

〈강연〉

일본민법학의 역사와 이론 —비교법의 시점에서—

키타가와 젠타로(北川善太郎)*

박인환**

머리말

오늘 한국법사학회와 서울대학교 법과대학 관계자의 초청으로 한국의 전문가 선생님들께 “일본민법학의 역사와 이론”에 대하여 강연할 기회를 갖게 되어 진심으로 감사의 말씀을 드린다.*** 그에 부응하는 내용의 강연이 될지는 걱정스러우나, 잠시 시간을 내주셨으면 한다.

본 주제에 들어가기 전에 두 가지 정도 개인적인 일에 대하여 말씀 드리는 것을 허락하여 주시기 바란다. 한 가지는 1985년 10월 5일 한국민사법학회(김증한 회장)의 초대강연으로 “일본에 있어서 민법의 전개와 체계”를 여기 서울대학교 법과대학에서 했던 일이다. 그 때 법과대학장이 저를 공식적으로 초대된 최초의 일본인 법학자라고 소개해 주셨던 일이 생각난다. 또 한 가지는 본 학회장 정종휴교수의 일이다. 1975년에 교토대학 법학부의 신입생에게 한 강연 “한 민법학자의 법학안내”를 어떤 잡지에 발표하였다(法學ゼミナ—240號). 당

* 교토(京都)대학 명예교수, 국제고등연구소 부소장, all rights reservd.

** 한림대학교 사회과학대학 조교수

*** 강연 원고는 경어체와 평어체를 혼용하고 있으나 번역문은 문체의 일관성을 위하여 이를 평어체로 통일하였음을 밝혀 둔다. (역자주)

시 대학원생이었던 정군에게 일본의 에스페란토 친구가 그 잡지를 건네주었던 모양이다. 정교수는 그 작은 글로 일본어 공부를 했다고 하였는데, 결국 1978년부터 교토대학에서 수학하여 1987년 “한국민법전의 비교법적 연구”라는 논문으로 교토대학으로부터 박사학위를 받았다.

그 작은 글에서는 학생 제군에게 대학에서 배우는 것은 법의 논리적인 면이 많지만 이것은 항상 사실이나 가치와 연결되어 있으므로 그것을 배워야 한다고 점을 말하였다. 연구도 교육과 마찬가지로 최후에 간행한 “契約責任の研究(1963)”는 학설이나 제도가 중심으로 법의 논리가 전면에 나오므로 構造論이라는 부제가 붙어 있다. 1956년부터 연구를 시작한 것이었는데, 한 가지 의문에 부딪혔다. “왜 일본의 민법학자는 일본민법의 논문에 있어서 독일민법학설을 일본학설과 구별하지 않는가” 라는 의문이다.

독일민법의 학설사 연구 그 자체는 매우 매력 있는 것이었다. 다행히도 교토대학의 도서관은 19세기 후반에서 1930년경까지의 독일문헌에 관해서는 독일대학에 비교하여도 손색이 없을 정도로 충실하게 갖추고 있다. 독일민법의 학설사로부터 독일법학이 일본민법학과 직결되어 있다는 것에 대한 해답은 얻을 수 없었으나, 그로부터 해답에 이르는 힌트는 얻을 수 있었다. 그 후 머지않아 독일법학의 학설계수라는 ‘발견’(“학설계수”는 독자의 범문제의 발견이다 : Claus-Wilhelm Canaris)에 이르렀다. 법전계수에 대해서 이것은 새로운 개념이다. 독일유학 중 독일법과 일본법을 공통의 기반에서 비교하는 키워드로서 이 표현을 생각해 낸 것이다. 이 학설계수는 역사적 과정이라는 사실의 문제이면서 일본의 현행 실정법의 문제이기도 하다. 이 학설계수의 발견으로 비교법에 있어서 일본민법학의 원형을 확정하게 되었다. 무엇보다도 법학방법론으로서 중요했던 것은 일본민법학이 독일법학으로부터 자립해서 자유로이 자기발전하기 위한 이론적 근거를 제공했다는 점이다.

제1장 일본민법학의 원형

“하자담보책임의 예”

먼저 하자담보를 예로 들어 문제의 소재를 분명히 하겠다. 매도인의 하자담보라고 하면 “매도인인 토지회사 X가 매수인 Y에게 토지를 인도하여 등기이전도 하였으나, X의 조성공사의 잘못으로 지반에 연약한 곳이 있어서 큰비가 온 후에 토지의 일부가 함몰해 버렸다” 라는 사례가 그 전형적인 예다.

