

# 채권법의 학설사적 기초 연구 (1): 법학제요체계와 판덱텐체계\*

서울오\*\*

## 목 차

- I. 들어가며
- II. 법학제요의 체계
- III. 중세 이후 19세기 초까지의 변화
- IV. 판덱텐 체계
- V. 맺음말

## [국문요약]

현행민법전의 편성방식인 판덱텐 체계는 18세기 말에 독일의 판덱텐법학자(로마법학자)인 Gustav Hugo와 Arnold Heise에 의해 창안이 되었다고 한다. 그러나 이 편성방식은 특정한 개인이 창안물이라기 보다는 법의 체계화를 지향하는 역사적 발전의 산물이다.

그 이전 시대까지의 주된 편성방식이었던 법학제요 체계는 2세기의 로마법학자 Gaius에 의해 만들어진 것을 유스티니아누스(Iustinianus) 황제가 자신의 법학제요에서 수용한 것이 후세에 전달된 것이다. 이 체계는 법을 인(人)과 물건, 그리고 소권(訴權)으로 나누는 것인데, 여기서의 물건(Yes)은 오늘날의 채권과 물건, 그리고 상속권 등을 모두 포함하는 포괄적인 개념이었다.

이 물건 개념은 중세 이후에 점차 분화되는 과정을 거쳤고 그것이 최종적으로 19세기 초에 앞의 두 학자에 의해 정리·확정된 것이다. 따라서 판덱텐 체계는 가이우스의 법학제요 체계가 변형·발전된 것이지, 어떤 새롭거나 대조적인 산물은 아니었다.

[주제어] 판덱텐 체계, 판덱텐 법학, 민법의 편성, 가이우스, 법학제요, 유스티니아누스

\* 이 연구는 2003학년도 이화여자대학교 신입교원연구비의 지원을 받아 이루어졌다.

\*\* 이화여자대학교 조교수.

## I . 들어가며

현행 민법전은 총칙, 물권, 채권, 친족, 상속의 다섯 부분으로 이루어지며, 이러한 편성방식을 판덱텐 체계(Pandektensystem)라고 부른다. 이와 다른 편성방식으로는 법학제요 체계(인스티투티오네스 체계, Institutionensystem)가 있음은 주지의 사실이다. 전자에 해당하는 대표적인 입법으로는 독일민법전이, 후자로서는 프랑스민법전이 거론되며, 두 체계는 대조적인 성격을 가진다고 설명되고 있다.<sup>1)</sup>

그러나 아래에서 살펴보게 되겠지만 판덱텐 체계는 법학제요 체계와 전혀 다른 어떤 것이라기보다는 그것으로부터 많은 영향을 받아 만들어진 것으로서, 법학제요 체계의 한 변형이라고 부르는 것이 오히려 적합하다. 또한 프랑스민법전의 체계를 법학제요 체계라고 잘라 말하면, 그것은 법학제요의 체계를 중세 이후의 보통법학이 어떻게 수용하고 변화시켰는지 하는 역사적 과정을 간과하는 것이 된다. 프랑스 민법전은 아래에서 보듯이 몇 가지 점에서 법학제요와는 다르게 구성되어 있기 때문이다.

이 글은 법학제요 체계와 판덱텐 체계의 관계, 그 유사점과 상이함에 대해 어떤 새로운 이론을 제시하는 것이 아니라, 이에 관한 기존의 학설을 간략히 소개함을 목적으로 한다.<sup>2)</sup> 아래에서는 법학제요의 체계가 원래 어떠한 것이었는지 (이하 II.), 그것이 중세 이후에 어떻게 수용되고 변형되었는지 (이하 III.), 그리고 그 변형의 한 예로서의 판덱텐 체계가 어떻게 만들어졌고 어떤 특색을 가지는지 (이하 IV.) 살펴보겠다.

## II . 법학제요의 유래와 그 체계

법학제요(institutiones)라는 책의 이름은 ‘제도’, ‘체계’, ‘규정’, ‘교육’ 등을 의

1) 참조 박윤직, 민법총칙, 제7판 (2002), 27~28쪽.

2) 그 기초가 되는 것은 여전히 Schwarz, *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems*, SZ 42 (1921), 578쪽 이하이다.

미하는 라틴어 단어 *institutio*의 복수형태에서 유래하며, 법률 제도에 관한 입문 교과서를 의미한다. 법학을 처음 배우는 학생들을 위한 이 책은 여러 법학자들에 의해, 즉 Gaius (2세기 중엽 활동), Florentinus (161 이후에 활동), Callistratus (190~210 활동), Paulus (175~230 활동), Ulpianus (190~223 활동), Marcianus (210~230 활동)에 의해 저술되었다.<sup>3)</sup>

그러다가 530년에 동로마 제국의 유스티니아누스 황제는 고전기 로마법의 성과를 집대성하여 오늘날 우리가 로마법 대전<sup>4)</sup> 혹은 유스티니아누스 법전이라고 칭하는 일련의 법전들을 편찬하는데, 그 중의 하나가 법학도를 위한 입문 교과서로서의 법학제요였다. 이 책을 우리는 ‘유스티니아누스의 법학제요 (*Institutiones Iustiniani*)’라고 부르고, 이 책의 저본(底本)이 되었던<sup>5)</sup> 2세기의 가이우스(Gaius)의 작품은 ‘가이우스의 법학제요(*Gai Institutiones*)’라고 부른다. 후세에 큰 영향을 끼친 법학제요는 이 두 가지이므로, 이하에서는 먼저 가이우스의 구성을 살펴보고, 이어서 유스티니아누스의 것을 살펴보기로 한다.

