

韓國 最初の『法學通論』

崔 鍾 庫*

I

筆者는 평소에 한국의 법학도나 법학교수들이 한국법학의 역사를 잘 모르고 있기 때문에 4년간 법학을 공부하고 졸업을 하여도 자기의 ‘민지수’를 모르고 있지 않나 하는 생각을 하여 왔다. 그래서 한국 법학계에 있어서 시급한 작업의 하나는 韓國法學史가 빨리 기록되어 학생들과 학자들 사이에 읽혀져야 하리라고 생각하였다. 그러나 물론 法學史의 정리란 쉬운 일이 아니며, 어느 면에서는 이미 자료들의 逸失로 매늦은 감마저 없지 않기도 하다. 그러나 가능한 범위 안에서 주심주심 자료를 모아 지금까지 몇 편의 글들을 발표하였다.⁽¹⁾

이러한 작업을 하면서 새삼스럽게 놀라고 새롭게 발견한 것은, 실은 한국法學史는 한국의 어느 學問分野 보다도 역사가 깊고 할 얘기거리가 많다고 하는 사실이며, 그동안의 한국법학의 不餘裕로 인하여 중요한 사실들을 잊어버리고 지내왔다고 하는 사실이다. 그래서 筆者는 法學史의 記述도 중요하지만 우선 資料가 될만한 것 중 현재의 法學徒나 法學者들이 접할 수 있는 것은 직접 入手하여 볼 수 있도록 하는 것도 중요하다고 생각되어 某出版社와 협의하여 몇가지 중요한 자료의 影印版을 출판하기도 하였다.⁽²⁾

이 가운데 여기에서 좀 생각해 보려고 하는 것은 兪星濬著, 「法學通論」(1905)이라는 冊에 대해서이다. 本書에는 兪星濬著라 하지 않고 兪星濬述이라고 되어 있는데, 그것은 당시의 강의용 교과서로 쓰여진 것이기 때문에서 있다고 생각된다. 우선 내용에 들어가기 전에 筆者가 이 책을 접하게 된 경위를 잠깐 얘기하면, 이 책의 著者 兪星濬에 대하여 흥미를 갖고 이것저것 찾아보다 그가 이미 韓末의 光武 9년(1905)에 「法學通論」교과서를 썼다는 사실을

* 法博, 서울大學校 法科大學 專任講師

- (1) 拙稿, 韓國의 傳統法學과 西洋法學의 初期接觸, 「法史와 法思想」(博英社, 1980), 383-420면; 韓國法學의 歷史的 形成, 「司法行政」1980년 8월호; 開化期の 法學教育과 韓國法律家의 形成, 「法學」(서울대), 22권 1호, 63-98면; 開化期の 韓國法文化, 「韓國學報」제24호, 52-88면; 韓國法學의 形成과 座標, 「月刊朝鮮」1982년 1월호 278-314면, 그리고 拙著, 「韓國의 西洋法受容史」(博英社, 1982).
- (2) 亞細亞文化社에서 출간한 「韓國近代法制史料叢書」(편집위원; 田鳳德·林秉濠·崔鍾庫) 참고; 지금까지 출판된 것으로는 「萬國公法」(H. Wheaton著), 「公法便覽」(T. Woolsey著), 「公法會通」(J. Bluntschli著), 「法學通論」(兪星濬著), 「刑法總論」(張蕪著), 「憲法」(兪致衡著), 「行政法大意」(張憲植著), 「會計法」(李冕宇著)이고, 앞으로도 계속 출간될 예정이다.

알게 되었다. 마침 이분이 韓末 開化期의 先覺者 俞吉濬의 親弟로 高麗大學校의 前身인 普成專門의 제2代校長이었고 俞鏞午 박사의 친척 할아버지 이시기도 하여 俞박사宅을 방문하였을 때에도 이 冊에 대하여 논의한 바도 있었다. 다행히 서울大 도서관과 高麗大 도서관에도 이 冊이 所藏되어 있다는 것을 나중에 확인하였다.

요즈음 法科學生이 점점 증가함과 함께 종전에 비해 「法學概論」이니 「法學通論」이니 하는 강의가 많이 增設되고 있는데, 筆者도 여러 클래스를 맡아 가르치면서 이 한국 최초의 「法學通論」 교과서의 의미를 되짚어 생각하곤 하였다. 그 때 俞星濬은 어떠한 法學知識과 어떠한 기준에 의하여 477페이지나 되는 「法學通論」을 저술할 수 있었을까? 그 책은 당시 어떤 사람들에 의하여 어느 정도 읽혀졌을까? 오늘날 法學通論은 그 책과 비교하여 얼마나 달라졌고 발전(?)되었을까?

