

「일본 근대법 체계의 역사적 특질」附論

I. 들어가며

저의 보고에 관해서는 이미 문서를 작성하여 한국어 번역문도 배포되어 있을 것으로 생각하기 때문에, 여기에서는 저의 발표의 전제 내지 주변 문제 중 몇 가지에 관해 코멘트하려고 합니다.

1. 보고문에서 거론한 ‘제국헌법·메이지민법’의 前史

보고문에서는 프랑스 근대법 및 일본 근대법의 특성을 비교하여 논하는 데 그쳤습니다. 이어지는 과제는 ‘왜 프랑스 근대법은 저러한 형태가 되었고, 일본 근대법은 이러한 형태가 되었는가?’하는 문제를 생각하는 것입니다.

이렇게 문제를 설정하면, 필연적으로 우리는 각각의 前史에 주목하게 됩니다. 이 문제를 논하는 데에는 그야말로 방대한 시간을 요하기 때문에, 여기에서는 거기에 들어가지 않습니다. 다만 한 마디로 표현한다면, 근대의 前史로서, (a) 자연법의 관념이 형성된 프랑스 近世(絶對主義)의 法과 國制와, (b) 그와 대척적인 ‘非理法權天’¹⁾** 법관념이 지배하고 있던 근세 일본(江戶時代)의 법과 국제 사이의, 날카로운 대조가 문제됩니다. 그리고 각각은 다시 역사를 거슬러, (A) ‘좋은 오래된 법=권리’의 관념이 지배하고 있던 프랑스 중세의 법과 국제

1) ** 역주: 이는 각각 독립된 개념인 非, 理, 權, 法, 天이 조합되어 만들어진 법격언으로서, 그 의미하는 바는 ‘비<리>법<권>천’과 같이 후자가 전자보다 우위에 있다는 것이다. 미즈바 야시 교수는, 이 법격언이 바쿠한(幕藩) 체제 성립기의 법관념의 중요한 특징 중 하나를 나타낸다고 한다. 그 핵심적 의미는 ‘道理는 法도에 의해 개어지고, 그 법도는 權力에 의해 개폐될 수 있다’는 ‘理法權’ 관념 및 ‘그러한 권력도 天道라는 초월자의 지배 아래 있다’는 ‘天道’ 관념으로 요약된다. 상세한 것은, 水林彪, 「法秩序の19世紀-「天」と「理」の行方」, 小森陽一 外 編, 『近代日本文化史 2 コスモロジーの近世』(岩波書店, 2001).

와, (B) 그와는 대척적인, 律令天皇制 시대의 일본의 법과 국제의, 이 역시 날카로운 대조가 부상하게 됩니다.

이상과 같은 것을 떠올리면서, 이 번 보고에서는 시간과 지면의 제약 등을 고려하여 일본과 프랑스의 근대법의 특성 파악에만 논점을 좁힌 것입니다. 근현대의 ‘특성 파악’은 사회과학의 과제의 일보에 불과하며, 그 다음에는 그것을 발판 삼아 ‘역사적 인과귀속’을 탐구하는 것이 과제가 됩니다. 그리고 이것이야말로 법사학만이 감당할 수 있는 과제라고 저는 생각하고 있습니다.

2. 일본법제사와 서구법제사의 합류점으로서의 일본근대법

발표문에서는 프랑스와 일본을 주로 일본의 특성파악이라는 관점에서 비교하여 다루었습니다. 그러나 프랑스법과 일본법의 관계는 그에 그칠 수 없는 성질을 가지고 있습니다. 왜냐하면 일본민법은 우선 프랑스 민법 계수의 형태로 시작되었기 때문입니다. 프랑스 근대법은 일본 근대법에 있어 단순한 비교의 대상이 아니라 일본근대법사의 前史를 이루고 있는 것입니다.

그러나 <프랑스 근대법사→일본 근대법사>라는 흐름만으로는 일본 근대법의 역사적 연구로서는 결정적으로 불충분합니다. 프랑스 근대법(뿐만 아니라, 서구 근대법 일반)은, 일본에 계수되자-마치 외래종의 식물이 일본적 토양에 이식되면, 일본적 토양과 기후·풍토에 영향을 받아 변용되는 것처럼-, 일본적으로 변용되었습니다. 그리고 그와 같은 母法을 변질시키는 그 무엇(etwas)이란 어떤 것인가를 탐구하면, 근세(에도 시대)까지의 일본 고유법이 문제로서 떠오르게 됩니다.

요컨대, 일본 근현대법은 서구법사라는 큰 강과, 일본법사라는 다른 하나의 큰 강의 합류로서 관찰해야 하다는 것입니다(일본법사를 거슬러 올라가면, 중국법의 계수라는 대사건에 부딪치기 때문에, 중국법사라는 큰 강 역시 문제로 떠오르게 됩니다).

3. 근대민법의 始原

이상과 같은 관심에서, 저는 근대민법의 시원을 찾는 논문을 2008년에 집필 하였습니다(『近代民法の本源的性格－全法体系の根本法としてのCode civil－』, 『民法研究』 5號). 현재는 그 연장선상에서 1791년 헌법에서 “Code de lois civiles 가 작성될 것이다”라는 형태로 예고되었던 바의, 1791년 단계에서의 Code de lois civiles 구상이란 어떤 것이었는가 하는 문제에 관심을 가지고 자료를 조사하기 시작하였습니다.

