

해방 후 한국전쟁 직후까지의 한국형법학의 방법론

최 관 호*

목 차

- | | |
|----------------------|------------------------------|
| I. 들어가며 | III. 정부수립 후에도 계속되는 일본형법학의 영향 |
| 1. 서설 | 1. 한국전쟁 시의 군사법과 무법시대 |
| 2. 해방 전사(前史) | 2. 형법의 제정 |
| 3. 일본 형법의 근대화 역사 | 3. 혼란기의 형법학과 학자 |
| II. 미군정 정책과 식민잔재의 존속 | IV. 마치며 |
| 1. 미군정기의 법제와 사법 | 1. 한국형법과 형법학에 대한 일본의 영향 |
| 2. 미군정기의 식민잔재 청산 | 2. 발전을 위한 반성 |
| 3. 미군정기의 형법학 | |

I. 들어가며¹⁾

1. 서설

한국 형법학이 태동한 이후 현재의 양적·질적 성과는 분명히 괄목할 만큼 발전하였다. 80년대 들어와서 국내 연구자들의 연구결과에 대

* 서남대학교 경찰행정법학과 조교수

1) 본 논문의 심사결과에 의하면 두 가지 중요한 지적이 있었다. 첫째는 한국전쟁 전후의 한국 형법 성립사에 미군정과 친미정권에 의한 미국형법의 영향은 어떠했는가에 연구가 없다는 것이고, 둘째는 1948년의 국가보안법의 제정과정에 대한 분석이 포함되지 않았다는 점이다. 두 지적은 모두 합당하고, 한국 형법학 방법론에서 결코 도외시킬 수 없는 부분이다. 하지만 본 논문에서 해당 사항을 논하게 되면 자칫 논점이 흐려질 수 있고, 분량의 제한도 존재한다는 한계로 인해서 이번 글에서는 자세한 논증을 피하고 다음 연구로 진행할 수 있도록 하겠다.

한 학자들의 상호 평가도 활발해졌으며, 역사적 접근 및 분석도 이루어지고 있다. 하지만, 한국 형법교과서들이 출간되기 시작한 1957년 이후부터의 논의에 집중되어 있고, 해방 후 한국전쟁 직후까지의 형법학의 연구방법에 대한 연구는 거의 전무하다. 그나마 있는 연구논문도 당시 형법학자들의 성과에 초점을 맞추어 그 성과가 발생할 수 있는 여건과 환경 그리고 연구자의 연구방법에 대해서는 알기가 힘들다.

조선 말과 일제 강점기의 형법학에 대한 연구가 없는 것은 아니나, 아직은 양적으로 소수이며 특히 해방 후 형법제정까지의 연구는 더욱 미미한 상황이다. 이는 당시 연구자료가 많지 않으며, 있는 자료도 소실되었기 때문이라고 생각한다. 그나마 있는 연구문헌들의 저자들이 연구 대상으로 삼은 해방 후 한국전쟁 직후까지의 형법학자들이 모두 스승님이라는 한계로 인해 냉철한 분석도 힘들었을 것으로 추측된다.

본 연구의 대상은 해방 후 미군정기를 거쳐서 형법학 교과서가 본격적으로 출판되기 전인 1957년 전 시기까지의 형법학이다. 이 시기는 1945년부터 시작된 미군정기, 1948년의 대한민국 정부의 수립, 1950년의 한국전쟁과 그 휴전이라는 한국근대사의 굵직한 사건들의 연속이었다. 이러한 불안정한 사회적 상황과 전쟁으로 인한 혼란의 가중은 형법학을 논할 수 없는 혼돈상태였음이 확실하다. 그래서 해방 후부터 1956년까지를 형법학에 있어서 “혼돈기”²⁾로 명명하기도 한다.³⁾

2) 혼돈기의 특징을 이외에도 1953년의 환도, 그 후의 교수들의 두 대학 겸직허용, 연구도서의 빈곤 등을 드는 김종원, “한국형법학 40년-한국형법학의 정립을 바라며”, 법학연구 제16권(전북대학교 사회과학연구소, 1989), 181쪽.

3) 한국 형법학의 시기구분에 대해서는 학자들마다 다르다. 1945년의 해방 후부터 1956년까지를 혼돈기, 57년부터 67년까지를 정돈기, 68년부터 77년까지를 발동기, 78년부터 88년까지를 중흥기라고 구분하는 김종원, “한국형법학 40년-한국형법학의 정립을 바라며”, 181-195쪽; 1953년부터 1970년대 말까지를 제1세대와 제2세대가 중첩활동한 시기, 1970년대 후반부터를 개방적 계승기로 구분하는 차용석, “형법전 시행 반세기의 회고-한국 형법 및 형법학의 정체성을 찾아서-”, 형사법연구 제18호(한국형사법학회, 2002), 6-7쪽; 1953년부터 1970년대 중반까지의 제1세대 형법학, 1970년대 후반부터 1980년대까지 제2세대 형법학, 1990년대 이후

혼돈상태였음에도 불구하고 해방 후 미군정기와 정부수립 시기의 우선적인 규범적 과제는 식민잔재청산이었고, 한국전쟁 당시에는 전쟁으로 인한 혼란으로부터의 국민 보호와 기본권보장이어야 했다는 점은 쉽게 추측할 수 있다. 또한 정부수립 이후에는 형법의 제정도 시급하였을 것이다.

당시 형법학의 연구토대가 어디에서부터 진행되었는지, 그리고 그 연구방향이 무엇을 향하고 있었는지에 대해서는 많은 연구문헌들 중에서 쉽게 찾기가 힘들다. 물론 현대에 와서 당시의 연구성과와 연구지들에 대한 분석이 많아졌지만, 지금의 연구문헌들은 형법이론적 접근이 강하다 보니, 당시 연구자들의 성장배경이라든가 사회적 상호관련성에 대한 글은 또한 많지 않은 편이다.

따라서 본 논문에서는 그동안 출간된 연구자료들을 토대로 하여, 혼돈기 법학과 관련된 사회의 제 현상들과 법체계 및 형법학의 연구 성과들이 어느 정도였는지를 살펴보고, 그것들이 일본으로부터 어떠한 영향을 받았으며, 그러한 주변 환경들이 한국 형법(학) 형성에 어떠한 영향을 주었고, 또 상호관련성은 어떠했는가를 추론하여, 당시 형법학자들의 연구방법을 알아보고자 한다.⁴⁾

제3세대 형법학으로 분류하는 견해로는 배종대, “기대가능성이론의 발전과 우리 형법 50년”, 형사법연구 제18호(한국형사법학회, 2002), 81쪽; 차용석, “형법전 시행 반세기의 회고-한국 형법 및 형법학의 정체성을 찾아서”, 7쪽.

- 4) 전통적으로 방법론(Methodenlehre, Methodologie)이란 “특별한 목적의 달성, 특히 학문적 목적의 달성을 위한 정초한 방법을 연구하는 이론”(Deutsches Rechts-Lexikon, Band 2, 제2판(C. H. Beck, 1992), 996쪽)이고 “어떤 학문 내에서 스스로 행하는 성찰(reflexion)”(같은 책, 996쪽)이다. 이런 점에서 한국 형법학자들의 연구방법을 ‘문헌해석학적 형법학’, ‘정신과학적 형법학’, ‘사회과학적 형법학’ 그리고 ‘학제적 법학방법론’으로 분류하여 개념구정한 글로는 이용식, “형법해석의 방법: 형법해석에 있어서 법규구속성과 정당성의 문제”, 법학 제46권 제2호(서울대학교 법학연구소, 2005)가 있다. 이러한 입장에서는 법학방법론을 “법학의 대상인 법을 올바로 파악하는 방법 자체”(이상돈, “형법학방법론”, 법학연구 제12권 제2호(연세대학교 법학연구소, 2002), 65-85쪽)에 한정하거나, “법적용의 절차에 관한 이론”(김영환, “법학방법론의 의의와 그 전반적 체계”, 법학논총 제24

2. 해방 전사(前史)

2.1 조선 말 형사법제의 근대화-‘법관양성소’와 ‘형법대전’

대한민국의 법제근대화의 출발점을 1894년 동학혁명으로 본다면,⁵⁾ 1895년에 설립된 ‘법관양성소’는 근대 사법 제도의 시작을 연 기관으로 평가된다.⁶⁾ ‘법관양성소’는 1895년 법률 제1호로 공포된 ‘재판소 구성법’⁷⁾에 의해 새로 구성된 근대적 재판소의 사법관을 ‘속성’으로 양성하기 위하여 설립되었다.⁸⁾ 동법에서 판사와 검사제도를 도입하는 등⁹⁾

권 2호(한양대학교 법학연구소, 2007), 9-30쪽)에 한정하여 왔다. 하지만, 본 논문에서는 한국 형법학과 관련된 주변부를 살펴봄으로써 한국 법학방법론을 역사적으로 이해하고자 한다. 법은 인류사회 발전의 역사적 단계에서 발생하고 사멸하는 역사적인 존재이기 때문이다(藤全勇, 이경주 옮김, 마르크스주의 법학입문(이성과 현실, 1990), 324쪽 참고). 이러한 방법론을 취한 형법학자로는 이미 작고하신 김순태 교수와 이창호 교수를 들 수 있다. 그래서 방법론은 “현실인식과 현실변혁의 방법에 관한 이론”(한국철학사상연구회편, 철학대사전(동녘, 1989), 482-484쪽)으로 이해할 수도 있다. 또한 방법론은 결코 당시의 시대적·사회적 상황과 현실에서 분리되어서는 나올 수 없기 때문이기도 하다. 본 논문이 취하는 법학방법론에 대해서는 최관호, “민주법학과 형사법학방법론”, 민주법학 제41호(민주주의법학연구회, 2009) 참조.

- 5) 박병호, “한국법학교육의 기원-법관양성소제도와 경성제대”, 고시계 40호(고시계사, 1995), 86쪽.
- 6) 하지만 이에 대해서 결국 식민지화로서 근대법제가 일제에 의해 수용되어 가는 과정이었다고 설명하는 견해로는 한상범, “현대 한국의 법제와 일본제국주의의 잔재”, 법학논총 제12집(숭실대학교 법학연구소, 2000), 21-22쪽. 한상범 교수는 대한제국에 대해서도 하나의 서글픈 해프닝으로 바라본다. 일본 명치유신을 모방해서 국호를 ‘제국’으로 하고 왕을 ‘황제’로 하였지만, 군대도 없고 백성의 지지도 받지 못한 이름뿐인 허세에 그쳤다는 것이다; 한상범, “한국법의 계보와 사상-일본 법과 한국법”, 아태공법연구 제8집(아세아태평양공법학회, 2000), 12-13쪽에서는 법관양성소도 일본측의 요청과 지원으로 설치하였다고 한다.
- 7) ‘재판소 구성법’은 “조선왕조실록”, <<http://sillok.history.go.kr>>, 검색일: 2012. 11.10.에서 통합검색 “재판소구성법” 후 “고종 33권 32년 3월 25일(병신) 1번째 기사/재판소구성법을 반포하다”에서 국역·원문을 확인할 수 있다.
- 8) 고종의 칙령 제49호로 반포된 ‘법관양성소규정’ 제1조에서 “법관 양성소(法官養成

근대적 형사사법제도를 도입하려는 흔적을 찾을 수 있다.¹⁰⁾ 이 시기에 법제근대화와 동시에 근대적 형사법도 시작되었다고 할 수 있다. 그래서 이때부터 1945년까지 사이를 형(事)법학 ‘태동기’¹¹⁾로 명명하는 경우도 있는데, 이 시기는 형법대전의 공포·시행, 장도(長壽)의 형법총론의 출간에 이은 일제 강점기의 도래를 그 특징으로 한다. 하지만 법관양성소에서 교육을 받은 자들은 대부분 중인계급의 출신으로 졸업 후에 바로 법률직과 고급관직으로 취직할 수는 없었다. 양반들이 재판업무를 고수하였고, 법률학을 전통적으로 기술학과 잡학(雜學)으로 취급하여서 제대로 대우하지 않았기 때문이다.¹²⁾

법관양성소의 초기 교과목의 특징으로는 당시에 아직 제정·시행되지 않고 있던 민법, 형법, 형사소송법 등이 비중 있게 취급되었다는 점이다. 그 이유에 대해서는 “명치유신 이후에 일본에 시행된 서구법의 계수과정이 일제의 입김 아래 그대로 반복적으로 소개된 것”¹³⁾으로

所)는 속성(速成)을 목적으로 하고 생도(生徒)를 널리 모집하여 규정한 학과를 가르치고 졸업 후에 사법관으로 채용할 수 있는 자격을 양성하는 곳으로 한다”고 그 목적을 명확히 하고 있다. ‘법관양성소규정’의 내용은 “조선왕조실록”, <<http://sillok.history.go.kr>>, 검색일: 2012.11.10.에서 통합검색 “법관양성소 규정” 후 “고종 33권 32년 3월 25일(병신) 13번째 기사/법관 양성소 규정을 반포하다”에서 확인할 수 있다.

- 9) 예를 들면, 제38조에서 검사의 직무를 “영장의 발송, 증거 수집과 재판의 집행, 기타 검찰 사무를 진행하고 또 감옥에 가서 검열함으로써 이유 없이 잡아오거나 구류(拘留)하는 일이 있는가 없는가에 관심을 기울여야 한다. 그리고 구류한 사람에 대해서는 심리를 빨리 하도록 힘써야 한다”라고 하는 등 근대적인 검사의 직무를 규정하고 있다.
- 10) ‘재판소 구성법’은 “조선왕조실록”, <<http://sillok.history.go.kr>>, 검색일: 2012.11.10.에서 통합검색 “재판소구성법” 후 “고종33권 32년 3월 25일(병신) 1번째 기사/재판소구성법을 반포하다”에서 국역·원문을 확인할 수 있다.
- 11) 김종원, “형법”, 한국의 학술연구: 인문사회과학편 제4집(대한민국학술원, 2003. 12), 409-437, 411쪽.
- 12) 김영모, 조선지배충연구, 1978, 414-435면; 최종고, 한국법학사(박영사, 1990), 86-87쪽에서 재인용.
- 13) 박병호, 앞의 논문, 88-89쪽.