## 1. 가이우스의 법학제요

가이우스가 이 책을 쓴 것은 161년경으로 추정되지만 물론 정확한 연대는 알 수 없고, 그의 생몰연대 역시 우리는 알지 못한다. 가이우스가 어떠한 활동을 했는지, 심지어는 그의 완전한 이름마저도 우리는 알지 못한다.<sup>6)</sup> 그와 동시

3) 오늘날 우리에게 거의 완벽한 형태로 전해진 것은 오직 가이우스의 법학제요 뿐이고, 나머지 법률가들의 것은 유스티니아누스 법전 중의 학설위찬(*Digesta*)를 통하여 단편적으로만 전해진다.

4) 유스티니아스가 편찬한 네 가지 법전, 즉 학설유집, 법학제요, 칙법집, 신칙법집을 합쳐서 로마법대전(*Corpus iuris civilis*)이라고 부른다. 이 이름은 6세기 당시에 유래하는 것이 아니라, 프랑스의 인문주의법학자 고틀프레두스(*Dionysius Gothofredus*, 1549~1622)가 이것들을 합쳐서 간행하면서 교회법대전(*Corpus iuris canonici*)에 대응하는 의미에서 그렇게 부른 데서 유래한다.

5) *Constitutio Imperatoriam* 6.

6) 로마시민의 이름은 통상 세 부분으로 이루어진다. 우선 이름에 해당하는 *praenomen*, 다음으로 자기 가문이 속해 있는 씨족의 이름 (*nomen gentile* 또는 *gentilicium*), 끝으로 성(姓)에 해당하는 가문의 이름(*cognomen*)이 온다. 가령 카이사르의 완전한 이름은 *Gaius Iulius Caesar*였다.

대의 혹은 후기고전기 법률가들의 저작에서 가이우스는 단 한번도 인용된 적이 없는데, 이것은 그가 당시에는 결코 일류 법률가의 범주에 속하지 못했다는 것을 말해준다.<sup>7)</sup>

로마법의 전성기였던 고전성기(2세기 중반)를 대표하는 켈수스(Celsus)나 율리아누스(Iulianus), 아니면 후기고전기(3세기 전반)의 율피아누스(Ulpianus) 혹은 파울루스(Paulus) 같은 위대한 별들과 비교하면, 가이우스는 기껏해야 3등성이나 4등성에 불과했을 것이다.<sup>8)</sup> 고전성기를 대표하는 켈수스와 율리아누스는 집정관, 황제의 자문 등을 역임하면서 각각 프로쿨루스 학파와 사비누스 학파의 수장으로 군림했다. 율피아누스와 파울루스 역시 최고의 관직인 근위장관(praefectus praetorio)을 역임했다. 반면 가이우스는 속주에서 법률교사로 일했을 것으로 추정된다.

그러나 3세기 후반부 이후로 제국의 쇠퇴와 더불어 점차 로마법학의 수준이 저하되어 가면서, 후세의 실무가들은 더 이상 고전기 법학의 정치(精緻)하고도 방대한 성과를 이해할 필요도 능력도 가지지 못하였다.<sup>9)</sup> 따라서 고전기의 로마법을 쉽고도 체계적으로 잘 요약한 가이우스의 저작이 고전 이후기에 무척 사랑을 받게 되었고 후기의 입법에서도 즐겨 참조되었다.<sup>10)</sup> 그 결과로 426년의 인용법(引用法, *lex citationum*)<sup>11)</sup>을 보면, 최고의 권위를 갖는 법률가로서 거명되고 있는 것은 파피니아누스(Papinianus), 율피아누스, 파울루스, 모데스티누스(Modestinus) 그리고 가이우스인데, 로마법학의 전성기를 대표하는 율리아누스와 켈수스는 제외되었고, 무명의 가이우스가 나머지 쟁쟁한 법률가들과 어깨를 나란히 하게 되었음을 확인하게 된다.

---

한편 이 ‘세 이름 방식’은 3세기 이후에는 대체로 ‘한 이름 방식’으로 바뀌게 되었다.

7) Kunkel/Schermaier, *Römische Rechtsgeschichte*(Köln 2001), 159쪽 참조.

8) 위의 책, 159쪽 참조.

9) 위의 책, 200쪽 이하 참조.

10) 위의 책, 206쪽 참조.

11) 동로마 제국의 테오도시우스 2세와 서로마의 발렌티니아누스 3세에 의해 제정된 426년의 인용법(C. Th. 1, 4, 3)은 그 학설이 법정에서 法源으로서의 효력을 가지는 법학자로서 이들 5인을 정하고 있다. 이 법률가들 사이에서 의견이 갈리는 경우에는 다수설이, 각각 동수인 경우에는 파피니아누스의 견해가 채택되었다.

