

現代法制的 形成과 法制的 發展方向

朴 秉 濠*

차 례

- I. 머리말
- II. 開化期의 法狀況
- III. 日帝強占期의 法狀況
- IV. 光復 후의 法과 法學
 - 1. 光復 당시의 法
 - 2. 主體的 法典編纂의 完結
 - 3. 韓國法學 樹立에의 自覺
 - 4. 法制的 方向
- V. 맺음말

* 서울대학교 法科大學 教授

I. 머리말

‘사회가 있는 곳에 법이 있다’는 격언처럼 우리의 역사와 더불어 법도 있어 왔다. 우리 전통사회에서 법은 역사와 함께 발전하여 조선시대에 이르러 중국법의 획일적인 수용이 아니라 지속적으로 독자적인 통일법전을 편찬하였다. 또 정치적 사회적 필요에 따라 大明律을 형법의 보통법으로 포괄적으로 수용하면서도 이를 우리 사회의 실정에 맞게 변용하는 등 수준 높은 법문화를 꽃 피웠다. 이와 함께 법학분야에서도 鄭道傳의 『朝鮮經國典』의 찬술, 丁茶山의 『欽欽新書』의 저술 등이 있었으며, 당시 사회문제의 해결방향을 제시하는 정도로 발달하였다.

그러나 이러한 법전통은 서세동점의 세계사의 흐름 속에서 작렬하는 제국주의의 십자포화를 맞고 잿더미로 하루 아침에 사라져 버려 지금 우리에게 아무 것도 남은 것이 없다. 상품과 대포를 앞세워 들어온 서구법이 우리의 삶을 지배하고 있다. 존재가 의식을 결정한다는 말처럼 서구법 속에서 살아가는 우리의 의식 속에는 전통에 대한 희미한 기억조차 남아 있지 않다. 역사를 회고하는 것, 전통을 되살리려는 것은 단지 호고적 관심을 갖는 자들의 부질없는 짓으로 치부되고 있다. 그리고 이러한 현상을 “역사적 단절”이라는 도그마로 장식하고 있다.

작년은 우리나라에 서구법이 수용된 지 100년이 되는 해이었으며, 올해는 광복 50주년을 맞는 뜻 깊은 해이다. 이러한 시간적 계기가 법사학자에게 주는 의미는 무엇일까? 이것은 바로 “傳統의 復權”이라고 생각한다. 전통의 복권은 바로 “역사적 단절”이라는 도그마의 허구성을 폭로하고, “역사의 연속”을 되찾는 것이다.

역사의 단절은 문화의 파괴를 뜻한다. 우리의 법제는 개화기에 서구법을 수용한 것을 계기로 제도적으로는 단절되었음을 부인할 수 없다. 그러나 정신사적으로는 과연 단절되었는가는 관점에 따라 달라질 수 있다. 역사의 단절 문제는 우리의 주체적인 노력 여하에 따라 다르게 평가될 수도 있다. 즉 광복후 우리가 주체적으로 역사의 단절을 극복하려는 노력이 있었으며, 이 노력이 어느 정도의 성과를 거두어 오늘에 이르고 있는가를 성찰해 보아야 한다. 만약 이에 대해 긍정적 평가가 나온다면 역사는 결코 단절되었다고 볼 수 없으며, 부정적 평가가 내려진다면 아직도 역사는 단절된 상태에 있고 파괴된 문화는 복구되지 않은 것이다. 특히 법의 역사를 평가하는 일은 법조인, 법관료보다는 법학자의 역할이라 할 것이

며 법학자는 그만큼 큰 짐을 지고 있다고 하지 않으면 안된다. 그리고 평가의 잣대는 단순한 법제도보다는 정신사적으로 법생활·법감정·법의식 등이 되어야 할 것이다.

법제사에서 역사의 단절이라는 도그마는 다음의 관점에서 분석되어야 하며, 이러한 분석을 바탕으로 법에 대한 물역사적인 인식은 극복되어야 한다. 우선 법을 단순한 제도로서의 법이 아니라 '살아 있는 법' 내지 법의식까지 포함한 사회적 법을 대상으로 분석해야 한다. 이렇게 하면 "사적 연속성의 단절"이라는 도그마는 타당한 명제로 인정될 수 없을 것이다. 다음으로 비역사적 도그마는 역사적 검증을 통하여 그 구체적 내용을 규명해야 한다. 그리고 실증적 연구에 입각하여 현재의 비역사적 인식과 잘못된 제도를 역사적인 것으로 바꾸어야 한다.

II. 開化期의 法狀況

삼국시대 이래로 중국의 유교문화권 속에서 율령체계의 영향을 받아온 우리나라는 개화기를 맞이하여 서구의 법문화를 접하면서 전통이나 개화나의 소용돌이를 겪게 된다. 선각자들은 자주독립의 근대민족국가를 수립하기 위해 이질적인 토양에서 생성되어 온 서구의 법과 법사상을 받아들여려고 하였다. 그러나 이러한 주체적인 노력도 잠깐일 뿐, 우리는 일본을 통해 서구법 문화를 타율적으로 수용하였고, 국권의 상실과 함께 일본화된 서구법의 지배하에 놓이게 되었다.

