

【발표논문】

# 일본 민법의 형성과 식민지 조선에서의 적용 : 제령 제 7 호 <조선민사령>을 중심으로

남기현(성균관대학교 박물관)

## 들어가며

이번 발표의 목적은 1896년(明治29) 법률 제89호로 정해진 일본 민법과, 이후 시행된 민사관련 법률들이 식민지 조선에서 적용되는 양상을 살펴보고자 한다. 이것은 추후 일본과 식민지 조선 사이에서 형성된 ‘법적구조’의 형태를 고찰하기 위한 기초적인 고찰이기도 하다.

일본 메이지 정부는 프랑스 법학자 보아소나드(Gustave Émile Boissonade)를 초빙하여 1888년(明治21) 민법전을 편찬했다. 하지만 이것의 시행은 연기되었고, 우메 겐지로(梅謙次郎) 등의 주도 하에 새로운 민법전이 만들어졌다. 1896년 총칙, 물권, 채권 부분이, 1898년에 친족, 상속 부분이 공포되었고, 1899년 7월 16일부터 모두 시행되게 되었다. <민사소송법>과 <상법>은 1899년부터 사실상 시행되게 되었다. 이러한 일본의 민사관련 법률들은 1910년 8월, 대한제국이 일본에게 병합 된 후 식민지 조선에서도 적용되게 되었다.

일본에서 만들어진 민사관련 법들이 식민지 조선에서 적용된다는 것은 조선총독이 발표한 제령인 <조선민사령>에 규정되었다. <조선민사령>에는 민사관련 일본법은 ‘의용’ 한다는 조항과 함께 일본과는 다른 ‘특례조항’도 함께 병기되었다. <조선민사령>은 19세기에 만들어진 일본의 법이 식민지 조선에 적용하게 하는 근거가 되면서도, 일본과는 다른 식민지 조선의 상황을 반영된 법령이었다. 이 글에서는 일본 제국의회 내에서 논의되었던 조선총독의 입법권한, <조선민사령>의 제정 과정과 구성, <조선민사령>내에서 규정된 일본민법과 ‘특례조항’과의 관계에 대해 생각해보도록 한다.

### 1. 일본 제국의회에서 논의된 조선총독의 위임입법권한 ‘제령권’

1910년 5월 30일 육군대신 데라우치 마사타케(寺内正毅)가 한국 통감으로 임명되면서 일본의 '

한국병합' 계획은 구체화되었다. 데라우치는 통감으로 부임하기 전 내각의 동의하에 비밀리에 '병합준비위원회(併合準備委員會)'를 구성하고 '병합실행계획안'을 작성할 것을 지시했다. 이 위원회의 활동기간은 6월 하순부터 7월 7일까지였으며, 이곳에서 작성한 '병합실행계획안'은 일본 내각의 승인을 받았다.

병합준비위원회에서는 부분별로 검토사항을 정하고 총 22개 항목으로 구성된 <병합실행방법세목(併合實行方法細目)>을 만들었다. 병합준비위원회에서 가장 논란이 되었던 것 중 하나는 한반도에서 일본헌법을 시행하여야 하는지에 관한 것이었다. 당시 일본 내에서는 일본헌법을 실행하지 않아야 한다는 주장이 일반적이었다. 하지만 일본헌법이 시행되지 않는다는 것은 일본이 구상한 '한국병합'의 성격과 모순이 발생하는 것이었다.<sup>1</sup>

일본정부는 대내외에 대한제국과의 병합은 '양국의 합의에 의한 것'이라는 것을 강조했다. 이것에 의한다면 대한제국은 일본의 새로운 영토로 편입되고 한국인은 일본인과 동일한 법적 지위를 갖는 일본인으로 간주되는 것을 의미했다. 병합준비위원회는 대한제국을 식민지로 만든 후 일본헌법을 시행하는 것은 논리적으로 당연하지만 실제로는 이를 시행하지 않고 헌법 내에서 예외법규를 제정하여 실행하는 것으로 결정하였다.<sup>2</sup>

