특집 : 일제강점 초기의 판례와 법학(Ⅱ)

한국의 근대법(=가상현실) 수용의 단면(斷面)*

-근대법의 수용과 식민지시대의 법-

유진식**

목 차

Ⅰ. 머리말
Ⅱ. 근대의 소묘(素描)
Ⅲ. 가상현실(假想現實)로서의 근대, 근대법
Ⅳ. 타자(他者)에 의한 근대법의 수용
Ⅴ. 개화기의 한국의 서구법의 수용
Ⅵ. 식민지시대의 법제도
Ⅶ. 맺음말

[국문요약]

최근 일제에 의한 식민지지배가 한국의 근대화에 어떠한 영향을 미쳤는가에 대하여 경제사학자들과 역사학자들을 중심으로 뜨거운 논쟁이 벌어졌다. 이 논쟁은 아직 끝나지 않았는데 한국의 법학자들은 이 논쟁에 그다지 큰 관심을 보이고 있지 않다. 왜 법학자들이 이처럼 소극적인 태도를 보이는가에 대해서는 좀더 연구가 필요하겠지만 분명한 것은 일제에 의한 식민지지배가 우리에게 매우 부정적이고 해로운 영향을 끼쳤기 때문에 이에 대해서 언급할 가치가 없다고 생각하고 있다는 점이다. 그러나 과연 그러한가?

본고는 근대성을 코드로 하여 일본의 식민지지배가 한국의 근대, 근대법의 수용에 어떠한 영향을 미쳤는가에 대하여 분석하고 있다. 본고에서 근대성을 분석의 도구로 삼은 것은 근대,

* 이 논문은 2002년도 한국학술진흥재단의 지원에 의하여 연구되었음.(KRF-2002-074-BM1535)
** 전북대학교 법과대학 조교수

근대법 즉 가상현실이 우리의 존재를 강하게 규율하고 있기 때문이다. 근대, 근대버의 핵심은 자립한 개인이며, 국가는 이 자립한 개인을 전제로 하여 존재한다. 이 때 국가와 개인(=사회) 사이에는 교환관계가 성립해 있는데, 이들의 원활한 소통이 중요한 의미를 갖는다.

이미 잘 알고 잇는 것처럼, 우리나라는 일본에 의해서 본격적인 가상현실의 현실화작업, 즉 근대, 근대법의 도입이 시작되었다. 그러나 일본에 의해서 현실화된 가상현실은 국가와 개인 사이의 교환관계가 단절된 매우 조악(粗惡)한 것이었다. 그러나 문제는 여전히 일제시대에 형성된 법의식이 우리들의 의식을 지배하고 있다는 점이다.

[**주제어**] 근대, 근대법, 가상현실, 일본에 의한 식민지 지배, 교환관계, 법의식

Ⅰ. 머리말

최근 일제에 의한 식민지지배가 한국의 근대화에 어떠한 역할을 하였는가에 대하여 경제사학자와 역사학자를 중심으로 뜨거운 논전이 벌어졌고, 아직도 이 논의는 진행형이다. 이에 비해서 이 논의의 합당한 당사자적격이 있다고 생각되는 법학계에서는 어느 누구도 이 논의에 끼어들지 않았다. 그 이유는 어디에 있을까? 먼저 생각해볼 수 있는 것은 법학계에서는 이미 이 논의가 끝났다고 보는 입장이다. 실제로 식민지시대의 법제도나 법문화 등에 대해서는 상당히 많은 논자들이 기회 있을 때마다 민족주의적인 입장에서 강도 높게 비판해 온 것은 사실이다. 그러나 이러한 작업으로 식민지시대의 법에 대한 평가가 완성되었다고 보는 논자는 많지 않을 것이다.

그렇다면 이미 과거형이 되었어야 할 위와 같은 작업이 아직 출발선상에도 서있지 못한 이유는 어디에 있을까? 그것은 아마 이 작업을 함에 있어서 가장 기초적인 전제, 즉 학자들이 아직 '공통의 언어'를 갖지 못한 데에서 유래한다고 본다. 물론 이러한 상태에 이르게 된 데에 대해서 이해할 수 없는 것은 아니다. 우리는 일제의 식민지 지배에 대해서 본능적인 '불쾌감'을 가지고 대해 온 것이 사실이기 때문에 이에 대한 차분한 논의의 전개가 이루어지지 않았다고 볼 수 있다. 그러나 사물에 대한 접근은 각자의 주관적인 호(好)불호(不好)에 의해서만 이루어질 수 없다는 것은 새삼 설명할 필요가 없을 것이다.

본고에서는 이상과 같은 점을 염두에 두고 근대성을 코드로 하여 일제에 의한 식민지시대의 법이 어떠한 의미를 갖는지에 대해서 간단히 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 근대의 소묘(素描)

몇 해전 문학평론가 김윤식은 20여 년간의 서울대 강단에서의 생활을 마감하는 고별강연에 앞서 가진 인터뷰에서 평론이란 무엇이라고 생각하느냐는 기자의 질문에 '집단(集團)의 무의식(無意識)을 읽는 일'이라고 답했다. 이 대답은 매우 축약적인 표현으로 되어 있는데 집단은 무의식적으로 행동하는 것 같지만 거기에는 그들을 지배하는 일정한 사고의 틀(=이념 내지 정신)이 있고 그들은 그 사고의 틀의 범위 내에서 행동한다는 것을 전제로 하고 있다.

김윤식의 말처럼 인류는 유사(有史) 이래로 개인이나 집단이 자신의 의지로 거부할 수 없는 일정한 이념의 지배를 받으며 삶을 영위해 왔다. 따라서 능동적이고 생산적인 삶을 영위하기 위해서는 이러한 이념을 정확하게 읽어내는 작업이 필수적이라고 할 수 있다. 우리가 일상적으로 행하고 있는 지적인 작업의 많은 부분도 여기에 할애되고 있는 것이다. 그렇다면 현재 우리를 지배하고 있는 이념 내지 정신은 과연 무엇인가? 이 점에 대해서는 많은 논란이 예상되지만 그것은 여전히 근대, 근대성이라고 해야 할 것이다. 포스모더니즘처럼 근대의 태생적인 한계를 집요하게 추구하는 논의가 세력을 얻고 있는 요즈음, 이제 와서 새삼스레 무슨 근대냐 하고 의아해할지 모르지만 이 근대, 근대성이 한국, 한국인에 대하여 갖는 의미는 각별하다. 사실 냉정히 생각해보면 우리가 그동안 근대에 대해서 진지하게 생각하고 충분히 논의를 해왔다고는 볼 수 없을 것이다. 그 결과 근대는 '자립한 개인'이라는 지극히 이념적인 속성을 핵심으로 하고 있음에도 불구하고 많은 사람들이 과학기술이나 경제적인 발전 등을 근대의 핵심으로 이해하고 있는 것을 볼 수 있다. 이 '자립한 개인'에 바탕하여 유럽인은 개인의 자유와 재산의 보장을 중심내용으로 하는 근대국가, 근

대법을 탄생시켰던 것이다.

그런데 또 한 가지 지적해야 할 사항은 근대, 근대법의 논의와 관련하여 우리가 지금까지 간과해 왔던 것이 이른바 근대의 가상성(假想性)이다. 즉, 근대, 그 자체는 역사성을 띠고 있기는 하지만 유럽인들의 생활 속에서 자연적으로 생성된 것이 아니라, 머리로 생각해낸, 즉 관념성을 띤 이념적인 것으로서 앞으로 성취해야 할 그 '무엇'이었다. 바꾸어 말하면, 근대는 어디까지나 하나의 '가상공간'이었던 것이다. 따라서 이러한 가상공간의 현실화 작업은 그 사회의 역사적인 배경과 사회구조 등에 따라서 다르다. 심지어 '근대의 탄생지'인 유럽에 있어서조차 각국의 근대라는 가상성의 현실화 작업은 다르게 나타난다. 이 가상성을 실현해감에 있어서 중요한 요소인 국가와 개인(=사회)과의 긴장관계를 보면 이 점을 잘 알 수 있다. 즉, 후술하는 것처럼 가상성의 실현과정이 비교적 순조로웠던 영국의 경우 양자간의 긴장의 정도가 매우 약한 반면에, 프랑스는 1958년 제5공화국의 드골정권이 들어설 때까지 서로 팽팽한 긴장관계를 유지했고, 막강한 군대와 잘 조직된 관료제로 무장한 강대한 군주의 권력에 비해 대단한 열세에 있었던 독일의 경우 군주의 일방적인 지배는 가능했지만 내적으로 역시 양자는 심한 대립관계를 유지하고 있었다. 이처럼 근대는 그 이념이나 제도를 받아들이는 것으로 자연히 근대화가 되는 것이 아니라 그 가상성을 현실화해야 하는 매우 어려운 작업이 남아있는 것이다. 본고에서는 바로 이러한 근대라는 가상공간이 한국에서 본격적으로 현실화되어 가는 과정의 한 단면인 일제에 의한 근대법제의 도입과정을 간단히 살펴보고자 한다.

