

開化期 西歐法の 受容과 意義

鄭 肯 植*

차 례

I. 머리말

II. 西歐法の 受容過程

1. 西歐法과의 만남
2. 時代區分
3. 法律起草機關
4. 法曹의 形成

III. 法觀의 變化

1. 法에 대한 認識
2. 法觀의 變化와 歷史的 意義

IV. 맺음말

* 韓國法制研究院 先任研究員

I. 머리말

1994년은 서구법이 수용된 지 1세기가 되며, 올해는 광복 50주년이 된다. 이러한 시간적 계기를 맞이하여 우리의 과거에 대한 반성과 이를 바탕으로 하여 미래에 대한 방향을 제시하려는 분위기가 한층 더 높다. 광복 50주년이 法과 法學에 대해 갖는 의미는 무엇인가? 이는 바로 우리의 법과 법속에 남아 있는 일제의 찌꺼기를 없애버리고 민족의 주체성에 기반을 둔 법과 법학을 확립하는 것이다. 日帝를 '불유쾌한 西歐法の 媒介者'¹⁾로 하여 서구법을 수용한 결과, 현재 우리의 법과 법학의 많은 부분에는 일제의 잔재가 남아있다. 일제의 잔재를 청산하기 위해서는 실체를 파악하는 것이 급선무이며, 이를 위해서는 역사적 과정을 규명해야 한다. 역사적 사실에 기반을 두고 현재의 문제의식에 입각하여 주체적 입장에서 우리의 법과 법학을 수립해야 한다.

개화기의 법에 대한 포괄적인 연구는 최종고의 일련의 연구,²⁾ 법사상사에 대한 전봉덕의 연구,³⁾ 법학사에 대한 조규창 등의 연구⁴⁾ 등이 있다. 개별 주제에 대하여는 국제법의 수용과 그 의의에 관한 법학자, 외교학자, 역사학자들의 연구가 있어 이에 대해서는 어느 정도 규명되었다. 그렇지만 개별법에 대한 연구는 미진하다.⁵⁾ 근래에 일본의 침략과 연관시킨 토지법에 대한 정연태와 최원규의 연구⁶⁾가 있다. 공법에 대한 연구는 운동사의 측면에서 헌법사상 - 정치사상으로 - 을 정리

-
- 1) 崔鍾庫 교수의 표현이다: 崔鍾庫, 韓國法思想史, 서울대학교출판부, 1989, 252면.
 - 2) 崔鍾庫, 韓國의 西洋法受容史, 박영사, 1982 ; 韓國法思想史, 서울대학교출판부, 1989 ; 韓國法學史, 박영사, 1990 등 참조.
 - 3) 田鳳德, 韓國近代法思想史研究, 박영사, 1982 참조.
 - 4) "普成專門學校의 法學·經商學教育和 韓國의 近代化" 研究委員會 편, 近代西歐學問의 受容과 普專, 고려대학교출판부, 1986 참조.
 - 5) 기존의 연구사에 대한 정리는 鄭肯植, 韓末法令體系分析, 한국법제연구원, 1991, 17~8면 참조.
 - 6) 鄭然泰, "日帝의 韓國農地政策(1905~1945年)" 서울대 문학박사학위논문, 1994 및 崔元奎, "韓末 日帝初期 土地調査와 土地法 研究", 연세대 문학박사학위논문, 1994 참조.

한 김도형의 연구⁷⁾가 있다. 일제의 잔재청산에 대하여는 한상범의 일련의 연구⁸⁾가 있다. 이들 연구는 개화기의 법과 법학에 대하여 전체적인 모습을 그려내었지만, 개별분야에 대한 모습은 그리지 못한 상태이다. 즉, 숲의 전체 모습은 알 수 있지만, 나무의 모습은 안개 속에 묻혀 있는 현실이다.

본고에서는 기존의 연구성과를 바탕으로 하여 개별주제에 대한 깊은 분석보다는 서양법의 수용과정과 입법의 실제, 법조의 형성과정을 정리하였다. 그리고 근대법사의 기점에 대해서 역사학계의 이에 대한 논의를 정리하여 이를 바탕으로 試論적으로 근대법의 기점을 기존의 1894년의 갑오개혁보다 소급하는 논증을 하였다. 마지막으로 한국사의 자율성과 관련하여 개화기에 서구법 수용의 역사적 의미를 현재와 관련하여 언급하였다. 그러나 여기에서 제기하는 문제는 개별 주제로 심도있게 연구되어야 할 것이다.

II. 西歐法の 受容過程

1. 西歐法과의 만남

조선과 서구법의 첫 만남은 漢譯西學書를 통해서 이루어졌다. 특히 알레니(Julius Aleni; 1582~1649)의 西學凡(1623)과 職方外紀(1623) 등은 17세기 경에 우리나라에 전래되었다. 이들 한역서학서는 서구법을 우리나라에 소개하는 역할을 하였는데, 愼後聃은 유교의 관점에서 서구법을 비판하였다. 그렇지만 서구법에 대한 비판은 완화되기 시작하여 中體西用論, 東道西技論의 입장에서 서구법을 수용하려는 적극적인 태도도 나타났다. 이러한 것은 개인적 차원에 그친 것이지만, 최초로 서구법과 만난 점에서 初期受容(Frührezeption) 또는 反受容(Gegenrezeption)이라고 할 수 있다.⁹⁾ 1880년대에는 일본을 통하여 서구법을 관찰하였는데, 직접 관찰한 관리들은 일본의 무비판적인 서구법 수용을 비난하였다.¹⁰⁾

7) 金度亨, 大韓帝國期の 政治思想研究, 지식산업사, 1994 참조.

8) 韓相範, 韓國의 法文化와 日本帝國主義의 殘滓, 교육과학사, 1994 참조.

9) 崔鍾庫, 韓國의 西洋法受容史, 18~21면.

10) 崔鍾庫, 韓國法學史, 57~77면.

그렇지만 재야에서는 개화상소로 서구문물을 수용할 것을 주장하였다.¹¹⁾

서구법과 본격적으로 만나는 것은 개항 때이다. 중국에서는 미국의 법학자 휘튼(H. Wheaton)의 “*Elements of International Law*”가 마틴(W. A. P. Martin)에 의해 1864년에 『萬國公法』으로 번역되어, 개항 전후에 우리나라에 소개되었다. 일본은 만국공법이론을 근거로 하여 조선을 개항시켰다. 그 후 조선에서는 조약의 체결, 자주국가의 선언 등으로 만국공법에 대한 관심은 높아졌다. 나아가 실력배양 없이 ‘均勢’를 이룩하려는 국가정책의 수단으로 만국공법이 이용되기도 하였다.¹²⁾ 이러한 사실은 1897년에 공포된 「大韓國國制」가 독일 국제법학자 블룬츨리(C. J. Bluntschli)의 국제법서를 漢譯한 『公法會通』의 영향을 받았다는 사실에서 잘 드러난다.¹³⁾

그러나 만국공법에 의지하여 자주국가를 수립하고 평등한 국제관계를 형성하려는 노력은 조약의 내용보다 조약의 체결 그 자체에 중점을 두어 불평등조약을 체결하여 불이익을 가져왔다. 그리고 이러한 노력은 청국과 일본에 의해 여지없이 깨어졌으며, 이에 대한 반동으로 만국공법을 불신하고 경계하는 태도로 이어졌다.¹⁴⁾ 나아가 현실적인 실력양성론으로 전화하면서 일본에 의지하려는 경향이 나타나 결국 일본에 이용되어 국권의 상실을 가져왔다.¹⁵⁾

2. 時代區分

(1) 時代區分과 特徵

서세동점의 역사적 상황에서 1876년 일본은 군함을 앞세워 강화도조약을 체결

11) 李元淳, “韓末 雇聘歐美人 綜鑑 - 外國人雇聘問題研究 序說 -”, 한국문화 10, 서울대 한국문화연구소, 1989, 44면.

12) 李光麟, “韓國에서의 ‘萬國公法’의 受容과 그 影響”, 韓國開化史의 諸問題, 일조각, 1986, 147~167면.

13) 田鳳德, “大韓國國制의 制定과 基本思想”, 한국근대법사상사 수록 참조.

14) 이는 냉엄한 국제관계의 현실을 반영하여 “萬國公法이 大砲 一門보다 못하다(萬國公法不如大砲一門)”라는 말로 표현된다. 이는 일본의 문명개화론자인 福澤諭吉의 말이다.

15) 諸成鎬, “舊韓末 萬國公法의 認識과 受容”, 韓國法史學論叢 <박병호교수환갑기념논문집>, 박영사, 1991, 291~313면.

결하고 조선을 개국시켰다. 개국은 中華의 世界에서 萬國公法 - 國際法 - 的 世界로 진입하는 것을 의미하였다. 개항후의 새로운 세계정세에 대응하기 위하여 조선은 1881년에 統理機務衙門을 설치하여 외국과의 교섭을 주도하였다. 또 중국과 일본에 領選使와 紳士遊覽團을 파견하여 서구의 문물을 관찰하는 등 서구문물을 수용하려는 의지를 보였다.¹⁶⁾ 그러나 이는 1882년 임오군란을 계기로 폐지된 후 1882년 12월에 統理交涉通商事務衙門과 統理軍國事務衙門으로 부활되었고 후자는 1884년 10월에 議政府에 통합되어 갑오개혁때까지 지속되었다. 이들 기구를 통하여 조선은 초기 개화정책을 수행하였다.¹⁷⁾

일본은 임오군란과 갑신정변으로 조선에서 후퇴한 후, 1894년의 동학농민전쟁을 빌미로 하여 조선에 대한 적극적인 식민지화정책을 수행하였다. 1894년 6월에 군대를 조선에 파견하고 청에 대하여 조선의 內政改革을 요구하였으나, 청은 이를 거절하였다. 이러한 와중에 조선정부는 일본의 압박에서 벗어나기 위해 廟堂에 校正廳을 설치하여 자체적으로 개혁을 단행하려고 하여 일본에 대해 철군을 요구하였다. 그러나 교정청은 總裁官이 회의에 참석하지 않는 등 주체적인 개혁을 진행할 수 없었다.¹⁸⁾

이러한 상황에서 일본은 1894년 7월 23일에 쿠데타를 일으켜 단독으로 내정개혁을 단행하여 내정개혁안을 조선정부에 제시하고 한편 청과의 전쟁을 개시하였다. 일본은 오도리(大鳥)公使를 통하여 법률의 정비와 재판의 공정이 포함되어 있는 5개조의 內政改革方案綱領을 제시하였다. 고종은 일본의 요구에 따라 7월 24일에 更張의 綸音을 내리고, 27일에 내정개혁을 위해 종래의 議政府를 폐지하고 軍國機務處를 신설하고 金弘集을 수반으로 내각을 발족시켰다. 군국기무처에서는 7월 8일 議案으로 “모든 죄인은 사법관의 재판에 의하지 않고는 형벌을 과할 수 없다”고 선언하였으며, 그 해 12월에는 洪範 14條를 반포하였는데, 그 가운데는 “민법과 형법을 엄명하게 제정하고 감금과 징벌을 남용하지 않음으로써 인민의 생명과 재산을 보전할 것”을 선언하였다. 이어서 1895년 3월에는 법률 제

16) 李光麟, “統理機務衙門의 組織과 機能”, 開化派와 開化思想研究, 일조각, 1989, 참조.

