植民地 被支配期 法制의 基礎

金 昌 祿*

차 례

Ⅰ. 머리말

Ⅱ. 日本帝國主義의 特性

Ⅲ. 日本帝國主義의 植民地 支配이데올로기

Ⅳ. 日本帝國主義의 植民地 支配機構의 特性

Ⅴ. 植民地 朝鮮에서의 立法의 性格

Ⅵ. 法令의 構造
1. 日帝의 法令
2. 朝鮮總督府의 法令
3. '舊法令'

Ⅶ. 맺음말

* 釜山大學校 法科大學 專任講師

Ⅰ. 머리말

식민지 피지배기 법제의 전모를 그려내고 그 성격을 규명하는 것은 한국 법사학의 중요한 과제 중의 하나이다.

그것은 우선 그 시기가 어쩔 수 없이 우리 법사의 중요한 한 부분을 구성한다는 역사적 사실 때문이다. 한편으로 조선시대에서 한말을 거쳐 전개된 전통법제 및 그 서양법과의 초기적인 접촉을 이해하고, 다른 한편으로 광복 이후 지금까지 전개되어 온 현대의 법제를 이해하기 위하여 그 사이에 해당하는 식민지 피지배기의 법제에 대한 이해는 불가결한 것이다.

뿐만 아니라 식민지 피지배기 법제에 대한 이해는 우리에게 부과되어 있는 현재적 과제의 해결을 위해서도 필요하다. 광복 50주년을 맞는 시점에서도 '일제 잔재'를 청산해야 한다는 목소리는 여전히 높다. 그러나 과연 '일제 잔재'의 실체가 무엇인가라는 근본적인 문제에 대한 답은 충분히 주어지지 못하고 있는 듯이 보인다. 잔재의 실체가 무엇인지가 확실하지 않은 가운데서 외쳐지는 청산은 언제까지나 공허한 구호에 머무를 수 밖에 없을 것이다. 식민지 피지배기의 법제에 대한 이해는 '일제 잔재'의 실체를 보다 명확하게 하고, 그럼으로써 그것을 청산할 수 있게 하기 위해서도 불가결한 것이다.

하지만 식민지 피지배기의 법제에 대한 이해라는 과제는 한국법사에 있어서의 보다 근본적인 의문과 관련되어 있다. 그것은 한국법에 있어서의 '근대'의 의미는 무엇인가라는 의문이다. 이 의문은 한국법의 과거와 현재의 위상을 점검하기 위한 척도의 도출을 위해서는 물론, 한국법이 지향해야 할 미래의 방향을 가름하기 위해서도 반드시 해명되지 않으면 안될 의문이다. 그런데 식민지 피지배기의 법제에 대한 기존의 연구에서는 그 '근대'의 의미가 매우 애매하고도 복잡한 모습으로 포착되고 있다. 즉 식민지 피지배기의 법제는, 혹은 "전통시대에서 근대, 현대로 넘어오는 세계사적 과정에서 필연적인 것"이었던 "歐美法의 수용"과정에서 일제라는 "불유쾌한 매개자"에 의해 도입된 것이었다[1]라거나, 혹은 "근대적 법"

1) 崔鍾庫, "歐美法 수용과 한국 法文化", 계간 사상과 정책, 1989년 가을호, 181, 177면. 또한 崔鍾庫, 韓國法思想史, 서울大學校 出版部, 1989, 252면도 참조.

이기는 했지만 "자의적 전제지배를 확보하기 위한 수단"이었다[2]라고 평가되고 있다.[3] 평가에 따라 다소 무게중심을 달리 하기는 하지만, 식민지 피지배기의 법제를 근대와 연관지운다는 점에서는 공통되는 이러한 이해들은, 특히 남한의 법제가 식민지 피지배기 법제의 연장선상에서 전개된 것이라는 사정과 무관하지 않으리라고 생각되지만, 어쨌든 한국법에 있어서의 '근대'를 부정적인 이미지가 배어있는 것으로 파악함으로써, 그 의미를 이해하기 곤란하게 하고 있다고 할 수 있다. 여기에서 그 부정적인 이미지에 대한, 그리고 다시 그 원천인 식민지 피지배기 법제에 대한 보다 깊이 파고 든 검토가 요청된다고 할 수 있는 것이다.

이 글은 이러한 인식 위에서 식민지 피지배기 법제에 대한 하나의 접근을 시도한다. 원래 필자에게 주어진 제목은 "일제 식민지기의 법제 개관"이다. 여기에서의 '개관'은 물론 전체적인 조망을 의미할 터이고, 거기에는 당연히 법제의 구체적인 내용에 대한 분석도 포함되어야 할 터이다. 하지만 이 글에서는 그러한 '개관'을 위한 하나의 기초적인 작업으로서 식민지 피지배기 법제의 바탕이 된 기본원리와, 그 입법의 실태 및 성격, 그리고 법령의 구조에 대해서만 살펴보기로 한다. 그것은 지면이 한정되어 있다는 이유 외에, 기존의 연구들에서 개별 법영역에 대한 분석은 다수 이루어졌음에도 불구하고 위의 문제들은 상대적으로 보다 불명확한 상태에 머물러 있다고 판단하기 때문이다.

아래에서는 이들 한정된 문제를 중심으로 식민지 피지배기 법제에 대하여 접근한다. 특히 그 기본원리에 대해서는 일제의 지배이데올로기에 대한 이해와 그 전제로서의 일본제국주의의 특성에 대한 이해 속에서 접근하며, 입법기구에 대해서는 식민지 조선에서의 입법에 관한 특별한 권한이었던 조선총독의 제령제정권을 중심으로 접근한다.

---

2) 朴秉濠, "法制面에서 본 日帝의 統治方式", 韓國法制史攷, 法文社, 1983, 444면.

3) 이러한 이해는 식민지 피지배기의 법제에 대한 연구에서 뿐만 아니라, 식민지 피지배기에 대한 연구 일반에서 발견된다. 예를 들면 金雲泰, 日本帝國主義의 韓國統治, 博英社, 1985, 6~7, 570~571면 참조.

Ⅱ. 日本帝國主義의 特性

식민지 피지배기의 법제는 일본제국주의라는 특별한 성격을 가진 나라가, 식민지 지배라는 특수한 목적을 위해 형성한 것이었다. 따라서 그 기본원리는 일본제국주의의 성격 및 그 식민지 지배의 이데올로기에 대한 검토를 통해 접근될 수 있다.

흔히 일제의 특성, 특히 그 극단적인 침략적 성격과 관련하여 그 '근대'의 早熟性이 지적된다. 즉 1853년의 미국제독 페리의 '흑선'으로 상징되는 외압에의 굴복과 그 결과로서의 불평등조약으로 시작된 일본의 '근대'는, 그것을 끌어 갈 내적 역량이 충분히 성숙되어 있지 못했기 때문에, 자본주의의 조숙한 발전을 추진하지 않을 수 없었으며, 그 결과 원천적으로 침략적인 성격을 띠지 않을 수 없었다는 것이 그것이다.[4] 그런데 이와같이 주로 경제사적인 측면에서 파악된 일제의 특성은 그 지배구조의 기본원리의 측면에서는 우선 '外見的 立憲主義'로서 파악된다.

일제의 기본원리를 압축적으로 담은 1889년의 「大日本帝國憲法」은, 메이지(明治)의 관료들이 영국 · 프랑스 · 미국의 헌법사상을 주의 깊게 배척하고, 대신에 「프로이센헌법」에 응축되어 있던 독일의 헌법사상을 적극적으로 수용하여 만든 것이었다. 그런데 그 모델이 된 「프로이센헌법」은, 시민혁명에 성공한 영국 및 프랑스의 민주주의 · 의회주의 헌법사상의 전파를 저지하기 위해 만들어진 후발 자본주의국가 독일의 헌법으로서, 강대한 군주권과 상대적으로 제약된 의회권 및 기본권을 내용으로 하는 君權主義的인 헌법이었다.[5] 즉 일제의 모델 자체가 상대적으로 약한 입헌주의만을 내용으로 하는 것이었다고 할 수 있는 것이다.

---

4) 예를 들면 車基璧, "日本帝國主義 植民政策의 形成背景과 그 展開過程", 車基璧 엮음, 日帝의 韓國植民統治, 정음사, 1985, 20~26면 ; 金雲泰, 위의 책, 23~46면.

5) Menger, C. F., *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit. Eine Einführung in die Grundlagen*, 4 Aufl., Heidelberg, 1984, Kap. 6. ; 小林孝輔, ドイツ憲法小史〔新訂版〕, 學陽書房, 1992, 제6, 7장 ; 佐藤功, 君主制の研究 - 比較憲法的考察 -, 日本評論社, 1957 참조.

그런데 그와 같이 상대적으로 약한 입헌주의는 「大日本帝國憲法」의 제정과정에서 한번 더 제약되었다. 그것은 메이지의 관료들은 물론 영국 · 프랑스 · 미국의 헌법사상에 입각한 헌법론을 펼쳤던 '自由民權派'까지도 포함한, 모든 일본인들의 공통의 절대가치였던 天皇=國體라는 원리가 작용한 결과였다.[6] 그리하여 완성된 헌법은 입법 · 행정 · 사법의 전권을 장악한 절대자로서의 천황(제1장)과, 입법 및 豫算議定에 관한 극히 제한된 '協贊'權만을 부여받은 의회(제3장), 천황의 '輔弼'機關으로서의 國務大臣(제4장), "천황의 이름으로" 재판권을 행사하는 재판소(제5장), 그리고 온갖 유보가 붙은 권리와 자유만이 인정된 '臣民'(제2장)을 그 내용으로 하는 것이었다.[7]

이와같이 일제의 기본원리를 담은 「대일본제국헌법」은 이중의 제약에 의해 한층 왜소화된 '외견적 입헌주의'의 헌법이었다. 그러나 일제의 특성은 거기에 머무르는 것이 아니었다. 그러한 한정된 입헌주의 조차도 다시 보다 우월한 神權主義에 의해 지배되고 있었던 것이다.