II

내용에 앞서 우선 이 책이 나온 경위를 알기 위하여 本書의 著者에 대하여 좀더 살펴볼 필요가 있겠다. 그는 1860년 10월 21일에 태어나 1883년 10월에 일본으로 건너가 慶應義塾에 입학하였다.⁽³⁾ 그러나 修學途中에 일본에 건너온 修信使 一行의 권유를 받고 1885년 1월에 귀국하였다. 그것은 바로 甲申政變이 지난 直後였다. 그는 곧 5월부터 統理交涉通商事務衙門의 主事가 되었다가 다음 달에 內務府 副主事로 옮겼다. 1887년 6월에는 國書齋正委員의 命을 받고 다시 日本에 駐在하게 되었다가 8월에 귀국하여 內務府 主事가 되었다. 1981년에는 轉運署 事務官이 되었고, 1893년 5월에는 遭運輸船 蒼龍號의 修理를 위하여 日本 나가사키港에 가 있다가 8월에 돌아왔다. 1895년에는 農商工部 會計局長이 되었으나 이내 사임하고, 그해 5월에 政府의 命을 받아 日本 요코하마港에 稅關率을 배우기 위한 5人の 見習收稅事務에 拔擢되어 다시 일본에 갔다.

11월에 귀국하였으나 이듬해 4월에 國事犯의 嫌疑를 받아 다시 일본으로 망명하였다. 1897년 3월에 東京 簿記專門學校에 입학하여 공부하고 8월에 졸업하였다. 이어서 日本 埼玉縣의 巡查敎習所에서 巡查敎習事務를 견습하였다. 1898년 1월에는 東京의 明治法律學校에 입학하여 法律學을 공부하였다. 그러나 이듬해에 政府의 命을 받고 1899년 9월에 귀국하였다.

1900년 3월에는 國事犯에 관련되었다는 誣告로 警衛院에 報知되어 5개월간 囚監되어 있다가 流配를 당하였다. 1903년 3월에 黃州邑 教會에서 基督教에 入敎하고 서울에 돌아와 蓮洞 教會에서 제례를 받았다.⁽⁴⁾

그해 12월에 通津郡守로 임원되었다. 다음해 1월 18일에 內部 警務局長으로 임명되었다.

(3) 以下の 履歷은 「大韓帝國官員履歷書」(探求堂, 1972)

(4) 이 사실을 그는 自筆履歷書에 기록하고 있다. 韓末에 法律家들이 基督教에 많이 歸依하였는데 (예컨대 李僑, 咸台永, 李源鏡 등), 이에 대하여는 독립된 研究가 필요하다고 생각된다.

8월부터는 內部 地方局長과 治道局長을 겸임하였고, 12월에는 學部 學務局長이 되어 地方 官銓考所委員과 文官銓考所委員을 겸임하였다. 1907년에는 內務協辦에 승진하였고 官制調査委員을 겸하였다. 8월에는 內閣 法制局長이 되고 文官銓考所委員이 되었다. 1908년 1월에는 法典調査局委員이 되어 立法에 크게 참여하였다.

以上은 대체로 그가 自筆로 적은 「大韓帝國官員履歷書」를 기조로 적은 것인데, 위에 잠깐 언급한대로 1907년 12월에 이미 普成專門學校 제 2대 校長으로 내락되었다.⁽⁵⁾ 그는 韓末의 風雲期 속에서 어디 한 곳에서도 오래 安定된 직장을 구하지 못하였지만 꾸준히 新學問과의 접촉을 계속하였고, 그 결과 普專에 教授가 되면서 「法學通論」을 강의하게까지 된 것이다.

III

이 「法學通論」은 漢城印刷株式會社, 博文社 編輯, 學部檢定 江華府 私立普昌學校 出版으로 나왔다. 이 사실은 韓末에는 오늘날처럼 法學이 大學에서의 專門學問으로서가 아니라 新式學校에서 으레히 공부하여야 할 基礎學問으로 여겨지고 있었다는 것을 말해 준다는 점에서 실로 의의가 크다고 하겠다.⁽⁶⁾ 그런데 「高麗大學校 70年誌」에 의하면 兪星濬이 1907년에 國民教育書館에서 「法學通論」을 출판한 것으로 나타나 있는데⁽⁷⁾, 이 둘은 같은 내용의 책으로 1905年度の 것을 2年 후에 出版社를 옮겨 발행한 것으로 추측된다(확인해 보지는 못하였다). 亞細亞文化社에서 影印版으로 낸 것은 1905年 版이고, 여기에서 논하는 것도 이 版에 의지하는 것임을 밝혀둔다.

本書는 外見上 전통적인 漢書式 製本을 하고 있지만 내용을 보면 國漢文混用 縱書體로 活字가 큼직큼직하여 읽기가 어렵지 않게 되어 있다. 우선 그 序文을 보면 '自序'라 하여 다음과 같이 쓰고 있다. 좀 길지만 全文 引用해 본다.

大海를 欲渡함의 船舶을 必由하고 船舶을 駛用함의 舵楫을 必由하니 國家를 經紀함의 亦是 理와 同함이 教化와 法律을 必資함노지라. 國家는 海와 如하고 教化는 船舶과 如하며 法律은 舵楫과 同하니 大海를 橫斷함는 船舶이 舵楫의 完全함을 依함이 其功을 始奏함갓치 一國을 興隆함는 教化도 法律의 善美함을 得함이 其效가 乃著함노니 然則 法律이 國家에 關係됨이 果然 何如호노.

