

〈번역〉

日本帝國의 통치원리 ‘내지연장주의’와 帝國法制的 구조적 전개*

아사노 토요미(淺野豊美)**, 최석환 역***

목 차

문제의 소재
제1장 ‘문화’와 ‘법제’의 근대적 再編
제2장 日本帝國에 있어 법질서의 구조
제3장 臺灣 판 조약개정과 초기 臺灣法制 논쟁
정리

문제의 소재

근대 일본이 제국으로서 조선이나 臺灣을 통치한 때에, 그 통치원칙을 나타내는 말로 ‘內地延長主義’라고 하는 용어가 사용되었다. 이는 ‘外地’로 자리매김된 주변사회를 ‘同化’에 의해 ‘내지’의 단순한 연장인 지방으로 끌어안는 것을 통치의 궁극적인 목표로 하는 것이었다.¹⁾ 그러나 최근의 연구에 따르면, ‘내

* 『中京社會科學研究』 第21卷 第1・2號(2001)

** Asano, Toyomi, 中京大学 教養部 教授

*** 서울대학교 대학원 법학과 박사과정

1) 若林正丈, 『臺灣抗日運動史研究』(研文出版, 1983), 56-61頁.

지연장주의'의 실제 내용은 시대에 따라 바뀌었으며, 동화를 위한 정책수단으로서 법제도상 평등대우를 실현하는 것에 최대의 비중을 두었는지, 아니면 일본 고유의 언어나 종교 등과 같은 문화적 수용 쪽에 보다 큰 비중을 두었는지의 차이에 초점을 맞추는 것이 유효할 것이라는 지적이 제기되고 있다.²⁾

그럼에도 불구하고, 이러한 분석들에는 아래와 같은 점에서 여전히 미완성인 부분이 있을 것이다. 첫째로, '개인'이라는 존재는 초역사적 존재라는 전체 하에 그 내면의 私的 세계에 의미를 부여하여 개인을 주체로서 정립하기 위해 불가결한 '文化'와, 다른 한편으로 그 외면의 公的 세계에서 '개인'에게 동등한 평등의 권리를 보장하고 의무를 부과하는 '法制'가, 근대 국가와 사회에서는 각각 公私 별로도 구분되어 상호 독립적인, 혹은 독립적이어야 할 것이라는 전체 하에 이론이 구성되어 있다고 생각할 수 있다는 점이 그것이다. 둘째로, 일본제국의 법제적 구조는, '內地', '朝鮮', '臺灣', '關東州'라고 불리는 지역별로 參政權과 納稅에 관한 공법상의 대우가 일률적으로 같은 것은 아니었지만, 이 동이나 거주자의 자유는 本籍地의 이동을 제외한다면 극단적으로 금지되어 있었던 것은 아니었으며, '법제'의 특정 부분이 지역 간에 달랐다고는 하더라도, 이 동이나 주소지·본적의 이전에 대한 제한을 함께 논하지 않은 채, 그것을 직접 민족집단 간의 법적 차별과 결부시켜 버리는 것은 '내지연장주의', 즉 광의의 '동화정책'의 주요한 메카니즘을 간과해 버릴 수 있을 지도 모른다는 점이다. 즉, 젊은 부부, 단신 이동, 통혼 등에 의한 文化觸變이나 그 정책적 유도의 문제가 연구의 시야에서 결락되어 버리게 된다는 것이다.

위에서 지적한 두 가지의 문제에 공통된 것은 '개인'이 析出되기 이전의 공동체를 어떻게 연구의 틀 속에 자리매김할 것인가 하는 과제이다. 즉 '舊慣'이라는 이름의 전근대적 공동체사회가, 공동체보다 작으면서 긴밀한 '근대적'인 가족이나 그를 중요한 요소로서 기능하게 한 바의 '근대적' 사회에 재편되어가는 과정을, 제국법제의 구조에 맞추어 논하여 가는 것이 불가결의 과제라고 생

2) 駒込武, 『植民地帝國日本の文化統合』(岩波書店, 1996) 참조.

각할 수 있는 것이다.

본론은 이상과 같은 문제의식을 정리한 것이다. '내지연장주의'의 성격을 제국법제의 구조로부터 재정의하는 것을 목표로 하여, 식민지에서의 '법제'를 연구하는 것의 의미와 시점으로서의 가족법의 중요성(제1장), 일본제국법제의 기본적인 구조와 재편방향(제2장), 그러한 구조의 기원으로서의 臺灣초기법제와 국제관계(제3장)에 관하여 순서대로 논하여 가도록 하겠다.

제1장 '문화'와 '법제'의 근대적 再編

제1절 민족과 국민의 형성을 둘러싼 이론

'개인'과 국가를 대치시키고 의식이나 통합을 논하는 연구 중에는 '민족', '국민', '民族體(ethnic group)', '近代民族國家(nation)' 등의 집단개념을 그러한 집단에 귀속되고자 하는 개인의 욕구에 주목하여 정리하고 재정의 하려는 연구가 있다. 이러한 문제의식을 최초로 자극한 로넨(Dov Ronen)의 연구는 다양한 구체적 욕구를 내포하는 개인이 그것을 억압하려고 하는 '타자'로부터 '자기'를 해방시키고 자유를 쟁취하려고 하는 충동에 의해 새로운 '우리'로서 결속되며, 그것이 각종 내셔널리즘을 역사적으로 생성시켜 왔다고 하는 견해를 제기하고 있다.³⁾ 이에 따르면 중세말기의 서구에서는 전제국가로부터의 해방을 인민이나 국민의 이름으로 추구하는 내셔널리즘이 생성되었고, 19세기 중엽 이후부터는 자본주의 경제기구를 하부구조로 하는 억압적 '부르조아 국가'로부터의 해방을 '프롤레타리아'의 연대에 의해 추구하는 사회주의운동이 생겨났다. 또 자본주의의 고도발전단계에서 생성된 '제국주의'로부터의 해방을 추구하여 '從屬諸民族' 내셔널리즘이 전개되었으며, '선진공업국'에서는 굳건히 단결되어 있다고 여겨지던 국가 내부에서도, 문화면에서의 독자성을 주장하며 때로는 독립운동으로까지 치달은 '전근대민족(ethnicity) 운동'이 등장하였다고 한다. 이들

3) 다투ロー넨, 浦野起央·信夫隆司 譯, 『自決とは何か』(刀水書房, 1988) 참조.

운동은 ‘개인’의 각성을 공통의 전제로 하며 개인이 귀속대상으로 선택한 것으로서, 시대나 성격이 서로 다른 집단에 공통의 성격이 부여된다. 결국 ‘자기’를 박탈당하였다고 느끼는 대항집단을 면전에 두고, ‘개인’이 ‘우리’로서 각성한다고 하는 현상이 시대에 따라 지역에 따라 상이한 양식으로, 그러나 어디까지나 도미노가 쓰러지는 것과 같이 하나가 눈뜨면 또 다른 하나가 이번에는 그에 대항하여 다른 이데올로기에 눈뜨는 것처럼, 전세계에 파급된 것이라고 할 수 있을 것이다.

거시 근대사를 관통하는 공통현상으로서의 개인의 각성을 지적하는 이외에, 집단에 대항하는 의식이나 감정이 생성되어 가는 과정이나 방법에 주목하는 연구가 있다. 이는 무릇 근대 이후 한창 의식되게 된 ‘민족’, ‘국민’이라고 불리는 집단이 가시적인 것이 아니라 수백만 명, 수천만 명의 이름도 얼굴도 알지 못하는 익명의 성원으로 이루어지는 불가시적 공동체라는 점에 주목하고⁴⁾ 마음속에 떠올려 보는 이외의 방법으로는 접근할 수 없는 불가시적 집단에 대한 귀속의식이 ‘개인’ 사이에 배양되어 국민이 형성되어 가는 과정에 착안한 이론이다.⁵⁾

이에 따르면 첫 번째의 범주로, ‘主權’을 보유하는, 즉 대내적으로 대항할 수 있는 권력을 보유하는 중간단체를 인정하지 않는, 국가에 있어 그 영역 내에 거주하는 주민 모두가 공통의 정의와 법, 그리고 그 법 앞에서의 평등한 권리와 의무의 공유에 의해 ‘시민’으로서 결합하고, 인종, 피부색, 신조, 연령, 성, 종교 등에 의한 차별 없이 헌법의 충성과 정치참여를 행함으로써 국민으로서의 의식을 침투시켜 가는 과정이 추출된다.

이에 대해 두 번째 범주로서는, 근대 이전에 존재한 전통사회에 있어 각각의 가시적 커뮤니티를 천상의 신이나 조상의 땅과 결부시켜, 커뮤니티의 기원이나 발전의 과정, 미래의 운명이나 우주전체에 있어서의 위치 등을 설명한 신화나 기억, 그리고 가치나 상징⁶⁾이 매개가 되어, 그것을 공유하는 집단으로서 국민

4) アンダーソン, 白石さや・白石隆 譯, 『増補 創造の共同體』(NIT出版, 1997) 참조.

5) Anthony D. Smith, *The Ethnic Origins of Nations*, Oxford, Blackwell, 1986, 129-152頁.

이 의식되고, 문화나 교육활동을 통하여 그 계몽이 행하여지는 과정이 제시된다. 이 경우, 그러한 신화나 기억을 공유 여부로 범위가 확장되는 확대된 전통적 집단이 민족이다. 이를 구성하는 집단 내의 언어, 복장, 음식, 연중행사, 주거 등의 고유한 문화는, 소집단내의 계층을 나타내는 상징에 머무르지 않고, 새로이 민족의 신화나 기억을 일깨우는 장치로서 '개인'의 문화적 공지를 만족시키는 상징으로서의 기능을 수행하게 된다.⁶⁾

이 양자의 대조성은 타국 국민과의 경계나 물리적 국경에 있어 현저히 나타난다. 첫째 범주에 있어 자국민과 타국민을 나누는 것은, 자국의 헌법에 대한 충성과 그에 의해 담보되는 법 앞에서의 평등한 대우이다. 따라서 법 앞에서의 평등을 보장하는 법제도가 기능하는 국가의 영역은, 동일한 헌법 아래 국가를 창설한 '市民'이 사는 지역이고, 그것은 의회 등과 같은 주권을 구체화하는 기관에 의해 비교적 명확하게 정의할 수 있으며, 새로운 '시민'이 '民主的' 절차를 거쳐 동일한 헌법에 충성을 맹세하고 국민으로 편입된 경우에는 지역 내의 주민투표와 본국 의회의 승인이 필요하게 된다. 이에 대해 두 번째 유형에서는 국민으로서의 유대가 되는 것은 에스닉적 습관이나 역사적 체험으로, 어떠한 상징을 선택하여 취하느냐에 따라 집단의 범위는 비교적 탄력적이다.⁸⁾ 실제상의 요인으로부터 이미 결정된 국경선이 있더라도 그것을 넘어 같은 '민족'이 존재한다는 일방적 주장도 가능해지고, 같은 민족인지 여부는 결국 선택된 공통의 문화요소로서의 습관이나 기억뿐 아니라 선택하는 측의 주관적 의식에도 크게 좌우되게 된다.

이상과 같은 두 개의 대조적인 과정은 어디까지나 이념형이며, 실제의 국민 형성에는 양 측면이 혼재하게 된다. 왜냐하면 첫 번째 범주의 '시민'에 있어서도 상호 의사소통과 정치참가를 가능하게 하는 공동문화와 언어의 존재는 불

6) *ibid.*, p.42.

7) *ibid.*, p.42.

8) 山影進, 「エスニシティと國民統合: 社會的コミュニケーションの視角」, 『教養學科紀要』 15(1982), 12頁.

가결하며, 정치적 의사결정과정에서 다수자에 의한 소수의견의 배제가 사회적 분열의 발생 없이 처리되기 위해서는 어떤 식으로든 암암리에 공유되는 국민으로서의 가치체계나 상징을 필요로 하기 때문이다. 시민으로서의 헌법에 대한 충성을 가치 있는 것으로 근거지울 때에는 종종 과거의 시민이 보여준 모범이나 역사적 경험이 강조되는 경향이 있다. 한편, 두 번째 범주에 있어서도 국가기구를 독점한 특정 집단은 자기의 권력의 정통성을 ‘민족’이나 ‘국민’의 해방이라고 하는 공적이나 그것을 구체화하기 위한 경제성장 및 정치참가의 보장을 근거로서 내세우려는 경향이 있고, 권력에 참여하지 못하는 타자의 동의를 배제한 채 일방적인 전제적 지배를 행하는 것은 원리적으로 불가능하다. 이리하여 첫 번째와 두 번째의 범주는 양극에 위치하는 개념적 구별에 지나지 않고, 실제로 존재하는 국민은 그 두 패턴을 다양한 비율로 혼합한 것이 되지 않을 수 없는 것이다.

이상과 같이 국민으로서의 유대에 주목하여 국민통합이 논해지는 한편, 왜 애초에 인간이 국민이라고 하는 집단에 귀속하려고 하는가, 그 욕구의 성격에 주목해야 한다고 하는 설이 있다.⁹⁾ 이는 국민이라고 하는 집단이 아니라 거꾸로 그것을 구성하는 인간에 주목하여 ‘자기’의식을 가진 주체로서의 ‘개인’이 각종 집단에 귀속·편입되어 가는 구조에 초점을 맞추어, 다른 차원에서 ‘국민’이라고 하는 집단의 성격을 분석하려는 시도이다.

이에 따르면 개인의 욕구는 그 일반적인 사회적 기능에 주목하여 볼 때, 정치참여나 권력행사를 구하는 정치적 욕구, 생활이나 복지의 향상을 지향하는 경제적 욕구, 인생의 의미나 긍지를 추구하는 문화적 욕구의 셋으로 개념화할 수 있다. 사람들은 자기의 문화적 독자성을 추구하여 ‘민족’에 스스로를 동일화시키는 한편으로 정치적 자립과 복지의 향상을 추구하여 ‘국민’에 스스로를 동일화시킨다고 한다. 민족이 개별 구성원의 동질성에 의거하는 집단임에 반해, 국민은 이질성이나 차이성을 전제하는 집단의 위치를 차지한다.

9) 平野健一郎, 「民族・國家論の新展開 : “ヒトの國際的な移動”の観点から」, 『國際法外交雜誌』 88-3(國際法學會, 1989), 22頁.

나아가 이 이론은, 개인이 귀속되고자 한 집단 중에서도 국민이 가장 강력한 것일 수 있었던 이유로 20세기라는 세계전쟁의 시대에, 국가가 인간의 문화적 욕구와 정치적·경제적 욕구의 전부를 독점할 수 있었기 때문이라고 한다. 그 결과 1민족 1국가라고 하는 패러다임이 생겨났으나, 현대에 접어들어 개인의 문화적 욕구는 국민보다 작은 향토나 문화적 의미를 느낄 수 있는 집단으로 향하며, 또 경제나 정치에서 국제기구의 중요성이 점차 증대됨에 따라 이 패러다임은 크게 흔들리고 있다고 평가된다.¹⁰⁾

이상 언급한 국민의식의 형성을 논하기 위한 분석들은 모두 주체로서의 '개인'이라고 하는 의식의 등장을 당연한 전제로서 개인과 귀속되어야 할 집단의 관계에 관해 각각 집단의 시대적 변천과 귀속의식을 환기시키는 방법, 그리고 개인의 욕구에 주목하여 분석개념을 제시한 것이라고 할 수 있다.

제2절 明治國家에 있어 국민형성

이상과 같은 개인과 집단의 귀속을 둘러싼 이론적 전개의 구도 가운데, 明治國家형성과 근대일본의 본토에서의 국민형성은 어떻게 자리매김될 것인가. 개인의 욕구나 귀속의 태양에 주목하여 국민총합을 논하는 것이 최근의 경향인 것처럼 보이나, 실은 이미 明治憲法 하에서의 정치체제를 논한 久野收의 연구나, 明治國家의 제도를 사상사적으로 독해하여 논한 中村雄二郎의 연구에서 이미 다루어지고 있다.¹¹⁾¹²⁾ 이는 明治國家의 확장과 모방의 원리로서의 내지

10) 平野健一郎, 앞의 논문 참조.

11) 久野收, 鶴見俊輔, 『現代日本の思想 : その五つの渦』(岩波新書, 1956); 中村雄二郎, 『近代日本における制度と思想』(未來社, 1967[1999년 복간]) 참조.

12) 明治憲法 체제에 관한 연구 중 천황을 포함한 국가기관의 기능을 논할 뿐 아니라 국민형성과 '교화'에 미친 영향까지 연구범위에 포함시켜 고찰한 것이 久野收 연구의 특징이다. 그러나 坂野에 의하면 이는 권력중추에서의 國體論의 존재를 捨象하고 그것을 오로지 국민교화의 수단으로 간주해 버린다고 하는 한계를 가지고 있다. 坂野潤治, 『近代日本の國家構想』(岩波書店, 1996), 148-149頁. 한편 헌법이 아니라 종교윤리에 초점을 맞추어 德川 시기 사회의 정치·경제·문화 각각의 가치체계와 그 상호관계를 논하고 정치가치의 편중과 정치적 합리화, 보편화의 진전을 밝힌 연구로는, 베ラー, 堀一郎·池田昭譯, 『日本近代化と宗教倫理』(未來社, 1966)가 있다. 여기에서 논하고 있는 '사회'에 존재하는 '가치'에 대응하는 것이

연장주의¹³⁾를 논하기 위하여서도 극히 유용하다.

그러한 일본정치사의 연구를 전제로 明治國家의 국민통합에 관한 문제를 본격적으로 논함에 있어서는, 주권확립의 전제로서 내각, 의회, 천황, 군 등으로 이루어지는 국가기구의 정비를 독립하여 논할 필요가 있다. 왜냐하면 ‘주권’과 그 주인공이어야 할 ‘국민’ 쌍방이 서구 기원의 외래 제도이고, 그것이 수용되고 대외적 대내적으로 일정한 평가를 얻어 안정되는 과정은 양자의 相乘의 과정 가운데에서 진행되었기 때문이다.¹⁴⁾ 이는 조약개정¹⁵⁾을 통한 국가기구의 대외적 승인과 주권의 확립이 국내에서의 국가주의의 태두나 국민의식의 자각을 촉진하여, 거꾸로 국민의식의 육성에 의해 대외적 주권의 확립이 보다 가속화된 사실에 비추어 보아도 쉽게 이해할 수 있다. 그러나 어쨌건 간에, 본질에서는 국가기구를 지탱하는 제도 자체의 정착과정 및 江戸時代 이후의 사회적 의식이나 가치의 연구까지 다루지는 않고, 明治憲法 체제의 성격에서 연역하는 형태로 明治國家에서의 국민형성의 문제를 정리함에 그치려고 한다.¹⁶⁾

明治國家가 帝國으로서의 팽창을 개시하기 이전에 일본 본토에서 국민국가로서 확립되어가던 시기에 정부 내에는 ‘2대 조류의 대립’이 있었다고 한다.¹⁷⁾

본론에서 다른 ‘개인’의 측면에서의 ‘육구’라고 생각하지만, 보다 충분한 검토는 향후의 과제로 미룬다.

- 13) 春山明哲, 『近代の日本の植民地統治の原敬』, 春山明哲・若林正丈, 『日本植民地主義の政治的展開 1895-1934年: その統治體制と臺灣の民族運動』(現代中國研究叢書VIII, アジア政経學會, 1980), 75頁.
- 14) 山室信一, 『近代日本の知と政治』(木鐸社, 1985), 13-14頁. 山室은 가이거가 제시한 정치질서의 기구화와 국가의식의 내면화를 각각 국가형성과 국민형성에 대응시켜 그것이 일체가 되어 평가와 안정을 획득해 나가는 과정을 ‘국가의 제도화’라고 하는 개념으로 정리하고 있다. 본고는 이러한 개념의 유효성을 확인함과 동시에 그 ‘평가와 안정’이 조약개정을 통한 외부로부터의 평가 및 ‘衆庶’에서 전환된 바의 ‘국민’으로부터의 평가라고 하는 이중의 의미를 포함하고 있는 것으로 이해한다는 전제 하에, 후자의 측면을 중심으로 논하는 입장에 선다. 본고가 중시하는 전계 久野와 鶴見의 연구가 明治憲法 체제를 국가기관의 성격에 관하여 논한 美濃部達吉, 穂積八束, 辻清明 등의 연구에서 어떠한 위치를 점하고 있는가에 관하여는 坂野 전계서 제3장을 참조.
- 15) 제4장과 마지막의 정리에서 조약개정이 직접적으로 臺灣법제에 미친 영향을 고찰하였다.
- 16) 각주 12) 참조.
- 17) 中村雄二郎, 앞의 책, 67頁.

한 쪽의 입장은 '國體論'으로 대표되는, 유교도덕을 기초로 하는 '전통'에 입각한 것이고, 다른 한편의 입장은 입헌정치의 실현을 전제로 '근대'적 합리주의에 입각한 것이었다. 이 대립은 전통문화를 배경으로 하는 도덕적 가치와 보편적 합리주의를 배경으로 하는 정치적 가치의 충돌을 배경으로 하고 있으며, 현실의 '국가'와 '사회'를 어떻게 구상하고 어떠한 관계에 기하여 구축해 갈 것인가 하는 과제에 대한 양극의 대응이라고 간주할 수 있는 것이다. 또 이 두 조류는 국민통합의 과정이나 방법에 관하여 스미스가 제기한 두 범주에 잘 대응되고 있다는 점도 주목된다.

이 둘은 '도덕·교육의 영역'과 '정치적 영역'에서 明治 초기에 분리되어 사용되고 있었으나, 明治憲法 제정 단계에서는 그 사이의 조정이 현실의 제도상의 과제가 되었다. 이러한 과제를 염두에 두고 明治憲法 체제의 성격을 논한 것이 久野收의 논의이다. 久野에 따르면 明治憲法 체제의 설계자 중 한 사람인 伊藤博文가 고심한 점은 "한편으로는 천황의 상징적 실질적 지배를 철저히 확립하는 것, 다른 한편으로는 국민이 그 재능에 따라 이 지배에 관여하여 권력과 영예를 자신의 것으로 하는 것, 이 두 가지를 제도적으로 양립시키고 조화시킨다"라는 점이었다고 한다.¹⁸⁾ 천황의 '眞·善·美·聖의 영역', 즉 도덕적 가치의 세계에 있어 절대적 권력을 인정할 때에 국민은 절대적 객체가 된다. 그러나 천황만을 절대적 주체로 하고 국민을 절대적 객체에 머무르도록 두는 것은 정부에 대한 국민의 불만을 축적시켜, 반정부·반천황의 에너지로 폭발, 국가 그 자체를 위기로 이끌게 되어 버린다.

이러한 불만을 서서히 해소시켜 가기 위한 하나의 압력밸브로서 고안된 헌법 중의 개념장치가 바로 국민이 천황의 입법행위에 '협찬'한다든지, 천황의 親政, 즉 행정권의 행사를 '輔弼'한다든지 하는 형식이며, 천황의 이름에 의한 재판이라고 하는 형식이었다. 즉 천황이 스스로 입법·행정·사법상의 권력을 행사하는 일은 없으며, 헌법에 규정된 국가제도를 '국민'이 운용하여 천황과 함께

18) 久野收·鶴見俊輔, 앞의 책, 129頁.

국무를 수행한다고 하는 형식이었다. 즉 국민 개인으로서의 정치참가욕구에 기한 주체적 활동을 국가의 제도에 ‘유입’시키기 위한 틀이 明治憲法 체제에 의해 고안된 것이다. 이는 동시에 천황의 지배권위를 상징화하고, 실패나 잘못의 책임을 직접 천황이 지지 않으며, 협찬이나 보필의 방법을 통해 그 책임을 전가하는 시스템이기도 하였다.¹⁹⁾

이상과 같은 배경으로부터 형성된 明治憲法 체제의 최대의 특징은, 그 통치 구조를 규정하는 근본적 원리가 ‘顯敎’와 ‘密敎’의 양면성을 함께 갖게 되었다고 하는 점이라는 것이 久野收의 주장이다. 현교라고 하는 것은, “천황을 무한의 권위와 권력을 지닌 절대군주로 보는 해석의 시스템”이며, 밀교는 “천황의 권위와 권력을 헌법 기타에 의해 한계 지워진 제한군주로 보는 해석의 시스템”이다.²⁰⁾ 국민대중에게는 천황을 절대군주로서 신봉시키고 이 국민의 에너지를 국정에 동원하는 한편으로, 국정을 운용하는 정권중추의 비결로는 立憲君主說, 즉 천황을 국가의 ‘最高機關’으로 하는 견해가 일반적이었다. 초·중등학교 및 군대에서는 ‘타테마에[建前]’로서의 천황이 철저히 교육·주입되고, 천황은 신성시되는 불가침의 대상임이 강조되었으며, 무엇에도 구속되지 않는 절대전제군주로서의 측면이 부각되었다. 이에 반해 대학 및 고등문관시험의 단계까지 사회적으로 상승해 온 국민에 대해서는 정치체제를 움직이는 관료나 정당이 암묵적으로 승인하고 있었던 통치원리인 ‘합의’로서의 천황이 명백한 것으로 받아들여지고 있었으며, 실제 국정의 운영에 있어 천황은 헌법에 규정된 국가기관의 하나에 지나지 않고, 그것도 제국의회와 협찬과 내각의 보필 하에 비로소 통치권을 행사하는 것으로, 천황의 권력은 법에 의해 구속되는 입헌군주라는 점이 분명하게 되어 있었다.

