

〈논문〉

현대사회의 법문화와 로마법

이 진기*

목 차

- I. 法史學의 과제
- II. 로마법의 의의
- III. 로마법의 지도이념의 표지
- IV. 로마法學者의 법발견방법
- V. 유럽聯合과 로마法
 - 1. 계약외적 책임(불법행위책임)
 - 2. 期間의 계산
 - 3. “네가 만든 법을 준수하라”의 원칙
 - 4. 유럽특허사무소의 결정
- VI. 맺는 말
- VII. 여론 - 우리법과 로마법

I. 法史學¹⁾의 과제

모든 社會群은 자기 자신의 인식을 위해 역사적 측면을 고려하고 이를 통해 자

* 연세대학교 강사, 법학박사

1) 여기에서는 법사학과 법제사를 구분하지 않고 양자를 포괄하는 일반개념으로 ‘법사학’을 사용한다.

신의 동일성을 발견함으로써 내부조직의 결속을 강화함과 동시에 사회의 미래를 조망할 수 있다.²⁾

법사학은 과거의 법적인 當爲規範을 연구하는 학문이다.³⁾ 법사학은 우리에게 과거의 법문화의 기능, 지난 세대의 법과 비법, 책임과 형벌에 대해 인식할 수 있게 한다. 이는 동시에 그 시대의 공동생활의 규칙과 분쟁의 조정 그리고 사법 및 행정상을 보여준다. 그러므로 법사학은 순수하게 사적인 흥미의 차원에서뿐만 아니라 현행법의 이해 및 올바른 법률생활의 지침을 발견하는 데 기여한다. 왜냐하면 현행의 (실정)법문화는 과거의 법문화의 후손이기 때문이다.⁴⁾

이와 같이 법사학적인 정당화의 근거는 인류가 인간의 존재에게 법학의 기원뿐만 아니라 미래를 제시하는(woher und wohin) 時間이라는 차원의 구속성에서 직접적으로 도출될 수 있다. 왜냐하면 역사의 연구를 통해 과거에 진실로 존재했던 사실뿐만 아니라 우리의 세계와 과거세계의 차이가 비로소 명확하게 되기 때문이다. 그러므로 현재는 많은 경우에 역사적 발전의 산물이라는 관점 하에서만 이해될 수 있으며, 法의 歷史性으로 인하여 소위 法群이 생성되고 법전 상호간의 관련성, 법적 사고의 유추가능성, 사안해결의 유사성이 발생하게 되는 바, 이로 인해 모든 민족과 문화의 歷史的 比較法學이 가능하게 된다.⁵⁾ 왜냐하면 비교법의 연

2) Fehr, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 6. Aufl., 1962, VII; von Lübtow, *Die Bedeutung des römischen Rechts für unsere Rechtskultur* (Die Interpolationenforschung, Das romanistische Rechtsstudium), Wissenschaftsgeschichte 13, 1989, 3 f., 67.

3) *Deutsches Rechtslexikon*, Bd. 3, hrsg. von Tilch, 2. Aufl., 1992, <Rechtsgeschichte> (Köbler).

4) 이러한 의미에서 특히 Liebs, *Römisches Recht*, 3. Aufl., 1987 (Sekundärkultur); 마찬가지로 Giaro, *Römisches Recht, Romanistik und Rechtsraum Europa, Jus commune* 22 (1995) 1 ff; Baldus, *ZEuP* 1998 (Tagungsbericht Giomata Impallomeni), 187 (Rom ist Gemeingut). von Savigny도 이미 이를 강조한 바 있다. von Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Bd. 4, 2. Aufl., 1826, XIV-XV(Zuvörderst besteht eine wichtige zur Rechtswissenschaft gehörende Aufgabe in der Aufstellung der Dogmengeschichte, durch welche unser eigenes Besitztum in seine geschichtlichen Elemente zerlegt soll. ... Da nämlich in der fortgehenden Entwicklung der Rechtswissenschaft das positive Recht selbst sich entwickelt und umbildet, so ist besonders für den neueren Jahrhunderte die Dogmengeschichte zugleich der reichhaltigste Theile der Rechtsgeschichte. ...)