古今東西의 歷史를 通觀호건디 其國의 隆替가 悉皆 法律의 美惡에 在호지라 是以로 明哲의 君主와 賢良함 政治家는 恒常 其力を 法律에 是注함노니 我國 箕子의 八條와 支那 漢高의 三章이며 羅馬帝의 十二銅律이 是豈 則然함 證憑이 아니리오. 然호則 直接 間接을 不問하고 治國의 任에 從事함는 者는 尙矣어니와 經國의 志가 有호者는 極히 至重至

(5) 「高麗大學校 70年誌」(1905~1975), 1975에도 문태준에 언급되고 있음.

(6) 拙稿, 開化期の 韓國法文化, 「韓國學報」 제24호, 1981.

(7) 「高麗大學校 70年誌」, 1975, 66면; 그리고 康允浩, 「開化期の 教科用圖書」, 教育出版社, 1973도 참조.

貴호 學科가 될 뿐더러 況且 現時 外國은 人民普通教育에 法學의 大要를 教授함이리오.

然이나 我國은 古來로 人民이 淳厚호 性質은 雖有호되 權利의 思想은 全昧호므로 但幾條의 刑律을 指호야 法이라 謂호 따름이오 其他의 更有호은 未知호나 國家가 尙且 支保호은 固有호 教化力에 由호 뿐더러 又當時에 形勢의 使然호이라 何者오 蓋其時는 外로 強隣의 窺何가 無호고 內로 先王의 餘澤에 洽호야 桃源樂地에서 獨處僻居호야 他人의 知者가 無호되니 今에는 世界의 形勢가 一變호야 萬國이 交通호의 社會의 狀態가 頓然히 其面目을 改換호야 生存競爭의 時代를 遂成호니 此時를 當호야 變遷호는 時宜를 不應호 進호되 奈何其可호리오

餘가 인식 日本에 東游호야 其國制度의 具備호과 形勢의 興旺호을 見호고 本國의 現狀과 相較호則 其優劣의 差異는 實로 同日에 可語호마아니라. 於是에 一邊으로는 愧怍호 心을 不勝호고 一邊으로는 憤慨의 志를 難抑호야 其由源을 裨察호의 法律의 力이 居多호 지라. 遂乃 自思호되 上天이 人에 賦界호신 靈慧智識은 率士가 同一호야 彼勝我劣의 差가 本無호니 餘雖一個 渺然한 人士나 亦是 國民의 一分子라 國民의 義務를 擔荷호야 今은 此 義務를 克盡호야 些毫라도 國家의 裨補호는 是乃 天賦호신 職分과 國民되는 道理에 允合호 뿐더러 且古語에 臨淵羨魚호은 退호야 結網호만 不如호다호니 今에 餘年이 雖已四十에 過호 앗스나 餘志는 益堅호이라 호고 遂在然히 學校에 赴호야 法律을 討究호는 暇隙에 或 其國博士鴻儒를 追逐호야 其言論을 聽호며 其書籍을 閱覽호야 其理를 深究호의 旨意의 奧妙호과 言詞의 明瞭호이며 淵源의 深遠호과 功效의 巨大호이 果然 人을 警嘆케 호는지 라 心中에 業을 率호 後 本國에 歸호야 所學을 編成호지 自期호았더니 未幾에 事를 因호 야 本國에 還歸호나 暇隙을 未得호므로 容易히 從事지 못호고 日月의 久호을 隨호야 忘 域에 幾至호았더니 時適一 大事件이 東洋에 起호야 人을 警醒호니 即 支那에 團匪의 亂이 有호야 列強이 北京에 進兵호고 要港과 利權이 其手中에 盡歸호니 此乃 支那人이 新進호 는 法理를 不知호고 但其舊時의 態度를 墨守호 緣故라 前事의 覆은 後事의 戒이늘 我國 民은 依然히 昔日甜夢이 尙沈호고 現世의 大勢를 未知호니 此時를 當호야 苟我同胞로 호 야 公 優游謙退호는 儀文慢習을 脫却호고 活潑勇進호는 權利思想을 啓發호지 今은 實로 法律에 過호 者가 更無호지라. 是以로 餘가 然히 起호어 惕然히 恐호야 非燕窩를 不韻호고 前日의 亂藁를 修正호며 傍又 現時外國法學大家의 書籍을 參互호야 一部書를 編成호 니 此書의 效用은 書中에 就看호면 其旨를 可得호되니와 一言으로 蔽호면 法律全體의 大 綱을 簡易히 論述함이라. 然而 草稿를 未脫호고 二年을 獄中에 牢執호의 中心에 耿耿호 은 日月로 俱長호나 其使을 未得호고 繼又 孤島의 窻論을 當호則 素志를 難遂호지라. 發 程호기를 臨호야 友人에게 校閱의 任을 托호았더니 期年만에 省還호則 適其時에 同志의 人士가 此를 印刊호야 世人에게 公佈호지호야 剖劘이 將竣호며 餘에게 告호니 嗟乎라 是 書의 述호이 累載의 星霜을 雖經호나 校閱의 未畢호 憐디라 其語意의 游處가 極多호則 讀 者는 文詞로 旨意를 審지말디 且餘의 僭妄을 勿咎호을 是望호노니 大方의 譏議를 難免호 은 自量호는 마이이니와 亦此書로 因호야 國民의 思想을 啓導호고 教化를 裨補호야 國家 에 有益함이 少호은 述者의 自期호는 마이로디.

