

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 —

梁 彰 洙**

I. 序

1. 헌법 교과서를 보면, 우리 나라 위헌법률심사제도의 연혁에 대하여 1948년 7월의 制憲憲法 제81조 제2항(“법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 되는 때에는 法院은 헌법위원회에 제청하여 그 결정에 의하여 재판한다”)을 그 첫걸음으로 설명하는 것이 일반적이다.¹⁾ 아마도 제도 그 자체로서는 그렇게 볼 수밖에 없을 지도 모른다.

그런데 「大法院」(美軍政下의 「대법원」)의 지위 및 법적 성질에 대하여는 보다 면밀한 검토를 요한다)은 일찍이 1947년 9월 2일 선고 1947年民上第88號 판결(이하 「1947년 판결」이라고 한다)에서²⁾ 妻의 行爲能力을 제한하는 依民法 第14조에 대하여 그 적용을 배제하는 판단을 내리고 있다. 이 판결은 뒤의 IV. 2.에서 보는 張厚永의 말대로 어디까지나 “法律適用과 法律解釋”이라는 관점에서 문제에 접근하여 대법원이 “가장 穩健하고 卓越한 표현방식”으로 민법 제14조의 적용을 거부하는 것일 뿐이지 憲法裁判(즉 위헌법률심사)을 한 것이 아니라고 이해할 수도 있을 것이다. 그런데 다시 생각하여 보면, 대법원이 엄연히 존재하는 법규정에 대하여 이를

* 이 글의 草稿를 읽고 귀중한 코멘트와 함께 본문 V. 2. 및 3.에서 보는 대법원판결 기타의 相關자료를 지적하고 제공하여 준 鄭印燮 교수에게 감사의 뜻을 전한다.

** 서울大學校 法科大學 教授

1) 예를 들면 金哲洙, 憲法學概論, 제10全訂新版(1998), 1245면; 權寧星, 新版 憲法學概論(1996), 1007면 등.

2) 이 판결은 法政 2권 10호(통권 13호, 1947. 10), 49면에 수록되어 있다. 美軍政下의 「대법원」이 한 재판을 발굴·공간하는 작업도 앞으로 하여야 할 작업이라고 하겠다. 예를 들면 독일의 경우에도 제2차세계대전 후 연합국의 점령 아래서 행하여진 最高法院의 재판은 영국의 점령지역에 한하여 公刊된 것으로 알려져 있다. 즉 그 지역의 1949년 1월부터 1950년 3월까지의 민사재판이 *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Zivilsachen*(통상 OGHZ로 약칭된다)에 수록되어 있는 것이다.

“적용치 아니한다”고 선언함은 과연 무엇을 의미하는가, 이러한 「적용배제」와 그 법규정의 「효력상실」 사이에는 어떠한 차이가 있는가, 특히 그 「적용배제」가 “現下의 國是”를 근거로 행하여지는 경우에 이것이 違憲法律審査와 어떻게 다른가 하는 문제가 제기되지 않을 수 없다.

그렇게 보면 위 판결을 우리 나라 최초의 헌법재판이라는 관점에서 바라보는 것도 전혀 불가능한 일은 아니라는 생각도 해 보게 되는 것이다.

2. 本稿는 1947년 판결을 계기로 하여 행하여진 論議를 통하여 그 동안 전혀 알려지지 않았던 美軍政下에서의 憲法裁判論을 소개하고자 하는 것이다. 그리고 그 논의의 素材가 되었던, 妻의 行爲能力 제한을 정하는 依用民法 제14조에 대한 당시의 이해 또는 평가를 아울러 짚어 봄으로써 우리 民法史의 숨겨진 한 場面을 드러내고자 한다.

그리하여 우선 1947년 판결의 구체적 내용을 살펴보고(II.), 이어서 이 판결에 대하여 행하여진 論議를 反對論과 贊成論으로 나누어(이로 인하여 시간적인 先後가 뒤바뀐 경우도 있다) 보다 상세하게 제시하며(III. 및 IV.), 이어서 이 판결 후에 일어난 이와 관련을 가지는 몇 가지 事情을 들어둔다(V.). 그리고 약간의 私的인 所感과 앞으로의 課題 등에 대한 생각을 덧붙인다(VI.).

전공 아닌 영역에 외람스럽게 손대는 것이어서 조심스럽기 그지없으나, 일생을 헌법학의 발전에 바쳐온 權寧星 교수님을 기리는 마음에서 감히 용기를 내어본다.

II. 大法院 1947년 9월 2일 선고 1947年民上第88號 판결

1. 이 판결의 사실관계는 대법원판결문만으로는 잘 알 수 없다. 요컨대 원고는 피고를 상대로 하여 가옥인도청구소송을 제기하였다. 原審(「全州地方審理院」)에서 원고가 승소하자, 피고가 소송대리인을 통하여 상고하였다. 피고측은 상고이유 하나, 원고는 혼인한 여자인데 원심법원이 직권조사사항인 당사자의 訴訟能力에 대하여 조사하지 아니한 잘못이 있다고 주장하였던 것이다. 이 주장은 다음과 같은 법규정을 배경으로 한 것이다. 즉 依用民事訴訟法(朝鮮民事令 제1조 제13호 참조) 제45조,³⁾ 依用民法(同令 제1조 제1호 참조) 제14조 제1항 제1호,⁴⁾ 제12조 제1항 제

3) 依用民事訴訟法 제45조: “當事者能力, 訴訟能力 및 訴訟無能力者의 法定代理는 本法에 別段의 정함이 있는 경우를 제외하고 民法 기타의 法令에 따른다. 소송행위를 함에 필요한 授權에 대하여도 같다.”

4) 依用民法 제14조 제1항: “妻가 다음의 행위를 함에는 夫의 許可를 받을 것을 요한다. 1. 제12조 제1항 제1호 내지 제6호의 행위를 하는 것. …”(점선은 引用者가 생략한 부분을 가리킨다. 이하 같다)

4호는⁵⁾ 妻가 소송을 제기하려면 「夫의 許可」를 얻어야 한다고 정하고 있다.⁶⁾ 그러므로 만일 그 허가를 얻지 아니하고 소를 제기한 것이라면 피고는 소송능력이 없는 것으로서 소제기 등의 행위는 이를 無效라고 할 것이 아닌가⁷⁾ 하는 문제가 제기되는 것이다.

2. 이에 대하여 大法院 民事部(金用茂, 金瓚泳, 梁大卿, 盧鎭高, 金潤根의 5인으로⁸⁾ 구성되었다)는 다음과 같이 판결하여 피고의 상고를 기각하였다. 좀 길더라도 인용한다.

“按컨대 妻에 대하여는 민법 제14조 제1항에 의하여 그에 해당한 행위에는 夫의 허가를 受함을 요하여 그 능력을 제한한 바 이는 夫부부간의 화합을 위한 이유도 없지 않으나 주로 夫에 대하여 우월적 지배권을 부여한 취지라고 인정치 않을 수 없다. 그런데 서기 1945년 8월 15일로 我邦은 일본의 羈絆으로부터 해방되었고 우리는 민주주의를 기초삼아 국가를 건설할 것이고 법률, 정치, 경제문화 등 모든 제도를 민주주의이념으로써 건설할 것은 現下의 國是라 할 것이다. 그러므로 萬民은 모름지기 평등할 것이고 性의 구별로 인하여 生한 차별적 제도는 이미 민주주의 추세에 적응한 변화를 본 바로서 現下 여성에 대하여 선거권과 피선거권을 인정하고 기타 官公吏에 임명되는 자격도 남성과 구별이 無하여 남자와 동등한 공권을 향유함에 이른 바인즉 여성의 私權에 대하여도 또한 同然할 것이매 남녀평등을 부인하던 舊制度로서 그 差別을 가장 현저히 한 민법 제14조는 우리 사회상태에 적합하지 아니하므로 그 적용에 있어서 적당한 변경을 가할 것은 自然의 事勢이다. 茲에 本院은 사회의 진전과 법률의 해석을 조정함에 의하여 비로소 심판의 타당을 기할 수 있음에 鑑하여 同條에 의한 처의 능력제한을 인정하지 아니하는 바이다. 현행 소송능력에 대하여는 [의용]민사

-
- 5) 依用民法 제12조 제1항: “準禁治産者가 다음의 행위를 함에는 그 保佐人の 同意를 얻을 것을 요한다. … 4. 訴訟行爲를 하는 것. …”
- 6) 日政 당시 民事에 관하여 적용할 법을 정하는 朝鮮民事令은 애초에 그 제11조에서 「能力」에 관하여는 一親族 및 相續에 관하여서와 마찬가지로 日本民法에 「의하지 아니한다」고 정하고 있었다. 그러나 1921년 制令 제14호로 이를 改正하여, 능력에 대하여도 그에 따르는 것으로 하였다.
- 7) 비록 민법상 行爲無能力者의 법률행위는 이를 取消할 수 있는 것으로 정하여져 있더라도, 訴訟無能力者의 소송행위는 애초부터 무효라고 함에 異論이 없다. 우선 李時潤, 民事訴訟法, 新訂補版(1995), 155면 참조. 이는 당시의 민사소송법에 대하여도 마찬가지이었다.
- 8) 이들 5인은 전원이 나중에 “民事, 商事 및 刑事의 基礎法典 … 의 자료를 수집조사하며 그 草案을 起草, 審議”하기 위하여 조직된 法典編纂委員會의 위원으로 “委囑”되었다. 1948년(“大韓民國 30년”) 9월 30일자 官報(“大韓民國政府公報處” 발행 제4호) 1면 참조(한편 당시의 「관보」 체계에 대하여도 보다 면밀한 검토를 요한다. 이에 대하여는 우선 崔貞泰, 한국의 官報(1992) 참조). 또한 법전편찬위원회의 조직 및 위원구성 등에 대하여는 우선 梁彰洙, “資料 「法典編纂委員總會議事錄(抄)」, 民法研究 제3권(1995), 88면 이하 참조.

소송법 제45조에 本法에 별반 규정이 없는 한 민법 기타의 법령에 의할 것이라 하였고 [의용]민법 제14조 제1항, 동법 제12조 제1항 제4호, [의용]민사소송법 제50조 제2항에⁹⁾ 의하여 처의 소송행위에 대하여 부의 허가를 받게 되었으나 이는 前段說示에 의하여 적용치 아니할 것"이다.(현재의 맞춤법을 적용하고 꺾음괄호 안에 附記한 것 및 漢字를 일부 한글로 바꾼 것을 제외하고는 原文 그대로이다. 이하의 인용에서도 동일하게 처리하였다)

이 판결문 중에서 “민주주의를 기초삼아 국가를 건설할 것”, “現下의 國是”, “차별적 제도는 이미 민주주의 추세에 적응한 변화를 본 바”, “민법 제14조는 우리 사회상태에 적합하지 아니하므로 그 적용에 있어서 적당한 변경을 가할 것은 자연의 추세이다”, “사회의 진전과 법률의 해석을 조정함에 의하여 비로소 심판의 타당을 기할 수 있음에 鑑하여”, “본원은 … 同條에 의한 처의 능력제한을 인정하지 아니”한다, “[의용민법 제14조 등은] 적용치 아니할 것”(강조는 인용자가 가한 것이다. 이하 같다) 등의 판시부분은 주목을 요한다.

