

解放後 基本法制的 制定過程

崔 鍾 庫*

차 례

I. 序 論

II. 法典起草委員會의 활동

III. 法典編纂委員會의 활동

IV. 基本法制的 制定

1. 法制處의 설립

2. 憲法의 制定

3. 民法의 制定

4. 刑法의 制定

5. 民事訴訟法의 制定

6. 刑事訴訟法의 制定

7. 商法의 制定

V. 法令整理刊行委員會의 활동

VI. 結 論

* 서울大學校 法科大學 教授

I. 序 論

금년은 西洋法을 수용하여 근대적 司法制度를 수립하고 근대법학을 도입한지 100주년이 되는 뜻깊은 해이다. 지난 4월 25일에는 사법연수원 강당에서 대통령, 국회의장, 대법원장 등 3府要人과 법률가들이 참가한 가운데 성대한 「근대사법 100주년 기념식」을 개최하였다. 그런가 하면 해방 50년이 되는 해이기도 하여 지난 5월 12일에는 세종문화회관 대회의실에서 韓國法史學會 주최로 「法, 그 속에 잔존하는 日帝遺産의 克服」이라는 심포지움을 개최하기도 하였다. 이러한 역사적 의의를 만끽하는 때에 새삼 우리는 현대 한국의 법제도가 어떻게 형성되었는가를 되묻게 된다. 문민정부가 들어선 이후 개혁을 부르짖고 있는데, 이 개혁도 어떠한 과정에 의해 어떻게 형성된 법과 제도를 개혁하는 것인지 정확히 알고 시행해야 함은 말할 필요도 없다.

이 논문에서는 日帝에서 해방된 후 한국인의 손에 의해 만들어진 기본법제가 어떻게 형성되었는가를 검토하려는 데에 목적이 있다.¹⁾

II. 法典起草委員會의 활동

1945년 8월 15일 해방이 되었지만 9월 11일 아놀드(A.V. Arnold)소장이 軍政長官에 취임하면서 한국에 美軍政이 실시되었다. 그리고 두어 달 지나서 11월 19일에 국립도서관을 法務局의 일부로 소속시키면서 그 아래 ①朝鮮慣習法探究 繼續部, ②現代朝鮮法典起草部, ③現行法 增補改定 및 判決錄發行部를 두었다. 그리고 이 도서관으로 하여금 재판소, 변호사회, 형무소, 법학전문학교, 기타 法定의 대행기관의 법률도서를 확장관리하며 판검사와 변호사, 가능하면 일반인도 사용하도록 계획하였다. 1946년 4월 2일字 법령 제67호로 총무처에 소속되어 있

1) 이미 발표한 논문으로는 최종고, “해방후 기본법제의 정비”, 한국법사학논총 (박병호 교수 회갑기념논집), 박영사, 1993, 441~460면; “현대한국법제의 형성과정考”, 法學 제32권 제1·2호, 1991, 72~74면.

던 法制署를 司法部로 이관케 하였으며, 司法部 내의 法制圖書館으로 하여금 國法制定의 편의를 도모케 하기 위하여 국립도서관 등에 소장한 법률전문도서와 책정되어 있는 도서비에산을 法制圖書館으로 이관케 하였다.²⁾ 1947년 6월 30일자 의 法典起草委員會 설치에 관한 행정법령의 내용에도 '법전기초위원회는 남조선 과도정부의 各部 대행기관 및 보조기관으로부터 원조 및 정보를 요구할 권한이 있으며, 국립도서관, 시립도서관, 국립법률도서관, 각 審理院도서관 및 국립서울대학도서관에 자유로이 출입하여 서적을 열람할 수 있음'³⁾이라고 되어 있어, 당시 법전기초위원회를 도서관과 직결시켜 구상하였다는 점, 국립법률도서관을 구상하였다는 점을 볼 수 있는데, 미국의 국회도서관(Library of Congress)을 염두에 두었는지 도서관자료에 밀접한 법전편찬의 방향을 모색하였던 것은 실패하였지만 미련이 남는 구상이었다고 하겠다. 미군정의 미국식 발상이라고도 하겠다.

어쨌든 국립법률도서관과 도서관제도는 별도의 문제이고, 미국인이 책임자로 있는 法務局 안에 法典編纂部를 설치하고 부장에 張厚永이 임명되었다(1945. 10. 9). 이듬해 군정의 부서가 개편되면서 法務局은 司法部로 개칭되었다. 그러면서 以前의 법무국 안에 있던 법전편찬부가 法律起草局으로 되었다. 1947년 7월 현재 남조선과도정부 중앙행정기구에 의하면 법률관계국으로는 법률기초국, 법률조사국들이 있었다.⁴⁾ 법률기초국의 고문으로 로빙기어(Charles Lobingier) 박사가 임명되었다. 그는 로마법과 서양법제사에 정통하고, 한국에 民商法 통일안을 제안한 학자형 법률가였다. 그가 제안한 민법초안(Proposed Civil Code for Korea)은 현재 미국회도서관에 소장되어 있다.⁵⁾

남조선過度立法議院은 1946년 10월 12일 군정법령 제118호로 설치되었다. 이로부터 정부수립 때까지 1년 3개월간을 美軍의 獨裁가 아니라 軍·民政 연합기관으로 법률의 제정도 미군정당국이 아니라 과도입법위원이 관여하였다. 그러나 군정장관의 大權에 제한을 가할 정도는 아니었고, 입법의원도 법률안을 의결하여 군정장관에게 건의할 수 있을 뿐이었다. 군정장관의 보류 또는 거부권이 있

2) 金炳華, 韓國司法史, 일조각, 1979, 13면.

3) 美軍政法令總覽, 한국법제연구회, 1971, 599면.

4) 조선연감, 조선통신사, 1948, 127면.

5) C. Lobingier에 관하여는, 최종고, 로빙기어 박사, "法史餘滴"(78), 법률신문, 1989.2 ; 하버드 스토리, 고려원, 1988, 386면.

는 한 입법의 二元化현상은 피할 수 없는 것이었다. 입법의원안에는 法制司法委員會(13명)를 비롯하여 8개 위원회가 있었다. 본 회의는 1946년 12월 12일 개원식 이후 1948년 5월 20일 폐원식까지 214차에 걸쳐 개최되었다.⁶⁾ 군정장관의 거부권의 위협 아래서도 남조선 過渡約憲을 비롯하여 행정조직법, 지방자치조직법 등 총 33건의 법률을 심의하여 18건을 통과시켰다. 통과된 18건 법률 가운데 군정장관이 서명공포한 것은 13건이고 5건은 보류하였다.⁷⁾ 해방 후 첫 헌법이라고 볼 수 있는 改憲案은 1947년 2월 8일 제출되어 입법의원 재석 62인 중 可 38, 否 0, 기권 24표로 통과되었음에도 11월 24일 군정장관의 인준보류 통첩으로 좌절되고 말았다. 입법의원이 부진한 활동을 면치 못하고 있는 동안 군정장관이 입법의원을 거치지 않고 임의로 발표한 법령이 55건이나 되었다.⁸⁾ 군정당국이 입법의원 성립이전의 법률 130여개에 대하여 재검토하여 한국실정에 맞도록 수정할 것을 요구하였으나 입법의원은 손도 대지 못하였다.

오히려 실질적 권한을 갖고 있던 美軍政당국의 법제관계 기구와 인사는 어떠하였던가? 미군정은 초대 아놀드(A.V. Arnold)소장(1945.9~12)에 이어 러치(A. Lerch)소장(1945.12~1947.11), 딘(W. Dean)소장(1947.12~1948.8)이 역임하였고, 미군정은 구 총독부가 각 국장 및 도지사와 각 기관장에 미군장교를 임명하여 100명의 미군이 軍政官吏가 되었다. 법률에 관한 한 미군정도 급격한 제도개혁을 피하고 종래의 법령에 대하여 군정명령(Ordinance) 제21호(1945.11.2) 「법률의 존속」(Retention of Laws)으로 미군정청이 특별명령으로 폐지할 때까지 효력이 계속됨을 천명하였다. 군정청의 법무국(Bureau of Justice)은 초대국장에 우들(Emery J. Woodall)소장이 임명되었고, 법무국이 司法部(Department of Justice)로 승격하면서(1946.3.29) 한국인 사법부장은 金炳魯가 계속 맡았고, 미국인 사법부장은 테일러(Matt Taylor)소령, 카넬리(John W. Connelly)소령, 그리고 맨 끝으로 스커트(Denny F. Scott)가 맡았다. 그리고 고문(Adviser)자격으로 퍼글러(Charles Pergler)박사와 프랭켈(Ernst Fraenkel)박사, 로빙기어(Charles Lobingier)박사가 입법업

6) 자세히는 金赫東, 美軍政下의 立法議員, 범우사, 1970, 73~76면.

