

한국의 법사학연구현황과 과제

沈 義 基*

I. 문제의 제기

해방이후 남한에서 출간된 法史관계저서는 수십종에 달하고 논문편수는 수백편에 달한다.¹⁾ 이러한 연구성과는 그동안 법사연구인력이 극히 적었다는 점을 감안할 때 결코 적은 양이라고 할 수 없다. 우리나라의 법사학자들은 1973년에 이미 한국법사학회를 조직하여 꾸준히 연구발표회를 갖고 학회지 『법사학연구』를 1993년 현재 14호까지 발간한 바 있다. 그동안 어려운 여건하에서 한국의 법사학계를 이끌어준 많은 분들에게 진심으로 감사를 드리지 않을 수 없다. 그분들은 모두 어렵고 외로운 길을 걷고 있는 분들이다. 그러나 지금 이 자리는 한국의 법사학계가 무엇을 더 해야 하는가 하는 점을 비판적으로 검토하는 자리이므로 부족했던 부분과 아쉬웠던 부분을 지적하는데 더 중점을 두어야 한다. 비판하기는 쉽지만 실천하기는 지극히 어렵다는 사실이 사전에 지적되어야 할 것이다. 우리나라의 법사학계는 짧은 연륜과 부족한 연구인력에도 불구하고 많은 것을 성취시켰지만 아직도 결코 만족스러운 상태에 있다고 할 수 없다. 예컨대 그 많은 연구성과 중에서 법과대학의 강의실과 대학원의 세미나에서 우리나라의 법문제와 관련하여 아카데미한 토론의 자료로 삼을 만한 논의를 풍부하

* 嶺南大學校 法科大學 教授, 法學博士

1) 한국법제연구원편, 『한국법사학관계논문목록』, 1993.

게 담고 있는 문제작은 극히 희소한 형편이다. 그 중에는 지적 소유권을 주장할 근거가 되는 학문적 청렴성(research integrity)을 긍정할 수 있는 것인지조차 의심스러운 저술도 없지 않다. 학문적 청렴성이 있는 저술의 경우에는 과거의 법을 인식할 수 있는 법원(法源)이나 사건을 연대기적으로 기술하는데 그치거나 분석이라는 가공작업이 부가되어 있지 않은 법 내용과 법사상의 평면적 나열에 불과한 것도 적지 않다. 이러한 저작물은 독자를 지루하게 만들어서 독자가 그것을 끝까지 읽도록 하는데 실패하게 된다. 독자를 확보하기 위해서는 우선 학문공동체(academic community)가 수긍할 수 있는 문제제기(쟁점이나 이슈)가 있어야 하고 그 문제를 어떤 방법으로 풀 것인가를 명시하고(방법론) 연구결과 무엇인가를 주장(결론이나 정책적 함의)하여야 한다. 이러한 기본적인 골격을 갖추지 않은 저술은 법사학이 학문으로서 생명을 이어 나가게 하는데 긍정적으로 기여할 수 없게 된다. 본래 역사적 저술은 과거에 어떤 일이 일어났는가를 밝히는 작업을 중요한 수단으로 삼는 작업이므로 그 '실용적 가치'나 '읽는 재미'를 지나치게 따지는 것은 부당한 일이겠지만 아무리 그렇다 하더라도 위와 같은 최소한의 골격을 갖추지 못하여 전달하고자 하는 내용이 불분명하거나 문제의식이 법사수요자들의 문제관심과 거리가 먼 경우에는 학자들이나 독자대중으로부터 외면당하기 마련이다. 물론 그 중에는 위와 같은 골격을 갖추고 있지 않거나 문제의식을 명시하지 않은 것임에도 학문공동체내부에서 훌륭한 저술로 통하는 저술도 있을 수 있다. 이러한 저술은 대중적 인기를 끌지 못하더라도 훌륭한 저술임이 틀림없다. 훌륭한 저술은 지금 당장은 주목을 끌지 못하더라도 언젠가 사람들에게 의해서 그 가치를 인정받아 많은 사람들이 되풀이하여 인용하고 그 논의를 계속되도록 할 것이다. 막스 베버의 저작은 그 문제의 난해함과 불친절로 말미암아 일반독자들에게 인기는 없지만 세계각국의 훌륭한 학자들에 의해 끊임없이 인용되는 고전이 되었다.²⁾ 요컨대 법사저술의 생명은 명시적이건 묵시적이건간에 현재

2) R.C.Van Caenegem, *Legal History: A European Perspective*(London: The Hambledon Press, 1991), 201-222면.

적 관점에서의 관련성과 중요성에 달려 있으므로 법사서술의 문제의식은 필수적인 것이다.

그러므로 이 글에서는 해방후 남한에서 출간된 법사관계 저술 중에서 무언가 중요한 문제를 제기하고 그 문제에 대하여 일정한 주장을 하는 저술을 중심으로 무엇이 중요한 문제로 다루어졌으며 그 문제에 접근하는 방법론과 그 문제에 대한 결론이 어떠하였는가를 가급적 논쟁적으로 구성해 보면서 한국의 법사학연구현황을 진단하고 한국의 법사학과 법사학자에게 주어질 과제를 음미해 보려고 한다. 종래의 법사학자들은 좀처럼 정면으로 논쟁하는 것을 즐기지 않았다. 그럼에도 불구하고 이 글의 성격을 논쟁적으로 구성하려고 하는 이유는 어디에 있는가? 그렇게 하는 것이 법사학에 관심을 가지고 장차 법사학을 전공으로 삼고자 하거나 법사학적 방법론을 원용해 보고 싶어 하는 학자들로 하여금 앞으로 무엇이 더 탐구되어야 할 문제인가를 이해하는데 도움을 주고, 그리고 좀더 많은 사람들을 법사학적 논의들 속에 끌어 들여 법사학적 논의의 지평을 넓힘과 동시에 논의의 깊이를 심화시키고 그렇게 함으로써 문제제기의 수준을 좀더 다양하고 풍요롭게 할 수 있는 방법론은 무엇일까를 탐색하는데 도움이 되기 때문이다. 그리고 이 글은 현재까지의 법사학적 연구성과를 비판적으로 분석하는 형태를 취하고 있지만 논의의 중점은 오히려 장래의 법사학자를 꿈꾸는 꿈나무들에게 연구상의 도움을 주려는데 놓여 있다. 우리나라의 국제적 지위가 향상됨에 따라 한국의 법의 역사에 대해서 알고 싶어하는 사람들이 늘어나고 있으며 또한 냉전시대가 종막을 거둠과 동시에 국제사회에서 국가간의 교섭이 법적논쟁의 형태로 전개되는 양상을 띠고 있는데 그럴 경우 우리나라의 입장을 법적으로 주장하려면 우리나라의 법사에 대하여 튼튼한 논리적 무장을 갖추고 있어야 한다. 그러기 위해서는 선학들의 뒤를 잇는 훌륭한 법사학자를 배출시킬 수 있는 후배양성메카니즘이 우리학계에 형성되어 있어야 한다. 그러한 메카니즘 중에서 가장 중요한 것이 기존의 연구성과에 대한 비판적 인식을 통한 자기향상노력이라고 생각한다. 역사에서 비약

이란 있을 수 없으며 학문에도 비약은 있을 수 없다. 장차 한국의 법사학자가 되려고 하는 사람은 자기보다 앞서서 한국의 법사학을 건설했던 법사학자들의 苦行길에 대해서 존경심과 敬意를 표할 줄 알아야 한다. 그렇게 하기 위해서는 선학들의 저작을 충실히 읽어 그 내용을 정확히 파악해야 하고 그리고 나서는 선학들이 손대지 않았거나 손대지 못한 부분을 발굴하여 창의적으로 덧붙여 나가야 한다. 후학들이 그런 작업을 하는데 이 글이 약간이나마 도움이 되기를 바란다.

해방후 한국의 법사학계를 주도하고 있는 법사학자들은 일부 작고한 분도 계시지만 대부분 아직도 연구활동을 계속하고 있다. 그러므로 그 분들을 세대별로 구분하거나 연구성과를 시기별로 구분하는 것은 큰 의미가 없다고 본다. 그리고 서양법제사와 로마법은 필자의 전문분야가 아니므로 이에 대해서는 이 글에서 깊이있게 언급할 수 없음을 양해해 주기 바란다.

II. 왜 법사학을 하는가

법사학은 일반법학에 비해서 실용적인 가치가 희박한 것처럼 보인다. 실용성이 희박하다는 것은 상업성이 희박하다는 사실과 일맥상통한다. 게다가 법사학을 만족스럽게 수행하는 작업은 대단히 어려운 작업중의 하나이다. 그렇기 때문에 법사학을 주전공으로 택하려는 사람과 법사학적 방법론을 원용하려는 학자들은 극히 적을 수 밖에 없는 운명에 처해 있다. 이것은 우리나라에서만 특수하게 나타나는 현상은 아니다. 그럼에도 불구하고 몇몇 사람들은 법사학을 평생의 벼로 삼고자 했다. 그들은 왜 법사학을 하고자 하는가?

박병호교수는 한국법제사연구의 의의를 다음과 같이 말하고 있다.

“우리가 한국의 옛법을 올바르게 인식하는 것은 지나가 버린 쓸모없는 옛법을 회고적 취미로 보자는 것이 아니라, 현재와 미래를 위해서 보는 것이다. 옛법의 인식의 필요성과 중요성이 여기에 있으며, 우리의 지나간 것 가운데에서 가치있는 힘을 불러 깨우쳐서 현재와 미래에 대하여 창조적 힘이 될 수 있게 하는 마음가짐과 실천을 함께 하여야 할 것이다.”(『한국의 법』, 세종대왕기념사업회 교양국사총서 10, 1974, 5면)³⁾

박교수는 법사학은 단순한 골동품적 취미에 그치는 것이 아니라 한국법의 현재를 분명히 하고 한국법의 미래를 전망하고 대비하기 위해서 필요한 도구로 인식하고 있다. 그러나 단순한 ‘골동품적 취미로서의 법사학’과 ‘현재와의 관련성 하에서 추구되는 실용적인 법사학’사이의 경계는 그리 분명한 것은 아니다. 그렇다면 최소한의 실용성을 추구하는 실용적인 법사학이란 구체적으로 어떠한 태도를 말하는 것일까?