이 하자담보는 고대 로마법의 按察官訴權에서 유래한 것으로 이 소권은 노예나 가축의 매매에 있어서 약덕업자로부터 매수인을 보호하기 위하여 시민법과는 별개로 도입된 것이다. 이것이 로마법의 계승을 거쳐 유럽각국의 민법전에 포함되어 갔다. 이 과정에서 하자담보는 그 유래를 반영하여 채무불이행, 계약책임에 흡수되지 않았다.

독일의 판례법학 그 계승자인 독일민법학에 있어서 매매의 목적물인 특정물이 계약시에 결함(흠결·하자)을 가지고 있으면 흠결 없는 특정물을 급부하는 것은 불가능하다는 “특정물 도그마”가 논리적 명제로서 지지되었다. 그 때문에 매도인의 하자담보책임은 채무불이행이 아니라 법률이 특별히 인정한 법정책임인 것으로 이해되었다. 그렇다면 일본 민법학에 있어서 구체적으로 어떤 일이 일어났는가. 당시의 대표적인 민법학자 岡松參太郎의 학설 변천을 예로 살펴보자. 먼저 민법전 제정 직후의 “注釋民法理由”에서는 하자담보는 매도인의 계약채무불이행의 일종이라고 하였다. 즉, 매도인은 반드시 적당한 성질을 가진 물건을 급부할 의무를 진다(岡松參太郎, “注釋民法理由下(1899, 9版)” 次 52-53頁). 그런데 그 후에 발표된 “無過失損害賠償責任論”은 자기의 견해를 정면에서 부정한다. 매도인은 논리적으로 그 특정물을 매매(계약) 체결시의 상태로 인도할 의무를 질뿐이다. 그 물건에 하자가 있더라도 매도인의 의무 불이행은 아니다(岡松參太郎, “無過失損害賠償責任論(1926) 587-8頁, 122頁, 140頁(인용은 1953, 學術選書 3). 岡松는 하자담보를 채무불이행이라고 했었지만 독일 유학으로 一變한 것이다. 물론 독일민법학의 영향을 받아서 改說 했을 따름이

라고 하면 끝날 일이다. 그러나 그런 차원의 일은 아니었다. 岡松 개인적인 일이 아니라 압도적 다수의 민법학자가 새로이 독일민법학의 흐름에 몸을 맡겨 法文의 注解型으로부터 독일 流의 민법해석론을 구축한 것이었다. 그 결과 일본민법학의 구조가 변환되었던 것이다. 어떤 시기 민법학자를 독일민법학이 석권해버린 것이다. 이것이 독일법학의 학설계수 현상이며 독일법이 아니면 일본에서는 법학자가 아니라고까지 하였다.

“독일법학의 학설계수”

1898년 일본민법전 제정 즈음의 민법학설과 그 후의 민법학설 사이에는 커다란 단층이 있다. 법개념이나 제도의 해석론을 보더라도 다른 나라의 학설 같다고 하여도 과언이 아니다. 그리고 현대의 일본의 민법학설은 독일 법학의 학설계수에 의한 원형으로서 현재에 이르고 있다.

원래 일본민법전은 독일민법 제1초안과 프랑스민법전을 중심으로 한 혼합형의 법전계수였다. 그 즈음의 민법해석론은 法文의 注解型이었다. 岡松參太郎의 세권으로 된 “注解民法理由”는 이 즈음의 대표작이다.

그것이 독일민법학에 의한 독일형으로 새로 만들어졌다. 이것을 저는 독일 민법학의 ‘학설계수’로 파악하였다. 외국학설의 영향을 넘어서 일본민법학의 개념과 제도 설명이 독일형으로 치환되었다. 이 학설계수의 과정은 법전계수에 의해서 일본에 도입된 이질적인 외국법요소를 독일민법이론에 의해서 일본 민법의 해석론으로서 흡수하여 동화해 가는 과정이었다.