5) 같은 의미에서 Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, 2. Aufl., 1986 (이하 RRG), 17. 법사학과 비

구대상인 법규범은 상당부분에 있어 역사와 함께 정신사적 전통을 공유하고 있으며, 비교법은 법제사의 유연집행의 기능을 수행하기 때문이다. 나아가 법제사는 비교법과 동일하거나 유사한 사안에 대해 다양한 해결안을 제시한다. 그러므로 역사적으로 발전을 달리하는 다른 법권과의 비교는 현행법상의 문제해결에 기여하는 바 적지 않으며, 공동의 역사를 조명하지 않은 비교법연구는 학문적인 방법론의 존재가 거의 불가능하다 하겠다.⁶⁾

법사학은 다른 한편 구제도의 이해를 위한 場을 열어 주며, 이는 특히 이전의 사람들이 어떻게 사회를 조직했으며 어떠한 방법으로 조직된 사회의 평화를 유지할 수 있었느냐에 관한 문제에 대한 해답을 제시해 준다. 특히 규범영역은 규범이 규율하고자 하는 사회의 역사적 변천과정과 분리될 수 없으며 사회에서 법으로 파악된 것 또한 사회적 실재였음을 부인할 수 없다. 따라서 법사학적 방법에 있어서 기본원칙은 모든 주어진 소재들을 그의 기원에 이르기까지 추적하는 것이라고 할 수 있다.⁷⁾ 다른 한편 법사학적인 지식은 단순히 과거의 제도를 알기 위해 필요한 것이 아니라 우리가 실정법을 보다 잘 이해할 수 있기 위하여 필요로 하는 것이다. 이러한 관점에서 법사학은 법학의 본질적인 부분을 형성한다.⁸⁾ 왜냐하면 구체적인 사회갈등을 조명하지 않고 법원칙을 이해하거나 발전할 수 없기 때문이다.⁹⁾

따라서 우리는 역사적인 사실의 탐구만을 목표로 하지 않으며, 오히려 법사학

교법의 관계에 관하여 특히 L. Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts*, 1953, 24 ff.; Coing, *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*, 1962, 29 ff.; Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 4. Aufl., 1966, 344 f. 참조 (Rabel의 비교법적 방법론을 중심으로). 비교법의 방법론에 대하여는 Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., 1996, 31 ff.

- 6) 이에 관하여 von Lübtow, 55 ff. (das römische Rechts als Rüstzeug der Rechtsvergleichung).
- 7) 같은 의미에서 Bretonne, *Geschichte des römischen Rechts, Von den Anfängen bis zu Justinian*, übers. von Galsterer, 1992, 24 mit Hinweis auf von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., 1840, 117, 140.
- 8) 법학은 법규범의 해석과 체계화를 통한 실정법의 구명, 법규범을 비판적으로 검토하고 발전경향을 이해함으로써 미래에 나아가야 할 방향을 제시하는 법의 개선 및 실정법의 기본 가치인 법사상의 방어와 이의 실현을 과제로 한다. 이에 관하여 자세한 것은 von Hippel, *Herausforderungen der Rechtswissenschaft*, JZ 1998, 529 ff., insbes. 529 f. 참조.
- 9) 예를 들면 *protestatio facto contraria non valet*. (행위에 반하는 주장은 효력이 없다)

적인 연구를 통하여 실정법의 이해 및 법형성에 도움을 얻고자 한다.

일반적으로 로마法, 敎會法, 自然法 및 게르만法을 유럽법문화의 4대지주로 지칭할 수 있으나,¹⁰⁾ 다음에서는 현행법의 기초가 되는 法史 일반이 아니라 근대 사법의 형성에 가장 많은 영향을 미친 로마법의 현대법적인 의의와 기능을 제한적으로 검토하고자 한다.

