〈논 문〉

劉基天의 法思想

崔 鍾 庫*

Ⅰ. 서 론

法思想史學은 한 법학자나 법률가의 사상과 이론이 시대적 상황 속에서 어떻게 형성, 발전, 소멸되는가를 총체적으로 조명하는 방법을 사용한다. 그러기에 상식적으로 혹은 반복적으로 주어진 고정관념에 대해 항상 왜, 어떻게, 과연 등 의문으로 새로운 문제제기를 하고 새로운 설명을 시도한다. 도그마의 학문이라고 불려지는 법학의 세계에 얼마나 많이 이런 주어진 定型과 스테리오타입적 소개, 단편적 편견과 평가가 지배하고 있는지 굳이 설명할 필요는 없을 것이다. 외국은 고사하고 한국의 법학사 내지 법사상사를 논할 때 劉基天(1915-98)의 법사상만큼 이런 면에서 주목되면서 바른 이해를 필요로 하는 학자도 드물 것이다.

유기천은 흔히 알려진 대로 형법학자만 이었던가? 그의 형법학과 법이론을 배경으로 하는 정신적 支柱는 무엇이었던가? 초기의 유기천과 만년의 유기천 사이에는 어떠한 사상적 연속과 변화가 있었던가? 유기천의 형법학 내지 법사상을 계승할 가능성과 한계성은 무엇인가? 유기천에 대한 이해는 한국법학 전체의 번지수를 자리매김하고 미래를 가늠해보는 중요한 시각이 될 수도 있을 것이다. 그렇기 때문에 그가 간지 1주기를 맞이해서만이 아니라 한국법사상사의 관점에서 반드시 정리되어야 할 것이다. 이것이 이 논문을 쓰는 목적이다.[1)]

유기천의 충실한 제자였던 金贊鎭은 유기천을 가리켜 "한국에 있어서 미국법학 수용의 선구자(Pioneer in the reception of American jurisprudence in Korea), 유능한 한국법률가들의 해외연구의 후견인(Mentor of overseas studies by many promising Korean lawyers), 한국형사법의 王(King of Korean criminal law)"이라고 불렀다.[2)] 郭潤直은 "유기천의 수많은 공헌 가운데서 가장 중요한 것은 서울법

* 서울大學校 法科大學 敎授

1) 최종고, **한국법사상사**, 서울대출판부, 1989, 354-359면에서 유기천을 현대한국법사상에서 '사회인류학적 법사상가'로 위치지어 설명하였다.

2) Chanjin Kim, Dr. Paul K. Ryu as we know him, **법률학의 제문제**: 유기천박사고희기

대의 교수로서 한국법학교육을 향상시키고 법학연구를 증진시킨 업적"이라고 하였다.[3] 이러한 각도에서 유기천의 활동 내지 정신세계를 분석할 수도 있겠으나, 本稿에서는 유기천의 학문세계 내지 법사상을 한국문화론, 형법학, 학문자유론, 법학교육론, 법철학으로 크게 나누어 분석해 보기로 한다.[4]

Ⅱ. 한국문화론

유기천의 사상을 이해하려면 제일먼저 그가 한국문화에 대해 지대한 학문적 관심을 가졌다는 사실에서 출발해야 한다. 그에게 한국문화의 특질이 이해되지 않으면 형법학이나 법철학의 모든 학문적 구성물이 존립되어 질 수 없는 것이다.

유기천은 1958년 예일대학 박사학위논문 「韓國文化와 刑事責任」(Korean Culture and Criminal Responsibility)에서 한국사회의 문화적 의미를 분석하고 그에 기초하여 형사적 책임을 논하려는 매우 광범하고 심층적인 분석을 시도하였다. 이 논문에는 법학 외에도 인류학, 민속학, 언어학, 심리학의 연구성과들이 광범하게 원용되고 있다. 특히 한국사회를 이해하는 데에는 샤머니즘(Shamanism)의 연구가 중요하다고 강조하고 있다. 그에 따르면 한민족은 중국의 유교, 도교 및 인도의 불교 등의 영향을 받았지만 '샤머니즘 문화의 물결'(Shamanistic Cultural Waves)을 형성하였고, 外來文化인 유교, 도교, 기독교 등도 샤머니즘적 가치형(Shamanistic Value Patterns)의 영향없이 발전할 수가 없을 정도였다. 한국의 샤머니즘은 순수형(pure type)의 샤머니즘이 아니요 외래문화와 혼선된 샤머니즘의 복합체(Shamanistic Complex)이다.[5]

그리고 유기천에 따르면, 한국문화를 바르게 이해하기 위하여는 상징의 이해가 중요하다. 그는 인류는 동물과 여러 가지 관점에서 다른 점을 둘 수 있으나 가장 기본적인 것은 인류는 기호와 심벌을 사용하는 동물(Symbol-using animal)이라는 점에 있고 여기에 대한 정확한 파악이 인류의 문화를 연구하는 가장 첩경의 도구가 된다고 한다. 현대 한국어중에 인도유럽어가 많이 포함되어 있다고 주장한다.[6]

념논문집, 박영사, 1988, iii-xx면; 이 논문집에는 유기천의 발표논저 중 서양어로 된 것들만(그것도 불완전한) 수록되어 있을 뿐이고, **서울법대50년사**(서울대학교 법과대학, 1997)에도 일부 퇴임교수의 논저가 수록되어 있는데 유기천 교수의 것은 수록되지 않았다. 결국 아직 유기천의 (완전한) 발표논저목록조차 작성되지 않았다는 얘기다.

3) Yunchik Kwack, Foreword, 유기천박사 고희기념논총, **법률학의 제문제**, 박영사, 1988, i면.

4) 유기천의 생애에 관하여는 별도의 논문으로 쓴다. 최종고, 月松 劉基天, **人權과 正義**, 1999년 6월호(발표예정).

5) 유기천, 한국문화와 형사책임, **사상계**, 1958년 9월호, 177면. 유기천은 인류학자 C. Osgood의 *The Koreans and their Culture*(1951)를 많이 인용하였다.

6) 유기천, 위의 논문, 176-177면. 이에 대해 김정학은 소수설에 불과하다고 비판한다.

유기천은 한국의 언어 가운데, 예컨대 병들었다(병이란 귀신이 들어갔다), 감기 났다(감기란 귀신이 나갔다), 돌아가셨다(영혼이 본고향으로 돌아갔다), 혼 빠진 사람(영혼이 없는 사람), 특히 하나님(하나인 님), 얼빠진 사람(영혼이 없는 사람), 신통하다(신과 통한다) 등 샤머니즘의 흔적이 농후한 언어가 많다고 한다.[7] 또한 한국 샤마니즘은 價値恒存에 대한 신념을 조성하였다는 점에서 한국민에게 종교적 신념의 기초를 주었다고 하며, 과거에 미국선교사들이 급속도로 흡수되는 기독교의 선교사실과 더욱이 중국에서는 실패하였던 네비우스政策(Nevius plan)이 한국에서 의외로 성공한 사실을 설명하지 못한 것은 유구한 역사를 통하여 면면히 한민족 속에 깊이 흐르고 있는 샤마니즘적 價値型에 대한 이해가 없었기 때문이라 설명한다.[8]

유기천은 한국 샤마니즘의 3대 특징으로 첫째, 종교적 신념체계, 둘째 문화적 복합체, 셋째 여성의 강한 지위로 나누어 설명한다.[9] 그때까지는 일본의 아카마쯔 지로(赤松智城), 아키바 다카시(秋葉隆)의 한국무속연구 외에 이렇다할 한국학자에 의한 연구성과가 없었던 상태였는데 유기천의 학위논문이 너무 일본학자의 이론에 의존했다는 비판도 있었으나,[10] 50년대 말에 이만큼 한국문화의 심층연구를 이룬 것은 한국학 전체로서도 주목할 업적이라 평가할만하다.[11] 그는 나아가 한국문화에 미친 외래문화의 영향도 언급하고 있다. 유교의 영향에 대하여 그는 다음과 같이 요약하여 설명하고 있다.

> 신라가 당나라의 원조를 얻어 한반도를 통일한 때부터 시작하여 정치적으로는 완전히 중국의 영향 밑에 있었고 중국의 왕조가 갈릴 때마다 한국에도 왕조의 변천이 있었고 특히 李朝에 가면 정치문화 전반을 통하여 중국과 불가분의 관계가 맺어졌다. 삼강오륜의 유교윤리가 한국도덕규범의 중심을 형성하고 있었던 것은 재언할 필

---

7) 유기천, 위의 논문, 178-179면; 언어의 중요성과 상대성에 관하여는 또한 Paul K. Ryu, Was bedeutet die sogenannte Relativität des Rechtsbegriffes?, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie,* Bd. 59, 1973, pp. 57-86.

8) 유기천, 위의 논문, 179면.

9) 유기천에 따르면, 한국 샤머니즘에서의 여성의 지위가 높고, 기독교회에서도 전도부인의 역할이 큰 것이 한국문화의 특징의 하나이다.

10) 황산덕, 지성의 방향, **신태양** 1958년 10월호; 유기천, 한국과 문화의 문제: '지성의 방향'을 박(駁)함, **신태양** 1958년 11월호; 김정학, 한국문화의 바른 인식을 위하여: 유기천씨의 학위논문 '한국문화와 형사책임'을 논함, **신태양** 1959년 3-5월호; 이 논쟁은 손세일편, **한국논쟁사** III, 청람출판사, 1976, 208-275면에 수록. 손세일은 "이 논쟁은 황, 유 두 교수를 둘러싼 숱한 화제에 기름을 부은 격으로 온통 대학가 화제의 초점이 되었다"(위의 책, 209면)고 적었다.

11) 赤松智城, 秋葉隆, **朝鮮巫俗의 研究**, 심우성 역, 서울동문선, 1991; 秋葉隆, **朝鮮民俗誌**, 심우성 역, 서울 동문선, 1993; 秋葉隆, **朝鮮巫俗의 現地研究**, 최길성 역, 계명대 출판부, 1987. 이런 책들은 물론 유기천의 논문 이후에 번역된 것들이다.

요가 없다. 윤리뿐만 아니라 법률도 이조에는 明律을 그대로 사용하였던 것이다. 정치조직에서도 완전히 중국의 모방이요 오늘날의 민주법치주의와 역행하는 認定課稅가 衙前政治의 유물인 동시에 이것이 또한 중국을 망하게 한 陋規제도에서 왔음은 또한 사실이다. 유교가 중국의 영향은 문화사적 입장에서 보면 봉건주의의 利殖이라고 보겠지만 동양사회에서의 봉건주의와 서양의 봉건주의에는 반드시 동일한 내용이 아니었다는 것을 고려하여야 한다. 소위 리테리헤 라이헤(Ritterliche Leihe)에 내재한 계약적 요소는 한국사회에서는 희미하였다고 솔직히 인정하지 않을 수 없다.[12]

여기에 비친 유기천의 儒敎觀은 자세한 설명은 없지만 다소 비판적인 견해를 보여주는 듯하다. 불교에 대한 그의 이해 역시 마찬가지이다. 그는 이렇게 설명한다.

불교의 영향은 유교에 비하면 극히 미미하다. 그러나 고려시조 王建이 불교를 신봉하였다는 사실에서부터 출발하여 고려시대에는 불교의 영향이 한국문화전반에 침투되기 시작하였고 한국 도자기의 비상한 발달이 일본에까지 영향을 주어 일본 茶道의 융성이 한국도자기 수입에서 자극을 받았음을 문화사에서 중요한 일이라 보지 않을 수 없다. 뿐만 아니라 불교는 정치문화에 영향을 주어 고려시대에 휴머니즘의 사상이 법규에까지 반영되어 死刑을 줄이는 방향으로 발전하였고, 또한 타방에 있어서 점차 僧이 정치에 관여하게 될 뿐만 아니라 사원의 토지잠식이 고려말의 토지정책에 큰 암영을 던져주어 이조의 제1과업이 佛寺로부터 토지를 몰수함에 이르기까지 되었다.[13]

유기천은 한국문화의 특성으로 인간관계의 독특성을 매우 인상적으로 설명한다. 그것은 그의 형법학의 큰 특징을 이루는 심리학적 접근에 기초하고 있다. 그에 따르면 한국인의 인간관계는 '非人格的 人格性'(impersonal personality)을 기초로 하고 있다. 이것은 다소 이해하기가 쉽지 않은 개념인데 그는 다음과 같이 설명한다.

한국의 文化型은 임퍼스날리티란 가설을 형성하고 이것이 한국인 성격구성에는 Oral sadistic한 요소로 전환하였다. 일본에서는 동일한 임퍼스날리티 프린시플(impersonality principle)이 忠이란 至上 가치로 전환하였고 이것이 일본사회를 법치주의 밑에 두는 데 적지 않은 역할을 하였다. 그러나 이런 임퍼스날리티 프린시플은 자연의 일부로서의 성격형성에 관한 한 이해할 수 있으나 한국의 사회적 규범을 형성함에 있어서는 별개의 원리가 자연히 등단하지 않을 수 없었다. 즉 인간관계의 원리(personal relation principle) 그것이다. 언어가 임퍼스날리티 프린시플을 발견하는 데 큰 도움이 된바와 같이 인간관계의 원리를 발견함에도 큰 도움이 된다. 한국어에 있어서는 대명사나 동사는 사회적 신분에 의하여 변경된다. 예컨대 영어에는 오직

12) 유기천, 위의 논문, 181-182면.
13) 유기천, 위의 논문, 182면.

