

〈서평〉

## 한국사법제도와 우메 켄지로

—李英美, 『韓國司法制度と梅謙次郎』(法政大學出版局, 2005)—

문준영\*

### I.

한국 근대법사에서 구한국기 일본에 의한 한국사법제도 개혁은 매우 중요하면서도 다루기 어렵고 골고루 연구 주제이다. 넓게는 당시의 일본에 의한 사법제도 ‘개혁’의 의도와 목적을 일본의 대한정책과 관련하여 어떻게 이해할 것인가 하는 문제부터 시작하여, 사법제도 개혁의 구체적인 경위와 그 의미, 그리고 당시의 사법제도 개혁에 대하여—사실 서평자가 가장 큰 관심을 갖고 있는 대목이지만—한국민은 어떻게 반응하였으며 그것이 한국의 근대법시스템의 형성에 어떠한 결과를 가져왔는가 하는 등의 질문에 답을 해야 한다. 본서의 저자도 지적하듯이 한국에서 그간의 연구들은 이 시기를 ‘일제에 의한 사법권 침탈과정’이라는 관점에서 다소 평면적으로 다루어온 감이 없지 않다. 즉 이 시기의 사법제도 개혁은 식민화의 전단계로 자리매김되어 일본식 사법제도의 타율적인 이식 내지 강요, 한국내에서의 일본의 이익을 관철시키기 위한 제조치, 사법주권의 박탈이란 면이 강조되어 있다. 그러면서도 당시의 사법제도 변화는 일본의 對韓政策—그것이 ‘병합’을 위한 것인지 ‘보호’를 위한 것인지는 차치하고—에 따른 종속변수로서 취급되었다. 물론 이러한 지적은 다른 학문분야에 비하여 특히 한국법사학 분야의 연구상황에 한정된 이야기이다.

\* 부산대학교 법과대학 조교수

그러한 의미에서 이영미씨가 저술한 『한국의 사법제도와 우메 켄지로(韓國司法制度と梅謙次郎)』(東京:法政大學出版局, 2005)(이하 본서라 한다)는, 일본에서 발간된 책이지만, 현재의 부진한 연구상황을 타개하는 데 크게 기여하면서, 다른 한편으로 새로운 연구와 논쟁을 촉발시킨다.

저자는 구한국기 사법제도 개혁에 관하여, 다음과 같은 세 가지 점을 사료를 통하여 실증적으로 검증하려고 하였다고 말한다. (1) 통감부의 한국재판제도, 제법령제정 및 법전편찬사업, 관습조사사업의 구체적 내용 및 실시경위와 진척 상황, (2) 우메에게 위임한 한국사법제도정비에 대한 이토 히로부미(伊藤博文)의 본래의 의도 및 목적, (3) 한국의 사법권을 일본에 위탁한 이유와 경위이다.

(1)과 관련하여 본서는 당시의 문서와 신문기사를 활용하여, 法務補佐官(본서 제1장), 不動産法調査會(제2장), 法典調査局(제3장), 그리고 관련된 우메 켄지로의 활동에 대하여 상세히 밝히고 있다. 특히 法政大學圖書館 소장의 梅謙次郎文書 중 제3부문 「韓國立法起案關係書類」의 1, 「한국입법사업담당당시의 기안서류(韓國立法事業擔任當時二於ケル起案書類)(A5a/25)」를 폭넓게 활용하여,<sup>1)</sup> 1907년 「土地家屋證明規則」을 비롯한 부동산관련법안, 裁判所構成法(1907년 12월), 統監府裁判所令(1909년 10월) 등의 입안에 우메가 어떻게 어느 정도로 관여하고 있었는지 알려주고 있다. 적어도 이 주제에 관한 한, 본서는 현시점에서 입수할 수 있는 주요자료들을 거의 망라하고 있다고 해도 과언이 아니다. 본서에서 소개된 자료들만으로도 이 분야에 관심있는 연구자에게 충실한 길잡이노릇을 할 수 있을 것이다.

이러한 본서의 미덕에도 불구하고, (2)의 한국사법제도개혁의 의도와 목적, (3)의 한국의 사법권위탁의 이유와 경위에 대한 본서의 서술에 대해서는 약간의 의문이 있다. 본서에서는 이 문제와 관련된 다양한 쟁점과 요소들을 제시하고 있지만, 조금은 나열적이고 절충적이라는 느낌을 준다. 저자도 이해하고 있

1) 梅文書研究會 編, 『法政大學圖書館所藏 梅謙次郎文書目録』(東京:法政大學ポアソナード記念現代法研究所, 2003)에, 우메 켄지로 문서의 세부목차가 소개되어 있다. 우메문서의 인용은 이 문서목록의 표기에 의한다.

듯이 이 부분은 이토의 한국통치구상과 사법정책의 관련성, 그것과 관련된 내외의 조건과 요인들, 그리고 이 문제에 관한 당시의 여러 견해들의 의미와 상호관계를 해명해야 할 과제를 포함하고 있다. 이를 위해서는 정책결정과 관련된 다양한 층위의 자료들을 분석대상에 넣어야 할 것이다. 그러나 이 부분에 관해서는 본서의 사료의 구사범위는 조금 한정된 감이 있다. 이하에서는, 이에 관하여 서평자 나름의 의문과 반론을 제기해보고자 한다.

