

특집 : 東아시아에서의 法, 植民主義, 近代性(2)

臺灣法の 近代性と 日本 植民統治*

왕 타이성(王泰升)** · 양희철*** 역

목 차

- I. 서언
- II. 헌정체제
 - 1. 명치헌법의 시행 2. 식민지 입법권의 행사
 - 3. 식민지 행정권 및 군사권의 행사 4. 식민지 사법권의 행사
 - 5. 국민의 기본적 자유권
- III. 행정법
 - 1. 경찰제도 2. 호적과 지적제도
 - 3. 교육과 사상통제 법규
- IV. 형사법
 - 1. 일본 형사법전의 실시와 개정
 - 2. 폭도(匪徒)형벌령 · 치안경찰법과 치안유지법
 - 3. 대형 · 범죄즉결 및 부랑자 단속
- V. 민사법
 - 1. 이전 관례 존수의 원칙 2. 일본 民商法典의 시행과 신분법의 예외
 - 3. 민사소송법전의 실시와 개정 4. 민사소송 調停 제도
- VI. 결론

* 이 논문의 초고는 2002년 9월 27~28일 韓國法史學會와 전남대학교 법률행정연구소(장소 : 전남대학교)가 「동아시아 법 · 식민주의 · 근대성」을 주제로 주최한 국제학술포럼회에서 발표되었다. 이 지면을 빌어 본 논문에 고귀한 의견을 주신 학회와 동료교수님들께 감사드린다.

** 國立臺灣大學 法學科 교수.

*** 國立臺灣大學 法學科 박사과정.

[국문요약]

식민지 대만에서 일본이 만든 법들은 식민지배를 위해 만들어졌지만 근대성에 좋은 영향도 남겼다. 갑작스레 대만을 영유하게 된 일본의 메이지 정부는 헌법 적용 등의 이슈에 대하여 충분히 검토할 여유가 없었지만, 결국 제국헌법이 적용된다고 선언하였다. 이는 통치에 영향이 없을 것이라 판단했기 때문인데, 타이완의 지식인들은 1920년대에 이 헌법을 식민통치에 저항하는 데 이용하기도 했다. 일본은 식민통치를 위해 정치제도, 등기, 국민교육제도 따위를 시행하여, 일반인들의 일상생활을 통제할 수 있었다. 이 때부터 남겨진 등기 제도는 오늘날에서도 매우 쓸모있는 제도이다. 일본이 새로운 주인이라는 관점에서 일본의 근대 형법전이, 단순히 사법의 편리성 면에서 일본의 근대 형사소송법이 시행되었다. 때문에 전근대적인 형법인 태형, 경찰에 의한 재판 등을 채용한 것은 놀라운 일이 아니다. 하지만 이를 통해 대만의 지식인들은 근대 형사법 원칙을 인식하게 되었다. 민사는 일본에 대한 반감을 누그러뜨리기 위해 관습법으로 다루었다. 하지만 법원은 대만이 관습을 근대 서구의 법개념으로 해석하였고, 1923년부터는 일본의 민법전을 적용하도록 하였다. 이는 결과적으로 대만의 민법이 근대적으로 이행하는 데 기여했다. 민사소송법도 일본의 것을 채용하였다는데, 이를 통해 대만인들은 근대 법원에 익숙해져 갔다.

[주제어] 대만법제, 일본 제국헌법, 대만사법, 식민지 법제, 내지연장주의, 관습법, 태형, 등기

I. 緒言

식민지 시대의 법률사에 대한 再思考는 도전해 볼만한 연구가치를 갖는 新과제이다. 최근 「韓國研究」에 관하여, 이미 일부 학자들은 일본 식민통치 시대 역사에 대한 관찰은 기존의 「國族主義論述」을 뛰어 넘을 필요성이 있고, 그것이 動態적이고 다양한 가능성을 가지고 있으며 또한 偶發的인 그리고 당시 다원적인 관념의 상황이 병존하였음을 강조함으로써 역사의 「재발견」을 진행할 수 있다는 것을 인식하기 시작하였다.¹⁾ 이와 거의 때를 같이 하여 일본식민통치 시대를 연구하는 대만의 일부 학자들 중에도 기존의 「中國國族主義」를 基調로 하는 논술에서 탈피하여, 「대만을 주체」로 하는 입장에서 일본 식민시대에 대한 역사를 다시

1) Gi Wook Shin and Michael Robinson, "Introduction : Rethinking Colonial Korea," in G.Shin & M. Robinson ed., *Colonial Modernity in Korea*(Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1999), p.2.

인식하려는 시도가 나타나기 시작하였다. 예를들어 대만 법학계는 이전에 단지 중국이 20세기 초기 이후에 서방 국가의 법률을 繼受하였다는 역사만을 언급하였을 뿐, 거의 같은 시기에 중국이 아닌 일본의 통치하에 있었던 대만의 서양법 繼受에 대하여는 언급을 하지 않았으며, 1990년대에 이르러서야 제2차 大戰前 일본통치 시기와 戰後 國民黨정권 통치시기에 대만의 「法律繼受」 현상을 관찰하는 연구접근이 시작되었다.²⁾

여기서 주의할 것은 이러한 대만의 법률계수 현상에 대한 연구접근 방식이 과연 또 다른 의미에서의 「臺灣 國族主義의 論述」은 아닌가 하는 것에 대한 의문이다. 단지 「臺灣」(臺灣·澎湖·金門·馬祖등을 포함)만을 토론대상으로 하고, 중국대륙을 포함하지 않는 것은 확실히 대만 國族主義의 의미를 가지고 있으며, 사실 대만을 「中國」에 포함되는 것으로 하여 논의하는 것 역시 또 다른 일종의 (中國)國族主義의 입장이다. 그러나, 「國族主義論述」의 단일성과 정서성을 감안하여, 筆者를 포함하는 국내 연구자들은 「역사 사실」을 탐구하는데 있어 스스로 경계심을 갖고, 상술한 최근 한국이 연구하는 「國族主義를 탈피」하는 태도를 취하여야 하며, 당시 사회의 다원적 복잡성(예를들어, 性別·族群·사회계층 등의 차이)에 주의하여, 충분히 당시의 사람들의 생각을 이해하고 또한 實證의 자료를 사용하여 실제 발생한 상황을 묘사하여야 할 것이다. 나아가 역사 사실에 대하여 「평가」를 하고자 한다면 이는 「價値觀」에 관계되므로, 論者は 그러한 평가를 하게 된 기준에 대하여 표명하지 않을 수 없는데, 개인자유주의이건 사회주의이건, 혹은 더 나아가서는 臺灣 國族主義이건 中國國族主義이건 간에 모두 그 주관상에서의 일종 선택이자 혹은 신조일 것이다.³⁾

19세기 이후, 식민주의(colonialism)가 동아시아에서 興起한 것이 「近代性」(modernity)을 수반하여 왔는가 의 문제는 줄곧 爭議性있는 화제였다. 현재 쟁의는

2) 예를들어 臺灣法學會編, 『臺灣法制一百年論文集』(台北: 臺灣法學會, 1996) 참조.

3) 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 19~20면. 이 책에 대한 영문본은: Tay-sheng Wang, *Legal Reform in Taiwan under Japanese Colonial Rule: The Reception of Western Law*(Seattle: University of Washington Press, 2000)를 참조. 단, 본문은 영문본을 인용하지 않음.

그것이 유럽의 「近代性」의 의미가 아닌 동아시아 자신에 속하는 것이 있는가 라는 것을 포함한다. 그러나, 근대성이라는 의미는 역사적 연원에서 볼 때, 18세기 서방사회의 어떠한 現象을 가르키는 것이며, 통상적으로는 啓蒙運動(Enlightenment) · 理性主義(rationalism) · 公民資格(citizenship) · 個人主義(individualism) · 法律的形式理性(legal-rational legitimacy) · 산업주의(industrialism) · 國族主義(nationalism) · 國族國家主義(혹은 國民國家, the nation-state) · 자본주의체제(capitalist world-system) 등이 상호 결합되어 있다.⁴⁾ 필자는 본문에서 상술한 「近代性」에 관한 「정의」를 받아들여 어떠한 현상을 서술하는 도구성 개념으로 사용할 것이나,⁵⁾ 이는 가치 선택상에서 완전히 이러한 정의에 찬성한다는 것은 아니다. 따라서 소위 말하는 「近代法」은, 설령 이러한 근대성의 요구나 혹은 근대성의 실현을 內在 理念으로 하는 법률규범에 부합할지라도 이는 일종의 「敍述」일 뿐이지 「評價」는 아니다.⁶⁾ 서방의 식민권력은 아시아와 아프리카의 식민지 인민에게 이러한 근대법을 수반하여 왔을 뿐만 아니라, 19세기말에 발흥한 일본식민주의자들조차도 대만과 조선 등의 식민지에 일련의 近代法을 시행하였다.

본 논문은 일본 식민통치자들이 近代性을 갖춘 법률을 도입 혹은 도입하지 않은 「動機」와 이러한 법률 시행 후의 결과에 대하여 토론하고자 한다. 「動機」부

4) Gi-Wook Shin and Michael Robinson, "Introduction : Rethinking Colonial Korea," p.9. 동아시아의 「近代性」에 관한 토론은 Tani E. Barlow ed., *Formation of Colonial Modernity in East Asia*(Durham : Duke University Press, 1997) 참조.

5) Chulwoo Lee, "Modernity, Legality, and Power in Korea Under Japanese Rule," in G. Shin & M. Robinson ed., *Colonial Modernity in Korea*(Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1999), p.21. 필자는 1992년 박사논문(영문)을 쓰던 중 대만이 일제시기 유럽대륙법을 계수하였다는 것에 대해 「近代化」(modernization)보다는 「西方化」(Westernization)라는 용어를 사용하였으며, 중국어판 제3장의 小題 또한 근대유럽대륙형의 司法을 「근대 西方式 司法」이라 칭하였다. 이는 동아시아 사회에서 일반인들이 칭하는 「近(現)代」라는 것이 일반적으로 서방사회가 近(現)대에 발전시킨 가치 혹은 사물을 말하는 것이며, 따라서 이들 가치 혹은 사물로 전환시키는 과정은 다름 아닌 「西方化」라고 보는 이유 때문이다.

6) 王泰升, 『臺灣法律史概論』(台北 : 元照出版社, 2001), 113~121면. 달리 말해서, 筆者는 동아시아인들에게 있어서, 이러한 서방인의 가치관을 귀착점으로 하는 법률개념이 반드시 '좋은' 법률이라고 생각하지 않는다.