Ⅲ. 1947년 판결에 대한 反對論

1. 1947년 판결은 즉각적으로 많은 論議를 불러일으켰다. 아마도 이 논의는 우리나라 최초의 법학논쟁이라도 불러도 될 것이다.

이 판결에 대하여 논의한 사람으로는 金甲洙,¹⁰⁾ 洪璉基,¹¹⁾ 金安鎮,¹²⁾ 黃聖熙,¹³⁾ 金曾漢,¹⁴⁾ 張厚永¹⁵⁾ 등을 들 수 있다. 이들은 당시 우리나라에서 가장 우수한 법

9) 依用民事訴訟法 제50조: “① 準禁治産者, 妻 또는 法定代理人이 상대방이 제기한 訴 또는 上訴에 대하여 訴訟行爲를 함에는 保佐人의 同意, 夫의 許可 또는 親族會의 同意 기타의 授權을 요하지 아니한다. ② 準禁治産者, 妻 또는 法定代理人이 訴, 抗訴 또는 上告의 取下, 和解, 請求의 拋棄나 認諾 또는 제72조의 규정에 의한 脫退를 함에는 尙 特別의 授權 있음을 요한다.” 이 규정의 내용을 보면, 1947년 판결이 여기서 의용민사소송법 제50조 제2항을 인용할 이유는 없었다고 생각된다.

10) 金甲洙, “軍政과 日本法適用의 限界(5·完)”, 法政 2권 10호(통권 13호, 1947. 10), 36면 이하. 이 글에는 “妻의 能力과 大法院判例”라는 副題가 붙어 있다. 그는 당시 美軍政廳 司法部 法律調査局長의 요직에 있었다.

11) 洪璉基, “司法裁判所의 法律審査”, 法政 2권 11호(통권 14호, 1947. 11), 4면 이하. 후에 洪璉基 先生 華甲紀念論文集(1977), 458면 이하에 그가 쓴 다른 학술적인 글들과 함께 再錄되어 있다. 그는 당시 미군정청 법률조사국 「法務士」의 직위에 있었다.

12) 金安鎮, “妻의 訴訟能力”, 高大新聞 1호(1947. 11. 3), 2면 이하. 그는 당시 고려대학교의 「政法大學 教授」의 직함을 가지고 있었다.

13) 黃聖熙, “妻의 能力에 대한 新判例에 관하여”, 法政 2권 12호(통권 15호, 1947. 12), 12면 이하. 그는 당시 「서울地方審理院 審判官」의 직위에 있었다.

14) 金曾漢, “民法 제14조에 대한 判例批評”, 法政 3권 1호(통권 16호, 1948. 1), 39면 이하. 이 글은 金曾漢이 최초로 公的으로 발표한 것이다. “晴軒 金曾漢博士 著書·論文目錄”,

를가에 속한다고 해도 무방할 것이다. 이 논의의 과정에서 이 판결의 태도를 “생성 중인 국가의 실질적 헌법”이라는 관점에서 긍정하는 견해가 제기되었고, 나아가 과연 대법원이 헌법재판, 즉 위헌법률심사를 할 권한이 있는가가 논의되었다. 그리하여 이 문제에 대하여 「실질헌법론」 나아가 「대법원의 헌법재판」을 옹호하는 洪璣基와¹⁶⁾ 이에 반대하는 黃聖熙¹⁷⁾ 사이에 이 문제에 대한 공방이 있었던 것으로 추측된다.¹⁸⁾

이 판결에 대한 당시의 반응을 金甲洙는 “이 판례에 대하여는 논의가 분분하고 毀譽褒貶이 相半이 아니라 多數의 의견이 법의 正條를 무시하고 법의 안정성을 沮害하는 것이라는 점에 있어서 其 誤判임을 지적하고 있는 듯이 추측된다”라고 전하고 있다.¹⁹⁾ 즉 다수는 이 판결의 태도에 반대하고 있다는 것이다. 그리고 위에 든 글 중에서 金甲洙, 金安鎭, 黃聖熙, 金曾漢은 역시 이 판결에 반대하는 입장을 표명하고 있다.

2. 먼저 金甲洙의 견해를 살펴본다.²⁰⁾

(1) 金甲洙는 법의 안정성을 들어 1947년 판결에 대하여 비판하는 입장에 대하여는 同調하지 아니한다. 그것은, 條理, 즉 衡平의 原理에 의한 실정법의 補正이 인정되는데 “實定法の 缺陷 내지 社會遊離가 결정적인 것이라면 법의 안정성도 희생을 감수하여야” 하기 때문이다.²¹⁾

(2) 나아가 그는 “이 判例에 대한 논의는 처의 무능력제한에 관한 민법의 규정이 해방 후 민주주의 이념을 국시로 하고 이를 基調로 한 諸般制度가 施設運營되어 가는 現段階에 있어서 과연 이러한 사회정세의 변천과 兩立할 수 있느냐 없느냐 하는

金曾漢 博士 華甲紀念論文集(1981), 870면 참조. 그는 당시 서울대학교 법과대학 교수의 직위에 있었다.

- 15) 張厚永, “民法 제14조의 運命”, 法政 3권 4호(통권 18호, 1948. 4), 6면 이하. 그는 변호사로서 당시의 대표적인 법률관계 정기간행물 『法政』의 발행인이었고, 1950년에는 『現行民法總論』을 저술·간행하였다.
- 16) 洪璣基, “大法院의 憲法裁判”, 司法新聞 53호; 同, “南朝鮮의 憲法論”, 同 61호, 62호. 위 法政 14호 所載의 글은 이 兩者를 합한 것인지도 모른다.
- 17) 黃聖熙, “大法院의 憲法裁判論을 反駁함”, 司法新聞 54호 내지 58호.
- 18) 「司法新聞」을 필자는 아직 본 일이 없으며, 따라서 註 16, 17의 글도 未見이다. 이 자료를 소장하신 분의 연락을 바란다.
- 19) 金甲洙(註 10), 36면 下段.
- 20) 黃聖熙(註 13), 13면 中段에 의하면 “이 판결에 반대하는 측으로서는 [당시까지로서는] 金甲洙씨의 논문이 가장 뛰어나게 훌륭하다”고 한다.
- 21) 金甲洙(註 10), 36면 下段 이하.

점을 중심으로 전개되어야 한다”고 전제한 다음, 결론적으로 1947년 판결의 태도에 대하여 다음과 같은 이유로 “相當한 疑問”을 표명하고 결국 “不當한 判決”이라고 한다.

첫째, 依用民法 제14조는 반드시 여성에 대한 남성의 우월적 지위를 부여하였다 기보다는 부부의 공동생활을 보호하기 위한 것으로, 女性이기 때문이 아니라 “妻라는 이유에서” 그 능력을 제한한 것으로 이해할 것이라고 한다.

둘째, 그에 의하면 “民主主義理念—女性解放을 전제로 한다 하더라도 당연히 처의 무능력제도의 폐지가 결론되지는 않”는다고 한다. 민주주의를 국시로 하는 외국에도 그러한 예는 있으며, “장차 朝鮮에 있어서도 국민의 總意 여하에 따라서는 처의 능력제한을 그대로 유지할 수 있”다는 것이다.

셋째, 아마도 가장 중요한 이유로는 “이러한 문제는 裁判에 있어서 정할 문제가 아니고 立法機關을 통하여 비로소 결정될 성질”이라는 것이다(밑줄은 원문에 傍點이 붙어 있는 부분을 가리킨다. 이하 같다). 그에 의하면 재판으로 이러한 결정을 할 수 있는 것은, 그러한 決定을 하지 않으면 “民主主義의 土臺가 동요되고 그 붕괴를 초래할 성질의 문제”에 한정되어야 한다는 것이다(그러나 이러한 문제에 대하여라도 法院이 헌법재판을 할 수 있는 法的 根據가 무엇인지에 대하여는 아무런 언급이 없다). 그러므로 “判例[즉 1947년 판결]는 … 부당한 판결이라 하지 않을 수 없다. … 이는 실질적 의미에 있어서 분명히 司法權에 의한 立法權의 侵害”라고 한다.²²⁾

(3) 나아가 그는 憲法裁判의 문제와 관련하여서도 “法令審査權은 헌법을 規矩로 하여 그 위반 여부를 판정하는 것인 이상 헌법 성립 이후에 발포된 법령만이 그 審査對象”이 된다고 하여, 헌법 성립 이전에 발포된 依用民法 제14조에 대한 「憲法裁判」도 “있을 수 없음은 물론”이라고 한다.

그러면서 그는 다음과 같이 덧붙인다. “다만 새로운 헌법원리의 시행과 동시에 이와 양립할 수 없는 종래의 법령을 새로운 헌법원리의 시행이 가져오는 新情勢의 전개에 따라 사회실정에 적합치 않은 법령으로 전락되었다[전락되었다고] 해석함으로써 조리의 기능을 통하여 사실상 폐지된 것과 동일히 취급할 수 있지 않을까 하는 문제가 있을 것이나 이것은 결국 문제를 前述 條理의 관계로 환원시키는 것이다.”²³⁾ 그런데 그가 논하는 바에 의하더라도, 과연 어떻게 해서 「條理의 機能을 통하여」, 그것도 「解釋」의 차원에서 접근하여 종래의 법령에 대하여 「사실상 폐지」한 것과 같은 취급을 할 수 있는지는 반드시 명확하게 제시되어 있지 아니하다. 즉 「

22) 이상 金甲洙(註 10), 37면 上段 및 中段.

23) 이상 金甲洙(註 10), 37면 下段.

前述」하였다는 條理에 관한 그의 論議를 상세히 읽어보아도, 그로부터 그러한 「취급」을 정당화하는 法理論的 基礎(rechtstheoretische Grundlage)를 발견하기 어려운 것이다.

3. 金安鎭의 논리는 비교적 단순하다.²⁴⁾

(1) 그는 “본건 판결과 같이 成文法인 법규를 무시하고 법의 適用을 調整함은 민주주의이념에 적합한 것이 아니다”라고 한다. 法의 成文化야말로 “권력자의 전제정치를 억제”하며 또 국민으로 하여금 이에 準據하여 합리적 행동을 가능하게 한다. “더구나 現今과 같이 정치상 이념의 대립이 심할 때에 있어서는 사법관은 성문법을 무시하여 독선적 또는 감정적으로 법의 해석을 하여서는 안 된다”는 것이다.

나아가 그는 다음과 같은 주장도 한다. “현행 相續法은 판례법 또는 관습법으로서 성문법도 아니다. 성문법이 있음에도 불구하고 그 법을 무시하는 대법원의 태도로 보면 당연히 판례법, 관습 같은 것은 안중에 없는 것이 추측된다.” 즉 成文法을 무시한다면 相續法을 이루는 判例法이나 慣習法은 더욱 가볍게 여길 것이니, 어디서 법적 안정성을 찾겠는가 하는 점이다.

그리하여 그는 “본건 판결은 『법률에 의한 재판』이라고 할 수 없는 違法の 判決로서 비민주주의적인 법의 운용의 標本이라 하겠다”고 결론짓는다.