유스티니아누스는 자신의 법학제요를 가이우스의 두 저서, 법학제요와 일용법서(*Res cottidianarum sive aureorum*)<sup>12)</sup>에 의존하여 편찬하면서, 가이우스에 대한 존경과 애정을 ‘우리 가이우스(*Gaius noster*)’라는 말로 표현한다.<sup>13)</sup> 이것은 고전기 이후에 법학이 침체하여 고전기 법률저작을 더 이상 직접 참조하지 않게 된 사정이 직접적 원인이기는 하지만, 간단명료한 체계와 문체로 고전법의 핵심내용을 잘 정리한 가이우스의 천재성에 대한 정당한 찬사로 볼 수도 있다.<sup>14)</sup>

4개의 권(*commentarii quattuor*)으로 이루어진 가이우스의 법학제요는 법을 크게 3부분으로 나누어 설명한다. 인(人, *personae*), 물건(*res*), 그리고 소권(訴權, *actiones*)에 관한 법이 그것이다.

우선, 인에 관한 법 부분에서는 인간을 (1) 자유인과 노예, (2) 자권자와 타권자, (3) 후견이나 보좌를 받아야 하는 사람과 그렇지 않은 사람으로 각각 이분하여 설명한다.

둘째로, 물건에 관한 법 부분에서는 우선 (1) 물건의 분류를 다루는데, (a) 신법과 인법에 의한 것, 즉 소유권의 대상이 될 수 없는 것과 있는 것 (비용통물과 용통물), (b) 유체물과 무체물, (c) 약취물과 비약취물로 구분한다. 이어서 (2) 물건의 취득을 다루는데, 여기에서는 다시 (a) 단일물의 취득과 (b) 집합물의 취득 (유언상속과 무유언상속, 즉 법정상속)으로 나뉜다. 끝으로 가이우스의 구별에 따르면 무체물에 속하는 (3) 채권이 다루어진다.

셋째로, 소권에 관한 법 부분에서는 (1) 소권, (2) 항변권, (3) 특시명령이 다루어진다.

그런데, 가이우스 법학제요의 구성을 이해하는 핵심은 ‘물건’의 개념이다. 가이우스는 물건을 유체물(이것이 우리 민법제98조에서 말하는 유체물로서의 ‘물건’과 상응한다)과 무체물로 이분하여, 무체물에는 제한물권, 상속권, 그리고 채

12) 이 책이 가이우스의 것이 아니라 고전 이후기의 것이라는 예전의 견해는 오늘날 부인되고 있다. 이에 대해 H. Nelson, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*(1981), 294쪽 이하. 예전의 견해에 관해서는 Kaser, *Das Römische Privatrecht*, Bd. I (2. Aufl., 1971), 65쪽 각주 17 참조.

13) 이 문제에 관해서는 Tony Honoré, *Gaius*(Oxford 1962), 1쪽 이하 참조.

14) 가이우스 체계의 독창성 및 이에 대한 그리스 철학의 영향에 관해서는 Franz Wieacker, *Griechische Wurzeln des Institutionensystems*, in: SZ 70(1953), pp.93 ~ 126.

권이 속하는 것으로 한다. 오늘날에는 물권법, 채권법, 상속법에 따로 따로 속하게 될 내용들이 ‘물건’이라는 관념 하에 함께 서술되는 것이다.

## 2. 유스티니아누스 법학제요

유스티니아누스는 트리보니아누스의 지휘 하에 테오필루스와 도로테우스로 하여금 법학강의에서 쓰일 입문서를 집필하게 하여 533년 11월 21일에 공포하고 동년 12월 30일에 학설회찬(Digesta)와 더불어 발효하도록 하는데 이것이 가이우스 법학제요와 마찬가지로 4권으로 이루어진 ‘유스티니아누스의 법학제요 (Institutiones Iustiniani)’이다. 이 법학제요는 각 권이 다시 장으로 나뉘어 있기는 하지만, 구성면에서 가이우스의 3분법을 충실히 계승하고 있다.

가이우스에서의 서론(Gai. 1,1-1,8)에 해당하는 2개의 장(1,1-1,2)에서 정의와 법 그리고 법의 종류가 언급된 후, 1권의 끝까지(1,3-1,26) 인에 관한 법이 다루어진다.

둘째로, 물건에 관한 법은 제2권에서 제4권의 앞부분까지(2,1-4,5)를 차지한다. 우선 물건의 분류(2,1)와 무체물(2,2)이 설명된 후, 무체물에 속하는 우선 제한물권(2,3-2,5)이 다루어진다. 이어서 물건의 취득이 설명되는데, 먼저 단일물의 취득인 사용취득과 증여가 다루어지고(2,6-2,7), 양도가 금지되는 경우(2,8) 및 권력복종자에 의한 취득(2,9)에 관한 설명이 부연된 후, 집합물(역시 무체물에 속한다)의 대표적인 경우인 상속재산의 취득에 관해 제2권의 나머지와 제3권의 앞부분이 할애된다(2,10-3,12). 이어서, 무체물의 세번째 범주라고 할 수 있는 채권이 제3권의 나머지와 제4권의 초입부에서 다루어진다(3,13-4,5).

셋째로, 제4권의 나머지(4,6-4,18)에서는 소권에 관한 내용이 가이우스에서와 마찬가지로의 순서로, 즉 소권, 항변권, 특시명령의 순으로 설명된다.