분에서는 일본정부 내부의 토론이나 외부에 공표된 언론 그리고 筆者가 종합한 관련사실에 의거하여 설명하고자 한다. 법률이 시행된 후의 결과에 있어서는 그것이 豫期된 것이 있고 또한 우연히 이루어진 것도 있으며, 또한 다른 族群이나 사회계층에 대하여 다른 의미를 지닐 수 있다. 본 논문이 토론하고자 하는 목적은 단지 「역사 사실」을 서술하는데 있으며,⁸⁾ 일제하의 대만에 관한 것을 중심으로 한다.⁹⁾ 설명 본 논문 중에 일부 법률의 시행 결과가 당시 혹은 향후의 대만의 「近代性」을 향상시키는데 조력하였다고 적시할지라도 이는 단지 사실에 대한 진술일 뿐, 「평가」를 행한 것은 아니며, 이는 每 개인이 모두 서방의 「近代性」의 가치관을 수용하는 것은 아니기 때문이다.¹⁰⁾ 만약 반드시 일본식민통치에 대하여 평가를 한다면, 현재의 관점에서 볼 때, 대체로 본질적으로 「損人利己(남에게 손해를 끼치고 자기의 이익을 도모하다)」에 속하는 식민통치라 말할 수 있으며, 動機라는 측면에서 볼 때도 모두 不道德한 것으로 당연히 비난받아 마땅한 것으로, 근

-
- 7) 法案 제정시에 정부내부에서 행하여진 토론은 종종 진정한 법제의 동기 및 고려하였던 사항들을 나타내는데, 이는 발언자가 이러한 토론의 내용들이 후대 역사학자들에 의한 檢視의 대상이 된다는 것을 인식하지 않았기 때문일 것이다. 筆者가 박사논문을 쓸 때, 보존상태가 완전한 대량의 『臺灣總督府公文類纂(대만 총독부 공문집)』등을 참조한 바 있으며, 또한 일본의 국립공문서관에서 收藏하고 있는 內閣文書を 대상으로 하는 「公文類纂」등을 참조 열람한 바 있다. 王泰升, “從日本公文書館史料探究日治臺灣立法權運作實況(일본의 공문서관 사료를 통한 일제시대 대만 입법권 운영 실황에 대한 연구)”, 王泰升, 『臺灣法的斷裂與連續』(台北: 元照出版社, 2002), 261~291면. 이러한 점에서, 일본 통치시기의 조선 총독부의 내부 자료 역시 중요한 史料가 될 것이다.
- 8) 日治하 대만법률에 대하여는 필자가 이미 많은 논문을 발표한 바 있다. 기타 논문에 이미 상세한 논술을 가지고 있는 부분에 대하여는 본문에서 중복을 피하고자 하며, 자세한 사항은 각주를 통해 인용된 拙著를 참고하길 바란다.
- 9) 본문의 지면적 제한으로 인하여 당시의 대만과 동시기의 일본통치에 있던 조선을 전면적으로 비교할 수는 없다. 다만 본 논문이 향후 대만과 한국의 「공동의 역사 경험」의 議題를 통해 광범위하고 심도있는 토론이 진행되도록 하는데 일조하기를 희망한다.
- 10) 당연히 每개인의 가치관에 대한 선택을 존중하여야 하며, 筆者 개인은 대체로 서방의 「近代性」이 내포하는 가치를 수용하는 경향이다. 또한 대만의 주체 의식과 개인자유주의 등의 가치관을 가지고 일본의 대만통치시기 헌법상의 표현에 대한 사적 평가를 하였다. 王泰升, “臺灣日治時期憲法史初探”, 王泰升, 『臺灣法律史的建立』(台北: 自刊, 1997), 252~253면.

본적으로 「좋은 것」이라고는 없는 식민통치라고 말할 수 있을 것이다.¹¹⁾ 그러나, 만일 단지 감정상에서 이렇듯 혐오하는 태도를 갖는다면, 식민통치자가 현실상에서 被식민통치자들에게 초래한 영향들을 看過할 염려가 있으며, 이는 결국 被식민통치자들이 「스스로의 사회를 이해」하는데 불리할 뿐이다.

II. 憲政體制

1. 明治憲法の 施行

소위 「明治憲法」이라고 하는 大日本 제국헌법은 일본이 아직 대만을 점령하기 전인 1889년 공포하고 발효한 것으로, 條文 중에는 “식민지 통치”에 관한 어떠한 규정도 없었다. 따라서 일본이 1895년 대만을 점령한 이후, 대만에 대한 통치행위에 있어서 헌법에 의거하여야 하는지의 문제, 즉 명치헌법이 대만에 시행되어야 하는지의 의문이 발생하였다. 당시 일본이 고용한 英國 國籍의 고문은 해당 헌법의 시행대상에 대만의 인민을 포함하지 않으므로, 天皇 大權으로서 직접 대만 식민지를 통치할 수 있다고 인정하였으며, 프랑스 國籍의 고문은 명확하게 표시하지는 않았으나, 설령 초기에는 적합하지 않더라도 당연히 대만에서도 일본 본토와 동일한 법제를 실시하여야 한다고 강조한 것으로 보아 헌법을 실시하여야 한다는 입장에 있었다.¹²⁾

明治정부는 다급하게 臨機應變의 입장에서 대만을 접수 관리하였기 때문에 사실 이러한 법률문제를 심각하게 생각할 여유가 없었다. 정부대표가 帝國會議에서 행한 답변에 의하면, 1896년 처음 명치헌법의 효력은 대만에 미치지 않는다고 표시한 바 있으나, 즉시 “헌법이 이미 부분적으로 대만에 시행되고 있다”고 말을 바

11) 그러나, 당시의 식민지 官員들에게 있어서 日本帝國의 최대이익을 추구하는 것이 바로 그들의 직무에 충실하는 표현이었다.

12) 伊藤博文編, 『臺灣資料』(東京: 秘書類纂刊行會, 昭和11年), 78~105, 399~409면.

꾸었다.¹³⁾ 1899년에 다시 “헌법이 대만에 적용되고 있다”고 표명하고 있으며,¹⁴⁾ 1906년이 되자 정부대표는 명확하게 “대만을 점령한 때 부터 헌법은 이미 전부 시행되었다”고 선포하게 된다.¹⁵⁾ 10여 년의 대만통치를 통해서 明治정부의 고위층은 이미 법률형식상에서 제국 헌법을 대만에 시행하는 것이 식민통치 하는데 방해가 되지 않는다는 것을 깨닫게 되었으며, 이는 헌법시행 후 그 國權을 행사하는데 대하여 ‘불편한 점’이 발생하는 경우에는 후술하는 ‘委任立法’ 제도를 통하여 해결가능하였기 때문이며, 「헌법을 시행」한다고 공시하는 것 역시 「식민지 통치」의 부정적 평가를 피해갈 수 있기 때문이었다. 달리 말해서, 대만에서 비록 외관상 헌법의 시행이라는 것은 있었지만, 「立憲政治」의 사실은 없었다는 것이다. 물론 일본 헌법학계에서도 대만에 대하여 헌법을 시행할 것인지 그리고 그 상관제도가 위헌인지 등의 법률적 議題에 대하여 여러 가지 不同的 견해가 있었지만, 그러나 이러한 학설은 국가기관이 도대체 어떠한 법률조치를 취하여야 하는지에 대하여 발휘할 수 있는 사실상의 영향력은 많은 한계가 있었다.¹⁶⁾

1919년 이후, 일본은 「内地延長主義」의 식민통치정책을 확립하였고, 일본 内地의 법제를 식민지 인민의 ‘文化 程度’(일본 통치자가 결정)에 따라 식민지까지 확대하고자 하였다. 이러한 정책하에서, 일본정부와 대만 총독부는 기존의 「헌법 실행」을 계속할 것을 선포하였고, 이는 일본의 대만에 대한 식민통치가 끝날 때까지

13) 條約局法規課, 『日本統治下五十年の臺灣(「外地法制誌」第3部の三)』(東京: 外務省, 明治39年), 38면.

14) 臺灣總督府警務局, 『臺灣總督府警察沿革誌 第二編: 領臺以後の治安狀況(下卷)』(東京: 自刊, 昭和17年), 14면.

15) 條約局法規課, 『日本統治下五十年の臺灣(「外地法制誌」第3部の三)』(東京: 外務省, 明治39年), 39면. 명치헌법에 의하면 헌법에 疑義가 있는 경우 어떠한 국가기관이 해석권을 갖는지에 대한 규정을 하고 있지 않으며, 일본정부의 官員을 대표하여 제국의회에서 발표한 헌법해석은 일본 당시 국가법상의 헌법에 관한 ‘有權解釋’으로 간주되었다.

16) 王泰升, “臺灣日治時期憲法史初探”, 王泰升, 『臺灣法律史的建立』(台北: 自刊, 1997), 190~206면. 1910년 일본이 조선을 併呑할 때, 일본정계는 명치헌법이 조선에 실시되어야 하는지의 문제에 대하여 다시 논쟁하지 않았는데, 이는 대만의 경험을 통해 법률 형식상의 「헌법의 시행」이 통치를 행하는 권위를 방해하는 정도에 미치지 않는다는 것을 이미 증명하였기 때문이었을 것이다.

지 지속되었다.¹⁷⁾

그러나 법률형식상 대만에서 明治憲法이 시행된 것은 많은 실질적 효과를 발생 시켰다. 일본통치 초기 총독부에 반대하는 일부 일본 內地人과 1920년대 나타난 대만의 정치 저항인사들은 헌법이 이미 시행되었다는 것을 전제로 하여 일련의 식민지의 법령이 「違憲」임을 비판할 수 있었다. 이는 비록 사법적 위헌심사제도가 없었던 상황에서 위헌 주장은 법률적인 실효성을 결여하는 것이지만, 적어도 이를 통해 그 정치적 반대의 입장을 합리화 할 수 있었다.¹⁸⁾ 근대 서방의 입헌주의 사상이 없었던 동아시아 사회에서 일부 입헌주의 정신을 함유한 헌법전의 형식상의 유효는 개개 안전에 원용될 수 있었고, 실제 입헌사상의 전파에 조력하였는데, 이러한 것은 정치 엘리트 혹은 지식인들에게는 특히 그러하였다. 그러나 헌법규범의 사실상에서는 통치계층이 이를 선택적으로 遵守하고, 또한 동아시아 고유의 「不以法爲治(법으로 다스리지 않는)」 전통을 유보시킴으로서, 일반 인민이 개인의 권익을 보장하는 「近代法」의 장점을 그다지 체험할 수 없게 하는 원인이 되었다. 1945년 이후 대만을 통치한 國民黨 정권 역시 그 통치전기에 단지 「헌법 시행」이라는 선언만 있었을 뿐, 헌법 시행이라는 실질은 없었다. 일반 국민들은 이에 대하여 강렬한 반대가 없었던(1980년대 이후의 전개는 논하지 않음) 원인 중의 하나는 바로 일본 통치시기에 강한 立憲文化를 배양하지 않았다는데 기인한다.

17) 王泰升, “臺灣日治時期憲法史初探”, 王泰升, 『臺灣法律史的建立』(台北: 自刊, 1997), 209~214면; 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 107~109면. 戰前 일본제국이 최후에 형성한 소위 「外地法制」에 의하면, 明治憲法은 일본영토에 속하는 대만·조선·樺太에 시행되었으나, 租借地에 속하는 關東州와 위임통치지인 南洋廳에는 시행되지 않았다.

18) 王泰升, “臺灣日治時期憲法史初探”, 王泰升, 『臺灣法律史的建立』(台北: 自刊, 1997), 222~229, 231~233, 239~247면.

