

劉 基 天 著

The Korean Criminal Code

—

우리는 平素 海外 東南亞細亞나 혹은 西歐의 여러 國에 各種 使命을 負우고 다녀 오는 분들로부터 아직까지 「코리아」라는 것이 우리가 國內에서 바라고 있는 것만큼 알려져 있지 못하다는 事實을 紙上이나 도입자리를 통해서 가끔 듣고 있는 이야기들이다. 이 말들을 들을 때, 아직껏 한번도 外遊의 機會를 가져 보지 못한 분들은 의아심을 가질만을 數千年 역사를 가진 文化民族으로서의 矜持가 앞서기도 한다. 하기와 二次世界大戰이 끝나기까지는 國際舞臺에서 自由롭게 마음껏 活動할 수 없는 歷史的인 運命도 있었지만 어쨌든 韓國의 모든 것 더우기 文化的인 많은 產物들이 宣傳의 이기는 커녕, 있는 그대로나마 알려져 있지 못하고 있다는 데 대해서 우리들 스스로 마음부끄럽게 여기지 않을 수 없는 此際에, 여기서 紹介로서 학자 劉 基天教授의 勞作인 「韓國刑法典」(The Korean Criminal Code)은 우선 이러한 의미에서 우리들의 不滿의 한구석을 달여주는 것이라 할 수 있겠다. 四二八年十月 우리 나라 現行新刑法典의 制定實施의 契機를 前後하여 이미

많은 刑法解說書와 教科書들이 國內에서 出刊되었다. 그 중本書는 우리 나라의 刑法典의 모습과 그 個性이 外國에서 出刊되었다는 점에 異色的인 것이며, 더욱 그 機會가 世界先進各國의 刑法典의 모습을 파악케 할 나란히 해서 그 대열속의 한자리에 걸 수 있는 好運의 찬스를 가지게 된 점에 있어 정말 반갑게 느껴지는 것이다. 즉 本書는 編輯責任者라고 할 수 있는 뉴욕大學校 法科大學教授 葛 러博士(Gerhard O.W. Mueller, J. D., LL.M.)의 總監修 下에 刊行되고 있는 美國外國刑法叢書(The American series of foreign penal code)의 第二卷제인 韓國刑法典(The Korean criminal code, 1960)이란 이름으로 發刊된 책이다. 同叢書의 刑法典의 編輯對象國으로서는 우리나라를 비롯하여 알제틴, 부라질, 캐나다, 덴마크, 프랑스, 독일, 영국, 이태리, 일본, 네덜란드, 플웨익, 스페인, 스위스, 미국, 유엔에 이르기까지다. 執筆陣은 모두 世界各國의 代表的인 著名한 刑法學者들이며 우리 나라는 서울大學校 法科大學教授 劉基天博士께서 그 分擔者로 되어 있고 同時에 이 執筆陣은 뉴욕法科大學의 比較刑法研究所(Comparative criminal law project, New York Univ., school of law) 國際顧問委員(International advisory committee)이다. 委員長은 빌러博士이며 劉基天博士도 그 委員의 一員이다. 本書內容의 次例를 보면 序論(Introduction)과 第一編과 第二編이므로 나누어져 있는데 第一編에는 우리나라 刑法의 總則(General provi-

sions) 部分의 各條項을 第二編에는 各則 (Specific provisions) 部分의 各條項을 英譯한 것이다.

그리고 이 책의 序頭에 編輯者의 代表로서 풀러博士의 펠라디 「序言」이 실려 있다. 이 「序言」(Editor's preface)의 한 토막을 간추려 옮겨 보면 本書의 序論에는 劉基天教授께서 刑法典에 具體的으로 나타난 이데올로기를 分析한 論文의 그 內容이로 되어 있다고 말하고, 筆者인 劉基天博士에 대해서는 刑法學者로서의 紹介말과 또한 人間으로서의 찬사를 애기지 않고 있다. 풀러博士의 말을 빌리면 刑法學者로서의 劉基天教授의 名聲은 世界的으로 刑法學者들에게 잘 알려져 있다고 하며 특히 本書以外도 美國 하버드大學과 예일大學에서 研究중에 이미 몇 篇의 論文(法律의 錯誤에 대한 比較法的研究) (Errors Juris: A Comparative Study, 24 U. Chi. L. Rev. 421(1957), with H. Sliving)] · 〈刑法上未遂論 있어서의 現代的問題〉 (Contemporary Problems of Criminal Attempts, 32 N. Y. U. L. Rev. 1170(1957))와 그리고 〈刑法에 있어서의 因果關係論〉 (Causation in Criminal Law, 106 U. Pa. L. Rev. 773. (1958))을 發表한 功績이 있다고 한다. 동시에 劉教授는 韓國刑法뿐만 아니라 일본, 미국, 영국, 독일, 볼란서 등의 刑法에 이르기까지 다같이 精通해 있어 파라서 이러한 劉教授의 知識들이 韓國新刑法典을 分析檢討하는데 특히 有益하다고 述懐하고 있다. …… 그리고 여기에 푸한가지 덧붙여 말하고 싶은 것은 本書에 대한 文獻紹介

