

# 美軍政期 南韓의 司法制度改編

沈 義 基\*

## 차 례

- I. 문제의 제기
- II. 미군의 南韓占領의 중심목적
- III. 미군정의 韓國人化理論의 정치적 결과
  - 1. 司法組織의 韓國人化過程
  - 2. 韓國人化의 정치적 의미
- IV. 朝鮮人에 대한 差別法令과 억압적 刑事節次法의 긴급폐지
- V. 司法組織의 改編過程과 그 결과
  - 1. 총독정치하에서의 사법제도
  - 2. 미군정의 韓國司法制度改編全般에 대한 청사진
  - 3. 법원의 기능과 조직의 개편
  - 4. 檢察組織의 개편과 檢察機能의 지속
  - 5. 司法要員養成制度和 변호사단체의 체질지속
  - 6. 소 결
- VI. 軍政末期 朝鮮人 司法要員들의 행태
- VII. 결 론

\* 嶺南大學校 法大 教授

## I. 문제의 제기

1945년 9월 7일 태평양미국육군사령관 맥아더의 포고령으로 시작되어 1948년 8월 15일 대한민국정부수립에 이르는 기간동안 존재했던 미군정 2년 11개월동안 우리나라에서는 법제도상 어떠한 변화가 일어났을까? 미군정기를 경과하면서 한국의 법제도와 사법제도에는 식민지시대까지와는 전혀 다른 미국의 헌법사상과 사법제도의 영향이 서서히 뿌리박게 되었으며 미국의 법제도와 사법제도가 민주주의적인 법제도와 사법제도의 모범이라는 생각이 한국사회에 전파되기 시작한 것이다. 그러나 이 시기에 행해진 법제개편의 과정과 의미에 대해서 우리나라에서는 아직 깊은 연구가 행해지지 않았다고 해도 과언이 아니다. 미군정기 3년을 포함하는 해방전후사는 1970년대까지만 하더라도 국내학계에서 오랫동안 금기시되거나 등한시되어 온 분야였다. 1981년에 출간된 브루스 커밍스의 저작 '한국전쟁의 기원'<sup>1)</sup>은 이 시기에 대한 연구붐을 촉발시켰고 현재 정치·경제·사회의 모든 분야에서 이 시기에 대한 연구가 활발히 진행되고 있다. 지금까지의 이 시기에 대한 우리나라에서의 연구성과들은 '해방전후사의 인식시리즈(전 6권, 한길사, 1985~1987)'에 잘 집약되어 있다. 법제란 인간의 정치·경제·사회적 활동이 행해지는 환경에 해당하는 것이므로 법제분야의 분석이 뒷받침되지 않고서는 이 시기의 전체적인 상(像)이 구성될 수 없기 때문에 이 분야에 대한 법사학적 연구필요성은 매우 절박한 것이다. 그러나 이 시기에 대한 법사학적 연구의 시작에 불과한 이 글에서는 이 시기의 법제도개혁전반을 총론적으로 개관하는데 중점을 두려고 한다. 이 시기에 군정청은 실체법상의 개혁보다는 사법제도운영의 조직, 즉 사법운영조직(시스템)의 개편에 더 큰 비중을 두고 있었다. 그러므로 이 글에서는 사법조직개편에 역점을 두어 살펴 보는데 그치고 상세한 각론적인 분석은 다른 논문이나 다른 학자들의 후일의 연구에 맡기려고 한다. 각론적인 분석으로서 빠뜨릴 수 없는 부분은 농지개혁, 귀속재산의 처리, 형사사법제도의 개혁과 권리장전(Bill of Rights)사상의 수용 등이 있는데 이 논문에서는 그런 문제들

1) Bruce Cummings, *The Origins of the Korean War*, Princeton University Press, 1981.

을 다루지 않기로 한다.

이 시기의 법제도개편을 총론적으로 개괄하려는 이 글의 목적에 비추어 볼 때 미군정당국이 어떤 중심적인 목표의식을 가지고 점령에 임하였는가, 있다면 그것은 무엇이였을까를 살펴 보는 것은 이 시기전체의 역사적 성격과 방향을 이해하는데 커다란 시사를 줄 수 있을 것이다. 그러므로 다음 절에서 이 문제를 검토해보기로 하자.

## II. 미군의 南韓占領의 중심목적

1945년 6월 26일자의 포츠담 선언은 일본에게 '민주주의적 경향의 진보에 대한 장애를 제거하고 언론, 종교, 사상의 자유를 확립하고 기본적 인권을 존중할 것'을 촉구하였다. 연합국측이 패전국 일본에게 이러한 요구를 한다면 그러한 요구는 패전국과 그 패전국의 식민지였던 지역에 연합국의 군정이 실시될 때 군정의 시정목표가 될 것임을 암시하는 것이었다. 그러나 여기서 말하는 '민주주의적 경향'과 '기본적 인권'이란 구체적으로 무엇을 말하는 것일까? 해방당시 조선국내에서는 좌익에서 우익에 이르기까지 정치적 스펙트럼을 달리하는 많은 정치적 그룹들이 제각기 '민주주의'라는 기치를 내걸고 정치활동을 모색하고 있었는데 그것들과 미군이 생각하는 '민주주의'와는 일정한 거리가 있었다. 그리고 또한 그러한 수사(修辭)들은 조선민중들이 오랫동안 열망하던 '독립'이라는 수사<sup>2)</sup>와는 일

2) 주한미군사는 점령초기의 미군당국의 상황대처의 어려움을 "40년에 가까운 억압과 굴종상태에서 벗어난 후에 한국인들의 독립에 대한 열망은 그들의 자치능력을 초과하는 것이었다. 왜곡된 주장이 언론에 나타났고 미국의 입장을 설명하기 어려움은 언어의 장벽에 의해 증폭되었다. 주한미군은 즉각 연합군포로의 석방, 남한의 지방점령, 일본군의 축출과 무장해제, 일본인 시민과 외국인들의 송환, 한국인들의 국내귀환 등의 조치를 취하여 이 문제에 대처하였다"고 적고 있다. HUSAFIK(*History of United States Army Forces in Korea*), 돌베개영인, 1988, 제3권, 483:16 : 이하 이 글에서 주한미군사로 인용되는 자료는 Chapter V Part Ⅲ의 사법운영(Administration of Justice)편의 기록을 말하며 페이지표시 '483:16'은 돌베개영인본 제3권의 페이지는 483페이지이고 원래기록의 페이지는 16페이지란 뜻이다. 이하 HUSAFIK(주한미군사)는 인용의 편의상 우리말로 주한미군사로 인용한다.

정한 거리가 있을 수 있는 것이었다. 만약 미국이 점령할 지역의 조선인들(일부 일수도 있고 다수인일수도 있을 것이다)이 미국이 생각하는 민주주의나 기본적인 권을 거부하거나 혹은 그것들보다 더 큰 가치적 실재로서 즉각독립이나 다른 어떤 것을 원했다면 미군은 어떤 대응을 했을 것인가?

일본천황의 무조건항복선언후에 일본과 한국의 군사점령의 계획을 세우고 있었던 태평양미국육군사령부의 야전명령 55호(1945년 8월 29일자) 부속서 7의 6항은 한국에 대한 군사점령의 당면목표를 다음과 같이 규정하고 있었다.

