19세기 조선의 국가, 법, 사회
제2회 Roundtable 자료집

GRDSS
(Global Round Table with Distinguished Scholar Series)
“우치다 다카시 교수(도쿄대 명예교수)와의 Roundtable”

○ 일시: 4월 8일(금) 19:00 ~ 21:00
○ 장소: Zoom 회의

이 자료집은 2019년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임.(019S1A5C2A02082825)

목차

1. ‘법학의 탄생’ 한국어판 서문과 역자 후기 ····· 4
(정종휴, 전남대 법학전문대학원 명예교수)

2. 지정토론자 질문지 모음 ····· 20
(심희기, 연세대 법학전문대학원 명예교수·산학특임교수)
(윤진수, 서울대 법학전문대학원 명예교수)
(이진기, 성균관대 법학전문대학원 교수)

3. 개정민법하나시 서문 · 목차 · 개요 ····· 35
(우치다 다카시, 도쿄대 명예교수)

한국의 독자 여러분께 (한국어판 머리말)

서양 열강이 아시아에 밀려들던 19세기, 아시아 국가들은 개국하여 서양화할지 또는 서양 식민지가 될지 선택을 강요당했습니다. 그런 가운데 일본은 아편전쟁의 결말에 큰 위기감을 안고 개국을 결단해 서양화에 매진했습니다. 그때 열쇠가 된 것이 서양에서 탄생한 법학을 수용하는 것이었습니다. 나라의 근대화(서양화)에는 법학이 필수였기 때문입니다.

법전이나 법 제도의 계수는 외국인이 도울 수 있고 심지어는 강제할 수도 있습니다. 그러나 법학은 단순한 기술이 아니라 언어이며 사고 양식이므로 밖에서 밀어 넣을 수 없습니다. 단적으로 말하면, 그 나라에 법학자라고 부를 수 있는 인물이 탄생하지 않으면 법학을 수용할 수 없는 것입니다. 그렇다면 19세기 후반에 일본인은 서양의 어떠한 법학을 어떻게 수용한 것인가? 이 책은 그 대답을 찾으려 한 역사 연구입니다.

서양식의 법 제도를 갖추어 서양의 법학을 그런대로 수용하는 데 성공한 일본은 그 후 아시아의 인근 국가들, 특히 조선왕조, 그리고 대한제국에 대하여 서양 열강이 일본에 대하여 했던 것과 같은 태도로 개국과 근대화를 강요하고 마침내는 식민지화에 이르렀습니다. 이 역사를 이 책의 테마와 관계 지어 말하면, 서양 법학을 수용한 일본이, 그것으로 한국의 법문화와 마주한 시대가 있는 것입니다. 일본 민법의 기초자 중 한 명인 우메 켄지로오를 포함한 많은 일본 법률가들이 그 작업에 관계했습니다.

일본이 서양으로부터 받아들인 법학이 어떠한 것이었는가 하는 물음에 답하려면, 실은 그 시대 한일관계의 역사에 대한 고찰은 불가결하다고 생각합니다. 즉, 한국에서 서양 법학을 수용하는 관점에 서서, 그 시선으로 일본의 법학을 보았을 때, 어떠한 모습이 보이는지를 탐구할 필요가 있고, 그렇게 함으로써 일본이 수용한 법학의 모습을 입체적으로 파악할 수 있습니다. 그러나 이 책은 거기까지는 들어가지 않았고, 그러한 연구는 도저히 저 한 사람의 힘으로는 할 수 없습니다.

제가 읽을 수 있는 문헌에는 당시 일본이 대한제국에 대해 어떻게 사법(司法)의 근대화를 강제했는지에 대한 연구는 적지 않습니다. 그렇지만 한국인이 법학을 어떻게 받아들였는가 하는 시점이 반드시 충분하지는 않은 것으로 생각됩니다.

그래서 저로서는 아시아에서 서양 법학을 수용한 방식에 관심을 가진 한국의 법률가나 연구자와의 커뮤니케이션을 원하고 있던 차였습니다. 그런 의미에서 이 책이 법에 관심을 가진 한국 독자들에게 읽힐 수 있게 되는 것은 저의 큰 기쁨입니다. 한국어판의 간행을 제안할 뿐만 아니라 스스로 번역의 수고를 맡으심으로써 이 일을 실현해 주신, 나의 경애하는 친구 정종휴 선생님에게 진심으로 감사 말씀을 드리고 싶습니다.

정 선생님은 주교황청 대사도 역임한 글로벌 법학자이자 일본어를 포함한 여러 언어에 대한 어학 능력 외에도 일본 문화에 대한 교양도 깊습니다. 정 선생님은 그 교양

으로 뒷받침된 깊은 이해를 바탕으로 번역을 실현하셨습니다. 원문의 의미와 표현에 대해 몇 번이나 주고받은 정 선생님과의 이메일 커뮤니케이션은 저에게 굉장히 즐겁고 지적 자극으로 가득한 체험이었음과 동시에 새로운 발견의 기회이기도 했습니다.

본서의 번역작업은 제2차 세계대전 후 최악이라는 평가도 있는 한일 외교 관계의 악화나 사람의 이동이 멈추어 버린 세계사상 미증유의 코로나 위기의 와중에 진행되었습니다. 그러나 그 어려움 속에서 정 선생님이 보여 주신 우정에 심심한 사의를 표하고 싶습니다. 정 선생님의 명 번역을 통해 한 분이라도 많은 한국의 독자께서 이 책의 주제에 관심을 가져 주시기를 진심으로 바랍니다.

2021년 10월 일

우치다 타카시

책을 펴내면서 (역자후기)

『법학의 탄생』을 펴내면서 옮긴이는 무슨 말을 먼저 해야 할까. 책 소개나 서평? 일본에서의 반응? 한국과의 관련? 아니다. 이 책의 주된 독자층은 법학을 연구하거나 학습하는 분들이라 생각되므로 먼저 우치다 타카시라는 지은이 소개부터 시작하는 것이 좋을 것 같다.

우치다 타카시 교수는 무엇보다 저명한 민법학자이다. 그의 약력이라면 이 책 말고도 어디서든 쉽게 알 수 있다. 여기서는 우치다 교수의 교과서 민법 시리즈에 얽힌 일화를 소개하겠다(이하 I-V에서는 경칭 생략).

I.『민법』시리즈

우치다를 말하려면『민법』교과서를 빼놓을 수 없다. 그의『민법I(총칙/물권총론)』의 초판이 나온 것은 1994년이었다. '서문'에서 그는 "일본에는 민법 '교과서'가 없다"고 썼다.
그가 말하는 '교과서'란 교육을 받는 입장에 대한 교육효과를 생각하여 쓰인 초학자용 텍스트였다. 당시 시판 중인 수많은 민법 교과서를 교과서로 여기지 않은 것이다. 또 그는 학부 2학년 때 들은 민법강의에도 불만이 컸다. 그 강의야말로 원로 교수의 학식이 응축된 고수준의 강의였음에도 학부 2년생에게는 '돼지에게 진주'였다고 고백한다. 무엇보다 이해하기 힘들었던 것이 "왜 민법학이라는 학문이 있는가"였다. 이 문제는 이와 같이 풀이해야 한다는 식으로 결론을 내는데, 교수님에게 무슨 자격이 있어서 그러한 결론을 낼 수 있고, 어째서 조문과는 별도로 '해석론'이라는 이론이 전개되

는가, 도대체 민법학이란 무엇을 하는 학문인지 알 수 없었다는 것이다. 실증과학이 아닌 민법학이 조문에도 쓰여있지 않은 것을 “이렇게 풀이해야 한다”고 주장하는 것을 무엇으로 정당화하는가? 단순히 교수가 자기의 생각을 말하는 것과는 어떻게 다른가.

‘입문’서를 보아도 의문은 풀리지 않았다. 학생 시절 “만약 민법학자가 된다면 반드시 지금의 이러한 의문에 답하는 교과서를 써야지” 했던 생각으로 시작했던 것이 『민법I』이다. 비록 의문에 대한 ‘정답’을 찾은 것은 아니나, ‘정답’을 탐구하는 모습을 보이는 것이 교육이라고 생각한 것이다.

『민법I』은 우치다의 강의를 듣는 학생들을 위한 책이었으나 독서계의 반응은 뜨거웠다. 특히 학생이 아니라 회사원이나 공무원 같은 일반 사회인들로부터 호의적인 감상을 쓴 수많은 독자 카드가 출판사로 돌아왔다. “만약 학생 시절에 이 책이 있었더라면 법률을 더욱 제대로 공부할 수 있었을 텐데”라는 내용이었다. 또 은퇴한 고령자들로부터도 “학생 시대에 와가츠마 선생님의 책으로 공부했는데, 선생님 책은 그보다 알기 쉽게 쓰여져 있다”는 호평 일색이었다. 학생이 아닌 독자들 가운데는 책에 끼어있는 독자 카드에 감상을 적는 것으로 모자라 토오쿄오대학출판회 앞으로 장문의 편지를 보낸 사람도 있었다.

이러한 가운데 1996년의 두 번째 『민법III(채권총론/담보물권)”은 책이 간행되기 전에 예약만으로 10,000권 정도가 다 팔려, 1쇄 간행 전에 2쇄를 계획해야 했다는 식으로 대호평이었다. 니혼케이자이신문(일본경제신문)에는 법률 경제관계 주간 베스트셀러 1위로 소개되기도 했다. 이를 두고 수많은 베스트 셀러의 저자요 한국에도 잘 알려진 저명한 민법 교수는 ‘일종의 사회현상’이라면서 ‘법률 교과서의 컨셉을 바꾸었다’고 평하였다.

이어서 『민법II(채권각론)』(1997)와 『민법IV(친족/상속)』(2002)가 나옴으로써 민법 전체를 아우르게 된 우치다 민법 시리즈는 판을 거듭하여 2020년 4월에는 『민법III(채권총론/담보물권)』의 제4판이 출간되었다. 우치다는 학생을 위하여 쓴 책인데 학생도 아니고 법률가도 아닌 독자가 많다는 사실에 놀라 “법률 교과서를 자발적으로 읽는 독자가 사회에 많이 존재한다는 사실을 알고 일본 사회의 리걸 리테라시를 생각하게 되었다”고 한다.

II. 채권법 개정의 산파

우치다를 말하는 또 하나의 요소라면 121년 만에 근본적으로 개정된 일본민법 채권법 개정작업일 것이다. 19세기 말에 제정된 일본민법이 “주로 프랑스와 독일을 중심으로 한 서구 민법의 첨단 성과를 일본에 도입한 것”이었다고 한다면, 2017년 5월 개정되어 2020년 4월부터 시행되고 있는 개정 일본민법은 “특정 외국의 입법을 본받은 것이 아니”라고 한다. 판례법을 명문화하는데 그치지 않고 일본민법 시행 이래 1세기 이상 일본 사회의 변화와 경제의 확대발전을 감안하여 현대사회에 맞는 규범을 조문

화했다는 측면도 있지만, 주요 부분은 오랫동안 일본의 실무 과정에 형성하고 축적해 온 "조문 밖의 룰"을 법전 속에 명문화했다는 것이다.
이 개정작업은 2006년에 채권법 개정의 필요성을 검토하는 작업으로 시작되었다. 우치다는 '채권법 개정 검토 위원회'라는 학자들 모임에 사무국장을 맡아 회의시간만 1300시간을 넘은 약 260회의 회의 전부를 주관했다. 전체적으로 보아 그의 발언 빈도는 낮은 편이다. 우선 입법안의 내용을 "우치다가 리드하여 결정"하는 일은 전혀 하지 않았다. 원안을 작성하는 15명의 학자(다섯 분과회에 각 3명씩)의 의견이 최종적으로 정리되도록, 대립이 생길 때마다 관계하는 학자의 의견을 조정하는 데 힘을 썼다. 그 성과는 2009년 3월『채권법 개정 기본방침』으로 공개되었다. 나는 한국민사법학회의 일원으로 4월 29일 와세다대학에서 하루 종일 열린 그 심포지엄에 방청할 영광을 얻었다. 천 명 이상의 참가자로 채권법 개정에 관한 열기가 뜨겁던 그 심포지엄에서 우치다는 여러 사람이 발표할 때 무대 위에 함께 자리하고 있으면서 처음부터 끝까지 아무 인사말도 발언도 하지 않는 걸 보고 나는 내심 크게 놀랐다.
그 후 2009년 10월 법무대신의 법제심의회에 대한 민법 채권관계 규정의 손질에 대한 자문 요청이 있었고, 그 자문에 따라 법제심의회에 민법(채권관계)부회가 설치되어 11월부터 심의가 시작된다. 먼저 '논점 추출'을 하고, '민법(채권관계)의 개정에 관한 중간적인 논점정리'(2011.4), 제1회 퍼블릭 코멘트, 관계업계 의견 청취, '민법(채권관계)의 개정에 관한 요강 가안'(2014.8), '개정 요강안'을 거친 '개정 요강'(2015.2)은 법제심의회에서 법무대신에게 답신되고, 이에 따른 법안이 2015년 3월 통상국회에 제출되어 2017년 5월 26일 가결에 이른다.
우치다는 이 민법 개정을 위하여 토오쿄오대학 교수직을 그만두고 법무성 "참여" 자격으로 민법 개정작업에 투신했다. 우리에겐 익숙하지 않은 직책이라 '참여'가 뭔지 우치다에게 물어본 적이 있다. 법무성 내의 상하 관계에 속하지 않고 오직 특정 임무(민법개정)만을 위해 법무대신에 직속하는 자리라는 설명을 들은 것 같다. 법제심의회(민법[채권관계] 부회)는 3주에 1회, 1회에 약 4시간 이상 회의가 100회 이상이었다고 한다. 어떤 때는 8시간 걸리기도 했다고 들었다. 일본적 컨센서스 방식을 취하여 실질적 만장일치였다. 관련자료와 의사록은 모두 공개되어 출판되었다. 입법자료의 분량이 엄청나다. 의사록과 부회자료가 A5판 책자.....권 약 .....쪽에 이른다. 권마다 사항색인이 붙어 참고하기 쉽다. 여기에 채권법 개정의 전 단계라 할 자료집(예컨대,『상해/채권법 개정의 기본방침I-V』) 등을 더하면 일본 채권법 개정작업은 과문한 탓일지 모르나 19세기 말 서구식 민법을 받아들인 동반구에서는 말할 것도 없고 어쩌면 채권관계에 관한 인류역사상 가장 방대한 입법자료가 아닐까 싶다.
그런데 이 자료집이 보여 주듯이, 우치다는 요소요소에서 발언은 하고 있으나 그 횟수가 후반에 갈수록 줄어든 것을 알 수 있다. 그 이유는 하나는 부회에 제출하는 법무성의 원안 작성에 깊이 관여하고 있기 때문에 부회에서 찬반의 의견을 말하는 입장이 아니었기 때문이다. 그러나 또 다른 이유로, 원안이 다양한 이해관계자와의 타협의 결과, 우치다의 의견과는 다른 내용이 되어 있는 경우가 많았다는 사정도 있었다. 우

