

# 韓國私法史의 課題

鄭鍾休\*

## 1. 序

法史學은 過去의 法の 存在에 관한 認識의 體系라 할 수 있다. 法도 다른 社會現象과 마찬가지로 歷史的으로 生成된 것이기 때문에, 法の 보다 完全한 理解에는 그 歷史的인 考察이 不可缺하다. 미타이스(Heinrich Mitteis, 1889~1952)는 다음과 같이 말하고 있다. “法史學은 現在를 분명히 하고, 未來를 위해 몸바침으로써 歷史法學이 된다. 歷史的 教養을 가진 法律家는 결코 民衆이나 生活에서 유리된 教義主義者가 되지는 않을 것이다. 法史學은 사람들을 슬로건의 強制에서 解放시킨다.” 비악커(Franz Wieacker, 1908~1994)의 다음과 같은 지적, 즉 “法學者는 法과 無關한 勢力의 命令 때문에, 또는 公式的인 教義論(Dogmatik) 때문에 法の 살아있는 精神을 犧牲시켜 왔다. 法史學은 法學徒를 技能工이나 熟練工에 빠지지 않게 지켜 준다”는 法史學 研究의 重要性을 새삼 強調하고 있다.

이토록 重大한 意義를 가진 法史學의 한 中心分野인 私法史의 課題를 私法史가 專攻이 아닌 報告者로서는 논할 資格이 없다. 報告者는 韓國民法典에 대한 보다 바른 理解를 目標로 西歐法의 韓國에의 繼受過程을 살피는 가운데 우리의 私法史 研究의 重要性을 切感하고 있을 뿐이다. 學會의 準備委員會로부터 이러한 報告를 하라는 要請을 받고, 手에 있는 文獻과 文獻目錄을 통해 종래 私法史에 관한 研究成果는 어떤 것들이 있는지 대충 살펴보았

\* 全南大學校 名譽教授/前 駐教皇廳大使

다. 95件中 時代的으로는 通史的인 것(17件), 統一新羅까지(6件), 高麗時代(8件), 朝鮮時代(54件), 韓末 이후 日帝時代(11件)였다. 內容的으로는 100件中 土地制度(20件), 家族(15件), 婚姻(10件), 養子(5件), 財産相續(5件), 祭祀相續(3件), 祿負商(4件), 客主(5件), 宗中(3件), 姓(3件), 賣買(2件), 戶籍(2件), 地主制(2件), 奴婢(2件)의 順이었다. 時代的으로는 朝鮮朝 以後, 事項的으로는 家族制度 쪽에 論著가 많이 발표되었음이 드러났다. 各 論著의 內容을 일이 검토하지 못했기 때문에, 各 분야의 연구 성과의 水準을 말하기는 어렵다. 以下에서는 ① 筆者와 같은 사람이 『韓國私法史의 課題』를 발표해야 할 정도로 人的資源이 不足하다는 것, ② 相當數에 이르는 論著에도 불구하고 그 成果가 家族法(예컨대 朴秉濠·李興在, 『家族法』, 1986)을 제외하고는 私法教科書에 거의 反映되지 않고 있다는 점, ③ 私法史研究에 관한 方法論的 論爭이 거의 보이지 않는다는 것, ④ 研究成果가 『韓國私法史』와 같은 형태로 集約되지 못했다는 것, ⑤ 예컨대 私法史文獻集 같은 것도 보이지 않는다는 것 등으로 보아 私法史分野에는 荒蕪地가 많다고 생각되었다. 그러므로 마저지지 않은 私法史研究의 課題를 總論的으로 論하는 정도로 감히 免責을 請하는 바이다.

## 2. 課題

### [1] 法源의 문제: 文獻의 發掘과 一般化

法解釋學에서의 法源(存在法源)과는 달리 私法史에서의 法源은 過去를 認識해 가기 위한 根據로서의 史料를 뜻한다. 直接法源(法典, 法令集, 判 決記 錄, 鄉約과 洞約 등)과 間接法源(王朝實錄 등 官撰史料, 契約書, 土地 文書, 奴婢文書) 말고, 종래 별로 안 다루어졌던 史料로 (a)傳記, 日記類, (b)私人의 著述, (c)見聞錄, 體驗談類를 들 수 있다. 直接法源中 古法典은 法制處에서 순차적으로 한글번역판을 내왔고, 韓末法令과 統監府法令은 國會圖書館에서

