

아직도 살아있는 법, '朝鮮民事令'

- '조선민사령'의 소급적 폐지를 제안한다 -

고려대학교 법과대학 교수 명 순 구

논문요지

조선민사령은 일제강점기에 우리나라에 적용될 민사에 관한 사항을 정한 기본법규이다. 조선민사령에 의하여 일본민법 등 일본의 법령이 식민지 조선에 의용되었다. 1945년 해방 후에도 일제강점기의 법령은 그 효력을 계속 유지하였다. 미군정과 제헌헌법(제100조)이 당시의 법령은 원칙적으로 유효하다는 취지를 규정하였기 때문이다. 이 조치는 대한민국의 국회에서 대체입법이 마련되는 대로 일제강점기의 법을 폐지할 것을 예정한 것이었고, 입법작업이 진전되면서 조선민사령에 의하여 의용되었던 일본의 법령들이 소거되어 갔다.

조선민사령은 구법령정리에관한특별조치법에 의하여 1962년 1월 20일 폐지되었다. 그럼에도 불구하고 조선민사령은 아직 '살아있는 법'이다. 현행민법이 시행되기 전의 사안 중에는 행위시의 법인 의용민법을 적용하여야 할 경우가 있기 때문이다.

이 논문의 결론은 조선민사령의 소급적 폐지를 내용으로 하는 특별법의 제정을 제안하는 것이다. 이 제안을 위한 기초로 구법령에 대한 두 가지 정리사업의 기본방향(① 법제정에 의한 정리, ② 헌법적 규범통제에 의한 정리)을 검토한 후, 조선민사령의 성립과 소멸과정을 추적하였다. 조선민사령을 소급적으로 폐지하는 데에 따르는 부담도 만만치 않을 것으로 예상된다. 그러나 의용민법과 현행민법 사이에 간극이 그리 크지 않다는 점 등을 고려해 볼 때 면밀한 연구가 선행된다면 충분히 가능한 작업이라고 판단된다.

2008년은 헌법제정과 정부수립 제60주년, 민법제정 제50주년이 되는 해이다. 3·1만세운동 제89주년이 되는 해이기도 하다. 삼일절 제90주년 전까지는 '조선민사령의 폐지에 관한 법률'이 제정되기를 기대한다.

검색용 주제어: 조선민사령, 구법령, 구법령정리사업, 의용민법, 일본민법, 제령, 헌법위원회, 위헌법률심사, 일제강점기, 미군정, 1948년 대한민국헌법]

I. 문제의 제기

'朝鮮民事令'이 무엇인가? 일제강점기에 '朝鮮'¹⁾에 적용될 민사에 관한 사항을 정한 기본법규이다. 조선민사령에 의하여 특별한 경우를 제외하고는 일본의 민법, 상법, 민사소송법 등 민사에 관한 주요 법률이 우리나라에 의용되었다. 대한제국을 병합한 일제로서는 효율적인 식민지 지배를 위하여 양자의 법체계가 호환성을 가지도록 할 필요가 있었는데, 이 사업의 시행 방법으로는 두 가지를 생각할 수 있다. 하나는 일본의 법을 그대로 우리나라에 적용하는 것이고, 다른 하나는 우리나라에서 적용될 법을 따로 만드는 것이다. 일제는 조선민사령을 통하여 이 두 가지를 절충하

1) 일제에 병합될 당시 우리나라의 국호는 '大韓帝國'이었다. 그런데 일제는 대한제국 대신 '조선'이라는 명칭을 사용한다. 이는 '한국의 국호를 고쳐 조선이라고 칭하는 건'(1910. 9. 29. 칙령 제318호)에 근거한 것이다. 다음에서는 상황에 따라 '조선', '대한제국', '우리나라' 등의 명칭을 혼용할 것이다.

는 방식으로 민사법을 정비하였다. 즉 일본의 법을 우리나라의 사회실정에 맞도록 조정하여 의용하는 방법을 택했던 것이다.

1945년 일제로부터 해방된 후에도 일제강점기의 법령은 그 효력을 계속 유지하였다. 미군정법령 제21호(1945. 11. 2. 발효)와 제헌헌법 제100조가 당시의 법령은 원칙적으로 유효하다는 취지를 규정하였기 때문이다. 이러한 법상태가 결코 바람직한 것은 아니었지만 불가피한 조치였다는 사실을 부인할 수 없다. 일제의 법령을 일시에 폐지함에 따라 초래될 수 있는 법의 공백상태를 방지하여야 했기 때문이다. 이들 조치는 대한민국의 국회에서 대체입법이 마련되는 대로 일제강점기의 법을 폐지할 것을 예정한 것이었다. 실제로 대한민국 국회의 입법작업이 진전되면서 조선민사령 제1조의 각호가 의용대상으로 규정한 법률들이 하나 둘 씩 소거되어 갔다.

2008년은 일제강점으로부터 해방된 지 63년째 되는 해이다. 민사에 관한 기본법인 민법이 제정된 것이 1958년이니 올해로 50주년이다. 조선민사령은 구법령정리에관한특별조치법에 의하여 1962년 1월 20일 깨끗하게 폐지되었다. 게다가 1958년 민법은 민법의 소급효원칙을 정하고 있다(부칙 제2조 본문 참조). 그럼에도 불구하고 조선민사령은 아직 ‘살아있는 법’이다. 현행민법이 시행되기 전의 사안 중에는 행위시의 법인 의용민법을 적용하여야 할 경우가 있기 때문이다(부칙 제2조 단서 참조). 조선민사령이 아직 대한민국의 法源이라는 사실을 어떻게 보아야 할 것인가?

다음에서는 해방 이후 일제강점기에 제정된 법령에 대한 정리사업의 경과와 함께 조선민사령의 소급적 폐지 가능성을 진단해 보기로 한다.

II. 구법령 정리사업

1. 논의의 기본방향

대체로 ‘舊法令’이란 용어는 1948년 ‘헌법제정 전의 법령’(법령정리위원회규정 제1조), 좀 더 정확하게는 1948년 7월 16일 이전에 제정·시행된 법령으로서 1948년 헌법 제100조의 규정에 의하여 그 효력이 존속되었던 것(구법령폐지에관한특별조치법 제1조 참조)을 말한다. 구법령정리사업은 크게 두 방향에서 이루어졌다. 하나는 법제정 활동에 의한 정리로서, 구법령을 대체하는 법령을 제정하면서 부칙 등에 구법령 폐지의 취지를 규정하는 방법이다. 다른 하나는 헌법적 규범 통제에 의한 정리로서 전자와 달리 간접적인 방법이라고 할 수 있다.

다음에서는 이 두 가지 방법에 대하여 차례로 살펴보기로 한다.

2. 법제정에 의한 구법령의 정비

구법령 정리사업에 관해서는 두 개의 계기가 있었다. 1951년의 ‘法令整理刊行委員會規程’(1951. 5. 12. 대통령령 제499호)과 1961년 5·16 군사 쿠데타에 따라 구성된 국가재건최고회의에서 제정한 ‘舊法令整理에關한特別措置法’(1961. 7. 15. 법률 제659호)이 그것이다. 다음에서는 이들 두 계기에 대하여 좀 더 구체적으로 살펴보기로 한다.

가. '법령정리간행위원회규정'(내지 '법령정리위원회규정')

1948년 7월 17일 헌법이 제정되고 난 직후 '法典編纂委員會職制'(1948. 9. 15. 대통령령 제4호)가 제정되어 대통령 직속 하에 司法에 관한 법전을 편찬하기 위하여(법전편찬위원회직제 제1조 참조) '法典編纂委員會'가 조직되었다.²⁾ 법전편찬위원회는 민사, 상사 및 형사의 기초법전과 기타 소송, 行刑 등 司法法規의 자료를 수집·조사하며 그 초안을 기초·심의하기 위한 기구였다(법전편찬위원회직제 제2조 참조).

법전편찬위원회와 별도로 1951년 법령정리간행위원회규정에 따라 '법령정리간행위원회'가 설치되었다. '법령정리간행위원회규정'은 1956년 '법령정리위원회규정'으로 명칭이 변경되고(1956. 7. 19. 대통령령 제1169호) 이에 따라 '법령정리간행위원회'도 '법령정리위원회'로 개편되었다. 법령정리위원회는 법제실장³⁾을 위원장으로 하고 위원은 위원장의 제청으로 9명 이내에서 대통령이 위촉하였다(법령정리위원회규정 제2조 참조). 법령정리위원회의 주된 직무는 다음과 같다(법령정리위원회규정 제3조 참조): ① 구법령정리에 관한 종합계획의 수립; ② 구법령을 대체할 법령초안의 심의; ③ 기타 위원장이 부의하는 사항.

