

# 歷史法學派와 單一所有權의 確立過程\*\*

尹 喆 洪\*

## 目 次

- |                    |                             |
|--------------------|-----------------------------|
| I. 序 說             | 2. 로마법학자와 分割所有權論            |
| II. 歷史法學派의 成立과 法思想 | 3. 게르만법학자와 分割所有權論           |
| 1. 歷史法學派의 成立과 發展   | 4. 역사법학파의 分割所有權論에 대한 論議의 要約 |
| 2. 歷史法學派에 대한 批判    | IV. 맺는말                     |
| III. 歷史法學派와 分割所有權論 |                             |
| 1. 概 說             |                             |

## I. 序 說

1. 1789년에 발생한 프랑스 革命은 정치 경제 사회 문화등 전면에 걸쳐 유럽, 특히 독일에 直間接의으로 많은 영향을 미쳤다. 라인강유역은 물론 1806년 예나 전투에서 나폴레옹의 군대에 패한 프로이센은 틸시트(Tilsit)조약을 통해 영토 절반을 잃고, 6억프랑에 달하는 배상금을 지불해야 하는 등 민족 자체가 심한 위기에 빠져 있었다<sup>1)</sup>. 따라서 독일은 이러한 분위기 속에서 浪漫主義가 융성하

\* 광운대학교 법학과 부교수

\*\*이 논문은 1991년도 교육부 지원 한국학술진흥재단의 자유공모과제 학술연구 조성비에 의하여 연구되었으며, 1993년 6월 25일 한국법사학회 정례 발표회에서 발표된 것임.

1) 이러한 19세기 독일의 경제 및 사회 상황에 대해서는, W.Aubin/W.Zorn, Handbuch der deutschen Wirtschaft-und Sozialgeschichte. Bd. 2(1800-1970), 1976 : W. Treue, Gesellschaft und Technik Deutschlands in 19. Jhs, in : Handbuch der deutschen Geschichte, 9. Aufl., 1970, Bd. IV. 기타 참고문헌은 H. Mitteis/H.Lieberich, Deutsche Rechtsgeschichte, 18. Aufl., 1988, S.432-433을 참조할 것.

게 되었고 경제학에서도 리스트를 중심으로 한 歷史學派가 나타나게 된 것이다<sup>2)</sup>.

2. 법률적인 측면에서는 프랑스 혁명의 최대 수확중의 하나인 1804년의 프랑스 민법전이 나폴레옹법전으로 改名되어 유럽에 法典 및 學說의 繼受를 통해 큰 영향을 미쳤다<sup>3)</sup>. 특히 이 법전의 繼受過程과 優秀性을 직시한 티보(Thibaut)는 1814년에 自然法에 입각하여 독일 전체에 적용할 통일 민법전의 편찬을 주장하였다<sup>4)</sup>. 이에 대해 같은 해 사비니(Savigny)는 자연법에 반대하면서 역사주의에 입각하여 티보의 주장을 반박하였다<sup>5)</sup>. 후술하는 바와 같이 이 두사람 사이에 수차례에 걸친 논쟁이 있었는데 이것을 法典編纂論爭(Kodifikationsstreit)이라 부르며<sup>6)</sup> 이 논쟁은 법전편찬에 임하는 理論的 精神的인 자세에 관한 매우 의미 있는 것이었다<sup>7)</sup>. 이 논쟁을 계기로 前부터 독일에서 논의되어 오던 歷史學派의 연구방법론을 법학에 援用하여 歷史法學派가 성립되기에 이르렀다<sup>8)</sup>. 이 역사법학파는 로마법을 연구대상으로 하는 학자들과 게르만 固有法을 연구대상으로 하는 학자들로 나뉘어 큰 발전을 보게 되었다. 소유권과 관련하여서도 前者들은

- 
- 2) 閔錫泓, 「西洋史概論」(三英社, 1990), 561면
  - 3) 이러한 과정에 대해서는, 拙稿, 프랑스 革命과 民法의 發展, 「法史學研究」, 제 10호, 133-162면 참조.
  - 4) A. F. J. Thibaut, Über die Notwendigkeit eines allgenmeinen bürgerlichen Gesetzbuches, in : Thibaut und Savigny (Herg. H. Hattenhauer), 1973. S. 63-92
  - 5) F. C. v. Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 위의 책, S.94-190. 원래 이 논문은 티보의 견해를 반박하기 위해 즉흥적으로 쓴 것이 아니라 후에 발간하고자 준비하고 있던 「中世 로마法史」(Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter)의 서문으로 쓴 것이다(F. Wiercker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2.Aufl., S. 388).
  - 6) 이 두사람의 論爭에 대해서는, 주 4번의 책과, J. Stern (Herg.), Thibaut und Savigny, Ein Pragmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften, 1914 (Nachdruck 1959) 참조.
  - 7) 崔鍾庫, 「西洋法制史」(博英社, 1986), 237면
  - 8) 이 역사법학파의 성립과 발전에 대한 정선된 문헌목록은, A. Laufs, Rechtsentwicklung in Deutschland, 3. Aufl., 1984, S. 174-176을 참조할 것.

로마법에서 발달된 절대적이고 자유로운 單一所有權(freies Volleigentum)을 주창함으로써 소유권의 발전에도 기여한 바가 크다. 따라서 근대적인 의미의 소유권을 논구할 때에 이들의 역할에 대한 연구는 선결적인 과제라고 생각되어진다.

3. 원래 所有權發達史에서 19세기 전반기에 所有權과 관련된 중요한 문제는 (1)中世에 확립되어 18세기 말과 19세기 초에는 立法化되기도 한 分割所有權論의 廢止와 (2)隸屬農民制와 農奴制에 의한 신분적인 制限의 撤廢 및 (3)憲法制定에 의한 所有權의 保障이라 할 수 있다. 이 세 가지는 서로 밀접한 관계를 지니고 있는데, 이러한 문제의 해결을 통해 근대적인 의미의 소유권개념이 확립되었다. 따라서 이 세 가지의 문제를 종합적으로 논구해야만 근대적인 의미의 소유권을 바르게 이해할 수 있다. 그러나 이 글에서 첫번째의 문제인 分割所有權論의 廢止過程을 歷史法學派의 활동과 관련하여 살펴보고자 한다.

## II. 歷史法學派의 成立과 法思想

### 1. 歷史法學派의 成立과 發展

1) 19세기초 獨逸은 絕對主義的 諸侯들에 의해 지배되는 수개의 分邦國으로 나뉘어져 국민적 국가적인 통일을 달성치 못하였으며, 자본주의의 發展도 유럽의 다른 나라들 보다 뒤떨어진 후진국이었다<sup>9)</sup>. 따라서 獨逸經濟는 封建的 農業과 中世的 길드의 支配下에 있는 원시적인 工業이 주종을 이루고 있었다. 프랑스 대혁명은 이러한 상황에 있는 독일에 지대한 영향을 미치게 되었다. 특히 自由와 平等의 革命思想은 봉건적인 桎梏속에 있던 농민과 일반 시민계급을 자극하기에 족하였다. 그러나 이러한 革命理念에 共感했던 지식층의 일부는 프랑스에서 대혁명의 결과로 오히려 새로운 君主制가 정착하게 되자 이에 실망하여

9) 金宗炫, 「經濟史」(경문사, 1981), 409면 이하 참조.

10) 이러한 浪漫派들의 항거에 대해서는, C. Brinton/J.B. Christopher/R.L. Wolf, 양명우의 3인역, 「世界文化史」(中)(을유문화사, 1985), 538-554면 참조.

새로운 代案을 찾은 것이 바로 독일 浪漫主義이다<sup>10)</sup>. 이러한 낭만주의는 역사의 潮流에 역행하는 것으로, 그 지향하는 바가 시대를 초월하여 현실에서 遊離된 美化된 中世라는데 그들의 사상적인 특색이 있다. 이러한 독일의 浪漫主義와 歷史主義가 당시 독일의 정신세계를 지배하고 있어서 법학 역시 당연히 이러한 思潮의 영향하에 있었다.

