

韓國 現代法史의 課題와 方法

崔 鍾 庫

서 론

한 나라의 法史(legal history, Rechtsgeschichte)란 그 나라의 질서와 발전을 향한 국민적 理性의 제도적 結晶體라고 할 수 있다. 우리가 일반적으로 삶과 제도의 영역을 정치·경제·사회·문화로 대별하여 부르지만, 이 모든 분야에 질서를 놓아 주는 법이 있게 마련이고, 그것이 역사적으로 쌓이면 法史를 이루는 것이다. 다시 말하면, 法史란 정치·경제·사회·문화가 아닌 ‘法’의 특수영역의 역사가 아니라 국가생활 전반에 걸친 질서의 총체적 역사라는 사실이다. 그래서 한 나라의 法史를 읽으면 그 나라의 모든 영역에서 얼마나 理性的인 발전을 향하여 노력하였는가를 가장 빠르고 정확하게 파악할 수 있는 것이다.¹⁾

불행히도 우리나라에서는 국사학에서 현대사에 대한 관심(적어도 학술적으로는)이 그리 높지 못한 것같이 보인다. 국사라 하면 어쩐지 단군신화에서부터 시작된 古代史, 高麗史, 朝鮮史, 그리고 開化史 정도로 기울어지고, 현대사를 은연중 기피하는 현상이 있는 것 같다. 그 이유는 그리 어렵지 않게 추측된다. 한국 현대사의 흐름 자체가 이만저만 복잡하지 아니하고, 그에 관계된 인물이나 사건이 아직 생존해 있거나 진행중이라 서술에 학문적 ‘객관성’을 유지하기가 힘들지 않겠느냐는 우려이다. 한국같이 비교적 좁은 사회안에서, 알고 보면 얼키고 설키 인간관계를 진실되게, 때로는 적나라하게 적는다는 것은 현실적으로 어려운 일이라고 느끼는 것 같다.

自敍傳이나 傳記를 기피하고, 기록보존에 취약한 한국인의 성향 때문에, “傳記가 제대로 되지 못하면 올바른 現代史가 나올 수 없다”는 말이 계속 적용되고 있는 것이라 하겠다.

崔鍾庫：서울대학교 法科大學 教授

- 1) 자세한 H. 미타이스, 法史學의 存在價值, K. S. 바아더, 法史學者의 課題와 方法, 以上 최종고·김상용편저 「法史學入門」(法文社, 1985) 수록; 최종고, 法史學의 課題와 方法, 「法學」, 24권, 1호, 1983

근년에는 이상스런 파행적 현상이 나타났다. 기록을 남기자는 국민적 캠페인도 보이고, 傳記物이나 官撰史 같은 류의 책들도 적지 않게 나오고 있다. 때로는 財力 있는 사람들이 돈을 주고 글쓰는 사람에게 부탁하여 나오는 傳記物도 꽤 많은 것 같다. 政治史, 社會史의 분야에서는 르포나 년픽션같이 월간지나 신문에도 흥미위주의 방향으로 많이 실리는 경향도 보인다.

이런 의미에서 어떻게 보면 現代史는 엄격한 史學的 훈련 없이도 누구나 쓸 수 있는 역사같이 通俗化된 감도 없지 않다. 사실로서의 역사(history as fact)를 ‘쓰여진 역사’(written history)로 옮기는 것은 어느 면에서는 현대사에서 처음 이루어지는 것이고, 그럴수록 바르게 옮겨야 할 방법론적 엄정성이 요구된다고 할 것이다. 그렇지 못한 현대사 서술은 후일을 위해서뿐만 아니라 당장 혼란과 부작용을 주는 것이라고 아니할 수 없다.

어쨌든 현대 정치사와 사회사, 경제사, 문화사 등 다양하게 관심이 기울여지고 있는데 비해, 現代法史에 대한 관심은 극히 저조한 상태에 있는 것 같다. 한국인이 법이라 하면 아직도 법률가의 專有物인 양 생각하는 경향이 강해서인지 法史에 대한 관심은 법률가 중에서도 法史家가 아니면 할 수 없는 것으로 완전히 제외시켜 놓는 것 같다. 몇 명 되지 아니하는 法史家들도 능력의 한계가 있는 터이라, 아직도 現代法史에 대한 연구는 초보단계에 있다고 아니할 수 없다. 이에 대하여는 한국의 법률가들이 줄잡아 5천명이 넘는다고 볼 때, 정치인이나 사회인들이 정신없이 움직이느라고 차분한 역사를 서술하지 못한다고 나무라기 이전에 누구보다 차분하게 法史 서술을 가다듬어야 할 책임을 감당하지 못한 것을 반성해야 할 것이다. ‘현명한 국민은 역사의 강물을 두번 건너지 아니한다’는 말도 있지만, 자기 나라의 法史에 무관심한 민족은 역사가 바뀌고 상황이 변할 때마다 시행착오의 과오를 되풀이하지 않는다는 보장을 할 수 없을 것이다.

여기에 특히 現代韓國法史의 중요성을 새삼 확인하면서, 本稿에서는 어떻게 하면 현대한국법사를 정리·서술할 수 있을까 하는 방법론적 문제를 검토해보려고 한다. 이것은 한편으로는 法史學方法論의 기초 위에서²⁾ 한국이 현대법사를 정립하려는 목적의식에 연결된다. 그렇지만 그러한 학문을 위한 방법론보다도 얼마나 많은 ‘法の洪水’ 속에 살고 있는지 모르겠다는 일반국민들의 의문에 답해주기 위한 현실적 필요성이 우선 크다고 할 것이다. 모쪼록 本稿가 한국에서의 現代法史에 대한 인식의 새로운 계기를 만드는데 一助를 할 수 있기를 희망하는 바이다.³⁾

2) 자세한 최종고·김상용 편저, 「法史學入門」, 法文社, 1985.

I. 韓國現代法史의 時期區分

우리가 '韓國現代法史'라는 용어를 쓸 때, 구체적으로 언제를 始期로 잡을 것인가 하는 문제가 제기된다. 시대구분의 문제는 한국사 全般에 걸쳐 간단치 않은 문제이며,⁴⁾ '역사는 항상 새롭게 기록되어야 한다'는 命題 아래서 보면 더욱 근원적으로 문제가 된다. '세계사 속의 한국사'라는 視角을 고려하여 되도록이면 세계사(서양사)의 시대구분과 맞추어 시대구분을 하려고 하면 민족사의 특수한 전개과정을 무시할 위험이 적지 않은 것이다. 서양에서 현대사라고 할 때 사용하는 contemporary history 내지 Zeitgeschichte의 개념을 적용하여 본다면, 더욱 現代史의 개념은 특수하고 좁아질 것이다.

크게 잡으면 傳統法史가 끝나는 朝鮮朝末 즉 개화기부터를 現代法史로 잡을 수 있을 것이다. 왜냐하면 개화기에 이미 서양법을 수용하여 내용적으로 전통법사와는 상당한 '단절'에 가까운 구획이 이루어지기 때문이다. 그렇지만 19세기말, 즉 1880년대의 甲午更張 내지 法官養成所의 설립 등에서부터 現代法史라고 이름 부르기에는 어쩐지 지나친 것 같고, 開化法史라는 특수한 명칭(開化史라는 개념이 형성되어 있으니)으로 부르든지 近代法史(Moderne Rechtsgeschichte)의 일부로 취급하는 것이 좋을 것이다.⁵⁾

1910년부터 1945년에 이르는 日帝治下の 36年間은 시기적으로 보면 現代法史에 들어갈 것임에 틀림없다. 이렇게 본다면 한국의 現代法史는 日帝時期로부터 출발한다고 말할 수 있을 것이다. 그렇지만 그러기에는 한국현대법사의 기초가 日本法史에 두어진다는 오해를 불러올 수도 있고, 日帝時期法史는 近代法史와 연결지어 특수한 위치를 설정해주는 것이 바람직할 것이다.⁶⁾

이렇게 되면, 1945년 異民族의 지배에서 해방되고 비로소 우리의 主權 아래 신생 독립국가를 세우기 시작한 때부터 진정한 韓國現代法史가 시작된다고 보겠다. 그런데 여기에서 또 문제가 되는 것은 해방이 곧바로 단일독립국가의 수립으로 연결되

3) 함께 참고할 筆者의 논문으로는 韓國現代法制의 形成過程考, 「法學」 32권 1·2호, 1991; 解放後 韓國基本法制의 整備, 「韓國法史學論叢」(박병호교수환갑기념), 박영사, 1991.

