

군사독재시대의 형법학의 자취－형법학의 정치학*

박 지 현**

目次

I. 들어가며	Ⅲ. 군사독재 시대 형법학
Ⅱ. 한국 형법과 형법 일반이론	1. 독재에 기여한 형법 일반이론
1. 일본 형법의 계수에 의한 형법의 성립 및 초기 형법학	2. 형법각칙 및 특별 형법에 관한 독재 시대 형법이론
2. 한국의 형법 일반이론의 정치적 모호성	Ⅳ. 나가며－민주화 이후의 과제

I. 들어가며

독재시대라는 지칭을 형법학의 일정한 시기를 획정하는 기준으로 삼자마자 당시를 형법학자로서 살아왔던 이들은 유죄추정을 당하고 만다. 순수한 학문적 작업에 대해 저자가 부당한 평가를 가한다는 비난을 듣게 될지 모르겠다. 그 시대의 형법학을 평가한다는 것이 쉬운 일이 될 수 없는 가장 큰 이유는 현재의 형법학이 그 시대의 형법학과 뚜렷한 단절 없이 이어졌기 때문이다. 필자도 그 형법학의 기본골격을 부지불식간에 체화하고 있고 주류 형법학의 체제 안에서 연구해왔기 때문에 더불어 비판의 대상이 되어야만 한다는 점을 변명으로 삼고자 한다.

한편 이론의 추상성이 흔히 계급적 본성을 감추는 능력이 되기 때문에, 그리고 한국 형법학이 대체로 외국의 이론에 기대어 더욱더 본래의 정치성을 모호하게 감추며 전개되어왔기 때문에 필자로서는 당대의 지배적 이론의 정치적 성격뿐만 아니라 그 대안적 형법이론의 정치적 성격까지도 감지하고 규명하기가 쉽지 않다. 관점과 능력

* 본 논문은 2012학년도 인제대학교 학술연구조성비 보조에 의한 것임.

이 글은 2012.2.2.~2.3. 일본의 리츠메이칸(立命館) 대학 코리아연구소 주최 한일공동 세미나, 「형법사의 비교연구: 일본·한국·독일의 형법에 의한 과거의 극복」에서 발표한 글을 보완한 것이다.

** 인제대학교 법학과 교수

논문접수일: 2012. 3. 20., 심사개시일: 2012. 3. 22., 게재확정일: 2012. 3. 28.

모두 이 글의 분명한 한계로 작용할 것이라는 점을 미리 고백한다.

독재 시대라는 규정이 한국의 현대사의 시기구분으로서 적절한가 하는 논의는 피하고 싶다. 또한 한국의 형법이나 형법학의 한 시기로서도 적절한 구획인가 역시 묻지 않아주었으면 한다. 필자의 의도는 1987년 민주화운동을 기점으로 종지부를 찍었다고 볼 수 있는 시점 이전의 독재 시대, 특히 군사독재 시대의 형법과 형법학을 한 단위로 고찰하고자 하는 것이다.

이 글의 직접적인 목적은 독재 시대의 형법과 형법학의 전체를 개괄하려는 것이 아니고 군사독재 정권의 통치의 수단이 된 독재 형법과 이론 및 대항이론을 살펴보려는 것이다. 그러나 독재 이론은 독재 시대의 주류 이론과 소통하면서 공존하였고 주류 이론은 독재 이론을 배태한 토양이었기 때문에 독재시대의 주류 이론을 이 글에서 함께 살펴볼 수밖에 없다. 따라서 독재 형법이라고 단정하는 데 이견이 있을 수 있더라도 독재 시대의 지배적 형법이론이라고 칭하는 데 무리가 있다고 말할 수 없는 형법학 전반에 관한 정보를 포함하게 될 것이다.

Ⅱ. 한국 형법과 형법 일반이론

1. 일본 형법의 계수에 의한 형법의 성립 및 초기 형법학

형법학의 뿌리에 관한 간단한 고찰에서 시작하여야겠다. 한국 형법은 1953년, 전란 속의 부산의 피난 정부에서 제정되었다. 그동안 지엽적인 개정을 몇 차례 거쳤지만 현행형법은 거의 제정형법의 틀을 그대로 유지하고 있다. 제정형법의 입안에 핵심적인 역할을 했던 엄상섭과 그의 사상을 연구하는 학자들은 엄상섭을 “한국형법의 아버지”라고 칭한다.¹⁾ 허일태는 그의 형법안이 “선진국의 형법 수준을 능가하는 실질적 법치주의에 입각한 규정을 적지 않게 두”었고²⁾ ‘철저한 책임원칙을 기본정신으로 한’ 것이었다고³⁾ 평가한다. 신동운에 따르면 ‘1951년의 정부초안이 치안유지와 범죄자 처벌에 치중하였던 데 비해 엄상섭의 법제사법위원회안은 인도주의와 민주주의의 관점에서 수정을 가한 것’⁴⁾이라고 높이 평가한다.

1) 허일태, “엄상섭의 형법사상”, 『동아법학』, 제34호, 2004, 193쪽.

2) 앞글, 197쪽.

3) 앞글, 198쪽.

4) 신동운, 효당 엄상섭 형법논집, 서울대학교출판부, 2004, vi쪽.

전쟁 중 시급히 법제도를 마련하여야 하였던 사정을 고려할 때 그의 노력이 의미 없는 것은 아니지만 실제로 전체 형법의 모습을 볼 때 냉정히 평가하면 제정 형법을 들어 ‘자주적’이라거나 ‘한국적’이라는 수식을 붙일 만한 정도는 아니었다고 본다. 제정 형법은 ‘여러 나라의 형법을 참작했다’고 설명되고 있지만 사실은 일본의 개정형법 가안의 내용을 상당 부분 그대로 옮긴 것이다. 형법제정안은 법전편찬위원회(1948)의 형법초안을 계승한 것이다. 이 형법초안은 김병로(초대 대법원장)가 총칙부분을, 엄상섭이 각칙부분을 기안하였다. 김병로는 동경에서 마키노에이치(牧野英一)로부터 수학하였던 시절(1913~1915)의 영향으로 그의 실질적 위법성론과 그가 주도한 개정형법가안을 받아들여지게 된다.⁵⁾ 일본개정형법가안은 1930년대의 독일, 이탈리아의 파시즘 형법의 영향을 받아 전반적으로 법정형이 높고, 국가적 법익의 보호를 강조하는 특징이 있다고 평가되고 있다.⁶⁾ 일제로부터 독립된 나라의 제정형법이 다시 일본의 형법을 추종하였을 뿐만 아니라 시민의 보호보다는 통치질서의 보호에 주력하였다는 것은 해방이 억압적 지배의 종식을 의미하는 것이 아니었다는 점을 입증한다.

제정 형법이 대부분 일본법의 법문장을 조사와 종결어만 한글로 바꾼 번역문이었다는 뜻으로 초기의 형법학은 일본법과 일본말인 형법 조문을 우리말로 설명하는 일에 치중했다.⁷⁾ 그후로도 상당한 기간 동안 형법학의 대부분은 일본의 문헌과 판례를 논거로 하거나 그를 소개하는 일에 치중하였다.⁸⁾

2. 한국의 형법 일반이론의 정치적 모호성

한국의 형법학은 특별한 큰 이론적 전기나 지형의 변화 없이 수십년간 유지되었다. 초기에는 몇몇 독자적 해석을 추구하였던 학자들이 언급되고 있지만⁹⁾ 대부분의 학자들은 일본 형법학을 소개하는 차원에 머물렀다. 1970년대 이후에는 독일 유학파들이 대거 귀국함에 따라 이제는 독일형법학에 편향된 형법학의 시대¹⁰⁾가 이어졌다. 좋게 말하면 소재와 논거가 다양하고 치밀해졌고 학자들의 저변이 넓어졌지만, 좀더 스스

5) 신동운, “형법 제20조의 사회상규의 성립경위”, 『서울대학교 법학』, 제47권 제2호, 2006, 193~194쪽.