이에 대해서는 영국의 법사학자 홀스워스가 말했듯이 최소한 두 가지를 지적할 수 있을 것이다. 첫째 “Reeves가 했듯이 복잡한 영국중세의 물권 소송과 채권소송절차를 상세히 기술하는 것은 지나친 골동품주의이다. 절차를 다루는 효용성있는 법사는 현재의 소송절차가 그로부터 유래된 연혁을 이해하는데 도움을 주는 정도로 족하다. O.W. Holmes 판사가 말했듯이 ‘우리는 골동품주의의 함정을 경계해야 한다. 우리가 과거에 관심을 가지는 유일한 목적은 그것이 우리의 현재에 빛을 비추주기 때문’이라는 사실을 명심해야 한다.” 둘째 “Pound가 말했듯이 우리는 법사를 法神(Juristic God)으로 만들어서는 안된다. 우리는 과거의 법을 아무 비평이나 비판없

3) 최종교교수도 법사학 연구의 중요성을 거의 비슷하게 인식하고 있다. “법사학의 중요성에 대하여 서양의 학자이지만 미타이스의 표현을 빌어 재삼 강조하고 싶다. 법사학은 현재를 분명히 하고 미래를 위해 헌신함으로써 역사법학이 된다. 역사적 교양을 가진 법률가는 결코 민중이나 생활에서 유리된 독단가가 되지 아니한다(『한국법사상사』, 서울대출판부, 1989, 머리말 5면)..... 한국법사상사가 한국사상사 내지 한국사에 기여할 수 있는 공헌은 무엇일까?...단순히 서양적 안목과 방법으로 한국의 법적 전통을 비판적으로 분석하고 평가하는 데에 그 목적이 있다고 할 수 없다...그렇지만 진정으로 깊은 목적과 의의는 일견 초라한 것 같기도 하고 부족한 듯 보이는 법사상적 전통 속에서 그나마라도 세계에 자랑할 수 있는 알맹이는 없는가, 있다면 그것은 무엇이고 그것을 어떻게 설명하여 발전시킬 수 있는가 하는 데에 있다고 하겠다. 우리는 그런 것이 없다고 속단할 필요는 없다(같은 책, 10-15면)”

이 받아들여서는 안된다. 이러한 법사는 비지성적인 보수주의에 불과할 따름이다. 반대로 프랑스 혁명의 시대에 나타난 '각시대는 그 시대에 맞는 고유한 취미와 사상을 창조해야 한다'는 그 반대의 극단적 역사주의(historicism)도 똑같이 오류이다."⁴⁾

이처럼 최소한의 실용성을 추구하는 법사학의 입장에서 제기되는 중요한 문제중의 하나는 한국법의 현재는 어떠하며 한국법의 미래는 어떠해야 하는가 하는 법사학자들의 진단과 전망이다. 그리고 다른 법학자와 법률가는 바로 이러한 법사학자들의 역사적 양심에 입각한 진단과 전망을 고대하고 있을 것으로 보인다. 오늘날 법사학은 세계의 주요 국가에서 독립된 학문 분과로서 굳건히 기초를 확립하였고 법률선진국임을 자처하는 나라에서는 모두 뛰어난 법사학자를 배출하였으며 나라마다 법사학회가 조직되어 활발한 연구활동을 계속하고 있다. 그런데 법사학이 독립된 학문분과로서 확립되게 된 계기는 19세기 전반에 독일에서 발흥했던 이른바 역사법학의 학문적 성취의 결과라는 점에 이의가 있을 수 없다. 독일의 역사법학의 문제의식과 방법론에 감화되어 다른 나라들에서도 법사학이 생성되어 발전을 계속하고 있다. 이 독일의 역사법학을 대표하는 사비니와 기이르케는 각자 자신의 연구결과와 방법론에 입각해서 자신들이 속한 사회의 법문제해결에 일정한 기여를 하였다. 우리나라의 법사학자들도 그러한 문제의식에 입각해서 법사학을 시작한 것이다. 그렇지만 우리나라의 법사학자들이 지금까지 일반법학자들이 귀기울여야 할 만한 역사적 교훈을 '구체적으로 풍부하게' 제시하였다고 자신있게 말할 수 있을까? 필자는 우리나라의 법사학자들은 종래보다 더 많이 그리고 더 활발히 우리사회의 법문제가 무엇이라는 것을 지적하는 시대적 양심이 되어야 한다고 생각한다. 만약 법사학자가 이런 활동을 하지 않으면 법사학의 존재의의가 점점 희박해질 것이다. 그런데 우리 사회의 법문제해결을 지향하는 법사학은 다음에서 보는 바와 같

4) William Searle Holdsworth, *Some Lessons from our Legal History*, The Macmillan Company, 1928, 6-7면.

이 여러가지 길이 있을 수 있다.

Ⅲ. 법학적 법사학과 역사학적 법사학

엄밀한 의미에서 '한국'의 법사학은 해방이후에 비로소 시작된다고 보는 것이 옳을 듯하다. 1948년 『法政』지에 발표된 전봉덕(田鳳德)변호사의 「한국법의 구조와 성격」이라는 논문은 한국인에 의해서 저술된 최초의 법사학적 논문이다. 해방후 한국법의 정체성(正體性, identity)을 '한국법'이라고 명명한 것은 바로 이 논문에서부터 시작되며 그 이후의 한국법사학관계저술은 모두 '한국'이라는 접두어를 사용하게 되었다. 조선후기의 대실학자 다산 정약용은 우리나라 법의 정체성을 '오동법(吾東法)'이라고 표현하였으며 일제시대에는 '조선법' 혹은 '구한국법'이라고 표현하였다. 전변호사는 일제시대에 경성제국대학을 다니면서 몇편의 법사논문을 시도하였었고 일제시대에 일본인 법학자나 법률가에 의해 조선법사에 대한 논문과 저서도 더러 발표되었으나⁵⁾ 그것은 어디까지나 '조선'법제사일 뿐이지 근대한국의 정체성을 전제한 위에서의 한국법사기술(記述)은 아니다. 그러므로 근대한국의 법사기술은 전변호사로부터 시작된다고 말할 수 있다. 어떤 경우에도 첫단추가 어떻게 끼워졌는가 하는 문제는 매우 중요한 의미를 갖는다. 그러면 최초의 한국의 법사학자라고 할 수 있는 전변호사의 한국법사는 무엇을 대상으로 삼아 어떠한 방법론으로 기술되고 있는가?

전변호사의 한국법사기술은 『한국법제사연구』(서울대학교출판부, 1968), 『한국근대법사상사』(박영사, 1981), 『경제육전습유(經濟六典拾遺)』(아세아문화사, 1993) 등 3권의 저서에 담겨 있고 그밖에 「일제의 사법권강탈과 정의 연구」(1982, 애산학보 2호) 등의 논문이 있다. 전변호사는 당시의 상

5) 그 중에서 중요한 몇개만 지적하면 淺見倫太郎, 『朝鮮法制史稿』(東京: 巖松堂書店, 1922); 喜頭兵一, 『李朝의 財産相續法』(京城: 朝鮮總督府中樞院, 1936); 野村調太郎, 『朝鮮祭祀相續法論序說』(京城: 朝鮮總督府中樞院, 1940) 등을 들 수 있다.

황에 비추어 볼 때 뛰어난 지성의 소유자였음이 분명하다. 그의 저술은 많은 자료를 섭렵하여 진행되고 있으며 漢文과 외국어실력은 후학들이 따라갈 수 없을 만큼 상당한 수준에 도달해 있다. 그리고 전변호사의 저술은 '문헌고증에 철저한 실증주의적 역사학'의 전형을 보여주고 있으며 학문적 청렴성도 매우 높은 수준에 달해 있으므로 그 법사기술의 성실성과 인내력에 대해서 경의를 표하지 않을 수 없다. 그런데 전변호사의 논문과 저술을 읽어 나가노라면 다음과 같은 특징이 제일 먼저 눈에 들어 오게 된다. 그의 법사기술의 대상은 시대적으로 고대국가에서부터 한말까지 오랜 기간에 걸쳐 있다. 그런데 그의 관심대상을 시대순으로 살펴 보면 다소 들쭉 날쭉한 과정을 밟고 있다. 처음(1950년대)에는 고대법원(古代法源)연구에 치중하다가⁶⁾ 박사학위논문단제(1960년대)에서는 조선시대⁷⁾로 비약하였고 15년 뒤(1980년대)에는 한말개화기의 개화사상사(『한국근대법사상사』)로 방향전환하였는데 최근(1990년대)에는 다시 조선시대법원사를 복원(『경제육전습유』)하는데 열중하고 있다. 이렇듯 연구의 대상이 들쭉 날쭉하게 되는 이유는 어디에 있을까? 전변호사 이후의 주요 법사학자들의 행로도 대략 비슷한 모습을 보이고 있다. 한국법사학자들이 위와 같은 현상을 보이는 원인은 일본인들이 이루어 놓은 조선법제사와의 일정한 관계를 설정하면 쉽게 이해될 수 있을 듯하다. 박병호교수는 1960년대에 법사연구를 시작하면서 한국법제사의 처지에 대해서 다음과 같이 말한 바 있다.

“중국이나 일본에 비해서 황무지나 다름없는 한국법제사의 처지에 울분을 느끼고 누군가 속히 연구하여 체계를 세워야 하겠다고 생각했다”(『한국법제사고』, 법문사, 1974, 서문)

한국법사학자들은 황무지나 다름없는 법사학분야의 공백을 메꾸는데 전

6) 「古代官名 '加' 연구」(『서울대학교 법학』 제1권 제1호): 「新羅최고관직 上大等論」(1956, 『법조협회잡지』 제5권 1, 2, 3 합병호): 「新羅의 律令考」(1956, 서울대학교 논문집 인문사회과학 제4집): 「한국고유법전의 성질과 입법」(1962, 『법제월보』 제4권 제4호). 이상은 모두 「한국법제사연구」에 수록되어 있다.

7) 「暗行御使제도연구」(1967, 서울대학교 대학원 박사학위논문)(『한국법제사연구』에 수록).

력하다보니 거의 전시대에 걸쳐 폭넓게 자신의 법사학세계를 구축하려고 하는 노력을 하게 된다.⁸⁾ 다른 한편 외국의 법사를 전공하거나 가르치는 한국의 학자들도 특정주제에 대하여 치밀한 연구를 거듭하기 보다는 외국 법사의 주요연구성과를 참조하여 통사적 성격의 저술을 짧은 시간에 하는 모습을 자주 발견할 수 있다. 이러한 저술들에서 연구상의 독창성(creativity)을 찾아 보기는 어려울 것이다. 그러나 그러한 저술들이 우리사회에서 기여한 공로는 다대한 것이다. 대학이나 대학원에서는 한국법사와 외국 법사강좌가 많이 설치되어 있는데 한글이나 우리말로 된 읽을거리가 많지 않으므로 우선 급한대로 그런 정도의 저술도 漢文이나 외국어에 익숙하지 않은 학생들에게는 지금까지 큰 도움을 주었음에 틀림없기 때문이다. 이러한 국내의 현실을 감안하면 한국의 법사학자들에 의해서 저술된 통사적 성격의 저술에 대해서 학문적 독창성을 논하는 것이 우리의 현실에 적합하지 않거나 사치스러운 일일지 모른다. 그렇지만 이제 법사학을 시작하는 후학들까지 그러한 선학들의 행로를 닮을 필요는 없을 것 같다. 선학들의 정력적인 정지작업으로 한국법사에 대해서나 외국법사에 대해서나 최소한의 체계와 공백메꾸기작업은 어느정도 마무리되었으므로 이제부터 한국의 법사학자들은 그 다음단계로 나아가야 한다. 그리고 이제 우리나라의 법사수요자들의 요구수준도 과거와는 비교가 되지 않을 정도로 성숙되고 높아졌음을 깨달아야 한다고 생각한다. 우리나라에서 출판된 통사적 성격의 저술을 법사학강좌의 교재로 채택하였을 때 그것이 법사교육의 현장에서 가르치는 사람에게나 배우는 사람에게나 시간이 갈수록 점점 교육효과가 떨어져 간다는 것이 필자의 강의경험이다. 교육효과가 높은 강의는 주제가 한정되어 있다 하더라도 토론의 깊이가 있는 그러한 강의였다. 예컨대 모든 주제를 빠짐없이 다루었으나 깊이가 없는 통사적 저술을 가지고 강의를 진행할 때 보다는 주제가 한정되어 있더라도 학생들의 관심을 끌만한 몇개의 주제를

8) 이러한 모습의 전형은 최종교수에게서 잘 드러나고 있다. 1980년에 법사연구를 시작한 최종교수는 짧은 기간에 통사적 성격의 저술(『법사와 법사상』, 박영사, 1980; 『한국의 서양법수용사』, 박영사, 1982; 『서양법제사』, 박영사, 1986; 『한국법사상사』, 서울대출판부, 1989; 『한국법학사』, 박영사, 1990)를 많이 이룩해 냈다.

