

〈서 평〉

Das römisch-holländische Recht: Fortschritte des Zivilrechts  
im 17. und 18. Jahrhundert/herausgegeben von  
Robert Feenstra und Reinhard Zimmermann.

—Berlin: Duncker & Humblot, 1992 (Schriften zur europäischen Rechts-  
und Verfassungsgeschichte: Bd. 7), 627 S.

崔 秉 祚\*

I

이 책은 현대 네델란드의 대표적 近世私法史학자로서 1990년에 70세 생신을 맞이했던 Robert Feenstra 교수와 8년간 남아프리카 공화국에서 교수생활을 한 경력이 있고 현재는 독일 Regensburg 대학에서 재직중인 40대의 독일 중견법학자 Reinhard Zimmermann이 로마-홀란드법의 전체상을 제시한다는 목표하에 공동으로 편집한 논문모음이다. 총 625면에 달하는 결코 적지 않은 분량이 말해 주듯이 선정된 문제에 관하여 비교적 상세한 논술을 하고 있다. 그러나 결코 가볍지도 그렇다고 지나치게 무겁지도 않은 서술들은 평소에 評者가 네델란드사람들과 그들의 연구논문에 대하여 품고 있던 인상과 부합하는 것으로, 아마도 그들의 개방적이고 윤택한 생활태도가 은연중에 학문하는 데에도 반영된 것이 아닌가 생각된다.

編者들도 서문에서 밝히고 있듯이 네델란드는 17세기 유럽에서 정치적, 경제적, 문화적으로 주도적 위치를 차지했던 나라 중의 하나였고, 이러한 네델란드의 흥성에 있어서 이른바 로마-홀란드법은 그 결과이자 동시에 기초였었다. 이 법은 이탈리아 법학(mos italicus)의 전통에 기반을 두고, 프랑스 법학의 인문주의적 학풍에 의하여 풍부하게 되었으며, 당대의 관습(consuetudines hodiernae)에 대해 개방적이었고, 또 세속화된 자연법론에 의해 새롭게 고무되었기에, 당시에 가장 현대적인 법질서의 하나가 되었었다. 이와같은 로마-홀란드법의 업적을 특히 “統合”을 이룩한 점에서 구해 볼 수 있다고 한다면, 이를 통한 살아있는 “관덕텐의 현대적 적용(usus modernus pandectarum)”의 형성은 유럽法史에 있어서 이정표의 하나였다. 이처럼 네델란드의 법학은 서양법학사에 있어서 빼놓을 수 없는 확고한 한 획을 차지하고 있고, 오늘날에도 이른바 Roman-Dutch Law로 알려진 法圈에서는 중요한 영향력을 행사하고 있다. 그런데도 우리 나라의 경우 이 분야에 관한 인식은 극히 미약하

\* 서울대학교 법과대학 부교수, 로마법

여서 네델란드가 배출한 저명한 세계적 법학자 중에는 그저 후고 그로티우스 정도만이 그나마 이름이라도 알려진 측에 속할 뿐 전문적인 연구는 고사하고 그 개략조차도 소개가 안되어 있는 실정이다. 또 어쩌다가 관심을 가진 경우에도 직접적인 자료를 求得하기가 어렵고 또 이용할 수 있는 현존의 자료들<sup>(1)</sup>마저도 언어를 비롯한 여러가지 여건상 이용이 힘들기 때문에 그저 단편적이거나 이차문헌을 통한 간접적인 인식에 머물러 왔던 것이 숨길 수 없는 우리의 현실이다. 이러한 참에 최근 네델란드와 독일의 斯界의 전문가가 편집을 맡고 유럽과 남아프리카공화국의 전문가들이 집필을 분담하여 민사소송법과 민법의 전 분야에 걸친 표준적 편람을 발간한 것은 특히 종래 관련정보가 차단되었던 우리로서는 믿을 수 있는 정보를 손쉽게 얻어볼 수 있게 되었다는 점에서 매우 환영할 만한 일이 아닐 수 없다. 특히 기고자가 원래 南阿共語(Afrikaans)로 쓴 논문들과 영어로 쓴 논문들 중 일부는 독일어로 번역하여 실고 있으므로 언어면에서 접근이 용이하다. 그 결과 기고문들은 독일어와 영어로만 되어 있다. 다만 인용되고 있는 원저작들의 경우에는 라틴어와 네델란드어가 구사되기 때문에 이 점에서는 일반독자로서는 당혹감을 느낄 수도 있으나 전체를 이해하는 데에 장애가 될 정도는 물론 아니다.