6) 오영근, “한국 형법이론의 발전동향”, 『비교형사법연구』, 제8권 제1호, 2006, 35쪽.

7) 배종대, “우리 법학의 나아갈 길 - 형법학을 중심으로”, 『법과 사회』, 제1권 제1호, 1989, 238~9쪽.

8) 오영근, 형법총론, 박영사, 2009, 124쪽.

9) 가령 60~70년대의 유기천에 대해 오영근은 그가 목적적 행위론을 취하면서도 수입이론이 아닌 자신의 언어로 서술하고자 하였다는 점 등을 들어 드물게 자주적인 형법학을 수행한 이라고 평가한다. 오영근 (서평), “유기천, 개고 형법학(총론 강의)”, 『서울대학교 법학』, 제48권 제3호, 2007, 245쪽.

10) 오영근, 앞책, 125쪽.

로 소재와 근거를 찾는 학풍의 수립을 원하는 목소리도 드높은 것도 사실이다.

한국의 형법학이 큰 변화 없이 이어졌다는 것은 한국사회의 변화의 폭이 형법학에 반영될 만큼 크지 않았다는 것이리라. 아니면 형법학이 사회의 변화에 거리를 두고 자기만의, 혹은 중립적인 길을 갔다고 말해야 한다. 한국에서 일제의 청산, 군사독재의 청산이라는 과제 자체가 그다지 성공적으로 수행되지 못했다는 역사적 사실에 비추어 볼 때 전자가 사실에 가깝다. 후자 역시, 필자가 보기에 대부분의 학자들이 매우 정치적인 주제들을 중립적 주제인 양 다루어왔다는 점에서는 겉으로는 진실에 가깝다.

몇 가지 상황을 예로 들어보겠다. 한국 형법학에서는 1950년대에 일본으로부터 목적적 행위론이 소개되어 들어온 후 많은 지지를 받았다가 1980년대 이후부터는 사회적 행위론¹¹⁾이 대세가 되는 양상이 전개되었다. 인과적 행위론을 명시적으로 지지하는 학자는 이제는 찾기 어렵다. 현재는 상당히 많은 학자들이 행위론 무용론¹²⁾을 펼치고 있다. 그런데 행위론이 무용한 것이 아니라 행위론 논쟁이 무익한 방향에서 전개되어왔기 때문은 아니었을까. 대부분의 학자들이 행위론의 역사적 전개와 사회적 함의를 소개하는 데는 인색하고 논리 형식에만 관심을 두고 논의를 진행해 왔다. 인과적행위론과 목적적행위론의 사상적 기반, 정치적 함의에 관해서는 어떤 교과서에도 만족할 만한 설명이 없다는 것은 놀라운 일이다. 행위론이 정녕 무용한 것일까. 사회적 행위론의 무기력함과 모호성을 행위론의 무용론의 근거로 삼는 것은 정당하지 좀더 생각해보아야 할 문제이다.

고전학과와 근대학과의 대립을 다루는 태도 역시, “철학사의 유물”¹³⁾을 소개하듯 거리를 두고 설명하는 태도가 일반적이다. 대체로 막연한 절충주의가 만연해 있다. 객관주의나 주관주의 어느 한편의 입장을 견지한다고 표방한 교과서는 찾아보지 못했다. 학파 논쟁에 관해서 구체적으로 어떤 태도를 취할 것인가는 ‘학파와 관계없는 연구자 개인의 선택일 뿐’¹⁴⁾이라고 말하거나 통설인 ‘인적행위불법론’¹⁵⁾에 의해 해소되었다고 말하는 이들도 있다. 인간의 자유에 관한 형법의 태도 여하는 손을 놓을 수

11) 이재상, 이형국, 정성근, 차용석, 권오걸, 임웅, 정영일, 손동권 등이 사회적 행위론의 입장에 있으며 김일수는 인격적 행위론을, 조준현은 소극적 행위론의 입장에 있다. 이 글이 표시해주어야 할 출처가 너무 많아, 아래에서는 근래의 “형법총론” 교과서에 기해 학설을 분류할 때는 출처의 표시를 생략함을 양해 해주시기 바란다.

12) 남홍우, 오영근, 박상기, 배종대 등이 이 입장에 있다.

13) 배종대, 형법총론, 홍문사, 2009, 19쪽.

14) 상동.

15) ‘이원적 인적불법론’이 학계의 통설이다. 이형국, 이재상, 김일수, 손해목, 배종대, 안동준, 진계호, 임웅, 손동권, 정성근 등이 이 입장에 있다.

없는 근본문제의 하나이고 형사적 불법과 윤리규범의 관계 설정이라는 중대한 문제와 관련되어 있기 때문에, 차라리 개인적인 무관심 또는 해결불가능을 선언하는 편이 낫지 않을까 생각한다.

형법의 근본적 주제들이 이론상 무기력하게 다루어지는 태도들이 관행이 되었고 아직도 계승이 되고 있는 것은 아닌가. 독재시대는 그러한 모호하고 중립적인 형법학을 쉽게 방관자로 만들면서 법학의 통제를 벗어난 채 수십년을 지속하게 되었다.

Ⅲ. 군사독재 시대 형법학

1. 독재에 기여한 형법 일반이론

가. 사회적으로 상당한 행위를 예외적 긴급행위로 전락시킨 '사회상규' 이론

형법 제20조는 '정당행위'라는 표제 아래 "법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다."고 적고 있다. 독일이나 일본형법에는 없는 이 '사회상규' 규정의 도입은 역시 일본 개정형법가안 및 실질적 위법성론의 영향이라고 지적된다.¹⁶⁾ '사회상규' 규정의 지위 문제(일반원리의 표명인가 보충적인 위법성조각사유의 하나인가)나 그 구체적 의미(국법절서를 말하는가 그를 초월하는 윤리적 관습적 개념인가 등)는 종종 회피되는 주제이기도 하지만 여전히 많은 논의가 필요한 부분이다. 그런데 실천적으로 중요하지만 이 논의 속에서 오랫동안 간과된 논점, 사회상규에 의한 적법 행위를 인정하기 위해 반드시 '긴급성'과 '보충성' 요건을 구비할 것을 요구하는 법원의 태도가 정당한가 하는 점이 검토되어야 한다.

초기에 법원은 제20조의 '사회상규에 위배되지 않는 행위'를 '목적, 수단, 행위자의 의사등 제반 사정에 비추어보아 사회 통념상 용인될 상당성이 있어 위법성이 결여된 행위'¹⁷⁾라고 하여 '사회적 상당성'과 유사한 의미로 사용하였다. 그러던 중 국가보안법 사건이었던 한 사건을 계기로 사회상규에 의한 정당행위를 인정하기 위해서는 '긴급성과 보충성을 갖추어야' 한다는 견해를 새롭게 제시했다.¹⁸⁾ 그 후 꾸준히 이어지

16) 신동운, 앞글, 216~217쪽.

17) 대법원 1969. 12. 30. 선고 69도996 판결.

18) 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도3248 판결: "정당행위를 인정하려면 첫째, 그 행위의 동기나 목적의 정당성 둘째, 행위의 수단이나 방법의 상당성 셋째, 보호이익과 침해이익과의 법익권형성 넷째, 긴급성 다

는 동일 취지의 판결들은 상당수가 공안 사건들이다.¹⁹⁾

이러한 해석은 사회상규에 의한 정당행위를 예외행위의 일종으로 보는 것으로서 사회상규 또는 정당행위의 지위와 의미를 규정하는 중대한 의미를 가지고 있다. 그러나 필자는 학계에서 이 긴급성과 보충성 요건이 발생시키는 문제를 지적하거나 다른 선례를 보지 못했다. 대개가 판결의 취지를 동의하면서 단순히 소개하는데 그친다. 그저 사회상규란 “구체적으로 정의하는 것은 거의 불가능하고 설사 정의했다 하더라도 문제해결에 별 도움을 주지 못한”²⁰⁾다고 말하곤 한다.

