

〈논문〉

형법 제정에서 김병로의 기여*

韓寅燮**

요약

본고는 우리 형법제정과정의 각 단계에서 가인 김병로의 관여를 세밀하게 분석하여 형법전에서 김병로의 기여를 추출한다. 김병로는 미군정하에서 사법행정 전체를 통괄하는 사법부장, 뒤이어 초대 대법원장을 역임함으로써 명실공히 한국의 사법행정 및 사법부의 중추로서 활약했다. 김병로는 신생 대한민국의 기본법률의 편찬에 결정적으로 관여했다. 미군정하에서 법전기초위원회의 부위원장으로서, 정부수립 직후부터 법전편찬위원회의 위원장으로 활약했다.

미군정하에서 ‘형법요강’이 만들어졌는데, 이 시기 김병로의 특유한 관여 정도에 대해서는 분리해내기 어렵다. 1949년 법전편찬위원회에서 김병로는 형법총칙의 조문화 작업을 수행했고, 위원장으로서 법전편찬업무를 지휘하였다. 그의 초안은 일반법의 모방이 아니라, 김병로 자신의 구상을 관철시킨 부분이 적지 않다. 범죄론에서 새로운 규정들이 삽입되었고, 형벌 부분에서 각종 유예형의 여지를 넓혔다. 각칙 부분에서는 간통죄 폐지론과, 인권침해 방지를 위한 각종 규정의 도입을 주도했다.

그가 주도한 형법초안은 거의 그대로 정부안이 되어 국회에 제출되었다. 국회는 약간의 수정안을 냈다. 김병로안과 국회 법사위 수정안이 합쳐 우리의 제정형법의 골격을 이룬다. 단시일 내에 모방작이 아닌 한국형법의 모습을 갖추게 한 점, 정부수립기와 전시하의 어려움 속에서도 인권보장적 요소를 가미한 점 등을 특기할 수 있을 것이다.

김병로는 형법에 이어 형사소송법, 민법, 민사소송법 등 기본법률의 초안자이자 지휘자로서 기여했기에, 그를 ‘한국법률의 창립자’라 부를 수 있다.

우리 형법은 수차례 개정을 거쳤지만, 총칙 부분에서는 개정이 적었으며, 특히 범죄론 부분은 개정이 없었다. 김병로의 관여도를 확인하는 작업은, 현행법의 해석작업에도 실질적인 도움이 될 것이다.

주제어: 김병로, 형법 제정, 법전기초위원회, 법전편찬위원회, 형법총칙, 형법요강, 업상섭

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2014학년도 학술연구비 지원을 받았다.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

I. 글머리에

1945년 8월 15일 일제가 패망하면서, 주권은 곧바로 한국인에게 넘어오지 않았다. 첫 단계에서는, ‘행정적·법적 진공상태’가 생겨났고, 38선을 경계로 미국과 소련의 군정이 각각 들어섰다. 미군정은 남한 내의 유일한 정부를 표방했고, 군사점령자이자 행정권을 장악하고, 법령선포권을 장악했다. 일제하 조선에 통용되던 법령의 효력의 지속 여부에 대하여, 미군정은 ‘가능한 한국 내에 현존하는 실체법 및 절차법을 존속시키는 방향’에서 법제를 정비함을 원칙으로 했다. 하지만 일제의 법령 중 억압적·차별적 법령의 폐기는 불가피하다고 보았다.

군정법령 제11호 및 제21호를 통해 미군정은 일제법령에 대한 단절 혹은 연속의 원칙을 제시했다. 군정법령 제11호는 ‘조선인민과 그 통치에 적용하는 법률로부터 조선인민에게 차별과 억압을 가하는 모든 정책과 주의를 소멸하고 법률상 균등을 회복하기 위하여’ 일련의 악법을 폐지했다. 정치범처벌법, 예비검속법, 치안유지법, 출판법, 사상범보호관찰령, 신사법 등이 폐지법령의 목록에 적시되었다. 아울러 ‘법률, 조령, 명령으로서 그 사법적·행정적 적용으로 인하여 종족·국적·신조 또는 정치사상을 이유로 차별’을 하는 것도 폐지하였다.¹⁾

그러나 군정법령 제21호는 ‘법률 제 명령의 존속’을 원칙화했다. 즉 그간 폐지된 법령을 제외하고는 일제하 법령들은 ‘군정의 특수명령으로 폐지될 때까지 효력이 있음’을 공포했다. 이리하여 일제하의 기본법률들, 즉 ‘의용’법률들은 해방 이후에도 여전히 존속되었다. 민법, 형법, 민사소송법, 형사소송법, 상법 등 기본법률들은 그대로 해방 이후 한국의 법률로 존속되어, 일상생활 및 재판의 근거규범이 되었다. 당시 변호사시험을 준비하기 위해서는, 일제하의 법률, 법서, 법이론을 여전히 공부해야 하는 특이한 사정이 지속되었던 것이다.

이러한 상황이 매우 부적절하다는 것은 누구나 인식하는 바였다. 일제가 떠나갔는데도 일제 식민지법령을 유지하는 것 자체가 치욕스런 일이었다. 따라서 당시의 법률가들에게 일제법령의 조속한 청산과 새 법령의 정비는 최대의 당면과제였다. 다른 한편 과거와의 전면단절을 표방했던 북한에서는, ‘식민지 지배하에 실시된 제반 악법과 규정은 영구히 그 효력을 상실’시켰다. 식민지법은 일종의 범죄문건으로 규탄되었다.²⁾ 그러나 남한에서는 일제법령 그 자체의 지속성을 원칙으로 설

1) 한인섭, **한국 형사법과 법의 지배**, 한울아카데미, 1998, 59-60쪽.

2) 한락규, **공화국 형사립법의 발전**, 평양: 국립출판사, 1960, 22-24쪽.

정했던 만큼, 새로운 법제정은 개별 법령의 원칙과 조항 하나하나에 대해 꼼꼼히 심사·수정하는 방식으로 진행되었다. 그 작업은 지지부진하였다. 전문가의 부족이 한 이유라면, 정치갈등이 법문제를 압도했던 해방정국의 특수성은 다른 상황이었다. 1948년 7월 제헌헌법의 통과 이후에야, 그 헌법의 기준과 원칙에 부합하는 법률제정의 대원칙이 설정될 수 있었다.

기본법률의 편찬과정은 1947년 6월 <법전기초위원회>의 발족과 더불어 제도적인 기반을 마련했다. 그러나 미군정하에서 일부 법률에 대한 요강 작성 단계에 그쳤을 뿐, 실질적 진전은 없었던 편이었다. 1948년 9월 <법전편찬위원회>의 설치와 함께 본격적인 초안작업이 이루어졌다. 형법, 형사소송법, 민법, 민사소송법, 상법 등 기본 5법률은 일차적으로 법전편찬위원회에서 조문화되었다. 법전편찬위원회에서 조문화된 초안은 거의 수정되지 않은 채 정부안이 되었다. 그 정부안이 국회에 송부되면, 국회는 상당한 기일을 천연시킨 끝에, 국회 법제사법위원회의 심의와 수정을 거쳐, 국회 본회의에서 일련의 회의를 거쳐 법률로 제정되었다. 형법(1953년), 형사소송법(1954년), 민법(1958년), 민사소송법(1959년), 그리고 상법(1962년) 모두 마찬가지다. 기본 5법률 중 가장 늦었던 상법이 시행된 것은 1963년에 이르러서였다. 1963년에 이르러서야, 일제법률 그 자체를 의용하던 시대를 일단락한 것이다.

이 글은 우리 기본법률 중 형법의 제정과정을 정리하면서, 그중에서도 형법제정에서 가인 김병로³⁾의 관여도라는 관점에서 살펴보고자 한다. 김병로는 기본법률 제정의 전 과정에서, 위원(장)으로서의 절대적인 리더십을 갖고 관여했으며, 특히 조문화 작업까지 세밀하게 관여했다. 기본법률 중 “조문마다 그의 손끝이 안 닿은 데가 없다고 해도 과언이 아니다”⁴⁾는 정평이 있을 만큼, 김병로의 관여도는 절대적인 것으로 알려지고 있다. 그 당시 제정된 기본법률들은, 이후 몇 차례의 개정을 거치지만, 그 골격 및 다수의 조문이 그대로 현재의 조문 그 자체라는 점에서 김병로에 대한 평가는 “여전히 동시대성을 유지”⁵⁾하고 있다.

이 글에서는 그러한 점을 인정하면서도 그 내용적 측면을 보다 깊이 파고들고자

3) ‘가인’과 ‘김병로’는 여러 방식으로 자유롭게 쓰여왔지만, 이 글에서는 공적 직책을 말할 때는 ‘김병로’를, 인간적 면모나 사회적 평판 등에 관련될 때는 ‘가인’ 혹은 ‘가인 김병로’ 등으로 쓰고자 한다. 예컨대 ‘대법원장 김병로’이지 ‘대법원장 가인 김병로’나 ‘대법원장 가인’은 아니다.

4) 고재호, **법조반백년**, 박영사, 1985, 24쪽. 그러나 이 서술의 실질에 대해서는 꼼꼼히 검토를 요한다.

5) 신동운, “가인 김병로 선생의 법전편찬-형법과 형사소송법을 중심으로”, **법학연구**, 제 25집, 전북대학교 법학연구소(2007. 10), 9쪽.

한다. 각 법률의 제정에 관여했다면 구체적으로 어느 단계에, 어떤 방식으로, 어느 정도까지 관여했는가를 세밀하게 살펴보고자 한다. 그중에서도 개별 법률 중에서 김병로의 기여분을 의식적으로 추출해내고자 한다. 그의 기여도가 워낙 거대했던 만큼 그의 기여도를 정확히 가려낸다는 것은, 한 개인에 대한 공치사를 위해서라기보다 우리 법조항의 연혁을 밝혀내고, 법조항의 해석 내지 이해에도 의미 있는 시사점을 줄 수 있다고 생각되어서이다. 이러한 접근은 기본법률의 전 분야에 걸쳐 이루어져야 하지만, 그 작업은 실로 방대한 일이어서 개별 분야의 한 전공자로서는 엄두를 내기 어렵다.

여기서는 ‘형법’의 제정과정에 초점을 둔다. 기본법률 중에서 제일 먼저 초안작업이 완성된 것이 형법이라는 점, 김병로 자신이 직접 조문화 작업에까지 구체적으로 관여했다는 점에서 형법을 대상으로 일차적으로 분석하고자 하는 것이다. 또한 형법의 제정과정에서 김병로의 관여방식은, 향후 다른 법률들의 제정과정에서 김병로의 관여방식에 결정적인 영향을 미치게 된다고 생각된다.⁶⁾

사실 형법제정과정에서 김병로의 관여도에 대해서는 선구적 업적이 나와 있다. 특히 신동운 교수는, 형법제정과 관련된 자료집의 발간과 함께, 형법총칙 및 각칙의 각 조문에서 김병로의 특징적인 관여와 그 연혁을 치밀하게 추출하고 있다. 다만 본고는, 그러한 업적을 충분히 참고하면서도 약간의 다른 접근을 추구하려고 한다. 김병로 자신이 주로 언급한 내용을 기본 텍스트로 삼아, 그 허실을 정밀점검하는 방식으로, 김병로의 구체적 관여도를 살펴보려는 것이다.⁷⁾ 김병로 자신의 언급에 대한 비판적 독해가 필요한 부분이 산재해 있으므로, 단순 인용할 때 범하는 오류를 좀 더 시정하여, 형법제정과정을 좀 더 정확히 파고들 필요가 있다고 생각한다.

II. 미군정기 사법부장으로서는 김병로의 역할

① 해방 직후 가인 김병로는 법률적 직책이나 법조인으로서의 활동이 아니라,

-
- 6) 다른 법률의 제정과정과 김병로의 관여라는 부분에 대해서는 후속연구를 준비중에 있다.
7) 과거의 자료를 인용할 때 가급적이면 현대어법에 맞게 고쳐서 인용하고자 한다. 다만 원문상의 어감을 살릴 필요가 있을 경우에는 과거 표현 그대로를 인용할 것이다.

일종의 정치적 역할부터 시작하였다. 그는 한국민주당의 결성에 중요한 역할을 했고, 정당인으로서의 일정한 역할을 수행하기도 하였으며 중요한 정치적 역할을 하였다. 해방 직후 몇 개월간의 활동을 보면, 가인을 일종의 정치인으로 분류할 수도 있을 것이다.⁸⁾

그러나 정치인적 역할은 그의 체질이나 성향에 그리 맞는 것이 아니었다. 당시의 급박한 시대상황에서, 가인은 일제하 수십 년간의 활동을 통해 많은 정치적 인물들과 폭넓은 신뢰관계를 형성하고 있었기에, 해방 초기의 정국에서 가인은 마땅히 해야 할 정치적 역할을 상황적으로 수행한 것이라 볼 수 있다. 정치에 대하여는, 다음과 같은 가인의 회고가 있다.

“동서고금을 통하여 소위 영웅이니 정치가니 하는 사람들은 거개가 자기의 목적을 달성하기에는 수단을 가리지 않는다는 것으로 인도를 무시하고 정의에 패려(悖戾)하는 행동을 다반사로 알고 행하는 그 죄악상을 엄숙히 생각할 때에 나는 결국 ‘정치는 죄악이다’라는 단안을 내리게 되었으므로 우리나라가 독립될 경우를 상상하면서도 나오서는 무엇이든지 권력이나 지위나 공리로 투쟁하는 정치적 각축장에는 관여하지 않겠다는 마음을 상당히 굳게 가졌던 것입니다.

해방후에도 …… 부득이한 정세에 대응하기 위하여 정당을 결성하였으나 결국엔 뒤로 물러났고 또 군정에 사법부장으로 책임을 맡게 된 것도 부득이한 경로가 있었던 것이요.”⁹⁾

이 술회에서 드러나듯이, 그는 일제시대 때부터 ‘정치는 죄악’이라는 부정적 관념을 갖고 있었다. 스스로는 그런 ‘정치적 각축장’에는 관여하지 않겠다는 게 그의 기본적 입장이었다. 따라서 해방 직후의 정치적 관여는 시대상황에 따른 부득이한 관여였고, 그때의 관여도 권력장악을 향한 적극적 활동을 추구하는 편은 아니었다.¹⁰⁾ 이 때문에 가인을 ‘정치가’에 초점을 맞추어 접근¹¹⁾하는 것은 가인 연구에서 가장 온당한 것이라고 하기 어렵다고 생각한다.

8) 김학준, 가인 김병로 평전: 민족주의적 법률가·정치가의 생애, 민음사, 1988 참조.

9) “가인 김병로옹 노년록(6)”, 조선일보 1958. 1. 8.자.

10) “전적으로 정부에 관여하기를 회피하는 터”라는 가인의 언급도 마찬가지다. “가인 김병로옹 노년록(7)”, 조선일보 1958. 1. 9.자.

11) 가령 김학준은 <가인 김병로 평전>을 쓰면서, 그 부제로 ‘민족주의적 법률가·정치가’라고 쓰고 있다. 정치학자인 김학준으로서는 가인의 ‘정치가’적 측면에 더 주목하여 서술하고 있다.

그가 해방 직후 결성한 한민당(한국민주당)의 경우에도, 1946년 초에 이르러 사실상 결별하게 된다. 그 이유는 첫째, 그가 정치적 활동에 적극 관여하려 들지 않은 개인적 지향 때문이다. 둘째, 한민당의 지나친 친지주 노선이 그의 뜻과 합치하지 않았기 때문이다. 특히 당시의 절대적인 국민적 염원이었던 토지개혁과 관련하여, 한민당은 매우 소극적 태도를 취했다. 그러나 가인이 보기엔 토지개혁의 온전한 수행이야말로 시대적 여망이었고, 또한 민족의 통합과 경제적 활로를 열어갈 수 있는 절대적 과제라 보았다. 일제하 소작쟁의 관련 피고인의 변론에 힘을 쏟았던 그로서는 토지문제의 심각성을 지주 편이 아니라 소작인 편에서 보고 있었다.¹²⁾ 그는 한민당의 토지개혁안에 결정적으로 실망을 느껴, 한민당을 탈퇴할 시기와 명분을 찾고 있었던 것으로 보인다. 1946년 중반, 그의 정치적 관여는 한민당이 아니라, 오히려 원세훈, 김규식 등 민족주의적 중간파의 그것과 궤를 같이하는 것이었다.

② 다음 김병로의 법률분야의 관여에 대해서 살펴보자.

미군정의 초기부터, 미군정은 법률가 김병로에 대한 존중하는 마음을 일찍부터 갖고 있었으며, 그를 한국의 사법-법무를 이끌 지도적 인재로 보고 있었음은 틀림없다. 다음과 같은 가인의 회고를 우선 살펴보자.

그 때에 사법부장이 미인(美人) 우돌이라는 사람이었는데 처음 김영희(金永羲) 박사를 보내어 나를 청하였으나 당내 회무가 있어서 못가겠다고 하였고 2, 3일후 또 다시 김박사를 보내어 청하기에 사교상 거절할 수 없어서 우돌 씨를 심방하였던 바 우돌 씨의 말이 대법원 기타 하급법원의 법관을 임명하려는데 자기로서는 그 자격의 적부를 알 수 없으니 모든 적의(適宜)한 사람을 추천하여 달라는 것이었으나 나는 그것을 거절하면서 군정에 관계없는 나로서 ‘인사문제를 논의하는 것은 부당한 일이라’고 말하고 돌아왔는데 수일 후 우돌 씨는 또 다시 나를 청하여 하는 말이 ‘우리가 가까운 장래에 수립될 한국독립정부의 기초를 준비하기 위하여 노력하는 것인바 무엇이든지 당신네들의 협력이 없고는 실정을 모르는 우리로서 어떻게 일을 하겠느냐’는 반문이 있었습니다. 이에 대하여 숙사(熟思)한 결과 사리가 그러하다고 생각되어 부득이 중요한 책임자를 추천하였고 그대로 임명되었던 것입니다.¹³⁾

12) 김진배, **가인 김병로**, 가인기념회, 1983, 128-129쪽.

13) 조선일보 1958. 1. 8.자.

미군정이 한국인 법조인과 처음 접촉한 것은 서울주둔 직후부터였다. 1945년 9월 11일 재조선미군사령부 정보장교인 헤이워드 중령이 조선의 법조계 대표로 강병순, 소완규, 이홍중을 초청하여, 조선 법조계의 실정을 청취하였다. 이어 다음 날에는 소다(早田) 법무국장을 만나 사법기관의 접수를 논의하였다.¹⁴⁾ 미군정은 군정청 조직에 관해 성명을 발표하면서, 법무국은 일단 일제 말기의 조직을 그대로 유지하는 것으로 했다.

군정장관은 1945년 10월 9일 법무국의 한국인 최고위직인 법무국장의 보좌관으로 김영회를 임명하였다. 그리고 1945년 10월 11일 대법원장에 김용무, 대법관에 서광설, 이종성, 심상직, 이 인을 임명하고, 이어 이상기, 노진설, 양대경을 대법관으로 차례차례 임명하였다. 초기의 대법원 및 하급법원의 요직을 맡은 인사들은 한민당 계열의 인사였다. 김용무 대법원장은 임명과 동시에 한민당을 탈퇴하겠다고 발표했다.

미군정하에서 사법부문의 중책을 처음 맡은 사람은 우돌(J. Woodall) 소령이었다. 그는 1945년 9월 29일부터 11월 20일까지 ‘법무국장’으로 재직하면서 법무국과 재판소의 정비를 위해 노력하였다.¹⁵⁾

이런 사정을 감안해볼 때, 앞의 인용에서의 상황은 대략 1945년 10월경인 것 같다.¹⁶⁾ 우돌 법무국장은 김병로에게 거듭 청하여, ‘대법원 및 하급법원의 법관’ 인사를 추천해달라는 요청을 하였다. 그는 당시 한민당의 당직을 맡고 있었으므로, 인사문제에 관여하지 않으려 했으나 우돌의 요청에 따라 ‘중요한 책임자를 추천’했고, 그의 추천이 존중되었음을 회고한다. 대법원장 및 대법관이 일제하에 그와 가까운 인사들이었음을 보면, 그의 회고가 사실임을 짐작케 한다.