2) 역사법학과의 성립의 결정적인 계기가 된 것은 1814년부터 행해진 티보와 사비니의 法典編纂論爭이다. 티보는 1804년에 편찬된 프랑스 민법을 경찬하면서 독일의 통일과 민법학의 발전을 위해서는 統一民法典의 編纂이 시급하다고 생각하였다. 그래서 그는 自然法精神에 입각하여 ‘獨逸을 위한 일반 民法典의 編纂의 必要性에 관하여’(Über die Notwendigkeit eines allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland)라는 논문을 쓰게 되었다. 이 논문이 발표되자 사비니는 自然法과 合理主義에 반대하는 관점에서 ‘立法과 法學에 대한 우리시대의 使命에 관하여’(Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)라는 글을 통해 民法典編纂의 不當性을 지적하였다. 그는 이 논문에서 역사주의에 입각하여 법을 言語처럼 자연히 生成 發展되는 것으로 보았다<sup>11)</sup>. 그런데 獨逸語는 立法을 할 만큼 발달하지 못하여, 프랑스에서와 같은 법전을 편찬할 정도의 法言語로서는 부족하다는 것이다. 또한 입법을 하기 위해서 우선 법학이 발전되어 있어야 하는데 독일에는 법에 대한 연구가 미진하여 당시의 獨逸法學으로서는 통일법전을 편찬하기에 부족하다고 주장하였다. 그래서 그는 법학이 발전하지 못하고 충분한 法言語도 없으면서 立法을 강행하면 오히려 民族精神(Volksgeist)을 반영하지 못하는 불완전한 法典이 될 것이라고 생각하였다<sup>12)</sup>. 이러한 티보와 사비니의 대립은 민주적인 정치와 귀족적 문화의 대립이자, 젊은 민족감정과 유럽의 전통의 대립이며, 동시에 일상적인 실무와 학문으로서

11) F. C. v. Savigny (주 5), S.102

12) F. C. v. Savigny (주 5), S.125

13) F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, S.395-396

의 법학과의 대립이었다<sup>13)</sup>.

3) 이러한 논쟁으로부터 자신의 학문적인 방법론을 구체화한 사비니는 소위 과거에 있었던 법을 발견함으로써 현재 있어야 할 법을 충실하게 연구하고 이를 정리하여 제시함으로써 현재 존재하고 있는 법도 명확히 할 수 있다고 생각하면서, 이러한 학문적인 과제를 수행하기 위해 法史學雜誌를 창간하기에 이르렀다<sup>14)</sup>. 이 학파의 주된 사상은 법의 歷史性(Geschichtlichkeit)과 民族精神(Volksgeist)의 구현이었다. 특히 사비니와 그의 후계자인 푸흐타는 법을 民族精神의 具現이라고 보면서도 그들의 주된 연구대상을 로마법에 두었다<sup>15)</sup>. 따라서 이들이 민족정신을 표현할 때 사용한 “Volk”의 해석이 문제가 되었다. 이 用語는 개개의 國民 혹은 공동체의 구성원의 집합체인 민족으로 해석할 수 있는 것인데 역사법학파에서는 後者로 해석한 것이다. 따라서 그들은 국가의 법률이란 하나의 민족속에서 민족을 통하여 그리고 민족을 위하여 성립한다는 것을 강조하였다<sup>16)</sup>. 이러한 민족으로서의 개념은 경험적 사회적인, 더 나아가 인종학적인 것이 아니고, 형이상학적이고 文化哲學的인 것이었다<sup>17)</sup>. 그래서 그들의 초기 연구는 독일민족에 국한될 수 없는 文化史的이고 抽象的인 것이었다<sup>18)</sup>. 따라서 후대의 게르만학자들의 연구에 의해 비로소 독일 민족정신의 具現으로서 법들이 연구되어졌다<sup>19)</sup>.

14) “이 잡지의 目的”이라는 권두말(1815)에서 사비니는 歷史學派가 非歷史學派와 대립됨을 밝히었다. 비역사법학파에서는 법을 그들의 독자적인 통찰 방법을 통하여 자의적으로 산출해 내려한다고 비판하였다 [李銀榮, “사비니의 法思想”, 「韓獨法學」 창간호 (1979) 22면에서 재인용].

15) F. Wieacker(주 13), S.391 : E-W. Böckenförde, Die Historische Rechtsschule und das problem der Geschichtlichkeit des Rechts, in : Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 13f.

16) 이에 대해서는, 崔鍾庫, “프리드리히 폰 사비니” 「위대한 법사상가들」 (I) (學研社, 1988), 163-165면 참조.

17) E-W. Böckenförde(주 15), S.13 : M. Kaser, Römische Rechtsgeschichte, 1986, S.15

18) F. Wieacker(주 13), S.391f. : 李銀榮(주14), 25면

사비니에 의해서 발전하게 된 이 학파는 사비니 외에도 후고, 푸흐타, 켈러, 빈트샤이트 등으로 대변되는 로마법학자(Romanisten)와 아이히호른, 그림, 아놀트, 베젤러, 게르버 등 게르만법학자(Germanisten)들이 활약하였다. 역사법학파는 처음에는 서로 협동하여 연구를 하다가 나중에는 로마법학파와 게르만법학파로 분리되어졌으며, 이중에서도 로마법학자가 이 학파의 핵심을 이루었다. 특히 이들이 판덤펜법학을 형성하였다<sup>20)</sup>. 역사법학파는 독일에서 법을 학문으로서 체계적으로 연구하여 獨逸法學을 한층 精緻하게 만들었으며, 후대의 입법에도 지대한 영향을 미쳤다.

## 2. 歷史法學派에 대한 批判

1) 오래 전부터 歷史法學派에 대한 評價는 그 시대에 존재하는 문제들을 법률적으로 극복하는 과정과 관련하여 논의되어 왔다. 이미 1864년에 슈토베(Stobbe)는 歷史法學派에 대하여 “현재의 법률에 관한 관심은 부족한 것으로 보인다”고 기술한 바 있다<sup>21)</sup>. 볼프(Wolf)의 경우에도, 歷史法學派의 영향 때문에 “法理와 實務 사이의 乖離가 발생하였”고<sup>22)</sup>, 역사법학파는 “동시대의 입법의 사회적 과제들을 誤導했다”고 지적하였다<sup>23)</sup>. 담(Dahm)은 사비니와 그 학파는 고유의 독일인의 精氣와 법률의 응성에 대해 학문적으로나 법정채적으로 부정하였으며, 더 나아가 이 학파가 사회생활의 변혁에도 거의 기여하지 못하였다고 지적하였다<sup>24)</sup>. 미타이스(Mitteis)도 역사법학파는 독일의 法發展에 부정적인 영향을 미쳤다고 평가하면서, 이 학파의 방법론은 “부분적으로는 순수한 법의 考古學을 위한 것이며, 부분적으로 概念法學을 위하여, 그리고 生活과 遊離된 解釋

19) 예컨대 대표적인 학자로서 19세기 말에 활약한 Otto von Gierke를 들 수 있겠다.

20) 판덤펜법학에 대해서는, F. Wieaker(주 13), S.430ff.참조

21) O. Stobbe, Rechtsquellen, Bd. I. Abt. II, S.439

22) E. Wolf, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 1963. S.520

23) E. Wolf(주 22),S.531

24) G. Dahm, Deutsches Recht, 2. Aufl., 1963, S.122

學을 위한 것이었다”고 말한 바 있다<sup>25)</sup>. 쿤켈(Kunkel) 역시 사비니와 관련하여 특별히 언급하기를, 이 학파에 의해 오히려 사람들이 법률의 실무로부터 유리되어졌다고 비판하였다<sup>26)</sup>. 또한 역사법학파에 대해 가장 신랄한 비판을 가했던 칸트로비치(Kantrowicz)는 “학과성립의 핵심은 개개 立法活動의 停止에 대한 요구에 있었으며, 현재의 文化와 現行法과의 관련은 이러한 정지되어진 수준에서 평준화되었다”고 주장하였다<sup>27)</sup>. 몰리토르(Molitor) 역시 “사비니는 법을 자연적인 생활의 요구들로부터 유리시켰다. 고대 로마법은 실무에 전혀 이용될 수가 없었다. 이 사람들은 대학내의 법률가들을 세상물정 모르는 자들로 만들었으며, 이 학파도 점차 실제 법률생활을 안내해 주는 기능을 상실하였다”고 비판한 바 있다<sup>28)</sup>. 이와 다른 관점에서 당시 최고의 로마법학자중의 한 사람이었던 예링(Jhering)은 역사법학파가 법의 民族性을 주장하면서 왜 獨逸固有法을 연구하지 않는가 하는 점을 비판하였다<sup>29)</sup>.

