

劉基天著

刑法學(總論講義)

南興祐

(一)

筆者가 오래전에 「刑法學(總論講義)의 寄贈을 著者의 劉基天博士로부터 받고도 이의 紹介를 하지 못하든次 「法學」編輯人의 依頼로 그 機會를 얻게됨을 感謝한다.

우리나라 刑法典이 實施된 以來, 이에 對한 教科書가 無慮十餘種 刊行되었나. 劉基天博士의 「刑法學」도 그 中의 하나일 것이다. 그러나 劉博士의 「刑法學」은 그 研究方法의 正確性에 있어, 考證文獻의 老大함에 있어 理論과 實際(判例)의 兼備에 있어 特히 獨創的인 所謂 立體心理學의 刑法理論에의 適用에 있어 群書의에 있다고 본다.

解放後 韓國의 刑法學은 外國의 模倣과 紹介의 過程을 밟고 있다. 政治的, 經濟的 混亂이라는 客觀的 與件의 不利는 韓國 刑法理論의 根을 막았든 것이다. 그러나 劉博士는 本書에서 이러한, 與件의 不利를 克服하고 韓國의 刑法理論의 水準을 높게 하였다.

劉博士는 本書의 머리말에서 刑法總論을 쓰는 立場을 「Kormenat」式의 立場」, 「刑法學으로서의 學問的理論을 展開하는 立場」 또는 現行法의 紹介를 忠實히 하면서 簡略히 그 理論과의 關係에 言及하였다는 立場의 세 種類로 나누고 「本書는 어떠한 意味에서는 上述한 三者中 그 어느 하나의 範疇에도 屬하지 않고 또 다른 意味에서는 그 어느 것에도 類似한 部類에 屬한다고도 생각된다」고 하였다. 이리하여 劉博士는 「本書는 上述한 三種의 教科書中 第一種에 接近한다」고도 하고 「第二部類에 屬한다고도 볼수 있다」고도 하고 또 「上述한 第三種의 書籍이 가장 便利한지 모르」지만 「이目的에도 큰 도움이 되지 못할을 또한 遺憾으로 생각한다」라고 辭讓하고 있다. 그러나 本書는 어느 意味에서 上述의 各種類의 役割을 다하고 있다고 보겠다. 그리고 同學의 筆者로서 本書를 높히 評價한은 所謂 第二種의 「刑法學으로서의 理論」의 提供인 것이다. 著者는 學問으로서의 刑法學을 體系로서 完成치 못한 그대로 이 拙著를 學界에 上梓케 됨을 다시 한번 더 遺憾된 일로 생각하는 바이다」라고 하고 또 「이런點으로 보아 本書는 上述한 三種類中 第二部類에는 가장 距離가 먼바 있다고 말할 수 있다」라고 辭讓하였다. 그러나 「內面的으로 合理的인 人格者」라고 믿었던 自我속에 「無意識의 世界」란 不合理한 他者가 頑強히 자리잡고 있어 前者를 支配하고 있음을 알게 됨으로 因하여 이를 刑法理論에 適用 體系화하려고 하며, 「人格的責任論

을 批判하고 目的的行爲論의 功過를 論한 後에 刑法이 志向하여야 할 新方向을 提示한」 著者의 業績은 크다고 할 수 있다.

(11)

著者가 試圖한 特徵的인 것으로, 于先 科學에 있어서의 言語의 性格(Linguistic aspects)을 들 수 있다. 即「解釋論에 있어서의 symbol로서이 言語가 가지는 意味 特히 그 意味의 相對性이란 原理를 刑法解釋論에 導入하고 있다. 앞으로의 이에對한 著者의 研究發展을 비는 마음 筆者만이 아닐 것이다.