깊이있게 취급할 때 훨씬 교육효과가 높았다. 그러므로 이제부터 한국의 법사학자들은 통사적 서술에 매달리지 말고 시대와 분야를 한정하여 '분야는 좁지만 분석은 깊이가 있는' 그러한 법사학을 시도하는 것이 바람직하다고 생각한다. 그러한 연구성과가 각분야에서 10여개 정도만 축적되면 법사교육의 현상이 훨씬 재미있고 유익해 질 것으로 보인다.

한국의 법사학자들의 관심대상이 넓은 범위에 걸친다 하더라도 연구대상이 되는 중점적인 시대와 중점적인 주제는 한정되기 마련인데 예컨대 박병호교수는 자신의 주요연구주제를 다음과 같이 한정하고 있다. 새로 법사학을 시작하려는 사람들은 이러한 태도를 본받아야 한다고 생각한다.

"전공을 하게 된 때부터는 우리나라에 있어서의 '법의 근대화'에로 문제의식이 쏠리게 되었는데 前근대적 법의식이 깔려 있는 현재의 상황, 그리고 법제적 근대화와 직결되는 '근세조선'을 시대의 반경으로 정하고 주로 가족법사와 토지법사를 연구의 초점으로 삼았다"('한국법제사고', 서문)

제1세대 법사학자라고 할 수 있는 전변호사와 그리고 그와 동연배에 있던 법사학자들의 또다른 법사기술의 특징으로는 다음과 같은 특징을 찾아볼 수 있다.

그들의 법사기술에서는 법원사(法源史)가 매우 중요한 연구대상이 되고 있다. 그들은 법사학의 초기단계에 있었으므로 이러한 현상은 부득이했던 현상이라고 보아야 한다. 법원에 대한 지식이 풍부하지 않은 상태에서 법사학이 발전할 수 없는 것은 너무나 당연한 것이다. 한국의 법사학계에서는 조선시대와 한말개화기의 법원을 수집하여 영인본을 간행하고 자료목록을 정리하고 귀중자료는 학회지에 게재하여 학자들이 참고하기에 편리하도록 하는 노력을 계속하고 있고 서울대학교 법과대학에서는 법률귀중문서실을 설치하여 귀중자료수집과 보존에 힘을 기울이고 있으나 법원을 집대성

하는 작업은 아직도 한국의 법사학계가 계속적으로 노력을 기울여야 할 영역이다.

다음에 그들의 법사기술은 '법학적 법사학'의 경향을 보여주고 있다. '법사학'이란 기본적으로 법학의 일부이어야 하는가 아니면 역사학의 일부이어야 하는가' 라는 문제는 법사학도들을 괴롭히는 중대한 걸림돌중의 하나이다. 물론 법사학도들은 법학의 일부이면서도 역사학의 일부인 그러한 법사학을 추구하려고 하지만 까다롭기 마련인 논평자들은 어떤 법사학적 저작의 성격을 둘중의 어느 한쪽에 기울어진 것으로 자리매김하는 경향이 있다. 이러한 자리매김은 여러 방법중에서 주제에 따라 가장 적합한 방법을 구사하고 있는 융통성있는 법사학자들에게는 항상 불만스러운 것이지만 연구성과의 경향을 분석적으로 파악하려고 하는 입장에서는 유용한 측면도 없지 않다. 이러한 분석적 차원에서 제1세대들의 법사기술의 경향을 상대적으로 성격규정해 보자면 그들의 법사기술은 그의 후배세대의 법사학자들에 비해서 역사학의 일부이기 보다는 법학의 일부를 추구하는 경향이 있었다고 보고 싶다. 법학의 일부이기 보다는 역사학의 일부이기를 선호하는 '역사학적 법사학'은 과거에 어떠한 일이 일어났는가 하는 순수한 역사적 사실을 밝혀내는 일을 법사학의 일차적 과제로 삼고 거기에 자신의 가치관이나 정책적 선호가 개입되는 것을 금기로 삼는 경향(이른바 학문적 가치중립성)이 있기 때문에 일정한 체계 속에서 사고하고 논리적정합성을 따지는데 익숙해져 있는 일반법학자에게 실용적인 도움을 주기 어렵다. 제2세대 법사학자라고 할 수 있는 박병호교수의 법사학세계는 전변호사의 법사학세계와 비교해 볼 때 '역사학적 법사학'을 추구하는 경향이 있다고 보면 잘못이 아닐 것이다. 역사학적 법사학은 '법률가의 법'에만 중점을 두기 보다는 일반대중들의 법에도 중점을 두기 때문에 자연히 '사회속의 법'에 관심을 집중하게 된다. 그래서 박병호교수의 법사학방법론은 국가법적 측면은 물론 '비국가법적 측면에 있어서의 관습 내지 법의식의 인식에 주력'('한국법제사고', 서문)하는 것이었다. 그렇기 때문에 박교수의 법사학은 '전통법' 그 자체

보다는 '전통사회와 법'⁹⁾에 문제의식이 쏠려 있다. 그런데 이러한 법사학은 '법률전문가의 법'을 선호하는 일반법학자들에게는 다소 불만스럽게 간주될 소지가 있다. 예컨대 이러한 법사학에 대해서 일반법학자들은 '도대체 한국의 법사학자들은 있어야 할 법사학은 안하고 무슨 일을 하고 있는가'라는 불평을 하기 쉽다. 필자는 동료법학자들로부터 비슷한 불평을 수없이 들어왔다. 일반법학자들이 기대하는 법사학은 법학적법사학이기 때문에 이러한 불평이 나오게 된다. 19세기의 근대 독일법학이 구축한 이른바 판데텐법학은 하위개념으로부터 상위개념에 이르는 법의 체계를 논리적으로 구축하여 세계 여러나라의 법학에 많은 영향을 끼쳤고 그러한 '개념과 체계의 법학'이 우리나라의 법학계를 지배하고 있으므로 위와 같은 불평이 나오는 것을 이해 못할 바는 아니다. 그러나 개념과 체계의 왕국은 일반법학자의 머리속에서만 존재하는 사고틀일 뿐이지 일반대중이 생각하는 '사회속에서의 살아 있는 법'의 경험적 실재나 역사적 진실은 아닐 수 있기 때문에¹⁰⁾ 위와 같은 불평은 역사학적 지평이나 사회과학적 문제를 속에서 판단할 때에는 부당한 측면이 있다. 그런데 심각한 문제는 역사학의 일부이기 보다는 법학의 일부이기를 추구하고 있는 법학적 법사학에 대해서마저 일반법학자들은 별로 그 실용성을 긍정하고 있지 않을 수 있다는 사실이다. 그러한 사정은 역사학적 법사학에 대해서도 마찬가지로 상정할 수 있다. 법학의 일부이기 보다는 역사학의 일부이기를 추구하는 그러한 법사학에 대해서마저도 일반역사학자들은 지나치게 개념과 체계의 냄새가 난다는 이유로 법사학자들의 저술은 비역사적인 저작이라는 불평을 하고 있다. 일반법학자들이 원하는 법사학은 예컨대 소유와 점유의 관계가 한국의 전통사회에서는 어떠하였는가, 하자담보책임이 어떻게 구성되었는가, 정범과 공범의 관계는 어떠하였는가, 정당방위가 인정되었는가, 인정되었다면 그 요건과 효과는 어떠하였는가를 밝혀 주는 법학적 법사학이다. 반면에 일반 역사학자들이 원하는 법사학은 사회적 맥락 속에서의 법의 모습, 즉 정치 경제 사회

9) 특히 『한국의 전통사회와 법』(1985, 서울대학교출판부)참조.

10) Robert W.Gordon, "Introduction: J.Willard Hurst and the Common Law Tradition in American Legal Historiography" in *Law and Society Review*, Vol 10, No.1., Fall 1975

적 문맥 속에서 법을 기술하는 社會史的 법사학이다. 우리나라의 법사학은 아직 그 연구성과의 축적이 깊지 않기 때문에 법학적 법사학으로서나 역사학적 법사학으로서나 성공적이라는 평가를 받지 못하고 있다고 보는 것이 솔직한 진단일 것이다. 그러므로 한국의 법사학이 가야 할 길은 참으로 멀기만 하다. 현재의 한국법사학은 법학적 법사학이든 역사학적 법사학이든 어느 것을 가릴 것 없이 모두 주변의 동료학자들로부터 '실용성 부족', 혹은 '역사성부족'이라는 커다란 질책을 받고 있는 어려운 형편에 놓여 있다. 그렇지만 한술밥에 배부를 수는 없는 일이다. 그러므로 한국의 법사학자들은 그러한 질책에 의기소침하여 붓을 꺾어서는 안되며 그러한 질책을 자극 삼아 일반법학자들과 일반역사학자들로부터 존경받는 그러한 법사학자가 되도록 각고의 노력을 기울여야 한다. 지금 우리의 처지로서는 어떤 법사학이 더 좋은 법사학인가를 따질 겨를이 없다고 생각한다. 법학적 법사학이든 역사학적 법사학이든 자신의 방법론에 철저하기만 하면 우리의 형편에 비추어 볼 때 일단은 성공적인 것으로 자부해도 좋다고 생각한다. 장차 법사학자가 되고자 하는 사람들은 법학과 역사학공부를 동시에 병행해야 함을 명심하지 않으면 안된다.

IV. 식민지적 법사관의 극복

우리 법학의 나아갈 길과 관련하여 몇몇 학자들은 '식민지법학의 청산'이라는 문제를 거론하고 있다. 이 문제는 한국의 법사기술의 영역에서 가장 첨예한 문제중의 하나이다. 이 문제는 방법론상의 문제라기 보다는 기본적으로 사료조작의 방향을 결정하는 법사관(法史觀)과 깊숙히 관련되어 있는 문제이다.

