

## 崔鍾庫著, 『韓國法思想史』

朴 秉 濠\*

### 1.

韓國에서 近代法學을 수용한 것은 開化期부터이다. 法官養成所(1895년)가 설립된 지 100년, 近代의 法學教育을 한 지도 90년, 우리 民族이 주체적으로 法學을 研究한 지도 50년이 되어간다. 그러나 韓國法學에 대한 研究는 아직도 미흡하고 더구나 韓國法史에 대한 깊은 研究成果도 축적되지 않았고, 概說書조차 나오지 않은 실정이다. 이러한 歷史不在의 韓國法學에 있어 慶賀할 일은 崔鍾庫 教授가 『韓國法思想史』를 출간한 것이다. 考試中心의 官僚法學, 實定法의 解釋에만 傾注하는 法學教育和 法學界의 분위기로 말미암아 法學의 基礎分野인 法學史, 法哲學, 法社會學이 경원되고 있는 상황에서 韓國의 法思想에 대해 全時代에 걸치는 通史的 概說書를 낸 것은 著者 자신의 기쁨일 뿐만 아니라 法史學界, 나아가 法學界 전체의 기쁨이기도 할 것이다.

돌이켜보면, 우리나라에서의 法史學은 京城帝大時節의 花村美樹, 內藤吉之助, 船田亨二에서 출발하여, 해방후에는 田鳳德, 故金曾漢, 玄勝鍾, 故高光林으로 이어져 오늘에 이르고 있다. 教育의 면에서도 本大學에 한정하면, 로마法, 西洋法制史, 韓國法制史, 法(律)思想史로 나뉘어져 있지만, 韓國法制史나 法思想史는 앞의 것보다 낮게 취급되었고, 그나마 考試科目의 변경과 擔當教授의 民法擔當 등으로 전부가 더욱 위축되었고, 특히 法思想史는 분화되지도 않았다. 그리고 전국의 70여개의 法學科에서는 專任教授는 물론이고, 강좌조차도 제대로 開設하지 않은 상황이다.

이런 열악한 研究·教育與件 속에서 著者 혼자만의 고군분투로 『韓國法思想史』를 출간한 것은 지금까지의 著者의 研究의 蓄積, 學問에 대한 열의, 法史學에 대한 애정, 韓國法學에 대한 희망의 결정체인 것이다. 이 저서는 韓國法史 나아가 法史學에 관심을 갖는 모든 이들에게 큰 용기를 불어 넣어주고, 앞으로의 研究에 자극을 줄 것이다. 그리고 이는 法史學만이 아니라 基礎法을 진작시키는데 큰 기여를 할 것이며, 歷史不在의 韓國法學이 主體性을 確立함에도 큰 공헌이 될 것임을 믿어 의심치 않는다.

\* 서울大學校 法科大學 教授

## 2.

이 책은 序章 韓國法思想史의 意義를 포함하여 9개의 장, 人名·事項索引으로 구성되었다. 본론에서는 古朝鮮時代부터 現代에 이르기까지 각 時代別로 구별하여 서술하였고, 특히 제 8장 北韓의 法思想, 제 9장 外國에서의 韓國法思想研究를 두어 民族의 最大의 課題인 統一에 대비하였으며, 世界法思想史 속에서의 韓國法思想史를 규명하여 韓國法思想史의 地平을 넓혔다. 이 점에서 이 저서의 가치는 더욱 뛰어나다.

개별적인 내용의 검토에 앞서 책의 전반적인 구성을 살펴 보기로 한다.

序章에서 思想을 現實生活·文化에 밀착되어 그것들을 극복해 나가는 人間精神의 活動으로 규정하고, 法思想史를 類似分野와 구별하여, 이를 法理論의 무미건조한 連續이 아니라 文化史와 社會史와 관련을 지우면서 思想의 自律性을 최대한으로 서술하는 것이라 하며, 새로운 法史學分野와 기존 研究가 빠지기 쉬운 함정을 지적하였다.