1910년 일본정부는 천황이 명령한 긴급칙령 제324호 <조선에 시행할 법령에 관한 건>을 발표하였다. 그 내용은 다음과 같다.<sup>3</sup>

1. 제1조 조선에서는 법률을 요하는 사항은 조선총독의 명령으로 규정할 수 있다.
2. 제2조 전조(前條)의 명령은 내각총리대신(內閣總理大臣)을 거쳐 칙재(勅裁)를 청해야 한다.
3. 제3조 임시긴급(臨時緊急)을 요하는 경우에 조선총독은 즉시 제1조의 명령을 발할 수 있다. 전황의 명령은 발포 후 즉시 칙재를 청해야 한다. 만일 칙재를 얻지 못한 때는 조선총독은 즉시 그 명령이 장래에 효력이 없다는 것을 공포해야 한다.
4. 제4조 법률의 전부 또는 일부를 조선에 시행할 필요가 있을 때는 칙령(勅令)으로 이를 정한다.
5. 제5조 제1조의 명령은 제4조에 의해 조선에 시행된 법률과 특히 조선에 시행할 목적으로 제정된 법률 및

<sup>1</sup> 韓報「乙巳條約 이후 日韓 併合 計畫 內閣 承認 事實의 實情을 詳述」, 동대학사학보 2016, 199~ 201쪽207쪽

<sup>2</sup> 일본 내셔 식민지 조선 헌법 실행의 문제에 대한 연구 韓報 동대학사학보 小川原宏幸, 「韓國併合と朝鮮への憲法施行問題-朝鮮における植民地法制度の形成過程」, 日本植民地研究 17, 2005가 참조한다

<sup>3</sup> 「朝鮮ニ施行スベキ法令ニ關スル件」 朝鮮總督府官報 第1號, 1910.8.29.

칙령에 위배될 수 없다.

6. 제6조 제1조의 명령은 제령이라고 부른다.

부칙 본령(本令)은 공포일로부터 시행한다.

일본 내각에서는 조선총독의 제령 발표권을 규정한 칙령을 발표한 이유로 “조선은 인정, 풍속, 습관이 다르고, 조선인들이 갑작스럽게 일본법을 따르는 것은 불가능”하기 때문에 대만의 경우를 참조하여 “조선총독에게 입법권을 위임하는 것이 적당하다”라고 강조하였다.

<긴급칙령 제324호>의 내용을 이해하기 위해서는 당시 일본의 법률제도를 규정한 헌법조항을 먼저 살펴봐야 한다. 일본헌법 제5조에 따르면 일본에서 입법권은 천황에게 있었다. 그리고 칙령을 발표할 권한을 가지고 있었다. 일본헌법 제8조에는 “천황은 공공의 안전을 유지하거나 그 재앙을 피하기 위해 긴급한 필요에 따라 제국의회 폐회의 경우, 법률에 대신할 칙령을 발한다”라고 규정되었다. 하지만 이 경우 다음 회기에 열릴 제국의회에 칙령을 제출해야 했으며, 만약 제국의회의 승인을 받지 못하면 발표된 칙령의 효력이 없다는 사실을 공포해야 했다.<sup>4</sup>

<긴급칙령 제324호>는 발표될 당시 제국의회가 폐회 중이었기 때문에 일본헌법 제8조에 근거해서 공포될 수 있었다. 이 법령 제1조와 제6조에 따르면 조선총독은 식민지 조선에서 필요한 법률을 명령으로 규정할 수 있었고, 이 권한을 ‘제령’이라고 했다. 제1조에서 언급되는 ‘법률을 요하는 사항’은 일본헌법 제2장에 있는 신민의 권리의무, 제5장 재판소의 구성, 재판관의 자격, 재판관에 대한 징계, 특별재판소의 관할, 행정재판소, 제6장 조세·세율 등에 관한 사항을 의미했다. 일본헌법에는 ‘법률을 요하는 사항’은 제국의회의 협찬을 얻어 천황이 법률의 형태로 규정하도록 되어 있었다. 반면 식민지 조선에서는 제령이라는 조선총독의 명령으로 제국의회의 관여 없이 법률을 규정할 수 있었던 것이다.