는 이미 慶熙大學校 金鍾源教授에 依해서 지난 法政誌 一月號와 二月號에 連載하여 親切한 紹介가 있었다. 그러나 뒤 늦게나마 本誌編輯關係의 일을 맡아 보는 본으로부터 連絡이 있은 뒤 다소躊躇한 바도 있지만 우리 나라 法典의 하나가 外國의 法典들과 아울러 자리를 같이 할 수 있는 機會를 가지게 된 기쁨을 稿誌의 끝장을 빌려 한 번 더 나누자는 욕심에서 나왔을 뿐이다. 그리고 本稿에서는 주로 同書의 「序論」部分의 內容에 대해서만 더듬어 보기로 한다. 왜냐하면 제일권과 第二권은 앞서 말한 바와 같이 우리나라 刑法典의 各條文을 同教授에 依해 英譯된 것이므로 內容에 대해서는 이곳에서 紹介할 必要가 없을 줄 안다.

二

본서 序論(Introduction)의 內容에 있어서 項目은 (1) 刑法典의 史的 概觀과 主要한 特徵 (Historical Survey and Main Features of the Code 一頁부터 五頁까지), (2) 英美的 및 獨逸의 考察 (The Anglo-American and the German Points of View 五頁부터 一九頁까지)로 大別되며 그중 英美的 및 獨逸의 考察에 있어서는 ① 犯罪意思, ② 犯罪行爲, ③ 刑法에 있어서의 政策의 考慮, ④ 精神病學과 刑法學으로 나누어서 論及되어 있고 끝으로 要約된 結論이 붙어 있다.

(1) 『法典의 歷史의 概觀과 主要한 特徵』에서는 韓國現行新刑法이 이루어지기까지 그 歷史의 인過程 및 刑法典의 構

成과 새로 導入된 特徵 등에 대해서 略述하고 있다. 즉 韓國은 西曆紀元前 二二三三年부터 一九〇五年까지 長久한 歷史를 두고 近代의 意味의 刑法典은 가지지 못하였다. 그러나 一九〇五年에 비로소 刑法大全이 制定되었으나 이것도 事實上은 中國法典에 依據한 傳統的인 舊法律과 日本政府에 초빙된 佛蘭西의 高名한 法律家인 보와소나드(Boissonade)의 勞苦로서 이루어진 一八八二年의 日本舊 刑法과의 兩者의 結合에서 이루어진 것이었다.

그 뒤로는 韓日併合時로부터 三年 後인 一九一三年에 日本總督은 一九一八年의 日本刑法典을 韓國사람에게 課하였다. 그 法典은 一八六一年의 獨逸法典을 模倣한 것이었다. 일본으로부터 韓國이 解放된 後로는 政治的으로나 精神的으로 獨立하려고 무척 애쓰는 韓國사람들은 日本法典의 繼續使用에 대해서 強力히 反對해왔다. 따라서 現行法은 學界에서 早熟한 立法에 對한 警告를 屢次 하었음에도 불구하고 國民들의 日本法律廢止에 대한 要求에 即席의으로 應하기 위해서 性急히 制定된 것이다. 自治的인 近代的 韓國刑法典으로서는 첫번째라고 할 수 있는 이 新法典이 一九五三年 一〇月三日에 施行되므로서 四〇年 間이나 韓國에서 日本政府에 依해서 施行되어 오던 法典이 비로소 更新된 셈이다……라고 劉教授는 現行韓國新 刑法典의 制定施行 되기까지의 簡略한 歷史의 梗概를 同書에 叙述하고 있다. 이어서 同新刑法典은 二編으로 구성되어 있는바 그 總則이 總則, 이권이 各則으로 되어

있다. 第一編總則은 第二編各則에 適用된 一般의 原理를 다루고 있으며 다시 四章으로 編成되어 있다.

