

〈서 평〉

田鳳德 著, 「韓國近代法思想史」(博英社, 1981, 321面)

崔 鍾 庫\*

I.

田鳳德博士의 「韓國近代法思想史」의 출간은 흔히 표현하는 대로 韓國法學界의 教科書爲 主의 出版風土에서 알찬 研究書가 발간되었다는 의미에서의 기쁨에 더하여 法學史的인 의의가 뚜렷한 「事件」이라고 불러 마땅하리라 생각한다. 著者를 아는 사람이라면 그가 일찌기 서울法大 講壇에서 「韓國法制史」를 강의하였고, 그후 辯護士, 法學院長 그리고 最近에는 政府의 憲法改正審議委員會 副委員長職의 바쁜 公職活動 속에서도 韓國法史學의 발전을 위하여 「韓國法史學會」를 조직하여 이끌어오시는 등 名實共히 韓國法史學의 泰斗요 元老學者로서 老益壯으로 研究論文을 계속 발표하여 온 사실을 잘 알 것이다. 이번 「韓國近代法思想史」는 著者가 1968년에 「韓國法制史研究」(서울大 出版部)를 출판한 이후 10년간에 걸쳐 발표한 연구논문 가운데 韓國法思想史에 관한 8篇을 모은 것이다. 물론 그 사이에 制度史에 관한 논문도 발표하였지만 田박사의 法史學世界는 法思想史 쪽으로 폭과 깊이를 더한 것을 本書에 실린 논문들을 통하여 역력히 볼 수 있다. 著者는 스스로 말하기를, “法이 인간의 행동을 규율하는 規範體系인 이상 思想을 빼고 法制度나 法理論을 생각할 수 없다”(本書, 3面)고 하고, “法思想을 공부하고 이해하는 것은 어느 시대 어느 사회에서든지 필요하지만 특히 開國期와 같이 시대가 변천하고 사회의 價値觀이나 人間關係가 격변할 때에는 新時代 新社會의 적응에는 法思想의 研究가 필수불가결하다”(3面)고 하여, 著者의 韓國近代法思想史에 대한 진지한 관심을 표명하고 있다.

다 아는 바와 같이, 역사상 여러 차례에 걸쳐 外國法으로부터 영향을 받으면서 20세기까지 걸친 傳統法의 시대를 벗어나 오늘날에는 거의 西歐化된 法體系와 法學을 가진 우리가 이러한 法思想史의 흐름을 바르게 이해하는 것이 무엇보다 중요하다는 것은 설명할 필요도 없겠거니와, 이러한 중요하면서도 못해온 작업을 한국의 代表的 法史學者께서 해내었다는 데에 韓國法學史的 事件으로서의 의미가 크다는 것이다. 그리고 本書를 통하여 韓國法學에도 「韓國法思想史」라는 중요한 장르가 몇몇이 자리잡게 된 것이라 하겠다. 그것이 이제야

\* 法博, 서울大學校 法科大學 專任講師

늦게 이루어졌다는 아쉬움이 없지 않으나 해방 35년을 보낸 成年 韓國法學의 成熟된 징표의 하나라고 해석하고 싶다.

## II.

321페이지에 달하는 本書는 1969년부터 1979년에 걸쳐 著者が 「法史學研究」誌(韓國法史學會刊)등 여러 學術誌에 발표한 8篇의 논문들이 실려있는데, 著者は 이를 두 파트로 나누어, 제 1편은 「綜合的 研究」로서 「韓國의 傳統的 法思想」이라 이름하고, 제 2편은 「個別的研究」로서 「韓國의 近代法思想」이라 編制하였다.