치다는 법무성의 “참여”로서 사무당국에 속해 있는 이상 원안을 비판할 수는 없었고, 그렇다고 원안을 지원하는 발언도 하기 어려웠다. 이러한 사정들이 학계에서의 그의 위상을 포함하여 많은 것을 시사해 주는 것으로 여겨졌고 역시 그의 채권법 개정의 산파다운 면모가 드러나는 것이라 하겠다.

III.『법학의 탄생』

현역에서 물러나고 보니 맘만 먹으면 책을 처음부터 끝까지 읽을 수 있다는 이점이 있다. 2016년 정년 후, 그리고 2018년 로마에서 돌아온 후 몇 권의 책을 통독/완독/정독할 수 있었다.『법학의 탄생』은 그중의 한 권이다.

이 책을 읽으면서 우리 스스로 서양 법학을 수용하기로 했다면, 우리 한국이 병인양요(丙寅洋擾, 1866)나 신미양요(辛未洋擾, 1871) 때 개항하여 일본과는 직접 관련이 없이 서구화의 과정을 걷기로 했다면 어떤 모습의 것이 되었을까 하는 헛된 상상을 하기도 하면서 동아시아 각국 법학의 탄생과 깊은 관계가 있는『(일본에서의) 법학의 탄생』을 읽은 것이다.

.

초창기 일본에서는 실용적 서구학문에 대한 갈망은 컸으나 서양 정신에 빠지지 않아야 한다는 경계심이 컸다. 그래서 ‘화혼양재’가 강조되었다. 아울러 일본의 “서양 법학 수용은 한학이라는 필터를 통한 번역에 의한 수용”이었다. 그것은 “한 인간이 두 삶을 살고 있는 것과 같고 또 한 사람 속에 두 몸이 있는 것과 같은 경험이었다.” 초창기 일본인들은 전혀 다른 두 개의 세계관을 비교하면서 서양문명을 배운 것이다.

저자 우치다는 호즈미 노부시게와 야츠카 형제를 통하여 피가 통하는 역사를 서술하려 했다. 법학의 ‘탄생’이라지만 그렇다고 호즈미 노부시게는 일본에서 처음으로 법학을 배우거나 가르친 사람이 아니었다. 그가 유학을 떠난 것은 1876년으로 1853년 일본이 개국한 지 21년이 되어 벌써 일본은 유학생 파견과 외국법의 수용 및 교육을 둘러싼 시행착오를 겪던 차였다. 이 점을 충분히 감안하더라도 호즈미 노부시게가 토오쿄오대학 교수가 되기까지의 그의 이력은 놀라움 그 자체였다.

노부시게가 15살에 공진생으로 선발되기 전 고향 우와지마에서 배울 때 서도, 수영, 검도, 유도, 국학, 산술, 영어 등 10과목은 각각 한 명의 스승이 맡았으나, 한학(=주자학) 만큼은 13명의 스승이 있었다. 10대 전반에 철학이자 세계관이며 비판이론이기도 한 주자학을 스스로의 생각에 내재될 정도로 철저히 익혔다는 것이다. 그 후 노부시게는 공진생으로서 토오쿄오의 개성학교에서 외국인에 의한 영어 강의를 통해 오스틴 등의 분석학파의 학설, 메인 등 역사학파의 학설 등의 전문교육을 받고 21살 때 영국으로 떠난다. 런던의 미들템플에서 해마다 한 명 뽑는 ‘일등학사’로 선발된 노부시게는 영국 교육에 만족하지 못해 바리스타 자격만 취득한 후 독일로 건너갔고, 1년

후 토오쿄오대학으로 초빙받아 귀국한다. 1881년의 일로 그의 나이 26세 때였다.

이 무렵까지 일본에서는 외국인들이 외국어로 법학을 가르쳤다가 점차 서양에서 법학을 배운 일본의 법학자가 일본어로 법학을 가르치게 된다. 호즈미 노부시게는 그런 의미에서 일본 최초의 '법학자'의 한 사람이었다. 노부시게는 토오쿄오대학 교수로서 일본에 서양법학과 법학 교육의 도입, 그리고 그 정착 및 발전을 이끌었다. 대학에서는 법리학, 민법원리, 영국형사법, 해상법, 로마법, 법학통론 등을 강의했다. 그의 제자가 붓으로 쓴 노부시게의 '법학통론' 강의 노트는 숙연한 느낌을 준다. 다수의 계몽적인 글을 집필하면서 자연법학을 비판하고 역사법학을 주장하면서 법률의 진화를 외쳤다. "자연법설에서 방황하지 말고 진화주의의 낙원에서 즐겨라!"
법전논쟁에서는 '법전론' 등으로 연기파의 이론적 지주가 되었다. 이어서 일본 메이지 민법, 법례(국제사법), 국적법의 제정과 형법 및 형사소송법의 개정에 참여했다. 수많은 법률용어를 만들어 냈고, 번역어를 정비했다. 일본의 전통 제도를 그의 장대한 법률진화론 속에 자리매김하려 했다. 물론 말년에는 그의 입장과 평가도 바뀌었다고는 하지만 그의 사상적 토대는 진화론과 역사법학이며 반자연법이었다.

노부시게보다 5살 어린 야츠카는 일본 최초의 헌법학자였다. 토오쿄오대학을 마친 24살의 야츠카는 독일 유학을 떠나기 수일 전 이토오 히로부미로부터 내밀한 의향과 용의주도한 주의를 듣고 유학 목적을 '헌법 전공'으로 특화한다. 야츠카가 유학했던 1880년대의 유럽은 전례 없는 경기 침체와 임금 노동자의 대량출현으로, 그들이 정치적으로 조직되면 과연 어떤 일이 생겨날까 하는 불안을 낳았다. 야츠카는 유럽의 상황을 관찰하며 일본의 가까운 미래를 본다. 또한, 1880년대는 제국주의가 특징으로 서양 열강과 대치한 나라는 지배하든지 지배당하든지의 선택이 강요되었다.
국민 간의 '생존을 둘러싼 투쟁'이 정치의 기조가 된 마당에 동양의 섬나라 일본이 지배당하지 않는 쪽에 들어가기 위해서는 국가를 위해 목숨을 바칠 '국민의 충성심'이 절대적으로 필요했다. 그러나 에도 시대의 일본에서 '일본국 통합의 상징'(일본국헌법 1조)이었던 것은 토쿠가와의 쇼오군이었지, 천황의 존재 같은 건 대부분의 국민이 의식조차 하지 않았다. 그럼 일본의 역사에는 없던 '국민'과 '충성'을 어떻게 조달할 것인가? 메이지 정부의 중심세력은 서양의 그리스도교라는 것이 '황당하고 기괴'한 것임에도 불구하고 국가 통일의 기반이 되어 있음을 보고 종교의 중요성을 깨닫는다. 그러나 불교나 신토오는 그 역할을 할 수 없는 것으로 보여 서양의 그리스도교에 갈음하는 '우리나라(=일본)의 축'으로서 천황제를 의도적으로 '날조'했고 이것을 이른바 '대일본제국헌법'으로 선언한 것이다. 이 대목을 읽으면서 나는 이 책을 번역해야겠다는 생각이 들었다.
야츠카에게는 충성심의 조달책으로 날조된 천황 중심 지배 이데올로기를 서양의 국법학 이론으로 정당화할 사명이 주어졌다. 힘없는 존재인 천황제에 확고한 법학적 정당화를 해야 했던 것이다. 야츠카는 정치적 이론과는 구별된 법의 독자적 영역이 존재

하고 거기에는 독립적인 논리가 존재한다고 했다. 천황제에는 그리스도교를 대체하는 종교성을 갖게 해야 하므로 신(神)인 천황은 곧 국가이며, 천황의 권리에는 실정법상 제약이 있을 수 없다. 국체와 정체도 구별하여, 일본의 역사상 정체의 변화는 있어도 주권자 천황을 받드는 국체는 불변이라는 명제를 내세운다. '대일본제국헌법'은 종래의 천황주권국가라는 불문헌법을 성문법으로 바꾼 것이므로 헌법의 '개정'이라는 황당한 논리를 폈다. 야츠카의 헌법이론은 구한말 유치형 강술/신해영 교열『헌법』(1908년)으로 번역되어 당시의 법학교육에 쓰이기도 했다.
야츠카는 천황의 절대권력을 정당화하기 위해 일본이 조상을 섬겨왔고 일본의 각 가정의 궁극점에는 천황이 있다는 식의 '조상교(祖上教)'론을 펼쳤고 이를 또 공리주의적 관점과 국민 교육의 차원에서 정당화하였다. 이렇게 그는 천황 중심주의 국체론의 최강 이데올로그가 되었으나 반발도 많았고 당연히 "그는 자기 학설을 제정신으로 믿고 있었던 것일까?"하는 의문도 나왔다.

Ⅳ. 일본에서의 법학의 탄생에 대한 평가
호즈미 노부시게와 야츠카 형제의 행적을 통해 본 일본에서의 법학의 탄생을 어떻게 보아야 할까. 아마도 우치다와 이 점에 의견의 차이가 있을 수 있지 않을까 싶다.

먼저, 21세기에 사는 우리는 19세기 말과 20세기 초에 걸쳐 전개된 일본에서의 서양법 수용과 교육, 천황 지배 이념의 형성과 그 법리적, 정치적, 도덕적 정당화를 어떻게 평가해야 할 것인가? 반일 증오심에서 무조건 부정적으로만 보아야 할까? 아니면 냉정한 내재적 이해도 필요한 것일까? 호즈미 노부시게나 야츠카나 일본이 서양법학을 수용하려 했던 가장 초기 법학자들이었다. 노부시게가 시작한 법학은 일본의 법학에 그치지 않고 한국을 포함한 동아시아 각국 법학의 출발점으로서 의의가 있는 것이 아닐까. 또 천황이 곧 국가라는 야츠카의 이론은 아무리 이상하게 보일지라도, 그것이 일본 최초의 헌법이론으로서 제시되었다는 것은 일본의 서양법학 수용의 한 형태였다는 평가에 동의할 수 있지 않을까? 그것도 19세기 말 침략과 팽창 위주의 제국주의 시대에 그리스도교와 같은 초월적인 가치를 모르던 일본인들에게는 일본이 어떻게 하면 세계의 추세에 낙오되지 않고 열강의 대열에 낄 수 있을 것인가, 어떻게 하면 부국강병(富國强兵)을 이룰 것인가 하는 그들 나름의 고뇌의 산물이었다고 보는 것은 지나친 미화일까? '아는 것이 힘'인데 노부시게나 야츠카나, 그리고 초창기의 수많은 법학자가 그 힘을 사리사욕을 위해 썼다는 기록은 없다. 곡세아필이 갈수록 두드러지고, 부와 권력을 위해서라면 법의 이념 따위는 쉽게 팽개치는 경우가 허다한 한국의 법학계에는 뼈아픈 사례가 되는 것이 아닐까. 또 부국강병은 무릇 세상의 국가 지도자들에게 어느 시대에나 요청되는 목표가 된다고 볼 수는 없을 것인가?

