일본제국주의의 헌법사상과 식민지 조선

金 昌 祿*

目 次

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 문제의 소재
Ⅲ. '君權主義學派'의 주장
1. 穗積八束의 주장
2. 上杉愼吉의 주장
Ⅳ. '立憲主義學派'의 주장
1. 佐佐木總一의 주장
2. 美濃部達吉의 주장
1) 전기의 주장
2) 후기의 주장
3) 小結
3. 淸宮四郞의 주장
Ⅴ. 맺음말

Ⅰ. 머리말

植民地 被支配期에 이땅에는 어떠한 모습과 어떠한 성격의 法體系(法制度와 法思想)가 존재하였는가? 이 질문에 대한 해답을 찾는 작업은 우리 法史學이 피해갈 수 없는 중요한 과제 중의 하나이다. 그것은 바로 그 35년간의 법경험이 고유법적 전통 및 현재의 법, 특히 남한의 法史에 대한 이해와 밀접하게 관련되어 있다고 생각되기 때문이다.[1)]

위의 과제는 궁극적으로는, 식민지 피지배기 법체계의 실태에 대한 실증적인 연구와 그것에 기초한 그 성격의 규명, 그리고 식민지 피지배기 법체계와 조선시대까지의 고유법체계 및 해방 이후의 법체계와의 단절과 연속에 관한 고찰을

---

* 서울대 법대 대학원 박사과정 수료.

1) 양건, 「한국에서의 '법과 사회'연구」, 『법과 사회』 창간호, 1989, 76-77, 79면 ; 崔鍾庫, 『韓國法思想史』, 서울大學校 出版部, 1989, 253면 ; 한인섭, 「권위주의적 支配構造와 法體制」, 『계간 사상과 정책』 1989년 가을호 ; 朴秉濠, 「法治主義 實現에의 歷史的 敎訓」, 『법제연구』 창간호, 1991. 12., 13, 19면 등 참조.

통해서 해결될 수 있을 것이다. 그리고 그 중 첫번째 작업은 1) 식민지 법제도의 성립과정과 변천사 및 그 기능, 2) 지배자였던 일본인과 피지배자였던 식민지 조선의 인민 각각의 그 법제도에 대한 사고방식, 그리고 3) 1)과 2) 및 2)의 양자의 상호관계를 규명함으로써 비로소 완전히 수행될 수 있을 것이다. 그런데 그 작업과 관련하여 빠뜨릴 수 없는 중요한 연구과제의 하나는, 그 법체계 전체를 관통하는 기본원리는 과연 무엇이었는가라는 것이다. 어떤 법체계를 전체적으로 조망하기 위해서는 아무리해도 그 기본원리를 밝혀내지 않으면 안된다고 생각되기 때문이다.

어떤 법체계의 정점에 위치하여 그 전체를 하나의 체계로 아우르는 기본원리는 보통의 경우 헌법이라는 형태로 표현된다. 따라서 식민지 피지배기 법체계의 기본원리를 규명하는 것은 곧 그 시기에 이땅에 헌법이 어떠한 모습으로 존재했으며, 어떠한 성격을 가지고 있었는가를 밝히는 것이 된다. 그런데 우리의 과제는 식민지라는 특수한 상황에 관한 것이므로, 과연 헌법이라는 것이 존재했는가라는 질문에서 출발하지 않으면 안된다. 이 경우 우리 민족이 가지고 있었던 임시정부의 헌법은 문제해결에 도움이 되지 않는다. 왜냐하면 그것은 우리의 민족적 정통성의 연속을 검증하는 자료는 될지언정, 식민지 법체계의 기본원리의 원천은 될 수 없을 것이기 때문이다. 따라서 결국 문제는 식민지 법제도를 만든 일본인들의 헌법이었던 「대일본제국헌법」이 식민지 조선에도 적용되었는가, 1) 만일 적용되었다면 어떠한 모습으로 적용되었는가, 그리고 그 적용이 의미하는 것은 무엇인가, 2)만일 적용되지 않았다면, 그것이 의미하는 것은 무엇이며, 그 경우 식민지 피지배기 법체계의 기본원리는 어디에서 찾아야 할 것인가라는 것으로 요약된다. 앞서 언급한 것처럼 이 문제는 식민지 법체계에 관한 실증적인 분석과, 그 법체계에 대한 식민지 조선의 인민의 태도에 대한 분석을 빠뜨리고서는 해결될 수 없는 것이다. 그러나 그것 못지 않게 식민지 지배자였던 일본인들의 태도를 분석하는 것도 중요하다고 생각된다. 현실적으로 그 법체계를 만든 것은 바로 그 일본인들이었기 때문이다.

이글은 이러한 문제의식에서 「대일본제국헌법」과 식민지 조선의 관계에 관한,

당시 일본의 대표적인 헌법학자들의 주장을 검토하고, 그것을 통해 식민지 지배자의 의식에 접근해 보고자 한다. 이에 대한 일본인 학자들에 의한 기존의 연구는, 대부분 그 헌법학자들의 주장만을 적극설·소극설·절충설로 분류하여 설명하고, 궁극적으로는 현실정책의 문제로서 파악할 수 밖에 없다고 결론짓고 있다.[2] 그리고 국내 학자들의 연구는, 주로 식민지 인민의 권리에 주목하여 「대일본제국헌법」이 식민지 조선에는 적용되지 않았다고 하면서, 그것을 일제 식민지 지배의 간악함에 관한 근거의 하나로 제시하고 있다.[3] 그러나 필자는 일본인 헌법학자들의 주장을 보다 면밀히 검토해 봄으로써, 그 근저에 깔린 공통의 사상을 추출하는 것이 가능하다고 생각하며, 그것이야말로 식민지 지배자였던 일본인들의 법정책을 규정한 것이었다고 생각한다. 이글이 시도하는 것은 우리의 식민지 피지배기 법체계의 기본원리를 규정한 바로 그러한 공통의 사상을 규명하는 것이다.

덧붙여서, 이글은, 비록 식민지 조선과의 관련 속에서이기는 하지만, 「대일본제국헌법」이 지배하던 시기의 일본의 대표적인 헌법학자들의 주장을 살펴보는 것이므로, 간접적인 의미에서 일본헌법사상사에 대한 하나의 검토라고 할 수 있다. 일본에서의 기존의 연구는, 그 입각점과 논조의 면에서 다소 차이를 보이면서도, 대체로 그 시기의 일본헌법사상사를 '군권주의학파'와 '입헌주의학파'의 대립구도 속에서 설명해 왔다. 즉, '군권주의학파'의 헌법사상은, 穗積八束(호즈미 야쯔카 ; 1860-1912)와 上杉愼吉(우에스기 신키찌 ; 1878-1928)에 의해 대표되는 일본제국주의 성립기의 헌법사상으로서, 국가의 존립과 '國體'의 옹호를 제일로 하는 입장에서, 천황=국가를 절대의 가치로 하여 광범위한 천황의 대권을 주장하는 한편으로, 신민에게는 절대적인 복종의 의무를 부과하고, 의회의 권한

2) 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, 45-54면 ; 鈴木敬夫, 『法을 통한 朝鮮植民地 支配에 관한 硏究』, 고려대학교 민족문화연구소 출판부, 1989, 52-56, 360-371면.

3) 南興祐, 「日帝의 韓國侵略에 있어서의 法規範과 그 適用에 관한 문제」, 『亞細亞硏究』 33, 1969 ; 金雲泰, 『日本帝國主義의 韓國統治』, 博英社, 1986, 180, 557면 ; 한인섭, 앞의 글, 186-187면.

은 가능한 한 제한하는 헌법해석론을 전개함으로써, 천황제절대주의를 기축으로 한 중앙집권적인 국가체제를 기초지우고자 한 것이었고, 이에 대해 '입헌주의학파'의 헌법사상은, 美濃部達吉(미노베 타쯔키찌 ; 1873-1948)와 佐佐木總一(사사키 소오이찌 ; 1878-1965)에 의해 대표되는, '大正데모크라시'기에 지배적이었던 헌법사상으로서, 19세기 독일 입헌군주제의 헌법사상을 최대한 활용하여, 「대일본제국헌법」의 입헌주의적 요소, 즉 의회의 권한과 신민의 권리를 가능한 한 적극적으로 해석하고자 한 것이었다라는 것이 일반적인 설명이다.[4] 그러나 필자는, 이러한 설명은 양자의 차이점, 특히 후자의 '입헌주의성'을 지나치게 강조함으로써 그 실체의 파악을 그르치는 것이라고 생각한다. 이러한 필자의 생각의 논거의 하나가 이글에서의 분석이다. 따라서 이글은 일본헌법사상사에 관한 기존의 연구경향에 대한 문제제기라는 의미를 아울러 가지는 것이다.[5]

Ⅱ. 문제의 소재

1894년 청일전쟁에서의 승리의 댓가로 대만을 할양받은 일본은, 1896년에 이르러 대만의 지배를 위한 법체계의 기본원칙을 정한 「臺灣에 施行할 法令에 관한 法律」(「법률 63호」)을 정부 제안법률로 의회에서 통과시켰다. 그런데 「법률

4) 이러한 설명의 대표적인 예로는, 長谷川正安, 「憲法學史(中)·(下)」, 福島正夫 외3 편, 『講座 日本近代法發達史』 7·9, 勁草書房, 1959·60 ; 家永三郎, 『日本近代憲法思想史硏究』, 岩波書店, 1967 참조. 특히 美濃部에 대한 평가는 국내에서도 거의 비슷한 듯하다. 한상범교수는, 다른 일본 법학자에 대한 유보가 붙은 평가와는 달리, 美濃部의 학설은 "민권적·입헌적" "자유주의적" "시민헌법학·민주주의 헌법학"이라고 평가하고 있다. 「한국법학계를 지배한 일본법학의 유산」, 『역사비평』 1991년 겨울호, 166-167면. 다만, 천황에 대한 두 학파의 태도의 공통성에도 주목하고 있는 논문으로는 岩間昭道, 「戰前における憲法解釋の方法」, 杉原泰雄 편, 『憲法學の方法』(『講座 憲法學の基礎』 3), 勁草書房, 1984 참조.

5) 1889년 「대일본제국헌법」의 제정부터 1946년 「일본국헌법」의 출현까지의 일본헌법사상사에 대한 전면적인 검토는 별도의 논문에서 시도하고자 한다. 다만 그 전제가 되는 「대일본제국헌법」의 제정과정과 제정자의 헌법사상에 대해서는, 拙稿, 「近代日本憲法思想의 形成」, 『法史學硏究』 12, 1991 참조.

63호」가 그 제1조에서 "臺灣總督은 그 管轄領域내에서 法律의 效力을 가지는 命令을 發할 수 있다"라고 규정하여 대만총독에게 입법권을 부여한 것에 대해, 법률안의 심의과정에서부터 그것이 「대일본제국헌법」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, 그것이 다시 식민지에도 헌법이 시행되는가라는 문제에로 발전하여 이후 일본의 정치가 및 학자들 사이에서 계속적인 논쟁거리가 되었다. 이것이 이른바 '63문제'이다. 즉 '63문제'란 입법권의 위임의 문제이자, 식민지에의 헌법적용의 문제였던 것이다. 그후 「법률 63호」는 3번에 걸쳐 유효기간이 갱신된 후, 1906년에는 「법률 31호」에 의해 대체되었다. 그런데 「법률 31호」도 제1조에서 "臺灣에서는 法律을 要하는 事項은 臺灣總督의 命令으로 規定할 수 있다"라고 규정하여 「법률 63호」의 문제점을 여전히 내포하고 있었다.[6]

한편 식민지 조선에 관해서는, 1910년 8월 29일에 「한국병합조약」이 공포된 직후인 1910년 9월 30일 조선총독부의 관제제정과 동시에 「朝鮮에 施行할 法令에 관한 件」(「긴급칙령 324호」)이 공포되었다. 그러나 이 긴급칙령은, 일본의 중의원에서 制令제정권의 위임을 긴급칙령으로 한 것이 부당하다는 주장에 부딪혀 승인을 얻지 못함으로써, 1911년 「칙령 30호」에 의해 장래에 효력이 없는 것으로 되었다. 그러나 동시에 동일한 내용에 유효기간을 붙인 법률안이 의원에 의해 제출되고, 결국 "기한을 붙여도 곧 그것을 연장한다면 아무 의미도 없다"는 이유로 유효기간에 대한 조항은 삭제되어, 긴급칙령과 완전히 동일한 내용의 「朝鮮에 施行할 法令에 관한 法律」이 「법률 30호」로 성립되었다.[7] 1911년 3월 25일 공포 즉시 시행된 이 법률은 이후 1945년까지 조금도 수정되지 않고 존속하여 식민지 지배법제의 기초가 됨으로써,[8] 식민지 조선에서는 일본에서와 같은

---

6) 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」, 福島正夫 외3 편, 『日本近代法發達史』 5, 勁草書房, 1958도 참조.