해방후 새로이 한국법사학을 시작한 전변호사는 한국법의 정체성을 일본인들이 이룩해 놓은 업적과의 대결을 통해서 찾은 적극적인 자세가 아니라

그들이 건드리지 않은 공백부분을 탐구하면서 한국법제사를 새로 구축하려는 소극적이고 고답주의적인 자세를 보이고 있다. 그의 소극적 자세는 다른 곳에서도 찾아볼 수 있다. 예컨대 일제시대와 최근세사부분에서는 '일제의 사법권강탈과정의 연구'와 '辯護士史'라는 한정된 영역의 법사를 제외하고는 이렇다 할 만한 작품을 아직까지 보여주고 있지 못하다. 식민지시대와 최근세사에 대한 침묵은 그와 동연배에 있는 세대들에게서도 나타나고 있다. 이것은 식민지시대와 최근세사가 그들에게 얼마나 크나큰 아픔과 고통의 시대였는가를 간접적으로 가르쳐 준다. 그러나 우리시대는 이 격동의 시대를 냉정하고 투명하게 알고 싶어 한다. 1960년대에 이르면 사정이 조금 달라지게 된다.

1960년대에 한국법사연구를 시작한 박병호교수는 한국법사에 대한 기존의 편견과 왜곡된 인식을 다음과 같이 지적하고 있다.

"우리는 흔히 우리의 역사와 전통이 깊다는 점을 자랑스럽게 여기고 있다. 그러나 법과 법제도라는 측면에서는 별로 내세울 만한 것이 없는 것처럼 생각하는 사람들이 많다(『한국법제사고』, 서문)...그것은 다름아니라 한국의 과거가 부정과 부패 불법 무법의 역사였다는 점만이 주로 강조되고 설령 법이 있었다고 하더라도 근대법과는 다른 봉건적인 법이기 때문에 알 필요가 없다는 선입관이 작용하고 있기 때문이다"(『한국의 법』, 3-4면)

박교수가 위와 같은 진단을 내린 것은 1970년대였지만 1990년대인 지금에도 그러한 진단은 여전히 유효한 것으로 보인다. 이러한 기존의 편견과 왜곡된 인식은 말할 것도 없이 식민지시대를 거치는 동안 생성된 것이다. 한말개화기때만 하더라도 우리 것이 좋은 것이고 서양 것은 나쁜 것이라는 생각이 지배적이어서 '衛正斥邪' 사상이 생겼고 서양사조를 긍정적으로 인정하는 경우에도 그 물질적이고 기술적인 측면만을 도입해야 한다는 '東道西器' 사상 정도에 머물러 있었는데 식민지시대를 거치는 동안 고유사상

과 서양사상에 대한 태도가 180도 달라진 것이다.

나는 이 시대의 유산을 '식민지잔재의 청산'이라는 방식으로 전투적인 자세로 대응하려는 것은 이 시대의 법과 사회를 과학적으로 냉철하게 인식하는데 자칫 부정적인 요소로 작용할 수 있다는 점에서 주의를 요한다고 생각한다.¹¹⁾

식민지성의 본질은 '자기결정권의 상실'에 있다. 자기결정권이 박탈된 상태에서 이식된 식민지시대의 법제도와 법학은 여러가지 방식으로 왜곡되기 마련이다. 그러나 식민지성의 학문적 청산의 길은 학문적 청렴성에 입각한 심화된 탐구에 있는 것이지 과거에 대한 감정적 보복에 있는 것이 아니다. 법사학자의 사명은 과거를 있는 그대로 밝혀 내서 오늘 우리가 서 있는 시점을 정확하고 과학적으로 진단하여 한국의 법과 법학이 한단계 더 높은 수준으로 나아가는(이른바 止揚) 기초를 다지는 데 있다고 생각한다. 그리고 이러한 법사연구자세는 해방이후의 최근세법사에 대해서도 그대로 견지되어야 할 것이다.

이 식민지성의 극복문제는 현재까지도 시원히 해결된 것은 분명 아니다. 그러나 필자가 보기에 현대한국이 당면하고 있는 법문제는 이 문제를 이미 초과하여 훨씬 복잡한 단계로 나아가고 있으므로 언제까지나 '식민지법학의 청산'이라는 협소한 문제의식에 갇혀 있을 수만은 없다고 생각한다. 현대한국의 과제는 식민지성극복만이 유일하고도 중요한 문제인 것이 아니라 환

11) 그러므로 최종교교수가 식민지법학과 식민지법불가의 평가문제에 대하여 다음과 같이 말하고 있는 것은 매우 경청할 만한 자제라고 생각한다. "일제지배 36년간은 분명히 우리 민족사의 오욕기이다. 그 속에는 친일과 굴종의 참담한 동면이 있었고 그러면서도 국가의 독립을 찾으려는 민족주의의 꿈틀거림이 있었다. 그 동안 독립운동과 관련하여서는 상당한 연구가 진행되어 왔지만 일제하의 친일운동에 대하여는 그다지 연구되지 아니한 것 같다. 우리는 일제기를 이해함에 있어서 어느 한 측면을 보아서는 전체상을 파악하기 어려우며, 특히 법률가 내지 법사상과 관련하여서는 이 두가지 측면을 골고루 보지 않을 수 없을 것이다... 여기에서 친일을 논의하는 것은 결코 개인의 스펀들을 들추거나 개인에 대한 질책을 하려는 것이 아니고 오히려 식민지지배의 참담한 실상과 그 속에서의 법률가의 운명 같은 것을 반성해 보려는 데에 뜻이 있다" (『한국법사상사』, 머리말)

경오염의 방지대책을 세우고, 정보화사회를 대비해야 하고 통일의 기초를 다지고, 국제화와 세계화의 물결을 타서 편협한 민족주의적 틀에서 벗어나 인간존중(human dignity)의 시대를 열어 나가는 것이 더욱 큰 비중을 차지하는 포스트모던의 시대이기 때문이다.

V. 한국의 전통사회를 어떻게 볼 것인가:연속과 단절의 변증법

1960년대에 저술을 시작한 박병호교수의 한국법제사연구의 문제의식은 전변호사의 소극적인 그것과 달리 앞에서 언급한 것처럼 사뭇 전투적이었다. 그의 문제의식은 다음과 같이 식민지법사학과의 대결에 커다란 중점이 있었다.

“우리 법제사에 있어서의 도그마인 법의 ‘사적 연속성의 단절’을 극복하기 위하여 일제시의 연구업적의 근본적 재평가와 아울러 일제시대를 거치는 동안 고정되어 버린 ‘역사적 경과에 대한 도그마로부터의 해방’을 통해서 ‘우리의 역사발전의 법칙을 인식’하는데 주력해 왔다”(『한국법제사고』, 서문)

그가 말하는 ‘역사적 경과에 대한 도그마’란 ‘한국의 과거가 부정과 부패 불법의 역사’였다는 부정적인 역사파악을 말한다. 그러므로 박교수의 한국법사학세계는 한국의 전통사회와 법에 대한 기존의 편견과 잘못된 인식을 교정하는데 연구의 초점이 놓여 있었다. 토지소유분야에서 근세의 사적토지소유를 입증하여 1910년대 토지조사사업과 임야조사사업을 시작할 때까지 한국에서는 사적토지소유가 존재하지 않았거나 존재하였더라도 지극히 제한된 것이었다는 기존의 토지국유론을 정면으로 부정하고 가족관계분야에서 솔서혼속(率胥婚俗)과 제자녀균분상속(諸子女均分相續)을 입증하여 조선시대에는 중국의 종법(宗法)제도가 철저히 관철되어 강력한 가부장제

도가 정착되어 있었다는 기존의 도그마를 부정한 것 등은 그의 이러한 목적을 실행한 대표적 사례에 속한다. 이제 이 두 명제는 20-30년이 경과하는 동안 어느덧 한국사에서의 통설이 되어 버려 그 독창성의 빛이 바래지고 있다.

그러나 냉정히 생각해 보면 한국의 과거가 과연 긍정적인 것이었겠는가에 대해서도 의문이 없는 것은 아니다. 그렇다고 해서 한국의 과거를 사실 이상으로 부정적으로 보아 근대적인 법의 지배원리에 비추어 볼 때 한국의 전통사회와 법의 역사는 '불법과 부패의 역사'라는 식으로 극단적으로 파악하면 그러한 '전근대적인 법과 사회'에 법의 지배를 이상으로 하는 근대법을 도입할 때는 근대법이 쉽게 사회속에 뿌리내리기 어렵다는 진단을 하기 쉽다. 예컨대 1960년대와 1970년대에 한국의 전통사회와 전통법에 대하여 많은 법사학적 사회과학적 저술을 한 함병춘교수는 (1) '한국의 전통사회를 반법률주의적(alegalistic)'이라고 특징짓고 (2) '우리의 정치적 법적 전통가운데 우리의 현대적 정치생활에 긍정적으로 기여할 수 있는 것은 거의 아무것도 없다'¹²⁾라고 결론짓고 있으며 다른 많은 학자들도 비슷한 생각을 갖고 있다. 함교수의 저작은 원래 영어로 쓰여진 것이 많다. 그래서 우리말을 모르는 외국의 한국학자들이나 한국의 법사를 알고싶어 하는 사람들은 함교수의 저술에 의존하여 한국법사를 이해하는 것이 보통이다. 게다가 함교수는 실용주의법학이 한창일 때인 1950-1960년대의 미국에서 법학훈련을 쌓았으며 사회과학적 지식이 풍부하여 한국법사에 대하여 대단히 수준높은 저술의 모습을 보여 주고 있다. 그러므로 함교수저작의 국제적 영향력은 매우 큰 것이며 함교수의 결론이 어떠하였는가 하는 것은 매우 중요한 의미를 갖는다. 그런데 여기서 우리는 우리나라의 지도적 법사학자들 사이에 한국의 전통사회와 법을 바라보는 시각에 첨예한 갈등이 존재(한 쪽에서는 연속의 측면을 강조하고 한 쪽에서는 단절의 측면을 강조)

12) Hahm Pyong-Choon, *The Korean Political Tradition and Law, Essays in Korean Law and Legal History*(Hollym Corporation:Seoul, 1967), 6면, 83면.

하고 있음을 확인할 수 있다. 함교수의 논의와 관련하여 여기서 필자는 두 가지 문제를 제기하고 싶다. 첫째는 (2)의 언급과 관련되는 것이다. 법사학을 하는 목적의 하나로 박병호교수는 '우리의 지나간 것 가운데에서 가치 있는 힘을 불러 깨우쳐서 현재와 미래에 대하여 창조적 힘이 될' 것을 찾는 데 두고 있는데 함교수는 그러한 견지에서 볼 때 우리의 지나간 것 가운데에서 가치있는 것은 아무것도 없다고 결론짓고 있는 것이다. 여기서 나는 법사학의 목적에 대해서 약간의 논의를 부연하고 싶다. 법사학의 목적은 넓은 의미에서의 '역사적 교훈'을 추구하는 것이지 반드시 과거의 것 가운데에서 '무언가 좋은 것'을 찾아 내는 데 있는 것은 아니라고 생각한다. 과거의 것 중에서 이어 받을 수 없는 것을 비판적으로 인식하는 것은 법사학의 중요한 목적중의 하나이다. 과거를 미화하는 것이 법사학의 목적이라고 할 수는 없을 것이기 때문이다. 그러나 과거를 필요이상으로 매도하는 것도 바람직하지 않다고 생각한다. 고대사회에서의 법의 규율대상과 현대사회에서의 법의 규율대상은 현격히 다를 수 있다. 환경문제, 독점문제, 국제거래문제, 정보의 생산과 유통문제 등은 전근대사회에서는 있지도 않은 문제였다. 그런데 그런 문제를 푸는데 전통사회에서의 법으로부터 무슨 창조적 힘을 이끌어 낼 수 있을 것인가?¹³⁾ 이러한 문제를 푸는데는 한국의 전통법에서만 아니라 독일이나 영국의 전통법에서도 아무런 단서를 찾아볼 수 없을 것으로 보인다. 그러므로 전통사회로부터 무언가 창조적 힘을 이끌어 내기 어렵다는 이유로 전통사회를 부정적으로 인식하려는 태도는 지나치게 실용주의적인 발상이라고 생각한다. 그런데 여기서 우리가 논의를 심화시켜야 할 더 중요한 문제는 함교수의 (1)의 진단과 관련되는 것이다. 그것은 서양에서는 이미 중세에서부터 '법의 지배'의 원칙의 맹아가 생성되어 근대의 법의 지배를 발전시키는데 중요한 역할을 하였는데 우리나라의 경우에는 그러한 것이 없지 않았느냐¹⁴⁾ 하는 주장인 것이다. 근대의

13) 전통변호사는 「입법에 있어서 고려하여야 할 한국고대법」이라는 과제를 법제처로부터 부여받아 그 과제를 '한국고유법전의 성질과 입법'이라는 제목으로 수행하였지만 그 논문에서 '입법에 있어서 고려해야 할 한국고대법'의 내용과 형식을 구체적으로 적시하지 못하고 있다(앞주6의 해당논문참조).