## II. 사법정책변환의 계기에 대한 분석

본서는 구한국기의 사법제도를 법무보좌관초빙시대, 차관시대, 사법권위탁시대의 세 시기로 구분하고 있는데, 그 구분점은 1907년 7월 24일 제3차 일한협약, 그리고 1909년 7월 12일 한국의 사법 및 감옥사무를 일본정부에 위탁하는 각서이다. 이 둘에 의하여 1907년 12월 신 ‘재판소구성법’이, 1909년 10월 ‘통감부재판소령’이 제정되었다. 본서에서는 사법권 위탁 경위에 관하여 길게 설명을 하고 있는데 반해, 제3차 일한협약에 관해서는 그다지 특별한 언급이 없다.

본서에서도 지적하듯이 한국의 사법제도 개혁의 목적의 하나는 한국에서의 제외국의 치외법권 철폐였다. 본서는 제4장 제1절에서 시정개선협의회 석상에서, 그리고 법무보좌관들에 대한 이토의 발언에 의존하여, 치외법권철폐가 이토의 한국시정개선책에서 중심적인 위치를 가지고 있음을 밝히고 있다. 서평자가 보기에 1907년의 제3차 일한협약에서 굳이 ‘행정과 사법의 분리’를 명문으로 규정하고 재판소구성방법에 관한 별도의 각서를 작성한 이유도, 치외법권 철폐문제와 떼어놓고 볼 수 없다고 생각한다. 제3차 일한협약의 “일한협약규정 실행에 관한 각서”의 부속이유서에서도 “금일의 급무는 寸時라도 빨리 법률의 제정, 재판의 개량을 꾀하고, 최종의 목적인 영사재판권 철폐의 방법을 강구하지 않으면 안 된다. 그렇지만 법률의 제정, 법관의 양성은一朝에 기할 수 있는

것이 아니다. 따라서 刻下 응급의 수단으로서 일한양국인으로 조직하는 재판소를 신설하려고 한다.”<sup>2)</sup>라고 하여 이 점을 명확히 하고 있다. 그렇다면 이 문제는 사법권위탁으로의 정책전환 이유를 설명하는 대목(제4장)과 분리하여, 이토의 한국사법제도개혁의 의도, 제3차 일한협약과 신재판소구성법의 제정에 관한 부분에서 보다 심층적으로 다루어져야 하지 않을까 한다.

본서는 이토의 발언을 통하여 한국내의 치외법권의 존속으로부터 생기는 제 문제를, ① 광산채굴권, ② 철도, 築港 및 우편사무, ③ 지방세징수, ④ 외국인 대 한국인의 소송에서의 한국인의 불이익, ⑤ 지방자치에 관한 규칙의 실시, ⑥ 한국재판제도의 불비와 통감부의 관련문제, ⑦ 한국내에서의 외국의 특허권보호, ⑧ 한국내지에서 증가하고 있는 외국인의 권리와 의무에 관련된 문제 등 8가지에 걸쳐 서술하고 있다. 그렇지만 치외법권 철폐가 일본인 당국자에게 과연 왜 그리고 어느 정도로 시급하며 절실한 과제였는가 하는 문제를 정면에서 다룰 필요가 있지 않을까 한다. 관계자들의 발언을 보면 치외법권의 존속을 치안유지문제와 연결시키고 있다는 특징이 있는데, 이 문제를 비교적 설득력있게 논하고 있는 연구가 있어서 참고할 만하다.<sup>3)</sup>

두 번째 문제는 사법권위탁으로의 정책전환의 배경에 관한 것이다. 본서는 국제적 요인에 대한 분석은 다른 연구에 양보하고<sup>4)</sup> 통감부의 한국시정개선책의 현장 즉 시정개선책의 제정책을 추진 및 실행해가는 가운데, 직접 관계하는 한국내부 및 통감부내부에 한정하여 고찰한다. ① 치외법권철폐에 관한 제문제와 함께, ② 실제로 사법제도정비에 든 비용과 그 진척상황, ③ 한국내각의 불통일에 의하여, 한국에서 이토와 함께 제정책의 추진 및 실행을 담당해 가기 위하여 필요불가결한 친일적 내각의 유지가 불가능하게 된 것, ④ 반드시 한국

2) 『日韓外交文書』 38卷 1冊, 520면.

3) 小川原宏幸, 「日本の韓國保護政策と韓國におけるイギリスの領事裁判權—梁起鐸裁判をめぐって」, 『駿台史學』 13号(2000); 「日本の韓國保護政策と韓國におけるイギリスの領事裁判權—ベッセル裁判をめぐって」, 『駿台史學』 100号(2000).

4) 森山茂徳, 「保護政治下韓國における司法制度改革の理念と現實」, 淺野豊美・松田利彦 編, 『植民地帝國日本の法的構造』(信山社, 2004).

사법제도를 개혁하지 않아도 치외법권철폐가 가능하다는 대체안이 나왔고, 그에 수반하여 상반하는 사법제도개혁에 관한 정책론의 있었던 것 등 네 가지를 지적하고 있다.

