

日帝의 植民政策과 植民地 朝鮮의 法制

鄭 肯 植*

차 례

- I. 머리말
- II. 開港과 西歐法の 強制移植
 - 1. 西歐法の 導入
 - 2. 植民地化와 法制的 移植
- III. 植民地 朝鮮의 法制 構築
 - 1. 同化政策의 推移
 - 2. 植民地 朝鮮의 立法權
 - 3. 植民地 法制的 形成
- IV. 解放과 植民地 法制的 清算
- V. 맺음말

* 서울大學校 法科大學 專任講師, 法學博士

I. 머리말

21세기를 바라보고 있는 오늘, 우리는 제2의 국난이라는 IMF의 격랑을 헤쳐 나가야 한다. 유교자본주의의 대표주자로서 칭송을 받은 우리는 이제 IMF 신탁통치 하에서 제도와 사고 모든 것의 개혁을 요구받고 있다. 이미 우리는 강요된 변화를 1세기 전에 겪었다. 신탁통치가 아닌 대일본제국의 직접지배라는 수모를 겪었다. 그리고 우리는 바뀌었다. 변혁이 강요되고 있는 이 상황에 과거를 돌이켜 보는 것은 쓰라림을 일깨우는 것 이상의 의미가 있을 것이다. 즉 과거에 비추어 현재를 반추하고 앞길을 밝히는 역사의 혜안을 헤아려 보는 것은 어쩌면 IMF의 파고를 잠재울 수 있는 계기도 될 수 있을 것이다.

식민지 경험은 현대한국에 원죄로 작용하고 있으며, 현재의 모든 상황은 일본제국주의를 제외하고는 설명할 수 없다. 그래서 식민지와 그것과 현재의 관련성에 대한 연구는 다방면에서 전개되었다.¹⁾ 식민지기의 법제에 대해서는 식민지법의 성격과 실태에 대한 연구에서 출발하여 3.1운동과 민사법과 형사법 등 개별분야로 확대되었다. 근래에는 식민지기의 법제와 현재적 관련성 및 그 청산에 대해서도 수준 높게 논의되었다. 식민지 조선에서 일본 천황을 대리하여 통치권을 행사한 조선총독과 그 법령체계에 대한 연구도 이루어졌다.²⁾ 본고에서는 기존의 연구를 바탕으로 일제가 식민지 수탈을 자행하면서 법을 동원한 방법과 “內鮮一體”로 대표되는 식민정책과 식민지 법제의 변화 과정에 대해 살펴보고, 해방 후 미군정기에서 식민지법의 운명에 대해 간단히 고찰하고자 한다.³⁾

1) 식민지에 대한 개괄적인 연구로는 朴慶植, 『日本帝國主義의 朝鮮支配』(청아출판사, 1986); 金雲泰, 『日本帝國主義의 韓國統治』(개정판: 박영사, 1998) 등을 들 수 있다.

2) 대표적인 것으로, 한국법사학회 외 편, 『광복50주년기념 기념논문집 1: 과거청산』(한국학술진흥재단, 1995); 한국법사학회 편, “심포지움 : ‘法’, 그 속에 잔존하는 日帝遺産의 克服”, 『법사학연구』 16, (한국법사학회, 1995); 金昌祿, “植民地 被支配期 法制的 基礎”, 『법제연구』 8(한국법제연구원, 1995); 鄭肯植 편, 『統監府法令體系分析』(한국법제연구원, 1995); 鄭肯植 편, 『朝鮮總督府 法令史料 I: 統治構造·立法』(한국법제연구원, 1996) 등을 들 수 있다.

3) 현재 식민지 법제에 대한 개괄적인 연구만 있을 뿐 식민지법 전체에 대해서는 기초적인 자료도 정리되지 않은 채 황무지로 남아 있다. 현행법제의 역사적 배경에 바탕을 둔 연구야말로 법의 해석과 향후 법제개선의 바람직한 방향을 제시할 수 있을 것이다. 申東雲, 『刑事訴訟法』(제1판: 法文社, 1993), 머리말 참조.

II. 開港과 西歐法の 強制移植

일제는 불평등조약에서 제국주의로 성장한 미숙성 때문에 대외침략을 바탕으로 한 제국주의로 나아갔고, 당시의 여건상 중국과 한국 등 인근국을 침략할 수밖에 없었다. 또 한국은 지리적, 역사적으로 일본과 유사하고 문화수준도 높았기 때문에 일본제국주의는 한국에 대해 동화정책과 군사적 억압정책을 강력하게 추진하였고, 그럼에도 불구하고 안정적인 식민지배체제를 구축하지 못하였다.⁴⁾ 대외침략은 자본주의의 발전만이 아니라 일본국내의 정치적 통합을 위해서 명치유신으로 소외된 불만계층을 무마하기 위한 수단으로 활용되었다.⁵⁾

일제는 식민지 조선과의 특수한 관계 때문에 침략을 호도하기 위한 특단의 조치가 필요하였다. 이 때 동원된 것이 사회문화조사이었으며, 이를 바탕으로 하여 한국의 역사를 비하하고 나아가 “日鮮同祖論” 등이 등장하였으며, 대륙침략의 이론적 근거가 된 “滿鮮一體論”이 주창되었다. 이러한 일제의 조사활동은 식민지 전기간에 걸쳐 이루어졌으며, 식민통치의 유용한 수단으로 이용되었다.

1. 西歐法の 導入

서구법이 한국에 처음 소개된 것은 17세기경이다. 실학자들은 漢譯西學書를 통해 서구법을 이해하였는데, 처음에는 傳統的 華夷觀에서 서구법을 비판하였으나, 후기에는 東道西器論의 관점에서 부분적으로 긍정하였다.⁶⁾ 한국에 서구법이 본격적으로 소개된 것은 1876년 강화도 조약 체결 후 1881년 “紳士[朝士]遊覽團”을 파견한 때이다. 일원이었던 嚴世永은 《日本司法省視察記》와 《日本聞見事件草》에서 서구법을 본떠 개정한 일본법을 소개하고, 화이론

4) 이철우, “Cultural Missions and Ideological Resources of Japanese Colonialism in Korea”, 『법사학연구』, 14(한국법사학회, 1993), 175~7면.

5) 명치유신으로 권력에서 배제된 武士계급을 회유하기 위하여 “征韓論”이 등장하였고 실제 대만을 정벌하기도 하였다. 이의 배경에는 “脫亞論”과 일본을 중심으로 서구에 대항하는 “아시아連帶主義”가 있으며 이는 大東亞共榮圈의 이념적 배경이 되었다. 韓相一, “아시아 連帶主義의 실상”, 『日本軍國主義의 형성과정』(한길사, 1982) 참조.

6) 崔鍾庫, 『韓國의 西洋法受容史』(박영사, 1982), 18~21면; 조선후기의 일반적 서양인식에 대해서는 원재연, “17~19세기 實學者의 西洋認識 檢討”, 『한국사론』 38(서울대학교사학과, 1997) 참조.

의 관점에서 비판하였다. 그러나 1880년대 후반의 유길준과 박영효는 서구법에서 긍정적인 요소를 수용하여 법제를 개혁할 것을 주장하였다.⁷⁾ 그러나 이러한 주장은 개인적인 것으로 제도의 개혁에는 이르지 못하였다. 서구법이 본격적으로 수용된 것은 동학농민전쟁(1894. 1)을 빌미로 한국에 군대를 파견한 일제가 무력을 앞세워 내정개혁을 요구한 갑오개혁기였다.

한국법제사에서 1894년 갑오개혁을 근대법사의 기점으로 삼는 것이 일반적이다. 이때부터 1910년 한일합방까지를 1894. 5년의 改革期, 1896~1905년의 復古期, 1906~1910년의 統監府期로 구분하고 있다. 이때 일본을 “불유쾌한 매개자”로 하여 일본적으로 변용된 서구법이 수용되고 이에 터잡아 현행법제가 형성되었다. 각 시기별로 일제의 침략과 법제의 변화를 살펴보기로 한다.⁸⁾

일제는 대포를 앞세워 한국의 개혁을 강요하고, 무력으로 궁궐을 점령하고, 軍國機務處를 설치하였다(1894. 7). 군국기무처에서는 議案의 형태로 개혁입법을 공포하였다(갑오개혁). 그러나 일제는 그들이 의도한 대로 개혁이 진척되지 않자 군국기무처를 폐지하고 새로운 개혁을 위해 “洪範14條”를 공포하게 하고(1895. 1) 행정과 사법의 분리 등 근대적인 개혁에 착수하였다(을미개혁). 그러나 이 때 공포된 법령은 현실을 무시한 것으로 空文死律로 “서류상으로 기재되어 있을 뿐 실제로는 전혀 적용되지 않은 것”이었다.⁹⁾

갑오을미기의 개혁입법은 일제의 강요에 의한 타율적인 점과 실제로는 규범력이 거의 없었다는 점에 한계가 있다. 그러나 우리나라에 본격적으로 서구법이 소개된 점과 행정과 사법의 분리(1895. 4. 법률 1 재판소구성법), 국가와 왕실의 분리 등 향후 개혁의 규범적 지표가 된 점에서 의미를 찾을 수 있다. 그리고 법관양성소, 법률기초위원회 등이 존속되었고 또 公文書樣式¹⁰⁾ 등 행정영역에서 규범력이 유지된 점에서는 어느 정도 긍정적으로 평가할 수 있다.