(2) 한편 그에 의하면, “日本의 植民地政策에 의한 惡法”은 이를 「掃蕩」하여야겠으나, 민법 제14조는 거기에 해당하지 않는다. 그의 흥미로운 설명에 의하면, “事實上에 있어서 현행 관례에 의하면 妻가 소송행위를 하고자 하면 형식상 書面에 의하여 夫의 허가가 있는 듯이 그 동의서 또는 허가서를 호적등본과 함께 재판소에 제출하여 適法手續을 취하기는 하나 妻가 직접 단독으로 소송행위를 하는 예는 드물고 대개는 그 夫가 변호사에게 소송대리를 위임하든지 또는 재판소에 소송대리허가 신청을 하여 그 허가를 얻어 소송함이 실상이다. 如斯히 현실면에 있어서는 부는 처에 대하여 어느 정도 優越的 支配權이 있기 때문에 夫婦間의 和음이 유지되고 있다”는 것이다.

이러한 立論은 내용적으로 당시의 친족법이나 상속법상 여자 또는 남자의 법적 지위에 대한 법문제의 제기로 이어진다. 그에 의하면 “여자는[가] 법률상 남자와 동등한 私權을 향유함에[향유한다면] 祭祀相續도 할 수 있고 戶主相續, 財産相續도 남녀균등하여야 하며, 여자에게도 嗣養子가 될 권리를 부여하여야 하고 夫에게는 妻와 같이 법률상 守操의 의무를 인정하여야 할 것”이라는 것이다. 그는 아마도 여자

24) 金安鎭(註 12) 참조.

나 남자에게는 이러한 권리 또는 의무가 없음을 당연한 전제로 하여 논의를 전개하는 듯하다.²⁵⁾

4. 黃聖熙의 주장은, 그가 헌법재판론을 전개한 文獻을²⁶⁾ 입수하지 못하여 확연히 알 수는 없으나, 첫째 대법원은 헌법재판을 할 권한이 없다는 것이고, 둘째, 1947년 판결은 헌법재판을 하여 민법 제14조를 헌법에 반한다는 이유로 그 無效를 선언한 것이 아니라 단지 그 규정을 그 판시의 이유로 적용하지 아니한 것뿐이라는 데 있다고 추측된다.²⁷⁾

그에 의하면 “도대체 헌법재판제도라는 것은 소위 硬質憲法の 존재, 즉 憲法の 優位性을 전제로 삼는 데에서만 비로소 그 認否 여하 내지 構成形態에 관한 문제가 발생할 수 있”는데, “硬質憲法은커녕 여하한 憲法典도 보유하지 못하는 현하 南朝鮮에 있어서는 헌법재판을 논의할 여지가 없”다는 것이다. 여기서 「硬質憲法」이란 아마도 법률의 개정절차에 비하여 엄격한 절차요건을 갖추어야만 개정되는 憲法을 가리키는 것으로 보인다.

5. 金曾漢도 뒤의 IV. 1. (1)에서 보는 洪璣基의 과약과 유사하게 1947년 판결을 “민법 제14조를 解釋한 것이 아니라 그 적용을 거부한” 것이라고 이해한다.²⁸⁾ 그리하여 그는 대법원이 법률의 적용을 “전적으로 거부할 수 있는가”를 따져서, 이를 부정적으로 답한다.

(1) 그는 洪璣基의 憲法裁判論(뒤의 IV. 1. 참조)을 다음과 같이 비판한다.²⁹⁾

김증한의 주장은 결국 현재 법원의 법률심사권을 정하는 헌법(成文憲法 또는 “우리의 법적 확신의 지지를 받고 있는 憲法的 慣習”)은 존재하지 않는다는 것에 귀착한다. 그러므로 “成文으로” 이를 규정하는 헌법이 마련되기까지는 “現裁判所는 종래의 재판소가 有하였던 권한을 독단으로 확장시켜서는 안 된다”는 것이다.³⁰⁾ “금번 판례가 즉 [朝鮮憲法の] 발굴작업의 하나라고 할지 모르나, 發掘하여 놓은 헌법을 지켜나가는 것이 司法權의 임무이지 발굴 자체가 임무는 아니다.”³¹⁾

25) 依用刑法(朝鮮刑事令 제1조 제1호 참조) 제183조는 “有夫의 婦”, 즉 妻에 대하여만 姦通罪를 인정하였다.

26) 앞의 註 17 참조.

27) 黃聖熙(註 13), 13면 上段 이하 참조.

28) 金曾漢(註 14), 39면 下段.

29) 그는 金甲洙의 所論이 “法の 內在理想인 條理에 의한 裁判”이라는 논리로 위 문제를 긍정한다고 하면서, 이를 논박하고 있으나 여기서는 이에 대하여 언급하지 않기로 한다.

30) 金曾漢(註 14), 40면 上段.

그는 「민주주의이념」은 “너무나 그 내용이 漠然하고 너무나 多義的”이어서 헌법 일 수가 없다고 한다. “民主主義라는 概念이 … 國家組織도 基本權도 그에 따라 결정되지 못하는 것이라면, 그것은 어떠한 의미에서도 헌법이라고 부를 수 없”(점선은 인용자가 생략한 부분을 가리킨다. 이하 같다)다는 것이다.³²⁾ 또 어느 정도 명확한 내용을 가지더라도, 그것은 “각국 헌법에 공통한 指導原理일지언정, 一國의 헌법 일 수는 없다. … 數個國이 同一憲法을 共有할 수는 없”기 때문이다. 그에 의하면, “朝鮮이 현재 민주주의를 國是로 한다 함은 헌법을 제정, 실시할 것을 기본방침으로 삼는다는 데 불과하다. 憲法의 내용은 未定이다.”³³⁾

나아가 그는 현재가 「過渡的 段階」임을 강조한다. 과도적 통치조직으로 행정권이 나 입법권이 불비한 현재에 있어서 司法權이 “완비된 조직하에서도 반드시 부여되지 못하”고 있는 법률심사권을 “자진하여 획득할 만한 권위”는 없다고 한다. 그러한 상황에서 대법원이 “속속 從來法의 無效를 선언”한다면 입법이 이에 대응하지 못하므로, 결국 “法の 欠缺이 늘어서 문제 그대로 無法의 領域이 확대될 것”이라는 것이다.³⁴⁾

여기서 제기되는 疑問은, 그렇다면 金曾漢은 당시의 법원이 日政法令을 —그것이 軍政法令에 의하여 폐지되지 아니하는 한— 그대로 적용하여야 한다고 주장하는 것인가, 만일 그것이 아니라면, 법원의 이러한 「적용제한」은 무엇을 根據로 하여, 어떠한 方式으로 행하여질 수 있다는 것인가 하는 점이다. 그가 이에 대한 答을 주고 있지 아니한 한, 그는 무언가 論議의 核心을 빗겨가고 있다는 느낌을 떨칠 수 없다.

(2) 그는 나아가 依用民法 제14조가 “민주주의와 도저히 양립할 수 없고 현사회 상태에 비추어 절대로 용납될 수 없느냐”를 논한다. 그는 이를 否定的으로 답하여, 대법원이 同條를 적용하지 아니한 것을 비판한다.³⁵⁾

그는 외국의 立法例를 살핀 후 “공법상 남녀평등이 실현되고 여자가 남자에 지지 않게 사회적 활동을 하고 있는 歐洲諸國에 있어서도 부부생활에 있어서는 妻가 상당한 제한을 받고 있”다는 것을 확인한다. 그런데 부녀자의 사회적 지위가 아직 앞은 “朝鮮의 現實”에서는 처의 지위만을 향상시킨다면 “결국은 부부생활의 원만을 꾀는 데 一助가 되는 이외에는 아무런 效果도 없을 것”이라고 한다. 그리하여 의용

31) 金曾漢(註 14), 40면 下段.

32) 金曾漢(註 14), 40면 下段.

33) 金曾漢(註 14), 41면 上段.

34) 金曾漢(註 14), 41면 上段 이하. 그는 여기서 사법권의 「權威」라는 용어를 「권한」과는 구별하여 사용하고 있다. 그 區分은 반드시 명확하지 아니하나, 성문헌법에 의하여 주어 진 「權限」이 아닌 自己充足的 意旨貫徹力으로서의 「권위」를 의미하는 듯하다.

35) 金曾漢(註 14), 42면 上段 이하.

민법 제14조는 “부부생활의 화합을 위한 규정”이며, “女子에 관한 규정이 아니라 妻에 관한 규정”이라는 것이다.

(3) 결국 그는 다음과 같이 결론짓는다.

“男女平等이 실현되더라도 妻에 대한 어느 정도의 제한은 별도로 남을 수 있는 것이어늘, 하물며 [依用]民法 제14조가 조선 현재의 사회실정에 적합치 않기 때문에 적용할 수 없다 함은 도저히 正當한 見解라 할 수 없다. 그리고 특히 裁判所로서 法律의 失效를 선언함은 不當한 일일 것이다.”³⁶⁾

IV. 大法院判決에 대한 贊成論

1. 洪璉基는 극히 흥미로운 논의를 전개하여 1947년 판결의 태도를 이론적으로 뒷받침하고 있다.³⁷⁾

(1) 그는 우선 1947년 판결이 “민법 제14조를 어떠한 구체적 사실에다가 적용한 것이 아니라 그 法條 자체의 효력을 심사한 것이다. 法律 그 자체의[에 대한] 裁判이다”라고 단정한다. 여기서부터 이 판결이 “오직 제정되어 있는 법을 適用”한다는 “司法의 本質”에 반하는 것이 아닌가 하는 의문이 제기된다. 이 의문에 대하여 그는 다음과 같은 對答을 제시한다. 즉 “大法院이 해방 이후 우리의 새로운 헌법으로 군림한 민주주의이념에 어그러지는 민법 제14조를 憲法에 抵觸한 法律로 인정하고 그 無效를 宣言한 것으로 볼 수 없는가”하는 것이다.³⁸⁾

1947년 판결을 이와 같이 이해하려면 전제적으로 해결되어야 할 문제가 있다. 그는 이를 다음의 넷으로 정리한다. 첫째, 대법원이 그러한 헌법재판권을 가지는가. 둘째, 이를 긍정하여도 “現在の 南朝鮮에 무슨 憲法이 있느냐.” 즉 이른바 “民主主義理念 따위”가 헌법재판의 기준으로서의 헌법이 될 수 있는가. 셋째, 이상을 긍정하여도 “과연 男女同權이란 정치적 구호대로 처의 무능력제도를 폐기하는 것이 옳으냐.” 넷째, 이상을 모두 긍정한다고 할 때 그러한 “憲法裁判의 效果는 如何.”

(2) 우선 대법원의 헌법재판권에 대하여.

36) 金曾漢(註 14), 43면 下段.

37) 黃聖熙(註 13), 12면 下段에 의하면, 洪璉基의 글은, “[당시까지 제시된 1947년 판결에 대한] 贊成論 중의 白眉編”이다.

38) 洪璉基(註 11), 4면 中段 이하.

그는 각 나라마다 事情이 다름을 살핀 후에, “이렇게 헌법재판제란 무슨 입법주의나 민주주의 같은 한 원칙의 속성으로서 당연히 일반적·균일적으로 있는 제도인가”님을 확인한다. 미국의 경우도 “大審院이 헌법의 우위성과 사법법원의 사명을 관련시켜 自覺으로 획득한 권한”인 것이다.³⁹⁾ 그리고 그는 우리 대법원도 마찬가지라고 한다.