독일민법의 학설계수에 의해 일본민법해석론의 구조가 전환되었다. 민법전 제정 당시와는 ‘별개의 것’이라고 할 수 있는 해석론이 행해졌다. 하자담보 외에 채무불이행에서는 민법전은 통일적 채무불이행 규정인 것이 독일민법학설의 三分體系(이행지체 · 이행불능 · 불완전이행)로 이행하여 규정이 없는 원시적 불능 무효론이 통설이 되었다. 그 외에 강제이행, 손해배상이나 해제 등 여러 제도에서 민법학설은 독일법학의 틀에 끼워 맞추어졌다.

일본 민법학의 비교법적 원형으로서 일본민법전은 독일법과 프랑스법 등의

혼합계수형의 법전 위에 독일법의 학설계수에 의한 민법체계가 겹쳐진 이중구조를 지적할 수 있다. 시기적으로 말하자면 독일민법의 학설계수는 1920년 즈음에는 완성되었다.

학설계수의 비교법상의 의미와 역할은 일반적으로 일본 법학을 그 체계화에 있어서 독일법이라는 모델에 끼워 맞추었다는 점에 있다. 그 원인이 된 것은 1881년 독일제국을 모범으로 한 입헌군주정에 관한 정부의 기본방침에 의한 것으로 일본 전체가 獨逸國制로 급속히 기울었다. 독일법학의 학설계수는 그 가운데 한 예였다.

“법의 전당으로서의 판덤펜법학”

일본민법학의 원형이 된 독일민법학은 후기보통법에 있어서 로마법의 계수에 의해 19세기에 독일에서 완성된 판덤펜법학에서 유래한다. 그 연구로부터 法史上 흥미 있는 것이 밝혀졌다. 그것은 판덤펜체계의 채무법이 고대 로마법의 嚴正契約型의 구조라고 하는 사실이다. 판덤펜체계에 있어서 채무법은 Friedlich Mommsen(Beiträge zum Obligationenrecht :Abt.1 Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse (1853), Abt.3 Die Lehre von der mora nebst Beitrag zur Lehre von der culpa (1855))이 완성했다. 그리고 이것이 Bernhard Windscheid, (Lehrbuch des Pandektenrechts, 3 Bde (1862-1870))의 권위와 영향력을 거쳐 독일민법전(1900)에 계승되었다. 그리하여 결실을 맺은 것이 독일민법 특유의 법이론이었다. 즉, 원시적 불능의 급부는 계약을 무효로 한다는 명제(독일 구민법 제306조)를 기축으로 이행장애를 원시적 장애와 후발적 장애로 구별한다. 채무불이행은 후발적 이행장애 사유인 이행지체와 이행불능의 2 유형으로 압축된다. 특정물의 원시적 하자에 대한 매도인의 하자담보책임은 채무불이행이 아니라 매도인의 특별한 법정책임이다.

여기서 특히 特筆하지 않으면 안 되는 것은 독일민법전 성립 전후부터 판덤펜법학의 채무법체계를 비판한 Ernst Rabel의 존재이다. 그는 20세기의 시작부터 독일민법전이 받아들인 판덤펜체계, 특히 원시적 불능론을 기축으로 한 고

대 로마의 嚴正契約型 채무법의 구조를 강력히 비판하고, 오히려 원시적 불능=유효론을 주장하여 고대 로마의 誠意契約型의 채무법을 강조했다. 그러나 이 입장은 당시에 있어서 그다지 영향력을 갖지 못했다. 그리고 이 학설이 무대 앞으로 등장한 것은 2001년의 민법전 개정이었다.

이와 같이 독일민법학의 진수인 판덤편법학은 방대한 고대 로마 法源을 整序하여 추상적 법개념으로부터 법률문제를 엄밀히 정의하고 분류하여 구축된 자기완결적인 법체계이다. “긴요한 법생활의 학문화”(F. Wieacker)라고 일컬어지듯 판덤편법학과 그 계승자인 독일민법학은 저명한 법학자의 중후한 체계서와 세밀한 주석서로 쌓아 올려진 거대한 법의 殿堂이었다. 동향의 신흥국인 일본의 민법학자는 이것에 압도되는 느낌을 받았을 것이다. 이와 함께 그 정치한 이론을 구사하여 법해석론을 전개하는 것에 매료되었을 것이다.