근대를 사상사적인 면에서 볼 때에 멀리는 실학사상으로, 가깝게는 1870년대 전후로 소급할 수 있다. 그렇지만 법제사적인 면에서, 특히 실정법적으로는 역시 1894년의 갑오경장의 개혁을 근대의 기점을 설정하는 것이 타당하다. 물론 개혁법제가 실제로 규범력을 발휘하였는가에 대해서는 의문이 제기되지만, 개혁법제가 현실에 미친 영향의 대소, 즉 규범력과 관계없이 근대를 설정하는 것은 큰 무리가 없을 것이다. 조선후기부터 세도정치와 삼정문란에 따른 민심의 이반과 민란의 빈발 등으로 모든 면에 걸쳐 말기적 현상이 심각하게 노정되었다. 그래서 일부 사상가들은 실학정신의 바탕에서 국가의 기강을 세우고 국민을 구하려는 개화운동을 전개하였다. 그러나 근대를 지향하는 우리의 주체적 노력은 외세, 특히 일본제국주의에 의하여 희생되고, 20 여년의 짧은 기간에 타력으로 놀랄 만한 속도

로 서구의 근대법제와 접하게 되었다.

일제는 서구제국의 강압 앞에 국가의 존립을 걸고 법치국으로서의 면목을 달성하지 않으면 안되었던 그들의 처지를 그대로 한국에 강요하였다. 우리가 서구 법과 문물의 수용을 근대화라 받아들일 때, 이 타율적 근대화는, 전통과 무관한 제도의 이식이 초래하는 생소함과 전통과의 마찰, 민족적 저항을 국가적 숙명으로 안고 있었다. 그럼에도 불구하고 갑오개혁은, 제국주의적 침략의 발판을 만들기 위해서 강제되었던 비뚤어진 것이었지만, 그 가운데서도 그런대로 서서히 제도적 근대화를 위한 기반을 굳혔다. 그것이 이른바 “일본에 의하여 선택된 서양화이고 식민지 체제하에서 한인 자신을 위한 완전한 근대화는 이루어지지 못했다(千寬宇, “韓國 近代化의 諸問題”, 震檀學報 23, 209면).”고 할지라도, 그 때의 개혁이 일제기를 거쳐오는 동안에 작용한 사회통제의 기능은 결코 과소평가할 수 없을 것이다.

개화기에 소위 근대화는 자주적 노력에도 불구하고 그 원인과 과정은 일제에 의한 타율적인 것이었기 때문에 일제의 직접·간접의 간섭하에 형성·운동된 법체제는 오로지 행정, 경찰, 형법 그리고 재판제도에 치중된 것이었고 사법적 영역은 방치된 상태로 있었다. 전시대와 비교할 수 없을 만큼 방대한 이른바 ‘근대’적 법체제는 배일감정, 제도와 법문의 생소함과 복잡함, 무지 때문에 민족적 지지를 얻지 못하고 이 땅에 뿌리내릴 수 없었다. ‘자유와 권리’와는 무관한 법에 대한 인상은 우리 민족에게 권위적, 위협적, 명령적인 것으로 각인되었다.

그러나 개화기의 법제는 우리가 원하였든 그렇지 않았든 간에 일본인과 일부 한국인의 손으로 체제를 갖추어 가며 또 사회적으로 그 규범력을 발휘하여 사회통제의 강제적 기능을 영위하였다. 개화기의 법제는 긍정적으로는 자주적 근대화의 민족적 원동력을, 부정적으로는 법과 재판에 대한 疎遠과 법의식의 갈등을 유산으로 남겼다.

Ⅲ. 日帝强占期の 法狀況

일제는 이미 통감부시대에 식민지 지배의 법적 기반을 닦았고, 한일합방 후에는 조선총독은 헌병경찰제에 의해 지탱되는 무단적 군사지배로 조선통치를 시작

하였다. 그러나 3.1운동을 고비로 헌병경찰을 보통경찰로 바꾸고, 무관만 임명할 수 있는 조선총독도 문관도 임명할 수 있는 것으로 하는 등 소위 '文化政治'를 표방하였으나, 여전히 전에 못지 않은 군사적 경찰적 억압체제를 유지하였다.

일제는 초기에 식민지 조선의 특수성과 독자성을 인정하여 고유법을 존중하는 정책을 취하였으나 후기에는 점차 일본화정책을 취하였다. '一視同仁'과 '內地延長主義', '內鮮一體' 등을 표어로 내걸고 同化政策을 강조하면서 희유의 배일 속에 지배권력을 강력하게 발동하였다. 일제는 식민지 조선에 헌법의 시행을 일부 유보하여 조선인의 참정권을 부인하고 사법권의 독립을 보장하지 않았다. 또 조선형사령에 특별규정을 두어 형사절차에서 인권보장규정의 적용을 배제하는 등 조선인을 차별하였다. 그리고 일제는 일본사회의 군국주의화에 따라 식민지적 특수법을 제정하여 억압적 통치를 계속 하였다. 일제는 민사법 영역에서도 자본주의 체제에 상응하는 민법·상법 등 정치적으로 무색한 일본의 민상법을 依用함으로써 조선이 일본의 경제권에 편입되었다. 한편 조선의 언어와 관습 등 고유의 문화를 무시하여 획일적으로 일본법을 강제하였다.

