

제국일본의 식민지형 사법제도의 형성과 확산

— 대만의 사법제도를 둘러싼 정치·입법과정을 중심으로 —

문준영*

목 차

- I. 머리말
- II. 대만영유 이후 대만사법제도의 초기 정립
- III. 대만사법권독립과 개정조약실시 문제와 대만법원제도의 재편
- IV. 대만형 사법제도의 정립과정
- V. 대만형 사법제도의 확산과 제국사법의 통일문제
- VI. 맺음말

[국문요약]

본고는, 구한말과 일제시대 사법제도의 모델이라고 할 수 있는, 식민지 대만의 사법제도의 형성과정과 일본의 식민지로서의 확산과정을 살펴본 것이다. 특히 당시 일본의 정치체제가 대만에서의 사법권독립문제와 같이, 대만통치초기에 불거진 문제를 해결해나가는 과정에서 식민지 사법제도의 틀이 갖추어어나가는 모습에 주목하였다. 대만형 사법제도의 확립과 관련하여서는, 1898년 대만총독부법원조례의 개정과 이듬해의 대만법원에 대한 본토의 대심원(大審院)의 상고관할권에 관한 법률안의 부결을 중요한 계기로 포착하였다. 전자는 식민지에서의 사법권독립 문제가 정치적 쟁점으로 떠오르면서 본국의 사법관에 비하여 신분보장정도가 약한 판사신분보장제가 대만에 도입되고 식민지 법원제도의 기본구조를 마련하는 계기가 되었다는 점에서 중요하다. 후자는 대만사법제도의 본국의 법제에 대한 이법역성(異法域性)을 유지하는 방벽을 구축하는 결과를 낳았다는 점에서 중요하다. 이러한 틀 하에서, 1900년 이후 대만총독부는, 행정관에 의한 사법사무처리 영역을 확장하거나, 소송절차를 간이화·신속화하고, 대만특수의 형벌제도를 설치하는 것으로서, 통치의 효율화를 도모하였다. 대만의 사법시스템은

* 법학박사, 서울대학교 법학연구소 선임연구원.

단지 대만총독부당국의 편의에 의해서만 만들어진 것이라기보다는, 명치 일본의 국가우위의 사법체제의 속성이 식민지에서 전면적으로 발현된 것으로 파악할 수 있다. 그러한 까닭에 대만형 사법제도는 대만뿐만 아니라 일본의 다른 식민지에 도입·응용될 수 있는 요소를 가지고 있었다. 대만형 사법제도는 러일전쟁 후 관동주(요동반도조차지), 구한국, 식민지조선, 남양군도 등 일본의 식민지로 확산되고, 그 과정에서 제국사법의 통일과 네트워크 형성이라는 과정이 법률과 사법기관의 통일이 아닌 사법공조와 법률행위 및 재판의 효력의 공통이라는 방식으로 해결되었다.

[주제어] 식민지 사법제도, 식민지 법원조직, 대일본제국 헌법, 대만총독부 법원조례

I. 머리말

근대 일본의 식민지, 즉 朝鮮, 臺灣, 關東州, 南洋群島 등지의 사법제도를 비교하여 보면, 몇 가지 중요한 특징들을 찾을 수 있다. 우선, 서구 식민지에서 볼 수 있는 白人司法과 土人司法과 같은 구별이 없으며, 재판법규와 재판절차에 있어서 원칙적으로 국적, 민족, 인종에 의하여 구별되지 않는다. 자격있는 사법관으로 구성되는 재판기구는 그 인원과 조직면에서 본국의 재판소에 비하여 그 규모가 작으며, 대신 지방행정관 또는 경찰관이 사실상 민형사 재판권을 행사하는 영역이 널리 존재하고 있다. 재판절차의 경우에도 국가측의 편의를 도모하고 소송경제를 극대화하기 위한 특례규정을 상당수 두고 있다. 그러면서, 야마자키 탄쇼(山崎丹照)가 말하고 있듯이, 제국 내의 일지역이 사법기구가 다른 지역의 사법기구와 전혀 별개의 존재를 이루고 있다.¹⁾ 즉, 일본의 제국전체의 사법절차에서 보자면, 제국에 속한 각 지역마다 독자 법규에 근거를 둔 사법기관이 존재하면서, 제국 중심부의 사법권력—본국의 최고재판기관인 大審院, 최고사법행정감독기관인 司法省—과 종적으로 연결되지 않고, 각 지역 간의 횡적 연결에 의하여 제국전체의 사법네트워크가 존재하고 있었다고 말할 수 있다.

식민지 사법, 또는 일본의 제국적 사법체제가 갖고 있는 이러한 특징은, 일본의 식민지입법제도와 밀접한 관련이 있다고 할 것이다. 일본의 식민지입법제

1) 山崎丹照, 『外地統治機構の研究』(東京: 高山書院, 1943), 13쪽.

도는, 1896년 3월 제정된 「臺灣에 施行할 法令에 관한 法律」(법률 제63호, 이른바 ‘63법’)에서 그 기본구조가 갖추어지고, 후에 식민지 조선에도 동종의 제도가 시행되었다. 그 골자는 식민지총독에게 식민지에서의 법률사항에 관하여 광범위한 입법권을 위임하는 한편, 본국의 내각에도 본국의 법률을 식민지에 시행하는 칙령의 발포권한을 부여하는 것이었다.²⁾ 이와 같은 식민지위임입법제도 하에서, 각 식민에서의 법령뿐만 아니라, 사법기구 역시 식민지총독의 명령(조선의 경우 制令, 대만의 경우 律令) 또는 본국 정부의 칙령(관동주와 남양군도의 경우)에 의하여 설정되었다. 즉 제국내의 각지역은 독자의 법령체계를 가지고, 각 지역은 서로에게 흡사 외국과도 같은 ‘異法域’으로서 취급되며, 사법제도 역시 이러한 이법역성에 근거하여 설정되지 않을 수 없었다. 이러한 구조는, 일본본국의 내각과 식민지총독부가, 본국의 의회와 사법권력의 간섭을 받지 않고 식민지통치를 수행해나가는 것을 가능하게 하였다.

그러나, 이러한 식민지위임입법제도라는 입법체제가 자동적으로 식민지사법제도의 내용과 형식까지 결정하는 것은 아니라고 할 것이다. 일본의 식민지 사법제도의 특징이 어떻게 형성되었을까 하는 물음에 대하여, 단지 총독중심의 식민지통치의 효율과 편의를 위하라고 대답하는 것은, 왜 하필 그러한 모습이었는가에 관한 설명으로서의 충분하지 않다. 식민지 사법제도의 정립과정을 살펴본다면, 이러한 특징들이 사전에 준비되었던 것도, 단기간 내에 정착된 것도 아니었음을 볼 수 있다. 일본은 1895년 대만 영유 이후, 우여곡절을 거쳐 대만 통치제도를 정립하고, 1905년 이후에는 대만에서 형성된 각종의 대만형 통치제도가 다른 식민지에 이식·응용되는 모습을 볼 수 있다. 식민지 사법제도 역시 예외가 아니었다.

여기서 하루야마 메이테츠(春山明哲)가 지적하였듯이, 일본의 명치헌법체제 하의 식민지통치체제에 내포된 중요한 정치적 의미 중 하나는, 식민지통치체제의 引照基準으로서의 헌법의 존재 그 자체였다.³⁾ 식민지위임입법제도는 제국

2) 일본의 식민지위임입법제도의 형성과 전개에 관해서는, 中村哲, 『植民地統治法の基本問題』(東京: 日本評論社, 1943). 식민지 조선의 경우, 金昌祿, 『植民地 被支配期 法制的 基礎』, 『법제연구』 8호(한국법제연구원, 1995), 50~78쪽.

헌법에 의하여 기초지어진 정치질서의 공간에 異域을 초래하였고, 이 이역성의 존재로 말미암아 총독부관료, 본국 중앙정부의 관료, 정치세력, 법조인 그룹 사이에 정치적 이해관계가 형성된다. 특히 군벌과 관료집단과 대치하고 있던 정당정치세력에게 식민지위임입법제도는 헌법의 정통성 하에서 임시적, 변칙적 제도였다. 그들은 정당은 헌법의 정통성을 방패로 삼아 정부를 흔들거나 거래에 응하였다.⁴⁾ 식민지관료세력들은 바로 이러한 정치지형 속에서 본국의 중앙정치와 절연된 식민지의 이역성을 유지하려고 노력하였다. 따라서 식민지의 사법제도의 형성과 관련된 다양한 정치적 국면 속에서, 문제를 발견하고 의제화하고 일정한 결론을 도출하는 데 영향을 주고 있던 요소들 중에서, 제국헌법과 식민지의 관련구조, 제국헌법을 매개로 형성된 일본의 근대 입헌정치체제와 식민지통치 사이의 정치역학에 주목할 필요가 있는 것이다.

본고에서는, 식민지사법제도의 특징들이 형성되는 과정을 대만통치를 둘러싼 정치과정과 결부시켜 살펴보고자 하는 것도 그러한 까닭이다. 후술하는 바와 같이, 1890년대 후반 대만통치초기에서 불거진 문제-대만과 헌법상 지위와 이른바 改正條約의 실시문제, 대만에서의 사법권독립 문제 등-를 둘러싸고 일본 본국 내에서, 그리고 본국정부와 대만총독부 사이에 전개된 정치과정과 그 결말은, 그 이후의 식민지 법령 및 사법제도의 향방에 커다란 영향을 주었다.⁵⁾ 그것은 비단 대만 내부의 사법제도뿐만 아니라 제국 전체의 사법질서의 정립과도 밀접한 관계를 가지고 있었다. 모두에서 언급한 “제국사법의 통일”과 관련된 문제가 그것이다.

이러한 기본시각에 입각하여, 본고에서는 대만의 통치제도와 사법제도가 배태하고 있던 문제를 해결하는 과정에서의 정치적 선택과 그 귀결, 그리고 그것이

3) 春山明哲, 「近代日本の植民地統治と原敬」, 『日本植民地主義の政治的展開 1895~1934』(東京: アジア政經學會, 1980), 21쪽.

4) 위의 글, 18~20쪽.

5) 필자는 다른 논문에서 본고와 동일한 관점을 취하고, 식민지 형사사법제도의 형성과정을 살펴본 바 있다. 줄고, 「帝國日本の植民地 刑事司法制度의 形成-1895~1912년 臺灣과 朝鮮에서의 法院과 刑事法規를 中心으로-」, 『법사학연구』 제23호(2001), 98~134쪽. 한편 식민지대만의 법제도에 관하여 상세하게는, 王泰升, 『臺灣日治時期的法律改革』, 臺北: 聯經, 1996)을 참조하기 바란다.

사법제도의 재편에 준 영향을 중심으로, 대만에서의 사법제도 관련 기본법령의 입법과정, 대만제도를 모델로 한 관동주, 구한국 등에서의 사법제도 성립과정, 그리고 그에 수반된 제국 각지의 사법제도의 연결망의 형성에 관하여 살펴본다.

II. 대만영유 이후 대만사법제도의 초기 정립

1. 대만영유 초기의 사법제도의 구상과 대만통치제도의 창출

(1) 대만영유 초기의 사법제도에 관한 구상

일본이 1895년 5월 시모노세키조약에 결과 대만을 영유하게 되면서, 일본정부 내부에서는 대만통치제도의 근본방침을 둘러싸고 다양한 의견이 교환되었다. 특히 明治憲法(大日本帝國憲法)의 존재는, 영토의 확장과 그에 따른 통치제도의 정립 문제와 관련하여 새로운 차원의 정치적 문제를 제기하였다. 과연 명치헌법 속에 준비된 정치제도들이 신영토의 통치에 대하여 어떠한 의미를 갖는지 짚고 넘어가야 하기 때문이다.⁶⁾ 대만통치방침을 둘러싼 당시의 주된 논점 중의 하나는, 대만의 헌법상의 지위, 특히 대만에 대한 입법권의 행사는 헌법규정에 따라야 하는가 하는 문제였다. 이 문제와 결부되어, 서구열강의 아시아·아프리카에서의 ‘식민지’와 같이, 대만을 식민지로서 본국과 별개의 제도에 의해 통치해야 하는가, 아니면 독일의 알사스·로렌지방이나 프랑스의 알제리에 대한 통치와 같이 대만을 ‘屬領地’로서 본국과 마찬가지로의 제도에 의하여 통치해야 하는가 하는 문제가 제기되었으며,⁷⁾ 사법제도 역시 이러한 문맥에서 논의되었다.

6) 식민지와 헌법에 관계에 관한 공법이론의 전개에 관해서는, 金昌祿, 「日本帝國主義의 憲法思想과 植民地朝鮮」, 『법사학연구』 14호(1993), 137~174쪽.

7) 대만영유 직후 일본정부내의 논의는, 伊藤博文 編, 『臺灣資料』(秘書類纂一八)(東京: 原書房(복간), 1965)에 수록된 각종 의견서류를 통해 확인할 수 있다.

대만의 사법제도와 관련하여, 당시 일본인 관료의 구상으로서 주목되는 것은, 나라하라(檣原陳政) 구상이다. 그는, 문화가 낮고 풍속습관이 본국과 현저히 다른 대만에 대해서는, 淸國의 舊律을 참고하여 ‘臺灣新律’을 제정하고, 재판조직도, 각 縣과 府 레벨에서는 경찰관을 심판관으로 삼고, 그 정점에 대만총독이 청장인 高等審判所를 둘 것을 건의하였다.⁸⁾ 그가 염두에 둔 것은, 대만의 문명 발달정도에 상응하는 것으로서, 일본에서 서구형 법전과 사법제도의 정립이 일 단락되기 이전인, 명치 초기의 법령과 과도기적 사법제도라고 할 것이다.

한편, 일본정부의 식민지통치정책의 정립에 적지 않은 영향을 주었던 외국인 고문들은, 각각 출신국의 식민지통치제도를 참고하면서, 대만에 대한 사법정책을 제안하고 있었다. 예를 들어, 프랑스인 르봉(M. Le Bon)은, 1895년 4월 사법대신 요시카와(芳川顯正)에 제출한 의견서에서, 대만은 프랑스의 알제리와 마찬가지로, “본국에 완전히 近似”시켜, “장래에는 제국의 진정한 一縣으로 삼지 않으면 안된다”고 하였다. 사법제도와 관련하여, 형사법과 같은 것은 될수록 일본의 法典을 시행할 것, 그리고 “法官에 관해서는 일본의 (재판소)구성법을 본떠 무수한 계급을 조직하고, 東京의 大審院 및 司法省에 소속하는 하급재판소와 한 개의 控訴院을 건설”해야 한다고 하였다.⁹⁾ 즉 본국사법제도가 연장된 형태의, 본국사법기관이 직할하는 재판조직을 제안한 것이다.