4) 한국사연구회편, 「韓國史時代區分論」 乙酉文化社, 1973.

5) 최종고, 「韓國의 西洋法受容史」, 박영사, 1981, 참조.

6) 현대 한국법제가 기본적으로 日帝시기의 유산에 근거하고 있다는 관점에서는 이러한 시대구분에 반대할지 모르겠으나, 筆者는 그렇게 보지 않는다. 이에 대하여는 줄져, 「韓國法學史」, 박영사, 1990, 참조.

지 못하고, 南에는 3년의 美軍政期로, 北에는 朝鮮民主主義人民共和國이라는 별개의 정부가 수립되었다는 사실이다. 이런 의미에서 한국현대법사는 출발에서부터 分斷法史의 二元構造를 띄게 되었다는 것이다.⁷⁾

우선 남한만 본다면, 1945년부터 48년까지의 軍政法史를 무시할 수 없다. 이 시기는 그리 긴 기간은 아니었다고 말할 수 있지만 대한민국의 現代法制과 사법제도, 교육제도에 적지 않은 영향을 미쳤다. 美軍政法史에 대하여 아직 총체적인 연구가 안이루어졌지만, 이에 대한 관심은 상당히 고조되어 있고 부분적인 연구논문들이 나오고 있다.⁸⁾

大韓民國法史는 1948년 정부수립 후부터 지금까지 40여년에 이르고 있다. 이 40여년 동안에 헌법을 포함한 基本法制가 대체로 1960년까지 일단락지어지고,⁹⁾ 70년대, 80년대를 지나오는 동안 벌써 상당한 改正의 요청을 받고 있다. 이에 대하여 자세히는 다음 章에서 언급하겠다. 어쨌든 대한민국法史 자체가 상당히 복잡하고도 분량이 많은 연구과제가 되었다는 점을 지적하지 않을 수 없다.

1945년부터 시작되는 北韓法史도 어려운 연구과제이다. 北韓法史라는 명칭도 편의적 용어이고 공식적으로는 '조선사회민주주의인민공화국法史'가 되어야겠지만, 필자는 이에 대하여 좀 다른 견해를 갖고 있다.¹⁰⁾ 즉 우리가 앞으로 통일을 내다 본다면 더욱 그러하지만, 그렇지 않다 하더라도 '韓國法'이란 개념은 '南韓法'과 '北韓法'을 합친 총칭개념이라 파악하고 온전한 韓國現代法史는 남한法史와 북한法史가 합한 개념이라고 생각한다.¹¹⁾ 그러나 이러한 견해도 통일이 되기 전까지는 구체적인 현실성은 희박할 것으로 생각할 수밖에 없다. 그렇다 하더라도 알 수 있는 한 북한법사의 전개를 연구하고, 남한법사와의 同質性和 異質性을 찾아 앞으로의 統一韓國法史의 기초를 모색해나가야 할 것이다.

이상과 같이 본다면, 韓國現代法史를 最廣義로 본다면 朝鮮朝가 끝나는 開化期法史로부터 지금까지의 一世紀 남짓의 기간으로 잡을 수 있을 것이고, 最狹義로 본다면 日帝로부터 해방된 1945년부터 약 半世紀를 가리킨다고 보겠다. 만일 현실적으로 後者의 개념에 가깝게 이해한다면 한국現代法史는 分斷法史로서의 특징을 갖고,

7) 참고로는 줄거, 「韓國法과 世界法」, 교육과학사 1989; 최종고외, 「北韓의 法과 法理論」(경남대학교 극동문제연구소, 1988).

8) 줄고, 韓國 現代法制의 形成考에 나오는 문헌 참조.

9) 줄고, 解放後 韓國基本法制의 整備, 「韓國法史學論叢」.

10) 자세히는 줄고, 北韓法の 구조와 사상, 「北韓研究」1990년 겨울호, 28-54면.

11) 줄거, 「韓國法과 世界法」, 15-20면.

南韓法이 大陸法과 英美法の 混合法文化임에 반해 北韓法은 社會主義的, 主體主義的 法文化라는 對立構造의 역사라고 이해할 수 있을 것이다. 이러한 現代法史의 구조 속에서 우리는 이미 이데올로기에 의해 각색되고 變質된 韓國法의 모습을 보게 되며, 그러한 이데올로기적 대립과 갈등을 어떻게 소화·극복하느냐 하는 과제를 안고 있는 法史라고 할 수 있을 것이다.¹²⁾

II. 韓國現代法史의 課題

그러면 우리는 한국현대법사를 어떠한 내용으로 정리하여야 할 것인가? 筆者는 그 課題로서 아래와 같이 1. 立法史, 2. 司法史, 3. 法曹史, 4. 法學史, 5. 法思想史, 6. 法社會史, 7. 憲法史, 8. 行政法史, 9. 民法史, 10. 商法史, 11. 刑法史, 12. 社會法史, 13. 經濟法史, 14. 國際法史로 나누어 설명하고자 한다. 모두 중요한 분야이지만 一般史에 가까운 순서대로 서술해보겠다.¹³⁾

1. 立法史

1991년 1월 현재 대한민국에 3,600여개의 法습이 시행중에 있다는데,¹⁴⁾ 해방 후 法습의 改廢는 실로 그 자체가 연구의 대상이듯 헤아릴 수 없이 明滅하였다. 사실 이러한 立法의 역사를 잘 정리·기술한다면 法史의 절반은 이루어지는 것이라고 말할 수 있다. 대한민국에서 立法의 절차는 대체로 主務部處에서 法制處를 거쳐 만들어진 政府案이 國會를 통과하여 大統領이 공포하는 절차를 밟게 되어 있는데, 이에 관하여 「國會史」(대한민국국회), 「法務部史」(법무부, 1988), 「法制處史」(법제처, 1983) 등의 機關史로 나온 것들이 있다. 특히 「法制處史」에서는 시기별, 분야별로 우리나라의 現代立法의 경과를 요약하여 정리해주고 있어 現代立法史의 연구업적이라 할만하다. 이것을 기초로 하여 「法制處四十年史」(법제처, 1988)로 증보하였는데, 兪鎭午, 申泰煥, 文鴻柱, 李善中, 金道昶, 金永均 등 역대 法制處長들의 回顧談도 중요한 史料가 된다. 법제처의 前身인 法制室 시절인 1958년에 건국10주년기념으로

12) 한국법제연구원, 「90年度 韓國社會의 當面問題와 法的 對應方案」(제1회 法制세미나, 1991. 6) 참조.

13) 이러한 구분방식은 대체로 줄져 「法史學入門」과 「韓國法學史」에 기초하는데, 法史의 관점에서 가장 細分化的 분류로 최초이다.

14) 법제처 총무과에 문의; 한국에서의 立法의 문제점에 관하여서는 서울法大 심포지움(1984), 한국에서의 立法의 기능과 문제점, 「法學」 25권 4호, 1984, 특집호 참조.