이 단계에서 그는 사법-법무 분야의 고위직을 사양하였으나, 1946년 들어 두 번째 접촉을 받게 된다. 다음 인용을 보자.

그 후 우돌¹⁷⁾씨는 또다시 나를 청하여 자기는 고문으로 있고 한국인을 사법부장으로 하여 사법운영을 위양하게 되었는데 여론조사에 의하거나 법관들의 총의

14) 김병화, **한국사법사(현세편)**, 일조각, 1982, 7쪽.

15) 법원행정처, **법원사**, 1995, 166쪽; 윤남근/조상희, “사법행정가로서의 가인 김병로 선생”, <가인 김병로 서세 50주기 학술심포지엄: 가인 김병로와 21세기 사법부> 자료집, 법원행정처, 2014, 355쪽.

16) 당시 우돌은 최고위직이긴 하지만, 사법부장이 아니라 법무국장이었음을 유의. 아직 ‘사법부장’이란 직책은 존재하지 않았다.

17) 당시 언론에는 ‘우달’로 나오기도 한다.

에 의하여도 당신이 사법부장이 되어 사법기관의 기초를 확립하겠다는 것이 일치 되었으니 승낙하여 달라고 강청하였으나 나는 이를 거부하고 당에 돌아왔던 바 다수 친지의 의견도 사법에 관한 한 그 기초를 굳게 하여야 영구히 독립후 사법권의 기반이 될 것이니 군정이라고 하여 등한시하여서는 아니될 것이라고 역설하므로 나도 역시 일리가 있다고 생각하여 그 책무에 당하게 된 것입니다.¹⁸⁾

우선 전제할 것은, 1946년 3월 29일 법령 제64호에 따라, 정부 각 부처의 명칭을 국에서 부로 승격 개칭했다는 점이다.¹⁹⁾ 그에 따라 법무국은 사법부(司法部)로 하여, 모든 법적 직능이 사법부장 직속으로 통합되었다. 군정법령 제67호에 의하면, 사법부장의 직능은 다음과 같다.

법령 제67호 제2조 사법부의 직능

- 사법부장은 국법제정에 관한 정책, 대법원의 대법관, 항소법원 판사로서 책임인자의 임명에 관하여 그리고 정부정책의 적법성, 법률안이나 법령 기타 법규에 관하여 의견을 제시함.
- 사법부장은 사법행정 기타 사법기관을 감독함.
- 사법부장은 날인등록한 정부공문서의 발행, 법률시행용어, 체재나 효력에 대해 결재함. 단 법원의 명령이나 결정에 대해서는 그렇지 아니함.
- 사법부장은 정부에 관한 재판에서 정부를 대표함.
- 사법부장은 군정장관의 동의를 얻어 중앙변호사회가 추천한 자 중에서 대법원과 항소법원 이외의 법원의 판사와 검사를 임명함.
- 사법부장은 군정장관의 동의를 얻어 형무서장, 형무소 및 소년심판원의 행형관, 가출옥위원회 및 사법관시보위원회 위원, 법제도서관직원, 판결문 편집 주무관을 임명 감독함.
- 사법부장은 법률심사, 법률해석, 정부기관의 법문서를 기안하며 군정청 각 부처 또는 도지사에게 법률의견(유권해석)을 제공하는 법무관을 임명·감독함.
- 사법부장은 군정장관이 수립한 정책 내에서 법무관의 훈련, 규율 그리고 사법부와 법원의 서기 직원의 훈련을 감독함.
- 사법부장은 변호사 지원자로서 법률사무 종사에 필요한 요건을 구비하였다고 인정된 자에게 변호사자격을 인가함.

18) 조선일보 1958. 1. 8.자(밀줄에 의한 강조는 인용자의 것이다. 이하 같다).

19) 미군정관보 1946. 3. 29. 제64호 조선정부 각 부서의 명칭; 윤남근/조상희, “사법행정가로서의 가인 김병로 선생”, 358쪽.

당시에 사법, 법무, 법제, 검찰의 기능은 오늘날처럼 분화되어 있는 상태는 아니었다. 1946년의 ‘사법부’는 오늘날 법무부, 법원행정처, 법제처의 기능이 통합되어 있는 것과 같은 모양이었고, 법관임명 및 검사임명에까지 두루 걸치는 것으로, 가히 법률관련 사법-행정부처의 통합부처와 같은 것이었다. 법원의 재판업무를 제외한 사법행정 관련 업무 역시 ‘사법부’의 관장이었다. 그 사법부의 책임자인 사법부장은, 직제상 대법원장 및 검사총장의 상위에 위치했으므로, 명실공히 법분야의 최고위직이라 할 수 있다.²⁰⁾

당시 군정기구표를 보면, 사법부장은 미국인 사법부장과 한국인 사법부장이 병치(併置)되게끔 직제가 짜여져 있었다. 미국인 부장은 군정장관의 법률고문으로서 사법행정에 대한 최종책임 을 지고, 한국인 사법부장의 결정에 대해 승인권을 갖는 것이다. 초대 사법부장에는 1946년 4월 2일 우돌 중령이 취임하였다. 미군정이 최종책임 을 지지만, 이렇게 사법부장을 직제화한 것은 한국인 사법부장에게 권한을 위양하려는 과도기적 조치임을 우돌은 충분히 인지하고 있었을 것이다. 그의 핵심 임무는 가장 적합한 한국인 사법부장을 구하고 임명하는 것이었을 것이다. 그는 “여론조사”를 하고 “법관들의 총의”를 들어서, 김병로를 사법부장으로서의 임무 수행을 위한 적임자로 강청하였다. 몇 개월 동안 어떤 사법-법무적 직분을 수행하지 않았어도, 수십 년 동안 쌓인 가인의 법률가로서의 평판은 그를 사법부장으로 끌어올린 셈이다.

처음 강력히 사양하던 가인은, 그러나 우돌의 설득과 주변 인사들의 의견을 들어 사법부장직을 승낙하기에 이르렀다. 무엇보다 미군정하에서라도 ‘사법기관의 기초를 확립’한다는 것은 ‘독립후 사법권의 기반’을 마련하는 것이라는 생각에서였다. 이리하여 가인은 한국 사법, 법무, 법제의 기초를 확립할 중차대한 직분을 맡게 된 것이다.

김병로가 사법부장으로 취임한 것은 1946년 6월 27일이었다. 미국인 측 사법부장으로는, 사임한 우돌에 이어, 코넬리(John W. Connelly) 소령이 부임했다.²¹⁾ 김병로의 취임에 대하여 여론은, “오랫동안 결원 중이던 사법부장은 물망이 높던 한민

20) ‘법적으로 사법부장은 민정장관의 부하이오, 대법원장은 사법부장의 부하’라는 설명임. 이 설명은 군정 측의 사법부장을 역임했던 J. Connelly 작성의 memorandum(1948. 2. 5)에서 나온다(윤남근/조상희, “사법행정가로서의 가인 김병로 선생”, 360쪽에서 재인용).

21) 미국 측 사법부장은 Matt Taylor 소령, John W. Connelly 소령, 그리고 이어 Denny F. Scott 씨의 순으로 맡았다. 최중고, “현대 한국법제의 형성과정고”, 서울대학교 법학, 제32권 1-2호(1990. 8), 55쪽.

당의 김병로 씨로 결정”되었고, 이로써 사법부는 “명실상부하게 조선사람에게 인계된 것”으로 의미 있게 평가한다.²²⁾ 그리고 특히 미군정이 한국인에게 각종 자치권을 이양하는 과정에서 가장 먼저 실질적 자치권을 넘겨준 영역이 바로 사법행정²³⁾이라는 점에서, 김병로는 행정의 한국화, 자치화의 첫 단계의 임무를 수행하게 되었다고 할 수 있다.

③ 가인이 사법부장으로 취임할 시점에, 대법원장은 김용무, 검사총장은 이 인이었다.²⁴⁾ 이들은 일제하 항일민족변론에 앞장섰으며, 중요한 항일운동관련 사건에서 단독 혹은 공동으로 변론을 다수 전개하였다.²⁵⁾ 한편 경무국장의 책임을 맡고 있던 조병옥은 신간회에서 같이 활동하기도 했고, 깊은 인간적 연계를 갖고 있었다. 장택상 수도경찰청장과의 인연도 깊었다. 이렇게 법원-법무-경찰 전반에 걸쳐 지도적 위치에서 상호 협력하기에 적당한 인적 유대감을 갖는 구성이었다.

조직의 열개가 막 짜이고 있던 당시의 시점에서 경찰과 검찰, 검찰과 법원, 일반행정과 사법 사이의 갈등은 도처에 폭발의 소지를 안고 있었으나, 수뇌부 인사들의 깊은 인간적 유대감으로 인해 갈등의 소지를 억제하고 비교적 원만하게 업무협조를 이끌어낼 수 있었다고 볼 수 있다.²⁶⁾ 중평과 여론에 의해 압도적인 지지를 확인하고 김병로를 임명한 미군정 역시 김병로의 의견을 시종 존중하는 입장을 취했다. 김병로, 김용무, 이 인은 미군정이 끝날 때까지 직책을 유지하면서, 제도적으로 인적으로 협력했다. 이들의 경력과 실력, 명망에 대해 미군정은 법조계의 “Big Three”로 인정하고 이들이 주축이 된 사법행정의 기반작업을 기본적으로 존중하는 입장에서 있었다고 할 수 있다.²⁷⁾

김병로의 사법부장 시절은 정치적으로 다사다난했다. ‘정 판사 위폐사건’의 재판

22) “초대의 사법부장 金炳魯씨 첫 등창”, 자유신문, 1946. 7. 3.자.

23) 신동운, “가인 김병로 선생과 법전편찬: 형법과 형사소송법을 중심으로”, 법학연구, 제 25집, 전북대학교 법학연구소(2007. 10), 16쪽.

24) 1945. 10. 11. 김용무는 대법원장에, 이 인은 대법관에 임명되었다. 당시 김용무는 한국민주당 문교부장, 이 인은 당무부장이었다. 1946. 5. 24. 이 인은 대법원 검사총장(오늘날 기준으로는 검찰총장)으로 자리를 옮겼다. 김병로는 1946. 6. 27. 사법부장에 임명되었다(문준영, 법원과 검찰의 탄생, 역사비평사, 2010, 621쪽).

25) 한인섭, 식민지 법정에서 독립을 변론하다, 경인문화사, 2012 참조.

26) 김학준, 가인 김병로 평전, 118쪽.

27) 브루스 커밍스는, 미군정이 ‘천만다행으로 발견한 협력자층인 보수주의적 한인이었다’고 평가했다. 브루스 커밍스 지음, 김동노 외 옮김, 브루스 커밍스의 한국현대사, 창작과 비평사, 2001, 272쪽(문준영, 법원과 검찰의 탄생, 622쪽에서 재인용).

을 전후하여 사법부에 엄청난 회오리가 밀어닥쳤는데, 그런대로 수습에 이를 수 있었던 것은 김병로의 존재감에 적지 않게 힘입었다고 평가받고 있다.

④ 김병로의 공직생활에서의 신조는 청렴결백이었다. 그는 사법부 요원들이나 재판 종사자들에게 공사 간에 민족정기의 양양이 절실하다고 강조하면서, 스스로 몸가짐을 깨끗이 할 것을 당부하였다.

그는 미군정청이 있는 중앙청에 큼직한 사무실을 가지고 있고, 미군 고문관 외에 여러 사람의 관계 미군장교들을 거느리고 있었지만, 특별한 경우 외에는 한복을 즐겨 입었다고 한다.

사실 그는 지난 10여 년 동안 양복을 별로 입지 않았을 뿐만 아니라, 새로 양복을 지어 입으려면 그 당시로서는 사법부장, 즉 장관의 한 달 월급을 들여야만 사 입을 정도였다. 보통 사람으로서는 양복을 입는다는 것은 상당한 출혈을 하거나 부정한 수입이 아니면 어려운 일이었다. 사법부장 때에도 그는 자기 사무실에서 도시락을 먹을 만큼 어떻게 보면 괴팍한 습관을 가지고 있었다고 한다. 그러나 그의 생각과 행동은 다른 데에 있었던 것이 아니다. 지금 우리의 형편에서 민족정기를 세우는 일이 급한 일이며, 고위 공직자일수록 스스로 청렴결백을 보여주어야 한다는 것을 공직자의 신념으로 가지고 있었기 때문이다.²⁸⁾

일제가 물러가고 재산상황은 극히 혼란했다. 공권력을 갖고 있으면 일제의 적산을 불하받거나 재산을 차지하는 일은 매우 수월했다. 김병로는 그런 것에 일체 관여하지 않았다. 다음의 일화가 사정을 이해하는 데 한 도움이 될 듯하다.

어느 날 군정청의 조병옥 경무부장이 김병로 사법부장을 관사로 찾아왔다. 조병옥은, “사법부장의 관사가 그리 누추해서야 어떻게 해방조선의 사법의 장으로 영을 세울 수 있겠는가”고 하면서 필동 관사(사법부장)와 북창동 관사(경무부장)를 맞바꾸자고 제안했다. 북창동 관사는 정원도 넓고 관저도 훨씬 컸다. 더욱이 해방정국의 경찰에 대해 워낙 말이 많고 원성의 표적이 된 터라, 총독부 경무부장이 살던 악마의 소굴에 해방조선의 경무부장이 들어가 산다는 것도 소란거리였다. 개인적으로는 존경하는 가인의 관사보다 큰 관사에 산다는 것도 죄송스럽다는 것도 보태서 설득했다. 그에 대해 가인은 다음과 같이 타일렀다고 한다.

²⁸⁾ 김진배, **가인 김병로**, 가인기념회, 1983, 144쪽.

“유석, 이 집이 어때서, 내가 살기에는 엄청나게 커. 유석이나 나나 서울에 집 한 칸이나 있었나. 나는 도봉산 밑 산언저리를 일구어 닭을 치고 고구마를 심었어. 어쩌다 서울에 오려면 기차 타고 와서 하루 이틀 친구집에 묵고. 자네는 서울은 물론 고향 공주에도 그런 집 한 칸도 없었고. …… 지금 우리가 이런 분수에 넘치는 큰 집에 살면서 누추하다 어떻다 말하게 되었나 말일세.”

총독부 관리가 살던 곳에 해방 후 경무부장이나 사법부장이 들어가 사는 데 대한 논란에 대해서는,

“미 군정청이 총독부 자리에 들어가 있고, 우리가 그 왜놈들이 탄압하던 그 자리에서 건국작업을 하고 있지 않은가. 내 집이 아닌데 집이 크고 작고가 무슨 문제가 되겠는가.”

조병옥이든, 김병로든, 해방 정국에서 엄청난 위세를 지녔다고 할 만한 그들은 큰 집은커녕 작은 집 하나도 불하받지 않았다. 일본인들이 살던 집, 적산가옥을 적당히 차지하고, 군정청과 줄을 대기만 하면 자기 것이 되는 풍조에서, 그들은 공직의 청렴성을 철저히 지켜갔고, 그 공직을 남용하여 재산불리기의 시도를 일체 하지 않았던 것이다.²⁹⁾

그랬기에, 1948년 8월 정부수립 직전까지의 사법부의 행적에 대해 이렇게 자신 있게 술회할 수 있었던 것이다.

그 후(사법부장 취임 후)에도 전반적 혼란은 그칠 줄 모르고 파행적으로 운영되는 군정이었지만 3년이란 기간에 법원 검찰 행형에 있어서 부정사실이나 오직(汚職)행위가 없었다는 것은 다행이었음을 말씀하고자 하는 것입니다.³⁰⁾

29) 위의 상황 묘사는, 김진배, **두 얼굴의 헌법**, 폴리티쿠스, 2013, 367-369쪽의 대화를 압축한 것이다. 김진배는 가인이 1959년부터 가인과 가까이 지낸 젊은 기자였다. 50년 전이지만, 워낙 생생한 이야기로, 기억하여 이번에 기록화했다.

30) 조선일보 1958. 1. 8.자.

Ⅲ. 미군정기 법전기초위원회에서 김병로의 역할

1. 법전기초위원회의 활동과 목표

① 미군정기에 법률가의 최대의 임무 중의 하나는 헌법의 제정이었다. 김병로의 이름은 초기 헌법제정과정에서도 여러 차례 등장한다. 첫 단계는 1946년 초 비상국무회의에서 각계 권위자 22명으로 구성된 ‘헌법·선거법수정위원회’를 만들었는데, 그중 김병로는 위원회의 ‘위원장’으로, 그리고 ‘헌법분과위원회’의 10명 위원 중 1인으로 선정되었다.³¹⁾³²⁾ 그 위원회에서는 동년 3월 초순에 이미 헌법안 초안이 대개 다 성안되었다고 한다.³³⁾ 두 번째는, 1947년 사법부 내의 법전기초위원회에서, ‘헌법기초분과위원회’에서 사법부장 김병로가 직접 분과위원장을 맡았다.³⁴⁾ 1948년 4월 20~28일 사이에, 헌법의 요강이 제출되고 결정되었으며 헌법초안까지 마련되었다. 제헌국회가 구성되자 이들이 다듬은 헌법초안은 국회의 ‘헌법기초위원회’에 참고자료로 제출되었으며, 이 초안은 유진오 안과 함께 제헌헌법의 골격이 되었다.³⁵⁾

이들 위원회에서 김병로 위원장과 함께, 부위원장을 맡아 주요한 역할을 수행했던 이 인 검찰총장의 언급은 훨씬 구체적이다.

중경임시정부가 환국한 뒤에 12월 2일이던가 …… 11월 초에 인촌 김성수 김규식 최동오 등 제씨가 한·미호텔에서 회동하여 헌법초안을 만들어 보자고 한 일이 있습니다. 임시의장에 김규식 씨를 내 가지고 기초위원회를 만들었는데 한민당 사람들로 주동이 되었지요. 그래 기초위원장에 김병로, 부위원장에 내(이 인)가 되고 기초 후에 축조심의를 하는데 조소앙 씨가 그때 정부 편에 가서 국무위원은 독립혁명운동을 20년 이상 한 사람이라야 한다고 이야기한 일이 있어서 김준연

31) 김수용, **건국과 헌법**, 경인문화사, 2008, 63쪽.

32) “비상국민회의 헌법 및 선거법수정위원회는 1946.2.8. 22명으로 결정”, 자유신문 1946. 2. 9.자; 한인섭 편, **항일민족변론자료집 IV**, 616쪽; “2.10. 위원장에 김병로, 부위원장에 이 인씨를 호선. 분과위원으로 <헌법과>최동오 김준연 김용무 강병순 김병로 안재홍 김약수 조만식 원세훈 김봉준. <선거법과>조경한 이 인 장택상 한근조 조병욱 고병국 유진오 <의원법과> 신익희 고창일 이봉구 김정설 정인보”, 자유신문 1946. 2. 13.자.

33) “비상국무회의서 3분과 개최”, 한성일보 1946. 3. 11.자(김수용, **건국과 헌법**, 63쪽에서 재인용).

34) 김수용, **건국과 헌법**, 177쪽.

35) 김수용, **건국과 헌법**, 191-192쪽.

씨한테 호되게 핀잔을 먹은 일이 있었지요. 그 후에 기초위원회 자체가 유아무야가 되고 말았지만 …….