2) 비록 역사법학파에 의해 제기되었던 법이 自由主義에 符合하는 법이라고 하더라도, 이러한 효과가 역사법학파의 의도 속에 자리잡고 있었는가의 여부는 懷疑의이다. 역사법학과 특히 판덱텐법학이 독일의 법을 학문화하는데 지대한 공헌을 한 것은 의심에 여지가 없다. 그러나 그들의 法學方法論이 너무 추상적이고 개념적인 것이어서 법학과 그것의 실천의 場인 實務와의 관계가 더욱 遊離되어졌다는 지적 역시 바른 것이다. 또한 예링의 지적 역시 타당한 것으로 생각되어진다.

25) H. Mitteis /H. Lieberich, Deutsches Privatrecht, 7. Aufl., 1976, S.20

26) B. Busz, Die historische Schule und die Beseitigung des geteilten Eigentums in Deutschland, Diss., München 1966, S.24-25에서 재인용.

27) H. Kantrowicz, Volksgeist und historische Rechtsschule, in : Rechtshistorische Schriften, 1970, S.447

28) Molitor, Privatrechtsgeschichte, S.56 : B. Busz(주 26), S.25에서 재인용.

29) K. Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte III, 1989, S.131 : 黃迪仁, 西洋法制史(博英社, 1990), 69면

### Ⅲ. 歷史法學派와 分割所有權論

#### 1. 概 說

1) 歷史法學派가 성립되어 주로 활동하던 시대인 19세기 전반기에 分割所有權論의 廢止는 사회제도의 근본적인 변화의 과정 속에서 이룩되었다<sup>30)</sup>. 이러한 변화과정에 대한 역사법학과와의 관계를 이해하기 위해서는 먼저 분할소유권의 法理와 그의 歷史를 개관해 볼 필요가 있다.

2) 소유권이 여러 사람에게 불평등하게 강력한 권리로서 분할되어지고 정당한 권리자들 가운데서 동시에 신분법적으로 上級關係와 下級關係로 분리되어 성립할 수 있다는 사상은 로마법적인 소유권에는 본질적으로 생소한 것이다<sup>31)</sup>. 이러한 分割所有權論은 註釋學派들에 의해 시작되었다<sup>32)</sup>. 특히 Bartolus<sup>33)</sup>와 Baldus<sup>34)</sup>에 의해 확고하게 되었다. 이 분할소유권론에 의하면 所有權은 上級所有權으로서 領主나 封主등의 토지에 대한 직접적인 支配權과, 封臣이나 借地權者들에게는 下級所有權者로서 토지에 대한 利用權을 갖도록 분할된 것이다. 예를 들면 封主에게는 封土에 대한 하나의 직접적인 지배권으로서 小作料나 地代 등의 徵收權을 가지며, 封臣에게는 封土를 利用 및 收益할 권능을 허락하는 것이다<sup>35)</sup>.

3) 사실상 중세의 土地支配權을 나타내 주고 있는 이 分割所有權論은 수세기 동안 유럽의 법의식속에 기초되어 현실적인 힘을 지닌 제도로서 작용되었

30) H. Coing, *Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland*, 4. Aufl., 1981, S.92f.

31) M. Kaser, *Römisches Privatrecht*, 13.Aufl., 1983, S.107 : R. Hübner,



다<sup>36)</sup>. 이러한 분할소유권에 의한 土地拘束들의 폐지를 위한 결정적인 자극은 18세기의 자연법사상으로부터 출발하였다<sup>37)</sup>. 프랑스 역시 봉건적인 의무가 부가되어 있는 下級所有權을 농민들이 보유하고 있었는데 1789년의 프랑스 혁명에 의해 봉건제도가 廢止되었으며<sup>38)</sup>, 또한 1804년에 편찬된 민법전에는 분할소유권을 채택하지 않고<sup>39)</sup> 로마법적인 절대주의적이며 자유주의적인 단일소유권을 채택하였다<sup>40)</sup>. 이러한 프랑스혁명의 영향으로 나타난 것 중의 중요한 것이 바로 農民解放이다. 이 農民解放은 법률적인 측면에서 볼때 토지에 신분 마저 隸屬되었던 농민들의 여러가지의 구속을 폐지, 즉 분할소유권의 폐지를 의미한다<sup>41)</sup>. 독일에서 이러한 農民解放은 1807년의 10월 칙령에 의해 시작되어 1848년의 3월 혁명을 통해 완결되었다<sup>42)</sup>. 이와 함께 법학계에서도 역사법학파를 중심으로 하여 이 분할소유권을 폐지하고 자유롭고 절대적인 단일소유권을 주장하였으며, 더 나아가 그것을 입법화한 것이다<sup>43)</sup>.

- 
- 35) 이에 대해 자세한 것은, H. Wagner, *Das geteilte Eigentum im Naturrecht und Positivismus*, 1938 : O.v. Gierke, *Deutsches Privatrecht( II )*, 1905, S.368-375 : 拙稿, (주 32), 523-528면
- 36) O.v. Gierke(주 35), S.368 : W. Wiegand, *Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft : der abstrakte Eigentumsbegriff*, in : *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert( III )*, 1976, S.119ff.
- 37) B.Busz(주 26), S.8
- 38) 拙稿(주 3), 135-137면
- 39) 이와 반대로 分割所有權을 입법화한 법전으로, 프로이센일반주법(ALR)제 1부 8장 제1조-16조와 오스트리아민법(ABGB)제357-359조등이다.
- 40) 프랑스민법 제544조 참조.
- 41) G. Köbler, *Rechtsgeschichte*, 3. Aufl., 1982, S.188 : A. Judeich, *Die Grundentlastung in Deutschland*, 1863, S.1ff
- 42) 농민해방의 전개과정에 대해서는 拙稿, “독일에 있어서 農民解放과 土地所有權”, 「*法史學研究*」, 제11호(1990), 146-151면 참조.
- 43) 예컨대 독일민법 제903조와 같은 것이다.

## 2. 로마법학자와 分割所有權論

### 1) 후고(Gustav Hugo : 1764—1844)

(1) 후고는 분할소유권의 사회적인 문제에 대해 큰 관심을 가졌다. 원래 후고는 역사법학파와 관련하여 큰 활약을 했던 학자는 아니다. 그러나 담(Dahm)은 후고를 역사법학파의 기초자로 간주하였다<sup>44)</sup>. 사실 역사법학파의 주된 관심사인 “역사 속에 존재하는 법”은 후고에서부터 본격적으로 논의되었다<sup>45)</sup>. 후고가 자연법의 합리적이고, 非拘束的인 思辨(Spekulation)들을 歷史的이고 經驗的인 方法論으로 대체시킨 것을 인정하는 경우에 후고를 역사법학파의 기초자로서 간주할 수 있다<sup>46)</sup>. 이러한 후고의 私所有權과 分割所有權에 대한 개개의 형태에 대한 분명한 표현들은 특별히 그가 법철학적인 사고와 법사학적인 사고가 결합되어진 學識家임을 나타내주고 있다.

(2) 후고는 중세에 확립되어진 분할소유권론을 원칙적으로 긍정하였다. 다시 말해서 후고는 동시대의 소유권제도들에 대해 개혁을 해야한다는 생각을 갖고 있기는 하였지만, 유보적인 태도 때문에 분할소유권 그 자체에 대해 크게 반대하지 않았다<sup>47)</sup>. 더 나아가 후고는 자신의 소유권에 대한 관념은 로마의 절대적인 소유권의 개념으로부터 출발하였음을 분명히 하였다<sup>48)</sup>.

그러나 그는 절대적인 소유권의 개념에는 본질적으로 생소한 기간의 제한이 존재하고 있다는 것을 알고 있었다. 또한 그는 소유권자라고 부를 수 없는 다른 사람의 권리에 의해 소유권은 자주 제한되어진다는 사실을 지적하였다. 이 소유권은 거의 양도할 수 없는 것이며, 분할할 수도 없고, 다른 권리들과 융합할 수도 없다<sup>49)</sup>. 특히 후고는 분할소유권의 제도로서 레엔관계와 領主的 支配關係, 地

44) G. Dahm(주 24), S.118

45) B. Busz(주 26), S.40

46) H. Wagner(주 35), S.55

47) G. Hugo, Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts, 1798, § 257

48) G. Hugo, Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts, 1790, S.25

49) B. Busz(주 26), S.46—47

上權, 永小作權(emphytheusis)들을 분명하게 인식하였다<sup>50)</sup>.