식민지 조선에서는 식민지 지배체제로서는 모든 면에 걸쳐 통일적·추상적 실정법 체계가 정비·운용되었다. 그러나 일본의 식민지 조선의 법령은 궁극적으로는 법치주의의 가면을 쓴 자의적 전제지배를 위한 수단에 불과하였다. 이것은 우리 민족에게 법률에 의하기만 하면 된다는 法律萬能主義的 사고와 불가항력적 지배하의 무권리·무관심·무비판적 노예정신을 심어주는 폐단을 끼쳤다.

조선민사령에 의해 사법분야의 일반법 체계가 완비되었으며, 사적 분쟁에 대해서는 형사재판과 분리된 순수한 민사재판이 행하여져서 서구적 민사법제도에 접할 수 있었다. 그러나 민사재판에 대해서도 경찰과 헌병이 개입하여 강압적으로 분쟁을 종결시키는 특별법을 제정하였다(1910.12. 민사쟁송에 관한 건; 1932. 12. 조선소작소정령 등). 민사적 분쟁에 대한 공권력의 개입은 사적인 영역에서조차도 근대법의 강압성을 강하게 부각시켰다. 법의 난해성과 기술적인 소송절차는 오히려 일반인이 법정에 가는 것을 막았으며 또 시간과 비용이 드는 재판제도는 일반인이 근대적 법의식, 권리의식을 신장하는 데에 도움이 되지 못하였고 오히려 전제적·식민지적 지배라는 전체적 압제분위기 밑에서 준법정신의 결여, 법의 경시풍조를 일층 심화시켰을 뿐이다.

또한 특별히 지적해야 할 것은 가족제도이다. 일제는 조선의 관습을 존중한다는 미명 하에 친족·상속에 관하여는 조선의 관습법을 法源으로 인정하였다. 그

러나 이는 구호에 그쳤고 다양한 방법으로 한국의 관습을 부인하고 왜곡시켜 그들의 정책의도를 관철하였다. 현실에서 규범력을 갖는 관습법은 있는 그대로의 관습이 아니라 조선총독부 당국이나 법원 등이 通牒, 回答, 決議 등의 형식으로 선언한 官製慣習이었다. 그런데 관습의 관제화 과정에서 일제는 천황제적 가족국가의 이데올로기에 입각한 일본식 유교적 가족제도를 조선에 이식하였다. 이러한 과정에서 일제는 의도적으로 호주제도를 강화하였다. 호주제도를 朝鮮民事令의 개정 등 명시적이고 직접적인 방법으로 강화한 것이 아니라 판결을 통하여 개별적이고 간접적인 방법으로 강화하였다. 이의 가장 대표적인 예로 재산상속에서의 호주지위를 강화한 것과 제사상속을 폐지하여 호주상속에 흡수한 것(1933. 3. 3. 조선고등법원 판결)을 들 수 있다. 이렇게 강제된 일본식 가족제도는 조선왕조시대보다 더욱 강화되고 보충·정비된 가부장적 가족제도로, 일찌기 우리 역사상에 있어보지 못한 강력한 가부장적 가족제도였다는 점을 유의해야 한다. 그리고 호주제도는 일본에서는 전후개혁의 일환으로 맥아더 통치하에서 폐지되었지만, 현재까지 우리 법에 명목상 남아 있다.

일제는 조선에 서구 근대법을 이식시키면서 제국주의적 천황제 政體와 자본주의에 알맞게 변용시켰다. 뿐만 아니라 근대법을 식민지 한국에 대해서는 훨씬 더 제약된 형태와 범위로 왜곡시켰다. 따라서 근대법은 일본 제국주의자에게는 절대적인 권위를 부여하고 조선인에게 무조건적인 복종을 강요하는 수단일 뿐이었다. 일제 36년을 통하여 식민지 한국에는 식민지적으로 왜곡된 근대법은 있었으나, 역사성에 바탕을 둔 본래적 의미의 근대법은 없었다. 이러한 상황은 일본도 마찬가지라고 할 수 있다. 즉 일본 자체에도 자국민의 자유와 권리를 억압하고 천황과 국가의 절대권을 옹호하며 식민지를 통치하는 것이 주목적인 법만 존재하였지, 진정한 의미의 시민적 근대법은 존재하지 않았다. 따라서 일본에는 진정한 시민법학을 수립하려는 노력은 있었지만, 시민법학이 있을 수 없었고, 이는 식민지 조선에서는 더욱 그러하였다. 그 결과 대부분의 법학도는 빵과 출세를 위해 법을 배워 법조계와 관료계로 진출하려고 하였다. 그들은 일본법학의 절대적인 영향하에서 법과 법학의 참된 의미에 관심을 가지지 않고 그것의 재탕으로 만족할 수밖에 없었다. 식민지 조선에는 '식민지'법과 법이론은 있었어도 한국인에 의한, 한국인을 위한 법과 법학은 도저히 기대할 수 없었다. 따라서 부지불식간에 전체주의적 법제와 법이론, 법의식 내지는 법감정이 체질적인 것으로 될 수밖에 없었다. 이렇듯 체질화된 법과 법이론, 법의식, 법감정은 국권회복을 위한 직접 간접의 몸부림

이 끊이지 않았음에도 불구하고 우리의 정신을 좀먹어 들어간 것이다.