이상과 같은 久野의 견해는, 최근 ‘超國家主義論’의 과대평가를 정정한 점, 北一輝나 吉野作造의 사상을 현교와 밀교의 이원론을 타파하는 가능성을 갖고 있는 것으로 자리매김 하였다는 점에서 획기적인 것으로 평가되고 있는 한편,

19) 久野收·鶴見俊輔, 앞의 책, 129頁.

20) 久野收·鶴見俊輔, 앞의 책, 132頁.

‘현교’, 즉 국체론적 견해를 오로지 국민강화의 수단으로 간주해버려, 권력 중추에 있었던 추밀원이나 군부 등의 유력지반을 보유한 국체론의 힘을 간과하고 있다는 비판도 가해지고 있다.²¹⁾ 후자의 비판은 지당한 것이나, 久野가 제시한 분석틀을 사용함으로써 明治憲法 체제와 국민통합을 논하기 위한 단서를 얻을 수 있다는 점에서 이 틀에는 풍부한 가능성이 내장되어 있다. 예를 들어 개인이 국민으로서 국가와 결부되어 가는 국민통합의 다이내미즘은, 일본이라고 하는 공동체가 공유하는 신화나 도덕적 가치의 상징으로서 ‘현교’에 의해 제시되는 천황을 받아들이는 민중이 출현함에 따라 ‘臣民’으로서의 문화적 욕구가 충족되고, 동시에 ‘신민’이 ‘立身出世’를 통해 밀교의 세계에서 정치참가를 보장받는다 고 하는 구조가 확립됨에 따라 비로소 유효하게 기능할 수 있게 되었다는 것이 이 분석틀로부터 연역될 수 있다. 물론 이것이 ‘국가에 매몰된 개인’인지, 일본적인 근대적 개인인지 하는 문제는 별론으로 하여야 할 것이지만.

실제로, 明治憲法 체제의 설계에 있어서는 두 가지의 국민형성 수단을 교묘하게 조합하여, 지방의 전통적 공동체에서 윤리적 도덕적 가치를 담당하고 있었던 사족이나 호농에 대해 지주로서의 지위나 참정권을 부여하고, 그들을 일종의 단단한 ‘심[芯]’으로서 그 주위를 ‘서민민중’층에서 교육을 통해 상승한 사회층을 서서히 국민으로서 ‘열매[房]’ 맺도록 하는 식의 국민통합과정이 상정되었다는 인식이 朝河貫一에 의해 제시된 바 있다.²²⁾ 또 久野도 헌법이 엘리트 지향의 논리와 대중 지향의 논리를 구분한 결과로서, “타테마에”로 교육된 국민대중이 한편으로 입신출세에 힘을 쏟고, 동시에 그 결과로 ‘성공’한 소수의 “합의”에 숙달된 제국대학 졸업생인 관료에 의해 지도되는 시스템이 확립되었다²³⁾고 언급하고 있다.

21) 坂野潤治, 앞의 책, 148頁.

22) 이러한 생각을 제시한 것은 朝河貫一이라고 하는, 중세를 대상으로 한 일본과 유럽의 비교법 제사를 미국에서 연구한 학자이다. 朝河는 전후의 천황제 존속문제에 관심을 가지고 있으며 그 일환으로 明治 이래의 국민형성의 구도에 관해 서술하고 있다. 淺野豊美, 『戰中戰後の朝河貫一』, 『甦る朝河貫一』(國際文獻印刷社, 1998), 214頁.

23) 久野收・鶴見俊輔, 앞의 책, 132頁.

이상에서 천황의 절대주의적 이미지에 의거한 교육·도덕적 수단과, 입헌군주적 이미지에 의거한 법적·정치적 수단을 사회계층에 대응하여 조합, 전체로서의 국민의식의 계발을 행하여 가는 접근이 추출되는데, 이야말로 ‘내지연장주의’에 의해 지지된 점진적인 국민형성 프로그램과도 일맥상통하는 것이 아니겠는가.

다음 절 이후에서는 연구사에 입각하여 그 상세한 부분을 검토하겠다. 그러나 그 본토에서의 이후의 전개는 다음과 같이 단절되었다는 것을 항상 염두에 둘 필요가 있다. 즉, 이 프로그램은 明治憲法 체제의 운용에 뛰어들었던 밀교세계 속에서 현교의 고수를 계속하여 왔던 ‘군부’가 1936년의 ‘國體明徴運動’ 이후 ‘현교에 의한 밀교정벌’을 개시한 것과,²⁴⁾ 현교에 의한 교화대상에 지나지 않았던 저변의 민중이 이에 호응하여 열광적인 지지를 보냄에 따라 기능을 정지하였다. 결국, 만주사변 이후 대륙진출의 열기가 신문 미디어에 의해 민중에 가까이 확대되고, ‘滿洲國’이 국민여론의 광범위한 지지 위에 건국된 사태의 연장에서²⁵⁾, 이번에는 국체명징운동이 민중의 지지 하에 전개되고, 군부에 의한 통수권을 방패로 한 정치적 활동에 의해 ‘大正デモクラシー’ 시기의 입헌적 정치체제와 그에 근거를 두어 온 합리적 정치참가를 통한 국민형성의 프로그램은 중단될 수밖에 없었던 것이다.²⁶⁾

제3절 ‘내지연장주의’의 해부

明治憲法에 의한 국가기구에 현교·밀교라고 하는 두 해석시스템이 있고, 그것이 점진적 국민형성 실현에도 기능하였을 것이라 가정한다면, 당연히 그 확대의 원리로서의 내지연장주의의 성격을 논함에 있어서는 이 견해는 유효할 것이다. 본절에서는 이를 사용하여 기존의 연구를 정리하려고 한다.

원래 내지연장주의라는 정책에는 가장 단순히 ‘外地’가 ‘內地’에 포섭되어

24) 久野收·鶴見俊輔, 앞의 책, 133頁.

25) 루이스·ヤング, 加藤陽子 外 譯, 『總動員帝國』(岩波書店, 2001) 참조.

26) 酒井哲哉, 『大正デモクラシー體制の崩壊』(東京大學出版會, 1992) 참조.

이윽고 궁극적으로는 '同化'되어 '渾然一體'될 것이라 기대하는 '心情'이 근저에 존재한다.²⁷⁾ 그러나 심정상 막연한 기대가 공유되어 있었다고는 하더라도, 어떠한 수단을 조합하여 어떠한 순서로 진행시켜 나갈 것인가, 그를 위해 어떠한 제도가 적당할 것인가 하는 문제에 관해서는 다양한 접근이 역사적으로 존재하였다. 그 분류를 위해 식민지 연구의 측면에서는 이미 山中速人或 駒込武에 의한 분석개념이 제시되어 있다. 우선 그 주요한 내용을 역사적인 근저에 입각하여 소개하겠다.

駒込에 의하면, '동화'를 기대하여 '내지연장주의'를 공통의 심정으로 갖고 있었다 하더라도, 다음과 같은 양극단의 접근이 정책의 우선순위에는 존재하였다. 하나는 '법 앞에서의 평등'을 부여하기 전에 그 조건으로서 민족적 상징(ethnic symbol)으로서의 천황숭배나 언어의 습득을 강요하는 방법이고, 또 하나는 우선 국가기구에의 참가나 공법상의 대우의 측면에서 '법 앞에서의 평등'을 보장하고, 그것을 통하여 문화면에서의 '동화'를 기다린다고 하는 접근이었다. 애초에 국민으로서의 통합 자체를 지향하지 않는 접근을 논의에 포함시키지 않고 있다는 결점이 지적 가능하나, 그에 대해서는 후술하기로 한다. 또 이 두 가지 접근에 전형적으로 제시된 바와 같이 '동화'를 촉진하기 위한 정책에는 헌법을 중핵으로 하는 공법상의 대우를 평등하게 해 나간다는 의미의 '國家統合' 차원의 정책과, 또 한편에서 국가주의적 이데올로기나 언어를 포함한 문화의 수용을 학교교육이나 신사참배를 통하여 행한다고 하는 '文化統合' 차원의 정책이 있었다. 그 두 가지 차원의 내부에서 세부적인 개개의 정책은 나뉜다고 하더라도, 둘을 어떠한 기본적 방침에 입각하여 체계화시킨 것인지를 분석하는 것이, 넓은 의미에서의 '내지연장주의', 즉 '동화정책'을 논하는 것이라고 간주되어 왔다.

27) '내지연장주의'의 궁극적 목표인 '동화'된 상태에 관한 연구로는, 고든의 정의가 유용할 것이라 생각한다. 사회적 동화라고 하는 것은 특정 종속적 개인 혹은 집단이 지배적 집단의 여러 특징을 잃어버리고 최종적으로 지배집단의 일부로서 수용되는 과정이며, 이는 7단계를 거쳐 진행된다. 제3단계에서 대규모의 통혼이 나타나며, 제7단계에서는 비로소 권력이나 가치의 갈등이 없어진다고 한다. 原尻英樹, 『在日朝鮮人の生活世界』(弘文堂, 1989), 6-8頁.

이상과 같은 연구의 틀이 상당한 설득력을 가지고 받아들여져 온 것은 사실이나, 그 배경에는 전술한 바와 같이 明治國家가 헌법체제 성립의 과정에서, 본래는 상반하는 밀교와 현교라고 하는 두 접근을 국민의식의 형성을 촉진시키기 위해 체계화하여 헌법체제로서 제도화하였다는 사실이 존재하였다고 생각할 수 있다. 이윽고, 帝國化된 본국의 국가와 사회의 구조적 결합에 두 원리가 동거하고 있었다는 것이, 제국으로서의 팽창에서도 상이한 확대적 국민형성의 접근을 낳았다고 할 수 있을 것이다.

역사적으로 본다면, 大正데모크라시 시기의 국정 운용은 민주주의, 즉 신민본위의 정치를 행하는 것이었다. ‘내지연장주의’를 가지고 새로운 영토를 통치하는 경우에도, 법과 제도상의 평등을 우선하여 정치적 경제적 욕구가 공정하게 실현될 것을 주장하고, 그 다음은 異民族이 갖는 전통적 문화나 관습에 대한 금지 없이 사회적 커뮤니케이션의 심화에 의해 ‘자연’히 그것이 없어져, ‘꺼림칙하고 뒤떨어진’ 것으로 도태되기를 기대하는 접근이 原敬에 의해 주창되었다. 즉 이 시기의 ‘내지연장주의’는 법제도상의 무차별대우를 동화의 수단으로서 중시하고 있었다. 原敬이 1918년에 작성한 『朝鮮統治私見』²⁸⁾에는, “조선도 내지도 완전히 동일한 제도를 시행하여야 한다고 믿는다. 즉 행정상 사법상 군사상 그의 교육제정의 점에서도 교육지도의 점에서도 완전히 동일하지 않으면 안 된다. 이를 동일하게 행하여 그리함으로써 동일한 결과를 얻을 수 있다는 확신을 들 수 있어야 한다”라고 서술되어 있다. 이러한 접근은 “점진적으로 明治國家를 모방”하여야 한다는, ‘동일한 제도’에 의해 ‘동일한 결과’, 즉 “‘衷良한 일본국민’에의 ‘동화’를 기대”한 것이었다.²⁹⁾ 原는 이전의 예로 오키나와의 경우를 자주 언급하며, 오키나와가 ‘內地同様’이 된 것과 마찬가지로 조선·臺灣도 될 수 있다고 종종 언명하고 있다.³⁰⁾ 제도에 무게를 두는 이러한 식의 내지연장주의의 필연적 결과로, 언어나 종교를 비롯한 조선 주민들의 전

28) 齋藤實文書, 929.

29) 春山明哲, 앞의 논문, 61頁.

30) 春山明哲, 앞의 논문, 63頁.

통적인 문화나 풍습에 대해서는 ‘禁止는 下策이고 淘汰가 上策’이라는 접근이 취해지게 되었다. 국가와 사회의 관계 차원에서 정리한다면 ‘국가통합’의 차원에서는 동일한 법제도를 채용하고, 나아가 ‘문화통합’을 제도면에서 진행시킨다면, 그 다음은 사회생활 측면의 단계에서의 통합이 예정조화적으로 자연스럽게 초래될 것을 기다리는 접근이라 할 수 있다.

그러나 제도의 힘을 수단으로 하여 동화를 추진하는 국면에서는, 직접 인간 ‘개인’의 내면심리에 공권력이 개입하여, 상징이나 표상을 조작하는 것을 수단으로 ‘동화’를 달성하고, 그런 후에 법제상의 평등대우를 부여하려고 한다는 주장이 ‘내지연장주의’라는 이름하에 주장되어 왔던 것도 사실이다. 이 경우에는 행정력을 이용한 문화상징의 조작이 ‘문화통합’의 중핵이 된다.

‘개인’의 내면심리에 공권력이 개입함에 있어, 첫째로, 가장 유력했던 것은 교육이다. ‘내지’에서 초·중등의 국민교육, 특히 군대교육은 천황의 절대적 권위, 절대적 주체로서의 성격을 국민 속에 철저히 스며들게 하고, 거의 국민의 제2의 천성으로 완성될 정도로 강력하게 작용³¹⁾하였다.³²⁾ ‘외지’에서의 교육이 모두 국민으로서 교화목적에 지향한 것은 아니라 하더라도, 기본적인 성격은 같았다.³³⁾ 특히 ‘皇民化’시기에는 보편적인 ‘문명’에 봉사한다는 성격은 극도

31) 久野收·鶴見俊輔, 앞의 책, 131頁.

32) 만일 교육이라고 하는 예방조치 중에 국민으로서의 ‘교화’에서 벗어나는 경우에는 不敬罪, 大逆罪, 朝憲紊亂罪, 치안유지법 그외 수많은 법률의 네트워크에 의해 큰 규모의 정치운동으로 발전하는 것을 미연에 방지하는 장치가 만들어져 있었다. 久野收·鶴見俊輔, 앞의 책, 135頁.

33) 그러나 아래의 저작에서는, 臺灣에서 일제시기에 행해진 교육이 일본의 민족적 도덕이나 전통적 가치를 내면화시킨다고 하는 의미에서 ‘민족’의 동화’를 강요하는 측면이 있었음과 동시에, ‘문명’이라 불리는 보편적인 지식을 소개하는 측면이 있었다는 점, 臺灣人에게는 후자가 보다 중요하였으며, 일제시기의 교육의 보급은 문명을 지향하는 臺灣人의 의사에 의해 비로소 실현된 것이라는 점이 주장되고 있다. 교육에 의한 문명 동화와 민족적 동화의 두 지향성은 ‘내지연장주의’의 일환으로 시행된 교육문화정책이 반드시 민족적 문화나 전통에 봉사하는 것만은 아니었다는 점을 시사하는 것이며, 이는 본문에서 주된 관심을 기울이고 있는 ‘법제’와는 별개로, 교육문화정책의 운용과 독자의 경향에 대해 교육의 내용에 입각한 연구의 중요성을 명백히 밝힌 업적이라 할 수 있다. 陳培豐, 『‘同化’의同床異夢』(三元社, 2001) 참조.

로 열어지고, 일본어나 신사참배가 강요되었으며 도덕적 가치의 중심에 자리잡게 되었다. 또 아동뿐만 아니라 사회인 교육이 중시되어, 집회나 국가적 의례를 위해 공권력을 사용한 동원이 행해졌다.

둘째로 공권력에 의한 상징조작이 행해진 대표적인 예는 천황 및 황족에 의한 ‘巡行’이었다. ‘신성한 상징’을 일본 내지뿐 아니라 北海道나 오키나와, 臺灣, 그리고 사할린이나 조선에도 각인시킴으로써 천황의 ‘자애로운 아버지’로서의 눈길을 민중 내면에 각인시키고, 국민으로서의 일체감을 급속히 조성해 가려고 하였던 것이다.³⁴⁾ ‘순행’이외에도 제국헌법의 반포나 시행기념일 등에 장대한 의식을 개최한 것은 황민화기에 접어들기 전부터 일반화되어 있었다. 이러한 의례 역시 상징을 내면화시키기 위한 문화교육정책에 포함된다.

이상에서 검토한 바와 같이 두 차원에서 정책을 정리하고 비중이나 우선순위를 논하는 틀은, 明治憲法 체제의 성격과 기묘하게도 닮아 있다는 것을 알게 된다.

이렇듯 넓은 의미에서의 ‘내지연장주의’ 즉 ‘동화정책’을 두 차원에서 나누어 생각한 것은, 大正시기의 ‘동화정책’과 그 후의 황민화기의 그것과의 차이를 각 지역이나 시대의 현실에 비추어 밝힌 점에서 큰 공헌을 하였다. 春山の 연구에서도, 原가 사용한 것과 같은 의미에서의 제도를 우선하는 내지연장주의가, 어느새 전시중의 소위 동화정책으로 변화해 갔는지 그 이유가 검토되어야 할 것³⁵⁾이라는 취지의 주장이 언급되고 있다. 감히 보충한다면, ‘법제’와 ‘문화’라고 하는 두 차원으로 나누어, ‘개인’과 ‘국가’의 관계를 논할 수 있는 배경에는, 明治憲法 체제 하의 특이한 국민통합의 구조가 존재하고 있다는 점이 주목되어야 한다고 생각한다.

결국, 지금까지의 연구 체계를 재정리한다면, ‘내지연장주의’는, 明治憲法の ‘밀교’적 해석 시스템, 다시 말하자면 입헌주의적 운용을 가능케 하는 성격을,

34) 若林正文, 「1923年東宮臺灣行啓と“内地延長主義”」, 國立臺灣大學歷史學系 編, 『日據時期臺灣史國際學術研討會論文集民國81年7月15日-17日』(國立臺灣大學歷史學系, 1993, 6) 참조

35) 春山明哲, 앞의 논문, 29頁.

‘민본주의’와 같이 외지의 민중도 포섭하여 전면에 내세우고 외지로부터의 합리적 정치참가요구에 길을 열어줌으로써 국민형성을 진전시켜 나가려고 한 ‘법제도 지향 내지연장주의’와, ‘현교’적 해석 시스템, 다시 말하자면 민중 ‘교화’라고 하는 이름 하에 통치권의 총람자로서의 천황과 그것을 지탱하는 일본의 에스닉적 의례나 전통적 가치의 수용을 언어나 습속과 함께 강요함에 의해 국민형성을 행하려고 한 ‘문화 상징 지향 내지연장주의’라고 하는 두 정책체계가 혼재하고 있었으며, 지역이나 시대에 따라 우선순위나 목적과 수단의 관계가 서로 바뀌면서 현실의 정책을 형성한 것이라 할 수 있다.

제4절 개인의 析出 이전의 舊慣세계

앞 절까지 ‘개인’과 국가가 결부되어 국민형성이 행하여져 가는 과정을 이론적으로 고찰하고, 그에 대응하여 일본제국의 중심부가 되는 明治國家에 있어 국민통합의 성격, 그 확장의 원리로서의 ‘내지연장주의’와, 이와 넓은 의미에서는 동의어로 사용된 ‘동화정책’을 현대의 시점에서 분석적으로 논하기 위한 연구들에 관해 과거의 연구를 정리하였다. 다음으로, 이상과 같은 분석들에는 어떠한 문제가 있는지, 첫째 ‘개인’대 국가라고 하는 틀에서, 다음으로 ‘국가통합’의 중핵이 되고 있는 ‘법제’의 내용에 대해 검토하고자 한다.

첫 번째 과제에 대해, 駒込가 제시한 연구들에서는, 법제도상의 대우를 의미하는 ‘국가통합’상의 ‘평등화와 차별화’를 세로축으로, 언어나 교육을 의미하는 ‘문화통합’상의 ‘차이화와 동일화’를 가로축으로 배치하고, 가로·세로 좌표축 상 직각으로 만나는 평면상의 어느 접점에 일찍이 실재하였던 담론·정책을 자리잡을 수 있을 것인가를 고찰하는 방법이 제시되고 있다. 이를 통해 각 담론이 어떠한 ‘동화정책’을 지향한 것이었는지를 논하려고 한다는 것인데, 문제는 이 두 좌표가 수학적으로 표현한다면 직교좌표로서 서로 독립한 것이라는 것은 한정된 조건 아래에서밖에 성립하지 않는다는 점이다. 일본제국 통치하의 ‘외지’ 사회 가운데 현지에 領有이전부터 거주해 온 주민의 ‘동화’를 논함에 있어서는 동화의 성격을 논해야 할 ‘개인’이 아직 구관이라 불리던 공동체로부터

석출되고 있지 않았다는 점을 무시할 수는 없다. 山中速人에 의해 최초로 제시된 모델은 먼저 국민통합과정의 분석에 의해 논하였던 것과 같이, 헌법에의 충성을 핵으로 하는 시민형의 국민통합에 의해 형성된 미국을 염두에 두고 있고, 다양한 에스닉 집단에 이미 귀속되어 있다고 느끼는 ‘개인’이 사회구조적인 대우나, 언어·문화의 취득에 의해 그 귀속의식을 잃기도 하고, 활발히 하기도 하는 다이내미즘을 포착하려고 하는 것이었다.³⁶⁾ 따라서 이 분석들에 의해서는, 계층적인 도덕·문화질서를 가지고, 그 문화나 도덕이 각종의 생산활동·정치활동과 긴밀하게 결합하고 있는 것처럼 보이는 구관세계로부터, ‘근대화’를 추진하는 지배집단이 바라는 것과 같은 내용을 갖는 ‘국민문화’를 잉태한 주체로서의 ‘개인’을 석출시키기 위해 어떻게 하면 좋을까 하는, 아마도 과거의 지배집단이 직면했을 법한 문제를 자리매김하기가 어렵다. 즉 山中의 틀에 있어서는 이미 민족적 문화와 의식이 내재된 ‘個’라고 하는 존재가 당연한 전제로 되어 있었으나³⁷⁾, 아직 그 ‘개인’은 구관이라고 하는 정치·경제·문화의 면에서 밀접하게 결합된 공동체 속에 잠들어 있던 상태였다.

애초부터 ‘구관’이란, 근대적인 의미에서의 ‘문화’와 ‘법제’가 각각 상호간에 독립하지 않고 밀접한 공동체적 관계에 기해 결합되며, 인간의 각 신분에 대응되는 규범을 산출해내는 세계이다. 즉, 두 변수를 독립한 것으로, 혹은 독립되어 있어야 하는 것으로 간주하고, 양 좌표축에 두는 것은 현대 시민사회적 가치를 무조건 과거에 소급하여 버리게 되는 경향이 있다.

본론에서는 구관세계가 문화로서의 언어나 종교, 경제·사회적인 면에서의 생산활동이나 의례, 그리고 정치상의 지배·피지배와 각인의 권리의무 등을 분리하기 힘든, 유기적으로 결합된 시스템이라는 점에 주목하고자 한다. 이 구관의 체계가 소위 공동체의 해체에 의한 ‘개인의 석출’에 수반되어 ‘개인’을 구성

36) 山中速人, 「朝鮮同化政策と社會學的同化 上·下」, 『關西學院大學社會學部紀要』 45·46(關西學院大學, 1982·1983) 참조.

37) 다만, 駒込도 이에 대해 일정 정도 주의를 기울이고 있으며, 근대화라고 하는 사회구조상의 불가역 변화가 일어나고 있다는 점, 그 가운데에 경제적 자본주의화도 포함되어 있다는 점을 언급하고 있다. 그러나 그 착상은 분석들에 반영되어 있지 않다. 駒込, 앞의 책, 18頁.

원으로 하는 근대사회로 질적으로 전화하는 것이다. 근대에서는 개인이 스스로를 주체로서 정립하기 위해 필요한 '문화'와 그렇게 정립된 '개인'을 평등하게 처우하는 '법제도'가 서로 독립하여 있었다. 구관이 상호 독립한 '문화'와 '법제'로 분기되어가는 과정이야말로 소위 근대화이며, '동화정책'은 그를 위한 정책이었다고 생각할 수 있다.