第一章은 刑法의 適用範圍(the scope of the application of the criminal code)에 關한 규정이며 특히 刑法第五條에 規定된 外國人의 國外犯罪에 關한 規定같은 것은 刑法上의 領域的 管轄範圍가 보다 擴張된 것이라고 지적하고……第二章은 罪(Crimes)에 關한 規定이며 第三章은 刑罰(Punishment)에 關한 規定으로서 刑法上 認定하고 있는 刑罰의 種類는 ① 死刑(Death penalty) ② 懲役(Penal servitude) ③ 禁錮(Imprisonment) ④ 資格喪失(Deprivation of qualifications) ⑤ 罰金(Fine) ⑥ 資格停止(Suspension of qualifications) ⑦ 沒收(Confiscation) ⑧ 沒收 ⑨ 沒收(Minor fine) ⑩ 沒收(Confiscation)이다. 그 외에도 格喪失과 資格停止는 새로히 設定된 刑罰이다. 그 외에도 刑의 消滅(The extinction of punishment)에 關한 條項과 英美法影響의 結果인 刑의 宣告猶豫(Suspension of a sentence)에 關한 條項 등이 採擇되어 있고 第四章은 期間에 關한 規定을 하고 있다. 同法典의 第二編은 四章 二八六條로 되어 있고 犯罪을 保護法益에 따라서 세 種類로 나누고 있다. 즉 첫째로 國家의 法益(State Interests) (第一章부터 第十一章까지)을 侵害하는 犯罪類型, 둘째로 社會的 法益(Social interests) (第十二章부터 第二十三章까지) 셋째로 個人的 法益(Interests of individuals) (第二十四章부터 第四二章까지)에 對한 犯罪類型으로 大別하고 있

으며, 그중慣例의으로는個人에對한犯罪에屬한다고 볼 수 있는 誣告罪(The crime of false accusation)가 國家의法益의標題下에規定되어있으나 이것을被害者의意思를犯罪의責任에대한抗辯으로關與하지않는다는데서分類한것이며 國家的法益에關한罪로는國旗에關한罪(Crimes against the national flag)刑法一〇五條一〇六條)를비롯하여第三百三條의戰時軍需契約不履行罪,第一百七條의戰時公需契約不履行罪,第一百四條의犯罪團體의組織,第一百八條의公務員資格의詐稱罪,第一百二十二條의職務遺棄罪,第一百二十六條의被疑事實公表罪,第一百二十八條의選舉妨害罪,第一百三十九條의人權擁護職務妨害罪,그外 英美法으로부터繼受된法廷侮辱罪(crime of contempt of court)등이新設된條項이라고指摘하고있다. 다음으로社會的法益에關한犯罪중 姦通罪(adultery)에 대하여從前舊刑法은有夫의婦女만을處罰(舊刑法一八三條하던것을双罰罪로改正하였으며 그외에는刑罰에대한若手의變更이있을뿐이라고述懐하면서, 個人的法益에대한犯罪중에는第二四二條의淫行媒介罪(pandering)同二五二條의嬰兒殺害罪(infanticide),同二七二條의嬰兒遺棄罪(abandoning a baby),同二七三條의虐待罪(cruelty to a person who is under the accused's supervision and to lineal ascendants),同二七三條의兒童酷使罪(delivery of a child under the accused's supervision for employment at hand labour),同三〇四條의

婚姻憑藉姦淫罪(sexual intercourse under pretence of marriage),同三四九條의不當利得罪(unjustifiable acquisition of profit by taking advantage of another person's state of necessity),同三六四條의業務上過失 및 重過失로因한贓物收得罪(receiving stolen property by gross negligence or negligence in the conduct of a trade),同三七〇條의境界侵犯罪(trespass upon a boundary)등의 새로운條項들은 明白한價値가없는것이라고하고, 이러한韓國法典은美國이나獨逸의法觀念의影響을받아왔을뿐만아니라, 主로李朝時代に導入된中國의文化要素가多分이있음을말하고있다. 즉그리한要素는孔子·孟子的敎示가운데서 나타나는中國古典的觀念에서이어받은것이며 그結果階級制度의確立, 그리고西歐國家를보다도社會的統制手段으로서의法的機能이制限되어왔으며, 더욱이法典은政府官吏와公共財産을特別取扱하고있다는事實을지적하고있다. 따라서政府官吏가어떠한犯罪를犯하면平民을보다刑罰을加重함을말하고있다. 이어서또한韓國法典에는孔子의根本的인道德概念에서오는孝道觀念이導入되었기때문에이런점으로부터尊屬殺害나尊屬傷害및重傷害 또는尊屬傷害致死, 尊屬暴行, 尊屬虐待, 尊屬逮捕 및 監禁, 尊屬脅迫 등尊屬에대한犯罪에있어서보다量刑이加重되고있다고덧붙여說示하고있다. 또한新刑法典에는특히韓國의道德觀念도있고