2. 식민지 입법권의 행사

명치헌법에 의거하여 작성한 대만 식민지 입법제도는 원래 당시 일본 정계 각 세력간의 타협의 결과였다. 1895년 日本軍이 대만을 접수했을 때, 대만인들은 집단으로 무장 반항하였다. 일본의 군벌세력을 위주로 하는 陸軍당국은 차츰 이를 이유로 대만 총독이 입법권을 포함한 국가통치권을 향유하여야 한다고 주장함으로써 內地정부의 지시없이 대만 정세를 전횡할 수 있게 된다. 그러나 이러한 것은 非군벌인 정당세력이 일정한 발언권을 가진 제국의회의 입법권을 배척하는 것이었다. 따라서 1896년 3월 31일 法律 第六十三號는 《有關應施行於臺灣之法令的法律(대만에 시행하여야 할 법령에 관한 법률)》을 공포하게 되는데, 이것이 소위 말하는 《六三法》으로, 대만총독이 帝國議會 법률과 동등한 효력을 가지는 《律令》을 제정할 수 있음을 규정하고 있다. 이는 비록 형식상으로는 제국의회가 대만에 대한 立法權을 향유하나, 실질적으로는 《委任立法》을 통하여 일반적으로 臺灣총독에게 授權하여 행사토록 하게 한 것이다. 그러나 六三法은 3년을 기한으로 하였으므로, 군벌 정부가 그 효력을 지속하고자 하는 경우에는 일련의 정치적 이익을 의회내의 정당세력에게 제공하여야 했다. 1906년 해당 법은 法律 第三十一號로서 수정되었으나, 수정 후에도 실질적 내용은 六三法과 거의 유사한 것이었다. 《三一法》은 1910년 조선총독 「制令」 제정권의 설계에 관한 바탕이 된다. 그러나 朝鮮과 달리, 「內地延長」정책의 추진을 위해 제정한 1921년의 法律 第三號는 대만총독은 단지 대만에 특히 필요로 하고 또한 일본 법률을 적용하는 것이 합리적이지 않는 경우에만 律令을 제정할 수 있다고 규정하고 있다. 《法三號》는 일본통치가 끝날 때까지 지속되었다.¹⁹⁾

內地政黨 세력의 식민지 통치에 대한 간섭을 배척하기 위하여 구상된 總督 律令權 제도는 대만이 일본 內地와 다른 「特別法域」이 되는 결과를 야기하였고,

19) 王泰升, “臺灣日治時期憲法史初探”, 王泰升, 『臺灣法律史的建立』(台北: 自刊, 1997), 206~209면; 王泰升, “日治時期臺灣特別法域之形成與內涵(일본 통치시기 대만 특별법역의 형성과 의의)”, 王泰升, 『臺灣法律史的建立』(台北: 自刊, 1997), 104~115면.

대만을 「정치 단일체」가 되게 함으로써, 향후 琉球와는 달리 「탈식민지」를 통해 하나의 「민족국가」(「국민국가」)로 발전할 수 있는 가능성을 제고하였다. 일본 식민통치 직후인 1949년 말, 대만에는 과연 하나의 주권국가의 실체를 가진 정치공동체가 출현하였다.²⁰⁾ 또한 후술하는 《臺灣民事慣習法》가 존재할 수 있었던 것은 바로 이러한 律令制度가 전제가 되었기 때문이었다. 결과적으로 볼 때, 특별법역에 속하였기 때문에, 대만은 익숙하지 않은 일본 內地의 법률을 즉시 고쳐 쓰지 않을 수 있었다. 《法三號》가 총독의 율령권을 제한한 의의 중의 하나는 바로 대만법의 내용을 일본 內地법률에 근접하도록 함으로써 점차적으로 법률적 거리가 멀어지는 것을 막기 위함이었다.²¹⁾ 그러나 대만법의 내용은 여전히 일본 內地 정부가 통제하였고, 율령은 최종적으로 반드시 天皇의 재결을 받았으므로 실질상은 내각회의의 동의를 경과하는 것이었다.²²⁾

3. 식민지 행정권 및 군사권의 행사

대만통치 초기의 戰亂은 또한 대만총독에게 일반 지방행정 수장보다 큰 행정권

20) 일본통치하의 대만지역에는 이미 총독부를 중심으로한 행정조직체가 존재하였고, 재정상의 자급자족 뿐 아니라, 화폐발행·「중앙은행」기능을 가진 대만은행을 갖추고 있었으며, 사법방면에서도 대만에 위치한 법원을 소송안건의 최종심 법원으로 하고 있었다. 1949년 말, 국민당 정권은 이를 기초로 중국대륙으로부터 건너온 군대와 함께 대만에서 「중화민국」이라는 주권정부를 재건하였다. 국민당정부가 여전히 중국민족주의적 성격을 유지하고 있었기 때문에 대만지역(식민지)을 영토로 하여 해당 지역상의 인민으로 구성된 「국민정부」를 건립하지는 않았다. 그러나, 대만은 이때부터 이미 「사실상의 주권국가」로 칭할 수 있는 주권국가의 실질을 갖추게 되었다. 王泰升, 『臺灣法律史概論』(台北: 元照出版社, 2001), 132~133면, 185~186면, 207~208면, 225~228면. 물론 이러한 결과와 일본식민통치 당국의 주관적 의사는 무관한 것이고, 세계대전 중 패배한 일본제국은 피식민지인 대만국민들이 쟁취토록 하기 위한 「인민 自決」 또한 하지 않았다.

21) 조선총독의 制令 制定權은 이러한 제한이 없었으며, 그 「自主性」은 대만 총독에 비하여 높았다.

22) 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 80~85면.

을 향유하도록 하였다. 대만 총독부는 대만지역내의 일체의 행정사무를 포괄적으로 統轄할 수 있었고, 그 권한은 중앙 各省(즉 各部會)大臣에 상응하는 것이었다. 內閣내에는 일반적으로 대만 총독을 전문적으로 감독하는 한명의 大臣이 있었으며, 1942년 「內外地 행정 일원화」를 달성하고 나서야 總理 혹은 各省 大臣은 총독의 지시를 구속할 수 있었다. 이외에, 1919년 이전 대만총독은 모두 武官출신이었으며, 또한 모두 대만에서의 陸海軍 통수권을 향유하였다. 이후에는 文官으로 총독을 임명하였으며, 또한 별도로 臺灣 軍司수를 두었다. 1936년부터 다시 武官출신이 총독으로 임명되었으나, 최후의 총독이외에는 臺灣 軍司수를 겸임한 경우는 없었다. 그러나 그럼에도 불구하고 대만총독은 內地 정부가 임명하는 것이었고, 여전히 모든 제국의 식민통치 정책에 따라야 하는 것이었다.²³⁾

그 결과, 專制集權의 통치 모식이 지속되었다. 원래 淸朝는 대만에서 일종의 「前近代的」인 중국식(天朝式)의 통치를 전개하였는데, 국가 통치권은 여전히 집권적(아직 不同의 국가기관이 행사하지 않는)이었으며, 국가의지의 형성에 또한 民意 기관의 참여가 없었다. 새롭게 나타난 일본통치자들은 비록 그 자체가 이미 근대 서방의 국가체제에서 변화된 것이지만, 대만에서는 여전히 행정권과 군사권을 전부 동일인이 행사하도록 하였고, 또한 「식민지 議會」와 유사한 제도조차도 없이 행정부문을 정비하였다. 단지 1935년 이후에 지방정부의 등급에 있어서 국민들이 민선을 통하여 地方議會를 구성할 수 있었으나, 이들 의회의 職權에는 한계가 있었고, 또한 議員의 半數는 행정부문에서 파견한 인원이었다.²⁴⁾ 따라서 50년의 일본통치가 경과한 이후의 대만 국민은 근대식 통치 모식에 대하여 여전히 익숙하지 않는 것이었다. 예외라고 한다면, 전술한 지방자치선거 이외에 후술하는 司法審判을 들 수 있을 것이다. 따라서 일본의 威權통치는 향후 대만을 통치하는 국민당 정권이 專制極權 정치를 수행하는데 조력하는 결과가 되었다.²⁵⁾

23) 王泰升, “日治時期臺灣特別法域之形成與內涵(일본 통치시기 대만 특별법역의 형성과 의의)”, 王泰升, 『臺灣法律史的建立』(台北: 自刊, 1997), 131~135면.

24) 王泰升, “日治時期臺灣特別法域之形成與內涵(일본 통치시기 대만 특별법역의 형성과 의의)”, 王泰升, 『臺灣法律史的建立』(台北: 自刊, 1997), 138~139면.

25) 비록 1947년 폭정에 반대하는 「二二八事件」이 발생하였으나, 즉시 중국에서 파견한 군대

4. 식민지 사법권의 행사

일본통치하에서 대만에는 자주적인 사법체계가 출현하는데, 1896년 일본이 처음 대만에서 전문적으로 사법심판을 책임지는 法院을 건립할 때, 地方·覆審·高等의 3급 법원을 설치하여 「3審制」을 실시하였으나, 1898년 사법경비를 절약하기 위하여 고등법원을 폐지하였다. 이는 원래 고등법원이 책임지는 제3심 안건을 일본 內地의 「大審院」(즉, 戰前 일본의 최고법원)이 심리하도록 의도하였으나, 內地정부의 司法大臣은 이 기회를 이용하여 대만 사법사무 또한 그 관리로 귀속할 것을 요구하였고, 대만 총독부는 권력이 희석되는 것에 직면하였으면서도 大審院이 대만 사법 안건의 최종심이 되도록 하는 議案을 쉽게 포기하고 말았다. 이로써 대만법원은 단지 「2審制」를 행하게 되고, 최종심은 대만에 위치한 覆審法院이 담당하게 됨으로써, 안건 심리상에서 內地 사법기관과의 연계가 단절되었다. 이때부터 계속 소위 「內地와 대만의 사법 통일」에 대한 요구가 있었으나, 1943년까지도 대만 총독부는 여전히 반대 입장을 견지하였다. 1910년에는 조선 총독부도 그 고등법원을 最終審 法院으로 하는 사법체계를 이루었는데, 이들 세 지역(일본과 대만 및 조선)의 법원체계의 상호협조를 위하여 일본은 1911년 「司法事務共助法」을 제정하게 되었다.²⁶⁾ 행정·입법 등 권력과 마찬가지로, 內地정부와 대만 총독부 사이의 대만 사법권의 귀속에 대하여 모순이 존재하였고, 대만 통치당국의 권력쟁취의 성공은 바로 대만이라는 정치단위가 보다 더 큰 自主權을 향유하게 된 것을 의미하는 것이었다.

1919년 대만 총독부는 조선과 같은 三審制를 시행하기 위하여 覆審법원을 폐지하고 고등법원으로 改設하였다. 그리고 고등법원 내에 「上告部」와 「覆審部」를 설치하여, 고등법원 상고부가 제3심이 되는 최종심 법원을 담당하게 하였으며,

의 진압을 받았으며, 1949년 12월 9월부터 대만에서 재건립된 國民黨政府 또한 ‘계엄’과 ‘반란을 평정’ 한다는 것을 이유로 장기동안 군사통치를 시행하였으며, 이는 1980년대에 들어서야 변화가 있었다.

26) 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 131~132, 137~139면.

동시에 특별히 정치안건을 심리하기 위하여 설치한 「臨時法院」제도를 폐지하였다. 당시 대만에서의 일본인 변호사와 覆審法院長이었던 谷野格등은 모두 三審制度가 근대사법의 요구에 부합한다고 하여 이에 대한 개혁을 추진하였다.²⁷⁾ 이는 식민지에서 소위 「近代性」의 강화라는 것은 식민지 민족 중의 일부 인사들의 직업적 이익 혹은 그들이 추구하는 이념에서 나온 것이라고도 할 수 있으나, 결과적으로는 피식민지 민족에 속하는 자들이 이러한 「審級 利益」을 향유하였으며, 이러한 이익은 사실 단지 사회에서 법원을 사용할 능력을 가진자에 대하여만 비교적 의의를 갖는 것이었다.

1927년에는 地方法院내에 「合議部」와 「單獨部」를 설치하고, 單獨部가 심리한 제1심 안건을 合議部에 상소할 수 있도록 하여 사실상 일본 내지와 같은 「四級三審」를 채택하였다. 1943년에는 또 일본 內地와 같이 戰時의 二審制를 실시하였다.²⁸⁾ 대만 총독부가 이러한 사법조치를 채택한 동기는 內地연장주의를 추진하는 것에 지나지 않았지만, 始終 內地의 행정소송제도를 대만에 실시하지 않은 것은 대만에서의 행정권 우월성을 위해하는 것을 피하기 위한 것이었으며, 따라서 당시 대만국민들은 단지 절름발이식의 근대 사법제도만을 향유할 수 있었을 뿐이었다.

