

특집 : 東아시아에서의 法, 植民主義, 近代性(1)

## 制令에 관한 연구\* · \*\*

김창록\*\*\*

### 목 차

- I. 머리말
- II. 제령의 등장
  - 1. 제령의 등장 과정
  - 2. 율령의 등장 및 변화 과정
  - 3. 등장 과정을 통해 본 제령과 율령의 차이
- III. 제령의 내용
  - 1. 제령의 내용
  - 2. 의용
  - 3. 내용을 통해 본 제령과 율령의 차이
- IV. 제령의 성격
  - 1. 제령의 성격
  - 2. 성격을 통해 본 제령과 율령의 차이
- V. 해방 이후의 제령
  - 1. 해방과 제령의 효력
  - 2. 남한에서의 제령의 효력
  - 3. 북한에서의 제령의 효력
  - 4. 남과 북의 공통점과 차이점
- VI. 맺음말

\* 이 논문은 2000년도 한국학술진흥재단의 지원에 의하여 연구되었음(KRF-2000-041-C00069).

\*\* 이 글은 2002년 9월 27일에 개최된 한국법사학회 국제학술대회에서 발표한 글을 수정·보완한 것이다. 수정·보완의 결과 세부적인 사항은 물론이고, 논지에 있어서도 원래 발표한 글과 달라진 부분이 적지 않다. 이 글의 발표를 계기로 이 글을 필자의 입장으로 삼고자 한다.

\*\*\* 부산대학교 법과대학 부교수 ; chrkim@pusan.ac.kr.

[국문요약]

이 글은, 일제강점기 한반도의 특수한 법형식이었던 제령이, 어떤 과정을 거쳐 등장하게 되었고, 어떤 내용과 성격을 가지고 있었고, 대만에서의 대응물인 율령과는 어떻게 달랐고, 해방 후 남한과 북한에서 각각 어떻게 처리되었는지를 살펴봄으로써, 제령에 관한 하나의 전체상을 그려본 것이다.

[주제어] 제령, 의용, 율령, 일제, 강점, 식민지, 식민지법, 강점기법, 조선총독, 미군정, 미군정법령, 구법령, 북한법

## I. 머리말

1910년에 이른바 韓日合併으로 韓國을 植民地化한 日本帝國主義는 곧 日本의 法律을 우리 나라에 施行케 하였다. 즉, 日本政府는 1910年 8月 29日의 「朝鮮에 施行할 法令에 관한 件」이라는 緊急勅令(이 勅令은 1911年 3月 25日 法律 第30號로 代置되었다)을 發布하여, 日政下의 우리 나라의 法律은 朝鮮總督府令(이른바 「制令」)의 形式으로 制定할 수 있다는 것과, 日本의 法律 중에서 우리 나라에 施行할 것은 勅令으로 指定한다는 것을 宣布하였다. 그리하여 2年 후인 1912年 3월에 制令 第7號로 「朝鮮民事令」을 制定하여 施行하게 하였는데, 이 朝鮮民事令이 日政下의 民事에 관한 基本法令이며, 이것에 의하여 日本의 民法典과 각종의 特別法 및 附屬法이 우리 나라에 「依用」되게 되었다. 즉, 1912년에 비로소 韓國은 歷史上 처음으로 「近代民法典」에 接하게 되었다. … 1945年의 8.15解放으로 日本의 支配를 벗어나게 되고, 美軍政이 樹立되었다. 그러나 3年의 軍政期間 동안 法體系의 根本的 變更은 없었다. 解放 후 日本法令의 廢止에 대한 國民의 要望은 날로 漸增하였으나, 이 要望에 따르기 위하여서는 大韓民國의 樹立을 기다려야만 하였다. 1958년에 公布된 現行 民法典은 우리 歷史上 우리의 손으로 만들어진 最初의 近代的 民法典이다.<sup>1)</sup>

위의 인용문은, 대한민국의 대표적인 민법총칙 교과서에, “民法典의 沿革과 그 構成”이라는 제목 아래 기술되어 있는 내용이다.

이에 따르면, 한반도에서는 제국주의국가 일본(이하 ‘일제’라고 줄여 쓴다)의 민법전이 「조선민사령」이라는 ‘制令’<sup>2)</sup>에 의해 1912년부터 ‘依用’되었으며, 1945년

1) 郭潤直, 『[新訂版] 民法總則』(博英社, 1995), 39~40면.

에 한반도가 일제의 강점으로부터 해방된 이후에도 1958년에 민법전이 공포될 때까지 대한민국에서 효력을 가졌다.

다시 말해, 위의 인용문에 따르면, 식민지 지배국인 일제의 민법전이 강점기 한반도에 의용되게 된 근거가 바로 제령이며, 그 일제의 민법전이 해방된 이후의 대한민국에서도 1958년까지 효력을 이어가게 한 최초의 원인 또한 바로 제령이라는 것이다. 그렇다면, 민법이 대한민국의 법체계 속에서 차지하는 기본법 중의 기본법으로서의 성격을 생각할 때, 제령이 한반도의 법사에서 가지는 의미는 실로 크다고 하지 않을 수 없다.<sup>3)</sup>

그러면 제령이란 과연 무엇인가? 그것은 어떻게 생겨났으며, 어떤 내용과 성격을 가지고 있었는가? 그리고 해방 후에는 어떻게 되었는가? 한반도의 법사에 있어서 중요한 이 의문들에 대한 해답을 모두 담고 있는 분석은 아직 발견되지 않는다. 이 글은 바로 그 해답을 찾기 위한 하나의 시론이고자 하는 것이다.

## II. 제령의 등장

### 1. 제령의 등장 과정

제령이라는 용어는, 1910년 8월 29일에 공포된 日帝 天皇의 긴급칙령 제324호

- 2) 위의 인용문에는 “朝鮮總督府令(이른바 「制令」)”이라고 되어 있다. 하지만, 아래의 본문에서 설명하는 것처럼, 제령은, 1911년의 법률 제30호에 의거하여 조선총독이 발한, 법률의 효력을 가지는 특수한 명령이었던 데 대해, 조선총독부령은 1910년 9월 30일의 칙령 제354호 「朝鮮總督府官制」 제4조에 의거하여, 조선총독이 강점기 한반도의 최고 행정관청으로서 “그 직권 또는 특별한 위임에 의하여” 발한 명령이었다. 『朝鮮總督府官報』 전142권, 제1권(아세아문화사 영인, 1984~1988), 185면. 이와 같이 양자는 명백하게 구별되는 법 형식이므로 위 인용문의 표현은 적절한 것이라고 할 수 없다.
- 3) 이러한 사정은 ‘의용’이라는 방식으로 일제의 법을 빌어서 썼던 형법·상법·민사소송법·형사소송법 등의 법영역에서도 마찬가지이다.

「조선에 시행할 법령에 관한 건(朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ關スル件)」에서 처음 등장한다. 이 날 일제 정부는, “韓國 皇帝陛下는 韓國 全部에 關한 一切 統治權을 完全 且 永久히 日本國 皇帝陛下에게 讓與”하고(제1조) “日本國 皇帝陛下는 前條에 掲載한 讓與를 受諾하고 且 全然 韓國을 日本帝國에 併合함을 承諾”하는(제2조) 것을 주내용으로 하는 「韓國併합에 關한 條約」<sup>4)</sup>과 함께, 12건의 긴급 칙령을 포함한 관련 칙령 18건을 공포했는데, 긴급칙령 제324호는 그 중 하나로서 공포된 것이다. 긴급칙령 제324호는, 일제의 헌법인 「大日本帝國憲法」 제8조 1항<sup>5)</sup>에 의거하여 공포된 것으로서, 그 내용은 다음과 같다.

- 제1조 조선에서는 법률을 요하는 사항은 朝鮮總督의 명령으로 규정할 수 있다.
- 제2조 前條의 명령은 內閣總理大臣을 거쳐 勅裁를 청해야 한다.
- 제3조 臨時緊急을 요하는 경우에 조선총독은 즉시 제1조의 명령을 발할 수 있다.  
전항의 명령은 발표 후 즉시 칙제를 청해야 한다. 만일 칙제를 얻지 못한 때는 조선총독은 즉시 그 명령이 장래에 효력이 없다는 것을 공포해야 한다.
- 제4조 법률의 전부 또는 일부를 조선에 시행할 필요가 있을 때는 勅令으로 이를 정한다.
- 제5조 제1조의 명령은 제4조에 의해 조선에 시행된 법률과 특히 조선에 시행할 목적으로 제정된 법률 및 칙령에 위배될 수 없다.
- 제6조 제1조의 명령은 제령이라고 부른다.
- 부칙 本令은 공포일부터 시행한다.<sup>6)</sup>

帝國議會의 폐회를 이유로 발표된 이 긴급칙령은 「대일본제국헌법」 제8조 2항<sup>7)</sup>에 따라 제27회 제국의회에 제출되었다.

긴급칙령 제324호는 1911년 1월 24일에 우선 衆議院에 상정되었는데, 중의원에

4) 神川彦松監修, 金正明編, 『日韓外交資料集成』 第六卷下(巖南堂書店, 1965), 1412~1413면.  
 5) 천황은 공공의 안전을 보지하거나, 그 재앙을 피하기 위해 긴급한 필요에 따라 제국의회 폐회의 경우에 법률에 대신할 칙령을 발한다.  
 6) 『朝鮮總督府官報』 제1권, 17면.  
 7) 이 칙령(긴급칙령 : 필자)은 다음 회기에 제국의회에 제출해야 한다. 만일 의회에서 승락하지 않을 때는, 정부는 장래에 그 효력을 상실한다는 것을 공포해야 한다.

서의 논의 과정에서, 제령제정권을 법률이 아닌 긴급칙령으로 부여한 것은 의회를 무시한 것으로서 부당하다라는 강력한 비판에 직면하였다.<sup>8)</sup> 그리고 위 긴급칙령에 대한 승낙이 유보된 상태에서, 의원에 의해 완전히 동일한 내용에, “본법은 공포일부터 시행하며 1915년 12월 31일까지 그 효력을 가지는 것으로 한다”라고 시행기간을 명기한 부칙을 붙인, 「조선에 시행할 법령에 관한 법률안」이 제출되었다.<sup>9)</sup> 이 법률안은 위원회에 회부되어 논의된 결과, 시행기간이 삭제됨으로써 긴급칙령 제324호와 완전히 동일한 내용으로 수정되어 본회의에 보고되었으며, 본회의에서 그 보고대로 가결되었다.<sup>10)</sup>

중의원에서의 논의는 주로 조선총독에게 제령제정권을 부여하는 방식을 긴급칙령으로 할 것인가 아니면 법률로 할 것인가에 집중되었다. 이것은, 위 법률안의 제안자인 하나이(花井卓藏) 의원이, “위임입법을 헌법 위반이라고 외쳐 온 論者”였다는 사실, 그리고 “지금까지의 지론을 포기하고” 위임입법을 내용으로 하는 법률안을 제출한 이유가 무엇인가라는 질문에 대해, 위임입법은 헌법상 의문이 있지만, “칙령안을 승인하면, 입법부가 담당해야 할 입법권을 침해당한 채, 법률로써 정해야 할 사항은 명령에 맡겨진 채로 남게 된다고 하는, 이러한 해악에 비하면, 의문이 약간은 희생되어도, 헌법의 條規에 따르는 것이 옳다고 하는 比較論의 입장에서 제출한 안이다”라고 응수했다는 사실에서 잘 드러난다.<sup>11)</sup>

위의 중의원안은 貴族院에 회부되어, 특별위원회의 심의를 거친 후, 같은 해 3월 13일에 수정 없이 통과되었다. 그리고 이것이 법률 제30호 “조선에 시행할 법령에 관한 법률(朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ關スル法律)”로서 같은 해 3월 25일에 공포되었으며, 당일부터 시행되었다.

귀족원에서도 이렇다 할 논란은 없었다. 단 특별위원장의 본회의 보고에 따르

8) 『第二十七回帝國議會 衆議院議事速記録第四號』(官報號外), 1911.1.25., 42~43, 44~47면.

9) 『第二十七回帝國議會 衆議院議事速記録第六號』(官報號外), 1911.1.29., 55면.

10) 『第二十七回帝國議會 衆議院議事速記録第十九號』(官報號外), 1911.3.8., 365~380면. 결국 긴급칙령과 법률안의 유일한 차이는, 부칙에 “本令은”이라고 되어 있던 부분을 “本法은”이라고 바꾼 것뿐이었다.

11) 『第二十七回帝國議會 衆議院議事速記録第六號』, 57~58면.

면, 특별위원회에서 “법률안에 기한을 붙여 총독에게 제령권을 위임하는 편이 좋을 것이라는 의견”이 제시되었지만, 그것은 단 한사람의 의견이었을 뿐, 나머지는 모두 원안에 찬성했다. 그 주된 이유는 “기한을 붙여도 곧바로 또 그 기한을 연장하지 않으면 안 된다고 할 때는 아무 소용이 없다”라는 것이었다.<sup>12)</sup>

한편 긴급칙령 제324호는, 함께 회부된 다른 11건의 긴급칙령과는 달리, 결국 의회의 승낙을 얻지 못함으로써, 법률 제30호와 같은 날 공포된 칙령 제30호 “1910년 칙령 제324호의 효력을 장래에 상실하게 하는 건(明治四十三年勅令第三百二十四號ノ效力ヲ將來ニ失ハシムルノ件)”<sup>13)</sup>에 의해, 이후 그 효력이 상실되게 되었다. 하지만, 일제 정부는 조선총독에게 제령제정권을 부여한다고 하는 원래의 목적을 달성했다. 긴급칙령 제324호는, 그에 대한 승낙이 유보된 채 그것과 완전히 동일한 내용의 법률안이 중의원을 통과하고 귀족원에서 심의된다고 하는 비정상적인 취급을 받았지만, 긴급칙령과 법률의 내용이 완전히 동일했기 때문에, 일제 정부로서는 “어느 쪽이 좋은가라는 것을 다룰 필요도 없”었던 것<sup>14)</sup>이다.<sup>15)</sup>

제령의 근거법인 법률 제30호는 위와 같은 과정을 통해 등장했으며, 이후 한번도 개정되지 않은 채, 일제의 강점이 끝날 때까지 한반도에서의 ‘위임입법’의 근거법으로서 기능하게 된 것이다.

## 2. 율령의 등장 및 변화 과정

흔히 지적되듯이, 법률 제30호는 일제가 대만에서의 ‘위임입법’을 근거지우기 위해 제정한 1896년의 법률 제63호 및 1906년의 법률 제31호 “대만에 시행할 법령

12) 『第二十七回帝國議會 貴族院議事速記録第十六號』(官報號外), 1911.3.14., 168면.

13) 『朝鮮總督府官報』 제3권, 743면.

14) 앞의 책, 169면.

15) 긴급칙령 제324호에 의해 제령이 발포된 기간은 1910년 8월 29일부터 1911년 3월 25일까지이며, 그 발포건수는 15건이다.

에 관한 법률(台灣ニ施行スヘキ法令ニ關スル法律)을 모델로 한 것이었다. 그런데 대만의 경우 '위임입법'의 근거법은, 한반도의 경우와는 달리, 여러 차례 그 모습을 바꾸었다.<sup>16)</sup>

우선, 일제는 1895년 4월 17일에 조인된 「清日講和條約」(시모노세키[下關] 조약)을 통해 대만을 할양받은 후, 「臺灣總督府假條例」라는 軍수를 발포하고 대만 총독을 임명하여 軍政을 실시했다. 그리고 이 시기에는 군정장관인 대만총독이 日帥이라는 이름의 군정명령을 발포하여 법률사항을 규정했다. 그 후 1896년 3월 31일에 칙령 제88호로 「臺灣總督府條例」를 발포하여 民政局을 설치했으며, 4월 1일부터 군정을 폐지하고 민정을 실시했다. 그리고 3월 31일에 공포되고 4월 1일부터 발효한 법률 제63호 「대만에 시행할 법령에 관한 법률」을 통해 律수이라는 법형식을 도입했다. 법률 제63호의 내용은 다음과 같다.

- 제1조 대만총독은 그 관할구역 내에서 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다.
- 제2조 前條의 명령은 臺灣總督府評議會의 의결을 얻고, 拓植務大臣을 거쳐 칙제를 청해야 한다.  
대만총독부평의회의 조직은 칙령으로 정한다.
- 제3조 임시긴급을 요하는 경우에 대만총독은 전조 제1항의 절차를 거치지 않고 즉시 제1조의 명령을 발할 수 있다.
- 제4조 전조에 의해 발한 명령은 발포 후 즉시 칙제를 청하고, 또 이를 대만총독부평의회에 보고해야 한다.  
칙제를 얻지 못한 때는 총독은 즉시 그 명령이 장래에 효력이 없다는 것을 공포해야 한다.
- 제5조 현행의 법률 또는 장래 발포하는 법률로서 그 전부 또는 일부를 대만에 시행할 필요가 있을 때는 칙령으로 이를 정한다.

16) 울령의 등장 및 변화 과정에 관한 기존의 분석은, 山崎丹照, 『外地統治機構の研究』(高山書院, 1943), 330~351면; 中村哲, 『植民地統治法の基本問題』(日本評論社, 1943)의 第二; 春山明哲·若林正文, 『日本植民主義の政治的展開 一八九五~一九三四年』(東京大學出版會, 1980); 檜山幸夫, 「臺灣總督の律令制定權と外地統治論」, 中京大學社會科學研究所臺灣督府文書目錄編纂委員會編, 『臺灣總督府文書目錄』 제4권(ゆまに書房, 1998); 王泰升, 『台灣日治時期的法律改革』(聯經, 1999)의 제2장 참조.

제6조 이 법률은 시행일부터 만 3년이 지났을 때는 그 효력을 상실하는 것으로 한다.<sup>17)</sup>

그런데 이 법률 제63호의 안을 제국의회에서 심의하는 과정에서, 대만총독에게 “법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수” 있는 권한을 부여하는 것이 「대일본제국 헌법」 제5조의 “천황은 제국의회와 協贊을 얻어 입법권을 행사한다”라는 규정에 위배되는 것이 아닌가를 둘러싸고 격렬한 논란이 벌어졌다. 그리고 이 논란은 다시 ‘外地’<sup>18)</sup>에도 헌법이 시행되는가라는 문제로 발전하여, 이후 일제의 정치가 및 학자들 사이에서 계속적인 논쟁거리가 되었다. (이른바 ‘63문제’)<sup>19)</sup> 그런데 이 문제는, 법률 제63호의 제정 과정에서는, “이 법률 제1조, 즉 ‘대만총독은 그 관할구역 내에서 법률의 효력을 가지는 명령을 발할 수 있다’, 이와 같이 규정하는 이상은, 총독이 발하는 명령은 즉 법률이므로, 헌법과 저촉되지 않는다”라고 정리되었다. 하지만, 이것은 논리적으로 설득력을 결여하는 것이었다. 그러나 다른 한편으로, “대만은 내지와 그 사정을 다르기 때문에 내지와 마찬가지로의 定規로 대처할 수 없다”라는 점에는 제국의회도 정부와 인식을 같이하고 있었다. 그래서 논리적 설득력 부족과 현실적인 필요성 사이의 절충이 시도되었고, 결국 “이와 같은 것은 항구적으로 취할 정책이 아니기 때문에, 이 법률의 시행기한의 연한을 정”하는 것

17) 條約局法規課, 『臺灣ニ施行スヘキ法令ニ關スル法律(六三法, 三一法及び法三號)の議事録』(『外地法制誌』第三部附屬), 1966, 1면. 이하 이 책은 條約局法規課, 『臺灣・議事録』으로 줄여 쓴다.

18) ‘外地’라는 용어는 ‘內地’에 대응하는 것으로서, 연혁적으로는 1929년의 拓務省의 실치를 계기로 ‘식민지’에 대신하는 용어로서 대두되어, “法上の 용어”로서 사용되게 되었다고 한다. 그리고 그 이유는, “식민지라는 용어는…그 원어에 해당하는 외국어(영·독·불어의 콜로니)와 마찬가지로, 자칫하면 제국주의적 착취라고 하는 특수한 연상을 수반하기 쉬워서, 우리 제국(일제: 필자)의 신영토 통치의 본질을 적절하게 표현하는 데 어울리지 않았기 때문이라고 한다. 清宮四郎, 『外地および外地法』, 『外地法序說』(有斐閣, 1944), 1~2면. 요컨대 ‘외지’라는 용어는, 일제가 자신의 한반도 등의 지배는 ‘착취’를 위한 것이 아니라고 강변하기 위해 동원된 것이었던 것이다.

19) 이에 관해서는 金昌祿, 「日本에서의 西洋憲法思想의 受容에 關한 研究: 『大日本帝國憲法』의 制定에서 『日本國憲法』의 ‘出現’까지」 제5장 제2절(서울대학교 법학박사학위논문, 1994.8.).



으로 낙착이 되었다.<sup>20)</sup> 다시 말해, 정부측 초안에는 포함되어 있지 않았던 기한<sup>21)</sup>을 포함시키는 것으로 일단 타협을 본 것이었다.

그런데 위의 법률 제63호의 유효기간은 1899년 2월 8일의 법률 제7호에 의해 1902년 3월 31일까지 3년간 연장되었고, 1902년 3월 12일의 법률 제20호에 의해 다시 1905년 3월 31일까지 연장되었다. 그리고 1905년 3월 8일의 법률 제42호에 의해 다음해 12월말까지 다시 한차례 더 연장되었다. 하지만, 제국의회 안팎에서 논란이 거듭되는 가운데 기존의 법률을 그대로 유지하기는 어려웠기 때문에, 결국 다소간의 수정을 가하게 되었다. 그 결과 등장하게 된 것이 1906년 4월 11일의 법률 제31호 「대만에 시행할 법령에 관한 법률」이었다. 그 내용은 다음과 같다.