7) 都冕會, “1894~1905年間 형사재판제도 연구”(서울대 박사학위논문, 1998), 74~81면; 許東賢, “1881년 朝士視察團의 明治日本 司法制度의 理解: 嚴世永의 《司法省視察記》와 《聞見事件》을 중심으로”, 『진단학보』 84(진단학회, 1997) 참조.

8) 이하의 서술은 필자의 다음 글을 요약한 것이다. 『韓末近代法令體系分析』(한국법제연구원, 1991), 22~34면; 『統監府法令體系分析』(한국법제연구원, 1995), 11~84면; 『開化期 西歐法の 受容과 意義』, 『법제연구』 8(한국법제연구원, 1995), 21~48면.

9) Carlo Rossetti(1904)/ 서울학연구소 역, 『꼬레아 꼬레아니』(숲과 나무, 1996), 261면.

10) “公文書類別及樣式(1895. 6. 1)”; 權泰楹, “갑오개혁 이후 공문서 체계의 변화”, 『규장각』 17(서울대 규장각, 1994); 그리고 공문서 양식을 통일하여 일제가 한국 행정을 장악해가는 과정에 대해서는 金才淳, “일제의 公文書制度의 장악과 운용의 실제”, 『한국문화』 17(서울대 한국문화연구소, 1995) 참조.

청일전쟁에서 승리한 일제는 열강의 간섭으로 대만을 제외하고 삼켰던 것을 모두 토해 내어야 하였다(삼국간섭). 뿐만 아니라 한국에서는 친일정권이 붕괴되고 친러정권이 수립되어 고종은 러시아공사관으로 피신하였다(俄館播遷; 1896. 2). 독립협회의 요구에 따라 환궁한 고종은 독립국가의 면모를 일신하기 위해 稱帝建元하여 大韓帝國을 선포하였다(1897. 10). 이 때의 국제정세는 러시아와 일본이 한반도에 대한 주도권을 다투고 있었고 상대적으로 열강의 간섭이 약한 시기이었기 때문에 광무정권은 자주적인 개혁을 추진할 수 있었다. 광무정권은 갑오을미개혁을 휴지로 하고 “舊本新參”에 입각하여 신제도에 기반을 두고 황제권의 강화를 중심과제로 한 개혁을 추진하였다(光武改革). 광무정권은 황제의 절대권을 선언한 『大韓國國制(1899. 8)』를 선포하고 『大典會通』과 『大明律』, 그리고 개혁기의 新法을 집대성한 『刑法大全』을 제정하였다(1905. 4).¹¹⁾ 광무정권의 입법사업은 “舊本新參”이라는 표어에서 나타나듯이 전반적으로 보수적이었지만, 다른 시기에 비해서는 자주적이었다.

2. 植民地化와 法制的 移植

암중모색을 거친 일제는 제국주의의 동아시아 분할이라는 세계전략적 차원에서 영국과 미국의 후원을 업고 한국을 합병하기로 하였다. 일제의 한국침략 과정은 보호국화를 거친 후 식민지로 병합하는 전략을 구상하고 조약을 통하여 한국의 주권을 부분적으로 장악해가는 방법을 택하였다.

(1) 植民地化的 過程

영국은 영광된 고립정책을 탈피하여 러시아의 남하정책을 저지하기 위해 만주로 진출하려는 일본과 세계전략적 차원에서 동맹을 맺었다(1902). 그리고 미국도 태평양에 세력을 확대하기 위해 암묵적으로 일제를 지지하였다. 영미의 후원을 바탕으로 일본은 러시아와의 결전을 준비하면서 “한국의 보호국화 방침”을 확립하고 본격적으로 한국에 대해 세력을 확대하였다. 러일전쟁 직전 일제는 통신사무를 장악하고 개진과 동시에 공수동맹을 강요하고 『한일의정서(1904. 2)』를 체결하였는데, 그 주된 내용은 군대주둔권과 시정개선에 대한 권고권이었다. “施政改善勸告權”에 근거하여 일제는 『제1차 한일협약』을 체결

11) 형법대전에 대해서는 문준영, “大韓帝國期 《刑法大全》 制定에 관한 研究”(서울대 석사학위논문, 1998) 참조.

하고(1904. 8) 재정과 외교고문을 두고 다른 분야에는 고문을 용빙형태로 초빙하는 고문정치를 실시하여, 일제는 합방의 전단계로 한국에 대한 간접통치를 관철시켰다. 러일전쟁에서 승기를 잡은 일제는 한국의 보호국화를 결정하여 영미를 등에 업고 “제2차 한일협약”을 강제로 체결(1905. 10)함으로써 한국의 외교권을 박탈하여 국제적으로 고립시키고 보호국화를 달성하였다. 1906년 1월 서울에는 統監府, 지방에는 理事廳을 설치하고 초대 통감으로 伊藤博文이 부임하여 사실상 한국은 식민지로 전락하였다.

보호국화를 달성한 후에 일제는 강력한 황제권이 식민지화에 걸림돌이 되자 통감은 고종의 퇴위를 주장한 이완용 내각을 출범시키고 내각관제를 개정하여 참정대신의 권한을 강화하여 황제중심의 정치운영체제를 내각중심으로 바꾸었다(1907. 5). 그리고 헤이그밀사사건을 이유로 고종을 강제로 퇴위시켜¹²⁾ 한국 병합의 마지막 걸림돌을 제거하였다. 이어서 『한일신협약』을 체결하여(1907. 7) 일본인을 한국인관리로 임용하는 차관정치를 실시하고 각부의 차관을 일본인으로 임명하였다. 일제는 고문을 통한 간접통치에서 차관을 통한 직접통치로 정책을 전환하였다.

차관정치의 실시에 따라 일제는 『統監府 및 理事廳 官制』(1907. 9 칙령 295)와 『통감부사무분장규정』(1907. 10 통감부훈령 21)을 개정하였다. 이로써 종래 통감부와 대한제국정부 그 사이에 고문부가 존재하는 병렬적 구조에서 고문부가 해체되고 통감부와 고문부의 일본인이 한국내각에 직접 참여함에 따라 통감부의 상위감독기관적 성격이 분명해졌다.¹³⁾ 이후 일제는 한국을 무력화시키기 위해 군대를 해산하고(1907. 7), 일본헌병이 한국의 경찰권을 접수하고(1907. 10) 사법권과 감옥사무를 박탈하였다(기유각서; 1909. 7). 합방직전에 명목상의 한국경찰권을 폐지하고(1910. 6) 헌병경찰제도를 확립하였다. 합방에 반대하는 한국인의 물리적 저항을 제거한 후 일제는 군사력을 바탕으로 이완용과 논의하여 1910년 8월 22일 합병조약에 조인하고 29일에 이를 공포하였다. 이어서 조선총독부가 설치되고 한국의 통치권은 일본천황에게 위임되어 한국은 식민지로 편입되었다.¹⁴⁾ 통감부는 민족저항을 분쇄하기

12) 고종은 일본의 강요에 못 이겨 일시적인 양위를 선언하였으나 일본은 퇴위를 발표하고 순종을 즉위시켜 고종의 퇴위를 기정사실로 하였다.

13) 서영희, “日帝의 한국 保護國化와 統監府의 통치권 수립과정”, 『한국문화』 18(서울대 한국문화연구소, 1996), 333~9면.