제2장 일본민법학의 자립

“일본민법학의 원형이 연 가능성”

연구 처음에 품었던 저의 의문은 독일법학의 학설계수라는 문제의 발견으로 답을 찾았다. 즉, 일본 민법전은 혼합계수이지만 학설계수에 의해 독일형의 민법체계가 일본민법에 이식된 결과 일본민법학의 논문이 同型인 독일민법학설을 구별하지 않고 연구의 대상으로 할 수 있었다. 그러나 법학방법론상 그 연구 후 일본에서는 왜 독일법을 원용하는가를 자각하여 다루는 경향이 나타나게 되었다.

그와 함께 이것이 중요한 것인데 그 역사과정이 현재의 일본민법학에 새로운 가능성을 열었다.

먼저 일본민법학과 독일의 그것과는 비교법적으로 同系라는 것이 명확하게 되었다. 독일법과 일본법을 공통의 범기반에서 비교할 수 있다. 같은 것을 한국, 중국과 같은 판덤편 그룹에도 말할 수 있다. 이것은 앞으로도 중요한 의미

를 가지게 될 것이다.

이 원형의 연구로부터 나아가 다음의 전개가 가능하였다. 하나는 일본민법학의 ‘원형으로부터 자립이론으로의 길’이 방법론으로서 개척되었다. 또 하나는 이러한 법의 논리적 요소인 학설중심의 분석에는 한계가 있으므로 그러한 성과를 법의 사실적 요소 내지 그 가치적 요소에 대한 연구로부터 일본민법학을 재구성하는 방향이다. 이것은 계약의 사회적 현실의 연구와 일본계약법체계의 새로운 체계의 제창으로 이어져 간다.

“원형에서 자립으로”

이미 제1차 세계대전 중에 일부의 법학자는 일본법학의 독립을 주장하였으나 일본민법학의 원형은 변함없이 유지되었다. 다만 큰 예외로서 말할 수 있는 것은 戰前인 1930년대에 恩師 於保不二雄가 정리한 “財産管理權論序說”(1954, 1933년부터 1940년에 걸친 11논문을 수록)이다. 독일민법이론의 내부로부터 이것과는 자립한 재산관리권의 개념과 체계화를 하였다. 그리고 제2차 세계대전 종결 후에도 한동안 같은 경향이 계속되어 일본의 민법학자를 여전히 사로잡고 있었다고 하여도 과언은 아니다. 1960년대에는 아직 이러한 상황이었다. 주목되는 것은 헌법, 독점금지법, 회사법, 형사소송법과 같이 직접 미국법의 영향을 받은 분야와는 달리 특히 민법의 재산법 분야에서는 조문도 그다지 개정되지 않고 민법학의 원형도 오히려 온존되었다는 점이다. 왜 독일민법학과 일본민법학이 직결되고 있는가라는 의문은 학설계수론에서 해답을 찾았으나 1960년대는 그 이전이었고 그 해답을 모색하면서 원형으로부터의 자립이론을 생각했던 시기였다.

“계약책임의 신구성”

1963년 간행의 “계약책임의 연구”는 원형으로부터의 자립이론이지만 그 방법은 縱軸으로서 독일민법학의 학설계수를 주축으로 하는 해석론, 橫軸으로서 영미법과 대륙법의 비교로부터 새로운 가능성을 찾았다. 판데텐체계의 문제 중

하나로서 과도한 추상화가 있다. 채권총론의 채무불이행은 그 좋은 예로서 사례도 계약문제가므로 계약채무의 불이행, 계약위반으로서 독일민법학의 채무불이행론을 검토하였다. 여기서 전개한 자립이론은 원시적 불능=계약무효론을 부정하고 원시적 이행장해도 후발적 이행장해도 통합하는 계약책임, 채무불이행론이었다. 하자담보책임도 특별한 법정책임이 아니라 매도인의 채무불이행의 특칙이라고 하였다. 계약체결상의 과실이나 안전보호의무위반은 보충적 계약책임으로서 구성하였다. 판데텐체계에서 완성된 원시적 불능론을 포함한 이행불능 중심의 채무불이행론, 특정물 도그마로 불리는 채무론 등등에 대해서는 그 철저성에 감명을 받는 동시에 법이론만의 법이론의 한계를 동시에 자각하게 되었다. 그 때 E. Rabel의 비판이론이 참고가 되었다.