제1조 대만에서는 법률을 요하는 사항은 대만총독의 명령으로 규정할 수 있다.

제2조 前條의 명령은 主務大臣을 거쳐 칙제를 청해야 한다.

제3조 임시긴급을 요하는 경우에 대만총독은 즉시 제1조의 명령을 발할 수 있다.

전항의 명령은 발포 후 즉시 칙제를 청해야 한다. 만일 칙제를 얻지 못한 때는 대만총독은 즉시 그 명령이 장래에 효력이 없다는 것을 공포해야 한다.

제4조 법률의 전부 또는 일부를 대만에 시행할 필요가 있을 때는 칙령으로 이를 정한다.

제5조 제1조의 명령은 제4조에 의해 대만에 시행된 법률과 특히 대만에 시행할 목적으로 제정된 법률 및 칙령에 위배될 수 없다.

제6조 대만총독이 발한 율령은 계속 그 효력을 가진다.

부칙 이 법은 1907년 1월 1일부터 시행하며 1911년 12월 31일까지 그 효력을 가진다.<sup>22)</sup>

이 법률 제31호는, 제5조를 추가함으로써 율령과 법률 및 칙령 사이의 관계를 다소 명확하게 한 점에서, 기존의 논란에 일정하게 대응한 것이라고 할 수 있다.<sup>23)</sup>

20) 條約局法規課, 『臺灣・議事錄』, 17면.

21) 條約局法規課, 『臺灣・議事錄』, 3면의 일제 정부의 초안 참조.

22) 條約局法規課, 『臺灣・議事錄』, 221면.

23) 법률 제31호의 또 하나의 특징으로 대만총독부평의회제도를 폐지한 것을 들 수 있지만, 원래 이 평의회는 “대만에 봉직하고 있는 관리”로만 구성된 것이었던 까닭에, 사실상 “없어도 전혀 상관이 없는” 것이었다. 條約局法規課, 『臺灣・議事錄』, 236면. 하지만, 율령의 제정은 신중한 절차를 요한다는 이유로, 1907년 1월의 훈령 제1호로 「律令審議會章程」을 제정하

하지만, 대만총독의 명령으로 법률사항을 규정할 수 있게 한, 다시 말해 대만총독의 명령에 사실상 법률의 효력을 인정한 “종래의 편법”<sup>24)</sup>은 그대로 유지되었다. 그리고, 법률 제31호의 정부측 초안에서도 기한이 명기되지 않았었지만, “이 법률은 원래 변칙”이라는 사실, 즉 “일시적인 편의로서 어쩔 수 없이 이러한 조치를 취했다는 것”<sup>25)</sup>이라는 이유로 부칙에 기한에 관한 부분이 추가되었다.

그런데 이 법률 제31호의 유효기간도 1911년 3월 30일의 법률 제50호로 1916년 12월 31일까지 연장되고, 다시 1916년 3월 18일의 법률 제28호로 1921년 12월 31일까지 연장되었다. ‘편법의 연장’이 이어진 것이다. 하지만, ‘타이쇼오(大正) 데모크라시’라고 하는 새로운 정치상황과 맞물리면서, 1921년 3월 15일에 법률 제3호 「대만에 시행할 법령에 관한 법률」이 성립됨으로써, 대만의 ‘위임입법’ 근거법은 획기적인 전기를 맞게 되었다. 법률 제3호의 내용은 다음과 같다.

제1조 법률의 전부 또는 일부를 대만에 시행할 필요가 있을 때는 칙령으로 이를 정한다.  
전항의 경우에 官廳 또는 公署의 직권, 법률상의 기간 기타의 사항에 관해 대만 특수 사정에 의해 특례를 둘 필요가 있는 것에 대해서는 칙령으로 別段의 규정을 둘 수 있다.

제2조 대만에서 법률을 요하는 사항으로서 시행할 법률이 없는 것 또는 前條의 규정에 의하기 어려운 것에 관해서는, 대만의 특수사정으로 인해 필요한 경우에 한해서, 대만총독의 명령으로 규정할 수 있다.

제3조 前條의 명령은 主務大臣을 거쳐 칙제를 청해야 한다.

제4조 임시긴급을 요하는 경우에 대만총독은 전조의 규정에 의하지 않고 즉시 제2조의 명령을 발할 수 있다.

前項의 규정에 의해 발한 명령은 공포 후 즉시 칙제를 청해야 한다. 칙제를 얻지

---

여, 대만총독을 의장으로 하고 총독부의 관리들로 구성되는 울령심의회를 설치했다. 山崎丹照(주 16), 344면. 그리고 이 울령심의회는 뒤에서 설명하는 법률 제3호가 시행된 이후에는 “대만에 거주하는 학식경험자”를 포함하는 대만총독부평의회에 의해 대체되었다. 하지만, 이 역시 총독의 자문기구에 불과한 것이었다. 黃昭堂, 『台灣總督府』(教育社, 1981), 228면.

24) 條約局第三課, 『外地法令制度の概要』(『外地法制誌』 第二部), 1957, 37면. 이하 이 책은 條約局第三課, 『外地法令制度の概要』로 인용한다.

25) 條約局法規課, 『臺灣·議事錄』, 243면.

못한 때는 대만총독은 즉시 그 명령이 장래에 효력이 없다는 것을 공포해야 한다.  
제5조 本法에 의해 대만총독이 발한 명령은 대만에 시행되는 법률 및 칙령에 위반될 수 없다.

제6조 대만총독이 발한 율령은 계속 그 효력을 가진다.

부칙 이 법은 1922년 1월 1일부터 시행한다.

1896년 법률 제63호 또는 1906년 법률 제31호에 의해 대만총독이 발한 명령으로서 이 법 시행시에 효력을 가지는 것에 대해서는 당분간 종전의 예에 의한다.<sup>26)</sup>

이 법률 제3호는 일제의 법률을 칙령으로 직접 대만에 시행하는 것을 원칙으로 하고(제1조), 일정한 예외적인 경우에만 대만총독의 율령제정권을 인정함으로써, “중전의 律令 本位”로부터 “內地法 延長 本位”로<sup>27)</sup> 근본적으로 방침을 전환한 것이 특징이다. 그리고 법률 제3호가 이전의 법률들과는 달리 시행기한을 정하지 않고 있다는 사실에서도 알 수 있는 것처럼, 이 새로운 방침은 이른바 ‘63문제’에 중저부를 찍는 의미를 가지고 있었다. 결국 이 법률 제3호에 이르러 대만에 관한 ‘위임입법’의 논란은 일단락되었으며, 이 법률 제3호가 이후 대만에 대한 일제의 지배가 끝날 때까지 대만에서의 ‘위임입법’의 근거법으로서 기능하게 된 것이다.

### 3. 등장 과정을 통해 본 제령과 율령의 차이

위에서 간략하게 살펴 본 제령의 등장 과정과 율령의 등장 및 변화 과정을 비교할 때, 가장 두드러진 특징은, 율령의 경우 제국의회 안팎에서 그 위헌성에 대한 격렬한 논란이 전개되었던 데 대해, 제령의 경우 그러한 논란이 거의 발견되지 않는다는 점이다. 제령을 둘러싼 위헌 논란은, 제령 그 자체의 위헌성이 아니라, 거의 전적으로 제령제정권을 법률이 아니라 긴급칙령으로 부여한 것의 위헌성에 관한 것이었다.<sup>28)</sup>

26) 條約局法規課, 『臺灣・議事錄』, 399면.

27) 條約局第三課, 『外地法令制度の概要』, 38면.

또 하나 주목되는 특징은, 울령의 근거법은 법률 제3호가 제정될 때까지 무려 26년간이나 기한이 붙은 법으로 존재했고, 기한을 연장하는 법만도 다섯 차례나 제정되었던 데 대해, 제령의 근거법인 법률 제30호는 처음부터 기한이 붙지 않은 법으로 제정되었다는 점이다. 특히 이 차이는, 법률 제30호가 울령의 위헌성에 대한 논란 때문에 기한을 붙인 법률 제63호 및 제31호를 모델로 한 것이었음에도 불구하고, 그 법률 제30호에 기한을 붙이지는 의견이 “기한을 붙여도 곧바로 또 그 기한을 연장하지 않으면 안 된다고 할 때는 아무 소용이 없다”라는 이유만으로 간단히 배척되었다는 점, 그리고 기한을 붙이지 않은 법률 제30호가 兩院에서 통과된 직후에, 거의 동일한 내용의 법률 제31호의 기한을 ‘연장’하는 것을 내용으로 하는 법률안을 논의한 제국의회에서, 법률 제30호와 마찬가지로 기한을 붙이지 말자는 주장이 전혀 제기되지 않았다는 점<sup>29)</sup>을 고려할 때, 더욱 두드러져 보인다.<sup>30)</sup>

28) 그 이유에 관해, 하기와라는 “대만에서 이미 10년간이나 이와 같은 법률이 시행되고 있었기 때문에, 달리 새롭게 논의할 필요도 없었”고, “한편으로는, 그 당시 조선총독은 천황에게 直屬하여 있었고 육해군을 지휘하는 권한을 가지고 있었기 때문에, 의회에서도 문제가 되지 않았던 것”이라고 추측한다. 萩原彦三, 『日本統治下における朝鮮の法制』 友邦シリーズ 제14호(友邦協會, 1969), 4면. 이 중, 조선총독의 우월적 지위가 의회를 압도했기 때문이라고 하는 설명은 설득력이 있다고 판단된다. 하지만, 대만에서 10년 이상 같은 내용의 법률이 시행되었기 때문이라고 하는 설명은, 아래의 본문에서 설명하는 것처럼, 대만의 법률이 한시법이었고, 그 기한을 연장할 때마다 ‘위헌’의 논란이 반복되었다는 사실을 고려할 때, 설득력이 없다고 판단된다.

29) 條約局法規課, 『臺灣・議事錄』, 272~292면. 이와 관련해서, 법률 제31호의 기한 연장을 내용으로 하는 법률안을 심의한 중의원의 위원회에서 1910년의 긴급칙령 제324호도 심의했다는 사실이 주목된다. 위 위원회는, 기한이 붙지 않은 법률 제30호의 초안이 양원을 통과한 상태에서 칙령 제324호는 필요가 없다고 결정하고, 동시에 거의 동일한 내용의 법률 제31호의 기한 연장을 내용으로 하는 법률안도 가결했다. 앞의 책, 272・284면.

30) 이와 관련하여, 아마자키는, 법률 제30호에 기한이 붙지 않은 이유를, “대만의 경우의 쓰라린 경험에 비추어, 기한의 제한을 붙이지 않았던 것”이라고 추측한다. 山崎丹照(주 16), 358면. 이러한 추측은 일제 정부의 사정을 염두에 둔 것이며, 그러한 한에서는 타당한 것이라고 생각된다. 하지만, 법률 제31호에는 기한을 붙여야 한다고 고집했던 제국의회가 법률 제30호에 기한을 붙이지 않고자 하는 정부의 의도를 별다른 이의 없이 받아들인 것은 무엇 때문인가라는 의문은 여전히 남게 된다. 결국 일제의 국가기구 전체가 법률 제30호를 법률 제31호와는 다르게 특별취급 했다고 볼 수밖에 없을 것이다.

요컨대, 제령은 율령에 비해, 그 등장 과정에서 ‘위헌’이라는 공격으로부터 훨씬 더 자유로웠으며, 그 근거법이 처음부터 기한이 붙지 않은 법으로 제정됨으로써 훨씬 더 안정적인 지위를 확보하고 있었다고 할 수 있는 것이다. 등장 과정을 통해 살펴 본 제령과 율령의 이러한 차이는, 아래에서 서술할 내용을 통해 살펴 본 차이와 함께, 율령에 대한 제령의 특수성을 두드러지게 하는 것이라고 할 것이다.

### Ⅲ. 제령의 내용

#### 1. 제령의 내용

제령은 강점기 한반도에서 “법률을 요하는 사항(法律ヲ要スル事項)”을 규정한 조선총독의 “명령”이다(법률 제30호 제1조). 이러한 조선총독의 제령제정권에 대한 제약은, (1) 내각총리대신을 거쳐 천황의 칙재를 얻어야 한다는 것(제2조), (2) “조선에 시행된 법률과 특히 조선에 시행할 목적으로 제정된 법률 및 칙령에 위배”되어서는 안 된다는 것(제5조) 두 가지였다. 또한 조선총독은 임시간급을 요하는 경우에는 먼저 제령을 제정하고 사후에 천황의 칙재를 구할 수 있었으며, 천황의 칙재를 얻지 못한 때에는 즉시 그것이 장래에 효력이 없다고 공포해야 했다(제3조).

그리고, 제령은, 제령이라는 사실을 명기하고 조선총독이 이에 서명하고 공포 연월일을 기입하여 조선총독부관보를 통해 공포하도록 되어 있었으며, 특히 시행 기일을 둔 경우를 제외하고는 각 관청에 도달한 다음날부터 기산하여 만 7일이 지난 때에 시행되도록 되어 있었다.<sup>31)</sup>

그런데 제령의 규율대상인 “법률을 요하는 사항”, 즉 법률사항이란, 「대일본제국헌법」 제2장의 신민의 권리의무, 제5장의 재판소의 구성·재판관의 자격·재판관에 대한 징계·특별재판소의 관할·행정재판소, 그리고 제6장의 조세·세율

31) 1910년 8월 29일 統監府令 25號 「朝鮮總督ノ發スル制令ノ公布式」, 『朝鮮總督府官報』 제1권, 26면.

등에 관한 사항을 의미한다. 이들 법률사항은, 일제 본국에서는 “제국의회의 협찬을 얻어” 천황이 법률의 형태로 규정하도록 되어 있었다. 그런데 이것을 강점기 한반도에서는 조선총독이 제국의회의 관여 없이 규정할 수 있었던 것이다.

물론 조선총독의 제령제정권에는 위의 (1) 및 (2)와 같은 제약이 있었다. 하지만, 우선 강점기 한반도의 사정에 대해서는 조선총독이 상대적으로 더 잘 알고 있다고 인정되었을 것이므로 특별한 사정이 없는 한 그의 판단이 존중될 수밖에 없었으리라는 점을 고려한다면, 위 (1)의 제약은 실질적인 의미를 상실한다. 또한 법률 제30호 제4조에 의해 천황의 칙령으로 법률의 전부 또는 일부를 강점기 한반도에 시행할 수 있도록 되어 있었기 때문에, 강점기 한반도의 법률사항이 일제의 법률에 의해 규율될 가능성은 열려 있었지만, 법률 제30호는, 법률 제3호와는 달리, 그 칙령에 특례를 둘 수 있다는 규정을 두지 않고 있었기 때문에 칙령에 의해 “조선에 시행된 법률”은 소수였다. 그리고 “특히 조선에 시행할 목적으로 제정된 법률 및 칙령” 또한 예외적인 것이었다. 따라서 위 (2)의 제약도 실질적인 의미를 가졌다고 보기 어렵다.

이렇게 볼 때, 결국 강점기 한반도의 법률제정권은 거의 전적으로 조선총독에 의해 장악되어 있었다고 할 수 있다. 조선총독의 이러한 강력한 권한은, 그것이 일제의 제국의회나 중앙정부의 간섭의 배제를 의미한다는 점에서, 식민지 지배의 효율성 = 자의성의 극대화를 추구하기 위한 것이었다는 점은 쉽게 이해될 수 있다. 제령은 바로 그것을 가능하게 하는 범형식이었던 것이다.

## 2. 의용

제령과 관련하여 주목되는 것으로, 제령에는 조선총독이 강점기 한반도의 법률사항을 직접 규정하는 제령뿐만 아니라, 일제의 법률을 ‘依用’하는 제령이 있다는 점이 있다. 법률의 의용이란, 예를 들면, 「조선민사령」(1912년 제령 제7호)의 제1조에서 “민사에 관한 사항은 본령 기타의 법령에 특별한 규정이 있는 경우를

제외하고는 아래의 법률에 의한다.”라고 규정하고, 민법·신탁법·상법·수표법·유한회사법·파산법·화의법·민사소송법 등을 열거한 후, 제2조 이하에서 특례를 규정하는 것과 같이, 식민지의 특수성에 대해서는 특례로 대처하면서 일체의 법률을 차용하는 것을 말한다.

그런데, 이러한 법률의 의용이라는 방식은 칙령에 의한 법률의 시행과 뚜렷이 구별되는 것으로 이해되었다. 즉, “내지에 시행되는 어떤 법령을 외지에 시행할 때는, 이것에 의해, 그 법령의 通用範圍이 외지에까지 확장되어, 당해 법령은, 특별한 규정이 없는 한, 형식·내용 모두 그대로 외지에도 시행되기에 이르며, 동일 형식이고 동일 내용인 법령이 내지·외지에 걸쳐 시행되기에 이르는 것으로서, 당해 법령에 관한 한, 내지와 외지는” 동일 ‘법역’이 되지만, “의용의 경우에는, 내지에 시행되는 어떤 법령이 외지에 시행되는 법령에서 따라야 할 법령으로 지정되고, 그 결과 단지 위 내지에서 시행되는 법령의 내용이 외지에 시행되는 법령의 내용으로서 채용되는 데 그치고, 그것에 의해 내지에서 시행되는 법이 직접 외지에 시행되어 그 효력을 미치기에 이르는 것이 아니며, 의용되는 법령과 의용하는 법령은 내용은 같아도 각각 별개의 법령으로서 독립하여 통용되어, 당해 법령에 대해서는 내지와 외지는 여전히 異‘法域’을 구성”<sup>32)</sup>한다는 것이었다. 그래서 의용의 경우에는 “의용하는 법령만이 통용되고, 이것을 해석하고 적용할 때에 그 내용으로서 비로소 의용되는 법령이 문제가 되며, 적용의 문제도, 직접적 또는 일차적으로는 의용하는 법령에 대해서만 생기고, 의용되는 법령에 대해서는 의용하는 법령의 해석·적용을 통해 단지 간접적 또는 이차적으로만 생길 수”<sup>33)</sup> 있다는 것이었다.

요컨대, 천황의 칙령에 의해 일체의 법률이 시행될 경우에는 그 법률이 시행되는 것이지만, 제령에 의해 일체의 법률이 의용될 경우에는 그 법률은 시행되는 것이 아니며, 단지 그 법률과 그에 대한 특례를 내용으로 하는 제령만이 시행된다는

32) 清宮四郎, 『外地における『法律の依用』』, 『外地法序説』(有斐閣, 1944), 97~98면.

33) 앞의 글, 100면. 키요미야는 이것을 “어떤 법령에서 법률을 의용하는 경우에는, 의용에 의해, 법률이 법률로서 활동을 개시하는 것이 아니라, 법률은 그것을 의용하는 법령의 내용으로서 흡수되고, 당해 법령 그 자체가 법률과 동일한 내용을 가지고 활동하는 것이다”라고도 설명한다. 앞의 글, 101면.

것이다. 이러한 이해에 따를 때, 위의 「조선민사령」을 예로 들면, 강점기 한반도에서는 그 제1조에 열거된 일제의 민법 등이 시행된 적이 없으며, 단지 그 일제의 민법 등에 제2조 이하의 특례를 덧붙인 「조선민사령」이 시행되었을 뿐인 것이 되는 것이다.

이와 같이 의용의 경우 의용하는 제령과 의용되는 법률은 완전히 별개의 법으로 취급되었는데, 이렇게 양자를 별개로 취급하게 되면, 다음과 같은 복잡한 문제들이 생겨나게 된다.

첫째는, 의용되는 법률이 개정되는 경우 그 효과는 의용되는 지역에도 미치는가 하는 문제이다. 의용하는 제령과 의용되는 법률이 별개인 이상 법이론상으로는 당연히 그 효과가 미치지 않는다고 보아야 한다. 하지만, 이것은 오히려 효율성의 면에서 불편할 수 있다. 왜냐하면, 차용해도 문제가 없다는 판단에 따라 차용하기로 결정한 법률의 경우는, 그 개정의 효과를 받아들이는 데도 문제가 없는 경우가 더 많을 것이기 때문이다. 조선총독이 1911년 6월 22일의 제령 제11호 “제령에서 법률에 의한다는 규정이 있는 경우에 그 법률의 개정이 있는 때의 효력에 관한 건(制令ニ於テ法律ニ依ルノ規定アル場合ニ於テ其ノ法律ノ改正アリタルトキノ效力ニ關スル件)”<sup>34)</sup>을 제정하여, 그 경우에는 “개정 법률의 시행일부터 그 개정법률에 의한다”라고 정한 것은 바로 그러한 사태에 대응하기 위한 것이었다. 하지만, 진적으로 이 규정에만 따르는 것도 불편할 수 있다. 개정의 효과를 배제할 필요가 있는 경우도 있을 수 있기 때문이다. 위 규정의 단서에서 “단 별단의 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다”라고 규정한 것은 그에 대한 대응책이었다. 조선총독은 필요할 때면 언제나 “별단의 규정”에 의해 그 효과를 배제할 수도 있었던 것이다.

둘째는, 특례를 두어 법률을 의용한 후 의용되는 법률 중 그 특례에 대응하는 부분이 개정되는 경우에는 어떻게 되는가하는 문제이다. 위의 제령 제11호에 충실하다 보면, 그 경우에도 “개정법률에 의”해야 하는 것이 아닌가, 혹은 그 경우에도 “별단의 규정”을 두어야 하는 것이 아닌가라는 문제가 생겨날 수 있는 것이다. 하

34) 『朝鮮總督府官報』 제4권, 465면.



지만, 그것은 식민지의 특수성에 효율적으로 대처한다고 하는 의용의 목적에 어긋난다. 그래서 이 경우에는, 의용의 경우 의용되는 법률은 편의상 차용되는 것이고 특례는 식민지의 상황을 직접 반영하는 것이라는 이유로, 의용되는 법률의 개정은 “특례와 저촉되는 부분은 그 효과를 미치지 않”는다고 해석되었다.<sup>35)</sup> 하지만, 특례와 저촉되는 개정의 효과를 받아들일 필요가 있는 경우도 있을 수 있다. 그러나, 그러한 예외적인 경우에는, 조선총독은 제령의 특례부분을 개정하는 것으로 대처할 수 있기 때문에 그렇게 해석해도 문제가 될 것은 없는 것이었다.