해석하기도 한다.

1906년(광무 10년)에는 ‘법관양성소’가 새로 제정된 ‘형법대전’(刑法大全)¹⁴⁾을 교과목에 추가하였는데,¹⁵⁾ ‘형법대전’은 1905년(광무 9년) 4월 29일에 법률 제2호로 공포된 조선의 마지막 일반형법전이었다. 형법대전의 시행으로 그때까지 시행되고 있었던 ‘대명률’을 비롯한 모든 율례는 폐지되었다. 형법대전의 특징은 당시의 근대적 형법전인 일본형법전을 계수하지 아니하고 ‘대전회통’(大典會通)과 ‘대명률’(大明律), 그리고 ‘신반률’(新頒律)을 참작하여 제정되었다는 것이다. 제정 당시에는 민사관계법도 포함되었는데, 1908년 제2차 개정 시에 형사조항만 남게 되었다.¹⁶⁾ 그러나 그 내용은 여전히 봉건적 형법을 완전히 탈피하지는 못했다.¹⁷⁾

한편, 대한제국의 사법권이 박탈되면서 ‘법관양성소’는 1909년 칙령 제84호 법학교관제(法學校官制)가 제정됨으로써 법부에서 학부로 소속이 바뀌었고 명칭도 법학교로 바뀌었다.¹⁸⁾ 이러한 변경에 대해서 “전문 기술인력으로서의 법조인을 양성하는 실무연수기구로부터 체계적인 법학이론 전반을 연구·강의하는 학문적인 교육기관으로 승격된 감이 없지 않다”¹⁹⁾는 평도 있지만, “내용면에서는 법관양성소장을 법학교장으로 부르는 이외는 별다른 발전이 없었다”²⁰⁾는 평가도 있다. 또한 1905년에는 보정전문학교가 설립되어 사학에서의 법학교육도 시작되었다.²¹⁾

14) ‘형법대전’에 관하여는 최종고, 위의 책(1990), 492쪽; 박병호, 위의 논문, 111쪽.

15) 박병호, 위의 논문, 89쪽.

16) 김종원, “형법”, 411-412쪽.

17) 한국 브리태니커 온라인, “형법대전”, <http://preview.britannica.co.kr/bol/topic.asp?mtt_id=106605>, 검색일: 2012.11.4.

18) 최종고, 앞의 책(1990), 434쪽; 위키백과, “법관양성소”, <<http://ko.wikipedia.org/wiki/%EB%B2%95%EA%B4%80%EC%96%91%EC%84%B1%EC%86%8C>>, 검색일: 2012.11.4.

19) 박병호, 앞의 논문, 91-92쪽.

20) 최종고, 앞의 책(1990), 103쪽.

법관양성소의 강의를 담당한 교수로는 장도, 이면우, 홍재기, 류문환, 석진형, 유동작 등의 한국인 법률가와 C. Greathouse, L. Crémazy 같은 서양인 법률가, 그리고 다수인의 일본인 법률가가 있었다.²²⁾ 이 중에서 장도, 이면우, 홍재기, 류문환, 석진형 등은 동시에 보성전문학교의 교강사진에도 참여하였다.²³⁾

특히 장도는 최초의 형법학자라고 할 수 있는데, 일본에서 수학하였다. 1907년에 편찬한 ‘신구형사법대전’ 권하에는 “일본구형법을 참작하여 만든 형법대전초안 424개 조문과 1890년 일본의 형법 제1초안을 참고하여 만든 형법초안 300개 조문이 실려”²⁴⁾있었고, ‘형법론 총칙’은 일본 형법학자 오가타 아사다로오(岡田朝太郎, 1868-1936)의 책을 바탕으로 삼으면서 군데군데 한국의 고유한 문제와 법적 상황을 언급하였으며,²⁵⁾ 주로 일본의 구형법을 설명하였지만 일본형법초안과 프랑스의 형법과 학설 및 독일형법도 언급하고 있었다.²⁶⁾

2.2 일제 강점기와 식민지 의용형법

1910년 국권피탈²⁷⁾ 후 조선총독이 식민지의 행정·입법·사법의 모

21) 보성전문학교에 관하여는 최종고, “한국사학법학의 전통”, 고시계 제40호(고시계사, 1995), 100쪽 이하.

22) 최종고, 앞의 책, 87쪽.

23) 최종고, 위의 책, 109쪽.

24) 류전철, “동아시아 국가에서 근대 독일형법 계수의 문제점”, 법학논총 제31권 제2호(전남대학교 법학연구소, 2011), 374쪽.

25) 장도에 대한 자세한 논의는 최종고, 앞의 책(1990), 87-90쪽, 343-349쪽; 그 외에 한말과 일제 강점기의 법학자에 대해서도 최종고, 위의 책(1990) 참조.

26) 이형국, “독일형법이 한국형법에 미친 영향”, 한독법학 제14호(한독법률학회, 1983), 107쪽; 류전철, “동아시아 국가에서 근대 독일형법 계수의 문제점”, 374쪽.

27) ‘국권피탈’이라는 용어를 쓰지만 국제관계 속에서는 그렇지 않다는 견해도 있다. 일본 제국주의는 ‘카쓰라-태프트 밀약’에서 보듯이 영미제국주의의 승인 하에 조선을 식민지로 예측했다는 것이다. 그래서 1945년 패전 후에 열린 일본 동경 전범재

든 통치권을 행사하였는데, 이는 일본왕의 대리인의 자격이었다. 조선 식민지의 법령은 조선총독이 제령(制令)의 형식으로 명령에 의해 정할 수 있고 일본 본국의 법령을 빌려다가 적용하는 의용의 형식을 사용하기도 했다.²⁸⁾ 당시의 형법도 1911년에 조선총독부제령 제11호 ‘조선형사령’²⁹⁾에 의하여 의용된 일본 형법(1907)이었다(“조선형사령” 제41조). 이로써 일본의 형법, 형사소송법, 육군치죄법을 비롯한 각종 형사법이 일제강점기에 한반도에 시행되었다.³⁰⁾ 한편 그때까지 시행되고 있었던 ‘형법대전’은 ‘조선형사령’의 시행과 함께 폐지되었다(조선형사령 제41조). 소송법상으로는 정식재판 이전에 몇 년이고 피의자를 가두어둔 채 심리를 할 수 있는 가혹한 체벌성을 전제로 한 ‘예심제도’(豫審制度)³¹⁾를 두고 있었다. 뿐만 아니라 태형도 일부 시행되었다.³²⁾ 근대적 형법의 시행이었다고는 하지만, 식민지 국가의 민중들에게 형법은 여전히 전근대적이었다. 뿐만 아니라 한국 형법 문화의 자생적 발전은 제도적으로 중단되었고, 한국 형법학의 독자성과 정체성은 일본 형법학의 그늘을 벗어날 수 없게 되었다.³³⁾

판에서 미영제국은 일본의 침략전쟁 시점을 1928년 만주침략으로부터 따지고 조선에 대한 침략과 만행을 따로 거론하지 않고 제외시켰다고 한다. 그래서 일본의 국수주의자는 물론 정부당국은 1910년 한일조약이 합법적으로 이루어진 것이라고 강변한다는 것이다. 이러한 지적은 한상범, “현대 한국의 법제와 일본제국주의의 잔재”, 22쪽.

28) 한상범, 위의 논문, 23쪽.

29) 조선형사령은 해방 후에도 군정법령 제21호에 의거하여 효력이 유지되었고, 대한민국 수립 후에도 헌법 제100조에 의해서 그 효력이 지속되었다. 그러다가 1953년 형법의 제정과 동시에 그 효력을 상실했다.

30) 그렇지만 ‘대일본제국헌법’(1889년)은 식민지에서 시행되지 않았다. 한상범, “한국 법의 계보와 사상—일본법과 한국법”, 13-14쪽.

31) ‘예심제도’에 대해서는 신동운, “일제하의 예심제도에 관하여: 그 제도적 기능을 중심으로”, 법학연구(서울대학교 법학연구소, 1986), 149-165쪽.

32) 한상범, “현대 한국의 법제와 일본제국주의의 잔재”, 23쪽.

33) 그래서 당시를 “일제 강점기의 법률은 일본 관료가 조선민중을 지배하기 위한 기틀이고 도구였다. 권력의 무법적 성질과 법률만능주의는 최고의 한계까지 도달했다.

한편 당시의 법학교육기관으로는 대한제국의 ‘법학교’가 1911년 ‘경성전수학교’(경성전수학교규정)로, 1916년에 전문학교로 개편(경성전수학교규정, 조선총독부령 제26호)된 후에,³⁴⁾ 1922년에 다시 개편(경성법학전문학교규정, 조선총독부령 제49호)된 ‘경성법학전문학교’가 있었다. 교수로는 일본인을 포함하여 석진형, 양대경, 김교명, 김병로 등이 있었다. 1924년에는 ‘경성제국대학’(예과)이 설립되고 2년 후 법문학부가 운영되면서 “일본형법학이 한반도에 직수입되기 시작”³⁵⁾하였다. 구한말의 학회지들이 일제강점기에 들어와서 모두 폐간되었고, 법률관계 논문들의 발표도 극히 저조하였다.³⁶⁾ 더욱이 논문 제목들을 살펴보면 그나마 발표된 논문들도 일본어로 일본법을 연구한 일본의 법학으로 이해해야 할 것이다.³⁷⁾

정의와 인도라는 근대법의 기본이념은 (형)법에서는 찾을 수가 없었다”고 평가하는 한상범, 위의 논문, 24쪽; 또한 조선형사령을 독일제국형법의 영향으로 국가주의적·권위주의적인 자국의 형법을 변형하여 일본의 조선에 대한 식민지 지배의 도구로 이해하는 박병호, 근세의 법과 법사상(도서출판 진원, 1996), 158쪽의 견해와 이러한 왜곡된 형태의 계승과정이 한국형법의 제정과정에 영향을 미쳤다는 견해로는 류전철, “동아시아 국가에서 근대 독일형법 계수의 문제점”, 375쪽이 있다.

34) 1961년 4월 1일 경성전수학교규정(조선총독부령 제26호)에 의해서 법률·경제에 관한 전문교육을 하는 곳으로 개편되지만, 명칭은 ‘경성전수학교’를 계속 사용하였다. 하지만 1916년의 학교 명칭에 대해서는 최종고, 앞의 책(1990), 434쪽에서 “경성전문학교”로 표기하고, 박병호, 앞의 논문, 94쪽에서는 1916년 총독부령 제26호에 의해서 명칭이 동일한 경성전수학교규정이 공포되었으며, 동 규정에 의해서 기존의 전수학교를 폐지하였다고 설명하고 있다. 하지만 박병호, 같은 쪽의 바로 위의 문단에서는 ‘경성전문학교’로 1916년에 명칭을 바꿨다고 표현함으로써 학자에 따라서 서로 다른 설명을 하고 있다.

35) 김종원, “형법”, 412-413쪽.

36) 최종고, 앞의 책(1990), 459쪽.

37) 논문 목록은 최종고, 위의 책(1990) 참조; 이에 대해서 “우리는 일제하의 한국법학을 일본법학으로 취급하여 타부시할 것이 아니라 애정과 연민의 시각에서 이해해야 할 것이다”라면서 일제강점기에도 한국법학의 명맥은 끊이지 않았고 해방 후의 한국법학과 연결된다는 견해로는 최종고, 위의 책(1990), 463쪽; 하지만, 1905년 이후 “모든 영역에서 한민족의 주체적·독자적 생활과 개혁운동은 위축되어 갔다. 그 당시에 싹트던 한국의 형법과 형법학의 독자적 맥아도 강자생존의 원리가 지배하는

3. 일본 형법의 근대화 역사

3.1 프랑스 형법에 의한 구형법의 제정

일본은 메이지(明治) 초년기에 서구선진제국과의 불평등조약철폐를 위해 서구 법제도를 도입하자는 주장이 높아, 1874년에 프랑스로부터 보아소나드(Gustave Boissonade)를 초빙하였다. 그는 절충주의 형법이론(신고전주의)의 입장에서 프랑스 형법전을 토대로 독일형법을 포함한 유럽 형법전들을 참고하여 일본의 형법전 편찬작업을 시작하였다.³⁸⁾ 이 ‘일본형법초안’은 1877년에 완성되었고, 1880년에 공포되었으며, 1882년 1월 1일부터 시행되었다.³⁹⁾

3.2 독일 신파 형법의 영향에 의한 형법 개정(신형법)

일본은 공화제국가인 프랑스보다 입헌군주제인 독일의 형법이 자국에 더 필요하다고 생각해, 1891년에 개정초안을 만들고, 1907년에 공포

국제정치의 거센 파도에 휩쓸려 짓밟히고 말았다. 명치정부의 조선침략이 체계화되면서 침략에 따르는 치안형법·형사특별법의 등장으로 인하여 조선의 주체적인 자유주의적 시민형법은 제도로서는 발전하지 못하였다. 이때부터 명치정부는 체제유지를 위한 치안형법의 의미를 한국정치지도자에게 가르쳐 주어 오늘날에도 치안형법적인 형사특별법이 난무하는 전통을 이어가게 하였다”고 비판하는 차용석, “형법전 시행 반세기의 회고-한국 형법 및 형법학의 정체성을 찾아서-”, 3-4쪽.