요컨대, 유스티니아누스의 법학제요에서도 물건의 분류에 관한 가이우스의 구성법이 그대로 받아들여져서, 물건이 유체물과 무체물을 포괄하는 넓은 개념으로 이해되었고, 무체물에는 제한물권, 상속재산, 그리고 채권이 속하였다. 이 물권의 개념이 어떻게 분화되고 재구성되는지를 주목하는 것이 이후 시대의

법체계 구성의 변화를 이해하는 핵심이 된다.

### III. 중세 이후 19세기 초까지의 변화

#### 1. 중세의 ‘이탈리아 풍(mos italicus)’ 법학

중세에 이탈리아의 볼로냐에서 법과대학이 설립되고 법학의 역사가 새롭게 시작되는 계기가 된 것은 로마법대전의 재발견이었다.<sup>15)</sup> 당시의 학자들이 최우선의 과제로 삼은 것은 로마법대전의 원문을 정확하게 이해하는 것이었고, 그들은 원문 옆에 단어 혹은 한 부분에 대한 설명(주석, glossa)을 덧붙여 나갔다고 해서 흔히 주석학파(glossator)라고 불린다. 주석학파의 연구의 주된 대상이 된 것은 로마법 대전 중에서도 특히 학설회찬(Digesta)과 칙법회찬(Codex)였다. 주석학파의 작업은 1235년경에 성립된 ‘표준 주석서(Glossa ordinaria)’를 통하여 집대성 되는데, 이것은 다른 주석서들을 제치고 유일한 권위를 인정받게 되었다. 그래서 1250년 이후의 법학자들은 더 이상 로마법 원전의 해석에 골몰하기 보다는 표준 주석서를 바탕으로 하여 이것을 어떻게 실무에 적용할 지에 보다 중점을 두게 되는데, 이들을 ‘주해학파(commentator)’라고 부른다. 이들은 15세기 말까지도 이탈리아가 유럽 법학의 중심지가 되도록 하였다.

그런데 학설회찬과 칙법회찬은 고전기 로마법학의 성과와 황제들의 칙법들을 유스티니아누스 당시의 법학으로서는 최선을 다해 체계적으로 정리한 것이기는 하지만, 오늘날 우리들에게 친숙한 의미에서의 ‘체계’와는 무척 거리가 멀다. 심지어 현대인의 눈에는 그것들이 ‘법전’이라는 것조차도 의심스러울 수 있다. 학설회찬은 법학자들의 저작을 발췌한 것인데, 그 내용의 대부분은 법률 사

15) 가장 중요한 것은 ‘학설회찬(디게스타)’의 재발견이었다. 피사인들이 아말피(Amalfi)에서 빼앗아 온 학설회찬의 필사본이 볼로냐에 전해진 것은 1070년경이었고, 이것을 바탕으로 하여 볼로냐의 법학교에서 법학 강의가 시작된 것은 1119, 1120년경이었다. 참조 Hans Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*(8. Aufl., 1996), p.31.

안에 대한 논의이기 때문이다. 또한 칙법회찬 역시 황제의 입법이니가 오늘날의 입법과 비슷한 형식일 것이라는 선입관과는 달리, 황제가 특정한 법률사안에 대한 해답을 제시하는 재결(裁決, *rescriptum*)이 그 주된 내용을 이룬다. 이것은 고전기 로마법학자들의 작업이 다양한 법률사례에 대한 결의론(決疑論, *Kasustik*)적 해결책을 제시하는 것이었으며, 개념이나 체계와 같은 것을 통하여 법적 문제를 해결하거나 그들의 시민법을 서술하는 것을 대체로 꺼려하였다는 것과 같은 맥락이다.

요컨대 중세의 주석학과 그리고 그 뒤를 이은 주해학파가 연구의 대상으로 삼았던 로마법 대전은 그 자체가 현대적 의미에서의 ‘체계’라는 것과 거리가 먼 ‘사례 모음집’에 가까웠다고 할 수 있다. 연구의 대상 자체가 이처럼 비체계적으로 구성된다다가, 로마법대전의 텍스트 자체를 성서만큼이나 존경심을 가지고 대했던 중세 법학은 로마법대전과 다른 형식의 체계라고 하는 것을 상상하기가 어려웠다. 그래서 대부분의 법학 저술은 학설회찬과 칙법회찬의 순서를 그대로 따라서 이루어졌고, *Legalordnung*<sup>16)</sup>이라고 부르는 이 서술체계는 17세기까지도 충실하게 유지되었다.

이처럼 비체계적인 결의론적 법학을 대변하는 학설회찬과 칙법회찬이 중세의 법학을 좌우하고 있을 때, 로마법대전의 다른 한편을 차지하는 법학제요는 중세에 어떤 의미를 가졌을까? 유스티니아누스의 때에도 사실은 마찬가지였지만, 법학제요는 법학을 처음 배우는 학생들을 위한 입문서로서의 기능 밖에 할 수 없었다. 학설회찬과 칙법회찬이 가진 엄청난 양의 법률사례와 그 주해를 구체적으로 배우기 앞서서 대강의 내용을 배우기 위해서 말이다.