반면, 영국인 고문 커우드(W. M. H. Kirkwood)는, 1895년 8월 내각에 제출한 대만통치제도에 관한 칙령초안의 형식으로, 대만통치제도의 골자와 재판기구의 조직요령을 제시하였다.¹⁰⁾ 근거법령을 칙령으로 삼은 것은, 대만에는 헌법

8) 檣原陳政, 「臺灣ノ法律教育ニ關スル調書」, 위의 책, 51쪽.

9) 「遼東及臺灣統治ニ關スル答議」(1895.4.22), 위의 책, 407~8쪽. 그러나, 르봉의 경우, 프랑스 식민정책의 중앙전제적인 성격을 비판하면서, 시모노세키 조약으로 획득한 요동반도의 경우, 그 군사전략상의 중요성을 감안하여 행정 및 사법상의 자치를 허용하는 식민지제도를 시행하고, 사법제도를 간이하게 할 것을 건의하였다. 같은 책, 400~7쪽.

10) 「司法大臣閣下ニ上ル大日本植民地制度組織方案並ニ之ニ效果ヲ與フ可キ各法令及ヒ各規則ノ草案」(1895.8.6), 日本國會書館憲政資料室, 後藤新平關係文書 7-34(마이크로필름 번호: R25) 중, 「植民官廳官及ヒ植民會議組織ニ關スル勅令草案」(이하 「식민관청·회의칙령초안」) 및 「臺灣及ヒ澎湖島ヲ以テ一個ノ植民地ヲ創設シ總督, 行政會議及ヒ立法院ヲ設置シ其他同植民地ノ一般制度ニ付テ規定スル勅令草案」(이하 「대만식민지제도칙령초안」)

을 시행하지 않으며 따라서 오로지 천황의 대권에 기하여 통치해야 한다는 그의 이론에 입각한 것이었다. 여기에서 커쿠드는 대만의 사법제도에 관하여 다음과 같은 네 가지 사항을 언급하고 있다.

- ① 대만의 재판소의 조직 및 관할의 범위는 植民地法律 또는 勅令으로써 정한다.
- ② 재판관은 천황이 서임하는 자, 총독이 자기책임으로 서임으로 하는 자, 그리고 총독이 식민장관의 인가를 받아 서임하는 자, 세가지 방법으로 임용한다.
- ③ 재판관은 그 신분보장에 있어서는 다른 행정관과 구별하지 않는다.
- ④ 대만의 抗訴院의 재판에 대한 상고는 동경에 설치하는 특별재판소에 제기한다.¹¹⁾

②와 ③은, 식민지인 대만에서는 행정과 사법의 분리, 재판관에 대한 두터운 지위보장과 같은 사법권독립의 제도는 적합하지 않다는 관점에 근거하고 있었다.¹²⁾ 커쿠드는, 후술하는 대만법원문제가 발생한 후인 1898년의 의견서에서도, 대만과 같은 지역에서는 “행정권과 사법권을 一身에 합치는 것에 의하여” 인민에 대한 관리의 위신이 높아지고, 지방행정관은 인민과 일상교섭하기 때문에, 그 관리가 공평한 경우에는 판결에 대한 인민의 신용이 독립재판관의 재판에 대한 것 이상으로 커지며, 대만의 경비를 크게 절감할 수 있는 이익이 생긴다고 하면서, 행정과 사법의 엄격한 분리에 반대하기도 하였다.¹³⁾

④의 특별상고재판소는, 영국의 樞密院 司法委員會의 예를 모방한 것으로서, 대만과 장래의 식민지에서의 재판에 대한 상고사건을 심리하는 기관으로서 상정된 것이었다. 본국의 대심원을 배제한 것은, 대만과 본국이 서로 다른 법제도를 가지며, 대심원은 식민지에서의 법률문제를 다루기에 적합지 않다는 것을

11) 「대만식민지제도척령초안」 제28조 내지 제31조. ‘식민지법률’이란 대만총독이 대만입법원의 의결을 거쳐 공포하는 법률을 말하며, 칙령이란 천황이 대권에 기하여 발표한 칙령을 말한다.

12) 그 이유에 관하여, 커쿠드는, 대만과 같은 신설의 식민지에서는, 재판관에 임용된 인물중에 적지 않게 부적임자가 발생하기 때문에, 증명해야 할 이유없이 부적임자를 停職 또는 免官할 수 있도록 할 필요가 있다고 말하고 있다. 위 자료 제30조의 주.

13) 「憲法上臺灣ノ位置ニ關シテ內閣總理大臣伊藤侯爵閣下ニ奉呈スル意見書」(1898.3.28), 後藤新平文書 7-33-1(R25).

고려한 것인데, 재판소구성법과 저촉하는 것을 피하기 위하여, 특별상고재판소는 “판사 이외의 노련가”인 판리 7인으로 구성할 것을 제안하였다.¹⁴⁾ 그는, 대만이 본토와 멀리 떨어져 있기 때문에, 이러한 재판조직을 설치하여도, 비용과 시간의 손실을 이유로 하는 반대론이 크지는 않을 것이라고 낙관하였다.¹⁵⁾

이와 같이, 커쿠드는 식민지로서의 통치방침에 따라, 본국의 재판조직과 단절된 식민지를 위한 특수한 재판제도를 제안하고 있지만, ④의 특별상고재판제도와 같이, 식민지재판을 본국의 통제로부터 완전히 단절시키지는 않아야 할 것으로 보고 있다. 이것은 그가 칙령초안의 다른 부분에서, 대만통치에 대한 본국정부의 행정적 감독권과 본국 법률의 입법상 우월성을 명확히 하면서,¹⁶⁾ “司直의 총원칙의 통일”과 “일본법리의 총원칙”을 중시하고 있는 것과 상응하고 있다.¹⁷⁾

이상에서 살펴본 본 나라하라, 르봉, 커쿠드 등의 의견은 대만에 대한 본격적 시정이 행하여지기 이전 단계에서 제시된 것이다. 결과적으로 일본정부는 이들 중 어느 하나를 선택하지는 않았다고는 하지만, 이들의 구상은 대만에서의 재판법규의 제정, 대만에서의 행정권과 사법권의 관계, 그리고 대만과 본국

14) 커쿠드는, 1895년 4월 사법대신 요시카와에게 제출한 의견서에서, 식민지재판소의 재판에 대한 상고사건에 관해서는, 동경의 대심원이 취급하거나, 또는 식민지재판소의 재판에 대한 상고를 수리하는 재판소를 설치해야 한다고 건의한 바 있었다. 「殖民地制度」, 伊藤博文編, 앞의 책, 148쪽.

15) 「대만식민지제도칙령초안」 제32조의 주.

16) 가령, 정치·입법의 면을 보자면, 본국정부에서는 식민지 통치의 감독기관으로서 내각으로부터 복립한 植民官廳 및 植民長官을 설치하고, 식민정책에 관한 천황의 자문기관으로서 植民會議을 구성할 것, 그리고 대만총독부에는 총독의 고문기관으로서 行政會議, 총독의 입법을 협찬하는 기관으로서 立法院을 설치하는 내용을 담고 있다. 대만에서의 법률사항은 식민지법률에 의해 규정하지만, 칙령에 의해 입법하는 것 역시 가능하며(칙령과 대만법률이 저촉하는 경우 칙령에 의한다), 칙령에 의해 대만법률의 시행을 금하는 것도 가능하도록 하였다. 「식민관청·회의칙령초안」 및 「대만식민지제도칙령초안」.

17) 커쿠드는, 사법대신을 식민회의의 중요한 구성원으로 들고 있다. 그 이유는 “사직의 총원칙은 필수록 통일을 요하며, 본국과 식민지에 따라 그것을 달리해서는 안”되기 때문이다(「식민관청·회의초안」 제4조의 주). 또한 식민지에서의 현행법률, 관습 및 관례는 폐지 또는 개정되지 않는 한 유효하지만, “일본법리의 총원칙”에 반하는 것은 무효라고 하고 있다(「대만식민지제도칙령초안」 제6조).

의 사법기관간의 관계 등, 이후 대만사법제도의 전개에 관하여 시사점이 많은 내용을 가지고 있었다.

(3) 식민지위임입법제도의 창출과 臺灣總督府法院條例의 제정

그렇다면, 실제 일본정부가 대만통치의 기본제도를 입안하는 과정에서 대만의 사법제도에 관하여 어떠한 사항이 고려되고 있었는가. 당시 일본정부내에서 심의의 대상이 되었던 법률안을 통하여 살펴보자. 현존하는 자료로는, 앞에서 언급한 커쿠드의 칙령초안 외에, 내각 또는 臺灣事務局에서 초안한 것으로 보이는 「臺灣條例案」,¹⁸⁾ 「臺灣統治法案」,¹⁹⁾ 그리고 대만사무국원 하라 타카시(原敬)의 의견서 「臺灣問題二案」²⁰⁾에 제시된 법률안 등이 있다. 그 중 식민지 입법과 사법에 관련된 사항과 후의 법률 제63호의 내용을 간단히 표로 정리하면 다음과 같다.

〈표〉 대만입법·사법관련 법령초안과 법률 제63호

	커쿠드 勅令草案	臺灣條例案	原敬案	臺灣統治法案	法律 제63호
발포형식	칙령	법률	법률	법률	법률
주요사항	-입법, 행정, 사법, 재정 -전64개조	-입법, 행정, 사법, 재정 -전21개조	-입법 -2개조	-입법, 행정, 사법, 재정 -전18개조	-입법 -전6개조
대만에서의 법률사항	-칙령 -식민지법률	-법률의 효력을 갖는 총독부령	-칙령에 의한 (본국)법률의 시행 -법률의 효력을 갖는 특례칙령	-법률의 효력을 갖는 총독부령 -칙령에 의한 법률의 시행	-법률의 허락을 갖는 명령(율령) -칙령에 의한 법률의 시행
총독의 입법권의 행사방법	-입법원의 협찬 -칙재(勅裁)	-입법회의의 의정(議定) -칙재		-총독부평의회 의 평결 -칙재	-총독부평의회 의 의결 -칙재
법원의 구성	법률 또는 칙령에 의함	칙령에 의함		총독부령에 의함	율령에 의함

18) 原敬文書研究會 編, 『原敬關係文書』第六卷(東京: 日本放送出版會, 1986), 223~5쪽.

19) 伊藤博文 編, 앞의 책, 151~153쪽.

20) 위의 책, 34쪽.

커쿠드의 칙령초안은, 천황의 대권에 근거한 칙령으로, 대만에서의 입법, 행정, 사법, 재정 등 식민지제도 전반을 담으려 하였다. 반면, 하라 타카시의 법률안은 대만에 본국과 동일한 제도를 연장시행한다는 것, 즉 내지법률연장주의에 충실한 내용을 담고 있다. 본국의 법률은 칙령에 의하여 대만에 시행하고, 대만에 필요한 특례는 법률의 효력을 갖는 특례칙령으로 규정한다는 것이다. 63법의 모체라고 할 수 있는, 「대만조례안」과 「대만통치법안」의 경우, 주로 대만총독의 입법권, 대만재정의 독립 등을 규정하여 커쿠드의 구상에 근접한 것이라고 말할 수 있지만, 헌법과 대만의 관계에 관한 문제를 명확히 해결하지 않고 있다. 그 내용은, 대만의 기본통치제도는 의회의 협찬을 거친 법률에 의하여 정하는 한편, 내각이 총독부에 대한 정치적·행정적 감독을 행하면서, 총독에게 대만의 입법·사법·행정의 전권을 부여하는 것으로, 정부 내에서 일정한 타협이 이루어졌음을 엿볼 수 있다.

한편, 「대만조례안」과 「대만통치법안」은, 재판제도에 관하여 매우 간단한 규정을 두고 있다. 재판소설치의 법적 근거는, 「대만조례안」의 경우 칙령으로 「대만통치법안」의 경우 대만총독의 명령으로 하고 있는 점에서 차이가 있지만, 양자 모두 “재판관은 법률에 정한 자격을 갖춘 자로써 이를 임명한다. 다만 당분간 행정관으로 하여금 이를 兼務하게 할 수 있다.”고 규정하고 있다. 그러나 대만의 재판관의 신분보장에 관한 명시적 규정은 없다. 이와 같이 「대만조례안」과 「대만통치법안」상의 재판제도의 내용은, 법률 63호가 내지연장주의적 요소와 식민지주의적 요소가, 불균형하지만 공존하고 있는 특징을 가지고 있던 것과 조응하는 점이 있다.

그러나, 법률 제63호의 단계에 이르면, 입법권에 관한 규정을 제외한 나머지 규정은 삭제되고 말았다. 남은 것은, 모범인 본국의 재판제도를 본받아 대만의 재판제도를 구성하지만, 대만의 특수사상을 고려하여 특수한 제도를 둔다고 하는 모호한 것이었다.²¹⁾ 1896년 3월 29일 공포된 법률 제63호에 근거하여, 대만

21) 1896년 제9제국의회에서 “대만에 시행할 법령에 관한 법률안”이 심의되었을 때, 정부위원으로 출석한 대만총독부 민정국장 미즈노(水野遵)는, 다음과 같이 법안의 기본정신이 내지법령을 대만에 연장시행하는 것에 있다고 하면서, 의원들을 설득하고자 하였다.

총독은 1896년 5월 1일 을령 제1호 「臺灣總督府法院條例」(이하 「법원조례」로 줄임)를 공포하였다. 대만에서는 이미 군정시기에 법원사무가 개시되었지만,²²⁾ 이 「법원조례」의 공포를 통하여, 본격적인 재판조직이 설치된다.

대만총독부법원은, 대만총독의 “管理”에 속하며, 地方法院, 覆審法院, 高等法院로 구성되는 3심급제 재판기구이다. 본국의 재판소구성법상의 “裁判所, 判事, 檢事”라는 명칭과 달리, 대만의 경우 “法院, 判官, 檢察官”이라는 명칭을 쓴다.²³⁾ 판관은 勅任 또는 奏任으로 하고 대만총독이 이를 보직한다. 판관은 재판소구성법에서 판사인 자격을 가지는 자가 아니면 판관이 될 수 없지만, 당

“이 立案의 정신은 現今의 法律등으로 가능한 것은, 생각건대, 시행하여 內地同樣으로 하고, 시행할 수 없는 것만 총독에게 명령권을 발하게 한다, 이것은 어떤 경우인가 말씀드리면, 우선 이와 같은 처분을 하지 않으면 안되는 사안이 발생한 때에 한다는 것입니다. 이미 의회등에 제출하여 협찬을 얻어 발표한 정도의 사항이라면, 거의 내지동양의 법률로 시행할까하고 생각 중에 있습니다. 완전히 제5조[칙령에 의한 내지법률의 시행: 인용자]의 쪽이 보통이며, 제1조[총독의 을령제정권: 인용자]는 제외한다고 말하여도 좋을 정도입니다.”(外務省編, 『外地法制誌 6: 臺灣施行へき法令に關する法律の議事錄』(東京: 文生書院(북간), 1990), 6쪽).