7) 金赫東, 위 책, 88~98면.

8) 金赫東, 위 책, 190면.

무를 지도하였다.⁹⁾

위에서 지적한대로 남조선 과도정부의 司法部 아래 法典起草委員會가 구성된 것은 1947년 6월 30일이었다. 행정명령 제3호로 내려진 職制는 다음과 같았다.¹⁰⁾

南朝鮮過渡政府 司法部內에서 數個月에 亘하여 各 審理院審判官及 檢察官의 基礎法典의 起草事業을 總括, 調整, 促進하며 朝鮮在來의 司法行政을 現代化하며 民主主義化하기 爲하여 法典起草委員會를 茲에 設置함.

一. 法典起草委員會는 民權, 財産權, 親族關係, 商業關係, 犯罪의 處罰, 法律의 施行 及 司法行政의 諸手續에 관한 現行法에 代替하여 採用될 基礎法典의 完全한 草案을 作成할 使命이 有함.

起草에는 朝鮮의 慣習法과 傳統에 特히 留意하여 民主主義的 原理와 健全하고 現代的인 傾向이 있도록 作成할 것임.

二. 法典起草委員會는 그 事業進行에 關하여 軍政長官에게 定期 報告를 提出하며 個個의 法典이 完成되는 時는 朝鮮過渡立法 議院에 回附하며 軍政長官의 同意를 얻기 위하여 軍政長官에 提出하여야 할 것임.

三. 法典起草委員會는 그 事務의 助成을 爲하여 南朝鮮過渡政府의 官吏 又は 愛國的 民間人士로 法律知識이 有한 者를 委員으로 任命할 權限이 있음.

如斯한 委員은 委員會의 規定에 依하여 任務를 履行할 것이 且 그 成案에 對하여는 承認을 受함을 要함.

南朝鮮過渡政府官吏는 委員으로서 履行한 奉仕에 對하여 俸 給 以外에 附加報酬를 受함을 不得하며 委員會 또는 委員의 業 務에 關하여 生하는 必要한 費用은 會計法規에 依하여 司法部 及 審理院의 豫算으로써 支出함.

四. 法典起草委員會는 南朝鮮過渡政府의 各部, 處, 代行機關 及

9) Albert Lyman, *Selected Legal Opinions of the Department of Justice, United States Army Military Government in Korea*, Seoul, Korea, 1948, Preface.

10) 美軍政法令總覽, 1971, 599면.

補助機關으로부터 援助及情報을 要求할 權限이 있으며 國立圖書館, 市立圖書館, 國立法律圖書館, 各 審理院圖書館 及 國立 서울大學圖書館에 自由로 出入하여 書籍을 閱覽할 수 있음.

五. 左記 諸氏를 法典起草委員會의 委員에 任命함.

그에 對하여는 俸給以外에 附加報酬는 支拂치 않이함.

委員 及 委員長 (大法院長) 金用茂

委 員 (司法部長) 金炳魯

委 員 (大檢察總長) 李仁

六. 法典起草委員會의 其他 委員은 必要에 應하여 隨時 任命함.

七. 本令은 公布日로부터 效力이 生함.

一九四七年 六月 三十日

右 建議함.

民政長官 安在鴻

右 認准함.

軍政長官代理 시·지·헬믹
美國陸軍代將

1947년 11월에 발간된 「法政」誌에 '法制編纂委員會'의 위원 명단이 나와 있는데, 그 분과위원회 소속은 다음과 같다.¹¹⁾¹²⁾ 법전기초위원회는 일반적으로 법제 편찬위원회라고도 불리웠다.

分科	委員	司法部及法院	檢察廳	辯護士 其他
	憲法	行政訴訟 選舉訴訟	*黃聖秀(憲法) 韓根祖 *鄭潤煥(行政訴訟)	鄭文謨

11) "法制編纂委員會 分委 設置", 法政 2권 11호, 1947.11, 36면; *표는 起草委員, 連絡委員 및 組織小委員을 가리킴.

12) 이 중 黃聖秀, 韓根祖, 申翼熙, 柳瑛, 朴彝淳, 金永烈, 曹載千, 金光根, 陣泰龜, 金完燮, 徐載元의 11인은 뒤의 1948년 9월 15일에 임명된 법전편찬위원회위원에서 제외되었다.

委員 分科	司 法 部 及 法 院	檢 察 廳	辯 護 士 其 他
民法 1 總則 財產法	*張暲根(總則) *姜柄順(物權) *權承烈(債權) 梁大卿 柳瑛	玉璿珍	崔丙柱
民法 2 身分法	*張暲根(親族) 金瓚泳 朴彛淳	金永烈	*高秉國(相續)
民事 民訴·人 訴·非訟 手續法 ·和議· 破產	*金潤根(民訴, 人訴) *金甲洙(破產, 和議) *閔復基(強制執行, 競賣, 非訟) 李相基		裊廷鉉
商法 1 總則·商 行爲·海 商·保險	李相基	申彥瀚	*金準坪(總則, 商行爲) *崔丙柱(海商, 保險)
商法 2 會社法	*洪璣基 李相基	申彥瀚	金準坪
民事 附屬法 不動產登 記法·戶 籍法	*金泰瑛 鄭潤煥 金又說 韓格晚 李明燮		
刑法	*梁元一(前半) 李天祥 金瓚泳	*嚴詳燮(後半) 曹在千	金光根
刑事手續法	*鄭潤煥(前半) 陳泰龜 張暲根 李相基 盧鎮高	*李濤(後半) 金溶璨 金潤壽	金溶植
監獄法	*崔秉錫	李炳瑢 金完燮	
國際私法	*洪璣基 金泰瑛		徐載元
各種處罰法令	李天祥 閔瞳植	*朴宗根 金潤壽	金寧在

이 법전기초위원회의 활동은 1948년 9월 15일 대한민국 법전편찬위원회가 설치될 때까지 1년 남짓 계속되었는데, 구체적으로 어떤 활동을 하였는지 확인할 자료는 남아있지 아니하다. 자세한 활동경위는 알 수 없으나 몇 차례 회의를 가진 것으로 보인다. 제1차 회의는 언제 가졌는지 알 수 없고, 제2차 회의 때 處務規定이 마련되고 '冬眠상태'로 지내다가¹³⁾ 1948년 4월 20일 제3차 회의가 있었다. 제3차 회의에서 "司法당국으로부터 법전편찬사업의 급속진전이 역설되었다"고 보도되었다.¹⁴⁾ 그러나 그 이후에도 張厚永(당시 법전기초위원)이 "현재 소위 법제편찬위원회라는 것이 행정명령에 의하여 조직되어 있으나 그 실질에 있어서는 이렇다할 아무런 진척도 보고 있지 않다"고 말한 것처럼 지지부진한 상태에 있었다. 그렇지만 '조선말로 된 법전'¹⁵⁾이라도 만들어야 한다는 생각에서 기본법전의 요강과 골격을 맞추는 일에 서들렀다. 그리하여 1948년 4월 20일까지는 기본법전의 起草要綱을 일단 완료하였다.¹⁶⁾ 이를 증명하는 자료는 당시 「法政」誌 社説에서 다음과 같은 표현이다.

듣건대 행정명령 제3호에 연원하는 法典起草委員會에서는 최근 그 起草행동에 맹렬한 전진을 하고 있다 한다. '조선말로 된 법전'이란 것을 구호로 하고 일본법전의 번역의 법전일지라도 우리 정부가 서는 날 부터는 우리 법전을 갖자. 이렇게 하기 위하여는 일본법전을 토대로 하고 그 중에서 가)민주주의 이념에 나타나게 어그러지는 諸제도의 응급적 개혁과 나)현대 法學說로서 뚜렷이 입법의 失手로 지목되고 있는 諸제도의 부분적 개정이란 두 이념 아래 기본 諸법전의 개정을 급속도로 꺾하고 있다 한다. 그리고 지난 4월 20일 그 요강이 일용 결정되었다고 한다. 또 듣건대 이러한 법전기초위원회가 사업에 대하여 비판하는 측에서는 어찌 국가의 기본법전을 그렇게 함부로 拙速主義로 탐먹듯이 처리할 수 있느냐 또 일단 졸속한 법전이라도 만들어 놓으면 다시는 그것을 개정하는 일은 어려우니 건국 후 장구한 기간을 두고 研礎後 우수

13) 法政뉴스, 法政 2권 11호, 1947.11, 36면.

