

〈논문〉

법과 철학 사이에서*

— 헤겔 <법철학> 국역본에 대한 총평: 계약론 부분을 예증 삼아 —

崔秉祚**

요약

우리나라의 많은 인문사회과학 번역서들은 흔히 법률용어와 그 개념이나 내용을 번역함에 있어서 법학의 현황과 성과를 거의 도외시한 채 임의적으로 역어 등을 선택함으로써 내용적인 면에서 정확한 의미 전달이 안 되거나 왜곡되거나 아예 그릇된 정보로 전달되고, 법학도와의 소통에도 지장이 초래되는 현상을 종종 목도하게 된다. 이 글은 헤겔의 <법철학> 국역본 2종을 대상으로 하여 법률적인 내용을 얼마나 정확하고 충실하게 번역하고 있는지를 계약론을 집중적으로 살핍으로써 비판적으로 점검하였다. 그와 동시에 3종의 다른 법학 고전, 즉 몽테스키외의 <법의 정신>, 애덤 스미스의 <법학강의>, 막스 베버의 <경제와 사회> 및 최근의 한 역사서도 법률용어 번역의 관점에서 함께 점검하였다.

점검의 결과는 국역본들의 법적 내용에 대한 이해가 심히 부끄럽고 우려되는 수준이라는 확인이다. 독자의 이해를 증진시키고자 하는 각주들도 그 내용이 부실하기는 마찬가지이다. 직역 쪽을 택한 번역본이든, 좀더 가독성을 생각해서 번역을 한 경우이든 이 점에서는 대동소이한 것으로 밝혀졌다. 심지어는 동일한 오류를 글자 하나 틀리지 않고 공유하는 웃지 못 할 사례까지도 발견되었다. 최근 번역의 풍토도 많이 개선되어 이제는 고전어까지도 원어본에서 직접 번역되는 단계에 접어들었음에도 불구하고, 아직 법적인 내용의 부분만큼은 여전히 개선의 필요성이 매우 큰 게 현실이다. 그리고 주마간산격의 점검이었지만 이를 통하여, 적어도 법학의 고전에 관한 한, 신빙할 만한 학술적 번역작업은 아직 제대로 개시조차 못한 상황에 처해 있는 것으로 드러났다. 이웃학문과 법학의 교류 및 소통과 공동작업이 절실히 요구되는 까닭이다.

주제어: 막스 베버, 몽테스키외, 애덤 스미스, 헤겔; 국역본, 법률용어, 법률용어의 번역, 법철학

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2009학년도 학술연구비의 보조를 받았다.

** 서울대학교 법과대학·법학대학원 교수.

I. 머리말

최근에 헤겔의 <법철학> 번역서 한 종을 역자로부터 기증받고, 훑어보던 중 역주에서 소개된 법 관련 내용들이 문제가 없지 않다는 사실을 발견하였다. 헤겔의 <법철학>에 일찍이 관심이 없지 않았던 지라 조그마한 관련 논문을 번역하기도 했었는데,¹⁾ 그동안 독일어본을 사용해 오던 터라 정작 번역본은 벌써부터 서가에 가지고 있었음에도 불구하고 사용한 기억이 없었기에 눈에 띈 오류들에 관심이 아니 갈 수 없었다. 그래서 본문을 훑어본 결과 역시 번역상 문제가 많다는 점을 확인하게 되었다. 이 글은 이런 저간의 사정 하에 <법철학> 국역본의 법과 관련한 번역상의 문제점들을 주마간산 격이지만 예증적으로 지적하기 위한 촌평이다.

법과 관련한 대목(법률용어, 개념, 내용 등)을 잘못 번역하는 과오는 이런저런 인문사회과학 서적에서 종종 발견된다. 필자는 지금까지 주로 서양고전학 분야에 대하여 법률용어 등 번역의 문제점을 지적해 왔는데,²⁾ 아직도 법학을 전공하지 않은 번역자가 좀 더 알아보지 않고 지식이 확실하지 않은 상태에서 임의로 번역했기 때문에 생기는 오류를 적지 않게 발견할 수가 있다.³⁾ 물론 법적이지만 않은 내용들도 이런 저런 이유로 오역이 생긴다.

II. 법학고전의 오역 사례들

헤겔을 살피기에 앞서서 법학의 고전에 속하는 세 작품과 최근의 역사서 한 종의 번역서에 어떤 오류들이 돌아다니는지를 소개하는 것으로 시작하고자 한다.

-
- 1) Michel Villey, 최병조·이호규 공역, “헤겔의 法哲學과 로마법”, **서울대학교 법학** 제 27권 4호 (1986), 176-192.
 - 2) 가장 최근의 작업으로는 줄고, “로마법사료의 이해에 대한 촌평 -최자영, 『고대그리스 법제사』(아카넷, 2007)의 출판에 즈음하여-”, **서양고전학연구** 제31집 (2008. 3), 231-256 및 “법과 문학 사이에서 - 키케로 <수사학> 국역본에 대한 촌평: 法廷演說 부분을 예증삼아 -”, **서울대학교 法學** 제49권 제4호 (2008. 12), 282-323. 이 글은 그러므로 말하자면 文·史·哲에 대하여 管見의 일단을 피력하는 지난해와 올해에 걸친 작업의 일환인 셈이다.
 - 3) 반면에 자문을 구하는 번역자들을 접했던 소중한 개인적인 경험도 없지 않다. 대표적 인 사례를 들만 들어둔다. 자크 르 고프 지음·김정희 옮김, **돈과 구원** (어학사, 1998); E. Cochrane / J. Kirshner 엮음, 김동호 옮김, **르네상스** (신서원, 2003).

1. 애덤 스미스의 <법학강의>

먼저 애덤 스미스(1723-1790)의 <법학강의> 국역본을 보자.⁴⁾ 아주 엉뚱하게 크게 틀리는 경우들에 비하면 예컨대 “승계”취득을 “과생”취득이라고 한다면(128면), 로마의 praetor를 “법무관”이 아니라 “집정관”(consul의 역어)이라고 옮기거나(144면), “尊屬”을 “상위자”라고 하거나(146면), 반역죄의 “소극적” 능멸을 “부정적” 능멸, “적극적” 능멸을 “긍정적” 능멸이라고 표현하는 것(558면) 등은 어찌 보면 있을 수 있는 실수라면 실수지만, 가령 영미법상 appearance를 保釋을 결정하는 “冒頭절차”⁵⁾가 아니라 “체면”으로 옮긴다거나(264면), “지배인으로 고용”한 것을 “심부름 보낸” 것으로(356면), 죄를 저질러도 “사형에 처해지지는 않았다”는 것을 “처형되지 않았다”로(363면), 12표법을 제정한 10인위원회를 “12표법에 의해 구성된 10인 위원회”(435면)로 번역한다면 이미 참아내기의 한계를 벗어난 오류이다.

2. 막스 베버의 <경제와 사회>

다른 예로서 막스 베버(1864-1920)의 <경제와 사회> 국역본을 보자.⁶⁾ 가령 민법상의 기본개념들에 대한 무지가 도를 넘어서, “자연채무”(Naturalobligation)의 개념을 “현물 채무”로, “거래 관행”(Verkehrssitte)을 “교통 관례”로, “선량한 풍속”(gute Sitten)은 “좋은 관례”로 각각 과감하게 오역하고 있고(162면). 또 용어의 일관성과 정확성이 결여되어 로마의 “독재관”인 Diktator를 “집정관”으로(458면, 466면), “법무관”인 Prätor는 “대법관”으로(492면) 부적절하게 번역하고, 그러면서 다시 495면에서는 “집정관”은 Consul을 가리키는 용어로 (그나마 정확하게) 사용하고 있다. 이들에 비하면 法書인 Sachsenspiegel을 <작센法鑑>이 아닌 “작센법전”으로 옮긴 것이나(471면), 거의 번역이 어려운 Oberhof를⁷⁾ “최고재판소”로

4) R.L. Meek, D.D. Raphael, P.G. Stein 편·서진수 역, **애덤스미스의 법학강의 - 상** (자유기업원, 2002). 이하에서 지적한 것들 말고도 번역상의 다른 오류들도 제법 눈에 띈다.

5) 編輯代表 田中英夫, **英米法辭典** (東京大學出版會, 1991), s.v. appearance, 3 (p.57f.).

6) 막스 베버 / 박성환 옮김, **경제와 사회 · I** (문학과지성사, 1997).

7) 가령 Franz Wieacker의 <근세사법사> 영역본에서도 Oberhof는 원어 그대로 사용되고 있다. Cf. F. Wieacker, *A History of Private Law in Europe with particular reference to Germany*, translated by Tony Weir (Clarendon Press · Oxford, 1995), 80, 137, 139. 독일법사 전문사전에 의하면 Oberhof는 기본적으로 외지의 법원(경우에 따라서는 문의하는 私人을 포함)에게 법률문제 및 소송문제에 관해서 법과 법률정보를 가르쳐주는 곳(Rechtsbelehrungs- und Rechtsauskunftsstelle zur Unterweisung fremder Gerichte

옳긴 것은 틀렸다는 사실에는 변함이 없되 오히려 비전문가인 번역자로서는 크게 비난받을 일이 아닐지도 모르겠다.

3. 몽테스키외의 <법의 정신>

다음으로는 몽테스키외(1689-1755)의 <법의 정신> 국역본을 살펴보자.⁸⁾ 가장 최근의 번역인 것으로 보이는 하재홍 역본의 경우에도 번역의 질적인 면에서 전반적으로 아직 매우 미흡하다. 이 역본의 경우 권미영의 역본에 비해 군데군데 손질된 면모를 보이나, 기본적으로 번역문의 내용이 거의 대부분 공통되며, 심지어는 오역된 부분이 완전히 같은 경우도 여기저기 산견된다. 몇 가지 예로써 판단에 족할 것이다. 괄호 속의 면수는 앞의 것은 권미영 역본의, 뒤의 것은 하재홍 역본의 면수이다. 참고한 불어본은 Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, I-II (Éditions Gallimard, 1995)이다(그 면수를 p.로 표기하였다).

- (1) “그[= 인간]는 한정된 존재에서 모든 유한의 지성과 마찬가지로 무지나 오류를 면할 수 있다.”(14면/27면) → 이것은 당연히 “그러나 그는 한정된 존재이고, 모든 유한의 지성과 마찬가지로 무지와 오류를 면할 수 없다”라고 수정되어야 한다(p.90).
- (2) “일반적으로 법이란 인간 이성이다. 그리고 개개의 국민의 정법(政法) 및 시민법은 바로 이 인간 이성이 적용된 특수한 경우여야 한다.”(17면/30면) → 이 부분에서는 두 문장 사이에 들어 있던 “en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre;”(p.95)가 누락된 채 번역이 되었다. 번역의 기본을 그르친 것이다.
- (3) “따라서 귀족의 가족은 되도록이면 국민적이어야 한다.”(27면/38면) → 원문은 “Les familles aristocratiques doivent donc être peuple autant qu'il est possible.”(p.108)이다. 여기서는 문맥에서도 드러나듯이 “다수여야 한다”로

und zum Teil auch privat anfragender Einzelpersonen)이다. 특히 도시법의 영역에서 Oberhof는 어느 도시(특히 주도시)가 법을 계수한 모도시 내지 그 도시재판소에 법과 관련하여 의문이 있을 때 법의 敎示를 구하거나, 아예 사건을 재판하도록 회부하여 모도시가 경우에 따라서는 상급심이 되었던 경우에, 모도시 내지 그 도시재판소를 일컫는 용어이다. D. Werkmüller, “Oberhof”, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, III (1984), 1134-1146.

8) 여러 번역본이 있으나 여기서는 權美英 역, *法の精神* I-II (一信書籍出版社, 1991)와 하재홍 옮김, *법의 정신* (동서문화사, 2007)만을 대상으로 삼았다.

옮겨야만 한다.

