

日本近代法體系의 歷史的 特質

—帝國憲法(1889년)·明治民法(1898년) 體制論—

미즈바야시 다케시(水林彪)*

번역: 李英美**, 文竣暎***

목 차

- I. 머리말
- II. 프랑스 근대법
 - 1. 民法典(Code civil) 一元秩序
 - 2. 民法典의 正當化 根據—自然法과 自然權—
- III. 日本近代法
 - 1. 帝國憲法·明治民法 二元秩序
 - 2. 帝國憲法·明治民法 秩序의 正當化 根據
- IV. 맺음말

I. 머리말

본보고의 목적은, 공통 테마 ‘동아시아에서의 근대 민법 전개’의 기점에 위치하는, 19세기 말 일본에서 성립된 帝國憲法(1889년)·明治民法(1898년) 體制의 역사적 특질에 대해 생각해 보는 것이다. 본보고는 近代法 體制의 本源의 形態를 나타내는 19세기 초두의 프랑스 근대법 체제와의 비교연구를 통하여 이 과제를 해명하고자 한다. 즉, 전체를 크게 두 부분으로 나누어 전반에서는

* 一橋大學 大學院 法學研究科 教授.

** 明治大學 商學部 特任教授.

*** 부산대학교 법학전문대학원 조교수.

프랑스 근대법에서의 民法典 一元的 秩序에 대하여 논하고(II), 후반에서는 그것과 비교하면서 일본 근대에서의 帝國憲法·明治民法 二元秩序의 특질에 대하여 논하기로 한다(III).

덧붙여, 이 보고는 보고자가 지금까지 집필한 다음 3편의 논문을 기초로 약간의 새로운 知見을 덧붙여 구성한 것이다. ‘II. 프랑스의 근대법’에 관해서는 a·b논문, ‘III. 일본 근대법’에 관해서는 c논문을 참조하기 바란다.

a. 「근대 헌법의 본원적 성격—société civile의 기본법으로서의 1789년 인권선언·1791년 헌법—」(「近代憲法の本源의 성격—société civile의 基本法としての1789年人權宣言·1791年憲法—」, 戒能通厚·棚澤能生 編, 『企業·市場·市民社會의 基礎法的考察』, 日本評論社, 2008年)

b. 「근대 민법의 본원적 성격—전 법체계의 근본법으로서의 Code civil—」(「近代民法의 本源의 성격—全法體系의 根本法としてのCode civil—」, 『民法研究』 5號, 日本評論社, 2008年)

c. 「법질서의 19세기」(「法秩序의 19世紀」, 小森陽一 外 編, 『近代日本文化史2 コスモロジー의 近世』, 岩波書店, 2001年)

II. 프랑스 근대법

1. 民法典(Code civil) 一元秩序

1) ‘私法’임과 동시에 ‘公法’이기도 한 民法典

일본 민법은 경제거래를 중심으로 하는 ‘私人’間的 關係를 가장 일반적인 형태로 규율한다는 의미에 있어서의 ‘私法’의 一般法이라 일컬어지며, 통치 내지 정치라는 ‘公’的 關係는 헌법(大日本帝國憲法, 日本國憲法)을 비롯한 ‘公

法'이 규율하는 바라고 말해져 왔다. 하지만 프랑스 민법전은 '사'적 관계뿐만 아니라 '공'적 관계도 규율하는 법-더욱이 '私法', '公法'의 全法體系의 중심에 위치하는 根本法-이었다.¹⁾ 여기에서는 이에 관해 다음 두 가지 점을 지적해 두겠다.

첫째, 민법전 중에 國籍 관련 규정이나 國民身分證書에 관한 규정이 포함되어 있다는 점이다. 프랑스라는 국가 내지 政治社會의 성원을 확정하는 법은, 政治的·公的 性質의 법 안에서도 가장 기본적인 것이지만, 그것을 프랑스 근대법은 민법전의 '제1편 人'에 규정했다. 제1편은 프랑스인을 ① 국가 내지 정치사회에서의 사람(國民)과, ② 가족에서의 사람이라는 두 가지 면에서 규율하고 있고, 따라서 법의 규율 대상이라는 관념에서 보는 경우, 제1편의 반은 (조문수로는 약 30%) '公法'이다. 참고로, 민법전은 전부 3편 구성이며, 제2편은 所有權을 중심으로 하는 物權-사람에 의한 物건의 使用收益-에 대하여, 제3편은 계약 등을 통한 소유권 등의 이전 등에 대해서 규정한다. 이와 같은 제2편·제3편은 기본적으로 '私法'으로 부를 수 있는 것이었다.