14) 曉堂學人, "법전편찬에 대하여", 法政 3권 6호, 1943.6, 10면.

15) 法政 3권, 1942.4, 법전편찬에의 움직임.

16) 法政 3권, 1942.4, 법전편찬에의 움직임.

한 법전을 만들어야 한다. 그때까지는 不文法主義도 좋지 않느냐고 한다. 그러나 품인은 上述한 이유에서 법전기초위원회의 방침에 贊意를 표시하지 않을 수 없다. 바라건대 위원회로서는 위원회의 起草進行을 개방하여 위원회 밖의 조선 法學徒의 광범위한 참여의 기회를 주어야 할 것이다. 이것이 同위원회의 사업이 줄속 때문에 빠질 오류를 避하는 유일한 길일 것이다.¹⁷⁾

여기에서 알 수 있듯이, 법전기초위원회에서는 완벽한 법전편찬을 위해 광범하고 장기적인 연구검토를 하기보다는 일본법전을 번역하다시피 하더라도 빨리 한국법전을 갖자는 速行主義로 결정하였던 것이다. 당시 이에 대하여 큰 반대는 없었던 것 같다. 일각에서 민상법통일법전론,¹⁸⁾ 영미식 재판제도의 채택을 주장하는 견해도 있었던 모양이나 이에 대해 張厚永은 '이러한 理念論에 붙잡혀 있다면 법전편찬위원회의 설치만 있을 뿐이고 出目만 徒過하게 될 터이니 眞所謂 終夜痛哭에 不知何마누라의 褻喪格이 아니고 무엇이냐'¹⁹⁾고 반박하였다.

법전기초위원회 위원장인 金用茂 대법원장이 1948년 5월 24일 記者와의 인터뷰에서 밝힌 다음과 같은 발언은 법전편찬사업의 부진한 당시 상황을 잘 드러내 준다.

법제편찬위원회는 六法을 일제히 제정편찬하기 위하여 착수진행하고 있으나 그러나 예산이 없으므로 用紙도 사지 못하는 형편이며 현 司法部門에 있는 사람들이 이것을 말아보고 있는 형편이지요. 이 사업은 앞으로 10년 동안은 걸려야 어느 정도 완전히 될 것입니다. 그러나 현재 왜놈이 만든 법제를 그대로 쓰고 있으니 이것은 자손에게도 치욕이 되므로 불완전하더라도 우리나라 법전을 우리나라 말로 하루 속히 편찬하여 국회에 제출하려고 진행중에 있습니다. 그리고 새 법전편찬에 있어서는 英美法系에 치중하지 않고 우리나라 美風良俗에 중점을 두고 實情에 부합하도록 하여야 될 줄 믿습니다.²⁰⁾

17) 法政 3권, 1942. 4, 법전편찬에의 움직임.

18) 이에 대하여는 拙稿, "한국상법전의 제정과정", 商事法研究 제9집, 1991.

19) 曉堂學人, "법전편찬에 대하여", 法政 3권 6호, 1948, 10면.

20) 香積山人, "金用茂 대법원장 面談", 法政 3권 6호, 1948, 31면.

여기서 金위원장이 새 입법의 방향을 ‘英美法系에 치중하지 않고’라고 강조하고 있는 점이 주목되는데, 이것은 당시 미군정하에서 法制의 분위기가 미국법의 영향이 압도적이었음을 반증해 주는 표현이라 하겠다. 위에 적은 대로 미군정장관에 의하여 수 많은 단행법령들이 공포되고 있었고, 그 가운데는 미국식 내용(예컨대 형사소송법, 법원조직법, 노동법 등)이 담겨져 있었던 것이다.

어떠한 채널로 미국법이 한국법률가들에게 습득되었을까 생각해 보면, 1946년에 이미 결성된 韓美法律家協會(Korean-American Lawyer Society)의 존재가 주목된다. 여기에는 미국측에서는 퍼글러(C. Pergler), 프랭켈(E. Fraenkel), 카넬리(John Connelly), 스커트(D. Scott), 로빙기어(C. Lobingier) 등이 참여하였고, 한국측에서는 김용무, 김병로, 이인, 김찬영, 유진오, 장후영, 홍진기, 황성수 제씨들이 참여하였다. 황성수씨의 다음과 같은 회고는 중요한 증언이 된다.

명실공히 한국의 대표적 법조인과 법률학자를 망라한 이 모임에서 나는 미국측의 발표논문들을 한국어로 번역하고 논문을 영어로 옮기는 작업을 맡아 했다. 이 협회에서 하게 된 법률문제는 대부분 곧바로 법률의 개정 내지 제정으로 연결되리만치 권위가 있었다.²¹⁾

이처럼 해방 후 美軍政과 함께 미국법의 영향권 아래서 한편으로는 일본법전을 번역하다시피 해서라도 빨리 입법을 해야 한다는 요청과 함께 그러면서도 우리의 ‘美風良俗’을 찾아 입법하겠다는 고민이 뒤엉킨 가운데 미군정은 끝나고 기본법제의 입법사업은 신생 대한민국으로 넘겨졌다.

Ⅲ. 法典編纂委員會의 활동

1948년 7월 17일에 선포된 대한민국 헌법에는 제100조에 “현행 법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 限 효력을 가진다”고 규정하여 법률의 空白은 막아놓고 있었다. 그러나 한 국가정부가 정식으로 수립된 마당에 日帝와 美軍政에 유래하

21) 黃聖秀, “黎明期”, 法律新聞, 1982년 9월 13日字.

는 구법령들을 그대로 쓰고 있다는 것은 국가적 체면이 아니었다. 그래서 8월 15일 정부수립 선포식을 갖고 꼭 한달 후인 9월 15일에 大統領令 제4호로 「법전 편찬위원회職制」를 아래와 같은 내용으로 공포하였다.

第一條 司法에 關한 法典을 編纂하기 爲하여 法典編纂委員會를 設置한다.

法典編纂委員會는 大統領의 監督에 屬한다.

第二條 法典編纂委員會는 民事, 商事 및 刑事의 基礎法典과 其他 訴訟, 行刑等 司法法規의 資料를 蒐集調査하며 그 草案을 起草, 審議한다.

第三條 法典編纂委員會에 委員長 一人, 副委員長 二人, 委員 五十人 以內를 둔다.

委員長, 副委員長 및 委員은 判事, 檢事, 辯護士, 行政各部分의 法律事務擔任職員, 法科大學의 法律學教授 및 其他 學識 經驗이 있는 者 中에서 大統領이 委囑한다.

第四條 委員長은 會務를 掌理한다.

副委員長은 委員長을 補佐하며 委員長이 有故時에는 委員長이 指名한 副委員長이 그 職務를 代理한다.

委員은 委員長의 命에 依하여 司法에 關한 法典 및 其他 司法法規의 資料를 蒐集調査하며 그 草案의 起草, 審議에 從事한다.

第五條 法典編纂委員會에 分科委員會를 둘 수 있다.

分科委員會의 組織 및 分掌事務는 委員長이 定한다.

第六條 法典編纂委員會는 特別한 事項의 調査, 審議 또는 事務上 必要가 있는 때는 臨時委員會를 둘 수 있다.

臨時委員會는 委員長이 委囑한다.

臨時委員會는 委員에 關한 規定을 準用한다.

第七條 法典編纂委員會에 幹事 一人을 둔다.

幹事는 委員長이 委囑한다.

幹事는 委員長의 命에 依하여 庶務를 整理한다.

第八條 法典編纂委員會에 書記官 五人 以內, 書記若干人을 둔다.

書記官 및 書記는 上司의 指揮에 依하여 庶務에 從事한다.
 第九條 法典編纂委員會의 庶務規定은 委員會의 議決을 經하여 委員長이 定한다.

