〔書 評〕

朴 秉 濠 著

韓國法制史攷

—近世의 法과 社會—

〔1974年 3月 法文社發行 pp. 476〕

一

本書는 서울大法大 교수인 著者가 10餘年間 法學雜誌에 발표한 主로 朝鮮王朝時代 以後에 屬하는 不動產去來法, 所有法, 裁判法, 家族法, 法源등에 관한 論文과 著書등 硏究業績을 한데 묶어서 整理한 것이다.

이들 主要目次를 살펴보면

第1章 不動產去來法—— Ⅰ. 不動產賣買, Ⅱ. 賣買에 있어서의 公證制度, Ⅲ. 舊文記에 대신하는 公證制度, Ⅳ. 地契制度와 家契制度, Ⅴ. 證明制度, Ⅵ. 慣習上의 公證, Ⅶ. 不動產擔保法

第2章 土地所有의 法과 法意識—— Ⅰ. 近世의 土地所有權에 관한 硏究, Ⅱ. 舊慣習上의 土地利用權과 그 近代化

第3章 裁判의 制度와 機能—— Ⅰ. 不動產訴訟法, Ⅱ. 顯宗 2年의 漢城府決訟立案, Ⅲ. 裁判制度의 近代化, Ⅳ. 辯護士 및 司法書士制度의 沿革

第4章 家族法—— Ⅰ. 率婿婚俗에 由來하는 親族과 禁婚範圍, Ⅱ. 異姓繼後의 實證的硏究, Ⅲ. 李朝末葉의 承嫡慣行과 生前養子

第5章 法源, 其他—— Ⅰ. 朝鮮初期의 法源, Ⅱ. 舊韓國時代의 刑事立法의 沿革, Ⅲ. 法制面에서 본 日帝의 統治方式, Ⅳ. 17世紀 이후에 있어서의 土地擔保制度의 發達과 經濟的變化 등이다.

이러한 目次에서도 示唆하는바와 같이 著者는 방대한 範圍에 걸쳐 詳細하게 論究하고 있거니와 特히 「前近代的 法意識이 깔려있는 現在的 狀況 그리고 法制的 近代化와 直結되는 近世朝鮮을 時代半徑으로 定하고 主로 家族法史와 土地法史를 硏究의 焦點으로 삼고」 法制度面뿐만 아니라 複雜한 古文書를 비롯

한 基本史料를 利用하여 制度의 機能과 法意識의 把握에 注力하고 있다. 또 法의 歷史的 連續性의 斷絕을 克服하므로써 日帝時代를 거치는 동안 固定되어 버린 歷史的經過에 대한 도그마로 부터의 解放을 통해서 우리의 歷史發展의 法則을 認識하는데 努力」하는 問題意識과 視角에서 法律學이나 法社會學도 우리의 歷史속에서 가장 깊은 基礎를 찾을수 있다는 것을 立證하고 있다.

二

먼저 不動產去來法에 관하여는 日帝時代에 「朝鮮田制考」를 비롯한 단편적인 叙述이 있었으나 綜合的 具體的으로 去來法의 內容을 알 수 없었는데 豊富하게 古文書를 利用하여 制度面뿐만 아니라 慣行의 實際를 詳細히 考察하였다. 特히 不動產擔保法은 擔保制度의 法形式의 究明에만 그치는 것이 아니라 第五章 Ⅳ의 「17세기 이후에 있어서의 土地擔保制度의 發達과 經濟的 變化」와 함께 우리나라에 있어서의 資本主義萌芽를 論할 경우의 法的側面에서의 接近으로서 經濟史學界에서도 考慮에 넣고 다루어야 할 重要한 問題이다. 또한 지금까지 土地의 賣買는 法律上의 것이 아니라 實際의 事實로서 把握하고 특히 末期的 現象만을 强調하므로써 無秩序한 것으로 보는 극히 常識的인 것이었으나 이러한 先入見은 本書를 通하여 고쳐져야 할 것이다.