14) 식민지화의 과정은 조약을 통해서였다. 그러나 이러한 조약의 불법성이 근래에 밝혀

위해 신문지법, 보안법, 출판법 등의 탄압법과 경찰범처벌령, 범죄즉결령 등 행정형법을 제정하여 식민지 지배를 위한 법적 토대를 미리 닦아 두었다.¹⁵⁾

(2) 慣習調査와 法制의 移植

통감부 설치 이후 한국은 사실상 일본의 식민지로 전락하였다. 조약상 통감은 외교권만 행사할 수 있으나 일제는 협약 제4조를 “통감은 외교사무 외에 종래의 한일간에 존재하는 조약의 실행을 담임할 수 있다”고 해석하여 외교권 외에 통감의 내정감독권을 인정하였다. 따라서 통감부는 시정개선에 대한 권고를 바탕으로 한국의 모든 입법권을 장악하여서 한국의 입법권은 허수아비에 지나지 않았다. “시정개선협의회”는 법적인 근거 없이 1906년 3월 처음 개최한 이래 한국정부 대신을 통감관사에 소집하여 정책의 방향을 제시하고 법안을 제공하여 법령을 제정하게 하였다.¹⁶⁾ 일제는 시정개선이라는 미명으로 한국의 사회, 정치, 경제조직을 일본과 비슷하게 만들어 일본 자본의 자유로운 활동을 보장하고, 침략의 첩병에 섰던 것이다.¹⁷⁾ 일제는 “시정개선협의회”를 통하여 구체적인 법안을 제시하여 직접적으로 입법을 요구하기도 하였으며, 나아가 한국의 독자적인 입법을 무력화시키기도 하였다.¹⁸⁾

통감부가 설치된 후 입법권은 이원화되었다. 외교 등 조약으로 업무가 일본에 위임된 분야의 입법권은 통감부가, 그렇지 않은 분야의 입법권은 한국정부가 갖고 있었다. 그러나 시정개선이라는 명분으로 한국은 통감부의 감독을 받아야 했기 때문에 통감부가 사실상 한국의 입법권을 완전히 장악한 상태였다. 따라서 한국의 독자적인 입법은 불가능하였고, 中樞院 등에서 민법전 제정, 農會設立 등 입법활동도 무위로 그쳤다.¹⁹⁾

졌다. 본고의 서술은 조약의 합법성을 전제로 한 것은 아니다. 조약의 불법성에 대해서는 이태진 편, 『일본의 대한제국 강점』(까치, 1994) 및 이상찬, “을사조약과 병합조약은 성립하지 않았다”, 『역사비평』 31, (역사비평사, 1995 겨울); 정공식, 『통감부법령 체계분석』, 48~52면 참조.

15) 한인섭, “근대 형사법제의 전개와 구조”, 『한국형사법과 법의 지배 : 과거청산과 제도 개혁의 과제』(한울아카데미, 1998), 24면.

16) 서영희, 앞의 논문, 333면.

17) 權泰攄, “1894~1905년 일제의 한국 침략구상과 ‘시정개선’”, 『한국사론』 31(서울대학교사학과, 1994) 참조.

18) 金正明 편, 『日韓外交資料集成 6[上~下]』(巖松堂書店, 1964)에 회의록 전문이 수록되어 있다.

19) 韓明根, “開化期 中樞院의 活動과 性格(1894~1910)”(숭실대 석사학위논문, 1994), 47~51면 참조.

통감부는 한국에서 입법사업을 위해 관습을 조사하였다. 특히 중시된 것은 기본적인 재산인 부동산과 관련된 법제이었다. 한국은 세수증대와 부동산소유권을 확립하기 위해서, 통감부는 일본인과 자본의 안정적인 진출을 보장하기 위해서, 모두 부동산법제의 정비를 시급한 과제로 인식하였다. 이를 위해 한국정부는 “土地所關法起草委員”을 임명하였으나, 곧 “不動產法調査會”로 대체되었다(1906. 7). 일본민법전의 기초자이며 동경대 교수인 梅兼次郎이 법무고문으로 부동산법조사회의 회장으로 취임하였다. 그는 즉시 한국의 不動產慣例를 조사하고 보고서를 제출하였다. 부동산법조사회의 업무는 1909년 12월 法典調査局으로 인계되었다. 법전조사국은 민형사법 및 부속법령을 기초하기 위해 설치되었다. 이러한 조사는 “利殖規例(1906. 9 법률 1)” 등과 같이 직접 입법에 반영되었다. 법전조사국은 입법에 앞서 관습을 조사하기로 방침을 정하여 대대적으로 관습을 조사하였다. 부동산법조사회의 법전조사국의 관습조사결과는 1910년과 1912년에 간행된 《慣習調査報告書》에 집약되어 있다.²⁰⁾

통감부는 시정개선이라는 미명하에 그들의 침략의지를 관철하였고, 한국정부의 입법을 무시한 예도 있다. 외국인의 부동산소유를 금지하고 부동산거래의 안전을 확보하기 위하여 대한제국은 대한자강회의 건의에 따라 “土地·建物の 賣買·交換·讓與·典當에 關한 件”(1906. 10 법률 6)을 제정하였다. 이것은 외국인의 토지소유를 금지하였기 때문에 일본인의 한국이민을 추진하고 있던 일제에게는 치명적이었다.²¹⁾ 그래서 통감부는 이것의 공포를 저지하고 외국인의 토지소유를 허용하는 것 외에는 거의 같은 내용인 “土地家屋證明規則(1906. 10 칙령 65)”을 제정하였다.²²⁾ 그리고 각종 부동산관례조사에서는 예상과는 달리 일본과 마찬가지로 사적 소유권을 인정하였는데, 이는 일본인의 농업진출을 고무하려는 일제의 정책적 의지가 반영된 것으로 볼 수 있다. 즉 영소작권을 인정하여 권리관계를 애매하게 하기보다는 소유권을 인정

20) 통감부의 관습조사에 대해서는 鄭肯植, “日帝의 慣習調査와 意義”, 『國譯 慣習調査報告書』(한국법제연구원, 1992), 22~3면 참조. 그리고 통감부의 관습조사를 조선총독의 制令權을 인정하기 위한 기초작업이라고 보는 견해도 있다. 최석영, 『일제의 동화이데올로기의 창출』(서경문화사, 1997), 16면 참조.

21) 일본은 맬더스의 인구론에 입각하여 일본은 인구와 식량 문제 등을 해결하기 위해 일본인의 이주정책을 적극적으로 추진하였고, 그 대상은 바로 한국이었다.

22) 鄭然泰, “大韓帝國 後期 不動產登記制度의 近代化를 둘러싼 葛藤과 그 歸結”, 『법사학연구』 16(한국법사학회, 1995) 참조.

하고 이를 바탕으로 토지를 획득하는 것이 일본자본의 진출에 유리하였기 때문이다.²³⁾

법전조사국에서는 형사법과 민법전과 민사소송법의 편찬을 예정하고 관습조사에 착수하였다. 형사법분야에서는 『형법대전』 가운데 비형사법규정을 삭제하는 것에 그쳤다. 민사법분야의 책임자인 梅兼次郎은 민상법통일법전을 염두에 두고 관습을 조사하였으며, 또 당시 일본민사소송법을 수정한 한국민사소송법안을 기초하였다. 그러나 梅兼次郎과 그의 후원자인 伊藤博文의 사망으로 그 의도는 실현되지 못하였다.²⁴⁾

서세동점의 세계사적 흐름에서 일제의 침략과 함께 서구법이 수용되었다. 자율과 타율, 주체와 객체의 혼돈 속에서 한국법은 자주성을 상실한 채 강압적으로 형성되었고, 그것은 순사와 헌병으로 상징되는 식민지의 기반을 마련하는 과정이었다. 이 과정에서 민중은 새로운 법질서에 적응하였고, 자주적 법제를 준비하려고 하였다. 그렇지만 방향성이 없는 개혁, 제국주의의 본질에 대한 인식의 미흡으로 그러한 노력은 수포로 돌아갔다.

Ⅲ. 植民地 朝鮮의 法制 構築

식민지의 통치는 식민지의 고유성을 존중하여 자치 등을 허용하는 간접통치의 방법과 이를 무시하고 지배국에 동화시키는 직접통치의 방법이 있다.²⁵⁾ 일제는 철저하게 동화주의로 일관하였고 일본인조차도 “조선민족에 대한 타민족의 의식부정의 정책이었다. … 일본의 조선통치는 식민정책이라기보다 오히려 동화정책이었으며, 이는 선악을 떠나 다른 식민지에서 볼 수 없는 큰 특징이었다(近藤劔一, 『新朝鮮讀本』, 1953).”라고 하여 일본 식민정책의 본질을

23) 宮嶋博史, “朝鮮史研究と所有論”, 『人文學報』 167(京都大學 人文研究所, 1984), 33~5면.

24) 梅兼次郎의 사업에 대해서는 다음과 같은 평가를 내릴 수 있다. 우선 민상법통일법전은 상인인 일본자본의 이익을 대변하는 것으로 평가할 수 있다. 또 한국에서의 입법시도는 일본법의 오류를 시정하는 시험적 성격을 띠고 있다. 한국과 만주는 일본법학의 시험무대였다고 볼 수 있다. 그 예로 1895년에 기초된 “刑法師案”과 1936년에 제정된 “滿洲國 民法典”을 들 수 있다. 鄭肯植, “《刑法師案》 解題”, 『法史學研究』 16(한국법사학회, 1995), 181~195면; 小口彦太/ 任相嫻 譯, “滿洲國 民法典 편찬과 我妻榮”, 『법학연구』 5(서울대 법과대학, 1998), 279~304면 참조.

