

法治主義 實現에의 歷史的 敎訓

朴 秉 濠

I. 머리말

필자는 25여년전에 「民主的 立法使命에의 歷史的 敎訓」¹⁾이라는 제목으로 5.16 당시의 구법령정리사업을 중심으로 우리나라에서 법치주의 실현에 대한 논설을 썼다. 그 당시의 바람은 진정한 법치주의가 실현되기를 기대했지만 거의 한 세대가 지난 오늘날에도 그 당시의 사정과 크게 달라진 바가 없는 느낌이다.

法治主義라 함은 국가가 국민의 자유 권리를 제한하든가 국민에게 새로운 의무를 과하려 할 때에는 국회가 제정한 법률에 의하거나 근거가 있어야 하며 또 법률은 국민만이 아니고 국가권력의 담당자도 준수하여야 한다는 주의이다. 그러므로 법치주의는 「法の 支配」와도 통하는 것이다. 「法の 支配」는 자유사회존재의 기초이며 따라서 각기 전통과 사회적 배경이 다름에도 불구하고 진정한 민주주의를 회구하는 국가들은 명시적이건 묵시적이건 헌법중에 법의 지배의 개념을 내포하고 있으며 특히 전후헌법은 국가에 대해서 개인의 기본적 인격과 자유의 침해를 억제할 소극적 의무를 과하고 있을 뿐만 아니라 그와 같은 권리를 향유할 수 있도록 하기 위하여 국민의 경제적 사회적복리를 증진하게 할 적극적 의무도 과하고 있는 것이다.

일제로부터 해방되어 자주독립국가를 건설한지 40년이 지난 현재에 우리나라에 진정한 의미의 법치주의가 실현되었는가에 대해서는 의문이 든다. 국민의 법의식은 이에 큰 시사를 준다. 1972년의 임희섭교수의 조사에 따르면 국민의 14%가 국회가 만든 법을 국민이 만든 법이 아니라고 여기나 1991년의 조사에 따르면 이는 54%로 증가하였다²⁾. 이러한 현실은 「主權在民의 原則」, 「法治主義」의 실현에 커다란 장애가 된다. 국민이 국회가 제정한 법률을 준수하는 이유는 국민의 대표기관인 국

朴秉濠：서울大學校 法科大學 學長

1) Fides, 12권 2호, 1965. 11

2) 박상철 외, 國民法意調査研究(한국법제연구원, 1991), 49면

회가 제정한 법률은 곧 국민 스스로가 제정한다는 「自己同一性의 原則」, 「自己拘束性의 原則」 때문이다. 현대의 복지국가의 경향으로 입법에서의 전문성이 강조되어 정부입법의 증대하게 되었고 법률안은 정부와 여당사이에서 통과여부가 결정되는 것이 상례이다. 이에 따라 오늘날 국회가 「通法部」로 전락하여 거수기의 기능만을 하게 되어 국회경시의 풍조가 있음을 부인할 수 없다. 그렇지만 국회가 민의의 반영이라는 최소한의 임무를 제대로 수행하는지, 그리고 이의 실현에 대한 국민적 노력이 있었는가에 대하여는 진지한 검토가 있어야 한다. 이의 실현이야말로 형식적이지 않은 진정한 의미에서의 법치주의 실현의 관건이다.

본고에서는 진정한 법치주의 실현을 위해 우리의 역사를 바탕으로하여 현행법제의 정비과정을 발전단계로 구분하여 법치주의 실현을 위한 역사적 반성을 하기로 한다. 현행법의 역사적 모태로서 조선시대의 法典編纂과 立法者의 法思想을 언급하고³⁾, 현행법사를 準備期(개화기·일제), 形成期(미군정·제1공화국), 確立期(5.16이후)로 나누어 보았다. 이러한 시대구분은 현행법제의 관점에서 한 것으로 한국법사 전체의 관점에서는 타당하지 않다. 특히 개화기 일제를 현대법사에 포함시킨 점에서는 더욱 그러하다⁴⁾.

결론부터 언급을 하면 우리 사회에서 법치주의를 실현하는데 장애요소로는 다음의 두 가지를 들 수 있다. 우선 역사와 현실을 고려하지 않고 급속히 법제를 정비한 것에서 연유하는 현실과의 괴리이다. 다음은 국민의 대표기관인 국회가 관여하지 않은 비상입법의 범람이다. 앞의 사정은 식민지경험에서, 뒤의 사정의 정치적 격동에서 유래하는 것이다. 따라서 본고는 법치주의실현을 위해 이 두가지 논점에서 전개하고자 한다.

II. 朝鮮時代

1. 법전편찬 개관

조선시대의 법제사적인 특징은 통일법전의 편찬과 大明律의 포괄적인 수용에 의한 법치주의통치이다. 즉 기본적인 통일법전과 형법인 대명률을 통치수단으로 해서 전국토와 전국민을 조직적 통일적으로 지배 규율했던 것이다. 대명률은 선초에 우리의 실정에 맞게 번역이 되어(大明律直解), 經國大典 刑典 用律條에 의해 형사법의

3) 조선시대와 개화기, 일제에 대해서는 拙著, 韓國法制史(한국방송통신대 출판부, 1986) 참조.

4) 前揭書, 4면 참조.

보통법으로서 형식적으로는 1905년 刑法大全이 공포 시행될 때까지, 실질적으로는 1912년 조선형사령으로 일본형법이 의용될 때까지 우리나라에 적용되었다.

태조는 즉위교서에서 대명률의 수용과 기존법제를 유지하여 고려의 것에 따를 것임을 밝혔다. 鄭道傳은 태조 3년(1394)에 통치이념을 구체화한 朝鮮經國典을 저술하였다. 태조 6년(1397)에는 최초의 통일성문법전인 經濟六典을 편찬하여 통치의 기틀을 세웠다. 태종대에는 元·續六典, 세종대에는 新撰經濟續六典을 지속적으로 편찬하였다. 이러한 편찬방법은 일시적인 법령을 정리하여 하나의 법전에 수록하는 것으로 전후의 법전 상호간에 모순이 생겨 법의 통일, 나아가 통치에 장애가 되었다. 세조는 이러한 방법을 지양하여 모든 법령을 전체적으로 조화시켜 조직적 통일적 법전을 편찬하여 萬世成法을 이룩할 것을 결정하고 六典詳定所를 설치하여 그 작업에 착수했다. 그 결과 세조 6년(1460)에 經國大典 戶典과 刑典이 완성되었고 12년에는 나머지 4典도 완성되어 14년부터 시행하려고 했으나 세조의 죽음으로 시행에 이르지 못하였다(丙戌大典). 그리하여 예종 원년(1469)에 완성이 되었으나 죽음으로 시행에 이르지 못하였다(己丑大典). 성종은 經國大典을 2년(1471; 辛卯大典), 5년(1474; 甲午大典)을 거쳐 15년(1484)에 완벽한 법전편찬을 위해 계속 수정하는 요구를 무시하고 완성 반포하여 이듬해부터 시행하였다. 이것이 오늘날까지 전하는 經國大典으로 乙巳大典이라고 한다.