보다 자세히 설명해보자. '근대'에서는 개인이 '주체'성을 획득함에 있어 내면에 규범의식이나 리얼리티로서의 의미를 환기하는 장치로서 '모국어'로서의 언어, 근대적 의미에서의 개인에 있어서의 신앙('종교'), 그리고 '전통' 등의 단어에 의해 상징되는 '문화'가 필요했다. 한편으로는 그러한 문화를 자유로이 선택하고 스스로의 운명을 주체적으로 살려 내면의 자유를 가지게 되는 '개인'과 '개인'의 관계는, 중립적 '법제'에 의해 법 아래에서의 '평등'과 '個'의 '자유'를 원칙으로 보장하며, 그를 위한 최소한의 개입이 국가에 의해 행해지는 이외에는 개인의 자유의지와 계약에 의해 시민사회가 형성되는 것으로 되어 있다. 즉, '문화'와 '법제'가 상호 독립하여 있다는 것을 염두에 둔 모델이 유효하게 기능하고, 두 분석축을 수직으로 세우는 것이 가능하기 위해서는 국가권력과 대치에 있어 개인이 '공'법상의 평등을 보장받는 동시에, 그 법제도가 침투할 수 없는 개인의 '사'적 영역이 확보되어 그 '사'적 영역에서는—사인간에 분쟁이 일어난 경우의 사법권의 개입이나, 부의 불균형을 해소하기 위한 복지정책 등 근대에서 현대로 향하는 추세에서 확대되어 온 국가의 영역은 예외로 하고—국가의 개입이 배제되고, 개개의 자유의지에 기한 사회활동이 자유로이 전개되어 그것을 통하여 개인의 내면이 충족된다고 하는 상황이 규범으로서의 정당성을 획득해야 한다. 그것은 소위 내면과 외면이 분리된 근대적인 시민사회상에 대응하고 있으며 그것이 지금까지의 분석틀의 근저에 자리잡고 있었다고 생각된다.

이상과 같이 정리해 보면, '문화'나 '법제'의 사회적 기능은, 구관세계의 그것과 근대의 시민사회 및 근대국가의 그것과 비교하여 전혀 다른 것이 된다는 사실을 알 수 있다.³⁸⁾ 구관세계가 '근대주권국가' 및 '근대사회'의 방향으로 분기

되어 나가는 큰 세계사적 변화에 즈음하여, ‘문화’는 구관 시스템의 일부로서의 기능 및 공동체 내부의 경제적·사회적 위치를 표시하는 기능과 같은 이전의 기능으로부터 탈피하여, ‘개인’의 내면에 일정한 신조나 행동규범을 불러일으키며 개인이 취사선택하여야 할 근대적 집단에의 귀속을 보증하는 것으로 변질된다.

전술한 국민통합의 과정에 관한 두 모델에서 언어나 종교 등 에스닉적 상징의 조작에 의해 국민 형성의 범위가 단력적으로 변화한다고 논한 바 있으나, 이 역시 ‘문화’요소의 일부가 어느 집단에서만 공유되는 결과 그 집단의 안과 밖을 나눈다고 하는 전혀 다른 기능을 수행하는 것에 기인한다. 구관에 편입되어 있는 문화가 집단 내부에 있어 개인의 위치와 역할을 가리키는 지표로 뒀에 반해, 개인의 내면을 충족시키는, 실로 근대적인 의미의 문화는 그 개인이 귀속되는 집단을 그 외부의 집단으로부터 경계 지워 준다고 하는 별개의 기능을 수행하게 되는 것이다.

문화면에서의 기능전환과 동시에 법제의 면에서도 같은 변화가 발생한다. 소위 공법과 사법이라고 하는 두 체계가 생겨나는 이유도, 이러한 큰 근대적인 국가와 사회의 성립에 수반되는 변화와 무관한 것이 아니다. 구관세계에 있어 공동체의 해체를 논한 바, 최후까지 해체되지 않는, 혹은 극히 해체되기 어려운 인간의 굴레가 있다. 그것이 가족이다. 현대국가에 있어서도 근친상간이나 근친혼은 금기시 되고 민법상으로도 유효한 결혼을 구성하지 않는데, 그 근거를 전통이나 금기라는 이름의 관습 이외에서는 찾기 어려울 것이다. 근대사회에서 본래 상호 독립하여 서로 자유로운 결혼 등의 신분행위를 할 수 있는 것으로 상정되는 ‘개인’ 사이에서도, 어느 특정한 인간관계만을 ‘친족’으로 자리매김하고, 법률상의 규제를 친족간의 신분행위에 가하거나, 재산상속 등의 면에서 보호하거나 하는 것은 당연시된다. 그러한 의미에서 가족법의 규정은, 통

38) 문화가 갖는 기능의 구조적 전환에 대해서는 하버드 유학시절에 수강한 켈너 교수의 강의 수강을 통해 눈뜨게 되었으며, 저서를 통해 더욱 생각을 심화시킬 수 있었다. Ernest Gellner, *Nations and Nationalism*, Cornell University Press, 1983 참조.

상적 의미에서의 근대화에 의한, 공동체의 해체를 가족에서 멈추었다고 할 수 있다. 근친상간이 허용되지 않는다든지, 유산상속이 인정된다든지 하는 점에서 '개인'과 '개인'의 특수한 결합이 '사법'으로서 근대국가에 의해 승인되게 되는 것이다.

이와 같이, 어디까지나 '개인'을 주체로 하여 특수한 '구성'체로서의 가족을 자리매김하는 시각과, 구관에 속하는 전통적 단체의 하나로서의 가족을 보는 시각에는 본래 미묘한 차이가 있다. 그러나 중요한 것은, 사법상의 가족이라고 하는 존재가 국가전체에서 본다면 특수한 인간에게만 공유되는 종교나 언어 등의 문화나 전통과 긴밀하게 결부되어 있다고 하는 점이다. 공법에 의해 규정되는 국가의 영역 내부에는 다양한 특수한 사법의 영역이 여럿 존재하는 것도 이상하지 않다. 실제로 미국에서는 각 주가 독자적인 사법체계와 입법기관을 갖고 있으며 영국에서도 웨일즈, 스코틀랜드, 잉글랜드 모두 다 domicile이라고 하는 본적에 준한 특수한 관계를 개인이 보유하고 있다. 또 서로 다른 domicile 사이에서는 사법상의 행위여부 및 그 행위의 장소에 따라 결혼이나 상속 등의 민법상의 행위에 차이가 생긴다. 미국이나 영국 같은 커먼로 계열의 여러 나라에서뿐만 아니라 로마법을 계수한 실체법규를 보유하고 있는 대륙법계 국가 독일에서도 주(Land)별로 서로 다른 사법체계를 보유하고 있다.

각 사법영역에 걸치는 행위에 어떠한 법을 적용할 것인가 하는 일련의 문제들에 대응하여 법제의 면에서도 그 행위가 동일한 주권국가 내부라면 준국제 사법, 그렇지 않다면 국제사법이라고 하는 학문체계로 정비되어 있다. 개인의 신분행위나 경제활동으로 이루어지는 사적 행위는 국경을 넘어 이루어지기 때문에 그 행위가 발생한 장소나 어떤 국적이나 주소·domicile 등을 관계된 개인이 보유하고 있느냐에 따라 그 행위에 적용되는 사법을 선택하기 위해 설정된, 규칙을 위한 규칙이 국제사법이다.

따라서 국제사법에 있어서는 속인주의와 속지주의의 두 법률군을 나누는 사고방식이 존재한다. 속인주의는 사람이 법을 짊어지고 다닌다고 하는 원칙으로, 법과 사람을 묶어주는 것은 국적, 혹은 본적, domicile이다. 속지주의는 “로

마에 가면 로마법을 따르라”라는 법격언에서 상징되는 것과 같이 거주하고 있는 장소, 혹은 행위가 발생한 장소에 적용되고 있는 법을 적용한다고 하는 원칙이다. 국제사법의 발달 과정에서는 법을 속인법과 속지법으로 분류하기도 하였다. 속인법으로서 분류된 것이 혼인이나 상속에 관한 친족법·상속법이며, 사람의 사법상의 능력에 관한 법이다. 그럼에도 불구하고 현대에 있어서는 이러한 법규를 두 체계로 분류하는 것은 이미 행하여지지 않고 있다.³⁹⁾ 구체적인 사건마다 각각 적용될 준거법을 주소나 국적, 행위가 발생한 장소, 당사자의 의지 등을 기준[連結素]으로서 판정해 가는 방법이 사용되고 있다. 그러나 여전히 친족, 상속에 관한 규정은 속인주의적 경향을 가지며, 속지적 체계를 가지는 공법질서와의 사이에서 국제결혼이나 교육, 신앙 등의 면에 있어 갈등을 낳고 있다.

국제사법이 유효하게 기능하는 세계는 사법이 기능하는 그러한 영역이 상호간에 근대적인 국가와 사회에 의해 운영되는 것을 원칙으로 하고 있다. ‘문명’과 ‘야만’으로 상징되는 근본적으로 이질적인 세계끼리의 관계에 있어 그것이 동일하게 기능하는 것은 기대하기 어려운 것이다. 식민지제국 내부에서의 법제의 문제는 사실 그러한 구관세계와, 공법질서와 사법질서를 나누어 보유하는 근대세계와의 마찰에 수반되는 문제이며, 단순히 ‘법제상의 평등’으로서 일괄하는 것은 불가능하다. 그러면 어떻게 그러한 일련의 문제들을 처리하기 위한 개념을 수립하면 좋겠는가. 실은 그 문제가 기존연구의 다음과 같은 문제점과 관계되는 것이다.

제5절 국가기구와 법 앞에서의 평등 관념

기존연구의 두 번째 문제는 ‘국가통합’이라고 하는 개념 속에 본론에서 전술한 ‘법제도 지향 내지연장주의’가 염두에 둔 공법상의 대우라는 의미와, 사법이나 공법의 틀을 넘어서 ‘법 앞에서의 평등’이라는 관념이 함께 포함되어 있다

39) 자세한 설명은, 山田謙一, 『國際私法』(有斐閣, 1992), 37-45頁.

는 점이다. 이러한 점으로부터 공법상의 대우를 동일화하고 사법체계와 연동시키기 위한 법질서 일반 및 그것을 운용하는 제국 내부의 국가기구 자체의 구조에 대한 의문의 제기 없이, '법 앞에서의 평등'이라고 하는 관념을 그대로 프랑스와 같이 단순한 구조를 갖는 중앙집권적 국가기구에 투영하게 되었다. 그러나 현대의 '다민족국가'나 '1국 2제도'를 갖는 국가 내부에서는 공법질서와 사법질서가 중층적으로 결합된 법질서를 보유하고, 예컨대 서로 다른 자치공화국 혹은 특수영역 하의 제도에 개인이 놓여지며, 언어나 종교 등의 사법의 면에서, 또 공법의 면에서도 거주나 정치참가에 관한 일정 차별이 행하여지고 있다 하더라도 그것이 합리적인 한 '법 앞에서의 평등'과 모순되지 않는다. 일본제국의 내부에서도 이러한 법 앞에서의 평등이라는 관념이 적어도 법치주의적 의미에서는 정책결정자의 주관 속에 존재하고 있었으며, '외지' 출신이라 하더라도 '내지'에서의 畜留를 인정받는다면 중의원의원 선거권의 행사가 가능하고, 그 반대로 '외지'에 가면 비록 '내지인'이라 할지라도 선거권 행사가 불가능했던 사실은 잘 알려져 있다. 그러나 본 논의가 이러한 점을 과대 해석하여 제국법제를 안이하게 긍정하려고 하는 것이 아님은 물론이다. 문제는 이러한 제국법제와 그것을 운용하는 국가기구의 구조를 (臺灣) 本島人, '조선인', '내지인'을 생성·성립시키는 관습이나 사회적 제도와와의 관계로부터 묻는 것, 즉 제국에 의해 편성된 각 지역의 중층적 법제도가 제국 전 영토에 각각 분산된 에스닉 집단에 어떠한 사회적 관계를 생성시켰는가를 중심으로 전체적 구조를 논하고, 법 앞에서의 평등이라고 하는 관념을 구체적인 법제도를 본격적인 논의의 장위에 올려놓고 묻는 작업 없이는 '국가통합' 혹은 '법제상의 평등'을 논할 수 없다고 하는 것이다. 결국, 법제도가 어떤 영역에서 다르다고 하더라도 그것이 다원사회를 지탱하는 경우가 있는가 하면, 차별적 식민지 지배를 정당화하는 경우도 있다고 하는 것이다.

이 새로운 물음은 앞에서 언급한 국민형성의 과정과 깊은 관계가 있다. 즉 앞에서 논의한 결과로 제출된 '법제도지향 내지연장주의'에 의한다면, 1국 2제도적인 국가기구의 재편을 지향할 것인가, 그렇지 않으면 단순한 동심원적 확

대에 의해 ‘외지’를 단순형의 국민국가의 지방으로서 편입할 것인가 하는 국가 기구 재편의 서로 다른 접근을 논하는 것이 불가능하다. 국민의식의 형성을 촉진하기 위해 적극적으로 공법상의 대우를 평등화하는 과정에서도 각 지역 내에서만 균일한 속지주의적 공법을 정비하고 정치참가를 포함한 다양한 문화적 기원을 갖는 ‘개’인과 사회 전체의 관계를 규정하는 작업과, 지역끼리의 관계에 공법상의 질서를 부여하는 작업은 분리하여 생각할 필요가 있다. 그렇게 한다면 선택지의 하나로서 제국 차원의 속지적 공법을 본토 공법체계의 확대로서 정비해 간다고 하는 접근이 있고, 대체로는 그것이 ‘법제도지향 내지연장주의’였다고 대체로는 자리매김할 수 있으나, 공법의 내용이나 사법과의 경계를 논하는 것은 불가결하다. 본고는 이상과 같은 관점에서 공법체계의 내부로 파고 들어, 법 앞에서의 평등이라고 하는 관념과 분리하여, 실제 중층적 제국법제의 내용을 제2장에서 논하도록 하겠다.

제6절 문화와 법제의 관계

근대세계에서 ‘문화’와 ‘법제’가 어떻게 기능하고 있는가 하는 문제를 구관 세계와의 차이에 입각하여 논하였는데, 마지막으로, 이 양자가 어떠한 관계를 맺고 있는가에 관하여 논하려고 한다. 구관세계에서 양자가 유기적 관계에 의해 결합된 공동체를 형성하고 있었다는 것은, 예컨대 상투 모양이나 언어에 의해 봉건사회 내부의 신분, 즉 ‘차별’의 기준이 일목요연하게 드러난 것에서 보듯이 분명하다. 이와 달리 근대세계에서는 양자는 상호 독립하여 公의 세계에서 행동이나 법령과, 프라이버시로서 지켜야 할 사적세계는 분리된다. 그러나 구관세계에서의 문화와 법제도는 또 다른 의미에서 여전히 완전한 독립변수는 아니다. 왜냐하면, 근대세계가 국경에 의해 구분되는 주권국가로 분열되고, 그에 대응하는 국민문화가 존재하고 있는 한, 문화적 측면에서의 언어나 습관·종교 등의 객관적 요소가 개인에게 수용됨에 따라 주관적인 개개인의 내면이 형성되고, 그것이 국적을 갖고 국어를 사용하는 해당 국가에 대한 충성심의 기준으로 간주되어, 법제도상의 대우나 법을 만들고 운용하는 정치참가의

기준이 되기 때문이다. '국민'이 '국가'의 주권자인 한, 국민으로서의 일반의지의 형성을 낳기 위해 사람들은 국가에의 충성심에 있어 일체여야만 한다고 생각할 수 있고, 그 때문에 언어의 표준어화를 비롯한 문화의 통일이 불가결한 것으로 여겨져 왔다.⁴⁰⁾

이러한 기능을 수행하는 '국민문화'를, 아동이나 사회인을 대상으로 하는 교육이나 비공식적인 행정적 방법을 동원하여 침투시켜 갔던 것이 소위 '동화정책'이었다는 것⁴¹⁾은 말할 필요도 없다. 근대일본제국에서도 문화적 지표에 해당하는 소위 '民度'에 의해 지방자치제도 시행이나 국정선거와 같은 공법상의 대우에 차이가 발생한다는 관념이 일반화되어 있었다. '국민문화'라고 지정된 것을 어떻게 다룰 수 있는가에 지나지 않는 외면적인 기준이라 하더라도, 그것을 '동화'의 정도 여하에 관계되는 것으로서 법제상의 '평등'보다 우선적으로 중시하고, 그 문화를 상징으로서 적극적으로 수용시키려는 사회적 유도를 행하려 하는 접근을 '문화상징지향형 내지연장주의'로 본론에서는 자리매김하였다. 이는 공법상의 평등화 전에 이러한 교육이나 사회정책을 중시하려 하는 태도이다. 즉 구관세계로부터 '국민의식'을 보유하는 주체로서의 개인을 석출한다고 하는 목적은 같다고 하더라도, 수단이 다르고, 법제상의 대우가 '국민문화'의 수용 여하에 따라 영향을 받는다고 하는 것이 되어 구관세계의 신분질서를 방불케 하는 것이 되었다.

이러한 접근이 거꾸로 문화적 경계를 정치화시키는 계기가 되었다는 것도 추측하기 어렵지 않다. 그러한 사태에 즈음하여서는 제국의 중심에 위치하는 '민족'으로부터의 상대적 박탈감을 정치적 수단으로 해방시키려는 각성한 이민족으로서의 '개인'이 등장하게 되는데, 그러나 그 식별은 실제로는 그렇게 간단하지는 않았다.

식민지사회에서는 구관으로부터 석출되어 온 '개인'이 식민자의 문화와 토착문화의 혼합에 의해 모자이크적인 주체로서 성립하는 예가 종종 있어 왔다.

40) 平野健一郎 編, 『國際文化交流の政治經濟學』(勁草書房, 1999) 참조.

41) 石田雄, 「同化政策と創られた觀念としての日本(上・下)」, 『思想』 참조.

예를 들어 학교나 직장에서 사용하는 언어와 가정에서 사용하는 언어가 다르기도 하고, 본처는 臺灣人 처를, 첩은 일본내지인 처를 동시에 갖는 臺灣 현지의 臺灣人 엘리트가 등장하게 된 경우가 이에 해당한다. 이쯤 되면, 개인의 행동양식에 지나지 않는 ‘습관’이나 ‘언어’라 하더라도, 특이한 혼합에 의해 개인에 수용된 경우, 근대적인 본국의 사회로부터도 구관세계로부터 변화도상에 있는 현지사회로부터도, 전면적으로는 받아들여 질 수는 없었다. 근대적인 토착 엘리트임에 틀림없는 사람들이라 할지라도, 실제로 식민자들의 입장에서는 내면의 충성심이라고 하는 주관적인 구조를 의심하고, 현지사회에서는 이들이 소외된다고 하는 사태가 발생해버린다. 즉, 개인을 형성하는 내면의 문화가 기원을 거슬러 올라가 보면 각 전통적 집단으로 나뉘어 있고, 게다가 그러한 집단이 근대세계에 있어서도 이질적인 국민이기를 지향하여 갈등을 낳고 있는 경우에는, 개인 내면의 갈등은 심화되고 더욱이 법제상으로도 불확정한 지위에 놓일 수밖에 없다. 근대적 현지 엘리트를 우대해야 할 것인가 우대한다고 하면 어떠한 제도로 할 것인가, 반대로 위험한 존재로서 일정한 배제를 행하여야 할 것인가, 그것은 반대의 효과를 초래하지는 않는 것인가 등, 입법의 면에서 또 실제 사법의 면에서의 문제가 생겨난다.

이상과 같은 문제는 구관이라고 하는 공동체로부터 개인을 주체로서 석출시키기 위한 일종의 사회공학적 성격을 갖고 있다. 기존의 제국의 입장에 부합하는 의식을 갖는 개인이 되도록 공·사법 및 사법기구의 준비를 행하고, 법제상의 동일대우에 의해 권리의무를 공유하는 시민적 연대의식에 호소하고, 그것을 이용하여 국민형성을 진전시켜 나간다고 하는 접근이 가능한가 하면, 문화상징을 교육에 의해 침투시키는 것을 우선시하는 접근도 가능하다. 개인이 어느 정도까지 일본과 臺灣의 각각의 전통적 문화요소를 절충·통합한 성격이나 행동양식을 보유하고, 어느 정도까지 국민으로서의 충성심이 기대되는가 하는 점이, 법을 제정하는 입법자의 주요한 관심이 된다. 이 경우, 입법자를 포함한 지배자도 피지배자도 함께 법 앞에서는 평등하다고 하는 관념을 둘러싸고 이를 단순한 국민형성을 위한 전략으로서 활용하려고 하는 움직임과, 그 관념에서

서 현실의 국가기구나 법제도의 변혁을 실현하려고 하는 움직임 사이에서 갈등이 발생하는 사태도 상정할 수 있다.

또, 구관세계를 박차고 나온 근대적 엘리트가 변화하는 전통적 사회와 단절되지 않고 귀속을 유지해 가는 것이 가능한가, 한 발 앞서 근대적인 변용을 마친 직후의 일본 내지사회에 어느 정도 수용되고 귀속될 수 있는가 하는 과제는, 법제적인 대우 면에서의 급속한 정비에 대한 문제로 제기되었을 것이다.⁴²⁾

이상으로 문화와 법제의 근대적인 재편, 양자의 근대적 식민지통치에 얽힌 특수한 관계, 그것이 야기한 구체적 문제군을 논하였다. 이러한 분석개념상의 정리와 문제군을 염두에 두면서, 다음으로 공법과 사법에 걸친 제국의 법질서의 동태적 구조, 그리고 법을 제정하고 실제로 운용하는 국가기구 그 자체의 구조를 알아보기로 한다.

제2장 日本帝國에 있어 법질서의 구조

일본제국 법제를 논할 때에는 明治憲法 체제 하에서 최초의 새로운 영토가 된 臺灣을 통치하기 위한 기본법제 및 그것과 내지법제의 접속의 문제, 또 이와는 별도로 식민지 국가기구와 본국의 국가기구의 관계의 문제 등, 정리하자면 臺灣통치체제의 구조라고 부를 수 있는 문제를 피하고 지나갈 수는 없다. 이 양자가 결부되어 표면화된 것이 臺灣통치에 관한 기본법의 문제였다. 기본법이라고 하는 것은 국가권력의 구조를 규정하고 입법에 대한 관할권한을 어느 국가기관이 보유할 것인가, 행정과 사법은 어느 기관이 담당하고 각각 어떤 시스템에 의해 어디까지의 범위를 담당할 것인가를 규정한다. 이 기본법을 明治憲法과 어떤 관계에 둘 것인가, 明治憲法과 직접 관계를 갖지 않는 기본법으로 할 것인가, 그렇지 않으면 明治憲法에 法源을 두는 형태의 기본법으로 할

42) 1940년대에 들어서 시작된 총동원의 시기에는 토착사회로부터도 식민본국사회로부터도 받아들여지기를 거부당한 비참한 '천일과'의 사례가 발생하고 있다. 宮田節子, 『朝鮮民衆と'皇民化'政策』(未來社, 1985) 참조.

것인가를 둘러싼 논쟁이야말로 ‘六三法 문제’이다. 제1절에서 이 논쟁에 입각하여 입법관할권과 ‘法域’의 문제를 구별하면서 논한 후, 제2절에서 그에 수반되어 생겨나게 된 제국내의 공법질서와 사법질서의 중층적 과도적 성격에 관해 정리해 가기로 한다.

제1절 입법관할권을 둘러싼 논쟁

臺灣에 대한 통치체제의 구축에 있어 최초로 문제가 되었던 것은 明治憲法이 臺灣에 시행되고 있는지 여부의 문제였다. 이 문제에 대해서는 이미 상세한 연구가 이루어져 있는 듯 보이지만, 국가기구의 구조적 이해를 위해 필요한 ‘법역’의 개념을 이해하기 위해서는 아직 불충분한 점이 있다. 과거의 선각적 연구 업적을 되짚으며 문제점을 제시하도록 하겠다.

明治憲法の 臺灣시행 여부에 대한 문제는 청일전쟁 직후, 당시 伊藤博文 수상으로부터 사법상 고문으로 고용되어 있었던 외국인 미셸 르봉에게 자문 의뢰된 것이었다.⁴³⁾ 당시 伊藤는 제2차 伊藤內閣의 수반으로서, 또한 내각에 설치된 臺灣사무국의 총재로서, 臺灣통치체제의 구축에 착수하고 있었다. 이 과제에 대한 르봉의 기본적 견해는 다음과 같은 것이었다.⁴⁴⁾

① 明治憲法은 그 시행구역을 명시하고 있지 않으나, 헌법 반포의 칙어에서 사용된 ‘八州의 民’이라는 말로부터 추론해 보면 반포시의 영토가 시행구역이다. 따라서 천황의 대권은 신영토 臺灣에서는 헌법에 의한 제한을 받지 않는다. 그러므로 천황은 제국의회의 협찬을 거침이 없이 臺灣에 관한 법률을 제정할 수 있다.

