

<서 평>

朴秉濠 著, 《近世의 法과 法思想》

崔鍾庫*

I

본서는 저자가 1996년 8월말로 서울대학교 법과대학의 교수직을 퇴임하면서 1974년에 낸 《韓國法制史攷》 이후 23년 동안에 쓴 글 33편을 모은 논문집이다. 저자의 표현을 빌리면, “이것들은 나의 연구주제를 집중적으로 연구한 것이 아니라 학회나 대학연구소 혹은 학술 심포지움의 기획에 의한 청탁을 받아서 쓴 글이 대부분을 차지한다. 개중에는 강연원고로서 쓴 것도 있어서 엄밀히 말해서 학술논문이라고 보기 어려운 것도 있다. 그러나 연찬의 결과이기도 하기에 욕심을 내어서 첨가하였다. 또한 몇 개의 글은 내용이 서로 중복되는 부분이 있기도 하나 이것은 집필당시의 부득이한 사정에 말미암은 것이기에 그대로 이 책 한권에 모으기로 하였다. 다만 원래 발표했던 원고에 약간의 첨삭을 더하였음을 밝힌다.” 이어서 저자는 본서의 출간배경에 대하여 다음과 같이 고백하고 있다. “현직교수로서 연구활동과 강

* 서울대학교 법과대학 교수.

의에 학내외적으로 여러 가지 제약이 있었음은 모든 교수에게 공통되는 바이지만 특히 나는 1970년대 이래 13년 동안 학내외적으로 학사행정보직을 맡았으니 연구다운 연구를 할 수 없었음이 사실이며 연구와 교육에 一以貫之하지 못한 점이 부끄럽고 학계에 대하여 미안하기 그지 없다. 더욱이 연구인구도 얼마 안되는 한국법사학회에 대해서는 그러한 마음이 더욱 절실하다. 다만 동학들이 문제의식을 느끼고 연구를 개발하는 데 조금의 도움이 라도 된다면 그것만으로 다행이라고 자위한다.”

이처럼 저자의 한평생에 걸친 학문연구의 旅程에서 산출된 글들을 망라한 책이라는 점에서 본서는 특별한 의의와 가치를 가진다고 하겠다. 저자가 지적인 바와같이 실용위주, 수험위주의 한국법학계에서 연구인구의 저변이 매우 빈약한 법사학의 외길을 선구적으로 개척해 온 저자의 학문적 온축은 이러한 연구과정과 삶의 정황을 이해하는 독자라면 무한한 감회를 느낄 것이다. 본서의 서평에 대하여도 저자는 극구 사양하였지만 이러한 감회와 의의를 생각하여 필자는 후학으로 서평이라기보다도 본서를 읽은 소감을 몇 마디 적지 않을 수 없어 붓을 들었다.

II

국판 678페이지에 이르는 본서는 크게 3편으로 구성되어 있다. 제1편은 「법제도」, 제2편은 「법사상」, 제3편은 「고문서」로 되어 있는데, 여기에서 우리는 본서의 제목처럼 법제도와 법사상이 함께 어우러져 성숙되어 있음을 볼 수 있다. 일반적으로 법사학은 법제사(Institutionengeschichte)와 법사상사(Ideengeschichte)로 나누는데, 서양에서도 미타이스(H. Mitteis), 코잉(H. Coing), 티이메(H. Thieme) 등 법사가들의 주장처럼 이 두 영역이 엄격히

분리되기보다도 서로 조화되고 상호의존되어야 한다는 사실이 강조되고 있다. 이처럼 ‘박병호 법사학’에서도 만년에 이를수록 법제도사와 법사상사가 근접되고 융합되어 왔다는 사실을 본서가 보여준다고 하겠다.