“大法院은 판결이유 중에 『本院은 사회의 진진과 법률의 해석을 조정함에 의하여 비로소 심판의 타당을 기할 수 있음에 鑑하여』 이러한 헌법재판을 한다고 간단히 논하였으나, 우리 대법원도 上述한 바 마살 판사의 설시와 같이 해방 이후 우리의 모든 질서 위로 군림한 우리의 새로운 헌법 민주주의이념의 우위성을 인식하고 사법법원의 본질적 직무에 徹함으로써 드디어 이 헌법재판권을 自覺적으로 자기의 권한으로 發見한 것이다.”⁴⁰⁾

말하자면 洪璣基는 1947년 판결에 저 유명한 미국연방대법원의 Marbury vs. Madison, 1 Cranch 137(U.S. 1803) 판결과⁴¹⁾ 같은 의미를 부여하고 있는 것이다.

그는 이러한 “自覺의 妥當함”을 한편으로 당시의 立法議院을 통과하였던 「臨時約憲」⁴²⁾ 제47조(“最高法院은 法令의 適用에 關於 該法令이 本法에 違反 與否를 조사할 權限이 있다”)에서도 찾고 있다. 다른 한편으로 그는 이러한 憲法裁判權을, 그것이 “입법권과 행정권의 지나친 野合으로 인민의 자유를 함부로 침범함을 막음에 적지 않은 역할을 하였을 것”이라는 설명으로도 뒷받침하고, 또 “日帝 때 日本憲法이 명문으로써 보장한 諸基本權”이 國家總動員法이라는 법률로 유린되었어도 일본인민들이 호소할 것이 없었던 것은 “司法權의 優越이 없는 나라의 悲哀”라고 덧붙인다.⁴³⁾ 그리하여 그는 이 헌법재판권에 관한 논의를 “우리는 모름지기 이러한 惡

39) 洪璣基(註 11), 5면 下段.

40) 洪璣基(註 11), 6면 上段.

41) Bernard Schwartz, *A Book of Legal Lists. The Best and Worst in American Law*(1997), p. 49 이하에 의하면, 이는 미국역사상 “가장 위대한 판결” 10개 중 제1위를 차지한다.

42) 金哲洙, 韓國憲法史(1988), 52면에 의하면, 이 「朝鮮臨時約憲」은 1947년 8월 6일에 통과되었는데 軍정장관의 認准留保로 효력이 발생하지 않았다. 자세한 것은, 洪起台, 해방후의 헌법구상과 1948년 헌법 성립에 관한 연구, 1986년 서울대 법학석사논문, 53면 이하 참조.

43) 이상 洪璣基(註 11), 6면 上段 이하. 그는 그 전에 이미 “특히 민주주의적 法制度로서 종래의 대륙법보다도 영미법에서 계수해 올 것이 더 많다. … 미국의 司法權優越의 原則도 새 조선 민주주의헌법에 반드시 채용되어야 할 원칙의 하나일 것”이라는 의견을 표명한 바 있다. 洪璣基, “英美法과 大陸法”, 法政 2권 1호(통권 4호, 1947. 1)(후에 註 11의 洪璣基 先生 華甲紀念論文集(1977), 414면 이하에 再錄. 引用은 同書, 456면에서) 참조.

法律을 헌법재판에 의하여 심판받게 하기 위하여 이 대법원이 확립한 司法權의 優越을 길게 保存하여야 할 것”이라는 말로 마감하고 있다.

(3) 다음 「南朝鮮의 憲法」에 대하여.

그는 우선 現在の 朝鮮은 「生成中の 國家 the state in the making」이며 장래 성취될 완전한 나라의 조선의 「前生 Vorleben」이면서 동시에 “美蘇에게 軍事占領을 받아 그 主權이 抑壓을 받고 있는” 二重的 存在이라고 한다. 그리고 「국가의 조직을 규율하는 大原理의 전체」라는 의미의 “실질적 의미의 헌법”은 국가나 정부가 있는 한 그 형태가 어떠하든 반드시 존재한다.⁴⁴⁾

그러면 현재의 「남조선」에는 어떠한 헌법이 있는가. 위의 二重性を 반영하여 헌법도 이중적으로 존재한다. 하나는 統治權에 관한 것으로 이는 결국 美軍政의 조직에 관한 것이다. 이어서 그는 다음과 같이 말한다.

“이것으로 「政府의 組織」을 규율하는 헌법적 규정은 다하였다 치더라도 憲法의 二大部門의 하나인 人民의 基本權에 관한 것은 없다. … 인민의 기본권은 建國의 理念에 비추어 그 이념에 맞는 권리를 그 속에서 발굴하여 形成하여 나갈 수밖에 없다. … 布告 제1호 前文이 선명한 바와 같이 軍政은 軍政 그 자체를 목적으로 하는 것이 아니라 실은 조선의 독립을 적극적으로 원조함으로 목적을 삼을지니 … 軍政도 실은 생성중의 국가 조선을 위한 존재이고 또 그래야만 한다. 그러므로 建國理念은 생성중의 국가 조선의 生成의 原理일 뿐 아니라 또 동시에 軍政의 원리로서 軍政하 모든 질서를 규율잡는 원리이기도 하다. 따라서 건국이념은 모든 法秩序 위에 군림하여 있고 모든 법은 이 건국이념에 합치함으로써 존재하고 또 불합치함으로써 소멸할 것이다. 그러니 이 建國理念이야말로 현재 남조선의 실질적 의의의 헌법인 것이다.”⁴⁵⁾

그런데 이러한 「건국이념」, 즉 실질적 의의의 헌법이란 결국 民主主義이다. 1947년 판결의 “우리는 민주주의를 기초삼아 국가를 건설할 것이고 법률, 정치, 경제문화 등 모든 제도를 민주주의이념으로써 건설할 것은 現下의 國是라 할 것이다”라는 판시가 바로 이를 說破한 것이다.⁴⁶⁾

그러면 이러한 「민주주의이념」이라는 것이 헌법재판의 기준이 될 수 있는가. 그는 조금의 망설임도 없이 이를 긍정한다. 그에 의하면 미국의 헌법재판의 예를 보아도 自然法, 合理性(reasonableness) 또는 —美國憲法 修正제14조의 적법절차조항에서와 같이— 「適切함(due)」을 기준으로 얼마든지 활용하고 있다는 것이다.

44) 洪璣基(註 11), 7면 上段 이하.

45) 洪璣基(註 11), 7면 下段 이하.

46) 洪璣基(註 11), 8면 上段.

그리하여 그는 다음과 같이 논의를 마무리한다.

“그렇다면 이 建國過程期의 大法院이 건국이념으로써 헌법재판의 기준으로 삼은 것은 至當타 아니할 수 없다. 그리고 그 건국이념인 민주주의의 속성으로서 남녀동권이란 細目的 理念을 끌어내는 것도 또한 明白한 事理에 좇은 것이라 아니할 수 없다.”⁴⁷⁾

이와 같이 그는 대체로 「남조선의 현재의 헌법」만을 논의한다. 그런데 과연 「생성중의 국가 조선」이라고 할 때 그것이 과연 그 38도선 이북의 「조선」은 배제되는 것인지 잘 알 수 없다. 그가 “分割된 南北 두 조선임에도 불구하고 이것을 초월하여 하나의 「생성중의 국가」 조선을 想定할 수 있”다고 하는 점에 비추어 보면, 그가 北을 배제하는 것으로는 여겨지지 않는다. 그렇다면 예를 들어 그가 주장하는 「司法權優越의 原則」이 당시의 남북을 통틀어 建國理念이 된다는 것인지 의문이다.

(3) 또한 妻의 無能力制度에 대하여.

그는 우선 妻를 무능력자로 함은 부부공동생활의 화합을 위한 것으로서 부부를 차별하는 것이지 남녀를 차별하는 것이 아니라는 주장(위의 III. 2. (2)에서 본 金甲洙의 견해를 염두에 둔 것인가?)을 반박한다. 부부의 화합을 위하여 능력제한이 필요하다면 夫의 능력을 제한하거나 夫妻의 능력을 공히 제한하지 아니하고 왜 하필 妻의 능력을 제한하였는가. “부부의 화합이란 美名 바로 뒤에는 男女差別이 숨어 있는 것이다.”⁴⁸⁾

그리고 그는 대법원의 果敢성과 進歩성을 찬양한다. “새 조선 건국에 있어 이러한 봉건적 잔재의 소탕에는 모름지기 果敢하여야 한다. … 대법원이 이러한 보수성이 가장 濃厚한 身分法의 분야에서 봉건적 잔재 소탕의 先鞭을 가한 것은 더욱이 반가운 일이다. 대법원의 헌법재판이 앞으로 더욱이 이러한 진보적 방향으로 걸어가기를 기대하여 마지 않는다.”⁴⁹⁾

(4) 마지막으로 헌법재판의 효과는 어떠한가.⁵⁰⁾

洪璣基는 우선 헌법재판에 의하여 법률의 무효가 선언된 경우 그 법률은 언제부터 무효인가를 다룬다. 그는 미국의 헌법학자들 사이에서는 「애초부터 무효」라는 것이 통설이지만 “朝鮮에서는 이 이론은 좀 修正을 받아야 한다.” 왜냐하면 해방 후에 비로소 새로운 헌법, 즉 민주주의이념이 군림하게 되었으니 무효의 始期는 이

47) 洪璣基(註 11), 8면 上段.

48) 洪璣基(註 11), 8면 中段 이하.

49) 洪璣基(註 11) 8면 下段 이하.

50) 洪璣基(註 11), 9면 上段 이하.

이념이 조선에 베풀어진 날부터야 한다는 것이다. 그리고 그 날은 “法的으로는” 일본이 항복문서에 서명한 1945년 9월 2일이라고 한다.

그렇다고 하여도 사정에 따라서는 「事實上 理論 de facto doctrine」이나 禁反言 등을 원용하여 효력을 제한할 필요가 있을 것이다. 그러나 1947년 판결의 경우에는 처의 능력을 제한하던 障礙를 풀어놓았으므로 조금도 去來의 安全을 해하지 않으며 “오히려 夫의 동의가 없어 不安定된 거래를 안정화시킬 것”이다. 그러므로 의용민법 제14조에 대하여는 “當初無效의 원칙을 적용하여도 아무런 부당한 결과도 없어[없고 또한 1947년 판결에] 아무런 留保文句도 없으니 민법 제14조의 무효의 始期는 同年[1945년] 9월 2일이다”라고 한다.

나아가 그는 헌법재판은 그것이 구체적 사건에 대한 재판의 전제가 된 때에만 할 수 있으며(소위 具體的 規範統制), “자진하여 어떤 법률의 위헌성을 단정해 낼 權限은 없다”고 한다.

(5) 洪璣基의 이 글은, 그 當否는 별론으로 하더라도, 대담한 構想力을 보여 준다는 점에서 특필할 만하다. 또한 바탕에 깔려 있는 새 나라 건국에의 熱情도 바로 느껴진다. 그리고 당시에 미국의 헌법재판이론을 배경으로 논지를 전개한 점도 흥미롭다.