38) 이경재, “일본형법의 발전과정”, 법학연구 제11권(충북대학교 법학연구소, 2000), 193-212쪽; 吉川經夫/内藤謙/中産研一/小田中聰樹/三井誠 편저, 허일태/배문범/이동희/김환전/이덕인 공역, 일본형법이론사의 종합적 연구(동아대학교 출판부, 2009), 512쪽.

39) 前田雅英, 刑法總論講義(東京大学出版会, 2004), 16쪽: 구형법은 죄형법정주의를 선언하였고, 프랑스 형법전을 모범으로 하였지만 프랑스 형법전에는 없던 미수범·중범의 형의 필요적 감경규정과 형의 작량감경 규정 등을 두기도 하였다. 吉川經夫/内藤謙/中産研一/小田中聰樹/三井誠 편저, 허일태/배문범/이동희/김환전/이덕인 공역, 위의 책, 512쪽.

하고 익년부터 일본의 현행 형법을 시행하였다.⁴⁰⁾ 이 ‘신형법’은 일본 왕의 권한을 강화하고 의회의 권한을 축소함으로써 프로이센 헌법을 따랐고, 형법도 독일형법을 모델로 하였다.⁴¹⁾

신형법의 특색은 형사정책적 규정을 신설하여 법관의 재량을 넓혔으며, 구형법에 비하여 범죄유형을 추상적이고 포괄적으로 규정하였다.⁴²⁾ 이 신형법은 독일에서 신파형법학을 학습하고 귀국한 형법학자를 중심으로 법전화되었다.⁴³⁾ 이러한 독일 형법학은 독일에서 융성기에 있던 리스트의 신파형법이론을 배운 오까다 아사다로오(岡田朝太郎)나 마끼노 에이이찌(牧野英一, 1878-1970)에 의해서 본격화되었다.⁴⁴⁾ 물론 이러한 형법학은 일본의 전통적인 형법의 발전이 아니라 당연히 유럽 형법학의 수입이었다.⁴⁵⁾ 이러한 신파형법이론은 마끼노 에이이치의 제자인 키무라 카메지(木村龜二, 1897-1972), 미야모토 히데나가(宮本英脩, 1882-1944) 교수 등에 의해서 이어졌다.⁴⁶⁾ 독일에서는 구파이론을 비판하면서 신파이론이 발전하였는데, 일본에서는 신파이론이 먼저 융성하고 후에 구파이론이 본격적으로 소개되었다.⁴⁷⁾

40) 前田雅英, 위의 책, 17쪽.

41) 차용석, “형법전 시행 반세기의 회고-한국 형법 및 형법학의 정체성을 찾아서-”, 2쪽.

42) 차용석, 위의 논문, 2쪽.

43) 前田雅英, 앞의 책, 25쪽.

44) 前田雅英, 위의 책, 17쪽: 일본에 신파형법이론을 소개한 사람은 가츠모토 간자부로(勝本勘三郎, 1866-1922)으로 알려져 있다. 勝本勘三郎에 대해서는 山中敬一, “刑法理論史の研究 7-勝本勘三郎の刑法理論”, 法律時報 제50권 제10호(日本評論社, 1978.10), 112-124쪽 참조. 그리고 牧野英一에 대해서는 中山研一, “刑法理論史の研究 12-牧野英一の刑法理論 1-刑法の基礎理論”, 法律時報 제51권 제4호(日本評論社, 1979.4), 81-89쪽과 中山研一, “刑法理論史の研究 13-牧野英一の刑法理論 2-刑法解釈論”, 法律時報 제51권 제5호(日本評論社, 1979.5), 78-85쪽 참조.

45) 前田雅英, 앞의 책, 17쪽.

46) 차용석, “형법전 시행 반세기의 회고-한국 형법 및 형법학의 정체성을 찾아서-”, 2-3쪽.

신파형법학의 강력한 대표자였던 牧野英⁴⁸⁾은 19세기적인 법치주의 국가에 있어서는 국가권력을 제한하는 죄형법정주의도 필요하지만, 문화국가의 시대를 맞이한 현재, 개인과 국가는 조화한다고 주장하였다.⁴⁹⁾ 1953년대의 이러한 주장은 당시 일본 형법학자들의 국가주의적·권위주의적 형법이론으로써의 색채를 대표한다고 할 수 있다.⁵⁰⁾

구파이론을 수입해서 신파에 대항하는 것은 오오바 시게마(大場茂馬, 1969-1920)⁵¹⁾로부터 시작하고, 그의 사후 오노 세이이찌로(小野清一郎, 1891-1986)⁵²⁾와 타끼가와 유키또끼(瀧川幸辰, 1891-1962)⁵³⁾가 가세하게 된다.⁵⁴⁾ 그 중에서도 小野清一郎에 의해 대표적으로 전개되었다. 小野清一郎은 牧野英一의 목적형론·사회방위론을 비판하고, 옹보형

47) 前田雅英, 위의 책, 24쪽.

48) “신파이론에 입각한 牧野의 형법이론이 일본형법학에 영향을 크게 미칠 수 있는 당시의 몇 가지 배경으로는, 현행 형법전 성립 당시에 신파이론이 학설상 유력하였을 뿐만 아니라, 이미 현행 형법전 규정자체에도 신파이론의 영향이 강하게 나타나 있는 점과 신파이론의 대결상대인 구파이론이 일본에서는 확고하게 존재하지 않았다는 점을 들 수 있다”는 吉川經夫/内藤謙/中産研一/小田中聰樹/三井誠 편저, 허일태/배문범/이동희/김환전/이덕인 공역, 앞의 책, 519쪽.

49) 前田雅英, 앞의 책, 26쪽.

50) 前田雅英, 위의 책, 6쪽.

51) 大場茂馬에 대해서는 堀内捷三, “刑法理論史の研究-8-大場茂馬の刑法理論”, 法律時報 제50권 제11호(日本評論社, 1978.11), 74-85쪽 참조.

52) 小野清一郎에 대해서는 宮澤浩一, “刑法理論史の研究-20-小野清一郎の刑法理論”, 法律時報 제52권 제3호(日本評論社, 1980.3), 97-112쪽 참조.

53) 滝川幸辰에 대해서는 内藤謙, “刑法理論史の研究-22-滝川幸辰の刑法理論-1-”, 法律時報 제52권 제7호(日本評論社, 1980.7), 65-74쪽; 内藤謙, “刑法理論史の研究-23-滝川幸辰の刑法理論-2-”, 法律時報 제52권 제8호(日本評論社, 1980.8), 75-78쪽; 内藤謙, “刑法理論史の研究-24-滝川幸辰の刑法理論-3-”, 法律時報 제52권 제9호(日本評論社, 1980.9), 100-109쪽; 内藤謙, “刑法理論史の研究-25-滝川幸辰の刑法理論-4-”, 法律時報 제52권 제10호(日本評論社, 1980.10), 72-77쪽; 内藤謙, “刑法理論史の研究-26-滝川幸辰の刑法理論-5-”, 法律時報 제52권 제11호(日本評論社, 1980.11), 76-80쪽.

54) 前田雅英, 앞의 책, 26쪽; 이정재, “일본형법학의 발전과 그 전개과정”(한국형사법학의 새로운 지평: 유일당 오선주교수 정년기념 논문, 2001), 223쪽.

론을 채용하였다. 그리고 객관적 범죄론을 전개하였고 공범종속성설을 주장하였다. 그러나, 小野清一郎 형법이론의 최대의 특색은, 법을 그 본질에 있어서 ‘도의’ 그 자체로써 파악하는 것에 있다. 그 결과, 위법성의 본질은 국가법질서의 정신에 위반하는 것이라고 하여, 책임의 영역에도 도의적 비판을 강조하였다. 하지만, 1935년 이후에는 ‘군신일체의 국가가 최고의 도의이다’고 생각하여, 국가주의적·권위주의적 형법이론을 주장하였다.⁵⁵⁾

3.3 객관주의와 일본 ‘개정형법가안’

일본에서 신파와 구파는 모두 일본의 국왕주의·단체주의·절대주의체제를 강화하는 방향으로 이론을 전개하였다.⁵⁶⁾ 즉 파시즘이 지배한 일본의 근대형법형성기는 “개인주의적·자유주의적 형법관에 대한 국가주의적·권위주의적 형법관의 우위”⁵⁷⁾로 정의될 수 있다. 그 결과 1940년 소위 ‘개정형법가안’이 발표되었다. ‘개정형법가안’은 1921년에 ‘臨時法制審議會’가 설치되어 형법에 대한 전면개정의 움직임 속에서,⁵⁸⁾ ‘개정형법가안(총칙)’이 1927년에, ‘동(각칙)’이 1940년에 완성되었다. 그러나, 뇌물죄(賄賂罪), 실화죄 등이 현행형법에 도입된 것 이외에는 햇빛을 보지 못했다.⁵⁹⁾ 일본 ‘개정형법가안’은 “1930년대의 독일, 이탈리아의 파시즘 형법의 영향을 받아 전반적으로 법정형이 높고, 국가적 법익의 보호를 강조하는 특징”⁶⁰⁾이 있다. 이 ‘개정형법가안’이 한국의

55) 前田雅英, 위의 책, 26-27쪽; 이정재, “일본형법학의 발전과 그 전개과정”, 224쪽.

56) 차용석, “형법전 시행 반세기의 회고-한국 형법 및 형법학의 정체성을 찾아서-”, 3쪽.

57) 曾根武彦, 이동희 옮김, “일본 형법이론의 발전 동향”, 비교형사법연구 제8권 제1호(한국비교형사법연구학회, 2006. 7), 173-185, 175쪽.

58) 西田典之, 이한교 옮김, “일본형법의 개정경과와 동향”, 형사법연구 제6권(한국형사법학회, 1993), 47-48쪽.

59) 前田雅英, 앞의 책, 6-7쪽.

형법 모델이 되었다는 것은 주지의 사실이다. 이처럼 일본 형법학이 형성되는 시기의 형법학자들의 형법사상이 오랜 시간이 지나서까지도 한국의 형법학자에게 영향을 미쳤다는 것은 그간의 사정을 통해서 확인할 수 있다.

3.4 패망 후 일본 형법

제2차대전 후, 헌법의 변화에 수반해 치안유지법과 출판법이 폐지되고 불경죄와 간통죄 등의 조문의 폐지를 중심으로 한 형법의 일부개정이 행해졌지만, 형법의 기본적 부분은 그대로 유지되었다.⁶¹⁾ 결론적으로는 전전과의 연속성이 강화된 상황이었다.

물론 일본 형법학의 변화가 존재하는데, 범죄론의 영역에 있어서의 구파의 객관주의와 신파의 주관주의의 대항이라고 하는 대립의 도식은 제2차 세계대전 후 크게 변화하게 되었다. 전후의 형법이론은 ‘전전의 국가주의적·권위주의적 형법이론에의 반성’으로부터 출발하여 죄형법정주의를 중시하고 형식적·객관적 범죄론이 주류가 되면서, 구파의 이론이 압도적으로 우세하게 되었다.⁶²⁾ 그리고 일본 개정형법가안이 공개된 후 중단되었던 일본 형법 개정작업이 1956년부터 재개되었고, 1950년대의 중반부터는 신파 양파의 대립을 넘어 목적적 행위론의 영향을 받은 행위무가치론이 주장되었다.⁶³⁾

이러한 일본의 상황이 한국 형법학 및 형사판례에 대체로 반영되었다는 평가도 있지만, 오히려 이 시기의 일본의 논의는 한국에 제대로 전달되지 않았다고 생각한다.⁶⁴⁾

60) 박지현, “군사독재시대의 형법학의 자취－형법학의 정치학”, 법학논총 제32집 제1호(전남대학교 법학연구소, 2012), 259쪽.

61) 前田雅英, 앞의 책, 7쪽.

62) 前田雅英, 위의 책, 27쪽.

63) 曾根武彦, 이동희 옮김, 앞의 논문, 179쪽; 前田雅英, 위의 책, 28쪽.

Ⅱ. 미군정 정책과 식민잔재의 존속

1. 미군정기의 법제와 사법

한반도에 진주한 미군은 직접 통치의 군정을 시행하였다. 영어를 공용어로 사용했으며,⁶⁵⁾ 식민잔재청산에도 관심이 없었다. 다만, 일제강점기의 대표적인 악법이었던 ‘치안유지법’이나 ‘총동원법’ 등을 폐지하고 조선 총독부라는 식민지배기구를 없앴다. 하지만 식민지 시대의 통치기구와 친일법률가와 법학자를 그대로 활용하였으며 일본 제국주의 형법 등도 거의 그대로 잔존시켰다.⁶⁶⁾ 미군의 입장에서 봤을 때, 군사점령군의 역할도 행해야 했지만 당시 한반도의 정치적 난제들을 해결해야 하는 정부의 역할도 수행했어야 했다. 그런 입장에서는 일제의 행정·사법시스템을 존속시킬 수밖에 없었던 점은 이해가 된다. 하지만 그러한 조치는 일제 잔재 청산을 매우 어렵게 했을 뿐만 아니라, 지금까지도 그 잔해가 존재하게 하였다.

나아가서 미군정은 한반도의 점령지역을 지배하기 위해서 태평양미국군총사령부 포고, 재조선미군정령 법령(Ordinance), 행정명령(Executive Orders), 부령(Department Orders) 및 국령(局令, Bureau Orders), 지령(指令, Bar Admission), 훈령(Instructions), 일반고시(General Notice), 공고(Public Notice), 규칙(Regulation)과 조선과도입법위원회에 의한 법령⁶⁷⁾ 등

64) 이에 대해서는 III.3에서 후술한다.