「법제 10년의 개관」(법제실)이라는 602페이지에 걸친, 당시로서는 의욕적인 概觀 書를 내었는데, 이 책은 오늘날에는 이미 史料的 가치가 있음은 물론 그 이후에도 이에 상응하는 책은 나오지 못해 오히려 본보기로 되고 있다.¹⁵⁾ 대한민국 立法 40 주년, 45주년이 지나고 1998년이면 半世紀가 다가오는데, 한국법제연구원도 설립 되었으니 立法史를 중심으로 法制概觀書를 지금부터 계획하여 추진해나가 때 맞추어 출간해야 할 것이다. 대부분의 국민들은 물론 법률가들도 엄청난 법의 洪水 속에서 뭐가 뭔지를 모르고 있는데, 立法史의 정리는 이러할 때 무엇보다 중요하다고 아 니할 수 없다. 이러한 立法史의 정리는 서술도 중요하지만 자료편찬도 중요하며 한 국법제연구원에서 「韓國現代法史資料集」¹⁶⁾을 우선 총망라적으로 방대하게 출간해 주 면 큰 의의가 있을 것이다.

2. 司法史

해방 후 한국의 司法은 근본적으로 큰 변화는 없는 것같이 보이지만, 革命裁判, 家庭法院, 憲法裁判所의 설치 등 적지 않은 변천을 겪어 왔다. 우리나라의 法院組織 法은 鄭潤煥판사에 의해 起草되어¹⁷⁾ 1949년 9월 26일에 제정된 후 지금까지 22차 에 걸친 개정을 보았다. 韓國司法史에 관한 연구로는 金炳華의 「韓國司法史」(一潮閣, 1979)가 壓卷인데, 해방 후에만 국한된 것은 아니고 자료수집에 비해 설명이 미 진한 감이 없지 않다. 法院行政處에서 내는 「司法年鑑」은 중요한 자료가 되지만 法 史的 정리가 된 내용은 약한 것 같다. 5·16 이후 「韓國革命裁判史」(1~5권)(한국혁 명재판사편찬위원회, 1962), 康秀雄의 「民事裁判의 解剖」(한국사법행정학회, 1985), 대법원에서 내는 「歷代大法院長演說集」 등이 보인다.

법원행정처에서는 「韓國裁判100年史」(가칭)를 준비중에 있다고 듣고 있다. 또 최근에는 司法制度改善委員會가 조직되어 연구세미나를 개최하는 등 司法制度全般 에 관한 검토가 이루어지고 있다.¹⁸⁾

15) 「大韓國國法令沿革集」은 그 이름에 비해 법령을 수록한 것에 지나지 않는 것 같이 해석이 약 하다

16) 이의 예로서는 韓國刑事政策研究院編, 「刑法制定資料集」, 1990, 同, 「刑事訴訟法制定資料集」 1991.

17) 鄭潤煥, 法院組織法案, 「法政」 2권 8호, 1947 ; 기타 참고로는 李相基, 朝鮮裁判所의 조직과 기능, 「法政」 1권 3호, 1946년 12월.

18) 그 결과가 司法政策資料集으로 속간되고 있는데, 제2권으로 「司法制度改革을 위한 法官세미나 結果報告書」(법원행정처, 1990) 참조.

3. 法曹史

法曹란 法에 종사하는 사람을 가리킨다면 法律家史라 해도 괜찮다. 判事史(法官史), 檢事史, 辯護士史, 公證人史, 法務士史 같은 개별장르가 가능할 것이다. 그리고 여기에는 법률가의 傳記나 自敘傳도 포함되고, 유명 법률가의 文集類도 넓은 의미의 史料가 된다. 지금까지 나온 것으로서는 법원행정처간 「韓國法官史」(育法社, 1976), 최종고저 「使徒法官 金洪燮」(育法社, 1975), 김진배저 「가인 김병로」(가인기념사업회, 1984), 金學俊저, 「街人 金炳魯評傳」(民音社, 1988), 최영희·김호일 편저 「애산 이 인(李仁)」(애산학회, 1989) 등의 傳記와 李 仁 「半世紀의 證言」(명지대출판부, 1974), 金甲洙저 「法窓 三十年」(법정출판사, 1970), 高在鎬저 「法曹半百年」(博英社, 1985), 兪鎭午저 「養虎記」(고려대출판부, 1977), 「鄭求瑛回顧錄」(중앙일보사, 1986), 吳制道저 「思想檢事의 手記」(창신문화사, 1957), 柳秉震 「裁判官의 苦悶」(新丘文化社, 1952), 權純永 「法窓의 봄」(正音社, 1955), 韓聖壽 「法窓에서의 思索」(법률실무연구회, 1968), 李丙璘, 「法 속에서 人間 속에서」(文章閣, 1967) 등의 文集도 史料的 가치가 있다. 단행본으로 출간되지는 아니하였지만, 「大韓辯護士協會」誌에 1970년부터 시작하여 간헐적으로나마 연재되는 「韓國法曹列傳」시리즈와 「司法行政」誌에 1982년 4월호부터 1987년 8월까지 5년여에 걸쳐 연재된 「한국의 法律家像」시리즈는 이 방면의 연구업적이라 할 수 있다.

그러나 앞서서도 지적한 바와 같이 한국의 法曹史를 총체적으로 정리하려면 보다 求心體的인 작업이 이루어져, 이 땅에서 법률가로 살다 간 의미를 역사에 새기는 데에 이르러야 할 것이다.

4. 法學史

한국 法學史는 전통적 律學史와 개화기 이후의 근대적 의미의 法學史로 구분되는 데, 現代法史의 대상이 되는 것은 後者이다. 이 방면에 최초의 체계적 연구는 李熙鳳 교수가 「韓國現代文化史大系Ⅱ」(고려대 민족문화연구소, 1976)에 실은 「法律學」篇이고¹⁹⁾, 최근에 상당히 방대한 분량의 최종고저 「韓國法學史」(博英社, 1990)가 출간되어 어느 정도 體系化는 이루어졌다고 보인다. 그 외에도 최종고저 「韓國의 法學者」(서울대출판부, 1989), 兪鎭午의 「養虎記」(고려대출판부, 1977), 金曾漢저 「韓國法學

19) 후일 李熙鳳, 「法學과 民事法의 諸問題」(나남출판사, 1986), 134~169면에 「解放後 法學 三十年」이란 제목으로 再錄

의 證言」(교육과학사, 1989) 등이 나온 바 있고, 서울대법학연구소에서 주관한 「韓國法學 30年」 심포지움(「法學」 19권 1호, 1978), 전북대학교에서 개최한 「한국법학 45년」 심포지움(1990) 등이 눈에 뜨인다.

한국법학교수회에서 내는 會誌도 자료로서의 가치가 있다. 한국법학사는 각 法學 領域으로 들어가 學說史, 理論史, 論爭史, 法學出版史²⁰⁾, 法學言論史 등 다양하게 전개될 수 있을 것이다.

5. 法思想史

법은 한편으로는 制度이면서 한편으로는 思想의 產物이라는 것은 설명할 필요도 없지만, 한국 現代法史의 일부로서의 法思想史에 대한 관심을 그리 높지 못할 뿐만 아니라 現代韓國法思想의 분위기와 내용을 정리한다는 결코 쉬운 일은 아니다. 法學史와도 紐양스를 달리하며, 法哲學史와도 밀접한 관련을 가지면서도 같을 수는 없는 것이다. 지금까지 나온 것으로는 최종고저 「韓國法思想史」(서울대출판부, 1989) 通史書가 있는데, 傳統法思想史를 빼고 現代 부분에서는 해방후 부터 自然法思想, 純粹法學의 受容, 라드브루흐法思想의 受容, 歷史法思想, 社會·人類學的 法學, 現代法哲學, 民主主義法思想, 北韓法思想을 다루고 있다. 田鳳德저 「韓國近代法思想史」(博英社, 1980)에서는 해방 후에 대하여는 다루지 못하지만 徐載弼의 法思想 등 개화기에서 현대한국에 이르는 法思想家를 다루고 있다. 한국방송통신대학교과서로 저술된 강경선·최종고 저 「法思想史」(동 대학출판부, 1986)는 中國法思想史, 韓國法思想史, 日本法思想史, 西洋法思想史의 순서로 되어 있는데, 韓國法思想史 부분에서 現代 韓國法思想을 나름대로 요약하여 다루고 있다. 어쨌든 現代 韓國法思想史는 남북한을 대비하지 않는다 하더라도 남한에서만도 매우 다양한 실정에 있다. 이러한 氣象圖를 바르게 정리하는 것 자체가 법사상의 형성에 도움을 줄 것이기도 하다.