14) Hahm Pyong-Choon, 앞의 책, 6면.

법의 지배가 아닌 전근대서양의 법의 지배는 왕으로부터 귀족의 재산을 보호하는 귀족의 논리였다. 그것은 만민평등과 자유와 기본권보호를 지향하는 근대의 법의 지배원리와는 질적으로 다른 것이다. 근대의 법의 지배의 원리는 중세의 법의 지배의 원리의 자체발전(예컨대 進化)의 소산이라는 설명이 바로 전형적인 법학적 법사학의 설명방식이다. 그런데 이것은 법률가들의 머리속에서만 환상적으로 존재하는 비역사적인 인식이다. 법은 사회의 산물이다. 근대의 법의 지배원리는 근본적으로 근대시민사회의 소산이지 중세의 법의 지배원리의 자체발전의 산물이 아니다. 서양사에서 중세사회로부터 근대사회로 사회의 성격이 변하지 않았는데도 일정한 시간이 경과하면 중세의 법의 지배가 근대적 법의 지배로 발전할 리는 없기 때문이다. 그런데 과연 한국의 전통사회와 전통법에 법의 지배의 싹이 없었다고 단언할 수 있을까? 한국의 전통사회를 불법과 무법의 역사로 규정하는 메타이론은 동양적 전제주의론(oriental despotism)과 실체적비합리성의 사법(justice of substantive irrationality)론의 두가지가 있다.

중국과 인도를 비롯한 아시아를 바라보는 서구인들의 전통적인 시각은 동양적 전제주의론에서 가장 잘 드러나고 있다. 동양적 전제주의란 법의 지배를 확장시켜 온 유럽식 민주주의와는 정반대로 전제군주의 자의(恣意)에 의해 지배와 통치가 행해지는 정치경제적 풍토를 총체적으로 가리키는 서구인들의 용어법이었다. 조선에 대한 식민지배를 감행한 일본의 제국주의자들도 한국의 전통사회에 대하여 비슷한 인식을 가지고 있었다.¹⁵⁾ 한국의 법사학자들이 이러한 전제주의론에 대하여 어떻게 대응해 왔는가를 학설사적으로 살펴 보는 것은 매우 재미있는 일이다. 전변호사는 암행어사 제도연구를 통하여 이러한 전제주의론에 약간의 수정을 가하려고 하였으나 전제주의론을 정면으로 극복하려고 하지는 않았다. 즉 그는 “동양적 사회에는 단일인만이 자유가 의식되고 있었다는 헤겔의 명제가 과연 어그러지지

15) 이에 대해서는 심희기, 『한국법사연구-토지소유와 공동체-』 (영남대출판부, 1992), 98-114면, 182-189면 참조바람.

아니한 것 같이 느껴진다. 普天之下 率土之濱에 王土王民 아닌 것이 없다는 관념아래 국왕은 生殺與奪의 권력을 가지고 있는 전제주의사회임에 틀림없다”고 하여 동양적 전제주의론을 수용하였으나 다만 “그렇다고 해서 폭군적 권력행사도 합리화되는 그러한 무제한한 성질의 권력이었다고 생각하지 않는다”고 주장하고 그 역사적 증거로서 국왕은 백성의 복지를 증진시키는 것이 의무이고 이 의무를 수행하기 위해서 여러가지 제도적 장치가 고안되었으며 그 중의 하나가 堂下侍從官을 特命하여 官吏의 得失과 生民疾苦를 廉察하고 官리의 進退를 糾理하는 암행어사제도라는 것이다(『한국법제사연구』, 1-6면). 말하자면 전변호사는 암행어사제도 등을 전제주의하에서 민중적 정의를 실현하는 제도적 장치로 본 것이다. 함교수는 한국의 전통사회를 전변호사 보다도 더 부정적으로 진단하였다. 그는 “한국역사에서 사적소유가 존재하였는가에 대한 질문은 역사가들에게 가장 곤란한 문제중의 하나였다... 한국에서의 사소유권을 로마나 영국의 그것과 구별시키는 것은 무엇인가? 가장 현저한 차이는 한국의 사소유권은 정부에 대하여서는 한번도 완전히 보호되지 않았다는 것이다... 로마나 영국의 그것과 같은 소유권에 대한 태도나 개념은 한국에서는 전혀 존재하지 않았다”고 진단하였다.¹⁶⁾ 이에 반해서 박병호교수는 근세의 사적토지소유를 실증함으로써 왕토왕민사상은 단순한 이념적 슬로건에 불과하고 근세의 법과 사회의 실재(reality)는 아니라고 논증하고 있다.¹⁷⁾ 이제 한국법제사분야에서는 전제정부론이 거의 극복되는 단계에 있으나 한국경제사분야에서 전제정부론은 형태를 달리하여 아직도 강력히 잔존하고 있다.¹⁸⁾ 전제주의론이 극복된다고 하더라도 한국의 전통법을 부정적으로 바라보게 만드는 또하나의 메타이론이 있다. 그것은 막스 베버의 이념형개념인 실체적 비합리성의 司法이라는 개념이다.

막스 베버는 중국과 이슬람세계의 법체계를 실체적 비합리성을 추구하는

16) Hahm Pyong-Choon, 앞의 책, 77-81면.

17) 『한국법제사』, 198-199면, 201-203면.

18) 이에 대해서는 심희기, 앞의 책, 75-128면을 참조하기 바람.

카디사법(kadi justiz)이라고 성격규정하였다. 함교수는 이러한 베버의 분석틀을 받아들여 전통적인 한국인의 정의관은 베버적인 문맥에서 볼 때 실질지향적이고 비합리적인 것이라고 진단하고 이것은 서구 자본주의사회에서의 형식합리성을 추구하는 사법과는 정반대되는 것이라고 결론짓고 있다.¹⁹⁾ 이러한 진단은 상당부분 수긍할 요소가 있음에 틀림없다. 그러나 그러한 진단이 진지한 법사학적 방법론에 입각해서 수행된 것이며 더이상 반론의 여지가 없는 것인지에 대해서는 많은 의문이 제기되고 있다. 첫째 함교수가 입론의 증거로 제시한 증거자료는 논어와 맹자를 비롯한 유교경전이 많고 중국사회에 대한 분석결과를 한국사회도 비슷할 것이라는 가정에 더러 도입하고 있다²⁰⁾. 그러므로 함교수의 논의는 민중법자료에 입각한 실증적인 분석에 의해 보강되지 않으면 안된다. 조선후기의 민중법자료를 해박하게 섭렵한 박병호교수는 토지에 대한 사적 소유권분야에서의 전통법체계와 근대적 법체계와의 관계에 대해서 다음과 같이 진단하고 있다.

“국가법적 측면에 있어서의 소유권, 그것은 서구의 법체계를 도입하였을 경우 결코 사멸되고 새로운 근대적 소유권이 창설된 것이 아니라 그러한 과거의 제도에 대응하는 권리의식 소유의식으로서 새로운 근대적 법체계의 밑바닥에서 연면히 존속했다. 따라서 전통적 법체계와 근대적 법체계와의 단절론의 강조 그것은 서구의 경우와도 일본의 경우와도 사정이 다르다. 이데올로기적으로는 단절이 강조될 수 있을 지 모르나 실체로서는 연속되어 온 것이다. 논리적 의식적으로도 근대법체계 속의 권리, 소유는 결코 낯선 것이 아니었다”(『한국의 전통사회와 법』, 1974, 『서울대학교 법학』 15권 1호, 105-106면)

박교수는 사적 소유권의식과 소유권을 침탈당하였을 경우 재판을 통해 그것을 회복하려는 권리의식의 영역에서 조선후기까지의 한국인의 의식은

19) 앞주 12)참조.

20) William Shaw ed., *Human Rights in Korea*(Cambridge:Harvard University Press, 1991), 3면.

근대법을 도입할 경우에도 크게 낮선 것은 아니었을 것이라고 진단하고 있다. 사소유권은 근대시민사회의 근간이 되는 핵과 같은 존재이다. 근대사회의 법의 지배의 목적중의 가장 중요한 것이 결국은 사유재산권을 굳건히 지켜 주는 것이었다. 그러므로 한국의 전통사회가 비법적이었다는 진단은 성급한 판단이었을지 모르는 것이다. 그리고 한걸음 더 나아가 베버의 분석틀자체가 과연 적실성이 있는 분석틀인지에 대한 의문도 제기되어야 한다고 생각한다.²¹⁾

그러나 다른 한편 분명히 전통사회와 그 속에서 생성된 전통법제도, 근현대한국사회와 그 속에서의 법제도사이에는 일정한 정도의 단절이 존재하고 있음을 전적으로 부정하기도 어려운 일이라고 생각한다. 최종고 교수는 법사상의 영역에서 다음과 같이 말하고 있다.

“사상사 혹은 지성사가 동서의 비교적 안목에서 논의될 때 항상 ‘개념’과 ‘논리의 단절’에 부딪치는 바이지만 법사상사에서는 그러한 문제가 더욱 심각히 제기된다. 한국의 여러가지 사상재들을 서양의 권리의무개념에 입각한 법사상과 같은 것으로 볼 수 있느냐 하는 문제가 빈번히 제기된다”(『한국법사상사』, 머리말)

우리 역사상 전통과 근대가 연속되고 있는가 아니면 단절되어 있는가 하는 문제는 아직 결론을 내릴 단계가 아니라고 생각한다. 이 문제는 각분야마다 좀더 치밀한 연구가 선행된 후에 최종적으로 다시 검토해 볼 만한 문제라고 생각한다. 가령 종래에는 토지소유와 가족관계(박병호교수의 경우), 법의 지배(함병춘교수의 경우), 법사상(최종고교수의 경우)분야에서

21) Joyce S. Sterling and Wilbert E. Moore, "Weber's Analysis of Legal Rationalization: A Critique and Constructive Modification" in 2 *Sociological Forum*(1987)에서 저자들은 베버의 형식합리성개념의 문제점은 그것이 지나치게 융통성이 없고 보수적이며 엄격하다고 지적하고 그 개념의 수정을 시도하고 있다. 그리고 베버의 '합리성'개념은 지극히 애매한 것이어서 응용하기가 어려운 것이다. Anthony T. Kronman, *Max Weber*(Stanford: Stanford University Press, 1982)에 의하면 베버는 합리성의 개념을 5가지 상이한 개념으로 사용하고 있다고 한다. 함교수는 어떠한 의미에서 합리성의 개념을 사용하고 있는지 명시하고 있지 않다.