> 하나의 you이지만 한국어에는 자식, 너, 당신, 귀하, 존장 등 부지기 수이다. 당신이란 말은 왕이나 부모에게는 절대로 사용함을 허락지 않으며, 동일하게 동사에서도 간다, 가신다, 가옵시다 등등 허다한 신분의 뉘앙스를 언어를 통하여 표현한다. 상대자에 대한 존경의 정도는 첫째로 가족신분에 의하고, 둘째로 사회적 신분으로, 셋째로 연령에 의하여 결정된다. 이상과 같은 한국용어는 두말할 것 없이 한국인의 인격적 가치관이 어떤 객관적 가치에 의해 결정되는 바가 아니라 그 사회적 신분에 의하여 결정되고 따라서 인간관계가 알려져 있지 않는 한 그의 가치를 평가하여 객관적으로 표현할 수 없고 어디까지나 이러한 신분적 Hierarchy에 의하여 비로소 결정된다. 최근 박사학위에 대하여 한국의 학교들이 지나친 관심을 가지고 是是非非를 일삼고 있는 근본이유도 한국에서의 박사학위는 학문가치에 대한 객관적인 평가의 표준이 되는 것이 아니라 한국인이 가지고 있는 봉건적인 Hierarchy에 새로운 한 계급을 만들려는 데에서 그 反動으로 인하여 생기는 현상이요 모두가 다 한국문화적 배경에서 충분히 이해할 수 있는 현상이다.[14]

이상과 같은 한국문화는 그렇다면 법적으로 어떤 의미를 갖는 것인가? 유기천은 이러한 문제설정 위에서 한국적 형사책임의 이론을 구성하고 있다. 그는 법의 개념을 추구함에 있어 법실증주의적 방법도 거부하고 인류학적 정의도 거부하면서 '사회통제의 수단'(way and means of social control)인 규범이면 모두 법이라고 보는 입장에서 '한국적 집단규범'(Korean communal norm)을 추구하고 있다. 그는 이렇게 설명한다.

> 희랍사회에 있어서 논리의 가치만이 유일한 과학적 가치로서 착정되고 후에 로마스토아 학자들에 의하여 발전되어 서방문명의 기초가 되었지만 한국 communal norm에 있어서는 眞 혹은 논리의 가치보다도 윤리적 가치 혹은 미적 가치가 우월하며 진가치는 후퇴하지 않을 수밖에 없었다. 이런 윤리적 가치의 중요한 원천이 유교사상이었음은 두말할 것도 없다. 五倫(부자유친, 군신유의, 부부유별, 장유유서, 붕우유신)에서 보는 바대로 자신의 신분이 알려지지 않는 한 그 모랄의 내용을 알 수가 없다. 다음 동일한 人倫의 원리는 親戚制(kinship system)에 있어서도 동일하다. 즉 五服 이하 여러 가지의 친척제는 서방에서 보는 바와 같이 기술적 제도(descriptive system)가 아니라 분류적 제도(classificatory system)이다. 셋째로 친척과 외척의 구별은 로마의 Agnatio와 Cognatio와 같이 家父長社會(patriarchal society)를 위한 신분 위에 모든 법적 친척제가 성립한다.[15]

유기천의 한국문화론은 물론 형사책임을 설명하기 위한 前作業이라 할 수 있고,

---

14) 유기천, 위의 논문, 185-186면.
15) 유기천, 위의 논문, 186면.

60년대까지의 샤마니즘 연구의 수준에 머물러 있었지만, 위에서 본대로 그 자체로서 상당한 의미를 지닌다고 하겠다.

이처럼 한국사회의 특성을 샤마니즘에 기초하여 설명하는 한편 유기천은 '自由社會'(Free Society)라는 가설을 또한 중요하게 제시한다. 그의 형법학의 전반에 흐르는 가치판단의 기준으로서의 자유사회의 개념에 대하여 스스로 이렇게 설명한다.

> 가치판단의 기준을 세움에 있어서 궁극의 제도상의 목적가치(an ultimate institutional goal)로서 자유사회란 가설을 세우고 이 자유사회로 지향하는 자의 입장에서 형사책임의 이론을 전개하였다. 이 자유사회는 이데올로기적 의미를 가지나 여기의 이데올로기는 반드시 보통 생각하는 바와 같이 역사에 대한 몰가치적 통찰(non-evaluational insight into History)을 의미함이 아니요 어디까지나 理想型인 제도상의 최고가치로서 책정한 것뿐이다. 그러나 이는 반드시 자유사회를 지향한 투쟁이 인류역사상에 실현되어 온 사실을 부인함은 아니다. 도리어 인류의 역사는 자유를 위한 투쟁사였다는 사실을 긍정하고 키케로의 유명한 잠언 "잃었던 자유가 다시 쟁취될 때에는 자유가 위협을 느낀 일이 없었던 때보다 더 강력한 이빨로 물어뜯는다"(*Acriores autem morsus sunt intemissae libertates quam retentae*; Freedom suppressed and again regained bites with keener fangs than freedom never endangered)란 말은 본서의 모토가 된다. 이는 인류는 항상 자유를 외치고 이를 위하여 피를 흘리고 있으나 그 지향하려는 사람의 윤곽이 없으면 맹목적 만용과 다름이 없기 때문이다.[16]

유기천은 형사책임론을 이 '自由社會'라는 '操作上의 假說'(the working hypothesis)[17]에 연결하여 최대한 객관적이고도 과학적인 평가를 시도한다. 그는 결론적으로 이렇게 말한다.

> 필자는 인류와 오늘에 이르기까지 감행한 책임과 형벌의 합리화운동의 업적을 결코 과소평가하려 하지 않는다. 특히 최근에는 책임(guilt, Schuld)이란 개념의 정확한 의미 파악을 중심으로 학자들간에 치열한 논쟁이 벌어지고 있는 것도 사실이다. 古代에는 책임이란 개념중에 범인의 심적 요소를 고려함이 희박하였으나 근대 형법이 수립되면서부터 책임의 심리적 요소가 강조되고 처음은 이것을 순전히 평면심리학적 현상으로만 해석하여 故意犯에 있어서는 結果豫見의 심리적 實在 또는 과실범에 있어서는 결과예견의 가능성이란 심리적 不實在를 각각 책임의 요소로 보았으나 프랑크(R. Frank)의 1907년 Aufbau des Schuldbegriffs란 논문 이래 책임요소는 차라리

16) 유기천, 위의 논문, 사상계, 176면.

17) 표현은 유기천 자신이 하는 말인데, Hans Kelsen의 Grundnorm과 같은 뜻으로 해석하기도 하고 때로는 자유주의 이데올로기나 *Idealtypus*의 개념으로 이해하는 것 같기도 하여 매우 파악하기가 힘든 개념이다.

> 심리적인 실제 또는 불실제 보다도 외부적인 요소에서 오는 非難可能性이란 점에서 구하였고 근자에 와서는 또 한 걸음 전진하여 만약 재래의 고전학파와 신파의 싸움을 放任해두면 그 결론의 부당함을 느끼고 있는 것을 구출하기 위하여 새로운 노력이 보였다. 즉 상습범의 경우 고전학파에서는 상습범자는 심리상태가 범죄를 다시 범할 경향이 농후한 자 즉 범죄에 대한 저항력이 감퇴된 자이니 재래의 자유의사의 입장에서 보면 이런 자는 자유의사의 향유정도가 보통 사람보다 약하므로 죄책이 감경된다고 보지 않으면 안 될 것은 마치 어린애가 죄를 범할 때에는 자유의사의 향유가 없으므로 책임을 면제하여 줌과 비교하여 볼 때 당연한 일이라 보지 않을 수 없게 되며, 다른 한편 신파의 입장 즉 社會防衛의 목적에서 보면 이런 再犯의 경향이 농후한 자는 더 무거운 형을 받음으로서 사회로부터 격리하는 기간을 오래 두어야 한다고 단정하지 않을 수 없었다. 그러므로 메츠거(Mezger)는 이런 모순을 이론상으로 해결하기 위하여 소위 Lebensführung-schuld란 이론을 전개하여 행위자가 책임을 지는 근거는 그 행위시의 심적 상태에서 본다기보다도 그 생활상태에 소급하여 그 태도중에 책임의 요소가 게재한다고 보았다. 고로 나면서부터 가정환경이 좋은데도 불구하고 그 생활태도가 불량하여 죄를 범하는 습관이 생긴 자는 그 책임이 중한 데 반하여 나면서부터 불우한 환경 속에서 자랐기 때문에 범죄의 습성이 생긴 자에게는 가벼운 책임을 인정할 것이라고 결론을 지었다. 이상이 오늘까지 발전해온 이론이지만 특히 메츠거의 입장은 범인의 심리상태를 관찰함에 있어서 피상적이란 비난을 면키 어려울 것이요 여기에 현재 형법 혹은 새로운 책임이론이 요청된다. 현대의 진보적인 학자들은 형법을 과학적 고찰의 필요성을 역설하고 특히 심리학의 도입이 비단 형법 뿐만 아니라 법률 일반에서 요청된다고 본다. 그러나 때로는 과학과 형법의 한계에 관하여 명확한 핵심을 갖지 못하고 때로는 혼동에 빠지곤 한다. 그의 전형적인 예는 저명한 스칸디나비아의 법철학자 올리버크로나(Olivercrona)이다. 그의 의하여 법을 과학적으로 고찰할 때에는 법은 因果의 사슬 이외에 아무 것도 아니라고 보고 따라서 법의 지배(rule of law), 권리의무(right and duty) 등의 법률개념은 심리학적 사실 이외의 아무 것도 아니라고 한다.[18]

이처럼 형법을 문화현상으로 보고 한국법문화의 특성을 추구하면서도 '자유사회'의 이념에 비추어 평가하는 相關的 방법은 얼핏 라드브루흐(G. Radbruch)나 마이어(M. E. Mayer)의 법철학을 연상시키는 바 있으나,[19] 미국의 인류학과 심리학의 영향이 강하게 작용한 것처럼 보인다. 당시로서는 서양학계의 최신의 동향을 종합하여 반영한 것이라 볼 수 있다. 그런데 이 논문에 대해 黃山德은 「신태양」지에서 다음과 같이 비판하였다.

---

18) 유기천, 위 논문, 사상계, 177면.

19) 유기천이 형법학 내지 법학 일반에는 Max E. Mayer의 *Rechtsnormen und Kulturnormen (1903)*의 영향이 강하게 보인다.

> 최근 어떤 잡지에 미국에서 박사학위를 받은 모교수가 그의 논문에 요지를 발표한 일이 있었는데, 여기에서 그는 한국에 불교가 수입된 것은 고려태조 왕건 이후부터라는 말을 하였고, 그리고 한국문화의 본질은 — 4, 5천년 전에는 어떤 민족에나 다 있었지만 지금은 아프리카나 보르네어의 토인들 사이에만 남아 있는 — 샤머니즘이라고 단정하였다. 즉 미국사람의 눈에 우리 한국을 아프리카 토인과 같은 수준의 문화밖에는 가지고 있지 못한 야만민족으로 보여 줌으로써 그는 박사가 된 것이다. 그러나 자기 자신과 자기 나라의 역사에 관하여 이처럼 무지해 가지고는 그가 아무리 외국어를 잘하고 외국의 사실을 많이 기억하고 있을지라도 그는 결코 지성인이 될 수는 없는 것이다. 지식은 있으나 그는 어디까지나 무지한 사람인 것이다.[20]

이에 대해 유기천은 같은 잡지 다음호에서 다음과 같이 반박하였다.

> 샤머니즘이란 본문에도 명백히 설명한 바와 같이 아프리카의 토인신앙과는 하등의 연관성이 없으며, 또 독일의 탄넨바움(Tannenbaum)에서 보는 바와 같이 샤머니즘과 관련이 있다고 해서 반드시 야만인의 문화라고 단언할 수 없음은 물론이다. 요는 아무 근거 없으면서, 환언하면 자기의 無知를 白日下에 폭로하는 것도 모르면서 타인을 훼방하려는 돈키호테적 만용 자체의 심리학적 해부와 그 의미의 발견이 바로 문화연구자들의 연구의 대상이 되지 않으면 안 될 것이다.[21]

이렇게 두 학자의 논쟁은 애석하게도 감정적 차원에 머물렀는데, 그후 4개월이 지나 고고학자 金廷鶴 교수가 같은 잡지에 다시 유기천의 논문을 자세히 비판하는 논문을 실었다. 여기에서 당시의 논쟁을 반복할 필요는 없을 것이고, 단지 비판의 내용이 무엇이었는지를 필자 나름대로 요약 정리해보면 다음과 같다.[22]

1. 한국문화론과 형사책임론과의 관련성이 보이지 않는다.
2. 한국어는 인도게르만어가 아니고 우랄알타이어다.
3. 예로 든 한국어들의 해석이 틀린다. 예컨대 '하나님'은 '하나인 님'이 아니고, '씹'은 '씨가 入한다'가 아니다.
4. 한국어에 샤머니즘의 흔적이 농후하다는 것은 과장된 표현이고 더 많은 증거가 필요하다.
5. 한국어를 통해 고대사회를 분석한다고 하면서 하지 않았다.

---

20) 황산덕, 지성의 방향, **신태양** 1958년 10월호, **한국논쟁사** Ⅲ, 1976, 233면에서 재인용.
21) 유기천, 한국의 문화의 문제, **신태양** 1958년 11월호, **한국논쟁사** Ⅲ, 1976, 238면에서 재인용.
22) 김정학, 한국문화의 바른 인식을 위하여, **신태양** 1959년 3-5월호, **한국논쟁사** Ⅲ, 1976, 240-275면에 재록. 김교수는 "중요한 오류만 추려서 논한다"고 하면서도 "이밖에도 지적할 것이 수 없이 많다"고 하기도 한다.(위의 책, 270면)

6. 샤머니즘은 유교, 불교의 영향으로 진작부터 쇠퇴하여 일부 부녀층에만 잔존한다.
7. 단골제는 불교의 檀家제도에서 왔다.
8. 단골은 支敎會가 아니다.
9. 기독교의 성공, 네비우스방법의 성공은 샤머니즘 때문이 아니다.
10. Culture Lag로서의 샤머니즘을 잘못 인식하였다.
11. 고구려의 高朱蒙에 관한 샤머니즘 전설은 없다.
12. 샤머니즘과 음양사상은 다르다.
13. 샤머니즘은 不老草와 神仙思想과 다르다.
14. 여성의 지위는 사회사적으로 변화하였다.
15. 기독교 여전도사제도는 샤머니즘 전통과 무관하다.
16. 契의 활동에 부녀가 주도적 역할을 한 것은 경제상황으로 설명해야 한다.
17. 남녀평등사회는 무속신앙의 전통으로 기초할 것이 아니다.
18. 한국을 중국의 속국처럼 보았다.
19. 모든 한국법전이 明律을 본뜬 것은 아니었다.
20. 法史에 불충분한 지식을 나열하였다.
21. 불교의 영향이 유교보다 미미하다는 주장은 잘못이다.
22. 일본 茶道는 한국도자기의 수입에서 자극 받았다는 주장은 정확치 않다.
23. Lowell이 한국인을 Impersonality성격으로 인용한 것은 피상적이고 잘못된 것이다. 그는 '극동문화의 권위자'가 아니다.
24. Osgood의 성적 변태성(Oral sadistic) 주장을 인용하는 것은 왜곡이다. Osgood의 인용은 학문적으로 신뢰할 수 없다.
25. 서양인의 인상기, 여행기에 의존하는 것은 학자의 비과학적 태도이다.
26. 한국신화에서의 곰은 샤머니즘이 아니고 토템이즘이다.
27. 일본의 '가미'(神)는 '곰'에서 나왔지만 샤머니즘과는 무관하다.
28. 일본의 Impersonality principle이 忠이란 至上價値로 전환했다는 주장은 과학적 근거 없는 독단이다.
29. '서양의 논리가치, 동양의 윤리가치 내지 미적 가치'라는 구별은 근거 없다.
30. 추리의 비약이 놀랄 만치 심하고 학문적 기초가 되어 있지 않다.
31. 우리나라의 우수한 학사논문보다도 훨씬 떨어진다.
32. 문장이 Pedantic한 것이 대단히 많다.
33. '가설'이란 말의 뜻을 모르고 마구 쓰고 있다.
34. 한국민족에 대한 심적 태도에 분노를 느낀다.
35. 秋葉隆의 「조선무속의 연구」를 어떤 것은 그대로, 어떤 것은 잘못 해석하였다.