6. 法社會史

法社會史(social history of law, sozialgeschichte des Rechts)는 문자 그대로 법에 대하여 社會史의인 視角에서 연구하는 장르이다. 달리 표현하면 「法과 社會」(Law and Society)의 관점을 역사적 안목으로 정리하는 작업이라고 할 것이고, 좀

20) 예컨대 독일에서는 C. Beck 출판사와 같은 법학전문출판사에서 Portrait im Bilde-1988) 같은 책을 내어 법학자들의 생애와 법학이론을 정리해주고 있다.

더 넓게는 法社會學的 法史敘述이라고 할 것이다.²¹⁾ 우리나라에도 근년에 이를수록 法社會學에 대한 관심이 커지고 있어 法社會史의 가능성은 높다고 할 것이다.²²⁾ 1989년부터 ‘법과 사회’ 이론연구회에서 「법과 사회」(半年間誌)를 내고 있는데, 여기에 비교적 이러한 視角에서의 글들이 실리고 있다²³⁾. 그렇지만 단순히 ‘법과 사회’ 내지 法社會學的의 논문에 그치지 아니하고 法社會史가 되려고 하면 보다 착실한 史料와 史實의 파악과 진실한 역사서술에 가까워져야 할 것이다.

이와 관련하여, 우리나라에도 이른바 ‘批判法學’(Critical Legal Studies) 혹은 ‘民主法學’이라는 기치 아래 종래의 法史와 法學을 비판적으로, 이데올로기적으로 검토하려는 움직임이 있는데,²⁴⁾ 이러한 연구경향도 한 때의 流行으로 끝나지 않으려면 역사적 관심을 實證적으로 심화시켜 나아가야 할 것이다.

法社會史와 함께 法文化史(Cultural History of Law)도 생각해볼 수 있고, 法意識(Rechts bewußtsein)의 문제를 어떻게 반영할 수 있겠느냐하는 문제가 제기되는데,²⁵⁾ 이것은 방법론적으로 매우 미묘한 문제이고 法社會史를 넓게 해석하며 이들을 포괄시켜도 무방하리라 생각된다.

근년에는 郷土史研究의 붐이 일어났는데, 法史도 이와 관련하여 地方法史, 郷土法史에 대한 관심도 기울여져야 할 것이다. 이에 관해서는 한국향토사연구전국협의회에서 낸 「郷土史研究小便覽」(1990)이 가이드북이 될 것이다.

7. 憲法史

해방후 9차례의 개정을 거친 대한민국 헌법 자체가 역사적 고찰의 대상이 된다는 것은 설명할 필요도 없을 것이다. 韓國憲法史에 관하여는 헌법학자 金哲洙교수의 「韓國憲法史」(대학출판사, 1989)가 출간되었고, 한태연·김효전 등 저 「韓國憲法史(上·下)」(한국정신문화연구원, 1988, 1991)이 나왔다. 또 金榮秀 교수의 「大韓民國

21) 한 예로 L. 프리드먼 / 安京煥역, 「美國法歷史」(A. History of American Law)(대한교과서주식회사, 1988)

22) 양건, 한국에서의 ‘법과 사회’연구, 「법과 사회」 창간호(창작과 비평사, 1989), 참조

23) 예컨대, 홍기태, 해방후의 헌법구상과 1948년 헌법성립에 관한 연구, 「법과 사회」 창간호, 1989, 171-192면

24) 예컨대, 국순옥, 「자본주의와 헌법」(까치, 1988), 한인섭·이철우, 「법·저개발·국가」(이론과 실천사, 1986), 한인섭, 감옥과 사회통제 : 사회사적 검토, 「법과 사회」, 창간호, 1989, 144-170면

25) 법의식조사의 결과에 관하여는 한국법제연구원, 「國民法意識調整報告書」(1991)이 중요한 자료이다.

臨時政府憲法論」(三英社, 1980), 송 우氏의 「韓國憲法改正史」(집문당, 1980)가 나왔다. 헌법학자들이 쓴 논문형태의 글로 憲法史에 해당되는 것도 적지 않고, 權寧星 교수의 Die Verfassung Koreas von 1972,²⁶⁾ 金孝全 교수의 Hundertjahre Verfassungsrecht in Korea und Deutschland²⁷⁾ 같이 外國語로 쓰여진 논문도 학문적 업적이다. 兪鎭午 著 「憲法起草回顧錄」(一潮閣, 1980)은 대한민국 헌법이 존속하는 한 영속한 가치를 지닐 사료이다. 제5공화국 헌법개정에 헌법제도연구회에서 낸 「憲法研究班 報告書」등 자료적 가치가 큰 문서들이 있다. 헌법제정에서부터 수차례의 개정에 이르는 국회의 속기록과 부속문서들은 국회에서든 정부에서든 자료집으로 발간되어져야 할 것이다. 이러한 자료를 기초로 하여 한국헌법사도 보다 입체적으로 各論的으로 전개되어야 할 것이다.²⁸⁾

8. 行政法史

같은 公法에 속하지만 行政法이라는 單行法典이 없어서인지 行政法史에 대한 인식은 매우 저조한 듯 보인다. 그러나 헌법에 못지 않게 국가행정조직과 지방행정, 공무원제도 등 우리나라처럼 변화가 심한 나라도 드문데, 이에 대한 역사적 정리가 이루어지지 않았을 뿐이다. 行政學 분야에서도 전통행정사에 대하여는 몇몇 학자들의 연구서가 나왔지만,²⁹⁾ 오히려 해방 후의 行政史에 관한 연구를 거의 보이지 않는 것 같다. 또 우리나라에서 1960년대 이후 行政學이 급속도로 수입·보급되었지만, 行政法學과의 긴밀성은 점점 희박해지고 독자적 발전의 길을 걸었다는 점도 지적되어야 할 것이다.³⁰⁾ 1972년의 金道稔 박사를 중심으로 개설된 「韓國行政科學研究所」가 해방후의 行政判例를 연구하여 「行政判例集」으로 낸 것은 法史的 觀點에서도 의미깊다고 하겠다. 그러나 아직도 행정법학자에 의하여 쓰여진 단행본 韓國行政法史는 나오지 못하고 있어 아쉽다.

9. 民法史

民法은 인간생활의 기본적 규율·규범으로서 物權, 債權, 土地, 親族, 相續에 걸

26) Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, Bd. NF. 24, 1974 수록.

27) Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, Bd.35, 1986 수록.

28) 참고로 文鴻柱, 憲法學 30年の 回顧와 展望, 「法學」 19권1호, 1978, 72면.

29) 예컨대, 金雲泰, 「朝鮮王朝行政史」(박영사, 1970); 朴東緒, 「한국官僚制度의 역사적 전개」(한국연구도서관, 1961); 兪尙根, 「韓國古代官制史研究」(명지대출판부, 1969).