기존 각국의 法思想史敍述方法을 소개하였으며 특히 우리와 問題意識이 같다고 볼 수 있는 日本에서의 논의를 자세히 소개하여 方法論에 대한 시야를 넓혔다. 그리고 우리나라의 法思想史 研究成果를 정리하였다.

韓國法思想史의 意義는 기존의 잘못된 韓國史認識—日本官學者의 停滯論的 韓國史認識—의 극복에 있으며, 이를 통하여 韓國思想의 自治的·自主的 本據를 탐구하였으며 또 法이 단순한 技術的 制度가 아니라 人間의 精神的·社會的·文化的 勞力の 結晶體이므로 거시적 안목의 綜合的 研究가 필요하다고 한다.

課題로는 다음을 제시하였다.

- ① 法思想史의 概念 정립: 價値關係의 規範으로서 法에 대한 편향된 이데올로기의 극복과 法思想의 自律性과 重要性의 認識
- ② 史觀의 정립: 法思想史를 어느 史觀에도 치우치지 않고 우리 자신을 냉철히 볼 수 있는 歷史的 慧眼의 제공
- ③ 發展의 問題: 韓國思想史와 韓國史가 갖는 現世의 性格과 循環思想의 올바른 認識의 必要性
- ④ 韓國史에 대한 기여: 韓國史에서의 法의 意味의 土着化, 이런 의미에서 서구적 안목과 方法으로 韓國의 法傳統을 비판적으로 分析함이 아닌 우리의 場, 脈絡에서의 分析(머리말 iv)의 필요성

## 3.

### 제 1장 韓國法思想의 原流

檀君朝鮮에서 統一新羅까지를 다루고 있다. 그 원류로서 弘益人間과 샤머니즘을 연결시

키고 佛敎와 律令制의 法思想的 意味를 부각시켰다. 이러한 시도는 韓國法思想의 淵流를 탐구하여 그 영역을 넓힌 것으로 法學界에서는 보기 드문 研究成果이다.

그러나 論理의 비약과 問題意識을 관철시키지 못한 점이 있다. 우선 弘益人間의 法思想을 서구의 ‘權利를 위한 鬭爭’과 비교하여 미개한 것이라고 평가하였는데(17면), 이는 沒歷史的인 비교이며 또 서구의 觀念으로 비교한 것에서 著者의 問題意識에서 빛나가고 있는 것이다. 샤머니즘의 法思想에 대한 구체적인 내용이 서술되지 않았는데, 이에 대해서는 앞으로의 지속적인 法思想史의 研究가 필요하다.

### 제 2 장 高麗時代의 法思想

著者는 高麗時代에 대하여 부정한 시각에서 있다. 우선 高麗法의 未發達의 근거를 高麗律이 71개조에 불과한 것에서 구하고, 그 이유를 민란 등으로 인한 사회의 불안과 몽고의 屬國化에서 찾으며, 그 책임을 知識人에게 묻고 있다.

우선 高麗法의 未發達을 그 母法인 唐律과 高麗律의 條文數의 비교에서 구하고 있다. 高麗律의 소수는 반대로 그만큼 高麗의 固有法이 존재하여 사회실정에 맞게 唐律을 選擇의 繼受했다고 볼 수 있으며 이의 근거로는 法定刑의 차이에서도 찾을 수 있을 것이다. 元의 속국인 상태에서의 法의 發展을 부정하지만, 한편으로는 外來的 要因에 의한 法의 發展도 부정할 수 없다. 선초의 整備—經國大典의 成立—와 刑法의 다양한 法源이 大明律의 包括的 繼受로 정리되는 것은 여말이래의 法學의 發展으로 보아야 한다. 또, 法學이 律令의 단순한 암기 정도에 지나지 않았기 때문에 낮다고 파악한 것은(70면) 당시의 律令과 實情을 피상적·형식적으로 이해하는 데에서 연유하는 것이라 생각한다.

