

# 오다카 토모오(尾高朝雄)의 법사상\*

— 오다카 토모오와 식민지 조선 —

김창록\*\*

## 목 차

- I. 머리말
- II. ‘조선’에서 태어나다
- III. ‘식민지 조선’에 맞아들여지다
- IV. ‘식민지 조선’의 법이라는 ‘현상’
- V. ‘식민지 조선’으로부터 배척당하다
- VI. 포스트 식민지
- VII. 맺음말

## [국문 요약]

이 글은, ‘오다카 토모오와 식민지 조선’에 초점을 맞추어, 일본법사상사, 한국법사상사 및 한일관계의 법사상사에 있어서 중요한 과제인 오다카 토모오의 법사상에 접근해보고자 하는 것이다.

오다카는, 그 아버지가 제국주의국가 일본의 한반도 침략의 선봉에 선 은행가·사업가였던 연유로 1899년 ‘조선’에서 태어나 ‘조선’에서 어린 시절을 보냈다. 오다카는 일본에서 소학교부터 토오쿄오 제국대학 법학부 정치학과를 졸업하고 교토 제국대학 문학부 철학과에서 공부한 후, 1928년 경성제국대학 교수로서 ‘식민지 조선’에 맞아들여졌다.

경성제대의 동료 법학자들과는 달리, 오다카는 ‘식민지 조선’의 특수한 법상황에 대해서는 천착하지 않았으며, 오히려 ‘식민지 조선’의 법체계를 주어진 소여로서 받아들였다. 1937년

\* 이 논문은 2009년도 정부재원(교육과학기술부 인문사회연구역량강화사업비)으로 한국학술진흥재단의 지원을 받아 연구되었음(KRF-2009-327-B00697)

\*\* 경북대학교 법학전문대학원 교수

중일전쟁 후 오다카는 '사상전의 최전선에 선 대장'으로서 특별한 입헌군주국가인 대일본제국을 '식민지 조선'에 강요함으로써 '식민지 조선'으로부터 배척당했다. 1944년 토오쿄오 제국대학 교수로 임명되어 '식민지 조선'을 떠난 오다카는, 패전 이후에도 한반도와의 관계를 유지하며, 1965년 한일조약 체결과 관련해서도 적극적인 발언을 했으나, 그 발언 속에서도 '식민지 조선'의 특수한 상황에 대한 인식은 발견되지 않는다.

오다카는 '실재를 강조하는 현상학적 법학을 추구한 법철학자였음에도 불구하고, '식민지 조선' 유일의 제국대학에서 16년간이나 법학교수를 지낸 그에게서 '대일본제국'은 보이지만 '식민지 조선'은 그다지 보이지 않는다. 따라서 오다카의 '知'는 '제국의 知'로 자리매김할 수는 있다고 하더라도, 그것을 '식민지의 知'로서는 자리매김할 수 없다.

[주제어] 오다카 토모오(尾高朝雄), 식민지 조선, 경성제국대학, 제국의 學知, 식민지 법 사상

## I. 머리말

오다카 토모오(尾高朝雄, 1899~1965)는 법사상사의 커다란 과제이다. 우선, 오다카는 『대일본제국헌법』으로부터 『일본국헌법』으로의 전환이라고 하는 일본근현대법사의 중요국면에서 “양자 사이에 살아있는 민족정신의 피가 통하도록”<sup>1)</sup> 하기 위해 ‘노모스주권론’을 주창했다. 따라서 오다카의 법사상에 대한 이해는 일본법사상사의 중요한 과제이다.

동시에 오다카는 식민지가 되기 직전의 한반도에서 태어나, 그 28년간의 교수생활 중 16년간을 식민지 조선 유일의 제국대학의 교수로서 재직하면서, 1945년 ‘광복’ 이후, 새롭게 한국의 법철학을 구축한 한국의 제1세대 법철학자들에게 법리학을 가르쳤다. 따라서 오다카의 법사상에 대한 이해는 한국법사상사에서도 중요한 과제이다.

뿐만 아니라, 오다카는 식민지 지배·피지배를 핵심으로 하는 한반도와 일본의 과거에 대한 청산이라는 한일간의 특수한 과제와 관련해서도, 식민지 조

1) 尾高朝雄, 『はしがき』, 『國民主權と天皇制』(靑林書院, 1954), 4면.

선에서의 경험과 패전 이후의 일본에서의 활동, 그리고 한국의 지식인들과의 관계를 통해 일정한 지적 역할을 수행했다. 따라서, 오다카의 법사상에 대한 이해는 한일관계의 법사상사의 과제이기도 하다.

이와 같이 특별한 위치를 차지하고 있는 오다카의 법사상에 대해, 일본에서는 오랫동안 연구가 이루어져왔다. 1960·70년대에 이미 마쓰오 케이이찌(松尾敬一)에 의한 연구<sup>2)</sup>와 쯔바 마사지(千葉正士)에 의한 연구<sup>3)</sup>가 발표되었고, 1980년대에는 야사키 미쯔쿠니(矢崎光圀)에 의한 연구<sup>4)</sup>도 발표되었다. 2000년대에 들어서는, ‘帝國의 學知’에 관한 연구가 왕성하게 이루어지는 가운데, 이시카와 켄지(石川健治)에 의한 주목할만한 연구<sup>5)</sup>가 발표되었다. 또한 한국에서도 오다카의 법사상은 한국법사상사의 중요한 한 장면으로서 주목되어 왔다.<sup>6)</sup>

이 논문에서는, 이들 선행연구들로부터 배우면서, ‘오다카 토모오와 식민지 조선’이라는 과제에 접근해보고자 한다. 오다카에게 식민지 조선은 무엇이었는가? 식민지 조선에게 오다카는 무엇이었는가? 이 논문에서는, ‘식민지 조선’의 관점에 유의하면서, 관련된 몇 가지 장면을 스케치함으로써, 이들 질문에 대해 답하기 위한 실마리를 찾아보기로 한다.

2) 『尾高法哲學の形成』, 『神戸法學雜誌』 15-1(1965); 『戰中の尾高法哲學』, 『神戸法學雜誌』 14-4(1965); 『戰後の尾高法哲學』, 『神戸法學雜誌』 15-2(1965); 『大正・昭和初期の法理論をめぐる若干の考察』, 『法哲學年報(1969)』(1970); 『戰中戰後の法思想に關する覺書』, 『神戸法學雜誌』 25-3(1976).

3) 『戰前におけるわが國法哲學の法思想史的檢討』(下), 『法學新報』 72-5(1965).

4) 『尾高朝雄の法哲學』, 『法哲學年報(1979)』(1980).

5) 『コスモス—京城學派公法學の光芒』, 山本武利外編, 『『帝國』編成の系譜』(『岩波講座『帝國』日本の學知』 1)(岩波書店, 2006); 『『半島』のノモス—尾高朝雄と京城帝國大學法文學部』, 奎章閣韓國學研究院, 『韓日國際WORKSHOP』(2007).

6) Chongko Choi, 『Legal Philosophy and Theory in Korea』, 『서울대학교 法學』 32-3·4(1991), 64면.

## II. ‘조선’에서 태어나다

오다카 토모오는, 1899년 1월 28일에 한반도의 부산<sup>7)</sup>에서 태어났다.<sup>8)</sup> 당시 한반도에 존재하고 있던 국가는 1897년에 선포된 대한제국이었다. 그 대한제국은, 이미 청일전쟁을 거치면서 쇠약의 길에 들어섰고, 러일전쟁을 거쳐 1910년에는 제국주의 국가 일본에 의한 ‘병합조약’ 체결의 형태로 소멸할 운명에 있었다.

오다카가 대한제국의 부산에서 태어난 것은, 그의 아버지인 오다카 지로오(尾高次郎, 1866~1920)가 당시 그 곳에서 일하고 있었기 때문이다. 오다카 지로오는, 제일국립은행을 경영하고 있던 시부사와 에이이찌(澁澤榮一)의 사위로서, 1899년에는 그 은행의 부산지점 지배인으로 근무하고 있었다. 그 후 같은 은행 인천지점의 지배인·감사를 거쳐, 1904년에는 한국총업 전무이사, 1909년에는 동양생명보험 사장으로 근무하고, 1918년에는 부슈우(武州)은행을 창립하여 그 총재가 되는 등, 시종 시부사와의 영향 아래 은행가로서 활동했다.<sup>9)</sup>

오다카 지로오의 대한제국에서의 활동으로서는, 제일은행권의 유통에 깊이 관여한 것이 주목된다. 제일은행권은, 일본이 대한제국에서의 식민지 금융체제의 구축을 위해 1902년 5월부터 발행하여 유통시킨 것인데, 이에 대해서는 대한제국의 상인들이 강하게 반발하여, 1902년 9월 11일에는 대한제국 정부의 외부가 제일은행권의 유통을 금지하는 훈령을 발하기에 이르렀다. 이에 대해, 일본이 군함 2척을 파견하여 무력시위를 했기 때문에, 대한제국 정부는 결국 이에 굴복하여 1903년 2월 13일에 위의 금지령을 철회하지 않을 수 없었다.<sup>10)</sup> 그

7) 1899년 당시의 정확한 명칭은 ‘東萊府’이다.