「대일본제국헌법」은 그 제1장 제1조에서 "大日本帝國은 萬世一系의 天皇이 統治한다"라고 규정하고 있었다. 여기에서 만세일계란 일제의 건국신화에 의해 지지되는 관념이었다. 『古事記』와 『日本書紀』에 기초하는 일본의 건국신화는, 천황이, 신화 속의 조상신인 짐무(神武)의 개국 이래 연면히 이어져 내려오는 동시에 천지와 함께 영원히 융성할 존재로서, 역사적인 변동과 인간적인 타락을 초월하여 영원히 일본을 지배한다는 내용을 담고 있었다. 만세일계란 바로 이와같은 神的인 기원을 가지는 천황의 절대적 지배를 의미하는 것이었다.[8]

그러한 천황은 살아있는 신('現人神'), 곧 절대가치 그 자체였다. 즉 그것은 신적인 권위에 의해 지지되는 까닭에 어떠한 정당화도 필요없는 존재였다. 그리하여 서양의 절대주의헌법에서는 군권의 세속적 절대성을 의미하는 데 그친 '神聖'이라는 표현은 일본에서는 문자 그대로의 의미를 가지는 것이었다. 즉 천황은 문자 그대로 "神聖하기 때문에 犯해서는 안되"는 존재였다.(제3조) 뿐만 아니라 천황은 동시에 세속적인 절대권력자였다. 즉 천황은 입법 · 행정 · 사법의 전국가권

---

6) 拙稿, "일본에서의 서양헌법사상의 수용에 관한 연구 -「대일본제국헌법」의 제정에서 「일본국헌법」의 출현까지 -" (서울대학교 박사학위논문), 1994.8, 제2장 참조.

7) 「대일본제국헌법」의 내용은 위의 논문 부록의 번역문 참조.

8) 橋川文三 외1 편, 近代日本政治思想史 1, 有斐閣, 1971, 86~97면.

력을 장악하는 "統治權의 總攬者"(제4조)였다.

일제는 이와같이 권위와 권력의 통합체인, 절대가치로서의 천황을 그 핵심으로 하고 있었다. 그리고 그러한 일제의 특성은 다음과 같은 두가지 방향으로 구조화되었다.

하나는 일본정치사상사학자인 마루야마 마사오(丸山眞男)가 이야기하는 '抑壓移讓의 구조'이다. 마루야마의 설명은 다음과 같다. 절대가치인 천황에 의해 지배되는 일제의 신민들에게는 자유로운 주체적 의식이 존재할 수 없었다. 그들의 의식과 행동은 천황을 중심점으로 하는 동심원 형태의 서열질서 속에서 보다 상위의 자의 존재에 의해 규정되어 있었다. 그러한 구조 속에서 억압의 이양에 의한 균형의 유지라는 현상이 발생하게 되었다. 즉 위로부터의 억압을 아래에 대한 恣意의 발휘에 의해 순차적으로 이양시켜 감으로써 균형을 유지하게 된 것이다. 그 경우 이양해야 할 억압의 정도는 중심에서의 거리에 비례하여 커지게 된다. 따라서 일제라고 하는 동심원의 가장 변두리에서는 그 억압감이 폭발의 충동에 의해 내몰릴 정도에 이르게 되는 것이다.[9]

다른 하나는 '책임의 전가에 의한 무책임의 구조'라고 할 수 있는 것이다. 이것은 위의 '억압 이양의 구조'를 뒤집어 놓은 것이다. 주체적 의식을 가지지 못하고 단지 상위의 자의 존재에 의해 규정되었던 일제 신민들의 행동에는 주체적 책임의식이 따를 수가 없었다. 따라서 그 책임은 자신에 대한 억압의 이양자인 상위의 자에게 전가될 수밖에 없었다. 그러한 책임의 전가는 최종적으로는 중심점인 천황에게로 돌려지게 된다. 그런데 천황에 이르러 책임은 영원한 시간 속으로 확산되어 사라져 버리게 된다. 왜냐하면 현실의 천황은 그 권위와 권력을 영원한 과거 속에 존재하는 조상신에게서 부여 받은 것이므로, 그 책임 또한 그 조상신에게까지 거슬러 올라가게 되는데, 그 조상신은 '신'인 까닭에, 인간적인 책임을 추궁당할 수 없기 때문이다.

이와같은 '억압 이양의 구조'와 '무책임의 구조'를 낳는 절대가치로서의 천황에 의한 지배, 즉 일본적 신권주의야말로 일제를 다른 제국주의국가들과 구별지우는 '질적인' 특수성이었다. 그리고 바로 그것으로부터 일제의 한층 왜소화 된 입헌주의는 물론, 그 식민지 지배의 극단적인 억압적 · 자의적 성격이 유출되었던 것이다.

---

9) 丸山眞男, 超國家主義の論理と心理, 現代政治の思想と行動, 未來社, 1964, 25~26면.

Ⅲ. 日本帝國主義의 植民地 支配이데올로기

1910년 8월 29일 일제가 한국을 '併合'하면서 발표한 천황의 詔書「한국을 帝國에 병합하는 건」[10]은 "동양의 평화를 영원히 유지"하기 위해 한국을 "병합"한다라고 선언했다. 그러나 일제의 조선식민지 지배의 기본정책은, 이미 1904년 6월 11일의「對韓方針」[11]에서 잘 나타나듯이, "한국에 대하여 政事上 및 군사상의 보호의 실권을 장악하고 경제상으로는 더욱 더 우리의 이권의 발전을 도모하는 것"이었다. 또한 1909년 7월 6일자의「對韓政策確定의 件」[12]의 표현에 따르면, "한국에서의 실력을 증진하고 그 근저를 심화시켜 내외에 대해 다툴 수 없는 세력을 수립하는" 것이었다. 요컨대 일제가 한국을 식민지화한 것은 그 정치적·군사적 권력을 장악함으로써 경제적인 이권을 챙기기 위한 것이었다. 이러한 목적의 면에서는 일제는 당시 식민지 쟁탈전에 몰두하고 있던 다른 제국주의국가들과 다를 바가 없었다. 즉 일제는 식민지 착취를 통한 본국의 발전과 부흥의 추구라고 하는 목적의 면에서는 다른 제국주의국가들과 같았던 것이다.

그러나 일제의 그러한 목적의 추구는 다른 제국주의국가들에 비해 한층 더 억압적이고 자의적인 방식으로 관철되었다. 그것은 물론 일제가 위에서 살펴 본 것과 같은 구조적 특성을 가지고 있었기 때문이다. 그리고 그러한 일제의 구조적 특성이 그 '변경'인 식민지 조선에서 한층 극단적인 형태로 표출되었기 때문이다.

그런데 그러한 극단적인 형태로 표출된 일제의 식민지 지배의 이데올로기는 그 헌법인「대일본제국헌법」과 식민지 조선의 관계에서 잘 나타난다. 일제는 한국을 식민지화하면서, 한국에서의「대일본제국헌법」시행의 문제와 관련하여, 1909년 6월 3일의 각의 결정「併合後의 韓國에 대한 施政方針 決定의 件」[13]의

---

10) 朝鮮總督府官報 (전 142권, 아세아문화사 영인, 1984~1988) 제1권 13면. 이하 이 책은『관보』로 줄여 쓴다.

11) 山邊健太郎, 日本の韓國併合, 太平出版社, 1975, 279~280면.

12) 金正明 편, 日韓外交資料集成 제6권 下, 巖南堂書店, 1965, 1254~1256면.

13) 條約局法規課, "日本統治時代の朝鮮", 外地法制誌 제4부의 2, 1971.3, 11~13면. 金雲泰 (주 3), 169~170면에서 재인용.

'附 헌법의 釋義'라는 항목에서 다음과 같은 방침을 정했다. 즉 "한국을 병합하는 이상 帝國憲法은 당연히 그 새 영토에 시행되는 것으로 해석한다. 그러나 실제로는 새 영토에 대해 제국헌법의 各條章을 시행하지 않는 것이 적당하다고 인정되므로 헌법의 범위내에서 除外法規를 제정한다"라는 것이 그것이었다. 그러나 언뜻 보기에 명확해 보이는 이 방침은 사실은 몹시 어정쩡한 것이었다. 우선 일제는 식민지 조선에서도 「대일본제국헌법」이 시행된다는 것을 원칙으로 제시했다. 그러면서도 실질적으로는 그 헌법에 의해 제약되지 않는 지배를 관철하려 했다. 그러나 그럼에도 불구하고 그것을 '헌법의 범위내'라고 하는 원칙에 묶어 두려고 했다. 일제의 이러한 혼란된 태도는, 일본인들이 자신들의 타민족 지배를 식민지 지배가 아니라고 강변해야 했던 사정에 기인한 것이었으나, 어쨌든 그러한 혼란은 식민지 조선과 「대일본제국헌법」의 관계라는 문제를 끊임없이 제기하게 하는 원인이 되었다.

「대일본제국헌법」의 식민지 조선에서의 시행여부의 문제는 특히 조선총독의 制令制定權과 「대일본제국헌법」 사이의 부정합이라는 구체적인 문제를 통해 제기되었다. 원래 이 문제는 1896년에 식민지 대만에 대한 일제의 지배법체계의 기본원칙을 정한 법률 제63호 「대만에 시행할 법령에 관한 법률」이 일제의 제국의회에서 통과되는 과정에서 처음 제기된 것이었다. 즉 법률 제63호는 대만총독에게 "그 관할영역 내에서 법률의 효력을 가지는 명령을 發할 수" 있는 권한을 부여하고 있었는데, 그 명령(律令)의 제정권이 「大日本帝國憲法」의 입법에 관한 규정, 즉 제5조 "天皇은 帝國議會의 協贊을 얻어 立法權을 行使한다"라는 규정과 모순되는 것이 아닌가라는 주장이 제기되어 논란이 벌어졌고(이른바 '63문제'), 다시 그 논란이 식민지에도 헌법이 시행되는가라는 문제에로 발전하여, 이후 일제의 정치가 및 학자들 사이에서 계속적인 논쟁거리가 된 것이다. 이 법률 제63호는 1906년에 법률 제31호에 의해 대체되었으나, 거기에서도 대만총독의 율령제정권이 여전히 같은 모습으로 규정되어 있었기 때문에, '63문제'는 계속적인 논란거리가 되었다.[14] 그런데 일제가 식민지 조선에 대한 지배법체계의 기본원칙을 정한 1911년 3월 29일의 법률 제30호 「조선에 시행할 법령에 관한 법률」[15]은 바로 이

14) 中村哲, 植民地統治法の基本問題, 日本評論社, 1943, 72~112면. 그리고 中村哲, "植民地法", 鵜飼信成 외 3편, 日本近代法發達史 5, 勁草書房, 1958도 참조.