조선조는 경국대전을 편찬한 후에도 지속적으로 법전편찬하여 임란전에 大典續錄(성종 23; 1492), 大典後續錄(중종 38; 1543), 經國大典註解(명종 10; 1555)을 반포하였다. 임란후에는 임시적인 법령이 증가하여 이를 정리하기 위해 受敎輯錄(숙종 24; 1698), 新補受敎輯錄(영조 15; 1739 추정)을 임시적으로 편찬하였다. 영조는 숙종대부터 논의된 바 있는 경국대전 이후의 법령을 정리하여 제2의 대전을 편찬할 것을 결심하여 16년(1740)에 續大典의 편찬에 착수하여 22년(1746)에 완성 반포하였다. 이로써 조선의 법전은 경국대전과 속대전 둘로 되었다. 당시에 재판규범이 되는 法典類는 經國大典, 續大典, 大明律 등 法典과 五禮儀 등 典書로 나누어져 있어 재판 등 법의 운용에 불편하였다. 그래서 정조는 법운용의 편의를 위해 5년(1781)에 여러 법전을 통합하려고 논의했으나, 그 작업이 너무 번거로와 법전만을 통합하여 大典通編을 편찬하여 10년(1786)에 시행하였다. 이는 경국대전, 속대전, 이후의 법령을 수록한 것으로 경국대전의 규정이 효력을 상실한 것이라도 祖宗成憲 尊重主義에 따라 원문은 그대로 두고 畵註로 효력이 없음을 밝혔다. 순조 즉위후 세도정치 등으로 질서가 문란해졌고 따라서 법도 준수되지 않았다. 고종이 즉위한 후 대원군은 정치를 일신하기 위해서 2년(1865)에 大典會通을 편찬하고, 동시에 행정

사례집인 六典條例를 편찬하였다. 그리고 典錄通考 등 종합법전, 詞訟類聚 등 법서, 秋官志 등 사례집이 편찬되었다.

이와 같이 조선시대는 통일법전의 시대라고 부르듯이 법을 중시했으며 법전을 편찬함에도 신중하였다. 조선의 통치체제를 규정한 경국대전을 편찬함에는 최초의 성문법전인 경제육전이 완성된 후 약 70년, 본격적으로 경국대전을 편찬하기 시작하여 네 차례의 수정을 거쳐 약 30년이 걸렸다. 이는 국가통치의 근본인 법전을 편찬하는데 얼마나 노력을 기울이고 신중하였는가를 알 수 있다. 이와 같은 입법의 신중성은 오늘날의 조령모개식의 입법태도에 큰 교훈이 될 것이다.

2. 입법자의 법사상

조선시대의 법전편찬을 일관하는 사상이 있으며 이는 선초의 법전편찬과정에서 잘 나타난다. 이러한 사상은 후기에 이르러 약간의 변화는 있으나 전시대를 지배했다. 이는 祖宗成憲의 尊重, 法的 永久性, 不可輕改性, 古法으로 축약된다.

첫째, 법은 古法이어야 한다. 이는 사상적으로는 周의 제도를 이상으로 하는 조선의 건국이념인 유교숭상에서 찾을 수 있다. 그렇지만 실제로는 일시적인 필요에 따라 역사적인 경험을 무시하고 古制에 없는 신법을 제정하여 타당성과 실효성이 상실될 것을 우려했기 때문이며 또 古法을 본받아야 영구성을 유지할 수 있다는 역사적 교훈을 살리기 위한 것이다. 이러한 태도는 법전편찬의 원칙인 祖宗成憲尊重主義로 확립되었다. 그런데 이는 고법의 목수가 아니라 ‘고법이라 하더라도 백성이 좋아하지 않으면 弊法이다’라고 하여 고법의 타당성을 백성에 두었다.

둘째, 良法美意이어야 한다. 곧 법은 시행되어 폐가 없어야 한다. 법은 선왕의 뜻에 따라 시속에 알맞고 실용에 적합함으로써, 민심을 잘 살펴 민폐가 없어서 公私가 풍족하고 상하가 평안하며 富國裕民하여야 한다.

셋째, 民志, 民心에 따라야 한다. 건국이념인 민본주의와 결합하여 법을 제정할 때도 백성의 의사를 고려해야 했다. 법의 목적이나 운용에는 자연질서와 같은 믿음이 있어야 했다. 민심과 관계없이 법을 개폐하는 것과 양법미의인 조종성헌을 제대로 집행하지 않는 것은 백성에게 믿음을 잃는 것으로 보았다. 그러나 민지를 바로 알아 법을 제정하는 것은 어려우므로, 이상론이지만 법의 지역적 시간적으로 시험적인 예비시행론도 제기되었고 또 실천하였다. 이는 민지에 입각하여 법의 타당성, 실효성, 영구성을 피하려는 입법자의 民本思想의 발로였다.

넷째, 경솔하게 개폐되어서는 아니된다. 민지에 입각한 법은 고법, 양법미의이므

로 변화를 꺼려 법의 영구성과 결부되었다. 이는 법전의 편찬에서 永世之‘典’과 그렇지 않은 ‘錄’의 구별로 나타났다. 그런데 고법의 영구불변성은 새로운 사정에 대한 법개정의 필요성과 상충되었다. 전자는 법적안정성은 가져오나, 법의 타당성, 실효성을 기할 수는 없다. 이런 과정에서 법의 不可改變性이 아닌 不可輕改性이 주장되어 제한된 법적안정성을 유지한다. 이는 후에 ‘一法立 一弊生’격언으로 법의 변화에 제한을 가하여 법적안정성을 유지하며 또 법의 제정과 개정을 억제하였다.

법에서 민지를 강조하는 민본주의는 오늘의 민주주의와는 본질적으로 다르며, 백성은 법의 보호대상이지 주체는 아니다. 왕은 천명에 따라 하늘을 대신하여 백성을 다스린다. 국가의 모든 권력은 왕에게 있으므로 왕은 입법에서 제한을 받지만 궁극적으로는 제정자이며, 집행자이다. 일인자인 왕은 법을 만들고 집행하지만, 지키지 않을 자유는 없다. 이런 의미에서 왕을 ‘紀法之宗’, 즉 법을 체현하는 종주로 표현했다. 王土, 王民, 王法의 표현과 같이 법은 천하를 다스리는 公物이므로 왕이 법을 私物로 여겨 지키지 않거나 임의로 할 수 없었다. 왕도 백성과 마찬가지로 법의 구속을 받았고 만약 왕이 법을 준수하지 않으면 신하는 왕에게 법의 준수를 강요했다.

조선시대는 유교로 일관된 정신풍토, 유교를 기준으로하는 기본적인 사회제도와 질서가 지배한 사회이다. 법제의 면에서도 大明律의 포괄적 수용과 周의 제도를 숭상하고, 기존질서를 유지하기 위해 법의 변화를 꺼린 점에서 유교의 영향을 부정할 수 없다. 오늘날 많은 논자는 우리 법문화의 낙후요인과 권리의식의 박약, 준법정신의 결여 등 법의식의 전근대성의 역사적 원죄를 조선시대에 돌리고 있다. 그리고 이러한 지적도 일부는 타당하다. 그렇지만 입법의 신중성과 민심의 존중 법적안정성과 실효성 타당성의 조화 추구 등의 긍정적인 면도 부인할 수 없다. 이와같은 입법자의 태도는 「법의 지배」가 아닌 「법의 홍수」속에서 살고 있는 오늘날에 시사하는 바가 크다. 조령모개식으로 법의 변화가 잦은 오늘날 입법자가 역사의식이 있다면, 신중한 입법으로 잦은 법의 변경을 억제하여 법적안정성을 확보할 수 있을 것이다. 역사의 어두운 면과 밝은 면을 함께 실질적으로 고찰해야 하며 거기에서 정신적 유산을 찾아야 한다.

Ⅲ. 法制的 準備期

1. 開化期

서세동점의 세계사적인 현상에서 조선은 일본에 의해 개항되어 타율적으로 서구

문물을 수용하고 아울러 법도 받아들였다. 법제사적으로는 1894년의 갑오개혁기를 근대화의 기점으로 삼고 있다. 일부개화사상가의 주체적인 근대화노력은 일본제국주의에 의해 희생되고 약 20년 동안에 서구법을 접하였다. 이러한 과정은 일본의 식민지화이지만 한편으로는 제도적 근대화의 기반을 형성해 나가는 것이었다. 이러한 과정을 거쳐 현행법제를 형성할 수 있는 역사적 근거가 마련되었다.