정리해 놓았다. 한글판 古法令集의 法令 하나하나에 대한 翻譯의 精密性도 문제삼아야 되겠고, 韓末 統監府 시대의 法令輯엔 誤字, 脫字가 너무 많아 직접 引用하긴 곤란할 정도이다. 이들 가운데 私法關係部分만을 抽出하여 客觀化할 필요가 있다. 또한 未整理·未知의 史料도 적지 않다(奎章閣 藏書 등). 私法史의 발전을 위해서는 史料발굴에 적극적이어야 하고, 重要史料의 경우 複數의 翻譯本도 바람직하다. 그리하여 예컨대 獨逸의 Monumenta Germaniae Historica의 Abteilung “Leges”; Germanenrechte(H. Böhlau 版); Textbuch zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit mit Übersetzungen (Hattenhauer · Buschmann)이나 京大日本法史研究會編 『近世法制史料集』(正編5卷)(創文社)처럼 「韓國私法史料叢書」, 「韓國近代私法史料選」 등으로 一般化되어 研究者는 물론 學生들도 쉽게 標準的 法源集에 접근할 수 있게 되어야 할 것이다. 그런 의미에서 『親族相續에 관한 舊慣習』(재판자료 29집, 법원행정처)의 刊行이나 『慣習調査報告書』가 韓國法史學會 소속 學者들에 의해 번역되고 있는 것은 꼭 바람직한 일이다.

## [2] 時代區分の 문제

韓國法制史를 다음과 같이 區分하는 것은 우리 固有法의 성격, 外國法文化의 變容, 法典編纂의 側面에서 볼 때 적절한 것으로 보인다. ① 民族法時代(B.C. 4세기까지), ② 部族法時代(B.C. 3세기~A.D. 373), ③ 前期律令時代(A.D. 373~10세기), ④ 後期律令時代(11세기~14세기), ⑤ 統一法典時代(15세기~19세기 중엽), ⑥ 西歐法繼受時代(19세기 말~1945), ⑦ 現代(1945년 이후)[朴秉濠 『韓國法制史』(1986) 4면]. 그러나 時代區分은 歷史認識의 편의에서 나온 것으로서, 이로써 歷史가 매듭지어지는 것은 아니리라. 그렇다면 各時代간의 關係 중 특히 統一法典時代와 西歐法繼受時代가 서로 어떻게 斷絶되면서 連續되고 있는지는 韓國私法史의 最大의 課題가 아닐까 싶다.

### [3] 接近方法的 문제

法制史는 法學이자 史學이라는 屬性 때문에 접근 방법도 두 가지이다. 法學的 私法史인가 歷史學的 私法史인가? 日本學界의 例가 있다. 나카타 카오루(中田 薫, 1877~1967)와 미우라 히로유키(三浦周行, 1871~1931)는 거의 同時代의 著名한 法史學者였다. 나카타의 연구를 法概念에 의한 再構成과 體系化 증시했다 하여 ‘法科風’이라 하며, 미우라의 연구를 法의 文化的 背景과 變遷重視했다 하여 ‘文科風’이라 부르는 것이다. 미우라 표현에 따르면 어떤 방법에 의하건 法制史로서의 過格性은 있다.

어느 쪽이 옳다가 아니라, 理想으로서는 兩者를 止揚해야 하나 실제로는 어렵고 노력해본들 中間的 折衷派로 물리게 된다. 學說·學派의 싸움에서처럼 止揚이 필요한 例는 없다. 그러므로 特色을 발휘하면서 協力해 가는 수밖에 없었다. 그런데 時代는 오히려 三浦方式이 法制史의 主流로 되어 왔다고 볼 수 있다. 그러나 私法史의 경우 法概念에 의한 分析, 綜合方式이 더 필요하지 않을까 싶다.

한편 歷史의 研究에서 法制史의 知識이 不可缺하다는 認識은 常識化되고 있다. 그런데 歷史學者 가운데는 國制史 내지 公法史의 문제는 비교적 잘 소화하면서도, 私法史에 관하여는 솔직히 知識이 매우 不充分하여, 그 때문에 뜻밖의 오류를 범하는 경우가 적지 않다. 따라서 歷史學者들이 손을 대었던 私法史의 題마는 私法을 아는 法史學者의 손에 의해 보다 면밀히 法學的으로 검토되어야 할 것이다.

아울러 公法, 私法의 엄격한 分離는 옛시대에는 거의 不可能하므로, 公法史의 성과도 私法史의으로 再照明할 필요가 있다.