그 후에 앞으로 독립은 될 터인데 헌법준비라도 없어야 되느냐고 김병로 씨 보고 이야기를 해가지고, 그때 군정사법부장인 미국인을 통해서 8개월이나 걸려 77개국 헌법을 구하였지요. 이래 가지고 김병로 한근조(당시 사법차장) 권승렬 유진오 …… 그 때 나는 검찰총장이었는데 나하고 여럿이 초안을 만들어 원안과 참고안 두 개(당시문헌을 제시)를 가지고 심의를 했습니다. 결국 바빠서 이호 씨에게 수정을 맡겼지요 …… 하야간 미리부터 준비를 하기는 했습니다.³⁶⁾

위의 언급에 따르면, △ 1946년 초에 김병로의 주도로 헌법초안을 제정했고, △ 비교헌법적 자료를 수집·정리했으며, △ 이를 토대로 헌법원안 및 참고안을 만들었다고 한다. 적어도 3개의 조문화된 헌법안이 김병로, 이 인의 주도하에 만들어졌다는 것이다. 이와 같이 김병로는, 헌법제정의 기초에도 실질적으로 관여하였다. 다만 본고에서는, 헌법제정과정의 검토에 초점을 두고 있지 아니하므로, 헌법에 관련된 부분에 대해서는 이 정도의 언급으로 그칠까 한다.

② 김병로의 법전제정과 관련된 구체적인 참여는 법전기초위원회에서 활동한 것이었다. 1947년 6월 30일에 이르러, ‘법전기초위원회’라는 조직이 만들어졌다. 이는 남조선과도정부 행정명령 제3호로 ‘법전기초위원회’라는 규정이 공포·시행된 데 의거한 것이다. 이 행정명령의 규정은 다음과 같다.³⁷⁾

남조선 과도정부 사법부(司法部) 내에서 수개월에 걸쳐 각 심리원 심판관 및 검찰관의 기초법전의 기초사업을 통괄, 조정, 촉진하며 조선재래(在來)의 사법행정을 현대화하며 민주주의화하기 위하여 법전기초위원회를 이에 설치함.

1. 법전기초위원회는 민권, 재산권, 친족관계, 상업관계, 범죄의 처벌, 법률의 시행 및 사법행정의 제수속에 관한 현행법에 대체하여 채용될 기초법전의 완전한 초안을 작성할 사명이 유함. 기초에는 조선의 관습법과 전통에 특히 유의하여 민주주의적 원리와 건전하고 현대적인 경향이 있도록 작성할 것임.
2. 법전기초위원회는 그 사업진행에 관하여 군정장관에게 정기보고를 제출하며 개개의 법전이 완성되는 시는 남조선과도입법위원회에 회부하며 군정장관의 동의를

36) 이 인, **애산여적**, 제1집, 세문사, 1961, 94-95쪽.

37) 미군정관보 1947. 6. 30. “남조선과도정부 행정명령 제3호 법전기초위원회”; 법원행정처, **주요 구법령집** 하, 1988, 347쪽; 최종고, “현대 한국법제의 형성과정고”, 56-57쪽.

얻기 위하여 군정장관에게 제출하여야 할 것임.

3. 법전기초위원회는 그 사무의 조성을 위하여 남조선과도정부의 관리 또는 애국적 민간인사로 법률지식이 있는 자를 위원으로 임명할 권한이 있음. 이 위원은 위원회의 규정에 의하여 임무를 이행할 것이며 그 성안에 대하여는 승인을 받음을 요함. 남조선과도정부관리는 위원으로서 이행한 봉사에 대하여 봉급 이외에 부가보수를 받을수 없으며 위원회 또는 위원의 업무에 관하여 발생하는 필요한 비용은 회계법규에 의하여 사법부 및 심리원의 예산으로써 지출함.
4. 법전기초위원회는 남조선과도정부의 각부, 처, 대행기관 및 보조기관으로부터 원조 및 정보를 요구할 권한이 있으며 국립도서관, 시립도서관, 국립법률도서관 각 심리원도서관 및 국립서울대학교도서관에 자유로 출입하여 서적을 열람할 수 있음.
5. 아래 제씨를 법전기초위원회의 위원에 임명함. 그에 대하여는 봉급 이외에 부가보수는 지불치 아니함.
 위원 및 위원장 (대법원장) 김 용 무
 위 원 (사법부장) 김 병 로
 위 원 (대검찰총장) 이 인
6. 법전기초위원회의 기타 위원은 필요에 응하여 수시 임명함.
7. 본령은 공포일부터 효력이 생함.

1947년 6월 30일

법전기초위원회는 ‘기본법전의 완전한 초안을 작성할 사명’을 띠고 출발하였다. 그 방향성은 ‘조선의 관습법과 전통에 특히 유의’하되 ‘민주주의적 원리와 건전하고 현대적인 경향이 있도록 작성’하는 것이었다. ‘행정명령’이란 법령에, 법전기초위원으로 직함과 함께, 김용무, 김병로, 이 인의 이름까지 명기한 것은 특기할 사항이다.³⁸⁾ 그만큼 그들의 직책상 지위뿐 아니라 인물 자체에 대한 비중과 신뢰를 엿볼 수 있는 대목이다. 사법, 법무, 검찰의 책임자들이 함께 법전기초를 위한 위원이 되는 것은 이후에는 볼 수 없는 모습이다. 그만큼 법전편찬이 국가 차원에서 중차대한 일임을 시사한다.

기타 위원들은 필요에 응하여 임시로 임명한다고 규정되어 있었다(제6조). 당시 ‘법전기초위원회’는 ‘법제편찬위원회’로도 널리 불렸다. 주요 법령별로 분과위원회를 구성했다. 그중에서 ‘형법분과’에는 양원일, 이천상, 김찬영이 법원 측 위원으로, 엄상섭, 조재천이 검찰 측 위원으로, 김광근이 변호사 측 위원으로 배치되었다.³⁹⁾

38) 신동운, “가인 김병로 선생과 법전편찬”, 17쪽.

이와 같이 한국의 기초법률을 제정한다는 야심찬 포부로 출발했지만, 위원회의 진도는 매우 느렸다. “그 발족이 있는 후 제1차의 회합에서는 별무소득이었고, 제2차 회합에서는 근근히 분과위원의 결정과 법전편찬위원회의 처무규정(處務規程)이 작성되었을 뿐”이고, 이후 동면상태에 있다가 1948년 4월 20일에 제3차 회합을 개최하는 정도였다.⁴⁰⁾

이렇게 지지부진하게 된 배경으로는, 우선 미군정기에는 정치적 긴장과 갈등이 극도에 달했고, 형사사법의 정치화가 극심했음을 들 수 있다. 사법행정기구도 이제 초기형성 단계였기에, 차분하게 법률의 제정에 전념할 여건이 되지 못했다. 법전기 초위원회의 핵심으로 지명된 3인의 수뇌부의 경우, 자신의 본래 업무만 해도 상상을 초월하는 격무였을 것이다. 따라서 법률요강 및 조문의 작성에 차분히 시간을 낼 수 없었을 것으로 짐작할 수 있다.

업무의 실질로 들어가서 보면, 우선 예산편성이 전혀 되지 못했다. 위원장 김용무는 “법제편찬위원회는 6법을 일제히 제정편찬하기 위하여 착수 진행하고 있으나 그러나 예산이 없으므로 용지도 사지 못하는 형편이며 현 사법부문에 있는 사람들이 이것을 말아보고 있는 형편”이라고 토로하였다.⁴¹⁾ 김병로 역시, 예산과 인력 부족을 별무성과의 원인으로 지목하고 있다.

조선법률을 전부 만들려다가 예산부족으로 못한 것이다 …… 전 법령을 새로 제정하려면 물질, 인적 요소와 상당한 시일을 요하는 중대사업이므로 부득이하여 군정법령으로써 일정시대의 조선인에 대한 차별법령 기타 제종(諸種) 악법을 폐지하고 기여(其餘)의 법령을 아직까지 적용하여 온 것이다. 그리고 앞으로 성립될 독립정부에 있어서는 정부성립 직후로 과거의 법령을 일소하고 새로운 법령으로만 국민에게 적용하는 것이 정상적일 것을 느끼고 과정(過政) 재직 중에 나로서는 신법령을 완전히 준비하여 국회에 통과케 하여 이것을 실시케 하려는 충심으로 법전편찬에 착수하였으나 여기에는 1천만 원 이상의 재용을 소요하였으므로 그 목적을 달성치 못하였다.⁴²⁾

39) 분과 및 위원의 명단은 “법제편찬위원회 분과 설치”, **법정**, 제2권 제11호, 법정사(1947. 11), 36쪽에 나와 있다(최종고, “해방후 기본법제의 제정과정”, **법제연구**, 제8호, 한국법제연구원(1995. 5), 107-108쪽에서 재인용).

40) 효당학인, “법전편찬에 대하여”, **법정**, 제3권 제6호, 법정사(1948. 9), 10쪽. 이 글은 신동운 편저, **효당 엄상섭 형사소송법논집**, 서울대학교 출판부, 2005, 53-61쪽에 현대어로 재수록 됨.

41) 향적산인, “김대법원장 대담기”, **법정**, 제3권 제6호(통권 제20호), 법정사(1948. 6), 31쪽; 최종고, “현대 한국법제의 형성과정”, 61쪽.

법전기초위원회가 애초에 표방한 사명을 실행하려면, 그것은 1-2년의 작업이 아니라 “앞으로 10년 동안은 걸려야 어느 정도 완전히 될 것”(김용무)⁴³⁾이라는 게 솔직한 입장이었다. 예산과 인력의 부족의 문제를 차지하고라도, 1947년 단계에서 한국인 법률가들의 법학 및 법제의 지식의 수준으로는 근본적으로 여러 법률의 시급한 제정이란 목표에 도저히 도달할 수 없었다.⁴⁴⁾

③ 한편, 새로운 법률의 제정은 절박한 민족적 과제로 인식되었다. 김병로를 비롯한 당시의 지도적 법조인들은 이 상황을 이렇게 인식하였다.

“일본법은 우리의 형극 같다. 이를 국민에게 적용한다는 것은 나로서는 심통(心痛)할 일이었다.”(김병로)⁴⁵⁾

“그러나 현재 왜놈이 만든 법제를 그대로 쓰고 있으니 이것은 자손에게도 치욕이 되므로 불행하드래도 우리나라 법전을 우리나라 말로 하루 속히 편찬하여…….”(김용무)⁴⁶⁾

“해방 이후 3년에 가까운 광음이 흘렀다. 짧다면 짧은 기간이었을는지 모르나 즉시 독립을 희구하는 우리에게 있어서는 상당히 장구한 기간이었다. 그럼에도 불구하고 우리는 왜어로 된 법전을 사용하고 있으니 해괴한 일이 아니냐? 불행히도 참으로 불행하게도 아직 우리가 미군 점령 하에 있으니 왜제시대의 법전을 쓰면서도 변명할 여지가 있을는지 모르나 진작 우리가 독립정부를 세웠던 들 침식을 잃고라도 벌써 우리의 법전을 내어 놓고야 말았을 것 아닌가?”(효당학인)⁴⁷⁾

42) 국사편찬위원회, **자료 대한민국사** 7, 탐구당, 1974, 805쪽.

43) 향적산인, “김대법원장 대담기”, **법정**, 제3권 제6호(통권 제20호), 법정사(1948. 6), 31쪽; 최종고, “현대 한국법제의 형성과정고”, 61쪽.

44) “편찬위원의 대부분은 법률실무가이고 순전한 학자도 없다. 학자가 있다고 하여도 왜제의 억압 때문에 마음놓고 연구할 기회를 가지지 못하였던 것을 긍정 아니할 수 없다. 우리의 법학수준으로서 무모한 개혁을 주장한다는 것은 지식답지 못한 경거(輕舉)이거나 외세추종의 비난을 면치 못할 것이다.”(효당학인, “법전편찬에 대하여”, 10쪽; 신동운 편저, **효당 업상섭 형사소송법논집**, 55쪽)

45) 국사편찬위원회, **자료 대한민국사** 7, 탐구당, 1974, 805쪽.

46) 향적산인, “김대법원장 대담기”, **법정**, 제3권 제6호(통권 제20호), 법정사(1948. 6), 31쪽; 최종고, “현대 한국법제의 형성과정고”, 61쪽.

47) 효당학인, “법전편찬에 대하여”, **법정**, 제3권 제6호, 법정사(1948. 9), 10-11쪽. 여기서 ‘효당학인’은 효당 업상섭의 필명임을 신동운 교수가 밝혀낸 바 있다.

이와 같이 1948년까지 최대의 당면과제는 ‘조선말로 된 법전’이라도 우선 가져야 하겠다는 것이다. 해방이 되었는데도 일제 법전을 그대로 쓴다는 것은 형극(荊棘)같은 심통함을 안겨주는 것이며, 해피한 일이고, 치욕적인 상황임에는 의견이 일치했다. 침식을 잊고라도 ‘우리의 법전’을 가져야 하겠다는 책무감에는 누구도 이의가 없었다. 그러면 제한된 인적-물적 여건 하에서 구체적으로 어떤 작업의 단계에 이를 수 있을 것인가.

2. 형법: 기초요강의 작성

법전기초위원회에서 먼저 주력한 일은 각 법률의 기초요강의 작성이었다. 1948년 4월에 이르면 일부 법률의 요강이 기초되고 있다. 저간의 사정은 다음 기사에서 짐작할 수 있다.

사법부에서는 일정시대의 법률이 가지고 있는 폐단을 일소하고 우리 국정에 알맞은 법률을 제정하고자 법제편찬위원회 내에 각 분과위원회를 조직하고 형사소송법을 위시하여 형법 헌법 상법 등 제법을 공포하고 있었는데 편찬한 요강이 완성되어 4월 28일 각 분과위원회에서는 그 요강을 편찬위원회에 회부하였다. 그런데 이번 편찬에 있어서 주로 국어로 된 법률제정과, 내용에 있어서 왜색이 농후한 조문을 삭제하고, 일반적으로 민주주의의 장점을 반영시켰다 하는데, 각 조문은 5월 20일까지 제출하기로 되었고, 결정된 초안은 수립될 국회의 통과가 있어야 비로소 효과를 나타내게 되는데 그렇게 되려면 장구한 시일이 필요하게 되므로 그때까지 이 초안을 통용하게 될 것으로 보이고 있다.⁴⁸⁾

위 기사에서 보듯이, 1948년 4월 28일 법전기초위원회의 각 분과위원회에서는 그동안 작성한 요강을 전체 위원회에 회부하였다. (이후의 회의에 대한 소식이 없는 것으로 보아) 이 회의에서 기초요강을 확정된 것으로 보인다.⁴⁹⁾ 그러나 “각 조문을 5월 20일까지 제출”하여 제헌“국회의 통과”까지 성취하고자 했던 갈망은 이루어지지 않았다. 조문화의 정도에 이르기까지 시간이 너무도 촉박했기 때문이다.

미군정하에서 형법 제정과 관련하여 성취한 최종점은, 법전편찬위원회에서 <형

48) “신조선법의 요람 - 사법부서 형법요강 등 결정 -”, 경향신문 1948. 4. 29.자.

49) 이후의 회의에 대한 소식이 없다는 점, 분과위원회에서 회부한 내용(경향신문, 조선일보 1948. 4. 29.자 보도)과 법제편찬위원회 형법기초요강(법정, 1948. 7. 전문게재)의 내용이 동일하다는 점을 가지고 추론해보면 그렇다.

법기초요강>을 확정, 통과시킨 일이었다. <형법기초요강>⁵⁰⁾의 내용에 대해서는 다음과 같이 정리할 수 있다.⁵¹⁾

먼저 ‘총괄적 요강’이 있다. 모두 12개가 나열되어 있으나, 주요사항만 제시하면 다음과 같다.

1. 용어는 언문일치체로 하여 왜색이 농후한 직역어와 일반적으로 사용치 아니하는 한자와 기괴한 언사를 피할 것.
2. 각 조문의 내용에 있어서 왜색을 일소하고 한국고유의 미풍양속을 순화 양양 하도록 할 것.
3. 각 조문의 내용에 있어서 세계대세에 역행하지 아니하도록 유의할 것.
4. 형의 경중의 민족의 존엄성과 복리증진상 미치는 영향의 강약에 상응하도록 할 것.
5. 현재 단행법으로 되고 있는 형벌법규중 자연법(형사법)적 성질을 가진 것은 형법에 총괄할 것.
6. 각칙의 장(章) 순은 죄질의 공익적인 것으로부터 시작하여 사익적인 것에 미치도록 할 것.⁵²⁾

형법 전체의 골격에 해당하는 편·장 편제에 대하여 엄상섭 분과위원은 다음과 같이 해설하고 있다.

의용형법과 다른 점이 많다. 그렇게 한 이유는 중국, 불국, 이태리, 독일, 서서, 인도 등의 각국의 성문형법을 참고로 하여서 이론적으로 장(章) 순을 정하려는 데 있다. 법례를 제1장으로 하는 것은 각국의 거의 공통되는 바이고, 과형의 전제조건이 죄이므로 제2장에 ‘죄’를 배치하였다. 만일 이론적인 개념분류로 일관한다면 죄의 장 하에 미수범, 공범, 누범, 경합범을 넣는 것이 좋을 터이나 너무나 너저분하게 되므로 그들을 각각 1장으로 한 것이다.

죄의 다음에는 필연적으로 ‘형’을 배열하여야 할 것이며 이론적인 개념분류의 방식을 취하지 아니하고 형의 적용, 선고유예 등을 모두 1장식으로 하였다. 그러나 형의 적용, 선고유예, 형의 집행유예, 가석방, 형의 시효, 복권의 순으로 배열

50) 형법기초요강의 전문은 신동운, **형법제·개정자료집**, 한국형사정책연구원, 2009, 12-18 쪽에 수록되어 있다. 이 전문의 출처는 법정 편집부, “조선법제편찬위원회 기초요강 (2)”, **법정**, 제3권 제7호(통권 제21호), 법정사(1948. 7), 45-46, 49쪽이다.

51) 기초요강의 전문을 필자의 기준으로 재선별, 구성한 것이다.

52) 신동운, **형법 제·개정자료집**, 14쪽.

한 것은 이론적 순서에 따른 것이다. 기한을 총칙 말장(末章)으로 돌린 것도 이론상 그렇게 할 수 밖에 없었다.⁵³⁾

형법총칙의 개정요강을 보면, 범죄론 부분에서 부작위범, 정당행위, 자구행위, 불능범, 중지미수 등의 신설을 예정하고 있다. 그중에서 자구행위 부분은 법전기초위원회 총회에서 부결되었다고 한다.⁵⁴⁾ 그리고 공범에서 “단체주의적 처벌을 받을 특수공범, 개인주의적 처벌을 받을 특수공범”을 처벌할 별도의 조문을 두고자 한다.

형벌론 부분에서, 형의 종류 중의 하나로 ‘거주제한’을 두고, ‘부정기형’을 삽입하였다. 보안처분의 포함 여부에 대하여는 혼선이 있었다. <법정>지에 발표된 바에 따르면⁵⁵⁾ ‘보안처분’을 두고 그 종류로 ‘감호처분(심신장애자 및 농아자)’, ‘교정처분(주정(酒精)중독자 및 마약중독자)’, ‘노작처분(부랑자 및 노동혐기자(勞動嫌忌者))’, ‘예방처분(우범자)’을 설정한다. 이는 구일본형법과도 매우 다른 점인데, 개정형법가안을 대폭 끌어온 것이다. 이런 조항들은 주관주의 형벌이론에 따라, 형벌에 못지않게 사회방위처분적 요소를 활용할 것을 상정하고 있는 것이다. 그러나 업상섭에 따르면, 이 보안처분(제14장)은 “형법분과위원회에서 통과하였을 뿐이고 총회에서 부결되었다”고 명확히 증언하고 있다.⁵⁶⁾ 그에 따르면, “우리나라의 현실 상태로 봐서 그를 실행함에는 다대한 곤란이 예상되므로 그만두기로 하였다.”⁵⁷⁾ ‘상습범에 대하여 형을 가중하는 범위를 확대할 것’도 주관주의 형벌이론과 같은 취지로 볼 수 있다.