“2001년 독일민법전의 개정”

원형에서 자립으로의 발걸음의 제일보는 일본의 민법학에서도 논의의 대상이 되었지만 예상외의 일이 일어났다. 그것은 2001년의 독일민법이 기본적으로 같은 내용의 개정을 하였다는 것이다. 즉, 원시적 불능은 이제는 계약의 무효사유가 아니고(독민 제311조 a), 개별적인 채무불이행규정도 채무관계로부터의 무침해에 통합되었다(독민 제280조). 그리고 하자담보도 채무불이행에 흡수되었다(독민 제434조). 이것은 1980년대의 독일채무법 개정 동향으로부터 예측되었던 것이지만, 판데텐 체계라는 거대한 법의 전당이 이제부터 어떤 전개를 할 것인가에 주목하고 싶다(Kitagawa/Riesenhuber, *The Identity of German and Japanese Civil Law*, De Gruyter, 2007. 참조)

“원형으로부터 자립으로의 시대배경과 전망”

1960년대에 같은 방법으로 손해배상법의 재구성을 검토하였다. 일본민법규정(제416조)는 영국의 *Hadley v. Baxendale*(1854)에 대응하는 구조인데, 학설계수 과정에서 독일민법 流의 상당인과관계론, 완전배상원리와 손해개념의 차액설을 세트로 한 손해배상론이 통설이 되었다. 그로부터 자립론으로서 제한배상원

리와 통상손해와 특별손해의 구별 등의 해석론을 전개하였다.

여기서 지적하고 싶은 것은 당시의 일본 민법학계에 있어서 독일민법학과 연동하여 움직이는 것 같은 밀접한 관계는 상당히 후퇴하였다는 점이다. 특히 1970년 전후가 되면 민법학의 과제가 일본경제성장과 함께 급속히 변모해 간다. 거주문제, 교통사고, 불법행위, 환경보호, 제조물책임, 소비자신용, 정보, 계약과 같은 개별분야에 있어서 새로운 법률문제의 多發에 더하여 미국 로스쿨 유학자와 법조자격취득자 수의 증가, 미국을 비롯한 국제거래가 민법학의 원형과는 다른 토양을 만들었다.

따라서 민법학의 원형으로부터의 자립은 시대의 흐름에 의하여 요구되는 것이기도 하였다. 이와 함께 독일민법학의 학설계수의 임팩트가 미국의 영향 등으로 인하여 후퇴하게 된다. 그 결과 일본의 민법학은 원형으로부터의 자립의 길에서 새로운 과제에 직면하게 되었다. 원형으로부터의 자립은 원형을 잊어버리는 것과 같은 것은 아닐 터인데 그 점은 어떠한가, 원형으로부터의 자립이라는 흐름도 후퇴하고 있는 것은 아닌가, 종전의 노력을 물거품으로 만드는 독일법을 빌려 오는 안이함은 없는 것일까, 원래 일본민법학의 아이덴티티는 어디에서 구하면 좋을까, 일본민법학은 스스로 무언가를 만들어 내고 있는가.

제3장 일본민법학의 전개

“회고와 전망”

일본민법학의 원형으로부터 자립을 보아 왔다. 이것은 민법학의 회고인 동시에 앞으로의 전망과 겹쳐져 있는 것처럼 보인다. 이러한 시점은 이미 1968년의 “일본민법학의 역사와 이론 - 민법학을 중심으로 - ”에서 기술한 것이기도 하다. 그러나 당시 민법학의 ‘원형’도 그것으로부터의 ‘자립’도 명확하게 자각하고 있지 않았다는 것도 사실이며, 이점은 2000년 전후부터의 사색에 의한 보강이라고도 할 수 있다. 그리고 그것 이상으로 새로운 문제에 의한 민법학의

발전도 나타난다. 이하에서 보는 바와 같이 앞으로도 이러한 상황을 시야에 넣어가며 일본민법학은 전개를 계속할 것이다.

“사회적 현실에 대한 탐구 : 현대계약론”

1970년부터 1980년대가 되면 민법문제는 비약적으로 늘어날 뿐 아니라 다양화한다. 일본민법의 원형이 준비한 법이론으로는 대응할 수 없게 된다. 그러나 예를 들면 채권법이나 계약법의 분야에 있어서는 원형이 비판되어 새로운 민법학으로 치환되는 것으로는 되지 않았다. 이것은 근대민법에서 현대민법으로의 구조변화가 진행되고 있기 때문으로 독일민법학에서도 그다지 사정은 다르지 않았다.