근대 사법심판이 강조하는 소위 행정부문의 간섭을 받지 않는다는 원칙은 일제 통치 시기에 점차적으로 대만에 도입되었다. 1897년 高等法院長인 高野孟矩이 총독부 고관의 瀆職에 관련된 안건을 심리했을 때 內閣에 의해 停職되었으며, 이에 대한 항명을 이유로 免職되었다. 1898년 대만 총독부는 이 사건이 수습됨과 동시에 대만에서 判官(검찰관을 포함하지 않음)은 軍法官에 상당하는 신분보장을 향유하도록 승인하여, 임의로 免官·轉官할 수 없도록 하였다. 그러나 이는 內地의 判事가 향유하는 轉所·停職·減俸을 임의로 할 수 없도록 하는 정도에는 미치지 못하는 것이었으며, 또한 제2의 「高野孟矩」사건의 발생을 방지하기 위하여 총독은 判官에 대한 休職權을 가졌다. 이 외에, 內地와 마찬가지로 법원의 사법행정사무는 행정기관에 속하는 총독부가 관리하였다. 兒玉총독이 1902년 제국

27) 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 139~141면.

28) 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 143면.

회의에서 표시한 바에 의하면 “새로운 영토의 국민들을 통치하기 위하여 가장 중요한 일은 절대적 권위를 보유하는 것이며, 따라서 대만 총독은 반드시 일정 정도의 사법권을 장악하여야 한다”고 표시하였다. 따라서 당시의 사법심판 독립은 사실 행정권의 영향하에 가려져 있었다. 그러나, 1919년 사법개혁으로 총독의 休職權을 폐지한 이후에는 어느 정도의 사법심판의 독립을 획득하게 되었다. 1923년에는 대만의 정치적 저항인사들의 治安警察法 위반에 대한 형사안건이 발생하였는데, 제1심은 3명의 지방법원 판사는 충분히 예측할 수 있는 총독부의 의도에도 불구하고 모든 해당 (대만인)피고인들에게 무죄를 선고하였고, 또한 이로 인하여 어떠한 총독부의 징벌도 받지 않았다. 그러나 대만의 검찰관은 어떠한 특수한 신분의 보장을 받지 않았으며, 또한 일정 상황하에서는 사법직권을 행사할 때 반드시 총독의 지휘를 받아야 했다. 그러함에도 불구하고 전쟁시기에 고등법원 검찰장은 법률적 근거가 없다는 이유로 軍측에서 상륙하는 미군과 군정부를 조직할 가능성이 있는 약 2000여 명의 대만 엘리트들을 연금하는데 대하여 반대하였다.²⁹⁾

일제하 대만의 司法官은 절대 다수가 일본 內地에서 왔으며 또한 천황의 대리인으로 자처하였으나, 그 청렴결백한 자질은 대만인들의 상당한 지지를 받았다.³⁰⁾ 따라서 대만 일반인들은 점차적으로 근대의 법원제도를 수용하게 되었으며, 이는 또한 대만 국민이 1945년 이후 중국에서 건너온 사법상의 부패(貪瀆)문화를 쉽게 받아들일 수 없게 한 이유가 되기도 한다.³¹⁾

5. 국민의 기본적 자유권

근대 헌법의 가장 큰 특징은 국민의 기본적 자유권에 대한 보장에 있다. 「부국

29) 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 146~159면.

30) 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 185~187면.

31) 王泰升, “臺灣戰後初期的政權轉替與法律體系的承接(1945~1949)(대만의 전후 초기의 정권 변동과 법률체계의 승계)”, 王泰升, 『臺灣法的斷裂與連續』(台北: 元照出版社, 2002), 107면.

강병」을 추구하던 明治維新은 천부인권 이념에 근거한 서방의 기본적 자유권의 보장에 대하여 거의 철저한 반성없이 수용하였다. 비록 서방 헌법의 이러한 규정이 걸리기는 하였으나 模寫하지 않을 수 없었으므로, 달리 “자유권은 천황의 臣民 慈愛에서 나온 恩賜”라는 辨解(변명)를 전개하였다. 따라서 이는 단지 천황이 반포한 법률이 허락하는, 즉 소위 「법률이 보장」하는 범위내에서 존재하는 것에 불과하였던 것이다.³²⁾

대만 식민지의 법률 형식상에서는 이미 「헌법 시행」이 있었기 때문에, 국민은 명치헌법상에서 부여하는 臣民의 기본적 자유권을 향유할 수 있었다. 그러나 사실상 제국의회와의 협조를 경과한 법률만 있으면 간단하게 이러한 헌법상의 자유권을 배제할 수 있었다. 예를 들어서 헌법상에서는 비록 參政權을 부여하고 있었으나, 단지 衆議院 선거법상에서 대만에서 이러한 선거를 하도록 규정하지 않음으로써 대만 식민지 국민의 衆議員에 관한 선거권을 부정할 수 있었다.³³⁾ 衆議員 선거에 대하여는 대만인과는 다른 族群에 속하든 혹은 일본 內地人이든 간에, 거의 대만 정치 단위 구성원으로서 가지는 일치된 공통의 이익이 있었다. 그러나 만일 식민지 의회를 설립하는 것에 대하여는 內地人이 최대한으로 해도 대만 총인구의 6/100에 불과하였기 때문에, 식민지 의회에서 ‘영원한 소수’로 전락할 것을 염려하였다.

다른 한편으로, 대만의 저항인사들은 明治憲法상의 자유권에 관한 규정을 이용하여 정치적 반대운동을 전개하였다.³⁴⁾ 일본정부 당국이 대만에서 헌법 시행의 「법률해석」을 채택하기로 결정하였을 때, 이러한 결과를 예견하였는지는 모를 일이다. 이 결과는 또한 자유주의를 신봉하는 대만 정치 저항자들에게 일본통치 초기의 무장 저항노선을 포기하고, 법률체제 내에서의 「말과 글로써 투쟁(文鬪)」하도록 하였으며, 또한 일본제국의 대만에 대한 主權 문제에 도전하지 않게 함으로

32) 王泰升, 『臺灣法律史概論』(台北: 元照出版社, 2001), 164면.

33) 長尾景徳·大田修吉, 『臺灣行政法大意』(台北: 杉田書店, 新稿, 昭和9年), 4면.

34) 王泰升, 『臺灣法律史概論』(台北: 元照出版社, 2001), 166면; 王泰升, “臺灣日治時期憲法史初探”, 王泰升, 『臺灣法律史的建立』(台北: 自刊, 1997), 239면.

씨, 사실상 일본 통치자들에게도 유리한 것이었다.

Ⅲ. 行政法

1. 경찰제도

일본통치하의 대만에서 경찰기관은 광범위하게 일반 행정사무를 집행함으로써 「警察政治」를 형성하였다. 1898년 대만총독에 취임한 兒玉源太郎은 民政事務에 대한 軍측의 간여를 배제함으로써 그가 중용한 民政長官 後藤新平이 대만 정세를 장악할 수 있도록 하였으며, 後藤新平은 경찰로 하여금 대만을 통치하는 主力으로 하였다. 1901년에서 1920년까지 채택한 「總督府—廳」의 兩級制는 총독부내의 本署가 경찰사무에 대하여 직접 廳長을 지휘하였다. 경찰사무의 다양한 포괄성 때문에 廳長은 支廳을 설립할 수 있었고, 支廳長은 줄곧 고위경찰이 담임하였으며, 支廳내 주요 고용인들 역시 경찰이었다. 다시 말해서, 경찰은 지방의 일반 정무에 대한 집행을 책임지고, 중앙(총독부)의 경찰기관이 이에 대한 감독을 지휘하였던 것이다. 따라서 경찰이 통제된 保甲組織은 원래 항일인사들에 대한 대응책으로의 용도에서 일반 행정 보조기관으로 전환되었다. 1920년 처음 임명된 문관 총독은 內地 연장정책을 추진하기 위하여 대만에 특유한 경찰정치에 대하여 일련의 변혁을 시도하는데, 이는 문관이 일반행정업무를 장악케 함으로써 경찰은 고유의 경찰사무만 담당케 하려는 것이었다. 그러나 이러한 변혁의 시도 후에도 경찰은 여전히 행정사무에 개입하는 일이 특히 많아, 스스로 불법적 행위를 할 기회를 조성하였으며, 이에 대한 효과적인 감독도 결여하고 있었다.³⁵⁾

일본식민정권의 경찰정치를 경유하여, 근대 국가권위가 이미 일반민중의 일상 생활에 깊이 자리잡았다. 清朝 통치하의 대만사회는 官府와의 관계에 있어서 대

35) 李崇禧, 『日本時代臺灣警察制度之研究』, 碩士學位論文, 臺灣大學 法律學研究所(1996), 61~62면, 67~68면, 72~74면, 81~86면, 91~95면, 98~102면, 102~123면.

체로 치안과 납세사무 정도에 머물렀고, 민간 자치사항에는 도로개통·다리건설·도랑을 파는 것·建廟·민간 단속등이 포함되었다.³⁶⁾ 근대형 국가 행정권의 작용은 소극적 공안의 유지에만 머무르지 않고 적극적으로 산업을 창설하고 일정한 생활방식을 제조하였다. 일제통치 초기 대만인들은 아직 이러한 국가의 역할 변화에 익숙하지 않았으며, 식민통치자들은 바로 경찰기관 고유의 강제력으로 ‘강제로 끼워 맞추는(強迫中獎)’ 방식으로 政務를 추진하였다. 예를 들어 위생사무의 경우 일본 内地와 달리 대만에서는 경찰이 관할하였다.³⁷⁾ 경찰이 국민 생활에 간여하는 정도는 갈수록 확대되었고 국가의 권위를 대표하는 것으로 하여 그 개입의 정도는 더욱 심화되었다. 따라서 일제통치 50여 년이 지나면서, 일반적인 대만 국민들은 국가권위가 일상생활에 행하는 통제에 대하여 상당히 익숙하였다.

2. 戶籍과 地籍制度

근대 국가는 그 영역내의 사람과 토지에 대한 정확한 장악을 위하여, 통상적으로 호적과 지적제도를 건립하였다. 1896년 일본 식민정권은 처음 대만에서 호적조사를 행하였는데, 그러나 이는 대만을 일본에 할양하는 조약 중에 대만 주민 국적 선택에 대한 규정이 있었기 때문이며, 따라서 누가 대만 주민인지를 확인할 필요가 있었다. 그러므로 조사항목은 적었고 또한 집행되는 정도 역시 의심스러운 것이었으며, 일본 内地 역시 1898년에야 호적법을 시행하였다. 1905년 시정 근거로 삼기 위한 「國勢 調査」를 진행하기 위하여, 「제1회 임시 대만 호구조사」를 실시하여 쏘 대만의 인구상황을 파악하고 또한 즉시 경찰이 사용하는 「戶口調査簿(호구조사 장부)」에 제공하였다. 그러나 이는 일본 법제상의 民事法과 관련된 「戶籍」은 아니었다.³⁸⁾ 이외에 1898년 식민통치 당국은 日本内地가 과거 진행한 지적

36) 戴炎輝, 『清代臺灣之鄉治』(台北: 聯經出版公司, 1979年), 11~15면.

37) 李崇禧, 『日本時代臺灣警察制度之研究』, 碩士學位論文, 臺灣大學 法律學研究所(1996), 163면.