8) 尾高朝雄教授追悼論文編集委員會編, 『自由の法理－尾高朝雄教授追悼論文集』(有斐閣, 1963), 565면의 『尾高朝雄教授年譜』에는 “1899. 1.28 조선 경성에서 태어나다”라고 되어 있고, 또 2차문헌 중에도 마찬가지로의 기술이 발견되지만, 오다카 자신이 尾高朝雄, 『我が國體と日本精神』, 朝鮮總督府學務局社會教育科, 『青年指導講演錄』(1938), 244면에서 “나는 조선의 부산에서 태어났다”라고 밝히고 있다.

9) 久留都茂子, 『父, 尾高朝雄を語る』(龍門社深谷支部, 2003), 15면.

런데, 금융통화면에서 한반도에 대한 식민지적 지배를 관철하는 하나의 계기로 서 주목되는 이 사건이 고비를 맞고 있던 1903년 2월 9일, 오다카 지로오는 “在 인천항 일본인 상업회의소 회장”의 자격으로, “경성 대일본제국 대리공사 하기 와라 모리이찌(萩原守一)” 앞으로, “제일은행권 유통 금지에 기인한 한국정부에의 대처방안에 관한 구신서(第一銀行券流通禁止による韓國政府への對處方案に關する具申書)”를 보내, “1. 제국군함을 인천에 파견하여 제국정부의 결심을 명확하게 밝힐 것, 2. 한국정부의 부정행위에 보복하기 위해 전환국 혹은 기타 상당하다고 인정하는 관유물을 압수하고 동시에 한국정부에 대해 조약상 발생한 제국신민의 의무 이행을 일체 정지할 것, 3. 한국정부는 그 부정행위에 대해 제국정부에게 사죄하기 위해 당해 관리를 엄형에 처할 것을 한국정부에 대해 요구할 것, 4. 한국에서의 제국의 장래의 이익을 보장하기 위해 이 참에 한국 국고금의 출납을 일본인이 장악하게 하고 또 연안항행권, 내지잡거권 및 토지소유권의 획득을 한국정부에게 요구할 것”을 촉구했다.<sup>11)</sup>

그 오다카 지로오에게, 1910년의 “일한병합”은 “2천년 동안의 일본의 큰 희망이 하루아침에 성취된” 것이며, 그것에 의해 한반도가 “한 사람의 병사를 수고하게 하는 일 없이 일본의 영토로 귀속시키고, 앞으로 두 번 다시 일본으로부터 떨어지는 일이 없도록 결합된” 것은, “새삼 필설로 다 표현하기 어려운 국가 공전의 큰 경사라고 하지 않으면 안 되는” 것이었다. 또, 그는 그와 같은 의미를 가지는 “일한병합”과 관련하여, “메이지 초년부터 조선에 도항하여, 수많은 신고간난에 굴하지 않고 무역 기타의 일에 종사한 이주 일본인이야말로 이

10) 羅愛子, 『李容翊の貨幣改革論과 日本第一銀行券』, 『韓國史研究』 45(1984) 참조.

11) 在仁川港日本人商業會議所, 『具申書』, 『駐韓日本公使館記錄』 17(文書番號 63)(1903. 2. 9.) 이에 관해 오다카 지로오는, 1903년 2월에 인천으로부터 “엄부”에게 보낸 편지에서, “한국 정부로부터 강한 방해로 받아 애써 75만원 정도 통용시킨 은행권이 ... 40만원 정도로 감축되어 매우 곤란했습니다만, 일본 정부로부터 군함 2척을 파견받아 엄중한 담판을 조선 정부에 요청하게 되었기 때문에 조선 정부도 일본의 세력을 두려워하여 방해하기를 그만두어 지금은 무사히 끝났음을 말씀드립니다”라고 보고하고 있다. 尾高次郎, 『日韓併合は果して誰の力ぞ』, 『修養と娛樂 - 刀江遺稿之一部』(東京印刷株式會社, 1921), 287면.

합방의 토대를 이룬 첫 번째 공로자”이다라고 자부했다.<sup>12)</sup>

오다카 토모오의 이름은 오다카 지로오가 지은 것으로서, “조선의 부산에서 태어났기 때문에, 그래서 조선의 ‘朝’자를 따서 ‘朝雄’라고 지었다”라고 한다. 어린 오다카는, “기차를 타고, 부평이라든가 주안 근처의 산에 버섯(松露) 따러 간 일 등”의 기억을 마음 속에 간직한 채, 1903년 다섯 살 때에 내지로 귀환하게 되었는데, 그로부터 25년이 지나 다시금 한반도의 땅을 밟았으니, 한반도와는 “불가사의한 인연”이 있었던 셈이다.<sup>13)</sup>

### III. ‘식민지 조선’에 맞아들여지다

내지로 귀환한 오다카는, 토오쿄오 고등사범 부속 소학교(1911. 3.31) 및 중학교(1916. 3.31), 제1고등학교 1部甲類<sup>14)</sup>(1919. 7. 2), 토오쿄오 제국대학 법학부 정치학과(1923. 3.31)를 각각 졸업했다. 1922년에는 주거를 교오도로 옮기고 교오토 제국대학 문학부 철학과에 입학하여(1923. 4. 1), 사회학자 요네다 쇼오타로오(米田庄太郎, 1873~1945)와 철학자 니시다 키타로오(西田幾太郎, 1870~1945)에게 배운 후, 1926년 3월 31일에 졸업했다. 1926년 6월 1일에는 법리학 연구를 위해 교오토 제국대학 대학원에 입학했지만, 경성제국대학 조교수로 임명된 것을 계기로, 1928년 3월 31일에 같은 대학원을 퇴학했다.<sup>15)</sup>

오다카는, 1928년 3월 17일에 “경성제국대학 조교수”에 임명되어 “법문학부 근무 및 정치학, 정치사 제2강좌의 담임을 명”받았다. 『조선총독부관보』에는 “임(任) 경성제국대학 조교수, 서(敍) 고등관 7등 육군 보병소위 정8위 오다카

12) 尾高次郎, 위의 글, 102·109·110면.

13) 尾高朝雄, 앞의 글, 244~245면.

14) ‘제1고등학교’는 토오쿄오에 설립된 고등학교를, ‘1부’는 법학과 문학에 대한 전문교육을 한다는 것을, ‘갑류’는 영어를 제1외국어로 한다는 것을 각각 의미한다.

15) 尾高朝雄教授追悼論文編集委員會編, 앞의 책, 565면 참조.

토모오”라고 기록되어 있고,<sup>16)</sup> 당시의 『중외일보』도 “보병소위 오다카 토모오 임 경성제대 조교수(7등)”이라고 보도했다.<sup>17)</sup> 동생인 오다카 쿠니오(尾高邦雄)의 회고에 따르면, “장녀인 하쓰에(初枝)가 태어나고…당시 막 1년 지원병 소위가 되었던 형”<sup>18)</sup>이라고 하므로, 오다카가 소위가 된 것은 장녀인 하쓰에가 태어난 1926년 7월<sup>19)</sup> 전후의 일이었던 것으로 추측된다.<sup>20)</sup>

오다카는 1928년 4월 6일 부산에 상륙하여 같은 날 착임했다. 이틀 후인 4월 8일에는 정치학·정치사 제2강좌의 담임을 면하고, 법리학강좌를 담임하게 되었다. 경성제국대학 조교수로 임명된 지 8개월만인 1928년 11월 13일에는 “법리학 연구를 위해 만 2년간 독일, 영국, 프랑스 및 아메리카합중국에 재류할 것을 명”<sup>21)</sup>받고, 비인(Wien)에서는 한스 켈젠(Hans Kelsen, 1881~1973)에게서 국가학을, 프라이부르크(Freiburg)에서는 에드문트 훗설(Edmund Husserl, 1859~1938)에게서 현상학을 배웠다. 유학 중인 1930년 6월 25일에는 경성제국대학 교수로 임명되었다.<sup>22)</sup> 오다카는, 1932년 6월 30일에 3년반의 유학생활을 마치고 보스턴(Boston)을 경유 부산에 도착하여, 7월 1일에 귀임했다.<sup>23)</sup>

16) 『朝鮮總督府官報』 367(1928. 3.23), 2면. 오다카의 교수 및 학생주사 임명 사실을 전하는 『朝鮮總督府官報』의 기사에도 “육군보병소위” 혹은 “육군소위”라고 표기되어 있다(『朝鮮總督府官報』 1047, 1930. 7. 1, 2면; 『朝鮮總督府官報』 4138, 1940.11. 6, 1면). 다만, 1944년에 도쿄요제국대학 교수에 임명된 사실을 전하는 기사에는 그 표기가 없다(『朝鮮總督府官報』 5189, 1944. 5.25, 2면).