IV. 光復 후의 法과 法學

1. 光復 당시의 法

해방 후 우리는 일제로부터의 독립과 해방의 감격과 흥분에 못지 않게 자유·평등의 민주주의에 대한 맹목적 신앙에 휩싸여, 개화기 이후의 역사와 전통의 단절을 메울 자기성찰을 할 여유와 미래에 대해 전망할 시간을 갖지 못하였다. 이러한 상황에서 일제강점기의 이지러진 법체제에 대한 진지한 역사적 검토 없이 자유민주주의의 계몽과 실현의 꿈에 들떠 있었다. 그리고 미군정은 점령지의 통치의 편의를 위하여 일제의 법령을 그대로 존속시켰다. 이는 일반의 여망을 완전히 저버리는 조처였고, 또 한국의 독립은 곧 일본주권으로부터 한국이 벗어나며 당연한 결과로 일본법령이 더 이상 한국에서 유효하지 않는다는 법논리적 결론도 무시하는 것이었다.

이와 같은 상황 속에서 극소수의 법학자, 새로이 법학연구에 뜻을 둔 법학도들이 새로운 법체제의 정비와 그 이론적 기초화 작업에 착수함으로써 한국법학 건설을 위한 첫발을 내딛게 되었다. 이 초창기의 법학자들은 공법 분야에서는 자유민주주의의 이념에 입각한 법이론의 직수입과 그 충실한 소개자로서 활동하였다. 사법분야에서는 그 절차법을 포함한 실정법 내지 실정법학을 일본법학의 수준에서 우리 실정에 맞게 譯編하는 일부터 시작하였다. 당시의 모든 법제가 거의 일제기에 의용된 일본법 그대로였기 때문에 법학은 일본법학의 절대적인 영향하에 있었다. 따라서 일본법학의 수준에서 일제의 법령을 실정에 맞게 편역하는 것은 당시로서는 부득이한 일이었다. 이러한 상황에서는 필연적으로 독일의 개념법학 내지 법실증주의의 권위는 일제기를 이어서 거의 절대적인 지위를 차지하였고 재정보되었다.

한편 미점령군은 식민지기의 억압체제를 철폐하고 언론출판의 자유와 인신의 자유를 보장하는 법령을 시행하여 인권보장에 획을 그었다. 또 헌법제정 전인 1947년 9월 2일에 대법원은, 처의 능력을 제한하는 依用民法 제14조는 남녀평등

의 민주주의 이념에 반한 것이기 때문에 그 효력을 인정할 수 없다고 판결함으로써 찬반의 논란을 벌이게 하고 법학계에 자극을 준 일은 특기할 만하다. 이러한 미군정의 조처와 법원의 판결은 이지러진 법체질에 활력을 불어넣는 계기가 되었다.

2. 主體的 法典編纂의 完結

1948년 5월 역사적인 제헌국회가 개최하여 헌법기초위원회가 구성되어, 7월 17일에 자유권을 보장하고 권력분립제, 단원제국회, 대통령제, 헌법위원회제, 통제경제제도를 골자로 하는 헌법이 공포 시행되었다. 동시에 기본적인 법전을 편찬하기 위하여 법전편찬위원회를 설치하였다. 법전편찬위원회는 민법을 비롯한 기본적인 법전편찬에 착수하였다. 6.25라는 정치적 사회적 격동기에도 지속적인 활동을 하여 1953년 9월에 형법, 1954년 9월에 형사소송법, 1958년 2월에 민법, 1960년 4월에 민사소송법 등을 제정하였다. 이러한 법전편찬위원회의 활동으로써 기본적인 법전을 갖추어 법치국가의 기틀을 닦았다.

이들 기본법전의 편찬은 일제기에 일본법학의 교육을 받은 사람에 의해서 주도될 수밖에 없었고 광복 후 혼란의 경황 속에서 충분한 연구와 검토를 거칠 여유도 없었다. 게다가 독립자주국가로서의 면목을 갖추기 위해 조속한 법체제 완결을 바라는 여망 때문에, 부분적으로 영미법과 독일법의 새로운 요소와 당시로는 실험을 거친 선진적인 입법으로 각광받은 중화민국의 입법을 도입하는 외에는 일본법을 바탕으로 한 것이었다.

1950년대 후반에 기본적인 법전은 편찬되었지만, 법령은 여전히 일제기의 것이 대부분이었다. 일제의 법령은 미군정법령 제21호(1945.11.2)와 제헌헌법 제100조에 의해 미군정기와 정부수립 후에도 여전히 효력을 가졌다. 일제법령 등을 대체할 법령을 정비하기 위하여 1951년 5월 12일에 법령정리간행위원회를 설치하여 본격적으로 구법령의 정리에 착수하였다. 법령정리간행위원회에서의 구법령정리는 어느 정도 성과를 거두었지만, 체계적이지도 못하였고 또 국회의와의 관계 등에서 예정대로 진척되지 않았다. 일제의 법령이 이 땅에서 완전히 자취를 감추게 되는 것은 5.16이다. 국가재건최고회의는 1961년 7월 15일에 법률 제 659호 “舊法令整理에 關한 特別措置法”을 제정하여 1961년 12월 31일까지 구법

령을 정리하고 그 때까지 정리되지 않은 구법령은 1962년 1월 20일에 자동적으로 폐지되는 것으로 하였다. 이로써 법적으로 완전히 자주독립국가로서의 모습을 갖추었다.

