

〈번 역〉

사비니, 『現代로마法體系』序言

梁 彰 洙*

우리의 학문 法學은 오랜 기간에 걸친 부단의 노력에 의하여 점차로 쌓아올려졌다. 오늘날 이러한 학문에 종사하는 우리는 풍부한 유산을 누릴 수 있다. 우리가 얻은 것은 상당한 양의 획득된 진리뿐만이 아니다. 우리는 여러 가지의 정신적인 힘이 각가지 방향으로 행하였던 시도에 대하여도 알고 있다. 지나간 시대의 이러한 모든 노력들은, 그것이 결실을 맺은 것이든 실패한 것이든, 우리에게 모범으로서 또는 경고로서 유익한 것이다. 그리하여 우리는 어떠한 의미에서는 과거 여러 世紀의 힘을 모아서 작업을 할 수 있는 위치에 있다. 만일 우리가 게으름이나 오만함 때문에 우리 처지의 이러한 타고난 利點을 살리지 못한다면, 만일 우리가 저 풍부한 유산으로부터 유익한 것을 얼마나 많이 섭취할 것인가를 피상적인 과정을 통하여 단지 우연에만 맡긴다면, 진정한 학문의 본질을 이루는 극히 귀중한 보물들은 사라지게 될 것이다. 그 귀중한 보물들이란 곧 공통의 학문적 확신과 不斷의 활기찬 진보가 그것인데, 부단의 활기찬 진보는 학문적 확신의 공통성을 죽은 문자로 변화시키지 않으려고 한다면 반드시 필요한 바이다. 그러한 일이 일어나지 않도록 하려면, 개별적으로 연구되고 획득된 것이 때때로 통일화를 지향하는 의식 안에서 종합되는 것이 바람직하다. 같은 시대에 살고 있는 법학자들도 종종 예리하게 대립되기도 하는데, 나아가 각 시대를 서로 비교하여 관찰하여 보면 이러한 대립은 더욱 선명하게 드러난다. 이 중 어느 하나를 택하고 다른 것을 배척하는 것으로는 문제가 해결되지 않는다. 오히려 우리의 과제는 이러한 대립을 보다 고차원의 통일어로 해소하는 데 있다. 이것이 학문에 있어서의 확실한 진보의 유일한 방도이다. 先人の 성과 중에 나타나는 위대한 것에 대한 존경의 마음이야말로 이러한 종합적인 작업의 수행에 알맞는 감정일 것이다. 그러나 이러한 존경심이 편협한 일방적인 傾倒로 변질되어 思考의 자유를 위협하지 않도록 하려면, 우리는 학문의 궁극적인 목표를 항상 염두에 두고 이에서 눈을 떼어서는 안 된다. 이 궁극목표에 비하면 개인이 거둘 수 있는 최대한의 성과라는 것도 불완전한 것에 불과함에 틀림없다.

그런데 우리의 학문이 여러 세대를 통하여 계속 구축하여 온 바는 우리에게 풍부한 이

* 서울대학교 법과대학 부교수

점을 가져다 주기도 하지만, 바로 그 때문에 독특한 커다란 위험이 발생한다. 우리가 先人들로부터 이어받은 여러 개념, 규칙 및 전문술어 등의 덩어리 속에는 획득된 진리와 아울러 어김없이 오류라는 끈질긴 부가물도 섞여 있다. 이 부가물은 古來의 자산이 가지는 바의 그 전통의 힘으로 우리에게 영향을 미쳐서 쉽사리 우리를 지배할 수 있다. 이러한 위험에 대처하려면, 우리는 때때로 傳來의 것 전부를 새롭게 음미하고, 그것을 의심의 눈초리로 바라보며, 그 유래를 물어야만 한다. 우리가 우리 스스로를, 전래된 소재를 그에 정통하지 않은 사람, 미심쩍어 하는 사람, 고분고분하지 않은 사람에게 전한다는 입장에 의식적으로 놓아봄으로써, 우리는 그것을 행할 수 있다. 이러한 음미의 작업에 알맞는 감정은 정신적으로 자유인 마음, 모든 권위로부터 독립적인 마음이다. 그러나 이 자유의 감정이 오만에 빠지지 않도록, 겸손의 감정이 補劑로서 거기에 가하여져야 한다. 앞서 말한 통찰의 자유를 자신의 업적으로 결실 맺게 할 수 있는 것은 오로지 개인의 능력뿐인데, 이 개인의 능력이란 제한된 것임을 솔직하게 숙고하여 본다면 그러한 겸손의 감정은 자연스럽게 우러날 것이다.

이리하여 우리는 서로 대립하는 입장에서 출발하였으면서 하나의 동일한 법학상의 필요를 인정하기에 이르게 된다. 즉 선인들이 행한 작업을 주기적으로 다시 고찰하여야 한다는 것인데, 그리하여 그로부터 불순물을 제거하고 진정한 것을 영구적인 자산으로 보존하여야 한다. 이러한 항구적 자산이야말로 공통된 과제를 해결함에 있어서 우리의 능력껏 목표에 접근할 수 있도록 하는 것이다. 현재의 시점에서 이러한 고찰을 행하는 것이本書의 목적이다.

그러나 최근에 법학에서 일어난 일로 인하여 이 저작이 편견 없이 받아들여지지 아니할 위험이 매우 높다는 것이 여기 초입에서 지적되어야 한다. 저자의 이름만 듣고도 위에서 말한 본서의 목적에 대하여 疑念을 품을 사람이 적지 않을 것이다. 그들은, 이것이 자유로운 학문적 작업이기보다는 歷史[法]學派의 일방적인 代辯이고, 따라서 그 학파에 속하지 않은 사람이라면 누구나 경계하여야 할 그 자체 하나의 黨派의 文書의 성격을 띄고 있다고 생각할 것이다.

법학의 모든 성과는 다양한 정신활동의 공동작용에 기하여 이룩된다. 그 정신활동 중의 하나를, 그리고 거기서 특히 기원하는 학문적인 방향의 특징을 표시하기 위하여 전에 나와 다른 사람들은 별다른 생각 없이 역사학파라는 표현을 사용하였다. 이로써 법학의 역사적 측면이 특히 강조되었는데, 그것은 다른 활동이나 방향의 가치를 무시하거나 감소시키려는 것이 아니라, 당시 역사적 연구가 다른 연구에 비하여 장기간에 걸쳐 줄곧 소홀히 되어 있어서 그 원래의 권리를 되찾으려면 일시적으로나마 다른 것보다 열심히 변호될 필요가 있었기 때문이었다. 그런데 그 명칭에는 그 후 오랫동안 지속된 論難이 뒤따랐고, 최근까지도 그에 대하여 가혹한 언급이 행하여져 왔다. 그러한 공격에 대한 방비는 무익하

며, 또 어느 정도는 불가능한 것이다. 왜냐하면 그 불쾌함이 학문적인 대립보다는 오히려 개인적인 감정에서 나오는 것을 반증이나 하듯, 역사학과의 반대자들은 법학문헌에서 그들에게 불편하거나 마음에 들지 않는 것은 모두 역사학과라는 이름 아래 싸잡아 비난하기 일쑤이기 때문이다. 그러한 상황에서 누가 反論을 시도하겠는가? 그러나 그 비난 중의 하나에 대하여는 그것이 일반적인 성질의 것이므로 예외적으로 반론을 가할 수밖에 없다. 반대자들은, 역사학과에 속하는 사람들은 현재의 독자성을 간과하고 이를 과거의 지배 아래 굴복시키려 한다고, 특히 로마법의 지배를, 한편으로는 게르만법에 대립하여, 다른 한편으로는 학문과 실무에 의하여 순수한 로마법을 대체하면서 행하여진 새로운 法形成에 대립하여, 부당하게 확장하려 한다고 주장하였다. 이 비난은 일반적이고 학문적인 성격의 것이기 때문에, 침묵하여 그냥 넘어갈 수는 없다.