이는 바즉 犯行의 動機에 있어서 더욱 惡한 要素가 있는 경우는 刑이 加重되는바 그 實例로서 刑法 第五百五十二條의 僞證罪에 있어 同條一項의 單純僞證罪에는 刑이 五年以下の 懲役인데 比較하여 同第二項의 謀害할 目的으로 僞證을 한 경우에는 十年以下の 懲役으로 되어 있다고 指摘하고 있다. 以上과 같이 韓國新刑法典이 制定되기까지의 歷史的 考察과 傳統的 이데오로기에서 이어 받은 특징, 그리고 舊刑法과의 差異點을 우선 살피고 나서 다음으로는 同法典의 比較法的 考察을 試圖하고 있는바……

三

(2) 『英美의 및 獨逸의 考察』에 있어서는 韓國刑法典의 主要한 規則들이 部分的으로 美國이나 獨逸系法觀念에서 由來된 것이므로 우선 이 兩法系에 舍入되어 있는 政治的 혹은 哲學的 觀念이 서로 다른 原則들을 미리 提示하여 批判的인 比較를 할 필요가 있다는 意圖를 洩懷하면서…… (가) 첫째로 犯罪의 意思(mens rea)에 있어서는 英美・獨逸兩法系가 각각의 「行爲는 犯意가 없으면 犯罪가 되지 않는다」(Actus non facti reum nisi mens sit rea)라는 유명한 로마法諺을 俱用한 하고 있으나 獨逸法에 있어서는 故意(Vorsatz, dolus, intent)와 過失(Fahrlässigkeit, culpa, negligence)의 區別함에 있어 英美法上 同하는 「不注意」라는 中間概念의 들이 같음을 認할 만함

兩者를 區別하는데 銳敏해지고 있다고 하며 따라서 獨逸法에 있어서 故意와 過失를 峻別하는 데는 이른바 英法上 「不注意(recklessness)에 該當하는 카데고리에 屬한다고 볼 수 있는 未必의 故意(dolus eventualis)와 認識 있는 過失(bewusste Fahrlässigkeit)이 있다고親切하게 例를 들어서 덧붙여 說明하고 있다. 이와 흡사한 또 하나의 例로서 獨逸法에서는 故意的인 殺害와 過失致死를 嚴格히 구별하고 있으나 英法에서 뜻하는 致死(manstanding)에 相應하는 概念은 없다고 擧示하고 韓國의 立法家들은 여러가지 見解가 分出하였으나 結局은 獨逸刑을 擇하였다고 덧붙여 說明하고 있다. 그리고 이어서 「過失犯」 「錯誤編」 「重罪―故殺」 등에 대해서 個別的으로 좀더 상세한 檢討를 하고 있다.

(1) 過失犯(Crime of negligence) 刑法第十四條에 規定된 過失行爲는 法律上 特別한 規定이 있는 경우에 限하여 處罰하는 바 이것은 獨逸法의 原理를 採擇한 것이다. 同法典에는 다섯개의 過失犯으로서 ① 第七〇條 및 第七十一條의 失火(Setting fire by negligence) ② 第八十一條의 過失溢水罪(inundation by negligence) ③ 第八十九條의 過失交通妨害罪(Obstruction of traffic by negligence) ④ 第一百六十六條・第一百六十七條 第一百六十八條에 規定된 過失死傷罪(Bodily injury and homicide by negligence) ⑤ 第三百六十四條의 過失贓物取得罪(crimes concerning stolen property committed

評書 by negligence) 등이 규정되어 있다고 한다. 그리고刑法第十四條가 獨逸法原理를 採用하였지만 贓物取得에 있어서 重過失(혹은 業務上過失)이 있을 때만 處罰하고 交通妨害나 死傷의 경우에는 刑罰이 加重되는 바 이러한 點은 英美型과 비슷하다고 한다.

(ii) 事實의 錯誤와 法律의 錯誤(Mistake of Fact and Mistake of Law) 法律의 錯誤가 抗辯이 되지 않는다는 傳統的인 見解가 日本治下에서는 嚴格히 適用되었다. 一九三四年九月二八日の 日本大審院判例는 辯護士의 意見의 適法性을 믿고 法律上의 錯誤를 한 것·우라도 그것을 理由로 抗辯이 되지는 않는다고 判示한 바 있다고 判例를 引用하면서, 그러나 韓國新刑法에는 法律의 錯誤를 抗辯으로 採擇하고 있는 바(刑法第十六條) 이것은 獨逸法의 있어서 現在 認定되지 않고 있지만, 오히려 마이어(M. E. Mayer)가 示唆하는 「法上義務의 認識可能性이 犯罪의 構成要素」라는 觀點과 같은 것이라고 指摘하고 있다.