17) 『中外日報』, 1928. 3.19, 1면.

18) 尾高邦雄, 『亡き兄朝雄の思い出』, 『文藝春秋』 34-7(1956), 288면.

19) 朝鮮新聞社編, 『朝鮮人事興信錄』(朝鮮人事興信錄編纂部, 1935), 77면.

20) 『朝鮮總督府官報』에 따르면, 오다카 이외에 경성제국대학 조교수·교수로서 임명될 당시 장교였던 인물은 5인, 즉 테라이 쿠니오(寺井邦男), 후지타 에이조오(富士田英三), 모모세 하지메(百瀬甫)(이상 육군보병소위 : 『朝鮮總督府官報』 1670, 1932. 8. 1, 16면; 『朝鮮總督府官報』 2466, 1935. 4. 5, 6면; 『朝鮮總督府官報』 3661, 1939. 4. 6, 8면), 아타카 마사루(安宅勝)(육군소위 : 『朝鮮總督府官報』 4272, 1941. 4.22, 5면), 이노우에 카즈로오(井上勝郎)(海軍造機大尉 : 『朝鮮總督府官報』 4337, 1941. 7. 9, 7면)이다.

21) 『朝鮮總督府官報』 565, 1928.11.17, 6면.

22) 『朝鮮總督府官報』 1047, 1930. 7. 1, 2면.

23) 『朝鮮總督府官報』 1655, 1932. 7. 4, 2면.

토오쿄오제국대학 법학부를 졸업했을 뿐만 아니라, 교토토제국대학에서 철학까지 배운 후, 29세의 나이로 경성제국대학 법문학부 조교수가 되었고, 3년 반 동안 유럽에 체재하면서 켈젠과 훗설에게 사사했고, 게다가 법학박사이기도 했던 오다카를, 경성제대의 조선인 학생들은 스타 교수로서 맞았다.

당시의 조선인 학생들은, “조선 학생을 일본인 대 조선인으로서가 아니라, 선생 대 학생, 혹은 인간 대 인간으로서 대해 주는…일본 교수들에 대해 대체로 호감을 가지고”있었는데,<sup>24)</sup> 특히 오다카는 “학생들 사이에 인기가 있었다”<sup>25)</sup>고 한다. 오다카가 “젊고 박식한데다 구변(口辯)까지 좋았”고, “난해한 ‘칸트’의 비판철학도 ‘후셀’의 현상학도 세모꼴이나 일차방정식을 보는 것 같이 간단하게 설명”해냈고, 학생들을 “자기집으로 초대하여 밤이 늦도록 논전을 벌이기도” 했기<sup>26)</sup> 때문일 것이다. “오다카 교수는 나에게 처음으로 법이란 무엇인가를 가르쳐준 스승”이었다라고 회고하는 애제자 이항녕(1915~2008)에 따르면, 그의 “경성제국대학 재학 중에는 자유주의자로 알려져” 있었던 오다카는, “한국인 학생들과 즐겨서 술을 나누었는데 취중에는 천황을 거침없이 비판하기도 했다”<sup>27)</sup>고 한다.<sup>28)</sup>

24) 李忠雨, 『京城帝國大學』(多樂園, 1980), 111면.

25) 翠玄黃山德博士遺稿集編纂委員會, 『翠玄黃山德博士遺稿集 法과 社會와 國家』(邦文社, 1991), 44면.

26) 兪鎮午, 「博識한 「오다카」 教授」, 『東亞日報』 1974. 3. 28, 5면. 또한 “소학·중학 시대부터 산술·수학과 역사를 좋아했던” 박일경(법문 15)은, “법학에 관해서는, 예과시대에 오다카 토모오 교수의 명강의에 참으로 감명을 받았는데, 법학이 논리를 존중하는 것이 수학과 닮았기 때문이었는지, 법학이 곧 좋아졌다”라고 회고한다. 朴一慶, 「法學とわたくし-諸先生方の思い出など」, 京城帝國大學·京城帝國大學豫科同窓會, 『紺碧』 106(1990), 2면.

27) 李恒寧, 「[學窓三十年 21] 尾高教授의 別世」, 『法政』 219(1968), 58~59면.

28) 또 이항녕은 다음과 같이 회고하기도 한다. 오다카의 “사상이 비교적 융통성이 있어서, 모든 사상을 다 포용하고, 융화스러운 그런 경향이 있어서 우리가 그걸 좋아했거든.” “우리 맹길 또래에 있어서는 학생들이 그 선생을 많이 따랐어요. 그런 연고로 법철학을 하게 됐지.” 한국정신문화연구원 편, 『내가 겪은 민주와 독재』(선인, 2001), 244·238면.



#### IV. ‘식민지 조선’의 법이라는 ‘현상’

유럽에서 식민지 조선으로 돌아온 오다카는, 적극적으로 현상학적 법철학을 지향했다.<sup>29)</sup> 그는, 켈젠의 순수법학도 포함하여 신칸트학과 법학이 가지고 있는 “필연적 결합”인 “형식주의의 폐해”와 “당위와 존재의 이원주의”로 인한 “법률의 실정성”에 대한 설명력의 결여를 극복하는 길을, 훗설의 현상학에 입각하여 “법률을 ‘실재’로서 고찰”하는 데서 구했다. 그가 지향한 현상학적 법학은, “법률을 이론적으로 연구하는” 동시에, “법률을 사회적 역사적 제약 아래에서 고찰하는” 것이며, “법률상의 규정을 일반적인 규범의미의 연관으로서 이해하는” 것, 바꾸어 말하면, “하나의 시대 하나의 민족이 가지는 실정법을, 그 관념적 일반적인 의미에서 순수하게 이론적으로 고찰하는 것”<sup>30)</sup> “대상 자체 속에 자리잡은 종합인식”, “‘사물 그 자체를 향해 (an die Sachen selbst) 나아가는”<sup>31)</sup> 것이었다.

그런데, 오다카가 살고 있던 식민지 조선에는 ‘법’을 둘러싼 특별한 상황이 실재하고 있었다. 만세일계인 동시에 통치권의 총람자이기도 한 천황의 절대적 지배 뿐만 아니라, 비록 제한된 형태이기는 하지만, 제국의회와 신민의 권리 등 입헌주의적인 내용도 가지고 있었던 ‘대일본제국헌법’은 과연 조선에도 시행되고 있는 것인지를 둘러싸고 논란이 이어지고 있었다. 또, 헌법에서는 “제국의회의 협찬을 거쳐” 제정되는 법률에 의해 규율되게 되어 있었던 법률사항을, 행정기관인 조선총독의 명령인 제령에 의해 규율할 수 있도록 되어 있는 것을 어떻게 설명할 것인지도 문제<sup>32)</sup>였다. ‘기본법’인 헌법에 관한 이들 문제는, 식민

29) 다만, 이시카와 켄지(石川健治)는, 오다카의 1928년 강의안인 『법리학개론』에 대한 분석을 토대로, “이 시점에서 이미 결말은 현상학적 법철학”이었으며, 따라서 오다카는 “쿄오도학과 속에서 수업한 시대를 통해 이미 입장을 굳히고, 현상학적 법철학에 장래를 의탁하고서 유럽으로 떠났다”라고 한다. 石川健治, 앞의 글, 219면.

30) 尾高朝雄, 『現象學と法律學』, 『法律時報』 5-10(1933), 17면.

31) 尾高朝雄, 『はしかき』, 『實定法秩序論』(岩波書店, 1942), 2면.

32) 이에 관해서는, 우선 김창록, 『制令에 관한 연구』, 『法史學研究』 26(2002)의 II부터 IV까지 참조

지 조선의 법학자에게는 피해갈 수 없는 것이었을 터이다.