다음으로, 천황지배 이데올로기에 대하여 한마디 하겠다. 나 자신 가톨릭 신자로서 일본인들의 "대일본제국헌법"과 같은 국가 시스템 확정과 정당화 방식은 황당하고 가소

롭기 그지없다. 가톨릭 신자들은 다른 종교와 비교해 우월주의에 빠진 나머지 가톨릭 교회를 제일가는 종교라고 여기는 것이 아니고 "유일한 진리의 종교"라고 믿는다. 진리이기 때문에 가톨릭 신앙을 갖는 사람들에게 일본에서 본래는 없었던 천황 지배 이데올로기가 그리스도교의 기능적 등가물로서 날조되었다는 것은 도저히 묵과할 수 없는 난센스이다.
국민 통합, 국가 발전을 이루려면 어디선가 애국심과 충성심을 조달해야 한다. 이토오 히로부미와 같은 메이지 정부 지도자들은 서양의 그리스도교에 갈음하는 "우리나라의 기축", 즉 국가 통일의 기반으로서 천황제를 의도적으로 선택했다.
프랑스혁명 이전의 유럽에서의 왕이란 그리스도의 대리였다. 더 정확히 말하면 왕의 권위는 가톨릭교회가 가르치는 그리스도의 권위에 의해 뒷받침되고 있었다. 그러나 왕은 신이 아니었다. 신인 그리스도를 대리하여 통치하는 것이다. 그리스도는 신앙과 교리의 면에서는 교황을 통하여, 세속의 것에 관해서는 왕을 통해 통치한다고 이해되었다. 왕은 그리스도에 복종함으로써 전제적인 폭군이 되지 않고 신앙의 모범이 되어 국가를 통치한다. 그리스도에 대한 신앙에 기반한 공동체의 최고 가치는 신앙이며 그리스도이다. 그런데 메이지 유신의 개혁자들은 참된 신만이 줄 수 있는 권위가 객관적으로 실증되지도 않은 신화의 신들로부터 주어졌다고 한 것이다. 그러나 로마의 법언도 있지 않던가. "누구도 자기가 갖지 않은 것을 남에게 줄 수 없다(Nemo dat quod non habet)"라고. 아무리 조상교, 천황절대주의, 무제약 군권(君權), 법제적, 이론적, 도덕적 정당화를 동원하여 일본에는 애초에 없었던 최고 국가 규범을 그리스도교의 기능적 등가물로 날조해 본들, 일시적 효과는 몰라도 참으로 좋은 결과는 나올 수 없을 터이다. 일본 국민과 우리 인류 모두가 경험한 그 해악이 그 증명이다.

마지막으로, 나는 우치다의 반론에도 불구하고 화혼양재(和魂洋才)는 일본의 "비극"이었다는 견해에 가담하고 싶다. 중국의 것을 섭취하되 일본의 정신을 버리지 않는다는 화혼한재(和魂漢才) 정신의 변형으로, 19세기 후반 일본이 화혼양재의 자세로 서양 문물을 섭취한 것은 자타 공인의 대표적인 성공 사례이며 일본문화의 이해에 결정적으로 중요하다. 일본 문화 어느 면을 보더라도 세계에 자랑할 만한 뛰어난 측면이 있다. 하지만 이 책의 본문에 나오듯이 우치다의 지도교수였던 호시노 에이이치(星野英一, 1926-2012)는 일본이 양혼(洋魂)을 이해하지 못한 채 양재(洋才)만 받아들이려 했고, 그나마 그게 19세기 후반이었다는 것은 비극(悲劇)이었다고 한다.

왜 비극이었던가? 호즈미 노부시게와 야츠카로 대표되는 일본 법학에 뒷받침된 일본 제국주의의 전개를 보라. 우리 한국과 직접 관계되는 것만 들더라도 청일전쟁, 러일전쟁, 을사늑약, 국권찬탈, 헤아릴 수 없는 인권유린, 역사 왜곡, 창씨개명, 조선어 말살, 경제 수탈 등 일본 제국주의의 죄상은 어떤 의미에서는 일본에서 탄생된 법학의 열매라 할 수 있지 않을 것인가. 한마디로 한국이 19세기 말부터 20세기 전반까지 자발적으로 근대국가를 형성할 수 있었던 가장 소중한 기회를 송두리째 박탈당한 것은

일본 제국주의 때문이 아니었던가. '열매를 보고 나무를 안다'(마태오 7,20). 아웃풋의 규모의 거창함을 꼭 성공으로 단정할 수는 없지 않은가?

이와 관련하여 민법의 대가 우치다는 이 책의 후기에서 다음과 같이 적고 있다.

> "일본이 서양의 법과 법학을 수용할 수 있었던 것 자체가 역사상 특필할 만한 사건이었다. 이제 계수된 법은 정밀하게 정비되고 법 실무는 발전을 이루었다. 그런데 법 계수를 리드하고 법학 교육을 통해 일본 사회의 법적 리터러시를 만들어 온 일본의 법학이 지금은 목표를 잃고 있다. 원래 일본에서 법학은 어떤 학문이었는지, 어떠한 학문으로 서양에서 수용했는지를 재차 되물을 필요가 있어 보인다."

대학에서 쓰이는 교과서 첫 권이 마음에 든다고 수많은 회사원, 공무원과 같은 일반 사회인이 출판사에 독자 카드를 보내고, 두 번째 교과서는 제1쇄가 나오기도 전에 예약만으로 10,000권이 될 정도의 법적 리터러시가 형성된 일본의 법학인데, 구체적으로 어떤 의미에서 '목표를 잃고 있다'는 것인가? 나처럼 무능하고 변변한 연구실적도 없는 은퇴한 학인이 알 리가 없다.

하지만 그렇기 때문에 오히려 나는 우치다의 마지막 문장, 즉 "일본에서 법학은 어떤 학문이었는지, 어떠한 학문으로 서양에서 수용했는지를 재차 되물을 필요가 있어 보인다."에 주목한다. 19세기 유럽은 진짜 유럽이 아니라는 비판(요시다 켄이치)도 있듯이, 일본이 "양재"만 받아들이려 했던 것이 비극이라 했음에도 주목할 필요가 있다.
19세기 중엽 이후 서양 법학의 기류는 진화론에 기한 역사법학만은 물론 아니다. 실증주의, 과학주의, 자유법론, 이익법학 등 다양한 사조는 그 나름의 탄탄한 논거와 지지층을 갖고 있었다. 노부시게의 진화론에 대한 이해도 바뀌고 자연법론에 대한 이해도 바뀌어 갔다. 하지만 전체적으로 보아 19세기의 서양 법학은 근대 사상의 공통 특징인 '반자연법'적인 것, '초월적인 진리의 부정, 형이상학의 부정, 좁은 의미의 인간 이성에 대한 과도한 신뢰'에 바탕을 두고 있었다. '자연법론'마저 이름만 같을 뿐 전통적인 '자연법'과는 달리 '합리의 유혹, 이지의 오만'의 산물이지 않았던가? 일본은 이러한 조류 속에서 세계정세의 변화에 민감하게 대응하면서 서구의 법과 법학을 화혼양재라는 태도로 받아들여 그 나름의 눈부신 발전을 이루었던 것이다.

그러나 법학에 한하지 않고, 자기 완결적 체계로서 자족적 원리로 만족할 수 있었던 지금까지의 학문 체계는 세계적인 규모로 송두리째 흔들리려 하고 있다. 그것은 "아무것도 궁극적인 것으로 인정하지 않고 최후의 준거로 그저 저 자신과 자기가 바라는 것들만 인정하는 상대주의"의 득세 때문이다. 20세기 철학의 슈퍼 도그마라 할 수 있는 '형이상학의 부정'이 법학에 들어오다 보면, 법과 윤리의 최종 규범으로서의 '진리'

에 대한 존중은 약해지고, 갈수록 빈약한 실증주의로 빠져들어, 법학의 모든 사항은 합의의 대상이 되어 버린다. 그 합의가 민주주의 사회에서는 다수결로 나타나고, 그 다수결은 오늘날과 같은 인터넷 세상의 다양한 요소에 의하여 결정된다. 사회과학의 원리란 결국 '다수결'에 매이게 된다. 우수한 법학자들은 '인권', '자유', '평등', 세계의 추세', '새로운 문법'. '당사자 의사의 존중', '패러다임의 전환' 등의 구실로 기존 원칙의 파괴에 동조한다. 하지만 우리는 다수결로 해결할 수 없는 문제가 있음을 알고 있지 않은가?

그러면 어떻게 해야 할 것인가? 모든 면에서 위대했던 19세기의 문화를 낳았던 서양 문화의 본류, 초월적인 것을 향해 열려 있고 모든 법사상의 최종 근거로 여겨지던 자연과 이성, 초월적인 진리, 아무리 바꾸려 해도 바꿀 수 없고, 법학의 모든 결론의 최종적인 근거, 즉 궁극적으로는 수긍해야 할 절대적이고 객관적인 가치에 의해 법학의 결론이 뒷받침될 수 있도록 해야 하지 않을 것인가? 교황 베네딕토 16세의 표현을 빌리자면 우리의 지성은 이른바 "과학적 계산이 아니라 드높은 이성의 지평에 들어서야" 하지 않겠는가. 그러한 의미에서 우치다의 은사인 호시노 에이이치 교수가 1968년에 「민법해석학 서설」에서 주장했던 "겸허한 '기도'의 마음"이야말로 모든 법학자와 법률가에게 요구되는 것이 아닐까.

V. 역주와 일어 표기

본문에는 [역주]를 백 개 정도 넣었다. 대개는 한국의 독자들에게는 독자의 편의를 생각하여 붙인 것들이나, 드물게는 저자 우치다와는 다른 입장도 있음을 보여준다는 뜻을 가진 것(76[역주] 대보율령)도 있다.

일본어 인명이나 지명 표기는 '국립국어원'의 외래어표기법을 따르지 않고, 주로 'CK(최영애-김용옥) 시스템'에 따랐다. 한자(漢字)를 추방함으로써 입체적인 의미를 내포하는 낱말을 평면적인 글자로 표기하게 됨으로써 국민의 우민화를 부추긴 어문 정책이 외래어 표기 방식으로 또 다른 혼란을 가중하고 있음에 대한 미미한 항의의 일환이다. 일어를 다소 아는 사람이 보기에 국립국어원의 일어 표기 방식은 졸렬하기 그지없다. '리오 데 자네이로'가 아니라 '리우 데 자네이루'로, '로얄 오케스트라'가 아니라 '로열 오케스트라'로 표기하는 마당에 동경(東京)은 굳이 '도쿄'라 해야 하는가? 특히 김포(Kimpo) 공항, 부산(Pusan), 대구(Taegu), 광주(Kwangju)를 Gimpo, Busan, Daegu, Gwangju로 표기함으로써 ㄱ ㄷ ㅂ이 본래의 음가(音價)보다 더 낮게 발음되기 쉽게 된 마당에 동경을 '도쿄'라 하는 것보다는 '토오쿄오'라 표기함이 일본어의 원음에 가까울 뿐만 아니라 사람들이 일본어 발음에 대한 감각을 익히는 데도 도움이 되지 않겠는가.

자음과 모음 수가 한국어와는 비교가 안 될 정도로 적은 일본어에는 동음이어가 우리의 상상을 초월할 만큼 많아, 유성음과 무성음, 장음과 단음이 분명하지 않으면 뜻이 통하지 않는다. 토오쿄오를 '도쿄'라 하고 타나카를 '다나카'라 하면 친절한 일본인들

은 대개 그저 이해한 것 같은 미소만 지을 것이다. 참고로 공자(孔子), 맹자(孟子)를 콩쯔, 멍쯔라 하지 않고 공자, 맹자라 하듯이, 성덕태자(聖德太子) 쯤은 한국어 발음으로 표기해도 좋지 않겠는가. 말이 나온 김에 덧붙이자면, 이를테면 東京, 京都, 北海道, 豐臣秀吉, 伊藤博文 등도 동경, 경도, 북해도, 풍신수길, 이등박문으로 토오쿄오, 쿄오토, 홋카이도오, 토요토미 히데요시, 이토오 히로부미와 함께 쓰여도 좋지 않나 생각한다(국립국어원 표기방침도 이와 같은 듯). 강희(康熙), 옹정(雍正)하면서 명치(明治), 소화(昭和)라고는 못할 바 있는가. 한국어와 일본어는 모든 면에서 일일이 구별해야만 이해가 쉬운 이질 언어관계인 것은 아니지 아니한가.

VI.

이 책을 번역하면서 나의 일본어 지식이 얼마나 엉성한 것인지 몇 번이고 절감했다. 번역이 쉽지 않았다. 모르는 곳이 수두룩했다. 그런 만큼 이 책의 번역에는 누구보다 저자인 우치다 교수에게 신세를 많이 졌다. 다망한 저자에게 몇 번이고 직접 물었고 그때마다 저자는 친절히 설명해 주었다. 모르긴 해도 번역을 둘러싸고 저자와의 소통이 이토록 빈번한 예는 그렇게 흔하지 않을 것이다. 그럼에도 어설픈 번역이 여러 곳 있을 것이다. 이 모든 것에 대한 책임은 전적으로 나 개인에게 있다.
본문에는 노부시게의 1888년도 '법학통론' 강의를 수강생이 기록한 아다치 미네이치로오 모필 노트의 첫 장의 사진이 실려 있다. 우치다 교수는 이 희귀한 케이오대학비장도서를 본서의 한국어판에 한하여 소개한다는 조건으로 필요한 서류를 제출하고 이에 대한 저작권료까지 직접 대납해 주기까지 하였다. 감사의 뜻을 표한다.
정긍식 교수(서울대학교 로스쿨)는 초고를 통독한 제1호 독자가 되어 직역을 좋아하는 나에게 허다한 오역을 지적해 주는데 그치지 않고 역주가 필요한 곳을 알려 주는 등 번역을 격려해 주었다. 이진기 교수(성균관대학교 로스쿨)는 이 책이 박영사에서 출판될 수 있도록 주선해 주었다. 성승현 교수(전남대학교 로스쿨)는 이 번역서가 2021년 전남대학교 번역지원을 받을 수 있도록 도와주었다. 박영사 편집부 한두원 대리는 편집에 관한 나의 변덕을 잘 들어 주었다. 많은 분의 도움으로 마침내 '법학의 탄생'이 빛을 보게 되었음을 기쁘게 생각하며 이 책이 일본의 법학은 말할 것도 없고, 한국 법학의 이해, 나아가 한국과 일본 양국 간의 상호 이해의 증진에 도움이 된다면 다행이겠다.

