

日本民法典의 編纂*

정종휴**

목 차

- I. 머리말
- II. 日本民法典의 編纂
 - 1. 編纂動機
 - 2. 前史
 - 3. 慣習調査
 - 4. 보아소나드 民法
 - 5. 法典論爭의 전개
 - 6. 明治民法典의 誕生
- III. 日本民法典의 分析
 - 1. 比較法の 産物
 - 2. 판례체계
 - 3. 各론적 문제
- IV. 맺는말
 - 1. 일본민법전은 서구법 전통의 繼受
 - 2. 일본민법전의 전개와 한국민법

[국문요약]

한국의 법률 문화에서 '日帝殘虐의 清算'은 늘 現在形의 의미를 갖는다. 한국민법전이 제정된지 어언 50년, '일제잔재의 청산'도 중요하지만, 일본민법전을 그 자체로 바라보는 안목도 필요하고, 일본민법전의 이해는 일본민법의 극복과 한국민법의 보다 나은 이해에 도움이 되리라는 생각에서, 일본민법전의 편찬과정을 정리하면서 한국 민법전의 원형을 이해하기 위한 도

* 韓國法史學會 제78회 학술발표회에서 발표문을 토대로 한 것이다.

** 全南大學校 法科大學 教授

움거리를 찾자는 것이 본고의 목적이다.

일본에서의 근대민법전의 편찬은 1870년부터 ‘治外法權’의 撤廢와 ‘關稅自主權’의 回復이라는 국가적 과제로 추진되었다. 일본인들이 여러 차례 시도하던 法典編纂은 결국 외국인 고문 보아소나드의 과제로 주어진다. 모범으로 삼은 프랑스민법전과는 편별과 내용에서 상당한 차이를 보이는 보아소나드 草案에 기한 民法典이 1890년에 공포되었으나 격렬한 法典論爭 끝에 그 시행이 연기되고 만다. 그 후 호즈미 노부시게(穗積陳重), 토미이 마사아키라(富井政章), 우메 켄지로(梅謙次郎)가 기초하여 法典調査會에서의 심의를 거친 日本民法典이 1896년과 1898년 두 차례에 나누어 공포되었다.

일본민법전은 보아소나드 민법전의 ‘근본적인 수정’ 결과라지만, 양자간의 내용상의 관련에도 불구하고, 편별과 내용면에서 실질적으로 새로 제정된 민법이다. 일본 慣習法의 민법전 재산편에의 반영은 미미하다. 家族法은 家父長制와 夫婦不平等을 기반으로 하였다. 프랑스민법과 독일민법이 각기 獨自性을 가지면서 로마법 이래 2천년이 넘는 법전통속에 성립했다는 데서 일본민법전의 대부분의 재산편 규정은 西歐法 傳統의 具體化이다.

필자는 논의의 시발점에서 편찬 공포에 이르기까지의 30년에 걸친 일본민법전 편찬 과정을 고찰하였다. 이어서 일본민법전은 체제와 내용면에서 보아소나드 민법전과 어떻게 다르며, 1958년에 제정된 韓國民法典과는 어떤 면에서 다른지를 간단히 정리하였다.

[주제어] 일본민법전, 보아소나드, 법전논쟁, 판택덴 체계, 호즈미 노부시게, 토미이 마사아키라, 우메 켄지로

I. 머리말

日本民法典은 아시아 최초의 西歐型 近代民法典이다. “이 법전화사업이야말로 그 후 오늘날에 이르는 일본근대법 및 법학의 성격을 근본적으로 규정한 것”¹⁾이다. 이를 바탕으로 전개된 학설과 판례는 세계법학사의 무시할 수 없는 한 부분이다. 일본민법전은 오랫동안 한국 땅에서 행해져온 재산관계와 가족관계 탄압의 도구가 되었고, 그 악영향은 영원히 지워질 수 없는 문제이다. 일본민법전의 상흔은 한국민법전과 한국의 법문화에 지울 수 없는 형태로 남아있다. 아무리 우리말화 하더라도 이미 법률용어의 70~80% 이상은 일본법에서 유래한 것이 아닌가? 한국민법의 판례와 학설 중 일본민법전과 진정 무관하게 형

1) 福島正男, 「明治初年における西歐法の継受と日本の法および法學」, 『日本法とアジア(仁井田陸道論文集)』(勁草書房, 1970), 171면.

성된 것은 그렇게 많다고는 할 수 없는 것이 아닌가? 법률 문화에서의 “日帝殘滓의 清算”은 이처럼 늘 현재형의 의미를 가질 수밖에 없는 측면이 있지 않는가? 한국민법전이 제정된 지 어언 50년, 이제 “일제잔재의 청산”도 중요하지만, 한편으로는 어쩌면 일본민법을 일본민법 자체로 바라보는 안목이 필요하지 않는가? 일본민법을 극복하기 위해서도 일본민법을 알아야 하지 않는가? 일본민법전을 잘 이해하는 것은 오히려 한국민법전을 잘 이해하는 데 도움이 된다고 해야 하지 않을까? 한국법과 일본법의 관계는 종래의 比較法에서 이제는 比較法史로 나아가야 하지 않을까? 본고는 한편으로는 일본민법전의 편찬과정을 우리말로 정리한다는 데도 의의가 있고, 또 한편으로는 한국 민법전의 근원을 이해하는 데 도움이 되는 것을 찾는다는 데 또 다른 의의를 두고 작성된 것이다.²⁾ 본고를 앞으로 한국민법전의 시각에서 일본민법전을 심도있게 분석하기 위한 기초작업으로 삼고자 한다.

본문에 들어가기 전에 일본민법에 관한 몇 가지 구별이 필요하다.

舊民法(=보아소나드 民法) : 보아소나드가 재산편을 기초할 때, 일본인들이 기초한 가족편과 함께 1890년에 공포되었으나 폐지된 민법전. ‘보아소나드 민법’이라고도 하는데, 특히 ‘재산편’만을 지칭할 때도 있다.

明治民法(典) : 보아소나드민법전을 수정하는 형태로 1896년(전3편)과 1898년(후2편)에 나누어 공포된 민법전.

日本民法典 : 2차대전후의 가족법의 대대적 개정 및 현재까지의 크고 작은 개정을 포함한 현행 일본민법전.

2) 이하 일본인 인명 표기에 일관성이 없음을 대하여 독자의 양해를 구한다. 줄건으로는 일본인 인명이 나올 경우, 맨 처음에 漢字名과 괄호 속에 일본식 발음을 쓰고, 다음부터는 우리말로 표기하는 게 어떨까 한다. 본고에서는 다음과 같은 방식을 취한다. 長훈은 처음에 나오는 ‘오’의 장음만 ‘오오’로 표기. 나머지는 무시한다(예, 大木을 ‘오오키’로 나타내지 ‘오키’로 하지 않는다. 그러나 伊藤은 ‘이토오’로 하지 않고 ‘이토’로 나타낸다. 激音과 硬音은 ‘ㄱ’에 한해 “ㅈ”로 표기, 나머지는 모두 격음으로 표기한다(이토 → not 이또).

Ⅱ. 日本民法典의 編纂

1. 編纂動機

일본민법전의 편찬 동기에 관하여는 다양한 주장을 볼 수 있다. 그 모든 것은 富國強兵으로 수렴된다.

첫째는 일본 어디서나 적용될 통일적인 법전의 필요성이었다. 일본은 1854년 미국과 통상조약을 맺음으로써 오랜 쇠국의 상태를 벗어난다. 이어서 일본은 영국, 러시아, 네델란드 등과 잇달아 통상조약을 맺는다. 이제 일본은 나라 자체가 바뀌어야 하는 것이다. 당시의 일본의 상황을 보자.

“이 나라에서는 바쿠후(幕府)를 정상으로 하여 300 가까운 藩이 할거하여, 제각기 小國家를 이루어 영내에서 自給自足の 經濟를 이루고, 그 法制를 가지며, 裁判을 하였다. 바쿠후는 그것들의 통치 정책상 중요한 도로와 하천을 장악하고, 요소에 關所를 두고, 교통을 제한하며, 그 개선을 저지한다. 쇠국 이래 무역, 도항 및 큰 배의 건조가 금지된다. 사회적으로는 계층이 고정하여 세습적 신분을 구성한다. 즉, 위로는 領主와 그 家臣團이 武士라 칭하여 통치, 행정의 관직을 독점하고, 막대한 기생계급을 이루는데, 그 밑에 百姓·町人³⁾(工은 이 어느 것엔가 속한다)이 있어, 각기 그 직업이 정해져 있다. 농민은 경작하는 토지를 떠날 수 없고, 필요 노동에까지 잠식한 무거운 공납의무를 지며, 토지의 매매는 금지되고, 그 경작도 자유롭지 않다. 상인의 장사는 株仲間⁴⁾나 座⁵⁾라는 동업조합으로 제한되고, 徒弟의 엄격한 규율이 있다. 農이 商을 할 수가 없고, 상인이 시골에서 상점을 가질 수 없다. 그들의 복장과 생활수준은 격식으로 정해지고, 姓을 갖는 것이 허용되지 않

3) 近世 도시에 사는 상공업자를 町人이라 하였다.

4) 에도(江戶)시대 商人·職人들이 공동의 이권을 확보하기 위하여 결합한 同業組合. 사적인 출발이었으나 나중에는 幕府와 藩主의 보호를 받았다.

5) 카마쿠라와 무로마치 시대에 조정이나 사찰 등의 보호를 받으며 특정 상품의 제조·판매 등의 독점권을 가졌던 商工民의 同業組合. 상품이 비단일 때 絹座라 하였다.

으며, 무사에게 불경하면 무례라고 언어맞아도 도리가 없다.”⁶⁾

그런 가운데 도시에서는 상업·금융 거래가 발달하고, 그 가운데 독보적인 상관습⁷⁾이 형성되어 왔다. 봉건제도하에서 형성된 서로 법제를 달리하는 300여 法圈을 둔 일본이 쇄국과幕府체제를 벗어나 통일 정부를 수립하기로 한 마당에 민법전을 포함한 각종 법전의 편찬은 법제 불통일의 시대를 마감한다는 목적에 너무도 잘 어울리는 것이었다.

둘째, 당시 일본의 지도자들은 민법을 “各國과 並立”⁸⁾하기 위한 요건으로 여겼다는 것이다. 민법편찬회장을 거쳐 司法卿이 된 에토 신페이(江藤新平)의 말은 이 점을 잘 나타낸다. “정부와 국민의 교제는 國法으로 서로 정리하고, 백성과 백성의 교제는 民法으로 서로 정리”⁹⁾ 해야 한다. 각국과 “병립의 근본은 국가의 부강에 있고, 부강의 근본은 국민의 安堵에 있다. 안도의 근본은 국민의 위치를 바로 세우는데 있느니 ... 국민의 위치를 바로 세운다 함은 무엇인가? 혼인, 출산, 사망의 법 엄하고, 상속 유증의 법 정함이 있고, 동산, 부동산, 대차, 매매, 공동의 법 엄하고, 私有, 家有, 共有의 법 정함이 있어, 聽訟은 비로소 敏正하며, 나아가 國法이 精詳하고, 治罪法 公正할 때 비로소 斷獄은 명백하니, 이를 국민의 위치를 바르게 하는 것이라 함이라.”¹⁰⁾ 또 에토에 이어 司法卿이 된 오오키 타카토(大木喬任)가 국민은 “민법 덕택에 그 권리를 보전하고 그 재산을 안전하게 하며, 가정의 齊整을 얻지 못하는 자가 없어진다”¹¹⁾고 했다는 것도 같은 맥락에서 이해할 수 있다.

셋째는, 보다 결정적인 계기는 不平等條約의 改正을 위한 요건충족으로서

6) 福島正男, 財産法, 『日本近代法發達史1』(勁草書房, 1958), 9면.

7) 大阪의 어음제도(手形) 등. 福島, 위의 글, 10면.

8) 星野英一, 「日本民法典(1)」, 法學教室 No.4(1981. 1), 22면.

9) 1870(明治 3)년 윤3월 太政大臣에 제출한 國法會議 議案중의 말.

10) 1873(明治 6)년 1월 24일 제출한 司法卿 辭表속의 말.

11) 오오키가 1876(明治 9)년 태정대신 이와쿠라(岩倉具視)에게 제출한 「법률기업의 의외에 관한 申稟」 속에 적은 내용. 山中永之佑編, 『日本近代法案内ようこそ史料の森へ』(法律文化社, 2003), 178면.

의 민법전 편찬이었다. 미국과 통상조약을 맺은 일본은 1858년 미국을 비롯, 네델란드, 러시아, 프랑스와도 수호통상조약을 맺었다. 그 후 여러나라로 확대된 이들 통상조약은 자기나라의 領事裁判權을 인정하면서 일본의 關稅自主權을 인정하지 않은 不平等條約이었다. 이 중 법전편찬과 직접 관계가 있는 것은 특히 영사재판권, 즉 일본내의 외국인 범죄자를 일본법으로 다스리지 못한다는 治外法權의 문제였다. 일본으로서는 당연히 하루속히 불평등조약을 개정하는 것이 급선무였다. 그러나 서양 각국은 일본에는 제대로 재판할 수 있는, 재판소, 재판관, 재판규범이 없다는 이유로 조약 개정 요구에 응하지 않았다.¹²⁾

또 1886(명 19)년 6월 15일 조약개정회의에서 제시된 英獨 兩國案에는 다음과 같은 곳이 있었다.

“제2조 일본정부는 본조약 비준후 2개년 이내에 泰西의 主義(Western principles=서구 시민법원리)에 따라 또한 본조약의 조관에 따라 제국재판소의 章程을 제정하고, 1. 형법, 2. 치죄법, 3. 민법, 4. 상법, 5. 소송법, 6. 제4항에 정하는 사건의 소송법, 7. 身代限法(=強制執行制度)을 편찬실시하고, 경찰에 관한 현행의 법률규칙은 되도록 이를 손질할 것.”¹³⁾ 이와 더불어 비준 후 1년 반 이내에 이들 법전, 재판소법의 英譯을 각국정부에 통지할 의무를 일본정부에 부과하였다.¹⁴⁾

12) 예컨대, 일본정부의 조약개정 요구를 받은 명치 13년 7월 독일 공사의 대꾸를 보자. “일본정부가 그 재판권을 요구하면서 함께 재판법 진달의 증거를 각국에 보이지 않음은 지극히 유감이다. 오늘날 재판권리 집행의 요건에 불충분한 바가 있다. 예를 들면, 신형법초안은 아직 공포되지 않았고, 외국인에게도 적용해야 할 민법도 갖추어지지 않았으며, 기타 상법, 身代限處分法, 환율법 같은 것도 역시 제정되지 않았다. 또 맹서, 공청재판, 배심재판 및 특히 관사 능력의 보증과 같은 것도 모두 결핍되어 있다.” 『條約改正關係·大日本外交文書』 第2卷, (外務省編纂, 1936), 92면.

13) 위의 책, 『大日本外交文書第二卷條約改正關係』, 475면; 中村菊男, 『近代日本の法的形成』(有信堂, 1963), 69면 이하.

14) 井ヶ田良治·山中英之助·石川一三夫, 『日本近代法制史』(法律文化社, 1982).

