

〈서평 특집: 한국의 법학 명저〉

유기천, 『개고 형법학 [총론강의]』 (일조각, 1971, 473쪽)

吳 英 根*

I. ‘형법학의 바이블’과의 만남

필자는 대학교 3학년이던 1977년 봄학기부터 형법을 배우기 시작하였다. 1977년 새해가 시작되자 개강하기 전 형법을 한번 읽어봐야겠다는 생각을 했다. 어떤 교과서로 형법공부를 할 것인가 궁리하고 있는데, 한 친구가 선배들이 유기천 박사님의 교과서가 ‘형법학의 바이블’이라고 한다고 말해주었다. 당시 필자는 교회와 서클에서 성경공부를 열심히 하고 있었다. 이 때문에 ‘바로 이것이다!’ 하면서 성경을 대하는 기분으로 처음 유기천 박사님의 형법총론 교과서를 대하였다. 그 때나 지금이나 교과서는 자신이 평가하고 선택하는 것이 아니라 주위 사람들의 의견에 따라 선택하게 되는 경우가 많다.

유박사님의 교과서를 보니 먼저 외견상 다른 교과서와는 다른 점이 있었다. 당시 다른 교과서들은 대부분 그다지 두껍지 않고 양장본도 아니었지만, 유 박사님의 교과서는 두께도 꽤 두꺼워 보였고, 양장본으로 되어 있었다. 이 책이야말로 내게 형법을 제대로 가르쳐줄 것이라고 생각하고 공부계획을 세웠다. 2학년 때 민법총칙을 배웠는데, 그 책은 열심히 읽으면 대개 하루에 100쪽 정도를 읽을 수 있었다. 유 박사님의 교과서는 400쪽 정도였으므로 4일 정도면 끝까지 읽을 수 있겠다 생각하였다. 그러나 집 근처의 독서실에서 하루 종일 꼼짝하지 않고 책을 읽었지만 도무지 내용을 이해할 수가 없었고 진도도 나가지 않았다. 4일 계획은 일주일로 바뀌었고, 이후 열흘로 수정되었다. 2주일을 꼬박 앉아 어찌어찌 하여 끝까지 읽었지만, 생각나는 것은 ‘오인(吾人)은’, ‘방불하다’, ‘헬렌 실빙’, ‘spiritual union에서 점입가경하여 모든 의미에서의 union으로’ 등과 같이 형법과

* 한양대학교 법과대학 교수.

는 별 상관없는 용어나 구절들이었고, 형법총론의 내용은 영킨 실타래와 같이 무엇이 무엇이고, 어디가 어딘지 알 수 없었다.

개강이 되어 형법강의 시간에 그 책의 내용에 대한 설명을 들을 수 있으리라 기대했지만, 유 박사님은 독재정권에 항거하며 미국에 체류하고 계셨기 때문에 강의를 담당하지 않았다. 다른 교수님이 담당한 형법강의를 수강하였지만, 그 강의에서는 교재가 지정되지 않았고 한 학기 동안의 강의진도도 그나마 독학으로도 어느 정도는 이해할 수 있었던 죄형법정주의까지만이었다. 그 후 유 박사님의 형법총론 교과서와 몇 차례 싸움 아닌 싸움을 시도해 보았지만, 결과는 필자의 연전연패였고 형법총론의 내용은 여전히 미궁 속이었다.

정신을 차리고 다른 친구들이 어떻게 형법공부를 하나 보았더니 유기천 박사님의 책으로 공부하는 학생은 별로 없는 것 같았다. 필자도 생각을 바꾸어 다른 교과서나 객관식 및 주관식 문제집, 고시잡지에 수록된 논문들을 읽어보기 시작하였다. 그제서야 형법총론의 내용들이 산발적으로 이해되기 시작하였다. 이런 이해를 바탕으로 다시 여러 차례 유 박사님의 총론교과서에 도전해 보았지만 역시 쉽게 이해할 수 없었고, 이러한 현상은 지금까지도 계속되고 있다. 이것이 필자와 ‘형법학의 바이블’과의 만남이다.

II. 형법학강의의 출판 당시의 의의

1. 교과서로서의 형법총론

유기천 박사님의 형법총론교과서는 그때나 지금이나 교과서로서는 적합한 것 같지 않다. 우선 대학생들이 읽어서 쉽게 이해할 수 없다는 점에서 그렇고, 대학 교수들에게조차 그 내용을 이해하는 것은 쉬운 일이 아니기 때문이다.