光武 九年 月 日 述者識

이 序文에서 보듯이 著者는 日本에서 近代化된 文物을 보고 그 가장 큰 원인이 法의 近代化에 있음을 충격적으로 인식하였고, 불분는 마음으로 「法學通論」을 집필하기 시작하였

는데 도중에 2年동안 獄苦도 치루고 校閱의 어려움을 겪어 星霜을 지내어 드디어 출판하였음을 알 수 있다. 이런 점에서 本書는 한국의 近代化와 함께 진한 경험을 한 책이요, 그만큼 역사적인 가치가 있는 책이라고 하겠다.

IV

총 477페이지인 本書는 크게 볼 때 제 1편 總論과 제 2편 各論으로 구성되어 있는데 總論이 63페이지에 걸치고, 各論이 314페이지에 걸치고 있다.

總論편의 목차를 보면 다음과 같다.

제 1 장 總 說

제 2 장 法과 道

제 2 장 自然法과 人定法(제 2 장이 둘 겹쳐 있는데, 편집의 잘못인 듯)

제 3 장 法律과 法律學

제 4 장 法律의 區別

제 1 절 成文法, 不成文法

제 2 절 公法, 私法

제 3 절 主法, 助法

제 4 절 普通法, 特別法

제 5 절 命令法, 聽許法

제 5 장 法律의 制定

제 6 장 法律의 效力

제 1 절 時에 關한 效力

제 2 절 處에 關한 效力

제 3 절 人에 關한 效力

제 4 절 物에 關한 效力

제 7 장 法律의 適用

제 8 장 法律의 解釋

제 9 장 法律의 消滅

以上과 같이 모두 9장으로 나누어 설명하고 있는데, 눈에 띄이는 것은 제 2 장에 ‘法과 道’라 하여 道德이란 말을 쓰지 않고 다음과 같이 설명하고 있다. 우선 人間에 대한 견해를 보면,

蓋人은 萬物의 最靈이라 天賦한 性을 因하여 身과 心에 無限한 自由를 具有한 者니 不羈獨立하여 內로써 性情의 是非에 拘束치 아니하며 外로써 他人의 點望에 左右치 아니하고 善惡間에 오즉 自己의 意向을 是從할지며 其意思에 反하는 思想과 行爲는 何人에게든

지 強要함을 被지 아니함이라.

고 하고, 이어서 法과 道の 區別을 다음과 같이 이론적으로 설명하고 있다.

人은 其內外 二個의 自由가 有할지라도 其人된 本分으로든지 又其社會에 立호 通義로든지 만다시 服從지 아니함이 不可호 者를 責務라 云호느니 責務라함은 可爲와 不可爲의 義로 內外二個의 自由에 加호는 制限이라. 於是乎 內部の 責務와 外部의 責務라호는 名稱이 始起호니 內部の 責務를 道라 云호고 外部의 責務를 法이라 云호느니라.

고 한다. 그는 “法과 道는 결단코 混同함이 不可호 區別이 有호며 又 分離함이 不可호 關係가 有호다”고 하면서 그 관계는 다음의 두 원칙에 있다고 말한다.

첫째는 “法은 命호고 或禁호는바는 道도 만다시 命호여 或禁호느니라.”

둘째는 “道の 命호고 或禁호는 바를 法은 만다시 命호며 或禁호는 事를 得지 못호느니라.”

이렇게 하여 法과 道の 關係를 6페이지에 걸쳐 상당히 자세히 설명하고 있다는 점이 눈에 띄인다.

또 작오로 다시 제 2 장이라 하여 自然法과 人定法을 설명하고 있는데,

抑人은 社交的 動物이니 社交는 其天賦의 稟性 뿐 아니라 相依相資호야 社會를 위함이 아니면 其生을 能全치 못호느니 故로 其相依相資함은 社會에 立호 者의 通義라 此 通義는 自由를 互相尊敬함으로 自由를 保全호는 所以라. 然則 此 通義와 自由를 人世各種의 事實과 各種의 情況과 各種의 境遇에 善處妙用호야 能히 其志趣를 成就貫徹케호는 原則을 名호야 法이라 云호니 其通義 法則은 自然存在호야 區區호 人意와 人爲에 出치 아니호 故로 此를 自然法이라 稱호느니 蓋如何호 境遇에는 如何호 所爲를 行함이 可호고 或行함이 不可호이니 偷盜殺傷을 非라호며 悖行에 對호야 防禦의 所爲를 是라함은 人人의 同一認知호는바니 其此를 認知함은 만다시 理心의 推究함을 因함이 아니오 感情을 因호야 即覺호는 바 自然의 大法되는 者라.

라고 自然法을 定義하고 있다. 그리고 實定法이란 말을 쓰지 않고 人定法이라 하여 自然法과의 關係를 자세히 설명하고 있다. 한 내목을 보면,

西人 具世魯渾氏가 著호 蘇氏會話에 曰호되 地球各洲에 散在한 人民이 往昔에는 東西가 不通호고 南北에 相隔호야 舟東의 便이 無호얏시니 엇지 相識호얏시리오마는 正理의 思想이 同有호니 是豈人類가 天然한 性法의 存在함을 因함이 아니라도 地球上 各洲의 人民이 親과 子의 關係가 皆有호야 親과 子의 間에 肉交(男女交合之稱)를 互禁호는 法則이 有치 아니함이 無라호나 然이나 否認論者가 法은 國家가 無호면 法則이 無호다 云호는 畢竟 法의 存在와 必行을 保證호는 者를 混淆호 說이라.