2. 前史

1) 프랑스민법 직역을 통한 민법전 제정계획

일본 민법전 편찬의 최초의 움직임을 볼 수 있는 것은 1870년이다. 이른바 明治維新으로 1885년(明18) 內閣制度가 도입되기까지 最高中央府署였던 太政官 내부의 制度取調局 속에 民法會議라는 것이 설치된 것이다. 그 중심인물은 제도국 장관을 맡은 에토신페이라는 개혁자와 일찍이 프랑스 견문을 쌓은 미쯔쿠리(箕作)라는 프랑스 법연구자였다. 처음에는 프랑스의 여러 법전을 바탕으로 일본의 법전을 만들어 버리려는 시도였다. 프랑스 법을 택한 것은 프랑스가 당시로는 가장 우수한 법전을 갖고 있었기 때문이다.¹⁵⁾ 민법전으로 보자면, 에토는 프랑스민법(1804년)을 간단히 일어로 번역함으로써 일본민법전을 제정하려고까지 생각하였다. “오역도 상관없다. 그저 속역만 하라.” “프랑스라 적혀 있는 곳을 제국 또는 일본이라는 문자로 바꾸는 정도로 바로 해치우는 것이 좋겠다”¹⁶⁾고 말했다는 유명한 이야기가 있다. 民法會議 설치전부터 프랑스법의 번역을 맡은箕作(미쯔쿠리)가 말하기를 에토가 취임한 당시의 법전편찬의 상황은 “민법을 2매나 3매 정도 번역하면 바로 그것을 회의에 부친다는 방식이었습니다. 이것은 이상하다면 이상합니다만, 먼저 일본에서 民法編纂會가 시작된 元祖입니다.”¹⁷⁾ 미쯔쿠리가 번역한 것을 서둘러서 심의에 붙인 법전이 작성되었다.

당시는 법전의 번역서는 말할 것도 없고, 사전도 없는 상태였다. 있는 것은 고작 유럽의 문서가 중국에서 한자로 번역되어 중국을 경유하여 일본에 들어온 몇 가지 漢語譯 정도였다. 미쯔쿠리는 수많은 造語를 만들고, 본인의 회고에서 말하는 “엉터리 투성이의 책”을 만들어냈다.¹⁸⁾ 그 번역법전은 1869년부터

15) 星野英一, 「民法學習の入門」, 書研所報 제30호(裁判所書記官研修所, 1980년 3월), 13면.

16) 磯部四郎, 「民法編纂ノ由來ニ關スル記憶談」, 法學協會雜誌 31권 8호(1913), 149면; 穂積陳重, 『法窓夜話』(岩波書店, 1980), 212면.

17) 大槻文彦, 『箕作麟祥君傳』(丸善, 1907), 101면 이하.

18) 大槻文彦, 위의 책, 101면 이하.

1874년까지 5년에 걸쳐 전40권¹⁹⁾의 “佛蘭西法律書”²⁰⁾로 완성되었다. 이것은 “일본인에게 근대법전이라는 것을 최초로 실물로 보여준 것”²¹⁾으로, “佛國民法の翻譯書는 당시 실로 司法官의 金科玉條였다.”²²⁾ 이 법률서는 일본의 ‘六法全書’의 효시이자 근대 일본의 법률조문의 원형이었다.²³⁾

2) 그밖의 다른 민법 제정 움직임

일본의 초기적 민법 편찬의 움직임은公私에 걸쳐 추진 주체와 중심 인물의 변화속에 동시 다발적으로 진행된다. 보이소나드 민법전 편찬이전까지의 대표적인 것을 들면 다음과 같다.²⁴⁾

① 1871년(명치4년) 制度局에 의한 民法決議²⁵⁾ : 1870년(명3)부터 1871년에 걸쳐 열린 태정관 제도국 민법편찬회의에서 에토가 주재하여 축조심의를 한 79개조문. 프랑스 민법의 앞부분이므로 인사편중 사권의 향유 및 신분증서에 관한 부분이며, 戶를 단위로 하는 호적과는 다른 것임에 주의를 요한다.

② 1872년(명치5년) 司法省 明法寮에 의한 제1회 稿本 皇國民民法假規則(=明法寮草案)²⁶⁾ : 전9권 1185개조. 일본에서 기초된 최초의 종합적 민법전 초안이다.²⁷⁾ 이른바 저들의 구민법·명치민법이라는 형태로 발전해 가는 민법전의 골

19) 刑法典(5권), 民法典(16권), 憲法(1권), 商法典(5권), 治罪法典(5권), 訴訟法典(8권)으로 된 木版本 40권의 대각.

20) 前田達明編, 『史料民法典』(成文堂·2004) 1면 이하에 佛蘭西法律書民法이 실려 있다.

21) 野田良之, 「日本における外國法の攝取—フランス法—」, 『岩波講座現代法14』(岩波書店, 1966) 187면.

22) 井上正一, 「佛國民民法ノ我國ニ及ホシタル影響」, 『佛蘭西民法百年記念論集』(法理研究會, 1905), 65면.

23) 大久保泰甫, 「西洋法継受における翻譯と造語」, 法學セミナー 371호(1985년 11월), 72, 73면.

24) 岸上晴志, 「ボアソナード時代」, 水本浩·平井一雄編, 『日本民法學史·通史』(信山社, 1997). 이 분야에 관한 가장 자세한 연구로는 向井 健, 「第12章民法典の編纂」, 福島正夫編, 『日本近代法体制の形成(下卷)』(日本評論社, 1982), 313~396면을 들 수 있다.

25) 前田達明編, 앞의 책(각주 20), 223면 이하 수록.

26) 前田編 앞의 책, 362면 이하 수록.

27) 川島·利谷, 「民法(上)」, 『日本近代法發達史5』(勁草書房, 1958년), 7, 8면.

격을 최초로 나타낸 것이라는 평가를 받는다.²⁸⁾ 재산법은 프랑스 민법의 모방이었던 반면, 가족법은 戶主權과 長男子 相續權을 기본으로 하는 가부장제적인 것이었다.²⁹⁾

③ 1872년(명치 5년) 司法省明法寮에 의한 제2회 稿本 改刪 未定本 民法 : 위 明法寮草案을 수정한 것.

④ 1873년(명치 6년) 司法省 民法假規則³⁰⁾ : 프랑스에서 초빙된 부스케(Hilaire George Bousquet(1843~?))와 번역관 알버트 부스케(Albert Charles de Bousquet(1837~1882))가 만든 88개조 호적법에 같음하여 신분증서의 제도를 도입하고자 한 것이었으나 실시되지 못한 채, 에도 실각.

⑤ 1873년(명치 6년) 左院에 의한 民法의 規則 草案³¹⁾ : 일본 고래의 습속을 대폭 수용하려 한 것으로, 위의 황국민법가법칙을 재검토하여 만들어진 가독상속 및 유증, 양자법, 후견인 규칙, 혼인법 초안 등 가족법에 관한 5編 217개조.

⑥ 1878년(명치 11년) 司法省 民法草案³²⁾ : 제1편 인사편, 제2편 재산 및 재산소유의 종류, 제3편 재산소유권을 얻는 방법중 상속·유증을 제외한 부분. 프랑스 민법전의 영향이 강하여, “외국책을 번역하여 바로 백성들에게 시행하는 것 따위는 결코 취할 수 없는 일”³³⁾이라 하여, 1879년(명치 12년)에 결국 폐안이 되고 말았다.

이 가운데 법전이라 할 수 있는 체제를 갖춘 것은 ④와 ⑥ 정도일 것이다.³⁴⁾ 그러나 일국의 근대민법전을 이런 방식으로 일본인만의 힘으로 제정하는 것은 무리임을 알게 되면서, 민법편찬은 외국인 법률가의 도움속에 새로운 전개를 보인다.

28) 川島·利谷, 위의 책, 8면.

29) 山中永之佑編, 『日本近代法論』(法律文化社, 1995) 46면.

30) 前田編, 앞의 책, 449면 이하 수록.

31) 前田編, 앞의 책, 458면 이하 수록.

32) 前田編, 앞의 책, 480면 이하 수록.

33) 山中編, 앞의 책, 47면.

34) 岸上晴志, 앞의 책, 67면.

3. 慣習調査

명치정부는 1870년대 말에 수차례 관습조사를 행하였다. 힐(George W. Hill)이라는 美國人 法律家의 進言³⁵⁾으로 1876년과 1878년에 司法省이 주체가 되어 행한 조사는 각기 ‘民事慣習類集’(1877년), ‘全國民事慣習類集’(1880년)으로 발간되었다. 민법전의 편찬자료로 쓰일 것이 예정되어 있었다. 그러나 일본인 입법자는 민사관습을 달갑게 여기지 않았다. 예컨대, 磯部四郎(이소베 시로)는 司法卿 오오키 타카토(大木喬任)의 주도로 행해진 관습조사를 “입법사업을 위해서는 커다란 지장”이라 여기고, 慣例類集을 “실의에 빠진 나이든 사람들의 유해 무익한 道樂”³⁶⁾이라고 잘라 말했다. 今村和郎(이마무라 카즈로)도 人事(=家族) 부분은 그렇다치더라도, 일본인은 “王政—新과 더불어 의식을 일신”하여 “舊法舊慣의 잘못을 알고 준수하기 어려움을 알고서”, 이를 “혐오하여 일소”³⁷⁾했다고 하는 것이다. 민법전 편찬작업에서 관습법의 존재가 그다지 큰 비중을 차지하지 못하였음을 엿볼 수 있게 하는 대목이다.

4. 보아소나드 民法

1) 보아소나드의 민법 기초

일본 민법전의 제정 작업은 일본정부가 프랑스 민법전을 번역해 낸 箕作의 추천에 따라 1879년(명치 12년) 당시 프랑스 파리대학 교수 보아소나드(Gustave

35) 일본에는 “法律學家の 논설, 재판관의 판결 또는 법령으로 성립하는 법률학의 本理 및 本則을 기재한 것”이 없으므로, 후일의 체계화=법전화를 위하여 유스티니아누스 법전의 편찬법에 따라 구시대 및 유신 이래의 포고, 지령, 재결, 관습례 등을 수집 편찬할 것을 후일의 체계화=법전화를 제안하였다. 手塚 豊, 「司法省御雇外人ヒルとその建白書」, 『明治史研究雜纂(手塚豊著作集第十卷)』(慶應通信, 1994年), 238면 이하.

36) 村上一博, 「裁判基準としての『慣習』と民事慣例類集」, 同志社法學 49-5(1998), 319면.

37) 中隱居士(今村和郎)述, 『解難 完』(1890년), 19면 이하. 岩谷十郎, 「日本法の近代化と比較法」, 比較法雜誌 65호(2003), 35면에서 재인용.

E. Boissonade, 1825~1910)를 초빙함에 따라 새로운 전기를 맞게 된다.³⁸⁾ 1873년(명치 6년)부터 1895년(명치 28년)까지 22년이나 일본에 체류하면서 고용 외국인으로서는 일본의 법학교육, 입법, 외교교섭에 다대한 공을 세운 그가 특히 심혈을 기울인 것은 민법 초안의 기초였다.³⁹⁾

보아소나드는 비교법에 조예가 깊고, 고유법에 관대한 自然法論者였다.⁴⁰⁾ 사법성 법률학교에서 법학교육을 맡던 보아소나드는 1879년(명치 12년)에 일본 정부로부터 민법전의 기초를 위임받았다. 그는 이탈리아 민법, 프랑스민법을 비롯한 최신의 입법, 판례, 학설을 참고하면서, 일본의 사정을 참작하면서 세계 첨단국의 민법전을 구상하였다.

보아소나드의 민법 기초작업⁴¹⁾은 1880년 6월 오오키 타카토를 총재로 하는 민법편찬국 개국으로 본격화된다. 보아소나드가 프랑스어로 기초하고, 미쯔쿠리(箕作), 이소베 시로(磯部四郎), 쿠로카와 세이치로(黒川誠一郎)은 그에게 일본의 “國土人情”을 전하면서 기초문의 번역·정리를 맡았다.

그러나 가족법 기초에는 일본의 “풍습습관”에 따르기로 하여 보아소나드는 기초에서 배제되고 일본인 위원이 기초하게 되었다. 민법은 “人民の好”(인민의 기호)에 의해야 한다고 했고, 명법료 입헌정체에 관한 건의에서 “습관풍습은 곧 민법”이라고 한 井上毅(이노우에 타케시)는 가장 일본적이라고 생각된 가족법 영역은 보와소나드에 맡길 수 없었던 것이고, 보와소나드 자신도 “집안 일”은 그 나라의 “풍습을 懷想하지 않을 수 없다”고 생각하였다.⁴²⁾

보아소나드가 작성한 초안은 주석이 딸린 채 활자화되어, 사법성 법률학교에서 강의 교재로 쓰이는 가운데 수정을 거친다. 그리하여 1882년 9월에 물권편,

38) 보아소나드의 일본에서의 업적에 관하여는 大久保泰甫, 『日本近代法の父ボワソナード』(岩波新書, 1977) 참조.

39) 보아소나드는 한편으로 刑法·治罪法, 利子制限法도 기초하였고, 大審院을 창설하였다. 大久保泰甫, 위의 책, 213면.

40) 大久保泰甫, 앞의 책, 57면 이하.

41) 자세히는 大久保泰甫, 앞의 책, 134면 이하.

42) 川口由彦, 『日本近代法制史』(新世社, 1998), 183면.

그리고 이듬해 4월에 채권편의 “再閱民法草案”이 상정되었다. 가족법의 초안이 뒤따랐다. 1886(명19)년 3월 보아소나드가 기초한 “민법초안수정안”(재산법 부분이 작성되어 元老院에 부의된다. 한편 이 시기에 條約改正作業이 전개되었다. 법전편찬 작업은 1887년 10월 사법성 법률취조위원회로 넘어가, 財産編·物權, 財産編·人權(=債權), 財産取得編(前半부분), 債權擔保編이라는 재산법 부분이 축조심의되었다. 심의는 84회를 끝으로 1888년 9월말에 종료하였다. 그 과정에서 다수의 수정 삭제가 있었다. 報告委員은 이를 기초로 再調査案을 작성하여 다시 위원회의 심의에 부쳤다.

보아소나드가 기초한 부분은 같은 해 10월에 일본인 위원(熊野敏三, 磯部四郎, 井上正一等)이 기초한 부분(가족관계, 재산취득편중 상속부분[포괄명의취득법])이 12월말 총리에게 제출된다. 이어서 1889년 1월에 元老院에 부의되어 7월에 의결된다. 다시 樞密院의 조정을 거쳐 1890년 3월 27일에 “民法中財産編財産取得編債權擔保編証據編”⁴³⁾이, 10월 6일에 “民法中財産取得編人事編”⁴⁴⁾이 공포되어, 1893년 1월 1일부터 시행되게 되었다. 보아소나드가 “5년이면 충분”하리라 생각했던 민법전 초안 작성 사업은 10년을 끌었다. 이것이 곧 여기서 말하는 보아소나드 민법이다. 그러나 뒤에 보듯이 그러나 뒤에 보듯이 보아소나드 민법은 때맞추어 벌어진 이른바 “法典論爭”으로 시행을 보지 못한 채 새로운 민법전을 제정하기에 이른다. 그러한 까닭에 보아소나드 민법을 일본에서는 “舊民法”라 부르는 데, 엄밀한 의미에서의 보아소나드 민법은 이 가운데 재산편만을 말한다.

2) 보아소나드 민법의 특징

(1) 보아소나드 민법은 용어, 문체에서도 프랑스민법과는 다른 점이 있다. 프랑스 민법은 알기 쉽고, 격조높은 문체가 특징이다. 이에 대해 보아소나드 민법

43) 前田編, 앞의 책, 946면 이하 수록.

44) 前田編, 앞의 책, 1203면 이하 수록.

은 기술적인 정확성이 특징, 또 정의규정, 원칙규정이 매우 많다. 교과서적인 법전이다.⁴⁵⁾ 후진국이니까 민법전은 교과서적인 친절이 필요하다는 생각이다. 그러나 일본학자들은 불평이었다.

(2) 조문구성도 그렇지만 보아소나드 민법은 프랑스민법을 기본으로 하지만, 프랑스민법과는 상당한 차이를 보인다. 프랑스 민법 시행후의 판례와 학설에 영향을 받아, 상당히 중요한 수정을 한다. 예컨대, 임대차는 채권관계였으나, 보아소나드는 임차인의 대항력의 명확화, 임차권 저당의 필요성, 임차인에 대한 몰상소권의 부여 등을 이유로 임차권을 물권으로 규정하였다.⁴⁶⁾

(3) 보아소나드는 프랑스민법의 재산취득편이 지나치게 광범하다고 하여 이를 분할하여 5부 구성을 취하였다. 그 결과 구민법은 인사편, 재산편(물권과 채권총론, 불법행위), 재산취득편(계약법과 상속법), 채권담보편(물적담보로서의 담보물권과 인적담보로서의 보증 등), 증거편(시효 기타)으로 되어 있고, 결과적으로는 조문의 連番이 없이, 각편은 조문번호를 새로 시작한다.