대통령 직속 하에 법전편찬위원회가 존재하고 있음에도 불구하고 '법령정리간행위원회'(내지 '법령정리위원회')라는 유사한 기능의 기구를 설립할 필요가 있었는가 하는 의문이 있다. '법령정리간행위원회규정'(내지 '법령정리위원회규정')도 이를 의식하여 법전편찬위원회의 소관사항은 업무범위에서 제외되는 것으로 정하고 있다(법령정리위원회규정 제1조 참조). 그러나 법전편찬위원회의 소관업무가 상당히 포괄적이라는 점을 생각해 보면 두 위원회의 업무는 사실상 중복된다고 평가할 수밖에 없다. 법전편찬위원회와 별도로 법령정리간행위원회(내지 법령정리위원회)를 신설한 결정적 이유는 李承晩 대통령과 법전편찬위원회 金炳魯 위원장 사이의 갈등에서 찾을 수 있지 않을까 생각한다.⁴⁾ 두 사람 사이의 갈등으로 인하여 법전편찬위원회의 활동이 원활하지 않았을 것으로 짐작된다. 이러한 사정에 비추어 볼 때 구법령정비사업의 핵심주체는 법령정리간행위원회(내지 법령정리위원회)로 넘어갔다고 보는 것이 맞을 것 같다. 그런데 법령정리간행위원회는 예산도 없어 초보적인 기본계획도 수립하지 못한 채 방치되었고, 법령정리위원회도 1961년 5·16 군사쿠데타에 이르기까지 4년 7개월 동안 구법령 대체법률로서 국회를 통과시킨 것이 19건에 불

2) 법전편찬위원회에 대해서는 특히 鄭種休, '韓國民法典의 制定過程', 『民法學論叢』(厚岩 郭潤直教授 華甲紀念論文集), 博英社, 1985, 6면 이하; 梁彰洙, '民法典의 成立過程에 대한 小考', 『서울대학교 法學』 제30권 제3·4호(1989), 192면; 명순구, 『실록 대한민국 민법 [1]』, 법문사, 2008, [0.2] 참조.

3) 현재의 '법제처장'에 해당한다. 1948년 8월 15일 대한민국 정부수립과 동시에 당시의 임시행정기구였던 남조선 과도정부 사법부의 법률기초국, 법률조사국과 사무처의 도서관을 인수하여 '법제처'가 발족되었으나, 1954년 11월 29일 헌법개정으로 국무총리제가 폐지됨에 따라 명칭을 '법제실'로 바꾸고 법무부 소속으로 되었다. 1960년 6월 15일 헌법개정으로 내각책임제가 실시되어 국무원 사무처가 신설됨에 따라 법무부 법제실은 국무원 사무처의 '법제국'으로 개편되었다. 1962년 12월 26일 헌법개정으로 대통령중심제로 환원함에 따라 국무총리 소속 '법제처'의 이름으로 오늘에 이르고 있다.

4) 두 사람의 갈등은 '반민족행위처벌법'(1948. 9. 22. 법률 제3호)의 시행을 둘러싸고 표면화되었다. 애초부터 이 법률의 제정을 반대했던 李 대통령은 1949년 1월 9일 담화에서 과거에 구애되는 것보다는 미래지향적인 자세가 중요하다는 취지를 역설하였다. 그러나 金炳魯 대법원장은 1949년 6월 이를 정면으로 반박하였다. 두 사람 사이의 이 갈등에 대해서는 金學俊, 『佳人金炳魯評傳』, 民音社, 1988, 329면 이하 참조.

과하였다.⁵⁾

요컨대, 법령정리간행위원회(내지 법령정리위원회)의 구법령정리사업은 지지부진을 면치 못하였다. 이는 관련기관의 비효율과 미온적 태도에도 그 원인이 있었지만, 구법령의 정리작업을 근본적인 시각에서 신중하게 접근한 데에서도 원인을 찾을 수 있을 것 같다.⁶⁾

나. ‘구법령정리에관한특별조치법’

1961년 5·16 군사쿠데타에 성공한 후 국가재건비상조치법(1961. 6. 6. 법률 제42호)이 공포와 동시에 시행되었다. 실질적으로는 잠정헌법의 위상을 가지는 이 법률에 따라 최고통치기관으로서 ‘국가재건최고회의’가 설치되었다(국가재건비상조치법 제2조 참조).

국가재건최고회의는 구법령의 정비를 주요사업으로 설정하였다. 이는 사업의 중요성 외에도 제1공화국과 제2공화국의 정치적 무능과 비효율성을 강조함으로써 쿠데타의 정당성을 선전하기 위한 조치로 볼 수 있다.⁷⁾ 다음 서술은 이러한 사정을 잘 보여주고 있다: “건국 이후 국민의 선두에서 국가의 번영과 국민의 복지를 위하여야 할 그 이른바 정치인들은 의회를 마치 그들의 이기적인 권력을 위한 투쟁장으로 만들고 난동, 파쟁, 권모술수로 소일함으로써 이권과 결부된 거수기입법으로 인하여 왜정 및 미군정 하의 구법령으로서 효력을 갖고 있던 400여개의 법령을 그대로 방치상태에 두고 있었다. 혁명정부는 이와 같은 舊勳을 타파하고 이를 정리하기 위하여 ‘구법령정리에 관한 특별조치법’을 1961년 7월 15일 자로 공포하는 동시에 ‘법령정리위원회’를 설치하여 구법령의 정리를 촉진시켜 과거 10여년 간 지지부진 끌여오던 동 정리사업이 1962년 1월 20일을 기하여 성공리에 완수됨으로써 독립주권국가로서의 면모를 갖추게 되었고 민주주의 법질서를 수립하게 되었다.”⁸⁾

구법령정리에관한특별조치법(1961. 7. 15. 법률 제659호)의 주요내용은 다음과 같다.

<1> 舊法令이라 함은 1948년 7월 16일 이전에 시행된 법령으로서 헌법 제100조의 규정에 의하여 그 효력이 존속되고 있는 것을 말한다(제1조 참조).

<2> 구법령은 1961년 12월 31일까지 정리하여 이를 헌법의 규정에 의한 법률 또는 명령으로 대치하여야 한다(제2조 참조).

<3> 1961년 12월 31일까지 정리되지 않은 구법령은 1962년 1월 20일으로써 폐지한 것으로 간주한다(제3조 참조).

또한 이 법률은 법전편찬위원회를 폐지하고 모든 사무를 법령정리위원회에 인계하도록 정함으

5) 金鎔珍, 『舊法令整理事業의 推進』, 『법제연구』 제8호(1995. 6.), 132면 참조. 당시 법령정리위원회는 ‘구법령 효력 유무 일람표’(『법제월보』 제2권 제1호(1959. 1.), 111~121면 수록)와 ‘법령정리계획표’(『법제월보』 제2권 제2호(1959. 2.), 87~118면 수록)를 작성하여 관계기관에 협조를 요청하였다.

6) 1959년 법제실의 법제관의 진술한 의견이 이러한 사실을 뒷받침한다: “우리가 헌법 실시 이래 구법령의 완전대체를 구호같이 외치면서도 1년간 그것을 이룩하지 못하였을 뿐만 아니라 아직도 그 정리의 완성이 요원...하다. 완전히 새로운 것으로 대치하려고 하지 않고 처음부터 개정하여 정리하는 방법을 택하였더라면 지금은 벌써 정리가 끝나고도 남음이 있지 아니하였을까?”(李昌錫, 『舊法令의 效力』, 『법제월보』 제2권 제12호(1959. 12.), 법제처, 14면 참조)

7) 같은 취지: 金鎔珍, 앞의 글 ‘舊法令整理事業의 推進’, 142면.

8) 한국군사혁명사 편찬위원회 편, 『한국군사혁명사 제1집 상』, 국가재건최고회의, 1963, 840면.

로써(부칙 참조) 구법령 정리사업의 수행주체를 단일화하였다. 군사정권은 구법령정리에관한특별조치법의 시행을 위하여 '법령정리위원회규정'(1961. 7. 18 각령 제48호)을 두어 종래의 법령정리위원회규정을 폐지하고(부칙 참조) 내각수반 소속하에 '법령정리위원회'를 설치하여 구법령 정리사업을 진행하였다.⁹⁾

법령정리위원회에서는 구법령으로서 법률 76건, 칙령 73건, 제령 92건 등 모두 396건의 구법령을 폐지하고 법률 213건, 각령 220건, 부령 100건 등 모두 533건의 법령을 제정하였다.¹⁰⁾ 상법(1962. 1. 20. 법률 제1000호), 어음법(1962. 1. 20. 법률 제1001호), 수표법(1962. 1. 20. 법률 제1002호)도 이 시기에 제정되었다. 상법은 이미 법전편찬위원회에서 기초하여 정부안으로 국회에 제출되었으나 국회에서 두 차례나 폐기된 적이 있었다. 어쨌든 구법령정리에관한특별조치법 제3조에 의하여 1962년 1월 20일 이후로 대한민국에서 구법령은 완전히 폐지되었다. 그 결과 1948년 헌법 제100조와 같은 규정이 1962년 헌법(1962. 12. 26. 헌법 제6호)에서는 더 이상 필요하지 않게 되어 삭제되었다.