7) 법률 30호의 성립과정에 대해서는 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」, 『法政論纂』(京城帝國大學法文學會 第1部 論集) 第4册, 1931, 140-142면 참조.

한정된 의미의 권력분립의 원칙·법치주의의 원칙조차도 인정되지 않은 채, 삼권을 한손에 쥔 총독에 의한 "세계 유일의 전제적 통치제도"[9]가 실시되게 된 것이다.[10] 그런데 「법률 30호」도 그 제1조에서 "朝鮮에서 法律을 要하는 事項은 朝

8) 대만의 경우에는 「법률 31호」도 5년의 유효기간이 붙어 있었기 때문에, 그것을 갱신할 때마다 위헌론이 제기되다가, 1911년과 1916년의 갱신을 거쳐, 식민지 조선에서의 3·1운동 이후인 1921년에 이르러 유효기간을 붙이지 않은 「법률 3호」로 대체되었다. 그리고 이 「법률 3호」에 의해 대만에서는 이른바 '內地法律延長主義'가 실시되게 되었다. 즉, 「법률 31호」에서는 제4조에 있었던 內地의 법률의 外地시행이 제1조("法律의 全部 또는 一部를 臺灣에 施行할 것을 要하는 경우에는 勅令으로 정한다. 前項의 경우에 官廳 또는 公署의 職權, 法律上의 期間, 기타의 事項에 관해 臺灣 特殊의 事情에 따라 特例를 둘 必要가 있는 경우에는 勅令으로 別段의 規定을 둘 수 있다.")로 끌어 올려져 원칙적인 것이 되고, 반대로 제1조에 있었던 율령에 의한 위임입법이 예외적인 규정으로 그 배후에 밀려 나게 되어("제2조 臺灣에서 法律을 要하는 事項으로서 施行할 法律이 없는 것 또는 前條의 規定에 따르기 힘든 것에 관해서는 臺灣 特殊의 事情에 따라 必要한 경우에 限하여 臺灣總督의 命令으로 規定할 수 있다."), 종래 일본의 법률에 다소의 예외를 붙여 대만에 시행할 경우 율령에 의해 가능했던 것이, 이때부터는 施行勅令과 特例勅令에 의해서 행해지고, 율령은 그것으로도 불충분한 경우에만 인정되게 되었다. 이리하여 대만에서는 민법 상법 등의 일본의 법률이 원칙적으로 시행되게 된 것이다.

이에 반해, 조선에서는 「법률 30호」가 결국 개정되지 않음으로써 '내지법률연장주의'가 적용되지 않아, 이른바 '의용'이라는 형식이 계속되었다. 그래서 민법이 조선에서 적용된다고 해도 그것은 일본의 민법이 시행되는 것은 아니며, 단지 그 내용이 우연히 일본의 민법과 유사한 制令民法이 시행되는 것이다라고 설명되었다.

이것은 조선총독의 입법권의 범위가 대만총독의 그것에 비해 상대적으로 넓었다는 것을 의미한다. 즉 일본의 법률을 다소 수정하여 식민지에서 시행하고자 하는 경우, 대만에서는 특례칙령으로 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. 中村哲, 『植民地統治法の基本問題』 113-154면 ; 淸宮四郎, 「外地における『法律の依用』」, 『外地法序說』, 有斐閣, 1944, 87-117면 참조.

9) 矢內原忠雄, 「朝鮮統治の方針」(『中央公論』 1926년 6월호), 伊東昭雄, 『アジアと近代日本-反侵略の思想と運動』(『思想の海へ』 11), 社會評論社, 1990, 154면.

10) 식민지 조선의 법상황 일반에 관해서는 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 ; 松岡修太郎, 앞의 글 ; 같은 이, 「朝鮮統治法の特徵」, 『公法雜誌』 1-3, 1935 ; 같은 이, 『外地法』(新法學全集 第5卷 行政法4), 日本評論社 ; 梶村秀樹·

鮮總督의 命令으로 規定할 수 있다"라고 규정하여 조선총독에게 제령제정권을 부여하였다. 이 조항은 「법률 31호」 제1조의 '대만'을 '조선'으로 바꾸어 놓은 것이었으며, 따라서 이후 식민지 조선에 관해서도 대만의 경우와 같은 논란이 벌어지게 되는 것이다.

이 문제에 관해 일본정부는 표면상으로는 식민지 조선에도 「대일본제국헌법」이 적용된다는 원칙을 주장했다.[11] 예컨대 1911년의 제국의회의 위원회에서 일본정부는 '헌법이 조선에도 당연히 시행되고 있다고 해석한다'라고 확실하게 언명했다.[12] 그러나 이러한 일본정부의 입장이, 곧 실질적으로도 식민지 조선의 지배를 전적으로 헌법에 따라서 한다는 것을 의미하는 것은 물론 아니었다. 일본정부로서는, 식민지를 "내지와 마찬가지의 제도로 지배할 수 없으며, 특별한 제도로 지배하지 않으면 안된다는 것은 처음부터 취하고 있는 방침"[13]이었으며, 실질적인 식민지 지배는 바로 그러한 방침의 관철이었기 때문이다. 이러한 '표면상의 원칙(타테마에)'과 '본심(혼네)'의 차이는, 일본인들이 자신들의 타민족 지배를 식민지 지배가 아니라고 강변해야 했던 사정에 기인한 것이었는데,[14] 어쨌든

姜德相, 「日帝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), 勁草書房, 1970 참조. 통치구조에 관해서는 金雲泰, 앞의 책 참조. 치안법령 및 교육법령에 관해서는 鈴木敬夫, 앞의 책 참조. 행정법 일반에 관해서는 松岡修太郎, 『朝鮮行政法提要(總論)』, 東都書籍, 1944 참조.

11) 다만 일본정부의 입장은 우여곡절 끝에 정리된 것이었다. 특히 대만의 경우에 대해서는 淺見登郎, 앞의 책, 124-126면 ; 中村哲, 앞의 책, 72-112면 참조.

12) 美濃部達吉, 「帝國憲法は新領土に行はるるや否や」, 『國家學會雜誌』 25-7, 1911, 1055면 참조.

13) 천황기관설의 선구자이며, 美濃部의 스승이었던 一木喜德郎(이찌키 키토쿠로오 ; 1867-1944)가 정부위원의 자격으로 한 답변. 中村哲, 앞의 책, 107면 참조. '한국병합' 이전인 1910년 6월 3일의 각의결정에서는, "一. 朝鮮에는 당분간 憲法을 施行하지 않고 大權에 의해 이를 統治할 것. 一. 總督은 天皇에게 直隷하여 朝鮮에서의 一切의 政務를 統轄하는 權限을 가질 것. 一. 總督에게는 大權의 委任에 의해 法律事項에 관한 命令을 發하는 權限을 附與할 것. 단 本命令은 別途로 法令 또는 律令등 適當한 名稱을 붙일 것(이하 생략)"이라고 정한 것도 바로 그러한 방침의 구체화에 다름 아니었던 것이다.

14) 梶村秀樹·姜德相, 앞의 글, 334-335면 참조. 그리고 일본인들이 식민지라는 단어를 피하고 '신영토' 혹은 '外地'라는 표현을 굳이 사용한 것도 같은 이유에서였다. 淸宮四郎, 「外地

그러한 차이는 「대일본제국헌법」과 식민지 지배법제, 구체적으로는 「법률 30호」의 조선총독의 제령제정권과의 부정합이라는 문제를 초래하지 않을 수 없었다. 일본정부는 그 문제를 '법률의 위임'의 법리로 설명하려고 했다. 그러나 이에 대해서는 「법률 30호」가 '법률의 위임'에 해당되는가, 그 위임의 근거는 무엇인가라는 의문이 제기되었으며, 그것은 다시 헌법이 과연 식민지 조선에 적용되는가라는 본질적인 문제에로 발전되었다.

이러한 맥락 속에서 이후 식민지 조선과 「대일본제국헌법」과의 관계라는 문제는, 1) 「대일본제국헌법」은 식민지 조선에 적용되는가, 2) 만일 적용된다면, 「법률 30호」의 법률의 위임은 헌법위반이 아닌가, 3) 만일 적용되지 않는다면, 조선에서의 법률은 어떠한 의미를 가지는가를 중심으로 논란되게 된 것이다.

Ⅲ. '君權主義學派'의 주장

1. 穗積八束의 주장

穗積에게는 식민지와 헌법의 관계라는 문제는 "단순하고도 명백한" 것이었다. 그에 따르면, "우리 헌법은 그 시행지역을 한정하는 규정이 없다. 따라서 帝國의 영토에는 반드시 시행되며 제국의 영토 밖에서는 당연히 시행되지 않는다고 해석해야 한다." "만일 영토임에도 거기에 헌법을 시행하고자 하지 않을 때는, 헌법에 추가로 그 취지를 明言해야 한다." 그런데 식민지 조선은 '병합'에 의해 일본의 영토가 되었다. 그리고 헌법에는 조선에 헌법을 시행하지 않는다는 규정이 없다. 따라서 헌법은 "제국의 일부를 구성하는 新領土"인 조선에 "당연히 미쳐야 한다는 것은 사리가 극히 명백하다고 할 것이다."[15]

그렇다면 총독에게 입법권을 부여한 법률은 위헌인가? 이에 대해서도 穗積의 대답은 명확했다. "나는 이것을 헌법에 위반되는 것이라고 인정한다."[16] 그리하

および外地法」, 『外地法序說』 참조.

15) 穗積八束, 『修正增補 憲法提要』, 有斐閣, 1935, 177－185면.

16) 穗積八束, 「臺灣總督ノ命令權ニ付キテ」 (『法學協會雜誌』 23－2, 1905. 2.), 穗積

여 그는 "대만에 괴물이 있다. 법률도 아니고 명령도 아니고 律令이라고 하는 것이 백주에 공공연히 돌아다닌다. 明治의 昭代에 源三位 없는가! 오호라 源三位 없는가!"[17] 라고 탄식했던 것이다.

그런데 穗積의 이러한 주장을 논리적으로 연장하면, 식민지 조선의 인민에게도 「대일본제국헌법」에 열기된 권리들이 인정되며, 그 내용은 제국의회의 협찬을 얻어서만 결정된다라는 것이 된다. 물론 穗積의 헌법사상에 따르면, 그 권리란 절대적인 복종의 댓가로 下賜되는 것이며, 제국의회의 협찬이란 유일한 입법권자인 천황에 대해 아무런 구속력도 가지지 못하는 것이지만,[18] 적어도 그러한 권리의 존재와 협찬의 필요성은 인정되지 않을 수 없는 것이다. 穗積는 그것을 인정한 것일까? 식민지 인민의 권리에 대해 穗積가 명시적으로 언급하고 있는 것은 없다. 그러나 그의 주장을 전체적으로 살펴볼 때 대답은 극히 부정적이다.

먼저, 穗積가 「법률 30호」 등을 위헌이라고 했을 때, 그가 고려한 것은 결코 식민지에 적용될 법률에도 제국의회가 적극적으로 관여해야 한다는 것이 아니었다. 그의 주장은 '법률의 위임' 자체를 부정한 결과였는데, 그가 '법률의 위임'을 부정한 것은 다음과 같은 이유에서였다. 그에 따르면, 법률의 위임이란 "프랑스풍의" 관념으로서, "입법권을 국가의 最高全能의 권력이라고" 하는 전제, "무릇 법칙을 定立하는 것은 國會獨占의 全權이며 정부는 旣定의 법칙을 집행해야 할 뿐 새로운 법칙을 設立하는 권능을 조금도 가져서는 안된다"라고 하는 전제, 그리고 "지난 세기 전반의 정치적 정세" 속에서 존재했던 "일종의 편집증적인 예단"인, "국회는 神聖至善인 자라고 하는 선천적인 예단이 존재하고, 헌법은 국가의 공법이라고 하기보다는 오히려 국회가 정부를 단속하는 경찰규칙인 듯이

重威 편, 『穗積八束博士論文集』, 有斐閣, 1943, 669면.

17) 穗積八束, 앞의 글, 672면. 源三位(げんざんみ)란 源賴政(みなもとのよりまさ)의 별칭인데, 源賴政은 平安후기의 무장으로서, 무용이 뛰어나 전설상의 괴물인 누에(ぬえ ; 머리는 원숭이, 수족은 호랑이, 몸은 너구리, 꼬리는 뱀, 소리는 호랑지빠귀와 비슷하다는 짐승. 전의하여 정체불명의 사람이나 사물을 가리킴)를 퇴치했다고 전해짐.

18) 穗積八束, 『修正增補 憲法提要』, 119, 447면 참조.