15) 관보 제3권, 743면.

법률 제31호를 거의 그대로 모방한 것이었으며, 따라서 그 법률에 의해 조선총독에게 인정된 제령제정권에 대해서도 「대일본제국헌법」 제5조와의 관계가 문제시되게 된 것이다. 즉 총독의 제령이 입법사항을 정하는 것임에도 불구하고 제국의회의 협찬을 거치지 않는 것은 위헌이 아닌가라는 것이 문제가 된 것이다.

이에 대해 일제정부는 「대일본제국헌법」이 식민지 조선에서도 시행된다는 원칙 아래 위의 문제에 대해서는 '입법권의 위임'이라는 논리로 대처하려 했다. 즉 '제국의회'의 협찬을 얻은 법률로써 조선총독에게 입법권을 위임했기 때문에 조선총독의 제령제정권은 입법권의 행사에 관한 「대일본제국헌법」 제5조를 침해한 것이 아니다라고 주장한 것이다. 그러나 제령제정권은 일반적 · 포괄적으로 행정기관인 조선총독에게 입법권을 위임하는 것으로서 사실상 위임명령의 한계를 벗어난 것이었기 때문에, 그것을 '입법권의 위임'이라는 법리로 정당화하는 것은 무리였다. 그래서 이 문제는 식민지 조선에서의 「대일본제국헌법」의 시행여부라는 본질적인 문제와 함께 일제의 헌법학계에서 커다란 논란을 불러 일으키게 된 것이다.

이 문제에 대해 당시 일제의 헌법학자들의 주장은 각각 적극설 · 소극설 · 절충설로 나뉘었다.[16] 그러나 그 외관상의 차이에도 불구하고 그들 주장은 실질적으로는 차이가 없는 것이었다. 즉 패전전 일본의 헌법학계는 크게 호즈미 야쯔카(穗積八束)에 의해 대표된 군권주의학파와 미노베 타쯔키찌(美濃部達吉)에 의해 대표된 '입헌주의'학파로 나뉘어져 있었는데, 위의 문제에 대한 양자 모두의 결론은 '무제한의 권력을 가지는 절대자인 천황에 관한 규정만이 식민지에도 당연히 적용되며, 그 이외의 식민지 지배법규는 전적으로 천황의 자의에 맡겨져 있다'라는 것이었다. 호즈미와 그의 제자 우에스기 싱키찌(上杉愼吉)에 의해 주장된 적극설은, 천황이 "왼쪽으로 가라고 하시면 왼쪽으로 가고 오른쪽으로 가라고 하시면 오른쪽으로 가는 것이 일본인의 활동의 法이고 道이다. 감히 의심하지 않고, 감히 묻지 않고, 단지 그것에 따를 뿐이다."[17]라는 특수 일본적 '國體論'에 입각한 그들의 헌법사상과 연관지워 생각할 때, 천황의 자의적 지배 이외의 그 무엇을 의

16) 淺見登郎, 日本植民地統治論, 巖松堂書店, 1928, 124~133면 ; 平野武, 日本統治下の朝鮮の法的地位, 阪大法學 83, 1972.12, 45~54면 ; 鈴木敬夫, 法을 통한 朝鮮植民地 支配에 관한 硏究, 高大 民族文化硏究所 出版部, 1989, 52~56, 360~371면 참조.

17) 上杉愼吉, "敎育勅語ノ構成", 國體憲法及憲政, 有斐閣書房, 1915, 83면.

미하는 것일 수도 없었던 것이다. 또한 미노베에 의해 주장된 소극설 및 절충설도, "헌법 이전부터 이미 圓滿無制限"인 천황의 권력[18]의 식민지 조선에서의 자의적인 행사를 주장하는 것에 다름아니었던 것이다.[19]

이와같은 논리에 따라, 식민지 조선에서는 극히 제약된 형태의 입헌주의조차도 인정되지 않았다. 즉 식민지 조선의 인민들에게는 '협찬'권만을 가지는 의회에 자신들의 대표를 보낼 권리와 온갖 유보가 붙은 '신민'의 권리조차도 인정되지 않았던 것이다. 이것은 일본에서 이중으로 제약됨으로써 왜소화된 '입헌주의'가 다시 한번 더 제약되어 완전히 배제된 것을 의미한다. 그러나 문제는 입헌주의의 배제에 머무르는 것이 아니었다. 문제는 오히려 「대일본제국헌법」에서 그 '입헌주의'를 제거하게 되면 오로지 신권주의만이 남게 되며, 바로 그 특수 일본적 신권주의가 식민지 조선에 대한 지배이데올로기의 전부였다는 것이다. 일제의 식민지 지배, 따라서 그 법제는 바로 그러한 지배이데올로기의 반영이었던 것이다.

Ⅳ. 日本帝國主義의 植民地 支配機構의 特性

이러한 일제의 식민지 지배이데올로기가 전형적으로 구체화된 것이 식민지 지배기구의 정점에 위치한 조선총독이었다. 조선총독에 의해 대표되는 일제의 식민지 지배기구의 특성은 입법 · 행정 · 사법에 관한 모든 권력의 통합과 그 통합된 권력의 무책임성이었다.

1910년 9월 30일의 칙령 제354호 「조선총독부관제」[20]에 따르면, 조선총독은 "親任으로 하고 육해군대장으로 충원"하며(제2조), "천황에게 直隷하여 위임의 범위 내에서 육해군을 통솔하고 또 조선방비의 일을 관장"하며, "제반 정무를 통할하고 내각총리대신을 경유하여 上奏하고 裁可를 받는"(제3조) 식민지 지배의 최고기관이었다. 이러한 총독의 지위는, 3.1운동 직후인 1919년 8월 19일의 「조

18) 美濃部達吉, 律令と憲法との關係を論ず, 憲法及憲法史研究, 有斐閣書房, 1908, 269~271면.

19) 이에 대한 보다 상세한 분석은 拙稿, 일본제국주의의 헌법사상과 식민지 조선, 法史學研究 제14호, 1993.12. 참조.

20) 관보 제1권, 185면.

선총독부관제 중 개정」[21]에 의해 그 제2조의 "육해군 대장으로 충원"하며 라는 부분과 제3조 전단 부분이 삭제됨으로써 형식상으로는 바뀌었다. 하지만, 실제로는 이후 한번도 문관총독이 임명된 적이 없었을 뿐만 아니라, "천황에게 직속"한다라는 총독의 근본적인 지위는 식민지 지배가 끝날 때까지 변하지 않았다.

이러한 특수한 지위를 가진 조선총독은 뒤에서 살펴보는 것과 같은 광범위한 입법에 관한 권한은 물론이고, "육해군을 통솔하고 조선의 방비를 관장"할 권한과 "제반의 정무를 통할"할 권한(제3조), 소속관청의 명령 또는 처분을 "취소 또는 정지할" 권한(제5조), 소속관리의 감독, 임면에 관한 권한과 "所部文官의 位勳을 상주"할 권한(제6, 7조) 등의 행정에 관한 권한과, 「조선총독부재판소령」[22]에 의해 인정된 식민지조선에서의 재판소의 설립 · 폐지, 관할구역 및 그 변경, 판사의 신분보장 및 징계 등과 관련된 광범위한 사법에 관한 권한을 한손에 장악한 절대권력자였다.

게다가 그러한 방대한 권력을 장악한 총독은 천황 이외에는 그 누구에게도 책임을 지지 않는 존재였다. 총독은 물론 식민지 조선의 인민들에 의해 아무런 통제도 받지 않았다. 총독의 자문기관으로서 조선총독부 중추원이 있기는 했다. 그리고 중추원의 의장(정무총감)을 제외한 부의장 (1인), 고문(5인), 참의(65인)에는 조선인이 임명되는 것이 통례였다. 하지만 중추원의 자문사항은 법으로 정해져 있지 않았으며, 따라서 그것은 오로지 총독의 운용여하에 달려 있었다. 그리고 의원의 신분도 보장되지 않아, 총독은 필요하다고 인정하는 경우에는 임기중에라도 언제든지 의원을 해임할 수 있었다.[23] 결국 중추원은 총독에 대한 통제기구로서의 역할은 애당초 기대할 수 없는 기구였던 것이다.

총독의 무책임성과 관련하여 특히 주목되는 것은 그 일제의 중앙정부와의 관계이다. 일제의 식민지 지배를 위한 중앙기구는 청일전쟁의 결과 대만을 식민지화한 직후인 1895년 6월에 설치된 臺灣事務局에서 출발하여 빈번한 변화를 거듭하였는데, 식민지 조선의 지배를 위한 중앙기구에 관한 규정이 처음 등장하게 된

---

21) 관보 제40권, 1025면.

22) 1909년 칙령 제236호, 朝鮮總督府 편, 朝鮮法令輯覽 上卷 1, 1940, 第3輯, 73~75면. 이 칙령은 「통감부재판소령」이 개정된 것이며, 칙령의 형태로 존재하다가 '병합' 후 제령의 효력을 가지는 것이 되었으며, 이후 제령에 의해 개정되었다.

23) 1910년 칙령 제355호 「조선총독부중추원관제」, 관보 제1권, 186면.