65) 한상범, “현대 한국의 법제와 일본제국주의의 잔재”, 24쪽.

66) 1945년 미군정은 미군정법령 제21호에서 일제시대에 적용되던 법령 중에서 이미 폐지된 것을 제외하고는 관계 당국에 의하여 폐지될 때까지 잠정적으로 효력을 유지한다고 하여 ‘조선형사령’을 유지시켰고, 일본 의용형법을 그대로 사용케 했다; 법령의 내용은 위키문헌, “미군정법령 제21호”, <http://ko.wikisource.org/wiki/%EA%B5%B0%EC%A0%95%EB%B2%95%EB%A0%B9_%EC%A0%9C21%ED%98%B8>, 검색일: 2012.11.4.

67) 미군정법령 제118호(1946. 8. 24) 제5조에 따르면, “조선과도입법의원”은 ‘일반복

을 이용하였다.⁶⁸⁾

1946년 6월 20일자 ‘군정 조직과 기능에 관한 편람’(Manual of Military Government Organization and Function)에 의하면 사법부에는 13개국과 헌병재판소(the Office of Provost Court Administration)가 속해 있고, 미국인 사법부장과 한국인 사법부장이 각각 존재하였다. 전자는 군정장관의 법률고문으로 사법행정에 관한 최종적 책임을 지고 한국인 사법부장의 결정에 대한 승인권을 행사하였다. 사법부에 소속된 기관 중에서는 법률심의국(Legal Opinions Bureau), 법률기초국(Legal Drafting Bureau), 법률조사국(Legal Research Bureau) 그리고 국립법률도서관(National Law Library Bureau)이 중요한 기관들이었다. 이 중에서 법률심의국은 재조선미군정과 관련한 법률문제에 대한 해석이나 견해를 제공하는 기구였다.⁶⁹⁾

법률심의국은 유권해석을 통하여 민군정과 한반도 점령지역간의 갈등상황을 해결해 주는 역할을 하였는데, 미군정이 점령행정의 집행근거로 했던 상부의 지침들은 당시 식민지 한반도의 관습과 법체제·국제법과 충돌되거나 상호모순적인 경우가 많았었기 때문이다.⁷⁰⁾ 유권해석을

리와 관계되는 사항 및 군정장관이 의탁한 사항’에 관하여만 법령을 제정할 수 있었다. 또한 그런 법령이라도 군정장관이 동의하여 서명날인하고 관보에 공포하는 경우에만 법률의 효력이 있었다. 따라서 조선과도입법의원은 행정권이나 입법권의 권한이 거의 없었으며, 실질적으로는 군정장관에 의한 입법이었던 것으로 이해된다; 법령의 내용은 위키문헌, “미군정법령 제118호”, <http://ko.wikisource.org/wiki/%EA%B5%B0%EC%A0%95%EB%B2%95%EB%A0%B9_%EC%A0%9C118%ED%98%B8>, 검색일: 2012.11.4.

68) 당시의 미군정법령의 공포절차에 대해서는 최경옥, “미군정법령에 관한 연구—조선국방경비법과 조선해안경비법의 자료 발굴에 즈음하여—”, 법사학연구 제29호 (한국법사학회, 2004), 141쪽.

69) 조소영, “미 군정청 사법부(the Department of Justice)의 기능과 역할에 관한 실증적 연구—사법부 유권해석선집 제1부의 정리와 자료를 중심으로—”, 법사학연구 제30호(한국법사학회, 2004), 79쪽.

70) 사법부 유권해석집 의견#177 참조.

함에 있어서 각종 법규나 비교법, 점령에 대한 국제법규나 조약상의 관련조항 등을 상황과 사안에 따라 적절하게 활용했지만,⁷¹⁾ 법원(法源)으로 가장 많이 원용했던 것은 국제법으로 주로 점령국의 피점령지에 대한 권한과 관련된 문제들에서였다. 하지만, 국제법은 점령국의 점령 행정을 정당화해주기 위한 근거가 될 수 있는 한에서 인용할 뿐이었다.⁷²⁾

미군은 군정을 실시하면서 형식적으로는 ‘한국인 법원’을 두었지만, ‘한국인 법원’은 점령군사령관의 권한에 의존하여 설치된 넓은 의미의 군정재판기관이었다. 또한 ‘한국인 법원’은 군정청 법무국장의 지시와 감독을 받는 기관이었기 때문에 결국 군사법원으로 이해할 수 있다.⁷³⁾ 이로써 대한민국 건국 전까지 한반도는 형사 실체법과 절차법 모두에서 군대로부터 자유로울 수 없었다.

이 시기에도 법조인으로는 일제 강점기로부터 존속된 약 250여 명이 있었고, 이들은 한반도의 사법체제를 재구성하기 시작했다. 이에 대해서는 “실제 이 시기의 우리 사법제도는 무엇보다도 부족한 법조인 및 사법요원들로 인하여 정상적인 기능을 하지 못하였으며, 이에 조선변호사시험(1947), 변호사법(1948), 법관특별시험(1946), 검찰관특별시험(1950), 법관양성소시험(1946) 등등 법조인의 자격을 부여하는 장치조차도 수시로 그때그때의 필요성에 따라서 이루어지는 등 일관된 틀을 갖추지 못하였다”⁷⁴⁾고 평가된다.

71) 조소영, “미 군정청 사법부(the Department of Justice)의 기능과 역할에 관한 실증적 연구-사법부 유권해석선집 제1부의 정리와 자료를 중심으로-”, 81쪽.

72) 조소영, 위의 논문, 83-84쪽.

73) 송기춘, “평택미군기지이전과 관련한 군사시설보호구역지정의 위법성과 일반국민에 대한 군형법 적용의 문제”, 민주법학 통권 31호(민주주의법학연구회, 2006. 9), 183-184쪽 참조.

74) 한상희, “사법개혁, 좌절과 실패의 역사-사법개혁에 대한 평가와 과제”, 민주법학 제50호(민주주의법학연구회, 2012), 276쪽.

2. 미군정기의 식민잔재 청산

일본의 항복 후에 다시 미군정이 시작되었지만, 한반도 남쪽에서 식민잔재 청산은 정치적·사회적·법규범적으로 가장 큰 화두였음은 의심의 여지가 없었을 것이다. 청산은 구조 속의 친일파라는 사람 중심의 청산과 구조 자체의 청산을 함께 의미한다. 구조 청산은 일제 식민지 통치가 일본의 이익을 위해 한반도 사회에 구축한 사회, 경제, 정치 등 제반 영역의 구조, 법, 제도 등의 청산이다. 이 구조들 대부분은 일본의 이익과 일본 식민통치의 편익을 위해 만들어진 것이다. 이러한 군국주의적이고 반민주적인 구조와 법과 제도를 그대로 두고서는 새로운 국가의 건설은 불가능하기 때문이다. 인적 청산은 식민지 통치구조에서 직·간접적으로 일본의 조선지배에 영합하고 식민지구조를 재생산하는 데 일조한 사람에 대한 청산이다. 사람 청산은 새로운 국가와 역사를 창출하고 전진하는 데 야기될 수 있는 걸림돌을 제거하기 위한 것이다.⁷⁵⁾ 하지만 일반적으로 알고 있듯이 미군정은 식민잔재를 청산하는 것 대신에 그들과 인적 및 구조적 동맹을 맺는 길을 선택했다.⁷⁶⁾

물론 군정기에 청산작업이 아예 존재하지 않았던 것은 아니다. 이승만과 한민당을 제외한 대부분의 정치세력들은 정도의 차이는 있지만, 친일파 청산을 필수적 과제로 인식하고 있었다.⁷⁷⁾ 미군정법령 제11호

75) 식민잔재 청산은 ‘인적 청산’과 ‘물적 청산’으로 구분하기도 한다. ‘인적 청산’과 ‘구조 청산’으로 나누어 설명하는 학자는 강정구, “해방공간 남북한의 친일청산 실태와 문제점”, 한술단체협의회 정책토론회: 한국 근현대사 속의 친일의 의미와 친일파 청산운동의 필요성(한술단체협의회, 2002). 본 논문의 내용은 <<http://blog.daum.net/jh1459/24>>, 검색일: 2012.11.11.에서 확인 가능하다.

76) 식민잔재청산과 과거청산에 대한 체계적인 분석은 이재승, 국가범죄(엘피, 2010) 참조.

77) 해방공간에서의 각 정치세력들의 친일파 처리에 관한 인식과 대응에 관해서는 허종, 반민특위의 조직과 활동-친일파청산 그 좌절의 역사(도서출판 선인, 2003), 52-78쪽 참조.

(1946년 8월 24일)로 개원한 ‘조선과도입법의원’은 우여곡절을 겪은 후에 ‘민족반역자 부일협력자 전범 간상배(奸商輩)에 대한 특별법률 조례’를 1947년 7월 2일 통과시켰다. ‘특별조례’는 민족반역자, 부일협력자 그리고 간상배에게 각각 징역형과 벌금 등을 규정하고 있었기 때문에 형법의 성격을 가지고 있었다. 또한 본 조례는 소급입법의 성격도 가지고 있었다.⁷⁸⁾ 특이한 것은 공소시효를 3년으로 한정하고 있는데(제 10조), 조례가 수정 및 재수정을 거치면서 삽입된 것이다. 이는 친일행위자로 의심을 받는 입법의원들의 영향이었음을 추측할 수 있다.⁷⁹⁾

이렇게 축소된 ‘특별조례’조차도 미군정은 승인하지 않았다. 7월 2일 ‘조선과도입법의원’에서 특별조례가 통과되자, 친일경찰을 비롯한 친일파의 인준거부요구가 더욱 거세졌으며, 미군정은 조례통과 후 근 5개월 만인 11월 27일에 인준보류를 입법의원에게 통고하였다. 입법의원 의원들의 예상되는 격렬한 항의에 미군정은 재고하겠다는 입장을 표명하였으나, 이후 어떠한 입장도 표명하지 않았다. 오히려 친일파로 지목되던 인물들을 군정에 기용하였다.⁸⁰⁾

3. 미군정기의 형법학

미군정은 맥아더의 포고문 등을 통해서 주한미군사령부가 한반도에
서 1) 통치권의 담당자로서 남한 내의 유일한 정부이다. 2) 미 본국정부의 한 대리자로서 군사점령자의 권한을 행사한다. 3) 남한의 사실상 정부로서 자치정부의 일반 기능을 담당한다. 4) 귀속재산의 소유자로

78) ‘특별조례의 내용’에 대해서는 이현환, “미군정기 식민잔재청산 법제 연구”, 법사학연구 제30호(한국법사학회, 2004), 56-64쪽.

79) 뿐만 아니라 ‘특별조례’는 초안의 내용에 비해서 그 적용 대상의 범위가 축소되었고, 그 처벌도 약화되었다. 이에 대해서는 이현환, 위의 논문, 61쪽.

80) 이현환, “미군정기 식민잔재청산 법제 연구”, 법사학연구 제30호(한국법사학회, 2004), 63쪽.

서, 관리자로서, 장차 한국정부의 피신탁자로서 활동한다는 지위를 명확히 하였다. 미군정은 일제강점기로부터 해방된 한반도 남쪽을 국가로 인정하지 않았는데, 국제법의 견지에서 볼 때 ‘국민이 없는 땅’이며 ‘정부가 없는 진공상태’였기 때문이다.⁸¹⁾

한편, 혼란한 상황 속에서 1945년 9월 15일 미군정은 ‘조선법제편찬위원회’ 직제를 공포하고, 본 위원회는 형법분과위원회에서 형법제정을 시작하였다. 법전편찬위원회는 12개의 분과위원회로 세분되었으며, 그 중 형법분과위원회는 양원일, 이천상, 김찬영, 엄상섭, 조재천, 김광근이 위원으로 위촉되었고, 총칙부분은 양원일 위원이, 각칙부분은 엄상섭 위원이 ‘형법기초요강’⁸²⁾을 기초하여, 형법분과위원회와 총회에서 순차로 의결하였다.⁸³⁾

‘형법기초요강’의 특징으로는 근대학파의 방위주의, 교육형주의이론을 가미하여 의용형법에 비해서 자유주의와 권위주의의 절충을 시도하였다고 한다.⁸⁴⁾ 하지만 여전히 국가적·사회적 법익의 보호에 치중하였고, 본 요강은 대체로 일본의 刑法改正綱領(1926년 臨時法制審議會 결의), 刑法改正假案(1931년 刑法並監獄法改正調査委員會 총회 결의)에 의거한 것으로 보인다.⁸⁵⁾

해방 당시 한국법학계에는 보성전문의 5-6명의 한국인 교수와 연희,

81) 신복룡, 한국분단사 연구(한울아카데미, 2001), 139쪽 참조.

82) ‘형법기초요강’에 대해서는 엄상섭, “형법요강해설(1)”, 법정 1948년 9월호 및 “형법요강해설(2)”, 법정 1948년 10월호를 참조하라는 김종원, “한국형법학 40년-한국형법학의 정립을 바라며”, 182-183쪽.

83) 김종원, “한국형법개정의 기본방향과 문제점”, 성균관법학 창간호(성균관대학교 법학연구소, 1987), 89-90쪽; 김종원, “한국형법학 40년-한국형법학의 정립을 바라며”, 182-183쪽; 이형국, “1953년의 형법제정과 한국형법학”, 법학연구 제1권 제1호(충남대학교 법학연구소, 1990), 76쪽; 신동운, “제정형법의 성립 경위”, 형사법연구 제20호(한국형사법학회, 2003), 13쪽.