셋째는, 의용되는 법률이 폐지되는 경우에는 어떻게 되는가 하는 문제이다. 법이론상으로는 그 효과는 의용되는 지역에 당연히 미치지 않는다고 보아야 한다. 하지만, 폐지의 경우에는 “의용할 법률이 없어져, 의용의 목적물이 소멸되어, 의용을 정하는 법령은 무내용이” 된다고 하는 문제가 있다. 그래서 이 경우에는 “의용의 한계를 넘어서는 문제가 되기 때문에, 특별한 규정이 없는 한은, 의용관계는 전면적으로 소멸한다고 해석하는 것이 타당하다.”라고 해석되었다.<sup>36)</sup> 하지만, 의용하는 제령과 의용되는 법률이 별개인 이상, 적어도 법이론상으로는 의용되는 법률이 폐지된 이후에도 제령에 의해 의용을 계속하는 것도 불가능하지 않으며, 또 그럴 필요가 있는 경우도 있을 수 있다. 위의 해석에서 조선총독이 “특별한 규정”을 두면 폐지된 법률의 의용도 가능하다고 하고 있는 것은 그러한 상황을 염두에 둔 것일 것이다.

넷째는, 의용되는 법률의 집행명령과 위임명령은 어떻게 되는가라는 문제이다. 의용되는 법률은 법률로서가 아니라 제령으로서 시행되는 것이 되기 때문에, 그 법률에 수반되는 집행명령과 위임명령은, 법이론상으로는 당연히 시행되지 않는다고 보아야 한다. 이와 관련해서는, 실제로 법률을 의용하는 제령의 집행명령 또는 위임명령은 조선총독부령인 것이 통상이었다<sup>37)</sup>고 한다.

35) 淸宮四郎주 32), 111면.

36) 앞의 글, 110면.

37) 예를 들면, 「조선영화령」(1940년 제령 제1호)은 「영화법」을 의용하고 있었는데, 영화법의 집행명령인 「영화법시행령」은 한반도에는 시행되지 않았으며, 그것에 상당하는 사항은 「조선영화령시행규칙」(1940년 조선총독부령 제1호)으로 규정되었다. 松岡修太郎, 『朝鮮行

요컨대, 의용하는 제령과 의용되는 법률은 완전히 별개라는 취급 아래, 조선총독은 의용되는 일제의 법률이 개정 혹은 폐지된 경우 그 효과를 받아들일 수도 있었고 받아들이지 않을 수도 있었으며, 의용되는 법률에 관한 집행명령과 위임명령을 자신의 명령으로 제정할 수 있었던 것이다.

식민지의 제국대학인 京城帝國大學의 교수를 지낸 키요미야 시로오(清宮四郎)가, 이와 같은 의용이라는 방식에 대해 분석한 후 내린 결론은, 의용이란, “외지에서 법률사항에 대해 규정을 둘 필요가 있고, 그것에 관한 법률이 이미 내지에 제정되어 있는 경우에, 그 법률을 직접 시행해서는 불편·지장이 있고, 그렇다고 완전히 새로운 규정을 둘 정도의 필요도 없”는 상황에서 “이미 내지에 존재하는 법률의 조항을 차용하는 … 간이하고도 편리한 방법”<sup>38)</sup>이다라는 것이었다. 요컨대, 의용이란, 일제 법률의 차용을 통해 새로운 규정을 만드는 수고를 뒹으로써 효율성을 추구하고, 법률을 직접 시행하는 데서 오는 제약을 받지 않음으로써 효율성을 추구하고, 식민지의 상황에 대해서는 특례를 규정함으로써 효율성을 추구하고, 삼중의 의미에서 식민지 지배의 효율성을 극대화하는 방식, 그리고 그만큼 자의성을 최대한 확보하는 방식이었던 것이다.

### 3. 내용을 통해 본 제령과 율령의 차이

위와 같은 강점기 한반도에서의 제령의 효율성 = 자의성의 극대화라는 특징은, 대만에서 비슷한 역할을 한 율령과 제령을 비교할 때도 두드러진다.

우선 법률 제30호와 그 모델인 법률 제31호를 비교할 때에도, 대만총독은 주무대신을 거쳐 칙제를 청해야 했던 데 대해, 조선총독은 내각총리대신을 거쳐 칙제를 청하면 되었으며, 법률 제31호는 한시법이었던 데 대해 법률 제30호는 그렇지 않았다는 차이가 발견된다.

政法提要 [總論]』(東都書籍, 1944), 25면.

38) 清宮四郎(주 32), 116~117면.

하지만, 제령과 울령의 차이는 법률 제30호와 법률 제3호를 비교할 때 결정적인 것이 된다. 법률 제3호에 의해, 대만에서는 법률의 전부 또는 일부를 시행하는 칙령에 “관청 또는 公署의 직권, 법률상의 기간”은 물론이고 “기타의 사항”에 대해서까지 광범위하게 특례를 규정할 수 있게 되었다(제1조). 그리고 그에 대응하여, 대만총독은, “대만에서 법률을 요하는 사항으로서 시행할 법률이 없는 것 또는 전조의 규정에 의하기 어려운 것”에 관해서만, 게다가 “대만의 특수사정으로 인해 필요한 경우에 한”해서만, 울령으로 규정할 수 있게 되었다(제2조).

법률 제31호의 시기까지는, 법률 제30호와 마찬가지로, 칙령에 특례를 규정할 수 없었던 까닭에, 칙령에 의한 일제 법률의 시행이 예외적으로만 이루어지고, 요건이 엄격하지 않은 대만총독의 울령 제정이 원칙이었던 점을 생각하면, 이것은 곧 원칙과 예외가 뒤바뀌게 된 것을 의미한다. 게다가, 칙령에 의한 법률 시행이 보다 용이하게 됨으로써 상대적으로 대만에서 시행되는 법률이 늘어난 결과, “대만총독이 발한 명령은 대만에 시행되는 법률 및 칙령에 위반될 수 없다”라는 제5조의 규정은, 비록 법률 제31호에도 같은 내용으로 포함되어 있었지만, 이제는 대만총독의 울령제정권에 대해 훨씬 강력한 제약으로 작용하게 되었다. 법률 제3호에 의해 대만에서는 “울령중심주의로부터 내지법연장주의”로의 전환이 이루어졌다<sup>39)</sup>라고 하는 것은 바로 이러한 변화를 가리키는 것이다.

이와 같은 법률 제30호와 법률 제3호 사이의 ‘원칙과 예외의 역전’은, 울령과 제령의 숫자와 강점기 한반도 및 대만에서 각각 시행된 일제 법률의 숫자를 비교함으로써도 드러난다. 대만에서 일제 지배기 50년간 발표된 울령은 모두 533건(기존 울령의 개폐 262건, 신규 제정 271건)이며, 시행된 법률은 370건이다. 이에 대해 한반도에서 일제 강점기 35년간 발표된 제령은 676건(기존 제령의 개폐 400여건, 신규 제정 약 270건)이며, 시행된 법률은 약 130건이다.<sup>40)</sup> 이를 연평균으로 계산하면, 대만의 경우 연평균 10.7건의 울령이 발표되고 7.4건의 법률이 시행된 데 대해,

39) 條約局第三課, 『外地法令制度の概要』, 74면.

40) 앞의 책, 39, 132~133면; 條約局法規課, 『台灣の委任立法制度』(『外地法制誌』第三部の一), 1959, 附錄 3~4면.

한반도의 경우 연평균 19.3건의 제령이 발표되고 3.7건의 법률이 시행된 것이 된다. 이것은 발표 건수 및 법률에 대한 비중 양자 모두에 있어서 제령이 율령에 비해 훨씬 우세했다는 것을 의미한다고 할 수 있는 것이다.

요컨대 법률 제3호의 등장으로, 제령은 원칙인 데 대해 율령은 예외라고 하는 확연한 차이가 생겨나게 되었다. 그리고 그 결과, 원칙으로서의 제령제정권을 가지는 조선총독은 예외로서의 율령제정권만을 가지는 대만총독에 비해 일제의 식민지 지배기구 중에서 특별히 두드러지는 권한을 보유하는 기구가 되었다. 결국, 제령제정권을 가지고 있었던 조선총독은, 율령제정권을 가졌다는 이유로 “대만의 土皇帝”<sup>41)</sup>라고 평가되는 대만총독보다도 훨씬 더 강력한 권한을 가진 절대적인 존재였다고 할 수 있는 것이다.

## IV. 제령의 성격

### 1. 제령의 성격

위에서 살펴 본 것처럼, 제령은 식민지 지배의 효율성 = 자의성의 극대화를 위해 조선총독에게 주어진 강력한 수단이었다. 하지만 그것은 동시에, 식민지 본국인 일제의 헌법과 충돌한다는 문제성을 내포하고 있는 것이기도 했다. “대만에 괴물이 있다. 법률도 아니고 명령도 아니고 율령이라고 하는 것이 백주에 공공연히 돌아다닌다”<sup>42)</sup>라고 외치며, 대만총독에게 제령제정권을 부여한 법률 제63호에 대해, 군권주의 헌법학의 대표자 호즈미 야쓰카(穗積八束)가 펴부었던 ‘위헌’이라는 비판은, 법률 제63호를 모델로 한 법률 제30호에 대해서도 그대로 타당한 것이었다. 1931년의 시점에서 제령을 분석한 경성제국대학 교수 마쯔오카 슈우타로오(松

41) 黃昭堂(주 23), 234면.

42) 穗積八束, 「臺灣總督ノ命令權ニ付キテ」, 穗積重威編, 『穗積八束博士論文集』(有斐閣, 1943), 672면.

岡修太郎)가, “조선이라고 해도, 입헌군주정 국가인 일본의 일부를 구성하는 것이 이상, 입헌정은 조선에도 행해져야 한다고 느끼(강조는 원문- 필자)”지만, “조선에서의 통치제도의 현실을 靜觀할 때”는 “조선은 과연 입헌정 국가의 일부를 이루고 있는 것일까”라는 “중대한 의문에 봉착”하지 않을 수 없었고<sup>43)</sup> 결국 “제령권의 위임은 … 강한 정도로 행정기관에 입법기관을 합일시키는 결과를 초래하여, 입헌정에서의 기관분립의 취지를 沒却시키는 데 가까운 것이라는 사실을 부정하기 어렵다”<sup>44)</sup>라는 결론에 이르게 된 것도, 바로 그 때문인 것이다.<sup>45)</sup>

그러면 왜 일제 정부는 이러한 ‘비입헌적인 괴물’을 굳이 동원한 것일까? 이에 대한 일제 정부의 대응논리의 핵심은 ‘외지’는 “풍속인정을 달리 하고 있”<sup>46)</sup>기 때문이라는 것이었다. 다시 말해, 강점기 한반도의 풍속과 인정을 ‘배려’해서 제령이라는 제도를 도입했다는 것이다. 이것은, 제령이 등장할 당시의 일제 정부의 논리였으며, 또한 한반도 강점이 끝난 지 15년이 지난 1960년의 시점에서도 일본 정부에 의해 그대로 답습된 논리이기도 하다. 1960년에 출간된 책에서도 일본 정부의 관료들은, “조선은 우리 나라에 병합되기 이전에 하나의 독립국으로서 특별한 인정, 풍속, 문화를 가지고 있어서, 본토와 동일한 법질서 아래에 둘 수 없는 사정이 있었기 때문에, … 조선총독에게 입법권을 위임하는 것이 적당하다고 하여, 제령이라고 칭하는 법률의 효력을 가지는 명령의 발포권을 인정하기로 했다”<sup>47)</sup>라거나,

43) 松岡修太郎, 「朝鮮に於ける行政權及びその立法權並びに司法權との關係」, 船田享二編, 『法政論纂』第4冊(京城法文學會 第一部論集), 1931, 121면.

44) 앞의 글, 144면.

45) 마쓰오카는, 1944년에 발간한 『朝鮮行政法提要 [總論]』에서도, 비록 “조선통치의 근본방침은, 말할 것도 없이, 병합의 詔書 및 1919년 조선총독부관계 개혁의 詔書에서 명백히 宣示하신 內鮮一體, 一視同仁의 聖旨를 실현하는 것이다”라는 입장에서이기도 했지만, 조선총독의 제령제정권에 언급하면서, “소위 「조선행정」의 내용은, 보통 관념되는 「행정」의 범위보다도 광범위한 영역에 걸치는 것이다. 따라서, 이 경우의 「행정」은, 마치 3권분립 이전에 있어서 통치의 작용 전반을 행정이라고 관념한 경우의 「행정」에 가까우며, 이 의미에서는, 조선행정법은 오히려 조선통치법이라고 하는 편이 적당하다”라고 지적하고 있다. 松岡修太郎(주 37), 13면. 이 책의 복사본을 國際基督教大學의 사사가와 노리카즈(笹川紀勝) 교수로부터 얻었다. 이 자리를 빌어 감사의 뜻을 표한다.

46) 『第二十七回帝國議會 衆議院議事速記録第四號』(官報號外), 1911.1.25., 42면.

“조선에서는 본래 될 수 있는 대로 그 특수사정을 고려하고,民情에 적합할 것을 기하여, 조선에 독특한 것을 立案하도록 했다”<sup>48)</sup>라고 적고 있는 것이다.

하지만, 그 속에는 애당초 왜 “풍속인정을 달리 하고 있는” 땅을 일제의 영토로 만들지 않으면 안 되었는지에 대해서는 어떠한 설명도 담겨 있지 않다. 그 결과 ‘영토가 된 이상 헌법이 시행되어야 하는 것 아닌가’라는 비판에 대한 대답도 담겨 있지 않다. 뿐만 아니라, 그것은, 대만의 경우 ‘신영토’가 된 지 26년만에 ‘내지 법연장주의’가 실현되었는데도 불구하고, 왜 한반도의 경우 ‘신영토’가 된 지 30년이 지나 ‘內鮮一體’·‘一視同仁’이 외쳐지는 상황에서도 여전히 “총독의 명령제 일주의”<sup>49)</sup>가 고수되었는지에 대한 이유도 설명해 줄 수가 없다.

그런데 이들 의문에 대한 대답의 실마리를 제공해 주는 것으로서, 1911년 1월 24일의 일제 중의원 본회의에서 긴급칙령 제324호를 심의하는 과정에서, ‘왜 대만의 경우처럼 법률안을 제출하여 의회의 협력을 구하지 않고, 긴급칙령을 발포했는가’라는 질문에 대해, 카즈라 타로오(桂太郎) 내각총리대신이 한 다음과 같은 답변이 주목된다.

이 병합은 ... 한국 정부와 조약에 의해 이루어진 것입니다. 그 때문에 내외의 정세, 그리고 한국의 정세에 대해서도, 그 병합 당시의 치안을 확보하고 또 치안을 확보하는 데 있어서는, 외부에 대해서도 가장 필요한 경우입니다. 이 때문에 긴급의 칙령을 청하여, 한편으로 헌법 제8조에 의해, 처분을 한 것입니다. ... 대만이 우리 영토에 편입된 당시는 군정이 실시되고 있었습니다. ... 조선은, 아시는 것처럼, 그와 같은 조치를 취할 수 없었던 것입니다. 그 때문에 어쩔 수 없이 위와 같은 조치를 취하지 않을 수 없게 된 것입니다.<sup>50)</sup>

카즈라의 매우 요령부득인 이 답변을 정리하면, (1) 한반도의 병합은 외형상 대한제국과 대일본제국간의 조약, 다시 말해 ‘합의’라는 형태를 취했다, (2) 따라서,

47) 條約局法規課, 『制令 前篇』(『外地法制誌』第四部の一), 1960, 「序」.

48) 앞의 책, 19면.

49) 條約局第三課, 『外地法令制度の概要』, 132면.

50) 『第二十七回帝國議會 衆議院議事速記録第四號』, 45면.

한반도 내부의 반발을 누르기 위해서는 물론이고, 여러 외국에 대해서 ‘합의’에 걸맞는 상황을 보여주기 위해서 치안을 확보하는 것이 필요했다, (3) 긴급칙령 제324호에 의해 조선총독에게 제령제정권을 부여한 것은 그 치안을 확보하기 위해서였다, (4) 한반도에서는, 대만과는 달리, 군정을 실시할 수 없었기 때문에, 먼저 군정을 실시하여 여유를 가진 상태에서 의회의 협찬을 얻어 법률을 제정하는 방식을 취하지 못하고, 긴급칙령에 의할 수밖에 없었다라는 것이 될 것이다.

여기에서 (4)의 한반도에서 군정을 실시할 수 없었던 이유는 (1) 및 (2)와 관련된 것으로 보인다. 즉, 대만의 경우 전쟁에서 승리해서 획득한 땅이기 때문에 군정을 실시해도 상관이 없었지만, 한반도의 경우 외형상으로나마 ‘합의’의 형식으로 차지한 땅이기 때문에 군정이라는 비정상적인 지배형태를 취함으로써 ‘합의’를 의심하게 하는 사태를 초래해서는 안 되었던 것이다. 하지만, (2)와 (4)에서 드러나는 것처럼, 사실은 한반도의 치안 확보는 군정으로 대처하지 않으면 안될 정도로 매우 중요한 과제였다. 그 결과, (3)의 긴급칙령 제324호에 의한 조선총독에의 제령제정권 부여라는 조치가 취해진 것이다.

이렇게 정리하게 되면, 결국 카쓰라에 위의 답변을 통해, 병합 이후의 한반도 인민들의 저항은 군정을 실시하지 않으면 대처할 수 없는 상황이었고, 조선총독에의 제령제정권 부여는 군정을 실시하는 것과 같은 효과를 가져오게 하기 위한 것이었다고 실토했다는 사실을 알 수 있게 된다.

제령의 이와 같은 성격, 즉 군정을 실시하는 것과 같은 효과를 가져오게 하는 수단이라고 하는 성격은, 제령과 기본적으로 같은 성격을 가지고 있었던 울령이 등장하고 변화하는 과정에서 드러난 일제 정부의 입장을 통해서도 확인할 수 있다. 일제의 정부위원은, 법률 제63호의 정부안을 심의하는 중의원 본회의에서, 그 정부안을 제출하는 이유를 다음과 같이 설명했다.

土匪의 亂이 있었기 때문에, 금일 대만의 상황은 內地와 동일한 법률·명령을 시행하는 것은 도저히 불가능합니다. 또한 지금까지 干戈 속에서 행정을 시행해 온 것은, 소위 대만총독이 발하는 軍使命令으로, 각각 행정의 처분 등을 해 온 것입니다. 앞으로도

또한 당분간은 아무래도 인정·풍토가 다른 인민에 대해, 土匪亂賊이 계속해서 발생하는 장소이기 때문에, 그때 그때의 상황에 맞추어 법률의 효력을 가지는 명령을 발하는 것이 필요합니다.<sup>51)</sup>

또한 일제의 정부위원은, 법률 제31호의 기한을 연장하기 위한 법률안을 심의하는 중의원 위원회 회의에서, 그 연장이 필요한 이유로서, 대만 인민들의 “옛부터 전해 내려오는 土匪의 性情”<sup>52)</sup>을 들었다. 요컨대, 법률 제63호와 제31호의 율령 또한 대만 인민들의 저항에 사실상의 균정으로 대처하기 위해 필요한 수단이었다는 것이다.

## 2. 성격을 통해 본 제령과 율령의 차이

이와 같이 제령과 법률 제63호 및 제31호의 율령은 식민지 인민들의 저항을 억누르면서 식민지를 차지하기 위해 동원된, 균정과 마찬가지로 강력한 지배권을 담보해주는 수단이었다. 이는 곧, 그것들이, 식민지 인민들의 저항이 계속되는 한, 그래서 사실상의 균정을 계속해서 실시하는 것이 필요한 한, 사라질 수 없는 운명을 가진 것이었다는 것을 의미한다.

그런데 대만의 경우 법률 제3호의 제정으로 율령의 성격은 크게 변했다. 법률 제3호의 제정으로 율령이 예외적·부차적인 것이 됨으로써, 사실상의 균정을 담보한다고 하는 그 성격도 크게 약화된 것이었다. 이것은, 1919년 한반도에서의 3·1운동을 계기로 「臺灣總督府官制」가 개정된 결과 문관도 총독이 될 수 있게 된 후 제2차 대전이 종국으로 치달은 1944년까지, 대만에서는 문관이 총독으로 지명되었다<sup>53)</sup>는 사실과 상응한다.

51) 條約局法規課, 『臺灣·議事錄』, 3면.

52) 條約局法規課, 『臺灣·議事錄』, 274면.

53) Edward I-te Chen, “Japanese Colonialism in Korea and Formosa: A Comparison of the Systems of Political Control,” *Harvard Journal of Asiatic Studies* 30, 1970, p.128.



이에 비해, 강점기 한반도에서는 법률 제30호가 계속 그 모습 그대로 유지되었으며, 그 결과 사실상의 군정이 계속 이어졌다. 이것은, 역시 1919년에 같은 이유와 같은 내용으로 「朝鮮總督府官制」가 개정되었음에도 불구하고, 한반도에서는 문관이 총독으로 지명된 적이 한반도 없었다는 사실과 상응한다.