- (4) “그리고 군주 정체 그 자체를 다시 상환하는 것처럼 보였다.”(권미영 29면) / “그리고 군주제도 그 자체를 다시 상환하는 것처럼 보였다.”(하재홍 40면) → 여기서 “상환”은 racheter (p.111)를 번역한 것인데, “구출하다, 구하다”로 옮겨야 알아들을 수가 있다.
- (5) “7) 키케로 《로마의 진재(塵滓) 속에서》 [원주]”(50면/63면) → 이것은 한마디로 어불성설이다. 몽테스키외가 인용하고 있는 것은 키케로가 친구 아티쿠스에게 보낸 편지의 한 구절(In faece Romuli)이며(p.1274 n.10) 책이름이 아닌 것이다. 게다가 “로물루스”를 “로마”로 틀리게 전제하였다. 두 책의 주를 살펴보면 이 또한 동일한 것을 알 수가 있고, 가령 <로마사>를 쓴 Florus를 “프로루스”라고 표기하는 것으로 보아(같은 곳) 동일한 일본어 번역본을 답습한 것으로 강력히 추정된다. faex는 “허접쓰레기 같은 인간말짚들; 하층민”을 비유적으로 일컫는 어휘이다(영어 scum; 독어 Abschaum; 불어 lie).
- (6) “21) 아리스토텔레스 《정치학》. [원주]”(54면/64면) → 이 또한 완전한 오류이다. 각주 21이 지시하는 본문의 내용은 플라톤의 《법률론》이다(54면/62면). 어떤 연유로 이와 같은 황당한 오류가 끼어들었는지는 알 수 없지만, 두 국역본이 앞서 지적했듯이 어느 일본어 역본을 그대로 답습하면서 생겼거나(이의 강력한 징표는 가령 98면/101면에 보이는 “유죄 언도”라는 표현이다), 하재홍의 번역이 권미영의 번역을 따르면서 생겼을 것이다. 이 각주의 내용은 “제2권”으로 바뀌어야만 한다(p.145).
- (7) “가끔 민중은 그 지력(知力)의 중용으로부터 기존 사물에 대한 보다 강한 애착심을 끄집어낸다.”(56면/65면) → “가끔”이라기보다는 “흔히, 자주”가 더 적절하며(souvent, p.148), “지력의 중용”이란 매우 부적절한 번역이다. 원문의 표현은 “la médiocrité de ses lumières”인바, “별 볼일 없는 지력” 정도가 오히려 맞을 것이다.
- (8) “제7장 민주 정체의 원리에 적합한 방법”(64면/71면) → “적합한 기타의 방법”이 정확하다(p.158).
 “그것은 귀족 신분에 고유한 무례함인데, 이 무례함은 귀족 신분이 자아내는 전반적인 효용 앞에서는 소멸된다.”(73면/78면) → 문맥으로 보나, 원단어(des inconvenients, p.169)로 보나 “무례함”이란 말이 안 된다. “불이익”

으로 옮겨야 한다.

- (9) 86면/88면에서는 “로마의 법”에 붙어있는 각주(Leg. 6, §2, Dig. ad leg. Jul. repet., p.187)가 번역에서는 빠져있다. 번역자들의 수준에서 이해할 수 없는 정보는 독자들에게도 불필요하다고 판단한 것인가? 같은 곳의 각주 58에는 원문대로 “Munuscula”(글자 그대로 “작은 선물”임)를 소개한 다음에(86면/95면) “(향신료)”라고 덧붙였다. 이 또한 부당한 첨가가 아닐 수 없다.
- (10) “그는 공화 정체를 이해하지 못하고 그 관념에만 따르고 있었던 것이다.”(87f.면/89f.면) → 원문은 “il suivait, sans le savoir, des idées républicaines.” (p.189)이다. 그렇다면 “그는 알지 못한 채 공화 정체의 원칙들을 따르고 있었던 것이다.”로 번역해야 할 것이다.

이외에도 많은 예가 있지만,⁹⁾ 두 국역본의 문제점을 더 이상 지적할 필요는 없을 것이다.

4. 볼프강 슈말레의 〈유럽의 재발견〉

이제 역사서 한 권만 더 살펴보기로 한다. 원서가 2000년에 나왔던 한 유럽사 책¹⁰⁾을 보면, *Völkergemienrecht*를 “(고대) 종족일반법”이라고 번역하였는데(p. 282), 이는 최근에 독일의 로마법대전 번역자들이 *ius gentium*을 새로 옮긴 용어인바,¹¹⁾ “萬民法”이 정착된 올바른 역어이다. 또 프랑스어 *légiste*를 “라틴어로

9) 한 가지만 더 부연하기로 한다. 당연한 이야기이지만, 번역이란 해석의 결과를 반영한다는 점에서 해석상의 어려움이 있는 경우 이 문제가 먼저 해결되지 않으면 안 된다. 가령 원문 p.122에 “L'HONNEUR, c'est-à-dire le préjugé de chaque personne et de chaque condition, prend la place de la vertu politique dont j'ai parlé, et la représente partout”라는 문장이 나온다. 여기서 국역본들은 *préjugé*를 “편견”으로 옮겨서 “명예, 즉 각인 각각의 신분이 갖는 편견이 앞에서 말한 정치적 덕성의 위치를 차지하고”(권미영 37면) / “명예, 즉 저마다 다른 신분이 갖는 편견이 앞에서 말한 정치적 덕성의 위치를 차지하고”(하재홍 48면) 식으로 번역하였다. “명예 = 편견 = 덕성”이라는 일견 이상한 등식이 성립되고 말았다. 이에 반하여 한 독역본(Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze* I, übersetzt und herausgegeben von Ernst Forsthoff [J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen], 40)은 *préjugé*를 *Prestige*의 뜻으로 새긴다. 정확한 解義가 선행되어야 하는 이유를 잘 보여주는 예라고 할 것이다.

10) 볼프강 슈말레 지음 / 박용희 옮김, **유럽의 재발견. 신화와 정체성으로 보는 유럽의 역사** (을유문화사, 2006).

11) 가령 *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung, I. Institutionen*, Gemeinschaftlich übersetzt von Okko Behrends, Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Hans Hermann Seiler

“읽다”를 의미하는 *legere*란 단어에서 온 것으로, 중세시기 로마법을 알고 있던 법률가를 칭하던 명칭”(p.284 각주 19)이라고 설명을 붙이고 있는데, 이는 직접적으로는 라틴어 “*lex*”(법률)로부터 유래하는 것으로 설명되어야 할 것이다¹²⁾(게다가 본문에서 “레지스테”라고 음사한 것은 “레지스트”로 바뀌어야 할 것이고, *legiste*로 오기한 것도 마찬가지이다). 그리고 “*ius commune*”를 “자치법”으로 옮긴 것(p.285)은 이미 정착된 역어인 (유럽대륙의) “보통법”으로 고쳐야 할 것이고, 또 같은 곳에서 “*ratio legis*”를 “법규범”이라 번역한 것도 마땅히 문맥을 고려하여 (바로 앞에서 “보편적 법원칙”이라 칭한 것을 다른 말로 표현한 것이 이것이다) “법이치” 정도로 번역했어야 한다. 이에 비하면 바로 이어서 “*Glossator*”를 “주해자”로, “*Kommentator*”를 “주석가”로 역출한 것은 비전문가에게는 크게 닳할 일이 아닐지도 모른다. 어쨌든 법사학계의 정착된 용어법에 따르면 두 번역어는 “주석가”와 “주해가”로 서로 바꾸지 않으면 안 된다. 서양에서 로마법을 언급할 때 늘 따라다니는 별칭인 “*ratio scripta*”가 “성문규범”으로 표현된 것(p.286)도 “쓰여진 이성”으로 교정되지 않으면 안 될 것이다.¹³⁾ 이미 언급되었지만 “*ius gentium*”을 “종족법”이라 한 것(p.287)은 “만민법”으로 고치지 않으면 안 된다. 그 필요성은 역자가 같은 곳의 각주 21에서 “라틴어에서의 *gens, gentes*는 원래 로마의 문벌을 일컫던 말이다. 처음에는 주로 세습귀족 가문을 가리키는 말이었으나, 후에는 영향력을 갖게 된 평민 출신 가문을 포함하게 되었다. 그들을 둘러싼 법을 여기서는 적당한 표현법을 찾지 못해 종족법이라 옮겼으나, *gens*를 혈연적 귀속성을 표시하는 종족개념으로 번역하는 것이 적당한지는 의문이다”라고

(C.F. Müller Juristischer Verlag: Heidelberg, 1990), Glossar s.v. Völkergemeinrecht (S.298) 등 참조.

- 12) 물론 *lex* 자체의 진정한 어원적 설명과 그 관념의 핵심을 설명하고자 하는 擬似語源의 해명 시도의 문제는 여전히 남는다. 이 주제에 관해 보기 드물게 깊이 있고 현행법에 대해서도 매우 시사적인 논의는 Okko Behrends, “Gesetz und Sprache. Das römische Gesetz unter dem Einfluß der hellenistischen Philosophie”(1995), in: derselben, *Institut und Prinzip*, Band I (Wallstein Verlag: Göttingen, 2004), 91-224.
- 13) 물론 저자 슈말레(Wolfgang Schmale, 1956년생)가 이 말의 연원이 13세기 프로방스어 *razons eschricha*이고, 이것은 원래 “성문법”을 의미하였으나, 다시 라틴어로 번역되는 과정에서 *ratio scripta*로 재현되고, 이후 *ratio*가 라틴어의 어의 범위 내에서 16세기까지의 지배적 어법에서 벗어나면서 “이성”으로만 인식되었다는 어휘의 역사(Alejandro Guzmán, *Ratio scripta* [Ius commune Sonderhefte 14], Klostermann: Frankfurt/M., 1981; 서평 Klaus Luig, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung*, Band 101 (1984), 429-435를 고려한 가운데 이 말을 쓴 것도 아니거니와, 문맥상으로도 그렇지 않음은 명백하다.

토로하고 있는 데에서도 분명하게 드러난다. “민족”으로서의 gens를 “씨족”으로서의 gens와 구별하지 못해 생긴 역자의 고충일 따름이다. 같은 면에서 국제법 이론가 젠틸리(Alberico Gentili, 1552-1608)의 1585년에 공간된 저술 “『De legationibus libri III』”를 “『세 법전에 대하여』”로 옮긴 것도 물론 (문맥과 라틴어 모두에 맞지 않는) 잘못이다. “『使節論 3권』”이 정확한 번역이다. 다음 면에서는 “common law”를 정착된 용어법과 달리 “보통법”이 아니라 “일반법”으로 번역했는데(p.288), 일반인의 입장에서는 그게 그것일 것 같아도 법학도의 입장에서는 아무래도 구별해야만 할 것이다. 또 영국의 “海事법원”(Admiralty court)이 “해군성 법정”으로(p.288) 번역된 것도 오해를 피하기 위해서는 바꾸는 것이 필요할 것이다.

III. 헤겔의 <법철학> 국역본 검토

1. 번역문의 문제

그러면 이제 헤겔(Georg Wilhelm Friedrich Hegel, 1770-1831) <법철학>의 계약론 부분을 살펴보기로 하자. 계약론은 헤겔 법철학의 전체 체계에서 ‘即自 對自의으로 自由로운 意志의 理念의 발전 단계순서에 따를 때 意志가 直接的인 첫 단계’, 그래서 ‘의지의 개념이 추상적인, 抽象的 혹은 形式的 法の 영역’(§ 33)¹⁴⁾을 다루는 제1부 중에서 재산(Das Eigentum)을 다루는 제1편과 불법(Das Unrecht)을 다루는 제3편의 사이에 제2편으로 자리 잡고 있는 두 번째 부분(§§ 72-81)이다. 이 글의 목적은 지적할 수 있는 모든 면에서 지적을 하고, 그럼으로써 새로운 번역문을 제시하려는 것이 아니라(사실 이 작업은 늘 필요한 것이지만), 아주 제한된 예를 자료 삼아서 법의 철학으로서 법철학을 다루는 경우에 번역이 추구해야 할 자세랄까를 반추해 보고자 하는 것이다. 그것은 요컨대 법철학이 철학으로서 철학적 연구의 성과를 충실히 반영해야 하는 만큼이나, 그것이 “법”의 학문인 한, 법적인 면에서의 꼼꼼한 對備와 법학의 성과를 충실히 반영하는 번역이 되어야 한다는 취지이다. 이하에서는 임의로 선정한 부분들에 대하여

¹⁴⁾ § 33 Nach dem Stufengange der Entwicklung der Idee des an und für sich freien Willens ist der Wille A. *unmittelbar*; sein Begriff daher abstrakt, - die *Persönlichkeit*, und sein *Dasein* eine unmittelbare äußerliche Sache; - die Sphäre des *abstrakten* oder *formellen Rechts*.

원문에 이어서 두 국역본¹⁵⁾의 번역문을 소개하고, 번역과 관련된 이러저러한 사항들을 지적하는 방식으로 논의를 진행하기로 한다. 독일어 대본은 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, herausgegeben und eingeleitet von Helmut Reichelt (Verlag Ullstein: Frankfurt/M - Berlin - Wien, 1972)를 사용하였다. 개별적인 내용을 검토하기에 앞서서 한 가지 반드시 지적해야 할 것은 두 번역본 모두 원문의 강조(독일어 인쇄상의 이탤릭체)를 완전히 도외시키고 있다는 점이다. 이것은 독자에게 저자의 의도를 제대로 전달하지 못하고, 경우에 따라서는 왜곡도 가능하다는 점에서 매우 비판 받아야 한다.

Erster Teil: Das abstrakte Recht.

Zweiter Abschnitt: Der Vertrag.

§ 72

Das Eigentum, von dem die *Seite* des Daseins oder *der Äußerlichkeit* nicht mehr nur eine Sache ist, sondern das Moment eines (und hiermit anderen) Willens in sich enthält, kommt durch den *Vertrag* zustande — als den Prozeß, in welchem der Widerspruch, daß Ich für mich seiender, den anderen Willen ausschließender Eigentümer insofern *bin* und *bleibe*, als Ich in einem mit dem anderen identischen Willen aufhöre, Eigentümer zu sein, sich darstellt und vermittelt.

