

〈특집〉

『서울대학교 法學』 50년의 회고 : 형사법 분야

李 祥 源*

I. 시작하면서

서울대학교 법학연구소가 발행하는 「법학」지(이하 ‘법학지’라 한다)가 1959. 6. 제1권 제1호를 발간한 지 올해로 꼭 50년이 흘렀다. 이 글은 지난 반세기 동안 법학지에 발표된 형사법분야의 글들이 어떠한 내용을 담고 있고 어떠한 의미를 가지고 있는가를 거시적으로 살펴봄으로써 법학지가 우리 형사법과 형사법학에 기여한 발자취를 확인하고자 한다.

II. 일반적 통계분석

형사법분야에서는 그동안¹⁾ 1959. 6. 법학지 제1권 제1호에 실린 황산덕 교수²⁾의 논문 “형법 제16조에 있어서의 정당한 이유”를 시작으로 2008. 3. 제49권 제1호에 실린 신동운 교수의 논문 “가인 김병로 선생의 범죄론 체계와 한국형법의 총칙규정”까지 모두 118편의 글이 실렸다.

이들을 글의 작성형식에 따라 분류해 보면, 판례연구나 판례평석이 7편,³⁾ 학계의 회고나 판례회고가 3편이고, 논문이 108편으로서 압도적 다수를 차지하고 있다.

* 서울대학교 법과대학·법학대학원 부교수.

1) 1959. 6. 제1권 제1호부터 2009. 3. 제50권 제1호까지의 동안.

2) 존칭 생략(이하 같다).

3) 그중 6편이 1969년까지 발표된 것이고 그 후에는 2007년에 1편만이 발표되었다.

<작성형식에 따른 분석>⁴⁾

구분	논문	판례연구·평석	회고	합계
편수	107	7	4	118
비율(%)	91	6	3	100

필자는 모두 법학전공자였는데, 타교 교수가 6편, 판사가 1편, 검사가 3편, 본교 조교나 박사과정생이 5편이고, 나머지 103편이 본교⁵⁾ 교수에 의하여 집필되었다. 조교나 박사과정생의 글은 1978. 2.까지 게재되었을 뿐 그 후에는 게재된 바 없고, 판·검사의 글도 1971~1972년에 2호에 걸쳐 영미제도를 소개한 글이 전부이다.

<필자에 따른 분석>

구분	본교교수	타교교수	본교조교 등	판·검사	합계
편수	103	6	5	4	118
비율(%)	87	5	4	4	100

외국어로 된 글은 모두 5편인데, 그 중 2편은 유기천 교수 부부에 의하여 영어로 작성된 것이고, 나머지 3편은 독일어로 작성된 것으로서 독일 대학교수, 국내 타교 교수, 본교 교수에 의하여 각 1편씩 작성되었다.

<작성언어에 따른 분석>

구분	한국어	독일어	영어	합계
편수	113	3	2	118
비율(%)	96	2	2	100

한편 글의 내용에 따라 분류해보면 아래와 같이 실체형법에 관한 글이 모두 65편, 형사소송법에 관한 글이 26편, 형사정책에 관한 글이 27편이다. 가장 많은 비중을 차지하는 것은 실체형법의 법리를 연구한 것이다.

4) 표에서의 비율은 개략적인 수치이다.

5) 서울대학교 법과대학을 말한다(이하 같다). 본교 교수와의 공동집필 편수를 포함하였다.

<내용에 따른 분석>⁶⁾

성명	활동기간	실체형법		형사소송법		형사정책	회고, 방법론
		법리	법정책	법리	법정책		
황산덕	1959	1					
김기두	1959-1985	4	2		1	6	1
유기천	1962-1964	2	1				
이수성	1966-1987		4	1		5	
강구진	1979-1983	3	1	1		3	1
신동운	1985-	6		12	3		2
남궁호경	1992-1993	2					
한인섭	1995-	1	1		4	3	
이용식	1996-	24					1
조국	2002-	3	1	2	1		
기타		9		1		4	1
합계		55	10	17	9	21	6
		65		26			

III. 한국 형사법에서 가지는 법학지의 의미

법학지에 실린 형사법분야의 글들을 내용적으로 분석함으로써 한국 형사법에서 가지는 법학지의 의미를 조망하여 본다.⁷⁾

1. 형사법 발전의 핵심

(1) 학계의 추이와 제도의 변천

1945년 해방과 더불어 일제는 이 땅에서 물러났지만, 조선형사령과 이에 근거를 둔 일본 형법(의용 형법), 형사소송법(의용 형사소송법)은 미군정법령 제21호

- 6) (1) ‘형사정책’은 정책학으로서의 범죄와 형벌 및 행형 포함.
 (2) ‘법리’는 해석법학 또는 구체적 법리의 연구를, 법정책은 입법정책 또는 일반적 법리의 연구를 내용으로 함.
 (3) 본교 형사법교수는 개인별로 분석하였고(조교시절의 글 포함), 나머지는 기타로 통합하였다.

7) 각 글들에 대한 개별적 검토는 V. 참조

와 제헌헌법 제100조(부칙)에 의하여 계속 시행되었다. 우리의 형법은 1953. 9. 18., 형사소송법은 1954. 9. 23. 제정되었으니 이 때 비로소 독자적 형사법체계가 본격적으로 가동되었다 할 수 있다.

1953년 형법 제정 이후 1960년대 초까지 우리 형법학은 인과적 행위론과 이에 기초한 고전적 범죄체계가 지배하였고, 대부분 일본형법학의 영향에서 벗어나지 못하고 있었다. 그런데 1950년대 후반부터 도입되기 시작한 목적적 행위론 및 이에 기초한 목적적 범죄체계가 황산덕, 김종원, 이건호 교수 등에 의하여 연구되어, 1960년대에는 목적적 행위론이 형법학의 신경향으로서 강력하게 대두되었다. 1970년대에 들어서면서는 독일에서 연구를 마치고 귀국한 형법학자가 늘어나면서 독일의 형법이론이 다양하게 소개되었다. 1975년 심재우 교수가 사회적 행위론을 소개하는 일련의 논문을 발표하기 시작하면서 사회적 행위론이 강력하게 부상하기 시작하였다. 이 무렵 심현섭 교수는 합법칙적 조건설을 소개하여 이론적 깊이를 더하였다. 1980년대에 들어서 사회적 행위론 및 그에 기초한 범죄론 체계가 학계를 지배하기 시작하였고 객관적 귀속론, 행위지배설 등 독일의 이론이 우리 학계에 심대한 영향을 미치게 되었다. 한편 1985년 언간에 신동운 교수가 일련의 글을 발표하면서 우리나라의 독자적 형법학의 필요성을 강조하고 입법과정에 관한 연구의 중요성을 역설하면서 점차 학계에서는 독일이론의 무비판적인 수용을 벗어나려는 움직임이 싹트고 이러한 기조는 오늘에 이르고 있다.

일제시대의 대륙식 형사소송이 미군정과 형사소송법의 제정을 거치면서 영미식 형사소송으로 채색되는 형태로 우리 형사소송법은 출발하였다. 이 기간 형사소송제도의 토대가 형성된 시기라고 할 수 있다. 그러나 “10월 유신” 이후 있었던 1973. 1.의 개정으로 우리 형사소송법은 뒤로 후퇴하여 통제적 형사소송기를 맞이하게 된다. 이 기간 대통령의 긴급조치라는 비정상적인 입법형식이 형사소송을 지배하게 되었다. 이에 대한 시민적 저항은 마침내 1980년 형사소송법 개정으로 이어져 이 때 시민적 형사소송의 맹아가 싹트게 되었다. 이러한 맹아기 속에서 1995년, 2004년, 2006년의 개정 등 시민적 형사소송은 보다 구체화되고 마침내 2007년 개정으로 이어졌으니 이를 시민적 형사소송의 구현기라고 칭할 수 있다. 이렇게 본다면 크게 볼 때 우리 형사소송제도의 줄기찬 방향은 인권의 신장에 있었다고 할 수 있다. 돌이켜 우리 형사소송법학의 발자취를 본다면, 1954년 형사소송법이 제정된 후 1970년대까지 우리 형사소송법학의 토대가 마련되었다고 할 수 있지만 일본 형사소송법학의 영향이 컸다는 한계를 지적하지 않을 수 없고, 1980년대 이후는 이론적 깊이가 한 단계 성숙된 시기로서 일본으로부터

터 벗어나려는 노력이 엿보이며, 특히 1985년 이후 신동운 교수의 독자적 형사소송법학 주장이 점차 세를 얻게 되었는데, 시대를 막론하고 학자들의 한결같은 방향성은 인권신장에 있었다 할 수 있고, 이것이 바로 우리 형사소송제도의 방향성을 결정짓는 밑거름이 되었다고 생각한다.

(2) 법학지의 의미

법학지에 실린 형사법 관련 글들은 위와 같은 한국 형사법과 형사법학의 흐름을 주도해온 소중한 글들이라고 평가할 수 있다.

우선 형법분야에서 황산덕, 김종원 교수의 논문⁸⁾은 목적적 범죄체계를 우리나라에 도입하여 기존 범죄체계의 근간을 뒤바꿔놓은 의미를 가지고 있다. 현재는 목적적 행위론보다 사회적 행위론 및 그에 기초한 합일체계의 범죄체계가 학계를 지배하고 있는 상황이라 하겠지만, 위법성 인식을 고의로부터 분리하여 책임의 요소로 배치시키고 고의는 구성요건요소로 배치시킨 목적적 행위론의 업적은 그대로 이어지고 있고 합일체계 역시 이러한 이론적 성과의 바탕 위에서 가능하였던 것인 만큼 위 논문이 한국 형법이론사에서 가지는 의미는 매우 지대하다.

그러나 그 후 사회적 행위론이나 그에 따른 사회적 범죄체계의 도입에는 법학지가 크게 기여하지 못하였다. 그것은 사회적 행위론이 우리나라에 도입되기 시작한 1975년 무렵 인간에 행위론과 범죄체계에 관심을 갖는 글들이 법학지에 발표되지 않았기 때문이다.

한편, 형법학계에서 우리의 독자적 형법학을 강조하는 방향으로의 선회에는 법학지가 지대한 공헌을 하였다고 본다. 신동운 교수가 1985년 인간에 법학지에 발표한 일련의 글들을 통하여 새로운 법학방법론을 제시하였다.⁹⁾ 신동운 교수가 제시한 법학방법론은 연구대상 법률이 생성된 과정 및 당시 그에 영향을 미친 제반 제도적 여건과 사회적 상황을 구체적인 1차 자료를 통하여 파악하고 이로써 당해 규정의 원초적 의미를 정확히 분석해 내는 역사적 접근방식이다. 현행법을 이해

8) 황산덕, 형법 제16조에 있어서의 정당한 이유, 1959. 6.; 김종원, 과실범의 구조, 1976. 6.; 김종원, 공범구조론의 새로운 구상, 1978. 8.

9) 신동운, 소송지연만을 목적으로 하는 기피신청, 1985. 12.; 신동운, 일제하의 예심제도에 관하여, 1986. 4.; 신동운, 한국사회의 변화와 형사법학의 과제, 1987. 4.; 신동운, 형사소송법의 기본구조에 관한 일고찰, 1987. 4.

함에 있어 그것이 최초로 제정될 때 당시의 생성과정과 역사적 성격을 면밀히 살펴야 그 규정의 배후에 흐르는 근본정신을 파악할 수 있고, 법률의 제정 당시 입법자가 전제하였던 사회상황을 점검하고 구체적인 입법취지를 음미하며 입법에 미친 외국법제의 영향을 명확하게 인식해 내는 일이 중요하다는 것이다. 신동운 교수는 그 이후 현재에 이르기까지 이 방법론을 일관되게 채택하고 있다. 이 방법론은 나아가 다른 형사법학자들에게도 영향을 미쳐 오늘날 많은 논문들이 논지를 폄에 있어 그 제정자료에 대한 역사적 검토를 필수적인 선결과제로 하고 있다. 이로써 법학지를 통하여 신동운 교수가 주장한 역사적 방법론은 오늘날 한국 형사법학 방법론에서 불가결한 요소를 이루고 있다고 평가할 수 있다.

형사소송법 분야의 글들은 초기부터 현재에 이르기까지 전반적으로 인권신장을 강조하는 논조가 흔들림 없이 이어지고 있다. 인권신장은 비단 법학지뿐만 아니라 우리나라 형사소송법학계 전반의 기초이며, 우리나라 형사소송제도 변천의 큰 줄기이다. 학계의 간단없는 인권강조가 형사실무와 제도를 변화시킬 수밖에 없는 압력으로 작용하였고, 그것이 형사소송법의 개정 및 법원, 검찰, 경찰 실무의 개선으로 이루어졌다고 할 수 있다. 이렇게 본다면 법학지가 한국 형사소송제도 및 형사소송법학에 기여한 공헌은 자못 크다고 하지 않을 수 없다.