이러한 차이가 한반도와 대만의 식민지로서의 성격의 차이를 반영한 것임은 말할 것도 없을 것이다. 한반도와 대만은 둘 다 일제의 식민지이기는 했지만, 역사적·사회적·문화적으로, 그리고 전략적으로 그 성격이 서로 달랐다. 한반도는 대만에 비해, 면적에서 6배가 넘었고, 인구에서 4배(1940년 10월 기준)가 넘었다.<sup>54)</sup> 한반도는 오랜 독립의 역사와 문화적 통일성과 자부심을 가지고 있었던 데 대해, 대만은 역사상 독립된 적이 한번도 없었으며 독자적인 문화도 가지고 있지 못했다.<sup>55)</sup> 게다가 중국대륙에 대한 침략을 도모하고 있던 일제의 입장에서 볼 때, 그 지정학적 위치의 면에서 한반도는 대만에 대해 비교할 수 없을 정도의 전략적 중요성을 가지고 있었다.

하지만, 제령과 울령의 등장 과정과 내용에 있어서의 차이도 그렇지만, 그 성격에 있어서의 차이를 만들어 낸 보다 직접적인 원인은 ‘저항의 차이’에서 찾지 않으면 안 된다. 대만의 경우, “주민의 다수는 일본의 지배를 환영했다고까지 말하기는 어렵지만 허용은 하고 있었다.” 일제의 지배에 대한 저항이 상대적으로 빈약했다는 사실에서 확인할 수 있는 것처럼, 그 지배에 대한 대만 인민의 반응은 전반적으로 “수동적”이었다.<sup>56)</sup> 1895년에서 1915년 사이에 다수의 봉기가 일어났지만, “그 대부분은 정치적 이념보다는 사회적·경제적 불만에 기인한 것이었다.” 그래서 대만의 인민들에게 일제는 억압자·착취자가 아니라 “개발과 근대화를 가져온 자”였다.<sup>57)</sup> 이에 반해 한반도의 경우, 일제에 대한 저항은, 1905년의 이른바

54) 條約局第三課, 『外地法令制度の概要』, 9~10면.

55) Edward I-te Chen, “Japan : Oppressor or Modernizer?,” Andrew C. Nahm (ed.), *Korea Under Japanese Colonial Rule*, The Center for Korean Studies, Institute of International and Area Studies, Western Michigan University, 1973, p.252 ; 마크·पीーティー著, 淺野豊美譯, 『植民地—帝國50年の興亡』(『20世紀の日本』 4, 讀賣新聞社, 1996), 278~280면.

56) 마크·पीーティー著, 淺野豊美譯, 앞의 책, 276면.

‘보호국화’를 계기로 본격화되어, 3·1운동과 해외독립투쟁으로 이어지면서, 독립을 목표로 하여 지속적·전면적으로 전개되었다. 이것은 곧, 일제의 입장에서 볼 때, 대만에서 보다 한반도에서 저항에 대한 대처의 필요성이 훨씬 더 컸다는 것을 의미한다. 사실상의 군정의 효과를 가져오는 제령이 처음부터 기한이 붙지 않은 법률에 의해 도입된 것도 그 때문이며, 대만에서와는 달리 일제의 지배가 끝나는 순간까지 계속해서 그 성격을 유지했던 것도 바로 그 때문인 것이다.

## V. 해방 이후의 제령

### 1. 해방과 제령의 효력

해방 이후 제령은 어떻게 되었을까? 이것은 곧, 1945년 8월 15일 일제의 한반도 강점이 종식된 후의 제령의 효력의 문제이다. 그런데 이 문제는 비단 제령에 국한된 것이 아니라, 널리 강점기 법령 전체에 관련된 것이다. 따라서 아래에서는 강점기 법령 전체의 해방 이후의 효력에 대해 살펴 보면서 이 문제에 접근해 보기로 한다. 다만 제령의 경우, 다른 법령들과 비교할 때, ‘법률사항을 규정한 명령’이라고 하는 특수성과 ‘의용’이라는 방식을 동원했다고 하는 특수성을 가지고 있었기 때문에, 그에 기인하는 특별한 문제가 별도로 존재했다. 따라서 그 부분은 따로 살펴 보기로 한다.

해방 이후의 강점기 법령의 효력이라는 문제에 접근하기 위해서는, 우선 강점기 법령이 강점기에 효력이 있었는가라는 문제를 살펴 볼 필요가 있다. 왜냐하면, 그것은 해방의 시점에 있어서의 효력의 문제이며, 따라서 해방 이후의 효력에 관한 논의의 출발점으로 삼아야 하는 것이기 때문이다.

이에 관해서는 강점기 법령이 강점기 동안 효력이 있었다고 하는 주장이 있다.

57) Edward I-te Chen(주 55), p.251.

일본 정부의 주장이 그것이다. 일본 정부는, 1910년의 ‘한국병합에 관한 조약’이 유효하게 체결된 조약이므로, 그 조약에 따라 이루어진 한반도 지배는 합법이라고 하는 주장을 고수해 오고 있다. 이것은, 강점을 하던 당시에는 말할 것도 없고, 대한민국과 일본국 사이에 새로운 기본관계를 설정했다는 ‘한일기본조약’과 ‘한일협정’이 체결된 1965년에도,<sup>58)</sup> “식민지 지배와 침략에 의해, 많은 국가들, 특히 아시아국가들의 사람들에 대해 다대한 손해와 고통을” 준 데 대해 “다시 한번 통절한 반성의 뜻을 표하고, 마음으로부터 사죄(お詫)를 표명”한다<sup>59)</sup>라고 내각총리대신이 선언한 1995년에도,<sup>60)</sup> 그리고 지금 현재까지도 일본 정부가 일관되게 고수하고 있는 주장이다. 이 주장에 따르면 강점기 법령은 강점기 동안 당연히 효력이 있었던 것이 되는 것이다.

그러나, ‘한국병합에 관한 조약’은, 그 전제가 되는 1905년의 이른바 ‘을사조약’이 국가의 대표자에 대한 강박에 의해 체결된 조약으로서 국제법상 무효이기 때문에, 그리고 그 자체 또한 강박에 의해 체결된 조약이기 때문에, 무효이다.<sup>61)</sup> 따라서 ‘한국병합에 관한 조약’에 근거한 강점기 법령 또한 애당초 무효인 것이다.

이것은, 법효력의 근거에 관해 일본 정부가 입각하고 있는 입장, 즉 ‘상위의 수권규범’에서 법효력의 근거를 찾는 법률적 효력이론에 따를 때는 물론이고, 가장 설득력있는 입장으로 평가되는, ‘수범자의 승인’에서 법효력의 근거를 찾는 승인설에 따를 때도 그러하다. 또한, 강점기 법령이 한반도 인민의 ‘초실정적인 법이념’에 합치하는 것이었다고는 도저히 볼 수 없기 때문에, 법이념설에 따르더라도

58) 1965년 11월 5일의 일본 중의원 日韓特別委員會에서, 사토오(佐藤榮作) 당시 내각총리대신은, 「한국병합에 관한 조약」이 “대등한 입장에서 또 자유의사에 따라… 체결되었다”라는 입장을 밝혔다. 『第五十回國會衆議院日本國と大韓民國との間の條約及び協定等に関する特別委員會議錄第十號』, 1965.11.5., 2면.

59) 1995년 8월 15일의 무라야마(村山富市) 내각총리대신 담화 「戰後50周年の終戰記念日にあたって」, [http://www.mofa.go.jp/mofaj/press/danwa/07/dmu\\_0815.html](http://www.mofa.go.jp/mofaj/press/danwa/07/dmu_0815.html).

60) 1995년 10월 5일의 일본 참의원 본회의에서, 무라야마 당시 내각총리대신은 「한국병합에 관한 조약」이 “법적으로 유효”라는 입장을 밝혔다. 『第三百三十四回國會參議院會議錄第四號』, 1995.10.5., 19면.

61) 김창록, 「1900년대 초 한일간 조약들의 ‘불법성」, 『법과사회』 제20호, 2001.6.30.

역시 효력이 없었다고 보지 않을 수 없다.<sup>62)</sup>

다만, 비록 그 입장이 타당하지 못한 것이기는 하지만, 법효력을 실효성, 즉 '사실상의 제재와 사실상의 준수'로서만 파악하고, 법효력의 근거를 오로지 '실력'에서만 찾는 실력설<sup>63)</sup>에 입각할 경우, 강점기 법령의 효력을 주장할 수 있는 여지가 전혀 없는 것은 아니다. 다시 말해, 강점기 법령도, 비록 강압적인 방법에 의해서 이기는 했지만, 일제의 기관에 의해 사실상 집행되었고 한반도 인민에 의해 사실상 '준수'되었으므로 효력이 있었던 것이라라고 주장할 수는 있다는 것이다.

하지만, 이 경우에도, 그 효력은 오로지 실력에만 근거한 것인 까닭에, 그 실력이 사라진 시점에, 구체적으로는 1945년 8월 15일 일제의 천황이 무조건 항복을 선언함으로써 강점이 사실상 종식된 때에, 그 효력 또한 당연히 소멸되었다고 하지 않으면 안 된다. 따라서 1945년 8월 15일의 시점에는, 제령을 포함한 강점기 법령은 어떠한 입장을 취하더라도 효력이 없었다고 보지 않으면 안 되는 것이다.

그렇다면 1945년 8월 15일의 한반도에는 어떤 법이 있었는가? 일제의 강점이 애당초 무효였다면, 일제에 의해 소멸된 것으로 취급된 대한제국의 법이 강점기 동안에도 효력을 계속 유지하여, 1945년 8월 15일의 시점의 한반도에서 효력있는 법으로서 존재하고 있었다고 보아야 할 것인가? 혹은 1919년에 수립된 대한민국 임시정부의 법이 위의 시점의 한반도에서 효력 있는 법으로서 존재하고 있었다고 보아야 할 것인가? 두 질문 모두에 대해 부정적으로 답할 수밖에 없다. 양자 모두 한반도에서 실효성을 가지고 있지 못했기 때문이다. 실효성이 없는 법, 다시 말해 준수되지도 않고 집행되지도 않은 법이 효력이 있었다고 할 수는 없는 것이다.<sup>64)</sup>

그렇다면 1945년 8월 15일의 시점에 한반도의 법은 과연 어떤 상태에 있었다고 보아야 할 것인가? 위에서 살펴 본 것처럼 적어도 성문법에 관한 한 공백상태에 있었다, 혹은 공백상태에 돌입했다라고 볼 수밖에 없다. 물론 이것은 위의 시점의

62) 법효력의 근거에 관한 학설들에 대해서는 沈憲燮, 『法哲學 Ⅰ(法·道德·힘)』(法文社, 1982), 74~79, 83~93면.

63) 앞의 책, 64~67, 80~82면.

64) 앞의 책, 72~73면.

한반도에 법이 없었다, 혹은 없어지게 되었다라는 것을 의미하지는 않는다. 법에는 성문법만이 아니라, 관습법과 조리 등의 불문법도 있기 때문이다. 또한 이것은 위의 시점에 성문법이 새롭게 존재하게 되었을 가능성을 배제하는 것도 아니다. 권한 있는 기관에 의해 성문의 법령이 제정되었을 경우, 그 순간부터 성문법이 존재했다고 볼 수 있기 때문이다. 그리고 그 ‘제정’은, 완전히 새로운 법령을 제정하는 방식은 물론이고, 기존의 법령을 그 시점 이후의 법령으로 사용하기로 하는 방식도 포함하는 것이었다고 보아야 할 것이다. 나아가 그 ‘기존의 법령’에는 대한제국의 법령과 대한민국임시정부의 법령은 물론이고 강점기의 법령도 포함될 수 있었다고 보아야 할 것이다. 새로운 법령을 제정할 것인가 아니면 기존의 법령을 사용할 것인가, 그리고 기존의 법령을 사용하기로 하는 경우, 그 중 어느 것을 어떻게 선택해서 사용할 것인가는 전적으로 권한 있는 기관의 결단에 달린 문제였다고 보아야 할 것이기 때문이다.

## 2. 남한에서의 제령의 효력

### (1) 미군정기의 제령의 효력

1) 그렇다면 그에 관해 남한에서의 사실상의 지배자였던 미군정은 과연 어떤 결단을 내린 것일까?

남한에서의 미군정은 직접적으로는, 태평양미국육군최고사령관 더글라스 맥아더(Douglas MacArthur)가 1945년 9월 7일에 발표한 남한의 인민에게(To the People of Korea)라는 제목의 포고(Proclamation) 제1호에 의해 설립되었다. 이 포고 제1호의 관련 내용은 다음과 같다.<sup>65)</sup>

65) 이 글에서는 미군정 관련 포고 및 법령을 民族文化 편, 『在朝鮮 美國陸軍司令部 軍政廳 法令集』, 圖書出版 民族文化, 1987(英文版); 1986(國文版)에서 인용한다. 단, 인용에 있어서는 영문판을 기본으로 하고 국문판을 참조하는 방식을 취한다. 이것은, 한편으로 국문판의 오기와 불명확한 표현을 피하기 위한 것이며, 다른 한편으로 미군정기의 공용어가 영어

… 일본국 천황과 일본국 정부 및 일본국大本營의 명령에 따라 그리고 그들을 대신 하여 서명된 항복문서의 조항에 의해, 내가 지휘하는 승전군은 오늘 북위 38도 이남의 한반도 지역을 점령한다.

한반도의 인민이 오랫동안 노예상태에 있었다는 사실과 적당한 시기에 한반도가 해방되고 독립되어야 한다는 결의를 유념하면서, [나는] 남한의 인민에게, 점령의 목적이 항복문서의 시행과 그들의 인격적 종교적 권리를 보호하는 것이라는 사실을 확인한다.

…

태평양미국육군최고사령관으로서 나에게 부여된 권한에 따라, 나는 이에 북위 38도 이남의 한반도와 그 인민에 대한 군정을 설립하며, 다음과 같은 점령의 조건들을 공포한다.

제1조 북위 38도 이남의 한반도 지역 및 그 인민에 대한 모든 통치권은 당분간 나의 권한 아래 행사된다. …<sup>66)</sup>

또한 같은 날 맥아더는 미군의 남한 점령의 성격에 관한 또 하나의 포고를 발표했다. 포고 제1호와 같은 제목의 포고 제2호가 그것이다. 그 내용은 다음과 같다.

나는, 나의 지휘 아래 있는 군대의 안전과 점령지역에서의 공공의 평화, 질서 및 안전의 유지를 위해, 태평양미국육군최고사령관으로서 다음과 같이 공포한다.

항복문서의 조항 혹은 태평양미국육군최고사령관의 권한 아래 발표된 포고, 명령 또는 지시를 위반하거나, 미국인이나 기타 연합국인의 생명이나 안전, 그 소유물의 안전 혹은 선량한 질서를 해치거나, 고의로 공공의 평화와 질서를 어지럽히거나, 법의 집행을 방해하거나, 고의로 연합군에게 적대적인 행동을 하는 자는, 그 누구든지, 점령군 법원의 유죄판결에 따라, 사형 혹은 법원이 정하는 기타의 형벌에 처한다.<sup>67)</sup> (강조는 원문-필자)

이 포고 제1호 및 제2호는, 그 내용의 면에서, 그리고 그것이 미군정기 법체계

---

였으며, “영어 표현과 한국어·일본어 표현 사이에 해석이나 정의를 애매하거나 불명확한 어떠한 경우에도 영어 표현이 우선한다”라고 선언되어 있었던 까닭에(포고 제1호 제5조, 위의 책(英文版), 2면; (國文版), 1면), 영문이 원문이었다는 사실을 고려한 때문이다. 이하 위의 책은 『軍政廳法令集』이라고 줄여 쓴다.

66) 『軍政廳法令集』(英文版), 1면; (國文版), 1면.

67) 『軍政廳法令集』(英文版), 3면; (國文版), 2면.

속에서 차지하는 우월적인 지위의 면에서, 남한을 점령한 미군의 가장 핵심적인 ‘자기 규정’을 담고 있다고 할 수 있다. 그 ‘자기 규정’은 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 미군은 “항복문서의 조항”을 직접적인 근거로 하여 “승전군”으로서 남한을 점령한다고 주장했다.

둘째, 미군은 점령의 목적으로서 넓은 의미에서의 ‘항복문서의 시행’을, 그 구체적인 내용으로서 남한의 ‘질서 유지’와 남한 인민의 ‘권리 보호’를 내걸었다. 이 중 ‘질서유지’는 포고 제1호 및 제2호에서 명시적으로 ‘목적’으로 제시되어 있지는 않다. 하지만, 그것이 포고 제2호를 통해 각별하게 중요한 것으로 취급되었다는 점을 고려할 때, 실질적으로는 중요한 목적의 하나였다고 할 수 있다. 이것은, 미군이 점령 직후에 “점령의 기본목적(basic purposes of occupation)”으로서 “항복문서 조항의 시행과 남한의 상황의 개선”과 함께 “법과 질서의 유지”를 내세웠다<sup>68)</sup>는 사실을 통해서도 확인할 수 있다. 그런데 ‘질서유지’는, ‘승전군’으로서 전후 처리를 담당하는 점령군이 당연히 확보하고자 하는 것이라는 점을 생각할 때, ‘항복문서의 시행’에 포함되는 것이었다고 할 수 있는 것이다. 한편, 남한 인민의 ‘권리 보호’는 포고 제1호의 “한반도의 인민이 오랫동안 노예상태에 있었다는 사실과 적당한 시기에 한반도가 해방되고 독립되어야 한다는 결의를 유념”한다라는 부분에 상응한다. 그리고 이것은 다시, 항복문서에 의해 수락된 1945년 8월의 포츠담선언에 의해 “이행되어야 한다”<sup>69)</sup>라고 선언된 1943년 11월의 카이로선언의, “한반도 인민의 노예상태에 유념하면서, 한반도가 해방되고 독립되어야 한다고 결의한다”<sup>70)</sup>라는 문구와 일치한다. 이렇게 본다면, 남한 인민의 ‘권리 보호’는 실은 한반도의 ‘해방과 독립’의 다른 표현이라고 할 수 있다. 그런데, 이것은 카이로선언과 포츠담선언을 거쳐, 항복문서가 포츠담선언을 수락함으로써 그 일부가 된 것이다.

68) United States Armed Forces in Korea, 『駐韓美軍史(History of the United States Armed Forces in Korea)』 3(둘째개, 1988), 482~483면.

69) <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/decade/decade17.htm>.

70) <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/wwii/cairo.htm>.

그렇다면 한반도의 ‘해방과 독립’ 또한 ‘항복문서의 시행’에 포함되는 것이었다고 할 수 있는 것이다. 이렇게 보면, 결국, ‘항복문서의 시행’이라고 하는 형식적인 목적 속에, 한반도의 ‘해방과 독립’ 및 남한의 ‘질서유지’라고 하는 실질적인 내용이 담겨 있었다고 할 수 있는 것이다.

셋째, 미군은 그러한 한반도의 ‘해방과 독립’ 및 남한의 ‘질서유지’라는 목적을 달성하기 위해 필요한 “모든 통치권”을 자신이 가지고 있다고 주장했다.

위와 같은 ‘자기 규정’에 입각한 미군정은, 강점기 법령의 효력과 직접 관련하여, 1945년 10월 9일에 미군정 법령(Ordinance) 제11호를, 그리고 같은 해 11월 2일에 제21호를 공포했다. 법령 제11호의 관련 내용은 다음과 같다.

일반명령 제5호<sup>71)</sup>는 다음과 같이 수정·대체된다. …

제1조 특정 법령의 폐지

1. 북위 38도 이남의 점령 지역에서 한반도 인민과 그 통치에 적용할 수 있는 법령으로부터, 한반도 인민을 차별하고 억압하는 모든 정책과 주의를 제거하고, 한반도 인민에게 정의의 지배와 법 앞의 평등을 회복시키기 위해, 아래의 법령, 칙령 혹은 법률의 효력을 가지는 명령은 이 법령에 의해 폐지된다.

(가) 政治에 關한 犯罪處罰의 件 — 朝鮮法規類編<sup>72)</sup> 제6권 제14편 1020면, 1919년 4

71) 1945년 10월 16일자 『自由新聞』에 실린 張環根 京城地方法院長의 담화에는 “아놀드軍政長官이 9月 21日 一般命令 第5號로써 治安維持法, 保安法, 其他 人種, 國籍, 信仰 또는 政治思想을 基礎로 한 差別的 法令을 廢止하는 同時에 이 外에 從來 法令은 依然히 效力을 가지고 있는 것을 밝히었다”라는 부분이 나온다. 金炳華, 『韓國司法史(現世編)』(一潮閣, 1979), 6면의 각주 3. 그리고, “9월 21일에 일반명령 제5호”가 발표되었으며, “10월 9일, 법령 제11호로 개정”되었다는 기록도 있다. 森田芳夫, 『朝鮮終戰の記錄』(嶽南堂書店, 1964), 292면. 그러나, 필자는 현재까지 일반명령 제5호의 내용을 확인하지 못했다. 최정태 교수가 각종 『미군정청관보』 자료를 정리하여 제시하고 있는 “내용별 목차”에도 일반명령은 빠져 있다. 崔貞泰, 『한국의 官報』(亞細亞文化社, 1992), 125면 이하 참조. 하지만, 이 글의 주제와 관련하여 일반명령 제5호의 내용을 확인하는 것은 매우 중요하다고 판단된다. 일반명령 제5호가 있었고, 그 내용이 위의 인용문과 같다면, 법령 제11호 제1조 및 제2조에 의한 강점기 법령의 폐지의 시점이 달라질 것이기 때문이다.