독일법학의 학설계수에 의한 다양한 전개 가능성으로부터 특히 일본의 거래 현실에서 기능하는 계약을 분석하는 것으로부터 일본민법의 자립적 계약법학을 지향하였다(연재논문 “現代契約のはなし 1-55” NBL No. 1(1971) 42頁 이하~No. 55 (1979) p. 32 頁 이하), “現代契約法 I”(體系化の試み)(1973) 및 “現代契約法 II”(品質保證と法) (1976)의 단행본). 이 연구에 즈음하여서는 일본민법학은 일본의 사회적 현실로부터 민법이론을 만드는 자립의 흐름이 생성되었다.

“비교법에의 전개”

그 원형과 자립이라는 발전으로부터 분명한 바와 같이 대륙법이지만 영미법과의 연결이 있는 일본민법학을 비교법적으로 위치 지워 보다 널리 이해되도록 하는 것이 연구과제의 하나가 되었다.

1970년대는 계약의 現實像을 추구하는 것과 병행하여 독일민법형의 계약론에서는 대응할 수 없었던 문제에 조우하게 되었다. 이것은 방법론보다는 개개의 법률문제의 해결 차원에서 법의 가치적 요소에 관련되는 것이었다.

독일 유학이 끝나갈 무렵 시카고대학 교수로서 뮌헨대학 비교법연구소의 객원교수였던 Max Rheinstein이 저의 학설계수 연구에 흥미를 갖게 되어 1966년 2월, 미국 로스쿨의 몇 개 학교를 방문하여 강연할 기회를 얻었다. 이것이 인연

이 되어 워싱턴 대학 로스쿨(1969-1970)과 하버드 로스쿨(1973-1974)에서 일미 비교계약법의 강의를 하였다(W.Shattuck/Z.Kitagawa, “United States - Japanese Contract and Sale Problems”, Univ. of Washington, 1970, 1973 rev., pp.1~591가 그때의 교재).

미국의 케이스 메소드에서는 제정법이 아니라 보통법 Common Law의 전통적 이론이 대표적인 판결에 의해서 형성된 법원리에 의하여 학생에게 가르쳐졌다. 이러한 점을 고려하여 1960년대부터 계약책임의 자립이론으로 중시하였던 영미법의 계약시스템을 대륙법과 실용법학 베이스에서 비교하여 강의를 한 것으로 이 교육과 연구의 체험은 원형으로부터의 자립으로의 길에서 풍부한 민법 소재였다. 그런데 케이스 메소드가 보통법의 법원리를 가르치는 방법이라는 것은 의외로 일본의 법학교육론에서는 간과되고 있다.

조금 늦게 일본민법학의 원형을 만든 독일민법학과의 교류가 시작되었다. 1974년에 뮌헨대학 법과대학에서 ‘일본의 법제도’와 ‘일본의 법사회학’이라는 강의를 하였으나 그 후 마-브르크대학에 일본법강좌가 개설되었다. 이것은 독일에 있어서 일본법의 교육에 진력한 Hans Leser에게 협력하는 형태로 1988년부터 발족되어 최초의 학기를 제가 강의하고 그 후 2년반은 磯村保규-베대학교수가 일본의 민법을 강의하였다. 같은 형태로 1994년에는 櫻田嘉章 교토대학교수와 함께 강의를 하였다. 그 후 高田篤 오사카 대학교수가 강좌를 담당한 후에 독일인에게 이어졌다.

일본민법을 포함한 일본법의 외국에 있어서의 보급에는 여러 가지 방법이 있고 강의를 통해서 젊은 연구자나 법조가 양성되어야 할 필요성은 아무리 강조해도 지나치지 않지만 이것은 저의 한정된 경험으로부터도 일본민법학에 있어서 해답이 보이지 않는 과제이다.