25) 제국주의가 세계사적 현상이었으므로, 식민지 지배의 비교연구가 필요하다. 이에 대해서는 『역사비평』 28호(역사문제연구소, 1995)에서 “제국주의의 식민통치 성격 비교”라는 특집에서 아일랜드, 알제리, 인도, 만주국 등을 간략히 다루었다.

고백하고 있다.²⁶⁾ 일제의 동화정책의 표어는 3.1운동 후의 “一視同仁”에서 1930년대 宇垣一成의 “內鮮融和”, 중일전쟁 단계에는 南次郎의 “內鮮一體”로 황민화를 강화해 민족말살정책으로 극단화되었다.

1. 同化政策의 推移

일제의 동화정책은 1910년까지 논의와 조사의 단계, 1910~19년까지 무력을 동원하여 일체화를 시도한 단계, 1920~30년까지 문화에 대한 조사를 바탕으로 일본화의 가능성을 탐색한 단계, 1930년 이후 황민화를 강요한 단계로 구분할 수 있다.²⁷⁾ 일제는 日鮮同祖論에 근거하여 합방 이전에 문화와 관습을 조사하였다. 일제의 침략이 본격화되고 군부가 강화되어 합방을 실행할 단계에서는 異化政策이 등장하였다. 그러나 이는 “조선이 내지에 동화될 때까지 제국과는 다른 통치를 할 필요가 있다”라는 寺內총독의 표현처럼 동화정책을 수행하기 위한 잠정적인 조치였다. 3.1운동 후 일본내에서 총독부의 통치와 군부에 대한 비난이 거세지고 또 동화론자인 原敬과 그의 신임이 두터운 齋藤實이 수상과 총독으로 부임하자 동화정책을 추진하였다. 이에 따라 朝鮮神社의 건설 등 포교정책이 추진되고, 식민시정자료에 제공할 무속 등 사회 전반에 걸친 조사가 활발히 진행되었다. 또 민상사에 대해서는 일본의 법을 적용할 것을 전제로 하여 관습을 조사하였다. 그러나 이러한 동화정책은 지방행정에 조선인의 참여 등 친일파를 양성하는 등 제한적인 것이었다.²⁸⁾ 宇垣一成은 자치를 허용하는 식민지가 지배국에 협조적임을 간파하고 또 조선의 파탄은 일본에도 위협이 됨을 인식하여 농촌진흥운동을 펼쳐 이를 바탕으로 동화정책을 추진하였다.

만주사변과 중일전쟁은 식민지배 정책에 일대전환을 가져왔다. 병력자원이 부족한 일제는 조선인을 전쟁에 동원할 수밖에 없었다. 그러나 이는 적에게 무기를 주는 꼴이 될 우려가 있기 때문에 철저하게 동화된 “皇國臣民”이라야 가능하였다. 만주사변 후 조선총독에 취임한 南次郎은 “천황의 행차와 징병제의 실시”를 그의 통치목표로 삼았다. 황국신민화의 방법은 여러 가지가 있지만, 중일전쟁의 개전을 전후로 한 “육군특별지원병령(1938. 2. 공포), 조선교

26) 김운태, 앞의 책, 49면.

27) 최석영, 앞의 책, 304~5면.

28) 최석영, 앞의 책, 17~50면.

육령의 개정(1938. 3), 창씨개명(1940. 2. 시행)”이 세 기둥이었다.²⁹⁾

징병제의 준비로 마련된 지원병제는 황국신민화의 전초사업이었다. 훈련을 통하여 일상생활에까지 일본의 정신을 침투시켜 민족의식을 말살하려고 하였다. 1938년 조선교육령의 개정은 “내선공학의 일원적 통제”를 실현하여, 완전한 일본인화를 위한 획일적 교육이 실시되었다. 조선군의 요구와 南次郎 총독의 승인 아래 그의 심복인 군국주의자 鹽原時三郎의 주도로 조선교육령이 개정되었다. 그 핵심적인 내용은 전쟁에 동원할 수 있는 인재의 교육, 즉 國體徵明, 內鮮一體, 忍苦鍛鍊의 교육방침을 구현하기 위한 것이었다. 교육령 개정의 요점은 “조선인이 일본국민이라는 자각을 철저하게 갖도록 하는 것”³⁰⁾으로 교육목표는 “국체를 바탕으로 한 가족적·국가사회주의적 사회관·인생관을 교육하는 것”이다.³¹⁾

“내선일체” 정책과 지원병제가 성과를 거두어 상당한 정도로 황민화가 완성되었다고 본 일제는 1942년 5월에 1944년부터 조선에 징병제와 그 반대급부로 의무교육(1946 실시예정)을 실시하기로 방침을 정하였다. 짧은 기간동안 황국신민을 양성해야 했기 때문에 총독부는 政務總監을 위원장으로 하는 “징병제도시행준비위원회”를 설치하고, “호적정비, 징병에 대한 계발·선전, 조선인의 鍊成, 국어의 보급” 등 4개 항목에 중점을 두었다. 그러나 일본인은 물론 총독부의 관료조차도 시기상조로 여기고 있었다.³²⁾

일제는 조선인의 자발적 동원을 끌어내기 위해 내선일체에 內鮮差別의 해소와 운명공동체라는 이중의 의미를 부여하였다. 이로써 황민인 조선인은 大東亞共榮圈에서 위상이 강화되며 또 징병제는 황민에게만 주어지는 특권이며 징병제는 의무가 아니므로 대칭적인 권리가 없다고 하여 참정권의 주장을 봉쇄하였다. 내선일체에 대해 조선인은 차별로부터의 탈출을 위해 적극적으로 동조하였고, 적극적 내선일체론자인 玄永燮은 조선어 폐지까지 주장하였다. 그러나 일제는 이러한 조선인의 입장을 수용할 수 없었고, 민도의 차이를 이유로 여전히 차별을 인정하였고 나아가 차별이야말로 “一視同仁”의 정신에 합당하다고 보았다.³³⁾ 민족의식이 말살되어 황국신민으로 된 조선인은 여전히 일

29) 宮田節子 저/ 李燮娘 역, 『朝鮮民衆과 “皇民化”政策』(일조각, 1997), 107면.

30) 예컨대 朝鮮小學校의 취지는 일본의 그것에 “충량한 황국신민을 육성하는데 힘써야 한다”가 덧붙혀져 있으며, 중학교규정, 고등여학교규정도 마찬가지이다.

31) 宮田節子, 앞의 역사, 31~5면, 114~8면.

32) 宮田節子, 앞의 역사, 127~135면.

본내에서 기껏해야 2등 신민에 지나지 않았다. 일제는 끊임없이 의심하며 차별대우를 하였다. 황국신민화가 강하면 강할수록 차별은 더욱 강고해졌고, 이에 따라 민족의식은 더욱 굳건해져 조선인의 저항이 내면화·일상화되어갔다. 이는 “이중인격을 통한 저항”이었다.³⁴⁾

일제의 식민정책은 초기에는 민족고유성을 존중하는 異化政策을 추진하였으나 제국주의의 팽창으로 민족의식을 말살하는 동화론으로 전개되었다. 동화론은 조선인을 2등국민으로 차별을 전제로 하는 정책이었다. “一視同仁”, “內鮮一體” 등의 표어는 결국 조선인을 “충량한 황국신민”으로 개량시켜 식민지 수탈을 원활히 하기 위한 제국주의의 이데올로기에 불과하였다. 내선일체가 강화되면 될수록 민족차별은 심화되었고, 일본제국주의의 특수성이 강하게 부각되었다.

2. 植民地 朝鮮의 立法權

일제는 합방 이전에 이미 조선에 헌법을 시행하지 않고 대권을 위임받은 총독이 통치하는 방침을 확립하였고(1910. 6), 합방과 동시에 긴급칙령으로 “朝鮮에 施行해야 할 法令에 관한 건”을 공포하여 합방 당시의 법령을 잠정적으로 인정하였다. 1911년에는 위 칙령과 같은 내용인 법률 제30호 “朝鮮에 施行해야 할 法令에 관한 건”을 공포하여 법령체계를 완비하였다. 이는 대만의 1896년 법률 제63호와 동일한 내용으로 조선총독에게 독자적인 입법권, 즉 制令制定權을 부여하여 일본과는 다른 독자적인 法圈으로 인정하였다. 이러한 독자적인 법체계는 전혀 변하지 않아 식민지 조선은 대만이나 다른 식민지와 달리 대일본제국 내에서 異法地域으로 존재하였다. 식민지 조선에 적용된 법령에는 ①특히 조선에 시행할 목적으로 제정한 법률과 칙령, ②칙령으로 조선에 시행된 법률, ③규정 내용상 당연히 조선이 효력이 미친 법률과 칙령, ④합방 당시 효력의 존속을 인정한 구한국법령 및 일본국 법령, ⑤制令, ⑥朝鮮總督府令, ⑦警務總監部令, ⑧道令, ⑨道警務部令, ⑩島令 등이 있다. 제령은 중추적 법형식으로 식민지 지배기간 동안 총 676건이 공포되었는데, 이중 제령을 개정하는 제령을 제외하면 270건이다.³⁵⁾

33) 宮田節子, 앞의 역사, 136~8면, 166~177면.