72) 필자는 현재까지 『朝鮮法規類編』이라는 제목의 책은 발견하지 못했다. 필자가 조사한 결과를 토대로 추측해 보면, 『朝鮮法規類編』은 『朝鮮法規類纂』(朝鮮總督官房審議室校閱



월 15일 제정(1919년 제령 제7호)

(나) 朝鮮思想犯豫防拘禁規則 — 同 제2권 제8편 26면, 1941년 5월 15일 제정(1941년 조선총독부령 제140호)

(다) 治安維持法을 朝鮮、台灣及 樺太에 施行하는 件 — 同 제2권 제8편 16면, 1925년 5월 8일 제정(1925년 칙령 제175호)

(라) 出版法 — 同 제2권 제8편 255면, 1910년 2월 제정(1910년 법률 제6호)

(마) 朝鮮思想犯保護觀察令 — 同 제2권 제8편 23면, 1936년 12월 12일 제정(1936년 제령 제16호)

(바) 神社法, 神社規則 등 神社에 관련된 법령 — 同 제2권 제6편 1-88면, 1919년 [7월]<sup>73)</sup> 18일 제정

(사) 犯罪即決例 및 犯罪即決例施行手續 — 同 제6권 제3편 939-940면(1910년 제령 제10호, 1910년 조선총독부훈령 제72호)

#### 제2조 일반적 폐지 조항

1. 그 사법적 또는 행정적 적용으로 인하여 종족, 국적, 신조 또는 정치적 견해를 이유로 한 차별을 야기할, 기타의 모든 법률, 칙령 혹은 법률의 효력을 가지는 명령은 이 법령에 의해 폐지된다.<sup>74)</sup>

법령 제21호의 관련 내용은 다음과 같다.

#### 제1조 법률의 존속

1945년 8월 9일에 효력이 있었던 모든 법률과 이전의 모든 한반도의 정부에 의해 발하여진 법률의 효력을 가지는 규칙, 명령, 고시 기타 문서는, 이미 폐지된 것을 제외하고, 남한의 군사정부의 명시적인 명령에 의해 폐지될 때까지 완전한 효력을 지속한다. ...<sup>75)</sup>

위의 법령 제11호 및 제21호를 통해 우선 확인할 수 있는 것은, 미군정은 강점

· 帝國地方行政學會朝鮮本部編)의 오기가 아닌가 추측된다. 하지만, 인용문에 열거된 법령들이 해당 면수에 수록되어 있는 『朝鮮法規類纂』은 발견하지 못했다. 따라서 현재로서는 단지 추측을 할 뿐이다. 앞으로 확인이 필요한 사항이다.

73) 영문판에는 빠져 있으나 국문판에는 들어 있다.

74) 『軍政廳法令集』(英文版), 66~67면; (國文版), 131면.

75) 『軍政廳法令集』(英文版), 80~81면; (國文版), 139면.

기 법령이 미군정기에 원칙적으로 효력이 있다는 입장을 취하고 있었다는 점이다.

법령 제11호는, 그 공포일인 1945년 10월 9일의 시점에 있어서, 강점기 법령을 남한의 “인민과 그 통치에 적용할 수 있는 법령”, 다시 말해 효력 있는 법령으로 보고, 그 중 일부를 “폐지”함으로써 그 효력을 박탈하고 있다. 다만, 법령 제11호는 단지 그것만을 말해 줄 뿐, 강점기 법령이 강점기에 효력이 있었는가, 일제의 무조건 항복은 그 효력에 어떤 영향을 미쳤는가, 강점기의 강점기 법령과 미군정기의 그것 사이에는 어떤 관계가 있는가 등의 문제들에 대해서는 직접적인 대답을 하지 않고 있다.

그 문제들에 대한 ‘일정한’ 대답이 법령 제21호에 담겨 있다. 즉, 법령 제21호는, 첫째 강점기 법령을 “1945년 8월 9일에 효력이 있었”던 것이라고 함으로써, 강점기 법령이 강점기에 효력이 있었다고 보고 있으며, 둘째, 효력을 “지속”한다라고 함으로써, 강점기 법령은 1945년 8월 9일 이후 효력이 상실될 운명이었지만, 미군정이 계속해서 효력이 있도록 했다는 입장을 취하고 있다.

정리하면, 강점기 법령의 효력에 관한 미군정의 입장은, 강점기 법령은 강점기에 효력이 있었고, 1945년 8월 9일 이후 그 효력이 상실될 운명이었지만, 미군정이 계속해서 효력이 있도록 했으며, 또한 미군정은 그 효력을 박탈할 수 있다라는 것이었다. 즉 미군정은 ‘연속’을 원칙으로 하면서도 ‘단절’의 가능성을 내포하는 입장을 취하고 있었던 것이다.

그러면 이와 같은 미군정의 입장은 과연 어떻게 평가되어야 할 것인가? 먼저 강점기 법령이 강점기에 효력이 있었다는 입장은, 앞서 설명한 것처럼, 그 효력을 오로지 ‘실효성’으로만 이해하고, 그 근거를 오로지 ‘실력’에서만 찾는 것이라면 성립불가능한 것은 아니다. 하지만, 미군정이 그러한 의미에서의 효력을 염두에 두고 있었다고는 볼 수 없다. 미군정이 포고 제1호를 통해 점령의 근거와 목적을 제시했다는 것은, 미군정이 염두에 둔 효력이 적어도 ‘상위의 수권규범’에서 그 근거를 찾는 것이었다는 것을 의미한다. 그렇다면, 역시 앞서 설명한 것처럼, 그러한 의미에서의 효력을 강점기 법령에 대해 인정하는 것은 잘못이므로, 미군정의 위의 입장은 타당하지 않다고 하여야 할 것이다.

다음으로, 미군정이 강점기 법령의 효력에 관한 기준일을 1945년 8월 9일로 보고 있는 이유는 이해하기가 쉽지 않다. 실제로 미군정은, 법령 제21호에서만이 아니라, 예를 들어 법령 제2·27·34·52·78호 등 다수의 다른 법령에서도, 8월 9일을 법률행위·권리·문서 등의 효력에 관한 기준일로 제시하고 있다. 그러면 8월 9일은 과연 무슨 날인가? 강점기 법령의 효력이라는 이 글의 주제와 관련해서는, 8월 9일이 일제의 정부가 “천황의 국가통치의 대권”을 변경하지 않는다는 것을 조건으로 포츠담선언을 수락하기로 결정한 날이라는 사실이 주목된다. 이 결정은 일본시간으로 8월 9일 밤 12시 직전 무렵에 이루어졌으며, 스위스 정부를 통해 8월 10일자로 표기된 문건에 의해 연합국측에 전달되었다. 그리고 이에 대해 연합국측은 “항복의 시점부터 천황 및 일본 정부의 국가통치권은 … 연합국최고사령관에게 종속되어야 한다”라는 답변을 스위스 정부를 통해 8월 11일자로 표기된 문건에 의해 전달했다. 일제의 정부는 이에 대해, 사실상 위의 조건을 철회하고 포츠담선언을 수락한다는 내용을, 역시 스위스 정부를 통해 8월 14일자로 표기된 문건에 의해 연합국측에 전달했다.<sup>76)</sup> 이러한 경위를 고려에 넣으면, 미군정이 8월 9일을 기준일로 제시한 것은, 일제가 무조건 항복한 날은 8월 10일이라는 이해 위에, 강점기 법령은 그 전날인 8월 9일까지 효력이 있었고, 8월 10일부터 효력이 상실되게 되어 있었다고 보았기 때문이다라는 해석이 성립될 수 있다. 하지만, 이 해석은, 일본을 점령한 미군이 8월 14일을 일제가 포츠담선언을 수락한 날로 보았고,<sup>77)</sup> 미군정 역시 8월 14일을 일제가 “전쟁을 끝내기로 결정”한 날<sup>78)</sup>로 보았다는 사실과 충돌한다. 그리고 위에서 살펴 본 사실관계에 비추어 볼 때도, 일제가 ‘무조건’ 항복을 한 날은 8월 14일로 보는 것이 타당하다. 그렇다면, 그럼에도 불구하고 미군정이 8월 9일을 기준일로 제시한 것은 과연 무엇 때문일까? 미군정은 그렇게 해야 할 어떤 특별한 필요성이 있었을까? 이 글은 이 질문에 대한 대답을 갖고 있지

76) 이들 문건은 阿部照哉 외2 편, 『憲法資料集』(有信堂, 1966), 193~195면; *Government Section Supreme Commander for the Allied Powers, Political Reorientation of Japan—September 1945 to September 1948*, 1968, pp. 414~417. 그리고 그 사태전개의 전과정에 대해서는 金昌祿(주 19), 186~188면.

77) *Government Section Supreme Commander for the Allied Powers*, id., p.1.

78) *United States Armed Forces in Korea*, 『駐韓美軍史』 I(돌베개, 1988), 193면.

못하다. 장래의 과제로 남겨 둔다.<sup>79)</sup>

끝으로, 무엇보다 문제가 되는 것은, 미군정이 강점기 법령의 효력을 원칙적으로 “지속”시킨다는 입장을 취했으며, 스스로 그렇게 할 권한을 가지고 있다고 보았다는 점이다. 아마도, 미군정은 그 권한이 포고 제1호의 “모든 통치권” 속에 포함되는 것으로 파악한 듯하다. 이러한 미군정의 ‘자기 이해’는, 미군정의 요원이었던 어니스트 프랑켈이, 미군의 점령은 “국제법상으로 ‘임자 없는’ 땅을 점령한 것”이며, 따라서 군정장관은 “모든 입법영역에 걸쳐 자유롭게 법령을 포고할 수 있다”라고 주장한 것에<sup>80)</sup> 상응한다. 하지만, 프랑켈도 인정하고 있는 것처럼<sup>81)</sup>, 미군정의 권한은 당연히 포고 제1호, 포츠담선언 및 카이로선언에 의해 설정된 점령의 목적에 의해 제약을 받는 것이었다. 그리고 그 점령의 목적에는 남한의 ‘질서 유지’와 함께 한반도의 ‘해방과 독립’이 포함되어 있었다. 그런데, 한반도의 인민을 “노예상태”에 몰아 넣었던 강점기의 법령이 한반도의 ‘해방과 독립’과 충돌하는 것임은 말할 것도 없다. 그렇다면, 강점기 법령의 효력을 원칙적으로 “지속”시키기로 한 미군정의 결정은, 자신이 설정한 목적에 비추어 볼 때도 타당하지 않은 것이었다고 하지 않을 수 없는 것이다.

한걸음 더 나아가, 미군정의 권한의 근거를 맥아더의 포고와 포츠담선언과 카이로선언에서 찾는 것이 과연 타당한가라는, 보다 근본적인 문제도 있다. 이것들은 한반도 인민의 합의에 기초한 것이 아니다. 그런데 어째서 그것들에 의해 부여된 미군정의 권한이 한반도의 인민에게 구속력을 가지는가? 이 글은 이 질문에 대한 대답을 갖고 있지 못하다. 장래의 학계의 연구, 특히 국제법학계의 연구를 기대해 본다.<sup>82)</sup>

79) 尹載秀 전 동아대 교수는 『軍政廳法令集』의 「解題」에서, “一九四五年 八月 十日 밤 八 時에 日本이 聯合國에게 無條件 降伏을 宣言”했다라고 적고 있다. 하지만, 필자의 문의에 대해, 윤 교수는 미군정이 8월 9일을 기준일로 삼았다는 사실에 대해 특별한 기억이 없다고 했다. 위의 인용문과 미군정의 기준일 사이에 특별한 관계는 없는 것으로 보인다.

80) 어니스트 프랑켈, 「주한미군정의 구조」, 梶村秀樹의 지음·김동춘 역음, 『한국현대사연구 I』(理性和 現實社, 1988), 93, 102면.

81) 앞의 글, 93~94면.

82) 정인섭 교수는, 강점기 법령의 효력에 관해 필자가 이전에 발표한 글(金昌祿, 「1948년 헌법 제100조 : 4·3계엄령을 통해 본 日帝法令의 효력」, 『法學研究』 제39권 제1호(釜山大, 1998.12.)에 대해, “미군정으로부터 애당초 무효였던 일제 법령의 유효성의 근거를 찾을 수는 없기 때문”에, “한일합병이 무효이고 일제 법령이 애당초 효력이 없었다고 본다면, 美軍政法令 제21호가 지정한 기존 법령이란 오히려 일제의 폭압적 지배에 의하여 사실적 효력이 억제되었던 舊大韓帝國時節의 법령이라고 보아야 타당할 것”이라고 주장한다. 그리고 필자가, 강점기 법령은 애당초 효력이 없었거나 해방의 시점에 효력이 소멸되었다고 하면서, “일제 패전 후 日帝法令의 통용은 美軍政法令 제21호가 1945년 8월 9일 실행중인 舊法令의 존속을 선언하였기 때문이라고 설명”하는 것은, “한일합병의 무효 주장을 실제 현실에 접목시키기 위한 지나치게 작위적인 설명”이라고 비판한다(정인섭, 「大韓民國의 수립과 舊法令의 승계 : 制憲憲法 제100조 관련 판례의 분석」, 『國際判例研究』 제1집, 1999, 264면의 각주 7).

첫째, “미군정으로부터 애당초 무효였던 일제 법령의 유효성의 근거를 찾을 수는 없”이라는 정 교수의 전제는 타당하지 않다. 무효였던 법령을 효력이 있는 것으로 만드는 것은 원리적으로 불가능한 것이 아니다. 미군정에게 그렇게 할 권한이 있었다면, 무효였던 강점기 법령을 효력이 있는 것으로 만들지 못할 이유가 없다. 문제는 미군정이 원리적으로 그렇게 할 수 있었는가가 아니라, 미군정에게 그렇게 할 권한이 있었는가이다. 뿐만 아니라, 일제와 미군정을 동일한 범주체로 보지 않는 이상, 무효였던 법령을 효력이 있는 것으로 만들어야 하는 것은, 강점기 법령이 강점기 동안 유효했다고 하더라도, 미군정이 강점기 법령을 사용하고자 할 경우, 마찬가지로 직면했던 문제라고 보아야 한다. 범주체가 바뀌는 순간 이전의 범주체가 제정된 법은 효력을 상실한다고 보아야 할 것이기 때문이다.

둘째, 이와 같이 전제가 타당하지 않기 때문에, 미군정에 의해 효력이 인정된 법령은 강점기 법령일 수 없고 대한제국의 법령이라고 보아야 타당할 것이라는 정 교수의 주장도 타당하지 않다. 물론 그것이 대한제국의 법령일 수도 있었다. 미군정에게 전면적인 입법권이 있었다면, 미군정은 강점기 법령과 대한제국의 법령 중 어느 쪽이든 사용할 수 있었다고 보아야 할 것이기 때문이다. 하지만, 미군정은, 법령 제11호의 단계에서 이미, 대한제국의 법령이 아니라 강점기 법령을 사용한다는 입장을 밝혔다. 따라서 미군정에 의해 효력이 인정된 법령은 강점기 법령이라고 보아야 하는 것이며, 법령 제21호와 대한제국 법령을 연결 지우는 것은 불가능한 것이다.

셋째, 정 교수는, 필자가 “일제 패전 후 日帝法令의 통용은 美軍政法令 제21호가 1945년 8월 9일 실행중인 舊法令의 존속을 선언하였기 때문이라고 설명했다”라고 하지만, 필자는 그렇게 설명한 적이 없다. 이전의 글에서 필자는, 미군정의 권한을 프랑켈과 같이 이해한다면, “미군정의 입법 여하에 따라서는 일제법령이 미군정기에는 효력을 가질 수 있다고 할 수도 있는 것”이다, 미군정은 법령 제11호를 통해 일제법령의 효력이 점령 목적의 범위 내에서 유지된다는 기본원칙을 “명시적으로 선언했다”, 법령 제21호 제1조를 “미군정의 일제법령에 관한 기본입장”이라고 하는 “해석은 수정되지 않으면 안될 것이다”, “법령 제21

2) 위에서 살펴 본 것처럼, 강점기 법령에 관한 미군정의 입장은 ‘연속’을 원칙으로 삼고 있었다는 점에서 분명 문제가 있다. 하지만, 그것은 동시에 ‘단절’의 가능성을 내포하고 있었으며, 그 가능성을 충분히 살렸다면, 그 문제성 또한 크게 완화될 수 있었을 것이다.

바로 법령 제11호 제2조가 그와 같은 방향으로 나아갈 수 있는 적극적인 계기를 포함하고 있었다. 법령 제11호와 제21호의 내용을, 포고 제1호와 연관시키고, 그 시간적·논리적 선후관계를 고려에 넣어 정리하면, 미군정은, ① 법령 제11호 제1조를 통해 포고 제1호에서 제시한 군정의 목적인 남한 인민의 ‘권리 보호’ = 한반도의 ‘해방과 독립’을 다시 한번 선언하면서, 강점기 법령 중 그 목적에 저촉

호에 의해 완전한 효력이 유지된 것은 제11호 제1조 및 이후의 법령에 의해 열거적으로 폐지된 것과 제2조에 의해 일반적으로 폐지된 것을 제외한 나머지”라고 보아야 한다고 ‘설명’했을 뿐이다(金昌祿, 앞의 글, 480~482면). 이것은, 미군정이 스스로 그렇게 할 권한이 있다고 주장하면서, 강점기 법령을 미군정기에 원칙적으로 효력이 있는 것으로 한다는 입장을 취하였으며, 법령 제11호 및 제21호를 통해 그 입장을 확인할 수 있다고 하는 이 글의 설명과 기본적으로 같은 것이다.

“日帝法令이 군정시절에도 계속 효력을 가질 수 있었던 근거는 軍政法令 제21호에 있었다”라고 설명한 것은 필자가 아니라 정 교수이다(정인섭, 앞의 글, 265면). 이러한 설명에 대해서는, 강점기 법령은 강점기에 효력이 있었는가, 그렇다면 「한국병합에 관한 조약」의 효력은 인정되는가, 미군정이 설립된 때부터 법령 제21호가 공포된 시점까지의 강점기 법령의 효력은 어떻게 설명될 수 있는가라는 등의 의문이 따르게 된다. 하지만, 정 교수는 이에 대해 아무런 설명도 제시하지 않고 있다. “日帝法令이 군정시절에도 계속 효력을 가질 수 있”도록 할 권한을 미군정이 가지고 있었는가라는 의문에 대해서도, “제2차 대전중 연합국의 카이로 선언과 포츠담 선언에 의하여 한국은 일본의 노예상태로부터 적당한 시기에 독립이 예정되어 있었으므로…이에 군정기간중 독립국가 수립에 필요한 광범한 입법작업이 진행되었다”라는 것(위의 글, 같은 면) 이상의 설명을 제시하지 않고 있다. 만일 ‘카이로 선언’·‘포츠담선언’이 미군정의 입법권의 근거라면, 노예상태로부터 독립하게 하는 것과 강점기 법령이 “계속 효력”을 가지도록 하는 것은 모순이 아닌가라는 의문에 대한 설명도 찾아 볼 수 없다.

본문에서 언급한 것처럼, 필자는, 미군정기에 있어서의 강점기 법령의 효력이라는 문제를 완전하게 해결하기 위해서는, 결국 미군정이 어떤 권한을 가지고 있었으며 그 권한의 근거는 무엇인가를 밝히는 것이 중요하다고 생각한다. 그것은 법철학적인 과제이면서 동시에 국제법학적인 과제이기도 하다. 국제법학자이면서 이 과제에 깊은 관심을 가지고 있는 정 교수로부터 보다 진전된 설명을 들을 수 있기를 기대해 본다.

되는 대표적인 악법을 열거하여 폐지했고, ② 법령 제11호 제2조를 통해, 제1조에 의해 열거하여 폐지한 것 이외의 일체의 강점기 법령 중 “그 사법적 또는 행정적 적용으로 인하여 종족, 국적, 신조 또는 정치적 견해를 이유로 한 차별을 야기”하는 것은 모두 폐지했으며, ③ 법령 제21호 제1조를 통해, 강점기 법령 중 법령 제11호 제1조에 의해 열거하여 폐지한 것과 법령 제11호 제2조에 의해 일반적으로 폐지한 것을 제외한 나머지가 미군정의 “명시적인 명령에 의해 폐지될 때까지” 효력을 지속한다고 선언했다라고 이해할 수 있다. 이와 같은 이해에 따르면, 강점기 법령의 상당 부분이 법령 제11호 제2조에 의해 폐지된 것으로 볼 수 있으며, 그만큼 법령 제21호 제1조에 의해 “명시적인 명령에 의해 폐지”되어야 하는 범위는 줄어들게 된다. 물론, “그 사법적 또는 행정적 적용으로 인하여 종족, 국적, 신조 또는 정치적 견해를 이유로 한 차별을 야기”한다고 하는 요건은 추상적이며, 따라서 해석 여하에 따라서는 매우 한정된 범위의 강점기 법령의 효력만을 박탈하는 것으로서 동원될 가능성도 내포하고 있었다. 하지만, 그 요건이 추상적이기 때문에, 정반대의 가능성도 또한 내포하고 있었다고 할 수 있다. 결국 선택은 미군정에게 맡겨진 것이었다고 할 수 있는 것이다.

그런데, 미군정은, 그 어느 쪽도 아닌, 사실상 법령 제11호 제2조를 무의미한 것으로 만들어 버리는 입장을 취했다. 이것은 다음과 같은 사실을 통해 확인된다. 법령 제11호 제2조의 취지에 비추어 볼 때, 최소한 강점기 법령 중 그 제1조에 의해 열거적으로 폐지된 법령과 유사한 성질을 가진 법령, 즉 新聞紙法(광무 11년 법률 제1호), 保安法(광무 11년 법률 제2호), 政治에 關한 集會 또는 屋外에 있어서의 多衆集會禁止의 件(1910년 경무부령 제3호), 朝鮮不穩文書臨時取締令(1936년 칙령 제13호), 朝鮮臨時保安令(1941년 제령 제34호) 行政執行令(1936년 칙령 제13호), 朝鮮刑事令(1912년 제령 제11호) 제12조 내지 제15조 등은, 법령 제11호 제2조에 의해 당연히 폐지되었다고 보아야 한다.<sup>83)</sup> 그렇다면 그 법령들을 법령 제21호 제1조의 “명시적인 명령에 의해 폐지”하는 것은 필요 없는 일이다. 그런데, 미군정은 위의 법령 중 행정집행령과 조선형사령 중의 문제조항들은 1948년 3월 20

83) 金甲洙, 「軍政과 日本法適用의 限界 [一]」, 『法政』 제2권 제2호, 1947.2., 23면.