84) 장승두, “〈형법요강〉을 논함(1)”, 법정 1949년 1월호(한국사법행정학회, 1949), 39쪽; 김종원, “형법”, 415쪽에서 재인용.

85) 장승두, 위의 논문, 41쪽; 김종원, 위의 논문, 416쪽에서 재인용.

해화전문에 각각 1인 정도가 전부였다.⁸⁶⁾ 이 상황에서 한국의 법학교수는 유진오에 의해서 형성 및 양성되었다. 전공도 유진오가 후배들에게 적당히 안배하여 낙착하여 주었다.⁸⁷⁾ 일제 강점기의 판사와 검사 및 법학부 졸업생들에게 전공을 안배하여 법학 강의가 이루어질 수 있도록 하였던 것이다.⁸⁸⁾ 어쩔 수 없었다고 하더라도 한국법학이 건국 후에도 계속 일본법학으로부터 벗어날 수 없었던 결정적 계기로 볼 수 있을 것이다.

형법교수로는 유기천 교수를 들 수 있다. 1915년 생으로 평양의 숭실학교를 졸업하고, 일본 히메지고등학교(姫路高等学校)에서 공부한 후 토오쿄데이고쿠대학(東京帝国大学) 법학과에 입학하여 1943년에 졸업하였다. 해방 후 1946년에 귀국하여 경성법학전문학교 교수로 재직하였다.⁸⁹⁾

해방직후에는 우리말로 집필된 형법교과서가 없었지만, 1947년 이후 교과서들이 출간되기 시작하였다. 황성희의 “<현행>형법요설(刑法要說)”(등용각, 1947)이 해방후 최초로 나온 형법교과서로 추정된다. 이어서 정만금의 “형법요람(刑法要覽)”(수도경찰학교출판부, 1948), 김남영의 “형법”(삼중당, 1948) 등이 해방직후에 출판되었다. 해방 후에 출판된 교과서이긴 하지만 그 내용이 일본형법과 일본형법학일 수밖에 없었다는 것은 쉽게 이해할 수 있다.

86) 해방이 되었을 때 한국인 정식 법학교수는 유진오 한 명 뿐이었다는 견해는 김정근/이용재, “한국 법학의 탈식민성 담론에 관한 서지연구”, 법과사회 16호(법과사회이론학회, 1999), 195쪽.

87) 최종고, 앞의 책(1990), 470쪽.

88) 김정근/이용재, 앞의 논문, 195쪽.

89) 최종고, “한국법학을 세계화한 유기천”, 서울대학교대학원 동창회보 제17호(2011), 22쪽.

Ⅲ. 정부수립 후에도 계속되는 일본형법학의 영향

1. 한국전쟁 시의 군사법과 무법시대

‘국방경비법’은 한국이 정부수립 이후인 1948년 11월 ‘국군조직법’을 공포하여 국군에 대한 법적 근거를 마련하였음에도 불구하고 여전히 존속되었다. 오히려 정부는 1949년 3월 15일 국방경비법 제32조(이적죄)와 제33조(간첩죄) 그리고 해안경비법 제9조(간첩죄)를 범한 자에 대해서는 민간인도 군법회의에서 심리·처단한다는 방침을 밝혔다. 뿐만 아니라 군법의 철저한 실시를 이유로 국방부와 군부대는 민간당국이 위 사건을 발각한 경우에는 자신들에게 이송하여 줄 것도 요구하였다.⁹⁰⁾ 건국 후에도 여전히 군형법(군사법)으로 국민을 통제하려고 하는 의도를 표출한 것으로 이해할 수 있다. 즉, 군법회의 관할을 넓게 인정하였던 것은 “한국전쟁과 군사정권을 배후에 둔 정권의 요구에 맞는 재판결과를 도출하기 위한 목적에서 편의적인 재판을 할 수 있었기 때문이 아닌가 생각된다”⁹¹⁾라는 해석이 가능하다.

이러한 군사적 법제 시스템 속에서 한국전쟁 당시의 한반도는 대한민국이든, 조선민주주의인민공화국이든, 미국이든, 중국이든 어디를 불문하고 전쟁에 참여한 국가의 이름으로 살인 및 각종 범죄가 행해졌다. 군인, 경찰, 공무원, 관변단체 또는 개인은 전쟁의 와중에 법과 상식을 벗어난 범죄행위를 범했다. 그 중에는 당시에 군형법 또는 형법의 사법적 판단을 받은 경우도 있었지만, 대다수는 아직까지도 그러한 행위에

90) “민간인의 특수범죄에 관한 군법회의 재판권확인에 관한 것”, 1948.3.15, 국방군외발(國防軍外發) 제15호, 국방부장관 이범석 → 내무부장관 · 법무부장관 · 검찰총장, 대구지검 안동지청, 예규에 관한 기록(1948-1949), 국가기록원, BA0155312. 이에 대해서는 문준영, “미군정 법령체제와 국방경비법”, 민주법학 제34권(민주주의법학연구회, 2007), 127쪽 참조.

91) 송기춘, 앞의 논문, 187쪽 참조.

대해서 어떠한 규범적 판단의 대상이 되지 않았다. 당시에 양민을 대상으로 자행된 수많은 학살들은 그 사실관계에 대한 접근이 아직도 금기시 되고 있다. 당시에 형법을 가지고, 국가의 폭력으로부터 국민을 보호한다는 것은 무척이나 큰 용기가 필요했을 것이다. 그래서인지 이에 대해서 목소리를 내었다는 법학자들을 쉽게 찾을 수 없다. 다만 1951년 3월 29일 국회의원 신중목이 거창사건을 폭로함으로써 민간인 학살을 공론화시켜서 형식적이지만 해당 군인 중에서 몇 명을 사법처리하게 한 것이 어렵게 찾은 사례였지만 정치적 접근이었지 법학자의 주장은 아니었다.⁹²⁾

2. 형법의 제정

1948년 헌법이 처음으로 제정되었을 때 제100조는 “헌행법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다.”고 규정하였다. 따라서 미군정하에서 만들어진 각종 법령·규칙과 미군정이 시행해온 일제법령은 건국 이후에도 효력을 가졌다. 그 결과 대부분의 기본법전은 모두 일제 강점기의 법률이었다. 즉 일본 강점기로부터 벗어났고 대한민국을 건국했음에도 불구하고, 독립국가의 재판과 행정은 모두 일본법에 의해서 이루어졌다. 교수들은 그것을 연구했고, 학생들은 또 그것을 배웠다.⁹³⁾ 형사법의 영역에서는 한국 형법의 제정이 그만큼 급박한 문제였다.

대한민국 수립 후 1948년 9월 15일 정부는 ‘법전편찬위원회직제’를 공포하였고(대통령령 제4호, 1948년 9월 15일), 미군정기의 ‘형법기초

92) 산청·함양·거창 민간인 학살사건의 법적 성격과 공소시효의 문제에 대해서는 이창호, “산청·함양·거창 민간인학살사건에 대한 형사법적 재조명”, 민주법학 제47호(민주주의법학연구회, 2011), 211-243쪽. 이외에도 이창호, “산청·함양·거창 민간인학살사건의 법적 재검토”, 민주법학 제26호(민주주의법학연구회, 2004), 131-158쪽.

93) 한상범, “현대 한국의 법제와 일본제국주의의 잔재”, 25-26쪽.

요강’은 본 위원회로 입법작업이 계승되었다. 법전편찬위원회의 위원장은 김병로였고 형법분야의 기초위원으로는 총칙을 양원일, 각칙을 엄상섭이 각각 맡았다.⁹⁴⁾ 요강은 1948년 12월 11일에 법전편찬위원회를 전부 통과하였고, 1949년 9월 12일에 ‘제2가안’이 완성되었다. 그 후 ‘법전편찬위원회 형법초안’이 결정되었고, 정부를 통하여 국회에 제출된 ‘형법초안’은 1952년에 법제사법위원회에서 검토되고 수정안이 작성되었으며, 1953년에 본회의에 상정되어 9월 18일에 법률 제293호로 공포되고 10월 3일부터 시행되었다.⁹⁵⁾

이 형법전은 해방 이후의 혼란기에 제정 작업이 시작되어 한국전쟁을 겪으면서 만들어졌다. 형법초안(1949)의 이유설명서⁹⁶⁾는 한국 형법 제정에 있어서 그 참고 범위를 “① 세계 각국의 현행법, 개정초안, 특히 독일형법 및 독일 1930년 형법초안을 많이 참고로 하였고, 제정역사가 새롭고 국정이 우리나라와 유사한 중국 형법을 참작하였다”고 하면서, “② 모든 독재적인 정치요소를 배격하고 국민의 기본권을 옹호하여 자유와 평화의 완전실현을 지향하는 세계적 추세에 적응케 하였다”고 하여 제정의 목표를 밝혔다. 하지만 한국 제정형법은 일본 개정형법가안의 영향을 너무 많이 받았으며, 형법을 제정한 학자들은 시민혁명을 통해서 형성된 자유주의를 제대로 이해할 수 있는 기회도 많지 않았을 것이다.

한국 형법의 제정 당시의 시대적 상황으로 인해서 어쩔 수 없이 일본 형법을 모범으로 할 수밖에 없었을 수도 있다. 엄상섭은 “법전의 완벽은

94) 이형국, “1953년의 형법제정과 한국형법학”, 80쪽.

95) 이러한 입법과정을 검토하면서 김종원 교수는 “현행형법전의 입법화는 해방후의 혼란기에 시작되어 6·25의 전란기에 마무리게 되었다는 시대적 배경에 비추어서도, 우리 형법이 외국의 입법례를 널리 참조하면서 한편으로는 우리의 법의식에 맞게 충분히 검토되면서 제정되었다고는 보기 어려울 것이다”라는 평가를 하고 있다. 좀 더 자세한 사항은 김종원, “한국형법개정의 기본방향과 문제점”, 89-90쪽.

96) 형법초안 이유설명서는 신동운 편저, 형법 제·개정 자료집(한국형사정책연구원, 2009), 35쪽.

후일로 미루고 ‘왜색일소’ 정도의 법전을 급속하게 만들자’⁹⁷⁾고 제안하는데, 이는 해방이 되었음에도 불구하고 한국의 형법전이 없기 때문에 일본 형법전을 근거로 재판을 해야만 하는 당시의 상황을 개탄하였기 때문이다. 앞에서 봤듯이 형법초안 이유설명서에서 여러 나라 법을 참고해서 기초하였고, 특히 독일의 1930년 형법초안을 참고하였다⁹⁸⁾고 하였지만 실질적으로는 일본 개정형법가안을 참조하였다고 볼 수밖에 없다.⁹⁹⁾ 사회상규를 규정한 형법 제20조나 일부 형벌론 부분은 ‘개정형법가안’을 따르지 않은 것을 알 수 있다.¹⁰⁰⁾ 하지만 공범론은 ‘형법개정가안’의 조문을 그대로 따라가는데, 이는 스스로 조문을 정리할 자신이 없었고, 일본에서 아직 확설정리가 되지 않았기 때문에 쉽사리 판단할

97) 신동운, 효당 엄상섭 형사소송법논집(서울대학교출판부, 2005), 60쪽.

98) “... 그리고 또 제일 특이한 가운데에서도 많이 규정되어 있기는 독일법전입니다. 독일법전이라는 것은 독일시행법 또는 개정하려고 하는 개정안이 들어 있습니다(필자 주: 여기에서 독일시행법은 1871년 독일제국형법을 말하고, 개정안은 1930년 독일형법초안을 말한다. 법무자료 제6집, 독일형법전 序 및 독일형법초안 序 참조). 들어 있어서 새로 시행되지 못한 그러한 개정안으로서 참고에 넣서 될 수 있으면 이론과 학자의 이론이 맥하지 않아 하고 이러한 것을 명백히 범문으로서 일반범죄에다가 총칙규정으로서 이것을 규정하게 된 것이 우리 형법법규입니다.” “제15회 국회정기회의속기록 제55호”, 33쪽.; 이창섭, “형법 제34조의 입법연혁과 해석의 기초”, 법사학연구 제32호(한국법사학회, 2005), 313쪽에서 재인용.

99) 한국의 제정형법이 1940년의 일본 ‘개정형법가안’의 영향을 많이 받았다는 학자들의 견해는 많은 논문들에서 확인할 수 있다: 김종원, “한국형법학 40년-한국형법학의 정립을 바라며” 참조; 신동운, “횡령죄와 배임죄의 관계”, 유일당 오순주 교수 정년기념논문집, 한국형사법학의 새로운 지평(2001) 참조; 차용석, “형법전 시행반세기의 회고-한국 형법 및 형법학의 정체성을 찾아서-” 참조; 오영근, “한국형법이론의 발전동향”, 비교형사법연구 제8권 제1호(한국비교형사법학회, 2006. 7) 참조; 신동운, “형법 제20조 사회상규 규정의 성립 경우”, 서울대학교 법학 제47권 제2호(서울대학교 법학연구소, 2006) 참조; 류전철, “동아시아 국가에서 근대 독일형법 계수의 문제점” 참조.

100) ‘사회상규’ 규정이 독일이나 일본형법에는 없지만, 이 역시 일본 개정형법가안의 영향이라고 지적하는 견해는 신동운, “형법 제20조 사회상규 규정의 성립 경우”, 193-194쪽; ‘사회상규’ 이론이 독재와 결부한 법원과 법학자에 의해서 사회적으로 상당한 행위에서 예외적 긴급행위로 전락되었다는 지적은 박지현, “군사독재시대의 형법학의 자취-형법학의 정치학”, 261-263쪽.