갑오개혁은 정치적 경제적으로 근대적 절대군주제국가라는 통치체제의 수립과 이 새로운 체제의 유지 발전에 장애가 되는 봉건적 제도의 철폐로부터 시작되었다. 이러한 제도개혁은 1894년 2월부터 10월까지의 改革議案 중에서 우선적으로 의결된 것이다. 민주 평등 인권과 직결되는 민주적 개혁의 목표는 근대적국민국가의 실현이며 당시의 체제가 명목상 중앙집권일 뿐 사실상 해체기에 접어든 국가를 공법적 정치적으로는 중앙집중정치체제의 재편성함이며 아울러 정치참여자의 저변확대인 정치적 확대를 뜻하는 것이다. 그리고 사법적, 경제적으로는 자유평등한 근대적 권리주체에 의한 경제활동의 실현을 기도하는 것이다.

갑오개혁기부터 한일합방기까지 공포된 법령은 약 3600여건이다. 1895년 1월 7일에는 개혁정치的基本강령인 洪範14條가 공포되고, 1899년 8월 17일에는 전제군주제의 헌법인 大韓國國制가 선포되어 국가의 기틀을 세웠다. 홍범14조에 民·刑法의 제정을 선언하였으며 이에 따라 1905년 4월 29일에는 刑法大全을 공포하였다. 형법대전은 한말의 최고 최대의 입법으로, 전통법과 개혁법을 통합한 전680조의 법전이다. 내용적으로는 일본의 영향속에서도 일본형법을 모방하지 않고 동양의 객관주의적 형법사상에 입각했으며, 체제면에서는 전통의 六分主義를 벗어나 근대법의 체제를 따랐다. 민사법에서는 법전의 편찬에는 이르지 않았지만 家契發給規則, 土地家屋所有權證明規則, 民籍法, 利殖條例 등 부분적 개별법령이 공포되어 전통적 기반위에 왜곡된 형태로나마 근대적 법제도가 자리잡게 되었다. 그렇지만 이러한 법령들의 제정에는 일본인이 관여했으며 그들은 한국법의 근대화란 미명 아래 일본의 경제적 침략을 法認하였으며 식민지배를 위한 법적 토대를 마련하였다.

2. 日帝植民地期

일제는 1911년 ‘조선에 시행할 법률에 관한 건’을 식민지배의 법적 기틀을 마련하였다. 이에 따라 조선은 일본의 법률이 직접 적용되지 않아, 조선에서의 법률사항은 朝鮮總督의 命令으로 규정하는데 이를 制令이라고 하며 이 제령이 조선식민지 지배법제의 중추였다. 그리고 법률과 行政命令이 있다. 제령은 일본의 법령을 의용하는 형태로 일본법을 시행하였는데, 내용적으로는 일본법과 같지만 형식상으로는

전혀 다르다. 이는 일본의 한국지배의 법제적 특성이다. 台灣은 한국과 달리 內地法律延長主義에 따라 일본법률이 勅令(시행칙령)에 의해 직접 시행되고 대만의 특수한 사정을 고려할 때에는 ‘특례칙령’과 律令(조선의 制令)을 보충적으로 제정하였다. 제령 이외의 다른 법으로는 ① 조선에 시행할 목적으로 제정된 법률과 칙령 ② 칙령으로 조선에 시행된 법률 ③ 규정의 내용상 당연히 조선에 효력을 미칠 법률과 칙령 ④ 합방 당시 효력의 존속을 인정한 舊韓國法令과 일본법령 ⑤ 朝鮮總督府令 ⑥ 警務總監部令 ⑦ 道令 ⑧ 道警務部令 ⑨ 島令이 있다. 이밖에 訓令 通牒 回答 등의 행정명령이 있다. 조선민사령, 조선형사령을 비롯하여 가장 중요한 제령은 36년간 총 676건으로 구제령을 개폐하는 것을 제외하면 270건에 이른다⁵⁾.

조선을 통치하는 조선총독은 육군대장으로 天皇에 직예하여 아무런 간섭을 받지 않고 군대통솔권을 비롯한 입법 사법 행정 3권을 장악하였다. 1919년 3.1운동 이후에는 문관을 총독에 임명할 수 있으나 패망때까지 문관은 임명되지 않았다. 일본의 통치방식은 헌병경찰제도로, 이는 1904년부터 실시되어 1907년 의병항쟁 이후에는 더욱 강화되어 합방 이후에도 지속되었다. 헌병경찰의 업무는 보통경찰업무 외에 군사 행정 사법경찰업무에까지 이르렀다. 3.1운동 후 문화통치기에는 보통경찰로 바뀌었으나 경찰수는 오히려 더 늘었다. 사법제도는 총독부행정의 일종으로 사법권의 독립이 보장되지 않았다. 헌병경찰에 의한 사상단속과 탄압은 법치주의 미명아래 법령에 의해 합법적으로 이루어졌다. 1912년의 조선형사령으로 일본의 형법과 형사소송법을 의용하였다. 그러나 일본형법보다 형벌이 무거운 형법대전의 謀殺人 強盜 등은 계속 적용되었고 조선태형령 등을 제정하여 항일투사를 잔인하게 처벌하였으며 후에는 조선사상범예방구금령 등으로 독립운동을 탄압했다. 형사소송법에서도 핵심인 인권보장절차는 배제된 채, 警務總長이 사법경찰관으로서 범죄수사를 할 때는 검사와 동일한 직권을 부여하는 등 경찰의 수사편의를 위한 규정을 두었다.

일본은 합방전부터 기본법전을 편찬하기 위하여 한국의 관습을 조사하였다. 이는 1910년에 간행된 慣習調査報告書로 완결되었다. 일본의 식민지통치 초기에는 저항을 막기 위해 고유법존중정책을 취하였다. 그래서 조선민사령(1912)에서는 일본민법을 의용하면서 能力, 親族, 相續, 不動產物權에 대해서는 조선의 관습에 따르게 했다. 이는 재산생활에서는 착취의 수단으로 이용하기 위해 자본주의체제로 편입하였으나, 가족생활면에서는 오히려 봉건성을 존속시킴으로써 민족감정을 건드리지

5) 鄭鍾休, 韓國에서의 日本民法의 變容, 전남대논문집(법률 행정학편) 30집, 1985, 80면.

않고 사회발전을 정지시켜 저임금노동착취의 온상으로 삼은 면이 있다⁶⁾. 일본이 군국주의로 나아가면서 관습법존중주의는 일본법동화주의로 대체되었다. 이에는 두 가지 경로가 있는데, 우선 조선민사령을 개정하는 방법으로, 1939년 11월의 제3차 개정은 異姓養子, 孀養子, 創氏改名 등 한국가족제도의 근본을 파괴하는 것이었다. 또한 방법은 朝鮮總督府와 朝鮮高等法院이 실제의 재판과정에서 인위적으로 관습을 부정하거나 왜곡하는 것이다. 이의 대표적인 예로는 祭祀相續權의 부정(1933.3.3 朝鮮高等法院判決)과 戶主權의 강화, 永小作權 등 物權的 特殊小作의 부정을 들 수 있다⁷⁾.

식민지 법제는 우리에게 부정적인 유산을 남겼다. 우선, 식민지법의 통제적 기능으로 사회경제분야에서는 식민지자본의 침투가 용이하게 한국사회의 구조를 재구성 하는데 법제가 적극적인 기능을 하였다. 형사법은 한국인의 사상적, 정치적 활동을 제약하는 기능을 하여 극단적으로 팽창하였으며, 특별형법이 증가하였다. 법집행절차에서도 적법절차는 무시되고 불법적인 관행이 횡행하였다. 둘째, 법집행에서의 자의성과 차별성이 두드러졌다. 이는 일제의 내선일체의 논리가 얼마나 허구적인가를 잘 드러낸다. 마지막으로 일제의 억압적이고 권위적인 법집행은 법 전반에 대한 부정적인 사고를 심화시켰다⁸⁾.