17) 金雲泰, 朝鮮王朝行政史: 近代篇(전정판), 일조각, 1984, 114~4면.

18) 金益魯, “1894년 校正廳의 設置와 國政改革運動 - 中道改革派의 思想을 中心으로 -”, 동국대석사학위논문, 1985, 참조.

1호로 “裁判所構成法”을 공포하였다. 이러한 일련의 과정이 한국에 서구법이 도입되는 과정이며, 또 일반적으로 법제사적으로 근대의 기점인 것이다.¹⁹⁾

개화기 법제사의 시기구분은 크게 3분된다. 우선 改革期로 1894년 5월부터 1896년 12월까지이다. 이 때에는 일본의 강요하에 거의 모든 부분에 걸쳐 법제가 개혁되어 법제는 전과는 전혀 다른 모습을 하였다. 그러나 이 때의 입법은 일반국민은 물론 국왕 등 法令制定者조차도 그 내용을 잘 모르는 등 洪水立法의 시대라고 할 수 있다.

다음은 復古期로 1896년부터 1905년까지이다. 청일전쟁에서 승리한 일본은 독일, 프랑스, 러시아의 삼국간섭으로 조선에서는 정치적 지위마저 상실하여 친일정권이 붕괴되고 친러정권이 수립되었다. 獨立協會 등의 주장으로 고종은 독립 국가의 면모를 일신하기 위하여 1897년 10월에 국호를 「大韓帝國」, 年號를 「光武」라고 하고, 王을 「皇帝」로 하였다. 이 때 입법의 특징은 “舊本新參”에서 단적으로 표현되는 복고주의인데, 이는 1899년에 반포된 「大韓國國制」에 잘 나타나 있다. 그리고 열강이 균형을 이룬 상태이어서 외세의 간섭없이 자주적으로 입법을 할 수 있어서 한말 최대·최고의 입법인 「刑法大全(1905. 4. 29 반포)」 등이 제정되었다.

마지막으로 統監府期로 1906년부터 1910년 8월 한일합방까지이다.²⁰⁾ 1904년 8월에 제1차 한일협약으로 일본은 한국내에서 顧問政治를 확립하여 식민지 지배의 기틀을 다졌고 1905년에 제2차 한일협약으로 외교권을 박탈하여 1906년에 서울에는 統監府를, 지방에는 理事廳을 설치하였다. 통감부기는 立法主體의 二元性を 특징으로 들 수 있다. 즉 外交·司法 등 국정을 일본에게 위탁한 부문에 대

19) 개화기의 법제에 대해서는 鄭肯植, 前掲書, 1991, 15~34면을 참조하였으므로 개별적으로 註를 달지 않는다. 아울러 朴秉濠, “開化期の法制”, 韓國學 7, 중앙대 영산야카데미, 1975; 李熙鳳, “韓末法令小考”, 학술원논문집 19, 1980 참조.

20) 통감부기의 始期, 즉 복고기의 終期를 1902년, 1904년, 1905년으로 보는 입장이 있다. 1902년(鄭鍾休)은 영일동맹을 계기로 일본세력이 본격적으로 침투하기 시작한 것에서, 1904년(宋炳基)은 을사보호조약의 체결을 계기로, 1905년(李熙奉)은 1905년 11월의 통감부 설치를 근거로 삼는다. 필자는 1905년을 복고기의 종기로 보는데, 1906년에 통감부가 실질적인 활동을 한다는 것과 아울러 형법대전이 1905년에 반포되었고 또 이의 후속작업으로 대한제국 정부의 주도로 민법전 편찬사업이 시작된 것을 근거로 삼는다. 鄭肯植, 前掲書, 23면 참조.

한 입법권은 일본에게 있으며, 나머지 부문에 대한 입법권은 大韓帝國에 있었다. 그렇지만 일본인 차관 등의 통제를 받았기 때문에 대한제국은 사실상 입법권이 거의 없다고 할 수 있다. 그리고 일본이 한국을 지배하기 위한 법령이 증대하였다.

(2) 近代法史의 起點

4·19 혁명 이후 민족사학의 발전 속에서 일제하 식민사학의 타율성론과 정체성론을 비판·극복함으로써 한국사의 주체적이고 발전적인 재구성이 필요하다고 인식되었다. 이러한 배경아래 韓國史時代區分論이 1967년과 1968년에 걸쳐 논의되었다. 이 논의에서 근대의 기점은 조선후기, 1876년의 개항과 그 이후, 해방에서 찾는 견해가 있었는데,²¹⁾ 資本主義萌芽論의 입장에 선 경제사학자들은 근대로의 이행의 중요시점을 18세기 후반에서 19세기 초반으로 보았다. 그 후 1993년 7월에 〈한국역사연구회〉에서 근대의 기점에 대한 토론회를 개최하였다. 1860년대를 근대의 기점으로 보는 견해는, 근대사회를 지향하는 반침략운동과 반봉건운동의 결합이 맹아적인 형태로 나타났고, 이후 자본주의적 생산관계의 진전이 그 이전에 비해서 비약적으로 이루어졌으며, 또 정치적·사회적 변화도 일정하게 이루어졌다는 점을 근거로 들고 있다. 1876년의 개항을 근대의 기점으로 보는 견해는 개항 이후 자본주의적 생산관계가 급속히 성장하였고 또 근대민족국가 수립운동의 출발점을 개항으로 보는 것을 근거로 한다. 그리고 1894년의 갑오개혁을 근대의 기점으로 보는 견해는 자본주의적 생산양식이 발전하는 과정을 보호·촉진하는 국가권력의 수립에 초점을 둔 시대구분론이다.²²⁾ 그리고 북한에는 1866년설과 1876년설이 있다.²³⁾

법제사에서의 근대의 기점은 1894년의 갑오개혁으로 삼는 것이 일반적이다. 그러나 이러한 견해는 갑오·을미개혁의 성격에 대한 인식이 없이 단지 제도적으

21) 韓國經濟史學會 편, 韓國史時代區分論, 을유문화사, 1970 참조.

22) 한국역사연구회 편 : 역사와 현실 9, 역사비평사, 1993, "기획 : 한국근대의 시작은 언제인가"에 수록된 것이다. 발제자와 제목은 장동표, "1860년대 반침략·반봉건운동의 의의"; 이윤상, "한국근대사에서의 개항의 역사적 위치"; 도면희, "근대=자본주의 사회 기점으로서의 갑오개혁"이며, 토론자는 도진순, 이현창, 이세영씨가 참석이다.

23) 이병천 편, 북한학계의 한국근대사논쟁, 창작과 비평사, 1989 참조.

로만 시대구분을 한 결과라고 할 것이다. 을미개혁은 물론 갑오개혁도 조선의 자주적인 의지에서 나온 것이 아니라 일본의 강제에 의해 타율적으로 강행된 것임을 부인할 수 없다. 갑오개혁에 대해 자주성을 부여하려는 노력은 보이지만 그 전개과정이나 구체적인 정책에서는 일본에 의해 강요된 것임은 부인할 수 없다. 특히 법제의 측면에서는 더욱 그러하다. 일본인 고문관들이 정책의 수립에 관여하였고, 개별 법령의 제정과정에서 - 구체적인 분석이 따라야 하지만 - 일본법을 모범으로 한 사실은 쉽게 추측할 수 있다. 법제에서 근대의 기점을 일본이 강요한 내정개혁과 그 결과인 법제의 변화에서 찾는 것은 일본의 식민지 지배논리, 즉 韓國史의 他律性·停滯性理論을 그대로 수긍하는 결과를 낳을 우려가 있다.

그렇다면 한국법제사에서 근대의 기점을 어디로 설정할 것인가? 또 무엇을 近代法의 徵表로 삼을 것인가? 봉건제를 철폐한 1789년의 프랑스대혁명(the Revolution) 이후 등장한 서구법을 근대법으로 볼 때, 근대법에서의 주체인 人間과 토대인 經濟關係와 법내용의 징표로는 다음을 들 수 있다. 우선 주체인 인간은 자유롭고 평등하며 자연으로부터 부여받은 理性을 가진 칸트적 의미에서의 人格(Person)이다. 토대는 자본과 임노동을 주축으로 하는 資本主義이다. 법내용은 절대권력을 제한하고 天賦人權을 보장하기 위한 立憲主義(Constitutionalism)와 罪刑法定主義, 경제관계에서는 所有權絕對의 原則, 私的自治의 原則, 自己責任의 原則 등이 있다.