둘째, 그러나 그 제2편 중에도 '公法'에 관한 규정이 포함되어 있다. 다음에 인용하는 제545조가 그것이다. “누구든지 그 소유를 양도함을 강제당하지 아니한다. 다만 公共的 有益(utilité publique)을 원인으로 하고 또 정당하고 事前的인 補償을 받는 경우는 그러하지 아니하다.” 이 조문의 단서는 공권력과 소유권자(개개의 국민)의 통치적 관계를 규율하는 것이며, 따라서 우리나라에서는 헌법(대일본제국헌법 제27조, 일본국헌법 제29조)에 규정되게 된 조문이지만, 프랑스에서는 민법전에서 규정되었던 것이다. 이 점에서도 프랑스 민법전은 '私法'

1) 본고에서 한자표기 된 '公法', '私法'은 우리나라 통설이 말하는 그것-통치관계를 규율하는 법을 '公法', 통치에 관계하지 않는 '사인'간 관계를 규율하는 법을 '私法'이라 한다-이라는 데에 주의하기 바란다. 公法·私法의 정의는 시대와 나라에 따라 다양하며, 프랑스 근대에는 諸 個人을 보호하는 것을 주된 목적으로 삼는 법을-예를 들어, 그것이 공권력과 제 개 인과의 통치관계를 규율하는 것이었다 할지라도-droit privé, 公共의 이익을 보호하는 것을 주된 목적으로 삼는 법을 droit public라고 관념하고 있었다. 이 점에 대해서는 水林 b, 16쪽 이하 참조

일 뿐만 아니라 ‘公法’이라는 것이 나타나고 있다.

2) 민법전의 규율대상으로서의 ‘政治的 經濟的 市民社會(société civile)’

민법전(Code civil)이 이상과 같은 성질의 것이 된 것은, 규율대상인 ‘市民社會’(société civile)가 이중구조를 가지고 있다는 것, 즉 ‘시민사회’는 ① 사인들이 거래 관계 등을 형성하는 經濟社會임과 동시에, ② 프랑스 국민(citoyens français)이 公共人으로서 형성하는 프랑스라는 政治社會이기도 하였다는 데에 의거하고 있다. 민법전은 ①을 규율한다는 점에서는 ‘私法’이며 ②를 규율한다는 점에서는 ‘公法’이었던 것이다.

이상과 같은 논의에 접하여, 일본(및 일본을 매개로 간접적으로 또는 직접적으로 독일법적 사고에 익숙해진 아시아)의 법학자들은 곤혹스러워 하지 않을까. 왜냐하면 ‘시민사회’라고 하면, 일본인은 역사적 경위로 말미암아 우선은 독일의 ‘市民사회(Bürgerliche Gesellschaft)’ 개념, 즉 ‘政治的 國家(Politischer Staat)’와 한 쌍을 이루는 ‘經濟的 社會’로서의 ‘시민사회’를 상기한다고 생각되기 때문이다. 그러나 société civile은, Bürgerliche Gesellschaft와는 이질적인 개념이며, 그 속에 politisch한 모멘트를 포함하는 개념이었다.

이것은, société civile가 멀리는 古典古代的 polis와 societas civilis에서 유래하는 말임을 상기한다면 즉시 이해될 것이다. Polis는 문자 그대로, 하나의 정치사회(일본에서는 ‘도시국가’로 번역됨)였다. Polis에 대응하는 라틴어 societas civilis도 같은 상황이다. 그리고 Polis = societas civilis의 구체적 형태를 말하자면, 잘 아는 바와 같이 자유인들이 자기통치를 하는 타입의 정치사회에 다름 아니었다.

이상의 것은, 프랑스 근대의 société civile에 관해서도 확인할 수 있다. 이를 저명한 1789년 인권선언에 입각하여 생각해 보려고 한다. 인권선언이 제시한 société civile의 像은 다음과 같은 것이었다.

- (1) 사람들은 ‘自然狀態(état de nature)’에서 ‘自然權(droits naturels)’ 내지 ‘人權(droits de

l'homme)' - 그 내용은 所有, 人身의 自由, 精神의 自由 등 - 을 가지고 있다.