“한국에 대한 군사점령의 당면목표는 (1)군국주의 폐지; 처벌할 만한 전쟁범죄자의 즉각적인 체포; 일본의 무장해제와 군국주의 폐지; (2)인종·국적·신념·정치적 견해를 이유로 하는 차별의 폐지; (3)민주주의적 경향과 절차의 강화; (4)자유주의적(liberal)인 정치·경제·사회제도의 강화; (5)한국에서 국내문제를 잘 처리할 수 있고 다른 나라들이나 유엔과 평화적인 관계를 유지할 수 있는 책임있는 정부의 출현을 촉진할 조건의 창출 등이다.”<sup>3)</sup>

(4)와 (5)에서 명시되어 있는 바와 같이 점령군이 생각하는 민주주의란 서구적인 ‘자유주의적 민주주의’였고 그중에서도 그 민주주의의 모델은 1945년 당시의 평균적 미국인이 이상적으로 생각하는 ‘미국식 민주주의’ 이외의 다른 것일 수가 없었다. 그리고 위의 야전명령 55호 부속서 7의 다른 조항에서는 위와 같은 점령군의 요청이나 목표와 양립될 수 없는 정당·기구·사회단체는 폐지될 것이며 반대로 양립될 수 있는 정당·기구·사회단체는 장려될 것임을 규정하고 있었다.<sup>4)</sup> 그러므로 우익적인 경향을 띠고 있었던 이승만과 韓民黨이나 韓獨黨 계열의 사람과 단체는 미군정과 비교적 용이하게 협력관계를 형성할 수 있었던 반면에 다른 정당이나 사회단체는 점점 미군정과 소원해지고 심한 경우에는 적대관계에 놓이게 되었다.<sup>5)</sup> 그런데 우리가 주목할 필요가 있는 과제중의 하나는 일제하에서 법률가자격을 가지고 있던 조선인들과 미군정의 동태여하이다. 왜냐하면 대륙법계와 영미법계는 매우 다른 전통과 사고방식하에 운영되는데 대륙법계적인 훈련

3) 주한미군사(471:5).

4) 주한미군사(471:5).

5) Bruce Cummings, *op.cit.*, pp.135~178.

을 받은 바 있던 미군정기의 지도적인 조선인법률가와 영미법적 사고에 젖어 있는 미국인법률고문들이 사법조직과 법제의 개편과 관련하여 어떻게 접촉하고 어떻게 상이한 의견을 조정시켜 나갔을 것인가 하는 점이 궁금하기 때문이다.

### Ⅲ. 미군정의 韓國人化理論의 정치적 결과

미군정은 점령초기의 약 4~5개월간 조선총독부가 가동했던 전국가기구를 손상됨이 없이 재건하는데 온힘을 기울였다. 이것은 북한에 진주한 소련군이 종래의 국가기구를 해체시키고 과거의 중앙정부가 행사하던 권한의 상당부분을 지방정부와 지역사회에 이양시키는 정책을 취한 것, 그리고 일본을 점령한 미군이 초기에 중앙집권적인 행정국가를 대폭 약화시키는 혁명적 개편을 기도한 것과 크게 대조되는 점이다.<sup>6)</sup> 그들은 점령당초부터 지속적으로 '법과 질서'의 회복을 최우선정책으로 삼아 국가기능의 연속성을 확보하는데 치중했다. 이런 노력의 일환으로 그들이 가장 심혈을 기울여 재건하려고 한 것중의 하나가 사법기능의 정상화이다.<sup>7)</sup> 그렇다 하더라도 미군정으로서의 일본의 군국주의폐지의 필요성과 한국인의 폭발적인 反日的 국가창설요구 때문에<sup>8)</sup> 일본인국가관료를 조기에 퇴진시키고 그들이 담당하던 역할을 한국인으로 대체하지 않을 수 없었는데 이것이 이른바 미군정의 '한국인화 이론(theory of Koreanization)'이다.<sup>9)</sup> 미군정은 종래의 국가기구를 근본적으로 재편하려고 하기보다는 종래의 국가기구를 모체로 하여 점진적(gradual)이고 주의깊게(careful) 개편해 나가는 정책을 구사하고 있었다.<sup>10)</sup>

그들은 사법조직을 재편하는 과정에서 총독정치하의 사법조직에서 일한 경력이 있는 자들은 악랄한 친일파라는 특별한 하자가 없는 한 가급적 모두 등용하려는 조급한 마음을 가지고 임했다. 그래서 일제하에서 사법조직이나 유관부서에서

6) Bruce Cummings, *Ibid.*, Preface, x x v., p.152.

7) 주한미군사(522~523:56~57).

8) 주한미군사(483:16).

9) 앞주7)의 궂참조.

10) 주한미군사(504:38).

일한 경력이 있는 자들은 모두 재등용되는 결과를 초래했다. 이 과정을 다음에서 좀 더 상세히 분석해보자.

## 1. 司法組織의 韓國人化過程

총독정치하에서 조선인들에게는 전문직에 취임할 수 있는 통로가 극히 제한되어 있었다. 조선인이 판사나 검사, 변호사가 될 수 있는 길이 매우 제한되어 있었음은 물론이다. 1943년에 전조선에는 246명의 판사, 135명의 검사, 20명의 서기관, 870명의 서기, 4명의 통역인이 있었다. 그런데 그 중에서 조선인의 수는 10%를 넘지 못했다. 1939년에는 235명의 판사중 46명만이 조선인이었고 120명의 검사중 8명만이 조선인이었다. 1940년에 복심법원 판사 35명중 오직 4명만이 조선인이었고 지방재판소에서의 조선인은 오직 10%에 불과하였다. 1940년에 조선인 검사는 한 사람도 없었다. 覆審法院과 고등법원은 합의체법원이었는데 합의부에는 반드시 1인 이상이 일본인판사이어야 했고 조선인은 재판장이 될 수 없었으며 일본인판사는 1인의 의사만으로도 거부권을 행사할 수 있었다.<sup>11)</sup> 그러므로 미군정이 사법조직의 한국인화이론을 실천하기 시작했을 때 법률가자격있는 조선인을 확보하기는 매우 어려웠다. 무엇보다도 급선무는 사법행정을 포함한 법무행정을 총괄하고 있었던 총독부시절 法務局의 고위관료와 판검사를 한국인으로 대체하는 일이었다.

점령초기에 법무국장의 일을 맡아 보던 우들 대위(Major Emery J. Woodall)는 조선변호사회의 회장이자 고위 임원들과 이 문제를 가지고 의견을 교환하였다. 조선변호사회측에서 가능한 사람들의 명단을 미군측에 전달하였고, 그 중에서 핵심적인 역할을 할 인사가 선택되었다. 그런데 선택된 인사중 총독부에서 일한 경력이 있는 사람에 대해서는 한국의 정당들이 친일파라고 비난을 하거나 자격에 의문을 제기하여 미군측을 곤란하게 하였다.<sup>12)</sup> 미군정도 가끔씩 그러한 인물을 회피하려고 하였으나 '친일이란 정도의 문제이며 어떤 경우에 친일은 불가피했다'고 하면서 특별히 현저한 친일경력이 없는 한 그러한 비난을 수용하지 않

11) 주한미군사(484:17).

12) 주한미군사(495~496:29~30).

왔다.<sup>13)</sup> 이렇게 해서 과거 총독부에서 판사·검사·서기·주사 등으로 일한 경력이 있는 사람들과 일부의 변호사들이 사법조직에 재배치되기 시작한 것이다. 그 중에는 일정기간 이상의 書記경력만을 가지고 판검사로 임용된 사람도 있었다.<sup>14)</sup>

군정청과 법무국의 일을 추진하는데 미군정은 가급적 한국인의 의사를 존중하려고 하였다. 그래서 미군정은 1945년 10월 5일 한국인고문위원회(The Korean Advisory Council)를 구성하였다. 교육자, 법률가, 사업가, 여러 정당의 지도자 11명이 미군정의 고문으로 지명되었다.<sup>15)</sup> 이 위원회의 설치는 한국인들의 즉시독립에 대한 열망때문에 한국인으로부터 크게 환영받지 못하였지만 미군정은 한시바빠 친미정권을 수립해야 한다는 자신의 계획대로 일을 급속도로 추진하여 나갔다. 사법조직의 재편문제에서도 미국인들은 일단 사법조직의 고위관료를 선임한 뒤에는 모든 일을 그들과 협의하여 일을 추진해 나갔다. 그러면서도 최종적인 결정권은 군정이 종식될 때까지 한번도 포기한 적이 없었다. 그러므로 이 시기의 사법조직재편은 비유해서 말하자면 큰 각본은 미군정이 짜고 대세에 지장이 없는 범위내에서는 한국인의 의사를 최대한 존중하는 방식으로 진행된 것이다.