## 2. 인문주의(Humanismus)의 대두

사실, 우리가 오늘날 너무나 당연하게 쓰는 ‘법체계(Rechtssystem)’라는 말은 어떤 사회의 법의 총체를 하나의 체계로서 파악하는 것이 가능함을 전제하고

16) 이 말은 학설회찬의 각 법문(法文, *fragmentum*)을 *lex*라고 부른데서 유래한다. *Ordnung*은 독일어로서 ‘순서’, ‘질서’의 의미이다.

있다. 그리고 그 체계란 몇 개의 기본적 개념이나 명제로부터 시작하여 연역적 방법을 통하여 모든 법규범이 도출될 수 있는 공리적 체계(公理的 體系, axiomatisches System)를 말한다. 실무 감각이 뛰어났던 로마의 법률가들에게 법 사례의 다양함을 사상(捨象)해버리는 이러한 법적 체계라는 것은 공허한 허상을 의미했을 것이며, 그러한 생각은 중세 법학에서도 충실하게 계승되었다.

그러나 볼로냐를 중심으로 하여 12세기부터 15세기말까지 유럽을 지배했던 ‘이탈리아 풍(mos italicus)’의 법학이 르네상스와 더불어 16세기 초에 들면서 이제 그 중심을 프랑스에 넘겨주게 되면서, 법의 체계화에 관한 이런 생각에도 다소간의 변화가 오게 되었다. 흔히 ‘갈리아 풍(mos gallicus)’라고 불리는 이 새로운 학풍은 실무와 관련지어서 로마법을 이해하던 주해학파를 비판하고 로마법의 원래 모습을 역사적이고 어문학적인 방법을 동원하여 학문적으로 밝히는 데 초점을 맞추었기 때문에 ‘인문주의 법학(humanistische Jurisprudenz)’이라고도 부른다.

따라서, 학설회찬과 칙법회찬에 비하면 상대적으로 등한시 되었던 법학제요가 가지는 가치를 인문주의자들이 강조하였던 것은 결코 우연이 아니다. 가령 15세기 독일 인문주의 법학의 선구자인 Johannes Apel(1486~1536)은 법률 초학자들이 반드시 먼저 법학제요를 통달해야 함을 강조하고 있다. 이것은 인문주의자들이 추구하던 기본방향, 즉 학설회찬에 대한 절대적 맹신에서 벗어나서 그것을 역사적 사료로서 취급하는 것, 그리고 주석학파나 주해학파가 해석해 놓은 결과에만 얽매일 것이 아니라 사료 자체에 대한 새로운 접근을 시도하는 것과 같은 맥락에 있다. 따라서 그들은 이탈리아풍의 법학보다는 보다 자유스럽게 법 전체에 대한 보다 체계적인 서술을 시도하게 되는데, 이것은 앞서 말한 Apel에서도 잘 나타나고 있다.

Apel은 법학제요의 물건(res) 개념이 체계구성을 위해 필연적인 것임을 부정하고(Quid enim in universa rerum natura non est res? 자연보편물 가운데서 물건 아닌 것이 있는가?), 물건 개념을 유체물(res corporales)로 제한함으로써 물권과 채권을 포괄하는 물건의 개념 대신에 소유권과 채권이라는 이분법을 도입한다(Sunt ergo duo universae iurisprudentiae capita: dominium et obligatio 그러므로 보편

법학의 머리는 두 가지, 즉 소유권과 채권이다. 여기에서의 소유권에는 모든 물권과 더불어 상속권도 포함되어 있다. 아울러 Apel에 따르면 인법은 소유권과 채권의 배경(circumstantiae)의 의미만 가지고, 소권법은 소유권(물적 소권 또는 소유물반환청구소송 *actio realis sive rei vindicatio*)과 채권(인적 소권 *actio personalis*)의 수단으로서의 의미를 가지므로 법학제요의 3분법은 그 의미를 상실하게 되는 것이다.<sup>17)</sup>

Hugo Donellus(1527~1591) 또한 이러한 이분법을 보여주는데, 그는 ‘우리에게 귀속된 것(*quod nostrum cuiusque est*)’ 즉 소유권을 ‘우리에게 진정으로 귀속된 것(*quod vere et proprie nostrum est*)’과 ‘우리에게 채무로 부담된 것(*quod nobis debeatur*)’으로 구분하였다.<sup>18)</sup>

### 3. 판덱텐의 현대적 관용(*Usus modernus Pandectarum*) 시대

16세기 말이 되면 로마법의 계수는 일단락이 되고, 이 로마법을 실무적인 관점에서 어떻게 적용할 지에 초점을 맞추고 동시에 그 학문적 체계화를 추구하는 움직임이 법학의 주도적인 추세가 되는데, 그래서 이 시대를 ‘로마법의 현대적 관용(慣用), *Usus modernus Pandectarum*’이라고 부른다.

17, 18세기의 법학저술들은 법학제요의 물건 개념을 주관적 권리라는 관점에서 이해하여 물권(*ius rerum, ius circa res*)으로서 파악하였고, 이것을 물건에 관한 권리(*ius in re, ius in rem*) 그리고 물건에 대한 권리(*ius ad rem*)로 2분하였다. 전자에는 소유권과 상속권이 속하고, 후자에는 채권이 속하였다. 결과적으로 사법(私法)은 인법, 물권법(상속법 포함), 채권법으로 3분된 셈이다.<sup>19)</sup>

이런 3분법을 일찍이 따른 예로서는 Joachim Mysinger(1514~1588)의 법학제

17) Apel, *Isagoge in quatuor libros Institutionum divi Iustiniani*, Breslau 1540. Kupisch, (주 19의 논문) p.296 주 14에서 재인용.