(2) 그러나 자연상태에서는 사람들이 자연권을 서로 주장할 뿐이므로 결국 서로 타인의 자연권을 침해하게 되어 오히려 자연권이 보장되지 않는다. 그래서 사람들은 진정하게 각자의 자연권을 실현하기 위하여 '政治的 結合體(association politique)'로서의 '시민사회(société civile)'를 형성하고(정치사회로서의 '시민사회[société civile]'), '법률(lois)'에 의해 사람들의 권리의 한계 - 어디까지가 각자의 권리로서 보장되고 어느 선을 넘으면 권리가 아니라 타인의 권리를 침해하는 불법이 되는가 - 를 정하기로 하였다.

(3) 이상과 같은 '시민사회(société civile)'는 개개의 국민(citoyen)의 집합체로서의 國民(nation)이 주권자가 되고, 재산과 교양을 가진 citoyen들이 입법·집행·재판의 삼권력을 장악하는 바의, 자유인이 자기통치를 하는 정치사회였다.

(4) 이와 같은 '시민사회(société civile)'에서, '자연상태'에서의 '인간(homme)'은 '국민(citoyen)'이 되고 '자연권(droits naturels)'은 '국법상의 권리(droits civils)'로, '인권(droits de l'homme)'은 '국민의 권리(droits du citoyen)'로 높여졌다.(그러나 '국법상 권리' 내지 '국민의 권리'에서는 '자연권' 내지 '인권'의 모멘트가 보존된다. 즉, 충분히 표현해 본다면 '국법상의 권리(droits civils)'는 '자연적이고 또한 국법상의 권리 (droits naturels et civils)'이며, '국민의 권리(droits ducitoyen)'는 '사람 및 국민의 권리(droits de l'homme et du citoyen)'에 다름 아니다. 그리고 실로 이에 의해 '시민사회(société civile)'는 - 전술한 바와 같이 정치사회임과 동시에 - '자연권'으로서의 '소유'가 보장된 경제사회도 되는 것이다.)

3) 憲法(constitution)의 성격

이렇게 해서, 민법전 제정 이후의 프랑스에서는 민법전이야말로 '정치적 경제적 시민사회' 전체를 규율하는 근본법이고, 그런 의미에서 최고 규범이었다. 그러나 이에 대해 혹시 다음과 같은 의문이 생길지도 모르겠다. 즉, 일본에서는 헌법이 至高의 법이라고 말해지지만 - 제국헌법이 "불마(不磨)의 대전(大典)", 일본국헌법은 "國家의 最高法規" -, 프랑스의 헌법(constitution)은 어떠한 존재였는가 하는.

결론을 미리 말하자면, 프랑스 헌법(constitution)은 민법전 편찬 이후는 단순히 통치기구를 정할뿐인 한 법률에 불과했다. 민법전이 편찬되기 이전, 즉 1791년, 1793년 그리고 1795년 헌법은 통치기구뿐 아니라 인권을 포함하는 바의, ‘시민사회(société civile)’ 전체의 존재방식을 정하는 근본법으로서의 성격을 지니고 있었지만, 민법전 편찬이 본격화한 1799년 이후의 헌법은 통치기구 관계만을 규정하는 것이 되어, 가장 중요한 ‘국법상의 권리(droits civils)’(‘자연적이고 또한 국법상의 권리[droits naturels et civils]’)를 규정하는 법—즉 ‘시민사회(société civile)’의 근본법—의 지위는 민법전이 획득하게 되었다.

2. 民法典의 正當化 根據—自然法과 自然權—

‘시민사회(société civile)’의 근본법으로서의 민법전 (Code civil)은 ‘자연적이고 또한 국법상의 권리(droits naturels et civils)’라는 표현에도 나타나는 바와 같이, 자연법 내지 자연권의 관념에 의해 뒷받침되고 있었다. 민법전은 실정법(droit positif)이지만, 그것은 자연법(droit naturel)을 구체화한 것이라고 생각되고 있던 것이다. 이 점은 민법전 편찬자인 포르탈리스(Jean-Etienne-Marie Portalis, 1746~1807)가 다음과 같이 명언하였던 바였다. 즉, “法(droit)이란 보편적인 이성(raison)이며 사물의 본성(nature) 그 자체에 기초를 가진 最高의 理性이다. 法律(lois)이란 實定的 規則 즉, 個別的 戒律로 환원된 法(droit)이며 그 밖의 것이어서는 안 된다.”²⁾ 포르탈리스는 또한 droits civils의 중심에 위치하는 所有에 관한 조항의 제안이유 중에서도 droits civils를 droit naturel et public, 민법을 loi naturelle et civile로 표현했다.³⁾

이상과 같이 프랑스 근대법에서는, ① 자연법을 궁극적 권위로 삼고, ② 그

2) Portalis, Discours préliminaire prononcé lors de la presentation du projet de la commission du gouvernement, in Fenet, *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code Civil*, t. 1, p. 476, 野田良之 譯, 『民法典序論』(日本評論社, 1947), 23면[譯者: 본서의 한국어 번역본으로는, 포르탈리스 저, 양창수 역, 『民法典序論』(박영사, 2003), 48면].