서평자가 정치사전공자가 아니라서 ③의 韓國內閣 更迭問題와 이토의 방침 전환의 관계를 정확히 평가할 수 없지만, 그와 같은 한국내의 정치환경의 변화를 가지고 이토가 한국병합을 결정하고 사법권위탁으로 방침을 전환하였다고 말할 수 있을지는 의문이다. 여하튼 재정문제를 비롯한 여러 정치적 요인들은 한국재판제도 자체의 개혁을 통한 치외법권 철폐라는 애초의 구상이 커다란 장애물을 만났다는 것을 의미하기는 할 것이다.

본서의 서술은 이토의 병합결정이 마치 사법권위탁을 초래하였다는 듯한 인상을 주는데, 병합과 사법권위탁이 그다지 논리필연적인 관계에 있어 보이지는 않는다. 일한병합을 결정하였다는 이토가, 왜 하필 1909년 초경에 등장한 한국내 일본재판소설치안에 주목하고 1909년 10월에 자청하여 사법권위탁각서의 체결을 주도하였을까? 森山の 지적처럼 간도문제의 출현 때문인지, 아니면 小川原가 시사하듯 당초의 개혁구상이 이미 파탄하여 새로운 조건과 정책목표에 부합하는 대안이 시급히 요구되었기 때문인지는 앞으로 고찰이 필요하다. 어쨌든 사법권위탁 문제는 ‘보호’에서 ‘병합’으로의 통치방침전환과는 조금 거리를 두고, 한국내 사법제도의 개혁론의 내재적인 전개 위에 분석해보아야 하지 않을까 한다.<sup>5)</sup>

### Ⅲ. 한국민법제정론 대 일본법강제론

본서의 제목과 같이 저자는 우메 켄지로가 부동산법조사사회장으로서, 법전조

5) 이에 관해서는 小川原宏幸, 「統監伊藤博文の韓國法治國家構想の破綻 - 「韓國二於ケル發明意匠商標及著作權保護二間スル日米條約」施行に伴う韓國國民への日本法適用問題をめぐって」, 『姜徳相先生古稀退職記念 日朝關係史論集』(新幹社, 2003)가 시사점이 풍부하다.

사국 고문으로서 한국법제 정비에 어떻게 관여하였는지, 그가 가지고 있던 구상은 무엇인지, 그것이 이토 통감의 구상과 어떠한 관계에 있었는지, 한국법제에 대한 여타의 구상들과는 어떠한 차이를 가지는지를 규명하는 데 매우 공을 들이고 있다. 저자는 우메가 처할 수밖에 없었을 “시대적 제약”을 지적하면서도, “우메는 전체적으로 오로지 ‘한국의 부강을 위하여’라는 일종의 사명감을 가지고, ‘한국인민’을 위하여, 한국의 관습에 근거하는, 일본과는 다른 한국고유의 또 독자의 법률구상을 강조하고 있었다. 민족생활의 깊숙한 곳으로부터 작용하는 내면적인 힘의 작용으로서의 관습법을, 민법·상법에서 인정하고 있는 일본민법전의 기초자 중 한 사람이었다고 말해지는 우메는, 한국의 법전편찬에서도 마찬가지로 관습법에 의거한 법제를 확립하려고 하였다”고 생각한다.<sup>6)</sup> 우메의 사명감은 차치하더라도—그와 같은 사명감이 결코 없었다고 할 수는 없을 것이다—, 우메의 이러한 한국법전구상은 일본법을 그대로 한국에 시행하지는 식의 주장에 비교할 때, 일용 ‘보호정치’의 이념과 부합하는 온건하고 합리적인 관점으로 평가될 수도 있을 것이다. 이러한 취지에서 본서는 우메를 ‘한국민법전제정론자’로 표현하며 ‘일본법강제론자’인 쿠라토미 유사부로(倉富勇三郎)와 대립시킨다.

양자를 대립시키는 것은, 鄭鍾休 교수가 당시 한국법전편찬 문제를 둘러싸고 ‘한국법전제정파’와 ‘일본법강제파’의 대립이 있었을 수 있다는 가설을 전개하고 있는 것에서 시사받은 것이라 할 수 있다.<sup>7)</sup> 이에 대해서는, 법률가사이에 절차적 문제로 의견이 대립하는 것은 당연하며, 과연 통감부 사법관료 내에 당파라고 할만한 대립이 존재하였는지, 대립하는 의견이 존재하였다고 하더라도 과연 그 정도로 심각한 것이었는지 하는 반론이 제기된 바 있다.<sup>8)</sup> 저자는 법무차관 쿠라토미 유사부로의 주장과 그에 대한 우메의 비판을 들어, 통감부 내부에서의 사법정책의 관점에서의 방침전환에 한하여 볼 때, 당파의 대립이라고는 할 수 없지만 분명히 의견의 대립이 있었다고 말하고 있다. 그러면서 우메의

6) 본서 66면.

7) 鄭鍾休, 『韓國民法典의比較法的研究』(東京:創文社, 1988), 90~91면.

8) 森山茂德, 앞의 글, 308면 및 주 67.