## 2. 韓國人化의 정치적 의미

일제하에서 법률가자격을 가지고 있던 조선인들은 유럽의 시민법체계에 대한 훈련을 받은 사람들인데 유럽의 시민법이나 일본의 시민법은 근본적으로 시장경제에 입각한 경제질서를 전제로 하여 그 관계를 규율하는 법체계였고 정부조직과 정부작용을 규율하던 공법체계도 이를 기초로 하는 것이므로 법률가자격을 가진 사람들이나 사법조직에서 일한 경력이 있는 사람들은 대부분 시장경제질서를 당연한 전제로 하는 우익적 세계관에 기초해 있거나 적어도 그 세계관에 적대적인 사람들일 수가 없었다. 그 중의 일부는 공산주의나 사회주의적 세계관에 노골적으로 적대적인 모습을 드러내고 있었다. 예컨대 미군정에 의해 판사로 임용된 장경근 경성지방법원장의 담화는 이 시기 판사들의 미군정에 대한 태도를 어느 정

13) 주한미군사(505:39).

14) 김병화, 한국사법사(현세편), 일조각, 1980, 18면참조.

15) 주한미군사(497:310).

도 짐작할 수 있게 한다.

“... 아놀드 군정장관이 9월 21일 일반명령 제5호로써 치안유지법, 보안법, 기타 인종, 국적, 신앙, 또는 정치사상을 기초로 한 차별적 법령을 폐지하는 동시에 이외에 종래법령은 의연히 효력을 가지고 있는 것을 밝히었다. 일본의 통치권이 배제되었음에도 불구하고 종래의 일본법령이 의연히 조선에 시행되고 있다는 것은 일견 모순되고 해득하기 어려운 것 같으나 냉정히 생각하면 당연한 일인 것을 알겠고 또 이것이 국제공법상 이론이 없는 결론일 것이다. 왜 그러냐 하면 군정실시에 반(伴)하여 당연히 종래의 법령이 실효한다고 하면 무법상태 또는 법의 실체가 불명확한 불문법상태를 현출하여 질서교란행위를 처벌할 법령을 찾을 수 없고 권리의무를 裁定할 기준을 명확히 할 수 없게 되어 불필요한 혼란과 고통을 점령지역인민에게 주는 까닭이다... 여기에 한가지 주의를 환기할 것은 종래의 일본법령이 고유의 일본법령이 아니고 독일, 불란서 등 구미대륙의 문명제국의 법령을 모방계수한 법령인 것은 사실이다. 그런고로 자못 일본을 증오하는 태도로써 종래의 법령(민족적 차별 등 색채가 있는 것은 물론 제외된다)을 증오 또는 무시한다고 하면은 이는 생각이 부족하다고 앓을 수 없다.”<sup>16)</sup>

그러나 국제공법상 가장 우월한 원칙은 ‘법과 질서의 계속성’보다 ‘민족자결주의’나 ‘자기결정권’이라고 보아야 한다. ‘법과 질서의 계속성’을 신봉한다면 ‘개혁’이나 ‘변화’는 있을 수 없다. 더군다나 조선은 전쟁을 일으킨 戰犯국가가 아니며 미군은 일본의 노예상태하에 있던 조선의 ‘해방(Liberation)’을 위해서 조선에 들어온 것이므로 조선인민을 ‘노예상태’로 몰아넣은 일정시의 법령의 대부분의 효력을 당분간 지속시키는 것이 국제공법상 당연한 것은 아닐 것이다. 그리고 종래의 일본법령중 그 문언적 내용상 민족적 차별의 색채를 갖고 있는 법령은 그렇게 많은 수를 차지하고 있지 않으므로 그것을 제외한다는 것은 커다란 의미가 있는 것이 아니었다. 또한 일본법령이 문명제국의 법령을 모방한 것은 민법, 형법, 상법 등의 시민상호간의 거래관계를 규율하는 법에 한정되어 있었고 지배자와 피 지배자의 관계를 규율하는 공법분야에서 일본법은 서구의 문명제국의 법령과 현

16) 1945년 10월 16일자 자유신문(김병화, 전게서, 6면 각주3에서 재인용).



격한 차이를 보이고 있었다. 조선을 해방시킨다는 명목으로 들어 온 미군이 일시적으로라도 혹독한 총독정치를 계속하겠다는 의사표시가 '국제공법상 당연'하다는 평가가 해방당시의 대다수민중들에게 과연 설득력이 있었을지 의문이다. 민법, 상법, 형법 등 자본주의적 경제생활의 계속에 필수불가결한 법령들을 지정하여 효력을 지속시키고 기타의 비민주주의적 법령을 폐지하는 적극적인 방법을 취할 여유는 없었는지 의문이다.

1946년 5월 16일 대법원검사총장에 취임했던 이인(李仁)은 자신의 소신을 다음과 같이 말했다.

“(1)검찰의 (재판소로부터의: 필자첨가) 분리화를 강조하여 민중을 지도하는 동시에 민중생활을 명랑·윤택하게 할 것, (2)검찰이 국가기구인 이상 홀로 초연 자립치 못할 것이므로 오직 국시 국책에 순응·충실할 것, (3)불편부당의 태도로 엄정공명을 기하여 오직 신국가건설과 민중의 권익을 다할 것, (4)사상·언론·출판·집회의 자유를 존중한다. 그러나 자유란 일정한 한계와 상당한 책임이 있어야 된다. 만일 이것을 벗어나 건국을 방해하거나 안녕질서를 교란하는 행위는 단호 배제할 것, (5)현단계에서 아직 잔재범들이 일기 불온함은 유감이나 우리 법전 편성까지는 건국정신에 합치되도록 널리 해석 활용할 것.”<sup>17)</sup>

(3)의 '불편부당의 태도로 엄정공명을 기한다'는 논변과 (2)와 (5)에서 '검찰이 ... 홀로 초연 자립치 못할 것이므로 오직 국시 국책에 순응'한다거나 '건국정신에 합치되도록 널리 해석 활용할 것'이라는 논변은 서로 모순되는 논변이다. 검찰을 비롯한 국가기구는 사회세력으로부터 초연하여 중립적인 입장에 서야 한다는 것이 자유주의적 국가관의 입장에서의 필연적인 결론이기 때문이다.

초대 대법원장이었던 김용무(金用茂)는 1946년 6월 9일 광주지법(光州地法)에서 부하직원에게 훈시를 하였는데 그 훈시중에는 '사법권에 있어서 엄정중립이니 불편부당이니 하는 자는 사법관의 자격이 없다. 그리고 경찰증거서류가 불비하다 하더라도 건국을 방해하는 자는 철추(鐵鎚)를 내려야 한다'는 발언을 하였으며 여기에서 '건국방해자'라 함은 훈시내용전체의 취지로 볼 때 '신탁지지자, 좌

17) 1946년 5월 19일자 조선일보(김병화, 전계서, 30면에서 재인용).