筆者가 본바에 依하면 本書의 特徵은 두가지 理論의 展開에 있다고 본다. 即 目的的行爲論과 所謂「立體心理學」의 理論이다. 勿論 著者는 本書의 여러 面에서 目的的行爲論을 批判하였다. 그러나 著者는 傳統的인 刑法理論과는 달리 故意와 過失을 構成要件의 不法要素로 보고 特히 故意는 主觀的構成要件要素로 보아 다음과 같이 말하고 있다. 「그러나 目的的行爲論이 出現한 以來 行爲의 面에서 主觀的要素를 排除하는 것은 無意味하다는 것을 깨닫기 始作하여 오늘날에 있어서 故意 또는 過失을 責任條件으로서 보기도 行爲의 要素로 보는 것이 妥當함을 알게 되었다.」(本書一六四面) 또 이렇게도 말하고 있다. 「故意行爲는 現實的인 行爲(Aktuelle Finalität)인데 反하여 過失行爲는 潛在

的인 行爲(Potentielle Finalität)라고 말할 수 있다.」(本書一七九面) 다음 이렇게도 말하고 있다. 「構成要件의 核心은 行爲에 있고 行爲에는 반드시 그 主觀的要素가 結付되어 있기 때문이다. 構成要件要素를 다른 角度에서 보면, 이것은 또한 不法要素인 것이다. 따라서 主觀的要素는 主觀的 不法要素이다. 例컨대 故意犯에 있어서의 行爲者의 故意는 構成要件要素라는 主觀的 不法要素를 形成하는 代表的인 例라고 보지 않을 수 없다.」(本書一〇九面).

이러니, 著者는 體系에 있어 目的的行爲論의 立場에서 이것은 體系論의 問題에 不過하지만 于先 刑法을 科學의 體系로 解하려면 體系의 整備가 必要하다」(本書六四面).

그러나 先述한바와 같이 著者는 目的的行爲論에 對하여 辛辣한 批判을 하고 있다. 詳論하면 著者는 本書 犯罪論, 序論에 있어, 獨逸의 犯罪構成要件理論의 그 由來와 그것이 發展하며 베링, 마이어를 거쳐 目的的行爲論에까지 理論이 展開된 것을 一瞥하고 目的的行爲論의 檢討를 하고 있다. (本書八七面). 即 다음과 같이 셋째 項目에 걸쳐 批判檢討하고 있다. 여기서 셋째 項目은 著者의 根本的인 立場이 明示되므로 이를 全文 그대로 紹介한다.

「법원은 上述와 같이 責任論에 있어서 막스·슈버의 責任倫理의 立場을 追從하나, 왜 좀더 根本的인 問題로서 責任倫理의 立場을 取하지 않으면 아니 되었느냐 하는 問題에

對한 考察이 缺如되어 있다. 다시 말하면 在來에는 所謂倫理學에 있어서 責任의 根據로서 自由意思라고 할 때에는 意識의 世界만이 問題되어 있었던 것이다. 그러나 漸次學問이 發展됨에 따라 意識의 世界는 人間行爲의 大端히 작은 面밖에 안되는 것이오, 도리어 人間行爲에는 無意識의 老大한 世界가 있는 것을 漸次發見하기 始作하였던 것이다. 이러한 意味에서 人間이 意識없는 行爲에 對하여서도 그 責任을 지는 根據가 無意識의 世界와 意識의 世界의 兩者의 緊密한 聯關속에 있음이 알려졌고, 여기에 새로운 倫理觀의 樹立이 可能함을 吾人は 認識할 수가 있다. 다시 말하면 벨첸이 上述한 刑法의 立場에서 人間像에 關한 正確한 解明이 없이 刑法體系를 樹立하려고 한點에 그의 根本的인 難點이 있는 것이다. 따라서 벨첸을 過失行爲도 亦是 構成要件의 結果以外的 結果를 目的으로 한 目的行爲라고 하고 있으나, 이는 無意味한 말에 不過하다. 即 벨첸의 過失論의 說明을 明確히 못한 그 根本理由도 여기에 있음 을 알 수가 있다.]