- 22) 군정시기 대만총독부는 1895년 12월 「臺灣總督府法院職制」를 공포하여, 단심제의 법원조직을 설치하였다. 또한 대만주민의 민형사사건에 관하여, 「臺灣住民刑罰令」, 「臺灣住民治罪令」, 「臺灣住民民事訴訟令」 등의 법령을 공포하고, 재판사무를 개시하였다. 63법 제정 이전에 시행된 법령은 법률로서의 효력을 가지지 않으며, 모든 재판은 행정관에 의해 행하여졌다. 특히 「대만주민형벌령」은 가혹한 군사법치벌규정으로서의 성격을 가지고 있었다. 군정기 대만의 재판사무에 관해서는, 臺灣總督府警務局 編, 『臺灣總督府警察沿革誌(四)』(1942)(臺北: 南天書局(북간), 1995), 119쪽.
- 23) 이것은 단순한 명칭의 차이에 그치지 않고, 일본 본국의 사법제관소로부터 대만의 법원을 구별하는 효과를 가지고 있는, 말하자면 식민지 사법기관의 표지와 같은 것이라고 할 수 있다. 일본에서는 1880년 공포된 「治罪法」상, 황실과 국사에 대한 범죄, 황족 및 칙임관의 범죄에 관할권을 가진 특별재판기관이었던 「고등법원」에서 「법원」이라는 명칭의 선례를 찾을 수 있다. 대만에서는 군정기에 이미 법원이라는 명칭을 쓰고 있었다. 한편, 「치죄법」, 「陸軍治罪法」 및 「海軍治罪法」에서 형사소추기관에 “검찰관”이라는 명칭을 붙이고 있는데, 1890년 형사소송법 제정 이후 일반형사절차상의 소추기관의 명칭은 “검사”가 되었다. “판관”은 일본의 을령국가시대에 씌이기도 하였던 중국풍의 관명으로, 대만총독의 명령을 을령이라고 한 것과 조응하는 듯이 보인다. “법원”이라는 명칭은 후에 관동주, 남양군도에서의 “지방법원, 고등법원”, 조선에서의 “지방법원, 복심법원, 고등법원”과 같이 식민지 재판기구의 일반적 명칭이 되었다. 또한 관동주의 경우 “판관, 검찰관”이라는 명칭을, 조선과 남양군도에서는 “판사, 검사”라는 명칭을 사용하였다. 참고로 만주국의 경우 “법원,” “심판관,” “검찰관”이라는 명칭이 사용되었다.

분간 지방법원판관의 경우 행정관으로 임명할 수 있다는 단서조항을 두었다.

같은 해 7월 11일 총독은 율령 제2호로 「臺灣總督府臨時法院條例」를 공포하고, 다음날인 12일에 임시법원을 北斗에 설치한다는 총독부령을 발하였다. 임시법원은, 일본의 군사점령과 지배에 무력으로 항쟁하고 있었던 이른바 土匪를 토벌하는 군사작전을 전개하면서, 이들 저항자를 통상의 재판절차로부터 배제하여 신속하게 처단하기 위한 목적을 갖는 일종의 임시군사법정이었다. 대만통치초기의 치안상황에서 창출된 임시법원제도는, 후에 「匪徒刑罰令」과 같은 가혹한 형벌법규와 각종 형사절차상의 특례가 형성되는 통로로서 기능하게 된다.

한편, 이 시기 대만에서의 재판법규의 입법과 관련하여, 후일의 사태를 예고하는 하나의 사례로서, 1896년 8월 14일 율령 제4호 「臺灣에서의 犯罪人處斷의 件」의 공포·실시문제를 살펴보자. 이 율령의 내용은, 대만에서의 범죄는 제국형법에 의하여 처단하되, 대만주민에게 적용하기 어려운 것은 별도로 정하는 바에 의한다는 것이었는데, 중요한 것은 이 율령이 拓植務大臣을 경유하여 천황의 칙재를 얻어 공포하는 통상의 율령이 아니라, 긴급율령의 형식으로 공포되었다는 점이다. 왜 이러한 내용의 법령을 사전에 본국정부의 승인을 거치지 않고, 곧이 긴급율령의 형식으로 발포한 것일까. 『대만총독부경찰연혁지』에 의하면, 대만총독부는 7월 15일부터 총독부법원의 집무를 개시한다는 방침을 결정하였지만, 그 때까지 군정기의 「대만주민형벌령」을 제외하면 형사실체법의 제정이 이루어지지 않았고, 총독부내부에서도 법적용에 관하여 견해가 갈리고 있었다고 한다. 오히려, 이 율령의 공포 이전에, 총독부법원에서는 법원회의를 개최하여 “內臺人[내지인과 대만인: 필자]을 불문하고, 그 범죄에 관하여는 舊慣風俗에 의한다”고 결의하였지만, 판관 중에는 이러한 의결에 따를 의무가 없다고 주장하는 자도 나와서, 결국 재판의 통일이 불가능해짐을 우려한 총독부가 긴급율령의 형식으로 율령을 공포하였다고 한다. 그러나 이 율령에 대해서도, 일부의 판관들이 ‘율령으로’ 제국형법전부를 대만에 시행하는 것은 63법에 위반하는 것으로, 이 율령이 무효라는 주장을 제기하기도 하였다.²⁴⁾ 즉 63법

24) 『臺灣總督府警察沿革誌 (四)』, 66쪽.

의 취지상 제국형법의 시행은 칙령에 의하여 정할 것이지, 대만에 특수한 제도를 규정하기 위한 총독의 율령에 의할 것이 아니라는 것이다. 이러한 사례는, 대만의 민정초기에 대만총독부 내부에서조차도 대만에서의 입법문제에 관하여 확고하게 합일된 방침이 정립되어 있지 못함을 보여준다. 이후 대만통치초기의 모호한 법제도의 운영과정에서 당연히 불거질 수밖에 없었던 사안들이 터져나 오면서 대만법원제도는 새로운 전기를 맞이하게 된다.

Ⅲ. 대만사법권독립과 개정조약실시 문제와 대만법원제도의 재편

1. 高野事件이 제기한 문제 : 대만에서의 사법권 독립

(1) 高野事件의 파문

1897년 10월, 마즈가타(松方) 내각은 당시 대만민정국 법무부장이자 대만고등법원장을 겸임하고 있던 다카노(高野孟矩)에게 非職처분을 내린다. 대만통치 초기의 입법문제, 일본인과 관헌들이 보이고 있었던 비행과 횡포상 등을 둘러싸고 총독부의 행정관과 사법관 사이에 알력이 발생하고, 노키(乃木希典) 대만총독이 대만통치 쇄신의 일환으로 의욕적으로 추진하였던 부패 관리의 적발과정에서 사태가 대만민정국과 본국의 척식무성의 고위관료까지 확대되어 가자, 총독과 내각이 다카노의 비직처분을 비롯한 일련의 인사조치로 사태를 수습하고자 하였던 것이다.²⁵⁾ 그러나 다카노는, 대만에는 헌법이 시행되며, 대만의 판관도 헌법상의 재판관이므로, 내각의 처분은 재판관의 지위를 보장하고 있는 헌법조항²⁶⁾에 반하는 조치라고 항의하면서 비직처분에 복종하지 않았다. 다른

25) 상세한 것은, 楠精一郎, 『明治立憲制と司法官』(東京: 慶應通信, 1989), 115쪽 이하.

26) 제국헌법 제57조 ② 재판관은 형법의 선고 또는 징계의 처분에 의하는 외에 그 직을 파면당하지 않는다.

대만판관들이 다카노를 지지하여 사직서를 제출하였고, 이 사건이 언론을 통해 알려지자 본국의 법조계와 정치계는 내각과 총독부를 비난하면서, 헌법옹호운동, 사법권옹호운동이 확산되었고, 내각탄핵론까지 제기되었다. 대만에서의 잔혹한 유혈진압과 총독부의 부패상이 알려지면서 일본의 식민통치자격 자체에 대한 회의론, 대만포기론까지 대두하였다. 이와 같이 정국에 파란을 야기한 다카노사건은, 대만판관의 지위문제를 통하여, 대만의 헌법상 위치라고 하는 미해결을 문제를 다시 공론화시켰고, 제국의회에서는 헌법의 대만시행여부에 대한 정부의 입장을 명확히 밝힐 것을 요구하는 질의가 제기되었다.²⁷⁾

대만에서의 개정조약실시 문제와 관련하여 다카노사건은 또 다른 중요성을 내포하고 있었다. 당시 대만에서는 1896년 2월 이래 일본정부와 구미제국 사이에 체결된 종래의 불평등조약을 시행하고 있었다. 일본은 이즈음에 구미제국의 치외법권을 철폐하고 관세자주권을 회복하는 내용의 조약개정에 성공하고, 그 실시를 준비하고 있었다. 만일 개정된 신조약을 대만에도 시행한다고 한다면, 대만에서의 구미제국의 치외법권철폐의 전제로서, 체약국인인 외국인을 본국의 일본인과 동등하게 대우하지 않으면 안된다. 따라서 제국의 법전을 적용하고, 본국의 재판제도의 필적하는 재판제도의 시행을 보장해야 한다. 그러나 만약 다카노사건과 같이 대만의 판관이 행정처분에 의해 비직·면관될 수 있다고 한다면, 대만에서의 재판은 결국 행정관에 의한 재판에 불과하게 됨으로써, 체약국의 국민에게 독립적이며 공정한 재판을 보장하는 개정조약의 취지에 반하게 되어, 외교적 문제가 불거질 우려가 있었다.²⁸⁾

③ 징계의 조규는 법률로써 이를 정한다.

27) 예를 들어, 1897년 12월(제2차 마츠가타내각)의 제11의회 귀족원에서의 「대만총독부법원판관의 비직면관에 관한 질문」(『帝國議會貴族院議事速記録 13』(東京: 東京大學出版會, 1980), 5쪽), 1898년 5월(제3차 이토(伊藤)내각)의 제12의회 귀족원에서의 「대만총독부법원판관의 비직면관에 관한 질문」(같은 책, 190쪽)과 중의원에서의 「헌법 제58조 제1항의 건」(『帝國議會衆議院議事速記録 13』(東京: 東京大學出版會, 1980), 32쪽), 1898년 12월(제2차 야마가타(山縣)내각)의 제12의회 중의원에서의 「헌법 제58조 제2항의 건」(『帝國議會衆議院議事速記録 14』(1980), 28쪽), 그리고 1900년 2월(제2차 야마가타내각)의 제14의회 중의원에서의 「헌법상의 보장에 관한 건의안」(『帝國議會衆議院議事速記録 16』(1980), 454쪽).

28) 대만총독부 사법관의 의견서로 보이는, 「臺灣司法權問題」, 後藤新平文書 7-69-10(R30)은, 실제 이 문제를 지적하면서 다카노 비직처분을 비판하고 있다.

이러한 문제를 해결하기 위하여, 노키 총독은 1897년 9월의 의견서에서 대만에 개정조약을 실시하지 않으며, 헌법을 개정하여 대만을 헌법 바깥에 둘 것을 마츠가타 내각에 건의하였다.²⁹⁾ 그러나 마츠가타 내각이 1897년 12월 붕괴함으로써, 다카노사건이 제기한 난문은, 새로 성립한 이토 히로부미(伊藤博文) 내각(이튼바 제2차 이토내각), 그리고 신임 대만총독의 고다마 겐지로(小玉源次郎)와 신임 민정국장 고토 신페이(後藤新平) 사이에서 그 해결책이 모색되기에 이른다.

(2) 헌법 및 개정조약의 대만실시 문제의 해결

이토 내각은 대만통치제도 전반을 재검토하기 시작하였다. 정부 내에서는 대만의 헌법상의 위치를 비롯하여, 대만에의 개정조약실시와 제국법전의 시행, 그에 따른 대만법령과 사법제도의 재편문제를 둘러싸고 다양한 논의가 전개되었다.³⁰⁾ 마침내 1898년 6월 이토 내각은, “제국헌법은 대만에 시행된 것으로 한다, 개정조약은 대만에 시행하는 것으로 한다”는 내용의 훈령을 대만총독에게 하달하였다.³¹⁾ 흥미로운 것은, 정부가 대만에 헌법이 이미 시행되고 있다고 하면서, 그 논거로서 헌법의 해석론이 아니라, 63법의 제정 및 대만총독부예산의 의회협찬과 같은, 그 동안 정착한 일종의 헌법에 따른 관행을 들고 있는 점이다.³²⁾ 이러한 논법은, 헌법시행의 규범적 의미를 직접 건드리지 않으면서, 정부에 대한 비판을 회피하고, 헌법의 시행문제를 어디까지나 내각의 재량 하에 두

29) 「臺灣島ニ新條約實施ニ關スル意見書」 및 「憲法行否ニ關スル總督意見」(「臺灣ニ關スル鄙見」, 後藤新平文書 7-5(R23)에 수록)

30) 그에 관하여는, 淺野豊美, 「近代日本植民地台湾における條約改正—居留地と法典導入—」, 『台湾史研究』 14號(1997), 61쪽 이하 참조.

31) 동 훈령은, 「臺灣ニ關スル鄙見」에 수록.

32) “헌법은 신영토에 시행하는 특별한 국가행위를 기다려 시행되는 것으로, 당면 시행되는 것이 아니다. 대만영유 당시에 있어서, 본래 그 영역에 대하여 제국헌법은 시행되지 않았던 것이지만, 이후 입법사무에서, 또는 예산회계사무에서, 이미 제국의회는 협찬권을 인식하기에 이르러 됨으로써, 즉 제국헌법에 의유(依由)하는 국가행위를 발표한 것에 다름 아니다. 따라서 금일에 있어서, 헌법은 이미 대만에 시행된 것으로 한다.” 「臺灣と憲法との關係に關する意見」, 後藤新平文書 7-5(R23).

려고 하는 정치적 고려를 담고 있다고 보여진다. 문제는 이러한 방침에 상응하는 후속조치이다.