이런 비판은 오늘날에도 맞다 틀리다 한마디로 말할 수는 없게 각 학문분야에서 계속 연구·논의되고 있다. 아무튼 김정학의 비판에 대해 유기천은 대응하지 않았다. 황·김 두학자가 비판해 왔을 때 실은 이미 유기천은 영어 논문으로 다른 한국문화론을 쓰고 있었다. 그것은 1959년 여름 하와이대학에서 개최된 제3차 동서철학자대회(East-West Philosophers Conference)에서 발표할 「문화연구에서의 場의 이론: 한국문화에의 적용」(Field Theory in the Study of Cultures: Its Application to Korean Culture)이었다. 여기에서 유기천은 그의 박식을 유감없이 발휘하여 동서양에서 모인 학자들 앞에서 발표하였다. 이 논문은 각국의 문화를 바르게 이해하려면 當該 場(Field) 안에서 이해하여야 한다고 주장한다.[23] 이런 관점에서 그는 노스롭(F. Northrop)이 서양을 命題文化(Postulation Culture), 동양을 直觀文化(Intuition Culture)로 대조시키는 이론은[24] 맞지 않는다고 세계법사의 사례들을 들어서 비판하였다.[25] 또 언어의 상대성도 훠프(Benjamin L. Whorf)의 이론을 들면서 주장하고,[26] 예컨대 유가와 히대끼(湯川秀樹)가 '日本的 非合理主義'(Japanese Irrationalism)라 할 때 그것은 일본문화가 전부 비합리주의적이란 뜻이 아니고 비합리적 요소가 상대적으로 많다는 뜻이라고 설명한다.[27] 이런 전제에서 유기천은 중국문화, 일본문화, 한국문화가 공통점을 가지면서도 각각의 場(Field)에서 그 기능과 의미를 달리 발전시켜왔음을 설명한다. 그는 法(Fa)을 水와 去(Release of Water), 즉 去는 정의롭지 못한 것을 없애는 것(to discard what is not just)으로 해석하면서,[28] 이 말을 공통적으로 쓰면서도 중국에서는 도시의 발전이 시민의 경제참여보다도 행정시설에 의해 이루어지기 때문에 서양과 같은 길

23) 유박사는 Field Theory의 명칭을 Kurt Lewin, *Field Theory in Social Sciences*(1951)에 취하였다고 하며, 원래 Field란 말은 물리학에서 A. Einstein & L. Infeld, *The Evolution of Physics*(1938)에서 맨 먼저 썼으며, 법학에서는 Henry W. Egerton, Legal Cause, *72 U. of Pa. L. Rev.* 211, 343과 F. S. Cohen, Field Theory and Judicial Logic, 59 *Yale L. Jour.* 238-259(1950)에서 원용되었다고 밝히고 있다. 위 논문집, p. 649.

24) F. Northrop, The Philosophy of Natural Science and Comparative Law, 그러면서도 유박사는 Northrop이 법문화를 ① 직관적-조정적형(The Intuitive-Mediational Type), ② 지위법형(Law-of-Status of Type), ③ 추상적-계약적형(The Abstract-Contractual Type)으로 나눈다면 한국법은 1), 2)형태에 속한다고 말한다.

25) P. Ryu, ibid., p. 651. 이 논문 이전에 이미 유박사는 영어로 Causation in Criminal Law, 106 *U. of Pa. L. Re.* 1958, p. 773-805, 특히 800에서 로마 12표법의 Talio, 영국의 Doomsday Books를 예로 서양에서도 mediation이 있었고, 동양에서도 墨子가 Zenon과 비슷한 logic을 발전시켰다고 주장하였다.

26) B. L. Whorf, *Language, Thought and Reality,* 1958.

27) 노벨물리학수상자인 그의 논문은 Hideki Yukawa, Modern Trend of Western Civilization and Culture Peculiarities in Japan, *Philosophy and Culture East and West,* Hawaii, 1968, pp. 188-197.

28) P. Ryu, ibid., p. 653. 이 해석은 너무 나이브한 해석이다. 원래 법자의 원형은 【 】이며, 이에 관하여는 최종고, 法字考, 서울大 法學 35권 2,3호, 1994참조.

드(guild)조직이 발전되지 못하고 법도 크게 발전되지 못했다고 본다. 이런 점에서 그는 대체로 막스 베버(Max Weber)의 이론을 따르고 있다.[29] 그런데 한국은 중국으로부터 유교를 받아들여 법은 2차적(Secondary)인 것으로 돌리고 自救(Self-help)에로 발전했다고 본다. 일본에서는 또 다른 사회사정에 의해 중국, 한국의 孝보다도 忠孝一本의 사상으로 忠이 더욱 발전했다고 설명한다. 이러한 기본관점에서 유기천은 중국과 일본에서 유교가 어떻게 달리 발전되었는가를, 여기서 상론할 수는 없지만, 박식하게 서술하고 있다. 미국의 동양학 연구의 성과들을 섭렵한 듯 보인다.[30] 1959년에 이 정도 수준으로 동양 3국의 사상사 내지 문화사를 개관한 논문은 통털어 없었다고 생각된다. 사실 유기천같이 일본에서도 공부하고 한문지식도 있는 한국학자이니까 할 수 있는 일이었고, 앞으로도 한국학자가 할 수 있는 학문적 가능성과 과제같이 느껴지기도 한다.[31] 학위논문에서 샤머니즘을 강조하여 다소 "모든 것을 샤머니즘으로만 본다" 등 오해는 이 논문에서 완전히 해소되도록 유교이해의 깊이를 보여준다. 그런데 이 논문에서도 유박사는 샤머니즘을 언급하면서 그것이 아리안족의 신앙이나 베다족의 呪術意識에서 찾는 학자들도 있고 심지어 한국의 솟대와 칼트족의 상징(Kaltic Symbol)의 연관성, 한국의 거북선과 용머리를 단 바이킹선(船)의 연관이 있다는 등 학자들의 주장도 언급하면서, 어쨌든 샤머니즘도 민족과 문화마다 기능이 다르고 한국 샤머니즘이 일본에 영향을 주어 일본의 神(Kami)은 '곰'에서 나왔고 도리(鳥居)는 한국의 홍살문과 같다고 설명한다.[32] 그런데 일본은 샤머니즘을 神道로 발전시켜 '神國'을 만들었고, 한국은 유교가 탄압하여 샤머니즘은 일반인에게 침투하긴 하였지만 국가의 공식적 역할은 못했다고 설명한다.[33] 유기천은 한국문화는 유교나 불교나 샤머니즘 어느 하나로만 포착될 수 없고 이 셋이 결합되어 한국적인 것의 분명한 그림이 된다고 말한다.[34] 宗教習合(Syncretism)이란 용어도 사용하고 있다.[35] 일본에서는 神道

---

29) P. Ryu, ibid., p. 653.

30) 예컨대 Chang Witchin, Charles Moore, F. Northrop 등의 저술들을 인용하고, 특히 하와이의 East-West Center에서의 연구성과들을 많이 연구한 듯 보인다.

31) 유기천의 場理論과 이항녕의 風土法論의 관련성에 관한 의문이 제기되는데, 양 이론은 결과적으로 공통점을 지니고 있으나 현실적 관련성은 거의 없는 것으로 보인다. 풍토법론에 관하여는 이항녕, **법철학개론**, 박영사, 1974 및 김철수, 풍토적 자연법론고, 서울大 **法學** 6권 1호, 1964; 최종고, 한국문화와 법사상, **法史와 法思想**, 박영사, 1980, 555-577면.

32) P. Ryu, ibid., p. 661.

33) P. Ryu, ibid., p. 662. 김정학은 유기천이 한국에서 유교가 샤머니즘을 억압한 사실을 모르고 있다고 비판했는데 이것은 잘못된 비판임이 여기서 드러난다.

34) P. Ryu, ibid., pp. 664-665.

35) P. Ryu, ibid., p. 662. 그런데 이 방면에 선구적 논문인 정대위박사의 논문은 언급되지 않고 있다.

(Shintoism)를 통해 '기리'(義理)와 '온'(恩)의 집단규범(Communal Norm)이 형성되었고, 그것이 서양적 법치주의(rule of law)를 수용하는 도구(Vehicle)가 되었는데, 한국은 그렇게 되지도 못하고 다만 샤머니즘조직이 契를 형성케 했다고 설명한다.[36] 그런데 유박사는 契는 한국사회에 非中央集權化하는 민주적 요소를 도입했으며, 한편으로는 정부의 간섭없이, 법으로부터 소외를 가져오기도 했다고 설명한다.[37] 윤리적, 사회적 면으로 샤머니즘은 不淨을 씻는 순결성(Purity)을 숭상하여 여러 한국적 상징들을 형성하는데 '얼'이란 (샤머니즘적) 개념이 한국문화의 핵심을 이룬다고 한다. 그래서 이 얼이 한국의 샤머니즘뿐 아니라 심지어 서양에서 온 기독교까지 수용하는 힘이 된다고 설명한다.[38]

유기천은 한국의 유교는 적어도 법률적 방법에 관한 한 다양성(Plurality)으로 특징지어진다고 한다. 즉 법적 권위는 중앙집권적이 아니고 複數的(Plural)이며 분쟁해결의 방식은 相異(different)했다는 뜻이다. 문화의 結晶體(Crystallization of Cultures)라고 할 수 있는 형법은 신분에 따라 범죄와 형벌이 달리 적용되었다. 가족, 사회신분에 따라 형벌이 적용되고, 집단책임(Collective Responsibility)이 인정되었다고 설명한다.[39] 요즈음 한국법문화론을 논할 때 흔히 咸秉春을 최초의 학자인양 말하는데,[40] 이것은 잘못이고 유기천이 10년 가까이 전에 이미 이런 문제설정을 제시했던 것이다. 유기천과 함병춘의 한국법문화론의 異同은 앞으로 좀더 분석 검토해볼 과제이다. 다만 양자가 한국법을 종교와 문화에 심도깊게 뿌리박고 있는 규범으로 파악하고 있는 점만은 확실하다.

Ⅲ. 형법학

'유기천 형법학'이라는 표현이 1960년대에 이미 형성되었을 정도로,[41]그의 형법학은 체계성과 입체성을 갖추었다. 그것은 하루아침에 이루어진 것이 아니고 적어

---

36) P. Ryu, ibid., p. 663. 샤머니즘조직과 계조직의 연관성은 좀더 연구해볼 과제로 남긴다.

37) P. Ryu, ibid., pp. 663-664.

38) P. Ryu, ibid., p. 664. 이것을 오해하면 한국기독교의 부흥원인이 샤머니즘에 근거한다고 볼 수 있으나 수년전 미국 하버드 신과대학의 Harvey Cox 교수가 이런 발언을 하여 교회로부터 반발을 받은 일이 있다.

39) P. Ryu, ibid., p. 665.

40) 예컨대 Kun Yang, Law and Society Studies in Korea: Beyond the Hahm Theses, *Law and Society Review,* vol. 23, No. 5, 1989, pp. 893-901; Dai Kyu Yoon, *Law and Political Authority in Korea,* Kyong Nam Univ. Press, 1990; Chulwoo Lee, Talking about Korean Legal Culture, *Korea Journal,* vol. 38, No. 3, 1998, pp. 45-76. 등의 논의에서 유기천은 전혀 언급되지 않고 있다. 함병춘도 유기천을 언급하지 않고 있다.

41) 김종원·유기천대담, 유기천 형법학을 말한다, **법정** 1968년 1-3월호, 8-14면, 48-59면.

도 15년에 걸친 강의와 연구에 의해 쌓아진 결정체였다.[42] 그는, 형법교과서에는 케니(Kenny), 센케-슈뢰더(Schönke-Schröder), 홀(Jerome Hall), 벨첼(Hans Welzel), 메츠거(Mezger), 윌리암스(Glanville Williams) 등의 것들이 각각 다른 특징을 갖고있음을 지적하고,[43] 자신의 교과서가 어떤 성격을 갖는 것인지 다음과 같이 설명한다.

> 본서는 어떠한 의미에서는 상술한 3자중 그 어느 하나의 범주에도 속하지 않고, 또 다른 의미에서는 그 어느 것에도 유사한 부류에 속한다고 생각된다. 우선 본서는 우리 現行法의 이해에 충실하도록 노력하였다. 이런 점으로 보아 본서는 상술한 3종의 교과서중 제1종에 접근한다. 그러나 저자는 다소 咆虎馮河의 流일지 모르나, 理解論에 있어서의 symbol로서의 언어가 가지는 의미, 특히 그 의미의 相對性이란 원리를 형법이해론에 도입함으로써 예컨대 현행법상의 공범이 소위 제한적 소속형식을 취하였다고 독일형법과 동일한 결론을 내리는 process 등은 단순한 전통적인 훈화적 이해에 머무르지 않았다고 생각한다. 현대과학은 심지어는 자연과학에 있어서라도 Leonard Bloomfield가 말하는 바와 같이 모두 '언어적 성격'(linguistic aspects)을 가지느니 만큼 언어를 합리화하는 process는 —형법이 만약 학문이라면—절대적으로 요청된다. 오직 본서에 있어서 원래 대한민국 형법전이 그 특수한 제약하에 제정되었으니 만큼 淺學菲才한 저자의 능력으로는 도저히 해결할 수 없는 많은 입법상의 과오가 있음으로 인하여 합리화의 process를 완결하지 못하고 문제의 소재만 제시하는 데에 그쳤다는 것을 유감스럽게 여길 뿐이다.[44]

유기천은 「형법학」(총론강의)은 나오자마자 대단한 센세이션을 일으켰다. 한국법의 수준을 세계적으로 드높이는 것으로 평가되었다.[45] 그런데 8년만에 개정하면서 자신의 형법학에 대하여 다시 한번 점검하는 말을 서문에서 이렇게 적고 있다.