(4) 한편 가족법 부분은 일본인 위원들이 작성을 맡았다.⁴⁷⁾ 일본인들이 만든 것임에도 불구하고 1888년 10월에 발표된 신분법 “제1초안”은 “戶”의 법질서와 결별한 것이었다. 호주의 특권이라는 것도 거의 인정하지 않았으며 장남의 상속분을 다른 자녀보다 약간 우대한 정도였다. 가족관계를 철저한 개인간의 권리의무관계로 파악하였으며, 가산에 기한 단체질서라는 관념은 거의 볼 수 없었다. 이 제1초안은 전국의 지방관, 사법관들에 회부되었고, 그 밖에 입법관계자들의 의견도 수렴되는 가운데 커다란 비판에 직면하였다. 보아소나드는 가족법의 기초에는 거의 직접 관여하지 않았다. 그는 일본의 단독상속 관행에 비판적이었다. 자연법사상에 기하여 근대적인 문명사회의 법을 일본에 계수시키고자 하였다. 하지만 법률취조위원회 내부에서 논란끝에 단독상속과 호주특권을

45) 古柳春一郎, 「民法典の誕生」, 廣中俊雄・星野英一編, 『民法典の百年I』(有斐閣, 1998), 10면.

46) 古柳春一郎, 위의 책, 9면.

47) 일본유신정권은 “외국인을 고용할 때 청말의 중국과는 달리 결코 그 분야의 전권을 부여하지 않고 “그들을 근대화의 보조자, 조연자로서 잘 사용하고, 또 근대화에 관한 정책결정의 주도권을 정부지도자들이 굳게 잡았다.” 海溪昇, 『御雇い外國人一概説』(鹿島出版會, 1968).

강화하는 방향으로 개정되었다.⁴⁸⁾ 처음에는 “진보적이었으나 수정으로 인해 반동화 보수화된 것”⁴⁹⁾이라고 풀이된다. 그것은 새로운 가족법상을 구축하는 과정이었다. 그 결과 1890년 1월에 “再調査案”이 성립하여, 이것이 내용적으로도 구민법 및 명치민법 가족법의 기초가 되었다.

5. 法典論爭의 전개

1) 명치 초기의 법학교육과 법전논쟁의 전개

통상 말하는 19세기말 법전 논쟁은 보아소나드가 기초한 민법전과 독일인 법학자 뢰슬러가 기초한 상법전의 시행의 당부를 둘러싸고 행해진 대논쟁이다. 독일의 사비니와 티보의 法典論爭에 비견할 만한 규모의 것이다. 이 법전논쟁을 이해하려면 당시 일본의 “法律學校”를 이해해야 한다.⁵⁰⁾

일본에서 맨처음 설립된 법학교육기관은 1871년의 明法寮였다. 당시의 주류에 따라 프랑스 법 교육의 거점이었다. 명법료는 사법성법학교가 되어, 1885년(명치 18년) 東京大學(후에 帝國大學으로 개명)으로 병합되었다. 한편 제국대학의 전신인 東京開成學校는 영국법 교육의 거점이었다. 1887년(명치 20년)에 제국대학에 獨法科도 설치되었으나 법전논쟁 당시 독일법을 배운 사람은 아직 소수였다. 한편 명치 10년대에 私立 법학교들이 설립되었는데, 프랑스법계가 明治法律學校(현재의 明治大學), 東京法學社(東京法學校, 和佛法律學校로 개명. 현재의 法政大學의 전신), 영국법계가 專修學校(현재의 專修大學), 東京專門學校(현재의 早稻田大學)가 있었다.⁵¹⁾ 당시의 법률가들에게는 자신들이 받은 법학교육의 내용을 “條理”라고 여기는 측면이 있었다.⁵²⁾

48) 古柳春一郎, 위의 책, 9면.

49) 石井良助, 『法制史』(山川出版社, 1979), 293면.

50) 水本・平井編, 앞의 책, 7~8면(水本).

51) 加藤雅信, 『序章日本民法百年史』, 加藤 의 편, 『民法學說百年史』(三省堂, 1999년) 13면.

52) 梅謙次郎의 말을 빌리면, “條理라는 이름 아래 일본의 옛 교육을 받은 사람은 옛 사상을 기

법전논쟁은 외국인 법률가에 의한 법률기초가 일본의 실정에 적합하지 않은 게 아닌가 하는 학문상의 의구심의 표명으로 시작되었다. 그런데 시간이 흐를수록 법학교의 기본 색깔이 두드러져, 프랑스법에 기운 민법전의 시행을 반대하는 쪽으로 대세가 기울어갔다.

그 도화선은 보아소나드 민법을 공포하기 1년전인 1889년(명22) 5월 英國法을 배운 帝國大學 法科大學 출신 모임 “法學士會”가 발표한 「法典編纂에 관한 意見」이었다.⁵³⁾ 종래의 관습을 수정하여 법전화하는 것이 아니라 외국의 제도를 모범으로 하여 새로운 법전을 만드는 것이므로, 필요불가결한 것에 한하여 단행법으로서 제정하면 그만이고, 강제로 법전화를 수행하면, “민속에 배치하여 인민으로 하여금 법률의 복잡에 고생케 할 우려”가 있기 때문에 “초안인 상태로 널리 公衆의 비판을 받아 서서히 완성을 기해야 한다”는 의견을 내었다. 일본의 실정은 “봉건 구제를 벗어나” “변천 무쌍하여” 민중들 사이에 확고한 사회규범이 형성되어 있지 않은데, 외국인에게 법전을 기초케 하여 유럽을 모방한 법전을 만드는 것은 졸속한 것이라는 것이 그 취지였다. 그렇게 되면 국민이 필요로 하지도 않는데 억지로 법전을 만들어 따르게 함으로써 고통을 줄뿐이라는 것이다. 또 민법기초자는 프랑스인, 상법 기초자는 독일인으로, 아무래도 벨런스가 말지 않는다고 하였다. 이것을 발단으로 하여 법의 역사성을 강조하는 法典延期論⁵⁴⁾이 다수 주장되었다.

이에 대하여 법전편찬에 깊숙이 간여한 이소베 시로(磯部四郎)는 법전시행 연기설을 철저히 비판하고, 자연법사상의 보편성을 주장하였다.⁵⁵⁾ 이 논쟁은

초로 하여 문제를 결정하고, 영국의 법률을 배운 이는 영국법의 원칙으로 조리라 하여 이를 행하며, 프랑스 법률을 배운 사람은 프랑스 법전의 주의를 조리라고 하여 실행하며, 독일 법률을 배운 사람은 독일의 법률을 조리라 하여 이를 행하는, 실로 기묘한 상태였다.” 福島正男編, 『明治民法の制定と穂積文書』(有斐閣, 1956년), 128면.

53) 川口由彦, 앞의 책, 261면.

54) 増島六一郎, 「法學士會の意見を論ず」, 法理精華 2권 11호(1889); 山田喜之助, 「立法の基礎を論ず」, 동3권14호; 岡野敬次郎, 「英法の爲に妄を弁ず」, 동3권14호; 江木衷, 「民法草案財産編批評」, 동4권19, 22호 등.

55) 磯部四郎, 「法理精華を讀む」, 法政論叢 99권104호(1890); 井上操, 「法典編纂の可否」, 法政論叢 99권103호(1890).

법전공포후 논고를 거듭하여 논자가 늘어남에 따라 격화되고, 결국에는 법전시행 여부를 둘러싼 대규모 논쟁으로 발전해간다.

2) 法典延期論

(1) 연기론자의 주장

보아소나드 민법을 둘러싼 논쟁은 1891년 봄부터 시작된다. “法學新報”에 악법을 안이하게 제정하면 “자손만세에 이르기까지 그 毒을 받는다”고 하여 민법전의 시행을 비판한 것이 그 시작이다. 법전 시행 연기론의 주장은 1892년 4월 연기론자 11명이 연명으로 발표한 “法典實施延期意見”⁵⁶⁾으로 집약적인 형태를 띠게 된다. 이 의견은 다음과 같은 7개 항목에 걸쳐 상세한 비판을 가한 것이었다.

① “신민법은 倫常을 壞亂한다.” - 민법이란 “습속관례”에서 발하는 것으로, 이러한 의미에서 일본에도 “고유한 민법”이 있다.

② “신민법은 헌법상의 명령권을 감축한다.”

③ “신민법은 예산의 원리에 어긋난다.”

④ “신민법은 국가사상을 결한다.”

⑤ “신민법은 사회의 경계를 교란한다.”

⑥ “신법전은 稅法의 根源을 변동한다.”

⑦ “신법전은 위력으로써 학리를 강행한다.”

요컨대 프랑스 학자가 기초한 구민법과 독일학자가 기초한 구상법이 서로 어울리지 않으며, “국정습관”을 배려하지 않고, 프랑스혁명의 영향으로 “철두철미 개인주의와 민주주의에 모범을 취하여”, 일본 “固有의 美質”인 忠孝에 적합하지 않음이 지적되었다.

56) 法學新報 1892년 4월호

(2) 民法나와 忠孝망한다

비판의 극을 이룬 것은 호즈미 야쓰카(穗積八束)의 저 유명한 “民法나와 忠孝亡한다”⁵⁷⁾이다. 요지는 다음과 같다.

“家長權이 신성하고 범할 수 없음은 祖先의 靈이 신성하고 범할 수 없기 때문이다. 가족은 장유 남녀를 불문하고 첫째로 그 위력에 복종하고 둘째로 그 보호에 의탁한다. 일남일녀 정애에 의해 그 거처를 함께 하는 이를 예수교 이후의 家라 한다. 우리 신민법은 이 주의에 의한다……민법의 法文은 우선 국교를 배척하고 家制를 파멸하는 정신으로 이루어져, 간신히 ‘家’, ‘戶主’ 등의 문자를 보이지만 오히려 이 때문에 法理의 不明을 초래한다.”

짧은 이 논고의 요점은 일본은 “祖先敎의 나라”이므로 그리스도교에서 전개된 “개인본위”의 유럽 민법은 적합하지 않다는 것이었다. “祖先敎”란 “조상의 神靈”에 의해 지켜진 “家”를 대대로 계승해 가는 것이 “家長”이고, “家”는 불가침의 “家長權”에 의해 유지되며, 이 “家”가 확대된 것이 “國家”라는 입장이었다. 이 관점에서 볼 때 구민법은 “家”를 “一男一女의 自由契約”의 소산으로 보는 “냉담한 사상”에 기초를 둔 것으로, “忠孝의 國風”은 파괴되지 않을 수 없다. “家”의 관리자로서 가장을 상징하고, 가장권의 확대속에 천황지배가 이루어진다는 주장이었다. 외우기 쉽고 강렬한 인상을 주는 호즈미 야쓰카의警句는 군중심리를 지배하는 커다란 선전효과를 가져왔다.⁵⁸⁾

(3) 富井 政章의 보아소나드 민법 비판

우메와 더불어 훗날 명치 민법 기초를 맡은 토미이 마사아키라(富井)는 보아소나드 민법에 다음과 같은 결점이 있다고 하였다.⁵⁹⁾

① 民俗慣習에 어긋나는 조항이 많다.

57) 穗積八束, 『民法出デテ忠孝亡フ』, 法學新報 5호(1891년), 227면 이하.

58) 穗積陳重, 앞의 책(각주16), 339~340면.

59) 石井良助, 『明治文化史2法制』(洋洋社, 1954), 520-521면.

② 프랑스와 이탈리아 양민법을 모범으로 하는데 그치고 가장 진보한 근래의 입법례와 학설을 참고하지 않았고, 따라서 이론상 비난할 점이 많다.

③ 상법과의 관계를 고려하지 않을 수 없는즉, 상법은 민법과 기초자가 다르고, 아직 민법의 편찬되지 않은 때에 제정된 독일 상법을 모범으로 했기 때문에, 민법과 중복 또는 저촉하는 규정을 다수 포함하여 입법의 통일을 결한다.

④ 포괄적 규정을 두지 않고, 주로 개별적인 경우를 규정했기 때문에, 조문 번잡 이루 말할 수 없고, 중복저촉, 특히 결루가 많다.

⑤ 사법 및 실체법의 영역을 엄수하지 않아 공법 및 절차법에 관한 규정을 다수 두고 있다.

⑥ 정의·설명·인례 등 불필요한 사항을 무수히 들어, 이로 인해 조문마다 번잡을 더하고 또 법전의 체재를 잃게 한다.

⑦ 법문이 일반적으로 번역체에 지나지 않고 명료함을 결한 곳이 많다.

이러한 논쟁의 와중에 초빙 독일인 법학자 퇴슬러도 의견을 발표하였다.⁶⁰⁾

3) 法典斷行論

(1) 단행론자의 주장

이들 연기파의 주장에 대하여 斷行派는 반격에 나섰다. 明治法律學校 관제자를 중심으로 결성된 法治協會는 1891년부터 法治協會雜誌를 발간하여 斷行論을 편 것이다. 이 잡지는 發刊辭에서 “단연 구래의 누습을 타파하고 우리 신

60) 보아소나드 민법 초안이 이토 히로부미에게 상신된 지 8개월 후(1886년 말) 상법전 기초를 맡은 퇴슬러의 의견은 다음과 같다. “한 나라의 민법은 그 국민의 성정에 적합하지 않으면 안된다는 것은 바로 맞는 말이다. 만약 전대미문에 신기한 것으로, 인민의 사상 및 감정과 서로 괴리하는 민법을 시행할 때는 곧 인민 일반이 이를 이해할 수 없고, 따라서 이를 실시하는 곤란은 이루 헤아릴 수 없기 때문에, 마침내 인민의 반론을 재촉하고 사회의 교란을 키우게 될 것이다. … 오늘날의 일본은 불과 몇 년 동안에 이미 정치상 및 사회상 백반의 제도를 모두 비상한 변혁을 가하였는데 이제 또 민법을 새로 정해 시행하려고 하는 것은 아마도 일시 급분한 나머지 폭열한 반론을 부르기에 이를 것이다.” 『民法ニ付ロエスレル氏意見』, 『伊藤博文編・秘書類纂法制關係資料上』(秘書類纂刊行會, 1969), 115면 이하.

민에 갖는 권리의 보호를 확고히 하는 것은 오늘날 급무중 일대급무가 아닌가? 그리고 이를 수행하는 방책은 무엇인가? 다름 아니니, 신속히 선량한 법률규칙을 실시함으로써 우리 신민의 권리의무를 지배하게 하고 우리 일본국으로 하여금 완전한 법치권이 되게 함이 이것이다”⁶¹⁾고 주장하며, 단행주장자의 논설을 속속 발표하였다. 7명의 단행론자 연명으로 된 1892년 5월의 “法典實施斷行의 意見”(法學協會雜誌 號外「法典實施斷行의 意見」岸本辰雄의 7명 연명)은 단행파의 의견의 집대성이었다. 그 요지는 다음과 같은 9개 항목이다.

- ① “법전의 실시를 연기함은 국가의 질서를 문란하는 것이다.”
- ② “법전의 실시를 연기함은 윤리의 罷類를 가져오는 것이다.”
- ③ “법전의 실시를 연기함은 국가의 주권을 해치고 독립국의 실질을 상실케 하는 것이다.”
- ④ “법전의 실시를 연기함은 헌법의 실시를 해치는 것이다.”
- ⑤ “법전의 실시를 연기함은 입법권을 포기하고 이를 裁判官에게 맡기는 것이다.”
- ⑥ “법전의 실시를 연기함은 각인의 권리를 전혀 보호 받을 수 없게 하는 것이다.”
- ⑦ “법전의 실시를 연기함은 爭訟紛亂을 일어나게 하는 것이다.”
- ⑧ “법전의 실시를 연기함은 각인으로 하여금 安心立命의 길을 잃게 하는 것이다.”
- ⑨ “법전의 실시를 연기함은 국가의 經濟를 攪亂케 하는 것이다.”