附 則

本令은 公布한 날로부터 施行한다.²²⁾

이 법전편찬위원회야말로 신생 대한민국의 법제를 제정할 중추적 기관임은 두 말할 필요가 없었다. 물론 법률이 제정되려면 국회를 통과하여야 하지만 그 이전에 그 案들을 작성하는 '전문직' 작업은 근원적으로 중요하다고 아니할 수 없다. 미군정시절에 법전기초위원회가 있었지만 큰 진전이 없었으므로 1948년 9월 25일자로 새로 임명된 金炳魯위원장의 명의로 법전편찬위원회의 분과위원회 조직과 위원을 아래와 같이 발표하였다.²³⁾

분 과	기 초 위 원	일 반 위 원
민법 I 총 칙 재 산 법	高秉國(총칙) 姜柄順(물권) 權承烈(채권)	金用茂, 梁大卿, 趙鎮滿, 張厚永, 玉濬珍, 崔丙柱
민법 II 신 분 법	張暲根(친족·상속)	閔瞳植, 金瓚泳, 高秉國, 崔奎東, 張利郁, 李天祥, 金甲洙
민사소송법 民訴人訴 相 訴 法 破 産	金潤根(파산, 和議) 金甲洙(민소, 人訴) 閔復基(強執·競賣·非訟)	梁大卿, 韓格晚, 林漢璟, 裴廷鉉, 李相基, 李炳瑢, 金關鎬
상 법 총 칙 商 行 爲 海商, 保險 會 社 法	李相基(총칙, 상행위) 金準桴(手形) 崔丙柱(해상) 洪璉基(보험·회사)	李順鐸, 李明燮, 崔泰永, 金又說, 韓格晚, 玄相允
民事附屬法 不 動 産 登 記 法 戶 籍 法	金泰瑛(부동산, 등기) 鄭潤煥(호적법)	權寧旭, 崔秉錫, 元澤淵

22) 1948년 9월 15일, 정부 관보 제4호 부록.

23) 法政 3권 10호, 1949.10, 49면 수록.

분 과	기 초 위 원	일 반 위 원
형 법 총 칙 각 칙	梁元一(총칙) 嚴祥燮(각칙)	金瓚泳, 金炳魯, 鄭文謨, 金潤壽, 申泰益, 金寧在, 李仁, 盧鎮高, 鄭潤煥
형사소송법	李 滸	金溶煥, 嚴祥燮, 申彥瀚, 朴宗根
감옥법	尹用燮	權寧旭, 崔秉錫, 元澤淵, 洪璉基
국제私法	金泰瑛	

여기에서 볼 수 있는 사실은, 법전편찬위원이 起草위원과 일반위원으로 나뉘어져 있다는 점, 일반위원 가운데는 법률가가 아닌 경제학자, 史學者, 교육학자 같은 學界 대표도 참여하였다는 점이다. 어쨌든 起草위원이 기초해 온 것을 일반위원들이 검토하는 방식을 택했던 것이다. 그런데 위에 발표된 위원명단은 1948년 9월 25일자로, 말하자면 출발당시에 임명된 위원들이고, 이후 1960년 내지 1961년까지 활동기간 도중에 적지 않은 위원이 새로 임명되거나 교체된 것으로 보인다. 이에 대하여는 불행히도 법전편찬위원회의 회의록이나 관련문서가 나타나지 않고 있기 때문에 언제, 누가 임명되었는지 정확히 알 수 없다. 6.25동란을 겪고 혁명을 거치는 동안 피납인사와 공직의 변천 등 여러 가지 내외적 사정으로 위원이 바뀔 수 있는 것은 불가피했다고 보겠다. 40여년이 지난 지금으로서 당시의 위원 중 생존해 있는 분들을 만나 함께 일했던 동료에 대한 기억을 모을 수 밖에 없는데, 筆者가 이런 식으로 추적해 본 바에 의하면 高在鎬, 韓桓鎭, 李玎雨, 崔世璜, 朴天一, 白漢成, 李愚杖, 許璿, 金俊淵, 徐相權, 鄭暢雲, 崔允模, 桂昌業 제씨 등이 위원이었던 것으로 파악된다.²⁴⁾ 韓桓鎭위원(전 대법관)의 기억에 의하면, 위원장인 金炳魯 대법원장의 거의 일방적인 뜻에 따라 임명되어졌다고 할 수 있다. 어느 회의에서는 金俊淵이 법무장관으로 인사차 방문하였다가 街人을 따라 손드는 바람에 한 표차로 가결되는 일도 있었다.²⁵⁾ 법전편찬위원회의

24) 1991년 2월 10일 韓桓鎭변호사의 증언에 특별히 감사한다.

25) 위 한환진 변호사 증언; 가인의 활동에 대하여는, 김진배, 가인 김병로, 삼화인쇄, 1983; 김학준, 가인 김병로 평전, 민음사, 1988; 최종고, 가인 김병로, 문화체육부, 1995

기록이 분명히 대법원이나 법제처, 법무부 혹은 국회나 정부문서보관서에 있어야 할 텐데, 백방으로 조사해 보았으나 나타나지 않고 있어 안타깝다.²⁶⁾ 이 기록문서가 발견되면 위원의 정확한 명단과 진행과정이 밝혀질 것이다.²⁷⁾

뿐만 아니라 위에 분류된 업무분장도 후일 상당한 변경이 있었던 것으로 보인다. 위 표에 의하면 刑法의 총칙을 梁元—판사가 기초한 것으로 되어 있는데, 不意의 事故死로 김병로 위원장이 술선하여 기초했다고 드러난다. 민법도 총칙을 高秉國이 기초했는지 의문이며, 문헌도 姜炳順이 납북되는 바람에 이루어지지 못하였다고 본다. 상법도 李相基판사가 총칙, 상행위법을 기초하기로 되어 있었으나 어찌된 영문인지 金準坪이 한 것으로 나타난다. 인사부속법의 등기법, 호적법도 金泰瑛, 鄭潤換으로 되어 있으나 桂昌業변호사가 기초하였다고 한다.²⁸⁾ 이처럼 기록자료가 없이 15년간에 가까운 법전편찬위원회의 활동상을 추측하기는 여간 어려운 일이 아니다.

그렇지만 우리는 당시 발표된 片片의 글들을 통하여 법전편찬위원회의 활동과정을 어느 정도는 파악할 수 있다. 우선 위원장 김병로 자신은 그의 자전적 기록인 “隨想短篇”을 법전편찬위원회 부분에 대하여까지 언급하지 못하고 중단했던 것은 매우 아쉬운 사실이고,²⁹⁾ 그에 관한 傳記物에도 이에 대한 자세한 설명은 없다. 김병로의 뒤를 이어 위원장을 역임한 李仁의 다음과 같은 기록은 귀중한 자료가 된다.

； 한국의 법률가像, 길안사, 1995, 271~304면.

26) 閔瞳植위원(변호사)의 기억에 의하면, 때면 서기가 앉아서 회의록을 기록하여 상당량의 회의록이 있는 것이 분명하며, 그 기록자를 수년 전 종로에서 만난 일도 있는데 司法書士를 한다고 하는데 이름도 기억할 수 없다 한다. 혹시 이 관계에 관한 증언자가 나타나기를 학수고대 한다.

27) 「法律評論」지 제1권 1호~3호(1949년 4월, 6월, 10월)의 각각 35~36면, 37~38면, 36~40면에 실린 “법전편찬위원회 의사록(抄)”을 양창수교수가 발견하여 「法學」 제35권제2호, 1994, 298~323면에 발표하였는데, 이것으로 부분적인 것이긴 하지만 그나마 알수 있어 다행이다.

28) 1991년 2월 1일 韓桓鎭 변호사 사무실에서 전화로 확인.

29) 이 “隨想短篇”은 경향신문 1959년 3월20일부터 1959년 4월 20일까지 연재되었으나 경향신문의 폐간으로 중단되었다. 김진배, 가인 김병로, 가인기념사업위원회, 1983, 229~328면에 재록.