다음 著者は 벨첸에 對한 둘째의 批判點에서 責任論을 말하고 셋째의 批判點에서는 벨첸이 不法과 違法性과를 區別한 것을 論難하여 構成要件을 떠난 違法判斷이라는 것은 無意味하다고 하며 벨첸의 自然法의 立場을 排斥하고 實定法의 立場을 堅持하고 있다.

著者の 이러한 立場은 좋으나, 「問題는 故意가 責任要素

이나 或은 行爲要素이나 하는 枝葉末端의 問題에 있는 것이 아니라 責任의 根據가 어디에 있는가 하는 데에 있다.」(本書 八八面)고 한데 對하여 筆者의 愚見을 말하면 다음과 같다. 著者の 立場에서는 責任의 根據가 重要할지 모르나, 벨첸의 立場에서는 故意가 責任要素이나 或은 行爲要素이나 하는 것은 目的의 行爲論이 成立할 수 있으나 없는나와 問題인 것이다. 왜냐하면 벨첸에 依하면 人間의 意思는 一定한 範圍內에서 因果關係의 可能性(die möglichen Folgen seines Kausalwerdens)을 豫見하고 그에 依하여 結果發生을 合同의 으로 規制한다. 그러므로 이 目的의 意思는, 그 因果의 認識에 依하여 現實의 事象을 支配하고, 이를 目的의 活動(Zielgerichtete Aktion)으로 形成하는 것이다. 이에 있어 이 意思는 行爲의 客觀的側面에 附加된 主觀的側面이 아니라 도리어 行爲의 客觀的形成의 要素(objective-gestaltender Faktor)인 것이다. 이러한 點에 있어서는 著者도 先述한 바와 같이 類似한 論理를 展開하였는 것이다.

(III)

先述한 바와 같이 著者の 主張은 所謂 立體心理學의 祖述에 있다. 著者の 이러한 立場은 著者가 「體系化하지 못하였다고」 하였지만 本書의 重要한 理論展開의 根幹이 되어 있다. 앞의 目的의 行爲論을 批判하는데 있어서도 著者の 立場이 堅持되었는 것이다.

이리하여 著者は 序論第二章 刑法理論에 있어(本書 四四

面(以下)傳統的인 舊派와 新派의 理論을 批判하고 다음과 같이 말하고 있다. 「現代哲學의 立場에서 보면 自由와 因果律은 矛盾關係의 假說이 아니며 서로 그 立場을 달리하는 假說밖에 아니고 이런 立場에서 보면 도리어 今日의 刑法理論은 現代心理學 特別히 立體心理學(depth-psychology)과 併行하여 樹立되어야 한다.」

다음 著者は 이러한 立場에서서 人格責任論을 批判하고 있다. 即皮相的으로 人間의 環境만을 보고 그 行爲者에게 非難의 화살을 던지는 것은 論難하고 이는 換言하면 所謂 心理的 自他混合(psychological automorphism)의 現象이라고 한다. 「다시 한번 말을 바꾸면 人間의 心的컨디션은 現代心理學의 立場에서 보면 이드(id)·에고(ego)·슈퍼에고(super ego)의 二要素의 結合에서 결정되는 것이고 各者의 컨디션은 그 強度가 서로 同一하지 않은 것이다. 그럼에도 불구하고 環境이 좋은 곳에 있음에도 불구하고 犯罪을 犯한다고 하며 그 非難의 화살이 더 무겁게 던져진다고 하는 思考方法은 그 行爲者의 心的컨디션과 判斷하는 判斷者의 그것과를 混同하는 心理的自他混合에 不過한 判斷이기 때문이다.」(本書 四五面·四六面)。

다음 著者は 序論 第五章 刑法理論과 人間像에 있어서도 그의 根本態度를 明白히 하였다. 「二〇世紀 後半期에 突入한 今日의 社會科學은 「無意識(unconscious)의 世界를 發見함으로써 코케르니크스의 轉換을 보게 되었다. 在來의