‘사형 및 무기를 법정형으로 하는 범위를 가급적 축소할 것’은 세계대세에 부응하는 견지에서 이해될 수 있다.

형법각칙 부분에서 논란되었던 대목은 간통죄의 삭제 여부에 대한 것이었다. 1948년 법전기초위원회 분과위원회에서 간통죄 부분은 1) 친족상간을 처벌하는 규정,

53) 업상섭, “형법요강해설(1)”, **법정**, 제3권 제9호, 법정사(1948. 9), 18-19쪽(신동운, **형법제·개정자료집**, 20쪽에서 재인용).

54) “자구행위도 위법성이 결여한 것으로 규정할 것이 계기(揭記) 되었으나 총회에서 부결되었다. 그 이유는 위원 다대수가 자구행위의 개념을 정확하게 파악치 못함에 있는 듯하였다.”(업상섭, “형법요강해설(1)”, 19쪽)

55) 법정 편집부, “조선법제편찬위원회 기초요강(2)”, 45쪽.

56) 업상섭, “형법요강해설(1)”, 18쪽.

57) 다만 “그 시기가 성숙하게 되면 형법의 일부 개정 또는 단행법으로 제도화시켜야 한다는 것은 거의 일치된 견해였다”고 부연한다. 업상섭, “형법요강해설(2)”, **법정**, 제3권 제10호(통권 제24호), 법정사(1948. 10), 12쪽(신동운·허일태 편저, **효당 업상섭 형법논집**, 서울대학교 출판부, 2003, 55쪽).

2) 간통죄를 삭제하는 규정 등에 대하여 분과위원회에서 의견이 나왔으나, 의견이 상반되어 결정을 보지 못했다.⁵⁸⁾ 그리하여 전체 위원회에 회부했던바, 거기서는 “간통죄는 남녀평등의 이념에 비추어서 남녀를 동일한 조건으로 처벌하기로 하되 친고죄로 할 것”으로 결정되었다.⁵⁹⁾ 이는 일제하의 단벌주의로부터 쌍벌주의로의 이행을 의미했다. 이는 분과위원으로서 각칙을 담당하고 있던 엄상섭 위원의 제안이기도 했다.⁶⁰⁾ “간통행위를 전연 불문에 부친다는 것은 도리어 여성에게 불리한 결과를 초래하게 될 것이므로 남녀를 동등한 조건으로 처벌함이 타당하며, 가정의 평화유지를 위하여 친고죄로 하여야 한다”는 것이 그 논리적 근거였다.⁶¹⁾

이 형법기초요강에 대한 김병로의 기여도는 어떠했던가. 이 단계에서 김병로가 어떤 역할을 했는가에 대해서는 특별한 언급을 찾을 수 없다. 다음 몇 가지를 단서로 하여 접근해볼 수 있겠다.

첫째, 법령별 소위원회를 살펴보면, 형법의 경우 양원일 판사가 총칙을,⁶²⁾ 엄상섭 검사가 각칙을 기초하기로 하였고, 형사소송법의 경우는 정운환 판사가 전반부를, 이호 검사가 후반부를 기초하기로 하였다.⁶³⁾ 형법 분과위원회에는 양원일, 이천상, 김찬영, 엄상섭, 조재천, 김광근이 위원으로 관여하였다고 되어 있지만, 기초위원으로서는 총칙 부분을 양원일 판사가, 각칙 부분은 엄상섭 검사가 책임을 맡았고, 실제로도 양인이 대부분의 역할을 다 한 것으로 보인다. 엄상섭은, 총칙의 “요강안도 주로 양판사가 결정한 것”이라고 명시하고 있다.⁶⁴⁾ 다만, 구형법에는 없는 조항들, 가령 부작위범, 정당행위, 자구행위, 불능범 등의 조항에 대해서는 (1949년의 작업에서 후술하듯이) 김병로가 조문의 자구 하나하나에까지 자신만의 견해를 주입하고 있는데, 요강안에 이 항목들이 등장하는 것을 보면 김병로가 요강 단계에서도 실질적으로 관여했음을 짐작할 수 있다.

58) “신조선법의 요람 - 사법부서 형법요강 등 결정 -”, 경향신문 1948. 4. 29.자.

59) 신동운, **형사법제정자료집(1) 형법**, 한국형사정책연구원, 1990, 11쪽.

60) 엄상섭은 간통죄 쌍벌주의의 “원안 제안자”임을 밝히고 있다. 엄상섭, “간통죄 철폐와 그 사회적 영향”, **민성**, 제6권 제2호(통권 제43호), 고려문화사(1950. 2), 49쪽(신동운·허일태 편저, **효당 엄상섭 형법논집**, 187쪽에서 재인용).

61) 엄상섭, “형법요강해설(2)”, 14쪽(신동운·허일태 편저, **효당 엄상섭 형법논집**, 62쪽).

62) “총칙부는 그 기초책임을 양원일 판사가 분담하였기 때문에 그 요강안도 주로 양판사가 결정한 것이다.”(엄상섭, “형법요강해설(1)”, 18쪽)

63) 신동운, “제정형법의 성립경위”, **형사법연구**, 제20호(2003년 겨울), 한국형사법학회, 13쪽; 신동운, “제정형사소송법의 성립경위”, **형사법연구**, 제22호, 한국형사법학회(2004. 12), 161쪽 이하.

64) 엄상섭, “형법요강해설(1)”, 18쪽.

또한 각칙 부분에서, 김병로의 특색적 관여 부분도 잘 간취되지 않는다. 예컨대 1948년 기초요강에는 간통죄를 남녀평등하게 처벌하는 것으로 하고 있음에 반하여, 1949년 김병로가 법전편찬위원장으로 적극 관여했을 때는, 간통죄 삭제 쪽으로 위원회 의견이 확정되었다.⁶⁵⁾ 그리고 그는 1953년 국회 본회의에서도, 정부원안(쌍벌주의)에도 불구하고 법전편찬위원회에서 폐지론 쪽으로 결론을 내렸음을 특별히 언급하고 있다.

다른 한편 엄상섭의 “형법요강해설(1)”에서도 알 수 있듯이, 분과위원회의 안에 대하여 전체위원회는 일정한 부분을 수정하는 역할을 했다. 되풀이되는 감이 있지만, 다시 한 번 정리해보면, 첫째, 자구행위 조항 포함안을 부결시켰다. 둘째, 보안처분 장에 대해서는 우리 현실상의 곤란을 이유로 부결시켰다. 셋째, 간통죄의 포함/삭제 여부에 대해 분과위원회는 찬/반으로 나뉘어 결정내리지 못하였으나 전체 위원회에서는 쌍벌주의의 포함으로 결정했다. 1949년 김병로가 주도한 형법초안과 비교해보면, 당연히 포함되기 어려운 보안처분 장을 제외하고는, 자구행위/간통죄 등에 대해 형법초안과 상반되는 결론을 내리고 있다. 이 역시, 1948년 단계에서 김병로가 전 단계에서 주도적으로 개입한 것은 아님을 추측케 한다 할 것이다.

IV. 정부수립 후 법전편찬위원회 위원장으로서 김병로의 역할

앞서 정리했듯이, 미군정하에서 법전편찬사업은 애초의 목표대로 추진되지 못했다. 예산과 인력의 부족, 격심한 정치 갈등, 급박한 정부수립을 위한 현안의 처리에 급급하여, 진지하고 세밀한 검토를 요하는 법률제정사업은 아무래도 뒷전에 놓일 수밖에 없었다. 그러나 독립국가에서 신정부하에서 일제하의 구법령을 그대로 적용할 수밖에 없다는 사실은 참담하였다. 군정말기의 일반적 상황에 대하여 김병로는 다음과 같이 슬회하였다.

나는 2년 유여의 재직 중에 일신의 병고와 생활상 곤란을 고려할 여념이 없이 심정을 다하여 노력해 왔으나 특수정정(特殊政情)의 제약 하에 있었을 뿐 아니라 일반정계에 미치는 사상 급 경제의 혼란으로 예기한 바와 같은 성과를 얻지 못하

⁶⁵⁾ 김병로는, 간통죄 불벌, 동성동본 결혼 허용 등의 입장을 지론을 갖고 있었다(김진배, **가인 김병로**, 129쪽). 이 부분들에 대해서는 그의 의견이 입법으로 관철되지 못했다.

고 항상 현상유지에 그쳤을 뿐이다.⁶⁶⁾

과정시대에 …… 법제편찬위원회라는 구상을 했으나, 실지에 있어서 편찬사업에 착수하지 못하고 대한민국이 수립됨에 따라 모든 법전이 헌법을 기초로 하지 않으면 아니 되기 때문에 정식 기초하고 착수하는 것은 헌법이 시행된 후에야 착수가 되는 것은 자연한 이치일 것입니다.⁶⁷⁾

1. 법전편찬위원회의 구성

정부수립과 동시에 기본법률의 편찬작업을 맡은 기관은 법전편찬위원회였다. 1948. 9. 15. <법전편찬위원회 직제>⁶⁸⁾가 공포되었다. “사법(司法)에 관한 법전을 편찬하기 위하여 법전편찬위원회를 둔다”고 했고, 그 기구는 대통령의 감독에 속한다(제1조). 법전편찬위원회의 임무는 “민사, 상사 및 형사의 기초법전과 기타 소송, 행정 등 사법법규의 자료를 수집·조사하여 그 초안을 기초, 심의한다”(제2조). 이 법전편찬위원회는 1961년 5.16 군사쿠데타 직후 구법령정리에관한특별조치법에 따라 폐지될 때까지 존속하면서, 법전편찬의 기초사업을 수행하였다.⁶⁹⁾

법전편찬위원회의 구성은, 위원장 1인, 부위원장 2인, 위원 50인 이내로 했다. 법률마다 분과위원회를 두고, 임시적 필요가 있을 때에는 임시위원을 둘 수 있다. 이 직제규정에는 법전편찬위원의 명단도 열거하고 있다. 위원장엔 김병로, 부위원장은 이 인, 그리고 위원은 권승렬, 김용무 등 50인이었다.⁷⁰⁾ 그리고 법률안심의위원

66) 국사편찬위원회, 자료 대한민국사 7, 805쪽; 한인섭, 한국형사법과 법의지배, 68-69쪽.

67) 김병로, 형법안 제1독회 석상에서의 발언, 제15회 국회정기회의속기록 제55호, 1953. 4. 16, 2쪽; 신동운, 형법제·개정자료집, 113쪽.

68) <대통령령 제4호, 法典編纂委員會 職制> 1948. 9. 15. 정부 관보 제4호(대한민국공보처)에 대통령령 제4호로 공포.

69) 구법령정리에관한특별조치법은 1961. 7. 15. 제정되었다. 그 부칙에는 “법전편찬위원회 직제는 폐지한다. 법전편찬위원회의 소관사무는 본법 공포일로부터 10일 이내에 법령정리위원회에 인계하여야 한다.”고 규정했다.

70) <대통령령 제4호, 法典編纂委員會 職制, 법전편찬위원 명부>

위원장 : 金炳魯

부위원장 : 李仁

위원 : 權承烈 金用茂 姜炳順 金甲洙 閔復基 李相基 洪璉基 金瓚泳 梁大卿 盧鎮高 李明燮 金又烈 韓格晚 金潤根 鄭潤煥 張璟根 梁元一 林漢璟 金泰瑛 閔瞳植 嚴詳燮 李濬 金闔鎬 鄭文謨 李炳鎔 朴宗根 玉濬珍 金溶燦 金潤壽 金寧在 申彥瀚 元澤淵 俞鎮午 李天祥 權寧旭 趙鎮滿 申泰益 金準杵 崔秉錫 崔丙柱 高秉國 張厚永 裴廷鉉 金溶植 尹容燮 玄相允 崔奎東 李順鐸 崔泰永 張利郁.

<출처: 관보 제4호 1948년 9월 15일>

으로, 김병로(위원장), 이 인, 권승렬(이상 부위원장), 그리고 위원으로 최병주, 김갑수, 엄상섭, 정윤환 등 4인이었다.⁷¹⁾

위원장 및 위원의 구성은, 어떤 직책을 갖고 있음에 따른 당연직은 아니었던 것 같다.⁷²⁾ 예컨대, 김병로는 대법원장 재임기간 내내 법전편찬위원회의 위원장이었고, 대법원장을 그만두면서, 동 위원회의 위원장도 사직한 것으로 생각된다. 이 인은, 이 법전편찬위원회가 해산되는 1961년까지 부위원장에 이어 위원장직을 역임하였다.⁷³⁾ 따라서 이 법전편찬위원회 위원장, 부위원장은 직책과 실력을 두루 고려한 인선이었다고 할 수 있다. 법전편찬위원회의 임무에, 정치적으로 직접 관련을 갖는 법률(가령 선거법, 정치관계법 등)은 포함되어 있지 않으며, 법원, 검찰, 교정 등에 관련된 ‘사법법률’의 초안작성이 주임무이기에 이렇게 정평있는 법전문가에게 장기적인 입법기초작업이 맡겨질 수 있었다고 생각된다.

김병로 대법원장은, 법전편찬위원장으로서 당면문제 관한 소신을 다음과 같이 밝혔다.

9월 14일 정오 이후에 행하여지는 재판은 신정부의 헌법에 의한 사법재판이다. 헌법에는 현존 법령, 기타 여러 가지 법률이 헌법에 저촉되지 않는 한 계속 사용될 것이라고 규정되어 있는데, 속히 우리나라의 형법, 기타 법률을 제정하여야 할 것이다. 군정이 남긴 법령 중에서 포고령은 가장 범위가 넓은 것으로 적용 여하에 따라서는 일반에게 적지 않은 불편을 주게 될지도 모르는 터이므로 그 중에서 필요한 내용만을 선택해서 단행법을 제정하도록 정부와 국회에 요청중에 있다.⁷⁴⁾

출범과 함께, 법전편찬위원회에서 추진한 일은 미군정하에서 이룩된 입법기초작업을 추인하고, 심의·확정하는 일이었다. 법전편찬위원회에서는 각 법률의 ‘요강’을 심의, 확정하고, 그에 기초하여 법률 초안의 작성, 그리고 그 초안을 정부에 제출하는 것을 기본 임무로 했다.

이렇게 ‘요강’ 작성단계에서의 법전편찬위원회의 기본방침은, 역시 ‘일본어로 된 법전’의 탈피였다. ‘조선말로 된 법전’이라도 갖자는 것이었다. “현재의 일본법전

71) 신동운, **형법제·개정자료집**, 33쪽.

72) 이 점에서, 법전기초위원회의 위원장, 부위원장이 대법원장, 사법부장, 검사총장 등으로 명시되어 있음과 대비된다.

73) 이 인, **반세기의 증언**, 명지대학 출판부, 1974, 206쪽.

74) “金炳魯 대법원장, 법전편찬위원회 구성하여 각종 법령제정할 것을 밝힘”, 호남신문 1948. 9. 19.자.

을 토대로 하고 이것을 번역하는 정도로도 속히 기초하자는 실천방침이 법전편찬 위원회에서 결정되었다”는 점은 확실하다.⁷⁵⁾ 동시에 그런 수준의 요강을 만들어내긴 했어도, 그것의 한계점 역시 누구나에게 분명했음은 실제 입법에 종사한 인사들의 평가에서도 분명하다.

말이 민사소송법 요강이지 실질에 있어서는 현행 민사소송법의 개정요강에 불과하다. 교지(巧遲)보다는 졸속, 정 부득이하다면 번역 정도의 입법이라도! 이러한 구호 밑에 발족한 법전편찬위원회 밑에서는 필연적인 귀추이다.⁷⁶⁾

군정당국으로부터 언제까지 일본문의 육법전서를 쓰기 어려우니 조선의 법률을 만든다는 것보다 조선문(朝鮮文) 법률을 만드는 의미에서 군정법령에 의하여 현행 되는 상법을 중심으로 요강을 하나 만들어보라는 지시가 있었으므로 이러한 각도에서 여가에 만든 것이 본 요강이다. 그러므로 법률요강이라는 것보다 현행 상법 개정요강이라고 말함이 적절하겠다.⁷⁷⁾

2. 형법 초안의 확정단계

1948년 후반기 및 1949년 전반기는, 대체로 각 법률의 ‘요강’을 작성하는 단계였다. 우선 미군정하에서 작성된 ‘형법요강’이 1948. 12. 11. 법전편찬위원회에 제출되어, 원안대로 통과되었다. 이어 1949년 1월 ‘형사소송법 요강안’이 심의되고 확정되었다.⁷⁸⁾ 한편 1948. 12. 20. 민사소송법 분과위원회에서 ‘민사소송법 요강’을 작성하여 위원회에 제출했다. 민법의 경우, 1948년 4월 내지 5월경, 총칙 및 물권편의 일부를 작성하여 ‘조선임시민법전 편찬요강’을 작성⁷⁹⁾한 바 있다. 이어 1948. 12. 15. 민법전 기초작업에 착수했고, 1949년 어느 시점에서인가 ‘민법전편찬요강’

75) 홍진기, “새 회사법의 요강해설”, **법정**, 제3권 제11호(통권 제25호), 법정사(1948. 11), 13쪽; 최중고, “현대 한국법제의 형성과정고”, 73쪽.

76) 김갑수, “민사소송법요강해설”, **법정**, 제3권 제11호(통권 제25호), 법정사(1948. 11), 20쪽; 최중고, “현대 한국법제의 형성과정고”, 72쪽.

77) 김준평, “상법총칙 및 상행위법 요강 해설”, **법정**, 제3권 제9호(통권 제23호), 법정사(1948. 9), 20쪽; 최중고, “현대 한국법제의 형성과정고”, 73쪽.

78) 신동운, “가인 김병로 선생과 형법 및 형사소송법의 편찬”, <가인 김병로 서세 50주기 학술심포지엄: 가인 김병로와 21세기 사법부>자료집, 법원행정처, 2014, 323쪽.

79) 총칙 및 물권 편지 일부 작성. 1948. 8. 이전에 작성된 것이라 추정할 수 있을 뿐, 구체적인 작성완료일자를 알 수 있는 자료는 없다. 김재형, “민법의 기초자 가인 김병로 - 민법 제정에 관한 그의 업적과 사상 -”, <가인 김병로 서세 50주기 학술심포지엄: 가인 김병로와 21세기 사법부>자료집, 법원행정처, 2014, 183쪽.

을 작성하였다.⁸⁰⁾ 이와 같이 형법, 형사소송법, 민법, 민사소송법은 1948년 말 내지 1949년에 이르러 ‘요강안’의 작성단계까지 확정되었다.

그리고, 이 중에서 1950년 6.25 이전에 조문화된 ‘초안’까지 확정된 것은 형법 밖에 없다. 즉 형법은 1949. 11. 12. 형법초안을 최종결정하였다. 여론은 거듭 법전 편찬사무의 지연을 비판했지만, 제대로 진도를 내기 어려웠던 내부사정도 충분히 수긍할 만하다.⁸¹⁾

구체적으로 들어가면, 형법은 법전기초위원회의 사업을 계승하였다. 총칙의 기초는 역시 양원일 위원이, 각칙의 기초는 엄상섭 위원이 분담하였다. 그런데 조문화를 위한 초안을 작성하는 과정에서 돌발변수가 발생했다. 1949년 3월 3일 양원일 위원이 서거⁸²⁾하는 변고가 발생했다. 그런 상황에서 김병로 위원장은 총칙의 기초를 “자담”하게 되었다.⁸³⁾ 그러면 양원일 위원은 사망 직전까지 총칙 부분에서 얼마만한 진도를 내고 있었던가. 그다지 진전을 내고 있지 못했던 듯하다.⁸⁴⁾

결국 김병로는 총칙의 규정 한조문 한조문을 만들었다. 엄상섭 위원은 각칙을 기초했다. 그 첫 성과로 우선 제1가안을 탈고했다. 이 가안은 법률안심의회위원회에 제출되었는데, 이 위원회는 위원장(김병로), 부위원장(이 인, 권승렬), 위원(최병주, 김갑수, 엄상섭, 정윤환)으로 구성되어 있었다. 이 위원회는 1949. 6. 20.부터 동년

80) 완성일을 정확히 기록하고 있는 자료는 없다. 위 요강이 실려있는 장후영 변호사의 **현행 민법총론**(동연사)이 1950. 5. 15. 발행되었으므로, 그 이전에 요강이 작성되었음을 알 수 있다.