일의 법령 제176호 刑事訴訟法の改正을 통해<sup>84)</sup>, 그리고 신문지법을 제외한 나머지 법령들은 1948년 4월 8일의 법령 제183호 必要 없는 法令의 廢止를 통해<sup>85)</sup>, 구체적으로 열거하여 명시적으로 폐지했다.<sup>86)</sup> 이것은 곧, 미군정이, 법령 제11호 제2조에도 불구하고, 법령 제21호 제1조에 따라 자신의 법령에 의해 명시적으로 폐지됨으로써만 강점기 법령의 효력이 소멸된다는 입장을 취했다는 것을 의미하는 것이다. 다시 말해 법령 제11호 제2조를 무의미한 선언 정도로 취급해 버렸다는 것을 의미하는 것이다.

미군정의 이와 같은 입장은, 위의 조문들 사이의 체계적 정합성을 무시하면서, 법령 제11호 제2조가 담고 있었던 적극적인 ‘단절’의 계기를 완전히 말살하는 것이었다. 그러면 미군정은 왜 그와 같은 ‘비체계적인 입장’을 취한 것일까? 추측컨대, 미군정은, ① 법령 제11호를 공포할 때는, 남한 ‘질서 유지’라는 목적에 따라 강점기 법령을 원칙적으로 유지시킨다는 입장에 취하면서도, 한반도의 ‘해방과 독립’이라는 목적을 고려하여, 그 제2조에 의해 차별적 법령을 일반적으로 폐지한다고 선언했지만, ② 그 후 법령 제11호 제2조의 포괄성으로 인해 강점기 법령의 다수가 폐지되는 결과가 될 상황에 직면하여, ‘질서 유지’라는 목적의 달성이 어렵게 될 것을 우려한 나머지, 법령 제21호를 공포하여 명시적인 폐지에 의해서만 강점기 법령이 효력을 상실한다고 선언하면서, 법령 제11호 제2조를 사실상 무력화시키는 입장을 취한 것이라고 생각된다. 법령 제11호의 공포일과 법령 제21호의 공포일 사이에 해당하는 1945년 10월 16일에, 경성지방법원장 장경근이 담화라는 이례적인 형태로, “군정 실시에 伴하여 종래 조선에 실시되고 있던 일본 법령이 실효하고 현재 무법상태 또는 법의 실체가 불명확한 불문법상태로 있는 듯이 일반이 오인하고 있는 경향”을 우려하면서, “종래의 일본 법령이 依然히 조선에 시행되고 있다”고 강조한 것은<sup>87)</sup> 이러한 추측을 뒷받침해 주는 것이라고 할 수 있을

84) 『軍政廳法令集』(英文版), 495면; (國文版), 479면.

85) 『軍政廳法令集』(國文版), 490면; (英文版)에는 제183호는 실려 있지 않다.

86) ‘신문지법’은 정부 수립 후, 1952년 4월 4일의 법률 제237호 ‘신문지법 폐지에 관한 법률’에 의해 비로소 폐지되었다. 미군정기의 ‘신문지법’의 효력에 관해서는 金甲洙, 『新聞紙法の失效與否』, 『法政』 제3권 제7호, 1948.7.



것이다.

하지만, ‘질서 유지’와 ‘해방과 독립’이라는 미군정의 두 가지 목적이 반드시 서로 상충되는 것이 아니었다는 점을 생각한다면, 이와 같은 강점기 법령과의 ‘단절’의 소극성이라고 하는 미군정의 입장은, 전자의 목적을 위해 후자의 목적을 과도하게 희생시킨 것, 혹은 전자의 목적으로 과도하게 치우친 것이었다고 하지 않을 수 없다. 그 점에서도 미군정은 강점기 법령의 효력에 관해 자신이 설정한 목적에 비추어 볼 때도 타당하지 않은 입장을 취했다고 하여야 할 것이다.

3) 한편, 미군정기에 있어서의 강점기 법령의 효력에 관해, 위에서 살펴 본 미군정의 입장과는 사뭇 다른 입장이 당시의 남한에 존재하고 있었다는 사실은 특별히 주목할 만하다. 그것은, 1947년의 시점에 “사범부법률조사국장, 前城大教授”라는 직함으로 김갑수가 발표한 軍政과 日本法適用의 限界라는 글에서 전개되어 있는 입장이다.

우선 김갑수는, 포고 제1호의 “승고한 점령목적”과 미군의 점령이 “일본의 무조건 항복으로 전쟁이 사실상 종말을 구한 후에 시작”되었다는 점을 근거로, 미군정이 통상의 군정과는 다르다고 규정했다. 그리고, 그러한 미군정의 경우 “미군의 이익은 第二義的이요 점령지역에 在住하는 조선 인민의 이익을 보호하는 것이 第一義의 일 것”이며, “일반적인 점령에 있어서 그 군정이 소극적이요 가급적으로 현상유지를 이상으로 하는 데 대하여, 미군정은 적극적이고 건설적인 특징을 노정하게 될 것”이며, 특히 “정치적 諸法律은 물론 형법, 민법에 관하여도 그것이上記 목적 달성에 필요한 한 언젠든지 이것을 개폐하고 새로운 법령을 제정 실시하는 것도 인정될 것”<sup>88)</sup>이라고 하여, 미군정의 입법권을 적극적으로 자리매김했다.

하지만, 김갑수에 따르면, 그러한 미군정의 입법권은 미군정이 실시된 1945년 9월 7일 이후에 행사될 수 있는 것이며, 따라서 일제가 무조건 항복을 선언한 날인

87) 金炳華(주 71). 이하 본문에서 법령을 제외한 해방 직후의 남한의 자료를 인용할 때는, 필요한 경우, 가능한 한 한자를 한글로 바꾸고, 맞춤법과 관련하여 최소한의 수정을 하기로 한다.

88) 金甲洙(주 83) [一], 19~20면.

1945년 8월 15일부터 9월 7일까지 남한에 “시행될 법령에 대하여는 점령의 효과를 떠나서 따로 이것을 설명하지 않으면 안”되는 것이었다. 그런데, 남한에 있어서의 “종래법 존속의 근거를 일본의 주권”으로는 설명할 수 없었다. 왜냐하면, 카이로선언과 포츠담선언 및 항복문서를 통해 “조선의 독립은 세계에 공약된 사실이라 할 것이며 따라서 일본의 주권은 조선을 떠난 지 오래라고” 보아야 하기 때문이었다.

그래서 김갑수가 주목한 것이 남한 인민의 단체의사였다. 그에 따르면, 단체의 사관 “大抵 한 단체가 있는 곳에 단체를 구성하는 각자의 의사를 떠나서” 존재하는 의사이며, “결국에 있어서 단체의 안녕과 복지에 대하여 깊은 向意를 가지고 이를 위하여 다대한 노력을 傾倒”하는 의사였다. 그런데, 남한에서는 1945년 8월 15일에 일제가 무조건 항복을 선언하는 동시에 치안 유지를 건국준비위원회에 일임함으로써, “당해 발표와 동시에 조선 인민은 동 위원회를 대표로 하여 일본주권의 지배를 받지 않고 그 독자적 의사로 행동할 수 있는 새로운 단체를 구성하고 일시 조선의 주권을 관리하여” 온 것이며, 그 단체의 의사가 “단체의 안녕과 복지를 위하여 종래법의 임시 시행을 인용”했던 것이다.<sup>89)</sup> 그리고 단체의사가 종래법을 계수하는 것은 “단체의 질서를 유지하여 그 안녕과 복지에 기여하기 위한 부득이한 처사”이기 때문에, “종래법은 당연히 전부가 계수되는 것이 아니고 단체의 질서 유지를 위하여 필요한 한도 내에서 단체의사가 그 계수를 결정한 법령만이 계속 시행되는 것일 뿐”이었다.<sup>90)</sup> 또한, 강점기 법령의 계수는 단체의사가 선택을 한 결과이므로, 해방 이후 “조선에 시행되는 법령은 종래법이 그대로 시행되는 것이 아니요, 종래법의 내용을 그대로 유지·시행하려는 단체의사의 효과로써 종래법과 동일한 내용을 가진 새로운 법령이 시행되는 것”이었다.<sup>91)</sup>

이렇게 남한 인민의 단체의사를 적극적으로 평가한 김갑수에게, 법령 제21호는, 비록 “종래법을 존중하는 방침”을 “명문으로 선언”하고 있지만, “별반 특별한 의의가 있는 것이 아니”었다. 왜냐하면 그에 따르면, 종래법은 “단체의사의 효과로

89) 앞의 글, 20~21면.

90) 金甲洙, 『軍政과 日本法適用의 限界 [二]』, 『法政』 제2권 제3호, 1947.3., 15~16면.

91) 金甲洙(주 83) [一], 21면.

써 법령 제이십일호의 유무에 불구하고 조선에 시행될 것”이기 때문이었다. 그 결과 법령 제21호가 “구태여 그 의의를 갖는다면 종래법의 시행을 禁制하지 않고 이것을 존중한다는 점에 있어 그 소극적인 의의를 찾을 수 있을 뿐”이었다. 이에 반해, 김갑수에게 법령 제11호 제2조는, 비록 “너무나 추상적이며 막연하여” 법의 안정성을 저해하고 인민을 곤경에 빠뜨릴 염려가 있기 때문에 “一日이라도 속히 이를 폐지”하여야 할 것이기는 했지만, “종래법의 실효에 관하여 일반적 원칙을 추상적으로 선언”한 적극적인 의미를 가지는 규정이었다. 그래서 그에 따르면, 법령 제11호 제1조에 명시적으로 열거되지 않았다 하더라도, 일제의 대표적인 악법들은 법령 제11호 제2조의 “적용으로 폐지되었다고 해석”하여야 했다. 그것은, 그들 법령에 의해 인정되는 제도가 필요하다면 “유사한 제도를 다시 제정 실시하는 한이 있더라도”, 법령 제11호 제2조를 “정당히 해석하여 上記 각 제도의 폐지를 결론하는 것이 同令의 정신을 살리는 길”이기 때문이었다.<sup>92)</sup>

한편, 김갑수는 단체의사와 함께 ‘조리 내지는 형평의 원리’도 적극적으로 동원했다. 그에 따르면, 조리 내지 형평의 원리는 단체의사가 종래법을 취사선택하는데 있어서 “취사의 주요한 기준”이 되는 것이었다. 즉, “형평의 원리로 보아서 변천된 사회정세에 도저히 적용할 수 없는 종래법은 전부 계수대상으로부터 제외될 것이요 사회정세의 변천에도 불구하고 여전히 그 존재의의를 인정할 수 있는 법령만이 계수”<sup>93)</sup>되는 것이었다. 나아가 김갑수의 조리 내지 형평의 원리는 단지 계수에 있어서의 기준으로서 작용할 뿐만 아니라, 계수 이후에도 “해석 내지 재판원리로서 작용하고 이에 의하여 실정법을 보정하거나 또는 경우에 따라서는 이를 적용치 않을 것을 결정할 수도 있”었다. 그리고, “이 경우에 있어서 재판소는 … 조리가 적용치 않을 것을 요구하는 법령은 이것을 적용하여서는 아니”되며, 그 결과 그러한 법령을 적용한 재판은 “법을 正解하지 못한 違法의 재판”이 되는 것이었다. 또한 “이러한 견지에서 말하면, 사회정세의 변천에 따라 조리상 사회생활을 규율하는 규범으로서 부적당하게 된 법령은, 이것이 부적당하게 됨과 동시에 사실

92) 앞의 글, 21~24면.

93) 金甲洙, 「軍政과 日本法適用의 限界 [四]」, 『法政』 제2권 제8호, 1947.8., 32면.

상 폐지된 것과 동일한 결과에 이를 것”이며, 그 점에서 “조리는 재판원리로서의 작용을 통하여 비로소 그 입법적 기능을 발휘하는 것이 아니라, 해석원리로서의 작용을 통하여 직접으로 법령을 개폐하는 입법적 기능을 가지는 것이라고 말하여도 과언이” 아닌 것이었다.<sup>94)</sup>

요컨대, 김갑수는, 1945년 8월 15일의 시점에 남한 인민의 단체의사가 조리 내지 형평의 원리에 따라 판단하여 단체의 질서를 유지하는 데 필요한 최소한의 강점기 법령을 제수하기로 결정했고, 그 결정에 따라 강점기 법령이 이제는 남한 인민의 단체의사에 기초한 새로운 법령으로서 시행되게 되었으며, 조리 내지 형평의 원리는 일단 제수된 법령의 효력을 상실하게 하는 작용까지 할 수 있다라고 주장한 것이다. 그리고 이러한 입장에 따라, 법령 제21호 제1조는 상대적으로 소극적인 의미를, 법령 제11호 제2조는 상대적으로 적극적인 의미를 가지는 것으로 자리매김한 것이다.

이러한 김갑수의 주장은 많은 점에서 논쟁적이다. 그 중 가장 주목되는 것은 말할 것도 없이 ‘단체의사’와 그 작동의 기준인 ‘조리 내지 형평의 원리’이다. 김갑수 자신이 인정했듯이, 그의 개념들은 “理想意思를 상징”한 것이었으며 “일종의 擬制에 불과”한 것이었다.<sup>95)</sup> 따라서 그것은 애당초 객관적인 실재를 반영한 것이라기 보다는, 그것을 상징하는 자, 다시 말해 김갑수 자신의 이상을 담고 있는 것이었다.

그런데 김갑수의 이상은 일단은 ‘단절’보다는 ‘연속’에 무게중심이 놓여 있었다. 그의 ‘단체의사’는 애당초 일제가 물러난 1945년 8월 15일부터 미군정이 수립된 9월 7일까지의 법적 ‘연속’을 뒷받침하기 위해서 동원된 것이었다. ‘단체의 안녕과 복지’를 염원하는 ‘단체의사’의 핵심에는 다름 아닌 ‘질서 유지’라는 요소가 자리 잡고 있었다. 법령 제11호 제2조의 상대적으로 적극적인 자리매김도, 그 제1조에 의해 한정된 의미만을 가지는 것으로 가능한 한 축소되었다. 단체의사가 강점기 법령 전부에 대해서가 아니라 필요한 범위 내에서 최소한의 법령에 대해서만 효

94) 앞의 글, 34면.

95) 金甲洙(주 90) [二], 15면.

력을 부여했다고 하는 그의 주장에 따르면, 법령 제11호 제1조에 의해 폐지가 선언된 법령들은 일체의 대표적인 악법이었기 때문에 당연히 그 단체의사에 의해 효력이 배제된 법령이라고 하지 않을 수 없고, 그렇다면 제11호 제1조는 기성의 사실을 확인하는 것에 불과한 별 의미가 없는 규정이며, 오히려 제11호 제2조야말로 단체의사를 적확하게 반영한 규정이라고 하여야 할 것임에도 불구하고, 그는 오히려 제1조에 의해 제2조의 의미를 축소하였을 뿐만 아니라, 제2조는 가능한 한 빨리 폐지되어야 한다고 주장한 것이다.

게다가, 김갑수의 주장 속에서 단체의사와 미군정의 관계는 전체적으로 애매했다. 1945년 8월 15일의 시점에서는 독립국가를 지향하는 것으로서 명확하게 자리 매김된 그의 단체의사는, 미군정이 수립된 이후에는 그 독자성을 완전히 상실하고 사라져 버리게 된다. 미군정의 입장이 독립국가를 지향하는 남한 인민의 그것과 반드시 합치되는 것이 아니었다는 사실을 염두에 둔다면, 이것은 중요한 연결고리를 빠뜨린 비약이라고 하지 않을 수 없는 것이다. 물론 김갑수가 ‘조리 내지는 형평의 원리’를 “계수된 종래법의 실효원인”으로서 제시했을 때, 적어도 논리적으로는 그것이 그 연결고리가 될 수 있는 가능성이 있었다. 하지만, 그가 그 ‘조리 내지는 형평의 원리’에 부여한 주된 임무는, 미군정 법령이 제시한 “실효원인의 어느 것에도 해당치 않음에도 불구하고, 계수된 종래법 중 어느 일부가 실효됨에 따라, 이와외 관계상 조리로 보아 역시 실효되었다고 인정치 않을 수 없는 종래법이 나오게 되는” 상황에 대처하는 것에 불과했다.<sup>96)</sup>

이와 같은 김갑수의 ‘연속’에 중점을 둔 입장은, 강점기 법령을 보다 적극적으로 배제하려는 움직임에 대한 자기 모순에 가득 찬 방어적인 태도에서도 확인된다. 그는, 한편으로 조리의 “법령을 개폐하는 입법적 기능”을 강조하고, “재판소는 … 조리가 적용치 않을 것을 요구하는 법령은 이것을 적용하여서는 아니”된다고 주장하면서도, 다른 한편으로 “민주주의 추세”와 “우리 사회상태”를 이유로, 처의 행위능력을 제한한 일제 민법 제14조 제1항을 “적용치 아니”한다고 한 대법원의 판결(1947년 9월 2일 선고 1947年民上第88號 판결<sup>97)</sup>)에 대해서는 “사법권에 의한

96) 金甲洙, 『軍政과 日本法適用의 限界 [五完]』, 『法政』 제2권 제10호, 1947.10., 36면.

입법권의 침해라고 경고”해 하지않았다. 또한 한편으로 해방 후에도 효력을 가지게 된 강점기 법령은 더 이상 일제의 법령이 아니며 “단체의사의 효과”로써 인정된 “동일한 내용을 가진 새로운 법령”이라고 주장하면서도, 다른 한편으로 위의 민법 제14조 제1항은 “헌법 성립 이전에 발포된” 법령이라는 이유로, 남한의 “단체를 규율할 기본적 규칙”인 “실질적 헌법원리”에 따른 위헌심사가 불가하다고 주장했다.<sup>98)</sup>

이러한 김갑수의 ‘연속의 옹호’는, 미군정이 취한 강점기 법령의 원칙적 지속이라는 방침과 그에 따른 법적 조치를, 주어진 전제로 받아들인 데에 기인한 것으로 보인다. 그의 ‘단체의사’와 ‘조리 내지 형평의 원리’는, 미군정의 방침과 조치를 전제로 하여, 그것과 강점기 법령을 연결하는 ‘법논리적 다리’로서의 역할, 미군정의 법적 조치의 미진함을 메꾸기 위한 ‘법논리적 보완재’로서의 역할을 수행하기 위해 구성된 도구로서의 성격을 가지고 있었다고 할 수 있는 것이다.

하지만 동시에, 김갑수의 주장 속에 ‘단절에의 소원 혹은 열망’<sup>99)</sup>이 담겨 있었다는 사실은 특별히 지적해 두지 않으면 안될 것이다. 1945년 8월 15일에 남한 인민의 단체의사가 강점기 법령의 필요한 부분만을 계승했고, 자신의 이익보다 남한 인민의 이익을 우선시하는 “숭고한 점령목적”을 가진 미군정이 그 토대 위에서 법을 운용하고 있다고 하는 그의 주장 속에서, 그의 ‘단체의사’와 ‘조리 내지 형평의 원리’가, 비록 ‘질서’를 지향하는 ‘법률가적 본능’에 의해 제약을 받기는 했지만,

97) 이에 관한 분석은 梁彰洙, 「우리 나라 最初의 憲法裁判論議 : 妻의 行爲能力 制限에 관한 1947년 大法院判決에 대하여」, 『法學』 제40권 2호(서울대, 1999.8).

98) 金甲洙(주 96) [五完], 37면.

99) 이것은 아래의 문장 속에서 발견된다. “朝鮮에 있어서는 感情上은 勿論 利害에 있어서도 從來法의 繼續施行이 所願되지 않는 境遇가 많을 것이다. 卽 感情으로 말한다면, 從來法의 掃蕩은 人民의 熱望하는 바일 것으로, 비록 朝鮮人의 利害에 關係없는 法令 乃至 利益되는 法令까지라도 이것을 排除하고 同一한 內容의 法令을 再發布하는 데 不過한 限이 있더라도 새로운 法令을 發布施行하는 것이 人民의 所願일 것이며, 利害로 말한다면, 從來 本國 對 植民地 關係에 있었던 關係로 從來法은 朝鮮人에 對하여 不利益한 것이 許多할 것이며, 이러한 法令의 廢止 亦是 人民의 熱望하는 바일 것이 分明하다.” 金甲洙(주 83) [-], 21면

해방이 되었음에도 여전히 강력한 실력을 가진 외국군의 지배를 받는 상황에서, 그 상황을 가능한 한 주체적으로 파악하고, “갖은 黷惡을 다한”<sup>100)</sup> 일제의 법령을 가능한 한 배제하고자 하는 ‘고뇌에 찬 소원 혹은 열망’의 산물이었다는 사실을 읽어내는 것은 그리 어렵지 않을 것이다.

이러한 김갑수의 ‘단절에의 소원 혹은 열망’은, 당시 다수의 법학자·법률가들이, 35년간이나 이어진 강점기 동안 일제의 법령과 법학의 틀 속에서 형성해 온 ‘식민지적 정체성’에 얽매인 채, 해방 후의 재판소도 “중래의 재판소가 有하였던 권한”에 구속되어야 하며, “我國이 성문법주의를 취하고” 있기 때문에 “명문이 있을 때에 명문에 우선하여 조리가 재판의 기준이 될 수 없다”라고 주장<sup>101)</sup>하거나, 식민지 지배국인 일제의 법령은 “文明諸國의 법령을 모방 계수한 법령”이므로 이를 “증오 또는 무시”하는 것은 “생각이 부족”한 일이며, 해방 후의 강점기 법령의 시행은 “냉정히 생각하면 당연한 일”이라고 주장하고 있었다<sup>102)</sup>는 사실과 대비시켜 보면, 더욱 두드러져 보인다. 그것은, 비록 정도의 차이가 있지는 하지만, 당시 아직 헌법이 제정되지 않은 상태에서 “生成中の 國家”의 “건국이념”으로부터 대법원의 헌법재판의 기준을 도출했던 홍진기의 주장<sup>103)</sup>에 못지 않게, “대담한 構想力”과 “새 나라 건국에의 熱情”<sup>104)</sup>을 담고 있는 것이었다고 해도, 크게 잘못된 평가는 아닐 것이다.