나는 정부수립 이듬해(1949) 6월까지 10개월간 법무장관으로 있었다. 그 동안 내가 역점을 둔 것은 법전편찬위원회, 對日배상청구위원회, 遊休노동활용대책위원회의 셋이었다. 우리 정부에서는 수립 직후 施政 방침을 의결하니 그 중의 하나가 법률과 法制整備이다. 이에 따라 大統領令으로 법전편찬위원회가 신설되었는데 위원장은 街人, 부위원장은 내가 맡았다. 이 때는 倭色法律을 일소하는 일이 시급하므로 在朝 在野 법조인 외에 종교인, 교육인까지 합친 80여명을 위원으로 했다. 위원회의 일은 국회에서 이미 개정된 헌법 외에 민법, 형법, 상법, 민사소송법, 형사소송법 등 법과 그 부속법전을 정비하는 것인데 워낙 방대하고 복잡한 작업이라 글씨에 시간을 뺏겨 이듬해야 겨우 본격작업이 시작됐다. 그러나 草案과 立案과 審理가 겨우 靑도에 오르자 이번에는 6.25가 터졌다. 나는 피난 보따리보다는 먼저 法典관계서류를 들고 南下하도록 지시했고 피난지에서도 매일처럼 草案을 검토하는 작업을 계속했다. 모두가 법조인의 사명감이니, 사명감이 아니라면 도저히 될 수가 없는 일이다. 나는 官에서 물러난 뒤에도 법전편찬에는 계속 참여하나 위원회에 간여하기 전후 13년이요 街人이 停年으로 물러난 뒤 4년간은 그의 뒤를 이어 위원장직을 맡았다. 이렇게 하여 법과 그 부속법전은 차례로 草案을 완성하여 국회에 넘기니 민법 중 친족법 일부의 약간 수정이 있었을 뿐 거의 모두가 原案대로 통과가 됐다. 법학도로서 다소간 자위하는 바이고 대법관들의 노고가 적지 않았던 것이다.³⁰⁾

여기서 보면 부산에서도 활동이 활발히 계속되었다는 사실을 알 수 있다. 인간의 기억력은 한계가 있어, 자세한 면에서는 다소 차이가 있지만 高在鎬위원(전대법관)이 그의 자서전 「法曹半百年」(박영사, 1985)에서 적은 회고도 거의 일치한다.³¹⁾ 金甲洙위원(전대법관)도 그의 회고록 「法窓三十年」에서 이렇게 적고 있다.

법전편찬사무는 부산 피난중에 많은 진전을 보고 있었다. 피난중이라 비교적 재판사무가 한가했던 탓도 있었지만 하루 빨리 우리 법전을 가져야겠다는 大法院長의 열의에 더 많은 힘을 입었다. 한 주일에 한번

30) 李仁, 半世紀의 證言, 명지대출판부, 1974, 205~206면.

31) 高在鎬, 法曹半百年, 박영사, 1985, 24~25면.

씩 小委員會가 열렸다.³²⁾

이처럼 어려운 상황속에서도 법조인의 사명감으로 법전편찬작업은 진행되었던 것이다. 이 법전편찬위원회에서 작성된 초안은 법무부를 거쳐 법제처에서 정부안으로 대통령의 裁可를 받아 국회에 상정되는 절차를 밟았다. 법전편찬위원회의 활동은 부산 피난시절인 1953년에 형법을 국회에서 통과시켜 제정하였고, 1957년에 민법을 이런 식으로 제정하였다. 피난도중에 작업을 하니 논의 도중에 영향을 받는 면도 있어 하나하나 분석하면 오늘날 기이하게 보이는 점과 아쉬운 점을 안고 있었다. 물론 이것이 그 후 법률개정작업을 불러일으키는 근거가 되는 것이다. 특히 형법이 급속한 시간적 제약 속에서 만들어지느라고 제안이유서도 작성하지 못했다는 비판을 받았는데, 그 후 4년 후에 민법을 제정할 때 그러한 반성론이 대두된 것은 다행스러운 일이었다. 여기서 각 실정법률의 제정과정을 상론할 수 없으나,³³⁾ 시간이 지날수록 우리나라에도 전문 법학자층이 생성되어서 학문적 의견이 직·간접적으로 반영될 수 있었다. 해방 후 초창기에 법조실무가 중심으로 이루어진 법전편찬사업이 법학자들의 비판을 받을 수 있었던 것은 다행이라 하겠지만, 당시로서는 충분히 수용될 여지가 많지 않았던 것도 사실이다. 이에 대하여 흥미 있는 한 예를 든다면, 그리고 흥미 이상으로 주목이 가는 것은 1953년 12월에 黃允石씨가 “法典편찬사업에 대한 나의 희망”이란 글을 발표하였던 사실이다. 제14회 고등고시 사법과 여성합격자로 당시 司法官試補로 있던 氏의 이 글은 독일민법편찬에서의 티보(Thibaut)-사비니(Savigny) 논쟁을 소개하면서 바람직한 법전편찬의 방향과 태도를 촉구하는 뜻깊은 논문이다.³⁴⁾

법전편찬위원회는 1960년 4.19혁명으로 제2공화국이 수립되어 새 헌정이 실시되는 바람에 활동이 미진하다가 1961년 5.16군사혁명으로 憲政이 중단되고 모든 권력이 국가재건최고회의에 집중되면서 폐지되었다.³⁵⁾ 국가재건최고회의 안

32) 金甲洙, 法窓三十年, 법정출판사, 1970, 169면.

33) 이에 대하여는 최종고, “現代韓國法制的 形成過程考”, 法學 제34권 제1·2호, 1991, 51~77면.

34) 黃允石, “법전편찬 사업에 대한 나의 희망”, 受驗界 4권 12호, 1953년 12월호, 10면.

35) 명시적 폐지는 아니고 사실상 해체라고 해야할지 해석을 달리할 수 있겠으나 ‘폐지’라 해도 무방할 것이다.

에 法制司法委員會가 구성되어 혁명적 입법사업을 추진해 나갔다. 혁명정부는 무엇보다도 구법령을 '혁명적'으로 정리한다는 과업을 내걸고 아래에서 상론할 바와 같이 舊법령 정리작업을 전개하였다. 그 一環으로 해방 직후부터 시작되어 끝맺지 못한 商法典의 제정작업을 3개월만에 매듭지었다.³⁶⁾ 이렇게 하여 대한민국 기본법전의 제정은 해방후 15여년이 넘어 1961년 말에 끝났고, 그것은 법전편찬위원회라는 母體도 없어져버린 '혁명입법'으로 장식을 하게 된 기이한 꼴이 되어 버렸다.

IV. 基本法制의 制定

이러한 기이한 전개과정을 단순히 법전편찬위원회만 국한하지 말고 다른 관련 기관들도 고려하여 전체적 퍼스펙티브에서 보면 어떻게 이해할 수 있을까? 여기에서 가장 주목되는 기관은 역시 법제처와 5.16이후 구법령정리위원회의 활동이라 아니할 수 없다. 국회에 상정된 이후의 입법심의에 관해서는 國會史라는 독립 연구영역에 맡기는 것이 좋을 것이다.

1. 法制處의 설립

1948년 7월 17일에 공포된 정부조직법에 의하여 국무총리 소속하에 법제처를 설치하였다.³⁷⁾ 그해 9월 30일에 과도정부기구가 대한민국정부에 인수되면서 법제처는 과도정부 司法部의 法律起草局·法律調查局과 庶務處 圖書館을 인수하였다. 1948년 11월 4일에는 대통령령 제16호로 법제처 職制가 제정공포되어 조직과 업무 범위가 확정되었다. 이에 의하면 법제처의 직무는 ①대통령·국무총리의 命에 의한 법률·명령안의 起草, ②법률·명령의 제정·폐지 또는 개정에 대한 의견 上申, ③법률안·조약안·대통령령안·총리령안·部令案의 심사와 수정에 대한 의견 상신 등이었다.

36) 자세한 拙稿, "韓國商法典의 제정과정", 商事法研究 제9호, 1991.

37) 자세한 拙稿, 法制處四十年史, 1988 참조.

법제처 창설의 상황에 대하여 초대 법제처장 兪鎮午의 다음과 같은 회고는 인상적이다.