당시의 프랑스 혁명의회자료를 읽어야 하기 때문에 시간이 필요한 작업입니다만, 작업 도중의 감촉을 말씀드리면, Code de lois civiles는 1804년의 Code civil 보다도 훨씬 풍부한 내용을 가지고 있는 것처럼 느끼고 있습니다. 정종휴 선생은 발표문 중에서 ‘현대 민법’의 중요한 특질로서 “인격권의 눈부신 발전”, “인격이야말로 민법의 모든 근본원리의 원천이라는 사실이 인식될 것이다”라고 지적하고 계십니다만 정종휴, 『한국민법의 제정과 발전』[원 발표문], 61면, 이와 같은 것은 이미 1791년의 Code de lois civiles에는 내포되어 있던 것이 아닌가 하는 것입니다. 조금 구체적으로 말씀드리면, Code civil의 제1편 ‘사람(人)’이 Code de lois civiles 구상에서는 좀 더 풍부한 내용을 가지고, 즉 ‘人格權法’이라 불러도 좋을 내용을 가지고 규정되는 구상이었던 것은 아닐까 하고 생각되는 대목이 있습니다.

이 작업을 계속하여 논문을 쓰는 것을 가까운 장래의 과제 중 하나로 삼으려 합니다.

4. 호즈미 야츠카에 대하여

이번 발표를 준비하기 위해, 호즈미 야츠카의 글을 다시 읽어보았습니다만, 다음 두 가지 점에 강한 인상을 받았습니다.

- (1) 우선, 야츠카는 일본 근세의 國制의 본질을 꿰뚫고 있다는 것입니다. 그

는 자신을 길러준 사회(근세 바쿠한[幕藩]체제)가 어떤 것인지를 피부로 느끼고 동시에, 그것을 언어화하고 이론화할 수 있었던 존재였다고 생각합니다. 거꾸로 말하면, 일본 근세의 국제(그리고 그 前史)의 것을 잘 이해하지 않으면, 야츠카라는 인물의 국제와 법에 관한 사상은 진정한 의미에서는 이해할 수 없다고 느꼈습니다.

(2) 다음으로, 야츠카는 일종의 ‘공산주의자’라는 것입니다. 친형 호즈미 시게노부는 지금 식으로 말하면 ‘신자유주의자’입니다만, 아우 야츠카는 그것과 날카롭게 대립하는 바의, 사회적 약자에 따스한 시선을 보내는 사람이었습니다. ‘공산주의’라 했지만, 쉰사회적 차원에서 사람들의 공산적 결함을 주창하는 공산주의자가 아니라, 이에[家]와 무라[村]이라는 전통적 공산조직에 발판을 두고, 그것을 천황제적으로 통합한다는 공산주의입니다.

5. 메이지민법의 非 내지 反 윤리적 성질

발표문서에서는 메이지민법 기초자의 한 사람인 호즈미 노부시게가 우승열패의 진화론의 신봉자였음을 강조하였습니다(우메 겐지로[梅謙次郎]의 民商法統一論에도 호즈미의 사상과 통하는 점을 느낍니다).

이 점을 발판으로 삼아 메이지민법을 구성하는 제도들 가운데 구체적으로 그 반영을 발견하는 것이 추후의 과제입니다. 예단은 금물이지만, 그러나 노부시게와 우메의 사회사상·법사상이 구체적 제도에 반영되지 않을 리가 없기 때문에, ‘메이지민법에서의 非·反 윤리적 계기’는 유력한 작업가설이 된다고 생각합니다. 조금 구체적으로 말씀드리면, 메이지민법 내지 일본민법학에서의 占有訴權論(객관설)과 時效論(악의자에 대한 관용, 실체법적 이해 등) 등에서 저는 非·反윤리적 성질을 강하게 느낍니다. 제 자신의 금후의 관제로 삼고 싶습니다.

6. 민법전 개정문제와 법사학

마지막으로 한국 및 일본에서 조만간 이루어지게 될 민법전 개정이라는 法史上的의 대사건에 관해서 법사학도 진지하게 씨름하지 않으면 안 된다는 것을 말씀드리고 싶습니다. 역사학은 ‘古事學’이나 ‘好古學’이 아니라 현대에 살아가는 우리들에게 절실한 문제를 역사적으로 고찰하려고 하는 학문이기 때문에, 민법전 개정사업에서 구체적 발언하는(할 수 있는) 법사학자가 나오는 것이 바람직하며, 민법전 개정이 이루어진 직후에는 ‘금시 민법전 개정의 역사적 의의’라는 논문을 쓰는 법사학자가 몇 사람이라도 자라나는 것이 절실히 요망됩니다. 그러한 법사학자가 특히 젊은 법사학자가 아시아연구교육거점사업 속에서 키워지는 것을 아시아연구교육거점사업의 코디네이터로서 기원하고 있습니다.