이처럼 근대적인 한국법은 유감스럽게도 일본이라는 또 다른 특수한 상황에서 근대화작업을 행했던 국가를 통해서 본격적인 가상공간의 현실화작업을 수행하였고 이 사실(史實)은 현재의 한국의 실정법의 내용과 한국인의 법의식을 강하게 규율하고 있다. 여기에 해방 후의 미군정에 의한 통치, 제2차 세계대전 이후의 냉전 속에서 치러진 한국전쟁, 그리고 이러한 국내외 정세(情勢)를 빌미로 한 권위주의정부의 등장에 의해서 가상공간의 현실화 작업은 국가의 일방성에 의해서 매우 독특한 형태로 나타나게 된다. 이러한 특징은 한국법의 내용

에 그대로 투영되어 있는 것이다.

이처럼 근대, 근대성의 코드는 한국사회, 나아가서 한국법을 분석하는데 매우 유용한 도구임을 알 수 있다. 그럼에도 불구하고 이 근대라는 코드가 마치 편리함이나 세련됨 등의 의미에 그치는 것으로 여전히 받아들여지고 있는 것은 안타까운 일이다. 이것은 또한 한국사회의 구성원이 자신들이 안고 있는 문제를 진단하고 여기에 대한 해답을 제시하는데 필요한 보편적인 언어를 갖는데 실패하고 있음을 의미한다. 한국사회가 일본을 통해서 왜곡된 상황 하에서 본격적인 근대화 작업을 시작했다고 하더라도, 현재의 한국은 엄연히 근대성에 바탕한 헌법을 비롯한 근대법의 체계에 의해서 사회통합을 이루고 있다. 따라서 사물에 대한 인식과 판단 그리고 외부에의 표현은 이 근대성을 코드로 한 '언어'로 구성되어야 할 것이다. 그러나 다 알고 있는 것처럼, 근대에 대한 충분한 인식마저 결여하고 있는 한국사회는 아직 본격적인 근대의 세례를 받지 못했다고 할 수 있다. 이처럼 우리는 근대성에 바탕한 보편적인 언어에 의해서라기 보다는 자신의 주관적인 이해관계에 바탕해서 사회를 인식하고 판단하기 때문에 똑같은 현상을 보고서도 전혀 다른 시각을 갖게 되는 것이다. 현재 한국사회에서 볼 수 있는 각 집단의 주장이 서로 맞물리어 생산적인 논의로 이어지지 않고, 문제의 핵심을 드러내기보다는 상대방을 제압하려는 전투적인 행태를 보이는 것도 바로 이러한 배경에서 유래한다. 한국사회의 통합을 저해하는 가장 큰 요인은 바로 여기에 있는 것이다.

이처럼 근대는 우리의 존재를 규율하는 모든 사항을 구성하는 기본바탕이 되고 있으며, 따라서 이것을 읽어내는데 필수불가결한 코드라고 할 수 있다. 이러한 점을 염두에 두고 이하에서는 근대란 무엇인가에 대하여 대강을 묘사하고자 한다.

그러면 근대는 언제, 어떻게 시작되었을까? 이에 대해서는 여러 가지 견해가 있을 수 있지만 이미 중세시대에 그 싹이 잉태하고 있었다고 할 수 있다. 그리고 그것은 장소적으로는 지중해를 중심으로 해서 형성되었다. 지중해는 유럽과 아시아 그리고 아프리카를 연결하고 있는 공간이다. 따라서 무역 등의 교류를

통해서 동서양의 문화가 자연스럽게 마주치는 곳이다. 이러한 교류를 통해서 각각의 문화는 상대화 될 수 있었고 이러한 가운데 각 개인도 자신을 객관화할 수 있는 계기를 마련할 수 있었던 것이다. 근대의 핵심개념인 '개인'은 바로 이러한 과정을 통하여 발견되었다. 즉, 지극히 이념적이라고 할 수 있는 근대는 다름 아닌 '개인'을 바탕으로 하여 성립된 것이다.[1] 이 의미를 문장으로 표현하면, '스스로 판단해서 행동하고 그 결과에 책임을 지는 것'이라고 할 수 있다. 이러한 사고는 사물에 대한 인식, 즉 세계관에 혁명적인 변화를 가져 왔다. 다시 말해서 근대 이전의 세계에서의 사람들은 미분화(未分化)된 세계, 즉 주술(呪術)세계에 갇혀 있었는데 사물인식의 출발점을 개인에 둠으로써 이러한 세계로부터 탈출 할 수 있었던 것이다. 중세이전의 사람들은 모든 사물에는 영혼이 깃들어 있다고 생각했다. 이것은 플라톤이나 아리스토텔레스에 의해서 대표되는 그리이스 철학 이래의 사상으로 모든 사물은 신(神)의 의지에 의해서 존재하며 움직이고 있다는 것이다. 즉, 내 앞에 저 나무가 서있는 것도 신의 뜻이요, 내가 이렇게 글을 쓰고 있는 것도 신의 뜻이라는 셈이 된다. 따라서 인간에 있어서 최고의 선(善)은 신(神)의 의지가 무엇인지 발견하여 그 질서에 순응하고 이를 실천하는 것이었다. 그러한 질서를 거스르는 것이 죄악이었던 것이다. 여기에서의 인간의 모습은 기본적으로 형성된 질서에 자신을 일치시키려는 태도를 유지하기 때문에 자연히 수동적이 될 수밖에 없다.

이에 대하여 근대에서의 인간의 사물에 대한 인식은 자신을 중심으로 하여 전개되었다. 자신의 주변의 사물은 신의 뜻에 의해서 존재하는 것이 아니며 자신이 행동 역시 신의 의지에 의해서가 아니라 바로 자신의 의지에 의해서 행하고 있는 것이다. 따라서 질서는 발견되는 것이 아니라 인간의 인식에 의해서 형성해가는 것이 된다. 여기에서는 신에 의해서 부여된 질서에 순응하는 것이

1) 근대의 이념을 자본주의라고 설명하는 경우가 종종 있다. 자본주의의 경우 산업의 발달로 인하여 많은 사람들이 경제력을 갖추게 됨으로써 기존의 갖가지 구속에서 벗어날 수 있는 중요한 토대를 마련했다고 볼 수 있다. 이것은 결과적으로 자립한 개인을 확립하는데 중요한 요소로 작용했다고 볼 수 있다. 그러나 자본주의는 어디까지나 자립한 개인의 창출에 가속도를 붙게 하는 역할을 한 것이지 근대의 이념, 그 자체는 아니라고 할 것이다.

아니라, 오히려 주어진 전체에서 자신을 떼어내어 관찰하고 거기서 발견된 사실에 바탕하여 행동하게 된다. 즉, 칸트의 설명을 빌리면, 근대인은 일정한 법칙에 바탕하여 자율성과 자립성을 철저하게 갈고 닦아 '순수한 자신'으로 승화시키고 이 '순수한 자신'에 비추어서 실제로 행동하는 나를 콘트롤하는 것이다. 이 논리구조가 바로 근대의 핵심적인 이념형이라고 할 수 있다. 근대인이 자신의 생활이나 일을 체계적이고 능률적으로 영위할 수 있는 것은 바로 이러한 논리구조를 몸에 익히고 있기 때문이다. 바꾸어 말하면 근대인의 세련미는 여기서 나오는 것이다. 흔히 자기 자신과 타인의 무기력에 대해서 한탄하고 비판할 경우, 그 비판의 근거는 결국 이 근대성이 된다. 이처럼 근대인은 자신은 물론 타인도 근대의 논리구조에 바탕하여 통제가 가능하다고 생각하여 통제시스템을 만들게 된다. 이러한 시스템이 능률성을 보장하여 각 개인의 삶을 풍요롭게 하기도 하지만, 사회주의 국가에서 볼 수 있는 것처럼 전체주의로 흐르거나, 이러한 근대적인 논리구조를 따라가지 못하는 상대방에 대해서는 차별하기도 하고 어떤 때는 아예 배제해버리는 부작용을 낳기도 한다. 이러한 그늘은 근대성이 갖는 필연적인 결과이기도 하다.