(3) 그러나 후고는 이러한 제도들의 급진적인 폐지에 관해서는 전혀 고려하지 않았다. 다만 그는 조세에 대한 점진적인 완화를 시도했을 뿐이다<sup>51)</sup>. 대체로 보수적이고, 과격한 해결을 반대해 온 이러한 관점 때문에 후고는 거의 농민을 위한 농지개혁에 대해 반대자로서 나타났다. 따라서 토지소유권의 개별화, 경제거래능력의 提高에 관한 관심 혹은 로마법적인 절대적인 소유권개념의 관철에 관한 관심 속에서, 후고는 계속적인 구속으로부터 토지의 해방이 아니라, 소유권이 침해되는 경우에 그에 관한 문제해결에 주목하였다<sup>52)</sup>.

## 2) 티보(Anton Friedrich Justus Thibaut : 1840)

(1) 티보는 동시대의 법률가들 가운데서 특수한 위치를 차지하고 있다. 그가 1814년에 통일 민법전의 편찬을 주장함으로써 이에 대한 반박과정에서 역사법학파가 성립되었다는 것은 이미 기술한 바 있다. 따라서 그는 역사법학파라고는 할 수 없다. 그러나 分割所有權論에 대한 그의 비판은 매우 중요한 것이어서 여기서 그의 견해를 살펴본다.

(2) 티보는 로마법적인 절대적인 소유권의 개념을 주장하면서, 소유권제도의 사회적인 문제를 實際적으로 부정하는 분할소유권론에 대해 비판하였던 것이다<sup>53)</sup>. “所有權은 보통의 物權이며, 이러한 성질 때문에 누구나 任意대로 자신의 자기 유익적인 목적들에 대해 개개의 유기체적인 物件에 관하여 支配할 수 있는 무조건적인 權能에 羈束되어진다”고 보았다<sup>54)</sup>. 이것은 곧 바로 판덱텐법의 체계속의 소유권과 동일한 것이다. 永小作과 地上權을 티보는 분명하게 타인의 물건에 대해 혼합되어진 많은 處分權들을 포함한 것으로 특정지었다. 그는 1801

50) Hugo(주 47), § 227 : ders(주 48), S.45 und S.266

51) B. Busz(주 26), S.48

52) B. Busz(주 26), S.49

53) B. Busz(주 26), S.83

54) A. F. J. Thibaut, System des Pandektenrechts, 1803, § 558

년에 발표된 자신의 “Über dominium directum und utile”라는 논문에서 分割所有權論의 허구성을 신랄하게 비판하였다. 그에 의하면 上級所有權과 下級所有權에 대한 이해와 개념의 정립은 註釋學派들의 學問的인 誤解(wissenschaftliche Mißverständnis)로부터 기인된 것이라고 했다<sup>55)</sup>. 토지를 취득시효에 의해 점유하고 있는 者나, 領民이나 地上權者 등과 같이 토지에 대한 특정의 占有者들의 지위는 하나의 소유권과 유사한 訴訟上의 權能(Klagebefugnis)인 actio utilis에 해당하는 것으로, corpus juris의 한 곳을 잘못 해석했다는 것이다. 원래 이러한 權能은 존재하지 않은 것(Unding)이었는데 이것을 학문적으로 구체화하고 그것을 현실에 적용하였다는 것이다<sup>56)</sup>. 따라서 티보는 “진정한 所有者는 오직 한 사람이다”(Nur einer ist wahrer Eigentümer)라고 주장하였다<sup>57)</sup>. 따라서 그는 물권의 체계와 관련하여 分割所有權의 體系를 버리고 單一所有權과 制限物權의 體系를 취하였다. 즉 진실하고 고유한 소유권과 제한물권(jura in re aliena)의 구별이 가능할 뿐이고, 또한 이것으로 족하다는 것이다. 그래서 그는 永小作에 관한 논문에서 “所有權과 所有權은 스스로 폐기한다”(Eigentum und Eigentum heben sich auf)라고 주장한 것이다<sup>58)</sup>.

### 3) 사비니(Friedrich Carl von Savigny : 1779—1861)

(1) 원래 사비니<sup>59)</sup>는 사회에 있어서 전통적인 秩序維持나 생성되어진 文化에 대한 보호의 관점에서 볼 때 매우 보수적인 성격의 소유자이었다. 이러한 성격

55) A. F. J. Thibaut, über dominium directum und utile, in : Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts( II ), 1801, S.90ff.

56) K. Kroeschell, Grundeigentum im Wandel der Geschichte, in : FS für W. Büttner, 1986, S.74

57) A. F. J. Thibaut (주 55), S.95

58) A. F. J. Thibaut, über die Natur der Rechte des Emphyteuta, in : civilistische Abhandlung, Nr. 11. 1801. S.273

59) Savigny의 法思想에 관한 국내문헌으로는 李銀榮(주 14)과 崔鍾庫(주 16)의 글을 참조 할 것.

을 지닌 그는 民族精神으로부터 무의식적으로 발달되어온 법을 생성되어온 역사 속에서의 계속적인 것이며, 조직적인 것으로 이해하였다<sup>60)</sup>. 그래서 그는 법을 점진적인 진화과정속에서 파악하였다<sup>61)</sup>.

(2) 사비니는 所有權을 하나의 物件에 관한 사람의 非制限의이고 排他的인 支配權(die unbeschränkte und ausschließliche Herrschaft einer Person über eine Sache)으로서 정의를 내렸는데<sup>62)</sup>, 이것은 원칙적으로 로마법적인 所有權概念에서 기인된 것이다. 사비니는 고대 사회제도와 로마법적인 개념과의 직접적인 관련을 연구하지는 않았다<sup>63)</sup>. 그러나 자신의 연구 범주내에 있어서 소유권의 본질을 제기하고, 이러한 정의에 따른 것은 주목할 만한 것이다: “개개의 人間은 不自由한 사물에 대해 지배할 수 있는 사명을 갖고 있다. 그러나 그는 이러한 사명을 다른 인간들과의 관계 속에서도 인정해야만 하고, 개개인들의 공간적인 접촉의 경우에, 조정의 필요성은 이러한 상호간의 인정속에서 성립된다”고<sup>64)</sup> 그는 생각했다. 이러한 필요성은 국가내 공동체의 실정법을 통해서 만족되어진다. 私法에 있어서 사람들은 그것을 ‘個人財産과 個人利益’(Privatgut und Privatgenuß)으로서 수행하기 위하여, “여기에 소유권의 개념이 놓여 있고, 貧富에 관한 가능성의 완벽한 認定과, 모든 제한 없이도 두가지는 수행되었다”고<sup>65)</sup> 본 것이다. 자유로운 소유권의 제한들은 타인의 物權(jura in re aliena)을 통해 생각할 수 있다. 이러한 재산권들에 대해 그는 “확실히 그들은 그 富者가 자신의 부요함을 자신의 관리에 기탁되어진 재화로서 고려되어야만 하는 관습적인 기초를 갖고 있으며, 단지 이러한 사고는 법질서에 매우 생소한 것이다”라고<sup>66)</sup> 기술하고 있다. 더 나아가

60) E. Wolf(주 22), S.486

61) F. C. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1840, S.19

62) F. C. v. Savigny(주 61), S.367

63) G. Dahm(주 24), S.123

64) F. C. v. Savigny(주 61), S.367-368

65) F. C. v. Savigny(주 61), S.369

66) F. C. v. Savigny(주 61), S.370

“그러한 재산관계에 있어서 권리의 법칙에 의한 지배는 완벽하게 이행되어졌으며, 그것은 하나의 權利, 慣習 혹은 非慣習의인 행사에 관한 고려도 없는 것이다. 그 때문에 富者는 가난한 사람을 불충분한 지원 혹은 債權의 가혹한 행사를 통해 멸시하게 되어진다”<sup>67)</sup>고 생각하였다.