생각하여, 단지 막연히 정부의 권력을 제한하면 할수록 입헌의 취지에 더 잘 맞는다고 하는 망상"에서 유래하는 것이다. 그런데 일본의 헌법은 "입법권을 만능의 권력, 최고의 권력이라고 하지 않으며, 대권과 입법권과 사법권을 나누어 각각 그 본래의 영역을 정한 것은 헌법 자체이다. 그러므로 헌법에 의해서가 아니면 이것을 바꿀 수 없다."[19] 그러므로 일본헌법상의 삼권분립주의에 반하는 입법의 위임은 "입법권의 자살의 자유"이며, "정체를 근저로부터 전복시키는 것"[20]이다. 결국 穗積가 '법률의 위임'을 인정하지 않고, 따라서 「법률 30호」 등이 위헌이라고 한 것은, 그 법률에 의해 의회의 입법권이 침해되기 때문이 아니라, 반대로 의회가 관여하여 성립된 법률에 의해 입법권이 위임되는 사태가, 천황이 '하사'하신 헌법질서를 어지럽힐 우려가 있다고 판단했기 때문이었던 것이다. 穗積는 그러한 사태 속에서 의회 우위라고 하는 서양의 사상이 스며들려고 하고 있다고 판단하고 그것을 애써 저지하려 했던 것이다. 삼권분립의 원리란 그 저지를 위해 동원된 수단에 불과한 것이었으며, 그 배후에는 천황의 삼권통할이라고 하는 그의 보다 큰 가치가 자리잡고 있었던 것이다.

다음으로 穗積가 식민지에도 헌법이 적용된다고 했을 때, 그가 고려한 것은 식민지 인민에게도 그 헌법상의 '신민의 권리'가 보장되어야 한다는 것이 아니었다. 穗積도 일본정부와 마찬가지로 '식민지의 특수성'을 인정했다. 다만 대처방식이 달랐을 뿐이다. 즉 그에 따르면 식민지에서 "사태가 긴급을 요한다면 헌법 제8조의 법률에 대신할 칙령권이 있다. 사변이 생긴다면 헌법 제14조의 계엄선고의 大權이 있다. 사태가 중대하게 되면, 헌법 제31조에 의해 비상대권을 시행할 것일 뿐이다. 大憲의 條章에 얼마든지 여유가 있다. 단지 그 운용을 기다리고 있는 것이다."[21] 즉 헌법 자체가 식민지 인민의 권리 부인을 위해 이렇게 든든한 갖가지 방책을 마련하고 있는데, 굳이 궁색하게 법률을 만들어 총독에게 입법권을 위임하는 방법으로 '신민의 권리'에 관한 헌법규정의 적용을 회피할 필요가

---

19) 穗積八束, 「法律ノ委任」(『法學新報』 18-1, 1908. 1.), 『穗積八束博士論文集』, 790-794면.
20) 穗積八束, 「臺灣總督ノ命令權ニ付キテ」, 670-671면 ; 穗積八束, 『修正增補 憲法提要』, 449면.
21) 穗積八束, 「臺灣總督ノ命令權ニ付キテ」, 671-672면.

어디 있는가라는 것이 穗積의 입장이었던 것이다. 이것은 한편으로 '식민지의 특수성'을 이야기하면서, 다른 한편으로는 식민지를 차별하지 않는 듯이 가장하려 한 일본정부의 입장과는 구별되는 것이었다. 그점에 한해서 穗積의 태도가 보다 '개념주의적'이었다고 할 수 있을 것이다. 그러나 식민지 인민의 권리에 대한 태도의 면에서는 '제국헌법의 당연한 적용'을 주장한 穗積도 '식민지의 특수성'을 주장한 일본정부에 못지 않게 소극적이었던 것이다.

요컨대 穗積가 식민지에도 헌법이 적용된다고 했을 때, 그에게 식민지 인민의 권리나 의회의 역할 따위는 전혀 고려의 대상이 되지 않았다. 그가 염두에 둔 것은, 식민지도 영토가 되었으니까 그 인민은 일본신민과 마찬가지로 당연히 천황의 절대적 지배를 받아 들여야 한다는 것, 즉 천황에게 절대적으로 복종해야 한다는 것과, 의회는 결코 천황의 권한을 침해해서는 안된다는 것 뿐이었다. 그렇다면 결국 穗積가 주장한 것은 식민지에도 「대일본제국헌법」 중 천황의 절대적 지배에 관한 규정이 적용된다라는 것이었다고 할 수 있을 것이다.

2. 上杉愼吉의 주장

穗積의 유일한 수제자였던 上杉는 기본적으로 그의 스승의 입장을 이어받았다. 즉 上杉에 따르면, "헌법은 국가의 근본법이며 통치권은 모두 헌법을 기초로 해서 행해진다." 그러므로 헌법은 "통치권이 행해지는" 모든 장소에 대해 효력을 가지는 것이 "당연한 원칙"이다. 따라서 "헌법은 통치권과 함께 신영토에서 시행되는 것을 원칙으로 하는 것이라고 하지 않을 수 없다."[22]

그러나 한편으로 上杉는 그의 스승과는 달리 이러한 원칙에 대해 일정한 예외를 인정했다. 그 예외란, 헌법 자체에 시행지역이 규정된 경우와, "일의 성질상, 또는 기타의 사유에 의해, 헌법의 일정한 조항이 영토의 일정한 부분에서 시행되지 않는다고 해석해야 할 경우"였다. 식민지 조선 등에서 "병역의무를 과하지 않으며, 중의원선거를 행하지 않는 것 등"은 물론 이 후자에 해당되는 예외

22) 上杉愼吉, 『新稿憲法述義』, 有斐閣, 1924, 259-260면.

이다. 그러면 그러한 예외인정의 이유인 "일의 성질" 또는 "기타의 사유"란 무엇을 의미하는가? 上杉에 따르면, 식민지 조선 등은 "그 문화의 정도에서, 종래의 제국영토와 현저하게 다르고, 또 일본국가와의 관계가 아직도 여전히 밀접하지 않은 점이 있"다는 것이 그 구체적인 내용이었다.[23]

한편, 上杉도 穗積와 마찬가지의 이유로 '법률의 위임'을 인정하지 않았다. 즉 上杉에 따르면, '법률의 위임'은 "법률을 제정하는 것을, 마치 국회라는 권리주체의 권리인 듯이 보아, 자기의 권리를 타인에게 위임하는 것은 상관없다라고 하는 생각에서 생기는 것으로서, 구라파 중세 이래의, 국회를 국왕과 서로 대립하는 권리주체라고 하는 사상에 기초"하는 것이며, "또 입법권을 최고라고 하고, 법률에 의하기만 하면, 무슨 일이든 할 수 있고, 헌법에 위반하는 것도 또한 가능하다고 하는 사상"에서 유래하는 것으로서, 일본에서는 허용될 수 없는 것이다. 따라서 일본에서는 "헌법의 규정에 직접 위반하여 법률로써, 헌법이 법률로 정해야 한다고 하는 사항을 명령으로 정할 수 있다고 하는 위임명령은 헌법위반이라고 하지 않을 수 없다."[24] 그렇다면 「법률 30호」 등은 명백히 헌법위반이라고 하지 않으면 안된다. 혹은 식민지 인민의 참정권의 경우와 마찬가지로 헌법적용의 예외라고 하지 않으면 안된다. 그러나 上杉는 식민지에의 헌법적용의 예외에 대한 설명에서, 헌법에 상충되는 식민지에서의 현상은, "헌법 및 신영토의 성질상 당연히 헌법이 시행되지 않는 것 (때문에 생겨난 결과가) 아니라, 헌법은 당연히 신영토에서 시행된다고 하는 원칙에 대한 예외일 뿐이다. 따라서 대만 및 조선에서 행정명령에 의해 헌법상 법률을 요하는 사항을 규정할 수 있다는 것을 특히 법률로써 규정했다"[25]라고 하여, 「법률 30호」 등의 위헌성을 문제삼지 않았을 뿐아니라, 반대로 그것들을 예외인정을 위한 특별한 방식으로 적극적으로 해석했다. 이것은 물론 명백한 논리의 파탄이다. 그러나 上杉에게는 이러한 비논리성을 구제할 비장의 카드가 남아 있었다. 즉 "식민지 통치상의 필요

23) 上杉愼吉, 앞의 책, 262면.
24) 上杉愼吉, 앞의 책, 503-505면.
25) 上杉愼吉, 앞의 책, 262면.

라고 하는 것"[26]이 그것이었다. 위에서 살펴 본 "일의 성질" 또는 "기타의 사유"라는 것도 결국 이 "식민지 통치상의 필요"에 수렴되는 것이었다고 할 수 있다. 그런데 천황제절대주의의 광신적 대변인이었던 上杉에게 그 '필요'의 궁극적인 판단자는 물론 천황이었다. 그렇다면 결국 식민지에의 헌법적용이라는 문제에 관한 上杉의 주장은 '모든 것은 천황의 판단에 달려있다'라는 것이 되는 것이다.

요컨대, 上杉는 식민지에도 헌법이 적용되며, '법률의 위임'은 위헌이라고 하는 穗積의 주장을 원칙으로서 이어받으면서도, 穗積가 초입헌적인 천황의 권력을 동원해서라도 헌법내재적으로 해결하려 했던 문제를 '예외'라고 규정하여 비켜나갔다. 그런데 그 예외의 근거는 '식민지 통치상의 필요'였으며, 그 궁극적인 판단자는 천황이었다. 그렇다면 식민지 인민의 권리나 입법권에의 의회의 협찬 따위는 천황의 의사여하에 따라 언제든지 예외가 될 수 있는 것이었다. 이렇게 해서 결국 上杉의 주장은 穗積의 그것과 실제로는 완전히 같은 것이었다고 할 수 있는 것이다. 어쩌면 穗積의 주장을 그의 死後에 수제자인 上杉가 보다 구체화·현실화시켰다고 하는 것이 보다 적절할 지도 모른다. 上杉의 수정은 위에서 살펴 본 것처럼 穗積의 주장이 일본정부의 식민지 정책과 합치되지 않는 면이 있었다는 점과, 穗積의 주장에 대해 '적어도 논리적으로는, 헌법이 예외없이 식민지에도 적용된다면 식민지 인민에게도 헌법상의 권리를 인정해야 하는데, 과연 그것을 주장하는 것인가'라는 비판이 가해졌다는 점을 고려한 결과였을 것이라고 생각되기 때문이다.

Ⅳ. '立憲主義學派'의 주장

1. 佐佐木總一의 주장

佐佐木도 穗積 및 上杉와 마찬가지로 식민지에도 헌법이 적용된다고 주장했다. 즉 佐佐木에 따르면, "무릇 어떤 국가의 법이 시행되는 것은 그 법의 주체인

26) 上杉愼吉, 「近時ノ憲法問題」(1916), 『國體憲法及憲政』, 有斐閣書房, 1917, 488면.

그 국가의 통치권이 행사되는 것에 다름아니다. 따라서 국가의 통치권이 행사되는 장소에는 별단의 정함이 없는 한, 그 국가의 법은 당연히 시행된다." 그런데 "제국헌법에서는 법역의 정함이 없다. 따라서 우리나라의 통치권이 행사되는 지역에는 제국헌법은 당연히 시행되는 것이다." 그리고 이때 영토의 新舊는 문제가 되지 않는다. 따라서 "제국헌법은 신영토인 대만·조선·樺太에도 당연히 시행된다." 한편 佐佐木는 上杉와는 달리 이러한 원칙에 대해 예외를 인정하지 않았다. 즉 "제국헌법의 시행장소의 문제에 대해서는, 현행법의 법리상으로는, 제국헌법을 전체로서 취급할 수 밖에 없다. 현행법은 제국헌법의 규정을 분별하여 그 일부는 구영토 이외에도 시행되고, 다른 일부는 시행되지 않는다고 하는 조치를 취하지 않고 있다. 이같은 분별 자체가 정책상 적당한가 아닌가를 생각하는 것은 상관없지만, 실제로 그러한 분별조치를 취하는가 않는가는 전적으로 현행법상의 문제이며, 현행법은 그것을 하지 않는 것이다."[27] 이것은 헌법의 명문을 중시하는 佐佐木의 논리실증주의의 입장에서는 당연한 것이었다고 할 것이다.

이러한 그의 주장과, 제국의회 및 신민의 권리를 상대적으로 중시하는 그의 헌법사상을 엮으면, 식민지 인민에게도 「대일본제국헌법」상의 권리가 인정되어야 하며, 그 권리의 내용은 제국의회의 협찬에 의해서만 결정될 수 있다는 것이 될 터이다. 그러나 佐佐木의 주장은 그것이 아니었다. 佐佐木는 식민지에 헌법이 적용되어야 하는 이유로서 다음과 같은 점을 들었다. 첫째, 헌법이 적용되지 않는다고 한다면, 식민지에서의 통치권의 근거가 설명될 수 없다. 즉 제국헌법의 통치권이 미치는 지역에서는 어디서나, "만세일계의 천황이 통치권을 총람하시는 것이다.(제국헌법 제1조, 제4조) 제국헌법이 시행되지 않는다고 하면, 구영토 이외의 지역에서 행해지는 통치권에 대해서는 누가 그 총람자인지가 명확하지 않으며, 적어도 제국헌법에 의해 그것을 명확하게 할 수 없을 것이다. 이것은 물론 부당한 것이다." 둘째, 헌법이 적용되지 않는다고 한다면, 국무대신의 輔弼이나 제국의회의 協贊도 필요없는 것이 되어 식민지 지배에 대한 책임이 귀착될

27) 佐佐木總一, 『日本憲法要論』, 金刺芳流堂, 1930, 157, 159면.