### 제 3 장 朝鮮前期의 法思想

朝鮮建國의 理念인 性理學의 宇宙觀, 社會觀과 이의 사회적 기능과 歷史的 展開과 禮와 法의 관계, 法과 道德의 관계를 논하였다. 法에 대해 갖는 支配者와 被支配者—民衆—의 觀念에 서로 모순되는 기능이 있음을 지적하였다. 傳統社會에서의 規範文化 가운데 가장 독특한 禮의 分析에 치중하여 朝鮮 後期에 法學이 아닌 禮學이 發展하게 되는 계기를 살폈다.

著者는 禮를 法과 道德사이의 中間公理로서 法의 內面化(實質化)와 倫理의 外面化(形式化)를 가져와 禮學의 發達로 法學의 성립을 가져오지 못하였다고 파악하였다(94-96면). 그러나 傳統社會에서의 禮는 그 자체로 拘束力을 갖춘 法이었다. 法·禮·刑은 이름만 다르지 그 실제의 기능은 동일하며 또한 「法」의 보편적인 뜻은 「刑」이라고 이해해도 된다. 국가가 성립하고 통치체제가 發達함에 따라 국가와 국민의 관계를 직접 규율하는 公法分野에 法과 刑이 전면에서 나타나고 相對的으로 禮는 國家가 개입하지 않는 民事關係를 규율하게 된 것이며, 公法分野에서도 法의 근거에 있는 精神으로, 法의 欠缺을 보충하는 것으로 기능하게 된 것이다.

앞으로는 禮에 대하여 서구의 觀念을 벗어나서 禮의 實質的 法源性에 대한 實證的 研究

가 필요하다.

#### 제 4 장 朝鮮後期の 法思想

朝鮮後期の 社會變動과 法思想의 變化를 언급하였으면 더욱 도움이 될 것이다. 著者は 後期를 法制度와 法思想의 停滯期라고 규정하고 있는데(118면), 法制의 면에서는 前代의 모순을 극복하기 위해 지속적인 法典編纂事業이 있었으며 法思想史的으로도 實學者의 法思想이 만발했다(136면)는 서술과 관련시켜 보면 朝鮮後期는 침체기가 아니라 發展期로 보아야 할 것이다.

鄉約의 法思想에 대하여는 기존의 法史學的 研究를 넘는 수준으로, 기존의 鄉約研究傾向을 살피고 정리한 후 구체적으로 尙州鄉約을 分析하였다. 개별 鄉約에 대한 法思想의 研究는 著者가 최초로 시도한 것이다. 鄉約의 普遍性이 이것에는 어떻게 반영되었고 실제의 行用에서는 어떻게 반영되었는가에 대한 구체적이고 實證的인 研究가 있어야 鄉約의 法思想을 풍부하게 해 줄 수 있을 것이다.

實學에 대해서는 기존의 논의를 정리한 후 法史學·法思想史의 研究分野를 적시한 점(139면)에서 後學을 깨우치는 점이 많다고 하겠다. 그러나 經國大典의 성격을 收奪的이고 支配層爲主라 한 점(136면)에서 著者가 피하고 있는 法에 대한 經濟決定論的·道具論的 觀點(13면)에서 있는 모순이 있고 思想家의 分析에서도 실제 法典編纂에 간여한 사람을 제외한 것에 한계가 있으며, 당시의 法思想을 쉽게 간취할 수 있는 法典에 투영된 法思想—이는 각 法典의 序文으로 分析할 수 있다—을 빠뜨린 것은 朝鮮後期의 法思想에 큰 공백을 남겨둔 것이어서 커다란 아쉬움을 갖는다.

기독교탄압을 兩班官僚體制를 유지하기 위한 私的 權力的 濫用으로 파악하고 있는데(155면) 이는 辛酉迫害에는 타당하지만 일면만을 본 것이다. 한편으로는 帝國主義侵略에 대항하여 民族傳統을 수호하기 위한 측면도 있음을 부인할 수 없다. 民族主義의 관점에서 기독교를 옹호하는 면이 강하며 특히 黃嗣永의 경우는 두드러진다. 歷史를 보다 재관화시킬 필요가 있을 것이다.