이 책은 크게 導論(“로마-홀란드법 개관”), 민사소송법, 민법의 諸문제(“재산법의 체계”, “裸約定의 訴求가능성”, 매매계약, 交換正義의 문제, 착오론, 賃約, 소비대차, 보험법의 淵源, 사무관리, 부당이득법, 그로티우스의 불법행위법 이론, 무과실책임의 諸현상형태, 소유권개념, 소유권의 이전, 점유의 개념과 보호, 役權, 相隣關係法의 諸기초)의 세 부분으로 구성되어 있고(후술 II 참조), 그 하나하나의 문제들은 法敎義學의 變遷史에 있어서 각각 나름대로 독자적인 평가를 요하는 고로, 하나의 서평에서 개괄적으로 다룰 수 있는 성질이 아니므로, 여기서는 이러한 新刊이 나왔다는 것을 소개하는 데에 그치기로 한다. 앞으로 서양의 法敎義學史(Rechtsdogmengeschichte)에 관심을 갖는 법학도들이 그때그때 관련문제에 대하여 이 책을 참고한다면 많은 도움을 얻으리라고 생각한다. 아울러 이를 계기로 네델란드법학의 원전에 대한 관심과 연구도 활발해지기를 기대해 본다.

## II

모두 19개의 논문으로 구성된 이 책의 내용을 간략히 소개해 보면 다음과 같다. 수록된 순서대로 살펴본다(논문순서에 따른 괄호 속의 번호는 편의상 필자가 붙인 것이다).

1. (1) 우선 總論격에 해당하는 내용으로서 Reinhard Zimmermann(독일 Regensburg대학)의 “로마-홀란드법 개관 Römisch-holländisches Recht—ein Überblick”(9-58면)은 일반적

(1) 가령 서울대학교 도서관에는 Hugo Grotius, Johannes Voet, Arnoldus Vinnius, Gerard Noodt 등(후술 II. 1 참조)의 저작과 이들에 관한 이차문헌들이 소장되어 있으나 해방 이후 그 이용은 거의 없지 않았나 생각된다.

문화적, 정치적 배경에 이어서 7인의 네델란드법학을 대변하는 법학자들과 그들의 저작에 관하여 소개를 한 후, 레이던(Leiden)대학을 중심으로 발흥한 로마-홀란드법학이 로마법을 현대화함에 있어서 역할을 했던 특징적 因子들을 다섯가지로 요약하여 종합적으로 평가하고 있다. 7인의 大家들은 우리에게도 잘 알려져 있는 후고 그로티우스(Hugo Grotius 1583~1645)를 비롯하여 코르넬리스 반 베임커스후크(Cornelis van Bynkershoek 1673~1743), 윌리호 휘버(Ulrich Huber 1636~1694), 요한네스 후트(Johannes Voet 1647~1713), 아르놀두스 빈니우스(Arnoldus Vinnius 1588~1657), 시몬 반 흐루네베헌 반 데르 마테(Simon van Groenewegen van der Made 1613~1652), 시몬 반 레우웬(Simon van Leeuwen 1626~1682)을 말한다. 그 밖에도 디오니시우스 고데호리되스 반 데르 케셀(Dionysius Godefridus van der Keessel)과 요한네스 반 데르 린덴(Johannes van der Linden) 등이 중요한 법학자로서 거명되고 있다. 최근 새로운 評傳<sup>(2)</sup>이 나와서 재조명되었던 유명한 헤라르트 노트(Gerard Noodt 1647~1725)가 빠져 있는 것이 흥미롭다. 당시의 법학을 발전시킨 주요한 다섯가지 요인으로서 실무재판법학(jurisprudentia forensis)이었다는 점, 프랑스 “典雅”(elegante) 법학의 전통, 16세기의 남네델란드법에 대한 연속성, 로마-홀란드법의 유럽정신, 당시 시작한 자연법론을 들고 있다.

2. (2) “민사소송법(Das Zivilprozeßrecht)”에 관한 Gero R. Dolezalek(南阿共 Cape Town 대학)의 기고(59-104면)는 재판제도, 소송관계입법, 소송절차 및 강제집행과 특별절차를 포괄하는 전체상을 제시하고 있다. 로마-홀란드법의 민사소송은 전체적으로 보자면 합목적적이었고 공정한 재판을 위한 훌륭한 기초였지만 소송과정이 번거롭고 지연되었던 단점이 있었음이 결론적으로 지적되고 있다.