18) Donellus, *Commentarii de iure civili*, lib. II, cap. VIII, § 1; *Opera Omnia*, Bd. 1, Florenz 1840, Sp. 237 이하.

19) 관련 문헌은 Kupisch, *Institutionensystem und Pandektensystem: Zur Geschichte des res-Begriff*, in: *The Irish Jurist* 25-27 (1990~1992), p.296 주 17 참조.

요 주석, 그리고 Arnold Vinnius(1588~1657)의 법학제요 주석이 있다. 이 두 사람은 아직도 Legalordnung을 충실히 따르고 있지만, 그것은 이후 시대에서는 점차 포기되고 보다 자유로운 서술이 대중을 이루게 되었다.<sup>20)</sup> 이 시기의 대표적인 예로는 Georg Adam Struve(1619~1692)<sup>21)</sup> 그리고 Johann Heinrich Berger(1657~1732)<sup>22)</sup>가 있는데, 이들은 로마법과 토착법을 결합시켜서 Usus modernus로 만들었다. 독일 사법(私法)에 대한 최초의 포괄적 저술은 Johann Gottlieb Heineccius(1681~1741)<sup>23)</sup>에 의한 것인데, 그 역시 새로운 3분법을 따르고 있다. 즉 제1권에서는 인법을, 제2권에서는 ius in re 그리고 ius ad rem으로 2분하여 서술하고 있다. 끝으로 제3권은 소송법을 다루고 있다.

#### 4. 자연법(Naturrecht) 시대와 법전의 편찬

인문주의 법학의 중심지로서의 프랑스의 역할은 16세기 말이 되면 네덜란드로 넘어가게 되어, 인문주의의 연구방법을 따르면서도 실무상의 필요에 부합하는 로마법 연구가 발전하는데, 이것을 우리는 ‘전아(典雅)법학(elegante Jurisprudenz)’이라고 부른다.

이 전아법학의 선구자는 Hugo Grotius(1583~1645)였다. 그는 위에서 본 새로운 3분법에 입각하여 자신의 유명한 ‘홀랜드법 입문’<sup>24)</sup>을 저술하였다. 이 책의 제1권은 인법(menschen), 제2권은 물권(beheering), 제3권은 채권(inschuld)을 다루고 있다. 그는 물권과 채권을 아우르는 개념으로서 소유권(toe-behooren)을 이해하고 있는데, 여기에는 여전히 법학제요의 res 개념의 영향이 느껴지지만, 그것을 물권과 채권으로 2분하였다는 점에 있어서는 분명히 진보한 것이다.

이른바 ‘기하학적 방법(more geometrico)’이라고도 불리는, 공리에서 출발하여

20) Kupisch, (주 19의 논문) p.297 참조.

21) Struve, *Jurisprudentia Romano-Germanica forensis*, Frankfurt/M. 1760(초판 Jena 1670), p.81, 313.

22) Berger, *Oeconomia iuris*(초판 Leipzig 1712).

23) Heineccius, *Elementa iuris Germanici tum veteris, tum hodierni*, Bd. 1, Halle 1735(2. Aufl. 1736); Bd. 2, Halle 1737.

24) Grotius, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleertheit*, 초판 den Haag 1631.

귀납적으로 모든 것을 설명해 내는 자연과학적 사고를 토대로 한 자연법론은 체계중심적인 사고를 법학에 도입하였을 뿐 아니라, 18세기에 각국에서 법전이 재정되는 데 결정적인 이론적 근거를 제공하였다.

프랑스 민법전(1804)은 일견 법학제요의 3분법에 입각하여 3부분으로 구성되어 있는 것 같지만, 그 내용 면에서 현저한 차이를 보이고 있다. 제1권(livre premier)에서는 인법(des personnes)을, 제2권에서는 물건, 소유권 및 기타 물권(des biens et des différentes modifications de la propriété)을, 그리고 제3권에서는 소유권의 취득 방식(Des différentes manières dont on acquiert la propriété)을 다루며, 그 내용은 상속법 및 채권법이다. 이러한 구성법은 제2권과 제3권의 구분을 무시한다면, 법학제요의 순서를 그대로 따르고 있는 셈이다. 그러나 문제는 바로 이 제2권과 제3권의 구분이 법학제요의 내적인 체계와도 별로 부합하지 않으면서도, 물권과 채권의 구별을 준별하는 체계적으로 보다 깔끔한 구성과는 거리가 멀다는 데에 있다. 그래서 가령 네덜란드 민법전(1838)은 그 실체적 규정들에 있어서는 프랑스 민법전의 영향을 크게 받았으면서도 그 체계에 있어서는 이제 설명하는 오스트리아 민법전의 구성을 따르고 있다.<sup>25)</sup>