개정의 경험을 참고하여 토지조사를 진행하기 시작하였고, 지적을 작성하여 지세 부과에 근거로 하는 외에, 토지상의 법률관계를 정리하였다.³⁹⁾ 1910년 다시 그 전에 처리하지 않았던 山林·평야 등에 대하여 같은 토지조사를 전개하였다.⁴⁰⁾

대만 총독부는 당연히 치안이나 세금징수등의 목적에서, 혹은 “식민지의 자원을 착취하기 위하여” 상술한 조사를 행하였다. 그러나 이로 인하여 청조 통치때는 없었던 대만 총인구와 가족내부 친속관계 및 상세한 토지소유자 명칭·위치 및 면적 등에 관한 자료 등이 남을 수 있었다. 이러한 것은 일본통치가 끝나고 이를 이어받는 어떠한 근대식 정부 혹은 대만 일반국민들에게도 모두 매우 가치있는 ‘遺産’이었다. 오늘날의 대만법원은 전술한 호구조사부에 따라 일제시대 발생한 친속관계를 인정하는 의거로 삼고 있다.

3. 교육과 사상통제 법규

일본통치자는 대만인의 同化 혹은 대만인을 일본 국민으로 만들기 위하여 대만 식민지에서 근대 公學校의 교육을 추진하였으나, 특히 고등교육에 있어서는 대만인에 대한 차별대우가 존재하였다. 대만 총독부는 官이 정하는 의식형태를 유지하기 위하여, 점차 전제통치를 실행하였고, 또한 신문과 출판의 자유를 엄격히 통제하는 입법을 하였다.⁴¹⁾

당시 이러한 법제는 확실히 상당히 많은 대만인들을 日語에 통달하게 하였고, 일부는 일본인으로 동일시 될 정도였다. 그러나 일반 대만인들도 이로 인하여 적지 않은 근대적 지식을 습득하였고, 일부 대만 지식인들은 신문이나 정기간행물과

38) 阿部由理香, 『日治時期臺灣戶口制度之研究』, 碩士學位論文, 淡江大學 歷史學研究所(臺灣, 2001년), 23~30면, 47~51면, 54~59면.

39) 魏家弘, 『臺灣土地所有權概念的形成經過—從業到所有權』, 碩士學位論文, 臺灣大學 法律學研究所(2996年), 113~123면.

40) 明治 43년 律令第7號 『臺灣林野調查規則』 참조.

41) 王泰升, 『臺灣法律史概論』(台北: 元照出版社, 2001), 198, 210~211면.

같은 근대적 전파매체를 이용하여 총독부의 전제정치를 반대하기도 하였다. 「교육」은 종종 대만인들로 하여금 「차별」을 받는다거나 혹은 「被植民」이라는 의식을 한층 강하게 느끼게 하였다. 戰後, 바로 「國語」와 「국민교육」의 정당성이 이미 일반 민중속에 깊숙히 자리잡고 있었기 때문에 국민당 정권은 이를 이용하여 새로운 「國語」로서의 華語(중국어)를 추진할 수 있었고, 새로운 「국어인정」은 바로 중국을 인정하는 것이었다. 결과적으로는 원래 대만 대다수 민중이 사용하였던 福佬話・客家話 및 原住民語는, 특히 「대만인정」의 이념은 모두 국가에 의해 위기에 몰리게 되었다.

IV. 刑事法

1. 일본 형사법전의 실시와 개정

프랑스 법을 모방한 일본 1880년 형법전은 1896년부터 대만에서 실행되었다.⁴²⁾ 일본이 대만을 점령한 초기에 일단의 「軍政時期」가 있었는데(1895년 6월 17일에서 1896년 3월 31일까지), 당시의 형법은 각 유형의 무장저항 행위에 대하여 엄중하게 징벌하는 것을 중심으로 하였다. 법률형식상 1896년 4월 1일부터 이미 非군사통치의 「民政時期」에 접어들었으므로, 일본의 일반적 형법을 「依用」(오늘날의 「準用」과 유사함)한다고 수정하였다. 다시 말해서, 이 형법전은 「近代性」을 가지는 것이 아닌, 그것이 「신통치자의 법률」이 실시되기 시작하였다는 대표성을 갖는다. 가장 명료한 예는 대만총독부가 1898년 제정한 <匪徒刑罰令(폭도 형벌령)>은 법정형이 걸핏하면 사형이었을 뿐 아니라, 또한 해당 처벌은 해당 법령의 공포전에 발생한 행위에 소급 적용함으로써 근대 西方의 형사법 원칙을 전혀 고려하지 않았다.⁴³⁾ 그러나 일본 근대 형법전은 확실히 계속 대만에 실시되었다.⁴⁴⁾

42) 明治29년 8월 4일 律令 第4號 : 대만에서의 범죄는 제국 형법에 따라 이를 처리한다. 단 그 조항 중에 대만 주민에 대하여 적용하는 것은 어려운 경우 특별규정에 의한다.

일본통치 초기에는 편리하다는 고려에서 대만에서 근대식의 형사소송절차를 실시하기 시작하였다. 軍政시기의 《臺灣住民治罪令》은 단지 초보적인 근대유럽대륙형의 형사소송절차를 도입하였고, 검찰관·심판관이 분리하여 起訴·審判의 책임을 담당하였으며, 프랑스법을 모방한 일본의 1890년 刑事訴訟法을 적용할 수 있는지에 관하여는 규정하지 않았다. 民政시기로 접어들 이후에도 형사소송법을 규정하지 않아, 각 법원의 처리 방식에서의 불일치를 야기하였고, 이러한 문제점을 해결하기 위해 1899년에야 律令으로서 “일본의 1890년 형사소송법을 준용”할 것을 표시하였다. 그러나 대만 총독부는 오래지 않아 이것이 식민지 법원을 운영하는데서 꼭 필요한 ‘간단·신속’ 원칙을 위반하는 것임을 인식하게 되었고, 따라서 1901년과 1905년 절차의 간단화를 위한 일련의 특별법을 규정하게 된다. 특히 일본 內地에서 豫審판사만이 향유하던 人(피고)과 物에 대한 강제처분권을 검찰관과 경찰관(단, 경찰관은 구속권이 없었다)에게 부여하였다. 1924년부터 법률형식상에서는 일본의 1922년 형사소송법을 內地와 동시에 그리고 직접(準用이 아닌) 적용하였고, 외면적으로는 소위 말하는 「內地의 延長」에 협력하기 위한 것이라고 하나, 사실상 검찰관의 강제처분권 등의 규정은 명백히 內地와 달리 대만에서만 존재하는 것이었다.⁴³⁾ 바꾸어 말해서, 대만 국민은 동등한 「近代性」을 향유하지 못하였던 것이다.

그러나, 이러한 형법 혹은 형사소송법 법전의 실시를 통해 일제치하 일부 대만 국민은 이미 어느 정도 일련의 근대형사법 원칙을 알게 되었다. 당시의 소설이나 이후의 회의를 등의 자료들이 추구하는 민중의 법률의식을 보면, 특히 교육을 받은 대만국민들은 이미 “법률이 없다면, 官府는 처벌할 수 없다”는 죄형법정의 관념과 “단지 대만국민만이 위법으로 처벌받는 것이 아닌, 일본인 역시 만일 위법이 있으면 처벌을 받는다”는 처벌의 평등성에 관한 관념 또한 인지하고 있었음을 알

43) 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 88~90, 94~95면.

44) 일본 1907년 형법전의 제정에 맞추기 위하여 대만총독부는 1908년 『臺灣刑事令』이라는 율령을 제정하여, 대만의 형사사항이 당연히 일본의 新刑法典을 ‘依用’하여야 한다고 규정하였다. 대만 형사령은 일본통치가 끝날 때까지 지속되었다.

45) 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 88~90, 97~98, 113면.

수 있다. 많은 대만 국민들은 이미 경찰이 당연히 법이 정하는 형사절차에 따라야 하는 것을 알고 있었으나, 현실상은 경찰의 법정 절차에 의하지 않은 拘禁 등의 행위에 대하여 감히 저항할 수 없었다. 당시 근대 형사사법절차의 실시에 대하여 가장 큰 傷害는 경찰의 지나친 고문 혹은 뇌물에서 야기되는 것이었다.⁴⁶⁾

2. 폭도(匪徒)형벌령 · 治安警察法과 治安維持法

일본의 대만통치 초기, 일본의 施政에 대한 가장 큰 위협은 지속적인 항일 무장투쟁이었다. 따라서 대만 총독부는 일련의 소위 “土匪”라 칭해지는 정치 저항자들을 진압하기 위한 조치를 취하는데, 그 중 가장 중요한 것이 「嚴刑峻罰以止姦(엄한 형벌과 법으로서 간악한 행위를 억제한다)」이라는 전통 중국식 관념에 기초하여 제정한 폭도형벌령(匪徒刑罰令)이다. 일본의 형법전에서 사형에는 이르지 않는 불법행위가 이 폭도형벌령에 의하여는 통상적으로 사형에 처해졌다.⁴⁷⁾ 이는 근대 유럽 대륙의 개인주의 형법이 인정하는 “위협이 목적이 아닌 개인 罪刑의 輕重에 따라 刑罰을 부과하여야 한다”는 것과 상호 위배되는 것이었다. 폭도형벌령의 시행결과 많은 대만인의 생명이 참혹한 대가를 받게 되었고, 약 20여 년에 이르는 대만인의 장기적인 무장항일투쟁도 마감되었으며, 匪徒刑罰令은 1916년이 후에는 적용되지 않았다. 淸朝의 대만 통치부터 ‘무력으로 官에 저항’해 왔던 대만의 전통은 바로 匪徒刑罰令의 계획으로 중지되었고, 대만사회는 이미 근대 국가의 權威에 의해 ‘복종’ 되어 갔다.

1920년대 신홍 근대식 사회운동과 정치운동에 직면하여, 대만 식민당국이 대만 저항인사들에 대응하기 위한 법률이 일본 內地와 동시에 시행한 治安警察法과 治安維持法이었다. 소위 「內地의 延長」이라는 정책풍토하에서, 대만 총독부는 확실한 필요가 있는 경우 이외에는 대만에서 특별규정을 제정하기가 쉽지 않았다.

46) 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 280, 284~286, 288면.

47) 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 95, 102~103면.

정치사상범을 위해 계획한 治安維持法에 관하여, 1936년 별도의 법에 따라 치안 유지법을 위반하는 경우로서 적당히 不起訴·집행유예·형의 집행정지 혹은 가석방에 처해지는 경우 “보호관찰” 2년(갱신가능)에 처할 수 있다고 규정하였다. 또한 1941년에는 再犯의 방지가 어렵거나 혹은 再犯의 여지가 다분한 자로 형기가 이미 만료된 자·집행유예·보호관찰자에 대하여는 법원 재결을 통해 「豫防拘禁所」에 2년간(갱신가능) 수용할 수 있도록 규정하였다. 그러나, 이 두가지 조치는 단지 일본 内地와 朝鮮에만 시행되었고 대만에는 시행되지 않았는데, 이러한 입법상의 차별조치가 어떠한 고려에 기초한 것인지에 대하여는 상관 사료에 대한 검토가 있어야 하리라 본다. 단지 筆者가 범죄통계자료를 통해 분석해 보건대, 治安維持法을 위반한 대만인 혐의자는 内地와 朝鮮에 비교하여 볼 때 숫자상 결코 많지 않으며, 따라서 당해 조치들은 대만에서 발휘할 수 있는 효용성에 한계가 있었다. 특히 대만은 일찍이 이미 保甲제도와 浮浪者 단속등의 제도가 있었기 때문에 충분히 ‘위험한 사상’을 가진 잠재적 정치범을 감시하고 사전에 구금할 수 있었던 데서 이유를 찾을 수 있겠다.⁴⁸⁾

3. 笞刑·犯罪即決 및 浮浪者 단속

일본 통치시기 법제의 근대식 형사법에 대한 위반은 일반 범죄에 관한 처벌에서 나타난다. 1904년 律令第一號인 《罰金及笞刑處分例(벌금 및 태형 처분에 관한 규정)》는 3개월 이하의 처벌에 해당되는 자유형·百元이하의 재산형에 처해지는 대만인의 범죄는 笞刑에 처할 수 있다고 규정하고 있다. 만일 먼저 재산형에 처해지고도 이를 납부하지 않는 경우에는 환산하여 笞刑에 취할 수 있었다. 총독부의 내부 연구토론을 통해 알 수 있듯이, 대만에서 당시 일본이 이미 폐지·前近代의인 것으로 간주하였던 체형(肉刑)을 다시 회복시킨 것은 바로 “사범의 복잡한 절차에 의하여 治罪하는 경우, 단지 감옥비용만을 증가시킬 뿐이며 … 그 집

48) 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 112, 252~258면.