우리 역사에서 근대법의 징표가 등장하는 계기와 그 내용을 검토하기에 앞서 세계관의 변화, 즉 中華的 世界觀을 극복하고 민족의 주체성을 확립하는 과정을 규명하여야 한다. 試論적으로 고찰하면 세계관과 인격의 개념은 洪大容²⁴⁾과 崔漢綺 등 실학자와 이들을 이은 사상가의 사고체계에서 볼 수 있다. 그리고 경제적인 면에서는 조선초기부터 토지에 대한 소유권이 확립되었고, 토지가 거래의 객체로 등장하고 있다. 그리고 이는 단순한 매매만이 아니라 退賭地賣買, 權賣, 토지에 대한 典當 등, 토지의 경제적 가치 - 교환가치 - 를 그 대상으로 하고 있다. 그리고 토지를 매매할 때 立案을 발급받는데, 입안에는 매매사유를 기재하여야 한다. 초기의 토지매매입안에는 매매사유를 구체적으로 기재하였으나, 후기에는 단순히

24) 홍대용은 地動說을 주장하였는데, 이는 조선이 당시 중국 중심의 세계관을 탈피하여 중국과 대등한 관계에 있음을 상징하는 것이다.

“꼭 쓸 데가 있어서(要用所致)”라고만 하는 형식적 요건으로 되었다. 입안제도는 초기에는 거래의 억제에 있었으나 후기에는 권리의 보호로 그 목적이 변하였다.²⁵⁾ 이러한 변화는 곧 토지가 거래의 객체로 된 것을 반영하는 것이다. 그리고 서구에서는 자본주의가 발달함에 따라 教會法の 利子制限法이 철폐되었다.²⁶⁾ 우리나라에서의 이자제한법은 이자는 원본을 초과할 수 없는 ‘一本一利’가 원칙이었다. 그렇지만 1890년대에 이자제한마저 채무자의 입장에서 實效性을 부인하는 사례가 나타나고 있다. 조선후기에 자본주의적 관계의 형성에 따라 법의 내용이 바뀌는 것에서 우리는 근대법의 싹을 찾을 수 있다. 이러한 법내용의 변화는 갑신정변의 정강과 갑오농민전쟁에서 농민군의 폐정개혁안 등에 반영되고 있다. 그러나 法令體系 - 周官六翼에 바탕을 둔 전통의 六典體制 - 에는 변화가 나타나지 않고 있다. 즉 법의 내용과 체계가 일치하지 않는 상태가 일정기간 지속되다가 일순간, 바로 갑오·을미개혁기에 법형식이 근대적인 것으로 전도되어 나타났다. 물론 이에 대해서는 법적 기반과 개별법령에 대한 검토를 통하여 정치하게 논리구성을 해야 할 것이다.²⁷⁾

3. 法律起草機關

근대적 법형식의 단서는 1894년 9월에 반포된 命令頒布式에서 보이는데, 여기에는 法律, 勅令, 命令의 制定方法과 이들의 公布方式이 규정되어 있다. 그리고 같은 해 11월에는 勅令 第1號로 전 3장, 총 19조의 순한문으로 된 公文式을 제정·반포하였는데, 여기에는 法律과 勅令의 제정방법, 下位法令(위임명령)의 제정권과 법령의 상하단계 등이 규정되어 있다.²⁸⁾

公文式의 제정·공포에 따라 법형식은 法律, 勅令, 命令, 訓令 등의 형식으로 완비되었다. 고종은 독립협회 등의 의회개설운동을 무마할 목적 등으로 中樞院을

25) 朴秉濠, 韓國法制史, 한국방송통신대출판부, 1986, 168~199면 참조.

26) 郭潤直, 債權總論: 재전정판, 박영사, 1983, 70~1면.

27) 崔鍾庫 교수는 “보다 전체적인 시각에서 (중국법 영향하의) 傳統法에서 近代化를 지향한다는 점에서 開港에 의미”를 두어 기점을 개항으로 보고 있다. 崔鍾庫, “韓國近代法の 形成過程”, 韓國文化 15, 서울대 한국문화연구소, 1994, 412면.

28) 이에 대해서는 鄭肯植, 前掲書, 35~41면 참조.

개설하였다. 중추원은 입법에 관여할 수 있었지만 단지 諮問機關에 불과하고 또 긴급하지 않은 경우에는 자문을 거치지 않고서도 법령을 제정할 수 있었다. 즉 중추원은 한낱 형식적인 기관에 불과하였다. 公文式은 헌법도 없고 의회도 개설되지 않은 상황에서 제도의 개혁을 위해 일본의 1887년 勅令 第1號 公文式을 모방하여 제정한 것이다.²⁹⁾ 公文式은 비록 일본의 것을 翻案하여 제정하였지만, 고유성을 고려한 점도 있다. 또 여기에서 입법의 형식적 체계가 완비되었기 때문에 이후 입법체계의 근거가 된 점에 公文式 제정의 역사적 의의가 있다.

갑오개혁기에 개혁을 주도한 기구는 軍國機務處이다. 군국기무처에서는 개혁법안을 議案의 형태로 공포하였다. 의안의 내용은 청국에 대한 자주독립의 주장, 한글의 사용과 애국애족의 정신의 함양을 강조하는 민족주의 지향적인 것도 있고, 일본의 대한진출을 옹호하고 일본의 이익을 옹호하는 등 일제에 대한 굴종성을 노정한 議案도 있다. 그리고 신분제의 폐지 등 '혁명적' 의안과 민주주의적 개혁안도 있으며, 특히 동학농민군의 주장을 수용한 의안도 있다. 또 한편 반민족적·반민중적 의안도 공존하고 있다. 그리고 왕권을 약화시키면서 종전의 왕권을 견제한 역할을 한 言官三司의 폐지와 상소의 억압 등 민권을 탄압하는 의안도 있다. 전체적으로 청일전쟁을 배경으로 하여 일본침략군과 야합한 친일세력이 민족주의·민주주의 및 평등주의 등 근대원칙에 입각한 새로운 정치·사회질서의 창출을 표방하면서 실제로는 일제의 침략을 방조하고 자신의 권력기반을 공고히 하는데 주력하였다.³⁰⁾

군국기무처의 핵심적인 인물은 反清·反勢道思想이 강하고 전통적인 정치·사회체제에 불만이 많으며 그 대신 서양 및 일본문물에 先覺한 '半知·反解의 開化者' 또는 '略涉外國情形 出入宮閭者'로서 대부분은 일본·미국·러시아 등 외국 공사관과 일정한 인연을 갖고 자신의 출세를 도모한 인물이었다. 특히 그들 중 다수가 서자출신으로 전통파괴적인 급진개혁을 과감히 추진할 수 있었다.³¹⁾

을미개혁으로 군국기무처는 폐지되고 제도의 개혁에 따라 법제를 지속적으로

29) 鄭鍾休, 韓國民法典の比較法的研究, 東京: 創文社, 1989, 24面 ; 일본의 公文式과 命令頒布式, 公文式의 비교는 鄭肯植, 前掲書, 40면 참조.

30) 柳永益, "軍國機務處 議案의 分析", 한국사연구회 편, 淸日戰爭과 韓日關係 - 日本의 對韓政策形成에 관한 研究, 일조각, 1985, 202~3면.

31) 柳永益, 전계논문, 180면.

정비하기 위하여 법률의 기초를 담당할 기관을 별도로 두었다. 상설기관으로 “法律起草委員會”, “法規校正所”와 임시기관으로 “軍法起草委員會”, “刑法校正官” 등이 설치되었으며, 統監府期에는 “不動產法調査會”와 “法典調査局”이 설치되었다.³²⁾

法律起草委員會는 1895년 3월 勅令 第45號 法部官制 第13號에 근거를 두어 1895년 6월 法部令 第7號 法律起草委員會規程에 형법, 민법, 상법, 治罪法(형사소송법), 소송법 등을 조사하여 제·개정하기 위한 법안을 기안하기 위해 설치되었다. 이는 1895년 6월 15일에 활동을 시작하였지만, 잦은 위원의 교체 등으로 거의 활동을 하지 못한 상태에서 1905년 2월 法部官制가 개정되어 근거조문의 삭제로 폐지되었다. 1905년 4월 刑法大畧을 제정·공포한 후 민법전을 편찬하기 위하여 법령상의 근거없이 法律起草委員會를 설치하였는데, 이 때에는 그간의 입법의 경험과 법관양성소를 통한 인재의 양성, 민법전 편찬의 중요성 등으로 위원의 교체도 잦지 않아서 어느 정도 전문성을 유지할 수 있었다. 초기의 法律起草委員會의 위원은 비전문가들로 인사정책에 따라 임명되어 입법사무를 감당할 수 없었다. 그러나 후기에는 陸軍法律, 刑法大畧의 제정 등 입법의 경험에 바탕을 둔 전문가가 등장하기 시작하였다. 이는 한국에서 근대적 의미의 자생적 법률가가 탄생하는 과정이라고 평가할 수 있다.

고종은 러시아공사관에서 환궁한 후 내정개혁의 필요성에 따라 지속적으로 법제를 개혁하고 정비하기 위해 校典所를 설치하였다. 그러나 校典所가 내분으로 활동을 하지 않자 이를 폐지하고 1899년 6월에 校正所를 설치하였으며 다시 그해 7월에 法規校典所로 개칭하였다. 法規校典所는 외국인 고문관을 議政官으로 임명하였으며, 校典所와는 달리 1899년 8월에 「大韓國國制」를 공포하는 등 실제 활동을 하다가 1904년 1월에 폐지되었다. 法規校典所가 존재하던 시기는 복고기로 자주적 입법이 왕성한 시대였다. 앞으로 法規校典所의 구체적 입법사업에 대한 세밀한 연구가 필요하다.

토지에 대한 권리의 확정이 시급한 과제이어서 대한제국정부에서는 1906년 7월 13일에 土地所關法起草委員 6명을 임명하였는데, 7월 24일에 不動產法調査

32) 이에 대해서는 鄭肯植, “韓末 法律起草機關에 대한 小考”, 韓國法史學論叢 수록 참조 ; 각 기초기관의 개별위원회는 鄭肯植, “〈자료〉 開化期 立法關聯者 名單”, 法史學研究 12, 한국법사학회, 1991 참조.