제 1편에는 「經國大典의 編纂과 法思想」, 「傳統的 社會와 法思想」이란 두 논문을 실어 近代法思想 以前의 한국의 法思想의 性格을 종합적으로 照明하고 있다. 300여 페이지의 책에서 50여페이지에 걸쳐 傳統的 法思想을 설명함으로써 近代의 法思想의 이해에 좋은 오리엔테이션이 되는 것 같다. 著者は 우선 한국의 전통적 法思想이 형성될 수 있었던 社會를 일단 李朝社會로 국한하여 朝鮮王朝社會의 性格으로 몇가지 특징을 들어 설명하고 있다. 첫째 그것은 君主專制政治社會였다는 점, 둘째 儒敎主義 社會였다는 점, 셋째 兩班官人政治의 社會였다는 점, 넷째 常人 및 奴婢의 地位가 현저히 낮았다는 점등을 지적하고 있는데, 李朝社會의 여러 특징 가운데 이 네가지 특징을 法思想과 관련시키기 위하여 抽出하였다는 점이 주목된다. 이어서 이러한 社會의 構造 속에서 “전통적인 法이 어떤 위치에 있었고 어떠한 기능을 한 것인가”(44면)하는 “법의 오리엔테이션”(44면)을 著者は ‘法思想’이라 부르고 다시 다음과 같은 몇가지 결론을 이끌어내고 있다.

첫째, 法은 國王의 命令이었고, 그 成文化된 法律은 受敎였다(44면).

둘째, 祖宗成憲을 尊重하였다(46면).

셋째, 法은 官府에 下達되었다(48면).

넷째, 法은 道德의 強制裝置였다(50면).

다섯째, 法의 理想은 絶對的 德治社會의 無訟의 理想郷에 있었다(52~54면).

이러한 통찰은 法史家 田박사의 韓國傳統法에 대한 見解의 압축된 표현이라는 점에서 매우 의미있게 들린다. 사실 한 學者가——더구나 法史學者가——자기의 전공분야에서 어떤 定立된 테에제를 형성한다는 것이 쉽지 않은 것인데, 韓國法制史의 元老學者께서 韓國法에 대하여 이처럼 문명한 테에제를 제시하였다는 것은 田鳳德 法史學의 淵숙성을 말함은 물론이요 後學의 法史學徒들에게도 學問의 視角의 출발점을 제공해준 것이라고 하겠다. 물론 田박사의 이러한 테에제가 얼마나 韓國法思想의 본질로서 보편타당한지, 修正을 요하거나 모자라는 점은 없는가 검토하고 비판하는 데에서 韓國法史學의 學問性은 深化되어갈 것은 설명을 요치않는다(참고로 이와 관련하여 朴秉濠교수가 제시한 韓國法思想의 특징들을 비교하여 보려면 朴秉濠, 傳統的 法·法意識과 現代法의 課題, 「歷史的 脈絡에서 본 現代韓國文化의 方向」1979

收錄, 그리고 崔鍾庫, 韓國人の 法思想, 「月刊朝鮮」 1981년 1월호 참조 마담).

### III.

제 2 편의 「韓國의 近代의 法思想」은 「個別的 研究」라 하였듯이 주로 한국의 近代 開化期의 思想家 들을 중심으로 구성되어 있다. 이에 대해 저자는, “法思想史의 課題로서는 각 時代의 法制度와 法規定의 思想을 概觀하는 研究와 그 批判도 필요하지만 各其 그 時代의 政治家와 法律家의 思想을 분석하고 평가하는 작업도 또한 필요하다고 생각한다”(3면)고 밝히고 있는 점으로 보아 人物이 가지는 法思想史의 意義에 대한 저자의 깊은 관심을 알 수 있다. 本書를 대하면서 분독 獨逸의 法思想史의 大家 에릭 볼프(Erik Wolf)의 名著 「獨逸精神史의 大法思想家傳」(*Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 1. Aufl. 1939)에서 얻는 분위기를 느끼게 되는 것도 法思想史에 있어서 法思想家의 精神世界의 主體的 領域을 최대한 공정하고 사실적으로 서술하려한 태에 있다고 생각된다. 思想이란 時代가 만들어준다고 하지만, 歷史를 창조해나가는 것은 또한 思想이라는 迫力感을 本書를 읽어갈수록 느끼게 되는 所以도 여기에 있지않나 생각된다.