### [4] 實證的인 私法史

實證의 重要性和 관련하여, 啓蒙書라 할 수 있는 著作類에는 문제점이 적지 않다. 또한 私法史의 各領域이 고르게 연구되지 못한 상태에서, 이른바

歷史法則發見型研究니 또는 이른바 歷史法則의 具體的 歷史에의 適用을 염두에 두는 방식의 私法史研究(理論的 方法)니 하는 것은 바람직하지 못하다. 역사학자는 아니지만 이런 류의 사고방식에는 일종의 저항감이 있다. 인간의 歷史에 不可避하고 必然的이며 普遍的인 發展段階 法則이라는 게 있단 말인가? 만약 그렇다면 進歩主義, 集團主義, 相對主義, 世俗(現世)主義같은 것이 되지 않을 것인가? 이러한 생각을 밀고 나가면 法律같은 건 權威와 束縛, 規制를 의미하는 것이므로 不要할 것이라는 결론에 이를 듯한데 실재는 그러하지 못할 뿐아니라 정반대의 모습을 보이지 않는가? 오히려 歷史는 基本的으로 人間의 自由의 所産으로 보는 게 합리적이지 않을까? 따라서 인간은 善을 택할 수도 惡을 택할 수도 있고 따라서 進歩도 있다면 退步도 있고, 人間의 統制 밖의 사건도 있다. 이런 迂餘曲折의 역사는 法과 秩序와 權威가 필요한 것이고 그 증거가 곧 法制史아니던가? 우리의 주제가 韓國에 한정되고 더구나 私法史로 제한되더라도 무릇 이러한 思想的 觀點은 알게 모르게 늘 필요한 것이 아닐까?

### [5] 編入主義의 克服

編入主義는 말하자면 過去의 法制를 近代法의 概念이나 體系에 맞추어, 즉 編入하여 설명하는 方法(ex. 原始時代 이래, 公, 私法을 구별하고, 財産法은 物權·債權順으로 설명하며, 身分法은 親族, 相續으로 써가는 따위)이다.

編入主義는 現代法을 배우는 現代人에게 理解하기 쉽다는 長點이 있다. 그러나 이는 어디까지나 便宜的인 것일 뿐, 方法論的으로는 다음 세 가지 점에서 缺陷이 있다.

첫째, 그 선별 수단, 법전적 체계 자체가 歷史的인 것으로서 절대적이지 않음은 물론, 이론적으로 시간의 경과와 더불어 수정된다는 것이다.

둘째, 근대적 법체계에는 적합하지 않지만 당시에는 정치·사회적으로 중요한 기능을 했던 法現象이 선별에서 제외된다는 것이다.

셋째, 法概念, 法制度, 法體系로 정리한 것인 이상, 人間不存의 역사가 된

다는 것이다.

그럼에도 불구하고 韓國私法史는 기본적으로 판택텐 시스템을 무시하지 않은 상태에서 敘述되어야 하지 않을까? 現在의 時點에서 過去의 私法을 認識하는 것이 중요할 것이기 때문이다. 이때 奴婢制度, 身分制度, 宗中 등 몇몇 中心制度에 대하여는 특별한 배려가 요망된다.

## [6] 私法史敘述을 위한 새로운 試圖

民法에 限定된 이야기이지만, 商法的 素材가 과거로 거슬러 갈수록 民法에서 멀리 떨어지지 않았다는 점에서, 흔히 이야기되는 대로 私法의 一般實體法으로서의 民法에 限定하기로 한다. 우리의 現行民法典 속에 들어 있는 모든 制度, 規定이 다 그런 것은 아니나, 私法의 一般實體法으로서의 民法의 制度·規定은 호시노(星野英一)教授에 따르면 대체로 다음과 같은 세 類型으로 나눌 수 있을 것이다.

### (1) 具體的인 生活關係에 관한 制度·規定

전형적인 것은 所有權인데, 각종 用益物權, 賣買 등 각종의 契約, 또는 擔保와 같이, 生産이나 分配에 관한 구체적인 社會的·經濟的인 활동을 직접 규율하여 그 안에서 關係當事者의 權利·義務의 要件·效果를 정하는 制度·規定. 예컨대 賣買, 賃貸借, 消費貸借, 債權擔保 등 生産이나 分配에 관한 基本的인 制度·規定은 어느 사회에나 있을 수밖에 없다. 예컨대 物件과 貨幣의 交換이 존재하는 한 賣買라는 契約制度는 존재하지 않을 수 없다. 또 남의 것을 有償으로 빌린다는 관계가 존재하는 한 賃貸借라는 制度는 존재할 수밖에 없다. 또 他人의 勞務를 이용하는 관계가 존재하는 한 雇傭, 都給, 委任과 같은 제도도 존재한다. 그러나 이들 制度·規定은 각 社會의 經濟體制 또는 社會制度和 밀접히 관련되어 있으므로 社會·經濟體制에 따라 바뀐다.