오스트리아 민법전(1811)은 법학제요 체계를 충실하게 따르면서도 그 res 개념을 수정하려는 노력을 잘 보여주고 있다. 제1조부터 제14조까지의 간단한 서론(Einleitung)에 이어서 세 부분으로 구성되어 있다. 제1편(Erster Theil)은 인법(Von dem Personen-Rechte), 제2편은 물법(Von dem Sachenrechte)이다. 제3편은 인법과 물법의 공통규정(Von den gemeinschaftlichen Bestimmungen der Personen- und Sachenrechte)으로서, 처음의 서론과 함께 일종의 총칙에 해당한다고 할 수 있다. 이 중에서 제2편은 다시 제1장(Erste Abteilung)인 물권법(Von den dinglichen Rechten)과 제2장 인적 물권법(人的 物權法, Von den persönlichen Sachenrechten)으로 나뉘어 있다. 제1장 물권법에는 상속법이 포함되어 있고, 제2장 인적 물권법이란 다음 이인 채권법을 말한다. 이 구성을 1826/28년에 스위스의 칸톤(Kanton) 베른(Bern)이 따랐고, 다른 칸톤들도 다시 이것을 모범으로 삼게 되었다.<sup>26)</sup>

25) Kupisch, *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, I. Institutionen* (2. Aufl. 1997), p.296 참조.

26) Kupisch, (주 19의 논문) p.295 주 12 참조.

#### IV. 판덱텐 체계

판덱텐 체계의 창안자로서는 Hugo와 Heise가 일반적으로 인정되고 있다.<sup>27)</sup> 그러나 그들은 결코 자신들이 새로운 체계를 만들어 내었다고 하지 않았다. 이것은 그들이 겸손해서라기 보다는, 이 판덱텐 체계라고 하는 것이 오랜 체계적 구성 작업의 연장선 상에서 이해되어야 하는 것이지, 어느날 갑자기 한 천재에 의해 만들어진 것이 아니라는 것을 보여준다. Hugo와 Heise가 이 체계의 원조로서 지적하는 사람은 Nettelblatt이다. 따라서 우리는 먼저 그의 체계를 살펴 보자.

Daniel Nettelblatt(1719~1791)<sup>28)</sup>는 사법(私法)의 모든 권리와 의무(Rechte und Verbindlichkeiten)를 우선 상속과 관련된 것과 그렇지 않은 것으로 구분한다. 이렇게 하여 상속법은 나머지 것들로부터 분리되어 이 체계의 끝에 위치하게 된다. 한편 상속과 관계 없는 부분은 다시 인법(ius personarum), 즉 오늘날의 친족법과 물법(物法, ius rerum)으로 나뉘며, 물법은 다시 물건에 관한 법(ius in re), 즉 물권법과 물건에 대한 법(ius ad rem), 즉 채권법으로 구분된다. 결국 Nettelblatt의 체계에 따르면, 물권법, 채권법, 친족법, 상속법의 순서가 되며 이것은 판덱텐 체계와 크게 다르지 않다. 다만 Nettelblatt에서는 물권법과 채권법이 아직도 물법(ius rerum)이라는 범주 아래에 있어서 법학제요의 res 개념의 영향을 느낄 수 있는데 비하여, 이하에서 보는 Hugo와 Heise에서는 이러한 전통이 처음부터 부인되고 있다.<sup>29)</sup>

Gustav Hugo(1764~1844)는 다음과 같이 자신의 체계를 구성하고 있다.<sup>30)</sup> 즉, 서론(Einleitung)에 이어서, 물권(Realrechte), 채권(Persönliche Obligationen), 친족(Familienrechte), 상속(Verlassenschaften)이 오며, 소송법(Proceß)으로 끝을 맺고 있

27) Schwarz, (주 2의 논문) p.581 이하 Bjerne, *Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert*, 1984, p.179 이하.

28) Nettelblatt, *Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis*, 3. Aufl. Halle, Magdeburg 1767 (초판 1749).

29) Kupisch, (주 19의 논문) p.299 참조

30) Hugo, *Institutionen des heutigen römischen Rechts*, Berlin 1789.

다. 그는 이러한 자신의 체계가 법학제요의 체계와 크게 다르지 않다는 취지로, “주지하듯 법학제요체계(Institutionensystem)는 다음과 같다: 친족관계, 물권, 상속, 채권, 소송. 나는 친족관계와 상속을 채권 뒤로 옮겼다.”고 하였다.<sup>31)</sup>

Arnold Heise(1778~1851)의 체계는 다음과 같다.<sup>32)</sup> 머리말(Vorrede)과 서론(Einleitung)에 이어서, 제1권은 총칙(Allgemeine Lehren), 제2권은 물권법(Dingliche Rechte), 제3권은 채권법(Von den Obligationen), 제4권은 물적 인법(Dinglich-persönliche Rechte), 즉 친족법, 제5권은 상속법(Das Erbrecht), 끝으로 제6권은 원상회복(In integrum Restitutio)이 온다. Heise 역시 자신의 체계에 관하여 “전체 내용의 이 체계적 구성(systematische Anordnung)은 결코 새로운 어떤 것이 아니라, 이미 여러 다른 교과서들에서 따르고 있는 것이다. 이른바 총칙을 담고 있는 제1권에 이어서 주지하듯 각권으로서의 4개의 부분이 뒤따른다. 즉 물권, 채권, 친족, 상속이 각각의 권을 이루며, 마지막 권에 이어서 원상회복(integrum restitutio)이 첨가되어 있다.”라고 말하고 있다.<sup>33)</sup>