34) 宮田節子, 앞의 역사, 56~7면.

35) 金昌祿, “植民地 被支配期 法制的 基礎”, 69~77면 참조.

일본정부는 표면상으로는 식민지에도 대일본제국헌법이 적용된다는 원칙을 주장하였으나, 한편으로는 차별의 정치를 표방하였다. 따라서 조선총독에게 법령제정권을 부여한 법률 제30호에 대해서 위헌논쟁이 야기되었다. 이 논쟁의 결론은 “외지영민도 제국의 통치권에 복종한다. 헌법규범 가운데 기본적인 통치법(萬世一系の 天皇의 統治)은 내·외지를 가리지 않고 공통하며, 이는 ‘제국통치의 철칙’이다”³⁶⁾와 같이 모두 무제한의 권력을 가지는 절대자인 천황에 대한 규정만이 식민지조선에 적용되고 나머지는 전적으로 천황의 자의에 맡겨져 있다고 하였다.³⁷⁾ 따라서 식민지 조선은 천황이 시혜로 베풀어 준 미약한 기본권³⁸⁾마저 적용되지 않은 천황과 조선총독의 자의적인 지배에 맡겨져 있었다. 따라서 식민지 조선은 “동화의 진보에 의하여 철폐되어야 할 ‘특별통치’의 지역”³⁹⁾이었다. 이 통치법으로서 치안유지법, 국가총동원법 등은 형식적으로도 실질적으로도 조선, 대만 등에 시행되었다.⁴⁰⁾

천황을 대리하여 조선을 통치하는 조선총독은 일본관계의 개정에 따른 식민지 행정의 감독기관의 변화와 관계없이⁴¹⁾ “天皇에 直隸하여” 내각에 대해 책임을 지지 않는 그야말로 무소불위의 독재권력이었다. 조선총독은 1919년까지는 육해군 대장으로 임명하였고, 문화정치를 표방한 1920년 이후에는 문관으로 임명할 수 있었으나 그런 예는 전혀 없었다. 특히 무관을 조선총독으로 임명한 것은 일본군부가 일본정치권으로부터 독자적인 영역, 즉 군부가 독자적으로 대륙침략을 강행할 수 있는 정치적 수단을 확보하기 위해서였다.⁴²⁾

36) 입헌주의 헌법학자 美濃部達吉의 제자 清宮四郎의 표현이다.

37) 김창록, “일본제국주의의 헌법사상과 식민지 조선”, 『法史學研究』 14(한국법사학회, 1993) 참조.

38) 김창록, “근대 일본헌법사상의 형성”, 『法史學研究』 12(한국법사학회, 1991) 참조.

39) 조선총독부의 관리로 『朝鮮行政法要論(1914)』을 지은 永野清·田口春二郎의 표현이다.

40) 笹川紀勝, “日本 憲法學의 課題로서의 國家論과 侵略 : 日本의 朝鮮支配와 不敬罪”, 『韓·日 基本關係條約의 當面課題와 法的 對應』(한국법제연구원, 1997), 50~1면.

41) 일본의 식민지관계는 拓殖局(1913년 이전), 拓務省(1929), 大東亞省(1942) 등의 변화가 있었으나 조선총독은 천황에게만 복종하였고, 1942년 이후에는 미약하게나마 내무성의 감독을 받았으나 본질적 성격에는 변화가 없었다. 김운태, 앞의 책, 43~4면 참조.

42) 최석영, 앞의 책, 353~6면; 역대총독은 대부분 일본내각수상을 역임한 정계와 군부의 거물들이었다. 이에 대해서는 이승렬, “조선총독부 연구 : 역대 조선총독과 일본군벌”, 『역사비평』 24(역사문제연구소, 1994) 및 김삼웅 외편, 『조선총독 10인』(가람기획, 1996) 참조.

3. 植民地 法制의 形成

일제는 1912년 조선민사령(제령 7)과 조선형사령(제령 11)을 공포하여 식민지법제의 대강을 구축하였다. 위 령에서는 원칙적으로 일본의 민형사법을 의용하되, 조선의 특수한 사정을 고려하여 예외를 두었다. 식민지 조선의 법은 내용적으로는 일본법과 같을지라도 형식상으로는 조선총독의 명령인 제령으로 범형식이 이질적인 다른 法圈이었다.⁴³⁾

식민지법은 식민체제의 기반조성과 그 영속화를 위한 도구로서 기능하는 도구적 기능과 식민지 사회를 세계체제의 하부단위에 편입시키는 과정에서 수반되는 사회적·정치적 저항을 탄압하는 탄압적 기능으로 구분할 수 있다. 특히 전자의 측면에서는 사법과 행정의 분리, 근대법, 관료제의 도입 등 긍정적인 측면이 부각되기도 한다. 그러나 이는 식민지 수탈을 위한 것으로 자유주의적 법치주의의 핵심요소의 결여 등 근대성을 인정할 수 없다. 식민지법은 자발적인 동원이 아니라 폭력을 통해 지지되었다. 식민지법제의 특징은 형벌법규, 특히 특별형법의 증대현상과 법집행의 자의성과 차별성이 두드러진다.⁴⁴⁾ 식민지 조선의 법은 조선을 일본에 편입시키려는 동화정책과 수탈을 위해 동원된 차별의 두 상반된 모습을 띠고 있다. 동화와 차별이라는 야누스의 두 얼굴을 민형사로 나누어 보기로 한다.

(1) 民事法

일제는 조선민사령으로 일본민사법을 의용하면서 특칙을 두어 조선인 상호의 법률행위(제10조), 능력, 친족, 상속(제11조), 부동산물권(제12조)에 대해서는 조선의 관습을 법원으로 인정하였다. 일제는 함방 후에도 取調局과 參事官室 그리고 中樞院을 두어 지속적으로 관습을 조사하였다.⁴⁵⁾ 이는 法源의 조사라는 실제적인 이유도 있었지만, 실질적으로는 동화정책을 수행하기 위해서였다.

일제는 동화정책을 두 가지로 수행하였는데, 재판을 통하여 관계관습을 창

43) 대만의 경우에는 초기에는 고유성을 존중하여 일본법을 적용하지 않다가 식민화가 진척되자 일본법을 적용하였다. 이 때 중요한 역할을 한 것이 대만의 관습조사이다. 당시 대만총독인 後藤新平은 이 정책을 “文裝的 武備論”이라고 명명하였다.

44) 한인섭, 앞의 논문, 55~7면.

45) 이의 구체적인 내역은 朝鮮總督府 中樞院, 『朝鮮舊慣及制度調査事業概要』(1938) 참조.

출하는 방법과 조선민사령의 개정이었다. 민사법영역에서 관습이 법원으로 인정되었지만, 조선고등법원은 사실상 관습을 허용하지 않음으로써 동화정책을 성실히 수행하였다.⁴⁶⁾ 조선민사령 제10조와 제11조는 개정되지도 않고 또 전혀 적용되지 않은 채 사문화되었다.⁴⁷⁾

민사령의 개정을 통한 동화정책의 수행은 친족상속 분야인데, 1921년, 1927년, 1939년 세 차례에 걸친 개정으로 사실상 일본민법이 거의 다 적용되었다. 민사령 개정중에 동화정책의 극치를 보여주는 것은 일본이 군국주의로 치달은 때인 1939년에 개정되어 그들의 기원절인 1940년 2월 11일부터 시행된 것이다. 이의 개정내용은 동성불혼제의 폐지, 이성양자의 허용, 창씨개명의 도입이다. 일제는 민법을 의용할 때 기술적인 것부터 시작하였는데, 이는 고유의 관습을 존중하여 민족감정을 건드리지 않음으로써 식민지 지배를 원활히 하고 나아가 동화 이데올로기를 달성하기 위한 정책적 고려였다. 또 그들은 관습존중의 미명으로 특수한국적 유교적 가족도덕을 순풍미속으로 찬양하여 강화·체계화시켜 이를 바탕으로 일본식 ‘家’제도를 침투시켜 식민지 통치체계에 이용하였다.⁴⁸⁾

이러한 동화와 차별은 절차법에서도 마찬가지였다.⁴⁹⁾ 일제는 민사소송법을 의용하면서도 제령으로 특별법령을 두었다. 우선 1910년 『민사쟁송에 관한 건』을 제정하여 재판소가 없는 지역의 경찰서장은 200圓 이하의 쟁송에 대하여 조정을 행사할 수 있었다. 이는 행정과 사법의 분리라는 그들의 근대논리를 정면으로 부정하는 것으로 오직 분쟁해결에만 주목적이 있는 식민지 사법의 특색을 잘 나타내고 있다. 1926년 일본은 재판의 신속을 위해 민사소송법을 개정하였고 이에 따라 조선민사령도 개정하면서 분쟁의 신속한 해결과 사회의 평화를 유지하기 위해 ①단독판사 사건의 권석재판의 존치, ②경미한 사건에 대한 상소의 제한 등 특례를 두었고, 또 재판의 신속을 위해 당사자의 자유주의를 약화시키고 직권주의를 강화하였다.⁵⁰⁾ 1920년대 후반부터 소작

46) 가장 대표적인 예로 제사승계권의 법적 성격을 부인하고 호주제도를 강화한 1933년 3월 3일의 조선고등법원 연합부 판결을 들 수 있다.