[권] 그러한 소유는 계약을 통해 이루어진다. .. 이 과정은 내가 다른 자와 동일적인 어떤 의지에 따라 소유자이기를 그만 두는 한에 있어 나는 대자적으로 있는 소유자, 다른 의지를 배제하는 소유자이고, 또한 계속 있다고 하는 모순이 그 속에서 나타나 매개되는 과정이다.

[임] 소유가 ... 할 경우, 그것을 성사시키는 것이 계약이다. .. 계약이란 내가 타인의 의지를 배제한 나만을 위한 소유자이면서, 더 이상 타인의 의지와 합의 아래 소유자로 있지 않다는 모순이 드러나고 또 그러한 모순에 매개되는 과정이다.

15) 헤겔/권응호 옮김, **법철학강요** (홍신문화사, 초판 1쇄 1990. 7; 초판 9쇄 2008. 3); G.W. F. 헤겔·임석진 옮김, **법철학** (한길사, 제1판 제1쇄 2008. 4). 앞으로 전자는 [권], 후자는 [임]으로 표시한다.

독일어의 원문을 직역에 가깝게 재현한 [권]의 번역에서 “동일적인”은 자연스럽게 “동일한”으로 바꾸는 것이 가독성을 높일 것이다. 의역에 해당하는 [임]의 번역이나 [권]의 번역이나 모두 sich vermittelt를 ‘모순에 매개’된다거나 ‘모순이 매개’된다고 표현하였는데, 우리말로서는 선뜻 다가오는 표현이 아니다. 차라리 vermitteln 동사의 어의에 포섭되는 “성사”(zustande bringen)된다는 번역어를 택하는 것이 낫지 않을지. 그리고 Wille는 통상의 법학이라면 ‘의지’보다는 ‘의사’로 옮겼을 것이다.¹⁶⁾

헤겔 고유의 어법을 통해 번잡하게 표현되었지만, 이곳에서 헤겔이 말하고 있는 바는 ‘계약’(Vertrag)이란 Eigentum을 서로 주고받는 행위/과정이라는 것인데, 대상인 물건(äußere Sachen: § 77)이 교환되었음에도 불구하고 소유자이기를 그치면서 여전히 소유자로 남는다(§ 76 Zusatz)는 “모순”이 있다는 식으로 설명하는 것은 이 단계에서는 아직 그 이유가 잘 드러나지 않는다(§§ 73-75 참조). 어쨌든 이곳에서 헤겔은 ‘계약’을 相換행위로 규정함으로써 통상의 법학이 이해하는 계약 개념보다 훨씬 협애한 관점을 취하고 있고, 이 점은 이하의 계속된 서술에서 더욱 분명하게 드러난다.¹⁷⁾

§ 73

Ich kann mich eines Eigentums nicht nur (§ 65) als einer äußerlichen Sache entäußern, sondern muß durch den Begriff mich desselben als Eigentums entäußern, damit mir mein Wille, als daseiend, gegenständlich sei. Aber nach diesem Momente ist mein Wille als entäußerter zugleich ein anderer. Dies somit, worin diese Notwendigkeit des Begriffes reell ist, ist die Einheit unterschiedener Willen, in der also ihre Unterschiedenheit und Eigentümlichkeit sich aufgibt. Aber in dieser Identität ihres Willens ist (auf dieser Stufe) ebenso dies enthalten, daß jeder ein mit dem anderen nicht identischer, für sich eigentümlicher Wille sei und bleibe.

[권] 나는 어떤 소유자를 외면적인 물건으로서 자기의 밖으로 방기할 수가 있으며(65절), 뿐만 아니라 나의 의지가 현존하는 것으로서 나에게 있어 대상

16) 헤겔이 계약을 의지의 소산으로 파악함으로써 혼란스러운 결과를 가져왔다는 점에 관해서는 Villey (위 주 1), 188 참조.

17) 헤겔 계약론에 대한 같은 취지의 비판에 대해서는 Villey (위 주 1), 188f. 참조.

적이기 위해서는 개념에 의해 나는 그 소유를 소유로서 자기의 밖으로 방기하지 않을 수 없는 것이다.

그러나 후자의 계기로 말하면 나의 의지는 밖으로 방기된 것으로서, 동시에 다른 의지이다. 이 일 속에 개념에 의해 그러지 않을 수 없었다고 하는 위에서 기술한 필연성이 실재하고 있다. 즉, 이 일은 구별된 두 개의 의지의 통일인 것이다. 따라서 이 통일 속에서 두 개의 의지의 구별된 자세와 독자성은 사라진다. 그러나 양자의 의지의 이와 같은 동일성 속에는 (이 단계에서는) 각자가 상대편과 동일하지 않은 의지, 대자적으로 독자(獨自)인 의지가 있고, 또한 계속 있다는 것도 포함되어 있다.

[임] 나는 어떤 소유물을 외면적인 물건으로서만 양도할 수 있는 것이 아니다(§ 65). 내 의지가 현존하는 것으로서 나에게 대상화하도록 하려면 개념에 따라 소유물을 양도하지 않으면 안 된다.

그러나 이 점에서 보면 양도된 내 의지는 곧 타인의 의지이다. 여기에는 개념의 필연성이 실재하는데, 즉 그것은 별개인 두 개의 의지가 일체화하여 서로의 차이와 독자성을 방기한 것이다. 그러나 양자의 의지가 일체화해 있다 해도 (이 단계에서는) 저마다 상대방의 의지와 일체화할 수 없는 독자적인 의지로서 스스로를 유지해나간다.

[권]의 경우 첫 문장의 “소유자”는 “소유”의 오류이다. [임]의 경우 일관되게 “소유물”로 옮기고 있으나, 이 또한 의문이다. 헤겔에 있어서 Eigentum은 (동일한 어휘를 달리 사용하여 혼란을 야기한다는 점에서 바람직하지 않은데) 이곳에서도 바로 알 수 있듯이 한편으로는 물건(eine äußerliche Sache—이것을 “외면적인 물건”이라고 옮기는 것은 오히려 이해를 저해한다—)인 “소유물”이고, 다른 한편으로는 “가치”로서의 “소유”이면서(§ 77). 또 귀속으로서의 “소유”, 즉 통상 “소유권”이라고 부르는 것도 의미하기 때문이다. 그 결과 “desselben als Eigentums”는 곧 “Eigentums als Eigentums”인바, 앞의 Eigentum은 귀속으로서의 소유이고, 뒤의 Eigentum은 가치로서의 소유를 가리키게 되는 것이다. 그렇다면 “그 소유를 소유로서”라고 단순히 언어적인 재현에 그친 [권]의 경우 틀린 것은 아니지만 역자의 설명이 붙었으면 좋았을 것이고, 그냥 “소유물을 양도” 식으로 번역한 [임]은 원문에 충실하지 않음은 물론, 그 의미도 잘못 파악한 우를 범하였다.

마지막 문장의 경우에도 직역을 시도한 [권]과 달리 [임]의 편의적인 번역은

daß 이하가 간접화법으로 되어 있고, enthalten의 내용임을 무시한 것이 눈에 띈다. 또 [권]의 번역에서는 jeder가 jeder Wille의 축약인 점이 간과되어 “각자”로 오해되면서 “각자가 … 의지가 있고, 또한 계속 있다”는 독일어로는 불가능한 구문을 제시하게 되었다.

§ 75 [주해]

Unter den Begriff vom Vertrag kann daher die Ehe nicht subsumiert werden; diese Subsumtion ist in ihrer Schändlichkeit, muß man sagen, bei Kant (»Metaphys. Anfangsgründe der Rechtslehre«, S. 106 ff.) aufgestellt. — Ebenso wenig liegt die Natur des Staats im Vertragsverhältnisse, ob der Staat als ein Vertrag aller mit allen oder als ein Vertrag dieser aller mit dem Fürsten und der Regierung genommen werde …

[Zusatz] … der Vertrag geht also von der Willkür der Person aus, und diesen Ausgangspunkt hat die Ehe ebenfalls mit dem Verträge gemein …

[권] 그러므로 계약의 개념하에서는 결혼을 포섭할 수는 없다. … 마찬가지로 국가의 본성도 계약관계 속에 포함되어 있지는 않다. …

[추가] … 따라서 계약은 인격의 자의(恣意)로부터 출발하는 것이며, 이 출발점은 결혼도 역시 이를 계약과 공유하는 바이다.

[임] 이렇게 보면 결혼은 계약의 개념 아래 포섭될 수 없다. … 마찬가지로 국가의 본성 또한 … 그 어떤 계약관계 속에 포함되지 않는다.

[추가] … 따라서 계약이 인격의 자의에서 출발한다고 할 때 이러한 출발점을 갖는다는 점에서 혼인도 계약과 공통적인 면이 있다.

[권]의 번역에서 “개념하에서는”은 “개념하에는”으로 고치는 것이 포섭의 의미에 더 부합할 것이다. Ehe에 대해서 “결혼”이라고만 하거나 “혼인”이라는 용어와 혼용하고 있는데, 법률용어로는 통일적으로 “혼인”이 사용된다. 헤겔의 좁은 계약 개념만으로는 혼인과 사회계약을 계약의 범주에 넣는 데 인식할 수밖에 없다.¹⁸⁾ 그러나 헤겔도 이내 혼인이 의사적 기초를 가진다는 점은 시인한다.¹⁹⁾ 물

18) 이에 관해서는 Dudley Knowles, *Hegel and the Philosophy of Right* (Routledge: London and New York, 2002), 137f.

19) 이 점에 대해서 [권] 126 각주 8)은 이 구절이 명백히 본문과 주해에서 밝힌 헤겔의

론 법학에서 논하듯이 혼인을 신분계약으로 파악하는 데에까지는 나아가지 못하였다. 또 국가의 사회계약적 구성에 관한 부정에도 불구하고 루소의 계약설에 대한 일정한 평가 자체를 부인하지는 않는다.²⁰⁾ 그러나 이 모든 것은 헤겔의 서술 체계 속에서 당연한 것이다. 그는 현 단계에서 사회와 국가를捨象한 개별인격 차원의 ‘추상적 법’만을 다루고 있기 때문이다.²¹⁾

§ 76

Formell ist der Vertrag, insofern die beiden Einwilligungen, wodurch der gemeinsame Wille zustande kommt, das negative Moment der Entäußerung einer Sache und das positive der Annahme derselben, an die beiden Kontrahenten verteilt sind; — *Schenkungsvertrag*. — *Reell* aber kann er genannt werden, insofern *jeder* der *beiden* kontrahierenden Willen die Totalität dieser vermittelnden Momente ist, somit darin ebenso Eigentümer wird und bleibt; — Tauschvertrag.

[권] 계약은 그것에 의해 공통의 의지가 이루어지는 쌍방의 동의, 즉 한편으로는 어떤 물건을 방기한다는 부정적인 계기와 다른 한편으로는 그 물건을 받는다고 하는 긍정적인 계기가 쌍방의 계약당사자들에게 할당되고 있는 이상 형식적이다. 즉, 증여계약(贈與契約)인 것이다.

그러나 다른 한편, 계약을 맺는 쌍방의 의지의 각각이 모두 이 매개하는

생각과 어긋난다고 하며, 이 점을 [추가]의 편집자인 간스의 실수로 본 호프마이스터의 견해와 폰 그리스하임의 반대 취지의 노트를 소개하고 있다. 그러나 신분계약을 계약에 포섭시키지 않는 헤겔로서도 그 의사적 기초까지 부정할 수는 없었을 것이라고 본다면 이 부분의 서술은 실수로 들어간 것은 아닐 것으로 추정된다.

²⁰⁾ § 258 [주해] ... Die philosophische Betrachtung (sc. des Staats) hat es nur mit dem Inwendigen, von allem diesem, dem *gedachten Begriffe* zu tun. In Ansehung des Aufsuchens dieses Begriffes hat *Rousseau* das Verdienst gehabt, ein Prinzip, das nicht nur seiner Form nach (, , .), sondern auch dem Inhalte nach *Gedanke* ist, und zwar das *Denken* selbst ist, nämlich den *Willen* als Prinzip des Staats aufgestellt zu haben. Allein indem er den Willen nur in bestimmter Form des *einzelnen Willens* (...) und den allgemeinen Willen nicht als das an und für sich Vernünftige des Willens, sondern nur als das *Gemeinschaftliche*, das aus diesem einzelnen Willen *als bewußtem* hervorgehe, faßte, so wird die Vereinigung der Einzelnen im Staat zu einem *Vertrag*, der somit ihre Willkür, Meinung und beliebige, ausdrückliche Einwilligung zur Grundlage hat ...

²¹⁾ Peter Landau, “Hegels Begründung des Vertragsrechts”, in: Manfred Riedel (Hg.), *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie* (1975), 176-197, 178f.

양계기의 총체이고, 따라서 이 총체 속에서 어느 쪽이든 마찬가지로 소유자가 되고 또한 계속 소유자로 남아 있는 한 계약은 「실질적」이라고 부를 수 있다. 즉, 교환계약(交換契約)인 것이다.

[임] 계약은 공통의 의지를 성립하게 하는 쌍방의 동의가 한쪽은 물건을 양도한다는 부정적인 요소와 다른 한쪽은 물건을 취득한다는 긍정적인 요소를 안고 있는 쌍방의 계약당사자에게 할당되어 있는 한에서 형식적인 계약..증여 계약..이다.