3. 민법부분은 모두 17개의 논문으로 구성되어 있는데, 앞의 12개는 채권법에 관한 것이 고 뒤의 5개는 물권법에 관한 것이다.

a) 채권법

(3) 민법부분의 冒頭를 장식하고 있는 W.J. Zwolve(네델란드 Groningen제국대학)의 “재산법의 체계(Das System des Vermögensrechts)”(105-122면)는 물건과 권리의 관계에 대하여 논의를 펴고 있다. 1992년 1월 1일부터 발효한 네델란드 新民法(Nieuw Burgerlijk Wetboek)<sup>(3)</sup>

(2) G.C. J.J. van den Bergh, *The Life and Work of Gerard Noodt(1647~1725). Dutch Legal Scholarship between Humanism and Enlightenment*(Oxford 1988); 이에 관해서는 Klaus Luig, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 58 (1990), 204-209의 서평 참조.

(3) 네델란드는 1970년 人法 및 가족법(민법 제 1편) 개정 작업을 시작으로 민법의 편별 개정작업을 계속하여 1976년 法人法(민법 제 2편), 1991년 운송법(민법 제 8편) 개정을 거쳐 1992년부터는 상속법(민법 제 4편)과 각종 개별계약법(민법 제 7A편과 7편 일부)에 작업 중이며, 1992년 1월 1일부터는 민법 제 3편(재산법 총칙), 제 5편(물권), 제 6편(채권법 총칙), 제 7편(개별계약) 중 4개장(제 1장 : 매매와 교환; 제 7장 : 위임; 제 9장 : 임치; 제 14장 : 보증)이 발효하여 재산법의 주요부분이 완성되었다. *Nieuw Burgerlijk Wetboek: boek 1 t/m 8/onder red. van: B. Wessels...[et al.]...-Lelystad: Vermande, 1992, p. V; R.C. van Caenegem, An Historical Introduction to Private Law(1992), 153.*

재산법과 관련하여 한 節을 할애한 것이 이채롭다.

(4) 중세 이래 계약법의 발전에 있어서 중요한 역할을 했던 이른바 “裸約定의 訴求가능성(Die Klagbarkeit der pacta nuda)”(123-144면)에 관한 Robert Feenstra(前 네델란드 Leiden 제국대학)의 기고는 17세기 통설로 인정되었던 訴求가능성 이론의 궤적을 Matthaers Wesenbeck(1531~1586) 및 Grotius를 축으로 삼아 추적하고 있다.

(5) 1991년 The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition (Cape Town-Wetton-Johannesburg: Juta & Co, Ltd.)을 공간하여 역사적 비교법학의 분야에서 입지를 굳힌 바 있고 이 책의 編者 중의 한 사람이기도 한 Reinhard Zimmermann이 집필하고 있는 “매매계약(Der Kaufvertrag)”(145-200면)은 이 책의 다른 글들과 마찬가지로 전거를 충실히 인용하고 있는 표준적 서술이다.

(6) 契約公正의 법리를 前面에서 수용하고 있지 않은 우리 민법의 연구자들에게는 Christoph Becker(독일 Köln근세사법사연구소)의 “交換正義의 문제(Das Problem der Austauschgerechtigkeit)”(201-223면)가 특히 주목할 만한 것이다. 필자는 전체적으로 보자면 네델란드의 법학자들도 이른바 laesio enormis(“막대한 손해”)의 문제에 있어서 보통법의 전승을 추종하고 있다고 결론짓고 있다. 네델란드 新民法(NBW)은 價格正義에 관한 특별한 규정은 舊民法과 마찬가지로 채택하고 있지 않다.

(7) “착오론(Die Irrtumslehre)”(225-244면)은 법률의 착오에 관한 학위논문<sup>(4)</sup> 이래 꾸준히 착오 문제를 다루어온 Laurens Winkel(네델란드 Amsterdam대학)이 맡았다. 그의 결론은 이 문제에 관한 한, 네델란드의 법학자들은 본질적으로 새로운 기여를 한 바는 없다는 것이다.

(8) Eltjo Schrage(네델란드 Amsterdam자유대학)이 기고한 “賃約(Locatio conductio)”(245-273면)은 전통적인 세 종류의 賃約, 즉 賃貸借(locatio conductio rei), 雇傭(locatio conductio operarum) 및 都給(locatio conductio operis), 모두에 걸쳐서 고찰하고, 로마-홀란드법의 법학자들은 지역특별법규의 영향하에 여러 면에서 學識法과 다른 입장을 취했음을 밝히고 있다.

(9) “소비대차(Das Darlehen)”(275-303면)는 J.E. Spruit(네델란드 Utrecht제국대학; Limburg, Maastricht제국대학)가 집필하였는데, 18세기를 거쳐 19세기 민법전 편찬(1838)이 있기까지의 과정도 아울러 살펴보고 있다.