> 「형법학」(총론강의)가 1960년에 출간된 이래 벌써 8년이란 짧지 않은 세월이 흘렀다. 그 동안 세상도 많은 변혁을 거쳐 신생민주국인 우리나라에 벌써 제3공화국을 맞이한 이후에도 상당한 연륜을 거듭하게 되었고, 세계형법학계에 있어서도 적지 않은 변화를 보았다. 저자 자신에 있어서도 또한 격세의 감이 不無하다. 본래 초판에 接踵하여 계속 무거운 대학행정의 직을 벗을 길 없어 고심하던 지위에서부터 해방되어, 지금은 뒤늦게나마 이제 다시 '회색의 길'을 더듬게 되었으니, 새로운 욕망이 솟지 않을 수 없다. Mephistopheles는 학문의 길을 '회색'이라고 야유하였지만, 저자는

---

42) 유기천이 1946년에 교수가 된 이후로만 계산해도 1960년에 「형법학」(총론강의)이 나왔으니 15년이 된다.

43) 유기천, **형법학**(총론강의), 초판서문, 일조각, 1960.

44) 유기천, 위의 책 「형법학」, ix면.

45) 본서에 대한 서평은 남홍우, 서울大 **法學** 3권 2호, 1962.

물론 견해를 달리한다. 거꾸로 그가 '녹색'으로 본 '황금의 인생수'(Grün ist des Lebens goldner Baum)로 하여금 과연 참된 황금의 꽃을 피게 하는 동력은 '회색'같이 보이는 학문에서만 용출함을 확신한다. 마치 진흙이 연화의 꽃을 피게 하듯이. 저자는 이 나라의 모든 혼란은 오로지 가장 고결한 智力에 의해서만 제거시킬 수 있고, 이 나라의 새로운 건설 또한 가장 깊은 학문의 기반 위에서만 건립될 수 있음을 믿어 의심하지 않는다. 이런 見地에서 8년동안이나 방임해 두었던 「형법학」은 寸刻을 다투어 재구성되어야 한다고 생각한다. 그러나 이 개정판은 본질적으로 초판과 큰 차이가 없음을 먼저 솔직히 고백하지 않을 수 없다. 저자의 의도는 새로운 형법학의 구성에 있으나 우선은 부분적인 개정의 범주를 벗어나지 못한 채 개정판을 내게 되었다. 여기서 독자제위께 넓은 寬容을 伏願하여 마지않는다. 원래 독일의 犯罪三元論이 체계를 갖춘 지도 벌써 60년 이상 경과되었고, 그 동안에 허다한 형법학 발전의 자취를 볼 수 있으나, 저자의 소견에 의하면 지금은 새로운 System이 요망되는 단계에 도달하였다고 느껴진다. 범죄삼원론이 그대로 유지될 수 있는가, 있다면 과연 어떤 의미에 있어서인가, 적법성과 소위 不法은 구별의 實益이 있는가, 고의·과실 좀더 근본적으로는 책임이란 개념 등은 어떤 의미에서 이해되어야 할 것인가, 사회과학은 형법학의 방법론에 어떤 기여를 할 것인가, 입법론과 이해론의 한계는 과연 어디에서 구할 수 있을 것인가 등등의 허다한 문제점은, 한 System에 의하여 답변이 되어야 한다고 본다. 본서에서는 아직 감행되지 못하였지만, 학계 제위의 신랄한 편달을 더욱 바라마지 않는다.[46]

유기천은 시간이 지나면서 더욱 자신의 형법학 교과서를 사회사정에 의해 손보지 못함을 아쉬워하는 소감을 솔직히 피력하고 있다. 학자의 학문세계와 생활환경과의 관계를 절실하게 보여준다.

원래 이 「형법총론」은 11년전 초판이 출간되던 때부터 양심을 가지고 저서라고 이 세상에 내놓을 수 없는 여러 가지 여건 밑에서 그래도 없는 것보다는 나을 것이라는 생각에서 첫선을 보였던 것이다. 그 후 연륜이 거듭함에 따라 전면적인 개정판으로 새로 써 달라는 마음 더욱 간절하였고, 더욱이 작년 가을 외국에서 돌아와서는 꼭 집필해 보겠다고 결심하였던 것이다. 그러나 세태는 날이 가고 달이 바뀌면 바뀔수록 더욱더 어려워져서 학도로 하여금 그 본연의 길을 더듬고 있을 수 없는 Sackgasse에 도달한 듯하다. 「살아야 할 것이냐, 죽어야 할 것이냐? 이것이 바로 문제이다」(To be, or not to be; that is the question)라고 부르짖던 Hamlet의 심정이 이 나라에 生을 가진 인생이라면 누구나 다 느껴질 줄 안다. 그러나 이런 어려운 여건을 탓하는 것이 책을 잘 쓰지 못하는 excuse가 되어서는 안 된다. 이런 견지에서 저자는 지금 막 독일 Freiburg로 떠나는 최후 순간까지 pen을 들고 있다. 특히 연구방법론만이라도 잘 정리해 보려했으나, 출판사정을 고려한 나머지 이것 역시 적어도

46) 유기천, **형법학**(총론강의) 개정판, 1968 서문.

원고용지 100매는 써야 할 내용을 단 10매로 줄여야 하고 보니, 독자제위께 저자의 뜻이 잘 전달되겠는지 의심스럽다. 명석한 독자제위의 慧眼이 지면 뒤에까지 비추어 주기 바라마지 않는다.[47]

이러한 절박한 사태는 급기야 1972년 유기천의 미국 망명에로 치달았고, 그런 가운데서도 「형법학」 교과서는 한국의 법학도들을 위하여 계속 간행되어야 했다.

1972년 저자는 여기서는 설명하기 어려운 상황하에서 한국을 떠나지 않을 수 없는 사태에 임하게 되었다. 물론 서글픈 일이지만 塞翁之馬의 옛말과 같이, 도리어 더 깊이 연구할 수 있는 좋은 기회가 될 것으로 알고, 은근히 자위하면서 먼저 생각난 것이 「형법학」 全訂版을 곧 내겠다는 것이었다. 그런데 역시 세상사는 새옹지마의 말이 맞는지, 흔히 말하는 "밀가루 팔러 가니 바람이 불고, 소금 팔러 가니 이슬비 온다"는 격이 되어, 接踵하여 일이 일어나는 이런 일 저런 일 때문에 뜻하지 않은 방향으로 세월을 보내었다. 더구나 이 전정판중의 연구방법론은 독일에서 먼저 상징적 형법론(Symbolische Strafrechtslehre)을 발표하고(이미 Relativität 논문에서 언급하였으므로) 여러 반박을 받은 후에 정리해서 쓰려던 것인데 독자제위의 압력이 심하여 우선 불완전한 대로 먼저 이 전정판에 싣게 되었다. 또한 그 동안에 이루어진 우리 대법원의 판결을 검토하여 필요한 것은 모두 수록토록 하였다. 그러나 시간이 없어 다른 부분에는 크게 손대지 못한 채 上梓케 됨을 심히 미안하게 생각한다. 판이 바뀌는 대로 점차 정리될 줄 믿는다.[48]

유기천은 「형법학」(총론강의)를 낸 4년후에 「형법학」(각론강의)를 내었는데, 총론과 각론의 관계를 논하면서 다시 한번 자신의 형법학을 다음과 같이 점검하고 있다.

저자는 재래의 법학, 특히 형법학이 정말로 참다운 Wissenschaft가 되려면, 막연한 개념의 이론적 분석만으로 만족하고 형법학(Strafrechtswissenschaft)의 학문성을 그 속에서 구하여 安住하고 망상치 말고 좀더 근본적으로 symbol로서의 개념 자체의 본질을 정확히 이해하고, 학문의 본질론과의 관련하에서 가장 합리적인 이해체계를 구성하여야 한다고 확신하고 있다.(중략) 그러나 '언어의 상대성'을 무시할 정도까지 의미체계의 一元化를 요청하고 있는 것은 아니다. symbol은 그 frame of reference인 context를 떠나서는 그 의의를 상실하는 것이다. 따라서 형법에서 사용되는 용어는 모두 형법적인 목적에 봉사하여야 한다. 이러한 의미에서 본서는 형법독자의 학문성을 수립하게 위하여 '貧者의 一燈'을 학문계에 드리려 노력하였다고 본

47) 유기천, **형법학**(총론강의), 11판 서문, 일조각, 1971.
48) 유기천, **형법학**(총론강의), 18판 서문, 일조각, 1979. 여기에서 상징적 형법론이 '완성품'이 아님을 시사하고 있다.

다. 지금까지의 Reinhart Maurach가 총론과 각론과의 연관을 지적하고 있으나, 저자의 입장에서 보면 이것도 만족스럽지 않은 것이다. 총론은 각론을 떠나서는 그 raison d'être를 상실한다. 연구의 순서도 거꾸로 각론을 의미체계를 분석한 연후에야 비로소 총론을 전개하였어야 한다. 저자가 재래의 방법을 답습하여 총론을 저술하고 각론에 착수하고 보니, 상당히 허다한 일반화과정이 총론에서 누락되어 있음을 깨닫고 솔직히 그 과오를 긍정하지 않을 수 없다. 이후 총론의 개정판에서는 이 점에 관한 시정이 있어야 할 줄로 믿는다. 그러나 어떻든 본서는 총론과 각론의 입체적 운영을 시도함으로써 형법체계의 종합적 이해를 가져오려고 노력한 점을 미리 여기에 밝혀 두고 싶다. 법학을 이해함에 있어서는 다른 규범과학과는 달리 '사실'이란 factor를 무시할 수 없다. 이러한 의미에서 American legal realists의 입장이 더욱 공고한 기반 위에 서 있다고 본다. 사실이란 factor를 떠난 가치판단은 법학의 일면만을 보려는 것으로, Januskopf와 같은 雙頭를 가진 법의 前半만을 보는 결과가 된다. 이러한 의미에서 본서에 있어서는 가능한 한 판례를 정확히 소개하려고 하였다. 그러나 여러 가지 애로에 봉착하여 우리 판례의 극소수를 소개하는 데 그치고 말았다. 대부분이 구법시대의 판례, 일본의 판례 또는 독일의 판례의 요지의 소개에 그친 결과가 되었다. 극히 유감된 일이나 후일 우리의 판례를 좀 더 입수할 수 있게 됨에 따라 보충하기로 하고 우선 독자 제위의 양해를 구하고 싶다.[49]

'貧者의 一燈'이라는 겸손함에도 불구하고 유기천의 형법학은 대단한 폭과 깊이에 까지 도전적으로 접근해 들어간다. 동양학자뿐만 아니라 서양학자로서도 그렇게 과감하게 칸트(I. Kant) 이후의 유럽 법학이론을 근본적으로 비판할 수 없었던 부분까지 돌진해 들어갔다.

독일의 학자들은 칸트, 헤겔과 결별하여야 한다. 혹은 칸트, 헤겔의 固陋한 應報思想으로는 현대형법을 대변할 수가 없고 응보와 반대되는 敎化(Resozialisierung)이념, 환언하면 라드브루흐가 言明한 바와 같이 응보의 테두리 안에서의 敎化가 아니라, 응보는 교화의 수단으로서만 의미를 가지는 것이라고 주장하고 있다. 그러나 그들은 아직도 무의식적으로 칸트의 영향 下에 있음을 부인할 수 없다. 적어도 學問論(Wissenschaftslehre)의 면에서 보면, 칸트에서부터 일보도 전진함이 없다. 그들이 형법학(Strafrechtswissenschaft)을 云謂하지만 결국은 칸트의 개념론에 불과하다. 칸트는 학문이란 오직 인식의 면에서만 가능하고 가치평가 자체를 다루는 것은 실천이성의 세계에 속하며 따라서 학문의 대상에서 제거될 것으로 보고 있음을 吾人은 재검토하여야 한다. 물론 금일의 세계에서는 가치평가 자체도 과학적일 수 있으며 인간의 평가추구의 면은 의식이 무의식의 영향하에 있고, 따라서 의식 무의식 양면을 통하여 공통한 언어의 뜻을 이해하는 것 이상 더 중요한 일은 없다. 이와 같은

49) 유기천, **형법학**(각론강의), 일조각, 초판 1967. 일본판례가 많이 수록되어 후일 그의 「형법학」이 계속 읽히지 못하는 구실이 되었다는 지적도 있다.

상징분석을 통하여 비로소 합리적 체계화를 수립함이 현대형법학의 과제일 것이다.[50]

이러한 근본적 견해에서 볼 때 당시 선풍적 영향력을 행사하던 벨첼(H. Welzel)의 목적적 행위론(finale Handlungslehre)에도 서슴없이 비판을 가할 수 있었다.

첫째 벨첼은 책임론에 있어서 막스 베버의 책임윤리의 입장을 추종한다. 그러나 좀더 근본적인 문제로서 왜 책임윤리의 입장을 취하지 않으면 안되었느냐 하는 문제에 대한 고찰이 결여되어 있다. 在來에는 윤리학에 있어서 책임의 근거로서 自由意思라고 할 때에는 意識의 세계만이 문제가 되어 있었던 것이다. 그러나 점차 학문이 발전됨에 따라 의식의 세계는 인간행위에 대단히 적은 한 면밖에 안 되는 것이고, 오히려 인간행위는 무의식의 尨大한 세계가 있는 것을 점차 발견하기 시작하였던 것이다. 이에 따르면 의식의 세계와 무의식의 세계와의 관계는 마치 海面 위에 떠 있는 氷山의 위에 나타난 부분과 海中에 잠겨 있는 부분의 그 작은 일부분에 불과한 것이다. 이리하여 인간이 의식 없는 행위에 대하여도 책임을 지는 근거는 무의식의 세계와 의식의 세계가 긴밀한 연관 속에 있는 所以임이 알려졌던 것이고, 여기에 새로운 윤리관의 수립이 가능하게 된 것이라 하겠다. 다시 말하면 벨첼은 형법적 입장에서 인간상에 관한 정확한 해명 없이 형법체계를 수립하려고 한 점에 근본적인 난점이 있는 것이다.[51]

벨첼은 '형법체계의 신형상'(neues Bild des Strafrechtssystems)[52]을 표방하였는데, 유기천은 그것을 비판하면서 자신의 새로운 형법학을 시도하였다. 그런 의미에서 유기천은 그만큼 학문성이 높은 전무후무한 형법학자라고 할 것이다.