會로 대치되었다. 日本 東京帝大의 教授이며 日本民法典의 기초자인 梅謙次郎이 不動產法調査會의 顧問으로 취임하여 그 해 7월 하순에 不動產에 대한 慣例를 조사하였고,³³⁾ 실제 입법에도 관여하여 1906년 9월 法律 第5號「利殖條例」, 동년 10월「土地家屋證明規則」등을 제정하였다.

法典調査局은 不動產法調査會를 인계하여 민법, 형법, 민사소송법, 형사소송법 및 부속법령의 기안을 목적으로 하는 기관이다. 法典調査局에서는 주요법전의 기초를 예정하여 法部顧問 梅謙次郎을 民事法起草責任者로, 大韓帝國 法部次官 倉富勇三郎을 刑事法起草責任者로 선정했다. 法典調査局에는 한국인 법률가와 일본인 법률가가 함께 활동하였으나, 일본인이 주도적인 역할을 하였고 한국인은 보조적인 역할에 그쳤다. 뿐만 아니라 不動產法調査會는 대한제국의 입법을 무산시키고 일본의 침략정책을 관철한 입법을 하기도 하였다.³⁴⁾

倉富勇三郎이 담당한 형사법분야에서는 刑法大全 총 680조 가운데 비형법조문 290조를 삭제하는 것으로 그쳤다. 민사법분야에서는 梅謙次郎은 당시 일본 민사법의 편별에 충실한 조사사항 206문항을 만들어 한국의 民商事慣習을 조사하였다. 이 조사 결과는 한일합방후 1910년에 『慣習調査報告書』로, 1911년에는 그 補充版이 발간되었다. 이 『報告書』는 이후 일제하 한국의 法源을 인식하는데 중요한 자료로 되었고 또 현재의 민법의 연원을 탐구하는데 중요한 자료이므로 이에 대한 비판적인 분석이 시급하다.³⁵⁾ 그리고 민사소송법의 편찬에 착수하였다.

33) 부동산법조사회의 활동은 鄭肯植, “日帝의 慣習調査와 意義”, 國譯 慣習調査報告書, 한국법제연구원, 1992, 23면 참조. 이에 대해서는 尹大成的 일련의 연구가 있다. 그러나 단순한 번역·소개가 아니라 식민지정책 및 소유권의 확립과 관련된 연구가 필요하다.

34) 가장 대표적인 것이 1906년 10월 16일 法律 第6號 ‘土地建物の 賣買 交換 讓與 典當에 關한 件’은 大韓自強會의 건의에 따른 입법인데, 이는 동월 26일 勅令 第65號 ‘土地家屋證明規則’으로 사실상 폐기되었다. 양자의 내용은 뒤의 勅令이 외국인의 토지소유를 허용한 것 외에는 유사하다. 鄭然泰, “日帝의 韓國農地政策(1900~1945)”, 43~50면, 특히 50면 註 139 참조.

35) 이는 1992년에 한국법제연구원에서 번역되었다. 鄭肯植, 國譯 慣習調査報告書, 한국법제연구원, 1992 참조; 그리고 번역을 바탕으로 본격적인 註釋書가 필요하다. 註釋書에는 과거에 실제한 관습과 조사된 관습의 차이, 일제하에서의 보고서의 활용과 관습의 변용과정 그리고 현재에의 영향 등이 입체적으로 서술되어야 한다. 이에 대해서는 번역서의 해설인 鄭肯植, “日帝의 慣習調査와 意義”, 37~41면 참조.

입법에서의 특징은 초기에는 실체법을 제정 편찬하려는 노력이 상당하였다는 점이다. 이에 따라 형사법에서는 賊盜處斷例, 陸軍法律, 刑法大綱 등의 실체법이 제정되었으며, 민사법에서는 개별권리관계의 회복을 규정하는 법령이 많았으며 부동산거래가 활발해짐에 따라 소유권을 확립하기 위한 법령이 증가하였다. 후기에 일본이 직접적으로 입법에 관여한 이후로는 實體法보다는 節次法의 제정노력이 두드러졌다. 민법전은 단지 제정을 위한 관습조사 등 준비단계에 지나지 않았지만, 民事訴訟法은 草案까지 완성되었다.³⁶⁾ 절차법 중심의 입법사업은 일본의 식민정책을 직접적으로 반영하고 있다. 즉 실체법에 대해서는 성문법이 없어도 관습 등으로 해결할 수 있으나 분쟁을 해결하고 권리관계를 확정하는 절차법은 반드시 필요하다. 또 불법적으로 한국인의 재산을 침탈한 일본인의 지위를 합법화할 필요에서 더욱 그러하였다. 그리고 실체법도 식민지정책의 필요에 따라 전체적인 법령체계와 관계없이 적용하였다. 대표적인 예로는 상법을 들 수 있다. 일본은 한국의 식민지경영을 위하여 영국의 동인도주식회사를 모방하여 東洋拓植株式會社를 설립하였다. 東洋拓植株式會社法에서는 일본의 상법 가운데 株式會社法 부분을 依用하였다. 즉 식민지 경영의 필요에서 民法典과 商法典이 편찬되기 전에 주식회사법만 먼저 부분적으로 의용한 것이다. 뿐만 아니라 조선에서는 일본과 다르게 법내용을 변경한 예도 있다.³⁷⁾

4. 法曹의 形成

(1) 西歐裁判制度의 導入³⁸⁾

사법과 행정의 미구분, 형사재판과 민사재판의 미분리로 특징지워지는 전통적 사법제도는 개화기에 접어들어 일제의 외압으로 철폐되고, 서구적 재판제도도

36) 鄭鍾休, “梅謙次郎과 朝鮮民事訴訟法案”, 法史學研究 10, 한국법사학회, 1989, 수록.

37) 회사에 대한 규제는 1910년에 제정된 會社令에서는 민족자본의 형성을 막고 일제자본의 침투를 용이하게 하기 위하여, 일제는 회사설립의 準則主義를 폐지하고 조선에서는 許可主義를 택하여 회사의 설립을 억제하였다.

38) 이 부분은 주로 다음의 논문을 참조하였다. 鄭肯植, 특집 조선총독부 ; 사법제도운영의 실상, 역사비평 계간 24호, 역사문제연구소, 1994. 1, 223~5면.

입되었다. 일제는 1894년 청일전쟁 당시에 오도리公使를 통해 한국의 내정개혁안을 제출하였는데, 그 내용에는 재판의 공정과 재판제도의 개혁이 포함되어 있다. 일본은 당시의 재판제도는 공정하지 못하며 審級制가 갖추어져 있지 않고 지방관이 중심인 당시의 제도로는 백성이 억울한 일이 있더라도 권리를 구제받을 수 없고 또 외교상의 문제를 일으킬 우려가 있는 것을 근거로 들었다. 조선은 내정개혁의 추진에 따라 형조를 폐지하고 법무아문과 독립된 재판기구로 法務衙門 權設裁判所를 설치하였다. 또 개별법령으로 행정관과 사법관의 분리, 민사와 형사재판의 구분 등을 선언하였다.

재판제도가 통일적으로 마련되는 계기는 1985년 4월 19일에 법률 제1호 「裁判所構成法」의 제정·공포이다.³⁹⁾ 재판소로 地方裁判所, 漢城裁判所, 開港場裁判所, 高等裁判所, 特別法院의 5종류 2審級을 규정하였다. 이 가운데 실제로 개칭된 것은 한성재판소뿐이었다. 그리고 재판소구성법에서 검찰제도의 기초가 갖추어졌다. 檢事라는 용어가 처음 등장하며, 소추기관과 재판기관의 분리를 전제로 하여 재판소에 검사를 두도록 하였다. 그러나 판·검사는 독립된 기관이 아니고, 모두 법부의 소속으로 법무대신이 司法行政과 恩赦 및 復權에 관한 사무를 관장하고 검찰사무를 지휘하며 각급법원을 감독하였다(勅令 제45호 법무관계).

1896년 8월에는 18개소의 개항장 및 지방재판소가 개칭되었고 1897년 9월에는 한성재판소에서 분리하여 경기재판소를 설치하였다. 그런데 1898년에는 각도의 관찰사에게는 재판권이 있지만, 한성판윤에게 재판권이 없는 것은 불합리하기 때문에 한성·경기재판소를 폐지하여 구제도로 복귀하였다. 이로써 재판소구성법에 따라 실제로 개칭한 재판소는 모두 폐지되어 종전대로 행정관이 사법관을

39) 현재 법률 제1호 裁判所構成法の 제정과정과 배경 및 동기 그리고 일본법과의 비교 등에 대해서는 연구가 없다. 司法制度의 정비가 근대화의 척도로 인식되고 그만큼 일본의 침략성을 호도할 수도 있다. 바로 이런 점에서 “近代司法100周年”의 의미는 재고를 요한다. 더욱이 법원행정처에서 발행한 『法院史』에는 근대 이전의 재판제도에 대해서는 간략하게 언급하고 있으며, 구체적인 民事訴訟節次에 대해서는 전혀 언급을 하지 않고 있다. 필자는 『經國大典』, 『刑典』에 규정된 15세기의 민사소송에 관한 규정과 실제 판결문인 決訟立案에 나타난 실태는 현재의 민사소송법과 민사소송절차와 견주어도 손색이 없다고 생각한다. 이에 대해서는 朴秉濠, 前掲書, 82~96면 참조. 근래에 『法院史』에 대한 비판적인 견해가 나오고 있다. 법정신문, 1995. 5. 22, 3면 참조.

점하게 되었다. 명칭뿐이지만 재판소는 계속 증설되었기 때문에 재판소의 정리를 위해서 1899년 5월에 재판소구성법을 개정하였다. 그 내용은 고등재판소를 評理院으로 고쳐부르고 각 지방재판소와 각 개항장재판소에 대한 상소심으로 하였다. 평리원을 제외한 모든 재판기관을 지방행정관청에 병설하고 판사도 지방관이 겸직하게 하였다. 또 법무대신이 평리원의 재판장으로 되어 과거의 형조로 되었다.