법학에 대한 역사적 시각이란 빈번하게, 과거에 유래하는 법형성을 최고의 것으로 인정하고 그것에 현재와 장래에 대한 불변의 지배력이 유지되어야 한다는 태도라고 파악되고 있다. 그러나 이는 완전히 오해이고 왜곡이다. 오히려 그 시각의 본질은 각 시대의 가치와 독자성을 동등하게 인정하는 데 있다. 그리고 그것은 현재를 과거와 결합시키는 살아 있는 관련(*lebendiger Zusammenhang*), 그 관련을 알지 못하고서는 현재의 법상태로부터 단지 외적인 현상만을 감지하고 그 내적인 본질을 파악하지 못하는 그러한 살아 있는 관련을 인식하는 데 최고의 비증을 둔다. 이를 특히 로마법에 적용하여 본다면, 역사적 시각은 많은 사람이 주장하는 것처럼 그것에 우리에게 대한 부당한 지배를 인정하는 데서 출발하는 것이 아니다. 오히려 그것은 우선 우리 법의 전체 덩어리에서 실제로 로마법에 기원을 둔 것을 분별하고 확정하여서 우리가 의식하지 않는 동안에 그에 의하여 지배되지 않도록 하려는 것이다. 나아가 그것은 우리의 법의식의 이러한 로마법적 요소들 중에서 실제로는 이미 사멸하였는데 단지 우리의 오해로 말미암아 방해적인 사이비생명을 유지하고 있는 것을 적출해냄으로써 저 로마법적 요소 중 아직 살아 있는 부분이 발전하고 유익하게 작용하기 위한 보다 자유로운 空間을 확보하려는 것이다. 특히 本書는 로마법에 과도한 지배를 부여하는 것을 출발점으로 하고 있지 않다. 오히려 그 적용가능성이 지금까지 일반적으로, 나아가 스스로 항상 역사학과의 반대자라고 자임하고 있는 사람들에 의하여서도 승인되고 있는 로마법상의 法學說에 대하여도 적지 않은 곳에도 이 저작은 이를 다루고 있다. 著者は 이러한 견해를 대부분 이미 30년전 또는 40년전부터 공공연히 주장하여 왔으므로, 본서에서의 그러한 주장을 견해의 변경이라고 할 수는 없을 것이다. 오히려 그 점이 바로 일반적으로는 역사학과에, 또 특히 나에게 통상 가하여지던 앞서 말한 바와 같은 비난이 근거가 없는 것임을 증명하여 준다. 이것을 알게 되면 편견에 사로잡히지 않은 사람에게는 아마도 그 당파적 싸움 전부와 그에 관련된 당파명들을 점차로 배제하는 데 도움이 될 수 있을 것이다. 역사학과라는 이름을 처음 쓰도록 만들었던 그 이유들은,

당시 극복이 필요하였던 널리 퍼져 있었던 결합들과 함께, 소멸되었다고 보아도 좋을 것이기 때문에 더욱 그러하다. 이러한 종류의 논쟁을 계속하는 것은 많은 대립점들을 보다 날카롭게 의식하게 하는 데는 기여하는 바가 있을 것이다. 그러나 이러한 利點은, 다른 학자의 연구성과를 편견 없이 평가하는 것을 방해하고 학문의 공동목적에 보다 유용하게 사용될 수 있는 힘이 당파적인 싸움에 소모되는 것에 비하면 그렇게 큰 것이 아니다. 나는 학문의 생존조건이기도 한 학문적 논쟁의 커다란 이익을 모르는 것이 아니다. 개개인의 정신적인 능력이 그 종류나 방향에 있어서 매우 다양하다는 것도 항상 인식되어야 할 것이다. 바로 그러한 대립적인 요소들의 공동작용이야말로 학문의 진정한 생명을 낳는 것이며, 그 다양한 능력의 보유자들은 언제까지나 자신들을 하나의 거대한 건축공사장에서 같이 일하는 노동자로 인식하여도 좋을 것이다. 그러나 이들이 적대적인 진영으로 나뉘어 대립하고, 당파명을 계속적으로 사용함으로써 그 대치를 개인적인 것으로 만들려고 한다면, 앞서와 같은 파악은 근본적으로 잘못된 것으로 변하고 그로부터는 전적으로 해로운 결과만을 낳을 것이다. 개개인을 어느 당파의 소속원이라고 하여 용납하거나 아니면 적대시하게 되면 그들의 개성적인 삶과 활동은 사라져 보이지 않게 된다. 그들의 작업이 장애 없이 효력을 발휘하였다면 우리가 그로부터 우리 자신의 확신을 위하여 얻을 수 있었던 당연한 이익을 이렇게 하여 얻지 못하게 되는 것이다.

이제 本書에 의하여 로마법으로 하여금 우리를 과도하게 지배하게 하려고 시도한다는 견해는 이와 같이 하여 분명하게 거부되었다. 그러나 다른 한편으로 로마법에 대한 철저한 지식이 우리의 오늘날의 법상태에 대하여 매우 가치가 크며, 나아가 불가결하다는 것이 분명하게 인정되어야 한다. 이러한 확신은 실사 여기서 말로 표현되어 있지는 않으나, 이와 같이 방대한 저작을 한다는 것에 의하여 행동으로 이미 밝혀져 있는 것이다. 문제는 로마법의 지식이 가지는 이러한 큰 가치의 근거와 성질에 대하여 생각을 같이하느냐에 있다.

이에 대하여는 다음과 같이 생각하는 사람이 적지 않다. 로마법이 여전히 법률로서의 효력을 가지고 있는 나라에서는 양심적인 법률가라면 누구라도 로마법에 대한刻苦의 연구를 하지 아니할 수 없을 것이다. 그러나 법전이 새로이 시행되고 있는 나라에서는 그렇게 할 필요는 없으며, 따라서 법률가가 자신의 시간과 힘을 보다 생생하게 살아 있는 대상에 사용할 수 있으므로 여기의 法狀態가 더 낫다는 것이다. 만일 이 견해가 옳다면, 로마법은 前者의 나라에 대하여도 적어도 매우 위태로운 가치만을 가진다고 해야 할 것이다. 왜냐하면 그 나라의 입법자들은, 스스로 자기 나라의 법전을 새로이 만들어내고 싶지 않은 경우에도 이미 존재하는 다른 나라의 법전을 가져 옴으로써 그러한 보다 나은 상태를 쉽사리 만들어낼 수 있기 때문이다. —다른 사람들은 로마법이 특별한 가치를 가진다는 주장을 다음과 같이 이해하고 있다. 즉 개개의 실제적 법규칙에서 드러나는 것과 같

은 로마법의 실제적 내용이 이를 中世나 近世의 법적 형성물에서 나타나는 유사한 법규칙과 비교할 때 보다 우수하다고 판정될 수 있다는 것이다. 本書가 이러한 의미의 변호론을 목표로 하는 것이 아님은 본서의 서술 그 자체가 증명할 것이다. 실제에 있어서 문제의 핵심은 더욱 깊은 곳에 자리하고 있으며, (극히 고립적인 경우를 제외하면) 그것은 단지 서로 대립하는 실제적 법규칙 중에서 선택을 하는 것에 의하여 해결될 수 있는 것이 아니다. 그리고 이러한 비교의 관점을 개별적으로 추급하려고 하는 저작은, 우리에게 전쟁이야기를 들으면서 항상 누가 좋은 편이고 누가 나쁜 편인지를 물어대는 어린아이의 기분을 상기시킨다.

법에 관련된 개개인의 정신적 활동은 두 개의 다른 방향으로 표출될 수 있다. 하나는 法意識 일반을 인식하고 발전시키는 것, 즉 知識, 教授, 敍述에 의하여서이고, 다른 하나는 실제 생활의 일들에 적용하는 것에 의하여서이다. 이러한 법의 두 가지 요소, 즉 이론적 요소와 실천적 요소는 법 자체의 일반적 본질에 속한다. 그러나 최근의 몇 세기 동안의 전개과정에서, 이 두 가지 방향이 다양한 계층과 직업에 있어서 동시에 서로 분열되어 가서, 드문 예외를 제외하고는 법의 전문가가 그 專業 또는 主業에 의하여 이론이 아니면 실천의 어느 하나에만 속하게 되었다. 이것이 사람의 의사에 의하여 이루어진 일이 아닌 만큼, 여기에는 일반적으로 찬양할 것도 비난할 것도 없다. 그러나 중요한 것은, 이러한 대립 속에서 자연스럽게 또한 유익한 것은 무엇이며 그 대립이 어떻게 할 때 해로운 偏狹함으로 빠질 수 있겠는가를 진지하게 생각하여야 한다는 점이다. 이와 같이 구분된 활동을 하면서도 모든 사람이 원래의 통일성을 항상 마음에 두어서, 어느 정도는 모든 이론가가 실천적 감각을, 모든 실무가가 이론적 감각을 자신 안에 保持하고 발전시키는 것만이 구체책이 된다. 이것이 행하여지지 않고 이론과 실천 사이의 분리가 절대적인 것이 되면, 불가피하게 이론이 공허한 遊戲로, 실천이 단순한 手工作業으로 퇴화할 위험이 발생한다.