행은 행정관청에 위임하여 처리하고, 죄가 비교적 엄중한 경우는 법원이 처리한다”라는 점을 고려하였기 때문이었다.⁴⁹⁾ 다시 말해, 식민지 사법 경비의 절감을 위해서 「近代性」이라는 것은 기꺼이 희생될 수 있는 것이었다.

이와 같은 논리로, 1904년 律令 第四號 《犯罪即決例(범죄 즉결규정)》가 제정되었다. 해당 律令에 의하면 財産刑 · 3개월 이하의 자유형에 해당하는 賭博罪(1909년 폭행죄가 추가됨) · 3개월 이하의 자유형이나 百元이하의 재산형에 해당하는 行政法規 위반죄는, 지방행정 首長에 속하는 廳長(실제로는 고위 警官이 대행)이 재판절차에 의하지 않고 즉시 선고할 수 있으며, 만일 선고에 불복하는 자는 법원에 정식 재판을 청구할 수 있었다. 대만 총독부 당국이 발표한 바에 의하면 “법원의 부족 · 대만의 교통 불편 · 국민의 행정과 사법 분리에 대한 이해결핍”을 입법이유로 들고 있다. 그러나 이 제도는 1945년까지 계속되었고, 이러한 것은 일본통치 중기보다 말기에 그 사용빈도가 높았음을 알 수 있다. 그렇다면 대만 총독부의 이유에 의하면, 중기보다 말기에 법원의 숫자가 나날이 적어졌고, 교통이 갈수록 불편하게 되었으며, 그리고 민중의 근대적 지식이 갈수록 낮아졌다는 것인지에 대하여 질의하지 않을 수 없다. 일본통치자들이 실제 고려하였던 것은 바로 범죄즉결제가 당연히 법원이 심리하여야 하는 안전을 흡수할 수 있고, 즉결선고에 불복하여 법원재판을 청구한 경우도 사실상 극소수에 불과하였다는 것을 보아, 이러한 제도는 식민지 정부가 법원방면에 대한 투자를 경감하고, 또한 경찰기관이 보다 큰 권력을 획득할 수 있도록 하여, 인민의 일상생활을 쉽게 감시 · 통제할 수 있게 한다는 데 있었던 것이다.⁵⁰⁾

대만 총독부는 상술한 清朝의 舊制만을 회복시킨 것 뿐 아니라, 1892년의 《子戒令》와 같은 일본의 舊制 또한 참고하여, 1903년 어떠한 법률적 근거가 없는 상태에서 「浮浪者取締(부랑자 단속)」을 실시하였다. 이는 식민지 당국이 사회에서 직업없이 떠도는 사람들을 범죄의 위험성이 높은 집단일 뿐 아니라, 또한 官에

49) 劉寧顏編, 『日據初期時期司法制度檔案(일본 점령초기의 사법제도 문서)』(台中: 臺灣省文獻委員會, 1982), 823면.

50) 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 214~221면.

무력으로 항쟁할 잠재적 참여자로 보았기 때문이며, 따라서 이들을 소외된 지역으로 강제적 취업을 시킬 필요가 있었다. 1906년 정식으로 《臺灣浮浪者取締規則(대만 부랑자 단속규칙)》을 제정하였으나, 총독부는 이를 구실삼아 서방 식민지의 강제노동제도를 모방하였다. 부랑자 단속규칙에 의하여, 주거가 없는 자나 직업이 없는 자로서 公安을 방해하고 풍속을 문란케 할 염려가 있으며, 그 행동을 개선하지 않는 경우, 소외된 지역에서 1년에서 3년까지 강제노동에 수용할 수 있도록 하였다.⁵¹⁾

일본 식민지통치 당국은 바로 법원제도와 범죄즉결제·부랑자 단속 등으로 구성된 「犯罪控制體系(범죄통제체제)」에 의지하여 清朝 통치부터 내려온 평온하지 않던 治安을 처리하였던 것이다. 소수를 차지하였던 重罪는 법원이 심리하고, 다수를 차지하였던 경범죄는 통상적으로 경찰이 즉결케 하였으며, 범죄의 우려가 있는 자는 경찰이 강제수용하였다. 그 결과 대만사회의 치안은 확실히 양호하게 전환되었으나, 이는 근대식의 法律의 불완전한 채택과 민중의 절차상의 보장(人權)을 철저히 무시함으로써 얻어진 결과였다.⁵²⁾

V. 民事法

1. 이전 관례 준수의 원칙

일본 식민당국은 대만국민의 民事사항에 대하여 통치 전기에는 「이전 관례에 따르는」 원칙을 채택하였다. 대만 총독부는 1895년 11월 《臺灣住民民事訴訟令》을 공포하고, 제2조에서 “심판관은 해당 지방의 慣例와 法理(일어로는 條理라 함)에 따라 소송을 심사판결한다”고 규정하였다. 이는 단지 戰亂하에서의 일시적인 임기응변적 조치일 수 있다.⁵³⁾ 1898년 7월 16일 다시 律令으로서 대만인(혹은

51) 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 261~262, 267면.

52) 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 264~276면.

清國人)에 관련된 民商관련 사항은 “현재의 例에 따라” 지방관습 및 법리에 따르도록 하였으나, 일본 內地人과 清國人 이외의 외국인 民商관련 사항에 대하여는 일본의 1898년 民法典에 따르도록 하였다. 단지 그것이 臺灣土地에 관한 권리에 영향을 미치는 경우, 臺灣人の 「이전 관례」를 따르도록 하였다.⁵⁴⁾ 일본정부는 영사재판권의 배제를 규정하고 있는 신조약을 대만에까지 연장토록 하였으나(외국 세력의 배제를 위해), 해당 신조약의 요구에 의해 서방식 법전을 시행하지 않을 수 없었다. 한편으로는, 만일 대만에 일본민법전을 전면적으로 시행하는 경우 대만인들이 이에 적용치 못하고 반정부세력으로 집단화 할 가능성을 염려하였고 심사숙고 결과 내린 것이 바로 상술한 「사람」에 따라 다른 「複數法制」를 실시하는 것이었다.⁵⁵⁾ 이중 “이전 관례를 존중하는” 법률정책은 “民事事項은 피식민지의 민족에게 방임”한 서방의 식민강권들의 경험을 참조한데서 유래한다고 보여진다.⁵⁶⁾ 1908년의 《臺灣民事令》(律令)에서도 단지 “대만인의 民商事 사항은 이전의 관례에 따른다”고 하여 기존 원칙에 대한 재천명을 하였다.

일본 內地에서 건너온 법집행자들은 전술한 조항에 의거하여 매 사건마다 관련된 대만인의 “이전 관례” 내용이 어떠한지를 인정하여야 했다. 그러나 이는 자원 낭비일 뿐 아니라 견해의 불일치로 인하여 법률관계의 불명확성을 야기할 수 있었기 때문에, 대만총독부는 대규모의 “이전관례 조사사업”을 진행하여, 당시 대만인의 각종 민사법률 관습의 《臺灣私法》을 기술하였다.⁵⁷⁾ 이는 후대인들이 대만의 漢人 移民社會 혹은 전통 중국사회의 민사관습을 이해하는데 커다란 긍정적 공헌을 하였으나, 그 “결과”는 당연히 당초 조사를 진행한 시기의 “動機”는 아

53) 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 89면.

54) 상세한 조문내용은 明治31년 7월 16일 律令 제8 및 9호 참조.

55) 淺野豊美, 『근대일본의 ‘조약개정’과 대만식민지 법제의 초기 구조』, 若林正丈·吳密察, 『臺灣重層近代化論文集』(台北: 播種者文化公司, 2000), 329, 337, 343면.

56) 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 100면.

57) 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 183~184, 308~309면. 조선 총독부가 진행한 民事 관습에 관한 조사사업에 대하여는 鄭鐘休, 『韓國民法典の比較法的研究』(東京: 創文社, 1989년), 110~117면. 필자에게 귀중한 저서를 제공하여 주신 鄭鐘休 박사에게 이 자리를 빌어 감사드린다.

니었다는 데 있다.

그러나 근대국가의 법률체제에 의하면 단지 국가의 사법 혹은 행정기관에 의해 승인받은 관습만이 국가 기관이 의거하고 집행하는 “관습법”이 될 수 있다. 대만인이 清朝 통치시기에 있었던 기존의 관습들은 원래 그대로의 형태로 일본 통치시기의 법집행기관에 의해 접수된 것이 아니었다. 먼저, 일본법은 이미 유럽 대륙법(이하 대륙법이라 함)을 계수하였으므로, 전통적으로 중국에 없었던 법률개념을 원용하여 이러한 관습규범의 내용(예를들어 臺灣 私法에서 보여지는 것과 같은)을 해석하였으며, 적절하게 적용되는데 있어서의 폐단을 면할 수 없었다. 게다가 이전의 관례는 이미 서방의 개인 자유주의 법학교육을 받은 일본 법원에 의해 “公共良俗을 위반”한 것으로 인정되어, 그 법률적 효력의 승인이 거절될 수 있었다. 특히, 일본 법원은 가능하면 일본의 근대 민상법상의 규범을 “法理”로 간주하여 개별 사건에 적용하였다. 일본 관원은 고의든 아니든 이를 이용해 대만의 民事慣習法을 통합하여 전체 일본의 법률체계내로 들어가게 했다. 그러나, 결과적으로 볼 때, 대만인의 민사법률 생활은 급속하게 근대 西方法에 의해 개조된 것이 아닌 점차적으로 개조되었는데, 이는 어쩌면 하나의 필요한 과도기적인 전환 과정일 수 있다.⁵⁸⁾ 이하에서 열거하는 사례 또한 이러한 과정의 반복이었다.

대만 총독부 또한 어떠한 민사사항에 대하여 이전의 관례를 배제하는 특별규정을 제정할 수 있었는데, 그 입법의 목적은 통상 일련의 근대 서방식 민사제도를 도입하기 위함이었다. 이에 대한 가장 전형적인 예가 바로 대륙법化 이후의 소위 “이전의 관례”에 의하여, 토지에 대한 “소유권(業主權)”을 향유한 자는 여전히 “大租權人”에 대하여 임대료를 납부할 의무가 있었다. 그러나 1904년 律令 第6號는 大租權을 폐지하고, 또한 정부가 이들 大租權人에게 보상금을 지급함으로써, 소유자는 이때부터 대륙법상의 소유권자와 같은 절대적이고 배타적 권리를 향유하게 되었다. 이 외에, 1905년 《대만토지등기규칙(울령)》은 토지대장이 이미 등록된 토지의 業主權·典權·胎權·賤耕權에 관한 설정·이전·변경·처분의 제한이나 소멸은 繼承이나 유언(遺囑)으로 발생하는 경우를 제외하고는 해당 규

58) 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 301~311면.