이상과 같은 근대세계에서 나타나는 두드러진 현상 두 가지에 대해서 이마무라 히토시[2]의 생각을 빌려 이론적으로 정리하면 다음과 같다.

먼저 시간관념의 변화이다. 흔히 '종탑(鐘塔)에서 시계로'라는 표현에서 알 수 있듯이 시간관념이 이른바 '순환(循環)시간에서 직선(直線)시간'으로 바뀌게 되었던 것이다. 근대 이전의 사람들은 시간은 늘 반복하는 것으로 여겼다. 사계절이 반복되는 것처럼 어제의 시간이 오늘도 똑같이 되풀이되는 것으로 본 것이다. 따라서 어제와 똑같이 시간이 되풀이되지 않으면 불안해했던 것이다. 그러나 근대인은 미래의 시간을 적극적으로 끌어다 쓰기도 하고 또 과거의 시간

2) 今村仁司, 『近代性の構造』(講談社, 2002). 이처럼 근대는 오늘을 읽는 키워드임에도 불고하고 이 문제를 정면에서 알기 쉽게 다루고 있는 책은 많지 않다. 그 가운데 이마무라의 이 저서는 근대를 논리적이고 분석적으로 다루고 있는 수작이다. 일독을 권하는 바이다. 이수정씨의 훌륭한 번역본도 나와 있다. 이수정 역, 『근대성의 구조』(민음사).

으로도 현재가 직접 통해있다고 보았다. 이러한 시간에 대한 인식의 변화는 행동의 변화로 이어졌다. 즉, 근대인은 자신의 현재의 상태를 변화시키는 것을 주된 목표, 즉 최고의 가치로 삼게 되었다. 니이체의 '초인사상'이나, 사르트르의 '구토(嘔吐)', '존재와 무' 등은 바로 이러한 근대인들의 사고를 여실히 보여주는 것이다.

둘째로 기계론적 세계상(世界像)이다. 다 알고 있는 사실이지만, 근대 이전에는 '모든 것은 생명을 가지고 있다'는 유기적 세계상(플라톤의 이데아, 아리스토텔레스의 퓌시스(physis))이었다. 즉, 근대이전까지는 서양인들은 이 세계는 초월적인 힘을 부여받은 것 또는 생명 있는 자에 의해서 동기가 부여되는 것으로서 이해하였다. 이러한 세계상을 계산적 이성에 의해서 자연을 재구성(再構成)하게 되었던 것이다. 갈릴레이가 "이 세계 즉 자연이라고 하는 책은 삼각형이나 원과 같은 수학이나 기하학의 언어로 씌어 있다" 고 한 말은 이러한 사실을 분명하게 보여주고 있다. 이러한 기계론적 세계상의 등장 등으로 인하여 근대인은 객관적 세계를 인간들 밑에서, 인간을 지탱하는 (생명이 없는) 문맥(文脈)으로 이해하게 되었다. 이 기계론의 정신이 역사상 처음으로 세계를 분해하고 재구성하는 방법적 정신을 만든 것이며 이 방법을 뒷받침하는 원점에, 다름 아닌, 분할 불가능한 개인이 놓이게 되었던 것이다. 그것은 철학의 원리가 되었을 뿐 아니라 근대시민사회의 원리가 되기도 했다. 즉, 근대 이전의 세계에서는 타자(=신(神))의 의지에 의해서 부여된 통일성에 바탕하여 사회질서가 형성되고, 거기서 서양인들이 할 수 있는 일이란 이렇게 형성된 사회질서에 복종하는 공손한 신하(臣下)의 행위이었다. 그러나 자율적 주체인 개인의 탄생과 더불어 위와 같은 사회질서의 관념은 해체(解體)의 길을 걷게 됨과 동시에 작위적(作爲的)인 사회질서가 형성되게 되었다. 즉, 이제 사회질서는 더 이상 신(神)의 초월성에 의지하지 않고 주체(主體, subject)의 자율성에 의하여 재생산 되게 된 것이다.[3]

3) 村上淳一, 『<法>の歷史』(東京大學出版會, 1998), 126~127쪽.

Ⅲ. 가상현실(假想現實)로서의 근대, 근대법

니클라스 루만은 근대 이전의 전통적인 질서의 속성을 국지성(局地性, local)과 구체적인 호혜성(reciprocity)으로 이해하고 있다.[4] 이러한 사회는 의리나 체면 등 구성원간의 유대관계를 중시하는 특징을 지닌다. 이에 대하여 복잡한 근대사회에 있어서는 호혜성의 구속에서 벗어난 비대칭적인 관계를 요구한다. 이러한 비대칭성은 선택의 폭을 넓힘으로써 촘촘히 짜여진 사회적인 호혜성의 속박으로부터 해방되게 한다. 그것은 친족·인척관계, 상·하급자관계 등 각종의 국지적인 종속관계로부터 강제가능성을 차단하여 실정적(實定的)인 입법의 실현을 목표로 한다. 이렇게 하여 자율적 주체인 개인은 개별적이고 고정적인 인적관계로부터 벗어나 다양성(多樣性)과 가변성(可變性)을 속성으로 하는 시장(市場)질서를 형성할 수 있게 되었다(村上淳一).

그런데 위와 같은 근대법질서의 핵심을 이루는 자율적인 주체(=추상적인 법주체)는 국가가 제정한 법률의 소산(所産)이며 또 국가는 법주체간의 계약에 의해서 만들어진 것이다. 이 점에 대하여 홉즈는 다음과 같이 말하고 있다.

> 일반적인 권력을 수립하고 그것에 의하여 내외의 적으로부터 보호를 받으면서 자기의 노력의 성과와 대지의 혜택을 평온하게 향수하면서 생활해 가기 위해서는 다음과 같이 하는 수밖에 없다. 각인이 자기의 모든 힘을 한 사람의 개인 혹은 하나의 합의체에 양도하여, 모든 사람들의 각양각색의 의사를 이른바 하나로 집중시켜 위의 개인 또는 합의체가 각인의 대리인이 되어 공공의 평화와 안전에 관한 대리인의 행위가 — 각인이 그의 의사와 판단에 자발적으로 따르는 이상 — 각인에 의해서 자기의 행위로 받아들인다는 것이다. 이것은 동의 내지 협조의 범위를 넘고 있다. 왜냐 하면 [각인이] 완전히 뭉쳐서 하나의 인격을 이루었으며 각인의 각인과의 계약, 즉 각인이 각인에 향하여 <나는 나 자신을 지배하는 권리를, 당신도 당신 자신의 권리에 관하여 마찬가지의 조건하에서 위의

4) 村上, 위의 책, 10~11쪽.

개인 혹은 합의체에 양도한다>는 계약이기 때문에. 이리하여 모든 개인은 하나의 인격이 되며, 이것을 국가라고 칭한다. 이제 영원의 신 밑에서 평화와 보호를 제공해주는 거대한 리바이어던[괴물]이 탄생한 것이다. 현세의 신이 탄생했다고 해도 좋을 것이다. …국가의 대리인은 주권자로 불리며, 주권을 가지고 있다. 그 밖의 자는 모두 그의 subject이다.[5]

이처럼 자연권의 양도를 받은 국가가 각인(各人)을 그들에게 있어서 초월적인 힘을 가진 전근대적인 대상(對象)세계로부터 해방시켜, 각각의 권리를 실정적(實定的)인 권리로서 보장해준다. 바로 이러한 국가주체를 각인은 계약에 의해서 자신의 입장에서 보면 객체로서 창출한다. 그러나 각인은 객체로서 창출된 국가주체에 의해서 비로소 개인주체로서 탄생된다. 이와 같은 주체와 객체의 순환(循環)이야말로, 하나의 닫혀진 '가상(假想)공간'으로서의 '근대'이며, 실정적 질서였다. 이처럼 서양의 '근대'는 '주체 ↔ 객체'의 가상현실(假想現實)을 구축했다. 그런데 이러한 논리구성은, 앞서 살펴본 것처럼, 이미 형성된 질서에 대한 경험적 분석을 바탕으로 하여 이루어진 것이 아니라, 전통적인 질서와 군주(君主)에 대항하는 차원에서 이루어진 것이다. 즉, 다시 말해서 근대법은 근대 이전의 실질적 질서를 대신해가는 가상현실(假想現實)이었던 것이다.[6]