그러나 다른 한편으로 계약을 맺는 쌍방의 의지가 저마다 양도와 수령이라는 두 요소를 모두 지닌 채 이들이 계약에 따라 다 같이 소유자가 되고 즐곤 소유자로 있게 되는 한, 계약은 실질적인 계약..교환계약..이다.

이른바 증여계약에 관한 부분의 두 번역은 유사한 것 같으면서도 서로 매우 다르다. 원문의 문장구조에 대한 이해가 서로 상이하기 때문이다. [권]은 “쌍방의 동의”를 ‘부정적 계기’ 및 ‘긍정적 계기’와 등치시키고 있다. 반면에 [임]은 ‘부정적인 요소’와 ‘긍정적인 요소’를 “쌍방의 동의”와 연결하는 것이 아니라 이를 쌍방의 계약당사자와 결부시키고 이를 원문에는 없는 “안고 있는”이라는 첨언을 통해 표현하였다. 두 번역 모두 “쌍방의 동의”가 계약당사자들에게 할당된다고 본 점에서는 공통된다. 그러나 이 문장을 엄밀히 검토하면 할당되는 것은 “쌍방의” 동의가 아니라 “양” 동의이다. 이 동의는 물론 “공통의 의사”, 즉 법학의 통상적인 표현을 따른다면 ‘합의’(consensus)가 성립하도록 작용한다. 그러나 이 동의는 “쌍방의”라는 표현이 일응 암시하듯이 당사자와 관련된 것이 아니다. 이 동의는 오히려 관련 [추가]의 부연설명을 살펴보면 바로 알 수 있듯이 부정적 계기와 긍정적 계기의 두 측면(zwei Sachen)에 대한 내용적인 것이다.

[Zusatz] Zum Vertrag gehören zwei Einwilligungen über zwei Sachen: ich will nämlich Eigentum erwerben und aufgeben. ...

[권] 계약에는 두 가지의 사항에 관한 두 개의 동의가 필요하다. 즉 자신이 소유를 획득하게 되기를 의지하는 것과 동시에 소유를 놓아주게 되기를 의지한다.

[임] 계약에는 두 가지 사안에 대한 두 개의 동의가 필요한데, 즉 나는 소유를 취득하려고도, 또 이를 포기하려고도 한다는 것이다.

여기서 Sachen은 Moment의 다른 표현으로서 분명히 “사안”(이것은 Sachverhalt 이다)보다는 “사항”으로 옮기는 것이 더 적절하다. 또 Moment는 “안고 있을 수 있는” 어떤 객체적인 ‘요소’가 아니라, 일정한 상황적 사태이므로 ‘계기’가 더 적절하다. 어쨌든 두 번역본 모두 여기서는 앞에서 말한 “beide”와 전혀 동일한 “zwei”를 “두 개의”로 번역하고 있다. 그렇다면 앞의 “쌍방의”는 적절치 못한 번역인 셈이다.

결국 헤겔이 착목하고 있는 “계약” 개념의 핵심은 소유의 양도라는 부정적 계기, 그리고 그것을 받는다는 긍정적 계기의 두 사항인 것이다. 이제 이것이 한쪽 당사자에게는 부정적 계기만이, 상대방에게는 긍정적 계기만이 각각 해당, 즉 할당되는 경우에는 그 계약은 formell한 계약이고, 쌍방 당사자에게 두 계기가 모두 할당되는 경우에는 그 계약은 reell한 계약인 것이다.²²⁾ 이는 [추가]의 부연설명에서 재차 확인된다.

[Zusatz] ... Der reelle Vertrag ist der, wo jeder das Ganze tut, Eigentum aufgibt und erwirbt und im Aufgeben Eigentümer bleibt; der formelle Vertrag ist, wo nur einer Eigentum erwirbt oder aufgibt.

[권] ... 실질적 계약이란 위의 전체를 계약 당사자 쌍방에게 모두 실행할 경우, 즉 소유를 놓아주는 동시에 소유를 획득하고, 놓아주는 속에서 여전히 소유자로서 머무를 경우의 계약이다.

형식적 계약이란 당사자 쌍방 중의 한쪽만이 소유를 획득하고 혹은 소유를 놓아줄 경우의 계약이다.

[임] ... 실질적 계약이란 쌍방의 계약 당사자가 각기 사안의 전체를 관장하여 소유를 포기하기도 하고 또한 소유를 수중에 넣기도 하면서 포기하는 가운데 여전히 소유자로 남아 있기도 한 그런 경우의 계약이다. 형식적 계약이란 계약의 한쪽 당사자만이 소유를 손에 넣거나 아니면 포기하는 경우의 계약이다.

§ 76 본문에서 [권]의 경우 “방기”로 번역된 Entäußerung을 [임]은 “양도”로 옮겼다. Entäußerung - Annahme / erwerben - aufgeben의 대비에서 드러나듯이 이는 “포기”와 같은 뜻이므로 [권]의 번역 쪽이 더 원문에 충실한 것으로 보인다.

²²⁾ Landau (위 주 21), 180f.

이것은 헤겔의 계약 관념과 관련하여 결코 사소한 차이가 아니다. 왜냐하면 헤겔은 계약에 의한 소유—그의 소유 개념도 로마법과 달리 인간의 개별적인 노력을 포함하여 일체의 처분가능한 것을 포괄하는 넓은 개념이다²³⁾—의 변동을 개별인격의 승인이라는 맥락에서 포착하므로²⁴⁾ 이미 보았듯이 일방만이 소유를 취득하는 계약은 reell한 계약이 아니고 그저 formell한 계약일 뿐인데, 그는 말하자면 이 구조를 승계적으로 구성하는 것이 아니라, ‘포기(부정적 계기)+원시취득(긍정적 계기)’의 양태로 이해하고, 동시에 그가 “동일한 연관 속에서”(in dem identischen Zusammenhange: § 74)²⁵⁾라고 표현했던 “법률적 순간”(juristische Sekunde)에 이 양 계기가 공존한다고 보고 있기 때문이다. 여기서 주의할 점은 취득의 긍정적 계기도 어디까지나 의사적 요소로 그치고 있다는 점이다. 즉 계약의 실현인 급부(Leistung)는 계약의 ‘외부면’(äußerliche Seite)에 불과하여 소유의 변동에 부가적일 뿐이다. 법학에서 요구했던 인도의 권원(titulus)이나 취득의 방식(modus)은 헤겔의 법철학에는 알려져 있지 않은 것이다.²⁶⁾ 특히 이 동시 공존의 착안점은 교환되는 다양한 물건이 아니라 그에 내재하는 “가치”(Wert)이고, 이 가치는 처음부터 끝까지 “동일”하므로(§ 77)²⁷⁾—이것은 헤겔이 가치를 노동의 양이나 질로부터 규정하는 것이 아니라 ‘필요’(Bedürfnis)로부터 규정하는 데서 비로소 가능한 것이다²⁸⁾—가치의 (-) 과정과 가치의 (+) 과정이 동시에 존재하는 “모순”(Widerspruch)이 이 과정의 특징적 속성일 수밖에 없게 되는 것이

23) Landau (위 주 21), 181.

24) Landau (위 주 21), 181.

25) § 74 Dies Verhältnis ist somit die Vermittlung eines in der absoluten Unterscheidung fürsichseiender Eigentümer identischen Willens und enthält, daß jeder mit seinem und des anderen Willen aufhört, Eigentümer zu sein, es bleibt und es wird; — die Vermittlung des Willens, ein und zwar einzelnes Eigentum aufzugeben, und des Willens, ein solches, hiermit das eines anderen, anzunehmen, und zwar in dem identischen Zusammenhange, daß das eine Wollen nur zum Entschluß kommt, insofern das andere Wollen vorhanden ist.

26) Landau (위 주 21), 188f.

27) § 77 Indem jeder im reellen Verträge dasselbe Eigentum behält, mit welchem er eintritt und welches er zugleich aufgibt, so unterscheidet sich jenes identisch bleibende als das im Verträge an sich seiende Eigentum von den äußerlichen Sachen, welche im Tausche ihren Eigentümer verändern. Jenes ist der Wert, in welchem die Vertragsgegenstände bei aller qualitativen äußeren Verschiedenheit der Sachen einander gleich sind, das Allgemeine derselben (§ 63).

28) Landau (위 주 21), 182.

다(§ 72). 그러나 우리가 법학 일반의 구성처럼 법률행위인 계약에서 상호 교환되는 의사표시²⁹⁾나 급부의 이행 및 그에 수반하는 가치의 이동을 승계적으로 이해한다면 이러한 “모순”은 발생하지 않는 것이다. 협애한 계약 개념에 더하여 변증법적 사고의 현학성까지 가미된 헤겔의 설명은 왜 우리가 이러한 이론구성을 채택해야 하는지를 적어도 현 단계에서는 밝혀주지 않고 있다는 점에서 설득력이 떨어진다.³⁰⁾ 그러나 무엇보다도 흥미로운 점은 헤겔이 계약에 의한 교환을 본성상 등가교환인 것으로 전제하고 있다는 사실이다(§ 77).³¹⁾ 그리고 이러한 등가교환의 계약만이 “reell”한 계약이고, 아무런 수식 없이 “계약”이라고 부를 수 있는 것이다. 번역상의 문제로, 특히 주므로 받는 물건(eine Sache)은 준 바로 그 물건이므로 derselben을 “그 물건”으로 옮긴 [권]이 “그”를 누락시킨 [임]보다 이 점에서는 더 낫다.

이른바 교환계약을 다루고 있는 부분의 번역도 [권]이 직역에 해당한다면, [임]은 의역이다. 가장 큰 차이는 전자의 “양계기의 총체 속에서”에 해당하는 대목을 후자는 “계약에 따라”로 번역했다는 점이다. 이것은 분명 오류이다. 계약을 계약으로 정의하고 있기 때문이다.

문제는 formell과 reell의 역어를 어떻게 할 것인가이다. 대부분의 경우 이 어휘는 거의 자동적으로 ‘형식적’ - ‘실질적’이라고 번역된다. 두 역자도 이러한 예를 그대로 답습하였다. 그러나 특히 “형식적”이라는 용어는 그 의미가 애매하다. ‘어떤 형식이나 격식과 관련된’ 또는 ‘요식의’란 뜻으로 사용되지 않은 것은 분명하다. 사실은 등가교환의 계약인 “실질적인”, “실질상의” 계약, 곧 진정한 계약과 대되는 개념으로서 “형식상의”, “허울만의” 계약을 지칭하므로, 번역자의 재량을 동원하여 아예 전자는 “진정한” 계약으로, 후자는 “부진정한” 계약으로 옮기는 것이 알아듣기가 훨씬 수월할 것이다. 어쨌든 헤겔부터가 다의적인 해석이 가능한 용어를 선택하여 독자로 하여금 쓸데없이 에너지를 소모하게 했다면 별로 잘한 일은 아닐 것이다. 계약법학의 범주로 말하자면, 헤겔의 “계약” = “진정한 계

29) 이러한 계기는 헤겔도 물론 놓치지 않고 있다. § 74의 마지막 부분(“daß das eine Wollen nur zum Entschluß kommt, insofern das andere Wollen vorhanden ist”) 참조.

30) 그러나 이것이 헤겔이 무작위로 계약론을 전개했다는 의미는 아니다. Landau (위 주 21), 183; 185ff.가 잘 지적했듯이 그의 이론은 근세 자연법론, 특히 그로티우스의 입장을 수용한 것이었고, 그 결과 법률관계를 설정하는 ‘의사표시’로부터 출발했던 사비니 이후의 법학 쪽의 발전과는 괴리가 있는 것이었다.

31) Landau (위 주 21), 182ff. (화두: aequalitas, laesio enormis)

약”은 쌍무-유상계약이고, “부진정한” 계약은 편무-무상계약에 해당한다고 할 것인데,³²⁾ 법학의 경우 효과 면의 차이를 고려하여 논의의 실익이 있는 개념범주로서 이러한 구분을 하는 것이라는 점에서 헤겔의 추상적인 논의보다 우월하다. 그러나 헤겔 자신은 바로 다음 절에서 이를 정면으로 부인한다. 이러한 그의 주장이 합당한지 아닌지는 물론 다른 문제이다.