내가 모든 이론가는 항상 동시에 일정한 실천적 요소를 자신 속에 간직하여야 한다고 말하는 것은, 감각과 정신에 관한 것이지, 그 일에 관한 것이 아니다. 확실히 약간의 실무 일은, 적절하게 행하여진다면, 실무적 감각을 촉진하는 가장 확실한 방법이다. 분명 법학을 진지하게 애호하는 많은 사람이 단 하나의 사건을 다룸으로써 어떠한 법제도에 대하여 채공부나 스스로의 사색에 의하여서는 결코 달성하지 못하였던 살아 있는 直觀(lebendige Anschauung)을 얻게 되었다는 경험을 한 바 있다. 이와 같이 우연이 개개인에 대하여啓發시킨 것[즉 살아 있는 직관]은 이제 우리의 학문 전체에 의하여 수행되는 바의 우리 노력의 의식적인 목표라고 생각된다. 그렇다면 자신의 이론에 범거래 전체에 대한 온전하고 또한 두루 관철된 직관에 의하여 활기를 주는 사람이야말로 완성된 이론가인 것이다. 그에 있어서는 실제 생활의 모든 윤리 종교적, 정치적, 국가경제적 諸事項이 그의 눈에서 벗어나지 않을 것이다. 이러한 요구를 이를 충분히 달성하지 못한 사람을 비난하기 위하여

설정된 것이 아님은 언급할 필요가 거의 없다. 그러한 기준을 다른 사람에게 적용하려는 사람은 누구나 자신이 이를 그다지 충족하지 못함을 고백하여야 할 것이기 때문이다. 그럼에도 불구하고 다양한 힘이 단합된 노력을 하는 데는 그러한 목표를 염두에 두는 것이 좋다. 우선 옳은 방향에의 지향을 유지하기 위하여, 나아가서는 누구도 범할 위험이 전혀 없다고 할 수 없는 自慢의 어떠한 형태의 발작으로부터도 자신을 지키기 위하여. —그러나 우리 법이론의 오늘날의 실제 상태를 50년 전 또는 100년 전의 상태와 비교하여 관찰하여 보면, 진보한 점과 퇴보한 점이 매우 뒤섞여 있음을 발견하게 된다. 오늘날 전에는 생각될 수 없었던 많은 것이 가능하게 되었고 또 실제로 달성되었다는 것, 또한 연구하여 얻어진 인식이 전의 시대에 비하여 매우 많이 쌓아올려졌다는 것은 누구도 부인할 수 없다. 그러나 이론의 개개의 담당자가 그에 의하여 자신의 지식에 생기를 주게 되는 앞서 요구된 그 실천적 감각에 관하여 보면, 오늘날이 앞선 시대에 비하여 못하다는 평가를 내리게 된다. 그러나 현대의 이러한 결점은 오늘날의 이론적 작업 자체에서 간취될 수 있는 특유의 指向과 관련이 있다. 학문을 새로운 발견에 의하여 풍요롭게 한다는 욕구는 분명 큰 칭찬을 받을 만하다. 그러나 이러한 욕구도 우리의 시대에는 종종 편협되고 불건전한 방향을 취하고 있다. 이미 탐구된 바를 성실하고 애정 있게 精鍊하고 충분히 서술하기 보다는 새로운 견해를 제시하는 것에 지나친 가치를 두기 시작하였다. 前者의 작업에서도 그것이 진지하게 행하여지는 경우에는 이미 존재하는 것이 항상 새로운 모습을 지니게 되어서, 비록 덜 두드러지기는 하더라도 역시 학문의 진보를 가져올 터인데도 말이다. 대부분의 사람들에게는 전반적으로 영향을 떨치는 큰 창조적 능력이 주어지지 않는 터에, 저처럼 새로운 것을 일방적으로 평가하는 것은, 많은 사람들로 하여금 個別的이고 散發的인 생각과 의견에 탐닉하게 하고, 이러한 分散을 넘어서 우리 학문의 전체를 서로 관련지어서 파악하는 것을 게을리하게 하는 결과를 가져왔다. 이 점에서는 역시 우리의 先學들이 우리보다 낫다. 그들 중에는 품위 있는 방식으로 우리 학문의 전모를 대변할 수 있는 인물들이 보다 많이 존재한다. 그러나 사태를 일반적인 관점에서 관찰하려고 하는 사람이라면, 이러한 현상이 법학에만 특유한 것이 아니고 오히려 우리 學藝 일반의 발전과정과 관련이 있음을 쉽사리 확인할 수 있을 것이다.

다른 한편 위에서 실무가도 아울러 이론적 감각을 가질 것을 요구한 바 있다. 이는, 실무가가 동시에 저술가로서 활동하여야 한다든가, 그게 아니라도 연구저작에 대한 포괄적인 공부만은 항상 하여야 한다든가 하는 의미가 아니다. 이러한 것들은 실무일의 양으로 말미암아 이미 불가능할 것이다. 그러나 그는 자신의 실무수행 자체에 있어서 항상 학문에 대한 감각을 생생하게 유지하여야 하며, 정당하게 파악된 법학이란 실무가 자신이 구체적으로 의식하여야 하고 또 적용하여야 할 것의 總合 이상의 것이 아님을 잊어서는 안 된다. 어느 실무법률가를 평가함에 있어서 단순히 숙달됨과 민첩함에만 가치를 두는 일이

매우 빈번한데, 이러한 성질들은 그 자체 매우 쓸모있기는 한 것이지만 또한 극히 沒良心의인 천박함과도 잘 어울릴 수 있는 것이다. 우리의 법실무가 건전한 정신에 의하여 전적으로 지배되고 있지는 않다는 사실은 그것이 대체적으로 자신을 드러내는 그 결과로부터 알 수 있다. 법실무에서 그러한 정신이 활동하고 있다면, 법실무로부터도 건전한 법학의 확고한 진보가 얻어질 것이며 또 그러한 법실무는 이론적인 노력들을 뒷받침하여 주고 그것이 길을 잃고 방황하는 때에는 이를 옳은 궤도 위로 다시 돌려놓을 것임에 틀림없다. 특히 그것은 입법의 예비작업을 수행함으로써 입법과 법적용의 兩者가 원래의 성질대로 내적인 統一 속에서 전진하여 나가게 할 것이다. 그런데 실제로는 대부분의 경우 이 모든 것과 전혀 반대의 현상을 발견하고 있지 아니한가?

이와 같이 우리 법상태의 주요한 결점이 이론과 실무와의 분리에 있다고 한다면, 그 치유도 오직 兩者의 자연스러운 통일을 수립하는 데서 찾아야 할 것이다. 바로 이 점에 대하여 로마법은, 우리가 그것을 제대로 이용하고자 한다면, 극히 중요한 기여를 할 수 있다. 로마의 법률가에게는 그러한 통일이 아직 온전한 모습으로 유지되었고 또 매우 활기 있는 實效性을 가졌던 것으로 생각된다. 그것이 로마법률가 개개인이 성취한 바가 아님은, 로마법과는 상반되는 오늘날의 상태가 개개인의 잘못이라기보다는 오히려 일반적인 발전 과정에 의하여 초래된 것과 마찬가지로이다. 이제 우리는 우리가 하는 것과는 매우 다른 그들의 방식에 진지하고 편견 없이 침잠하여 숙고함으로써, 우리도 그것을 얻을 수 있고 그렇게 하여 자신을 올바른 길로 들어서게 할 수 있을 것이다.