식민지의 범경험은 현재의 법에 대한 도구주의적 사고와 법률만능주의, 법에 대한 두려움과 불신을 낳는 직접적인 계기가 되었다. 우리가 진정한 민주적 법질서를 형성하기 위해서는 현행법제에 배여 있는 식민지의 묶은 때를 제거해야 한다. 그러기 위해서는 고유법에 대한 치밀한 연구 검토가 필요하다. 우리의 참 모습을 알아야지만 그것이 가능하기 때문에...

IV. 韓國法制的 形成期

1. 美軍政期

1) 식민지법제 청산의 기본 방침

일본의 식민지에서 해방된 한국의 법제적 과제는 일제의 잔재를 청산한 새로운

6) 張庚鶴, 법률문화의 맥담구(I)-민법-, 고시계 1990. 6, 24면

7) 鄭鍾休, 전개논문, 참조; 李相旭, 韓國相續法的 成文化過程, 경북대 박사학위논문, 1986

8) 韓寅燮, 권위주의적 지배구조와 법체제, 사상과 정책 6권 3호, 1989 가을, 188-190면

법제의 정비였다. 그리고 일반인도 종래의 일본법은 실효되고 이를 바탕으로 자유 민주적인 법질서를 수립할 것을 기대하였다. 그러나 국제현실은 일반의 기대와 달리 한국을 전승국의 전리품으로 간주하여 군정이 실시되고, 한국에는 독립국가가 수립되지 않았다.

미군은 1945년 9월 8일에 남한에 진주하여 14일에 군정을 실시하였다. 미군은 ‘점령군의 안전을 도모하고 점령지역의 공중치안질서의 안전을 기함(1945.9.7 ; 포고 제2호 범죄 또는 법규위반)’에 주안이 있었다. 그렇기 때문에 혼란을 야기할 우려가 있는 행정적 법적 진공상태를 메우기 위해 기존의 식민지통치체제를 유지하였다. 이러한 원칙은 법제의 면에도 그대로 관철되어 일제법령의 전면적 폐지가 아니라 부분적인 폐지에 그쳤다. 이를 구체적으로 보면, 1945년 10월 9일 미군정법령 제 11호(日政法規 一部改正廢棄의 건)‘[조선인민과 그 통치에 적용하는 법률로부터 조선인민에게 차별과 억압을 가하는 모든 정책과 주의를 소멸하고 조선인민에게 정치와 법률상 균등을 회복하게 하기 위하여 정치범처벌법·예비검속법·치안유지법·출판법·정치범보호관찰령·신사법을 폐지하고 경찰의 사법권을 박탈하고(제1조), 사법적 행정적 적용으로 인하여 종족 국적 신앙 또는 정치사상으로 차별을 생기게 하는 법령을 폐지한다(제2조)]’를 공포하여 일정법률을 부분적으로 폐지하였다. 이러한 법령은 모두 한국인의 정치적 사상적 권리를 근본적으로 유린한 대표적인 법령이므로 당연히 폐지되어야 할 것이다. 그렇지만 여전히 일제법령의 효력문제는 남아있다. 이에 미군정은 동년 11월 2일 미군정법령 제21호(法律諸命令의 存續)를 공포하여 그 간에 폐지된 법령을 제외하고는 일제법령이 잠정적으로 존속하는 것을 선언하였다. 즉 법제의 측면에서는 미군정은 가능한 한 한국내에 현존하는 법령을 존속시키는 방향에서 법제를 정비하려 하였다⁹⁾.

미군정은 남한의 기존체제를 유지하려는 원칙에서 법제를 정비하려 하였지만 북한의 경우는 이와 반대이다. 1945년 11월 16일에 공포된 ‘北朝鮮司法局 布告(북조선에 시행될 법령에 관한 건)’에 따르면 일본의 식민지 지배하에 시행된 제반악법은 영구히 효력을 상실하며(제2조), 새로운 국가건설과 조선인민의 이익에 배치되는 어떠한 질서 및 법도 허용될 수 없음을 선포하였다. 이러한 원칙에 따라 북조선임시인민위원회는 일본 식민지법의 반동성과 야만성을 폭로하는 선전활동을 전개하였다. 이러한 조치를 통해 식민지법에 의해 수립된 법질서는 단시일내에 전면적으로 붕괴

9) 韓寅燮, 전계논문, 190-4면 ; 韓相範, 韓國法制 40년-그 문제와 과제-, 판례월보 196호, 1987. 1, 25-30면.

되고 여기에 그들의 이념에 입각한 새로운 법질서가 형성되었다¹⁰⁾.

최근에 북한법에 대한 연구가 제한된 자료 등에도 불구하고 상당히 나오고 있는데, 통일을 대비하여 북한법제에 대한 연구가 필요하며 특히 전통법의 제도적 단절과 식민지법의 체험이란 공동의 역사적 경험속에서 서로 이질적인 법체제를 형성해 가는 과정에 대한 비교연구도 필요하다.

2) 자주적 법제의 준비

미군정청은 1945년 11월 29일에 미국국회도서관을 모방하여 법무국의 일부로 국립도서관을 설치하고 그 안에 ‘朝鮮慣習法探究繼續部’ ‘現代朝鮮法典起草部’ ‘現行法增補改正 및 判決錄發刊部’를 두어 법령정비에 착수했다. 또 이와 별도로 법무국내에 ‘法典編纂部’를 두고 부장에 張厚永을 임명하여 행정업무를 담당하게 했다. 이듬해에 법무국은 사법부로, 법전편찬부는 법률기초국으로 되었고 고문관주석으로 로빙기어(C. Lobingier)가 임명되었다. 그리고 군정을 종식하고 통일구가를 건설하기 위한 임시조치로 1946년 10월 12일에는 南朝鮮過度立法議院이 개설되었고 1947년 2월 5일에는 安在鴻이 초대民政長官으로 임명되었으며 5월 17일에는 南朝鮮過度政府가 수립되었다. 입법의원은 법률안을 의결하여 군정장관에게 시행을 건의할 권한만 있고 군정장관은 이에 구애되지 않고 독자적으로 법률을 제정 공포할 수 있어서 입법작용이 이원화되었다. 입법 의원은 33건의 법안을 심의하여 18건을 통과시켰고 미군정은 이 중 13건을 공포했다. 그리고 미군정은 독자적으로 15건의 법률을 공포했다. 이와 같이 입법 의원은 제한된 권한을 가졌지만, 개설이전의 미군정법령 130여건에 대한 재검토를 요청받고도 못한 것처럼 활동은 미진하였다. 그렇지만 미군정기의 입법활동은 한국의 기본법제정을 위한 기초작업에 착수한 점, 유진오 등이 법률기초위원으로 위촉되어 각 법제정의 기본원칙을 세운 점, 그리고 반관적 성격인 朝美法律家協會(Korean-American Lawyer Society)가 미군정법령제 개정에 깊숙히 관계한 점은 한국현대법제의 형성에 잔잔한 여운을 남겼다¹¹⁾.

1947년 6월 30일 남조선과도정부 행정명령 제3호로 법전기초위원회(이하 <법기>로 약칭)가 설치되었으나 이듬해 8월까지 3회의 모임을 갖는 등 활동이 미진하였다. <법기>는 우리정부가 수립되는 날부터 자주적인 우리의 법제를 갖기 위하여 일본법령을 대치할 한국의 법령 제정에 착수하였다. 이러한 작업은 일본의 법령중에서 민주주의 이념에 어긋나는 제도의 개혁과 그리고 학설에 의해 입법의 실수로

10) 한인섭, 북한형법의 형성과 전개에 관한 고찰, 국토통일원 1989, 12-3면.