3. 韓國法學 樹立에의 自覺

1950년대의 학계는 전력을 기울여 새 법전의 해석을 중심으로 한 논문과 교과서의 출간에 주력하였다. 한편 종래에 없던 새로운 제도를 둘러싼 문제에 대한 활발한 논쟁을 교환함으로써 한국적 법학의 수립을 위한 이론적 기초를 다졌다. 따라서 이러한 상황하에서는 날로 발전하는 외국의 새로운 이론의 수용과 소화에 눈을 돌릴 여유가 없었다. 다만 간간히 비교법적 연구를 통해서 외국법의 지식을 소개함과 동시에 한국법의 특색을 개관하는 정도에 그쳤다. 또한 법학의 방법론도 일본의 영향으로 법실증주의 내지 개념법학이 압도적이었다.

실정법체계의 양적 충족성과 법해석학적 방법론의 安固性에 안주하던 학계와 법조계는 1960년대로 접어들면서 밖으로는 급변하는 국제정세와 그 속에서의 한국의 위치와 국권수호 문제, 안으로는 술한 정치적 경제적 소용돌이를 겪게 되었다. 동시에 날로 발전하는 선진국의 새로운 학문적 사조에 자극받아 일본법학의 존 일본도에서 벗어나 한국적 법학수립을 위한 자각과 질적 노력의 기운이 일어났다. 이러한 분위기는 당시 일본의 법학서적에만 의존하는 것에서 벗어나 구미 이론의 소개가 활발해졌다. 우선 홈즈의 《普通法》, 라드브루흐의 《英美法の精神》 등이 번역되어 학계에 신선한 자극을 주었다.

또 신생국가로서 새로운 국제사회에 대처하고 일제의 침략에서 전통을 회복하기 위하여 국제법분야의 연구가 활발하였다. 국제법은 연구방법론과 자료의 빈곤이라는 우리 내부의 한계와 논리보다는 힘이 우선한다는 자체의 모순이 있었지만, 해양법, 외국주류군대의 법적 지위, 독도 등 영토문제와 재일교포 등을 둘러싼 한일간의 법적문제 등에 관심을 쏟기 시작하였고 상당한 성과를 거두었다.

우리 사회는 20세기적 복리는 고사하고 18세기적 자유조차 누려본 일이 없었다. 그러나 해방과 함께 극히 개성화된 권력을 통하여 일시에 자유와 복리를 획득하려는 현실적 상황에 빠져들게 되었다. 그 결과 자유의 과잉에서 출발하여 그것을 통제하는 방향을 지향하려는 영미와, 자유의 빈곤에서 출발하여 그것을 동경

하는 유럽 사이에 우리의 공법학계는 고민을 하게 되었다. 즉 극단적인 자유의 억제와 자유의 확대와 보장이라는 상반된 가치를 조화시키는 체계를 구축하는 것이 공법학계의 과제이었다.

사법 분야에서는 특히 독일의 새로운 학설을 직수입하거나 일본법학을 그대로 옮겨놓는 태도를 지양하기 시작하였다. 또 법해석학의 미시적 태도를 반성하고, 우리나라의 법사상과 제도를 발견하고 이에 터잡아 법과 생활을 부합시키려는 노력이 나타났다. 아울러 원리적이고 체계적인 고찰과 비판적 사고를 위하여 법에 대한 역사적·비교적 연구가 등장하였다. 이러한 노력은 결국 자각적인 사법이론을 전개하여 우리의 독자적인 私法學을 이룩하려는 움직임이었다.

형사법 분야에서는 일본보다도 먼저 독일의 目的的 行爲論을 도입, 발전시켜 본격적으로 因果的 行爲論과 目的的 行爲論의 두 진영으로 갈라져 학술적인 논쟁을 하였다. 아울러 精神分析學의 성과를 형법에 도입하는 노력이 있어 한국적 형법학의 토대가 갖추어졌다. 한편으로는 단순한 이론의 논쟁이 아니라 형사법의 궁극의 목적인 인권옹호를 위한 제도적 이론적 장치를 구축하려는 시도가 등장하여 본래의 목적을 다하였다.

이와 같은 실정법학계의 반성과 자기화를 위한 노력은 다방면에서 추구되었다. 우선 일본법학의 한계를 극복하기 위하여 독일 등 외국에 가서 연구한 외국유학생이 증가함에 따라 일본을 거칠 필요없이 독일 등의 이론을 직수입할 수 있어 법학의 수준을 드높였다. 그러나 일본법학을 극복하기 위한 방편으로 독일법학에 의존하는 것은 한편으로는 한국법학의 독일법학에의 예속을 초래할 우려가 있다. 그리고 독일법학은 독일사회에서 배태된 학문체계이다. 독일은 시민혁명을 거치지 않은, 전체적 성격이 강한 사회였으며, 이는 제3제국의 등장으로 실증되었다. 따라서 독일법학은 내용에서 시민적 자유의 보장보다는 국가·사회의 방위를 강조하는 경향이 있다. 이러한 독일법학의 성격에 대한 정확한 이해가 없는 독일법학의 수입은 뜻하지 않은 결과를 초래할 우려가 있다.