第二章의 土地所有의 法과 法意識에서는 科田法에 비롯된 朝鮮王朝時代의 土地에 대한 權利의 總括的 硏究이다. 土地國有論이 거의 克服되어 가고 있는 마당에서 土地所有의 法制史的 硏究가 全無한 形便이었는데 이 論文은 이에 대한 最初의 本格的인 接近이라 할 것이다. 비단 法制的인 究明에만 그치는 것이 아니라 家族制度, 階級, 訴訟의 實際, 法意識에서 보는 法社會學的 方法論에 立脚하여 土地所有權의 實體를 究明하고 있다. Possessio와 Gewere에만 익숙한 우리에게 우리나름의 「執持」「次知」「己物」의 具體的 論證과 發展過程의 提示는 韓國法에 있어서의 所有와 占有를 明快히 提示해 주었다. 素朴한 王土思想, 唯物論的 國有論, 그리고 西歐的發展法則의 圖式에 立脚한 私有의 否定 乃至 分割所有등은 著者의 法制史的 硏究에 의하여 克服되었다고 해도 過言이 아니다. 著者는 前近代的 所有라는 歷史性을 充分히 意識하고 있으면서도 立論의 展開方法이 近代的 所有權의 特質인 私權性 個人權性 財產權性 絕對性 排

他性 彈力性 永久性의 카테고리에 執着하여 그것들의 論證에 注力한 듯한 印象을 풍긴다. 그리하여 「法的 形式的으로는 近代的 所有權과 類似하지만 近世朝鮮은 말할 것도 없이 近代的 市民社會가 아니며 그 非近代性에 對應하여 土地所有權도 非近代性을 띄우고 諸歷史的條件에 의하여 規定지어 있음을 否認할 수 없기 때문에」 斷定이라고 하기 보다는 推定이라고 結論짓고 있다. 論文中에 前近代的 封建的 要素들은 대충 빠짐없이 言及되어 있고 「所有의 主體意識과 尊重意識」의 節에서는 이 點이 如實히 立證되어 있다. 그러나 當時의 土地所有權이 近代的 所有權과 「거의 類似하다」는 著者의 結論은 위와같은 前近代性의 指摘에도 不拘하고 現在의 學界의 硏究成果와 處地에서 보아 어느 정도 받아 들여질지 疑問이 되지 않을 수 없다. 따라서 이 點에 관해서는 著者의 結論에서도 指摘하고 있다시피 完全像이 浮刻될 수 있도록 그 歷史的 特質을 解明해 주어야 하리라고 期待하여 마지 않는다. 그리하여 우리의 歷史的 發展過程을 土地國有라는 굴레에서 벗어나 私有의 觀點에서 새로 究明해야 할 課題가 우리 앞에 놓여 있음을 特히 强調하고저 한다.

第三章 裁判의 制度와 機能은 民事的 訴訟法制의 體系的 叙述이다. 또한 「원님裁判」이라는 말이 表示하는 바와 같은 無秩序한 恣意的 裁判이라는 常識에 대하여 具體的인 判決書를 發掘 利用하므로써 그 虛構性을 밝히는 開拓的 硏究이다. 著者는 訴訴制度도 단순히 制度的硏究에 그치는 것이 아니라 紛爭의 法的 救濟手段으로서의 그 實際的 機能을 통한 權利實現의 方法으로서 考察하므로써 土地私有의 立證을 목적으로 論하고 있다. 土地의 處分可能性 相續可能性 訴訟에 의한 權利實現의 法的 保障의 確保에 이르러서는 土地私有는 絶對로 否定될 수 없는 것이다. 著者는 「不公正한 裁判이 行해진 것은 權勢家의 利己主義와 遵法精神의 缺如에서 말미암은 것이나 그럼에도 불구하고 그런대로 官司는 强力한 現實的 힘을 갖고 있었으며 勢弱者나 일반대중은 그나마도 官司의 裁判의 힘에 의지하여 權利를 主張하였으며 한편에서는 不公正한 裁判이 行해지는 일은 있으나 억울한 일은 끊임없이 官司에 提起되었으며 그런대로 權利意識은 成長하고 있었다」고 結論짓고 있다. 著者는 거의 모든 紛爭이 官司에 提起되었던 것으로 보고 있는 것 같은데 裁判의 前段階에 있어서의 和解나 裁判過程에서의 和解가 어느 정도 行해졌는지에 관해서는 言及이 없다.