이처럼 근대 이전의 실질적 질서가 힘을 잃어감에 따라 '주체와 객체가 서로 작용'하는 가상현실로서의 근대, 근대법이 질서형성력을 갖게 되었다. 바꾸어 말하면, 근대 이후의 사회질서는 가상현실의 현실화에 의해서 형성되었던 것이다. 따라서 어떠한 사회질서가 형성되는가는 가상현실의 현실화 과정이 이루어지는 그 사회의 역사적인 배경과 사회구조 등에 따라서 당연히 다르게 나타난다. 같은 유럽이라고 하여도 영국, 프랑스, 독일에서의 근대가 다르고[7] 아시아

5) 홉스, 리바이어던. 村上, 위의 책, 129~151쪽.
6) 村上, 위의 책, 123~129쪽.
7) 우리가 흔히 유럽의 대표적인 국가로 꼽고 있는 영국, 프랑스 그리고 독일의 경우, 현실과 가상현실의 통합의 모습이 달랐다고 한다. 그 중에서 영국이 가장 순조롭게 통합이 진행된 나라로, 1688년 명예혁명 이후 여당과 야당의 교체가 이루어짐으로써, 또는 각 당파의 이해관계가 정부에 반영됨으로써, 정부는 사회(고전적 이론에 따라서 여전히 정치적 힘을 가진

나 아프리카지역에서의 근대가 매우 특이한 형태로 나타나는 것도 바로 이러한 이유에서이다.

그런데 이 가상현실의 현실화과정에서 가장 결정적인 요소는, 말할 것도 없이 주체와 객체가 어떠한 관계에 있는가 하는 점이다. 이것이 바로 국가와 개인의 연장인 사회와의 관계, 즉 이른바 '국가 대(對) 사회'이원론이다.[8] 이 때 사회가 국가와 충분히 커뮤니케이션이 이루어지는 경우, 바꾸어 말하면, 사회가 국가의 지배에 충분히 맞설 수 있는 힘을 갖추고 있는 경우에는 가상현실의 현실화가 순조롭게 이루어지지만, 사회의 힘이 약한 경우에는 독일의 예에서 볼 수 있는 것처럼 국가의 일방적인 의사에 의해서 사회질서가 형성되게 된다.

Ⅳ. 타자(他者)에 의한 근대법의 수용

앞서 살펴본 대로 강한 질서형성력을 갖는 근대는 지극히 이념적인 것으로 이를 수용할 수 있는 기반이 되어 있지 않는 지역·국가는 이를 이성적(理性的)인 결단(決斷)에 의하여 의도적으로 수용하는 수밖에 없었다. 즉, 근대는 사회의 진화과정에서 자연스럽게 형성되는 것이 아니라 작위적(作爲的)인 노력에 의해서만 가능한 것이다. 따라서 이를 위해서는 먼저 근대가 무엇인가를 이해

자들만에 의해서 구성되고, 의회라고 하는 제도에 의해서 대표되는 사회)의 집행기관이 되었다. 이리하여 국가와 사회의 긴장은 해소되고, 그 긴장은 산업혁명과 19세기 사회운동의 와중에서도 재현되지 않았다고 한다. 반면 프랑스의 경우에는 왕권과 제(諸)신분 그리고 개혁세력간의 길항작용에 의해 1958년 드골이 정권을 잡게 된 제5공화국이 출범할 때까지 국가와 사회는 늘 긴장관계에 있었다. 한편 독일의 경우, 정비된 관료제와 군대를 보유하고 있던 군주가 사회에 대하여 압도적인 힘의 우위를 보였기 때문에 국가와 사회의 교환작용은 국가로부터의 일방적인 것으로 그치게 되었다. 村上, 위의 책, 125~126쪽 참조.

8) 국가는 본래 자연적으로 존재하는 것으로 생각하기 쉬우나 그렇지 않다. 즉, 우리들은 근대국가 이전의 사회에 대한 의식이 매우 약한데, 이 점도 우리가 근대, 그리고 유럽사회를 이해하는데 걸림돌이 되는 중요한 이유중의 하나이다. 우리가 사회의식보다 국가의식이 강한 것은 일본의 식민지시대 그리고 해방 후의 권위주의 정권, 특히 박정희 정권에 의한 국가주의 중심의 교육에 의한 국민의식의 고양(高揚)에 의한 것이라고 할 수 있다. 그러나 현재의 국가는 근대의 산물이며, 인위적인 속성을 띠고 있다는 것은 이미 다 알려진 사실이다.

할 수 있는 주도적인 지식인 그룹이 반드시 존재해야 한다는 점은 설명이 필요 없을 것이다. 이들이 근대의 이념과 그 내용을 체계적으로 인식하고 정립하여 이를 확산시키는 일을 담당해야 하는 것이다. 그리고 이러한 수용노력은 어느 계층이나 일부지역이 아닌 모든 국민과 모든 지역을 포함하는 국가단위로 전개되어야 한다는 점이다. 따라서 이러한 국가단위의 운동을 전개하는 주축이 누가 될 것인가 하는 점이 있는데, 이 경우 역시 국가가 이를 담당하는 것이 생산적이라 할 것이다. 왜냐 하면, 근대를 수용하는 초기단계에서 국가 이외의 조직력을 갖춘 세력은 미미할 것이기 때문이다.

그렇다면, 유럽인이 근대를 앞세우고 거칠게 아시아로 밀려오던 19세기 중반 이후 한국의 사정은 어떠하였는가? 이에 대해서는 더 이상의 자세한 설명이 필요 없을 것이다. 근대를 이해하고 이를 확산시킬 역할을 담당해야 할 지식인 그룹의 경우, 김옥균이나 유길준과 같은 몇몇을 꼽을 수 있지만, 그들의 근대에 대한 인식능력의 정도를 떠나서 무엇보다도 수적(數的)인 부족 때문에 이들의 사상과 노력이 사회에 전파되어 하나의 흐름을 형성시키기에는 역부족이었다. 김옥균이 주도한 갑신정변이 이른바 3일 천하로 끝나게 된 것은 이것을 웅변해 주고 있다. 이처럼 가장 기본적인 전제인 근대를 전파하는 지식인 그룹이 취약했기 때문에 국가단위의 확산으로 이어질 수 없었던 것이다. 대한제국에 의한 제도적인 근대화작업이 있었지만 이것도 단편적이고 그나마 외세의 압력에 의하여 왜곡을 면하지 못했던 것이 사실이다.

이러한 한국사회의 근대적인 공간에 대한 취약한 틈을 파고 든 것이 다름 아닌 일본이다. 근대 이후 인류의 삶을 결정적으로 규정하는, 아무리 그 중요성을 강조해도 지나침이 없는 이 근대적 질서가 일본에 의해서 한반도에 본격적으로 도입되기 시작한 것이다. 이것은 우리가 좋아하든 싫어하든 관계없이 엄연한 역사적 사실이다. 이러한 역사적 사실에 대해서 우리가 아무리 분통을 터트려도 그것은 지극히 소모적인 일로 결코 생산적이라고 할 수 없다. 반복해서 말하지만 보다 중요한 일은 일본에 의한 이러한 근대화작업이 어떻게 행해졌는지 객관적으로 파악하여 그것이 현재의 우리의 삶을 규정하는 질서에 어떠한 영향을 미치

고 있는가를 정확하게 인식하고 그 그늘을 걷어내는 일일 것이다.

최종고는 한국의 근대법의 수용과 관련하여 일본이 행한 역할을 염두에 두고 일본을 평(評)하기를 '불유쾌한 서구의 매개자'라고 했다. 이것은 일본이 한국의 근대화의 과정에서 갖는 의미에 대한 고육(苦肉)의 표현이라고 할 수 있다. 즉, 일본이 우리를 억압적인 방법으로 지배했다는 사실은 견딜 수 없는 일이지만, 한편으로는 그 억압적인 시스템이 조선인의 삶을 실제로 규율했고, 그 과정에서 근대성도 함께 베어들었다는 것 또한 엄연한 사실(史實)이기 때문이다.