(3) 이러한 관계 속에서 로마법적인 소유권의 특징이 분명하게 나타났다. 그것은 부분적으로 返還請求權의 無制限의인 적용으로 나타나고, 부분적으로는 物權을 통해 所有權의 制限이 완화된다는 가능성 속에서 나타난다<sup>68)</sup>. 사비니는 여기서 소유권의 개념을 하나의 순수한 抽象的이고 沒價値의인 법률개념으로 나타내려고 하였으며, 그리고 所有權分割의 사회적인 문제들을 개개인의 도덕적인 예의범절에 관한 관념에 위임시키려 하였다<sup>69)</sup>. 법과 생활 사이의 직접적인 교환관계는 여기서 단절되었다<sup>70)</sup>. 이러한 사실은 매우 중요한 것이다. 왜냐하면 사람들은 보통 역사가들에게 있어서, 그가 구체적이고 역사적인 사회제도와 그에 일치하는 법률적인 소유권질서와의 부정할 수 없는 관계로부터 출발한다는 것에 대해 기대하고 있기 때문이다.

#### 4) 푸흐타(Georg Friedrich Puchta : 1798—1846)

(1) 사비니의 후계자인 푸흐타는 보수적인 사람으로 독특한 질서의식을 지니고 있었다.<sup>71)</sup> 그는 자신의 헌법관을 신분적으로 구속되어진 立憲主義의인 君主政體속에서 찾았다.<sup>72)</sup> 그의 민주주의에 대한 懷疑는 이러한 복고적인 사상과 일치한다<sup>73)</sup>. 푸흐타에게 있어 법의 역사는 현행법의 인식과 적용을 위하여 필수적

67) F. C. v. Savigny (주 61), S.371

68) F. C. v. Savigny (주 61), S.372

69) B. Busz(주 26), S.57

70) H. Thieme, Savigny und das Deutsche Recht, in : ZRG(GA), Bd.80(1963), S. 23

71) R. v. Stintzing/E. Landsberg, Rechtswissenschaftsgeschichte, III 2, 1910, S. 442 : B. Busz(주 26), S.143

72) G. F. Puchta, Cursus der Institutionen, Bd. I, 1841, S.66—67 : B. Busz, ebenda

인 조건이었다. 또한 그는 현행법을 철학적인 정신과 관련하여 이해하였으며, 현재의 상황에 대한 관계 속에서 취급하였던 것이다<sup>74)</sup>. 푸흐타는 實務의 필요성과 요청들에 대해 잘 인식하고 있었다. 그럼에도 불구하고 이 점에 대해 그의 死後에는 많은 비판을 받았었다. 특히 란츠베르그(Landsberg)는 푸흐타가 세상물정에 어두운 法律觀 때문에 거의 어린애 웃음거리(fast zum Kinderspott)가 되었다고 기술하였다<sup>75)</sup>. 역사법학과내의 로마법학파에 대한 오늘날의 비판은 무엇보다도 푸흐타의 저서에 집중되었다. 푸흐타는 스스로 다양하게 법과 생활에 대한 의미를 강조했다<sup>76)</sup>. 더 나아가 그는 만약 학문이 생활에 직접적인 영향력을 가지지 못하면 법학은 스스로 상실된다고 생각하였다. 그러나 그의 저서를 자세히 분석해보면 이러한 말들이 입술로만 하는 고백(Lippenerkenntnisse)임을 알 수 있다. 푸흐타의 법학은 실제생활과는 거리가 먼 것이었다(lebensfemd)<sup>77)</sup>.

(2) 푸흐타의 所有權論은 기본적으로 절대적인 소유권의 개념으로부터 출발하였다. 즉 所有權은 한 物件에 대한 全面的인 法律上的 支配(Das Eigentum ist die totale rechtliche Unterwerfung einer Sache)로 이해하였다<sup>78)</sup>. 따라서 그는 특정의 物件全體에 여러 所有權者가 있을 수 없는 것은 이 所有權의 전체성으로부터 기인한 것(Aus der Totalität des Eigentums folgt, daß nicht mehrere Eigentümer derselben ganzen Sache seyn können)으로 보았다<sup>79)</sup>. 그러나 그는 이러한 소유권을 하나의 물건에 대한 권리로서 탄력적으로 제한하였다. 그에 의하면 원래 소유권은 그의 절대성으로부터 확실한 권능이 분리되어지며, 또한 제3자에게로 소유권의 구성요소들이 양도되어진다. 그래서 하나의 물건에 대한 권리들이 성립될 수 있다는 것이다<sup>80)</sup>. 물건에 대한 전면적인 支配權 뿐만 아니라, 부분적인 支配權도

73) G. F. Puchta(주 72), S.64 : B. Busz, ebenda

74) B. Busz(주 26), S.143-144

75) R. v. Stintzing/E. Landsberg(주 71), S.461

76) G. F. Puchta(주 72), S.105

77) Vgl. B. Busz(주 26), S.144

78) G. F. Puchta, Cursus der Institutionen, Bd. II, 1847, S.549

79) G. F. Puchta(주 78), S.557

존재한다<sup>81)</sup>.

(3) 푸흐타는 누군가 보유하고 있는 권능에 따라 소유권을 定義하려는 자는, 그가 권능을 處分權과 利用權(in Proprietas und Nutzungsrechte)으로 분리하는 형태로 분류해야 하는 필요성을 느끼는 경우를 기술한 바 있다<sup>82)</sup>. 그러므로 그는 개별적으로 분할되어진 권능들의 총체적인 개념으로서 소유권개념을 定義한 것이다<sup>83)</sup>. 그는 절대적인 소유권개념에 관한 理想을 확정하였으며, 분할소유권론을 부적합하고 시대에 뒤진 것으로 배척하였다<sup>84)</sup>. 그에 의하면 國家法的인 所有權으로부터 私法的인 所有權의 명백한 分離가 이 이론에 의하면 불가능하다는 것이며, 또한 公法은 私法의 형태속으로 유도되기 때문이라고 했다<sup>85)</sup>. 봉건제도에 있어서 이 中層的인 土地支配의 형태들은 공법적인 성질의 것이었으며, 이 분할소유권론을 통하여 사법적으로 誤導되어 적용되어졌다고 생각하였다<sup>86)</sup>. 푸흐타가 중세에 분할소유권의 본질적인 출현형태에 대해 논의해 온 것과 함께 명확한 해석학적인 이해를 위해 노력하였다는 것은 확인할 수 있는 것이다. 그러나 그는 그 시대에 分割所有權論의 廢止運動의 範圍와 사회적인 의미를 거의 이해하지 못했다.

##### 5) 빈트샤이트(Bernhard Windscheid : 1817-1892)

(1) 판덱텐법학의 실천자이자 완성자이며, 독일민법전 편찬에 직접 참여한 빈트샤이트의 법학은 보통 ‘科學的인 혹은 教義的인 實證主義’(wissenschaftlicher oder dogmatischer Positivismus)라는 말로서, 혹은 보다 추상적으로는 ‘概念法學’

80) G. F. Puchta(주 78), S.672 und 674-675

81) G. F. Puchta(주 72), S.85

82) G. F. Puchta, Rezension von Essers "Beweislast bei den Servitutklagen", Schuncks Jahrbücher, Bd.6, S.64 : B. Busz(주 26), S.153

83) B. Busz ebenda

84) G. F. Puchta(주 78), S.678

85) G. F. Puchta, Vorlesung über das heutige römische Recht, Bd.I, 1847, S.322

86) Ebenda



(Begriffsjurisprudenz)으로서 특정지워진다<sup>87)</sup>. 빈트샤이트는 보수적인 교육을 받았으며, 강력한 秩序意識에 의해 지배되어졌다<sup>88)</sup>. 그는 현존하는 사회질서의 급격한 변화들에 대해 반대하면서 어떤 경우에는 점진적인 개혁이 이루어져야 할 것을 원한 것이다.

