

〈서 평〉

崔鍾庫 著, 「韓國의 西洋法受容史」 (博英社, 1982, 485面)

李 太 載*

法學은 思想과 理論과 技術의 학문인 동시에 歷史의 학문이다. 그런데 우리나라 法學界의 활동은 近者에 이르기까지 法解釋學에 집중하는 반면에 法事實學의 영역을 等閑視하여 왔고 특히 제 나라의 法史에 관한 연구의 不振은 韓國法學의 제진에 관한 문제이기도 하다. 아직 한국의 法思想史나 一般法史가 出刊되지 못한 데는 그런대로의 이유가 있었다. 첫째로 우리의 法曹現實이 法官養成에 다급했고, 과거 일본 法學教育의 영향으로 理論法學分野의 既成教授가 殆無하였고, 대학의 法學教育講座가 거의 實定法의 解釋學에 국한되어 理論法學者나 教授養成의 길이 막혀 있었다. 둘째로 우리의 現行法은 거의 모두가 西洋法을 수용한 것이므로 그 理論과 歷史도 西洋法의 것이 아니면 안된다는 素朴한 생각에서 意識的으로 우리나라의 전통적인 法思想과 法史에 관한 연구를 소홀히 하여 왔다. 셋째로 그러한 舊時代의 연구가 近代化에 급급한 우리나라의 현실에 무슨 도움이 되겠느냐는 皮相的이고 實用的인 감각에 지배되어 왔다. 끝으로 간혹 그 필요성을 이해하는 學者가 있어도 대학에 講座가 제대로 마련되어 있지 아니하고 따로 그런 研究機關도 없었을 뿐 아니라 필요한 史料가 제대로 보존·정리되어 있지 못하여 그런 연구에 獻身할 수 있는 與件의 缺如로 좌절되어 왔다.

우리나라 大學講壇에서 韓國法史의 강의가 시도된 것은 오래된 일이 아니다. 筆者가 1950年代에 Louvain대학과 Paris대학에서 법학공부를 하면서 난처하고 부끄러운 경험을 한 적이 있다. 콩페랑스시간에 가끔 韓國法史 또는 極東法史에 관한 발표를 하라는 지명을 받았기 때문이다. 처음에는 무슨 口實을 붙여 떠넘기다가 그 수치를 씻어야 하겠기에 그 곳은 물론 한국과 일본에 있는 친지들의 도움을 받아 文獻을 모으고 학문이 아닌 臨機應變의 체면수습을 해야 하였던 부끄러운 경험을 가지고 있다. 그래서 1958년에 귀국하자 경북대학교에서 그 필요성을 강조하고 西洋法制史시간에 강좌명의를 다른 東洋法史와 韓國法史의 大要를 강의한 일이 있었다. 물론 學長을 설득시켜 양해를 받은 후에 한 일이지는 하나 變則講座임에는 틀림이 없다. 그 후 1960년부터 選擇科目으로나마 韓國法制史라는 강좌를 개설하게 되었으나 그 연구에 정진하는 교수를 구하기 어려웠고 학생들의 관심도 신통치 못

* 慶北大學校 法科大學 教授

한 채로 오늘에 이르고 있다. 지금도 우리나라 法學界에 있어서 法學의 중요한 領域인 法史學, 특히 韓國法史가 무대접을 받고 있는 것은 숨길 수 없는 사실이다. 그런데도 그 연구에 몰두하고 있는 몇몇 교수에게는 머리가 수그러진다.

韓國의 一般法史에 관하여는 일찌기 일본인 淺見倫太郎가 1921년에 學位論文으로서 발표한 「朝鮮法制史稿」(原名은 「半島法制的沿革」)가 있었으나 法史學의 方法論에서 보면 距離가 먼 것이어서 文獻으로서의 價値가 매우 의심스럽다. 그러나 近者에 와서 우리나라 法學者 가운데서 傳統的 法思想이나 家族制度, 土地制度, 刑罰, 行政組織 등에 관한 史의 研究가 이어지고 또 여러가지 자료집이 간행되고 있는 것은 소망스러운 일이라 아니할 수 없다.