곳이 없게 된다.[28] 그리고 셋째, 헌법이 적용되지 않는다고 한다면, 식민지에서는 원래의 일본신민의 권리가 보장되지 않게 된다. 즉 "일본신민이 일단 대만이나 조선이나 기타의 신영토에 들어갈 때는, 제국영토 내에서의 일본신민과는 전혀 다르게, 그 소유권이나 신체나 주소가 완전히 안전을 상실하게 되며, 또 재판소에 의하지 않고 행정관청에 의해 사법재판을 받는다고 하는 결과는 적당한 것인가." 그것은 "그 일본신민 개인의 활동이라는 점에서 보아도, 적당하지 않은 것은 물론, 나아가 국가적 발전이라는 점에서 보아도 적당하지 않은 것이다."[29] 결국 佐佐木가 식민지에의 헌법적용을 주장할 때에도, 그 이유는 천황의 지배권의 근거와 천황에 대신하여 그 지배에 대한 책임을 질 기관을 확실하게 하고, 식민지에 진출한 일본민족인 일본신민의 권리를 보장하기 위해서였던 것이다. 즉 그의 논리실증주의는 식민지에 관한 법률의 제정에 대한 의회의 통제나 식민지 인민의 권리에는 미치지 않았던 것이다.

다음으로 佐佐木는 穗積나 上杉와는 달리 '법률의 위임' 자체는 인정했다. 다만 그것에는 일정한 한계가 있었다. 그 한계의 하나는 "법률이 특정의 사항에 관해 명령으로 규정할 것을 정하는 것"이어야 한다는 것이었다. 따라서 "일반적으로 법률사항을 명령으로 규정할 수 있다고 하는 것"은 헌법상 허용되는 법률의 위임이 아닌 것이었다. 그런데 佐佐木는 이 한계에 대한 설명에서, 예컨대 "법률이 '어떤 지방에서는 법률을 요하는 사항을 명령으로 규정할 수 있다'라고 규정하는 것은 법률의 위임이 아니며, 제국헌법의 규정 그 자체를 변경하는 것이다. 이것은 허용되지 않는다"라고 주장했다.[30] 그렇다면 「법률 30호」는 바로 그 전형적인 예이며, 따라서 헌법상 허용되지 않는 것, 즉 위헌의 법률이어야 할 터이다.

그러나 佐佐木는 이 문제를 회피했다. 학생과 강사의 대화형식으로 꾸며진 「帝國憲法と新領土」에서 그는 학생으로 하여금 "제국헌법상 허용되지 않는 사

---

28) 佐佐木總一, 앞의 책, 158-159면.

29) 佐佐木總一, 「帝國憲法と新領土」, 『公法雜誌』 4-6, 104면.바

30) 佐佐木總一, 『日本憲法要論』, 601면.

항을 법률로써 인정한다고 하는 것은 도저히 불가능합니다. 따라서 법률 제3호는, 제국헌법에 위반되는 것이라고 하지 않을 수 없다고 생각합니다"라고 말하게 함으로써 그 문제 자체는 인정하면서도, 강사의 말을 통해 "과연, 군의 의견은 확실히 훌륭한 하나의 의견이라고 할 수 있습니다. 실제로 종래 의견이 다투어지고 있는 것입니다. 그러나 그 의미의 헌법론은 오늘은 그만두고 다른 방향의 헌법론을 연구해 보고자 합니다"라며 문제에 대한 대답을 회피했다.[31] 佐佐木가 말하는 "다른 방향"이란, 「법률 30호」 등의 존재 그 자체로부터 「대일본제국헌법」이 식민지 조선 등에도 적용되고 있다라고 하는 주장에 대한 논거를 끌어내는 것이었다. 즉 「법률 30호」 등은 "한편으로, 일반적인 법률은 당연히는 대만 및 조선에서 시행되지 않고 이를 시행할 때는 칙령으로 정하는 것으로 하고, 다른 한편으로 대만총독 및 조선총독은 명령으로 법률을 요하는 사항을 규정할 수 있다고 한다. 이것은 대만 및 조선에서도, 법이 규정하는 사항에 법률로써 할 것을 요하는 사항 및 명령으로써 할 수 있는 사항의 두종류가 있다. 즉 법률과 명령의 구별이 있다는 것을 전제로 할 때 비로소 의미가 있다. 그리고 법률과 명령의 구별이 있는 것은 제국헌법이 시행되는 결과에 다름아니다. 제국헌법이 시행되지 않는 곳에 법률, 명령의 구별 없다. 즉 대만 및 조선에 관해 그러한 특별한 제도가 있다는 것은 전적으로 대만 및 조선에서 제국헌법이 시행된다고 하는 견지에 따른 것이다."[32] 이러한 맥락에서 佐佐木는 「법률 30호」 등을 식민지 조선 등의 "法上 특수한 지위"의 근거로서 적극적으로 제시한 것이다.[33]

이와 같은 佐佐木의 주장 속에는 「법률 30호」 등의 위헌성에 대한 문제의식은 조금도 포함되어 있지 않을 뿐아니라, 반대로 그 합헌성이 당연히 전제되어 있

---

31) 佐佐木總一, 「帝國憲法と新領土」, 99-100면. 그는 실제로 강의를 할 때도, '이에 관해서는 이러이러한 문제가 있지만 그것은 別論이므로 다루지 않는다'라며 곧장 본론에 들어갔던 까닭에, 학생들은 그에게 '別論'이라는 별명을 붙였다고 한다. 磯崎辰五郎, 「佐佐木總一先生の人と學問」, 田畑忍편, 『佐佐木憲法學の硏究』, 法律文化社, 1975, 290면.

32) 佐佐木總一, 앞의 글, 104-5면 ; 『日本憲法要論』, 160면.

33) 佐佐木總一, 『日本憲法要論』, 302면.

는 것이다. 그러한 그의 주장의 구체적인 결과는 재판청구권에 관한 다음과 같은 설명에서 잘 나타난다. 즉 그에 따르면, "一見 신민의 재판청구권을 침해하는 것 같으나 실은 그렇지 않은 경우"의 한 예가 조선총독부재판소에 의한 재판인데, 그 이유는 "조선총독부재판소는 칙령인 조선총독부재판소령으로 정한 재판소이므로 법률로 정한 재판소가 아니다. 그러나 이 칙령의 내용은 明治 43년 制令 제1호 및 동년 제령 제8호에 의해, 제령으로 정한 것이라고 간주된다. 그리고 제령은 법률을 요하는 사항을 규정할 수 있는 것이므로, 전게 조선총독부재판소령으로 정하는 것은 곧 법률로 정한 것이다. 따라서 이것은 제국헌법에서 말하는 법률에 정한 재판관이다. 이것에 의해 재판을 행하는 것은 신민의 재판청구권을 침해하는 것이 아니다"[34]라는 것이었다. 결국, 식민지 인민은 부여받은 적도 없는 '신민의 권리'를 침해당하지 않는다는 것이다. 이것이 자체 논리상 당연히 요구되는 「법률 30호」 등의 '위헌성 검증'을 뛰어 넘고서 전개된 佐佐木의 '논리실증주의'의 결과였던 것이다.

한편 佐佐木는 식민지 법제의 '합헌성 추정'에 머무르지 않고, '현실'에도 눈을 돌려 식민지의 '특수한' 법상황에 대한 적극적인 설명을 시도했다. 즉 그는 그 특수성은 "신영토라는 사실로부터 생기는 법리상의 결과"가 아니라, "그것이 경제적, 사회적으로 특수한 사정을 가진다는 사실에 기초한 정치상의 필요에 의해 특히 두어진 제한"이라고 하면서, "따라서 그것이 영토인가 아닌가를 묻지 않고, 또 영토의 新舊여하를 묻지 않고, 특히 開拓을 요하는 지방에 대해, 국가가 특별한 수단을 강구하는 것이다. 따라서 이것을 신영토에 관한 문제라고 하기보다는 오히려 개척지인 特殊地域에 관한 문제라고 해야 할 것이다"[35]라고 주장했다. 그러나 이것은 식민지를 '특수지역'이라고 이름만 바꾼 것에 불과했다. 바로 뒤에 이어지는 '특수지역'이라는 항목에서는 식민지 조선 등 식민지와 조차지 및 위임통치지의 법상황이 설명되어 있을 뿐 '舊영토'에 관한 언급은 전혀 없다.[36]

---

34) 佐佐木總一, 앞의 책, 254, 522면.
35) 佐佐木總一, 앞의 책, 293－294면.

그렇다면 결국 佐佐木가 제시한 식민지 법제의 특수성의 근거인 "정치상의 필요"란 上杉의 "식민지 통치상의 필요"와, 그리고 "특히 두어진 제한"이란 上杉의 "예외"와 완전히 일치하게 되는 것이다. 佐佐木의 경우도 上杉의 경우와 마찬가지로 그 문제회피와 논리파탄을 구제해 줄 최후의 카드가 바로 이 "정치상의 필요"였을 것이다. 그리고 佐佐木의 경우에도 그 궁극적인 판단자는 "통치권의 총람자이므로, 법에 반대의 정함이 없는 한, 어떠한 일도 행하실 수 있"는 천황[37]이었을 것임은 물론이다.

요컨대, 결국 '입헌주의자' 佐佐木의 '헌법적용설'도 '군권주의자' 上杉의 그것과 다름이 없는 것이었다. 佐佐木의 '논리'는 "정치상의 필요"라는 초논리 앞에 여지없이 허물어져 식민지에는 미치지 않았으며, 식민지 인민의 권리는 '위헌검증'을 면제받은 법률을 근거로 '실증주의적'으로 배제되었다. 그 결과 佐佐木의 경우에도 식민지에 적용된 헌법이란 단지 천황의 절대적인 지배에 관한 것만을 의미하는 것이었다고 할 수 있는 것이다.

2. 美濃部達吉의 주장

美濃部의 주장은 1923년에 출간된 『憲法講話』의 增刷本까지의 그것과 같은 해에 출간된 『憲法撮要』 초판본부터의 그것[38]이 일단 구별된다. 종래 전자는 소극설 그리고 후자는 적극설로 분류되어 왔다. 그러나 아래에서 살펴보는 것처럼 필자는 이 분류, 특히 전자를 소극설이라고 부르는 것이 적당하지 않다고 생각하며, 따라서 전자를 전기의 주장, 후자를 후기의 주장으로 구별하여 살펴본다.

---

36) 佐佐木總一, 앞의 책, 300-303면.

37) 佐佐木總一, 앞의 책, 326면.

38) 필자가 이용한 자료는 1926년에 출간된 『憲法撮要』 訂正 4판과 1932년에 출간된 改訂 5판이어서, 후기의 주장이 정확하게 언제부터 시작되었는가를 확인하는 것은 불가능했다. 다만, 訂正 4판의 첫머리에 실린 訂正 3판까지의 서문을 참조하면, 그 始期는 1923년의 초판 출간시까지 소급하는 것이 가능하다고 생각된다.

1) 전기의 주장

美濃部에 따르면, 우선 실제적으로 식민지에는 헌법이 적용되고 있지 않다. 「법률 63호」와 관련하여 그는 다음과 같이 주장했다. 만일 식민지에도 헌법이 적용된다면, 총독에게 법률에 대신할 명령을 제정할 권한을 부여하는 것은 "명백히 헌법위반이다." 그 정당성은 흔히 '법률의 위임'의 법리로 논하여지고 있으나 그것은 타당하지 않다. 왜냐하면, 법률의 위임은 인정되어야 하는 것이지만, "법률의 위임이 정당한 것은 단지 법률이 特種의 사항에 대해 스스로 규정을 두는 대신에 명령으로 하여금 그 규정을 두게 하는 경우에 한"하며, 따라서, 행정기관에게 포괄적인 입법권을 위임하는 것을 정당화하는 것은 아니기 때문이다. 그러나 만일 식민지에는 헌법이 적용되지 않는다고 한다면, "처음부터 헌법위반의 문제는 생기지 않는다. 그리고 나는 헌법이 아직 대만에서 시행되고 있지 않다라고 주장한다."[39] 이 주장은 「법률 30호」에 대해서도 물론 타당할 것인데, 여기에서 美濃部는, 佐佐木가 '법률의 위임'에 한계를 지우면서 헌법적용설을 취한 결과 논리의 파탄에 이를 수 밖에 없었던 딜레머를, 일단 '식민지에는 헌법이 적용되고 있지 않다'라는 입장을 취함으로써 벗어난 것이다.