이러한 인권강조의 기초는 양의 동서를 막론하고 보편적인 면이 있고 이것이 분명 우리나라 형사사법을 발전시킨 원동력이 되었음을 부인할 수는 없다. 그러나 한편, 특히 일제로부터 해방된 직후와 권위주의 정권으로 이어지는 우리나라 특유의 정치적 혼란 속에서, 인권보장과 권력에 대한 불복종이 동일시되고 이들이 또한 절대선이라는 등식이 우리 의식 속에 피처럼 뿌리박혀 그 깊고 뜨거운 뿌리가 냉철하여야만 하는 학자들의 머리마저 뜨겁게 달구어 버리지는 않았는가 하는 의구심도 떨칠 수가 없다. 특히 혼란이 심했던 법학지 50년 전반기의 글들에서, 그리고 비교적 정책적 고려를 많이 하는 분야의 글들에서 감성이 이성보다 앞서 나가려 하지는 않았는가 하는 생각도 해본다. 수만 년의 인류 역사를 그리는 학자들은 미네르바처럼 싸늘한 저녁하늘을 조용히 날아야 하는 숙명을 가지고 있는지도 모른다.

형사소송법에 관한 글들은 법학지 50년 후반기에 와서 많이 발표되었는데, 신동운 교수가 주도한 바 크다. 신동운 교수는 형사소송법에 있어서도 형법과 마찬가지로 역사적 방법론을 채택하여 연구하였는데, 이를 통하여 특히 형사소송법의 기본구조와 일체화 예심제도를 분석해 낸 점 등이 눈에 띈다.

형사정책 분야에서는 법학지 50년 전반기에 김기두 교수에 의하여 교정과 소년범죄에 관한 연구가 많이 이루어졌고, 이수성 교수는 형벌과 형사책임의 본질에 대한 철학적 고민을 한 글들을 발표하였다. 이러한 상황에서 법학지의 논조는 응보보다는 교육, 도의적 책임보다는 사회적 책임을 강조하는 경향이었고, 보안처분에 대하여 적극적이었다.

법학지 50년 후반기에는 한인섭 교수에 의하여 우리사회의 정치적, 사회적 문제를 둘러싼 제도와 사회상을 검토하는 작업들이 주로 이루어졌고, 교정문제에 관한 연구도 있었다.

이처럼 법학지의 형사법분야 글들은 한국 형사법학과 형사법제도의 흐름을 주도해 오면서 전환기마다 의미 있는 역할을 하여 왔다.

2. 입법 및 실무와의 교감

법학지에 게재된 형사법분야의 많은 글들이 현실적으로 입법이나 판례에 영향을 미쳤다. 물론 직접적인 영향의 증거가 확보되지 않은 경우가 더욱 많지만, 법학지의 글들이 다룬 논점이 형사사법실무나 입법에서 다루어지고 또 실제로 법학지의 글이 주장한 대로 입법이나 판례가 변경된 예도 적지 않다.

김기두 교수는 신생 대한민국 판결문에 대하여 난해하고 어색하며 일본식이라고 평가하면서 판결문 작성 실태를 꼬집었다.¹⁰⁾ 법원은 지속적으로 판결문을 우리말에 맞는 어법을 사용하여 간단하고 이해하기 쉽게 작성하는 방향으로 노력하여 왔다. 학자들의 힐책이 없었던들 이러한 노력은 없었거나 보다 약한 모습이었으리라 생각된다. 또 김기두 교수는 보안처분제도의 도입을 주장하였는데,¹¹⁾ 1980. 12. 18. 보안처분을 규정한 구 사회보호법이 제정된 바 있다.¹²⁾

유기천 교수는 합동범의 공동정범이 성립될 수 없다고 주장하였다.¹³⁾ 대법원 1976. 7. 27. 선고 75도2720 판결 등 대법원은 한동안 필자의 의견과 같이 합동범의 공동정범을 부인하였다. 다만, 이 판결은 대법원 1998. 5. 21. 선고 98도321

10) 김기두, 정당방위, 1959. 6.; 김기두, 취중행위에 대한 형사책임, 1964. 12.

11) 김기두/심헌섭, 고도경제성장에 따른 범죄현상변화의 분석과 그 대책, 1980. 5.

12) 위 사회보호법은 2005년 폐지되었다.

13) 유기천, 합동범에 관한 연구, 1962. 5.

전원합의체판결에 의하여 변경되어 합동범의 공동정범도 성립할 수 있다는 입장으로 바뀌었다.

이수성 교수는 대법원 1964. 5. 21. 선고 64도87 전원합의체 판결이 구속피고인의 국선변호인이 상고이유서를 제출기간을 지나도록 상고이유서를 제출하지 않아 해임되고 선임된 후임 변호사는 상고이유서를 제출할 수 없다고 판시한 데 대하여 강하게 비판하였다.¹⁴⁾ 그런데 대법원 2006. 3. 16. 선고 2005도9729 전원합의체 판결이 위 64도87 판결을 정면으로 뒤집고 이를 폐기하였다. 이 변경된 판결의 내용은 2007. 12. 21. 형사소송법 제379조 제1항의 개정예 그대로 반영되었다. 비록 판례가 변경된 것은 재소자가 상소이유서 제출기간 내에 상소장을 교도소장 등에게 제출하면 기간을 준수한 것으로 본다는 부분이어서 위 글에서 지적한 바로 그 쟁점과는 다소 차이가 있지만 상고이유서 제출기간의 엄격한 적용으로 인한 문제점은 공통적인 것이었는데, 필자의 문제의식과 해석방향은 40여년이 지난 후 판례의 변경과 입법으로 결실을 맺었다고 할 수 있다.

강구진 교수는 형사소송의 심판의 대상을 소인이라고 주장하였다.¹⁵⁾ 이러한 주장은 당시로서는 매우 이례적이며 오늘날까지도 큰 세를 얻고 있지 못하는 형편이지만, 이 글이 소인대상설을 주장한 것은 당사자주의의 강화라는 우리 형사소송법의 대세와 최근 2007년 개정이 추구한 공판중심주의적 형사소송이라는 방향성에 일치하는 것으로서 그 의의가 적지 않다. 또 강구진 교수는 항소심의 사후심적 성격을 강조하였는데,¹⁶⁾ 최근 국민참여재판의 시행과 함께 항소심을 사후심적으로 조명하려는 움직임에 이 글의 의미가 다시 새겨진다.

신동운 교수는 비진술증거에도 위법수집증거배제법칙이 확장되어야 한다는 주장을 한 바 있다.¹⁷⁾ 그로부터 근 10년이 지난 후 2007년 개정 형사소송법은 위법수집증거배제법칙을 비진술증거를 포함한 증거 일반에 적용하는 것으로 입법하였고 개정법률이 시행되기 직전에 선고된 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결은 위법하게 수집된 비진술증거도 원칙적으로 증거능력이 배제된다는 판시를 한 바 있다. 한편 이와 관련하여 조국 교수는 위법수집증거의 배제 여부를 법원의 재량에 의하여 판단하여야 한다고 주장한 바 있는데,¹⁸⁾ 재량

14) 이수성, 국선변호인의 상고이유서 제출기간 도과의 효력, 1966. 3.

15) 강구진, 형사소송에 있어서의 소송물론, 1982. 6.

16) 강구진, 절도피고사건, 1982. 10.

17) 신동운, 위법수집증거배제법칙과 나체사진의 증거능력, 1999. 8.

18) 조국, 재량적 위법수집증거배제의 필요성, 근거 및 기준, 2004. 6.

에 의한 배제는 위 전원합의체 판결의 소수의견에 의하여 지지되었다. 신동운 교수는 또 공판절차에서 피고인의 수사기록 열람·등사권을 확보하여야 하고 피고인신문제도를 폐지하여야 한다고 주장하였다.¹⁹⁾ 2007년 형사소송법은 수사기록의 열람·등사청구권의 내용을 명문으로 구체화하였고 피고인신문을 증거조사 뒤로 배치하였는데, 이는 위 주장이 그 실질에 있어서 실현된 것이라 평가할 수 있다. 나아가 신동운 교수는 형사소송법 개정 50주년을 맞이하여 선택과 집중을 통한 선별적 형사절차의 편성, 공판중심주의의 확립, 알기 쉬운 용어의 사용 등을 형사소송법 개정의 방향으로 제시한 바 있다.²⁰⁾ 선택과 집중은 2007년 형사소송법 개정의 화두이었고 이에 근거한 개정안도 마련된 바 있으나 입법화하는 데에는 실패하였다. 공판중심주의는 2007년 형사소송법 개정의 단연의 목표였다.

한편, 신동운 교수는 국회의원의 면책특권에 속하는 행위에 대하여 제기된 공소는 공소기각판결을 하여야 한다는 판례를 비판하고 무죄판결을 하여야 한다고 주장하였으며,²¹⁾ 2인 이상이 공동으로 폭행 등을 행한 폭력행위등처벌에관한법률 위반죄에 관하여 범행장소에 가지 아니한 사람들도 공모공동정범이 성립할 수 있다고 판시한 판례가 타당하지 않다고 주장하였고,²²⁾ 항소심판결 선고후 누락사건에 대하여 제기한 공소는 공소권남용이라고 주장하였다.²³⁾ 그러나 판례는 그 후에도 변경되지 않고 있다.²⁴⁾

신동운 교수와 한인섭 교수는 영장실질심사를 필수적으로 하여야 한다고 주장하였는데²⁵⁾ 2007년 형사소송법의 개정으로 필수적 영장실질심사제도가 입법화되었다. 이와 관련하여 신동운 교수는 인신구속에 관한 형사소송법 규정을 피의자에 대한 체포·구속을 중심으로 재편성하여야 한다고 주장하였는데²⁶⁾ 안타깝게도 이 주장은 반영되지 않았다.

한인섭 교수는 가정폭력방지법의 제정을 주장하였는데 1997. 12. 13. 가정폭력

19) 신동운, 공판절차에 있어서 피고인의 방어권 보장, 2003. 3.

20) 신동운, 향후 형사법 개정의 방향, 2005. 3.

21) 신동운, 국회의원 면책특권과 그 형사법적 효과, 1993. 8.

22) 신동운, 합동범의 공동정범, 1994. 12.

23) 신동운, 항소심판결 선고후의 누락사건에 대한 공소제기와 공소권남용, 1996. 9.

24) 차례로, 대법원 1996. 11. 8. 선고 96도1742 판결; 대법원 1996. 12. 10. 선고 96도 2529 판결 등; 대법원 2004. 7. 8. 선고 2004도2189 판결.

25) 한인섭, 형사소송법 중 개정법률에 대한 검토 및 대안, 1995. 12.; 신동운, 인신구속제도를 둘러싼 법적용의 왜곡과 그 해결방안, 1998. 5.

26) 신동운, 인신구속제도를 둘러싼 법적용의 왜곡과 그 해결방안, 1998. 5.

범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 제정과 1997. 12. 31. 가정폭력방지 및 피해자 보호 등에 관한 법률의 제정으로 그 바램이 현실화되었다.

조국 교수는 2002년의 글에서 부부강간의 문제, 강간죄에서의 폭행·협박 문제를 다루었다.²⁷⁾ 이 글이 발표된 수년 후, 2009. 1. 16. 부산지방법원에서 부부 사이의 강간을 인정한 첫 판결을 선고하였고, 대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도 5979 판결은 강간죄에서의 폭행·협박의 기준을 실질적으로 완화하여 성관계사실을 폭로하겠다는 유부녀에 대한 협박이 강간죄의 협박에 해당한다고 판시하였는데, 이러한 판결의 취지는 이 글의 논지와 같은 방향에 있다.

이처럼 법학지는 현실의 제도와 실무에 지대한 영향을 주고 중국에는 우리나라 형사사법의 발전에 중요한 역할을 수행하였다고 할 수 있다.

3. 형사법학의 자산

법학지에 게재된 글들은 형사법의 전분야에 걸쳐 있어 우리 형사법학의 소중한 자산이라고 할 수 있다. 특기할 것은 학자에 따라 그 관심분야가 한쪽으로 쏠려 있는 현상을 발견할 수 있다는 점이다. 법학지에 게재된 글들을 중심으로 그 경향을 살펴본다.²⁸⁾

황산덕 교수는 형법이론 분야의 글을 1편 발표하였고, 김기두 교수는 범죄자의 교화와 소년범죄에 관하여 많은 관심을 기울였으며, 유기천 교수는 형법이론에 대한 근본적인 고찰을 하였다.

이수성 교수는 사형폐지와 보안처분, 인도적 사회방위론, 그리고 범죄와 형벌에 대한 철학적 천착에 관심이 많았다.

강구진 교수는 형법, 형사소송법, 형사정책 전반에 관심을 나타냈으나 그 짧은 생애로 말미암아 아쉽게도 지속적인 연구를 보지 못하였다.