한국적 법학을 수립하려는 자각으로 우리 학계에서는 더 이상 자신과 사회에 대한 성찰 없는 맹목적인 외국법이론의 직수입의 현상은 거의 자취를 감추게 되었다. 또 외국이론을 바탕으로 사회의 실정에 맞는 법이론을 수립하려는 노력이 돋보이고 있다. 또 민족의 과제인 통일에 대한 법적인 접근과 노력이 급속도로 진행되고 있다.

이상과 같은 자각과 동향은 필연적으로 기초법학의 연구 발전을 촉진시키고

그간의 밀접한 관련성을 높이는 요인이 되었다. 이 기초법학에 대한 관심과 연구도 1960년대를 넘으면서 서서히 일기 시작했다.

우리의 현행실정법은 주로 독일법을 수용했으므로 현행법의 법이념이나 법개념을 정확히 이해하려면 그것이 형성되어 온 역사적 과정을 이해하고 연구하지 않으면 안된다. 따라서 독일법제사나 로마법은 우리 현행법의 법제사적 샘이 된다. 또 부분적으로는 프랑스법이나 스위스법의 역사는 물론 영미법제사도 역시 필요하다. 이렇듯 외국법에 대한 역사적 연구의 필요성은 절실히 인식되고 있으나, 이 분야에는 각기 두서너 가지의 계몽적인 개설서만 있을 뿐, 거의 불모지라고 해도 과언이 아니다. 그래서 전적으로 독일학계, 때로는 일본학계의 연구에 의존하고 있다. 이러한 역사적 연구의 결핍은 우리 법학의 발전을 저해하는 요인으로 또 기초적인 분야에서 일본법학에 의존하는 경향은 결국 법학이 일본으로부터 독립되는 것이 아니라 더 깊이 종속되는 결과를 낳고 있다.

한국법제사, 즉 한국법의 역사적 발전과정에 관한 관심과 연구도 이제 겨우 분위기가 조성되고 있는 실정이다. 한국법제사의 연구는 일제기에 식민지 정책의 관점에서 시작되었다. 즉 식민지를 효율적으로 통치하기 위하여 일제는 한국의 사회와 관습을 조사하기 시작하였고 이것이 역사 연구로 확대된 것이 한국법제사 연구의 시발이다. 그리고 이러한 연구는 朝鮮總督府 中樞院을 중심으로 수행되어 일반 학자들도 가세하여 나름의 이론체계를 구축하였는데, 그 結晶은 '韓國史停滯論'으로 압축되는 植民地史觀이다. 일본인 학자의 한국법에 대한 연구는 한국법과 역사 그리고 사회에 대한 부정적인 인식을 심는 데 다대한 영향을 끼쳤으며, 오늘날까지도 그 폐습이 남아 있다. 일반학자들의 한국전통법에 대한 부정적인 인식은 은연중에 일제의 영향을 받은 것에서 기인한다고 생각한다. 해방 이후 현행법제는 친족상속법과 물권법 분야 외에 전통의 흔적이 거의 남아 있지 않으므로 한국법제사 연구는 실천적 의의가 미약하여 실정법학자들이 관심을 기울이지 않았다. 그래서 한국의 전통법에 대한 지식은 일본인 관학자가 한 식민지의 부정적인 연구성과를 통하여 얻을 수밖에 없었다. 그 후로도 역사학자와 일본학자의 손으로 주도되었다.

1960년의 4.19 이후 민족주의의 경향과 1980년의 격변을 거쳐 한국사회에 대한 관심이 높아지면서 아울러 전통에 대한 성찰의 분위기가 고조되었다. 즉, 특수한 한국적 상황은 무엇에서 연유하며 그 해결책은 무엇인가? 이에 대한 해답을 찾으려는 노력은 자연히 역사쪽으로 눈을 돌리게 하였다. 그리고 법학계 내부에

서도 일본법과 독일법을 읊조리는 앵무새가 아니라 한국적 법과 법학을 되찾으려는 움직임이 나타났다. 자연히 전통법에 대한 관심은 높아졌지만, 연구자의 부족, 관심과 능력의 불일치 등으로 연구성과는 만족할 만한 수준에 이르지 못하였다. 연구자의 부족과 전통에 대한 부정적인 인식이라는 열악한 조건 속에서도 법제사에 대한 연구는 지속되어 官制史, 社會法制史 등 이른바 公法史에 대한 많은 연구가 법학자의 손에서 나왔다. 私法史의 측면에서는 토지가옥, 가족, 상사법제에 대한 연구가 있었고, 그러한 연구성과가 단행본으로 출간되었음은 매우 고무적이라 할 수 있다. 그러나 아직 한국법제사에 대한 체계적인 개설서가 나올 정도에 이르지 못하고 있다. 다만 실정법학자들이 한국법학 수립을 위한 자각에서 한국의 전통법에 대한 인식을 다시 하여 개화기 이후의 법제사에 대해서는 상당한 수준의 연구가 수행되어 한국법의 근대화과정, 현대법의 형성과정을 규명하였다. 또 법제처에서는 일찍부터 전통법에 대한 관심을 가져 經國大典을 비롯한 古法典과 각종 법제사료를 연차적으로 국역해온 사실은 한국법제사의 연구의욕을 드높이고 또 한국법제사의 현대적 존재 의의를 높이는 계기가 되었다. 그리고 한국법제연구원에서는 기왕의 고법전 번역을 한 단계 뛰어넘어 한국법제사를 체계적이고 지속적으로 연구하고 있는데, 이는 한국의 법과 법학의 발전을 위하여 획기적인 것이라고 생각한다.