1905년 을사조약으로 보호정치가 시작되자 일제의 법무와 사법행정, 재판에 대한 간섭이 시작되었다. 일제는 1906년 12월에 법무보좌관의 배치를 내정하여 1907년 1월 20일에 평리원, 한성재판소, 13도 관찰부에 각 1인씩 15명의 法務輔佐官을, 제주도재판소와 11개의 개항장재판소에 각 1인씩 12명의 法務輔佐官補 등 모두 27명을, 법부에 법무사무관 2인을 임명·배치하였다.⁴⁰⁾ 법무보좌관은 일본의 현직 판·검사를 임용하였는데, 보좌관이란 이름과는 달리 한국인 판·검사는 그들의 동의를 얻지 못하면 아무 것도 할 수 없었다. 또 법무보좌관은 한국인 판사에 대해 지시·감독할 수 있어서 실제로는 그들이 재판을 장악한 상태였다.⁴¹⁾ 법무보좌관의 배치는 재판제도의 개선이 아니라 재판권의 탈취, 나아가 일본세력의 증대가 목적이었다.

그리고 정미칠조약을 체결한 후인 1907년 12월 23일에 일본의 재판소구성법을 모방하여 새로이 재판소구성법을 제정하였다. 재판소의 종류로 區裁判所, 地方裁判所, 控訴院, 大審院을 두었으며 이로써 三審級四級制가 확립되었다. 제도 상으로는 재판사무는 행정사무에서 분리되었지만, 재판소를 설치할 때까지는 군수 등이 임시로 재판사무를 담당할 수 있게 하였다. 그리고 각 검사국을 재판소에 설치하여 검찰사무와 재판사무를 분리하였고, 형사재판을 할 때 법부의 지휘를 받는 것을 폐지하여 재판관이 독립적으로 재판할 수 있게 하였다. 또 일본인을 한국의 판·검사로 임용할 수 있게 하여 각급 재판소와 검사국의 장은 모두 일본인을 임용하였으며, 나머지 판·검사와 서기 등도 일본인이 다수를 차지 하였다. 1908년 8월 1일까지 판·검사는 일본인은 각각 79명, 36명인데 비하여 한국인은 각각 40명, 12명에 불과하였다.⁴²⁾ 이러한 사실에서 한국재판소는 명목상의 것

40) 전봉덕, "일제의 사법권 강탈과정의 연구", 애산학보 2, 애산학회, 1982, 182~3면.

41) 司法協會, "朝鮮司法界の往事を語る座談會", 朝鮮司法協會雜誌, 19~10·11 朝鮮司法協會, 1940. 10·11/ 南基正 역, 日帝의 韓國司法府 侵略實話, 육법사, 1976, 36면 참조.

42) 전봉덕, 전계논문, 192~5면.

에 불과하고, 실질은 일본재판소와 마찬가지로였다. 이렇게 하여 일제는 식민지사법화의 인적 기초를 닦아 두었다.

그후 일제는 식민지화의 방침을 더욱 굳건히 하여 사법권의 강탈을 도모하여 1909년 7월 12일에 '한국사법 및 감옥사무 위탁에 관한 한일각서'를 강제로 조인하였다. 위 각서의 주요내용은 "한국의 모든 재판소를 폐지하고 그 대신에 일본 재판소를 설치한다. 재판에서는 日本法 適用을 원칙으로 하고, 한국인에 대해서는 각서 또는 법령에 있는 것을 제외하고 한국법을 적용한다. 한국에서의 일본재판소는 일정자격을 가진 일본인과 한국인을 재판관에 임용한다"이다.

이에 따라 한국의 법부와 각 재판소는 1909년 10월 31일 폐지되고, 11월 1일에 통감부재판소가 설치되었다. 통감부재판소는 기존의 대심원을 고등법원으로 명칭을 격하하고 나머지는 그대로 두었다. 통감부재판소의 판·검사는 원칙적으로 일본재판소구성법이 규정하는 자격이 있는 자로 임용하되, 경과적으로 통감부 설치 현재 한국재판소의 판·검사인 자를 특별임용할 수 있게 하였다. 그리고 한국인의 임용은 일본칙령으로 제국대학 또는 전문학교, 한국의 관립학교에서 3년 이상 법률과목을 수료한 자를 문관고등시험위원의 전형을 거쳐 특별히 임용할 수 있게 하였다. 통감부재판소에서는 한국인 판사는 민사재판에서는 원·피고 모두 한국인인 때, 형사재판에서는 피고가 한국인일 때만 재판을 할 수 있어서 한국인 판사와 일본인 판사를 차별하였다.⁴³⁾ 이는 보호정치기와는 달리 한일 양국의 재판소를 일본의 재판소로 통합한 것이다.

조선초기에 이미 外知部가 있었는데, 이들은 漢城府나 掌隸院 근처에서 訴狀을 대신 작성하였고 후에는 소송까지 대리한 변호사와 유사한 업무에 종사하였다. 성종대 이후 外知部가 이익을 노려 분쟁을 야기한다는 혐의를 받아, 이들을 강도에 준하여 강력하게 금압하였고 이에 따라 사라졌다.⁴⁴⁾

개화기에는 1895년의 民刑訴訟規程에서 '代人'을 인정하였는데, 이는 민사소송에서 변호인과 유사한 역할을 하였다. 우리나라에 본격적으로 변호사제도가 도입되는 것은 1905년 辯護士法이 공포된 이후이다. 이 법은 1883년의 일본 변호사법을 모방하여 제정한 것이다.⁴⁵⁾ 이에 따라 辯護士試驗規則 등이 제정되어 변

43) 사법제도의 자세한 것에 대해서는 法院行政處, 法院史, 1995, 16~61면 참조.

44) 朴秉濠, 前掲書, 97~8면.

45) 大韓辯護士協會, 韓國辯護士史, 1979, 30면.

호사제도의 기틀을 형성하였다. 정미조약의 체결로 재판소구성법이 개정되어 변호사법도 일본 것과 일치할 필요가 있어 1909년에 변호사법을 개정하였다. 곧 사법권이 일본에 위탁됨에 따라 통감부변호사규칙이 제정되었는데, 이는 한국에서 활동하는 일본인변호사에게도 적용되었다. 변호사법에 따라 변호사회를 조직하였는데, 통감부기에는 한국변호사회와 일본변호사회가 각각 조직되어 독자적으로 활동하였다.

(2) 法學教育

조선시대에는 법치주의를 강조하여 법전의 편찬을 중시하였고, 법전편찬이 지속되었다.⁴⁶⁾ 관리들의 중요임무인 守令七事⁴⁷⁾ 가운데도 소송이 포함되어 있는 등 재판업무가 중시되었고, 과거에 律學이 있었다. 그렇지만 조선시대 법학의 교육과정 등에 대해서 전모가 밝혀져 있지 않다. 비록 유학자의 학문체계에서 법학은 주된 것은 아니었지만, 법학은 牧民官의 필수요소로 인식되었다. 바로 이러한 인식 아래 정다산의 欽欽新書가 나올 수 있었다. 傳統法(律)學에 대한 체계적인 연구가 필요하다.⁴⁸⁾

우리나라에서 근대적 법학교육의 시초는 1895년에 설립된 法官養成所이다. 초기에는 6개월의 단기과정이었으며, 金雅始(L. Crémazy), 具禮(C. Greathouse) 등 서양인 법률고문도 교관이 되었지만 교수는 대부분 일본인이었고, 따라서 교과목과 교과서도 일본 것임을 미루어 알 수 있다. 법관양성소는 1899년에 일시 폐지되었다가 1903년에 복설되었는데, 이 때에는 교과기간이 3년인 점 등으로 전보다는 효과적인 교육을 할 수 있었다. 법관양성소 졸업자는 초기에는 그리 대우가 좋지 않았지만, 교육이 내실화된 후부터는 졸업자들도 전문가로서 法律起草委員會 등에서 활동할 수 있었다. 법관양성소는 사법권의 위탁에 따라 1909년에 폐지되고 대신 법학교가 설립되어 지속적으로 법학교육을 하였다.⁴⁹⁾

46) 朴秉濠, 前掲書, 13~39면 참조.

47) 守令七事는 '農蠶을 왕성히 하고, 인구를 증가시키고, 군정을 다스리고, 학교를 육성 하 며, 부역을 고르게 하고, 소송을 줄이고, 간교함을 막는 것(七事 農桑盛 戶口增 學校興 軍政修 賦役均 詞訟簡 奸猾息)'이다. 『經國大典』 「吏典」 考課條 참조.

48) 이에 대해서는 崔鍾庫, 韓國法學史 참조.

49) 양승두, "法官養成所에 관한 小考", 世林韓國學論叢 1, 1977, 485~506면 참조.

개화기에는 법을 부국강병의 요체로 파악하였다. 조선을 근대화하기 위해서는 법의 근대화가 근본적인 것이며, 법의 근대화를 위하여 법학의 수립과 연구가 급선무라는 인식이 팽배하였다.⁵⁰⁾ 이런 사회분위기속에서 사립학교에서도 법학교육을 중시하였다. 특히 普成專門學校에서는 法學과 經濟學을 중심으로 교육을 하였으며, 비록 일본교과서를 참고하였지만 법학교과서를 출판하였다. 그리고 『法政學界』라는 학술지까지 발행하였다.⁵¹⁾ 일반에서도 법학에 대한 관심이 있어 각종 학교에서 법학을 교육하였고, 신문이나 잡지 등에 일반인의 논문이 많이 발표되었다.⁵²⁾ 그리고 법학은 출세가 아니라 제국주의의 침략으로부터 국가와 국민을 구하고 민족국가를 수립하는 수단으로 인식되었다. 이러한 분위기의 법학을 ‘愛國的民族法學’이라고 부를 수 있다.⁵³⁾

당시 법관양성소 등에서는 초기에는 일본인 교관이 일본교과서로 일본법을 강의하였다. 교과서도 당시의 법을 해설한 것보다는 일본교과서를 번안한 것이 대부분이었다. 후기에도 한국인이 교관으로 대체된 것 외에는 크게 달라진 것이 없다. 이러한 상황은 독일에서 로마법을 계수하여 普通法學(Pandektistik)⁵⁴⁾을 성립한 것에 비유하여 일본을 통한 서구법의 수용과 이를 바탕으로 한 한국의 보통법학이라고 할 수 있을 것이다.