우선, 개정조약실시에 대비하기 위한 제국법전의 실시에 관한 조치를 보자. 대만총독부는 1898년 7월 16일 「民事商事 및 刑事에 관한 律令」(율령 제8호)를 공포하였다. 그 내용은, 대만에서의 민사, 상사 및 형사에 관한 사항은 제국의 민법·상법·형법·민사소송법·형사소송법에 의하고, 다만 대만인 및 청국인만의 사건에 대해서는 현행의 예에 의한다는 것이었다. 이로써 본국의 법률을 대만에 '依用'하는 형식의 입법이 정립되었다. 특기할 것은, 본래 이토 내각은, 대만에 제국법전을 실시하되, 율령에 의하여 대만인과 청국인만의 사건에 관하여 특례를 둘 수 있다는 내용의 법률안을 제12의회에 제출할 계획을 가지고 있었다는 것이다. 그러나 같은 해 6월말 이토내각이 총사퇴하고, 최초의 정당내각으로서 오쿠마(大隈)내각이 성립하는 정변이 발생함으로써, 이 법률안은 의회에 제출되지 못하였다. 제외국에 대한 개정조약실시 통고기한이 임박해 오는 가운데, 오쿠마 내각은 율령을 통해 이 문제를 해결하기로 하고, 7월 7일 각의로써 총독부에 율령안을 통과시킴으로써, 율령 제8호가 성립한 것이다.³³⁾

이토내각이 준비한 법률안과 율령 제8호는 모두 제국법전을 대만에 실시한다는 내용이지만, 그 법적 의미에 관해서는 주의하지 않으면 안된다. 이토내각의 법률안은, 법률로써 제국법전을 대만에 직접 '시행'한다는 것으로, 대만총독의 율령권의 행사범위는 대만인과 청국인의 사건에 한정되고, 적어도 민사, 상사, 형사 법규에 있어서 대만의 異法域性은 그만큼 좁아지게 된다. 반면, 율령 제8호는 율령의 형식으로 제국법전을 대만에 '依用'하는 방식을 취함으로써, 대만에 의용된 제국법전은 어디까지나 식민지위임입법제도에 근거한 대만에서만 법령으로서 효력을 가지게 되고, 율령이기 때문에 율령에 의해 개폐가 가능해진다. 이처럼 이토내각의 법률안에서 실제 율령 제8호로의 전환은, 이후 대만에서의 입법·사법제도의 전개와 관련하여 매우 중요한 의미를 갖는 것이

33) 「秘甲 第一一號 臺灣總督府宛內務次官鈴木克美申進」(1898.7.12)(「臺灣ニ關スル鄙見」에 수록). 그 간략한 경위에 관해서는, 淺野豊美, 「日本帝國の統治原理」內「内地延長主義」と帝國法制の構造的展開」, 『中京大學社會科學研究』21卷 1・2號(2001), 267쪽.

다. 대만총독부가 대만의 이법역성을 유지하면서, 각종의 울령을 제정하고 대만에 균일하게 시행되는 특례를 설정해나갈 수 있었던 것도 울령 제8호와 같은 울령이 존재하였기 때문이라고 할 수 있다.

한편, 다카노사건이 제기한 또 하나의 문제, 즉 대만에서의 사법권독립문제는 어떻게 해결되었는가. 이것은 다음에서 보는 바와 같이, 대만법원조례의 개정에 의하여 일단락된다. 대만법원문제가 불거진 직후, 일본정부 내에서 이 문제를 해결하기 위하여 몇 가지 구상이 제시되었다.

먼저, 고토 신페이(1858~1928)는 1898년 1월 대만민정국장(1898년 1월 임명되기 직전 내각에 제출한 의견서인 「臺灣統治急案」에서 다음과 같이 과격적인 구상을 제시하였다.

“대만시정의 방침을 광의에 있어서의 경찰조직으로 하는 이상은, 재판사무와 같은 것도, 제1심은 경찰서에서 이를 실행시키고, 그 覆審을 요하는 것은 臺北에 복심판아를 설치하고, 전도 각지에 기간을 정하여 판관을 파견하여 순회복심재판의 조직으로 한다면, 경비를 요하는 것 적고, 그 목적을 달성할 수 있다. 만약 그 최종의 심리는 이를 현금과 같이 고등법원에 그치게 하기보다는, 오히려 영국 식민지가 그 최종의 심리를 본국 추밀원에서 하는 예를 따라, 이를 내지의 대심원으로 옮김이 가하다.”³⁴⁾

즉 제1심은 경찰서에서, 상고심은 본국의 대심원에서 행함으로써, 경찰중심의 시정방침을 관철하고 법원조직의 운용에 드는 경비를 절감하자는 것이다. 나중에 보는 바와 같이, 이 구상은 고토가 대만에 부임하여 실제 법원제도개혁에 임하면서 다소 수정되기는 하지만, 그 핵심골자는 그대로 유지되었다.

커쿠드는, 영국의 식민지 및 대만을 시찰하고 귀국한 후, 1898년 3월 고토 민정국장과의 공감(1898년 3월)이 있었음이 엿보이는 대만제도 개혁안을 내각에 제출하였다.³⁵⁾ 즉, 모든 사건의 제1심은 지방행정기관의 장이 행하고, 그에 대한 복심은 타이페이에 설치되는 복심법원에서 취급하되, 상고심은 도쿄 또는 타이페이에

34) 鶴見祐輔, 『後藤新平 一卷』(東京: 勁草書房, 1965), 915~6쪽.

35) 「憲法上臺灣ノ位置ニ關シテ內閣總理伊藤侯爵閣下ニ奉呈スル意見書」, 「臺灣に關する覺書」 및 「カークード氏臺灣ニ關スル覺書說明筆記」, 後藤新平文書 7-33-2(R25).

설치되는 고등법원이 담당하며, 복심법원과 고등법원의 재판관은 독립한 終身官으로서 한다는 것이었다. 제1심의 경우 변함없이 지방행정관의 재판권을 인정하고 있지만, 1895년 8월의 의견서와 달리 복심법원과 고등법원의 판사를 종신관으로 하고 있는 점이 특징이다. 그 이유에 관하여 커쿠드는 어떤 언급도 하고 있지 않은데, 아마도 당시 영국의 식민지에서 인정되고 있던 재판관신분 보장제도를 참고로 하여, 대만법원문제에 어느 정도 해결을 길을 열려고 하였다고 생각된다.³⁶⁾

커쿠드의 의견은, 물론 헌법 및 개정조약의 대만실시에 반대하면서 제시된 것이었다. 반면, 내각법제국장 우메 겐지로(梅謙次郎)는 헌법과 개정조약 실시 문제에 관하여 커쿠드와 정반대의 의견을 가지면서도, 재판기구의 조직방식에 관하여는 커쿠드의 제안과 공통하는 바가 있었다. 우메는 「대만에 관한 鄙見」이라는 의견서에서, 上告廳 및 控訴廳의 법관은 재판의 공평을 기하기 위하여 종신관으로 해야 하지만, 하급의 법관의 경우 영사재판관, 오가사하라제도(小笠原島), 이즈제도(伊豆七島)의 島吏의 예를 따라 행정관이 재판관을 겸임할 수 있다고 보았다. 이 경우, 대만법원은 제국헌법 제58조의 사법재판소, 즉 사법권의 독립을 보장받는 통상재판소가 아니라, 헌법 제60조의 소위 특별재판소로 보아야 한다고 말한다.³⁷⁾

한편, 개정조약실시론자였던 외무성고문 대니슨(Danison)은, 1898년 5월의 의견서에서, 구미인과 일본인 사건은 본국의 법전 및 본국과 동일한 재판제도에 의해 취급하지만, 대만인과 청국인에 대해서는 행정관이 재판권을 갖는 이중적 법제도를 제안하였다.³⁸⁾ 이러한 제도는 헌법과 개정조약실시에 수반한 법적 문

36) 영국의 각 식민지에서의 사법기구에 관해서는, 泉哲, 『植民地統治論』(東京: 有斐閣, 1921), 262쪽 이하.

37) 우메는 대만에 헌법이 시행됨을 확인하면서, 63법의 합헌성을 주장한다. 헌법상 법률로써 정해야 할 사항을 모두 명령에 위임하면 위헌이지만, 다만 그중 대만에 관한 사항만을 명령에 위임하는 것은 굳이 이를 위헌이라고 할 수는 없다는 것이었다(「臺灣に關する鄙見」). 이러한 의미의 합헌론이 관철되기 위해서는, 대만의 율령입법은 어디까지나 내지의 법률을 모범으로 삼고 부득이하게 대만의 고유사정을 고려할 수밖에 없는 부분만을 특례로 인정하는 모양이 되어야 할 것이다.

38) 淺野豐美, 「近代日本植民地台灣における條約改正—居留地と法典導入—」, 70쪽.

제들을 간편히 해결해주는 장점이 있지만, 인종적·민족적 차별을 전면화하고, 또한 비용이 많이 든다는 문제가 있었다.³⁹⁾

대만내부에서는, 대만법원제도 개혁의 일환으로, 대만사법기관의 사법성 직할론이 제기되기도 하였다.⁴⁰⁾ 즉 대만의 사법관청 및 그 직원을 본국의 사법성의 직할로 옮기고, 총독에게는 감독권만을 부여함으로써, 대만의 사법관의 지위를 공고히 한다는 것이다. 그 대신, 대만인에 대해서는 제국법전을 시행하지 않으며, 최하위 지방행정관인 辨務署長에게 勸解權,⁴¹⁾ 즉 재판관이 내린 판결에 준하는 집행력이 있는 분쟁조정권을 부여한다는 조건을 내걸었다.

이상과 같이, 대만법원제도에 관해서는, 헌법문제와 개정조약실시문제에 관한 각각의 입장에 근거하여 다양한 개선책이 나오고 있었는데, 대만의 판관에 대하여 일정한 신분보장을 강구하는 것, 대만의 상황에서 행정관에게 일종의 재판권을 부여해야 한다는 것에서, 어느 정도의 의견일치를 볼 수 있다. 일견 모순하는 듯이 보이는 요청들을 어떻게 해결할 것인가. 이러한 논의 속에서, 고다마 총독과 고토 민정국장은 대만에서의 사법권독립문제의 해결을 비롯한 대만법원제도 개혁에 착수하였다. 물론 그것은 총독정치의 근본과, 경찰중심의 시정 및 경비의 절감이라는 고토의 구상을 관철하기 위한 새로운 틀과 부합해야 하는 것이었다.

39) 커쿠드는 이러한 식의 제도가 식민지 원주민의 통치에 득이 될 것이 없다고 비판하였다.

40) 「司法問題ニ關スル本會ノ決議ト希望」, 後藤新平文書 7-78(R31). 본회란 대만총독부관료들의 모임으로 추정되는데, 그 내용을 볼 때, 1898년초 신임 총독과 민정국장에게 대만통치 방안을 건의할 목적으로 작성된 의견서라고 여겨진다.

41) 일본에서는 1875년부터 1891년 민사소송법시행 이전까지, 권해제도가 실시되었다. 권해제도란 분쟁당사자의 신청에 의하여, 판사가 분쟁의 화해, 조정 등을 시도하는 민사분쟁해결 제도로서, 재판소지청 또는 구재판소 등의 하급심의 전속관할이었다. 명치정부의 장려에 의하여 권해제도는, 증가일로에 있던 민사쟁송을 재판소의 틀내로 흡수시키고, 재판소기구가 제도적 분쟁해결기관으로서의 위상을 확보해나가도록 기능하였다. 染野義信, 「司法制度(法体制確立期)」, 鶴飼信成 外編, 『講座日本近代法發達史 2』(東京: 勁草書房, 1958), 129~132쪽.

2. 1898~1899년의 대만법원제도의 개편

(1) 1898년 대만총독부법원조례의 개정

1898년 5월 대만총독부는 「대만총독부조례개정율령안」, 「대만총독부판관 징례령율령안」을 이토내각에 제출하였다. 그 주된 내용은, ① 대만법원은 대만총독에 “直屬”하는 것으로 하고, ② 종래의 고등법원-복심법원-지방법원의 3심제를 복심법원-지방법원의 2심제로 전환하고, 지방법원 합의제를 폐지하는 등 법원조직과 인원을 감축하며, ③ 판관의 직무금지규정과 신분보장규정, 퇴직 및 휴직에 관한 규정을 신설하여 판관의 신분보장에 관한 요구를 일부 수용하고, ④ 행정관이 지방법원판관을 겸임하는 제도를 당분간 유지한다는 것이었다. ①은 종래의 ‘총독의 관리에 속한다’는 규정의 모호함을 없애고 대만법원의 사법성직할론에 대하여, 대만법원의 총독소속을 명확히 한 것이다. ②의 대만에서의 상고심의 폐지는, 후술하듯이, 또 하나의 대만법원제도 쇄신책, 즉 복심법원의 판결에 대한 상고를 본국의 내심원에서 취급하는 것과 짝을 이루고 있었다.

그러나, 정부와의 협상과정에서 이토 수상과 사법대신이 사법성직할론을 제기한 것 외에 총독부로서는 받아들이기 힘든 새로운 요구가 제출되었다.⁴²⁾ 특히 내무성은, 내지인 및 외국인에 대해서는 본국의 재판제도와 거의 동일한 수준의 재판절차를 보장하고 대심원에 대한 상고를 허용하며, 청국인과 대만인의 사건에 관해서는 별도의 절차에 의하여 처리하되 대만법원 내에 3심제를 둔다는 내용의 수정안을 제출하였다.⁴³⁾ 그러나 내무성의 수정안에 대해서는 법제국

42) 법원조례개정율령안의 협상과정에 대해서는, 檜山幸夫, 「解説 臺灣總督府の刷新と統治政策の轉換—明治三十一年の臺灣統治—」, 中京大學社會科學研究所 臺灣總督府文書目錄編纂委員會 編, 『臺灣總督府文書目錄 第3卷』(東京:ゆまに書房, 1996), 423~442쪽.

43) 내무성의 수정안은 다음과 같은 내용을 담고 있었다. ① 지방법원 아래 구법원을 설치할 것, ② 지방법원의 합의제를 유지할 것, ③ 판관정원을 지방법원은 3명, 복심법원은 5명으로 할 것(총독부안은 지방법원은 1명, 복심법원은 3명이었다), ④ 각 법원에 甲乙의 2부를 두어 갑부는 내지인과, 청국인을 제외한 외국인의 사건을 맡고, 을부는 청국인과 토인(대만인)의 사건을 담당하도록 할 것, ⑤ 구법원 아래에 다시 출장소를 두고 그 직원은 행정관이 맡고 재

도 비판적이어서, 정부는 총독부의 올령안을 토대로 심의를 하였는데, 특히 올령안의 ③과 ④의 내용이 문제가 되었다. 총독부측은 ④의 행정관에 의한 지방 법원판관의 점임을 허용하는 조항을 삭제하는 등 일부 양보하였지만, 판관의 신분보장 수준을 놓고 난항이 거듭되었다.

그러나 앞서 말했듯이, 1898년 7월 오키마 내각이 성립하는 정변이 일어나고 총독부로서는 최초의 정당내각에 강경하게 대립하다가는 자칫 모든 노력이 수포로 돌아갈 수도 있는 상황에 처하게 되어, 결국 정부측의 요구에 응하여, 판관의 신분보장제와 징계절차를 보완하는 방향으로 수정하였다. 이에 1898년 7월 12일 오키마 내각은 2심제의 폐해를 시정하기 위하여 대심원과 총독부복심법원을 연락시키는 내용의 단행법률을 제13의회에 제출한다는 것을 조건으로, 올령안을 통과시켰는데,⁴⁴⁾ 그 결과 7월 19일 올령 제16호로 「대만총독부법원조례개정」가, 7월 20일 올령 제16호로 「대만총독부법원판관징계령」이 공포된다.

