

解放後 韓國法制 變遷史

李 相 泳*

차 례

- I. 서론 - 한국 현대 법제 50년사 분석을 시작하며
- II. 한국 법제 형성의 전반적인 특징
 - 1. 입법사를 통해 본 법제사 연구 방법
 - 2. 입법사를 통해 본 한국 현대 법제 형성의 전반적 특징
- III. 한국 현대 법제사에서 각 시기별 특징
 - 1. 법제 형성과정의 시기 구분
 - 2. 기본법제의 형성기
 - 3. 한국 법제사에서 법도구주의적 특징
 - 4. 80년대 법제와 한국 법제에 대한 재정비

* 忠北大學校 法科大學 教授, 法學博士

I. 서론 - 한국 현대 법제 50년사 분석을 시작하며

1998년 우리나라는 헌법을 제정하고 정부를 수립한 이후 50주년을 맞이하였다. 이른바 제1공화국에서 제6공화국, 그리고 문민정부와 여야정권교체까지,¹⁾ 헌법이 제정 공포된 이후 9차례의 헌법개정, 그리고 제15대 국회에 이르기까지 우리나라는 실로 엄청난 정치적, 사회경제적 변화를 경험하였다. 1948년 7월 17일 헌법의 제정 공포 이후 1998년 4월 말 현재까지 우리나라에서는 5,535건의 법률이 공포되었으며, 현재 시행중인 법률은 952개(헌법 포함)이다.²⁾

제헌국회에서 1948년 7월 17일 제헌헌법이 국회에서 통과되어 국회의장에 의해 공포됨과 함께 제헌의회가 대한민국법률 제1호로 정부조직법을 제정한 이후부터 현재까지의 한국의 법제의 형성과정, 그 변천의 과정, 그리고 문제점과 전망을 살펴보는 것이 이 글의 목적이다. 한 사회에서 그 법제의 역사를 밝혀 볼 때, 우선 우리는 일단 그 사회에서 공식적으로 제정·개정 또는 폐지된 법률들에 대한 순차적인 열거를 통해서 기초적인 자료와 문제의식을 얻을 수 있을 것이다. 그러나 법제의 역사가 단순히 법제정·개정사에 머무르지 않게 되기 위해서는 법제사를 살펴보는 보다 다양한 방법론과 깊이있는 분석이 필요할 것이다.

한국 현대 법제사를 분석함에 있어서 전체적인 조망과 객관적 현실인식을 통한 미래의 전망을 갖기 위해서, 예를 들면 한 사회의 법제의 형성과정을 단계별로 구분하여 이를테면 ‘형성기-도약기-정착기’ 등으로 분석하는 방법,³⁾

1) 우리나라에서 소위 자유당정권, 공화당(혹은 유신)정권, 전·노정권, 문민정부 등과 같은 정치학적 속칭이 일반적인 반면, 법학에서는 헌법 개정에 따라 제1~6공화국 등 형식적 명칭을 공화국 구분을 위한 일정한 기준이나 내용없이 사용해왔다. 그런데 1992년 소위 문민정부가 들어서자 이것을 공화국 구분에서 어디에 속한다고 보아야 할 것인가라는 문제가 공법학계에서 비로소 논의되었다. 국순욱, “공화국의 정치적 상품화와 순차결정의 과학적 기준”, 한국공법학회 제34회 학술발표대회 논문집, 한국공법학회, 1993.

보다 과학적이고 객관적인 분석을 위해서는 정치권력의 자기 정체성 확보를 위한 욕구 또는 무책임한 형식적 분류를 통한 법학이기주의에 기초한 지금까지의 공화국 구분은 지양되어야 할 것이다.

2) 참고로 1998년 4월 말 현재까지 공포된 대통령령은 15,782건이고, 현재 시행중인 대통령령은 1,322개이다. 자료제공: 법제연구원, 공포법령건수와 현재법령건수

3) 방법론은 ‘한 사회에서 법은 발전하는가’라는 가치결정이 필수적으로 전제되기도 하는데, 따라서 궁극적으로는 유형론에 입각한 방법론이 과연 정당한가라는 문제를 선결해야

또는 제정·개정된 법률들을 분야별로 분류하여 그 기본법제의 형성과 변천을 중심으로 분석하는 방법,⁴⁾ 그리고 각 시기별로 법제의 모습을 밝히기 위한 당시 현재 시행중인 법률의 내용과 입법목적, 그리고 그와 관련된 사회적 조건관계들에 대한 법사회학적 방법론 등에 근거할 수 있을 것이다.⁵⁾

특히 한국 현대 법제사에 대한 연구는 현재 우리의 법제와 법현실의 모습을 정확히 볼 수 있게 하고, 그 문제점의 근원과 해결의 단초를 발견할 수 있는 기초를 마련해 준다는 미래지향적 의미 또한 갖는다는 점으로 볼 때, 법제라는 결과를 가져온 입법과정과 입법의 사회적 기초에 대한 분석이 필요하리라 생각된다.

우리사회에서 벌어지고 있는 많은 문제들은 직접적이든 간접적이든 현실 법규범과 관련되어 있다. 그래서 법환경(Rechtsumwelt)이라고 표현하기도 한다. 마치 자연환경과 마찬가지로 인간은 법환경 안에서 함께 살아가고 있고, 그 안에서 인간들은 그 환경이 베풀어 주는 은혜와 결실을 얻기도 하고, 때로는 인간이 할 수 있는 일들의 내용과 한계가 결정되기도 한다. 그런데 관심의 대상이 되는 사회문제가 법과 직접적으로 관련되는 경우, 일반적으로 우리는 이미 존재하는 법령들이 그 사회문제와 ‘어떻게’ 관련되는가라는 문제를 제기하고, 또한 그러한 관점을 바탕으로 해답을 찾으려고 한다. 다시 말해서 이미 존재하는 실정법령들을 확정된 대전제로 의심없이 설정하고 그 법령의 틀 안으로 문제화된 사항을 정리하여 포함시키는 것을 해결을 위한 최선의 판단방법으로 생각한다. 법환경에서 인간과 법의 관계를 이와 같은 일방적인 대전제의 회의없는 설정은 법학의 일반에서도 잘 나타난다.

우리가 각종의 일반 법학 교과서에서 자주 사용되면서도 무심코 넘어가

한다. 그렇지 아닐 경우 법제사 연구자는 자신이 밝히든 밝히지 않든 “한 사회의 법제가 도달해야 하는 ‘최선의’ 발전단계”를 일반화시킴으로써 현실적합성을 잃어버릴 가능성이 충분히 존재한다.

4) 그 내용과 양에 있어서 비록 충분하지는 않다고 하지만, 한국 현대 법제사에 대한 연구들의 대부분이 바로 이러한 방법과 관점에서 이루어졌다고 볼 수 있다. 최종고, “현대 한국법제의 형성과정고” 서울대학교 『법학』 제32권 1·2호, 1991; 한국법학교수회, 한국법제40년 - 문제와 과제 -, 한국법제 40년 학술심포지움, 1986, 등 참조.

그러나 한국 법제사를 연구하는 다양한 방법론을 소개하고 몇가지 방법론을 기초로 구체적 대상의 분석을 시도한 경우도 있다. 심희기, 『한국법제사상의』, 삼영사, 1997 참조.

5) 여기에서는 보다 구체적으로 기능주의와 행태주의적 방법, 역사주의적 관점과 방법, 구조주의적 관점과 방법, 비판법학적 관점, 맑시스트 이론에 입각한 분석 등을 모두 포함한다고 보아도 무방하다.

버리기 쉬운 말중에서 ‘…입법론으로 돌린다’라는 것이 있다. 특히 이 말은 이미 존재하는 법적용의 3단논법의 대전제인 실정법률의 틀안에서 해결될 수 없는 현실의 사안 또는 분쟁을 위한 법률적인 ‘유보’인양 자주 사용되고 있다. 이를테면 다음과 같은 비유가 적합할 것이다. 실정법과 그것의 해석을 큰 항아리에 비유하고, 그 항아리에 부어담을 수 있는 물을 사실의 사안과 분쟁으로 비유한다고 하자. 오랫동안 법학은 ‘실정법 항아리’에 사실의 물을 쏟아붓고 그 안에 들어가는 물을 ‘적용과 판단’의 대상으로 삼아 왔다. 그리고는 그 항아리에 들어가지 않거나 넘쳐나는 사실의 물은 법학의 대상에서 제외되는데, 그 제외되는 것을 위해서 ‘입법론’이라는 단어를 사용된 것이라고 볼 수 있다. 물론 시간과 공간 그리고 사람들의 관계의 진전에 따라 그 실정법 항아리의 크기가 조금씩 늘어나기는 했다고 인정할 수 있어도 기본적으로는 이러한 ‘항아리와 물넘침’ 현상은 그침이 없이 있어 왔다고 볼 수 있다. 법제사와 입법사에 대한 관심은 바로 여기에서 출발한다. 그 항아리는 언제, 어떻게 만들어졌는가, 항아리의 크기는 어떻게 결정되었으며 그 크기는 어느 정도이어야 하는가, 항아리에 담긴 물과 항아리 밖의 물은 어떻게 다른가 등의 의문은 앞에서 말한 ‘…입법론으로 돌린다’라고 허무하게 끝나 버리는 법학의 마지막 부분에 대한 궁구를 부추키게 되었던 것이다.

바로 이러한 입법사에 대한 의문과 궁구가 한국 현대 법제사 연구의 기초가 되는 것이고, 따라서 앞에서 말한 이 글의 목적에 접근을 위한 의미있는 한국 현대 법제사의 연구는 다음과 같은 방법론과 구체적인 내용을 포함해야 할 것이다.

우선 제헌헌법이 제정된 이후 우리나라의 법률의 제정·개정 역사를 전반적으로 일목요연하게 볼 수 있는 입법사에 대한 분석이 이루어져야 한다. 이를 위해서 이 글에서는 1948년부터 현재까지 매년 제·개정되어 공포된 법률안의 건수를 집산하여 우리나라의 법제 형성과정과 추이를 살펴보겠다. 이것은 우리나라의 입법활동을 전반적으로 이해하는데 더욱 중요한 것이기도 하지만, 우리의 법제 형성 과정의 단계를 파악하는데 중요한 공헌을 할 것으로 보인다.