특히 그는 식민지 조선에 대해, "헌법이 조선에서 시행되고 있는가 아닌가라는 문제라면, 나는 시행되고 있지 않다라고 대답하는 데 주저하지 않는다"라고 단언해 마지 않았다.[40] 그에 따르면 그 이유는 다음과 같다. 즉 "헌법상의 원칙 중 가장 중요한 점은 말할 것도 없이, 국민에게 참정권이 부여되어 있는 것, 국회제도가 있는 것, 그것에 수반하여 또한 입법권과 행정권이 분리되고, 입법에는 국회의 협찬을 요하는 것, 사법권이 완전한 독립을 보유하고 있는 것 등이다. 이것이 헌법정치의 가장 중요한 특색"이다. 그런데 "조선·대만 등에서는 국회의

39) 美濃部達吉, 「律令と憲法との關係を論ず」, (『法學志林』 7-1, 3, 1905), 『憲法及憲法史研究』, 有斐閣書房, 1908, 258-262면.

40) 美濃部達吉, 「帝國憲法は新領土に行はるるや否や」, 1048면. 이글은 1911년 3월 8일 법과대학 綠會辯論部討論會에서 자신이 출제한 '제국헌법은 조선에서 시행되는가 되지 않는가'라는 문제에 대해 행해진 학생들의 토론에 대한 커멘트이다.

원을 선거하는 권리가 없는 것은 물론, 입법권과 행정권은 조금도 분리되어 있지 않고, 동일한 조선총독·대만총독이 행정권을 행사함과 동시에 입법권을 가지고 있으며, 어떠한 법규도 의회의 협찬을 거치지 않고 행정기관의 명령으로 정할 수 있는 것이다. 사법권의 독립도 완전한 것이 아니며, 조선총독·대만총독은 일정한 범위내에서 재판관의 지위에 간섭할 수 있다. 즉 재판관에게 휴직을 명할 수 있는 것이다. 헌법에는 일본신민은 법률이 정하는 바에 따라 병역의 의무를 가진다고 하고 있지만, 조선인·대만인은 전혀 병역의 의무를 가지고 있지 않으며, 병역에 복무할 권리도 없다. 헌법에 따르면 일본신민은 평등하게 공직에 취임할 수 있지만, 조선인·대만인은 국회의원이 되는 것도 불가능하며, 內地에서 문무의 관직에 취임하는 것도 불가능하다."[41] 그리하여 美濃部는, 현실이 이러하다면, "헌법에 의해 통치되고 있다고 하는 흔적은 과연 어디에서 찾을 수 있을 것인가"라고 반문하고서, "정부는 뻔뻔스럽게도 헌법이 조선에서도 시행되고 있다고 단언하기를 주저하지 않지만, 이러한 상태임에도 여전히 헌법을 시행하고 있다고 공언하는 것은 자가당착도 유분수이며, 소위 귀를 가리고 방울을 훔치는 격이라고 생각한다"라며 정부를 질타했다. 그리고, "나는 정부가 천박한 형식적 법률론에 얽매여, 식민지에는 장래 본국에 동화하여 헌법을 시행할 수 있을 정도에 이를 때 까지는 모두 헌법을 시행하지 않는다라고 명언할 만큼의 용기가 없는 것을 유감으로 여기는 것이다"[42]라고 정부의 '용기'를 촉구해 마지 않았다. 즉 美濃部는 「대일본제국헌법」을 입헌주의적으로 파악하고, 그렇게 파악된 헌법이 식민지에서는 현실적으로 적용되고 있지 않음을 지적한 다음, 정부로 하여금 현실을 현실 그대로 인정할 것을 촉구한 것이었다.

다음으로 美濃部에 따르면, 위와같이 실제적으로는 식민지에는 헌법이 적용되고 있지 않지만, 그렇다고 해서 식민지에는 절대로 헌법이 적용되어서는 안된다는 것은 아니다. 그에 따르면, 법리적으로는 식민지에 "헌법을 시행하는가 않는가는 그때그때의 국가의 의사에 의해 정해지는 것이며, 만일 시행하고자 한다면

41) 美濃部達吉, 『憲法講話』, 有斐閣, 1912, 533-534면.

42) 美濃部達吉, 「帝國憲法は新領土に行はるるや否や」, 1056면.

시행할 수도 있지만" 시행하고자 하지 않는다면 시행하지 않을 수도 있다. 그리고 "만일 아무런 규정도 두지 않는다면, 별개의 사회를 이루고 있는 신영토에는 헌법은 당연히 시행되는 것은 아니"[43]다.

美濃部가 그러한 법리의 논거로서 제시하는 것 중의 하나는 '사회현상으로서의 법의 성질론'이라고 부를 수 있는 것이다. 즉 그에 따르면, "무릇 법이란 항상 어떤 특정한 사회를 대상으로 해서 만들어지는 것이다. 법은 사회생활을 규율하는 것이기 때문에, 어떤 사회가 있고서 비로소 그것에 수반되는 법이 있는 것이다. 국가가 어떤 법률을 제정할 때는 항상 어떤 특정한 사회를 안중에 두고 그 사회를 규율하기 위해서 그 법률을 만드는 것이다. 따라서 특히 그것을 다른 사회에도 시행한다고 정하지 않는 한은 당연히는 다른 사회에서 효력을 가지는 것이 아니다. 이것은 법률이라는 것의 성질상 당연한 것이며, 굳이 법률의 명문에 의해 비로소 명확하게 되는 것이 아니다." 즉 법은 항상 일정한 사회를 전제로 해서만 성립되는 것이다. 美濃部에 따르면 이것은 헌법의 경우에도 마찬가지이며, 「대일본제국헌법」은 "일본제국의 사회생활이 헌법정치를 실시하기에 적당하다고 인정해서 비로소 실시된 것이다." 따라서 "완전히 다른 사회생활을 영위하고 있는 조선이나 대만에, 아무리 그것이 일본의 영토가 되었다고 해서, 그 영토가 된 그 순간부터 즉시 당연히 실시된다고" 할 수는 도저히 없는 것이다. 그러나 그렇다고 식민지에 헌법을 절대로 적용할 수 없는 것도 아니다. 단지 그들 식민지에 헌법이 적용되기 위해서는 "새로이 그것을 시행한다는 취지를 정하지 않으면 안되는 것"이다.[44]

그런데 문제는 그 시행의 취지를 정하는 것은 명시적인 규정에 의해서만이 아니라 "묵시의 규정"에 의해서도 가능하다는 것이다. 묵시의 규정으로도 가능하다는 것은, 일본에서는 "헌법을 신영토에 시행하는 데는 반드시 법률로써 할 것을 요하지 않기 때문이다. 군주의 대권으로 임의로 그 시행 시기를 정할 수 있으며, 그것을 정하는 것은 반드시 명문의 규정을 필요로 하지 않"기 때문이

43) 美濃部達吉, 앞의 글, 1057면.
44) 美濃部達吉, 앞의 글, 1063-1065면.

다. 그렇다면 어떻게 해서 천황은 그러한 권한을 가지는가? 왜냐하면, 천황은 헌법이전의 무제한의 권력을 가지는 존재이기 때문이다. 즉 "군주의 권력은 헌법에 의해 비로소 주어진 것이 아니라, 헌법 이전부터 이미 圓滿無制限의 권력으로서 존재하며, 헌법은 단지 그것에 제한을 가한 것일 뿐이다. 헌법의 제한 밖에서는 군주는 여전히 무한한 권력을" 가지며, 따라서 식민지에서는 천황의 통치권은 "완전히 무제한"이어서 천황은 "자유로이 어떻게든 정할 수 있기 때문이다."[45] 여기에서 '입헌주의자' 美濃部에게도 천황은 초헌법적·전헌법적 절대자였음이 드러난다. 그에게 천황의 통치권은 태양이며 헌법은 단지 그 태양을 가리는 遮陽에 불과한 것이었다. 그리하여 "태양이 천하를 빠짐없이 비추듯이 제국의 통치권은 제국영토의 전부에 미치며, 조약의 결과에 따라서는 외국도 비출 수 있다." 그에 비해 차양은 일본사회만을 덮어 가리는 것이다. 따라서 "그 차양을 넓혀 바깥의 장소까지도 가리고자 한다면, 새로이 그 차양을 넓혀 만들지 않으면 안된다. 아무것도 하지 않고 차양이 자연히 넓어지는 것은 아니다."[46] 그런데 바로 그 차양을 넓힐 것인가 말 것인가, 또는 얼마나 넓힐 것인가는 오로지 천황의 자의에 맡겨져 있는 것이었다.

결국 美濃部에 따르면 식민지에의 헌법적용이라는 문제는 전적으로 천황의 자의에 맡겨진 문제였다. 그런데 美濃部는 이와같은 법리론에서 한걸음 더 나아가, 정책적으로 보아 식민지에 헌법을 적용하는 것은 극히 부적당·부조리하고 또 실제로 불가능하다고 주장했다.[47] 그 첫번째 논거는 서양의 식민지에서의 실태였다. 즉 "식민지에 본국과 동일한 헌법을 시행하고 있는 나라가 세계 어디에 있는가"라는 것이었다.[48] 그러나 서양 국가들의 식민지에서의 헌법적용의 실태는 완전적용에서 부터 부분적용, 그리고 완전비적용에 이르기까지 극히 다양하고, 부분적용의 경우에도 구체적인 경우에 그 적용정도는 큰 차이가 있을 뿐만

45) 美濃部達吉, 「律令と憲法との關係を論ず」, 269-271면.
46) 美濃部達吉, 「帝國憲法は新領土に行はるるや否や」, 1065면.
47) 美濃部達吉, 앞의 글, 1056, 1064면 ; 美濃部達吉, 『憲法講話』, 532, 535면.
48) 美濃部達吉, 「帝國憲法は新領土に行はるるや否や」, 1050면 ; 『憲法講話』, 有斐閣, 1912, 535면.

아니라, 같은 규정을 놓고서도 그것이 헌법이 적용된 결과인가에 대해서는 학설이 다양하게 갈리고 있었다.[49] 따라서 외국의 입법례는 적극적인 논거는 될 수 없는 것이었다.

두번째 보다 중요한 논거는 앞서 살펴 본 '사회현상으로서의 법의 성질론'이었다. 즉 법이란 일정한 사회에 수반되는 것이라는 것이었다.

여기에서도 먼저 美濃部는 「대일본제국헌법」은 일본사회에 수반되는 것이므로 식민지에 적용하는 것은 타당하지 않다고 주장했다. 즉 「대일본제국헌법」은 "제정당시의 영토만을 안중에 두었으며 신영토의 취득은 예상하지 않"았다. 바로 그것이 헌법 자체가 시행구역을 규정하지 않은 이유이다. 그것은 "법 그 자체의 성질로부터 당연히 추측할 수 있는 논리상의 필연이다. 신영토의 사회상태는 미지의 문제이며, 미지의 사회에 대해 법을 제정하는 것은 법이 사회현상이라는 성질에 반하는 것"이기 때문이다.[50] 따라서 식민지에 당연히 헌법을 적용하는 것은 타당하지 않다는 것이다. 그러나 이 주장은 명백히 역사적인 사실에 반한다. 「대일본제국헌법」의 시행 전에도 영토의 획득에 대해 외국과의 교섭은 행해졌으며, 실제로도 1875년의 千島·樺太 교환과 같이 영토획득의 사실이 존재했던 것이다. 따라서 「대일본제국헌법」 제정당시에 식민지 획득을 예상할 수 없었다고 하는 것은 명백한 잘못이었다.[51]

다음으로 美濃部는 식민지 사회가 일본의 그것과는 다르기 때문에, 보다 정확하게는 低劣하기 때문에 헌법을 식민지에 적용할 수 없다고 주장했다. 즉 식민지는 "완전히 다른 사회생활을 영위하고 있는" 지역이다. 특히 식민지 조선은 "그 병합전 구한국시대에는 말할 것도 없이 전제정치였으며, 헌법정치 따위는 꿈도 꾸지 못했다." 그리고 '병합' 후에도 그 상태는 계속되고 있다.[52] 그러나 식

---

49) 清宮四郎, 「帝國憲法の外地適用」, 『外地法序說』, 58-63면 ; 中村哲, 「植民地統治法と憲法」, 『植民地統治法の根本問題』, 1-23면.

50) 美濃部達吉, 「律令と憲法との關係を論ず」, 267면.

51) 清宮四郎, 「帝國憲法の外地適用」, 66면.

52) 美濃部達吉, 「帝國憲法は新領土に行はるるや否や」, 1069면.