하지장군이나 딘(Dean) 군정장관이 점진적 移讓이라고 말하던 이양방식은 참으로 抱腹絶倒할 것이었다. 군정시대의 部, 處長들은 미국 사람의 지도 또는 보조 밑에서 이미 2, 3년간의 경험을 쌓은 사람이므로 새로 임명한 경험이 없는 대한민국의 장관이나 처장들은 그들 옆에 와 앉아서 사무를 見習하라는 것이었다. 그러면 미국사람들은 옆에서 그 견습상황을 보고 앉았다가 이만하면 사무능력이 생겼다고 인정될 때 그 部나 處의 사무를 새 장관·처장에게 이양하겠다는 것이었다. 新舊 행정책임자가 나란히 앉아서 사무를 본다는 이 奇想天外的 착상은 나가는 사람에게나 들어오는 사람에게나 말할 수 없는 불쾌감을 주었을 뿐 아니라 곳곳에서 불쾌한 마찰까지 일으켰다. (중략) 그런 역경 가운데서도 정부는 일을 하여야 하겠으므로 날마다 대통령실 옆방에서 국무회의를 열었는데 하여야 할 일은 태산같고 손발은 하나도 없어 혼란과 뒤범벅을 되풀이할 뿐이었다. 그 시기에 정부의 어떤 부문보다도 가장 바쁘게 지낸 것은 내가 맡은 법제처였다. 그것은 정부의 다른 부문은 기초가 된 후에야 개시할 것인데 그 기구를 만드는 사무를 법제처가 맡아 보았기 때문이다. (중략) 그러던 중 나로서 가장 질색할 일은 내가 법률가라 해서 정부 部內에서 사무처리에 관하여 일어나는 모든 의문은 아무리 자세한 것일지라도 전부 법제처로 나한테 가지고 와서 묻는 것이었다. 한 예를 들면 辭令狀을 내는데 대통령의 도장을 몇 센치로 해야 하느냐, 그러한 것에 관한 외국의 예는 어떻게 되어 있느냐 하는 것까지도 나한테 가지고 와서 묻는 것이었다. 그러한 상태였던지라 정부수립후 약 반년동안은 밤 아홉시나 열시전에 집에 돌아와 본 일이 없었다. 未決서류를 가방으로 하나씩 넣어가지고 집으로 와서는 새벽 한시 또는 두시가 되도록 들여다 보아야 했다.

여기에는 법제처 창설기에 관한 증언 하나만 소개하는 것으로 그친다. 왜냐하면 1983년에 「法制處史」가 간행되었고, 1988년에 그것을 증보하여 「法制處四十年史」가 출간된 것이 있기 때문이다. 오늘날 한국의 법제가 이만큼이라도 정비된

데에는 법제처의 노력이 있었기 때문이고, 그런 면에서 다른 행정부처에 비해 빛이 나지 않는 기관인지 모르나 그만큼 법제처의 位相이 한국의 법치국가로서의 수준과 직결되는 것이라 하겠다. 근년에는 법제처 산하에 한국법제연구원이 개원되어 보다 학문적 연구를 기초로 한 법제의 박차를 가할 수 있게 된 것은 매우 뜻깊은 발전이라 하겠다.

2. 憲法の制定

국가의 기본법인 헌법의 제정은 해방후부터 미군정과 남조선과도정부에서의 법전기초위원회의 과제로 출발하여 1948년 7월 17일 대한민국정부의 수립과 함께 공포되기까지 우여곡절을 겪어 제정되었다. 이에 대하여는 憲法制定史라는 독립된 분야로 이미 연구된 업적들이 있다.³⁸⁾ 그리고 兪鎭午의「憲法起草回顧錄」(일조각, 1980) 같은 귀중한 자료도 나온 것이 있다. 그렇지만 아직까지도 연구되어야 할 사항들이 적지 않게 남아있음을 지적하면서 여기서는 생략한다.

3. 民法의制定

국민의 법생활의 기본인 민법의 제정에 관하여 1990년 「민법시행 30년기념 학술대회」 및 논문집을 편찬하는 등 몇몇 학자들의 연구가 기울여졌다.³⁹⁾ 특히 서울대 양창수교수가 1949년의 「法律評論」지에 실린 법전편찬위원총회 의사록(抄)을 최근 발견하여 해설을 붙여 발표함으로써 민법제정과정을 조명하는 데에 큰 도움이 되고 있다.⁴⁰⁾

38) 김철수, 韓國憲法史, 대학출판사, 1989 ; 한태연·김효전 등, 한국헌법사(상·하), 한국정신문화연구원, 1988, 1991 ; 김영수, 대한민국임시정부헌법론, 삼영사, 1980 ; 송우, 한국헌법개정사, 집문당, 1980.

39) 김중환, “한국민법의 법제사적 및 비교법적연구”, 法學 제10권제2호, 1968 ; 정종휴, “한국민법전의 제정과정”, 광운직교수회갑기념논문집, 1985 ; 김상용, “한국민법전의 역사적 형성”, 法史學研究 9, 1988 ; 양창수, “민법안의 성립과정에 관한 小考”, 法學 제30권 제3호, 1988.

40) 양창수, “법전편찬위원총회 의사록(抄)”, 法學 제35권 제2호, 1994, 298~323면.

종전의 법전편찬위원회의 民法分科委員會의 위원으로는 「責任委員」으로 高秉國(담당: 총칙편), 姜炳順(물권편), 權承烈(채권편), 張暲根(친족·상속편 主責任委員), 張承斗(친족·상속편 責任委員補)가, 그외에 「一般委員」으로 金用茂, 梁大卿, 趙鎭滿, 張厚永, 玉璿珍, 崔丙柱, 白漢成, 尹吉重(이상 財産篇), 閔瞳植, 金瓚泳, 高秉國, 崔奎東, 李天祥, 金甲洙, 李根祥, 朴承俊, 安潤出(이상 身分編)이 있었던 것으로 알려져 왔다. 이는 1957년 4월에 있는 民法案公聽會에서 法制室長이 행한 「民法案國會提出經過報告」에 기한 것이다.

그러나 「법률평론지」에 실린 의사록을 보면, 여기에 든 委員 중에서 실제로 심의에 참가한 것으로 확인할 수 있는 사람은 법전편찬위원회의 위원장 金炳魯, 그리고 「責任委員」 또는 「起草委員」으로 高秉國, 姜炳順의 두 사람과 「一般委員」으로 崔丙柱, 閔瞳植의 두 사람뿐이다. 그리고 그 동안 알려져 있지 않았던 鄭文模, 梁元一, 元澤淵, 盧鎭高, 金泰瑛, 申泰益, 金垞源, 徐相權 등과 같은 사람들이 위원으로 발언하고 있다.⁴¹⁾

민법은 특히 국민의 생활질서, 즉 역사와 전통에 직결되는 법이기 때문에 어느 민족에게서나 민법의 제정에는 강행론과 신증론이 있기 마련이다. 그 단적인 예가 독일에서의 티보-사비니 논쟁임은 알려진 사실이다. 일본에서도 강행파와 연기파의 법전논쟁이 있었다. 우리나라의 민법제정에서도 그동안 비교적 조명되지 아니하였지만 학자들간에 時期尙早論이 등장하기도 하였는데, 張庚鶴과 金基善의 논쟁이 있었다.

4. 刑法의 制定

위에서 잠시 언급한대로 형법은 1953년 6.25동란 중 부산 피난지에서 제정된 것이라 오늘날 형법학자들은 미흡한 점이 많다고 지적하고 있다.⁴²⁾ 지면관계로 간단히 진행일정만 보면 아래와 같다.

[1] 이에 대하여는 양창수, 위 자료 해설 참조.

[2] 신동운교수의 노력으로, 「형법」, 「형사소송법의 제정자료집」이 한국형사정책연구원에서 간행되었다(1990): 이형국, 「해방후의 한국형법사」, 한국법사논총(박병호교수회갑기념논집), 박영사, 1991.