(2) 우메 켄지로의 법전실시의견

때를 같이 하여 발표된 “법전실시의견”은 훗날 민법전 편찬을 맡은 우메 켄지로 외 6명이 연서한 것으로 주목된다.⁶²⁾

- ① 법전은 급히 이를 실시할 수요가 있다.

61) 「發行之辭」, 法治協會雜誌 제1호(1891년).

62) 明治法叢 號外1892년 5월 17일.

- ② 조약을 개정하고자 한다면 반드시 먼저 법전을 실시하지 않으면 안된다.
- ③ 학리의 新古를 가지고 갑자기 법전의 良否를 가릴 수 없다.
- ④ 민법이 헌법에 저촉한다 함은 오해이다.
- ⑤ 민법을 행정명령을 속박하지 않는다.
- ⑥ 민법은 세법을 고치지 않는다.
- ⑦ 민법은 倫常을 壞亂한다고 함은 궤변이다.
- ⑧ 민법은 명예 신용도 보호한다.
- ⑨ 채권의 양도는 관습을 어지럽히지 않는다.

4) 법전논쟁의 성격과 귀추

(1) 법전 실시의 연기와 단행을 둘러싸고 전개된 논쟁의 특징은 여러 가지로 볼 수 있다. 전체적으로 보아 연기파는 보수적·관념적·감정적으로 반대하는데 대하여, 단행파는 인사편, 상속편이 장자상속과 은거가독 등 종래의 관행을 인정하고 있다는 등, 조목 조목 보아소나드 민법전이 구관을 무시한 것이 아님을 역설한 점이 평가되고 있다.⁶³⁾ 그럼에도 이 논쟁의 성격을 두고 종래부터 다양한 논의가 있었다.

(2) 그 하나는 역사학과와 자연법학과와의 대립이라는 풀이이다. 예컨대, 훗날 일본민법전의 기초를 맡은 호즈미 노부시게는 다음과 같이 풀이한다. “이 쟁의의 원인은 원래 양학과와 근본학설의 차이에 있다. 그 실은 자연법학과와 역사학의 논쟁이다. 프랑스법과는 자연법학설을 신봉하여, 법의 원칙은 시간과 장소를 초월하는 것이라고 하고, 어느 나라, 어느 때나 동일한 근본원리에 의거하여 법전을 편찬할 수 있는 것이라 한다.⁶⁴⁾ 역사학과는 국민성, 시대 등에 무게를

63) 谷口知平, 「總說」, 『新版注釋民法』(有斐閣, 1988), 16면.

64) 프랑스학자도 일본의 법전편찬에서의 보아소나드의 이러한 ‘자연법주의적, 비역사적 방법’이 법전논쟁시 거부당한 하나의 이유라 보고 있다. クリットフ・シャマン(大久保泰甫 譯), 『ボワソナードとその時代』, 『日本民法と西洋法伝統』(九大出版會, 2000), 30면.

됨으로써, 자연법학설을 기초로 한 보아소나드안의 법전에 반대하게 된 것은 당연한 일이다. 그러므로 이 논쟁은 같은 세기(19세기) 초에 독일에서 발생한 사비니, 티보의 법전논쟁과 그 성질에서 조금도 다를 바 없는 것이다.”⁶⁵⁾

(3) 프랑스법학과와 영국법학과의 대립이라는 풀이도 있다. 예컨대, “영국법이 대륙법에 비해 뛰어나다는 것을 말하고자 하는 것. 명백히 법전편찬자인 프랑스법 의존주의에 대한 반감이 나타난 것. 이러한 의미에서 민법전 논쟁 최초의 출발점은 프랑스법학과에 대한 영국법학과의 도전으로서 나타났다고 할 수 있겠다.”⁶⁶⁾

(4) 그밖에도, 자유주의와 국가주의의 다툼, 브루조아 민주주의와 봉건적 가족주의의 대립,⁶⁷⁾ 조약개정에 관한 정치적 입장의 차이에 관한 다툼, 즉 그 전제로서 법전편찬을 필요로 한다는 쪽과의 대립, 대립을 보다 복잡한 정치정세에 구하는 입장, 급격한 사적소유의 전개에 의한 모순의 표면화, 등등 다양한 논의가 있었다.⁶⁸⁾ 최근에는 개인주의와 집단주의, 권리주의와 道義主義, 계약 자유원칙 대 국가통제의 관점에서 풀이하는 견해⁶⁹⁾도 등장하였는가 하면, 영법파와 불법파의 대립 외에 정치적 이유(조약개정의 긴급성)와 학문적 이유(자연법사상과 역사법학파의 법인식)를 들어 풀이⁷⁰⁾하기도 한다.

이렇게 보면 어떠한 풀이이건, 법전논쟁에는 파벌적 감정, 직업적 이해관계, 사상적·정치적 요소가 복잡하게 얽혀 있다.⁷¹⁾ 그러나 적어도 보아소나드 민법

65) 穂積, 앞의 책(각주16), 343면.

66) 中村菊男, 앞의 책, 62면. 穂積도 다음과 같이 말한다. “영불양파의 논쟁은 기치 심히 선명하여 영국 법학자는 거의 모두 연기론을 주장하고, 이에 대하여 프랑스 법학자는 거의 모두 단행론이었다. 유독 富井(도미이), 木下(키노시타) 양박사가 프랑스파이면서 초연히 연기론을 주장한 것은 이채로웠을 정도이다” 穂積, 앞의 책(각주16), 333면.

67) 平野義太郎, 『日本資本主義の機構と法律』(明善書店, 1949), 198면.

68) 星野 通, 『明治民法編纂史研究』(グイヤモンド社, 1943); 星野 通, 『民法典論争史』(河出書房, 1949); 遠山茂樹, 『民法典論争の史的考察』, 『法學志林』 49-1(1951); 宮川 澄, 『日民法と明治民法』(青木書店, 1965); 井ヶ田良治, 『民法典論争の法思想的構造』, 『思想』 493호(1965)·506호(1966), 등. 근시의 것으로는 大村敦志, 『法典·教育·民法學』(有斐閣·1999)28면 이하.

69) 大久保泰甫, 앞의 책(각주 38), 185면 이하.

70) 青木人志, 『「大岡裁き」の法意識 - 西洋法と日本人』(光文社, 2005) 75면 이하.

71) 星野英一, 앞의 책, 23면.

시행에 대한 반대운동은 민중 레벨에서는 서양문화와 일본문화의 충돌이라는 의미를 갖고, 사상, 정치운동의 레벨로서는 국수주의, 반동주의적 색채를 띠며, 전체적으로 복고주의적, 反西歐型 민족주의의 요소와 결부된다고 하겠다.⁷²⁾

6. 明治民法典의 誕生

1) 보아소나드민법 실시 연기와 法典調査會의 설치

단행과·연기파의 논쟁은 마침내 의회에서 격렬히 전개되었다. 그러나 연기론자들의 구민법에 대한 人事編의 倫常破壞, 傳統的 家制度無視라는 비난이 강하여, 제3회 의회에서는 귀족원에서 양법전을 1896년 12월 31일까지 시행 연기한다는 법안이 제출되었고, 중의원에서도 연기법안이 제출되었다. 1892년 5월 귀족원에서는 논의 과정상 원안에 “그러나 수정을 마친 것은 본문 기한내 일지라도 이를 시행할 수 있다”는 수정안이 제출되어, 이 수정을 전제로 한 延期案이 123대 61로 가결되었다. 다음 달 중의원에서는 152대 107로 연기법안의 가결을 보았다. 보아소나드가 기초한 민법전의 시행은 연기되었다.⁷³⁾ 법전논쟁은 법전시행 연기파의 승리로 귀결되었다.

1893년 3월 이토오 히로부미 내각 아래 칙령 “法典調査會規則”에 따른 法典調査會가 설치된다. 총재는 이토 히로부미(伊藤博文), 부총재에는 사이온지 킨모치(西園寺公望)가 취임, 위원은 主査委員과 査定委員으로 나뉘어, 主査委員 18명 가운데, 延期派였던 호즈미 노부시게(穗積陳重, 당시 39세), 토미이 마사아키라(富井政章, 당시 36세), 斷行派였던 우메 켄지로(梅 謙次郎, 당시 34세)가 民法典起草委員이 되었다. 이들 30대 세 학자들은 이미 서구 유학 경험이 있는 제국대학 교수들이었다. 이들에게는 각기 젊은 법학사가 “보조원”으로 주어졌다. 이 체제 아래서 명치민법의 작성이 본격화된다.

72) 加藤雅信, 앞의 책, 11면.

73) 상법전은 회사, 파산, 어음수표 부분만 부분 시행하고, 나머지는 시행이 연기되었다.

2) 法典調査會의 民法修正을 통한 民法 起草

법전시행연기는 법전수정을 목적으로 하는 것이므로 그 작업은 국론을 통일 하는 형태로 이루어져야 했다. 호즈미가 민법전기초위원으로 뽑히기 전 이토오 히로부미의 자문에 응하고자 제출한 방침의견서는 이후의 민법전 작성의 기본 이 된다. 그에 따르면 “(1) 민법의 수정은 根本的 改修가 될 것, (2) 법전의 體裁는 ‘판데닉식’을 채용할 것”으로 되어 있었다.⁷⁴⁾ 法典調査會의 보다 구체적인 작업방침은 1893년 5월에 결정된 “法典調査의 방침”에 따른다. 조사회는 “기성의 법전”(구민법, 구상법)의 “각조항”을 심사하고, “필요한 修正刪定”을 행함을 “조사의 목적”으로 하였다. “民法全典을 五編”으로 나누고, 그 순서를 총칙, 물권, 인권, 친족, 상속으로 한다.⁷⁵⁾ 보아소나드 민법전을 “근본적”으로 수정한 민법전의 탄생을 예고하는 대목이다. 기초방법으로 호즈미는 각편 單獨起草를 제안했으나, 토미이는 신중한 편찬을 실현하기 위해, 장, 절 단위로 분담하는 “分擔”起草를 주장하였다.⁷⁶⁾ 그리하여 “單獨起草 合議定案”이었던 처음의 태도(法典調査規程[내각송 제3호] 제1조)는 “分擔起草 協議定案”으로 바뀌게 된다.⁷⁷⁾ 토미이의 의견이 받아들여져 민법전의 어느 한편을 한 사람이 기초하는 일은 없어졌다. 자세한 것은 뒤에서 다시 다룬다.

이와 같은 방식에 따라 민법의 修正이라는 이름의 민법 起草가 진행되었다. 法典調査는 원칙적으로 舊法典의 修正이었기 때문에, 理由書를 보아도 반드시 구법전의 관련 조문과의 관계가 논의되었다. 그리고 형식적으로는 구민법의 입법기술상의 문제점을 극복하기 위한 노력이 기울여졌다. 내용적으로는 첫째로, 구관을 고려하고, 둘째로 최신의 입법학설을 참조하기로 노력했다.⁷⁸⁾

74) 穂積, 앞의 책(각주 16), 360면.

75) 상법전의 편별은 대체로 기성법전(=연기된 상법전)에 따르고, 민법과 중복하는 규정은 상법에서 제외한다.

76) 穂積, 앞의 책(각주 16), 351면.

77) 穂積, 「全三編議會提出理由說明草稿」, 福島正夫編, 『穂積陳重立法關係文書の研究』(信山社, 1993) 第三編資料 128면.

3) 명치민법의 의회 통과

당초 法典調査會는 主査委員會와 委員總會로 나누어, 수정안을 심의하였으나, 1년 지나도 제1편 총칙 제4장 법률행위 제1절 의사표시까지 밖엔 심의가 진행되지 못했다. 불평등조약의 개정 요청에 따른 시급한 심의의 필요상, 法典調査會規則은 1894년 3월 개정되어, 주사위원, 사정위원이 폐지되어, 法典調査委員이 새로 설치되었다. 이것은 주사위원회에서 의결한 “예정의결”을 다시 사정위원도 출석하는 위원총회에서 심의하여 “確定議決”을 거친다고 하는 번거로운 2단계 심의방법을 개정하여, 간략화, 신속화를 도모하기 위한 조치였다. 재계 출신 위원은 사라지고 관리와 법학자만으로 위원회는 구성되었으며, 집중심의 체제가 정비되었다. 法典調査會의 심의는 최종적으로는 위원중에서 선임된 정리위원에 의한 整理會에서 완성한다.⁷⁹⁾

그리하여 동년 5월에 총칙편, 12월에 물권편, 다음해 10월에 채권편 심의가 끝났다. 이들 전3편은 12월 整理會에서 다시 심의를 거쳐 1895년(명치 28년) 2월 제9회 제국의회 의회의 중의원에 “民法中修正案(전3편)”으로서 제출되었다.

의회 심의중 수정된 것도 있다. 특히 중요한 것은 다음과 같다.⁸⁰⁾

① 消滅時效期間의 단축 : 원안 20년을 10년으로 하였다. 종래의 출소기한 규칙에 따른 대부금 소멸시효는 5년이었는데 갑자기 4배로 늘리는 것은 문제다.

② 流質契約 금지한 349조 추가 : 종래의 판례가 流質契約을 무효로 할 뿐 아니라, 무효로 하더라도 금융의 원활을 해치지 않고, 오히려 유효로 함으로써 교활한 채권자가 채무자의 곤란을 틈타 거리를 쟁길 수 있다.

③ 短期貸借의 보호에 제한을 가한 395조 단서 추가 : 일정 기간을 넘지 않는 부동산 임대차가 등기있는 저당권자에 대항할 수 있다는 본문에, 저당권자를 해칠 가능성이 있으므로 제한을 가하지는 지적이 받아들여졌다.

78) 穂積, 「全三編議會提出理由說明草稿」, 129면.

79) 자세한 岡孝, 「法典論爭から明治民法成立・注釋時代」, 水本・平井編, 앞의 책, 84면 참조.

80) 廣中俊雄編著, 『第9回帝國議會の民法審議』(有斐閣, 1986년) 48면 이하.

④ 貸貸借 最長期間을 10년에서 20년으로 수정(604조 수정) : 거주용 건물의 소유를 목적으로 하는 임대차를 엄두에 들 때 10년은 너무 짧다.

일부수정을 거쳐 가결된(3월 16일) 법안은 이어서 귀족원을 통과함으로써 1896년(명치 29년) 4월 27일 민법전3편(‘民法第一編第二編第三編’)⁸¹⁾이 법률 89호로 공포되었고, 이로써 폐지된 보아소나드 민법은 구민법이 되었다.

한편 후2편, 즉 가족법은 별도의 심사를 거친다. 친족편은 法典調査會에서 1895년(명치 28년) 10월부터 12월까지, 다시 이듬해 4월부터 5월까지 심의되었다. 바로 상속편의 심의로 넘어가 12월에 종료된다. 1897년(명치 30년) 6월부터 12월까지는 정리회에서 심의였다. 審議案이 귀족원으로 넘어가자,穗積陳重은 민법안(가족편)의 취지를 설명하는 가운데, 보아소나드 민법과 法典調査委員會에서 기초한 민법간의 관계를 밝힌다. 요지는 다음과 같다. 기성민법(구민법)이 시행 연기된 큰 이유는 충분히 일본의 관습을 참작하여 입법하지 않았다는데 있었다. 이 때문에 法典調査會에서는 이 점을 특히 주의했다. 고대의 법률, 중세의 법률, 에도시대의 법률·관례, 명치유신후의 법률·관례·판례 등을 수집하였다. 유익한 관습을 보존했음은 말할 것도 없다. 보존하여 해롭지 않은 것도 보존했다. 보존하지 않으면 이상할 그러나 해가 있는 관습은 “폐해의 발생을 예방할 만큼의 규칙을 두어” 보존했다. 매우 해로운 것은 고쳤다. 큰 개정점으로서는 구민법 인사편이 개인주의적이며, 호주권을 人事編 末尾에 규정하고 있었다. 이에 대하여, 새로운 민법안에서는 호주를 친족법 모두에 규정한다. 또 기성법전이 재산취득편에 상속법을 규정하고 있었던 것도 戶主權의 輕視이다. 이로 인해 새로운 민법안에서는 相續編이라는 것을 설치하여 이로써 家督의 규정으로 하여 이를 편제하였다.⁸²⁾ 의회 심의는 중의원 해산으로 지체되다가 1898년 6월 일부 수정 끝에 중의원과 귀족원을 통과하여, 6월 21일 민법후2편(‘民法第四編第五編’)⁸³⁾이 법률 9호로 공포되고, 이로써 보아소나드 민법전 중 가족편도 폐지된다. 일본민법전 5편

81) 前田編, 앞의 책, 1120면 이하 수록.