이와는 대조적으로 강한톤으로 일본에 의한 근대법의 수용의 악영향을 성토하는 학자들도 많다. 예를 들면 박병호는 다음과 같이 말하고 있다.[9]

> 일제는 조선에 서구 근대법을 이식시키면서 제국주의적 천황제 정체(政體)와 자본주의에 알맞게 변용시켰다. 뿐만 아니라 근대법을 식민지 한국에 대해서는 훨씬 제약된 형태와 범위로 왜곡시켰다. 따라서 근대법은 일본제국주의자들에게는 절대적인 권위를 부여하고 조선인에게 무조건적인 복종을 강요하는 수단일 뿐이었다. 일제 36년을 통하여 식민지 한국에는 식민지적으로 왜곡된 근대법은 있었으나, 역사성에 바탕을 둔 본래적 의미의 근대법은 없었다. 이러한 상황은 일본도 마찬가지라고 할 수 있다. 즉, 일본 자체에도 자국민의 자유와 권리를 억압하고 천황과 국가의 절대권을 옹호하며 식민지를 통치하는 것이 주목적인 법만 존재하였지, 진정한 의미의 시민적 근대법은 존재하지 않았다. 따라서 일본에는 진정한 시민법학을 수립하려는 노력은 있었지만, 시민법학이 있을 수 없었고, 이는 식민지 조선에서는 더욱 그러하였다. 그 결과 대부분의 법학도는 빵과 출세를 위해 법을 배워 법조계와 관료계로 진출하려고 하였다. 그들은 일본법학의 절대적인 영향하에서 법과 법학의 참된 의미에 관심을 가지지 않고 그것의 재탕으로 만족할 수밖에 없었다. 식민지 조선에는 '식민지'법과 법이론은 있었어도 한국인에 의한, 한국인을 위한 법과 법학은 도저히 기대할 수 없었다. 따라서 부지불식간에 전체주의적 법제와 법이론, 법의식 내지는 법감정이 체질적인 것으로 될 수밖에 없었다. 이렇게 체질화된 법과 법이론, 법의

9) 박병호, 「현대법제의 형성과 법제의 발전방향」, 『법제연구』 제8호(1995), 11~12쪽.

식, 법감정은 국권회복을 위한 직접, 간접의 몸부림이 끊이지 않았음에도 불구하고 우리의 정신을 좀먹어 들어간 것이다.

일제시대의 한국인의 정치생활은 조선시대의 그것과 본질적으로 달랐다. 식민지 지배과정에서는 무엇보다도 권력과 지배양식에서 큰 변화가 일어났던 것이다. 즉, 많은 법령이 제정되었고 또 이러한 법제의 운용방식과 관련하여 권력이 확대·심화되었고 권력의 새로운 적용대상이 창출되었던 것이다. 예를 들면, 국세조사(國稅調査), 규제(경찰)행정의 확대, 사회의 조직화(조합주의적 통제), 학교, 공장, 병원 등을 통한 규율화 등을 들 수 있다. 그리고 더 나아가 위와 같은 지배양식의 큰 틀을 이루었던 것이 이른바 메이지 헌정시스템이다. 이 점에 대해서는 지면관계상 이곳에서는 생략하지만[10] 모든 법시스템에서 국가주도를 특색으로 하는 메이지 헌정시스템이 한반도에서 더욱 철저하게 시행되었으며, 역설적으로 현재까지도 이 시스템이 한국의 통치시스템에 깊이 배어 있다는 사실이다.

그럼에도 불구하고 지금까지의 일본의 한국의 식민지지배에 대한 분석은 지배자의 피지배자에 대한 억압적인 측면에 중점을 두고 행해져 왔다. 이것은 거의 모든 분야에서 일관되게 유지되어 왔던 태도이다. 따라서 법에 대한 분석도 예외가 아니었다. 분명히 일제시대의 조선을 지배했던 입법은 주로 총독부의 총독의 명령인 제령(制令)[11]이었기 때문에 자유성과 민주성과는 거리가 먼 '통치의 수단으로서의 법'이 그 주류를 이루었던 것도 사실이다. 따라서 법에 대한 냉소성과 거부감이 광범위하게 확산되어 있었다. 그러나 문제는 그렇게 왜곡된 일제시대의 법이 근대법이며 그것이 한국인의 근대법에 대한 인식으로 각인이 되고 그것이 한국사회에서의 질서형성력을 지니게 되었다는 사실이다. 따라서 우리가 마냥 일제시대의 법의 억압성만 이야기한다고 해서 사안이 모두 해결

10) 이점에 대해서는 兪珍式, 「官民協調体制「法」の歷史的展開(1868-1945)(一)」, 『國家學會雜誌』 第11·12卷 第1号 참조.

11) 조선에 시행할 법령에 관한 법률(1911. 3. 29., 법률 제30호).

되는 것이 아니라는 점이다. 즉, 여기서 우리가 일제시대법의 억압성을 지적함과 아울러 더 나아가야 하는 것은 이러한 법이 실제로 한국사회에서 어떠한 질서형성력을 갖게 되었는가를 밝히는 점이 될 것이다. 이하에서는 한국이 서구법을 어떠한 과정을 거쳐 접촉하게 되었으며 일본의 식민지시대의 법제는 어떠하였는가에 대하여 살펴보기로 한다.

Ⅴ. 개화기의 한국의 서구법의 수용

한국이 서구법과 첫 접촉을 가진 것은 17세기로 알려지고 있다. 알레니(Julius Aleni, 1582~1649)에 의하여 소개된 西學凡(1623), 職方外紀(1623)(漢譯西學書) 등이 그것이다. 조선시대에는 유교가 강한 규범력을 가지고 있었기 때문에 외래의 사상을 본격적으로 그리고 온전히 받아들일 수 있는 상황이 아니었다(이른바, 中體西用論, 東道西技論 등의 주장을 참조). 따라서 이들의 서구법이론이 한국사회에 영향을 주었거나 이것이 개화기의 근대법의 수용에 특별한 의미를 부여했다는 징후는 어디에도 없다. 결국, 한국의 서구법과의 본격적인 접촉은 개화기에 들어서부터이다.

개화기에는 그 당시의 긴박한 국제정치적 상황을 반영하여 주로 국제법분야가 많이 소개되었다. H. Wheaton의 Elements of International Law가 중국에서 W. A. P. Martin 의해 번역되었고, 독일국제법학자 C. J. Blunschuli의 국제법서가 公法會通에 영향을 주었다. 그런데 한일합방이 되기까지의 개화기의 법제는 한반도를 둘러싼 국제정세 만큼이나 변화가 심했다. 이러한 변화를 정긍식은 다음과 같이 3기(期)로 구분하고 있다.[12] 먼저 개혁기(1894. 5~1896. 12)로 일본의 강요에 의해 전면적인 법제개혁이 이루어지던 시기이다. 이어서 복고기(1896~1905)이다. 이때는 삼국(독일, 프랑스, 러시아)간섭에 의해 일본이 조선에서의

12) 정긍식, 「개화기 서구법의 수용과 의의」, 『법제연구』 제8호(1995), 24~29쪽.

지위상실한 시기로 국호를 대한제국으로 새로 정하고 비교적 외세의 간섭 없이 입법이 가능한 시기였다. 이 때에 제정된 대표적인 법률이 刑法大全(1905. 4. 29 반포)이다. 마지막으로 統監府期(1906~1910. 8)이다. 1904년 8월 제1차 한일협약에 의해 이른바 고문(顧問)정치가 행해지고, 제2차 한일협약(1905)에 의해 외교권을 박탈당하였다. 이어서 1906년 서울에 통감부를 설치하고 지방에는 이사청(理事廳)을 두었다. 이 당시 이미 일본은 외교·사법 등에 관하여 실질적인 입법권을 행사하였다.