이들 문제에 대해 가장 적극적으로 대응한 것은 경성제대의 헌법·행정법 담당이었던 마쓰오카 슈우타로오(松岡修太郎, 1896~1985)였다. 마쓰오카는, 우선, 1926년 6월에 경성제국대학 개학 기념호로 발간된 『문교의 조선』 제10호에 「신영토와 헌법의 효력에 관해」라는 제목의 짧은 글을 실어, “우리 제국헌법이 신영토에도 원칙적으로 시행되는지 여부의 문제”는 “조선에서는 내버려둘 수 없는 근본적인 문제이다”<sup>33)</sup>라고 지적했다. 1931년의 「조선에서의 행정권과 그 입법권 및 사법권과의 관계」에서는 “조선이라고 하더라도, 입헌군주정 국가인 일본의 일부를 구성하는 것인 이상, 입헌정은 조선에도 시행되어야 한다고 느낀다”라고 하면서도, “조선에 현존하는 통치제도”가 “제국헌법이 취하는 입헌제도와 어떻게 상이한지를” 상세하게 지적했다.<sup>34)</sup> 또 1935년의 “조선통치법의 특징”에서는, “헌법전은 조선에도 시행되고 있다고 현재 나는 생각하고 있다”<sup>35)</sup> 라고 전제한 다음, 내지에는 없음에도 불구하고 조선에는 존재하고 있는 “헌법 제29조의 자유권에 대한 제한에 관한 법”을 “신속하게 개정·정리해야 한다”라고 주장하고, 식민지 조선에서 “3권분립이 이루어지지 않은 것”과 “중앙기관의 통제를 받는 경우가 적은 것”도 지적했다.<sup>36)</sup> 하지만, 1940년의 『외지법』에서는 “신영토에도 당연히 우리 헌법전은 그 효력을 미치는 것이라고 해석한다”라고 하면서도, “국가적 견지로부터 특별한 이유에 의해 신영토에 대해서는 경과적으로 헌법전의 예외적 통치를 실질상 하지 않으면 안 되는 경우가 있다는 것은, 어쩔 수 없는 필요에 따른 것이며, 이로 인해 이른바 외지라는 제도가 생긴다”라고 톤 다운했다.<sup>37)</sup> 그리고, 1944년의 『조선행정법제요 [총론]』에

33) 松岡修太郎, 「新領土と憲法の效力に就いて」, 『文教の朝鮮』 10(1926), 53~55면.

34) 松岡修太郎, 「朝鮮における行政權及びその立法權並びに司法權との關係」, 『法制論纂』 第1部論集 第4冊(1931), 121면 이하 참조.

35) 松岡修太郎, 「朝鮮統治法の特徴」, 『公法雜誌』 1-3(1935), 44면.

36) 松岡修太郎, 위의 글, 48~49면.

37) 松岡修太郎, 『外地法』(日本評論社, 1940), 12면.

이르러서는, “언어·풍습·제도”, “민도”, “질서를 유지하고 복리를 증진하기 위해”라는 이유를 내세우고, 그 때문에 의지를 “다른 방식으로 통치하는 것이 필요한 경우가 오히려 보통”이라고 하여, “외지”를 적극적으로 정당화했다.<sup>38)</sup> 다만, 마쓰오카는, 이전에 문제로 지적했던 제령 등의 입헌주의로부터 벗어난 식민지 조선의 여러 제도를 헌법상의 원칙에 부응하게 만드는 조치가 완성될 때에, “법제상의 내선일체는 완성된다”라고 덧붙였다.<sup>39)</sup>

마쓰모토와 함께 경성제국대학의 헌법·행정법을 담당했던 키요미야 시로오(清宮四郎, 1898~1989)는, 1930년대 말이 될 때까지 “진정으로 순수하게 이론적으로 생각한 문제”에 관심을 집중하여, 『법의 정립·적용·집행』(1931), 『위법한 후법』(1934), 『헌법개정작용』(1938) 등, “헌법 및 헌법작용의 이론에 관한” 논문을 발표하면서, “결국은 탁상공론이 아닌가라는 비판”을 받았지만,<sup>40)</sup> 1941년 9월에 토오호쿠(東北)제국대학 교수로 임명된 시점을 전후하여 외지법에 관한 논문을 잇달아 발표했다.

키요미야의 케이스에 관해서는 아래와 같은 에피소드가 주목된다. “부완혁(법 14)은 기요미야(清宮四郎)의 헌법학 시간에, 일본 헌법의 제정권력이 어디서 나온 것이며 그 헌법이 조선에도 통용되느냐고 질문했다. 그(키요미야: 필자)는 질문의 뜻을 미리 알고, 황도(皇道)정신은 초헌법적인 규범이며 지역·시간·인적 적용상 조선도 해당된다고 대답했다. 부완혁이 한스 켈젠의 ‘순수법학 이론’을 인용, 조선땅에 권력구조는 통용되고 민권주장은 통용이 안되고 있다고 하자, 기요미야 교수는 교실에서는 이런 말 해도 좋지만 밖에 나가서는 안된다고 했다.”<sup>41)</sup>

그러한 키요미야는, “1940년 8월 9일 稿”라고 표시되어 있는 『제국헌법의 외지 적용』에서, 아래와 같이 ‘대답했다’. 즉, 그는, 헌법규범을 “통치의 본원에

38) 松岡修太郎, 『朝鮮行政法提要 [總論]』(東都書籍, 1944), 2면.

39) 松岡修太郎, 위의 책, 15면.

40) 清宮四郎, 『憲法學周邊 50年 <第4回>』, 『法學七ミナ一』(1979), 125~126면.

41) 李忠雨, 앞의 책, 247면.

관련되고, 통치의 근본의 또 근본에 관한 규범”인 “국가에서 누가 통치권의 주체이고, 통치권의 총람자이며, 최고의 통치자인지에 관한 규범”, 다시 말해 “기본적 통치법인 헌법” = “필요적 綜體憲法”과, “기본적 통치법에 기초하여, 통치자가 어떤 방식으로 통치를 하여야 하는지를 정하는 규범”, 다시 말해 “파생적 통치권인 헌법” = “임의적 중체헌법”으로 나누고, 전자는 ‘대일본제국헌법’ 제1조 및 제4조 전단, 다시 말해 “우리 제국에서는 만세일계의 천황이 통치하시고, 천황은 제국에서의 통치의 주체이시고 통치권을 총람하시며 최고의 통치자이시다”라는 것으로서, 이들은 “어떤 수단에 의해서도, 예를 들면 헌법 개정과 같은 수단에 의해서도 움직일 수 없는 제국 통치의 철칙”으로서, “외지에도 당연히 적용되”지만, 후자는 『대일본제국헌법』 제4조 후단 및 제5조 이하의 조항으로서, 이들은 “신영토에는 당연히 시행되는 것이 아니며, 그 시행은 오로지 그 때 그 때의 천황의 裁斷에 달려있다”라고 주장했다.<sup>42)</sup> 요컨대 외지에 대해서는 “기본적 통치법인 부분이 당연히 통용되어야 하는 것 외에는 전적으로 백지”<sup>43)</sup>이며, 이것이야말로 “외지의 특수 통치의 기초를 이루는 불문 중체헌법”<sup>44)</sup>이다라는 것이다. 그러면, 필요적 중체헌법은 어째서 그와 같은 성질을 가지는 것인가? 키요미야의 답은, “이런 종류의 헌법규범은 우리나라에서 고대로 불문법으로 존재하고 있었다”라는 것이다.<sup>45)</sup> 이것은 켈제니스트 키요미야의 국체에의 학문적 귀의라고 할 수 있을 것이다.<sup>46)</sup>

한편, 오다카에게서는 식민지법의 특성에 대한 그와 같은 ‘격투’는 발견되지

42) 清宮四郎, 『外地法序說』(有斐閣, 1944), 78~82면.

43) 清宮四郎, 위의 책, 85면.

44) 清宮四郎, 위의 책, 82면.

45) 清宮四郎, 위의 책, 80면.

46) 이항녕은, 키요미야가 “통치권이 일본의 천황에게 있다고 하는 헌법 제1조의 규정은 기존의 사실을 천명한 것이라고 역설”한 것은, “법은 사실이 아니라 규범이라고 하는, 그가 속한 켈젠학파의 주장과는 상반되는 것으로서, 말하자면 소신을 버리고 시류에 영합한 것”이라고 적확하게 갈파했다. 李恒寧, 『[學窓三十年 4] 『肇國의 精神과 法律』, 『法政』 202(1967), 61면.