법형식상으로 일본법이 우리나라에 수용된 것은 1912년의 조선민사령과 조선형사령이 제정된 이후이다. 그러나 이미 立法과 司法 및 교육을 통하여 1900년대 초부터 사실상 일본법이 강제되었으며, 특히 1907년의 법무보좌관의 배치는 결정적이었다. 한국에 서구법이 수용되는 초기에는 정치적인 관계로 일본법학의 영향을 많이 받았으며, 특히 1905년에서 1910년 사이에는 절대적이었다.⁵⁵⁾

50) 崔鍾庫, 韓國法思想史, 249면.

51) 우리나라에서의 법학의 태동과 보성전문의 관계에 대해서는 曹圭昌, “西歐法 受容에 있어서 法學教育의 歷史的 意義”; 丘兵朔, “法學教育 및 研究論著에 관한 研究 - 公法分野”; 金亨培, “普專의 法學教育과 韓國의 近代化 - 私法分野를 중심으로 -”가 앞의 近代西歐學問의 受容과 普專에 있다.

52) 崔鍾庫, 韓國法學史, 231~386면 참조.

53) 崔鍾庫, 韓國의 西洋法受容史, 30면.

54) 崔鍾庫, 전게서, 421~3면 참조.

55) 鄭鍾休, 前揭書, 87면.

Ⅲ. 法觀의 變化

1. 法에 대한 認識

개화기에 발행된 신문의 논설을 통하여 법을 어떻게 인식하였으며, 약육강식의 제국주의 단계에서 자주독립국가의 수립을 위한 노력이 법에 반영된 모습을 파악하여, 서구법 수용이 갖는 역사적 의미를 보려고 한다. 개화기에는 자주국가를 수립하는 방향에 있어 그 입장의 차이에 따라 文明開化論者, 衛正斥邪論者, 農民層에 기반을 둔 義兵抗爭으로 나눌 수 있다.⁵⁶⁾ 정치한 분석과 전체적인 상을 알기 위해서는 각 입장에 따라 논설을 개별적으로 분석해야 하나, 본고에서는 試論적으로 기존의 연구⁵⁷⁾를 바탕으로 하여 가장 적극적으로 서구문물을 수입하려는 입장에 선 문명개화론자의 서구법에 대한 인식을 개괄적으로 분석하여 연구방향을 제시하려고 한다.

개화기를 풍미한 사상은 '社會進化論'이었다. 사회진화론은 '適者生存', '弱肉強食'으로 표현되는데, 이는 다름 아닌 帝國主義의 논리였다. 즉 인간사회, 국제사회에서도 동물의 세계와 마찬가지로 환경에 적응한 강대국만 살아남고, 강대국이 약소국을 병합하는 것은 자연의 이치처럼 당연하다는 것이다. 우리나라에서는 사회진화론이 梁啓超의 『飲氷室文集』을 통해서 1900년대에 본격적으로 수용되어⁵⁸⁾ 사회전반에 퍼져 있었다. 종교의 경우도, 서양에서는 진화론이 창조론과 마찰이 있었지만, 우리나라에서는 진화론적으로 각색하여 문명의 단계에 따라 야만단계에서는 자연신앙을 믿고, 반문명단계에서는 불교·유교·회교 등을 믿고, 문명단계에서는 기독교를 믿는다고 하여, 기독교를 최고·최상의 종교로 보고 나아가

56) 金度亨, 大韓帝國期の 政治思想研究, 참조.

57) 金民煥, 開化期民族紙 社會思想研究, (나남, 1988)를 참조하였다. 본서는 개화기에 우리 민족이 처한 대내적·대외적 상황에 대응하는 인식을 중심으로 개화기 民族紙의 사회사상의 구조와 내용을 파악한 것이다. 개별내용은 自主獨立思想, 政治的 開化自強思想, 經濟的 開化自強思想, 社會的 開化自強思想으로 나누어 분석하였다.

58) 李光麟, "舊韓末 進化論의 受容과 그 影響", 韓國開化思想研究, 일조각, 1979 참조.

문명국이 되기 위해서는 당연히 기독교를 믿어야 한다고 하였다.⁵⁹⁾ 兪吉濬의 경우는 『西遊見聞』에서 문명의 단계를 야만, 반문명, 문명의 삼단계로 구분하여 적자생존의 단계에서 살아가기 위해서는 문명의 단계로 나아가야 한다고 하였다.⁶⁰⁾

개화기에는 법에 대한 근본적인 인식의 변화가 나타났다. 전통시대에는 법, 즉 行政은 禮, 즉 德治의 보조수단으로 인식되었다. 실제로는 법이 통치수단으로 중시되었지만, 명목상으로는 예가 우선하고 법은 보조적인 것에 그쳤다(禮主法從). 개화기에는 전과 달리 法을 적극적이고 긍정적으로 인식하였다. 법에 의해 인간을 밖으로부터 규제하여 至善至美한 道理에 이르게 할 수 있다고 보아, 통치수단으로써의 법의 중요성을 강조하였고, 나아가 국가의 주춧돌이라고 보아 국가성립의 조건으로 인식하였다.⁶¹⁾

따라서 당시의 반문명의 상태에서 문명의 상대로 나가 자주독립국가를 형성하기 위해서는 서구의 선진문화를 적극적으로 수용할 것을 주장하였다. 이를 위해서는 가치체계와 관습까지 개혁해야 한다고 주장하였는데,⁶²⁾ 문화수용론의 배경에는 전통문화에 대한 비판적 시각이 깔려 있다.⁶³⁾ 이러한 사조는 법률에 대해서도 동일하여 당시의 전통법에 대한 시각은 禮樂道德의 법과 詞訟刑獄의 법이 있는데, 시비경쟁을 해결하기 위한 후자의 법이 필요하며, 전통시대의 詞訟刑獄의 법은 원래는 善美한 것이지만, 모두 전제시대의 법으로 관리들이 作奸하여 ‘以貴壓賤’, ‘以強凌弱’하여 법을 아는 백성이라도 관리에게 저항할 수 없으므로 법이 없는 것과 마찬가지라고 하였다.⁶⁴⁾ 또 전통법은 봉건시대의 苛制로 고루하고, 법령이 조변석개하여 일관성이 없고, 게다가 있는 법이나마 지키지 않아 유명무실하다는 것이다.⁶⁵⁾

이러한 상황인식에 입각하여 문명개화론자들은 법제를 정비하여야 하고 이를 바탕으로 자주독립국가를 수립해야 한다고 하였다. 이를 위해서는 무엇보다도 法治主

59) 金度亨, 前掲書, 30면.

60) 田鳳德, “兪吉濬의 法思想”, 前掲書 참조.

61) 朴秉濠, “韓國法思想의 흐름”, 公法理論의 現代的 課題 <구병삭박사 정년기념논문집>, 박영사, 1991, 759면, 761면.

62) 金民煥, 前掲書, 245면.

63) 金民煥, 前掲書, 93면.

64) 金度亨, 前掲書, 208~9면.

65) 金民煥, 前掲書, 160면.

義의 실현을 최우선의 과제로 인식하였다. 신문뿐만 아니라 각종 단체에서 발행하는 잡지 등에도 법에 대한 관심은 아주 높아 법에 대한 논설이 많이 발표되었다.

문명개화론자들이 민족지에서 전개한 法治主義는 다음을 핵심으로 하고 있다. 법률은 制民과 保民을 위한 국가의 대권으로 나라의 <뿌리요 주춧돌>이라고 강조하였다. 그들은 법률은 오래 되면 해이해지므로 時變에 대응하기 위하여 서양의 법치주의를 수용하여 국내의 법제를 更張해야 한다고 주장하였다. 또 재판제도에 대하여 관심을 많이 가졌으며, 국가를 지키고 유지하기 위하여서 또 백성이 자기의 권리와 자유를 지키기 위하여서는 백성이 법을 알고 법을 지켜야 할 것을 강조하였다. 이러한 법치주의 주장의 성격은 행정부중심의 합리적인 법운용에 관심을 가졌으며, 惡法이라도 國法은 반드시 지켜야 할 것을 강조하였다.⁶⁶⁾ 세계의 모든 문명국은 모두 법치국가·법치정치·법치국민이기 때문에, 국민민복에 적합한 법률을 확립하고 국가·정치·국민이 일체가 되어 규정에 어긋나지 않아야 대경쟁에서 이길 수 있다고 하였다. 특히 개인의 권리는 모두 법에 의하여서만 보장된다는 것이 일반적 인식이었으며, 나아가 법률의 관념이 없으면 문명도 바랄 수 없다고 하였다.⁶⁷⁾

문명개화론자들은 신문의 논설에서 부국강병의 근대화를 위하여서는 법치주의의 확립을 주장하였다. 이러한 법치주의 주장은 제국주의의 상황이라는 긴박한 역사적 현실을 의면하고, 민중세력의 폭발적인 참여욕구를 막았다. 또 정부나 외세의 민중세력에 대한 탄압을 정당화하고 여론화하는 데 이용된 것에 한계가 있다. 특히 준법을 근대화의 기준으로 삼아 의병들을 법을 지키지 않는 無賴之輩, 匪賊으로 비난한 점에서는 서구와 일본의 제국주의에 대한 인식이 결여되었으며 민족주의에 대한 인식이 미흡하였다.⁶⁸⁾ 더우기 외세에 대항하여 독립을 쟁취하려는 동학에 대해서는 '야만의 행사'로 불렀고, 1905년 을사보호조약 체결후의 의병들에 대해서도 '妖妄誑惑이 심한 假義之徒' 또는 '義兵之徒는 皆禍國之妖孽이오 害民之毒癘'라는 극언을 하였다.⁶⁹⁾ 이러한 사실은 아래의 『독립신문』 논설에 극

66) 金民煥, 前掲書, 160~4면.

67) 金度亨, 前掲書, 109면.

68) 金民煥, 前掲書, 160~170면.

69) 독립신문 1898년 3월 31일 논설; 皇城新聞, 1904년 7월 29일 논설; 皇城新聞, 1906년 12월 14일 논설; 金民煥, 前掲書, 147면에서 재인용.