신동운 교수는 형사소송법 분야에서 많은 글을 발표하였고, 형법분야에서도 글들을 발표하였다. 대체로 역사적 방법론에 입각하여 제정 형법과 형사소송법을 둘러싼 연구에 많은 관심을 기울였으며 실정법의 해석과 개선방향에 대하여서

27) 조국, 여성주의 관점에서 본 성폭력범죄, 2002. 6.

28) 아래의 경향성은 법학지에 한정된 분석이므로 각 학자의 전체적인 경향을 제대로 반영하지 못한 분석일 가능성도 크다.

언급하였다.

남궁호경 교수는 실제형법에 관한 글 2편을 남겼다.

한인섭 교수는 우리사회의 어두운 정치적, 사회적 문제에 관심을 많이 기울여, 이들을 검토하는 작업에 많은 노력을 기울였고, 교정문제에 관한 연구도 병행하였다.

이용식 교수는 주로 형법총론 분야에서 이론적 천착에 열의를 보여 이 분야에서 매우 많은 글을 법학지에 발표하였다.

조국 교수는 시사성이 큰 주제에 관하여 이론적, 정책적 접근을 하는 글들을 발표하였다.

이상을 살펴보면, 비록 각 학자들 별로는 일정한 경향성을 발견할 수 있지만 이들을 모두 모아보면 형사법의 전반에 관하여 다루고 있음을 알 수 있고, 따라서 법학지가 한국 형사법학에 그 내용적 풍부성을 제공하였다고 말할 수 있다. 다만 예컨대 형사정책분야의 피해자학이라든가 실정법에 대한 실무적 해석지침의 제공 등에 있어서 다소의 아쉬움은 남는다.

또한 이와 같은 개인적 성향에 따른 쏠림현상은 조직적이고 집단적인 연구가 아니라 개개 학자들의 개별적 연구결과물이라는 특성 때문에 어쩔 수 없는 현상이기는 하지만, 서울법대를 특징지을 수 있는 독특하고도 지속적인 학풍의 형성에는 다소 장애사유가 될 수 있다는 아쉬움도 남는다.

4. 독자적 법학

법학지에 실린 형사법분야의 글들이 공통적으로 가지는 또하나의 특징을 찾는다면, 한국 법학계를 풍미한 일본법학의 지배현상을 찾아보기 힘들다는 점이다. 이는 그 영향이 심대하였을 초기에도 마찬가지였다. 특히 김기두 교수는 명시적으로 일본으로부터의 법학적 독립을 목청껏 부르짖었다.²⁹⁾ 어찌면 신동운 교수의 역사적 방법론 및 우리법학의 주장에는 이러한 법학지의 혼이 베어 있는지도 모른다.

29) 김기두, 정당방위, 1959. 6.; 김기두, 취중행위에 대한 형사책임, 1964. 12.

IV. 결론

법학지가 반세기를 지켜왔다. 이 공간을 통하여 한국 형사법이 발전하였고(형사법 발전의 핵심) 실제형사사법의 기본적 이론들이 제공되었다(입법 및 실무와의 교감). 이 공간은 한국 형사법학의 자산이며 독자적 법학을 세웠던 토양이었다.

물론 다소의 아쉬움이 없었던 것은 아니다. 그러나 이제 다소의 아쉬움을 넘어 서서 지금까지와 마찬가지로, 또한 지금보다 더욱 한국 형사법의 미래에서도 법학지가 커다란 기여를 할 것을 기대한다.

V. 餘論 - 게재된 글의 개별적 검토

이 항에서는 법학지에 게재된 형사법 분야의 글들의 요지를 개별적으로 살펴보고 그 의미를 되새겨 본다.

1. 황산덕, 형법 제16조에 있어서의 정당한 이유, 1959. 6.

종래 인과적 행위론을 기초로 하여 위법성의 인식이 고의의 요소인가 하는 문제가 논의되어 왔다. 이 글은 위법성 인식을 고의에서 분리하여 「위법성의 인식은 고의의 요소가 될 수 없으나 비난가능성, 즉 책임의 요소는 되어야 한다.」는 명제를 주장한 글이다. 이는 목적적 행위론을 그 배경으로 하고 있다. 현재 목적적 행위론보다는 사회적 행위론이 다수의 학자들에 의하여 지지되고 있기는 하지만, 위법성 인식을 고의로부터 분리하여 책임의 요소로 배치시키고 고의는 구성요건요소로 배치시킨 목적적 행위론의 업적은 그대로 이어지고 있다. 이에 비추어 볼 때, 이 글이 한국 형법이론사에서 가지는 의미는 매우 지대하다. 필자³⁰⁾는 위와 같은 이론적 기초 위에서 형법 제16조의 ‘정당한 이유’를 고의가 아닌 책임(비난가능성)을 배제시키는 사유로 분석하고 있다.

2. 김기두, 정당방위, 1959. 6. 판례연구

피해자가 증폭으로 거동을 못하는 피고인의 집에 무단침입하여 무수히 피고인

30) 검토대상 글의 필자를 의미한다. 이하 같다.

을 구타하자 이에 대항하여 피고인이 피해자를 식칼로 찌른 사안에서 원심은 싸움도중의 행위로 평가하여 정당방위를 부정하였는데 대법원이 정당방위로 판단한 대법원 1956. 10. 12. 선고 판결에 대한 평석이다. 필자는 의용형법에 비하여 정당방위의 요건을 완화한 신형법에 비추어 대법원 판결은 타당하다고 하면서³¹⁾ 과거 국가절대주의적 사상을 배경으로 정당방위를 될 수 있는 한 좁게 인정하려는 전통적인 입장에서 벗어나야 한다고 주장하고 있다. 과거청산에 대한 필자의 바람은 판결문 작성방법에 관하여도 나타난다. 필자는 검토대상 판결의 판결문이 관료독재적인 일제시대의 작성방법을 그대로 답습하고 있다고 지적하고 이러한 현상이 비단 위 판결뿐만이 아니라 일반적인 현상이라고 개탄하면서 평이한 우리말로 대처하여 민주재판의 모습을 보여야 한다고 역설하고 있다.

3. 김기두, 한국소년범죄의 이론과 실제, 1959. 12.

청소년범죄가 중대한 사회문제로 대두됨에 따라 소년범죄문제가 형사정책의 한 부분으로 단순하게 논의될 것이 아니라 독립된 중요 연구과제로서 논의되어야 하는 필요성이 강해졌다. 국제적으로는 이러한 필요성에 부응한 여러 움직임이 있음에도 불구하고 우리나라는 일제시대의 수준을 벗어나지 못하고 미미한 형편이었다. 이 글은 이러한 우리나라의 수준을 개탄하면서 소년범죄에 관한 깊은 연구를 시도한 글이다. 일반론으로서 소년범죄현상의 역사적 배경과 범죄원인을 검토한 바탕 위에서 한국소년범죄의 현상과 한국소년범죄의 원인을 깊이 있게 분석하였다. 이 글은 사변적인 분석이 아니라 구체적 통계에 기초한 분석을 하였으며 사회학적, 정신심리학적, 생물학적인 각 측면에서 범죄원인을 분석하는 등 실증적이고 입체적인 분석을 하였다. 나아가 이를 토대로 한국소년범죄에 대한 대책을 근본적인 대책과 기술적 대책으로 분류하여 제시하였다. 당시 일제와 6·25 동란을 겪으면서 혼동을 겪고 있던 우리 사회에 많은 시사를 던져 주었다.

4. 유기천, 합동범에 관한 연구, 1962. 5. 판례연구

특수절도 및 특수강도와 같은 합동범을 현장설의 입장에서 파악하고 있는 판례를 소개하면서 이에 대한 비판적 검토를 하였다. 즉, 판례가 합동범을 공동정범과는 구별되는 범죄로 파악하면서도 그 본질을 명확히 이해하지 못하고 있다

31) 다만 대법원 판결이 결론에 이르는 논리 전개가 구형법에 근거하고 있다는 점을 아울러 지적하고 있다.

고 비판하면서 특히 합동범의 공동정범이 성립될 수 있는 것처럼 실시한 점을 주목하고 있다. 필자는 합동범의 공동정범은 성립할 수 없다는 의견을 피력하였다. 대법원 1976. 7. 27. 선고 75도2720 판결은 필자의 의견과 같이 합동범의 공동정범을 부인하였다. 다만, 이 판결은 대법원 1998. 5. 21. 선고 98도321 전원합의체판결에 의하여 변경되어 판례는 합동범의 공동정범도 성립할 수 있다는 입장으로 바뀌었다.

5. 김기두, 인권옹호의 이론과 현실 : 형사소송법을 중심으로, 1962. 12.

형사사법의 목적에는 범죄의 진압과 인권옹호의 두 가지가 있기는 하지만, 인권옹호가 더욱 기본적이고 본질적인 것이라고 역설하면서, 형사소송법이 과거의 직권주의적 요소를 많이 탈피하여 당사자주의적 구조로 변천되었지만 자칫 이러한 구조에서 오히려 인권옹호에 불리한 결과가 올 수 있다는 점을 지적하고 있다. 필자는 이상적인 인권보장의 단계에 미치지 못하는 법제도의 현주소를 지적하면서 그보다도 훨씬 저급한 단계에 있는 국민의 인권의식을 고양시켜야 진정한 인권옹호가 이루어질 것이라고 주장하였다.

6. 김기두, 취중행위에 대한 형사책임, 1964. 12. 판례연구

피고인의 주취로 인한 심신미약주장을 배척한 원심판결을 파기한 대법원 1949. 8. 8. 판결에 대하여 검토한 글이다.

이 글은 우선 위 판결이 해방직후의 대법원의 초기판례의 전형적인 성격을 띠고 있는 판결이라고 평가하면서, 문장이 난해하고 어색하고 일본어의 투를 벗어나지 못하였다는 취지로 판결문 작성에 관한 일반적인 비평을 하고 있다.

나아가 그 내용에 관하여 위 판결은 취중행위에 대한 과학적·심리생리적인 연구 없이 소박한 사회적 인식에 기초하여 심신미약을 인정한 것이라고 비판하면서, 음주행위에 대하여 관대한 전통적인 사회의식, 피고인이 경찰관으로서 암암리에 관헌이라는 피고인의 신분에 대한 특권의식을 인정하는 듯한 봉건적 약취를 풍기고 있는데, 원래 궁핍한 우리 사회에서 음주란 생활에 여유 있는 특권층이 즐길 수 있는 향락이었고 따라서 취중행위에 대한 관대한 태도는 과거 봉건사회 또는 귀족사회의 유물로서 비민주적이고 시대착오적인 관념이라고 주장하고, 외국에서는 취중행위에 의한 책임조각에 대하여 매우 엄격한 태도를 취하고 있음에 비추어 우리도 신중한 과학적인 검토 위에서 면책 여부를 결정하여야

할 것이라고 주장하였다.

7. 최대권, 불법영득의 의사와 사용절도, 1964. 12. 판례연구, 조교

대법원 1961. 6. 28. 4294형상179 판결이 傳馬船(거룻배)을 사용하다가 방치한 사안에서 불법영득의 의사가 있다고 하여 절도죄로 의율한데 대하여, 불법영득의사를 결합설의 입장에서 이해하고 결합설의 입장에서 판례가 타당하다고 지지하였다.

8. 이수성, 국선변호인의 상고이유서 제출기간 도과의 효력, 1966. 3. 판례연구, 조교

대법원 1964. 5. 21. 선고 64도87 전원합의체 판결이 있었다. 이 판결은 상고심에서 선임한 국선변호인이 법정기간이 경과하도록 상고이유서의 제출을 태만히 하여 국선변호인을 해임하고 후임 국선변호인을 선임하였는데 후임 국선변호인에게 다시 상고이유서를 제출할 기회를 부여할 것인가가 문제된 사안에서(위 사건은 살인사건으로서 필요적 변호사건이었다.), 다수의견은 이미 상고이유서 제출기간이 도과된 이상 후임 변호사가 새로이 선임되었다라도 도과된 기간을 되살릴 수는 없다는 이유로 후임 변호사는 상고이유서를 제출할 수 없다고 판단하였다. 이에 대하여 2인의 반대의견은 후임 변호사가 상고이유서를 제출한 후가 아니면 상고기각의 판결을 할 수 없다고 하면서 다수의견은 필요적 변호제도를 실질적으로 무력화시킨다는 취지의 비판을 하였다.³²⁾

필자는 단순한 형식논리를 넘어서서 사회의 욕구를 반영하여 법규를 해석하여야 한다는 자유법운동(Freiheitsbewegung)을 이론적 토대로 하여 위와 같은 경우 후임 변호인이 상고이유서를 제출할 수 있도록 하여야 한다고 대법원 판결을 비판하면서 국선변호인제도의 실효성을 보장하여야 한다고 주장하였다.

한편 위 판결은 피고인이 상고이유서를 그 제출기간 내에 교도소에 제출하였으나 대법원에 접수된 것은 기간 도과후인 사안이었다. 이에 대하여 대법원은 제출도과 여부는 대법원에의 접수를 기준으로 한다고 하여 위 제출의 효력을 인정하지 아니하였다.