3) Fenet, *op. cit.*, t. 11, p.119, p.121.

구체화이자 또 그것에 의해 권위가 부여된 실정법체계는, ‘민법전(Code civil)’ 중심의 일원적 체계였었다. ③ 그리고 이러한 일원적 법체계는 ‘시민사회(société civile)’ 일원질서와 조응하고 있었다.

그렇다면 일본 근대법은 어떠하였을까.

Ⅲ. 日本近代法

1. 帝國憲法・明治民法 二元秩序

일본 근대의 법질서는, 이상에서 서술한 바와 같은 프랑스 근대의 법질서와는 대척적이라 할 수 있는 성질의 것이었다. 이 점을 우선 帝國憲法・明治民法 성립기의 대표적 학자인 호즈미 야츠키(穗積八東, 1860~1912, 제국헌법이 발표된 1889년부터 帝國大學 법과대학 교수, 헌법)의 논의를 통해 확인하고자 한다. 호즈미 야츠키의 사회적 지위로 볼 때, 그의 논의는 적어도 당시의 정통 사상 중 하나-게다가 가장 유력한 하나-였기 때문이다. 몇 편의 논문⁴⁾을 필자 나름대로 곱씹어서 개조식으로 정리해 본다면 다음과 같다.

(1) 사람사람이 엮여서 짜내는 제 관계(광의의 ‘사회’)에는 크게 ‘권력관계’(명령과 복종의 관계)와 ‘대등관계’의 두 종류가 있다.

(2) ‘권력관계’를 규율하는 법을 ‘公法’, ‘평등관계’를 규율하는 법을 ‘私法’이라 한다. ‘公法’의 대표는 ‘헌법’, ‘私法’의 대표는 ‘민법’이다.

(3) ‘권력관계’의 전형은 ‘국가’이다. 우리나라 ‘국가’의 특질은 다음과 같은 점에 있다.

4) 「新憲法ノ法理及憲法解釋ノ心得」(1889[明治22]年), 「行政訴訟」(1889[明治22]年), 「公法ハ權利關係ノ規定タルヲ論ズ」(1890[明治23]年), 「國家的民法」(1891[明治24]年), 「民法ノ本位」(1893[明治26]年), 「公法ハ權利關係ノ規定タルヲ説明ス」(1893[明治26]年), 「公用物及民法」(1897[明治30]年), 「憲法ノ精神」(1900[明治33]年), 「我憲法ノ特質」(1902[明治35]年) 등.

즉, ① 주권은 萬世一系の 皇位에 있는 것(國體), ② 통치권의 작용을 大權(天皇이 국무대신의 포필을 받아 행사)·立法(천황이 의회의 협찬을 받아 행사)·司法(독립된 재판소에 의해 행사)으로 나누어, 통치의 전권을 천황이 총괄하는 것(政體). 제국헌법은 이러한 國體·政體의 大原則을 정한 것이다.

(4) ‘평등관계’는 ‘사회(협의)로 불리며, 그 내실은 경제사회이다. 따라서 ‘민법’은 재산법이다.

(5) 이상은 요컨대 광의의 ‘사회’는 <국가-공법-헌법>과 <사회(경제사회)-사법-민법>의 이원적 질서로서 존재한다.

(6) 이 이원적 질서에서는 전자가 우위를 차지하지 않으면 안 된다. ‘민법’은 ‘헌법’ 내지 ‘국가’의 영역에 들어가서는 안 된다.

요컨대, 프랑스 근대법에서는 민법전(société civile)에 내재해 있던 정치적 모멘트가, 야츠카에서는 민법으로부터 떨어져 나와 제국헌법(국가)라는 형태로 민법의 위에 우뚝 서게 되며, 그 자연스런 결과(corollary)서 민법(사회)은 재산법(경제)으로 순화되어 버린 것이다.