첫편 「開化期의 法思想」은 원래 成均館大學校 大東文化研究院에서 한국 최초로 발간한 「韓國思想大系」Ⅲ(法制思想, 1973)의 近代法思想의 一部分으로 쓴 것으로 안다. 이 논문에 대하여는 評者가 단 곳에 이미 상세히 評한 바가 있거니와(「韓國學報」 제18집, 1980), 近代의 韓國法思想의 성격을 이해하는 가장 근본적인 視覺을 제시하는 중요한 논문이다. 田박사는 國史學界에서 논란이 되어온 實學思想의 성격에 대하여 분명한 입장을 표명하면서, “實學思想은 어디까지나 前近代의 思想의 量的 改良論에 속하고 開化思想은 이와 次元을 달리하는 西歐의 近代思想에의 質的 轉換을 의미한다”(61면)고 몸으로써, 韓國近代法思想은 實學思想이 아니라 開化思想에서 찾아야 한다는 점을 분명히 밝히고 있다. 이어서 이 開化思想 가운데서도 法思想이 骨格을 이루는 것이라고 지적하면서 그것은 또한 “國民의 自由와 權利思想에 照準하여 주로 初期開化黨의 西歐法思想의 受容過程에서 살필”(65면) 수 있는 것으로 보고 있다. 구체적으로 李東仁, 金玉均 그리고 朴泳孝등 開化派 人物들을 열거하면서 이들이 日本의 開化思想家 福澤諭吉과 실제로 접촉한 사실을 詳論하고 있다. 이러한 西歐法思想의 受容의 結果가 甲申政令에서 나타나 國權에 대한 強化, 門閥의 廢止와 人民平等權의 確立, 內閣制度의 構想, 官制改革, 兵制改革등으로 표현되었다고 설명하고 있다. 이어서 問題中心으로 視角을 바꾸어 天賦人權論이 朴泳孝, 俞吉潑, 徐載弼를 거쳐 어떻게 수용되어 普遍化되었는가를 살피고, 계속하여 金玉均의 財產權思想, 朴泳孝의 人權思想, 俞吉潑의 人權思想, 徐載弼의 人權思想을 조목조목 상세하게 분석하고 있다. 이렇게 볼 때 開化思想의 要諦인 人權思想은 한국의 前近代의 封建思想 속에는 없었던 것이요, 비록 日本을 經由하여서이지만 “프로테스탄티즘의 西歐近代精神”(65면)을 開化思想家들이 받아들여

우리의 것으로 만든 것이라는 방향으로 이해하고 있다. 그것은, “開化思想은 近代化思想이며 솔직하게 말해서 西歐化思想(westernization) 또는 西洋主義(westernism)라고 해석하여도 무방할 것이다”(61면)는 표현에서도 분명히 드러난다고 하겠다. 뒤에 얘기하겠지만 本書가 던져주고 있는 최대의 문제점이라 할 法思想에 있어서 傳統과 近代의 連結인가 斷切인가 하는 문제가 여기 人權思想에 있어 구체적으로 드러난다고 하겠다. 田박사는 이 점에서 그의 비판적인 傳統社會觀, 傳統法律觀을 바탕으로 분명히 “斷切”로 보는 立場을 취하고 있으며, 여기에 그의 法思想史家로서의 視角이 선명히 드러나는 것 같다.

둘째 논문 「大韓國 國制의 制定과 基本思想」은 보다 구체적인 테에마로서, 西歐法思想이 開化期의 한국 法秩序에 실제로 어떻게 영향을 주었는가를 추구하고 있다. 著者は 1899년에 근대적 의미의 최초의 韓國憲法으로 제정된 大韓國 國制에 漢譯國際法書, 그 중에서도 블룬츨리(J. C. Bluntschli)의 저서 「公法會通」(*Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*)이 지대하게 영향을 미쳤음을 考證함으로써 한국이 自主的으로 西歐法思想을 급속도로 대폭 受容한 一面을 보여주고 있다. 法學者들도 史學者들도 전혀 몰랐던 이 중요한 사실을 발굴한 이 논문은 學界에 크게 주목되어 높이 평가되고 있음은 알려진 사실이다.