② 한편 헌법은 국가기관 운용의 근본을 규정하는 것으로, 일본의 영토에 해당한다면 그 신구를 불문하고 적용되어야 한다. 그러므로 식민지에 관한 입법

43) 春山明哲, 앞의 논문, 3頁.

44) 春山明哲, 앞의 논문, 4頁.

ミシエル ルボン, 『遼東及臺灣統治ニ關する答議』, 伊藤博文 編, 『秘書類纂 18 臺灣資料』, (明治百年史叢書, 原書房, 1936, 399-409頁(복각 1970년, 이하에서는 『秘書類纂』이라고만 표시함).

은 모두 제국의회의 협찬을 필요로 한다.

결국, 제국의회의 협찬을 거치지 않고 천황이 臺灣이라고 하는 영역에 적용되는 법률을 단독으로 작성하는 것, 즉 헌법 중의 법률사항을 명령에 의해 규율하는 것은 ①에 의하면 '합헌'이며 천황은 무제한 권력을 가진 절대전제군주로서 臺灣에 군림하게 된다. 그러나 이는 ②에 의하면 '위헌'이고 천황은 어디까지나 제국의회의 협찬을 거치지 않고서는 臺灣에 적용될 법률을 반포할 수 없으며 칙령으로도 이를 행할 수 없다.

이러한 두 해석이 생기는 이유가 제1장에서 언급한 '현교'와 '밀교'라고 하는 明治憲法 체제 해석의 시스템에 대응하고 있다는 것, 그것이 明治憲法과 천황의 어느 쪽을 우월한 존재로 볼 것인가 하는 근본적 문제와 관련되어 있다는 점이 중요하다. (르봉의) 답신에서는 ①, ② 어느 쪽도 헌법해석으로서는 합리적이라고 하고 있다. 이 문제가 단순한 헌법해석 문제가 아니라 정치문제였다는 점은 명확하지만, 감히 법학적으로 설명한다면, 이는 臺灣에의 明治憲法 적용 여하의 문제이다. 즉 臺灣통치의 기본법을 이루는 규범의 법원으로서 明治憲法을 택할 것인가 그렇지 않으면 천황이라고 하는 초법규적 존재가 보유하는 절대권력을 택할 것인가 하는 선택의 문제였다고도 할 수 있다.

헌법해석의 문제를 떠나 현실적인 정책제언으로서 고용 외국인 법률 고문이 추천하고 있는 것은 "...장래에 있어 제국의 하나의 縣으로..."로 하는 한편,⁴⁵⁾ 당면 정책으로서 ①의 해석에 기해 천황대권에 의한 입법을 가능케 하는 것이었다. 明治憲法 상으로는 의회의 협찬 없이 입법행위는 행할 수 없었으나 신영토에 대해서는 '현교'를 가지고 임하여 입법적 행위를 천황단독으로 행하는 시스템을 제언했다고 할 수 있다.

이상의 답신에 제시된 신영토의 통치방침은 정부의 방침에 어떠한 형태로 반영되었는가. 당시 原敬는 외무차관이자 臺灣사무국 위원을 겸무하고 있었으며, 1896년 초에 사무국에 제출한 「臺灣問題二案」⁴⁶⁾에서는 앞의 답신을 참고

45) 石井寬治, 「問題提起」, 『社會經濟史學』(1985), 8頁.

46) 「臺灣問題二案」, 明治 29년 2월 6일, 『秘書類纂』, 33頁.

로 하여 原가 비슷한 근본방침을 제기하고 있음을 알 수 있다. 原는 臺灣을 ‘식민지’로 간주하는 甲案과 그렇게 보지 않는 乙案을 제시한 후, 乙案을 긍정 하면서 “乙案에 의할 때에는 독일의 ‘알사스·로렌’에서와 마찬가지로, 또는 프랑스의 ‘알제리’에서와 마찬가지로 臺灣총독에게는 상당한 직권을 수여한다고 하더라도 臺灣의 제도는 가급적 내지에 가깝게 하고 결국은 내지와 구별 없는 정도에 이를 수 있도록 할 것”⁴⁷⁾이라는 의견을 제시하였다. 原는 이에 대하여 우선 육·해군의 軍務와 우편전신 및 세관사무를 본토의 주무성 직할로 할 것을 2월 2일의 臺灣사무국회의에서 주장하였으나, “다수의 의견은 이에 동의 하지 않음”이라고 그 날의 일기에 적고 있다.⁴⁸⁾ 이 직후 3월에 臺灣의 기본법제를 규정하는 법률, 소위 六三法이 제9의회에서 제정되었다.

이 법률은 臺灣에서 시행되는 법률에 관한 법률이며, 臺灣總督의 지위에 헌법적 시스템을 부여하여 입법관할권의 소재를 정한 것이었다. 여기서는 입법권이 행정관인 臺灣총독에게 위임되어 있었으나, 臺灣총독은 단독으로 법률을 대신하는 명령을 헌법상 유효하게 발할 수는 없었으며, 臺灣총독부 평의회의 의결을 얻어 본토 행정부의 대신인 拓植務大臣의 실질상의 결계를 받아 ‘勅裁’를 얻는 것으로 되어 있었다.

이러한 형태로 입법관할권의 행사에 관여되는 국가기관의 관계가 정해진 것은 앞의 ①과 ②의 입장을 절충하여 본토의 내각과 臺灣의 총독부가 서로 의지를 합치시킴으로써 천황의 명에 의해 행정부 전체가 제국의회에 대신하여 입법권을 행사하는 것이 가능해졌음을 의미한다.⁴⁹⁾ 그 결과, 臺灣의 법률사항은 총독의 울령에 의해서도 규정될 수 있게 되었다.

그러나 제국의회의 臺灣에서의 입법권이 전적으로 배제되지 않고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 제국의회는 臺灣에 시행할 것을 목적으로 하는 법률의

47) 春山明哲, 앞의 논문, 23頁.

48) 原圭一郎 편, 『原敬日記 第1卷』(福村出版, 1965), 230頁.

49) 檜山幸夫, 「臺灣總督の律令制定權と外地統治論」, 『臺灣總督府文書目録(4)』(4)まに書房, 1998), 472頁.

작성 권한을 여전히 보유하고 있었다. 1896년 4월부터 六三法이 시행되어 유효 하였던 기간, 즉 1907년 1월의 三一法 시행까지, 臺灣총독부 관리나 군인의 은 급에 관한 법률, 臺灣에 새로이 설치된 관청인 臺灣회계검사원이나 臺灣은행, 사업공채에 관한 법률이 도합 14건 공포되어 있었다.⁵⁰⁾ 결국 입법권은 분할되어 일부는 臺灣총독과 내각에 위임되어 법률에 대신하는 명령인 율령을 공포 하는 권한이 주어진 한편, 제국의회가 臺灣의 예산이나 관리의 대우에 관한 법률을 제정하는 권한은 유보하고 있었던 것이다. 본토의 예산이나 세출에 직접 관계되는 문제가 있었기 때문이었다. 이는 전술한 原의 내지연장주의가 부분적으로 반영된 결과라 할 수 있을 것이다.⁵¹⁾ 또 다른 본토의 법률에 관해서는 적당히 칙령에 의해 臺灣에서 시행될 것이 六三法 5조에 규정되어 있었다. 이러한 입법권의 분할 기준은 예산이나 통치의 근본구조에 관한 것인지 여부라고 생각할 수 있다. 즉 그에 관계된 것은 제국의회, 그 이외의 신민의 권리 등에 관계되는 부분은 총독부를 포함한 행정부라고 하는 식으로 분할되어 있었으며, 明治憲法の 臺灣에서의 부분시행설도 여기에서 비롯되었다고 생각할 수 있다.

그러나 이러한 문제의 처리는, 다음 시대에서 입법관할권을 둘러싼 문제를 낳게 되는 결과를 초래하였으며, 총독의 율령과 내지의 법률이 법에 저촉되는 경우에 어느 쪽이 우선할 것인가, 총독이 정하는 율령과, 제국의회가 臺灣에 당연 적용될 것을 전제하여 제정하였거나 臺灣에서 시행할 목적으로 제정한 법률은 어디에서 하나의 선으로 만나는가 하는 문제가 발생하게 되는 것이다.⁵²⁾ 臺灣 領有 시기에 작성된 六三法이 限時法이었다는 사실이 상징하는 것

50) 外務省 편, 『外地法制誌2 外地法令制度の概要』(文生書院, 1990[복각판]), 180-181頁.

51) 山本有造, 「日本における植民地統治思想の展開(1)」, 『アジア經濟』 32-1(1991), 5-6頁.

52) 六三法이 개정된 1906년(明治 39)의 법률 제31호에서는 臺灣에 시행한 법률과 臺灣에 시행할 목적으로 제정한 법률, 그리고 칙령에 대해 臺灣총독이 제정하는 율령은 그들에 위배할 수 없다고 제한이 설정되었다. 나아가 1922년(大正 11) 1월부터 시행된 법률 제3호에서는 내지법 시행을 원칙으로 하게 되었다. 外務省 編, 『外地法制誌5 日本統治50年の臺灣』(文生書院, 1990[복각판]), 62-67頁(이하에서는 『日本統治下50年の臺灣』이라고 표시함). 三一法の 제정 과정에서는 臺灣의 법률사항을 모두 칙령에 위임한다는 계획도 原敬에 의해 제시되고 있

처럼, 당시의 내지연장주의는 아직 확고하게 확립된 이념이 되어 있지는 못했다. 식민지 통치정책이 잠정적인 것이 아니라, 본격적으로 하나의 체제 위에 확립되어 가는 것은, 臺灣 영유로부터 약 15년 후, 한일합병 무렵이라고 하는 설⁵³⁾도 있다. 臺灣 영유 당시에 原敬나 伊藤에 의해 제시된 내지연장주의는 아직 원대한 이상이라고 하기보다는 ‘心情’에 지나지 않았다고 할 수 있다. 그러나 한시법에 의해 잠정적으로 도입된 臺灣총독의 위임입법권은 충분히 다른 원리를 따르는 기본법제의 기반이 될 수 있을 것이었다. ‘特別統治主義’라 불리는, 臺灣을 본토와는 전혀 별개의 기본법제 지배하에 둔다고 하는 정책체제가 後藤新平나 岡本參太郎를 중심으로 제시된 사실이 이를 대변한다.⁵⁴⁾

이 시기의 臺灣통치 플랜에서는 두 입법관할권이 절충되거나 기능적으로 조화되지 않았기 때문에 이윽고 1906년(明治 39)의 법률 제31호가 제정(이듬해부터 시행)된 시점에서 정리되고, 臺灣총독부가 중심이 되어 발하는 명령은 “臺灣에서 시행되는 법률 및 특히 臺灣에서의 시행을 목적으로 제정되는 법률 및 칙령에 위배될 수 없다”는 규정이 성립되었다.⁵⁵⁾ 통칭 三一法이라고 하는 이 법은 5년의 한시법이었으나 3회의 연장을 거치게 되고, 1922년 1월부터 시행된 법률 제3호에 이르러서는 시행기간은 무기한이 되었으며, 내지의 법률을 칙령에 의해 臺灣에 시행한다고 하는 원칙이 확립되었다. 결국 臺灣총독의 위임입법권은 제국의회의 입법권에 종속된다고 하는 원칙이 규정된 것이다. 그러나 여전히 총독은 법률이 없는 경우 또는 臺灣의 특수한 사정에 의해 필요한 경우라는 조건부로 입법권을 행사할 수 있었다. 특수사정에 의한 臺灣의 독자적 입법 필요성을 판단하는 것이 총독과 내각인 한, 실체는 그다지 변화하지 않았다

며 지금까지의 연구에서는 그 중요성이 간과되고 있다. 제정과정에 관해서는 春山明哲, 앞의 논문, 36-39頁을 참조.

53) 石井寬治, 앞의 논문, 710頁.

54) 春山明哲, 「臺灣舊慣調査と立法構想」, 『臺灣近現代史研究』(1988), 95-101頁. 明治憲法에 한장을 추가하는 계획, 그리고 이를 위한 詔書案까지 작성되어 있다.

55) 또 臺灣 총독부 평의회는 의결을 얻는다는 조건도 臺灣총독부 입법권의 행사요건에서 제외되었다. 『日本統治下50年の臺灣』, 63頁.

고 하는 비판이 당시에도 쏟아졌던 점⁵⁶⁾에서 보아도 제국의회의 臺灣에 대한 입법관할권은 완전한 것이라고는 할 수 없었다.

제2절 帝國 내의 '法域'과 공법체계

이렇듯 臺灣총독부를 중심으로 한 행정부와, 제국의회 사이의 입법관할권을 둘러싼 상극 속에서 형성되어 온 제국법제의 구조란 어떠한 것이었을까. 실제로 그 구조는 과도적인 성격을 벗어나지 못한 채⁵⁷⁾ 총동원법제로 이행되어 제2차대전 패배에 의해 해체된다. 그 과정의 본격적인 해명과 복잡한 問題群이 어떻게 얽혀 현대에 이르렀는지에 관해서의 歷史縱斷的 정리는 별도의 논의로 다루고 있는 중이나, 우선 전후 일본에서 외무성이 편성한 자료인 『外地法制誌』에 의해 통상 알려져 있는 한도에서, 종전시 제국법제의 구조를 입법관할권과 법역에 주목하여 고찰하기로 한다.

제국법제의 구조를 이해함에 있어 중심이 되는 개념은 '법역' 및 그것을 개별 법률마다 철폐하기 위한 요건으로서의 위치를 갖고 있는 '칙령에 의한 법률의 시행'이라고 하는 제도이다.

조선과 臺灣에 있어 제국법제의 중요한 특징은, 내지에서 제국의회의 협찬에 의해 제정된 법률이, 당연히 적용된다고 간주되는 법률 및 외지에 시행할 목적으로 제도화된 법률의 두 경우를 제외하고는 외지에는 적용되지 않는다고 하는 것, 즉 원칙으로서 내지와 외지는 그 '법역'을 달리한다고 하는 점이다.⁵⁸⁾ 외지에서는, 내지에서 법률 이외로는 정할 수 없는 사항이 당해지역의 행정장관, 즉 총독이 발하는 制令(조선), 律令(臺灣)에 위임되어 있었다. 그러나 앞에

56) 若林正丈, 『臺灣抗日運動史研究』(각주 1), 63頁.

57) 共通法이라 불리는, '법역' 간의 범질서를 정한 법률이 1918년에 제정되었을 때, 그 기초에 즈음하여 중심적 인물이었던 山田三郎은 공통법이 과도적인 성격을 갖는다는 점을 전제하고 있었다. 그러나 공통법은 폐지되기는커녕, 더욱 중요성이 높아지는 가운데 일본제국은 종언을 맞이하였다. 그러나 제국시대에 법역 간에 걸친 신분관계에 의해 출생한 사람들이 생존하는 한, 이는 완전히 효력을 상실하였다고는 할 수 없다. 山田三郎, 『共通法案に就いて(一)·(二)』, 『法學協會雜誌』, 36·4·6(1918).

58) 山崎丹照, 『外地統治機構の研究』(高山書院, 1943), 306頁.

서 말한 바와 같이 제국의회도 여전히 법률을 제정할 수 있었기 때문에, 두 입법권 사이에서 충돌이 일어나는 구조가, 1906년에 제정·공포되고 다음해 1월부터 시행된 三一法의 시기까지 존재하고 있었다.

이러한 입법관할권의 2원적 구조는, 제국의회가 臺灣을 대상으로 제정한 법률에 위반되는 율령을 臺灣총독은 제정할 수 없다고 하는 三一法 제5조에 의해 조정되게 되나, 이러한 이원적 입법권의 결과로서 조선과 臺灣에 적용된 규범에는 세 종류가 생겨났다. ① 법률, ② 칙령, ③ 제령(조선) 혹은 율령(臺灣)이 그것이다. ①의 법률은 또다시 3종류로 구별되는데, 첫째로 본래 내지를 대상으로 제국의회의 협찬을 거쳐 제정된 법률 중 내각의 손을 거친 칙령으로 그 일부 혹은 전부를 외지에 시행한 법률, 둘째로 제국의회의 협찬을 거쳐 제정된 법률을 그대로 외지에 당연히 시행하는 것, 셋째로 속인적 성질을 갖는 법률로서 제국의회의 협찬을 거쳐 제정된 것이다. 그리고 이 중 두 번째로 말한 제국의회에 의한 법률로서 칙령을 매개로 거치지 않고 그대로 당연히 외지에 적용하는 법률 중에는 (1) 외지에만 속지법으로서 시행되는 법률인 ‘外地適用法’, (2) 내외지에 적용될 것을 의도하여 제정된 ‘內外地當然適用法’, (3) 다른 법 지역 상호간의 교섭을 규율한 ‘內外地關涉法’의 세 가지가 있었다.⁵⁹⁾

‘법제도지향 내치연장주의’에 있어 국민의식의 형성에 크게 관계되는, 공법상의 권리의무를 규정하는 법률은 이상의 어느 범주에 적합한 것이겠는가.

공법체계 가운데에서도 어느 법률을 택하여 논할 것인가는, 무엇보다도 신중한 고찰을 요하는 문제이다. 연구는 현대의 입장에서 보아도 이해하기 쉬운 부분부터 진행되어, 최근 선거법이나 국적법에 관한 논의가 진행되고 있는데, 이들이 전체로서 어떠한 구조적 관계에 놓여 있었는가에 대한 실증적 고찰은 충분히 행하여지지 않고 있다. 따라서 이하에서는 국민의 범위를 획정하는 國籍法, 국민의 정치참가의 권리를 실질적으로 보증하는 衆議院議員選舉法, 법을 적용하는 기관과 구성을 정하는 裁判所構成法, 그리고 국민의 의무를 규정

59) 『外地法制概要』, 1952, 3, 外務省 편, 『外地法制誌1 外地關係法令整理に關する先後措置他』(文生書院, 1990[복각판]), 33-38頁.

하는 兵役法⁶⁰⁾을, 국민형성에 관한 중요한 공법으로 골라서 법역을 넘어선 구조적 관계를 논하겠다.

국적법이 제정된 것은 1899년 5월이었다. 이는 그때까지 구관과 太政官令에 의해 규율되던 明治憲法 제18조 '신민의 요건'을 정의하기 위한 법률을 실정법인 국적법으로서 정한 것이었다. 이는 제정 직후 臺灣에서 '칙령에 의해' 연장 시행 되었으나, 다른 한편 조선에서는 병합 후에도 국적법이 연장시행될 없이 몇 번이고 논의의 대상이 되면서 결국 종언을 맞이하였다.⁶¹⁾

이 1899년이라고 하는 국적법이 제정된 해는, 조약개정이 7월에 실현된 해이고, '외국인'과 '일본인'을 법적으로 구별하는 법률의 필요가 긴급한 시점이였다. 당시 국적의 변경은 가족단위로 행하여지는 것이 국제법 일반의 원칙으로 되어 있었던 탓에 영유 초기 臺灣에서의 국적법 시행은 1897년 5월의 국적선택 기간만료 시점에 '가족'이라고 하는 존재를 법적으로 어떻게 정의할 것인가 하는 구관의 실제법화의 문제가 福建系, 廣東系의 주민, '客家', 그리고 많은 부족으로 이루어지는 산지 원주민의 人籍·호적에 관한 법제도의 문제로서 논의 되었다. 그러나 1897년 5월의 국적선택 기간만료에 즈음하여 臺灣통치 초기에 행해진 호적조사는 불완전한 것이었으며 경찰의 치안대책용 행정문서에 지나지 않는 戶口簿이었다는 사실에 대해서는 이미 줄고에서 밝힌 바 있다.⁶²⁾

즉, 공법인 국적의 인정은 가족의 범위 및 정의의 문제를 어떻게 법제화할 것인가 하는 사법, 특히 친족, 상속법제의 문제와 깊이 관련되어 있다. 또 明治 민법의 친족편·상속편의 절차법으로서 신고의 양식이나 요건을 정한 호적법

60) 징병령은 1873년(明治 6)에 太政官 布告에 의해 제정되고, 1889년(明治 22)부터는 법률 제1호로 개정되었다. 이는 明治憲法 제20조에 "일본신민은 법률의 정하는 바에 따라 병역의 의무를 가진다"라고 한 것에 대응하는 법률이다. 1927년(昭和 2) 법률 제47호에 의해 병역법으로 명칭이 변경되었다. 加藤陽子, 『徵兵制と近代日本』(吉川弘文館, 1996) 참조.

61) 최근 이하와 같은 주목할만한 업적이 발표되었다. 孫安石, 「東アジアの國籍と近代」, 小川浩三 編, 『複數の近代』(北海道大學図書刊行會, 2000); 小龍英二, 「'日本人'という牢獄: 大日本帝國における朝鮮人の戶籍と國籍」, 『情況』 통권 72(1997); 水野直樹, 「國籍をめぐる東アジア關係」, 古屋哲夫·山室信一 編, 『近代日本における東アジア問題』(吉川弘文館, 2001) 참조.

62) 淺野豊美, 「日本帝國における臺灣"本島人"と"清國人"の狭間-國籍選擇と臺灣法制」, 『現代臺灣研究』 19(2000).

은 이러한 의미에서 공법인 국적의 문제와 깊이 관련되게 되었다. 그 상세한 고찰도 이후의 저서에 양보하지 않으면 안 되겠지만, 극히 간단하게 문제를 제시하자면, 조선에서는 국적법은 시행되지 않았고 국제법상의 한일합병조약과 대한제국 시대의 국적에 관한 일부의 법령을 근거로 하여 일본통치시대의 조선인의 국적업무는 처리되고, 개인의 의지에 의한 귀화를 근거로 하는 국적이 탈이 불가능하게 되었다. 그럼에도 불구하고 조선에서는 다른 한편으로 朝鮮戶籍令이 제정되어 일본 내지의 호적법에 해당하는, 법률과 같은 효력을 갖는 제령으로 존재하였다. 이러한 조선의 사례와는 반대로 臺灣에서는 국적법은 내지에서 법률이 제정된 직후에 칙령을 통해 臺灣에 연장시행되었는데, 다른 한편으로는 호적법에 해당하는 법률과 같은 효력을 갖는 율령은 몇 차례고 「臺灣戶籍令」으로서 초안이 작성되었으나 1933년까지 제정은 이루어지지 못했다. 조선에서는 호적령만으로 국적법이 시행되지 않고, 그와 반대로 臺灣에서는 호적령이 없는 대신 국적법이 칙령에 의해 시행된 탓에 공법인 국적법 및 그와 사법체계를 매개로 하는 호적법의 관계라는 입장에서 전혀 이질적인 입장에 놓이게 된다.

국적법이 조선에 적용되지 않은 이유에 관한 통설의 입장은 조선인이 만주나 상해 등에 있어 독립운동을 전개하고 있었기 때문에 자기의 의지로 귀화한 경우 국적이탈을 인정하는 규정을 가진 일본국적법을 적용할 수 없었기 때문이라는 지적이다. 그러나 문제는 거기에 머무르지 않는다. 첫째로 조선인에게는 1943년 3월의 법률 4호에 의한 개정이 이루어지기까지 병역법이 적용되지 않고 있었기 때문에 일본 내지인과의 사이에서 국적이탈을 둘러싼 불평등한 처우가 발생한 점, 둘째로 조선에 있어 전통적인 ‘家’의 범위나 상속요건을 실정법으로 명확하게 확정하고 나아가 실제의 호적대장을 갖추지 못하는 한, 당시 국제사회에 통용되고 있었던 가족이 동일한 국적에 속한다고 하는 원칙 아래에서는 연이은 국적이탈현상을 초래하거나, 이중호적이거나 탈적에 의한 법제상의 혼란을 불러일으키는 사태가 되는 것도 큰 이유였다고 생각한다.⁶³⁾ 1914년(大正 3)의 내지 호적법에서는 제4장 ‘届出’ 중 제17절 ‘국적의 得喪’이라고

하는 항목이 만들어져 그 아래 제147조부터 제152조까지의 규정에 의해 국적을 취득하거나 상실하는 경우의 호적 취급방식이 정해져 있었으나 조선호적령에서는 대부분의 규정이 내지의 호적법과 같은 구조를 갖고 있었음에도 불구하고 이 부분은 완전히 삭제되어 있었다. 조선에서의 국적법 시행은 조선호적령에 국적의 특상에 관한 규정을 두고 더불어 家의 구성원의 범위를 소규모로, 또한 명확하게 할 필요가 있었을 것이라 생각한다.

