

# 일제의 실증주의법에 저항한 우리 민중의 자연법 사상과 그 실천

-자연법 사상에 기초한 우리 민중의 저항권을 중심으로-

김 상 용\*

## 차 례

- I. 개 설
- II. 일제의 법실증주의에 입각한 악법들
  - 1. 개항에서 합병까지의 일본의 실증주의 법사상
  - 2. 합병이후의 일제의 법제정방식과 악법들
  - 3. 해방이후의 일제악법의 정리
- III. 일제의 악법에 대한 우리 민중의 저항
  - 1. 합병이전의 저항의 모습
  - 2. 합병이후의 저항의 모습과 구체적인 사례
  - 3. 해방이후의 저항권 행사의 계속
- IV. 법실증주의와 자연법의 역사적 전개
  - 1. 법실증주의의 역사적 전개와 특징적 내용
  - 2. 자연법의 역사적 발전과 그 특징
  - 3. 법실증주의와 자연법론의 상호관계의 역사적 발전
- V. 일제악법과 우리 민중의 자연법에 의한 저항권 행사에 대한 평가

\* 연세대학교 법학전문대학원 교수, 대한민국 학술원 회원, 법학박사

## I. 개 설

일제시대에 일제가 우리 나라에서 제정·시행한 법들은 지극히 법실증주의, 특히 제정법실증주의(Gesetzespositivismus)에 입각한 악법들이었으며, 그러한 악법들에 의하여 일제의 우리 나라에서의 식민지통치행위는 바로 제정법에 의한 불법(gesetzliches Unrecht)이었다.<sup>1)</sup> 그러한 일제의 악법에 기초한 식민지통치행위에 대하여 우리 민중은 인류의 보편가치와 인간의 善한 本性에 기하여 다방면에서 중단없이 저항을 하여왔다. 그 저항은 바로 인류보편의 가치를 담아 이를 실현하고자 하는 내용을 담고 있는 자연법 사상(Naturrechtsgedanke)의 표현이자 실천이었다. 우리 민중의 자연법 사상에 기초한 저항권의 행사에 의한 결과로 우리나라가 해방이 되었으며, 인류의 보편가치에 반하는 법실증주의에 입각하여 불법적인 힘에 의한 식민지 통치를 한 일본제국주의는 결국 패망의 결과에 이르렀다.

이와같은 일제의 제정법에 의한 불법은 법실증주의의 극치라고 할 수 있는 제정법만능주의에 입각한 법에 대한 태도의 발현이며, 법의 이념<sup>2)</sup> 중 法的的安全性(Rechtssicherheit)을 가장 중시하는 법사상이다. 그리고 법실증주의는 법의 내용을 문제로 삼지 아니하고 제정하면 그것이 법이라는 물리적인 힘에 바탕을 법사상이다. 그러나 자연법 사상은 법의 내용이 인류보편의 가치를 담고 이를 실현하고자 하여야 하며, 사물의 본성과 인간의 본성에 합치되는 법만이 법일 수 있으며, 제정법만이 법이 아니라 제정되지 아니하는 超實定的인 法(überpositives Recht)도 역시 법으로 파악한다. 따라서 자연법은 현재의 불법에 대해서는 저항할 수 있는 저항권을 행사할 것과 인류보편의 가치질서인 새로운 理想社會를 실현하고자 하는 내용으로 구성되어 있으며, 법의 이념 중 법적안전성보다는 정의의 실현을 중시하는 법사상이다.

1) 鈴木敬夫, 法을 통한 朝鮮植民地 支配에 관한 研究(고려대학교 민족문화연구소, 1989), 58쪽.

2) 법의 이념으로 일반적으로는 법적안전성(Rechtssicherheit), 합목적성(Zweckmäßigkeit), 정의(Gerechtigkeit)의 3가지를 들고 있다. 이 세가지 이외에도 筆者는 법적평화(Rechtsfriede)가 법의 이념으로 추가되어야 한다고 생각한다.

이와같은 법에 있어서 근본적인 태도의 차이를 갖고 있는 법실증주의 사상과 자연법 사상은 인류의 역사의 시작과 함께 대립적인 관계를 이루면서 서로 영향을 주고 받으며 발전하여 왔다. 그러나 전제군주국가, 독재국가, 전체주의국가, 사회주의국가, 제국주의국가 등은 법실증주의에 의한 법의 제정과 운영을 하여 왔으며, 舊體制 또는 식민지 지배를 받던 국가에서는 자연법 사상이 강조되고 舊體制의 불법에 대해서는 혁명<sup>3)</sup>을 통하여 이를 顛覆시켰으며, 인류보편의 이상적인 사회의 실현을 위한 법사상으로 그 기능을 다하였으며 인류를 보다 정의롭고 평화로운 사회로 이끌어 나갔다.

일제에 의한 우리나라의 식민통치에 있어서도 일제는 그들의 모든 식민지통치행위를 형식적인 법률의 제정과 시행에 의하여 그들의 불법을 정당화하고자 하였다. 일제에 의한 대한제국의 합병 그 자체가 불법이었으며, 그들이 유효성을 주장하는 합병조약도 그 성립요건을 갖추지 못하였다고 평가되고 있다. 그러므로 더욱더 일제에 의한 식민지 통치행위는 법적정당성을 갖추고 있지 못하였으며, 그들이 제정한 법률도 모두가 불법적인 행위이었다고 평가된다. 그들은 철저히 법실증주의에 입각한 법의 제정과 집행을 하였다.

그러나 우리 민중은 일제가 제정하고 집행한 그들의 식민지 통치법에 대해 그 정당성을 인정할 수 없음을 인식하고 그들의 악법들을 수용하지 않고 저항하였으며 그러한 저항을 통하여 끝내는 해방을 쟁취할 수 있었다. 우리 민중이 일제의 악법에 저항한 것은 우리 민중으로 하여금 저항하게 한 법적정당성이 있었으며 그 법적정당성에 대한 우리 민중의 확신은 제정법에 의하여 성문화되어 있지는 아니하였으나 우리 민중의 행동의 지침이 되었던 법이었다. 그것이 바로 자연법이었다. 그러므로 일제시대에 우리 민중의 행동의 지침이 된 법은 일제가 제정한 實定の 악법이 아니라, 불문법으로 존재하였던 우리 민중의 양심의 법이자 인류보편의 가치를 담은 초실정적인 자연법이었다. 따라서 일제시대의 우리 민중을 지배하였던 법은 자연법이었다.

3) 자연법사상에 입각하여 일어난 대혁명으로는 1776년부터 시작된 미국독립혁명과 1789년의 프랑스대혁명을 들 수 있다.

지금까지 일제시대의 독립운동과 독립사상에 대한 연구와 평가는 주로 지도층에 의한 독립운동과 독립사상을 중심으로 이루어져 왔다. 그러나 생명을 바쳐 독립운동을 전개하고 실천한 사람들은 이름없이 저항운동을 한 민중들이었다. 우리 민중들이 독립운동을 전개하고 독립사상을 실천하게 한 그 근원을 법적측면에서는 아직까지 충분히 연구되고 평가되지 아니하였다. 그리고 일제시대에 법률사무를 직업으로 삼아 일하였던 소위 우리의 법률가들은 대부분 친일파였다.<sup>4)</sup> 소위 법을 안다고 한 일제시대의 우리의 법률가들은 일제가 만든 악법을 알고 이를 대변하였을 뿐이었으며, 진정으로 법치주의(rule of law)의 기초를 닦고 실천한 사람들은 일제의 제정법인 악법에 저항하면서 불문의 자연법을 따라 이를 실천한 민중들이었다. 이러한 민중들에 의한 악법인 일제의 제정법에 저항하고 이상적인 인류보편의 가치를 실현하고자 하는 자연법사상은 우리 법의 영원한 기초법사상으로 이어져 가야할 것이며, 그것에 기초한 자연법이 영속적인 우리의 법으로 성장, 발전해 나가야할 것이다.

이러한 문제의식을 갖고서 일제시대의 일제의 법실증주의에 입각한 악법들과 그러한 악법제정의 사상적 근거와 당시 일본의 문화적 빈곤의 사정 및 그러한 악법들에 의한 구체적인 식민통치의 사례들을 살펴보고, 이러한 일제의 제정법인 악법에 저항한 우리 민중의 자연법 사상의 배태의 배경과 그 실천에 대하여 살펴보고, 장래의 우리의 법의 발전방향은 자연법에 있음을 밝혀 보기로 한다.

## II. 일제의 법실증주의에 입각한 악법들

### 1. 개항에서 합병까지의 일본의 실증주의 법사상

일제시대에 일제가 불법적인 악법들을 제정하여 물리적인 힘에 의한 식민지통치를 하게 된 법실증주의의 사상적인 배경을 이해하기 위해서는 합병이전의 일제의 한국에 대한 식민지 지배를 위한 준비과정에서의 일본

---

4) 최종고, 한국법사상사(서울대학교출판부, 1999), 254쪽.

의 법에 대한 이해가 先行的으로 필요하다. 일제가 대한제국을 1876년 강화도조약에 의하여 강제적으로 개항을 하게 하기 전, 일본은 1854년에 미국에 의하여 강제적으로 개항을 하게 되었다. 일본이 미국에 의해 강제로 그들이 개항을 한 후에 취한 일본정치의 방향은 천황제 절대군주주의 하에서의 富國強兵이었다. 당시의 국제정세가 제국주의에 의한 식민지 지배의 시대로서, 일본도 제국주의 열강에 대열에 합류하기 위하여 부국강병을 국가발전의 기치로 내걸었다. 이러한 부국강병은 인류보편의 이상적인 자연법에 기초하지 아니하고 물리적인 힘의 행사를 정당화하는 법실증주의에 기초하고 있었다. 그리하여 일본의 부국강병을 정신적으로 강력히 뒷받침하였던 자로 알려진 후쿠자와 유키치(福澤諭吉)은 “萬國公法이 大砲一門보다 못하다”(萬國公法不如大砲一門), “壓제도 또한 愉快하다”고 가르침으로써 일본으로 하여금 중상주의적 제국주의 정책을 지지하고 사상적으로 지원하였다.<sup>5)</sup> 그리고 그는 강화도조약을 일본국의 榮譽라고 評하였다.<sup>6)</sup> 이러한 사고는 바로 법에 있어서 지극히 법실증주의적인 사고이었으며, 천황의 명령이면 그 내용여하를 불문하고 강제력이 있는 법이라는 사고에 입각하고 있었던 것이었다.

그리고 일본은 개항 후 1868년에는 천황절대주의에 기초한 부국강병을 위한 소위 명치유신을 단행하였다. 명치유신 후 일본은 1889년에 천황제 절대주의에 입각한 명치헌법을 제정하였다. 명치헌법 제3조는 “천황은 신성하여 침해할 수 없다”라고 규정하였다. 그러한 개항이후의 일련의 일본 내의 정치과정은 국내적 및 국제적인 평화를 위한 자연법 사상의 실현으로의 정치발전이 아니라 천황제절대주의에 입각한 법실증주의에로의 법에서의 발전을 위한 정치상황을 전개해 나갔다.

그런데 문제는 기독교의 나라이고 자연법에 의한 저항권 행사에 의하여 건국한 미국에 의하여 개항한 일본이 미국의 자연법사상과 자연법적인 헌법 및 제정법에는 관심을 갖지 못하고 오로지 천황제절대주의를 信奉하고 부국강병으로 그들의 정치가 발전되어 갔는가 하는 점이다.<sup>7)</sup> 미

5) 김상용, 法史와 法政策: 韓國法史 중심(한국법제연구원, 2006), 154쪽.

6) 鈴木敬夫, 法을 통한 朝鮮植民地 支配에 관한 研究, 20쪽.

7) 일본은 명치유신 후에 그들의 민법전을 프랑스의 민법학자 보아소나드(G. E. Boissonade)

국은 1776년에 버지니아 권리장전을 선포하여 천부인권을 인정하고 선언하여 자연법 사상과 자연법을 문서로 확인하였다. 그리고 同年에 역시 미국의 독립선언이 발표되고 그것에도 역시 인간의 천부인권과 자연법으로의 법의 발전을 천명하였다. 그리고 이러한 일련의 천부인권과 자연법 사상이 담긴 역사적인 문서들 중 미국독립선언서가 일본에서 1860년대에 이미 출판이 되었다.<sup>8)</sup> 일본에 자연법 사상이 그들의 개항 후에 알려졌음에도 불구하고 소위 일본의 선각자라는 사람들은 왜 인류평화의 길을 가지 아니하고 전제군주제하의 부국강병으로 나라의 발전방향을 설정했는가 가 의문이다.<sup>9)</sup>

이에 관하여는 상세하게 연구분석이 필요할 것이지만 우리나라와 관련해서 살펴보면, 일본은 오랫동안 무신정권의 지배를 받은 나라로서 세계의 평화와 천부인권사상을 알지 못하는 문화적으로는 저급문화의 생활을 하여왔다고 생각되며, 그들이 개항 후에 명치유신을 통하여 武人政權에서 文民政權으로 전환은 하였으나 천황제절대군주제의 강화를 위하여 무신정권이 추구했던 것처럼 힘에 의한 강력한 통치를 하고자 하였던 것이었다. 그리고 일본인들의 정신적 지주였던 소위 神道主義는 기독교와 같은 사랑과 박애와 자비를 가르친 종교가 아니었던 점도 일본이 천황제절대주의하의 부국강병으로 발전해 나가는데 의문을 제기할 수 있는 정신적 저항의식을 배양할 수 없었던 것으로 판단된다.