구법령정리사업은 그것이 마무리된 1962년 1월 20일 국가재건최고회의 朴正熙 의장이 특별담화를 발표할 정도로¹¹⁾ 군사정권이 중요한 사업으로 추진하였고 획기적인 성과를 거두었다고 평가하여야 한다. 제1공화국과 제2공화국에서는 지나친 신중성으로 인하여 지지부진하던 사업을 군사정권은 과감하게 추진하여 결국 가시적인 성과를 낸 것이다. 그러나 부정적인 면도 간과할 수 없다.

첫째, 중요한 사업이었음에도 불구하고 정치적 변혁기에 비상입법기관에 의하여 추진되었다는 점은 민주적 정당성의 문제를 내포하고 있다.

둘째, 6개월이라는 단기간에 걸쳐 추진되다보니 졸속을 면할 수 없었다. 실제적인 연구를 할 시간을 갖지 못한 채 일본어로 되어있는 구법령을 우리말로 번역한 것에 불과한 경우가 많았다. 법령정리위원회 위원장을 포함하여 7인의 위원은 모두 고위직 공무원 또는 변호사를 겸하는 인사들이어서 법령정리사업에 전념할 수 있는 상황에 있었다고 보기 어렵다.¹²⁾ 특히 전문위원 상당수가 법학전문가가 아닌 어학전문가였다는 사실¹³⁾은 구법령 정비사업에 있어서 원천인 구법령을 번역하는 일에 얼마나 큰 비중을 두었는가를 짐작케 하는 대목이다. 법령정비사업에 있어서 이와 같은 졸속성이 후세에게 적지 않은 부담으로 작용하고 있다는 점을 부인하기 어렵다.

9) 법령정리위원회 제1회 회의는 관계법령 시행 직후인 1961년 7월 20일에 개최되었는데(한국군사혁명사 편찬위원회 편, 앞의 책 『한국군사혁명사 제1집 상』, 842면) 이를 보면 군사정권이 법령정리사업에 부여한 비중을 알 수 있다.

10) 구체적인 내용은 한국군사혁명사 편찬위원회 편, 앞의 책 『한국군사혁명사 제1집 상』, 842면 이하에 수록된 표 참조.

11) “본인은 금번 새로운 법령의 개정공포와 더불어 국민의 권리보호는 물론 복리증진에 일층 기여할 것으로 믿는다. 정부로서는 국민의 경제적 여건과 생활감정을 충분히 배려하여 전통과 발전 간에 유기적인 조화를 이루도록 법제정을 통하여 노력하였다.”(『東亞日報』 1962. 1. 20, 1면)

12) 당연직 위원장(내각사무처장)은 金炳三, 당연직 부위원장(내각사무처 법제사무담당차장)은 朴一慶, 임명직 위원은 韓桓鎭(대법원판사), 孫東頊(대법원판사), 田鳳德(변호사), 李丙璘(변호사) 등이었다.

13) 법령정리위원회의 구성에 대하여 자세한 것은 李榮根, ‘法令整備事業의 落穂’, 『법제월보』 제4권 제4호(1962. 4.), 법제처, 137~140면 참조.

3. 헌법적 규범통제에 의한 구법령의 정비

미군정법령 제21호(1945. 11. 2. 발효) 제1조(법률의 존속)는 다음과 같이 규정하고 있다: “모든 법률 또한 朝鮮舊政府가 발포하고 법률적 효력이 있는 규칙, 명령, 고시 기타 문서로서 1945년 8월 9일 시행중인 것은 그간에 폐지된 것을 제외하고 朝鮮軍政府의 특수명령으로 폐지될 때까지 모두 효력이 존속된다.”¹⁴⁾ 그 후 1948년 헌법 제100조는 “현행법령은 이 헌법에 저촉되지 않은 한 효력을 가진다.”라고 하여 구법령의 조건부유효를 규정하였다. 구법령이 헌법에 저촉되는 경우에 권한있는 기관의 판단에 따라 그 규정의 적용을 배제하게 되면 구법령이 정리되는 결과를 가져올 수 있다. 이러한 관점에서 논의할 수 있는 기관은 대법원과 헌법위원회이다. 다음에서는 이들에 대하여 차례로 살펴보기로 한다.

가. 대법원에 의한 헌법적 규범통제

헌법에 의한 규범통제에 있어서 법원의 위상은 국가에 따라 상당한 차이가 있다. 1948년 헌법은 명령·규칙·처분이 헌법과 법률에 위반되는 여부를 최종적으로 심사할 권한을 대법원에 부여하고 있다(제81조 제1항). 그러므로 일제시대의 법규 중 朝鮮總督府令·警務總監部令·道令·道警務部令·島令 등이 헌법 또는 법률에 저촉하는가 여부에 대한 최종적인 판단권한은 대법원에 속하며, 이 점에 대해서는 이견의 여지가 없다. 한편 1948년 헌법은 법률의 위헌 여부에 대한 판단권한을 헌법위원회에 부여하였다(제81조 제2항). 1948년 7월 17일 이후에 대한민국 국회에서 제정된 법률에 대한 위헌심사권이 헌법위원회에 있다는 점은 의문의 여지가 없다. 문제는 다음의 두 경우이다: ① 1948년 헌법이 시행되기 전에는 위헌법률심사권은 어디에 있다고 보아야 할 것인가; ② 구법령 중 법률에 해당하는 규범의 합헌성에 대한 판단권한도 헌법위원회에 속한다고 볼 수 있는가? 이들 문제를 중심으로 논의하기로 한다.

(1) 1948년 헌법 시행 전의 상황

1948년 헌법이 시행되기 전에도 헌법적 규범통제(그 중에서도 특히 법률의 위헌 여부)가 이루어졌는가? 이루어졌다면 어떠한 방식으로 이루어졌는가? 1948년 헌법시행 전에 헌법적 규범통제 권한을 행사할 수 있는 가능성을 가진 기관으로는 대법원을 상정해 볼 수 있다. 헌법위원회는 1948년 헌법에 의하여 비로소 등장한 것이기 때문이다.

사실 우리나라 최초의 헌법재판이라 평가할 수 있는 대법원 판결이 이 시기에 나왔다. 1947년 9월 2일 판결이 그것이다.¹⁵⁾ 소송행위에 대한 처의 무능력을 규정한 의용민법 제14조의 효력이 문제된 사안에 대하여 대법원은 다음과 같이 판시하였다: “...서기 1945년 8월 15일 我邦은 일본의 羈絆으로부터 해방되었고 우리는 민주주의를 기초삼아 국가를 재건한 것이고 법률, 정치, 경제, 문화 등 모든 제도를 민주주의이념으로써 건설한 것은 現下 우리의 국시라 할 것이다. 그러므

14) 內務部治安局, 『美軍政法令集』, 1956, 23면.

15) 대법원판결 1947. 9. 2. 1947민상88: 『法政』 제2권 제10호(1947. 10.), 49면 수록; 鄭光鉉, 『韓國家族法研究』, 서울대학교 출판부, 1967, 272~274면 수록.

로 만민은 모름지기 평등할 것이고 性의 구별로 인하여 生한 차별적 제도는 이미 민주주의 추세에 적응한 변화를 본 바로서 現下 여성에 대하여... 남자와 동등한 公權을 향유함에 이르는 바인 즉 여성의 私權에 대하여도 또한 同然할 것이며 남녀평등을 부인하던 舊制度로서 그 차별을 가장 현저히 한 민법 제14조는 우리 사회상태에 적합지 아니하므로 그 적용에 있어서 적당한 변경을 가할 것은 자연의 事勢이다...” 이 판결이 나오자 찬반양론의 논쟁이 뜨거웠다.¹⁶⁾ 반대론의 주된 논거는 다음의 두 가지로 요약할 수 있다: ① 아직 헌법이 존재하지 않는 상황에서 위헌판결의 기초가 무엇인가; ② 민주주의의 이념이 위헌판결의 기준이 될 수 있는가? 지금 새삼스럽게 이 논쟁에 가담할 생각은 없다. 다만 다음과 같은 점은 유의할 필요가 있음을 지적하고자 한다: 구법령의 정리라는 것이 사회적 관심사였던 당시에 있어서 구법령의 유효성 판단에 적극적인 역할을 할 수 있는 기관을 기대하고 있었다; 당시 대법원은 유일한 최고사법기관으로서 그 역할을 하기에 가장 적합하다는 점에 대하여 사회적 공감대가 있었던 것 같다; 대법원이 헌법적 판단에 적극적인 태도를 보인 데에는 미군정이라는 정치적 상황도 어느 정도 영향¹⁷⁾을 미친 것으로 보인다. 요컨대, 현재의 시각에서 보면 1947년 9월 2일 대법원판결은 여러 가지로 무리하게 보이지만 당시에는 불가피한 요인이 있었다는 사실에 유의할 필요가 있다.