이렇게 하여, 본국과 비교하여 그 보장도는 낮지만 대만에서의 재판관신분보장제도가 도입되었다.⁴⁵⁾ 대만에서의 사법권독립문제를 일응 일단락지은 이 결과에 근거하여, 1899년 3월 당시 아마가타 내각은 “대만에 헌법은 시행된 것으로 한다, 대만총독부판관은 헌법 제58조 제2항의 보장을 받는 것으로 한다”는 공식견해를 제국의회에 표명하기에 이른다.⁴⁶⁾

판은 토인과 청국인에게만 행할 것, ⑥ 복심법원 위에 고등법원을 두어 3심제로 하고, 토인과 청국인의 상고심만 고등법원에서 담당할 것. ⑦ 총독부안과 같이 내지인과 외국인의 복심법원의 판결에 대한 상고사건은 대심원에서 심리할 것. 檜山幸夫, 앞의 글, 436쪽.

44) 『臺灣總督府法院條例を改正す』, 『公文類聚』 第22編・明治31年・第28卷・司法, (일본) 國立公文書館, 마이크로필름번호: 2A-11-類831.

45) 일본 본국의 판사의 경우, 재판소구성법에 의하여, 免官・轉官・轉所・停職・免職・減俸에 관하여 그 신분을 보장받지만, 대만의 판관은 免官・轉官에 관해서만 그 신분을 보장받는다. 또한 총독은 필요하다고 인정하는 때에는 휴직을 명할 수 있으며, 판관징계위원은 총독에 의해 임명되는 것과 같이 중요한 차이가 있었다. 한편, 법원조례의 개정을 통하여 각 법원에 檢察局을 附置하고 총독에 직속시킴으로써, 검찰기관을 강화하였는데, 검찰관의 자격 및 신분보장에 관하여 어떠한 규정도 두지 않고, 지방법원검찰관의 직무를 경찰관이 대리하는 제도를 그대로 유지하였다.

46) 臺灣總督府警務局 編, 앞의 책, 14쪽.

(2) 제13제국의회와 「대만총독부판결에 대한 대심원의 재판권에 관한 법률안」

대만총독부법원조례의 개정 후, 총독부는 정부와 약속한 대로 1898년 9월 대만법원과 대심원과의 연락에 관한 법률안을 내무대신에게 품신하였다. 이에 기초하여 1899년 1월 「대심원특별재판권에 관한 법률안」이 일단 완성되었는데, 그 내용은 대심원이 대만복심법원의 판결에 대한 상고 및 재심에 관하여 재판권을 갖는다는 내용이었다. 이에 대해 사법성으로부터 대심원이 모든 사건에 관한 최종심리권한을 갖는다고 한다면, 오히려 대만에 재판소구성법을 시행함으로써 사법대신이 대만법원을 감독하고 사법권을 통일하는 것이 합당한 방책이 아닌가 하는 의견이 제시되었다. 그러자 고토 신페이는 사법성안이 받아들여지면, 대만에 독특한 법원제도의 근본방침이 파괴된다고 판단하여, 대심원의 상고를 허가하는 사건범위를 대만총독부복심법원에서 민사소송법 또는 형사소송법에 의하여 한 제2심 종국판결로 한정하는 내용으로 재차 수정하도록 하였다.⁴⁷⁾ 이렇게 되면 1898년 율령 제8호에 의하여 민소법과 형소법의 적용을 받지 않는 대만도인과 청국인의 사건은 대만복심법원 단계에서 종결된다.

정부는 이 수정된 법안을, 「대만총독부판결에 대한 대심원의 재판권에 관한 법률안」이란 명칭으로 1899년 2월 제13의회 중의원에 제출하였다. 정부의 법안 제출이유는, 대만법원의 경비절감상 고등법원을 폐지하는 대신에 본국 대심원에서 상고심을 행하여 3심제를 유지하고, 아울러 제국내 법률해석의 통일을 도모한다는 것이다.⁴⁸⁾ 중의원은 제국법률해석의 통일이라는 법안의 취지에 찬성하는 분위기였다. 한 발 더 나아가, 법안심의를 부탁받은 중의원 특별위원회는 정부위원의 반대에도 불구하고, 대심원이 파기한 원판결을 대만복심법원뿐만 아니라 내지의 공소원에도 환송할 수 있도록 법안을 수정하였고,⁴⁹⁾ 이 수정안은 본회의에서 가결되었다. 63법에 대한 열렬한 비판자였던 하나이 다쿠조(花

47) 위의 책, 19쪽.

48) 『帝國議會衆議院議事速記録 14』(東京大學出版會, 1980), 226~7쪽.

49) 『帝國議會衆議院委員會議録 明治編 12』(東京大學出版會, 1986), 303~9쪽.

井卓藏)의 다음과 같은 찬성발안은, 이 법안에 대한 총독부측의 의향과 전혀 다른 관점을 보여주고 있다.

찬성의 이유는 첫째로, 법률 63호라는 것이 있습니다만, 이렇게 입법의 대권을 위임하고 있으면서 대만에 대해서 삼심재판소를 설치하는 것이 불가능하다고 하는 것은, 위임이 이루어지고 있는 입법의 범위 내에서 재판제도만은, 아무리 해도 이것만큼은 행사할 힘이 없다고 하는 것을 표명하였다는 점에서 찬성합니다.⁵⁰⁾

즉 이 법안이 63법에 의해 부여된 막강한 총독의 통치권한 중 재판권에 관해서는 총독부 스스로 그 한계를 인정하였다는 식으로 이해하고 있는 것이다. 공은 귀족원으로 넘어갔다. 정부는 귀족원 심의시 정부위원을 채택하여 줄 것을 희망하였다. 그러나 귀족원은 정부원안과 중의원수정안 모두 부결시켰다. 귀족원특별위원회에서의 법안에 대한 반대의견은 다음과 같은 것이었다.⁵¹⁾

대만은 인정풍족이 다르고 또한 점유 이래 아직 內地同様の 취급을 하기가 어렵기 때문에, 입법권이 대만총독에게 위임된 바도 있으며, …… 실제에 있어서 내지의 대심원에 결합할 필요없이 대만은 대만에서 상고의 길을 여는 것이 가하다. 정부위원의 설과 같이 대심원에 결합한다고 하면, 멀리 해로로 떨어져 있는 동경까지 오는 인민의 불편불행은 얼마나 큰가. …… 만약 실제상 삼심제가 필요하다고 한다면, 대만의 복심법원 중 하나로서 상고심을 맡기고 판관을 증원함으로써 활용할 수 있다.

…… 이 법안을 제출한 단 하나의 이유는 법률해석의 통일에 있는 것 같다. 그렇지만 대만에는 특별한 법률이 있기 때문에 반드시 통일을 위하여 내지의 대심원까지 갖고 올 필요가 없다.

…… (법률해석의) 통일이란 것은 내지에서도 실행되고 있지 않으며, 또한 대심원에서 도 국을 달리하면 해석이 다른 경우도 있다. 단지 통일 운운하지만 이유가 없다.

50) 위의 책, 308쪽.

51) 『第十三會帝國議會貴族院委員會會議錄』(貴族院事務局, 1899), 1272~9쪽.

애초 식민지위임법제도를 만든 이유가 대만의 특수사정을 고려한 것인데, 왜 그러한 취지를 스스로 부인하는 재판제도를 만들려 하는가 하는 지적이다. 대만의 특수사정에 근거하여 재판제도를 개혁하려 하였던 고토 신페이의 구상이 63법의 논리에 발목이 잡히고 만 것이다. 즉 63법의 논리에 의하여 구성된 대만법원을 제국법률해석의 통일을 모토로 삼아 본국의 사법권과의 연결을 주장하는 입장과 타협하면서, 대만사법제도의 특수성을 유지하려고 한 총독부측의 의도가, 거꾸로 63법의 논리와 63법이 낳는 본국 법질서와의 이질성으로 말미암아 좌절된 것이다.

이상과 같이, 제13의회에서 귀족원의 반대로 법률안이 성립하지 못함으로써, 대만총독부법원은 상고심이 없는 지방법원-복심법원의 2심제 구조를 가지게 되었다.

3. 1898~1899년의 대만법원제도 개편의 결과가 남긴 것

1898년에서 1899년 3월까지의 대만법원제도채신의 경과와 그 결과를 어떻게 평가할 것인가. 일단 다카노사건이 제기한 문제의 해결과 함께 대만통치에 적합한 제도의 창출을 모색하는 과정에서, 이러한 결과들이 생겨났다는 것에 주목해야 할 것이다. 대만총독부측의 구상, 또는 고토 신페이의 구상에 비추어 볼 때, 대만법원의 총독직속을 명확히 하고 법원의 조직과 인원을 감축한 것은 성과라고 할 수 있다. 그러나 행정관의 지방법원겸임제의 폐지, 당초 예정한 것보다 두터워진 판관신분보장제도의 도입, 대심원의 상고·재심 재판권에 관한 법률안의 부결 등의 결과는 분명 최초의 구상에서 후퇴된 것이었다. 한편으로 헌법이 대만에 시행되고 있다는 논리에 의해, 다른 한편으로 대만은 율령제도에 의해 본국제도와 단절된 특수영역이라는 논리에 의해 심각한 타격을 입은 것이라고 할 수 있다.

그러나, 역설적이지만, 제13의회에서 부결된 법안은 총독부가 미처 감지하지 못하였을 수도 있는 중요한 의미를 지니고 있었다. 왜냐하면, 동 법안은, 대심원의 상고심 재판관할사건을 내지인과 외국인의 사건으로 민사소송법과 형사소송법에 의하여 재판된 사건으로 전제하고 있다. 이에 따라 적어도 일본인과 외국

인에 대해서 적용된 민사소송법과 형사소송법의 규정을 직접 변경하는 율령을 제정하기는 힘들어진다. 이것은 다른 한편으로 국적·인종에 따라 구별된 이중적 법체제가 고착될 가능성을 내포하고 있다. 또한 대만법원의 재판이 본국 대심원의 심사를 받게 되는 이상, 절차법뿐만 아니라 사안에 관련된 실체법령의 해석 역시 중국적으로 대심원의 판단을 받게 된다. 즉 율령에 의하여 정해진 대만법령의 해석이, 일본인과 외국인이 제기한 상고를 통하여 대심원의 최종적 심사 하에 놓이게 되는 것이다. 그 만큼 대만의 법령을 독자적으로 운용·해석하기가 힘들어진다. 이처럼 경비절감면에서 어느 정도 성공하지만, 대만의 법령과 재판이 항상 제국사법의 중심부의 사법권력의 통제에 노출되는 결과를 낳는 것이다.

요컨대, 이 법안은 사법제도의 일각을 본국 대심원에 연결시킴으로써 식민지위임법제도의 근간을 흔들 수 있는 잠재력을 가지고 있다고 할 수 있다. 하나 이 다쿠조 의원이 보았던 것도 이러한 점이 아니었을까. 또한 커쿠드가 대심원과 별도로 구성되는 특별상고재판소를 상정한 것도 이와 같은 상황을 피하려는 의도를 담고 있었다고 할 것이다. 이후 총독부와 일본정부는 단 한번도 유사한 법안을 제출하지 않았고, 오히려 의원들이 제출한 동일법안에 대하여 강력하게 반발한 것은, 바로 이 점을 지각하게 되었기 때문이라고 할 것이다. 그러한 의미에서, 법안의 부결에 의하여 의회측이 총독통치에 위협이 될 수 있는 요인을 미연에 제거해주었다고도 할 수 있다.

한편, 대만총독부는 법안의 부결에도 불구하고 당장 총독부법원의 삼심제를 부활시키지는 않았다. 다만 1899년 8월 두가지 율령을 공포하여, 형사사건에 한하여 복심법원에 재심청구 및 비상상고를 허용하는 조치를 취한다.⁵²⁾ 그러나 이들 율령의 목적은 2심제도의 시정하기 위한 것이 아니라, 1896년 11월 긴급 율령으로서 공포된 「비도형벌령」과 「임시법원조례개정」에 대한 정부의 사후승인을 얻기 위한 것이었다.⁵³⁾ 참고로, 대만에서 다시 상고재판이 시행된 것은 이

52) 1899년 8월 3일 공포된 「刑事事件의 再審의 訴 및 非常上告에 관한 律令」(율령 제26호)과 「臺灣總督府臨時法院의 判決에 대한 再審의 訴 및 非常上告에 관한 律令」(율령 제27호)

53) 1898년 11월 5일 긴급율령으로 공포된 「대만총독부임시법원조례중개정율령」(율령 제23호)

로부터 20년 지난 1911년 8월의 대만총독부법원조례의 개정에 의해서이다.

IV. 대만형 사법제도의 정립과정

1. 재판제도와 절차법규의 정비

(1) 태형제도, 범죄즉결제도, 청장에 의한 민사쟁송조정제도

1898~9년의 대만법원제도 쇄신의 주된 목적 중 하나는, 재판조직을 축소하여 사법운영경비를 절감하는 것이었다. 법원조례개정을 계기로, 판관의 정원은 55명에서 32명으로, 검찰관은 29명에서 14명으로 대폭 축소되었다.⁵⁴⁾ 그러나 무장세력의 토벌과 통치제도의 개편이 일단락되고, 대만전역에 걸쳐 통치력과 치안의 확보되면서, 대만의 사법제도는 한 가지 문제에 직면하게 된다. 비록 사법조직이 축소되었다고는 하지만 지방법원단위까지 전원 신분보장을 받는 전임의 판관이 임명되어야 하고, 민형사사건이 증가일로에 있었지만 사법관을 증원할 재정적 여유가 없는 상황을 타개해야 했다. 본국의 위경죄즉결례를 채용하여 경찰서장등이 범죄를 즉결하는 제도를 두고 있었지만 구료와 과료의 형에 해당하는 경미범죄에 한정되었다.⁵⁵⁾ 1898년 법원조례의 틀 속에서, 증가하는 분쟁과 사건을 보다 효과적으로 처리할 수 있는 법령과 재판제도를 어떻게

와 「비도형벌령」(동 제24호)는, 匪徒 즉 무장저항세력에 대하여 극히 포괄적이고 가혹한 처벌규정을 새로 규정하는 한편, 종전의 임시법원을 변경하여 그 관할에 「비도형벌령」 위반사건을 추가하고 단심제를 실시하는 것이었다. 그러나 긴급율령을 비판하는 여론이 비등하고, 정부 역시 좀처럼 긴급율령을 사후승인하지 않았다. 이에 총독부는 단심제를 보완하는 차원에서, 형사사건에 대하여 비상상고와 재심의 구제수단을 두는 조치를 취하게 된다. 檜山幸夫, 「解説 總督督の律令制定權と外地統治論—「匪徒刑罰令」の制定と「臨時法院條例改正」を例として—」, 中京大學社會科學研究所督府文書目録編纂委員會 編, 『台灣總督府文書目録 第四卷』(ゆまに書房, 1996), 543쪽.