않는다. 오다카는, “필기를 시키고 나서 그것을 설명하는 식”으로 강의를 진행했는데,<sup>47)</sup> 이항녕이 대학 예과 3학년생이었던 1936년에 오다카의 ‘法制’ 강의를 수강하면서 작성한 노트<sup>48)</sup>의 ‘필기’에 해당하는 부분 중 “제9 헌법”에는, 헌법의 개념(실질적 의의의 헌법과 형식적 의의의 헌법)과 흥정헌법·협약헌법·민정헌법의 구별에 대한 일반적인 내용에 이어, 대일본제국헌법의 개괄적인 내용이 기록되어 있고, 그 제2장 신민 권리의무에 관한 기록의 마지막에, “단 헌법 제2장의 규정은 외지 및 외지인의 경우 여러가지 제한을 받는다”라고 적혀 있다. 그리고 그것에 대한 ‘설명’에 해당하는 것으로 보이는 기록에는, “조선에서는 제령이 입법으로서의 효과를 가지므로 조선에서는 헌법은 적용되지 않는다고 주장하는 학자도 있다(미노베 [美濃部]와의 학자는 특히 그렇다). 그러나 조선총독에게 입법권이 위임(밑줄은 원문: 필자)되어 있는 것이며, 물론 제한을 받고 있지만 조선에도 헌법이 적용된다고 주장하는 학자도 있다(오다카 교수는 이 학설에 찬성한다)”라고 적혀 있다. 그러나 거기에는 신민 권리의무가 제한을 받는 이유는 적혀 있지 않다.

이와 관련하여, 인쇄본으로 존재하는 『법제강의안』에서는, “신민의 기본권은, 원칙적으로 법률에 의하지 않고서는 제한될 수 없다. 단, 위의 규정에 관해서는 오늘날 여전히 여러가지 예외가 존재한다. 즉, 중의원의원선거법은 외지에서는 시행되지 않으며, 병역법은 외지인에 대해서는 일반적으로는 적용되고 있지 않다. 또, 예를 들면 조선에서는 법률에 의하여야 할 사항을 조선총독이 발하는 명령-‘제령’-에 의해 규정할 수 있다”라고 되어 있다.<sup>49)</sup> 여기에서도 역시, 식민지 조선의 특별한 법상황의 사실에 관해서는 설명하고 있지만, 그 이유에 대한 설명은 없이 단지 “예외”라고 언급하고 있을 뿐이다.

47) 李恒寧, 『[學窓三十年 1] 尾高教授의 「法制」 講義』, 『法政』 199(1967), 46면.

48) 이 노트는 서울대학교 법학전문도서관에 소장되어 있다. 총 87면이고, 표지에는 “法制 / 李恒寧”, 3면에는 “京城帝國大學 法學博士·文學士 尾高朝雄 講述 法學通論”이라고 기재되어 있다. 이 노트는 최종고 교수의 배려로 입수할 수 있었다. 이 자리를 빌어 감사드린다.

49) 尾高朝雄, 『法制講義案』(京城帝國大學豫科, 年度不明), 34면.

또한, 1940년에 조선총독부 視學委員으로서 중등학교의 공민과 수업을 시찰한 후 작성한 보고서에서는, “조선의 특수사정”을 강조하면서, 한편으로는 조선에는 민법이 적용되는 것이 아니라 조선민사령이라는 제령을 통해 간접적으로 적용되기 때문에 조선인의 친족상속에 관해서는 원칙적으로 민법을 적용하지 않고 관습에 의한다는 것을 가르쳐야 한다고 하면서, 다른 한편으로는 “조선의 형식에 흐른 대가족제도에는, 주지하는 것처럼 여러가지 폐해가 수반되고 있다. 그래서 이번에 민사령이 일부 개정되어, 내지식의 氏의 창설이 이루어지게 된 연유를 설명하고, 창씨개명의 의의를 명확하게 해야 한다”라고 하기도 한다.<sup>50)</sup>

이와 같은 차이는, 마쓰오카와 키요미야는 헌법·행정법을 담당하고 있었던 데 대해 오다카는 법철학자였다고 하는 데에서 유래하는 것이었다고 볼 수도 있다. 하지만, “국법 자체 속에, 국민이 존경할만한 존엄한 의미가 있고, 공동생활의 안녕질서를 유지하는 부단한 목적이 존재한다. …법에는 객관적인 의미가 있고, 가치가 있고, 목적이 있다. 그 객관적인 법의 목적이야말로, 법을 법으로서 부단히 효력이 있게 하는 근본 계기”이다<sup>51)</sup>라고 주장하면서, “법목적의 실현자로서의 최고의 적격성을 가지는 것”인 “국가”에 주목하고,<sup>52)</sup> 민주주의국가와 독재주의국가의 문제성을 극복하는 길로서의 입헌군주국가에로 나아가는<sup>53)</sup> 오다카에게 있어서, 식민지의 “예외”는 애당초 중요한 실체가 아니었는지도 모른다.

50) 尾高朝雄, 『昭和十五年度朝鮮總督府視學委員視察報告(中等學校)公民科』, 『文教の朝鮮』 18(1941), 48~49면.

51) 尾高朝雄, 앞의 책(각주 31), 217면.

52) 尾高朝雄, 위의 책, 408면.

53) 尾高朝雄, 위의 책, 554면 이하.

## V. ‘식민지 조선’으로부터 배척당하다

1937년에 중일전쟁이 발발한 후, 오다카는 “대단한 애국자가 되었다.”<sup>54)</sup> 그는, 국민총력조선연맹 학술부문 연락계·참사(1941. 5), 이사·총무부 기획위원회, 鍊成部 연성위원회 및 선전부 문화위원회 위원(1943. 9) 등을 역임하면서, “사상전의 최전선에 선 ‘대장’<sup>55)</sup>”으로서 활발한 강연활동을 펼치고, 또 ‘시국’에 관한 칼럼 등을 잇달아 발표하여, 특별한 입헌군주국가인 대일본제국을 식민지 조선에 강요했다.

오다카에 따르면, “내외 모두 커다란 난국에 직면”해 있는 “지금 9천만 동포가 함께 모여 … 天壤無窮의 皇運을 扶翼”해야 하며,<sup>56)</sup> “학문을 지키고자 하는 학도는, 단지 학문을 지키기 위해서라는 이유만 가지고 볼 때도, 자진하여 국민으로서의 자각을 강조하지 않으면 안” 되며, “학생들은 遲疑하지 말고, 浚巡하지 말고, 강렬한 국가의식에 불타야” 하는 것이었다.<sup>57)</sup> 일본은 “천황을 영원불변의 통치권자로서 받들고 그 아래에 1억의 동포가 마음을 합친다고 하는 … 국체를 가지고 있기 때문에, “건국 이래 오늘에 이르기까지, 언제나 정의를 근본으로 삼고, 이를 강하게 관철해 온 나라”이며, 따라서 “支那事變”은, “잘못된 생각을 바로잡기 위해 … 결연히 일어나, 지나에 대한 응징을 하기 위한 의로운 군대를 일으킨” 것이었다.<sup>58)</sup> 또한, “肇國과 더불어 오래된 道義 이념의 雄渾한 顯現”인 일본의 전쟁은, “평화를 위한 전쟁이며, 건설을 위한 전쟁”이기 때문에, “진정한 황국신민이 되어 이 큰 사명을 함께 담당하는 것은, 반도 2천 3백만 동포가 나아가야 할 유일하고 절대적인 길”이며, “내선일체를 구현할

54) 尾高邦雄, 앞의 글, 290면. 이항녕도 오다카가 “중일전쟁이 터지자 맹렬한 국가주의자가 되어 군국의 대륙침략을 합리화시켜주어 왕년의 자유주의자의 모습을 찾아볼 수가 없게 되었다”라고 회고한다. 李恒寧, 『[學窓三十年 3] 『國家構造論』, 『法政』 201(1967), 51면.

55) 石川健治, 앞의 글, 203면.

56) 尾高朝雄, 『國家と個人』, 『綠旗』 2-4(1937), 18면.

57) 尾高朝雄, 『國家』, 河合榮治郎編, 『學生と社會』(日本評論社, 1938), 213면.

58) 尾高朝雄, 앞의 글(각주 13), 251~255면.