“판덱텐 체계의 파탄”

원형으로부터 자립으로의 길은 독일민법학을 넘어서 자유로운 확대를 보이고 있다. 이것은 저 자신의 제한된 연구만으로도 충분히 읽어 낼 수 있다. 그

하나로서 법학방법론으로부터의 기여가 있다. 이것은 독일에서 지도를 받은 Karl Larenz의 법학방법론에 의거하는 바가 크다. 개념법학, 자유법학, 이익법학, 평가법학은 전후 일본법학계에서도 반복해서 논의되었다. 이들은 공통적으로 판덤펜체계의 법률실증주의적 개념법학과 그 폐쇄적 자기완결형의 체계를 비판하는 것에는 공통된다. 여기서는 법학방법론으로는 들어가지 않지만 한 가지 점, 판덤펜체계 비판으로 누구든 들고 있는 자기완결적 폐쇄적 체계라는 점에 대하여 언급하고자 한다. 만약 그렇다고 한다면 판덤펜체계를 도입한 민법전은 기본적인 추상적 개념을 축으로 하여 개념의 피라미드를 작성하는 것에 의해 민법 전체를 법의 논리로 완전히 덮는 닫힌 체계가 그려져야 할 것이다. 그러나 한 가지 예를 들면 권리개념마다 피라미드를 상정하여 개념의 사다리를 그릴 수는 없다. 어디에서 개념의 사다리를 자를 것인가, 개념의 사다리의 어디에 위치시킬까가 명확히 정해지지 않게 된다. 즉 닫혀진 체계라고 불리지만 어딘가에서는 실은 열려있는 것이다(“民法の体系と法解釋システム” 法學論叢 134卷 3·4號, 1994, 4頁).

“기초론으로서의 민법체계”

판덤펜체계에 문제가 있다고 한다면 그것으로부터도 자립하지 않으면 안 된다. 이것은 민법학의 원형으로부터의 자립에 있어서 중요한 전개였다. 민법기초론에서의 공헌이며 민법체계론이 커다란 연구과제로서 생성되었다. 이것이 1970년 후반부터 구체적인 전개를 보였다. 민법학의 분야에 한정하면 교과서 수준에서 통용되는 민법체계 구축의 연구이다. 그를 위하여 민법기초론의 분야에서는 법정보시시스템 연구, 민법 데이터베이스 구축에 나서게 되었다. 이것은 일본민법학의 원형으로부터의 자립으로서 가장 철저한 시스템의 개조이다. 다양한 서로 다른 민법문제를 선정해서 이것에 대한 해결을 整序하는 문제와 해결의 규범시스템이라는 구상으로 결실을 맺고 민법 데이터베이스·시스템은 그 응용과제가 되었다(“民法の理論と體系” 1987, ‘法解釋システム序說’ 法學論叢 132卷 1·2·3 合併號, 1992, 1頁 등).

“근미래 법모델로의 전개”

일본이 경제대국의 일원이 되고 경제의 글로벌화의 물결이 펼쳐지는 가운데 일본의 민법학도 영향을 받게 된다. 그 가운데 근대민법이 알지 못했던 다종다양한 민법문제가 속출하였다. 상품의 안전문제, 대량피해문제, 환경문제, 소비자문제, 정보문제, 컴퓨터, IC칩, DNA·ES 세포와 같은 마이크로 생물체 문제 등. 이와 같은 새로운 민법문제에 민법학은 어떻게 대응할 것인가. 이것은 일본 민법학의 문제인 동시에 글로벌한 법문제이므로 그 문제를 먼저 1995년 ‘근미래의 법모델’이라는 연구분야로서 제안하였다(‘近未來の法モデルについて’ 法學論叢 136卷(1995) 4·5·6 合併號 p38-74; 동년 여름에 ‘뮌헨대학강의’ 시리즈로서 “Das Rechtsmodell in der nahen Zukunft” 를 다루었다)그 후 일본민법전 100주년 기념의 국제심포지움에서도 근미래의 민법모델을 발표하였다. 거기서는 민법전이나 민법의 구조로서 문제와 그 해결의 규범으로 구성된 ‘열린 체계’를 구상하여 현재의 민법총칙, 물권총칙, 채권총칙을 재편 총괄하는 민법총칙이 주요분야인 인격·계약·재산·담보·민사책임 등을 통합하는 구조를 생각하고 있다.

“민법 모델로의 전개”

여기서 민법모델이라는 것은 민법이라는 법분야에 대한 법전이나 이론을 총칭하는 개념으로서 사용하는 것으로 한다. 이 의미에서 일본민법학의 원형도 민법모델이고 그것으로부터의 자립이론도 그러하다. 제3장의 일본민법학의 전개에서 기술해온 것도 민법 모델에 관련된 것이다. 마지막으로 이하 민법모델로의 전개에서는 각각의 연구과제인 것이 민법모델이라는 시점에서 통합되므로 민법학과의 관련에 유의하면서 고찰하고자 한다.