4) 미군정기에 있어서 제령의 특성은 얼마나 고려되었을까? 법령 제11호의 조문에서도 확인되는 것처럼, 미군정은 ‘법률의 효력을 가지는 명령’을 특별한 법령의 형식으로서 명확하게 인식하고 있었던 것으로 보인다. 하지만, 법률의 형식으로 된 강점기 법령을 그 部令으로 개폐하기도 하고, 서한 형식의 지령에도 법규범으로서의 효력을 인정하는 등<sup>105)</sup>, 자신의 법령의 체계성을 확보하지 못했던 상황

100) 金甲洙(주 90) [二], 16면.

101) 金曾漢, 「民法第十四條에 對한 判例批評」, 『法政』 제3권 제1호, 1948.1., 40~41면.

102) 金炳華(주 71).

103) 洪礎基, 「司法裁判所의 法律審査」, 『法政』 제2권 제11호, 1947.10., 7~8면.

104) 梁彰洙(주 97), 138면.

에서, 미군정이 위와 같은 제령의 특성을 특별히 고려했을 가능성은 그다지 크지 않은 것으로 판단된다.

한편 ‘의용’이라는 방식을 동원했다고 하는 제령의 특성을 미군정이 얼마나 명확하게 인식하고 있었는지는 확인하기가 쉽지 않다. 제령의 이 특성은 ‘의용’을 폐지할 경우에 특히 문제가 되는 것이다. ‘의용’의 경우, 한반도에서 시행된 것은 의용된 법률이 아니라, 의용한 제령이었으므로, 폐지되어야 할 것은 의용된 법률이 아니라 의용한 제령 혹은 제령에 의한 의용이었다. 따라서 예컨대, 1946년 10월 23일의 미군정 법령 제122호 朝鮮姓名復舊令<sup>106</sup>에 의해 폐지된 것은, 氏에 관한 일제의 민법 제746조가 아니라, ‘조선민사령 제11조 제1항 단서 중의 씨에 관한 일본민법 제746조의 의용’<sup>107</sup> 혹은 조선민사령 제11조 제1항 단서 그 자체라고 해야 하는 것이다. 그런데 미군정은 원칙적으로 강점기 법령의 효력을 지속시켰다. 강점기 법령과 상충되는 내용을 법령에 규정함으로써, 사실상 강점기 법령을 폐지한 것과 같은 결과를 가져온 경우가 있었지만, 그 경우에도 폐지되는 법령에 관한 언급을 하지 않은 것이 대부분이었다. 언급이 있는 경우에도, 예를 들어 조선성명복구령의 경우처럼 “이 법령에 저촉되는 모든 법령, 훈령, 통첩 또는 그 일부”를 폐지한다라는 방식을 취했다. 그리고 법령 제11호, 제176호, 183호 등에서와 같이, 극히 예외적으로 강점기 법령을 명시적으로 폐지한 법령의 내용에서도 ‘의용’과 관련된 것은 발견되지 않는다. 따라서, 현재로서는, 미군정이 ‘의용’이라는 방식을 얼마나 고려했는지는 확인할 수 없다.

## (2) 대한민국에서의 제령의 효력

대한민국 정부 수립 이후의 강점기 법령의 효력과 관련해서는, 1948년 7월 17일에 제정된 대한민국헌법 제10장 부칙 제100조가 주목된다. 제100조는 “現行法令은 이 憲法에 抵觸되지 아니하는 限 效力을 가진다”라고 규정하고 있었다.

105) 정인섭(주 82), 265면.

106) 『軍政廳法令集』(英文版), 313면; (國文版), 358면.

107) 鄭光鉉, 『韓國親族相續法講義』(華聲文化社, 1955), 29면.



헌법 제정과정에 깊이 관여한 유진오에 따르면, 제100조는 “헌법실시와 동시에 기존법령이 전부 무효하게 된다하면 법적 진공상태가 출현하여 모든 질서는 수습할 수 없는 혼란에 빠질 것이므로 부득이한 경과적 조치로서 … 특히 규정한 것”이었다.<sup>108)</sup>

하지만, 위에서 살펴 본 것처럼, 미군정기에 있어서 강점기 법령의 효력이 명확하게 정리되지 않았던 까닭에, 제100조의 “헌법법령”에 어떤 강점기 법령이 포함되는지는 확실하지 않았다. 그리고 “이 헌법에 저촉되지 아니하는 한”이라는 요건도 추상적인 것이었던 까닭에, 효력을 가지는 강점기 법령의 범위는 애매한 채로 남았다. 그 결과 정부 수립 이후에도 강점기 법령의 효력이라는 문제는 이후 오랫동안 난제로서 남게 되었다.<sup>109)</sup>

하지만, 비록 우여곡절을 겪으면서도, 형법(1953), 형사소송법(1954), 민법(1958), 민사소송법(1960) 등 기본법전이 차례로 제정되고, 구법령정리사업이 추진된 결과, 강점기 법령은 조금씩 정리되어 갔다.<sup>110)</sup> 그리고 최종적으로는, “檀紀 4281年 7月 16日 以前에 施行된 法令으로서 憲法 第100條의 規定에 依하여 그 效力이 存續”된 구법령(제1조)은 “檀紀 4294年 12月 31日까지 整理하여 이를 憲法의 規定에 依한 法律 또는 命令으로 代置하여야 하며”(제2조), “前條의 規定에 依하여 整理되지 아니한 舊法令은 檀紀 4295年 1月 20日로써 廢止한 것으로 看做”(제3조)한다고 규정한 1961년 7월 15일의 법률 제659호 「구법령 정리에 관한 특별조치법」에 의해, 1962년 1월 20일에 대한민국 땅에서 법적으로 사라지게 되었다.

제령과 관련해서는, 우선 그 위헌심사가 법률의 위헌심사를 담당하는 헌법위원회 소관인가 아니면 명령의 위헌심사를 담당하는 대법원의 소관인가를 둘러싸고 논란이 벌어졌다<sup>111)</sup>는 사실이 주목된다. 이것이 법률사항을 규정하면서 동시

108) 俞鎮午, 『新稿 憲法解義』(一潮閣, 1953), 289면.

109) 구체적인 강점기 법령의 효력에 대해 분석한 것으로, 정인섭(주 82); 金昌祿(주 82) 참조.

110) 기본법전의 제정작업에 관해서는, 崔鍾庫, 『解放後 韓國基本法制的 整備』, 朴秉濠教授 還甲紀念論叢刊行委員會 刊, 『韓國法史學論叢』(博英社, 1991); 「現代韓國法制的 形成過程考」, 『法學』(서울대학교) 32권 1·2호, 1991. 기타 법령의 정리작업에 관해서는, 金鎔珍, 「舊法令整理事業의 推進」, 『법제연구』 제8호, 1995.

에 명령이라는 형식을 취하고 있었던 제령의 특성에서 기인한 혼란이었다는 것은 말할 것도 없다.

한편, ‘의용’이라는 방식에 대해서도 일정한 고려가 있었던 것으로 보인다. 예를 들어, 제령인 조선민사령과 조선형사령에 의해 의용된 일제의 법률들은 정부 수립 후 새로운 법률들이 제정됨으로써 대체되어 사라져 갔는데, 그 새로운 법률들 중에, 의용이라는 방식에 주목하여, 대응하는 일제 법률을 의용한다고 정한 제령의 조문 자체를 폐지한다고 규정한 법률들<sup>112)</sup>이 발견된다. 하지만, 다른 한편으로 ‘조선민사령 제1조에 의해 의용된 ○○법은 이를 폐지한다’라는 식으로 의용의 사실을 밝히면서도 의용된 강점기 법령 자체의 폐지를 규정한 법률들<sup>113)</sup>이나, 의용의 사실도 밝히지 않은 채 의용된 강점기 법령 자체의 폐지를 규정한 법률들<sup>114)</sup>도 발견된다. 따라서 ‘의용’이라는 방식에 대한 고려가 충분한 것이었다고는 하기 어렵다.

### 3. 북한에서의 제령의 효력

북한에서의 강점기 법령의 효력과 관련해서는, 종래 1945년 11월 16일의 북조선사법국 포고 제2호 北朝鮮에 施行할 法令에 關한 件과 1946년 3월 23일의 북조선임시인민위원회 20개조 정강이 주목되어 왔다.

111) 李垌鎬, 「軍政法令의 효력과 違憲審査」, 『동국법학』 창간호, 1959; 李鍾極, 「軍政法令 違憲審査權, 법원에 있다, 없다(4)」, 『동아일보』 1959.9.11.; 文鴻柱, 「軍政法令과 違憲審査」, 『고시계』 1959년 9월호.

112) 「신탁법」(1961.12.30, 법률 제900호) 부칙 제2조; 「민사소송법」(1960.4.4, 법률 제547호) 부칙 제9조; 「형사소송법」(1954.9.23, 법률 제341호) 부칙 제8조 1호.

113) 「민법」 1958.2.22, 법률 제471호) 부칙 제27조 1·2호; 「어음법」 1962.1.20, 법률 제1001호) 부칙 제85조; 「수표법」 1962.1.20, 법률 제1002호) 부칙 제71조; 「과산법」 1962.1.20, 법률 제998호) 부칙 ②; 「화의법」 1962.1.20, 법률 제997호) 부칙 ②; 「경매법」 1962.1.15, 법률 제968호) 부칙 ②.

114) 「형법」(1953.9.18, 법률 제293호) 부칙 제10조.

1945년 10월 28일 “북한 최초의 중앙정권기관”으로 결성된 北朝鮮五道行政局 10局 중 하나인 사법국<sup>115)</sup>의 포고 제2호의 내용은 다음과 같다.

一九四五年 八月 十五日<sup>116)</sup> 朝鮮에서 其 效力을 喪失할 法令中 性質上 朝鮮新國家 建設及 朝鮮固有의 民情과 條理에 符合치 않는 法令 及 條項을 除外하고 其 餘의 法令은 新法令을 發布할 時까지 各各 其 效力을 存續함.<sup>117)</sup>

그리고 “北朝鮮에 있어서의 中央行政主權機關으로서 北朝鮮의 人民社會團體 國家機關이 實行할 臨時法令을 制定·發布할 權限”,<sup>118)</sup> 다시 말해 입법권을 가진 기관으로서, 1946년 2월 8일에 창설된 북조선인민위원회가 발표한 “임시정부의 정강”인 20개조 정강의 관련 조문은 다음과 같다.

(1) 조선의 정치경제생활에서 과거 일제통치의 온갖 잔재를 철저히 숙청할 것 ….

- 
- 115) 崔達坤·申榮鎬, 『北韓法入門』(세창출판사, 1998), 35면. 사법국은 1946년 3월 6일의 임시인민위원회 결정 제3호의 2의 제1조에 의해 “북조선의 재판소·검찰소의 조직과 직무에 관한 지시, 재판소·검찰소의 실무에 관한 연구, 법령안의 작성” 등을 담당하는 기구로 자리매김되었다(鄭慶謨·崔達坤 편, 『北韓法令集』 제1권, 大陸研究所, 1990, 179면. 이하 이 책은 『北韓法令集』으로 인용한다). 이러한 사실과 사법국 포고의 내용에 비추어, 사법국이 강점기 법령의 정리에 있어서 핵심적인 역할을 담당했던 것으로 추정된다.
- 116) 미국국립공문서관에 소장된 「北司布告文」(江原道保安部再錄, 1946년 10월 10일; 문서번호 RG-242, SA-2009, B-7, I-209)을 근거로, 포고 제2호에서 정한 법령의 효력상실 기준일이 “1945년 8월 15일”이 아니라 “1946년 8월 15일”이라고 하는 주장이 있다 金英達, 『創氏改名の研究』(未來社, 1997), 122면의 각주 15·16. 하지만, 이 주장에는 동의하기 어렵다. 이 주장에 따르면, 포고 제2호는 강점기 법령의 효력과 관련하여 특별한 의미를 가지지 못하는 10개월 이후의 어떤 시점에 벌어질 일을 규정하고 있다는 결과가 되는데, 이는 논리적으로 설득력이 없다. 그리고 무엇보다, 아래의 본문에서 설명하는 것처럼, 북한의 학자들은 포고 제2호가 해방의 시점에서 강점기 법령이 폐기되었다는 사실을 확인한 것이라고 주장하고 있으며, 북한의 법령들도 포고 제2호에 의해 강점기 법령이 효력을 지속하고 있다는 것을 전제로 그 중 일부를 폐지하는 조치를 취했다. 따라서 “1945년 8월 15일”이 맞다고 보아야 할 것이다.
- 117) 『北韓法令集』 제1권, 171면.
- 118) 「臨時人民委員會構成에 관한 規定」 제3조, 『北韓法令集』 제1권, 238면.

(7) 일제통치시에 사용하였으며 또한 그 영향을 받고있는 일체 법률과 재판기관을 폐지하고 인민재판기관을 민주주의 원칙에서 선거할 것이며, 일반국민에게 법률상 동등권을 보장할 것<sup>119)</sup>

북한의 학자들은, 위의 포고 제2호를 “일본 제국주의자들의 통치시에 시행되던 형사 법령들과 기타 온갖 법령들이 영원히 그 효력을 상실했다는 것을 확인하고 혁명적 법의식에 - 새 국가 건설과 조선 인민의 민족적 리익에 배치되는 그 어떠한 질서도 법령도 용허될 수 없다는 것을 선포”한 것<sup>120)</sup>, “일제의 악법들의 폐기를 립법적으로 확인 선포”한 것<sup>121)</sup>, 혹은 “사실을 법적으로 확인하는 것을 주된 목적으로” 하여 “일제시대의 모든 법의 폐기를 법적으로 확인한 … 최초의 법적 조치”<sup>122)</sup>로, 그리고 20개조 정강을 “해방된 조선 인민의 일치한 념원을 반영한 중요 조치의 하나”<sup>123)</sup>로 자리매김해 왔다.

이러한 자리매김의 특징은 위의 포고와 정강이 기존의 사실을 “확인” 혹은 “반영”하고 있다고 하고 있는 것이다. 그런데 이러한 자리매김의 배경에는 다음과 같은 이해가 자리잡고 있었다. 즉, 그들에 따르면, 해방의 순간에 “조선 인민은 일제 식민지 통치 기구들을 분쇄하는 사업과 함께 그의 법률도 모조리 소탕하여 버렸”으며, 따라서 “해방된 조선에서는 그 첫날부터 새로운 법이 적용되었다.” 그런데 이러한 “일제 법률 제도의 폐기는 어떤 법 문건의 발포에 의하여 실시된 것은 아니었”으며, “조선 인민의 민주주의적 의식” = “인민의 리익과 의사에 기초하고 있으며 그것을 반영하고 있는 법적 리념의 총체”가 “사실상에 있어서 법의 원천으로서의 역할”을 수행하여, “일제가 패망한 첫날부터 그들의 법을 완전히 무효한 것으로 인정”<sup>124)</sup>한 것이었다. 요컨대, 북한에서는 “인민의 리익과 의사에 기초하고

119) 『北韓法令集』 제5권, 2면.

120) 한락규, 「공화국 형사 립법의 발전」, 안우형 편, 『우리 나라 법의 발전』(국립출판사, 1960), 166면.

121) 리재도, 「공화국 재판 립법의 발전」, 앞의 책, 244면.

122) 金圭昇, 『朝鮮民主主義人民共和國の法と司法制度』(日本評論社, 1985), 5면.

123) 서창섭, 「공화국 민법의 발전」, 안우형 편(주 120), 13면.

있으며 그것을 반영하고 있는 법적 리념의 총체”인 “인민의 민주주의적 의식에 의해” 해방의 순간에 일체의 강점기 법령이 폐지되었으며, 포고 제2호와 20개조 정강은 그러한 역사적 사실을 문서로 확인하는 것이었다는 것이다.<sup>125)</sup>

하지만 북한 학자들의 이와 같은 해석이 타당한 것인지는 의문이다. 우선 포고 제2호를 보면, 이것은 ① “一九四五年 八月 十五日 朝鮮에서 其 效力을 喪失할” 이라고 규정하여 해방과 동시에 강점기 법령은 당연히 효력을 상실한다고 전제하고 있었다는 점, ② “朝鮮固有의 民情과 條理에 符合치 않는 法令 及 條項”이라고 규정하여 효력이 존속되지 못하는 법령의 범위를 상대적으로 적극적·포괄적으로 설정하고 있었다는 점에서, 비슷한 시기에 공포된 미군정 법령 제11호 및 제21호와 비교할 때, 보다 많은 ‘단절’의 계기를 담고 있었던 것은 분명하다. 하지만, 포고 제2호는 또한, ① 강점기 법령이 강점기에 효력이 있었다고 전제하고 있었다는 점, ② 강점기 법령 중 “朝鮮新國家建設 及 朝鮮固有의 民情과 條理”에 부합하지 않는 법령의 효력을 배제하면서도, 그에 부합하는 법령은 신법령을 발표할 때까지 효력을 존속한다고 인정하고 있었다는 점에서는, 미군정 법령 제11호 및 제21호와 기본적으로는 동일한 ‘연속’의 입장을 취하고 있었다고 할 수 있다. 다시 말해, 포고 제2호는, 북한에서도 남한에서와 마찬가지로, 해방 후에도 강점기 법령이 효력을 지속했다는 사실이 확인해 주는 것이라고 할 수 있는 것이다.

이러한 해석이 오히려 실재에 보다 가까운 것이었다는 사실은 여러 법령에서 확인된다. 1945년 11월 23일의 사법국 포고 제4호 裁判所組織에 關한 件,<sup>126)</sup> 1945년 11월 27일의 사법국 포고 제5호 檢察所組織 及 設置에 關한 件<sup>127)</sup> 및 1948년

124) 앞의 글, 10~11면.

125) 남한의 연구물 중에도 포고 제2호가 강점기 법령의 효력을 상실시켰다고 기술한 것들이 있다. 法務部, 『北韓法の 體系的 考察 (Ⅱ)』 法務資料 第169輯, 1993, 31면; 崔鍾庫, 「北韓法の 歷史의 形成과 體系」, 李長熙編, 『北韓法 50年, 그 動向과 展望』(아사연, 1999), 9면; 金日秀, 「北韓刑法의 歷史」, 『北韓法研究』 創刊號(北韓法研究會, 1998), 31면.

126) 『北韓法令集』 제1권, 178면. “十一月 十六日附 北司布告 第二號에 依하여 新裁判所組織法이 實施되기까지 過去 朝鮮裁判所令을 施行하게 하였으나 左記條項과 抵觸되는 部分은 이를 除外함.”

127) 『北韓法令集』 제1권, 208면. “一九四五年 十一月 十六日附 北司布告 第二號에 依하여

11월 28일의 사법국 포고 제6호 辯護士의 資格監督 及 登錄에 關한 件<sup>128)</sup>이, 사법국 포고 제2호에 의해 강점기의 조선재판소령과 조선변호사관계법령이 존속하게 되었다는 것을 전제로, 그들 법령 중 각각의 포고의 내용에 저촉되는 부분은 효력이 없다고 규정한 것, 1946년 3월 6일의 임시인민위원회 결정 제3호의 2 臨時人民委員會司法局·裁判所·檢察所의 構成과 職務에 關한 基本原則 제20조<sup>129)</sup>가 “暫定的으로 日本法律이 施行”된다고 명기한 것, 1946년 6월 8일의 임시인민위원회 결정 제27호 임시인민위원회결정서가 “日本帝政時의 裁判所構成法, 刑事訴訟法, 犯罪即決例等 … 法令은 完全히 廢止한다”<sup>130)</sup>라고 선언한 것, 1946년 7월 30일의 임시인민위원회 결정 제45호 男女平等權에 對한 法令 제9조가 “본 법령의 발포와 동시에 조선녀성의 권리에 관한 일본제국주의법령과 규칙은 무효로 된다”<sup>131)</sup>라고 규정하고, 1946년 9월 14일의 임시인민위원회 결정 제78호 男女平等權에 對한 法令施行細則 제23조가 “女性的 權利를 制限한 法令과 規則은 一切 無效로 한다”<sup>132)</sup>라고 규정한 것 등이 그 예이다.

한편, 20개조 정강의 경우도, 비록 그것이 포고 제2호보다도 훨씬 명확하게 강점기 법령과의 단절을 선언하기는 했지만, 그것을 둘러싼 실제상황은 후자의 경우와 크게 다름이 없었던 것으로 보인다. 예를 들어 20개조 정강에 의한 강점기 법령의 폐기 선언으로부터 1년이 지난 1947년 6월 14일에도, 김일성은 “일제 때의 온갖 법률들은 반드시 없애야 하며 새로운 민주주의적 형법, 민법, 형사소송법을 비롯한 법률들을 만들어야 한다”<sup>133)</sup>라고 주장했다. 그리고 1947년 6월 20일에는

---

檢察所組織 及 設置法이 實施되기까지 過去 朝鮮裁判所令을 施行하게 되었으나 左記 條項과 抵觸되는 部分은 此를 除外함.”

128) 『北韓法令集』 제1권, 211면. “北司布告 第2號에 依하여 其 效力을 存續하는 朝鮮辯護士 關係法令中 本令과 抵觸되는 部分은 一九四五年 八月 十五日에 其 效力을 喪失한 것으로 함.”

129) 『北韓法令集』 제1권, 181·190면.

130) 『北韓法令集』 제1권, 189면.

131) 『北韓法令集』 제4권, 550면.

132) 『北韓法令集』 제4권, 552면.