고 外國의 學說을 인용 비평까지 하고 있다.

이어서 法律學의 성질을 논하면서, 法律學은 크게 나누어 分析法學, 沿革法學, 比較法學 哲理法學으로 나누어 설명하고 있다. 그러면서 결론짓기를,

右四者は 各其主張하는 方法이 異함뿐이오 반다시 甲乙이 相反함은 아니니 即 分析法學 派라도 決斷코 沿革法學을 不顧함이 아니면 沿革法學派라도 또한 各國法律의 比較를 不爲함이 아니니 其一長一短이 各有함지라. 만일 完全함 研究를 하고자 함則 右四法을 兼用함지며 一法律에 當함야도 此方法을 備盡치 아니함이 不可함니 右四派라도 法律의 原理와 作用을 研究코자 함는 目的에는 異함바가 固無함이라.

고 하고 있다.

V

各論은 憲法(63~107면), 行政法(107~139면), 刑法(139~203면), 民法(203~295면), 商法(295~343면), 訴訟法(343~372면), 國際法(372~477면)으로 7과아트로 나누어 구성하고 있다. 오늘날의 法學通論과 비교하여 보면 그 구성에 있어서 큰 차이점은 발견되지 않고 다만 당시 아직 생소하였으리라 생각되는 社會法의 영역이 보이지 않는다는 것이다.

憲法의 편을 그 목차만 보면 다음과 같다.

제 1 절 國家 及 政體

제 2 절 憲法의 種類 及 性質

제 3 절 統治의 主體

제 4 절 統治의 客體

제 5 절 統治의 機關

國 會

政 府

제 6 절 統治의 作用

이 책이 출판될 당시는 아직도 高宗皇帝의 治下였으므로, 서양적 憲法理論을 빌려서 立憲君主, 皇帝制度를 설명하고 있다는 점이 흥미롭다. ‘統治의 主體’는 어디까지나 君主에게 있다고 하면서,

蓋 統治의 主體되는 君主의 地位는 萬世恒存함야 君主其人은 雖更할지라도 此地位는 不渝함니 君主가 若不豫함거나 冲年에 在함야 萬機의 親總을 不能함 時가 有함적 攝政을 置함야 其事를 代行케 함니 蓋攝政은 各其國憲法 及 皇室典範의 制規를 依함야 遵守함는 者며 又 攝政은 憲法 及 皇室典範을 改正함는 等事를 除함는 外에는 君主와 同一함 統治權을 行함나 如此함 境遇에도 統治權은 依然히 君主에게 在함고 攝政은 此를 代理함에 不過함이라.

고 설명하고 있다. ‘統治의 客體’인 臣民은 義務와 權利를 가지는데, 義務는 兵役의 義務

와 納稅의 義務가 있다고 한다. 權利는 公權과 人權으로 나뉘는데, 公權은 “直接으로 國家의 事業에 參與함과 自治體의 事務와 其他公務에 就하는 權利”이고, 人權은 “凡國家의 統治를 受하는 者가 一般으로 有한 權利”로서, 俞星滄은 다음과 같은 ‘人權’(基本權)의 내용을 들고 있다.

1. 居住의 自由
2. 身體의 自由
3. 住所의 自由
4. 信書의 秘密
5. 財產의 安固
6. 信教의 自由
7. 言論集會의 自由
8. 請願의 自由

이어서 당시 우리나라에는 아직 없는 國會와 政府의 作用에 대하여 評論하고 있다. 어쩌면 이것이 한국의 근대적 統治機構에 관한 최초의 이론적 서술이 아닐까 싶다.

각론 제 2 장 行政法 부분은 다음과 같은 目次로 구성되어 있다.

제 1 절 行政 及 行政法

- 제 1 관 行政의 意義
- 제 2 관 行政의 行爲
- 제 3 관 行政法

제 2 절 地方行政

- 제 1 관 地方行政과 中央行政의 區別
- 제 2 관 市·鄉·洞
- 제 3 관 郡·府

제 3 절 中央行政

- 제 1 관 國務大臣
- 제 2 관 內閣

제 4 장 行政裁判 及 請願

- 제 1 관 行政裁判
- 제 2 관 請願

주목되는 것은 行政이라는 말을 쓰면서도 行法(立法, 司法과 같이)이란 말을 混用하고 있다고 하는 점이며, 憲法에서 처럼 獨逸·日本式 行政體制를 염두에 두고 記述하고 있음이 여실히 드러난다고 하는 점이다. 그는 行政法을 定義하기를,

行政法은 憲法과 同一히 國家法이라 稱하는 者니 憲法은 國家에 關한 最高原則을 定함

이오 行政法은 其納小ᄇ事를 定ᄇᄇ이라. 歐人 甫論博氏가 此定ᄇᄇ를 論斷ᄇᄇᄇ 憲法은 統治의 主體·客體 及 統治者 直接行爲에 關ᄇᄇ 規則이오 行政法은 國家의 機關이 統治權을 行ᄇᄇ에 當ᄇᄇ야 其標準ᄇᄇ는 必 規則이라 ᄇᄇ니 元來 行政法의 定ᄇᄇ는 學者의 論說이 各異ᄇᄇ으로 此定ᄇᄇ에도 異議가 不無ᄇᄇ나 餘는 此定ᄇᄇ로써 區別이 甚히 明確ᄇᄇ을 得ᄇᄇ 者로 信ᄇᄇ하노니……

라고 하고 있다. 行政裁判에 관하여는 行政裁判所까지 설명하고 있음도 주목된다.