---

를 초빙하여 프랑스 민법전에 바탕을 둔 그들의 민법전을 성안하여 1890년에 제정하고 1893년에 이를 시행하기로 예정되어 있었으나, 그들의 민법전(소위 일본의 舊民法典)의 내용이 일본 고유의 미풍양속을 해치며, 너무 자연법적인 사상에 기초하고 있다는 이유로 1892년에 국회의 의결에 의하여 그 시행을 무기연기 시키고, 다시 프랑스민법전보다는 자연법사상의 기초가 약한 독일민법전 제1초안을 참고하여 그들의 현재의 민법전을 1896년에 총칙, 물권법과 채권법을 제정하고 1989년에 친족법과 상속법을 제정하여 1898년에 재산법과 가족법을 동시에 함께 시행을 하였다(서희석, “한국민법에 대한 일본민법의 영향과 향후의 과제: 비교법의 연구대상으로서의 일본민법을 위하여”, 민법시행 50주년 기념: 민법의 자화상과 미래상, 2010년 추계 대법원·한국민사법학회 공동학술대회 자료집(한국민사법학회 편, 2010. 10. 22-23), 3쪽).

8) 안효상 역, Stephanie Schwartz Driver 저, 세계를 뒤흔든 독립선언서(그린비, 2005), 113쪽.

9) 일본에서 명치유신시기에 미국의 독립선언서의 자유와 평등에 대한 내용 때문에 일본에서 광범위하게 읽히고 관심을 가졌다고 한다(위의 책, 113쪽). 그러나 한국에 대한 일본의 태도는 미국독립선서의 내용과는 전혀 반대방향으로 향하여져 있었다.



그리하여 일본은 그들의 개항 이후 근대화로 나아갔으나, 인류보편적의 가치를 실현하고 세계평화를 추구하지 아니하고 그들의 천황을 神格化하고 물리적인 힘에 의한 강국으로 나라의 발전방향을 설정한 것이었다고 판단된다. 그러한 나라의 발전방향을 정하고 추진할 수 있게 하였던 법사상이 바로 악법도 법이라는 법실증주의사상이 이를 뒷받침하였다.

## 2. 합병이후의 일제의 법제정 방식과 악법들

일제가 대한제국을 병합하고 36년동안 한국을 식민지로 지배하면서 취한 조치들은 모두를 그들의 제정법(Gesetze)에 의하여 실행되었다. 그런데 그 제정법이 한국민을 인격적인 인간으로 대우하지 아니하였으며, 그들의 이익을 위하여 철저하게 한국민을 지배하고 착취하고 한국민을 비인간적으로 억압함에 있어서 그 모두를 그들의 제정법으로 수행하였다.

구체적으로 일제가 행한 중요한 악법들의 제정방법과 제정과정을 살펴보면, 1910년 8월 29일 합병당일 일제는 그들의 칙령 제318호로 “한국의 國號를 조선으로 고치는 건”을 제정하여 대한제국을 조선으로 개칭하고, 역시 同日字로 칙령 제319호로 “조선총독부설치에 관한 건”을 공포하여 조선총독이 日皇의 위탁에 의하여 한국에서의 일체의 政務를 통할하게 하고,<sup>10)</sup> 역시 동일자 칙령 제324호로 “조선에 시행할 법령에 관한 건”을 제정·공포하여, 한국에서 법률로 규정하여야 할 사항은 制令<sup>11)</sup>으로써 제정할 수 있게 하고,<sup>12)</sup> 일본법령의 전부 또는 일부를 한국에 시행할 필요가

10) 그러나 총독이 임명되기 전까지는 統監이 총독의 직무를 수행하도록 하였다.

11) 제령은 일본내각총리대신을 경유하여 일본천황의 勅裁를 얻은 조선총독의 명령이었다. 이와같이 일제는 입법사항을 명령으로 제정할 수 있게 하였다.

12) 제령은 조선총독의 명령이었으며, 조선총독은 제령에 의하여 한국에 시행할 법률의 내용을 일일이 규정한 것이 아니라 일본의 법령을 그대로 依用하는 형식을 취하였다. 그러므로 인하여 의용된 법률이 일본에서는 개정이 되었으나 그 법률을 의용한 제령은 개정되지 아니하여 같은 법률이라도 일본에서는 개정된 법률이 시행되고 한국에서는 개정되기 전의 법률이 시행됨으로 인한 법적용에 있어서 문제점을 해결하기 위하여 일제는 1911년 6월 22일 제령 제11호로 “제령에 있어서 법률에 의한 규정이 있는 때에 그 법률의 개정이 있는 때의 효력에 관한 건”을 제정하여 의용된 법률이 일본에서 개정되었을 때에는 그 개정법률이 한국에서도 적용될 수 있도록 하였다.

있는 경우에는 칙령으로 하도록 하였다. 그리고 역시 동일자로 제령 제1호인 “조선에 있어서 법령의 효력에 관한 건”을 제정·공포하여 장차 총독부를 설치할 때에 조선에 있어서 그 효력을 상실하게 될 일본제국법령 및 한국법령은 당분간 총독이發한 명령으로서 그 효력을 가지는 것으로 하여 잠정적, 과도기적 조치를 취하였다.

이와같이 일제는 합병당일 국호를 칙령에 의하여 바꾸고, 한국에서의 법률의 제정은 조선총독의 명령인 제령으로 할 수 있도록 하고, 일본법률을 직접 한국에 효력이 있도록 하지 않고 칙령에 의해서 비로소 한국에서도 효력에 있도록 하는 방식을 취하였다.<sup>13)</sup> 그러나 일제는 한국을 그들의 영토로 삼는다고 하면서도 일본헌법은 한국에 전혀 시행하지 아니하였다.<sup>14)</sup> 왜냐하면 당시의 명치헌법에는 기본권에 관한 규정을 담고 있었는데, 그 기본권을 한국민에게는 허용하지 아니하기 위해서였기 때문이었다. 그리고 일본제국의회가 제정한 법률을 직접적으로 한국에 효력이 있는 것으로 하지 아니하고 필요한 경우에는 당해 법률을 칙령에 의하여 한국에 시행하도록 한 것도 역시 일본인에게 혜택을 주는 법률의 내용을 한국민에게는 인정하지 않으려는 의도에서 그러하였다고 평가된다. 이와같이 日帝는 한국민을 日本帝國의 臣民으로는 만들었지만 한국민에게 日本臣民의 權利는 보장하지 않았다.<sup>15)</sup>

그리고 재판을 함에 있어서는 합병이전부터 이미 한국민과 일본인을 차별적으로 대우할 수 있도록 법령이 제정되어 시행되고 있었다. 1909년의 통감부재판소령(일본칙령 제236호)에서 민사재판에 있어서는 원·피고가 모두 한국인인 경우에 한해서만 한국판사가 재판을 할 수 있도록 하고 원·피고 중 한 당사자가 일본인일 때에는 일본인 판사가 재판하며, 형

13) 예컨대 1925년 4월 25일 일본의 법률 제46호로 제정된 “치안유지법”을 한국에 시행하기 위하여 동년 5월 8일에 칙령 제175호에 의하여 “치안유지법을 조선, 대만 및 사할린에 시행하는 건”을 제정하여, 이 칙령에 의하여 일본의 치안유지법이 한국에서도 시행이 되었다.

14) 합병이전에 일본은 이미 1901년 6월 3일 外交 第43號의 1, “합병후의 한국에 대한 施政方針決定의 件”에서 조선에는 당분간 일본헌법을 시행하지 않고 大權에 의해 통치할 것을 결정하였다. 그리고 동시에 총독은 천황에 직접 예속되고 조선에 있어서 모든 政務를 統轄하는 권한을 갖는다고 하였다.

15) 鈴木敬夫, 法을 통한 朝鮮植民地 支配에 관한 研究, 172쪽



사재판에 있어서는 피고가 한국인일 때에만 한국인 판사가 재판하도록 하고 일본인인 경우에는 일본판사가 재판하도록 하였다. 이러한 치외권법적 재판방식은 합병이후에도 1910년 조선총독부재판소령(제령 제5호)에 의하여 그대로 유지되었다.<sup>16)17)</sup>

또한 1906년에는 제령 제18호에 의하여 1903년부터 한국에 주둔하고 있던 헌병대에 대하여 군사경찰이외에 행정경찰 및 司法警察을 담당하도록 하여 헌병이 일반경찰은 물론 調停事件 등 司法事件에도 개입을 할 수 있도록 하였다.<sup>18)19)</sup>

그리고 일제는 합병전·후에 걸쳐서 식민지화 및 식민지 지배에 저항하는 한국민을 탄압하기 위하여 統監府가 이미 1907년에 대한제국을 압박하여 보안법(법률 제2호)을 제정하게 하여 시행하였으며, 1912년에는 악법중에서 악법인 朝鮮笞刑令을 제령 제13호로 제정하여 한국민에 대하여 야만적인 태형을 가할 수 있도록 하였으며,<sup>20)</sup> 1919년 4월 15일에는 3.1독립운동 후 독립운동을 탄압하기 위하여 제령 제7호로 “정치에 관한 범죄처벌에 관한 건”을 제정하여 이를 시행하였다.

이와같이 일제는 식민지 한국과 한국민에 대한 탄압행위를 모두 법률의 형식을 빌어서 이를 수행하였다. 그러나 그 내용은 지극히 인권과 인륜질서에 反하는 내용으로 구성되어 있었다.<sup>21)</sup> 그리고 일제는 3.1독립운동을 한 한국민에 대하여 보안법과 “정치에 관한 범죄처벌에 관한

16) 김병화, 韓國司法史(중세편)(일조각, 1980), 124쪽.

17) 이와같은 재판상의 차별대우는 3.1독립운동이 있는 후, 소위 문화정책의 내용의 하나로 1920년 3월 24일 제령 제3호로 조선총독부재판소령을 개정하여 조선인 판·검사의 차별을 철폐하였다.

18) 鈴木敬夫, 法을 통한 朝鮮植民地 支配에 관한 研究, 33쪽

19) 특히 헌병경찰이 노동쟁의, 소작쟁의사건의 조정에 개입하여 한국근로자 및 농민을 탄압하였다.

20) 笞刑은 대한제국의 형법대전에서 刑罰의 한 종류로 규정되었다. 그러나 1912년 일제에 의한 조선형사령에 의하여 형법대전이 폐지되어 태형도 함께 폐지되었다. 그러나 일제는 제령으로 朝鮮笞刑令을 제정하여 야만적인 행위를 하였으며, 3.1독립운동이 있는 후 1920년에 와서야 비로소 폐지되었다.

21) 歐美에서는 나치의 유대인에 대한 악법과 범죄행위의 실상에 관하여는 상세하게 연구가 이루어져 있음에 반하여, 일제의 악법에 의한 한민족에 대한 범죄행위에 대한 연구는 지금까지 거의 행하여져 있지 않은 실정이다(鈴木敬夫, 法을 통한 朝鮮植民地 支配에 관한 研究, 3쪽).

건”(1919년 제령 제7호)을 적용하여 처벌하였다. 또한 1925년부터는 의용된 치안유지법<sup>22)</sup>에 의하여 한국민들의 소작쟁의, 노동쟁의, 1926년의 6.10 만세사건, 1929년의 광주학생운동, 1941년의 조선어학회사건<sup>23)</sup>에 이 법률을 적용하여 한국민을 탄압하였다.