현대과학이 발견한 인간상은 한국형법전을 연구함에 있어서 구체적으로 어떠한 지침을 줄 것인가? 이를 위하여 우리는 먼저 형법전의 배후에 잠재한 사상체계를 분석하여 볼 필요가 있다. 우리 형법은 旣遂와 未遂를 구별하고, 공범의 從屬性을 어느 정도 인정하는 점에서 古典學派的 색채가 엿보이지만, 他方에 있어서 限定責任을 인정하고 재판관의 酌量減輕을 인정하는 것으로 보아 新古典學派的 인간상이 농후하게 표현되어 있다. 그러나 외국근대형법에 비하여 우리 형법의 특이한 점은 한정책임자의 책임을 減輕하는 한편, 보안처분으로서 사회방위의 방편을 취하지 않음으로써 2원론적 방법으로 止揚하지 않고 있는 것이다. 이는 주목할 만한 점이다. 생각건대 형법해석론에 있어서는 가능한 한 현대심리학이 가리키는 바와 背馳되지 않는 범위 내에서 타당한 결론을 가져와야 하며 立法論에 있어서는 새로운 인간상을 발견한 이

50) 유기천, **형법학**(총론강의), 75면.
51) 유기천, **형법학**(총론강의), 56면.
52) H. Welzel/황산덕 역, **형법체계의 신형상**: 목적적 행위론 입문, 박영사, 1957, 총 143면.

> 상, 여기서 상응하는 근본적으로 새로운 형법체계의 수립이 요청된다. 吾人은 공간을 정복하는 여행을 떠나기 전에 먼저 행위론, 책임론, 형벌론에 관한 근본적인 재검토를 개시함으로써 인간의 존엄성을 침범하려는 어떤 魔手로부터도 방어할 수 있는 새로운 규범체계를 수립하여야 할 시기가 도래하였다고 생각하는 것이다.[53]

이처럼 한없는 학문적 설계를 약속한 유기천 형법학은 어떻게 발전되었는가? 불행히도 한국현대사의 굴곡과 함께 운명을 같이 하여 「총론강의」가 1960년에 처음 나온 후 1995년에 사실상 막을 내렸다.[54] 한 세대를 풍미한 '형법학의 바이블'이 그 짧다면 짧은 기간 동안에 그렇게 압도적으로 읽힌 것으로 유기천 형법학은 시대적 사명을 다했다고 해석해야 할 것인가? 형법학이란 어차피 세태의 변화와 함께 그렇게 덧없이 지나가는 것인가? 유기천 형법학이 갖는 내용의 수명의 한계 때문인가 아니면 수험법학화, 해석법학화한 오늘날 한국법학계의 풍토의 비학문성 때문인가?

유기천 형법학을 어떻게 평가할 것인가에 대하여는 형법학자들과 기타 법학자들의 검토가 있어야 할 것이다. 필자가 몇 분의 형법학자들의 의견을 듣고 나름대로 종합해보면, 유기천은 원래 동경제대에서 오노 교수에게서 배워 구파이론에 가깝다가 미국 유학을 다녀온 후 심리학적 방법을 도입하여 상징주의 형법이론을 표방하였다. 그는 그것을 '형법학의 코페르니쿠스적 전환'이라고 불렀다. 그러나 그가 비판한 벨첼도 1930년대에 이미 정신분석학이 형법에 핵심적 중요성을 가진다고 지적하였기 때문에 심리학적 방법을 독창적이라 하기는 어렵고,[55] 상징주의 형법이론이 유기천의 독창적 주장이라 할 수 있는데(물론 양자는 상관적이지만), 이것을 일본형법학회에서 발표하여 상당한 주목을 받았는데 서양학계에서 얼마나 반응을 받았는지는 확실치 않다.[56] 유기천 형법학은 한국문화론의 상대주의, 언어분석, 인류학, 심리학 등 '새로운' 방법론에서 문제설정을 한 것은 매우 학구적이고 당시로서 신선한 충격이었는데, 그것이 계속 刑法理論化에로 완성되었는지에 대하여는 회의적이라 아니할 수 없다. 이런 의미에서 '미완의 형법학자'라 할 수 있을 것이다.[57] 학자에게 창조적 두뇌와 정리적 두뇌의 두 타입이 있다면 유기천은 창조적

---

53) 유기천, **형법학**(총론강의), 일조각, 1983(24판), 56-57면.

54) 필자가 일조각 출판사에 문의해보니 「총론강의」가 1995년에 제27판, 「각론강의 상」이 1995년에 제31판, 「각론강의 하」가 1995년에 제28판을 내고 사실상 절판상태로 들어갔다 한다(1999.3. 28. 최재유전무의 말).

55) Hans Welzel, 김종원역, 형법과 철학, **법정** 20권, 5호, 1965년 5월호.

56) P. Ryu, Was bedeutet die sogenannte Relativität des Rechtsbegriffs? 논문에 대하여 유박사는 서양학계의 반응을 기대한다고 하였으나, 어떤 반응이 있었는지 아직 확인되지 않았다.

57) 김종원, 1999년 3월 29일 필자와의 대담.

두뇌가 더욱 발달된 학자같이 보인다. 그는 문제점을 파헤치는 데에는 예리했지만 그것을 잘 정리하고 해결하는 데에는 이르지 못해 독자들에게 상당한 혼란을 주는 면도 있었다. 유기천 형법학에는 모순되는 면모들이 내재되어 있다.

1) 유기천은 한국문화의 '샤머니즘적' 특성 위에서 형사책임을 논해야 한다고 하면서 다른 한편으로 '자유사회'라는 가설 내지 이념에서 평가해야 한다고 함으로써 이 특수성과 보편성 사이에서 어느 쪽으로 판단하자는 것이며, 자신은 어디에 더 기울어졌던 것인가?[58]

2) 그의 심리학적 형법이론으로 그렇게 강조한 심층심리학에서 보는 무의식에 의하여 지배되는 '새로운 인간상'을 대상으로 한 형법적 행위론, 책임론이 있어야 한다고 주장했지만, 스스로 어떤 내용을 정립하였는가? 또한 그것은 현실적으로 얼마나 적합성이 있는 주장인가?

3) 상징주의 형법학은 얼마나 구성되었는가? 개념과 상징은 구별된다면 그가 그렇게 강조하는 죄형법정주의와 법실증주의 사상에서 상징의 역할은 어느 정도 허용되며 한계를 갖는 것인가?

4) 유기천은 혼자서 시도하다 도중에서 끝난 형법이론가라고 할 것인가? 그래서 남들이 모방할 수도 승계할 수도 없는 독특한 혹은 괴상한 형법학의 주장자였던가?

이런 물음들에 대하여 적어도 오늘의 한국형법학자들은 무언가 대답하고 계속 추구해나가야 할 것이다. 그것을 피한다면 형법학자들은 '한국형법학'을 쌓아가지 못할 것이다. 형법학자가 아닌 필자는 더 이상 '유기천 형법학'의 내용을 상론하고 그 功過를 논할 수 없다. 그것은 후배 형법학자들의 몫이다. 그러나 여기서 하나 지적하고 싶은 것은 유기천 형법학은 기타 인문, 사회과학과 대화할 수 있는 학문체계였다는 사실이다.[59]

유기천이 한국형법을 영어와 독어로 번역하여 단행본으로 출간하고,[60] 많은 영어논문을 발표한 것은 국제적 학자로서의 면모가 돋보인다. 그리고 1978년에 미국

58) 유기천, 위헌성 일고, **학술원논문집** 13, 1974, 109-121면에 의하면, 유기천은 1973년 일본 최고재판소에서 尊屬親殺傷罪의 違憲 판결과 마찬가지로 우리나라 형법 제250조 2항의 尊屬殺人 규정도 위헌이라고 주장하고 있다. 이러한 견해는 한국문화의 방향보다 자유사회의 방향쪽에 가깝다 할 것이다.

59) 金日秀는 다음과 같이 말한다. "지금까지 독일 형법위주의 학문적 풍토에서 요소마다 영미형법 이론의 도입을 위한 사려 깊은 노력을 해온 유기천박사는 한국 형법학의 발전 방향에서 독자적인 계보를 형성한 분으로 평가할 수 있을 것이다. 이러한 노력은 앞으로도 한국 형법학의 새로운 지평을 위해 시사하는 바가 크다 하지 않을 수 없다." (김일수, **한국형법** Ⅰ, 총론상, 박영사, 1992, 42면.)

60) Paul K. Ryu(ed.), *Korean Criminal Code,* N. Y. 1960; *Koreanisches Strafgesetzbuch,* Berlin, 1968.

비교법학회에서 1975년의 독일형법전(StGB)에 대한 심포지움에서 유기천은 부인 실빙과 함께 발표자로 참석하여 신 독일형법의 이론과 방법론적 배경에 문제점들이 있다고 비판적 견해를 발표했다. 미국에서도 유수한 형법학자들이 모인 학술적 모임에서 유박사부부의 학문적 수준을 보여주는 빛나는 자리였다.[61] 이렇게 본다면 유기천의 형법학적 관심과 활동은 늦어도 1976년까지 계속된 것으로 보인다.

Ⅳ. 학문자유론

유기천에게서 학문의 자유, 대학의 자유에 관한 사상은 어떤 위치를 차지하고 있는가? 한 마디로 그는 어느 나라의 역사이든지 그 나라의 발전에는 반드시 학문의 융성이 있고 인간만이 가질 수 있는 학문의 연구는 학문의 자유를 전제로 하여서만 가능하고, 허다한 先人들이 고귀한 학문의 자유를 위해 성스런 피를 학문의 제단 위에 흘려주었다 한다. 이것은 그냥 문학적으로 하는 표현이 아니라 유박사에게는 철두철미한 철학이요 신앙이었다. 그는 "이 나라의 모든 혼란은 오로지 가장 고결한 智力에 의해서만 제거시킬 수 있고, 이 나라의 새로운 건설 또한 가장 깊은 학문의 기반 위에서만 건립될 수 있음을 믿어 의심치 않는다"고 단언했다.[62] 그가 서울법대 「Fides」지에 1963년부터 2년간에 걸쳐 4회로 나누어 연재한 '대학의 자유'란 논문에서 그는 대학의 자유가 유럽, 미국, 일본에서 어떻게 투쟁되어 왔는가를 면밀하게 검토하였다. 그에게는 '조국의 흥망과 불가분 일체를 가지는 대학의 자유'만 있다. '학문의 투쟁사'라는 것이 실감된다.

그는 유럽의 대학사에서 아베라르(Abelard), 위클리프(Wicliff), 후스(Hus), 루터(Luther), 코페르니쿠스(Copernicus), 갈릴레오(Galileo), 캄파넬라(Campanella), 칼빈(Calvin) 등 인물들의 투쟁을 역사적으로 설명하고, 독일의 대학은 행정적으로 완전한 자치단체이며, 학습의 자유(Lernfreiheit)와 교수의 자유(Lehrfreiheit)가 어떤 것인가를 설명한다. 그는 "독일에서의 대학의 자유는 근본적으로 독일국가에 봉사하겠다는 애국적 정열에서 유래하며, 이러한 애국적 동기와 독일 특유의 전통적인 관념철학이 결합하여 대학의 자유를 내적 자유와 외적 자유를 구별하지 않을 수 없었다. 특히 그 외적 자유에 관하여는 일단 학원 내에서는 극단의 자유가 보장되지 않는 한 학문의 부흥은 있을 수 없는 데 반하여 학문 외에 있어서는 교수가 이에 간섭하여서는 아니 되는 것으로 보았다"고 한다.[63] 미국에서는 대학의 자

61) P. Ryu, Discussion of Structure and Theory of the German Penal Code, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 24, No. 4, 1976, pp. 602-614.

62) 유기천, **형법학**(총론강의), 개정판, 1968, 서문.