둘째, 입법사를 통하여 전반적인 법제 형성과정의 이해의 기초가 마련되면, 보다 구체적으로 우리 법제의 근간이 되는 영역의 법률들이 정비되는 과정에 관한 분석이 계속되어야 할 것이다. 매년 평균적으로 대략 100건 정도의 법률들이 제·개정되어 공포되었는데, 그 어느 하나 중요하지 않은 법률이 없겠

지만, 나름대로 법제의 기본법이라고 할 수 있는 근간이 되는 법률들의 제·개정이 우리의 법제 형성과정에서 중요성을 갖고 있다는 점은 부인할 수 없다. 이를테면 헌법사 연구는 한국 현대 법제사 연구에서 가장 기초적인 영역이 될 것이고, 행정법 분야에서는 행정조직법 영역에서 정부조직법과 지방자치법, 그리고 행정구제법 영역에서 행정소송법이 행정법제의 역사에서 중심 분석대상이 된다고 할 수 있다. 마찬가지로 사법분야에서는 민법과 민사소송법 그리고 상법, 형사법 분야에서는 형법과 형사소송법 등을 중심으로 각 영역의 법제 형성 과정을 살펴보는 것이 필수적이라고 볼 수 있다.⁶⁾

그러나 보다 현실적합적이고 실질적인 한국 현대 법제사 연구를 위한 속고를 거듭할수록 헌법, 행정법, 민법, 상법, 형법 등 기본법 제·개정사의 정리만으로 한국 현대 법제사 전체를 이해하기에는 충분하지 못하다는 것을 인정하지 않을 수 없다. 왜냐하면 먼저 이와 같은 기본법들은 해당 분야의 근간이 되는 법률이기에 어느 나라나 국가 형성에 필수적으로 가장 먼저 갖추어야 하는 것이기에 그 중요성이 부인될 수는 없는 것이기는 하지만, 그러한 기본법은 해당 분야 법제의 근간을 이루기 때문에 오히려 고도의 추상성을 갖고 선언 또는 방침적 내용을 갖는 것이 일반적이고, 따라서 그 어느 나라나 이러한 기본법, 특히 민법과 같은 경우 그 제정 과정에 장구한 시간이 걸렸다는 것은 주지의 사실이다.⁷⁾ 결국 한국 현대 법제사 연구에 있어서 민법과 같은 기본법이 제정·공포될 때까지의 다양한 논의와 준비 과정은 물론이고 기본법 이전에 기본법 역할을 담당했던 많은 법제에 대한 분석, 그리고 기본법 제정 이후 기본법을 구체화하는 개별 법률들의 정비과정에 대한 충분한 분석이 함께 이루어져야 법제사 연구의 피상성을 벗어날 수 있을 것이다.

또한 이와 관련해서 보다 근본적으로, 근대 시민법 체계를 기반으로 하고

6) 근대 입헌주의 시민국가의 형성에서 중심축이 되었던 공법과 사법의 영역에서의 이와같은 기본법들이 물론 현재에서도 큰 의미를 지니고 있기도 하지만, 그러나 그 만큼의 중요성을 갖는 현대 복지국가에서의 새로운 분야의 법제, 예를 들면 노동법, 사회보장법, 경제법, 환경법 등의 분야에서는 어떤 한 두 개 법률을 기본법이라고 확정하기란 쉬운 일이 아니다. 대개 특정 법률을 가리키는 것이 아니라 강학상 통칭하는 것으로 포괄적 개념을 이룸하고 있는 이러한 새로운 현대 법제 영역에서는 '다양한 분야에 대한 다양한 법률'의 특징을 지닌다고 볼 수 있다.

7) 우리나라의 경우 민법은 정부수립후 10여년이 흐른 후에야 1958년 2월 22일 법률 제 471호로 제정·공포되었는데도 그 과정에서 충분한 논의와 준비가 부족했다는 지적을 받아왔으며, 독일의 경우는 19세기 초반부터 민법전 제정 논의가 있었던 이후 수 많은 논의와 준비를 거친 후 한 세기가 다 지난 1896년에 제정·공포되었다.

있는 나라들의 그것과 큰 유사성을 갖는 기본법만을 중심으로 제·개정과정과 그 내용의 변천을 분석하게 될 경우 그 연구는 ‘한국 법제사’라기보다는 ‘한국 지역에서의 서양법제사’로 될 수밖에 없고 결국 한국 법제사만이 갖고 있는 특징을 추출해내기 어렵다. 그리고 특히 앞에서 지적한 바와 같이 현대 국가 법제의 특징인 ‘다양한 분야에 대한 다양한 법률’에 관한 적합한 분석을 위해서 기본법 중심의 법제사 연구는 지양되어야 할 것이다. 어쨌든 한국 법제의 근간이 되는 영역의 기본법들이 정비되는 과정에 관한 연구는 이 글 이후에 계속되는 논문들에서 보다 자세하게 다루어지기 때문에 여기에서는 특별히 분석하지는 않겠다.

셋째, 우리나라의 입법사를 통해서 한국 현대 법제사의 전반적인 특징을 살펴보고, 구체적 법률들의 제·개정과정을 통해 각 분야별 법제의 특징을 분석하면, 우리나라 현대 법제사에서 각 시기별로 특징지을 수 있는 시기구분이 가능할 것이다. 이 글에서는 한국 현대 법제사에 대한 특징적인 시기구분을 제시해보고, 각 시기의 내용을 비교·검토하려 한다.

이러한 시기구분과 각 시기의 특징, 그리고 각 시기에서 법제의 결과와 문제점을 살펴봄에 있어서 물론 분석 대상인 특정 법제만을 독립적으로 분석한다는 것은 의미가 없을 뿐만 아니라 불가능하다. 다시 말해서 법제 형성에 영향을 준 정치적, 사회경제적 조건과의 관계속에서 법제의 의미를 찾아야 할 것이다. 그러나 여기에는 자칫 빠지기 쉬운 함정이 있을 수 있다. 이를테면 한국 현대 법제사를 지난 반 세기 동안 수많은 정변과 혼란을 겪은 정치사와 사회사에 그저 종속적인 위치밖에 갖고 있지 않은 것처럼 여겨 결국 ‘법제사’를 ‘정치권력의 합법화 역사’로 단선적으로 평가해버리는 나이브한 생각이다. 이러한 생각을 불식하는 문제는 애초 이 글의 모두에서 제시한 한국 현대 법제사 연구 목적, 즉 한국 법제의 문제점과 전망과 관련되어 있다.

법제연구 / 제14호

법제연구 / 제14호

II. 한국 법제 형성의 전반적인 특징

1. 입법사를 통해 본 법제사 연구 방법

해방후 한국 현대 법제사를 연구함에 있어 이 글에서는 우선 제헌헌법이 제정된 이후 우리나라 법률의 제·개정 역사를 전반적으로 일목요연하게 볼 수 있는 입법사에 대한 분석을 기초로 시작할 것이다. 이를 위해서 1948년부터 현재까지 매년 제·개정되어 공포된 법률안 건수를 집산하여 우리나라의 법제 형성과정과 추이를 살펴보고자 한다. 이것은 우리나라의 입법활동을 전반적으로 이해하는데 더욱 중요한 것이기도 하지만, 그와 함께 우리의 법제 형성 과정의 단계를 파악하는데 중요한 공헌을 할 것으로 보인다.

그런데 혹자는 ‘법제사’와 ‘입법사’를 엄격하게 구분하여 입법사를 기초로 법제사를 설명하려고 하는 것에 대하여 의문을 제기할 수도 있을 것이다. 특히 법제사는 법률의 제·개정의 결과에 의해 형성된 하나의 법제의 역사를 말하는 것이기 때문에 법률의 제·개정 과정 자체 또는 입법활동의 역사나 그것의 전초지에 대한 분석은 법제사 연구에서 그리 중요한 의미를 갖지 않는다고 지적할 수 있는 것이다. 그러나 앞에서 설명한 바와 같이 일단 입법사에 대한 분석없이 법제사를 말한다는 것은 어느 정도 형식적인 상태로는 가능할지는 모르겠으나 결코 법제 형성의 전체 모습을 보여줄 수 없을 것이고, 한편으로 보면 거의 불가능하다고 볼 수 있다. 그리고 법제사연구에서 입법사에 대한 이러한 무관심은 기존의 법제사연구가 기본법만을 중심으로 이루어지고 기타의 법률들에 대해서는 부수적인 의미밖에 두지 않기 때문에 생기는 편협성의 발로라고 하지 않을 수 없다. 또한 이러한 편협성은 설혹 현실적으로 구체적 삶에서 직접 관련된 것이기는 하지만, 많은 법률들은 법체계상 기본법의 틀 안에서 형식논리적으로 포섭되어야만 한다는 개념(해석)법학의 사고의 결과라고 할 수 있다. 이러한 방법론과 사고에 의거한다면 ‘현실에 있는 법제사’라기 보다는 ‘교과서에 있는 법제사’를 반복할 따름이다. 이러한 문제점들을 지양한다는 의미에서 이 글에서는 전체 법률들을 대상으로 하는 제·개정의 역사를 살펴보고자 한다.

그리고 이러한 입법사 분석을 통해 한국 현대 법제의 형성과정을 전반적으로 살펴봄으로써, 현재 우리의 법제와 법현실의 모습을 정확히 볼 수 있게 하

고, 그 문제점의 근원과 해결의 단초를 발견할 수 있는 기초를 마련해 준다는 미래지향적 의미 또한 갖는다는 점으로 볼 때, 법제라는 결과를 가져온 입법 과정과 입법의 사회적 기초에 대한 분석도 함께 이루어질 수 있을 것이라 생각된다.

(1) 분석의 기초자료

입법사를 통해 한국 현대 법제사를 분석하는 이 연구에서는 제헌국회부터 제15대 현재 국회까지의 법률 제·개정 활동과 그 결과를 분석의 대상으로 하였다. 1948년 7월 17일 헌법의 제정 공포 이후 1998년 4월 말 현재까지 우리나라에는 5,535건의 법률이 공포되었고 현재 시행중인 법률은 952개이다. 앞의 그림은 1948년부터 1997년까지 연도별·역대국회별 입법활동에 대한 통계를 그림으로 나타낸 것이다.

우선 우리나라의 입법사 분석을 위한 이 그림의 작성에는 다음과 같은 자료들이 기초가 되었다.

- ① 역대 국회 의사관계통계자료집(국회사무처 의사국, 1988)
- ② 국회사(제1대 - 제13대, 국회사무처)
- ③ 국회경과보고서(국회사무처, 제헌 - 15대)
- ④ 연도별 법령현황(법제처)
- ⑤ 문서색인목록 - 법제처편: 제1권 법령(정부기록보존소)
- ⑥ 의안카드(국회사무처)
- ⑦ 역대국회법률공포목록(국회사무처)

(2) 통계산출의 기준

한국 현대 법제사 연구의 기초로서 반세기의 입법사에서 추출해낼 수 있는 분석 결과의 일반화와 특징화를 위해 다음과 같은 분석 방법상의 기준을 마련하였다.⁸⁾

8) 위의 기초자료를 토대로 각 연도별, 역대 국회별 통계를 산정하였다. 그런데 기초자료의 형식과 내용이 대단히 불규칙적이고 비합리적으로 만들어져 있기 때문에 일일이 법률안의 건수를 집계해야 하는 어려움이 있었다. 특히 원안과 수정안이 함께 있는 경우에 총건수 계산에서 어떤 회기에는 양 건수를 합산하기도 하고 어떤 회기는 수정안을 원안에 포함시켜 산정하기도 하는 통계의 불규칙성, 제출(또는 발의)된 법률안 중 전회기에 서 이월된 법률안의 건수에 대한 처리에서 통일된 기준이 마련되지 않는 비합리성 등

① 제시된 그림이 기초한 통계는 입법부(정상 국회 및 비정상 입법 기구)에 제출(또는 발의)된 법률안 총건수와 입법부의 본회의에서 가결된 총건수로 구성되었다.⁹⁾

② <그림1>, <그림2>, <그림3>의 기초 통계는 연도별로 작성하기 위해서 회기가 2개의 년도에 걸쳐있는 경우라도 본회의에서 가결된 날을 기준으로 나누어 작성되었다. 물론 회기가 2개 년도에 걸쳐 있던 경우가 많지는 않지만, 제출(또는 발의)과 가결의 날을 기준으로 처리하였기 때문에 따라서 제출(또는 발의) 법률안의 건수는 이전 년도에 산입되고 가결 건수는 그 다음 해에 산입되도록 하였다.