- 1947. 6.30 法典起草委員會 설립(남조선과도정부 행정명령 제3호)
- 1947.10.20 10분과위원회
- 1948. 7.17 헌법 제정공포
- 1948. 8.15 대한민국 정부수립
- 1948. 9.15 法典編纂委員會 職制 공포(대통령령 제4호)
- 1948.12.11 형법제정요강 재제출, 통과
- 1949.11.12 형법정부초안 최종 결정
- 1950. 6.25 사변발발
- 1951. 4.13 정부형법안 제출
- 1952. 8.29 제13회 국회(임시회) 법제사법위원회 상정의결, 형법안 심사보고의 건(법제사법위원회 위원장 金意俊)
- 1953. 2. 方萬洙의원의 개별수정안 제출
- 1953. 3.23 제15회 국회(정기회) 제39차 본회의에서 金宗順의원 외 14인 형법안긴급상정에 관한 건 제출, 통과(曹奉岩 부의장 사회)
- 1953. 4.16 제15회 국회(정기회) 제55차 본회의에서 형법안 제1독회(曹奉岩부의장 사회)
- 1953. 4.17 제15회 국회(정기회) 제56차 본회의에서 형법안 제2독회(尹致暎부의장 사회)
- 1953. 5.30 제15회 국회(정기회) 제77차 본회의 재심사 회부
- 1953. 6. 5 제16회 국회(임시회) 법제사법위원회 상정 의결 법률안 재회부에 관한 건(민의원 법제사법위원회 위원장 尹吉重)
- 1953. 6.23 제16회 국회(임시회) 제10차 본회의에서 형법안 제2독회(曹奉岩의장대리사회)
- 1953. 6.27 제16회 국회(임시회) 제11차 본회의에서 형법안 제2독회(曹奉岩의장대리사회)
- 1953. 6.29 제16회 국회(임시회) 제12차 본회의에서 형법안 제2독회(尹致暎부의장 사회)
- 1953. 7. 1 제16회 국회(임시회) 제14차 본회의에서 형법안 제2독회(尹致暎부의장 사회)

- 1953. 7. 2 제16회 국회(임시회) 제15차 본회의에서 형법안 제2독회(曹奉岩의장대리사회)
- 1953. 7. 3 제16회 국회(임시회) 제16차 본회의에서 형법안 제2독회(尹致暎부의장 사회)
- 1953. 7. 6 제16회 국회(임시회) 제17차 본회의에서 형법안 제2독회(曹奉岩의장대리사회)
- 1953. 7. 7 제16회 국회(임시회) 제18차 본회의에서 형법안 제2독회(尹致暎부의장 사회)
- 1953. 7. 8 제16회 국회(임시회) 제19차 본회의에서 형법안 제2독회(曹奉岩부의장 사회)
- 1953. 7. 9 제16회 국회(임시회) 제20차 본회의에서 형법안 제3독회(尹致暎부의장 사회) 제3독회 생략하고, 자구 정리에 대한 것을 법제사법위원회에 회부
- 1953. 8.31 형법안 자구정리에 관한 건(법제사법위원회 위원장 尹吉重)
- 1953. 8.31 정부로 이송
- 1953. 9.18 법률 제293호로 공포
- 1953.10. 3 위 법률시행

형법의 기초과정에서 주목되는 인물은 엄상섭(嚴祥燮, 1907~60)이다. 형법 초안이 완성되고 “형법초안이유설명서”가 작성되었는데, 그것을 보면 어떠한 과정으로 진행되었는지 요약하여 알 수 있다.

신생국(新生國)에서 가장 긴급히 요구되는 것은 사법법전(司法法典)의 완성된 바 이 중대한 사업은 미군정시대부터 시작되어 일찍이 법제편찬위원회가 조직되었으나 사법법전 편찬이 최급선무라고 하여 故 양원일 위원이 총직, 엄상섭 위원이 各則의 기초를 담당하여서 우선 요강을 작성하여 이것을 법전편찬위원회 형법분과위원회와 동 총회에서 순차로 의결케 되었던 바 그후에 우리 민국(民國)이 수립되었으므로 다시 대통령령 4281년 제4호로 법전편찬위원회직제가 제정공포되어 군정시대의 사업을 계속하였으며 역시 전기 양 위원이 기초를 분담하

게 되었고, 다시 요강을 법전편찬위원회에 제출하여 4회에 걸쳐 재검토하여서 단기 4281년 12월 11일에 전부 통과시켰으나 불행히도 양원일 위원이 서거하여 부득이 金炳魯 위원장이 총칙기초를 自擔하게 되어 엄상섭 위원과 함께 장시일에 걸쳐서 완성하여 우선 假案이 탈고되었으므로 이를 김병로 위원장, 李仁, 權承烈 양 부위원장, 崔丙柱, 金甲洙, 엄상섭 및 鄭潤換 4위원으로 구성된 법률안심의위원회에 제출하여 단기 4282년 6월 2일부터 동년 9월 12일까지의 전후 13회에 걸쳐서 심의를 거듭한 후 제2 가안이 완성되었으며 이 심의회의 계속중에서도 먼저 심의가 종료된 총칙은 법전편찬위원회 총회에 제출하게 되었는데 제2 가안은 동년 8월 6일부터 동년 11월 12일까지의 전후 11회에 걸쳐서 토의를 거듭한 결과 법전편찬위원회에서 최후로 결정된 안이 본 초안이다. 그 후 엄상섭 위원에 의한 字句와 條文體裁에 대한 검토 때문에 약 20일, 인쇄 때문에 월여가 걸리게 되었다.

형법전편찬은 적어도 상당수의 전문위원이 상당한 설비와 시일을 얻어서 그 기초에 專心하더라도 완벽을 기하기 어려운 사업이거늘 그 어느 조건의 구비됨도 없이 당면의 필요에만 끌려서 이 법안을 작성하였기 때문에 그 불완전함을 면치 못하였음은 부득이한 일이었다. 완전무결한 우리 형법전의 완성은 금후의 과제로 남겨 두고 우선 이 초안으로써 免渴之用에 併하기로 하였다. 따라서 이 초안에 대한 완전한 立案理由를 부칠 시간적 여유를 가지지 못하였으므로 할 수 없이 立案方針의 개괄과 그 초안을 이해함에 참고사항을 열거하여서 그 이유설명에 갈음하지 아니할 수 없음을 諒察하여 주기 바란다.⁴³⁾

이처럼 엄상섭이 처음부터 가장 주도적 역할을 하여서 작성된 형법초안은 다음과 같은 입안의 근본원칙에 입각하고 있었다.

1. 세계 각국의 현행법 형법개정초안 특히 독일형법 및 독일 1930년 형법초안을 많이 참고로 하였고 제정역사가 새롭고 國情이 우리나라와 유사한 중국형법을 참작하였다.

43) 徐壹教, 新刑法, 大韓出版文化社, 1953, 75~76면.

2. 모든 독재적인 정치요소를 배격하고 국민의 기본권을 옹호하여 자유와 평화의 완전실현을 지향하는 세계적 추세에 적응케 하였다.
3. 신생국가로서의 潑刺生新하고 勇往邁進的인 國風과 그러한 국민으로서의 창의력과 진취성을 풍부케 함에 적당하도록 하였다.
4. 目下 우리가 당면하고 있는 위기의 극복, 즉 민족의 분열에서 통일에의 추진방도에 있어서 유감됨이 없도록 하기에 노력하였다.
5. 우리 민족 고유의 美風良俗의 유지향상에 유의하였다.
6. 약자(弱者)를 보호하여 그들의 낙오성에서 배태되는 사회의 불건전화를 방지함으로써 국가의 기초를 공고히 할 것을 企圖하였다.
7. 刑法學說의 華麗奇拔함에 편파됨을 피하고 그 健全中正함을 택하여서 현실에 적합하도록 하였다. 따라서 세계 각국의 입법례와 특히 새로운 형법초안을 광범위로 참고하였다.
8. 용어는 법으로서 명확성과 존엄성을 해하지 아니하는 한 될 수 있는 대로 평이하도록 하였다.⁴⁴⁾

이렇게 제정된 형법이 40여년이 지난 오늘날 대폭 개정작업을 하여 현재 국회에 상정되어 있다.

5. 民事訴訟法의 制定

1948년 9월 15일 법전편찬위원회직제가 구성되고, 민사소송법의 기초는 김윤근(파산, 和議), 김갑수(민소, 人訴), 민복기(강제집행, 경애, 非訟)의 3인이 담당하기로 되어 있었다. 일반위원으로는 양대경, 한격만, 임한경, 배정현, 이상기, 이병용, 김관호 제씨가 참여하였다. 이 위원회에서 민사소송법안의 기초를 완료하여 1953년 1월 13일에 국회에 제출하였으나, 5회에 걸쳐 토의하였지만 폐기되었다가 6년후인 1959년 2월 23일 정부에서 여섯번째로 제출한 것이 동년 12월 28일에 국회에서 통과되었다. 1960년 4월에 법률 제547호로 본문 723조 부칙 10조로 공포하여 동년 7월 1일부터 시행되었다.

44) 徐壹教, 위의 책, 76면.

6. 刑事訴訟法の制定

형사소송법도 비교적 빨리 제정되었는데, 그 진행과정은 다음과 같았다.