II. 로마법의 의의

로마법은 고대로마제국의 법으로서 특히 위대한 고전기법학자의 전승에 의해 대변되는 최고의 가치를 가지는 로마의 기념비적인 정신유산이다.¹¹⁾ 전문법률가에 의해 정립된 로마법은 본질에 있어 실용적인 法曹法(Juristenrecht)이므로 관습법과는 달리 그의 법기술적인 엄정성으로 인해 일반인이 쉽게 법에 접근할 수 없는 결과를 낳았다. 이는 곧 이미 ‘學問’으로서 로마法學이 성립했음을 의미한다.¹²⁾

시대적으로 지중해를 중심으로 하는 고대로마제국을 지배했던 로마법은 중세 이후 로마법의 재발견과 법학교육을 통한 로마法源의 학문적 침투로 인하여 다시 한 번 유럽세계를 지배하게 되었다. 그런데 새로운 또는 외래의 이질적인 법문화의 수용을 의미하는 로마法の 繼受 이후 로마법학에 의해 평정된 유럽¹³⁾의 법발

10) Giaro, *Ius commune* 22 (1995), 2; 비교) Coing, *Von Bologna bis Brüssel, Europäische Gemeinsamkeiten in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft* (Kölner juristische Gesellschaft Bd. 9), 1989, 11 f.

11) Koschaker, 337 mit Hinweis auf Cels.D.1.1.1 pr. (ius est ars boni et aequi); Kaser, *RRG*, 16; Knütel, Roms Recht - "und erstaunlich ist es nicht, daß die bedeutendsten europäischen Völker sich der Herrschaft dieses Rechts gebeugt haben", in; *Das Mittelmeer - Die Wiege der europäischen Kultur*, hrsg. von Rosen, 1998, 134.

12) 법학의 학문성에 관하여 Henke, *Alte Jurisprudenz und neue Wissenschaft*, *JZ* 1987, 685 ff.; Kaser, *RRG*, 12; Giaro, *Ius commune* 22 (1995) 6 f. 등 참조 이에 반하여 법학의 학문성을 부인하는 견해로 이미 von Kirschmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1847, 37, 52 ff.

13) Coing, *Von Bologna bis Brüssel*, 8 (eine einheitliche europäische Rechtswissenschaft). 유럽의 개

진과정은 법학방법론적인 측면에서 볼 때 固有法の學問化(Verwissenschaftlichung)로 정의될 수 있는 일종의 自己實現過程이다.¹⁴⁾ 왜냐하면 로마법의 계수는 국가 권력이 아니라 법관념의 변화에 의해 가능했기 때문이다. 로마법의 계수와 더불어 고유법의 학문화와 법제도의 통일화 및 안정화가 이루어지게 되었다.

그러나 自然法思想의 영향으로 본격화된 유럽 각국의 民法典制定 및 법률공 용어로서 라틴어의 지위상실과 더불어 - 다소간의 차이에도 불구하고 존재했던 - 법적 통일성이 분열되기 시작했고¹⁵⁾ 로마법은 더 이상 유럽의 - 理性이 아니라 법체계를 사적으로 연구함으로써 확립되었다는 점에서 상대적인 의미에서 - ‘自然法’(relatives Naturrecht)이 될 수 없게 되었다. 지금까지의 법학에서 로마법이 향유한 지위는 비교법에 양수되었다. 뿐만 아니라 현대에 이르러 새로이 발생하는 특수한 법률현상의 해결을 위한 기술법규의 제정 및 그 결과로 대두한 법규범의 개별화(Fragmentierung)으로 인하여 현행법제도는 과거와 단절된 역사적인 뿌리가 없는 법률의 모습을 지니게 되었다. 이는 많은 경우에 새로운 유럽 질서의 창설을 위한 법통일작업¹⁶⁾에 커다란 장애요인으로 작용하고 있음을 부인할 수 없다.

독일에 있어서 로마법의 계수¹⁷⁾는 1495년 帝室法院(Reichskammergericht)의 설치와 더불어 본격화되었다. 원래 계수된 로마법은 고유법을 대체하는 것이 아니라 고유법의 흠결을 보완하는 補充法이었다. 그럼에도 불구하고 로마법은 그의 학문

념 및 그 생성과정에 대하여 Koschaker, 1 ff., 특히 6 ff.