명히 나타나 있다.

만일 정부에서 무리한 법률을 만들든지 人民을 사랑하지 않은 官人이 있다면 그것을 世界의 理致에 좇아 설명하면 정부에서도 順한 人民의 말을 더욱 두렵게 여길 터이니 편하고 순한 길을 버리고 亂을 일으킨다든지 정부를 헐박하려고 하는 것은 아니되고 자기의 몸도 망하고 나라도 망하는 行實이다.

만일 정부에서 만든 법률이 人民의 생각에 마땅하지 아니하면 자기 소견을 신문지에 기록하든지 다른 人民에게 연설하는 것은 可하거니와 亂類가 되어 정부를 훔하든지 정부에서 보낸 官長을 욕하고 죽이는 것은 逆賊이 하는 일이니 ...⁷⁰⁾

법치주의와 준법주의를 강조한 이들 주장의 한계는 제국주의라는 역사적 상황의 긴박성을 외면하고 있으며, 또 민중의 폭발적인 참여욕구를 꺾었다.⁷¹⁾ 또 후기에는 일본의 제국주의적 경향에 대한 정확한 인식이 있었지만, 초기에는 이에 대한 인식도 없이 일본의 明治法文化를 모범으로 삼는 방향으로 진행되었다.⁷²⁾

이러한 법치주의는 서구에서 탄생한 입헌주의 등에 입각한 것과는 본질적으로 달랐다. 사회진화론은 기본적으로 개인주의에 기초한 것이지만, 社會有機體說이나 國家有機體說과 결합되면서 개인이 전체에 봉사하는 관념으로 전환되었다. 이들은 사회진화론적 차원에서 국가의 발생과정도 強權의 변화과정으로 이해하였으므로, 항상 정치상의 强者, 곧 君主의 입장을 합리화해 주었다. 특히 제국주의의 상황에서 살아남기 위해서는 君主의 支配權을 중심으로 강자가 되어야 한다는 정치이론이 君主權論·立憲君主制였다.⁷³⁾ 이러한 법치론은 당시에 선호된 人民主權論에 반대하는 입헌군주론이나 국가유기체론에서 법은 통치권 자체를 주권으로 인식하였고 통치권에 대한 신민의 절대복종이 강조되었다. 이러한 상황에서는 입헌주의가 약해지면서 군주나 관료의 의사가 강하게 반영되는 절대적 법치주의가 발달할 가능성이 있다. 또 현실적인 측면에서 법치주의는 실정법의 준수

70) 독립신문, 1896년 4월 11일 및 16일 논설 ; 金民煥, 前揭書, 146면 및 163면에서 재 인용. 원문은 이해를 돕기 위하여 필자가 현대어법으로 고치고 한문으로 바꾸었다.

71) 金民煥, 前揭書, 170면.

72) 金民煥, 前揭書, 299면.

73) 金度亨, 前揭書, 104~5면.

를 강조하는 논리로 되었다. 실정법의 인정은 당시의 일본의 침략과 후에는 통감부의 지배를 그대로 옹호하는 역할을 하였다. 물론 이러한 한계를 인식하고 법 자체의 정당성에 의문을 제기하기도 하였으나, 제국주의 지배하에서는 법치주의의 강조는 현실개혁의 논리가 될 수 없었다.⁷⁴⁾

문명개화론자는 자주국가의 수립을 위해 법치를 강조하였는데, 이들은 사회진화론에 입각하여 점진적으로 실력을 배양하여 나라를 부강하게 하고 독립을 준비하자는 것이었다. 이들은 국권상실의 원인을 실력부족에서 찾고 국권을 회복하기 위해 실력을 준비하고 양성하는 방법을 택하였다. 이들이 민중층의 의병전쟁에 대해 부정적인 것은 바로 실력의 차이를 인정한 패배주의적 발상이었다. 그리고 이러한 실력양성론에는 제국주의에 대한 인식의 차이, 특히 일본에 대한 인식의 차이에서 문명국인 일본의 보호와 지도로 실력을 양성할 수 있다는 것과 자력에 의한 실력양성을 추구하는 상반된 입장이 존재하였다. 이러한 입장차이는 1910년대를 전후하여 운동론의 분화와 연결되었다.⁷⁵⁾ 그러나 實力養成論과 準備論은 민족주의적 관점의 결여라는 한계로 곧 예측화되어, 외세에 의존하여 독립을 쟁취하려는 外交論을 거쳐 1920년대의 유화적인 文化政策의 분위기 속에서는 ‘參政權論’, ‘自治論’으로 탈바꿈하여, 식민통치정책에 따라 1930년대에는 예측집단으로 변질하였다.⁷⁶⁾

여기서 우리는 문화계몽운동가들이 서구법을 적극적으로 수용할 것을 주장하게 된 동기를 살펴 볼 필요가 있다. 이는 서구법 수용의 역사적 원인과 직접 관련이 있는 논의이다.

개화기에 서구법을 수용하게 된 원인에 대하여서, 조규창은 그 원인을 固有法制度의 貧弱性과 외국의 정치·문화적 영향으로 나누어 설명하였다. 고유법제도의 빈약성으로는 因果的 原始自然法思想, 規範的 思考의 포괄적 단순성, 집단적 공동책임, 사회적 신분제도의 폐쇄성, 長의 전체적 의사결정, 律學과 律士의 부진 등을 들고, 결론적으로 우리나라에서 서양법을 아무런 저항없이 수용하였다고 한다.⁷⁷⁾ 그리고 최종고는 고유법·관습법의 전통이 약체였고, 정신적 배경으로는

74) 金度亨, 前掲書, 109~110면.

75) 金度亨, 前掲書, 124~6면.

76) 金度亨, 前掲書, 452면.

77) 曹圭昌, “西歐法 受容에 있어서 法學教育의 歷史的 意義”, 전게서, 115~135면.

종교관념이 미약하였으며, 서양에 대한 동경이 고조되었으며, 경제적으로 상품경제가 진전되어 서구법을 수용할 수 있는 여지가 있었으며, 가장 구체적이고 결정적인 요인은 일본 제국주의의 역할이라고 한다.⁷⁸⁾

固有法の 貧困性은 독일의 로마법繼受의 원인에 대한 논쟁에서 등장하였다. 1860년 슈토베(O. Stobbe)는 “게르만법이 거래관계를 규율하기에는 부족하여 로마법을 계수하게 되었다”고 하여 固有法貧困性을 주장하였다. 이에 대해 긍정설과 부정설 그리고 裁判制度欠缺說로 발전하였다. 현재 통설은 계수의 원인을 복합적으로 보고 있는데, 거래법의 빈곤성을 원인의 하나로 인정하고 있다.⁷⁹⁾

독일에서의 고유법빈곤성을 우리나라에 응용하여 서구법 수용의 원인으로 보는 것은 고유법에 대한 무시 내지 부인의 결과라고 할 것이다. 조규창의 설명은 우선 전통법에 대한 무시, 부인의 결과이다. 전통법에 대한 이해와 알려는 노력도 없이 독일에서의 논의를 단순히 한국사에 대입한 결과이다.⁸⁰⁾ 최종공의 설명 중 첫째와 넷째는 서로 모순되는 설명이다. 지나치게 도식적일지는 모르지만, 법이 경제관계의 반영이라면 경제관계가 상품경제로 진전되었다면 법도 이에 대응하여 자본주의적으로 변하였을 것이다.⁸¹⁾

개화기에 서구법 수용의 원인을 고유법의 빈곤성 등에서 찾는 것은 전통에 대한 부정적 시각을 바탕으로 하는 것이다. 그리고 서구법의 수용에 대한 저항이 전혀 없었던 것은 아니었다. 위정척사파와 의병은 이를 옹변적으로 말해주고 있다. 결국 서구법의 수용원인은 일본제국주의의 침략이 가장 큰 원인이었다. 그리고 문명개화파 등 서구법을 적극적으로 수용할 것을 주장한 집단의 역사의식과 제국주의의 본질을 파악하지 못한 대외정세에 대한 판단의 오류가 결합되어 이루어졌다고 할 수 있다. 그렇지만 서구법 수용과 그 결과로 전통법이 소멸된 원인을 일본의 제국주의 침략만으로 돌리는 것은 모든 책임을 일본에 전가하는 자기도피적

78) 崔鍾庫, “歐美法 수용과 한국의 法文化”, 계간 思想과 政策 제6권 제3호, 경향신문사, 1989. 9, 177면.

79) 玄勝鍾 저 / 曹圭昌 증보, 게르만法, 박영사, 1989, 96~120면 참조.

80) 이러한 인식은 일제기에 일본인이 한국법에 대한 연구성과를 무비판적으로 그대로 받아들이는 것에 기인하는 것으로 생각한다. 전통을 복원시키기 위해서는 일본인의 연구성과를 재검토해야 한다.

81) 이에 대해서는 近代法の 起點에서 언급하였다. 이에 대한 구체적인 검증이 필요하다.

· 자기면책적 주장이며, 이 역시 주체적인 역사해석이 될 수 없다.⁸²⁾

제국주의에 대한 명확한 인식이 없이 단순히 法治主義 및 法制의 整備를 주장하는 것은 그 자체로 약육강식의 제국주의 논리를 그대로 옹호할 우려가 있다. 즉 법제의 정비와 법치주의가 문명의 척도로 되고, 따라서 서구법제를 완비한 국가는 강대국으로 되고 그렇지 않은 국가는 약소국으로 되어 강대국이 약소국을 지배하는 것은 자연의 이치로 당연한 것이다. 이러한 논리에 따르면 한국은 법치주의를 완성할 능력이 없거나 설사 그 능력이 있더라도 긴 시간이 소요될 것이므로, 한국의 근대화를 위해서는 일본의 보호 속에서 실력을 양성하여야 하므로 자체의 실력을 양성할 때까지는 일본이 한국을 지배하는 것은 지극히 당연하다는 것이 된다.⁸³⁾ 이 논리를 확대하면 일본이 한국에 서구법을 소개하고 나아가 이에 근거하여 법제를 정비한 것은 바로 한국을 근대화시킨 공로이며, 이 과정에서 억압적 방법의 사용은 이를 꺼리는 집단이 있었기 때문에 불가피한 것이었다. 이러한 일본의 논리는 封建社會缺如論, 韓國史停滯論 등으로 발전하여 식민지사관으로 완성되었다.