(10) J.P. van Niekerk(南阿共 Pretoria 남아프리카대학)의 “보험법의 淵源(Sources of Insurance Law)”(305-327면)은 특히 商法史의 연구가 저조한 우리에게 적지않은 도움을 줄 것으로 기대된다.

(4) Error iuris nocet. Rechtsdwaling als rechtsorde-probleem, I: Rechtsdwaling in de Griekse filosofie en in het Romeinse recht tot Justinianus (Amsterdam 1982).

(11) “사무관리(Negotiorum gestio)”(329-368면)를 다룬 D.H. van Zyl(南阿共 대법원판사)의 논문은 그 분량에서 이미 현행 우리 민법의 해설서들보다 상세한 듯하고, 이 사실은 그것만으로도 벌써 우리가 로마-홀란드법으로부터 배울 것이 적지 않음을 시사한다 하겠다. 실제로 사무관리를 둘러싼 다양한 문제들이 두루 서술되고 있다.

(12) 같은 이야기는 Daniel Visser(南阿共 Cape Town대학)의 “부당이득법(Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung)”(369-428면)에 대해서도 할 수 있을 것이다. 그로티우스의 이론을 출발점으로 삼아 일반적 부당이득訴權을 살펴보고 이어서 부당이득의 유형별 고찰을 한 후, 利益轉用物訴權(actio de in rem verso [utilis])을 포함하여 기타 관련문제들을 다루고 있다.

(13) 공동編者인 Robert Feenstra(前 네델란드 Leiden대학)는 그의 불법행위법에 관한 기고(“그로티우스의 불법행위법론, 특히 살해와 신체상해의 경우의 손해배상(Das Deliktsrecht bei Grotius, insbesondere der Schadensersatz bei Tötung und Körperverletzung)”, 429-454면)에서 후에 프랑스민법 제1382조<sup>(5)</sup>로 이어지는 불법행위법상의 일반조항을 최초로 명백히 정식화한 그로티우스의 이론을 자연법론의 이론을 배경으로 하면서 살펴보고 있다. 이 글 역시 不法行爲法史에 대한 심도있는 연구가 부족한 우리 민법의 연구자들에게 좋은 정보를 제공할 것으로 생각된다.

(14) “무과실책임의 諸現象形態(Erscheinungsformen verschuldensunabhängiger Haftung)”(455-484면)를 다룬 C.G. van der Merwe(南阿共 Stellenbosch대학)의 글은 이른바 準不法行爲(Quasidelikte)와 加害者委付(noxae deditio)를 중심으로 한 네델란드법학자들의 논의를 추적하고, 위협책임의 법리가 아직 발전하지 않은 상황에서 이들이 “door wetsduiding”(법률해석에 의한) 불법행위라는 개념을 범주화함으로써 현대적 위협책임의 기초로서의 위협원칙의 개념화에 가치있는 기여를 했음을 밝히고 있다. 이 논문 역시 관련 法敎義學史 연구에 좋은 참고가 될 것이다.

#### b) 물권법

(15) 물권법에 관한 첫 논문은 A.J. van der Walt(南阿共 Pretoria 남아프리카대학)가 쓴 “소유권개념(Der Eigentumsbegriff)”(485-520면)에 관한 것이다. 여기서도 논의의 출발점은 그로티우스의 이론이며, 그의 전거들, 그가 로마-홀란드법에 미친 영향, 그리고 로마-홀란드법의 영향과 의미의 순서로 고찰하고 있다.

(16) 다음으로 D.L. Carey Miller(영국 Aberdeen대학)이 집필한 “소유권의 移轉 Transfer of Ownership”(521-540면)은 소유권이전의 요건을 중심으로 논하고 있으며 끝부분에서는 일반적 역사적 조망을 곁들이고 있다. 소유권이전이 無因的인가 有因的인가에 관한 서술부

(5) Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

분이 있는 것도 눈에 띈다.

(17) “점유의 개념과 보호(The Concept and the Protection of Possession)”(541-566면)를 다루고 있는 Duard Kleyn(南阿共 Pretoria대학)의 논문은 결론적으로 로마-홀란드법의 법학자들이 프랑스, 이탈리아, 독일, 스페인의 법학자들의 저작에 크게 의존하고 있으며 결국 로마법대전과 註釋學派 및 註解學派의 저작들을 그들 이론의 출발점으로 삼았고, 그리하여 로마-홀란드법 역시 유럽 보통법(ius commune)의 일부였음을 지적하고 있다. 점유보호와 관련해서는 유럽 보통법에 대한 게르만법의 영향이 명백하다는 지적이 흥미롭다.