또 하나 눈길을 끄는 것으로 1949년 3월 26일 대법원판결¹⁸⁾을 들 수 있다. 이 판결은 婿養子入養(조선민사령 제11조의2 참조)은 일제의 퇴각과 동시에 무효라는 취지이다. 대법원은 다음과 같이 판시하였다: “피고는 원고와 혼인하고 동시에 원고의 父, 즉 자기 妻父이며 異姓인 朴○○의 양자됨을 相約한바 이는 往年 왜정기간에 그 소위 서양자 제도를 맹종한 자임을 可知이며 婿養子란 者는 養子로서 同姓系統에 불합할 뿐 아니라 妻父, 僞父, 養父 및 子, 婿, 女婦의 명분을 雜紊亂하고... 이러한 蠻夷의 婿養子制度는... 公序良俗에 위반되므로 그 성립 당초부터 무효되는 바이다...” 이 판결도 조선민사령의 효력을 부정한다는 점에서는 1947년 9월 2일 판결과 같지만 헌법적인 판단을 명시적으로는 하지 않았다는 점에서는 차이가 있다. 그러나 이 판결도 실제적으로는 헌법적 판단이 개입되었다고 볼 수밖에 없다. 왜냐하면 존재하는 법률 수준의 법규의 효력을 부정하고 있기 때문이다.

(2) 구법령에 대한 위헌법률심사권

구법령 중 법률에 해당하는 규범은 무엇인가? 일제시대의 것으로는 칙령과 제령이 이에 해당하고, 미군정시대의 것으로는 태평양미육군 최고지휘관의 포고, 법령(‘군정법령 제○호’의 형식), 과도정부법률이 이에 해당한다.¹⁹⁾ 이들 법규에 대한 위헌심사권도 헌법위원회에 있는가? 이 문제를

16) 당시 이에 관한 의견을 표시한 문헌에 대해서는 鄭光鉉, 앞의 책 『韓國家族法研究』, 272면 각주 3 참조. 비교적 가까운 시기에 나온 연구로는 梁彰洙, ‘우리나라 최초의 헌법재판논의 - 처의 행위능력제한에 관한 1947년 대법원판결에 대하여 -’, 『서울대학교 법학』 제40권 제2호(1999. 8.), 서울대학교 법학연구소, 125면 이하 참조.

17) 입법부와 행정부의 모든 활동이 연방대법원에 의한 사법심사의 대상이 될 수 있다는 미국의 헌법관념을 말하는 것이다.

18) 대법원판결 1949. 3. 26. 1948민상348: 『法曹協會雜誌』 제1권 제3호(1949. 6.), 95~100면 및 제4호(1949. 7.) 수록; 鄭光鉉, 앞의 책 『韓國家族法研究』, 276~284면 수록.

19) 李昌錫, 앞의 글 ‘舊法令의 效力’, 9~10면 참조.

잘 보여주는 사건이 있는데 소위 ‘경향신문 필화사건’이 그것이다.²⁰⁾

1959년 2월 4일자 『京鄉新聞』의 ‘餘滴’란에 실린 기사(당시 집권당인 자유당과 정부에 대한 비판적인 논조)가 직접적인 발단이 되었다. 이 기사를 이유로 경찰은 내란선동 혐의로 경향신문사에 대한 압수수색을 실시하였고 1959년 2월 27일 필자인 논설위원 주요한(朱耀翰)과 발행인 한창우(韓昌愚)가 서울지방법원에 불구속 기소되었다. 이어 1959년 4월 30일 정부의 공보실장은 경향신문의 다른 몇 개의 기사에도 법률 위반사항이 있다는 이유로 발행허가를 취소하였다. 이때 원용한 법규는 구법령인 ‘신문 및 기타 정기간행물 허가에 관한 건’(1946. 5. 29. 군정법령 제88호)이었다.²¹⁾ 경향신문사는 서울고등법원에 취소처분의 집행정지를 신청하였고 이에 대하여 법원은 정지처분의 단계도 거치지 않고 취소처분을 한 것은 재량권을 남용한 위법이 있다는 이유를 들어 1959년 6월 26일 집행정지 결정을 하였다. 정부의 공보실장은 종전의 발행허가취소처분을 취소하면서 이번에는 발행허가정지처분을 하였다. 정부는 물론 군정법령 제88호를 원용하였다. 경향신문사도 서울고등법원에 정지처분의 집행정지의 신청과 함께 정지처분의 취소를 구하면서, 아울러 군정법령 제88호에 대한 위헌심사를 헌법위원회에 제청해 줄 것을 신청하였다.²²⁾ 1959년 8월 8일 서울고등법원은 제청신청을 각하하였다. 헌법 제81조 제2항의 ‘법률’이란 대한민국 국회에서 제정한 법률을 가리키는 것이므로 헌법위원회의 위헌법률심사권은 그것에 한정되고, 구법령에 대한 위헌법률심사권은 최종적으로 대법원에 속한다는 것이 주된 이유였다. 서울고등법원의 입장에 대하여 당시 찬반양론으로 논쟁이 활발했다.²³⁾ 여기에서 논쟁을 재연하지는 않을 것이다. 다만 서울고등법원의 판단은 돌발적인 것이 아니었다는 사실을 지적하고자 한다. 앞에서 본 바와 같이, 헌법이 제정·시행되기 전부터 대법원이 실질적으로 구법령에 대한 위헌법률심사를 하는 전통이 있어 왔기 때문이다.²⁴⁾ 제청신청의 각하에 이어 1959년 8월 29일 집행정지신청도 각하되었고, 1959년 9월 8일 정지처분의 취소청구도 기각되었다(사건번호: 4292행103).

경향신문사는 대법원에 상고하였고, 1960년 2월 5일 재판부는 군정법령 제88호에 대하여 헌법위원회에 위헌제청을 하였다(사건번호: 4292행상110). 헌법위원회에 위헌제청을 할 수 있는 법률은 헌법 공포 이후에 제정된 법률은 물론이고 헌법 공포 이전에 시행된 법령이라도 소위 입법사항을 규정한 것은 법령, 규칙 등 형식과 명칭 여하에 불구하고 헌법위원회의 심사대상이라는 것이

20) 이에 대해서는 法院行政處, 『法院史』, 1995, 278면 이하를 주로 참조하였다.

21) 이 법령은 신문과 기타 정기간행물을 허가 없이 발행하는 것을 불법으로 규정하면서, 법률 위반 등의 사유가 있을 때에는 발행허가를 취소하거나 정지할 수 있도록 하였다.

22) 군정법령 제88호가 규정하는 사항은 출판의 자유를 부당하게 제한하여 위헌이므로 헌법 제100조에 의하여 효력을 상실하였다는 주장이었다.

23) 이에 관한 몇 가지 논점에 대해서는 李昌錫, 『舊法令의 違憲審査權』, 『법제월보』 제2권 제11호(1959. 11.), 법제처, 5면 이하 참조. 이 사안에 대한 자세한 평석으로는 李炯鎬, 『判例研究: (I) 軍政法令의 違憲審査權은 法院에 있다는 判例』, 『서울대학교 법학』 제1권 제2호(1959. 1.), 서울대학교 법학연구소, 441~455면 참조.

24) 兪錫午 교수도 같은 취지의 견해를 가지고 있었던 것 같다. 兪 교수는 그의 저서(『憲法解義』, 明世堂, 1949, 207면)에서 다음과 같이 서술하고 있다: “헌법시행 당시에 현행법령 중에서 구체적으로 어떤 것이 헌법에 저촉되어 무효가 되고 어떤 것이 그대로 효력을 지속하느냐 하는 것을 판결하는 것은 실재는 결코 용이한 일이 아니며 이 문제는 앞으로 법원의 판례와 정부의 유권적 해석에 의하여 逐次 해결해 나갈 수밖에 없다. 이러한 혼란을 하루바삐 벗어나기 위하여서도 현재의 일본법계, 대륙법계, 영미법계의 제법령이 착잡해 있는 우리나라의 현 법률체계를 청산하고 우리나라 자신의 법률체계를 건설함이 절실히 요망된다.”

그 이유였다. 그러나 당시 정치적인 이유로 헌법위원회가 구성되어 있지 않은 상황이었고 1960년 3월 25일에는 3·15부정선거로 인하여 헌법위원회 위원장인 張勉 부통령이 사직함으로써 헌법위원회의 심리는 이루어지지 못했다. 그러던 중 1960년 4·19혁명이 있었고 4월 26일 오후 1시 이승만 대통령은 라디오 연설을 통해 대통령직 포기와 자유당 해체를 발표하고 오후 4시에 경무대를 떠났다. 같은 날 대법원은 “헌법위원회의 위원장이 사임하여... 현하의 정세로서는 신임 위원장의 취임시기를 예측하기 어렵고.. 위헌 여부의 결정을 얻기 어려운 상태임에 비추어 처분의 집행을 정지함이 타당하다.”고 결정하였다(사건번호: 4292행항12).²⁵⁾ 결국 대법원은 자신의 권한이 아님을 인정하면서도 구법령에 대한 위헌 여부에 대하여 자판을 한 셈이다.