30) 이에 대하여는 金道稔, 行政法學 30年の 回顧와 展望, 「法學」 19권1호, 1978; 徐元宇, 現代行政과 行政法學의 課題, 「法學」 19권1호, 1978.

친 광범한 法域이다. 우리나라의 民法典 제정 당시로부터 학자들의 관심과 참여가 활발하였던 바이지만, 法史學的 관심도 民法史에서 가장 두드러진 것으로 보인다.

民法典 제정을 둘러싼 50年代의 민법학 논문들은 이제 民法史의 史料로서 가치가 있으며, 70년대에 들어서 민법의 개정 움직임과 함께 民法史에 대한 관심은 더욱 고조되었다고 보인다.

民法史에 대한 관심을 최초로 강하게 보인 학자는 鄭光鉉박사로, 그는 1967년에 낸 「韓國家族法研究」(서울대출판부)에서 장황하리만치 韓國民法典(친족상속편)의 제정과 정의, 논의를 총망라하다시피 하였다. 金曾漢도 1968년에 이어 ‘韓國民法의 法制史的 및 比較法的 研究」(「法學」 10권 2호)를 발표하였고, 李熙鳳 역시 「法學과 民事法の 諸問題」(나남출판사, 1986)에 民法史의 관심이 짙은 논문들을 발표하였다. 李光信의 「우리나라 民法上의 姓氏制度研究」(法文社, 1979), 金容圭의 「韓國社會의 發展과 民事責任의 變遷」(경북대 「法大論叢」 11, 1973), 李兌榮의 「韓國離婚研究」(자비출판, 1969) 등의 연구업적이 나왔다.

1980년대에 들어서 鄭鍾休의 「韓國民法典의 制定過程」(곽윤직교수회갑기념 「民法學論叢」, 1985)과 日本語로 된 「韓國民法典의 比較法的 研究」(創文社, 1989)가 나와 民法史에 대한 관심을 고조시켜 주었고, 金相容의 「韓國民法典의 역사적 형성(法史學研究 9, 1988)」, 梁彰洙의 「民法案의 成立過程에 관한 小考」(「法學」 30권 3·4호, 1989) 등의 연구논문들이 나왔다. 裴慶淑의 「韓國女性私法史」(인하대출판부, 1988)도 女性法史의 연구업적이다. 韓國民事法學會도 민법제정 30주년을 기념하여 1990년 10월 13일 「民法典施行 30周年紀念 學術大會」를 개최하여 民法史에 대한 고조된 관심을 보여주었다.

이러한 관심에도 불구하고 아직까지 해방 후 民法史에 관련된 史料를 정리하는 일과 연구성과를 묶어 集大成해야 할 많은 과제를 남겨두고 있다.

10. 商法史

民法史에 비하면 한국 商法學界는 이상스럽게도 商法史에 대한 관심이 저조한 듯 보인다. 商法典은 가장 非政治的인 法임에도 불구하고 우리나라 商法典은 해방 직후 民法典과 함께 제정작업에 착수하였다. 15년의 세월이 지나 1961년 軍事革命政府에 의해 「革命立法」의 하나로 제정되는 難産을 겪었다. 물론 당시의 제정에 관계된 人士들(金準坪, 崔丙柱, 洪礎基, 徐燉沔, 孫珠瓚, 鄭熙喆 등)의 논문들³¹⁾은 오늘날은

31) 이들의 제목은 좋고, 現代韓國法制的 形成過程考, 「法學」 32권1·2호, 1991, 72-74면

이미 史料的 가치가 있는 글들이지만, 그후 상법학자에 의하여 쓰여진 現代 商法史에 대한 논문은 한편도 보이지 않는다. 「客主」(연세대출판부, 1968) 등 韓國傳統商法史에 대한 관심을 크게 가졌던 朴元善 역시 해방 후의 現代商法史에 대하여는 특별한 관심을 보이지 않았다. 상법학자들도 상법전 해석에 기초하여 할 일이 많고, 결국 오리엔테이션의 문제인 것 같이 보인다. 1991년 4월에 韓國商法法學會에서 筆者가 발표한 ‘韓國商法典의 制定過程’은 商法史에 대한 法史家로서의 관심을 나타낸 것이었다³²⁾. 1992년이면 商法典施行 30周年이 되는데 商法學界에 서로 뜻깊은 행사가 있으리라 기대되며, 이것이 現代商法史에 대한 관심을 불러일으키는 계기가 될 것으로 주목된다.

11. 刑法史

우리나라의 刑法典과 刑事訴訟法典은 1953년 6·25동란중 釜山피난시절에 제정된 것이라 提案說明이나 刑法學者들의 의견반영 등에 미흡한 점이 많다고 일반적으로 지적되고 있다. 또 起草를 담당한 梁元一 관사의 不意의 事故死로 金炳魯, 嚴祥燮이 형법 總·各則을 기초하였는데, 그동안 30년이 지나 변화된 한국사회에 맞도록 刑法典의 改正論議가 제기되어 法務部 안에 刑法改正審議委員會가 발족되어 가동중에 있다. 그러면서도 해방후 刑法史에 대한 연구는 비교적 등한시되어 오다가 근년에 한국형사정책연구원이 발족되어 申東雲교수의 노력으로 대한민국 「형법」과 「형사소송법」의 제정자료집이 각각 출간되었다. 「刑法制定資料集」(1990)이라고 이름을 붙인 이 책은 刑法定定 要綱과 草案, 國會(제15회 정기국회, 제16회 임시국회)의 速記錄 및 형법제정에 관한 기타 참고자료 몇가지와 현행형법과 政府草案과의 條文對比表를 붙여주는 711면에 이르는 방대한 자료집이다. 아직 刑法史的으로 정리된 저서는 아니지만 우선 史料로서 이만큼 본격적인 정리작업을 했다는 것은 致賀할 만한 일이며, 다른 法域에서도 이러한 작업이 이루어져야 할 例示가 된다고 하겠다. 李炯國교수 역시 刑法史에 관심이 깊어 1990년도 韓國法史學會에서 「解放後 韓國刑法史」에 관한 연구를 발표하였다³³⁾.

刑法史와 관련하여 기억할 연구로 독일에서 활동하던 故 鄭鍾勳박사(1933-1982)의 독일어논문 「極東에서의 刑事立法史」(Zur Geschichte der Kodifikation des Strafrechts in Ostasien), 「한국에서의 전통형법과 현대형법」(Traditionelles und

32) 「商事法研究」 제9호, 1991 수록 예정

33) 李炯國, 解放後의 韓國刑法史, 「韓國法史論叢」(朴秉濠교수 회갑기념 논문집, 박영사, 1991).

Modernes Strafrecht in Korea), 「한국형법과 독일형법의 관계」(Beziehungen zwischen dem deutschen und koreanischen Strafrecht)는 韓國刑法史와 관계있는 것으로 서양 학계에 알리는 중요한 공헌을 하였다³⁴).

12. 社會法史

1950년대만 하더라도 「쌍놈의 법학」³⁵이라고 오해받던 勞動法學도 1957년부터 韓國勞動法學會 등 여러 분야로 다양하게 발전하고 있다. 그래서 종래의 「社會法」(Sozialrecht)이란 개념으로 얼마만큼 지배할 수 있을까 하는 문제도 있지만, 현대 社會法史는 상당히 풍부한 내용을 담을 수 있을 것이다. 아직 단행본으로 출간된 것은 없지만, 주목되는 논문으로 玄敬大의 「우리나라 勞動法制의 특징과 변천」(김치선박사 회갑기념 「勞動法の 諸問題」, 박영사, 1983), 愼斗範의 「韓國勞動立法政策의 운영실태에 관한 연구」(위의 책) 등이 보인다. 社會保護法史에서는 아직도 이렇다할 연구물이 보이지 않는다.