(18) 끝에서 두번째 논문인 M.J. de Waal(南阿共 Stellenbosch대학)의 “役權(Servitudes)”(567-595면)은 농촌과 도시의 地役權, 그리고 用益權(ususfructus)을 중심으로 한 人役權에 관한 연구이다. 새로운 발전과 심세한 논리전개가 있었지만, 전체적으로 보자면 役權이론만큼 확고하게 로마법의 기초 위에 서 있는 분야도 없음을 밝히고 있다.

(19) “相隣關係法の 諸基礎(Grundlagen des Nachbarrechts)”(597-625면)에 관한 Derek van der Merwe(南阿共 Johannesburg Randse Afrikaanse대학)의 글이 이 책에 수록된 제일 마지막 논문이다. 네델란드의 법학자들은 로마법과 이전의 법학자들의 업적을 바탕으로 로마법의 技術的 訴權法的 사유의 틀을 탈피하여 실체법적 범규칙과 그 저변에 깔린 기본원리를 파악함으로써 새로운 발전에 기여하였음을 지적하고 있다.

### III

이상에서 走馬看山적으로 이 책의 내용을 소개해 보았다. 編者 서문에 의하면 원래 “채무관계에의 제 3자의 편입”과 “人格權侵害訴權(actio iniuriarum)”도 주제로 선정하였으나 사정이 있어서 수록하지 못하였다고 한다. 그것을 보충하기 위하여 관련문헌을 소개하고 있는 編者들의 학문하는 자세가 돋보인다. 편람의 성격에 걸맞게 관련문제에 관한 중요한 2차문헌들을 거의 망라적으로 소개하여 현재의 연구현황을 손쉽게 알도록 하고 있는 것도 이 책의 큰 장점이라 하겠다.

典據<sup>(6)</sup>를 세밀하게 정확히 제시하면서 17, 18세기 네델란드의 법학을 역사적으로 재조명하고 있는 이 책은 編者들도 지적하고 있듯이 로마-홀란드법에 대한 서술로서는 그동안의 흠결을 보충해 줄 수 있는 현대판이다. 編者들은 이 책이 Helmut Coing이 공간한 Europäisches Privatrecht, Band I: Älteres gemeines Recht(1500~1800) (München: C.H. Beck 1985)<sup>(7)</sup>를 지역적인 관점에서 심화, 보완하려는 의도가 있었음을 밝히고 있다.

(6) 이에 관해서는 일차적으로 Helmut Coing (Hg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, II/1 (1977), 501ff. ; 615ff. 참조.

(7) 이에 관해서는 Klaus Luig, *Archiv für die civilistische Praxis* 187 (1987), 477-484의 서평을 참조하라.

이 책은 논문의 서두마다 목차를 붙이고 있어서 다루어진 내용을 일목요연하게 조망할 수 있어서 편리하다. 반면에 서두의 목차가 상당정도 그 기능을 대체하고 있기는 하지만, 출판사인 Duncker & Humblot社의 법학총서들이 일반적으로 그렇듯 이 책의 말미에 색인이 없는 것은 다소 유감이라 할 것이다. 논문에 따라서는 자주 인용되는 원저작들의 목록을 논문의 初頭에서 제시하고 있기 때문에 편리한 점이 있다.

유럽의 다른 나라 법학자들은 弄半 眞半으로 네델란드사람들은 후고 그로티우스의 연구에 전념하느라 다른 일에는 힘을 쏟을 여력이 없다고 이야기한다. 이 책은 그로티우스가 로마-홀란드법에서 차지하는 “帝王的” 위치를 웅변으로 말해주고 있다. 이 책이 많이 활용되고 또 그것이 계기가 되어, 가령 극적인 생애를 살았고 다방면으로 천재였던 그로티우스의 경우만이라도, 적어도 그의 법학과 법사상에 관한 한, 앞으로 그저 국제법의 아버지<sup>(8)</sup>라는 도식적 口頭禪에 그치지 않고 진정 깊이있는 연구가 이루어진다면 우리 법학계로서는 큰 득이라 할 것이다. 다시 한번 이 방면의 공부와 연구에도 관심을 기울일 것을 촉구해 본다.

(8) 이에 관해서는 Grewe, “Grotius als ‘Vater des Völkerrechts’”, in: Gedächtnisschrift für W. Martens (hrsg. v. Ziegler, 1987), 851-858 참조(평자 未見).