

【发表论文】

日本民法的形成及其在殖民地朝鲜的实施 ——以制令第七号《朝鲜民事令》为中心——

南基玄

(原文为韩文 翻译: 金丹实)

绪言

本文旨在梳理1896年(明治29年)由法律第89号颁布的《日本民法》及此后的民事相关法律在日本殖民地朝鲜实施的情况。这也是日后考察日本与殖民朝鲜间形成的“法结构”形态的基础。

日本明治政府聘请法国的法学家博瓦索纳德(Gustave Émile Boissonade)，于1888年(明治21年)编撰了民法典。然而，该法的实行却延后。梅谦次郎等人牵头制定新民法典，1896年颁布总则、物权、债权等部分，1898年颁布亲属、继承等部分，1899年7月16日起全面实行。《民事诉讼法》与《商法》，自1899年实际已付诸实行。1910年8月，日本合并大韩帝国后，这套日本民事相关法律也应用在殖民地朝鲜。

朝鲜总督签署的制令《朝鲜民事令》规定，日本国制定的民事相关法律适用于殖民地朝鲜。《朝鲜民事令》的条款明确了朝鲜将“依用”民事相关日本法律，同时也列出不同于日本的“特例条款”。《朝鲜民事令》为出台于19世纪的日本法律在殖民地朝鲜的实施提供依据，但是该法令也反映了殖民地朝鲜区别于日本的情况。本文拟分析日本帝国议会内部曾经讨论的朝鲜总督之立法权限、《朝鲜民事令》制定过程及其构成、《朝鲜民事令》中规定的日本民法与“特例条款”的关系。

1 日本帝国议会讨论的朝鲜总督之委任立法权限——“制令权”

1910年5月30日，陆军大臣寺内正毅被任命为韩国统监，日本的“韩国合并”计划落到实处。寺内正毅在他作为统监上任之前，在内阁同意下，秘密组织“合并筹备委员会”，指示其编制“合并实施计划案”。该委员会自6月下旬至7月7日期间开展活动，出台的“合并实施计划案”获日本内阁批准。

合并筹备委员会分门别类设定拟讨论事项，起草了由总共22条的《合并实行方法细目》。在合并筹备委员会，引起最大争议的问题之一就是：是否应在朝鲜半岛实施日本宪法。当时日本国内普遍认为不应该实行日本宪法。但是，如果不施行日本宪法，无疑与日本所构想的“合并韩国”之性质发生冲突。¹

日本政府向国内外强调：与大韩帝国合并，是“两国达成的共识”。这意味着把大韩帝国收编为日本的新领土，韩国人应被视为享有与日本人同等的法律地位的日本人。合并筹备委员会决定：尽管把大韩帝国变成日本

¹ 한성민, “乙巳条约以后日本の“韩国合并”过程研究-以日本人实务官僚的活动为中心-”, 东国大学博士学位论文, 2016, 199-201页, 207页.

殖民地后实施日本宪法在逻辑上是应当的，但实际上不予实施，采取在宪法范围内设例外法规的办法。²

1910年日本政府颁布了天皇下达的紧急敕令第324号《关于在朝鲜施行法令的事宜》，其内容如下³：

1. 第1条 在朝鲜，凡需要法律之事项，皆可通过朝鲜总督之命令加以规定。
 2. 第2条 上一条命令须经内阁总理大臣呈请敕裁。
 3. 第3条 有临时紧急之需时，朝鲜总督可即刻发出第1条之命令。前项命令应在其发布之后立即呈请敕裁。未能获敕裁批准时，朝鲜总督应立即公布今后该命令将不具有效力。
 4. 第4条 需要在朝鲜实施整部法律或者其中一部分时，须通过敕令予以规定。
 5. 第5条 第1条的命令不得违背根据第4条在朝鲜实行的法律，尤其是为了在朝鲜实施而制定的法律及敕令。
 6. 第6条 第1条命令称为制令。
- 附则 本法自颁布之日起实施。