제2조, 제3조, 제5조에는 제령을 제한하는 내용이 규정되어 있다. 먼저 제령은 내각총리대신을 거쳐서 천황의 승인을 받아야했다(2조). 이것은 내각 각 성을 관장하는 대신들의 승인을 받아야함을 의미했다. 제령을 원활하게 발표하기 위해서는 내각과 조선총독과의 관계가 긴밀해야 함을 알 수 있다. 제3조에 따르면 조선총독은 긴급한 상황에서는 제령을 발표할 수 있었다. 하지만 이 경우에는 공포 후에 바로 천황에게 승인을 받아야 했다. 만일 그렇지 못하면 조선총독은 공포했던 제령이 효력이 없다는 것을 공시해야 했다. 또한 제령은 일본 의회에서 조선에서 시행할 목적으로 제정한 법률과 천황이 발표한 칙령에 위배할 수 없었다(5조).

<sup>4</sup> 外務省 編, 『外地法制誌』 7권 文生書院, 1990, 16쪽21쪽

<긴급칙령 제324호>가 발표된 후 제령에 관한 공식적인 문제제기는 제27회 제국의회가 열리는 1910년 12월까지, 약 3개월간 차단되었다. 1910년 12월 20일 제27회 제국의회가 소집되었다. 일본헌법 제8조에 따라 긴급칙령은 제국议회의 승인을 구해야 했다. 1911년 1월부터 의회의 주요 안건이 논의되기 시작했다. 1911년 1월 21일, 내각총리대신 가쓰라 다로(桂太郎)는 제국의회에서 시정방침연설을 하였다.

같은 날 내각은 <칙령 제324호>를 비롯한 11건의 승인을 구하는 안건을 의회에 제출하였다. <칙령 제324호>는 1911년 1월 24일 중의원 본회의에서 처음으로 다루어졌다. 의회에서 지적하는 문제는 크게 두 가지였다. 첫째는 총독의 '제령권'을 규정한 법률이 의회를 소집하지 않고 긴급칙령으로 만들어졌다는 것이었다. 두 번째는 식민지 조선에 대한 입법권을 위임하는 제령발포권이 헌법을 위반하였다는 것이었다.

이에 대한 논의는 의회 내부의 정치관계, 내각과 당시 의회의 주도정당이었던 정우회 간의 정치적 이익관계를 두고 복잡한 형태로 진행되었다. 1911년 1월 26일, '제령권' 논의에 마침표를 찍을 수 있는 법률안이 제출되었다. 무소속 의원이었던 하나이 다쿠조(花井卓藏)는 중의원 본회의에 '제령권'을 법률로 규정해야 한다는 <조선에 시행할 법령에 관한 법률안>을 제출하였다. 이 법률안에는 제령의 효력기간을 1915년 12월 31일까지로 설정한 부칙(附則)이 붙어있었다. 하나이는 법률안을 제출하는 이유서에서 "의회가 긴급칙령에 대한 사후승낙을 하더라도, 칙령은 법률이 아니기 때문에 이것을 수정 혹은 개폐할 수 없다"고 하였다. 따라서 제국의회에서 법을 수정하고 개폐할 수 있기 위해서는 "칙령이 아닌 법률로 조선총독의 '제령권'을 규정하여야 한다"고 강조하였다.

하나이가 제출한 법률안은 위원회에 회부되어 논의되었다. 그 결과 제령의 효력기간은 삭제되었고 <긴급칙령 제324호>와 동일한 내용의 법률안이 본회의에 보고되고 가결되었다. 이후 이 법률안은 귀족원에 회부되어 논의되었고 특별위원회의 심의를 거친 후 1911년 3월 13일에 수정 없이 통과되었다. 조선총독의 제령권을 규정한 법은 1911년 3월 25일 법률 제30호 <조선에 시행할 법령에 관한 법률>로 공포되었으며, 당일부터 시행되었다.<sup>5</sup> 이와 함께 일본정부는 1911년 3월 25일 "1910년 <칙령 제324호>는 장래 그 효력을 잃는다"라는 내용을 담은 <칙령 제30호>를 공포하였다.<sup>6</sup>