133) 김일성, 「민주주의조선림시정부를 세우는 것과 관련하여 모든 정당, 사회단체들은 무엇을

“일본법률을 적용하여 죄인을 함부로 놓아주는 것은 그 본의가 어떻든지 다 적을 도와주는 반동적인 행위”라고 비판하고, “지금 사법, 검찰기관 일꾼들의 머리 속에는 낡은 일제사상 잔재가 많”고, “사법국만 보아도 국장이하 모든 일꾼들의 사업에 일본법률의 나쁜 영향이 많이 작용하고 있”으며, “일부 검사, 판사들은 아직도 일제시기에 배운 일본법률을 가지고 운운하고 있”는 상황이므로, “우리는 법기관일꾼들이 ... 일본법률을 백지화하고 새로운 우리의 법률로 철저히 무장하도록 하여야” 한다<sup>134)</sup>라고 주장했다. 또한 그로부터 다시 1년이 지나, 1948년 8년 9월에 북한 최초의 헌법이 공포·시행된 직후인 9월 10일의 정부의 정강에서도 “조선민주주의 인민공화국 정부는 일본제국주의자들이 만들어놓은 모든 법률과 괴뢰정부의 온갖 반민주주의적, 반인민적 법령들을 무효로 선포할 것”<sup>135)</sup>이라고 다시 한번 선언되었다.

이러한 상황을 종합하면, 북한의 경우에도 해방 후 법체계가 완비될 때까지 상당한 기간동안 강점기 법령의 효력이 문제가 되었던 것으로 판단된다. 이것은, 북한 역시, 충분한 준비를 갖추지 못한 채 해방을 맞게 되었던 까닭에, 그 직후에는 남한과 마찬가지로 ‘법의 공백’에 대처할 필요성이 있었으리라는 점을 고려한다면, 어찌면 당연한 것이었다고도 할 수 있을 것이다. 즉, 북한에서도, “법제정의 경험도” “법을 제정할 여유도” “선례나 기존공식”도 “하물며 모방할 경험도 없었”<sup>136)</sup>던 상황에서, “중요법령을 제정하는 사업은 일조일석에 달성되는 것이 아니”었기 때문에, 강점기 법령을 “잠정적으로 ... 참작”하는 “과도적이거나 약간 수치스러운 기간을 갖지 않을 수 없었던 것이다.”<sup>137)</sup>

---

요구할 것인가 : 북조선민전산하 정당, 사회단체열성자대회에서 한 보고 1947년 6월 14일  
 , 『김일성저작집』 3(조선로동당출판사, 1979), 312~313면.

134) 김일성, 「국가의 법질서를 확립하며 민족간부양성사업을 강화할데 대하여 : 북조선인민위원회 제40차 회의에서 한 결론 1947년 6월 20일」, 앞의 책, 325~327면.

135) 『北韓法令集』 제5권, 4면.

136) 金圭昇, 『南·北朝鮮の法制定史』(社會評論社, 1990), 343면.

137) 崔容達, 「司法機構의 確立을 爲하여」, 『人民』 創刊號(北朝鮮臨時人民委員會機關誌, 1946.11.), 38면.

하지만, 남한에 비해 일제 잔재의 청산이 보다 강하게 외쳐졌던 북한의 경우, 강점기 법령과의 ‘단절’에의 지향이나 요구도 보다 강했던 것으로 보인다. 이와 관련해서는, 우선 포고 제2호의 ‘연속’의 입장이 곧바로 부정되었다는 사실이 주목된다. 김일성은 포고 제2호가 공포된 지 채 3개월이 지나지 않은 1946년 2월 7일에, “사법국 포고 2호에도 과거 일제가 조선에서 실시하던 법률을 오늘도 일부 적용할 수 있는 것처럼 규정하여 놓았는데 일제의 법률은 그 어느 것을 막론하고 오늘에 와서는 절대로 적용할 수 없”다고 주장했다. 그에 따르면, 그것은, “일본제국 주의자들이 제정한 모든 법률은 일제의 패망과 동시에 이미 그 효력을 상실하였”기 때문이며, “그럼에도 불구하고 해방 전에 일제가 제정 공포한 법률을 존속시키려고 하는 것은 결국 일제의 식민지 통치질서를 복귀시키려는 것이며 이것은 우리 민족의 민주주의적 지향과 자주독립국가 건설의 요구에 완전히 배치되는 것”이기 때문이었다. 그러한 입장에서 그는, “사법국에서는 이러한 반인민적인 포고를 작성하여 내보낸 데 대하여 심각히 검토틀비판하고 다시는 이런 과오를 범하지 않도록 하여야”<sup>138)</sup>한다고 지적하여 포고 제2호의 입장을 전면 부정했다.

또한 판사들에 대한 강점기 법령과의 ‘단절’의 요구가 급속하게 증대되어 갔다는 사실도 주목된다. 위에서 살펴 본 1946년 3월 6일의 임시인민위원회 결정 제3호의 2 제20조에서는 “暫定的으로 日本法律이 施行되는 동안 그 適用에 있어서”라고 규정하여, 판사가 잠정적으로 ‘시행’되는 강점기 법률을 ‘적용’하는 것으로 되어 있었다. 그런데 이것이, 1946년 7월 9일의 임시인민위원회 결정 제31호 裁判所·檢察所의 構成과 職務에 關한 基本原則 中 改正의 件<sup>139)</sup>에서는 “民事 또는 刑事上 暫定的으로 日本法律을 參考”하는 것으로 바뀌었다. 나아가 이전의 사법에 관한 정책을 정식화·고정화시켰다고 평가<sup>140)</sup>되는 1947년 2월 21일의 인민회의 결정 裁判所 및 檢察所에 關한 規定<sup>141)</sup> 제5조에 이르러서는 “判事は 아무데

138) 김일성, 「북조선 사법국, 검찰소 책임 일군들과 한 담화 1946년 2월 7일」, 『김일성전집』 3(조선로동당출판사, 1992), 93면.

139) 『北韓法令集』 제1권, 190면.

140) 金圭昇(주 122), 203면.

141) 『北韓法令集』 제1권, 192면. 다만, 본문의 결정은 이 법령집에는 “公布日未詳”으로 실려



에도 隸屬되지 않고 다만, 法律에만 服從한다”라고 되어 있을 뿐 강점기 법령의 참조에 관한 내용은 완전히 사라졌다.

물론 위에서 살펴 본 것처럼, 1948년의 시점에서도 강점기 법령의 효력이 문제가 되고 있었다는 사실이 확인되기 때문에, 이와 같은 ‘단절’에의 지향 내지는 요구가 곧 ‘단절’ 그 자체를 의미하는 것은 아니다. 하지만, 남한과 비교할 때, 그 정도가 상대적으로 컸다는 사실은 확인할 수 있다고 할 것이다.

한편 ‘법률의 효력을 가지는 명령’ 혹은 ‘의용’이라는 방식의 동원이라고 하는 제령의 특성이 고려된 흔적은 전혀 발견되지 않는다. 북한의 경우, 그 자체의 법령의 체계성이 현저하게 미약했고, 게다가 “인재나 자료에 있어서 한가지도 如意한 것이 없”는 상황에서, “과거에 일본제국주의자들이 … 강요하던 여러 가지 법령을 증오”하면서 그 법령과의 단절을 추진했다<sup>142)</sup>는 점을 고려하면, 이것은 어쩌면 당연한 것인지도 모른다. 1985년에 출간된 북한 학자의 책에서 미군정 법령 제11호 제1조에 폐지된 것으로 열거된 법령이 모두 “조선제령”이라고 지적되어 있는 것<sup>143)</sup>을 보면, 제령의 특성에 관한 고려 이전에, 제령이라는 범형식 자체에 대한 이해에 있어서 북한 학자들이 매우 낮은 수준에 머물러 있었다고는 보는 것이 더 타당할 것이다.

#### 4. 남과 북의 공통점과 차이점

위에서 살펴 본 것처럼, 제령을 포함한 강점기 법령은 해방을 맞은 한반도로 하여금 무엇이 법인가라는 지극히 난해한 문제와 씨름하지 않을 수 없게 만들었다.

1945년 8월 15일, 충분한 사전 준비 없이 갑작스럽게 맞게 된 해방은, 정치·경

---

있다. 본문에서 표기한 공포일은 이 법령집의 내용과 金圭昇의 위의 책 같은 면의 내용을 비교·검토하여 확인한 것이다.

142) 崔容達(주 137), 38~39면.

143) 金圭昇(주 122), 194면의 각주 3.

제·사회·문화의 모든 면에서 한반도의 남과 북 모두에게 식민지와의 ‘단절’과 ‘연속’ 사이에서 어떻게 균형을 잡아야 할 것인가라는 심각한 과제들을 안겨 주었다. 강점기 법령과의 ‘단절’과 ‘연속’ 사이의 균형 유지라는 과제는 그 중 하나였다.

이민족 지배기의 모든 구조와 단절하지 않으면 안 된다는 것은 해방된 한반도의 인민에게 당위로서 주어진 것이었다. 강점기 법령과의 단절 또한 당위였다. 하지만, 그것을 대체할 법령이 준비되지 않은 상황에서, 그 단절은 ‘법의 공백’을 초래하게 될 것이라는 현실에 의해 제약을 받지 않을 수 없었다. 35년간이나 강점기 법령에 의해 사실상 지배를 받음으로써, 그 법령에 익숙해져 버린 법률가와 법률실무 또한 단절을 제약하는 현실이었다. 게다가 해방이 쟁취한 것이 아니라 주어진 것이었던 까닭에, 분단과 이민족 지배의 연속이라는 보다 엄혹한 현실도 존재했다. 남과 북 모두 그 현실을 완전히 무시하는 것은 불가능했다. 그래서 남과 북 모두에서 강점기 법령은 일정 기간 동안 효력을 가졌다. 하지만, 강점기 법령의 ‘연속’의 정도, 그에 상응하는 ‘단절’의 정도는 서로 달랐다. 그리고 그에 비례해서 제령의 특성에 대한 고려의 정도 또한 달랐다. 말할 것도 없이, 그것은 남과 북이 지향한 방향과 처해있던 정치·사회적 현실의 차이가 반영된 것이었으며, 또한 그 차이를 설명해 주는 것이기도 했다.

특별히 주목되는 것은, 그 과정에서 남과 북 모두 초실정적인 원리에 호소했다는 점이다. 남한의 ‘단체의사’ 혹은 ‘조리 내지는 형평의 원리’와 북한의 ‘민주주의적 의식’ 혹은 ‘朝鮮新國家建設 及 朝鮮固有의 民情과 條理’가 그것이다. 이것들은 이민족의 강점으로부터 해방된 남과 북의 인민이 각각 강점기 법령과 ‘단절’할 수 있게 해주는 주체적인 강령이었다. 하지만, 동시에 그것은 남과 북에서 서로 다르게 진행된 강점기 법령과의 ‘연속’을 각각 덮어 가리는 도구이기도 했다. 이 또한 남과 북에서 서로 다르게 전개된 역사를 반영한 것이었으며, 동시에 그 서로 다른 역사를 설명해 주는 것이기도 했다는 것은 말할 것도 없다.

이와 같이 남과 북은 공통의 문체상황에 직면하여 부분적으로는 같은 부분적으로는 다른 선택을 했다. 그 중 어느 선택이 옳았는지, 그리고 남과 북의 선택 사이의 의견상의 차이에 상응하는 실질적인 차이가 과연 존재했는지는, 이후의 남과

북의 법사의 전개과정에 대한 검토를 통해 밝혀져야 할 과제이다. 하지만, 위에서 살펴 본 것만으로도, 식민지로부터 해방된 민족이 법과 관련하여 직면하게 되는 공통의 어려움과 그에 대한 다양한 대응의 가능성을 읽어낼 수는 있을 것이다.<sup>144)</sup>

144) 참고로 강점기 법령의 해방 후의 효력에 관한 일본 정부의 입장을 정리해 보기로 한다. 우선 1946년 2월 외지 전반에 걸친 관리사무를 담당하게 된 외무성은, “외지 법령의 개폐”를 연구과제로 검토하고, 법제국과의 협의를 거쳐 “외지관계의 관계 및 법령(神社 관계 칙령은 이미 폐지)은 당분간 그대로 두고, 그 개폐의 절차를 취하지 말 것”이라는 방침을 정했다. 그것은, 한편으로 “무조건 항복에도 불구하고 영토의 이전은 평화조약의 체결에 의해 비로소 효력을 발생하는 것”이라고 하는 법적인 해석에 근거하고, 다른 한편으로 “만일 이를 폐지한다면 관리의 신분 계속, 内外地에 걸친 사안 등에 관해 극히 복잡한 문제를 발생시킬 것이므로 당분간 존치시켜 두고 시급히 여러 가지 문제를 해결하여 실질적으로는 적용할 사안이 없게 되도록 하는 것이 편리”할 것이라고 하는 현실적인 판단에 따른 것이었다(『外地關係法令整理に關する善後措置についての研究經過概要』, 外務省編, 『外地法制誌』 第1卷, 文生書院, 1990, 105~106면).

그 후, 1952년 4월 28일의 「일본국과의 평화조약(Treaty of Peace with Japan : 샌프란시스코 강화조약)」의 발효를 3개월여 앞두고 “외지관계 법령의 효력과 그 정리 내지 정리의 선후조치에 대해…유권적 해석의 결정”을 요구받은 외무성의 조약국 제4과는, 그 “의견”으로서 작성하고 동 국장의 결재를 얻어 “省 内外의 관계자에게 비공식적으로 배포”하여 이후 “일반적으로 용인되었다”고 하는(小林勇之助, 『外務省條約局編『外地法制誌』 公刊の概要』, 위의 책, 3면), 1952년 4월 15일자 「외지관계법령의 정리에 관한 선후조치에 관한 의견」을 작성했다. 그 주된 내용은, ① “예를 들면, 법령 중 천황의 대권에 관한 규정(『조선총독부관계』 제3조 및 제7조) 등은” 1947년 5월 3일부터 시행된 「일본국헌법」 제 98조 1항(이 헌법은, 국가의 최고법규이며, 그 조규에 반하는 법률, 명령, 조칙 및 국무에 관한 기타의 행위의 전부 또는 일부는, 그 효력을 가지지 않는다)에 의해 “당연히 실효”하며, ② “외지관계 법령 중, 외지관청이 통치를 하는 것을 전제로 하는 법령(외지의 각 관제 및 관규 등)과 “외지관청이 제정한 명령(제령은 여기에 포함된다. 필자)은, 1949년 6월 1일부터 시행된 「국가행정조직법」에 “외지관청의 설치에 대해 아무런 규정을 두지 않”은 결과 외지관청이 존재하지 않게 된 때에, 즉 “국가행정조직법의 시행과 함께 실효한 것으로 해석하여야” 하며, ③ 그 외의 외지관계법령 중 “외지가 계속해서 우리나라(일본-필자. 이하 같음)의 통치권 아래에 있다는 것을 전제로 하여 적용되는 것, 예를 들면, 외지만에 시행하는 것을 목적으로 하여 제정된 법령 및 법률의 전부 또는 일부를 외지에도 시행하는 것을 정한 칙령 등은, 외지가 법적으로 우리나라의 지배로부터 이탈함으로써, 그 적용의 대상을 상실하게 되기 때문에, 대일평화조약의 발효와 동시에 당연히 실효”하며, “외지가 계속해서 우리나라의 통치권 아래에 있는지의 여부에 관계없이 적용될 수 있는 법령의 규정은, 외지에 있어서 과거에 발생한 사실에 대해 적용될 가능성이 있기 때문에, 이 경우

## VI. 맺음말

지금까지 일제강점기 한반도의 특수한 법형식이었던 제령에 관해, 그것이 어떻게 등장했는지, 그 내용과 성격은 무엇이었는지, 대만에서의 대응물인 울령과는 어떻게 달랐는지, 그리고 해방 이후의 남과 북에서 각각 어떻게 다루어졌는지를 살펴보았다. 머리말에서 밝힌 것처럼, 이 글은 어디까지나 제령에 관한 하나의 시론이다. 제령의 모습은, 이 글에서 충분히 검토하지 못한 개별 제령의 내용을 분석하고, 그것을 울령의 내용과 비교하고, 해방 이후의 한반도에서 제령이 어떻게 처리되었는지를 더욱 구체적으로 밝혀 냄으로써, 보다 선명하게 드러나게 될 것이다. 이 작업들은 앞으로의 과제로 삼고자 한다.

그러나, 비록 시론적이기는 하지만, 이 글을 통해, 제령이 한반도의 강점에 대한 한반도 인민의 저항을 억누르기 위해, 군정을 실시하는 것과 같은 효과를 가져올

에는, 평화조약의 발효 후에도 내지에 대해서 적용되는 것이라고 보지 않으면 안 된다"라는 것이다(「外地關係法令整理に關する善後措置に關する意見」, 앞의 책, 8~10면).

위의 「의견」이 작성된 경과에 비추어 이것이 일본 정부의 공식입장이라고 보아 틀림이 없을 것이다. 그런데, 이러한 일본 정부의 입장은, 1952년 4월의 시점에 작성된 것으로 되어 있는 「외지관계 법령 정리에 관한 선후조치에 대한 擬問擬答」에서, “외지관계법령은 포츠담선언의 수락과 동시에 실효한 것이 아닌가”라는 질문을 굳이 설정하고, 그에 대해 “외지관계 법령은 포츠담선언 및 항복문서에 의해 법률상은 아무런 영향도 받지 않는다”라는 답을 굳이 제시하고 있는 것(「外地關係法令整理に關する善後措置についての擬問擬答」, 앞의 책, 20면)을 통해서도 확인할 수 있는 것처럼, 1945년 8월 15일 혹은 늦어도 1945년 9월 12일 미군정에 의한 조선총독의 해임 이후에는 사실상 한반도에 대한 일체의 지배권을 상실한 상황에서는 아무래도 궁색한 것이었다. 그럼에도 불구하고 일본 정부가 그러한 입장을 고집했던 것은, 직접적으로는, 당시 일본을 지배하고 있던 연합국총사령부(GHQ)가 “전후 일본이 구영토에 관해 이러쿵 저러쿵 하는 것을 극단적으로 기피”하여(小林勇之助, 앞의 글, 4면), 그에 관한 적극적인 조치를 취하는 것이 불가능한 상태에서, “미귀환 외지관서 직원의 신분 및 봉급 등”(「外地關係法令整理に關する善後措置についての研究經過概要」, 앞의 책, 107면)을 처리할 근거를 유지할 필요가 있었기 때문이었던 것으로 보인다.

어쨌든 이러한 일본 정부의 입장은 남북한의 입장과 크게 차이가 난다. 그 차이가 구체적으로 무엇을 의미하는가를 밝히는 것은 장래의 과제로 삼고자 한다.

수 있는 도구로서 동원된 편법적인 범형식이었다는 점, 제령의 특성은 효율성 = 자의성의 극대화로 요약될 수 있으며, 이러한 특성은 제령을 대만의 울령과 비교할 때 두드러진다는 점, 제령의 그러한 특성은 해방 후의 남한과 북한 모두에게 법의 정체성을 확보하는 과정에서 적지 않은 어려움을 안겨 주었다는 점, 그 어려움에 대해 남한과 북한 모두 초법적인 원리를 동원하면서 대응을 모색했지만, 각 각이 처한 상황 혹은 지향한 가치의 차이 때문에 ‘단절’과 ‘연속’의 양상은 서로 달랐다는 점 등을 밝혔다.

이와 같은 이 글의 분석이, 제령의 전체상을 드러내는 데 기여할 수 있기를 바란다. 그리고, 그것을 통해 한반도에서 강점기의 역사와 해방 후 격동기의 역사가 어떻게 전개되었는지를 이해하는 데도 기여할 수 있기를 바란다. 아울러, 동아시아 나아가 전세계적인 규모에서, 효율성과 자의성을 추구하는 식민지의 범형식이 식민지 시기와 그 이후에 걸쳐서 어떻게 기능하는지, 어떤 의미를 가지는지를 밝히기 위한 사례연구로서의 의미도 가질 수 있기를 기대해 본다.

## 制令に関する研究

金昌祿\*

この論文は、日帝強占期の韓半島における特殊な法形式であった制令が、どのような過程を経て登場することになったのか、どのような内容と性格を持っていたのか、台湾において制令に相応する律令とはどのように異なったのか、解放後の南韓と北韓ではそれぞれどのように処理されたのかを分析することによって、制令に関する一つの全体像を描いてみたものである。

この論文は、制令が、韓半島の強占に対する韓半島人民の抵抗を押さえるために、軍政を実施するのと同じ効果をもたらす道具として用いられた便法的な法形式であったという点、制令の特性は効率性 = 恣意性の極大化に要約でき、またそのような特性は制令を台湾の律令と比較するとき一層浮彫りになるという点、制令のそのような特性は解放後の南韓と北韓両方に法の正体性を確保していく過程において多くの困難をもたらしたという点、その困難に対して南韓と北韓はともに超法的な原理を動員しながら対応を摸索したが、それぞれが置かれていた状況あるいは指向した価値の違いのため「断絶」と「連続」の様相はそれぞれ異なった、という点などに関する分析を提示した。

このようなこの論文の分析が、この論文では充分行われなかった個々の制令の内容に対する分析、律令の内容との比較、及び解放後の韓半島における制令の処理に関するもっと具体的な分析と結合することによって、制令のより完全な全体像を提示するのに寄与できることを望む。また、これを通じて、韓半島における強占期の歴史と解放後

---

\* 釜山大學校法科大学副教授；chrkim@pusan.ac.kr.

의激動期の歴史がどのように展開されたのかについて理解するのにも寄与できることを望む。あわせて、東アジアについては全世界的な規模で、効率性と恣意性を追求する植民地の法形式が、植民地時期とそれ以後にかけてどのように機能したのか、どのような意味を持っていたのかを究明するための、一つの事例研究としての意味をも持ちうることを期待する。