54) 臺灣總督府官房文書課 編, 『臺灣統治綜覽』(1908), 488쪽.

55) 1896년 10월 1일 공포된, 율령 제7호 「拘留 또는 科料의 刑에 해당하는 犯罪即決例」.

정비할 것인가가 관건이었다. 1900년 들어 대만총독부는 1900년에 들어 대만구 관조사사업을 의욕적으로 추진하면서, 대만독자의 통치제도를 보다 자각적으로 모색하기 시작하는데, 사법제도면에서도 마찬가지였다.

총독부내부에서는 삼심제의 부활, 판관 및 검찰관의 증원 등을 목소리가 있었지만,⁵⁶⁾ 재정운영상 허용되지 않는 것이었다. 결국 총독부가 택한 것은, 현행의 재판조직을 그대로 두면서, 정규의 법원과 재판절차의 외곽에 행정관에 의한 사법사무처리의 영역을 창출하고 편의적이고 간이한 범집행절차를 마련하는 것이었다.

1903년 7월에 들어, 이러한 방향에 근거한 각종 율령안들이 가다듬어 진다. 즉 대만인과 청국인에 대한 벌금 및 태형처분제도의 실시, 민사구류제도의 도입, 경죄사건에 대한 경찰관에 의한 범죄즉결권한 부여, 廳長에 의한 민사쟁송 조정제도 등을 내용으로 하는 율령안들이 그것이다.⁵⁷⁾

벌금·태형처부제도는 단기자유형의 폐단을 시정하고 배금사상이 강하고 體刑에 민감한 ‘支那人種’의 기질에 적합하다는 이유에서, 자유형을 벌금형 또는 태형으로, 벌금형을 태형으로 환형처벌할 수 있는 새로운 형벌제도이다.⁵⁸⁾ 태형제도는 고토 신페이(高島新平)의 명을 받아 복심법원장 스즈키 무네노부(鈴木宗信)가 영국의 식민지를 시찰한 후, 그 논리적 기초를 제공하였다고 알려지고 있다.⁵⁹⁾ 범죄즉결제도는, 경죄의 다수를 점하는 절도·도박·폭행·상해·아편령위반 등의 범죄로서 중금고 3월 또는 벌금 1백엔 이하에 해당하는 것에 대하여 경부와 헌병에게 즉결재판권을 부여하는 것이었다. 민사구류제도는, 채권자

56) 가령, 『立法司法及行政私見』, 後藤新平文書 7-69-5(R30).

57) 벌금 및 태형처분제도, 범죄즉결제도, 민사구류제도를 도입하는 율령안의 내용은, 『律令案罰金及笞刑處分例』, 後藤新平文書 7-69-10(R30); 『民事拘留留笞刑復興及七犯罪ノ即決裁判權ヲ警察官ニ附與セントスル律令案ニ對スル意見書』(1903.7.31), 後藤新平文書 7-81(R32).

58) 자유형의 벌금형으로의 환형제도는, 1898년 8월 율령 제20호 『臺灣阿片令改正』에 의하여 이미 도입되었다. 그 후 대만인의 범죄사건에 관하여 이 제도를 확대하는 방침이 강구되고 있었다. 가령, 대북지방법원 검찰관 猶瀨藤重의 의견서인 『本島人巡查任用ニ關スル意見書』(1899.4.9), 後藤新平文書 7-69(R32).

59) 鶴見祐輔, 『後藤新平 二卷』(東京: 勁草書房, 1965), 160쪽; 平野義太郎, 『笞刑について』, 『法律時報』 12卷 11號(1940), 1171쪽.

의 신청에 의하여 채무를 변제하지 않은 채무자를 구류하는 제도였다. 청장에 의한 민사징송조정제도란, 종래 인정되었던 청장의 민사징송조정권에 재판관의 판결에 준하는 휴력을 부여하는 것이었다. 요컨대, 대만에 특수한 형벌제도와 강제집행제도를 도입하고, 종래 판관의 권한에 속하는 사법사무의 일부를 행정관에게 이전하는 내용을 갖고 있었다.

이러한 내용의 법원·사법제도 재판관들에 대해서 총독부 내부에서도 비판이 제기되었다. 특히 복심법원 검찰관장 오다츠(尾立惟孝)는 장문의 의견서를 통하여,⁶⁰⁾ 다카노 사건 이후 재판관의 지위가 강고해 지고 재판·감옥제도 역시 정비되어, 이제 대만인들이 신시정에 열복하기 시작한 때에, 구제의 유물로 통치하려는 것은 문명적 제도와 一視同仁의 대의에 어긋나는 것이며, 그 적용 대상에서 내지인이 배제되어 있지 않기 때문에 대만거주 내지인을 冷遇酷待하는 부당한 조치라고 비판하였다. 또한 匪徒가 이미 잔멸하여 장래 수형자증가의 주된 원인이 제거되었고, 다수의 경미범죄는 경찰관과 검찰관의 微罪處分(경미사건에 대한 훈계방면·불기소처분)으로 충분히 대응할 수 있기 때문에, 감옥경비절약을 이유로 벌금·태형제도와 범죄구결제도를 도입하지는 주장을 배척하였다. 특히 범죄구결제도에 관하여 “사법권의 기초를 박약하게 만들어 범죄의 4분의 3은 판관을 떠나 경찰관의 손에 넘겨 법원은 빈 그릇만 지키게 만들”고, “소액의 경비를 절감하기 위하여 사법제도를 근거에서 변경하여 문명에서 야만으로 전환하려고 한다”면서 강력히 비판하였다.

그러면서, 오다츠는 대안으로 검찰권의 강화를 핵심으로 하는 법원조례개정안을 제안하였다. 그 내용은 검찰관에 대한 신분보장제도를 도입하고, 종래 감독사무만을 행하던 각 법원장에게도 재판사무를 담당시키고, 경미사건에 대한 복심과 형사에심을 폐지하며, 법원회계사무를 총독부에 이관함으로써, 판관을 포함한 법원직원을 다시 축소하고 일부 지방법원과 출장소를 폐지한다는 것이었다. 이에 대해 이번에는 복심법원장 스즈키가 강력히 반발하였다.⁶¹⁾ 그 때

60) 覆審法院檢察官長 尾立惟孝, 「民事拘留留管刑復興及輕罪ノ即決裁判權ヲ警察官ニ附與セントスル律令案ニ對スル意見書」(1903.7.31).

61) 鈴木宗信의 「覆審法院檢察官長ノ法院條例改正案ニ對スル意見書」(1903.9), 後藤新平文

인지, 오다츠의 법원조례개정안은 총독부내부에서 폐안된 것으로 보인다. 그러나 그 취지가 이후의 법원운영과 절차법의 개정에 반영되고 있음을 간과해서는 안된다.

한편, 벌금·태형처분제도, 범죄즉결제도, 민사구류제도, 청장의 민사쟁송조정권의 도입을 담은 율령안들은 1903년 12월경 정부에 제출되어, 민사구류제를 제외한 나머지가 1904년 1월12일 율령 제1호 「罰金 및 笞刑處分例」, 2월25일 율령 제3호 「廳長으로 하여금 民事爭訟調停등을 取扱케 하는 건」, 동년 3월12일 율령 제4호 「犯罪即決例」로써 공포된다.

이 세 가지 제도의 실시가 어떤 효과를 낳았는지는, 1905년에 작성된 대만총독부의 자료를 보면 잘 알 수 있다. 그에 따르면, 사건수리건수 면에서, 민사쟁송조정제도 실시후 6개월 동안 민사제1심 사건은 1개월 평균 24건 감소(약 15% 감소), 범죄즉결제 실시후 6개월 동안 형사제1심사건은 1개월 평균 262건 감소(약 47% 감소), 태형제도 실시후 5개월 동안 1일재감인원 442명 감소(약 11% 감소)의 결과를 가져왔다. 또한 재정적 효과로서, 인원 및 기구축소에 따른 인건비와 법원운영경비 감소분과 벌금수입증가분을 합치면 1개월 평균 107,888엔의 수입증가효과를 낳았으며, 감옥비의 경우 1904년보다 98,973엔이 감소하는 효과를 낳았다.⁶²⁾

(2) 민사·형사절차법규의 정비

이상과 같은 중대한 변화가 일어나는 가운데, 민형사 소송법규도 새로운 방향으로 나아가고 있었다. 우선 1899년 4월 28일 율령 제8호 「本島人 및 清國人에 대한 刑事訴訟法, 民事訴訟法 및 그 附屬法律 適用에 관한 律令」이 공포되어, 민사소송법과 형사소송법이 별단의 규정이 없는 한 대만인과 청국인의 사건에 대하여도 적용되도록 하였다. 그 별단의 규정에 해당하는 형사절차상의

書7-69-9 (R30)

62) 臺灣總督府官房文書課 編, 앞의 책, 388쪽, 「民事爭訟調停, 犯罪即決例, 罰金笞刑處分例 實施統計表」, 後藤新平文書 7-69-4(R30).

특칙으로서, 같은 날 발표된 울령 제9호 「本島人 및 淸國人之 犯罪豫審에 관한 律令」은, 이들 범죄에 관하여는 형사예심을 생략할 수 있도록 하였다. 이 울령 제9호의 목적 중 하나는, 「비도형벌령」 위반사건과 같은 중죄사건을 신속·간편하게 처리하기 위하여, 중죄의 경우 반드시 예심에 회부할 것을 요구하고 있는 형사소송법 규정의 적용을 배제하려는 것이었다.

그러나 대만법원의 구조, 인적·물적 조건을 감안한다면, 형사소송법 및 민사소송법을 그대로 적용하는 것은 기술적으로 무리가 있었기 때문에, 대만의 실정에 상응하고 보다 일반적으로 적용되는 절차법규를 고안할 필요가 있었다. 이에 따라, 1901년부터 인종·국적의 구별을 두지 않는 민형사절차상의 특례들이 설정되기 시작한다. 가령 1901년 5월의 「형사소송수속에 관한 울령」은, 형사피의자·피고인의 국적·인종에 불문하고 적용되는 특례를 규정하였는데, 이 “실제상 최필요하고 또한 機宜에 적합한” 규정의 하나는, 이른바 要急事件에서 검찰관의 독자적 강제처분권을 인정하는 것이었다.⁶³⁾ 이것은 현행범사건을 제외하고 수사상강제처분권을 예심판사에 귀일시킨 명치 형사소송법으로부터의 중대한 이탈을 의미하였다. 1905년 7월의 「民事訴訟特別手續」(울령 제9호)과 「刑事訴訟特別手續」(울령 제10호)이 공포되면서, 민형사절차법규의 정비가 거의 완료된다. 모두 절차의 간이화를 도모하고 있는데, 특히 「형사소송특별수속」의 경우, 형사예심을 임의화하고, 피고인의 권리와 이익을 제약하는 한편, 수사·검찰기관의 권한을 대폭 강화함으로써, 규문주의적 형사소송법규의 성격을 전면화하였다.⁶⁴⁾ 1908년 8월의 「臺灣民事令」(울령 제9호)와 「臺灣刑事令」(울령 제11호)는, 그간의 민사·상사·형사에 관한 입법조치를 총괄함으로써, 대만의 재판제도의 정비가 일단락된다. 대만형 사법제도라고 부를 수 있는 것이 정립된 것이다.

63) 동울령 제2조에 의하면, 검찰관은 현행범이 아닌 사건이라도, 수사의 결과 급속의 처분을 요한다고 사료한 때에는, 구인장을 발부할 수 있으며, 금고이상의 형에 해당한다고 사료하는 때에는 구류장을 발하고 검증·차압·수색 등의 처분을 할 수 있었다.

64) 대만의 형사절차법의 상세한 내용과 특징에 관해서는, 줄고, 앞의 글, 110~1쪽.

2. 대만형 사법제도의 정립의 의미

이제, 대만에서의 사법제도의 정립과정과 그 결과를 음미하면서 대만형 사법제도의 정립의 의미를 찾아보기로 하자. 먼저 지적해 둘 것은, 1904~5년에 발표된 일련의 율령은, 1899년까지의 대만사법제도 재편결과와 관련하여 이해할 필요가 있다는 것이다. 즉, 대만총독부는, 그 실질이야 어떻든 대만에 헌법이 시행된다는 원칙(建前) 하에 성립한 대만법원조례상의 제약을 우회하면서, 대만형 사법제도를 정비해 나갔다는 것이다. 그것은 오다츠 검찰관장이 지적한 대로, 사법제도를 근거부터 형해화시키는 의미를 가지고 있었다고 할 수 있다. 율령에 의한 제국법전의 의용, 대심원과 대만법원의 절연상태는, 제국법전의 통일, 사법의 통일이라는 제국중심부의 구심력으로부터 대만의 입법·사법의 이역성을 유지하는 방벽을 구축하였던 것도 하나의 조건이었다.

1904~5년에 도입된 제도는, 대만의 특수사정이라는 본국정부를 설득하기 위한 논리에 근거하여 정당화되었다. 즉 뒤쳐진 문명수준, 대만인과 청국인의 특유한 기질과 통치전통, 불안정한 치안상태 등을 근거로, 대만에는 특별한 취급이 필요하다는 것이었다. 그러나 이들 제도에는 대만총독부의 의도만이 일방적으로 관철되었다고 간단히 말해버릴 수는 없다. 이들 제도를 도입함에 있어서, 대만총독부 내부에 의견조정이 물론, 본국정부의 승인을 얻어야 하였다. 특히 범죄즉결제도나, 민형사소송상의 특례는, 대만에 거주하는 일본인(나아가서는 서구인)에게도 적용될 가능성이 있기 때문에, 단순히 중국인의 풍속과 기질에 부합한다는 논리만으로는 정부의 우려는 불식시키게 불충분하였다. 여기에서 주목할 것은 본국의 사법제도에서조차 비슷한 흐름이 진행되고 있었다는 점이다.

가령, 태형제도가 도입되었을 때, 본국에서 태형제도 실시에 대해서 반대하는 목소리도 있었지만, 단기자유행의 폐해를 없애고 범죄자의 성질에 부합하는 근대적 형벌제도로써 변호하는 목소리도 있었다.⁶⁵⁾ 이것은 당시 일본에서 유럽

65) 가령 穂積陳重은 태형이 상습범죄나 少年犯罪에 대하여 단기자유행보다 우수하기 때문에 오히려 전국획일적으로 태형을 채용하는 것이 득책이라고 주장하였다. 『法理演習記事(特

의 실증주의범죄학과의 영향을 받으면서, 형법개정작업이 벌어지고 있던 형벌·행형사상의 일단면을 보여주는 것이었다. 1899년부터는 감옥경비의 절감을 위하여 경찰과 검찰의 미죄처분이 장려되고 있던 것도 주목된다. 1901년에는 요급사건에서의 수사검찰기관의 강제처분확대, 예심의 기능축소를 내용으로 하는 형사소송법개정안이 공포된 바 있었다. 또한 1905년에는 재판소구성법을 개정하여 구재판소의 사물관할을 확대함으로써, 보다 많은 사건을 간이한 절차로 처리하려고 하였다.⁶⁶⁾ 비슷한 시기에 본국의 사법제도 속에서도 중대한 변화가 시작되고 있음을 감지하게 하는 움직임이 나타나고 있었던 것이다.