민지와 일본의 차이는 단지 전자가 전제정치라는 데 그치는 것이 아니었다. 美濃部의 머리 속에는 식민지에 대한 보다 근원적인 경멸감과 경계심이 자리잡고 있었다. 그래서 그는 헌법적용론자에 대해 "만일 헌법이 당연히 신영토에 시행된다고 한다면, 장래 어떠한 신영토를 취득하더라도 당연히 헌법의 효력이 그 신영토에 미친다고 하지 않을 수 없다. 그 사회상태가 얼마나 저급하고, 인민이 얼마나 야만인가를 물을 수 없다. 따라서 예컨대 아프리카와 같은 야만의 지역에 장래 우리나라의 영토가 확장된다고 가정하면, 그 야만의 인민은 우리나라의 영토에 편입됨과 동시에 즉시 헌법상의 권리의 보장을 향유하지 않으면 안되고, 의회의 협찬을 거친 법률에 의하지 않으면 그 자유 및 소유권을 침해받아서는 안된다. 논자는 과연 이렇게 주장할 용기가 있는가"라고 소리높여 물었던 것이며, "신영토의 인민이라고 하면, 대개는 인종·민족도 본국의 인민과는 다르며, 가령 그렇지 않다고 해도 마음 속으로부터 본국에 심복하고 있는 자가 아니다. 그것을 祖先이래 본국의 忠良한 신민인 재래의 신민과 동일하게 취급하고자 해도 그것이 실패로 끝나는 것은 조금도 이상할 것이 없는 것이다"[53] 라고 주장했던 것이다.

이와같은 주장에 입각하면 결국 美濃部의 경우 식민지의 법상황은 다음과 같다. 즉 식민지는 사회생활이 다르다. 따라서 그 "사회생활의 규율인 법률도 또한 원래대로 계속되어야 하는 것은 당연하다." 다만 "통치권은 병합과 함께 한국으로부터 일본에 이전된 것"이므로, 그 법률들은 "일본의 법률로써 효력을 가지는 것"이다.[54] 그러나 보다 근본적으로는 식민지에는 천황의 무제한의 권력이 존재하므로, 그것은 "무릇 대권의 適宜의 행동에 의해 통치되는 것이다." 물론 식민지 인민이 "완전히 일본에 동화되어 재래의 제국신민과 구별할 수 없는 때"에는 헌법이 적용되어 그들도 헌법상의 권리를 가질 수 있다.[55] 그러나 식민지 인민이 완전히 동화되었는지의 여부는 다시 천황이 판단하는 것이다. 왜냐하면, 식민지

53) 美濃部達吉, 앞의 글, 1051-1052면.
54) 美濃部達吉, 앞의 글, 1066면.
55) 美濃部達吉, 『憲法講話』, 547면.

에의 헌법적용은 전적으로 천황에게 맡겨져 있는 것이기 때문이다.

요컨대 美濃部의 전기의 주장은, 국민의 권리, 권력분립 및 사법권의 독립을 중심으로 한 「대일본제국헌법」의 입헌주의적인 이해 위에서, 그러한 의미의 헌법이 식민지에 적용되고 있지 않다고 하는 현실적인 판단에 입각한 것이기는 했지만, 식민지에 대한 경멸감 및 경계심을 가슴 속에 품고서, '사회현상으로서의 법의 성질'이라는 논리를 내세워, 결국 헌법의 적용을 포함한 식민지 지배 그 자체를 전적으로 천황의 자의에 맡기는 것이었다고 할 수 있다. 따라서 그의 전기의 주장은 '소극설'이라기 보다는 '천황자의설'이라고 부르는 것이 더 타당한 것이었다. 거기에는 사회생활이 다르면 법도 달라야 한다라는 그 자체로는 정당한 주장이 내포되어 있었으나, 왜 사회생활이 다른 식민지에 천황의 통치권이 미치지 않으면 안되는가. 즉 왜 식민지는 일본의 영토가 되지 않으면 안되며, 그 인민은 천황의 신민이 되지 않으면 안되는가. 그리고 식민지 조선에서 계속 효력을 가져야 한다고 주장되는 한국의 법령들은 왜 '일본의 법률'로써 효력을 가지지 않으면 안되는가에 대한 의문은 전혀 포함되어 있지 않았다. 이 모든 의문들은 무제한의 권력을 가진 절대자로서의 천황의 존재라는 美濃部의 전제 위에서는 생겨날 여지가 없었던 것이다.[56]

2) 후기의 주장

美濃部의 주장은 1923년의 『憲法撮要』 초판 이후 일단 외형상은 수정되었다. 즉 「대일본제국헌법」의 식민지에의 적용여부는 완전히 천황의 자의에 맡겨지는

56) 중등교원들 앞에서 행한 강연에서 "최근의 세계의 정치상태에서 식민지정책은 세계강국들의 가장 중요한 정책을 이루고 있는 것이다. 소위 제국주의라고 하는 것도 결국은 식민지정책에 다름아니며, 식민지가 번성한 나라는 곧 국세가 번성한 나라이며, 국운의 進暢의 가장 현저한 특징은 그 식민지에 있다고 일컬어질 정도이다." "일본도 또한 叡聖文武하신 천황폐하의 御稜威에 의해, 최근에는 점차 영토를 확장하여 식민지를 취득할 수 있게 되었는데, 그 충분한 발달은 여전히 국민의 장래의 노력을 기다리지 않으면 안된다" 라고 주장하여 마지 않았던 美濃部의 '제국주의성'도 그 한 원인이었을 것이다. 美濃部達吉, 앞의 책, 525면.

것이 아니라, 조문의 성질에 따라 그중 일부는 당연히 식민지에도 적용된다고 주장하게 된 것이다.

먼저 『憲法撮要』 제4판에서 美濃部는 헌법이 식민지에 "시행되는가 않는가에 대해서는 헌법의 각조항에 대해 구별할 필요가 있다"고 주장했다. 즉 식민지에의 헌법적용문제에 관한 한 헌법은 불가분의 일체를 이루는 것이 아니라는 것이다.

美濃部에 따르면 헌법 중에는 첫째, "그 성질상 필연적으로 국가에 수반되어, 국가의 통치권이 행해지는 곳이면 영토의 전부는 물론 영토밖에서도 적어도 그 통치권이 행해지는 한 당연히 그 효력을 미쳐야 하는 것"이 있다. 거기에 해당되는 것은 "국가의 최고중추기관의 조직에 관한 규정", 구체적으로는 "천황, 섭정, 국무대신, 추밀고문 및 제국의회의 조직·권한에 관한 규정"이다. 이들 규정은 "그 성질상 그 시행구역이 한정될 수 있는 것이 아니며, 내지와 식민지를 묻지 않고 또 제국의 완전한 영토인가 아닌가를 묻지 않고, 항상 동일하게 적용되는 것이다." 그리하여 식민지에서도 "만세일계의 천황이 그것을 통치하는 것은 마찬가지이며, 천황에게 故障이 있어 섭정을 두는 경우에는 섭정이 대신 대권을 행사하며, 대권의 행사에는 국무대신의 보필을 요하며, 그 통치에 관해 법률을 발해야 할 경우에는 의회가 그것에 협찬하는" 것이다.[57] 여기에서 제시된 기준은 언뜻 보기에는 명료한 듯하다. 그러나 왜 그 규정들만이 "필연적으로 국가에 수반"되는 것인가는 단지 "그 성질상"이라고만 설명되어 있어 실제로는 아무런 기준도 제시하지 않는 것과 마찬가지가 아닌가라는 의문이 생긴다. 이 의문에 대해 美濃部는 "통치권"이라는 것을 매개항으로 설정하여 대답하고 있는지도 모른다. 즉 통치권은 당연히 국가에 수반되는 것이며, 따라서 통치권 그 자체에 관한 규정들은 당연히 국가에 수반되는 것이다라고 대답하고 있는지도 모른다. 그리하여 식민지 지배에 관한 법률을 제정하는 경우에도 "의회가 그것에 협찬"한다라는 설명은, 그의 주장이 통치권 그 자체에 관한 모든 조항이 식민지에도 적

57) 美濃部達吉, 『憲法撮要』(訂正4版), 有斐閣, 1926, 194-195면.

용된다는 의미인지도 모른다. 그렇다면 '통치권이라는 국가의 핵심작용에 대한 규정은 식민지에도 적용된다'라는 일반적인 원칙이 성립될 듯도 하다. 그러나 만일 이것이 美濃部가 주장한 일반원칙이라고 한다면, 전기에는 헌법의 적용을 전적으로 천황의 자의에 맡김으로써 위헌논의의 밖에 두었던 「법률 30호」 등은 어떻게 설명될 것인가라는 문제가 생긴다. 입법권 역시 통치권의 일부이므로, 그것에 관한 헌법 제5조도 당연히 식민지에도 적용된다고 하지 않을 수 없고, 그렇다면 「법률 30호」와 헌법 제5조는 상충되는 것이 아닌가라는 문제가 당연히 제기되지 않을 수 없기 때문이다. 이에 대해 『憲法撮要』 제4판에서는 아무런 설명이 없다. 그런데 같은 책 제5판에서는 美濃部는, 아무런 이유의 설명도 없이, "입법권에 관한 헌법의 규정(5조, 8조, 9조[58])" 즉 보다 정확하게는 의회의 간섭을 받는 입법권에 관한 규정은 식민지에 적용되지 않는다라고 주장했다. 그러나 또한 그에 따르면, 그 조항들이 식민지에 적용되지 않는다는 것은 식민지에 관한 입법에 대한 의회의 협찬 가능성을 완전히 배제하는 것도 아니다. 즉, "식민지도 원래 천황이 통치하는 곳이며, 의회는 천황의 통치에 翼贊하는 기관이므로, 식민지의 입법에 대해서도 천황은 의회의 協贊을 거쳐 이를 행할 수 있을 것임은 말할 것도 없다. 단지 식민지에서는 이 원칙이 헌법상의 요건이 아닐 뿐이다."[59] 결국 「법률 30호」 등은 의회의 협찬에 관한 헌법 조항이 식민지에 적용되지 않으므로 위헌여부가 문제가 될 수 없는 것이지만, 헌법이 적용되지 않는 부분에 대해서는 천황이 마음대로 할 수 있는 것이기 때문에 그 법률들의 규정과는 달리 식민지에 관한 법률이 의회의 협찬에 의해 제정된다 하더라도 아무런 문제가 없는 것이 된다. 그리고 이러한 주장과 관련지워 이해한다면, 제4판에

58) 第8條 天皇은 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 대신할 勅令을 發한다. 이 勅令은 다음 會期에 帝國議會에 提出해야 한다. 만일 議會에서 承諾하지 않을 때는, 政府는 將來에 향해 그 效力을 喪失함을 公布해야 한다. 第9條 天皇은 法律을 執行하기 위해, 또는 公共의 安寧秩序를 保持하고 臣民의 幸福을 增進하기 위해 必要한 命令을 發하거나 發하게 한다. 단 命令으로 法律을 變更할 수 없다.

59) 美濃部達吉, 『憲法撮要』(改訂5版), 有斐閣, 1932, 198면.

서의 "그 통치에 관해 법률을 발해야 할 경우에는 의회가 그것에 협찬"한다라는 설명은 결국 의회가 헌법규정에 의해 당연히 협찬할 권한을 가진다라는 의미가 아니라, 천황이 협찬을 하라고 할 경우에 그 명을 받아 협찬할 수도 있다라는 것이 된다. 그렇다면 결국 식민지에도 당연히 적용되는, "그 성질상 필연적으로 국가에 수반하여, 국가의 통치권이 행해지는 곳이면 영토의 전부는 물론 영토밖에서도 적어도 그 통치권이 행해지는 한 당연히 그 효력을 미쳐야 하는 것"이란 통치권에 관한 규정 중 의회의 권한에 관한 규정을 제외한 부분, 즉 천황의 절대적 지배에 관한 규정만이라는 것이 되는 것이다.

美濃部에 따르면, 헌법 중에는 위의 규정들 외에 "통치의 방법 및 신민의 권리의무에 관한 각종의 규정"이 포함되어 있다. 그런데 "이 종류의 규정은 반드시 전국에 공통될 것을 요하지 않으며, 국가는 필요에 따라 혹은 이를 시행할 수도 있고 혹은 이를 시행하지 않을 수도 있다." 이들 조항의 시행여부에 대해서는 "헌법은 아무런 규정도 두지 있지 않으므로, 그 문제의 결정은 오로지 조리에 기초하지 않을 수 없다." 그러면 그 '조리'란 무엇인가? 美濃部는 여기에서 다시 전기에 주장했던 '사회현상으로서의 법의 성질론'을 끌어 들였다. 즉 사회생활이 다르므로 법도 다를 수 밖에 없다는 것이 그가 말하는 '조리'였다. 그런데 특히 "국민자치주의와 자유평등주의의 사상"에 대해서는 "사회의 문화의 상당한 발달과 국민의 국가에 대한 충실심"을 조리의 구체적인 내용으로 제시하여, "신영토가 이 전제를 구비하지 않는 경우에는 이 주의에 기초하는 헌법의 규정을 바로 신영토에 시행할 수 있는 것이 아니다"라고 주장했다. 그리고 조선을 비롯한 식민지는 바로 그 전제가 결여되어 있기 때문에, 신민의 권리는 보장되지 않고, 입법권과 행정권의 분립·사법권의 독립도 인정되지 않아 "오늘날도 여전히 법률상의 의의에 있어서의 식민지로서 취급되는 것은 의심할 여지가 없다"라고 주장했다. 그러면 그 전제의 구비여부는 누가 판단하는가? 그것도 전기와 마찬가지였다. "이들 규정을 신영토에 시행하느냐 않느냐는 오로지 각경우의 국가의 의사에 의해 정해져야" 하는 것이었다. 즉 천황의 자의적인 판단에 따르는 것이었다. 그리고 헌법 적용의 형식도 전기와 마찬가지였다. "우리 헌법에는

그 시행구역에 관한 규정을 두지 않으므로, 그 시행구역을 확장하는 데도 굳이 헌법개정의 절차를 거칠 필요가 없다. 官制의 개정에 의해 이들 지역의 행정조직을 內地와 동일하게 하고, 법률의 개정에 의해 이들 지역에도 內地와 동일한 국법을 시행하기에 이르면, 이것이 곧 이들 지역을 내지에 편입하는 것으로, 헌법은 이것에 의해 당연히 이들 지역에 시행되기에 이르는 것이다." 즉 이것 역시 천황의 자의적인 판단에 따르는 것이었다.[60] 결국 신민의 권리와 권렵분립에 관한 규정의 식민지에의 적용은 전적으로 천황의 자의적인 판단에 달린 문제라는 것이 되는 것이다.