‘한국민법전제정론’ 대 쿠라토미의 ‘일본법강제론’의 대립은, “이토의 한국시정 개선책, 혹은 한국사법제도정비를 뒷받침하기 위한 방법이었지 결코 그 범위를 넘는 것이 아니었다. 즉 한국에서의 치외법권의 철폐와 시정개선의 효과를 거두기 위함이라는, 이토가 내걸었던 한국사법제도개혁의 목적달성을 위하여 이루어진 논쟁이었던 것이다.”라고 말한다.<sup>9)</sup> ‘당파’의 대립이 아니라 정책논쟁이었다는 식으로 한발 물러선 것이다. 그러나 여전히 문제가 남는다.

먼저 ‘한국민법제정론’과 ‘일본법강제론’의 실체가 무엇인지 살펴볼 필요가 있다. 1908년초 우메는 내방한 한 기자와 한국법전편찬사업에 대하여 이야기하였는데, 기자는 “고상복잡한 의미에 의해 편성된 법률은 오히려 한인의 금일의 정도에 적합하지 않다고 생각”한다고 하며 우메의 의견을 물었다. 우메는 이렇게 답한다.

과연 韓人만의 입장에서 생각하면, 法三章의인 것이라도 혹은 가하지 않겠는가하고 말이지요. 그렇게 하면서 당면간의 것은 하는 수 없겠지만, 머잖아 조선의 법률에 우리 일본인은 물론이고 외국인도 지배하도록 하지 않으면 안 됩니다. 즉 소위 치외법권을 철폐하여 한국에서의 법률의 통일을 꾀하지 않으면 도저히 한국의 치안은 완전히 보지할 수 없으며, 때문에 단지 한인만을 향한 법률을 제정한다는 것은 도저히 불가능합니다. 문명의 정도가 다르고, 또한 풍속과 인정이 다른데 각국인을 동일법률 아래 둔다는 것은 꽤 곤란한 일인 듯이 생각되지만, 또한 반드시 하기 어려운 것은 아닙니다. 특히 한인은 몽매하지만 시비선악의 관념과 같은 것은 상당히 발달하였기 때문에, 대체로는 일본의 법률을 조금 간이하게 하고, 어떤 부분은 한국류의 관습법등을 참작한다면, 가하지 않겠는가 하는 방침입니다.<sup>10)</sup>

우메의 이 발언과, “민족생활의 깊은 곳에서 작용하는 내면적인 힘으로서의 관습법”<sup>11)</sup>에 의거한 한국법제를 확립하려고 하였다는 저자의 평가 사이에는

9) 본서 158면.

10) 『訪問錄 梅博士を訪ふ』, 『朝鮮』 1권 6호(日韓書房, 1908.1), 66~67면.

간극이 존재하는 듯하다. 일단 우메가 가지고 있는 ‘한국법제’의 상은, 한국인만을 위한 한국법이 아니라 치외법권철폐를 염두에 둔 한국인·일본인·외국인 공통의 한국법제이다. 한편 1909년 9월 동경경제학협회 월례회의 연설에서 우메는 사법권 위탁협약의 결과 일본인에게는 일본법을, 한국인에게는 한국법을 적용하게 되어 “새로 기초할 민법전은 완전히 한인만을 위한 것”이라고 하였다.<sup>12)</sup> 1910년 합방론과 입법사업의 관계에 관하여 말하면서는, 친족·상속법의 경우 한국인을 위하여 특별한 법률을 제정해야 하며, 부동산의 경우 몇 가지 한국의 독특한 관습상 일본법을 그대로 적용하기 힘들고 동일한 토지에 2개의 제도가 존재하는 것은 불편하므로 한국의 관습을 고려한 위에 한국인·일본인·외국인에 모두 적용될 법제를 만들어야 한다고 하며, 합방 후에도 “한국에 특별한 법전”이 필요하다고 하였다.<sup>13)</sup>

우메가 생각하고 있는 것은 보호국, 식민지라는 조건 하에서 치외법권의 철폐, 이원적인 제도의 불편을 고려하여 가급적 통일적인 법제를 만들어야 한다는 것이다. 그것은 일본법과 다르지 않은 부분과, 조선의 실정과 관습을 고려한 특별한 법제의 부분으로 구성된다. 그밖에 친족·상속 분야에서는 조선인만을 위한 특별법제가 필요하다는 것이다. 이러한 기본구상이 시기에 따라, 전체적인 법정채의 변화에 따라 조금씩 조정되고 있는 것이다.

우메의 구상을 뜯어보면, 합병 이후의 법제개편 결과와도 크게 다르지 않다. 예컨대, 1912년 제정된 「조선민사령」을 보자. 이에 의하면, 조선에서의 민법은 일본민법에 의하되(일본법을 따르는 공통의 법), 조선인 상호간의 법률행위, 민법중 능력, 친족 및 상속에 관한 것은 조선의 관습에 의하며(조선의 관습에 의

11) “민족생활의 깊은 곳에서 작용하는 내면적인 힘”은 이른바 19세기 독일에서 법전편찬을 통한 법발전론에 대항하였던 역사법학과 사비니(F.C. v. Savigny)의 말이며, 엄밀하게는 관습법만을 가리키지 않는다. 또한 우메를 19세기 역사학과의 정신을 계승하는 자로 자리매김할 수 있을지도 의문이다. 우메의 관습에 대한 태도는 법률가라면 가질 통상의 관점과 큰 차이가 없다고 할 것이다.