조선총독은 <법률 제30호>에 근거하여 위임입법권인 제령을 통해 식민지 조선을 통치해 나갔다. 조선총독이 공포한 제령에는 크게 두 가지 종류가 있었다. 먼저 일본의 법률을 '의용(依用)'하

<sup>5</sup> 法律第30號 「朝鮮ニ施行スベキ法令ニ關スル法律」 1911.3.25. ; 김창룡 「제령에 관한 연구」, 『韓國 近現代의法史와法思想』, 민원출판 2009, 137쪽

<sup>6</sup> 『朝鮮總督府官報』 第171號, 1911.3.29.

는 것이다. 법률의 ‘의용’이란 일본의 법령을 식민지 조선에 그대로 적용하되, 조선에만 적용되는 특수한 사안에 대해서는 특례사항을 두는 법률 행위를 지칭한다. 이 경우 일본의 어떤 법에 ‘의(依)한다’라고 표기되었다.<sup>7</sup> 두 번째는 조선총독이 법률사항을 직접 규정하는 것이다. 이 제령은 일본법을 ‘의용’하지 않고 조선총독부의 통치 필요에 따라 만든 법령이라고 할 수 있다.<sup>8</sup> 제령은 식민통치의 기반확립이나 통치방침의 변동, 전쟁 같은 정치적인 격변이 있을 때 많이 공포되었다.<sup>9</sup>

## 2. <조선민사령>의 제정과정과 구성

‘의용 제령’의 가장 대표적인 법률은 1912년 8월에 발표된 제령 제7호 <조선민사령(朝鮮民事令)>이었다.<sup>10</sup> 이 법령은 부칙을 포함한 총 82개 조항으로 구성되었다. 이 법령을 크게 두 부분으로 나누어보면 다음과 같다. 먼저 일본 법령을 ‘의용’한다고 규정한 제1조이다. 제1조에는 민법과 민사소송법등 민사에 관한 총 23개 일본 법률이 식민지 조선에서도 적용된다는 것이 규정되었다. 일본 본국의 주요 법령이 시행되면서 토지에 대한 권리 및 주요 부동산권의 종류와 효력 매매 등에서 일본민법의 원리가 작동하기 시작하였다. 또한 민사소송법이 적용되면서 법원 판결에서 일본 민법과 민사소송법이 적용되었다. <조선민사령>은 식민지 조선의 민사에 관한 가장 기본적인 법률이 된 것이다.

두 번째 일본과는 다른 식민지 조선의 상황을 반영한 ‘특례 조항’이었다. ‘특례조항’ 중 가장 많은 부분을 차지했던 것은 소송분야였다. <조선민사령> 전체 82개 조항중 약 75%정도가 이것과 관련된 것이었다. 이것은 ‘신속한 절차’를 중요시하는 것으로 식민지의 특성을 보여주는 것이라고 할 수 있다. ‘특례조항’ 제10조, 제11조, 제12조는 조선인의 관습상의 권리를 규정한 부분이었다. 제10조에서 조선인 상호간의 법률행위에 대해서는 관습을 인정했다. 제11조에서는 제1조에서 ‘의용’한 일본 법령에서 능력, 친족, 상속에 관한 규정은 조선인에게 적용하지 않기로 하고 관습에 의한다고 규정되었다. 제12조에서는 부동산 물권에 대한 관습을 인정했다. 조선의 관습을 특례로써 인정한 것은 일본과 사회적, 경제적, 문화적으로 다른 식민지 조선에 그대로 적용할 경우 반발이 생길 것을 우려했기 때문이다. 하지만 <조선민사령>이 개정되면서 일본민법의 적용은 더욱 확