요컨대 美濃部는 『憲法撮要』에서는, 헌법의 규정을 '필연적으로 국가에 수반되는 것', '통치권 그 자체에 관한 것'과 '통치의 방법 및 신민의 권리 의무에 관한 것'이라는 기준으로 분류하고, 전자에 속하는 규정은 당연히 식민지에 적용되지만 후자에 속하는 규정의 식민지에의 적용은 '국가의 의사'에 달린 것이라고 하면서, 추가적으로 '사회의 문화의 상당한 발달과 국민의 국가에 대한 충실심'이라는 기준을 동원하고 있다. 그러나 이들 기준을 동원한 결과는 결국 천황의 절대적 지배에 관한 규정은 당연히 식민지에도 적용되고 그 외의 규정은 전적으로 천황의 자의적인 판단에 따라 식민지에 적용될 수도 적용되지 않을 수도 있다는 것이었다.

한편 『逐條憲法精義』에서는 美濃部의 논리는 보다 복잡해진다. 그는 우선, 속지법과 속인법이라는 구별기준을 제시한다. 즉 그에 따르면, "무릇 법규에는, 속지적 성질의 법규와 속인적 성질의 법규의 구별이 존재한다. 屬地法이란, 일정한 시행구역을 가지며 그 구역내에서만 효력을 가지는 법이며," "법률의 시행구역 여하의 문제를 낳는 것은 단지 이러한 종류의 법률에 대해서만이다." 이에 대해 屬人法은 "일정한 신분을 가지는 사람만을 지배"하는 법으로서, 이러한 "속인법에 대해서는 시행구역의 문제는 발생하지 않는다." 그리고 이러한 "속인법과 마찬가지의 성질을 가지는 것으로, 선박법과 같이 물건에 추수되는 법, 회계법과

60) 美濃部達吉, 『憲法撮要』(訂正4版), 194-197면.

같이 사건에 추수되는 법이 있고, 그 어느 것이나 시행구역이 한정되는 것이 아니다." 헌법의 규정이 그 중 어떤 성질을 가지는가는 "헌법의 각조항에 따라 구별되지 않으면 안되는 것"이다.

그런데 각 헌법 조항에 대한 구체적인 설명에 들어가서는, 美濃部는 가장 먼저 "국가 그 자체에 추수되는 것"에 해당하는 규정에 대해 설명한다. 즉 그에 따르면, "첫째, 국가의 통일적 성질에 기초하여, 적어도 국가의 통치권이 미치는 한은, 그 장소가 어디이든지를 묻지 않고, 필연적으로 동일한 규정에 따르지 않으면 안되는 규정"이 있는데, 거기에는 헌법 제1조, 제2조, 제3조 및 제4조 전단이 해당되며, "이러한 종류의 규정은 국가 그 자체에 추수되는 것으로, 그 시행구역을 한정할 수 있는 성질의 것이 아니라는 것은 극히 명료하다." 美濃部는 이렇게 설명하고 나서, 그외의 조항에 대한 설명으로 넘어가는데, 그에 따르면 "속지법인가 아닌가"가 문제가 되는 것은 이 "그외의 各條의 규정에 대해서"이다. 그리하여 그에 따르면, (1) 제1장의 천황의 대권 중에서는, 제6조, 제7조 및 제10조 이하 제16조까지의 대권은, "성질상 시행구역이 한정될 수 있는 것이 아니라는 것은 명료하다." 그러나 같은 천황의 대권이라도 "제5조의 입법권, 제8조의 긴급명령권 및 제9조의 명령권은 원칙적으로 속지적인 대권이라고 인정하지 않으면 안된다." 그 이유는 "입법권이든 긴급명령 또는 보통의 명령이든 그것 자체가 속지적인 효력을 가지는 것을 원칙으로 하는 것이며, 따라서 그것을 발하는 대권도 또한 원칙적으로 속지적 효력을 가지는 것이지 않으면 안되기 때문이다." (2) 제2장의 신민의 권리 의무 중에서는, "제18조의 신민의 요건, 제19조의 公務에 취임할 수 있는 능력 및 제20조의 병역의무에 관한 규정만은, 일본신민으로서의 신분에 수반되는 것으로, 속인법의 성질을 가지지만, 그외의 규정은 헌법에서는 똑같이 '일본신민은'이라는 문자를 사용하고 있음에도 불구하고, 성질상 속지법이라고 보아야 할 것이다." (3) 제3장 제국의회와 제4장 국무대신과 추밀고문의 규정은 "모두 속지적 성질을 가지지 않는다." (4) 제5장의 사법에 관한 규정은 "모두 속지법이라고 보아야 한다. 사법조직은 천황 아래의 제2차적 기관이며, 그것은 당연히 일정한 관할구역을 가져야 하는 것"이기 때문이

다. (5) 제6장의 규정 중에서는, "국민의 납세의무는 성질상 속지적이며", 따라서 그에 관한 규정들은 속지법이지만, "그외의 규정은 모두 국가의 회계에 관한 것이며, 따라서 그것은 국가에 부수하므로 시행구역이 한정되는 것이 아니다."[61]

언뜻 보기에 매우 새심하게 구성된 듯한 위의 주장은 그러나 너무나도 많은 문제성을 내포하고 있는 것이었다. 우선 무엇보다도 구별기준이 무엇인가가 문제이다. 美濃部는 속지법과 속인법의 구별이 기준인 듯이 설명을 시작했다. 그런데 각 헌법조항에 대한 설명에서는 "국가 그 자체에 추수되는 것"이라는 별도의 기준이 첫머리에 등장한다. 그리고 속인법으로 분류된 것은 제18조, 제19조 및 제20조 뿐이었다. 게다가 같은 책의 다른 부분에서는 제2장 신민의 권리의무는 그 전체가 속지법이라고 주장하기도 했다. 그 이유는 그 규정들에 모두 법률유보가 붙어 있는데, 입법권에 관한 의회의 협찬이 규정된 제5조가 속지법이기 때문이다라는 것이었다.[62] 이렇게 되면 속인법이라는 것은 구별기준의 요소가 아닌 것이 된다. 즉 구체적인 설명과정에서 美濃部의 구별기준은 "국가 그 자체에 추수되는 것" 혹은 "성질상 시행구역이 한정될 수 없는 것"인가 아니면 속지법인가라는 것으로 슬그머니 변질되어 버린 것이다. 그런데 전자에 해당되는 것은 제1조에서 제4조 전단까지, 제5조·제8조·제9조를 제외한 천황의 대권규정, 제국의회와 국무대신 및 추밀고문에 관한 규정, 및 회계에 관한 규정, 한마디로 천황의 절대적 지배에 관한 규정이었다. 이에 반해 후자에 해당되는 것은, 입법에 관한 의회의 권한에 관한 규정, 신민의 권리·의무에 관한 규정 및 사법에 관한 규정이었다. 이것은 말할 것도 없이 『憲法撮要』에서의 주장과 일치하는 것이다. 다만 "통치의 방법 및 신민의 권리의무에 관한 각종의 규정"이 속지법이라고 이름붙여진 것이 다를 뿐이다. 결국 여기에서도 美濃部의 주장은 천황의 절대적 지배에 관한 규정만이 당연히 식민지에도 적용된다는 것이었다. 속지법과 속인법이라는 구별기준이란 사실은 그 주장을 덮고 있는 그럴듯한 치장에 불과한

61) 美濃部達吉, 『逐條憲法精義』, 有斐閣, 1927, 36-39면.

62) 그리고는 곧 이어 美濃部는 제20조의 병역의무는 속인법이라고 주장하기도 했다. 美濃部達吉, 앞의 책, 339-354면.

것이었던 것이다.

다음으로 문제가 되는 것은 구별의 근거가 무엇인가라는 것이다. 이 문제는 물론 속지법과 속인법의 구별에 대해서도 말할 수 있는 것이지만, 위에서 살펴본 것처럼, 그것이 아무런 실질적인 의미를 가지지 않은 것이었으므로, 결국 그것은 "국가 그 자체에 추수되는 것"과 속지법을 구별하는 근거는 무엇인가라는 문제가 된다. 이에 대해 美濃部는 "성질상" "명료하다"라고만 주장하고 있다. 다만 속지법에 관해서는 『憲法撮要』에서와 마찬가지로 '사회현상으로서의 법의 성질론'에 의한 성격규정이 시도되었다. 즉 그에 따르면, "속지법은 일정한 지역을 한정하여 그 지역에만 효력을 가지는 규정이다. 이러한 종류의 법규는 어떤 지역내의 사회를 안중에 두고, 그 사회를 규율하기 위해 규정되어 있는 것으로, 그 지역 이외의 사회규율로서는 적용할 수 없는 것이다." 그래서 그러한 속지법은 "사회의 변경에만 수반되는 것이지 않으면 안된다."[63] 그러나 이에 대해서는 다시 그러한 판단은 누가 어떻게 하는가라는 질문이 던져지지 않을 수 없다. 이에 관한 美濃部의 주장도 또한 『憲法撮要』에서와 동일하다. 그것은 "국가의 정책의 문제"였다. 즉 무엇이 속지법인가, 또 그 속지법이 시행될만한 조건을 식민지 사회가 갖추고 있는가는 오로지 국가의 정책, 결국 천황의 자의에 맡겨진 것이었다. 그리고 장차 식민지에 헌법을 적용하기 위해 필요한 절차 또한 천황의 자의에 맡겨진 것이었다.[64][65]

---

63) 美濃部達吉, 앞의 책, 39-40면.

64) 美濃部達吉, 앞의 책, 41, 45-46면.

65) 美濃部의 주장은 그외에도 다음과 같은 문제점들을 내포하고 있었다. 첫째, 그의 기준은 원래 일본인이었던 일본신민에게는 적용되지 않았다. 즉 구별기준의 일반성이 결여되어 있었다. 그에 따르면 "헌법중의 입법권 및 사법권에 관한 규정 및 그것에 수반되는 법치주의에 대한 규정은, 일반적으로는 속지법으로서 內地에만 시행되는 것이지만, 외국에 있는 일본신민에 대해서는, 그 소재국의 국법이 적용되지 않는 사항에 대해, 또 일의 성질이 허용하는 한, 內地에서와 마찬가지의 효력 따라서 속인적 효력을 낳는 것이다." 美濃部達吉, 앞의 책, 49면. 둘째, 美濃部의 주장은 그의 헌법사상의 전체틀 속에서 심각한 왜곡을 초래하는 것이었다. 이것은 특히 제4조 후단과 관련해서 그러한데, 그 조항은 그의 입헌주의의 주내용인 법치주의의 가장 중요한 논거의 하나를 이루는 것이다. 그런데 그에 따르

요컨대, 『逐條憲法精義』에서의 美濃部의 주장도, 비록 속지법과 속인법이라는 구별기준으로 치장된 것이기는 하였지만, 결국 천황의 절대적 지배에 관한 규정은 당연히 식민지에도 적용되고 그 외의 규정은 전적으로 천황의 자의적인 판단에 따라 식민지에 적용될 수도 적용되지 않을 수도 있다는 것이었다.