47) 개별적 관습에 대한 승인의 방법에 대해서는 정궁식, “일제의 관습조사와 의의”, 24~6면 참조.

48) 朴秉濠, “日帝下の 家族政策과 慣習法形成過程”, 『家族法論集』(진원, 1996), 91~2면.

49) 이하는 정궁식, “조선총독부 : 사법제도 운용의 실상”, 『역사비평』 24(역사문제연구소, 1994), 231~2면 참조.

50) 松寺竹雄, “朝鮮民事令等の改正に就て”, 『朝鮮』 169, 1926. 6 참조.

쟁의가 빈발하자 일제는 1932년 강제적으로 調停을 하게 하여 분쟁의 발생을 막는 『조선소작조정령』을 공포하여 1933년 2월부터 시행하였다. 민사소송에서 식민지 권력은 공정한 심판자가 아니라 분쟁의 인위적인 억압과 해결을 위한 수탈자의 모습으로 나타났다.

동화정책을 수행하기 위해 사법부는 판례조사회를 결성하여 ①정신에 기초한 법률해석, ②법적인 형식논리보다 도덕과 경제법칙 등 사회규율과 조화를 이룬 판결, ③민형사의 조화, ④일본법과의 융합을 도모한 조선관습의 존중 등을 선언하였다. 이는 사법부가 동화정책에 동원되는 총독부의 하위기관임을 분명히 드러내고 있다.

(2) 刑事法

1912년 조선형사령으로 일본형법과 형사소송법을 의용하면서 특례규정을 두어 차별을 관철하였다. 형법에서는 식민지형사법은 민사와 달리 구관을 고려할 필요없이 일본형사법을 그대로 의용하였다. 다만 형법대전의 일부조항을 잔존시키고 일본에 없는 태형을 시행하기 위해 『朝鮮答刑令(1912 제령13)』을 공포하였다. 특히 형법대전 중 잔존시킨 조문은 살인과 강도였는데, 엄형으로 치안을 유지시키기 위한 조처였다. 일제는 “민심이 점차 안정되고 이전과 같이 집단적 강도 또는 잔학수단의 살인이 자취를 감추어” 일본형법을 적용하여도 치안유지에 문제가 없다고 인정된 1918년 12월에 조선형사령을 개정하여 일본형법을 그대로 의용하였고, 3.1운동 이후인 1920년에는 조선태형령도 폐지하였다.⁵¹⁾

일본은 형사소송법(1890년 개정)을 의용할 때에도 식민통치의 효율성과 소송경제를 도모하여 조선형사령에 특칙을 두어 변용하였다.⁵²⁾ 그 특칙은 인권보장규정을 배제하고 소송절차의 신속에 중점이 두어졌다. 1922년에 형사소송법을 개정하면서도 조선형사령에서는 특칙을 두어 일본에서 개선된 점을 조선에서는 개악하였다. 이점에 대해서 총독부는 “무엇보다도 피의자, 피고인에 대해 약간의 불이익한 것을 면하기 어렵지만 조선에서의 ‘민도의 향상, 문화의 진전’의 정도로 볼 때 불가피하며, 장차 여건이 갖추어지면 철폐되어야 할 성질의 것”이라고 변명하였다. 그리고 일본과는 다르게 제도가 악용된 것이 있

51) 한인섭, 앞의 논문, 30면.

52) 일제하의 형사소송절차에 대해서는 신동운, “일제하의 형사절차에 관한 연구”, 『한국법사학논총』 참조.

는데, 대표적인 것이 豫審制度이다. 예심은 피의자를 무제한 구류할 수 있는 수단으로 대표적인 악법이었다.⁵³⁾ 조선형사령은 형식상으로는 일본 형사법을 적용한다고 하면서도 실제로는 조선인에 대한 차별적 형사법으로 기능하였다. 그 극단적 표현이 1944년에 제정된 『조선전시형사특별령』, 『조선에서 재판절차 간소화를 위한 국방보안법 및 치안유지법의 전시특례에 관한 건』 등이다. 일제하 형사소송법은 형식상으로는 일본형사소송법과 동일하였으나 실질적으로는 형사소송법의 핵심인 인권보장과는 거리가 먼 국가권력이 개인을 억압하는 도구로 활용되었다.

일제는 조선형사령의 특례규정뿐만이 아니라 특별형법을 통하여 식민지를 통치하였다. 헌병경찰체제 아래에서 경찰범처벌규칙, 범죄즉결령, 조선태형령 등이 억압의 중추적 기능을 하였다. 특히 태형은 이는 식민지적 수탈과 인력 동원을 위한 행정목적의 달성을 위해 부과되었다. 3.1운동에 대해서는 보안법만으로 부족하여 『정치에 관한 범죄처벌에 관한 건(제령 7호)』을 공포하여 탄압하였으며, 이는 1925년 이후 치안유지법으로 옮겨가는 가교의 역할을 하였다. 1925년 일제는 치안유지법을 제정하면서 동시에 조선에도 시행하였다.⁵⁴⁾ 치안유지법은 독립운동에 대한 탄압법으로서의 기능을 적절히 하였다. 그러나 식민지 조선에서는 그 이전에 탄압법령이 충분히 확보되었기 때문에 일본에서의 의미와는 달랐다.⁵⁵⁾

식민지 조선에서의 형사법령은 근대화라는 미명 아래에 일본법을 의용하면서(동화), 조선의 특수한 사정을 존중한다는 이유로 특례를 규정(차별)하여 억압적 기능을 수행하였다. 형식상으로는 근대법이었지만, 식민지 헌병과 경찰로 각인되는 탄압법 그 자체였다고 할 수 있다.

(3) 創氏改名

앞서 본 것처럼 창씨개명은 조선인을 전쟁터의 총알받이로 내몰려는 동화정책의 가장 악랄한 모습이라고 할 수 있다. 개인을 드러내는 이름을 일본과 같게 하여 외면적으로는 내외지인의 차별을 없애 외지인을 내지인에 흡수시켜 민족 자체를 말살시키려는 제국주의의 최후의 정책이었다.

53) 이에 대해서는 신동운, “일제하의 예심제도에 관하여”, 『법학』 27권 1호(서울대 법학연구소, 1986) 참조.

54) 治安維持法을 朝鮮, 臺灣, 樺太에 施行하는 件(1925. 5. 칙령 175) 참조.

55) 이상은 한인섭, 앞의 논문, 31~40면.

南次郎은 창씨개명에 대해 다음과 같이 의미를 부여하였다.

同祖同根의 양 민족이 황국신민으로서의 국민의식을 강하게 하여 진정한 내선 일체를 확립하는 계제에 內地式의 氏創設은 내선일체를 형식상으로도 완성하는 것이다. 그리고 創氏는 강제적인 것이 아니라 자발적인 것으로 조선인에게 내지식의 씨를 사용할 수 있는 길을 열어 둔 것으로 황국신민화를 기대한다. 사법상에서 내선일체의 구현은 ①氏名の 공동, ②內鮮婚姻, ③內鮮入養 등이다. 씨의 창설로 사법상의 내선일체를 구현하는 길도 완전히 열려 있다.⁵⁶⁾

창씨개명에 대한 선전을 주도한 단체는 창씨개명의 효과로 다음을 들었다.

①夫婦一體, 親子一體의 관념이 확립되어 천황과 직접적으로 일체화할 수 있고 이를 바탕으로 발전할 수 있으며, ②부인의 자각을 가져와 여성의 지위를 향상시킬 수 있고, ③자기를 망각하고 중국만 모방한 것에서 벗어나 발전을 꾀할 수 있으며, ④고래의 전통인 씨의 창설로 조선인도 천황중심의 가정건설에 매진하여 내선일체를 완성할 수 있다.⁵⁷⁾

즉 창씨개명은 내선일체를 완성하여 내선간의 차별을 철폐하고 진정으로 황국신민이 되는 법적인 수단으로 사법상 내선일체를 구현하는 것이다. 이를 통해 조선인도 천황과 일체가 되어 중국에서 탈피하여 발전할 수 있으며 궁극에는 조선인이 완전한 일본인이 될 수 있다고 보았다.