제 3 장 刑法은 다음과 같이 구성되어 있다.

제 1 절 刑法의 性質

제 2 절 刑罰權

제 3 절 犯 罪

제 1 관 犯罪의 定ᄇᄇ

제 2 관 犯罪의 區別

제 3 관 犯罪의 責任

제 4 관 正當防衛

제 5 관 數人共犯

제 6 관 數罪俱發

제 4 절 刑 罰

제 1 관 刑의 性質

제 2 관 刑의 種類

제 3 관 刑의 假免

제 4 관 刑期의 計算

제 5 관 刑의 加減

제 6 관 刑의 消滅

刑法편에서 특히 눈에 띄이는 것은 그 用語들이 오늘날의 용어와는 다른 것들이 적지 않다는 사실이다. 우선 刑罰權의 근거를 復讐主義, 脅嚇主義, 懲戒主義, 民約主義, 防禦主義, 純正主義, 必要主義, 折衷主義로 나누어 설명하고, 犯罪를 有意犯과 無意犯, 單行犯과 慣行犯, 即成犯과 繼續犯, 常事犯과 國事犯, 通常犯과 特別犯, 現行犯과 非現行犯, 附帶犯과 非附帶犯, 重罪, 輕罪 及 違警罪로 나누어 설명하고 있다. 그 외에도 ‘數罪俱發’이니 ‘刑의 假免’이니 하는 용어를 쓰고 있고, 刑의 종류에 대하여도 당시 사용되던 死刑, 徒刑, 流刑, 懲役, 禁獄, 禁錮, 罰金, 拘留 及 科料 등을 논하고 附加刑으로 剝奪公權, 停止公權, 禁治產, 監視, 罰金, 沒收 등을 설명하고 있다. 「法學通論」이기 때문에 刑法各論에 대하여서는 깊이 언급하지 못하고 있는 것으로 보인다.

제 4 장 民法은 다음과 같이 구성되어 있다.

제 1 절 總 則

제 1 관 人 及 法人

제 2 관 物

제 3 관 法律行爲

제 4 관 期 間

제 5 관 時 效

제 2 절 物 權

제 1 관 主되는 物權

占有權

所有權

地上權

제 2 관 從되는 物權

地役權

留置權

先取特權

質 權

抵當權

제 3 절 債 權

제 1 관 總 則

제 2 관 契 約

제 4 절 親 族

제 1 관 戶主 及 家族

제 2 관 婚 姻

제 3 관 親 子

제 4 관 親權 及 後見

제 5 관 扶 養

제 5 절 相 續

제 1 관 家督相續 及 遺產相續

제 2 관 遺 言

제 3 관 遺留分

90여 페이지에 걸친 民法편이 제일 상세히 서술되어 있는데, 몇가지 用語의 차이 외에는 오늘날 民法理論과 별다른 차이가 없는 것 같이 보인다. 이에 대해 일일이 설명할 수가 없고 한 예로서 法律行爲에 관한 대목을 보면,

表意者가 其相對人에게 對하여 眞實한 意思를 隱秘하고 此와 異한 意思를 表示하는 時는 其意思表示는 表示되더라도 意思가 無함으로 理論上 無效됨에 不拘하고 相對人이 其眞意를 知거나 知得할 境遇를 除한 外에는 此를 有效라 하니 是는 相對人이 表意者에게 瞞着한 境遇에도 無效라 竝진데 其相對人의 迷惑이 不少함으로 特別히 此를 有效라 하여 其與受去來等事에 安全을 保存하기 爲함시오 但其虛偽의 意思表示가 相對人과 通謀에 出할 時는 其意思表示는 自初로 無效오 唯其無效는 善意의 第三者에게 對抗함을 不得할 뿐이라. 意思表示는 法律行爲의 要素에 錯誤가 有할 時는 無效오 又詐欺或強迫에 出할 時는 微消함을 得하고 且公共한 秩序或 善良한 風俗에 違反한 行爲를 目的한 者의 無效되도 言을 不俟할바라.

親族편에 있어서 婚姻의 成立要件에 관한 例를 한 군데 인용하면,

1. 當事者의 承諾(설명 생략)

2. 當事者의 適齡: 婚姻을 結함에는 男女의 身體가 發達하여 婚姻함에 適함을 要하나 若不然한즉 婚姻은 其人을 還害하고 延하여 其家를 害케함에 至함이라 然而 人身發達의 遲速은 風土氣候 及其天性에 關하는 바라 國을 因하고 人을 隨하여 不同하니 各人에 就하여 其可否를 辦함은 事實上 不能할바라 故로 各國法律은 皆一定한 年齡을 因하여 其發達을 遂한 者로 假定하여 其年齡에 達한즉 婚姻을 許하니 此를 婚姻의 適齡이라하여 又婚姻의 成年이라 稱함이라.