수도 없었기 때문으로 추측된다.¹⁰¹⁾ 그리고 아래와 같이 각론 부분도 일본 개정형법가안을 그대로 가지고 왔다고 신동운 교수는 말한다.

“형법각칙의 경우로 들어와서 보면, 일본 개정형법가안은 그 모습을 더욱 더 뚜렷하게 드러냅니다. 각칙의 章 배열은 물론이고¹⁰²⁾ 재산 범죄의 경우에 범죄유형을 재물에 관한 것과 재산상 이익에 관한 것으로 대별하여 편성한 것들은 그 전형적인 예입니다.¹⁰³⁾ 개정형법가안의 각칙에는 천황제 국가의 전시체제를 염두에 두고 성안되었던 각종의 범죄유형들이 들어 있습니다. 그런데 이들 범죄유형이 해방 이후의 사회적 혼란과 미군 주둔으로 급속히 유입된 외래문물에 대한 경계심리 등을 배경으로 상당 부분 법전편찬위원회 형법초안에 들어오게 됩니다.”¹⁰⁴⁾

비록 제정형법을 통해서 “한국형법해석학의 바탕이 새로 마련되었다”¹⁰⁵⁾는 의의는 찾을 수 있지만, 일본 개정형법가안이 공표된 지 13년

101) 신동운, “학회 창립 50주년을 맞이하여”, 한국형사법학회 창립50주년 기념학술대회: 사회변동과 한국의 형사법학(한국형사법학회, 2007), xix쪽.

102) 일본의 개정형법가안은 형법각칙을 편별함에 있어서 국가적 법익에 관한 범죄의 말미에서 제10장의 ‘무고의 죄’에 이어 제11장으로 ‘신사에 대한 죄’를 규정하였고, 이어서 제12장으로 ‘예배소에 관한 죄’를 두었다. ‘신사에 대한 죄’를 국교(國敎)에 관한 죄로 보아 국가적 법익 부분에 위치시키면서 종교에 관한 범죄라는 점에서 그와 유사한 성질을 가지고 있는 ‘예배소에 관한 죄’를 그 다음으로 배치한 것이다. 우리 형법은 각칙 제11장에서 ‘무고의 죄’를 규정하고 제12장에서 ‘신앙에 관한 죄’를 규정하고 있다. 이러한 편별은 일본 개정형법가안의 영향을 직접적으로 보여주는 예이다. 일본의 개정형법가안에 규정된 ‘신사에 대한 죄’는 우리나라의 경우 전혀 의미가 없는 것이므로 이를 삭제해버리면 무고죄 다음에 바로 신앙에 관한 죄가 오게 된다. 그 결과 우리 형법에서는 사회적 법익에 관한 범죄의 첫머리를 방화죄보다 훨씬 가볍다고 생각되는 신앙에 관한 죄가 차지하게 되었다.

103) 개정형법가안의 영향에 관하여는, 신동운, “횡령죄와 배임죄의 관계”, 315쪽 이하 참조.

104) 신동운, “학회 창립 50주년을 맞이하여”, xix-xx쪽.

105) 김종원, “형법”, 415-416쪽.

만에 제정된 한국 형법의 내용에 있어서 일본 ‘개정형법가안’의 영향을 많이 받았다는 비판을 받는다. 그럼에도 불구하고 위에서 봤듯이 일본 개정형법가안을 참조하였다는 사실을 밝히지 않음으로써, 스스로 부끄러움을 인정하였다고 생각된다.

3. 혼란기의 형법학과 학자

대한민국 형법 제정 이후에 있어서 형법학자로는 경성법학전문학교에서 서울대학교 설립과 함께 법과대학 교수로 부임한 유기천과 황산덕, 고려대의 이건호·남진우, 연세대의 정영석, 국민대·동국대의 김두일, 중앙대의 박용원, 홍익대의 정낙진, 대구대의 백남익, 이화대의 이태희, 전남대의 기세훈, 성균관대의 신동욱, 신흥대(현 경희대)의 옥조남, 경북대의 박삼세 등을 들 수 있다.¹⁰⁶⁾ 이 중에서 특이하게 유기천 교수는 미국 하버드 로스쿨에 교환교수로 갔으며, 1958년 예일대에서 한국인 최초로 법학(전문)박사(SJD)학위를 받기도 하였다.¹⁰⁷⁾

정부 수립 후에는 형법교과서의 발간이 좀 더 본격화되는데, 1949년에 심현상의 ‘형법총론’(건민문화사)과 이건호의 ‘형법강의 총론’(청구문화사), 황성충의 형법독본(刑法讀本)(한국도서출판사)이, 1950년에는 심현상의 ‘형법각론’(천문사)와 장승두의 ‘형법요강(총론·각론)’(청구문화사)이, 1952년에는 김두일의 ‘형법’(광지사) 그리고 송명관·최대용의 ‘형법강의(全)’(법률신문사)도 나왔다.

106) 김종원, “형법”, 417-418쪽에 의하면 “유기천은 일본의 도쿄대학(東京大学) 출신으로 객관주의 학자인 小野清一郎의 강의를 들어서인지 이 당시에는 객관주의적 입장으로 보인다. 일본의 도호쿠 대학(東北大学) 출신인 이건호는 기무라 카메지(木村龜二)의 제자답게 주관주의 입장이었다. 한편 교토대학(京都大学) 출신인 정영석은 절충적이면서도 주관주의적인 입장이라고 생각된다”고 한다.

107) 최종고, “한국법학을 세계화한 유기천”, 22-23쪽: 또한 최종고 교수의 같은 글에 의하면 유기천 교수는 1960년에 한국형법을 영어로 번역하여 책으로 출간하였고, 이어서 1968년에 독일어로도 번역 출간하였다.

형법 제정 후에는 한국 형법 해설서들이 출판되는데, 김용진의 ‘신형법해의’(지구사), 박상일의 ‘신형법’(문향출판사), 서일교의 ‘신형법’(법률평론사), 강서룡의 ‘신형법요의’(법제신보사), 김룡식의 ‘신형법’(인문각), 이근상의 ‘신형법각론’(일한도서출판사), 김용식의 ‘<대한민국> 신형법각론’(보문각), 류병진의 ‘한국형법총론’(서울고시학회), 이진호의 ‘형법강의(총론)’(일조각), 서일교의 ‘형법각론’(제1문화사), 황산덕의 ‘형법총론강의’(위성문화사) 등을 들 수 있다.¹⁰⁸⁾

한국 형법 제정과 동시에 시작된 한국형법학자들은 일본 제국주의 하의 관료로 있었거나 일본 법학교육을 받은 사람이었음을 생각해봐야 한다. 그들은 대개 1930년 일본의 파시즘이 극에 달한 시기에 법학교육을 받은 사람들이다. 또한 학문적으로 독자성을 강조할 수 있을 정도의 능력을 배양하기 전에 한국의 형법학을 깊어졌음을 생각해볼 수 있다. 당연히 “일본 교과서의 표절·무단복제”¹⁰⁹⁾로부터 자유로울 수도 없었을 것이다.

그래서 그들에게는 형법의 보장적 기능이나 국민의 인권보장보다는 국가권력의 수단으로서 제대로 기능하는 형법, 군국주의시대에 보아왔던 일본의 형법이 더욱 자연스러웠을 수도 있었다. 본질적으로 “일제하의 파시즘이나 군국주의나 관료주의와 권위주의의 독소가 무엇인지 비판적으로 가려낼 능력이 부족했다”¹¹⁰⁾고 판단할 수 있다. 검찰제도나 법원제도를 논하는 데 있어서 초기의 관료적 폐쇄주의와 시민배제주의는 지금까지도 이어지고 있다. 패전 후 일본에서는 검찰심사위원회가 검찰을 심사함에도, 이에 대한 논의가 한국 형법 제정시에는 존재하지 않았다.¹¹¹⁾ 또한 일본은 1875년 저작물에 의한 비방중상을 처벌하는

108) 김종원, “형법”, 418-421쪽.

109) 한상범, “현대 한국의 법제와 일본제국주의의 잔재”, 26쪽; 한국의 형법 교수들이 牧野英一, 團藤重光, 木村龜二, 小野清一郎 등의 교과서들을 무단복제했다는 내용은 한상범, “한국법의 계보와 사상-일본법과 한국법”, 21-22쪽.

110) 한상범, 위의 논문, 21-22쪽.

‘비방률’(誹謗律)을 제정하여 정부비판에 대한 억압의 수단으로 사용하다가, 1880년과 1907년의 일본형법에 계승되었지만, 패전 후 1947년 표현의 자유를 중시하고 보장하기 위해서 형법에 제230조의2(공공의 이해에 관한 경우의 특례)¹¹²⁾가 추가되었고, 그로 인해서 진실성의 증명에 의한 면책이 허용되는 등, 면책의 범위가 종전보다도 더 넓어졌다.¹¹³⁾ 일본의 형법 개정 후에 이루어진 한국의 형법 제정에서 한국의 형법학자들은 그에 대한 논의를 전혀 하지 않았고, 과거에 그들의 일본 선생님들이 이야기하던 객관주의와 주관주의의 이야기가 주된 관심이었다. 일본의 스승으로부터 많은 자료를 받고 새로운 논의를 하고 싶었겠지만, “일본의 민주화의 영향이나 그에 따른 일본법학의 성과가 한국에게는 한국전쟁과 한일간 국교가 없었기 때문에 단절되었”¹¹⁴⁾다는 것도 한 이유였을 것이다.

혼란기 시기에 한국 형법학자들의 논의는 많지 않은데, 혼란기가 끝나는 1950년대 후반에 처음으로 목적적 행위론이 소개되게 된다.¹¹⁵⁾

111) 한상범, 위의 논문, 27-28쪽.

112) 본 조항은 명예훼손죄의 적용 및 처벌과 관련하여 한국 형법에도 많은 시사점을 준다. 현재 그 전문은 다음과 같다.

제230조의2 ① 전조 제1항의 행위가 공공의 이해에 관한 사실에 관계되고 또한 그 목적이 오로지 공익을 위함에 있었다고 인정되는 경우에는 사실의 진실 여부를 판단하여 진실이라는 증명이 있는 때에는 이를 벌하지 아니한다.

② 전항의 규정의 적용에 관하여는 아직 공소가 제기되지 아니한 사람의 범죄행위에 관한 사실은 공공의 이해에 관한 사실로 간주한다.

③ 전조 제1항의 행위가 공무원 또는 공선(公選)에 의한 공무원의 후보자에 관한 사실에 관계되는 경우에는 사실의 진실 여부를 판단하여 진실하다는 증명이 있을 때에는 이를 벌하지 아니한다.

113) 물론 당시 일본의 입법자들이 표현의 자유를 위해 전전(戰前)에는 없었던 무엇인가를 적극적으로 창설한다는 의욕을 가졌다고보다는 연합국군총사령부(CHQ)의 지시에 의해서 일본 형법 제230조의2를 제정하였다는 견해로는 山田隆司, 名誉毀損—表現の自由をめぐる攻防(岩波新書, 2009), 154-155쪽.

114) 한상범, “한국법의 계보와 사상—일본법과 한국법”, 17쪽.

115) 대표적인 것으로, 황산덕, “목적적 행위론에 있어서의 고의와 과실”, 법정 제12권 9호(법정사, 1957. 9), 8-12쪽; 김종원, “목적적 행위론에 관하여”, 저스티스 제2

이후 학설논쟁이 본격화되는데, 목적적 행위론만 하더라도 이미 일본에서 논의가 본격적으로 진행된 이후였다. 조심스럽게 추론해보건대 해방 후 한국의 법학자들이 아직은 스스로 걸음을 걸을 수 없는 단계였기 때문에, 기존에 일본 스승으로부터 배웠던 객관주의와 주관주의의 논의를 반복하면서,¹¹⁶⁾ 우선 쉽게 해석할 수 있는 일본 문헌을 통해서 자습 시간을 가졌던 것은 아닐까라는 생각을 해본다. 예를 들면 앞에서 살펴봤듯이 일본의 패망 후 일본은 범죄론의 영역에서 객관주의와 주관주의의 대립의 도식이 크게 변화하는데¹¹⁷⁾ 그에 대한 자료를 즉각적으로 받아들이지 못한 한계도 있었을 것이라고 생각된다.¹¹⁸⁾

IV. 마치며

1. 한국형법과 형법학에 대한 일본의 영향

일제 강점기 시기에 일제에 의해서 한반도에는 근대법이 도입되었다. 일제는 스스로 근대화하지 못한 한국 고유의 역사성이 실리지 않은 근대법을 ‘이식’했다. “미처 땅 위로 나오지도 않은 근대법의 싹을 깨끗하게 덮어버리고, 일본의 필요에 맞게 이미 다른 곳에서 자라 있는 나무

권 제1호(한국법학원, 1958), 13쪽; 오영근, “한국형법학의 독자성 찾기”, 형사법연구 제23권 3호(한국형사법학회, 2011), 38쪽에서 재인용.

116) “이 시기의 우리 형법학은 한마디로 일본형법학 식인 객관주의와 주관주의의 대립의 양상을 띠고 있었다. 이것은 당시의 대학교수들이 대부분 일본에 유학하여 (또는 일부는 경성제국대학에서) 일본형법학을 배웠기 때문에 당연한 일이라고 생각된다”는 김종원, “한국형법학 40년—한국형법학의 정립을 바라며”, 183쪽.

117) 曾根武彦, 이동희 옮김, 앞의 논문, 176쪽.

118) 그러한 예는 1950년대 후반에 한국에서 목적적행위론의 논의가 있는데, 일본에서 Welzel의 목적적 행위론이 논의되는 것은 패전 후였다는 점도 들 수 있다. 이에 대한 소개는 曾根武彦, 이동희 옮김, 위의 논문, 176-177쪽.