³²⁾ 이 판결에는 1인의 보충의견도 있었는데, 이는 원칙적으로 국선변호인이 상고이유서를 제출할 때까지 재판을 진행시킬 수 없지만 피고인이 스스로 상고이유서를 제출한 경우에는 재판을 진행시킬 수 있다는 의견이다.

그런데 대법원 2006. 3. 16. 선고 2005도9729 전원합의체 판결은 재소자는 상소장을 상소제기기간 내에 교도소장 등에 제출하면 기간을 준수한 것으로 보는 형사소송법 제344조의 규정이 상고이유서 제출에도 준용된다고 형법 제355조를 넓게 해석함으로써 위 64도87 판결을 정면으로 뒤집고 이를 폐기하였으며, 이것이 2007. 12. 21. 형사소송법 제379조 제1항의 개정예에 그대로 반영되었다.

비록 필자가 지적한 바로 그 쟁점과는 다소 차이가 있지만 상고이유서 제출기간의 엄격한 적용으로 인한 문제점은 공통적인 것이었는데, 필자의 문제의식과 해석방향은 40여 년이 지난 후 판례의 변경과 입법으로 결실을 맺었다고 할 수 있다.

9. 이수성, 보안처분에 관한 약간의 고찰, 1966. 12. 조교

응보에 입각한 전통적인 형벌이 사회방위와 인권보장이라는 두 가지 요청을 모두 충족시키지 못하였음을 상기시키면서 보안처분제도의 필요성을 주장하면서도 사회방위라는 명분으로 개인이 몰각되지 않도록 과학적 지식이 병용되어야 한다고 주장한 글이다.

10. 김기두, 갱생보호의 이념과 실천, 1967. 12.

형사정책상 가장 심각한 문제의 하나인 출소자의 재범문제를 해결하기 위하여 갱생보호제도가 필요하다고 주장한 글이다.

11. 성시탁, 쟁투(싸움)과 정당방위, 1969. 6. 판례연구, 건국대 강사

대법원 1968. 5. 7. 선고 68도370 판결은 싸움중의 행위라도 예상 밖의 공격을 하는 경우에는 정당방위가 가능하다는 판결이다. 이에 대하여 지지를 하는 글이다.

12. 고광우, 미국 형사사법 운영 대강, 1971. 12. 검사

미국의 형사제도를 개관한 글로서 미국 형사소송법의 발달과정이 개인의 자유와 권리를 확장하여 온 역사였다고 할 수 있지만 이와 함께 사회안전을 유지하려는 방향의 입법도 이루어지고 있다고 하였다.

13. 박주연, 미국의 검찰제도, 1971. 12. 검사

미국의 검찰제도를 개관하고 우리나라 사람들은 자신의 잘못을 반성하여 자백에 이르는 반면 미국사람들은 재판을 스포츠나 상거래상 교섭처럼 생각하는 경향이 있어 자백을 함에 따른 반대급부를 고려하여 자백을 한다는 흥미로운 분석을 제시하였다. 오늘날 답변협상제도의 도입논의에서 양 사회의 문화적 차이를 검토하는데 좋은 시사점을 던져 주고 있다.

14. 김종화, 영미법상의 전문법칙에 대한 소고, 1972. 6. 판사

영미법의 전문법칙의 내용을 상세하게 설명한 글이다.

15. 이진우, 미국에 있어서의 부정기형, 검사, 1972. 6. 검사

미국의 부정기형제도를 소개한 글이다. 당시는 아직 미국에서도 양형기준제도가 실시되기 전이다.

16. 이수성, 사형폐지론소고, 1972. 12.

사형을 폐지하고 보안처분, 무기금고, 노역처분, 사형집행유예제도, 부정기형 등으로 대체하자고 주장한 글이다.

17. 송상현, 종교적 신념에 의한 치료거부와 관련된 법적 제문제, 1972. 12.

1972. 5. 25. 조선일보 기사에 교통사고로 중상을 입고 입원한 여중 2년생의 딸의 수술에 필요한 수혈을 그 부모가 종교적 이유로 거부한 기사가 실렸다. 이에 관하여 필자는 영미 판례를 소개하면서 수혈거부에 관한 환자본인의 자유로운 선택결정권을 존중하면서도 공중보건, 공공복리, 시민도덕을 위태롭게 하거나 긴급성(emergency)이 인정되는 경우에는 그 결정권이 제한될 수 있고, 이에 대한 최종판단은 법원에 의하는 것이 타당하다는 의견을 제시하였다.

18. 김기두, 우리나라 청소년범죄자 처우에 관한 연구, 1973. 6.

우리나라 청소년범죄 및 그 처우제도에 관한 현황을 실증적인 자료를 토대로 분석한 다음, 처우제도의 개선방향을 제시. 개선방안으로 검사선심권(先審權)³³⁾ 가정법원의 확충, 조사감별의 과학화, 보호처분의 정비, 소년원 종류의 세분화,

교정교육내용의 충실, 보호관찰제도의 도입 등을 제시하고 있다.

19. 이수성, 형사책임의 도덕성과 사회성, 1974. 6.

도덕적 책임론과 사회적 책임론의 조화속에서 형사책임의 본질을 찾아야 한다면서, 현행형법은 도덕성을 더욱 강조하는 입장에 있지만 도덕성으로부터 사회성을 증시하는 방향으로 변화하고 있으며 이에 따라 형벌의 교육적 목적, 형사정책적 이념의 구현을 요구하는 소리가 점차 높아지는 추세라고 논설하였다.

20. 김기두, 폭력범죄의 현황과 그 대책, 1975. 6.

폭력범죄의 현황을 실증적으로 분석하고 특히 소년폭력범죄가 격증하는 원인으로서는 사회적 요인에 관심을 가져야 한다고 하면서 구체적으로 (i) 전후 전통적인 가치관이 붕괴되고 새로운 권위가 수립되지 못한 혼란, (ii) 도시환경의 불비, (iii) 폭력을 영웅시하는 매스미디어의 영향 등을 들고, 그 대책으로 범죄문제연구소 설치, 감식기구의 설치, 감시관제도와 법의학자의 양성, 강력범 전담검사의 양성, 폭력배의 계보파악과 집중단속, 풍기단속강화, 학원당국과의 협조, 갱생보호사업과 BBS운동, 피해방지책의 계몽 등을 제시하였다.

21. 최청식, 허용된 위험과 일반조항, 1975. 6. 조교

허용된 위험을 사회적 상당행위의 한 예로 파악하고 주의의무의 내용을 결정하는 척도로서 구성요건해당성조각사유로 이해한 글이다.

22. 이수성, 범죄의 철학적 배경, 1972. 12.

목적형은 공리주의와, 응보형은 Kant의 이성론과, 목적적 응보형은 Hegel의 통일적 입장과 결부하여 책임개념에 대응한 형벌의 철학적 배경을 조망하였다. 인간을 이성적 결정주체임과 동시에 상황에 영향을 받는 이중적 구조로 파악하고 책임의 양면성을 인정하면서 사회적 책임론을 기초로 한 인격책임론을 주장하였다.

33) 요즈음에는 ‘검사선의주의’라는 용어가 선호되고 있는데, 아직까지 우리 법제는 검사선의주의를 채택하고 있으며, 이에 대한 비판은 현재에까지 이르고 있다.

23. 김종원, 과실범의 구조, 1976. 6. 한양대 법대 교수

목적적행위론의 입장에서 과실을 책임이 아닌 구성요건요소로 이해하고 과실범의 체계를 설명한 글이다.

24. 이수성, 형법적 도덕성의 한계에 관하여, 1977. 6.

형법은 복지를 최고이념으로 하는 일반적 도덕성의 구체화이지만 민족국가의 현실성과 전통성에 의하여 제약되는 규범이라고 전제하고, 형법의 영역에 관한 세계국가라는 것은 존재할 수 없으며 이러한 전통성이야말로 형법적 도덕성의 뚜렷한 한 한계로서 존재한다고 주장한 글이다.

25. 임 응, 가벌적 위법성의 이론, 1978. 2. 박사과정, 경희대 강사

일본 판례에서 발달한 가벌적 위법성론을 우리나라에서도 도입할 수 있다는 논지를 편 글이다. 이를 통하여 경미한 행위를 형사제재의 대상에서 배제함으로써 형법의 보장적 기능을 고양하고자 하였다.

다만 아직까지도 우리나라 학계에서는 크게 지지를 받고 있지는 못하고, 판례도 “가벌적 위법성이 없다고 할 수 없다.”는 소극적인 실시 이상은 하지 않고 있다.³⁴⁾

26. 김기두, 형사법학계의 회고, 1978. 8.

해방 후 6·25까지와 6·25 이후의 두 기간으로 구분하여 해방 후 30년 형사법학사를 정리 회고한 글이다.

척박한 신생 대한민국의 법학계에 특히 형법, 형사소송법의 제정을 계기로 많은 저서가 출간되었다는 점, 그러나 고시과목에 편중되었다는 한계, 그 와중에도 1957. 6. 한국형사법학회가 창립되어 형사법 연구를 이끌었다는 점 등이 소개되었다.

27. 김종원, 공범구조론의 새로운 구상, 1978. 8. 성균관대 법대 교수

종래 범죄구조론이 주로 고의·작위·기수의 단독정범을 전제로 논하여졌으나 목적적 행위론이 과실범과 부작위범의 범죄구조를 별도로 논하고 있는 것에 맞

34) 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도4330 판결.

추어 공범의 범죄구조론을 구상한 글이다.

28. 김기두, 우리나라 교도행정의 새로운 방향, 1979. 8.

우리나라 교도행정의 현황과 실태를 실증적으로 분석하고 교도소 재소자의 수가 많고 늘어나고 있는 현상이 낙후된 교도행정에서 비롯된다고 주장하며, 교도행정의 문제가 해결되지 않으면 국가안보에도 위협이 된다고 하면서, 교도행정의 개혁을 역설하였다.

29. 강구진, 인공심폐장치의 차단에 관한 형법적 고찰, 1979. 8.

오늘날까지 논쟁거리로 남아 있는 안락사 문제에 관한 독일의 이론, 특히 Loxin의 작위에 의한 부작위론을 소개하면서, 치료행위를 거절할 수 있는 환자의 자기결정권이 헌법상 프라이버시권의 내용으로서 보장되고 있으므로, 무의미한 인공적 생명연장장치의 제거는 작위에 의한 살인의 구성요건에는 해당하지만 정당한 업무행위(치료행위)로서 위법성이 조각된다는 이론을 조심스럽게 펼쳤다.

30. 김기두, 낙태죄에 관한 연구, 1980. 5.

낙태죄에 관한 세계적 추세가 완화의 경향을 띠고 있음에 비추어 한국이 1973. 모자보건법을 제정한 것 자체는 긍정적이나 낙태허용사유를 보다 넓히고 낙태에 대한 제도적 장치를 강구함으로써 비합법적 낙태를 합법적 임신중절로 전환할 필요가 있다고 주장한 글이다.

31. 김기두/심헌섭, 고도경제성장에 따른 범죄현상변화의 분석과 그 대책, 1980. 5.

경제개발계획의 시행으로 고도성장을 계속해온 한국사회의 1965년 이후의 범죄현상에 관하여 분석하고 그 대책을 제시한 글이다.

많은 통계자료를 토대로 고도성장에 따른 범죄현상을 다각도로 분석한 점에서 그 가치가 높다. 이 글을 나아가 그에 따른 대책도 함께 제시하고 있는데 전반적으로 다소 추상적인 대책이라는 한계가 느껴진다. 다만, 보안처분제도의 도입을 주장한 점이 눈에 띄는데 1980. 12. 18. 보안처분을 규정한 구 사회보호법이 제정된 것은 우연의 일치일까? 위 사회보호법은 2005년 폐지되었다.

32. 강구진, 수형자직업훈련제도의 실태에 관한 연구(I, II), 1980. 5., 12.
우리나라 수형자 직업훈련제도의 실태를 실증적으로 분석하고 미국, 일본, 서
독의 제도를 소개한 글이다.

33. 강구진, 1980년도 형사소송법 판례, 1981. 12.
판례회고

34. 김기두, 정신장애범죄의 형사책임에 관한 연구, 1982. 6.
정신장애자에 대하여는 형벌이 그 실효를 거둘 수 없기 때문에 보안처분으로
대처하여야 하는데 1980. 12. 18. 사회보호법이 제정된 것은 일응 적절하지만 궁
극적으로는 형법과 통합하여 형법에서 보안처분을 함께 규정하는 방향으로 입법
을 하는 것이 바람직하다고 주장하였다.

이 글은 사회보호법에 대하여 기본적으로 찬동하면서도 몇 가지 문제점을 지
적하였는데, 특히 보안처분이 범치주의와 인권보장에 위협을 줄 수도 있음을 경
고한 점은 후에 바로 그러한 이유 때문에 사회보호법이 폐지된 것³⁵⁾에 비추어
매우 통찰력 있는 지적이었다고 할 수 있다.