2021년 11월

정 종 휴

行方不明になりかけている「思考枠組」

心にひびく本だ。多くの専門教科書を著している民法学の泰斗が、専門領域を離れ、

近代日本で「法学」が求められた意味、果たした役割と、今に至る問題点を分かりやすく説いている。

『法学の誕生ーー近代日本にとって「法」とは何であったか』(内田貴 著　筑摩書房)

『法学の誕生ーー近代日本にとって「法」とは何であったか』(内田貴　著　筑摩書房)定価:2900円＋税
拡大『法学の誕生ーー近代日本にとって「法」とは何であったか』(内田貴　著　筑摩書房)定価:2900円＋税

しかも著者は大学退職後、120年ぶりの民法改正(2017年成立)に、法務省の<役人>として関わった。教授時代、<お客さま扱い>してくれた官僚･財界･実務法曹家は、<立法という利害打算の渦巻く政治プロセスの土俵の上で>、手ごわい折衝相手と化した。結果、<政策形成における経済学のウェイト>と、<法学への評価の低さと実務重視の姿勢>を、思い知る。

早計な読者は「その意趣返しに、《法学》が最も尊敬された時代の昔話か」と思うだろうが、そうではない。そもそもの端緒は教授時代、<法学そのものの概説ではなく、法学の前提となる教養が何であるかに焦点を置いた入門書>を、という依頼だった。だが、その「前提」を熟考していくなかで、明治とそれ以前の<文化的土壌>と、明治日本が受容しようとしたヨーロッパ(とくに19世紀)の<文化の根底>を深掘りする必要を感じたらしい。これは「法学」にも「法律」にも知識や興味が薄い(自分を含む)一般人には幸いだった。「法」という媒介を通じ、近代化の意味を再確認し、そもそも「法」は我々に何をもたらすかという根源的な主題に近づくきっかけも与えてくれるからだ。

本書は全9章から成るが、おおむね5章までで、明治日本の<文化的土壌>と、ヨーロッパの<文化の根底>が論じられている。これだけでも十分、面白い。幕末、欧米列強と結んだ不平等条約の改正と、その大前提としての様々なインフラ整備や文化施策こそが近代日本の出発点だったことは、高校の教科書にも書いてある。しかし、19世紀の英仏独それぞれの国柄に基づく「法」の概況や、未熟な日本の国情と変化する国策、それに応じた関係者たちの刻苦と暗闘を、これほど鮮やかに読ませる著述はあっただろうか。

各章には、L.ハーン、鴎外、漱石のような「法」と直接関わりない著名人や、大逆事件のような明治の「法」が直接問われた有名事案も出てくる。一見バラバラの人物･事象であっても著者の手で明快につながり、点が線となり線が面となって得心に向かうという箇所が少なくない。真摯な学究態度の発露なのか膨大な注があるけれど、研究者でない我々は、それを逐一参照するには及ばないだろう。何しろ卓越した文章力に牽引されて、ページを繰る手は止まないのだ。かくして「法」の視点から明治･大正の実情に触れる興奮は高まり、日本が必要とした「欧米の近代法」の流れを理解する契機に快感すら覚

える。

しかし、である。本書の真価は、5章までを「前提」とした6章以降にこそ顕れる。例えば、古来「伝統」とされた「家/家族」観と、それに基づく「国体」論が、いかに<創られた伝統>だったかを、当時の「法」の専門家たちの論旨から探り、明らかにする。

これはもう、面白いでは済まされない。読者は、いつの時代であっても<国民の忠誠心を調達>(この「調達」を著者は繰り返す。そのニュアンスは興味深い)する道具としての「法」の創出過程に粛然、いや、慄然とするだろう。じつは本書の構成は、全体としては、穂積陳重(1855-1926)、穂積八束(1860-1912)という、両人とも東京帝大法学部(法科大学)長を務めた兄弟の事績をたどり、彼らの研究対象を読み解く、という体裁をとっている。従来、兄陳重(民法起草者の一人)は、英独に留学して西洋法学の歴史を究め、その受容に邁進する一方で日本の古俗研究に熱心だった「日本初の法学博士」ながら過去の遺物視され、弟八束(憲法学者)は、政界に深く関わり「国民道徳」を創唱して国家主義のイデオローグとなったため今では全否定されているという。

この2人を、著者は再検証していく。兄陳重の西洋法学理解は、(社会進化論の影響という時代の制約を受けつつも)ただの模倣ではなく、<日本の伝統を西洋の(つまり普遍性のある)土俵の上で正当化するための武器>であったとし、弟八束の国家観も、当時のドイツ法学から習得した正当な<法理>の枠内のものと説く。また、兄陳重が、<法は社会力である>(1918年)と主張し、老人福祉や女性の地位向上に深く関心を寄せた論考も紹介する。さらに陳重が、「君主」も<社会力の機関たるに過ぎぬ>(1924年)と断じた根拠を、「君主の意思も社会力の表現」ゆえという刮目すべき解釈から導いている(なお陳重は幸いにも昭和直前に逝ったため、「天皇機関説」事件から免れ得た。一方、八束が唱えた「国民道徳」と家族国家観は、八束の歿後に<法理>の枠を超えてゆく)。

もちろん、2人の再評価が著者の目的ではない。2人の時代と事績に象徴される受容の過程が眼目である。単純な移植や解釈ではなく、持たざる国が近代化のため試みた母国語による思考法の確立こそ「法学」の受容であり、それなくして「法」は運用できない。「法」は書き換えても、「法学」という<思考枠組>は普遍性を持つという命題こそ、本書の核心であろう。

だが、そうした著者の意図に共感してきた読者は、あとがきの<もはや日本のモデルは西洋にない。そのような意識が法実務界に強固に存在している>という警告に、胸を突かれる。それほど、この国の「国民」は成熟し、<法は社会力>に値する「社会」になったのだろうか。あるいは、100年以上前に<誕生>した「法学」という<思考枠組>は、(著者の理想を投じた)幻影だったのだろうか。いや、<誕生>後、ずっと育んできたはずの《愛

児》の行方不明にすら気づいていない時代を、我々は生きているのだろうか。重い読後感が残る。

内田貴, 改正民法のはなし (東京 : 民事法務協会, 2020)

형태사항　　vi, 151 p. ; 21 cm

コメント

東大教授を経てから法務省参与として民法改正に関わった著者による，改正民法に関する概説。

改正民法の重要なポイントに絞って，どのような背景で改正されたのか，改正のポイントはどのような部分か，150頁程度のコンパクトな書籍の中で概観したものです。特に，消滅時効，法定利率，保証，定型約款という四大論点に加えて，債権譲渡，解除と危険負担，契約不適合責任については，それぞれ章を設けて端的に解説しています。

本書の特徴としては，民法改正を扱った書籍の中でも，全部を概説しようとするのではなく，ポイントを絞って，極めてコンパクトに書かれていることです(山本敬三先生の『民法の基礎から学ぶ民法改正』もコンパクトですが，学修を始めた人に向けた色彩が強く，本書とは対象とする読者層が異なると思います)。そのため，改正においてどのようなポイントが重要なのか，なぜそのようなポイントについて改正がなされたのかということをつかむのに適していると言えます。また，読み物として書かれただけあり，中間利息控除の議論(25頁以下)など，法制審議会の議論において，なぜ争いが生じたのかについても，分かりやすく書かれていると思いますし，定型約款の議論についても難航した様子が迫真性をもって書かれています(43頁など)。

もっとも，本書はコンパクトな書籍なので，詳細を知るには，実際の議論を示した法制審議会の部会資料及び議事録を確認したほうが良いですし，一問一答その他より詳細な書籍に当たる必要もあります。また，錯誤のところ(101，102頁)では書かれているのですが，議事録を追っていると時たま出てくるブラックボックス的なところの説明がより充実していると，読み物として面白くなり，改正の経緯を理解するうえでもよりよくなるのではないかと思います。

2020年4月施行の改正民法について概括的な視点を得るという意味では，良い一冊だと思います。改正の内容に追いつきたいという方や，法科大学院の学生などで改正の概要を知りたいという方は，持っていても良い一冊だと思います(個人的には，体系的に見る方がよいという方は山本先生の著書から入る方が良く，トピックから入るのが良いという方は本書から入るのが良いと思います。)。

ところで，文献案内として(審議会委員の著書等で信頼できる解説書はあり，本書でもページ数を増やさずに数冊紹介する程度のスペースがあるところ，)あえて立案担当者のもののみに限ったのは何か意図があるのでしょうか…？

by Q.Urah

<< 지정토론자 질문지 >>

◎ 沈義基(延世大 名譽敎授)

最近에 '1910-1945年 사이에 朝鮮의 法學界·司法界에서 어떤 일이 生成되었는가'에 대하여 關心을 가지고 있던 차에 '法學의 誕生'이라는 著述에 접하여 큰 도움을 얻고 있어 原著者와 飜譯者 두 분께 깊은 感謝를 드립니다.

Ⅰ. 難解한 '祭祀相續'이라는 카테고리

『法學의 誕生』은 朝鮮의 植民地期(1905-1945)는 물론이고 現代(1945年以後) 韓國人의 삶에도 影響을 미치고 있는 호즈미 노부시게(穗積陳重)(1855~1926)(이하 '노부시게'로 약칭함)의 發想을 요령 있게 傳達하여 잘 읽었습니다. 오다미키지로(오다幹治郞)(1875~1929)(이하 '오다'로 약칭함)는 『(朝鮮)慣習調査報告書』(1910, 1912, 1913, 이하 '보고서'로 약칭함)에서 朝鮮의 慣行上의 相續의 한 카테고리로 '祭祀相續'을 만들어 提示하였는데 그 發想의 源泉을 提供한 사람이 노부시게(穗積陳重)였다고 저는 생각합니다. 이 論點은 지금까지 어느 누구도 言及한 바 없는 새 論點입니다. 朝鮮의 祭祀相續을 깊게 論究한 가장 最近의 文獻인 岡崎まゆみ의 冊[植民地朝鮮の裁判所—慣習と同化の交錯 · 法の「実験」(晃洋書房, 2020)]에도 이 論點은 言及된 바 없습니다. 노부시게는 明治 民法 987條(系譜, 祭具와 墳墓의 所有權은 家督相續의 特權) 등을 근거로, 宗敎督制인 古代의 祭祀相續 觀念의 一部가 19세기 日本에도 殘存하고 있는 證據로 보고, 明治民法의 相續을 把握할 때는 祭祀相續이라는 카테고리를 戶主相續(中世 兵事督制時代의 相續)과 財産相續(近世의 經濟督制時代의 遺産相續)이라는 카테고리와 나란히 존재하는 별도의 카테고리로 파악하여야 한다는 解釋論을 展開하였습니다. 1907년부터 1923년까지 朝鮮慣習法의 權威者로 看做된 오다(그는 日本에서 判事를 歷任한 사람인데 朝鮮에 招聘된 以後에는 司法行政官 役割만을 遂行한 사람입니다.)는 노부시게의 祭祀相續(ancestorworship inheritance)이라는 카테고리를 빌려 와 조선의 慣習上의 相續의 一種으로 設定하였습니다. 말하자면 노부시게의 發想에 着眼하여 '(朝鮮式) 祭祀相續'이라는 카테고리를 創出한 것으로 저는 把握합니다. 그런데 노부시게는 다음과 같이 19세기 後半과 20세기 初頭의 日本人들 사이에서의 祖先에 대한 崇敬과 祭祀相續 觀念은 어디까지나 道德的 次元에서 維持되고 承繼된다고 생각했습니다.