81) “당국자 말에 의하면 헌법전편찬위원회는 전부가 정부관리 및 현직자이며 특히 법관들의 예를 들어볼 때, 헌하 사태로 인하여 1인당 평균 1일 2, 3권을 담당하여야 할 것임으로 그 일만도 감당키 어려우니 법전을 편찬한다는 것은 도저히 불가능한 일이라고 한다.”(“형법 총칙만 완성 - 법전편찬위 사무지지 -”, 자유신문 1949. 9. 6.자).

82) 당일 밤 양원일 판사는 술을 마시고 종로구 인현동 숙소로 가던 도중, 헌병이 카빈소총을 들이대고 “누구나?”고 소리쳤다. “내가 바로 양원일이다. 너는 누구나?”면서 허리에 찬 권총을 뽑으려는 찰나, 헌병이 카빈총을 발사하여 양원일은 즉사했다. 그때 초소헌병은 살인혐의로 기소됐으나 무죄판결을 받았다. 신동운·허일태 편저, **효당 엄상섭 형법논집**, 250쪽. 엄상섭은 “양원일군을 보내면서”라는 애도사를 썼다. **법정**, 제4권 제4호(통권 제30호), 법정사(1949. 4), 32-33쪽; 신동운·허일태 편저, **효당 엄상섭 형법논집**, 249-259쪽에 수록. 김갑수, **법창 30년**, 법정출판사, 1970, 107쪽도 아울러 참조.

83) 신동운, **형법제·개정자료집**, 34쪽.

84) 신동운 교수는 “형법총칙은 모든 형벌법규에 공통적으로 적용되는 극히 중요한 준칙이다. 형법총칙의 기초는 누구나 맡아보고 싶어하지만 여간한 기량이 없이는 감당할 수가 없다. 양원일 판사의 형법총칙 기초 작업이 지지부진하였던 것도 바로 이 때문이었을 것이라고 생각한다.”(신동운, “가인 김병로 선생의 범죄론 체계와 한국형법의 총칙 규정”, **서울대학교 법학**, 제49권 제1호(통권 제146호), 2008. 3, 5-6쪽)

9. 12.까지 전후 13차례에 걸쳐 심의를 거듭한 후 제2가안을 완성했다. 이 심의위원회가 계속되는 중에, 먼저 심의가 완료된 형법총칙 부분이 법전편찬위원회에 제출되었다.⁸⁵⁾

제2가안은 위원회에서 전후 11회에 걸쳐 토의를 거듭한 결과, 1949. 11. 12.에 법전편찬위원회의 초안이 확정되었다. 그리고 자구와 조문체제에 대한 세밀한 검토는 업상섭 위원에게 일임되었다.

이렇게 만들어진 법전편찬위원회 초안이 언제 정부로 넘어갔는지, 정확한 일자 는 알 수 없다. 첫 초안인 만큼 법전편찬위원회의 초안 확정 및 자구수정과 동시에 정부로 이동되었을 수도 있을 것이다. 그러나 이후 정부도, 국회의 사정은 순탄치 않았다. 당장 1950. 5. 30. 국회의원 총선거가 있었고, 뒤이어 전쟁의 발발로 인해 형법안의 국회 검토 자체가 불가능하게 되었다. 결국 정부가 부산에 피난을 가 있었던 1951. 4. 13. 정부안이 국회에 제출되었다.⁸⁶⁾

형법 초안 작성에서, “제일 말썽이 많았던” 죄는 간통죄였다.⁸⁷⁾ 법전편찬위원회에서는 그에 대해 심의를 거듭한 결과 “현대적인 민주사상으로선 죄의 구성이 곤란하다는 이유로 본 법안에 간통죄를 규정치 않기로 가결”했다.⁸⁸⁾ 논의과정을 보면, 법전편찬위원회 형법분과위원회에서는 간통죄 철폐의 형법초안이 기초되었다. 그에 대해, 총회에서는 두 가지 개의안이 제출되었다. 그중 ‘여자만 처벌과’는 총 21명 중 10명의 동의를 얻었고, 업상섭의 공벌주의(쌍벌주의)는 7명의 찬성을 얻는데 그쳐, 개의안은 통과되지 않았고, 결국 원안(철폐안)이 총회를 통과했다.⁸⁹⁾ 남녀 평등이란 민주사상의 실현이란 점이 폐지론의 기본적 논거였다. 그러나 간통죄 폐지에 대한 논란은 여전히 분분하였다.⁹⁰⁾ 한 언론에서는 상반된 입장을 다음과 같

85) 형법총칙 부분은 1949. 9. 3. 법전편찬위를 통과했다. 자유신문, 1949. 9. 6.자.

86) 신동운, “효당 업상섭 형법논집 해제”, **효당 업상섭 형법논집**, 326쪽; 신동운, “불능범에 관한 형법 제27조의 성립 경위”, **서울대학교 법학**, 제41권 제4호(통권 제117호, 2001. 2), 56쪽.

87) “명실상부한 남녀 同權! 간통죄 폐지되나? 法典編纂會서 고려 중”, 자유신문 1949. 2. 27.자; “姦通罪 없어지나? 法典編纂委會선 削除”, 동아일보 1949. 11. 17.자.

88) 당시 한 언론의 기사를 소개하자면, “그런데 그에 대해서는 각 방면에서 각각 의견이 다르다는 바, 이것이 국회에 상정되어 여하한 정도의 수정을 받을지는 예측할 수 없으나 간통죄가 삭제된 것은 우리사회의 일대 민주개혁이라고 하지 않을 수 없다.”고 한다(“姦通罪 없어지나? 法典編纂委會선 削除”, 동아일보 1949. 11. 17.자).

89) 업상섭, “간통죄 철폐와 그 사회적 영향”, 50쪽; 신동운·허일태 편저, **효당 업상섭 형법논집**, 188쪽 이하 참조.

90) 다음은 간통죄 존치론의 한 예이다. “사회부 부녀국장 朴承浩씨는 다음과 같은 견해

이 요약하고 있다.

- ◇ 불처벌파(不處罰派) : 간통이란 법률이 있다고 해서 없어지는 것은 아니니 도의적 문제로 맡기자.
- ◇ 공벌주의자(共罰主義者) : 헌법상 남녀는 동권이니가 따라서 여자만 처벌한다면 불공평하다.
- ◇ 여자처벌파(女子處罰派) : 생리적·심리적으로 남자와 다른 것이며 여자의 마음은 편파적이어서 한 번 다른 남자하고 관계하면 집안을 모르고 두 남자를 섬기지 못하는 법이니 이를 처벌하자는 것이며, 그렇다고 해서 남자도 처벌하자면 남자라는 것은 여자보다 성욕이 강해서 종교로써도 막지 못하는 이것을 처벌하자면 첩(妾)있는 사람은 물론이요, 대개가 처벌받을 것이니 실태상 부적당한 것이다.⁹¹⁾

이러한 법전편찬위원회의 초안은, 간통죄 부분에선, 어떤 결정이든 간에 이후 정부 및 국회에서의 논란을 예고하는 것이었다.

김병로는 확고하게 간통죄 폐지론 편에 섰다. 반면, 당시 쌍벌주의를 추진했던 엄상섭은, 법전편찬위에서 간통죄가 삭제된 데 대해 울분을 토하고 있다.⁹²⁾ 법전편찬위원회에서는 각칙의 기초자인 엄상섭의 반대에도 불구하고, 1948년 요강(쌍벌주의)을 뒤집었는데, 거기엔 김병로 위원장의 소신이 강력히 반영되었을 것으로 짐작된다. 이는 김병로가 국회 본회의(1953년)에서 의견을 피력하면서, 간통죄 폐지안이 법전편찬위의 안이었음을 특별히 언급하여, 정부안과 반대되는 입장을 굳이 거론하고 있다는 점에서도 미루어 짐작할 수 있다.⁹³⁾ 이를 통하여 짐작할 수

를 피력하였다. ‘간통죄란 개인생활에 관한 것인 만큼 민주국가 법률에서는 당연히 이를 철폐하여야 될 것이다. 그러나 우리의 현 사회실정으로 미루어 보아 만약 이러한 법의 제재가 없어진다면 그나마 존재하던 도의적 인습관은 완전히 소실될 것이며 따라서 이 나라의 정조관념은 여지없이 땅에 떨어지고 말 것’이다.”(“朴承浩 사회부 부녀국장, 법전편찬위원회의 간통죄 폐지를 반대하는 견해를 피력”, 서울신문 1949. 11. 19.자.)

91) “법전편찬위원회, 간통죄 폐지를 결정(1949. 11. 12: 괘호 안의 일자는 필자가 삽입함)”, 국도신문 1949. 11. 17.자; “崔丙柱 대법관, 간통죄 논란에 대해 기자와 담화(1949. 11. 16: 괘호 안의 일자는 필자가 삽입함)”, 서울신문 1949. 11. 17.자.

92) 엄상섭, “간통죄 철폐와 그 사회적 영향”, 50쪽; 신동운·허일태 편저, **효당 엄상섭 형법논집**, 189쪽에서 재인용. 엄상섭에 따르면, “법전편찬위원회 형법분과위원회에서는 감론을박하다가 결국 남자의 간통행위도 처벌하게 되면 남자들이 견디기 어렵다는 점에서 간통죄를 불문에 붙이게 되었던 것”이라 정리한다.

있는 다른 한 가지는, 각칙의 경우에도 김병로 위원장이 매우 큰 영향력을 행사했을 것이라는 점이다.

어쨌든, 형법 초안의 확정, 기본법률 중에서 가장 먼저 조문화 단계까지 완성된 점에서 각별한 의의를 지닌다 할 것이다. 그 형법초안이 (단 1개의 조문을 제외하고는) 그대로 정부안이 되었다⁹⁴⁾는 점에서, 법전편찬위원회 및 김병로 위원장의 권위를 정부가 이의 없이 수용하고 있음을 알 수 있다.

V. 형법초안(1949년)의 내용 검토

이 형법초안에 대해서는 상세한 이유설명이 붙어있지 않다. 그러면서 <형법초안 이유설명에 갈음하여>라는 간단한 해명을 첨부하고 있다.⁹⁵⁾

우선, 형법초안은 “당면의 필요에만 끌려서” 작성했기 때문에 “불완전함을 면치 못하였음”을 자인하면서, “입안이유를 붙일 시간적 여유를 가지지 못했”음에 양해를 구하고 있다. “완전무결한 우리 형법법전의 완성은 금후의 과제로 남겨두고 우선 이 초안으로써 면갈지용(免喝之用)에 공하기로 하였다”는 점을 분명히 한다. 현행법의 기초가 된 이 형법초안은, 당시의 초안자들이 보기에 ‘면갈지용’이란 한계를 갖고 있었음을 인식할 필요가 있을 것이다.

① 그 문건의 첫 부분은 ‘입안의 근본원칙’을 정리하고 있다.

[입안의 근본원칙]

1. 세계 각국의 현행법 형법개정초안, 특히 독일형법 및 독일 1930년 형법초안을 많이 참고로 하였고, 제정역사가 새롭고 국정이 우리나라와 유사한 중국형법을 참작하였다.
2. 모든 독재적인 정치요소를 배격하고 국민의 기본권을 옹호하여 자유와 평등의 완전실현을 지향하는 세계적 추세에 적응케 하였다.

93) 제15회 국회정기회의속기록, 제55호, 1953. 4. 16, 44쪽; 신동운, **형법 제·개정자료집**, 118쪽.

94) 신동운, “제정형법의 성립경위”, **형사법연구**, 제20호(2003년 겨울), 25쪽.

95) 형법초안 이유설명서는 국회 의안과 자료로서, 신동운 교수는 **형법 제·개정자료집**, 34-40쪽에 전재하고 있다.

3. 신생국가로서의 발발생신하고 용왕매진적인 국풍과 그러한 국민으로서의 창의력과 진취성을 풍부케 함에 적당하도록 하였다.
4. 목하 우리가 당면하고 있는 위기의 극복, 즉 민족적 분열에서 통일에의 추진방도에 있어서 유감됨이 없도록 하기에 노력하였다.
5. 우리 민족 고유의 순풍양속의 유지향상에 유의하였다.
6. 약자를 보호하여 그들의 낙오성에서 배태되는 사회의 불건전화를 방지함으로써 국가의 기초를 공고히 할 것을 기도하였다.
7. 형법학설의 화려기발함에 편파됨을 피하고 그 건전중정함을 택하여서 현실에 적합하도록 하였다. 따라서 세계각국의 입법례와 특히 새로운 형법초안⁹⁶⁾을 광범위로 참고하였다.
8. 용어는 법으로서의 명확성과 존엄성을 해하지 아니하는 한 될 수 있는 대로 평이하도록 하였다.⁹⁷⁾

② 거듭 언급했듯이, 형법의 조문화 과정에서 결정적인 역할을 한 인사는 김병로(총칙), 엄상섭(각칙)이었다. 위원장이자 대법원장으로서, 또 연륜과 실력 면에서, 김병로의 기여는 총칙의 조문화뿐 아니라 기본원칙의 정비, 각칙 개별 조문에까지 지대한 영향을 미쳤을 것으로 짐작된다. 그러면 다른 위원들의 기여도는 어떤가에 대해서는, 엄상섭의 다음 언급을 통해 짐작할 수 있을 것이다.

필자(엄상섭)도 법전편찬위원회의 한 사람으로서 형법안 작성에는 상당히 깊이 관계해본 일이 있었으나 각 위원들은 자기의 본무의 여가로 하는 일에 불과하고 또 누구든지 깊이 연구하지도 아니하고서 위원회에 출석한 후 생각나는 대로 법률상식적인 견해를 적당하게 발표할 뿐이라는 것이 법전편찬위원회의 실정인 것이다. 기초책임은 맡은 위원만은 책임감을 가지고 있으나 그 밖의 위원들이 그때 그때의 생각나는 대로 발표되는 의견은 도리어 일을 망치는 일도 있었다.⁹⁸⁾

결국 기초위원들이 거의 절대적인 책임감을 지고 초안작업을 했다는 것이다. 더욱이 김병로는 실력으로나 영향력으로나 압도적인 위치에 있었다. 그런 그가 초안

96) 여기서 ‘특히 새로운 형법초안’은 일본의 개정형법가안을 가리킨다는 지적은 신동운, “형법 제20조 사회상규 규정의 성립경위”, **서울대학교 법학**, 제47권 제2호(통권 제139호, 2006. 6), 192쪽.

97) 신동운, **형법제·개정자료집**, 34쪽 이하.

98) 엄상섭, “신형사소송법의 민주화”, 허일태·신동운 편저, **권력과 자유**, 동아대 출판부, 2003, 280쪽.

한 것이기에, 형법총칙은 그대로 김병로의 작품이라 해도 과언이 아닐 것이다.

③ 형법초안은 과연 면갈지용으로 만든 일본법 베끼기 정도의 작품이었을까. 그렇다면 김병로의 기여도는 그다지 높게 평가될 이유가 없을 것이다. 내용 면에서, 형법초안은 단순번역의 모방작인가 아니면 어느 정도의 창조성이 들어 있는가를 면밀히 살펴보는 것은, 우리 형법 및 형법학의 첫 출발로써 중요한 과제가 아닐 수 없다.

1948년 단계에서 김병로 역시, 당시의 당면과제, 즉 ‘왜어로 된 육법전서로부터 해방’⁹⁹⁾하여 ‘조선말로 된 법전’이라도 우선 가져야 하겠다는 입장이었을 것이다. 그것이 미군정 말기, 1948년 말까지의 일반적 분위기였음이 틀림없다. 그러나 김병로가 총칙을 맡으면서, 이런 기류가 일변한다. 김병로 대법원장이 1953년 국회 형법안 독회에서 발언한 내용을 우선 소개한다.

㉑ 원래는 법전편찬위원회에서 법전편찬에 대한 최초의 취지는 우리가 지금 편찬사업은 긴급을 요하고 사업 자체는 중요성을 가질 뿐만 아니라 다대한 시일을 요하지 않고는 성취하기 어려운 그러한 사실입니다. 급속주의를 취해야 한다, 좀 내용이 빈약하나 좀 속(速)하게 하는 급속주의를 취해야겠다…….

㉒ 이렇게 급속주의로 법전을 편찬하는 경우에는 어느 나라 법을 하나 기초로 하자, 이런 말이 법전편찬위원회에서도 대략으로 말이 되었습니다. 그러면 우리가 아시다시피 정치적으로는 아무리 적이지만 사실 우리에게 오래 동안 효과를 내고 있던 일본 법전 그것을 기초로 해가지고 속(速)하게 편찬하는 사업을 진행하는 것이 좋지 않을까 이러한 말도 있었습니다마는,

㉓ 그것을 기초(起草)하는데 당해서 보니 결단코 어느 나라 한 나라 법을 기초로 해가지고 그것을 표본으로 해서 편성하기가 꽤 어렵다,

㉔ 그렇지 않더라도 한 나라 뿐만 아니라 어느 나라에도 공동되는 이러한 보통 조문에 있어서는 말을 안하고 새로 기초를 삼더라도, 우리의 특수성을 생각하고 그 나라 국민적, 사회적 현실에 있어서 필요를 느끼는 특수한 사항에 있어서는 어느 나라 법을 기초로 한다는 것이 근본이론이 틀렸다, 그래서 우리 형법¹⁰⁰⁾도…… 결단코 일본법을 기초로 한 것이 아니고 독일법을 기초로 한 것도 아니고,

99) 엄상섭, “형법요강해설(1)”, 18쪽(최종고, “현대 한국법제의 형성과정고”, 68쪽에서 재 인용).

100) 속기록에서는 ‘헌법’이라 하고 있으나 ‘형법’으로 읽어야 맥락상 타당하다. 속기록의 이 부분에서 ‘형법’을 ‘헌법’으로 오기한 사례를 신동운은 여러 차례 밝혀내고 있다.

어떤 한 나라 법을 기초로 해서 편찬한 것이 아닙니다. 사실은 과거의 여러 나라 법을 모아다가 참고로 보고,

㉔ 과거에 여러 나라 학설 가운데에 논쟁되어 오던, 특히 대한민국의 과거나 현재나 장래에 있어서 부득이 없어서는 안 될 그러한 특수한 사정을 특수하게 취급해서 종목을 설치하고, 그 외에 알만한 살인이라든지 절도라든지 이러한 완전한 기초가 되어 있는 것은 어느 나라 법이나 다 기본이 다 일치되고 말았습니다 …….

㉕ 총칙 편에 있어서는 …… 종전에 학자들이 학설로만 가지고 이러니저러니 다투고 따라서 사실상 판단을 인정(人情)에 따라서 혹 좌우되는 그러한 이론이 오늘날까지 남아있는 그러한 단계에서 될 수 있는 데까지 우리 대한민국 형법은 그러한 것을 법조로 정하는 이론을 세웠습니다.¹⁰¹⁾

위의 인용은 우리 형법의 독자성 내지 창조성을 점검하기 위해 결정적인 대목 중의 하나로 생각한다. 따라서 이를 하나하나 해설하는 식으로, 그 의미를 짚어보기로 하자.