제1편 법제도에는 제1장 시대와 법원, 제2장 토지제도, 제3장 가족과 사회, 제4장 사법제도로 구성되어 있다. 제1장에는 한국법제사의 시대구분과 각시대의 특징, 한국의 전통사회와 법, 근세조선의 법제와 그 운용, 법제도 면에서 세종조 문화의 재인식, 개화기의 법제, 현대법제의 형성과 법제의 발전방향, 한국법학교육의 기원(법관양성소와 경성제대)의 7편의 논문이 실려 있다. 여기에서 이 논문들의 하나하나에 일일이 논평할 여유가 없지만, 저자의 한국법사를 바라보는 기본시각을 충분히 이해할 수 있다. 저자는 한국법제사에 대하여 이렇게 말하고 있다. “시대사 구분을 새로이 하더라도 한국사연구에서 당분간 왕조사적 시대구분이 편의적으로 사용될 것이다. 왜냐하면 사료 편찬이 왕조별로 되어 있고 각 왕조의 역사가 500년으로 비슷하였기 때문이다. 그러나 사료편찬이 이렇게 되어 있고 역사의 실제 기간이 비슷하더라도 역사는 주체적 관점에서 재창조되고 재구성되는 학문이므로 이런 편의적인 관점에서 벗어나려는 고민과 시대구분론을 통하여 실현된다고 할 수 있다. 앞으로 한국사 시대구분론은 중국과 일본, 그리고 서양의 역사에 대한 관심도 가지고 계속 모색, 추구되어야 할 것이다.”(44면)

제2장 토지제도에는 조선시대 토지소유의 법적 성격, 우리나라 부동산거래법 약사, 토지이용 강제제도의 역사적 기초, 3편의 논문이 실려 있다. 법사가이면서 민법학자인 저자의 이 분야에 관한 탁월한 연구업적은 이미 한국 법학계와 사학계에도 널리 알려져 있다. 따라서 본장은 《한국법제사고》의 대부분을 차지하는 이 방면의 연구성과를 종합하고 재해석한 의의를 담고 있는 장이라 하겠다.

제3장 가족과 사회에는 한국의 전통가족과 가장권, 한국의 자녀균등상속

의 법관습과 남방계문화, 한국의 법문화 발전에 있어 양반의 역할과 기능, 한국 전통사회에 있어서 동족결합의 유형, 일제시대의 호적제도 등 5편의 논문이 실려 있다. 무엇보다도 역사적 배경을 강하게 담고 있는 가족법의 분야에 저자의 실증적 연구업적이 돋보이는 부분이다.

제4장 사법제도에는 조서시대의 재판제도, 개화기의 재판제도, 일제하의 재판제도를 시대적으로 연속적으로 《서울 600년사》에 서술한 부분인데, 당시의 재판제도와 실태를 상론하고 있어 좁은 의미의 법제사뿐만 아니라 사회사와 문화사에도 유익한 이해를 도와준다.

III

제2편 법사상의 부분에는 제1장 입법과 법사상, 제2장 법사상의 전개, 제3장 茶山의 법사상으로 구성되어 있는데, 제1장에는 조선전기 입법자의 법률관, 조선시대의 왕과 법, 조선후기 變法思想과 법령정비사업의 3편의 논문이 실려있다. 저자는 조선시대의 기본적 법률관으로 1) 법은 古法이어야 한다. 2) 법은 良法美意이어야 한다. 3) 법은 경솔히 개폐할 수 없다. 4) 법은 民信·民志에 따라야 한다. 5) 왕은 법 아래 선다는 사상에 입각해 있다고 본다. 저자는 이를 결론하여 다음과 같이 말한다. “이러한 조선조 입법자들의 법률관은 이념적으로는 유교사상에 저축하고 있음과 동시에 법치주의 사상에 그 원천을 찾을 수 있다. 그러한 법률관에 입각하여 실정법의 확립을 성취하고 이를 고수하려 한 것은 규정적 특색이라고 할 수 있다.”(427면) 이처럼 전통법을 긍정적으로 보는 저자의 견해는 한국법사학이 앞으로 더욱 심층적으로 연구하여 이룩해야 할 과제를 기본적으로 제시하고 있다고 볼 수 있다. 이러한 견해는 특히 조선시대의 왕과 법과의 관계를 설명한