익사상지지지자'로 해석될 여지가 있는 것으로 목포에서 발행되는 같은 해 6월 11일자 全南民報에 보도되었다. 이에 1946년 7월 10일 범조계를 대표한 김준평, 조평재, 강혁선 등의 3인이 군정청으로 러치장관을 방문하고 군정법령 제27호(군정위반죄)의 폐지와 3심제부활을 요망하는 한편 대법원장의 훈시가 '조선법조인으로서 편당적이고 반민주적인 발언'이므로 그 진상을 규명해 달라는 진정서를 제출하기에 이르렀다.<sup>18)</sup>

미군정기간동안에 핵심적인 사법조직에 동용되었던 조선인 법률가들이 위와 같은 견지에 선 이유는 무엇일까? 그것은 해방을 맞이한 순간에 조선인법률가들에게는 일본제국주의에 대한 거부감보다 우익적 세계관에 입각한 정부의 수립에 최대의 관심과 이해가 놓여 있었다는 사실을 말해준다. 역사와 문화를 달리하는 異민족지배인 일본제국주의에 대해서 치열한 역사의식을 갖고 있지 않은 사람들이 자신들에 대해서 우호적인 태도를 보이는 또다른 지배자인 미군정에 대해서 우호적인 입장을 보이고 재빨리 협력관계를 맺을 수 있었다는 것은 자연스러운 일일지 모른다. 다른 한편 미군정기간동안 핵심적인 사법조직안에 서 있던 사람들은 사회주의적 세계관에 대해서 지극히 적대적이었고 사회주의와 공산주의에 대한 투쟁을 위해서는 민주주의적 원칙과 절차가 필요하지 않다는 극단론에 서 있었음을 알 수 있다. 그러나 위에서도 나타난 바와 같이 그것이 옳지 않은 부당한 태도라고 말할 줄 아는 법조인도 없지 않았음에 주의해야 한다.

#### IV. 朝鮮人에 대한 差別法令과 억압적 刑事節次法の 긴급폐지

미군정은 범무국과 주요 사법조직의 기간요원을 한국인으로 대체하려는 노력과 동시에 총독정치하에서 한국인들을 차별하거나 억압하는데 사용된 법률이 있었다면 어떤 것이 있었나 하는 것을 미군법률가와 통역인을 독려하여 조사하였다. 그 이유에 대해서 '미군정의 제일차적 관심이 개별적인 한국시민(의 인권: 필자첨가)이었기 때문'이라고 주한미군사는 적고 있다.<sup>19)</sup> 그러나 그러한 목적 말고

18) 1946년 7월 11일자 서울신문(김병화, 전계서, 9면에서 재인용).

19) 주한미군사(499:33).

도 '즉각의 그리고 완전한' 독립을 갈망하고 있던 조선인들의 미국의 군사적 점령과 군정실시에 대한 거부감을 완화시키기 위한 회유책으로서도 조선인들의 환심을 살 만한 즉각적인 조치는 필요하고도 절박한 것이었다.

조선인의 '노예적 상태 해방'이 미군의 한국점령의 목적이라고 선언되었기 때문에 1945년 9월 18일 군정청은 한국민중을 비인간적인 법적 굴종상태에서 해방시키고 한국인에게 '법앞에서의 공평한 정의'를 확립한다는 명목으로 일반명령 제5호를 공포하였다. 이 법령은 1945년 10월 9일자 군정법령 제11호로 대체되었는데 그 골자는 다음과 같은 것이었다. 첫째, 복위 38도선 이남에 시행되던 종래의 일제법령중에서 정치범처벌법(1919.4.15), 예비검속법(1925.5.8), 치안유지법(1925.4), 출판법(1910.2), 정치범보호관찰령(1936.12), 神社法(1919.7) 등의 법령을 폐지시키고, 경찰의 사법권에 관한 규정(경찰서장의 범죄즉결례)<sup>20)</sup>을 폐지시켰다. 둘째, 이와 같이 특정한 법령이나 경찰서장의 사법권을 명시하여 폐지하는 외에 기타의 법령중 그 '사법적 또는 행정적 적용으로 인하여 종족, 국적, 신조 또는 정치사상을 이유로 차별을 야기시키는 법령은 이를 전부 폐지한다'는 일반조항을 두었다.<sup>21)</sup> 이 일반조항에 근거하여 妻의 능력을 제한하는 구민법 제14조제1항을 무효로 하는 판결이 나왔지만<sup>22)</sup> 그밖의 판결에서 이 일반조항의 적용례는 찾아보기 어렵다.

그러나 군정청이 진정으로 이러한 방면에 진지한 관심이 있었다면 좀더 주의 깊었을 수도 있었다 할 것이다. 예컨대 전시특례에 관한 허다한 법령<sup>23)</sup>, 육군형법(1908.4), 해군형법(1908.4), 集會取締令(1910.8), 조선불온문서임시취체령(1936.8), 조선임시보안령(1941.12), 보안법(광무11.7) 등을 포함시키지 않은 것은 의심스러운 조치였다. 이들 법령은 좌익계열이나 이들에게 동정적인 정치집단이나 활동가들의 활동을 진압하는데 유용하게 사용되었으며 이들의 활동이 현

20) 총독정치하에서 경찰서장은 매년 약 10만건 이상의 경미범죄에 대하여 즉결처단을 하고 있었다. 주한미군사(484:7).

21) 도서출판민족문화영인, 재조선미국육군사령부군정청법령집(국문판), 131면.

22) 김병화, 전개서, 330면.

23) 조선전시형사특별령(1944.2), 조선총독부재판소전시특례(1944.2). 상세한 것은 鈴木敬夫, 법을 통한 조선식민지 지배, 1988년 고려대학교 대학원 법학박사학위논문, 382~392면.

저하게 약해진 1948년 4월 7일에 가셔야 법령 제183호로 폐지되었다.<sup>24)</sup>

그러나 이 시기에 군정청은 실체법상의 개혁보다는 사법제도운영의 조직, 즉 시스템의 개편에 더 큰 비중을 두고 있었다. 이것은 미국인특유의 프래그매틱한 사고방식에 기인한 것으로 보인다. 만약 이러한 방면의 개편노력이 진지한 것이었다면 실체법상의 개편노력이 미진했더라도, 그리고 총독정치하에서 일했던 사람들을 대거 등용하여 사람의 개편에 실패했다 하더라도 그 효과는 다대했을 것이다. 그러므로 다음 절에서는 사법조직자체에 대한 개편작업이 어떻게 진척되었으며 그 성과는 어떠한가에 대하여 살펴 보기로 하자.

## V. 司法組織의 改編過程과 그 結果

### 1. 총독정치하에서의 사법제도

明治헌법하의 일본의 국가체제는 행정권의 우위가 현저한 '행정국가형'이었다. 이것의 반영으로서 사법제도에서도 행정적 요소가 우월하게 나타나고 있었다. 일본에서는 정부기구의 하나로서 司法省이 있고 사법성 밑에 裁判所와 檢事局이 설치되어 있었다. 일본은 '司法官'의 개념속에 판사와 검사의 구별을 두는 프랑스와 독일의 사법제도를 수용하였지만 그 중에서도 검사에게는 행정관적 색채를 훨씬 강화시켰다. 사법성의 長인 사법大臣은 검사국의 장인 검사총장을 일반적으로 지휘할 수 있는데 일본의 검찰관에게는 독일과 프랑스의 검찰관과는 달리 기소편의 주의에 의한 거의 무제한의 기소재량권이 부여되어 있었던 것이다. 법제상 판사의 재판에 사법대신이나 사법성의 관료가 간섭할 수는 없으나 행정편제상 사법대신의 하위에 있는 사법관료로서 그리고 사법대신의 사법행정상의 감독하에 있는 판사가 사법대신을 비롯한 행정권의 무언의 압력으로부터 초연할 수 있으리라는 제도적 보장은 없는 것이다.<sup>25)</sup>

조선총독부의 사법조직에도 일본의 위와같은 사법조직의 관념이 이입되어 총

24) Bruce Cummings, *op.cit.*, p.160, 그리고 Chapter 10.