밝혀진 제도의 개정에 입각하여 일본법령을 번역하듯이 법제의 정비에 착수하였다. 이는 또 한편에서 법의 급격한 개혁은 사회의 혼란을 야기할 우려가 있으므로, 완전한 법의 정비는 후일로 미루려는 의도도 있었다. 이러한 〈법기〉의 졸속주의를 비판하고 장구한 기간동안 법제를 연마하여 우수한 법전을 만들어야 하며 그 동안은 불문법주의로 있어야 한다는 주장도 있었다.

법전편찬의 기본방향에 대한 논의가 진행되어서 다음의 몇 가지로 결정었다. 우선, 왜색의 일소, 즉 법률용어를 우리말로 할 것, 법률의 내용에서 우리 고유정신에 맞는 것으로 대체할 것을 주장하고 일본법의 대안으로 중화민국법을 제시하였다. 그리고 극단적인 국수주의나 복고주의의 경향을 경계하였다. 〈법기〉는 예산상의 제약에도 불구하고 미군정하의 정치적 요소에도 불구하고 영미법에 치우치지 않고 우리나라의 순풍양속에 중점을 두고 실정에 부합되는 방향으로 법전편찬작업을 하였다¹²⁾.

미군정법령 가운데 오늘날에도 의미있는 법령으로는 형사법분야와 노동법분야이다. 즉 미군정법령 제176호(1948.3.20)의 ‘형사소송법 개정’은 의용형사소송법을 개정한 것으로 영미법의 인신보호제도(Habeas Corpus), 구속기간의 법정 및 구속적부심제도 등을 규정한 것이다. 그리고 일반노동임금(45.10.10, 제14호), 최고노동시간, 아동노동법규(46.9.18, 제112호)등 노동보호법령을 다수 입법하였다. 경제관계 입법으로는 최고소자료결정(1945.10.5, 미군정법령 제9호)등이 있으며, 미군정 자체로 농지개혁법안을 작성하여 심의하였으나 한국민의 의사를 존중한다는 의미에서 정부수립 이후로 미루어졌다¹³⁾. 1946년 10월 23일 미군정법령 제122호로 朝鮮人姓名復舊令을 공포하여 창씨제도가 철폐되었고, 일제에 의해 왜곡된 한국의 신분법 분야는 1925년 이전의 상태로 완전히 회복하였다. 가족법과 관련하여 미군정기에 주목할 만한 사실은 사법부의 활동이다. 사법부는 법의 정비에 앞서 획기적인 판결을 내렸다. 妻의 소송능력을 부정한 의용민법 제14조의 효력을 부인한 1947년 9월 2일의 판결과 그리고 서양자제도는 사회질서에 위반되므로 성립당시부터 무효이고 순연한 부부관계만 존속한다는 1947년 3월 26일의 판결이다¹⁴⁾.

11) 崔鍾庫, 現代 韓國法制的 形成過程考, 法學(서울대) 32권 12호, 1991. 8, 52-6면
12) 상계논문, 56-61면
13) 崔鍾庫, 韓國法の 近代化와 韓美法律交流, 法史學研究 10, 1989. 117면
14) 裴慶淑, 韓國女性私法史(인하대 출판부, 1988), 88면

2. 정부수립 제1공화국

1) 기본법제의 형성

미군정과 남조선과도정부를 거쳐 1948년 8월 15일에 대한민국이 수립되었다. 미군정기에 법전기초위원회가 독립을 맞이하여 법제를 정비하였으나 활동이 미진하여 새 법제를 마련하지 못하였다. 그래서 과도적 조치로 제헌헌법 부칙 제100조 ‘현행 법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다’로 규정하여 미군정법령, 일정부령, 구한국법령이 잠정적으로 효력을 가지게 되었다. 이는 법의 공백을 메우기 위한 불가피한 조치였지만, 민주적 민족적 법제의 수립을 갈망한 일반의 기대를 저버렸다. 더우기 일제의 법령까지 존속하는 점에서 후에 악용될 여지를 남겨두었다. 후일 비록 일정부령은 아니지만 구한국시대에 일본인이 관여한 光武新聞紙法을 근거로 하여 반정부적인 천주교계통인 경향신문을 폐간한 사건에서 이러한 우려가 현실로 나타났다. 주권국가로서의 면모를 갖추기 위해서는 일본법 영미법 대륙법 등으로 복잡하게 된 법률체계를 정비하고 우리나라 독자의 법률체계를 갖추는 것이 시급한 과제였다. 그래서 1948년 9월 15일에는 대통령직속기관으로 법전편찬위원회(이하 <법찬회>로 약칭함)를 구성하였다. 9월 25일에는 金炳魯를 위원장에 임명하고 분과위원장을 위촉하였다. <법찬회>의 직무는 민사·상사·형사·민형사소송의 기초법전과 기타 소송·행정 등 사법법규의 자료를 수집조사하며 그 초안을 기초심 의하는 것이다. 막중한 임무를 지닌 <법찬회>가 본격적인 활동을 개시한 것은 이듬 해였으나, 곧 6.25로 활동에 지장을 받았다. 그렇지만 부산에서 초안을 검토하는 등 작업을 계속하여 1953년에 형법, 1954년에 형사소송법, 1958년에 민법 등을 기초하여 기본법의 정비에 주력하였다. <법찬회>는 1960년에는 제2공화국의 수립으로 활동이 미진하다가 1961년 5.16 이후에는 국가재건최고회의가 설치되고 그 안에 법제사법위원회가 구성되어 법령정비사업을 담당하게 되어 <법찬회>는 사실상 해체되었다¹⁵⁾.

<법찬회>의 활동은 현행법의 모체가 되는 아주 중요한 것이다. 그럼에도 불구하고 현재에는 그에 대한 자료를 찾을 수 없다. 한국현대법사의 완전한 재구성, 나아가 입법자의사를 통한 법해석을 위하여는 당시자료의 발굴과 정리가 시급하다. 또한 제정과정에 대한 자료의 미비로 기본법의 제정과정에 대한 연구가 민법분야를 제외하고는 미진하다.

15) 崔鍾庫, 現代 韓國法制的 形成過程考, 62-6면

법제의 정비과정에서 나타난 특징은 다음을 들 수 있다.

법제정비에 대한 요구가 강하여 일본법을 번역하듯이 하여 신속히 제정하고 완전한 입법은 후일을 기약했다. 민족주의적 관점에서 일본법을 대체할 입법으로는 중화민국법이 대상이었다(특히 민법·형법의 경우). 그렇지만 이러한 졸속입법에 대한 반대견해도 존재했는데, 민법전에 대한 논쟁을 소개하기로 한다. 민법전편찬시기상 조론의 이유는 ① 일본민법은 일본의 법이 아닌 자유민주주의를 기반으로 하는 서구의 법이며, ② 방대한 법령으로 많은 준비가 필요하며 특히 현실과의 유리를 막기 위해 입법전에 관행조사가 필요하며, ③ 전시이므로 국가가 심의할 시간적 여유가 없다(金基善의 의견)는 점이다. 여기에서 우리가 주목해야 할 점은 일본의 식민지 지배를 받았음에도 불구하고 일본법에 대한 긍정적인 태도이다. 이는 김기선에게만 국한된 것이 아니라 김병로를 위시한 당시 민법전편찬자의 대부분의 사고였다. 이러한 태도는 특히 가족법분야에서의 家制度, 戶主制度와 관련하여 일본법이 현재의 우리법에 미친 영향을 가늠하는 중요한 주제이다¹⁶⁾.

관습과 관련하여서는 가족법에서 봉건성을 강화하는 측면으로 나타났다. 이는 추후의 가족법개정운동의 쟁점으로 되어 많은 논란을 불러일으켰다.