구법령 중 입법사항을 규정하는 법규에 대한 위헌심사권이 누구에게 있는가 하는 문제에 대한 1960년 2월 5일 대법원의 결정은 1959년 8월 8일 서울고등법원의 결정을 반복하는 것이었다. 대법원과 고등법원의 관계를 참작하여 말한다면 제1공화국 당시에 구법령에 대한 위헌법률심사권의 귀속주체는 헌법위원회라고 평가하여야 할 것이다. 그러나 실제로 위헌법률심사를 실행한 쪽은 법원이었다. 제1공화국 시대에 헌법위원회는 1954년에²⁶⁾ 단 1건의 구법령에 대한 위헌심사를 한 적이 있었다.²⁷⁾

나. 헌법위원회에 의한 헌법적 규범통제

1948년 헌법 제81조 제2항은 “법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는 때에는 법원은 헌법위원회에 제청하여 그 결정에 의하여 재판한다.”고 규정하였다. 사후적·구체적 규범통제 제도로서 위헌법률심판제도를 도입하면서 그 권한을 헌법위원회에 부여하였다. 위헌법률심사권의 주체를 어디로 할 것인가에 대하여 헌법 제정 당시에 상당한 논쟁이 있었다. 사법부 인사들은 미국식의 분산형 사법심사제도를 채택할 것을 주장하였으나 당시 우리나라의 법원이 국회를 견제하는 권한을 수입받을 정도의 신뢰와 권위를 확립하고 있지 못하다는 의견²⁸⁾이 우세하여 결국 헌법위원회를 창설하는 방향으로 결정되었다.²⁹⁾

그렇다면 헌법에서 정한 대로 헌법위원회는 위헌법률심사를 시행하였는가? 헌법은 “헌법위원회의 조직과 절차는 법률로써 정한다.”(제81조 제5항)라고 규정하고 법률의 제정을 예정하고 있었다. 그러나 1950년이 되어서야 비로소 ‘헌법위원회법’(1950. 2. 21. 법률 제100호)이 제정되었다. 1948년 헌법은, 법률의 제정이 없이는 실현될 수 없는 규정은 그 법률이 시행되는 때부터 시행되도록 규정하고 있다(제99조 단서 참조). 그러므로 1948년 헌법 시행일(1948. 7. 17.)부터 헌법위

25) 경향신문은 바로 다음날인 4월 27일부터 복간되었다. 이 결정에 대해서는 대통령이 하야하니 비로소 법원이 경향신문의 정간을 풀어주었다는 비관이 일었다고 한다(高在鎬, 『法曹 半百年』, 博英社, 1985, 49면 참조).

26) 뒤에서 언급하는 헌법위원회 1954. 2. 27. 결정 4286헌위1 참조.

27) 구법령에 대한 위헌법률심사권이 법원에 있다는 취지에서 1959년 8월 8일 서울고등법원의 태도를 지지하면서 헌법위원회의 이 결정을 비판하고 있는 문헌으로는 李炯鎬, 앞의 글 ‘判例研究: (I) 軍政法令의 違憲審査權은 法院에 있다는 判例’, 455면 참조.

28) 가장 큰 이유는, 일제 때부터 계속 재직한 상당수의 법관들이 친일파로 규탄의 대상이 되는 경우가 많았다는 것이다.

29) 이에 대한 간단한 설명은 헌법재판소, 『憲法裁判所10年史』, 1998, 13~14면 참조.

원회법 시행일(1950. 2. 21.)까지의 기간은 위헌법률심사제도를 시행할 수 있는 전제조건이 충족되지 않은 상태에 있었다고 보아야 한다.³⁰⁾ 그런데 이와 같은 상황은 매우 심각한 규범공백으로 볼 수밖에 없다. 다음과 같은 상황을 상정해 보자: 구법률의 어떤 조문에 포섭되는 사안이 법원에서 심리되고 있다; 법원은 그 조문이 1948년 헌법에 저촉한다는 의견을 가지고 있다. 법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되고 있으므로 법원으로서 헌법위원회에 제청하여 그 결정에 의하여 재판을 하여야 한다(헌법 제81조 제2항). 그런데 헌법위원회의 조직과 절차가 법률에 의하여 정립되지 않은 상태에 있다면 법원으로서 어떻게 하여야 할까? 헌법에서 정하는 절차를 수행할 수 없다는 이유로 재판을 거부할 수 있을까? 그것은 더욱 안 될 일이다. 왜냐하면 국가는 법률의 흠결을 이유로 재판을 거부할 수 없기 때문이다(1948년 헌법 제22조 참조).

1961년 헌법재판소법(1961. 4. 17. 법률 제601호)으로 헌법위원회법이 폐지될 때까지 헌법위원회는 모두 6건의 위헌법률심사를 하였다. 그 중에서 1948년 헌법 시행 전의 법률의 위헌 여부가 헌법위원회에서 문제되었던 것은 단 1건이다. 그런데 그것도 1947년 12월 15일에 공포된 남조선 과도정부 행정명령 제9호로서 일제시대의 법률은 아니었고, 또한 합헌결정이었다.³¹⁾ 헌법위원회는 자신의 위헌법률심사권을 발휘하여 구법령의 효력을 부정할 일이 없었다. 1960년 2월 5일에는 구법령에 대한 위헌법률심사권이 헌법위원회에 있다는 대법원의 결정(4292행상110)에 따라 헌법위원회에 군정법령 제88호에 대한 위헌제청이 있었음에도 불구하고 정치적인 이유로 인하여 구법령에 대한 위헌법률심사를 할 기회를 가지지 못했다.

Ⅲ. 조선민사령의 歷程

1. 조선민사령의 제정과 위상

일제는 청일전쟁에서 승리한 대가로 대만을 할양받아 식민지로 삼게 되었다. 대만에 대해서는 소위 ‘内地法律延長主義’에 따라 일본의 법률을 勅令(施行勅令)에 의하여 직접 적용하고 대만의 특수한 사정을 고려하여야 할 필요가 있는 때에는 ‘特例勅令’과 ‘律令’(조선의 ‘制令’에 해당)을 보충적으로 제정하여 운영하였다.³²⁾ 그러나 일제의 우리나라에 대한 법제정책은 대만과는 달라 일본의 법률은 우리나라에 직접 적용되지 않는 것으로 하였다. 즉 조선총독에게 실질적인 입법권을 주어 그의 명령(이를 ‘制令’이라 함)에 의하여 일본의 법령을 의용하는 형식을 취하였다.³³⁾

이와 같은 입법정책에 따라 1910년 8월 29일 일본은 대한제국 합병을 선언함과 동시에 緊急勅令³⁴⁾ 제324호로 ‘朝鮮에 施行해야 할 法令에 관한 件’을 공포·시행하였다. 이 긴급칙령의 내용은

30) 실제로 헌법위원회에서 처음으로 위헌법률심사를 시행한 것은 1952년이다(헌법위원회 1952. 3. 29. 결정 4284헌위1,2). 이 사안의 개요에 대해서는 헌법재판소, 앞의 책 『憲法裁判所10年史』, 17~18면 참조.

31) 이 사안(헌법위원회 1954. 2. 27. 결정 4286헌위1)에 대해서는 헌법재판소, 앞의 책 『憲法裁判所10年史』, 22~23면 참조.

32) 일제의 대만에 대한 법제정책에 대한 간단한 설명으로는 鄭肯植, 『朝鮮總督府 法令史料(I) - 支配機構·立法-』, 한국법제연구원, 1996, 20~24면 참조.

33) 일제의 식민지 조선에 대한 법제정책에 대한 간단한 설명으로는 鄭肯植, 앞의 책 『朝鮮總督府 法令史料(I) - 支配機構·立法-』, 24~28면 참조.

다음과 같다.

제1조 조선에서 법률을 요하는 사항은 조선총독부의 명령으로 정한다.

제2조 前條의 명령은 내각총리대신을 거쳐 勅裁를 청하여야 한다.

제3조 臨時緊急을 요하는 경우에는 조선총독은 직접 이를 발할 수 있다.

前項의 명령은 발포 직후 勅裁를 청하여야 한다. 다만 勅裁를 얻지 못하면 조선총독은 즉시 그 명령이 장래에 효력이 없음을 공포하여야 한다.

제4조 법률³⁵⁾의 전부 또는 일부를 조선에 시행하는 것을 요하는 것은 칙령으로 정한다.