그러나 로마법에 대한 인식을 얻을 수 있는 방법이 매우 다양하므로, 상술한 목적을 달성하려면 여기서 어떠한 인식방법이 요구되는가를 명확하게 밝혀 둘 필요가 있다. 근본적이고 학문적인 방법이어야 함은 누구도 예상할 수 있을 것이다. 그러나 많은 사람이, 로마법의 그러한 인식을 얻으려고 하는 사람이면 누구나 古文獻研究나 비판적 法源研究의 저방대한 작업을 수행하여야 한다고 誤解하여 겁을 먹고 위축될지도 모른다. 물론 우리 연구에서 이러한 부분이 중요하기는 하여도, 여기서도 分業이라는 고마운 원리를 간과하여서는 안 된다. 그러므로 대부분의 사람들은 개별적으로 수행된 특수연구의 결과를 이용하는 것으로 완전히 만족할 수 있는 것이다. 그러나 다른 한편 앞서 말한 목적을 위하여는 가령 法學提要概說(Institutionencompendium)에 적혀 있거나 프랑스의 法學校에서 교수되고 있는 것과 같이 로마법의 일반적 원칙을 인식함으로써 최소한도의 것만이라도 얻어질 수 있다고 믿는 것은 전적으로 잘못이다. 로마법의 언어적 想起物을 보다 나은 장래를 위하여 傳授할 목적이라면 그러한 지식으로써 족할 것이다. 그러나 이것으로 만족하는 사람에게는 그 지식은 그가 거기에 들인 사소한 노력만큼의 가치도 없을 것이다. 우리가 로마법의 지식을 통하여 앞서 말한 목표에 도달하려면, 거기에는 오직 하나의 길밖에 없다. 즉 우리는 옛 법률가의 저작들을 자주적으로 읽고 숙고하여야 한다. 그렇게 하면 우리는 근

자에 나온 방대한 양의 문헌 앞에서도 더 이상 위축되지 않을 것이다. 적절한 引導가 있으면, 우리의 독자적인 공부를 진정 촉진시킬 수 있는 그 문헌 중의 약간을 우리가 알게 될 수 있을 것이다. 그 이외의 것은 이론을 직업으로 하는 법률가에게 맡기는데, 그들은 물론 이를 다루는 困苦한 작업을 회피하여서는 안 되는 것이다.

로마법을 진지하게 다루게 한다는 앞서 본 목적들을 촉진하는 것이 本書가 특히 의도하고 있는 바이다. 특히 실무를 직업으로 하는 법률가로 하여금 스스로 독자적인 法源研究를 하는 데서 물러서게 하는 여러 어려움들을 감소시키는 것이 그것이다. 이 곤란으로 인하여, 오늘날 매우 널리 쓰여지고 있는 便覽類에 쓰여져 있는 견해들이 실무를 당치도 않게 지배하기에 이른 것이다. 그러므로 저자의 본서에서의 의도가 실현된다면, 이에 의하여 동시에 실무가 잘못된 이론으로부터 해방되는 것에도 一助를 하게 될 것이다.

이러한 생각은 오늘날도 로마법이 법실무의 바탕을 형성하고 있는 나라들에서는 직접적으로 적용된다. 그러나 그것은 새로운 법전이 로마법을 갈음하여 등장한 곳에서도 역시 적용될 수 있다. 왜냐하면 법상태의 결함은 전자에서나 후자에서나 기본적으로 동일하며, 또한 이를 제거할 필요나 방법도 사람들이 생각하는 것만큼 다르지는 않기 때문이다. 그리하여 고유한 법전을 가지고 있는 나라에서도 로마법을 여기서 기술한 방식으로 이용함으로써 이론이 부분적으로는 새로이 살아나고, 부분적으로는 전적으로 주관적이고 자의적인 謬見으로부터 보호되며, 특히 다시금 실무에 보다 근접하게 될 것인데, 어디서나 가장 중요한 것은 다름이닌 이 최후에 지적한 점이다. 물론 普通法의 나라들보다 여기서는 그러한 전환이 어려우나, 그것이 불가능하지는 않다. 최근 프랑스의 법률가들의 예가 이를 잘 보여주는데, 그들은 종종 매우 신중한 방식으로 프랑스민법전을 로마법에 비추어 설명하거나 보충하고 있다. 이 점에서 그들은 전적으로 그 법전의 진정한 정신에 쫓고 있는 것이다. 만일 그들이 오류를 범한다면, 그것은 로마법을 잘못된 방법으로 이용하고 있기 때문이 아니라 로마법에 대한 지식에 결함이 있기 때문인 것이다. 그런데 이 점에서 우리가 그들보다 우월함에는 異論이 없다. 우리는 그들로부터, 自國의 법전을 가지고 있으면서 로마법을 이용하는 방식을 배우면 족한 것이다. 다만 프로이센에서는 그 이용이 그들보다 어려운데, 그것은 프로이센일반란트법이 종종 일면 그 특유한 입법방식에 의하여 타면 지나친 상세함에 의하여 실제로는 존재하고 있는 종래의 법과의 연관성을 가리고 있기 때문이다. 그래서 그 이용은 보다 어려우나, 그렇다고 해서 불가능하지는 않다. 일단 로마법의 이용이 회복되면, 이로써 동시에 일반란트법의 시행에 의하여 발생한 본질적인 폐해는 제거된다. 여기서 폐해란 普通法의 학문적 연구로부터 완전히 단절되는 것인데, 이러한 단절에 의하여 우리의 실무는 가장 중요한 교육수단의 하나, 즉 지나간 시대와 다른 나라의 법적 사고와의 활발한 접촉이라는 수단을 빼앗겼던 것이다. 간과할 수 없는 것은 프로이센일반란트법의 입법작업이 행하여지던 시대에는 독일의 법률문헌이라는 것이 대부분 진

부하고 별도움이 되지 않아서 실무에 대하여 유익한 영향을 줄 능력을 상실하고 있었다는 점이다. 이와 같이 당시의 法狀態에 결함이 있다는 인식에 기하여 그 결함을 고유한 법전의 제정으로 제거함으로써 실제로 적용되는 법의 기초를 완전히 뒤바꾸고자 하는 시도가 행하여졌던 것이다. 이제 그 동안 상실되었던 보통법문헌과의 연결을 다시 회복할 수 있다고 한다면, 법학의 상태가 근본적으로 뒤바뀐 오늘날에 있어서는, 그 회복의 결과로 실무에 대한 유익한 영향력이 성립하게 될 것이고, 앞선 시대에는 현저하게 느껴졌던 短點들이 분명 다시 살아나지는 않을 것이다.

로마법을 계속해서 우리의 법상태를 위한 교육수단으로 이용하자고 요구하는 것을 많은 사람은 우리의 시대와 국민을 무시하고 상처를 주는 것이라고 생각한다. 이들은 우리가 이러한 방법에 의하여 기껏해 보아야 로마인들이 수립하였던 법상태를 불충분하게 흉내내거나 또는 반복할 수 있을 뿐이며 오히려 독자적인 노력을 통하여 무언가 새로우면서 고유의 것(etwas Neues und Eigentümliches)을 창조하는 것이 더욱 가치 있는 일이라고 사태를 파악한다. 이러한 自尊心은 그 자체로서는 칭찬할 만하나 그 바탕에는 다음과 같은 오해가 자리잡고 있다. 즉 여러 세기의 시간이 우리에게 전하여 준 방대하고 다양한 法素材에 비추어 우리의 과제는 로마인들의 과제에 비하여 비교가 되지 않을 만큼 어려우며, 그리하여 우리의 목표는 더 높은 곳에 자리하고 있어서, 만일 우리가 이 목표를 달성하는데 성공한다면 우리는 로마법통가들의 우수성을 단지 모방하여 반복하는 데 그치지 아니하고 그들보다 더욱 위대한 것을 성취하게 될 것이라는 오해이다. 우리가 로마인들에게서 찬탄하여 마지않는 그 자유로움과 대상에 대한 통찰로써 주어진 법소재를 다루는 법을 충분히 배워 익혔다고 한다면, 우리는 이제 그들을 모범으로 삼지 않아도 되고 그들을 감사의 마음에 찬 추억거리로서 역사에 맡겨도 될 것이다. 그러나 그때까지는 우리는 우리 자신의 힘으로는 거의 대응물을 만들어낼 수 없는 교육수단의 이용을 잘못된 自矜心에 의하여서나 또는 안일함에 의하여서 방해당하여서는 안 될 것이다. 이러한 주장은 동시에 우리 시대의 古代에 대한 관계에 대한 주장을 숨뒀고 있는데, 이러한 관계는 다른 정신영역에서도 유사한 내용으로 感知되는 바이다. 이상의 言明을 로마법에의 몰두가 게르마니스텐들의 부지런한 노력을 억누르면서 고양되어야 한다는 것으로 이해하지 않기를 바란다. 그러한 게르마니스텐들의 노력이야말로 바로 이 시대에 매우 흐뭇한 희망을 불러일으키고 있다. 인접한 다른 영역을 깎아내림으로써 자신의 연구영역에 대한 열의를 과시하는 것처럼 빈번하고 자연스럽게 행하여지는 일은 없다. 그렇지만 그것은 잘못이며, 이 잘못은 분명 이를 마음에 품고 실행하는 사람에게만 불이익을 가져다 줄 뿐이고 그러한 경시로써 손실을 입히려는 상대방에게는 不利益이 없는 것이다.