또한 일제는 1907년 신문지법(법률 제1호), 1909년의 출판법(법률 제6호)에 의하여 독립사상과 운동을 고취하던 신문을 폐간시키고,<sup>24)</sup> 정기간행물의 발행을 통제하였다. 1911년에는 조선교육령(칙령 제229호)을 제정하여 충성스런 국민으로서의 교육을 기본방침으로 하여 황국신민화 및 同化政策의 교육을 실시하였으며, 1915년에는 사립학교규칙(총독부령 제24호)에 의하여 종교교육, 특히 사립학교에서의 기독교교육을 금지하였으며,<sup>25)</sup> 1938년에는 조선교육령(제령 제103호)을 개정하여 한국어교육을 금지하였다. 그리고 1909년에는 법률 제8호로 民籍法을 제정하도록 하여 호주제의 실시와 민적관할기관을 경찰기관이 담당하도록 하였다.<sup>26)</sup> 1939년에는 조선민사령을 개정(제령 제9호)하여 한국민들로 하여금 일본식의 성과 이름으로 바꾸도록 하는 創氏改名을 강요하였다. 그리고 일제는 1941년에 치안유지법을 개정(법률 제54호)하여 천황이외의 신을 신앙하는 것을 불허하고, 한국민에 대하여 신사참배를 강요하고 이에 응하지 아니한 기독교인들을 치안유지법 위반으로 처벌하였다.<sup>27)</sup>

일제말기에 이르러서는 1936년에 조선사상범보호관찰령(제령 제16호)에 의하여 보안처분에 의하여 사상전향을 강요하였으며, 1941년에는 조선사상

---

22) 1925년 일본에서 제정된 치안유지법은 일본내의 공산주의운동을 탄압할 목적으로 제정되었다.

23) 1942년의 조선어학회사건은 조선어학회가 중심이 되어 편찬한 조선어사전의 편찬취지서에 “조선민족이 更生할 수 있는 지름길은 문화의 향상과 보급”이라는 구절을 넣었다는 것을 이유로 하여 조선어학회를 학술단체로 가장한 독립운동단체로 인정하여 치안유지법을 적용하여 연구자들을 검거하여 처벌한 사건이었다.

24) 황성신문, 대한민보, 대한매일신보 등이 이 신문지법에 의하여 停刊되었다.

25) 당시 기독교는 천황제이데올로기의 賊이었다(鈴木敬夫, 法을 통한 朝鮮植民地 支配에 관한 研究, 178쪽).

26) 민적관할기관을 경찰기관에서 행정기관으로 이관한 것은 1915년 조선총독부령(부령 제17호)에 의하여 이루어졌다.

27) 일본은 1939년이 이미 종교단체법(법률 제77호)을 제정하여 종교의 단체활동은 모두 大臣의 認可를 받도록 하였다.

범예방구금령(제령 제8호)에 의하여 한국민의 독립운동을 예방하기 위하여 한국민에 대하여 豫防拘禁制를 실시하였다.

그리고 일제는 1938년에 전쟁수행을 위한 수권법인 국가총동원법(법률 제55호)을 제정하고 이를 한국에 시행하기 위하여 동년에 칙령 제316호로 “국가총동원법의 조선, 대만 및 사할린에 시행하는 건”을 제정하였다. 그 결과로 칙령에 의하여 제정된 국민징용령(1939년, 칙령 제451호), 학도근로령(1944년, 칙령 제518호), 여자정신근로령(1944년, 칙령 제519호)을 제정하여 한국민, 한국학생을 강제징용하여 군수공장 및 군수시설에 강제노역을 시켰으며, 한국의 젊은 여성을 중군위안부로 강제연행하여 전쟁터로 내보냈다.

그리고 경제면에 있어서도 일제는 토지조사사업과 임야조사사법을 토지조사령(1912년, 제령 제2호)과 조선임야조사령(1918년, 제령 제5호)에 의하여 실시하고, 소유자로 하여금 신고케 하여 행정처분인 査定에 의하여 소유권을 인정하고 농민들의 관습상의 경작권을 박탈하여 소작농민으로 전락케 하여 그들의 식민지경영을 위한 노동자로 전환시켜 勞役に 동원하였다. 그리고 査定에 異議가 있어도 이에 대한 사법적 심사를 완전히 배제하여 농민들이 그들의 경작권을 구제받을 수 있는 방법을 원천적으로 봉쇄하였다.

그리고 일제시대에는 법학의 학문분야에서도 법실증주의가 강조되었다. 법실증주의의 대표적인 학자인 한스 켈젠(Hans Kelsen:1881-1973)의 순수법학(reine Rechtlehre)이 경성제국대학의 법철학 교수였던 尾高朝雄에 의하여 강의가 이루어졌으며,<sup>28)</sup> 당시의 일본의 군국주의에 동조하던 많은 법학자들에게 영향을 주었다. 물론 해방 후에도 우리나라에서 법실증주의의 극치를 보여준 한스 켈젠의 순수법학이 널리 알려지고 강의가 이루어졌다. 그리고 尾高朝雄 교수는 한국민에 대한 징병제 추진을 강력히 주장하고 옹호하였다.<sup>29)</sup>

이와같이 일제는 식민지기간 내내 그들의 모든 식민지통치행위를 모두

28) 이태재, 법철학사와 자연법론(법문사, 1984), 25쪽.

29) 鈴木敬夫, 法을 통한 朝鮮植民地 支配에 관한 研究, 368쪽.

제정법의 형식을 빌려서 실질적으로 강제적인 물리적 힘에 의해 이를 관철시켰다. 그러나 그 제정법의 내용은 인간으로는 해서는 아니될 일들이 포함되어 있었다. 그럼에도 불구하고 그들은 제정법으로 이를 실행하였다. 지극히 법실증주의적인 사고에 입각하여 법을 제정하고 집행하였다. 그러나 법실증주의적인 법사고와 법제정 및 법집행은 결국 과멸을 초래하고 말았음을 역사가 이를 증명해 주고 있다.

### 3. 해방이후의 일제악법의 정리

일제의 악법은 일제가 폐망하고 미군정시절에 2번에 걸쳐서 대표적인 악법에 대한 폐기조치가 있었다. 그 첫 번째는 1945년 9월 9일의 군정법령 제11호인 “일정법규일부개정폐기의 건”에 의하여 정치범처벌법, 예비검속법, 치안유지법, 출판법, 정치범보호관찰령, 신사법, 경찰의 사법권에 관한 규정을 폐기하였다. 이들 폐기된 법령은 일제가 한국인에게 차별과 압박을 가한 대표적인 근거법들이었다.

그리고 두 번째로는 1948년 4월 8일 남조선과도정부 법령 제183호인 “필요없는 법령의 폐지”에 의하여 육군형법(1908년, 일본법률 제46호), 해군형법(1908년, 일본법률 제48호), 集會取締令(1910년, 조선총독부령 제3호), 朝鮮不穩文書取締令(1936년, 제령 제13호), 不穩文시보안令(1941년, 제령 제34호), 보안법(1907년, 대한제국법률 제), 을 폐지하였다.<sup>30)</sup>

그리고 1946년 10월 23일에는 군정법령 제122호로 “조선성씨복구령”을 제정하여 일본식의 씨명으로 변경한 한국인 성명의 무효를 선언하고 호적법상의 기재를 간소한 절차에 의하여 정정할 수 있도록 하였다.<sup>31)</sup>

이와같이 일제가 반인륜적 행위를 합법화한 악법들은 미군정시절에 극히 일부를 폐기하는 조치를 취하였으나, 최종적으로는 대한민국정부가 수립된 후 1951년 5월 12일에 대통령령 제499호로 “법령정비간행위원회 규정”을 제정하여 그 위원회로 하여금 일제시대의 악법들을 정리하도록 하

30) 이들 법령외에 미군정법령인 “군정위반에 대한 범죄”(군정청법령 제72호)도 함께 폐지하였다.

31) 김상용, 法史와 法政策: 韓國法史 중심, 242쪽.

였으나 유명무실한 위원회에 불과하였으며, 1956년 7월 7일에는 同위원회를 “법령정리위원회”로 개칭하고, 1961년 7월 15일 법률 제769호로 “구법령정리에 관한 특별조치법”을 제정하고, 동년 7월 18일에 閣令 제48호로 “법령정리위원회 규정”을 개정하여 동위원회가 구법령정비사업을 강력히 추진하여, 1962년 1월 20일까지 舊일본법률 30건, 舊제령 73건, 舊칙령 25건, 舊총독부령 218건, 기타 법규 20건을 정리하였다.<sup>32)</sup>

### Ⅲ. 일제의 악법에 대한 우리 민중의 저항

#### 1. 합병이전의 저항의 모습

개항이후 합병까지의 기간동안에 이미 한국인이 일본에 대한 저항은 일어났다. 개항이후 청국의 중재에 의하여 대한제국이 서양제국과 외교관계를 수립하게 되고, 1886년의 프랑스와의 韓佛修好通商條約에서 기독교 신앙의 자유가 인정되어 천주교와 개신교가 한국에 합법적으로 전래될 수 있게 되었다.<sup>33)</sup> 개신교의 전래 전에 이미 중국을 통하여 耶蘇會<sup>34)</sup> 소속의 프랑스신부들을 통하여 천주교 서적이 한국에 전해지고 야소회 소속의 프랑스 신부들이 한국에 비밀리에 들어와 활동을 하고 있었다. 천주교는 이미 서양중세에 아우구스티누스<sup>35)</sup>(Aurelius Augustinus: 354-430), 토마스 아퀴나스<sup>36)</sup>(Thomas von Aquin: 1225-1274)에 의하여 자연법의 존재가 인정되었으며, 영원불멸의 자연법을 주장하였다. 서양은 중세의 교회

32) 김상용, 앞의 책 261쪽.

33) 김상용, 法史와 法政策: 韓國法史 중심, 141쪽.

34) 야소회(The Society of Jesus)는 1517년 종교개혁이 일어난 후, 천주교에서 신앙의 순수성을 회복하기 위한 천주교 자체내의 개혁을 위하여 결성된 敎團으로서 그 교단은 주로 동양선교에 主力하여 프랑스 신부가 중국에 들어오고, 중국에 使臣으로 갔던 우리의 선각자들과의 만남을 통하여 천주교가 한국에 전래되게 되었다.

35) 아우구스티누스는 법을 永久法(lex aeterna), 自然法(lex naturale), 實定法(lex positiva)으로 나누어 實定法은 자연법에 反할 수 없고 자연법에 반하는 실정법은 그 효력이 없다고 하였다.

36) 토마스 아퀴나스는 자연법은 인간의 이성의 빛을 통하여 神法, 즉 영구법에 참여하는 수단이라고 하였다. 그리고 그는 모든 법은 자연법에 유래하는 한에 있어서만 법의 본질을 가지며, 자연법에 배치되면 그 법은 법이 아닌 부패한 법이라고 하였다.



법의 시대를 거쳤기 때문에 한국에 온 프랑스 신부들은 성경을 전해 주고 포교하였지만, 그들의 철학과 신학속에는 이미 오랜 역사를 가진 영구 불변하는 자연법에 대한 사상이 깊이 자리하고 있었다. 그리고 개신교는 미국에서 남북전쟁(1861-1865)을 치른 후 자연법 사상에 입각한 노예해방을 체험하였으며 미국독립혁명과 프랑스 혁명이 자연법 사상에 기초하고 있었음을 체득하고 있었으며 하나님의 말씀이 곧 자연법이라는 사상을 체득한 선교사들에 의하여 한국에 전해지게 된 것이었다. 그리고 종교개혁을 통하여 신의 질서까지도 인간의 순수한 이성질서에 반할 때에는 개혁할 수 있다는 자연법적 순수함과 저항정신을 갖게 되었다. 그러므로 한국에 전래된 천주교와 개신교는 모두가 자연법 사상을 이미 학문적으로나 역사적으로 체험한 후의 자연법 사상을 내재적으로 갖고 있었던 종교이었다.

그리하여 영원불변하는 서양의 자연법 사상은 일본을 통해서가 아니라 중국과 미국으로부터 직접 한국으로 전해졌다. 따라서 한국에서는 일본에서와는 달리 개항전후에 이미 서양의 자연법 사상이 기독교의 전래와 함께 들어온 것이었다.

그리고 동양의 유교사상에서도 이미 오래 전에 이상적인 국가는 도덕 국가이었으며, 군주가 폭정을 할 때에 백성들은 혁명을 통하여 폭군을 제거할 수 있다는 易姓革命論 내지 暴君放伐論이 정립되어 있었다.<sup>37)</sup> 이처럼 한국에는 일찍부터 동양전래의 유교사상에서 자연법 사상이 뿌리내리고 있었으며, 서양에서 생성된 자연법 사상이 기독교의 전래와 함께 전해져서, 일본의 침략에 대하여 자연법에 기한 저항권의 행사를 할 수 있었던 자연법 사상이 자리하고 있었다. 그리고 대원군이 丙寅邪獄(1866)을 통하여 수많은 천주교도들을 처형하여 8,000여명의 기독교인들이 殉教를 당하였다. 그러한 순교도 역시 법실증주의사고에 입각한 실정법에 대한 영구법 내지 자연법에 기한 저항권의 행사였다고 평가된다.

이와같은 자연법 사상에 기한 저항권의 구체적인 행사는 의병운동으로, 동학혁명으로 나타났다. 동학혁명의 弊政改革<sup>38)</sup>의 요구내용은 바로 천부

---

37) 심재우, 저항권(고려대학교 출판부, 2000), i쪽.