민법모델은 비교법 가운데 일본민법학을 다루는 시점으로서 유익하다. 예를 들면 일본민법을 영어로 기술할 때에 일본어의 민법모델과는 다른 민법모델이 생성된다고 말할 수 있다. 예를 들면 1980년부터 매년 개정판을 내고 있는 Kitagawa(editor), Doing Business in Japan (Matthew Bender Lexis/Nexis), (1980-2007)의

계약개론 Contract Law in General (Part II, Chapter 2)에 대해서 말하면, 예를 들어 법인, 법률행위, 채권, 쌍무계약과 같이 영미법에 없는 법률용어를 어떻게 번역할 것인가로 영어판 민법모델은 별개의 법정정보로 생각된다. 역어가 다른 경우가 많고 모르는 제도에 대한 설명도 한결같지 않다. 이 과제에는 30년 가까이 몰두해 왔다. 이제 겨우 민법모델의 연구 가운데에 그러한 문제를 조정하고 때로는 해소하는 흐름이 보이게 되었다.

나이가 일본민법학의 민법모델은 아시아의 모델계약법에 공헌할 가능성도 나타나게 되었다. 이미 1986년에 일본계약법으로부터 보편성이 인정되는 요소를 선정하여 ‘모델계약법’을 완성한바, 이것이 중국계약법의 입법에 대하여 참고가 되었다(Kitagawa, Non-Japanese Elements in Japanese Contracts, in Symposium on Chinese and European Concepts of Law, March 20-25, 1986, Hong Kong, 상세히는 어제 국제심포지움의 ‘일본계약법과 모델계약법’).

이들은 비교법 가운데 민법모델이 상호 관련되고 있는 전개례이다. 이들이 일본민법의 해석론에서도 퍼져나가고 있다. 특히 1990년 전반에 간행한 “民法講要 6卷”은 각 항목에 최대 8행 코드를 붙여서 관계되는 다른 설명, 판결, 법령 등에서의 상호 참조를 가능하게 하였다. 이 코드는 현재 CD 판(“JALO 民法講要 2007”)에서는 컴퓨터 화면상으로는 자유자재로 검색하여 인쇄하는 것이 가능하다. 이에 덧붙여 2000건 이상의 판례, 300건 남짓의 민사법령이 같은 코드를 붙인 데이터 베이스화되어 있다.

이 민법 모델은 법해석 시스템론에서 제창하고 있는 바와 같이 민법강요를 하나의 거점으로 시스템의 성능을 높여 통합적인 민법 데이터베이스를 구축할 예정이다. 여기서 전개하고 있는 민법 모델은 포괄적인 민법체계이다.

끝으로

본 강연은 일본민법학의 역사와 이론에 대하여 논하여 왔다. 이 테마는 개인

이 다루기에는 어려운 것이지만 주최자의 희망으로 생각해 본 것이다. 그 방법으로서 개인의 연구사를 토대로 하여 일본민법학의 역사를 논하고 그 이론에 대하여 여러 가지로 생각을 해보았다. 제가 생각해 온 것이 일본민법학에 관한 설명으로서 빛나간 것이 아니기를 바랄 뿐이며, 조금이라도 그 나름대로 참고가 되면 다행이겠다.

끝으로 일본 민법학에 대하여 몇 가지 自問을 하고자 한다. 일본 민법학은 현재 매일같이 교과서가 간행되어 매우 활기를 띠고 있다. 그리고 저로서는 이를 설레주의 내지 사례주의라고 하고 있는데, 상세한 설레에 대하여 법률론이 세밀하게 전개되고 있다. 그에 따라 법지식은 축적되어 간다. 제 물음은 거기에 무성한 앞서기는 훌륭하지만 그 앞의 가지나 줄기가 무엇인지는 보기 어렵게 되지는 않을까, 독일 학설계수에 의해서 만들어진 민법학의 원형을 대신할 민법이론은 있는가, 판데텐체계와 함께 모든 체계감각을 잃어버리게 되는 것은 아닌가, 일본민법학은 이와 같은 과제를 안고 있는 것은 아닌가 하는 점이다. 이 자문으로 본강연을 마치고자 한다. 강연을 청취해 주신 여러분께 감사드린다.

이상.