앞서 말한 本書의 계획상 본서는 우선적으로 비판적 성격을 가지게 된다. 그 全卷에서 직접 적용하는 데 쓸 수 있는 긍정적 진리만을 구하고 그것을 획득하는 방식이나 그것에

대한 가능한 論難은 상관하지 않는 사람들은 본서의 이러한 성격에 별로 만족하지 않을 것이다. 단지 명료하고 단순한 진리만이 우리에게 효력을 미치며 그리하여 우리가 방해받음이 없이 항상 새로운 진리로 나아갈 수 있다면, 우리의 정신생활은 쉽고 안락할 것이다. 그러나 우리는 모든 방면으로부터 잘못된 또는 반쪽만 옳은 개념들이나 의견들의 破片에 둘러싸여 방해받고 있고, 이들을 뚫고 길을 닦지 않으면 안 된다. 운명이 우리에게 그런 쓸데없는 노고를 지운다고 하여서 우리가 운명을 상대로 訟事를 벌일 수 있는가? 우리는 우리의 정신적 현존의 필연적 조건에 순응하지 않을 수 없는 것이다. 그러나 우리의 노고에 대한 대가로서 이러한 필연적 조건으로부터 생겨나는 풍부한 수확도 없지 않다. 우리의 정신력은 거기서 일반적 교육을 받으며, 우리가 오류와의 싸움을 통하여 얻는 모든 개별적 진리는, 그것을 다른 사람으로부터 수동적으로, 애쓰지 않고 받는 경우에 비하여, 보다 높은 의미의 우리 財産이 되고 우리에게 더욱 생산적인 것임이 명백하다.

위에서 말한 본서의 비판적 성격은 1차적으로 다음에서 말하는 바와 같은 개별적인 적용에서 나타날 것이다. 우선, 드물지 않게 일어나는 바와 같이, 행하여진 연구가 단지 소극적 결론을 가진다는 점에서 그러하다. 단지 소극적인 결론이란, 로마의 법제도가 이미 사멸한 것이어서 우리의 법상태와는 관련이 없다는 내용일 경우도 있고, 또는 근대의 법률가들이 우리의 법체계 안에 끌고 들어온 개념이나 학설이 誤解에 기한 것이어서 근거가 없다는 내용일 경우도 있다. 바로 이러한 연구가 많은 사람이 가장 내키지 않아 하고 또 매달리기 싫어하는 바이다. 그러나 길에 널린 돌을 치우는 사람이나 道標를 세움으로써 잘못된 길로 가지 않도록 경고를 하는 사람이야말로 그 後代의 상태를 기본적으로 개선하여 주는 것이다. 이와 같이 얻어진 성과가 관습적이 되어서 굳어지면, 이제는 전에 난관이 가로놓였던 때가 있었음은 까맣게 잊혀지기도 한다.

나아가 본서의 비판적 성격은 이와 같은 단지 소극적인 결론에서뿐만 아니라, 적극적으로 진리를 제시함에 있어서 단순히 眞과 假를 절대적으로 대치시키는 것만으로는 충분하지 아니한 그러한 경우에서도 나타난다. 우리의 確信의 정도를 어느 만큼 자세히 밝혀야 할 것인가가 문제되는 경우가 많이 있다. 즉 우리가 타인의 견해에 반대한다고 하여도 이는 다양한 방식으로 행하여질 수 있다. 상대방의 견해가 논리의 오류나 사실에 대한 무지 또는 비난받아 마땅한 방법으로부터 나왔음을 통찰한 때와 같이 우리의 입장이 전적으로 틀림없다는 감정을 동반할 경우도 있다. 그러한 때에 우리는 그 견해를 학문적으로 허용되지 않는 것으로 보며, 그에 대한 우리의 반론은 필연적으로 상대방에 대한 결연한 비난을 포함하게 된다. 그러나 우리가 모든 논거들을 조심스럽게 較量한 후에 하나의 견해에 가담하기는 하지만, 그러나 다른 견해를 가진 사람이 그렇게 명확한 비난을 받을 만하다고는 생각되지 않는 경우에는 사정은 다르다. 이러한 경우에 우리가 그에 만족하여야만 하는 確信性이란 그 정도가 서로 구별되는 것이다. 이를 정확하게 표현하는 것, 그 정도를

양심적으로 인정하는 것은 우리가 수행하는 작업에 있어서 도덕적으로도 또 학문적으로도 귀중한 바이다.⁽¹⁾ — 견해대립의 다른 경우에는, 다루어지고 있는 것의 본래의 境界와 그것이 학문에 대하여 가지는 가치나 영향을 정확하게 정하는 것이 중요하다. 논쟁의 치열성이나 그에 의하여 빈번하게 일어나는 自意識의 高揚은 그 논쟁의 가치를 과대평가하도록 오도하기 쉬우며, 그리하여 나아가 남도 이 점에 대하여 오해하도록 만들게 된다.

— 마지막으로 우리가 논란하는 타인의 견해에 포함되어 있는, 상대적 진리라고 부를 수 있는 그 一面에도 많은 주의를 기울일 가치가 있다. 즉 우리가 명백한 오류라고 배척하여야 하는 견해 안에 그럼에도 불구하고 진실의 요소를 인식할 수 있는 경우도 드물지 않은데, 그것이 단지 倒錯적으로 취급되거나 일방적으로 과장됨으로써 오류로 뒤바뀌었던 것이다. 이는 구체적인 것을 너무 일반적으로 파악하거나 아마도 일반적인 것을 너무 구체적으로 파악한 데에 오류가 있는 그 많은 경우에 타당하다. 우리가 잘못된 것이라고 다루는 견해로부터 이와 같은 진실의 요소를 분리하고 인정하는 것은 학문을 위하여 큰 가치를 가진다. 그것은 편견이 없고 진리를 사랑하는 대립자들 사이에 의사소통의 바탕을 마련하는 데에, 그리하여 결국 대립하는 점들을 보다 고차원의 合—으로 해소함에 의하여 매우 순수하고 가장 만족스러운 결말로 이끄는 데에 특히 적절한 것이다.