인권적 내용이었다고 평가된다. 그리고 기독교에 의한 근대교육의 시작은 그 내용이 바로 자연법적 내용의 교육이었다고 평가된다.

또한 徐載弼(1863-1951)에 의한 독립협회의 창립에 의한 계몽운동과 만민공동회에 의한 의식개혁운동은 한국사회를 시민사회로 발전시키고, 자연법 사상을 한국민에서 심어주려고 한 사회운동이었다. 특히 서재필은 한국민중들에게 천부인권의 사상을 고취시켰으며, 민중의 자연권을 보장하려면 반드시 법에 의한 통치가 이루어져야 한다고 주장하였다.<sup>39)</sup> 이러한 서재필의 법사상은 바로 영미법상의 법의 지배와 법아래 평등의 사상에 기초하고 있었으며, 조선사회를 천부인권, 주권재민, 법치주의의 사회로 개혁할 것을 주장하였던 것이었다.<sup>40)</sup>

그리고 천도교의 人乃天의 사상도 역시 자연법사상에 기초한 자연법의 내용으로 평가된다.

이러한 한국사회의 시민사회로의 전환과 자연법사상의 고취 및 자연법적인 법발전의 추구는 한국민중에 의하여 추진되었으며, 당시의 한국사회의 지배계층은 이러한 자연법에 기초한 시민사회로의 발전을 이해하지 못하였으며, 오히려 전제군주제를 더 공고히 하려고 하였다. 그 전제군주제로의 회귀를 추구한 가장 대표적인 사례가 바로 1899년에 제정·공포한 대한제국의 大韓國國制였다. 同대한민국국제에서 왕실과 집권세력은 천부인권, 자연법사상으로의 시대의 변화를 전혀 수용하지 아니하고, 왕권을 스스로 지키지도 못하면서 전제왕권을 유지하려는 내용만을 담고 있었다.<sup>41)</sup> 대한제국이 인간의 본성에 기본을 둔 자연법 사상에 기초한 민중으로 부터의 동의와 지지를 받도록 노력했다라면 일본제국주의도 물리칠 수 있었을 것이라고 추론된다.

38) 폐정개혁에 의하여 주장된 개혁의 내용은, 농민혁명군과 정부와의 庶政協約, 貪官汚吏와 횡포한 富豪 및 不良兩班에 대한 엄징, 노비문서의 소각, 문벌의 타파와 인재 등용, 靑孀寡婦의 改嫁許容, 일본내통자의 처벌, 토지의 平均分作의 요구 등은 오늘날의 법적표현에 의하면 인류보편의 가치로서 자연법의 내용인 국민의 참여에 의한 민주정부의 운영, 인간의 존엄과 평등의 요구였다고 해석될 수 있다.

39) 김상용, 법사와 법정책: 한국법사 중심, 173쪽.

40) 최종고, 한국법사상사, 211쪽.

41) 대한국국제의 구체적인 내용에 관해서는, 김상용, 법사와 법정책: 한국법사중심, 177쪽 참조.

그리고 개화기의 법률가들 역시 일본의 법실증주의의 영향에 의하여 자연법으로의 한국법의 발전방향에 대한 의식을 갖지 못하였다. 兪吉俊(1856-1914)은 미국을 여행하였음에도 불구하고 천황제 절대군주제와 힘에 바탕을 둔 제국주의를 추구한 福澤諭吉의 영향을 크게 받아 민중의 인격의 인정과 민중의 삶의 개선에 의한 한국사회의 발전방향을 제시하기 보다는 절대군주제를 지지하였다. 그는 천부인권보다는 君賦人權 내지 法賦人權의 사고를 갖고 있었을 뿐이었다.<sup>42)</sup> 그리고 1907년 내지 1908년에 출판된 兪致衡의 헌법교과서에도 역시 민주주의의 대원칙인 다수결의 원리와 개인주의 등의 西歐法學에 대해 비판적이었으며, 일제의 전제군주국에 부합하는 헌법지식을 갖고 있었을 뿐이었다.<sup>43)</sup> 당시의 민법교과서에서도 역시 극히 법실증주의에 입각하여 법률을 인간행위의 준칙을 규정 한 주권자의 명령으로 定義하고, 민법을 주권자의 명령에 의한 인간행위의 준칙으로 이해하였다.<sup>44)</sup> 여기서의 주권자는 당시 최고권력의 힘을 가진 일본천황이었다.

## 2. 합병이후의 저항의 모습과 구체적인 사례

합병이후의 한국민의 일제에 대한 저항권은 다방면으로 행사되었다. 가장 중요한 저항권의 행사는 1919년의 3.1독립운동이었으며, 1926년의 6.10만세사건, 1929년의 광주학생운동을 들 수 있으며, 그 외에도 외교적 노력 및 무장항쟁으로 저항하였으며, 노동쟁의, 소작쟁의 등을 통하여서도 저항권을 행사하고, 신사참배의 거부, 교육을 통한 민족의식의 고취 등 모든 방면에서 민중은 일제의 실정법에 근거한 압제에 대하여 불문법인 자연법 사상과 자연법에 근거하여 저항을 하였다.

이러한 모든 일제의 대한 저항권의 행사는 자연법 사상과 불문의 자연법에 입각한 초실정법적인 정당행위였으며, 그 중에서도 3.1독립운동의 정신적 지주였던 3.1독립선언서와 대한민국임시정부헌법에 나타난 자연법

42) 김상용, 법사와 법정책: 한국법사 중심, 165쪽.

43) 최종고, 한국법사상사, 222쪽.

44) 최종고, 한국법학사(박영사, 1990), 301쪽.

사상 및 자연법의 내용을 집중적으로 분석해 볼 필요가 있다.

3.1독립선언서의 내용은 한국민의 생존권을 주장하고, 동양평화를 이룰 것을 호소하고, 일제의 무력적 탄압에 대해서 비폭력으로 저항할 것을 그 주된 내용으로 하고 있다. 독립선언서에서 한국민의 생존권을 주장한 것은 한국민이 인간으로서 생존하기 위한 자유와 평등, 정의, 人道의 근대 사상을 함축적으로 포괄하는 내용으로 해석되고 평가된다.<sup>45)</sup> 이러한 생존권의 주장은 바로 천부인권을 생존이란 용어로 표현하고 있었을 뿐이라고 해석된다. 그리고 동양평화의 추구는 자연법이 추구하는 이상사회의 모습이다. 자연법은 不義에 저항하면서 동시에 인류보편의 가치를 실현할 수 있는 사회를 憧憬하는 법사상이다. 그러므로 동양평화의 추구는 바로 자연법이 이루고자 하는 이상사회의 모습이다. 그리고 비폭력적 저항권의 행사는 극히 자연법적 사상의 발현이라 평가된다. 본래 자연법에 의한 저항권의 행사에 있어서 폭군의 제거는 그를 살해하여도 죄가 되지 않는다는 극히 혁명적이고 과격한 저항도 그 정당성이 인정되고 있다. 일제의 한국민의 식민지 지배를 폭력적 방법에 의한 일제의 제거도 자연법에 의하여 그 정당성이 인정될 수 있는 데, 3.1독립선언서에서는 제정법에 의한 불법적인 식민지 지배세력에 대하여 비폭력적인 저항을 할 것을 선언한 것은 더욱 자연법사상과 자연법 질서에 충실한 저항권 행사의 행동방식이라 평가된다.<sup>46)</sup> 그리하여 독립운동가들의 독립운동활동으로 인한 일본의 재판에 관하여 조선피고인들은 양심을 가지고 대결하였는데 대하여 일본의 대심원재판관은 끝까지 법률(즉, 일본의 법실증주의적 제정법)을 가지고 재판하였다고 평가하기도 한다.<sup>47)</sup> 따라서 3.1독립선언서는 자연법을 서면화한 법문서로 평가하여도 좋을 것으로 판단된다.

그리고 3.1독립선언에 이어 수립된 대한민국임시정부헌법 역시 자연법에 입각한 근대헌법의 내용을 갖춘 헌법으로 평가된다. 먼저 대한민국임시정부헌법은 1919년 4월 11일 “大韓民國臨時憲章”이란 명칭으로 선포되

45) 김소진, 한국독립선언서연구(국학자료원, 1999), 132쪽.

46) 사실 서재필이 자연법 사상에 기한 자유, 평등, 人道로 한국민을 계몽하였을 때에, 그는 義兵들이 일본인을 살해하는 것은 법(즉, 자연법)에 반한다고 하였다.

47) 鈴木敬夫, 法을 통한 朝鮮植民地 支配에 관한 研究, 370쪽.

였으며, 해방이 될 때까지 5차례에 걸쳐서 大韓民國臨時憲法(1919. 19. 11. 1차 개정; 1925. 4. 7. 2차 개정), 大韓民國臨時約憲(1927. 3. 5. 3차 개정; 1940. 10. 9. 4차 개정), 大韓民國臨時憲章(1944. 4. 22. 5차 개정)의 명칭으로 개정이 되었다.

처음으로 제정·선포된 대한민국임시헌장에서는 먼저 국민의 기본권에 관하여 규정하고, 同헌장 제7조에서는 대한민국은 神의 의사에 의하여 건국한 정신을 세계에 발휘하며<sup>48)</sup> 더 나아가 인류의 문화와 평화에 공헌하기 위하여 국제연맹에 가입할 것을 규정하고 있었다.<sup>49)</sup> 이 조항이야말로 임시헌법은 자연법의 핵심적인 내용인 인류의 영원한 염원인 세계평화의 추구를 그 내용으로 담고 있는 것이다. 대한민국임시정부는 독립을 위한 조직적인 저항운동단체로서의 성격을 가지며<sup>50)</sup> 대한민국임시헌법은 독립을 위한 헌법이며, 근대입헌주의적 헌법이며, 민주적이고 진보된 헌법으로 평가되고 있다.<sup>51)</sup> 그리고 임시헌법에서 규정하고 있는 기본권은 역사적으로 자연법의 사상적 기초위에서 성문화된 권리들로서 그러한 인간의 기본권을 대한민국임시헌법에서도 이를 규정하였던 것이었다.

대한민국임시정부는 3.1독립운동의 결과로서 조직된 정부로서 3.1독립운동은 단순히 집단적인 반항의 성격을 넘어 새로운 국가질서를 탄생키 위한 헌법제정권력적 성격을 띠고 있었던 전국적인 擧事였으며,<sup>52)</sup> 대한민국임시정부는 일제가 폐망할 때까지 존속을 하여 한국은 역사의 단절이 있었던 것이 아니라 대한민국임시정부에 의하여 평화를 애호하는 한국역사의 정통성은 이어져 온 것이었다. 이러한 임시정부를 통한 한국역사의 정통성의 유지는 현행의 憲法前文에서 이를 명시적으로 선언하고 있다.

48) 신앙의 자유를 명문으로 규정한 것은 제5차 임시헌법의 개정(1955. 4. 22. 임시헌장 제5조 1호) 때이었다.

49) 법학자에 따라서 대한민국임시헌법 제7조 그것만으로 임시헌법이 자연법에 터잡은 법제라고 할 수 없다는 견해가 주장되고 있다(이태재, 법철학과 자연법론(법문사, 1984), 26쪽). 그러나 3.1독립선언서와 그것에 터잡은 대한민국임시헌법임을 종합적으로 고찰하면 대한민국임시헌법도 역시 근대자연법 사상에 기초한 근대헌법으로 평가하여도 상관이 없을 것으로 생각된다.

50) 김영수, 대한민국임시정부헌법론(삼영사, 1980), 68쪽.

51) 위의 책, 211쪽.

52) 위의 책, 184쪽

결코 일제에 의한 식민지 지배의 역사는 한국의 정통성이 인정되는 역사가 아니다.

일제의 의한 제정법에 의한 악법과는 달리 피압박민족이었던 우리 한국민은 어떻게 이러한 평화를 애호하는 자연법 사상을 가지고 그 자연법 사상을 3.1독립선언서로 문서화하여 공표하고 대한민국임시정부헌법에서 이를 규정할 수 있었던 것일까? 그것은 일찍부터 유교문화에서의 이상국가인 도덕국가에 대한 전통사상과 서양기독교의 전래로 인한 천부인권론에 입각한 자연법 사상이 결합되어 이루어진 한국민의 자연법 사상의 결실이라 평가된다. 그러나 당시의 식민지 한국민으로서는 자연법의 이상의 실현을 갈망하였지만, 당시의 不義의 세력이었던 일제에 대한 저항권 행사로 자연법 사상을 실천하였던 것이었다. 따라서 일제시대에는 우리 한국민의 자연법 사상은 주로 저항권 행사의 모습으로 표현되었던 것이었다. 그리고 일제는 36년동안 자유와 평등, 사랑과 박애의 인류보편의 가치와 평화의 사상과 제도를 전해 주지 못하고, 인류보편의 가치에 반하는 행위를 자행하여 문명국가로서의 위상을 스스로 손상시키는 행위를 하였다고 평가된다.