③ 이전 회기에서 제출(또는 발의)된 법률안이 계속해서 상정되는 경우 제출(또는 발의) 건수에 포함시키지 않았다. 따라서 (신규) 제출(또는 발의) 총건수보다 가결 총건수가 많은 경우도 나타난다.¹⁰⁾

④ 제출(또는 발의)된 법률안 중에서 원안대로 가결된 것이 아니라 국회상임위에서 수정된 후 본회의에서 가결된 경우라고 할지라도 동일한 법률안으로 취급하여 통계를 작성하였다. 예를 들어 일정 연도의 정부제출 법률안 총건수 50건(이 중 20건은 수정안), 가결 법률안 총건수 30건(이중 10건은 수정안)이라고 하면, 제출 총건수 50건 그리고 가결 총건수 30건으로 계산하였다.

⑤ 국회 본회의에서의 가결 총건수를 계산한 것이기 때문에, 가결 후 법률안 공포권자의 거부권행사로 인해 반려된 법률안의 경우¹¹⁾는 비록 재의결 또는 폐기나 철회로 나타난다고 하더라도 일단 가결된 것으로 보고 가결 총건수에 포함하였다. 가결된 법률안에 대한 거부권 행사는 그 자체로서 입법권의

로 인해 기초자료에서 작성된 통계를 그대로 사용하는 경우 큰 오류를 범할 가능성이 있다.(특히 『12대 국회 경과보고서』에서 이러한 문제점이 많이 나타난다)

9) 법제사 연구를 위해서는 국회에서의 입법활동보다는 법률의 공포권한을 가지고 있는 기구(보통의 경우는 대통령이지만, 비상입법기구의 의장인 경우도 있었다)의 공포를 중심으로 분석해야 할 것이지만, 우선 비록 법률안의 가결일과 공포일에서 약간의 시간차를 보임에도 불구하고 국회에서의 의결 총건수와 공포 총건수 사이의 큰 차이를 보이지 않고 있으며, 더 나아가 법률의 제·개정 과정을 통해 여러 의미있는 분석이 가능할 수 있을 것이기에, 또 입법부를 중심으로 입법활동을 분석한 것이기에 법률안의 공포와는 상관없이 본회의 의결 총건수를 근거로 했다.

10) 그림에서 가결 총건수를 나타내는 아래쪽의 선이 제출(또는 발의) 총건수를 나타내는 위쪽 선을 넘어서는 경우를 말한다. 그리고 이러한 경우에는 비록 미미하지만 ②의 기준으로 인한 영향도 있을 수 있다.

11) 1998년 4월 말 현재까지 거부된 법률안은 총 65건인데, 그 중에서 33건은 원안 또는 수정안으로 가결·확정되었으며, 9건 부결, 21건 폐기, 2건 철회로 되었다.

문제로 중요한 문제이기는 하나, 많은 양을 차지하는 것이 아니기 때문에 이 연구와 같은 입법사에 대한 전체적인 분석에서는 큰 의미를 갖지 않는다.

⑥ 이 분석의 통계는 원칙적으로 법률안의 공포 건수와는 상관없이 국회 본회의 가결 건수를 계산한 것이다. 그러나 3차례에 걸친 비정상 입법기구의 존재 하에서 법률안 제출(또는 발의) 또는 가결 건수 통계의 기준은 타 역대 국회의 그것과 동일하게 취급하기 어려운 측면이 없지 않다. 또한 비정상 입법기구에서의 입법과정을 국회의 그것과 마찬가지로 추적한다는 것의 어려움도 있기 때문에, 이 경우에는 예외적으로 법률안 공포 건수를 집계하였다.¹²⁾

⑦ 1960년과 1961년 제2공화국 시기(제36회~제38회)에는 의원내각제와 함께 民議院과 參議院 양원제를 채택하고, 법률안이 우선 민의원을 통과한 후 참의원에서 다시 의결하도록 하였기¹³⁾ 때문에 동일 기간에 양원의 각각 통계가 존재한다. 그런데 제2공화국 헌법 제39조에 의하면 민의원과 참의원 의결 전체를 입법부의 입법과정으로 규정한 것이라고 볼 수 있으므로 민의원 의결을 통과한 후 참의원에서 가결된 후에야 실질적인 의회의 가결이 있었다고 보아야 한다. 따라서 이 분석에서는 참의원을 중심으로 제출(또는 발의)과 가결 총건수를 산정하였다.

⑧ 제출(또는 발의)된 법률안에 대하여 代案이 마련되어 가결된 경우는 따로 또 하나의 법률안으로 취급한 것이 아니고, 통계상으로는 원안과 동일한 것으로 계산하였다. 물론 가결 총건수에서도 포함하여 산정하였다.

2. 입법사를 통해 본 한국 현대 법제 형성의 전반적 특징

(1) 전반적 특징으로 세 개의 봉우리

<그림1>은 1948년부터 1997년까지 우리나라의 입법활동의 성과를 연도별로 통계하여 전반적인 법률의 제·개정 현황을 볼 수 있도록 작성된 것이다. 이 그림에서 윗쪽 선은 연도별 법률안 제출(정부제출과 의원발의를 합해서)

12) 물론 1980의 국보위 입법회의처럼 형식적으로 국보위 입법회의 위원 발의와 정부제출을 구분해놓고 있기는 하지만, 다른 두 비상입법기구들과 마찬가지로 첫째, 입법 담당자인 비정상 입법기구의 위원들과 정권을 장악한 정부의 담당자를 구분하는 것은 전혀 의미가 없는 것이고, 둘째, 비상 입법기구에서 제안 논의된 법률안들이 거의 異論없이 가결되었고 공포되었다는 점 등의 공통점을 갖고 있으므로 이 통계상의 예외는 크게 틀리지 않다고 보아도 될 것이다.

13) 제2공화국 헌법 제39조 참조.

총건수를 나타내고, 아랫쪽 선은 입법부(정상 국회 및 비정상 입법기구)에서 가결된 법률안의 총건수를 나타낸다. 우선 <그림1>에서 우리는 두드러진 특징을 한눈에 찾아낼 수 있다. 즉, 우선 제출 총건수나 가결 총건수 양자에 걸쳐 전체적인 구도로 보아서 알 수 있는 것은 우리나라 입법역사에서 큰 봉우리가 세 개가 있다는 것이다. 첫 번째 봉우리는 1960년대 초에 나타나는데, 이 때는 5.16 군사쿠데타 이후 군사최고회의(국가재건최고회의)에서 행한 입법활동의 결과이다. 두 번째 봉우리는 1972년 비상국무회의에서의 입법활동, 세 번째 봉우리는 1980년 초 국가보위입법회의에서의 입법활동에 기인한 것이다.¹⁴⁾ 이러한 단기간의 비상 입법기구에 의한 대량 입법 현상은 독일에서도 나타나는데, 예를 들면 1870년부터 1980년까지 법령의 총건수의 변화를 보여주는 그림에서 가장 날카롭게 우뚝선 봉우리는 1930년대 말 나치 Nazi 시기에서 나타난다.¹⁵⁾ 물론 한국에서 이 세 시기의 정치적인 상황을 고려하고 비상 입법기구의 구성과 성격을 전제로 한다면 당연한 것이라고 볼 수 있는 현상이지만, 이 세 봉우리는 몇 가지 공통된 특징을 갖는다.

우선, <그림1>에서 볼 수 있는 것처럼 이 세 시기에서는 법률안의 제출 총건수와 가결 총건수 양자가 분리되지 않고 동일하게 급등되어 있다는 점이다. 이 특징은 예를 들면 1988년을 전후한 시기의 모습 등과 같은 몇 차례의 유사 봉우리와는 법률안 제출선과 가결선의 간격 차이에서 상이점을 나타낸다. 즉, 법률안 제출 총건수는 상당히 증가했음에도 불구하고 가결 총건수는 예년의 수준으로 머물고 있는 유사 봉우리와는 다르게, 이 세 시기의 봉우리는 양자가 같은 수준으로 급격히 증가했다는 점이다. 이 특징을 근거로 하여 비상 입법 기구에서의 입법활동의 성격을 어느 정도 평가할 수 있을 것이다. 비상 입법 기구의 시기에 입법활동의 중심은 입법기구 내의 입법논의 또는 심의보다는 의도된 정책 방향의 실현을 위한 도구로 입법을 선택했다는 점에 있다는 것이다. 그리고 이 비상 입법 기구의 구성원들이 이 입법기구에 제출되는 법률안의 기초·제출자에 대하여 독립적으로 구분되어 있지 않았거나, 또는 정치적 세력관계와 정치적, 사회경제적 입장에서 동일한 자들로만 입법기구가

14) 비상 입법기구인 국가재건최고회의(1961.5~1963.12), 비상국무회의(1972.10~1973.3), 국보위 입법회의(1980.10~1981.4)는 짧은 기간 동안 각각 1008건, 270건, 189건(공포건수를 기준으로 산정)의 법률안을 집중적으로 가결처리하였다.

15) Hubert Rottleuthner, "Aspekte der Rechtsentwicklung in Deutschland", in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6(1985), Heft 2, 214쪽 참조.

구성되어 있었다거나, 또는 입법에 대한 자유롭고 민주적인 토론이 음양으로 제한받은 상태에서 通法기구 또는 집행기구에 지나지 않았다는 등의 평가를 할 수 있다.

둘째, <그림1>을 <그림2>와 <그림3>을 함께 비교해 보면, 이 세 시기의 입법활동의 특징을 보다 명확히 볼 수 있다. 물론 비상 입법 기구가 비록 실정 법률의 제정을 담당하기는 했지만, 그 기구들의 성격을 ‘입법부’로 성격지울 수 있는가라는 근본적인 질문을 불러일으킬 수 있는 특징이 나타난다. 즉, 이 세 시기에서 법률안은 거의 비상 정부에 의해서 제출되었고, 비상 입법 기구의 위원들에 의해 제출된 건수는 극히 적은 수에 그쳤다. 다시 말해서 이 세 비상 입법 기구의 입법 활동을 기록한 자료에 따르면 형식적으로 의원제출과 정부제출 법률안의 통계가 구분되어 있기는 하지만(예를 들어 국보위 입법회의 경과보고서에 따르면 기간 중 의원발의 법률안 총건수 33, 정부제출 총건수 156, 그리고 전체 가결 처리), 비상 입법 기구와 비상 정부의 실질적 비독립성과 입법기구 내의 입법논의의 불충분 등을 고려한다면, 그 실질에 있어서는 비상 정부에 의한 ‘일방적인’ 입법이라는 점을 면하기 어려울 것 같다.

셋째, <그림1>에서 세 봉우리 직후의 시기를 살펴보면, 입법활동이 비교적 주춤거리고 있다는 특징을 볼 수 있다. 1964년, 1974년, 그리고 1982년은 비상 정부에서 정상적인 헌법 기구들로 대체된 초창기에 해당하는 시기인데, 정상적 국회 구성 이후 국가의 정상적 복귀라는 과제를 안고 있는 국회이만큼 비상입법기구보다 보다 폭넓고 많은 양의 입법활동이 기대되는 것이 일반적이라고 보여진다. 그러나 <그림2>이나 <그림3>에서 보는 바와 같이 오히려 의원발의는 물론이고 정부제출 등 입법활동은 미미한 수준에 머물고 있다. 이러한 입법사에서 보여지는 특징은 정변에 의한 비상 정부 직후 구성된 정상적인 정부가 이전의 비상 상황에 대한 헌법적 회복 또는 정변에 대한 정리 등의 입법 과제를 수행하지 않았다는 것, 그리고 더 나아가 비상 입법 기구의 비정상 입법활동의 결과로 형성된 실정법 질서에 근거한 국가 구성이라는 점을 확인할 수 있는 근거가 된다.