§ 77 [주해]

Die Bestimmung, daß eine *laesio enormis* die im Vertrag eingegangene Verpflichtung aufhebe, hat somit ihre Quelle im Begriffe des Vertrags und näher in dem Momente, daß der Kontrahierende durch die Entäußerung seines Eigentums *Eigentümer* und in näherer Bestimmung quantitativ derselbe *bleibt*. Die Verletzung aber ist nicht nur enorm (als eine solche wird sie angenommen, wenn sie die *Hälfte* des Werts übersteigt), sondern *unendlich*, wenn über ein *unveräußerliches* Gut (§ 66) ein Vertrag oder Stipulation überhaupt zu ihrer Veräußerung eingegangen wäre. — Eine *Stipulation* übrigens ist zunächst ihrem Inhalte nach vom Verträge [darin] unterschieden, daß sie irgendeinen einzelnen Teil oder Moment des ganzen Vertrags bedeutet, dann auch, daß sie die *förmliche* Festsetzung desselben ist, wovon nachher. Sie enthält nach jener Seite nur die formelle Bestimmung des Vertrags, die Einwilligung des einen, etwas zu leisten, und die Einwilligung des anderen zu sein, es anzunehmen; sie ist darum zu den sogenannten *einseitigen* Verträgen gezählt worden. Die Unterscheidung der Verträge in einseitige und zweiseitige, sowie andere Einteilungen derselben im römischen Rechte, sind teils oberflächliche Zusammenstellungen nach einer einzelnen, oft äußerlichen Rücksicht, wie der Art und Weise ihrer Förmlichkeit, teils vermischen sie unter anderem auch Bestimmungen, welche die Natur des Vertrags selbst betreffen, und solche, welche sich erst auf die Rechtspflege (*actiones*) und die rechtlichen Wirkungen nach dem positiven Gesetze beziehen, oft aus ganz äußerlichen Umständen herkommen und den Begriff des Rechts verletzen.

³²⁾ Cf. Landau (위 주 21), 187f. (자연법론의 용어: *actus/contractus onerosi* 또는 *permutatorii* v. *actus/contractus benefici*).

여기서는 먼저 *laesio enormis*를 [권] [임] 두 번역 모두 무슨 뜻인지 알아듣기 어려운 “법외(法外)의 손해”로 역출한 것을 지적해야만 할 것이다. 라틴어 *enormis*가 *ex-norma*로부터 유래한 것은 사실이지만, 이 때 *norma*는 법이라기보다는 척도, 기준, 정도(正度)의 의미이고, 결국 영어로 *enormous*, *excessive*의 뜻이다.³³⁾ 그러므로 “과대한 손해”, “막대한 손해” 정도로 옮겨야 알아들을 수 있다. 실제로 이것은 로마법에서 부동산 매도인이 정상가격의 절반에 못 미치는 가격으로 팔았을 때 차액의 청구나 매도의 취소를 인정하는 논거로 거론된 것으로³⁴⁾ 헤겔이 “가치의 절반”(die Hälfte des Werts)을 운운한 것도 바로 이런 배경이 있기 때문이며, 헤겔 역시 법학에서의 통상적인 이해를 전제하였음에 주목할 필요가 있다.

다음으로 *Stipulation*이 문제인데, 두 번역 모두 “약정”으로 옮기고 있다. 헤겔 자신의 설명으로 보면 이것은 그 실질이 “편무계약”으로서 앞에서 살펴본 *formell* 계약과 다르지 않다. 그러므로 *reell* “계약”과 다르고, 이는 곧 헤겔적 의미의 “계약”과 구별된다. 헤겔은 여기서도 이 점을 분명히 하고 있다. 다만 *Stipulation*은 이러한 실질에 대한 “*förmliche Festsetzung*”(=[권] “정식(正式)의 확정”; [임] “공식적인 확정”)인 점에서 특성이 있다. 이것은 헤겔이 *Stipulation*의 선구였던 *stipulatio*가 로마법상 법이 인정하는 일정한 어휘를 구사하여 행하는問과 答의 의사표시로 이루어지는 격식행위 내지는 요식계약, 즉 문답계약이었던 사실³⁵⁾을 염두에 두었음을 드러낸다. 실제로 헤겔은 바로 다음 절 본문에서 이를 분명히 밝히고 있다.³⁶⁾ 헤겔의 문맥에서 어떤 역어를 선택할 것인지는 쉽지 않은 문제이다. 어쨌든 이 대목은 형용사와 명사의 의미상 견련에 착안하여 오히려 “(계약을) 확정하는 형식”으로 표현하는 것이 더 적절해 보인다. 이 점은 다음

³³⁾ H. B. Nisbet의 영역본 *Elements of the Philosophy of Right* (1991), 107에는 이것이 ‘excessive damage’라는 역자의 각주 a가 붙어있고, 다시 미주 1에서는 아래 각주 12)에서 소개하는 내용이 첨가되어 있다. 역자로서 최소한의 배려가 아닐 수 없다.

³⁴⁾ 졸저, *로마법강의* (1999), 270 (Diocletianus/Maximianus C.4.44.2 [285년]; C.4.44.8 [293년]).

³⁵⁾ 졸저, *로마법강의* (1999), 348f.

³⁶⁾ § 78 ... Jene zustande gekommene Übereinkunft ist, ..., ein Vorgestelltes, welchem daher nach der eigentümlichen Weise des Daseins der Vorstellungen in Zeichen (Enzyklop. der philos. Wissensch., § 379 f.) besonderes Dasein, in dem Ausdrucke der *Stipulation* durch Förmlichkeiten der Gebärden und anderer symbolischer Handlungen, insbesondere in bestimmter Erklärung durch die Sprache, dem der geistigen Vorstellung würdigsten Elemente, zu geben ist.

절인 § 78의 본문과 특히 [주해]³⁷⁾에서 분명해진다. Stipulation은 말하자면 어음처럼 임의의 내용을 담을 수 있는 형식, 매체, 도구인 것이다. 헤겔의 계속된 논의에 의하면, 이러한 형식성에도 불구하고 이것을 통해서 낙약자(諾約者)는 요약자(要約者)에게 급부할 채무를 법적으로 구속력 있게 부담하는 것이고, 아직 이행을 하지 않은 상태에서도 그 귀속에 대해서는 이미 결판이 난 것이므로³⁸⁾ 낙약자가 가지고 있는 점유는 실질적으로 그의 것이 아닌, 즉 그저 외면적인 것일 뿐이다(§ 79).³⁹⁾ 이렇게 본다면 Stipulation은 결국 ‘합의’(Übereinkunft)의 외형적 표지일 것이다.⁴⁰⁾

그밖에 헤겔이 로마법상 계약의 분류에 대해 비판하는 것은 계약 성립의 방식이나 그 효과나 절차상의 취급에 따른 차이를 기준으로 삼는 것을 비난하는 것인데, 이는 법의 실무적 실용성을 타하는 것으로서 합당하지 않다. 이미 앞에서 “개념”에 의한 그의 분류가 갖는 한계를 지적한 바 있거니와, “침해된다”고 주장하는 계약의 “법 개념”(der Begriff des Rechts)이 특히 계약 형성의 자유와 정책적 선택의 가능성을 배제하게 되는 — 어쩌면 관념철학 일반의 한계랄 수 있는 — 문제점이 전혀 고려되고 있지 못한 한계를 드러낸다고 하겠다. 법의 개념은

37) § 78 [주해] Die Stipulation ist nach dieser Bestimmung zwar die Form, wodurch der im Vertrag abgeschlossene Inhalt als ein erst vorgestellter sein Dasein hat. Aber das Vorstellen ist nur Form und hat nicht den Sinn, als ob damit der Inhalt noch ein Subjektives, so oder so zu Wünschendes und zu Wollendes sei, sondern der Inhalt ist die durch den Willen vollbrachte Abschließung hierüber.

38) § 79 [주해] ... Die Stipulation des Vertrags hingegen ist schon selbst das *Dasein* meines Willensbeschlusses in dem Sinne, daß ich meine Sache hiermit veräußert, sie *jetzt* aufgehört habe, mein Eigentum zu sein, und daß ich sie bereits als Eigentum des anderen anerkenne. ...

39) § 79 Die Stipulation enthält die Seite des Willens, daher das *Substantielle* des Rechtlichen im Verträge, gegen welches der, insofern der Vertrag noch nicht erfüllt ist, noch bestehende Besitz für sich nur das Äußerliche ist, das seine Bestimmung allein in jener Seite hat. Durch die Stipulation habe ich ein Eigentum und besondere Willkür darüber aufgegeben, und es ist *bereits Eigentum des anderen geworden*, ich bin daher durch sie unmittelbar zur *Leistung rechtlich* verbunden.

[권]은 “das Substantielle des Rechtlichen”을 직역하여 “법적인 것의 실체”로, [임]은 “법적 권리의 실질적인 면”이라고 번역하고 있다. 그러나 전후 문맥으로 볼 때 법적 구속력을 의미하는 것으로 새기는 것이 타당할 것이다. 그렇다면 막연히 “법적인 것”으로 옮긴 [권]이나, 이를 “법적 권리”로 파악한 [임]이나 재고를 요한다고 하겠다.

40) 이 점에서 Landau (위 주 21), 189가 이것을 Übereinkunft로 보면서 ‘단순한 약속’(das bloße Versprechen)과 ‘급부의 개시’(der Beginn der Leistung) 사이의 어떤 것으로 파악한 것도 같은 취지일 것이다.

누구를 위하여 존재하는가?

§ 78

Der Unterschied von Eigentum und Besitz, der substantiellen und der äußerlichen Seite (§ 45), wird im Vertrag zu dem Unterschiede des gemeinsamen Willens als *Übereinkunft* und der Verwirklichung derselben durch die *Leistung*. Jene zustande gekommene Übereinkunft ist, für sich im Unterschiede von der Leistung, ein Vorgestelltes ...

[Zusatz] Wie wir in der Lehre vom Eigentum den Unterschied zwischen Eigentum und Besitz, zwischen dem Substantiellen und bloß Äußerlichen hatten, so haben wir im Verträge die Differenz zwischen dem gemeinsamen Willen als Übereinkunft und dem besonderen als Leistung. ...

[권] 소유와 점유와의 구별, 즉 실제적인 면과 외적인 면과의 구별(45절)은, 계약에 있어서는 합의로서의 공통의 의지와 급부에 의한 이 합의의 실현과의 구별이다.

전자, 즉 성립된 합의는 급부와 구별된 것만으로 볼 때에는 하나의 표상된 것이다. ...

[추가] 우리들은 소유에 관한 학설에 있어 소유와 점유와의 구별, 실제적인 것과 외면적인 데 불과한 것과의 구별을 알 수 있었지만, 마찬가지로 계약에 있어서는 합의로서의 공통의 의지와 급부로서의 특수적인 의지와의 차이를 본다. ...

[임] 소유와 점유의 구별, 즉 물건의 실질적인 면과 외적인 면의 구별(§ 45)은 계약에서는 합의(Übereinkunft)라는 공통의지와 이행(履行, Leistung)에 따른 합의의 실현과의 구별로 전화한다. 전자에서 합의의 성립은 이를 이행과 구별해 그 자체만으로 보면 관념적인 것으로 ...

[추가] 우리는 소유(재산)에 관한 학설에서 소유와 점유의 구별, 실질적인 것과 한낱 외면적인 것의 구별에 대해 알아보았지만 마찬가지로 계약에서는 합의로서의 공통의 의지와 이행으로서의 특수한 의지의 차이가 눈에 띈다. ...

여기서는 [임]의 경우 “전화”(轉化)(wird의 번역)는 “소유 : 점유 = 합의 : 급부”의 비례관계를 표현하기에는 지나치게 강하다. 또한 “합의의 성립”은 원어에

충실한 “성립된 합의”보다 좋지 않은 번역이다. 후자는 “표상된 것” 내지 “관념적인 것”일 수 있지만, 전자는 그렇지 않기 때문이다. “소유에 관한 학설”은 헤겔 스스로 소유를 다루고 있는 부분을 지시하는 것이므로, “소유론”이 더 정확한 역어이다. [권]에 보이는 “소유와 점유와의 구별”은 어딘지 모르게 일본어 냄새가 난다(‘所有と占有との區別’). Leistung은 적어도 현재의 문맥에서는 ‘합의의 실현’, 즉 ‘이행’(해당 독일어는 Erfüllung)을 위한 수단[durch]이므로 ‘급부’라는 역어가 더 적절하다고 생각된다. 헤겔의 所論 자체로 말하자면, 여기서 제시하고 있는 비례등식이 과연 실익이 있는 논의인지 의문이다. 이곳에서는 생략했지만 결국 헤겔이 말하고 있는 것은 합의와 급부는 별개로 분리될 수도, 또 함께 맞아떨어질 수도 있다(법학에서 말하는 현실매매)는 것인데, 앞의 경우를 교양 있는 민족에게, 뒤의 경우를 ‘미개한’([임])/‘조야한’([권]) 민족에게 해당시킴으로써 어디서나 발견되는 행위유형을 영똥한 요소에 결부시키면서 성급한 일반화의 오류를 범하고 있다.

2. 법률용어의 역어 문제

이제 이하에서는 더 이상 번역문을 제시하고 문제점을 지적하는 방식의 작업은 하지 않기로 한다. 이상의 논의를 통해서 번역문 자체의 문제점이 충분히 드러났다고 여겨지기 때문이다. 대신에 이하에서는 법률용어의 역어를 중점적으로 살피기로 한다.