창씨개명은 1939년 『조선민사령 중 개정 건(제령 19)』과 『朝鮮人の 氏名에 관한 건(제령 20)』 두 개의 제령으로 구성되어 있다. 그러나 이전에 이를 위한 법적인 장치를 마련하였는데, 『朝鮮戶籍令(1922 제정, 1923 시행)』이 바로 그것이다. 즉 종래의 대가족제도가 부모중심의 가족제도로 바뀐에 따라 호주권이 발생하여⁵⁸⁾ 조선호적령을 제정하고 시행함에 따라 “家”제도가 생기게 되고 이 家에 명칭을 부여하는 것이 氏이다. 창씨는 家관념을 확립하기 위해서이다. 그리고 家의 관념을 강화하기 위해 가족을 같은 씨로 할 필요가 있어 異姓養子와 夫婦同姓을 도입하였다.⁵⁹⁾ 조선호적령의 제정은 단순히 신분관계 공시의 필요성 때문이 아니라 동화정책에 입각하여 법적으로 일본식 家

56) 南次郎 總督談, “司法上に於ける內鮮一體の具現 -內地人式氏の設定に就て”, 綠旗日本文化研究所 編, 『氏創設と眞精神とその手續』(綠旗聯盟, 1940), 85~7면.

57) 綠旗日本文化研究所, “氏創設の社會性とその理想精神”, 앞의 책, 17~9면.

58) 조선시대의 호주와 일제시대의 호주제도에 대해서는 朴秉濠, “韓國의 傳統家族과 家長權”, 『근세의 법과 법사상』; 李相旭, “日帝下 戶主相續慣習法の 定立”, 『법사학연구』 9 (한국법사학회, 1988); 李相旭, “日帝下 傳統家族法の 歪曲”, 『韓國法史學論叢』 참조.

59) 岩島肇, “氏制度の制定について”, 綠旗日本文化研究所, 앞의 책, 97~100면.

를 조선에 이식시켜 창씨개명의 토대를 마련해 두기 위한 것이었다.⁶⁰⁾

창씨개명의 실시과정은 1940년 2월 11일부터 8월 10일까지 자진하여 창씨를 하고(任意創氏) 그렇지 않으면 현재의 성 자체가 씨가 되는 것이었다(法定創氏). 일제의 대대적인 선전에도 불구하고 5월까지 임의창씨를 한 호는 32만 여호(7.6%)에 불과하였으며, 강제창씨를 한 호는 320만 여호(79.3%)였다. 형식적으로는 임의였지만, 학교 등을 동원하고 창씨를 하지 않은 자에게는 갖가지 불이익과 박해를 가하여 사실상 강제창씨였다.⁶¹⁾

이는 단순히 조선의 “姓”을 일본식인 “氏”로 바꾸는 것이 아니라 일본호적제가 내포하고 있는 “家”제도를 강제로 이식시키는 것이었다. 창씨개명을 통한 호적의 일본동화는 첫째로는 조선의 가족제도를 일본에 동화시킨다는 종적 전개와 이를 바탕으로 조선에 징병제를 실시하여 조선인을 전쟁터로 내몰려는 황적 정책이 결합된 것이었다.⁶²⁾ 나아가 호적도 통일하여 조선인을 말살하려는 주장까지 있었다.⁶³⁾

창씨개명에 대해 조선인들은 차별로부터 탈피할 수 있다는 생각에 적극적으로 지지하였다. 그러나 창씨개명으로 일본인화가 진척되면 될수록 민족차별은 사라지지 않았다. 내선일체의 주창자인 南次郎은 조선총독에서 사임한 후 조선인을 이민족으로 대우하여 정책을 수립하고 또 민도의 차이를 이유로 일본인이 조선인을 선도할 것을 명백히 하였다.

그렇다면 창씨개명으로 내선일체와 내선평등이 달성되었는가? 결코 그렇지 않았다. 일제는 내선인의 구별을 위해 각각 준거법이 다른 호적을 이용하였다.⁶⁴⁾ 민사정책의 수행과 군사, 교육 등 행정적으로도 내선인 간의 차이를 고려하여 내선간의 轉籍을 전혀 고려하지 않았다. 또 동성불혼을 이유로 창씨를 하면서도 本貫을 그대로 두게 하였는데, 그 결과 창씨를 하더라도 일본인과 조선인은 여전히 구별되었다.⁶⁵⁾

60) 박병호, 앞의 논문, 99~100면.

61) 宮田節子, “창씨개명의 실시과정”, 정운현 편역, 『창씨개명』(학민사, 1994), 71~4면, 100~2면.

62) 金英達, “창씨개명제도”, 앞의 책, 42~5면, 50면.

63) 梁泰昊, “창씨개명의 사상적 배경”, 앞의 책, 137면.

64) 1890년 명치헌법이 제정될 때 적용된 지역을 ‘內地’, 이후 편입된 지역, 즉 식민지를 ‘外地’라고 불렀다. 지역주민은 호적의 본적에 따라 준거법이 다르고, 지역간의 轉籍은 금지되었다. 지역 상호의 법률문제는 『共通法』으로 규율하였다. 金英達, 앞의 논문, 41~2면.

65) 宮田節子, 앞의 역사, 77~8면.

결국 내선일체를 추구한 창씨개명은 조선인의 일본화와 황국신민이 된 조선인에 대한 본질적인 차별을 내포하고 있는 정책이었다. 조선인을 일본인과 동등하게 대우하는 것이 아니라 친일분자를 우대하는 민족분열책에 지나지 않았다.

IV. 解放과 植民地 法制的 清算

해방과 함께 미군이 주둔하여 한국은 일제가 아닌 미군의 지배를 받게 되었고, 미군은 남한을 해방시킨 것이 아니라 점령하였다.⁶⁶⁾ 미국은 군정장관에게 주권의 행사를 위임하였고, 미군사령관은 군사점령권만이 아니라 주권국가의 통치권을 행사하였다.⁶⁷⁾ 미군정은 현상유지정책에 따라 일제의 법령과 행정조직을 온존시켰다. 그러나 일제의 식민지법을 그대로 유지할 수는 없었기 때문에 미군정은 “日政法規의 一部改正廢棄의 件(1945. 10. 9. 미군정법령 11)”을 공포하여 “정치범처벌법” 등의 개별법률과 경찰의 사법권을 박탈하고(제1조), 또 “司法的 또는 行政的 適用으로 種族·國籍·信仰 또는 政治思想을 理由로 差別하는 법령 전부를 폐지(제2조)”하였다. 그러나 여전히 일제법령의 효력문제는 남아 있고 또 구체적으로 폐지되는 법령에 대한 의문도 남아 있게 되었다. 그래서 미군정은 “法律諸命令의 存續에 관한 件(1945. 11. 2. 미군정법령 21)”을 공포하여 원칙적으로 일본법령의 효력을 존속시켰다. 이러한 미군정의 방침은 점령지 통치의 일반적인 관행에 따르는 것이었지만, 민족의 해방과 동시에 일본법령이 폐지되었다는 일반의 기대를 저버리는 조처였다. 미군정기의 법원은 태평양 미육군총사령부 포고령, 군정법령, 행정명령, 군정청 부령 및 지령, 군정이 폐지하지 않은 총독부 법령, 한국의 전통관습 등이었다. 미군정은 개별적으로 일본법을 폐지하면서 인권신장을 위한 영미법상의 제도를 도입하였다.⁶⁸⁾

미국은 소련 등 연합국과 타협을 통해 미국의 안보를 보장받고 한국의 민족주의적 독립열망에 대처하기 위해 국제민간행정기구를 통한 한반도 신탁통치안을 마련하였다. 그러나 점령 후에 미군정은 이에 반대하고 한국인의 독립에

66) “점령군의 안전을 도모하고 점령지역의 공중치안질서의 안전을 기함(1945. 9. 7. 포고령 제2호 범죄 또는 범규 위반)” 참조.

67) 安眞, “美軍政期 國家機構 形成에 관한 研究”(서울대 박사학위논문, 1990), 150면.

68) 대표적 예로 인신보호를 위한 영장제도의 도입을 들 수 있다. 沈羲基, “미군정법령 제176호 형사소송법의 개정”, 『韓國法制史講義』(삼영사, 1997), 참조.