(iii) 重罪—謀殺(Telony-murder) 輕罪—致死主義(misdemeanor-manslaughter doctrine-Versari in Re Illicita) 英美法의 重罪—謀殺·輕罪—致死主義와 그리고 그것에 相應하는 大陸法의 Versari in Re Illicita 法理는 犯罪意思의 要件에 대한 重要な 例外을 이루고 있으나 近代의 法律體系에 있어서는 그러한 原理는 오히려의 심스태운 것이며, 그것은 歷史的인 起源이나 正當性을 추측케 하

는 敎訓的인 것이 될지는 모른다고 하며 그리고 刑事的 責任의 聖書的理論은 犯罪의 觀念(mens rea)에서 전개된 것이나, 中世의 一般의 人 所信은 敎會機能의 遂行과는 相容할 수 없는 犯罪의 出現이 極其해진 것을 把握하게 되었으며 이러한 影響下에 中世 刑事上責任에 對한 考慮와 基督敎人의 道德과 로마法의 一般의 敎義 등의 歷史的인 折衷으로 刑法上에 殺人法主義가 導出된 것을 說明하고 또 英美法과 殺人法에 있어서는 이 主義(doctrine: principle of Versari in re Illicita)가 殺人에 關한 法에 局限되어 있다고 덧붙여 說明하고 있다. 여기서 一般的으로 大陸法理論에 있어서는 「結果犯」(crimes determined by result; Erfolgsdelikte)과 結果의 加重犯(crimes aggravated by the result; erfolgsqualifizierte Delikte)이 繼受되었고 近代法以來 모든 犯罪는 어떠한 結果에 依해서 決定되므로 이것은 別로 問題가 되지않으나, 獨逸法에 있어서는 殺人法이나 英美法과는 달리 結果의 加重犯의 觀念이 殺人에 限만 아니라 다른 犯罪, 즉 致傷에 아르기까지 擴大되고 있었으나, 一九五三年八月二五日 改正된 獨逸刑法 第五六條에 依하면 例컨대 傷害致死에 있어서는 行爲者는 兇器 勿論 傷害에 對한 故意는 있어야 하고 둘째로 적어도 死亡에 對한 結果의 不認識이 行爲者의 過失에 依한다는 責任條件이 必要하다고 보는 變遷이 있을 을 指摘하고 日本治下에서의 韓國 舊刑法은 結果의 加重犯의 概念을 앞서 獨逸法에 있어서 처럼 延燒의 경우까

지도範圍를擴大하였고 또判例의立場은傷害의敎唆者에게被敎唆者의致死에대한責任까지敎唆者가진다는態度를取해왔으나實際 이러한結果는mens rea의原則에한例外를形成한다고하고新刑法典은第十五條一項에結果로因하여刑이重한罪에있어서그結果의豫見可能性이없을 때는重한罪로罰하지 아니한다는規定을例를들어親切히說明하고있다. 그리고 둘째로……

(丁) 犯罪行爲(Actus reus)에關한연구

(一) 不作爲에依한 犯罪行爲(Actus reus by Omission)에 있어서 于先 犯罪行爲는 보통 積極的行爲(positive act)로서 이루어지나 경우에 따라서는 不作爲로서 이루어지기도 하지만 그러한 不作爲에 대해서는 法律上義務가 있어야 한다. 따라서 法律에依해서 課해지는 積極的作爲義務의範圍가 活潑한 이데오르기의 論爭點이 되며 英美法과 佛蘭西 獨逸法에는 困境에 빠진 人들을 도와주는 情狀인 「親切한 사마리아人」(Good Samaritan)의 道德觀念이 反映되었으며, 美國은 救助義務를 먼저 民法上의 概念으로 考慮된 것이라고 作爲義務에 대한 兩法系의 歷史的인 考察을 하고, 따라서 救助하지 않음으로서 그것이 곧 不法行爲가 반드시 구성되는 것은 아니며, 友情的인 救助로서의 道德上義務에 違反된다고 해서 刑事上 制裁問題가 생기지 않는다고 한다. 그리고 佛蘭西 刑法은 第六三條의 規定한 바를 보면 自己自身の 行爲에依하든지 혹은 救助를 要求받고 自身이나 他人에게 危險性이 없음에도