25) 石井紫郎, 日本近代法史講義, 青林書院, 1982, 155~156면참조.

독부밀의 여러 행정관청중의 하나로 司法部가 설치되어 있었고 그 장을 사법부장官이라고 불렀다. 그리고 사법부소속의 관료로서 재판소의 판사와 검사국의 검사가 임용되고 있었다. 그렇다고 해서 판사의 재판에 총독이나 사법부장관을 비롯한 사법부관료가 간섭하지는 않았지만 일본에서와 마찬가지로 재판의 독립이 제도적으로 보장될 수는 없었다.<sup>26)</sup> 다른 한편 검사는 사법관이면서도 행정관인 이중적 성격을 가지고 있었다. 재판을 담당하는 판사가 사법성이나 사법부의 관료인 마당에 변호사나 변호사단체가 사법성이나 사법부의 관료적 통제로부터 벗어날 수 없었던 것은 말할 것도 없다.

조선의 司法部는 통감부시대에 서무, 민사, 행정의 3課로 구성되어 있었는데 大正 4년(1915) 5월에 법무, 감옥의 2과로 축소되었다. 大正 8년(1919) 12월에는 관제의 명칭이 일제히 部에서 局으로 바뀌었는데 사법부는 '法務局'으로, 사법부장관은 '법무국장'으로 명칭만 바뀌었다.<sup>27)</sup>

이에 비해서 미국의 사법조직은 사법권의 독립이 현저한 '사법국가형'이었다. 사법부는 행정부와 동등한 정부기구의 하나이고 그 사법권은 최고재판소가 행사하고 재판소는 법률과 명령의 위헌여부를 심사할 뿐만 아니라 일반사법재판소와는 별도의 행정재판소가 설치되어 있지 않고 행정처분의 위법도 사법재판소가 심사하고 있었으며 사법부가 사법행정권을 독자적으로 행사하고 있었다. 그런가 하면 검사는 사법관이 아니라 정부의 한 부서인 법무성소속의 순수한 행정관으로

26) 구한말과 총독부시절에 조선의 사법계에서 요직(법무보좌관, 사법부장관, 각급법원과 검찰의 장, 각급판검사, 사법부요원)에서 오랫동안 일했던 일본인사법관료들이 1940년 8월에 일본의 동경에서 모여 그들의 경험을 좌담회의 형태로 슬회한 일이 있다. 이 좌담회석상에서 발언된 내용이 조선사법협회잡지에 '조선사법의 往事를 말한다'는 제목으로 게재된 바 있다. 이 좌담회의 발언기록을 남기정이 번역하여 '일제의 한국 사법부침략실화'(육법사, 1981)라는 제목으로 출판하였다. 그 중에 다음과 같은 기록을 찾아 볼 수 있다. "... 제2의 이유는 제도상 조선에 있어서의 사법기관은 총독의 감독을 받는 하급관청이고 판사의 轉任 기타 신분상의 보장에 관해서는 대단히 허술한 점이 있습니다. 물론 총독이 재판사무에 간섭한다는 것은 아닙니다.... 그러나 행정권에 대해서 불기독립이어야 할 사법기관에 관해서 그러한 제도가 존재한다는 것은 민중의 의혹을 초래함을 면하지 못합니다...". 남기정역, 일제의 한국사법부침략실화, 육법사, 1981, 205면.

27) 남기정 역, 전계서, 159면, 183면.

관념되고 있었다. 그리고 미국에서는 사법행정권을 院長이라고 하는 관리직재판관이 독점하는 것이 아니라 재판관의 합의체인 재판관회의에서 행사하는 모습을 보여 주고 있었다. 미국에서 사법권독립을 뒷받침하는 물적 토대는 많은 수에 달하는 변호사로 구성된 변호사단체(Bar Association)이며 변호사단체가 법조요원을 양성하는 역할을 확대시켜 가고 있었다. 변호사단체가 자율적으로 움직이고 판사와 검사와 같은 인적자원을 공급하는 공급원이므로 변호사단체에 대한 관료적 통제란 있을 수 없었다.<sup>28)</sup>

그러므로 미국인들의 눈에 조선의 사법조직이 특이하고 이상하게 비칠 것은 당연한 일이었다. 그런데 이 글에서 필자의 관심사는 그들이 자신들의 안목으로 볼 때 특이하고 이상한 사법조직으로 비친 총독정치하에서의 사법조직을 어떤 방식으로 재편하려고 하였으며 그 과정에서 한국인법률가들은 어떤 선택을 하였을까 하는 점이다.

## 2. 미군정의 韓國司法制度改編全般에 대한 청사진

미군정의 사법조직개편의 궁극목적은 司法府를 정부의 다른 두 기구인 행정부, 입법부와 동등한 권위를 갖는 독립된 기구로 수립하려는 것이었다. 이를 위하여 (1)사법기구가 행정부의 간섭으로부터 독립하여 운영되고 법원이 법집행에 대하여 책임을 질 줄 알도록 할 것이며, (2)행정부의 감독하에 있으면서도 두려움없이 소추권을 행사하는 검찰조직을 창출할 것, (3)잘 훈련된 변호사들로 구성된 지방변호사회와 변호사회중앙협의회를 가진 전국적인 변호사회가 법조훈련을 행하고 법률정기간행물의 발행을 통하여 자신의 의견을 개진하도록 하며, 완벽한 국립법률도서관을 갖추고 신속하게 법률정보를 보고하는 시스템을 갖추도록 하는 것, (4)확립된 법원조직법, 법조윤리법, 행형법을 통하여 기능하는 민주주의적인 법집행기구의 강화, (5)행정부의 정책적 통제하에 정부의 법률정책이 조정될 수 있도록 하는 것, (6)법무부장관직을 모든 법률조언, 연구, 기초(起草), 조사 등을 행하고 법정에서 정부의 의사를 법적으로 대표하는 기능이 집중되어 있

---

28) Lawrence M. Friedman, *History of American Law*, 2nd ed., Simon & Schuster, 1985, pp.303~334, pp.371~390., pp.633~654.

는 부서로 구성하는 것 등이었다.<sup>29)</sup>

이와 같은 청사진은 1940년대 중반의 미국의 사법제도중 특히 연방의 사법조직을 모델로 하여 한국실정에서 수용할 수 있는 수준으로 축소조정한 결과물인 것으로 보인다. 그런데 사법조직의 재편은 미군정이 짠 청사진을 논의의 기초로 하고 여기에 한국인사법관계자들이 가감한 내용을 초안으로 삼아 군정청에 제출하게 하고 최종적으로는 미군정이 그 초안을 검토하여 확정하는 절차로 진행되었다. 그러므로 이 과정에서 당시의 한국사법계를 대표하는 법조인들의 의견도 크게 반영될 수 있었다. 그러므로 군정말기의 사법조직개편구상은 미국인법률고문들과 한국인사법조직요원들의 합작품의 성격을 갖는 것이었다.