제5조 제1조의 명령은 제4조에 의하여 조선에 시행한 법률 및 특히 조선에 시행할 목적으로 제정한 법률과 칙령에 위배할 수 없다.

제6조 제1조의 명령은 制令이라 칭한다.

1911년 위 긴급칙령과 같은 내용으로 '朝鮮에 施行해야 할 法令에 관한 件'이 법률 제30호로 제정되었다. 동일한 내용의 법률을 사후에 제정한 것은 조선총독에게 입법권을 부여한 긴급칙령 제324호에 대한 위헌론 때문인 것으로 보인다. 긴급칙령 제324호와 관련하여 일본 내부에서는 제국헌법이 식민지에 적용되는가 여부에 대하여 논쟁이 있었는데, 같은 내용을 법률로 제정하게 되면 위헌논쟁으로부터 벗어나게 된다. 긴급칙령 제324호(또는 법률 제30호)의 규정을 통하여 다음과 같은 사실을 확인할 수 있다: ① 식민지 조선에 적용되는 법규범의 위계는 법률(또는 칙령), 제령의 순서이다(제5조 참조); ② 조선에는 일본의 법률이 당연히 적용되지는 않았다(제4조 참조); ③ 조선에서의 제령은 입법사항에 관한 것으로 그 실질에 있어서 일본에서의 법률에 대응하는 규범이다(제1조 참조).

조선에 시행할 민사에 관한 법규정을 마련하는 방법으로 다음과 같은 몇 가지를 생각할 수 있다: ① 조선총독이 적법절차에 따라 조선에서 시행될 독자적인 제령을 제정하는 방법; ② 천황의 칙령으로 일본의 법률을 의용하는 방법; ③ 제령으로 일본의 법률을 의용하는 방법. 일제의 입장에서 볼 때 ①은 고비용·저효율의 전형이었을 것이다. 일제는 결국 ③을 채택하였는데 이것이 바로 1912년 3월 18일 조선총독부 제령 제7호로 제정된 '조선민사령'이다(1912년 4월 1일 시행: 조선민사령 부칙 제77조).

1912년 제정 당시 조선민사령은 부칙을 포함하여 모두 82개 조문으로 구성되었다. 그 중 제1조는 "민사에 관한 사항은 본령 외의 법령에 특별히 정함이 있는 경우를 제외하고는 다음 법률에 의한다."라고 규정하면서 '1. 민법'으로부터 시작하여 '23. 경매법'까지 호(號)의 형식으로 모두 23개의 일본 법률을 한정적으로 열거하고 있다. 제2조부터 제76조까지는 일본의 법률을 조선에 적용함에 있어서 예상되는 장애요소들을 조정하기 위한 규정이 대부분이다.³⁶⁾ 제77조부터 제82조까지는 시행일자, 경과규정 등을 정한 부칙이다.

34) 당시 일본헌법은 삼권분립제도를 채택하여 입법권은 형식적으로는 帝國議會에 있었지만, 天皇은 緊急勅令이나 特別命令과 같은 형태로 독자적인 입법권을 행사하였다.

35) 여기에서 말하는 '법률'이란 일본 帝國議會에서 제정한 규범을 말한다.

36) 예: "제2조 전조의 법률 중 칙령에 위임하는 사항은 조선총독부령으로 정한다."

2. 조선민사령 제1조 各號의 消去

조선민사령 제1조에서 열거하는 의용법률의 소거는 크게 두 가지 방향에서 이루어졌다. 하나는 대체법률을 제정하는 방법이고, 다른 하나는 보다 포괄적인 입장에서 1948년 헌법 제정전의 법령을 종합적으로 정비하기 위한 사업의 시행이다. 후자에 대해서는 앞에서 이미 논의하였으므로 아래에서는 전자에 대해서만 살펴보기로 한다.

1912년 제정된 이후 조선민사령은 여러 차례 개정되었다. 제1조에 대한 개정은 의용법률의 증감으로 나타났다. 개정에 의하여 의용대상에서 삭제된 법률도 있었지만 전체적인 방향은 의용법률의 증가로 나타났다. 일제의 패망을 기준으로 할 때 조선민사령 제1조에 대한 가장 마지막의 개정은 1939년 8월 30일 조선총독부 제령 제11호에 의한 개정이다. 그 결과 해방 당시 조선민사령 제1조가 열거하는 법률은 모두 31개였다. 다음에서는 이들 각 법률이 어떤 대체법률에 의하여 소거되었는지 보기로 한다.

<1> ‘민법’(조선민사령 제1조 제1호): 이는 대한민국 ‘민법’(1958. 2. 22. 법률 제471호) 부칙 제27조 제1호에 의하여 폐지되었다.

<2> ‘1902년 법률 제50호’(조선민사령 제1조 제2호): 이는 일본의 ‘연령계산에 관한 법률’을 가리키는데, 대한민국 ‘민법’(1958. 2. 22. 법률 제471호) 부칙 제27조 제1호에 의하여 폐지되었다.

<3> ‘1904년 법률 제17호’(조선민사령 제1조 제3호): 이는 일본의 ‘記名の 國債를 목적으로 한 질권설정에 관한 법률’을 가리킨다. 이를 폐지한 개별법률은 없으나 1962년 1월 20일 이후부터 폐지되었다(구법령정리에관한특별조치법 제3조 참조).

<4> ‘1933년 법률 제42호’(조선민사령 제1조 제3호의2): 이는 일본의 ‘신원보증에 관한 법률’을 가리키는데, ‘신원보증법’(1957. 10. 5. 법률 제449호) 부칙에 의하여 폐지되었다.

<5> ‘1899년 법률 제40호’(조선민사령 제1조 제4호): 이는 일본의 ‘실화책임에 관한 법률’을 가리키는데, ‘실화책임에 관한 법률’(1961. 4. 28. 법률 제607호) 부칙에 의하여 폐지되었다.

<6> ‘1900년 법률 제51호’(조선민사령 제1조 제5호): 이는 일본의 ‘敎育所에 있는 孤兒의 後見職務에 관한 件’을 가리키는데, ‘보호시설에 있는 고아의 후견직무에 관한 법률’(1961. 8. 31. 법률 제703호) 부칙 제2호에 의하여 폐지되었다.

<7> ‘1900년 법률 제13호’(조선민사령 제1조 제6호): 이는 일본의 ‘군인군속이 한 유언의 확인에 관한 件’을 가리키는데, 이를 폐지한 구체적 개별규정은 없다. 그러나 1962년 1월 20일 이후부터 폐지되었다(구법령정리에관한특별조치법 제3조 참조).

<8> ‘민법시행법’(조선민사령 제1조 제7호): 이는 대한민국 ‘민법’(1958. 2. 22. 법률 제471호) 부칙 제27조 제1호에 의하여 폐지되었다.

<9> 신탁법(조선민사령 제1조 제7호의2): 이는 ‘신탁법’(1961. 12. 30. 법률 제900호) 부칙 제2조에 의하여 폐지되었다.

<10> ‘상법’(조선민사령 제1조 제8호): 이는 대한민국 ‘상법’(1962. 1. 20. 법률 제1000호) 부칙 제12조 제2호에 의하여 폐지되었다.

<11> '어음법'(조선민사령 제1조 제8호의2): 이는 '어음법'(1962. 1. 20. 법률 제1001호) 부칙 제85조 제2호에 의하여 폐지되었다.

<12> '수표법'(조선민사령 제1조 제8호의3): 이는 '수표법'(1962. 1. 20. 법률 제1002호) 부칙 제71조 제2호에 의하여 폐지되었다.

<13> '유한회사법'(조선민사령 제1조 제8호의4): 이는 '상법'(1962. 1. 20. 법률 제1000호) 부칙 제12조 제2호에 의하여 폐지되었다.

<14> '1900년 법률 제17호'(조선민사령 제1조 제9호): 이는 '상법 중 서명에 관한 법률'을 가리키는 것으로 상법 중 서명을 해야 할 경우에 기명날인으로 서명을 대신할 수 있다는 것을 내용으로 한다. 이 법률을 폐지한 개별규정은 없다. 그러나 대한민국 '상법'(1962. 1. 20. 법률 제1000호)은 의용상법의 '署名'을 모두 '記名捺印'으로 대체하였으므로³⁷⁾ 현행 상법의 제정에 의해 의미를 잃었다.

<15> '상법시행법'(조선민사령 제1조 제10호): 이는 '상법'(1962. 1. 20. 법률 제1000호) 부칙 제12조 제2호에 의하여 폐지되었다.

<16> '상법 중 개정법률 시행법'(조선민사령 제1조 제10호의2): 이는 '상법'(1962. 1. 20. 법률 제1000호) 부칙 제12조 제2호에 의하여 폐지되었다.