넷째, <그림1>과 <그림4>를 비교하여 살펴보면, 우리나라의 입법사에서 획을 그으면서 입법의 문화를 전반적으로 변화시킨 세 시기의 심각성을 보다 잘 알 수 있다. <그림4>의 역대 국회별 통계로 보면 정상적인 국회에서 제출(가결)된 법률안들의 건수가 대략 평균적으로 400건(150건)인데, 세 봉우리의

비상 입법 기구 시기는 짧은 기간 안에 전자의 2배 이상의 건수를 기록하고 있다. 다시 말해서 우리나라의 법제 형성 과정은 이 세 시기에 의해 완전히 주도되고 또한 변화되어 왔다는 것을 부인할 수 없는 것이다.

(2) 법제 형성에 있어서 주도권

우선 결론적으로 말하면, 우리나라 현대 법제사 전반을 보면 그 형성의 주도권은 전적으로 정부에 있었다고 할 수 있다. 가장 기본적으로 우리 헌법의 제정 및 9차례의 개정에서 있어서 국민들의 자발적인 헌법논의는 물론이고 국회 내에서의 헌법개정논의가 충분히 이루어진 경우가 드물 뿐만 아니라, 오히려 국회나 국민의 요구와 의사를 배제하려는 상황을 전제로 해서 헌법개정을 하려는 의도적인 경우도 볼 수 있다. 또한 정부제출이든 의원발의든 그 의미에서 큰 차이를 보이지 않는 기본법, 예를 들면 민법, 형법, 각 소송법, 상법, 노동관계법 등의 제·개정에 있어서도 법률안의 준비과정과 입법과정에서 거의 대부분 정부의 주도권이 명백하게 나타난다.

법제 형성에서의 이러한 정부의 주도권은 우리나라의 현대 법제사를 정치사로부터 완전히 독립적인 것으로 취급하려는 나이브한 관점에 중요한 비판이 될 수 있다. 즉, 이러한 특징은 각 시기에서 개별 법률들의 내용과 제·개정 과정에 대한 정부기구를 통한 정치권력의 개입에 대한 미시적 분석뿐만 아니라 법제도 전반에 걸친 성격-예를 들면 범정책학적 또는 법도구주의적 성격-을 설명하는 거시적 분석의 기초가 될 수 있다.

법제 형성의 주도권과 관련해서 <그림2>와 <그림5>의 의원발의 법률안 통계와 <그림3>과 <그림6>의 정부제출 법률안 통계에서 우선 비교할 수 있는 것은 일단 그림에서 나타나는 건수의 크기이다. 정치권력의 완전한 주도권하에 있었던 비상 입법 기구 시기는 말할 필요도 없이, 우리의 입법사 전반에 걸쳐서 의원발의 법률안 총건수는 정부제출 법률안 총건수에 비하여 절대적으로 적다. 연도별로 대략 제출(가결) 평균 건수가 전자의 경우는 50(20)인데 반하여 후자는 100(60)으로 나타난다.

그런데 이러한 일반적인 경향과 다르게 특이한 모습을 보이는 기간이 1988년 전후인데, 이 기간은 바로 여소야대의 구성을 가졌던 제13대 국회의 전반부에 해당된 시기이다. 제6공화국의 제13대 국회는 여소야대라는 의회조건과 정기국회의 국정감사, 각종 특위 및 청문회의 활동의 연속선상에서 민주화를

위한 각종 정치적·경제적 현안에 대한 법적·제도적 장치의 확보라는 요구가 증만하여 우리나라 의정사상 보기 드물게 많은 법률안이 집중적으로 논의되었다.¹⁶⁾ 특히 제145회 임시국회가 반민주악법 개폐를 위해서 개최되는 등의 원발의를 중심으로 입법활동이 적극적으로 일어났고, 따라서 정부제출 총건수가 예년의 수준에 머물고 있는 한편, 의원발의 법률안 제출 총건수가 상대적으로 급증하는 경향을 보였다. 그러나 집권 정부가 의회에서 다수를 확보하지 못한 이유로 인해 주어졌던 의원 중심의 입법활동이 활성화되는 좋은 기회를 맞이하였지만, 이와 같은 현상은 동시에 대통령의 법률안 거부권 행사와 재의결, 그리고 부결(또는 임기만으로 인한 폐기) 등의 입법권에 대한 견제를 빈번하게¹⁷⁾ 나타나게 하였고, 결국은 3개 정당의 합당으로 여소야대를 발판으로 형성된 활성화의 기회는 사라지게 된다.

의원발의와 정부제출 법률안 총건수의 비교에서 지적될 수 있는 또 다른 특징으로는 양자의 가결 비율이다. 양자의 가결 비율은 <그림2>와 <그림5>를 <그림3>과 <그림6>에 비교 검토하면 쉽게 알 수 있다. 전자의 그림들에서의 윗쪽의 제출선과 아랫쪽의 가결선의 간격이 후자의 그것보다 상대적으로 넓게 나타난다. 다시 말해서 의원발의 법률안은 정부제출 법률안에 비하여 가결율이 떨어진다고 할 수 있다. 앞에서 지적한 예외적인 기간인 1988년 전후의 시기에서도 비록 의원발의 법률안 총건수가 급격히 증가했음에도 불구하고, 그 증가 비율만큼 가결 총건수도 늘어나는 것이 아니라 여전히 가결율은 낮은 것으로 나타난다.

정부제출 법률안의 가결율이 의원발의 법률안의 그것보다 높게 나타나는 현상은, 다시말해 한국 현대 법제 형성과정에서 정부가 그 주도적 역할을 담당해왔다는 사실은 물론 현대 복지행정국가에서 흔히 볼 수 있는 일반적인 특징이라는 점은 부인하기 어렵다. 또한 국회에 주어지고 있는 입법권의 중심내용인 입법사항의 판단은 형식적으로는 입법부인 국회에서 이루어지지만, 실질적으로 보면 국회는 입법사항의 판단을 완성하는 것일 뿐이고 입법판단의 시작과 내용을 구성하는 것은 의회이전에 이루어진다. 또한 상당수의 경우에는 입법

16) 독일의 입법사를 살펴보면 1923년 전후 바이마르 공화국 시기에 이와 같이 활발한 입법활동의 현상을 찾아볼 수 있다. Hubert Rottleuthner, 앞의 논문, 214쪽 참조.

17) 제13대 국회 초반기 여소야대 국회 시기인 제143회~제145회 국회에서 가결된 법률안이 대통령에 의해 거부되어 재의결 요구된 후 결국 부결 또는 폐기된 경우는 제143회(2건), 제145회(1건), 그리고 제146회(4건)로 나타난다.

과정에서 정책 결정 과정과 입법사항 판단이 동시에 이루어지고, 결국 정부의 정책 결정은 입법자가 행사할 수 있는 입법권의 범위와 직접 관련된다.

결국 우리나라가 비록 의회의 다수에 의해 내각이 구성되는 내각책임제를 채택하고 있지 않고 입법부와 정부의 구성이 상대적으로 독립성을 띠고 이루어진다고는 하지만, 우리나라의 입법사에서 정부의 입법권에 관한 주도권은 확인할 수 있는 명백한 특징이라고 할 수 있다. <그림2>와 <그림3>의 양 곡선이 합해져서 <그림1>의 양 곡선의 모습을 형성했다고는 하지만, <그림1>의 곡선의 형태에 영향을 준 것은 <그림3>이라고 볼 수 있는데, 이것은 바로 우리나라 입법사에 있어서 정부의 절대적인 영향력을 분명하게 보여주는 것이라고 할 수 있다.

Ⅲ. 한국 현대 법제사에서 각 시기별 특징

1. 법제 형성과정의 시기 구분

앞서 살펴본 입법사를 통한 우리나라의 법제사의 전반적인 특징에서 우리는 어느 정도의 법제사 연구를 위한 시기 구분의 단초를 발견할 수 있었다. 더 정확하게는 그 형성된 법률들의 성격과 우리의 법제에서의 중요성을 분석·평가해야 하겠지만, 일단 우리는 법률들의 제·개정 총건수를 중심으로 한국 현대 법제사에서 일정한 중요성을 갖는 시기들을 찾아낼 수 있고, 그에 따라 법제 형성의 역사에 시기 구분을 제시할 수 있을 것이다. 그리고 나중에 자세히 살펴보겠지만, 많은 문제점에도 불구하고 최소한 우리나라의 경우에는 앞의 그림들과 같은 법률들의 제·개정의 역사에서 나타나는 전반적 특징에 근거한 시기 구분과 법제사 형성 과정의 시기 구분이 평행선을 이루고 있다고 할 수 있다.

우리나라의 현대 법제사에서 나타난 세 차례의 비상입법기구에 의한 대량의 법률 제·개정을 통한 법제의 형성 또는 정비는 그 정당성과 연속성 여부와 상관없이 법제사에 있어 시기 구분의 기준으로 볼 수 있다는 것이다. 1961년 6월 6일 군사혁명위원회포고 제40호로 공포된 국가재건비상조치법 제9조, 1972년 10월 23일 정부가 제출하고 비상국무회의가 의결하여 법률 제2348호로 공포된 비상국무회의법 제3조, 1980년 10월 27일 국가보위입법회의 의원발의로 국가보위입법회의가 의결하여 다음날 법률 제3260호로 공포된 국

가보위입법회의법 제2조 등에 의해 입법부인 국회의 권한을 부여받은 비상입법기구들은 각각 대략 2년 7개월(1961년 5월 16일~1963년 12월 16일), 5개월(1972년 10월 17일~1973년 3월12일), 5개월 보름(1980년 10월28일~1981년 4월 10일) 동안 각각 1008건, 270건, 189건이라는 엄청난 양의 법률의 제·개정을 통해 우리나라 법제의 획기적인 변화를 가져왔다.

이러한 비상입법기구의 대량 법률 제·개정 과정을 우리나라 현대 법제사의 시기 구분의 기준으로 보는 까닭은, 우선 비상입법기구는 그것 이전의 정상적인 입법기구인 국회를 통해서 형성된 법제를 전반적으로 재정비하였다는 것이고, 또한 그것 이후 신정권을 위한 새로운 헌법과 법제의 형성을 위한 기초를 마련하였다는 사실에 있다. 물론 시기 구분의 기준으로 세 비상입법기구들은 법제의 재정비와 형성이라는 두 가지 의미를 모두 갖고 있지만, 양 쪽을 축으로 하는 스펙트럼으로 도식적으로 설명하자면 그 시기와 성격에 있어서 국가재건최고회의는 우리나라의 현대 법제의 기본골격을 형성하는 시기를 마무리했다는 의미, 비상국무회의는 정책중심의 법도구주의적 법제의 형성기라는 의미, 그리고 국가보위입법회의는 구 법제의 정비에 대한 요구와 새로운 다양한 법제의 맹아기라는 의미를 지니고 있다고 할 수 있을 것이다.

그런데 한국 현대 법제사의 시기 구분에서 이러한 비상입법기구가 중요한 기준으로 여겨지는 만큼, 1990년을 전후로 하여 여소야대 정국, 군사정권의 퇴장과 정권교체로의 이행 등으로 만들어진 새로운 환경은 이전의 법제에 대한 재정비를 요구하고 새로운 법제의 형성을 위한 시기라는 의미로 그 중요성을 갖지 않을까 생각한다.