### 3. 법원의 기능과 조직의 개편

미군정의 신속한 노력으로 사법조직은 군정실시 3개월만에 기능을 완전히 회복하였다. 1946년에는 남한전역에서 42,150건의 사건이 접수되어 36,373건이 처리되었고 5,777건이 미제로 남아 있을 뿐이었다. 대법원에 계속된 145건의 민사사건중에서 119건이 당년도에 처리되었다. 이중 22건이 원심파기였으며 미제건수는 22건이었다.<sup>30)</sup> 군정초기에 대법관수는 5명이었고 控訴院판사와 지방법원 판사수는 합계 116명이었으나 1946년과 1947년에는 157명이었으며 1948년 8월 15일에는 180명으로 증가하였다.<sup>31)</sup> 이렇듯 법원이 기능을 회복해 가는 가운데 대법원장이 지명한 16명의 판사로 구성된 '사법제도에 관한 법규편제위원회'가 법원의 재조직을 연구하기 시작했고 1947년 9월에 법원을 정부의 독립된 기구로 하는 것을 골자로 하는 법안을 기초하였다.<sup>32)</sup> 그후 몇 달간 그 초안을 심사하기 위해서 위의 위원회와 미국인조언자 사이에 회의를 가졌다. 그후 이 초안은 1948년 4월말에 법률기초국에 제출되어 동의를 얻고 인쇄에 넘겨져 1948년 5월 4일 군정법령 192호로 공포되었다. 이 법령은 1948년 6월 1일부터 발효되었는데 이로서 한국역사상 처음으로 법원의 사법행정권이 행정부로부터 대법원과 재

29) 주한미군사(617:146).

30) 주한미군사(549:80).

31) 주한미군사(551:82).

32) 주한미군사(616:146).

편된 법원기구로 이관되게 되었다. 이 법원조직법의 내용은 다음과 같다.

첫째, 사법행정권이 司法部(총독부시절의 법무국)로부터 대법원과 각급법원으로 이관되었다. 둘째, 법원은 대법원, 고등법원, 지방법원, 簡易法院의 4단계로 구분되었다. 간이법원은 治安官이 재판하는 곳이다. 셋째, 대법관의 수는 법률로 정하되 11인을 넘을 수 없도록 하였다. 명치헌법하에서의 일본의 대심원판사수는 30명이었고 조선고등법원판사수는 5명이었는데 대법관수를 11명이내로 한 것은 미국연방대법원의 수(9명)를 모델로 한 것임이 분명하다. 넷째, 명령과 규칙의 위헌여부를 법원이 심사하도록 하며 행정재판의 제1심을 서울고등법원의 전속관할로 하여 일반법원과 별도의 행정재판소를 두지 않았다. 다섯째, 空席의 대법관선출방식은 기존의 대법관, 각급법원장, 주무부장관, 각급검사장, 각급변호사회회장들로 구성된 추천회의에서 추천된 3명의 후보자중에서 1인을 군정장관이 임명하는 방식이었다. 여섯째, 사법행정권의 집중을 막기 위해서 대법원이 하 각급법원별로 전체대법관과 판사로 구성되는 회의체에서 사법행정상의 중요 문제를 결정하도록 했다. 그러나 위헌법률심사권이 법원에 주어지지 않았다는 점이 주목된다. 그 후 제정된 제헌헌법에서는 위헌법률심사권을 정치적 人事와 사법적 인사의 혼합으로 구성된 헌법위원회에 부여하였는데 이 헌법위원회에는 그 후 40년동안 한번도 위헌심사제청이 없었다. 그러므로 헌법위원회라는 제헌시절의 구상은 허구에 그쳤음이 역사적으로 입증된 것이다.

#### 4. 檢察組織의 개편과 檢察機能의 지속

미국인이 법무국장으로 일할 군정초기에 미국인 법률조언자는 한국인 검사의 수사상의 역할에 대하여 다음과 같이 논평했다.

“1945년 12월말에 사건의 신속한 기소를 위하여 법무국장은 검사의 1차적 기능을 강조하지 않을 수 없었다. 한국인 검사들은 상세한 경찰수사를 자신의 임무로 간주하는 것 같았다. 그래서 우리는 검사가 경찰과 협조하되 수사의 미세한 부분에 개입하지 말고 증거가 불충분한 점에 대해서 지적하고 법적 분석에 치중하라고 가르쳤다.”<sup>33)</sup>

33) 주한미군사(546:77).



이것은 당시 검사의 기능이 미국과 한국에서 어떻게 달랐는지를 잘 가르쳐 준다. 법원조직법이 공포된지 3개월 후, 그리고 대한민국정부수립을 10여일 앞둔 1948년 8월 2일 법령 제213호로 검찰청법이 제정·공포되었다. 새 검찰청법은 검찰조직을 법원조직에 대응하여 대검찰청, 고등검찰청, 지방검찰청, 간이검찰청으로 편성하고 검찰조직의 총수를 검찰총장으로 하였으며, 검찰총장이 전국의 검찰활동을 지시하고 감독하고 조정하지만 검사에 대한 최고감독기관은 주무부장관으로 하였다. 그러나 검사의 기능은 종전과 크게 달라지지 않았다. 그러므로 검찰의 기능과 조직에 대해서는 한국인검찰관료들의 의사가 거의 대부분 반영되었다고 추측된다.

## 5. 司法要員養成制度和 변호사단체의 체질지속

점령초기에 조선인으로서 변호사자격을 가진 사람의 수는 극소수였다. 약 2천만명의 인구중에 변호사자격을 가진 자의 수는 195명이었고 그중 140명만이 사실상 일을 수행할 수 있는 사람들이었다. 미군정이 총독정치하에서의 엄격한 변호사자격취득요건(응시자격, 실무수습기간 등)을 대폭 완화시키고 사법요원양성소를 비롯한 특별시험의 노력에도 불구하고 변호사자격소지자는 1945년말 현재 233명, 1946년말 현재 233명, 1947년말 현재 320명, 1948년 8월 15일 현재 344명에 불과하였다.<sup>34)</sup> 이러한 변호사수증가의 담보상태는 법학교육여건의 불비에 가장 큰 원인이 있었지만 변호사시험위원회의 엄격한 선발기준에도 일부 책임이 있다고 해야 하겠다. 예컨대 1947년 10월에 있었던 조선변호사시험에서 총지원자수는 700명이었지만 합격자수는 겨우 54명에 불과하였다.<sup>35)</sup> 군정당국은 이러한 결과에 크게 불만족이었으나 선발과정에 직접 개입하지는 않았다.

다음에 총독정치하에서 변호사는 변호사회가입이 강제되고 변호사로서 개업하려면 총독에게 신청하여 그 인가를 받고 변호사명부에 등록하여야 했다. 처음에는 분회로서 조선변호사회가 인정되었으나 1938년부터 조선변호사회는 없어지고 일본에 있는 일본변호사회에 통합되어 버렸다. 이리하여 미군정은 군정초

34) 주한미군사(568:99).

35) 주한미군사(567:98).