(2) 빈트샤이트는 자신의 ‘판덱텐법의 교과서’(Lehrbuch des Pandektenrechts)에서 비록 형식적으로 날카로운 것이지만, 실제적으로 아주 풍부하고 탄력적인 소유권개념을 다음과 같이 주장하였다<sup>89)</sup>. “소유권은 그렇게 제한이 없는 것이다. 그러나 그것은 제한들을 약속하고 있다”. 더 나아가 그는 다음과 같은 말로 소유권에 대한 자신의 견해를 분명히 하고 있다. “따라서 사람들은 ‘그것 자체’(an sich)의 범주를 소유권의 완전한 정의로 채택해야만 한다. 소유권은 그의 권능의 전체속에서 원래 물건에 대한 권리자의 의사를 결정적으로 만드는 권리이다. 그것 자체, 이것은 다음과 같이 말해지기를 원한다: 오랫동안 권리는 그것이 소유권의 貸與속에서 행해왔던 용어를 이 관계 혹은 저 관계속에 나타냈다”<sup>90)</sup>. 이러한 순수하고 형식적인 소유권의 개념은 개개의 실제적인 소유권의 질서를 스스로 수용할 수 있는 능력이 있는 것이다. 순수하고 법기술적으로 이해되어지는 이 개념은 가치 없고, 임의적이며 충만할 수 있는 것이다. 그러나 그럼에도 불구하고 그것은 엄격한 형식과 개념성을 지녔다. 특히 빈트샤이트 역시 ‘유지하지 못하는’(unhaltbar)것은 “동일한 물건에 대해 소위 上級所有權 이외에 下級(利用)所有權이 발생할 수 있다”는 것을 의미한다고 생각하였다. 이것은 중세에 발생하였고 최근세에까지 전해 내려온 이론이다<sup>91)</sup>. 그가 분명히 한 것처럼, 사람들은 이러한 잘못된 이론을 레옌과 농민들의 貸借關係에 적용해 왔던 것이

87) F. Wieacker(주 13), S.446ff. : ders, Gründer und Bewahrer, 1959, S.190 : G. Dahm(주 24), S.127-128 : B. Busz(주 26), S.185ff.

88) B. Busz(주 26), S.185

89) B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.I. 8.Aufl., 1900, S.757

90) B. Windscheid(주 89), S.757 Anm.5

91) B. Windscheid(주 89), S.777

다. 그러나 準所有權者(dominus utile)를 所有權者라 할 때에, 準所有權(dominium utile)은 단지 타인의 물건에 관한 권리이며, 그것의 법률적인 내용은 확실히 非法律的인 견해로부터 결정되어진 것이다. 그래서 언급되어진 準所有權者(dominus utile)의 권리는 타인의 물건에 대한 다른 어떠한 권리보다 광범하다<sup>92)</sup>. 下級所有權者는 그것의 내용과 기간이 提高되어진 利用權을 가진다. 이 이용권들은 소유권자에게 오직 종속되어졌다는 의미를 지니고 있었다.<sup>93)</sup> 이러한 견해들은 형식적인 개념성에 관한 빈트사이트의 법률적인 사상들을 위해 바로 알맞은 예이다.

(3) 빈트사이트는 여기서 소유권 속에 포함되어 있는 지배권이 사실상 分割한다는 것을 명백히 인정하였다. 그러나 그에게 있어서 그것은 비법률적인 고찰 방법이었다. 왜냐하면 형식적인 上位概念인 소유권은 他物權(iura in re aliena)을 忍容하기 때문이다. 그래서 분할소유권의 관계들 역시 이러한 형태를 통해서는 이해되어진다. 이러한 개념적인 이해가 실제적인 내용에 바르게 된것이나의 여부에 대해, 빈트사이트는 더 이상 연구하지 않았다. 결론적으로 빈트사이트에게 있어서 분할소유권의 폐지문제에 대한 법률적인 것은 물론이거니와 비법률적인 견해의 표명 역시 부족한 것이다. 그의 견해에 의하면 사회의 변천과정의 고찰은 법학을 위해서는 큰 의미가 없는 것이었다<sup>94)</sup>. 그래서 빈트사이트는 레엔과 농민적인 貸借 및 당시의 世襲家族財産制의 지속적인 존치에 대한 격렬한 논쟁에 대하여 침묵하였던 것이다.

### 3. 게르만법학자와 分割所有權論

1) 아이히호른(Karl Friedrich Eichhorn : 1781—1854)

(1) 사비니가 로마법학에 대한 문제의 提起者이며, 역사법학파의 代父로 활약할 때에, 그의 친구 아이히호른은 독일법에 대한 학문적인 연구의 기초자가 되

92) B. Windscheid(주 89), S.777 Anm.9

93) B. Windscheid(주 89), S.988

94) B. Busz(주 26), S.194

었다<sup>95</sup>). 아이히호른 역시 보수적인 성격의 소유자였다. 진보적인 세계관과 혁명적인 경향에 대해 그는 반대하였다<sup>96</sup>). 사비니와 마찬가지로, 그는 프랑스혁명의 반대자였으며, 그는 관습적인것, 민족적인것, 개인주의적인 것에 대한 침해를 두려워 하였다<sup>97</sup>). 그래서 그는 기본적으로는 현행법을 수용하고, 그것을 통해 실제적인 분쟁의 해결을 도모하도록 노력하였다. 그러므로 그는 포괄적인 법전편찬을 통한 보통법의 전면적인 폐지를 반대하였다<sup>98</sup>).

(2) 아이히호른의 소유권론은 아주 보수적이다. 그의 “獨逸에 있어서 都市制度의 起源에 관하여”(Über den Ursprung der städtischen Verfassung in Deutschland)라는 저서에서 다음과 같이 기술하였다<sup>99</sup>). “나는 진정한 소유권을 개개의 다른 점유권과 반대해서 진실한 소유권이라 칭하였다. 그것은 소유권과 유사한 그러한 권리를 그 자체에 포함하고 있는 것이다. 비록 하나의 새로운 용어 사용이 이 소유권이라는 말로 유도되어진다 하더라도”. 아이히호른은 소유권이 독일 법적인 개념에 의해서도 그 자체에 물건에 대한 무제한적인 권리라는 점에서 출발하였다<sup>100</sup>). 그럼에도 불구하고 다른 측면에서 특정된 물건들의 독일법적인 부족한 總括概念이 所有權과 타인의 물건에 대한 권리들에 관한 로마법의 쉐마(Schema)에 대체적으로 적용시켰다<sup>101</sup>). 그래서 그는 비록 기본적으로는 분할소유권을 해석학적으로 잘못된 것으로 비판하였다.

(3) 아이히호른은 분할소유권의 발전형태로서 레엔과 상속분들을 지적하였다.

95) R. v. Stintzing/E. Landsberg(주 71), S. 262ff. : F. Wieacker(주 13), S. 403f. : B. Busz(주 26), S.64

96) B. Busz(주 26), S.65

97) K. F. Eichhorn, Deutsche Rechts-und Staatsgeschichte, 1808, Bd. 4, S.647-648

98) K. F. Eichhorn(주 97), S.711-712

99) K. F. Eichhorn, Ursprung der städtischen Verfassung in Deutschland, S. 151 : B. Busz(주 26), S.65-66에서 재인용.

100) K. F. Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht, 1823, S.414

101) B. Busz(주 26), S.66

그가 비록 독일의 법원칙들의 해석학적인 관철이나 구조화를 위해 로마법적인 질서형태를 이용했다 하더라도, 그는 독일의 所有權制度 속에서 권리자들에게 하나의 소유권적인 지위를 양보해 주는 권리들에 관한 소유권적인 집단이 존재하고 있었다는 것을 잘 알고 있었다<sup>102)</sup>. 대체로 아이히호른은 사회상태의 변화에 대해 사비니 보다 더 개방적이었다. 그러나 아이히호른 역시 혁명론자는 아니었다. 그는 오직 전통적인 법질서 중에서 더 이상 조화를 이루지 못하고 있는 것들만을 개혁하고자 하였다<sup>103)</sup>. 이것을 위해 아이히호른은 레엔을 한편으로는 土地貸借關係의 개혁에 반대하기도 하였다. 아이히호른은 소유권규정의 변천과정에 대한 사회적인 역동감에 대해서는 확실히 인식하지 못했다.

## 2) 베젤러 (Georg Beseler : 1809—1885)

(1) 베젤러는 뛰어난 정치적인 재능을 겸비한 게르만법학자였다<sup>104)</sup>. 베젤러는 항상 正法에 대한 問題意識을 지니고 있었다. 따라서 그에게는 이러한 正法을 통한 독일법의 적극적인 개혁이 주된 관심사였다<sup>105)</sup>. 따라서 로마법학자들의 概念法學的인 태도를 신랄하게 비판하였다<sup>106)</sup>.