### 3. 해방이후의 저항권 행사의 계속

해방이후에도 일제에 대한 한국민의 저항은 끝나지 않았다. 일제가 남긴 악법의 결과의 청산이 다 이루어지지 않았기 때문이다. 종군위안부 문제, 역사왜곡문제, 영토문제 등 아직도 일제의 법실증주의에 입각한 제정법에 의한 불법의 결과가 모두에 의한 불의하여 정리되지 못하고 있기 때문이다. 그리고 일제의 법실증주의적인 법사고는 아직도 한국 뿌리깊이 남아있는 상태이며, 특히 법원판례는 일본의 판례를 완전히 극복하지 못한 상태에 있다.

그러면서도 한국민은 일제시대의 크나큰 아픔을 준 일본에 대해 보복으로 답하지 않았다. 그들과 진정한 이웃으로서 함께 더불어 평화롭게 살기를 바라고 있다. 그것은 한국민의 마음속에 녹아있는 인류보편의 가치의 실현을 위한 자연법 사상이 한국민의 법사상으로 침전되어 있기 때문이라 생각된다. 자연법은 진리의 법이다. 진리의 법이 끝내는 힘에 의한

악법을 이기는 역사가 이를 증명해 주고 있다. 한국민의 법의 발전방향은 인류보편의 가치를 담아 이를 실현하고자하는 자연법임은 多言을 요하지 아니한다.

#### IV. 법실증주의와 자연법의 역사적 전개

##### 1. 법실증주의의 역사적 전개와 특징적 내용

법실증주의(Gesetzespositivismus)는 입법자에 의하여 제정된 법률은 그 내용의 정당성과는 관계없이 항상 그 효력을 갖는다는 법사상이며, 법은 입법자의 의사에 의한 결정이며, 법은 오로지 제정법만이 존재하며, 제정 법위에 초실정적인 법의 존재를 부인한다. 그러므로 법실증주의하에서는 입법자에 의하여 제정만 되면 법이며, 악법도 법임을 인정한다.<sup>53)</sup>

이와같은 법실증주의의 시작은 고대 그리스의 소피스트들(Sophisten)로부터 출발을 하였다. 소피스트들은 법은 그때 그때의 強者의 도구이며, 정의라는 것은 강자의 이익이외의 아무 것도 아니다라고 하였다. 더 나아가 그들은 강자의 법이 바로 자연법이라고까지 하였다.<sup>54)</sup> 이와같은 소피스트들의 법에 대한 이해는 객관적인 보편질서의 존재를 부인하고 그 시대의 강자의 의사에 의한 결정이 바로 법이라는 법에 대한 이해를 갖고 있었다. 그러므로 그들은 인간의 이성(ratio: Vernunft)보다는 의사(voluntas: Wille)를 존중하는 인간에 대한 이해에 근거하고 있었다.

이러한 소피스트들의 법사고는 중세에 들어서는 유명론자들(Nominalisten)이었던 둔스 스코투스(Duns Johannes Scotus: 1266-1308), 빌헬름 오캄(Wilhelm von Ockham: 1270-1347)등에 이어져 당시의 敎父哲學에 대항하여 법의 근원은 신의 理性 빌헬름 것이 아니라 신의 意思 빌헬름고 하였

53) 이와같은 법실증주의는 실정법의 입법기술을 촉진하고, 법해석학의 방법론을 발전시킨 공로는 인정될 수 있으나, 법의 근원과 법의 구속력의 원천을 밝히지 못하였으며, 부정한 법에 대한 국민의 저항을 해명하지 못하였다(이태재, 법철학사와 자연법론, 150쪽).

54) Bernd Rüthers, Rechtstheorie(C. H. Beck, 1999), Rn 418.



다.<sup>55)</sup> 따라서 법은 객관적으로 존재하는 신의 질서이며, 인간의 이성에 의하여 인식된 신의 질서가 자연법이며, 인간이 만든 인정법은 자연법에 반할 수 없다고 하는 교부철학에 반대하면서, 법이란 신의 의사에 의하여 결정된 것이라고 하였다.

이와같은 법실증주의의 사고는 근세에 와서는 콩트(Auguste Comte: 1798-1857)에 의하여 시작된 실증주의(Positivismus)의 영향을 강하게 받아 근대의 법실증주의가 확립이 되게 되었다. 실증주의는 오로지 경험적으로 확인가능한 것(das Feststellbare)과 표현가능한 것(das Beschreibbare), 즉, 실증적인 것(das Positive)만을 고찰의 대상으로 한정하는 철학으로서 초자연적인 질서 내지 주어진 질서는 고찰의 대상에서 배제하였다. 이러한 실증주의의 영향을 받은 법에서의 철학인 법실증주의는 오로지 법에서의 고찰의 대상을 국가에 의하여 제정된 법만에 한정하고 초실증적인 법의 존재를 부인하고 그것의 탐구를 법학에서 배제하였다.<sup>56)</sup> 그리하여 법실증주에하에서는 법위에 영구적이고 보편적인 법초월적 규범이 없다는 사실만이 영구적이고 보편적이라고 한다.<sup>57)</sup>

이러한 법실증주의는 다음의 세가지 명제를 정립하였다. 즉, 그 첫째로는 법은 오로지 국가가 제정한 실정법뿐이며, 국가의 法制定意思가 유일한 법의 근원이다. 둘째로는 헌법에 근거하여 제정된 법률은 구속력을 갖는다. 그 외의 법의 근거는 불가능할 뿐만아니라 필요치도 않다. 셋째로는 입법자는 입법을 함에 있어서 실제적인 법원칙이나 도덕적인 기본가치나 윤리적 원칙에 구속되지 아니한다. 실제적인 정의에 근거한 국가가 제정한 법률에 대한 내용통제는 배제된다고 하였다.<sup>58)</sup>

이러한 기본명제에 기초한 법실증주의는 여러 갈래로 발전하였다. 실증적인 법은 오로지 법학의 연구에 의해서만 찾을 수 있다는 법학적 법실증주의(rechtswissenschaftliches Positivismus)로서 역사법학과와 개념법학과

---

55) A.a.O., Rn 425.

56) 이와같은 근대의 법실증주의자로서는 Paul Laband(1838-1918), Georg Jellinek(1851-1911), Johann C. Bluntschli(1808-1881), Leonard Nelson, Hans Kelsen 등을 들 수 있다.

57) 이태재, 법철학사와 자연법, 28쪽.

58) Rütters, a. a. O., Rn 471.

가 이를 따랐으며, 국가의 제정법만이 오로지 법이라는 법률실증주의 (Gesetzespositivismus)로 발전하고, 전체주의의 나치시대에는 지도자의 의사의 결정만이 법이라고 하고, 따라서 법의 근원은 오로지 지도자의 의사 (Führerswille)라고 하였다.<sup>59)</sup> 그리고 판례법국가에서는 법이란 최종심의 판결만이다라고 하여 판례실증주의를 주장하기도 한다.<sup>60)</sup>

법실증주의의 극치는 한스 켈제의 순수법학에서 그 절정을 이루었다. 그는 모든 종교적, 자연과학적, 윤리적, 사회학적, 정치적 요소로부터 자유로운 제정법만의 순수법학을 주장하였다. 그리하여 그는 법에서는 모든 법적인 형이상학(Rechtsmetaphysik)을 거절하였다. 그리고 그는 법의 효력의 근거는 法段階說에 의하여 그 상위의 제정법에 있다고 하였다. 그러므로 규칙은 명령이 그 효력근거이며, 명령은 법률이 그 효력근거이며, 법률은 헌법이 그 효력의 근거라고 하였다. 그리고는 최상위의 헌법의 효력 근거는 어디에서 찾을가에 관한 의문에 직면하여서는 유일한 不文의 근본규범(Grundnorm)에 있다고 하였다.<sup>61)</sup> 그리고 그는 모든 제정법의 효력의 근거는 오로지 힘(Macht)이라고 하였다.<sup>62)</sup> 그리하여 그는 근본규범을 힘으로 이해하였다.

이러한 법실증주의 법철학은 실정법의 제정권자인 국가에 대한 이해에 있어서 국가를 도덕적 존재로 이해하였다.<sup>63)</sup> 그러므로 도덕적 존재인 국가가 제정한 법률이 정의에 반할 수 없으며, 오로지 도덕적 존재인 국가가 제정한 법률만이 법이라는 결론에 이른 것이었다. 그리하여 국가의 제정법률에서 국민들로 하여금 범죄행위를 하도록 하면, 그 범죄행위도 정당한 행위라는 결론에 이른 것이었다. 그 결과로 제정법에 의한 불법적 행위를 정당한 행위로 용납하였던 것이었다.

이와같은 제정법을 수단으로 한 힘에 의한 지배를 정당화한 법실증주

---

59) A. a. O., Rn. 483.

60) Oliver Wendell Holmes(1841-1935)는 "법이란 최종심이 말하는 것의 옳은 예측이외의 아무 것도 아니다"(Rechts ist nicht anders als richtige Voraussicht dessen, was die letzte Instanz sagen wird)라고 하였다.

61) A. a. O., Rn 478.

62) A. a. O., Rn 478.

63) A. a. O., Rn 470.

의는 전제군주국가, 사회주의국가, 전체주의국가, 제국주의국가, 군국주의 국가, 식민지배국가에서 그들의 통치행위를 정당화하는 유용한 법이론으로 널리 활용된 것이었다. 일제에 의한 한국의 식민지배도 철저히 법실증주의에 입각한 법의 제정과 집행이었다.

법실증주의는 제정법에 근거한 힘에 의한 법적안전성의 유지에는 기여할 수 있었다. 그러나 법실증주의는 초법률적인 법의 근본가치의 존재를 부인하고, 법의 내용에 대한 통제를 부인함으로써 제정법에 의한 불법도 합법으로 인정하게 됨으로써 제정법에 의한 불법을 통제할 수가 없었다. 법실증주의에 극단적으로 충실하였던 정치체제는 모두가 자연법에 의한 저항권의 행사에 의하여 극복되었음은 역사가 이를 증명해 주고 있다.

법은 가치관계적 규범이다. 가치로부터 자유로운 법(wertfreies Recht)은 법에서는 가치가 없는(wertlos) 것이다.<sup>64)</sup>

## 2. 자연법의 역사적 발전과 그 특징

### (1) 자연법의 역사적 발전

자연법사상은 東西洋을 불문하고 역사의 시작과 함께 계속 이어져 왔다. 자연법론은 법실증주의와는 달리 제정법 이외에 그 제정법의 이상법인 초실정적인 법이 존재한다는 법사상이며, 실정법은 그 초실정법인 자연법을 위반할 때에는 그 실정법의 정당성을 상실하게 되며, 그 초실정법인 자연법은 성문화되기도 하지만 성문화되지 않고 존재하는 경우도 있음을 인정한다. 그러한 자연법론은 인간과 사회의 보편적인 질서로서 때로는 神까지도 거슬릴 수 없는 보편적인 가치질서가 있다고 하는 법이론이며, 그러한 자연법은 현재의 不義에 대해서는 저항하는 저항권의 행사로 나타나며, 동시에 이상적인 보편질서의 사회를 동경하고 이루기를 소망하는 때로는 극히 혁명적인 법이다. 법실증주의가 독재권력의 힘의 행사를 정당화한 법이론이라면, 자연법론은 독재권력의 제정법에 의한 불법적인 권력행사에 저항하여 폭군을 放伐하는 저항권의 행사를 정당화하며, 그 결

---

64) A. a. O., Rn 492.

과로 이상적인 새로운 보편질서의 사회를 건설할 수 있도록 한 법이론으로 역할을 하여왔다. 다시 말하면 자연법은 현행의 제정법에 대하여 그 현행의 실정법이 자연법에 합치되면 그 현행법에 정당성을 부여하는 기능과 그 현행의 실정법이 자연법에 반할 때에는 그 현재의 실정법에 대한 저항권의 행사에 정당성을 부여하는 기능을 가지고 있다.<sup>65)</sup> 이러한 자연법이론은 무엇이 보편적인 가치이냐에 대한 문제와 그러한 보편적인 질서의 자연법의 존재형식에 대한 문제에 관하여는 역사적으로 변천하여왔다.