불구하고 그것을 救助할 可能性이 있으면서 任意로 하지 않은 者를 處罰하고 있다는 것과 獨逸에 있어서는 나치스 네 救助義務를 이른바 「國民感情」이라는 漠然한 表現으로서 全體主義의 理念에 따라 廣範圍하게 認定되고 있었으나 二次大戰後로는 特殊한 나치스의 이데오르기가 反映되어 있는 法律을 廢止하는 任務를 띄우고 있는 管理委員會(Control Council Proclamation, No. 3) 布告三號에 依해 失效된 바 있으나 一九五三年 八月에 다시 改正되었다고 同條項을 簡單히 紹介하면서, 不作爲犯의 作爲義務에 대한 英美法과 佛·佛를 中心으로 比較하여 歷史的인 概觀을 덧붙여 試圖하고 있다. 여기서 韓國 法典에는 數많은 積極的인 作爲義務를 導入하였는바: 戰時軍需契約不履行, 戰時公需契約不履行, 退去不履行 등…… 이것은 good Samaritan 法이 採擇되지 않은 것이나 極히 制限된 범위를 除外하고는 不救助에 대해서 罰하지 않고 있다고 하며 또한 獨逸 法上의 眞正不作爲犯(echtes Unterlassungsdelikt)과 不眞正不作爲犯(unechtes Unterlassungsdelikt)을 英美法上의 「義務不履行罪」(Crime by non-feasance)와 「狹義의 不作爲(Omission in the narrower sense)에 該當하는 것으로 比較하면서 作爲義務의 범위가 增加되어 가는 一般的인 傾向에 까지 흥미 있는 케이스를 들면서 說明하고 있다. 그리고 韓國 新刑法 第十八條의 不作爲犯에 관한 規定을 紹介하면서 同條項에는 두 가지 部分의 뜻이 있는바, 첫째는 危險의 發生을 防止할 義務가 있는 者에게 結果에

對한 責任이 있다는 것과 둘째는 危險의 單純한 惹起가 그 結果를 防止하지 않은 者에게 危險한 結果를 야기시킨 者와 같은 責任을 지야하는 대단히 의심스러운 條項이라고指摘하면서 美國의 *People v. Good Man Case* 등을 들면서 덧붙여 說明하고 意圖(犯意)의 證明은 不作爲보다 作爲인 경우가 引證하기 쉽다고 한다.

(二) 共犯(Complicity)에 있어서는 英美法과는 그 概念이 다른 獨逸法上 共犯의 세 가지 形態 즉, 共同正犯, 教唆犯, 幫助犯 등으로 三分化하여 各其 簡單한 說明을 하면서 英美法에 있어서의 「事後從犯」(Accessories after the fact)에까지 言及하고 나서는, 獨逸刑法理論上 重要한 役割을 하는 教唆觀念의 擴張된 勸誘罪(the crime of "solicitation," which is an extension of the idea of instigation)의 歷史的發展을 살피고는 이어서 獨逸 刑法이 制定時에는 犯罪行爲에 대한 客觀主義의 見解가 優勢하므로서 教唆가 成功되지 못하고 單只, 勸誘程度로 그치는 경우에는 客觀的인 狀態가 犯罪을 이루지 않으므로 別로 問題視하지 않고 따라서 罰하지 아니 하였으나, 漸次로 刑法理論이 犯罪行爲의 이른바 主觀主義理論으로 移行됨에 따라 드디어 一八七六年에 第四九條A項에 처음 도입되었으며, 其後, 나차페와서는 그들의 소위 國家社會主義의 目的과 理念에 따라서 同條項이 改正된 바 있으나, 다시 一九五三年에 民主主義의 法理念에 따라 激烈한 批判을 받으면서 또 改正된 바 있다고 關係法條項을 그대로 引用列舉

하면서 說明하고 있다. 그리고 新韓國刑法典은 大體로 나치前時代의 獨逸法典의 觀念을 採擇하였으니 韓國法에 있어서 從犯의 概念은 그에 相應하는 英美法의 概念보다 넓으며 美國法下에서 第二級正犯이 될 者가 여기에 包含된다고 하며, 이어서 間接正犯에 있어서의 處罰例, 必要的 共犯(necessary complicity)에 이르기까지 덧붙여 說明하고 있다.……세 번째로……