긴급행위인 정당방위나 긴급피난에 대해서가 아니라, 왜 사회상규에 합치되는 행위에 대해 긴급성과 보충성을 요구해야 하는가. 구성요건적 행위와 긴급행위의 관계는 원칙법과 예외법의 관계로서 따라서 긴급성과 보충성을 엄격히 요구할 정당한 이유가 있다. 반면 사회상규에 합치되는 행위는 오히려 그 행위의 정당성의 승인이 원칙법에 해당하고 구성요건적 행위의 처벌이 예외법인 관계에 있다고 말하여야 한다.

지칭하기를 사회상규라 하거나 사회적 상당성이라 하거나, 이에 관해서는 서로 성격이 다른 두 경우가 구별되어야 한다. 만약 어떤 행위가 정형적으로 볼 때 사회생활상 원칙적으로 허용된 행위이어서 처음부터 금지되어서는 안 될 경우에는 처음부터 구성요건 기술을 명확히하여 문언상 배제하였어야 한다. 그렇지 못하였던 경우라면 최소한 관련 처벌규정의 구성요건 해석에 의해서 가벌성을 배제하여야 하며 이때는 행위에 긴급성이나 보충성을 요구하여서는 안 된다. 이러한 경우는 벨첼(Welzel)의 ‘사회적 상당성’론을 참조하는 것도 유용할 것이다. 그와 달리 만약 행위가 정형적으로 금지될 필요가 있어 구성요건상 명백히 금지된 행위로 기술되어 있지만 단지 구체적으로 예외 상황에 의하여 정당화될 필요가 있을 때 비로소 긴급성이나 보충성을 이유로 한 위법성 조각을 논하는 것이 타당하다. 학계는 다수가 전자의 경우를 ‘사회적 상당성’ 개념으로, 후자를 ‘사회상규’ 개념으로 표현하고 있는 것 같다.

그런데 결국 양자를 구별할 실익이 없다는 입장이 지배적이다. 법원뿐만 아니라 학

셋째로, 그 행위외에 다른 수단이나 방법이 없다는 보충성 등의 요건을 갖추어야 한다.”

19) 대법원 1986. 9. 9. 선고 86도1187 판결(국가보안법위반현주건조물방화미수 등); 대법원 1986. 9. 23 선고 86도1547 판결(국가보안법위반, 집회및시위에관한법률위반); 대법원 1986. 10. 28. 선고 86도1784 판결(특수공무집행방해치상, 국가보안법위반); 대법원 1986. 10. 28 선고 86도1764 판결(국가보안법위반, 집회및시위에관한법률위반); 대법원 1987. 1. 20. 선고 86도1809 판결(집회및시위에관한법률위반); 대법원 1987. 7. 21 선고 87도1081 판결(국가보안법위반, 집회및시위에관한법률위반 : 대구고등법원 1987. 7. 29 선고 87노879 제1형사부판결(국가보안법위반등피고사건) 등. 1990년대 이후의 사건들에 대해서도 똑같이 말할 수 있다.

20) 오영근, 앞책, 313쪽.

계에서도 이러한 설명은 흔히 볼 수 있다. 사회적 상당성 개념은 형법이론상 필요하지 않으며 사회적 상당성 있는 행위라도 “타인의 법익과 저촉되는 경우에는 위법성 단계에서 어떤 정당화 근거가 있는지 살펴보아야” 할 문제라고 말하거나²¹⁾, ‘옆집 대장간에서 못 한 개를 훔쳐온 행위’와 같은 사소한 법익침해행위를 형법 제20조의 사회상규 문제로 취급하면 족하다고 말하거나²²⁾, “구성요건 배제사유로서의 사회상당성 이론은 위법성 조각사유, 특히 사회상규 불위배 행위의 일환으로 해소함이 타당하다”²³⁾고 말함으로써 중국에는 사회적 상당성론은 배척되고 있다.

사회적 상당성이 있는 행위와 위법성조각사유로서의 사회상규행위를 동일 취급하는 태도는 결국 법원의 판례의 태도에서 볼 수 있듯이 기본권 행사와 같은 원칙적으로 정당한 행위를 예외행위로 보고 적법화를 위해 긴급성과 보충성 조건을 요구하는 우를 범하게 된다. 일례로 최근의 소비자 불매운동에 대한 판례를 검토할 수 있다.²⁴⁾ 그에 따르면 “헌법과 법률에 의하여 인정된 소비자의 권리”라도 “형법 제20조의 정당행위로서의 요건을 충족한 경우에 비로소 허용된다”는 것이며 따라서 ‘긴급성’, ‘보충성’ 등의 요건을 충족시키는 경우에만 위법 판단을 면할 수 있다고 말한다. 이 사건에서 법원은 피고인들의 행위가 언론사에 대한 직접적인 불매운동이 아니라 그 광고주에 대해 불매운동을 벌이는 방식으로 이루어졌다는 점을 문제 삼아 그것이 긴급성, 보충성 등의 요건을 갖추지 못하였다는 이유로 형법 제20조의 적용을 배제하고 강요 및 공갈죄의 성립을 인정했다.

나. ‘성공한 쿠데타’ 이론 및 소급효금지 원칙의 절대이념화

기본권 행사 행위에 대해서는 엄격한 ‘사회상규’론은 정치권력에 대해서는 매우 관대했다. 그 대표적인 예가 내란죄 해당행위에 관한 사회상규 이론이라 할 수 있는 ‘성공한 쿠데타’ 이론이다.

1995년 12월에 제정된 5.18특별법은 전두환, 노태우 전직 대통령을 포함하여 1980년 5월 17일의 군사쿠데타의 주역들을 처벌하기 위한 것이었다. 이 법의 제정 전인 동년 7월 검찰은 ‘성공한 쿠데타 이론’을 근거로 삼아 공소권 없음 결정을 내려 정상적인 공소시효 기간 내의 처벌을 불가능하게 만들었다. 성공한 쿠데타 이론이란 당시 검찰의 설명으로는 한스 벨첼(Hans Welzel)과 오오츠카 히토시(大塚仁)가 주장한 이론이

21) 배종대, 형법총론, 홍문사, 2009, 324쪽.

22) 오영근, 형법총론, 박영사, 2009, 282~283쪽.

23) 임웅, 형법총론, 법문사, 2008, 184쪽.

24) 서울중앙지법 2010. 10. 5. 선고 2009노3623 판결. 아직 대법원 판결은 내려지지 않았다.

라고 하나²⁵⁾ 이는 현존 국가질서에 대항한 새로운 질서가 성공적으로 수립된 이후에는 그 내란 행위가 범죄가 될 수 없다는 사실적 견지에서 본 내란죄의 특성을 말하는 것이었을 뿐 규범적 해석론은 될 수 없는 것이었다.

독재시대에는, 특히 내란의 주범이 권좌에 있었던 동안에는 성공한 쿠데타이론 따위의 이론적 뒷받침이 필요하지도 않았을 것이고, 군사쿠데타의 적법여부 자체를 논하는 학문적 작업 역시 기대하기 어려웠을 것이다. 다행히 1995년의 불기소처분 당시에 이르러서는 한인섭²⁶⁾에 따르면 법학계에서는 검찰의 판단에 동조하는 이는 없었던 것으로 나타난다.