2. 張厚永은 다음과 같은 견해를 피력하여 1947년 판결을 옹호한다.

(1) 洪璣基가 주장하는 「생성중인 국가 조선의 실질적 헌법」에 대하여 그는 다음과 같이 비판한다.

“現實에 비추어 보건대, 南北朝鮮은 양분되어 있고 그 兩地域에서 현실적으로 시행되고 있는 실질적 헌법이랄까 헌법원리랄까 하는 것도 兩者가 전연 별개의 기본원리에 입각하고 있는 것이니 우리 大法院이 생성중의 국가 조선으로서의 실질적 헌법 내지 헌법원리를 파악할 수는 논리상 불가능한 것이라 하겠다. … 이 점을 합리적으로 해명할 수 없는 것이 그의 致命的 弱點이라 하겠다.”⁵¹⁾

적어도 南北을 통틀어 하나의 「생성중의 국가 조선」을 전제로 할 때에는 이 비판은 타당한 것으로 여겨진다.

(2) 한편 그는 洪璣基가 말하는 「사법권 우월의 원칙」에 대하여, 그것이 “민주주

51) 張厚永(註 15), 6면 上段 이하.

의의 필연적 귀결이 아니”며 또 “일반적으로 말하자면 … 민주주의 내지 삼권분립주의의 平常的인 發展의 歸結이라고는 말할 수 없을 것 같다”고 한다. “왜냐하면 수백명의 국회의원의 결의로써 성립된 법률이 불과 5명 내지 9명의 대법관의 합의로써 一朝에 전연 水泡에 돌아가고마는 결과를 짓게 되는 論理는 별단의 사유가 없는 한 갑자기 首肯하기 어렵다”는 것이다.⁵²⁾

추측하건대 이것이 아마도 당시의 법률가들이 「대법원의 헌법재판권」에 대하여 가지는 일반적인 評價 내지는 感想이 아닐까 한다. 앞에서 말하였듯 洪璉基와 같이 미국의 헌법재판제도를 보다 상세하게 검토·음미해 보지 아니하였다면, 특히 주로 憲法理論 또는 憲法現實이라고 하여도 당시까지의 日本의 그것을 보고 들을 처지에 서라면, 그러한 생각을 가지는 것도 무리는 아닐 것이다.

(3) 그런데 정작 張厚永이 말하고자 하는 主眼은, 1947년 판결에 대한 지금까지의 논의가 불필요하게 학술적으로 흘러서 “[그] 대법원판결 자체에 대한 충분한 검토”를 결여하고 있다는 데 있다.⁵³⁾

그가 보는 바로는, “그 판결이유 속에는 學者가 自量껏 이해하고 있는 바[의] 憲法裁判도 條理裁判도 실시한 형적이 조금도 없”으며, 대법원은 여기서 문제를 “사회진전과 「法律의 解釋」을 조정함에 의하여 비로소 심판의 타당을 기할 수 있다는 견지에서 해방후 우리 사회상태에 적합치 아니한 「法律適用」에 있어서 적당한 변경을 가할 것이라는, 즉 법률해석과 법률적용에 관한 문제로서 취급한 것”이라는 것이다. 그리하여 “대법원이 민법 제14조 적용을 거부하는 것은 그것이 생성중의 국가 조선의 실질적 헌법에 배반되는 까닭이란 것도 아니요 새로운 헌법원리에 배치되는 까닭이란 것도 아니요, 眞實로 解放後 우리 社會狀態에 적합치 않는 것이 그 이유인 것”라고 이해한다.

그는 「조선해방」이라는 “지극히 커다란 歷史的 現實的 變動”으로 인하여 “尋常一般의 法理論만 가지고서는 도저히 처리수습할 수 없는 법현상”이 너무나 많이 발생한다(그는 한 예로 依用刑法 중 天皇에 관한 犯罪規定을 든다. 이는 軍政法令 제 11호 제2조에서 말하는 “差別을 생케 하는 법령”이라고 할 수 없어 同規定에 의하여 폐지되었다고는 論斷할 수 없다고 하고, 그러나 “해방후 조선인민의 누구 한 사람도 그의 법적 확신으로서 그 법규가 아직까지도 그 효력을 지속하고 있다고는 생각지 않을 것이다. 즉 이런 법규 등은 특별히 실효의 선포가 없다 하더라도 「조선해방」이란 커다란 현실의 변동으로 말미암아 당연히 그 현실적 적용의 가능성을 전연 상실해 버리고” 말았다고 한다). 그러한 상황 아래서, 더욱이 “입법기관이 不振

52) 張厚永(註 15), 6면 中段.

53) 이하 張厚永(註 15), 6면 中段 이하.

한 現下 現實”에 있어서, “남조선통치기구에 있어서 법의 운용에 관한 최고기관”인 大法院으로서는,

“해방 후의 우리 사회상태를 거울삼아 거기 비추어 보아서 적합치 않은 法規, 「조선해방」이란 지극히 커다란 역사적 현실적 변동으로 말미암아 그 現實의 適用可能性을 전연 상실했다고 인정되는 법규, 「조선해방」에 치어죽어 송장이 된 법규를 충실히 추려골라 이것을 適用拒否라는 무덤 속에 착실히 葬事지내는 課業을 수행”하여야 하는 것이다.⁵⁴⁾

그렇게 보면 대법원이 그러한 법규의 “적용을 거부하는 것은 當然한 事理이며 이것은 그의 權限인 동시에 또한 그의 義務”이기도 하다는 것이다. 이러한 관점에서 그는 1947년 판결이 그 취사선택의 기준을 「해방후 우리 사회상태」에 구하였다고 보고, 이를 “가장 賢明 適切한 所致”로 찬양한다. 또 대법원이 위와 같은 문제를 “결국 법률적용의 문제로 취급한 점이 穩健하고 適切”하며, 또한 이로써 “그 소위 「헌법재판설」이나 「조리재판설」에 대한 비난을 능히 克服할 수 있”다는 것이다.

張厚永은 이상과 같이 헌법재판 또는 대법원의 헌법재판권에 관한 論議를 비판하면서 그와는 다른 觀點에서 1947년 판결이 依用民法 제14조의 「적용을 거부」한 것을 정당화하고 있다.

(4) 그렇다면 대법원이 구체적으로 依用民法 제14조의 「적용을 거부」한 것이 타당한가? 그는 자신의 글의 목적이 이 점을 논하자는 데 있는 것이 아니라고 하면서, 이 문제에 대한 최종적인 태도의 表明을 유보한다(“현하 현실만을 파악함으로써는 대법원의 견해가 지나친 감이 없지 않지만, 앞으로의 현실적으로 전개될 조선민족의 생활양태가 단정코 대법원의 견해와 어그러지는 방향을 취할 것이라고 단언키 어려운 傾向의 動態가 전연 없는 바도 아니다.”⁵⁵⁾ 법률가적 巧言饒舌!). 그리고 “내가 여기서 斷言하고 싶은 것은 대법원의 그 구체적 판단의 시비를 如何間에 민법 제14조는 前掲 대법원판결로 말미암아 논리적으로 모순 없이 유효하게 차후로 그 적용을 거부당할 것이라는 것”이라는 말로 마감한다.

V. 民法의 制定過程에서의 論議 기타

54) 張厚永(註 15), 7면 中段.

55) 張厚永(註 15), 7면 下段. 그런데 뒤에 출간된 張厚永, 現行民法總論(1950), 66면에서는, “妻를 無能力者로 규정하는 제도는 아무리 夫婦生活의 圓滿과 和合을 위한다 하여도 萬民平等·男女同等을 부르짖는 民主主義的인 國家法制下에서는 용인되지 못할 制度라 아니할 수 없는 것이다. … 고로 처의 무능력에 관한 [의용민법] 제14조 내지 제18조는 헌법 제8조 同 제100조에 의하여 폐지되었다고 아니할 수 없다”라고 설명하고 있다.

1. 後日談이라고나 할까, 그 후 민법의 제정과정에서 처의 행위능력 제한에 관한 논의를 덧붙인다. 이 논의는 1947년 판결 및 이를 둘러싼 攻防과 일정한 연관이 있다고 생각되기 때문이다.

(1) 張暲根은 이미 1947년 6월의 군정청 행정명령 제3호로 구성된 법전기초위원회(Code Drafting Commission)의⁵⁶⁾ 위원으로서, 민법 중 「身分法」의 “起草委員, 連絡委員 檢 組織小委員”을 맡았었다.⁵⁷⁾ 1948년 8월에 정부가 들어선 후 구성된 법전편찬위원회에서도 張暲根은 민법분과위원회에서 “身分編”의 「책임위원」, 그 중에서도 「主責任委員」이 되었다.⁵⁸⁾ 그는 이미 1948년 9월에 “법전편찬위원회 전체회의에서 최종적 결정을 받아 입법방침 및 요강을 확정부동적으로 만들기 전에 … 學界와 輿論의 충고를 받”고자 “親族相續法立法方針及要綱私案”을 발표하였다.⁵⁹⁾ 그 중 「親族編의 要綱」 제20항은 “妻의 行爲能力”에 대하여 다음과 같이 정한다.

- “(1) 妻는 자기의 特有財産에 관한 행위 및 訴訟行爲에 관하여 夫의 同意를 요하지 않도록 할 것
 (2) 身體의 羈束을 받을 계약 또는 영업을 함에는 夫의 동의를 요하는 것으로 할 것”

이 항목은 그대로 법전편찬위원회의 「民法親族相續編要綱」의 한 내용으로 확정되었다. 이 항목에 대한 張暲根·張承斗의 “解説”은 다음과 같이 말한다.⁶⁰⁾

“… 요컨대 처의 무능력에 관한 규정은 고대의 女子永久後見制의 殘影이고 현대생활과 그 사회적 경제적 필요와 조화되지 않는 過去의 遺物이라고 하겠다. 그러므로 이를 다만 혼인공동생활의 원만을 유지하는 데 필요한 범위에 한하여 인정하고 그 필요한 한도를 넘어 남녀평등을 해하는 것은 이를 폐지하여야 할 것이다. … 그리고 처의 무능력은 … 혼인의 효과이므로 現民法이 총칙에 이를 규정하여 마치 妻는 判斷能

56) 당시의 公用語는 英語이었다. 太平洋美國陸軍總司令部 布告 제1호의 제5조 제1문(“군정기간 중의 모든 목적을 위하여 영어를 공용어로 한다”). 그리하여 이 영어의 번역으로 「법제편찬위원회」라고도 불리웠다.

57) 이에 대하여는 우선 梁彰洙(註 8), 91면 이하 참조.

58) 副責任委員은 張承斗이다. 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會 편, 民法案審議資料集(1957), 75면 참조.

59) 張暲根, “親族相續法立法方針及要綱私案”, 法政 3권 9호(통권 23호, 1948. 9), 13면 이하. 또한 民法案審議資料集(前註), 26면 이하; 鄭光鉉, 韓國家族法研究(1967), 附錄編(親族相續法立法資料), 1면 이하에도 수록되어 있다.

60) 張暲根·張承斗, “民法親族相續編要綱解説(二)”, 法政 4권 11호(통권 37호, 1949. 11), 13면. 이 글은 民法案審議資料集(註 58), 1면 이하; 鄭光鉉(前註), 附錄編, 12면 이하에도 수록되어 있다.