<sup>7</sup> 淺野豊美는 일본의 법률 제정을 통해 의용하는 것 “내(일본)의 법과 형이 법위 법을 넘어 그 위에 있는 것을 가해하는 체라고 하였다. 그리고 이것은 “행정의 관와 사법의 정을 통한 규정이라고 하였다. (淺野豊美), 崔환익 「日本帝國의 통치와 내(일본)의帝國法制의 구성 전개」, 법학연구 제3호 2006, 195쪽

<sup>8</sup> 拓務大臣官房文書課 編, 「内地地法令對照表 : 昭和16年9月1日現在」, 1941, 207쪽; 김복 「제령에 관한 연구」, 韓國近現代의法史와法思想, 2009, 146쪽

<sup>9</sup> 韓憲 「제령을 통해 본 총독부 목적과 조총위의 행정 권한」, 법학연구 15권호 2009, 176쪽

<sup>10</sup> 「朝鮮民事令」에 대한 이일 「조선총독부 법제학」, 역사사 2008; 정희 「조선민사령과 한국 근대 민법」, 東北亞法研究 제1권호 2017이 참조된다

대되었다. 또한 ‘전시체제기’에 접어들면서 관습은 부정되었으며, 일본민법의 적용 범위는 더욱 확대되어 갔다.

‘의용 제령’의 특성에 대해서는 경성제국대학교 교수직을 역임했던 기요미야 시로(清宮四郎)의 지적이 참조된다. 기요미야는 일본의 법률이 조선, 대만 등에 바로 시행될 경우와 ‘의용’될 경우의 차이를 설명했다. 먼저 일본 내에서 시행되는 법령이 조선 등에 시행될 경우에는, 해당 법령이 적용되는 구역이 확장되는 것이라고 하였다. 이 경우 일본의 법은 특별한 규정이 없는 한 형식, 내용 등이 그대로 조선, 대만 등에서 시행되어지게 되는 것이다. 결과적으로 동일한 형식, 내용의 법령이 일본과 조선 등에서 시행되고, 최종적으로, 적용된 법령에 관해서는 일본과 조선, 대만 등은 동일한 「법역(法域)」이 된다고 강조했다. 이것은 같은 법령이 적용되는 지역이 확대되어지는 것을 의미한다고 하였다.

반면 ‘의용’의 경우에는 일본에서 시행되는 법령이 조선, 대만 등에서 시행되는 법령에 ‘의하는 것’으로 지정되는 것이라고 하였다. 그 결과 일본에서 시행된 법령은 조선 등에서 시행되는 “법령의 내용으로서 채용되어 들어가게 된 것에 불과하다”라고 하였다. 이와 함께 일본에서 시행된 법이 직접적으로 조선 등지에서 시행되어 효력을 끼치는 것이 아니라고 강조하였다. 결국 ‘의용’된 법령(일본법)과 ‘의용’한 법령(조선의 제령, 대만의 율령 등)은 서로 내용이 동일하여도, 별개의 법령으로 독립되어 통용되고, 해당 법령에 대해서는 일본과 조선 등은 자연스럽게 「이법역(異法域)」을 이루게 된다고 하였다. 이에 더하여 “조선의 경우 민법은 제령인 <조선민사령>으로 흡수되어졌고, 따라서 조선에서는 민법으로 행하여지지 않고, 조선에서 통용되는 <조선민사령> 내용 중 일부를 형성하는 데 불과하다”고 말하였다.<sup>11</sup>

일본민법과 민사소송법은 제령인 <조선민사령>으로 ‘의용’되었다. 따라서 일본민법과 민사소송법은 <조선민사령>의 하나의 내용으로 채용되어 들어간 것이며, 직접적으로 식민지 조선에서 시행되어 영향을 끼친 것은 아니었다. 즉 일본민법과 민사소송법은 <조선민사령>이라는 제령의 형식으로 식민지 조선에서 적용된 것이다. 동일한 내용의 민법과 민사소송법이 일본과 조선에서 적용되었지만, 그 형식은 일본 내에서는 민법과 민사소송법, 조선에서는 제령인 <조선민사령>이었다는 점에서 일본과 조선은 서로 다른 ‘법역’을 형성하고 있었던 것이다.