국적법과 민법의 관계는 단순히 호적을 통한 관계에 그치지 않는다. 국경을 넘어 다양한 국적으로 나뉘는 복수의 외국인과 내국인이 결혼이나 양자결연 등의 신분행위나 재산상속을 행하는 경우 혹은 무역이나 금융의 면에서 거래를 하기도 하고 교통사고나 불법행위에 휘말리는 등의 경우에 그 행위가 어디에서 발생했는가, 어떠한 당사자가 어느 국적을 보유하고 어디에 거주하고 있는가 하는 등에 의해 어느 국가나 지역의 민법을 당해 법원에서 적용할 것인가가 문제된다. 이러한 문제군은 국제사법에 속하는 문제로, 어느 ‘連結素’를 선택하여 당해 사건의 ‘준거법’을 결정할 것인가 하는, 법을 위한 법이라고 하는 성격을 가진다. 즉 국적의 취득, 상실이라고 하는 요건은, 국내법질서를 전제로 하는 주권국가체계의 정식 구성원이 되기 위해서도 연결소의 하나인 국적을 기능할 수 있도록 하기 위해 필요하다. 이러한 국적법이 없다면 사법질서를 ‘국제사회’에서 승인되는 것으로 간주할 수 없다. 그 국적취득과 상실의 요건을 국적법에서 규정하기 위해서는 사법상의 家의 정의뿐만이 아니라 호주의 지위나 장자상속(家督相續)의 내용을 정하고, 호주의 국적이탈도 염두에 둘 필요가 있었으며, 조선에 국적법을 시행할 수 없었던 이유의 하나인 ‘기술적인 문제’⁶⁴⁾

63) 창씨개명이라고 하는 정책도, 이러한 家 제도의 법적 확정 및 일본적 家 제도로의 정책적 유도라고 하는 당시의 정책의도에 입각한 법제사적 이해를 간과하고서는 논할 수 없다. ‘중군’위안부가 된 여성들이 군을 배경으로 한 업자의 감언이설에 속아 가족으로부터 금전에 의해 팔려 가는 사태가 빈발한 것도, 家라고 하는 제도가 법적으로 명확하게 정의됨에 따라 첩이나 전처가 낳은 여자나 구관에서 유래한 유아기의 인신매매에 의해 얻은 여자가 있었던 점, 그 가족 가운데에서의 약한 입장이 행정적으로 파악하기 쉽게 되었다는 사태와 큰 관계가 있다고 생각된다. 이 점은 향후 연구를 심화할 계획이다.

64) 萩原彦三, 『日本統治下における朝鮮の法制』(友邦協會, 1969), 12頁.

가 되었을 것이라 생각할 수 있다.

다음으로 중의원 의원선거에 관해 제국법제 내의 위치를 논하기로 하겠다. 이는 내지에서만 시행되고 있었던 속지적 법률이었다. 속지적이기 때문에 예를 들어 ‘外地臣民’이더라도 내지에 체류하고 있다면 중의원 의원의 선거권 및 피선거권이 주어진다. 보통선거법의 실현 이후, 내지에서는 한글에 의한 투표가 행해지게 되고 실제로는 내무성이나 총독부의 강력한 지원 하에 朴春琴이 1932년 제18회 총선거에서 당선되어 조선인 최초의 국회의원이 된다.⁶⁵⁾ 이 외에도 내지에서 중의원 의원선거에 입후보한 조선인 후보는 함께 10명을 헤아렸다.⁶⁶⁾

중의원 의원선거법이 속지법이었던 것은 법률의 조문 최후에 ‘별표’가 붙어 있어서, 어느 지역에 어떠한 선거구를 두고 몇 명의 의원을 선출할 것인가 하는 점이 정해져 있었다는 것에서도 알 수 있다. 속지법이었기 때문에 그 시행 영역은 오키나와 그리고 우투프 섬 남쪽의 치시마 열도(千島列島)를 포함하는 北海道에 수평적으로 확대되었다.⁶⁷⁾

중전 직전에 제국의회에서의 법률 개정에 의해 이 법률은 조선·臺灣지역에도 확대시행되게 되었으나 핵심적인 조선·臺灣에 관한 규정은 시행령에 의해 비로소 가능하도록 규정되어 있었다.⁶⁸⁾ 국적법이 사법과 깊은 관계를 갖는 법률이었던 한편 중의원 선거법은 입법기관에의 참가를 규정한 법률, 즉 주권국가 그 자체와 공사를 망라한 ‘民’을 결부시켜 ‘국민’이 ‘국가’의 주인공이 되는, 주권을 보유하는 근대 국민국가를 성립시키는 중요한 법률이었다.⁶⁹⁾ 따라서 선

65) 松田利彦, 「朴春琴論」, 在日朝鮮人運動史研究會, 『在日朝鮮人史研究』 18(1988).

66) 楠精一郎, 「外地參政權問題」, 手塚豊 편저, 『近代日本史の研究IX』(北樹出版, 1991), 273頁.

67) 오키나와에 대한 참정권 부여는 1898년이었으며, 러일전쟁에 대비한 병역법의 시행과 한테 묶어 선거법의 개정이 이루어졌다. 이 때 개정된 선거법에서는 오키나와의 선거구가 정해져 있었으나, 실제로는 칙령에 의해 1912년부터 실시되었다. 小熊英二, 『日本人の境界』(新曜社, 1998), 249頁.

68) 淺野豊美, 「日本帝國最後の再編」, 『戰間期アジア太平洋の國際關係』, 研究シリーズ 35(早稻田大學社會科學研究所, 1996); 水野直樹 編, 『植民地統治資料』(柏書房, 1999) 참조.

69) 국민을 인정하는 국적법의 심의과정에서는, 귀화 직후의 국민은 선거권 행사에서 배제한다는 초안도 존재하였으며, 제국의회 의원을 포함한 중요한 국가기관의 공직에 통상 귀화인이

거법을 ‘외지’에 연장시켜 시행한다고 하는 사태를 실현하려고 한다면 그 이후에 제국의회에서 제정된 법률은 칙령에 의한 시행을 거치지 않고 그대로 ‘외지’에 적용되어야 하며, ‘내지’, ‘외지’라고 하는 법역의 벽도 없어져야 하는 것이다.⁷⁰⁾

또, 중의원의원 선거법의 외지적용은 행정기구의 재편도 원칙적으로 한정시키게 되었다. 외지 행정장관인 총독은 종합행정권을 갖고, 各省大臣의 행정권이 직접 미치지 않으며, 총독 스스로 법률에 대신하여 제령 또는 율령을 발하고 있었으나, 법역이 철폐되면 당연 총독이 보유하는 입법권은 완전히 부정되고, 입법관할권은 제국의회에 일원화되어 총독은 법을 집행하는 단순한 행정관이 된다. 또, 선거를 행하기 위한 선거인명부가 필요하게 되고, 그를 위해서는 지방자치단체를 내지와 같은 수준으로 정비할 필요가 생기게 된다. 즉 내지의 행정구역 단위가 자치제를 갖추고 있기 때문에 비로소 국정선거에도 대응할 수 있는 것처럼, 외지의 지방자치제를 정비해 갈 필요가 있는 것이다. 선거인 명부는 호적을 토대로 작성되나 호적을 관할하는 부서가 臺灣에서는 내무관계였던 데 반해 조선에서는 법무관계였던 점, 또 지방의 선거관리위원회를 어떻게 선출할 것인가 하는 점에서 문제는 복잡하였으며, 지방자치의 문제는 투표 이외의 자치제 전반에 확대되어 간다.

이러한 점들로부터 중의원 선거법이 제국헌법의 일부로 간주될 수 있는 법률이었다는 점이 명백해질 것이다. 실제로, 이는 明治憲法 제35조 “중의원은 선거법이 정하는 바에 따라 公選되는 의원으로써 조직한다”라고 하는 조항에 기하여 제정된 것이며, 이를 수정할 경우에는 “제국헌법의 조항에 관한 초안 및 疑義”로서 추밀원의 諮詢를 필요로 하였다. 귀족원에 관해서는 明治憲法 제34조를 근거로 칙령에서 그 구성이 정해져 있으나 이 양자는 모두 明治憲法

취입할 수 없도록 하는 규정을 국적법에 두기도 하였다. 1899년(明治 32)의 국적법 제16조에서는 국무대신, 추밀고문관, 특명전권공사 등에 이어 제국의회의 의원에도 귀화인이 취입할 수 없도록 하였다.

70) 淺野豊美, 앞의 논문(주 69), 278-280頁. 그러나 ‘법역’의 철폐는 실현되지 않았다.

의 부속법령으로서 헌법의 일부라고도 간주할 수 있는 것이었다.

다음으로 재판소구성법은, 사법권의 독립을 보장하는 법으로, 헌법부속법령으로 간주할 수 있는 것이었다. 사법권 독립은 헌법에 근거를 두며, 明治憲法 제57조와 제58조에서 법원의 구성과 판사의 신분보장은 반드시 법률로 정할 것을 규정하고 있었다. 이는 행정의 개입을 배제하고 사법권의 독립을 보장하는 것으로, 3권 분립을 실질적으로 하고, 신민의 권리보호에 제도적 보장을 부여하기 위한 것이었다. 그러나 재판소구성법이 외지에도 당연시행된 것은 아니었으며 칙령에 의한 시행도 한때 검토된 바 있으나 이루어지지 않았다. 따라서 臺灣에서는 율령으로서의 臺灣總督府法院條例, 조선에서는 제령으로서의 朝鮮總督府裁判所令이 각 총독부의 명령에 의해 시행되고, 특수한 재판제도가 시행되고 있었다. 행정부가 발하는 명령을 근거로 하고 있었던 탓에 판사의 신분보장은 충분하지 못했다.⁷¹⁾ 따라서 외지의 법원에서는 내지의 최고재판소인 대심원에 상고할 수 없었으며, 각각의 지역에서 ‘高等法院’이 최고법원으로 기능하고 있었다.⁷²⁾ 또, 법원의 판사자격도 총독부가 작성하는 제령·율령으로 정하고 있었던 것을 보면 “신민의 권리를 보전하는 근거는 오로지 법규의 해석 적용의 임무에 해당하는 사법재판소의 적정공평에 기하는 바가 큼”⁷³⁾에도 불구하고 조선 및 臺灣에서는 법원의 조직을 정하는 제령·율령을 제정한 것은 총독이었으며, 그 결과 “어떤 의미에서는 행정권이 사법권에 관여하는 결과가 되어 사법권의 독립을 기대할 수 없는”⁷⁴⁾ 상태에 있었다.

이상과 같은 사실로부터 臺灣과 조선에 존재하였던 재판제도가 明治憲法

71) 山崎丹照, 『外地統治機構の研究』(高山書院, 1943), 369頁. 외지에서는, 사할린을 제외하면, 재판소구성법이 당연히 시행된 것은 아니었으며, 칙령에 의한 시행도 없었기 때문에 재판관할권을 달리 하고 있었다. 다만 사할린이 내지와 별개의 ‘법역’이면서도 재판관할을 같이 하였다는 점은 주목된다.

72) 사할린만은 법역을 달리 하고 있었음에도 불구하고 재판소구성법이 1907년(明治 40)부터 시행되고 있었던 탓에 재판 체계는 내지와 동일하였으며, 처음에는 하코다테(函館) 항소원, 1913년(大正 2)부터는 미야기(宮城) 항소원 관할 하에 지방 및 구(區)의 제1심 재판소가 설치되었다. 外務省 編, 『外地法制誌13 日本統治下の樺太』(文生書院, 1990년 복각판), 82頁.

73) 山崎丹照, 앞의 책, 370頁.

74) 山崎丹照, 앞의 책, 370頁.

제57조에 해당하는 재판소인가 아니면 제60조에 규정된 특별재판소인가에 관해서는 두 해석이 존재하고 있었다.⁷⁵⁾

또 민형사상 복수의 법역에 걸쳐 발생하는 사건에서는⁷⁶⁾ 각 지역의 법원에서 열린 재판에 있어 어느 지역의 법령을 적용할 것인가 하는 준거법을 정한 '공통법'도 1918년에 제정되었다. 이는 통상의 국제사법이 염두에 두는 사법뿐만 아니라, 형법, 상법의 법역간 섭외적 관계를 정한 법률이었다. 이 공통법은 內地關涉法의 하나로서 외지에 당연히 적용되는 법률 중 하나였는데, 제국법제 전체 속에서의 기능에 관해서는 뒤에서 서술하겠다.

마지막으로, 국민의 의무인 교육과 병역에 관한 법에 관하여 정리하도록 하겠다. 병역법에서 병역대상자를 호적법의 적용을 받는 자로 한정 한 시기는 1927년부터 1943년의 법률 제4호에 의한 병역법 개정까지 계속되었다. 이 개정은 1942년 5월의 각료회의 결정에 의해 호적법뿐만 아니라 조선호적령의 적용을 받는 조선인에게도 병역의무가 속인적으로 확대되는 내용을 담은 법안을 작성하고 이것을 이듬해의 의회에서 가결, 제정한 것이다. 나아가 1943년 11월 법률 제110호는 호적법령을 연결점으로 하는 속인적 성격이 병역법에서 제거됨에 따라 臺灣인에게도 이듬해부터 병역의무를 부과하도록 결정되었다. 주목할 만한 점은 이 법률이 조선인과 臺灣人 남성에게 적용되는 시점에서, 그러한 집단을 법적으로 정의하는 호적이 존재하는 '외지'에, 시행령에 의해 병역법을 확대시킨 것이 아니라 제국의회가 작성한 법률 가운데 속인적 성격의 법률을 개정함으로써 시행하였다고 생각할 수 있는 점이다. 시행칙령에 의해 외지에 적용된 법률 목록 중 병역법은 포함되지 않는다. 그러나 적어도 1943년까지는 외지에 거주하는 내지인을 징병한다고 하는 성격에서 속인적 성격을 갖는 법

75) 山崎丹照, 앞의 책, 368頁.

76) 예를 들어 星一가 後藤新平의 臺灣통치시기에 설립한 星製藥이 저가격 시에 내무성의 허가를 얻어 구입한 후 내지의 '보세창고'에 보관하여 두었던 이편의 일부를 臺灣의 基隆을 경유하여 외국에 판매한 건에 대해, 臺灣총독부가 그 이전에 제정한 아편령 및 창고관리규칙 위반을 이유로 臺灣의 검찰관으로부터 기소된 사건이 있었다. 星新一, 『人民は弱し官吏は強し』(新潮文庫, 1978) 참조.

률이었던 점에도 불구하고 전후에 외무성이 편찬한 『외지법제지』에서는 ‘속인적 성격을 갖는 법률’ 중에 병역법이 명시되어 있지 않다. 이는 이 범주에 속하는 법률에 관해서는 ‘주된 것’만을 열거하고 있다고 외무성이 굳이 한정하고 있다는 점에 근거한 것일까. 이 진정한 이유는 전후 일본의 아시아 외교의 전개를 고찰함에 있어 대단히 중요한 것이나, 향후의 저서를 통해 체계적으로 고찰할 계획이다.

또 하나의 의무로서 교육은, 조선에서도 臺灣에서도 같은 모습으로 칙령에 의해 규정되고 있으나, 최초의 칙령은 양쪽 모두 속인적 성격을 갖는 것이었다. 최초의 칙령인 朝鮮教育令(1910년[明治 44] 칙령 제229호)과 臺灣教育令(1919년[大正 8] 칙령 제1호)에서는 각각 제1조에서 ‘조선인’, ‘臺灣人’에 대한 교육을 이들 칙령은 규정한다고 선언하고 있으며, 오로지 조선·臺灣이라고 하는 영역에 거주하는 주민의 일부인 ‘조선인’과 ‘臺灣人’에게만 속인적으로 시행되고 있었다. 한편 외지거주 일본 내지인에 대한 교육은, 조선에서는 1909년 12월에 나온 學校組合令에 의해, 또 臺灣에서는 1902년 칙령 제152호에 기한 臺灣小學校官制와 같은 해 부령 제24호에 기한 臺灣小學校規則에 의해 ‘내지인’만을 대상으로 한 학교제도를 수립함으로써 해결하고 있다.⁷⁷⁾ 특히 조선의 학교조합령은, 조선거주 내지인의 기원이 에도(江戸)시대까지 거슬러 올라가며 이래 기원을 가지며 총독부나 통감부에 의한 권력이 확립되기 훨씬 이전부터 거류민단의 결속에 의해 師弟의 교육을 행하여 왔다는 것을 배경으로, 통감부시기 재외국민에 대한 행정명령인 통감부령으로 나온 것이다.

초기의 이러한 속인주의적 차별규정은 大正期에 들어서면서 개정되어, 법령을 속인적으로 분리하기 위한 연결점으로서 ‘조선인’, ‘臺灣人’, ‘내지인’이라고 하는 틀은 제거되며 그 대신에 ‘국어를 상용하는 자’와 ‘국어를 상용하지 않는 자’라고 하는 가변적 기준이 사용되게 되었다. 이는 臺灣교육령(1922년[大正

77) 臺灣에 관해서는, 臺灣教育會 編, 『臺灣教育沿革誌』(臺灣教育會, 1939), 91-99, 424-429頁. 보다 오래된 내지인 교육을 위한 칙령에 1898년 7월의 臺灣總督府小學校官制(칙령 제180호)가 있다. 또 조선에 관해서는 『施政二五年史』, 179頁 참조.

11] 칙령 제20호)과 조선교육령(같은 해 칙령 제19호)에 의한 것이다. 개정 시 추밀원 칙령심사회에서는 “내지인과 조선인 또는 臺灣人の 호칭으로써 양자를 준별하여 학교의 계통을 규정하는 것은 반드시 적당한 것만은 아니고, 생각건대 이러한 중요 법제에 있어 민족의 종별에 의해 대우를 달리하는 조항을 두는 것은 양자의 一視同仁으로써 통치의 요체를 삼는 취지에 적합하지 않다 할 것이며, 또 양자는 상호 轉籍할 수 있는 길이 없는 것도 아니므로 이로써 학교의 계통을 별도로 하여야 할 적합한 기준으로 삼을 수 없고 이 수정안으로써 ‘내지인’이라고 기재하는 대신 ‘국어(를 상용하는 자)’라고 기재하는 것으로 한다”는 이유를 서술하고 있다. ‘轉籍’의 의미는 家 전체의 籍이 이동하는 것을 말하는 후세의 뜻이 아니다. 1918년(大正 7)에 제정된 공통법에 의해 결혼이나 양자결연에 의한 내지의 家와 조선의 家 사이에서의 개인의 신분행위는 가능하게 되었다. 즉 에스닉적인 출신과, 개인이 ‘籍’을 두는 가의 종류를 달리 할 수 있는 길이 열려 있어 이러한 상황을 가리켜 사용한 것이라고 생각된다.⁷⁸⁾ 즉 공통법이 제정됨에 따라 교육령에서도 법령을 속인적으로 분리하는 연결점이 ‘家’에서 ‘國語’로 옮겨졌다고 말할 수 있다. 나아가 총력전 시기에 들어서면 이러한 속인적 규정은 교육법령에서 모습을 감추고, ‘외지’로서의 영역 전체에 내외인의 차별 없이 평등하게 적용되는 속지적 칙령에 의해 교육제도는 정해지게 된다. 그러나 이는 현지어의 말살이나 ‘국어상용가정’으로 상징되는 ‘황민화 정책’, 바꿔 말하자면 점진적인 ‘문화상징 지향의 내지연장주의’의 영향 하에서 법제가 기계적으로 일원화된 것에 지나지 않는다.⁷⁹⁾ 또 교육제도가 근거하고 있던 칙령은 법률과 달리 형식상의 주권자인 천황의 의지에 기한 명령이고, 시행구역을 나누는 제국 전역에 실시하든 모두 헌법상의 제약 없이 내각의 보필에 기하여 자유로이 시행할 수 있었다.

위에서 신민의 권리와 의무에 관하여 특히 중요한 공법에 관하여 정리해 보

78) 「朝鮮教育令臺灣教育令ニ關スル件」, 『樞密院會議筆記大正十年一月二十五日』, 『樞密院會議事錄 28』(東京大學出版會, 1986), 13頁.

79) 陳培豐, 앞의 책(각주 33), 277-291頁 참조.

았다. 첫째로 중요한 점은, 모든 법률이 당연히 외지에 시행된 것은 아니었고, 법역이 설정되었으며, 그 결과 외지라고 하는 법역 전체가 내지의 법역과는 차별되었고, 신민의 권리의 중핵이 되는 선거제도나 재판제도를 뒷받침하기 위한 법률이 시행되지 않았다는 점이다. 또 제국의회로부터인지, 천황으로부터인지는 별론으로 하더라도 현지의 총독부가 독자적인 입법권을 위임받고 있는 한편, 제국의회도 회계감사나 은행에 관한 외지에 적용되는 법률을 제정할 권능을 가지고 있었다. 이러한 상태 때문에 공법상의 신민의 권리가 제외되어 헌법이 부분적으로 적용되고 있었다는 설마저 생겨났다. 또 공법상의 대우에 차이가 있는 법역 간의 구조는 각 법역 내부의 사법 정비상황의 차이 때문에 존재 이유를 갖고 있었다. 그 요체가 된 私法의 구조를, 법역을 넘어서 ‘개인’의 이동을 위한 틀로서 다음에 논할 필요가 있다. 둘째로 신민의 의무인 병역과 교육에 관해서는, 다양한 출신과 신분관계를 보유하면서 내외지를 통해 잡거하는 각 법역 내부의 주민에 대해, ‘籍’을 두는 家와 함께 개인을 공증하는 호적법령의 종별이나 國語常用 여부의 속성을 기준으로 하여 이질적인 대우가 기본법령에 포함되어, 법 앞에서의 평등과는 대치되는 국면에 있는 차별적인 상태를 각 법역 내부에 만들어 내게 되었다. ‘민도’가 서로 다른 사람들에 대해 일본 내지인과 같은 교육을 실시하거나 병역에 복무시키거나 하는 것은 불가능하기 때문이라는 것이 입법자의 주관적 이유였다. 이러한 헌법상의 의무에 관하여 공법상 속인적 차별이 법역 내부에 설정되어 있었던 것은 공법상의 권리에 관한 법역간 차별과 어떠한 관계에 있었던 것일까. 다음으로 속인적 법제에 관해서 보다 상세히 고찰하고, 마지막으로 ‘법역’의 철폐에 관해 입법자에 의해 의도되었던 프로그램을 추출하면서 법 앞에서의 평등이라고 하는 관념에 따른 공법과 사법에 걸친 법질서 전반의 구조에 관해 논하겠다.

제3절 ‘法域’ 내부의 속인적 법제와 호적

중대한 신민의 의무관계에 관해, 재외 일본인과 외지에 거주하는 주민에 대해 별개의 법령을 적용하기 위한 속인적 법제가 같은 법역 내부에 존재하고,

호적법의 적용 유무나 국어상용 여부가 연결점이 되었다는 것은 앞에서 서술하였다. 그러나 외지법역에 있어 속인적 성격을 갖는 공법은 이에 그치지 않는다. 예를 들면 언론출판의 자유에 관한 법령이 있다. 조선에서는 한글로 된 출판물에는 大韓帝國時代인 1909년(隆熙 3)의 출판법이 적용되었고, 일본어로 된 출판물에는 1910년의 통감부령에 의한 출판규칙이 적용되었다.⁸⁰⁾ 또 체포·구속에 관한 법령 역시 재외 일본인에게는 체포영장 없이는 불가능하였으나, 현지인에게는 체포영장 없이도 적용될 수 있었다. 어떠한 공법상 시스템에 의해 이것이 가능하였는가는 앞으로의 연구를 기다릴 수밖에 없겠으나, 속인적 성격을 갖는 공법이 다수에 이른다는 점에 주목할 필요가 있다.

교육이나 언론활동이 시민으로서의 권리의무관계를 일상생활에 가장 가까운 곳에서 의식시키며, 국민형성에 깊이 관여한다는 점은 말할 필요도 없다. 그러한 공법체계를 같은 법역 내에서 속인적으로 분리하는 것, 즉 차별하는 것을 법기술적으로 가능케 하였던 것이 사법에 속하는 호적에 관한 법령이었다.

국제사법에서는 국경이나 국적을 넘어 이루어지는 사인간의 경제적 거래나 혼인 등의 신분행위에 즈음하여 사안별로 행위지나 어느 특정 당사자의 주소, 국적 등의 ‘연결점’으로부터 특정 요소가 선택되고, 사안별로 적용되는 준거법이 지정된다. 일본제국의 법제는 연결점으로 호적과 국어상용 조항을 갖는 속인적 법제가 각 법역에서의 공법 영역에까지 존재하고 있었다는 점이 특징이라 할 수 있다. 이렇듯 공법에까지 미치는 속인적 법제의 체계에 있어 주요한 연결점이 된 호적은, 사법과 공법의 체계 가운데 어떠한 것으로 일반적으로 자리매김될 수 있을 것인가.