력이 부족하여 부의 능력보충(보호)을 요하는 취지인 듯한 인상을 준 것은 타당치 않았음에 鑑하여 이것을 親族編 혼인의 효력에다 규정하기로 하였다.”

우리가 1947년 판결을 둘러싸고 벌어진 論議에서 그 公約數 또는 「가능한 한 많은 사람의 동의를 얻을 수 있었던 입장」을 여기서 읽는다면 지나친 비약일까. 그렇게 보면 위 「解説」이 이 판결에 관한 文獻들(앞의 III. 및 IV. 참조)을 —일본문헌과 함께— 인용하고 있는 것도 의미가 전혀 없지는 않을 듯하다.

(2) 그런데 民法案은 처의 행위능력을 제한하는 규정을 일절 포함하고 있지 않았다. 그런데도 이 法案을 심의한 민의원 법제사법위원회 민법안심소위원회는 그 「審議의 要綱」을 따로 정하였다.⁶¹⁾ 이 요강 중 「親族編의 審議要綱」 제18항은 앞의 (1)에서 본 「親族編의 要綱」 제20항과 완전히 일치한다.

그리고 그 이유도 그대로이나, 다음과 같은 부분이 덧붙여져 있다.⁶²⁾

“②의 신체의 기속을 받을 계약이나 영업에 관한 부의 동의권에 관하여는 女性들을 이를 削除하거나 不然이면 夫의 同様の 契約 또는 營業에 대하여 妻의 동의권을 인정하여야 한다는 主張을 하고 있다. 그러나 夫의 활동범위가 사회적으로나 경제적으로 妻의 그것에 비하여 심히 廣大複雑한 것이 실정이고, 뿐만 아니라 만일 처의 동의권을 인정한다면 그 채권자를 해하는 방법으로 악용할 우려도 많은 것이다. 이러한 견지에서 볼 때 本項의 정도가 남녀평등의 원칙을 固持하면서 혼인공동생활의 원만을 기하기에 가장 적절한 것으로 인정되는 것이다.”

(3) 그러나 위 민법안심소위원회는 이 「審議要綱」을 실제로 民法案을 심의하는 과정에서 貫徹하지 아니하였다. 이를 관철하려면 처의 행위능력을 제한하는 규정을 일절 두지 아니한 민법안에 대하여 새로운 條項을 추가할 것을 제안하여야 했을 것이다. 그러나 『民法案審議錄』을 보아도 그 論議의 흔적을 찾아볼 수 없으며, 그 소위원회가 마련한 「修正案」에도 이에 대한 언급이 전혀 없다. 이와 같이 민법안심소위원회의 「審議要綱」이 —적어도 법사위의 수정안으로라도— 관철되지 아니하고, 심지어 그 입법과정에서 논의의 흔적조차 찾을 수 없는 예는 극히 드물다.

한편 우리는 總則編의 심의과정으로부터 “—現行法[依用民法를 가리킨다] 제14조 削除— 현행법 제14조는 처의 무능력을 규정한 것으로 이는 우리 憲法 제8조에 비

61) 이 『民法案親族編相續編審議要綱審議錄』은 「민의원 법제사법위원회 민법심소위원회 (“민법안심소위원회”의 잘못?)」에서 별개의 책자로 발간되기도 하였고, 또 同 小委員會, 民法案審議錄, 下卷(1957), 1면 이하에도 수록되어 있다.

62) 民法案審議錄(前註), 10면 上段 이하.

추어 삭제됨이 당연하다”는 言及을 찾을 수 있다.⁶³⁾ 여기서 말하는 헌법(제헌헌법) 제8조 제1항은 다름아닌 平等權에 관한 규정이다(“모든 國民은 法 앞에 平等이며 性別, 信仰 또는 社會的 身分에 의하여 정치적, 경제적, 사회적 생활의 모든 領域에 있어서 差別을 받지 아니한다”).

필자는 우리가 살펴본 1947년 판결이 멀리 여기에까지 그의 「울림」을 전하고 있지 않은가 생각해 본다. 憲法은 이 판결을 통하여 구체적인 形象을 얻었던 것이다.

2. 한편 大法院은 아직 우리 나라가 건립되기 전인 1948년 3월 28일에 선고한 1947年民上第260號 판결에서도⁶⁴⁾ 依用民法 제14조의 적용문제를 다루었다. 그 사건의 原審에서 패소한 피고는 상고하면서 그 상고이유의 하나로, 1947년 판결의 피고와 같은 주장(앞의 II. 1. 참조)을 하였다. 그러면서 “[1947년 판결은] 成文法을 적용치 아니한 違法이 있으므로 此際에 변경”하여야 한다는 주장을 덧붙였다.

그러나 대법원은 “원고가 가령 유부녀일지라도 현행 민사소송제도 하에서 소송행위에 관하여 夫의 許可를 不要하는 바이므로 논지는 이유 없다”고 하여, 상고를 기각하였다.

결국 「대법원」은, 앞의 III.에서 본 바와 같이 反對論의 優勢에도 불구하고, 위의 대법원판결에는 「성문법을 적용하지 아니한」 위법이 있다는 주장을 배척하고 그 태도를 그대로 유지하였다. 여기서 「현행 민사소송제도」란 바로 1947년 판결이 말하는 바 “민주주의 추세에 적응”한 결과로서의 민사소송제도를 가리키는 것이리라.

3. 그런데 依用民法 규정의 유효 여부가 다투어진 예는 비단 그 제14조뿐만이 아니다. 大判 54.9.7, 4287民上50(서울대학교 한국법학연구소 편, 주석 한국판례집, 민사편 II: 1951년-1955년(1968), 269면)은 依用民法 제886조의 위헌 여부를 다루었다.

(1) 同條는 “親權을 행하는 母”에 대하여 “그가 未成年의 子를 대신하여” 그 규정에서 열거하는 일정한 행위(영업, 차재·보증, 부동산 등에 관한 권리의 상실에 관한 계약 등)를 함(또는 그가 子의 그러한 행위에 同意함)에는 親族會의 同意를 얻어야 한다고 정하고 있다.⁶⁵⁾ 문제는 父가 친권에 기하여 위와 같은 행위를 함에는 친족회의 동의를 얻을 필요가 없다고 하면서 母의 경우에는 그와 같은 제한을 과하는 것이 “[평등권에 관한] 헌법 제8조에 저촉”되지 않는가 하는 점이다.

上告理由는 이 점을 들어, 위 규정은 당시의 헌법 제100조(“現行法令은 이 憲法

63) 民法案審議錄, 上卷(1957), 14면 上段.

64) 大法院判決 原本綴로부터 複寫.

65) 우리 민법 제950조 제1항은 後見人에 대하여 유사한 내용의 제한을 과하고 있다.

에 抵觸되지 아니하는 한 效力을 가진다”)에 반하여 무효라고 주장하면서, “大法院 判例에도 妻가 訴訟行爲를 할 때에 夫의 同意를 要치 아니한다고 한 것은 이러한 趣旨이며 法典編纂委員會에서도 민법 친족편 초안에 親權者에 대하여 하등의 제한을 가한 규정이 없는 것도 憲法精神에 배치되지 않도록 한 데서 규정한 것이다”라고 덧붙였다. 거기서 「大法院判例」란 1947년 판결을 가리키는 명백하다.

대법원 민사부(金炳魯, 金斗一, 金東炫, 金世玩, 金甲洙)는, 다음과 같이 판단하여 상고를 기각하였다.

“現民法은 日政 당시의 법률로서 美軍政을 거쳐 우리 나라에 승계 사용되는 것이며 우리 나라 수립 후에는 헌법 제100조에 의하여 헌법에 저촉되지 아니하는 한도 내에서 법률로서 그 효력을 유지할 수 있음은 所論과 같으나 [의용]민법 제886조가 헌법 제8조에 저촉되는 여부에 관하여 考究컨대 同條가 남녀평등의 원칙을 선언한 것으로 법률상 남녀에 따라 그 인간으로서의 근본적 인격적 처우를 달리할 수 있음은[없음은] 물론이나 그 평등이 무엇이나 절대무차별적 평등을 의미하고 배분적 평등을 무시한 것이 아니요 균등과 배분적 공평을 포함한 것이라고 봄이 타당할 것이다. 그리고 배분적 공평이라 함은 各人에 대하여 그 기능 지식과 경험에 따라 그에 상당한 처우를 말하는 것으로 부모의 자에 대한 친권에 있어서도 그것을 동등으로 할 것이나 그렇지 않고 부와 모에 따라 어느 정도의 차등을 둘 수 있는냐는 各其 사회의 생활상태와 남녀의 교육관계 기타를 표준으로 하여 이를 정하여야 할 것이며 [1] 그에 차등을 둘 상당한 이유가 있을 때에는 법률로써 부와 모의 친권의 내용에 다소 차등을 두어도 헌법위반이라 할 수 없을 것이다. 따라서 [2] 법문이 현존하는 이상 법을 적용하는 법원으로서 이를 헌법위반의 이유로 遽然히 배제할 수 없는 것이며 [3] 所論 判決은 미군정하의 판결로 구속력이 없는 것이다.”(꺾음괄호 안은 인용자가 부가한 것이다)

(2) 여기서는 대법원이 헌법재판을 할 권한이 있는가 하는 점은 논의조차 되지 않고 있다. 그것은 법원이 앞서 본 당시 헌법 제81조 제2항에 의하여 憲法委員會에 위헌 여부의 提請을 하기 위한 전제로서는 “법률이 위반되는지 여부”를 심사할 권한을 가진다는 것이 의문의 여지없이 인정되고 있었기 때문일 것이다. 즉 “법원이 재판을 할 때에 적용하고자 하는 법률이 헌법에 위반한다고 인정할 때에는” 먼저 憲法委員會에 提請하여 그 결정에 따라 재판을 하여야 하는데,⁶⁶⁾ 법률이 합헌이라고 판단하는 경우에는 굳이 헌법위원회에 제청할 필요가 없는 것이다.⁶⁷⁾

66) 이 점에 대하여 우선 俞鎮午, 憲法解義(1949), 173면; 同, 新稿 憲法解義(1953), 248면 이하 참조. 또한 韓雄吉, 韓國憲法論(1955), 248면도 同旨.

67) 당시의 憲法委員會法(1950년 2월 21일 공포 법률 제100호) 제11조는, 법원에서 법률의 위헌 여부의 결정을 헌법위원회에 제청하는 때에는 “3. 違憲이라고 해석되는 法律條項”과, “4. 違憲이라고 해석되는 理由”를 제청서에 기재하도록 정하고 있다.

오히려 문제는 日政 당시의 「법령」 중 입법사항을 정하는 것인 경우에 그것이 헌법위원회에 의하여 위헌 여부의 결정을 받아야 하는 「법률」에 포함되는가 하는 점이라고 생각된다. 앞의 III. 2. (3)에서 본 것처럼 이를 부정하는 결과로 연결되기 쉬운 견해도 있고, 兪鎮午가 당시 헌법 제100조와 관련하여 “既存法令은 법률, 명령, 규칙 또는 여하한 명칭을 附하였음을 불구하고 그 규정한 내용을 따라 法律이나 命令으로서 효력을 가지게 되는 것”이라고 말하는 것처럼,⁶⁸⁾ 헌법의 제정에 의하여 이제 기존법령 중 “그 內容이 法律을 要하는 事項(立法事項)을 규정한 것”이면 동 헌법의 의미에서의 「법률」이고 따라서 동 제81조 제2항의 적용을 받는 것이 아닌가 하는 견해도 있을 수 있을 것이다.