법률이나 법해석학 문헌들은 일반인들이 읽어서 쉽게 이해할 수 있는 수준이어야 한다는 것이 필자의 생각이다. 일반인들이 문학이나 예술, 과학 등을 모른다 하더라도 사회생활에 심각한 지장이 초래되는 것은 아니다. 그러나 법을 모르는 경우에는 예측하지 못했던 심각한 손해를 입을 수 있기 때문에, 일반인들이라도 될 수 있는 대로 법을 많이 알아야 한다. 또한 형법의 일반예방적 효과를 높이기 위해서도 많은 일반인들이 형법의 내용을 알아야 한다. 일반인들이 형법을 많이 알기 위해서는 형법의 내용이 쉬워야 한다.

실정 형법은 추상적이고, 수많은 사건에 적용될 내용을 함축적으로 표현해야 하므로 그 내용이 어려울 수 있다. 이 때문에 형법의 해석론이 필요하고, 해석론들은 쉽게 쓰여져야 한다. 글을 쓰고 말을 하는 것은 상대방을 이해시키기 위함이다. 상대방이 이해하지 못하는 글과 말은 저자의 유식함을 과시하는 용도로나 쓰이는 것이다. 이러한 점에서 유 박사님의 교과서는 매우 문제가 많다. 유 박사님에게 교과서를 통해 자신의 현학성을 과시하려는 의도가 있었는지는 알 수 없지만, 적어도 상대방을 이해시키려고 하는 친절한 배려심은 별로 보이지 않는다.

2. 연구서로서의 형법총론

그러나 유 박사님의 형법총론은 연구서로서는 큰 의미를 가졌다고 할 수 있다. 필자가 형법을 공부하기 시작한지 이제 30년 정도 되었는데, 그 기간 동안 언제나 유 박사님의 형법총론은 필자의 형법연구의 방향을 인도해 주었다. 그 이유는 크게 다음의 세 가지로 나눌 수 있다.

첫째, 유 박사님의 총·각론 교과서들이 출판되던 1960년대와 1970년대의 교과서들의 대부분은 일본의 형법교과서들을 번안한 수준이었고, 당시에 발표된 논문들의 상당수도 비슷한 성격의 것들이 많았다. 유 박사님의 형법총론도 일본의 문헌과 판례를 골간으로 구성된 것이 사실이다. 그러나 여기에서 나아가 미국이나 독일의 형법이론이나 실무를 받아들여려는 부단한 노력이 엿보인다. 이것은 될 수 있는 대로 많은 외국의 형벌법령과 문헌들을 참고하여 우리 형법과 우리 현실에 맞는 해석론을 전개하는 형법학방법론을 확립하기 위한 것이라고 할 수 있다.

이러한 형법학방법론을 자주적 형법학이라고 할 수 있는데, 유 박사님의 총론에는 바로 자주적 형법학을 수립하기 위해 끊임없이 노력한 흔적으로 점철되어 있다. 이것은 유 박사님의 형법총론에 독일형법, 일본형법, 일본개정형법기안 등이 부록으로 수록되어 있는 것들로서도 알 수 있다. 이러한 자료들이 교과서의 분량을 늘려 보이기 위함은 분명 아닐 것이다. 다양한 자료들을 참고하여 우리에게 맞는 형법해석론을 찾아내기 위한 유 박사님의 형법학방법론을 강조하기 위함일 것이다.

유 박사님의 형법총론 제1편 제6장에는 형법학연구방법론이 서술되어 있고, 필자가 처음 형법총론을 공부하면서 이 부분을 감동적으로 읽었던 기억이 있다. 여기에는 미국과 독일의 형벌목적의 변화에 대한 분석이 있다. 미국의 경우 형벌목

적의 시계추는 특별예방에서 일반예방으로 옮겨갔지만, 독일의 경우 그 시계추는 특별예방으로 옮겨갔다는 것이다. 오늘날에는 미국의 형벌정책의 변화가 널리 인식되어 있지만, 유 박사님의 형법총론이 출판되던 1960년대 및 1970년대에 이러한 사실을 알기 위해서는 외국 형사정책의 동향과약을 위한 부단한 노력이 필요했을 것이다. 이러한 연구태도는 독일형법학에 편향되어 있는 현재 우리의 형법학계에도 매우 중요한 시사점을 제공한다고 할 수 있다.