Heise의 체계가 Hugo의 것과 다른 점이 있다면, 총칙이 명확하게 등장한다는 점이다. 이러한 총칙은 자연법학의 산물이지만,<sup>34)</sup> 그 성격에 대한 자세한 논의는 별도의 기회로 미루기로 한다. 아울러 Samuel Pufendorf(1632~1694)에게서 완성되는 자연법 체계<sup>35)</sup>는 개인에게서 시작하며 가족, 국가로 그 범위가 점차 확대되므로, 친족법은 인법에서 분리되고, 상속법 역시 물법에서 분리되어 친족법의 뒤에 이어지게 되는데 큰 영향을 끼쳤다는 점만을 지적하기로 한다.<sup>36)</sup>

사비니(Friedrich Carl von Savigny, 1779~1861)는 란스훿(Landshut)과 베를린(Berlin)에서 행한 자신의 강의에서 이 Hugo와 Heise의 체계를 따름으로써<sup>37)</sup> 그 것이 판택텐 법학에서 표준적인 것이 되도록 했고, 결국 이 체계가 ‘판택텐 체

31) Hugo, *Civilistisches Zeitschr.*, Bd. 1, 1791, p.334.

32) Heise, *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen*, 3. verb. Ausg., Heidelberg 1819 (초판은 1807년).

33) Heise, 위의 책, Vorrede p.9~10.

34) Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, p.486 이하; Schwarz, p.588 참조.

35) Pufendorf, *Ius naturae et gentium*, 1672.

36) 보다 자세한 것은 Schwarz, (주 2의 논문) p.603 이하 참조.

37) 위의 논문, p.582.

계'라는 이름을 가지게 된 데 결정적 기여를 한 셈이다.

이 판덱텐 체계는 작센 민법전(1865)과 독일 민법전(1900), 그리고 일본 민법전(1898)을 거쳐서 결국 한국 민법전(1960)에도 수용되게 되었다.

## V. 맺음말

이상으로 법학제요 체계가 발전하여 판덱텐 체계가 만들어지는 과정을 간략히 살펴보았다. 법학제요 체계의 핵심은 물건(res)이라는 포괄적인 개념 속에 오늘날의 물권 뿐만 아니라 채권, 상속이 포함되어 있다는 점이었다. 중세 이후에 물권과 채권의 구별이 지속적으로 진행됨으로써 채권이 res 개념으로부터 떨어져 나왔고, 다시 자연법학의 영향으로 친족법이 인법으로부터, 상속법이 res로부터 분리됨으로써, 18세기 말의 Hugo와 Heise에 이르러 판덱텐 체계가 완성되게 되었다. 결국 판덱텐 체계는 법학제요 체계와는 전혀 다른 어떤 것이 아니라 그것을 변형 발전시킨 것이며, 이것은 이미 가이우스의 법학제요 체계 속에 내재되어 있던, 법 전체를 하나의 체계를 가지고 일목요연하게 설명하고자 하는 시도의 완성이라고 볼 수 있다. 이러한 체계화 시도는 로마법학의 결의론적 성격이 충실하게 수용되었던 중세법학에서는 결코 성공할 수 없었지만, 인문주의 법학과 자연법론에 의한 지속적인 문제제기를 통해 결국 근대 민법전의 제정을 통해 그 꽃을 피우게 되었다. 그 뒤를 이은 판덱텐 체계는 그것을 더욱 발전시킴으로써 독일 민법전과 우리 민법전의 기초가 되었다.

## Das Pandektensystem und das Institutionensystem

Eulo Seo\*

Diese Arbeit befaßt sich mit dem Unterschied zwischen dem Institutionensystem und dem Pandektensystem, um zu zeigen, dass das Pandektensystem vom Institutionensystem sehr geprägt ist.

Das Institutionensystem beruht auf den Institutionen Justinians, die wiederum größtenteils auf die Arbeit des Hochklassikers Gaius zurückgehen. Nach diesem System bezieht sich alles Recht auf Personen (*personae*), auf Sachen (*res*) und auf Klagen (*actiones*). Der Begriff *res* umschließt, modernrechtlich gesagt, nicht nur das Sachenrecht, sondern auch das Schuldrecht und das Erbrecht.

Die folgende Geschichte seit dem Mittelalter zeigt, wie der Systemversuch der Rechtswissenschaft den übergreifenden Begriff *res* überwindet und ihn in die einzelnen Teile zerteilt. Charakteristische Beispiele für diese systematische Darstellung sind die Werke von Struve, Berger und Heineccius. Schließlich hat Nettelblatt mit seiner Reihenfolge der einzelnen Gebiete des materiellen Rechtsschon das Niveau des Pandektensystems erreicht : dingliche Rechte, Schuldverhältnisse, Familienrechte und Erbrecht. Hugo und Heise, die bekanntlich als Urheber des Pandektensystems gelten, verdanken sich dem System des Nettelblatts.

Savigny hat das System von Hugo und Heise aufgenommen und dadurch die Grundlage der fünf Bücher des BGB gelegt. Diese Systematik des BGB haben das japanische BGB und das koreanische BGB wiederum übernommen.

---

\* College of Law, Ewha Woman's University

**[Key Words]** Pandektensystem, Institutionensystem, Heise, Institutiones, Gaius, Iustinianus, Hugo