(3) 그런데 이 판결의 내용은 母가 친권을 행사하는 경우에 일정한 행위에 대하여 친족회의 동의를 얻도록 하는 것은 「상당한 차별」로서 평등권을 정하는 제헌헌법 제8조에 반하지 아니한다는(위 [1] 부분) 것만을 실시하지는 않는다. 물론 그러한 판단 자체도 문제가 될 여지가 있겠지만, 더욱 흥미로운 것은 위 [2]와 [3] 부분이다.

우선 [2] 부분은 依用民法 제886조가 헌법에 위반하지 아니하는 이상 이를 적용하지 아니할 수는 없다는 지극히 당연한 내용으로 읽힐 수도 있다. 그러나 앞의 III. 및 IV.에서 살펴본 論議를 알고 있는 우리로서는 거기서 “法文이 현존하는 이상”이라는 설시가 범상하게 느껴지지 않는 것이다. 그것은 후 1947년 판결에서 실시하는 대로 “우리 사회상태에 적합하지 아니하 …[게 된 법령은] 그 적용에 있어서 적당한 변경을 가할 것은 자연의 추세”라고 하여서거나 “사회의 진진과 법률의 해석을 조정함에 의하여 비로소 심판의 타당을 기할 수 있음에 鑑”하여서는 엄연히 현존하는 法文이라도 그 적용을 배제할 수 있다는 생각과는 이미 한껏 거리를 둔 태도가 아닐까?

나아가 [3] 부분도 그러한 태도와 일정한 관련이 있다고 생각된다. 아마도 美軍政 아래서의 「대법원」과 나라가 수립된 후의 대법원은 그 바탕인 主權의 귀속이 달라졌으므로 이들을 동일성이 있는 司法機關으로 파악할 수는 없을 것이다. 따라서 엄밀하게 말하면 미군정 아래서 「대법원」이 한 1947년 판결이 건국 후의 법원에 대하여 어떠한 의미에서의 「구속력」도 가질 수 없을 터이다. 따라서 위 [3] 부분의 실시 자체는 옳다고 하겠다. 그러나 위의 판결에서는 依用民法 제14조의 적용이 문제된 것이 아니므로 “所論 判決”, 즉 1947년 판결에 언급할 필요가 애초 존재하지 않았다. 그런데도 여기서 굳이 그 판결이 “구속력이 없다”고 못박을 이유는 어디에 있었을까. 그것을 감행하게 한 것은 역시 1947년 판결의 배후에 자리잡고 있는, 법 적용

68) 兪鎮午(註 66. 1949), 207면; 同(註 66. 1953), 290면.

의 기본태도에 대한 否定的 評價라고 할 수는 없을까. 아니면 이제 해방 후 10년 가까이 지나 혼란이 어느 만큼은 가라앉은 데 따른 「安定에의 志向」일까. 아니면 이 판결을 한 裁判部에 앞의 III. 2.에서 본 바와 같은 입장을 취한 바 있는 金甲洙가 속하는 데서 오는 말하자면 「인적 구성」의 차이에서 연유하는 것일까.

VI. 小結

1. 이상으로 1947년 판결에 대한 論議 및 그에 관련되는 그 후의 經過를 살펴보았다. 여기서 몇 가지 所感을 피력하기로 한다.

첫째, 논의의 熱氣라고 할까 氣魄이라고 할까, 이미 반세기 이상 지난 오늘날 되짚어보는데도 그것이 그대로 전하여 온다. 물론 해방 후의 비상한 상황에 처한 「건국 일꾼」들의 지적 흥분이 배경에 있었다고 추측되는데, 동시에 그 문제가 가지는 의미심중함에 대한 자각 때문이기도 하였을 것이다. 이러한 박력 있는 논의가 새삼 그리워지는 것이다.

둘째, 필자는 金曾漢의 논리적으로 빈틈없어 보이는 尙古尙法한 憲法不在論(내지 憲法不可知論)이 혹 미군정 당시의 상황에서 아마도 필연적으로 제기될 만한 주장임을 수긍할 수 있다. 그러면서도 결국은 張厚永이 말하는 대로 구체적으로 재판을 하는 대법원이 「지극히 커다란 역사적 변동」에 처하여 무엇을 「여전히 효력 있는 법」으로 적용할 것인가를 생각하지 않을 수 없으며 그리하여 “「조선해방」에 치어죽어 송장이 된 법규를 충실히 추려골라 이것을 適用拒否라는 무덤 속에 착실히 葬事 지내는 課業을 수행”하여야 한다는 설명에 기울어지지 않을 수 없다. 법의 효력근거(Geltungsgrund)에 관한 일반적인 법철학적 물음을 앞세우기보다 이와 같은 「실무의 절실한 고민」을 해결하려는 진지한 이론적 노력이야말로 그 상황에서 기대되는 것이다. 그러한 의미에서라도 洪璣基의 헌법재판론은, 설사 그것이 謬見일지는 몰라도, 도리어 계발적이다. 결국은 謬見이라고 하여도, 그것이 사물을 새로운 조명 아래 바라보고 그 의미를 다시 음미하게 하며 말하자면 통설로 하여금 「종래의 잠에서 깨어나게 하는」 등애와 같은 것이라면, 진리로 나아가는 과정의 시각에서 볼 때, 아무것도 말하지 않는 또는 아무것도 말할 것이 없는 진부한 「正論」보다 때로는 훨씬 값진 것이다.

셋째, 다른 한편 처의 행위능력을 제한하는 依用民法 제14조 그것에 관하여 당시의 대법원이 그 적용을 거절하는 것이 타당한가는 면밀한 검토를 요하는 문제이다. 물론 위 규정은 남녀차별이 아니라 부부차별에 해당할 뿐이라고 하는 것은 궁색한 말장난에 가깝다. 또한 부부는, “性別에서 유래하는 生物學的 또는 機能的 차이가 당해 규율의 대상인 생활관계에서 결정적인 것”이 아닌 한은,⁶⁹⁾ 법적으로 동등한

지위를 누려야 민주주의의 이념을 완벽하게 구현하는 것이다. 그러나 종래 시행되어 오던 法規定이 남녀를 차별한다고 해서 그것이 “「조선해방」에 치어죽어 송장이 되”었다고 쉽사리 말할 수 있을까. 특히 나라가 선 후에 우리의 힘으로 새로이 만들어져 1958년에 공포된 민법전의 친족·상속편 속에 포함되어 있던 수많은 男女差別的 規定들,⁷⁰⁾ 가령 처 등 여자상속인의 상속분은 남자의 半으로 하고 친권을父가 우선적으로 행사하도록 한 규정 등을 생각하여 본다면, 1947년의 시점에서 依用民法 제14조에 대하여 적용거부를 선언한 것은 지나친 理想論 또는 일시적 기분풀이라는 생각을 품게 되는 것이다. 洪璣基의 표현을 빌어 말하자면, 「후에 생성된 국가」의 그러한 법규정들에 대하여 違憲判斷을 한 바가 전혀 없는 大法院(물론 앞의 V. 3. (3)에서 말한 대로 미군정하의 「대법원」이 건국 후의 대법원과 동일성이 유지된다고 하기는 어렵다)이 「생성 중인 국가 조선의 실질적 헌법」을 들어 유사한 규정에 대하여 무효를 선언한 것을 어떠한 논리로 설명할 수 있을까?

2. 1947년 판결이 제기하는 법적인 문제는 결국 日政下의 法令이 「해방 후」에 어떠한 범위에서 효력을 가지는가 또는 어떠한 범위에서 그 효력을 상실하는가에 歸着된다고 할 것이다. 그렇게 생각하여 보면, 실제로도 그리고 이론적으로도 중차대한 이 문제에 대하여 그 동안 별다른 研究가 행하여지지 아니하였음을 바로 인식하게 된다.

(1) 물론 1945년 10월 9일의 美軍政廳 「法令」(Ordinance) 제11호의 제2조는 “법률 및 법률의 효력을 가지는 條令 및 命令으로서 그 司法的 또는 行政的 適用으로 인하여 종족, 국적, 신조 또는 정치사상을 이유로 差別을 야기하는(would cause discrimination) 것”은 이를 전부 폐지한다고 정하고 있다. 그러나 거기에 해당하지 않는 한 모두 여전히 효력을 가지는 것인가? 또 어떠한 法令이 「차별을 야기하는」 것인 경우에 그것은 위와 같은 규정이 있어야 비로소 폐지되는 것인가?

또한 1945년 11월 2일의 美軍政廳 「法令」 제21호는 그 제1조 제1문에서 “조선의 舊政府가 발포하고 법률적 효력을 가지는 규칙, 명령, 고시 기타 문서로서 1945년 8월 9일 실행 중인 것은 其間 이미 폐지된 것을 제하고 조선군정부의 특수명령으

69) 이는 「兩性の平等」(독일기본법 제3조 제2항)에 관한 독일연방헌법재판소의 일련의 재판례(BVerfG 2, 225(242); 5, 9(12); 6, 389(422); 10, 59(74); 21, 329(344) 등)에서 “[위 규정에 기하여] 立法者의 내용형성의 자유에 대하여 설정된 確固한 境界”로 인정하고 있는 기준이다. 우선 梁彰洙, “家族關係의 變化와 親族法”, 民法研究 제4권(1997), 232면 이하 참조.

70) 이에 대하여는 우선 이태영, 가족법개정운동37년사(1992), 127면 이하 참조. 또한 梁彰洙(前註), 216면 이하도 참조.

로 폐지할 때까지 全效力으로 此를 존속함”이라고 하고⁷¹⁾ 나아가 그 제2조는 “북위 38도 이남 南朝鮮의 모든 재판소는 조선의 법령, 미국태평양육군총사령부의 포고의 諸規定 及 조선군정장관의 모든 명령 及 법령을 注意施行할 사”라고⁷²⁾ 정하고 있다. 이 「법령」의 규정에 대하여는 헤이그陸戰規則 제43조를⁷³⁾ 들면서 “國際法상의 原則을 遵守”한 것이라는 설명도 있는데,⁷⁴⁾ 어쨌거나 이 규정대로라면 미군정청이 「명시적 명령」(물론 이에 위 「법령」 제11호 제2조에서와 같은 「일반적 폐지조항 (general repealing clause)」도 포함될 것이다)으로 폐지하지 아니한 한에서는 日政法令은 그 내용 여하를 막론하고 어느것이나 그대로 효력을 가지고 있다는 말이 된다. 과연 그러할까, 또는 그래야만 할까? 그와 같이 「종전의 법령」이 원칙적으로 그대로 효력을 가진다는 점에는 異論이 없다고 하여도, 그 예외에 관하여 위 규정의 바탕을 이루는 말하자면 「個別的 排除主義」를 넘어서서 일정한 범위의 「包括的 排除主義」가 요청되는 것은 아닐까?