82) 帝國議會貴族院議事速記録11・12議會(明治30年), 146면(1898년 6월 4일).

83) 前田編, 전계 史料民法典 1170면 이하 수록.

모두 시행된 것은 1898년(명 31년) 7월 16일의 일이다.

이렇게 하여, 처음 프랑스 민법전을 번역하여 일본민법전으로 삼으려 한 때로부터 근30년, 보아소나드에게 민법전 기초를 위촉한지 근 20년, 法典調査會에서 새민법 작성에 들어간지 5년만에 일본은 근대민법전을 갖게 된 것이고 이는 1900년 1월 1일부터 시행된 독일민법전보다 더 빠른 것이었다. 법전편찬은 법전논쟁의 결과로 外國人法律家を 배제한 채 이루어졌으나, 이 시점에서는 서구법적 교양을 충분히 갖춘 일본인 법률가가 상당히 많았다. 기초위원 3인은 모두 30대였고, 보조원은 법과대학을 막 졸업한 인재들이었다. 法典調査會의 논의는 수준높은 것이었고, 단기간에 서구법적 사고를 체득한 일본인 법률가의 능력은 경이로운 것이었다. 수십권에 달하는 당시의 방대한 입법자료⁸⁴⁾가 저간의 사정을 잘 말해준다.

Ⅲ. 日本民法典의 分析

1. ‘比較法の 産物’

보아소나드 민법이 프랑스 민법과 이탈리아 민법 등 소수의 입법을 참고했

84) 명치민법전의 제정과정, 즉 보아소나드민법전의 修正過程에서의 논의는 法典調査會民法議事速記録, 法典調査會民法主査會議事速記録, 法典調査會民法總會議事速記録, 法典調査會民法整理會議事速記録 등으로 알 수 있다. 방대한 이들 자료는 오랫동안 그 사본이 몇몇 대학 도서관에 보관되어 있었기 때문에 일반인의 접근이 쉽지 않았다. 1980년대 이후 商事法務研究會 ‘日本近代立法資料叢書’의 일부로 복간되었다. 제국의회에서의 입법관련자료는 廣中俊雄編, 『民法修正案(前3編)の理由書』(有斐閣, 1987), 동편 『第九回帝國議會の民法審議』(有斐閣, 1986) 에 정리되어 있다. 입법자료에 관하여는 특히 廣中俊雄, 『日本民法典編纂史とその資料—旧民法公布以後についての概観』, 民法研究 제1호 (1996) 137면 이하에 자세히 다룬다. 본고에서 자주 인용하는 前田達明編, 『史料民法典』, (成文堂, 2004)에는 구민법이래의 일본민법 편찬과정의 조문이 집대성되어 있다. 최근에는 민법편찬 자료를 아예 원문 그대로 原色으로 복간하여 발간하는 기획이 실행중이다. 廣中俊雄編著, 『日本民法典資料集成』(全15卷) 第一卷 (信山社, 2005).

음에 그치고, 그 밖의 최근 입법과 학설은 참고하지 않았음이 큰 비난의 표적이 되었음을 감안하여, 명치민법의 기초에는 이들 두 민법외에 여러 나라의 민법이 참조되었다. 커먼 로의 원칙, 네델란드 민법, 오스트리아 민법, 작센민법, 1881년 스위스 연방채무법, 1889년 스페인 민법, 취리히 민법, 벨기에 민법초안, 러시아 민법, 스위스채무법, 그라우뷘덴(=스위스의 州) 민법, 이탈리아 단행법, 몬테네그로 민법, 인도계약법, 루이지아나와 캐나다 퀘벡주, 그리고 남미 제국의 민법전, 뉴욕주 민법전 초안, 프로이센 일반 란트법, 포르투갈 민법, 캘리포니아 민법 등이 그러하다. 특히 중요한 것은 프랑스민법과 獨逸民法 제1및 제2 초안이었다. 즉 프랑스법적인 구민법을 기초로 하여, 이를 독일민법 초안 등 최근의 입법을 참조하여 수정한 것이라 할 수 있다. 이러한 측면을 穗積陳重은 일본민법전은 “비교법의 산물”(a fruit of comparative jurisprudence)⁸⁵⁾이라 하였다.

2. 판덱텐체제

1) 보아소나드 민법과 명치민법의 편제 비교

먼저 보아소나드 민법전과 명치민법전의 체계를 대비하기로 한다.

보아소나드 민법전(=구민법)		명치민법전	
인사편 (293개조)	제1장 사권의 향유 제2장 국민분한 제3장 친족 및 친권 제4장 혼인 제5장 이혼 제6장 친자 제7장 양자입양 제8장 양자과양 제9장 친권 제10장 후견 제11장 自治産 제12장 禁治産	제1편 총칙 (174개조)	제1장 人 제2장 法人 제3장 物件 제4장 法律行爲 제5장 期間 제6장 時效

85) N. Hozumi, Lectures on the New Japanese Civil Code, Maruzen(1912) 22.

	제13장 호주와 가족 제14장 주소 제15장 실종 제16장 신분예 관한 증서		
재산편 (572개조)	제1부 物權 제1장 소유권 제2장 용익권, 사용권, 및 거주권 제3장 임차권, 영차권, 지상권 제4장 점유 제5장 지역권 제2부 人權 및 義務 제1장 의무의 원인 제2장 의무, 효력 제3장 의무의 소멸 제4장 자연의무	제2편 물권 (224개조)	제1장 總則 제2장 占有權 제3장 所有權 제4장 地上權 제5장 永小作權 제6장 地役權 제7장 留置權 제8장 先取特權 제9장 質權 제10장 抵當權
재산취득편 (453개조)	제1장 선점 제2장 침부 제3장 매매 제4장 교환 제5장 화해 제6장 회사 제7장 사행계약 제8장 무기연금권 및 소비대차 제9장 사용대차 제10장 임치 및 보관 제11장 대리 제12장 고용 및 도급 제13장 상속 제14장 증여 및 유증 제15장 부부재산계약	제3편 채권 (326개조)	제1장 총칙 제2장 계약 제3장 사무관리 제4장 부당이득 제5장 불법행위
채권담보편 (298개조)	제1부 對人擔保 제1장 보증 제2장 채무자 및 채권자간의 연대 제3장 임의의 불가분 제2부 物上擔保 제1장 유치권 제2장 동산질 제3장 부동산질 제4장 선취특권 제5장 저당권	제4편 친족 (239개조)	제1장 총칙 제2장 호주 및 가족 제3장 혼인 제4장 친자 제5장 친권 제6장 후견 제7장 친족회 제8장 부양의 의무
증거편 (164개조)	제1부 證據 제1장 판사의 考覆 제2장 직접증거 제3장 간접증거 제2부 時效 제1장 시효의 성질 및 적용 제2장 시효의 포기	제5편 상속 (183개조)	제1장 家督相續 제2장 遺産相續 제3장 상속의 승인 및 포기 제4장 재산의 분리 제5장 상속인 불명 (상속재산의 관리) 제6장 遺言

	제3장 시효의 중단 제4장 시효의 정지 제5장 부동산의 취득시효 제6장 동산의 취득시효 제7장 면책시효 제8장 특별한 시효		제7장 遺留分
--	---	--	---------

위 표에서 알 수 있듯이, 명치 민법전이 판택텐 체계를 택했다는 것이 가장 큰 차이이다. 왜 일본 민법전은 판택텐 체계로 방향전환을 하게 되었는가? 이것이야말로 일본민법전을 분석할 때의 첫 번째 포인트가 될 것이다. 한국에서 일본민법전을 분석할 때 먼저 유념해야 할 것은 한국민법전과의 관련일 것이고, 보아소나드 민법전의 修正을 통하여 성립한 일본민법전의 존재를 도외시한 한국민법전은 상상할 수 없는 것이기 때문이다.

2) 정치적 배경

우선 1871년 보불전쟁에서의 패배로 지금까지의 모델이던 프랑스의 국력은 쇠퇴해지지는 반면, 새로운 승자 프로이센은 떠오르는 태양 같은 존재가 되었다. 이러한 유럽의 세력구도는 구미열강에의 진입을 노리고 프랑스 방식의 법적 근대화를 추진하던 일본에 비교적 늦게 의식되었다. 그러나 점차 독일 법률교 문들이 늘어나고, 영미의 불문법주의를 취할 수 없음이 분명해진 가운데 프랑스식 성문법주의에 대한 반감은 독일식 성문법주의로 기울게 하였다. 게다가 입헌군주제를 취한다는 점에서 프로이센 헌법을 본받아 1889년 일본의 이른바 “帝國憲法”이 확정되고 보니, 다른 법률의 모델도 프랑스에서 자연히 독일로 바뀌게 되었다.

3) 사상적 배경⁸⁶⁾

호즈미는 영국 유학, 토미이와 우메는 프랑스에 유학하였다. 이 가운데 호즈미는 반프랑스적인 ‘법률진화론’⁸⁷⁾을 편 진화론자였다. 프랑스 유학을 경험한 토미이는 반프랑스법학⁸⁸⁾의 입장에 섰다. 특히 호즈미와 토미이는 상당히 강한 과학주의,⁸⁹⁾ 실증주의에 기울어져, 반자연법론적 경향⁹⁰⁾을 보였고, 독일법학의 고취자였음에 대하여, 우메는 이와 반대로 자연법론을 취하고 과학주의를 취하지 않고 프랑스법을 평가하고 있었다.⁹¹⁾ 민법전의 기초자 3명중 2명이 심취한 과학주의와 실증주의는 그 후의 일본민법학의 사상적 경향의 일단⁹²⁾을 예고한 것이었다. 그리고 호즈미의 법률진화론은 19세기의 유력한 풍조였던 진화론에 입각한 것으로, 사회는 진보한다, 따라서 사회의 진보의 방향을 살펴서 그에 따라 법을 제정하고 해석해야 한다는 입장, 즉 ‘진보주의’로 이어진다.⁹³⁾ 호즈미와 토미이에게 현저했던 자연법 비판도 그 내용이 특히 상세하다기 보다는 거

86) 이에 관한 포괄적인 연구가 있다. 星野英一, 「日本民法學の出發點—民法學の起草者たち—」, 東京大學公開講座, 『明治・大正の學者たち』(東京大學出版會, 1978)181면 이하.

87) 3권으로 된 法律進化論을 썼다. 호즈미는 “장래의 법률학은 진화주의의 법률학이다”고 단언한다. 穂積陳重, 「法律學の革命」, 法學協會雜誌 60호(1889)·遺文集Ⅱ 86면.

88) 프랑스민법전 속에 포함된 원칙은 정당하고, 조문이 많은 것에 비하여 탄력성이 있다고 평가하면서도, 사회는 늘 변천 진보하고, 19세기에 발생한 갖가지 새로운 현상은 민법전과 사회의 실제간에 저촉을 낳는 바가 많다고 했다. 이에 반해 “과거 수십 년 동안 독일 민법학의 연구는 두드러지게 진보”했고, 그 결과가 입법사업에 나타났으며, 독일 민법은 “편별의 방법 기타의 점에서 프랑스 민법보다도 논리 관찰하여 확실히 우수한 것”이라 하면서, “저명한 학자가 여러 해에 걸쳐 연구한 최신의 법리를 선포한 근대법전중의 완벽한 것이라고도 해야 할 것”이라고 칭찬한다. 富井政章, 「仏國民法制定後仏國に於ける沿革」, 『仏蘭西民法百周年記念論集』(有斐閣, 1905년), 23~34면 외. 星野, 앞의 책(각주 86), 216면.

89) 星野, 앞의 책(각주 86), 188, 207면.

90) 예컨대, 호즈미는 프랑스혁명을 공전의 대참극으로 보고, 그 이론적 기초가 된 것이 자연법론이었다고 하며, 프랑스혁명론자의 실패가 자연법론의 쇠퇴를 나타낸다고 했다. 星野, 앞의 책(각주 86), 193, 211면 참조.

91) 星野, 앞의 책(각주 86), 241면.

92) 1920년대에 시작된 법사회학적 경향과 2차대전후의 민법학의 “과학으로서의 법” 경향은 실증주의와 과학주의의 20세기적 발현이라 할 수 있다. 星野, 앞의 책(각주 86), 242면.

93) 星野, 앞의 책(각주 86), 242면.

의 역사법학에 따른 것이라 할 수 있다. 즉 ‘새로운 법리’이기 때문에 평가되는 것이었다.⁹⁴⁾ 이러한 진화론, 과학주의, 실증주의는 보이소나드 민법을 수정한다는 형태로 새로운 법전을 만들 때, ‘새것은 좋은 것이다’는 지배적인 신념으로 나타나, 19세기초에 제정된 프랑스민법전 보다는 19세기 말에 선을 보인 독일민법 초안의 체제가 더욱 매력적으로 비친 것이라 할 것이다. 일본민법전이 판택텐 방식을 취하는 가운데, 내용적으로는 생각보다 프랑스민법에 가까운 것이라는 것은 일본에서의 서양 문화 선호도가 프랑스에서 독일로 이동하던 초기 단계의 사정을 말해 주는 것이다.

4) 학리적 배경

梅謙次郎·富井政章·穗積陳重 3인이 連名하여 내각총리대신 伊藤博文앞으로 보낸 1993년(명26년) 3월 31일자 “上進”書 속의 “法典調査規定理由書”에 그 “理由”가 설명되어 있다. 원문의 한자 용어를 민법전상의 용어로 바꾸는 등 약간 손질하여 번역하면 다음과 같다.

민법법전의 편찬법에 로마식과 독일식 2종이 있다. 로마식의 편찬법은 학사 가이우스가 人事法, 物件法(ius rerum의 역어), 訴訟法으로 3분하는 것에서 시작한다. 유스티니아누스 대제는 이에 따라 “인스티튜트” 법전을 편찬하여 중세 이래 유럽 여러 나라에서 로마법을 계수하여 私法法典을 편찬하는 데는 대체로 모두 이 방식에 따른다. 그러나 訴訟法을 법전가운데서 분리하였다고는 하지만 사회의 진보와 더불어 로마식 物件法의 범위는 지나치게 넓어 실재상 불편하므로 더러는 그 중 특히 物權取得編을 빼기도 하고 더러는 그 중에서 義務法 相續法을 분할하여 각 독립된 일편으로 하기에 이르렀다. 그렇기 때문에 근세에 이르러서는 로마의 옛 방식 “인스티튜치는 시스템”은 점차 폐지되어 근세 로마법학자가 채용하는 “판택텐 시스템”이라는 것이 행하여지게 이르렀다. 독일식이라 칭하

94) 星野, 앞의 책(각주 86), 245면.

는 것은 곧 이것이다. 독일식은 민법 전부를 5부로 나누는 것으로 혹은 작센 민법과 같이 제1권 總則, 제2권 物權法, 제3권 債務法, 제4권 親族法, 제5권 相續法으로 하는 것이 있고, 혹은 바이에른 민법 초안, 독일제국 민법초안과 같이 제1권 總則, 제2권 債權關係法, 제3권 物權法, 제4권 親族法, 제5권 相續法으로 하는 것이 있다. 때문에 작센민법과 독일 민법초안 간에는 物權法과 債權法의 위치에 전후의 차이가 있지만, 원래 債權은 그 목적이 주로 物權의 得喪 行使에 관한 것이 많으므로 物權을 먼저 하고 人權⁹⁵⁾을 그 다음으로 함으로써 자연의 순서가 된다고 믿는다.