14) Wieacker, *Europa und das römische Recht*, in: *Vom römischen Recht*, 2. Aufl., 1961, 288 ff., 290.

15) Coing, *Von Bologna bis Brüssel*, 11은 이를 ‘法的思考의 個別國家化’(Nationalisierung des Rechtsdenkens)라고 표현한다. 그러나 통일적인 로마법학적인 전통은 이미 중세의 종료와 함께 유럽에서 개별국가의 고유법체계, 정신적, 문화적 차이로 인하여 상실되기 시작했다. 이러한 의미에서 특히 Kaser, RRG, 12, 284 참조. 자연법이론의 영향을 받은 민법전으로 1794년의 프로이센一般國家法(ALR), 1804/7년의 프랑스民法典(C.c.), 1811년의 오스트리아一般民法典(ABGB) 및 1863년의 작센民法典(Sächs. BGB)을 들 수 있다.

16) 유럽통일사법전의 제정에 관하여 1989년 5월과 1994년 5월의 유럽의회의결(Europa Parlament Resolution) 참조.

17) 이에 관하여 자세한 것은 현승중/조규창, 개르만法, 1988, 92 이하; Wacke, *Die Rezeption römischen Rechts in Europa. Ein einführender Überblick*, OIR (Journal of Ancient Law Studies) 1 (1995) 143 ff. mit Lit. 등 참조.

성, 개념의 명확성 및 법제도의 체계성으로 인하여 고유법에 비하여 우월했을 뿐 아니라 관습법인 고유법에 비해 증명이 용이했으므로 독일제국 내에서 일반적으로 적용될 수 있는 법, 즉 제국의 일반법인 普通法(ius commune)이 되었다.

19세기초에 이르러 사비니(Fr. C. von Savigny, 1779-1861)와 그의 추종자인 로마 歷史法學派는 로마법(법사학)의 바탕 위에서 法理論(Dogmatik)의 학문화를 추구했다. 그럼에도 신성한 유럽법전통의 상징인 시민법대전의 法文은 역사법학과의 후예인 판덱텐法學者에 의해 격하되었고 그 결과 시민법대전(Corpus iuris civilis) 중 가장 핵심적인 부분이라 할 수 있는 法學全集(Digesta=Pandecta)은 더 이상 실정법으로서가 아니라 단순히 학문적인 권위만을 향유하게 되었을 뿐이었다.¹⁸⁾

로마법적인 전통은 판덱텐법학자에 의한 2차적인 법문화의 발전과정에서 점차 정화되어 오늘날에 이르러 로마법은 - 적어도 형식적으로는 - ‘共同의 遺産’ 이상의 의의가 없게 되었다. 이는 곧 이전에 있었던 상태 그대로의 로마법이 더 이상 요구되지 않고 사법사가 자발적인 傳統의 保存으로서의 의미만을 지니게 되었음을 의미한다 하겠다.¹⁹⁾

이와 같은 판덱텐법학자의 노력은 독일민법전의 제정으로 결실을 맺어 로마법은 독일민법의 시행과 더불어 실정법으로서의 의미를 상실하고 단순한 역사적인 연구대상으로 전락하게 되었다. 그럼에도 불구하고 현행독일민법은 - 다른 유럽 국가의 민법전과 마찬가지로 - 여전히 방법론적으로 로마법에서 발달한 법제도와 법률용어를 유지하고 있음을 부인할 수 없다. 나아가 독일민법의 입법자는 구체제, 즉 普通法學과의 連續性을 추구했다. 그들은 민법의 입법과정에서 법이론적 규정의 도입을 거부하고 기존의 法源과의 관계를 유지함과 동시에 구체적인 사항을 학설과 판례에 위임하고자 시도했다.²⁰⁾ 그 예로서 信義誠實(bona fides), 惡意

18) L. Wenger, 594 ff., 596. 그럼에도 어느 누구도 그가 권위를 믿지 않는 법을 학문적인 연구 대상으로 하지 않을 것이며, 이점에서 법학은 신학과 본질을 같이 한다. 이러한 의미에서 Koschaker, 337 f. (Rechtswissenschaft als Dogmatik).