§ 79 [주해]

Der Unterschied von einem bloßen Versprechen und einem Vertrag liegt darin, daß in jenem das, was ich schenken, tun, leisten wolle, als ein *Zukünftiges* ausgesprochen ist und noch eine *subjektive Bestimmung* meines Willens bleibt, die ich hiermit noch ändern kann. Die Stipulation des Vertrags hingegen ist schon selbst das Dasein meines Willensbeschlusses in dem Sinne, daß ich meine Sache hiermit veräußert, sie *jetzt* aufgehört habe, mein Eigentum zu sein, und daß ich sie bereits als Eigentum des anderen anerkenne. Die römische Unterscheidung zwischen *pactum* und *contractus* ist von schlechter Art. — ... — Daß es übrigens im positiven Rechte sogenannte *Real-Kontrakte* gibt, zum Unterschiede von sogenannten *Konsensual-Kontrakten* in dem Sinne, daß jene nur

für vollgültig angesehen werden, wenn zu der Einwilligung die wirkliche Leistung (res, traditio rei) hinzukommt, tut nichts zur Sache. Jene sind teils die besonderen Fälle, wo mich diese Übergabe erst in den Stand setzt, meinerseits leisten zu können, und meine Verbindlichkeit, zu leisten, sich allein auf die Sache, insofern ich sie in die Hände erhalten, bezieht, wie beim Darlehn, Leihkontrakt und Depositum (was auch noch bei anderen Verträgen der Fall sein kann); — ein Umstand, der nicht die Natur des Verhältnisses der Stipulation zur Leistung, sondern die Art und Weise des Leistens betrifft —, teils bleibt es überhaupt der Willkür überlassen, in einem Vertrag zu stipulieren, daß die Verbindlichkeit des einen zur Leistung nicht im Verträge als solchem selbst liegen, sondern erst von der Leistung des anderen abhängig sein solle.

헤겔은 아직 구속적이지 않고, 그래서 일방적으로 변경할 수 있는 “단순한 약속”(bloßes Versprechen)을 구속적인 Stipulation과 구별하면서, 로마법상의 pactum과 contractus의 구별은 “나쁜 구별방식”이라고 강변한다. 이 부분의 번역은 이들 법률용어가 아주 특정한 法敎義學的인 개념내용을 가지는 만큼 더욱더 주의할 필요가 있다.

[권] 로마법에 있어서의 「약속」과 「계약」과의 구별세우기¹⁴⁾는 곤란하다.

각주 14) 「약속(pactum)」과 「계약(contractus)」의 구별은, 하이네키우스에 의하면 특별한 명의(名義)와 약인(約因) 혹은 대가(代價)가 없는 것과 있는 것과의 구별이다. 그러나 그것이 없는 약속이라도 그 본성상 시민적 책무를 낳는다. 약속은 어떤 계약을 할 의도의 표현, 「나는 팔 용의가 있다」고 하는 표현 법으로서, 법률로 강제하지는 못한다. 「단순한 약속으로부터는 소권(訴權)은 생기지 않는다」는 것이 로마법의 원칙으로서, 약속에 채무관계가 부가되어야만 비로소 계약이 성립한다. 단, 동의계약(contractus consensu)만은 예외로서, 그것은 약속만으로 성립한다.

[임] 로마법에서는 약속(pactum)과 계약(contractus)의 구별이 제대로 정립되어 있지 않다.¹²⁾

각주 12) 하이네키우스에 따르면 Pactum과 Contractus의 구별은 특별한 명의(名義)와 consideratio(약인[約因]·대가[代價])의 유무의 차이에서 비롯되는데,

그것이 없는 쪽에 해당하는 Pactum에도 그 본성상 시민적인 채무는 달라도 법률상의 강제는 생겨나지 않는다. ‘단적인 약속만으로 소권(訴權)은 생겨나지 않는다’는 로마법의 원칙을 지키고 있다.

‘von schlechter Art sein’을 “곤란하다”거나 “제대로 정립되어 있지 않다”고 번역하면 완전히 틀린 것이다. Pactum과 contractus를 로마법상으로 이해하게 되면, 로마법상 pactum과 contractus의 구별은 오히려 완전히 정립되어 있었고, 그 구별은 전혀 곤란하지도 않았다. 그럼에도 불구하고 두 번역본이 위와 같이 번역을 하게 된 사정은 헤겔이 pactum을 bloßes Versprechen에, contractus를 Stipulation에 해당하는 것으로 보고 이 둘 사이의 구별이 로마법에서는 제대로 이루어지지 않았다고 천명한 것으로 파악했기 때문일 것이다. 그러나 이러한 해석은 헤겔이 bloßes Versprechen과 Stipulation을 각각 pactum과 contractus에 바로 해당한다고 여겼다가보다는 그에 비견할 만한 것으로만 생각했을 뿐임을 간과한 것이다. 왜냐하면 로마법상의 구별이 바로 자신의 구별과 같은 것이었다면 로마법상의 구별은 제대로 된 구별이 아닌 “나쁜 구별”이라고 주장했을 리 만무하기 때문이다. 그런데 여기서 과연 이러한 비교가 합당한 것인지가 의문이다. 첫째로, 로마법상 pactum은 두 번역자가 채택한 역어인 “약속”, 그리고 이 역어가 지시하는 Versprechen과는 전혀 다른 것이기 때문이다. 로마법학에서는 이를 “無方式의約定” 또는 경우에 따라서 형용사 nudum을 붙여서 “裸약정”이라고 부른다. 이것은 로마법상 일정한 방식을 갖추어 독자적인 contractus로서 승인된 “계약”에는 속하지 않지만, 당사자들 간에 무방식이긴 하지만 어쨌든 합의가 이루어져 단순히 일방적인 약속과는 달리 이미 “약정”[agreement]인 것이고, 다만 contractus에 인정되는 온전한 주된 효과, 즉 상대방의 이행을 訴求할 수 있는 訴權(actio)이 없다—두 번역 모두 이 원칙을 인용하고 있다—는 점이 독특할 뿐이다.⁴¹⁾ 따라서 이를 “약속”으로 번역하는 것도 잘못이고, 또 헤겔 자신이 이를 “약속”에 해당하는 것으로 보았다면 이 또한 잘못이고, 헤겔은 그렇지 않았는데 번역자들이 그렇게 본 것이라고 해도 이 또한 잘못이다. 둘째로, 헤겔의 Stipulation과 로마법상의 contractus의 비교도 마뜩치 않기는 pactum의 경우 못지않다. 후자가 보다 넓은 외연을 가지고 있었기 때문이다. 어쨌든 로마법상 pactum과 contractus의 구별은

41) 가령 Zoltán Végh, “Pactum”, in: *Der Kleine Pauly, Lexikon der Antike*, Band 4 (Deutscher Taschenbuch Verlag: München, 1979), 397-399 참조.

그것 나름으로 논리와 체계에 따른 구별로서, 이를 “나쁜 구별방식”이라고 매도할 이유는 헤겔의 구별을 추종하더라도 발견되지 않는다. 그것은 “나쁜 것”이 아니라 “다른 것”이다.

한편, 두 번역 모두 각주에서 하이네키우스(Johann Gottlieb Heineccius [Heinecke], 1681-1741)를 인용한 같은 설명을 덧붙이고 있는데, 이곳에서도 번역상의 부정확성을 쉽게 찾을 수 있다. 이곳의 설명을 곧이곧대로 받아들인다면 가령 약속은 “법률로 강제하지는 못한다”는 것을 약속을 하도록 강제하지 못한다는 취지로 이해해야 한다면 약속에는 “법률상의 강제는 생겨나지 않는다”는 것과는 전혀 다른 얘기가 된다. 앞의 것을 뒤의 것과 같은 취지로 쓴 것이라면 가령 약속은 “그 이행을 법률로 강제하지는 못한다”라는 식으로 보다 분명하게 표현하지 않으면 안 될 것이다. pactum은 소권은 없지만, 항변권은 발생시킨다. “시민적 책무”가 이를 말하는 것인지, 아니면 다른 무엇인지도 불분명하다. 영미 법상의 개념인 約因(consideration)을 동원하여 설명했다는 하이네키우스의 정확한 전거를 밝혔어야 하지 않았을까? 법학의 입장에서 보면, 각주의 설명은 전체적으로 부정확하고 요령부득이다.

그밖에 두 번역본 모두 contractus consensu 내지 Konsensual-Kontrakte는 “동의 계약”으로, Real-Kontrakte는 “물적 계약”으로 표현하였다. 이것들을 법학에서는 “諾成계약”과 “要物계약” 또는 “踐成계약”이라 부른다는 것은 상식이다. Darlehn, Leihkontrakt, Depositum을 [권]은 “대부, 대차계약, 기탁”으로, [임]은 “대부, 채권, 기탁”으로 옮겼다. 법학에서는 “소비대차, 사용대차, 임치(任置)”라고 부른다. 특히 [임]의 두 번째 역어인 “채권”은 그야말로 틀린 번역이다. 기탁(寄託)은 任置의 일본용어이다. 이들 용어는 다음에 살펴볼 § 80에서는 또 다르게 번역되어 전문법률용어 번역상의 일관성 또한 결여되었다는 점도 지적하지 않을 수 없다.

§ 80

Die *Einteilung* der Verträge und eine darauf gegründete verständige Abhandlung ihrer Arten ist nicht von äußerlichen Umständen, sondern von Unterschieden, die in der Natur des Vertrags selbst liegen, herzuziehen. — Diese Unterschiede sind der von formellem und von reellem Vertrag, dann von Eigentum und von Besitz und Gebrauch, Wert und von spezifischer Sache. Es ergeben sich demnach *folgende Arten* (die hier gegebene Einteilung trifft im

ganzen mit der Kantischen Einteilung, »Metaphys. Anfangsgründe der Rechtslehre«, S. 120 ff., zusammen, und es wäre längst zu erwarten gewesen, daß der gewöhnliche Schlendrian der Einteilung der Verträge in Real- und Konsensual-, genannte und ungenannte Kontrakte usf. gegen die vernünftige Einteilung aufgegeben worden wäre):

A. *Schenkungsvertrag*, und zwar

1. einer Sache; eigentlich sogenannte *Schenkung*,
2. das *Leihen* einer Sache, als Verschenkung eines *Teils* oder des *beschränkten Genusses* und *Gebrauchs* derselben; der Verleiher bleibt hierbei *Eigentümer* der Sache (*mutuum* und *commodatum* ohne Zinsen). Die Sache ist dabei entweder eine *spezifische*, oder aber wird sie, wenn sie auch eine solche ist, doch als eine allgemeine angesehen oder gilt (wie Geld) als eine für sich allgemeine.
3. *Schenkung* einer *Dienstleistung* überhaupt, z. B, der bloßen Aufbewahrung eines Eigentums (*depositum*); — die Schenkung einer Sache mit der besonderen Bedingung, daß der andere erst Eigentümer wird auf den *Zeitpunkt des Todes* des Schenkenden, d.h. auf den Zeitpunkt, wo dieser ohnehin nicht mehr Eigentümer ist, die *testamentarische* Disposition, liegt nicht im Begriffe des Vertrags, sondern setzt die bürgerliche Gesellschaft und eine positive Gesetzgebung voraus.

B. *Tauschvertrag*,

1. *Tausch* als solcher:
 - a) einer *Sache* überhaupt, d. i. einer *spezifischen* Sache gegen eine andere desgleichen.
 - β) *Kauf* oder *Verkauf* (*emptio venditio*); Tausch einer *spezifischen* Sache gegen eine, die als die allgemeine bestimmt ist, d. i. welche nur als der *Wert* ohne die andere spezifische Bestimmung zur Benutzung gilt, — gegen *Geld*.
2. *Vermietung* (*locatio conductio*), *Veräußerung* des *temporären Gebrauchs* eines Eigentums gegen *Mietzins*, und zwar
 - a) einer *spezifischen* Sache, eigentliche Vermietung, — oder

β) einer *allgemeinen Sache*, so daß der Verleiher nur Eigentümer dieser oder, was dasselbe ist, des *Wertes* bleibt, — *Anleihe* (*mutuum*, jenes auch *commodatum* mit einem Mietzins; — die weitere empirische Beschaffenheit der Sache, ob sie ein Stock, Geräte, Haus usf., *res fungibilis* oder *non fungibilis* ist, bringt (wie im Verleihen als Schenken Nr. 2) andere besondere, übrigens aber nicht wichtige Bestimmungen herbei).

3. *Lohnvertrag* (*locatio operae*), Veräußerung meines *Produzierens* oder *Dienstleistens*, insofern es nämlich veräußerlich ist, auf eine beschränkte Zeit oder nach sonst einer Beschränkung (s. § 67).

Verwandt ist hiermit das *Mandat* und andere Verträge, wo die Leistung auf Charakter und Zutrauen oder auf höheren Talenten beruht und eine *Inkommensurabilität* des Geleisteten gegen einen äußeren Wert (der hier auch nicht *Lohn*, sondern *Honorar* heißt) eintritt.