것은 이른바 '병합' 직전인 1910년 6월 21일의 칙령 제279호 「拓殖局官制」 제1조 "척식국은 내각총리대신에게 소속되어 대만 및 韓國에 관한 사항을 統理한다"라는 규정에서였다.[24] 이 척식국은 1913년 6월 13일에 폐지되고, 그 사무는 내무성으로 이관되었다. 즉 1913년 6월 17일의 칙령 제142호 「내무성관제 중 개정」[25]에 의해 내무대신이 "조선, 대만 및 樺太에 관한 사항을 統理"하게 된 것이다. 그리고 이 변화에 상응하여 「조선총독부관제」도 개정되어 같은 날의 칙령 제114호 「조선총독부관제 중 개정」[26]에 의해 종래 총독이 천황에게 상주하고 재가를 받을 때는 "내각총리대신을 경유"하도록 되어 있던 것이, "내무대신을 거쳐 내각총리대신을 경유"하도록 바뀌었다. 그러다가 1917년 7월 28일에 또 다시 식민지 지배에 관한 중앙기구로서 내각의 外局으로 척식국이 설치되면서[27], 「조선총독부관제」도 다시 개정되어 "내무대신을 거쳐"라는 부분이 삭제되었다.[28]

그리고 이후에도 일제의 식민지 지배를 위한 중앙기구는 빈번한 변화를 거듭하였는데, 그 과정에서 그 중앙기구와 조선총독의 관계가 커다란 문제로 비화된 것은 1929년에 이르러 식민지 지배를 일원적으로 관할하기 위한 기구로서 拓務省이 설치되면서였다. 1927년 11월에 척무성설치준비위원회가 일제의 내각에 설치되면서 시작된 그 설치 과정에서 줄곧 문제가 된 것이 바로 조선총독을 척무대신의 감독 아래에 둘 것인지의 여부였던 것이다. 일제 정부의 최초의 「척무성관제안」에는, 척무대신이 다른 식민지와 함께 식민지 조선에 대해서도 통리할 권한을 가지며, 그에 상응하여 「조선총독부관제」의 개정을 통해 조선총독이 천황에

---

24) 山崎丹照, 外地統治機構の研究, 高山書院, 1943, 20면. 그런데 여기에서 주목되는 것은 이 척식국은 일제의 식민지 지배를 위한 통일적인 중앙기구로서 설치된 것이었는데 대해, 일제의 주장에 따르더라도 한국은 아직 법적으로는 보호국의 상태에 있었다는 것이다. 이것은 곧 일제가 한국을 병합하기 이전에 이미 식민지의 하나로서 취급하고 있었다는 것을 의미한다. 일제의 침략야욕이 한발 앞서 법을 통해 드러난 예라고 할 수 있을 것이다.

25) 관보 제10권, 1199면.

26) 관보 제10권, 1199면.

27) 1917년 7월 28일 칙령 제73호 「척식국관제」 제1조 "척식국은 내각총리대신의 관리에 속하며 조선, 대만, 화태 및 관동주에 관한 사무 및 남만주철도주식회사에 관한 사무를 관장한다." 관보 제31권, 423면.

28) 1917년 7월 31일 칙령 제78호 「조선총독부관제 중 개정」, 관보 31권 423면.

게 상주하고 재가를 받을 때는 "척무대신을 거쳐 내각총리대신을 경유"하도록 하기로 되어 있었다. 그런데 추밀원에서의 심의과정에서 추밀고문 사이토오 마코토(齊藤實)에 의해 그것이 조선의 특별한 지위를 무시하는 것이라고 하는 문제제기가 있었다.[29] 사실 일제 정부의 초안은 조선총독에 대한 기존의 취급의 범위에서 벗어난 것이 아니었다. 그 초안의 내용은 위에서 살펴 본 1913년의 「내무성관제 중 개정」과 그에 따른 「조선총독부관제 중 개정」의 내용과 완전히 일치하는 것이었다. 그러나 3.1 운동 직후에 조선총독을 지낸 경험을 가진 사이토오에게는 그것만으로도 조선에 대한 원활한 지배에 악영향이 미칠 것이라고 생각했을 법하다. 어쨌든 그후 오랜 논쟁과 절충 끝에, '조선총독의 상주권은 종전대로 하고, 조선총독은 관제상 척무대신의 지휘·감독을 받지 않으며, 척무성에 管理·殖産·拓務 3局 외에 특별히 朝鮮部를 설치하여 조선을 다른 식민지와 별도로 취급한다'라는 타협안[30]이 마련되었으며, 그것을 기초로 1929년 6월 13일에 칙령 제152호 「척무성관제」[31]가 성립되었다. 그리하여 그 「관제」에서는 "척무대신은 조선총독부, 대만총독부, 關東廳, 樺太廳 및 南洋廳에 관한 사무를 統理하고 남만주철도주식회사 및 東洋拓殖株式會社의 업무를 감독한다"(제1조), "朝鮮部에서는 조선총독부에 관한 사무를 管掌한다"(제3조)라고만 규정하게 되었다. 그리고 이 관제의 성립 후 「대만총독부관제」, 「화태청관제」 및 「관동청관제」는 모두 개정되어 그 장관은 모두 척무대신의 '감독'을 받도록 명기되었다. 그러나 「조선총독부관제」는 결국 개정되지 않았다.[32] 요컨대 식민지에 대한 상대적으로 강대한 권한을 부여받은 척무대신의 경우에도, 조선총독부에 관한 사무에 대한 그 통리

---

29) 山崎丹照 (주 24), 24~28면 참조.

30) 東京朝日新聞 1929.5.24, 山崎丹照 (주 24), 31~32면에서 재인용.

31) 관보 제82권, 129면.

32) 여기에서 주의할 것은 대만총독의 경우는 그 중앙정부와의 관계를 최초로 규정한 1896년의 칙령 제88호 「대만총독부조례」에서부터 중앙정부의 감독을 받는 기구였으며, 그후 중앙기구의 빈번한 개편에도 불구하고 항상 새로운 기구의 감독을 받도록 되어 있었다는 사실이다. 山崎丹照 (주 24), 177~194면. 따라서 이때의 관제개정도 단지 그 감독을 받는 중앙기구가 바뀌었다는 이상의 이미를 가지지 못하는 것이었다. 이렇게 본다면 식민지 지배를 위한 중앙기구의 강화를 위한 척무성의 설치와 관련하여 중요한 것은 결국 조선총독에 대해 척무대신이 어느 정도의 통제권한을 확보하는가라는 문제였다. 결과적으로 조선총독의 특별한 지위는 그 통제권한을 배제한 것이었다.

권은 기껏해야 "단지 내부적으로 협조해야 한다라는 의미를 가지는 데 지나지 않았"[33]던 것이다.

이러한 조선총독과 일제의 중앙정부와의 관계는 그 후 1942년에 이르러 다소 변화했다. 1937년 중일전쟁 그리고 1941년 태평양전쟁으로 치달은 일제는, 그 본국 및 식민지 행정기구의 일원화의 필요성에 따라 1942년에 척무성을 폐지하고 식민지 조선에 대한 사무를 본국 및 다른 식민지에 대한 사무와 함께 내무대신의 소관으로 이관하였다. 즉 1942년 11월 9일의 칙령 제725호「내무성관제 중 개정」[34]에 의해 "조선총독부, 대만총독부 및 화태청에 대한 사무"는 내무대신이 "統理"하게 된 것이다. 그리고 그것에 상응하여 같은 날의 칙령 제727호「조선총독부관제 중 개정」[35]에 의해 조선총독의 천황에의 상주 및 재가는 "내무대신을 거치고 내각총리대신을 경유"하여 하도록 되었다. 물론 이 내용은 위에서 살펴본 1913년의 일제 중앙정부와 조선총독의 관계에 대한 여러 칙령의 내용과 동일한 것이다.

하지만, 역시 같은 날의 칙령 제729호「조선총독 및 대만총독의 감독 등에 관한 건」[36]에 의해 "내무대신은 조선총독에 대해 조선총독부에 관한 사무의 統理上 필요한 指示를 할 수 있"게(제1조) 되었으며, 또한 같은 칙령에 의해 내각총리대신과 各省大臣은 칙령 소정의 "각 해당사무에 한하여" 각각 "조선총독 및 대만총독을 監督할 수 있"고, 그 "사무에 대해 감독상 필요한 指示를 할 수 있"게(제2조) 되었다. 그리고 그것에 상응하여 위의「조선총독부관제 중 개정」에 의해 "총독은 별도로 정하는 바에 따라 내각총리대신 및 각성대신의 監督을 받는다"라는 규정이 신설되었다.

이것은 조선총독의 지위에 실질적인 변화가 생기게 된 것을 의미한다. 즉 조선총독은 그 이전까지는 천황에 대해 책임을 질 뿐, 그 누구로부터도 지시나 감독을 받는 입장에는 있지 않았다. 그러나 이때부터는 내무대신의 지시와 내각총리대신 및 각성대신의 감독을 받게 된 것이다. 하지만 이때에도 "천황에게 직속"한다라

---

33) 松岡修太郎, "朝鮮に於ける行政權及びその立法權竝びに司法權との關係", 船田享二 편, 法政論纂 (京城法文學會 第一部論集) 제4책, 1931, 128면.

34) 관보 제135권, 757면.

35) 관보 제135권, 757면.

36) 관보 제135권, 757면.

는 조선총독의 지위에는 아무런 변화가 없었다. 따라서 그의 지위에 대해 발생한 변화는 한정된 의미에 머무를 수밖에 없었다. 즉 우선 조선총독에 대한 내무대신의 지시는, 대만총독에 대한 그것과는 달리, 결코 '감독권'에서 나오는 것이 아니었다. 처음부터 중앙정부의 감독을 받도록 되어 있었으며, 이때의 개정으로 내무대신의 감독을 받도록 된 대만총독의 경우, 그 지시는 일반행정감독권에서 유래하는 것으로 법적인 구속력을 가지는 것이었지만, 단지 내무대신의 통리만을 받도록 된 조선총독의 경우는 그 지시는 "사무통리상 필요한 범위내"에서만 인정되는 것, 즉 "어떤 조치를 할 것 또는 하지 말 것에 대해, 자기의 의견을 진술하는 데 지나지 않는", 따라서 법적인 구속력을 가지지 않는 것이었다.[37] 다음으로 내각총리대신 및 각성대신의 감독권도, 단지 칙령 소정의 사항에 대한 개별적 감독권에 머무르는 것으로서, 그것에 의해 조선총독이 "그들 각대신의 하급관청이 되는 것은 아니"었으며, 그 지시는 지휘권에 기초한 훈령이나 지령과는 다른 것이었으므로 "개개의 세세한 점에까지 미칠 수"는 없는 것이었다.[38] 요컨대 일제의 식민지지배를 위한 중앙기구는 다른 식민지 장관의 경우와는 달리 조선총독에 대해서는, 제도상 통제가 가능한 경우에도 그것이 '일반적인 행정감독'의 단계에까지는 이르지 못한 약한 통제에 불과한 것이었다고 할 수 있는 것이다.