그러던 중에 獨逸에서 4년간 法史學을 연구하고 귀중한 史料들을 수집하여 귀국한 崔鍾庫博士가 1980년에 「法史와 法思想」이라는 力著를 出刊하여 法史學의 方法論과 近世韓國法史에 관한 중요한 史料와 특히 西洋法의 直接繼受에 관한 연구결과를 발표해 준 데 이어 이번에는 또 「韓國의 西洋法受容史」(크라운版, 485面, 博英社)를 出刊하여 韓國近代法史研究의 기초를 다지게 되었고 우리나라의 西洋法受容過程을 세계의 法史學界에 알릴 수 있게 되었다. 더구나 著者は 우리나라에 西洋法을 수용하게 된 韓末의 國內외적인 動因에 주목하고 우리의 西洋法受容이 일본의 정치적 간섭을 통한 經路에 앞서 이미 17세기에 實學派들에 의한 初期受容이 있었고 1882년 말부터는 西洋人法律顧問을 雇聘하여 많은 영향을 받았다는 史實을 밝히는 데 注力함으로써 우리의 法制近代化의 根源이 일본의 政治的 支配에 있었던 것이 아니라 우리의 自覺的 產物이었다는 것을 立證하고 있다.

法史學者들에게는 남모르는 고충이 많다. 첫째로 法學과는 직접적인 관계가 없는 一般史, 文化史, 思想史 등을 익혀야 하는 동시에 그 史實들을 法學的 側面에서 소화시켜야 한다. 둘째로 수집된 雜多하고 상호 모순되는 것 같은 많은 史料를 비판·정리하는데 있어서는 새로운 批判方法論을 습득하여야 한다. 셋째로 法史의 변천은 法意識, 法思想, 實定法規, 適用的 實際 등이 함께 연구되어야 하므로 그 중 어느 하나만으로 法史의 움직임을 진단할 수 없다. 끝으로 모든 史學者들에게 공통되는 문제인 時代區分에 있어서 法史學者들은 종래의 政治史의 區分에서 새로운 區分基準을 찾아야 한다. 그러므로 法史學의 見地에서 보면 어떤 史料에 의거한 연구는 항상 다른 史料와의 關係하에서 연구되어야 하고 그렇지 못한 경우에는 역시 하나의 史料 이상이 되지 못한다. 이와 같이 史家들은 어떤 史料의 提示만으로 만족할 수 없고 그 신빙성이 입증되어야 하고 비판을 통한 평가가 수반되어야 한다.

그래서 崔博士는 「韓國의 西洋法受容史」에서 規範法學的 見地에서는 매우 外延的이거나 無關한 것으로 보일 수 있는 史實들을 상세히 다루게 되었다. 처음 序章에서는 李氏朝鮮時代의 傳統的 法體系와 實學派學者들에 의한 西洋法學的 初期的 受容과 開化期 韓國法律家들의 海外遊學狀況과 法官養成과 法學教育의 制度 및 立法의 近代化過程을 다루면서 우리나라의 西洋法受容의 嚆矢를 17세기에 實學派學者들이 北京을 내왕하면서 이미 그 곳에 와 있

던 西洋人 카톨릭宣教師들과 접촉하고 그들이 搬入한 西洋法學에 관한 文獻들을 학습한 데서 찾고 있으며 著者は 이를 특히 「西洋法學의 初期的 受容」이라고 부르고 있다.

第1部에서는 일본이 우리나라의 法制改革을 일으킨 甲午更張 보다 12년이나 앞선 1882년부터 우리 政府에 雇聘되어 韓國法의 近代化에 많은 영향을 미친 西洋人法律家들을 하나 하나 추적하여 그 生涯와 雇聘過程과 우리나라 안에서의 法律活動을 세밀히 조사하여 소개하는 동시에 이에 관련된 귀중한 史料들을 提示하고 있다. 여기에 소개된 西洋人法律家는 1882년말에 淸나라 李鴻章의 추천으로 우리나라의 外交와 關稅業務의 法律顧問으로 초빙되어 1885년까지 內務協辦, 海關總稅務司를 지낸 獨逸人 Paul Georg Möllendorff를 비롯하여 그 후에 초빙되어 內部法律顧問을 지낸 美國人 Owen N. Denny, 內部顧問을 지낸 프랑스系 美國人 Charles William LeGendre, 法部顧問 및 法官養成所 教授를 지낸 프랑스人 Laurent Crémazy, 內部顧問을 지낸 美國人 Clarence R. Greathouse, 역시 內部顧問을 지낸 美國人 Willian Franklin Sands, 外交顧問을 지낸 美國人 Durham White Stevens, 이는 1910년의 韓日合邦으로 西洋人法律家의 雇聘制度가 끊어지기 전 마지막 西洋人法律顧問이었다. 또한 이 외에 해방 후 美軍政司令部の 法律顧問을 지낸 獨逸人 Ernst Fraenkel 이다.