(2) 베젤러는 특히 分割所有權을 당시 독일에 있어서 아주 실제적인 문제로 다루었다<sup>107)</sup>. 그는 전통적인 身分社會 및 法律制度의 수정의 필요성을 확실히 인식하였다. 그의 연구는 법의 歷史性에 관한 그의 관념을 현대적인 자유의 요구에 조화시키려는 것과 소유권제도의 변화를 법적으로 극복하려는 노력에 집중되어졌다<sup>108)</sup>. 그의 관심은 레엔, 世襲地, 家族世襲財產에 대한 권리와, 농민의

102) B. Busz(주 26), S.71—72

103) B. Busz(주 26), S.74

104) 이에 대해서는, O. v. Gierke, Georg Beseler, in : ZRG(GA), Bd. 10(1889), S.1—24 : T.Holm, Georg Beseler als Politiker 1848—50, Diss., Tübingen 1935

105) R. Hübner, Georg Besler, in : HRG, Bd.1, 1971, S.27

106) Ebenda

107) B. Busz(주 26), S.108

재산에 대한 권리에 미쳤다<sup>109)</sup>. 베젤리는 소유권개념의 정리를 위해 하나의 물건에 대한 非制限的이고 非分離的인 권리로 이해하는 로마적인 所有權思想을 獨逸法體系에 수용하려고 노력하였다<sup>110)</sup>. 그러나 그는 領主와 農民, 封建領主와 家臣(Grundherr—Bauer und Lehnherr—Vasall)사이의 법률관계가 로마법적인 소유권개념을 통해 부적합하게 이해되어지고 있다는 것을 명확히 하였다<sup>111)</sup>.

(3) 그러므로 그는 直接所有權과 準所有權에 관한 註釋學派들의 견해는 로마법의 오해로부터 起源하였다는 티보의 견해에 찬동하였다<sup>112)</sup>. 分割所有權이 독일법에서 기초되었는가의 여부는 티보에 의해 인용되어진 보통법적인 자료들을 통해서도 확실히 답변되어질 수 없는 것이다. 분할소유권의 본질에 의하면 이 분할소유권론은 레엔과 농민적인 貸借을 위해서는 불가피했던 것으로 보였다<sup>113)</sup>. 즉 부분적으로는 절대적인 소유권의 개념에 제한이 가능한 것으로 허용하는 게 베레(Gewere)의 체계가 현대의 법의식으로 확실한 영향력을 행사하는 것이며, 부분적으로는 下級所有權에 포함되어 있는 독자성과 그 의미에 관한 권리들이 他物權(jura in re aliena)으로서 불완전하게 나타나게 되고, 그래서 잘못 평가되어지는 것으로 보았다. 그러나 이와 다른 관점에서 볼 때, 독일법에서 인정되었던 소유권의 개념은 하나의 排他的이고 非分離의 권리로써 관철되어질 수 없는 것이었다.

(4) 베젤리는 처음부터 분할소유권의 개혁에 관여하였다. 1848년에 베젤러도 그 委員會의 構成員이었던 憲法委員會의 심의과정에서 그는 기본권의 작성시에 레엔제도는 이미 낡은 것이며, 廢止立法이 필요하다는 자신의 입장을 분명하게 개진하였다. 이 위원회는 이러한 베젤러의 주장에 동의하였으며, 다음과 같은 규

108) B. Busz(주 26), S.108—109

109) R. Hübner(주 105), S.12—13 u.18

110) G. Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd.1, 1847, S.291

111) Ebenda

112) G. Beseler(주 110), S.292—293

113) G. Beseler(주 110), S.293

정을 국민의회에 채택하도록 제안하였다: “모든 레엔단체는 폐지되어야 한다. 그 방법은 지방정부가 정한다”(Art.VII §31). 베젤러에 의해서 출판되어진 立法動機書에는 레엔 형태의 다양성 때문에 다양한 폐지입법이 필요했다고 기술하고 있다<sup>114)</sup>. 그러나 베젤러는 소수 견해와 같이 그 폐지를 헌법에 규정하는 것에 반대하였다. 이미 제안된 형태와 방법에 의한 레엔단체들의 폐지는 국민의회에 의해 독일기본법 제39조에 채택되었다<sup>115)</sup>. 베젤러는 이러한 레엔제도의 폐지뿐만 아니라 그 밖의 世襲地나 世襲家族財産의 廢止에도 같은 노력을 경주하였다. 그러므로 分割所有權의 廢止에 관한 그의 관심은 당시 현실을 고려해 볼 때 매우 진취적인 것이었으며, 높이 평가되어야만 하는 것이었다.

### 3) 아놀트(Wilhelm Arnold : 1826-1883)

(1) 게르만 법학자 아놀트에 의해서 분할소유권의 폐지에 대한 하나의 독특하고 확실한 方法論이 제기되었다. 아놀트의 方法論은 역사적인 법학의 근본이념을 실무에 적용하고자 하는 것과 관련되었다.<sup>116)</sup> 슈팅징(Stintzing)이 언급한 바와 같이<sup>117)</sup>, 이것은 歷史的一經驗的 基礎위에 法律生活에 있어서 공통의 효력을 야기하고 있는 문화적 요소의 이해와 현대의 실용주의적인 생활과 법의 관계를 확립하는 것이다. 그러나 아놀트는 역사법학파의 로마적인 성향에 대해 이미 본질적인 懷疑를 가졌다. 비록 아놀트는 역사법학파의 로마법적인 表現方法을 유지하고 있었다 하더라도, 로마법의 실제적인 유효성에 성격적으로 종속하는 것은 아니라고 생각한 것이다<sup>118)</sup>. 아놀트는 로마법적인, 후에는 概念法學的인 법률관의 근본적인 약점을 인식하고 그것을 지적하였다. 다시 말해 그는 개념법학적인 抽象性의 약점을 지적하였다<sup>119)</sup>.

114) B. Busz(주 26), S.111

115) G. Beseler(주 110), S.470

116) B. Busz(주 110), S.470

117) R. v. Stintzing/E. Landberg(주 71). S.761

118) B. Busz(주 110), S.173

(2) 아놀트의 소유권개념은 소유권이 국민의 경제적 정치적인 생활의 형성에 종속되었다는 것에서부터 출발하였다<sup>120)</sup>. 따라서 아놀트는 로마법학이, 그러나 게르만 법학 역시 이러한 관계에 있어서의 중요성을 지니지 못하고 있음을 비판하였다<sup>121)</sup>. 그는 그의 견해의 정당성을 입증하기 위하여 소유권의 개념은 농업에 종사하는 국민들에게 있어서 필연적으로 형성되어져야만 한다는 것을 확실히 하였다<sup>122)</sup>. 이러한 상황하에서 그에게는 로마나 독일법적인 소유권의 개념은 완전히 잘못된 것으로 나타났다. 왜냐하면 이 양자는 다양한 경제관계와 생활관계를 통해 조건지워졌기 때문이다<sup>123)</sup>.

(3) 아놀트는 史料의 어디 곳에서도 분할되어진 게베레(Gewere)나 분할소유권(geteiltes Eigentum)에 대한 언급이 없었음에도 불구하고, 실제로 독일법에 있어서는 소유권의 분할이 성립하였다고 주장되고 있음을 분명하게 지적하였다<sup>124)</sup>. 그는 당시의 소유권법은 그 당시의 생활관계에 일치하였다고 하는데, 이것은 체계적인 이유나, 논리적인 결과 등 로마와 현대법학이 지적한 모든 것을 통한 것이 아니라, 이것이 법의 형성단계에 언어와 시대에 대체로 부합한다는 아주 유약한 넓은 방법에 의해 주장된 것이라고 주장했다<sup>125)</sup>. 아놀트는 중세의 소유권질서에 로마의 소유권이 전수된 것을 아주 부적합한 것으로 간주하였다<sup>126)</sup>. 왜냐하면 분할소유권의 수용은 두개의 물건에서 개개의 것은 전체의 물건에 관련되었다는 것을 통해 정당화되었는데, 이 양편의 권리들은 서로 다른 내용을 갖고 있으며, 그러나 그것은 그 권능들이 항상 전체의 대상으로 파악하고 있기 때문이다. 아놀트는 분할소유권을 넓은 의미에 있어서 일련의 公的인 제도

119) W. Arnold, Cultur und Rechtsleben, 1865, Vorrede, S.VIII

120) W. Arnold, Recht und Wirtschaft, S.29

121) W. Arnold(주 120), S.25

122) W. Arnold(주 119), S.56-57

123) B. Busz(주 26), S.177

124) W. Arnold, Eigentum in den deutschen Städten, 1861, S.146-147

125) W. Arnold(주 124), S.148

126) W. Arnold(주 124), S.149

로 이해하였다. 어떤 경우든 아놀트는 분할소유권을 개개의 현상 속에서 폐지할 것을 인정하고, 그것을 확정시키는 일을 한 것이다<sup>127)</sup>. 아놀트에 의하면 분할소유권은 도시에서 먼저 사라졌으며, 그리고 나서 레엔占有가, 그 후에 世襲私有地가 사라졌으며, 그리고 가장 최근에는 농민적인 점유가 완전한 소유권으로 되었다 한다<sup>128)</sup>. 아놀트는 귀족적인 家族財産을 분할소유권의 제도에 적용시키지 않았으며, 분할소유권의 폐지에 있어서 명확하게 나타나는 사회의 변천과정을 정확히 인식하였다.