세번째 「朴泳孝와 그의 上疏思想」이란 논문은 開化思想家 朴泳孝가 1888년 高宗에게 純漢文體로 1萬 3千餘字의 長文의 上疏文을 올린 경위를 日本外交文書 등 國內外 텍스트를 비교하여 校勘本을 만들고 적당히 句節로 分解하고 懸吐와 註釋을 붙인 것이다. 상당히 방대한 量의 純漢文을 研究者와 後學을 위하여 이렇게 정리해 놓은 것만해도 큰 업적이라고 아니할 수 없다. 다만 아쉽게 생각하는 것은 本論文은 원래 發表誌의 성격 때문인지 다만 「上疏思想」이라고 하고 文獻學的인 고찰에 중점을 둔 나머지 上疏文 자체를 분식하여 法思想의 관점에서 분석·평가하는 일은 하지 아니하였다는 점이다. 앞으로 이 田박사의 國譯 上疏文을 기초하여 「朴泳孝의 法思想」이 정립될 수 있으리라 생각한다.

네번째 논문 「西遊見聞과 俞吉濬의 法思想」은 開化思想家 俞吉濬의名著 「西遊見聞」이 이루어진 背景과 그 著述資料들을 실증적으로 규명하고, 「西遊見聞」의 내용을 編別로 요약하여 설명한 후 특히 法思想과 관련이 깊은 邦國의 權利論, 人民의 權利論, 政體論, 法律의 公道, 法律의 發達, 罪刑法定主義의 理解, 人權과 辯護士制度, 商賈의 會社制度로 나누어 상세히 분석하고 있다. 근대문예에서 俞吉濬이 그의 스승 福澤諭吉의 저서들에서 인용하고 있음을 지적하면서도, 결국 그것이 西歐의 法思想과 法理論을 받아들인 것으로 해석하고 있는 것이다. 著者は 결론으로서 俞吉濬의 法思想 내지 法律觀을 요약하여 ① 國家主義 法律觀을 抱持하였다. ② 人民의 權利가 護衛된 뒤에 國權이 保持되어야 한다고 생각하였다. ③ 公法(國際法)도 國內法과 동일한 效力을 갖는다고 주장하였다. ④ 法의 歷史性을 重視하였다. ⑤ 먼저 絶對主義的 君權을 확립하고 점차 立憲政治에 移向하여야 한다고 생

각하였다고 요약하고 있다. 이것은 달리 말하면, “俞吉潑은 外國留學 以前에 이미 青春을 다 바치고 漢學을 전공하였으므로 儒敎主義의인 깊은 教養이 몸에 배고있었기 때문에 天賦 人權, 個人의 權利와 自由, 議會制度, 民主主義, 三權分立, 立憲政治 등 人間의 尊重性과 自由平等을 기초로 하는 新時代의 法律思想에 접하여 이를 터득하고 있으면서도 開化思想의 수용에 있어서는 정치적으로 限界를 세우고 항상 傳統的 中華思想과 西洋思想과의 타협을 시도하고 혹은 架橋를 모색한 것이라고 볼 수 있다”(251면)는 限界性을 시사하고 있다.