일본 본토의 호적법은 1898년(明治 31), 실체법으로서의 明治 민법 친족편·상속편과 동시에 시행되었고, 그 절차법으로서 법률상 정해진 혼인, 이혼, 양자 등의 신분행위를 신고에 의해 확정하고, 그것을 공증하기 위해 제정되었다. 그러나, 그러한 성격을 확립하기 이전, 明治 초기의 壬辰호적의 단계에서는 호주

80) 拓務大臣官房文書課 편, 『外地に行はるる法律調査 一九三七年三月末現在』, 13-14頁.

가 家 가운데 징병적령자를 지방관에게 보고하도록 되어 있는 동시에 호주 자신은 징병면제의 특권을 얻었다. 즉 家는 사법뿐 아니라 공법상의 제도로서도 자리매김되어 있었다. 호주는 일종의 국가행정의 말단을 담당하는, 공법과 사법 양쪽의 성격을 띠는 존재였다.⁸¹⁾ 이러한 성격은 국가의 공법에 편입된 家제도를 매개로 하여 ‘國’의 운명과 스스로를 적극적으로 함께 하려고 하는 ‘民’, 즉 국민으로서의 의식을 갖는 ‘개인’을 육성하려고 했던 데에 유래한다.

이렇듯 일본 明治維新 이전의 구관세계를 지배했던 각 신분의 家제도와 호적을 이용하여 明治國家는 민중의 말단까지 지배를 관철시켰다. 그러나 이를 근거로⁸²⁾ 구 무사계층의 습속을 재편하여 만들어진, 결혼이나 양자결연, 유산 상속 등의 절차에 관한 호적법을, 그에 관해 현저히 다른 습속을 실제로 갖고 있는 외지 사회에 적용한다는 것은 대단히 곤란한 일이다. 외지에서는 종전의 시점까지 민법의 친족·상속편, 즉 가족법에 해당하는 규정의 대부분은 ‘관습’에 맡겨진 상태였으며 각 지역의 고등법원이 내리는 판례의 축적에 의해 재판하는 것으로 되어 있었다. 물론 각 지역의 습속도 明治維新 후의 일본 내지와 마찬가지로 급속히 변화하고 있었기 때문에 그에 맞추어 일종의 판례주의를 취하고, 판례의 변경은 고등법원의 대법관 회의에서 이루어지도록 되어 있었다.

사법 중에서도 가족법은 가장 전통적인 구관세계를 계승하고 있었으며 아무리 ‘근대화’가 진행되어도 좀처럼 변화하기 힘든 인간관계를 규율하는 법으로 일반적으로 간주되고 있다. 따라서 가족법에 해당하는 민법의 친족·상속편은 조선민사령, 臺灣民事令에서 제국해체의 시점까지 판례에 의해 확정된 ‘구관’에 맡겨져 있었다. 또한 조선에서 행해진 창씨개명이 상징하는 것처럼, 家의 명칭에 관한 민법 친족편 중의 한 조문을 실질적으로 조선에 연장시켜 시행하는

81) 福島正夫·利谷信義, 「明治以後の戶籍制度の發達」, 中川善之助·青山道夫·玉城肇·福島正夫·兼子一·川島武宜, 編, 『家族問題と家族法VII 家事裁判』(酒井書店, 1957) 참조.

82) 明治 유신 직후는 ‘族籍’이라는 이름으로, 사족·평민 등의 각 신분에 따라 호적을 편성하는 방식이 일반적이었으나 이는 곧 개정되어 주소에 기한 지역단위로 편성되는 오늘날의 방식으로 변화했다.

것으로 조선적인 家 제도를 일본적인 그것으로 변화시켜 가는 시도도 이루어졌다. 또 이는 구관시대의 조선과 臺灣에 존재하지 않았던 재판상 이혼 등의 근대적 가족규범에 관해서도 마찬가지인데, 정확하게는 연장시행이 아니라 그에 관한 조항을 구관으로부터 삭제하고 내지법에 “依한다”는 형식으로 점차적으로 연장되어 가는 구조였다.

이렇듯 이질적인 두 체계를 갖는 가족법의 실체를 절차면에서 통일시키고, 실체로서의 신고요건은 애매한데도 신고수리행위에 의해 신분사항을 확정하는 것이 조선후적령이나 臺灣戶口規則으로 구성되는 외지의 호적법령이라고 할 수 있다. 즉 실체로서의 요건이 애매하고 동화를 허용하는 空洞을 내부에 포함하고 있기 때문에, 외지의 호적법령과 내지의 호적법은 형식은 비슷하지만 내용의 성격이 완전히 다른 것이었다. 이것이야말로 호적법령이 속인적 법체계를 유지하는 중요한 연결요소가 된 이유였다.

제4절 속인적 법제 해소의 구조

본질에서는 이러한 법역과 외지 법역 내의 속인적 법제에 특징이 있는 일본제국 법제가 과도적인 단계에서 어떻게 변화하고 내지연장을 달성할 예정이었던지, 법제지향의 내지연장주의의 구조를 논하기로 하겠다.

우선, 연결점으로서의 호적법령에는 어떠한 종류가 있었는지에 주의할 필요가 있다. 호적법에 의한 호적을 갖고 있는 ‘내지인’, 조선후적령에 정해진 호적을 갖는 ‘조선인’, 臺灣戶口規則에 기한 호적을 갖는 ‘(臺灣) 本島人’, 이 셋이 존재하였다. 臺灣戶口規則은 울령에 의해 하위의 명령인 臺灣總督府令이었으나 1933년 이후는 울령으로 승격하였다. 이에 따라 공통법상에 규정된 각 지역에 걸쳐 신분행위가 가능하게 되었다.

다음으로 주의해야 할 점은, 국제사법에서 복수의 법질서와 관계되는 사법적 생활관계를 둘러싼 사안에 관해, 각각의 법질서가 스스로의 법 적용을 주장하여 대립하는 경우, 법의 저촉이 일어난다고 하나,⁸³⁾ 이원적인 법제도가 속인적으로 편성된 일본제국 법제의 구조는, 복수의 법질서의 실질적 병존⁸⁴⁾이라는

점에서는 공통되지만 법의 저축이 각 법역의 내부에 있어 기본적으로 일어나지 않는 구조라고 하는 점에서 다르다. 예를 들면, 1912년(明治 45)의 朝鮮民事令이나 초기 臺灣民事令은 일본 내지의 민법이나 상법 그 외의 민사관계법에 “依한다”라고 하는 형식을 취하면서 내지의 민사법령과는 별도의 법역으로서 단절된 민사법령이 각 법역 내부에서 속지법으로서 주민의 호적 소재 여하에 관계없이 적용된다고 하는 형식을 갖고 있었다.⁸⁵⁾ 그러나 그와 동시에, ‘本島人’이나 ‘조선인’만을 당사자로 하는 법률관계, 특히 친족·상속에 관계되는 법은 “舊慣에 依한다”라고 하는 형식에 따르고, 예외질서로 하며, 현지 주민의 민사관계를 이질적인 법질서 아래에 두고 있었다. 또 ‘本島人’이나 ‘조선인’이라고 하는 틀이 민족간 결혼이나 양자결연에 의해 애매해지는 것을 막기 위해 臺灣호구규칙에서 정하는 호구부에 등록된 자를 本島人, 조선 民籍法(후의 조선호적령)이 정하는 조선호적에 기재된 자를 조선인이라고 하였다. 이에 따라 호적 관계법령이 연결점이 되어 하나의 법역 내의 법질서 속에서 속인적으로 편성된 부분의 법령이 질서 정연하게 저축을 일으킴 없이 적용되는 구조가 만들어진 것이다.

그러면, 각 법역에 걸친 제국 전체의 법역간 질서라고 하는 것은 어떠한 것이었을까. 법역 간의 고차원의 법질서를 규정한 것이 1918년(大正 7) 4월 17일 법률 제39호로 공포된 共通法이다. 공통법은 제1조에서 지역의 정의, 제2조에서 제12조까지의 민사관계법규, 제13조에서 제19조까지의 형사관계법규로 이루어진다. 국제사법이 민사에 관계되는 섭외적 사항에 대해 준거법을 선정하기

83) 金子宏 外 編, 『法律學小辭典』(有斐閣, 1999), 365頁, 「國際私法」 항목을 참조

84) ‘실질적 병존’이라고 한 것은 국제사법의 성격을 국내사법질서의 하나에 지나지 않는 것으로 보는 오늘날의 위치를 염두에 둔 때문이다.

85) 1912년(明治 45)부터 제국해체까지 기본적으로 구조를 바꾸지 않았던 조선민사령에서는 제1조에서 “민사에 관한 사항은 본령 그 외의 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 아래 법률에 의한다”라고 하여 민법, 상법, 민사소송법 등의 법률이 열거되어 있다. 이 형식은 1906년부터 1922년까지 존재한 臺灣민사령에 있어서도 마찬가지이며, 臺灣이라고 하는 법역 내부에서는 민법, 상법 그 외의 법률에 ‘의한다’라고 규정하면서 ‘本島人’만을 당사자로 하는 경우에는 일부를 제외하고 구관에 의한다고 하는 방식을 취하였다.

위한 법률을 의미하는 데 대해, 형사법규까지 포함하고 있는 것이 특징이다. 이로부터 주권을 달리하는 사법질서 사이에서 준거법을 정하는 국제사법의 분야에서는 저축이 발생하는 것과는 대조적으로, 공통법에 의한 법역간에 걸친 법질서는 주권국가 내에 통일된 체계를 가지며 완전한 정합성을 갖는 민사와 형사에 관해 법역간 질서로서 기능하고, 법의 저축이 형식적으로 일어날 수 없는 완전한 2원중층적 법제였다는 것을 알 수 있다.

법역과의 관련에서 특징적인 것은 민사(제2조)에 있어서도, 형사(제14조)에 있어서도 특정 법역 내의 법령의 조문에서 다른 지역의 법령에 '의한다'고 하는 형식이 취해지는 경우, 즉 내용을 같게 하면서도 법역을 달리 하는 경우에는 '상호간에 법령을 같이 하는 것으로 보고',⁸⁶⁾ 외지법제가 '의한다'고 하는 내지의 '법령을 적용한'다고 정하고 있다는 점이다. 이는 재판 과정에서 문제된 행위에 법률이 적용되는 경우에는 실질적으로 내지의 민법과 형법이 법역의 벽을 넘어 그 지역에 연장되는 것을 가능하게 하는 체제였다. 즉 내지의 법률에 '따른다'고 하는 규정을 두는 것으로 내지의 법률이 연장시행되는 것이 아니라, 별도의 법역으로 떨어진 속지적인 법질서를 울령·체령에 따라 정하고, 제국의회의 승인을 얻지 않은 채 총독부 및 내각의 행정적 판단으로 언제라도 외지의 법질서를 변경할 수 있도록 하는 체제가 취해졌다. 그러나 그럼에도 불구하고 사법상으로는 그 條規가 어디까지나 내지연장된 것 같은 상태를 만들어 내는 것이 가능하게 된 것이었다. 행정상의 편의와 사법상의 정합성을 통합한 규정이라 할 수 있다. 공통법이 과도기의 법질서였다고 주장하는 山田三朗의 말의 의미는 첫째로 이러한 사법상의 교묘한 제도의 설립에 있다.

공통법의 민사관계법규 가운데 다음으로 중요한 것은, 제3조의 "한 지역의 법령에 의해 그 지역의 家에 편입되는 자는 다른 지역의 家에서 떠난다"고 하는 규정이다. 이는 호적법, 조선후적령 등이 그에 속하는 개인에 대해, 마치 속

86) 이 부분은 실제 법안에서 삭제되었으나 기초위원장이었던 山田三良는 이 부분을 보충하여 조문의 의미를 해석해야 한다고 설명하고 있다. 山田三良, 「共通法案に就いて(一)(二)」, 『法學協會雜誌』 364・(1918) 참조.

인법인 것과 같이 일본제국의 주권이 미치는 한 부수되어 간다고 하는 차별적 상태에 일정한 수정을 가져오는 것이었다. 즉 특정 법역 속의 호적법령에 ‘개인’이 소속되고, 그것이 속인적으로 ‘개인’을 지배한다고 하더라도 그 개인과 다른 법역의 호적에 속한 또 다른 개인 사이에 결혼이나 양자결연 등의 신분행위가 있다면, 그 개인은 오랜 동안 속해 온 그때까지의 호적법령으로부터 벗어나서 그 또 다른 개인이 소속된 호적법령 쪽에 다시금 속할 수 있도록 하는 것이었다. 호적법령에 소속된다고 하는 것은, 다시 말하자면 그때까지의 호적법령에 규정된 ‘家’로부터 다른 호적법령이 지정하는 ‘家’으로 개인이 이동하는 것을 의미하였다. 즉 속인적인 차별법제에서 탈각하는 길은, 그 연결점이 되어 있는 호적법령의 종류 자체를 변화시키는 것에 의해, 즉 소속된 家를 나와 다른 家로 옮기는 것에 의해 가능하게 되었다.

臺灣이라고 하는 법역에서 본도인의 호적은 臺灣총독부령인 臺灣호구규칙에 기해 작성된 호구부에 실체를 두고 있었으나, 공통법이 제정된 1918년 즈음에는 이는 법률의 효력을 갖는 율령으로서 제정되어 있지 않았기 때문에 공통법 제3조에 정의된 ‘家’를 호구부로 공증하는 것은 불가능하였다. 따라서 내지인 여성과 臺灣人 남성의 결혼은 법적인 효력을 갖지 못하고 자녀는 내지 여성의 호적에서는 사생아 취급을 받았다.⁸⁷⁾ 그러나 1933년 이후에는 「본도인의 호적에 관

87) 1920년, 일본인인 내연의 처와 정식 혼인이 인정되지 않는다는 것을 이유로 臺灣人 남편이 토오쿄오의 내무대신 床次竹二郎에게 다음과 같은 ‘御同書’를 혼인신고서와 함께 송부하였다. (臺灣總督府公文類纂) “明治 43년 静岡縣 賀茂郡 … 石井平次郎의 둘째 딸 石井くま와 정의투합(情意投合)하고 또 양친의 승인을 얻어 결혼하였으며 明治 40년에 臺灣 현 주소에 동반하여 지방청에 혼인 신고를 제출한 바 臺灣율령에 명문이 없다는 이유로 각하되었음. 생 각건대 본도 영유 이래 政令의 권위는 변토에 이르러 민중을 균점하고, 民智日에 향상발전 하며 남세와 함께 일본국민인 의무는 상당히 다하여 纏足과 辮髮 등 구관을 타파하고 나아가 국정의 취지를 준봉하며 누차 통치의 실적은 명백한 것이 되었음. 국민생존상에 있어 귀중한 혼인등록의 제도를 결하고 있기 때문에 불가능한 일이라 한다면 심히 유감이라 사료 됨. 내대인(內臺人)은 절대로 부부관계를 이를 능력이 없다고 한다면 영원히 민족의 동화는 이를 수 없는 것이라 사료됨. 남녀간 志情상의 합의를 부정한 정교로 간주하는 것에 다름 아님” 이 작성자인 남편 林淸秀는 1880년(明治 13) 생으로 어릴 때 사무엘 상회에 근무, 臺灣 영유 후에 일본국적을 취득하였다. 그 후 아이치(愛知)縣의 일본인 가정에 거류하며 일본어를 취득. 그 일본어를 사용하여 1903년에 오오사카에서 열린 제5회 내국권업박람회의 대만

한 건」이 율령으로서 시행되었고 대만에서 경찰권력에 의해 파악된 치안대책을 위한 행정문서로서의 호구부가 민사상의 ‘家’를 공증할 수 있게 되었다.⁸⁸⁾

공통법이 과도적인 법역간 질서라고 하는 것의 두 번째 의미는 전술한 것과 같이 각 호적법령에 연결되는 ‘家’제도를 매개로 하여 개인이 각 법역 내부에서 운명적으로 짊어지게 된 차별적 속인법제를 새로이 바꾸기 위한 길이 열렸다는 것이다. 속인적 법제가 존재하여도 그것을 개인의 의지로 자유로이 바꿀 수 있다면 차별이라고 하는 감정을 낳을 가능성은 보다 적어진다. 家제도를 입법자가 이용하여 유리한 속인법의 연결점이 되어 있는 내지의 家로 들어가고 싶다는 생각을 외지 사람들로 하여금 하के끔 하고, 세대를 넘어 전개되는 통혼이나 양자결연의 완만한 진행에 따라 서서히 자연스러운 사회적 동화가 전개되도록 하는 제도가 시행되게 된 것이다.

家제도는 일본법제사의 연구에 있어서도 福島正夫나 利谷信義에 의해 연구가 진행되어 왔다. 그러나 공통법에 이 한 조문이 존재하였다는 사실은 家제도가 일본본토뿐만 아니라 식민지에서 일본국민으로서의 의식형성에 봉사하는 법제도로서 자리매김되었다고 말할 수 있다. 법제도 지향 내지연장주의의 방법은 이러한 인간의 ‘개인’으로서의 의식의 확립에 큰 영향을 끼쳤으며, 사적인 인간관계인 가족을 규율하는 법제에도 영향을 주고 있었다. 공통법이 최초로

판매점에서 통역으로 근무하고 있었다. 혼인신고를 제출한 당시는 40세로 피혁무역상을 경영하고 있었으며 대만의 원거류지 大稻埕에 내연의 일본인 처 <ま(31세)와 살고 있었다. 두 사람의 결혼생활은 당시 8년간 계속되고 있었으며 2남 3녀가 있었는데 부모의 혼인에 법률상 효과가 없었던 관계로 도리 없이 어머니 石井<ま의 본적지에 어머니의 사생아로서 신고하였다. 혼인신고를 제출함에 이르러서는 자녀들이 ‘사생아’취급을 받아 고생하는 것을 보다 못해 “내지 호적상 있는 사생아를 완전한 적출자로 하는 주문”을 명시하든가, 그렇지 않으면 臺灣人을 외국인으로 취급하여 외국인의 입부혼인으로서 합법적인 결혼이 가능하도록 부탁한다고 하는 이유에서였다. 이 직접청원은 田健治郎 대만총독에게 회부되어 행정적 조치로서 대만호구규칙상의 호구부에서는 정식 처로 신고를 수리할 수 있도록 하였다. 이 田 총독의 조치에 관해서는, 小熊英二, 『日本人の境界』(新曜社, 1999), 255頁에 짧게 결과만이 언급되어 있다.

88) 호적법령 일반이 대만법질서 전체에서 차지하는 위치는 명백하지 않지만, 結婚문제를 중심으로 대만의 호적법령 변천을 상세히 정리한 논문으로, 栗原純, 『臺灣と日本の植民地支配』, 『世界歴史20 アジアの<近代> 19世紀』(岩波書店, 1999)에 있다.

내외지의 정의, 다음으로 내외지에 걸친 家의 출입에 관한 규정, 그 후에 민사와 형사에 관한 사항을 법역 사이에서 접합하는 규정을 두고 있었다는 사실을 볼 때, 개인과 제국으로서의 국가라고 하는 두 존재를 마주보게 하는 것만으로는 일본제국의 ‘동화정책’을 논할 수 없으며, 그 중간적 단계로서의 ‘구관’의 친족이나 家라고 하는 존재를 법제 일반 가운데 포함시켜 공법과 사법에 걸친 복수의 속지적 법역과 그 가운데의 속인법제를 기능시키는 시스템을 논하지 않으면 안 된다는 본론의 주장이 긍정될 것이다.

본래, 서로 다른 법역의 이질적인 ‘家’로 이동하기 위해서는 내지인은 병역의 의무를 마쳤을 것이 조건으로 요구되었다. 또 외지인이 내지의 家에 들어가는 경우에는 전술한 바와 같이 공법상의 차별이 외지라고 하는 차별된 법역 전체에서, 또 각 법역 내의 속인적 법제상에 존재하고 있었기 때문에 공통법안심의과정에서 귀화인에 준하여 내지 법역 내의 공법상 권리를 제한해야 한다고 하는 異論이 제시되었다는 것은 이미 연구되어 있다.⁸⁹⁾ 그러나 이러한 반대가 주류가 되지 않았던 것은 공통법이 내지연장에 이르는 과도기의 법질서로서의 성격을 갖고 있었다는 것을 뒷받침한다.

다음으로 공통법에 나타난 과도기적 성격을 제도로서 체현하는 일본제국 법제의 제3의 구조에 관하여 서술하겠다. 이는 각 법역 내의 속인법제와 복수의 속지적 법역이 병립하는 상태가 국민의식의 실체화에 수반하여 해소되어 가기 위한 시스템으로 생각할 수 있는 것이다. 외지에서 내지법에 ‘따른다’는 규정이 민사령, 형사령에 존재하였다는 사실은 언급하였다. 이 경우 법령의 내용은 같더라도 법역을 달리 하는 것인데, 그에 대해 칙령에 의해 내지의 법률을 외지에 시행한 경우에 있어서는 그 법률에 관해 법역이 소멸되고 내지의 외지로의 연장이 개별적으로 이루어진다. 이 경우 이미 법역이 그 법률에 관해 소멸하고 내외지 일체가 되어 있기 때문에 그 법률에 반하는 조항을 當該地의 명령을 통해 규정하는 것은 불가능하다. 이러한 개별의 법률이 시행칙령에 의해 제국 차

89) 小熊英二, 앞의 책(각주 68), 208-214頁.

원의 내외지 균일한 속지법이 되고 내지의 연장이 부분적으로 달성되어 가는 도식은 수위가 다른 수면이 제방을 사이에 두고 접하고 있는 상태에서부터 제방을 무너뜨려 동일수면이 되는 상태로 비유할 수 있다. 제방을 무너뜨림에 따라 '역류'가 생겨도 그것을 외지의 명령에 의해 차단하는 것은 이미 불가능하다.

이러한 시행칙령에 의해 외지에 시행된 법률은 대만을 예로 들면 1896년의 六三法の 성립에서 1906년말三一法이 시행되기까지의 11년 동안 45건, 그로부터 1921년의 법 제3호의 시행까지의 15년 동안에 31건, 그 후 제2차대전의 종전까지의 24년 동안에 194건이 있었다.⁹⁰⁾ 그 가운데에서도 중요한 것은 공법과 사법의 요체가 되는 법률, 즉 1896년 7월의 칙령 제1161호에 의한 法例(1898년[明治 31] 법률 제10호), 이듬해 칙령 289호에 의해 시행된 國籍법(1899년[明治 32] 법률 66호), 1922년(大正 11) 칙령 406호에 의한 민법, 상법, 민사소송법이다.

민사에 관한 일본제국 내에서의 최초의 위임입법은 대만총독부가 1898년(明治 31) 율령 제8호로서 제정한 것으로, '본도인'과 '청국인'의 준거법을 구관, '내지인'과 청국인 이외의 '외국인'의 그것을 내지의 민법으로 하는 완전한 속인적 법체계로서 제정되었으며, 그 상세한 내용은 다음 장에서 분석하겠다. 이러한 체계는 형식적으로는 속지법이었으나 속인적인 규정은 남아 있었으며, 1906년(明治 39)의 대만민사령에 의해 수정되었으나, 내지의 민법에 '따른다'고 하는 형식을 취함으로써 '본도인'만을 당사자로 하는 사항, 특히 친족·상속편의 규정을 구관에 위임하고, '내지인'과는 별개의 법질서로서 체계화되어 왔다. 민법에서 '따른다'고 하는, 법역을 분리하는 형식을 통해 내외지를 균일한 법질서로 통합한 것은, 그러나 1922년의 법 제3호와 함께 공포된 칙령 제407호 「대만에시행하는법률의특례에관한건」의 제2장에 「민사에 관한 특례」이 제정되고 최초의 제 5조에 「본도인만의 친족 및 상속에 관한 사항에 관해서는 민법 제4편 및 제5편의 규정을 적용하지 않고 별도로 정하는 것을 제외하며 나머지는 구관에 따른다」라는 규정을 둔 탓에, 여전히 속인적 성격을 계승하고 있었다

90) 外務省 편, 『外地法制誌2 外地法令制度の概要』(文生書院, 1990년 복각판), 104頁.

할 수 있다.

이러한 칙령에 따른 법률시행방식에 의해 법역이 해소되어 간다고 하는 시스템이 법령 지향의 내지연장주의의 전체적 거시적 프로그램이라고 한다면, 위에서 언급한 개별 각인의 인생상의 사적 결단에 의해 각 법역과 딱 맞게 접합하는 이전의 ‘家’를 떠나 별도의 법역의 호적법령상의 ‘家’로 혼인이나 양자결연을 통해 이동하는 시스템은 개별적 미시적 프로그램이라고 부를 수 있을 것이다. 거시와 미시 프로그램을 상호보완적 관계에서 조합하는 방식이 법제도 지향 내지연장주의의 이념적 모델로서 존재하였다고 생각할 수 있다. 이는 山田三朗 등의 법학자나 藩閥에서 정당으로 식민지권력을 이행시키려고 한 原敬에 의해 공유되게 된 바의 ‘내지연장주의’의 배후에 있는 기본적 이념을 현대로부터 구성주의적으로 분석하여 얻어 낸 것이다.