#### 4. 역사법학과의 分割所有權論에 대한 論議의 要約

##### 1) 로마법학자의 見解

(1) 유스티니아누스법으로부터 유래한 절대적인 소유권의 개념은 가치 구별적인 것이다. 그것은 순수 법률적인 것이며, 법학적 학문적으로 이해되었다. 즉 가장 다양한 내용들이 그것을 통해 적용되어야만 하는 형식적인 질서형태로서 이해되었다. 로마법학은 중세의 分割所有權關係나 그들 시대에 점차적으로 개인주의화 되어가는 소유권 제도 역시 절대적인 소유권의 개념하에 복속시키려 하였다. 이러한 추상적인 개념은 호소력이 있었으며, 임의적이며, 가치 충만한 수 있는 것이었다. 이러한 순수하고 형식적인 소유권의 이해는 이미 사비니에 있어서 분명하게 증명되었으며, 푸흐타와 빈트사이트의 이론들에 의해 계승되어졌다.

(2) 역사법학과내의 로마법학자들에 의한 분할소유권의 폐지운동은 그들의 연구 과정속에서 일정한 제한된 범위내에서 이루어졌다. 로마법학자들은 급진적인 개혁을 원치 않은 것이 명백하였다. 다시 말해 현존하는 것을 보호하는 것이 일반적인 경향이었다. 따라서 그들은 매우 보수적이었다. 분할소유권의 폐지에 관한 견해들은 법률적인 구상을 통해 스스로 행할 수 없는, 오직 개인적이고 비

127) W. Arnold(주 124), S.1-2

128) Vgl. F. Wieacker, Wandlungen der Eigentumsverfassung, 1935, S.54



법률적인 것으로 파악한 점들은 간과할 수는 없는 것이다. 법정책을 촉진하는 것은 그들의 학문적인 과제에 속하는 것이 아니었다. 특히 절대적인 소유권의 개념을 주장하면서, 그것을 그에 상응하는 사회제도속에서 관철하려고 하는 것은 로마법학자들에게는 근본적으로 거리가 먼 것이었다. 따라서 로마법학자들이 개인주의적인 소유권제도에 입각하여 분할소유권의 폐지에 적극적이었다는 말은 있을 수 없는 것이다. 비록 그들 역시 분할소유권론에 대항하였으며, 실질적으로 분할되어진 소유권 관계의 개념적인 이해의 여러가지 유형들을 비판하였다 하더라도, 그들의 추상적인 연구방법 때문에 분할소유권의 폐지에는 큰 의미를 가지지 못했다.

## 2) 게르만 법학자의 견해

(1) 歷史法學派내의 게르만법학자들의 소유권론은 로마법학자들의 소유권론과는 완전히 다른 형태를 지니고 있다. 게르만학자들은 원칙적으로 사회질서와 법질서의 일치를 위해 노력하였다. 아이히호른은 레엔제도의 폐지를 위하여 분할소유권론은 더 이상 시대에 맞지 않는 것으로 규정하였다. 따라서 그는 토지에 대한 농민들의 권리를 완전한 소유권으로 전환시키기 위해 노력하였다. 이것은 베젤리의 입법활동에서도 보여 준바 있다. 그에게 있어서 법정책적인 사고와 행위에 대한 명확한 원칙들은 확실한 것이다. 그러나 게르만 법학자들은 과격하게 느껴지는 자유스러운 개혁이라는 용어의 사용을 자제하고, 합법적으로 “생성되어진 정당한 사법들”을 보호하려는 것으로 보이길 원했다. 또한 그들은 고대의 독일법제는 유지되어야 한다고 생각했다. 비록 게르만 법학에 있어서 歷史的—經驗學的인 연구가 지배적으로 전체되어 있다 하더라도, 그리고 사람들이 그 때문에 그들이 분할소유권의 폐지에 결정적인 역할을 했다고는 말할 수 없다고 하더라도, 그들의 소유권론에는 분할소유권론에 대한 폐지의 노력은 도처에서 분명히 나타났다.

(2) 게르만법학이 국민생활과 아주 밀접한 이유는 그들의 私的인 법이념이 진실하였고, 이것이 계속적으로 발전하였다는 점이다. 사람들은 독일법의 제도들

을 다양한 계층의 사적인 요소들로부터 구해야만 한다. 따라서 이것은 소유권론이 바로 보여주고 있는 바와 같이, 제도의 변화 가능성이 상존하고 있음을 의미하였다. 사람들은 분할소유권을 중세의 개개의 社會現狀속에서 이해하였으며, 따라서 이미 절대적인 소유권의 개념은 이러한 관계들을 위해 최소한 일치되어진 하나의 질서 형태라는 견해를 가졌다. 사람들은 이러한 제도의 변화를 위한 사회적인 근거를 추구하고, 분할소유권의 폐지입법이 그에 대한 최종결론이라고 생각하였다.

#### IV. 맺는말

19세기의 전반기에 소유권의 문제는 公私法을 막론하고 法律制度上에 가장 쟁점이 되는 것이었다. 따라서 당시 독일법학을 이끌어가는 역사법학과들도 이에 대한 관심을 가지는 것은 당연한 것이었다. 특히 소유권을 自由主義의이며, 絶對的인 單一所有權으로 이해하는 로마법학자들은 이것과 調和를 이루지 못하는 分割所有權에 대한 극복이 큰 문제였다. 그러나 일반적인 지적과는 달리 로마법학자들은 분할소유권론에 대한 廢止運動에 매우 소극적 내지는 거의 무관심이 있었다는 것을 개별 학자의 견해를 통해 알 수 있었다. 따라서 이들에 의해서 分割所有權論이 폐지 내지는 그 극복되어 로마법적인 단일소유권이 정착되었다는 지적은<sup>129)</sup> 타당치 못하다. 필자에게는 이러한 로마법학자들의 태도가 그들의 학문의 방법론과 성향에 오히려 부합한 것으로 생각된다. 왜냐하면 그들은 사회의 구체적인 현실에 관심을 가지지 않았으므로 社會問題에 대한 改革이나 法學을 現實에 적용하려는 의지가 거의 없었기 때문이다. 그러므로 그들이 로마법적인 絶對的인 單一所有權을 주장한 것은 자신들의 원래 목표인 로마법의 受容過程에 불과 한 것이다. 이러한 관점 때문에 후에 獨逸民法典編纂에 참여한 힌트사

129) F. Lütge, Geschichte der deutschen Agrarverfassung vom frühen Mittelalter bis zum 19. Jahrhundert, 1963, S.171

이트도 19세기 후반에 所有權의 制限問題가 크게 대두되고 있는 社會現實을 간파한 체 로마법적인 소유권의 개념을 독일 민법전에 관철시켰던 것이다. 이에 반해 게르만법학자들, 특히 베젤리와 아놀트는 분할소유권론의 부당성과 정치권의 廢止 움직임을 직시하고 분할소유권의 폐지를 적극적으로 주장하며, 이론적인 대안을 제시하였다. 따라서 분할소유권의 폐지에 있어서 게르만법학자들이 지금까지 일반적인 인식과는 달리 훨씬 적극적이고 큰 역할을 담당했음이 증명되었는데 이 점은 매우 중요한 사실이다. 또한 이러한 초기 게르만 활동이 이후 기르케와 같은 학자들에게 바로 접목될 수 있었음은 자연스러운 것이었다.