를 가져와 심은 것”¹¹⁹⁾이다. 더욱이 1911년 조선총독부 제령 제11호(조선형사령)에 의하여 한국에 의용된 일본형법은 1871년의 독일제국형법의 영향을 많이 받았던 1907년의 형법이였다.

한국에 이식된 이 법은 근대법의 체계를 갖추고는 있었지만, 시민권이 상당 부분 결여되었으며 왕의 존재와 군국주의 지배세력의 필요에 의해 만들어진 법이다. 그러다 보니 형사법은 무죄추정의 원칙이 포함되어 있지 않는 등 자유적 민권이 반영되지 않은 형태였다.¹²⁰⁾ 그야말로 시민법의 요소가 결여된 왜곡된 근대법 체계라고 할 수 있었다.¹²¹⁾ 이처럼 왜곡된 일본법제라도 식민지 조선에는 그나마도 제대로 수용되지 못했다. 식민지 조선의 총독이 입법권과 집행권을 직접 행사하고 사법권을 감독하면서, 본인이 직접 제정하는 ‘제령’(制令)에 의해서 시민법의 요소를 철저히 결여한 채로 한국에 이식하였다.¹²²⁾

또한 일제강점기를 벗어나면서 식민지시대의 형법학에 대한 분석과 반성 및 주체적 연구의 필요성이 존재했을 것인데도 불구하고, 하다 못해 미군정의 영향이 있었음에도 불구하고, 일제의 교육을 받았던 기존의 연구자들과 실무자들은 여전히 일본의 형법학을 고수하였음을 느낄 수 있다. 물론 유기천 교수와 같이 일본에서 수학하고 연구하였지만, 미국에서 다시 수학하고 영어로 한국형법을 번역하여 외국에 소개한 학자도 존재하였다.¹²³⁾ 하지만, 대다수의 법학자들에게 모국어는 일본어였을 것이고, 일본 형법학이 그들의 주된 연구대상이었을 것이

119) 로마루, “한국법학의 개방성과 정체성-법학방법론에서의 ‘탈식민성 담론’ 제기를 중심으로”, <<http://romaroo.blog.me/50041923895>>, 검색일: 2012.10.31.

120) 한상범, “한국법의 계보와 사상-일본법과 한국법”, 7-10쪽.

121) 로마루, “한국법학의 개방성과 정체성-법학방법론에서의 ‘탈식민성 담론’ 제기를 중심으로”.

122) 로마루, 위의 글.

123) 유기천 교수는 미국에서 교환교수 등으로 수학한 후 귀국하였는데, 당시에 한국학계를 풍미한 목적적 행위론에 대해서 독자적으로 심리학을 형법학에서 중요시하는 방법을 택하였다. 최종고, “한국법학을 세계화한 유기천”, 22-24쪽.

다. 유진오 교수에 의해서 법학교수가 된 1세대 법학자들은 자신들이 공부하였던 일본법학 서적을 그대로 인용하여 연구하였다. 제외된 학자들도 있지만, 대부분 일본법학을 통해서 독일이나 프랑스의 법학 등 비교법적 연구가 가능하였을 것이라고 생각된다. 실제로 “1950년대에서 1960년대에 이르는 동안, 한국법학은 우리법의 모법인 독일의 법이론을 소개한 일본서적을 번역하거나 일본법학 이론을 도용하는 수준에 머물렀다”¹²⁴⁾고 한다. 극단적으로는 한국 법원이 일본 법원의 판결문을 그대로 베껴 쓰기까지 하였다.¹²⁵⁾

또, 그들은 대부분 일제강점기에 자신의 입신양명을 위해서 적극적으로 일본법을 배우고 실천하고 나아가 협력한 자들이었다.¹²⁶⁾ 그러다 보니 한국 형법 제정에 있어서도 제정 주체들이 주권을 전제로 하는 형법의식의 자각 속에서 제정하였다기보다는, 일본형법을 무의식적으로 나열할 수밖에 없었을 것이다. 해방 이후 식민잔재 청산이 완전히 이루어지지 않음으로써 나타난 결과라고 생각한다. 이는 미군정이 식민시대 형법학에 영미식 법학을 옮겨 놓으려고 시도하였지만, 성공하지 못한 것에서도 추론할 수 있다.

한국 형법이 독일형법의 틀을 많이 빌려온 것은 역시 한국형법이 일본 개정형법가안의 영향을 받았음을 반증한다. 일본은 프랑스혁명의 자유주의적 시민권 사상을 받아들일 수는 없었을 것이다. 그렇기 때문에 그들이 독일제국의 법제를 수용한 것은 당연하다. 건국 후 한국이

124) 로마루, “한국법학의 개방성과 정체성－법학방법론에서의 ‘탈식민성 담론’ 제기를 중심으로” 참조.

125) “사형제도의 합헌에 대한 일본의 1950년대의 판결을 그대로 베낀 1960년대의 한국의 형사판결처럼 부끄러운 정도의 잘못된 판결도 있다.” 한상범, “한국법의 계보와 사상－일본법과 한국법”, 20쪽.

126) 정궁식, “검사의 한 표상으로서 최대교”, 법사학연구 제34호(한국법사학회, 2006), 227쪽; 물론 초대 대법원장을 지낸 김병로의 경우에는 의병운동을 하기도 하고 간접적이거나 독립운동에 투신한 경우도 있었다고 한다(정궁식, 같은 논문, 227-228쪽).

독일 형법을 받아들일 이유는 특별하게 없었다. 오히려 일본의 정치적 영향력에서 벗어나려고 하였다면 미군정기를 거치면서 영미의 법체계가 크게 반영됐어야 했다. 실제로 인신보호법의 구속적부심사제도나 영미식 형사절차 일부가 미군정에서 도입되어 실시되었다.¹²⁷⁾ 그러나 한국에서 법령을 제정할 수 있는 전문적인 능력을 지닌 학자와 실무가들은 모두 일제의 교육을 받은 사람들이었다. 실무가들은 식민지 사법제도의 군국주의적 색채에 알게 모르게 동화되어 있었기도 하였을 것이다. 그들은 대부분 법의 이념과 지향을 논할 만큼 적문적이지도, 민족의 자각도, 임시정부나 역사의 정통성에 대한 고민도 없었을 것이다. 또한 일본 법령체계가 그대로 유효한 상황이었고 실무적·학술적으로도 일본 법학이 그 수요를 충족시켜주었을 것이다.¹²⁸⁾

2. 발전을 위한 반성

조선 말에 근대적인 서양법학은 중국과 일본을 통해서 전해졌다. 특히 메이지유신을 통해서 적극적으로 유럽의 법학을 받아들이면서 근대적 법학교육이 실시되고 있었고, 상당히 많은 외국인 법률가와 법학교수들이 활동하고 있었던 일본은 조선인들에게는 가장 쉽게 근대적 법학을 배울 수 있는 곳이었다. 그렇게 유학한 지식인들에 의해서 이루어지는 한말의 법제 근대화 과정은 알게 모르게 일본의 영향을 받을 수밖에 없었을 것이다. 그리고 이어진 일제강점기는 일본법의 모법화와 일본법학의 직수입으로 자연스럽게 이어졌다.

해방 후에 한국법학이 외국법학과 접촉할 수 있는 계기는 첫째는 미군정을 통해서 영미법을 접하는 것이고, 둘째는 한반도에 와 있던 서양법률가들과의 직접적인 접촉이고, 셋째는 해방 전에 직접 외국에

127) 한상범, “한국법의 계보와 사상—일본법과 한국법”, 18-19쪽.

128) 한상범, 위의 논문, 18-19쪽.

갔다 온 사람들에 의해서 서양의 법학이 소개되는 경우이고, 넷째는 여전히 일본의 법학서를 통한 외국법학의 소개일 것이다.¹²⁹⁾ 실제로 미국의 법제도는 소개되었지만, 단기간에 한반도의 법관습을 변화시키기에는 역부족이었을 것이다.¹³⁰⁾ 한반도에 온 서양법률가는 소수였으며, 그들의 견해를 이해하고 체계화할 국내 법학자들의 준비가 미흡했던 것으로 보인다. 외국에서 귀국한 사람들이 있었다고 하더라도 그들은 법학유학을 간 사람들이 아니었기 때문에 외국법학의 소개는 소원할 수밖에 없었을 것이다.

일제강점기에 이은 준비되지 않은 해방과 건국 그리고 식민잔재의 미청산에 더하여 미군정과 한국전쟁이라는 혼란상황은 대한민국의 의지와는 상관없이 독일법학을 한국 형법학의 전통으로 규정해버렸다. 하지만 당시의 독일법학은 직수입되지도 못했다. 일본 학자들에 의해서 1차적으로 걸러진 즉, ‘일본식 독일법학’이었음에도, 혼란기의 학자들은 ‘독일법학’이라고 안내했다. 또 한국 인민들의 정치적 요구와 식민잔재 청산이라는 역사적 요구도 법학자들은 외면했다. 그러면서 지금까지 한국적 현실을 외면한 정체불명의 모법만을 충성스럽게 추종해왔다고 생각한다.

물론 ‘번역법학’이란 것을 처음부터 평가절하하는 것은 법학사에 대한 기본적 이해를 잘못하는 것이라고 하면서, 어느 나라치고 법학에 관한

129) 한말에 외국법학과 접촉할 수 있는 계기는 첫째는 한문으로 번역된 서양법학서와 중국을 통한 접촉 가능성이요, 둘째는 일본법학서와 일본유학생들을 통한 길이요, 셋째는 한국에 와 있던 서양법률가들과의 직접적인 접촉이요, 넷째는 개화인사 가운데 직접 서양에 가보고 온 견문을 통해서였다는 견해로는 최종고, 앞의 책, 136-140쪽.

130) 실제로 미군정이 미국식 법제도를 형사소송법이나 노동법 등에 영향을 주었고 미국법 강좌를 실시하였지만, 초창기의 교수들은 학생들과 같이 배우면서 강의하는 입장이었기 때문에 제대로 받아들이 수 없었을 것이다. 이에 대해서는 최종고, “한미법률교류 100년사”, 법학 제23권 3호(서울대학교 법학연구소, 1982), 참조.

한 독창적인 것은 없고, 근대적 의미의 법학은 어차피 대륙법학이건 영미법학이건 서양의 것을 수용하여 그것을 서서히 자국의 사정에 맞추어 이론을 가다듬어 가는 것이라는 견해도 있다.¹³¹⁾ 이 의견에 어느 정도 수긍은 한다. 일본 역시 서양의 전문학술어를 일본말로 표현하는 데 중국에서 선교사가 만든 사전의 도움을 받았다는 것은 주지의 사실이다.¹³²⁾

그럼에도 불구하고 기존에 법학방법론에서 가장 많은 논란은 일본으로부터 법학의 독립이었다. 물론 이는 독일과 미국으로부터의 독립도 포함한다. 즉, ‘한국적’ 법학을 창조하자는 것이다. 기존의 법학방법론을 비판하는 이유가 “우리의 전통 법문화를 계승발전하여 우리가 창출해 낸 것도 아닐 뿐만 아니라 또한 우리의 자주적 결정에 의하여 다른 나라의 법제를 계수한 것도 아니”¹³³⁾기 때문이다. 일본이 중국어 사전을 받아들이지만 서양의 전문용어를 중국어가 아니라 그들의 용어로 개발했다는 것이 우리가 받아들여야 할 주체성이다.¹³⁴⁾ 물론, 당시에 이런 주장은 좌파이론만큼이나 위험한 주장이었을 것이다. 더구나 일본 법학을 무비판적으로 당연하게 복제하던 법학자들에게는 무척이나 기분 나쁜 주장이었을 것이다.

한국형법학의 주체성을 외치는 목소리는 끊이지 않고 저 먼 수평선

131) 최종고, 앞의 책, 342쪽.

132) 한상범, “한국법의 계보와 사상-일본법과 한국법-”, 8-9쪽.

133) 배종대, “우리나라 법학에 대한 반성과 전망: 형법학을 중심으로”, 현상과 인식 제11권 1호(한국인문사회과학회, 1987. 4), 93쪽. 하지만 배종대 교수의 이러한 견해에 대해서, 전통적 입장을 계승하고 수정·발전시키는 부분은 동일하면서 전통문화의 필요성을 강조하게 되면 전통적 도덕을 기준으로 현재의 가치관과 법률관을 되돌려야 한다는 주장도 가능하기 때문에 이를 주의해야 한다는 견해로는 차용석, “형법전 시행 반세기의 회고-한국 형법 및 형법학의 정체성을 찾아서-”, 28-29쪽이 있으며 찬성한다.

134) 이를 “한국형법학의 현황은 ‘사고도구’는 주로 독일식이고 ‘용어’ 그 자체는 주로 일본식이다”라고 비판하면서 한국형법학이 해야 할 일은 우선 ‘일본식 번역어의 재검토’임을 주장하는 김종원, “형법제정 50주년과 한국형법학의 과제”, 형사법연구 제20호(2004), 2쪽.

에서 돌고 있다. 하지만 그 역시 공허한 메아리로 맴돌고 있을 뿐이다. 형법학의 첫 항해의 나침반이 잘못되었기 때문이다. 그 나침반의 고장 원인을 알아야 나침반을 고치고 제대로 된 항해가 가능하다. 경우에 따라서는 새로운 나침반으로 바꾸는 결단도 필요할 것이다.