칙에 의한 등기 없이는 효력이 발생할 수 없다고 규정하였다. 여기에서 독일 민법의 “물권변동등기 효력”제를 도입하였으며, 이전 관례상에 있던 “의사 합치가 있으면 효력이 발생한다”는 것을 부정하였다. 이 토지등기 규칙은 또한 상술한 典權이나 胎權을 가진자는 원래 舊制에는 없었던 “담보로 제공된 토지에 대하여 기타 채권인에 우선하여 자기 채권에 대한 상환을 받는다”고 규정하고 있다. 또한 舊 관례상의 典權과 胎權은 머지않아 이미 일본법이 채택한 대륙법상의 “質權”과 “抵當權”으로 개조되었다.⁵⁹⁾

상술한 1904년과 1905년의 법제 변혁에 대하여, 論者들은 보통 토지가 상품성을 갖춤으로서, 일본 자본이 대만에 들어오는데 유리한 동기가 되었다고 지적한다.⁶⁰⁾ 물론 식민 당국이 이러한 입법동기를 가지고 있었으나, 대만인 地主 중에서 “토지조사”시에 신고를 하지 않아 권익을 박탈당한 자를 제외한,⁶¹⁾ 대다수 사람들은 법률상의 더욱 확실한 보장을 받게 되었다. 자본가들은 당연히 일본 內地에서 온 사람들 위주였으나, 대만 명망가 중에도 풍부한 자본을 가진자가 적지 않았다. 이러한 법률조치를 반포한 이후에는 항일 무장투쟁 사건의 발생은 아주 드물었으며, 특히 일본통치 초기 지주 계층이 참여한 대규모의 항일 무장투쟁은 아주 소수였기 때문에,⁶²⁾ 정도상에서 거의 “안정적인 식민통치”의 효과를 발생하였으며, 이것이 일본 집정 당국이 예견하였던 일이었던 지는 고증을 통해 살펴볼 일이다.

2. 일본 民商法典의 시행과 신분법의 예외

1920년대 초기에 대만의 民事法에는 대폭적인 전환이 있었다. 일본 內地정부는

59) 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 319~332면.

60) 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 101, 104~105면.

61) 일부 대만인 地主가 業主權(소유권) 조사과정에서 권리가 희생된 것에 관하여는 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 326~327면 참조.

62) 1895년에서 1902년 대만민중의 항일 무장투쟁의 지도자는 대다수 지방의 권세가 계급이었다. 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 231면.

1922년 칙령 第406號로서 일본이 서양법을 계수하여 제정한 民法典·商法典을 1923년부터 직접(律令을 통한 “준용”을 통할 필요없이) 대만에 시행하게 하였다. 그러나 이 법제 변혁은 대만 자체의 경제사회 등의 조건등에 대한 평가에 기초한 것이 아닌, 모든 일본제국 식민정책이 이미 “內地 延長”의 발전으로 향하게 된 데 기인한다. 사실, 1914년 대만 총독부는 대만식민지 법원이 인정하는 민사관습법을 기초로 하고, 대만사회의 실정과 일본 민상법전의 편제체제를 참조하여 “대만민사법전”이라 불리는 수개의 律令案(예를들어 臺灣民事令·臺灣親族相續令·臺灣不動產登記令·臺灣祭祀工業令(대만 제사 산업령)·臺灣合股令(대만 합자 주식령) 등)을 제정하였다. 그러나 이러한 율령들이야 말로 대만사회의 조건에 기초한 法典이었음에도 불구하고, 이는 제국내에서 대만의 지위를 하나의 특수한 정치단위체로 강화시키는 것과 같았기 때문에 일본 內地정부는 이러한 것이 야기할 수 있는 “분리주의”의 律令案에 동의하지 않았다.⁶³⁾ 이는 “母國의 이익”이야 말로 식민통치가 추구하는 최고의 가치임을 잘 보여준다. 그러나 이리함에도 불구하고, 결과상에서는 일본 내지법이 보다 많은 근대법적 요소를 포함하고 있었기 때문에 대만법률이 근대화하는데 조력하였으며, 특히 일본 民商法이 대만의 대규모로 시행된 것은 대만이 1945년 이후에도 일본법에 근사한 중화민국 민법전을 계속 적용할 수 있게 하는데 조력하였다. 일본통치당국은 당연히 20여 년 후 대만에 대한 통치를 상실하고 대만이 중화민국법으로 개정 사용할 것에 대하여는 예상하지 못하였을 것이다.

주의할 만한 것은, 일본은 잇달아 1922년의 勅令 第407號에서 일본 민법의 親族繼承의 두 부분이 대만인에게 적용되는 것을 배제함으로써, 대만인의 신분사항에 관련하여서는 “관습에 의한다”고 규정하였다. 물론 당시 신분사항에 관한 대만의 관습법은 서방 문명에서 나온 “近代性”을 결핍하고 있었으나, 일본식민 통치자의 입법동기를 단순하게 “愚民政策”으로 해석하기에는 적절하지 않다. 계속 관습법에 따라 대만인의 신분에 관한 사항을 처리하는 것은 당시 대다수 대만인들의 요구사항이었고, 따라서 대만 총독부로서는 “民意를 존중” 한다는 입장에서 대만

63) 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 316~317면.

인에게 일본의 친속계승법을 강요하지 않았던 셈이다.⁶⁴⁾ 만일 단지 결과상으로 西方法상의 근대성에 대한 요구에 부합하지 않기 때문에 일본 통치자의 동기가 순수하지 않다고 질의 한다면, 사실상 설령 서방의 근대성에 대하여 절대적 불변의 가치를 갖는다고 아무런 회의없이 받아들인다 해도, 동아시아 사회의 「主體的」 입장과 사고를 잃은 것과 같다. 물론, 일본 통치당국이 대만인 신분사항에 관한 관습법을 적용하길 원한 것은 이전의 “舊制를 존중”한다는 것과 같이 최종적으로는 식민통치의 안정을 추구하기 위한 것이었으므로, 결국에는 「근대화」의 진척을 늦추었다.

3. 민사소송법전의 실시와 개정

형사소송절차와 마찬가지로, 근대식의 민사소송절차 또한 법원 운영상의 편리를 고려한 데에서 출발하였으며, 일본통치 당국에 의해 대만에 처음 도입되었다. 1895년의 《臺灣住民民事訴訟令》은 전쟁이 한창이라는 것을 이유로 “是非曲直은 심판관의 현명한 판단에 일임한다”는 것을 채택하여 一審으로 확정되었기 때문에, 차라리 전통 중국 官府의 심판방식의 재등장하는 것만 못하였다. 이와 마찬가지로 대만 각지 법원이 통일된 안건 처리절차를 갖게하기 위하여, 1899년 律令으로 원래 독일법을 모방한 일본의 1890년 민사소송법을 준용하도록 규정하였

64) 근대법 교육을 받은 鄭松筠·林呈祿을 포함한 反총독부에 속하는 정치저항인사들은 모두 대만인의 친속계승사항을 주장하는 경향에 있었고, 해당 관습이 “공공양속을 위반”하지 않는 조건하에서, 일본 민법을 적용하지 않고 대만의 관습을 적용하여야 한다고 주장하였다. 親총독부의 대만인들 또한 대다수가 총독부내의 評議會에서 일본민법 친속계승의 두 부분은 예외적으로 대만에 적용하지 않아야 한다고 인정하였다. 대부분 高等法院長 谷野格과 같이 근대 서방법에 대하여 긍정적 평가를 하던 근대법교육을 받은 일본 법률 전문가들만이 대만인 신분 사항 역시 일본민법의 적용을 함께 받아야 한다고 주장하였다. 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 121~122면; 陳昭如, 『離婚的權利史—臺灣女性離婚權的建立及其意義』, 석사학위논문, 대만대학교 법률학 연구소 (1997), 136~146면.

다. 이는 또한 식민지를 경영하는데 있어서 사법비용의 지출을 줄이기 위한 것으로서, 1905년 특별법으로 그 절차를 간단화 하였으며, 법관이 절차상에서의 직권을 강화하고 법원심리 속도를 제고하였다. 또한 “內地 延長”정책의 요구에 기초하여 1923년 1월 1일부터는 해당 법전을 직접 대만에 시행하도록 하여, “준용” 방식을 통하지 않게 하였다. 형사소송절차와 달리 1905년 제정한 민사소송 특별규정은 이후 다시 존재하지 않았으며, 대만의 민사소송절차라는 관점에서 볼 때, 일본 內地와 동등한 “近代性”을 향유할 수 있게 하였다. 따라서 1926년 일본의 민사소송법은 수정없이 1929년 10월 1일부터 日本內地와 동시에 대만에 시행되었다.⁶⁵⁾ 이러한 차이는 형사소송법과 비교하여 비교적 국가통치 질서의 유지에 관련된 것을 반영하는 것으로, 식민지에서 특히 필요로 하는 것이었다.

일본통치 시기, 근대 민사소송법의 관념은 대만인이 법원에 민사소송을 제기하는 안건의 수량 증가와 함께 점차 확산되었다. 제1심의 민사소송안건에 대한 통계에 의하면, 대만에서 일본통치 초기인 1898년 평균 민사소송안건은 每 10萬 인구 당 81건에 불과하였다. 이는 10여 년 후인 1910년 평균 122건으로 증가하였고, 1920년에는 평균 189건, 1930년에는 평균 203건으로 증가하였다. 1931년에서 1933년에는 민사소송안건의 증가가 최고조에 이르렀으며, 이후에는 점차 감소하게 되었으나, 1935년은 176건에 이르렀고, 1940년에는 133건이 있었다. 다시말해, 민사소송안건 수량은 점차 증가현상을 보였고, 특히 1920년대에서 30년대 중엽전의 15년간의 평균 민사소송안건은 대략 일본통치 초기(1897년에서 1905년을 예로)의 3배에 이른다. 1930년대 후기이후에는 전쟁 등의 요소로 인하여 안건이 감소하게 되었다. 그러나 평온한 시기에는 대만인은 이미 비교적 일상적으로 법원을 이용하였으므로, 근대 민사소송절차에 대한 인지도를 제고하였다.⁶⁶⁾ 이는 대만민인이 전후 계속 일본법과 유사한 중화민국 민사소송절차를 사용할 수 있게 하는데 부분

65) 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 89, 101, 114면; 王泰升, 『臺灣法律史概論』(台北: 元照出版社, 2001), 355~356면.

66) 상관 자료와 분석은 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 202~213면.

적으로 조력하였다.