이 문제가 검토되었지만 다른 영역(형사사법, 남녀관계, 지방자치, 상공업 등)에서도 각론적 분석이 아직 미해결의 장으로 남아 있다. 미해결의 장이 많이 남아 있는 현상태에서는 미리부터 연속이나 단절의 어느 하나를 가정할 필요가 없다.²²⁾

최근에 이르러 우리 법사학계에서는 한국법사와 독일법사편향의 법사학 연구에서 벗어나 미국법사와 중국법사 일본법사를 전문으로 연구하는 학자들²³⁾이 생겨나 법사를 보는 안목이 비약적으로 확장되고 있다. 그 중에서는 헌법이론을 사회사적으로 서술하려는 시도도 엿보인다.²⁴⁾ 이것은 우리 법사학계가 새로운 단계로 도약하는 단초를 보여 주는 것이어서 그들의 장차의 활동이 기대된다.

이상이 한국법사학분야에서 간취되는 법사서술의 중요한 흐름(main stream)이라고 생각한다. 앞에서 언급한 것처럼 논의의 주제가 그렇게 풍부하지도 않고 방법론상의 논쟁도 거의 찾아 볼 수 없다. 그렇게 된 이유 중의 하나는 논쟁을 금기시해 온 소극적 태도에서 찾을 수 있다고 생각한다. 상대방을 비방하는 논쟁, 논쟁을 위한 논쟁은 회피되어야 하지만 무엇이 법사학적 탐구의 대상이 되어야 하는가, 무엇이 역사적 진실에 더 가까이 다가가는 길인가를 둘러 싸고 행하여지는 논쟁은 건설적이고 필요한 것이다. 다음 절에서는 한국의 법사학이 직면하고 있는 과제중에서 아직까지 거론되지 않은 것들을 생각나는대로 음미해 보려고 한다.

22) 최종고교수는 법사상사분야에서 그러한 전략을 구사한 것은 적절한 전략이었다고 생각한다. "그러나 이러한 문제의식에 대하여 저자는 다음과 같은 소신을 갖고 있다. 즉 우리의 논리와 개념이 서양 것과 다르다 하더라도, 일단은 우리의 場 혹은 맥락 안에서 자료를 분석 정리하는 작업부터 철저히 해야 한다는 것이다. 그런 작업을 하고 난 이후에 서양과 비교하든, 중국 일본과 비교하든 '평가'를 할 수 있을 것이라고 생각한다..."(『한국법사상사』, 머리말)

23) 안경환교수는 미국의 저명한 법사학자 Lawrence M. Friedman의 『미국법사(History of American Law)』를 번역출판(대한교과서주식회사, 1989)하였고 신에 법사학자들의 동양법사저작으로는 김지수, 「전통중국법의 情理法에 관한 연구」(1993년 서울대학교 법학박사학위논문); 김창록, 「일본에서의 서양헌법사상의 수용에 관한 연구」(1994년 서울대학교 법학박사학위논문) 등을 주목해야 한다.

24) 앞23)의 김창록교수의 논문. 이 논문은 미국과 영국의 일부 법사학자들이 시도하고 있는 비판적 법사학의 단초적 모습을 보여 주고 있어서 주목된다.

VI. 한국법사학의 과제

1. 한국법의 정당성위기현상의 역사적 해명

필자가 보기에 현재를 분명히 하고 미래를 전망하는 것을 사명으로 삼는 법사학자에게 중요한 현안문제중의 하나는 다음과 같은 문제이다.

한국법제연구원에서는 1991년과 1994년에 걸쳐 신뢰할만한 국민법의 식조사를 실시하였다. 이 조사는 법의 사실적 조사를 감행한 것이어서 법의 사실적 측면을 중시하는 법사학의 입장에서는 매우 소중한 조사라 하지 아니할 수 없다. 그런데 그 조사항목 중에 다음과 같은 문항과 그 문항에 대한 반응은 극히 주의를 요하는 부분이라고 생각한다. 1991년의 조사결과와 1994년의 조사결과는 크게 다르지 않게 나타나고 있으므로 여기서는 주로 1994년의 조사결과를 토대로 논의하고자 한다. '우리 사회에서 법이 잘 지켜지고 있다고 생각하십니까'라는 문항에 대하여 78.9 %(946명)의 응답자가 '그렇지 않다'고 응답하였다. '법이 잘 지켜지지 않고 있다면 가장 큰 원인은 무엇이겠습니까'라는 문항에 대하여는 (1) 법의 절차가 복잡하고 자주 바뀌므로(32.5 %, 305명, 이하 %와 명은 생략함) (2) 법의 집행이 엄격하지 못하므로(24.9, 234) (3) 법이 불공평하므로(21.3, 200명) (4) 법대로 살면 손해를 보니까(11.5, 108) (5) 법이외에 다른 방법이 편리하므로(9.8, 92)의 순으로 응답이 나왔다. (1)의 응답이 많은 것은 앞으로 정부가 법에 대한 설명과 홍보를 강화할 필요성이 있음을 암시해 주며, (2) (3) (4)의 응답이 많은 것은 우리 국민의 현행법과 현행법제도의 정당성에 대한 판단이 전체적으로 극히 부정적임을 암시해 준다. 그런데 그 다음 문항에 대한 응답은 더욱 심각한 양상을 보여주고 있다. '다음 중 누가 가장 법을 지키지 않는다고 생각하십니까'라는 문항에 대하여는 (1) 정치인(42.6, 800) (2) 기업인(20.0, 375) (3) 공무원(14.2, 267) (4) 법조인(9.0, 184) (5) 교육자(4.8, 86) (6) 종교인(4.5, 84)

(7) 대학생(2.2, 42) (8) 농어민(1.1, 21) (9) 근로자(1.0, 18)의 순으로 응답이 나왔다.²⁵⁾ 정치인, 기업인, 공무원은 한국의 정치 경제 사회를 주도해 가는 계층인데 그들이 가장 법을 안지킨다는 것이 일반생활인들의 판단이라는 사실, 그리고 '법에 사는 사람'이라야 할 법조인이 그 다음으로 나타나고 있다는 사실, 그리고 교육자 종교인 대학생과 같이 우리 사회의 양심을 대변해야 할 계층이 사회의 중산층과 최하소외계층을 구성하고 있는 농어민과 근로자보다도 법을 더 안지킨다는 인식이 우리 사회에 팽배해 있다는 사실은 무엇을 말해 주는 것일까? 이 법의식조사는 우리사회에 '법의 지배'의 정착가능성을 조망해 보기 위해서 실시되었는데 그렇다면 이 조사는 우리 사회에 법의 지배가 가능하기 위해서는 대대적인 법개혁이 필요함을 웅변으로 표현해 주고 있다. 필자가 보기에 이 조사결과는 한국법이 현재 '총체적인 정당성위기'에 봉착해 있다는 사실을 선명하게 드러내 주고 있다고 생각한다. 그러면 왜 이 지경에 이르게 되었는가, 그 원인은 무엇이며 어떻게 대응해야 하는가, 해결의 전망은 있는가, 이러한 총체적인 정당성위기에 한국의 법학자는 무엇을 어떻게 하는 것을 법학의 사명으로 삼아야 할 것인가 등의 의문이 꼬리를 물고 제기된다.

한국의 법사학과 법사회학, 법철학 등의 이른바 기초법학은 이러한 문제를 과학적으로 진단하고 해결의 전망을 제시하는데 혼신의 힘을 기울여야 할 것이다. 그 중에서 한국의 법사학은 이러한 법의 정당성위기의 역사적 근원을 정확히 밝히는데 앞장서야 한다고 생각한다. 그럴 경우 연구의 대상은 전통사회(그 중에서도 조선후기와 한말개화기), 식민지시대, 해방후의 최근세의 세 시기를 상정할 수 있다. 필자는 이 문제의 근원을 최근세사에서부터 역순으로 살펴 보는 것이 좋다고 믿고 있으나 종래의 법사학자들의 생각은 오히려 반대였던 것 같다. 종래의 법사학자들과 법학자들은 전통사회와 식민지시대에 문제의 근원이 있었던 것으로, 특히 전통사회에 문제의 근원이 있었던 것으로 보아 왔다. 최근에 이르러 국내에서나 국외

25) 한국법제연구원, 「94국민법의식조사연구」, 1994, 43-44면.

에서나 식민지시대의 법과 사회에 대하여 주목하는 경향이 생긴 것²⁶⁾은 현대한국의 법문제에 대한 문제의식의 수준이 진일보한 면을 보여 주는 것이어서 여간 반가운 일이 아니다. 그러나 이러한 경향은 아직 시작에 불과하고 뚜렷한 성과를 보이고 있는 것은 아니다.

2. 한국법의 근대화와 외국법수용의 기술문제

근현대한국의 법제도와 근대이전 전통사회의 법제도사이에는 외견적으로 뿐만 아니라 실제적으로도 일정한 질적 차이가 존재하고 있음을 부정할 수 없다. 그런데 어떻게 해서 전통사회의 유교적 법제도가 오늘의 법제도로 대전환을 이룩하게 되었는가 하는 것은 한국근대법사의 중심주제가 아닐 수 없다. 이 문제는 이미 1960년대에 박병효교수에 의해서 제기된 문제였다. 이 과정을 어떤 사람들은 '한국법의 근대화'²⁷⁾라는 맥락에서 검토하였고 어떤 사람들은 '외국법(특히 서양법)의 수용'²⁸⁾이라는 맥락에서 검토하였다. 그래서 현대한국의 법현상에 대하여 논하는 논자들은 예외없이 한국법의 근대화과정이나 서양법수용과정을 언급하면서 자신의 논지를 전개하게 된다. 한말개화기 때부터 시작된 이 현상은 현재도 진행중에 있으며 앞으로도 상당히 오랜 기간 지속될 전망이다. 여기서 한국의 입법자와 법학자들이 외국법을 어떻게 이해하고 어떻게 수용하여 왔는가 하는 점을 역사적으로 살펴 보는 것은 매우 중요하고도 재미있는 법사기술의 대상이 된다고 생각한다.²⁹⁾

이러한 관점에서의 중요한 연구성과로는 최종고교수의 『한국의 서양법수

26) William Shaw ed., 앞의 책, 7-11면.