第2部에서는 韓國法의 近代化過程을 다루면서 韓國法이 西洋法言語를 受容한 과정을 밝히고, 近代的인 韓國法律家像이 형성되어 가는 과정을 傳統의 法律家像에서부터 시작하여 開化期, 日帝期, 美軍政期, 大韓民國樹立 이후에 이르기까지 일일이 그 내용을 살폈다.

第3部에서는 일찍부터 우리나라 法學에 많은 영향을 미친 獨逸과의 法學交流의 史實을 韓獨修交 이전부터 오늘에 이르기까지 상세히 밝히고 있다.

第4部에서는 韓國의 西洋法思想의 受容을 다루면서 韓末의 法狀況과 그 力學的 關係를 살피고 英美法思想, 프랑스法思想, 獨逸法思想이 受容되는 과정을 구체적 사건들을 통하여 고찰하였다.

西洋法學이나 西洋法思想이 우리나라에 導入되었다고 하여 곧 西洋法制가 계수되는 것은 물론 아니다. 오히려 어떤 국가가 제 傳統法制를 버리거나 改革하여 그와 理念과 構造가 다른 法制를 계수하는데 그 動因에 따라 다소의 차이는 있을지라도 많은 葛藤과 陣痛을 겪기 마련이다. 우리나라에서도 西洋法學과 西洋法思想의 수용은 일찌기 17세기부터 시작되었지만 西洋의 近代法制의 本格的 繼受는 1894년이 甲午更張부터 시작되었다고 본다. 그러나 甲午更張은 당시의 東學亂과 이를 契機로 발발한 淸日戰爭으로 우리나라에 進駐한 일본이 그 전쟁을 그들의 승리로 이끌게 됨에 따라 韓國內政에 적극적으로 간섭한 데서 일어난 것이었으므로 비록 그 法制改革에 국민의 法律上의 平等과 班常階級과 奴婢制의 廢止 등 西洋法思想에 따르는 여러가지 改革이 포함되어 있었다고 하더라도 侵入者의 干涉에 의한 強壓의 改革이었기 때문에 더욱 많은 진통을 겪게 되었다. 그 뿐 아니라 그 戰亂 중

에 일본의 強制로 설치된 軍國機務處라는 別廳은 政府와 對等한 권한을 행사하면서 政治, 立法, 軍事에 관한 一切의 實質的 權限을 장악하게 되고 그들의 植民地化를 위한 노골적인 지배목적이 담긴 立法과 함께 졸속한 法制改革을 강행하였기 때문에 오히려 우리나라의 法制近代化에 많은 後遺症을 남기게 하는 결과를 초래하였다.

著者は 序文에서 각 實定法の 分野別로 西洋法理論이 어떻게 韓國法體系 속에 포함되고 영향을 미쳤는가에 관하여는 따로 각 實定法學者들과 함께 다루기로 하고 여기서는 다만 그 원동치만을 다룬다고 전제하고 있다. 사실 각 實定法別의 西洋法受容史와 傳統法과의 갈등현상 등은 각 實定法學者가 그 沿革을 다루면서 그 理論과 制度의 계승과정을 밝혀야 할 것으로 안다. 法史學은 實定法規의 모든 變改를 다루는 것이 아니라 法思想 내지 理念이나 制度의 基本的 構造의 變革을 대상으로 삼기 때문에 각 實定法の 沿革이나 變遷史에 까지 깊이 들어갈 수 없는 것으로 본다.

崔鍾庫教授의 「韓國의 西洋法受容史」는 韓國法史 가운데서 大變革을 일으킨 西洋法の 受容過程을 상세히 밝힌 力著이고, 특히 당시에 우리나라에 雇聘되어 韓國法の 近代化에 직접적인 영향을 미친 西洋人 法律家들의 生涯와 그 활동을 하나 하나 人物別로 상세히 파헤치면서 관련된 광범한 史料를 친절하게 충실히 제시한 勞作이며, 이 著者가 오래 침체되어 온 우리나라 法史學界는 물론 모든 法學者와 史學者들에게 귀중한 길잡이가 될 것을 확신하면서 著者 崔鍾庫 教授에게 깊은 존경과 격려를 보낸다.