오늘날 一般的으로 韓國人은 權利意識이 박약하다는 것이 指摘되고 있는데 그렇다면 著者의 「權利意識의 成長」이라는 것과는 어떻게 歷史的으로 連結될 것인지 疑問이 간다.

「顯宗二年의 漢城府決訟立案」과 附錄으로 실린 判例들은 매우 貴重한 發掘資料이며 土地所有, 訴訟制度의 實際를 看取할 수 있는 살아 있는 거울이라 하겠다. 「裁判制制의 近代化」와 「辯護士 및 司法書士制度의 沿革」은 啓蒙的인 短篇이나 近代的 司法制度史의 壓縮으로서 本格的인 司法制度史硏究의 길잡이가 될 것이다.

第四章 家族法은 繼受된 宗法的 家族制度에 對應하는 것으로서의 土着的인 固有한 制度 慣習의 究明에 置重한 論文들이다. 「率婿婚俗에 由來하는 親族과 禁婚範圍」는 17, 8세기 까지 存續했던 率婿婚俗과 그에 말미암은 家族生活의 特質을 밝힘과 아울러 喪服制, 親族의 範圍 禁婚範圍의 法制에 미친 영향을 다루고 있다. 喪服制에 있어서 服喪하는 親族의 範圍는 日帝時代를 거쳐 現行民法에서도 대체로 그대로 답습하고 있는데 李朝時代에서 喪服制와는 別途로 相避制, 奔競禁令, 財産相續法에서 具體的으로 近親者를 規定하고 있었으며 本宗과 母族, 妻族間에 큰 差別이 없었는데 이는 率婿婚俗에 말미암은 것이며 母族妻族사이의 禁婚範圍도 率婿婚制의 影響을 많이 받았음을 指摘하고 있다. 率婿婚俗은 孫晋泰氏가 이미 硏究한 바 있거니와 著者는 이 率婿婚俗을 特히 重要視하여 家父長權 夫權 養子制 家系繼承 財産相續등을 再檢討해야 하며 우리나라 舊來의 家族制度를 中國과 같다던가 家父長的이라던가 등등 性急하게 斷定할 것이 아니라 率婿婚俗과 關聯시켜 考察하므로써 歷史的 經過를 옳바로 認識할 수 있다고 主張한다. 著者의 主張과 같이 中國의 宗法制的 家族制度理念의 土着化문제는 역시 率婿婚俗의 衰退變化過程에서 찾아야 할 것이다. 「異姓繼後의 實證的 硏究」는 收養侍養謄錄, 法外繼後謄錄등 禮曹의 入養記錄의 分析을 通해서 異姓養子入養의 實態를 밝힌 것으로서, 收養子 侍養子는 단순히 慣習上의 養子가 아니라 法制上의 養子이며 더욱이 一部 支配階層에서는 「爲奴爲雇工」의 使役入養으로 利用되었으나 一般的으로 無子者의 경우는 老後依託과 養育이라는 親子的 本能의 充足과 동시에 「立後奉祀」의 目的으로 行해졌으며 異姓入養中에 妻族入養과 外孫奉祀가 적지 않는 事實은 率婿婚俗에 由來하

는 것임을 立證하고 있다. 著者는 異姓養子를 단순한 養子가 아니라 「繼後」라고 하여 새로운 主張을 하고 있음은 注目할만 하다. 이 異姓入養은 日帝治下에서는 認定하지 않게 되었고 現行民法에는 異姓養子制度를 두고 있는 바 그 史的基礎를 提供한 셈이다. 「李朝末葉의 承嫡慣行과 生前養子」는 家系繼承과 관련된 문제이며 역시 禮曹의 收養承嫡日記를 分析하여 庶民層에서는 庶子가 있는 경우에 구태어 養子를 하지 않고 庶子로 하여금 承嫡하게 하는 慣習이었으며 承嫡의 경우에 禮曹의 立案을 받았음을 究明하고 아울러 日帝時代를 거쳐 現行法에 이르기 까지의 庶子의 家族法上의 地位의 變遷에 관해서도 論及하고 있다. 結局 禮典立後條의 規定은 庶民層에서 遵行해 왔음이 確實하다. 家族法에 관한 이들 論文은 韓國의 傳統的 家族制度의 再評價를 위해 많은 點을 暗示해 주고 있다.