절호의 기회”였다. 그래서 오다카는, “일본정신이 조선반도의 구석구석까지 침투하고, 반도 2천 4백만 민중이 마음 속으로부터 골수까지 완전한 일본인이 되는 것”이야말로 “도의조선의 건설”이기 때문에, “흠정헌법이 규정하는 병역의 큰 의무는, 道義人이 담당할 無上의 광영으로서 반도 동포의 머리 위에 찬연히 빛나는” 것이며, “이 광영에 감격하며 도의 연성의 다리를 묵묵히 올라가는 사람들이야말로, 진정으로 대동아의 도의적 건설의 지도자가 될 만하다”라며 징병에 응할 것을 촉구했다.<sup>59)</sup> 그리고 “징병제의 실시”에 즈음한 “조선 교학의 요체는 인간적 가치관의 전환을 도모하는 데 있”기 때문에, “황국신민으로서의 삶의 보람을 체득하게 하도록 지도하는 것이 필요하다”라고 주장했다.<sup>60)</sup>

한편, 오다카는 대학 안에서는 1940년 10월 30일부터 1943년 3월 27일까지 학생주사를 겸임하면서,<sup>61)</sup> ‘단발령’을 주도했다. 조선인 학생들의 회고에 따르면, 1939년 4월 신학기부터 대학 안에서 조선어의 사용이 금지되고 단발이 강요되었다. 조선총독부의 시오하라 토키사부로오(塩原時三郎, 1896~1964) 학무국장은 “일본의 흥망성쇠가 달린 지금 내선일체(內鮮一體)가 문제인데, 국민정신의 통일을 기하려면 하나 같이 머리를 깎는데 협조해 달라”<sup>62)</sup>고 했다고 한다. 학생주사였던 오다카는 “자신 머리를 박박 깎고 육군少尉의 군복을 입고서는 학생들 앞에 나타나 머리를 깎으라고 권”<sup>63)</sup> 했으며, “끝까지 단발령에 항의하는 조선 학생들의 뿌리를 뽑으려고 작정했던지, 어느날 ... 8명을 골라 무기정학을 통고했다”<sup>64)</sup>고 한다. 이와 같이, 특히 태평양전쟁 발발 후에는 오다카

59) 尾高朝雄, 『道義朝鮮と徴兵制度』, 『朝鮮』 326(1942), 18 · 26면.

60) 尾高朝雄, 『朝鮮教學論(二)』, 『文教の朝鮮』 223(1944), 13면. 스스키 케이후(鈴木敬夫)는, 여기에서 “식민지법 정책에 대해 아무런 의심도 없이 영합한 연구자의 모습”을 발견하고, “오다카의 사고방식”을 “극히 순수한 황국사관에 기초하는 일본 민족 지상의 민족주의적 입장”이라고 자리매김한다. 鈴木敬夫, 『朝鮮植民地統治法の研究』(北海道大學圖書刊行會, 1989), 268 · 273면.

61) 『朝鮮總督府官報』 4138, 1940.11. 6, 1면; 『朝鮮總督府官報』 4852, 1943. 4. 7, 12면.

62) 李忠雨, 앞의 책, 229면.

63) 翠玄黃山德博士遺稿集編纂委員會, 앞의 책, 45면.

64) 李忠雨, 앞의 책, 242면.



는 상당히 반동적이 되어, 조선인 학생들에게 “군국주의의 앞잡이”<sup>65)</sup>라고까지 지탄받았다. 그리고 조선인 학생들은 그러한 오다카의 강의에 들어가지 않게 되었다.<sup>66)</sup>

1944년 5월 13일 오다카는 토오쿄오제국대학 교수로 임명되어<sup>67)</sup> 식민지 조선을 떠났다. 이항녕에 따르면, 당시 오다카는 “나에게 간곡한 편지를 주시고 결코 서울을 도피하는 것은 아니나 고향이 가고 싶다는 심정을 피력”하였다<sup>68)</sup> 라고 한다. 황산덕은, 오다카가 토오쿄오제국대학으로 옮긴 것을 조선인 학생들로부터 배척을 당한 까닭에 “오다카 교수는 더 이상 경성제국대학에 머물고 싶지 않게 된”<sup>69)</sup> 것과 연결지운다.

내지로 귀환한 오다카는 1945년 5월말에 소집영장을 받고 코오후(甲府)의 연대에 입대했다.<sup>70)</sup> 그리고, “老歩兵少尉”는 “후지(富士) 산록·하구 호반의 나시모토노미야(梨本宮) 저택 警備衛兵司掬이라는 직함으로 중전을 맞았다.”<sup>71)</sup> 동생인 오다카 쿠니오에 따르면, 오다카는 패전 직후 “가족의 소개지”로부터 “편지를 보내, 지금이야말로 우리들 학자가 힘을 합쳐 국가의 재건과 문화의 부흥을 위해 진력해야 할 때다라는 의미의 이야기를 용기가 샘솟는 듯한 어조로 적어보냈다”라고 한다.<sup>72)</sup>

65) 李恒寧, 앞의 글(각주 27), 59면.

66) 翠玄黃山德博士遺稿集編纂委員會, 앞의 책, 45면.

67) 『朝鮮總督府官報』 5189, 1944. 5.25, 2면.

68) 李恒寧, 앞의 글(각주 27), 59면.

69) 翠玄黃山德博士遺稿集編纂委員會, 앞의 책, 45면.

70) 久留都茂子, 앞의 책, 27면.

71) 尾高朝雄, 『大學遍歴の記』, 鈴木信太郎編, 『赤門教授らくがき帖 : 東京大學80年』(鱗書房, 1955), 32면.

72) 尾高邦雄, 앞의 글, 292면.

## VI. 포스트 식민지

“차마 떠날 수 없는 조선을 떠났”<sup>73)</sup>이라고 하는 오다카는, 그 조선이 남북으로 분단되고, 3년여의 내전을 치른 후 휴전협정이 체결되려고 하고 있던 1953년 4월에, 「신속하게 일한관계의 조정을 도모하라」라는 제목의 칼럼을 발표했다.<sup>74)</sup> 이 시점은, 또한 제2차 한일회담이 개최된 시기(1953. 4.15~ 7.23)와도 겹친다.

거기에서 오다카는, “일한 양 국민이 신중하게 생각하고 냉정하게 대화하여 합리적으로 해결을 도모해야 할 긴급한 사항”으로서 세 가지를 들었다.<sup>75)</sup> 첫째는 조선의 독립을 증명하는 것이었다. 그래서 오다카는, “조선에서 태어나고 조선에서 일하여 조선을 아는 한 사람으로서”, “대한민국의 성립에 즈음하여 조선민족의 환희에 깊이 공명하고 이에 마음으로부터 경축”했다. 그런데, 그 “공정”과 “경축”의 근거는, 그 자신이 일찍이 “베르사이유조약 당시의 사고방식의 잔재”로서 배척했던<sup>76)</sup> “민족자결주의”였다.

둘째는, “무엇보다 필요한” 것으로서, “일한 양국이 지금까지의 관계를 신속하게 청산하고, 긴밀한 제휴관계를 맺어가는 것”이었다. 왜 “긴밀한 제휴관계를 맺어가”야 하는 것인가? 오다카의 대답은, “민족자결주의는 당연히 소국을

73) 尾高朝雄, 『法の窮極に在るもの [新版]』(有斐閣, 1965), 5면.

74) 일본으로 돌아간 이후 오다카가 한국의 인사들과 구체적으로 어떤 관계를 맺었는지에 대해서는 별도의 연구가 필요하다. 다만, 오다카 자신이 켈제의 부음을 전한 것은 “미지의 조선의 신진법학자 黃聖秀”라고 밝히고 있고(尾高朝雄, 위의 책, 4면), 1955년에 출판한 자신의 『법철학개론』을 오다카에게 보냈더니 오다카가 “동경대학에 있는 한국인 학생으로 하여금 그 책을 자기가 읽을 수 있도록 번역시키겠으며 다 읽고 나서 필요하다면 출판을 할 작정”이라는 편지를 보냈다는 이항녕의 기록(李恒寧, 앞의 글 (각주 27), 58~59면)이나, 일본이 패전국이 된 몇 년 후에 한일회담 대표로 일본에 간 홍진기가 오다카를 방문했다는 황산덕의 기록(翠玄黃山德博士遺稿集編纂委員會, 앞의 책, 45~46면)에 비추어볼 때, 오다카는 패전 후에도 한국의 법학자들과 일정한 교류를 이어갔던 것으로 보인다.

75) 尾高朝雄, 「速かに日韓關係の調整を圖れ」, 『花郎』 3-3(1953), 22~23면.

76) 尾高朝雄, 「[座談會] 新體制と學生 - 京城帝國大學教授法學博士尾高朝雄先生を圍んで」, 『綠旗』 5-10(1940), 49면.