27) 최대권, 「법에 있어서의 근대화」(『서울대학교 법학』 32권 2호, 1972)

28) 최종고, 「한국의 서양법수용사」

29) 1980년대에 법사연구를 시작한 최종고교수는 이 문제의 중요성과 과제를 다음과 같이 말하고 있다. "본서는...구체적으로 '서구법이 한국법에 어떻게 수용되었는가', '한국법이 어떻게 근대화되었는가'에 대한 관심이다. 일본법의 개입을 감안한다 하더라도 우리는 중국법의 영향아래 있던 전통법체계와 법학에서 자주적으로 근대화를 지향하고 한말에 이미, 한국법학의 기초를 다졌던 것이다. '서양과의 직접적인 접촉의 계기를 한국에 온 서양인법률고문들의 역할과 한말의 법학커리큘럼에서 찾으려는 것'이 저자의 시각이다. 법제수사도 구체적으로 각분야별로 연구하여야 할 주요한 장르이다"(『법사와 법사상』, 머리말, 12면)

용사』와 근현대한국기본법제의 정비과정에 대한 記述적 논문들³⁰⁾과 정종휴교수의 『한국민법전의 비교법적연구』(創文社, 1989)를 들 수 있다. 그러나 아직도 검토되지 않은 주제들이 얼마든지 있다. 그리고 차체에 우리에게 있어서 '근대'란 무엇을 의미하는지도 따져 보아야 한다. 그간 '근대'와 '근대법'은 막연히 우리의 미래를 장미빛으로 수놓을 수 있는 만병통치약인 것처럼 상징되었으나 실체가 불분명한 '근대화'라는 神話³¹⁾는 긍정적인 측면 못지 않게 전통사회에서 볼 수 없었던 새로운 모순과 사회적 불평등을 생성시켰다. 법사학자는 이러한 근대화의 어두운 측면을 기술하는데 눈을 감아서는 안된다고 생각한다. 그리고 이 문제와 관련하여 필자는 한말개화기나 식민지시대 못지 않게 해방후의 최근세한국에 주목하는 것도 중요하다고 생각한다. 왜냐하면 한말개화기나 식민지시대에는 한국인들이 '자기결정권'을 제대로 행사하지 못하였으므로 그 시절의 법발전이란 지극히 허구적인 것일 수밖에 없다. 이에 반하여 해방공간에서 한국인들은 자신들의 새로운 미래를 건설할 수 있는 선택의 여지를 어느 정도 가지고 있었다. 물론 미국과 소련을 양극으로 하는 냉전시대의 기류가 우리의 역사를 규정하는 규정적 요소로 작용하고 있었다는 사실을 무시할 수 없지만 그렇다고 우리의 최근세사가 순전히 외재적인 압력에 의해서만 규정된 찢기없는 역사라고 생각하는 견해에는 동의할 수 없다. 식민지시대는 36년에 불과하지만 해방후 지나간 세월은 벌써 50년에 달하고 있다. 이런 상황에서 우리의 문제를 전통적 과거나 식민주국주의 제국주의적 수탈 혹은 주변의 국제환경적인 요소가 결정지었다고 일방적으로 생각한다면 우리들 자신은 아무런 책임도 없다는 무책임론에 빠지게 된다. 과거는 항상 거슬러 올라가기 마련이고 주변환경을 논하자고 하면 우리의 주변환경은 항상 우리의 자주적 의지와는 충돌되는 실체로 채워져 있었으며 이러한 상황이 가까운 장래에 역전될 것 같지도 않다. 그러면 우리자신은 역사 속에서 아무런 잘못도 하

30) 「현대한국법제의 형성과정고」(『서울대학교 법학』32권 1, 2호, 1991); 「해방이후 한국기본법제의 정비」(『한국법사학논총』, 박영사, 1991); 「한국에서의 서양법의 수용과 변용」(『서울대학교 법학』33권 2호, 1992)

31) Peter, Fitzpatrick, *The Mythology of Modern Law*(London: Routledge, 1992)

지 않았단 말인가? 만약 잘못을 따지기로 한다면 가장 큰 잘못은 우리 자신에게로 귀속되어야 한다. 필자가 이런 주장을 하는 것은 한국법의 현재를 이해하는데 조선후기사회와 식민지시대가 중요하지 않다는 취지가 아니라 40대에 접어든 사람의 현재를 결정한 것은 10대나 20대에 그가 무슨 일을 했는가 보다는 직전의 30대에 그가 무슨 일을 준비하였는가에 더 달려 있다는 문맥에서이다. 그리고 한국최근세법사에서 우리는 내재적인 요소를 발굴하는데 신경을 더 써야 한다고 생각한다. 외재적인 요인은 경우에 따라서 내재적인 요인에 의해서 굴절될 수도 있다. 그리고 내재적인 요인이 외재적인 요인인 물골의 존재자체를 無로 돌릴 수는 없지만 물골의 흐름을 바꿀 수는 있다고 본다. 이런 관점에서 볼 때 미군정기와 해방후의 법전편찬사업의 성격과 그 결과에 대한 분석은 한국법사학계가 수행해야 할 매우 시급한 과제 중의 하나이다.

3. 한국사회의 특수성과 선진외국법

법사학은 기본적으로 사실학에 기초해야 한다. 그러므로 법사학자는 일반법학자들처럼 규범적 기술과 주장을 하기이전에 먼저 눈앞에 보이는 현상을 관찰하고 그 원인과 결과를 적절한 분석틀로 설명할 줄 알아야 한다. 이런 맥락에서 해방이후 우리나라의 법학계와 법조계에서 전개되고 있는 법적 논변(論辨, legal argument)을 유심히 관찰하면 다음과 같은 현상이 지속적으로 전개되고 있음을 발견할 수 있다. 그 중에 대표적인 것을 하나만 들어 보자.

해방직후 남한에서만이라도 독립된 자주국가를 시급히 건설해야 할 사회적 필요성에 직면했던 우리의 법학계에서는 한편으로 선진외국법의 추세를 추수하려는 경향³²⁾과 다른 한편으로 한국사회의 특수성을 강조하여 이것

32) 예컨대 해방직후 발간된 「法政」에 발표된 洪礎基학사의 「新社會法의 요강해설」(제2권 9호, 1947.9)에서는 다음과 같은 논변을 찾아 볼 수 있다. "우리는 하루바삐 우리법전을 편찬하여야 하겠다. 시급성, 이것이 우리법전편찬에 있어 최고이념이다. 이리하여 손쉽게 빨리 성취시키기 위하여는 현

을 법제에 반영하려는 경향³³⁾이 동시에 공존하고 있었다. 이 경우 선진외국법은 일종의 '보편적 이성'으로서 상정되고 있다. 이것은 마치 유럽근세의 로마법계수시대에 게르만법에 대해서 학식로마법이 일종의 '쓰여진 이성'으로 추앙받았던 현상과 비슷한 현상이다. 이 두 경향은 때로 갈등과 긴장상황까지 빚어 내고 있는 것으로 보인다. 그리고 이러한 양경향의 긴장과 갈등상황은 오늘 이 시점에서도 엄연히 현존하고 있다.³⁴⁾

이 문제를 어떻게 해결할 것인가 하는 문제는 우리나라의 법학계에서 오랫동안 중요한 이슈로 작용할 것으로 보인다. 그리고 그 해법은 결코 쉽지 않은 문제임에 틀림없다. 특수성과 자주성을 논하는 입장에서의 논변은 한국법이 다른 나라의 법과 다르다거나 달라야 한다는 특수성을 강조하는 것인데 그 특수성의 실체를 구체적으로 적시하지 못하는 경우가 많다. 이렇게 되면 편협한 국수주의로 되거나 엘리트주의의 논리와 야합하게 될 위험성이 있다. 다른 한편 외국법과 외국의 법이론을 '보편적 이성'으로서 도입하기를 주장하는 입장에서의 논변은 그 법과 법이론이 기능할 사회적 문맥을 고려하지 않는 경우에는 한국사회에서의 적합성이 있는가 하는 역사주의적 비판에 적절히 대응할 수 없게 된다. 왜 이러한 현상이 일어나는지 그리고 그 해법은 있는지 있다면 어떠한 해법이 있는지 자못 궁금하다.³⁵⁾

제의 일본법전을 토대로 하고 이것을 번역하는 정도라도 속히 起草하자는 실천방침이 법전편찬위원회에서 결정되었다. 이 점은 회사법에 대하여도 같다...첫째로 일본회사법속에 입법할 때부터 벌써 '학리적으로' 미비 또는 오류라고 할 규정이 혼입되어 있다면 그것을 그대로 집어 삼킬 수는 없다. 또 그 후 세계 회사법학이 도달한 수준에서 보아 명백히 확정되어 있는 법제는 차체에 이것을 섭취하여야 한다' '학리', 혹은 '세계의 회사법학이 도달한 수준'이라는 용어는 법에 무언가 보편적인 원칙이 있다는 가정을 전제로 한다. 그리고 그것은 말할 것도 없이 선진외국의 법이론일 것이다.

33) 역시 해방직후 「법정」에 발표된 「검찰제도에 대한 신구상」(嚴祥燮, 제2권 8호, 1947.8)이라는 논문에서는 다음과 같은 논변이 전개되고 있다. "둘째는 자주적인 입장에서 각국검찰제도를 전담하여야 할 것이다. 두말할 것도 없이 세계각국의 검찰제도를 비교연구하여서 그長을 취하여 우리의 短에 補할 필요가 있을 것이나 우리의 현실에 알맞고 우리민족들이 이해하기 쉽고 따라서 우리사회에서 양호한 결실을 할 수 있는 검찰제도를 세울 것을 지상명령으로 하여야 할 것이다. 다른 나라에서 좋은 결과가 나타났다 하더라도 우리나라에서도 그러할 것이라고 判斷하여서는 안될 것이다"

34) 법학의 연구와 교육을 담당할 교수요원은 원칙적으로 自國의 교육과정을 통해 양성되어야 한다는 안경환교수의 견해(안경환, 「대학원교육의 문제점과 해결방안」, (『법과 사회』 9호, 창작과 비평사, 1994)를 '편협한 국수주의적 태도'라고 반박하는 홍준형교수의 논변(홍준형, 「법치주의의 좌절과 법적 허무주의의 극복」, (『법과 사회』 7호, 창작과 비평사, 1993)을 보라. 이러한 논쟁은 한국의 법학계내부에서 지속적으로 자주 행하여지고 있다.

어쨌든 한국의 최근세법사는 이러한 특수성의 법논리와 보편성의 법논리가 대립갈등 혹은 공존하면서 전개되고 있는데 그 현상의 유형, 그 원인과 결과를 객관적으로 그리고 분석적으로 기술하는 것이 중요한 한국法學史적 과제중의 하나라고 생각한다. 법사학자는 한국법사와 세계법사를 보편과 특수 of 變증속에서 정확히 인식하려는 노력을 기울여야 한다고 주장하기는 쉬운 일이다. 문제는 그것을 실천하기가 어렵다는 점에 있다. 그리고 지금까지 한국의 법사학자는 그러한 문제의식을 강하게 갖고 있으면서도 보편과 특수가 잘 조화된 법사학의 모습을 보여 주는데까지 나아가지 못한 것으로 생각된다. 19세기 독일의 로마니스트(로마니스텐법학자)와 게르마니스트(게르마니스텐법학자)사이의 논쟁은 우리에게 많은 것을 시사하고 있다. 그러므로 마지막으로 세계법사학계의 동향을 살펴 보면서 한국의 법사학자가 갖추어야 할 자세를 음미해 보기로 한다.