2. 기본법제의 형성기

이 시기는 우리나라의 현대 법제의 기본틀이 마련되는 시기로, 1948년 7월 17일 제헌헌법의 공포로부터 시작하여 제5차 헌법개정과 국가재건최고회의의 폐회까지를 기간으로 할 수 있다. 이 시기에는 “이 法案은 다른나라에는 그 類例를 찾아보기 힘든 것으로 가까운 日本에서는 官制로서 發布하고 있고 其他 美·英國에 있어서는 具體的인 事案別로 特別法을 制定하여 職制를 規定하고 있으나 우리나라의 境遇 政府가 없어 不得已 政府組織法이라는 一般法을 制定하기에 이른 것인 바 … 建國初期에 山積한 政務處理를 가장 迅速하고 能率的으로 처리하도록 配慮하여 이 法案을 成案·上程하기에 이룸”이라는 제안

이유를 갖고 제1회 국회(임시회)에서 가결되고 제헌헌법과 같은 날에 대한민국 법률 제1호로 공포된 정부조직법을 출발로 해서 우리나라에서 현대적 법률의 제·개정 역사가 시작되었다.

이렇게 시작된 한국 현대 법제의 형성기라고 할 수 있는 이 기간에는, 제1공화국 시기(제헌국회~제4대국회, 국회 제1회~제35회, 1948년 5월 31일~1960년 7월 28일) 동안에 법률 제1호 정부조직법으로부터 법률 제556호 민법·민사소송법 시행에 관한 임시조치법까지, 제2공화국 시기(제5대 국회, 국회 제36회~제38회(민의원), 1960년 7월 29일~1961년 5월 16일) 동안에 법률 제557호 국회법 전문개정으로부터 법률 제617호 대한민국재향군인회법까지, 국가재건최고회의 시기(1961년 5월 16일~1963년 12월 17일) 동안에 법률 제618호 국가재건최고회의법으로부터 법률 제1625호 산업재해보상보험업무및심사에관한법률까지 제5차 개헌 헌법을 제외하고 1,625건의 법률이 제·개정되어 공포되었다.

한국 현대 법제사에서 이 시기의 특징은 우선 정부수립후 우리나라 고유의 법제 형성을 위해 어떤 법제를 취해야 하는가라는 이른바 ‘법제 선택’의 과제가 주어졌던 시기라는 점이고, 그에 따라 법제편찬을 중심으로 하는 국가의 근간이 되는 기본 법제 형성을 위한 작업이 이루어졌던 시기라 볼 수 있는 것이다. 이 시기 초입인 1948년 발표된 한국 법제의 형성이라는 과제와 목적을 위한 노력을 촉구하고 있는 다음과 같은 글은 이 시기의 특징을 잘 대변하고 있다.

“해방 이후 3년에 가까운 光陰이 흘렀다. 짧다면 짧은 기간이었을는지 모르나 즉시 독립을 회구하는 우리에게 있어서는 상당히 장구한 기간이었다. 그럼에도 불구하고 우리는 오히려 倭語로 된 법전을 사용하고 있으니 해괴한 일이 아니냐? 불행히도 참으로 불행하게도 아직 우리가 미군 점령하에 있으니 倭帝 시대의 법전을 쓰면서도 변명할 여지가 있을는지 모르나 진작 우리가 독립정부를 세웠던들 寢食을 잃고라도 벌써 우리의 법전을 내어 놓고야 말았을 것 아닌가?”¹⁸⁾

독립국의 명실상부한 법제를 형성해야 하는 이러한 강변을 담고 있는 같은

18) 曉堂學人(일부러 實名을 가린 듯 하나 당시 법제편찬위원회 위원이었던 張厚永인 듯), “法典編纂에 대하여”, 『法政』 제3권6호, 1948년 6월, 10쪽: 최종고, 앞의 논문(1991), 58쪽에서 재인용.

글에서는 이와 함께 우리 법제의 형성 방향을 제시하고 있는데, 즉

“... 그러면 법전편찬의 重點을 어디에 둘 것인가? 一言으로 따진다면 ‘倭色의 一掃’에만 主力을 다하면 충분할 것이라고 할 것이다. 왜색일소의 제일의 과제는 법전을 우리말로 개편하여야 할 것이고 제2의 과제는 法文의 내용에 있어서 倭色 색채를 떼는 것을 삭제하며 혹은 우리의 고유의 정신에 맞는 것으로서 代置하여야 할 것이다 ...”¹⁹⁾라고 하고 있다. 당연한 생각이지만 건국 초기 법제 형성을 강변하는 사람들이나 법제 마련을 위한 각 기구들은 우리 법제 형성의 방향 중 가장 중요한 것으로 倭色으로부터의 탈피를 들고 있다. 일응 보기에 우선 언어와 문장을 일본의 그것으로부터 우리말로 바꾸는 것이 대단히 중요하기에 당시의 모든 노력이 그것에 맞추어져 있었으리라고 생각된다.

그러나 이 시기가 우리나라의 독립적인 고유의 법제를 형성하는 기초를 마련하는 대단히 중요한 시기라는 점으로 볼 때, 비록 주어진 짧은 시기라는 어려운 점이 없지 않았지만 몇 가지의 쟁고 넘어가야 하는 문제점이 있다. 먼저 당시의 법제 편찬의 과정과 방향을 보면 대부분 어떻게든 하루빨리 일제의 법제로부터 탈피한 법률을 제정해야 한다는 사고에 국한되어 있었지 결코 법체계(세계 각 국의 法系와 관련하여)나 그에 따른 법제의 기본방향에 대해서는 생각과 논의를 하려고 하지 않은 듯하다. 좀 더 정확하게 말하면 일제의 법제의 근거인 대륙법 체계와 법전편찬을 중심으로 하는 성문법 개념에 대해서는 미리 당연한 듯 전제하고 있었던 것이 아닌가 한다. 결국 우리의 법제 형성은 이미 기존의 일본 법제의 틀은 전제하고 있는 상태에서 우리의 말과 문장으로 표현된 것에 지나지 않는 성격을 벗어날 수 없었던 것이다. 그래서 한국 법제 형성에 있어서 일본법 색채가 일소된 것은 법률의 용어 정도에 불과한 것이었고, 사실은 엄청난 부분이 과거 또는 패전 후의 일본법을 그대로 답습하고 있다.²⁰⁾ 이리하여 외형적으로 볼 때 1962년도까지의 헌법을 제외한 한국의 기본법제도도 일제강점기와 마찬가지로 일본법을 매개로 한 서구법의 재수용이었다고 할 수 있다. 그리고 이 경우의 일본법 수용은 외형적으로는 자발적인 수용이었지만 일제강점기에 구축된 토대에 제약된 측면이 강하였기 때문에 내

19) 曉堂學人, 앞의 글(1948), 10쪽;최종고, 앞의 논문(1991), 59쪽에서 재인용.

20) 정중휴, 『韓國民法典의比較法的研究』, 東京:創文社, 1989, 319~324쪽; 심희기, 앞의 책(1997), 393~394쪽에서 재인용.

용적으로 볼 때 자발성의 여지는 매우 제한된 것이었다.²¹⁾

비록 당시는 물론이고 그 이후 현재까지도 지적받고 있는 이러저러한 문제점을 간직한 채, 어쨌든 국가건립과 함께 가장 중대한 과제중 하나인 법제 형성을 위한 노력은 각 위원회들²²⁾의 활동을 중심으로 이루어졌다. 행정법 분야에서는 정부조직법(법률 제1호)과 지방자치법(법률 제32호, 1949년 7월 4일) 등의 행정조직법제, 행정소송법(법률 제213호, 1951년 8월 24일)과 소원법(법률 제211호, 1951년 8월3일) 등의 행정구제법제가 마련되었다. 1948년 9월 15일 대통령령 제4호로 ‘기본법전의 편찬에 필요한 자료를 수집·조사하고, 법전의 초안을 기초·심의’하기 위하여 구성된 법전편찬위원회의 가장 중요한 분야인 민사법에서는 약 10여년의 준비 끝에 법률 제471호(1958년 2월 22일)로 민법이 공포되고 1960년 1월 1일부터 시행에 들어갔고, 민사소송법은 1960년 4월 4일 법률 제547호로 공포되었다. 1949년부터 법전편찬위원회에서 준비했던 상법은 1961년 1월 20일이 되서야 국가재건최고회의에서 법률 제1000호로 공포되었고, 같은 날 어음법(법률 제1001호), 수표법(법률 제1002호)도 함께 공포되어 1963년 1월 1일부터 시행되었다. 법전편찬위원회에서 그 긴급성에 따라 1949년에 초안이 마련된 형법은 전란 중인 1953년 9월 18일 법률 제293호로 공포되고, 형사소송법은 1954년 9월 23일 법률 제341호로 그리고 행형법(법률 제105호, 1950년 3월 2일)이 공포되었다.

이 시기에는 기본법제 외에도 국가건립을 위한 각종 중요 법률들이 제정되어 법제 형성에 하나의 몫으로 기여하였다. 우선 5·16이전까지 정상적인 입법기구인 국회에서, 국회법(법률 제5호, 1948년 10월 9일), 법원조직법(법률 제51호, 1949년 9월 26일), 헌법위원회법(법률 제100호, 1950년 2월 21일)과 헌법재판소법(법률 제601호, 1961년 4월 10일), 국가공무원법(법률 제44호, 1949년 8월 12일), 소득세법(법률 제33호, 1949년 7월 15일) 등 각종 세법, 교육법(법률 제86호, 1949년 12월 31일), 국가배상법(법률 제231호, 1951년 9월 8일), 노동쟁의조정법(법률 제279호, 1953년 3월 8일)과 노동조합법(법률 제280호, 1953년 3월 8일) 그리고 노동위원회법(법

21) 심희기, 앞의 책(1997), 394쪽.

22) 1947년 6월 남조선과도정부의 사법부아래 구성된 法典起草委員會, 1948년 9월 대통령에 의해 구성된 法典編纂委員會, 1956년 7월의 法令整理委員會(법제처 산하) 등이 있었다. 심희기, 앞의 책(1997), 392쪽; 최종고, 앞의 논문(1991) 참조.

를 제281호, 1953년 3월 8일), 근로기준법(법률 제286호, 1953년 5월 10일)등 노동법, 국제통화기금 및 국제부흥개발은행에의가입조치에관한법률(법률 제362호, 1955년 7월 5일) 등 국제조약관련 법률들, 무역법(법률 제460호, 1957년 12월 13일), 국가보안법(법률 제10호, 1948년 12월 1일), 반민족행위처벌법(법률 제3호, 1948년 9월 22일), 민주반역자에대한형사사건임시처리법(법률 제562호, 1960년 10월 13일), 부정축재특별처리법(법률 제602호, 1961년 4월 10일) 등, 국가 건립과 그에 따른 현대 법제 형성을 위한 구체적인 법률들이 제정되었다.