3. 法律의 禁制가 無한 境遇: 法律上 婚姻을 禁制하는 境遇가 二種이 有하니 一은 重婚再婚에 關하는 禁制오 一은 直系의 親屬間이나 又傍系의 三親等以內間에 關하는 婚姻의 禁制라 是는 血統을 紊하고 風俗을 壞하며 秩序를 害하는 虞가 有함으로 婚姻은 此禁制에 不觸함을 要함이라.

4. 父母의 同意(설명 생략)

이라 하여, 당시 우리 民法典이 없으니까 外國의 例에 비추어 相當히(?) 설명하고 있다.

제 5 장 商法은 다음과 같이 구성되어 있다.

제 1 절 總 則

제 1 관 商 人

제 2 관 商業上의 保護監督

제 3 관 商業補助人

제 2 절 會 社

제 1 관 會社의 性質

제 2 관 會社의 種類

合名會社

合資會社

株式會社

株式合資會社

제 3 절 商行爲

제 4 절 魚驗 及 小推票

제 1 관 魚 驗

제 2 관 小推票

제 5 절 海 商

제 1 관 船 舶

제 2 관 運 送

제 3 관 船舶債權

제 6 절 破 産

開化期에 商法에 대한 관심은 매우 높았는데, 俞星濬은 商法을 定義하기를,

商法은 商事에 關한 私法이니 民法과 相對하여 私法의 一部를 互成하는 者라. 但 民法은 私法의 普通法이요 商法은 其特別法이니 商法을 擧하여 民法과 同一線上에 併例함은 不倫의 嫌이 稍有하니라.

고 하고 있다. 이어서 商人의 개념을 논하고, 商業補助人으로 支配人, 番頭 及手代, 使用人, 代理商을 논하고 있다. 會社편에서는 이미 '株式會社'라는 말을 쓰고 있다.⁽⁸⁾ 魚驗, 小推票라는 용어를 쓰고 있고, 海商, 運送, 破産에 대하여도 비교적 자세히 설명하고 있다.

제 6 장은 訴訟法이라 하여 다음과 같은 순서로 서술하고 있다.

제 1 절 刑事訴訟

제 1 관 刑事訴訟法 適用의 區域

제 2 관 公 訴

제 3 관 私 訴

제 4 관 裁判所

제 5 관 豫 審

제 6 관 公 判

제 2 절 民事訴訟

제 1 관 訴訟審理의 主義

제 2 관 訴訟節次

普通審理節次

執行節次

당시는 아직 法院이라는 말이 쓰이지 않고 裁判所라고 하였는데, 그것을 설명하기를,

(8) 李冕宇著, 「會社法」(發行年度未詳)에서는 株式會社를 股本會社라고 부르고 있는데, 이에 대하여는 鄭熙喆, 股本會社, 「法學」 21권 1호, 217-222면 참조.

裁判所가 裁判을 行함은 國家의 司法大權에 屬하고 國家의 司法大權은 統治權의 一이니 元來 統治權을 總攬하는 君主에게 屬함이라 故로 裁判所도 君主의 裁判所니 君主를 代하여 裁判을 行하는 者나 然하나 君主와 裁判所는 決斷코 代理의 關係가 有함者아니오 一次 裁判所에 委任함 裁判權은 君主라도 此를 左右하기 不能하며 從하여 裁判所가 裁判을 行함에는 全히 其意에 一任하여 獨立斷行함니 此는 無他라 國家의 安寧秩序를 維持 保全하기 爲하여 裁判所를 既設하여 司法의 責을 任함 以上은 至極公平함으로 惟一의 目的을 作하는 故라.

고 하고 있다. 民事訴訟에 관하여는 訴訟審理의 ‘主義’라 하여 兩邊審訊主義, 自由判斷主義, 不干涉審理主義, 直接審理主義, 口頭審理主義로 나누어 설명하고, 소송절차는 普通審理節次와 執行節次로 나누어 설명하고 있다.

제 7 장은 國際法으로 104페이지에 걸쳐 가장 길게 서술하고 있는 것이 주목된다. 어찌면 그것은 당연한 것이었는데, 왜냐하면 당시 開化期에 있어서 法 가운데 國際法이 가장 중요하게 느껴졌기 때문이다.⁹⁾ 처음에는 國際法이라 하지 않고 ‘萬國公法’이라고 불렀는데, 本書에서는 日本의 미즈쿠리 린쇼오(箕作麟祥)가 International law를 ‘國際法’으로 처음 번역한 말을 받아서 國際法이라고 쓰고 있다. 우선 그 내용 목차를 보면,

제 1 절 國際公法

제 1 관 國際公法의 性質 及 沿革

제 2 관 邦國 及 其大權

제 3 관 邦國平時의 權利

外交官 及 領事館

條 約

제 4 관 邦國戰時의 權利

開 戰

交戰國間의 權利義務

中立國의 權利義務

제 2 절 國際私法

제 1 관 國際私法과 國際公法의 區別

제 2 관 外國人의 權利

公 權

私 權

제 3 관 民 事

身分 及 能力

(9) 자세한 是 拙稿, 韓國에 있어서 西洋法의 受容, 「法史와 法思想」, 1980와 拙著, 「韓國의 西洋法受容史」(博英社, 1982) 참조

物 權
 債 權
 親 族
 相續 及 遺言

제 4 관 商 事
 會 社
 魚 驗
 海 商

제 5 관 訴訟節次

國際法の 개념에 대하여 著者は 다음과 같이 설명하고 있다.