### (2) 比較的 總則的인 制度·規定

法人, 條件, 期限, 時效 등 總則에 있는 제도와, 債權總則上的 履行 내지 辨濟, 契約의 成立·解除 등. 이러한 制度·規定은 社會體制의 變化와는 별로 관계가 없고, 무릇 인간이 法主體가 되고 法主體와 法主體 사이에 權利·義務關係의 發生, 變更, 消滅이 이루어지는 限 그 通則으로써 존재한다고 하겠다. 예컨대, 自然人 이외의 存在를 어떤 의미에서건 權利義務의 主體로 할 필요가 있는 이상 法人이라는 제도는 存在할 수밖에 없다. 代理라는 제도도 法主體가 다른 法主體의 行위에 의해 權利義務를 취득함을 인정할 필요가 있는 한 없을 수 없다(ex. 어린이나 정신능력 박약자를 위한 권리취득 행위). 또 具體的인 賣買契約이야 어떻게 되든, 契約이라는 제도 자체는 法主體가 존재하고, 그들 사이에 合意에 기하여 權利義務關係의 變動이 행해지는 한 없을 수 없다. 法主體間的 관계가 命令·服從의 관계만이 아니라 일단 形式的으로는 대등한 당사자의 權利·義務의 設定·變更이라는 형태를 취하는 한 契約은 존재할 수밖에 없겠고, 契約이라는 法技術이 존재하는 한 契約成立의 時期, 계약에서 발생하는 義務의 履行에 관한 條件·期限, 權利行使의 期間制限, 一方當事자가 이행하지 않을 경우의 效果, 즉 損害賠償이라든가 契約內容의 強制的 實行과 같은 制度는 不可缺하다. 그런데 이러한 제도들은 실은 私法의 一般法이라기 보다도 오히려 法律全體의 一般法으로서의 地位를 차지하고 있다고 볼 수 있을 것이다.

### (3) 中間的인 制度

法主體間的 接觸에서 발생한 있어서는 안 될 狀態를 뒷처리하는 제도, 金錢으로 뒷처리를 하는 것이 不法行為요, 現物을 반환하는 것이 物權의 請求權 등. 이러한 제도들도 法主體간의 交涉이 있는 한, 社會·經濟體制의 차이를 떠나 존재하며, 따라서 法律 전반의 一般法的 性格을 갖는다. 다만 그 指導理念이 時間과 場所에 따라 약간 다르다.

(4) 이상의 세 類型의 制度·規定 區分이 수궁될 수 있다면, 私法史研究에 있어서 具體的 生活關係에 관한 制度·規定의 연구는 私法史學者들의 專擔

分野가 되겠고, 비교적 總則的인 制度·規定의 研究는 公法史學者들과의 聯繫 아래 행함이 나올 것이요, 中間的인 制度의 경우는 成果面에서나, 私法史學研究의 有機的 發達을 위해서나 公法史學者들의 도움을 받아 私法史學者들이 主導的으로 함이 效果的이지 않을까 생각한다.

아울러 法制史는 法의 比較를 必要로 한다. 外國의 法形態와의 比較는 自國固有法의 諸特性을 선명히 한다. 또 法의 比較는 自國法을 이해하고 발전시켜 가는 데도 도움이 되고, 諸民族의 相互理解를 촉진하고, 도처에서 생각되고 있는 法의 統一의 준비에 보탬이 될 것이다. 이와 관련하여 韓國私法史家들로서는 韓國私法史를 중심으로 한 「比較法制史」를 염두에 두어야 할 것이다. 韓國私法史의 比較法制史의 研究成果의 海外紹介도 필요하고, 이것은 韓國私法史를 世界私法史에 接木시키는 것이 될 것이다.