즉, 당면의 문제에 대하여, 인민의 권리강화와 사법기구의 확충에 의해서 해결하는 것이 아니라, 국가권력과 치안체제의 강화에 의해 대처하려는 흐름이 본국에서도 존재하였던 것이다. 이런 점에서, 총독부와 본국 정부의 관료들 사이에서 문제의식과 접근관점이 공유되고 있었다고 할 수 있다.

또한, 이 문제는 근대 일본의 입헌체제의 취약성에도 관련된다. 대만의 헌법상 지위문제는 별론으로 하고, 대만에 거주하는 일본인은 당연히 헌법상의 권리를 향유할 것인데, 이들에 대한 차별대우의 문제는 63법 제정시기부터 그다지 논의되지 않았다. 대만의 일본은 대만의 특수사정, 가령, 대만인에 대한 일시동인의 통치라는 명목으로, 혹은 대만의 치안유지를 위한 통제의 대상으로서, 대만지역 전체에 대한 차별구조 하에 두어지고, 본국에서는 당연히 받을 헌법적·법적 보호에서 배제되었다. 이 문제를 지적하는 목소리가 없었던 것은 아니나, 일본의 국익이라는 논리에 압도되었다. 본국의 우수한 법학자들 역시 식민지의 헌법상 지위문제에 관하여 열기 띤 논쟁을 벌였지만, 식민지에 거주하는 내지인의 문제는 그들의 관심 밖에 있었다.

말하자면, 대만의 사법제도는, 단순히 식민지통치당국의 작품에 그치는 것이 아니라, 명치일본의 국가우위의 사법, 관한중시의 사법의 속성이 식민지에서 전면적으로 발현된 것이라는 의미도 함께 지니고 있었던 것이다. 대만의 사법

に臺灣の管刑に關する穂積陳重博士の意見』, 『法學協會雜誌』 22卷 3號(1904).

66) 명치30년대 이후의 형사소송법 개정작업과 수사검찰의 권한확대 경향에 관하여는, 小田中聰樹, 『刑事訴訟法の歴史的な分析』(東京: 日本評論社, 1976) 참조.

제도가, 대만의 특수사정이 낳은 제도로서의 위상을 뛰어넘는 통용성을 가지고, 이후 제국의 다른 식민지에도 도입·응용되었던 것, 나아가서는 본국의 사법제도의 변화를 선취하는 것처럼 보이는 것은, 이와 같은 대만형제도의 성질과 깊이 관련하고 있다고 할 것이다.

V. 대만형 사법제도의 확산과 제국사법의 통일문제

1. 대만형사법제도의 확산: 관동주, 구한국, 조선

대만영유 이후 근 10여 년간의 모색을 걸쳐서 확립된 대만형 법원과 사법제도는 러일전쟁 이후 일본의 세력권에 포함되는 다른 지역으로 확산되기 시작한다.

먼저 관동주의 경우, 1906년부터 대만형 사법제도가 도입되는데, 1908년 9월의 「關東州裁判令」(칙령 제212호), 「關東州裁判事務取扱令」(동 제213호), 「罰金及笞刑處分令」(칙령 제236호) 등에 의하여, 사법제도의 정비가 일단락된다. 관동주의 법원은 대만총독부법원과 마찬가지로 지방법원, 고등법원의 2심제법원으로 조직되며, 지방행정관인 民政署長은 일정한 사건에 대하여 민형사 제1심재판권을 행사한다. 또한 대만의 민형사상특례를 더욱 보완하여 민형사절차법규를 규정되었다. 그리고 청국인에 대한 벌금·태형환형제도 역시 이미 군정시기에 도입되었는데, 칙령제정을 앞두고 1908년 9월 추밀원회의에서 외교상 문제를 중심으로 그 당부가 검토되기도 하였지만, 서구 식민지에서도 동일한 제도가 있고 중국인종에 적합한 형벌제도라는 점이 재확인되었다.⁶⁷⁾

1908년 관동주의 재판제도의 정비와 함께, 만주일대의 영사재판제도에도 중대한 변경이 가해졌다. 종래 영사재판은 1899년 제정된 「領事館의 職務에 관한 法律」에 의하여, 제1심 재판은 영사가 행하지만, 이에 대하여 불복하는 경우 나가사키(長崎) 공소원에 항소를 제기할 수 있고, 중국적으로 대심원의 판단

67) 『樞密院記事筆記』, (일본)國立公文書館, 2A-15-9, 樞D274(마이크로필름번호: 樞35-18); 『樞密院決議』, 國立公文書館, 2A-15-12, 樞D274(마이크로필름번호: 樞68-1188).

을 받을 수 있었다. 그런데 1908년 「만주에 있어서의 영사재판에 관한 법률」을 제정하여, 영사재판의 상급심을 관동도독부 고등법원을 하고, 형사사건중 국교상 필요한 경우 외무대신의 명에 의하여 관동도독부 지방법원이 제1심 재판을 할 수 있도록 한 것이다. 후술하는 1906년 통감부법무원의 설치는 이러한 형식의 영사재판제도의 변경의 선례라고도 할 수 있다.

구한국의 경우, 1906년 6월 25일 공포된 「韓國에서의 裁判事務에 관한 法律」(일본법률 제56호), 「統監府法務院官制」(칙령 제164호)에 의하여, 한국거주 일본인에 대한 재판사무는 종래의 일본영사관이 아니라, 「理事廳統監府法務院」의 2심급제 재판조직에서 담당하도록 하였다. 즉 종래의 영사재판제도를 대체하는 거류민 재판제도가 창출된 것이다. 또한 「한국에서의 재판사무에 관한 법률」 제10조는 한국에서의 재판사무규칙을 칙령으로 정할 수 있게 함으로써, 일종의 위입법제도를 설정하고 있다. 1906년 2월 제22회 제국의회 중의원에서 이 법안을 둘러싸고 축소된 63문제라고 할 수 있는 논쟁이 벌어진 것도 이 때 문이었다.⁶⁸⁾

위 법률과 같은 날 공포된 「한국에서의 재판사무취급규칙」(칙령 제166호)은 동법의 제10조 근거하여 칙령으로 제정된 소송절차법규이며, 일본인에 대하여 적용되는 일본법규이지만, 부분적으로 대만의 민형사절차와 같은 특례가 인정되고 있다.

나아가 1909년 7월 12일 구한국정부로부터 일본정부에 사법·감옥사무의 위탁에 이루어진 후, 10월 16일 「統監府裁判所令」(칙령 제236호)과 「統監府裁判所司法事務取扱令」(칙령 제237호)가 공포된다. 통감부재판소는 구재판소-지방재판소-공소원-고등재판소의 4급3심제를 취하고 있었다. 이로써 일본인에 대한 재판도 새로 설치된 통감부재판소에서 처리토록 하고 그 재판준칙을 마련한 것이다. 한국인의 사건의 경우 같은 날 공포된 「한국인에 관계하는 사법에 관한 건」(칙령 제238호)에 근거하여 1908년 7월 13일 한국법률로 제정된 民刑訴訟規則(한국법률 제13호), 刑法大全, 기타 한국의 법률과 관습이 적용되었다.

68) 줄고, 앞의 글, 120쪽.

또한 같은 날 「한국에서의 범죄즉결령」(칙령 제240호)이 공포되어 대만형 범죄 즉결제도가 실시된다.

통감부재판소의 설치와 함께, 종전의 한국거류 일본인에 대한 재판권 행사의 근거법률인 1906년의 법률 제56호 「한국에서의 재판사무에 관한 법률」을, 1909년 10월 18일 긴급칙령 「明治39年 법률 제56호 폐지의 건」에 의하여 폐지되었다. 본래 긴급칙령을 발한 경우 정부는 다음 회기의 제국의회에 사후승낙을 구해야 하며 사후승낙이 없으면 의회의 회기종료와 함께 그 효력을 상실하게 된다. 그러나 제26의회 중의원에서 1910년 3월 사후승낙안건을 속히 제출할 것을 요구하는 결의안을 채택하였음에도 불구하고, 정부는 어떠한 조치도 취하지 않았다.⁶⁹⁾ 따라서, 법리상으로는 의회의 회기종료 시점에서 1906년의 법률 제56호의 효력이 부활하여, 적어도 일본인에 대한 재판권의 법적근거에 관해서는, 1906년 법률 제56호와 통감부재판소령이 서로 충돌하게 된다. 일한병합을 앞둔 시점에서, 일본정부가 자국민에 대해서조차 자의적으로 권력을 행사하고 있었음을 단적으로 보여주는 예이다.

1910년 일한병합 이후 통감부재판소를 조선총독부재판소로 명칭만 바꾼 채, 당분간 기존의 제도가 유지되었다. 그러나 일한병합과 함께 서구열강의 치외법권의 폐지됨으로써, 법원제도와 법규를 재정비해야 하였다. 우선 1910년 12월 15일 「犯罪卽決例」와 「民事爭訟調整에 관한 건」이 공포됨으로써, 민형사에 걸치는 경찰사법의 토대가 구축된다. 또한 1911년 5월 朝鮮總督府裁判所令의 개정과 「朝鮮總督府判事懲戒令」의 제정에 의해 대만과 유사한 판사의 신분보장과 징계절차가 도입된다.

조선총독부재판소의 2심제화도 관심의 초점이 되었는데, 결국 조선에서는 3심제도를 유지하는 대신 법원구조를 축소하는 방향으로 마무리 되었다. 즉 1912년 3월 18일 朝鮮總督府裁判所令의 개정에 의하여 地方裁判所를 ‘地方法院’으로, 控訴院을 ‘覆審法院’으로 하여 법원조직의 명칭을 본국과 차별화하면서, 지방법원의 合議制를 원칙적으로 폐지하고, 종래의 區裁判所를 없애고 地

69) 「第26會帝國議會 衆議院議事速記録」, 『帝國議會 衆議院議事速記録 24』(東京大學出版會, 1981), 505쪽 이하.

方法院支廳을 두는 형식으로 법원조직을 축소한다. 이와 동시에 기존에 조선인, 그리고 일본인과 외국인에 대하여 각각 별도로 적용되는 민형사법규를 통일하고 특례를 설정하는 「조선형사령」, 「조선민사령」을 공포하고, 「조선태형령」을 통하여 조선인에 대하여 태형제도를 도입함으로써, 식민지형 사법제도의 이식을 완료한다.⁷⁰⁾

2. 제국사법의 통일의 시도와 좌절

식민지위임입법제도로 말미암아, 내지와 식민지는 같은 제국의 영역 내에 있으면서도 서로 외국과 같은 이법역 상태로 절연된다. 1899년 제13의회에서 부결된 법안은 하나의 전기가 될 수 있는 가능성을 갖고 있었지만, 그 후 대만총독부는 어떠한 조치도 취하지 않았다. 대만법원과 본국의 재판소는, 사법공조라는 틀을 통해서만 연결이 되었다. 대만통치 초기라면 본국의 간섭을 피하기 위하여 이러한 이법역 상태를 고수하는 것이 유리하겠지만, 식민지의 확대, 내외지간 교섭사건의 증가에 따라 오히려 이와 같은 상태를 타개할 필요가 있었다.

그 이론적 근거를 제공한 사람이 대만총독부 복심법원장을 지낸 스즈키 무네노부였다. 그는 대만에 헌법이 시행된다는 것을 근거로, 대만의 울령과 대만법원의 판결이 효력이 제국 전체에 미친다고 주장하였다.⁷¹⁾ 헌법시행론을 매개로 삼는 스즈키의 논법은, 이후 대만과 본국의 사법의 통일을 향한 입법을 추진하였던 세력에게서도 반복된다. 즉 대만은 이미 헌법이 시행되고 있는 제국의 영토이기 때문에, 법령과 판결의 효력의 공통을 인정하고 나아가 사법제도를 통일하는 데에 어떠한 헌법상의 장애도 없으며, 오히려 헌법의 범위 바깥에 있는 다른 식민지와는 다른 방침을 취하여야 한다는 것이었다.

그 최초의 시도는, 1908년 3월 제24의회 중의원에 제출된 「帝國의 領土內에서의 裁判의 效力에 관한 법률안」이다. 제국영토내의 각 재판소의 재판은 제국

70) 일한병합후 식민지조선의 사법제도 재편과정은, 졸고, 앞의 글, 127~33쪽.

71) 鈴木宗信, 「内地及臺灣間に於ける法律律令の効力に就て(承前)」, 『法學協會雜誌』 23卷 4號(1905.4), 533~4쪽.

영토전부에 걸쳐 그 효력을 갖는다고 하는 극히 단순한 내용의 법안이었다. 법안 심의 결과 재판소와 대만총독부법원에서 한 민사판결은 민사소송법상의 외국재판소의 판결의 강제집행에 관한 규정을 준하여 대만과 내지에서 강제집행을 한다는 내용의 수정법률안이 중의원을 통과하여 귀족원에 송부되었으나, 제국의회가 폐회함으로써 결국 법률안이 성립되지 못하였다.⁷²⁾

1909년 2월 제25의회 중의원에는 「內地 및 臺灣司法共通에 관한 법률안」이 제출된다. 그 내용은 ① 대만복심법원의 판결에 대한 대심원에의 상고 허용, ② 재판소 및 대만법원의 판결의 효력의 공통, ③ 내지 및 대만의 변호사 직무와 자격의 공통, ④ 대만의 판관·검찰관·변호사의 재직연한의 공통이라는 4가지였다.

그러나 대만총독부측이 대심원에의 상고허용에 대하여 「屬地主義를 취하고 있는 현금의 사법제도의 일각을 파괴하여 대심원에 상고의 길을 열려고 한다 면, 대만통치의 근본정책에 위반」한다며 강력하게 반대한 결과, 이 부분을 삭제하고, 나머지는 한국에 관한 사항까지 포함하는 내용으로 수정하기로 합의에 이른다. 그 결과 「裁判所, 臺灣總督府法院, 統監府法務院 및 理事廳의 判決의 執行에 관한 법률안, 「辯護士의 職務 및 判官·評定官·檢察官 및 辯護士의 在職年限에 관한 법률안」이 중의원을 통과하였다. 후자는 귀족원의 심의 과정에서 재차 수정이 가해지고 중의원이 귀족원의 수정에 반대한 결과 법률로 성립하기 못하고, 전자의 법안만이 통과되어 1914년 4월 법률 제36호로서 공포된다.⁷³⁾ 이 법률은 외국법원이 내린 판결에 준하여 제국의 각 지역에서 다른 지역의 법원의 판결을 집행한다는 것이었는데, 이로써 불충분하지만 제국 내의 각 재판기관의 판결효력을 인정하는 제도가 갖추어 진다.