35. 강구진, 형사소송에 있어서의 소송물론, 1982. 6.
형사소송의 심판의 대상을 소인이라고 주장한 글이다. 이러한 주장은 당시로서
는 매우 이례적이며 소인대상설은 오늘날까지도 큰 세를 얻고 있지 못하는 형편
이다. 그렇지만 이 글이 소인대상설을 주장한 것은 당사자주의의 강화라는 우리
형사소송법의 대세와 최근 2007년 개정이 추구한 공판중심주의적 형사소송이라
는 방향성에 일치하는 것으로서 그 의의가 크다고 하겠다.

36. 강구진, 절도피고사건, 1982. 10. 판례연구
대법원 1966. 3. 3. 선고 65도 1229 판결은 항소심 계속중에 성년에 달한 피고
인에 대하여 정기형을 선고하여야 하고 부정기형을 선고한 제1심 판결을 유지하
는 취지의 항소기각판결을 하여서는 아니 된다고 판시하였다. 이 판결에는 항소

35) 사회보호법은 2005. 8. 4. 법률 제7656호로 폐지되고

이유 없음을 이유로 항소를 기각할 경우에는 제1심 판결 선고시를 기준으로 성년인 여부를 판단하여야 한다는 반대의견이 있었다.

이 글은 항소심의 사후심적 성격을 강조하면서 반대의견을 지지하였다. 최근 국민참여재판의 시행과 함께 항소심을 사후심적으로 조명하려는 움직임이 있는데, 이러한 움직임에 대하여 이 글이 시사하는 바가 크다.

37. 이수성, 사회방위론의 과거와 현재, 1983. 9.

사회적 책임론에 기초를 두고 범죄인의 재사회화를 중시하는 사회방위론의 이론적 발달과정을 검토한 글이다.

필자는 전통적인 형사체계는 결국 범죄이후의 단죄로서 ‘사회적 소수계층의 정의’에 대한 무관심 내지 인간의 적나라하고 비열한 보복심리 외에 아무 것도 아니라고 지적하면서, 사회방위론이 주장하는 것은 범죄를 범죄학적 측면에서 한 걸음 나아가 정치, 경제, 사회, 문화적 문제로 파악하여 그 원인과 대책에 과학성을 제고하자는데 있고, 사회방위론은 반사회성의 치유와 사회복귀, 그리고 인간의 인간에 대한 사랑과 이해를 부르짖는 학문이라고 평가하고 있다.

38. 강구진, 제재세와 조세범에 관한 고찰, 1983. 9.

조세법상의 의무불이행에 대한 制裁稅(연체료, 가산세, 과태료 등 행정벌을 의미)와 조세범죄 및 이에 대한 조세형벌의 총론적 이론을 상세하게 망라적으로 검토한 글이다.

연구가 매우 빈약한 조세범 분야에서 총론적 검토를 하여 본 가치 있는 글이다.

39. 강구진, 재소자의 법의식에 관한 조사연구, 1983. 12.

직업훈련을 받았거나 받고 있는 재소자 355명을 대상으로 재소자의 법의식을 조사한 결과를 정리한 글이다.

이에 따르면, 재소자집단은 범집행자에 대한 부정적 경향이 강하며 특히 경찰에 대한 부정적 태도가 매우 강하였고, 일반국민이나 재소자 모두 법제도와 범집행자 모두에 대하여 부정적 경향이 강하여 전체 범질서에 대한 권위와 정당성이 약화되고 있다고 한다.

40. 강구진, 범죄의 실질적 의의에 관한 시론, 1984. 5.

형벌은 불가피한 사회통제수단일 뿐 사회윤리를 유지하기 위한 수단은 아니다. 형벌의 보충성, 단편성, 검역성에 비추어 법익에 대한 침해나 위협이 없는 경우, 예컨대 피해자가 없거나 자기가 피해자인 경우에는 비범죄화하여야 한다. 이런 측면에서 간통죄, 성표현물, 도박죄, 마약 및 약물범죄, 낙태죄에 관하여 비범죄화를 검토하여야 한 글이다.

41. 김기두, 정당화사정의 착오, 1984. 10.

정당화사정의 착오(위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오)에 관한 제반 논의를 독일을 중심으로 잘 정리한 글이다. 당시는 이미 목적적 행위론의 구성요건적 고의를 넘어 고의의 이중적 지위가 인식된 상황이었고 이에 필자는 위와 같은 착오가 있는 경우 구성요건적 고의는 인정되나 책임고의가 부정된다는 입장을 취하였다.

42. 이수성, 한국 청소년의 법의식에 관한 조사연구, 1984. 10.

청소년집단을 고등학생, 대학생, 근로청소년, 비행청소년의 4개 표본집단으로 나누어 그들의 법의식을 조사하고 그 결과를 정리한 글이다.

이 글이 법에 대하여 근로청소년은 의례주의적·준수적 태도를, 고등학생은 긍정적 태도를, 대학생은 부정적·비판적 태도를, 비행청소년은 부정적 태도를 가지고 있다고 정리한 점은 매우 흥미롭다. 또한 전반적으로 법에 대한 불신, 특히 경찰, 법원 등 법집행기관에 대한 불신이 강하고 이에 따라 범죄에 대한 엄벌주의에 반대하는 입장을 나타내고 있다고 분석한 점도 눈여겨볼 만하다.

법에 대한 불신은 위 강구진 교수의 재소자에 관한 연구와 공통된다.

43. 김기두, 누범에 관한 연구, 1985. 4.

누범에 대한 가중처벌은 법률상 일응 긍정되고 형법이론적으로도 정당화될 수 있지만 장기의 2배를 가중하는 것은 재고하여야 한다고 주장한 글이다.

44. 이수성/한인섭, 세계범죄학의 연구동향분석, 1985. 10.

미국, 영국, 프랑스, 독일, 소련 및 국제적 연구단체의 범죄학의 동향을 조망한

글이다.

45. 신동운, 소송지연만을 목적으로 하는 기피신청, 1985. 12.

대법원 1985. 7. 8.자 85초29 결정 및 대법원 1985. 7. 23.자 85모19결정은 소송지연만을 목적으로 하는 기피신청은 그 자체가 부적법하고 기피당한 법관이 구성원인 재판부가 각하할 수 있다는 취지로 판시하였다. 이 글은 이에 대하여 우리 형사소송법이 이를 각하사유로 규정하지 않은 이상 그러한 입법이 되기 전에는 기피당한 법관이 참여하지 않은 재판부가 기피신청이 이유 없다는 이유로 기각하여야 한다면서 위 판례를 비판하였다.

그러나 위 판례는 그 후에도 계속 유지되었는데, 1995. 12. 29 형사소송법 제 20조의 개정으로 기피신청을 받은 법관이나 법원이 결정으로 기각하도록 하는 내용으로 개정되었다. 각하가 아닌 기각으로 주문이 바뀐 것은 위 글이 주장한 바와 같으나, 실질적으로는 종래의 판례를 입법화한 것이라고 생각된다.

이 글은 신동운 교수가 법학지에 발표한 최초의 글인데, 구형사소송법은 물론 제정 형사소송법의 여러 초안을 입체적으로 검토함으로써 입법과정을 중시하는 연구방법을 보여주고 있다.

46. 신동운, 일제하의 예심제도에 관하여, 1986. 4.

일제하에서 예심제도의 성립과 그 제도의 모습, 그리고 그것이 실질적으로 어떻게 기능하였는가를 밝혀낸 글이다. 이를 통하여 일제하의 예심제도는 검사 및 사법경찰관의 수사절차의 연장에 지나지 않았고 이러한 역사적 경험을 바탕으로 우리 형사소송법 제정자들이 예심제도를 폐지한 것은 검사의 수사보조자에 불과하였던 예심판사에 대한 극복을 우리 형사사법의 출발점으로 삼은 것이라고 논설하였다.

이 글은 필자의 법학방법론을 명시적으로 밝힌 글이다. 이 글에서 필자는 현행법을 이해함에 있어서 그 생성과정과 역사적 성격을 면밀히 살펴야 각 규정의 배후에 흐르는 근본정신을 파악할 수 있다고 하면서 역사적 접근방법의 중요성을 강조하였다.

47. 신동운, 한국사회의 변화와 형사법학의 과제, 1987. 4.

해방 후 한국사회의 변화에 따른 입법의 변화를 개관하고 형사법학의 과제로

서 특별법연구의 필요성, 판례연구의 필요성, 새로운 연구방법론의 개발, 형사소송법학 연구의 중요성 인식을 제시하였다.

특히 이 글은 그동안의 형사법학계가 외국법의 연구에 치중한 비교법적 방법론을 주로 사용하여 온 현실을 비판하고 추상적 보편적 법이론보다는 우리 사회의 현실에 적용한 적절한 법리를 개발하는 것이 중요하다고 역설하면서, 새로운 연구방법론으로서 법제사적 연구의 필요성을 주장하여 형법전 및 형사소송법전이 제정될 때 입법자가 전제하였던 당시 사회상황을 점검하고 구체적 입법취지를 음미하며 외국법제의 영향을 명확하게 인식해내는 일을 강조하였다.

48. 신동운, 형사소송법의 기본구조에 관한 일고찰, 1987. 4.

제정형사소송법의 입법경위를 중심으로 당사자주의와 직권주의의 조화 속에서 우리 입법자가 구성하였던 독자적인 형사소송법의 기본구조를 분석한 글이다.

이 글 또한 일본법학의 무비판적인 수용에서 탈피하여 우리 형사소송법학을 독자적으로 수립하는 작업을 하기 위하여서 우리 형사소송법의 입법과정에 관한 연구가 절실함을 주장하고 있다.

49. 이수성, 범죄와 형벌에 대한 범경제학적 접근 : 비판적 검토, 1987. 7.

합리적 경제인으로서의 범죄인, 범죄동기로서의 효용극대화 가설, 형벌과 억지효과 등 범죄와 형벌에 대한 범경제학적 접근의 기본논리를 비판하면서 이러한 접근방법은 자칫 ‘보다 많은 경찰, 보다 강력한 처벌’을 요망하는 보수적 입장에 부합할 수 있다는 경고를 하였다.

50. 신동운, 80년대 형법판례 (총칙편 I), 1989. 5.

1980년 이후의 형법총칙 부분 판례회고.

51. 신동운, 무죄추정의 원칙과 검사의 기소유예처분, 1990. 12.

종래의 사실상 유죄추정의 타성을 철폐하고 무죄추정의 원칙을 확장하여야 함을 주장하면서, 형벌효과기준이 아닌 유죄판결기준에 의하여 무죄추정의 원칙을 이해하고 검사의 기소유예처분에 대하여도 형사보상이 이루어져야 한다고 주장하였다.

52. 남궁호경, 국가모독죄에 대한 고찰, 1992. 9.

제정형법 이후 최초로 개정된 내용은 1975. 3. 25. 개정된 형법 제104조의2 국가모독죄의 신설이었다. 이 조문은 제5공화국이 끝난 후 1988. 12. 31. 폐지되었다.

이 글은 위 조항에 대하여 규정이 불명확하고 처벌가치 없는 행위를 포함하는 등 위헌무효이며 정책적으로도 불필요한 조항이었다고 비판한 글이다.

53. 신동운, 국회의원 면책특권과 그 형사법적 효과, 1993. 8.

헌법 제45조가 규정하고 있는 국회의원 면책특권의 의미와 효과를 형사법적 관점에서 검토한 글이다.

그 무렵 선고되었던 대법원 1992. 9. 22. 선고 91도3317 판결은 「국회의원의 면책특권에 속하는 행위에 대하여는 공소를 제기할 수 없으며 이에 반하여 공소가 제기된 것은 결국 공소권이 없음에도 공소가 제기된 것이 되어 형사소송법 제327조 제2호의 “공소제기의 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때”에 해당된다고 보아야 할 것이므로 이와 같은 경우에는 위 규정에 따라 공소를 기각하여야 할 것이다.」라고 판시하였다. 이 글은 이에 대하여 국회의원의 면책특권은 의회민주주의의 필수적인 장치이므로 안이하게 형식재판으로 도피할 것이 아니라 보다 강력한 실체법적 효과를 부여하여 무죄판결이라는 실체판단을 하여야 한다고 논설하였다.

그러나 판례의 입장은 그 후에도 같은 기조에서 확인되고 있다.³⁶⁾

54. 남궁호경, 통일전 동서독 사이에 있어서 형법적용의 문제에 관한 고찰(상), 1993. 12.

이 글은 당시 이미 동서독이 통일된 상태였지만 분단국가인 남북한관계에 시사를 얻고자 통일 전 동서독관계에서 일어나는 형법적 문제들을 검토한 글이다.

구체적으로는 예컨대 동독에서 범죄를 지은 사람이 서독에 왔을 때 어떤 경우에 어떤 법을 적용하는가 하는 형법적용의 문제, 地際형법의 역사적 배경을 검토하였다.

36) 대법원 1996. 11. 8. 선고 96도1742 판결.