먼저 서양에서는 그리스철학에서부터 자연법사상이 생성되었다. 그리스의 플라톤(Platon: BC 427-342)은 모든 인간의 현상을 초월해 존재하는 보편질서인 이데아의 세계가 있음을 인정하고 모든 個體는 그 이데아의 投映이라고 하였다. 그러므로 보편은 개체를 초월한 개체이전의 순수한 이데아(idea)의 세계에서만 존재한다고 하였다.<sup>66)</sup> 그리하여 플라톤에게 있어서 이데아의 세계는 고정적이고 영구불변적이었다. 역시 그리스의 철학자였던 아리스토텔레스(Aristoteles: BC 384-322)는 현상세계를 초월하는 보편세계의 존재를 인정하면서도 플라톤과는 달리 그러한 보편은 개체속에 존재한다고 하였다. 그리하여 아리스토텔레스는 보편세계를 시간과 민족속에서 발전적으로 실현될 수 있는 동적인 세계로 발전시켰다.<sup>67)</sup>

그 후 그리스의 스토아학과(대체로 BC 350-250)는 아리스토텔레스의 자연법 사상과 철학을 이어 받으면서도 그리스의 정통사상이었던 국가사회주의적인 이론과 인종차별, 계급의식을 철폐하고 인간의 生得的인 권리로서의 자유, 평등을 주장하였다. 그들은 모든 국가와 사회에 적용되는 이성을 통한 영구법인 자연법 및 생득법의 발견과 知行一致를 주장하였다.<sup>68)</sup> 스토아학자들은 금욕, 극기, 지행일치를 스스로 실천하면서 개인을 국가의 상위에 둠으로써 국가를 개인의 상위에 두던 국가사회주의에 대

65) Rüthers, a. a. O., Rn 416.

66) 플라톤은 그러한 보편세계인 이데아의 세계를 모든 사람이 다 이해할 수는 없고 賢人만이 이를 이해할 수 있다고 하였다.

67) A. a. O., Rn 419.

68) 이태재, 법철학사와 자연법, 102쪽.

항하는 개인주의를 주장하고, 인간의 자유, 평등과 존엄을 강조하고, 인류 공동체인 세계국가에서 적용되는 영구법인 자연법을 전개하였다.<sup>69)</sup> 특히 그들은 그리스인의 우월의식과 노예제도를 신랄히 비판하였다. 그리고 그들은 인간은 나면서부터 정·부정을 변별할 수 있는 이성을 가지고 있으므로 각자가 저마다 이성에 따라서 행동하면 영원한 세계법인 자연법과 윤리에 맞게 된다고 하였다. 그들은 하나의 신, 하나의 국가, 하나의 법을 부르짖었고, 법은 본질적으로 입법자의恣意나 다수결에 의하여 정립되는 것이 아니고 생득적으로 이미 각자의 이성에 박혀 있다고 하였다. 생득법만이 일반적인 법원이며, 실정법은 그 그림자나 映像에 불과하다고 하였다.<sup>70)</sup>

이러한 스토아철학은 인간의 존엄성과 자유와 평등을 강조하여 국가보다는 개인을 상위에 두었고, 이성을 통하여 모든 실정법은 자연법에 부합되게 함으로써 세계국가 내지 세계공동체를 이루어야 한다고 주장하였다. 이러한 스토아학파의 법사상은 로마제국의 Cicero(BC 106-43), Seneca(BC 4- AD 65), Epiktet, Marcus Aurelius(AD 161-180 재위) 등이 받아들임으로써 로마법에 침투되어, 외국인주민과 피정복민에 대한 관용을 베풀게 하였으며, 자연법적인 만민법(*ius gentium*)을 발달케 하였으며, 로마시민의 우월의식과 고유관습에 터잡았던 시민법(*ius civile*)을 자연법에 부합하도록 시정하는데 많은 공헌을 하였다.<sup>71)72)</sup> 그리하여 로마법학자 Ulpianus(AD 190- 223 활동)는 자연이 모든 생명있는 존재에 대하여 가르쳐주는 것이 바로 자연법(*ius naturale*)라고 하였다.<sup>73)</sup> 이와같은 그리스철학에서 발전된 자연법론을 고대의 철학적 자연법론(*philosophisches Naturrecht*)이라 한다.<sup>74)</sup>

69) 위의 책, 102쪽.

70) 위의 책, 201쪽.

71) 위의 책, 103쪽.

72) 로마법은 그리스의 스토아철학의 영향을 받아 자연법적으로 성숙하게 되고, 다시 기독교의 사랑과 박애와 자비를 내용으로 하는 신학적 자연법의 영향을 받아 더욱 인류보편의 이상적인 가치를 담은 “쓰여진 이성”(ratio scripta)으로 발전되어 로마제국은 사라졌지만 로마법은 세계법으로 남게 되었다.

73) Rütters, a.a.O., Rn 421.

74) 서양에서의 자연법론은 크게 3기로 나누어진다. 고대의 哲學的 自然法論(*philosophisches Naturrecht*), 중세의 기독교에 입각한 神學的 自然法論(*theologisches Naturrecht*), 그리고 근대의 인간이성에 기한 계몽적, 理性的 自然法論(*vernünftiges Naturrecht*)의 그것이다.

서양중세에는 아리스토텔레스에 시작하여 스토아학파를 거쳐 발전하여 온 자연법론을 스콜라철학(이를 敎父哲學, 敎義哲學라고도 한다)과 신학을 통한 기독교 사상을 바탕으로 하여 기독교의 창조신에 의하여 정립되고 그의 섭리에 의하여 운용되는 구원의 진리인 영구법을 기반으로 하는 존재론적 자연법(즉, 형이상학적 자연법)으로 자연법이론을 더욱 발전시켜 나갔다. 기독교적인 자연법론은 인간이 창조신으로부터 부여받은 이성의 빛을 통하여 하나님 나라의 법인 영구법에 참여하여 인간본질에 내재하는 永存하고 보편적인 질서를 자연법으로 이론정립을 하였다.

그리하여 아우구스티누스는 법을 영구법, 자연법 및 實定法으로 나누고, 자연법은 인간의 이성과 믿음에 의하여 인식된 영구법으로 파악하고 인간의 자유, 평등, 인간의 국가에 대한 우위, 혼인, 가족, 소유의 자연질서를 자연법속에 속하는 것으로 인정하였다. 그리고 실정법은 자연법을 위반할 수 없으며, 실정법은 평화를 지키고 정의에 이바지하는 것이 그 목적이라고 하였다.<sup>75)</sup>

그리고 토마스 아퀴나스는 아리스토텔레스 사상의 영향을 받아 포괄적인 자연법을 주장하였다. 즉, 모든 존재는 자신의 질서를 자신속에서 갖고 있으며 또한 모든 존재는 전적으로 신의 창조질서의 일부라고라고 하였다.<sup>76)</sup> 아퀴나스의 자연법은 사물의 본질속에 존재하는 것으로 파악하였으며, 이성에 의하여 그러한 사물의 본질속에 있는 자연법을 도출해 낼 수 있다고 하였다. 그리하여 그의 자연법론에서는 존재와 당위가 혼재해서 존재함을 인정하였다. 그러므로 자연법은 이성에 의하여 인식될 수 있는 것이지 의사에 의하여 결정되는 되는 것은 아니라고 보았다. 따라서 중세의 교부철학에서는 자연법을 신의 법인 영구법이 인간의 이성에 의하여 인식된 법으로 이해함으로써 자연법은 객관적으로 존재한다는 존재론적 자연법론에 입각하고 있었다. 그리고 실정법은 자연법에 반할 수 없으므로 중세에는 법은 사물 그 자체에 내재하며, 신도 그 법을 변경할 수 없다고 이해하였다.<sup>77)</sup>

---

75) Rüthers, a.a.O., Rn 423.

76) A. a. O., Rn 424.

77) A. a. O., Rn 426.



서양근세에는 신의 이성에 의하여 인식된 신의 질서인 자연법의 관념에서 인간은 이성적 존재이기 때문에 인간의 이성의 질서를 자연법으로 파악하게 되었다. 인간이성에 의하여 파악된 신의 질서를 자연법으로 파악하였던 중세의 신학적 자연법에서 인간의 이성의 질서 그 자체를 자연법으로 파악하는 사고로의 전환은 16세기 스페인에서 먼저 일어났다.<sup>78)</sup> 그 후에 네델란드를 거쳐 독일에 이르러 이성적, 계몽적 자연법론이 확산·정착하게 되었다.

그로티우스(Hugo Grotius: 1583-1645)는 모든 법은 인간의 본성(Natur des Menschen)에서 도출된다고 주장하고, 불법이라는 것은 인간의 이성적인 공동체 질서를 침해하는 것이라고 하였다. 그러므로 이러한 인간의 이성법(Vernunftsrecht)은 신이 인간에게 그의 영구법을 주지 않았다 하더라도 유효하게 되었으며, 인간의 이성법이 모든 人定法의 기초이자 판단의 기준이 되었으며, 불변적인 영원한 법으로 인정되었다.<sup>79)</sup> 이와같은 이성법인 자연법으로의 발전에 의하여 푸펜돌프(Samuel von Pufendorf: 1632~1694)는 당시의 계몽주의적 절대주의의 질서를 세우고 그 절대주의에 합법성을 부여하였으며, 토마지우스(Christian Thomasius: 1635-1728)는 이성법인 자연법론으로 당시의拷問(Folter)과 마녀사냥식 火刑(Hexenverbrennung)에 대항을 하였다. 그리고 토마지우스와 볼프(Christian Wolff: 1678-1754)는 자연법의 최고 법원칙으로부터 모든 법영역을 포괄하는 완전하고도 절대적으로 유효한 제정법 체계를 구축하고자 시도하였다.<sup>80)</sup> 그 이외에도 근대자연법은 존 록크(John Locke: 1632~1704), 몽테스큐(Charles Montesquieu: 1689-1755), 루소(Jean Jacques Rousseau: 1712~1778)등에 의하여 발전되었으며, 한편으로는 인간의 천부인권론, 자연권론으로, 다른 한편으로는 폭군에 대한 혁명론으로의 2가지 방향으로 발전하게 되었다. 그리고 이러한 이성법으로서의 자연법이론은 私法的으로보다는 공법분야에 더 큰 영향

78) A. a. O., Rn 446.

79) A. a. O., Rn 447

80) 이러한 자연법에 의한 제정법의 체계화로서 당시의 시대정신에 의하여 독일의 프로이센일반주법(ALR: 1794), 프랑스 민법전(C.c.: 1804), 오스트리아민법전(ABGB: 1811)이 제정되었다.

을 주어, 영국에서의 人身保護法(Habeas Corpus Act: 1679), 미국에서의 버지니아 권리장전(1776), 미국독립선언서(1776), 프랑스에서의 인권선언(1789) 등으로 문서화되었다.<sup>81)</sup>

이와같이 근대의 자연법사상은 인간의 올바른 법은 신의 명령이나 영구법에 의하여 존재하는 것이 아니라 인간의 합리적이고 명확한 인식능력 및 실천능력에 의지할 뿐이라고 이해하였다. 그들은 이러한 자연법을 기초로 하여 기존의 구체제의 국가 및 법을 비판하고 변혁하는데 기여하였으며, 미국독립혁명, 프랑스 혁명을 촉발시켰으며, 민주적인 법치국가, 권력분립, 국민주권, 기본권 보장 등의 헌법이념을 정립하고 확립하는데 기여하였다.<sup>82)</sup>

현대에 와서는 나치시대의 전체주의적인 극단적인 법실증주의에 의한 폐해를 겪고서 다시 자연법이 재생한 자연법의 부흥의 시대를 맞았다. 그리고 자연법이 실정법의 위에 존재하는 것이 아니라 천부의 자연권을 실정법 속에 규정하게 됨으로써 실정법에 내재하는 자연법론으로 발전하게 되었다.

이와같이 인류의 법의 역사는 자연법의 역사로 진행되어 왔다고 할 수 있다. 일시적으로 법실증주의에 의한 악법의 시대를 겪기도 했지만 궁극적인 법의 발전은 인류보편의 가치를 담아 이를 실천하고자 하는 자연법사상의 실천으로 발전해 왔다고 평가해 볼 수 있다.

## (2) 저항권이론의 발전

자연법은 불의에 저항하는 혁명사상을 담고 있으며 그 혁명사상은 저항권의 행사로 나타났다. 저항권은 이론적으로나 역사적으로나 국가권력이 남용되었을 때에 그것에 대한 대응권력으로서 승인되고 그 행사가 정당화되었다.<sup>83)</sup> 자연법에서의 저항권은 성서에서 그 근거를 두고서 법사상

81) 서양의 18세기는, 토마스 페인(Thomas Pain: 1731-1809)이 말한 바와 같이, 理性의 時代였으며, 이 시대를 상징하는 것은 人權宣言들이었다(세계의 인권선언: 신동아 1975년 1월호 별책부록(동아일보사, 1975. 1.), 53쪽).

82) 박은정, 자연법의 문제들(세창출판사, 2007), 137쪽.

83) 심재우, 저항권, 1쪽.