人間像은 合理的이고 理性的인 人格의 主體로서 되어 있었으나, 無意識의 世界는 不合理의 世界임을 알게 되었고 이 「意識」과 「無意識」간의 意思連絡(communication)이 人間의 想像以上으로 緊密한 바 있음을 깨달았다」고 하고 「에고(ego)의 科學的把握이 없이 人間의 自由를 云謂하고 이에 따른 責任을 問題삼는 것은 년센스라고 하지 않을 수 없다」고 까지 하고 있다. 이러한 著者의 主張은 行爲의 概念에 明示되었고(本書 一〇二面) 因果關係의 理論에 있어서 所謂目的說(teleological theory of "causation")이라는 特有한 理論을 展開하고 있다. (本書 一五七面) 또 著者의 이러한 見解는 責任能力의 說明에 披瀝되었고(本書 二二三面) 過失論에서도 展開되었다 함은 上述하였다(本書 一七九面)。

著者의 이러한 見解는 犯罪論에서 뿐만이 아니라 刑罰論에서 까지 展開되고 있다. 著者는 「所謂 責任이 隨伴되는 刑率의 制裁(criminal sanction)에는 여러가지 뜻이 있음은忘却하고 있다.」하고 刑法上의 制裁의 여러가지 意味를 展開한다 다음 다음과 같이 말하고 있다. 「數次言及한 바와 같이 人間行爲의 가장 큰 部分이 無意識의 世界에서 받은 影響下에 이루어 질진대 여기에 對한 刑罰을 考察함에 있어서도 亦是이 點을 科學的으로 밝히고 더욱이 責任의 種類와 相對的으로 刑罰의 種類도 決定되어야 함은 여기에 再言할 必要가 없다」(本書 三八二面)。

(四)

以上 本書의 대물거리라고 생각되는 것을 紹介하였고 그 細部에 關한 批評은 紙面關係로 省略한다. 다만 不作爲犯과 中止未遂같은 데에 있어서도 著者の 見解가 더 展開되어야 하지 않을까 한다. 끝으로 두가지 點에 關하여 筆者의 愚見을 말하겠따.

첫째, 著者는 上述한바와 같이 벨첸의 人格責任論을 批判하고 無意識界의 科學的分析을 主張하였다. 勿論 無意識의 世界는 意識의 世界와 緊密한 聯關이 있다. 하지만 無意識界에의 지나친 分析은 人間像全體를 忘失케 하지 않을까. 하울퍼, 벨첸은 人間을 그全體性에서 把握할라고 하였고 또, 하르트만(N. Hartmann)은 人間은 行爲의 主體로서 多樣的인 「價値의 基礎」(Wertfundamente)를 갖추고 있다 고하고 그 하나의 價値로서 人間像全體를 把握할수 없다 고하였다. 또, 이 無意識界의 分析에 適用되는 方法은 因果的方法이겠고 Id, ego, super-ego의 究極的本質은 必然히 決定的인 것일 것이다.

둘째, 著者는 本書의 各部分에서 刑法의 保障의 機能을 強調하고 있다. 그리하여 著者는 罪刑法定主義를 堅持하고 違法論에 있어서도 不法과 違法과를 區別하는 벨첸의 自然法的 立場을 反駁하여 構成要件의 違法을 主張하고 實證法的 立場을 明白히 하고 있다. 또 人格責任論이 過去 나치政權時代에 育成되어온 歷史的事實을 指摘도 하였다. 그러나

評書

이 無意識界의 分析이라는 것이 잘못되어 이느 權力者에게 利用되므로써 國民의 權利保障이 侵害될 憂慮는 없는가. 앞서 筆者는 本書의 研究方法의 正確性을 말하였다. 이 點에 關하여 著者の 刑法研究의 根本態度的 優秀함을 紹介할라고 하였으나, 이도 紙面關係로 省略한다.

이 書評을 맺음에 筆者는 同學의 一人으로서 劉博士의 刑法體系에의 大成을 바라며 擧筆하는 바이다.

(筆者 高大法大教授)