55. 신동운, 환경형법에 관한 해석론적 고찰 : 고의의 구체적 위험범을 중심으로, 1994. 5.

환경문제의 심각성은 환경형법의 논의가 정밀한 해석론의 영역으로 진입할 것을 요구하고 있다고 하면서, 환경범죄의 처벌에 관한 특별조치법, 그중에서도 고의의 구체적 위험범을 중심으로 해석론을 펼친 글이다.

환경범죄의 처벌에 관한 특별조치법은 1999. 12. 31. 전문개정되어 환경범죄의 단속에 관한 특별조치법으로 명칭이 변경되었다.

56. 신동운, 합동범의 공동정범, 1994. 12.

대법원 1994. 4. 12. 선고 94도128 판결은 2인 이상이 공동으로 폭행 등을 행한 폭력행위등처벌에관한법률위반죄에 관하여 범행장소에 가지 아니한 사람들도 공모공동정범이 성립할 수 있다고 판시하였다.

이 글은 위 대법원 판결이 합동범의 공동정범을 인정한 것이라고 평가하면서 이는 무리하게 형벌을 확장하는 것이므로 타당하지 않다고 하는 논지를 폈다.

그러나 위 판례는 그 후에도 대법원 1996. 12. 10. 선고 96도2529 판결 등에 의하여 유지되고 있다.

57. 이재상, 한국 형사법학 50년의 성과와 21세기적 과제, 1995. 8.,
경희대 교수

우리 형법학과 형사법학의 발자취를 개관하고 현주소에서의 쟁점을 정리한 뒤, 21세기 한국형사법학의 과제로서 한국적 형사법학의 정립, 형사법학자의 확보, 판례연구의 강화와 판례교재의 확보 등을 제시하였다.

58. 한인섭, 형사소송법 중 개정법률에 대한 검토 및 대안, 1995. 12.

1995. 12. 29. 형사소송법이 개정되었는데 이 개정은 형사소송법이 제정된 이후 그때까지 가장 큰 폭의 개정으로서 영장실질심사제도를 도입한 것이 핵심이었다.

이 글은 영장실질심사제도 등 위 개정의 내용을 전반적으로 살펴보고 개정에도 불구하고 여러 가지로 미흡한 점이 많이 있음을 지적하면서 대안을 제시한 글이다. 그 중 영장실질심사를 필수적으로 하여야 한다는 주장은 2007년 형사소

송법의 개정으로 입법화되었다.

59. 한인섭, 가정폭력 피해자에 의한 가해자 살해 : 그 정당화와 면책의 논리, 1996. 9.

1990년대 전반경에 있었던 폭력남편을 살해한 7건의 실제 사례를 토대로 정당방위의 주장, 심신장애의 주장의 가능성을 검토한 글이다.

이러한 검토를 하면서 필자는 변호인의 관점에서 해결책을 강구하는 이른바 “변론법학”을 시도하였고 가정폭력방지법의 제정을 주장하였다.

필자의 바램은 1997. 12. 13. 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 제정과 1997. 12. 31. 가정폭력방지 및 피해자 보호 등에 관한 법률의 제정으로 현실화되었다.

60. 이용식, 자초위난에 관한 시론, 1996. 9.

종래 깊은 검토가 이루어지지 않은 자초위난에 대하여 이론적 검토를 시도한 글이다. 이 글은 자초위난이 권리남용인 경우에는 긴급피난이 인정되지 않는다는 것에 관하여, 권리남용이 되는 것은 고의적 자초위난의 경우에 한하며 과실에 의한 자초위난은 권리남용이 아니라고 하면서, 자초행위 자체가 실행행위의 일부가 된 경우에는 과실에 의한 자초위난도 긴급피난을 인정할 수 없다는 논리를 펴고 있다.

61. 신동운, 항소심판결 선고후의 누락사건에 대한 공소제기와 공소권남용, 1996. 9.

공문서위조 및 사기죄 등으로 항소심에서 유죄판결이 선고된 후 위 공문서위조죄의 잔여 범죄사실로 검사가 별도의 공소를 제기한 사건에 대하여 부산고법 1994. 9. 7. 선고 93노1497 판결은 공소권남용이라하며 공소기각의 판결을 선고하였는데, 그 상고심판결인 대법원 1996. 2. 13. 선고 94도2658 판결은 공소권남용이 아니라며 이를 파기하였다.

이 글은 위 대법원 판결이 “검사가 자의적으로 공소권을 행사하여 소추재량권을 현저히 일탈한 위법이 있다”거나 “검사의 태만 내지 위법한 부작위에 의한 것”이라는 표현을 사용한 점에 비추어 대법원 판결이 공소권남용이론을 긍정하

고 있다고 평가하면서, 그러나 그 판단기준이 추상적이고 예측곤란하여 사실상 공소권남용의 주장을 봉쇄하고 있고 또 위 사안에서 공소권남용이라고 판단한 원심법원의 판단이 보다 타당하다고 평가하였다.

그러나 위 판례의 태도는 아직까지도 유지되고 있다.³⁷⁾

62. 이용식, 공범의 인과관계의 의미내용, 1997. 5.

단독범의 인과관계와 다른 내용을 갖는 공범의 인과관계를 방조범의 인과관계를 중심으로 검토한 글이다. 방조행위의 인과관계, 심리적 인과관계(정범의 심리에 작용하여 영향을 끼침)의 특수성, 공범의 귀책근거 등에 관하여 이론적 검토를 하였다.

63. 이용식, 객관적 귀속이론에 관한 일반적 논의, 1997. 9.

객관적 귀속이론에 관하여, 기본적 내용, 적용영역, 현대 구성요건이론에서 가지는 의미, 객관적 귀속이론 반대론 등을 살핀 글이다.

64. 신동운, 인신구속제도를 둘러싼 법적용의 왜곡과 그 해결방안, 1998. 5.

당시 시행되던 인신구속제도의 제도적, 현실적 문제점을 지적하고 그에 대한 제도적 개선책을 제시한 글이다.

제시한 내용 중 영장실질심사에 있어서 필요적 심문은 2007년 형사소송법의 개정에 반영되었다. 인신구속에 관한 형사소송법 규정을 피의자에 대한 체포·구속을 중심으로 재편성하여야 한다는 주장은 반영되지 않았다.

65. 신동운, 조세범칙사건의 처리절차, 1998. 8.

조세범처벌절차법에 관한 마땅한 해석론이 없는 상태에서 실무적으로 도움이 될 해석론을 시도하고 법률의 문제점을 검토한 글이다.

37) 대법원 2004. 7. 8. 선고 2004도2189 판결.

66. 한인섭, 가정폭력법의 법적 구조와 정책지향에 대한 검토, 1998. 8.

1997. 12에 제정된 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 및 가정폭력방지 및 피해자 보호 등에 관한 법률에 관하여, 그 입법배경과 과정, 기본내용, 현실적 문제점, 개선방안 등을 살펴 본 글이다.

아울러 위 법률의 입법과정에 관여한 필자는 외국의 입법례를 우리에게 맞게 변용하는 문제와 법집행자의 의식과 태도의 중요성을 강조하고 있다.

67. 이용식, 과실범에 있어서 주의의무의 객관적 척도와 개인적 척도, 1998. 11.

과실의 본질을 이루는 주의의무위반에 관하여 주의의무위반의 체계적 지위, 주의의무의 범위를 정하는 척도, 과실범의 구성 등을 이론적으로 검토한 글이다.

필자는 이러한 검토를 통하여 과실불범에 객관적 주의의무위반과 주관적 주의의무위반이 모두 포함되며 주관적 주의의무위반은 동시에 책임요소로서 기능하는 이중적 의미를 가지게 되는 이론구성을 제시하고 있다. 이러한 이론구성은 과실의 이중적 기능을 부정하는 종래의 이론에 비하여 고의범과 과실범을 통일적으로 이해하는 토대를 마련해 준다고 평가할 수 있다.

68. 한인섭, 헌법과 형사법 - 권력정치, 집단갈등과 법의 지배, 1999. 2.

반세기 동안의 헌법과 형사법 사이 관계를 검토하여 다음을 확인하였다고 주장한 글이다. 그것은, (i) 반세기의 형사법 역사에서 가장 두드러진 것은 권력의지의 지속적 관철이라는 점, (ii) 권위주의 체제하에서 형사법은 비정상적으로 제정된 경우가 적지 않았다는 점, (iii) 권위주의 정권은 법원과 검찰을 지배의 도구로 편입시켜 형사사법기관의 중립성에 대한 의구심과 법치주의에 대한 불신감을 만연시켰다는 점, (iv) 법원사법이라는 원칙은 검찰사법, 대통령사법에 의하여 심하게 침식되었다는 점, (v) 1987년 이후 바람직한 방향이 설정되게 되었는데 헌법재판소의 역할이 컸다는 점, (vi) 그러나 헌법재판소 역시 재산권 보장에 적극적이고, 시민권이나 정치권에 대하여는 한정적 지지를 보낼 뿐이며, 노동권과 생활권에 대하여는 인색한 이중적 기준을 가지고 있고, 기득권 옹호적이라는 한계가 있다는 점 등이다.

69. 한인섭, 한국 교정의 딜레마와 당면과제, 1999. 5.

필자가 1998. 12. ~ 1999. 5. 교정청, 교도소, 구치소, 보호감호소, 소년원, 치료감호소, 소년분류심사원 등을 방문하여 참관조사한 결과 얻게 된 한국교정의 현실에 대한 딜레마, 즉 (i) 교정정책에 있어서 보안 대 교화, (ii) 재소자의 자유 제한에 있어서 질서 대 인권, (iii) 교도소와 지역사회와의 관계에 있어서 배제 대 통합, (iv) 교정 주체에 있어서 국가 대 민영화 사이의 딜레마를 정리하고 그에 따른 과제를 검토한 글이다.

70. 이용식, 부작위에 의한 정범과 공범의 구별, 1999. 8.

독일에서는 활발히 논의되고 있으나 우리나라에서는 논의가 많지 않았던 부작위범에서의 정범과 공범의 구별문제를 이론적으로 천착한 글이다.

주로 독일의 논의를 바탕으로 부작위에 의한 정범과 공범의 구별가능성을 인정하는 입장과 부정하는 입장, 원칙적 방조설과 원칙적 정범설을 소개하고, 동가치성을 기준으로 하는 판례의 입장에서 구체적 사례를 검토하고 있다.

71. 신동운, 위법수집증거배제법칙과 나체사진의 증거능력, 1999. 8. 판례연구

대법원 1997. 9. 30. 선고 97도1230 판결은 간통현장에서 간통의 상대방이 찍은 나체사진이 간통죄에 대한 증거로서 증거능력이 있는가가 문제된 사안에서, 항소심이 인격권이나 초상권을 침해한 것으로서 증거능력이 없다고 판단한 원심을 파기하면서, 인격권이나 초상권을 침해하는 것이 아니어서 증거능력이 있고 위법하게 수집된 증거가 아닌 이상 증거동의를 대상이 된다고 판시하였다.

이 글은 독일판례와 미국판례와 비교하여 위 판결을 검토하여 위 판결이 매우 소극적이며 보수적이라고 비판하면서도, ‘위법하게 수집된 증거’에 관한 언급으로부터 비진술증거에 대한 위법수집증거배제법칙의 적용가능성을 암시하고 있다고 평가하였다.

2007년 개정 형사소송법은 위법수집증거배제법칙을 비진술증거를 포함한 증거일반에 적용하는 것으로 입법하였고 개정법률이 시행되기 직전인 2007. 11. 15. 위법하게 수집된 비진술증거도 원칙적으로 증거능력이 배제된다는 판시를 한 바 있다.

72. 한인섭, 한국검찰의 정치적 중립성, 1999. 12.

김대중 대통령이 1998년 검찰이 권력을 위해 일해달라고 하지 않겠다고 말한 바 있지만 검찰의 권력친화성, 정권의 검찰이용의 관행은 개선되지 못하였고 검찰개혁은 원점에 머물러 있다고 진단하면서, 대검찰청 중앙수사부의 활동, 공안부의 활동, 기소 및 구속에서의 검찰의 재량행사, 검찰인사 등에서 결코 중립적이지 않았음을 논설하고, 이로 인하여 상실된 검찰에 대한 신뢰를 회복하는 대안을 제시한 글이다.

73. 한인섭, 스웨덴 교정정책과 행형실태에 대한 조사연구, 2000. 6.

필자가 스웨덴 연구원의 알선으로 1997. 1. 20.부터 2주일간 교정선진국으로 불리는 스웨덴의 개방교도소, 중경비폐쇄교도소, 구치소를 방문조사하고 그 내용을 정리한 글이다.

74. 한인섭, 한국전쟁과 형사법, 2000. 9.

한국전쟁을 전후한 시기의 민간인 학살에 대한 진상규명이 제대로 이루어지고 있지 않은 상황에서 당시의 법령을 재구성하는 작업을 통하여 민간인 학살의 실상 및 그에 대한 법적 대책의 문제를 살펴본 글이다.