(다) 刑法에 있어서의 政策의 考慮(Policy Considerations in the Criminal Law)에 있어서는 國民들의 政治의 이데오로키나 또는 政治哲學이 刑法에 있어 根本的인 問題가 된다는 것과 韓國立法이 穩重한 自治의 計畫의 結果에 依한 것이 아니고 獨逸의 見解가 優勢한 가운데서 散見된 立場을 編集한 것에 불과하므로 將來 韓國法 改正을 위해 國家의 利益의 保護에 오히려 重點을 두는 獨逸의 觀念과 國家에 對한 個人的 自由를 尊重하는 英美의 傳統的 觀念의 兩哲學을 比較하는 것이 有用하다고 하면서 몇 가지 個別的으로 問題를 取扱하되 우선 ㉔ 形式犯과 實質犯(Formal crimes and material crimes)은 獨逸에서 兩者를 구별하고 있음을 說明하고 同 犯罪分類에 대한 M.E. Mayer의 批判에다가 再批判을 加하면서 犯罪分類에 대하여 英美法上 僞證概念까지 引用하면서 그러한 問題는 政策의 考慮에 달려 있다고 한다. 그리고 ㉕ 「윤개미」(Entrapment)에 있어서는……本犯罪는 官憲의 使職나 協同으로 犯罪를 犯하든지 혹은 未遂에 그치는 경우에 被告人에게

刑事上責任에 對하여 「올개미」의 抗辯을 할 수 있게 하는 것이 自由主義의 立場인 바, 이 立場을 받아 들이고 있는 英美法에서는 政府의 誘惑力이 없으면 犯罪를 犯할 意思가 없는 被告人에게만 「올개미」의 抗辯은 有效하다고 하고 이 理論의 根據를 「最高公益」(The highest public policy)의 要請에 찾고 있다. 反對로 歐羅巴 大陸에서는 「올개미」의 抗辯에 대해서는 允許되지 않으나 事實上 "agent provocateur" (佛), "Lockspitzel" (獨)의 問題를 다루고 있는 國家에 있어서는 犯行의 誘惑을 當하는 사람의 抗辯보다 誘惑하는 者의 處罰에 神經을 더 기울이고 있음을 論及하면서 佛蘭西法의 立場과 獨逸法의 立場에 關하여 各各 詳言하고 있다. 그리고 日本에서는 二次世界大戰後에 一九五一年六月十九日, 요코하마(橫濱) 地方裁判所에서 「올개미」理論이 採擇되었으나 其後 最高裁判所에서 却下되었음을 指摘하면서 韓國法典에는 「올개미」를 直接 規定하거나 法院에서 問題된 바 없으나 韓國憲法의 根本目的인 自由社會의 理念下에 비추어 볼 때, 手段의 正當性의 認定될 뿐만 아니라 그 根據를 刑法 第二〇條에 찾고자 하는 教授의 立場을 밝히고 있다.

(iii) 中止犯 (Withdrawal from crime) 과 自首 (Self-denunciation) · 親告罪 (crime upon complaint) …… 一般의 傾向이 刑法上制裁를 加하는데 많은 制限을 하고 있으며 따라서 個人的 自由를 最大限으로 保障코자 하는 英美法에 있어서는 大陸法에 있어서 刑罰의 免除, 減輕하는

몇 가지 경우에 오히려 刑罰을 課하는 傾向이 있음을 指摘하여 이것은 刑法의 客觀的 觀點에서 나타난 現象이라고 하고 英美 · 大陸兩法系에 對하여 各各 比較的 考察를 試圖하고 있다. 즉 中止犯에 있어서는 英美法에 있어서 犯罪의 任意的 中斷이 刑罰減輕事由가 되지 않는다는 것과 反對로 獨逸法은 犯罪意思를 버리고 侵害된 結果를 防止하고자 하는 경우에 있어서 全히 未遂의 刑罰을 免하게 하고 있다는 것을 比較하면서 韓國法典은 中庸的 解決 (intermediary solution) 점을 採擇하고 있음을 밝히고 自首나 自發의 自白 (voluntary confession)에 있어서는 特定된 犯罪에 關하여 刑罰의 減輕 또는 任意的 減輕을 하고 있다고 附言하고 美國法과는 달리 獨 · 佛法에 있어서는 犯罪遂行에 依한 被害者에게 刑事訴追上的 發議權을 認定하고 있으며 韓國法典은 數 많은 親告罪를 認定하고 있는 바, 同法典의 第一百〇條, 二百六〇條三項, 二百六六條二項, 二百八三條三項, 二百九十六條 등을 例示하고 있다. 마지막으로

(라) 精神病學과 刑法 (Psychiatry and criminal law)에 關하여는 丁先 精神病異常 (insanity)의 傳統的인 英美의 試準과 一九三三年以來 一般의 으로 流通化되고 있는 獨逸의 試準과의 根本的인 差異는 事實上 前者가 精神病異常을 純全히 知的要素 (cognitive terms)로서 確定코자하는데 對해서 後者는 精神異常을 確定함에 있어서 意志的要素 (volitional elements)를 亦是 導入하고 있는 점이 라는 것을 前提하고서 M'Naghten Rules는 被疑者가 行爲의