이러한 시대적인 변화 속에서 그 당시 사람들의 법에 대한 인식은 어떠하였을까? 이 당시의 지배적인 사회이론은 일본의 메이지기에서의 논의와 마찬가지로 사회진화론이 지배적이었다. 다 알고 있다시피 유길준은 서유견문에서 야만, 반문명, 문명의 삼단계문명론을 주장하였다. 이처럼 개화주의자들은 우리도 문명국으로 나아가야 한다고 주장하면서 문명국은 모두 법치국가이기 때문에 국민들의 복리에 적합한 법률을 확립하고 국가나 국민 모두가 이들 규정에 따라야 한다고 하였다. 그러나 이들 개화주의자들의 한계는 당시의 제국주의라는 상황의 긴박한 역사적 현실을 외면하고, 악법도 법이라는 입장에서 정부나 외구세력의 민중에 대한 탄압을 정당하다고 생각했다. 특히 준법을 근대화의 기준으로 삼아 의병들을 법을 지키지 않는 무뢰지배(無賴之輩), 비적(匪賊)으로 비난한 점에서는 서구와 일본의 제국주의에 대한 인식이 결여되어 있었으며 민족주의에 대한 인식이 미흡하였다(김민환). 즉, 이들은 메이지법문화를 모델로 삼았는데 현재 우리의 정치생활을 강하게 규율하고 있는 메이지헌정시스템의 이념적인 기반은 여기에서 비롯되었다고 해도 과언이 아니다.

Ⅵ. 식민지시대의 법제도

1. 식민지시대의 법제도를 어떻게 볼 것인가?

1965년에 일본과 맺은 '대한민국과 일본국 간의 기본관계에 관한 조약', 즉 이른바 한일조약 제2조는 다음과 같은 내용으로 되어 있다.

"1910년 8월 22일 및 그 이전에 대한제국과 대일본제국간에 체결된 모든 조약 및 협정이 이미 무효임을 확인한다"

이 조문의 해석을 둘러싸고도 한국과 일본 사이에서는 의견이 나뉘어 있다. 즉 한국에서는 한일합방을 비롯한 모든 식민지지배에 관한 조약 및 협약이 원천적으로 무효라는 입장이고 일본은 이제 이들 조약 및 협약이 무효라는 입장을 취하고 있다. 이 문제는 매우 중요한 의미를 갖지만, 본고에서는 편의상 이러한 논의와 관계없이 이들 조약과 협약에 의해서 실제로 일본에 의해서, 민주성이 결여되었지만 근대적인 법체계에 따라 조선인의 삶을 실제로 규율했다는 사실에 주목하고자 한다. 즉, 식민지 시대에는 권력과 지배양식에서 커다란 변화가 일어났던 것이다. 일제하의 법제 및 법 운용방식과 관련하여 권력이 확대·심화되었고 권력의 새로운 적용대상이 창출된 것이다(이철우, 일제시대법제의 구조와 법질서의 성격). 따라서 어떠한 법제도에 의해서 지배를 받았고, 이 과정 속에서 한국인의 법의식이 어떻게 형성되어 갔는가를 살펴보는 것이 중요하다고 할 것이다.

2. 식민지시대의 법령

일제시대에 식민지 조선에 적용된 법령은 다음과 같이 매우 다양하였다.

1) 법률

여기에는 칙령에 의해 특히 조선에서 시행할 것을 정한 법률(법률 제30호 제4조)과 조선에서 시행할 목적으로 특별히 제정된 법률이 있다. 후자에 속하는 것으로서는 조선은행법, 국방보안법, 일제와 식민지 상호간의 교섭을 규율한

법률(공통법), 속인적(屬人的) 성질을 법률(恩級法) 등을 들 수가 있다.

2) 칙령(勅令)

대일본제국헌법 제8조 및 제9조는 각각 천황은 '공공의 안전을 유지'하거나 '재액(災厄)을 피하기'위하여 긴급한 경우에 법률을 대신하는 칙령과 법률을 집행하기 위한 칙령을 발할 수 있다고 규정하고 있었다. 이들 칙령 중 조선에 시행될 것을 목적으로 제정된 것은 당연히 식민지 조선에 적용되었지만 나머지의 경우 당연히 시행되는 것이라고는 해석되지 않았다.[13]

3) 각령(閣令) 및 성령(省令)

각령(閣令)은 내각이 제정하는 법규명령이며 성령(省令)은 각성(各省)대신이 제정하는 법규명령이다. 내각과 각성대신의 권한이 식민지 조선에 미치지 않았으므로 이들 법규명령의 효력이 식민지 조선에 시행되지 않는 것으로 해석되었다. 그러나 예외적으로 식민지 조선에도 관련이 있는 사항으로서 특히 중앙관청의 권한에 유보되어 조선총독의 권한에 속하지 않는 사항과, 총독의 권한에 속하는 사항에 대해서도, 특히 중앙관청의 통제 아래 있는 사항에 관해서는 적용이 있다고 해석되었다.[14]

4) 제령(制令)

제령은 '조선에 시행할 법령에 관한 법률(1911. 3. 29, 법률 제30호)' 제1조에 근거하여 조선총독이 발하는 명령이었다. 제령(制令)은 총독이 법률을 요하는 사항에 대해서 발할 수 있는 명령으로 식민지 조선에 시행된 가장 대표적인 법령이었다. 이 점에 대해서는 후술한다.

---

13) 김창록, 「식민지 피지배기 법제의 기초」, 『법제연구』 제8호(1995), 71쪽.
14) 김창록, 위의 논문, 73쪽.

5) 조선총독부령

조선총독이 그 직권 또는 특별한 위임에 의해 발할 수 있는 명령(관제 제4호)으로 여기서 특별한 위임이란, 법률 및 칙령에 의한 위임뿐만 아니라 그것과 동렬(同列)에 위치하는 제령에 의한 위임도 포함된다고 해석되었다.[15]

6) 지방관청의 명령

지방관청의 명령에는, 도지사가 행정사무에 관해 직권 또는 위임의 범위내에서 발하는 명령인 도령(道令)과 도사(島司)가 관내의 행정사무에 관해 법령에 의해 또는 도지사에 의해 위임받은 사항에 대하여 발하는 명령인 도령(島令)이 있었다.

7) 구법령(舊法令)

한일합방이 되면서 조선에 적용되었던 구(舊)제국법령 및 구(舊)한국법령 중에서 조선총독의 명령으로 계속 효력을 가지는 법령을 발했다(1910년 제령 제1호 '조선에서의 법령의 효력에 관한 건').

그런데 위의 법령 중에서 주목의 대상은 단연 제령이다. 제령은 양(量)이나 질(質)에 있어서 조선사회를 지배하는 실질적인 법규범이었던 것이다.[16] 이 제령은, '조선에 시행할 법령에 관한 법률(1911. 3. 29, 법률 제30호)'에 의하여 그 근거를 부여받았다. 먼저 법률 제30호의 규정을 보기로 하자.

'조선에 시행할 법령에 관한 법률(1911. 3. 29, 법률 제30호)'

---

15) 김창록, 위의 논문, 74쪽.

16) 제령은 일제 35년간 총 676건이 공포되었는데 기존의 제령을 개폐하는 제령을 제외해도 270건에 달했다. 이것은 조선에 적용된 180여 건의 일본법령을 훨씬 웃도는 것이라고 한다, 김창록, 위의 논문, 73쪽.

제1조 조선에 있어서 법률을 요하는 사항은 조선총독의 명령으로써 이를 규정할 수 있다.

제2조 전조의 명령은 내각총리대신을 거쳐 칙재(勅裁)를 청해야 한다.

제3조 임시긴급을 요하는 경우에 있어서 조선총독은 직접 제1조의 명령을 발할 수 있다. 전항의 명령은 발포 후 즉시 칙재를 청하지 않거나 칙재를 얻지 못하는 때에는 조선총독은 즉시 그 명령이 장래에 효력이 없음을 공포해야 한다.

제4조 법률의 전부 또는 일부를 조선에 시행함을 요하는 것은 칙령(勅令)으로써 이를 정한다.

제5조 제1조의 명령은 제4조에 의해 조선에 시행할 법률 및 특히 조선에 시행할 목적으로써 제정한 법률 및 칙령에 위배할 수 없다.

제6조 제1조의 명령은 제령(制令)이라 칭한다.