유의 문제는 하버드, 예일, 프린스턴에서처럼 종교와의 마찰에서 출발하였으나 다윈주의(Darwinism)와 독일의 영향으로 점차 교파주의(Sectarianism)가 후퇴함에 따라 학문(Science) 대 부(Wealth)의 항쟁으로 변모하게 되었다고 한다. 흥미 있는 예로 1916년 제1차 대전 당시 하버드 출신 갑부가 親獨派 뮌스터베르크(Hugo Münsterberg) 교수를 해임하면 모교에다 1000만 달러를 기증하겠다고 했는데 로웰(Lowell) 총장이 이것은 학문의 자유를 침해하는 일이므로 수락할 수 없다고 일축해 버렸다고 한다. 그러면서 유박사는 "敵國에게 유리한 발언을 하였다 하여도 이것이 학문적 근거에서 행해진 이상 학원의 자유란 기치 밑에 보호받아야 한다"고 말한다.[64] 유기천은 특히 일본에서의 대학의 자유의 투쟁사에 관심이 많은데, 1933년 경도대 다까가와(滝川) 교수 사건 등 여러 예를 든다. 그 중에서도 1937년 야나이하라(內原矢) 교수가 일본의 중국본토 침략에 대해 「中央公論」지에 '국가와 이념'이란 글을 써서 "국가는 우연한 단체가 아니다. 모두 인류문화의 창조란 성스런 이념을 다하는 한에서 그 존재의 의의가 있는 것이다.... 이웃나라를 무력으로 침략하고 있으니 칼로 치려는 자는 칼로 망한다는 근본 진리를 망각하고 있는가"라고 강렬히 비판하였다. 文敎相이 동경대 총장에게 야니이하라 교수를 권고 사직하도록 종용했으나 이에 응하지 않자 "동경대 학생들이 총궐기하여 한때 행정부와 학생들 사이에 험악한 사태가 벌어졌으나 칼자루를 잡은 자와 칼날을 잡은 자 사이의 항쟁이란 그 결과가 명료한 바와 같이 학생들은 결국 눈물을 머금고 존경하는 야나이하라 교수를 학원에서 작별하지 않을 수 없었다"고 한다.[65] 이 사건 당시 유기천은 히메지고등학교에 다니면서 유심히 관찰하고 2년후 동경대학에 입학하여 해군중장이 총장인 戰時體制였음에도 야나이하라 교수가 그를 흠모하는 학생들을 자기 집에 모아 매주 두 번씩 집회를 갖는데 1년간 참석하였다고 적고 있다.[66] 또 사회정책학자 가와이 에이찌로(河合榮治郞) 교수가 자유주의자로 낙인찍혀 동경대를 떠나야 했는데, 1939년 가을 동경대 YMCA회관에서 개최된 좌담회에서 "나는 후배 여러분에게 이 시국에 영합하라든지 혹은 반대하라든지 말하고 싶지 않다. 현명한 여러분이 알아서 판단하겠기 때문이다. 그러나 한 가지 부탁할 것이 있다면 여러분은 타인 때문에 살지 말고 여러분을 위하여 살라. 즉 意志의 인간이 되라"고 하였다. 이에 대해 유박사는 "정열에 넘쳐흐르는 동교수의 열변은 匹夫인 나의 마음을 움직이고도 남음이 있었다"고 깊은 감명을 적고 있다.[67] 이러한

63) 유기천, 대학의 자유(2), *Fides,* 10권 2호, 1963, 40면.
64) 유기천, 대학의 자유(3), *Fides,* 11권 2호, 1964, 6면.
65) 유기천, 대학의 자유(1), *Fides,* 10권 1호, 1963, 5면.
66) 유기천, 대학의 자유(1), 위와 같은 곳, 6면.
67) 유기천, 대학의 자유(1), 위와 같은 곳, 6면. 가와이 교수(1891-1944)는 「파시즘批判」을 많이 낸 자유사상가였는데, 유기천이 얼마나 사상적 영향을 받았는지는 더욱 연구과제다.

감동은 그냥 지나지 않고 평생 유기천의 머리를 점령해 있었던 것처럼 보인다. 그러면서 "일본이 연합군에 무조건 항복한 이후 일본학계에서는 물론 동경대에서는 남바라(南原繁) 교수가 제1대 총장이 되었고, 제2대에 야나이하라총장, 그리고 경도대에서는 역시 다까가와 교수가 총장에 피선되는 것은 당연한 귀결이었다. 여기에 묵과할 수 없는 사실은 좌익 또는 자유주의 교수라는 지탄을 받고 학원에서 추방되었던 여러 교수들은 종전후 좌익의 세력이 강력히 대두되어 왔음에도 불구하고 좌경한 행동이란 한 사람도 찾아볼 수 없고 그들이 참된 애국자였음이 명백할 뿐 아니라 다까가와총장의 간통죄 폐지론은 입법화되었고, 야나이하라총창의 일본은 망한다는 예언은 역사적 사실로서 실증되었다는 의미에서 그들은 先知者이었다고 단언할 수 있다"고 말한다.[68]

이처럼 외국에서의 대학의 자유의 투쟁사를 섭렵한 후 유기천은 다음과 같이 우리의 현실을 관찰한다.

> 그러면 우리는 이같이 중요하고 조국의 운명과 不可分 일체를 형성하는 대학의 본질과 그 자유를 어떻게 이해하고 어떤 범주에서 이를 위하여 투쟁할 것인가. 우리는 과연 4.19 3돌을 맞이하는 이 마당에서 '학원의 자유는 칩거적 孤高와 체념의 美德을 강요당하면서 짓밟혔기' 때문에 또 혹은 '4월의 뜨거운 피의 敵이었던 白色獨裁와 그를 뒷받침한 사회적 諸矛盾 즉 사회경제적 半封建구조, 외세의존의 매판적, 정치경제 질서의식의 보수성 등 온갖 질곡은 여전히 온존된 채 4월의 정신은 왜곡 당하고 자기 합리화의 선전물로 타락 당하였기' 때문에 우리 서울대학에서 금지하는 데모행진을 꼭 하여야 할 것인가. 대학당국은 과연 '칩거적 고고와 체념의 미덕을 강요당하고' 있는 것인가. 이는 결코 사소한 일이 아니다. 적어도 학문의 길을 걷겠다고 나서는 자들은 교수거나 학생이나 막론하고 보다 진지하게 검토하고 그 태도를 결정하여야 한다.[69]

이렇게 근원적인 문제설정을 한 후 유기천은 한국에서의 대학의 자유의 방향을 다음과 같이 진단한다.

> 이 대학의 자유란 이념은 대학이 존재하는 한 본질적으로 요청되는 대학 존립의 근본요체임은 물론이지만, 이는 어디까지나 문화적으로 발전 육성되는 이념이니 만치 우리의 문화의 발전단계를 검토함이 없이는 이를 파악할 수 없다고 본다. 그런데 우리의 문화는 대학의 자유를 향유할 수 있는 기본 위에 서 있다고 볼 수 있겠는가? 또한 여기의 이른바 대학의 자유란 어떠한 의미를 가져야 할 것인가? 우리는 chauvinist적이요, 주관적인 自慰에 스스로 속지 말고 허심탄회하게 우리의 현실을

68) 유기천, 대학의 자유(1), 위와 같은 곳, 7면.
69) 유기천, 대학의 자유(1), 위와 같은 곳, 7면.

> 정직하게 직시하는 데에서부터 출발하여야 한다. 이 나라에 있어서는 대학의 자유 以前의 문제가 문제되고 있지 않을 것인가. 왜냐하면 이념상 민주주의란 각자가 독립한 판단을 할 수 있다는 대전제에서 가능한 것인데 우리 사회는 솔직히 보아서 이른바 지식층까지도 數의 다수만 따르려는 일종의 전통이 서 있다고는 생각되지 않을까 의심스럽기 때문이다. 대저 민주주의 국가 혹은 자유사회를 이룩하려면 다른 정치적 자유들도 중요하지만 보다 더 기본적이고 근원적인 자유는 司法權의 자유, 언론의 자유 및 학문연구의 자유란 3가지 자유의 정립을 대전제로 한다고 본다.[70]

이처럼 대학과 대학의 자유에 대하여도 기본적으로 문화적 접근을 시사하면서 유기천은 한 걸음 더 나아가 다음과 같이 진단한다.

> 지식인은 먼저 이 나라의 문화를 분석할 능력이 있어야 한다. 본 대학의 기본입장인 정치에서부터 대학을 流離한다는 입장 역시 현행 법제도가 그렇기 때문에 현존 법질서를 지켜야 한다는 의미에서뿐만 아니라 현존 우리 문화적 여건이 이대로 존재하는 한 당분간 정치로부터 유리시키는 것이 좋다고 생각한다. 대학에서는 참된 지혜와 용기를 구비한 지도자적 인격을 생산하여 국가에 바치는 것 이상 중요한 일은 없기 때문이다. 현행 교육제도는 물론 이런 참된 지식인을 생산해 낼 수 있도록 되어 있지 않는 것도 우리의 현실문화의 문제로서 연구해 보아야 한다. … 사랑하는 법대생 제군! 나는 誠實性을 가진 여러분을 존경하고 싶다. 제군 역시 성실성 있는 사람이면 서로 존경하고 아껴주길 바란다. 성실성이 있는 인간이 모인 사회에는 참된 자유가 스스로 깃들게 되고 이런 지성인들이 모인 사회의 자유는 누가 감히 침범할 수 없다. 주위의 근거 없는 잡음에 귀를 기울일 필요도 없다. 詩聖 괴테는 “Sage mir wie viele Feinde du hast und ich werde dir sagen, wie viele Mal Mensch du bist”(당신이 얼마나 많은 公敵을 가지고 있는가를 보아 당신에 偉大度를 측정할 수 있다)고 말한 것도 이런 의미에서 이해하여야 한다. 그 사회를 더 깊이 시정하고 많은 일을 더 많이 하면 할수록 俗人들의 피나는 비난을 각오하여야 한다. 후진성이 많으면 많을수록 이런 비난은 더 많이 일어나는 법이다. 남북으로 갈라진 조국을 통일하고 참된 자주, 자립의 국가를 세울 일은 우리 대학에서 법학을 연구하고 있는 제군에게 과해져 있다고 본다. 법치정신이야말로 이 나라를 구제할 기본이념이기 때문에서뿐만 아니라 참된 지혜를 연마하는 대학생이야말로 참된 이 나라의 주인공이기 때문이다. 깊은 自重自愛가 있기를 甚願한다.[71]

요약컨대, 유기천은 진정한 민주자유국가는 사법권의 자유, 언론의 자유, 학문연구의 자유에 기초하며, 학문연구의 자유는 대학을 중심으로 싸워서 전통을 이루어 가야만 조금씩 축적되어지는 것으로 파악하였다. 너무 당연한 주장 같으면서도 새

---

70) 유기천, 대학의 자유(4), *Fides,* 12권 2호, 1965, 5면.
71) 유기천, 대학의 자유(4), 위와 같은 곳, 6-7면.

삼 필요하고 감동적인 메시지같이 들린다.

Ⅴ. 법학교육론

유기천은 한국에서 최초로 영미법을 강의한 학자로 알려져 있다. 그래서 그는 일찍부터 미국식 케이스 메소드(Case Method)에 의한 법학교육을 시도하였다. 물론 전체적으로 대륙법 체계와 강의식 교육방법이 지배적인 한국법학계에서 전적으로 미국식 케이스방법으로 전환한다는 것은 불가능했다. 그도 역시 「형법학」 교과서를 독일식으로 방대하게 체계적 이론서로 내고 수많은 수강생들 앞에서 일방적 강의 형태로 가르쳤지만 그의 교과서에는 수많은 판례가 脚註로 처리되어 수록되어 있었다. 유기천은 법의 지배를 통한 민주주의의 건설에 법학교육이 가장 중요한 역할과 책임을 갖고 있다고 확신하였다. 이것을 위하여 그는 미국식 로스쿨제도로 바꿀 수는 없지만 사법시험에 합격한 우수한 학생들만이라도 제대로 대학원 레벨에서 심도 깊은 법학을 가르쳐 良質의 법률가를 양성해야 한다고 생각하고 司法大學院의 설치를 주장하여 관철시켰다. 당시 趙鎭滿대법원장의 지원을 받고 법무장관도 설득하여 서울대학교 안에 司法大學院을 개원시켰다. 실로 그와 같은 실력자가 아니면 할 수 없는 일이었는데, 그는 이것을 위하여 총장제의를 수락할 정도로 집념이 강했다.

유기천을 포함하여 많은 학내외 강사진으로 사법대학원은 잘 운영되어 갔다. 그러나 시간이 지나면서 유기천이 서울대 총장직에서 물러나고 박대통령과 갈등관계에 들어서면서 1969년에 사법대학원은 문을 닫고 사법부에서 만든 司法硏修院이 설립되어 오늘에 이르고 있다. 이에 대해 유기천은 다음과 같이 회고하여 자신의 견해를 피력하고 있다.

> 내가 총장직을 수락한 또 하나의 이유는 司法大學院과 관련이 있다. 나는 사법대학원이 한국의 민주화를 위해 중요한 받침대라고 여겼다. 총장직에서 물러난 다음에도 나는 박대통령에게 사법대학원을 지속시켜 달라고 필사적으로 간청했다. 불행히도 내가 사임하자마자 박대통령은 이 교육기관을 서울대 부속에서 사법부 산하로 옮겨 버렸다. 서울대 부속일 때에는 폭넓고 탄탄한 법률기초를 쌓을 수 있었다. 사법부에서는 단지 법률 테크닉만 훈련시키고 있어 지금은 중간에 거치는 훈련소 역할밖에 하지 못하고 있다. 나는 단지 박정희의 농간에 놀아난 것일까? 사법대학원의 운명에 대해서는 적어도 두 가지 의견이 있을 수 있겠다. 그 하나는 독재자에게는 민주주의를 맡길 수 없다는 의견이다. 민주주의의 받침대 역할을 하게 될 교육기관을 박대통령이 후원하도록 하는 것은 잘못이라는 것이다. 내 대답은 이렇다. "진보를 이룩하는데 정해진 틀은 없다. 민주주의로 가는 길은 종종 피와 땀으로 얼룩진다. 인간의 진

보는 변증법적 발전으로 이루어진다." 또 다른 의견은 사법대학원과 같은 법률전문 교육기관을 통해 민주화를 이루려는 나의 노력이 결국은 실패했다는 지적이다. 내 소송을 기각했던 수석판사도 바로 그 사법대학원 출신이라는 점을 지적할 수 있을 것이다. 나를 비판하는 사람은 또 당장 필요한 것은 사법대학원이 아니라 법정신에 따라 판결할 참된 용기와 양심을 법관 스스로 발전시키는 일이라고 주장할른지도 모른다. 사실 문제는 법률지식이 아니라 법관의 윤리다. 그렇지만 인간의 양심은 그냥 자라는 것이 아니라고 믿는다. 전반적 지식의 증가와 국가가 추구하는 궁극적인 가치에 대한 심오한 통찰력에 의해 키워지고 다듬어 지는 것이다. 한번 실패했다고 사법대학원의 중요성이 사라지지는 않는다. 얼핏보아 사법대학원제도는 현재 죽은 것이나 마찬가지이다. 그러나 나는 참으로 믿는다. 때가 되면 사법대학원의 설립이념이 비슷한 교육기관을 통해 되살아 날 것을. 단지 지식기능공이 아닌, 민주발전의 가치에 대해 깊이 관심을 두고있는 참된 법관이라면 그 필요성을 깨달을 것이니까.[72]

이러한 유기천의 법학교육론은 한마디로 요약하면 4년제 법과대학교육을 기초로 하여 사법시험에 합격한 예비법률가들에게 수준 높은 법학교육을 시켜 양질의 법률가를 양성한다는 것이다. 그는 미국의 로스쿨제도도 잘 알았고, 독일의 법조양성제도(Juristenausbildung)도 잘 알았다. 그는 스스로 초석을 놓은 법과대학을 폐지하면서까지 전문교육기관으로 바꾸어야 한다고 생각할 수는 없었을 것이다. 그러나 적어도 법조인이 되려면 제대로 아카데믹한 훈련을 쌓아야 한다고 생각했기 때문에 사법시험을 합격한 후에도 반드시 대학원에서 심화된 법조교육을 받아야 한다고 확신하였다. 이런 면에서 요즈음 논의되는 로스쿨 주장과는 차이가 있는 것이지만, 법률가 양성을 제도의 변화보다도 법학교육의 深化, '지식만이 아닌 윤리'에 관심을 두고 있다는 것이 특징이라 하겠다.[73] 그의 법률가에 대한 기대와 이상은 매우 높았고 성스럽기마저 하였다. 그는 이렇게 말한다.