此法律의 名稱은 古來 區區호야 一定치 못호얏더니 近世英國巨儒 下庇(註：Bentham)氏가 國際法이라 命名을 始爲함으로 其後 學者가 相繼호야 其名稱을 襲用호야 一定不變함에 遂至호니라. 但 國際公法은 此를 萬國公法이라 或稱호니 其義는 本來 異호 마 無호니라.

이어서 국제법의 발달을 希臘 羅馬에서부터 具魯壽(註：Grotius)를 거쳐 近世에 ‘史學派’에 이르는 과정을 설명하고 있다. 邦國平時의 權利와 邦國戰時의 權利로 나누어 議論하고, 특히 中立國의 權利義務에 대하여 10페이지에 걸쳐 자세히 언급하고 있다. 이것은 당시 우리나라가 은근히 中立國에 대한 깊은 관심을 가진 때문이 아닌가 생각되기도 하고, 구체적으로는 著者의 兄인 俞吉潑까지 中立國論을 주장한 바 있으나⁽¹⁰⁾ 그러한 思想的 연관이 있는 것이 아닌가 생각되기도 한다. 이에 대하여는 別途로 독립연구를 해 볼 필요를 느낀다. 다만 한 대목을 인용하면,

中立國의 物品은 此를 如何히 處置호고. 此問題에 當호야는 二說이 有호니 第一說은 敵國의 物品은 假令 中立船舶에 裝載호얏슬지라도 此를 沒收호고 中立國의 物品은 敵國에 裝載호얏슬지라도 決斷코 沒收함이 不可호호니 是는 德國學者의 所謂 自由되는 船舶, 不自由되는 物品이라호 格言에 合호는 者오 第二說은 是와 反호야 中立國의 船舶은 其裝載호 敵國의 物品을 防衛호고 又敵船에 裝載호 中立國의 物品은 船舶과 共奪함이 可호호니 是는 諺의 所謂 國旗는 商品을 蔽호호리라 호는 主義라.

라 하여 外國學者의 理論을 인용하여 설명하고 자기 나름대로 입장을 취하기도 한다. 그리고 國際公法이 끝나고 國際私法에 대하여도 매우 자세히 설명하고 있는 것을 한국에도 外國人이 居住하면서 民事, 刑事, 商事에 여러가지 법률적 문제가 발생함으로써 이 방면에 관심이 고조되었기 때문이라고 보여진다.

(10) 姜萬吉, 俞吉潑의 中立國論, 「分斷時代의 歷史認識」 1978 참조.

VI

이렇게 하여 한국 최초로 출판된 「法學通論」을 그 내용 소개와 함께 印象을 스캐치 해보았다. 전체적인 특징으로서는 앞서도 지적한 바와 같이 日本에 수입된 西洋法學, 그 중에서도 獨逸法學의 체계와 서술방식을 따라 한편으로 번역 한편으로 보충 저술한 것으로 판단되어 진다. 그것은 어떻게 보면 이미 日本이 수용한 日本式 近代法學의 테두리를 벗어나지 못했다고 생각할 수도 있지만, 法學이라는 것이 원래 물과 같이 높은 곳에서 낮은 곳으로 흐르기 마련이어서 처음부터 土着的인 것을 만들어 낼 수 없는 것이다. 그리고 당시 한국의 사정이 얼마나 급속히 시들려 近代法學을 받아들여려고 했던가, 또 왜 그렇게 하지 않으면 아니되었던가를 함께 생각하여야 할 것이다. 문제는 이러한 저술이 나온 이후 80년에 가까운 한국 법학이 얼마만큼 본질적인 면에서 이 책에서 보다 발전하였는가를 깊이 생각해 보아야 할 것이다. 한마디 蛇足을 붙인다면, 오히려 오늘날 수십種에 달하도록 쏟아져 나오는 法學通論이니 法學概論이니 하는 교과서들은 한국 최초의 法學通論과 내용상 거의 다를 바가 없을 뿐만 아니라 그 저술태도에 있어서는 진지성과 법학에의 열정에 있어서 뒤떨어지고 있는 것 같다는 것이 솔직한 심정이다. 어쨌든 한국의 法學通論 내지 法學概論이 단순히 概論과 通論으로만 생각해서는 아니되고 法學의 要諦이요 거울이라는 사실을 생각할 때, 한국 최초의 이 「法學通論」 교과서는 여러가지 면에서 한국 법학자와 법학도들에 의하여 되새겨지고 검토되어야 할 귀중한 자료라고 생각한다.