日本内阁强调，之所以要公布明文规定朝鲜总督有权发布制令的敕令，是因为“朝鲜的人情、风俗、习惯尽皆不同，要朝鲜人突如其来按日本法行事是不可能的”，故而强调应参照台湾的先例，“向朝鲜总督委以立法权”。

若想把握《紧急敕令第324号》的内容，首先应该考察宪法条款如何规定当时日本的法律制度。根据日本宪法第5条，日本国的立法权在于天皇，天皇具有颁布敕令的权限。日本宪法第8条规定：“天皇根据维护公共安全或者防止灾殃之需，在情况紧急而帝国议会休会之时，颁布可替代法律的敕令”。但是也明确规定：如果发生这种情况，须向下次帝国议会提交敕令；万一帝国议会不予承认，则必须公布已颁布的敕令将失去效力的事实。⁴

当年颁布《紧急敕令第324号》之际，时逢帝国议会休会，正因有了日本宪法第8条，该令才得以颁布。该法令的第1条和第6条规定：朝鲜总督有权以通过命令来规定殖民地朝鲜所需法律，这一权限被称为“制令”。第1条提到的“需由法律规定的事项”，指的是日本宪法第2章列出的臣民之权利义务、第5章中法院的构成、法官的资格、对法官的惩戒、特别法院的管辖、行政法院、第6章关于租税·税率等的事项。日本宪法规定：“需由法律规定的事项”，必须征得帝国议会批准，而后由天皇通过法律的形态予以确定。与此相反，在殖民地朝鲜，则可通过“制令”——朝鲜总督的命令来制定法律，帝国议会不干预。

第2条、第3条、第5条中包含了限制制令的内容。首先，制令必须经内阁总理大臣，得到天皇的批准(2条)。这意味着必须征得分管内阁各部门大臣(部长)们认可。由此可见，若想顺利颁布制令，内阁与朝鲜总督的关系须十分紧密。根据第3条规定，在紧急的局面，朝鲜总督可颁布制令。在这种情况下，颁布制令后，需获天皇恩准。假如未能获准，必须向大众公布朝鲜总督所颁制令无效。不仅如此，制令不得与日本议会为了在朝鲜实施而制定的法律及天皇所颁布的敕令相冲突。(5条)

²日本国内关于在殖民地朝鲜实施宪法的讨论，可参考韩成敏(东国大学博士学位论文)及小川原宏幸(“韩国合并与在朝鲜实行宪法施行问题—朝鲜的殖民地法制度形成过程”，《日本殖民地研究》17, 2005)。

³“关于朝鲜应施行的法令事宜”《朝鲜总督府官报》第1号，1910.8.29.

⁴外务省编，《外地法制志》7卷，文生书院，1990，16页，21页。

《紧急敕令第324号》颁布后的三个月内，直到1910年12月召集第27回帝国议会，关于制令正式提出质疑的渠道被掐断。1910年12月20日，第27回帝国议会召开。根据日本宪法第8条，紧急敕令需要在帝国议会获通过。1911年1月起，议会开始讨论主要事案。1911年1月21日，内阁总理大臣桂太郎在帝国议会进行施政方针报告。

同一天，内阁向议会提交《敕令第324号》等11份请求批准的议案。1911年1月24日，《敕令第324号》在众议院全体会议上第一次付诸审议。议会指出两大疑点。第一、给总督赋予“制令权”的法律，未经召集议会，以紧急敕令的形式出台。第二、通过制令委任殖民地朝鲜的立法权的制令颁布权是违宪的。

由于议会内部的政治关系、内阁与当时主导议会的政党—政友会之间的政治利害关系，上述讨论以复杂的形态进行。1911年1月26日，可以为“制令权”相关讨论划上句号的法律案被提交上来。无党派议员花井卓藏向众议院全体会议提交《关于朝鲜施行的法令的法律案》，提出“制令权”必须以法律加以规定。该法律案还包括了将制令的有效期设为1915年12月31日止的附则。花井卓藏在提出该法律案的理由书中表明：“即使议会在事后批准紧急敕令，由于敕令不是法律，无法修订或改废之”。他因而强调，为了使帝国议会修订或改废该令成为可能，“不应通过敕令而应通过法律来规定朝鲜总督的制令权”。