“文明社會에 遺存하는 迷信的 儀式이나 拜禮는 모두 無害하고 또 自然的인 것이다. 만약 이 祖先祭祀를 遠祖에 대한 敬愛의 表現으로 볼 수 있다면 이 역시 ‘道德的’ 慣習으로 稱할 수 있다.”(穗積陳重, 『祖先祭祀と日本法律』,1922, 有斐閣, 12면)

그러나 오다는 ‘(朝鮮式) 祭祀相續’을 (慣習)‘法的’ 카테고리로 設定하였습니다. 이 때문에 植民地時期(1910-1933)에 朝鮮에서는 ‘不遷位(朝鮮時代에 國家的 禮遇를 받던 사람)의 後孫으로서 適法한 祭祀者 地位를 承繼한 자가 누구인지를 確認하여 달라’는 式의 民事訴訟이 頻發하였고, 朝鮮高等法院은 이 提訴를 받아들여 實體審理를 행하였습니다. 오다가 日本으로 돌아간 以後에 朝鮮慣習法의 權威者로 登場한 人物은 野村調太郎(1881～?, 이하 ‘노무라’로 약칭함) 判事였습니다. 1926年에 노무라는 ‘適法한 祭祀者 地位’란 權利의 問題가 아니라 ‘事實’ 問題이므로 ‘裁判所가 提訴를 受理하는 것은 不適法하다’는 論說을 朝鮮司法協會雜誌(제5卷 第4號, “祖先の祭祀と現行の法律”)에 揭載하였습니다(尹眞秀, 高氏門中의 訟事를 통해 본 傳統相續法의 變遷, 2005, 家族法硏究 第19卷 2號, 341-344면). 1933년에 朝鮮高等法院은 “祭祀相續의 觀念은 先代를 奉祀하고 또한 祖先의 祭祀를 奉行하여야 할 道義上의 地位를 承繼하는 것”이고, 따라서 “適法한 祭祀者 地位의 確認의 訴는 不適法”하다고 判示하였습니다. 尹眞秀 敎授는 朝鮮高等法院이 노무라의 見解를 受容하였다고 보았지만(尹眞秀, 高氏門中의 訟事를 통해 본 傳統相續法의 變遷, 2005, 家族法硏究 第19卷 2號, 344면), 1923년에 노무라는 이미 朝鮮高等法院判事가 되어 1934년 10월까지 朝鮮高等法院判事로서 事件을 處理하였습니다. 그 期間中 노무라는 위 事件의 裁判長 役割을 擔當[岡崎まゆみ, 植民地朝鮮の裁判所—慣習と同化の交錯 · 法の「実験」(晃洋書房, 2020), 125면; 朝鮮司法協會雜誌 제5卷 第4號, “祖先の祭祀と現行の法律”에도 노무라를 高等法院判事로 적시함]하였으므로 1933년 판결에 그가 깊숙이 關與했을 것으로 보입니다.

1.1. 오다는 朝鮮에 오기 전에 和佛法律學校에서 法學을 배우고 長野地方裁判所判事로서 3年間 勤務하였는데[이승일, 오다 미키지로(小田幹治郎)의 한국 관습조사와 관습법 정책, 한국민족문화 46, 2013, 7면), 노부시게는 和佛

法律學校에서 講演活動을 하였으므로(1899 祖先教と法律=내용이 '祭祀と法律'과 같음. 번역본 법학의 탄생, 306면) 오다가 노부시게의 '祭祀相續' 카테고리를 알고 있었을 可能性은 充分합니다. 노부시게의 祭祀相續 카테고리는 노부시게 혼자만 使用한 카테고리였는지, 아니면 明治民法의 解說書를 執筆한 다른 著者들도 活用한 카테고리였는지 궁금합니다.

1.2. 앞에서 引用한 "祖先祭祀를 遠祖에 대한 敬愛의 表現으로 볼 수 있다면 이 역시 '道德的' 慣習으로 稱할 수 있다."는 노부시게의 序文에서의 言及과 관련하여 "이 序文이 執筆된 1912年경에는 內務省神社局이 提唱한 神寺非宗教論的 敬神崇祖理念下에 祖先崇拜를 道德問題로 하는 國民道德論이 本格展開되었다. 그러한 教導에 대하여 크리스트教로부터의 反撥도 일어났다. 祖先祭祀와 크리스트教의 兩立을 노부시게가 力說한 背景에는 이런 狀況도 있었다고 생각된다."는 論說이 있습니다(問芝志保, 祖先祭祀の「文明化」: 穂積陳重を事例として, 『宗教研究』88巻 1輯, 2014, 38면). 1933년의 朝鮮高等法院判決을 主導한 것으로 보이는 노무라에게 影響을 준 것은 노부시게였을까요 아니면 '國民道德論의 本格展開'였을까요? 참고로 노무라도 노부시게의 相續法三變論의 存在를 알고 있었습니다. 正確한 確認이 어려우면 推測이라도 좋습니다.

Ⅱ. 1945年 以後의 日本法學의 風潮

法學의 誕生에서는 "日本에서 西洋法學은 日本을 近代化하는 手段인 동시에 日本의 傳統을 否定하지 않기 위한 武器로 受容되었다. 그것은 普遍的이라고 看做된 西洋의 이론틀 속에서 自己의 存在를 主張하기 위한, 先人들의 切實한 要求였다."는 메인 테마(예를 들어 번역본 418면, 원저 361면)가 자주 反復됩니다. 그런 認識은 韓國의 法學者에게도 커다란 울림을 줍니다. 韓國의 法學者들 중에도 類似한 苦悶속에서 奮鬪하는 사람이 적지 않을 것입니다. 그런데 그다음에 이어지는 문장인 "ⓐ 노부시게와 야스카(八束) 등이 떠나자 곧 그들이 했던, 西洋의 普遍的인 씨름판[土俵]에서의 日本的 傳統의 正當化는 점차 西洋의 씨름판을 무시하고 이루어진다. 동시에 ⓑ 그들이 西洋化 속에서 지키고자 했던 傳統은 異論을 權力으로 壓殺하는 方向으로 進行되었다."는 文章(ⓐ, ⓑ) 을 具體的 例를 들어 說明해 주시면 좋겠습니다. 남의 이야기가 아닌 것 같아서입니다.

Ⅲ. 敎科書가 指向하여야 할 內容

2002년판 民法Ⅳ 序文에는 “ ‘우리나라(日本)에는 民法 ‘敎科書’가 존재하지 않는다’고 말한 民法Ⅰ의 初版 序文은 當時에는 妥當했을지 몰라도, 今日에는 전혀 妥當하지 않다.”는 自評이 있습니다. 民法Ⅰ의 出刊時와 民法Ⅳ의 出刊時 사이에 상당한 시간이 흘렀겠지만 그 사이에 日本의 法學 敎科書 著述風土·風潮에 某種의 革新的인 變化가 생긴 것이 아닌가 推測됩니다. 어떤 일이 생겨났으며 그 變化의 흐름은 法學 全分野에 걸쳐 波及되었는지, 다소간 具體的인 스토리를 듣고 싶습니다.

◎ 윤진수(서울대 명예교수)

1. 처음에

우치다 타카시 교수님과 역저 “법학의 탄생”과 “민법 이야기”를 가지고 토론을 하게 된 것을 영광으로 생각합니다. 우치다 교수님은 2010년에 한국 법무부 초청으로 한국에 오셔서 저를 포함한 한국 민법개정위원회 관계자들과 대담을 나누었습니다. 당시에 일본 민법 개정의 동향에 대하여 유익한 말씀을 해 주셨고, 같이 동행하였던 이시카와(石川博康) 교수에 대하여 매우 칭찬을 해 주셨던 것이 기억에 남습니다.

여기서는 주로 “법학의 탄생”에 관하여 토론을 하고, 아울러 평소 궁금하였던 일본 민법의 상황에 대하여 아울러 질문을 드리려고 합니다. “민법 이야기”에서 다루고 계신 최근의 일본 민법 개정에 대하여는 다른 분들도 질문을 하실 것으로 생각하여 간단히 한 가지만 질문을 드리고자 합니다.

우치다 교수님의 “법학의 탄생”은 저로서는 매우 경이로운 책입니다. 우치다 교수님은 민법 또는 법학뿐만 아니라 19세기 일본의 상황과 나아가 구미의 상황까지 아울러 포괄적으로 다루어 저로서는 잘 몰랐던 것들을 처음 접하게 되었습니다. 사실 위 책의 주인공이라고 할 수 있는 호즈미 노부시게(穗積陳重)에 대하여는 일본 민법의 기초자 중 한 사람이라는 것, 그리고 민법학자인 호즈미 시게토(穗積重原)의 아버지라는 것 정도만 알고 있었습니다. 그런데 이 책을 읽어보고 일본이 서구의 법을 받아들임에 있어서 정말 중요한 역할을 한 인물임을 알게 되었습니다. 그 동생인 호즈미 야츠카(穗積八束)에 대하여는 거의 모르고 있었습니다.

뿐만 아니라 이 책에는 신기한 내용이 많이 있습니다. 예컨대 이토오 히로부미가 서양에서는 그리스도교가 국가의 기축을 이루지만, 일본에서는 그에 대신하여 천황제를 기능적 등가물로 선택하였다고 한 것은 매우 놀랍습니다. 물론 저도 한국의 호주제도와 관련하여 일본의 호주제를 살펴보면서, 일본은 황실을 총본가로 하는 하나의 가족국가라고 하는 설명이 호주제를 지탱하는 논거였다고 하는 것은 알고 있었습니다만, 그것이 그리스도교를 대체할 정도였다는 것은 몰랐습니다. 어쨌든 제가 잘 모르고 있던 내용이 많아서, 제가 이 책을 충분히 이해하였다고 말하기는 어렵습니다.

아울러 번역하기 쉽지 않은 이 책을 한국어로 번역하신 정종휴 교수님의 노고에도 치하를 드립니다.

2. 서양 법문화의 계수와 역사와 전통

우치다 교수님은 호즈미 노부시게와 호즈미 야츠카가 일본의 역사와 전통을 부정하지 않고서도 서양 법문화를 도입하기 위하여 지적 격투를 벌였다고 묘사하고 계십니다. 제가 이해하기로는 두 사람이 일본의 역사와 전통을 서양 법의 이론으로 정당화하기 위하여 노력하였다는 것으로 보입니다.

이 점과 관련하여 제가 말씀드리고자 하는 것은 한국의 상황입니다. 한국에서는 일본에 의하여 서구법이 이식되었고, 일본과 같이 어떤 내용의 서구법을 선택할 것인가를 고민할 수 없었습니다. 비록 1945년 일본으로부터 해방된 후 새로이 민법 등을 제정하였지만, 여기에도 일본법의 영향이 압도적이었습니다.

다만 민법을 제정할 당시에 한국의 전통에 관하여 고민이 없었던 것은 아니었습니다. 이는 특히 가족법에 관하여 그러하였습니다. 예컨대 혼인에 관하여 동성동본 금혼(同姓同本 禁婚)이나 호주제를 유지하기로 하면서, 이것이 전통적인 제도라는 점을 강조하였습니다. 호주제는 사실 일본의 제도를 들여온 것입니다. 그런데 여기서는 서구법의 이론에 의한 정당화는 없었고, 그것이 순풍양속이라는 점만을 강조하였습니다. 그 후 헌법재판소의 결정과 가족법 개정으로 인하여 이러한 제도들은 모두 없어지게 되었습니다. 이 점에서 일본과는 차이가 있다고 생각됩니다.

3. 상속법의 진화와 관련하여

노부시게는 상속법의 진화를 제1기 제사상속. 제2기 가독상속, 제3기 재산상속 시대로 나누었다고 합니다(“법학의 탄생” 318면). 저는 이러한 설명을 한국이 일본의 식민지였던 시대에 한국에서 판사 생활을 하였던 노무라 초타로(野村調太郎)의 글에서 읽었습니다. 그는 진화론적인 관점에서 역사적으로는 고려시대에 조선인의 상속은 이미 제사상속기를 지나 호주상속기에 접어든 것처럼 보이는데, 다시 이조에 이르러 상속의 대상이 가장권으로부터 제사권으로 옮아가서 제사상속기로 역행하였다고 할 수 있다고 하여,[1] 한국의 상속법은 일본의 상속법에 비하여 뒤떨어진 것처럼 설명하고 있습니다.

제가 느끼기에는 이처럼 한국의 법은 일본의 법에 비하여 진화론적으로 뒤떨어졌다고 하는 시각이 당시 일본의 법률가들에게 많았던 것이 아니었나 생각합니다. 그것이 한편으로는 일본의 한국 지배를 정당화하는 근거가 될 수 있으니까요. 호즈미 노부시게가 많이 참고하였다는 영국의 메인에게도 이러한 시각이 있었다고 하니까요.[2] 이 점에 대하여 제 이해가 맞는지 말씀해

1) 野村調太郎, 朝鮮祭祀相續法論 序說, 1939(昭和 14), 3-5면.

주시기 바랍니다.

4. 현대 일본법과 외국법의 관계

제가 가끔 찾아보는 일본의 문헌에서는 일본 외의 외국 문헌을 참고하는 일이 많지 않은 것 같습니다. 이 점은 한국과는 차이가 있습니다. 한국에서는 무슨 법률문제가 생기면 일본 등 다른 나라에서는 어떻게 하는가를 찾아보고, 논문 등의 글에서도 외국의 예를 언급하는 것이 보통입니다. 왜 이런 차이가 있는지요?

단편적인 생각은 이제 일본에서는 법학의 연구가 충분히 축적되어 구태여 외국 법에 눈을 돌릴 필요가 없다고 하는 것으로 보이는데, 제 생각이 맞는 것인지요?

5. 법해석논쟁에 대하여

1950년대 이래 일본에서는 구루스 사부로(来栖三郎), 카와시마 타케요시(川島武宜), 호시노 에이이치(星野英一), 히라이 요시오(平井宜雄) 교수들 사이에 법 해석 논쟁이 벌어졌고, 우치다 교수님도 그 논쟁에 참여하신 것으로 알고 있습니다. 이 법해석 논쟁에 대하여 구체적인 내용을 말씀해 주실 수 있는지요? 아울러 그것이 지금도 중요한 의미를 가지고 있는지도 알려 주시면 고맙겠습니다.