조선총독에 대한 이와같은 통제의 결여는 물론 "천황에게 직예"한다고 하는 조선총독의 특별한 지위에서 연유하는 결과였다. 즉 조선총독은 궁극적으로는 천황에 대해서만 책임을 지는 존재였기 때문이었다. 그리고 앞에서 살펴 본 것처럼 천황에 대해 책임을 진다는 것은 결국 무책임과 같은 것이었다. 이렇게 해서 무책임, 즉 자의성이, 조선총독의 식민지 조선에 대한 일제의 지배기구의 특성으로서 도출되는 것이다.

V. 植民地 朝鮮에서의 立法의 性格

식민지 조선에서의 입법의 성격은 바로 그러한 식민지 조선에 대한 일제의 지

37) 山崎丹照 (주 24), 78~79면, 122면.
38) 山崎丹照 (주 24), 81면, 124면.

배이데올로기 및 지배기구의 특별한 성격의 연장선상에 위치하는 것이었다.

「대일본제국헌법」에 따르면 입법권은 천황이 장악하고 있었다. 다만 천황은 일정한 경우에 그 행사에 있어서 제국의회의 관여를 인정했다. 즉 천황은 이른바 대권사항(제6조~제16조)에 대해서는 독자적으로 칙령을 제정할 수 있었다. 다만 입법사항, 즉 제2장의 신민의 권리의무와 제5장의 재판소의 구성, 재판관의 자격, 재판관에 대한 징계, 특별재판소의 관할, 행정재판소 및 제6장의 조세, 세율 등에 관한 사항은 법률로써 규율해야 했으며, 그 법률을 제정할 경우에는 "제국의회의 협찬"을 거치도록 되어 있었다(제5조). 따라서 일제의 입법기구의 핵심은 천황 및 제국의회의 협찬을 받는 천황이었다. 그리고 그 밖에 법규명령을 제정할 권한을 가진 내각총리대신, 각성대신, 북해도장관, 府縣知事 등이 있었다.[39]

일제에 따르면 식민지 조선은 그들의 영토의 일부였다. 그렇다면 당연히 그 입법권의 행사나 입법기구도 같은 모습을 하고 있어야 할 터였다. 하지만 식민지 조선에서의 입법권의 행사 및 입법기구는 일제의 그것과 비교할 때도 특별한 것이었다. 그것은 조선총독에게 제령제정권이라는 입법에 관한 특별한 권한이 부여되어 있었기 때문이었다.

조선총독은 입법에 관한 권한으로서 제령제정권과 조선총독부령 제정권을 가지고 있었다. 이 중 조선총독부령은 총독이 상위의 법률과 명령의 범위 내에서 발하는 명령으로서, 그 제정권은 다른 일제의 행정기관의 경우와 마찬가지로 총독이 일제의 행정기관인 까닭에 당연히 인정되는 권한이었다.

하지만 제령제정권은 조선총독만이 가지고 있는 입법에 관한 특별한 권한이었다. 조선총독의 제령제정권은 1910년 8월 29일에 「韓國併合條約」과 동시에 공포된 긴급칙령 제324호 「朝鮮에 施行할 法令에 관한 件」[40]에서 처음 인정되었다. 그런데 제국의회의 폐회를 이유로 발해진 이 긴급칙령은, 다음의 제국의회에서 제령제정권의 위임을 긴급칙령의 형식으로 한 것이 부당하다는 주장에 부딪혀 승인을 얻지 못함으로써, 1911년 3월 29일의 칙령 제30호[41]에 의해 장래에 효력이 없는 것으로 되었다. 그러나 동시에 동일한 내용에 유효기간을 붙인 법률안이 의

39) 內田達孝, 全訂 朝鮮行政法概要, 近澤書店, 1935, 61~81면.

40) 관보 제1권, 17면.

41) 「明治 43년 칙령 제324호의 효력을 장래에 상실하게 하는 건」, 관보 제3권, 743면.

원에 의해 제출되었고, 결국 "기한을 붙여도 곧 그것을 연장한다면 아무 의미도 없다"라는 이유로 유효기간에 대한 조항은 삭제되어, 위의 긴급칙령과 완전히 동일한 내용의 「朝鮮에 施行할 法令에 관한 法律」[42]이 1911년 3월 29일 법률 제30호로 성립되었다.[43] 그 법률 제30호의 내용은 다음과 같다.

제1조 조선에서 법률을 요하는 사항은 조선총독의 명령으로 규정할 수 있다.
제2조 전조의 명령은 내각총리대신을 경유하여 勅裁를 청해야 한다.
제3조 임시긴급을 요하는 경우에 조선총독은 즉시 제1조의 명령을 발할 수 있다. 전항의 명령은 발표후 즉시 칙재를 청해야 한다. 만일 칙재를 얻지 못한 때는 조선총독은 즉시 그것이 장래에 효력이 없다는 것을 공포해야 한다.
제4조 법률의 전부 또는 일부를 조선에 시행할 필요가 있을 때는 칙령으로 정한다.
제5조 제1조의 명령은 제4조에 의해 조선에 시행된 법률 그리고 특히 조선에 시행할 목적으로 제정된 법률 및 칙령에 위배될 수 없다.
제6조 제1조의 명령은 제령이라고 부른다.

요컨대 이 법률에 의해, 조선총독에게 이른바 제령제정권이 부여되었다. 일제에 따르면 조선총독에게 입법에 관한 그러한 특별한 권한을 부여한 것은 '조선의 각종의 사정이 일본과 달라, 동일한 법률로써 다스릴 수 없으며, 때로 시의적절한 처치를 할 필요가 있'기 때문이었다.[44] 그러나 그 실질적인 이유는 식민지 조선에서 자의적인 입법이 가능하게 하기 위한 것이었다. 즉 이 법률에 의해 조선총독은 식민지 조선의 인민들의 권리와 식민지 조선의 사법 및 조세에 관한 사항을, 일본에서라면 제국의회에서의 심의과정을 거쳐야만 했음에도 불구하고, "내각총리대신을 거쳐 칙재"를 얻는 것만으로 자신의 명령으로서 규율할 수 있었다.(제1, 2조) 그리고 조선총독이 급하다고 판단할 때에는 "내각총리대신을 경유하여 칙재"를 얻는다고 하는 요건마저도 무시할 수 있었다.(제3조) 뿐만 아니라 같은 사

42) 관보 제3권, 743면.
43) 법률 제30호의 성립과정에 대해서는 松岡修太郎 (주 33), 140~142면 ; 松岡修太郎, 朝鮮行政法提要(總論), 東都書籍, 1944, 20면 참조.
44) 松岡修太郎 (주 43)의 책, 21면.

항에 대해 정한 일본에서의 법률이나 긴급칙령도 신경 쓸 필요가 없었다.(제5조의 반대해석) 요컨대 조선총독의 제령제정권은 근대 입헌주의가 보호하고자 한 가치들에 대한 규율에 있어서의 일체의 제한을 배제하여 자의적인 입법을 할 수 있는 권한이었던 것이다.

게다가 위의 법률 제30호에 의해 담보되는 자의성은 단지 조선총독이 제령으로 식민지 조선의 입법사항을 좌지우지할 수 있다는 데에 그치는 것이 아니었다. 이 법률에 따르면 일제가 편리하다고 판단하는 경우에는 또한 언제든지 천황이나 제국의회가 식민지 조선의 입법기구로서 등장할 수도 있었다. 즉 천황은 오로지 자신의 판단에 따라 언제라도 칙령으로 법률의 전부 또는 일부를 조선에 시행하게 할 수 있었으며(제4조), 또 언제라도 특별히 조선에만 시행할 것을 목적으로 칙령이나 법률을 제정할 수 있었던 것이다.(제5조)

법률 제30호에 의해 담보되는 이러한 입법의 자의성은 일제의 또 다른 식민지인 대만의 경우와 비교할 때에도 특별한 것이었다. 앞서 언급한 것처럼 대만총독도 1896년의 법률 제63호 및 1906년의 법률 제31호에 의해 법률의 효력을 가지는 명령 즉 율령을 제정할 수 있는 권한을 부여받고 있었다. 위의 법률 제30호는 이 법률 제31호를 거의 그대로 모방한 것이었는데, 그후 5년의 기한이 붙어 있었던 법률 제31호가 두번의 기한연장 끝에, 1917년에 법률 제3호 「대만에 시행할 법령에 관한 법률」[45]에 의해 대체되면서, 대만총독의 율령제정권은 조선총독의 제령제정권과는 달리 크게 제약되게 되었다. 그 법률 제3호의 내용은 다음과 같다.

제1조 법률의 전부 또는 일부를 대만에 시행할 필요가 있을 때는 칙령으로 정한다.

전항의 경우에 관청 또는 公署의 직권, 법률상의 기간 기타의 사항에 관해 대만 특수의 사정에 의해 특례를 둘 필요가 있는 것에 대해서는 칙령으로 별단의 규정을 둘 수 있다.

제2조 대만에서 법률을 요하는 사항으로서 시행할 법률이 없는 것 또는 전조의 규정에 의하기 어려운 것에 관해서는 대만총독의 명령으로 규정할 수 있다.

---

45) 山崎丹照 (주 24), 351면.

제3조 전조의 명령은 주무대신을 거쳐 칙재를 청해야 한다.

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

전항의 규정에 의해 발한 명령은 공포후 즉시 칙재를 청해야 한다. 칙재를 얻지 못한 때는 대만총독은 즉시 그 명령이 장래 효력이 없음을 공포해야 한다.

제5조 본법에 의해 대만총독이 발한 명령은 대만에 시행되는 법률 및 칙령에 위반될 수 없다.