12) 梅謙次郎, 「韓國の法律制度に就て」, 『東京經濟協會雜誌』 1514号(1909.10), 796면.

13) 梅謙次郎, 「韓國の合邦論と立法事業」, 『國際法雜誌』 8卷9号(1910.5), 35면.



한, 조선인만을 위한 법), 부동산에 관한 물권의 종류·효력에 관해서는 ‘일본 민법에 정해진 물권을 제외하고는’ 관습에 의하며(조선의 관습을 고려한 공통의 법), 물권의 득실 및 변경에 관해서는 조선부동산등기령 등의 규율을 받는다(조선의 실정을 고려한 공통의 법). 다만 ‘관습’의 분야를 ‘성문법화’할 것인지 아니면 ‘관습법’의 영역에 남겨둘 것인지 하는 차이가 있을 뿐이다. 병합 직후의 시점에서 조선의 관습에 의거한 통일적인 부동산법제 내지 재산법제를 만들 수 있을 만큼 준비가 되었을까? 친족법에 관한 것이지만, 조선 관습에 대한 총독부의 법제정책은, 일본정부의 ‘소극적 법제일원화’논리와 총독부의 ‘관습 성문화’ 논리가 갈등하는 가운데 ‘민법주의-구관주의,’ ‘성문법-관습법’이라는 중층적 모순구조 하에서 유동적으로 진행되었다는 분석도 있다.<sup>14)</sup>

대한정책과 법제정책의 관계를 개괄적으로 설명한다면, 보호정치 하의 한국 법중심주의가, 병합이 현실화되면서는 일본법중심주의로 전환된다고 할 수 있다. 하지만 이것은 주로 입법의 방식에 관한 것이며, 그 실질에 있어서 일본법을 모범으로 하되 한국의 관습과 실정을 반영한다는 기본사각에서는 큰 차이가 없었다고 생각한다. ‘한국법전제정파’ 대 ‘일본법강제파’의 대립은 그와 같은 한도 내에서 의미가 있다고 할 것이다. 또한 양자의 대립을 한국법제를 바라보는 시각의 본질적인 차이로서 설정하기보다는, 국제적·국내적 상황변화에 따라 주어진 법적·정치적 조건에 정합하면서 효과적으로 정책목표를 달성할 수 있는 법제의 형식을 찾아나가는 과정 위에 두고 이해할 필요가 있다고 본다. 저자 역시 이 점을 인식하고 있지만, “역사과정에 의하여 보란 듯이 배신을 당한”<sup>15)</sup> 우메의 구상과 관점을 부각시키려는 의도가 지나쳐서인지, 사법정책전환과 직결되는 대립구도 아래 ‘한국민법제정론자’와 ‘일본법강제론자’의 논쟁을 설정하는 것 같다.

본서는 쿠라토미 법부차관의 등장을 들어, “그때까지 통감부의 한국정부 법

14) 李承一, 「朝鮮總督府의 法制政策에 대한 연구: 朝鮮民事令 第11條「慣習」의 成文化를 중심으로」(한양대학교 대학원 박사학위논문, 2003) 참조.

15) 본서 67면.

를고문으로서 한국사법제도정비의 전반적인 청사진작성이란 중책을 한 몸에 안고 있던, ‘한국민법제정론자’ 우메에 대항하는 실력자의 출현을 의미하였다”고 평가한다.<sup>16)</sup> 쿠라토미를 ‘일본법강제론자’로 거론한 근거로서, 그가 1908년 말 경 한국내 일본거류민을 위한 재판제도의 개선, 치외법권의 철폐라는 정책적 목표를 달성하는 방안으로 한국에 일본재판소를 설치하는 방법을 제안하였다는 것, 그리고 1909년 7월 시점에서 사법권위탁협약 체결로 인하여 “목하 법전조사국에서 준비중인 한국법규라고 할지라도, 신협약의 목적에 준거시키기 위하여 다시금 개정증보할 필요가 없다고는 할 수 없다”라고 한 발언을 들고 있다.<sup>17)</sup> 전자의 법안은 일본인 거류민재판제도의 개선과 장래의 치외법권철폐를 용이하게 하는 방안으로서 제시된 것이다. 후자의 발언은 사법권 위탁 협약이라는 법적 조건이 한국 법전에 미치는 영향을 언급한 것인데, 비슷한 시기, 즉 1909년 9월 동경경제학협회에서의 우메의 발언과 일치한다.

‘일본법강제론’의 논거로 들고 있는 한국에 일본재판소를 설치하는 방안은, 일본거류민재판제도 개선, 치외법권철폐를 위한 제도정비라는 목적을 달성하기 위한 방안들 중 가장 유력한 것으로 고려되고 있었던 것이며, 사법권위탁은 이 방안의 문제점을 해소한 최선의 방법으로 평가되었다.<sup>18)</sup> 이러한 사정을 미루어보면, 쿠라토미의 법안은, 통감부 내부의 논의의 결과 나온 것이지 결코 개인의 독자안이라고는 볼 수 없다. 본서는 우메 켄지로문서 중에서 「한국에서의 재판제도개량에 관한 비견(韓國二於ケル裁判制度改良二關スル卑見)」,<sup>19)</sup> 「사법권위탁협약의 실시에 관한 비견(司法權委託協約ノ實施二關スル卑見)」<sup>20)</sup>을 들고 거기에서 우메가 쿠라토미의 의견을 비판한 것을 거론하며, 쿠라토미의 존재를 ‘일본법강제론자’로서 자리매김할 수 있다고 말한다.<sup>21)</sup> 그러나 문서의

16) 본서 157면.