이상과 같이 家제도를 매개로 이용한 사회적 커뮤니케이션의 진전에 의해 법역을 서서히 철폐해 간다고 하는 내지연장주의의 배후에는 당연히 정치권력의 구조전환도 예정되어 있다고 생각할 수 있다. 외지에 있어 입법, 행정, 사법의 3권을 기본적으로 한 손에 쥐고 있었던 총독부 권력을 지방의 행정장관에 게로 전환시키지 못하는 내지연장주의의 완성은 기대할 수 없다. 이미 총독의 무관임용제에서 문관임용제로의 전환이 이러한 내지연장주의의 일환이었다는 것은 春山明哲에 의해 해명되었다. 그러나 주의해야 할 것은 총독의 위임입법권은 단독으로는 행사할 수 없으며, 拓植務대신 등 ‘주무대신’(대만의 울령) 혹은 내각총리대신(조선의 제령)을 ‘거처 勅裁’를 받을 필요가 있었다는 점이다. 결국 총독이 행사하는 입법권은 형식상 모두 천황에 대해 책임지고 있으나 실제로는 주무대신 혹은 수상에 대해서도 일말의 책임을 지고 있었다. 大正데모크라시 시기에는 수상이 의회에 책임을 진다고 하는 책임내각제가 실질적인 운용에 있어 실현되었는데, 이러한 의미의 수상에게 총독이 직접 책임을 지거나 혹은 의회에 직접 책임을 지는 관행이 총독임기제 등에 의해 실질적으로 확립되는 것이 내지연장주의 프로그램의 일단에 존재하고 있었음에 분명하다. 실제로 법 제3호의 제국의회에 있어서의 심의과정에서는 波多野承五郎 의원

이 清漱一郎 의원이 제출한 대만총독부 평의회 의원회의 반수를 민선으로 선출하고 총독부 평의회에 총독의 위임입법권의 책임을 지운다고 하는 안에 대해 반론을 시도하면서, “도대체 총독이나 행정관을 감독한다고 하는 것은 누구의 직무인가 말하자면, 말할 필요도 없이 제국의회가 예산을 議定하여 법률을 議定하고, 그리하여 감독하는 것이 직무일 것이라고 생각하지만, 그렇다고 해서 반드시 대만에서 반수의 민선으로 한 그 의회에 감독을 부탁하지 않으면 안된다고 하는 것은 아무리 생각해봐도 그렇지 않다고 나는 생각한다”⁹¹⁾고 하고 있다. 波多野는 법 제3호가 영구법으로서 제국의회에서 가결되었다고 하더라도 언제라도 그것을 제국의회가 개정·폐지할 수 있는 것이므로 총독은 이미 의회에 책임을 지고 있는 상태에 있다고 주장하고 있다. 그러나 清漱가 주장하고 있는 것은 총독에게 여전히 보유하고 있는 대만의 특수사정에 유래하는 위임입법권의 행사에 있어 총독부 평의회 의결을 요한다고 하는 방식이었다. 즉 총독이 내지연장이 되어 있지 않은, 법역을 달리하는 사항에 관해 위임입법을 행함에 있어 대만에서 선출된 의원으로 구성된 평의회에 총독은 책임을 져야 한다는 것을 清漱가 주장한 데 대해 波多野는 위임입법 자체에 의해 총독이 제국의회에 책임을 지고 있다는 것을 간접적 결과이며, ‘의회 그 자체가 대만을 감독’하는 방식을 취해야 한다고 주장하고 있다. 감독의 방법으로는 예산심의권에 의해 통제를 가하고 나아가 대만을 대상으로 시행되는 법률을 늘리는 정책을 염두에 두고 있었다고 생각된다. 또 대만총독을 의회가 보다 완전히 감독하기 위해서는 대만에서 의원을 선출하고 제국의회에 진출시킬 필요가 있게 되는데, 그에 대해서는 지방의회 선거를 시작으로 개시해야 한다는 주장이 전개되었다.⁹²⁾

대만의회 설치나 아니면 제국의회에 의원선출이나 臺灣人의 정치참가

91) 外務省 편, 『外地法制誌6 臺灣ニ施行スヘキ法令ニ關スル法律ノ議事錄』(文生書院, 1990년 복각판, 511頁).

92) 총독이 수상에 대해 책임을 지는 형식을 명확히 정한 것도 1942년의 내외지 행정일원화 시기에 문제화 되었다고 생각된다.

에 관한 문제를 둘러싸고는 많은 연구가 전개되어 왔는바, 문제는 대만총독에게 위임된 입법권이 어떠한 국가기관에 실질적인 책임을 질 것인가 하는 초점을 둘러싸고 전개되었다고 할 수 있다. 과도기의 법질서인 법역을 달리 한 속지법제가 병립하고 있는 상태에 있어, 총독의 입법권을 각 법역 내부에 거주하는 주민이 선출한 대표로 이루어지는 총독부 평의회에 책임을 지는 형태로 재판할 것인가 아니면 어디까지나 입법권에 대한 책임을 갖는 국가기관은 제국 의회로 일원화해 두고 그 의회에 책임을 지는 법률을 칙령에 의한 시행이나 당연적용되는 법률을 늘리는 방식을 통해 의지에 대해 확대시켜 갈 것인가 하는 선택지의 구조가 존재하였다고 할 수 있다. 문제는 사법질서가 대만에서는 1922년부터 적어도 형식상으로는 내지연장되어 있음에 반해, 공법질서의 중심인 형법은 대만형사령의 규정에 있어 내지형법에 ‘따른다’고 하는 형태를 취하며, 여전히 법역을 구별하여 그에 따라 匪徒刑罰令이나 출판·언론에 관한 특수한 제령의 존재가 가능하게 되었다는 점이다. 대만의회가 설치되는 경우 이러한 별도의 법역으로 되어 있는 내지연장이 아닌 부분이 당연히 의제로서 거론되어야 할 것이라는 점을 생각해보면, 평의회를 설치하고 나아가 대만의회로서 강화하는 것은 치안문제를 정치화시킬 가능성이 높으며 그만큼 더욱 내지인 보수층을 반대로 몰아가는 것이 되었을 것이다.

제3장 臺灣 판 조약개정과 초기 臺灣法制 논쟁

차별적인 식민지법제는 인간이 법을 짊어지고 걷는다고 하는 속인적 법제가 온상이 되어 있었으며 그것이 사법만이 아닌 공법에도 확대되었다는 것은 전술한 바와 같다. 그렇다면 이러한 호적을 연결점으로 하는 법제는 원래 어떠한 기원을 가지면 어떠한 합리성을 의도하여 정비되어 온 것일까. 일본 본토의 법체계조차 미정비된 상황에 있었던 19세기 말에 영유된 臺灣에서 초기의 기본적 법제도가 정비된 과정에 대해 두 사람의 雇用外國人の 논쟁을 통해 밝히고자 한다.

제1절 속인법제 비판—커크우드

지금까지 나는 1899년 7월까지의 시기에 관해 근대적 법전의 지주라고도 할 수 있는 민사·형사에 관한 기본법령의 臺灣도입을 둘러싸고 전개된 일본의 정책결정자 내부의 대립을 속인주의와 속지주의라고 하는 개념을 사용하여 분석했다.⁹³⁾ 여기서 분명히 하고 싶은 것은, 1896년 3월의 六三法에 의해 臺灣총독에의 입법권 위임이 규정된 직후, 臺灣 도내에서의 조약개정문제가 제기되어, 영역주권 확립을 위해서는 법전도입을 시행하는 것이 불가결하다고 하는 대외적 조건에 따라, 토지에 관한 권리의무 관계만을 제외하고, 일본인·외국인은 내지의 민법·상법·형법 및 민소법·형소법의 다섯 법을 '의용'하며, 다른 한편으로 淸國人·本島人 외에 관계자가 없는 민사사항 및 그들만을 피고인으로 하는 형사에 관한 사항에 대해서는 '舊慣'에 '依한다'라고 하는 이원적 구조를 가진 속인주의적인 법제도가 명치 31년의 율령 제8호와 9호에 의해 형성된 것이다. 또 이 속인주의적 법제도를 속지주의적인 법제도로 전환해 가는 시기의 주도적 입법관할권의 소재를 둘러싼 대립이야말로, 소위 '내지연장주의'와 '특별통치주의'를 둘러싼 대립이었다.

이러한 속인적 법제의 도입은 조약개정과 깊은 관련이 있다. 즉 일본 본토와 같은 민법·상법·형법 및 각 소송절차법을 臺灣에도 도입하지 않고서는 서양인의 치외법권에 대신하여 일본의 영역적 주권을 臺灣에 확립할 수 없었다. 왜냐하면 외국인의 생명과 재산의 보증을 국내법전과 사법기관의 정비를 통해 확실한 것으로 하는 것, 그리고 內地 雜居를 실현할 수 있도록 할 것이 서양측으로부터 요구되고 있었기 때문이다. 조약개정의 목적은 그때까지 일방적인 주장을 일삼아왔던 서양인으로부터 무역상의 특권을 회수하고 재정기반을 확보하는 데 있었는데, 이는 영유초기의 臺灣에서도 마찬가지였다. 臺灣에 거주하고 있던 수십 인의 독일인이나 영국인은 청국과의 조약이나 치외법권 특권을 이용하여 장뇌나 아편무역으로 대표되는 여러 이권을 臺灣에서도 보유하고 있

93) 淺野豊美, 「近代日本植民地臺灣における條約改正: 居留地と法典導入」, 『臺灣史研究』 14 참조.

었다. 따라서 일본 본토와 마찬가지로의 조건으로 臺灣에서도 신조약을 적용하기 위해 근대적 법체계의 臺灣 시행은 불가결한 것이었다. 그러나 다른 한편으로 일본 본토용으로 작성되어 온 모든 법전을 그대로 臺灣에 직접시행 하는 것은 사회의 실태에 맞지 않는 법과 제도를 강제하는 것이 되고 치안의 악화는 필연적인 것이 된다. 그 딜레마를 해결하기 위해 臺灣 島內에서 일본 내지의 민·상·행법이 적용될 일본 내지인 및 서양인과, 구관이 적용될 臺灣 本島人을 속인적으로 분리한 법제도가 창설된 것이다. 이에 대한 유일한 예외가 된 것이 율령 제9호로 규정된 토지에 관한 권리로, 민법의 물권에 의하지 않고 일본이거나 서양인을 포함한 전 주민이 일률적으로 臺灣의 ‘구관’에 의하게 되었다. 이는 구관조사를 우선 토지조사사업부터 진전시키는 계기가 되었다.

이상과 같은 속인적 법제의 전면적 도입에 있어서는 그것이 차별감을 낳기 때문에 바람직하지 않다는 주장이 1898년 3월 고용외국인 커크우드(Kirkwood)에 의해 다음과 같이 전개되고 있다.⁹⁴⁾

臺灣에서 신조약을 실시함에 있어 한편으로는 지나인(원문 : 即 土人) 다른 한편으로는 일본인 및 외국인에 대해 상이한 두 종류의 법률 및 재판제도를 시행한다고 하는 논의가 있으나 卑見에 의하면 이러한 제도는 도저히 실행할 수 없으며 또 정치적으로 바람직한 일도 아니다. 왜냐하면 臺灣人은 이로 인해 불만의 마음이 생겨날 것임에 틀림없다 ... 아시아에 산재한 각 영국령 식민지에 있어서는 모두 본국과 다른 법률을 시행하며 이들 법률은 각각의 토지 상황에 맞게 제정된 것으로 하여 재판은 대개 보통행정관의 손에 위임되고 그리하여 土人인지 영국인인지 묻지 않고 모두 똑같이 前記의 법률에 복종하며, 다만 부모 속인권(親屬人權) 등에 관해 다소의 예외가 있을 뿐이다.

속인적 법제는 臺灣人에게 ‘불만의 마음’을 갖게 하고, ‘정치적으로 바람직한 일’이 아니라는 주장을 함에 있어 커크우드가 염두에 두었던 것은 아시아

94) 「臺灣ニ關スル覺書 一八九八年三月八日演述の爲」, 後藤新平文書 7-33-2.

각지에 존재하는 영국 식민지의 속지주의적 법제였다. 영국의 식민지법제는 '법 앞의 평등'이라고 하는 관념을 갖는 영국 커먼로의 전통을 식민지에 확장시킨 것으로 국가기관의 관리를 포함하여 “누구라 하더라도 법에 기하여 공평한 재판 없이는 처벌받지 않는다고 하는 확신을 토착민에게 준”다고 함으로써 주민으로부터의 정통성을 식민지권력이 획득하려고 한 것에 특징이 있었다.⁹⁵⁾

따라서 커쿠우드도 영국 제국 내의 각 지역의 법질서에 있어서는 “부모 속인권 등에 관해 다소의 예외”가 존재하는 것을 제외하면 “土人인지 영국인인지 묻지 않고”, “각각의 토지 상황에 맞게 제정된” 각 지역마다의 속지법제에 ‘똑같이’ 복종하고 있다고 강조했다.

여기서 커쿠우드가 지적한 속인적 법제의 문제점은 다음과 같다. 첫째로 “土人の 감정을 해하는 것과 같은 결과를 낳는다”는 것, 둘째로 “가령 土人과 법률을 같이 하여도 일본인을 일본의 법률에 의거하여 재판하는 것”이 되므로 충분한 보장은 이미 확보되어 있다는 것, 셋째로 신조약을 臺灣에 적용하기 위해 법전의 시행이 필요하다고 하더라도 “그 조약 중에 臺灣의 법률은 내지의 법률과 달라서는 안된다”고는 규정되어 있지 않고, “신조약 하에서도 일본은 필요에 따라 법률을 제정할 권리를 보유하고 있다”는 것이었다. 이러한 이유를 들어 커쿠우드는 臺灣에서만 적용되는 일본본토와는 별개의 속지적 법체계를 도입해야 한다고 주장했다.⁹⁶⁾

주류적인 의견은 되지 못했으나 커쿠우드의 주장 중에 본론과 관련하여 가장 주목할 만한 부분은 영국식민지에서도 ‘부모 속인권 등’을 속지주의 법제도의 유일한 예외로서 인정하고 있다는 점이다. 이 부모 속인권 등의 가족법령은 ‘문명국’ 표준을 충족시킨 영역주권국가끼리의 관계에서도 외국인에 대해 속인주의적으로 본국의 법령을 적용하는 것이 인정되고 있던 분야였다. 따라서 커쿠우드는 별도의 의견서 속에서 “土人을 지배할 별도의 법률을 오로지 가족법만으로 한다면 별도로 하등의 어려움을 겪지 않을 것이며, 혹 일반 국법을 전

95) 板垣與一, 『アジアの民族主義と經濟發展』(東洋經濟新報社, 1962), 20-24頁.

96) 『カークード氏臺灣ニ關スル覺書説明筆記』(後藤新平文書 7-33-3, 1898. 3. 8), 16-17頁.

반적으로 또한 별도로 함에 있어서는 도저히 실행할 수 없을 뿐 아니라 또한 개정조약의 정신에도 위반하는 것이 될 것⁹⁷⁾이라고 말하고 있다. 즉 ‘문명’의 정도는 분명히 다르지만, 엄연히 각각의 나라를 구성하고 있는 臺灣과 일본의 관계에서 어디까지, 어떠한 형태로 속인주의 법제도에 포함시킬 것인가가 쟁점이었다. 커크우드의 제안은 臺灣을 일본 본토와 별개의 속지적 법제가 지배하는 영역으로 함으로써 속인적 법제를 주권국가간에서도 국제사법으로서 허용되는 가족법에 한정하고, 그에 의해 本島人과 내지인의 차별대우에서 생겨나는 감정적 마찰의 발생을 臺灣 섬 내에서 방지하며 또한 법전에 의해 모든 분쟁이 해결된다고 하는 ‘조약개정의 정신’에 따르려고 했다고 할 수 있다.

커크우드의 이러한 논의는 당시 제3차 伊藤내각 시기의 梅謙次郎 법제국 장관이나 西德二郎 외무대신, 伊藤 수상, 後藤新平을 주요 참가자로 하는 1898년 3월의 회의에서 전개되었다. 이 회의는 전임 乃木총독의 사임을 수리하고, 성과가 오르지 않는 臺灣통치체제를 재편하기 위해 중추 지도자가 한 자리에 모인 것이었다. 당시 後藤新平도, 兒玉源太郎 신 臺灣총독의 민정장관으로서 臺灣에 부임한 준비작업의 일환으로서 이 회의에 출석했다. 또 커크우드는 조약개정 교섭을 위한 상법초안을 작성하면서 당시 외상 外相 이었던 井上馨와의 관계를 두터이 하고 井上를 통하여 臺灣 법제의 문제에 전념하게 되었다. 그러나 고문으로서 높은 급료를 받으며 臺灣 총독부에서 일할 수 있도록 여러 모로 로비를 하였음에도 불구하고 정권 중추의 입장에서는 거북스러운 존재에 지나지 않았다.⁹⁸⁾

제2절 속인법제 주장-데니슨

이에 대해 또 한사람의 고용 외국인 데니슨은 속인주의 법제를 기본원칙으로 유지하면서 그 예외로서 도시에 대해 속지법제를 중심으로 하는 법질서를

97) 「カークード氏意見書」, 1898년(明治 31) 7월 12일 제출, 같은 달 26일 번역 완료. 『臺灣島ニ特別法施行一件』, 外務省外交史料館 기록번호 1-5-3-8.

98) 「英人技師 カークード氏備入契約書案並に往復書翰類」(後藤新平文書 7-32).

지리적으로 한정하여 설정할 것을 주장하였다.

데니슨의 속인주의적 법제를 간단히 요약하면 외국인과 일본 본토의 인간에 대해서는 본토에 시행되는 법제도를 적용하고 사법재판을 행하는 데 반해, 현지의 주민에게는 구관을 적용하고 행정관에게 재판을 위임하는 다음과 같은 안이었다.

臺灣에서 법전적용의 범위를 제한하고 또 사법사무상 인종국적에 따라 차별을 설정하는 계획은 臺灣이 일본국에 할양되기 이전 동 섬에 있어 실시된 제도와 큰 차이가 없으므로 사법사무에 있어서는 청국제도를 좇아 행정관에게 부여하는 사법권으로써 재 臺灣 토민 및 토착청인을 통치하고 그 외의 인민에 대해서는 일본국 재판소으로써 영사재판소에 대신하여 행정재판소는 특설법을 및 현행관계를 존중하여 행하며 보통재판소에서는 영사 재판소가 적용하는 법률에 대신하여 일본국 법률을 집행한다.⁹⁹⁾

이러한 속인주의의 원칙을 기본으로 하는 한편 데니슨은 지리적인 시행범위를 都市部와 개항지에 한정한 후 부분적으로 속지주의의 원리를 도입할 것을 제안했다. 이 경우의 속지주의는 일본 본토의 사법권의 연장과 관철을 의미하는 것이고, “사법제도의 집행에 필요한 한도에 있어 일본 현행의 사법조직을 臺灣 및 그 부속지에 미치는 것”이 인정되는 사례라고 하였다. 그에 해당하는 것은 다음의 사례였다. 우선 ‘민사 및 상사의 사항’에 관하여는 都市部나 개항지 지역 내의 “인종국적에 관계없이 일체의 사건”, 그 외의 지방에서는 “당사자의 일방이 토인 혹은 귀화청인이 아닌 일체의 사건”이 그것이다. 즉 지방에서 도시부의 법이 적용되는 것은 당사자 중에 내지인이나 외국인이 포함되어 있는 경우에 한정되고 실질적으로 지방에서는 속인적 법제가 시행되게 된다. 또 이 경우 “각종 재산권은 관할권에 관한 한도에 있어서는 그 소유자 혹은 점유자의 위치에 준거한다”고 되어 있다. 또한 군사재판 이외의 ‘보통 형사’에 관해

99) デニソン, 『日本新條約ノ臺灣適用』, 1898년(明治 31) 4월 26일 제출, 같은 해 5월 11일 번역 완료. 『臺灣島ニ特別法施行一件』, 外務省外交史料館 기록번호 1-5-3-8.

서는 도시부나 개항지 지역 내에서는 피고인의 ‘인종 국적에 관계없이 일체의 사건’에 일본 본토의 사법권이 모든 인간에 연장된다고 하는 의미의 속지주의 원칙이 주장되는 한편, 개항지나 도시 이외에서는 “피고인 혹은 피해자가 토인 혹은 귀화 청인이 아닌 일체의 사건”과 그 이외의 사건에는 별개의 법이 적용되어야 한다고 주장하였다.

속인적 법제를 臺灣 전 영역의 원칙으로 한다는 전제하에, 도시나 개항지에 예외적인 속지적 법제를 설정한다고 하는 이러한 데니슨의 제안에는 다음과 같은 배경이 있었다.

첫째로 臺灣사회의 성격에 관해 데니슨이 가졌던 문명과 야만에 얽힌 편견을 동반한 인식이다. 데니슨은 “在臺灣의 아시아인에 가장 적절한 것은 일본법전과 같이 복잡·치밀하지 않은 단순솔직하고 간명하여 이해하기 쉬운 법을 두는”¹⁰⁰⁾ 것이 좋다고 판단하였다. 이는 臺灣 주민이 ‘북해도의 토인’과 같이 미개 주민이며, “만약 재 臺灣 토인 및 청인에게 제국의 성문법전을 반포하거나 일본국 본토에 시행되는 바의 사법제도 및 소송절차를 시행”한다면 아무리 그것이 제국 본국에서 이것이 실제로 ‘자유민권의 보증’이라 하더라도 臺灣 주민의 눈에는 “惡政苛法の 도구가 되는 바의 것에 지나지 않는다”고 데니슨은 인식하고 있었기 때문이다.

둘째로 통치상의 비용이 저렴한 것 치고는 그 성과를 올리는 것이 가능하다는 점이다.

셋째로 데니슨이 ‘알자스’, ‘튀니지’, ‘통킹’, ‘마다가스카르’ 등의 프랑스 식민지를 모델로 염두에 두고 있었다는 점이다. 이곳에서는 모국인과 여타 서양인, 즉 ‘토착이 아닌 주민’에 관해서는 ‘그들만 통할하는 특별재판소’를 설치하고, 본국과 동일 혹은 유사한 법률을 집행하는 한편, ‘토인에 대한 사법사무의 문제’는 ‘토속 재판소 및 토속 법률을 유지’하거나 ‘행정관에 있어 사법권을 행사하는 특별한 법률규칙을 집행’하고 있었다. 프랑스 식민지는 동화주의라고

100) デニソン, 앞의 문서.

부를 법한, 후세 矢内原忠雄 등에 의해 형성되는 통념으로는 포착할 수 없는 시점을 데니슨은 제기하고 있으며, 본국법 우위의 속인주의 원칙을 프랑스 식민지의 특징으로서 지적하고 있었던 것이다.

넷째로 차별적인 속인주의법제를 만든다면 주민의 '분노'를 불러일으킬 것이라는 커크우드의 비판에 대해 “淸國人은 극히 실리적인 인종으로서 결코 감정에 치우치는 국민이 아니며”, “(淸국인이) 싫어하는 점은 정부가 간단하게 되는 것이 아니라 번잡하게 되는 점에 있어”라고 하여 ‘국민성’론적 시점에서 반론을 행하고 있었다는 점이다.

데니슨이 속인적 법제를 기본으로 전제하면서도 개항지나 도시부에 한정하여 본토법을 관철시키고 지리적으로 한정된 속지적 영역 도입을 주장한 것은 인종간의 접촉이 증대하는 도시부에서는 속지주의 법제가 불가결하다는 인식에 기초하고 있었다고 생각할 수 있다. 이는 알제리에서도 마찬가지였는데, 커크우드가 속지주의의 필요성을 강조한 이유와 중복되며 데니슨도 그러한 주장을 부분적으로 받아들이지 않을 수 없었다고 할 수 있을 것이다. 데니슨이 제기한 도시부 한정 본토법에 의한 속지주의 도입이라고 하는 정책은 구관사회와 ‘문명사회’를 지리적인 경계에 의해 격리시키는 방식으로, ‘미개’한 臺灣섬 내에 ‘문명’적인 도시나 항구가 고립하여 어디까지나 租界와 같이 띄엄띄엄 흩어져 있는 광경을 방불케 하는 것이었다.