제1편 총칙을 두는 이유는 제2편 이하의 각편에서 특히 그 편에 관한 총칙은 이를 그冒頭에 두어야 할 것이므로 각편에 공통하는 총칙은 따로 一編을 두어 이를 全典의 首部에 둬야 지당하기 때문이다. 제2편에 物權을 두고 제3편에 人權을 두는 이유는 物權 人權은 권리관계의 주요한 부분을 점하기 때문이다. 그리고 物權을 人權 위에 두는 까닭은 앞에 적었듯이 人權은 物權의 得喪 行事 등을 목적으로 하는 것이 많기 때문이다. 또 제4편에 친족편을 두는 이유는 親族編은 父子 夫妻, 兄弟 등과 같이 가족적 제관계를 규정하는 것이기 때문으로, 이른바 身分法이라는 것에 속하며, 따라서 그 법규도 物權法 人權法 규정과 같이 널리 일반의 관계에 미치는 것이 아니기 때문에 通法을 먼저 두고 特法을 뒤에 두는 主義에 따라 이를 物權編, 債權編 뒤에 둔다. … 또 相續編을 맨 뒤에 두는 이유는 상속은 물권, 인권 및 친족 등에 상호 관련하는 것으로 먼저 이들 규정을 두지 않으면 상속편을 둘 수 없기 때문이다.(法典調査規定理由書제2조)⁹⁶⁾

약 3년 후(1896년 2월 29일) 중의원 위원회에서 행해진 정부위원(梅謙次郎)의 설명을 보면, 편별로서는 “먼저… 모든 권리에 공통한 규칙”, “그 다음에는 재산권 안에서도 먼저 물권의 규정”, “그 다음은 마찬가지로 재산권에 속하는 채권에 관한 규정”, “그리고 종류가 다른” “친족편에 관한 것”, “마지막에는 재산권 및 친족권의 상속을 내건다”고 하는 것이 “학리상 순서를 얻은 것이고, 또

95) ‘債權’이라는 말이 만들어지기 전에는, 물건에 대한 권리인 物權과 더불어 사람에 대한 권리라는 뜻에서 ‘人權’이라 하였다.

96) 福島正男編, 『明治民法の制定と稹積文書』(1956), 113~114면.

실제로도 편리하리라고 생각했다”는 설명이 있다. 이것은 호즈미가 밝힌 3년전의 이유 설명과 약간 뜻을 달리하는 것이었다.⁹⁷⁾ 그러나 새로운 설명은 특히 친족편의 위치에 관하여 선명하지 못하다는 것과 1947년 개정에 의해 상속편에서 “친족편[호주권]의 상속”이 자취를 감추었음에도 유의하면서 현재도 통용 가능한 이유 설명을 들자면, “通法을 먼저 하고 特法을 뒤로 하는 主義”로 친족편의 위치를 설명하고, “상속은 물권 채권 및 친족 등에 서로 관련한다”는 점에서 상속편의 위치를 설명한 “法典調査規程理由書”의 설명을 택하여야 할 것이다.⁹⁸⁾

3. 각론적 문제

1) 全5編의 성격 규정 논거

(1) 總則編에 “私權의 主格(=主體), 目的, 得喪 및 行使 등에 관한 通則”을 둔 이유

보아소나드 민법전은 민법 전부에 적용해야 할 통칙을 각편속에 산발적으로 둔다. 이것은 “법전의 체재를 얻은 것이 아니므로”, “특히 총칙편을 두어 민법 전부에 적용해야 할 通則을 두는 것”으로 했다(法典調査規程理由書 제3조).

(2) 物權編에 “物權 및 그 得喪, 行使 및 物上擔保 등에 관한 규칙”을 둔 이유

보아소나드 민법전은 “재산편 첫머리에 재산권을 물권과 채권으로 대별하면

97) 廣中俊雄, 『第9回帝國議會の民法審議』, 97면 참조(이 설명의 기록이 정정을 거친 것임에 관하여는 동88면 참조. “재산권 및 친족권의 상속”은 “채권 및 계약의 총칙”의 정정이며, 정정은 발언자 본인에 의한 것으로 생각된다). 梅政府委員의 이 설명에는 친족편의 위치를 설명한 “通法을 먼저 두고 特法을 뒤로 하는 주의”에의 언급이 없지만, 그 이유에 法典調査會에서 梅委員이 반대했었음에 관하여는 『民法總會議事1卷』 10면 참조(우메의 의견이 사라진 경위에 관하여는 동22~25면 참조).

98) 廣中俊雄, 『民法綱要(第一卷總論)』(創文社·1989), 92면.

서도 이것을 재산법 분류의 기초로 삼지 않는다.” 때문에 “물권에 관한 모든 법규, 예컨대 재산편중 제1부의 규칙, 재산취득편중 先占, 添附 등에 관한 규칙, 담보편중 物上擔保에 관한 규칙, 증거편 중 취득시효에 관한 규칙 등과 같은 것은 모두” 물권편에 두기로 했다(法典調查規程理由書 제4조)

(3) 債權編에 “債權 및 그 得喪, 行使 및 對人擔保 등에 관한 규칙”을 둔 이유

채권편에서는 “재산편 제2부의 규칙, 취득편 중 인권에 관한 규칙, 담보편중 대인담보에 관한 규칙, 증거편 중 면책 시효에 관한 규정 같은 것은 모두” 정하기로 하였다(法典調查規程理由書 제5조).

(4) 親族編에 “家族 및 親族의 私法的 權利關係에 관한 규칙”을 둔 이유
친족편의 범위는 각국의 법전이 채택하는 주의가 두 가지 있다. 하나는 권리의 주체에 관한 규정을 모두 두는 것이고, 다른 하나는 친족간의관계만을 규정하는데 그치는 것이다. 보아소나드 민법전은 전자의 방식에 따라, 권리의 주체 모두에 관한 규정을 두고, 그 일부를 친족상의 규정으로 삼았기 때문에 “친족간의 관계는 가족제도에 따르는가 개인주의에따르는가 따위의 문제를 낳기 때문엿 세상의 다툼을 부르기 때문”에 일본민법전은 “제2의 주의에 따라 본편에서는 오로지 친족간의 관계만을 규정하고 일반적으로 권리의 주체에 관한 규정을 이를 총칙편에 두는 것”으로 했다. 생각건대 “친족간의 私法的 權利關係는 어느 시대에서나 그 규정을 할 필요가 있고, 이들 관계는 사회의 변천시 세상의 진보에 따라 늘 그 변동을 낳는 것이기 때문에 특히 그 규정을 1편으로 함으로써 장래 사회의 진보에 잘 응할 수 있도록 하지 않을 수 없다.” 특히 일본의 “가족적 제관계는 목하 변천시대에 있어 한편으로는 구관을 중시하고 이에 따를 필요가 있어도, 다른 한편으로는 장래의 진보에 적응할 수 있는 규정을 두지 않을 수 없다.” 이것이 일본민법전에서 두 번째 주의를 취하여 친족법을 둔 까닭이다(法典調查規程理由書 제6조).

(5) 相續編에 “家督相續 및 遺産相續에 관한 규칙”을 둔 이유

상속편에서는 “家督相續, 遺産相續의 규정을 두기로 했는데, 사회의 進歩에 따라 無遺言相續, 隱居相續 제도가 크게 행하여”지기에 이르렀기에, 상속편에 그 규정을 두기로 했다(法典調査規程理由書 제7조).

2) 민법전의 用語·條文方式·文體

(1) “民法”의 유래

民法이라는 말은 1863년 西周助와 함께 네델란드로 건너가 라이덴 대학 시몬 핏세링(Simon Vissering) 교수에게 법학 경제학을 배우고 1865년 귀국한 津田眞一郎(眞道)이 1866년 開成所에서 출판한 “泰西國法論” 제3편 諸法중에서 Burgerlyk Regt 의 역어로 民法을 쓴 것이 시초라고 한다.⁹⁹⁾

(2) 法律用語의 創造

民法을 처음 쓴 그 책에서는 민법의 내용으로 人權, 物權, 合意, 詞訟法을 들고 있다. 이 가운데 物權은 지금까지 그대로 쓰이고 있지만, 나머지 세 용어는 바뀌게 된다. 즉 人權은 본래 오늘날의 債權을 가리키며, 合意는 契約을, 詞訟法은 訴訟法을 가리킨다. 이처럼 일본사회에 전혀 없는 새로운 개념을 漢字로 나타내야 하는 관계로 법률용어 확정작업은 말할 수 없이 힘든 작업이었고, 용어확정 작업은 두말할 것도 없이 민법전 편찬 작업의 중요한 일부가 된다.¹⁰⁰⁾

물론 다수의 전통적으로 쓰여온 용어를 차용하였다. 夫婦, 親子, 賣買, 請負. 여기에는 한발 앞서 한자로 번역된 중국제 용어의 도입도 보였다. 國際法을 처음에 萬國公法이라 한 것이 그 예이나, 權利(← 權利), 義務가 대표적인 예이다.

그러나 대다수는 처음부터 새로 譯語을 찾아야 하는 것들이었다. 動産, 不動

99) 渡部萬藏, 『現行法律語の史的考察』(萬里閣書房·1930), 172면.

100) 箕作가 droit civil을 民權이라 번역하자, 民에 權이 있다니 무슨 뜻인가 하는 논의가 있었다고 한다. 穗積陳重, 앞의 책(각주 16), 214면.

産, 義務, 相殺, 등도 고심끝에 얻은 역어이다.¹⁰¹⁾

이중 어떤 것들은 보아소나드 민법에서 명치민법의 기초에 이르는 동안 바뀌기도 하였다. 人權→債權, 合意→契約, 등.

일본 법률에 쓰인 이들 법률용어는 일정한 예외를 빼고는 대부분 훗날 한국의 법률용어로 강제 정착된다.

(3) 條文의 條數 表記

(가) 법률조문의 문체는 1874년의 “佛蘭西法律書”가 그 원형이라고 한다. 이때 처음으로 쓰인 漢字용어에 濁音과 句讀點이 없는 가타카나 文語體 조문은 불과 최근까지의 일본민법전 전3편(총칙, 물권, 채권)은 이것과 완전히 동일한 문체였다.¹⁰²⁾

(나) 보아소나드민법전은 각편마다 조문이 새로 시작하는 방식이었다. 일본 민법전도 처음에는 “민법은 각편마다 그 법규의 條數를 起算하도록” 하였다(法典調查規程13조).

“민법의 규정은 매우 많기 때문에 전체를 통하여 그 조수를 계산하여 이에 號數를 붙일 때는 이를 분할하여 시행하거나 또는 개정하려 할 때 전편에 영향을 미치는 불편이 있기 때문에, 기성법전의 체제에 의하여 각편의 조규에 특히 호수를 붙여 분할 시행 및 개정에 편리도록 하고자” 각편마다 새로 조문이 시작하도록 하였다(法典調查規定理由書 제13조). 그러나 결과는 “條文連番” 방식이 되었다. 언제 이러한 방침이 “連番”으로 바뀌었는지는 분명하지 않으나, 법전조사규정이유서에 이미 “기초자중 전편의 법규를 통산하여” 조문의 번호를 매겨야 한다는 주장이 있음이 적시되고 있는 것으로 보아, 처음부터 바뀔 가능성이 있는 規程이었고 하겠다.

(다) 또 민법전의 “조문은 원칙, 편칙 및 疑義를 낳을 수 있는 사항에 관한 규칙을 드는데 그치고 세밀한 규정을 두지 않”기로 하였다(法典調查規程14조).

101) 未必條件, 治罪法, 憲法도 이때 만들어진 譯語라 한다.

102) 大久保泰甫, 앞의 글(각주 23), 73면.

“법률은 사회의 변천에 따를 수 있어야 한다. 그리하여 법전은 늘 사회의 변천에 따를 수 없는 폐단이 있다면, 이를 면하기 위하여되도록 그 조문은 원칙을 제시하는 데 그치고 세칙을 두어서는 안된다. 그럼에도 법전의 종류에 따라 스스로 그 법문에 번잡, 간단, 정확, 조야의 구별이 있다고 할 지라도 요컨대 원칙 부칙 변칙 등에 그치고 상당히 세밀한 규정을 두지 않음이 좋다고 할 것이다. 만약 법전의 조문을 개괄하는 汎則에 그칠 때는 해가 가고 물건이 바뀌고 사회의 상태 모두 일신함이 아니라면 이를 개정할 필요가 없다 하겠지만, 이에 반하여 세미한 규칙을 둘 때는 사회의 사물에 사소한 변동이 있어도 바로 그 개정의 필요를 낳기에 이르기 때문에, 근세 여러 국가의 법전은 개괄하는 원칙을 규정하는데 그치고 애써 그 세칙을 생략함에 이르렀다.” 일본의 보아소나드 민법전은 “프러시아민법과 같이 자세하지는 않지만 그 刪除해야 할 조항이 역시 심히 적다고 할 수 없다. 그래서 일본민법전을 기초하는데는 “되도록 세밀한 규정을 생략하기로” 한 것이다(法典調査規定理由書 제14조).

판데텐 시스템의 채용은 프랑스법적인 동종규정의 반복을 피하고, 독일법학 특유의 논리적 체계성을 높인 것이 되었다. 총론·각론, 총칙·각칙이라는 규정방식은 규정의 개괄화와 맞물려 조문수의 현저한 감소를 가져왔다. 보아소나드민법전 1762개조문에 비하여 명치민법전은 1146개조이다. 특히 재산법부분은 1319개조에서 724개 조문으로 거의 반감하였다. 보아소나드 민법전에 비해 법전의 일반적 추상도를 높이고, 이로써 해석의 탄력성이 강화되었다.

(라) 또 “법전의 문장은 간이를 주로 하고 용어는 되도록 종래 보통으로 행하여지던 것을 택할 것”을 원칙으로 하였다(法典調査規程15조).

법률은 백성 일반에게 이를 준수할 의무가 있으므로 그 문장용어는 되도록 간단하고 쉬워 “누구나 그 의의를 了解할 수 있음을 요한다. 따라서 또 되도록 종래 보통으로 행하여지는 것을 택함이 옳다고 하겠다. 고대에는 백성으로 하여금 ‘따르게 하지 말고, 알게 하지 말지니’하는 主義에 따라 그 문장용어는 오직 집법자만이 이를 이해함으로 족하다고 했지만, 근세에는 법률로 하여금 인민의 권리 의무의 이기가 되게 함으로써 백성으로 하여금 ‘따르게 하고, 알게

해야 한다'는 주의를 택하여, 그 문장용어도 역시 쉽게 일반백성이 이해할 수 있는 것을 택할 필요가 생겼다. 때문에 그 文辭는 되도록 간이 명백하고 또 종래 보통으로 관용하던 것을 채용해야 할 것이다. 그렇지만 또 전혀 통속적인 문사로 법문을 기초할 때는 더러는 이로 인해 법전을 浩瀚한 것이 되게 하고, 더러는 그 의의의 막연함 때문에 의혹을 낳아 분쟁을 일으키게 할 우려가 없다고 할 수 없다. 때문에 법률상 관용의 술어와 같이 특수한 의의를 갖는 것은 반드시 통속적인 문자에 구애됨이 없이 전문의 용어를 사용하고 필요한 경우에는 이에 입법적 해석을 내림이 타당하다”(法典調查規程理由書 제15조)

(마) 법전중의 정의, 해설 기타 교과서같은 규정은 모두 이를 버리고 입법적 해석을 요하는 문장용어에만 정해를 주도록 한다(법전조사회규정 제16조).