이상에서 서술한 목적을 달성하기 위하여 취하는 형식은 體系的의 형식이다. 그런데 그러한 형식의 본질을 모든 사람이 동일하게 이해하고 있지 아니하므로, 바로 이 자리에서 이에 대한 일반적 설명을 하는 것이 필요하다. 나는 체계적 방법의 본질이, 內的 聯關 또는 類緣性(Verwandtschaft)을 인식하고 서술하여 이를 통하여 개별적인 법개념이나 법규칙이 하나의 거대한 一體로 결합되는 데 있다고 생각한다. 그러한 유연성은 처음에는 자주 숨겨져 있는데, 그것을 드러내는 것은 우리의 통찰을 풍요롭게 할 것이다. 나아가 그것은 매우 다양하므로, 우리가 하나의 법제도에서 여러 측면에서 그 유연성들을 발견하고 추급하여 가는 데 성공하면 할수록 우리의 통찰은 더욱 완전하게 될 것이다. 그러나 실제로는 유연성이 없는데도 마치 그것이 있는 것 같은 허위의 외관이 있는 경우도 드물지 않은데, 그 때 우리의 과제는 이 외관을 없애는 데 있다. — 당연히 어떤 체계적 저작의 외적인 구성도 거기에 반영되어야 할 앞서 본 內的 聯關에 의하여 결정될 것이다. 그런데 사람들이 체계적 취급에 언급하는 경우에는 그 외적 구성만을 생각하는 경향이 있다. 그러나 그에 있어서는 많은 오해의 소지가 있음에 주의하여야 한다. 다채롭고 생기 있는 현실 안에

(1) Lebensnachrichten über B.G.[Bartold Georg] Niebuhr[譯註 1], Bd.2, S.208: “그러나 우리는 무엇보다도 학문에서 우리의 진리성을 순수하게 保持하여, 우선 모든 잘못된 外觀이 일어나지 않도록 하고, 나아가 우리가 전적으로 확신하지 않는 것에 대하여는 어떠한 것도 확실한 것처럼 쓰지 않으며, 또한 우리가 추측하는 것을 말하여야 할 때에는 우리의 확신의 정도를 분명히 밝혀지도록 모든 노력을 기울여야 한다.” — 이 인용문이 들어 있는 그 탁월한 편지의 많은 부분은 단지 文獻學(우선은 그에 관련되기는 하지만)만이 아니라, 무릇 모든 學問에 타당한 것이다.

서 법률관계들은 전부 합하여 하나의 유기적 전체를 형성한다. 그러나 우리는 이를 우리의 의식 속으로 받아들이고 타인에게 전달하려면 그것의 구성부분들을 하나하나 분리하지 않을 수 없다. 우리는 이들을 우리가 주된 類緣性이라고 인식하는 바에 좇아 整序할 수밖에 없으며, 실제로 존재하는 기타의 각각의 유연성은 모두 별도의 설명에서 밝혀 지적될 수밖에 없다. 그런데 이 점에서는 상당한 관용이 나아가 저술가가 주관적으로 만들어 갈 수 있는 상당한 재량이 요구된다. 이러한 재량에 의하여 그는 어떠한 고찰방식을 특히 강조하고 나아가 그 고찰방식을 특히 유용하게 구사할 수 있게 되는 것이다.

많은 사람들은 體系書에서는 앞서 행하여지는 서술에 의하여 충분한 이유가 제시되지 아니한 것이 나와서는 안 된다고, 그리하여 뒤에 오는 부분에 담긴 내용을 미리 다루어서는 안 된다고 주장한다. 本書는 그들에게 굉장한 반감을 불러 일으킬 것이다. 왜냐하면 나는 그러한 요구를 이러한 저작물에 있어서 근사하게라도 추종되어야 할 법칙이라고 전혀 인정할 수 없기 때문이다. 그러한 요구의 근거에는 그 素材가 독자가 전에 알지 못하였는데 이제 비로소 알게 되는 것이라는 전제가 깔려 있다. 그러므로 그 요구가 초보자 수업용의 자료에 대하여 행하여진 것이라면 이는 정당할지도 모른다. 그러나 本書와 같이 상세한 저작을 통하여 처음으로 법학을 修學하려는 생각을 그렇게 쉽사리 가지게 되지는 않을 것이다. 오히려 그러한 저작은 강의나 기타의 책을 통하여 素材를 알고 있는 사람이 이미 얻은 지식을 검증하고 순화하고 확장하고 그에 보다 깊이 있는 이유를 제공하는 데 이를 이용할 것이다. 또한 그는 이 저작의 어느 서술에 접하여 그가 이미 알고 있는 것을, 그 자체는 본서에서 나중에 서술되어 있는 것이라도, 다시 想起하게 될 수도 있을 것이다. 이러한 서술방식을 취하지 않으려고 한다면, 여러 법제도의 극히 중요하고 극히 함축이 많은 類緣性들을 다루는 것을 아예 포기하거나 아니면 그 취급을 선명도나 효과가 훨씬 떨어지는 곳으로 옮기지 않으면 안 된다. 그러므로 생생한 鮮明함이라는 장점이 실제로 일정하게 선택된 배열에 의하여서만 달성된다고 하면, 그 선택은 다른 이유를 뭇 필요 없이 정당화되는 것이다. —그러나 이러한 설명만에 의하여서는 앞서 본 비난을 거들 생각이 없는 사람들에 대하여는, 상세한 單行論文(Monographie)이라도 그 논문 안에서는 근거가 제시되지 않은 상당수의 전체를 가지고 있음을 지적하여 두고자 한다. 그렇다면 포괄적 체계서의 저자가 단행논문의 저자보다 더 작은 권리밖에 가지지 못한다고 할 이유는 무엇인가?

우리의 학문이 거둔 근자의 진보에서 가장 중요한 것은 단행논문 안에서 찾아야 하기 에, 단행논문은 더욱 중요하다. 그러나 동시에, 여기서 단행논문측이 행할 것으로 예상되는 反論을 제거하기 위하여, 이러한 종류의 작업의 포괄적 법체계에 대한 관계에 관하여 많은 사람들이 가지는 오해에 대응하지 않을 수 없다. 즉 이들은 모든 단행논문이, 하나의 독자적인 分節이거나 한 것처럼, 체계의 전체 중에서 우연하게 특별히 작업되고 출판된

것으로 생각한다. 이 견해에 의하면, 좋은 단행논문이 충분한 수만큼 있기만 하면 이를 조합함으로써 만족스러운 체계를 수립할 수 있다는 셈이 된다. 그러나 단행논문에서는 그 필자의 의사에 좇아 어느 개별적 법제도라는 관점이 선택되며, 그 관점으로부터 전체와의 관계가 인식된다는 점에 본질적 차이가 있는 것이다. 이 점으로 말미암아 素材의 선택과 배열이, 동일한 법제도라도 전체 법체계와 관련지어 서술될 때와는 전혀 다르게 된다. 나는 본서에서의 점유론이 전에 이를 단행논문에서 특별히 다루었을 때와는[譯註 2] 전혀 다른 모습을 가지는 것을 미리 설명하고 또 정당화하기 위하여서라도 이러한 說明을 하여 줄 필요를 느낀다.

본서에는 체계적 서술과 아울러서 「附說(Beilage)」이라는 이름 아래 특수연구가 포함되어 있다. 나는 여러 가지 이유로 이러한 장치가 필요함을 알게 되었다. 때로 개별문제가 광범한 연구를 필요로 하기 때문에 체계적 서술의 진행에 적당한 量을 많이 넘게 되어서 자연스러운 질서를 혼란하게 할 수도 있다. 또 다른 경우에는 하나의 법개념이 체계의 전혀 다른 부분에 같은 정도로 관련되므로 이를 별도로 서술하는 것만이 대상을 충분히 다룰 수 있게 된다. 이는 특히 착오론을 다루는 긴 부설의 경우가 그러하다(附說 VIII). 마지막으로 고문헌의 연구는 본서의 계획에 전혀 포함되지 않으나, 때로 그것이 최근법의 여러 제도에 매우 긴밀하게 얽혀 있어서 부설에서 그에 상당한 지면을 할애하지 아니하면 이들 제도가 충분히 구명될 수 없는 경우이다. ——본문에서 다루는 소재와 부설에서 다루는 소재를 확실하게 구분하는 境界를 긋는 것은 불가능하다. 아마도 많은 사람들은 이것저것을 본서에서 다룬 것보다 다소간 더 부설로 미루어졌더라면 하고 바랄 것이다. 그러나 이 문제에 있어서도 각자의 자유에 보다 많은 여지가 주어져도 큰 위험은 없을 것이다.