이후 5.18특별법에 관해서는 동법상 5.18 관련 내란행위의 공소시효를 연장하거나 시효완성을 부정한 규정의 위헌여부를 둘러싸고 논쟁이 이어졌다. 헌법재판소는 공소시효 규정은 가벌성에 관한 규정이 아니고 형사소추가 '얼마동안' 가능한가의 문제이기 때문에 형벌불소급의 원칙의 적용대상이 아니라고 말하고 시효의 이익에 관한 신뢰보호와 처벌의 필요성 간의 이익형량 논법에 의거하여 합헌을 결정했다.²⁷⁾ 헌법학과 법철학계의 다양한 주장들에도 불구하고 당시나 지금이나 형법학 교과서들이 이 결정에 대부분 반대하는 논지를 펴고 있다. 공소시효는 항상 형벌불소급원칙의 적용대상이라고 주장하는 이도 있고²⁸⁾, 다수설은 이미 완성된 시효는 불소급원칙의 대상으로 보아야 하고 아직 완성되지 않은 시효에 대해서만 연장입법이 가능하다는 입장이다.²⁹⁾ 드물게 5.18특별법 관련 사건의 특수성, 즉 시효완성을 주장할 수 없는 국가범죄라는 점³⁰⁾을 지적하였던 입장이 단연 올바른 것이었다고 생각한다. 집단행위

25) 즉, Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, 480쪽, 大塚仁, 刑法各論 下, 青林書院, 1970, 522쪽. 한인섭, "정치군부의 범죄행위와 '성공한' 쿠데타론의 실상", 「역사비평」, 제30호, 역사문제연구소, 1995, 23면에서 재인용.

26) 한인섭, 앞글, 34쪽.

27) 헌법재판소, 1996. 2. 16. 96헌가2, 96헌바7, 96헌바13 병합결정.

28) 오영근, 앞책, 56쪽.

29) 김성천/김형준, 김일수, 박상기, 배중대, 신동운, 이재상, 김웅의 본인 저서 교과서. 그리고 하태영, "공소시효제도의 문제점과 개정방향", 「비교형사법연구」, 제4권 제1호, 2002, 519-551쪽; 허일태, "권위주의시대의 반인륜적 범죄행위와 소급효금지원칙", 「동아법학」, 제31호, 2001, 113쪽.

30) 이 점을 강조한 형법학자로, 이호중, "반인권적 국가범죄의 공소시효배제와 소급효", 「민주법학」, 제30호, 관악사, 2006, 125~6쪽. 그는 이익형량 논법이 위험하고 역작용이 있다는 이유로 반대했다. 국가범죄의 소급처벌은 형벌불소급원칙의 헌법내재적 한계라고 말하면서 Welke(Wanja Andreas Welke, 한상훈 옮김, "소급효금지원칙의 의의와 한계", 「민주법학」, 제10호, 1996, 111쪽아래)의 논지를 따랐다. 형벌불소급 원칙은 국가권력의 자의로부터 시민의 자유와 인권을 보호하기 위한 목적에서 성립된 원리이기 때문에 국가권력의 지배자로서 법치주의의 기본원리를 부정하거나 시민의 인간의 존엄성을 부정하는 불법을 저질렀다면 소급효금지의 원칙과 같은 죄형법정주의 원칙의 적용을 요구할 수 없다는 취

에 대한 히스테리, 공모공동정범이론의 수입과 안착

공모공동정범이론은 단순히 공동정범에 관련된 이론적 논의의 문제가 아니라 다양한 범죄 관여수준에 대하여, 또는 다양한 집단행동에 대한 처벌의 가혹성을 보여주는 가장 직접적인 단면이라고 생각하여 먼저 거론하기로 한다.

공모공동정범 이론에 따라 실행행위에 관여하지 않은 공범을 정범으로 처벌할 수 있다고 보는 입장이 일제시대 이래 지금까지 법원의 일관된 입장이다.³¹⁾ 학계는 초기에는 이 이론을 지지하는 입장³²⁾과 그외 대부분인 반대하는 입장이 나뉘어 있었으나 1970년대 이후에는 반대 입장이 통설³³⁾이 되었다.

공모공동정범이론은 집단범인 정치범의 처벌에 큰 위력을 발휘해 왔다. 김재규의 박정희대통령 시해사건의 공범을 내란목적살인죄의 공모공동정범으로 처벌한 예³⁴⁾, 광주민주화운동에 뒤이은 부산미문화원방화사건의 관련자들을 국가보안법, 계엄법 위반 및 현주건조물방화치상 등으로 처벌한 예³⁵⁾, 부산 동의대 도서관에서의 대학생 점거농성중의 방화로 진압경찰관들이 치사한 사건에 관해 단순참가들에 대하여 현주건조물방화치사 등의 정범을 인정한 예³⁶⁾ 등 교과서상 사실관계 설명 없이 언급되는 주요 관련 판례들이 모두 정치범 사건이었다.

학계의 공모공동정범론 반대여론을 의식한 법원은 최근 실행행위에 가담하지 않은 공모자에게 “기능적 행위지배”가 인정될 경우에 한하여 공모공동정범을 인정할 수 있다는 판결을 내놓았다.³⁷⁾ 이 사건은 노조의 점거농성 중 발생한 폭행, 상해 등에 관해 실행행위를 함께 하지 않은 노조 간부에게 정범을 인정한 사건이다. ‘기능적 행위

지이다. 그 외에 소급처벌을 정당시한 학자로, 노기호는 ‘소추장애사유’를 근거로 삼았다. (“518 특별법의 위헌여부”, 『한양법학』, 제7집, 한양법학회, 1996, 246쪽). 조국은 헌법재판소의 이익형량 논법을 지지했다(“반인권적 국가범죄의 공소시효의 정지·배제와 소급효금지 원칙”, 『형사법연구』, 제17호, 2002, 18쪽).

31) 대법원 1965. 12. 10 선고 65도826 판결 등. 정성근에 의하면 1955. 6. 24. 대법원판결, 1960. 6. 15. 대법원판결(사건번호 미기록) 등 매우 이른 선례가 있다(“공모공동정범론 소고”, 『법학논총』, 단국대학교 법학연구소, 1968, 29쪽).

32) 류병진, 형법총론, 171쪽아래, 이근상, 형법총론, 193면; 황산덕, 형법총론, 301쪽아래; 김종수, “신형법상의 공모공동정범의 이론”, 법정 제79호, 11쪽아래; 정석은, “공모공동정범에 관한 이론적 성찰”, 『사법행정』, 1964년 3월호, 38쪽아래(이상 상세서지 미상, 정성근, 위책 30쪽에서 재인용).

33) 남상문, “공모공동정범”, 『법학논고』, 제8권, 청주대학교 법학회, 1971, 104면 참조.

34) 대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306 판결.

35) 대법원 1983. 3. 8. 선고 82도3248 판결. 당시 다른 미문화원의 점거 사건에 관해서도 동일 기준이 적용되었다. 서울고등법원 1986.2.4. 선고 85노3184 제1형사부판결.

36) 대법원 1990. 6. 22 선고 90도764 판결.

37) 대법원 2007. 4. 26. 선고 2007도428 판결.

지배'가 필요하다는 선언이 있을 뿐, 이 경우 어떻게 실행행위를 분담하지도 않은 자가 행위를 지배하였다고 말할 수 있는지는 고민하지 않고 있다. “집단적인 점거농성 과정에서 표출될 노조원들의 과격한 행동, 진압을 위한 경찰과의 물리적 충돌과 그에 따른 집단적 폭행, 상해 및 손괴 행위가 뒤따를 것을 충분히 예상할 수 있었다고 보임에도, 이를 방지하기에 충분한 합리적이고 적절한 조치도 없이 오히려 위 집단행동들을 독려하고 감행한 점”이 기능적 행위지배를 인정할 근거로 제공된 유일한 설명이다. 이 판결을 계기로 이 판결의 기본취지에 동의하는 소장 학자들의 입장표명³⁸⁾이 이어지고 있다.

노동쟁의나 집회와 같은 단체행동의 실행 주체인 개인들의 인격에 관한 불신과 편견을 견어내지 않는 한 공모공동정범론은 계속될 것이다. 이 불신은 연대와 협력과 공동체적 해결보다 경쟁과 개인주의적 가치와 투표행위로 정치가 축소된 사회에서는 의도적으로 재생산될 것이다.