C. *Vervollständigung* eines *Vertrags* (*cautio*) durch *Verpfändung*.

Bei den Verträgen, wo ich die Benutzung einer Sache veräußere, bin ich nicht im Besitz, aber noch Eigentümer derselben (wie bei der Vermietung). Ferner kann ich bei Tausch-, Kauf-, auch Schenkungsverträgen Eigentümer geworden sein, ohne noch im Besitz zu sein, so wie überhaupt in Ansehung irgendeiner Leistung, wenn nicht *Zug um Zug* stattfindet, diese Trennung eintritt. Daß ich nun auch im wirklichen *Besitze* des *Werts*, als welcher noch oder bereits mein Eigentum ist, in dem einen Falle bleibe oder in dem anderen Falle darein gesetzt werde, ohne daß ich im Besitze der *spezifischen* Sache bin, die ich überlasse oder die mir werden soll, dies wird durch das *Pfand* bewirkt — eine spezifische Sache, die aber nur nach dem *Werte* meines zum Besitz überlassenen oder des mir schuldigen Eigentums mein Eigentum ist, nach ihrer spezifischen Beschaffenheit und Mehrwerte aber Eigentum des Verpfändenden bleibt. Die Verpfändung ist daher nicht selbst ein Vertrag, sondern nur eine Stipulation (§ 77), das einen Vertrag in Rücksicht auf den Besitz des Eigentums vervollständigende Moment. — *Hypothek*, *Bürgschaft* sind besondere Formen hiervon.

Genannte und ungenannte Kontrakte는 [권]은 “定名계약”과 “無名계약”으로, [임]은 “記名계약”과 “무기명계약”으로 옳기고 있는데, 법학에서는 전자는 “有名계약”, 후자는 “無名계약”으로 부른다. 법학에서 “記名”은 성명의 기재를 의미하는 경우에만 사용하며 계약의 분류에서는 사용하지 않는다. “定名계약”도 의미상으로는 타할 것이 없으나 법학의 관행과는 다르다. 이하에서는 순서대로 등장하는 계약 관련 용어의 역어를 살피기로 한다. 특별히 언급할 점은 *를 붙였으며 다시 논하되, 그밖에는 법학에서 통용되는 역어를 → 다음에 표시하는 데 그치기로 한다.

A. Schenkungsvertrag [권] [임] 증여계약*

1. Schenkung [권] [임] 증여*
2. Leihen [권] [임] 물건의 대여* → 대차
 mutuum [권] 소비대여, [임] 소비대차* → 소비대차
 commodatum [권] 사용대여, [임] 사용대차* → 사용대차
3. depositum [권] [임] 수탁 → 임치

B. Tauschvertrag [권] [임] 교환계약*

1. Tausch [권] [임] 교환*
 - a) spezifische Sache [권] [임] 특수한 물건 → 특정물
 - β) Kauf und Verkauf (emptio venditio [권] [임] 매매
2. Vermietung (locatio conductio) [권] [임] 임대 → 임약(賃約)*
 - a) Vermietung [권] [임] 임대*
 - β) allgemeine Sache [권] 보편적 물건, [임] 일반적인 물건*
 Anleihe [권] [임] 차입금의 임대* → 금전소비대차
 mutuum [권] 소비대여, [임] 소비임대* → 소비대차
 commodatum [권] 사용대여, [임] 사용임대* → 사용대차
3. Lohnvertrag (locatio operae) [권] [임] 고용계약*
 Mandat [권] 위임, [임] 변호인의 소송인수 → 위임(委任)

C. Verpfändung [권] 저당잡힘, [임] 저당 설정 → 담보설정

- cautio [권] [임] 보증* → 담보제공
 Kaufvertrag [권] 구매계약, [임] 매매계약 → 매매계약
 Pfand [권] [임] 저당 → 질권*
 Hypothek [권] [임] 담보 → 저당권*
 Bürgschaft [권] 보증인, [임] 보증인의 설정 → 人的 보증

우선, 헤겔은 “증여계약”과 “증여”를, 또 “교환계약”과 “교환”을 구별하는데, 앞의 것이 뒤의 것을 그 하위의 種으로 포섭한다는 점에서 같은 어휘가 구사되는 것은 혼란스럽다. 그렇다면 번역에서만이라도 재량을 발휘하여 그 취지를 살리면서 혼동을 피할 수 있는 번역을 시도하는 것이 바람직할 것이다. 가령 “寄贈계약”과 “증여”, “相換계약”과 “교환” 하는 식으로 말이다. Leihen은 특정물(이 경우 사용대차)이나 금전(이 경우 소비대차)을 대차하는 것을 총칭한다. 헤겔은 또 Vermietung의 경우에도 넓은 의미와 좁은 의미의 것에 대해 동일한 용어를 사용하고 있는데, 앞서 지적했듯이 이것은 피할 수 있으면 피하는 것이 좋은 용법이다. 법학에서는 특정물의 경우에는 (물건의) “임대차”라고 하고, 총칭의 상위 개념일 때에는 “賃約”이라고 부르는데, 이 후자는 로마법상의 locatio conductio에, 전자는 locatio conductio rei에 각 해당하는 것이다. 요즈음 독일어 표현이라면 임대차의 경우 Mietе(사용임대차)나 Pacht(용익임대차)라는 어휘를 썼을 것이다. 헤겔이 독특한 자기 식 어법으로 말하는 allgemeine Sache란 한마디로 가치를 표창하는 금전이다. 이를 굳이 번역하자면 “보편물(普遍物)” 정도가 어떨까 싶다. Mutuum과 commodatum에 관한 한 [임]의 경우 앞에서는 “소비대차”, “사용대차”라고 했다가, 뒤에서는 “소비임대”, “사용임대”라고 하여 일관성이 없다. 無償의 경우와 有償의 경우를 구별한 것이라면 역어가 달라진 이유가 될 수 있겠으나, 과연 그런 것인지는 불분명하다.

여기서 헤겔의 논리상 모순이 세 가지나 발견된다.

- ① 첫째로, 有償의 사용대차(commodatum)란 개념적으로 임대차(locatio conductio rei)와 구별이 안 되는 것이어서, 종래 법학에서는 발견할 수 없는 범형상인데, 이를 명언하고 있다. 또 굳이 하나만 더 지적하자면 아주 엄밀한 의미에서는 mutuum은 로마법상의 범형상으로서 언제나 無償이었으며, 따라서 有償의 소비대차는 라틴어인 mutuum을 사용하여 표시해서는 안 되고 가령 Darlehen(svertrag)와 같은 용어를 사용해야 할 것이다.⁴²⁾
- ② 둘째로, 금전의 대여자가 여전히 그 소유자로 남는다는 상황은 법학에서는 불가능하다. 금전은 그 가치 담지자로서의 특수성으로 인하여 통상 수령자의 소유로 넘어가기 때문이다. 그런 이유로 해서 로마법 이래로 금전의 대차는 要物계약인 消費대차(mutuum)라는 별개의 계약유형을 구성하고, 이를 낙성계약인 賃約(locatio conductio)과는 무관한 것으로 취급해 온 것인데, 헤겔은 이를 類와 種의 관계로 변전시켜 버린 것이다. 그것도 자신이 추종

42) 이 제1점에 관해 Villey (위 주 1), 188도 同旨이다.

했다고 주장하는 칸트가 이 유형의 계약을 후술하듯이 Verdingungsvertrag (헤겔은 이를 광의의 Vermietung이라 하지만 용어 선택이 칸트만 못하다)가 아니라 제대로 Veräußerungsvertrag(헤겔은 이를 광의의 Tauschvertrag라 하지만 역시 용어 선택이 칸트에 뒤진다)의 범주에 집어넣고 있는 것과 상반되게 말이다.

- ③ 셋째로는, 전통적인 계약분류와 달리 고용계약을 locatio conductio와 병렬적인 것으로 다루고 있다. 전통적인 이해에 따르면 賃約에는 임대차, 고용, 도급의 3자가 포함된다. 고용계약의 경우 그 용어는 locatio conductio operarum이 정확한 것인데, 헤겔은 이를 locatio operae라고 특이하게 표현하였다. 이것은 실은 후술하듯이 칸트의 용어법을 따온 것이다. 그러나 무슨 이유에서인지 제대로 된 칸트의 분류체계를 벗어나므로써 스스로 문제를 만들어 내고 말았다.

나머지 부분에서 헤겔은 담보의 설정에 의한 계약의 공고화와 관련하여 “계약의 완벽화”라는 제하에 논의하고 있는데, 물적 담보와 인적 담보의 구별, 질권과 저당권의 구별과 같은 법학의 주요문제들을 적절히 다루는 대신에 그 담보물의 가치 귀속이라는 측면에서만 자기 식으로 설명할 뿐이다. 이때 동원된 cautio라는 용어는 로마법으로부터 차용된 것인데, 一義的으로 번역하기에는 다양한 내용을 담고 있어서⁴³⁾ 두 번역서가 이를 만연히 “보증”이라고 옮긴 것을 탓하기도 어렵지만, 실은 이 표현도 칸트의 용어법을 따온 것이므로, 칸트의 경우처럼 “담보제공계약”으로 이해하면 될 것이다.

이미 이상의 검토로부터도 헤겔의 계약론이 요령부득이고 법학의 입장에서 거의 무용한 것임이 드러났지만, 이 분류가 언필칭 칸트(Immanuel Kant, 1724-1804)의 형이상학적 법론의 그것과 대동소이하다는 주장을 펴고 있으므로 여기에 칸트의 분류⁴⁴⁾를 소개하여 비교자료로 삼도록 하겠다.

Alle Verträge nämlich haben entweder A. einseitigen Erwerb (wohlthätiger Vertrag), oder B. wechselseitigen (belästigter Vertrag). oder gar keinen Erwerb, sondern nur C. Sicherheit des Seinen (der einerseits wohlthätig, anderseits doch

43) 줄고, “법과 문학 사이에서” (위 주 2), 315 참조.

44) Kant, *Die Metaphysik der Sitten: Die Streit der Fakultäten*, herausgegeben von Dr. Benzion Kellermann, verlegt bei Bruno Cassirer, Berlin 1922 (Immanuel Kants Werke, herausgegeben von Ernst Cassirer, Band VII), 90f. (§ 31).

auch zugleich belästigend sein kann) zur Absicht.

A. Der wohlthätige Vertrag (*pactum gratuitum*) ist:

- a) Die Aufbewahrung des anvertrauten Guts (*depositum*)
- b) Das Verleihen einer Sache (*commodatum*)
- c) Die Verschenkung (*donatio*)

B. Der belästige Vertrag.

I. Der Veräußerungsvertrag (*permutatio late sic dicta*)

- a) Der Tausch (*permutatio stricte dicta*). Ware gegen Ware.
- b) Der Kauf und Verkauf (*emptio venditio*). Ware gegen Geld.
- c) Die Anleihe (*mutuum*): Veräußerung einer Sache unter der Bedingung, sie nur der Spezies nach wieder zu erhalten (z.B. Getreide gegen Getreide, oder Geld gegen Geld).

II. Der Verdingungsvertrag (*locatio conductio*).

a. Die Verdingung meiner Sache an einen andern zum Gebrauch derselben (*locatio rei*), welche, wenn sie nur *in specie* wiedererstattet werden darf, als belästigter Vertrag auch mit Verzinsung verbunden sein kann (*pactum usuarium*).

β. Der Lohnvertrag (*locatio operae*), d.i. die Bewilligung des Gebrauchs meiner Kräfte an einen anderen für einen bestimmten Preis (*merces*). Der Arbeiter nach diesem Vertrage ist der Lohndiener (*mercennarius*).

γ. Der Bevollmächtigungsvertrag (*mandatum*): Die Geschäftsführung an der Stelle und im Namen eines anderen, welche, wenn sie bloß an des anderen Stelle, nicht zugleich in seinem (des Vertretenen) Namen geführt wird, Geschäftsführung ohne Auftrag (*gestio negotii*), wird sie aber im Namen des anderen verrichtet, Mandat heißt, das hier als Verdingungsvertrag ein belästigter Vertrag (*mandatum onerosum*) ist.

C. Der Zusicherungsvertrag (*cautio*).

- a) Die Verpfändung und Pfandnehmung. zusammen (*pignus*).
- b) Die Gutsagung für das Versprechen eines anderen (*fideiussio*).
- c) Die persönliche Verbürgung (*praestatio obsidis*).

...

칸트의 경우에도 법학의 관점에서 논할 문제점이 없는 것은 아니지만, 적어도 헤겔과 비교할 때 그 개념의 규정, 어휘의 선택과 용어법, 분류의 기준과 체계의 명징성이 두드러진다. 특히 칸트의 경우에는 라틴어 용어가 독일어 용어에 대한 부연의 취지에서 언급된 것이고, 로마법에서 연원하는 그것들로부터 역으로 독일어 용어의 의미내용이 유추되는 것이 아님을 분명히 인식할 수 있는 데 반하여, 헤겔의 경우에는 이 점이 또한 분명하지 않은 난점이 있다. 칸트의 경우 이미 지적했지만 특히 Anleihe의 분류상 위치가 헤겔과 다른 점이라든가, 또 담보제공에 물적 담보와 인적 보증 외에 人質까지 포함시킨 그 체계성에 주목할 필요가 있다. 전체적으로 볼 때 칸트의 분류를 본받았다는 헤겔의 주장 자체가 쉽사리 믿기지 않는 까닭이다.⁴⁵⁾

계약론의 마지막 절로서 다음 주제인 불법행위로 넘어가기 위한 연결고리인 § 81에 대한 논의는 생략하기로 한다.⁴⁶⁾ 그 대신 헤겔 <법철학>은 그 자체로서도 수많은 문제점이 있지만,⁴⁷⁾ 번역본은 또 번역본대로 수많은 번역상의 문제점이 있으며, 이는 지금까지 살펴본 계약론에 국한되지 않는다는 점을 분명히 하고자 한다. 적어도 계약론에 한하여 판단한다면, 전체로서는 직역을 추구한 [권]의 번역이 종종 충분히 소화되지 않은 상태에서 가독성을 고려하는 시도를 한 [임]의 번역보다는 정확성의 면에서 다소 낫다는 인상을 받았지만, 어차피 오십보백보이다. 법에 대한 무지가 어떤 오역을 낳는지를 마지막으로 계약론 아닌 곳에서 취한 한 가지 예를 더 들어 보임으로써 이 글을 마무리하기로 한다.