으로도 인정되기 시작하였다. 신약성경의 사도행전 제5장 29절의 “사람보다 하나님을 순종하는 것이 마땅하느니라”(Man muß Gott mehr gehorchen als den Menschen)는 성서에서부터 불의한 인간의 법을 따르기보다는 정의로운 하나님의 법을 따르라는 것이며, 하나님의 법을 따른 결과로 순교를 당한데서부터 저항권의 역사는 시작되었다고 본다.<sup>84)</sup> 또한 순교는 국가적인 불법체제하에서 기독교적 저항의 기초가 되었으며, 이러한 저항권의 행사였던 순교는 초대교회의 순교에서부터 나치시대까지 계속되었다. 미국독립혁명, 프랑스대혁명은 자연법에 의한 저항권의 행사의 극치였다. 이러한 자연법에서의 저항권은 오늘날 인류의 보편가치를 담은 법치국가체제가 마련되어 있지 아니한 곳에서는 그것을 쟁취하게 위한 수단으로서, 인류의 보편가치를 담은 법치국가체제가 이미 쟁취되어 있는 곳에서는 그 유지를 위한 수단으로서, 그리고 인류의 보편가치를 담고 있는 법치국가체제가 파괴되었을 때에는 그것을 다시 회복하기 위한 수단으로서 작용하는 법원리로 발전하였다.<sup>85)</sup>

동양에서도 일찍부터 저항권이 孟子(BB 372년경~BC 289년경)의 易姓革命論으로 이미 인정되었다. 맹자의 역성혁명론은 국가의 권력은 인민으로부터 나오고 인민을 위하여 행사되어야 한다는 民本主義와 군주는 仁治와 德治를 하여야 한다는 王道主義에 근거한 국가윤리에 바탕을 둔 저항권이론이었다. 그는 民意는 곧 天意이며, 민심은 곧 천심이라고 하였다. 그러므로 天子의 통치권은 명목상으로는 하늘로부터 부여받지만 실질적으로는 인민으로부터 부여받고 하였다. 그리하여 맹자는 국가권력이 도덕성을 상실하면 그것은 이미 국가권력으로서의 권위(즉 정당성)를 가질 수 없으며 단순한 폭력에 지나지 않음으로, 혁명에 의하여 국가권력의 행사자를 交替하여야 한다고 한 사상이 바로 맹자의 역성혁명론이었다.<sup>86)</sup> 이와같은 맹자의 역성혁명론은 유교문화의 중심내용을 이루어 유교문화의 발전과 함께 계속되었다.

84) Rüthers, a.a.O., Rn 422.

85) 심재우, 저항권, 1쪽.

86) 위의 책, 53-54쪽.

### 3. 법실증주의와 자연법론의 상호관계의 역사적 발전

법실증주의와 자연법론은 법의 역사를 통하여 서로 영향을 주고 받으면서 발전되어 왔다. 그러나 근본적으로는 자연법에 의하여 더 나은 더 정의로운 사회로 법의 역사는 진행되어 왔으며, 인간이 인간답게 살 수 있도록 법적 뒷받침을 하여 왔음을 알 수 있다. 그러나 한편으로 국가는 賢人에 의한 통치가 이루어진 것만은 아니었다. 권력을 가진 포악한 虐政을 겪는 일이 생겼으며 그 때에는 법실증주의가 득세한 시기를 맞았다.

어느 법이론이든 그것을 너무 극단으로 발전시키면 남용의 폐해가 발생한다. 법실증주의를 너무 극단으로 끌어가면, 입법권자가 제정만 하면 그것이 악법이라도 법이며, 범법행위를 할 것을 법이 허용하면 불법행위도 적법행위로 인정되는 결과를 초래하여 법의 가치관련성을 부인하고 힘에 의한 지배를 인정하는 결과를 초래하며, 그러한 법실증주의는 문명발전의 후퇴를 가져왔음도 역사가 이를 증명해 주고 있다. 법실증주의는 법의 이상 중 합목적성과 법적안전성을 너무 강조한 나머지 정의를 등한시 하여 결국 왕조가 무너지고 폭군이 제거되는 역사를 경험하게 되었다.

자연법론은 이상적인 사회를 위한 인간의 선한 본성에 기초한 바른 방향의 법사상이며, 현재의 민주적 입헌제도의 확립에 기여하여 온 법사상이다. 자연법은 법의 이상 중 정의와 평화에 중점을 두고 법의 내용이 인류보편의 가치를 담아야할 것을 내용으로 하고 있다. 역사적으로 자연법의 내용인 인류보편의 가치가 무엇인가와 어떻게 그러한 고귀한 가치를 인식하고 실천해 나갈 것인가에 관하여는 또한 역사적으로 변천하여 왔다. 자연질서를 바로 인류보편의 가치질서로 보기도 하고, 신의 질서를 보편질서로 이해하기도 하고, 인간의 이성의 질서를 보편가치의 질서로 파악하기도 하였다. 또한 자연법의 내용인 인류보편의 가치를 초실정법적인 초월적인 존재로 파악되기도 하고 인간의 내면에 이미 그러한 가치질서가 존재한다고도 하였다. 그러므로 자연법은 이상사회의 실현을 추구하였으나 무엇이 이상사회의 내용이나에 관하여는 그 답이 가변적인 수 밖에 없다. 그러므로 자연법론도 그것을 너무 극단적으로 주장하게 되면 법적안전성을 이룰 수 없는 문제점을 내재하고 있다. 그러나 인간이 궁극적

으로 이루어야할 사회는 인간이 인간답게 인간의 존엄과 가치가 존중되는 사회임은 틀림이 없다. 그것이 자연법론이 추구하는 궁극적인 志向인 것이다. 또한 자연법은 현재의 실정법의 정당성을 부여하는 가치척도이며, 현재의 불의와 불법질서에 대한 저항권 행사를 정당화시키는 혁명이론인 것이다.

역사적으로 서로 대립하면서 발전되어 온 법실증주의와 자연법론은 오늘날 서로 타협을 이루어가는 면이 없지 아니하다. 자연법적인 인류보편의 가치를 문서화하여 이를 실정법화하였다. 그리고 자연법의 내용을 성문법으로 제정함으로써 성문법에 내재하는 자연법의 시대로 발전되어 왔다. 궁극적으로는 인간의 양면적 본성에 관한 이론인 성악설과 성선설의 대립과정에 있어서 법실증주의는 성악설에, 자연법론은 성선설에 바탕을 둔 법사상이라고도 평가할 수 있을 것이다. 그러므로 성악설에, 법의 방향은 자연법론에 기초를 두고, 자연법론에서 확립한 자연법의 내용을 성문화하여 이를 유지하고 실천해 나감이 법의 발전방향이라 생각된다.

중요한 자연법의 문서화의 대표적인 사례들을 살펴보면, 역사적인 각종의 인권선언들과 오늘날 많이 체결된 인권호보에 관한 각종의 인권조약 등을 들 수 있다. 그리고 세계 제2차대전 후의 戰犯에 대한 형사처벌도 역시 자연법에 의한 힘(즉, 권력)의 행사였다.

오늘날은 헌법에서도 자연법의 내용을 성문화하였다. 그 구체적인 예를 찾아보면, 독일기본법 제1조에서는 “인간의 존엄권은 침해할 수 없으며, 인간의 존엄권을 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다. 독일국민은 침해할 수 없고 양도할 수 없는 인권이 모든 인간 공동체의 기초이며, 세계의 평화와 정의의 기초임을 고백한다. 기본법에서 열거된 기본권은 입법권, 행정권, 사법권에 직접적으로 효력이 있는 법으로서의 구속력을 가진다”라고 규정하고 있다. 그리고 이러한 자연법의 내용은 헌법개정의 대상이 될 수 없음을 규정하고 있다(Art. 79 Abs 3 GG).

그리고 자연법의 또다른 한 내용인 저항권은 역사적으로 악법과 악법에 기한 권력행사에 대한 殉教가 그 첫 행사의 표현이었으며, 소크라테스가 이를 실천한 첫 번째의 인물로 평가될 수 있다. 그리고 근대의 대혁명에 의한 구체제의 顛覆이 자연법에 의한 저항권의 행사이었으며, 저항권

의 행사는 자연법적인 국가질서의 유지를 위한 최후의 방어방법이다. 독일기본법은 이러한 저항권의 행사에 관해서도 헌법적 권리로서 보장하고 있다. 독일기본법 제20조 제4항에서 “독일기본법이 규정하고 있는 헌법질서를 파괴하고자 하는 어떠한 사람에 대해서도 모든 독일인들은 다른 구제수단이 없을 때에는 저항할 수 있는 권리를 갖는다”고 규정하고 이러한 저항권도 역시 헌법개정의 대상이 될 수 없음을 규정하고 있다<sup>87)</sup>(Art. 79 Abs 3 GG).

이와같이 자연법의 많은 내용이 실정법으로 성문화되어 있으며, 비록 헌법에서 이를 규정하고 있지 않다고 하더라도, 자연법은 실정법위에 존재하고 있음은 진리이다. 그리고 자연법도 역시 영구불변하는 내용도 있지만 시대의 변화에 따라서 인간의 선한 본성과 自然의 理致에 의하여 새로운 자연법이 발견되기도 하고 창조될 수도 있음을 간과해서는 아니 될 것이다. 그러므로 아무리 실정법이 자연법의 내용을 성문화한다고 하더라도 모든 자연법을 남김없이 모두 성문화할 수는 없는 것이다.

## V. 일제약법과 우리 민중의 자연법에 의한 저항권 행사에 대한 평가

한국이 일제의 식민지 지배를 받은 기간은 일제의 제정법에 의한 불법행위로 인하여 우리 한국민에게는 말할 수 없는 고통과 고난의 기간이었다. 그러나 일제의 불법행위로 인한 한국민의 고통은 단순한 고통으로 끝나지 않았으며 한국민은 제정법위의 정의의 질서인 자연법의 존재를 인식하고 그것을 한국민의 행위의 규범으로 받아들였으며 그것에 기한 끈질긴 저항권의 행사를 통하여 한국이 정의롭고 인류보편의 가치를 담은 자연법의 나라로 성장할 수 있게 되었다. 그러한 한국민의 정의에 대한 강한 의식과 인간생존권의 보장에 대한 강력한 의식과 요구, 그리고 동양

87) 저항권에 관하여는 프랑스 인권선언 제2조에서는 “모든 정치적 결합의 목적은 인간의 生來的이고 不可讓의 권리를 보호하는데 있다. 그 권리란 자유권, 소유권, 안전에 관한 권리 및 압제에 대한 저항권이다”라고 규정하여 저항권을 인정하고 있고, 1793년의 프랑스 헌법 제33조도 역시 “저항권은 인권으로부터 나온다”라고 규정하였었다.



평화를 이룩하여야 하겠다는 이상의 제시, 그리고 불법에 대해서 물리적인 힘으로 대항할 것이 아니라 그 불법자에게 남아있는 작은 선한 양심을 일깨우는 비폭력적인 저항권의 행사는 우리 한국과 한국민이 영원히 지키고 이루어 나가야 할 이상이자 행동양식이다. 그러므로 일제에 의한 한국민의 고통과 고난의 시기는 다른 한편으로는 한국민은 더 높은 인류보편의 가치의 세계에 대한 인식과 그 세계의 법질서인 자연법을 한국의 국가행위와 한국민의 행위의 지침으로 승화시킨 역사적 발전의 시기였다고 평가된다. 이러한 자연법사상과 자연법질서에 대한 한국민의 인식과 행동은 해방 후에도 일시적인 불법적인 정치행위가 있기는 하였지만 오늘의 성숙된 시민사회의 건설의 원동력이 되었다고 평가된다. 개항이후 오늘까지 한국과 한국민은 제국주의 일제가 그들의 악법인 제정법으로써 그들의 식민지 지배행위를 형식적으로 합법화하였지만 결코 그들은 현대의 문명국가로서의 위상에 맞는 행위를 한 것이 아니었다. 그러나 식민지 지배의 고통을 받았던 한국과 한국민은 악법인 제정법 위에 존재하는 정의의 객관적인 질서인 자연법 사상과 자연법을 한국과 한국민을 규율하는 법사상과 법으로 받아드리고 그 자연법에 따라서 삶을 이어왔다. 그 결과로 오늘날의 성숙된 시민사회를 이룰 수 있게 된 것이었다.

자연법은 현재의 제정법에 대한 정당성 판단의 기준이 되며, 현재의 불법에 대해서는 저항하게 하는 법사상이자 법이다. 그러한 자연법은 제정법 위에 선형적으로 존재하기도 하며, 오늘날은 시대정신을 반영하여 인간이성에 의하여 창조되기도 한다. 자연법은 인간을 인격적 존재로 인정하고 만들며, 인간을 인간답게 만드는 법이다. 단순히 물리적인 힘에 의해 제정된 법만을 법으로 인정하지 아니하고 보다 높은 차원의 인류가 나아가야 할 가장 보편적인 가치의 실현을 추구하는 법질서이다. 우리 한국과 한국민은 이러한 자연법사상과 자연법 질서를 일제의 식민지 지배기간 동안에 스스로 터득하고 이를 실천하였으며 오늘의 성숙된 한국의 시민사회를 만들 수 있게 하였다.