#### 제 5 장 開化期의 法思想

法에 대한 開化期 知識人의 認識에 대한 研究課題를 제기하였다. 衛正斥邪論에 대한 研究成果를 정리하여 韓國思想과 法思想의 近代化過程을 탐구함에 일조를 하였고 이들의 認識變化, 즉 時代意識에 따른 抵抗의 意志, 儒敎理念과 綱常의 재정립과 이에 따른 評價의 問題를 제기하였다.

여기에 덧붙일 것은 法에 대한 認識의 變化와 함께 宇宙觀·世界觀의 變化를 함께 추구해야 한다는 점이다. 왜냐하면 法의 變化의 전모를 체계적으로 파악하기 위해서는 理氣論과 中華的 世界觀의 극복과정을 함께 고찰해야 할 것이다. 또 現實에서 부딪힌 西洋法에 대한 反應을 아울러 考察해야 완전한 法思想의 전모를 파악할 수 있을 것이다.

西洋法思想의 受容에서는 著者의 既存의 研究를 정리하여 i) 日本을 통한 間接 受容 ii) 國際法에 대한 기대와 좌절 iii) 外國人法律家의 활약 iv) 獨逸法思想의 정착 v) 消極的・保守的 性格의 受容으로 결론을 내렸다.

### 제 6 장 日帝時代의 韓國法思想

한말과 日帝기의 法學協會를 소개하여 그 활동을 民族主義의 法學의 원류와 民族的 愛國 法學이라 평가하였다. 이도 일면 타당하지만 開化期와 같은 평가를 내릴 수 있을 것이다. 그리고 植民地支配의 法制化過程을 소개하였고 日帝의 영향을 받은 韓國法文化를 受動的・防禦的 法文化이고, 이로써 韓國의 法文化가 法虛無主義, 法萬能主義에 빠져 오늘날까지 法文化의 낙후성을 초래하였다고 기술하였다. 植民地支配의 法律家의 운명을 變節派, 回避派, 抵抗派로 나누어 해당인물을 간략하게 소개한 후 植民地知識人의 고뇌를 이야기하였다.

한가지 아쉬운 점은 韓國法思想家, 民衆의 적극적 모습을 찾을 수 없다는 점이다. 日帝의 法・裁制를 부정한 獨立運動家의 法思想을 탐구하면 저항하고 살아있는 民族的 法思想을 탐구할 수 있을 것이라는 생각이 들며, 이는 우리 法思想을 풍부히 하여 남에게 主權을 빼앗긴 상태로 歷史的으로는 斷切되었지만 法意識으로는 연속되었다는 점을 밝혀 史的 斷切이라는 도그마를 극복할 수 있는 계기가 될 것이다.

### 제 7 장 大韓民國의 法思想

우선 解放後의 法狀況과 法學教育의 實態를 정리하고 현재의 法文化의 問題點을 ① 研究人口, 教科目的 不足 ② 出版文化의 不毛性 ③ 學界와 實務界의 二元性으로 지적하였다. 韓國學界에 큰 영향을 끼친 外國法思想家인 켈젠과 라드브루흐의 法思想의 韓國의 수용과정을 정리하였다. 마지막으로 現代의 法學者를 분류하여 現代韓國法學의 흐름을 한 눈에 볼 수 있게 하였다.

켈젠과 라드브루흐의 分析에서는 그들의 法思想・法理論이 우리에게 어떤 의미를 가지는가에 대한 分析이 결여되어 있어 아쉬움을 가지게 한다. 켈젠의 경우는 反이데올로기라는 점에서 植民地狀況自體에 대한 問題도 제기하지 않게 하며 反共民主法學이란 점에서 解放後 우리 狀況에 적합하게 된 점을 들 수 있겠다. 라드브루흐의 경우는 그의 相對主義의 傾向이 政治狀況과 재빨리 영합하여 우리의 상황에 적합하게 된 면이 있지 않은가 생각한다. 外國法思想의 수용에서 法社會學的 研究는 필수적이며 이를 통하여 현재의 法文化를 더욱 풍부히 할 수 있을 것이다.