이상과 같은 헌법학자 호즈미 야츠카의 인식은, 메이지(明治) 민법 편찬의 중심 멤버로 활약한 호즈미 노부시게(穗積陳重, 1855~1926, 1882년부터 東京大學-후에 제국대학, 동경제국대학-교수, 민법·법철학·법사학·비교법, 호즈미 야츠카의 친형)의 그것이기도 했다. 그는 초안 심의에 참석한 法典調査會에서 메이지 민법의 기본적 성격에 대해 언급하면서, 다음과 같은 취지의 말을 했다. 즉, “세계를 둘러보면, 헌법과 민법의 관계에 관해 프랑스의 전형적인 ‘민법을 국체의 근본, 즉 기본법전’으로 삼는 나라와, ‘헌법이 있고 민법은 작은 것으로 보는 나라’가 있는데, 우리나라는 후자의 길을 선택해야 한다”고(民法主査會第9回, 明治26[1893]年9月29日, 『日本近代立法資料叢書』 13卷(1), 185면). 호즈미 형제는 이상에 관한 한 같은 사고방식에 서에 있었다.

2. 帝國憲法·明治民法 秩序의 正當化 根據

그렇다면, 제국헌법·메이지민법이라는 제정법 질서는 어떠한 이념에 의해 정당화되고 있었는가. 프랑스에서의 민법전 일원질서가 자연법·자연권 관념에 의해 정당화되고 있던 것과 대비되는 것으로서 일본 근대법의 특질은 무엇이 있을까.

결론을 먼저 말하자면, 제국헌법·메이지민법 질서의 총체를 통일적으로 정당화하는 이념은 존재하지 않았던 것처럼 생각된다. 제국헌법의 이념과 메이지민법의 그것은 크게 그 성질을 달리하였다.

1) 帝國憲法の 正當化 根據—神話(國家神道)—

제국헌법은 메이지천황이 그 “대권에 의해 현재 및 장래의 신민에 대하여 이 불마의 대전을 선포”(憲法發布勅語)한 흠정헌법이다. 이로부터 여기에서 말하는 메이지천황이 가지는 실정법상의 대권이란 무엇을 근거로 하여 존재하는 것일까, 나아가 메이지천황의 헌법발포라는 행위를 정당화하는 것은 애초에 무엇이었는가 하는 문제가 생긴다. 이것은 권력이라는 현상에 보편적으로 불가피하게 수반되는 문제이다. 어떠한 권력도 그 자신에 의해 100% 정당화 되는 일은 없고, 다른 무엇인가에 의해 권위가 부여되어야 한다는 문제—막스 베버가 말하는 ‘지배의 정당성’ 문제—이다. 프랑스 근대에 있어서는 그것은 자연법이었는데, 제국헌법의 경우에는 과연 무엇이었을까. 『고사기(古事記)』나 『일본서기(日本書紀)』에 유래하는 신화가 그것이다. 이는, 예를 들어, 제국 헌법의 발포 형식에 착안함으로써 알 수 있다.

헌법발포는 다음과 같은 일련의 의식에 의해 행해졌다. 즉,

- (1) 헌법발포 당일 아침, 먼저 아마테라스 오오미카미(天照大御神)를 모시는 宮中賢所에서 親祭가 거행되어, 그곳에서 천황이 皇祖·皇宗의 神靈에 대하여 皇室典範

및 헌법제정의 ‘告文’을 奏한다.

- (2) 이어서 宮中正殿에서 憲法發布式을 행해 다카미쿠라(高御座)에 앉은 천황이 群臣에 대하여 ‘헌법발포칙어’를 宣하고, 대일본제국 헌법을 쿠로다(黒田) 내각 총리 대신에게 授한다.
- (3) ‘헌법’과 동시에 ‘고문’ 및 ‘헌법발포칙어’도 官報 號外로 공포된다.

위에서 ‘告文’이란, ① 자신(‘皇朕’)은 천양무궁(天壤無窮)의 廣모(宏謨)에 따라 皇위를 계승한다는 것, ② 자신(‘皇朕’)은 세상의 추이와 인문의 발달에 따름과 동시에 皇조·皇宗의 遺訓을 밝혀 皇실전범과 헌법을 제정한다는 것, ③ 皇실전범과 헌법은 皇조·皇宗이 남긴 통치의 모범이 되는 大法을 계승한다는 것, 따라서 皇실전범과 헌법을 제정하는 일은 皇祖·皇宗·皇考의 威靈(威靈)에 의지한다는 것, ④ 금후, 皇조·皇宗·皇고의 加호를 기원함과 동시에 자신이 肅선해서 헌법을 준수할 것을 맹세한다는 것 등을, 천황이 “삼가 우러러” “皇조·皇宗의 신령”에 “아뢴다”는 것이었다. 이 ‘고문’ 가운데 제국헌법에 궁극적으로 권위를 부여하는 것이 소위 만세일계의 皇통과 그에 관한 신화였음이 단적으로 나타나고 있다.

