 工作物이 아니고, 오랜 生活感覺 위에 세워지는 常識이어야 함에도 不拘하고 他意에 의한 追從에 길들여야 했던 우리 民族의 쓰라린 悲運 때문이라 할 수 있다.

그러나 이제 20年의 純粹한 獨自의 法運用의 歷史를 쌓은 이상 우리도 大衆과 遊離되고, 形式論理에 치우친 法의 實在을 批判하여 合理性和 合法性이 一致하는 水準으로 나아가야 할 것이며, 判例集의 刊行은 이와 같은 우리의 目的에 附應하는 가장 빠른 길임을 믿어 疑心치 않는 바이다. 따라서 判例集에 관한 觀心은 아무리 크다 하더라도 充分치 않다고 할 수 있다. 그럼에도 不拘하고 尙今 우리나라는 몇몇 斷片的인 判例集 혹은 判決要旨集外에 判例集다운 完全한 判例集을 갖지 못하고 있었으니, 이것은 비단 우리 法曹人의 不幸일 뿐만 아니라, 實로 民族의인 수치라 할 것이다. 이제 解放以後 우리나라 大法院에 의하여 宣告된 一切의 判決을 網羅하여 精細히 分析 整理한 이 判例集에 대하게 됨에 無量한 感懷와 함께 이러한 艱辛의 大事業을 企劃 推進한 서울大學校 當局에 무엇보다도 먼저 感謝하고 싶은 마음을 이길 수 없다. 이 判例集의 刊行은 우리나라에 있어서의 法運用의 實際, 즉 살아있는 法의 생생한 모습을 밝힌다는 것 뿐 아니라 法意識에 弱하고 難解한 法律에 外面할 수 밖에

없는 一般大衆에게 生活 속의 法을 밝혀주고, 나아가서는 法曹人 一般 및 判決을 宣告한 法官自身에게는 커다란 參考와 反省의 素地가 된다는 點에서 참으로 重大한 意義를 지녔다고 할 수 있다. 이처럼 深大한 意義를 前提로 한 이 判例集의 使命에 비추어 具體的으로 그 長點과 短點들을 생각나는대로 몇 가지 적어 보고자 한다.

## 二

먼저 주석 한국판례집 형사법 I 의 長點을 들어보면,

첫째 序文에서 밝힌 바와 같이 解放以後 우리 大法院에 의하여 宣告된 一切의 判決을 한 件도 例外없이 모두 다루고 있다는 點이다. 다만 體制, 效用 등의 條件 때문에 거의 收錄의 必要가 없는 事件에 限하여 C型이라 하여 事件番號와 宣告年月日 및 判示事項만을 밝혀 부록에 첨가하였음은 오히려 正當하다고 생각되며, 이러한 C類型的의 取擇에 관하여는 凡例에서 明白히 한 바와 같이 編纂委員 諸位의 判斷을 全的으로 信賴하고 싶다.

둘째로는 가장 特徵的이며, 革新的인 決斷으로 判例集全般에 걸쳐 한글의 使用에 果敢하였다는 點을 들 수 있다. 一般的으로 法律은 漢文과 密着되어 있고, 그 때문에 難解하다는 것은 常識에 속하며, 우리들 中年以上의 法曹人들에게는 한글보다도 오히려 漢字의 使用이 더욱 識別하기 쉽다는 點 또한 솔직히 告白할 수 밖에 없다. 그러나 法律과 漢字의 相互關聯性이 密接해야 할 아무런 根據가 없으며, 자라나는 後孫들이 자기 글로서 自己들의 文化를 創造하고 發展시켜야 할 것이라는 當爲性에 비추어 본다면 약간 不便한 點이 있다 하더라도 全面的으로 한글만의 文化世界가 이루어질 수 있도록 뒷받침하는 우리들의 義務를 看取할 程度의 慧眼은 반드시 지녀야 하겠다. 이러한 의미에서 「주석 한국판례집 형사법 I」이 취한 方針은 法律文化에 있어 하나의 新起源을 긋는 것으로 보아도 좋을 것이다.

셋째로는 이 判例集이 條文別로 編輯되어 讀者의 便宜에 이바지한 것 외에 지나치게 編輯 體制에 구애되지 아니하고 讀者에게 必要하다고 認定되는 경우에는 언제나 最大의 資料를 提供하고 있다는 點이다. 例컨대 事件의 內容에 따라서는 原審判決 내지 第一審判決을 收錄하고 있으며, 나아가서 事實審理開始의 決定 全文마저 收錄하여 事實의 內容과 그 裁判過程을 밝히는 것을 들 수 있는데, 이러한 編輯態度는 一見 맞지 않는 톱니바퀴의 進行처럼 非律動的이나, 자세히 考察하면 오히려 眞摯하고 素朴한 態度임을 엿볼 수 있어 무척 好感이 간다. 다만 앞으로의 編輯에 있어서는 必要한 資料를 모두 收錄하는 基本方針을 變更하지 않는 範圍內에서 可能한 限 形式上의 統一도 이룩할 수 있는 方法을 摸索하여 가야 할 것이다.