花井卓藏提出的法律案被提交到委员会付诸讨论。其结果是，制令的有效期被删除，与《紧急敕令第324号》内容相同的法案在全体会议上表决通过。此后，该法案在贵族院付诸讨论，再经特别委员会审议之后，于1911年3月13日无修改获通过。规定朝鲜总督制令权的法律，于1911年3月25日作为法律第30号《关于朝鲜施行的法令的法律》颁布下来，从即日起施行。⁵与此同时，1911年3月25日，日本政府公布《敕令第30号》，注明“1910年的《敕令第324号》将失去其效力”。⁶

朝鲜总督依据《法律第30号》，通过受委任的立法权—制令对殖民地朝鲜展开统治。朝鲜总督颁布的制令大体分为两种：首先，是“依用”日本法律的法令。这里说的对法律的“依用”，指的是将日本法令照搬到殖民地朝鲜，但对仅适用于朝鲜的特殊事案另设特例事项的法律行为。此种情形被标记为“依用”日本的某法律。⁷其次，是朝鲜总督直接规定法律事项。制令，可以说是不“依用”日本法律、而根据朝鲜总督府的统治需要制定的法令。⁸制令多是在需要巩固殖民统治基础、变更统治方针时，以及发生战争等政治大动荡时颁布的。⁹

2 《朝鲜民事令》制定过程及其构成

⁵ 法律第30号 “关于在朝鲜施行法令的法律” 1911. 3. 25. ;金昌禄 “关于制令的研究”，《韩国近现代法史与法思想》，民俗苑，2009，137页。

⁶ 《朝鲜总督府官报》第171号，1911. 3. 29.

⁷ 浅野丰美认为：通过制令“套用”日本法令，“这个体系使内地(日本)的民法与刑法得以跨越法域的壁垒延申到该地域”，并且称该规定“将行政上的便利与司法整合性很好地统一起来”(浅野丰美，崔硕桓)译，“日本帝国的统治原理“内地延长主义”与帝国法制的结构性展开”，《法史学研究》第33号，2006，195页)。

⁸ 拓务大臣官房文书课 编，《内外地法令对照表：昭和16年9月1日现在》，1941，207页；金昌禄，“关于制令的研究”，《韩国近现代的史与法思想》，民俗苑，2009，146页。

⁹ 韩承延，“通过制令看总督政治的目标与朝鲜总督的行政权限”，《政府学研究》15卷2号，2009，176页。

“依用的制令”中，最具代表性的法律是1912年8月颁布的制令第7号《朝鲜民事令》。¹⁰ 该法令由包括附则在内的共82个条款组成。如果将该法令可分两大部分，大体如下。

首先，是规定了“依用”日本法令的第1条。第1条做出规定：民法与民事诉讼法等总共23个民事相关日本法律将同样适用于殖民地朝鲜。日本本国的主要法令付诸实施后，在土地权利、主要不动产权的种类和效力、买卖等领域，日本民法的原理开始启动。不仅如此，适用民事诉讼法以后，法院的判决也随之适用日本民法与民事诉讼法。《朝鲜民事令》成了殖民地朝鲜民事相关最基本的法律。

其次，是反映了殖民地朝鲜状况的、不同于日本的“特例条款”。“特例条款”中占比最大的是诉讼领域。《朝鲜民事令》共 82个条款中，约75%左右属于这一类，它重视的是“迅捷的程序”，可以说体现的是殖民地特性。“特例条款”第10条、第11条、第12条的条款规定了朝鲜人按惯例享有的权利。第10条规定，在涉及朝鲜人相互间的法律行为时，认可了惯例。第11条规定：在第1条“依用”的日本法令中，关于能力、亲属、继承的条款不适用于朝鲜人，后者可依照惯例。第12条则认可了对不动产物权的惯例。之所以将朝鲜的惯例作为特例予以认可，是因为担心如果将日本法律照搬到殖民地朝鲜实施，会因两地社会、经济和文化上的差异，极可能招致巨大反感。然而，自从修订《朝鲜民事令》，日本民法在朝鲜的适用领域进一步扩大。而且，进入“战时体制期”以后，惯例遭到了否定，日本民法的适用范围日益扩大。