VII. 세계법사학계의 동향과 한국의 법사학자의 과제

법이 '역사적 산물'이라는 사비니(Savigny)의 생각은 법이 기능하는 사회적 문맥을 고려하기 시작하였다는 점에서 근대법학의 발전에 혁명적인 기여를 한 것이다. 그러나 그의 생각은 아주 작은 端初에 불과한 것이었다.

사비니는 법의 역사적 뿌리찾기를 법학의 자료를 발견하는 수단으로 간주하는 후고(Hugo)의 생각을 수용하였다. 그에게 법은 원래 인민들로부터 유래하는 '인민의 정신'(Volksgeist)으로서 그 기본적 성격은 관습이었다. 다만 문명의 후기단계에서 법은 학식법학자(learned jurists)에 의해 운영된다. 그리고 그것은 시간이 흐름에 따라 변화하는 것이었다. 여기서 인민이란 사회적인 의미도 아니고 경험적인 의미도 아니다. 그것은 문화적인

35) 이 문제는 결국 법의 실제(law in reality)나 '사실로서의 법'을 고려하지 않는다는 비릇될 것이다.

개념이다. 그리고 정신이란 헤겔의 '세계정신처럼 고도로 추상적이고 지성적인 실체가 아니라 구체적이고 일반적으로 공유되고 있는 인민의 문화적 특성이다. 그런데 주의를 요하는 것은 사비니가 법의 발전을 말할 때 그가 염두에 둔 것은 법실무가 아니라 법학자의 사상이었다. 그러므로 사비니에게 법의 발전, 인민정신의 가는 길은 지성적 원칙의 유기적인 발전이었다. 여기서 사비니의 엘리트주의적인 면모를 발견할 수 있다.

사비니는 일단 역사적 방법에 의해서 지도적인 원칙이 발견되면 법학자는 이제 사료에서부터 벗어나서 발견된 원칙들을 가지고 과학적인 체계를 건설해야 한다고 생각했다. 그는 그러한 체계만이 법학의 내적 구조를 반영하기 때문에 과학적인 것으로 간주될 수 있다고 믿었다. 결국 사비니는 法史를 꿈꾼 것이 아니라 역사법학을 꿈꾼 것이다. 이러한 사비니의 생각이 19세기의 형식주의적인 법학, 즉 베버가 찬양하고 있는 형식합리적인 사법의 발전에 결정적으로 기여하게 된다. 그런데 사비니의 생각은 게르마니스트들에게 다음과 같은 의문을 불러 일으켰다.

게르마니스트들은 법이 인민의 정신이라면 로마적인 것보다 게르만적인 법원이 독일법학의 일차적 목표가 되어야 한다고 생각했다. 또한 법이 인민의 관습이라면 법은 적어도 일정한 한도내에서는 인민에 의해 운영되어야 했다. 그러므로 게르마니스트들은 민중사법(lay justice)에 대하여 호감을 가졌으며 사비니가 숭배하는 학문적으로 훈련된 과학적 법학자의 지배라는 사상에 적대적이었다. 이러한 갈등은 정치적인 것으로 발전하였다. 어느 의미에서 이 갈등은 법의 엘리트주의적 견해와 민중주의적(populist) 견해와의 충돌이었다. 게르마니스트들은 유스티니아누스의 법이 원래 전체적 지배자의 도구였듯이 그것은 유럽근세의 절대군주시대에 절대군주에 의해 채택되었으며 학식법률가들은 절대군주의 관리에 불과하다고 비난하였다. 그들은 그 증거로서 로마법이 독일국민이 중세동안 누렸던 전통적인 권리와 자유를 파괴하는데 일조하였다는 사실을 지적하였다. 과연 1848년

의 시민혁명시대에 사비니와 그를 추종하는 로마니스트들은 프러시아의 군주와 긴밀히 연합한 반면 베셀러(Beseler)와 게르마니스트들은 헌법과 기본권을 수호하는 편에 섰다. 이러한 게르마니스트들의 열정에도 불구하고 결국 독일의 법학계와 법실무에서는 로마니스트들이 지배하게 되었다.³⁶⁾

이러한 독일에서의 로마니스트와 게르마니스트의 투쟁의 역사는 한국법학사에서의 보편과 특수 문제에 대하여 시사하는 점이 많다. 독일의 게르만법은 독일민중 특히 독일농민에게 합당한 역사적 특수법이었다. 그러나 로마법은 새로이 도래하는 상공업의 시대에 맞는 형식합리적인 보편법이었다. 근현대한국의 법사에서는 농업사회에 기초한 한국의 전통적 법제도가 비합리적인 것으로 일방적으로 매도되어 왔고 그러한 가치판단에 입각하여 거의 폭력적으로 파괴를 강요당해 왔다. 그리고 이 과정에서는 제국주의자못지않게 많은 한국인들이 커다란 역할을 수행해 왔다. 그리고 그러한 과정은 현재에도 진행되고 있는 것으로 보인다. 한국의 최근세법사에서 발견할 수 있는, 새시대에 맞는 보편적 이성의 이론가임을 자처하는 한국판 로마니스트들의 선진외국법과 법이론을 아무 여과과정없이 도입해야 한다는 주장은 크게 보면 그러한 흐름과 연결되는 것이다. 또한 법실무계에서는 司法과정에서 민중이 참여할 수 있는 여지가 극단적으로 봉쇄되어 있었던 엘리트주의적인 절대주의사법을 계속 유지하기를 원하고 있다. 이것은 식민지적 유산의 하나이지만 그것의 지속을 원하는 것은 제국주의자가 아니라 바로 한국의 법조인들이다. 이러한 사조에 대항하여 가냘프게나마 한국사회의 특수성에 맞는 법과 법이론을 전개해야 한다는 한국판 게르마니스트의 주장이 없지 않았다. 양자사이의 대립갈등은 법과 법이론의 배후에 있는 사회적 세력과 이익, 그리고 사회적 문맥을 解讀해 내지 않고서는 이해할 수 없는 현상이다. 한국의 법사학자들은 그러한 현상을 잘 관찰하여 문제의 실상을 설득력있게 기술해 낼 수 있어야 한다. 그리고 법사학자

36) Mathias Reimann, "Nineteenth Century German Legal Science" in *Boston College Law Review*, Vol. 31, July 1990, 837-897면.

들이 현재 무엇이 문제인가를 포착해 내기 위해서는 현행법과 현행법제도, 그리고 현행법실무에 대하여 일반법학자나 법률가못지 않게 깊은 지식이 있어야 한다. 역사적 법사학이라고 해서 과거의 법만을 연구대상으로 하는 것은 아닐 것이다. 과거의 법중에서 무엇이 역사적 탐구대상이 되어야 할 것인가 하는 실용적인 법사학문제의 포착은 오히려 현재의 법문제가 무엇인가를 잘 알수록 가능한 것이다.³⁷⁾ 세계의 법사학제도 시간이 갈수록 점점 '사회속의 법'을 파악하는데 더 중점을 두는 방향으로 나아가고 있다.³⁸⁾

사비니와 기이르케의 생존당시에는 역사적 방법과 체계의 추구는 동시에 추구되는 법학의 두가지 방법이었다. 그러나 시간이 흐름에 따라 어느 한 가지에만 주력하는 경향이 나타나기 시작했다. 역사적 방법을 중시하던 측에서는 점차 순수한 역사적 사실을 추구하는 방향으로 나아갔고 체계를 중시하던 측에서는 점차 과거와 절연되어 현재 존재하는 실정법의 논리와 개념을 추구하는 방향으로 나아갔다. 사비니에게 법학은 본질상 역사적인 것이었으나 그에게 역사는 단순한 도구에 불과하였다. 그러나 그러한 작업이 19세기 중반경에 일단락되자 역사적 탐구는 점차 도구적 입장에서 자신을 해방시키게 되었다. 반면에 역사적 탐구방법에 의해 법학의 체계가 어느 정도 구축되게 되자 법학자들은 더 이상 과거에 집착해야 할 필요를 느끼지 않게 되었다. 이제부터 서서히 독일의 법사학은 상대적으로 법학이나

37) "Why History of English Law Not Written" in Robert Livingston Schuyler ed., *Frederic William Maitland, Historian*(Berkeley: University of California Press, 1960): "현대법에 대한 충분한 훈련은 좋은 법사기술을 하려는 사람에게는 거의 필수적이라고 말할 수 있다. 법사가가 세상에 어떤 형태로 결과를 제시하든 그는 자주 현대로부터 고대로, 분명한 것으로부터 희미한 것으로, 알려진 것으로부터 알려지지 않은 것으로 작업해 나가야 할 것이다... 이것은 우리를 문제의 핵심으로 인도한다. 이 나라에서 이 작업에 필요한 조건을 완전히 갖춘 유일한 사람은 보통 그러한 작업을 하려고 하지 않는다. 그 조건을 갖춘 사람은 바로 풍부한 실무경험을 갖춘 법률가이거나 풍부한 실무의 희망을 갖고 있는 법률가이다"

38) 미국의 사정에 대해서는 Lawrence M. Friedman, "American Legal History: Past and Present" in Lawrence M. Friedman & Harry N. Scheiber ed., *American Law and the Constitutional Order*(Cambridge: Harvard University Press, 1988); 유럽대륙의 사정에 대해서는 R.C. Van Caenegem, *An Historical Introduction to Private Law*(Cambridge: Cambridge University Press, 1988), 180면이하; 영국의 사정에 대해서는 G.R. Rubin and David Sugarman ed., *Law, Economy and Society, 1750-1914: Essays in the History of English Law*(Professional Books Limited, 1984), 1-123면

법실무에 기여할 필요에서 해방되어 순수한 역사학의 일부를 지향하는 경향을 띠게 된다. 독일의 법사학은 법학과 독립된 학문분야로 자리잡았고 다른 나라의 법사학에도 모범이 되어 법사학은 이제 국제적으로 전파되기 시작한 것이다. 법사학이 순수한 역사학을 지향하게 된다는 것은 법사학이 법학과 관계를 끊게 되었다는 취지라기 보다는 점점 더 사회적 문맥속에서 법을 보게 되었다는 취지로 받아 들여야 한다고 생각한다. 법을 사회적 문맥속에서 보려면 법률가의 법보다는 일반생활인의 법에 주목해야 하고 그 주목의 방법은 관찰과 통계에 의한 법사실의 발견이다. 이러한 법사학이 가능해지면 일반법학자나 입법자, 그리고 법관이 법적 결정을 내릴 때 고려할 수 있는 사실자료가 덧붙여져 그들의 선택의 폭을 늘려 줌으로써 더 나은 법적 결정이 가능해질 수 있다.³⁹⁾ 오늘날 '법사학의 실용성'이란 최종적으로는 이러한 목표를 겨냥해야 한다고 생각한다.

39) 이 점에 대해서는 Robert W. Gordon, "Historicism in Legal Scholarship" in *The Yale Law Journal*, Vol 90, Number 5, April 1981에서 많은 시사점을 얻을 수 있었다.