그런데 우리나라 법제사 형성의 초반기에 해당하는 1960년 이전의 법 제정 활동을 검토해보면, <그림1>에서 보는 바와 같이 양 선이 비교적 평탄한 모습을 띠고 있다. 그리고 이 기간에 관해서 <그림2>와 <그림3>을 함께 살펴보면, 의원발의 총건수와 정부제출 총건수가 큰 차이를 보이지 않고, 더 나아가서 가결율에 있어서도 전자와 후자가 비슷한 모습을 보인다. 마찬가지로 <그림5>와 <그림6>에서 이 기간을 비교해보면 이 현상을 보다 명확히 발견할 수 있다. 그러나 비록 이 시기의 그림이 평탄하고 균형이 잡혀 있듯이 보일지 모르지만, 이 시기가 국가 구성의 초기라는 점을 고려한다면 보다 많은 건수의 제출·가결이 보여야 함에도 불구하고 입법활동이 다른 시기에 비하여 활발했다고 보기는 어렵다. 그것은 전반적으로 아직 의회의 입법권에 대한 중요성보다 국가 구성상의 정치적 세력관계에 관심이 향해져 있었기 때문에, 국가적 관심사가 입법을 중심으로 논의되는 정도 또는 국가 정책을 입법으로 전화시키려는 법정정책적 고려가 전체적으로 정비되는 수준이 미비했다고 볼 수 있다.²³⁾ 그러나 1956년이후 의원발의와 정부제출 법률안의 총건수가 상당히 증가하는 등 법전편찬의 활성화가 보이기도 한다. 하지만 1950년대 후반기에 보이는 이 활성화는 제출 총건수의 증가에도 불구하고 가결 총건수는 오히려 비교적 약간씩 줄어든 모습을 보이는데, 이는 제1공화국 말기에 정부나 의회 모두에서 나타나는 파행적 정치 상황을 반영한 결과로 보여진다.

1961년 이전의 법제형성 과정은 기본법제의 마련을 위한 작업이 중심이 되

23) 예를 들면, 1950년대 중반이후 자유당 정권은 경제개발계획을 수립·시행하려는 시도를 하면서도, 그것을 위한 경제관계법들을 정비하려는 노력을 찾아보기 어렵다. 법정정책적 입장에서 경제개발계획에 따른 입법선택을 본격적으로 수행하기 시작한 것은 1960년대 후반에 들어서면서이다. 이상영, 『한국경제성장과 경제관계법의 관계』, 서울대석사논문, 1986 참조.

고, 그에 따라 주로 새로 제정되는 법률들이 대부분이다. 물론 사회 변화에 따른 법발전이라는 측면에서, 또는 시급히 국가정비를 해야 하는 요구로 인한 짧은 기간의 문제점 등을 종합적으로 보면, 이 시기의 법제 형성 작업의 성과는 한국 현대 법제 형성의 완성이라기보다는 한편으로 새로운 내용을 담아내기 위한 틀을 마련한 것이라고 보아야 할 것이다. 이렇게 기본적인 틀을 형성한 우리의 현대 법제는 1961년 군사정부에 의해 첫 번째의 시련을 겪게 되고 대대적인 정비를 맞게 된다. 1961년 5월 16일부터 1963년 12월 17일까지 존속한 군사정부는 자신의 법적 근거를 스스로 마련한 국가재건최고회의에 입법권을 부여하여 총 1,008건의 법률들을 제·개정함으로써, 우리 현대 법제 형성기의 일단을 마무리하였다. <그림1>과 <그림4>에서 보는 바와 같이 엄청난 양의 법률의 제·개정을 실시하였던 국가재건최고회의 시기는, 정치적·사회경제적 혼란 상황으로 인한 이전의 더딘 법제 형성을 비상입법기구를 통해 위로부터 신속하게 정비했다는 점과 군사정권의 유지 및 경제성장이라는 국가정책을 시행하기 위한 도구주의적 법제의 기반을 마련했다는 점 등의 의미를 갖는다.

1961년 5월 16일 이전에 정부조직법이 제정되고 4차례의 개정이 있었을 따름인데 국가재건최고회의 기간에는 무려 11번의 개정이 이루어지는 등 기존의 비록 완전하지는 않은 상태이기는 하지만 어느 정도 형성된 법제의 틀에 대한 대폭적인 정비가 이루어졌다. 또한 이 시기에는 예를 들면 중앙정보부법(법률 제619호, 1961년 6월 10일), 폭력행위등처벌에관한법률(법률 제625호, 1961년 6월 20일), 부정수표단속법(법률 제645호, 1961년 7월 3일), 유실물법(법률 제717호, 1961년 9월 18일), 외국인토지법(법률 제718호, 1961년 9월 18일), 물가조절에관한임시조치법(법률 제770호, 1961년 11월 9일), 윤락행위방지법(법률 제771호, 1961년 11월 9일), 미성년자보호법(법률 제834호, 1961년 12월 13일), 예산회계법(법률 제849호, 1961년 12월 13일), 외자관리법(법률 제934호, 1961년 12월 31일), 문화재보호법(법률 제961호, 1962년 1월 10일), 섭외사법(법률 제966호, 1962년 1월 15일), 이자제한법(법률 제971호, 1962년 1월 15일), 증권거래법(법률 제972호, 1962년 1월 15일), 도시계획법(법률 제983호, 1962년 1월 20일), 파산법(법률 제998호, 1962년 1월 20일), 균형법(법률 제1003호, 1962년 1월 20일), 경제개발특별회계법(법률 제1183호, 1962년 11월 28일), 회사정리

법(법률 제1214호, 1962년 12월 12일), 사립학교법(법률 제1362호, 1963년 6월 26일), 공해방지법(법률 제1436호, 1963년 11월 5일), 사회보장에 관한법률(법률 제1437호, 1963년 11월 5일) 등 기본법제 형성 이후 요구되는 각 부문의 중심 법률과 그와 관련이 있는 구체적인 법률들의 제정이 이루어졌다.

제5차 헌법개정과 국가재건회의의 대대적인 법률 제·개정을 통한 법제의 정비는 그 입법기구의 정당성과 절차의 문제를 간직하고 있음에도 불구하고, 어쨌든 우리나라 현대 법제의 형성기에서 중요한 부분을 차지하고 있음을 부인할 수는 없을 것이다.

3. 한국 법제사에서 법도구주의적 특징

1963년 12월 17일까지 지속되었던 국가재건최고회의에 의해 일단은 우리 현대 법제의 대강은 형성되었다고 보는 것은 무리가 아니다. 이후 1960년 중반과 1970년대의 법제사적 의미는 우리 법제의 특징으로서 법도구주의적 성격과 함께 설명되어야 할 것이라 생각된다. 제3공화국(제6대 국회~제8대 국회, 국회 제39회~국회 제84회, 1963년 12월 17일~1972년 10월 17일), 비상국무회의(1972년 10월 17일~1973년 3월 12일), 제4공화국(제9대 국회~제10대 국회, 국회 제85회~국회 제105회, 1973년 3월 12일~1980년 10월 27일) 동안 제6차(삼선개헌)와 제7차(유신헌법) 두 차례의 헌법 개정이 있었고, 법률 제1626호(1964년 3월 3일)부터 법률 제3259호까지 1,634건의 법률의 제·개정이 있었다.

<그림2>에서 1960년대 시기를 다른 시기와 비교해서 보면, 일반적으로 비정상적인 정변이 정리되고 정상적인 헌법기구가 구성된 이후에는 정부 주도의 입법활동보다 의원의 입법활동이 고무되고 따라서 의원발의 법률안의 제출·가결 총건수가 증가하는 경향을 보이는데 반하여, 1970년대 중반이후 의원발의 법률안의 제출·가결 총건수는 극히 적은 수로, 그리고 반대로 정부제출 법률안은 다른 시기와 비교해서 안정된 추세로 많은 수로 계속된다. 의회에서 정당의 역할과 기능이 막중하기도 하고, 의원내각제를 채택하고 있지 않으면서도 여당과 정부의 관계가 공식·비공식적으로 밀착되어 있는 우리나라의 정치 상황에서 의원발의와 정부제출 양자를 엄격히 구분하여 입법사의 일반적 특징을 찾는 것은 무리가 있을 수도 있다. 그러나 그렇기 때문에 오히려 이

양자의 구분은 더욱 중요할 수 있다. 즉, 한편으로는 의원발의 법률안에 대한 통계는 야당의 입법활동 또는 야당의 의회에서의 지위 등을 평가하는 반증으로 될 수 있고, 또 한편으로는 의회에 대한 정부의 주도권의 정도를 살펴보는 근거로 될 수도 있다. 이러한 관점에서 본다면 1970년대에는 정부의 국회에 대한 주도권이 강력했으며, 형식적인 부분(국회의 구성과 권한, 그리고 활동)에서도 정부에 의한 개입 또는 제약이 제도화되어 있다는 점을 입법사의 흐름에서 찾아볼 수 있다. 이 점은 <그림4>, <그림5>, 그리고 <그림6>을 1970년대(제8대~제10대) 기간을 중심으로 비교해 보면 더욱 분명히 할 수 있을 것이다.

이렇게 정부 주도의 법률 제·개정활동이 현저하게 나타나는 6,70년대 한국 법제의 특징은 정부의 시책, 예를 들면 경제개발이라는 정책에 법제를 도구화하려는 모습에서 찾을 수 있다. 물론 군사정권의 또 다른 연속이라는 측면에서 볼 때, 이러한 경제개발 드라이브에 적합한 법정책은 한편으로는 정권 유지를 위한 경찰법제와 함께하는 등 법제에 있어서 기본권 제약 또는 반기본권적 성격을 갖는다고도 할 수 있다. 정상적인 입법부 시기인 제7대 국회(1967년 7월 1일~1971년 6월 30일)와 제9대 국회(1973년 3월 12일~1979년 3월 11일)에 경제관계법의 제출건수·가결건수·가결율은 각각 152건·97건·63.8%와 150건·128건·85.3%로 나타나는데, 이는 역대 국회와 비교해 볼 때 매우 높은 건수와 가결율을 보이는 것이다.²⁴⁾

대표적으로 “수출자유지역은 국내의 일정지역으로서 이 지역은 오직 수출진흥을 위해서만 외국인의 투자유치를 목적으로 이를 용이하게 하기 위한 지역으로서 국내의 관계법령의 전부 또는 일부의 적용이 배제되거나 완화된 보세구역의 성격을 띤다”라는 수출중심 경제성장 정책을 초법률적 목적으로 하는 수출자유지역설치법(법률 제2180호, 1970년 1월 1일), 또는 “외국인 투자기업의 노사협조를 증진하고 외자 유치를 촉진함으로써 국민경제의 발전에 기여하기 위해 외국인 투자기업내에서의 노동조합설립과 노동쟁의를 제한한다”라는 양적인 경제 성장을 위해서는 국민의 기본권을 제약할 수 있다는 외국인 투자기업의노동조합및노동쟁의조정에관한임시조치법(법률 제2192호, 1970년 1월 1일) 등은 그러한 특징을 잘 나타내고 있다.

물론 6,70년대 한국 법제의 특징을 단적으로 드러내는 것은 약 5개월 동안

24) 이상영, 앞의 논문(1986), 88쪽~102쪽 참조.

270건이라는 많은 법률들의 제·개정을 통해 ‘파시스트적’ 법제 운용을 주도한 비상국무회의(1972년 10월 17일~1973년 3월 12일)에서 찾을 수 있다. 이 기간에는 물론 제7차 헌법개정(유신헌법)을 포함하여 비상국무회의법(법률 제2348호, 1972년 10월 23일), 국민투표에관한특례법(법률 제2349호, 1972년 10월 23일), 통일주체국민회의법(법률 제2353호, 1972년 12월 6일), 국정감사폐지법률(법률 제2498호, 1973년 2월 7일) 등 정권유지를 위한 초헌법적 비상입법들, 국토이용관리법(법률 제2408호, 1972년 12월 30일), 공공차관의도입및관리에관한법률(법률 제2519호, 1973년 2월 16일) 등의 제정과 그 동안의 경제관계법들에 대한 대대적인 정비, 그리고 노동관계법들의 개정(법률 제2608호~제2610호, 1973년 3월 13일) 등 기본권을 제한하는 법률의 제·개정이 있었다.