关于“依用的制令”特征，可参考京城帝国大学教授清宫四郎的观点。清宫四郎阐述了在朝鲜、台湾等地直接施行日本法律的情形与“依用”日本法律的情形的区别。首先，日本国内的法令在朝鲜等地施行时，可视其为该法令适用区域扩展了。这时，只要没有特殊规定，日本的法律将会原原本本以其形式和内容在朝鲜、台湾等地得以实施。他强调：从结果来看，相同形式和内容的法令在日本、朝鲜等地施行，因此，就适用的法令而言，日本与朝鲜、台湾等地最终会成为相同“法域”。这意味着相同法令适用的地区扩大了。

与此相反，他认为规定中的“依用”，意味着在日本施行的某法令被指定为朝鲜、台湾等地所实施之法令准据的法律。“依用”的结果是，在日本施行的法令“只不过是吸纳成为朝鲜等地所实施法令的内容”。他同时强调，这决不等于日本施行的法律直接在朝鲜等地付诸实施并产生效力。从结果来看，即使“被依用”的法令(日本法)与“依用”的法令(制令、台湾的律令等)内容相同，也会作为两个不同法令独立通用，因此就该法令而言，日本与朝鲜等地会自然而然形成“异法域”。不仅如此，“朝鲜的情形是，民法被制令——《朝鲜民事令》吸收，因而在朝鲜并没有作为民法付诸实施，而是仅仅成为朝鲜通用的《朝鲜民事令》内容中的一个部分”¹¹。

日本民法和民事诉讼法，被《朝鲜民事令》这一制令所“依用”。因此，日本民法和民事诉讼法就是作为一部分内容被吸纳到《朝鲜民事令》中，而非在殖民地朝鲜得以实施并产生影响。也就是说，日本民法与民事诉讼法是以《朝鲜民事令》这一制令的形式在殖民地朝鲜得到应用。尽管相同内容的民法与民事诉讼法在日本与朝鲜得以应用，然而就其形式而言，在日本国内是民法和民事诉讼法，在朝鲜则是《朝鲜民事令》这一制令，日本与朝鲜可以说形成了两个互不相同的“法域”。

¹⁰ 关于“朝鲜民事令”；参照李承日（音译）《朝鲜总督府法制政策》，历史批评社，2008；郑肯植，“朝鲜民事令与韩国近代民事法”，《东北亚法研究》第11卷第1号，2017。

¹¹ 清宫四郎，《外地法序说》，有斐阁，1944，97-98页，101页。

“依用”日本法，将其应用于殖民地朝鲜，并非总督府原来的意图。朝鲜总督府当初的构想是要单独制定《朝鲜民事令》、《朝鲜刑事令》，对居住朝鲜的日本人适用日本的民法与商法、刑法、刑法施行法，而与朝鲜人发生的民事纠纷和被告是朝鲜人的刑事案件，则适用大韩帝国的相关法规。但是这个构想遭到日本政府否定，最终确定了在朝鲜尽可能“依用”日本施行的法律的方针。¹²