법전중에 정의를 두는 것이 필요한지 불요한지를 놓고 학자들의 의견이 같지 않다. 오스틴같은 학자는 크게 그 필요를 주장하여 제국의 법전의 큰 결함은 정의를 두지 않음에 있다고 단언한다. 곧 그 법전중에 용어에 관하여 일일이 정의를 두고 교과서와 같은 법문을 두어 학리를 해석하려고 함은 그저 무용한 군더더기를 가지고 법전을 호한한 것으로 만들뿐 아니라 도리어 그 때문에 의문을 야기할 우려가 있다. 때문에 법문은 되도록이면 교과서와 같은 정의해석 등을 피하는 것이 좋다. 그렇지만 법률생활에 익숙하지 않은 백성들에 대하여 법률을 발표하거나 종래의 법률과 전혀 다른 신법을 제정할 때는 법문중의 용어에 관하여 그 정의, 해설등을 하여 세인이 의혹이나 착오에 빠질 것을 예방할 필요가 있다고 하겠다. 인도의 법전이 각조문 아래 일일이 설명과 범례를 두어 그 의의를 해설하는 것은 바로 이 때문이다. 요컨대 교과서적인 해석을 일체 피하지 않을 수 없지만, 입법적 해석은 할 필요가 있다(法典調查規程理由書 제16조).

3) 慣習法의 制度化

(1) 慣習調査

유럽형 근대 민법전을 제정하려 할 때, 필연적으로 부딪치는 문제가 법률용

어와 관습법의 문제이다. 프랑스나 독일의 경우 아무리 새로운 민법전을 만든다 하더라도 그것은 정도의 차는 있지만 기본적으로는 그 땅에서 수백 년간 쓰여져 온 관행, 제도, 사상의 제도화라 할 수 있다. 그러나 유럽 문화의 세례를 받아 새로 민법전을 편찬해야 할 동아시아 각국은 사정이 다르다. 서양의 것을 어디까지 받아들이며, 고유한 관습법을 어디까지 제도화할 것인가. 서양의 제도로서 동양에 없던 새로운 제도라면 단순한 필요성으로 판단하여 결정하면 되겠지만, 동일한 제도로 내용이 동서양이 서로 다를 경우는 어디까지 어떻게 배척하고 조화하고 융화할 것인가? 아시아 각국의 경우 관습의 법전화는 시간이 많이 걸리고, 그것은 민족적 전통을 직접 고무하는 것이었다. 특히 일본에서는 조약개정을 가능케 하는 법제의 채택은 시급히 이루어져야 했고, 또 서구의 것을 본받아, 많은 점에서 고유의 전통과 부조화가 된다. 시간이 걸리는 조약개정문제는 관습의 법전화의 문제에 대하여 우선권을 가져, 후자를 희생하는 일이 많았다.¹⁰³⁾

(2) 민법조사회 심의중의 관습논의

명치민법은 윤리규범, 관습규범을 보아소나드 민법에 비해 널리 받아들인 구조를 갖고 있었다. 관습법 문제는 법전논쟁에서 보아소나드 민법 비판의 중심 주제의 하나였으므로, 어느 정도는 이해할 수 있는 바이다. 이러한 예로서, 채권의 목적을 금전으로 산정할 수 있는 것으로 한정하지 않았다는 것, 불법행위에 의한 손해배상에 관하여, 재산 이외의 무형손해(정신적 손해 등)에도 미친다고 한 것 등을 들 수 있다. 이러한 것들은 연기파가 구민법의 “비윤리성”의 표현이라고 공격했던 것에 대한 대응이다.

관습에 관하여는 구민법이 관습에 반한다고 하는 비판을 받은 것과 관련하여 생각할 필요가 있다. 구민법은 관습에 대하여 반드시 냉담했던 것은 아니고, 임차권 규정을 비롯하여, 관습에 따른다는 내용의 몇몇 조문이 있었다. 이것은

103) 福島正男, 앞의 글(각주 1), 181면.

보아소나드가 각국의 관행에 대하여 나타낸 유연한 자세에 의한다고 할 수 있지만, 명치민법은 이 관습에 대한 유연성을 더욱 높이는 방향을 취하였다.

관습법에 대한 개방적인 자세는 기초위원이 “중대한 사항”이라 생각했던 것을 主査會에 미리 자문을 구해 결정한 “豫決議案” 속에서도 볼 수 있으니, 예컨대 이 예결의안 제1의 5는 “성문법에 반하지 않는 관습은 효력을 갖는 것으로 정한다”고 하는 규정이었다. 이에 대응하여 다음과 같은 명치민법 제92조가 마련되었다. “법령중의 공공의 질서와 관계없는 규정과 다른 관습이 있는 경우에 법률행위의 당사자가 이에 의할 의사를 가진 것으로 인정할 때는 그 관습에 의한다.” 事實인 慣習의 法源性을 인정하는 이 조문의 내용은 그대로 현행 한국민법 제106조가 되어, 관습법의 법원성을 인정하는 민법 제1조와의 관계를 둘러싸고 오랜 동안 논란의 씨앗이 되어 왔다. 그러나 일본 민법 제92조는 실은 관습법에 대한 입장이 서로 달라 타협의 산물로 만들어진 조문으로 “내력을 모르는 사람들이 그 해설에 괴로워할” “어지간히 묘한 규정”인 것이다.¹⁰⁴⁾

가족법 분야에서는 관습법의 해석을 둘러싼 다툼이 더욱 심하였다. 예컨대, 戶主制度가 그러하다. 1958년 한국민법전 공포후 2005년 가족법 개정시까지 가족법 개정의 핵심을 이룬 이른바 戶主制度는 2차대전후 대개정 전의 일본 민법, 즉 明治民法의 家族法과 일정한 관계를 갖고 있다. 그러나 일본의 法典 調査會에서는 戶主不要論도 적지 않았으나, 起草委員들이 現狀은 家를 기본으로 한 사회이므로 戶主에 관리된 家를 부정할 수는 없고, 장래적으로 “個人生活로 나아갈 수 있는 편의”를 도모하는 것으로 당면은 대처할 수밖에 없다고 하는 판단에서 호주가 제도화되었음을 생각하면, 명치민법의 제정과정은 한국 민법의 배경 이해에 일정한 의미를 갖는다고 할 수밖에 없을 것이다.

104) 川口由彦, 앞의 책, 292면.

4) 내용상의 특징

(1) 비교의 관점

일본민법전의 내용상의 특징을 현행 한국민법전과의 관점에서 살피도록 한다. 일본민법전에 비하여 현저히 독일화된 한국민법전에는 그 나름의 프랑스법적인 요소가 다수 존재하고, ‘독일화’를 외치는 가운데 행해진 입법성과중에 들어 있는 비독일적 요소는 본래의 일본민법전과 그 전신인 보아소나드 민법전, 즉 일본의 구민법 재산법과의 상관관계에 대한 정확한 이해 없이는 해명이 불가능하기 때문이다.

(2) 재산법의 특징

재산법의 제도 조문이 독일과 프랑스 민법 중 어느 쪽의 영향을 더 많이 받아 형성되었는지에 관한 논의도 있었으나, 프랑스적인 몸매에 독일적인 옷을 걸친 것¹⁰⁵⁾이라는 표현도 있듯이, 프랑스민법이 독일민법보다 명치민법 재산법의 모범에 가깝다는 것은 실은 초창기부터 의식되고 있었던 사실이다.¹⁰⁶⁾ 다음은 명치민법과의 대비,¹⁰⁷⁾ 시행 이후의 일본민법전의 변화, 일본 민법학상의 학설·판례의 동향, 최근의 전개, 한국민법전과의 관련 등을 고려하여 정리한 명치민법 재산법의 특징이다. 괄호안은 따로 언급하지 않는 한 명치민법전의 조문으로 현행 일본민법전상의 조문과 얼마든지 다를 수 있다.

가. 權利能力 平等 原則：“사권의 향유는 출생으로 비롯한다”(명치민법 1 조). 조문의 문언자체는 말하자면 법률기술적으로 권리능력의 시점을 규정한 것이나, 현재는 그것만으로 그치지 않고 모든 사람은 태어나면서 권리능력을

105) 奥田昌道, 『日本における外國法の攝取—ドイツ法』, 『岩波講座現代法14』(岩波書店, 1966), 223면.

106) 이 점에 관하여는 鄭鍾休, 『韓國民法典의比較法的研究』(創文社, 1989년), 312면 이하 참조.

107) 穂積 스스로 「前三編議會提出理由說明草稿」에서 보아소나드 민법전과 대비한 특징을 정리한 것이 있다. 民法成立過程研究會, 『明治民法の制定と穂積文書』(有斐閣, 1956), 129~130면.

취득한다는 근대법의 대원칙을 표현한 것으로 이해되고 있다. 보아소나드 민법 인사편 1조 “무릇 사람은 사권을 향유하고..”라 정했던 것을 이어받은 것이다.

나. 法人 : “공익에 관한 사단 및 재단으로 영리를 목적으로 하지 않는 것은 주무관청의 허가를 얻어 법인으로 할 수 있다”는 공익법인의 설립규정(일민34조) 등 법인에 관한 규정이 많다(33-84). 법인에 관하여 보아소나드민법은 간단한 규정을 두었을 뿐이고, 프랑스민법에는 아예 규정이 없다.

다. 法律行爲 : “법률행위”에 관한 장(제1편 제4장)을 두고 있다. 프랑스 민법에도, 보아소나드 민법에도 없던 개념이다. 착오에 의한 의사표시를 무효로 하고(95조), 위임에 의한 대리(104조) 등, 意思主義에 기울어진 태도이다.

라. 取得時效 : 시효를 取得時效(162~165조)와 消滅時效(166~174조)로 나누고 둘 다 민법 총칙에서 시효 총칙(144~161조) 다음에 규율한다.

마. 物權變動 : 물권의 설정과 이전은 “當事者의 意思表示만에 의하여” 효력을 발생한다(176조). 동산 引渡와 부동산 登記는 對抗要件일 뿐이다(177조, 178조).

바. 所有權 : “소유자는 법령의 제한안에서 자유롭게 그 소유물을 사용, 수익 및 처분할 권리를 갖는다.”(206조) 보아소나드 민법은 “소유권이라 함은 자유로 물건의 사용, 수익 및 처분을 할 권리를 말한다. 이 권리는 법률 또는 합의 또는 유언이 아니면 이를 제한할 수 없다.”(재산편 30조), “이 권리는 법률 또는 합의 또는 유언이 아니면 이를 제한할 수 없다”(2항). 共有외의 다른 공동 소유 형태를 알지 못한다(249~264).

사. 契約自由 : 직접 계약자유를 정한 규정은 없다. 임의규정과 다른 의사표시의 유효성을 정한 조문(91조), 공서양속 위반의 법률행위를 무효로 한 규정(90조)이 계약자유를 원칙을 간접적으로 채용한다. 보아소나드 민법은 “적법하게 행한 합의는 당사자간에는 법률과 같은 효력을 갖는다”(재산편 327조1항), “당사자는 합의로 보통법의 규정에 따르지 않을 수 있다. 그 효력을 증감할 수 있다. 그러나 공공의 질서 및 선량한 풍속에 저촉할수 없다”(재산편 328조)고 함으로써 계약자유중 내용결정의 자유를 규정하였다.

아. 永小作權·先取特權 : “소작료를 지불하고 타인의 토지에서 경작 또는 목축할 권리”를 영소작권이라는 물권으로 구성한다(270~278조). 아울러 채무자의 재산으로부터 다른 채권자에 우선하여 채권을 받을 수 있는 “선취특권”이라는 담보물권이 있다(303~340조). 부동산도 질권의 목적이 될 수 있다(356조).

자. 要物契約 : 전형계약으로서의 소비대차(587조), 사용대차(593조), 그리고 임치(“寄託” 657조)는 要物契約이다.

차. 不法行爲 : “故意 또는 過失로 타인의 權利를 侵害한 者는.....”(709조). 過失責任主義를 명확히 규정한다. 보아소나드 민법 재산편 370조 1항이 “故意 또는 懈怠”를 요건으로 한 것과 같다는 기초위원의 설명이 있다.

(3) 가족법의 특징

가. 親族法 편찬의 기본 방향 : 폐해가 없는 한 “종래의 제도 관습을 존치”함과 더불어, 앞으로의 “변천에 응할 수 있을 만큼의 희망을 담아 편찬”하기로 하였다. 그러다 보니 “민법이 나와 충효가 망한다”고 공격의 화살이 되던 보아소나드 민법은 다소의 수정은 필요하지만, “근본적으로 개정을 가해야만 할 정도의 점은 없”었다(민법외사5권 462면, 1895년 10월 14일).

나. 相續編 : 보아소나드 민법에서는 상속편이 재산취득편의 일부를 이루고 있었다. 상속의 하나인 “가독상속”은 호주상속인데, 이것을 재산취득편에 두는 것은 호주제도의 경시가 될 수 있다는 것이었다. 이제 상속편을 친족편 뒤에 둬으로써 일본민법전은 판택텐 체계의 법전을 이루게 되었다.

가) 家族制度 : 일본사회의 기초를 이루는 가족제도는 “호주와 가족”이라는 항목으로 친족편에 자리잡았다(732~764조). 보아소나드 민법에서는 인사편(제 13장)에 규정되었었다.

나) 戶主制度 : 대가족을 전제로 한 강력한 호주제도가 받아들여졌다. 호주와 가족은 氏를 함께 하고(746조), 동일한 호적에 기재된다. 3대호적도 가능하다. 호주는 가족의 거소지정권, 혼인·입양 등 身分行爲 許諾權을 갖는 한편, 가족扶養義務를 진다(747조). 妻는 行爲無能力者이다(14조). 호주를 그만두는 것을

“隱居”라 하였다(752조). 新戶主는 隱居중인 前戶主를 축출할 수 있었다(749조).

다) 離婚 : 裁判離婚과 더불어 協議離婚이 제도화되었다(808조).

라) 家督相續 : 家督相續의 중심인 戶主權의 상속은 單獨相續이다. 호주권의 상속과 함께 그에 딸린 가산이 이전된다. 家督相續人으로는 寸數(=“親等”)가 가까운 자, 年長者, 男子, 嫡出子를 우선한다. 庶子는 女子라도 私生子에 앞선다. 家督相續에 들어가지 않는 재산의 상속은 “遺産相續”이라 하여, 동순위 상속인이 수인일 때는 평등주의를 채용하였다(1004조).

IV. 맺는말

1. 일본민법전은 서구법 전통의 繼受

일본에서의 근대민법전의 편찬 사업은 명치 초년부터 ‘치외법권’의 철폐와 ‘관제지주권’의 회복이라는 긴박하고 곤란한 국가적 과제로 추진되었다. 법전의 편찬은 일본인들에 의해 여러 차례 시도되다가, 결국은 초빙 외국인 고문 보아소나드의 과제로 주어진다. 프랑스민법을 모범으로 하는, 그러나 프랑스민법과는 편별과 내용에서 적지 않은 차이를 보이는 보아소나드 초안에 기한 민법전이 공포되었으나, 법전논쟁 끝에 시행이 연기된다. 그러는 가운데 보아소나드 민법전의 바탕위에 독일 민법초안도 참조하면서 穗積陳重, 富井政章, 梅謙次郎를 중심으로 한 法典調査會에서의 기초작업을 통해 명치민법이 제정된다. 말은 보아소나드 민법전의 ‘근본적인 수정’이지만, 편별과 내용면에서 실질적으로 새로 제정된 민법이다. 물론 양자간에는 체계의 차이를 넘는 밀접한 내용상의 관련이 있다. 민법전 편찬을 위한 관습조사도 이루어졌으나, 재산편에 반영된 것은 미미하다. 가족법은 家父長制와 夫婦不平等을 기반으로 하는 것이었다. 프랑스민법과 독일민법이 각기 독자성을 가지면서 로마법 이래 2천

년이 넘는 법전통속에 성립했다는 데서 일본민법전의 대부분의 재산편 규정은 서구법 전통의 구체화라 자리매길 수 있다. 가족법은 많은 면에서 서구법과 달랐지만, 체계가 같고 중심이 되는 조문이 서구에서 유래한 것이기 때문에, 가부장제와 부부불평등에서 오는 내용상의 문제점은 미구에 개정될 것이었다.