13. 經濟法史

經濟와 法, 經濟法の 영역은 매우 광범한데 해방후 우리나라에서는 經濟法學이 社會法學의 一環으로 간주되어 독자적으로 크게 활성화되지 못하였다. 그러다가 1977년에 韓國經濟法學會가 창립되고 「經濟法研究」지를 즐기치게 내고 있다. 1960년대 이후 한국의 경제성장정책을 뒷받침하여 한국경제법을 눈부신 발전과 함께 많은 문제점을 내포하기도 하였다. 이것을 法史的 觀點에서 보면 체계성과 내용에 있어서 많은 연구대상을 갖게 된다. 이러한 觀點에서 韓國經濟法史가 단행본으로 나온 것은 많지 않으나 민병화 「한국경제입법연구」(평민사, 1983)을 비롯한 몇가지 논문들이 보인다. 鄭煥淡의 「韓國經濟立法의 변천」(「法曹」 23권 2호, 1974.2)와 黃迪仁의 「韓國經濟立法의 實態的 研究」(「法學」 25권 4호, 1984) 등의 논문들이 그것이다. 經濟法學의 제정에 대하여 視角이 다양할 수 있어 韓國經濟法史의 정리는 매우 중요하고도 시급한 과제라고 할 것이다.

14. 國際法史

해방후 신생독립국으로서 국제사회의 일원으로 대한민국은 국제법의 主體로서 國

34) 자세히는 최종고, 「韓國의 法學者」(서울대출판부, 1989), 289-318면의 '鄭鍾勳'편 참조.

35) 朴德培, 韓國社會法學 30年の 回顧와 展望, 「法學」 19권1호, 1978.

國際法學을 발전시켜 왔다. 국제법을 法史的 視角에서 보는 韓國國際法史는 1980년대 부터 상당히 고조되고 있다. 李漢基는 「韓國의 領土」(서울대출판부, 1960) 이후 「韓國과 日本의 國際法發達에 관한 약간의 비교 연구」(「國際法學論叢」 20, 1975), 「韓國國際法學 30年の 回顧」(「法學」 19권1호, 1978), 「한국 및 日本의 開國과 國際法」(「學術院 論文集」, 1980) 등 國際法史에 관한 논문들을 발표하였다³⁶⁾. 그외에도 裴載混의 「韓國에서의 國際法の 生成」(「法學」 21권1호, 1980), 「在日韓國人의 法的地位 및 待遇」(「法學」 13권1호, 1972), 최종고의 「韓國에서의 國際法用語의 導入」(「法學」 30권 3·4호, 1989) 등의 논문이 보인다. 國際法史는 外交史와도 밀접한 관련을 갖고 있는데, 이 방면의 책으로 鄭一享의 「UN과 韓國問題」(국제연합한국협회, 1961), 「林炳稷回顧錄」(女苑社, 1964), 「尹致暎의 20世紀」(삼성출판사, 1991) 등도 참고자료가 된다. 韓日會談, 한국전쟁, UN가입 등 「국제적 계기」에 따라 韓國國際法史의 자료는 풍부해지고 있다. 이런 대목에서 프랭켈(Ernst Fraenkel)이 한국전쟁과 관련하여 쓴 「국제법의 전환점으로서의 한국」(Korea : Eine Wendepunkt des Völkerechts?, Berlin, 1952)과 한스 켈젠(Hans Kelsen)의 저서 「유엔의 법」(The Law of United Nations, 1951)에 쓴 한국에 관한 부분도 뜻있는 참고자료가 된다.

이상의 14분야가 韓國現代法史를 완전히 커버해주는 것은 아닐 것이다. 이보다 더 세부적으로 租稅法史, 環境法史, 建築法史, 軍事法史, 藥事法史, 航空法史, 海運法史, 農業法史, 水產法史, 文化法史, 宗教法史 등등 헤아릴 수 없는 정도로 많을 것이다. 이러한 모든 분야에서 역사의식을 갖고 가지런히 정리만 할 수 있다면 그만큼 우리는 法治國家 내지 文化國家에 가까워져갈 것임에 틀림없다. 문제는 이러한 분야에서 「技術的」으로 法을 만들고 적용하여 실천하기에 바쁜지 法史的 「여유」를 가질 수 없다는 현실에 있는 것이다. 그만큼 우리의 現代法史는 구멍이 여기저기 뚫린 건축물처럼 알차지 못한 상태에 있다고 하겠다. 여기에서는 이러한 課題만이라도 法史學的 視角에서 지적해두는 데에 의의를 두고자 한다.

III. 北韓法史의 문제

韓國現代法史라고 하면 가장 큰 특징이 分斷法史이기 때문에 北韓法史를 빼놓고

36) 그의 古稀紀念논문집을 「韓國國際法學的 諸問題」(박영사, 1987)로 한 것은 이러한 視角이 엿 보인다.

는 半쪽의 韓國法史밖에 되지않는다는 사실은 긴 설명이 필요치 않을 것이다. 그렇지만 北韓法史는 大韓民國法史와 別個獨自的으로 異質化되어 전개되었을 뿐만 아니라³⁷⁾, 오늘날까지 그 實體를 정확히 파악할 자료의 빈곤이 극심하다. 그럼에도 불구하고 좋은 우리의 同族이 만든 法史이고, 南北統一을 전망하면서 北韓法과 法史에 대한 관심은 크게 고조되어 있다. 그래서 제한적인 자료를 갖고 북한법연구서가 상당히 나오고 있다.³⁸⁾

그렇지만 북한법에 관하여도 法史的인 관점에서 다룬 남북한의 연구서는 그리 많은 것은 아닌 것 같이 보인다. 남한에서의 불완전한 北韓法史 연구를 말하기 전에 북한 자체에서의 연구를 보면, 우선 눈에 띄는 것으로 한락규의 「공화국형사법법의 발전」(국립출판사, 1960), 서창석의 「법건설 경험」(사회과학출판사, 1984), 「조선민주주의 인민공화국 법제정사」(사회과학출판사, 1986) 등의 책들이 보인다. 1971년에 나온 북한의 「법학사전」(사회과학원 법학연구소편)과 「조선민주주의 인민공화국 법제정사」를 합하여 보면 대체로 최근까지의 法制的 制定過程을 파악할 수 있다. 그렇지만 법이라는 것이 원래 規範的인 것이고 자칫하면 이데올로기에 의해 宣傳으로 각색되기 쉬운 것이며, 社會主義法 가운데서도 北韓法이 가장 심하게 宣傳道具化 되었다는 사실을 감안한다면, 이러한 몇가지 자료만 갖고서 북한의 진실된 法史를 파악할 수 있다고 말할 수 없다. 법과 관련된 실제적인 통계나 현황이 파악되지 않고서는 司法史나 法社會史는 말할 것도 없고 각 實定法史도 제대로 파악할 수 없을 것이다. 그렇지만 북한에는 최소한 法典이나 法令集조차 공개적으로 출판되고 있지 아니한 형편이니 진실된 法史의 규명이란 원체가 힘든 일이라고 아니할 수 없다.

그럼에도 불구하고, 남한에서도 北韓法の 實相을 파악하기 위하여 여러가지 시도를 하고 있다. 최달곤·정경모는 「北韓法令集」(全5권 대륙연구소, 1990)을 출간하였는데, 북한에도 없는 法令集을 남한에서 낸다는 것은 궁정적이면서도 무리한 점을 내포하고 있는 것이다. 무엇보다도, 이 방대한(?) 法令集에는 法令의 改廢가 분명하지 않아 入手된 눈에 띄는 것은 모두 수록한 것같은 일종의 沿革集의 성격을 벗어날 수가 없는 것이다³⁹⁾. 북한의 刑法 같은 것은 지금도 全文을 입수하지 못하여

37) 자세한 것은 참고 北韓法の 구조와 思想, 「北韓研究」 1권 2호, (1990년 겨울호), 28-55면.