17) 본서 154~155면, 157면.

18) 이에 관해서는 당시 韓國大審院檢事長이었던 國分三亥 「司法權委任に就て」, 『朝鮮』 4卷1号 (1909.9), 10~11면.

19) 梅謙次郎文書, 第3部門 1 「韓國立法事業擔任當時二於ケル起案書類(A5a/25)」, 19면.

20) 위 「韓國立法事業擔任當時二於ケル起案書類(A5a/25)」, 18면.

내용을 보면, 우메가 쿠라토미의 법안의 정책적 목표나, 사법권 위탁과 통감부 재판소 설치 자체에 반대를 하였다고 볼 수 없을 것 같다. 쿠라토미 법안에 대한 우메의 비판은, 그로 인한 사건증가와 경비증가, 소송절차법상의 난점에 맞추어져 있다. 더욱이 우메는 일본인 거류민의 재판이 증가할 것이므로 증가된 경비는 “우리 국고에서 이를 支弁해야 함이 당연한 이치”라고 한다. 한국에 일본재판소를 설치하면서 일본이 경비를 부담하는 체제, 바로 사법권 위탁협약이 예정한 재판제도의 모습이다. 우메도 이 협약이 “확실히 우리나라의 성공의 하나이며, 이 때문에 국고의 부담이 증가하였지만, 한국의 보호를 위해서는 지극히 편익한 일일 것”라고 평가한바 있다.<sup>21)</sup> 또한 「사법권위탁협약 실시에 관한 비견」은 통감부재판소를 설치하는 법령안에 대한 우메의 제안과 검토의견을 담고 있지, 결코 쿠라토미의 주장 자체를 반박할 목적으로 작성된 것이 아니다. 더욱이 우메의 의견이 ‘한국민법제정론’이라는 관점에서 비롯되었다고는 말할 수 없다.

이렇게 놓고 본다면, 梅의 ‘한국민법제정론’과 쿠라토미의 ‘일본법강제론’의 대립이라는 것은, 설사 이 대립과는 다른 차원에서 정책전환이 이루어졌고, 따라서 그 대립은 정해진 정책목표의 달성을 위한 논쟁이었다고 할지라도, 과연 그러한 표현만큼의 실제적 내용을 가진 것인지 의문이다.

#### IV. 한국의 부동산관련법과 우메 켄지로

앞서 본 논쟁과는 별도로, 입법가로서의 우메에 대한 평가는, 그가 실제 입안에 관여한 입법 속에서 세밀하게 이루어져야 할 것이다. 이에 관련하여, 본서에서 공을 들여 설명하고 있는 부분이, 한국의 부동산관련법에 대한 우메의 구상과 활동이다. 1907년 10월 규정된 「토지가옥증명규칙」(이하 「증명규칙」이라고 한다)의

21) 본서 158면.

22) 梅謙次郎, 앞의 「韓國の法律制度に就て(下)」, 794면.

제정의 경위와 그 결과에 대한 평가에 많은 지면을 할애하고 있다. 「증명규칙」의 현실적 목적은 한국 내에서의 외국인(대다수는 일본인)의 토지소유권을 합법화하는 것이었지만, “결과적으로, 한국에서의 전근대적 봉건적 토지제도는 「증명규칙」의 제정에 의하여, 근대적 토지제로의 전환을 맞이하게 되었다”<sup>23)</sup>는 것이 본서의 입장이다. ‘근대적 토지제’란 무엇인가에 관해 여러 가지 입장이 있겠지만, 본서는 로마법적 소유권개념에 입각한 토지소유·이용·거래제도의 법제화, 그 기반으로서의 국가에 의한 토지파악과 공부(公簿)의 작성, 이를 통한 거래안전의 보호와 공시제도의 확립 등에 초점을 맞추는 듯 하다.

본서에서 언급하고 있듯이 「증명규칙」은, 한국정부안과 우메의 수정안을 놓고 협의를 거쳐 완성된 「토지건물의 매매교환양여전당에 관한 건」(법률 제6호)이 고종황제의 재가를 거쳤음에도 불구하고 이를 공포하지 않고, 마치 법률 제6호가 없었던 듯이 칙령 제64호로 공포되었다. 「증명규칙」에 이르는 전과정은, 사실은 외국인토지를 금하는 현행법제를 전제로 부동산증명제도를 도입하려는 한국정부측의 발의에 의하여 시작되었고, 그 계기는 대한자강회의 입법청원운동에 있었다.<sup>24)</sup> 또한 자강회회장인 윤치호는 1906년 1월 외교고문 스티븐스에게 보낸 서한에서 위조 또는 도난된 文記나 契券에 의한 불법적 토지거래야말로 일본인이 저지르는 부정의의 원인이자 그로 인하여 한국인의 마음에 불신과 증오의 원인이라고 하면서, 이를 시정하기 위한 거래증명제도가 필요하다고 건의한 바 있다.<sup>25)</sup> 이러한 사정을 저자 또한 모르지 않은 것 같은데, 본서의 기술에서는 정부안과 우메수정안을 비교하는 것을 제외하고 상세히 언급하지 않고 있다. 이 문제는 「증명규칙」이란 결과물을 오로지 통감부 또는 우메의 것으로 귀속시키는 것이 타당한가 하는 문제뿐만 아니라,<sup>26)</sup> 「증명규칙」이 당시의

23) 본서 101면.