2. 法觀의 變化와 歷史的 意義

서구법의 수용은 우리의 법체계를 일변하였다. 그 폐해는 단순한 제도의 단절이 아니라 傳統의 不正이라는 '思考의 斷切'을 가져왔다.

문명개화론자를 비롯한 일반인은 傳統的인 것은 문명개화의 시대에는 더 이상 쓸모가 없으며, 하루 빨리 서구적인 것, 근대적인 것으로 개혁해야만 자주독립의 민족국가를 수립할 수 있다고 보았다. 그리고 이의 모델을 明治年間の 일본체도로 삼고⁸⁴⁾ 일본의 제도·법을 당시로는 실현가능한 가장 타당성이 있는 것으로 여겼다. 이것은 일본에 대한 인식은 코페르니쿠스적 전환을 의미한다. 明治 이전의 일본은 오랑캐로 배울 것이 전혀 없지만, 明治 이후의 일본은 서구와 같은 것으로 멸시할 것이 아니라 적극적으로 본받고 수용하여 일본과 같은 近代自主獨立

82) 崔鍾庫, 前掲論文, 177면.

83) 이와 관련하여 개화기의 법학을 '愛國的 民族法學'이라는 평가에 대해서는 치밀한 재검토가 필요하다.

84) 崔鍾庫, 韓國法思想史, 249면.

國家를 수립해야 하는 것으로 보았다. 일본에 대한 이중적 사고방식은 해방 후에도 여전히 지속되었다. 대표적인 예로 佳人 金炳魯를 들 수 있다. 그는 민법안 기초취지설명에서 다음과 같이 발언하였다.

일본법이라는 것은 법 자체가 민법이 불란서법 독일법 그것을 태반히 그대로 번역한 것이다. … 일본이라는 것은 명치유신전에는 역사가 없는 나라입니다. …… 일본사람인 것은 명치유신전에는 그게 인류가 아니예요 …⁸⁵⁾

그는 명치유신을 전후로 하여 일본을 완전히 다르게 인식하고 있다. 즉 明治維新 전에는 人類가 아니며, 명치유신이후의 일본은 文明국이고 그 법은 서양법과 같다고 인식하고 있다. 법학에 잔존하는 일제잔재의 청산과 관련하여 일본법, 그리고 그 기반인 일본사회에 대한 인식의 변화는 반드시 필요하다.

이러한 전통법에 대한 부정적인 시각은 식민지기에도 불식되지 않았다. 이는 일본의 식민통치를 더욱 용이하게 한 면이 있다. 일본인의 우리 전통제도에 대한 사고방식은 朝鮮總督府의 法務局長을 역임한 松寺竹雄의 말에서 극명히 드러난다.

사법과 행정을 겸하는 관리가 법조문에 의거하지 않고 자유재량으로 처분하였기 때문에, 법전은 완비되어도 그 대부분은 空文에 불과하여 실현되지 않아 법전은 전혀 권위가 없는 상태에 있었다.⁸⁶⁾

일본식민당국자는 무법천지와 같은 조선을 질서정연한 법치국가로 만들기 위해 노력하였으며, 그리고 조선인은 법도 지키지 않고 또 권리의식도 약한 미개인으로 보았다. 일본의 법제정비는 식민지 지배와 수탈을 위한 것이 아니라 미개한 조선인을 일본인과 같은 문명인으로 개화시키는 과정이었으며, 이것의 완성단계는 바로 '內鮮一體' 등으로 표현되는 同化政策이었다.

개화기와 일제기에 형성된 전통에 대한 부정의식은 현재까지도 영향을 끼치고 있다. 일반적으로 우리 국민은 법을 지키지 않으며, 법을 불신하고 소송을 꺼린다

85) 鄭光鉉, 韓國家族法研究, “附錄編 : 親族相續法立法資料”, 서울대학교출판부, 1967, 273면, 278~9면.

86) 松寺竹雄, “朝鮮の慣習觀”, 朝鮮 140, 朝鮮總督府, 1927. 10, 10~3면.

고 한다. 그리고 이에 대해 다양한 이유를 들지만, 항상 '전통의 영향'을 빠뜨리지 않는다.⁸⁷⁾ 그러나 현재의 법률신·소송의 기피 등의 이유로 역사를 언급하는 것은 설득력이 없다. 법을 지키지 않는 것이 전통이라는 것은 검증되지 않은 가설에 불과하다.⁸⁸⁾ 소송의 기피는 일제기에 형성된 것이다. 일본과 조선간의 민형사사건의 수는 인구비례로 볼 때에 민사사건은 형사사건에 비해 적다. 이의 이유는 일차적으로 법정에 대한 불신에 연유한다. 이미 1920년에 朴殷植 先生은 1915년 이후 민사사건의 수가 줄어드는 것에 대해 이를 설파하였다(『韓國獨立運動之血史』, 89면).⁸⁹⁾ 현재의 문제의식은 1920년대의 박은식 선생의 수준에도 미치지 못하고 있다. 전통에 대한 부정적 견해는 바로 식민지하의 과정에서 형성된 것이다. 그리고 해방이 된 지 50년이 지난 현재에도 극복하지 못한, 앞으로 극복해야 할 과제이다.

IV. 맺음말

간략하게 개화기의 법제를 서구법의 수용을 중심으로 살펴보았다. 서구법의 수용과정을 다음과 같이 정리할 수 있다. 개화기의 서구법 수용의 과정을 일본제국주의라는 외압과 내부적으로는 적극적 수용, 선택적 수용, 전면적 거부의 역학관계에서 파악할 수 있다. 즉 초기에는 외압과 적극적 수용과가 손을 잡아 강하게 수용되었다가(改革期), 중기에는 선택적 수용과의 주도로 “舊本新參”의 바탕에서 타협을 하였다가(復古期), 제국주의의 외압 아래 서구법이 그대로 강제되었다(統監府期).

그리고 試論이었지만, 우리 역사에서 근대법의 기점을 갑오개혁 이전으로 소급시킬 수 있는 가능성을 제시하였다. 즉 소유권의 확립, 토지의 자본화 등, 자본

87) 朴相哲 외, '94 國民法意識調查研究, 韓國法制研究院, 1994, 63~5면.

88) 이에 대한 간단한 반론으로 소송법의 발달을 들 수 있다. 이에 대해서는 註 39 참조.

89) 韓寅燮, “식민지 형사법제의 구조와 유산 : 청산의 문제”, “法”, 그 속에 잔존하는 日帝遺産의 克服, 韓國法史學會 주관, 광복 50주년기념학술대회 발표문, 1995. 5. 40~1면 참조. 이 발표문은 <광복50주년기념논문집 제1권>으로 1995년 8월경에 발간될 예정이다.

주의적 경제관계의 성장에 따른 법내용의 발전과정을 구체적으로 밝히고, 나아가 법내용과 법령체계의 괴리를 극복하고 근대법으로 성장하는 내재적 계기를 규명하는 작업이 필요하다.

제국주의 상황에서 사회진화론을 수용하고, 法治主義를 주장하여 서구법을 수용하려는 입장은 결국 제국주의를 옹호하고 한국의 식민지화를 정당화할 우려가 있음을 논증하였다. 그리고 이는 단순한 서구법 - 일본법 - 과 그 문물에 대한 찬미만이 아니라 전통에 대한 부정적 인식을 가져와 현재까지 그 폐해를 남기고 있음을 논증하였다.

그러면 앞으로 할 일은 무엇인가. 전통에 대한 긍정적인 평가이다. 전통에 대한 부정적인 평가는 해방후에도 경제성장의 기치 아래 계속 되었고, 近代化論者는 서구화 - 더 구체적으로는 日本化 - 를 근대화로 파악하였다. 이것은 결국 식민지배논리의 연장에 지나지 않았다.⁹⁰⁾ 이미 1920년대에 自山 安廓(1881 또는 1886~1946)은 전통에 대해 긍정적인 평가를 하였다.⁹¹⁾ 그는 당쟁을 정당정치로 보았고, 법에 대해서도 마찬가지였다.⁹²⁾ 이러한 전통은 단절된 채, 현재에 이르고 있다.

전통에 대해 현재의 문제의식에 입각하여 새로운 시각으로 접근을 하여야 한다. 모든 문제의 연원은 과거에 있고 따라서 현재적 문제를 해결하기 위해서는 역사적 과정에 입각한 접근이 필수적이다. 이러한 연구는 한국사에 대한 긍정, 나아가 문화와 민족에 대한 긍정적 시야를 갖게 할 것이다. 그리고 이를 바탕으로 새로운 역사를 창조할 수 있다.

90) 親韓派라고 알려진 전 일본외상 와타나베 미치오(渡邊美知雄)의 韓日合邦과 植民地 支配를 미화하는 발언과 그리고 일본의 연립정권이 추진하고 있는 不戰決議에 대한 반대의 분위기를 보라. “韓日合邦 美化發言”은 일본의 역대 각료들이 끊임없이 하였다. 그러한 그들의 사고도 문제이지만, 우리의 현 자세, 즉 일본화의 경향과 전통에 대한 부정적인 사고도 일정한 역할을 하였을 것이다. 한겨레신문 1995년 6월 4일 2면 참조.

91) 自山安廓國學論著集(전6권)이 1994년에 여강출판사에서 발간되었다. 안廓에 대해서는 李泰鎭, “安廓의 生涯와 國學世系”; 柳浚弼, “自山 安廓의 國學思想과 文學史觀” 전집 6권 참조.

92) 그의 朝鮮文明史 - 朝鮮政治史(論著集 2권)는 1923년에 발간되었다. 내용은 政治史라기보다는 法制史라는 것이 필자의 생각이다. 안자산의 朝鮮文明史를 정치하게 분석한 法制史研究 및 그의 傳統法觀에 대한 연구가 필요하다.