㉖: 1948년 말 단계의 상황을 말한다. 법전편찬의 ‘최초의 취지’ 내지 방침은 급속주의를 취할 수밖에 없다는 것이다. 우리말로 된 법률도 없이 정부를 수립한 시점이라, 법전편찬은 중요하고도 긴급한 과제라는 것이다.

㉗: 급속주의로 법을 편찬하는 유일한 방법은 수십 년 동안 익숙한 일본 법률을 기초로 할 수밖에 없다는 것이다. 독자적 법률을 제정하려 하다가는 다대한 시일이 소요될 것이기에, 일단 일본 법률을 기초로 하는 방법만이 소기의 목표를 달성할 유일한 방법이다. 그것이 당시 법률가들 사이에 널리 퍼져있는 속설이었다. 1948년 말의 단계에서, 김병로도 이 점을 부인하지 않는다.

㉘: 그런데 김병로는 1949년 3월 이후 형법총칙을 ‘자담’하게 될 상황에 처하게 되었다. ‘자담’이었으므로, 김병로 스스로가 원해서 한 것이다. 그만큼 그는 형법총칙을 스스로 기초하고자 하는 의지도 있었고, 역량에 대한 자신감도 있었다고 생각된다. 막상 ‘자담’하여 ‘기초’하는 데 당면해서 보니, 일본법을 기초해서 그것을 번역하는 정도로는 도저히 우리의 법다운 법을 만들 수 없음을 절감하게 되었다. 이는, 일본법으로부터의 의식적 단절-도약(take-off)으로 매우 주목할 대목이다. 그러면 어떻게 할 것인가.

101) 제15회 국회정기회의속기록 제55호, 1953. 4. 16, 신동운, 형법제·개정자료집, 115-116쪽(원문자에 의한 단락구별은 인용자가 가한 것이다).

㉔: 형법의 보편성과 특수성에 대한 입법자로서의 고민과 결단이 나와야 할 것이다. 세계적으로 공통된 조문의 경우 우리 형법의 기초로 삼는 것은 당연하다. 살인죄, 절도죄 등의 경우에는 세계적으로 일치된 규범을 수용해야 할 것이다. 그러나 우리의 국민적, 사회적으로 특수한 현실에 대해서는 다른 나라 법을 기초로 하겠다는 근본이론 자체가 틀렸다고 본다.

㉕: 결국 여러 나라 법을 참고로 하고, 우리의 특수사정을 특수하게 취급하여 입법자로서 적절히 편찬해야 한다. 이러한 고민 끝에 만들어진 우리 형법(초안)은 일본법이나 독일법을 기초로 한 것이 아닌, 우리 한국의 형법이 된다.

㉖: 형법총칙의 경우, 이론과 학설의 논쟁이 격심하기에, 사실판단과 법률판단에서 객관성을 띠지 못하고 주관적으로 좌우되는 그런 폐단이 적지 않다. 그에 대해 입법자로서는 법률조항의 제정을 통해 이론논쟁을 일단락 하고자 하는 입법적 결단을 내릴 것이다. 이렇게 함으로써, 다른 나라의 형법과는 다른, 대한민국 형법의 특색이 드러날 것이다.

④ 그럼 형법초안(1949)을 기초요강(1948)과 비교해보자.

총칙 분야에서 (의용형법에 나타나지 않는) 새로운 규정들이 즐비하다. 그것은 신동운 교수의 연구를 통해 상세히 밝혀진 바 있다. 요약하자면, 범죄론에서 “독자적 형법총칙의 성안”¹⁰²⁾이라고 할 만한 특색을 표출한 것이다. 김병로 자신의 정리를 토대로, “김병로표 총칙”의 특색을 추출해보자.

총칙에서, 범죄에 관한 일반적 관념에서 학설과 판례에는 있지만 조문화되어 있지 않던 것을 “조문으로 명백히 한 부분”이 적지 않다. 김병로는 그 예로서 인과관계, 불능범, 독립행위의 경합, 부작위, 피해자의 승낙, 자구행위를 열거하고 있다. 또한 공범에서 공범행위예의 가입행위, 조직행위에 관한 규정을 설치하였다. 공범 중에서는 교사범에서 “교사만 가지고도 독립적으로 죄를 성립시키는 것”(실패한 교사, 효과없는 교사)을 신설했고, 간접정범의 규정(현행형법 제34조)도 학자의 이론이 많은데 이를 조문화했다.¹⁰³⁾

이러한 것들은 일본형법에 없다 하더라도, 외국법(예컨대 독일, 스위스, 스페인

102) 신동운, “가인 김병로 선생의 범죄론 체계와 한국형법의 총칙규정”, 7쪽; 그리고 각 조항의 연원에서, 가인의 초기구상과 입법의 관계에 대하여는 신동운의 위 논문 참고. 신동운은 특히 사회상규, 부작위범, 인과관계, 피해자의 승낙에서 가인의 형법이론의 특색을 깊이 논하고 있다(신동운, 위 논문, 20쪽).

103) 신동운, **형법 제·개정자료집**, 116쪽.

등) 중 한두 나라 이상에 조문화되어 있음을 참고했다. 이와 같이 비교법적 검토를 거쳐, 이론이 막히지 않도록 명백히 법문으로써 총칙규정에 적극적으로 규정하게 된 것이 우리 형법의 특색이라 지적한다.

총칙 중 형벌에 있어서는, 자격상실, 자격정지를 새로 첨부했고, 집행유예의 가능성의 범위를 좀 더 넓혔으며 선고유예를 신설했다. 기왕의 몰수형은 부가형으로만 존재했지만, 우리 형법으로는 몰수형을 독립형으로도 가능하도록 했다.¹⁰⁴⁾

<의용형법, 일본개정형법가안, 법편위 초안, 제정형법 비교표>

구분	1907 일본형법(의용형법)	1931 일본개정형법가안	1949 법전편찬위 초안	1953 형법
부작위범	규정없음	제13조 ① 죄로 될 사실의 발생을 방지할 법률상의 의무있는 자가 그 발생을 방지하지 않은 때에는 작위로 인하여 그 사실을 발생하게 한 자와 동일하게 이를 말한다. ② 작위로 인하여 사실발생의 위험을 발생하게 한 자는 그 발생을 방지할 의무를 진다.	제18조 위협의 발생을 방지할 의무가 있거나 자기의 행위로 인하여 위협발생의 원인을 야기한 자가 그 위협발생을 방지하지 않았을 때에는 그 발생된 결과에 의하여 처벌한다.	제18조 부작위범위 동지(同旨) ¹⁰⁵⁾
인과관계	규정없음	규정없음	제17조 어떤 행위라도 죄의 요소되는 위협발생에 연결되지 않는 때에는 그 결과로 인하여 발하지 않는다.	제17조 인과관계 동지
독립행위의 경합	규정없음	규정없음	제19조 동시 또는 이시의 독립행위 경합한 경우에 그 결과발생의 원인된 행위가 판명되지 않을 때에는 각 행위를 마수범으로 처벌한다.	제19조 독립행위의 경합 동지
정당행위	제15조 법령 또는 정당한 업무로 인하여 한 행위는 이를 범죄하지 아니한다.	제17조 법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 법률상 정당한 행위는 죄로 되지 아니한다.	제20조 법령에 의한 행위 또는 업무에 의한 행위, 기타 사회상규에 위배되지 않는 행위는 범죄하지 않는다.	제20조 정당행위 동지
자구행위	규정없음	제20조 ① 청구권을 보전함에 관하여 상당한 시기에 법률상의 절차에 의한 구제를 받을 수 없는 경우에 있어서 그 청구권의 실행이 불가능하게 되거나 또는 현저히 곤란하게 되는 것을 피하기 위하여 스스로 구제하는데 나아간 행위는 그 때에 있어서의 정황에 비추어 상당한 때에는 죄로 되지 아니한다.	제21조 법정절차에 의하여 청구권을 보전하기 불가능한 경우에 그 청구권의 실행불능 또는 현저한 실행 곤란을 피하기 위한 필요행위는 범죄하지 않는다.	제21조 자구행위 ① …곤란을 피하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 범죄하지 아니한다.

104) 신동운, 형법 제·개정자료집, 117쪽.

구분	1907 일본형법(의용형법)	1931 일본개정형법가안	1949 법전편찬위 초안	1953 형법
피해자의 승낙	규정없음	규정없음	제44조 유효히 처분할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 범익을 훼손한 행위는 범의 특별한 규정이 없는 한 별하지 않는다.	제24조피해자의 승낙 처분할 수 있는 자의 승낙에 의하여 그 범익을 훼손한 행위는 법률에 특별한 규정이 없는 한 별하지 아니한다.
불능범	규정없음	제23조 결과의 발생이 불가능한 경우에 있어서 그 행위 위험한 것이 아닌 때는 이를 벌치 않는다.	제27조 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능한 때에는 형을 감경 또는 면제할 수 있다.	제27조불능범 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다.
실제한 교사, 효과없는 교사	규정없음 제61조 ① 사람을 교사하여 범 죄를 실행시킨 자는 정범에 준한다. ② 교사자를 교사한 자도 또한 같다.	규정없음 제26조 ① 사람을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 교사범으로 한다. ② 교사범은 정범의 형으로써 처단한다.	제31조 교사를 받은 자 범죄의 실행을 승낙하고 실행의 착수에 이르지 않은 때에는 교사자 및 피교사자를 음모 또는 예비범에 준하여 처벌한다. 교사를 받은 자 범죄의 실행을 승낙치 않은 때에도 교사자에 대하여는 전항과 같다.	제31조교사범 ② 동지 ③ 동지
간접정범	규정없음	제29조 전4조의 규정은 자기의 행위에 관하여 처벌되지 않는 자 또는 과실범으로 처벌됨에 그치는 자를 행위에 가공시킨 경우에 또한 이를 적용한다.	제34조 자기의 행위에 대하여 처벌되지 않는 자, 과실범으로 처벌될 자 또는 자기의 지휘감독에 복종하는 자의 행위를 교사 또는 방조한 자는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액의 2분의 1을 가중한다.	제34조간접정범 특수한 교사 방조에 대한 형의 가중 ① 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다. ② 자기의 지휘, 감독을 받는 자를 교사 또는 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한 자는 교사인 때에는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하고 방조인 때에는 정범의 형으로 처벌한다.
자격정지, 상실	규정없음	제36조 자격상실은 다음에 기재하는 자격을 상실한다. 단, 정상에 따라 특정한 자격에 한하여 이를 상실시킬 수 있다. 1. 공무원이 되는 자격 2. 공법상 선거의 선거권 및 피선거권 3. 법률에 요건을 정한 업무상의 자격 4. 친권자, 후견인, 후견감독인, 보좌인, 친족회원 및 재산관리자가 되는 자격 5. 법인의 이사, 감독, 회사를 대표하거나 또는 회사의 업무를 집행하는 무한책임사원, 취재역, 감사역, 회사의 지배인 기타 법인의 업무 또는 재산에 대한 감독, 관리, 정리, 검사 또는 청산을 하는 자 또는 사채권자(社債權者)집회에 있어서의 대표자가 되는 자격 제39조 사형 또는 무기의 징역 혹은 금고에 처하여진 때에는 자격상실의 효과를 발생시킨다.	제43조 사형, 무기징역 또는 무기금고의 판결을 받은 자는 다음에 기재한 자격을 상실한다. 1. 공무원이 될 자격 2. 공법상의 선거권 및 피선거권 3. 법률로 요건을 정한 공법상 업무에 관한 자격 4. 법원의 이사, 감사 또는 지배인, 기타 법인의 업무에 관한 감사역이나 재산관리인 자격	제43조형의 선고와 자격상실 자격정지 ① 사형, 무기징역 또는 무기금고의 판결을 받은 자는 다음에 기재한 자격을 상실한다. 1. 공무원이 되는 자격 2. 공법상의 선거권과 피선거권 3. 법률로 요건을 정한 공법상의 업무에 관한 자격 4. 법인의 이사, 감사 또는 지배인 기타 법인의 업무에 관한 감사역이나 재산 관리인이 되는 자격 ② 유기징역 또는 유기금고의 판결을 받은 자는 그 형의 집행이 종료되거나 면제될 때까지 전항 제호 내지 제3호에 기재된 자격이 정지된다.

구분	1907 일본형법(의용형법)	1931 일본개정형법가안	1949 법전편찬위 초안	1953 형법
자격정지, 상실		<p>제17조 자격정지는 1년 이상 10년 이하의 기간 동안 전조에 개시한 자격을 정지한다. 단, 정상에 따라 특정한 자격에 한하여 이를 정지시킬 수 있다.</p> <p>제40조 ① 유기의 정역 또는 금고에 처해진 때에는 형의 집행을 종료하거나 또는 집행의 면제를 받을 때까지 자격정지의 효력을 발생시킨다. 현재의 공무원은 그 자격을 상실한다.</p> <p>② 2개 이상의 자격상실 및 자격정지는 함께 그 효력을 발생시킨다.</p>		<p>제44조 전조에 기재한 자격의 전부 또는 일부에 대한 정지는 1년 이하 15년 이하로 한다.</p> <p>유기정역 또는 유기금고와 자격정지를 병과할 때에는 정역 또는 금고의 집행종료 또는 집행면제의 일로부터 정지기간을 기산한다.</p>
		<p>제104조 ① 자격상실 또는 자격정지의 인도를 하는 경우에는 정상에 따라 1년 이상 5년 이하의 기간 그 효력의 발생을 정지할 수 있다.</p> <p>② 전항의 경우에 필요하다고 인정하는 때에는 본인의 선행보증을 명할 수 있다.</p>		
집행유예	<p>제25조 죄에 기재한 자가 2년 이하의 정역 또는 금고의 인도를 받은 때에는 정상에 의하여 재판확정된 날로부터 1년 이상 5년 이하의 기간내 그 집행을 유예할 수 있다.</p>	<p>제36조 ① 3년 이하의 정역 또는 금고의 인도를 할 경우에는 정상에 따라 1년 이상 5년 이하의 기간 그 형의 집행을 유예할 수 있다.</p>	<p>제62조 3년 이하의 정역 또는 금고의 형을 선고할 경우에 제50조의 사항을 참작하여 그 정상이 민란한 때에는 1년 이하 5년 이하의 기간형의 집행을 유예할 수 있다.</p>	<p>제42조 집행유예의 요건 ① 3년 이하의 정역 또는 금고의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간 형의 집행을 유예할 수 있다.</p>
선고유예	규정없음	<p>제105조 6월 이하의 정역 혹은 금고, 자격상실, 자격정지, 5백원 이하의 벌금, 구류 또는 과료를 인도로 할 경우에 정상이 특히 민망(憚窮)해야 할 자라고 인정할 때에는 판결의 선고를 유예할 수 있다.</p>	<p>제59조 1년 이하의 정역이나 금고 또는 자격정지나 벌금의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 개인의 정상이 현저한 때에는 그 선고를 유예할 수 있다. 단, 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자에 대하여는 예외로 한다.</p> <p>형을 병과할 경우에도 형의 전부 또는 일부에 대하여 선고를 유예할 수 있다.</p>	<p>제59조 선고유예의 요건 ① 죄동 ② 죄동</p>
몰수형 (주형, 부가형 여부)	<p>제4조 사형, 정역, 금고, 벌금, 구류 및 과료를 주형으로 하고 몰수를 부가형으로 한다.</p>	<p>제56조 ① 몰수는 다른 형에 부가하여 이를 과한다.</p> <p>② 행위자에 대하여 유죄의 재판을 하지 아니하는 경우에도 몰수의 요건이 존재하는 때에는 이를 인도로 할 수 있다.</p>	규정없음	<p>제49조 몰수의 부가성 몰수는 타 형에 부가하여 과한다.</p> <p>단, 행위자에게 유죄의 재판을 아니할 때에도 몰수의 요건이 있는 때에는 몰수만을 선고할 수 있다.</p>
보안처분	규정없음	<p>제15장 보안처분 제126조-133조 제16장 보호관찰 제144조 이하</p>	규정없음	규정없음

105) 법전편찬위 초안과 제정형법의 조문이 동일하면 ‘좌동(左同)’이라 하고, 문법상 약간의 상위점을 제외하고, 내용 면에서 일치함을 ‘동지(同旨)’라 표현하였다.

한편 각칙의 경우에는, 조문화 작업을 업상섭 위원이 주도했다고 하지만, 전체 위원회에서의 확정과정에서 김병로의 영향력이 중요한 부분에서 반영된 것으로 보인다. 속기록이나 관련기록은 별로 없지만, 법전편찬위원회의 결론과 업상섭의 견해 사이에 상당부분 차이가 나거나, 김병로가 특별히 의도하여 포함시킨 부분이 확실히 있어 보이기 때문이다. 또한 국회 법제사법위원회의 수정안(1952. 8. 29)¹⁰⁶⁾과 김병로의 입장에 대해서는 몇 가지 대립되는 쟁점이 있다.

첫째, 김병로는 국회에서 간통죄를 언급하는 부분에서 미묘한 차이를 보인다. 앞서 지적했듯이, 형법기초요강에서 간통죄는 쌍벌주의로 정해졌음에도 불구하고, 김병로가 완전히 중심이 된 법전편찬위원회에서는 쌍방불벌주의로 확정되어, 법전편찬위원회의 입장이 되었다. 그런데 2년 뒤 정부는 오직 간통죄만 법전편찬위원회와 상반되게, 쌍벌주의로 변경시켜 국회에 제출했다.¹⁰⁷⁾ 그러니까 국회에 계류된 정부안은 쌍벌주의였던 것이다. 그런데 국회 법제사법위원회는 정부안에 대한 중요한 수정안으로 간통죄의 삭제를 포함하고 있다.¹⁰⁸⁾ 요컨대 간통죄의 경우 쌍벌주의(법전기초위, 1948), 폐지주의(법전편찬위, 1949), 쌍벌주의(정부원안, 1951), 폐지주의(국회 법사위, 1952)의 옆치락뒤치락하는 단계에 이르고 있다. 그런데 김병로는 국회 발언에서, 간통죄의 경우 정부원안에 대해 아예 언급을 하지 않으면서, 법전편찬위원회에서는 “이 형법전에는 불문처리하기 위해 삭제하게 되었습니다”¹⁰⁹⁾라고 명시적으로, 정부입장과 반대되는 견해를 표현하고 있다. 이는 김병로 자신이, 강력하게 간통죄폐지론을 밀어붙였음을 시사한다.

둘째, 국가보안법 및 비상조치법에 대한 특별한 의견표시가 있다. 국가보안법은 1948년 말, 여순반란사건이라는 군사반란에 대응하여 미증유의 위기에 처한 상태에서 비상시의 임시입법의 성격으로 제정되었다. 이 법은 제정단계에서부터 곧 폐지될 운명에 처한 것이었다.¹¹⁰⁾ 비상조치법이라 함은, 6.25전쟁 발발 직후인 1950년 6월 25일에 공포된 “비상사태하 임시조치에 관한 특별조치령”(약칭 특조령)을 말하는 것으로, 긴급한 시기에 필요성을 인정할 수 있지만, 그 형이 극단적으로 높

106) “형법안심사보고의 건”(단기 4295년 8월 29일), **형법제·개정자료집**, 81쪽 이하.

107) 정부초안은, 법전편찬위원회의 형법초안에다가 간통죄 쌍벌규정 조문을 추가한 것에 불과하다. 신동운 교수는 다른 어떤 내용의 변경도 없었음을 ‘유인물’의 내용검토를 통해 확인했다는 점을 언급한다. **형법제·개정자료집**, 41쪽.

108) 신동운, **형법제·개정자료집**, 91쪽.