그러나 일본은 이러한 이상적이고 인류가 취해야 할 보편적인 가치질서의 법인 자연법의 길을 가지 아니하고 제정만하면 법이라는 법실증주의

의 극단적인 길로 나아감으로서 이웃인 한국과 한국민에 고통을 주었을 뿐만 아니라 그 스스로 폐망의 종말을 맞이하고 말았다. 그런데 왜 일본은 그런 길을 걸어야 했던가? 이는 일본이 오랫동안의 무인통치의 기간을 지나고, 천황제절대국가하에서 천황을 신으로 받들고, 그들의 선각자라고 하는 사람들의 의식이 힘에 의한 강국, 소위 부국강병을 추구하여야 한다는 인식과 의식의 문제점 때문이라고 평가되며, 무엇보다도 오랫동안 일본인들의 사상적 지주였던 신도주의가 결코 사랑과 박애와 자비의 철학을 담고 있지 못한 것이 또한 문제점이었다고 평가된다. 그렇기 때문에 아직도 일본은 그들의 제정법에 의한 과거의 국가적·개인적 불법행위에 대하여 그것이 低級行爲였다는 인식과 보다 높은 차원의 문화국가 내지 문명국가의 자연법의 질서에 대한 인식이 충분치 않은 원인이 되고 있다고 판단된다.

오늘날 민주주의를 실천하고 있는 민주적인 법제도는 인류보편의 가치를 담고 이를 실현하려고 하는 내용을 담고, 또한 이러한 이상사회의 실현에 역행하는 불법에 대해 저항할 것을 내용으로 한 자연법에 의하여 이루어진 것이다. 자연법 사상과 자연법의 실천은 법실증주의가 극성을 부릴 때 더욱 강하게 강조되고 실천되는 것이다. 인류의 역사는 자연법의 역사라고 해도 과언이 아니다. 우리 한국과 한국민은 법실증주의에 의한 고통을 받으면서도 자연법에 의한 정의로운 사회의 질서를 이루어 오늘에 이른 것이다.

앞으로 우리 한국의 법발전의 방향은 바로 자연법 사상의 강화와 자연법으로의 발전임은 多言을 요하지 않는다. 그러한 자연법 사상과 자연법의 실천은 일제의 불법에 대한 한국민중의 저항을 통하여 더욱 확실히 되었다고 평가된다. 우리의 한국의 법발전의 방향은 자연법으로의 발전이어야 한다. 그것이 한국의 국격을 높이고, 한국민을 더욱 성숙한 문화인으로 만들려, 어떠한 외적 상황의 변화에도 불구하고 한국이 이 땅에서 영속할 수 있는 법에서의 기본이며 법적기초라 판단된다. 자연법이 담고 있는 인류보편의 가치를 인간이 완전히 알 수는 없다 하더라도 그 가치와 질서를 부인할 수는 없다. 그러므로 인간은 인류보편의 가치질서를 보

다 완전히 발견하려는 노력을 포기할 수 없는 것이다.<sup>88)</sup> 그리고 자연법은 그 성질이 추상적이기 때문에 이를 역사속에서 구체적으로 실현하기 위해서는 실정법을 필요로 한다. 또한 실정법은 자연법을 실현하기 위한 수단이기 때문에 자연법의 시행법적인 성질을 가진 실정법이 母法的인 자연법에 背馳되어서는 아니된다. 따라서 자연법의 내용을 실정법으로 제정하여 국가권력에 의하여 강하게 이를 실천해 나가는 것이 한국법의 기본적인 법의 발전방향이고 발전방향이어야 한다.

**주제어** : 자연법, 저항권, 법실증주의, 악법, 제정법, 실정법, 법적안전성, 부국강병, 신사참배, 3.1독립운동, 대한민국임시정부, 대한민국임시헌법, 노동쟁의, 소작쟁의

88) 이태재, 법철학사와 자연법론, 186쪽.

## 참 고 문 헌

- 김병화, 한국사법사(중세편), 일조각, 1980.  
\_\_\_\_\_, 한국사법사(근세편), 일조각, 1980.  
김상용, 法史와 法政策: 韓國法史 중심, 한국법제연구원, 2006.  
김소진, 한국독립선언서연구, 국학자료원, 1999.  
김영수, 대한민국임시정부헌법론, 삼영사, 1980.  
김진봉, 3·1운동: 교양국사총서 31, 세종대왕기념사업회 간, 1989.  
대한독립선언서총람, 안상교 편저, 복지문화사, 1996.  
박은정, 자연법의 문제들, 세창출판사, 2007.  
서희석, “한국민법에 대한 일본민법의 영향과 향후의 과제: 비교법의 연구대상으로서의 일본민법을 위하여”, 민법시행 50주년 기념: 민법의 자화상과 미래상, 2010년 추계 대법원·한국민사법학회 공동 학술대회 자료집, 한국민사법학회 편, 2010.  
세계의 인권선언: 신동아 1975년 1월호, 별책부록, 동아일보사, 1975. 1.  
심재우, 저항권, 고려대학교 출판부, 2000.  
안효상 역, Stephanie Schwartz Driver 저, 세계를 뒤흔든 독립선언서, 그 린비, 2005.  
鈴木敬夫, 法을 통한 朝鮮植民地 支配에 관한 研究, 고려대학교 민족문화연구소, 1989.  
오호택, “인권선언의 역사적 전개”, 고려대학교 대학원 법학석사학위논문, 1988. 7.  
윤대성, “한국민법이전의 민법학(II): 초기 민법교과서에 의한 민법학”, 현대법의 과제와 전망: 觀淡김윤구박사화갑기념, 법문사, 1999.  
\_\_\_\_\_, “미군정기(1945-1948)의 민법학: 한국민법전 이전의 민법학(III)”, 민사법의 실천적 과제: 閑道정환담교수화갑기념, 법문사, 2000.  
윤철홍, “사법상의 일제잔재청산”, 법사학연구, 제16호, 한국법사학회 편, 1995.  
이상욱, “우리나라 법제의 근대화와 민법전 편찬”, 사법학의 재조명: 松村

- 박영우교수화갑기념, 한림원, 1994.
- 이태재, 자연법개론, 법문사, 1973.
- \_\_\_\_\_, 법철학사와 자연법론, 법문사, 1984.
- 조규창, “구한말 서구법계수의 역사적 의의”, 논리와 직관: 조규창교수논문집, 법문사, 1998.
- \_\_\_\_\_, “서구법 수용에 있어서 법학교육의 역사적 의의”, 논리와 직관: 조규창교수논문집, 법문사, 1998.
- 최종고, “일제시대의 한국법학”, 민사법과 환경법의 제문제: 松軒안이준박사화갑기념, 박영사, 1986.
- \_\_\_\_\_, 한국법학사, 박영사, 1990.
- \_\_\_\_\_, 한국법사상사, 서울대학교출판부, 1999.
- Collingwood Robin G., Die Idee der Natur, Frankfurt am Mein, Suhrkamp, 2006.
- Eisenhardt Ulrich, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Beck, 1995.
- Euchner Walter, Naturrecht und Politik bei John Locke, Frankfurt am Main, Europäische Verlaganstalt, 1969.
- \_\_\_\_\_, Naturrecht und Politik bei John Locke, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1979.
- Grimm Dieter, "Europäisches Naturrecht und Amerikanische Revolution", in: Ius Commune Band 3: Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1970.
- Hattenhauer Hans, Arno Bushmann, Textbuch zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Beck, 1967.
- Homes Hendrik Jan van Eikema, Major Trends in the History of Legal Philosophy, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1979.
- Keel Hee-Sung, "Asian Naturalism: An Old Vision for a New World", 학술원논문집: 인문·사회과학편 제49집 제1호, 대한민국 학술원, 2010. 9.
- Kelly J.M., A Short History of Western Legal Theory, Oxford, Clarendon Press, 2003.

- Kiesow Rainer Maria, Das Naturgesetz des Rechts, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1997.
- Luig Klaus, Römisches Recht, Naturrecht, Nationales Recht, Goldbach, Keip Verlag, 1998.
- Die Menschenrechte, 4. Aufl., hrsg. von Wolfgang Heidelberg, Wien, Ferdinand Schöningh, 1997.
- Rüthers Bernd, Rechtstheorie, Beck, 1999.
- Schloss Hans, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl., C.F.Müller, 1982.
- Sprenger Gerhard, Naturrecht und Natur der Sache, Berlin, Duncker & Humblot, 1976.
- Strauss Leo, Natural Right and History, Chicago & London, The University of Chicago Press, 1971.
- Thieme Hans, Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte, 2. Aufl., Basel, Verlag von Helbing & Lichtenbahn, 1954.
- Wesener Gunter, Römisches Recht und Naturrecht, Austria, Graz, Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, 1978.



## Thoughts of Natural Law of and Resistances by Korean Peoples against Japanese Colonial Occupational Controls by Positivistic Bad Acts during Colonial Period

Kim, Sang-Yong\*

Acts, which had been legislated and implemented by Japanese Occupational Authorities in Korea during colonial period from 1910 to 1945, had been very bad and brutal, because they had been on the basis of legal positivism. Colonial controls by imperialistic Japan may be evaluated as illegal torts by statutes to Korea and Korean peoples. The Japanese Occupational Authority had carried out unlawful and brutal controls to Korea and Korean peoples on the basis of statutes, which had been decreed by Japanese King or Governor of the Japanese Occupational Authority, who had transplanted Japanese acts in Korea through his decrees.

All Governors of the Japanese Occupational Authority had been military generals, not civilians. The Governors had powers to legislate acts in Korea. But they had not sufficient knowledges of law enough to legislate acts. Therefore, they had mainly transplanted Japanese acts, which had been legislated by Japanese Imperial Diet, into Korea through their decrees. If necessary, Japanese King had directly issued his decrees, which had been effective in Korea.

The Japanese Monarchy of those days was very imperialistic and persued colonial occupations over neighboring countries. Namely, ultimate goal of the then Japanese Imperiliasitic Monarchy was to be become a nation for wealth and military power. As a result of such political policies, the Japanese Imperialistic Monarchy expanded its colonies by conquering its neighboring countries and provoked the Second World War in Asia and the Pacific.

By the decrees by Japanese King or the Governors of the Japanese Occupational

---

\* Member of the National Academy of Sciences, Republic of Korea,  
Professor, Law School, Yonsei University

Authority during colonial period in Korea, the Japanese Occupational Authority had coerced Korean peoples to change their original names into those of Japan, not to speak Korean language, confiscated agricultural products, mobilized Korean peoples for war coercively and recruited Korean young women for sexual comfort of Japanese soldiers etc.. These unhuman torts of Japan had been carried out through legislated bad statutes, which was effective by the legal thought of positivism, not by the thought of natural law. The then Japanese Imperialistic Monarchy had followed and kept the legal positivism.

Korean peoples had resisted against bad and brutal controls and coercions with belief of thoughts of natural law, which admits only justifiable acts as effective law. Korean peoples had carried out independent movement only with belief of natural law. Leaders of independent movements had established Provisional Korean Government and legislated modern Provisional Korean Constitution, which had guaranteed basic human rights of Korean. Such independent movements had continued for duration of colonial period continuously at great sacrifices of Korean underprivileged peoples. Such Korean sacrificial independent movements could be carried out on the basis of belief of unwritten natural law, which justifies resistances against bad colonial policies and brutal controls by Japanese unhuman acts on the philosophical basis of legal positivism. Finally, Korea has been emancipated from the colonial yoke of Imperialistic Japan due to the continuous resistances of Korean peoples with the firm belief of natural law. Therefore, the thoughts of natural law has been able to be the fundamental legal thoughts of Korea even after establishment of Korean Government. It would be able to be evaluated that the unwritten natural law in the minds of Korean peoples has won over the written legislated imperialistic bad acts of Japan on the legal positivism.

Even though Korean peoples had experienced harsh hardships during the colonial period, we had kept the thoughts of natural law and developed natural law, which could make peoples live dignitary and resist against unlawful measures of states. Even though the acts would be legislated by competent authorities, they

are not able to be acknowledged and effective as acts, if their contents would not be conr connt with the universal common values of mankind. Therefore, the natural law shall be the legal policy in Korea. If we would develop natural law continuously in the future, the state status of Korea would be highly graded up and Koreans would become highly cultivated and civilized peoples in the world.

**Key Words** : Natural Law, Independent Movement, Korean Provisional Government, Korean Provisional Constitution, Underprivileged Peoples, Resistance, Positivism, Legal Positivism, Japanese Occupational Authority, Japanese Imperialistic Monarchy