부분에서 더욱 분명하게 나타난다. 저자는 말하기를 “법은 왕의 명령이요, 왕이 위에서 법을 만들고 신하는 밑에서 법을 지키는 것인데, 왕도 신하와 마찬가지로 자기가 만든 법을 지켜야 했다. 법을 천하공공지기라고 함은 이를 뜻하는 것이다. 또한 왕은 天命에 의하여 통치자로서 군림하는 것인데 천명은 인심이요, 인심이 향하는 곳에 천명이 있으며, 인심에 따르지 않는 것이 곧 천명에 따르지 않는 것이 되므로 법이 인심이요 천명이라는 등식이 성립할 수 있다. 따라서 왕이 법을 지켜야한다, 법의 제약을 받는다는 것은 왕은 법 아래에 있는 것이라 규정할 수 있다. 그러나 법이 법이기 때문이라는 이유만으로 그러한 것이 아니라 천명사상보다 더 절실하게 현실적으로 왕의 법적 제약성을 부과한 것이 祖宗成憲으로서의 성격인 것이다. 창업주의 법, 선왕의 법, 그리고 스스로 만든 법에 조종성현으로서의 신성성이 부여되었기 때문에 왕은 법아래 있을 수 있었던 것이며, 그러한 법의 구속을 받는 것이 곧 조정에 대한 효도이었던 것이다.”(452면) 이렇듯 한국의 전통적 법을 긍정적으로 평가하고 미화하여 마치 독일법사를 체계화한 게르마니스트 오토 폰 기르케(Otto von Gierke)를 연상하게 한다.

제2장 법사상의 전개에서는 한국법사상의 흐름, 한국에 있어서의 법과 윤리도덕, 효 윤리의 법규범화와 그 계승, 소송과 권리의식, 법치주의 실현에의 역사적 교훈 등 5편의 논문이 실려 있다. 저자는 한국의 법사상을 윤리와 도덕의 관념과 연결지으면서 전통적인 禮主法從의 사상과 理와 禮의 관계를 규명하고자 한다. 그리하여 결론적으로 “법과 윤리 도덕의 문제는 역사적 경험을 토대로 해서 볼 때 준별의 문제가 아니라 경험과학적 역사적 탐구를 통해서 양자에 구체적 관련과 통일의 문제의 해결을 시도하는 것이라고 생각한다”(506면)고 결론짓는다. 그리하여 그는 예주법종사상의 현대적 효용을 가능하다고 보고 크게 기대하고 있다. 나아가 효윤리의 법규범화의 가능성과 필요성을 규명하면서, “효윤리의 계승, 발전적 한국적 현대화를

실현하려는 경우에 실정법에 의한 강제실현에는 스스로 한계가 있으며 법률만능주의적 사고는 경계하여야 하며 자제하여야 한다. 오늘날 한국처럼 효윤리를 비교적 성실하고 광범하게 계승하고 있는 입법예에서는 더 이상의 범규범화는 필요하지 않다. 오히려 오늘 우리가 모색해야 할 방향은 현재와 미래에 타당할 효윤리를 구체적으로 재정립하고 그것을 가정교육, 학교교육, 사회교육을 통해서 길들임으로써 모든 사람의 양심으로서 자리잡게 하는 것이며, 그 효윤리는 父慈子孝가 기본이 되어야 할 것이다.”(526면)고 분명하게 주장하고 있다.