2) 明治民法의 正當化 根據—進化論—

제국헌법의 정당화근거가 신화(국가신도)에 찾아졌던 것에 대하여, 메이지민법의 그것은, 그와는 전혀 이질적인, 외래의 진화론이었다. 이 논의를 주도한 대표적 인물의 한 사람은 앞서도 등장한 호즈미 노부시게이다. 노부시게는 1876년(明治9)부터의 영국 유학중에 당시 일세를 풍미했던 다윈의 진화론 및 그것을 사회에 적용한 스펜서의 사회진화론에 강한 영향을 받고, 1881년(明治14)에 귀국한 후, 이 思想에 의해 민법을 중심으로 하는 근대법 체제에 의미를

5) 역주: 천황의 정식 소재지를 표하는 궁중의 어좌.

부여하려는 논진을 펴게 되었다.

다윈의 학설이란, 저 유명한 생존경쟁·자연선택·진화의 이론이다. 다윈은 『종의 기원』(초판 1859년, 6판 1872년)에서 ① 同種의 개체 사이에 항상 자원을 서로 빼앗으려는 경쟁이 생기고, 유리한 변이를 가지는 개체만이 생존하여 자손을 남긴다는 것(생존경쟁과 자연선택의 이론), ② 그 결과로서, 생물은 조금씩 더 우수한 방향으로 변화되어 간다는 것(神에 의한 종의 창조설의 부정과 진화론) 등을 논했다. 노부시게는 이와 같은 생물학적 진화론을 인간사회 및 그 역사에 적용하여 자신의 법사상을 형성한 것이었다. 호즈미가 귀국 후 수년 사이에 쓴 몇 편의 논문⁶⁾에 의거하여 그의 법사상을 요약해 본다면 다음과 같다.

(1) 인류사회에서도 생물계와 같이 생존경쟁·자연도태·적자생존의 大則이 타당하다.

(2) 법은 생존경쟁·자연도태·적자생존이라는 인류사회의 大則에 적합하도록, 적자를 보호하는 것이 아니면 안 된다. 적자보호 방법에는 적극적 보호와 소극적 보호의 두 가지가 있다. 적극적 보호란, 적자가 그 노동력을 가지고 얻은 결과를 보호하는 것으로 재산권 등이 그것이다. 소극적 보호란, 부적자를 배척함을 통해 적자를 보호하는 것이며 형법 등이 그에 해당한다. 그 밖에도 보호해야 할 것이 있다. 자연도태가 그것이며, 혼인법은 그것을 위한 것이다.

(3) 자연법론은 진화론과 양립할 수 없다. 사실의 관찰에서 귀납된 진화론은 자연법론과는 반대로, 평등이 아니라 불평등이 인간의 본성이라는 것, 이것을 기초로 적자생존의 법칙이 작용한다는 것을 보여주고 있다. 자연법론은 공리공론이다.

6) ① 「法律六主義」(1882[明治15]年), ② 「法律道德の關係區別」(1882[明治15]年), ③ 「法律五大族之說」(1884[明治17]年), ④ 「萬法歸一論」(1885[明治18]年), ⑤ 「法律進化主義」(1886[明治19]年), ⑥ 「스펜서氏의 法理學에 對する 功績」(1887[明治20]年), ⑦ 「法律學의 革命」(1889[明治22]年). ①부터 ⑥까지는 『穗積陳重遺文集』의 제1책, ⑦은 제2책(모두 岩波書店, 1932年)에 수록.

3) 두 가지의 천황제론

(1) 진화론적 사고를 비판하는 천황제

이상과 같은 호즈미 노부시게의 담론에 대해 흥미롭게도 호즈미 야츠카로부터 상당히 준엄한 비판이 가해졌다.⁷⁾ 논문에서는 이름을 지목하지는 않았지만, 형 노부시게의 진화론 및 그에 근거하는 法論이 비판의 대상이 되고 있음은 분명하다.

(1) 인간사회는 확실히 불평등(強弱, 智愚, 貧富 등의 차)하며, 天賦自然에 맡기면 심각한 약육강식의 세상을 낳게 된다.