전에는 개별법제도에 대한 서술이 동일한 형식으로 이루어지는 것이 통상이었다. 우선 개념을 정의하고 이어서 그 개념의 가능한 분류를 완벽하게 열거한다는 것이 그 형식의 한 부분을 차지하고 있었다. 근자의 저작자 중 많은 사람이 이러한 구성을 무익하고 불필요하다고 배척하고, 개별적 법규칙을 세움으로써 분류가 이루어지는 곳에서 이 분류에 대하여 주의를 환기하는 데 그쳤다. 나는 기계적인 一律性은 그것이 적극적인 것이든 소극적인 것이든 어떠한 것도 비난받아야 한다고 생각하므로, 이 둘 중 어느것도 일반적 원칙으로서 받아들일 수 없다. 어떠한 형식이라도, 그것을 적용하여 어느 법제도에 대하여 명료하고 근본적인 통찰이 촉진된다면, 그것은 좋은 것이고 推獎할 만하다. 그러므로 개별적인 경우마다 그것의 고유한 성질이 요구하는 것을 하여야 한다. 그리하여 어느 법제도의 개념이 그 안에 그 제도의 본질과 깊은 관련이 있는 對立物을 포함하고 있는 경우에는, 그 개념을 자유롭고 완벽하게 드러내기 위하여는, 개념을 일반적으로 기술한 다음에 그러한 대립을 표현하는 그것의 分類를 동시에 부가하는 것이 필요할 수도 있을 것이다.

본서에서는 法源에 좇은 用語를 정확하게 확정하는 데 특별한 주의를 기울일 것이다. 그런데 많은 사람들이 근자에는 이 작업에 지나친 비중이 놓이고 있다고 믿고 있으므로, 그 이유를 설명하는 것이 필요하다. 그러나 그 작업의 중요성은 부정확한 용어사용과 개념의 잘못된 구성 또는 결합과의 사이에 간과할 수 없고 위험한 상호작용관계가 존재한다는 데 근거하고 있다. 왜냐하면 한편으로 잘못된 용어사용이 틀린 개념의 산물이고 징표이기도 하지만, 다른 한편으로 틀린 개념은 잘못된 용어사용에 의하여 굳어지고 확장되고 옮겨지기 때문이다. 이제 부정확한 용어를 밝혀냄으로써 이러한 오류의 원천을 없애 버리기만 한다면, 法源상의 용어사용이 불충분한 경우에는 새로 만들어낸 術語를 사용하는 것도 꺼릴 바 없다. 아마도 이 점에서는 많은 사람이 지나치게 순수주의에 쫓고 있다. 부정확한 표현도 그것이 틀린 개념과 결합한 결과로 실제에 있어서 이미 그 위험성이 증명된 것만을 피하도록 유념하게 함으로써 족할 것이다.

본서에서 法源을 이용하는 방법에 대하여는 특별한 章(제32절 내지 제52절)에서[譯註 3] 제시되고 있다. 그러나 여기서 약간의 일반적 설명을 하여도 잘못된 없을 것이다. 법률가는, 누구라도 문제없이 인용하고 있는 자신의 말을 굳이 다수의 法源個所에 의하여 증명하려고 함으로써 法源引用上 큰 낭비의 잘못을 저지르고 있다고 종종 조소당한다. 만일 그러한 인용을 실제로는 존재하지도 않는 의문이나 반박에 대한 단순한 방어수단이라고 치부한다면, 그러한 비난은 일정한 근거를 가지는 것일 수도 있다. 그러나 이에 대하여는 그와는 다른, 오히려 그와는 상당히 반대의 견해도 있다. 우리가 앞서 주장한 바, 즉 우리가 옛 법률가들을 올바르게 관찰함으로써 우리 자신의 법적 사고를 위하여 달리는 언어질 수 없는 활기와 풍요로움을 획득할 수 있다는 주장이 근거가 있다면, 그러나 동시에 이러한 올바른 관찰에는 고유한 어려움이 없지 않다면, 그러한 관찰으로 계획적으로 인도하여 주는 것은 우리에게 있어서 환영할 만한 일이다. 본서는 그러한 인도에 기여하려고 한다. 이러한 관점에서 法源으로부터 인용된 個所는 단지 체계 중에 제시된 명제의 증거로서 등장할 뿐만 아니라, 그 명제가 동시에 인용된 法源個所에의 소개말이고 주석인 것이다. 그리하여 그 인용개소는 이와 같이 선별되고 배열되고 체계 안에 포함된 서술과 이와 같이 결합함으로써 우리의 사고방식에 보다 근접하게 되고 또 이를 통하여 우리들에게 보다 친근하게 될 것이다. — 두 사람의 신중한 연구자가 완전히 동일한 자료를 연구하였음에도 불구하고 매우 다른 결론에 도달한 경우도 드물지 않다. 이러한 相異는 대부분 어떠한 個所를 전체 연구의 중심으로 고양시키고 어떠한 個所를 종속적인 것으로서 그와 관련맺게 하였는가에 따른 것이다. 이러한 선별의 단한번의 잘못이 연구 전체를 틀린 방향으로 나아가게 할 수 있다. 그런데 이 점에서는 규칙의 설정에 의하여서도 별다른 확실성을 얻을 수 없다. 좋은 모범을 공부하는 것은 많은 도움을 줄 것이다. 그러나 나아가 우리는 우리에게 올바른 길을 찾는 법을 가르쳐 주는 感覺(Takt)을 스스로의 훈련을 통하여 얻도록

애쓰지 않으면 안 된다.

반대로 많은 사람은 그가 본서에서 인용되는 것보다 더욱 풍부한 문헌자료를 요구하는 경향을 가지고 있어서 본서가 자신의 기대를 저버렸다고 느낄지도 모른다. 나는 의도적으로 앞서 말한 본서의 계획에 어떠한 방식으로든 유익하다고 여겨지는 저술만을 인용하였다. 그 引用著述이 연구를 계속하고자 하는 사람을 위하여 다른 저술을 지시하는 데 그치는 경우도 있다. 어쨌거나 나는 어떠한 대상을 다루는 저술을 비록 그것이 우리에게 별로 유익하지 않더라도 모두 지적함으로써 자료상의 완전함을 추구하는 일은 하지 않았다. 별로 유익하지도 않은 문헌을 모두 지시함으로써 독자가 문헌을 들추어 보았자 성과도 없이 시간을 보내도록 誤導한다면, 독자는 우리에게 별로 고마워하지 않을 것이다. 내가 보다 젊었을 때 이러한 저술작업에 착수하였다면, 나는 법률문헌의 망라적인 이용을 전혀 다른 목적에서 시도하였을 것이다. 법률문헌에는 거대한 덩어리가 들 있는데, 이는 비록 쉽사리 통달할 수 없기는 하지만 그래도 역시 많은 득을 얻어낼 수 있는 것이다. 하나는 注釋學派 이래 특히 프랑스學派를 정점으로 한 注解者들에 의한 것이고, 다른 하나는 역시 注釋學派 이래의 實務家, 즉 수많은 助言·回答 등의 作成者들에 의한 것이다. 하나의 법체계를 수립함에 있어서 그들을 망라적으로 이용한다고 함은 내 생각으로는 그들의 저술을 특별히 그 체계를 고려하면서 완전하게 通讀하는 것으로써 성립한다. 여기서 그 체계를 고려한다고 함은 즉 그 체계를 이들 저술에 의하여 검증하고 수정하고 보충하기 위하여라는 말이다. 이러한 통독에 의하여 의문의 여지가 없이 개별적인 점에서 많은 것이 얻어질 것인데, 그러나 大綱에 있어서는 그만큼 많지는 않을 것이다. 이제 내가 인생의 황혼에서 본서를 시작하면서 그러한 계획을 세우는 것은 어리석은 일이다. 그러나 누가 본서로 하여금 영구적 가치를 가지게 하고자 하는 사람이 있어 위에서 본 문헌상의 완전화를 행한다면, 그는 본서에 대하여 본질적인 기여를 하였다고 말할 수 있을 것이다. 이 提案은 모험적인 것이 전혀 아니다. 왜냐하면 이 제안은 가령 제한된 시기의 저술들이나 아니면 개별 저술이라도 이를 앞서 말한 목적으로 읽어 나가는 방법으로 점차적으로 또한 부분적으로 실행될 수 있기 때문이다. —또한 본서의 서두에 우리 법체계를 공부하는 데 유용하고 권장할 만한 著述들의 일반적 綜覽을 두었으면 좋았을걸 하고 생각할지도 모른다. 그러나 이러한 현저한 수요는 별도의 문헌목록에 의하여 충족하는 것이 보다 합목적적이라고 생각된다. 개별적인 法源原典이나 그 寫本 또는 版本의 역사적인 종합서술은 法史的 著述에서 하는 것이 이러한 類를 충분히 전달하기 위한 기초와 관련성이 결여되어 있는 체계적 서술의 서두에서 하는 것보다 낫다.