실무가들이 기초를 하였다는 점에 특색이 있다. 특히 김병로는 민법·상법·형법·민사소송법·형사소송법을 거의 혼자서 기초하였다. 이런 사실은 당시 법학계의 미숙에서 연유하는 것이다. 김병로를 위시한 실무가가 편찬한 법전이 구체적으로 어떤 특징을 갖는지를 밝혀야 할 것이다.

우리의 역사를 회고해 볼 때, 기본법의 제정에 너무 서두른 느낌이 있다. 당시 입법자는 완전한 입법은 후일을 기약한다고 하였지만, 이미 제정된 법전을 개편하는 것은 어려운 작업이다. 실제로 전반적인 개정작업은 30여년이 지난 80년대에 시작되어 민법, 상법, 민사소송법은 개정이 완료되었고, 형법은 아직 논의만 무성한 실정이다. 선초에는 고려의 법제에 기반을 두고서도 법전을 완비하는데 100년이 걸렸다. 식민지 법제의 청산 나아가 민주적 법질서의 구축이라는 민족적 대과제를 수행한 당시의 입법자들이 조금이라도 역사적 안목을 가졌다면 식민지법제의 불완전한 청산, 민족감정과 현실에 맞지 않는 법전을 제정하지 않았을 것이라는 아쉬움을 가지게 된다. 앞으로는 기본법의 개정에 보다 신중한 입법제도가 요청된다.

16) 鄭鍾休, 韓國民法典의 制定過程, 民法學論叢(곽윤직교수회갑기념논문집 : 박영사 1985) 및 梁彰洙, 民法案의 成立過程에 관한 小考, 법학(서울대) 30권 3·4호, 1989. 참조

2) 법제의 현실 - 법치주의의 허상의 태동

우리의 헌법은 출발부터 기형적이었다. 유진오가 기초한 의원내각제 초안은 이승만에 의해 거부되어 대통령제로 변경되어 양자가 혼합된 이원적 헌법이 제정되었다. 그리고 이승만은 정권을 유지하기 위해 불법적으로 1952년의 발췌개헌, 1954년의 사사오입개헌을 자행하였다. 그리고 1958년 12월에는 무술경찰을 동원하여 국회의원을 감금하여 국가보안법을 통과시켰다(소위 보안법파동, 2·4파동). 법은 독자적으로 존재하는 것이 아니라 정치권력의 시녀로 전락하고 말았다. 이후 정권유지를 위한 개헌과 대화를 통한 화합이 아닌 힘으로 적법절차를 무시하는 초법적인 정치의 시대, 힘의 시대를 여는 계기가 되었다.

6·25는 기본법제의 정비에 장애를 준 것만이 아니라 전시특별법의 제정으로 헌정의 중단을 가져왔다. ‘비상시 법령 공포식의 특례에 관한 건’(1950.6.25 대통령 제 377호), ‘비상사태하에서의 범죄처벌에 관한 특별조치령’(6.25 대통령 긴급명령 제1호), ‘私刑禁止法’(1950.12.1 법률 제156호), ‘부역행위자특별처리법’(50.12.1 법률 제157호), ‘국민방위군설치법’(50.12.21 법률 제172호) 등 전시법령을 공포하였다¹⁷⁾. 이러한 법령은 전시라는 긴급한 상황에서 제정의 필요성은 있었지만 국민방위군설치법에서 보듯이 국민의 기본권을 극도로 제한하였으며, 나아가 다른 정치적 의도까지 개재된 것이었다. 그리고 전시라는 공포분위기는 형법의 법정형이 엄하고 국가적 범죄에 관한 범죄가 우선되는 등 기본법의 제정에도 부정적인 영향을 끼쳤다¹⁸⁾.

V. 法制의 確立期

3·15부정선거에 대한 규탄으로 시작한 4월혁명은 이승만 정권을 무너뜨리고 새로운 민주정부를 수립하였다. 일종의 시민혁명으로 정부를 수립한 민주당정권시절은 한국현대사에서 민주적인 시기였으며 이러한 분위기는 법제에도 반영이 되어 일반의 의사가 법률의 제정에 반영될 수 있어서 국가보안법 등에 대한 논의가 활발하였다. 그렇지만 장면 내각은 일반의사를 제대로 수립하지 못해 의사당난입을 자초하고 결국 여론의 힘에 밀려 헌법부칙상의 특례를 통해 반민주행위자처벌을 위한 헌법적 근거를 마련하고 이에 의거하여 부정선거관련자, 발포명령자 및 부정축재자

17) 전시법령에 관한 체계적인 정리도 되어 있지 않다. 日本陸戰史普及會編, 韓國戰爭 7, 부록에 일부가 정리되어 있다.

18) 한상범, 전계논문, 33-4면

를 처벌하기 위한 ‘특별재판소 및 특별검찰부조직법’, ‘부정선거관련자처벌법’, ‘반민주행위자공민권제한법’, ‘부정축재특별처리법’ 등을 제정하였다. 그러나 한편 학생과 혁신계의 급진적인 주장을 막고 ‘반공태세의 확립과 치안유지’를 표방하여 반공임시특례법과 데모규제법안을 발표하기도 하였다.

민주당정권의 무능과 사회혼란, 혁신계의 활동은 군부에 정치개입의 빌미를 제공하여 5.16쿠데타가 발발하였다. 5.16군사정권은 4월혁명의 성과를 송두리채 앗아가고 시민사회의 자율성의 기반을 붕괴시키고 강력한 권위주의 체제의 공고화를 가져왔다. 군사정권의 명분은 반공의 국시, 부정부패의 척결, 민생고의 해결이었다. 이러한 명분은 그대로 법제에 영향을 미쳐 이후 국가보안법의 강화, 반공법의 제정 등으로 혁신계에 대한 탄압과 함께 법이 정권유지수단으로 전락하였다. 그리고 법을 경제발전의 수단으로 활용하는 법률만능주의적 사고, 나아가 권위주의적 법체제를 형성하는데 큰 역할을 하였다¹⁹⁾.

5.16군사정권은 위와 같은 부정적인 측면 외에 구법령의 정비를 통하여 자주적 법체제를 완성한 긍정적인 면도 있다.

1. 舊法令의 整備

정부수립전의 법전편찬위원회, 정부수립후의 법전기초위원회가 있어 독립국가의 자주적인 법체제를 형성하기 위해 노력하였지만 성과를 거둘 수 없었다. 이에 구법령정리사업을 효과적으로 수행하기 위해서, 구법령의 효력유무를 조사 심의하여 이에 대처할 새 법령의 기초를 준비하는 기관인 ‘法令整理委員會’(1951.5.12 대통령령 제499호)를 설치하였다. 그러나 예산도 없어 기본계획도 수립하지 못하고 방치되었다. 그러다가 1958년 7월 19일 이후에 본격적인 작업에 착수하였다. 그렇지만 의도와는 달리 정쟁을 일삼고 법안을 등한시하는 국회의 무성으로 말미암아 5.16전까지 국회의 의결을 얻은 것은 115건이었고, 그외의 정리된 법령은 국회의 회기가 끝날 때마다 폐기되어 국회와 정부를 오가는 실정이었다. 군사정권은 구법령의 정리를 위해 ‘舊法令整理에 관한 特別措置法’(1961.7.15 법률 제 659호)를 제정하고 7월 18일에 법령정리위원회를 설치하여 구법령정리사업에 착수하였다. 동법은 구법령의 효력을 1962년 1월 20일까지로 한정하여 이전까지 법령을 정리하고 이후에는 실효하는 것으로 하였다. 1962년 1월 20일까지 총 615건중 구일본법률 30, 舊制令 73, 舊勅令 25, 舊總督府令 218, 기타 일정법규 20, 미군정법령 46, 기타 군정법규 5,

19) 한인섭, 권위주의적 지배구조와 법체제, 199면

총 417건의 법령을 폐지하고 213건의 대치법령을 공포하였다²⁰⁾.