끝으로 第五章의 「朝鮮初期의 法源」은 國史編纂委員會 刊行의 「韓國史」 第9권所載의 「經國大典의 編纂·頒行」을 改題한 것이며 獨立된 論文으로 쓴 것이 아니라 全集物의 體系에 맞추어 日帝時代의 京城帝大教授였던 藤田東三, 內藤吉之助의 論文, 李朝法典考 및 解放後의 田鳳德博士의 論文등 既往의 研究成果를 綜合한 것이다. 그러나 단순한 綜合에 그치지 않고 著者의 새로운 見解가 피력되어 있는데 그것은 經濟六典, 經國大典의 史的意義를 積極的으로 높이 評價하고 있다는 點이다. 즉 이들 法典의 立法은 法의 創造가 아니라 判例法 慣習法등 固有의 法의 成文化 즉 法의 發見이며 그것이 祖宗成憲으로서 中國法의 無制限的 侵透에 대한 防波堤의 役任을 한 것이며 生疎하고 革命的인 法을 制定하거나 國法을 强制하므로써 法의 實效性이 喪失되는 것 보다는 傳統的이고 現實的인 治者와 民衆의 法意識을 尊重하므로써 法의 妥當性과 實效性을 實現하고자 한 것이었다고 한다. 이렇듯 法典編纂의 史的意義를 새롭게 높이 評價하면서 王朝存立의 鐵筋이며 固有法繼承의 礎石이라고 한 點은 注目할만 하다. 앞으로 우리 法源史研究에 있어서는 主體的史觀에 立脚하여 明律의 適用範圍와 方法등에 관해서도 本格的 研究가 있을 것이 要望되며 全體的으로 早速히 再檢討되어야 할 것이다. 「舊韓國時代의 刑事立法의 沿革」은 開國 503年부터 刑法大全編纂·施行에 이르기 까지의 立法沿革을 다루었으며 刑法大全施行後 刑法草案에 대한 起草者의 草案의 特色에 관한 見解의 紹介는 國權이

喪失되어 가는 渦中에서도 우리나라에 獨特한 刑法을 制定하기 위한 主體的 努力을 엿보이게 하는 것으로서 우리 刑法史上 貴重한 資料라 하겠다. 「法制面에서 본 日帝의 統治方式」도 啓蒙的인 短篇이나 日帝의 統治의 植民地支配的 特質을 간결하게 叙述하였으며 日帝에 의한 近代法制의 導入·施行에 의해서 法萬能主義的 思考方式, 無權利 無關心 無批判的 奴隷精神의 危險性의 潛在를 경고하고 있다.

三

위에서 概括的 紹介와 약간의 評을 加했거니와 論文의 集成이면서도 著者의 法制史硏究의 問題意識과 方法論은 論文이건 啓蒙的 短篇이건 到處에서 看取될 수 있다. 本書는 特히 傳統的 私法史硏究의 方法論的 테두리를 벗어난 우리의 歷史發展法則의 理解를 위한 具體的 提案들이라 할 수 있으므로 法制史學界와 史學界一般의 充分한 學問的 批判과 檢討가 加해져야 할 것이며 끝으로, 著者에게는 이러한 硏究成果에 바탕을 둔 「韓國의 傳統社會와 法」(서울대학교 法學 15권 1호, 1974년 6월)이라는 論文이 있으므로 함께 참고하면 近代法制의 鳥瞰圖가 될 것임을 附言해 둔다.

(丘秉朔·高大敎授·法博)