2. 형법각칙 및 특별 형법에 관한 독재시대 형법이론

가. 업무방해죄의 노동탄압의 입법 목적에 충실한 해석론의 전개

노동자의 정당한 쟁의행위는 법령에 의한 행위로서 위법성이 조각된다. 쟁의행위의 정당성은 헌법에 의해서가 아니라 ‘노동법 준수 여하에 따라’³⁹⁾ 판단된다. 폭행, 손괴등의 죄로 처벌할 수 없는 평화적인 쟁의행위는 형법 제314조 중의 ‘위력에 의한’ 업무방해죄⁴⁰⁾로 처벌된다. 업무방해죄가 노동쟁의를 규제하는 데 입법목적이 있다는 점은 분명하지만 실제로 노동사건이 업무방해죄의 규율대상이 된 사례는 독재시대에서는 거의 찾아지지 않는다. 쟁의행위를 진압하는 데 굳이 법원의 재판과 같은 합법적 형식이 필요했던 시기가 아니었기 때문일 것이다. 대법원 판례 검색 사이트에 노동사건인 업무방해죄 사건은 1990년에 최초로 등장할 정도이다.⁴¹⁾

업무방해죄 자체의 위헌성을 지적한 최초의 형법학자는 고(故) 김순태였다.⁴²⁾ 형

38) 최호진, “기능적 행위지배와 공모공동정범”, 『법학논고』, 제32집, 경북대학교 법학연구소, 2010, 631~655쪽; 이원경, “기능적 행위지배와 공모공동정범의 정범성”, 『형사법연구』, 제22권 제2호, 2010, 59~86쪽; 이창섭, “판례평석 공모공동정범이론 유감”, 『비교형사법연구』, 제9권 제2호, 한국비교형사법학회, 2007, 337~363쪽.

39) 대법원 1990. 5. 15. 선고 90도357 판결.

40) 제314조(업무방해) ① 제313조의 방법 또는 위력으로써 사람의 업무를 방해한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금에 처한다.

41) 대법원 1990. 6. 12. 선고 90도672 판결.

법학계는 예나 지금이나 통설은 적법한 노동쟁의조차 업무방해죄의 구성요건에 해당한다는 것이고 ‘법령에 의한 행위’로서 노동관계법에 따라 행해진 쟁의만이 위법성이 조각된다는 것이다. 노동법학계의 일부와 이호중⁴³⁾ 등은 그러한 해석이 부당하다고 지적해왔다. 헌법재판소의 최근 결정⁴⁴⁾은 ‘적법한 쟁의는 업무방해죄의 구성요건 해당성조차 인정해서는 안 된다’고 말하여 그간의 비판론을 일견 수용했지만 여전히 적법성의 기준을 노동법 준수여부에서 찾는다는 점에서는 진일보라 할 수 없는 것이었다.

그 외에도 형법학 교과서들은 이구동성으로 업무방해죄의 ‘위력’ 개념은 정당한 것인지 부당한 것인지 묻지 않고 모든 ‘세의 과시’를 뜻한다고 해석해왔다. 또한 이구동성으로 이 죄를 추상적 위험범으로 보아 현실적인 업무방해의 위험발생 여부와 무관하게 위력의 행사만으로 죄의 성립을 인정할 수 있다고 보고 있다.⁴⁵⁾ ‘위력’을 불법시하며 업무방해의 구체적 결과나 위험을 따지지 않는 업무방해죄의 해석론은 사회적 경제적 생활상의 다양한 개인 및 집단의 형성과 활동에 대해 국가의 자의적 개입의 통로를 열어두려는 의도 외에 다른 것이 아니다.⁴⁶⁾ 형법학은 추상적 ‘업무’ 개념 뒤에 국가의 노동운동 탄압을 은근히 비호하여 왔다고 봄이 공연한 과장은 아니다.

나. 양심과 사상을 그 자체로 처벌하는 국가보안법, 그리고 목적범론을 무력화한 ‘지정범’ 이론

국가보안법은 형법의 제정보다도 빨랐다(1948. 12. 1). 일제의 치안유지법을 확대 증보한 것이 국가보안법이다. 국가보안법은 5.16. 군사쿠데타 직후 제정된 반공법(1961. 7. 3. 제정. 1980.12.31. 폐지)과 함께 사상의 자유와 통일 논의를 억압하는데 활용되었다.

국가보안법은 반국가단체의 구성 등 목적수행, 자진지원·금품수수, 잠입·탈출, 찬양·고무, 회합·통신, 편의제공, 불고지, 특수직무유기, 무고·날조 등의 죄를 처

42) “파업에 대한 업무방해죄적용불가론 및 업무방해죄의 위헌성: 업무방해죄의 연혁 및 적용사례에 대한 검토를 중심으로”, 민주법학 제12호, 관악사, 1997, 90~120쪽.

43) 이호중, “노동쟁의와 형법 - 쟁의행위에 대한 형법의 판단구조 -”, 비교형사법연구, 제8권 제2호, 2006, 661쪽아래 등.

44) 헌법재판소 2010.4.29. 선고, 2009헌바168 결정.

45) 김일수, 이재상, 임웅, 강구진, 백형구, 이정원, 이형국 등의 “형법각론” 교과서.

46) 업무방해죄의 위헌성을 주장하면서, 동시에 ‘위력’개념과 동 죄의 추상적위험범설의 문제점을 지적한 논문으로 박지현/김종서, “위력에 의한 업무방해죄와 광고주 불매운동”, 「민주법학」, 제40호, 관악사, 2009, 80~124쪽.

별한다. 이 법이 말하는 반국가단체⁴⁷⁾에는 북한은 당연히 포함되는 것이며 그외에도 여러 성격의 사회단체들이 반국가단체로 규율되어 처벌을 받았다. 그보다 많은 경우에 입증이 손쉬운 ‘이적단체’(제7조 제3항)⁴⁸⁾로 처벌을 받는다. 잠입·탈출⁴⁹⁾, 찬양·고무, 회합·통신, 편의제공 등의 죄는 언론이나 표현행위, 단순 친교행위를 처벌하거나 야당 정치인, 학생운동, 노동운동 관련자를 처벌하는 데 활용되고 있다.

국가보안법은 그동안 사회적으로는 항상 폐지운동의 대상이었지만, 학문적으로 특별히 옹호론이 필요 없을 만큼 강력했다. 반면 형사법이론으로서 폐지론은 1989년 이후에야 본격적으로 제기되었다고 할 수 있다. 1989년~1990년 무렵 이창호, 남궁호경, 김창록, 김일수, 배종대가 ‘민주법학’, ‘법과 사회’ 등에 적은 논문들이 선도적인 사례였다(상세서지 생략). 이 글들이 제시한 논거들은 여전히 지금도 국가보안법 폐지를 위하여 유효하다. 국가보안법상의 여러 범죄규정들은 양심, 사상의 자유의 본질적 부분을 침해하면서 그를 제한할 필요최소한의 수단이라고 할 수 없다는 점, 지원, 찬양, 고무, 통신, 편의제공 등의 개념이 지나치게 광범하고 모호하여 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다는 점 등이 논의되어 왔다.

형법 이론학의 무기력이 가장 돋보이는 지점은 “정을 알면서” 구성요건의 해석에 관련된 것이다(이러한 요건을 가진 범죄를 지정범知情犯이라고 말하기로 한다). 자진지원·금품수수, 잠입·탈출, 찬양·고무, 회합·통신, 편의제공, 불고지, 특수직무유기 등에는 하나같이 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서”라는 요건이 있다. 이는 종래 조문에 없었던 구절이었는데 1990년 헌법재판소가 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험이 있을 경우에만 축소적용되는 것으로 해석한다면 합헌”(헌법재판소 1990.04.02, 89헌가113)이라고 결정한 이후 1991년 법개정에 따라 삽입된 것이다. 얼핏 보기에는 ‘명백한 위험’ 원칙에 다가선 듯한 인상을 주지만 실제로는 아무런 제한기능도 하지 못한다. 행위에 대한 고의로서 ‘찬양, 고무’ 등의 고의는 있으면서 ‘... 정은 모

47) 국가보안법 제2조(정의) ① 이 법에서 “반국가단체”라 함은 정부를 참칭하거나 국가를 변란할 것을 목적으로 하는 국내외의 결사 또는 집단으로서 지휘통솔체제를 갖춘 단체를 말한다.