둘째, 유 박사님의 교과서들에는 판례들이 많이 소개되어 있다. ‘독일의 법학은 이론중심이고, 영미의 법학은 판례중심이다’라는 잘못된 사고가 널리 퍼져 있었던 시절임에도 불구하고 일본의 판례를 다양하게 소개한 것은 형법학에서 판례의 중요성을 강조한 것이라고 할 수 있다. 다만, 당시에도 우리의 판례보다는 일본의 판례를 확보하기가 쉬웠고, 우리의 판례들이 주로 일본의 판례를 답습하였던 시절이기 때문에 일본의 판례를 많이 소개할 수밖에 없었을 것이다.

형법해석학은 실정 형법의 의미·내용을 명확하게 하는 것을 그 주된 과업으로 한다. 판례는 실정 형법에 대한 유권적 해석으로서 실정 형법에 버금가는 중요성을 지니고 있다. 실정 형법이 추상적 효력을 가지고 있다면 판례는 좀 더 구체적 효력을 가지고 있다고 할 수 있다. 따라서 판례는 실정 형법과 아울러 형법학의 중요한 연구대상이 되어야 한다. 그럼에도 불구하고 당시에는 판례를 소개하고 이를 이해하는 작업이 그 중요성만큼 강조되지 않았다고 할 수 있다. 이런 상황에서 유 박사님은 판례에서 문제된 사안들을 소개하고 이를 기초로 하여 우리의 실정형법과 현실에 맞는 형법해석학을 정립하려고 노력하였다.

셋째, 유 박사님은 독자적 형법이론을 개발하려고 노력하였다. 예를 들어 총론에는 목적적 행위론에 대한 소개가 있는데, 독일이나 일본의 어느 문헌을 그대로 옮겨오지 않고 자신의 언어로 서술을 한다. 그리고 자신의 독자적 관점에서 목적적 행위론에 대한 평가를 한다. 이 평가에 적절하지 않은 점도 있고, 대안으로 제시하는 심층심리학적 방법론이 동료나 후배 학자들로부터 별 호응을 받지 못한 것도 사실이다. 그러나 우리 형법학계가 이러한 유 박사님의 타당한 방법론을 받아들이지 못하고 1980년대에 들어서면서 독일형법학을 맹목적으로 추종하였던 것을 생각하면, 우리나라의 자주적 형법학을 확립하려고 했던 유 박사님의 학문적 자세는 남다른 것이라고 할 수 있다.

Ⅲ. 형법학강의의 오늘날 의미

유신 이후 유 박사님은 독재정권에 의해 학교를 떠났다가 10.26 사태 이후 다시 귀국하였지만, 신군부가 정권을 장악한 후 다시 고국을 떠나게 되었다. 유 박사님이 우리나라를 떠난 것은 자신에게는 물론이지만, 우리 형법학계에에게도 큰 손실이었다고 할 수 있다. 만약 유기천 박사님이 국내에서 학문활동을 계속하였다면 1970년대 후반부터 독일형법학의 광풍이 우리나라에 그렇게 쉽게 휘몰아치는 않았으리라고 생각된다.

1980년대와 1990년대 약 20년 동안 우리의 형법학은 자진하여 철저히 독일형법학에 종속되는 길을 택하게 된다. 이 세상에 독일 한 나라밖에 없는 것이 아닌데 형법은 독일형법 뿐인 것처럼 독일형법학의 이론을 우리 형법의 해석론으로 그대로 받아들이는 작업이 시작된다. 독일학자의 논문을 번역하여 그대로 자기의 논문인 것처럼 소개하면서도 잘못되었다기보다는 자랑스럽게 생각하는 풍조도 만연되었다. 독일의 문헌을 인용하지 않은 논문이나 단행본들은 무시되는 분위기가 형성되었고, 독일형법 이론을 소개하고 추종하는 경쟁이 벌어졌다. 우리나라와 실정 형법규정과 판례의 입장이 전혀 다른 독일형법의 해석론을 받아들이기 위해서는 면밀한 검토가 필요함에도 불구하고, 이러한 과정 없이 독일형법이론이 우리나라의 지배적 견해가 되고 말았다. 독일형법이론을 받아들이는 것 그 자체는 문제가 아니지만, 그 과정에는 커다란 문제가 있었다. 공무원들이나 기업가들이 이러한 행위를 한다면 준엄한 비판을 하였을 학계에서 자신들의 활동에 대해서는 별 문제의식을 갖지 못했다.