109) 신동운, **형법제·개정자료집**, 118쪽.

110) 한인섭, **한국형사법과 법의 지배**, 1998, 97쪽 이하.

고 증거설시를 생략하고 단심으로 판결을 확정하는 등 법치주의적 견지에서는 심각한 문제점을 안고 있는 것이었다.¹¹¹⁾ 그에 대해 김병로의 입장은 특별히 주목할 가치가 있다.

우리나라에 지금 6.25사변을 당해가지고 공산도배의 비상한 모략 그러한 것과 또 여러 가지 거기에 부수되는 범죄사실이 많이 있어서 거기에 대한 특수한 법률로 국가보안법 혹은 비상조치법 이러한 것이 아마 국회에서 임시조치로서 제정해 놓고 인정하신 줄로 압니다. 그래서 지금 와서는 여러 가지 그러한 다기다난(多岐多難)한 그러한 것을 다 없애버리고 이 형법개정된 것만 가지고 오늘날 우리나라 현실 또는 장래를 전망하면서 능히 우리 형벌법의 목적을 달할 수 있겠다 하는 이러한 것으로서 많이 고려를 해보았습니다. 해보았는데 원칙적으로 될 수 있으면 법이 다기다난해서 거기에 각 조항 법이 서로 교착되어서 다기다난한 것을 없애는 것이 원칙적으로 본래에 법전편찬위원회에서 규정을 내린 것입니다.¹¹²⁾

김병로는 국가보안법, 특조령이 공산도배의 비상한 모략에 대응하기 위한 특수 법률임을 인정하면서도, 이것은 어디까지나 “임시조치”인 것이고, 따라서 이러한 다기다난한 특별법적 처벌 필요가 있는 부분을 형법에 흡수통합하면서, 특별법 자체는 폐지하는 것으로 구상하고 있다. 이러한 특별법 흡수통합과 폐지의 골격은 법전편찬위원회의 결론으로 확정된 것이다. 그러나 법전편찬위원회의 형법초안 확정단계(1949. 11. 12)에서는, 국가보안법을 폐지대상에 포함시키지 않고 있다. 특조령은 당시 제정되지도 않았으므로 당연히 포함되어 있지 않다. 1951년 정부초안에서도, 국가보안법 및 특조령의 폐지에 대한 부칙 규정은 없다. 요컨대 법전편찬위원회 초안, 정부초안 모두 그에 대한 아무런 언급이 없는 상태였다. 그런데 왜 김병로는 국회발안단계에서, 과거의 형법 및 특별형법(일제하, 미군정하)은 ‘다기다난’하기에 폐지되어야 한다면서, 거기에 국가보안법과 특조령을 끼워 넣은 것일까.

형법 제정과 동시에 국가보안법 및 특조령을 폐지할 것을 결정한 것은 바로 ‘국회 법제사법위원회 형법수정안’에 와서이다.¹¹³⁾ 형법 부칙 제12조는 형법제정과 동시에 삭제될 법률을 죽 열거하고 있다. 거기에 국회 법사위는, “15. 법률 제10호

111) 한인섭, “한국전쟁과 형사법: 부역자 처벌 및 민간인 학살과 관련된 법적 문제를 중심으로”, 서울대학교 법학, 제41권 제2호(2000), 139쪽 이하 참조.

112) 제15회 국회정기회의속기록 제55호, 1953. 4. 16, 34쪽; 신동운, 형법제·개정자료집, 118쪽.

113) 신동운, 형법제·개정자료집, 94쪽.

국가보안법과 법률 제85호 국가보안법 개정법률, 16. 대통령령 긴급명령 제1호 비상사태하범죄처벌에관한특별조치령.”을 추가하고 있다. 형법 각칙 중에서 “내란죄, 외환죄, 공안을 해하는 죄 거기에는 국가보안법에 해당하는 각 죄가 빠지지 않고 도리어 중형으로 처하는 형태로 규정되어 있기 때문에 (폐지해도) 하등의 지장이 없을 것이다”¹¹⁴⁾ 그러면서도 당시 법사위원장이었던 윤길중은 다음과 같이 부언한다. 폐지해도 “법이론적인 문제”는 없을 것이나 폐지할 경우 “국민에게 주는 심리적인 영향”이 있을 수 있기에 지금 폐지하는 것은 좋지 않다, 폐지하면 마치 국가보안법 위반적 행위를 해도 무방하다는 “오해를 살 우려가 있으니까 존치해둘 필요가 있다고 하는 그런 유력한 의견”도 있을 수 있다고 부언하기는 한다.¹¹⁵⁾ 이어 다른 의원들이, “용공이니 친공이니 하는 여기에 대해서 엄숙하고 준열한 태도를 취하지 않으면 안 될 이런 단계에 …… 보안법을 이 기회에 삭제한다고 하는 것이 백해무익한 것이 아닌가” 하고 “정책적으로 봐서 준열한 것”이라는 비판이 제기되기도 했다.¹¹⁶⁾ 국회본회의에서 갑론을박 끝에, 결국엔 국가보안법 폐지안은 부결되어 존속되게 되었다.¹¹⁷⁾

다른 한편 특조령의 경우, 국회는 그 법령의 남용과 위헌성을 들어 이를 폐지하는 법률을 제정했고, 그에 대해 대통령은 ‘비토’하였으나, 국회는 이를 재의결하여 폐지하였다.¹¹⁸⁾ 그런데도 형법 제정시에 ‘특조령의 폐지’를 부칙에 삽입하려는 것은, 정부가 입법상으로 폐지된 법률을 계속 강행하는 억지를 쓰고 있기 때문이었다. 그에 대해 국회는, 폐지의 입법적 조치를 다 취했기에, 형법에 포함 여부가 법리상으로 중요한 것은 아니었다.¹¹⁹⁾

그러면 김병로는, 왜 국가보안법 및 특조령 폐지에 대해 (법전편찬위원회의 결정과는 상관없이) 동의하는 언급을 국회 본회의에서 하는가. 법전편찬위원회와 정부

114) 제16회 국회임시회의의속기록 제19호, 1953. 7. 8, 14쪽, 윤길중 법사위원장 발언 부분; 신동운, **형법제·개정자료집**, 351쪽.

115) 제16회 국회임시회의의속기록 제19호, 1953. 7. 8, 14쪽; 신동운, **형법제·개정자료집**, 351쪽.

116) 제16회 국회임시회의의속기록 제19호, 1953. 7. 8, 15쪽, 조주영 의원 발언; 신동운, **형법제·개정자료집**, 352쪽.

117) 제16회 국회임시회의의속기록 제19호, 1953. 7. 8, 15쪽; 신동운, **형법제·개정자료집**, 353쪽.

118) 그 경과에 대하여는, 한인섭, “한국전쟁과 형사법”, 151쪽.

119) 윤길중 법사위원장, “여기(국회)에서 또다시 폐지한다는 말은 필요가 없게 되었습니다. 그러므로 이 수정안 낸 것은 자연취소되게 됩니다.”(제16회 국회임시회의의속기록 제19호, 1953. 7. 8, 10쪽; 신동운, **형법제·개정자료집**, 345쪽).

안을 떠난 상태에서의 국회 법사위 수정안에 대해 김병로의 개입은 있었던가. 그런데 다음과 같은 언급이 특별히 나온다.

윤길중: 국가보안법과 그 개정법률안을, 그것을 또 형법상의 내란죄 그리고 공안을 해하는 죄, 이것을 가지고 충분히 별할 수가 있다, 그렇기 때문에 이것을 폐지하자는 것입니다. 이것은 대법원장이라든지 연석회의를 해가지고 논의해 본 결과, 이것을 폐지한다고 할지라도 지장이 없다 이렇게 이야기가 되었습니다.¹²⁰⁾

김병로가 국가보안법에 대한 견해의 첫 출발은, 국회법사위의 수정안 작성과정에서 ‘연석회의’를 통해서임을 알 수 있다. 즉 국회 법사위에서는 여전히 김병로와 상의해가면서 수정안을 작성하고 있었음이 여기서 노출된다.¹²¹⁾ 그렇기에 김병로는 국회 본회의에서 편찬위/정부 초안에 대해 설명하면서, 폐지의 당위성을 명료하게 설파할 수 있게 된 것이다.

물론 김병로 자신은, 법전편찬위 단계에서 형법상 내란죄 조문을 다듬고 공안에 관한 장을 신설하는 방향으로 대응할 때, 국가보안법의 폐지를 내심으로 원했다고 볼 수도 있다. 국가보안법이 폐지됨에 따른 입법적 보완장치를 포함시켰기 때문이다. 김병로의 형법초안에 따르면, ‘형에 가서 다소의 차이가 있을지도 모르나’ 신설되는 ‘형법전을 가지고 국가보안법의 가능한, 국가보안법에 의해서 처벌할 대상을 처벌하지 못할 조문은 없지 않는가 하는 그 정도까지’ 생각했다고 밝히고 있다. 물론 국가보안법상의 무고죄의 처벌규정도 결과적으로 삭제되는 셈인데, 그것은 동법상의 무고죄 조문(무고자는 피무고자가 받았을 형과 동등하게 처벌한다는 것)이 “법의 균형상에는 적확”하지 않다고 보았기 때문이다. 이러한 김병로의 주장은 형벌권의 남용을 방지하고 인권보장의 철저화를 기하자는 취지에서 공감가는 면이 크다.¹²²⁾ 특히 6.25 전시하에서 그러한 주장을 일관적으로 폈다는 것은, 인권옹호

120) 제16회 국회임시회의속기록 제19호, 1953. 7. 8, 10-11쪽; 신동운, **형법제·개정자료집**, 345쪽.

121) 이러한 연석회의가 어느 범위에 걸쳐 이루어졌는지는 알 길이 없다. 그러나 법사위가 결코 국회의 권한을 배타적으로 행사한 것이 아니라, 법전편찬위원장이 김병로와 상의했을 것임을 짐작할 수 있다. 국회 본회의에서 김병로에 대한 깍듯한 존경심의 표시나, 법안 심의의 첫머리에 그의 발언을 경청하는 자세에서도 알 수 있다.

122) 사실 이후의 국가보안법개정과정을 보면, 신국가보안법에는 형벌의 강화 외에도 형사절차에서 인권침해적 규정들이 대폭 도입되는데, 이때 국가보안법을 폐지했다라면 그러한 형벌강화·절차적 특례로 인한 형벌권남용 및 인권침해의 여지를 대폭 제거할 수 있지 않았을까 하는 점에서 김병로의 구상이 관철되지 못한 것은 아쉬움이 크다.

자로서의 김병로의 면모를 크게 드러내는 대목이 아닐 수 없다. 그러나 김병로와 법전편찬위원회의 주장에도 불구하고, 국회 본회의에서 국가보안법은 유지·존속되었다.

VI. 국회의 입법과정

법전편찬위원회에서 1949. 11. 12. 확정된 형법초안을 넘겨받은 정부는, 이를 계속 갖고 있다가 1951. 4. 13. 정부형법안을 국회에 제출하였다. 이러한 지체의 원인을 정확히 알 수는 없으나, 1950년 5월 국회의원 선거가 있었음을 생각해보면 정치과정이 법률검토를 압도해버렸기 때문이라고 짐작할 수 있다. 1950년 6.25 이후엔 미증유의 상황에 처한 한국의 국회 및 정부의 처지를 생각해보면 형법안에 대한 차분한 검토를 하기도 어려웠을 것이다.

국회 법제사법위원회는 정부원안을 신중히 심사하여, 일부 수정안을 붙여 본회의에 냈다.¹²³⁾ 국회 법사위원들은 “법전편찬위원회에서 참담한 고심을 해가지고 기초해 왔”기에 크게 수정할 점이 없다고 인정하면서, “약간의 견해를 달리하는 법만을 수정”해서 법사위 수정안을 냈다고 한다.¹²⁴⁾ 이어 여러 의원들의 개별수정안이 제출되었다. 국회 본회의는 1953. 4. 16.부터 7. 9.까지 형법안 독회를 하고, 7월 9일에 법을 통과시켰다. 자구정리에 관한 부분은 법제사법위원회에 다시 일임했다. 형법안은 1953. 8. 31.에 정부로 이송되어, 동년 9월 18일 법률 제293호로 공포되었고, 1953. 10. 3.에 개천절을 맞이하여 형법이 시행되었다. 기본 법률 중 처음으로, 우리의 형법이 시행되게 된 것이다.¹²⁵⁾

법사위 수정안의 주안점은, (정부원안이) ‘민주주의적인 정신을 살리는 점이 조금 소홀히 된 점이 상당히 들어’ 있어, 그 점을 많이 수정하기로 했다고 한다. 우리 헌법의 정신에 따라 ‘민주주의적 형법’을 만드는 것에는 법전편찬위원회도 이견이 전혀 없었지만, 형법 기초안을 만들던 시점에 “여순반란사건 같은 것이 일어

123) ‘형법안 심사보고에 관한 건’(1952. 8. 29), ‘법제사법위원회 위원장 김의준’의 명의로 ‘민의원 의장 귀하’로 되어 있다(신동운, **형법제·개정자료집**, 81쪽). 수정안의 조문 내용은 위 자료집 82쪽 이하에 수록되어 있다.

124) 본회의에서 엄상섭의 발언(제15회 국회정기회의속기록 제55호, 1953. 4. 16, 35쪽; 신동운, **형법제·개정자료집**, 120쪽).

125) 신동운, **형법제·개정자료집**, 3-4쪽 참조.

나 좌익세력이 팽창하고 있는 때”인지라 “모처럼 발족한 신생국가가 그런 반국가적, 반민족적 세력 때문에 혹은 무너지지 않을까 이런 의심이 있는 나머지” 민주주의 정신을 조금 소홀히 한 점이 있다는 배경설명을 하고 있다.¹²⁶⁾ 그 예로서 인심혹란죄¹²⁷⁾의 경우 언론자유를 국가적으로 제한하는 것을 들 수 있다. 또한 연좌공범 혹은 의제공범 같은 규정¹²⁸⁾은 남로당 등 반국가적 행위를 하는 단체에 가입하거나 하는 경우 개인의 자유가 다소 저해되더라도 이를 근절하지는 취지에서 들어간 것인데, 이는 근대형법상의 형사책임개별화의 원칙에 배치되기에 삭제하는 것이 마땅하다고 보았다. 그리하여 국회 법사위는 이러한 형법의 정치적 남용가능성을 견제하고, 국민의 인권옹호와 자유존중을 보다 기하고자 하였다. 형법적으로는 형법의 보장적 기능을 중시하고, 형법의 보충성을 염두에 두었다.¹²⁹⁾ 형벌에서 관대성의 원칙을 보다 충실화하고자 했다. 이렇게 국회는, 정부원안보다 자유보장적이고 인권존중적인 형법안으로 진일보할 수 있었다.

김병로 역시 이러한 방향성에 대해 별달리 이의가 있지 않았고, 오히려 법사위 수정안의 취지를 받기는 듯한 뉘앙스를 풍긴다. 앞서 언급한 국가보안법, 특조령의 삭제안에 찬동하는 취지의 발언도 그렇고, 내란죄에 대해서도 “내란죄라는 죄에 대해서 여러 가지 형태가 그 전 일본 내란죄와는 좀 형태를 달리했고, 또 공안에 관한 장이 설치가 되어서 거기에도 여러 가지 함축성 있는 조문을 설치하게 되”었다고 의견을 피력한다.¹³⁰⁾

김병로가 ‘자담’했던 총칙 편에서의 변경은 어떤가. 대체로 형법초안을 수용했지만, 몇 부분에서의 법사위 수정안이 나왔다.

먼저 형법 제16조(법률의 착오) 부분에서 ‘형을 감경 또는 면제할 수 있다’는 원안이 ‘벌하지 아니한다’고 수정되어, 결국 이 안이 현행 법률이 되었다. 그러나 이렇게 법적 효과를 불벌로 함으로써 법률의 착오에 대한 크게 배려한 셈이지만, 실제 판례에서는 형법 제16조의 적용사례를 극히 제한해 버리는 역효과를 낳은 면이

126) 신동운, **형법제·개정자료집**, 121쪽.

127) 형법초안 제123조. 인심을 혹란하거나 경제의 혼란을 유발할 목적으로 허위의 사실을 유포한 자는 5년 이하의 징역이나 금고 또는 5만원 이하의 벌금에 처한다. 전쟁, 천재 기타 사변에 있어서 전항의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역이나 금고 또는 10만원 이하의 벌금에 처한다.

128) 형법초안 제30조 후단. 범죄를 목적으로 한 단체의 조직자, 가입자 및 지도의 임무에 있는 자는 전항(정범처벌)과 같다.

129) 제15회 국회정기회의속기록 제55호, 1953. 4. 16, 36쪽 이하, 업상섭의 발언; 신동운, **형법제·개정자료집**, 122쪽 이하.

130) 김병로의 발언, **형법제·개정자료집**, 118쪽.

있다. ‘감경’ 규정이 있었다라면, 제16조를 폭넓게 적용해도 실제로 별 무리가 없었을 것이기 때문이다.

형법 제21조(정당방위) 및 제22조(긴급피난), 제23조(자구행위)에서 원안은 ‘필요한 행위는 벌하지 않는다’였는데, 법사위 수정안은 이를 ‘행위는 상당한 이유가 있으면 벌하지 아니한다’고 하여 ‘상당한 이유’라는 조항을 삽입시켰다. ‘필요한 행위’라고 하면 필요한 정도라면 어떤 행위까지 할 수도 있다고 되어 정당방위의 폭을 너무 넓힐 우려도 있고, 그리하여 보통사람들의 상식 내지 양식을 가미해서 판단하는 게 좋겠다는 취지라고 한다. 이러한 수정안은 업상섭의 제안으로 보인다. 법전편찬위원회에서도 논란이 되었지만, ‘필요’라 해두고 그 내용은 ‘학설에다가 맡겨두자’는 취지로 ‘필요 ……’가 통과되었는데, “암만해도 그 ‘필요’라는 글자가 들어 있어서 학설에다가 맡겨두기가 어려운 점이 있어서” 상당한 이유라는 문구를 수정안으로 채택했다고 한다.¹³¹⁾ 아마도 ‘필요’는 김병로 안인 것으로 생각되는데, 업상섭은 (법전편찬위에서의 자신의 주장이 부결된 것을) 유력한 법사위원임을 십분 활용하여 자신의 내심의 안을 관철시킨 것으로 생각된다.

연좌공범 혹은 의제공범 같은 규정¹³²⁾은 총칙 공범상의 주요부분을 이루는 것이었다. 그런데 그에 대해 업상섭은 반대입장을 가졌다. 이는 범죄자 근절의 측면에서 필요할지 모르나, 개인의 자유권을 보호하는 입장으로 보아서도 대단히 곤란이 있고, 집권자에 의해 악용될 때는 중대한 인권침해의 영향이 올 것이라 보았고, 형사책임 개별화의 원리에 배치된다고 보았다. 근대 형법의 불변의 원칙을 침해하는데다가, 실질상 운영에서 중대한 위험이 따른다고 보아 법사위 수정안으로 삭제안을 낸 것이다.¹³³⁾ 이 수정안은 이의 없이 국회를 통과했다.

그 외의 대다수 총칙 조항은, 문구상의 수정 이외에 내용상의 변화 없이, 국회를 통과했다. 종합적으로 보자면, 형법 제정에 있어 가장 주역이 된 것은 김병로와 업상섭이었다. 김병로는 형법총칙의 조문화를 자담했으며, 전체 형법의 방향 설정 및 회의체에서 중심적 리더십을 발휘했다. 총칙의 대부분은 그의 작품이었고, 그중에는 ‘김병로표 총칙’이라 부를만한 독창성을 곳곳에 보여주었다. 업상섭은 형법각칙의 조문화의 초안작업을 했으며, 전체 조문에서도 열정을 갖고 자신의 주장을 관철시켰다. 업상섭은, 1952년 국회 법사위의 수정안을 통해 1949년에 관철하지 못

131) 업상섭의 설명, **형법제·개정자료집**, 144-145쪽.