분립시킨다. 그 분립된 소국들이 서로 국경을 높여 대립하고, 작은 일에 구애되어 다투는 것은 백해무익하다”라는 것이었다. 그러면 “지금까지의 관계”를 어떻게 “청산”하여야 하는 것인가? 오다카의 대답은, “조선이 일본의 통치하에서 40년을 보냈다고 하는 것은, 그것에 대한 일체의 가치판단을 떠나, 움직일 수 없는 역사적 사실”이다라는 것이었다. 따라서, 오다카의 입장에서 필요한 것은, “남한의 농산물”을 일본에 공급하는 것, “북한과 분리된 한국”에 일본으로부터 중공업시설을 보급하는 것, 그리고 “보통학교부터 대학에 이르기까지, 일본국의 일부로서의 교육제도가 이루어져 온 조선에서” 교육을 받았기 때문에 “일본어를 이해하고 ... 일본적인 용어와 개념과 문장에 익숙한” 청소년들로 하여금 “일본을 통해 과학과 기술과 문화의 향상을 도모하”도록 하는 것이었다. 오다카에게는, “그와 같은 경제 및 문화의 교류”야말로 “양국에 있어서의 目下の急務”였다.

셋째는, 조선의 독립이 일본의 국내에 만들어낸 “일종의 독특한 소수민족의 문제”로서의 일본 재주 조선인의 문제였다. 오다카에 따르면, 그들은 “이미 일본의 국적으로부터 벗어난 것이기 때문에, 일본에서는 외국인 또는 제3국인”이지만, 역사적·현실적인 사실에 비추어, “실질상은 역시 소수민족적 성격을 충분히 갖추고 있”기 때문에, “일본으로서는 가능한 한 보호하는 것이 당연”했다. 그러나, 오다카가 제일조선인 문제에 대해 가장 강조한 것은, “일본에 있는 이상, 일본의 법률에 따라 질서 있는 생활을 하도록 하는 것 뿐”이었다.

오다카의 이와 같은 자세는, 1936년부터 일본의 패전까지 경성제국대학 법문학부 교수로서 재직한 국제법학자 소카와 타케오(祖川武夫, 1911~1996)의 그것과 대비된다. 소카와는, 1966년에 발표한 「일한기본조약」이라는 제목의 논문에서, 우선 1910년 ‘병합조약’을 비롯한 구조약의 효력에 관한 한일기본조약 제2조<sup>77)</sup>에 관해, “문제는 본래 조약 그 자체의 효력이나 실효 시점 등에 있었

77) “1910년 8월 22일 및 그 이전에 대한제국과 대 일본제국간에 체결된 모든 조약 및 협정이 이미 무효임을 확인한다.” 이 조문을 둘러싼 한일간 갈등의 내용과 그 의미에 관해서는, 김

던 것이 아니라, 전쟁책임조항에도 비견되는, 조선식민지화의 책임에 관한 원칙적인 선언조항을 둔다고 하는 것이었”지만, 한일 양국 정부의 주장의 차이 때문에, 회담에서는 그 본래적 문제는 정면으로 다루어지지 않고 구체적인 문제에 대한 논의가 선행된 결과, “식민지화 책임에 관한 원칙적인 선언조항이, 그것에 적합한 포류러가 아니라, 단지 구조약 무효 확인조항으로서 포류레이트 되고, 오로지 실효의 시점이 이슈의 핵심인 듯이 취급”되게 되었다<sup>78)</sup>라고 하여 문제의 핵심을 찔러 보였다. 그 다음에 소카와는 1905년 조약이 “한국의 권력 핵심에 대한 무력적 협박과 매수에 의해 조인되고”, 1910년 조약이 “조선의 완전한 장악=직접지배를 위한 병합정책” 아래, 한국의 군대를 해산하고 사법·감옥 및 경찰권을 장악한 다음에 조인되고, “엄청난 수의 반일지도자들의 사전 체포와 육·해에 걸친 무시무시한 무력 경계·시위 아래 공포되었다”라고 적어, 이들 조약이 강박에 의해 체결되었다는 사실을 지적했다. 또, “조선총독부에 의한 35년간의 식민 통치”는 “식민지 주민의 정치적 무권리상태를 매개로 하여, 자본의 식민지적 수취가 마음껏 이루어진” 것으로는 자리매김했다.<sup>79)</sup>

소카와와 아리이즈미 토오루(有泉亨, 1906~1999)를 인터뷰한 나가오 류우이찌(長尾龍一)는, “전체적인 인상은, 교수들은 몸은 서울에 있어도 마음은 도쿄 교오의 연구실에 있어서, 매일 독일어 책을 읽으며 내지의 출판사에 보낼 원고를 작성하는 생활을 하고 있던 듯하다. 그들은 식민지 지배의 현실을 직시하기를 피했던 것이다. 그러나 내가 보는 바로는, 그들 중 다수는 보지 않는 척하면서 실제로는 보고 있었던 것이다. 다만, 그것을 보는 것이 커다란 용기를 내지 않으면 자기의 실존에 관해 곤란한 윤리적 문제를 제기하기 때문에, 눈을 돌리고 있었는지도 모른다. 그들의 전후의 직장으로서는 만들어진 토오쿄오대학 사회과학연구소가 좌익지식인의 아성처럼 된 것은, 그들의 잠재적인 죄의식이 현재

창록, 『1910년 한일조약에 대한 법사학적 재검토』, 『동북아역사논총』 29(2010) 참조.

78) 祖川武夫, 『日韓基本條約』, 『國際法外交雜誌』 64·4·5(1966). 인용은, 小田滋·石本泰雄編, 『祖川武夫論文集 國際法と戰爭違法化—その論理構造と歴史性』(信山社出版, 2004), 250~251면.

79) 祖川武夫, 위의 글, 252~253면.

화되었다는 의미도 있다고 생각된다”<sup>80)</sup>라고 한다. 한일기본조약에 관한 소카와의 분석은 그 “잠재적인 죄의식이 현재화”한 하나의 예인지도 모른다.

그렇다면, 오다카는 얼마나 “식민지 조선의 현실을 직시”한 것일까? 경성제국대학의 교편을 잡은 16년간을 “토오쿄오의 대학”과 대비되는 “지방의 대학”에서의 “편력”으로 자리매김<sup>81)</sup> 오다카에게서는 그것이 좀처럼 발견되지 않는다.

## VII. 맺음말

지금까지 ‘식민지 조선’의 관점에 유의하면서, ‘오다카 토모오와 식민지 조선’이라는 테마와 관련된 몇 가지 장면을 스케치해보았다.

오다카 토모오는 ‘조선’에서 태어나 ‘조선’에서 살았고, 열심히 ‘조선’을 이야기했다. 게다가 그는 ‘식민지 조선’의 유일한 제국대학의 법학교수로서 ‘실재’를 강조한 법철학자이기도 했다. 그럼에도 불구하고, 오다카에게서는 ‘대일본제국’은 보이지만 ‘식민지 조선’은 그다지 보이지 않는다. 따라서 오다카의 ‘知’는 ‘제국의 知’로 자리매김할 수는 있다고 하더라도, 그것을 ‘식민지의 知’로서는 자리매김할 수 없다.

이 ‘식민지의 부재’는, 오다카의 패전 전후의 사상에 어떤 영향을 미친 것일까? 그리고 ‘식민지의 자식’이었던 한국법철학 제1세대에게 그것은 어떤 의미가 있었던 것일까? 앞으로의 과제로 삼고자 한다.

80) 長尾龍一, 『日本法哲學についてのコメント』, 『法哲學批判』(信山社, 1999), 146면.

81) 尾高朝雄, 앞의 글 (각주 71), 26면.

## ■ 참고문헌

### [일본어 문헌]

『朝鮮總督府官報』 565, 1928.11.17.

『朝鮮總督府官報』 1047, 1930. 7. 4.

『朝鮮總督府官報』 1655, 1932. 7. 4.

『朝鮮總督府官報』 1670, 1932. 8. 1.

『朝鮮總督府官報』 2466, 1935. 4. 5.

『朝鮮總督府官報』 3661, 1939. 4. 6.

『朝鮮總督府官報』 367, 1928. 3.23.

『朝鮮總督府官報』 4138, 1940.11. 6.

『朝鮮總督府官報』 4138, 1940.11. 6.

『朝鮮總督府官報』 4272, 1941. 4.22.

『朝鮮總督府官報』 4337, 1941. 7. 9.

『朝鮮總督府官報』 4852, 1943. 4. 7.

『朝鮮總督府官報』 5189, 1944. 5.25.

『中外日報』, 1928. 3.19.