기인 1945년 11월 19일 변호사법을 긴급제정하여 조선변호사회를 창설시켰다. 그러나 조선변호사회를 인정한 것을 제외하면 이 변호사법의 내용은 총독정치하에서의 조선변호사령과 크게 다르지 않았다. 이 법에 의해서도 변호사회는 법무국과 법원의 통제를 받아야 할 운명에 있게 된다. 변호사회의 주사무소가 법무국 내의 공간에 설치되어 있었고 변호사자격소지자는 법무국장의 변호사회가입認可가 있는 후에야 변호사로서 업무를 개시할 수 있었다. 또한 회원이 판사나 검사 등의 공직에 취임하면 당해 변호사의 변호사자격이 정지되었다. 또 변호사들은 각급법원의 관할구역에 상응하여 변호사회지부를 둘 수 있으며 지부의 대표자들이 조선변호사회중앙협의회를 구성하도록 되어 있었다. 중앙협의회는 일년에 4회 이상 회의를 열어야 했다. 대법원장은 당연직 조선변호사회회장이 되었다. 법무국장은 변호사윤리를 제정할 수 있었으며 변호사회의 회칙은 법무국장의 인가를 받아야 효력이 있었다. 마지막으로 변호사자격소지자는 변호사회에의 가입이 강제되어 있었다. 이처럼 군정초기에 긴급제정된 변호사법은 변호사와 변호사단체에 대한 법무국장과 대법원장의 통제장치를 두어 변호사와 변호사단체에 대한 관료적 통제를 오히려 과거보다 한층 강화시킨 결과가 되었다. 이에 변호사들은 1945년 12월과 1946년 1월에 걸쳐 새 법이 변호사와 변호사단체의 자율권을 침해했다면서 이 법의 개정을 요구하고 나섰다. 군정초기에 이렇듯 변호사와 변호사단체에 대한 행정적 간섭을 강화시킨 이유에 대해서 미군정당국은 '자격있는 변호사의 수가 너무나 적기 때문에 법무국이 변호사회를 발전시키고 격려하고 지도하지 않으면 안되기 때문'이라고 밝히고 있다.<sup>36)</sup>

그러나 군정말기에 군정은 변호사회의 자율성요구를 일부 받아들여 1948년 7월 1일에 변호사법(법령 제207호)을 개정하였다. 개정변호사법은 첫째 조선변호사회협회를 법인으로 하고 둘째 대법원장을 조선변호사회의 당연직회장으로 하던 조항을 고쳐 협회에서 선출하도록 하였으나 기타의 조항은 그대로 존치시켰다. 그중 현직판검사가 변호사개업을 하고자 하면 司法部장관의 허가를 얻어야 한다고 한 규정에 대하여 대법원장과 현직판검사들 다수가 크게 반발하고 나섰다.<sup>37)</sup>

이 시기에 형성된 관행중 특기할 만한 사실은 한국과 미국사이에 법률교류를

36) 주한미군사(570-571:101-102).

37) 김병화, 전계서, 39~40면.

촉진시키기 위하여 한미법률교류협회(Korean-American Legal Academy)가 창설되었다는 점이다. 1946년 11월 9일 군정장관이 이 협회의 발족을 선언하였다. 사법부장 김병로, 서울공소원장 장경근, 사법부의 법률연구課 주임고문 에른스트 프랭클(Ernst Fraenkel)이 강연회를 조직하여 매달 한국인과 미국인이 교대로 포럼을 가졌다. 이 강연회는 1947년 겨울까지 지속되었다. 저명한 미국과 한국의 학자들이 미국과 한국의 법과 사법제도를 비교하면서 한국의 사법운영에 관한 의견이 교환되었다. 한국인의 미국사법절차이해를 돕기 위하여 모의재판이 행해지기도 하였다. 한국인들의 미국사법제도에 대한 연구를 촉진시키기 위하여 5명의 한국법률가가 한미법률교류협회의 후원으로 1947년 5월 워싱턴을 방문하기도 하였다.<sup>38)</sup> 또한 이 기간에 행해진 사업중 특기할 만한 사실은 미국의 시민자유연합(American Civil Liberties Union)의 대표자 라저 볼드윈(Roger Baldwin)이 한국에도 비슷한 연합의 조직을 권장하기 위하여 1947년 5월에 내한하기도 하였다는 사실이다. 이 행사를 위해서 맥아더 장군(태평양미국육군사령관)과 하지 장군(주한미국육군사령관)의 동의를 필요했다. 사법부의 미국인 법률고문은 한국의 판사, 법원관리와 경찰관리, 변호사, 저명한 시민들이 비슷한 연합회를 조직하도록 후원하였다. 이 사업에 미국인들은 다수 참석하였으나 한국인들은 적극적인 행동을 보이지 않았다. 볼드윈은 공산주의자들과의 회합에 많은 시간을 보냈다고 한다. 한국시민자유협회창설일(1947년 5월 22일)에 2명의 공산주의자와 몇몇 좌익인사들이 임원으로 선출되었다. 이 협회의 활동을 1년 남짓 지켜 본 사법부의 미국인 법률고문은 이 협회가 긍지를 가지고 활동하였으며 경찰고문문제를 포함하여 몇몇 사건을 해결하는데 성공적으로 기여하였다고 평가하였다.<sup>39)</sup>

38) 이 때 미국을 시찰한 사람은 이상기(대법원대법관), 전규홍(남조선과도입법의원사무총장), 장경근(서울지방심리원장), 강병순(사법부변호사국장겸법원국장), 이호(서울고등검찰청검찰관) 등 5명이었다. 이들은 1947년 5월 8일 도미하여 미국각지를 시찰하고 같은 해 9월 3일 귀국하였는데 미국체류시 대법원장과 사법부장, 검찰총장에게 '미국연방과 각주의 사법제도중 我國사법제도건설에 필요한 사항'을 보고하였다. 법정, 1947년 10월호, 47면, 50~52면 참조.

39) 주한미군사(568~575:100~105A).

## 6. 소 결

군정시기에 행해진 사법조직개편작업은 법원의 행정부로부터의 독립이라는 정부형태상의 개편을 달성했지만 그것을 제외하고는 과거 총독부시절의 사법조직의 체질을 근본적으로 개편한 것은 거의 없었다. 검찰의 기능과 그리고 변호사 선발과 변호사단체의 체질은 총독부시대의 그것을 거의 그대로 답습한 것이었다. 최종적인 의사결정권이 미군정측에 있었으므로 이러한 미온적인 개편구상에 대하여 미군정의 책임이 없다고 할 수 없으나 그 과정에서 한국인고위관료와 사법조직지도자들의 의향도 크게 작용하였음을 부인할 수 없다. 앞에서 언급한 미국 사법제도시찰단은 미군정의 청사진에 근접하는 방향으로의 평가보고서를 사법부장(김병로), 대법원장(김용무), 검찰총장(이인)에게 제출하였으나 그 건의내용의 상당부분이 채택되지 않은 것을 보아도 알 수 있다. 물론 그들은 총독부의 사법조직과 사법운영의 체질속에서 양성된 사법관료들이었고 사법제도에 대한 비교법적 지식이 깊지 못하였으므로 그들의 선택의 폭은 근본적으로 매우 제한된 것이었다. 그렇다 하더라도 민족해방이라는 체질개선의 호기를 맞아 수행된 개혁이 그렇듯 미온적이고 피상적이었다는 사실에 우리는 눈을 감을 수 없다. 우리는 미군정기의 사법조직개편과정과 그 결과를 검토하면서 외국군대의 물리적 지배하에서 진지한 개혁이란 거의 불가능한 것이라는 교훈을 또다시 얻게 된다. 우리는 그와 같은 뼈저린 교훈을 이미 구한말의 개혁에서 목격한 바 있다.

## VI. 軍政末期 朝鮮人 司法要員들의 행태

군정의 종식이 가까와질수록 한국인사법요원들의 권한과 책임은 점차 늘어나게 마련이었다. 다음의 사례는 미국인 법률고문들이 사법권을 이양하면서 한국인 사법요원들의 사법운영을 관찰하다가 가장 곤혹스러워 했던 사건관찰기록중의 하나이다. 이 기록은 당시 미국인고문들의 눈에 비친 한국인들의 사법운영의 실상이 어떠한가를 비교적 시각에서 잘 나타내 주고 있다.

극우단체인 대한민청의 단원들이 1947년 4월 20일 정치적 반대자들을 납치하여 살해한 혐의로 지목되었다. 군정장관 러치(Lerch)는 민정장관 안재홍과 경무부장 조병옥의 협조를 얻어 4월 22일 대한민청의 해산을 명령하였다. 주동자로 지목된 김두환과 15명의 단원들이 체포되어 재판에 회부되었다.