일본법을 ‘의용’하여 식민지 조선에 적용한다는 것은 원래 총독부의 의도가 아니었다. 조선총독부의 당초 구상은 독자적인 <조선민사령>, <조선형사령>을 제정하여 조선 주재 일본인에게는 일본의 민법과 상법, 형법, 형법시행법을 적용하되 조선인 간의 민사사건과 조선인이 피고인인 형사사건에 대해서는 대한제국의 관련 법규를 적용하려는 입장이었다. 이러한 것은 일본 정부에 의해

<sup>11</sup> 清宮四郎, 『外地法序說』, 有斐閣, 1944, 97~98쪽, 101쪽

부정당했고 가능한 한 일본에서 시행되는 법률을 ‘의용’하는 것으로 결정되었다.<sup>12</sup>

그 결과 일본민법과 민사소송법은 1912년 3월 18일 제령 제7호로 발표된 <조선민사령(朝鮮民事令)> 제1조에 의해 ‘의용’되는 것으로 규정되었다. <조선민사령>이 공포되는 과정은 다음과 같았다.

1912년 1월 조선총독 데라우치 마사다케(寺內正毅)는 <조선민사령>을 재가해달라는 ‘제령안(制令案)’을 내각총리대신 사이온지 긴모치(西園寺公望)에게 보냈다.<sup>13</sup> 1912년 1월 19일, 척식국(拓殖局)에서는 <조선민사령> 내용이 담긴 ‘제령안(制令案)’을 수령했고, 5일 뒤인 24일에 조사를 완료했다. 1912년 3월 11일 내각총리대신을 비롯하여 내무, 외무, 육군, 대장, 사법, 해군, 농상무, 문부, 체신성의 각 대신들, 법제국 장관, 서기관장이 <조선민사령>을 재가(裁可)해달라는 내용을 담은 문서에 부서(副署)했다. 4일 뒤인 1912년 3월 15일 내각총리대신 사이온지는 천황에게 ‘제령안(制令案)’을 상주했으며, 같은 날 천황의 승인이 이루어졌다. 천황의 승인이 있는 후 3일 후인 1912년 3월 18일 데라우치는 제령 제7호 <조선민사령>을 발표했다.

### 3. 조선총독부고등법원의 <조선민사령> 내부 조항 해석

앞서 살펴본 것처럼 <조선민사령>은 일본 법령을 ‘의용’함을 규정한 제1조와 ‘특례조항’으로 크게 나누어볼 수 있다. <조선민사령>이 적용되면서 법적으로 크게 두 가지를 해석해야 할 경우가 생겼다. 첫 번째 <조선민사령>과 다른 제령간의 관계이다. <조선민사령>은 식민지 조선에서 민사 관련 전반을 규율하는 법령이었다. 그리고 그것의 근간은 <조선민사령> 제1조에 규정된 일본법령들이었다. 그런데 조선총독은 식민지 통치를 위하여 민사와 관련된 여러 제령들을 공포했다. 이 제령들과 <조선민사령> 제1조에 규정된 일본민법, 민사소송법사이의 관계를 조정해야 할 경우가 존재할 수 있었다. 형식적으로 보면 <조선민사령> 역시 제령이었으므로 제령과 제령간의 위치를 조정해야 하는 것이었다. 두 번째 <조선민사령> 내부 조항 간의 해석문제이다. <조선민사령> 제1조에 규정된 일본법령들과 ‘특례조항’간의 규정을 어떻게 조절하는지에 관한 것이었다. 이 글에서는 두 번째 문제인 내부 조항간의 해석문제를 식민지 조선의 최고상급 재판소였던 조선총독부고등법원의 판결을 통해 살펴보기로 하자.