6. 일본 민법 개정에 대하여

우치다 교수님은 2017년 일본 민법 개정에서 매우 중요한 역할을 하신 것으로 알고 있습니다. 그에 관하여 여러 가지 소회가 있으실 것입니다. 저도 1999년부터 2004년, 그리고 2009년부터 2014년까지 법무부 주관으로 진행되었던 민법개정작업에 참여한 바 있습니다. 다만 일본과는 달리 한국에서는 이 작업이 그다지 성과를 거두지 못하였습니다. 지난 3월 26일 한국 민사법학회에서 민법 개정을 주제로 하는 학술대회가 열려서, 제가 2009년부터 2014년까지의 민법개정작업에 대하여 보고를 한 바 있습니다.

저는 개정된 일본 민법 가운데 교수님이 "민법 이야기"에서 직접 다루지 않으신 한 가지 주제에 대하여 질문을 드리고자 합니다.

2017년 개정된 일본 민법 제415조는 "채무자가 채무의 본지에 따른 이행을 하지 아니하는 때 또는 채무의 이행이 불능인 때에는, 채권자는 그로 인하여 생긴 손해의 배상을 청구할 수 있다. 다만, 그 채무의 불이행이 계약 기타

2) "법학의 탄생", 113-114면 참조.

채무의 발생원인 및 거래상의 사회통념에 비추어 채무자의 책임으로 돌릴 수 없는 사유로 인한 것일 때에는 그러하지 아니하다"고 하였습니다. 이는 제가 이해하기에는 종래와 같이 귀책사유를 고의·과실 여부에 따른 것이 아니고, 계약의 내용에 따라 판단하여야 한다는 것으로서, 영미법이나 유엔 통일매매법에 접근한 것이 아닌가 합니다. 이는 사실 중대한 변화인데, 이에 관하여 어떠한 논의가 있었는지요?

◎ 李 璡基 (成均館大學校 法學專門大學院 敎授
Prof.Dr.iur. LEE, Jinki)

內田 貴 先生의 『法學の誕生』을 읽고 제가 평소 궁금하게 여겼던 의문들에 관하여 나름 실마리를 찾은 느낌입니다. 저에게 존경하는 鄭鍾休 先生이 번역하신 『法學의 誕生』은 일본에서 법학의 수용과 성장과정에 관하여 많은 것을 일깨워준 소중한 자료입니다.
질문에 앞서 두 분 선생을 모신 오늘의 영광스러운 세미나에 저를 질문자로 초청하신 심희기 교수님을 비롯한 여러 선생님들께 감사드립니다.

저는 로마법으로 박사학위논문을 쓰고 지금 민법과 법제사를 가르치고 있습니다. 저는 일본어를 읽지 못하고 일본법을 알지 못합니다. 일본민법과 일본민법학에 관하여 제가 가진 정보는 기껏해야 일본법학을 공부한 선배·동료 교수님들의 가르침, 저의 얄팍한 한자지식과 현대 최첨단문명이 선물한 파파고 등의 번역프로그램의 도움을 얻어 습득한 범위에 그칩니다.
저는 학문은 보편학문, 일반학문이어야 하고 법학도 그 예외가 아니라고 생각합니다. 그렇지 않으면, '법학이 과학'(『法學의 誕生』, 259)이라는 穗積陳重의 언급과 일본인의 손에 의한 학문으로서의 법학이 '놀라운 넓이의 비교법적·학제적 시각의 법학'이라는 평가(『法學의 誕生』, 137)를 상상하기 어려울 것입니다. 민법전과 민법규정도 마찬가지입니다. '법을 공부하는 학문'으로서 법학의 소재는 법입니다. 이들은 법학을 공부한 사람이 그의 손에 법률을 가지면 곧바로 법률의 해석과 적용이 시작될 수 있고 그 결과도 마찬가지로 보편적·일반적이 되어야 함을 의미합니다.
저는 한국어로 번역된 『法學의 誕生』을 기본자료로 하여 입법의 시각에서 –거의 전적으로 민법의 법률규정만에 기대어- 이제는 개정된 일본민법[메이지민법]과 개정 일본민법에 관하여 말씀드립니다(가족법을 생략하고 재산법을 대상으로 합니다). 이와 함께 제도권 밖의 자유학자(Freiwissenschaftler)도 몹시 드물긴 하지만 신선한 바람을 일으킬 때도 있다는 외국학자로서 궁색하지만 소박한 바람을 밝힙니다. 마지막으로 제가 언급하고 논의하는 내용은 한국민법학과 민법을 개정하기 위하여 노력하는 민법학자들에게도 역시 유효합니다.

첫째, 서양문화의 수용을 즈음한 당시 일본지식인의 자세와 역량에 관한 질문입니다. 이 부분은 저에게 『法學의 誕生』의 白眉로서 일본법학에 관하여

제가 지금까지 가졌던 저의 막연한 추측을 뒷받침하는 내용이었습니다.
서양법학을 수용한 배후사상은 서양문화를 일본인의 정신으로 소화하여 수용할 것을 내용으로 하는 지식인의 民族主義(『法學의 誕生』, 154, 156), 일본의 실정에 맞는 민법을 만들라는 일반론(『法學의 誕生』, 181)과 일본 역사 속에 있는 일본인의식의 반영으로서 법에 쏠리게 한 역사법학의 소명(『法學의 誕生』, 185), 穗積陳重의 서양의 모방에 대한 날카로운 경종(『法學의 誕生』, 246), 그리고 마지막으로 穗積陳重가 사망한 후 일본정신의 독자성을 강조하는 방향으로 선회한 일본법학(『法學의 誕生』, 305) 등으로 요약됩니다.
그런데 19세기 말의 주류를 이루었던 和魂洋才와 근대법학의 수용은 서로 어울리기 어렵습니다. 문화도 전체 문화의 일부이므로 고유문화를 유지하면서 서양법학을 수용하는 작업은 충돌하기 마련입니다. 內田 선생도 "비서양 국가가 자국 문화를 유지하면서 서양법학을 수용하는 따위의 일이 애당초 가능한 것일까"라고 스스로 묻습니다(『法學의 誕生』, 29).
일본민법의 법률규정만을 피상적으로 읽은 저에게 和魂洋才는 여전히 완전히 해결되지 않은 숙제로 보입니다(이에 관하여는 아래의 질문 3. 참조). 이러한 과제를 앞에 두고 메이지민법에서 개정민법에 이르기까지 -가족법을 제외하고- 서양과 일본의 문화를 조정하기 위하여 어떠한 노력이 있었는지, 그리고 그 성과는 무엇인지 알고 싶습니다.

둘째, 1960년에 제정된 한국민법전은 이제는 개정된 일본민법전[메이지민법]을 본받은 민법전입니다. 한국민법전이 메이지민법의 법률제도와 법률규정과 유사하거나 중복되는 법률제도와 법률규정을 적지 않게 가진 사실이 이를 증명합니다.
그런데 한국민법을 연구하는 저는 지금까지도 적지 않은 민법의 법률제도와 법률규정을 제대로 이해하지 못합니다. 저는 그 원인이 1. 메이지민법의 제정으로 거슬러 올라가거나, 2. 한국민법전의 제정사에 기원한다고 추측합니다.

일본민법에서 관련사례를 예시하면:[3)]
1. 개정민법 제20조와 제122조의 추인(사후승인), 제113조의 추인(사후의 수권행위)와 제119조의 추인(의사표시의 확인)은 다릅니다. 동일한 용어이지만 서로 다른 의미로 사용되는 취소에 관하여도 같은 지적이 가능합니다(예

3) 개정민법의 조문과 메이지민법의 조문이 일치할 경우 개정민법의 조문만을 표시합니다.

컨대 제5조 제2항의 취소, 제6조 제2항의 취소와 제11조의 취소 등). 이는 법률행위와 그 요소가 되는 의사표시를 철저하게 분리하지 않은 잘못과 연결됩니다. 많은 경우 법률행위와 의사표시는 동의어로 사용됩니다.[4] 하지만 단독행위를 제외하면, 법률행위[계약]와 의사표시는 구분될 수 있고 구분되어야 합니다. 취소할 수 있는 의사표시와 무효의 의사표시의 추인은 가능하지만 계약의 취소와 무효인 계약의 추인은 그렇지 않습니다. 계약의 취소 또는 추인은 타인[상대방]의 의사영역에 대한 간섭이기 때문입니다. 「追認は、別段の意思表示がないときは、契約の時にさかのぼってその効力を生ずる.」는 제116조 본문은 마치 계약당사자 일방만의 추인으로 계약이 처음부터 유효로 된다는 듯한 잘못된 인상을 줄 수 있습니다.
정확한 전문개념(terminus technicus)은 법학의 출발입니다. 이들이 정비되지 않으면, 법률은 그 가치를 잃고 해석과 적용이 법학자와 법학도의 부담으로 넘겨집니다. 이를 위한 작은 배려는 19세기의 법학을 딛고 21세기를 여는 개정민법을 보다 친절하고 풍요롭게 하였을 것입니다.

다음으로 内田 貴, 『改正民法のはなし』, 2020을 참조하여 불가분채권·채무와 연대채무, 그리고 신설된 연대채권을 중심으로 개정민법에 관한 저의 생각을 말씀드립니다.

2. 제도의 예시와 질의: 다수당사자의 채권·채무관계
(1) 민법개정으로 제432조-제435조의2까지 연대채권에 관한 법률규정이 신설되고 그 규정을 불가분채권이 준용합니다(제428조). 이미 Pothier는 연대채권을 규정의 실익이 없는 제도로 부정평가하였고,[5] 대부분의 근대민법전들도 연대채권에 관한 법률규정을 알고 있지만 그 이용도가 몹시 낮습니다. 内田 先生도 이를 긍정하면서도 =ツソジケート · ローソ의 경우 합의에 의한 연대채권의 창설을 정당화합니다(『改正民法のはなし』, 112 이하). 하지만 사적자치에 맡기면 충분한 사항을 입법능력을 낭비하면서 신설한 이유를 납득하기 어렵습니다. 더욱이 민법은 '기업의 법'이 아니라 '시민의 법'입니다. 연대채권의 규정을 준용하는 개정민법 제428조와 제429조도 이와 연계된 사항들입니다.

(2) 「当事者の意思表示によって」를 삭제하고 「債権の目的がその性質上不可分

4) Motive zum BGB für das Deutsche Reich, Bd.1 (Allgemeiner Teil), 1888, 126 참조.
5) R.J.Pothier, Traité des obligations, Tom.1, 1768, no.259: "Cette solidarité entre plesieurs créanciers est d'un usage très rare parmi nous."

である場合において」로 불가분채권·채무의 성립을 제한하여 불가분채무와 연대채무의 한계를 명확히 그은 개정민법 제428조와 특히 제430조의 개정은 아주 적절합니다. 연대채무는 이제 법률의 규정 또는 당사자의 의사표시로 성립합니다.
개정민법은 메이지민법에는 없었던 연대채무의 정의를 도입함과 아울러 성립요건을 구체화하고(제436조) 절대효의 사유를 줄여 상대효의 원칙을 강화한 법률입니다(『改正民法のはなし』, 113). 內田 先生은 메이지민법에서 절대효의 사유가 많았던 이유를 연대채무자 사이의 공동관계와 서로의 연락이 밀접한 것을 상정하여 연대채무를 설계하였기 때문이라고 설명합니다(『改正民法のはなし』, 113). 만일 진정으로 그렇다면, 이는 메이지민법의 입법자가 연대채무를 제대로 이해하지 못하였다는 결론에 이를 수 있습니다. 절대효와 상대효는 단순히 연대채무자들 사이의 내부관계에 머무르지 않고 채권자와 연대채무자들의 관계에서 핵심역할을 하기 때문입니다. 연대채무는 실질상 담보기능을 가진 제도입니다.

(3) 메이지민법은 연대채무에 관하여 절대효사유(제423조-제439조)를 폭넓게 규정하였습니다. 이전에 제정된 근대민법전들, 특히 개정 전의 프랑스민법 제1202조 이하와 비교하더라도 상대효사유를 현저히 좁힌 이례적·독창적 내용을 담은 연대채무의 제정은 저에게 의문이었습니다. 저는 日本化 또는 일본의 실정에 맞는 민법제정의 意思가 西洋法學을 있는 그대가 아니라 변형·수정하여 수용하게 된 동기일 수 있다고 추측하고 있었습니다. 內田 先生의 『法學의 誕生』에서 저는 이를 뒷받침하는 단서를 볼 수 있었습니다.

(4) 근대민법전들에 생소한 절대효사유의 확장을 집어넣은 메이지민법은 역설적으로 시간의 제약으로 비교법적으로 간단한 형태로 제정된 민법(전체 1146조)의 해석과 적용을 어렵게 만드는 부작용으로부터 자유롭지 않습니다. 효력에서 불가분채무에 버금가는 부진정연대채무를 널리 승인할 수밖에 없는 민법이론은 이러한 문제의식을 확인합니다. 저는 연대채무에 관한 개정민법의 입법을 -120 여년의 방황을 거친 불완전한- 메이지민법 이전의 근대민법전으로의 귀환으로 새길 수 있다고 생각합니다. 이는 자기존중의 고유입법이 합리성을 기반으로 하는 일반화·보편화의 궤도를 뚫고 자기영역을 확보하기 힘들다는 증거일 수도 있을 것입니다.