이로써 형식상 주권국가 수립이전의 법령은 자취를 감추어 비로소 법제면에서 주권국가의 면모를 갖출 수 있었다. 또한 군사정권도 이를 최고의 업적으로 여겼고 이를 계기로 하여 법치를 강조하였다. 이때에 제정된 법률로는 상법(62.1.20 법률 제 1000호), 어음법(동일, 법 1001호), 수표법(동일, 법 1002호) 등이 있다.

법령정리사업은 위와 같이 중요한 사업임에도 불구하고 변혁기의 비상입법기관에서 충분한 검토와 신중한 심의 없이 급히 제정되었다. 그리고 이 때문에 새로 제정된 법령의 상당수는 일본법령을 번역한 것에 지나지 않아 실제에서는 10년전과 크게 다른 것이 없다. 이의 중요성에 비해 이에 대한 밀도있는 연구는 거의 없다. 이의 구체적인 과정에 대한 밀도 있는 연구는 바로 현행법의 연원을 밝히는 관건일 것이다.

2. 非常立法機構의 등장

5.16쿠데타는 한국헌정사에 지울 수 없는 오점을 남겼다. 이는 폭력으로 헌정을 중단시키고 명백히 헌법과 법률을 위반하는 폭력적 불법기구가 헌법위에 군림하여 3권을 장악하고 국가를 통치했다는 사실이다. 쿠데타세력은 5.16에 군사혁명위원회를 설치하고 이의 포고령과 계엄령으로 통치하다가 5.19에 군사혁명위원회를 ‘국가재건최고회의’(이하 〈최고회의〉로 약칭)로 개칭하고 ‘국가재건최고회의법’(1961.6.10 법률 제618호)을 ‘국가재건최고회의령’으로 공포하여 〈최고회의〉를 최고통치기관으로 삼았다. ‘국가재건비상조치법’에 따르면 〈최고회의〉(61.5.19-63.12.26)는 정부 수립시까지 대한민국의 최고통치기관으로서의 지위를 지니며, 입법권과 행정권을 독점적으로 행사하는 기관으로서, 모든 정치활동을 금지시킨 가운데 절대적인 통치권을 확보하였다.

〈최고회의〉는 2년반동안에 법률 제618호에서 제1625호까지 1,008건의 법률— 거의 1일 1건—을 제정하였다. 이는 63년말을 기준으로 할 때 전체법률의 62%에 해당하고, 87년말(공포법률은 3998건)을 기준으로 할때도 25%에 해당하는 방대한 양이다. 민주적 정권을 군대의 물리력으로 전복하고 집권한 박정희정권은 탄생부터 정통성이 없었으므로 비상계엄과 위수령을 통한 통치였다. 박정희정권은 국내의 민주화 요구와 국제정세의 변화에 따라 정권을 유지하기 위하여, 1971년에 ‘국가보위에관한특별조치법’을 제정하여 노동규제에 대한 예방대응을 하였고, 나아가 그 해 12월 6에는

20) 崔鍾庫, 解放後 韓國基本法制의 整備, 韓國法史學論叢(박병호교수 환갑기념 ; 박영사, 1991) 455-6면

국가비상사태를 선포하는 등 정권유지에 안간힘을 썼다. 그러나 기존체제로는 한계를 느껴 1972년 10월 17일에는 전국에 비상계엄을 선포하고 친위쿠데타를 감행하였다. 그리고 헌법상의 근거도 없이 국회를 해산시켜 헌정을 중단하는 등 이른바 10월유신을 단행했다. 10월유신에는 ‘비상국무회의’가 국회의 기능을 대신했는데, ‘비상국무회의’는 유신헌법에서 근거를 찾을 수 있다. 유신헌법 부칙 제4조는 “1972년 10월 17일부터 이 헌법에 의한 국회의 최초의 집회일까지 비상국무회의가 대행한 국회의 권한은 이 헌법시행 당시의 헌법과 이 헌법에 의한 국회가 행한 것으로 본다.”고 명시함으로써 비상국무회의가 국회의 권한을 대행함을 추인하였다. 그리고 부칙 제7조는 “비상국무회의에서 제정한 법령과 그리고 이에 따라 행하여진 재판 예산과 기타 처분 등은 그 효력을 지속하며 이 헌법 기타의 이유로 제소하거나 이의할 수 없다.”고 규정하여 비상국무회의의 입법에 신성불가침의 성역을 인정하였다.

비상국무회의는 법률 제2348호부터 제2617호까지 280건의 법률을 제정했다. 이러한 법률들은 민주주의의 죽음을 가져온 유신체제를 지탱하는 법률임은 말할 필요가 없을 것이다. 그리고 박정희정권은 긴급조치로 유신헌법에 대한 반대논의조차 금지하여 국민의 정치적 기본권, 나아가 표현의 자유를 박탈하여 절대적 복종과 암흑, 그리고 침묵의 시대를 강요하였다.

박정희정권은 초기에는 혁명이념을 실현하기 위해 ‘반공법’(1961)을 제정하여 혁신세력을 탄압하였고, 부정부패의 일소 등 사회악을 근절하기 위해 ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’(1961), ‘경범죄처벌법’(1964) 등을 제정하였다. 그리고 저임금을 바탕으로 한 경제성장을 추진하여 노동자의 활동을 제한하기 위해 ‘근로자단체활동에 관한 임시조치법’(1961), ‘근로기준법’(1961) 등 근로3권을 제한하는 입법을 하였다. 나아가 외자유치를 쉽게 하기 위해 ‘외국인투자기업의 노동조합 및 노동쟁의 조정에 관한 임시특별조치법’(1970)을 제정하였다. 유신이후에는 ‘사회안전법’(1975)을 제정하여 반공체제를 더욱 강화하였다²¹⁾.

박정희정권하의 법률의 특성은 경제성장을 위한 국가적 민간적 자원의 동원과 이용의 도구주의적 측면과 노동통제를 위시한 사회통제망의 확충의 사회통제적 측면에서 분석될 수 있다. 경제성장의 면에서 경제관계법령들은 경제의 합리적 조정과 운영에 역점을 두기보다는 경제의 논리로 곤란한 사항을 법률의 틀로 정당화하거나 국가의 경제영역에 특권적 개입을 꾀한 것이 많았다. 그리고 사회통제의 면에서는 노동통제가 주된 역할로, 노동법제는 근로자의 보호, 노동운동의 자율성보장, 활성화

21) 한상범, 전계논문, 40-5면

화를 목적으로 하는 노동법의 이념과 달리 노동활동에 대한 정부의 규제를 강화하고 쟁의행위를 극도로 억제하였다.

공화당정권의 몰락으로 유신헌법을 개정하여 제5공화국 헌법이 탄생하였다. 당시의 집권세력은 1980년 5월 31일에 대통령령 제9897호로 ‘국가보위비상대책위원회’를 설치하였다. 그 후 10월 27일에 제5공화국 헌법이 발효되어 국회가 해산되자 국회의 기능을 대신하기 위하여 위의 ‘비상대책위원회’가 ‘국가보위비상입법회의’로 코페르니쿠스적 전환을 하였다. 즉 동년 9.29 대통령령 제10036호로 ‘비상대책위원회’가 ‘입법회의’로 바뀌고 동령 부칙에서 “이 수는 1980년 9월 29일 공고된 헌법개정안이 국민투표에 의하여 확정 공포된 날로부터 시행한다”라고 하여 헌법이 공포된 10월 27일에 ‘국가보위비상대책위원회’가 ‘국가보위입법회의’(이하 <국보위>)로 약칭)로 바뀌어 탄생하였다. 그리고 <국보위>는 10월 28일 ‘국가보위입법회의법’을 제정하여 그 활동의 법적 근거를 마련하고 동일 첫 회의를 개최하였다. 그리고 유신헌법의 부칙을 모방하여 제5공화국 헌법 부칙 제6조 3항은 “국가보위입법회의가 제정한 법률과 이에 따라 행하여진 재판 및 예산 기타 처분 등은 그 효력을 지속하며, 이 헌법 기타의 이유로 제소하거나 이의할 수 없다.”라고 하여 <국보위>에서 행한 입법의 합헌적 기초를 헌법 자체에 마련하였다.