48) 제7조(찬양·고무등) ① 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동한 자는 7년 이하의 징역에 처한다...③ 제1항의 행위를 목적으로 하는 단체를 구성하거나 이에 가입한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

49) 제6조(잠입·탈출) ① 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체의 지배하에 있는 지역으로부터 잠입하거나 그 지역으로 탈출한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

르는' 경우가 과연 있을 수 있겠냐를 생각해보면 상식적으로 답은 뻔한 것이다.

"...정을 알면서" 규정과 같은 비상식적인 구성요건이 등장할 수 있었던 배경에는 '목적범'의 '목적'을 미필적 인식과 동일한 수준으로 강등하여 이해한 법원의 과잉해석과 그에 대한 학계의 무감각이 놓여 있다. 이와 관련해 최초의 판결로 검색되는 사건⁵⁰⁾에서는 '내란의 목적'이 문제가 되었다. 어떤 목표를 목적으로(purposely) 추구한다는 것은 어떤 결과를 의도적으로(intentionally) 또는 인식하면서(knowingly) 행하는 것과는 분명히 다른 의미를 갖는 것이므로 유추해석금지 원칙에 따르면 목적범을 미필적 인식범으로 이해하는 것은 법문이 허용하는 해석한계를 넘어선다. '목적'의 입증관란이라는 절차상의 문제와 규정의 해석의 문제는 혼동해서는 안 되며 개선이 필요한 해석론이라고 생각한다. 이러한 형식의 지정범은 목적범의 존재이유를 허무하게 만들고 목적범만을 처벌하여야 할 경우 목적이 없는 자까지 처벌하기 위해 도입된 것으로서 노골적인 입법적 일탈인 것이다.

다. 반인권적 집시법과 긴급조치에 대한 침묵

집회및시위에관한법률(집시법)의 제정(1962. 12.)은 5.16 군사쿠데타에 의한 독재정권의 출범과 동시에 이루어진, 독재의 시작을 알리는 신호탄이었다. 1960년의 '집회에관한법률'이 신고절차만을 규정하고 있었던 반면 제정 집시법은 일정장소의 집회, 야간집회를 금지하고 경찰에 의한 금지통고제를 신설했다. 이후 장기집권기로 들어선 1970년대에는 집시법보다는 '긴급조치'의 시대였다. '긴급조치권'이 유신헌법(1972)에 도입된 후 1974~1975년중 총 9개의 긴급조치가 내려졌다. "대한민국 헌법의 개정 또는 폐지를 주장, 발의, 청원하는 일체의 행위를 금한다"(긴급조치 1호 제1항)거나 "이 조치에 위반한 자와 이 조치를 비방한 자는 법관의 영장 없이 체포, 구속, 압수, 수색하며 15년 이하의 징역에 처한다"(긴급조치 1호 제5항)거나 "학생의 출석거부, 수업 또는 시험의 거부, 학교 내외의 집회, 시위, 성토, 농성, 그 외의 모든 개별적 행위를 금지하고 이 조치를 위반한 학생은 퇴학, 정학처분을 받고 해당학교는 폐교처분을 받는다"(긴급조치 4호)는 등의 내용이 포함되어 있었다.

집시법은 초기에 이를 사실상 허가제라는 이유로 반대론을 펼치는 이들도 더러 있었지만⁵¹⁾ 긴급조치 시대에 와서는 유신헌법이나 긴급조치의 정당성과 합리성을 논

50) 대법원 1980. 5. 20 선고 80도306 판결(내란목적살인 등). 일본에서도 최고재판소는 가령 허위무고죄상의 '처분을 받게할 목적'이란 '처분을 받게할 미필적 인식으로 족하다(大判大6·2·8刑錄23·41)고 이해하고 있어 한국의 법원과 동일한 입장에 있는 것으로 보인다.

51) 헌법학자들인 서명희, "집회의 자유에 대한 제한의 한계", 『이화여대 법정학보』, 제11권, 1968, 30쪽아

제로 삼는 것 자체가 금지되었다고 할 수 있기 때문에 이 시기 긴 학문의 침묵은 어쩔 수 없는 것이었는지도 모른다. 집시법 개정을 촉구하는 헌법학과 형법학자들의 논문들은 1990년대 이후 현재까지 계속되고 있다.

라. 보안처분론 및 보안관찰법론에 의한 죄형법정주의의 위기

보안처분이라 할 수 있는 제도는 2012년 현재에는 치료감호, 소년법등의 보호처분, 형법상 보호관찰에 수반되는 수감명령, 사회봉사명령, 보안관찰법상 보안관찰 정도가 남아 있다. 군사독재 시대에는 보호감호(사회보호법이 2005년 폐지, 상습범에 대한 이중처벌), 보안감호(사회안전법이 1989년 보안관찰법으로 보안관찰처분으로 대체, 정치범에 대한 이중처벌) 등 많은 보안처분법들이 존재했다. 많은 보안처분법들이 폐지된 것은 시민운동 또는 민주화 운동 주체들의 부단한 노력의 결과이다.

상습범에 대한 보호감호 처벌은 형법상 누범, 상습범 가중규정에 의해 가중처벌되는 위에 옥상옥(屋上屋)으로 부과되는 것이었지만 엄벌주의, 격리주의 사고를 조장하므로 독재적 지배에 좋은 수단이 될 수 있었다. 법무부는 보호감호를 형법전에 편입시키는 형식으로 부활시키려고 개정법안을 제출하는 등 억압적 사회통제에 대한 미련을 버리지 못하고 있다.

사회안전법(1975~1989년)은 1936년 ‘조선사상범보호관찰령’ 및 141년의 ‘조선사상범예방구금령’을 본떠 만들었던 것인데, 한국전쟁 등을 계기로 복역한 사상범, 정치범이 만기출소하게 되는 무렵 그들의 영구적 격리를 위한 것이었다. 대체입법인 1989년의 ‘보안관찰법’은 현재에도 출소한 국가보안법 위반범 등 정치범의 보안관찰(사회내처우임) 및 관찰중 지도조치위반죄 등을 규정하고 있다. 시행령에는 실질상 사상전향서에 해당하는 ‘준법서약서’ 제도를 두고 있다.

법원과 헌법재판소의 일관된 입장은 보안처분 ‘장래에 대한 합목적적 처분이므로 이중처벌이라 할 수 없⁵²⁾’다는 것이다. 소급금지원칙은 보안처분에는 적용되지 않는다는 것이 종래의 입장이었는데⁵³⁾ 최근에는 다소 수정되어 사회봉사명령에 관하여 그것은 “의무적 노동을 부과하고 여가시간을 박탈하여 실질적으로는 신체적 자유를 제한하게 되”는 경우이기 때문에 원칙적으로 형벌불소급의 원칙에 따라 행위시법을 적용함이 상당하다고 판시되었다.⁵⁴⁾

래; 서주실, “집회의 자유와 그 제한상의 문제”, 「부산대 법학연구」, 제11권, 1969, 73쪽아래.

52) 현재 1989. 7. 14. 88헌가5등; 2001. 3. 21. 99헌바7; 대법원 1991. 7. 26 선고91재감도58 판결.

53) 대법원 1997. 6. 13 선고97도703 판결. 집행유예시 보호관찰을 부과할 수 있게 한 신법을 개정 전 행위에 대해 적용함이 정당하다고 판결.