### 제 8 장 北韓의 法思想

北韓法에 대하여 最近에 관심을 갖기 시작하여 드디어 法學界에도 統一의 바람이 감돌고 있음을 느낀다. 이 책에는 처음으로 北韓의 法思想의 전모를 개략적으로 그려 놓았다. 기존의 研究가 전무한 상태에서의 선부른 評價보다는 그대로의 소개가 妥當할 것이다. 이런 점에서 이 저서는 최초라는 점 이외에도 意義가 있다. 이 저서로 말미암아 法의 南北統一

을 앞당기는 계기가 마련되기를 바란다.

#### 제 9 장 外國에서의 韓國法思想研究

韓國法思想史의 시야를 넓혀 世界法思想史 속에서의 韓國法思想史를 자리잡게 하였다. 이는 韓國法文化의 世界化에도 기여할 것이다.

#### 4.

이상에서 저서의 대강을 살펴보고 問題點을 제기하였다. 그러나 이는 著書의 價値를 손상하거나 著者의 研究에 흠이 되지 않을 것이다. 이 著書와 그간의 著者의 研究成果는 이런 問題點을 덜고도 남음이 있어 앞으로의 研究에 커다란 도움을 줄 것이고 韓國法學史에 찬란한 金子塔이 될 것이다. 또한 筆者의 問題제기는 同學으로서 학문의 發展을 위한 노파심에서 스스로를 反省하고 著者와 後學들을 깨우쳐 주기 위함에서 나온 것임을 著者도 이해하리라 믿는다.

이 著書의 특징은 각 항목의 말미에 지금까지의 研究成果를 整理하여 앞으로의 研究에 방향을 제시한 것이다. 그리고 著者가 방대한 文獻을 섭렵한 것에는 찬사를 금할 수 없다. 法學文獻은 물론, 歷史學 그리고 傳記資料, 知性史에 관한 文獻까지 두루 섭렵하여 研究를 하였다. 그러나 앞 부분에는 최근의 研究成果가 제대로 반영되지 않았는데 이는 방대한 敘述을 함에는 불가피한 사정일 것이다.

위에서의 問題點의 그 연원을 생각해 보면 法思想史만이 아니라 法制史도 研究가 부족한 상태에서 通史의 概說書에 대한 의욕이 앞선 것에서 나온 것이라고 여겨진다. 이는 著者만의 책임이 아니라 筆者를 비롯한 法史學界, 크게는 法學界 전체의 책임이다. 즉 著者의 研究不足에서가 아니라 法制史研究의 부족에서 기인한 것이 크다는 점이다. 본래 制度와 思想은 서로 밀접한 관련을 맺고 發展한다. 制度化되지 않은 思想은 공허한 메아리에 지나지 않고 思想 없는 制度는 생기를 잃은 빈 껍질에 지나지 않는다. 韓國法制史에 대한 基礎的 研究가 없는 상태에서 韓國法思想史의 闕개를 매듭지은 著者의 노력에 다시 한번 慶賀를 보낸다. 앞으로 法制史·法思想史의 균형있는 研究로 보다 나은 法制史·法思想史의 概說書가 나오기를 기대한다.

歷史性이 결여된 法學界의 風土와 傳統의 斷切로 傳統法에 대한 접근의 어려움으로 소수의 研究者로 광범위한 研究를 해야 하는 韓國法史의 分野에서 이 著書는 한 이정표가 될 것이다. 또 이는 法學의 發展에 굳건한 주춧돌이 되어 이를 바탕으로 하는 後學들의 멋진 法史學을 수립하게 되는 날이 올 것임이 분명하며, 그날이 빨리 오기를 기대한다. (서울대출판부, 1989, 446면)