<17> '파산법'(조선민사령 제1조 제11호): 이는 '파산법'(1962. 1. 20. 법률 제998호) 부칙 제2호에 의하여 폐지되었다.

<18> '화의법'(조선민사령 제1조 제12호): 이는 '화의법'(1962. 1. 20. 법률 제997호) 부칙 제2호에 의하여 폐지되었다.

<19> '민사소송법'(조선민사령 제1조 제13호): 이는 대한민국 '민사소송법'(1960. 4. 4. 법률 제547호) 부칙 제9조 제1호에 의하여 폐지된 것으로 보아야 한다. 부칙 제9조는 "다음 법령은 폐지한다."라고 하면서 제1호에 '조선민사령 중 민사소송절차에 관한 법조'를 들고 있다. 그런데 폐지 대상 법률을 구체적으로 특정하지 않고 포괄적으로 '조선민사령 중 민사소송절차에 관한 법조'라고 규정한 것은 명확성을 결하고 있다고 평가된다.

<20> '민사소송법 중 개정법률 시행법'(조선민사령 제1조 제13호의2): 이는 대한민국 '민사소송법'(1960. 4. 4. 법률 제547호) 부칙 제9조 제1호에 의하여 폐지된 것으로 보아야 한다.

<21> '외국재판소의 촉탁에 의한 공조법'(조선민사령 제1조 제14호): 이 법률도 '민사소송법'(1960. 4. 4. 법률 제547호) 부칙 제9조 제1호에 의하여 폐지된 것으로 보아야 할 것이다. 그런데 대체법률이 마련되지 않았으므로 '외국재판소의 촉탁에 의한 공조법'의 규율부분은 1991년 '國際民事司法共助法'(1991. 3. 8. 법률 제4342호)이 제정되기까지 법의 공백상태에 있었다고 보아야 할 것이다.

<22> '日滿司法事務共助法'(조선민사령 제1조 제14호의2): 이를 폐지하는 내용의 개별규정은 제정되지 않았다. 그리고 대체법률은 마련되지 않았는데 이는 필요성이 없기 때문이었을 것이다.

37) 1995. 12. 29., 법률 제5053호에 의한 상법개정으로 문서작성 방법에 記名捺印 외에 署名이 선택적으로 사용할 수 있게 되었다.

<23> '1899년 법률 제50호'(조선민사령 제1조의 제15호): 이는 '외국인의 서명날인 및 무자력 증명에 관한 건'을 가리키는데, '외국인의 서명날인에 관한 법률'(1958. 7. 12. 법률 제488호) 부칙 제2호에 의하여 폐지되었다.

<24> '인사소송수속법'(조선민사령 제1조 제17호): 이는 '인사소송법'(1961. 12. 6. 법률 제803호) 부칙 제2조에 의하여 폐지되었다.

<25> '비송사건절차법'(조선민사령 제1조 제18호): 이는 '비송사건절차법'(1962. 1. 20. 법률 제999호) 부칙 제2호에 의하여 폐지되었다.

<26> '민사소송비용법'(조선민사령 제1조 제19호): 이는 '민사소송비용법'(1954. 9. 9. 법률 제336호) 부칙 제15조에 의하여 폐지된 것으로 보아야 한다. 부칙 제15조는 "본법 시행전까지 시행된 민사소송비용에 관한 법령은 폐지한다."라고 정하고 있는데, '민사소송비용법'은 '민사소송비용에 관한 법령'에 속한다고 보아야 하기 때문이다. 그런데 폐지대상 법률을 구체적으로 특정하지 않고 포괄적으로 '민사소송비용에 관한 법령'이라고 규정한 것은 명확성을 결하고 있다고 평가된다.

<27> '민사소송용인지법'(조선민사령 제1조 제19호의2) 이는 '민사소송비용법'(1954. 9. 9. 법률 제336호) 부칙 제15조에 의하여 폐지된 것으로 보아야 한다. 부칙 제15조는 "본법 시행전까지 시행된 민사소송비용에 관한 법령은 폐지한다."라고 정하고 있는데, '민사소송비용법'은 '민사소송비용에 관한 법령'에 속한다고 보아야 하기 때문이다. 그런데 폐지대상 법률을 구체적으로 특정하지 않고 포괄적으로 '민사소송비용에 관한 법령'이라고 규정한 것은 명확성을 결하고 있다고 평가된다.

<28> '상사비송사건인지법'(조선민사령 제1조 제20호): 이는 '조선민사령 중 일부폐지에 관한 법률'(1961. 12. 23. 법률 제861호)에 의하여 폐지되었다.

<29> '집달리수수료규칙'(조선민사령 제1조 제21호): 이는 '집달리수수료규칙'(1954. 9. 22. 대법원규칙 제23호) 제18조에 의하여 폐지되었다.

<30> '경매법'(조선민사령 제1조 제22호): 이는 '경매법'(1962. 1. 15. 법률 제968호) 부칙 제2호에 의하여 폐지되었다.

<31> '1899년 법률 제67호'(조선민사령 제1조 제23호): 이는 '외국인의 저당권에 관한 법률'을 가리키는데, 이를 폐지한 개별법률은 없다. 그러나 이 법률은 '민사소송법'(1960. 4. 4. 법률 제547호) 부칙 제9조 제1호에 의하여 폐지된 것으로 보아야 할 것이다. 왜냐하면 외국인의 저당권 실행에 관한 사항도 널리 '민사소송절차에 관한 법조'라고 할 수 있을 것이기 때문이다.

3. 조선민사령의 소급적 폐지에 대한 가능성 모색

위에서 살펴본 바와 같이 조선민사령 제1조의 각 호는 해방 이후 제정된 대체법률에 의하여 대부분 폐지되었다. 대체법률이 제정되지 않았다 하더라도 1962년 1월 20일 이후로 조선민사령은 폐지되었다(구법령정리에관한특별조치법 제3조 참조). 문제는 법률불소급의 원칙이다. 즉 이 원칙에 따라 행위시의 법에 의하도록 한다면 조선민사령은 여전히 살아있는 법이다. 2007년에도 조선민사령을 적용한 대법원판결³⁸⁾이 있다.

대한민국의 입법자는 조속한 시일 안에 일본법의 의용으로부터 벗어나기 위하여 상당한 노력을 하였다. 1958년 민법 부칙 제2조 본문은 “본법은 특별한 규정이 있는 외에는 본법 시행일 전의 사항에 대하여도 이를 적용한다.”라고 하여 민법의 소급효를 규정하였다. 그러나 획일적 소급효는 법리적 정당성을 확보할 수 없는 것이어서 단서를 통하여 완화하였다(“그러나 이미 구법에 의하여 생긴 효력에 영향을 미치지 않는다.”).³⁹⁾ 그러므로 조선민사령 제1조 제1호는 살아있는 법이다.⁴⁰⁾ 또한, 의용된 상법(조선민사령 제1조 제8호), 유한회사법(조선민사령 제1조 제8호의4), 상법시행법(조선민사령 제1조 제10호), 상법중개정법률시행법(조선민사령 제1조 제10호의2)의 시행에 관한 사항을 규정하고 있는 상법시행법(1962. 12. 12. 법률 제1213호)도 민법 부칙 제2조와 같은 취지의 규정을 두고 있다(상법시행법 부칙 제2조). 그러므로 조선민사령의 위 각 호도 살아있는 법이다. 대체법률을 제정하면서 유보사항 있는 소급효를 규정한 파산법, 화의법, 민사소송법, 인사소송법, 경매법에 대해서도 같은 평가를 할 수 있다.⁴¹⁾

한편, 대체법률을 제정하면서 획일적인 소급효를 인정한 경우도 있다. 일본의 신원보증에 관한 법률(조선민사령 제1조 제3호의2)을 대체한 신원보증법(1957. 10. 5. 법률 제449호) 부칙은 “본법은 본법 시행전에 성립한 신원보증계약에도 이를 적용한다.”라고 하여 유보사항이 없는 소급효를 규정하고 있다. 이는 조선민사령의 해당 규정이 소급적으로 폐지되어 현재 적용될 가능성이 없음을 의미한다.

요컨대, 조선민사령 제1조에서 열거하고 있는 일본의 법규 중 몇 개를 제외하고는 대부분 현재까지 살아있는 법이다.

여기에서 조선민사령을 소급적으로 폐지함과 동시에 그로 인한 후속조치를 담은 법률을 제정할 것을 제안한다. 조선민사령의 소급적 폐지에 관한 법률의 구체적인 내용에 대해서는 다음 연구로 미루어야 할 것 같다. 그런데 그 작업이 극도로 어려운 것만은 아닐 것 같다. 왜냐하면 조선민사령 제1조에 열거된 법률과 그에 대한 대체법률 사이에 내용상 현격한 차이가 있지 않으며, 심지어는 거의 번역에 불과한 대체법률도 상당수에 이르기 때문이다. 그리고 최근까지 법원에서 인용되고 있는 조선민사령의 규정은 대부분 조선민사령 제11조라는 사실에도 유의할 필요가 있다.⁴²⁾ 1912년 제정 당시 이 조문은 다음과 같았다: “① 제1조의 법률 중 능력, 친족 및 상속에 관

38) 대법원판결 2007. 1. 25. 2005다26284 참조.