넷째로는 重要한 事件에 註釋을 달았다는 點을 들 수 있는데, 원래 判例集이 充分한 機能을 發揮하기 위하여는 단순한 判決文의 記載 혹은 判示事項이나 判決要旨의 拔萃도 重要하

지만 무엇보다도 註釋의 役割에서 그 重點이 차지해야 할 것이다. 그럼에도 不拘하고 아직 우리나라에서는 註釋은 고사하고 判例集自體조차 完全한 것이 없었으니 이 判例集이 重要한 事件에 註釋을 附加한 것은 그 內容의 充實與否는 짓허놓고 우선 참된 目標를 向한 巨步의 一段階라는 點에서 높이 評價되지 않을 수 없을 것이다. 그 밖에도 文章 하나하나마다 條理 있고 流麗하며, 그러면서도 쉽게 構成되어 있다는 點, 事件마다 넘버를 달아 앞으로 判例法의 註釋을 마련하기 위한 試圖를 한 點 등등은 이 判例集의 좋은 點으로 들 수 있겠다.

三

以上과 같이 「주석 한국판례집 형사법 I」의 長點을 많이 들 수 있겠으나, 後日에 좀 더 좋은 判例集의 刊行을 위하여 다음 몇 가지 點에 관하여 苦言을 드리지 않을 수 없다.

첫째로 이 判例集의 特徵으로 들 수 있는 註釋의 不充實을 指摘할 수 있다. 自他가 共認할 수 있는 刑事法界의 權威者들로 構成된 韓國法學研究所의 編輯陳容이라면 당연히 先進諸國의 文獻과 判例 學說들이 紹介되어 이 判例集이 完全한 研究著書 내지 教科書의 구실을 할 수 있을 程度가 되어야 할 것인데, 유독 日本判例의 引用으로 始終한 느낌이 있음은 유감스러운 일이라 아니할 수 없다. 물론 時間的인 制約 및 이 判例集이 1945年부터 1950년까지의 6年間이 日本刑法을 依用할 수 밖에 없었던 時期임을 감안하면 充分히 前記한 不充實을 理解 못할 바 아니나, 그래도 完全한 註釋 判例集이라는 理想을 實現시키려는 努力이 不足한 듯하여 아쉽다. 筆者는 이 程度의 編輯陳容이라면 客觀的인 註釋外에 오히려 主觀的인 註釋까지도 加하여져야 하지 않을까 믿어진다.

둘째로는 이 判例集의 編輯이 一貫的인 體制를 갖추지 못하였다는 點이다. 작게는 活字의 號數와 面의 空間에서부터 크게는 어떠한 判決에 「주」를 붙일 것인가를 選定하는 基準에 이르기까지 劃一的인 基準方針이 갖추어졌다고는 보기 어렵다. 이 判例集의 凡例가 특히 後者의 경우는 豫定하여 「주」가 必要한 이른바 A 型의 選定은 讀者의 解釋態度에 따라 달라질 수 있는 것이라 하여 굳이 주석 한국판례집의 分類原則을 고집하지 아니한 것은 妥當하고 또 多幸한 일이나, 이러한 겸손만으로 解決되는 것이 아닌 까닭에 더욱 誠實하게, 더욱 깊게 研究하여 누가 보아도 合理的인 分類라고 믿을 수 있는 程度의 調和를 이루도록 強調하고 싶다. 또한 한글 爲主라 하여 無原則하게 使用할 것이 아니고, 차라리 모두 한글로 적든지 不然이면 細心한 技術上의 檢討를 거쳐 適切하게 併用되어야 하리라고 믿는다.

끝으로 指摘할 것은 비록 事件番號와 宣告年月日이 다를지라도 그 判示의 內容이 같고 要旨가 대체적으로 一致하는 것이면 구태여 紙面을 낭비하여 收錄할 價値가 있을까 하는 點이다. 물론 理想的으로는 우리나라 大法院의 全判例가 收錄되었으면 좋겠으나 判例集이란 언제나 簡細한 中에 充分하여 讀者의 理解를 빠르고 正確하게 얻어야 하는 까닭에 좀 더 科學的인 整理가 아쉽다고 보겠다.

그 밖에도 事件名이 表示되었으면 좋겠든지 혹은 原審의 刑量이 記載되어 있다면 實務家들에게 큰 參考가 될 것이라는 것 등 여러가지 要求事項을 들 수 있으나, 대체적으로 모아 細密한 곳에 이르기까지 注意깊은 配慮를 아끼지 않았음을 發見할 수 있으며, 무난한 가운데 무게 있는 判例集이라 할 수 있다고 생각된다.

다만 「주석 한국판례집」의 刊行當局인 서울大學校法學研究所에 感謝와 아울러 당부하고 싶은 것은 判例集出刊事業이 性質上 繼續事業이고 또한 이 判例集이 우리나라 初有의 完全한 判例集이라는 點에서 實로 至大한 使命을 맡았음을 밝히 알아서 부디 우리의 期待에 어긋나지 않도록 계속 第2, 第3, 第4集들을 훌륭하게 刊行하여 달라고 간곡하게 付託하고 싶다.

우리 法曹人들은 國家的 大事業이어야 할 이 判例集刊行이 서울大學校當局에 의하여 이루어지는 點을 잊지 아니하고 微力이나마 積極的인 支持와 聲援을 모내야 할 것이다.

〈金炳華·大檢次長檢事〉