서울지방법원은 한 명의 피고인에게 징역 7년, 또 한명의 피고인에게 징역 5년, 또 한명의 피고인에게 징역 2년을 선고하고 김두환을 비롯한 다른 피고인들에게는 가벼운 벌금을 선고하였다. 기대한 것보다 경미한 형벌선고에 만족하지 못하여 군정장관은 검찰로 하여금 서울控訴院에 상소할 것을 지시하였다. 서울공소원은 증거가 충분치 않다고 하면서 군정청이 공소원의 견해를 신뢰해 줄 것을 요청하는 한편, 만약 군정청이 서울공소원의 견해를 받아들일 수 없다면 차라리 이 사건을 軍政법원으로 이송해 달라고 요청하였다. 군정장관은 결국 이 사건을 1947년 11월 22일 군정법원으로 이송시킬 것을 명하였다. 우익언론과 우익단체들은 군정장관의 행위가 한국법원에 대한 간섭이라고 비난했다. 이 재판에 관여했던 몇몇 판사들은 이에 불만을 품고 일제히 사표를 제출하였다.

군정장관은 군정법원으로서의 이송명령을 내리게 된 경위를 언론에 설명하였다. 미국인 법률고문들이 나서서 사표를 제출한 한국인판사들을 설득하여 사표제출은 반려되었다. 한편 군정법원으로서의 이송을 찬성한 서울공소원의 부장판사를 비난하는 우익단체들은 그의 사임을 중용하였다. 군정법원에서의 심리를 위한 제1심법원의 공판기록의 영문번역을 맡은 통역인들은 테러단체의 폭력위협을 견디지 못하고 사임하였다. 1948년 1월 22일 김두환과 기타의 피고인들은 군정법원에서 유죄판결을 받았다. 같은 해 2월 12일 김두환과 13명의 피고인들은 사형을 선고받았고 다른 두명의 피고인들은 무기징역을 선고받았다. 재조선미국육군사령관은 김두환을 제외한 피고인들에게 감형을 명령하였고 군정법원은 같은 해 3월 15일에 이 명령을 실행하였다. 태평양미국육군사령관 맥아더는 같은 해 5월 17일 김두환에게마저 감형을 명령하여 김두환의 형벌은 무기징역으로 경감되었다.<sup>40)</sup>

주한미군사에 미국인의 시각에서 기록되어 있는 이 사건의 진상을 알 길은 없다. 그러나 이 사건은 점령군인 미국인과 재판된 한국인사법조직요원사이에 '사법'과 '재판'이 어떠한 것이어야 하는가에 대한 관념이 현저히 달랐다는 사실을 여

40) 주한미군사(589~591; 118~120).

실히 증명해 준다. 그리고 이 재판은 당시의 재판이 얼마나 심각한 정치적 소용돌이 속에 휩싸여 있었는가를 잘 보여 주고 있다.

## VII. 결 론

미군정기 사법조직개편작업의 큰 틀은 군정청이 짜고 그 범위내에서의 각론적인 부분은 미군정에 의해서 임용된 한국법조인들이 구체화한 것이다. 한국법조인들 사이에서도 의견이 일치된 것은 아니었는데 그중에서 행정국가형의 사법조직을 선호하는 그룹의 구상이 지배력을 장악한 것으로 보인다. 그것은 위헌법률심사권이 법원의 권한으로 일원화되지 못한 점, 검사의 기능이 순수한 행정관으로 개편되지 않고 총독정치하에서의 검찰관의 기능처럼 사법관과 행정관의 2중적 성격으로 지속된 점, 변호사와 변호사단체에 대한 관료적 통제가 지속된 점 등에 의해서 입증되고 있다.

최초에 군정청이 구상한 사법조직개편의 청사진은 미국이 의도한 '자유주의적 민주주의국가'의 창설이라는 목표에 비추어 볼 때 긍정적인 요소가 많은 것이었다. 그것은 대한민국정부수립이후 40년에 걸쳐 지속되었던 권위주의적 정부가 점차 그런 구상을 폐지 축소하거나 허구화시켜 간 점, 그러다가 1987년이후의 민주화국면에서는 반대로 한국의 사법제도가 다시 군정청의 청사진대로 회복되어 가는 추세를 보이고 있다는 점에서 여실히 입증되고 있다. 오늘날의 사법개혁과 법학교육을 비롯한 법조개혁방향의 모델논의에서 미국의 사법제도와 법조교육이 하나의 모델로서 크게 거론되고 있는 사실도 결코 이와 무관하지 않다.

현대한국의 사법제도와 그 개혁방향에 대한 논의는 표피적으로는 미국식 사법제도에 크게 경사되어 있는데 그렇게 된 역사적 기원은 군정시대에 찾아질 수 있다. 그러나 문제의 핵심은 미국식 사법제도의 정신을 사상적으로, 법문화적으로 수용하는 데 있다. 그렇게 되지 못한다면 총독부시대의 사법제도가 구한국시대의 사법제도를 대체하여 '근대화된 사법제도'를 표방하였지만 한국의 민중에게 커다란 저항을 불러 일으켜 3.1운동이라는 역사적 심판을 받게 된 전철을 되풀이하게 될 것이다. 3.1운동으로 투옥된 민족志士중의 한 사람은 총독부의 사법부고위관료와의 대화에서 다음과 같이 답변했다고 한다.

“합병이래의 선정을 설명하고 인민의 행복이 옛날과 비할 바가 아님을 설명하여 독립이 불이익임을 說諭하면 그들은 ‘시정이래의 정치를 구한국시대에 비하면 선정으로서 물질적 행복이 있음은 이를 인정하나 자유가 없고 독립이 없는 행복은 진실한 행복이라고 생각지 않는다’고 말하는 것이었습니다.”<sup>41)</sup>

역사는 개인적 차원에서 보아서는 곤란하고 사회경제적·정치문화적 견지에서 보아야 하므로 ‘합병이후 물질적 행복이 있었다’는 이 독립지사의 순진한 말에 동의할 수는 없다. 그러나 대한민국의 현대정치는 민중에게 물질적 행복뿐만 아니라 자유와 독립까지도 주어야 한다. 이와 같은 목적달성을 위해서 우리에게 미국식 사법제도가 사법제도로써 최선의 것인지는 쉽게 답할 수 있는 문제가 아니다. 그러나 미국의 사법제도의 밑에 깔려있는 기본정신은 ‘시민적 자유(civil liberties)’와 ‘소수자보호’에 있는데<sup>42)</sup> 그러한 정신은 수용할 만한 가치가 있는 것임을 부인할 수 없다. 미군정은 점령초기에 대다수의 남한민중의 의사를 신중히 고려하지 않은 것으로 보인다. 비민주주의적인 공법관계법령의 효력을 대부분 지속시켰고 친일시비가 있는 많은 인사들을 친미정권수립이라는 지상목표를 달성하기 위해서 종래의 총독부 사법조직에 대거 등용하였으며 어려운 재정상태하에서도 사법기구를 비롯한 국가기구의 확대개편을 단행했다. 그러나 다른 한편 그들은 ‘시민적 자유’와 ‘소수자보호’를 위한 사법권독립의 중요성을 한국인들에게 가르쳐 주었다. 그들이 우리 역사상 어떤 역할을 한 것인지에 대해서는 좀 더 총체적으로 숙고해 보아야 하겠지만 그들이 한국인들에게 준 소중한 선물이 있다면 사법권독립이라는 통치기술과 그것을 정당화시켜주는 시민권사상을 진지하게 전달하려고 노력했다는 사실일 것이다.

41) 남기정 역, 전제서, 177면.

42) Morton J. Horowitz, *The Transformation of American Law 1870~1960*, Oxford University Press, 1992, p.9.