이에 따라 비상사태 범죠택벌에 관한 특별조치령, 부역행위특별처리법, 부역자 재판, 私刑금지법을 검토하고, 위 특별조치령이 건국 이래 존재한 최악의 악법이라는 점, 위 특별조치령을 둘러싼 모든 것이 위헌·위법이고 부당한 것이라는 점, 전쟁의 와중에 무차별 살육이 이어지지만 전시하에서도 인권옹호를 위한 활동이 결코 약화되지 않았다는 점, 전쟁상황은 법치주의에 중대한 위기를 조성하지만 법치주의와 양립불가능한 것이 아니라는 점 등을 결론으로서 제시하였다.

75. 신동운, 불능범에 관한 형법 제27조의 성립경위, 2001. 2.

형법 제정 전의 논의상황 및 여러 제정 입법자료들(1948년 형법요강, 1951년 정부초안, 1952년 법제사법위원회 수정안)을 분석하여 우리 형법 제27조가 독일 형법과는 구별되는 독자적인 입법임을 밝힌 다음, 그 토대 위에서 불능범의 처벌표지로 사후적 객관적 판단에 의한 결과발생의 불가능성 및 과학적 일반인의 사전적 판단에 의한 위험성을 제시하고, 대법원 1997. 7. 8. 선고 97도632 판결이

死者인 줄 모르고 소송사기를 시도하였다가 취하한 사안에서 위험성이 없다고 판단한 것이 타당하지 않다고 비판한 글이다.

76. 신동운, 수사지휘권의 귀속에 관한 연혁적 고찰(I, II) 2001. 5. & 7.

경찰의 수사권독립 논쟁이 진행되던 상황에서, 경찰의 수사권에 관한 해방 이후의 변모과정을 추적함으로써 위 논쟁에 대하여 이론적 검토의 토대를 제공한 글이다. 이를 위하여 이 글은 1945년 해방 이후 우리나라 경찰제도가 수립될 때 영향을 미쳤던 미군정하의 여러 가지 논의상황을 정리하고 1954년 형사소송법에 경찰수사권에 관한 규정이 정착될 때까지 전개되었던 일련의 입법과정을 관련자료를 통하여 재구성하였다.

77. 이용식, 오상공동정범, 2001. 5.

객관적 실행행위자에게는 고의가 결여되어 불가벌인데, 아직 실행행위로 나아가지 아니한 자가 객관적 행위자에 의해 실행의 착수가 이루어지고 있다(즉 범행이 공동으로 실행되고 있다)고 오인한 ‘오상공동정범’에 관한 독일의 논의를 소개하고 검토한 글이다.

78. 이용식, 적법행위를 이용한 위법행위, 2001. 7.

타인의 적법한 행위를 이용하여 범죄행위를 행한 경우에 관한 이론적 검토를 독일의 논의를 참고로 하여 전개하면서, 간접정범이 성립되는 의사지배를 인정하는 구체적인 판단기준을 제시한 글이다.

필자는 정당방위상황을 이용하는 경우에는 매개자의 생명·신체·자유와 같은 중대한 법익이 심각한 정도로 위협받게 될 때, 수사기관에 허위사실을 신고하여 체포하는 경우에는 혐의를 증명하는 구체적인 근거를 들어 신고할 때에 그러한 행위지배를 인정할 수 있다고 결론짓는다.

79. 이용식, 개괄적 고의사례에 관한 이론적 논의, 2001. 9.

개괄적 고의사례에 관한 여러 논의, (i) 개괄적 고의이론, 미수설, 기수설 등 고의·착오론에 의한 해결방식, (ii) 착오론이 아닌 객관적 귀속이론에 의한 해결방식, (iii) 고의범에 특수한 귀속요건으로 보는 입장 등을 검토하고 필자의 의견

을 제시한 글이다.

80. 이용식, 의무범 이론에 대한 소고, 2002. 3.

이 글은, 행위지배의 개념은 적용되지 않고 형법외적인 특별의무의 침해만이 정범성을 근거짓는 범죄를 의무범이라고 하는 의무범이론을 소개하면서, 이를 인정하게 되면 의무 없는 자는 의무범의 신분주체와 공동하여 범죄를 저지르더라도 의무범의 공동정범이 성립하지 않게 되므로 형법 제33조 본문이 空洞化할 염려가 있다고 하고, 행위지배개념을 바탕으로 신분범 중에서 특별의무를 지는 행위자를 전제하는 강한 행위자관련성을 가진 범죄만이 형법 제33조 본문에 의한 공동정범의 성립을 배제한다고 결론짓는다.

81. 조 국, 자백배제법칙의 근거와 효과 그리고 임의성 입증, 2002. 3.

자백을 강요하는 수사실무가 아직 사라지지 않았다고 전제하면서 자백배제법칙의 근거, 임의성 입증, 효과 등을 일별한 후 위법배제설을 지지한 글이다. 실제적 진실보다 절차적 정의가 더 우선의 가치라는 헌법적 결단이 있음을 그 논거로 하고 있다.

82. 조 국, 여성주의 관점에서 본 성폭력범죄, 2002. 6.

이상돈 교수가 여성주의 법개혁은 ‘여성만을 위한 법’이 아니라 ‘남성만을 위한 기존의 법’을 해체하거나 남성과 ‘함께’ 특별보호를 받는 평등입법을 이루는 방향으로 나아가야 한다는 ‘성찰적 법여성주의’론의 입장에서 그동안의 여성주의 법개혁운동과 성폭력특별법 제정에 대하여 전면적인 비판을 하고 있는데 대하여 의문을 제기하면서, 남성중심주의적 형법 강간죄 규정과 해석론을 비판하고 성폭력특별법은 결코 과잉이나 여성편향이 아니라고 주장한 글이다.

이 글은 부부강간의 문제, 강간죄에서의 폭행·협박 문제를 다루었다. 이 글이 발표된 수년 후, 2009. 1. 16. 부산지방법원에서 부부사이의 강간을 인정한 첫 판결을 선고하였고, 대법원 2007. 1. 25. 선고 2006도5979 판결은 강간죄에서의 폭행·협박의 기준을 실질적으로 완화하여 성관계사실을 폭로하겠다는 유부녀에 대한 협박이 강간죄의 협박에 해당한다고 판시하였는데, 이러한 판결의 취지는 이 글의 논지와 같은 방향에 있다.

83. 이용식, 객관적 귀속이론의 규범론적 의미와 구체적 내용, 2002. 12.

객관적 귀속이론의 내용을 객관적 귀속의 개별이론들을 구체적으로 검토하면서 해명한 후, 우리 형법 제17조가 상당인과관계설이나 객관적 귀속이론의 중요한 일부분이라 할 수 있는 위험실현의 측면을 입법화한 것이라고 평가한 글이다.

84. 신동운, 공판절차에 있어서 피고인의 방어권 보장, 2003. 3.

이 글은 공판절차에서 피고인의 수사기록 열람·등사권을 확보하여야 한다고 논설하면서, 공소장일본주의를 규정한 형사소송규칙 제118조 제2항이 법률의 근거 없이 규정된 것으로서 위헌이라는 점, 수사기록 열람·등사청구는 검사가 아닌 법원에 하여야 한다는 점, 피고인신문제도를 폐지하여야 한다는 점 등을 주장하였다.

이 글 이후의 법원실무는 공판중심주의를 강화하는 방향으로 운용되어 공소장 일본주의와 증거분리제출을 권장하였고 2007년 형사소송법은 이를 전제로 공판절차를 설계하였다. 그러나 2007년 형사소송법이 수사기록의 열람·등사청구권의 내용을 명문으로 구체화한 점과 피고인신문을 증거조사 뒤로 배치한 점은 이 글의 주장이 그 실질에 있어서 실현된 것이라 평가할 수 있다. 물론 열람·등사청구의 1차적 상대방이 검사라는 점, 피고인신문제도가 유지되었다는 점 등은 이 글이 주장하는 바가 100% 실현된 것은 아니지만 검사의 거부에 대한 법원내의 불복절차가 마련되고, 피고인신문을 심리의 단초로 삼았던 공판절차를 뒤집은 것은 이 글이 지향하는 바와 일치한다.

85. 이용식, 이중착오, 2003. 3.

범죄성립요건이 각 단계에서 다수의 착오가 존재하는 경우를 이중착오라 하고 이러한 이중착오에 관하여 국내의 논의가 없음을 지적하고 이중착오의 구체적인 사례를 제시하면서 그 해결책을 모색한 글이다.

필자는 이중착오는 사태를 전체적으로 뭉뚱그려 고찰할 것인가, 각각의 착오를 분리하여 그 각 착오규정을 적용할 것인가 하는 것이 이중착오 논의의 핵심이라고 하면서 후자의 입장을 지지하였다.

86. 한인섭, 1951년 거창사건 형사재판의 검토, 2003. 6.

한국전쟁 중에 발생한 거창양민학살사건에 대한 사료를 입수하여 이를 토대로 사건의 발단, 처리과정, 재판의 내용 등을 정리한 글이다.

필자는 거창사건 판결의 커다란 의의를 가진다고 평가하면서, 국군에 의한 대량 민간학살에 대한 첫 판결이라는 점, 유족들이 국가배상청구를 할 수 있는 법적 근거를 마련하였다는 점, 재발방지효과 등을 그 구체적 의미로 꼽았다.

87. 이용식, 과실범이론의 변화에 관하여, 2003. 6.

현대사회에서 기술의 발전으로 과실범의 점차 중요한 범죄현상으로 등장함에 따라 과실범을 연구할 필요가 증대되었다고 하면서, 과실범이론에 관하여 그 이론적 전개상황을 조망한 다음, 과실의 이중적 지위를 골자로 하는 과실개념을 주장한 글이다.

필자는 이로써 1998. 11. 법학지에 발표하였던 ‘과실범에 있어서 주의의무의 객관적 척도와 개인적 척도’에서의 주장을 다시 한 번 확인하였다.

88. 이용식, 상당인과관계설의 이론적 의미와 한계, 2003. 9.

객관적 귀속이론이 대세인 우리나라 학계에서 상당인과관계설이 다시금 주장되고 있음을 계기로 최근 일본에서 협의의 상당성에 관한 판단기준의 실질화 유형화를 찾는 노력이 있음을 검토하고, 그럼에도 불구하고 상당성 개념의 불안정성과 불명확성 때문에 상당인과관계설은 한계가 있을 수 밖에 없다면서 객관적 귀속이론을 지지한 글이다.

89. 이용식, 승계적 중범, 2003. 4.

승계적 중범을 전체범죄에 대한 방조로서 인정하는 것이 통설이라고 전제하고, 이러한 통설의 입장에 반대하여, 구성요건의 일부가 이미 실현된 후에 참가하는 승계적 중범은 일반적으로 부정되어야 하며 개입 후 정범의 불법실현부분이 독자적인 구성요건을 충족하는 경우에 한하여 그 부분에 대한 중범이 성립한다고 논설한 글이다.

90. 조 국, 음란물 또는 포르노그래피 소고, 2003. 12.

기존의 음란성 판단은 남성중심적·성도덕중심적인 판단이라고 평가하고, 음란물을 성도덕의 수호의 문제로 보는 도덕주의적 입장에도 반대하지만, 한편 남성 지배와 여성종속의 표현 여부를 기준으로 판단하는 급진적 여성주의의 입장에도 반대한다고 하면서, 성표현물의 예술성·사상성이 인정되면 그 표현물 속에 포르노그래피적 요소가 있더라도 형법적 개입을 자제하여야 한다고 주장한 글이다.

91. 조 국, 재량적 위법수집증거배제의 필요성, 근거 및 기준, 2004. 6.

위법수집증거의 배제 여부를 법원의 재량에 의하여 판단하자고 하면서, 그 기준으로서 객관적으로 중대하고 현저한 위법수사가 행해졌거나 주관적으로 수사기관의 악의 또는 중과실이 존재하여 수사기관의 위법행위에 대한 억지필요성이 있는 경우를 제시하고, ‘선의의 신뢰’의 예외는 수사기관이 판사의 영장을 신뢰한 경우에 한하고 수사기관 본인의 선의의 재량판단은 배제하는 것을 원칙으로 하여야 한다는 주장을 한 글이다

재량에 의한 배제는 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결의 소수의견에 의하여 지지되었다. 위 판결의 다수의견은 원칙적 배제설이어서 위 글의 주장보다 더욱 엄격한 기준을 채택하였다.

92. 이용식, 공격객체의 특성과 고의의 인정 여부, 2004. 9.

구체적 부합설에서는 객체의 착오인가 방법의 착오인가가 매우 중요한 의미를 가진다. 이 글은 객체의 착오와 방법의 착오의 본질적 차이가 어디에 있는지에 관하여 이론적으로 궁구한 글이다.

93. 신동운, 내사종결처분의 법적 성질, 2004. 9.