1914년 3월에는 대만변호사회와 연계하여 일본변호사회에서 「內地, 朝鮮, 臺灣의 司法機關 및 民事刑事의 法規統一法律案」을 중의원에 제출하려고 하

72) 『帝國議會衆議院議事速記錄 22』(東京大學出版會, 1980), 295, 397쪽; 『帝國議會衆議院委員會議錄 明治編 47』(東京大學出版會, 1988), 305~308쪽; 『帝國議會貴族院議事速記錄 24』, 360쪽.

73) 『帝國議會衆議院議事速記錄 23』(1980), 130, 426~30쪽, 609~10쪽; 『帝國議會衆議院委員會議錄 明治編 52』(1989), 347~73쪽; 『帝國議會貴族院議事速記錄 25』(1981), 210, 348~51쪽; 『第二十五回帝國議會貴族院委員會議錄』(貴族院事務局, 1909), 861~873쪽.

였다. 사법성은 이러한 움직임에 감지하고, 만약 이 법안이 제국의회에 제출된다면 정부가 이에 동의하는 방침을 미리 결정해 둘 것을 각의에 요구하였다. 사법성의 입장에서는 이를 매개로 제국사법의 운영 전반을 총괄할 수 있는 위치에 설 수 있기 때문에 법안 찬성에 적극적이었다고 보여진다. 그러나 각의는 이 법안이 식민지 통치체제에 미칠 위험성을 고려하여 사법성의 건의를 받아들이지 않았다.⁷⁴⁾

그러나 1914년 12월 막상 제31의회에 제출된 법안은 「裁判所構成法 및 辯護士法을 대만에 시행하는 법률안, 「明治39年 법률 第31호중 개정법률안」,⁷⁵⁾ 「行政裁判法 및 訴願에 관한 법률을 대만에 시행하는 법률안」 3건이었다. 이들 법안은 중의원 특별위원회에 회부되었다. 정부위원으로 참가한 사법대신은 제국사법의 통일이라는 취지에는 찬성을 표하면서, 법규의 통일을 위하여 보다 충분한 조사가 필요하다는 유보적인 입장을 취한다.⁷⁶⁾ 당시 일본정부내에서 식민지와 내지 간의 공통법규에 관한 기초위원을 구성하여 공통법의 기초작업이 진행되고 있었던 만큼, 그 결과를 기다려보자는 방향으로 결론이 난 듯 하다. 다시 1916년 제37의회에도 재판소구성법, 변호사법, 행정재판법, 소원법 등을 대만에 시행하는 법률안들이 제출되었으나, 역시 심의미료로 폐안이 되고 말았다.

제국사법통일운동은 한편으로는 내지와 외지 사이의 사법의 연결이 필요하던 시점에서 제기되었는데, 총독부와 일본정부는 그 주장의 일부를 수용하면서도, 내외지 법률을 통일하거나, 대심원에 상고를 허용하거나, 재판소구성법을 대만에 시행하는 것과 같이, 식민지와 본국의 사법기관을 직접 연결시키거나 사법기관을 통일하는 것에 대해 일관하여 반대하였다. 그 이유는 말할 나위 없

74) 「内地朝鮮臺灣ノ司法機關及民事刑事ノ法規統一法律案ニ關スル件」, 『公文雜纂』, 大政三年, 司法省・文部省 第十五, (일본)國立公文書館, 2A-14-纂1300.

75) 법률 제31호 개정안의 골자는, 대만총독의 울령제정권한을 법률사항 중 대만에 특별한 것만을 규정하는 것으로 대폭 제한하는 한편, 사법재판, 민사·형사 및 감옥에 관한 특별사항은 울령이 아니라, 칙령에 의하여 내지법률을 시행하되 대만에 대한 특별규정을 둘 수 있도록 하였다.

76) 『第三十五回帝國議會衆議院記事摘要』(衆議院事務局, 1904), 445~47쪽; 『帝國議會衆議院議事速記録 29』(東京大學出版會, 1981), 585~7쪽; 『帝國議會衆議院委員會議録 5』(第31議會 三, 大正2・3년)(東京大學出版會, 1981), 449~52쪽.

이 총독정치의 근간에 관련된 문제이기 때문이다. 반면, 1909년 「내지 및 대만 사법공통에 관한 법률안」이 제출되었을 때, 그중 판결 집행의 공통에 관한 부분만 떼어낸 법안에 동의한 것에서 보여지듯이, 이법역성의 존재 자체에는 영향을 주지않는 한에서 제국사법의 그물망을 형성하고자 하였다. 즉 대만과 본국의 법조계와 정치인들로부터 오는 제국사법통일의 압력을 제국사법 연쇄의 방향으로 틀어나갔던 것이다.⁷⁷⁾

1911년에 착수되어 1918년 법률 제39호로 공포된 「共通法」은 그러한 관점에서 제국사법의 획적 연결망을 만들어내었다는 의미를 지니고 있다. 공통법은, 사법의 통일이 아니라, 제국내 각지역의 법률행위와 판결 등의 면에서 연락규칙을 체계화하고, 섭외사건에 관하여 각지의 사법기관에 적용되는 제국내 제법령의 적용규칙을 적용한 것에 머물고 있었다. 한편, 재판소구성법의 식민지실시를 매개로 한 제국사법의 통일은 식민지 조선에서도 제기되었다.⁷⁸⁾ 이 문제에 대해서는 조선총독부 내부에서도 찬반이 갈렸고, 구한국기 법무차관과 초대 총독부 사법부장을 역임한 쿠라토미 유자부료(倉富勇三郎)는 재판소구성법을 조선에 시행할 시기가 무르익었음을 주장하였다.⁷⁹⁾ 1941년 제79의회에는 재판소구성법, 변호사법을 조선에 실시하라는 청원이 제출되었는데, 물론 조선총독부는 이에 반대하였다. 이 문제는 총독정치의 사활이 걸린 문제였기 때문이다.⁸⁰⁾

77) 사법공조법, 공통법, 영사재판권의 관할이전 등을 통한 제국사법의 연쇄에 관해서는, 田中隆一, 「帝國日本の司法連鎖」, 『朝鮮史研究會論文集』 38號(2000.10), 68~69쪽.

78) 가령 조선에서는 1933년 전조선변호사대회에서 조선에 재판소구성법을 시행할 것을 결의하고 1935년 제국변호사회의 이사회에서 내지와 조서 대만과의 사법통일에 관한 법제를 확립할 것을 정부에 건의하였으며, 1940년 제국변호사회대회에서도 마찬가지로 결의가 있었다. 남기정 역, 『일제의 한국사법부침략실화』(육법사, 1978), 204쪽.

79) 위의 책, 215~9쪽에는 쿠라토미의 「朝鮮司法制度に關する私見」이 실려있다.

80) “조선총독은 사법, 입법, 행정의 3권을 통할하여 비로소 통치의 원활을 기할 수 있음에도 불구하고, 그 직할로부터 사법기관을 분리하는 것은 통치의 통제를 불구화시킬 위험이 있을 뿐만 아니라, 종래 조선총독의 至公至平한 정치의 일단은 엄정정당한 사법의 운용에 드리워진 바 많은데, 사법기관을 잃는 것은 조선총독정치의 신용을 가법계 만들게 될 우려가 없다 할 수 없다.” 민족문제연구소 편, 『소화19년 제79회 제국의회 설명자료(법무, 학무)』(일제하 전시체제가 정책사료총서 제13권)〈한국학술정보, 2000〉, 49~50쪽.

VI. 맺음말

1896년의 63법은 대만에서의 입법권과 사법권을 제국중심부의 입헌정치체제로부터 단절시켜 이법역을 구축하였다. 그 단절성과 이법역성은 이 시점에서 공고하게 되었다기보다는, 그 후 63법 시행초기에 잠복하고 있던 문제가 제기되고 해결되어 감에 따라 정착되었다고 할 수 있다. 1898년 이후 보다 자각적으로 식민지사법의 모델을 모색하였던 대만통치당국은, 그 당시의 법적·정치적 조건에 때로는 적응하고 때로는 그것을 우회하면서, 대만형 사법제도를 정립해 나간다. 이 과정은, 동시에 제국일본의 식민지형사법제도와 제국적 사법질서를 정렬해 나가는 과정이기도 하였다.

본고에서는, 1898년 5월과 7월 사이 제국법전의 대만실시에 관해 취해진 입법조치와 대만총독부법원조례의 개정, 그리고 1899년 3월의 제13의회에서의 대심원의 상고사건 관할권에 관한 법안의 부결이라는 일련의 결과를 중요한 계기로 포착하고, 논의를 진행하였다. 물론, 필자는 당시의 법적·정치적 결과가 있었기 때문에, 비로소 각종의 제도가 형성되었다거나, 실제 이루어진 것과는 다른 선택지들이 식민지인민에게 바람직한 결과를 가져왔을 것이라고 말하려는 것이 아니다. 당시 다른 선택지들의 현실적 가능성에 대해서는 신중하게 접근할 필요가 있으며, 또한 그것들에 과도한 의미를 부여해서도 안된다고 생각한다. 필자가 주목한 것은, 식민지통치당국이 구체적인 사법정책을 결정함에 있어서 고려해야만 하였던 법적·정치적 제약조건이, 명치일본의 입헌정치체제 하에서 어떻게 형성되고 정착되었는가 하는 문제였다. 또한 본고에서는, 주로 사법기관의 구성과 재판법규를 중심으로 식민지 사법제도의 공통점을 추출하였기 때문에, 사법제도의 다른 부분이나 각 식민지 사이의 차이에 관해서는 상세하게 논하지 못하였다. 특히 대만 이외의 지역에서 사법제도의 정립과정을 설명하기 위해서는, 대만형 제도의 이식과 응용이라는 일방적 과정만이 아니라, 해당 지역의 독자적인 맥락을 해명하는 것이 중요하다.⁸¹⁾ 이러한 한계와 문

81) 이 문제와 관련하여, 森山茂徳, 『保護政治下韓國における司法制度改革の理念と現實』, 淺野豊美・松田利彦 編, 『植民地帝國日本の法的構造』(東京: 信山社), 277~308쪽은, 보

제점을 인식하면서, 본고에서는 근대일본의 식민지사법제도의 성립과 확산과정의 대략을 묘사하려고 시도하였다.

1900년대 정립된 대만형 사법제도는, 대만과 관동주에서 1920년대에 들어 삼심제 부활을 비롯한 일부 변화가 있었지만, 그 기본적 틀은 본질적으로 바뀌지 않았다. 그 일례로서 식민지의 재판관의 인원수를 들 수 있을 것이다. 가령, 식민지조선의 경우, 병합 당시 판사정원이 254명에 이르고 있었으나 병합후의 인원감축으로 1920년대에는 183명까지 감소하고, 그 후 일부 증원이 있었지만, 병합당시의 정원수준을 회복하지 못하였다. 또한 일본, 대만, 조선에서의 재판관 1명당 인구수를 비교하면, 대만과 조선의 수치가 일본의 그것보다 대략 두 배에 해당함을 알 수 있다.⁸²⁾ 이와 같은 적은 수의 인원으로 사법제도를 효과적으로 운영하는 것이 가능하였던 것 하나의 이유는, 식민지형 사법제도의 구조, 즉 행정기관에 의해 행사되는 사법권력이, 사법제도의 기저를 잠식하고, 또한 사법 내부에서도 각종의 특례에 의하여 사법절차의 엄격함이 해체되고 있던 구조가 있었기 때문이라고 할 수 있을 것이다.

호정치기 이토 히로부미가 추진하였던 한국 사법제도개혁의 이면에 담겨진 이념과 국제정치적 조건을 다루고 있는 점이 주목된다.

82) 王泰升, 앞의 책, 166쪽 표3-4 참조.

The Shaping and Spread of the Colonial Judicial System in Imperial Japan : A Study on the Political and Legislative Process concerning the Colonial Judicial System of Colonial Taiwan

Moon, Joon-Young*

The Purpose of this article is to analyse and describe the process of shaping colonial Taiwanese judicial system, which can be looked upon as the model of Korean judicial system in colonial period, and its spreading into other areas of Japanese Empire. In order to explain the political dynamics, which had influence on the formation of Taiwanese judicial system, the authors pays attention to the point that the creating and arranging the basic structure and features of colonial judicial system was closely connected the political and legal matters, such as the problem of the independence of judicial power in colonial Taiwan and the enforcing the revised treaties between Japan and western powers correcting the inequality of former ones, in Taiwan, and its resolution under the framework of modern Japanese constitutional situation. As for the formation of Taiwanese judicial system, two event were considered as critical points. First is the amendment of Taiwanese Court Organization Ordinance(臺灣總督府法院條例) in 1898. Second is the rejecting of bill by the House of Lord of Japanese Diet in 1899, concerning the creating the jurisdiction of Japanese Supreme Court(大審院) in Tokyo over the final appeal against the decision of Taiwanese Appeal Court(臺灣總督府覆審

* Senior Researcher, the Law Research Institute of Seoul National University.

法院) at Taipei, which was drafted by Taiwan Governor-General's Office and introduced the Diet by government. As the results, the measures in order to protect judge's position from executive branch's intervention was firstly introduced in Taiwan as a scheme to settle the matter of the independence of judiciary of Taiwan. and a barrier preserving the autonomy of Taiwanese legal and political system from Japan proper's one was reinforced. Under the these framework, Taiwan government authority began to extend the authorities of the executive and police officers over the judicial matters, simplified the judicial procedure, reduced the number of judges, prosecutors and court officers, and created the specific penal system such as whipping towards Chinese offenders who committed minor offences. The basic features of Taiwanese judicial system, were finally arranged in mid-1900's. The direct motive of its shaping, of course, was to create more expedient and economic system for ruling colony, in sometimes adjusting, or sometimes detouring the political or legal conditions, imposed upon the legislative and judicial power of Taiwan government. Besides, Its features can be understood as the revealment of the attributions of Meiji-Japan's bureaucratic and oppressive justice under the colonial conditions. For that reason, Taiwanese judicial system have the elements, which can be transplanted and applied into other colonies. Since 1905, the basic elements of Taiwanese system began to be introduced into Lyaodung Peninsular(關東州) and Korea under the Japanese ruling. In that process, the matter how to unify or network the legal-judicial systems within total Empire was resolved through the mutual cooperation and recognition of legal affairs or court-decisions among each areas, not through the unification of legal system and judicial organizations.

[Key Words] Colonial Judicial System, Colonial Court Organization, Taiwanese Court Organization Ordinance, Taiwan, The Constitution of the Empire of Japan