132) 형법초안 제30조 후단. 범죄를 목적으로 한 단체의 조직자, 가입자 및 지도의 임무에 있는 자는 전항(정범처벌)과 같다.

133) 업상섭의 설명, **형법제·개정자료집**, 152-153쪽.

했던 상당한 부분을 관철시켰고, 1953년 형법제정을 위한 국회 심의에서 독보적인 영향력을 발휘했다.¹³⁴⁾ 다른 의원들도 정부원안의 수정작업에 가세한 면이 있다.¹³⁵⁾ 김병로의 법전편찬위, 엄상섭의 국회과정을 거치면서, 인권존중과 권력남용의 억제라는 형법의 보장적 기능에 보다 충실히 다가서게 된 것도 인정할 수 있을 것이다. 요컨대 한국의 형법은 김병로와 엄상섭, 양인에 의해 기초화와 입법화가 성취되었다고 할 수 있을 것이다.

VII. 형법의 제정과 공포

형법의 제정은, 대한민국이 수립된 이래 기본법률 제정작업의 첫 성과였기에 그 의미는 각별했다. 다음 언론보도는 전체적 과정을 잘 요약하고 있다.

국회, 형법안 통과

사법법전의 하나인 형법안이 드디어 국회에서 통과되었다.

미군정시대부터 시작하여 법전편찬위원회에서 입법한 동 형법안은 이번 국회에서 지난(1953년) 6월 26일부터 연일 심의한 끝에 (7월) 8일 국회본회의에서 완전 통과되었다. 동 법안은 정부에서 공포하면 부칙에 규정된 바와 같이 오는 10월 3일 개천절부터 시행하게 된다. 이로써 일제(日帝)의 유물인 형법 동 시행법 및 군정포고 2호 등이 폐기될 것이다. 그런데 금번 통과된 형법은 대체로 법제사법위원회의 수정안이 통과된 것으로 총칙 각칙 합하여 397조의 법안이다.

이 법의 특색은 국민의 기본권을 옹호하고 약자를 보호하여 사회의 불건전화를 방지함으로써 국가기초를 공고케 할 것에 주안을 두고 있다. 그리고 민족고유의 미풍양속을 유지 향상시키는데도 유의한 점이 있다. 심의 중에 있어 가장 논란될 것은 간통죄 및 낙태죄의 존폐문제였는데 간통죄에 있어서는 쌍벌주의를 채택하였으며 낙태죄는 존치케 되었다. 그리고 국가보안법도 그대로 존치키로 되었다.¹³⁶⁾

134) “주로 법제사법위원회에서 형법은 제(엄상섭)가 맡아봤기 때문에” 형법의 수정안에 대한 설명을 엄상섭 의원이 거의 도맡다시피 하고 있음에도 국회입법과정에서 그의 비중이 확인된다(신동운, **형법제·개정자료집**, 120쪽 이하).

135) 예컨대 정부원안 제119조. 공연히 범죄를 선동 또는 선전한 자는 10년 이하의 징역이나 금고 또는 10만 원 이하의 벌금에 처한다. 이 조항은 막연하고, 국민과 언론의 비판적 의견이나 논설 하나 제대로 쓸 수 없는 지경이 될 것이다. 결국 언론압박, 권권발동의 여지를 주므로 삭제하자는 변진갑 의원의 안이 통과되었다(신동운, **형법제·개정자료집**, 209-211쪽).

김병로 대법원장은 개천절인 1953년 10월 3일에 특별히 ‘형법시행 기념식’을 거행했다. 중앙청광장에서 거행된 기념식에는 국회의장, 국무총리, 대법원장 등 3부요인이 모두 참석하였다. 김병로는 기념사를 낭독했다.¹³⁷⁾ 법률 통과를 위한 기념식은 이례적이지만, 우리의 기본법률을 처음으로 갖게 되었다는 역사적 의의가 있다. 그중에서도 가장 핵심적인 역할을 했던 김병로로서는 감회가 더욱 남달랐을 것이다. 신형법의 내용에 대해 그는 다음과 같이 압축 요약하고 있다.

다음 말씀드리려 하는 것은 신형법의 내용에 관한 것입니다.

이 형법은 헌법의 기본정신에 의거하여 인류 옹호와 자유 평등의 이념을 구현하고, 유래의 민족적 순풍양속을 유지함에 특별한 주의를 가하였으며, 자유세계의 각국 법전을 고안하여 민주주의 요소를 흡수함에 노력한 것입니다. …… 그 내용의 몇 가지를 예시하여 드리면, 첫째로, 종전에 있어서 법문의 규정이 없고, 학자의 논의와 법관의 견해에 의존하여 온 사항을 명백히 규정하여 범죄 성립의 요소를 일반 상식으로 이해할 수 있게 한 것. 둘째로, 범죄를 목적으로 한 단체를 조직하거나 가입한 자에 대하여 그 목적인 죄에 정한 형으로 처단할 것을 규정하여 치안확보를 기한 것. 셋째로, 공무원의 직무상 범죄에 대한 가중형을 규정하여 공무원의 국민에 대한 책임감을 강화케 한 것. 넷째로, 정조에 관한 남녀 동일한 형벌을 규정하여 방임되었던 남자의 정조 이념을 강조한 것을 특필할 수 있으며, 형에 있어서 (1)자격상실, 자격정지에 관한 규정, (2)형의 선고유예에 관한 규정 등을 신설하여 형벌권의 적정한 운용에 신미(新味)를 가하였고, 종전의 형벌법규를 이 형법전에 대략 포괄하여 법전 정리의 일단을 실천한 것입니다.¹³⁸⁾

VIII. 맺음말

본고의 주요 내용을 요약함으로써 맺음말로 삼고자 한다.

- 김병로는 해방 직후 잠시 정당활동을 했지만, 그는 평소 ‘정치가’가 아니라 ‘법

136) “국회, 형법안 통과”, 조선일보 1953. 7. 10.자.

137) “개천절, 형법시행 기념식 거행”, 조선일보 1953. 10. 5.자.

138) 1953. 10. 3. 형법시행 기념식 기념사(김진배, 가인 김병로, 393-394쪽에서 인용). 그런데 이 치사에서 “둘째로 ……” 부분은 사실에 부합하지 않는다. 이 조항은 법사위 수정안에서는 삭제안이 나왔고, 그 삭제안이 본회의를 통과했다.

률가'로서 자임하였고, 법률가적 직책이 주어지자 곧 정치활동을 접었다.

- 김병로는 미군정하에서 사법행정 전체를 통괄하는 최고위직인 사법부장(1946. 6~1948. 8), 뒤이어 초대 대법원장(1948. 8~1957. 12)을 역임함으로써 명실공히 한국의 사법행정 및 사법부의 중추로서 활약했다.
- 김병로는 기본법률의 편찬사업에 결정적으로 기여하였다. 미군정하에서 법전기초위원회(1947. 6~1948. 8)의 부위원장으로서, 정부수립 직후부터 법전편찬위원회의 위원장(1948. 9~1957. 12)으로 활약했다. 법전기초위원회에서는 김용무, 김병로, 이 인 3인이 중심이 되었고, 법전편찬위원회에서는 이 인을 부위원장으로 하면서, 전문위원 등 모든 인선을 주도하여, 명실공히 김병로 팀이 입법과정 전체를 주도했다고 할 수 있다. 김병로, 이 인, 김용무는 일제하에 항일변호사로서 수십 년간의 유대감을 갖고 있었고, 법전편찬 단계에서도 그들 간의 균열은 나타나지 않았다.
- 법전기초위원회에서는 '형법요강'을 작성했다. 아직 그 단계에서는 한국형법의 두드러진 특색은 보이지 않았다. 일본어 법전을 탈피하여, 조선말로 된 법전이라도 갖자는 목표 아래, 졸속주의, 번역주의도 어쩔 수 없다는 태도였다. 이 시기에 김병로는 요강 작성에 관여하지만, 무엇이 김병로의 별개의 기여인지는 정확히 분리해낼 자료가 별반 없다.
- 법전편찬위원회에서 김병로는, 1949년 3월 양원일 위원의 사망 직후부터 형법 총칙을 자담하여 조문화 및 골격에 전적으로 관여한다. 1949년 11월 12일에 형법초안이 완성된다. 그중에서 총칙은 김병로의 작품이며, 각칙 부분에도 커다란 영향을 행사했다. 각칙 자체의 조문화 작업은 엄상섭의 담당이었다.
- 김병로가 총칙 편을 자담하면서부터, 형법 내용에서 질적인 변화가 일어난다. 일본법 번역주의가 아닌, 한국법의 특색이 새로이 주입된다. 그는 총칙 범죄론에서 자신의 구상을 관철시키게 되고, 형벌 부분에서도 구일본법과는 다른 내용을 채우게 된다. 그것은 그의 40년 가까운 법률가로서의 구상을 실현하는 작업이었다. 동시에 그가 만들어나갈 주요 법률의 제정원칙을 확고히 정립하는 계기가 되었고, 이후 다른 법률에서도 '김병로표' 입법을 추진하게 된다.
- 총칙에서 부작위범, 인과관계, 사회상규, 불능범, 공범 등에서 새로운 규정을 입안하게 되었다. 형벌 부분에서 선고유예, 집행유예의 기능을 활성화하는 쪽으로 조문화했다. 보안처분 조항은 포함시키지 않았다.
- 각칙 부분에서, 그는 간통죄 폐지론을 지론으로 갖고 있었으며, 국가권력 남용

을 시정하기 위한 여러 조문화 작업에 직·간접으로 관여했다. 국가보안법, 특조령 등으로 인한 인권침해를 방지하기 위해, 이들을 폐지하면서 필요한 부분은 형법의 일부로 포섭하려고 하였다.

- 그가 위원장으로 만든 형법초안은 (간통죄 한 조항을 제외하고는) 그대로 정부 원안이 되었다. 이후 국회 법사위는 일련의 수정안을 냈고, 그 수정안 대부분이 국회를 통과했다. 엄상섭 의원이 주도한 법사위 수정안은, 정부원안보다 권력견제와 자유보장을 더 강화하는 방향이었다.
- 종합적으로 보면, 한국의 제정형법은 김병로와 엄상섭의 합작품이라고 볼 수 있을 것이다. 전체 입법과정에서 리더십을 행사하고, 총칙 부분에서 조문화까지 관여한 김병로는 ‘한국형법의 기초자(founder)’라 해도 전혀 손색이 없다. 우리 형법이 타국 형법의 복사판이 아닌, 한국적 특색을 가질 수 있었던 부분에서 김병로의 전문성과 문제의식, 열정이 집약되어 있다.

현재의 한국형법도 제정기의 형법과 크게 다르지 않다. 시대의 변화를 반영하는 각론 부분에서의 개정은 많았지만, 총칙 부분에서의 개정은 적었고, 범죄론 부분에서의 개정은 없었다. 때문에 현재의 한국 형법 역시 김병로의 영향 하에 놓여 있다고 할 수 있다. 따라서 본 연구는, 개별 형법조항의 연혁과 해석, 그리고 그 전체를 이끄는 법정신의 이해에 도움을 줄 수 있을 것이다. 형법의 개정을 할 경우에도, 개정대상이 된 조문의 탄생배경과 문자적 근거를 이해하는 데도 도움을 줄 수 있을 것이다.

본고는 형법에서 김병로의 기여를 살펴보았지만, 우리의 기본법률 중에서 김병로의 손끝이 닿지 않는 법조항이 거의 없다. 그렇다면 형사소송법, 민법, 민사소송법, 상법 분야에서도 김병로의 구체적 기여 정도와 기여내용을 세밀하게 가려낼 필요가 있을 것이다. “각자에게 그의 것을”이라는 정확한 평가의 차원에도 그렇지만, 법률의 정신과 조문의 정확한 이해를 위해서도 필수적인 한 작업이 될 것이다. 개별 법률 분야에서 이러한 연구가 축적될 때, 우리는 한국법률의 핵심을 이해하기 위한 하나의 가치있는 잣대를 얻을 수 있을 것으로 기대한다.

참고문헌

- 고재호, **법조반백년**, 박영사, 1985.
- 국사편찬위원회, **자료 대한민국사 7**, 탐구당, 1974.
- 김갑수, **법창 30년**, 법정출판사, 1970.
- 김병화, **한국사법사(현세편)**, 일조각, 1982.
- 김수용, **건국과 헌법**, 경인문화사, 2008.
- 김재형, “민법의 기초자 가인 김병로 - 민법 제정에 관한 그의 업적과 사상 -”, <가인 김병로 서세 50주기 학술심포지엄: 가인 김병로와 21세기 사법부> 자료집, 법원행정처, 2014.
- 김진배, **가인 김병로**, 가인기념회, 1983.
- _____, **두 얼굴의 헌법**, 폴리티쿠스, 2013.
- 김학준, **가인 김병로 평전: 민족주의적 법률가·정치가의 생애**, 민음사, 1988.
- 문준영, **법원과 검찰의 탄생**, 역사비평사, 2010.
- 민복기/정운환, **형사소송개정법개설**, 조선출판문화사, 1948. 7. 10. 발행.
- 법원행정처, **법원사**, 1995.
- 신동운 편저, **형법제·개정자료집**, 한국형사정책연구원, 2009.
- _____, **효당 엄상섭 형사소송법 논집**, 서울대학교 출판부, 2005.
- 신동운, “가인 김병로 선생과 형법 및 형사소송법의 편찬”, <가인 김병로 서세 50주기 학술심포지엄: 가인 김병로와 21세기 사법부> 자료집, 법원행정처, 2014.
- _____, “가인 김병로 선생의 범죄론 체계와 한국형법의 총칙 규정”, **서울대학교 법학**, 제49권 제1호(통권 제146호, 2008. 3).
- _____, “가인 김병로 선생과 법전편찬 - 형법과 형사소송법을 중심으로 -”, **법학연구**, 제25집, 전북대학교 법학연구소(2007. 10).
- _____, “불능범에 관한 형법 제27조의 성립 경위”, **서울대학교 법학**, 제41권 제4호(통권 제117호, 2001. 2).
- _____, “제정형법의 성립경위”, **형사법연구**, 제20호(2003년 겨울), 한국형사법학회.
- _____, “제정형사소송법의 성립경위”, **형사법연구**, 제22호, 한국형사법학회(2004. 12).
- _____, “형법 제20조 사회상규 규정의 성립 경위”, **서울대학교 법학**, 제47권 제2호(통권 제139호, 2006. 6).

- 신동운, **형사법령제정자료집(1): 형법**, 한국형사정책연구원, 1990.¹³⁹⁾
 _____, **형사소송법제정자료집**, 한국형사정책연구원, 1990.
 신동운, 허일태 편저, **효당 엄상섭 형법 논집**, 서울대학교 출판부, 2003.
 엄상섭 (허일태, 신동운 편저), **권력과 자유**, 동아대출판부, 2003.
 윤남근/조상희, “사법행정가로서의 가인 김병로 선생”, <가인 김병로 서세 50주기
 학술심포지엄: 가인 김병로와 21세기 사법부> 자료집, 법원행정처, 2014.
 이 인, **반세기의 증언**, 명지대학 출판부, 1974.
 _____, **애산여적**, 제1집, 세문사, 1961.
 최종교, “해방후 기본법제의 제정과과정”, **법제연구**, 제8호, 한국법제연구원(1995. 5).
 _____, “현대 한국법제의 형성과정고”, **서울대학교 법학**, 제32권 1-2호(1990. 8).
 한락규, **공화국 형사립법의 발전**, 평양: 국립출판사, 1960.
 한인섭, “한국전쟁과 형사법: 부역자 처벌 및 민간인 학살과 관련된 법적 문제를 중
 심으로”, **서울대학교 법학**, 제41권 제2호(2000).
 _____, **식민지 법정에서 독립을 변론하다**, 경인문화사, 2012.
 _____, **한국 형사법과 법의 지배**, 한울아카데미, 1998.

<당시 사료>

- 김갑수, “민사소송법요강해설”, **법정**, 제3권 제11호(통권 제25호), 법정사(1948. 11),
 20-25쪽.
 김준평, “상법총칙 及 상행위법 요강 해설”, **법정**, 제3권 제9호(통권 제23호), 법정
 사(1948. 9), 20-23쪽.
 법정 편집부, “조선법제편찬위원회 기초요강(2)”, **법정**, 제3권 제7호(통권 제21호),
 법정사(1948. 7).
 엄상섭, “<수필> 양원일 군을 보내면서”, **법정**, 제4권 제4호(통권 제30호), 법정사
 (1949. 4), 32-33쪽.
 _____, “간통죄 철폐와 그 사회적 영향”, **민성**, 제6권 제2호(통권 제43호), 고려문
 화사(1950. 2), 49-51쪽.

139) 이 자료집은 신동운 교수의 기획과 편찬이었으나, 당시 한국형사정책연구원의 자료
 집 발간 관행으로는 편찬자의 이름을 표지에 적시하지 않았다. 그러나 그 서문 및
 경위를 볼 때 신동운 교수의 편찬책임 하에 진행되었음이 명백하므로, ‘신동운 편’으
 로 표기한다.

엄상섭, “형법요강해설(1)”, **법정**, 제3권 제9호(통권 제23호), 법정사(1948. 9), 18-19쪽.
_____, “형법요강해설(2)”, **법정**, 제3권 제10호(통권 제24호), 법정사(1948. 10), 12-13쪽.
향적산인, “김대법원장 대담기”, **법정**, 제3권 제6호(통권 제20호), 법정사(1948. 6), 31쪽.
홍진기, “새 회사법의 요강해설”, **법정**, 제3권 제11호(통권 제25호), 법정사(1948. 11), 13-19쪽.

효당학인, “법전편찬에 대하여”, **법정**, 제3권 제6호, 법정사(1948. 9), 10-11쪽.

제15회 국회정기회의속기록, 제55호, 1953. 4. 16.

제16회 국회임시회의속기록 제19호, 1953. 7. 8.

<신문자료>

한인섭 편, **항일민족변론자료집 IV 신문**, 관악사, 2012.

자유신문 1946. 3. 11.자.

자유신문 1946. 7. 3.자.

경향신문 1948. 4. 29.자.

호남신문 1948. 9. 19.자.

자유신문 1949. 2. 27.자.

자유신문 1949. 9. 6.자

국도신문 1949. 11. 17.자.

동아일보 1949. 11. 17.자.

서울신문 1949. 11. 17.자.

서울신문 1949. 11. 19.자.

조선일보 1953. 7. 10.자.

조선일보 1953. 10. 5.자.

조선일보 1958. 1. 8.자.

조선일보 1958. 1. 9.자.

<Abstract>

Drafting the First Korean Criminal Code - Kim Pyong Ro's Contributions -

Han, In Sup*

Kim Pyong Ro (1887-1964) is one of the most influential legal professionals in modern Korea. He was the first Chief Justice of the Supreme Court in Korea. He was deeply involved in making the basic laws including Criminal Code, Criminal Procedure, Civil Code, and Civil Procedure. Now, I analyse his contribution to the drafting of the Criminal Code, when he was in charge of the Director of the Korean Commission for Code Compilation.

He presided over the all items on Articles of the Criminal Code. Especially, he drafted all articles of its general part. He articulated the many issues on the criminal element, justification, and excuses. He advanced the guarantee of human rights at the special part.

His drafts were mostly accepted by the government, and sent to the National Assembly. The National Assembly passed the Criminal Code in 1953. The general part among the Code still works as a part of the current Code. His nickname, “the founder of Korean Code” might be especially valid concerning the Criminal Code.

Keywords: Korean Criminal Code, Kim Pyong Ro, legislation, code compilation

* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.