내사종결처분은 헌법소원의 대상도 되지 아니하고 재정신청의 대상도 되지 아니한다는 종래의 헌법재판소와 대법원의 입장을 비판하면서, 실질적으로는 수사를 행하면서 외형상 내사사건으로 포장하는 수사관행이 타파되기 위하여서는 위와 같은 내사종결처분도 헌법소원과 재정신청의 대상이 되어야 한다고 주장한 글이다.

이 글은 이러한 시각에서 고소사건을 진정사건으로 수리하여 한 공람종결처분

을 다투어 제기한 헌법소원에 대하여 본안 판단을 한 헌재 1999. 1. 28. 98헌마 85 결정과 범죄인지서 작성 전의 수사도 그 자체로 위법한 것이 아니라는 실질적 수사개념을 채택한 대법원 2001. 10. 26. 선고 2000도2968 판결을 높이 평가하였다.

94. 한인섭, 최근 한국의 정치부패에 대한 검찰과 특검의 도전, 2004. 9.

2003년 검찰의 대통령 선거자금 수사 등 정치부패에 대한 대검찰청 중앙수사부의 활동, 1999년부터 2003년에 이르는 특별검사의 활동, 고위공직자비리조사처 신설을 둘러싼 갈등을 검토하고, 검찰의 중립과 독립의 필요성을 주장한 글이다.

95. 신동운, 향후 형사법 개정의 방향, 2005. 3.

형사소송법 개정 50주년을 맞이하여 형사소송법의 제정과 변천과정을 개관한 후, 선택과 집중을 통한 선별적 형사절차의 편성, 공판중심주의의 확립, 알기 쉬운 용어의 사용 등을 형사소송법 개정의 방향을 제시하였다.

선택과 집중은 2007년 형사소송법 개정의 화두이었고 이에 근거한 개정안도 마련된 바 있으나 입법화하는 데에는 실패하였다. 공판중심주의는 2007년 형사소송법 개정의 단연의 목표였다. 그러나 2007년 개정에서도 알기 쉬운 용어의 사용은 미미한 전개에 그쳤다.

96. 이용식, 결과적 가중범에 관한 연구, 2005. 3.

결과적 가중범에서 특별히 요구되는 직접연관성에 관하여 검토한 다음, 기본범죄의 미수와 귀속가능한 중한 결과의 기수가 결합된 사례군에 대한 해결에 관한 여러 학설을 검토하고, 결론적으로 결과적 가중범의 미수범 처벌규정이 없는 경우에도 가중형벌의 임의적 감경을 원용하자는 의견을 제시한 글이다.

97. 이용식, 형법해석의 방법, 2005. 6.

최형법정주의는 시민의 예측가능성을 보장하는 자유주의의 요청과 범죄의 내용은 시민의 대표인 의회가 정한다는 민주주의의 요청에서 나온 것이라고 전제하고, 형법해석방법론은 법문의 ‘가능한 어의의 범위’를 해석의 한계로 하여 그 범위 내에서 논리적·체계적 정합성과 목적을 추구하는 것이라고 한다.

가능한 어의의 범위를 정하는 것은 일상언어의 존재론적 애매성 문제에 봉착하게 되는데, 원칙적으로 입법자의사에의 구속을 인정하고 예외적으로 일탈을 인정하는 의소소통관계의 구성이 의미론적 한계설정보다 적절하고, 법관의 구성요건 포섭을 행함에 있어 개입되는 주관적 평가의 문제는 판결이유를 통하여 통제되며, 법관의 해석의 정당화과정을 규율하는 제규준들을 정립하는 것이 필요하다고 논설하고, 그 구체적 규준들(진리합의이론, 토의이론 등)은 검토한 글이다.

98. 이용식, **부작위형태의 중지행위의 요건에 관하여**, 2005. 9.

더 이상 실행행위를 속행할 수 없거나 그렇다고 행위자가 인식하여 실행행위를 중지한 실패미수와 구성요건 외적 목표(범행을 하는 행위자의 구성요건 외적 목적)를 달성하기 위하여 실행행위로 나아가 미수에 그쳤고 행위자가 실행행위를 계속할 수 있지만 본래의 목표를 달성하였기 때문에 더 이상의 실행행위를 중지한 목표달성 후 미종료미수에 대하여 중지미수의 성립 여부에 관한 이론적 검토를 한 글이다.

필자는 기본적으로는 위와 같은 경우 중지미수가 배제된다고 하면서도 한계사례에 위치하는 경우가 많기 때문에 일괄하여 중지를 부정하는 것이 반드시 타당한지 의문이라는 첨언을 하고 있다.

99. 조 국, **현 시기 검찰·경찰 수사권조정의 원칙과 방향**, 2005. 12.

2004년 조직된 ‘검·경 수사권조정협의체’와 ‘수사권조정 자문위원회’에서 논의된 검·경 수사권조정 논의를 소개하고 위 자문위원회에 참여한 필자가 제안하여 경찰측 민간위원의 최종조정안으로 채택된 형사송법 개정안을 제시한 글이다.

100. 신동운, **사법개혁추진과 형사증거법의 개정**, 2006. 3.

2005년 구성된 사법제도개혁추진위원회에 실무위원으로 참여한 필자가 형사소송법 중 증거법 분야의 논의과정과 위 위원회 개정안의 주요골자를 검토한 글이다.

101. 이용식, **부작위범의 중지미수**, 2006. 3.

중지가 실패하여 결과가 발생한 경우 중지미수가 성립될 수 없다는 것이 통설인데, 최근 위와 같은 경우 부진정 부작위범에서는 중지미수가 인정된다는 견해

와 나아가 작위범의 경우에도 중지미수가 인정된다는 견해가 제시되었다.

이 글은 새로운 견해의 논거를 비판적으로 검토함으로써 통설이 타당하다고 하는 결론을 내리고 있다.

102. 신동운, 형법 제20조 사회상규 규정의 성립경위, 2006. 6.

법전편찬위원회위원장이었던 가인 김병로가 1915년에 발표한 “범죄구성요건의 요건되는 위법성을 논함”이라는 글을 발굴하여 이를 토대로 우리 형법 제20조의 ‘사회상규’ 조항의 배경과 성립경위를 논구한 글이다. 필자는 우리 입법자가 제정형법을 입법함에 있어서 서구적 관점에서 정립된 전체법질서라는 규율체계와 전통적 가치와 문화를 토대로 한 생활공동체의 실재 사이에서 발생할 수 있는 괴리현상을 극복할 수 있는 완충장치로서 형법 제20조에 ‘사회상규’ 조항을 명문화한 것이라고 분석하였다.

103. 이용식, 결과의 조기발생 사례의 형법적 취급, 2006. 9.

제2행위에 의하여 결과를 발생시키려 하였는데 선행하는 제1행위에 의하여 이미 결과가 발생한 조기발생 사례를 우리나라의 통설은 인과관계의 착오로 보아 상당한 범위 내의 불일치인지 여부에 따라 고의기수 여부를 판단한다고 전제하고, 인과관계의 착오는 객관면과 주관면이 모두 완전하게 충족되었는데 양자 사이에 불일치가 있는 경우를 말하므로 통설과 같이 인과관계의 착오를 논하려면 양자가 완전하게 충족되었는지를 먼저 검토하여야 한다면서, 행위계획에 의하여 제1행위로써 실행의 착수가 긍정되는 경우 고의불법의 중요한 부분이 채워지므로 객관적으로 실행의 착수가, 주관적으로 고의가 근거지워질 때 고의기수를 인정할 수 있다고 논설한 글이다.

104. 신동운, 자격상실과 자격정지형의 존폐에 관하여, 2006. 12.

자격상실과 자격정지는 독일형법이나 일본형법에는 없는 종류의 형벌인데, 우리 입법자는 1920~30년대 일본 사회를 배경으로 시도된 입법적 실험에 지나지 않는 것을 충분한 입법적 검토 없이 도입한 것이고, 현재 실무상 거의 선고되지 않는 무의미한 형벌로 전락하였으므로 형벌의 종류에서 삭제하여야 한다고 논설한 글이다.

이 쟁점은 필자가 참여하고 있는 법무부 ‘형사법개정특별심의회’의 논제이

기도 하다.

105. 이용식, **부작위범의 불능미수**, 2006. 12.

우리나라의 다수설은 부작위범의 불능미수를 작위범의 불능미수와 같이 취급 하는데 최근 부작위범의 불능미수는 일률적으로 불가벌이라는 견해가 제기되고 있다고 전제하고, 부작위범의 불능미수의 구조와 각 견해를 검토한 뒤 부작위범의 불능미수를 일률적으로 불가벌이라고 하기는 어렵다는 결론을 맺고 있다.

106. 이용식, **일상적·중립적 행위와 방조**, 2007. 3.

불특정 다수인을 상대로 하는 거래행위는 항상 다른 사람의 범죄에 도움을 줄 가능성을 가지고 있기 때문에 우연히 거래관계에 있는 타인이 범죄를 실행하려는 목적을 가지고 있다는 것을 알게 되었다는 이유만으로 방조범으로 처벌하는 것은 처벌범위가 지나치게 확장되는 것이어서 이에 대한 제한이 필요하다고 전제하고, 그 제한의 범리를 논구한 글이다.

이 글은 이를 위한 논리구성으로 대항법적 구성, 불법연대의 결여, 객관적 귀속이론, 사회상당성 결여 등의 논리가 가능한데 그 중 객관적 귀속을 부인하는 논리를 채택하면서 우리 판례가 취하는 사회상당성 결여라는 논리도 실질적으로는 객관적 귀속이론과 다르지 아니하다고 평가한다.

107. 이용식, **형법에 있어서의 이익형량**, 2007. 6.

형법에서 이익형량이 문제되는 양상을 구성요건의 해석, 위법성의 판단, 법적 효과 등으로 구분하여 검토한 후 특히 실질적 위법성의 개념과 관련하여 위법성 조각의 일반원리와 관련을 갖는 것이 주된 논의의 장임을 제시한 글이다.

108. 이용식, **공동정범의 초과실행과 결과적 가중범의 성립**, 2007. 9.

공동정범자 중 1인이 초과실행으로 중한 결과를 야기한 경우 종래 우리 학설과 판례가 단지 결과적가중범의 성립요건이 인정되는가 하는결과귀속의 문제로 다루어 왔다고 전제하고, 이는 공동의 범행결의(계획)을 기준으로 행위의 과잉이 있는가의 관점에서 파악하여야 하며, 초과실행은 그 자의 단독행위가 되고 그로부터 발생한 결과는 전적으로 그 초과자의 작품으로 귀속된다는 공병정범의 과

잉이론을 주장한 글이다.

109. 조 국, 법인의 형사책임과 양벌규정의 법적 성격, 2007. 9.

양벌규정에 의한 법인의 책임을 진정과실책임으로 구성하여야 한다고 주장한 글이다.

110. 조 국, 교사의 체벌과 정당행위, 2007. 12. 판례평석

대법원 2004. 6. 10. 선고 2001도5380 판결이 체벌의 법적 근거와 성격을 규명하고 그 위법성 판단의 기준을 제시하였다는 의미는 있지만, 교사에게도 체벌권을 인정할 점은 체벌권은 학교장에게만 있고 교사에게는 위임될 수 없다는 점에 비추어 타당하지 아니하다고 논평한 글이다.

111. 신동운, 가인 김병로 선생의 범죄론체계와 한국형법의 총칙규정, 2008. 3.

가인 김병로가 1915년 발표한 「범죄구성의 요건되는 위법성을 논함」이라는 글을 분석하여 그가 구상하였던 범죄론체계가 한국형법의 총칙에 미친 영향을 검토한 글로서, 구체적으로 형법 제13조와 제14조의 ‘죄의 성립요소인 사실’, 제10조 제3항과 제17조 및 제18조의 ‘위험발생’, 제20조의 ‘사회상규’ 등이 김병로의 범죄론체계에서 유래하였다고 논설하였다.

필자는 나아가 법무부에 형법개정작업을 진행중인 현재 가인 김병로를 재평가하는 작업의 필요성을 역설하고 있다.

112. 외국어로 작성된 글

법학지 50년 동안 형사법 분야에서 외국어로 된 글이 실린 것은 모두 5편이다. 일찍이 유기천/Helen Silving 교수³⁸⁾ 부부가 공동집필한 1962년의 “Toward a Rational System of Criminal Law”, 1964년의 “Nullum Crimen Sine Actu” 및 당시 부산대학교 교수이면서 서울대학교 대학원에 출강하였던 정종욱 교수가 1968년 집필한 “Der Ursprung und die Philosophische Grundlage der Lehre von den

38) Puerto Rico 대학교 법대교수.

“sachlogischen Strukturen” im Strafrecht”가 게재되었으나 그 후에는 외국어 논문이 게재되지 않고 근 40년이 흐르다가 2004년에 Freiburg 대학교의 Wolfgang Fisch 교수의 “Die objektive Zurechnung” 및 본교 이용식 교수의 “Eine kleine Skizze der objektiven Zurechnungslehre in Korea”이 게재되었는데, 시대를 넘어서서 이들은 대체로 이론학적인 분야의 논문들이었다.