상당히 낯설 수 있는 저의 추론에 관하여 內田 先生의 의견을 여쭙니다.

3. 이밖에 보증채무를 다수당사자의 채권·채권 아래 편제화한 메이지민법의 체계를 그대로 유지한 이유를 질의합니다. 널리 알려진 내용과 같이, 보증채무는 다수 당사자의 채권관계가 아니라 獨立債務이기 때문입니다.

4. 개정되었지만 해결이 유보된 예시적 사례로 개정민법 제400조와 제483조가 있습니다. 개정과정에서 「契約その他の債権の発生原因及び取引上の社会通念に照らして」이 공통으로 새로이 삽입되었고, 제483조는 여기에 「てその引渡しをすべき時の品質を定めることができないときは」을 덤으로 얻었습니다. 그럼에도 규정내용과 해석에서 달라진 것이 없습니다. 심지어 특정물의 인도에 종류물에 적합한 '품질'을 덧붙인 모습은 자연스럽지 않습니다.
신설된 개정민법 제108조 제2항도 비슷한 사례입니다. 「前項本文に規定するもののほか」을 '대리인으로 하지 않은 행위'로 읽을 수 있고 이때에는 제100조 본문과 겹칩니다. 이와 달리 '대리권의 범위 내에서 대리인과 본인의 이익이 상반되는 행위를 한 경우'로 새기더라도 그 또한 규정이익이 크지 않습니다. 상대방의 입장에서는 본인의 이름과 대리권의 존재만이 중요하고 대리인의 행위가 실질에서 본인을 위한 것임을 알아야 할 의무가 없습니다. 게다가 개정민법은 대리권남용에 관한 제107조를 신설하였습니다. 같은 연장선상에서 제108조 제2항 단서의 규정취지도 의문입니다. 이밖에 -일본어의 특징 때문인지 알 수 없지만- 제1항 「同一の法律行為について、相手方の代理人として」에서 「同一の」와 「相手方として」가 아닌 「相手方の代理人として」의 의미·내용이 문언상 명확하지 않습니다. 상대방이 허무인이 아닌 이상 대리인이 동시에 상대방의 대리인이 되는 경우는 쌍방대리이므로 「当事者双方の代理人として」와 다르지 않고, 이 때문에 일본민법이 자기계약에 관한 규정을 모른다고 할 수도 있을 것입니다.
이밖에 입법형식과 내용에서 개정민법 제93조-제96조의 흠있는 의사표시의 개정이, 특히 한국민법 제107조-제110조와 비교할 때에, 매우 주목됩니다. 다만, 이 자리에서 다루기에는 너무나 큰 주제이므로 줄입니다.

마지막으로 법률문장과 법률체계는 제가 관심을 갖고 연구논문을 발표한 중요하고 흥미로운 부문입니다. 여기에서는 시간의 제한으로 논의를 줄입니다. 앞으로 『法學의 誕生』 284 이하에 서술한 '法의 文體'에 관하여 內田 先生의 견해를 들을 수 있는 자리가 있기를 희망합니다.

지금까지 예시적으로 설명한 내용을 근거로, 저는 일본의 민법개정을 '과도기적 개정' 또는 '진행중의 개정'으로 받아들입니다. 저는 메이지민법을 제정할 즈음 일반화·보편화의 가치를 물리치고 독자적인 '일본화'를 추구한 것이 그 원인이라고 생각합니다.
역사는 발전합니다. 그렇지만 절약하는 발전이 더욱 바람직합니다. 하고 싶다는 의욕이 아니라 할 수 있는 능력, 다시 말하면 민법을 정확하게 이해하고 민법이론을 철저히 꿴 수준높은 민법학만이 장거리 경주에 알맞은 합리적인 민법의 제·개정을 가능하게 할 것입니다. 이것이 公利입니다 저는 개정이 해석·적용의 곤란을 제거하고 체계적으로 정비하는 개선의 작업이 되어야 한다고 믿습니다. 민법규정을 차근히 하나하나씩 읽고 되새기는 작업이 이를 위한 효율적인 최선의 선행조건이 될 것입니다. 이는 또한 한국민법의 개정을 겨냥한 지적이기도 합니다.

마지막으로 일본민법의 개정을 담당하셨던 內田 先生께 개정의 소회를 여쭙니다.
고맙습니다.

改正民法のはなし

内田 貴

一般財団法人 民事法務協会

はしがき

契約にかかわる領域を中心とした，民法の抜本改正を目的とする改正法が2017年に成立し，2020年４月から施行されました。制定以来120年ぶりとなる，民法の中核領域の抜本改正です。本書は，私が雑誌『民事法務』に12回にわたって連載したこの改正についての解説に加筆修正をしたものです。

私は，勤務していた東京大学を2007年に退職し，2014年まで法務省で参与としてこの民法改正を担当しました。常勤職員であった７年間の前後も非常勤参与として改正にかかわりましたので，法務省での仕事は８年半に及びます。その経験に基づいて，改正民法についての文章を『民事法務』誌に連載しました。

『民事法務』は，一般財団法人民事法務協会が発行している機関誌です。法務局関係者を中心に，民事法務行政にかかわる方々に広く読まれています。私の連載記事は，掲載誌の性格からも，改正民法の論点を網羅的に解説するものというより，興味深い論点をピックアップして，改正民法の特色を分かりやすく解説することを目的としたものでした。これが比較的好評でしたので，改正民法に関心のある方々に広く読んでいただけるように，加筆修正して書物にまとめたのが本書です。

従って，本書は，改正民法の全体をバランスよく解説した本ではなく，改正の重要なトピックスを，読み物として読んでいただけるように解説したものです。より詳しい改正内容については，もっと詳しい解説書を調べていただく必要がありますが，その前提となる背景事情の理解や概括的な知識が得られるように配慮しました。

ここで，『民事法務』を発行している一般財団法人民事法務協会について，ひと言，紹介しておきます。民事法務協会は1971年に財団法人（当初の名称は登記協会）として設立され，その後，不動産登記の電子化作業に延べ20年にわたって貢献するなどしたのち，公益法人改革に伴って2012

年に一般財団法人となりました。現在は３つの事業を主な業務としています。第１に，国から受託した法務局での窓口業務（乙号事務と呼ばれます），第２に，登記情報をオンラインで提供する「登記情報提供サービス」で，法務省の指定法人となっています。そして第３に，成年後見事業です。最後の成年後見事業は，2009年から法人後見人として成年後見や任意後見の受任を開始し，これまで約150件の案件を受任しています。

私は2016年に，前任の新堂幸司先生からこの財団法人の会長職を引き継ぎました。

本書をまとめるにあたっては，元有斐閣常務取締役の酒井久雄さんに，編集のほか製作全般について大変お世話になりました。酒井さんは，私がまだ二十代の頃，最初の著書（『抵当権と利用権』有斐閣，1983年）を担当していただいて以来のおつきあいですが，今回無理をお願いして，また本書で大変お世話になりました。心からお礼を申し上げたいと思います。

本書が，改正民法の理解を持っていただくうえで多少なりともお役に立てば幸いです。

内田 貴

【文献案内】

民法（債権関係）改正に関する解説書は夥しく出版されていますが，立案担当者の執筆したものとして，

・筒井健夫＝村松秀樹編著『一問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務，2018年）が信頼できる解説書です。同様に立案担当者が執筆したものとして，保証と定型約款については次の書物が有用です。

・筒井健夫＝村松秀樹＝脇村真治＝松尾博憲『Q＆A　改正債権法と保証実務』（金融財政事情研究会，2019年）

・村松秀樹＝松尾博憲『定型約款の実務Q&A』（商事法務，2018年）

また，債権総則に関する改正内容（本書の第1，3，4，6章，及び第10章）については，拙著『民法Ⅲ（第4版）』（東京大学出版会，2020年）もご参照ください。

【凡例】

・年号は初出以外は西暦に統一しました。

・条文は，2017（平成29）年改正前のものは「旧」を，改正後のものは「新」を冒頭に付けて区別し，改正前後で変わらないものは，これらを付けずに表記しました。ただし，改正前後で変わっていないことを強調する必要があるときは「新・旧」を付けました。

目次

第１章　改正作業のはじまりと改正の思想

１　改正の経緯……1
２　改正の思想について……4

第２章　消滅時効

１　実務が変わる論点……11
２　短期消滅時効の廃止……12
３　原則的時効期間の変更……14
４　人身損害の特例……16
５　中断・停止の整理と用語変更……18
６　協議による完成猶予……20

第３章　法定利率

１　なぜ改正が必要か……22
２　どのように考えるべきか……24
３　中間利息控除の問題……25
４　変動制について……28
５　採用された制度……28

第４章　保証

１　注目度ナンバーワン……33
２　第１レベル──すべての保証に適用される規律……34
３　第２レベル──個人根保証に適用される規律……36
４　第３レベル──事業債務の個人保証に適用される規律……38

第５章　定型約款

１　一番難航した論点……43

2　なにが問題か……44
3　「定型約款」……46
4　不当条項の扱い……50
5　定型約款の変更……52
6　定型約款ではない約款……55

第6章　債権譲渡

1　なぜ改正が必要だったのか……57
2　「指名」債権……59
3　譲渡禁止特約から譲渡制限特約へ……59
4　将来債権譲渡……65
5　相殺の対抗……66
6　異議を留めない承諾……68

第7章　解除と危険負担

1　何が争われたのか……70
2　解除の統一的要件をめぐる対立……71
3　帰責事由と解除──危険負担との関係……74
4　危険負担制度は必要か……77
5　なぜ揉めたのか……79

第8章　「瑕疵担保責任」から債務不履行責任へ

1　何が問題だったのか……82
2　「特定物ドグマ」……84
3　「瑕疵」……85
4　売主の担保責任の内容……88

第9章　分かりやすい民法──総則編

1　意思能力……95
2　錯誤……98
3　意思表示の効力発生時期……104

4　代理……106
5　無効及び取消し……107

第10章　分かりやすい民法──債権編総則

1　債権者代位権・詐害行為取消権……109
2　連帯債務・連帯債権……112
3　債務引受・契約上の地位の移転……114
4　弁済……114
5　相殺……116
6　更改……118
7　有価証券……119

第11章　分かりやすい民法──契約総則

1　契約の基本原則……121
2　契約の成立……123

第12章　分かりやすい民法──典型契約

1　贈与……126
2　売買……127
3　消費貸借……128
4　使用貸借……133
5　賃貸借……135
6　役務提供型の契約に共通の改正……138
7　請負……141
8　委任……146
9　寄託……147
10　組合……150

第１章　改正作業のはじまりと改正の思想

１　改正の経緯

■121年ぶりの抜本改正

契約にかかわる規定を中心に民法を抜本改正する民法改正法は，2015（平成27）年３月末に法案が国会に提出され，2017（平成29）年５月26日に可決成立しました。経済界等からの強い要請で３年近い準備期間を置いたうえで，2020（令和２）年４月１日から施行されています。

民法という法典は，財産法と呼ばれる部分（民法第１～３編）と家族法と呼ばれる部分（第４・５編）から成り立っていて，もともと両者は別々の法律でした。今回改正の対象となった財産法部分が成立したのは1896（明治29）年ですから，成立時で数えると121年ぶりの抜本改正です。世紀の大改正であることがお分かりいただけるかと思います。

日本は幕末に欧米列強といわゆる不平等条約を締結しましたが，これを改正することが明治政府の最大の懸案事項でした。しかし，そのための前提条件として，西洋式の近代的な法制度を整備することが要求されたため，明治政府は大急ぎで西洋式の法典を制定しました。民法はその中の代表的なものです。穂積陳重，富井政章，梅謙次郎の３人の法学者が起草者といわれますが，「起草者」の意味が西洋とは異なります。フランスやドイツの民法起草者は，自国の社会や実務，あるいは学問の中にある規範を条文化する作業をしたのですが，日本の場合は，明治政府が雇った，いわゆる「お雇い外国人」であるフランス人法学者ボワソナードが起草した**旧民法**を下敷きに，これを修正する形で，ドイツを中心とする先進的な民法の成果を取り込む作業をしました。日本の慣習を踏まえた規定もなくはありませんが，日本民法の起草者が行なったことは，主として，フランスやドイツを中心とする西洋の民法の最先端の成果を日本に導入するということでした。つまり，ヨーロッパからの法典継受を担う役割を果たしたのです。

■改正の意義

しかし，今回の民法改正は，どこか外国の進んだ民法を見倣ったというものではありません。民法施行以来１世紀以上の間に，日本の実務が形成し，蓄積してきた条文の外にあるルールを法典の中に明文化するということが，改正の主要な部分を占めます。また，単に判例法を明文化するにとどまらず，明治時代以来１世紀あまりの間の日本社会の変化や経済の拡大発展を踏まえて，現代社会に相応しい規範を探求して条文化したという面もあります。