이 법률 제3호의 안을 제출한 대만총독은 그 제안이유로서 "대만의 문화발달의 現狀을 고려하여, 칙령으로 법률을 시행하는 길을 넓히"는 것이 필요하다는 점[46]을 들었다. 하지만 언뜻 보기에는 이 법률 제3호는 그 이전의 법률 제31호, 따라서 법률 제30호와 비교할 때 단지 조문의 순서만을 바꾼 듯이 보인다. 따라서 제국의회의 심의과정에서 그 안이 법률 제31호와 차이가 없는 것이 아니냐는 질의가 쏟아졌다. 그런데 이에 대해 정부위원은 '법의 규정 자체는 종래와 큰 차이가 없는 듯이 보이지만, 종래는 위임입법을 원칙으로 인정한 데 대해, 이번에는 원칙적으로 일본의 법률을 적용해야 하는 것으로 하고, 그 적용할 법률이 존재하지 않는 경우에만, 예외적으로 위임입법을 인정하고자 하는 것으로, 그 근본에 있어서 중대한 차이가 있다'라고 대답했다.[47]

이 '중대한 차이'란 법률 제3호 제1조, 제2조 및 제5조에 의해 대만총독의 율령제정권이 대폭 축소되었다는 점이었다. 먼저 제1조제1항은 법률 제30호의 제4조와 완전히 동일한 내용이다. 하지만 그 제2항이 추가됨으로써 법률 제3호는 법률 제30호와는 완전히 다른 내용을 가지게 되었다. 즉 종래 일본의 법률을 식민지에 시행하고자 할 때 문제가 된 것은, 식민지 지배의 편의를 위해 그 법률의 내용을 적절히 변경할 필요가 있음에도 불구하고, 그렇게 할 법적인 근거가 없다는 점이었다. 법률 제31호 및 법률 제30호에는 그 근거규정이 없었으며, 따라서 칙령으로 법률의 내용을 변경하여 식민지에 시행하는 것은 법적으로 불가능하다고 해석

46) 長尾景德 · 大田修吉, 新稿 臺灣行政法大意, 杉田書店, 1934, 34면.

47) 山崎丹照 (주 24), 349~350면.

되었다. 법률 제3호 제1조제2항은 바로 그러한 근거를 제공해 주는 것이었다. 즉 "관청 또는 公署의 직권, 법률상의 기간"은 물론 "기타의 사항에 관해"서도 "대만 특수의 사정에 의해 특례를 둘 필요가 있는 것에 대해서는 칙령으로 별단의 규정"을 둘 수 있다고 규정함으로써, 종래 율령에 의한 의용이라는 방식으로 대만에 시행할 수 밖에 없었던 법률을 칙령(시행칙령 및 특례칙령)으로 직접 시행할 수 있는 길을 연 것이다. 이것은 그만큼 대만총독의 율령제정권이 제약된다는 것을 의미했다.

뿐만 아니라 법률 제3호 제2조에 의해 대만총독의 율령제정권은 조선총독의 제령제정권에는 가해지지 않는 추가적인 제약을 받게 되었다. 즉 대만총독은 이때부터 입법사항 일반에 대해서가 아니라 "대만에서 법률을 요하는 사항으로서 시행할 법률이 없는 것" 또는 칙령에 의해 법률을 시행하기 "어려운 것에 관해서"만 율령으로 정할 수 있게 된 것이다. 또한 칙령에 의한 법률의 시행이 일반적인 것이 됨에 따라, 즉 "대만에 시행되는 법률"이 많아짐에 따라, 율령이 그 법률에 위반되어서는 안된다는 법률 제3호 제5조는, 비록 그 내용이 법률 제30호 제5조와 거의 다르지 않음에도 불구하고, 대만총독의 율령제정권에 대한 추가적인 제약의 의미를 가지게 되었다.

이렇게 해서 식민지 대만에서는 이른바 '內地法律延長主義'가 실시되게 되었다. 즉 일본의 법률이 그대로, 즉 '연장'되어 대만에도 시행되게 된 것이다. 그리하여 대만에서는 민법 · 상법 등의 일제의 법률이 원칙적으로 시행되게 된 것이다. 이것은 특례칙령에 대한 규정이 없다는 것을 이유로 이른바 '依用'이라는 형식을 취하고 있던 조선의 경우와는 선명히 대비되는 것이었다. 그러한 차이는 조선총독의 입법에 관한 권한이 대만총독의 그것에 비해 더 강대했다는 것을 의미한다. 즉 일제의 법률을 다소 수정하여 식민지에서 시행하고자 하는 경우, 대만에서는 칙령으로 해야 했지만, 조선에서는 제령으로 가능했던 것이다. 또한 새로운 입법의 필요가 있을 때에도 조선의 경우 의용되는 법률은 시행되는 것이 아니므로, 그 법률의 내용과 배치되는 명령을 제정하는 것이 가능했지만, 대만의 경우 그것이 불가능했던 것이다.[48] 요컨대 조선총독의 입법에 관한 권한은 대만총독의

48) 中村哲 (주 14)의 책, 113~154면 ; 清宮四郎, "外地における「法律の依用」", 外地法序說, 有斐閣, 1944, 87~117면 참조.

그것과 비교할 때에도 훨씬 자의적인 것이었다고 할 수 있는 것이다.

Ⅵ. 法令의 構造

식민지 조선의 법령은 그와같은 입법의 자의적인 성격 때문에 극히 복잡하고 애매한 구조를 가지고 있었다. 「대일본제국헌법」, 「조선에 시행할 법령에 관한 법률」 기타 법령을 근거로 하는 식민지 조선의 법령의 구조는 대략 다음과 같은 모습을 하고 있었다.[49]

1. 日帝의 法令

(1) 法 律

가. 칙령에 의해 특히 조선에서 시행할 것을 정한 법률

제국의회의 협찬을 거쳐 천황이 제정하는 일제의 법률은 식민지 조선에서는 천황이 그 전부 또는 일부의 시행이 필요하다고 판단하여 칙령으로 그 시행을 정할 때에 비로소 시행되었다. (법률 제30호 제1조) 따라서 법률은 식민지 조선에서는 원칙적으로는 시행되지 않는다고 해석되었다. 그리고 칙령으로 법률을 시행하는 경우에도 '불편한' 조문은 이를 제외하여 시행하는 일부시행이 대부분이었다. 그러나 그것으로도 부족한 경우가 있었다. 즉 이른바 식민지의 '특수사정'을 고려하여, 그 법률의 일부에 변경을 가하여 실시하지 않으면 안되는 경우가 있었던 것이다. 그러나 이때에는 법률에 그 근거가 필요했다. 앞서 살펴 본 것처럼 식민지 대만의 경우에는 이 근거가 있었으나, 식민지 조선의 경우에는 그것이 없었다. 따라서 칙령으로 조선에 법률을 시행할 때 그 특례를 둘 필요가 있는 경우에

---

49) 이하의 설명은 주로 山崎丹照 (주 24), 306~367면 ; 松岡修太郎 (주 43)의 책, 16~32면을 참조하여 기술한다.

는 특례에 관한 별개의 법률을 제정하지 않으면 안되었다.[50] 물론 이것은 매우 번잡한 방식이었으며,[51] 실제로도 그러한 방식이 사용되는 경우는 거의 없었다. 왜냐하면 특례가 필요한 경우 제령으로 '의용'하면 되었기 때문이다.

칙령에 의해 시행되는 법률은 칙령의 내용으로서 시행되는 것이 아니라, 그 칙령이 정하는 바에 따라 법률로서 시행되는 것이라고 해석되었다. 이 해석에 따르면, 칙령으로 시행된 법률의 개폐가 있었을 때는, 개정법률을 칙령으로 시행하는 추가적인 절차 없이, 그 효력은 조선에도 당연히 미치는 것이 된다.

나. 조선에서 시행할 목적으로 특별히 제정된 법률

이것은 적극적으로 인정되는 것이 아니라, 제령이 이러한 종류의 법률에 위배될 수 없다는 규정(법률 제30호 제5조)에 의해 그것이 식민지 조선에도 시행된다는 것이 전제되어 있다고 해석됨으로써 그 시행이 인정된 것이다. 여기에 해당하는 것으로는 「조선에 시행할 법령에 관한 법률」, 「조선은행법」 등과 같이 그 명칭 및 내용상 명백히 조선에 시행될 것이 전제된 법률과, 「국방보안법」과 같이 그 부칙에서 특별히 조선에의 시행을 규정한 법률이 있었다. 또한 이렇게 명시적으로 식민지 조선에서의 시행이 전제된 것 외에도, 일제와 식민지 상호간의 교섭을 규율한 법률, 예를 들면 민사 및 형사에 관해 일제와 조선 · 대만 · 관동주 · 남양군도 등과의 사이의 교섭을 규율한 「공통법」 등과, 屬人的 성질을 가진다고 해석된 법률, 예를 들면 널리 '일본제국주의의 공무원 및 그 유족'에게 적용되는 「恩給

---

50) 「관세법」, 「關稅定率法」, 「保稅倉庫法」 등이 1920년 8월의 칙령 제306호에 의해 조선에 시행될 때, 그와 동시에 그 특례에 관한 별개의 법률, 즉 법률 제53호 「관세법 · 관세정율법 · 보세창고법 및 가치장법 등의 조선에서의 특례에 관한 법률」이 제정된 것이 그 예이다.

51) 그러한 불편을 감안하여 법률의 제정 당시에, 그것을 식민지에 시행할 것이 예상될 때는, 법률 그 자체를 식민지 시행에 편리하도록 입법상의 특별한 조치가 취해졌다. 1) 법률에서 행정관청의 직권에 대해, 주무대신 혹은 각성대신 등의 문자를 피하고, 행정관청 또는 정부 등으로 규정하여 특례 없이 바로 식민지에 적용할 수 있게 하는 것, 2) 법률 중에 식민지 관계의 특례규정을 두거나, 혹은 넓은 범위의 특례사항의 규정을 칙령에 위임할 수 있도록 근거규정을 두는 것, 예를 들면, 법률을 식민지에 시행하는 경우 필요하면, 칙령으로 다르게 정할 수 있다라는 취지의 규정을 특히 법률 중에 두는 것이 그것이다.

法」 등이 조선에도 시행되는 것으로 해석되었다.

이들 법률은 그 명칭이나 내용 등을 고려하여 조선에도 시행되는 것이라고 해석되었다. 하지만, 어떠한 법률이 조선에 시행되는가에 대한 명확한 기준은 존재하지 않았다. 단지 "각 법률에 대해, 그 내용을 보고 규정의 성질에 따라 판단할 수밖에 없다"[52]라는 것이 유일한 '기준'이었다. 위 1)의 경우와 마찬가지로 일제의 법률 중 어떤 것이 식민지 조선에 대해 적용될 것인지는 전적으로 법집행자의 판단에 맡겨져 있었던 것이다.