#### [7] 民事訴訟法史를 포함한 私法史

法의 歷史를 거슬러갈수록, 法的 規制의 實質이 法이 규율하려는 社會生活의 내용에 관계되는 것(廣義의 實體法)보다도, 裁判節次의 規制에 重點이 있었음을 본다(廣義의 節次法). 말하자면 法을 낳는 母胎로서 먼저 裁判節次가 존재하고, 法規範은 그 裁判의 集積이라는 형태를 취하면서 形成되며, 이는 法發展의 커다란 한 공통 흐름이라 한다. 그러므로 私의分野에 대하여 全體가 어떻게 反應하고 있는가? 個人에 대하여 어떠한 형태로 法의 保護가 주어지고 있는가 하는 문제가 늘 따라다닌다. 그러므로 私法史의 研究에는 各時代別로 民事訴訟法制가 특별히 고찰될 필요가 있다(玄勝鍾·曺圭昌 『게르만法』의 例).

#### [8] 韓國私法史의 一部로서의 現行私法의 歷史的 考察

韓國의 現行民事法典(民·商·民訴法)은 전통적인 固有法의 內在的 發達結果가 아니라 독일法·프랑스法을 포함하여, 상당수에 이르는 諸外國의 法



律을 比較對照하여 만들어진 것이요, 특히 民法典은 각종 外國法의 混合繼受에 의해 성립된 것이다.

異質의인 外國法을 繼受하여 現行私法으로 삼고 있는 우리나라로서는 現行私法의 보다 나은 理解와 運用을 위해 母法의 歷史的 發達相을 韓國私法史의 一部로서 연구할 宿命的 必要性이 있다. 韓末 이후 現行私法典의 편찬 시까지의 西歐法과의 遭遇現象에 관한 다각적인 연구는 특히 중요하다. 關係 文獻의 發掘과 整理, 그 一般化작업, 他律的 西歐法移植의 具體的인 經過, 특히 植民地統治를 위한 基礎作業으로 이루어진 土地調查 및 民事慣習調查, 同化政策에서 나온 固有法의 否認 내지 歪曲 등은 私法史의 解明이 시급하다.

### 3. 맺는말

종래 우리나라 私法教科書에서 어떤 制度, 規定에 관한 歷史的 說明은 어떤 制度·規定이 예컨대 現行民法典 制定시 새로 도입되었다든가, 이른바 依用民法으로서 日帝時代에 들어왔다든가 하는 정도를 넘어서면 돌연 로마법, 게르만법 등으로 그 무대를 바꾼다. 그러나 현재와 같은 法概念·法規定은 직접적으로는 그러한 경로를 통한 것일지라도, 앞서 본 分類에 비추어보면, 상당수의 제도는 어떤 방식으로든가 우리 民族의 法生活 속에 存在하고 있었던 것이라 해야 할 것이다. 權利本位의 近代的 民法體系는 직접적 근원인 西洋法制史의 背景의 이해에 머물지 않고, 우리 민족의 法生活 속에서의 모습이 함께 이해될 때 비로소 韓國私法史가 제자리를 찾은 것이라 하겠다.

上述한 方法에 의한 研究는 결코 용이한 일이 아니다. 여기에서 學界 전체에 걸친 共同研究網의 구축이 절실히 요구된다. 그리하여 대체로 누가 어떤 분야를 어떤 방식으로 연구하는지 정도는 學界 전체적으로 알려지는 상태가 되어야 하겠다. 또 研究成果는 學界에 바로 소개되어 바로 評價받고, 共同으로 利用될 수 있도록 되어야 할 것이다.

우리 私法史가 가능한 여러 가지 方法으로 多角的으로 연구되어, 東西古今

의 法, 法理, 法制度, 法理念, 法意識, 法體制 및 그 構造와 언제든지 比較될 수 있고, 全面的으로 把握될 수 있는 날이 오기를 기대해 본다.

#### [후기]

본고는 1989년 5월 2일 釜山大學校 法學研究所(소장 金容旭) 주최 한국법 제사 심포지움에서 발표했던 내용이다. 지난 20년 동안 韓國 私法史 연구는 비약적인 발전을 보였다. 그럼에도 불구하고 자료나 연구성과에 관한 언급은 1989년 원고 그대로이며 여기에 誤字校正 수준의 손질과 몇 줄 추가하는 것으로 본지에 발표하게 됨에 대하여 너그러운 이해를 구한다. 애초에 “朴秉濠教授 還甲紀念論叢(Ⅱ) 『韓國法史學論叢』(博英社, 1991)”에 게재하도록 요청을 받았으나 타고난 무능과 나태에 독일체류(1990.7~1992.6)가 겹쳐 까맣게 잊고 있었던 줄고를 챙겨주고 활자화되도록 압력을 넣어준 鄭肯植 教授(서울대학교 법학전문대학원)의 후의에 심심한 사의를 표한다(2019.4.24.).