38) 예컨대 姜求真, 「北韓法の 研究」(박영사, 1975); 최종고 外, 「北韓의 法과 法理論」(경남대학교 극동문제연구소, 1988); 고려대학교 법학연구소, 「北韓法 40年과 그 動向」(심포지움 후 「北韓法律行政論叢」 9집, 1990에 수록) 「北韓法制概要」(법제처, 1991) 등이 있고, 이에 대해 자세한 것은 金德重, 南韓의 北韓法 研究현황, 「北韓研究」 1권, 2호(1990년 겨울), 110-125면.

39) 자세한 것은 최종고, 「北韓法令集」書評, 「北韓研究」 창간호(1990년 가을)

이 法令集에도 불완전한 抄錄이 실렸을 뿐이다. 이러한 원초적인 제약을 무릅쓰고 경남대학교 극동문제연구소에서 낸 「北韓의 法과 法理論」(1988), 法務部에서 내는 「北韓法研究」시리즈(1~5권, 1985-1987), 고려대학교 법학연구소에서 내는 「北韓 法律行政論叢」(1-8권, 1970-1990) 등이 나왔다. 최근에는 법제처에서 「北韓法制概要」(1991)를 출간하였다. 특히 法史의 觀點에서는 차락훈·정경모편 「北韓法令沿革集」 1집(1969), 고려대학교 법학연구소 주최 「북한법 40년과 그 동향」, 최종고의 「北韓의 韓國傳統法史觀」(「法學」 31권, 1·2호, 1990)이 주목된다. 북한은 社會主義 理念, 더 나아가 金日成, 金正日 父子에 의해 제창된 主體思想에 의해 한국의 傳統法史를 매우 비판적·부정적으로 보고 그 위에서 혁명적 「社會主義 法務理論」을 ‘독창적’으로 세울려고 노력하고 있다. 이러한 自主化(異質化)의 과정을 한편으로는 法令資料를 갖고, 한편으로는 북한의 社會實相에 관한 資料를 갖고 바르고 정확하게 서술하는 것이 北韓法史의 과제일 것이다. 이러한 과제가 總論的인 면에서부터 문제를 안고 있기 때문에 大韓民國 法史에서처럼 아직 各論化하여서 논할 수 있는 단계는 되지 못하므로 北韓法史라는 개념을 당분간 쓸 수밖에 없을 것이다.

IV. 韓國現代法史의 方法

필자는 위에서 韓國現代法史를 정치사, 경제사, 사회사, 문화사와 대칭되는 개념으로서 法史라고 파악하지 않고, 오히려 정치, 사회, 경제, 문화의 각 영역에 法이라는 질서 규범으로 나타난 모든 것을 총체적으로 다루는 것이 되어야 한다고 지적하였다. 물론 法史를 이렇게 이해할 때 실제로 서술방법에 있어서 더욱 광범하고 어려운 과제임에 틀림없다⁴⁰⁾. 필자는 法史의 方法論을 얘기할 때마다 프라이부르크대학의 유명한 憲法史家 후버(Ernst Rudolf Huber, 1903-1991) 교수의 다음과 같은 지적을 떠올리곤 한다. 즉 그는 수십년간 「獨逸憲法史」(Deutsche Verfassungsgeschichte)만 저술하여 왔는데, 그 분량이 6권에 이르도록 방대하였다. 사람들이 그에 대하여 그렇게 방대한 서술의 방법론을 무엇이냐고 묻는데, 교수는 솔직히 방법론은 따지려는 사람들과는 별로 길게 얘기하고 싶지 않으며, 마치 수 많은 발을 가진 지네(Tausend Füßler)가 발을 각각 자유롭게 놀려도 전체적으로 가는 방향은 일정하다는 비유를 들었다⁴¹⁾. 말하자면 세세하게 방법론을 따지려기보다도 ‘이루어진 역

40) 자세한 최종고·김상용 편저, 「法史學入門」, 11-47면.

41) 최종고, 에른스트 후버교수의 인상, 「現代法學의 理解」, 서울대출판부, 1989(3판), 154-157면.

사'를 충실히 광범하게 '쓰여진 역사'로 남기는 것이 중요하다는 교훈이라고 받아들여졌다. 그리고 '法'(Recht)이라는 것이 무엇인가 하는 (법철학적으로 파악된) 인식만 갖고 있으면 그렇게 잘못된 방향으로 빠지지 않고 法史를 쓸 수 있을 것이라는 생각도 든다⁴²⁾.

現代史를 정리하는 방법은 책상 위에 앉아서 '史料'를 뒤적이고 서술하는 것으로는 충분하지 아니하다. 그보다 중요한 것은 수없이 다양하게 제기된 역사적 자료물들을 수집·정리하는 일이라고 하겠다. 이런 의미에서 사진, 영화, 녹음, 스크랩, 컴퓨터처리 등 사용할 수 있는 방법들을 다 동원해야 할 것이다. 法史家は 개인적 차원에서도 이런 방법을 사용해야겠지만, 國家的, 公的인 차원에서도 이러한 記錄化(Documentation)의 기관이 있어야 할 것이다. 물론 정부문서보관소가 있고 법제처나 대법원, 법무부, 국회에도 나름대로의 도서실이나 문서실이 있긴하지만, 내용을 파악해보면 대부분 책자나 신문스크랩 정도이지 녹음이나 촬영 등 능동적으로 「史料化」해나가는 작업을 하는 곳은 아무데도 없는 것 같다. 전국에 법과대학들도 적지않게 있지만 이런 작업을 하는 곳은 없는 것 같고, 韓國法史學會도 아직 사무실을 갖추지 못하여 이런 작업을 추진할 공간적, 재정적 여유를 갖지 못하고 있다. 법률도서관(Law Library)은 있지만 모두 책들뿐이고 法律文書庫(Law Archive)로서의 역할도 하지 못하고 있다. 종래 「대법원도서실」이 「법원도서관」으로 승격하여 서초동으로 옮길 계획을 하면서 발전계획을 수립하고 있는 것으로 아는데, 이러한 측면에서도 배려가 있기를 희망한다. 서울대학교 법과대학에서 현재 硏究棟을 건축중인데, 여기에 「法律貴重文書室」을 설치하려고 계획하고 있다. 공간만 충분하다면 도서관이 할 수 없는 文書庫로서의 역할을 하면서 동시에 중요한 법률가들의 證言을 녹음해둔다든지 개인별 카탈로그를 만들어 정리해 나가는 작업을 추진해주었으면 한다. 또한 한국법제연구원이 설립되어 법학연구에 큰 기대를 모으고 있는데, 연구자료를 모으고 보관하면서 이런 작업을 추진하여 그야말로 법제연구의 중추역할을 할 수 있기를 희망한다. 대한변호사협회나 서울지방변호사회 혹은 한국법학원 같은 기관에서도 가칭 「한국법조사정리위원회」 같은 상설기구를 두어 法史學者들과 함께 원로 법률가들의 생애를 정리해나가는 일을 추진해 나감직 할 것이다. 이렇게 본다면, 뜻을 모으면 한국현대법사를 정리할 만한 능력을 가진 기관들이 없지않다고 할 것이다. 다만 지금까지는 주어지는 법률사무에만 급급하다보니 뒤를 돌아보

42) 이런 의미에서 法制史와 法思想史를 본질적으로 구별하는 것은 무리다. H. Thieme, H. Coing 등도 같은 견해를 갖고 있다. 이에 대하여는 최종고, 김상용, 「法史學入門」, 117-162면.