실정법학의 방법론이 법의 사회적 기능이나 사회적인 이익상황을 고려하게 됨에 따라서 법과 사회 상호간의 관계의 탐구를 목적으로 하는 법사회학의 중요성도 점차 증가하게 되었다. 이미 1950년대에 에얼리히(E. Eherlich), 베버(M. Weber), 귀르비치(R. Gurvich), 파운드(R. Pound), 카조도(B. N. Carzodo) 등의 논문과 저서가 번역·소개되어 법학계의 관심을 불러일으켰다. 그리고 법사회학적인 방법으로 전통사회에 대한 연구가 1960년대에 나왔으나 그 맥을 잇지 못한 것은 애석한 일이다. 1960년대부터는 한국적 법학을 수립하기 위한 일환으로 농어촌의 관습조사와 도시나 공장의 실태조사가 조금씩 이루어졌다. 그러나 이러한 조사는 단순한 실태조사만을 목적으로 하는 소박한 수준으로 한국사회에서의 법의 존재양태와 위상 등에 대한 이론적 해명에는 큰 도움을 주지 못하였지만, 실정법에 대한 해석이 주류를 이루는 당시 상황에서는 고무적인 시도였다고 생각한다. 한편으로는 서구의 분석틀로 안이하게 한국의 법과 사회를 분석하는 물역사적인 연구도 있었지만, 이는 현재 거의 극복되었다고 할 수 있다.

1970년에 접어들어 외국에서 법사회학 방법론을 공부하여 우리 사회의 법을

연구·분석함으로써 전통법과 현재의 법에 대한 새로운 이해를 가능하게 하였다. 최근에는 단순한 실태의 분석이 아니라 이론적으로 '법과 사회'의 관계를 규명하는 노력이 진행되고 있으며, 이는 우리 나름의 분석틀로 한국사회를 보려는 시도로 한국적 법학의 수립을 위한 필수적 과정이라고 할 것이다. 아울러 한국법제연구원에서 한국법제사 연구와 함께 시도한 관행 및 관습법 조사연구는 단순한 법에 대한 실태조사의 차원을 넘어서 한국의 법과 법현실의 역사적·문화적·사회적 실체를 규명하는 연구로 확대되기를 기대한다.

한국법사상의 발전을 위한 노력도 법사회학에 대한 요청과 마찬가지로 전통법의식과 근대법 의식의 혼재와 다양한 가치관의 대립이 현저한 오늘날에 있어 반드시 필요하다. 전통적 법사상을 구명하는 것은 우리의 의식 속에 잠재해 있는 법에 대한 원초적 사고를 발견하는 것이며, 이는 바로 현재적 문제를 해결하는 지름길이 될 것이다. 또 새로운 법사상을 정립하는 것은 미래에 대한 방향을 제시함에 없어서는 안되는 중요한 일임에는 틀림이 없다. 해방 직후에는 한국인의 일반적인 윤리의식 속에 법의식이 어떠한 지위를 점하고 있는가를 서양법 사상과의 비교를 통해서 한국적 자연법론을 규명하려는 시도가 있었는데, 법제사의 실증적 연구의 저조 때문에 주목을 끌지 못하였다. 한국 전통법의 특색을 사머니즘에서 추구하는 이론도 나왔으나 지엽적인 논쟁을 일으켰을 뿐이었다. 한국법을 포함한 동양법의 독자적인 특성을 풍토에서 구하는 풍토적 자연법론도 크게 부각되지 못한 실정이다. 한편으로는 鄭道傳, 李珥, 실학자들, 개화기의 兪吉濬, 徐載弼 등 제학자들의 법사상에 관한 연구는 한국 법사상의 정립에 커다란 공헌을 하고 있다.

4. 法制의 方向

1960년대의 한국법학의 수립에의 자각과 노력은 1970년대에 그대로 계승되어 기반을 굳히며 시야를 넓혀 가고 있다. 1980년대에는 그 간의 성과를 바탕으로 하여 민족통일과 새로운 사회관계에 적용하려는 법학의 분위기는 더욱 무르익었다. 1990년대에는 냉전체제의 종식과 국경없는 세계질서 등 국제화시대에 대응하는 법학, 나아가 민족자존의 법학을 확립하려고 노력하고 있다.