제3장 다산의 법사상에는 다산의 법사상, 다산의 형률관, 다산의 개혁사상과 주체적 자각 등 3편의 논문을 실고 있는데, 한국법사와 법사상사에서 어쩌면 가장 중요한 인물인 다산을 다각적으로 분석한 연구 업적이다. 저자는 결론적으로 “다산의 一表二書는 지나간 시대에 있어서 하나의 사상을 기술한 데 그치지 않고 시대를 초월하여 타당한 자연법적 생명력을 끼치고 남겨 주었으며 그의 법사상은 구태여 서구적 근대적 법사상과 비교하거나 발전적 연속성을 고려할 필요없이 바로 우리의 영원한 현행법이며 다산 자연법이라 불려도 지나치지 않으리라고 본다”(584면)고 결론짓는다. 또한 다산을 개혁사상과 법치주의의 사상가로 조명하면서, “다산만큼 법의 진정한 뜻과 기능을 이해하고 사랑한 사람은 그 이전에도 없었고 자유 평등의 민주적 법치국가라는 오늘에도 흔치 않는 것이다. 오늘의 우리는 그가 이해한 법이란 궁극적으로 사람들의 마음 속에서 조화를 이루고 살아 있어야 하는 것으로 파악한 점을 오늘의 법치주의, 법의 제정, 해석, 집행, 개혁에 즈음하여 법의 자연법적 생명력으로서 받아들여야 하는 것이다”(612면)고 강력히 주장하고 있다.

제3편 고문서에서는 <고려말의 노비증여문서와 立案>, <세종 21년의 牒呈>, <규장각 소장 고문서와 그 성격>, <고문서 자료의 수집 정리의 문

제> 등 4편의 논문을 실고 있다. 전 2편은 고려말과 조선초기의 고문서를 법제사에 관점에서 면밀히 분석한 글이요, 뒤의 2편은 고문서학의 성격과 중요성을 체험을 통해 고취시키는 중요한 글이다. 특히 규장각에 소장된 고문서에 대하여 “시대적 제약에 따른 단점에도 불구하고 규장각 고문서는 그 종별과 수량에 있어서 가장 귀중한 사료의 寶庫라고 할 수 있으며 을류, 병류 문서철도 분류정리하면 그 이용가치는 배가 될 것임은 틀림없는 사실이다”(653면)라고 지적한다. 고문서의 수집정리를 위하여 저자는 “필자의 생각으로는 고문서의 수집 발간, 즉 사전조사·체방·대출(수집)·촬영·탈초·정리·발간의 전체 과정에 걸쳐 경험과 인력과 설비를 구비하면서 연구기관으로서의 권위와 신뢰성을 갖고 있는 것이 한국정신문화연구원이며, 지금까지 선도적 역할을 하면서 고무해주고 있다. 앞으로도 한국정신문화연구원이 국내외 고문서의 수집 발간과 전문가 양성에 보다 적극적으로 기능해 줄 것을 간절히 바라마지 않는다”(668면)고 끝맺고 있다.

IV

이상의 내용을 자세히 언급하지는 못하였지만 필자는 본서를 읽고 많은 것을 느끼게 되었다. 첫째로 본서는 한국의 오토 폰 기르케 ‘박병호 법사학’의 기본시각, 방법론, 그리고 분야에 따라서는 그만이 이룰 수 있는 연구성과를 담고 있는 귀중한 책이라는 사실에 대한 재확인이다. 서문에서의 저자의 점양된 표현에도 불구하고, 한국 법사학은 그의 연구에 크게 기초하고 있으며, 실제로 현재도 한국법사학회 회장으로 후학들을 독려하면서 학문연구를 선도해주고 있다. 따라서 본서에서 제시된 방향은 한국법사학계가 공동으로 더욱 이론화하고 체계화해 나가야 할 과제라고 하겠다.

둘째로, 책 자체로서 본다면 종래 법제사에 관한 책들이 한문이 너무 많아 학생들이나 일반 독자들이 읽기에 어려움을 겪고 염증을 내기도 하였는데, 이 책은 과감히 한글 위주로 조판하였다. 읽기에 편한 점도 있지만 어떤 표현은 괄호 속에 한문을 넣어 주어야만 이해가 될 곳도 보인다. 이 점을 유의하여 재판에서는 개선해 주었으면 한다.

셋째로, 본서와 함께 저자는 《가족법논집》을 같은 출판사에서 동시에 내었고, 이 두 권의 출판과 정년퇴임을 기념하여 한국고문서학회에서 증정식을 갖기도 하였다. 앞으로도 ‘박병호 법사학’의 더욱 심오하고 정치한 전개가 있기를 함께 기원하는 바이다.

<도서출판 진원, 국판 678면, 27,000원>