고 앞을 내다보는 역사적 構想을 하지 못하였다는 것 뿐이다. 이제부터라도 이런 생각을 모은다면 실천할 수 있는 몇 가지 일들이 있을 것이다. 예를들면, 大法院도 서소문에서 서초동으로 옮긴다면 현재의 건물을 法史博物館으로 만들거나 文書庫로 만들어 이런 방면으로 활용할 수 있을 것이다⁴³⁾.

이처럼 현실적으로 가능한 힘들을 모아 現代法史를 복원하고, 정리하고, 구성한다면 그 방법론에 있어서도 자연히 다양한 경험과 시각의 종합으로 나아가게 할 것이다. 그것이 어느 개인이나 한 시대의 流行과 같은 데로 흐를 필요도 없고, 法史는 어디까지나 냉정하게 사려깊은 안목과 자세로서 서술되어야 할 것이다.

V. 결 론

以上에서 韓國現代法史의 정립을 위하여 그 對象과 方法을 다각적으로 분석하여 보았다. 분석의 자료로서 그동안 이 방면에 나온 연구업적들을 검토하여 보았는데, 아직까지 매우 미흡한 단계에 있음이 드러났다. 그러나 방법론의 설명 부분에서 밝혔듯이 우리나라의 司法府, 法曹界, 法學界도 적지않은 기관(財力)과 人力(知力)을 갖고 있기 때문에, 現代法史에 대한 의의를 깨닫고 힘을 모으거나 자체의 발전사를 서술하려는 자세만 갖춘다면 상당한 수확이 나올 수 있을 것이라고 전망된다. 특히 관련된 각 법률기관에서 묵은 자료를 무분별하게 폐기처분하지 아니하고 잘 정리해 둘 필요가 있다. 우리나라에도 요즘 기록보관하기, 뿌리찾기, 역사적기의 움직임이 강하게 일어나고 있는데, 法曹界에서 오히려 인식이 부족하다면 수치일 것이다.

筆者는 근년에 이 방면에 관한 논문을 한편 쓰면서⁴⁴⁾, 司法府와 法務部, 法制處, 國會에서 해방후 法制定에 관련된 자료들을 잘 보관하지 못하여 얼마나 중요한 것들이 이미 遺失된 상태에 있다는 것을 보고 놀라움을 금치못하였다. 예들 들면 해방 후 민법, 상법, 형법, 민형사, 소송법 등의 基本法制를 제정하는 데에 중추적 역할을 하던 法典編纂委員會에 관련된 자료, 즉 그 會議錄과 法律草案, 委員名單 등이 분명히 있었는데⁴⁵⁾, 지금 어디에 보관되어 있는지 아니면 상실되었는지 알 수가 없다. 이것이 발견되지 않으면 법전편찬이 어느 時點까지 얼마나 어떠한 토론과정을 통하여 이루어졌는지 알 수가 없는 것이다. 이러한 중요한 문서는 관련부처와 기관이 합

43) 이에 대하여는 필자가 1990년 「法律新聞」에 주장한 바 있다(최종고, 法史博物館을 만들자)

44) 최종고, 現代 韓國法制의 形成過程考, 51-77면 수록

45) 법전편찬위원회 위원이었던 閔鐘植변호사는 당시 상당한 분량의 회의록을 기록했다고 증언한다. 이에 대하여는 拙稿, 해방후 韓國基本法制의 整備, 「韓國法史學論叢」 참조

동으로 ‘수색작업’을 벌려서라도 꼭 찾아 놓아야 할 것이다.

이처럼 중요한 法史資料들이 점점 복원된다면 매년 맞는 ‘법의 날’에는 국민들에게 전시도 하고, 외국인법률가의 訪韓時에도 보여주는 등 한국법에 대한 권위와 존경을 보다 可視的으로 나타낼 수 있을 것이다. 이왕 ‘법의 날’에 관한 얘기가 나왔으니, 한마디 부언하면, 지금 5월 1일의 법의 날은 한편으로는 메이데이와 관련하여 국민층 특히 젊은 세대에게는 매우 희석되는 것같이 보이고, 다른 한편으로는 법무부 주관으로 하는 官主導型 행사로 하는 것이 더욱 거리감과 저항감을 느끼게 하고 있다. 그야말로 법과 관련된 기관과 人士가 합심하여 한국법의 ‘번지수’를 반성하고 보다 발전을 겸허히 반성하는 날로 가꾸어 나가야 할 것이다. 이러한 반성과 점검을 마음속으로, 추상적으로 한다는 것은 미약하니, 可視的으로 나타내는 프로그램들을 다양하게 개발해야 할 것이다. 그렇게 되면 자연스럽게 TV 등 언론매체와도 연계되어 법의 생활화, 대중화에도 기여하게 될 것이다.

現代法史의 방법에 관하여서도 본론에서 지적하였듯이 한 개인의 연구업적도 중요하지만 현대사의 정립을 위한 다양한 방법(documentation)을 동원해야 함을 다시 한번 지적하지 않을 수 없다. 역사의식을 갖는 민족이라면 이러한 작업은 각기관에서 당연히 차곡차곡 쌓아 나가야 할 기본적 의무이다. 역사가가 무엇을 서술하려고 할 때 이런 자료들이 보관, 정리되어 있지 아니하기 때문에 매우 어려움을 겪는다면 문제가 아닐 수 없다. 그렇지만 자료의 보관은 그렇다 치더라도 결국 이것을 정리, 체계화하여 ‘쓰여진 역사’로 옮기는 작업은 1차적으로 法史家가 해야 할 일이다. 이를 위하여 우리나라도 法史家가 많이 배양되어야 함은 말할 필요도 없다. 현재는 법과대학에 西洋法制史, 韓國法制史, 法思想史, 로마法 등의 法史學을 담당하고 교수가 매우 적은 형편에 있고, 司法試驗에도 文化史와 國史, 國民倫理는 들어 있으면서도 法制史는 시험과목으로 들어가지 않은 奇型으로 되어있다⁴⁶⁾. 이러한 제도적 모순과 미비점으로 法史學은 외국에 비하여 법학교육에서 현저히 소홀시되고 있고, 이러한 법학교육을 받은 한국의 法律家들에게 역사의식을 크게 기대할 수 없을 것이다.

法史家들의 경우에도 西洋法制史·法思想史의 강의와 연구에도 시간이 부족하기 때문인지 韓國法制史·法思想史에 대한 관심은 근자에 이르러서야 고조되고 있는 단계에 있다. 現代法史에 관하여는 젊은 法史學者들에게서 크게 반영되고 있는데,

46) 이에 대하여는 최종고편저, 「司法試驗; 무엇이 문제인가」, 교육과학사, 1991년의 시험과목에 관한 논의 참조, 여기서는 法制史 과목을 1차시험 선택과목으로 넣어야 한다고 주장하고 있다.

여기에도 아직 法史學에 대한 熏련의 미숙과 요즈음 流行처럼 經濟史, 社會史 그리고 從屬理論, 批判法學, 民主法學, 實事法學 등의 편향된 ‘이데올로기化’된 史觀이랄까 方法에로 은연중 쏠려서 法史의 方法에 본의 아닌 혼란을 불러오는 글들도 없지 않아 보이는 것 같다. 물론 연구방법은 ‘학문의 자유’를 전제로 하는 것이지만 熏련미숙의 自淨없이 쓰여진 글들이 축적될 때 法史보다는 엉뚱한 축적물이 될까 하는 우려는 시간이 지날수록 필요없어져야 할 것이다. 어떤 것이 法史學的이고 어떤 것이 아니라는 式으로 논의하자면 위의 후버(E. R. Huber) 교수의 교훈을 다시 상기해야 할 것이고, 어쨌든 보다 많은 法史學的 관심이 집중되어 해방후 45년이 지나 남북통일을 내다보면서 韓國現代法史의 정립에 더욱 박차를 가하였으면 하는 바람이다.