(2) 그러나 이래서는 질서가 성립하지 않는다. 예를 들어, 남녀노소가 함께 생활하는 가족에 있어서 약육강식으로는 家라는 단체생활은 성립하지 않음은 명백하다. 家를 영속시키기 위해서는 智愚·老幼가 각자 그 있을 자리를 얻어 원만히 발달할 수 있도록 하는 것이 家長의 권력의 존재이유이다. 권력이란 보호(강자가 약자를 구조하는 것)의 힘에 다름 아니다.

(3) 국가라는 단체에서도 마찬가지이다. 국민 간의 강약지우 등의 차가 있음에도 불구하고 각자가 평등한 생활을 이룰 수 있도록 하는 것(국민보호), 이것이 국가권력의 사명이다.

(4) 로마법 체계의 민법(개인본위의 민법)에 의해 인정된 권리란, 富者가 過失이 없는 불행한 貧者를 굶어죽게 하는 권리이며, 민법상의 의무란 근로자가 무직 생활자를 부양하는 의무이다. 민법은 부자가 빈자를 섬멸하는 무기에 다름 아니다. 그러나 이와 같은 일이 현실로 되어서는 안 된다. 사회 전체가 그 생활을 침해당하지 않는 한도에서만 개인의 이익을 개인의 권리로 인정하는 것, 민법을 조금이라도 ‘국가적’이게 만드는 것, 민법을 공법의 세계에 들어가지 않게 하는 것, 이러한 것들이 肝要하다.

7) 「國家的民法」(1891[明治24]年), 「民法出テ、忠孝亡フ」(1891[明治24]年), 「新法典及社會ノ權利」(1896[明治29]年), 「公用物及民法」(1897[明治30]年), 「我憲法ノ特質」(1902[明治35]年), 「公法ノ特質」(1904[明治37]年) 등.

여기에서는 국가를 家와의 아날로지로서 파악하려 하는 사고방식을 찾을 수 있다. 야츠카에 의하면, 권력의 기원은 家에 있고 국가 권력은 그 발전으로서 의미가 부여된다. 그 始原的인 家에서는, 부자관계가 기본이며 그 선을 거슬러 올라가면 선조에 도달하게 되므로 - <子 → 父 → 祖父 → …… → 祖先 > -, 家를 기본으로 하는 질서는 ‘祖先教’ 질서로서 개념화되게 된다. 그리고 이 ‘祖先教’ 개념을 일본의 국가에 적용하면 ‘만세일계의 황위’에 주권이 존재한다는 일본국가론(국체론)이 된다.⁸⁾ 요컨대, 야츠카적인 정당한 질서 개념은 경제사회로서의 ‘사회’라는 것이 본래 존재하지 않는, 祖先教的 一元秩序(국가와 家)이다. 바꿔 말하면, 야츠카는 제국헌법·메이지 민법의 이원적 질서를 심각한 모순을 내포한 체제로서 관념하고 있었던 것이다.

(2) 진화론과 抱合하는 천황제

그러나 진화론자들은 야츠카와는 달리, 천황제(제국헌법)와 진화론(민법)을 모순되는 것으로는 생각지 않았다. 예를 들어, 호즈미 노부시게와 어깨를 나란히 하는 진화론의 이데올로그로서 활약한 가토 히로유키(加藤弘之, 1836~1916, 1881년 동경대학 총리, 1890년 제국대학 총장)가 그러하다. 진화론과 천황제는 모순되는 것 같고, 실제 진화론은 서구 開化主義이고 仁義忠孝와는 반대의 것 일 것이므로, 教育勅語(이것은 제국헌법과 일체의 것으로서 제국헌법 발표 이듬해에 발표되었다)에 대해 가토 히로유키 등의 찬성을 얻을 수 없을 것이라고 당시의 총리 야마가타(山縣)는 관측하였다. 그러나 실은 가토는 교육칙어에 찬성하였다. 가토의 두뇌에서 진화론과 천황제론은, 우승열패의 법칙 속에서 형성되는 사회적 優者가 착실 돈후한 기풍을 길러 “영원히 황실의 날개[羽翼]”가 된다고 하는 형식으로 맺어지고 있었다.

8) 「民法出テ、忠孝亡フ」(1891[明治24]), 「祖先教ハ公法ノ源ナリ」(1892[明治25]), 「憲法ノ精神」(1900[明治33]) 등.