3) 小結

위에서 美濃部의 주장을 전기와 후기로 나누어 살펴보았다. 그 차이는 전기에는 식민지에의 헌법적용의 문제가 전적으로 천황의 자의에 맡겨진 것이었음에 대해, 후기에는 일정한 조항의 경우 당연히 식민지에도 적용된다고 한 점이었다. 그런데 그 일정한 조항이란 곧 천황의 절대적 지배에 관한 조항들이었다. 반대로 배제된 것은 천황의 절대적 지배를 제약하는 조항들, 구체적으로는 의회의 협찬, 신민의 권리 및 사법권의 독립에 관한 조항들이었다. 그리고 이 조항들의 식민지에의 적용은 다시 천황의 자의에 맡겨진 것이었다. 이렇게 본다면 전기와 후기의 차이는 천황의 절대적 지배에 관한 「대일본제국헌법」의 조항들, 특히 제1조, 제2조, 제3조 및 제4조 전단이 적용된다고 하는가 아닌가라는 점에 집약된다고 할 수 있다. 그런데 이것은 사실상 전기와 후기의 구별을 무색하게 만드는 것이다. 이들 조항만은 당연히 식민지에도 적용된다고 하는 것은 전기의 주장 속에도 아무런 무리없이 포섭될 수 있으며, 오히려 그 주장을 더욱 선명하게 하는 것이라고 할 것이기 때문이다. 또한 후기의 주장에서 식민지에의 헌법적용을 결정하는 천황의 자의의 근거는 무엇인가라는 의문은, 결국은 전기의 주장 속에서의 무제한의 권력을 가진 절대자로서의 천황의 존재라는 것에 의해, 즉 천황신앙에 의해 대답될 수 밖에 없을 것이기 때문이다.

그러면 형식적이나마 美濃部가 그 주장을 바꾼 것은 왜일까? 美濃部의 명시적인 '改說의 辯'은 발견되지 않지만 다음과 같은 요인들이 작용한 결과라고 추측해 볼 수 있으리라고 생각된다. 첫째는 전기와 후기 사이에는 10여년의 기간

면, "본조의 규정은 원칙적으로는 식민지에도 적용되지만, 단지 헌법의 각조항 중에는 그 성질상 예외적으로 식민지에 적용되지 않는 것이 있는 것이다." 美濃部達吉, 앞의 책, 59, 133, 135면. 여기에서 美濃部의 대원칙은 너무나도 쉽게 깨어져 버린 것이다.

이 가로놓여 있으며, 그동안에도 "형식상은 마치 헌법에 따르고 있는 듯한 외형을 가장한"[66] 일본정부의 식민지정책이 계속되었고, 특히 1919년 식민지 조선에서의 3·1운동 이후에는 '一視同仁'이 강조되었다는 사실이다. '현실주의자' 美濃部가 그러한 사실을 무시하고 식민지를 헌법과 완전히 무관한 상태로 둘 수는 없었을 것이다. 둘째는 '만일 식민지에는 헌법이 적용되지 않는다고 한다면, 그곳에서의 통치권의 총람자는 누구인가가 적어도 헌법에 의해서는 설명될 수 없다' 고 하는 佐佐木 등의 비판이다. '입헌주의자' 美濃部가 그것을 묵묵히 감내하기는 힘들었을 것이다.

이러한 요인들에 의해 美濃部는, 식민지에도 "헌법의 규정이 속지법의 성질을 가지는 것을 제외하고는, 적용되어야 하는 것은 당연하"다라는 의미에서, 식민지에 대한 통치도 "헌법에 의한 통치"라고 주장하지 않을 수 없었을 것이다. 그러나 그것은 결국 '천황의 절대적 지배'와 같은 의미였으며, 따라서 전기의 주장과 아무런 차이가 없는 것이었다.

요컨대 美濃部의 주장은 일관하여 식민지에의 헌법적용의 문제는 무제한의 권력을 가진 절대자인 천황의 자의에 맡겨진 것이었으며, 바로 그러한 천황의 존재를 규정한 헌법조항만이 당연히 식민지에도 적용된다라는 것이었다고 할 수 있는 것이다.

3. 淸宮四郞의 주장

美濃部의 주장을 보다 선명하게 제시한 것은 그의 제자이자 경성제국대학 헌법학교수였던 淸宮四郞(키요미야 시로오 ; 1898-1989)였다. 淸宮는 1940년에 발표한 「帝國憲法の外地適用」이라는 논문에서, 기존의 주장을 전면적 비통용설·전면적 통용설·일부통용설로 분류하여 설명하는 가운데, 美濃部의 『逐條憲法精義』에서의 주장에 공감을 표시하는 한편으로, 그 구별의 근거가 모호하다고 지적하면서, 그것의 명료화를 시도했다.

---

66) 美濃部達吉, 『憲法講話』, 544면.

그는 먼저, 식민지도 "제국에 속하며 제국의 통치권에 복종한다. 외지에 대한 통치권과 내지에 대한 통치권은, 함께 제국의 통치권으로서, 궁극적으로 어떤 하나의 점에 귀일되고, 통일되고, 일원화되지 않으면 안된다. 외지통치와 내지통치는, 성질상 하나의 綜體統治權에 집중되고, 거기에서 연원하는 것임을 요한다. 그리고 통치권의 통일은, 동시에 통치법의 통일을 의미한다. 외지통지와 내지통치는, 함께 통일적 통치법에서 연원하며, 그것에 기초하는 것이어야만 한다"라고 전제했다. 즉 식민지를 헌법과 완전히 단절시키는 것은 불가능하다는 것을 전제한 것이다. 이것은 앞서 살펴 본 것처럼 美濃部의 후기의 주장을 끌어낸 원인의 하나였다.

그러나 淸宮에 따르면, 그 통일적 통치법인 헌법의 각조항은 균일한 것이 아니며, 그 중에는 "통치의 본원에 관련되며, 통치의 근본의 또 근본에 관한 규범"인 "국가에서 누가 통치의 주체이며, 통치권의 총람자이며, 최고의 통치자인가에 관한 규범" 즉 "基本的 統治法인 憲法"="必要的 綜體憲法(GesamtVerfassung)"과, 그러한 "기본적 통치법에 기초하여, 통치자가, 어떠한 방식으로 통치할 것인가를 정하는 규범" 즉 "派生的 統治法인 憲法"이 함께 포함되어 있다. 그리고 전자는 "성질상, 내지·외지를 묻지 않고, 무릇 제국의 통치가 미치는 곳에서는 반드시 공통되지 않으면 안되는 규범"이며, 이에 대해 후자는 "성질상은, 내지와 외지에 공통될 것을 요하지 않으며, 이원적일 수 있는 것이다." 그리고 후자를 식민지에도 적용할 것인가, 적용한다면 어느 정도로 할 것인가는 전자에 의해 결정된다. 즉 그것이 식민지에의 헌법적용의 근거이다. 그런데 필요적 종체헌법은 구체적으로는 제1조에서 제4조 전단까지의 부분 즉 "우리 제국에서는, 만세일계의 천황이 통치하시며, 천황은 제국의 통치 주체이시며, 통치권을 총람하시며, 최고의 통치자이시다"라는 것으로, 이것은 "성질상 외지도 반드시 내지와 공통되어야 할 것이며, 외지에도 당연히 통용되어야 할" 원칙, "어떠한 수단에 의해서도, 예컨대 헌법개정과 같은 수단에 의해서도, 움직일 수 없는 제국통치의 철칙"이다. 그리고 이 철칙에 따르면, 필요적 종체헌법 이외의 헌법규정들은 "신영역 통치라는 직무에 임하시는 천황의 그때그때의 사정에 따른 裁斷을

기다려 결정"된다. 즉 "기본적 통치법인 부분이 당연히 통용되어야 하는 것 외에는, 완전히 백지"인 것이다. 이것이 "외지의 특수통치의 기초를 이루는 不文綜體憲法이다."[67]

그러나 淸宮의 이러한 설명을 통해서도 필요적 종체헌법은 어떻게 해서 그러한 성질을 가지는 것인가라는 의문은 여전히 남게 된다. 그것은 美濃部의 "국가 그 자체" 혹은 "국가의 통치권"에 수반되는 헌법규정이라는 것의 또 다른 이름에 지나지 않기 때문이다. 淸宮가 추궁하고자 한 것은 바로 그 근거는 무엇인가라는 것이었다. 그럼에도 이에 관한 淸宮의 명시적인 언급은, 필요적 종체헌법은 "우리나라에서 고래로 불문법으로서 존재하고 있"던 것을 성문화한 것이다라는 것 정도이다. 그러나 이것과, 필요적 종체헌법은 "국가에서 누가 통치의 주체이며, 통치권의 총람자이며, 최고의 통치권자인가에 관한 규범"이라고 하는 지적과, 필요적 종체헌법 이외의 헌법규정들의 식민지에의 적용은 "천황의 그때그때의 裁斷"에 의해 결정된다고 하는 지적을 아울러 생각하면 淸宮가 생각한 그 근거라는 것은 충분히 밝혀낼 수 있다. 그것은 다름아닌 무제한의 권력을 가진 절대자로서의 천황에 대한 신앙, 즉 穗積와 上杉가 부르짖은 '國體'인 것이다.

요컨대 淸宮는 美濃部가 마음 속으로는 인정하면서도 선언하기를 주저했던 천황신앙 즉 국체에로의 귀일을 명확하게 선언함으로써 비로소 美濃部가 남긴 불명료성을 제거한 것이었다고 할 수 있는 것이다.

Ⅴ. 맺음말

「대일본제국헌법」과 식민지의 관계에 관하여, 종래 적극설, 소극설, 절충설로 나뉘어 설명되어 온 穗積, 上杉, 佐佐木, 美濃部의 주장을 재검토해 본 결과는, 그 모두가 무제한의 권력을 가지는 절대자인 천황에 관한 규정만이 식민지에 당연히 적용되며, 그 이외에는 전적으로 천황의 자의에 맡겨져 있다라고 주장했

67) 淸宮四郎, 「帝國憲法の外地通用」, 78-82, 85면.

다는 것이다. 淸宮의 주장에 의해 드러난 것처럼 그 모두의 밑바탕에 깔려 있는 것은 결국 천황신앙=국체였으며, 그것이야말로 식민지에 적용된 「대일본제국헌법」의 전부였던 것이다. 그점에서 위의 결과는 그들 각자의 천황에 수렴된 헌법사상의 반영인 동시에 그 증명이라고 할 수 있다. 따라서 "종래 자주 대비되어 온 穗積八束와 美濃部達吉의 학설의 逆轉, 즉 신권적 천황절대주의자라고 평가되는 穗積가 식민지에 대한 헌법의 적용을 인정하고, 입헌파의 대표인 美濃部가 식민지에 대한 헌법의 적용을 부정하고 있다는 것"[68]은 애당초 조금도 문제가 되지 않는다. 같은 맥락에서 위와같은 美濃部의 주장을 부차적인 의미만을 가지는 "일본부르죠아지의 반동적 측면"[69] 혹은 "무의식적인 맹점"[70] 이라고 평가하거나, "그의 사상적 배경인 서양입헌주의의 당연한 반영"[71] 이라고 보는 것은 적절하지 않다. 그것은 美濃部 헌법사상의 '일본적 핵심'과 관련된 것이었기 때문이다.

그러면 위와같은 결과는 '식민지 피지배기 법체계의 기본원리는 무엇이었는가'라는 이글이 제기한 문제와 관련하여 어떠한 의미를 가지는가? 위 네사람의 헌법사상은 우리의 식민지 피지배기에 해당되는 시기의 일본헌법사상사의 중요한 두흐름을 대표하는 것이었다. 즉 그 시기의 일본에서 지배적인 헌법사상이었다고 할 수 있는 것이다. 그렇다면 그 헌법사상들은 곧 당시의 일본인들이 체화할 수 있는 최대한이었다고 할 수 있다. 그리고 이것은 식민지 지배를 담당하여 그 법체계를 만든 일본인들에게도 해당되는 것이었다고 할 수 있다. 그렇다면 위 네사람의 식민지와 「대일본제국헌법」의 관계에 관한 주장은 식민지 지배자였던 일본인들을 통해 그들이 만든 법체계의 기본원리에 일정한 영향을 미쳤을 것이라고 할 수 있다. 물론 그들의 주장이 식민지 피지배기 법체계의 기본원리의 전부였다고 하기는 어렵다. 거기에는 또한 식민지 조선의 인민에 의한 영향

68) 平野武, 「日本統治下の朝鮮の法的地位」, 52면.
69) 長谷川正安, 「憲法學史(中)」, 85면.
70) 家永三郎, 『美濃部達吉の思想史的硏究』, 115면.
71) 平野武, 「日本統治下の朝鮮の法的地位」, 53면.

과 그들에 의해 촉발된 식민지 관료였던 일본인들에 의한 독자적인 영향이 있었을 수도 있다. 그러나 그렇다 하더라도 위 네사람의 주장이 적어도 그 중요한 요소의 하나였음은 부정할 수 없을 것이다.

이러한 추론이 정당하다고 한다면, 식민지 법체계는 위의 주장을 내용으로 하는 기본원리와의 연관성 속에서 검토되어야 할 것이다. 특히 '근대적'인 듯이 보이는 개개의 제도와 사상도 위의 기본원리에 비추어 철저히 분석되고 성격지워져야 할 것이다. 그리고 식민지 피지배기 법체계의 기본원리 및 성격은 이 과제들을 해결해 가는 가운데 또한 보다 선명하게 드러날 것이다.