법률가의 사명은 다른 직업인들의 그것과 다르다. 목공이나 건축기사는 책상이나 건물만 잘 만들어 놓으면(충분한 기능만 발휘하면) 그것으로 족하지만 법률가란 직업은 법률 기술(skill)만 배워서 그 기술을 잘 발휘함으로써 끝나는 것이 아니다. 도리어 이런 사람들은 흔히 말하는 "좀치기 지식은 도리어 위험하다"(A little knowledge is a dangerous thing)는 格談처럼 위험천만하기 때문이다. 법조인중에는 때로는 —외국에서도 가끔 보는 일이지만—"인간은 지극히 적은, 비천한 지능을 향유한다고, 마치 스스로가 神인 것같이 착각하고 있다"(Mit dem bischen dreckigen Verstand, den der Mensch hat, wähnt er sich ein Gott zu sein)는 Goethe의 말이

72) 유기천, 「신동아」의 위의 글, 387면.

73) 유기천, 새로운 법학도들에게, **법정** 21권 3호, 1966년 3월호, 6-7면; 유기천, 민족중흥과 법조교육의 근본문제, **법정** 24권 6호, 1969년 6월호, 4-10면

> 들어맞는 듯한 경우가 있음을 볼 때마다 더욱 上記 속담이 머리에 떠오르곤 한다. 우리가 비단 한국만이 아니라 전세계가 이념적 대립에 의한 전쟁의 위기 속에서 신음하고 있는 次際에 법률가의 참된 사명을 다하지 못하는 법률가는 그리스도가 말씀하신 바와 같이 "이 세상에 태어나지 않았음이 좋았을 것"일지도 모른다. 법률가로서는 어떤 그 참된 사명이 무엇인지를 깨닫는 데에서부터 그의 직업은 시작된다. 부스러기 법률지식을 가졌다고 그 사회의 지도력을 가졌다고 자처한다면 가소로운 일이다.[74]

이처럼 투철한 법학관과 법조정신을 가진 유기천은 수많은 국제회의에 참석하여 한국과 아시아의 법학교육에 관한 발표를 하고 외국학자들과 토론하면서 법학교육의 개선방향을 모색하였다.[75] 그리고 외국의 학술지에 한국법을 소개하여 위상을 높였다.[76]

Ⅵ. 법철학

유기천은 법과대학에서 「법학개론」은 가르쳤지만 「법철학」 강의는 하지 않았다. 따라서 법철학 교과서를 쓴다든지 본격적인 법철학 논문을 발표하지는 않았다. 그러나 그의 형법학과 한국법문화론의 전편에는 광범하고도 심도 깊은 법철학적 성찰이 깔려있다. 그는 법이란 무엇인가를 철학적으로, 논리적으로 분석하지는 않지만 법치주의와 법문화에 대한 확신과 설명은 법철학적 사색을 강하게 느끼게 한다. 그의 형법학이론은 미국과 독일의 형법이론들을 비판적으로 검토하고 그 자신이 주장하는 심리학에 기초한 상징주의 이론을 강력히 주장한다. 이를 위하여 그는 근본적으로 인간에 대한 새로운 인간상의 이해 위에 형법을 포함한 모든 법이론을 구축해야 한다고 확신하였다.

> 전통적인 사고방식에 의하면 형을 가중하면 일반이 威嚇를 받아 범죄를 범하기에 주저하게 되는 줄로 생각하고 있으나 그것은 어디까지나 착각에 지나지 않는다. 현대심리학이 발견한 바에 의하면 인간의 超自我가 둔하여졌기 때문에 형을 받기를 오히려 희망하는 정도의 범죄인이 다수 있는 것이다. 18세기에 자아를 발견한 인간은 자아의 의식의 세계에 도취된 나머지 인간에 있어 다른 세계가 공존함을 발견치 못하였으나, 19세기의 반동기를 경과하는 동안 인간은 새로운 무의식의 세계를 발견하

---

74) 유기천, **형법학**(총론강의), 전정판(全訂版) 서문, 1979.

75) 예컨대 Paul K. Ryu, Legal Education in the Far East, *World Peace through Law Proceedings*(Washington), 1965.

76) Paul K. Ryu, Laws of Republic of Korea, *International Encyclopedia of Comparative Law,* vol. 1, Tübingen, 1975, pp. 1-10.

> 였다. 이와 때를 같이하여 인간과 지구 중심으로만 생각할 줄 알았던 인간은 인간내의 타자와 지구외의 공간의 존재를 인식하기 시작하였다. 그리고 철학상으로는 자유와 필연은 모순된다고 보았던 근본논리가 흔들리기 시작하여 오늘에 있어서는 양자는 모순되지 않음을 알았다. 여기에 비로소 과학은 가치를 취급하는 형법학과 병행하여 새로운 가치체계를 수립할 기초가 열리게 된 것이다.[77]

이러한 관점에서 유기천은 1960년에 지배적이었던 벨첼의 목적적 행위론을 비판하고 자신의 상징주의 형법론을 주장하였던 것은 위에서 고찰하였다. 그는 문화의 場(field) 안에서 형사책임을 논하면서도 라드브루흐(G. Radbruch)의 가치상대주의(Wertrelativismus)에 대하여는 별로 관심을 두지 않았고, 켈젠의 법실증주의에 대하여 오히려 적극적 의미를 표현하였다. 자신의 '자유사회'(Free Society)의 개념을 켈젠의 근본규범(Grundnorm)과 같은 것이라는, 법철학적으로는 문제가 많은 과감한 표현까지 하였다.[78]

그는 착한 사마리아인법(Good Samaritan Law)에 대하여도 관심을 갖고 그의 형법각론 교과서에서 다음과 같이 서술하고 있다.

> 현대 각국의 입법 예를 보면 이른바 Good Samaritan Law에 관한 입법을 가지고 있다. 즉 자기는 아무 의무가 없는 경우라도 타인이 생명자체에 대단히 위험한 상태에 처하여 있음을 보고, 또 이를 구조함에 행위자에게 아무 피해가 없음에도 불구하고 이를 악의를 가지고 遺棄함으로써 피해를 초래하는 경우를 벌하는 것이다. 예컨대 불란서 형법 63조, 독일형법 330조 C, 유고슬라비아 형법 147조 등이다. 한국형법이 이것을 입법화하지 않은 것은 극단의 자유주의(Laissez-faire)의 사고방법에서 오는 것으로서, 이러한 지나친 이기주의적인 자유주의를 지양함이 자유사회의 기본이념에서 요청된다고 생각된다. 그러나 형벌의 방법은 반드시 외국의 입법예가 타당한 것은 아니다.[79]

死刑에 대한 유기천의 견해는 자신의 분석틀에서 균형감있는 '타협적' 결론을 도출하고 있다.

> 사형존폐론에 관하여서도 우리는 물론 먼저 무엇이 우리가 원하는 바이고 무엇이 가치적인 것이냐 하는 문제와, 또 순전한 과학자로서 무엇이 우리의 현실이 원할 것

---

77) 유기천, **형법학**(총론강의), 일조각, 1983(24판), 56-57면.

78) 유기천 · 김종원, 유기천 형법학을 말한다, **법정** 1968년 1-3월호; 유기천과 켈젠의 관계는 독립된 연구를 요한다. 그의 생애와 이론에 켈젠은 자주 접촉된다.

79) 유기천, **형법학**(각론강의 상), 일조각, 1971(17판), 15면. 유기천의 '자유사회'가 '자유주의' 이데올로기와 동일시될 수 없음을 보여준다.

이냐 하는 예측에 관한 문제와는 구별하여 고찰하여야 한다. 물론 전자의 경우에 있어서는 사형은 이성적인 국가의 제도로서 이를 존속시킬 하등의 근거가 없으며, 좀더 철학적으로는 톨스토이(L. Tolstoi)가 이미 지적한 바와 같이 인간은 인간을 사형에 처할 근거를 갖고 있지 않는 것이다. 또한 사형은 우리의 '자유사회'의 이념과 모순된다 하지 않을 수 없다. 그러나 후자의 경우 즉 한 국민이 어느 정도에 가서 이것을 수용(accept)할 것이냐 하는 문제는 별개의 문제이다. 우리의 문화가 속히 향상되어 일반이 사형을 폐지하는 것이 옳다고 생각하게 되는 날이 속히 오기를 기다릴 뿐이다.[80]

이상의 유기천의 모든 법사상에는 근본적으로 기독교적 사상이 밑바탕을 이루고 있다고 말할 수 있다. 유기천은 독실한 기독교 가정에서 출생한 이후 죽음에 이르기까지 기독교 신앙으로 일관하였다. 일본 동경대학 유학시절에 무교회주의자 야나이하라 다다오(矢內原忠雄) 교수의 사상에 깊은 감명을 받았고,[81] 1968년에는 기독교인 法曹人會의 모임인 「愛重會」의 회장직을 맡기도 하였다.[82] 무엇보다 그에게 기독교신앙의 힘을 준 것은 부모로부터의 정신적 유산이었지만 부인 실빙과의 결혼을 통하여 유대교 사상과의 接木이 또한 중요한 요인이 되었다. 1959년 하와이 발표에서도 마지막을 그리스도의 "진리가 너희를 자유케 하리라"는 성서구절을 인용하면서, "자유란 선택할 자유와 합리적이라고 생각되는 행동의 코스를 따를 자유"라고 결론지었다.[83] 그는 실빙과 함께 서양의 민주주의와 법치주의가 유대교적-그리스도적 기초 위에서 가능했다는 것을 논문을 통해 강조하였다.[84]

그는 만년에 이를수록 한국민족과 문화가 또 하나의 選民思想으로 유대민족의 그것과 매우 유사하다는 데에 깊은 관심을 기울였다.[85] 그의 최후의 저서 「세계혁

---

80) 유기천, **형법학**(총론강의), 일조각, 1983(24판), 349면.

81) *Helen Silving Memoirs,* N.Y., 1988, pp. 465-469에 따르면 경제학자인 야나이하라(1893-1961) 교수가 조선문제에 대하여 일본 정부를 신랄히 비판하여 교수직에서 파면된 사실을 감명 깊게 관찰하였다. 그러면서도 개인의 인격자유에는 침해를 주지 않고 있다가 후에 다시 복직되는 사례를 보고 한국에서는 총장직사퇴와 함께 신변 위협까지 받는 자신을 매우 처절하게 비교하여 생각하였다고 한다.

82) 「愛重三十年」, 기독법조인회(애중회), 1991, 44면.

83) P. Ryu, Field Theory in the Study of Cultures, ibid., pp. 666-667.

84) Paul K. Ryu, The Foundations of Democracy, 서울大 **法學** 33권 1호, 1992, 79-107면.

85) 1993년 5월 7일 「헬렌 실빙박사 추모회」에서 유박사는 부인에 대한 회고보다도 더 많은 시간을 한국문화와 유대문화의 공동점을 29개 항목에 걸쳐 연구한 결과를 노트를 꺼내어 장황하게 언급하였다. 이 내용은 *The World Revolution,* 1997, pp. 68-72에도 수록되어 있다. 이런 면에서 咸錫憲의 한국사관을 연상케 하는데, 그 관련성은 좀 더 연구 해볼 테마이다. 동경대학에는 우찌무라 간조(內村鑑三)의 무교회주의의 영향이 강해 남바라 시게루(南原繁, 1889-1974) 총장 등 하나의 知的 전통을 이루고 있는데, 동경대 출신인 유기천도 그런 그리스 도교적 지성세계에서 멀리 있지는 않았다고 생각된다. 유박사를 가까이서 모셨던 이창석 교수의 증언에 따르면 유박사는 특정교회에 출

명」(The World Revolution)[86]에서도 역사상 중요한 혁명들, 즉 영국의 크롬웰혁명과 프랑스 대혁명 등을 통하여 '신의 사람들'(Men of God)은 인간역사에서 섭리를 실현한다고 설명하였다. 그러나 러시아혁명은 그런 성격이 아니었다고 설명하고 있다.[87] 북한출신의 실향민이었기 때문인지 모르나 공산주의에 대하여는 매우 비판적인 견해를 가졌다. 이른바 '민주주의'란 개념상 심각한 혼동을 초래하는 개념은 또 다시 없으며, 오늘날의 세계적 혼란도 이 개념의 혼동과 불가분의 관계에 있다고 본다.[88] 그는 "소위 일류학자, 현대의 지식인은 거의 다 민주주의란 개념을 막연하게 사용하고 있고, 그 origin이 마치 희랍의 도시국가의 practice에 있는 것 같이 보고 있을 뿐만 아니라 현대 공산주의자들이 people's democracy라고 하여 참된 민주주의는 공산주의에 있는 것 같이 선전하는 眞意를 이해하지 못함은 유감이다"고 한다. 그는 또 말하기를 "물론 오늘날의 민주주의는 그 기반이 Bible에 있고, 이 민주사상이 M. Luther의 종교개혁을 경유하여, 후에 미국으로 건너가 Cromwell의 Puritanism으로 발전하고, 후에 미국혁명을 통하여 이른바 Modern constitutional democracy를 산출하였고, 이것이 바로 오늘날의 이른바 민주주의의 본질을 형성함을 명확히 이해해야 한다"고 한다.[89] 진정한 민주주의는 그 본질을 독일헌법같이 명문화하지 않고 있는 예(미국)도 있으나 이는 어디까지나 '인간존엄'(human dignity)을 최고가치로 한 '자유사회'임을 의미한다고 한다. 공산주의가 말하는 민주주의는 레닌에서부터 특수한 의미로 사용되기 시작하였고, 자유는 평등을 전제로 하여서만 의미를 가진다는 명제는 한낱 P.R.의 의미밖에는 없고 현대 민주주의와는 사실상 정반대의 이념이 된다고 한다. 유박사는 자유와 평등이 보장된 사회는 자유사회의 이념 아래서만 가능하다고 단언하고, 자유사회란 개념은 우선 인간의 존엄성이 보장되는 사회라고 설명한다.[90]

그는 점점 세계사(Weltgeschichte) 속에서 神의 救贖史(Heilsgeschichte)의 현존을 강하게 느끼고 있었다.[91] 이런 관점에서 볼 때 한국민족은 분명히 이스라엘의

석하지는 않았지만 매일 댁에서 성서를 읽으며 기도했다고 한다.