보안처분법들은 1970년대 이후 본격적으로 입법되었는데 보안처분의 적극적 도입을 주장하였던 학자들은 이수성, 염정철 등⁵⁵⁾이다. 특히 이수성은 그 근거를 목적형주의의 필요성에서 찾았다. 당시에는 이중처벌성 등에 관한 문제의식을 표출한 이는 찾아볼 수 없었다. 1980년대에 들어서 진계호, 김상호, 심재우⁵⁶⁾ 등이 보안처분법의 전체주의적 악용가능성을 제기하면서 형벌-보안처분의 일원주의를 주장하며 나서기 시작하였다. 2012년 현재 대부분의 형법학자들은 일원주의 혹은 대체주의를 주장하게 되었다.⁵⁷⁾ 또한 많은 이들이 보안처분법도 소급금지 원칙의 적용 대상이라고 말하게 되었다.⁵⁸⁾ 보안관찰법에 관해서는 몇 개의 논문이 계속 폐지론을 제기하고 있지만⁵⁹⁾ 대다수의 학자들은 교과서상에 법률의 내용을 소개하는 데 그치는 등 이 법에 대해서만은 그 소급처벌성, 이중처벌성⁶⁰⁾에 관해 지극히 무관심하다.

IV. 나가며 - 민주화 이후의 과제

작은 노력들은 이어져가고 있지만, 민주주의 원리와 인권보장 원칙에 충실한 형법

54) 대법원 2008. 7. 24 자 2008어4 결정.

55) 이수성, “보안처분에 관한 약간의 고찰”, 『서울대학교 법학』, 제8권 제2호, 1966, 107~138쪽; 염정철, “범죄의 증가현상과 보안처분의 필요성 범죄의 증가현상과 보안처분의 필요성”, 『사법행정』, 제11권 제1호, 1970, 6~7쪽.

56) 진계호, “보안처분에 관한 연구”, 『전주대학교 논문집』, 제10권, 1981, 323~341쪽; 김상호, “보안처분의 법적 성격에 관한 연구”, 『동아대학교 논문집』, 제10권, 1982, 381~406쪽; 심재우, “보안처분제도에 관한 고찰”, 『고려대 법학논집』, 제22권, 1984, 145~192쪽.

57) 대체주의는 형벌-보안처분의 이원주의에 입각하면서도 병과하는 것이 아니라 양자의 동시 선고, 보안처분 집행기간의 형기 산입에 의하여 이중처벌을 피하여야 한다는 입장이다. 대체주의적 입장은 배중대, 손동권, 김일수, 이재상, 안동준, 이정원, 임웅 등의 교과서, 그 외 이중처벌임을 이유로 보안처분에 대해 비판적인 논문으로 신양균, “형벌과 보안처분-국가보안법과 보안관찰법을 생각한다-”, 『사상과 정책』, 1989, 31쪽; 정영석, 『형사정책, 법문사, 1989, 289쪽 등.

58) 김일수/서보화, 박상기, 배중대, 손해목, 안동준, 이재상, 이정원, 임웅, 정성근/박광민, 정영일, 조준현, 차용석 등의 “형법총론” 교과서.

59) 이승호, “보안관찰법 폐지론”, 『법과 사회』, 1992, 211쪽; 송문호, “보안관찰법 폐지론”, 『인권과 정의』, 제341호, 2001, 179쪽; 김순태, “보안관찰법에 관한 연구: 제6조 1항 및 제27조 2항에 관한 검토를 중심으로”, 『한국방송통신대 논문집』, 제32집, 2001, 166쪽.

60) 보안관찰법상 보안관찰처분은 한국전쟁 전후에 재판을 받은 정치범도 처분의 대상으로 하고 있는데 이 점이 소급입법에 해당한다. 또한 처분은 행집행을 종료한 자 등에게 부과되는 것으로서 법무부장관이 2년마다 무제한 갱신(행정소송에 의해 불복은 가능)할 수 있도록 되어있는데, 형식상 행정처분이나 실질상 범죄에 대해 과해지는 형사처분이므로 이중처벌의 문제가 발생한다.

과 형법이론을 만들어 가야한다는 과제는 아마도 긴 시간이 소요될 것만 같다. 민주화 시대가 되고도 25년여가 흘렀다. 여전히 반민주적 악법들은 생명을 이어가고 있다. 국가보안법, 보안관찰법은 반정부적 사상 자체를 범죄화하며 매년 실적을 더해가고 있다. 민주화 이후인 1989년 집시법 개정은 오히려 개악이었다. 전에는 없었던 “공공의 안녕질서에 직접적인 위협을 가할 것이 명백한”과 같은 임의적 기준을 추가하여 금지통고제를 강화했다. 현대적 악법이라 할 수 있는 통신비밀보호법은 매체 단위 기준으로 연간 40만건이 넘는 감청을 가능하게 했고 컴퓨터통신에 관해서는 일반영장과 다를 없는 ‘패킷감청’ 형식의 허가가 가능하도록 유도하고 있다.

군사독재의 시대는 갔지만 당시에는 군대의 힘으로 뒷받침되었던 불법적 무법적 권력남용 행위들이 이제는 의회가 통과시킨 법적 절차에 따라 법의 이름으로 수행되고 있다. 민주화 시대란 ‘폭력이 법제화된 시대’에 지나지 않는 것처럼 보인다. 남북한의 대치라는 막연한 위협상태를 빌미로 한 긴급법들이 이제는 일상법으로 안착되었다. 이러한 법제에서는 정치적 권리와 자유는 원칙적 정당성을 승인 받는 것이 아니라 예외의 예외로서만 허용되는 셈이다.

법이 그렇게 기능하고 있는 상태라면 법의 사용법도, 법학의 사용법도 재고되어야 하는 것인지 모른다. 여전히 형법학의 겸역성의 원칙과 비례성의 원칙을 수단으로 삼아 형법의 과잉개입성을 비판하는 일은 법과 폭력의 유합을 폭로하는 방법으로서 유효할 것이다. 또한 주류 형법학 이론과 판결의 숨겨진 정치적 배경과 동기를 드러내고 논의의 장에 이끌어내는 것이 이론의 실천적 성격을 가장 잘 담보할 수 있는 방법이라고 생각한다. 형법 제정사는 친일불가피론을 극복한 전제에서 올바른 역사관에 입각해 다시 서술되어야 한다. 정치적 기본권 및 표현의 자유권의 행사를 협박죄, 강요죄, 업무방해죄 등으로 정형적으로 금지하는 입법 현실에서 형법 제20조의 사회상규에 의한 행위의 해석론은 친기본권적으로 수정되어야 한다. 국가권력에 의한 반인도적 범죄 등의 처벌에 관해 소급금지의 원칙을 관철시키려 하는 등의 형식논리적 유추해석 태도는 지양되어야 한다. 공모공동정범론을 비롯한 공범론은 집단행동에 관한 연대주의적 관점에 입각해 재수립되어야 한다. 국가보안법, 보안관찰법 등 전쟁시대 긴급법들의 폐지론을 확립하여 형법을 일상화시켜야 한다. 많은 과제들을 제목만 나열한 감이 있으나 형법학을 전공하는 모든 이들이 공동의 과제로 삼을 수 있게 되기를 바라며 이 글을 마친다.