기요미야 시로(清宮四郎)는 ‘의용’된 법이 문제가 되는 경우는 법이 적용되어질 때 생긴다고 하

<sup>12</sup> 도현희 · 한국근대형제사학회, 『문헌』 2014, 487쪽

<sup>13</sup> <朝鮮民事令>이 제정된 과정은 「朝鮮民事令ヲ定ム」(아카이브재판) <https://www.jacar.archives.go.jp/> 을 참조하여 작성했다

였다. 1차적으로는 일본법을 ‘의용’한 조선, 대만 등의 법률에서 발생하며, 일본법을 해석하고 적용하는 과정에서 2차적인 문제점이 발생한다고 하였다.<sup>14</sup> 이것은 일본민법, 민사소송법을 ‘의용’한 <조선민사령>의 경우, 일본민법과 민사소송법이 조선에서 해석되고 적용될 때 그 의미가 부각되어진다는 것을 의미한다. 민법과 민사소송법이 적용되는 것은 민사관련 소송과 이것으로 인해 성립된 민사재판이라고 할 수 있다. 재판은 제령과 ‘의용’된 일본법이 서로 식민지 조선에서 적용되고 해석되어지는 공간이었었던 것이다.

일본은 헌법 제57조에 근거하여 1890년 <재판소구성법>(메이지 23년 법률 제6호)이 제정되었다. 이때 대심원을 정점으로 하여 공소원, 지방재판소, 구(區)재판소가 설치되었다. 반면 식민지 조선에서는 헌법이 적용되지 않았다. 따라서 조선총독부가 발하는 제령과 부령을 통해 재판소가 설치되었다.

1917년 3월 13일에 있었던 민상 제10호 판결은 <조선민사령> 제1조에 규정된 일본민법과 ‘특별조항’ 사이의 관계를 조선총독부고등법원이 어떻게 해석했는지를 볼 수 있는 대표적인 사례이다.<sup>15</sup> 이 재판의 상고인은 조동민이며, 피상고인은 김정규, 오내형이다. 제2심 재판소인 대구복심법원에서는 김정규에게 토지소유권은 넘겨받은 오내형이 일본민법 제177조에 근거하여 등기를 했기 때문에 분쟁 토지의 소유권은 조동민이 아니라 오내형에게 있다고 하였다. 이에 대해 조동민은 반발하고 3심기관인 조선총독부고등법원에 상고하였다. 조동민 측이 대항논리로 제기한 것 중에 하나는 등기에 관한 것이었다. 일본민법 민법 제177조는 “부동산에 관한 물권의 득상 및 변경은 등기법의 정하는 바에 좇아 그 등기를 하지 않으면 제3자에게 대항할 수 없다”는 것인데 현재 식민지 조선에서는 일본 <부동산등기법>이 시행되고 있지 않다고 주장했다. 즉 조동민 측은 오내형이 토지증명을 받은 것은 일본 <부동산등기법>에 의한 등기가 아닌데, 이것을 적용한 대구복심법원이 잘못된 해석을 내렸다는 것을 강조한 것이다.

이에 대해 조선총독부고등법원은 다음과 같이 판결했다. 조동민이 받은 것은 <부동산등기법>에 의한 등기가 아니다. 따라서 대구복심법원이 민법 제177조를 적용한 것은 잘못된 것이다. 하지만 <조선민사령> 제13조에는 “부동산에 관한 물권의 취득, 상실 및 변경에 대한 <조선부동산등기령> 또는 <조선부동산증명령>에 있어서 등기 또는 증명의 규정을 설정하는 것은 그의 등기 또는 증명을 받은 것이 아니고는 이를 제3자에 대항하지 못한다.”라고 되어 있다. 따라서 오내형은 이 법령에 근거해서 증명을 받은 것이므로 “제3자인 조동민에게 대항할 수 있다”라고 결정했다. 이와 함께 “조선민사령 제13조의 규정이 있기 때문에 민법 제177조의 규정은 조선에서 적용이 배제된다고 해석해야 하는 것이다”라고 결정했다.