本書의 素材는 저자가 바로 금세기의 초두 이래 행하여 온 로마법에 대한 강의과정에서 점차 모아지고 가공되었다. 여기에 제시된 바의 외형을 주는 것만은 전적으로 새로운 작업인데, 이에 대하여 강의는 단지 그 준비로서만 이용될 수 있었다. 왜냐하면 강의는 전문 지식 없는 사람을 상대로 하는 것으로서, 새롭고 낯선 대상에 대한 지식을 청강자의 다른

것에 대한 지식이나 일반적 교양과 연결시킴으로써 그들이 그 대상을 인식하도록 하여야 하기 때문이다. 그러나 본서는 전문지식 있는 사람을 상대로 저술되었다. 저술가는 그들이 學問을 오늘날의 모습대로 修得한 것을 전제로 하고, 그 내용을 이러한 學識과 연결시키며, 그들에게 그들이 알고 있는 바를 淨化하고 확실하게 하며 확장하기 위하여 그것을 자신과 함께 새롭게 음미할 것을 요구한다. 지식전달의 두 가지 형식의 이러한 대립은 부정할 수 없다고 하더라도, 양자의 중간형식도 역시 상정될 수 있으며 뿐만 아니라 비난될 수 없다. 저술가도 때로는 슬그머니 독자와 함께 학문적 개념의 端初에로 돌아가서 그 개념이 성립되는 과정을 독자의 눈 앞에서 다시 보여주는 방식으로 소재를 다룰 수도 있는 것이다. 이러한 작업은, 개념이나 원칙이 타인에 의하여 자의적으로 취급되고 왜곡되어 버린 경우에 이를 다시 解明하는 데 상당한 기여를 하는 일이 드물지 않다. 저자가 이제는 저술가로서 다루는 그 소재를 강의에서 다룰 기회를 종종 가졌었기 때문에 그와 같은 작업에 대한 傾向과 能力은 쉽사리 발견될 수 있을 것이다. —여기서 보는 바와 같은 모습으로 本書를 저술할 계획은 1835년 봄에 세워졌다. 그 해 봄에 작업이 시작되어 인쇄가 시작될 무렵에는 제1권을 구성하는 4장과 제2권의 첫 3장이 완성되었다.[譯註 4]

이제 본서를 발간함에 있어서 나는 本書가 처할 운명에 대한 생각을 억누를 수가 없다. 인간의 모든 노력과 활동에 대하여서와 같이 그것에도 좋은 일과 나쁜 일이 일어날 것이다. 많은 사람이 나에게 그것이 얼마나 결함이 많은가를 말할 것이나, 그것의 결점을 나보다 더 완전하게 통찰하고 더 생생하게 느끼는 사람은 없을 것이다. 상당한 부분이 완성되어 있는 이제, 나는 많은 것이 더욱 망라적이고 명백하였기를, 즉 다른 모습이었던 하고 원한다. 그렇다고 해서 이러한 인식이 모든 원대한 기획에의 결단에 필요한 그 勇氣를 앗아가지는 못할 것이다. 이러한 자기인식과 아울러, 眞理는 우리가 이를 직접으로 인식하고 표명하는 것만에 의하여 증진되는 것은 아니며, 우리가 —모든 성과가 그것의 해결에 의존하고 있는 바의— 問題와 課題를 확고하게 제시함으로써 진리에의 길을 보여주고 닦는 것에 의하여서도 증진된다는 洞察이 마음을 진정시킨다. 그렇게 함으로써 우리는 우리가 거기에 닿을 수 없었던 목표에 다른 사람이 도달하는 것을 돕는다. 이제 本書가 결실 많은 진리의 씨앗, 아마도 다른 사람의 의하여 비로소 완전히 전개되어 성숙한 열매를 맺을 씨앗을 포함하고 있을지도 모른다는 自己信賴도 나를 진정시킨다. 그리하여 새롭고 보다 풍요로운 발전의 뒤편으로 그 씨앗이 된 이 著述은 물러난다고 하여도, 아니 잊혀진다고 하여도, 그것은 별것이 아니다. 개별적 저작은 有形的 現象으로서의 한 인간이 그러한 것처럼 덧없는 것이다. 그러나 개개인의 생애들을 통하여 전진하여 가는 하나의 思想은 불멸이다. 이 사상은 진지함과 사랑을 가지고 작업하는 우리들 모두를 거대한 불멸의 공동체로 결합시키고, 그 사상 안에서 개개인의 공헌은 비록 사소한 것이라도 모두 지속적인 것으로 살아 있는 것이다.

1839년 가을에 쓰다

譯 註

- [譯註 1] 니부르는 1776년에 출생하여 1831년에 사망한 歷史學者이다. 사비니가 인용하고 있는 책, 즉 『니부르에 대한 追想』은, 니부르의 書翰이나 친지들의 그에 대한 回想을 모은 것이다.
- [譯註 2] 사비니가 1803년에 간행한 저서 『Das Recht des Besitzes』를 가리킨다.
- [譯註 3] 이는 제1권 제4장을 가리킨다. 그런데 여기서 제52절을 포함시킨 것은 사비니의 錯誤라고 생각된다. 제52절은 「法律關係의 本質」을 다루고 있으며, 法源이나 法律解釋과는 무관하다.
- [譯註 4] 제1권의 표지 바로 뒤에 있는 「본서 전체의 입사개요」에 의하면, 『現代로마법體系』는 제1권 法源, 제2권 法律關係, 제3권 法規則의 法律關係에의 適用, 제4권 物權法, 제5권 債務法, 제6권 親族法, 제7권 相續法의 모두 7권으로 구성될 예정이었다. 그 중에서 제1권 및 제2권은 각기 4개의 章으로 구성되어, 第1卷 法源은 제1장 본서의 課題, 제2장 법원의 일반적 성질, 제3장 현대로마법의 법원, 제4장 법률의 해석, 그리고 第2卷 法律關係는 제1장 법률관계의 본질과 종류, 제2장 법률관계의 주체로서의 인격, 제3장 법률관계의 발생과 소멸, 제4장 법률관계의 침해를 다룰 것이었다. 그러나 실제로 사비니는 1849년 제8권의 발간으로 일단 완결된 『現代로마法體系』로써 위 「概要」상의 제3권까지만을 완성할 수 있었다(다만 제3권은 「법률관계에 대한 법규칙의 지배」라고 제목을 바꾸었다). 그리고 1851년과 1853년에 『債務法』(Obligationenrecht. 보다 정확하계는 『현대로마법체계의 일부로서의 채무법』) 2권을 출간하였을 뿐, 그가 이 서문에서도 말하는 그 「體系」는 그가 사망한 1861년까지도 결국 그 완성을 보지 못하였다.

譯者後記

1. 本稿는 Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd.1, 1840, Vorrede, S.IX-S.L을 번역한 것이다. 原文의 脚註는 여기서도 脚註로 처리하였고, 몇 개의 譯註를 글 끝에 달았다.

2. 150년도 더 전에 쓰여진 이 글은 우리가 이제 읽어보아도 머리를 숙여 생각하게 한다. 법공부를 어떻게 하여야 할 것인가에 대하여 아직 확신이 없는 역자에게 여러 모로 方向과 態度를 지시하고 또는 반성하거나 굳게 하여 주었다. 역자는 이 글을 사비니의 언필칭 「研究」로서가 아니라, 전적으로 persönlich한 이유에 의하여, 즉 앞서 걸어간 先人으로부터 얻은 慰安의 자취로서 번역한 것이다.