(2) 勅 令

가. 칙 령

천황의 명령인 칙령은 천황의 통치권이 미치는 식민지 조선에도 원칙적으로 시행된다고 해석되었다. 하지만 그렇다고 모든 칙령이 식민지 조선에 시행된다는 것은 아니었다. 먼저 대권사항에 대한 독립명령인 칙령은, 그 중 조선에 시행할 목적으로 제정된 것, 예를 들면 조선에 관한 諸官制, 「조선교육령」 등은 당연히 조선에 시행되고, 그렇지 않은 것은 당연히 시행되지 않는다고 해석되었다. 물론 이때에도 그 양자를 구별하는 명확한 기준은 없었다. 단지 칙령의 내용에 따라 판단할 수밖에 없다라고 주장되었을 따름이다. 조선에 시행할 목적으로 제정된 칙령이 아닌 칙령을, 나중에 조선에 시행하기 위해서는 어떤 방법이 있는가에 대해서도 명문의 규정이 없었다. 이에 대해서는 그 칙령 자체를 개정하여 조선에도 시행할 것을 명확하게 하거나, 혹은 다른 칙령으로 그것을 조선에 시행할 것을 정하는 것도 가능하며, 또 다른 칙령으로 시행해야 할 칙령을 의용하는 것도 가능하다고 해석되었다.

이에 대해 집행명령 또는 위임명령인 칙령은 법률의 집행을 위해 혹은 법률의 위임에 의해 발하여지는 것인 까닭에 그 식민지 조선에의 시행은 관계 법률의 조선에서의 시행여부에 달려 있다고 해석되었다. 즉 조선에 시행되지 않는 법률의 집행명령 또는 위임명령은 당연히 조선에도 시행되지 않는 것으로 해석되었다. 하지만, 조선에 시행되는 법률의 경우에는 그 유형이 다양한 까닭에 다시 칙령의

52) 松岡修太郎 (주 43)의 책, 17면.

시행여부도 문제가 되었다. '조선에 직접 시행되는 법률'의 경우는 그 집행명령 또는 위임명령은 당연히 조선에도 시행되는 것으로 해석되었다. 하지만, 이 때에도 그 법률이 조선 및 일제 또는 다른 식민지에 공통적으로 시행되는 때는, 그 집행명령 또는 위임명령은 어디에 시행될 것을 목적으로 제정되었는가를 다시 따져서 조선 이외의 지역에의 시행을 목적으로 제정된 명령들은 조선에는 시행되지 않는다고 해석되었다. 다음으로 '칙령으로 조선에 시행된 법률'은, 본래는 조선에 시행될 것을 목적으로 제정된 것이 아니라는 이유로, 그 법률이 조선에 시행되기 이전에 제정된 명령들은 당연히 조선에는 시행되지 않으며, 그 법률이 조선에 시행된 이후에 제정된 명령들의 경우도, 그 법률은 조선과 다른 지역에 공통적으로 시행되는 것이기 때문에 다시 그 제정의 목적을 따져서 조선에의 시행여부를 판단해야 한다고 해석되었다.

나. 긴급칙령

긴급칙령은 "公共의 安全을 保持하거나, 그 災殃을 避하기 위해 緊急한 必要에 따라 帝國議會 閉會의 경우에 法律에 대신"하기 위해 제정되며, "다음 會期에 帝國議會에 提出"하여 "만일 議會에서 承諾하지 않을 때는 … 將來에 향하여 그 效力을 喪失함을 公布해야" 한다. 그런데, 긴급칙령의 식민지 조선에서의 시행에 대해서는 명문의 규정이 없었다. 다만 '특히 조선에 시행할 목적으로 긴급칙령을 발한 경우는 특히 조선에 시행할 목적으로 제정된 법률'에 준하여, 조선에 직접 시행된다고 해석되었다. 다만 특히 조선에 시행할 목적을 가지지 않고서 제정된 긴급칙령을 사후에 조선에 시행할 필요가 생긴 경우에는 어떻게 할 것인가는 문제였다. 1)그러한 긴급칙령은 발령 당초에는 당연히 조선에 시행되지 않는다고 해석되었다. 이러한 해석을 하는 이유는 그것이 조선에 시행할 목적으로 제정되지 않았다는 데서 찾을 수밖에 없다. 2)긴급칙령은 의회의 승락을 얻은 후에는 법률과 완전히 같은 효력을 가진다. 따라서 승락 후의 긴급칙령을 식민지 조선에 시행하기 위해서는 법률의 조선에의 시행과 마찬가지로, 칙령으로 그 전부 또는 일부의 시행을 정해야 하는 것으로 해석되었다. 3)긴급칙령 발령에서 의회의 승락까지의 사이에 그것을 식민지 조선에 시행할 필요가 있을 경우는, 긴급칙령이 법률사항을 규율하는 것인 까닭에, 칙령으로써 조선에 시행해야 하는 것으로 해석되었다.

(3) 閣令 및 省令

일제의 내각총리대신 및 각성대신이 제정하는 각령 및 성령은, 그들의 권한이 원칙적으로 식민지 조선에 미치지 않았으므로, 역시 원칙적으로는 식민지 조선에 시행되지 않는 것으로 해석되었다. 다만, 이 원칙에는 예외가 있었다. 첫째 식민지 조선에도 관련이 있는 사항으로서 특히 중앙관청의 권한에 유보되어, 조선총독의 권한이 속하지 않는 사항에 관해서는 그에 관한 각령 및 성령이 조선에 시행되는 것으로 해석되었다. 둘째, 총독의 권한에 속하는 사항에 대해서도, 특히 중앙관청의 통제 아래 있는 사항에 관해서는, 그 한도에서 각령 또는 성령이 조선에 시행된다고 해석되었다.

2. 朝鮮總督府의 法令

(1) 制 令

위에서 설명한 일제의 법령은 조선총독의 제령제정권과의 관계상 예외적으로만 식민지 조선에 시행되었다. 따라서 식민지 조선의 법령의 대부분은 제령 이하 조선총독부의 법령이었다. 그 중에서 특히 제령에는「조선민사령」,「조선형사령」등 다수의 중요한 법령이 포함되었으며, 35년간 총 676건으로, 구제령의 개폐에 관한 것을 제외해도 270건에 달했다.[53]

조선총독은 조선에서의 입법사항, 즉 조선인민의 권리의무, 조선에서의 사법 및 조세에 대한 사항을 규율하는 제령을 제정할 수 있었다. 또한 조선총독은 일본의 법률을 依用하는 제령을 제정할 수 있었다. '依用'이란, 예를 들어「조선민사령」(1912년 제령 제7호)의 제1조에서 "민사에 관한 사항은 본령 기타의 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 아래의 법률에 依한다"라고 규정하고, 민법 · 신탁법 · 상법 · 수표법 · 유한회사법 · 파산법 · 화의법 · 민사소송법 등을 열

53) 이에 비해 35년간의 식민지 피지배기간 동안 조선에서 시행된 일제 법령의 수는 180여건에 불과했다. 姜德相 외, "日帝下朝鮮の法律制度について", 日本法とアジア (仁井田陞博士追悼論文集 제3권), 東京, 勁草書房, 1970, 323면.

거한 후, 제2조 이하에서 조선에서의 특례를 규정하는 것과 같이, 일본의 법률에 변경을 가하여 조선에 시행하는 것이다.

이들 제령의 제정에 있어서 조선총독에게 가해지는 제약은 내각총리대신을 경유하여 천황의 勅裁를 얻어야 된다는 것과, 조선에 시행된 법률 그리고 특히 조선에 시행할 목적으로 제정된 법률 및 칙령에 위배될 수 없다는 것 두 가지뿐이었다. 따라서 조선총독은, 대만총독의 경우와는 달리, 위의 사항에 관해 언제라도 제령을 제정할 수 있었으며, 또한 조선에서 시행되는 예외적인 법률 및 칙령에 위배되지 않는 한 어떠한 내용이라도 제령 속에 담을 수 있었다.

그리고 일본의 법률이 제령에 의해 의용되는 경우 그 법은 법률로서가 아니라, 제령의 내용으로서 간접적으로 조선에 시행되는 것이라고 해석되었다. 즉 의용되는 법률과 제령은 완전히 다르다는 것이었다. 따라서 일본에서 법률의 개폐가 있는 경우에도 그 효과가 식민지 조선에 당연히 미치는 것은 아니었으며, 또한 총독은 일본에서의 법률에 개폐가 없는 경우에도 언제든지 제령의 개폐를 통해 그 법률의 시행여부 및 시행의 정도를 좌우할 수 있었다. 다만, 이와 관련해서는 제령에 의해 의용된 법률이 개정된 때는, 별단의 정함이 없는 한, 개정법률 시행일부터 개정법률에 의한다는 특별 규정이 있었다.[54]

(2) 朝鮮總督府令

조선총독부령은 조선총독이 그 직권 또는 특별한 위임에 의해 발할 수 있는 명령이었다(관제 제4조). 여기에서 특별한 위임이란, 법률 및 칙령에 의한 위임뿐만 아니라, 그것들과 동렬에 위치하는 제령에 의한 위임도 포함된다고 해석되었다.

조선총독의 권한은, 내각총리대신 및 각성대신과 거의 동격이라고 볼 수 있기 때문에, 조선총독부령으로 규정하는 사항은, 대체로 각령 또는 성령으로 규정할 것에 해당한다. 그러나 부령에 부가할 수 있는 벌칙은 1년 이하의 징역 혹은 금고, 구류, 2백원 이하의 벌금 또는 과료로서 칙령과 같은 정도(1890년 9월 18일 법률 제84호 「命令의 條項 違犯에 관한 罰則의 件」)여서 상대적으로 강한 벌칙이었다고 할 수 있다.

---

54) 1911년 제령 「제11호 제령에서 법률에 의한다는 규정이 있는 경우에 그 법률의 개정이 있을 때의 효력에 관한 건」, 관보 제4권, 465면.