대한 열망과 강력한 좌익의 조선인민공화국과 인민위원회에 대응하기 위하여 한국인으로 구성된 군정의 자문기구를 만들고 이를 과도정부로 만든다는 구상을 가지고 있었다. 미 국무부의 의도는 소련의 반대로 실현될 수 없어서 타협적으로 미소공동위원회를 만들었다. 1차 미소공동위원회가 결렬되자 미군정과 국무부는 한국인을 참여시킨 과도정부를 만들고 이에 행정권을 이양하는 계획을 세워 실행에 옮겨 南朝鮮過渡立法議院(1946. 10. 12. 미군정법령 118)과 南朝鮮過渡政府(1947. 5. 17. 미군정법령 141)를 발족시켰다.⁶⁹⁾

미군정은 한국인화정책에 입각하여 군정을 종식하고 통일국가를 건설하기 위한 임시조치로 입법위원을 12월 12일에 개원하였다. 그러나 입법위원은 독자적인 입법권 없이 군정장관의 승인을 받아야 하는 등 미군정의 하부에 불과한 모습을 띠는 형태로 한국인의 요구에 미치지 못하였다. 입법위원 개설 후 김규식 의장 등 입법의원측은 미군정에게 입법위원의 실권을 요구하였으나, 미군정은 거절하였다. 입법위원은 내부의 분열, 미군정의 비타협적인 태도로 제 기능을 발휘하지 못하였고, 미곡수집법에서 보는 것처럼 미군정의 대리자로 악역을 떠맡기까지 하였다. 입법위원은 1년 반 동안 33건의 법률을 심의하였는데, 미군정이 발의한 것은 18건, 독자적으로 발의한 것은 13건이며 이중 통과된 것은 4건에 불과하다. 이는 입법위원을 미군정의 하부기관으로 법령의 최종의결권을 군정장관에게 부여한 법률 제118호의 당연한 귀결이었다.⁷⁰⁾

미군정은 법령의 정비에 착수하여 “법전편찬부” 등을 설치하였다(1945. 10). 여기에서는 미군정 고문을 중심으로 민법전의 편찬이 추진되었으나 성안에는 이르지 못하였다. 남조선과도정부는 사법부 아래에 “法典起草委員會”를 설치하였다(1947. 6). 그러나 활동이 미진하여 가시적인 성과는 내지 못한 채 해방을 맞이하였다.⁷¹⁾

미군정의 사법부에 대한 정책도 크게 다른 것은 없었다. 미군정은 한국인화정책에 따라 진주 직후 일본인 판검사를 파면하고 한국인으로 대체하였다. 미군정기의 법원은 군사법원과 한국인법원으로 구성되어 있는데, 한국인법원의

69) 정용욱, “1942~47년 美國의 對韓政策과 過渡政府形態 構想”(서울대 박사학위논문, 1996) 참조.

70) 金榮美, “미 軍政期 南朝鮮過渡立法議院의 설립과 활동”, 『한국사론』 32(서울대 국사학과, 1994), 구체적 법령은 298면 <표 7> 참조.

71) 崔鍾庫, “現代 韓國法制的 形成過程考”, 『法學』 32권 1·2호(서울대 법학연구소, 1991), 8, 52~61면.

운영은 법무국장(후에 사법부장)이 결정하도록 되어 있어 한국인법원은 미군 통치기구의 일부로 사법권은 거의 독립되어 있지 않았다. 조선변호사회를 중심으로 군정재판을 비난하자 미군은 1947년 4월 한국인에게 이양하는 듯하다가 그 해 8월에 다시 군정재판을 하였다. 일제하의 경찰서장의 즉결처분권을 폐지하고 대신 특별심판원제도(治安官 制度)를 창설하였다(1946. 1 군정 법령 41 특별심판원). 이는 군정하의 범죄를 간이·신속하게 처리하는데 중요한 기능을 하였다. 군정사법부는 재판만이 아니라 사법행정 나아가 변호사들까지 규제하는 미군정의 통제기구의 일종이었다.⁷²⁾

미군정은 탄압적인 일제의 법령을 온존시킨 점에서는 미흡한 점이 있지만,⁷³⁾ 인권신장에 획기적인 조처를 한 점에는 의의를 찾을 수 있다.⁷⁴⁾

V. 맺음말

조용한 아침의 나라 한국은 함포를 앞세운 일제의 위력에 굴복하여 문을 열어 주었고, 그들의 상품이 들어오듯이 법도 들어왔다. 개혁과 복고의 소용돌이 속에서 전통에 바탕을 두고 법제를 개혁하려는 시도는 좌절되고, 일제의 식민지로 전락하고 말았다. 일제는 초기에는 민족의 고유성을 존중하는 지배정책을 수립하였지만, 이는 잠시뿐, 동화정책을 추진하였다. 중일전쟁이 개시된 1930년대 후반 동화정책은 적극적으로 추진되었다. 동화정책은 한국인을 전쟁에 동원하기 위한 “황국신민”으로 육성하기 위한 것이었다. 동화정책은 1940년에 시행된 “창씨개명”에서 그 최고조에 달하였다.

식민지 조선은 다른 식민지와 달리 일제의 법을 적용받지 않는 지역이었고, 이는 1945년 패망 때까지 지속되었다. 다만 절대자인 천황에 대한 규정은 적용되었고, 천황에게만 책임을 지는 조선총독은 조선에서 3권을 장악하는 절대적 지배자로 군림하였다. 일제는 조선총독의 명령인 “制令”으로 조선을 규율하

72) 안진, 앞의 논문, 159~166면, 174~5면; 沈羲基, “美軍政期 南韓의 司法制度改編”, 앞의 책, 참조.

73) 소련은 진주와 동시에 일본의 법령을 전면적으로 폐지하였다. 이는 사회주의 건설이라는 그들의 점령목표를 달성하는 데 자본주의적인 일본법령은 장애물에 불과하였기 때문에 폐지하는 것은 당연한 조치이었을 것이다.

74) 한일, 양국에서의 미군의 점령정책의 차이와 그 귀결에 대한 비교사적인 연구가 필요하다. 헌법의 제정과 군사조약에 대한 비교연구는 李京柱, “日韓의 占領管理體制의 比較憲法的考察: 憲法와 軍事條約との 關聯を中心に”, (一橋大學 博士學位論文, 1997) 참조.

였다. 일본법령을 적용할 때에도 제령으로 依用하여 법“形式”을 달리 하였다. 일제는 조선의 고유성을 존중한다는 미명하에 일본법에 특례를 두고 의용하여 조선을 차별하였다. 특례는 민사법 영역에서는 봉건적 질서의 잔존을 통한 식민지 수탈과 지배를 용이하게 하였고, 호주권의 강화를 통한 “家”제도의 도입 등 동화정책을 추진하는 중요한 수단이었다. 형사법 영역에서는 근대형사법의 지도이념인 인권보장을 배제하여 자의적인 지배를 가능하게 하였다. 이러한 경향은 소송절차에서도 마찬가지였다. 해방 후 미군정은 현상유지정책에 따라 원칙적으로 일본법령을 유지하였고, 이는 건국 후에도 마찬가지였다.⁷⁵⁾ 일제의 법령이 우리나라에서 형식적으로 사라지는 것은 5.16 이후인 1962년부터였다.⁷⁶⁾

가나공화국의 울크루마 대통령 관저의 응접실에는 커다란 그림 한 폭이 걸려 있다. 거기에는 제국주의를 대표하는 앞잡이가 그려져 있는데, 상인, 선교사와 함께 학자도 있다고 한다. 학자의 손에 들려 있는 것은 인류학 책이었다. 만약 우리나라에 그러한 그림이 있다면 학자의 손에는 법서나 역사서가 들려 있을 것이다.⁷⁷⁾

법은 근대화라는 미명 아래 일제침략의 도구로 동원되었다. 일제시대에 법은 우리에게 주어져 우리를 짓눌렀다. 법은 침략과 지배의 수단으로 동원되었다. 일인이 한국에서 운영한 서구의 법제도는 임페리움(Imperium; 명령 및 처벌권의 발동)적 측면만의 법제도였지, 임페리움을 규제하는 법원리로 공법의 측면은 포함되지 않았다. 식민지통치를 위한 정치적 편의와 식민지에 대한 경제적 수탈 이상의 법이념의 존재를 발견할 수 없었다.⁷⁸⁾ 식민지 법제는 극단적 폭력과 강압적 지배와 수탈을 정당화하는 도구 이상의 의미는 지니지 못하였다. 해방된 지 반세기가 지난 오늘날, 일제의 망령이 사라졌는가는 다시 되새겨볼 화두이다.

75) 제헌헌법 제100조 “현행법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다.” 참조.

76) 구법령정리에 관한 특별조치법(1961. 7. 15 법률659) 참조.

77) 박현수, “日帝의 朝鮮文化研究 : ‘文裝의武備論과 ‘內地延長主義’”, 『민속학연구』 2(국립민속박물관, 1995), 27면.

78) 崔大權, “우리나라 公法史의 한 이해”, 『法社會學』(서울대 출판부, 1983), 77~8면.