<sup>14</sup> 清宮四郎, 『外地法序說』, 有斐閣, 1944, 97~98쪽, 100쪽

<sup>15</sup> 大正六年民上第一〇號 同年三月十三日判決, 「土地賣買證明取消並所有權移轉證明手續履行請求ノ件」

조선총독부고등법원의 이러한 결정은 <조선민사령>에 규정된 ‘특례조항’과 일본법령 조항이 내용이 충돌하거나 겹칠 경우 일본법령 조항을 적용하지 않는다는 것을 명시했다는 점에서 주목된다. 결국 조선총독부의 식민지 조선에서 민사관련 법체제의 운영은 식민지 본국의 법령을 기반 하면서도 식민지 통치의 독자성을 확보하는 방향으로 전개되었던 것이다.

## 나가며

일본에서는 1889년 2월 11일 헌법이 공포된 이래 민법, 민사소송법 등이 제정되었다. 이러한 법률들은 식민지 조선에서도 적용되게 되었다. 하지만 일본은 식민지 조선에 헌법이 적용되지 않는다는 원칙을 세우고 있었다. 따라서 법률로 발표되었던 일본 법령들은 식민지 조선에서 조선총독이 발표한 ‘제령’으로 ‘의용’되었다.

일본 국내 정치세력간의 경쟁과 견제에 따른 결과물이었던 <법률 제30호>는 조선총독이 발표하는 ‘제령권’의 근거법이 되었다. ‘제령권’을 규정한 근거가 칙령에서 법률로 바뀌었다는 것은 조선총독의 ‘제령권’에 대해 일본 의회가 간여할 수 있는 여지가 더 많아진다는 것을 의미했다. 제 27회 제국의회 귀족원 심사위원회에서 오카노 케이지로(岡野敬次郎)는 법률로써 칙령이나 제령을 개정하거나 폐지할 수 있는지에 대해 정부에 질의하였다. 이에 대해 법제국 장관 야스이로 한이치로(安廣伴一郎)는 “대권에 속하는 칙령은 별도로 하고 그 밖의 칙령은 법률로써 개폐(改廢)할 수 있으며, 법률로써 제령을 개폐할 수 있다”라고 답했다. 칙령의 경우는 ‘대권에 속하는 칙령은 제외한다.’라는 단서조건이 있지만, 법률은 그렇지 않았다. 일본 내각의 승인을 받아야 했던 조선총독의 ‘제령권’은 일본 의회의 제약을 받을 수 있게 된 것이었다.

일본의 민사관련 법들이 식민지 조선에서 적용될 수 있는 근거법령은 1912년 제령 제7호로 발표된 <조선민사령>이었다. <조선민사령> 제1조에는 일본법령 23개를 ‘의용’한다는 조항이 있었다. <조선민사령>에 의해서 민사관련 일본법령은 식민지 조선에서 민사전반에 걸쳐 영향력을 끼치게 되었다.

<조선민사령>은 일본법령을 ‘의용’한다는 것을 규정한 제1조와 식민지의 상황을 반영하여 규정된 ‘특례사항’으로 나누어져 있었다. 이때 제1조에 규정된 일본법령과 ‘특례조항’과의 관계를 규정해야 할 경우가 생겼다. 식민지 조선에서 최고재판소였던 조선총독부고등법원에서는 이에 대한 판단을 해야 했다. 조선총독부고등법원은 <조선민사령> ‘특례조항’이 있을 경우 이에 해당하는 일본법령은 식민지조선에서 적용되지 않는다고 결정했다.

결국 일본의 법령은 제령을 통해 식민지 조선 전반을 규율하게 되었다. 그리고 법률상 일본 제

국의회는 조선총독부 권한에 이의를 제기할 수 있었다. 반면 조선총독은 '제령권'이라는 것을 적극 활용하면서 식민지 통치를 하였고 자신의 권한을 강화시켰다. <조선민사령>에 규정된 '특례조항'이 있을 경우 이것과 겹치는 일본법령은 식민지 조선에서 적용되지 않는다는 것은 이러한 측면을 잘 보여준다. 일본법령이 바뀌게 될 때마다 일본 법률을 '의용'한다는 규정을 둔 <조선민사령>은 개정될 수밖에 없었다. 조선총독은 통치와 자신의 권한을 유지하기 위해 이러한 상황에 적극적으로 대응했다. 그리고 그것은 '특례조항'의 개정을 통해 나타났다.