39) 1958년 민법 부칙 제2조에 대한 정부원안은 다음과 같은 문언이었다: “新法은 特別한 規定이 있는 境遇外에 新法施行前의 事項에 對하여도 이를 適用한다. 그러나 이미 舊法에 對하여 생긴 效力에 影響이 없다.” 민의원 법제사법위원회 민법안심의회 심의과정에서 자구수정 정도의 수정이 있었고 이 수정안이 그대로 1958년 민법 부칙 제2조가 되었다. 이 조문에 대하여 민법안심의회는 다음과 같은 의견을 기록하고 있다(民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會, 『民法案審議錄 下卷』, 1957, 225면 참조): “본법은 신민법의 소급효를 규정한 것인바 구법 하에서 구법상의 효력을 기대하여 행한 법률행위가 본법 시행으로 말미암아 본법에 의한 효력이 발생한다는 것에 대하여서는 상당한 이의가 없을 수 없다. 그러나 원안은 본법의 획일적인 적용을 기도한 것으로 법률의 불소급의 원칙은 주로 형사법에 적용되는 원칙이라는 것을 고려하여 원안을 그대로 채택한다.”

40) 1958년 민법 부칙이 정하고 있는 다른 법률, 즉 연령계산에 관한 법률(조선민사령 제1조 제2호), 민법시행법(조선민사령 제1조 제7호)에 대해서도 같은 말을 할 수 있다.

41) 대체법률을 제정하면서 비소급효를 선언한 경우(예: 실화책임에 관한 법률, 보호시설에 있는 고아의 후견직무에 관한 법률, 신탁법, 어음법, 수표법, 비송사건절차법, 민사소송비용법 등)에 그 법률에 의하여 대체된 조선민사령 제1조의 해당 호가 살아있는 규정임은 물론이다.

한 규정은 조선인에게 이를 적용하지 아니한다; ② 조선인에 관한 전항의 사항에 대하여는 관습에 의한다.” 이 규정은 일본법의 의용범위를 확대하는 방향으로 해방될 때까지 수차례 개정되었지만 가족법 분야에 대해서는 일본법이 아니라 우리나라의 관습에 의한다는 기본취지는 유지되었다. 식민지가 아닌 오늘날 우리나라의 관습을 적용하여 재판을 하기 위하여 굳이 조선민사령 제11조로 우회하는 방법을 사용할 필요가 있을까?

IV. 맺음말

조선민사령의 소급적 폐지와 그로 인한 후속조치를 정하는 특별법을 제정할 것을 제안한다. 후속조치 중에는 구법령과 동일한 내용을 규정하여야 하는 경우도 있을 것이다. 또한 조선민사령 뿐만 아니라 토지조사령과 같은 다른 구법령도 아울러 정비하여야 할 것인데 이를 위해서는 아마 상당한 비용과 시간이 소요될 것이다. 조선민사령을 소급적으로 폐지하는 데에 따르는 부담이 만만치 않을 것으로 본다. 그렇다 하더라도 일제시대의 ‘制令’이 아직도 살아있는 법이라는 사실은 국민의 법감정과는 상당한 괴리가 있는 것 같다. 1897년 10월 12일 이후 우리나라의 국호는 ‘朝鮮’이 아니라 ‘大韓帝國’이었다. 1905년의 을사조약과 1909년의 합병조약이 무효임을 주장하는 견해까지 있는데 반해 대한민국의 법원에서는 현재에도 일제에 의하여 격하된 ‘조선’이라는 용어가 포함된 ‘조선민사령’을 적용하여 재판을 한다는 것, 게다가 조선민사령에 의하여 적용되는 법은 1945년 8월 9일 현재의 일본법이라는 사실이 주권국가의 얼굴에 걸맞는 모양새는 아닌 것 같다. 보기에 따라서는 조선총독부가 사용하던 건물을 철거하여 경복궁의 제 모습을 찾아주는 것에 뒤지지 않을 만큼 중요한 사업이라고 생각한다.

한 언론매체는 “폐기될 법률 88건 아직도 ‘유령’으로”라는 제하에 다음과 같이 보도하였다⁴³⁾: “수명을 다하고도 폐지되지 않은 채 ‘식물인간’ 형태로 남아있는 법률이 무려 88건(한시법 포함)인 것으로 나타났다. 또한 헌법재판소로부터 위헌결정 등을 받고도 법조문을 정비하지 않은 법 조항이 24개인 것으로 집계됐다. 이는 법률문화 발전에 커다란 장애요인이 되고 있다. 따라서 법조인들은 이들 법률들의 조속한 정비를 촉구하고 있다. 이와 함께 잦은 특별법 제정이 일반법을 사문화하고 특별법과 일반법간 또는 특별법간의 충돌요인이 되는 등 문제점이 되고 있다. 법조인들은 이들 법률들은 국민들에게 혼란을 초래하고 있을 뿐만 아니라 법률문화의 수준을 떨어뜨리는 한 요인이 되고 있다면서 신속한 법률정비가 필요하다고 지적했다...” 이 언론매체가 말하는 ‘식물인간’ 형태의 법에 대한 정비와 함께 ‘조선민사령의 폐지에 관한 법률’도 제정되었으면 좋겠다.

2008년은 헌법제정과 정부수립 제60주년, 민법제정 제50주년이 되는 해이다. 3·1만세운동 제89주년이 되는 해이기도 하다. 삼일절 제90주년 전까지는 ‘조선민사령의 폐지에 관한 법률’이 제정되기를 기대한다.

42) 1980년대 이후의 대법원판결을 예로 들면 다음과 같다: 대법원판결 1980. 7. 8. 80다796 판결; 대법원전원합의체판결 1990. 2. 27. 88다카33619; 대법원판결 1991. 5. 24. 90다17729 판결; 대법원판결 1993. 5. 27. 92다34193; 대법원전원합의체판결 1994. 5. 24. 93므119; 대법원판결 1994. 11. 18. 94다36599; 대법원판결 1999. 9. 3. 98다34485 판결; 대법원판결 2007. 1. 25. 2005다26284 등.

43) 『法律新聞』 2007. 4. 26. 1면 기사 참조.

The law that still survives – 'The Chosun Civil Affairs Ordinance'

–Proposing the retroactive abolition of 'The Chosun Civil Affairs Ordinance'–

MYOUNG, Soon-Koo*

<Abstract>

'The Chosun Civil Affairs Ordinance' was the basic law that applied to civil affairs on the Korean peninsula during the Japanese colonial rule. By means of 'The Chosun Civil Affairs Ordinance' the Japanese Civil Code and other laws were applied to colonial Chosun. After the liberation in 1945 the laws of the previous era remained in force. Article 100 of Korea's First Constitution and ordinances issued by the U.S. Military Government in Korea(USAMGIK) read that the laws effective as of that moment were to remain in force. The purpose of such measures was to allow for the Korean National Assembly to enact new laws that could substitute the laws of the colonial era, thereby abrogating them one by one as the legislation proceeded.

'The Chosun Civil Affairs Ordinance' was abrogated on January 20, 1962 by the 'Special Act on Settling Old Laws'. However 'The Chosun Civil Affairs Ordinance' is nonetheless 'extant'. This is due to the fact that for juridical facts that occurred before the present Civil Law became effective, there will be cases where the law contemporary with them will apply.

The conclusion of this paper is a proposal for enacting a special act that would retroactively abrogate 'The Chosun Civil Affairs Ordinance'. As a means of laying the ground work for such legislation, two ways for settling the old laws were examined: the enacting of new laws and constitutional norms control. The paper also focused on the process of enactment and termination of 'The Chosun Civil Affairs Ordinance'. One might expect that abrogating 'The Chosun Civil Affairs Ordinance' retroactively may prove to be a cumbersome job. However, given the insignificant differences between the former and present Civil Laws, the task in question seems feasible enough, provided there is sufficient preparation beforehand.

The year 2008 is the 60th anniversary of Korea's First Constitution and the formation of the our government, the 50th anniversary of the enactment of the Civil Law, and finally the 89th anniversary of the 3.1. Independence Movement. It would be appropriate to enact the 'Act on abrogating 'The Chosun Civil Affairs Ordinance' before the 90th anniversary next year of the 3.1. Independence Movement.

Key word: 'The Chosun Civil Affairs Ordinance', old laws, borrowed Civil Code, Japanese Civil Code, the Constitution Committee, review of the constitutionality, the Japanese colonial rule, U.S. Military Government in Korea(USAMGIK), the First Constitution of the Republic of Korea

* Professor, Korea University, Faculty of law