필자의 생각으로는 1980년대 이후 새로이 소개된 것으로서 유 박사님의 형법총론에는 수록되어 있지 않은 독일형법 이론 중 우리 형법학에 도움이 된 것들도 더러 있지만, 대부분은 별 필요가 없거나 혼란을 초래한 것들이 더 많다고 생각된다. 독일에서는 1970년대에 들어오면서 커다란 의미를 두지 않았던 행위론에 대한 논쟁이 1970년대 후반부터 우리나라에서 치열하게 전개된 것이나, 우리 판례가 상당인과관계설을 따른다고 선언하는 상황에서 객관적 귀속론이 어떤 의미를 가졌는가에 대한 숙고 없이 객관적 귀속론이 너무 쉽게 학계의 지배적 위치를 차지하게 되는 것들을 예로 들 수 있다. 2000년대에 들어서면서 독일문헌의 번안에 그쳐서는 안 되고 우리의 문제를 주제로 논문을 작성해야 한다는 의식이 강해졌지만, 아직도 독일형법학에 대한 자발적 종속현상이 완전히 극복되지는 못

한 상태에 있다.

유 박사님의 형법책에도 이러한 점들이 있는 것은 사실이다. 그러나 유 박사님의 형법총론에는 외국의 이론들을 균형 있게 섭취해야 한다는 문제의식이 분명히 있었다. 유 박사님의 출국과 함께 우리 형법학계에서 이러한 문제의식도 사라졌다. 만약 유 박사님이 국내에서 학문활동을 계속하면서 후배 학자들의 연구방법론을 지적하고 지도하였더라면, 우리 형법학계에 다각적 검증을 통해 독일 형법이론을 수입하는 방법론이 훨씬 일찍이 확립되었을 것이고, 그에 따라 시행착오의 기간도 줄었을 것이라고 생각된다.

형법은 정치적 영향을 받을 수밖에 없고, 독재정권이 만들어 놓은 악한 형법들은 독재정권이 물러간 지 20년 가까이 된 오늘날도 많이 존재하고 있다. 그 원인은 여러 가지가 있겠지만, 그 하나에는 그동안 우리 형법학계가 우리의 형법보다는 독일형법과 그 해석론을 주요 연구대상으로 삼았다는 것도 있을 것이다. 이런 의미에서 유 박사님의 자주적 형법방법론은 오늘날에도 여전히 중요한 의미를 가지고 있는 것이다.

IV. 마치며

1980년대 초반 고 강구진 교수의 지시 아래 필자를 포함하여 여러 명의 대학원생들이 유 박사님의 각론교과서를 보완하는 작업을 한 적이 있다. 작업의 주된 내용은 우리나라의 판례를 교과서에 반영하는 것이었다. 1983년의 각론 전정신판은 이러한 작업이 반영된 것이다. 그러나 고 강구진 교수의 사망 이후 이러한 수정·보완작업은 중단되고 말았다.

당시 대학원생으로 보완작업에 참여하였던 상당수의 대학원생들은 이후 대학교수가 되었다. 필자 역시 교수가 된 후 유 박사님의 교과서들이 더 이상 업데이트되지 않는 것을 안타깝게 생각하였다. 이에 몇몇 선후배들과 상의해 유 박사님의 교과서들을 수정·보완하는 작업을 다시 해보기로 하였다. 유 박사님의 학문적 입장을 왜곡하지 않으면서 표현이나 체제 등을 시대의 감각에 맞게 변형하는 것이었다. 도서출판 동성사가 출판을 해주기로 약속하였고, 유족들의 동의를 받은 단계까지 일이 진척되었다. 그러나 얼마 후 이 작업은 중단되고 말았다. 교수들의 개인적 사정도 있었지만, 가장 중요한 것은 개정된 교과서에 시장성이 없다

는 판단 때문이었다. 사법시험 중심의 교과서시장에서 개정된 교과서의 판매가능성이 높지 않고 이에 따라 동성사가 손해를 입을 가능성이 크다고 생각되었다. 이 경우 한국형사정책학회의 창립 이후 꽤 많은 재정적 손실을 마다하지 않고 매년 학회지를 출판해주었던 동성사에 또 다시 재정적 손실을 입히게 되는데, 이것은 너무나 염치없는 일이 되기 때문이었다. 아쉬운 일이 아닐 수 없었다.

몇 년 전 유기천 박사 기념사업회가 설립되었는데, 기념사업회에서 어느 정도의 예산을 확보하여 유능한 신진학자들로 하여금 유 박사님의 교과서들을 수정·보완하는 연구프로젝트를 발주하는 것도 좋은 일이라 생각된다.