つまり，自分たちの経験に基づいて自前の改正をした，という点が重要です。これまで，非西洋国の民法は，日本を含め，すべて西洋の民法や民法に相当する法律をモデルに作られてきました。非西洋世界の中でいち早く近代化に成功し，民法の運用経験を１世紀以上持っている国は日本しかなく，その自分たちの長い実務経験の中から規範を抽出して条文を作るという自前の全面改正をした国は，他には存在しません。その意味で，国際的に見ても，今回の改正は重要な意味を持っているのです。

■改正作業の経緯

改正作業は，法務省が2006（平成18）年に改正の要否についての検討に着手した時からスタートしました。その年，私は，法務省の非常勤参与となって改正作業にかかわり，翌2007年にはそれまで勤務していた東京大学を退職して法務省の職員となり，常勤参与として改正を担当することになりました。同時に，2006年10月から「民法（債権法）改正検討委員会」（以下「検討委員会」と呼びます）という学者グループを組織し，事務局長として，学界の水準を示せるような案を作る作業に関わりました。その成果は，2009年３月に**『債権法改正の基本方針』**（以下『基本方針』で引用）として公表されました。

その後，改正に向けての審議を行なう機が熟したとの判断から，2009年10月に民法の債権関係の規定の見直しが法務大臣から法制審議会に諮問されました。諮問を行なったのは，折からの政権交代で政権を担うこと

になった民主党の千葉景子法務大臣です。その**諮問88号**は次のように述べています。

「民事基本法典である民法のうち債権関係の規定について，同法制定以来の社会・経済の変化への対応を図り，国民一般に分かりやすいものとする等の観点から，国民の日常生活や経済活動にかかわりの深い契約に関する規定を中心に見直しを行う必要があると思われるので，その要綱を示されたい。」

つまり，社会・経済の変化への対応を図ること，及び，国民一般に分かりやすいものとすること，この２つが改正の大きな目標ということになります。

この諮問に応じて，法制審議会に**民法（債権関係）部会**が設置されて，11月から法制審議会の審議が始まりました。私も部会の委員としてこれに参加するとともに，事務当局の原案作りに関与しました。５年あまりの充実した審議を経て，2015年２月に改正要綱が法制審議会から法務大臣に答申され，それに沿った法案が同年３月に通常国会に提出されました。

しかし，民法改正法案は他の法案の審議をめぐる混乱の余波で，２度の通常国会で一度も審議されることなく継続審議となり，ようやく2016年の臨時国会で審議入りし，衆参あわせて60時間を超える審議を経て，テロ等準備罪を設ける法案に背中を押されるようにして，ようやく2017年５月に成立したというわけです。参議院の採決では民進党（当時）だけが反対しましたが，前身の民主党が政権にあったときに諮問し，その諮問に沿った改正法案が提出されたにもかかわらず政治的理由で反対したことは，何とも残念なことです。

2　改正の思想について

■はじめに

本書は，改正民法の内容を体系的･網羅的に解説する本ではありません。改正のエッセンスをできるだけ分かりやすく伝えることを目的としています。本書の構成も，そのような本書の意図にそくして組み立てています。

まず，第１章では，「改正の思想」をめぐる対立について触れたいと思います。今回の改正の論点は多岐にわたり，統一的な思想に基づいて改正法が作られたわけではありません。しかし，いくつかの重要論点で，今回の改正を象徴するような思想的対立が見られました。いったいどのような対立があり，それが改正法の中でどのように決着したのか。それをご紹介して，改正作業の背後にあった空気を感じ取っていただこうと思います。

■契約中心主義？

法制審議会が動き始める前に，いくつかの学者グループが改正案を出しましたが，なかでも，前述の検討委員会が２年半の集中的な作業を経てとりまとめた『基本方針』は，考え得るすべての論点について現在の学界のひとつの到達点を示す案であったといってよいと思います。「基本方針」という名称が使われているのは，条文そのものの起草には特有の専門的技術的な要素が必要となるので，条文起草の前提となる立法政策を提案しようという趣旨です。つまり，『基本方針』で使われた文言自体を条文に採用すべきだという提案ではなく，そこに表現された政策をもとに条文を起草すべきだという提案です。

このグループには，私を含め34名の学者が参加しました。法務省で改正を担当する参事官も参加しましたが，これは法務省での改正作業の準備のために，学者の議論を聞くという目的で参加したもので，検討委員会はあくまで学者のプロジェクトでした。このように学者だけのグループが組織されたことには，その後批判もありましたが，当時，債権法の改正について議論していたのは学界だけで，実務界には民法の契約ルールを抜本的

に見直すという議論は全く存在しませんでした。しかし，学界には10年以上前から議論の蓄積がありましたので，まず，学界から改正の要否について問題提起をしようとしたのです。

検討委員会には原案作りを担当する５つの準備会があり，各３人の学者と私と法務省の参事官がメンバーでした。この準備会で原案作りを担った15人の学者は，第一線で活躍する中堅世代の民法学者の中から，力量本位で私が学界内外のいろいろな方々と相談しながら選びましたが，決して特定の考え方の人達を集めたわけではありません。しかし，あとで振り返ると，そこには現在の民法学界の主たる潮流といってよい思想がある程度共有されていたように思えます。それは，ときに**契約中心主義**などと呼ばれることもある，当事者の合意内容をできるだけ尊重して契約ルールを作るという思想でした。

■契約の趣旨

『基本方針』の改正提案には，当事者の合意内容を尊重するという思想をあらわす表現として，**契約の趣旨**という言葉がしばしば使われています。一例として，履行不能の規定を取り上げてみましょう。

たとえば，A社が，自らが輸入するP国の会社の商品甲を100個，Bに売却する契約を結んだとします。ところが，P国でクーデタが発生し，空港も港も閉鎖されて，Bの需要に間に合うタイミングで商品甲を輸入しようとすると，内陸の難路を通って他国を経由して運ぶしかなく，運送料は10倍に膨らみます。このとき，A社のBに対する引渡債務はどうなるでしょうか。

このような場面に適用される規定として，『基本方針』では次のような規定を置くことが提案されました。

「履行が不可能な場合その他履行をすることが契約の趣旨に照らして債務者に合理的に期待できない場合，債権者は，債務者に対して履行を請求することができない。」

履行が不能なら債務の履行を免れる，という通説的な考え方をとりつつ，不能かどうかはあくまで当事者が何を合意したかに基づいて決まるという発想に立った規定です。こうした契約中心の考え方に対しては，いちいち分厚い契約書を作ってこまごまと合意しなければいけなくなるのではないか，という批判もありました。しかし，これは誤解です。現在の裁判実務においては，当事者が明確に合意していないことについても，契約を解釈することで内容を補い，もし当事者が交渉していたならばこういう合意をするのではないかといった内容を補って，判断することがしばしば見られます。その裁判実務を条文に反映しようということであって，契約を中心に考えるといっても，契約書を作ることを奨励する趣旨ではありません。それに，客観的に見て物理的に不能ではないというだけの理由で，当事者がそこまで無理をすることなど想定していなかったような履行を強いるのは不合理というべきでしょう。

このような学者の提言を受けて，法制審議会の審議が始まって３年あまり経過した時点でとりまとめられた「中間試案」[1]には，「契約の趣旨」という言葉がたくさん使われていました（中間試案本文には48ヵ所で登場します）。ところが，このように「契約の趣旨」を頻繁に援用することに対しては，実務法曹から異論が出されました。実務家の感覚からすれば，こうでしょう。

「現実には明確な合意などないことが多いのに，『契約の趣旨』から判断せよというのは，意思を重視する学問的立場からのフィクションではないか。」

「実際は，契約の解釈といいながら，社会のなかで共有されている常識に基づいて判断しているのだから，むしろそのことを条文に書くべきであって，契約重視というのは現実に即していない。」

そこで，弁護士会からは，**社会通念**を考慮することも書き込むべきだと主張されました。

1　「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」
(http://www.moj.go.jp/content/000112242.pdf)

■取引上の社会通念

ところで，今回の改正法のように内閣から国会に提出する法案は，必ず内閣法制局の審査を経なければなりません。法制審議会でせっかく改正要綱を作っても，それが法制局審査を通らないと内閣から提出する法案（「閣法」と呼ばれます）にできませんので，法務省の事務当局は，法制審議会の審議と並行して，内閣法制局との調整を行ないます。この過程で，内閣法制局は，「趣旨」という言葉に引っかかりました。既存の法文には「契約の性質」や「契約の目的」という言葉が存在しますが，それらの表現とどう違うのか不明確だとして，条文に用いることに難色を示したのです。

以上のような経過を経て，中間試案に入っていた「契約の趣旨」という表現は，その後すべて姿を消し，多くは，端的に「契約」に置き換えられました。同時に，契約と並んで「取引上の社会通念」を考慮要素として加えるという修正が行なわれました。

履行不能について，最終的に法律となった条文は次のように定めています。

「債務の履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能であるときは，債権者は，その債務の履行を請求することができない」（新412条の２　第１項）。

「その他の債務の発生原因」というのは，契約以外の債務発生原因（事務管理・不当利得・不法行為）のことです。この条文は債権総則に置かれる規定であることから，契約だけではなく，他の発生原因から生じた債務にも適用されることによる表現です。それを別とすれば，「契約の趣旨」が「**契約及び取引上の社会通念**」に置き換わっていいます。「趣旨」を削除し，契約と並べて社会通念が考慮されることを明示したのです。

改正民法には，「取引上の社会通念」が９カ所登場します。うち４カ所（400条，412条の２，415条，483条）は「契約その他の債務の発生原因」（「債務」の部分は「債権」となることもあります）と並び，１カ所は「法律

行為の目的」(95条。実質は「契約の目的」というのと同じです)，1カ所は「その契約及び」(541条)と並んでいます。ここには，あくまで合意を重視するか，それとも合意の外にある客観的な事情をも重視するかの，基本的な思想についてのバトルの跡が残されているのです。

もっとも，客観的な事情といっても，当事者が予想もしなかったような社会通念を持ち出して裁判官が契約内容に介入することを認める趣旨ではありません。社会通念は，あくまで当事者の取引の前提となったものでなければなりません。「取引上の」という限定は，それを意味しています。その意味では，「契約の趣旨」という言葉がもともと意図していた内容と実質的な違いがあるわけではないと思います。しかし，「契約」というか「社会通念」というかは，表現だけに尽きない思想の違いを内包しているのです。

ちなみに，私自身の民法理論はというと，実は，前記の弁護士会の主張に近いのです。改正のまとめ役であった私は，検討委員会においても法制審議会の部会においても，審議の過程で自説を主張しませんでした。しかし，様々な意見を調整した結果として生まれた条文は，私の理論から見ても，違和感のないものになったと考えています。

■「履行不能」にみる改正の思想

改正前の民法では，「契約の趣旨」はもちろん，「債務の発生原因」や「社会通念」という言葉も使われていません。考慮要素を含めた詳しい規定が置かれていなかったためです。そもそも，民法には，履行が不能なときに履行請求権がどうなるかを定めた規定すらなかったのです。これまでの履行不能の場合のルールは，民法学者が解釈論として述べていたことで，法律家は，学者の書いた体系書を読んで，履行不能が債務者の帰責事由なしに生ずれば債務は消滅し，帰責事由があれば債務不履行による損害賠償債務に変わるという従来の通説を学んでいました。しかし，解釈論といいながら，これは条文を読んでも出てこない解釈でした。ドイツなどの民法にある規定を参考に学者が述べていたに過ぎません。それほど日本の民法に

は基本的な規定が欠けていました。

今回の改正の目的のひとつは，諮問88号にあるとおり，民法を「国民一般に分かりやすいものとする」ことです。学者の書いた体系書を読んだ法律家には分っているから条文に書かなくてもよい，というのでは国民目線の民法とはいえません。そこで，履行が不能なときは履行しなくてよいが，損害賠償責任を負うことがある（これは新415条に定められています）ということが分かるようにしたうえで，不能の判断基準もきちんと示すことにしたのです。今回の改正にはこの種のものが少なくありませんが，国民から見れば一歩前進と評価してよいのではないかと思います。

■原始的不能の場合

ところで，かつての通説は，契約成立時にすでに不能であった債務は**原始的不能**であり，原始的に不能な債務は無効である，と説いていました。しかし，考えてみると，債務者が目的物を必ず引き渡すと約束したのに，引渡しの債務が不能になった時期が契約成立時より前か後かで効果がまったく異なり，後であれば帰責事由のある債務者には責任が生ずるけれど，前であったら債務者は一切の責任を免れるというのはおかしいと思われます。かつての通説がこのような解釈を採用したのは，ドイツの一時期の学説に依拠したためですが，今日ではドイツを含め，国際的にそのような考え方はとられていません。そこで，次のような規定を置いて，そのことを明示することにしました。

「契約に基づく債務の履行がその契約の成立の時に不能であったことは，（中略）その履行の不能によって生じた損害の賠償を請求することを妨げない。」（新412条の２第２項）

これは，かつての通説の不備を改め，新しい原則を国民一般に分かりやすく示すための新設規定です。

第２章から第５章までは，今回の改正の４大論点と呼ばれる改正事項を取り上げます。消滅時効，法定利率，保証，定型約款です。これらは，法務省が政治家などから改正内容についての説明を求められたときに取り上げていた論点で，改正の内容もその必要性も比較的分かりやすい重要な論点です。