(3) 地方官廳의 命令

가. 道 令

道令은 도지사가 관내의 행정사무에 관해, 직권 또는 위임의 범위 내에서 발하는 명령이었다(1910년 칙령 제345호 「조선총독부지방관 관제」[55] 제6조). 도령은 그 내용상 일제의 府懸令에 상당하는 것이지만, 그것에 부가할 수 있는 벌칙은 3월 이하의 징역 또는 금고, 구류, 백원 이하의 벌금 또는 과료로서,[56] 그 정도는 각령 또는 성령과 같으며, 부현령보다 훨씬 높았다. 이 벌칙은 대만의 경우와 비교할 때에도 높은 것이었다. 이에 해당하는 대만의 법령은 州令 및 廳令인데, 그 부가할 수 있는 벌칙의 한도는, 주령의 경우 2월 이하의 징역 혹은 금고, 구류, 70원 이하의 벌금 또는 과료, 청령의 경우 구류 또는 과료로서 도령보다 훨씬 낮았다.

나. 島 令

도령은 道司가 관내의 행정사무에 관해, 법령에 의해 또는 도지사에 의해 위임받은 사항에 대하여 발하는 명령이었다. (「조선총독부지방관 관제」 제21조의 5) 여기에는 벌칙을 부가할 수 없었다.

3. '舊法令'

소위 '병합'의 논리에 따르면, 한국은 없어지고 식민지 조선이 일제 영토의 일부가 된 것이다. 따라서 당연히 그 때까지 한국에서 시행되고 있던 법령은 그것이 구한국의 법령이든 일제의 법령이든 그 효력을 상실할 터였다. 하지만, 整理統合을 위해서라는 이유로, 1910년 제령 제1호 「조선에서의 법령의 효력에 관한 건」[57]

---

55) 관보 제1권, 187면.

56) 1919년 칙령 제392호 「조선총독부도지사가 발하는 명령의 벌칙에 관한 건」, 관보 제40권, 1028면.

57) 관보 제1권, 25면.

에 의해 "조선총독부 설치시 조선에서 그 효력을 상실해야 할 帝國法令 및 한국법령은 당분간 조선총독이 발한 명령으로서 계속 그 효력을 가"지는 것으로 정해졌다. 또한 그들 법령은, 1910년 제령 제8호「明治 43년 제령 제1호에 의한 명령의 구분에 관한 건」[58]에 의해 "제령으로 정할 것을 요하는 사항을 규정한 것은 제령, 조선총독부령으로써 정할 수 있는 사항을 규정한 것은 조선총독부령, 道令으로써 정할 수 있는 사항을 규정한 것은 도령으로써 정한 것"으로 취급되게 되었다.

여기에서 '한국법령'이란 대한제국의 법령을 그리고 '제국법령'이란 일제의 법령을 의미한다. 그런데 '병합'시에 효력의 존속이 인정된 일제의 법령은 그 한국에 대한 침략의 정도에 따라 여러가지 모습을 하고 있었다. 일제는 1876년부터 조선 각지에 영사관을 두고, 재한일본인에 관한 領事館令을 발했다. 그리고 1905년의 제2차 한일협약 체결로 한국의 외교권을 탈취한 후에는, 영사관을 폐지하고 통감부 및 이사청을 두어 통감 및 이사관이 재한일본인에 관해 각각 행정명령인 통감부령 및 이사청령을 발했다. 그후 1909년 11월에 사법권, 1910년 6월에 경찰권을 탈취한 후에는, 새로 설치된 통감부경무총장이 경성에서 경무총감부령[59]을, 각도에 설치된 경무부장이 각도에서 경무부령[60]을 직권 또는 위임에 의해 발했다. 그리고 이때부터 사법 및 경찰에 관한 일제관청의 명령은, 일본인뿐만 아니라 한국인에게도 적용되었다. 그리하여 이른바 '병합'시 조선에서 시행된 일제의 법령은, 조선에서 제정된 것으로서는 통감부령, 경무총감부령, 경무부령, 이사청령, 영사관령 (영사관 폐지후, 계속 이사청령으로서 효력을 가진 것) 5종이 있었으며, 기타 재한일본인에 대한 법률, 칙령, 외무성령 등 일본에서 제정

---

58) 관보 제1권, 228면.

59) 경무총감부령은 경무총장이 발하는 명령으로서, 구류 또는 과료를 부가할 수 있었다. 1910년 9월 30일 칙령 376호「조선총독부 경무총장 등이 발하는 명령의 벌칙에 관한 건」, 관보 제1권, 197면. 이것은 헌병경찰제도를 지지하는 것으로서 중요한 의미를 가지는 것이었다. 이것은 1919년 8월의 관제개편으로 경무총감부가 폐지되면서 없어졌지만, 이미 존재하고 있던 것은 부령으로 간주하여 존속했다.

60) 도경무부령은 도경무부장이 발하는 명령으로서, 구류 또는 과료를 부가할 수 있었다. 1910년 9월 30일 칙령 358호「통감부경찰관서제증 개정의 건」, 관보 제1권, 188면. 이것도 역시 헌병경찰제도를 지지하는 것이었으며, 1919년 8월에 개편되었다.

된 것도 있었다. 이들 일제의 법령 모두가 제령 제1호 및 제8호에 의해 계속 효력을 존속하게 된 것이다.

이들 구법령의 인적 효력은 다양했다. 원칙적으로는, 원래 한국법령은 원칙적으로 한국인에게, 한국에서의 일제법령은 원칙적으로 일본인에게 적용되었다는 이유로, 구한국법령은 조선인에게, 구일제법령은 일본인에게 적용된다고 해석되었다. 하지만 잔존한 일제의 법령은 지역적 또는 인적 효력이, 그 복잡한 연혁에 따라 더욱 복잡했다. 예를 들면 「보안규칙」(1906년 통감부령 제10호), 「출판규칙」(1907년 통감부령 제20호), 「신문지규칙」(1908년 통감부령 제12호)은 일본인 및 외국인에게 적용되었으며, 「옥외집회금지의 건」(1910년 총독부령 제3호)은 조선인, 일본인 및 외국인에게 적용되었다. 또한 경무총감부령은 경성에서만 효력을 가지다가, 1919년에 이르러 총독부령 제132호 「조선총독부 경무총장의 명령으로 정한 사항에 관한 건」[61]으로 조선총독부령으로 정한 것으로 되어 전 조선에 효력을 가지는 것으로 되었다.

이들 구법령은 그후 점차 폐지되어 갔다. 그러나 그중에서도 대표적인 식민지 악법으로 꼽히는 법령들은 식민지 지배가 끝날 때까지 그 효력을 이어갔다. 1945년 현재, 구한국법령으로 「신문지법」 (1907년 법률 제1호), 「보안법」 (1907년 법률 제2호), 「國有未墾地利用法」 (1907년 법률 제4호), 「출판법」 (1909년 법률 제2호) 등 법률·칙령·훈령을 합쳐 17건, 일제법령으로는 「보안규칙」, 「출판규칙」, 「신문지규칙」 등 통감부령 및 훈령 16건이 남아 있었다.[62]

Ⅶ. 맺음말

이상으로 식민지 피지배기 법제의 기본원리, 그 입법의 성격 및 법령의 구조에 대해 간략하게 살펴보았다. 거기에서 우리가 끄집어 낼 수 있는 것은 한마디로 '자의성'이다. 신적 권위에 의해 지지된 일제 그 자체의 성격 및 그 연장으로서의 식민지 지배기구의 성격이 자의적이었다. 그리고 그것에 의한 입법의 방식과 그

61) 관보 제40권, 991면.

62) 姜德相 외 (주 53), 323면.

결과로서의 법령의 구조 또한 자의적이었다.

식민지 조선에서 입법사항을 규율하는 법령은 천황에 의해서 그의 마음대로 만들어질 수도 있었고, 조선총독에 의해서 그의 마음대로 만들어질 수도 있었다. 그에 관한 일본의 법률 및 칙령은 식민지 조선에 그대로 시행될 수도 있었고, 일부만 시행될 수도 있었고, 변형된 모습으로 시행될 수도 있었고, 전혀 시행되지 않을 수도 있었다. 식민지 조선의 인민들은 일본이나 식민지 대만의 인민들 보다 더 많은 벌을 받을 수 있었고, 또한 일정한 경우에는 법전 속에 존재하는 법에 의해 규율되지 않을 수도 있었다.

그러한 상황에서 법은 단지 자의적인 도구일 수밖에 없었다.[63] 그것은 억압의 도구였고, 착취의 도구였고, 민족말살의 도구였다.[64] 그리고 그에 상응하여 식민지 조선의 인민들의 마음 속에 자리잡게 된 것은 법률만능주의, 법에 대한 불신일 수밖에 없었다.[65]

요컨대 식민지 피지배기의 법은 마음대로 만들어지고 마음대로 집행되는 법이었다. 우리는 그러한 법을 '근대적'인 법이라고 말할 수는 없다. 그것은 '근대적'이기는 커녕 오히려 '반근대적'인 것일 뿐이다. 바로 이것이 법에 있어서의 일제 잔재를 '철저하게' 청산하지 않으면 안되는 적극적인 이유인 것이다.

---

63) 식민지 피지배기 법제에 대한 개괄적인 설명으로는 朴秉濠 (주 2) ; 李壬成, "植民地時代法의 機能과 運命" 上 · 中 · 下, 人權과 正義, 136 · 137 · 139, 1987.12 · 1988. 1 · 1988.3 참조.

64) 식민지 피지배기 법제에 대한 구체적인 연구로는 金圭昇, 日本の植民地法制の研究, 社會評論社, 1987 ; 丘秉朔 · 鄭文吉, "日帝植民地下의 韓國社會法制史研究", 문교부 연구보고서 22, 1970 ; 南興祐, "日帝의 韓國侵略에 있어서의 法規範과 그 適用에 관한 문제", 亞細亞研究, 33, 1969 ; 한인섭, "권위주의적 支配構造와 法體制", 계간 사상과 정책 1989년 가을호 ; 鈴木敬夫(주 16), 그리고 韓國法史學論叢(朴秉濠教授還甲紀念論文集 Ⅱ), 朴秉濠教授還甲紀念論叢發刊委員會, 1991 제5편의 논문들 및 『法, 그 속에 잔존하는 日帝遺産의 克服』(한국법사학회 광복50주년 기념 학술대회 자료집), 1995.5.12의 논문들 참조.

65) 朴秉濠, "법치주의 실현에의 역사적 교훈", 법제연구 창간호, 한국법제연구원, 1991. 12, 19면.