4. 80년대 법제와 한국 법제에 대한 재정비

국가보위입법회의(1980년 10월 28일~1981년 4월 10일), 제8차 헌법개정(5공화국)(제11대 국회~제12대 국회, 국회 제106회~국회 제140회, 1981년 4월 11일~1988년 4월11일)과 제9차 헌법개정(6공화국)(제13대 국회, 국회 제141회~국회 제156회, 1988년 5월 30일~1992년 5월 29일), 그리고 김영삼 정부와 김대중 정부(제14대 국회~제15대 현재 국회, 국회 제157회~현재, 1992년 5월 30일~현재)까지의 시기는 현재 우리나라 법제 상황과 직접 연관되어 있다. 우선 우리가 짚고 넘어가야 할 것은 1980년을 전후로 발생한 정치적 격변속에서 또 다시 (신)군부에 의해 국민주권이 유린되고, 비상입법기구인 국가보위입법회의에 의하여 약 166일 동안 189건의 법률들(법률 제3260호 1980년 10월 28일 국가보위입법회의법 - 법률 제3448호 1981년 4월 20일 지방공무원법)이 제·개정되면서 1980년대를 시작했다는 점이다. 1980년 당시 비록 유신시대 국회이기는 하지만 헌법개정 특위가 구성되어 있었고, 민주적 정치일정을 계속 약속하며 국민들의 정치적 의사표현이 곳곳에서 표출되어 그 동안 군사정권 시대의 법제를 재정비할 수 있는 시기였음에도 불구하고, 비상기구(국가보위비상대책위원회, 대통령령 제 9897호, 1980년 5월 27일)와 비상입법기구(국가보위입법회의)는 행정·사법을 통제된 상태에서 입법권을 침해하였던 것이다.

국가보위입법회의에서는 법 제·개정은 크게 보아서 이전의 군부정권과 차

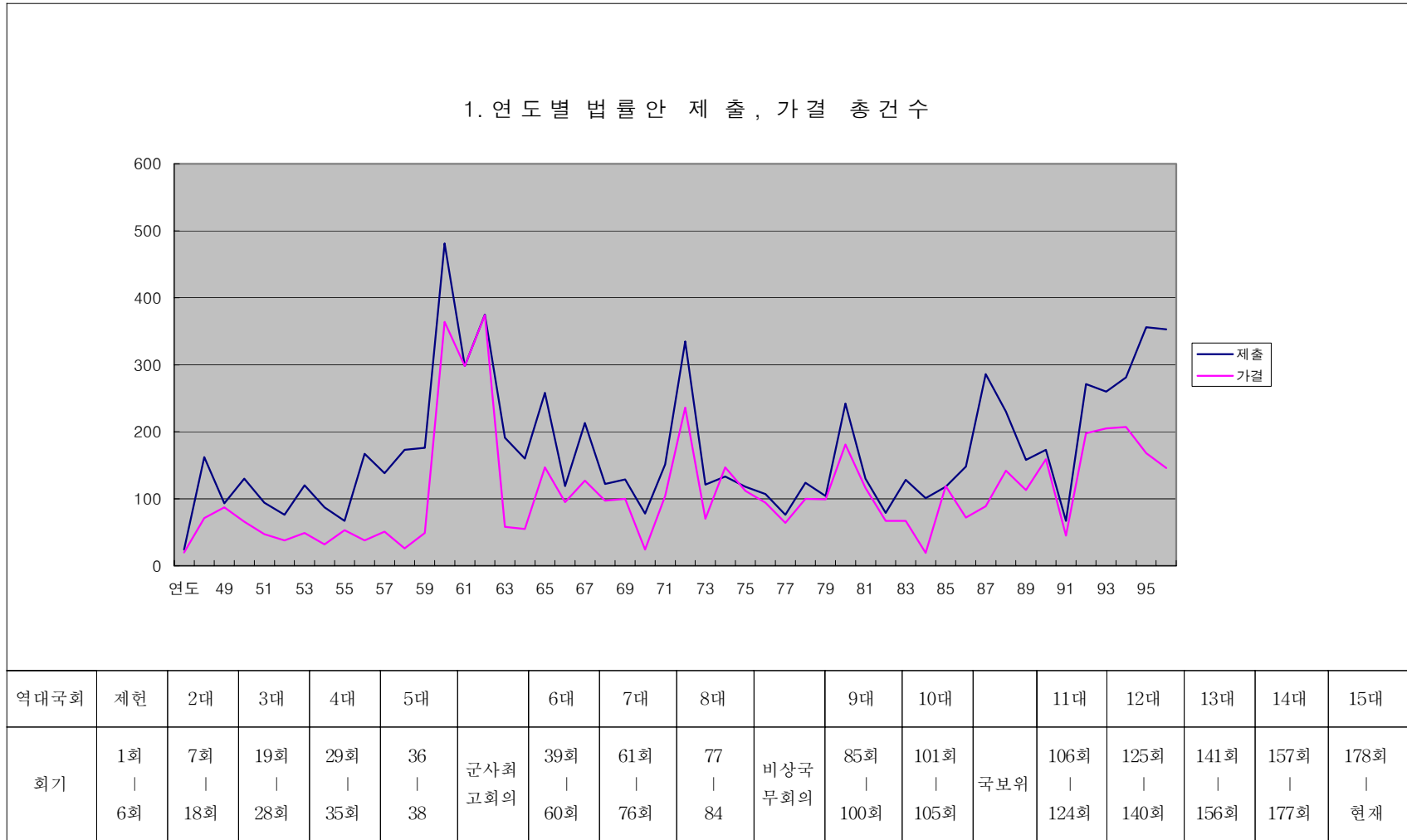
이를 보이는 것은 아니어서 기존의 법률들에 대한 개정을 통해서 새로운 정치·사회경제적 상황에 적당한 법제를 마련하는 데 있다고 볼 수 있다. 따라서 우선 정치관계법, 언론관계법(언론기본법 제정 법률 제3347호, 1980년 12월 31일), 행정조직법 등에 있어서 개정, 둘째 사회보호법 제정(법률 제 3286호, 1980년 12월 18일), 국가보안법, 집회및시위에관한법률, 노동관계법 등의 개정, 셋째 변화된 경제환경에 따른 기존의 경제관계법의 개정 등이 이루어졌다.

이렇게 국가보위입법회의에서 제·개정 법률들로 이루어진 틀은 제11대, 제12대 국회 기간에 그대로 이어지다가, 제13대 국회, 즉 여소야대 국회에 와서 그에 대한 반성과 법제의 재검토 논의가 있게 되었다. 여소야대라는 의회조건과 정기국회의 국정감사, 각종 특위 및 청문회 활동의 연속선상에서 정치적·경제적 현안에 적합한 법제의 재정비의 요구가 현실로 나타났다. <그림 1>과 <그림4>에서 보는 바와 같이 1988년 이후 국회에 제출되는 법률안의 총건수가 급증하여 마치 이전의 비상입법기구의 봉우리와 비슷한 수준까지 이르는데, 특히 이 시기는 <그림2>와 <그림5>를 <그림3>과 <그림6>에 비교해 볼 때 의원들의 입법활동이 상대적으로 활발했다는 것으로 나타나는 것을 알 수 있다.

<그림1>과 <그림4>에서 제14대 국회 이후 법률안의 제출·가결 총건수가 이전의 비상 입법 기구의 현상에 비교될 수 있을 정도로 급증하고 있는데, 이는 의원발의 총건수 증가의 영향도 물론 있지만 특히 정부제출 총건수의 증가로 인한 영향이 보다 명백하다. 반세기 동안 비정상적인 입법 기구를 세 번씩 경험한 결과로 인한 법률의 개정 요구와 함께, 또한 사회·경제적 변화에 따른 기존 법률의 개정 필요 등이 주요한 요인이 될 수 있을 것이다. 그러나 그림에서 나타난 바와 같이 이와 같은 작업이 정부제출 법률안을 중심으로 이루어지고 있다는 점은 입법활동에서 정부의 주도권은 계속되는 특징으로 지적할 수 있을 것이다.

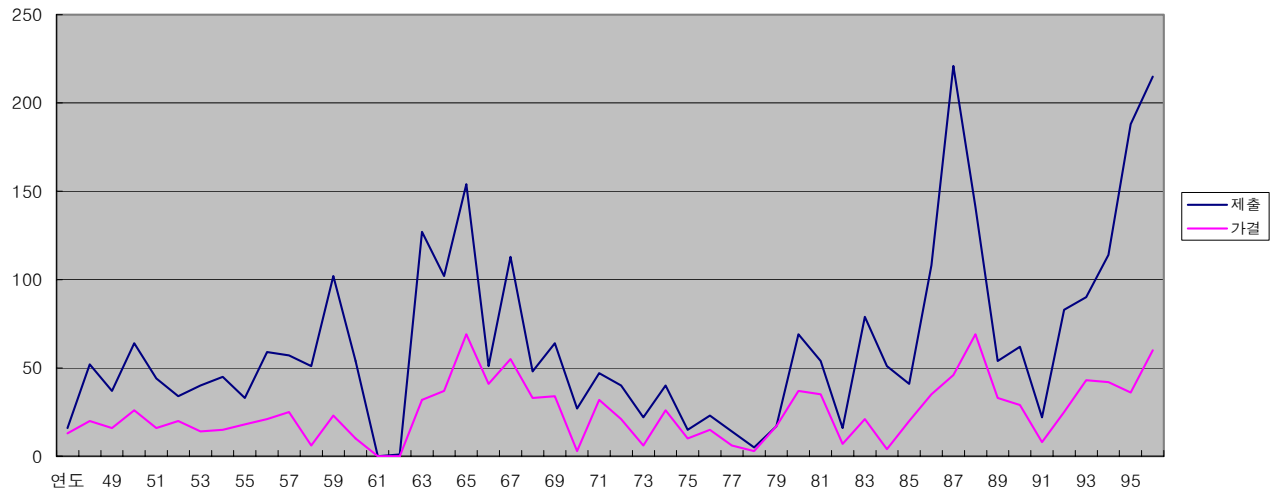
우리는 독립적인 법제를 마련한 지 반세기를 맞이하고 있다. 말 그대로 우여곡절이라고 할 수 있는 지난 50년의 법제의 역사를 되돌아 보면서, 이제는 수많은 과거의 허물로 인한 문제점들을 미래를 향한 희망의 원동력이라 여기고 또 다시 한 발짝 내딛어야 할 것이라 생각한다.