주제어 : 한국 형법학, 군사독재, 정치형법, 반민주악법

참 고 문 헌

- 김상호, “보안처분의 법적 성격에 관한 연구”, 「동아대학교 논문집」, 제10권, 1982, 381~406.
- 김순태, “보안관찰법에 관한 연구: 제6조 1항 및 제27조 2항에 관한 검토를 중심으로”, 「한국방송통신대 논문집」, 제32집, 2001, 153~166.
- 김순태, “파업에 대한 업무방해죄적용불가론 및 업무방해죄의 위헌성: 업무방해죄의 연혁 및 적용사례에 대한 검토를 중심으로”, 민주법학 제12호, 관악사, 1997, 90~120.
- 남종문, “공모공동정범”, 「법학논고」, 제8권, 청주대학교 법학회, 1971, 103~112.
- 노기호, “518 특별법의 위헌여부”, 「한양법학」, 제7집, 한양법학회, 1996, 229~246.
- 박지현/김종서, “위력에 의한 업무방해죄와 광고주 불매운동”, 「민주법학」, 제40호, 관악사, 2009, 80~124.
- 배종대, “우리 법학의 나아갈 길 - 형법학을 중심으로”, 「법과 사회」, 제1권 제1호, 1989, 220~250.
- 서명희, “집회의 자유에 대한 제한의 한계”, 「이화여대 법정학보」, 제11권, 1968, 30~45.
- 서주실, “집회의 자유와 그 제한상의 문제”, 「부산대 법학연구」, 제11권, 1969, 73~130.
- 송문호, “보안관찰법 폐지론”, 「인권과 정의」, 제341호, 2001, 174~189.
- 신동운, “형법 제20조의 사회상규의 성립경위”, 「서울대학교 법학」, 제47권 제2호, 2006, 189~219.
- 심재우, “보안처분제도에 관한 고찰”, 「고려대 법학논집」, 제22권, 1984, 145~192.
- 염정철, “범죄의 증가현상과 보안처분의 필요성 범죄의 증가현상과 보안처분의 필요성”, 「사법행정」, 제11권 제1호, 1970, 6~7.
- 오영근, “한국 형법이론의 발전동향”, 「비교형사법연구」, 제8권 제1호, 2006.
- 유기천, 개고 형법학(총론 강의), 「서울대학교 법학」, 제48권 제3호, 2007.
- 이수성, “보안처분에 관한 약간의 고찰”, 「서울대학교 법학」, 제8권 제2호, 1966, 107~138.
- 이승호, “보안관찰법 폐지론”, 「법과 사회」, 1992.
- 이원경, “기능적 행위지배와 공모공동정범의 정범성”, 「형사법연구」, 제22권 제2호, 2010, 59~86.
- 이창섭, “판례평석 공모공동정범이론 유감”, 「비교형사법연구」, 제9권 제2호, 한국비교형사법학회, 2007, 337~363.
- 이호중, “노동쟁의와 형법 - 쟁의행위에 대한 형법의 판단구조 -”, 비교형사법연구, 제8권 제2호, 2006.
- 이호중, “반인권적 국가범죄의 공소시효배제와 소급효”, 「민주법학」, 제30호, 관악사, 2006.
- 정성근, “공모공동정범론 소고”, 「법학논총」, 단국대학교 법학연구소, 1968.
- 조국, “반인권적 국가범죄의 공소시효의 정지·배제와 소급효금지의 원칙”, 「형사법연구」, 제17호, 2002.
- 진계호, “보안처분에 관한 연구”, 「전주대학교 논문집」, 제10권, 1981, 323~341.
- 최호진, “기능적 행위지배와 공모공동정범”, 「법학논고」, 제32집, 경북대학교 법학연구소, 2010,

631~655.

- 하태영, “공소시효제도의 문제점과 개정방향”, 『비교형사법연구』, 제4권 제1호, 2002, 519~551.
한인섭, “정치군부의 범죄행위와 ‘성공한’ 쿠데타론의 실상”, 『역사비평』, 제30호, 역사문제연구소, 1995, 16~35.
허일태, “권위주의시대의 반인륜적 범죄행위와 소급효금지원칙”, 『동아법학』, 제31호, 2001, 99~113.
허일태, “엄상섭의 형법사상”, 『동아법학』, 제34호, 2004, 193~210.

大塚仁, 刑法各論 下, 青林書院, 1970.

배중대, 형법총론, 홍문사, 2009.

신동운, 효당 엄상섭 형법논집, 서울대학교출판부, 2004.

신양균, “형벌과 보안처분 - 국가보안법과 보안관찰법을 생각한다 -”, 『사상과 정책』, 경향신문사, 1989.

오영근, 형법총론, 박영사, 2009.

임웅, 형법총론, 법문사, 2008.

정영석, 형사정책, 법문사, 1989.

Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969.

〈초록〉

군사독재시대의 형법학의 자취 - 형법학의 정치학

이 글은 1987년 민주화운동을 기점으로 종지부를 찍었다고 볼 수 있는 시점 이전의 독재 시대, 특히 군사독재 시대의 형법과 형법학을 한 단위로 고찰하고자 하는 것이다. 필요한 범위에서 형법 일반이론에 관한 검토를 포함하고 있고, 특히 적극적으로 독재 비호이론이 된 개별 이론들을 항목을 달리하며 서술한다. 역사를 서술하는 방법을 기본으로 하지만 이론들의 쟁점과 논거에 관한 간략한 설명을 포함하고 있다.

우리 형법학은 특별한 큰 이론적 전거나 지형의 변화 없이 수십년간 유지되었다. 제정 형법안이 전란 중에 일본의 개정형법가안을 참고하여 작성된 이래 형법학 역시 일본의 형법학에 의존하면서 수입하고 소개하는 일이 중심이 되면서 이론의 실천적 의미나 사회정치적 맥락을 상실한 채 중립화된 외양을 띠게 되었다. 행위론은 정치적 색깔이 탈락되어 전개되었고 인간의 이성 또는 자유에 관한 근본 입장을 담은 학파논쟁 역시 역사의 유물처럼 취급되어 왔다. 그러한 상황에서 군사독재 정권은 형법학의 규제를 피하면서 법학의 침묵 속에서 통치와 통제를 수십년 이어나갔다.

형법 개별 이론들의 적극적인 지원도 받았다. 대표적으로 공모공동정범이론의 도입과 확대 적용, 사회상규(기본권적 행위 등을 포함한 정당행위)의 보충규범화 등에서 반민주적 형법이론의 전형을 볼 수 있었다. 내란죄를 정당화하려 한 성공한 쿠데타 이론에 시달렸던 경험도 있다. 노동운동 탄압 수단인 업무방해죄, 양심과 사상을 그 자체로 처벌의 대상으로 하는 국가보안법 및 보안관찰법, 그외 일부 보안처분법들이 군사독재 정권의 비호하에 형법학의 묵인하에 현재까지 전승되고 있다.

주류 형법학 이론과 판결에 숨겨진 정치적 배경과 동기를 드러내고 논의의 장에 이끌어내고 법과 정치적 폭력의 유합을 폭로하는 것이 이론의 실천적 성격을 담보하는 가장 중요한 작업이라고 생각한다.

〈Abstract〉

Criminal Jurisprudence during the period of military dictatorship

Park, Jihyun*

This article aims to survey Korean Criminal Law and its theories during the military sovereignty before pro-democracy movement of 1987. Necessary reviews on General Theories on Criminal Law and several particular theories supported the dictatorship would be included, with the issues and the grounds briefly accounted.

Our criminal jurisprudence has not changed or challenged materially for sixty years. The original legislation of Criminal Law was largely imitated for Japanese Criminal Law Draft of 1930s and Criminal Jurisprudence had to follow Japanese theories. For this background theories have been deprived of those political contexts, especially at act theory or human reason or liberty on criminal activities. As a result, the military dictatorship could be unrestricted by criminal jurisprudence.

There were theories which had given positive aids to the dictatorship. I would review theories of 'joint principal offender by mere plotting', 'social regular rules justifying acts subsidiarily'. Then separate accounts would be followed on the theory of 'successful coup ridding of rebellion', the crime of 'business obstruction' suppressing labor movements, the crimes on National Security Act and Security Observation Act.

Eventually I am suggesting the important job to expose the political backgrounds and motives hidden behind main-stream criminal theories and go further to expose the agglutination of Law and the political violence.

Key word : korean criminal jurisprudence, military dictatorship, political criminal law, antidemocracy laws

* Professor, Inje University