위의 법률에 근거하여 공포된 제령은 조선의 사회생활을 지배하는 대표적인 법규범이었다. 조선민사령, 조선형사령과 같이 일본의 민법과 사법을 조선에 의용(依用)하는 제령을 비롯하여, 토지조사령, 사상범보호관찰령, 사상범예방구금령과 같은 악법이 모두 이 형식을 빌어 제정되었다. 국가와 시민과의 관계에서 가장 기본적인 것은 시민의 권리·의무와 관련된 사항은 반드시 시민의 대표자회의인 의회에서 제정하는 법률에 의해야 한다는 법치주의의 관철이다. 즉, 시민이 주체가 됨과 동시에 객체가 되는 근대국가에 있어서 시민의 존재양식이 이 법률을 통하여 확보되는 것이다. 사회통합에 있어서 가장 중요시되는 국가와 시민의 교환관계는 바로 위와 같은 논리구조 하에서만 가능한 것이다. 이처럼 근대국가에 있어서 국가와 시민을 연결하는 핵심고리인 법률을 국민의 민주적인 절차에 의해서 선발되지도 않은 일개의 행정청의 장(長)(=조선총독)의 명령(命令)이 대신하게 되었던 것이다. 거기에 더욱 심한 것은 이 제령에 대한 통제장치가 거의 없었다는 점이다. 근거법률 제2조와 제3조에서 형식적인 통제절차를 두고 있지만 이것은 요식행위에 그칠 뿐 조선총독은 누구의 간섭도 받지 아니하고 제령을 발할 수 있었다. 그리고 제령의 내용에 대하여 동법

제5조가 그 한계를 정하고 있지만, 이를 위반했다고 해서 다툴 수 있는 방법이 거의 없었다. 즉, 이 명령의 위법성을 다툴 수 있는 제도가 갖추어져 있지 않았을 뿐더러, 이 제령에 바탕하여 내린 행정처분에 재판의 판결과 동일한 효력을 부여하는 경우도 많았다. 후자에 대하여 토지조사령을 예로 들어 좀 더 자세하게 살펴보기로 하자.

식민지정책을 수행함에 있어서 필수적인 근대적인 토지소유제도의 확립[17]을 위한 일제(日帝)의 노력은 한일합방 훨씬 이전인 1905년 통감부를 설치하면서부터 이미 그 준비작업이 진행되고 있었다. 같은 해 일제는 대구, 평양, 전주에 양전(量田)출장소를 설치하여 토지를 측량할 수 있는 기술요원을 양성하였다. 그 후, 1910년 3월 대한제국에 토지조사국을 개설하게 하고 이어서 한일합방 직후인 8월에 조선총독부에 임시조사국을 설치하여 이 사무를 인수받는다. 그 후, 1912년 토지조사령, 조선민사령, 부동산등기령 등의 제령(制令)을 공포하여 본격적인 토지조사사업을 시작하여 1918년 12월에 이 사업을 마치게 된다.

그러면 여기서 토지조사사업의 의 중심내용인 토지소유권의 확정방법에 대하여 토지조사령에 어떻게 규정되어 있었는지 간단히 살펴보기로 한다.

토지소유권의 확정은 토지소유자의 신고를 중심으로 행해졌다(신고주의, 토지조사령 제4조). 즉, 동조(同條)는 조선총독이 정하는 기간내에(보통은 30일~90일이었다), 주소, 씨명 또는 명칭 및 소유지의 소재, 지목(地目), 자번호(子番號), 사표(四標), 등급(等級), 지적(地積), 결수(結數)를 임시토지조사국장에게 신고를 하도록 규정하고 있었다. 이 신고를 기준으로 하여 임시토지조사국장은 지방토지조사위원회의 자문(토지조사령, 제9조 제1문)을 받아, 심사를 하여 소유자 및 토지의 경계를 확정(이것을 토지조사령에서는 '査定'이라고 했다)하였다. 이 사정은 이른바 행정처분(行政處分)에 해당한다. 이 사정(査定)내용은 30

17) 일제의 토지조사사업의 목적으로는, 토지소유제도의 확립, 지세(地稅)수입, 국유지창출, 일본 상업고리대자본의 토지점유의 합법화, 일본 식민(植民)에 대한 제도적 지원, 미개간지의 조사와 점유, 미곡(米穀)수출을 위한 토지제도의 정비, 임금노동자의 창출(신용하, 조선토지조사사업연구)을 들 수 있다.

일간 공시(公示)(토지조사령, 제9조 제2문)되며, 이 사정(査定)에 대하여 불복이 있는 자는 공시기간 만료후 60일 이내에 고등토지조사위원회에 재결(裁決)을 신청할 수 있었다(토지조사령, 제11조 본문). 그리고 이 재결(裁決)에 대하여 특정한 경우[18]에 한해서만 재심이 인정된다(토지조사령, 제16조 본문). 그런데 여기서 주목할만한 사항은 사정(査定) 또는 재결(裁決)의 법적 효과이다. 즉, 토지조사령 제15조는 '토지소유자의 권리는 사정(査定)의 확정 또는 재결(裁決)에 의하여 확정한다'라고 하여 사정(査定) 또는 재결(裁決)이 토지소유권을 확정하는 종국적인 처분임을 선언하고 있다. 이 법적 효과는 재판으로도 다툴 수 없었다. 당시의 조선고등법원도 사정(査定) 또는 재결(裁決)의 법적 효력에 대하여 다음과 같이 판단하여 위의 규정을 뒷받침하고 있다.

> 토지조사령에 의한 사정 또는 재결은 일종의 행정처분이지만, 그 사정 또는 재결이 확정된 때에는 동령(同令) 제15조에 의하여 토지소유자의 권리는 이것으로 확정되며, 동령 제16조에 규정된 재심(再審)의 신청에 의하여 변경되지 않는 한 그 사정 또는 재결의 명의인(名義人)은 종래 소유권의 보유유무에 관계없이 절대적으로 그 토지의 소유자로 확정되어야 한다는 것이 당원(當院)의 판례인 바….[19]

즉, 조선고등법원은 '토지조사령에 의한 사정(査定) 또는 재결(裁決)과 사법재판소의 재판은 각자 독립해서 사권(私權)관계를 확정하는 것'[20]으로 본 것이다.

이상과 같은 방법에 의해서 토지조사사업에 의한 토지소유권제도는 확립되었다. 이 일제의 토지조사사업은 조선시대의 전통적인 토지소유권질서를 강제적으

---

18) 여기에 해당하는 사례로는, ①처벌의 대상이 되는 행위에 근거하여 사정(査定) 또는 재결(裁決)이 행하여진 경우, ②사정(査定) 또는 재결(裁決)의 근거가 된 문서가 위조 또는 변조 된 경우(토지조사령, 제16조 제1호, 제2호)이다.

19) 所有權侵害排除請求ノ件(大正六年民上第二五號 同年三月二十七日判決), 朝鮮高等法院民事判決錄, 第四卷, 222쪽.

20) 土地所有權確認並證明抹消手續請求ニ關スル件(大正四年民上第一五八號 同年七月六日判決), 朝鮮高等法院民事判決錄, 第三卷, 252～253쪽.

로 근대적인 토지소유권질서에 편입시키는 계기가 되었다. 전통적인 법질서에서 근대법세계에로 편입은 중요한 의미를 갖지만, 위의 토지조사사업을 둘러싼 법적 프로세스는 근대법의 측면에서 다음과 같은 중대한 결함을 안고 있다.

첫째로 토지소유권이라고 하는 근대법의 세계에서 가장 본질적인 사항에 대한 결정을, 실체적인 내용에 관계없이, '신고'라고 하는 지극히 간단하고 형식적인 절차에 의해서 행하고 있다는 점이다. 오늘날의 법제에서 '신고(申告)'제도의 본질적인 기능이란 행정청에 정보를 제공하는 것이다. 따라서 이를 위반한 경우에 대한 제재수단은 과태료를 부과하는 것이 보통이다. 이러한 단순한 제도로써 토지소유권을 확정하는 시스템으로 이용하는 것은 근대법의 이념에 맞지 않는다.

둘째로 앞서 언급한대로 권리, 즉 토지소유권을 획정하는 법적 근거가 시민의 대표인 의회가 정하는 법률이 아니라, 일개의 행정청의 장(長)에 의한 명령이라는 점이다. 이것은 근대국가와 그 이전의 국가를 구별하는 바로미터이다. 그리고 근대를 가늠하는 국가와 개인의 교환관계를 성립시키는 고리가 바로 이 법률이다. 따라서 행정청의 명령(命令)에 의한 사회통합은 이러한 국가와 개인의 교환관계의 성립을 원천적으로 봉쇄하게 된다.