<그림 1>



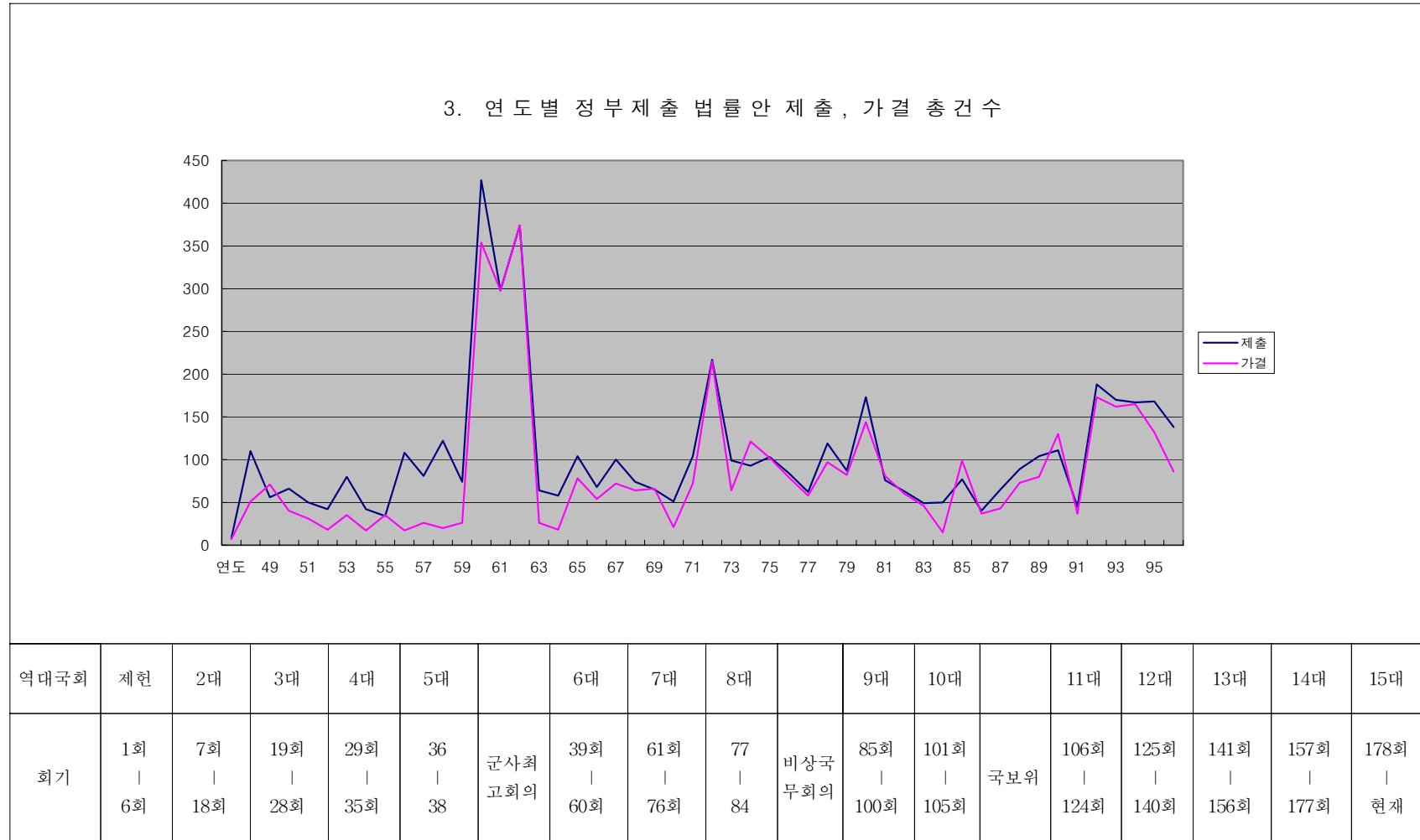
<그림 2>

2. 연도별 의원발의 법률안 제출, 가결 총건수

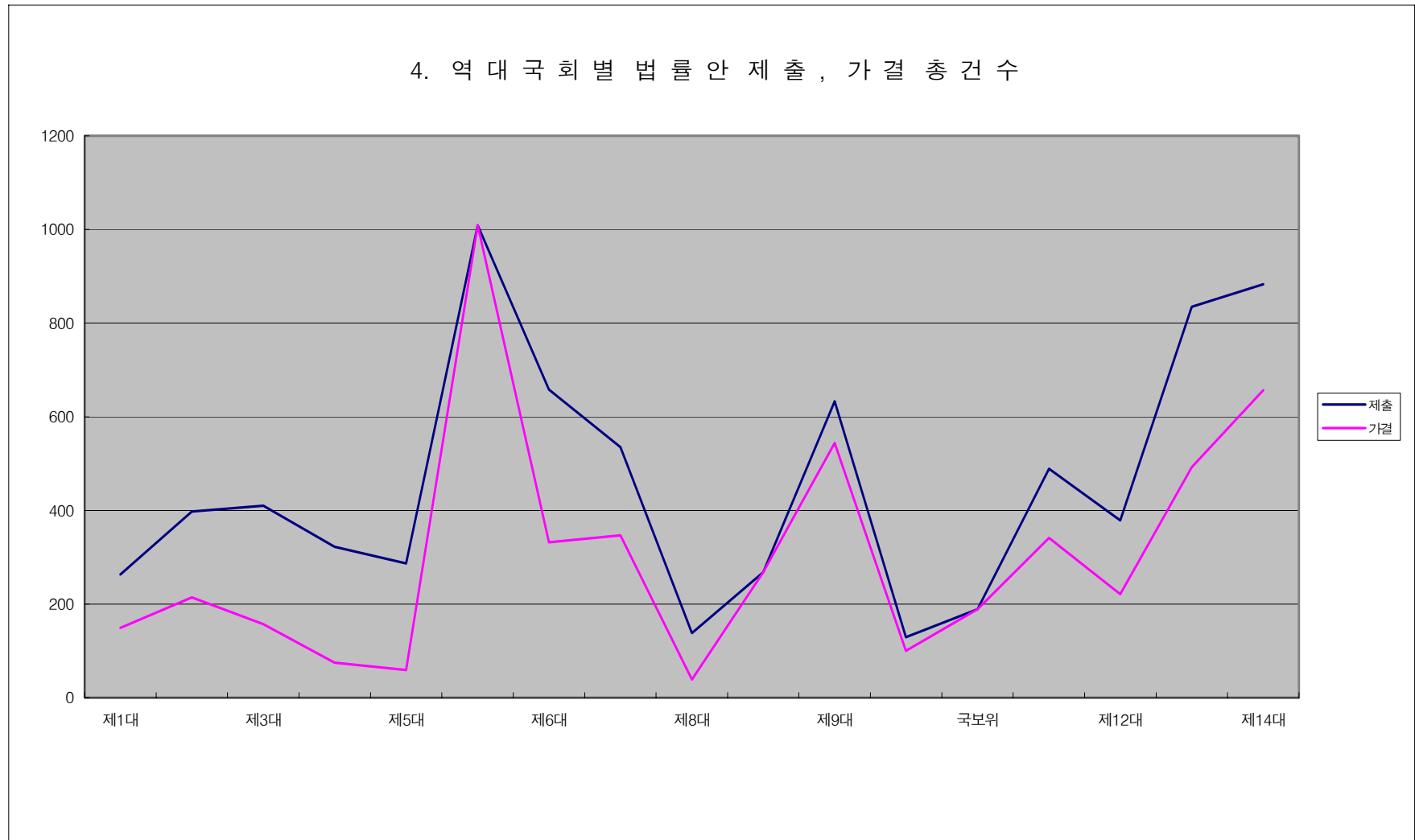


역대국회	제헌	2대	3대	4대	5대		6대	7대	8대		9대	10대		11대	12대	13대	14대	15대
회기	1회 6회	7회 18회	19회 28회	29회 35회	36 38	군사최 고회의	39회 60회	61회 76회	77 84	비상국 무회의	85회 100회	101회 105회	국보위	106회 124회	125회 140회	141회 156회	157회 177회	178회 현재

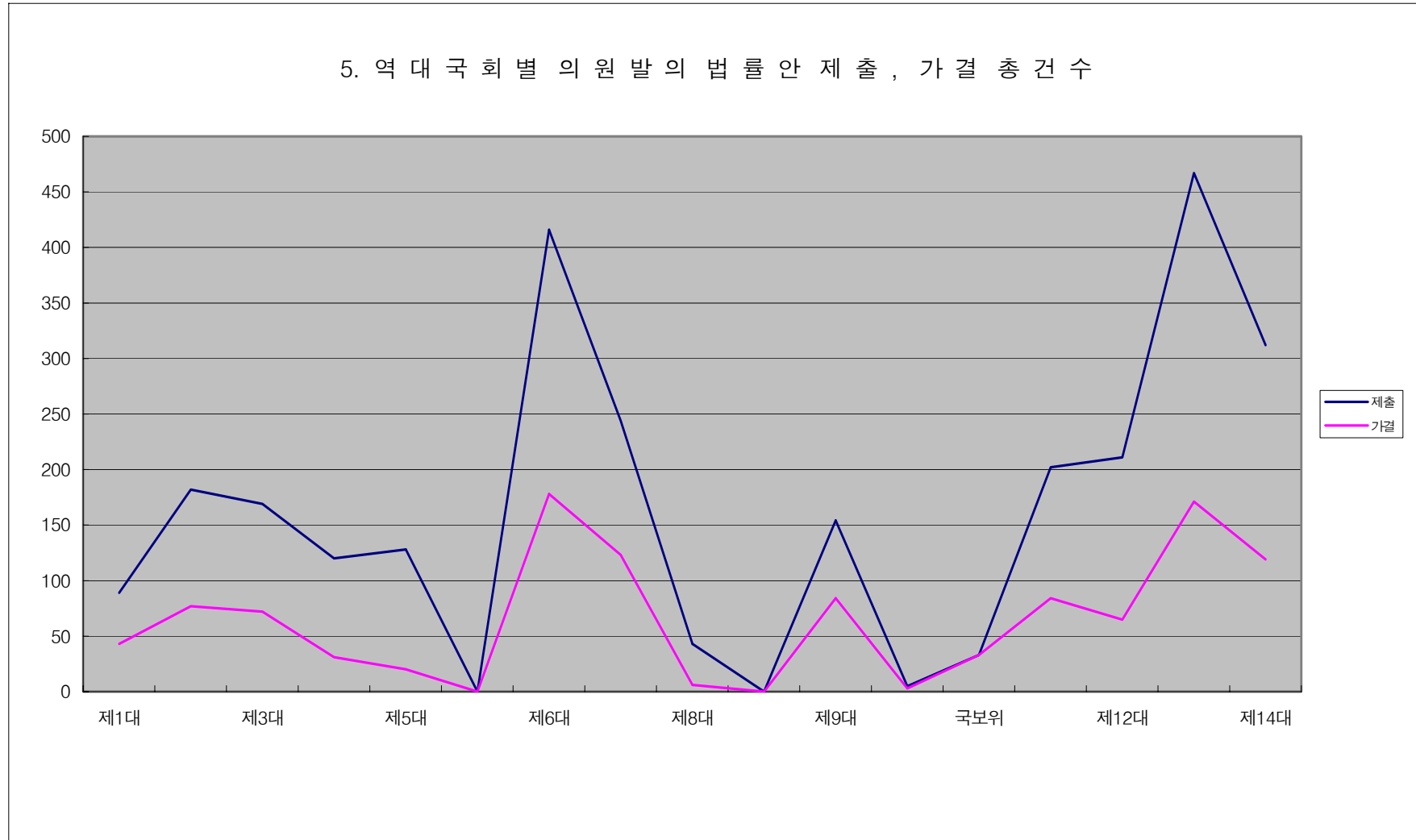
<그림 3>



<그림 4>



<그림 5>



<그림 6>