久留都茂子, 『父, 尾高朝雄を語る』, 龍門社深谷支部, 2003.

鈴木敬夫, 『朝鮮植民地統治法の研究』, 北海道大學圖書刊行會, 1989.

尾高邦雄, 「亡き兄朝雄の思い出」, 『文藝春秋』 34-7, 1956

尾高朝雄, 『法制講義案』, 京城帝國大學豫科, 年度不明.

\_\_\_\_\_, 「現象學と法律學」, 『法律時報』 5-10, 1933.

\_\_\_\_\_, 『法制』(李恒寧 노트), 1936.

\_\_\_\_\_, 「國家と個人」, 『綠旗』 2-4, 1937.

\_\_\_\_\_, 「國家」, 河合榮治郎編, 『學生と社會』, 日本評論社, 1938.

\_\_\_\_\_, 「我が國體と日本精神」, 朝鮮總督府學務局社會教育科, 『青年指導講演錄』, 1938.

\_\_\_\_\_, 「[座談會] 新體制と學生—京城帝國大學教授法學博士尾高朝雄先生を圍んで」,

- 『綠旗』 5-10, 1940.
- \_\_\_\_\_, 「道義朝鮮と徴兵制度」, 『朝鮮』 326, 1942.
- \_\_\_\_\_, 『實定法秩序論』, 岩波書店, 1942.
- \_\_\_\_\_, 「朝鮮教學論(二)」, 『文教の朝鮮』 223, 1944.
- \_\_\_\_\_, 「速かに日韓關係の調整を圖れ」, 『花郎』 3-3, 1953.
- \_\_\_\_\_, 『國民主權と天皇制』, 青林書院, 1954.
- \_\_\_\_\_, 「大學遍歴の記」, 鈴木信太郎編, 『赤門教授らくがき帖: 東京大學80年』, 鱒書房, 1955.
- \_\_\_\_\_, 『法の窮極に在るもの[新版]』, 有斐閣, 1965.
- 尾高朝雄教授追悼論文編集委員會編, 『自由の法理—尾高朝雄教授追悼論文集』, 有斐閣, 1963.
- 尾高次郎, 「日韓併合は果して誰の力ぞ」, 『修養と娛樂—刀江遺稿之一部』, 東京印刷株式會社, 1921.
- 朴一慶, 「法學とわたくし—諸先生方の思い出など」, 京城帝國大學・京城帝國大學豫科同窓會, 『紺碧』 106, 1990.
- 石川健治, 「コスモス—京城學派公法學の光芒」, 山本武利外編, 『「帝國」編成の系譜』(『岩波講座「帝國」日本の學知』 1), 岩波書店, 2006.
- \_\_\_\_\_, 「『半島』のノモス—尾高朝雄と京城帝國大學法文學部」, 奎章閣韓國學研究院『韓日國際WORKSHOP』, 2007.
- 松岡修太郎, 「新領土と憲法の效力に就いて」, 『文教の朝鮮』 10, 1926.
- \_\_\_\_\_, 「朝鮮における行政權及びその立法權並びに司法權との關係」, 『法制論纂』第一部論集 第4冊, 1931.
- \_\_\_\_\_, 「朝鮮統治法の特徴」, 『公法雜誌』 1-3, 1935.
- \_\_\_\_\_, 『外地法』, 日本評論社, 1940.
- \_\_\_\_\_, 『朝鮮行政法提要[總論]』, 東都書籍, 1944.
- 松尾敬一, 「戦中の尾高法哲學」, 『神戸法學雜誌』 14-4, 1965.
- \_\_\_\_\_, 「尾高法哲學の形成」, 『神戸法學雜誌』 15-1, 1965.
- \_\_\_\_\_, 「戦後の尾高法哲學」, 『神戸法學雜誌』 15-2, 1965.
- \_\_\_\_\_, 「大正・昭和初期の法理論をめぐる若干の考察」, 『法哲學年報(1969)』, 1970.

- \_\_\_\_\_, 『戰中戰後の法思想に關する覺書』, 『神戸法學雜誌』 25-3, 1976.
- 矢崎光岡, 『尾高朝雄の法哲學』, 『法哲學年報 (1979)』, 1980.
- 長尾龍一, 『日本法哲學についてのコメント』, 『法哲學批判』, 信山社, 1999.
- 在仁川港日本人商業會議所, 『具申書』, 『駐韓日本公使館記錄』 17 (文書番號 63), 1903.
- 朝鮮新聞社編, 『朝鮮人事興信錄』, 朝鮮人事興信錄編纂部, 1935.
- 祖川武夫, 『日韓基本條約』, 『國際法外交雜誌』 64-4・5, 1966.
- 小田滋・石本泰雄編, 『祖川武夫論文集 國際法と戰爭違法化—その論理構造と歴史性』, 信山社出版, 2004.
- 千葉正土, 『戰前におけるわが國法哲學の法思想史的檢討』 (下), 『法學新報』 72-5, 1965.
- 清宮四郎, 『外地法序說』, 有斐閣, 1944.
- \_\_\_\_\_, 『憲法學周邊 50年 <第4回>』, 『法學セミナー』, 1979.

[한국어 문헌 등]

- 김창록, 『制令에 관한 연구』, 『法史學研究』 26, 2002.
- \_\_\_\_\_, 『1910년 한일조약에 대한 법사학적 재검토』, 『동북아역사논총』 29, 2010.
- 羅愛子, 『李容翊의 貨幣改革論과 日本第一銀行券』, 『韓國史研究』 45, 1984.
- 李忠雨, 『京城帝國大學』, 多樂園, 1980.
- 李恒寧, 『[學窓三十年 1] 尾高教授의 『法制』 講義』, 『法政』 199, 1967.
- \_\_\_\_\_, 『[學窓三十年 3] 『國家構造論』』, 『法政』 201, 1967.
- \_\_\_\_\_, 『[學窓三十年 4] 『肇國의 精神과 法律』』, 『法政』 202, 1967.
- \_\_\_\_\_, 『[學窓三十年 21] 尾高教授의 別世』, 『法政』 219, 1968.
- 俞鎮午, 『博識한 『오다가』 教授』, 『東亞日報』 1974. 3.28.
- 翠玄黃山德博士遺稿集編纂委員會, 『翠玄黃山德博士遺稿集 法과 社會와 國家』, 邦文社, 1991.
- 한국정신문화연구원 편, 『내가 겪은 민주와 독재』, 선인, 2001.
- Chongko Choi, 『Legal Philosophy and Theory in Korea』, 『서울대학교 法學』 32-3・4, 1991.



<Abstract>

## Otaka Tomoo and Korea under Japanese Colonial Rule

Kim, Chang-Rok\*

Focusing on the ‘Otaka Tomoo and Korea under Japanese Colonial Rule’, this paper approaches to the Otaka Tomoo’s legal thought, which is an important issue in the history of thoughts in Japan, Korea and the relationship between Korea and Japan.

Otaka, whose father stood in the vanguard of the Japanese invasion of Korea as a banker and businessman, was born and spent his childhood in ‘Chosun’. After graduating from the political science department of Tokyo Imperial University and studying at the philosophy department of Kyoto Imperial University, Otaka was received by ‘colonial Chosun’ as a professor of Keijo Imperial University in 1928.

Unlike his colleagues in Keijo Imperial University, Otaka did not pursue the special ‘phenomenon’ of law in ‘colonial Chosun’. He accepted the legal system of ‘colonial Chosun’ as the given. After the Sino-Japanese War in 1937, Otaka tried to force the Imperial Japan into ‘colonial Chosun’ and was ostracized by ‘colonial Chosun.’ Appointed the professor of Tokyo Imperial University in 1944, Otaka leaved ‘colonial Chosun.’ After the Japanese defeat in the World War II, Otaka maintained relations with Korea, and commented actively on the conclusion of the Korea-Japan treaties in 1965. However, we cannot find out the perception of the special situation of ‘colonial

---

\* Professor, Kyungpook National University.

Chosun' even in his post-colonial comments.

Even though Otaka was the legal philosopher pursuing the phenomenological jurisprudence, and he lived as a law professor of the only Imperial University in 'colonial Chosun' for 16 years, it is hard to detect 'colonial Chosun' in his thought. In that sense, Otaka's thought was rather 'a knowledge of empire' than 'a knowledge of colony.'

**[Key Words]** Otaka Tomoo, Korea under Japanese Colonial Rule, Keijo Imperial University, Knowledge of Empire, Legal Thought in Colony

접수일 : 2012.8.31., 심사일 : 2012.9.19.-10.5., 게재확정일 : 2012.10.24.