제3절 속인주의와 속지주의의 절충

커크우드와 데니슨의 속지주의 도입의 상호 대립하는 주장은, 臺灣의 공법과 사법의 법제도 전체 구조를 일본 본토로부터 격리시킨 속지주의 원칙하에 두고 예외로서 속인주의에 입각한 가족법령을 사법상 들 것이냐, 그보다는 일본 내지인과 臺灣人を 서로 다른 두 속인적 체계로 원칙상 분리한다는 전제에서 지리적인 경계 구분을 통하여 특정 사례에만 한정하여 부분적으로 내지의 법제를 속지적으로 연장하여 도입할 것인가 하는 대립이었다. 이는 이후의 臺灣법제의 구조에 결정적인 영향을 주게 되는데, 어떠한 해결에 도달했을까.

초기에는 데니슨이 주장한 속인주의적 이중법제도의 방식이 — 도시부에 한하여 본토의 법전을 도입한다고 하는 부분은 별론으로 하고 — 당시의 외무성 뿐만 아니라 사법성의 의견을 대변하는 것이었다. 데니슨의 의견서가 제출되기 전 해인 1897년 11월 1일 大隅重信 外相과 清浦圭吾 司法相이 松方正義 총리에게 보낸 문서에서는 “구미 각 締盟國과의 개정조약은 모든 제국 전 판도에 적용하는 것이라고 되어 있어 臺灣섬 내에 대해서도 특별히 제외의 규정 없음에 대하여는 약간 개정조약을 실시함에 앞서 그 실시에 연동하는 바의 각 법전을 동 섬에도 시행해야 할 것이라고 당연한 바에 있다”, “우선 해당 섬에 있는 내지인민 및 외국인에는 그를 시행하며 종래의 주민에 대해서는 당분간은 구 관에 의하는 것으로”라고 하여, 속인주의에 입각한 이중법제도 시행에 의해 臺灣에서 신조약 적용을 시행한다고 하는 방침을 전하고 있다.¹⁰¹⁾

大隅重信가 松方내각의 외무대신이었던 시기, 이 속인적 臺灣법제의 방침은 제시되어 있었다. 그러나 이 방침을 전환하고자 하는 의견으로서 앞서 말한 커크우드 의견서가 松方내각을 대신한 伊藤내각에 제시되었다. 조약개정 의 통고 기한은 4개월 후로 다가왔고, 어떠한 법제를 臺灣에 실시할 것인가를 놓고 신조약을 臺灣에 적용할 것인지 여부에 대해 앞서 말한 커크우드의 의견을 접수한 후 논의가 있었으나 당초의 방침은 변하지 않았다.¹⁰²⁾ 그 후 제3차 伊藤내각은 6월말에 증의원을 해산함과 동시에 총사퇴, 사상 첫 평화적 정권교체에 의해 大隅가 수상이 된다. 大隅는 데니슨과 조약개정사업을 통하여 개인적으로 깊은 관계에 있었고, 나아가 데니슨 의견서에도 大隅의 ‘閱讀’ 서명이 되어 있다. 여기에서 이중법제의 시행은 실질적으로 확립되었다고 생각할 수 있다.

1898년(明治 31)의 조약개정 통고기한일인 7월 16일에는 최종적으로 데니슨의 제언에 극도로 근접한 안이 실시되었다. 六三法에 기한 臺灣총독의 위임입법권 행사에 의해 임시긴급 율령인 율령 제8호가 제정되어 민사상사 및 형사에

101) デニソン, 앞의 문서.

102) 後藤新平文書のカークード意見書에는 이미 속인적 법제가 주류로 되어 있었으나 정식 결정이 난 것은 아니라는 취지를 펜으로 써 넣은 부분이 있다.

관해 내지인과 서양인이 관계된 사항에 대해서는 내지의 법전에 의하고, 本島人과 청국인만을 당사자로 하는 경우에는 구관에 의하는 것으로 되었다.

중요한 것은 이 율령이 신조약 실시조건 통고기일에 맞추어 원래는 제국의 회의 법률로서 제정될 예정이었다는 점이다. 그러나 “臺灣에 법전을 시행하는 법률은 의회해산 때문에 성립”하지 않은 탓에 급거 율령에 의하여 제정되게 되었다. 의회해산 때문에 급거 율령을 만들도록 하라는 지시는 같은 해 6월 17일에 전보로 보내졌다. 그 전보 마지막에는 이 율령안이 “내무성 법제국 심의필. 또 위는 다음달 상순까지 반포를 요함. 至急평의회 의결을 요망”이라는 단서가 붙어있었다. 실제로 이 율령이 臺灣 총독부 평의회에서 가결된 것은 6월 22일이다.¹⁰³⁾ 또 해산 전의 제국의회에서 호적법, 법례, 민법의 친족·상속론이 성립한 것도 주목된다.

조약개정준비를 완료하였다는 통고 가능 최종일인 7월 16일까지, 다시 한번 臺灣총독부 내부에서 논의는 계속되었다. 문제는 전체로서 속인주의 법제를 만드는 것은 좋다 하더라도 토지에 관한 법령에까지 그것을 적용한다면 싱가포르의 예에서 나타난 바와 같이 완전히 거주구역까지 속인적으로 분할하여야만 가능한 것이었다. 따라서 커크우드의 의견이 부분적으로 반영된 형태가 되어 토지에 관한 권리는 일률적으로 구관에 따른 속지적 원칙에 입각하게 되었다고 생각할 수 있다. 7월 14일에는 우선 六三法 제3조에 의해 臺灣총독에게 부여된 至高的 위임입법권이라고도 말할 수 있는 긴급율령제정권을 행사하여, 본토 정부에의 稟申을 거치지도 않고 단독으로 율령 제9호 「민사상사및형사에관한율령시행규칙」을 제정하였다. 이 가운데 제1조에는 “토지에 관한 권리에 대해서는 당분간 민법 제2편 물권의 규정에 따르지 않고 구관에 따를 것”과 각각의 법률에 규정된 절차법상 사용되는 행정관 명칭을 臺灣總督府 내의 직역으로 바꾸기 위한 규정이 제정되었다.¹⁰⁴⁾ 긴급율령 상 필요한 사후적 上奏에 의

103) 「民事商事及刑事ニ關スル件」, 『明治三十一年 臺灣總督府公文類纂 追加二永久甲』, 臺灣省文獻委員會 소장, 316-6.

104) 「民事商事及刑事ニ關スル律令施行規則 律令第九号 明治三十一年七月一六日」, 『明治三十

한 勅裁를 얻은 것은 같은 해 12월 10일 이었다.

이상의 제정경과를 보면, 속인적 법제의 기본법으로 자리매김한 1898년(明治 31) 율령 제8·9호의 성격이 실제로는 기본이념이 착종하는 상황 하에서 그때 그때 임기응변식의 대응을 되풀이하여 산출되었다는 것을 알 수 있다. 율령 제 8호에는 앞 장에서 논한 것과 같이 후에 확립한 ‘법역’을 초래한 ‘따른다’고 하는 규정이 이미 존재하는데, 「臺灣에 법전을 시행하는 법률」이 당초 준비되어 있었다고 하는 사실은 당시의 ‘법역’ 이해가 후의 그것과는 달랐다고 하는 것을 알려준다. 즉 수문을 잘라 폐쇄시킬 수 있는, 상하관계로 묶인 법역이 아니라, 같은 수위를 유지하면서 성질이 다른 액체가 아래쪽에 고여 있는 수면과 바닥까지 순수한 물만의 수면이 벽에 의해 칸막이로 되어 있는 구도가 당시의 내지와 臺灣 두 법역관계에 잘 들어맞는다. 臺灣법역 가운데 바닥의 무거운 액체가 수면에 분출할 수 있도록 허용한 영역이 바로 율령 제9호의 구관에 의한 토지법제라고 할 수 있을 것이다.

제4절 後藤新平의 臺灣 통치플랜

後藤新平은 이러한 어수선한 속인주의 법제의 수립에 즈음하여 임기응변식으로 대응하여, 처음에는 당면의 어쩔 수 없는 상황으로 받아들이고 있었다. 이는 “臺灣의 제국영유 후의 법률제도는 오로지 처음 시작할 때 일시적인 권력편의 수단으로 등장하여 오늘에 이르고 있다”라는 발언에서 엿볼 수 있다. 따라서 後藤에 있어 초기의 속인적 법제도는 ‘영속성’을 갖는 것이라고는 생각되지 않았다.¹⁰⁵⁾ 後藤는 율령 제8호가 “소위 사람에게 따라 법을 달리하는 것으로 내지인은 내지의 법률에 따르고 本島人は 本島の 구관에 따르는 것”이라는 것, 그러면서도 “근래의 법률의 通義는 내가 듣는 바에 의하면 소위 속인주의를 버리고 속지주의를 취하는 것이 편의하다는 것이 불가하다”라는 기본인식을 갖

一年 臺灣總督府公文類纂 第十五卷永久甲種』, 臺灣省文獻委員會 소장, 권번호 254-6.

105) 後藤新平, 『臺灣經營上舊慣制度の調査を必要とする意見』(東亞研究所 第六調査委員會, 1940), 13頁.

고 있었다. 즉 영속성이 있는 법제도를 속지주의에 입각하여 제정하는 것을 의도하고 있었다.

그 이유로서 後藤가 지적한 것은 첫째로 “내지인과 本島人을 구별하는 표준은 本島에 있어 호적의 유무에 따른다. 즉 내지인은 아직 기본적으로 臺灣에 옮길 수 없기 때문에 臺灣에 본적이 없는 자는 내지인으로, 있는 자는 本島인으로 한다”은 점이다. 이 점에 관하여는 “臺灣의 발달을 꾀한다면 반드시 내지인이 臺灣 섬에 도착하여 업무에 종사할 수 있는 길을 열어 줄” 필요가 있기 때문에 “내지인의 본적을 臺灣으로 옮기도록 허용하지 않으면 안된다”는 것이다. 따라서 後藤의 생각으로는 “이미 본적의 유무로써 내지인과 本島人을 구별하는 표준은 시행될 수 없고, 따라서 사람에 따라 법을 달리하는 규칙이라고 하는 것은 이에 있어 시행할 수 없는 형세에 이르게 된다”. 즉 “법률제정의 원칙을 무너뜨리지 않는다면 내지인으로 하여 臺灣에 이주하여 영구히 도착시킬 것을 허용하고, 본적을 희망하는 바에 따라 옮기도록 허용하는 것은 불가능”하기 때문이다. 이상에서 後藤이 일본 내지인의 본적지를 臺灣 내로 옮기도록 하고 대량의 이민을 불러들였으며 도착화를 꾀하기 위해 ‘법률제정의 원칙을 무너뜨려’ 속지주의에의 전환을 도모한 것이 불가결하다고 주장하였다는 것을 알 수 있다.

後藤이 속인주의의 결합으로 지적한 두 번째는 구관 자체가 本島人에게 조차 애매하고 그것이 서양인·각 本島人 집단·生蕃과 나뉘어 지고 있으며, 나아가 경제의 개량에 의해 변화하는 숙명을 띠고 있다는 점이다. 애매함에 관하여는 “그 本島の 구관에 따른다고 말할 수 있는 구관은 무엇인지 사건이 발생할 때마다 이를 증서 따위에서 찾거나 혹은 토인의 증언에 따르는 것 외에는 없으며 거의 일정한 표준이 없다 … 구관에 따르는 규칙이라 할 수 있는 것도 이미 말한 것처럼 사건이 일어날 때마다 일일이 구관을 찾지 않으면 안되는 상태에 있”으며, 게다가 “자주 확고한 결과를 얻을 수 없는 지경에 빠지”는 일도 있으며 “미리 그 適從될 바를 알 수 없는 불편도 있다”. 따라서 “이와 같이 하여 이 권리의 확보를 요망한다고 하기는 어렵다”고 한다. 구관의 복잡다기

관해서는 “臺灣에 있어서는 수천 년 이래의 살아있는 역사를 동시에 곧 현재에 한 섬 내에 수집하여 있으므로 이를 통치하는 복잡한 일은 상상 외에 있”고, “한편으로는 야만미개의 국토의 인민과 다른 한편으로는 문명인의 잠거에 이르며, 그리하여 그 섬 내부가 좁다 하더라도 언어의 종류가 많아 서로 통하지 않는 것도 있으며 따라서 그 관습제도가 하나로 되지 않는 경우도 많다”¹⁰⁶⁾라고 말하고 있다. 구관의 변화에 관해서는 “산업의 개량이라고 하는 것은 풍속 습관의 개량을 초래하는 것이다, 사회생활의 변천은 곧 습관의 변천이다, 이 사회생활의 변천이 되는 것은 의식주를 공급하기 위해 노동하는 상태의 변천에서 오는 것이다 … 또한 민사상사의 관습에 변천을 초래하기 때문에 장래를 대비하여 입법의 근거를 정”할 필요가 있다고 말하고 있다.

이리하여 後藤는 속인주의가, 이민을 불러들일 수 없다고 하는 실무상의 결점을 가질 뿐 아니라 그 근거가 되는 구관 자체가 실은 애매하고 복잡하여 변화하는 것이라는 점을 인지하고 있었다. 즉 後藤에게 구관은 충분히 안정된 것으로는 받아들여지지 않았으며, ‘문명사회’로 서서히 ‘점진’적으로 흡수되어 갈 존재였다. 따라서 ‘법률 제정의 원칙’을 무너뜨리고 총독의 입법권을 제국의회로부터의 위임에 기한 것이 아니라 헌법상의 근거에 기하여 재편하는 것도 시야에 확보하면서 臺灣 섬 내에서는 本島人·서양인·일본인의 구별 없이 균일하게 적용되어야 한다는 속지법제를 축으로 확고히 하려 했던 것이다. 이는 어디까지나 물을 펌프로 공급하면서 바다의 액체와 섞어 가는 작업으로 볼 수 있을지도 모르겠다.

결국 後藤의 구관입법은 구관 자체의 온존을 위한 것이 아니라 속지적 법제 편성의 일환이었으며, 물과 액체를 천천히 서서히 섞여가기 위한 틀이었다고 할 수 있을 것이다. 무엇보다 섞어 갈 것인가에 관해서는 ‘人籍’, 즉 호적의 정비보다 ‘地籍’, 곧 토지의 정리등기사업을 우선한다고 말하는데 머물고 있다. 그러나 내지와는 다른 입법절차에 의해 별개의 법체계가 균일하게 성장하는

106) 後藤新平, 위의 책, 13頁.

속지적 법제를 축으로 하여 서서히 속인적 규정이 수렴되어 가는 식의 법질서를 염두에 두고 있었다는 것은三一法の 제정이나 後藤 자신의 말에서도 알 수 있다. 後藤은 구관의 변질·해체가 진행되는, 살아 변화하는 '本島人' 사회와, 일본 본토에서 이민 온 내지인 사회가 혼재·동거하는 다원적인 臺灣의 전체사회에서 그 각 전통사회로부터 석출되고 臺灣이나 일본의 문화 요소를 혼합하여 내면화시킨 '개인'이, 내지인도 本島인도 아닌, 평등하게 '일본제국의 臺灣人'으로서 살 수 있는 사회를 건설하고, 그러한 사람들을 산출하는 균일한 속지적 법제를 주장한 것은 아니었겠는가.

이 後藤의 사고와 대극에 서는 것이 原敬가 의도한 법제도 지향의 내지연장주의이다. 이는 일본 본토의 법률을 가능한 부분부터 臺灣에도 적용해 가거나, 혹은 가능하지 않더라도 법제도를 들여오는 것으로 사회적 동화를 촉진하고 개개의 문화적 요소를 개인에 내면화되도록 촉진해 간다고 하는 방식으로, 제국 차원의 속지주의 법제에의 이행과 그 전제로서의 국가기관의 일원화를 주장하는 것이었다. 제방을 아래까지 잘라 떨어뜨리는 것으로 압도적 수량에 의해 바닥의 액체를 중화시켜 버리려고 하였다는 예로 대신할 수 있을지도 모르겠다.

정리

마지막으로 이러한 속인적 법제도의 기원을 세계사적인 시점에서 논하도록 하겠다. 세계사를 돌이켜 생각해 보면 속인주의적 법제도라는 것은 본래 서양인이 가졌던 치외법권을 정당화해 온 법제도였다. 즉 서구의 팽창 시기에 처음에는 단순한 해상세력으로서 각지에 거점을 구축한 서양인은, 현지의 토착 권력자와의 교섭에 의해 일정하게 보장된 개항도시에서 본국의 주권에 속하는 재판관할권이나 행정권이 개개의 서양인에 대해 속인적으로 연장될 것을 승인시켰다. 이야말로 소위 불평등조약이었던 것이다. 이러한 시스템이 유효한 한 현

지 통치자의 법이나 그에 기반한 전통적 재판, 그리고 경찰력 등에 의한 집행은 서양인에게 미치지 못하는 것이 된다. 그 대신, 개항지의 서양인에게는 본국 법이 속인적으로 연장되어 각국의 영사가 사법권을 행사하게 된다. ‘치외법권’이라는 번역어의 영어원문이 Extraterritoriality라는 것은 원래는 영역적인 것이어야 하는 주권이 그 영역을 넘어(Extra-) 외부에까지 미친다는 것을 의미하는 데에 연유한다. 사법권을 중심으로 하는 주권의 연장이 속인적으로 이루어지는 단계에서 속지적으로 이루어지는 단계로 강화되면 그 개항지는 租界가 되고, 그 안에 있는 현지인에게도 서구의 법이 적용되게 된다. 또 속인적으로 연장되어 가는 주권은 가족법 중심의 국제사법 영역에 그치지 않고 민형사의 모든 법 영역에 확대된다.

이러한 문맥에서 생각하면, 치외법권의 폐지는 토착 통치자에 의한 영역적인 주권의 확립을 서구측에 인지시키고서야 비로소 가능해진 것이었다. 그러나 교섭에 의해 이를 실현하는 방법을 현지측에서 취하려고 하는 한, 서양측은 이를 받아들이는 조건으로서 현지 국가가 공법과 사법에 걸친 영역적인, 즉 속지적인 법전을 시행하고, 이에 기해 행정과 분리된 사법제도가 운용되어야 할 것을 주장하였다. 나아가서는 외국인의 생명과 재산의 보장을 현지 국가의 사법제도가 보증할 뿐 아니라 법의 저촉이나 관할권의 충돌을 전제로 그 주체가 되는 주권국가가 국제공법과 국제사법을 준수해야 할 것도 요구하여, 이 내용들이 ‘문명국’으로서의 ‘표준’으로 간주되기에 이르렀다.

영역적인 주권을 상호 승인한 국가끼리의 관계에서는 다른 국가가 제정한 법령이 속인주의적으로 연장하는 것은 이미 있을 수 없는 일이고, 단지 가족법에 관한 법령만은 이러한 것이 인정되게 되었다. 본래 현대에서의 국제사법은 섭외사건이 발생한 때에 상대방의 법령이 속인적으로 연장되는 것이 아니라 단순한 증거의 일부로서 참조되는 데 지나지 않는다고 생각할 수 있게 되었다. 이러한 변화의 배후에는 ‘주권’이라고 하는 개념의 확립이 있다. 원래 주권이라고 하는 것은 타자로서의 다른 사회의 법질서가, 사람들의 교섭을 통해 자기 사회에로 파급되는 것을 거부하는 원리이다. 중세 서구에서는 領邦이나 교회에

의한 다원적 법질서가 종교나 왕위계승에 의해 중층적으로 착종된 상황이 존재하였으나 절대왕정 하에서는 주권개념의 등장에 의해 영역 밖으로부터의 법질서 파급은 거부되고 내부에 일원적인 법제가 정비되어 있었다. 그러나 서구 내부에서는 주권원리의 등장에 의해 속인법제가 소멸되어 가지만, 서구가 오스만투르크나 동아시아 세계에 속한 여러 나라들과 접촉할 때에는 오히려 이러한 원리가 전면에 세워지고 서구인의 특권을 해외에 산재하는 거류지에서 정당화하게 된 것이다.

일본제국법제의 근본적 원리로서 그 구조나 기원을 논하여온 바 법역에 의한 공법상의 차별을 내재한 복수의 속지법제와, 외지 법역 내부에 있어 속인적 법제가 두드러지게 특징적이었던 것은 본래 사법에 속하는 호적법령이 각 법역 내의 차별적 공법과 연결되어 제국 편성의 원리가 되었다는 점에 있다. 이는 이상과 같은 전 지구 차원의 법제사 속에서 생각해보면 불평등 조약의 원리로서 현지 사회를 위협한 위험한 속인주의적 주권원리를 제국 내부의 법제 속에 길들이며, 반대 측면에 있어 편입시킨 것으로 볼 수 있을지도 모른다. 즉 초기의 臺灣법제가 속인주의적 이중법제도가 된 것은 속인주의의 과도기적 단계라고 할 수 있는 것이다. 서양인이 내세운 속인주의적 주권운용은 이미 체지되고 있었으나 속지적으로 확립되어야 할 법제도는 존재하지 않았다. 단지 서양 본국의 주권이 미치는 영역이 일본 본국의 주권에 의해 대체된 것에 지나지 않는다. 게다가 내지의 민형법 등은 '의용'되고 있었던 것에 지나지 않고, '本島人'에게는 별개의 법체계인 '구관'이 적용되고 있었다. 이러한 2중의 법제도는 본래 구관사회의 급격한 해체를 방지하고 치안을 확보하기 위해, 그리고 조약 개정의 긴급사태에 적절히 대응하기 위해 도입되었으나, 시대가 흐르고 '근대화'가 진행되면서 새로운 개인으로서 근대적인 교육을 받은 사람들이 성인이 된 시점에서는 '차별'적 법제도의 온상으로 변질되었다고 할 수 있겠다.

내지연장주의에 의해 법역을 무너뜨리고 제국 차원의 속지법제로 일원화되는 것과는 반대로, 특별통치주의에 의해 각 법역 내부에 완전히 독립한 입법권을 보유하는 속지적 법제를 수립하는 것도 한때 주된 움직임으로 나타났다. 이 경우에

는 각 법역의 법질서끼리 상호 관계를 정하는 것과, 입법관할권을 갖는 국가기관을 분할하는 것을 헌법에 준하는 규범에 의해 정할 필요가 있었으나 실현을 보지는 못했다. 한편, 내지연장주의에 기해 현실적인 법령시행형식으로 확립된 방법—칙령에 의한 내지법률의 외지시행—은, 제국 차원의 속지적 법제로 이루어진 부분을 서서히 확대시켜가기 위한 거시적 프로그램(macro program)이라고 할 수 있을 것이다. 그에 반해 家제도를 매개로 하여 연결점으로서의 호적법령을 이용하여 이질적인 속인법제로 이행하는 길 역시 공통법에 의해 열려있었는데, 이는 이러한 속인적 법제를 차별적인 것으로 만들지 않는, 사회적 동화를 촉진하기 위한 미시적 프로그램(micro program)이라고도 할 수 있을 것이다.

그러나 칙령에 의한 내지법률을 외지에서 시행할 때에, ‘역류’의 위험에 대한 주장이 높았다는 것은 법역 소멸에 따른 ‘내지’사회의 혼란이 존재했음을 말해 준다. 역류를 두려워하여 수문을 닫는 대신, 차별적인 속지법역과 외지 내의 속인적 이원법제가 분권화된 관료기구의 타성으로 존속하여, 정체되어 버린 상태가 ‘점진주의’의 미명하에 방치되고 혹은 이용되었으며, ‘내지인’, ‘本島人’, ‘生蕃人’ 등 출신에 의한 문화적 집단마다 각각의 호칭에 따라 ‘개인’간에 법제상의 ‘차별’을 정치화시켜가게 되었다. 아무리 기다려도 사회적 동화는 진전되지 않고, 또 진전된 것처럼 보여 그것을 내지연장으로 전화시켜 보아도, 생각지도 못했던 반작용이 다른 영역에 생겨난 것이리라.

마지막으로, 황민화정책 시대가 되어 국민의 의무를 규정한 바, 교육기관법령이나 병역관계법령에서 속인적인 규정은 제거되고, 한편 법역간의 차별적 공법체계에서도 중의원 의원선거법의 외지 시행이 법률상으로는 종전 시기 즈음에 실현되었다. 그러나 이는 교육에서 臺灣語·조선어의 박멸, 즉 사적 가정생활에서조차 모국어가 소거된 황민화정책을 전제로 한 것이었다. 家제도상으로 그러한 공법이 가능하고 있었다고 한다면, 동일한 공법이 직접 적용됨에 있어서는 본래 사적 세계가 일본의 ‘家’를 표준으로 하여 재편되지 않을 수 없는 구조가 존재하고 있었다고도 할 수 있을 것이다. 공과 사의 경계, 자율적인 사회를 그 조화 위에 구축하는 것은 여전히 현대의 과제로서 가로놓여 있다.