<국보위>(1980.10.28-1981.4.20)는 법률 제3260호에서 제3448호까지 189건의 법령을 제정하였다. 이 가운데 제5공화국의 기틀을 마련하기 위한 중요한 법률로는 ‘정치풍토쇄신을 위한 특별조치법’ ‘대통령선거법’ 등 6건의 정치관계법, ‘집회 및 시위에 관한 법률 중 개정법률’ ‘사회보호법’ ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’ ‘언론기본법’ 등 사회 경제관계에 관한 법률과 ‘노사협의회의법’ 등 노동관계 5개 법률, ‘평화통일정책자문회의법’ 등이 있다²²⁾.

VI. 法制의 指標

「법의 지배」가 아닌 「법의 홍수」속에서 사는 오늘날, 국민의 정서에 맞는 법을 정립하여 진정한 법치주의를 확립해야 한다. 그리고 이를 바탕으로 민주주의를 실현하고, 나아가 한국문화의 일부로서 「법문화」를 꽃피워야 한다. 이러한 과제를 실현하기 위해 법제가 지향해야 할 바를 제시하여 이 글을 끝맺고자 한다.

첫째, 법이 사회현실에 맞아야 한다.

22) 이상의 非常立法機關의 法定에 대해서는 安東壹, 개혁입법의 正體—「國家保衛 立法會議」의 입법활동을 해부한다—, 월간조선, 1988. 4, 240-255면 참조

우리의 법제는 역사적 단절을 경험하였다. 전통의 기반이 결여된 채, 서구법은 우리의 생활을 지배했다. 이런 상태에서 법은 국민정서와 감정에 맞지 않았고 또 법이 사회변화를 따라가지 못했다. 그래서 법은 현실적합성과 실효성을 상실했다. 법은 생활을 규범화한 것이다. 현실과 동떨어진 법은 법치주의를 실현하는데 장애가 된다. 이를 극복하기 위해서는 실제 생활을 규율하는 규범에 대한 연구가 필요하다. 이에선 역사적 시각과 사회적 시각을 아울러 갖고 관습과 관행 등 ‘살아 있는 법’에 대한 실증적인 연구가 필요하다. 이를 위하여서는 국가적인 차원에서의 연구가 있어야 한다. 현실의 사회관계에서 법이 나와 그리고 법이 생동하는 사회를 질서지우고 규범화하여, 생활인이 지표로 삼을 규범을 정립하여야 한다.

둘째, 법이 실효성을 갖기 위해서는 체제적합성을 갖추어야 한다.

법조문과 관련 법령 상호간에 논리적 체계적 모순이 없어야 한다. 이점에서 특별법의 정비와 필요하다. 특히 형법의 경우에는 특별법의 증가로 상당수의 조문이 사문화되었다. 게다가 ‘국가보안법’과 ‘남북교류 협력에 관한 법률’과 같이 특별법에 대한 특별법이 있어 법체계를 더욱 혼돈시키고 있다. 그리고 법개정의 졸속으로 개별법 내부의 모순도 존재한다. 이는 1975년과 1989년의 가족법개정에서 두드러지게 나타났다.

셋째, 국민이 쉽게 법을 이해할 수 있어야 한다.

국민의 92%가 법률용어의 난해성을 토로하고 있다²³⁾. 이 점은 일상생활의 기본 법인 민법의 겨우에는 특히 심하다. 이 점은 전통의 단절과 서구법의 강제적 수용의 역사적 산물이다. 실제 법전은 한문 투성이이고 일본식 번역용어가 상당수이다. ‘한글전용에 관한 법률’(1948.10.9 법률 제6호)이 있지만 이 법조차 실효성이 없다. 국민이 법과 친숙해지기 위해서는 법을 쉽게 알아야 하며, 이에선 법조문의 난해성을 극복하는 것이 첫째의 과제이다. 정부에서는 국민법률계몽사업 - 법률용어와 행정용어정비 및 순화사업 - 을 하지만 아직도 가시적인 효과가 나타나지 않은 듯하다. 법문장이 프랑스민법전처럼 문필가의 모범에는 이르지 못하는 못하지만, 최소한 온 국민이 쉽게 이해할 수 있어야 한다²⁴⁾.

넷째, 입법절차의 민주화이다.

국회에서 법률을 제정할 때에 국민의 의사가 반영되어야 한다. 이를 위한 제도로는 공청회와 입법예고제가 있다. 그런데 공청회를 개최하나 실제 공청회에서 나온

23) 박상철 외, 전거서, 50면

24) 민법전과 관련한 법언어의 문제는 다음을 참조하라. 曹圭昌, 韓國民法과 獨逸民法의 關係 - 우리 民法典의 難解性을 중심으로 - 韓獨法學 4(1983), 鄭鍾休, 民法典과 法言語-法律用語와 條文構造를 중심으로(3) - 사법행정 1988. 5, 6, 7

의견이 어느 정도 법제정에 반영되는지는 의문이다. 공청회는 단지 요식적 절차에 불과한 느낌이다. 여론을 수렴하려는 입법자의 진지한 자세가 요망된다. 입법예고제의 취지는 사전에 법의 내용을 알려 여론을 반영하려는 것이나 ① 법령의 내용이 전부 알려지지 않는 점 ② 관보로 공고되기 때문에 널리 알려지지 않는 문제점이 있다. 그리고 1989년의 가족법개정에서 보듯이 중요법임에도 불구하고 입법예고가 되지 않는 법안이 있다. 이를 더 실효적으로 운용하기 위해서는 법령내용 전부의 공개, 공고방법의 개선 신문이나 방송이 필요하다.

국회에서의 법률의결절차의 비민주성이다. 국회에서 토론을 통한 여론의 수렴, 반영이 제대로 이루어지지 않고 있다. 법률의 통과여부는 정부와 다수당인 여당의 의사에 좌우되고 주권자인 국민의 의사와는 무관하다. 쟁점법안에 대해서는 정부와 여당은 다수의 힘으로 밀어붙이고, 야당은 이에 육탄으로 저지하고 만다. 여당은 다수의 힘을 이용해 강제로 통과시키고 때로는 비민주적인 방법을 동원한다. 절차적 정당성은 전혀 무시된 채 형식적 합법성만 강조되고 있다. 국회에서의 정부 여당의 횡포는 자유당시절의 1959년의 보안법과동에서 시작되어 공화당시절 1969년의 삼선개헌, 제5공화국 시절을 거쳐 오늘까지 지속되고 있다. 이러한 국회에서의 날치기통과절차는 1987년도까지는 그래도 국회법상의 절차를 지키려고 노력하였지만 최근의 국회에서는 국회법상의 절차를 무시하는 불법적인 상식이하의 수준이었다.

국회의 이러한 태도는 국회 스스로 자기의 권위를 실추시키고 정부의 시너로 전락하고, 나아가 국민들로부터 불신을 받게 될 것이며, 우리 사회에서 법치주의가 실현되는 날이 그만큼 멀게 될 것이다. 국회가 토론과 표결을 통하여 민의를 모으는 광장이라면 스스로 민주적 절차에 따라 법안을 처리해야 한다. 이것만이 진정으로 법치주의를 실현시키는 첩경일 것이다.