于是，日本民法与民事诉讼法，便根据1912年3月18日作为制令第7号颁布的《朝鲜民事令》第1条规定，在殖民地朝鲜被“依用”。《朝鲜民事令》的颁布过程如下：

1912年1月，朝鲜总督寺内正毅将申请审批《朝鲜民事令》的“制令案”呈送内阁总理大臣西园寺公望。¹³ 1912年1月19日、拓殖局签收了包含《朝鲜民事令》内容的“制令案”，5天后的24日，调研报告结束。1912年3月11日，以内阁总理大臣为首的内务、外务、陆军、大藏、司法、海军、农商务、文部、递信等省（部）的各大臣、法制局长官及书记官长在请求批准《朝鲜民事令》内容的文件上署名。4天后，即1912年3月15日，内阁总理大臣西园寺公望向天皇上奏“制令案”，当天获天皇认准。天皇批准后的第3天，即1912年3月18日，寺内正毅公布制令第7号《朝鲜民事令》。

3 朝鲜总督府高等法院对《朝鲜民事令》内部条款的解释

如前所述，《朝鲜民事令》可分为规定“依用”日本法令的第1条和“特例条款”这两大部分。实施《朝鲜民事令》后，面临了需要法律解释的两种情况。第一、《朝鲜民事令》与其他制令间的关系。《朝鲜民事令》是涉及殖民地朝鲜民事相关所有领域的法令。而且，其核心是《朝鲜民事令》第1条规定的日本法令。然而，朝鲜总督为殖民地统治颁布了与民事相关的诸多制令。这些制令与《朝鲜民事令》第1条规定的日本民法、民事诉讼法之间的关系，有时可能面临进行调整的需要。从形式上看，《朝鲜民事令》也是制令，因此需要调整制令与制令之间的位置。第二、《朝鲜民事令》内部条款之间的解释。也就是应如何协调《朝鲜民事令》第1条规定的日本法令与“特例条款”间规定的问题。本文拟通过殖民地朝鲜最高级别的法院—朝鲜总督府高等法院的判决，对第二个问题即内部条款之间解释的问题进行梳理。

清宮四郎认为，被“依用”的法律成其为问题的情形，是在该法律付诸实施之际出现的。问题首先会发生在“依用”日本法的朝鲜、台湾等地的法律中；紧接着会在解释和适用日本法律的过程中出现问题。¹⁴ 这意味着就“依用”日本民法、民事诉讼法的《朝鲜民事令》而言，唯有日本民法与民事诉讼法在朝鲜获得解释并得以实施时，其意义才会突显出来。适用民法和民事诉讼法的是民事相关诉讼以及由此成立的民事裁判。裁判法庭恰是制令与被“依用”的日本法在殖民地朝鲜互为适用并获得解释的空间。

日本根据宪法第57条，于1890年制定了《法院构成法》（明治23年，法律第6号）。这一时期成立了以大审院为顶级机构的公法院、地方法院和区法院。另一方面，在殖民地朝鲜，宪法不适用。因此，根据朝鲜总督府颁发的制令和附令，成立了法院。

¹² 都冕会，《韩国近代刑事裁判制度史》，绿色历史，2014，487页。

¹³ 〈朝鲜民事令〉出台过程参考“制定朝鲜民事令”（亚洲历史资料中心 <https://www.jacar.archives.go.jp/>）。

¹⁴ 清宮四郎，《外地法序説》，有斐閣，1944，97、98页，100页。

1917年3月13日进行的民商第10号判决，是表明朝鲜总督府高等法院如何解释《朝鲜民事令》第1条规定的日本民法与“特例条款”之间关系的典型案例。¹⁵ 这起诉讼的原告是赵东民，被告是金正珪、吴乃衡。二审法院——大邱复审法院做出的判定是：吴乃衡从金正珪手中取得土地所有权后，根据日本民法第177条进行了登记，因此，产生纠纷的土地的所有权应归属于吴乃衡，而不是赵东民。赵东民拒不接受这一判决，上诉到三审机构——朝鲜总督府高等法院。赵东民一方抗诉的逻辑之一就是有关登记的规定：日本民法第177条规定，“关于不动产物权的得失以及变更，应遵照登记法的规定进行登记；如果不登记，则不能与第三者抗衡”，然而，目前殖民地朝鲜并未施行日本的《不动产登记法》。换言之，赵东民一方主张，吴乃衡拿到的土地证明并不是依据日本的《不动产登记法》进行的登记，据此强调：适用此法的大邱复审法院做出了错误的裁决。