- 1947. 6.30 法典起草委員會 설치
- 1947.12. 法典編纂委員會 조직
- 1948. 7.17 憲法の 제정공포
- 1948. 8.15 大韓民國 政府 수립
- 1948. 9.15 法典編纂委員會職制 공포(大統領令 제4호)
- 1953. 1.13 刑事訴訟法 政府案 제출
- 1953. 1.14 同法案 國會 司法委 회부
- 1953. 1.14 司法委 審議 議決(小委6차 修正議決(嚴祥燮, 金濬泰, 金意俊, 金宗順위원), 法司委 4차 수정의결)
- 1953.12. 大法院, 國會에 「刑事訴訟法 制定에 관한 件」 제출(大法院長 金炳魯)
- 1954. 1. 9 法制司法委員會, 刑事訴訟法案에 관한 公聽會 개최(法院·檢察·法務部·法制處·學界·기타관련단체) (사회: 法制司法委員長 金正實)
- 1954. 2.15 제18회 定期國會 제18차 本會議 「刑事訴訟法案 審査報告의 件」상정(司法委員長 金正實), 刑事訴訟法案 政府提案 이유 설명(法典編纂委員長 金炳魯) (사회: 副議長 曹奉岩)
- 1954. 2.15 法司委 「刑事訴訟法 追加修正案에 관한 件」 제출
- 1954. 2.16 同國會19차 本會議 제1독회(사회: 부의장 曹奉岩)
- 1954. 2.19 同國會19차 本會議 제1, 2독회 (사회: 부의장 曹奉岩), 제3독회 省略, 法案통과, 法案 字句整理는 法制司法委員會에 회부
- 1954. 2.26 「刑事訴訟法案 字句整理에 관한 件」 제출(司法委員長 金正實)
- 1954. 2.28 刑事訴訟法 決議案 政府 이송(의장 申翼熙)

- 1954. 3.13 「刑事訴訟法案 異議에 관한 件」 제출(大統領 李承晩)
- 1954. 3.15 大韓辯護士協會 國會에 「刑事訴訟法案에 관한 建議書」 제출(會長 梁大卿)
- 1954. 3.19 제18회 定期國會 37차 本會議 刑事訴訟法案 法律로 確定(在籍議員 179명, 出席議員 149명, 贊成 120명, 反對 27명, 棄權 1명, 無效 1명) (사회: 副議長 曹奉岩)
- 1954. 3.20 確定案 政府로 이송
- 1954. 9.23 刑事訴訟法 公布(法律 제341호) (大統領 李承晩)
- 1954.10.14 刑事訴訟法 效力發生

7. 商法の 制定

상법전은 해방직후 법전기초위원회에서 착수했으면서도, 15년의 세월이 지난 1961년 군사혁명정부에 의해 '혁명입법'의 하나로 제정되는 難産을 겪었다. 이에 관하여는 1992년에 상법시행 30주년을 기념하였고, 필자도 '한국상법전의 제정 과정'이란 논문을 이미 발표한 바 있으므로 여기서는 생략한다.⁴⁵⁾

V. 法令整理刊行委員會의 활동

위에서 법전편찬위원회의 활동을 중심으로 우리나라의 기본법제가 제정되어 온 과정을 살펴 보았지만, 사실은 그것은 헌법, 형법, 민법, 상법, 민·형사소송법 등 기본법률에 국한된 것이고 그에 못지않게 많은 각 분야에는 종래의 일본법률, 미군정법령이 건국후에도 여전히 발효중에 있었다. 그리하여 구법령의 유효·무효를 조사·심의하여 이에 代置할 새 법령의 起草를 준비하기 위하여 1951년 5월 12일에 대통령령 제499호로 法令整理刊行委員會를 설치하였다. 이것은 국무총리 소속으로 설치되어 국무총리를 위원장으로 하고 법제처장을 부위원장으로

45) 拙稿, "韓國商法典의 제정과정", 商事法研究 9호, 1991.

로 하여 실무를 법제처에서 담당하였다. 그러나 예산조치가 없어 기본계획도 수립하지 못하고 방치되어 있었다. 그러다가 1956년 7월 17일에 「법령정리간행위원회 규정」을 개정하여 「법령정리위원회 규정」으로 명칭을 바꾸고, 법제실장 소속으로 하여 법제실장을 위원장으로 하고, 법학을 전공한 국회의원, 관계기관공무원, 판사, 검사, 변호사, 법학사 등을 위원으로 보강하여 본격적으로 구법령정리 작업을 추진하였다. 동위원회는 1956년 10월 1일 법학계 권위자 등 10인을 위원으로 위촉하고, 전문위원 참사로 임명하였다. 그 뒤 「구법령정리에 관한 특별조치법」(1961. 7. 15 법률 659호)이 제정되어 1961년 7월 18일 閣令 48호로 「법령정리위원회 규정」을 전면 개정하여 동위원회를 내각수반 소속으로 하였다. 이때는 내각 사무처장을 위원장으로 하고, 내각사무처 법제담당 次長을 부위원장장으로 하였다.⁴⁶⁾

혁명기에 직제의 변경을 겪으면서 이 위원회는 활기있게 작업을 하여 1962년 1월 20일까지 구일본법률 30, 舊法令 73, 舊勅令 25, 舊總督府令 218, 기타 法規 20, 美軍政法令 46, 기타 군정법규 5, 총 400여건의 구법령을 정리하여 완전히 우리나라 법으로 代替하였다. 말하자면 이때부터 실제로 완전한 대한민국법이 탄생한 것이라 하겠다.

VI. 結 論

이상에서 해방 후 대한민국 기본법제의 형성과정을 미군정시절의 法典起草委員會에서부터 대한민국 정부수립 후 法典편찬위원회, 법제처, 舊법령정리위원회의 순서로 대체로 법률초안작성의 과정에 참여한 인물과 진행과정의 實相을 파악하는 측면에서 검토해 보았다.

시기적으로 보면 대체로 15, 16년간에 걸친 작업인데, 길다면 길고 짧다면 짧은 이 기간에 구체적으로 일어났던 사건과 곡절은 매우 복잡 다양했다는 사실을 알 수 있다. 조용히 앉아서 法理를 반추하며 진행시킨 법제정이 아니라 해방과 군정과 혁명과 전쟁의 慘禍가 점철되는 渦中에서 진행되었다. 정치적 사회적 불안

46) 법제처, 法制處史, 1983, 56면.

정 속에 태어난 법률이 얼마나 正常的(?)인 것이 될 수 있겠는가라는 일반론적 의구가 아니라 하더라도 해방 후 하루속히 日帝의 法律에서 탈피해야 한다는 강박관념이 급속한 법전편찬주의로 몰고간 현실적 제약도 오늘날에는 깊은 反省을 하게 하는 요인이다.⁴⁷⁾ 상법과 같은 가장 非정치적 법률이 온갖 파란을 겪었고 15년이 넘어 혁명입법의 일환으로 '難産 속의 早産'을 해야 했던 것을 한 例로 보듯이 필요한 충분한 입법논의가 부족했던 것은 숨길 수 없는 사실이다.

그나마도 현실적 급박성에 맞추어 법조 실무자들에 의해 기초된 법률안들이 시간이 지남에 따라 법학자층의 형성과 함께 비판되고, 改正의 문을 연 것은 상법 전 같은 기본법전이 갖 제정된 1960년대에 이미 동시에 시작되었다. 그러나 국회의 활동이 평탄치 아니한 한국에서는 한번 제정된 법전은 개정하는 데에도 또 복잡한 요인들을 안고 있어서 간단치 아니하다.⁴⁸⁾ 그러기에 어느면에서는 制定史에 대한 관심이 - 적어도 학문적인 면에서는 - 더 깊어지는지도 모르겠다. 어쨌든 해방직후부터 1960년대 초에 비로소 마무리된 대한민국 기본법제의 형성과정은 본문에서 누누히 지적한 바와 같이 逸失된 자료를 발굴·보완하면서 더욱 자세히 정리해 나가야 할 것이다. 그리고 가능하다면 지금까지 나와 있는 자료만이라도 「현대한국법사자료집」으로 집대성하여 편찬한다면 연구에 큰 도움이 되는 자료가 될 것이다.

47) 1995년 5월 12일 한국법사학회 주최 해방 50주년기념 「법, 그 속에 잔존하는 일제유산의 극복」 심포지움 발표문집 참조.

48) 예컨대 民法 가운데 친족·상속편의 가족법을 1989년 말에 개정하는 데 이르도록 여성단체측과 儒林측의 갈등은 한국에서 법률 개정작업이 얼마나 어렵고 복잡한가를 보여준다.