24) 그 경위에 관해서는, 정연태, 「대한제국 후기 부동산 등기제도의 근대화를 둘러싼 갈등과 그 귀결」, 『법사학연구』 16호(1995)에 상세히 기술되어 있다.

25) 『尹致昊日記 六』(韓國國史編纂委員會, 1976), 217~218면.

26) 「증명규칙」에 관하여 우메는 후에 “저의 발의가 아니었습니다. 당시 저는 한국에 막 건너온 때이고, 그쪽의 사정을 충분히 지실하지 못하였으며, 본래 고식적인 일은 좋아하지 않았습

부동산법제상에서 가지는 의미를 평가하는 것과는 관련되기 때문이다.

후자의 부분과 관련하여, 본서는 조선시대와 대한제국기의 토지법제의 성격을, 토지국유제론과 朴秉濠 교수의 근세적 토지소유권론을 통해 분석한 후, 「증명규칙」 제정의 의의를 밝힌다. 그러면서, 그 입안에 관여하였던 우메가 주장한 로마법적 소유권론이 일본제국주의의 경제진출에 길을 여는 역할을 하였으며, 양반 지주층에 부여된 근대적 토지소유권에 의하여 토지 및 자본주의적 유통화는 농민을 토지로부터 해방하였지만, 사실상 그것은 유전(流轉)이었다는 비판에 대하여 다음과 같이 대답한다. 첫째, “이른바 ‘근대화’ 자체에 대한 평가에 대한 논의는 별론으로 하고, 우메에 의한 로마법적 소유권 사상의 도입은, 한국의 전 근대적 봉건적 토지소유권 의식을 근대적 토지소유권의식으로 ‘전환’시키는 역할을 담당하였다는 의의를 부여할 수 있”으며, 둘째 “로마법적 소유권적용의 전제가 되었다고 하는, 당시 한국토지소유권존재의 긍정론에 관련한 문제이지만, 우메가 한국토지소유권존재를 긍정한 것은 ‘부동산법조사회’의 관습 및 제도조사에 결과에 근거하였다”<sup>27)</sup>는 것이다. 동기나 의도와, 그 결과를 냉정하게 분리해서 보면, 이와 같은 평가가 전혀 그릇된 것은 아니라고 볼 수 있다. 그러나 이와 같은 식의 대답은, 앞에서 언급한 「증명규칙」에 대한 비판들이, 법제의 수준과 성격에서의 비판에 초점을 맞춘 것이라기보다는, 경제적·정치적 층위에서 그 법제(및 거기에 담긴 법리)에 의하여 야기된 결과들에 대한 비판적 분석이라는 점에서 비판의 취지에 정확히 부합하는 반론은 아니다. 어디까지나 법률가로서의 우메의 위치를 옹호한 것이다.

만일 우리가 법의 층위에서 이 문제에 접근한다면, 한국의 부동산법제 또는 관련된 관습에 대한 우메와 일본인 법률가의 접근방식에 대해서는 추가적인 분석이 필요하다고 하겠다. 「증명규칙」의 토대가 된 법안이 기초되고 있던 기

니다. 그렇지만 한국정부에서 이 안이 회부되어 와서, 통감도 그에 동의하여 그 발표를 보기에 이른 것입니다.”라고 한 바 있다. 梅謙次郎, 「韓國の法律制度に就て(上)」, 『東京經濟雜誌』 1512호(1909.10), 8면.

27) 본서 89~90면.

간 동안 우메는 부동산법조사회를 이끌고 한국의 부동산관련 관습과 법제를 조사하였다. 우메가 작성한 조자사항의 제1목의 설문이 “인민의 토지소유권을 인정하는가, 만약 인정한다면 언제부터 이를 인정하였는가”<sup>28)</sup>였던 바와 같이, 조사의 초점은 소유권이라는 법적개념에 상응하는 권리상태가 존재하는가에 맞추어졌고, 그 결론은 한국에서는 인민의 소유권이 있다는 것이었다. 짧은 기간의 조사를 거쳐 한국의 부동산에 관한 법적 상태를 곧바로 ‘소유권’, 기타 ‘물권’이나 ‘채권’상의 법적 범주로 명명하고 재구성하였다는 것은 어떠한 의미를 가질까.