세계적으로나 국내적으로 종래의 전통적인 법률의 테두리로서는 파악할 수 없는 현대사회에 고유한 새로운 문체가 계속 대두되고, 거기에 대처할 새로운 개별적 법률분야가 개척되고 있다. 세법, 경제법, 농업법, 토지법, 공업법, 운수교통

법, 보건법, 환경법, 마스크뮤니케이션법을 비롯하여 국제거래법, 컴퓨터, 정보, 환경, 유전공학 등의 분야에 이르기까지 다양하기 이를 데 없다. 전통적 법학의 개개 학회에 이어 이들 문제를 다루는 학회가 속속 발족하여 현대가 안고 있는 문제들을 다루기 위한 세미나, 심포지움이 활발하며 국제적 교류도 빈번하다. 법학은 이제 입법, 재판, 행정 등 현실사회에서 실시되고 있는 법의 실무와 밀접하게 결부되면서 또 사회학, 인류학, 심리학 등 인접 사회과학과의 방법론과 지식을 흡수하면서 전통적인 법실증주의 개념법학을 지양함으로써 진정한 사회과학으로서의 위치를 굳히며 발전하고 있다. 그럼으로써만이 이지러진 법체질을 바로잡고 자유와 통제를 조화시켜서 국가가 정당한 질서를 유지하고 자유권을 존중할 뿐만 아니라, 더 적극적으로 국민의 생존권을 존중하는 현대 복지국가의 향유가 가능하며, 그렇게 함으로써 현대의 법과 법학의 궁극적 목적을 달성하는 것이 된다.

지금까지 흔히 현사회를 법치주의라고 일컬었다. 그러나 복지국가로 접어들면서 법의 중요성은 더욱 증대되고 있다. 이제는 법치국가가 아니라 '法化'의 시대이다. "법 없이도 살 사람"이라고 하지만 현대 사회에서는 법 없이는 도저히 살아갈 수 없다. 국가의 모든 정책은 법으로 나타나며 모든 사람은 법의 그물에 얽혀 있어 단 하루도 법 없이는 살 수 없다. 이러한 법이 삶 전체를 지배하는 상황에서 바람직한 법의 모습은 무엇이며, 또 이를 어떻게 만들어 가야 하는 것일까?

우선 법은 인간의 삶을 윤택하게 해야 한다. 국민의 복지수준을 높이고 삶의 질을 향상시키는 법이 되어야 한다. 이를 위해서는 사회의 공동체성을 복돋우는 법이 되어야 한다. 지금까지의 법은 공동체보다는 개인을 우선하였다. 거대한 국가권력, 사회집단으로부터 나약한 개인을 보호하는 것이 법의 주된 목적이었으며 이는 그 목표를 달성하였다. 이제 모래알처럼 흩어진 개인을 다시 더불어 함께 사는 공동체의 유대로 뭉치게 해야 한다. 결국 '法の人間化'가 추구하고 이루어져야 한다.

V. 맺음말

광복 50년의 법적 전개과정에서 전쟁과 정치적 혼란의 역경속에서도 한국적 법제, 법학, 법사상의 발견 확립을 위한 주체적 노력을 해 왔다. 이러한 과정에서

극복된 일제 식민지적 유산이 적지 않았음도 사실이다. 그러나 일제의 유산을 청산하고 극복하여 새로운 법학을 형성하였다기보다는 일제 유산속에서 안주해 왔다고 보는 것이 사실일 것이다. 이는 법제와 법언어, 그리고 법의식에서 두드러진다. 사실 일제의 법적 유산은 식민지기의 체험과 해방후 과거청산의 미진 등으로 이미 우리에게 잘 길들여지고 내 것처럼 체질화된 것들이다. 그렇기 때문에 그 유산의 실제, 그것이 우리 역사속에 차지하는 정신사적 의미에 대하여서는 성찰하지 못했던 것이 사실이다.

이제 일제식 법수용 100주년에 광복 50주년이라는 역사적 획기를 맞이한 오늘 우리가 지양하고 버려야 할 것이 무엇이며 또한 그 방법이 무엇이나에 이르기까지 이제부터 냉철한 자세로 구체적으로 깊이 있게 다루어야 하겠다. 우선 일제의 연구성과를 극복하여야 한다. 그들의 연구성과를 주체적 입장에서 냉철히 재검토해야 한다. 그 과정에서 긍정적인 것, 미래지향적인 것을 전통에서 재발견하여야 한다.

오늘날 우리는 주체적으로 선진국의 이념과 제도를 수용하면서 자기를 형성해 가고 있다. 동시에 외국법 외국학설이 우리에게 직접적 스승이 될 수 없다는 점도 깊이 유념해야 할 것이다. 타력으로 매장되고 망각되었던 전통속에서 가치있는 정신적 힘을 발굴하여 오늘에 살려야 한다. 그것은 국토분단=민족적 법의 분단을 통일하기 위한 힘이 될 것은 물론 발전하는 시대의 새로운 문제의 해결을 위한 기초가 될 것이다. 자유육구성과 통제육구성의 조화를 통한 “正義”와 “法の優位”를 실현하며 民信·民志에 기초한 법치주의를 성취시킴으로써 민중에게 법에 대한 사랑과 신뢰를 갖게 하는 것이 현대의 법적 과제라고 믿는다.