§ 40 [주해] ... im römischen Rechte ist hiermit sogar die Persönlichkeit selbst, als gegenüber der Sklaverei, nur ein *Stand, Zustand*. Der Inhalt des römischen sogenannten Personenrechtes betrifft dann außer dem Recht an *Sklaven*, wozu ungefähr auch die Kinder gehören, und dem Zustande der *Rechtlosigkeit* (*capitis*

45) 이런 의미에서 Villey가 헤겔의 경우 도처에서 발견되는 수많은 오류들에 대하여 그 자신에게는 책임이 없느냐, 그는 그것들을 칸트 등으로부터 받아들인 것이기 때문이라고 설시하는 것(위 주 1, 187)에 대해 일정한 유보가 필요한 것으로 보인다.

46) Cf. Landau (위 주 21), 183ff.

47) 이것은 법학의 입장에서 헤겔 법철학에 대해 이미 내려진 공공연한 결론이다. Donald R. Kelley, *The Human Measure. Social Thought in the Western Legal Tradition* (Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts/London, England, 1990), 254-257; Villey (위 주 1) 참조(특히 결론, 192: “헤겔은 자유의지에 관하여, 주체의 자유에 관하여, 즉 많은 철학자들이 법이라고 생각하는 것에 관하여 소설을 쓴 것이다. . . . 따라서 우리 법률가들에 있어서는 법은 헤겔이 멈추어 선 그 곳에서 시작된다.”).

diminutio) die *Familienverhältnisse*.

[권] … 그러므로 로마법에 있어서는 인격성 그 자체까지도 노예와 대비시킨 것으로서 하나의 입장 혹은 신분(Stand) 및 상태(Zustand)일 뿐이다. 따라서 로마법의 이른바 인격법의 내용은 노예—여기에는 어린이도 역시 속한다고 해도 좋은—에 대한 권리와 무권리의 상태(공민권 멸실 : *capitis diminutio*) 이외에도 가족 제관계에 관련되는 것이었다. …

[임] … 그리하여 로마법에서는 심지어 인격성 자체마저도 노예와 대비되는 것으로, 어디까지나 하나의 신분(Stand) 또는 지위(Zustand)에 지나지 않는다. 따라서 로마법에서 이른바 인격권의 내용은 어린이까지 속해 있다고 할 노예에 대한 권리와 무권리 상태(공민권 상실, *capitis diminutio*) 이외에 가족관계와 관련되는 것이다. …

*Persönlichkeit*는 법이 자연인과 법인에게 인정한 권리와 의무의 주체성을 의미하며 법에서 “인격”으로 굳어진 용어이다. 이것과 대비되는 것은 “노예”(Sklave)가 아니라 “Sklaverei”, 곧 “노예신분”이다. “*Personenrecht*”는 “인격법”도 “인격권”도 아니고, 人의 법률문제를 다루는 “人法”이다. 그리하여 이 人法이 다루는 것이 “노예에 대한 권리”의 문제, 즉 “노예법”과 *capitis diminutio*, 즉 “頭格減少” = “신분변동”의 문제와 “가족관계”, 즉 “가족법”이라는 것이다. 특히 두격감소는 가족신분의 변동, 로마시민신분의 상실, 자유인으로서의 지위의 상실, 즉 노예화를 포괄하는 개념으로서⁴⁸⁾ 이것을 “공민권 상실”(이 경우 “멸실”이라는 용어는 부적절하다)로 막연히, 그리고 틀리게 표현하는 것은 중대한 번역상의 오류에 속한다. 번역이란 최선의 경우에도 메아리에 지나지 않는다⁴⁹⁾고 그냥 지나칠 일이 결코 아니다.

IV. 맺음말

이제 끝맺음으로 옛 로마의 한 저명한 법률가가 법률의 해석과 관련하여 갈파했던 금언을 상기하고자 한다. 고전 성기에 프로쿨루스 학파의 주장이었던 켈수

48) 졸저, *로마법강의* (1999), 278.

49) *La traduzione è, nel migliore dei casi, una eco* (Elena Spagnol, *Enciclopedia delle citazioni* [Garzanti, 2000], no. 1675, 1, p.974). 영국의 작가 George Henry Borrow (1803-81)의 소설 *Lavengro* (1851)에 나오는 말이라고 한다.

스는 다음과 같은 명언을 남겼다.⁵⁰⁾

D.1.3.17 Celsus libro XXVI digestorum.

Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem.

(법률을 안다는 것은 그 문언을 파악하는 것이 아니라, 그 의미와 취지를 파악함을 말한다.)

D.1.3.24 Celsus libro VIII digestorum.

Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere.

(전체 법률을 꿰뚫지 않고서 그것의 어떤 일부만을 염두에 둔 채 심판하거나 대답하는 것은 합당치 않은 일이다.)

그 정신을 살려 표현해 본다면, 헤겔의 <법철학>을 번역하는 작업은 그 문언을 재현하는 것이 아니라, 그 취지를 살리는 작업이고, 법과 철학의 전부를 고려하지 않은 채 어느 일부에 의존하여 번역을 한다면 이는 비학문적인 태도라는 얘기가 될 것이다. 이것은 철학도가 법 관련 문헌을 번역할 때이든, 법학도가 철학 관련 문헌을 번역할 때이든, 언제나 타당한 요청일 것이다. 물론 이러한 요청은 번역 작업에만 한하지도, 법철학에만 해당하는 것도 아니다. 우리가 말로는 쉽게 ‘학제적 연구’니 ‘제학문의 통섭’이니 운운 하지만, 정작 그 실천은 매우 저조한 것이 실정이다(물론 학문들 각각의 본성상의 한계도 있다). 이러한 거창한 구호에 앞서서 상호간의 존중과 겸허한 자세 속에서 학문 서로 간에 최소한의 정보교환과 소통만이라도 이루어졌으면 하는 바람이다. 그런 노력에도 불구하고 아마도 우리는 여전히 “거울에 비추어 보듯이 희미하게” 보고 “불완전하게 알 뿐”이겠지만(I 코린토 13:12 [공동번역]), 또한 바로 그렇기 때문에 선인의 경고를 늘 가슴에 새겨야 하는 것 아닌가 싶다.

“Γνωθι σεαυτόν” (너 자신을 알라)

투고일 2009. 2. 2 심사완료일 2009. 3. 12 게재확정일 2009. 3. 13

⁵⁰⁾ 물론 이들 개소에 대한 원문맥을 고려한 엄밀한 해석은 또 다른 문제이고(졸저, 로마法研究(I) (1995), 50 참조), 그 번역문 또한 여기서 시도한 것과는 다르게, 그것도 다양하게, 표현하는 것이 가능할 것이다(졸저, 같은 책, 94-95; 졸저, 로마法·民法論考 (1999), 499f. 참조).

참고문헌

- 자크 르 고프 지음 · 김정희 옮김, **돈과 구원** (어학사, 1998)
- 막스 베버/박성환 옮김, **경제와 사회·I** (문학과지성사, 1997)
- 블프강 슈말레 지음/박용희 옮김, **유럽의 재발견. 신화와 정체성으로 보는 유럽의 역사** (을유문화사, 2006)
- 최병조, “법과 문학 사이에서 - 키케로 <수사학> 국역본에 대한 총평: 法廷演說 부분을 예증삼아 -”, **서울대학교 法學** 제49권 제4호 (2008. 12), 282-323.
- 최병조, “로마법사료의 이해에 대한 총평 -최자영, 『고대그리스법제사』 (아카넷, 2007)의 출판에 즈음하여-”, **서양고전학연구** 제31집 (2008. 3), 231-256
- 최병조, **로마법강의** (1999)
- 최병조, **로마法·民法論考** (1999)
- 헤겔/권응호 옮김, **법철학강요** (홍신문화사, 초판 1쇄 1990. 7; 초판 9쇄 2008. 3)
- G.W.F. 헤겔 · 임석진 옮김, **법철학** (한길사, 제1판 제1쇄 2008.4)
- 編輯代表 田中英夫, **英米法辭典** (東京大學出版會, 1991)
- Okko Behrends, “Gesetz und Sprache. Das römische Gesetz unter dem Einfluß der hellenistischen Philosophie”(1995), in: derselben, *Institut und Prinzip*, Band I (Wallstein Verlag: Göttingen, 2004), 91-224
- Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung, I. Institutionen*, Gemeinschaftlich übersetzt von Okko Behrends, Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Hans Hermann Seiler (C.F. Müller Juristischer Verlag: Heidelberg, 1990)
- E. Cochrane / J. Kirshner 엮음, 김동호 옮김, **르네상스** (신서원, 2003)
- Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, herausgegeben und eingeleitet von Helmut Reichelt (Verlag Ullstein: Frankfurt/M - Berlin - Wien, 1972)
- G.W.F. Hegel, *Elements of the Philosophy of Right*, translated by H. B. Nisbet (1991)
- Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten: Die Streit der Fakultäten*, herausgegeben von Dr. Benzion Kellermann, verlegt bei Bruno Cassirer, Berlin 1922

- (Immanuel Kants Werke, herausgegeben von Ernst Cassirer, Band VII)
- Donald R. Kelley, *The Human Measure. Social Thought in the Western Legal Tradition* (Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts/London, England, 1990)
- Dudley Knowles, *Hegel and the Philosophy of Right* (Routledge: London and New York, 2002)
- Peter Landau, “Hegels Begründung des Vertragsrechts”, in: Manfred Riedel (Hg.), *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie* (1975), 176-197
- Klaus Luig, “Rezension, Alejandro Guzmán, *Ratio scripta* [Ius commune Sonderhefte 14], Klostermann: Frankfurt/M., 1981”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt.*, Band 101 (1984), 429-435
- R.L. Meek, D.D. Raphael, P.G. Stein 편 · 서진수 역, **애덤스미스의 법학강의 - 상** (자유기업원, 2002)
- Montesquieu, 權美英 역, **법의 精神 I-II** (一信書籍出版社, 1991)
- Montesquieu, 하재홍 옮김, **법의 정신** (동서문화사, 2007)
- Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, I-II (Éditions Gallimard, 1995)
- Montesquieu, *Vom Geist der Gesetze I*, übersetzt und herausgegeben von Ernst Forsthoff (J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen)
- Elena Spagnol, *Enciclopedia delle citazioni* (Garzanti, 2000)
- Zoltán Végh, “Pactum”, in: *Der Kleine Pauly, Lexikon der Antike*, Band 4 (Deutscher Taschenbuch Verlag: München, 1979), 397-399
- Michel Villey, 최병조 · 이호규 공역, “헤겔의 法哲學과 로마법”, **서울대학교 法學** 제27권 제4호 (1986), 176-192
- D. Werkmüller, “Oberhof”, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, III (1984), 1134-1146
- F. Wieacker, *A History of Private Law in Europe with particular reference to Germany*, translated by Tony Weir (Clarendon Press · Oxford, 1995)

<Abstract>

Examining Korean Translations of Hegel's *Philosophy of Law*
 — With a View to Legal Terms and Concepts —

Byoung Jo Choe*

In this article I have mainly examined two Korean translations of Hegel's *Philosophy of Law* with a view to legal terms and concepts. The examination has been concentrated on the second section ("Contract") of the first part ("The Abstract Law") of the book, encompassing §§ 72-81. Besides, I have also touched upon other classical books on legal themes, covering Montesquieu's *De l'Esprit des lois*, Adam Smith's *Lectures on Jurisprudence: Part I*, and Max Weber's *Wirtschaft und Gesellschaft*, and a recent book on the European history.

Although the examination is inevitably partial, the result, indeed, shows a clear picture. The translators, not being jurists, normally did not refer to the legal informations which were urgently needed. They usually translated legal terms and concepts in a wanton way, transmuting them arbitrarily and so rendering readers to understand incorrectly or falsely. The explanations given by the translators in the footnotes also serve readers with some unclear or wrong informations. Sometimes, as is the case with Hegel, the original text itself offers a complex of confused ideas, which causes the translators much more trouble. Apparently, they did not try to get over a painful encounter with this situation. It is difficult to understand why they failed to refer to the legal sources which they could easily find and which could help them without much ado.

It goes without saying that interdisciplinary cooperations must be practiced with open hearts if we really want to have good translations. And the jurists ought to endeavor more eagerly than ever before to initiate translations which academics of other fields have hitherto taken on.

Key words: Adam Smith, Hegel, Max Weber, Montesquieu; Korean Translations, Legal Terms, Philosophy of Law, Translation of Legal Terms

* Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.