다섯째 논문「松齊 徐載弼의 改革思想」과 여섯째 논문「徐載弼의 法思想」은 일반적으로 開化派 내지 獨立運動家로만 알려져 있는 徐載弼을 비록 그가 醫學을 전공하였지만 “위래 나는 지금껏 法律을 공부하려는 것이 所願이었다”는 告白을 例로 들면서 특히 「독립신문」의 논설을 통하여 法啓蒙과 法思想의 開化에 얼마나 큰 공헌을 하였는가를 분석하고 있다. 徐載弼의 法思想의 내용으로는 國家論과 國民主權論, 民權論, 法律論, 刑罰論, 裁判所와 裁判, 遵法論으로 나누어 설명하고 있다. 이 논문을 읽는 사람은 徐載弼을 통하여 독립협회의 정신적 배경에 얼마나 西歐的으로 近代化된 法思想이 크게 작용하고 있었던가를 새삼 놀라게 될 것이다. 그러나 한 가지 유심이 있다면 徐載弼이 美國에서 보고 배운 法思想의 성격 내지 正體, 나아가서 獨逸法의 영향이 크게 미치지 以前에 英美法思想의 영향이 어떻게 작용하였는지에 대한 설명까지 추가되었으면 하는 느낌이다. 이왕에 西洋法思想의 受容이 주목된다면 世界二大 法文化와 韓國法과의 接觸過程이 다소 系譜的으로 설명되어야 韓國近代法思想史의 서술이 좀더 다이나믹하고 리얼하게 부각될 수 있을 것이다.

#### IV.

「韓國近代法思想史」를 읽으면서 느끼는 가장 강한 印象은 著者が 한국의 近代法思想은 傳統的 法思想과는 많이——아니 質的으로——나르다는 점을 강조하여 시사하는 듯한 느낌이다. 그것은 傳統法思想이 西洋法과는 전혀 접촉이 없는 閉鎖的인 法思想인 데 반해 近代法思想은 바로 西歐法의 受容思想이라는 점에서 質的 斷切의 線을 그을 수 있는 것을 著者は 自明하게 생각하고 있는 듯하다. 또 나아가 著者は 傳統法思想은 儒敎主義的 法思想이라 하여 상당히 批判的인 눈으로 儒敎的 影響을 분석하고 있는 데 반해 西歐法思想을 뒷받침하고 있는 그리스도敎 精神을 은근히 신뢰하고 있는듯 보인다. 이러한 觀點을 著者は 몇 명의 開化法思想家를 들어 人物中心으로 檢證한 셈인데, 사실 開化期 이후 法律家 가운데 그리스도敎인이 많았고 法學의 正義性에 대한 민족적 기대와 儒敎에 대한 醜態에서 그리스도敎에 대한 민족적 기대가 一致되는 점이 없지않았다. 이러한 視角에서 볼 때 결국 田鳳德 法史學은 宗教를 法思想과 밀착시켜 「宗教的 法思想史」의 視角——내지 方法論——에 입각한 法史學이라고 할 수 있을 것이다. 그리고 이러한 視角으로 韓國近代法思想의 檢證은 일단 성공한 것이라고 하겠다.

그러나 이에 따른 몇가지 문제가 무시될 수 없을 것이다. 첫째는 傳統法思想과 近代法思想을 연결시키는 思想的인 흐름은 전혀 없을까, 傳統法思想은 傳統社會構造에서 抽出하여 논하고 近代法思想은 人物中心으로 찾는다는 것은 觀察의 昏迷가 아닐까, 近代法思想家가 머리 속과 著述로 開化와 西歐法思想을 얘기하던 당시에 法制度와 法學은 어떠했던가, 과연 儒敎主義 속에는 人權과 自由思想이 없고 開化思想을 모두 西歐法思想과 同一視할 수 있겠는가? 이러한 反芻는 韓國 法史學이 부동거안고 씨름해야 할 題에마들이며, 이 題에마들에 대하여 田鳳德박사의 「韓國近代法思想史」는 多面的으로 省察의 모티브를 제공해주면서 著者 자신은 분명한 立場을 취하고 있음을 보여주고 있다고 하겠다. 本書를 통하여 古稀에 이른 著者가 法思想家로서의 圓숙된 모습을 學界에 충분히 보여주었다는 점에서 法史學界는 물론 韓國法學界 전체의 慶事요 자랑이라 하겠다.