对这一上诉，朝鲜总督府高等法院做出的判决如下：赵东民所获登记，并不是依据《不动产登记法》进行的登记，因而大邱复审法院对此案适用民法第177条是错误的。不过，《朝鲜民事令》第13条规定：“《朝鲜不动产登记令》或《朝鲜不动产证明令》中对不动产物权的取得、丧失及变更设登记或证明相关规定的，除获此登记或证明之外，不能以此与第三者抗衡”。于是，因吴乃衡是依据该法令获取了证明，因此裁定“可以与第三者赵东民抗衡”。与此同时还判定：“由于存在朝鲜民事令第13条规定，在朝鲜应排除民法第177条规定的适用，这才是应有的解释”。

值得我们注意的是，朝鲜总督府高等法院的上述判决明确地指出：当《朝鲜民事令》规定的“特例条款”与日本法条款的内容互相冲突或重合时，日本法令的条款不适用。总而言之，尽管朝鲜总督府在殖民地朝鲜施行的民事相关法制建立在殖民地本国法令的基础上，但它确是朝着保证殖民地统治独立性的方向得以推进的。

结 语

日本自1889年2月11日颁布宪法以来，相继制定了民法、民事诉讼法等，这些法律在殖民地朝鲜也得到实施。尽管如此，日本定下原则，没有将宪法适用到殖民地朝鲜。于是，在殖民地朝鲜，通过法律颁布的日本法令，以朝鲜总督颁布的“制令”的形态被“依用”。

《法律第30号》是日本国内的政治势力互相竞争和制衡的产物，却成了朝鲜总督颁布的“制令权”的准据法。规定“制令权”的依据从敕令变成法律，这意味着日本议会干预朝鲜总督“制令权”的空间扩大了。在第27次帝国议会贵族院审查委员会上，冈野敬次郎向政府质询：能不能通过法律修订或者废除敕令或制令？法制局长官安广伴一郎对此答复道：“属于大权的敕令另当别论，其他敕令可以通过法律来或废除；制令也可以通过法律来修订或废除。”关于敕令，加上了“属于大权的敕令除外”的限定条件，但法律却不能这么做。朝鲜总督的“制令权”，原本是必须通过日本内阁的审批，现在变成受制于日本议会。

日本的民事相关法律在殖民地朝鲜得以实施的准据法令，是1912年通过制令第7号颁布的《朝鲜民事令》。《朝鲜民事令》第1条有条款规定：朝鲜“依用”23个日本法令。由于《朝鲜民事令》，民事相关的日本法令在殖民地朝鲜的所有民事领域发挥影响力。

《朝鲜民事令》可划分为明文规定“依用”日本法令的第1条，和反映殖民地实情的“特例条款”。这就面临如何定义第1条规定的日本法令和“特例条款”间关系的问题。殖民地朝鲜的最高法院——朝鲜总督府高等法院

¹⁵ 大正六年民上第一0号 同年三月十三日判决，“土地买卖证明取消并所有权转移证明手续履行请求之案件”。

不能不对此做出判断。 朝鲜总督府高等法院裁定：《朝鲜民事令》设“特例条款”时，相应的日本法令在殖民地朝鲜不再适用。

从结果来看，日本的法律通过制令规范了整个殖民地朝鲜；并且，在法律上，日本帝国议会可以对朝鲜总督府的权限提出异议了。另一方面，朝鲜总督积极利用“制令权”这一手段开展殖民统治，强化自身权限。《朝鲜民事令》设“特例条款”时，与此重合的日本法令不能在殖民地朝鲜适用，很好地说明了这一侧面。《朝鲜民事令》规定“依用”日本法律，因此每遇日本法令更新迭代，《朝鲜民事令》也不得不加以修订。出于统治和维护自身权限的目的，朝鲜总督积极地应对这种情况。这一点体现在“特例条款”的修订上。