2. 일본민법전의 전개와 한국민법

일본민법전이 편찬 시행된 지 100년이 넘었다. 그간 일본민법은 한편으로는 법전 자체의 개정을 통하여, 다른 한편으로는 학설과 판례를 통하여 제정당시에는 상상할 수 없었던 전개를 보였다. 민법전 시행 직후의 주석의 시대는 “독일법이 아니면 법이 아니다”¹⁰⁸⁾는 항설과 함께 입법론, 해석론 모두 독일법학 이론으로 기울어지는 “學說繼受”期로 넘어갔다.¹⁰⁹⁾ “가로로 된 것을 세로로 바꾸는 시대는 지났다”¹¹⁰⁾고 하는 각성이 일어나면서 법학의 ‘로컬화’가 의식되어, 判例研究, 法社會學 研究의 단서가 되었다. 독일법 보다는 오히려 프랑스법이 일본민법의 조문 형성에 더 영향을 미쳤다는 연구¹¹¹⁾도 나왔고, 法解釋論 爭에 학계가 들끓기도 하였다.¹¹²⁾ 가족법의 경우, 2차대전후 근본적인 대개정을 거쳐, 가족제도를 전제로 한 명치민법상의 친족상속법은 사라졌다. 根抵當 규정신설 등 담보법의 개정과 成年後見制度의 도입으로 수많은 가지번호를 통한 조문수의 증가가 있었을 뿐 아니라 내용적으로도 개정되었다. 소비자보호법,¹¹³⁾ 차지차기법, 특정채권법, 전자거래법, 등 각종 민사특별법의 생성은 민법의 세계를 민법전으로 한정할 수 없음을 확실히 보여주었다. 세계화와 정보

108) 末弘巖太郎의 발언, 日本評論社(編), 『日本の法學』(1950), 50면.

109) 北川善太郎, 『日本法學の歴史と理論－民法學を中心として』(日本評論社, 1968), 27면 이하.

110) 末弘巖太郎, 『物權法(上)』(有斐閣, 1921), 自序.

111) 星野英一, 『日本民法典に与えたフランス民法の影響』, 『民法論集第1卷』(有斐閣, 1970), 69면 이하.

112) 남기운, 「日本民法學의 法思考와 法解釋方法論」, 光云比較法學 제6호(2005), 1면 이하.

113) 鄭鍾休, 「日本の消費者保護法에 관한 研究」, 消費者問題研究 제24호(2001년 6월), 151면 이하.

화의 물결속에 영미법과 대륙법의 통합 법질서가 갖가지 형태로 모습을 드러내는 가운데, 일본은 최근의 “現代語化法”을 통해 민법전의 現代語化와 함께 민법전의 부분적인 現代化를 이루었고,¹¹⁴⁾ 中間法人法으로 시작된 법인제도의 개정은 一般法人法の 제정으로 완성되었으며, 채권법의 대개정¹¹⁵⁾과 가족법의 개정작업¹¹⁶⁾이 진행 중이다. 지금도 시행 중인 中華民國民法典, 역사속에 묻혀버린 滿洲國民法典도 日本民法의 擴張態이다. 불행하게도 韓國民法典도 이 범주에서 조금도 벗어나지 않는다. 본문에서 보다시피 동아시아, 특히 한국의 경우, 社會生活의 基本法律인 民法典의 정확한 모습을 이해하는 데는 일본 민법전의 모습과 변화에 대한 이해도 필요한 것이다.

본고는 한국민법전의 원형을 거시적으로 로마법, 독일민법, 프랑스민법 등에서 찾는 방법도 좋지만 미시적으로 역리적인 방식으로 한국민법전의 체제와 내용형성에 절대적인 영향을 미친 일본민법전에서 찾고자 하는 문제의식에서 비롯한 것이다. 일본민법전의 출발점에서 시작하여 그 편찬과정과 내용의 분석을 시도해 보았다. 일본에서의 이 분야의 기존의 성과들을 교통정리한 측면이 강하며, 비록 평탄한 내용 정리의 수준을 넘지 못하나 과문하나마 한국 학계에는 처음 소개되는 부분들이 적지 않을 것으로 생각한다. 한국과 일본 민법전 자체의 보다 구체적인 연관, 중요 제도의 같고 다름, 역사적 변천의 상호연관, 민사 특별법으로의 문제의식의 확장, 등 관련 제도와 조문의 연관에 관한 연구는 다음의 과제가 될 수밖에 없다.

114) 鄭鍾休, 「日本民法의 現代化」, 法學研究 48권 1호(釜山大學校法學研究所, 2007년 8월), 929면 이하.

115) 鄭鍾休, 「日本民法(債權法) 改正作業의 最近動向」, 中央法學 9집2호(中央法學會, 2007년), 423면 이하.

116) 「特別座談會家族法の改正に向けて(上)(下)－民法改正委員會の議論の現狀」, JURIST 1324(2006.12.1) 46면 이하, 1325(2006.12.15) 148면 이하.

〈참고문헌〉

- 남기윤, 「日本民法學의 法思考와 法解釋方法論」, 光云比較法學 제6호, 광운대학교 비교법연구소, 2005.
- 鄭鍾休, 『韓國民法典의 比較法的研究』, 創文社, 1989.
- _____, 「日本の 消費者保護法에 관한 研究」, 消費者問題研究 제24호, 消費者保護院, 2001. 6.
- _____, 「日本民法의 現代化」, 法學研究 48권 1호, 釜山大學校法學研究所, 2007. 8.
- _____, 「日本民法(債權法) 改正作業의 最近動向」, 中央法學 9집2호, 中央法學會, 2007. 8.
- 青木人志, 『「大岡裁き」の法意識—西洋法と日本人』, 光文社, 2005.
- 井ヶ田良治, 「民法典論爭の法思想的構造」, 思想 493호(1965)·506호(1966).
- 井ヶ田良治·山中英之助·石川一三夫, 『日本近代法制史』, 法律文化社, 1982.
- 石井良助, 『法制史』, 山川出版社, 1979.
- _____, 『明治文化史2法制』, 洋洋社, 1954
- 磯部四郎, 「民法編纂ノ由來ニ關スル記憶談」, 法學協會雜誌 31권 8호, 1913.
- _____, 「法理精華を讀む」, 法政論叢 99卷104号, 1890.
- 井上正一, 「仏國民法ノ我國ニ及ホシタル影響」, 『仏蘭西民法百年記念論集』, 法理研究會, 1905.
- 井上操, 「法典編纂の可否」, 法政論叢 99卷103号, 1890.
- 岩谷十郎, 「日本法の近代化と比較法」, 比較法雜誌 65호, 2003.
- 江木衷, 「民法草案財産編批評」, 法理精華 4卷19—22号, 1889.
- 大久保泰甫, 『日本近代法の父ボワソナード』, 岩波新書, 1977.
- _____, 「西洋法継受における翻譯と造語」, 法學セミナー 371호, 1985.
- 大槻文彦, 『箕作麟祥君傳』, 丸善, 1907.
- 大村敦志, 『法典·教育·民法學』, 有斐閣, 1999.
- 岡孝, 「法典論爭から明治民法成立·注釋時代」, 水本浩·平井一雄編, 『日本民法學史·通史』, 信山社, 1997.
- 岡野敬次郎, 「英法の爲に妄を弁ず」, 『法理精華』 3卷14号, 1889.

- 奥田昌道『日本における外國法の攝取—ドイツ法』, 岩波講座現代法14, 岩波書店, 1966.
- 加藤雅信, 「序章日本民法百年史」, 加藤 외 편, 『民法學說百年史』, 三省堂, 1999.
- 川口由彦, 『日本近代法制史』, 新世社, 1998.
- 川島・利谷, 「民法(上)」, 『日本近代法發達史5』, 勁草書房, 1958.
- 岸上晴志, 「ボアソナード時代」, 水本浩・平井一雄, 『日本民法學史・通史』, 信山社, 1997.
- 北川善太郎, 『日本法學の歴史と理論—民法學を中心として』, 日本評論社, 1968.
- クリットフ・シャマン, 大久保泰甫 역, 「ボワソナードとその時代」, 『日本民法と西洋法
伝統』, 九大出版會, 2000.
- 末弘嚴太郎, 『物權法(上)』, 有斐閣, 1921.
- _____, 日本評論社編, 『日本の法學』, 1950.
- 谷口知平, 「總説」, 『新版注釋民法』, 有斐閣, 1988.
- 中隱居士, 今村和郎 述, 『解難 完』, 1890.
- 手塚 豊, 「司法省御雇外人ヒルとその建白書」, 『明治史研究雜纂(手塚豊著作集第十卷)』,
慶應通信, 1994.
- 中村菊男, 『近代日本政治史の展開』, 有信堂, 1970.
- 遠山茂樹, 「民法典論争の史的考察」, 法學志林 49-1, 1951.
- 富井政章, 「仏國民法制定後仏國に於ける沿革」, 『仏蘭西民法百周年記念論集』, 有斐閣,
1905.
- 野田良之, 「日本における外國法の攝取—フランス法」, 『岩波講座現代法』14, 岩波書店,
1966.
- 平野義太郎, 『日本資本主義の機構と法律』, 明善書房, 1949.
- 廣中俊雄 編著, 『第9回帝國議會の民法審議』, 有斐閣, 1986.
- _____, 『民法修正案(前3編の理由書)』, 有斐閣, 1987.
- _____, 『民法綱要(第一卷總論)』, 創文社, 1989.
- _____, 「日本民法典編纂史とその資料—旧民法公布以後についての概観」, 民法研究
제1호, 信山社, 1996.
- _____, 編著, 『日本民法典資料集成(全15卷)第一卷』, 信山社, 2005.
- 福島正男, 「明治初年における西歐法の継受と日本の法および法學」, 『日本法とアジア』
(仁井田陸遺論文集), 勁草書房, 1970.

- 福島正男, 『財産法』, 『日本近代法發達史1』, 勁草書房, 1958.
- _____編, 『明治民法の制定と穂積文書』, 民法成立過程研究会, 有斐閣, 1956.
- _____ , 『穂積陳重立法關係文書の研究』, 信山社, 1993.
- 古柳春一郎, 『民法典の誕生』, 廣中俊雄・星野英一編, 『民法典の百年1』, 有斐閣, 1998.
- 星野英一, 『日本民法典に与えたフランス民法の影響』, 『民法論集第1巻』, 有斐閣, 1970.
- _____ , 『日本民法學の出発点—民法學の起草者たち—』, 『東京大學公開講座 明治・大正の學者たち』, 東京大學出版會, 1978.
- _____ , 『民法學習の入門』, 書研所報 30号, 裁判所書記官研修所, 1980. 3.
- _____ , 『日本民法典(1)』, 法學教室 No.4, 1981. 1.
- 星野 通, 『明治民法編纂史研究』, ダイヤモンド社, 1943.
- 星野 通, 『民法典論争史』, 河出書房, 1949.
- 穂積陳重, 『法窓夜話』, 岩波書店, 1916.
- _____ , 『法律學の革命』, 法學協會雜誌 60号, 1889.
- 穂積八束, 『民法出でて忠孝減ふ』, 法學新報 5号, 1891.
- 前田達明編, 『史料民法典』, 成文堂, 2004.
- 増島六一郎, 『法學士會の意見を論ず』, 法理精華 2巻11号, 1889.
- 宮川 澄, 『旧民法と明治民法』, 青木書店, 1965.
- 村上一博, 『裁判基準としての『慣習』と民事慣例類集』, 同志社法學 49号 5号, 1998.
- 山田喜之助, 『立法の基礎を論ず』, 法理精華 3号 14号, 1889.
- 山中永之佑編, 『日本近代法論』, 法律文化社, 1995.
- 山中永之佑編, 『日本近代法案内ようこそ史料の森へ』, 法律文化社, 2003.
- 渡部萬藏, 『現行法律語の史的考察』, 萬里閣書房, 1930.
- N. Hozumi, Lectures on the New Japanese Civil Code 22, Maruzen, 1912.
- 『民法ニ付ロエスレル氏意見』, 『伊藤博文編・秘書類纂法制關係資料上』, 秘書類纂刊行會, 1969.
- 『條約改正關係-大日本外交文書第2巻』, 外務省編纂, 1936.
- 『特別座談會家族法の改正に向けて(上)(下)—民法改正委員會の議論の現状』, ジュリスト 1324(2006.12. 1)・1325(2006.12.15).

Codification of Japanese Civil Code

Jeong, Jong-hyu*

The Japanese Civil Code was the means of suppression in Korean Peninsula on property relations and family relations which had taken place from 1912 to 1945. Its bad influence continues to remain. The Japanese Civil code was, in principle, applied to Korean law under some restrictions until the Korean Civil Code went into effect 15 years later after the liberation from Japan. Because of this, the Japanese Civil Code has indelibly made impressions on Korean Civil Code and Korean legal culture. Therefore, “the liquidation of Japanese Imperialism” in Korean legal culture always has a meaning of such “a present form”.

Now, almost 50 years since the establishment of Korean Civil Code, this article is written for the purpose of the following: while it is important to liquidate Japanese Imperialism, it will be required to look at the Japanese Civil Code itself we need to know the Japanese Civil Code in order to overcome it; and also we need to understand the Japanese Civil Code in order to help understand the Korean Civil Code better. The main points of this article are to arrange, in Korean, the codification process of the Japanese Civil Code, and, at the same time, find something helpful for understanding the origin of the Korean Civil Code.

From 1870 in Japan, the codification of modern civil code was promoted as urgent and laborious national policies such as abolition of “extraterritoriality” and restoration of “Administrative Autonomy”. Although some Japanese had tried to codify a civil code several times, it ended in delegating the invited foreign adviser Gustave E. Boissonade

* Professor, Chonnam National University College of Law

with the job of codification. A civil code based on Boissonade's draft bill, which was modeled after the French Civil Code but was distinguished from parts classification and text of the French Civil Code, was promulgated. However, there was a harsh controversy on enforcement and postponement of the code (“Code Controversy—*Hoten Ronso*”) which resulted in postponing its enforcement. In its vortex, while also referring to the German Civil Code draft bill and using the base of Boissonade Civil Code, Code Investigation Commission (“*Hotentyosakai*”), including Nobushige Hozumi, Masaakira Tomii, and Kenjiro Ume, promulgated prior 3 parts of property law in 1896 and posterior 2 parts of family law in 1898 through drafting and discussion. This led to completion of the codification of Japanese civil code.

Japanese Civil Code was justifiably the result of fundamental correction of the Boissonade civil code. However, in terms of parts classification and contents, it was substantially a newly established civil law. Of course, both of them have close relationship in terms of text beyond the discrepancy of systems. Although investigations on custom also took place for codifying the Civil Code, it was scarcely reflected on property part. Family law was based on patriarchy and matrimonial inequality. In that France and Germany have established their civil laws sui generis in legal tradition over 2000 years since the Roman law, most parts of property law of Japanese Civil Code can be said to have put the tradition of western laws into concrete. Family law was different from western laws in many ways. However, since its main provisions are derived from western law, problems of contents such as patriarchy and matrimonial inequality should have soon been revised. Its drastic revision took place after the Second World War.

This article investigated the codification process over the 30years from the outset of discussion for codifying Civil Code to the announcement of the codification in Japan. Subsequently, this article arranged in sum shows how different Japanese Civil Code is from the Boissonade Civil Code in terms of system and contents and also in which ways

it is different from Korean Civil Code of 1958. I wish that from now on this article will be a basic work for in-depth analysis of the Japanese Civil Code from the viewpoint of Korean Civil Code.

[Key Words] Japanese Civil Code, Boissonade, Pandekten System, Code Controversy, Nobushige Hozumi, Masaakira Tomii, Kenjiro Urne