법률해석학(도그마틱적 해석)도 중요하지만, 규범학은 사회와의 관계를 떠나서 올바른 해석이 불가능하다. 그래서 한국 형법학이 뿌리내리게 되는 과정을 사회 현상들과의 관련성과 함께 실증적으로 연구하는 것이 필요하다. 지금의 형법학을 이해하고 형법학의 주체성 확립을 위한 한 방법이 될 수 있을 것이다. 그러기 위해서는 지금까지 한국형법과 형법학을 만들어 온 선배들과 스승님들의 노고를 살펴보면서, 한편으로는 곁에서 한 발짝 물러서서 그들을 객관적으로 평가할 수 있어야 할 것이다.

(투고일 2013년 8월 31일, 심사(의뢰)일 2013년 9월 12일 게재확정일 2013년 10월 16일)

주제어 : 형법학 방법론, 한국 형법, 개정형법가안, 번역법학, 형법의 계수

참고문헌

1. 단행본

- 신동운 편저, 형법 제·개정 자료집, 한국형사정책연구원, 2009.
- 신동운, 효당 엄상섭 형사소송법논집, 서울대학교 출판부, 2005.
- 신복룡, 한국분단사 연구, 한울아카데미, 2001.
- 이재승, 국가범죄, 앨피, 2010.
- 최종고, 한국법학사, 박영사, 1990.
- 한국철학사상연구회 편, 철학대사전, 동녘, 1989.
- 허 중, 반민특위의 조직과 활동-친일파청산 그 좌절의 역사, 도서출판 선인, 2003.
- 吉川經夫/内藤謙/中産研一/小田中聰樹/三井誠 편저, 허일태/배문범/이동희/김환전/이덕인 공역, 일본형법이론사의 종합적 연구, 동아대학교 출판부, 2009.
- 藤全勇, 이경주 옮김, 마르크스주의 법학입문, 이성과 현실, 1990.
- 山田隆司, 名誉毀損-表現の自由をめぐる攻防, 岩波新書, 2009.
- 前田雅英, 刑法総論講義, 東京大学出版会, 2004.

2. 논문

- 김영환, “법학방법론의 의의와 그 전반적 체계”, 법학논총 제24권 2호, 한양대학교 법학연구소, 2007, 9-30쪽.
- 김정근/이용재, “한국 법학의 탈식민성 담론에 관한 서지연구”, 법과사회 제16호, 법과사회 이론학회, 1999, 187-226쪽.
- 김종원, “한국형법개정의 기본방향과 문제점”, 성균관법학 창간호, 성균관대학교 법학연구소, 1987, 89-105쪽.

- _____, “한국형법학 40년－한국형법학의 정립을 바라며”, 법학연구 제16권, 전북대학교 사회과학연구소, 1989, 181-195쪽.
- _____, “형법”, 한국의 학술연구: 인문사회과학편 제4집, 대한민국 학술원, 2003. 12, 409-438쪽.
- _____, “형법제정 50주년과 한국형법학의 과제”, 형사법연구 제20호, 한국형사법학회, 2003, 1-8쪽.
- 류전철, “동아시아 국가에서 근대 독일형법 계수의 문제점”, 법학논총 제31권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2011, 361-387쪽.
- 문준영, “미군정 법령체제와 국방경비법”, 민주법학 제34권, 민주주의법학연구회, 2007, 97-136쪽.
- 박병호, “한국법학교육의 기원－법관양성소제도와 경성제대”, 고시계 40호, 고시계사, 1995, 86-99쪽.
- 박지현, “군사독재시대의 형법학의 자취－형법학의 정치학”, 법학논총 제32집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2012, 257-276쪽.
- 배종대, “기대가능성이론의 발전과 우리 형법 50년”, 형사법연구 제18호, 한국형사법학회, 2002, 67-96쪽.
- _____, “우리나라 법학에 대한 반성과 전망: 형법학을 중심으로”, 현상과 인식 제11권 1호, 한국인문사회과학회, 1987, 90-115쪽.
- 송기춘, “평택미군기지이전과 관련한 군사시설보호구역지정의 위법성과 일반국민에 대한 균형법 적용의 문제”, 민주법학 통권 31호, 민주주의법학연구회, 2006, 171-198쪽.
- 신동운, “일제하의 예심제도에 관하여: 그 제도적 기능을 중심으로”, 법학연구, 서울대학교 법학연구소, 1986, 149-165쪽.
- _____, “제정형법의 성립 경위”, 형사법연구 제20호, 한국형사법학회, 2003, 9-52쪽.
- _____, “학회 창립 50주년을 맞이하여”, 한국형사법학회 창립50주년 기념학술대회: 사회변동과 한국의 형사법학, 한국형사법

- 학회, 2007, xv-xxiv쪽.
- _____, “형법 제20조 사회상규 규정의 성립 경우”, 법학 제47권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2006, 189-219쪽.
- _____, “횡령죄와 배임죄의 관계”, 유일당 오선주 교수 정년기념논문집, 한국형사법학의 새로운 지평, 2001, 334-355쪽.
- 오영근, “한국 형법이론의 발전동향”, 비교형사법연구 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006, 121-142쪽.
- _____, “한국형법학의 독자성 찾기”, 형사법연구 제23권 3호, 한국형사법학회, 2011, 35-60쪽.
- 이경재, “일본형법의 발전과정”, 법학연구 제11권, 충북대학교 법학연구소, 2000, 193-214쪽.
- 이상돈, “형법학방법론”, 법학연구 제12권 제2호, 연세대학교 법학연구소, 2002, 65-85쪽.
- 이용식, “형법해석의 방법: 형법해석에 있어서 법규구속성과 정당성의 문제”, 법학 제46권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2005, 36-69쪽.
- 이창섭, “형법 제34조의 입법연혁과 해석의 기초”, 법사학연구 제32호, 한국법사학회, 2005, 309-362쪽.
- 이창호, “산청·함양·거창 민간인학살사건에 대한 형사법적 재조명”, 민주법학 제47호, 민주주의법학연구회, 2011, 211-243쪽.
- _____, “산청·함양·거창 민간인학살사건의 법적 재검토”, 민주법학 제26호, 민주주의법학연구회, 2004, 131-158쪽.
- 이현환, “미군정기 식민잔재청산 법제 연구”, 법사학연구 제30호, 한국법사학회, 2004, 131-158쪽.
- 이형국, “1953년의 형법제정과 한국형법학”, 법학연구 제1권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 1990, 75-88쪽.
- _____, “독일형법이 한국형법에 미친 영향”, 한독법학 제14호, 한독

- 법률학회, 1983, 105-118쪽.
- 정공식, “검사의 한 표상으로서 최대교”, 법사학연구 제34호, 한국법사학회, 2006, 221-258쪽.
- 조소영, “미 군정청 사법부(the Department of Justice)의 기능과 역할에 관한 실증적 연구-사법부 유권해석선집 제1부의 정리와 자료를 중심으로-”, 법사학연구 제30호, 한국법사학회, 2004, 69-108쪽.
- 차용석, “형법전 시행 반세기의 회고-한국 형법 및 형법학의 정체성을 찾아서-”, 형사법연구 제18호, 한국형사법학회, 2002, 1-30쪽.
- 최경옥, “미군정법령에 관한 연구-조선국방경비법과 조선해안경비법의 자료 발굴에 즈음하여-”, 법사학연구 제29호, 한국법사학회, 2004, 135-174쪽.
- 최관호, “민주법학과 형사법학방법론”, 민주법학 제41호, 민주주의법학연구회, 2009, 111-143쪽.
- 최종고, “한국법학을 세계화한 유기천”, 서울대학교 대학원 동창회보 제17호(2011), 22-26쪽.
- _____, “한미법률교류 100년사”, 법학 제23권 3호, 서울대학교 법학연구소, 1982, 46-64쪽.
- 한상범, “한국법의 계보와 사상-일본법과 한국법”, 아태공법연구, 아세아태평양공법학회, 2000, 5-27쪽.
- _____, “현대 한국의 법제와 일본제국주의의 잔재”, 법학논총 제12집, 숭실대학교 법학연구소, 2000, 19-31쪽.
- 한상희, “사법개혁, 좌절과 실패의 역사-사법개혁에 대한 평가와 과제”, 민주법학 제50호, 민주주의법학연구회, 2012, 271-303쪽.
- 황산덕, “목적적 행위론에 있어서의 고의와 과실”, 법정 제12권 제9호, 법정사, 1957. 9, 8-12쪽.

- 西田典之, 이한교 옮김, “일본형법의 개정경과와 동향”, 형사법연구 제6권, 한국형사법학회, 1993, 47-48쪽.
- 曾根武彦, 이동희 옮김, “일본 형법이론의 발전 동향”, 비교형사법연구 제8권 제1호, 한국비교형사법연구학회, 2006, 173-185쪽.
- 堀内捷三, “刑法理論史の研究-8-大場茂馬の刑法理論”, 法律時報 제50권 제11호, 日本評論社, 1978.11, 74-85쪽.
- 宮澤浩一, “刑法理論史の研究-20-小野清一郎の刑法理論”, 法律時報 제52권 제3호, 日本評論社, 1980.3, 97-112쪽.
- 内藤謙, “刑法理論史の研究-22-滝川幸辰の刑法理論-1-”, 法律時報 제52권 제7호, 日本評論社, 1980.7, 65-74쪽.
- _____, “刑法理論史の研究-23-滝川幸辰の刑法理論-2-”, 法律時報 제52권 제8호, 日本評論社, 1980.8, 75-78쪽.
- _____, “刑法理論史の研究-24-滝川幸辰の刑法理論-3-”, 法律時報 제52권 제9호, 日本評論社, 1980.9, 100-109쪽.
- _____, “刑法理論史の研究-25-滝川幸辰の刑法理論-4-”, 法律時報 제52권 제10호, 日本評論社, 1980.10, 72-77쪽.
- _____, “刑法理論史の研究-26-滝川幸辰の刑法理論-5-”, 法律時報 제52권 제11호, 日本評論社, 1980.11, 76-80쪽.
- 山中敬一, “刑法理論史の研究 7-勝本勘三郎の刑法理論”, 法律時報 제50권 제10호, 日本評論社, 1978.10, 112-124쪽.
- 中山研一, “刑法理論史の研究 12-牧野英一の刑法理論 1-刑法の基礎理論”, 法律時報 제51권 제4호, 日本評論社, 1979.4, 81-89쪽.
- _____, “刑法理論史の研究 13-牧野英一の刑法理論 2-刑法解釈論”, 法律時報 제51권 제5호, 日本評論社, 1979.5, 78-85쪽.

3. 기타

강정구, “해방공간 남북한의 친일청산 실태와 문제점”, 학술단체협의회 정책토론회: 한국 근현대사 속의 친일의 의미와 친일파 청산운동의 필요성, 학술단체협의회, 2002: <<http://blog.daum.net/jh1459/24>>, 검색일: 2012.11.11.

로마루, “한국법학의 개방성과 정체성－법학방법론에서의 ‘탈식민성 담론’ 제기를 중심으로”, <<http://romaroo.blog.me/50041923895>>, 검색일: 2012.10.31.

위키문헌, “미군정법령 제118호”, <http://ko.wikisource.org/wiki/%EA%B5%B0%EC%A0%95%EB%B2%95%EB%A0%B9_%EC%A0%9C118%ED%98%B8>, 검색일: 2012.11.4.

위키문헌, “미군정법령 제21호”, <http://ko.wikisource.org/wiki/%EA%B5%B0%EC%A0%95%EB%B2%95%EB%A0%B9_%EC%A0%9C21%ED%98%B8>, 검색일: 2012.11.4.

위키백과, “법관양성소”, <<http://ko.wikipedia.org/wiki/%EB%B2%95%EA%B4%80%EC%96%91%EC%84%B1%EC%86%8C>>, 검색일: 2012.11.4.

조선왕조실록”, <<http://sillok.history.go.kr>>, 검색일: 2012.11.10.

한국 브리태니커 온라인, “형법대전”, <http://preview.britannica.co.kr/bol/topic.asp?mtt_id=106605>, 검색일: 2012.11.4.

〔抄録〕

解放後、韓国戦争直後までの 韓国の刑法学の方法論

崔 官 戸*

この論文は、日本の植民地の支配と米軍政の時期そして韓国の政府の樹立後、韓国の戦争当時までの韓国の刑法に関連された法システムと刑法学者たちを調べることに、韓国の刑法学の胎動状況を客観的に推論してみよう。韓国の刑法学がどこから影響を受けており、当時の刑法学を形成していた人々の意識がどうなったかを知っていることは、刑法学の研究方法論を構築するための新しい始まりだ。伝統的に法学方法論はドグマチックの解釈論を中心にしていた。だが、現在の法学方法論は解釈法学にとどまらず、様々な試みが行われている。この論文では、韓国の刑法学が定着していく過程を社会現象との関連性を見ることで、歴史的 분석をしている。日本の国家主義的で権威主義的な刑法(理論)が韓国の刑法の制定の時に日本の教育を受けた者たちによって韓国刑法に移植されてくる過程を概観する。米軍政期に植民地の清算が行われない状態で、刑法の制定の作業が行われてみると、日本の法学の影響が解放の後も継続されたことを確認する。そして政府が樹立された後、韓国戦争の混乱期の間、刑法学者たちが日本の師から抜け出そうとする動きはあったかについて考察している。こうした研究の過程を通じて韓国の刑法が形成される時期に韓国の刑法学については特定の方法論がなかったということを知るようになる。むしろ韓国の刑法の開始は日本の法律で

* 西南大学 警察行政法学科 助教授

あったにもかかわらず、当時の誰もそれを認めていないという点も分かるようになる。したがってこの論文は、このような客観的な事情を見ることで、韓国の刑法学の独自の研究方法論が可能かどうかを模索する。

キーワード： 刑法学の方法論、韓国の刑法、改正刑法仮案、翻訳法学、
刑法の係数