여기서 우리는 북위 38도 이북(“北朝鮮”)에서 1945년 11월 16일에 「司法局 布告」 제2호로 공포된 「北朝鮮에 施行할 法令에 관한 件」을 떠올리게 된다. 이는 “1945년 8월 15일 朝鮮에서 其 效力을 喪失할 法令 中 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 제외하고 其餘의 法令은 新法令을 발포할 때까지 각각 其 效力을 存續함”이라고 정하고 있다.⁷⁵⁾ 이러한 방식 또는 기준에 의하여 日政法令의 효력 존속 여부가 정하여진다고 하는 것은 위와 같은 「포고」 또는 「법령」이 없이는 허용되지 않는 것인가? 특히 「점령 당시의 법령」이 주민들의

71) Section I Retention of Laws: “Until further ordered, and except as previously repealed or abolished, all laws which were in force, regulations, orders, notices or other documents issued by any former government of Korea having the force of law on 9 August 1945 will continue in full force and effect until repealed by express order of the Military Government of Korea.” 본문에 든 譯文은 당시의 우리 말 포고에 의한 것으로 반드시 바람직한 번역이라고 할 수 있는지 의문이 없지 않다.

72) Section II Enforcement of Proclamations, Ordinances and Orders : “All courts of Korea south of 38 degrees north latitude shall take cognizance of and enforce all laws of Korea, the provisions of the proclamations of Commander-in-Chief, United States Army Forces, Pacific, and all orders and ordinances of the Military Governor of Korea.” 본문의 역문에 대하여는 前註와 같다.

73) 헤이그陸戰規則 제47조: “국가의 권력이 사실상 점령자에게 넘어간 때에, 점령자는, 절대적인 지장이 없는 한, 점령지의 현행 법률을 존중하여, 가능한 한 공공의 질서 및 안전을 회복하고 확보하기 위해 할 수 있는 모든 수단을 취해야 한다.” 1907년의 소위 「헤이그육전협약」(원래는 「육전의 법규 및 관례에 관한 협약」 Convention on the Laws and Customs of War on Land)의 부속서로 작성된 「헤이그육전규칙(Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land)」에 대하여는 우선 金楨鍵, 國際法, 全訂增補版(1998), 805면 이하 참조.

74) 예를 들면 張厚永(註 55), 16면.

75) 鄭慶謨·崔達坤 편, 北韓法令集 제1권(1990), 171면.

의사 기타 그들 자신의 권력에 기한 것이 아니라 식민종주국에 의하여 강제된 것인 경우에는 어떠한가? 그렇다면 누가 어떠한 절차를 거쳐 어떠한 기준으로 그 효력의 존속 여부를 판단할 권한을 가지는가? 아마도 國際法學으로부터의 成果를 기다려야 하는지도 모른다.

(2) 우리는 이상의 論議를 통하여 미군정하의 법체제 전반에 대한 총체적 성격규정이 필요하다는 것을 인식하게 된다.

미군정 당시 우리는 일본의 식민지상태에서 벗어나기는 하였어도 아직 主權을 회복하지는 못하였고 역시 「被占領地」의 지위에 있었다고 하지 않으면 안 될 것이다. 이와 같은 경우에 다른 나라의 식민지인 동안에 시행되던 法습은 일반적으로 그 효력이 유지되는가 또는 어떠한 범위에서 유지되는가. 그 효력의 유지 또는 상실에는 점령국의 그에 대한 意思表示가 별도로 필요한 것인가, 아니면 혹 國際法上으로 그에 관한 일반적 규칙이 존재하는 것인가. 「무조건 항복」의 법적 의미 또는 국제법적 의미는 무엇인가,⁷⁶⁾ 무엇보다도 그것이 항복국에 대하여 식민지상태에 있던 나라에 대하여 가지는 의미는 무엇인가? 이 문제를 생각함에 있어서는, 특히 종래의 식민지가 그 상태에서 벗어났지만 아직 主權을 회복하지 못한 경우에 점령국이 그 「점령상태」를 주민들의 「독립」으로 가는 중간단계로서만 의미 있는 것으로 선언하였다 점도⁷⁷⁾ 아울러 고려되어야 할 것이다.

76) 이에 관하여는 제2차세계대전 후 독일점령과 관련하여 우선 Edward H. Litchfield, Political Objectives and Legal Bases of Occupation Government, in: E. H. Litchfield and associates, *Governing Postwar Germany*(1953), pp. 11-18; Charles Fahy, Legal Problems of the German Occupation, *Michigan Law Review*, Vol. 47(1948), pp. 11-22; Max Rheinstein, The Legal Status of Occupied Germany, *Michigan Law Review*, Vol. 47(1948), pp. 23-40; Hans Kelsen, The Legal Status of Germany According to the Declaration of Berlin, *American Journal of International Law*, Vol. 39(1945), pp. 518-526 등 참조. 라인슈타인이 독일이라는 국가가 소멸한 것은 아니며 단지 「戰時占領(occupatio bellica)」의 상태에 있는 것으로서 주권의 행사가 점령 당국에 의하여 제한되고 있을 뿐이라고 하는 데 대하여, 켈젠은 독일의 주권은 연합국으로 넘어갔으며 따라서 “독일은 국제법적인 의미에서의 국가로서 더이상 존재하지 아니한다”고 이해한다. 이와 관련하여서는 일본 점령 후 미국이 마련한 1945년 9월 6일부의 「연합군 총사령관으로서의 맥아더 장군의 권한(Authority of General MacArthur as Supreme Commander for the Allied Powers)」이라는 서면에서 “우리와 일본과의 관계는 계약적인 기초 위에 선 것이 아니라 무조건 항복을 기초로 하고 있다. 귀관의 권한은 최고이므로, 그에 대하여 일본측으로부터 어떠한 이의도 제기받지 않는다. 일본의 管理는 만족스러운 결과를 낳는 한에서 일본정부를 통하여 행하여진다. 그것은 필요한 경우에는 직접 행동을 취할 귀관의 권리를 손상시키지 않는다”고 언명하고 있는 것이 주목된다. Government Section, Supreme Commander for the Allied Powers, *Political Reorientation of Japan — September 1945 to September 1948*(1968), p. 427(金昌祿, 日本에서의 西洋憲法思想의 受容에 관한 研究, 1994년 서울대학교 법학박사 학위논문, 217면에서 再引用).

3. 한편 大判(全) 94.5.24, 93므119(集 42-2, 336)은 1940년 2월 11일부터 시행된 朝鮮民事令 제11조의2 제1항을 들어 그 때 이후로는 異姓養子가 허용된다고 하면서, 해방 후부터 민법 시행 전까지는 異姓養子가 허용되지 않는다고 판시하였던 무려 8개의 대법원판결(또는 결정)을 폐기하였다. 필자는 이 재판에 관여하였던 尹眞秀가 위 판결에 대한 판례해설에서 “위 개정 조선민사령의 규정이 왜정퇴각과 동시에 당연히 효력을 잃는다고 단정할 **아무런 근거가 없고**, … 그 외에 대법원의 판결이나 사법부장의 통첩 또는 대법원의 통첩이 법규를 개폐하는 효력을 갖지 못함은 **명백하다**”라고 주장하는 것에 대하여,⁷⁷⁾ 약간의 검토를 행한 바 있다.⁷⁸⁾ 거기서 필자는 위와 같은 주장에는 해방 후에 日政法令이 어떠한 효력을 가지는가 하는 보다 기본적인 問題視角이 배제되었음을 지적하고, 異姓養子가 허용되지 아니함을 처음으로 판시한 大判 49.3.26, 4281民上348(法曹協會雜誌 1권 3호 95면, 同 4호 93면)이 위 日政下의 규정이 당시의 헌법 제100조에 따라 “헌법에 저촉된다”고 판단하였다고 이해할 수는 없겠는가 하는 의문을 제시하였었다.

이제 필자는 위 조선민사령 규정에 대하여도 문제를 단지 「憲法이 制定·施行된 후」에 효력을 가지는가라는 —말하자면 제헌헌법 제100조의— 관점에서가 아니라, 보다 넓게 과연 「解放 後」에, 즉 1945년 8월 15일 이래 그것이 어떠한 근거로 어떠한 범위에서 효력을 가지는가의 관점에서 고찰할 필요가 있다고 생각하게 되었다. 그러한 입장에서 보면, 異姓養子制度는 “朝鮮慣習上의 異姓不養 及 朝鮮姓名復舊令 立法趣旨에 鑑하여” 타당하지 아니하므로 그 신고를 수리하지 말 것을 내용으로 하는 美軍政 司法部長의 1947년 11월 18일자 通牒,⁸⁰⁾ 나아가 거기서 언급되어 있는 朝鮮姓名復舊令(1946년 10월 23일 美軍政廳 法令 제122호)은 각별한 의미를 지닌다고 할 수 있지 않을까. 그리고 더욱 밀고 나가 생각하여 보면, 만일 이 朝鮮姓名復舊令이 없었으면 가령 李光洙는 해방 후에도 여전히 법적으로는 香山光郎이라고 하여야 하는 것일까?

77) 1945년 9월 7일의 太平洋美國陸軍總司令部 布告 제1호는 前文에서 “일본국 천황과 정부와 大本營을 대표하여 서명된 降服文書의 條項들에 의하여 本官 휘하의 戰勝軍은 오늘 북위 38도 이하의 한국을 점령한다. … 적절한 방식으로 한국이 자유롭게 되고 또한 독립하여야 한다는 결의에 유념하면서(Having in mind … the determination that in due course Korea shall become free and independent, …)” 운운하고 있다.

78) 尹眞秀, “民法 施行 전에 異姓養子가 허용되었는지 여부 및 민법 시행 전 入養의 要件에 대한 民法의 遡及適用”, 判例月報 314호(1996. 11), 51면.

79) 梁彰洙, “憲法制定 후 日政法令의 效力”, 오늘의 法律 97호(1997. 2), 3080면 이하(同, 民法散考(1998), 43면 이하에 再收錄).

80) 大法院 法院行政處 法政局 編纂, 韓國戶籍 및 寄留例規全集(1955), 83면(예규번호 제457번).

〈Abstract〉

THE FIRST DEBATE IN KOREA ON THE CONSTITUTIONALITY CONTROL

— Some remarks on the 1947 decision of the Supreme Court of
Korea against the restriction of wife's capacity —

Chang Soo Yang*

The purpose of this article is to introduce and evaluate the debate which arose after the Supreme Court of Korea ruled in September 1947 that it “would not apply” Art. 14 of the Japanese Civil Code, which did not allow a wife to file a lawsuit unless she gets the consent thereto of her husband. Even after the U.S. Military Government was established and succeeded the power of the Japanese rulers in August 1945 after their defeat in the Second World War, the Japanese Civil Code was generally assumed to be still in force. After the decision was announced, some of the best lawyers of freshly liberated Korea discussed on the meaning and the explicablity of the decision. One of the most interesting aspects of the debate is that some voice was heard that the decision could be explained and justified as a constitutionality control, that is, as an application of “the constitution in the substantial meaning of Korea, a nation in the making.” It is natural that there were many oppositions to this position.

The article trace the debate, focusing on this constitutionality problem under the regime of the U.S. Military Government, and its influences on the later decisions of the Korean courts and the constitution of the Korean Civil Code.

* Professor of Law, Seoul National University