

## 〈書 評〉

### 朴相基 著, 『독일형법사』

李 炯 國\*

I. 우리가 서양의 근대법제를 받아들인 지도 상당한 세월이 지났다. 그럼에도 불구하고 해방이후 -실질적으로는 해방전부터- 오늘날까지 거의 변하지 않은 경직된 사법시험제도의 틀에 묶여 법과대학에서의 법학교육은 비정상적으로 운영되고 있는 것이 현실이다. 범세계화하는 경제질서에서 보듯이 개방화·국제화의 시대에 우리 법학교수의 현주소는 너무나도 고립·낙후되어 있다고 보지 않을 수 없다. 대부분의 법학교육과 연구는 사법시험과목만을 대상으로 행하여지고 있으며, 여기에 해당되지 않은 법학과목들은 “周邊”科目으로 불리우는 學問的 差別主義가 팽배한 실정이다.

이러한 가운데 延世大 法大에 계신 朴相基 教授의 「독일형법사」(栗谷出版社, 1993. 5)는 법학연구 대상의 폭을 넓혔다는 점에서 우선 환영할 만한 일이었다. 우리나라에서의 法史學研究는 사실 학생들로부터는 거의 외면당하고 있으며, 韓國法史學會를 중심으로 하는 관심있는 교수들만의 연구영역에 머물러 있었다. 그리고 그동안에 西洋法制史라는 총론적 주제에 관한 책은 출간되었으나 각론에 해당하는 個別法史에 관하여는 이 책이 최초가 아닌가 한다. 앞으로는 私法史, 公法史에 관한 연구서들도 나와서 서양법의 형성과정을 이해하는 데에 도움이 되도록 하였으면 한다.

II. 이 책은 제1부(로마시대의 형법)와 제2부(독일형법사)로 구성되어 있다. 제1부 로마시대의 형법은 저자가 밝히고 있듯이 독일형법사를 서술하기 위한 징검다리로서의 역할을 하고 있다. 본론에 해당하는 제2부의 독일형법사는 게르만시대로부터 현대에 이르기까지를 다루고 있다. 특히 中世時代의 독일내 각 지

---

\* 延世大學校 教授, 刑法

방의 법서들 가운데 대표적인 작센슈피겔, 중세 독일의 형법을 연구하는 데에 불가결의 형법전인 카롤리나형법전에 관하여 상세히 서술하고 있는 점, 그리고 중세의 마너재판의 성격, 범죄이론과 형벌제도의 변천등에 관한 부분은 법학도 뿐만 아니라 일반인의 관심도 끌 수 있는 주제라고 생각한다. 근세부분에서는 제몽사상가를 중심으로 한 刑法的 思考變化를 서술하고 있다. 또한 형벌목적과 행형정책의 변화에 관한 내용은 형법의 본질을 파악하는 데에 중요한 端緒를 제공하는 부분이다. 현대부분에서는 독일형법의 질곡상태였다고 볼 수 있는 나치스시대 형법운용의 실체를 파악하게 하고 있으며, 형법개정작업을 포함한 戰後의 변화는 앞으로의 형법발전의 방향을 짐작하게 해주고 있다.

朴 教授의 이 책을 통하여 단순히 형법변천에 관한 법사학적 호기심의 충족 뿐만이 아니라 우리 형법에 심대한 영향을 미치고 있는 독일형법의 발달과정을 이해함으로써 우리 형법해석을 역사적 맥락과 결부시킬 수 있는 계기가 마련되었다고 보겠다. 동시에 우리나라에서의 법사학연구를 총론에서 각론에서 나아가게 하는 자극제로서의 역할을 기대해 본다.

Ⅲ. 저자는 머리말에서 法史(Rechtsgeschichte)란 공동체내에서 생성·발전하여 가는 법을 역사적인 관점에서 바라본 것이라 정의하고, 이런 의미에서 “독일형 법사는 독일이라는 공동체 내에서 (넓은 의미의) 형법이 어떻게 변화하여 왔는가를 그 내용으로 한다”고 말한다(p.3).

그리고 나아가 “과정이 어떠한 독일형법이 우리나라에 소개되어 그 법규범의 내용에서 뿐만 아니라 이론구성에서도 절대적인 영향을 미치고 있는 현상을 반드시 우연한 것이라고만 볼 수 없음”은 법이 문화현상이기 때문에 지리적 제한에 구애받지 않는 普遍性을 지닌다는데에 기초하고 있다고 본다. 로마법의 계승나 나폴레옹시대의 법들이 유럽에 전파된 것 같이 역사적 상황을 달리하는 외국법의 계승(혹은 이식)될 수 있었던 것은 바로 법이 인류가 공유할 수 있는 보편적 이념을 내포하기 때문이라고 설명한다. 이러한 저자의 法史觀은 마치 라드브루흐(G. Radbruch)나 미타이스(H. Mitteis), 그리고 이 책에서 많이 인용하고 있는 슈미트(Eberhard Schmidt)의 法史觀에 가까운 것임을 보여준다. 솔직히 말

하여 형법사가 이러한 文化史的 내지 精神史的 특징이 강하기 때문에, 무시무시한 형벌의 역사가 아니고 일반인들도 흥미있게 읽을 수 있는 역사서라 볼 수 있는 것이다. 그리고 저자는 法史學者가 아니면서도 형법사를 저술한 것은 무엇보다도 이처럼 “우리 형법학에 끼친 독일 형법학의 영향을 생각할 때 그 역사적 발전과정을 소개함으로써 앞으로의 한국 형법 발전에 조금이나마 도움이 되게 하겠다는 소망”(p.4) 때문이었다고 밝히고 있고, 이러한 저자의 서술동기는 이 책의 서술형식과 체제를 성격지우고 있기도 하다. 저자는 이러한 “개략적 설명서”(p.4)를 쓰기 위함이라고 표현하면서도 Eberhard Schmidt의 Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege(1965)와 보다 간략한 교과서 형태의 Ninrich Rüfing의 Grundriß der Strafrechtsgeschichte(1991)을 참고서였음을 밝히고 있다. 그리고 50여권에 이르는 참고문헌도 붙이고 있다. 이처럼 간략하면서도 학술적인 취향을 풍기고 있어 독자들로 하여금 부담감없이 일독하게 하는 장점을 지니고 있다. 다만 하나 지적할 것은 참고문헌에 한국어로 번역된 문헌은 번역 서명까지 붙여주고 있는데, H. Coing의 Epochen der Rechtsgeschichte(1984)도 번역서가 있고 G. Radbruch의 Der Geist der englischen Rechts(1956), Hegel의 Grundlinien der Philosophie der Rechts도 번역서가 있음을 지적하는 바이다. 그리고 국내에도 「西洋法制史」에 관한 연구서들이 많지는 않으나 몇 가지 나온 것들이 있고, 개중에는 독일 형법사에 관한 서술이 되어 있는데 하나도 참고문헌으로 지적되지 않은 것은 아쉽다고 하겠다. 이것은 이 책이 단순히 번역서가 아니고 국내학자에 의한 저술이라는 점에서 한국의 法史學界와 刑法學界의 연구축적이라는 역사적 관점에서 중요한 문제이기 때문에 지적하는 것이다.