IV. 맺음말

대일본제국헌법(1889년)과 메이지민법(1898년)을 기축으로 하는 일본형 근대 법 체제는, 제2차 세계대전의 패전에 의한 근대 천황제 국가의 붕괴와 운명을 같이 하였고, 그 대신에 일본국헌법(1947년, 제국헌법의 전면개정)·전후 민법(1947년, 메이지민법의 총칙 모두 부분의 중요개정 및 가족법의 전면개정 등)을 기축으로 하는 법체계가 출현했다. 헌법은 기본적인 인권(國家 以前의 自由權과 함께 자본주의 사회의 모순에 대처하기 위한 社會權을 포함한다)과 국민주권을 ‘인류 보편의 원리’로 삼는 서구형 근대법이며, ‘국가의 최고법규’임을 선언했다. 이로써 민법의 모두에는 “私法은 공공의 복지에 따라”야 한다는 것(제1조①), 민법 각 조문은 “개인의 존엄과 양성의 본질적 평등을 취지로 삼아 해석”해야 한다는 것(제1조의2) 등을 규정하는 조문이 새롭게 부가되었고, 나아가 후자의 이념에 터 잡아 가족법 전체에 관한, 원리적 전환을 동반하는 전면개정이 이루어졌다.

그러나 외부(미국) 내지 위로부터 행해진 법개혁은, 일조일석으로는 사회의 심부까지 정착하기 어려운 것이었다. 법운용의 현실을 보면 기본적인 인권의 보장은 오늘날에 이르기까지 여러 가지 점에서 계속해서 중대한 제약을 입고 있다. 본 발표의 시점에서 현상을 관찰해 보면 야츠카(八束)적 社會觀과 노부시계(陣重)적인 그것이, 모순을 내포하고 또한 각각 형태 변화를 하였으면서도, 본질적인 부분에서는 완고하게 존속했다고 말할 수 있다고 본다. 즉, (1) 야츠카와 노부시계의 양자에게 공통되어 있던 천황제는, 일본국헌법을 뒷받침하는 원리의 하나인 신분제적 차별의 금지(제14조)와 명백히 모순되는 것임에도 불구하고, 일본국헌법의 내부에 상징천황제로서 구조화되었다. (2) 야츠카적인 사회관은 ① 夫婦同氏 강제제도 등으로 상징되는 일본형 가족법과, ② 家經營體(祖先敎)에서 탄생하고 이를 지양한 일본적인 회사경영체(會社主義)의 형태로, 즉 서구적인 근대 시민사회의 원리와는 이질적인, 諸個人的 擬似共同態的 結合의 형태로 전개하였다. (3) 그리고 한편 노부시계적인 사회관은 특히 최근 십 수

년 신자유주의의 형태로 맹위를 떨치게 되었다.

2009년 8월의 현 시점에서 보면, 고이즈미(小泉)정권 시대의 신자유주의의 결과로서 형성된 ‘우승열패’의 ‘格差社會’ 형성이, 일본적 회사주의(전통적인 일본형 자본주의)에 익숙하여 온 지배층 가운데서도 기피하는 사람들이 적지 않게 나오고 있을 정도로 팽창하였기 때문에, 이에 대한 재검토 즉, 자본주의시장이라는 거대시스템을 담당하는 ‘쓰고 버려지는 부품’으로까지 추락한 지점으로부터 ‘人間’의 復權을 지향하는 것이 다양한 형태로 분출되고 있는 상황이 아닌가 하고 생각한다. 그러나 이 다시 보기의 지향은 하나가 아니라, 크게 보면 일본적 전통 회귀 지향과 헌법가치 실현지향(근대주의 지향)이라는 두 가지 방향이 서로 대항하면서 다투고 있는 듯이 생각한다.

이 상호 충돌이 어떻게 전개될 것인가. 금후에도 계속될 미국발 신자유주의의 글로벌리제이션에 의한 ‘인간’의 ‘쓰고 버려지는 부품화’의 힘은, 전통적 인간관에 의거한 저항으로서는 제어하기 힘들 정도로 강력한 것이며, 이 과제를 실현할 수 있는 것은 헌법 가치 실현의 방법 이외에는 존재하지 않을 것이라고 생각하기 때문에 ‘가치에의 자유’라는 입장에 선 ‘의욕하는 실천인’으로서 는 헌법가치 실현지향의 승리를 바라는 자이기는 하지만, ‘가치로부터의 자유’의 입장에 선 ‘인식하는 학문인’의 눈으로 ‘미래 예지’를 시도해 본다면, 나와 같은 일본 법제사 연구자에게는 일본적 전통의 呪縛力(일본 전통적 인간관)은 일반적으로 상상하는 것보다도 훨씬 더 강인하며, 헌법가치실현이라는 미완성의 프로젝트를 실현하는 데에는 이 나라에서는 특히 곤란이 따를 것이라고 생각된다.