4. 민사소송 調停 제도

일본제국은 통치자본을 절약하기 위하여 식민지의 민사분쟁해결에 대하여 여전히 특별한 제도를 두고 있었다. 대만 총독부는 1897년 清朝 시기의 舊制를 답습하여, 지방관이 민사분쟁에 대하여 調解를 진행할 수 있도록 승인하였다. 1904년 약간의 지구와 법원이 소재지에서 비교적 거리가 먼 지역을 고려하여, 그리고 또한 법원 안건의 증가를 감소하기 위하여 《廳長處理民事爭訟調停之件(청장의 민사쟁송 조정 사건의 처리)》(율령)을 제정하고 지방관이 調解하는 중국의 전통을 강화 및 제도화 하였다. 또한 어떠한 민사분쟁도 일단 지방행정관원이 조정에 성공하면 법원에 기소하지 못하였으며, 해당 지방행정기관은 특히 민사강제집행을 진행할 수 있었다. 1912년에는 정식으로 이 제도를 전 대만 각지에 시행하도록 하였는데, 여기서 가장 중시한 것은 ‘법원 안건의 감소’에 대한 효과였다. 일본이 1910년 조선을 併呑한 후에도, 행정기관이 민사조정을 진행하도록 하는 이러한 제도를 시행하였으나, 대만과 다른 점은 금액이 비교적 소액이거나 혹은 일련의 특정종류의 민사분쟁에 한정하였다는 것이다. 물론 일본내지에도 이러한 민사조정제도가 있었으나, 이는 대만이나 조선 식민지와 같이 행정관원이 이를 행하는 것이 아닌, 재판소 내의 법관이 주재하는 것이었다.⁶⁷⁾ 사법 자원의 분배상에서 식민지 인민은 차별을 받았던 것이다.

대만인의 민사소송조정에 대한 사용율은 비록 감소하였으나, 이는 법원 소송과 비교하여 시간과 금전적 절약이라는 장점 때문에 일본통치가 종료된 후에도 여전히

67) 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 194~195면. 조선 식민지에서 원래 규정은 屬區 재판소 관할의 민사사건에 한정하여, 경찰관이 이에 대하여 調停할 수 있었으며, 그 후에 다시 “금액이 200원을 초과하지 않는 경우(原 규정에 의하면 1000원을 초과하지 않는 경우였다)에는 이 조정을 진행할 수 있다”고 개정하였다. 상세한 것은 明治 43년 제정한 令第11號・明治45년 제정한 令第10號 참조.

히 많은 대만민중이 이 제도를 이용하여 민사분쟁을 해결하였다.⁶⁸⁾ 이는 법원 소송과 서로 배척되는 것으로 병존할 수 없으므로, 만일 법원의 민사소송절차가 ‘近代性’을 대표한다면, 행정기관이 행한 민사소송 조정은 근대성을 제고하는 것에 대한 제도적 장애였다.

VI. 결론

일본 관원은 그 動機에 있어서 당연히 일본의 이익을 위하여, 설령 대만 민중의 복지를 고려한다고 하여도 그것은 중국에는 결국 통치의 필요를 위한 것이었다. 그 法制 시행에서 야기된 결과는 다양성을 가지고 있으며, 대만인 善用(고용) 제도의 결과는 의외의 결과를 야기하였을 수 있는데, 특히 중요한 것은 그것이 좋은 나쁜 것 간에 모두 대만 사회에 남아 있다는 것이다. 만약 오늘날 그것이 ‘좋은’ 것으로 인정된다면, 그 作爲(예를 들어 사법의 청렴결백)나 혹은 수단의 개선이 필요하면서도 그 효과(예를 들어 양호한 사회치안)를 유지할 만한 것은 참고의 가치가 있을 것이다. 또한 그것이 ‘나쁜’ 것으로 인정되는 경우(민중 참정의 무시와 집단(族群)간 차별)는 당연히 이를 경계하여야 할 것이다. 이러한 것은 모두 식민지 시대의 역사적 사실 및 그 유업에 솔직하게 다가서기 위하여 필요한 전제 작업인 것이다.

68) 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』(台北: 聯經出版公司, 1999), 198, 200~203면.

〈번역자 주〉

1. 대만의 2·28 사건 (p.7)

대만은 400년 역사상 4개의 다른 체제, 즉 네덜란드와 중국본토 및 일본 그리고 국민당의 장개석정부에 의한 식민지 역사경험을 갖고 있다. 이중 대만 내의 漢族과 장개석정부는 漢族이라는 공통성을 가지고 있었다. 漢族이 네덜란드와 일본에 저항할 때 중국이라는 민족을 내세워 대만인과 함께 저항하면서도 대만인 보다는 우월하여 대만인을 지배해온 것으로 인식하고 있었고, 대만인 역시 다른 외국 식민정부와 마찬가지로 漢族을 ‘그들’, 대만인을 ‘우리들’이라는 인식하에서 추방하고자 하였다.

1945년 일제 패망과 함께 장개석의 국민당 정부가 대만내 漢族의 환영을 받으며 대만을 점령한다. 대만 사람들은 새로운 체제가 대만의 민생문제를 해결해 주길 기대했다. 그러나 현실은 기대와 달랐다. 일제의 패망은 일본의 총독대신 중국의 총독이 대만을 지배한 것에 불과했고, 정부 요직은 그들이 차지함으로써 대만인에 대한 차별정책은 일본과 마찬가지로 되었다. 대만인의 새 정부에 대한 개혁의 기대는 무시된 채, 경제는 악화일로였고, 대만사람들은 생존을 위해 담배밀수 등을 하여 생업을 유지하게 된다. 이러한 가운데 1947년 2월 27일 경찰과 수사대는 담배밀수군을 수색하던 중 밀수한 담배를 판매하던 40세의 임여인과 그의 어린딸을 붙잡아 총으로 사격하여 사살하는 사건이 발생한다. 대만인들은 피흘리는 여인의 주위로 몰려들어 “본토인들은 이성을 잃었다” “그들과 대항하자” 등의 소리를 외치며 항의하고, 많은 대만인들이 본토인 공격의 대열에 참여하게 된다. 이것이 1947년 2·28항쟁의 비극적 시작이었다. 이들은 2월 27일에서 3월 7일까지 정부에 대한 체제저항 방법을 논의하게 되고, 초기의 극렬한 데모와 본토인에 대한 구타는 점차 비폭력시위로 변하게 된다. 대만인들은 무기 등을 회수하여 대만시민 민병대에 반납하여 관리토록하고, 본토인이 피해입지 않도록 보호하는 조치를 취하게 된

다. 장개석은 대만에 파견된 첩위 총독과 비밀경찰의 보고를 토대로 항쟁진압군으로 21사단을 1947년 3월 8일 파견하여, 잔인한 살해작전을 전개하게 된다. 이 기간 중 18000~28000명의 대만인이 살해되었으며, 많은 엘리트들은 엘리트라는 이유만으로 재판없이 구속·살해되었으며, 비밀경찰은 지식인 그룹을 소탕한다는 명분 아래 항쟁에 참여했거나 하지 않았던 지식인들을 “공산반도(Communist Bandits)”로 규정지며 투옥하거나 살해한다. 2·28사건은 3월 17일 타이중(台中)市の 항쟁을 끝으로 3월 21일 모든 교전까지 항쟁의 끝이 난다.

2. 保甲組織 (p.10)

保甲조직은 원래 강한 병사를 기르고 군사비의 부담을 가볍게 하기 위하여 宋代의 왕안석이 만든 민병제도에서 유래한다. 열 집을 保, 천 집을 大保, 열 大保는 都保라 하여 각각 正副의 長을 두고 농한기에는 유사시에 대비하여 무장을 시켜서 훈련을 하게 하였으며, 평상시에는 연좌제의 제도를 설치하여 자치적으로 지방 경찰의 사무를 행하게 하였다. 따라서 본문에서의 保甲제도라 함은 바로 경찰사무를 강화하기 위한 연좌제의 성격을 가지는 것으로 해석된다.

3. 大租權 (p.16)

대만에서의 大租權은 18세기초 중국인들이 대만으로 이주하면서 시작되었다. 이들은 쓸모없는 땅을 매입하여 소작인들을 동원하여 개간을 하게 되는데, 이러한 개간산업이 어느 정도 안정된 시기로 접어들자, 개간 초기에 지도적 위치에 있던 소유주들은 점차 개간활동을 소홀히 하게 되고, 大租의 지위로 변하게 되었다. 이에 따라 18세기 말에서 19세기에 진정한 개간활동에 종사하는 자는 小租와 佃戶였으며, 이는 곧 ‘現경작인 → 小租 → 大租 → 관청’이라는 토지소유권의 분배

과정을 이루게 하였다. 따라서 대만에서의 토지를 둘러싼 항쟁을 말한다면 사실 清代의 개간민들의 地主에 대한 항쟁과 일제시대의 대만인들의 통치자에 대한 항쟁으로 나누어 보는 것이 정확하다. 清代의 항쟁에 비하여 일제시대의 항쟁은 대만전체를 통한 항쟁으로 진행되었다는 특징이 있다.

이러한 배경속에서 일본통치시기 일본식민정부의 「토지임시조사국」은 1898년 먼저 대만지적조사와 지형측량을 실시하고, 1903년에는 民間에서 大租權을 신설하는 것을 금지하였으며, 점차적으로 大租權의 처리와 폐지를 위한 작업에 들어가게 된다. 1903년 일본정부는 「大租權 調査委員會」를 설치하고 大租을 확정한다음, 1904년 大租權을 폐지함으로써 “一地二主(한 토지에 두명의 주인)”의 폐단을 제거하였으며, 일체의 大租權을 취소하고 各 大租權人 혹은 계승인에 대하여는 보상금을 지급하였다. 그러나 이에 대한 사적 평가는 논외로 하고, 대만인의 사유토지를 박탈하고 일본의 자본이 대만에 적극적으로 유입되고 대만의 경제를 장악하는 유효한 경로로 작용하게 된다.

Modernity of Taiwanese Law and Japanese Colonial Rule

Wang Tay-sheng

This paper wants to explore the Japan's incentive of introducing modern laws to colonial Taiwan and the consequences resulting from these. Even though those laws were made for Japan due to the essence of colonialism, they probably left something good for modernity.

Japanese Meiji government took over Taiwan in a hurry so that it had no enough time to seriously consider the legal issue whether the Imperial Constitution should be applied to Taiwan. The Japanese government finally decided to declare that the Constitution be applied to Taiwan because such a declaration in fact did not interfere Japan's authoritarian rule in Taiwan. However, Taiwanese intellectuals employed this Constitution to attack Japan's colonial rule in the 1920s, and the general public in Taiwan were thus exposed to a modern-style constitution for the first time, which actually did not honestly follow Western Constitutionalism.

Japanese rulers indeed brought police system, household and land registration, and national education system to Taiwan for the purpose of colonial suppression. Accordingly, an administrative framework of modern nation-state was established. Unlike the Chinese empire, a modern government was thus able to control upon daily lives of ordinary people. The registration left by the Japanese colonial authorities is very useful for today's government in deciding who is the owner of land or who has the right to succeed properties of the dead.

With a view to expressing that the Japanese empire was the new master on the island,

Japanese modern criminal code was taken effects in colonial Taiwan. Merely for the convenience of the administration of courts, Japan's modern-style criminal procedural law was brought to the island by the Japanese government. It is therefore not surprising that the Japanese authorities adopted any pre-modern criminal measures, including flogging, summary judgment by police authorities and so on, just because those were needed for colonial rule. However, the Taiwanese, especially intellectuals of them, were to a certain degree aware of modern criminal justice after the fifty years of Japanese rule.

Japanese colonialists dealt with Taiwanese civil matters in accordance with Taiwanese customary law with a view to calming down anti-Japanese passion. Nevertheless, colonial courts interpreted Taiwanese customs by legal conception derived from modern West. That was helpful in gradually transforming Taiwanese civil law into modern one. The Japanese government decided to apply modern Japanese civil and commercial codes to Taiwan since 1923 for the purpose for assimilating Taiwanese. This measure, however, resulted in further modernization of Taiwanese civil law. Similarly, the Japanese authorities implemented modern civil procedure for the convenience of colonial courts. The Taiwanese became familiar with procedural law by increasingly filing cases in modern courts.