마지막으로 위법한 행정처분에 대한 사법적 통제의 결여이다. 법률에 의한 행정의 원리, 즉 법치주의가 근대국가에 있어서 국가와 개인간의 교환관계를 성립시키는 고리라 한다면, 이러한 법률에 근거하여 행해진 행정처분에 대한 사법적 통제는 이 원리를 뒤에서 지탱하는 원리라고 할 수 있다. 즉, 설령 행정청의 처분이 법률에 근거하여 행해진다 하여도 거기에는 항상 법률을 위반할 가능성이 있다고 해야 할 것이다. 그렇기 때문에 행정청의 처분이 법률의 규정에 따라 적법하게 행해졌는가에 대하여 독립적인 조직인 사법부의 재판절차라는 공정하고 객관적인 절차에 따라서 심사를 받아야 한다. 그렇지 않으면, 국가와 개인간의 교환관계를 보장하는 원리인 법치주의는 형해화(形骸化)되고 말것이기 때문이다. 그런데 앞서 살펴본 것처럼, 토지조사령에서 규정하고 있는 토지소유권확정에 관한 사정(査定) 또는 재결(裁決)이라는 행정처분이 권리를

확정하는 종국적인 효력을 지니고 있으며 이것을 법원도 인정하고 있다. 따라서 행정청의 처분에 대한 위법성에 대한 다툼이 원천적으로 봉쇄되어 있는 것이다. 따라서 사회통합을 위한 중요한 법적 근거로서 제령(制令)의 형식을 취함으로써 초래된 국가와 개인간의 교환관계의 단절(斷絶)현상은 행정처분에 대한 제3자 기관, 즉 법원에 의한 통제를 원천적으로 부인함으로써 더욱더 심화되게 되었다.

이상에서 일제시대의 초기의 조선인들에 대한 일제의 법적 지배의 한 유형을 토지조사사업이라는 소재를 통하여 간단히 알아보았다. 토지조사사업과 관련된 조선인들의 식민지사회에서의 법생활의 측면은 전체에서 보면 극히 일부분에 해당하지만 그 의미는 적지 않다고 할 것이다. 다시 말하면, 토지조사사업을 둘러싼 조선인들의 법에 대한 인식은 나머지 부분에 대한 인식을 대변한다고 볼 수 있기 때문이다. 그런데 이 토지조사사업을 둘러싼 법제는 앞서 살펴본 것처럼, 국가와 개인 사이의 교환가능성이 단절된 것이었음을 알 수 있다. 이처럼 일제는 근대법의 형식에 의해서 조선인의 생활을 지배했지만 그 내용은 근대법의 본질적인 사항을 결여한 것이었다. 즉, 시민이 주체이자 객체인 근대의 시민의 존재양식을 확립하는 핵심고리인 법률이 빠져 있는 것이다. 즉, 국가와 시민의 교환관계의 단절(斷絶)이다. 따라서 법에 대한 조선인들의 반응은 냉소성과 거부감으로 표현할 수 있다. 바로 이러한 법문화 속에서 조선인은 처음으로 근대법과 본격적으로 접촉하기 시작한 것이다. 그리고 이러한 최초의 본격적인 접촉 속에서 형성된 법에 대한 의식이 현재의 한국인의 법의식의 원형(原型)을 이루고 있다고 해도 과언이 아닐 것이다.

그러나 중요한 사실은, 앞에서 언급한 것처럼, 이 시대의 법이 근대법의 형식을 갖추고 있었고, 이 법에 의해서 조선인들이 직접 지배를 받았다는 사실이다. 따라서 이러한 역사적 사실(史實)을 수용함에 있어서, 민족적인 정서에 의해서 균형감각을 상실해서는 아니 된다. 이러한 관점에서 볼 때 다음과 같은 이철우의 격조 높은 분석은 매우 중요한 의미를 갖는다.

일제하의 법질서는 외부에서 강제력에 의해 부과된 것이었을 뿐 사회성원들의 자발적 순응과 규범적 내면화에 의해 확고부동하게 뿌리를 내릴 수 있는 것이 아니었다. 사람들은 새로운 법질서가 이상화하는 인간형을 지향점으로 하는 규율화 과정에의 익명의 참여자로서 자기규제와 상호규제를 수행하는 것이 아니라 구체적 맥락 속에서 자기이익을 극대화하는 공리적 동기에서 비롯된 것이었다. 일제하의 한국인은 이민족지배에 대해 완강히 저항하면서도 생활 속에서는 일제가 부과한 새로운 법제를 이용하여 자기의 이익을 실현하는 것을 크게 주저하지는 않았다. 그것은 그들이 식민지 법제를 정당한 것으로 받아들였기 때문이 아니라 오히려 그것을 정당한 것으로 받아들이게 하는 상징적 근거를 결여한 채 단지 단기적인 이익의 극대화를 위한 도구로서만 받아들인 결과였다. 그런 태도는 강력했던 통제의 힘이 느슨해지는 경우 곧바로 '만인의 만인에 대한 투쟁'을 방불케 하는 규범 공백의 상태로 빠져들기 쉽다. 일제의 유산은 단지 법과 국가를 운영하는 사람들의 행태에만 남아있는 것이 아니라 해방 후 한국사회 곳곳에서 볼 수 있는, 특히 권위주의적 국가권력이 후퇴하면서 적나라하게 노출된 무규범, 무규율, 무원칙의 폐단 속에서도 발견된다. (이철우, 일제시대 법제의 구조와 법질서의 성격)

이상에서 살펴본 것처럼 현재 한국인이 법에 대해서 가지고 있는 인식의 근원이 일제식민지시대에 형성되었다고 해도 과언이 아니다. 외부의 존재에 대해서 좋아하고 싫어하는 감정을 가지는 것과 그것이 우리의 삶에 의미하는 것은 다르다. 우리의 근·현대사를 이해하는데 일본의 그것을 이해하는 것은 필수적인 작업이다. 따라서 우리의 근대, 근대법을 알기 위해서는 적어도 일본의 메이지기(期) 이후의 근대, 근대법의 수용과정을 철저히 분석하는 작업을 본격적으로 시작해야 할 것이다.

Ⅶ. 맺음말

이상에서 일제에 의한 식민지시대의 법이 어떠한 의미를 지니는가에 대하여

근대성을 코드로 해서 간단히 살펴보았다. 앞에서 분석한 것처럼, 이 근대, 근대법이라는 가상현실(假想現實)은 우리의 의사와는 관계없이 우리의 어제와 오늘을 강하게 규율하고 있다. 그러나 불행하게도 이 가상현실의 현실화 작업이 일본이라는 타자에 의해서 본격적으로 이루어지게 되었다는 점이다. 근대, 근대법의 핵심은 '자립한 개인'이며 또한 이것을 전제로 국가가 존재한다. 이 때 국가와 개인(=사회)의 관계는 교환관계가 성립해 있는데, 이의 원활한 소통이 관건이 된다.

이러한 점을 전제로 해서 살펴볼 때, 일제에 의한 식민지시대의 법에서 볼 수 있는 국가와 개인의 교환관계의 내용이 얼마나 조악(粗惡)한 것이었는지 위의 간단한 분석에서도 충분히 알 수 있었을 것이다. 그러나 문제는 이 식민지시대의 법문화가 오늘날 이 시점에서도 여전히 우리를 규율하고 있다는 점이다.

The Phase of the Reception of Modern Law (=the Virtual Reality) in Korea

—the Reception of Modern Law and the Law at the Colonial Age—

Yoo, Jin-Sik*

In recent years hot debates have been done among the political economy historians and the historians about what role the Japanese colonial domination played to the modernization of Korea. Those debates have not been finished but the Korean legal scholars have not so much interested in those topics. It is to be analysed why they have paid a little attention to those topics but they generally think the Japanese colonial domination was so negative and harmful to us and it is needless to mention about it. Can we say such a attitude of theirs is desirable?

This thesis is to analyse the impact of the Japanese colonial domination to the reception of modernity and modern law in Korea with the code of modernity. The reason the code of modernity is used in this thesis is that the modernity and modern law, that is the virtual reality, dominates our being strongly. The essence of the modernity and modern law is a self-reliant individual and a state exists on the premise of him. In that case they make a social contract with each other and what matters is the smooth transactions.

As we know, we could unfortunately see the full-scale realization of the virtual reality in Korea during the Japanese colonial domination age. And the realization of the virtual

* Chonbuk National University, Faculty of Law, Assistant Professor

reality, that is modernity and modern law, by Japan was a limping one because we could not see the smooth transactions. But what matters is that the legal culture cultivated in the Japanese colonial age dominates our consciousness largely these days.

[**Key Words**] modernity and modern law, he virtual reality, the Japanese colonial domination, a social contract, legal consciousness