性質이나 不當性を 알지 못하는 結果를 가져 오는 「精神의 疾患에서 오는 理性의 缺如」로서 精神異常을 定義코자 하여 美國의 어떤 州는 精神異常의 意志의 外觀이 抵抗不可能한 衝動(irresistible impulse)의 테스트에 있어 영향을 미치고 있다고 附言하고 獨逸에 있어서는 責任無能力(Strict responsibility)의 根源을 病態 形成하고 있는 마 그것은 「意識障礙」 「病理學的精神攪亂」 혹은 「精神虛弱」 등이며 이러한 責任無能力 중에는 行爲者가 그 自身の 行爲의 不當性을 實踐코자 하는 知的不能이나 혹은 그의 實踐에 따라서 行爲코자 하는 行爲者의 意志의 不能에 根源하는 수도 있다고 分析하면서 美國에 있어서 最近에 導入된 Durham Case 가 어떠한 革新的인 變遷을 招來케 하였음을指摘하면서 덧붙여 略述하고 있다. 여기서 嚴格히 말하면 韓國法典은 既述한 그 어느 型도 따르지 않았다는 점을 明白히 하면서 同刑法第一〇條一項을 紹介하고 나서 概觀컨대 獨逸法에 있어서와 같이 刑罰을 排除하는 無能力이 知的인 것과 意志의 인 것이 있으며, 그 중 知的無能力은 廣範圍하게 記述되어 있다고 하고, 따라서 그것은 單純히 善惡을 判斷할 수 없을 뿐만 아니라, 一般의 所以 合理的인 判斷을 내릴 수 없는 無能力까지 包含한다고 說明하고 있다. 그리고 刑罰減輕原因으로서의 「限定責任能力」에 關하여는 行爲者의 知的 或은 意志의 能力이 列擧된 原因으로서 因하여 減少되는 경우에 있어서는 限定責任을 認定하는 獨逸法의 立場을 繼續해서 詳論하면서 그學派의 출거

리까지 살피고 이와는 反對로 英國이나 大概의 美國司法에 있어서는 限定責任의 概念을 拒絕해 왔으나 本書執筆者로서의 劉教授께서는 이 問題에 있어서 注意 깊게 接近해 가는 英美法의 立場을 추천하면서 刑罰의 範圍는 그것을 斷片的方法으로 解決되는 것 보다 오히려 刑法全分野에 適用되는 健全한 理論에 基하여 包括的으로 判斷되어야 하며, 限定責任의 경우에 있어서 減輕에 대한 單純한 規定은 刑法定制에 關한 重要な 根本的인 論爭點을 지나치게 單純하게 觀察하는 傾向이라고 教授自身の 見解를 밝히고 있다. 여기서 略으로 歐羅巴大陸의 限定責任의 概念이 無批判的으로 繼受된데 대해서 遺憾스럽게 여기고 刑法第一〇條二項을 紹介하면서 一般의 所以 責任理論의 根本的인 問題와 아울러 限定責任의 問題를 充分히 考慮하여 앞으로의 法典改正에 있어 再檢討를 해야 할 것을 希望하고 있다.

四

마지막으로 結論(conclusion)이란 題下에서 教授는 말하기를 本序論의 試圖한 마는 個別的인 問題를 充分히 檢討하지 않고, 新刑法典에 含有되어 있는 折衷된 이데올로기로부터 導出된 根本的인 原理를 提示하고자 한 것이라고 一言하고, 內容의 論議가 必然的으로 粗雜하게 되었으나 刑事立法뿐만 아니라 刑法의 解釋에 이르기까지 犯罪와 刑罰이라는 刑法上 두 가지 根本的인 要素를 明白히 理

解하는 데서부터展開되어야 하며, 同時에 그것은健全한民主主義哲學으로부터由來하여야 한다는本序文의筆者로서敎授自身の根本的信念이讀者에게成功的으로傳達될 것을바라는謙遜하신 말씀을하시면서 지금은「自由社會」(free society)의根本的要件인人間尊嚴性的의 보다高次的인價値를實現하기 위한法的機關의 구성에 대해서는科學的知識 및 倫理的知識이適用되어야 한다고하고, 따라서刑法은關聯性이 없는諸法規條項의混合物이되어서는안되며, 어디까지나科學과 倫理學을統合하는慎重한「世界觀」의所産이어야 한다……고主張하면서結論의 끝을맺고 있다.

以上本書의序文이나마詳細히紹介하고자 하였으나紙面・時間의制約과能力的未及으로龍머리에 뱀꼬리格이 되었으며 同書의筆者의意圖와는너무나거리가면곳에만 뜻을 돌린 것 같다.

孫 海 陸

〈筆者—崇實大學 講師〉