86) 이 저서가 나오기까지 유박사는 거의 평생에 걸친 長考가 있었던 것으로 보인다. 이러한 생각은 이미 1973년에 쓴 논문「위헌성 일고」에서도 엿보이며, 최대권 교수의 증언에 따르면 그 무렵 유박사는 푸에르토 리코에서 버클리를 방문하여 R. Scalapino 교수와도 이에 관한 연구를 상의한 바 있다. 이렇게 보면 논문 The Foundations of Democracy를 거쳐 만년에 낸 *The World Revolution*(1996)으로 관심이 면면히 연결된다.

87) Paul K. Ryu, *The World Revolution,* New York, 1996, pp. 371-390.

88) 유기천, 위헌성 일고, **학술원논문집**, 111면.

89) 유기천, 위헌성 일고, 같은 곳, 111면.

90) 유기천, 위헌성 일고, 같은 곳, 112면.

91) 유박사의말년의 모습을 가까이 지켜본 사람은 그가 얼마나 신앙인으로 철저하게 무장되어 있었던가를 기억할 것이다.

열두 支派 중 잃어버린 한 지파(a lost tribe)이며, 이런 점에서 한국민과 유대민족의 同一起源임을 밝히는 것이 남은 필생의 과제라고 되풀이하여 말하였다.[92]

이렇게 본다면 유기천은 한국법문화에 관심을 두면서도 궁극적으로 그리스도교 사상에 입각하여 超越 내지 救援에 이르려는 信心있는 법학자 내지 법사상가였다고 하겠다. 이것을 법철학적으로 본다면 유기천은 켈젠과 같이 법실증주의자로서 自然法 같은 관념은 부정하고, 라드브루흐의 '자연법론에로의 轉向'을 근본적으로 못마땅하게 보았던 태도를 그 자신도 만년에 바꾼 것이라고 할 수 있을지도 모른다. 또한 그가 입체심리학을 강조하면서 칸트적 사고에서 벗어나야 한다고 주장했던 태도를 바꾸어 스스로 칸트주의자(Kantian)가 되었다고도 볼 수 있다. 「세계혁명」에서 그는 칸트의 定言命題(kategorischer Imperativ)를 높이 찬양하면서 칸트는 그리스도교의 도덕법(Moral Law)을 해석한 자로서 '神의 사람'으로 평가하고 있다. 여기에서 도덕법이라는 개념과 보편법(Universal Law)이라는 개념을 사용하면서 인간이 이러한 그리스도적 복음을 이해하기에는 18세기 동안의 세월이 흘러서야 가능했다고 스스로 감탄하고 있다.[93]

유기천의 마지막 모습은 다분히 성서중심의 역사관을 가진 역사철학자의 모습을 보여준다. 「세계혁명」은 그의 역사관을 함축한 최후저서인데, 그는 본서를 이데올로기적 세계관(ideological World View)에 따라 세계가 하나의 세계혁명에로 인도하는 단계들의 연속(a series of steps leading to one World Revolution)을 서술하는 책이라 밝히고 있다.[94] 막스 베버가 사회학에서 몰가치적 방법(value-free methodology)을 사용하고 있지만 자신은 가치 지향적 판단(Value-oriented judgement)을 사용한다고 하면서 우리는 과학적일 뿐만 아니라 철학적이어야 하고 지식과 결론은 넓고도 깊어야 한다고 말한다. 무엇보다 위대한 학자는 양심적이고 겸손하려고 노력해야 한다고 말한다.[95] 흥미 있게도 그는 괴테가 「파우스트」에서 성서를 해석하면서 '태초에 말씀이 있었다'고 하지 아니하고 '태초에 행동이 있었다'고 한 것은 잘못이었다고 지적하면서 성서에 관한 한 칼빈(John Calvin)과 비교할 수 없는 부끄러운 잘못된 해석이라고 지적한다.[96] 또한 「나는 왜 크리스챤이 아닌가」(*Why I am not a Christian*)를 쓴 러셀(Bertrand Russell)은 과학적 추론을 직접 종교의 분석에 적용할 수 있다고 무비판적으로 상정한 '얄팍한 철학자'에 불과

---

92) *Helen Silving Memoirs*(1988)도 이러한 표현으로 끝나고 있다. 이 회고록에는 기독교인인 유박사와 유대교인인 실빙 자신의 신앙적 차이와 그 긴장의 극복에 관하여 흥미있게 서술하는 대목도 있다.

93) P. Ryu, *The World Revolution*, 1997, p. 31.

94) P. Ryu, ibid., pp. 17-18.

95) P. Ryu, ibid., p. 21.

96) P. Ryu, ibid., p. 24.

하다고 비판한다.[97] 유기천은 성서가 세계역사를 이해하는 데 어떠한 영향을 미치는가에 대하여 특히 '神의 사람들'이란 시각에서 역사 속에 선하고 위대한 일을 한 사람들의 이름을 거론하면서 설명하는 방식을 취한다. 그러면서 궁극적으로는 역사에서 자유가 발전하여 진정한 민주주의를 수립하는 방향으로 나아가는 것이 세계혁명의 방향이라고 보고 있다.[98] 그는 민주주의의 진정한 기초는 성서에 있다고 확신한다.[99] 민주주의의 발전과 인간역사의 진행에 신이 어떤 방법으로 역할하는가를 이해하는 것이 가장 중요하다고 한다. 아담이 타락한 순간 전능하신 신은 아담이 선과 악을 선택할 수 있었다는 것을 알고 에덴동산에서 추방하였다. 이것은 인간이 도덕적 생활을 영위해야 할 의무를 지고 있으며 선과 악을 선택하도록 열심히 노력해야 한다는 것을 의미한다. 이러한 고차원적 원리 아래서 신은 정의로운 사람들이 구약과 신약의 가르침에 포함된 도덕법을 수행하도록 도와준다고 설명한다. 이것이 유기천이 동서양의 역사를 통틀어 바라보는 성서중심의 역사관이다.[100]

유기천의 이상과 같은 법철학 내지 법사상의 '코페루니쿠스적 전환'을 보면서, 마치 에릭 볼프(Erik Wolf)의 '법철학은 법신학에서 기초되고 성숙된다'(Rechtsphilosophie ist begründet und mündet in Rechtstheologie)는 사상을 연상시킨다. 인생과 역사의 바다 속에서 형법이니 법이론이니 법철학이 얼마나 한 쪽박의 물에 불과한 것인가? 어떻게 보면 유기천은 知的으로 가야 할 길을 마지막까지 갔다고 볼 수 있다.

Ⅶ. 결 론

이상의 본론을 되살펴보면, 유기천의 한국법문화론에서는 한국법학이 역사학, 인류학, 심리학, 언어학과 어떻게 대화해야 하는가를 보여주며, 동시에 인문사회과학과 대화할 수 있는 법학의 학문성이 얼마나 중요하고도 어려운가를 시사해 준

---

97) P. Ryu, ibid., pp. 25-26.

98) 유기천에게서 '자유사회'의 개념처럼 '자유'는 중요한 개념으로 초기에서 만년에로 연결됨을 볼 수 있다.

99) P. Ryu, ibid., p. 40. 그리고 실빙과 함께 발표한 논문, The Foundations of Democracy, 서울大 **法學** 33권 1호, 1992, 79-107면.

100) 안경환은 유박사의 이러한 역사관에 대해 "아내에 대한 사랑, 조국에 대한 자부심, 이 모든 것이 결합된 상식과 과학을 초월한, 그야말로 유기천다운, 전부를 건 지적 시도였다"라고 하면서, "이 저술이 가질 수 있는 한계점과 군데군데 신앙고백적 성격이 강한 내용이 과학적 저술에 결정적인 흠이 될 수 있다는 우려를 조심스럽게 피력한 바가 있다"고 하고, 이어서 "그는 경청했으나 '하나님을 섬기지 않는 사람의 한계'라며 더 이상의 논의를 거부하였다"고 증언한다.(안경환, 인간 유기천, **월간조선** 1998년 8월호, 594면.)

다.[101] 형법론에서는 새로운 인간상에 입각한 상징주의 형법론이라는 독창적 이론의 수립이 유기천 형법학의 공적인 동시에 미완성이었음도 검증되었다. 학문자유론에서는 대학의 자유가 민주국가의 礎石임을 확인하였고, 법학교육론에서는 사법대학원의 개설과 폐지가 보여주듯 법과대학의 존치를 전제로 심도 있는 법조양성제도의 방향을 시사해 준다. 법철학에서는 자유사회의 이념 내지 가설을 내세우며 켈젠에 가까운 법실증주의에서 만년에는 칸트의 도덕법에로의 관심에로, 라드브루흐처럼 자연법론자같이 변화한 모습을 보여준다. 크게 보아 형법학자로 시작하여 역사철학자 내지 그리스도교 사상가처럼 마친 유기천의 정신세계를 우리는 연속과 단절의 여러 측면에서 더욱 논의할 수 있을 것이다. 그렇게 '과학적 방법'을 강조하던 학자도 결국 신앙으로의 '고백'으로 끝나고 마는 것이 인생인가를 숙연히 생각게 한다. 각론적 연구는 앞으로도 계속되어야 할 후배들의 몫이라 하겠다. 그것은 유기천사상의 연구 자체에만 머무는 것이 아니라 한국법학 전체의 번지수와 가능성을 확인해나가는 작업이기 때문이다.

---

101) 안경환은 이런 의미에서 '그의 법학은 출발점부터 조문의 법학이 아니었다'고 하고, '지성사의 본류에 참가할 수 있었던 마지막 법학자'라고 하였다. 안경환, 인간 유기천, **월간조선** 1998년 8월호, 954면.

〈Résumé〉

Legal Thoughts of Paul Kichyon Ryu

Chongko Choi*

Kichyon Yu(July 5. 1915—June 27. 1998), known as Paul K. Ryu in English-speaking world, was a prominent legal scholar in the contemporary Korea. Dr. Chanjin Kim says, "It is not an exaggeration to call him a pioneer in the reception of American jurisprudence in Korea, a mentor of overseas studies by many promising Korean lawyers and the King of Korean criminal Law".(Chanjin Kim, Dr. Paul K. Ryu as we know him, in: *Festschrift for Prof. Dr. Paul K. Ryu*, Bakyoungsa, 1998).

In this paper, this author tries to analyse the inner world of Ryu's legal academism. Main themes are his theories and assertions on 1) Korean culture, 2) Criminal Law, 3) Academic Freedom, 4) Legal Education, and 5) Legal Philosophy.

1. Korean Culture

In his dissertation at Yale Law School "Korean Culture and Criminal Responsibility"(1959), Ryu tried to scrutinize the characteristics of Korean culture, to bridge an appropriate criminal responsibility. Making the best use of psychological, anthropological and linguistic approaches, he argued that Korean culture is fundamentally based on Shamanism. He uses the expressions like "Shamanistic Cultural Complex" of Korean culture. He goes further to maintain that even the contemporary Korea languages contain strong taints of Shamanism. On his thesis, there were some criticisms from Sanduck Hwang and Junghak Kim. It is not simple to judge who is right. As a whole we can safely say that Ryu's academic concern at that time must be highly evaluated.

2. Criminal Law

Ryu published his textbooks *Criminal Law*: *General Part*(1960), *Special Part I*(1963), *Special Part II*(1967), and wrote some articles on criminal law in Korean and English. He

* Professor of Law, Seoul National University

himself characterizes his theory as a “symbolic criminal theory”, which is strongly influenced by depth-psychology. This methodology seems to be influenced by his wife Helen Silving's approach to criminal law.

Ryu emphasizes that desirable criminology should ultimately be based on the new image of man. From this perspective he was critical against the dominant theory of H. Welzel's *finale Handlungslehre.* On the one hand, Ryu stresses the importance of the cultural context of the criminal law. On the other hand, he points the concept of “Free Society” as the evaluative standard. Therefore, his methodology of criminal law research is correlative between both perspectives. Even though his concern in methodology is new and fresh, his achievement in criminal law research is to be evaluated as “half-achieved” one.

3. Academic Freedom

Ryu has a special interest on academic freedom and freedom of university. In his article “Freedom of the University” published at the journal *Fides*(1965) of Seoul National University, he explained the university's freedom in Japan, Germany and America comparatively. He concludes that the real democracy is possible only when the academic freedom is virtually realized.

4. Legal Education

Ryu is the first Korean scholar who introduced the Case Method of American legal education. He asserted the establishment of the Graduate School of Law. By his initiative, the Graduate School of Law was opened 1962 at the Seoul National University. It existed seven years long. But after his retirement of the presidency of Seoul National University, this educational institution was abolished. Ryu became critical against the newly established Judicial Training Institute under the Supreme Court. His was convinced that the Korean jurists must be trained highly intellectual at the graduate school level. His idea was not the same as American model of law school. His suggestion is very significant for the current discussion on legal education reform in Korea.

5. Legal Philosophy

Ryu did not teach legal philosophy or jurisprudence at the college of law. Nevertheless, his writings contain much philosophical motivations. He was familiar with Hans Kelsen's legal positivism, and was indifferent to Neo-Kantianism and G. Radbruch's position for new natural law. But with his old age, he conversed to Kantianism and confessed Providence

through “men of God” in the process of human history. His last book *The World Revolution*(1997) consists of the concrete analyses of the Cromwell Revolution, French Revolution, American Revolution and Russian Revolution. He maintains that true revolution means the establishment of “Free Society”, which guarantees the human dignity.

Conclusion

Ryu's life and his thoughts remind us of the possible scientific method in the study of criminal law and jurisprudence. Begun with a thorough scientific method, he finished his academic life with a devout “Confession” of Christian belief. This contradiction could be explained only by his adversary and paradoxical life. At any rate, to understand properly Ryu's academic world means to understand the location the and task of the whole Korean legal academism, I believe.