여기서 지적하고자 하는 것은 로마법적 개념이니 게르만법적 개념이니 하는 것 중 어디에 입각하였는지 따지기 위한 것이 아니라, 그와 같은 법적 개념과 범주를 가지고 상황을 평가하고 명명하고 가공하는 시선, 거기에 담겨진 의도, 그 효과 등에 관한 것이다. 이 문제에 관한 별도의 세밀한 고찰이 이루어질 때, 우메가 주도한 부동산법조사와 관습조사의 방법과 결과에 대해 보다 심층적으로 이해할 수 있게 될 것이다. 여하튼 이와 같은 식의 조사결과를 토대로 우메를 비롯한 일본인 법률가들은 한국의 부동산법제의 급무는 권리의 내용 자체를 바꾸는 것이 아니라 “한국의 토지제도의 근본에 있어서의 일대결점”인 “토지표시가 매우 곤란”한 상태를 개선하는 것, 즉 지번, 토지대장제도, 증명제도의 도입에 있다는 결론에 이르게 한다.<sup>29)</sup> 이러한 결론으로 그들을 이끌었던 것은 무엇일까. 아마도 그것은 그들의 말에서 드러나는 ‘객관적 상황’을 그대로 받아들임으로써가 아니라, 당시의 관습과 법제를 바라보는 시선, ‘객관적 상황’의 재구성 방식 전반에 대한 심층적인 분석을 통해 대답할 수 있을 것이다. 이를 위해서는 당시의 부동산법조사와 후의 관습조사에 관하여 정밀한 텍스트 분석이 이루어져야 하며,<sup>30)</sup> 아울러 일반 인민의 법생활과 법의식, 엘리트들의

28) 앞의 梅謙次郎文書, 『韓國立法事業擔任當時二於ケル起案書類(A5a/25)』, 2번 「調査事項」 참조.

29) 대만구관조사에서 참여한 바 있는, 부동산법조사회 보좌관 中山成太郎의 『韓國二於ケル土地二關スル權利一斑』(1907.6) 참조.

30) 이러한 관점에서, 대만의 구관조사를 분석한 연구로서, 西英昭, 「土地をめぐる『旧慣』と『臺灣司法』の關係について」(1)-(3), 『法學協會雜誌』 제122권 7호-9호(2005).

법담론, 그리고 공권력의 판결과 법정채담론 등 다양한 수준에 걸친 비판적 분석이 필요하다. 이것이 법사학분야에 요구되는 새로운 과제라고도 하겠다.

한편, 저자는 이러한 조사에 의거하여 우메가 ‘恒久法’으로서 부동산법을 구상하였다고 말하며, 우메 켄지로 문서중의 「不動産法要旨」, 「地券家券法」, 「지권가권발행의 순서(地券家券發行の順序)」<sup>31)</sup> 등의 문서를 통해 해명한다. 그런데 이들 문서의 내용은 부동산실체법에 관한 것이 아니라, 인민의 토지소유를 ‘公認’하고 외국인의 토지소유를 인정하기 위한 방법과 절차, 즉 지권가권의 발행방법과 토지대장과 등기제도의 운영에 관한 것으로, 항구적이라기보다는 과도기적인 제도를 담고 있다. 우메가 한국의 독특한 관습에 대한 관심을 가지고 이를 법제화하려는 생각은 가지고 있었던 것처럼 보이지만,<sup>32)</sup> 그것이 얼마나 구체적으로 무르익었는지는 확실하지 않다.

부동산관련법 외에도 우메는 1907년 재판소구성법, 1909년의 통감부재판소령의 입안에 관여하였고, 민사소송법안을 기초하였다. 우메 켄지로 문서철에 남아있는 법안들과, 실제 공포된 재판소구성법, 통감부재판소령을 비교하면 미세하지만 의미있는 차이를 발견할 수 있다. 이를 비교분석함으로써 우메와 통감부내 사법관료들과의 차이, 우메의 위상과 역할이 보다 구체적으로 드러나지 않을까 한다.

## V.

지금까지 서평의 형식을 빌어 본서에 대하여 서평자 나름의 감상과 의문점을 이야기하였다. 어디까지나 앞으로의 토론과 연구를 위하여 서평자의 개인적 생각과 연구할 과제를 본서에 기대어 제시해보고자 한 것이었다. 본서에 소개된 풍

31) 위 「韓國立法事業擔任當時二於ケル起案書類(A5a/25)」, 13번, 14번, 15번.

32) 梅謙次郎, 앞의 「韓國の法律制度に就て(下)」; 「韓國の典當」, 『法學協會雜誌』 26권 10호(1908); 「法人に關する韓國不動産一斑」, 『法學協會雜誌』 27권 5호(1909) 등.

부한 실증자료, 새로운 발견들과 그것에 근거한 저자의 주장은, 이 분야에 관한 후속연구를 위하여 중요한 디딤돌이 될 것이다. 어려운 상황에서 방대한 자료를 수집하고 분석한 이영미씨에게 고마움과 존경을 표하지 않을 수 없다. 서평자 자신이 한국법사를 공부하고 있지만, 그동안 자료와 인식의 범위가 매우 협소하였음을 본서를 통해 새삼 자각하게 되었다. 한국의 근대법사에 관심을 가지는 연구자들에게 본서는 큰 자극이 될 것이다. 본서의 출간을 계기로 한일 양국에서 이 주제에 관한 새롭고 심층적인 연구가 진행되기를 기대해본다.