19) 이러한 의미에서 Knütel, *Römisches Recht und Europa*, RIDA 41 (1994) 217.

20) Einführungsgesetz zum BGB (EGBGB) 참조. 로마법에 근거한 20세기 상반기의 독일제국법원 판례에 관하여 H. Schwind, *Die römischen Rechtsquellen in den Entscheidungen des Reichsgerichts seit Inkrafttreten des BGB*, 1954 (Dis.).

의 抗辯(exceptio doli), 善良한 風俗(boni mores) 등과 같은 사법의 기본개념을 들 수 있다. 또한 로마법상의 부당이득제도를 모르고 현행 부당이득법을 정확히 이해 할 수 없으며, 이러한 설명은 점유나 소유권 및 낙성계약에 있어서도 타당하다. 그러므로 고대 및 중세의 로마법이론에 대한 체계적인 이해가 없이 현행의 大陸私 法制度는 쉽게 설명될 수 없다. 한편 로마법사는 interpretatio multiplex(다의적 해석)과 같은 해석방법이나 periculum est emptoris(위험은 매수인에게 귀속한다)와 같은 法諺을 중심으로 입법정책적인 비판의 도구가 되기도 한다.

뿐만 아니라 로마법은 역사의 전개과정에서 압도적인 숫자의 지지자에도 불구하고 항상 이에 대해 비판적인 견제세력이 있었다.²¹⁾ 특히 獨逸固有法學者를 중심으로 하는 일단의 법학자들은 고대 노예사회의 산물인 로마법은 더 이상 시대 정신에 부합하지 않는 외래요소로서 帝權移讓思想(translatio imperii)으로 채색된 절대주의의 제도적 기초이므로, 자유정치체제의 적일 뿐만 아니라 개인의 욕구충족을 공공의 이익에 우선하는 개인주의적 자본주의의 무기에 지나지 않는다²²⁾고 주장한다. 이 밖에도 현실적인 측면에서 로마법 원전의 난이성, 지나친 원문위주의 연구, 인문주의교육의 쇠퇴로 인한 어학지식의 결여, 대학교육제도의 변화 등도 로마법의 연구를 점차 퇴보하게 한 중요한 장애요인으로 작용했다.²³⁾

그러나 전통은 정신적인 단일체이며, 私法은 사회의 변화에 의해 쉽게 변화하거나 소멸하지 않는 법체계 중에서 가장 보수적인 영역이라는 점을 고려할 때²⁴⁾ 이러한 비판은 현실적인 한계에도 불구하고 전면적으로 타당한 것으로 보이지는 않는다. 나아가 로마법의 연구는 법률개념을 비롯하여 특히 개별규정의 해석, 일반조항의 구체화, 그리고 법규의 흠결의 보충과 같은 해석론을 통해 여전히 法發

21) 이에 관하여 특히 Jolowicz, Political Implications of Roman Law, *Tulane Law Review* 22 (1947) 62 (P. Stein, Römisches Recht und Europa, *Die Geschichte einer Rechtskultur*, ins Deutsch übers. von Luig, 1996, 12에서 재인용) 참조.

22) 이와 반대로 로마법은 소유권개념과 계약법의 우월성으로 인해 오히려 경제발전에 기여한다는 입장으로 Knütel, RIDA 41 (1994) 219 f. mit Hinweis auf Barbier, FAZ v. 31.12.1990 Nr. 303, S. 13.

23) Knütel, RIDA 41 (1994) 217 ff. aber mit anderen Ergebnissen.

24) Koschaker, 352.

展(Rechtsfortbildung)에 기여하는 바가 적지 않다.²⁵⁾ 이러한 측면에서 현대의 법전은 - 체계적으로 현대의 시대상에 맞게, 그리고 현대의 언어로 장식된 - 유스티니아누스황제(Justinianus I., 527-565)의 기념비적인 로마법편찬의 複製版 이상이 아니라고 할 수 있을 것이다.²⁶⁾ 이는 통일법전의 제정으로 인하여 완비된 법체계를 가진 오늘날에 이르러서도 법원이 해석의 어려움을 극복하거나 현행법을 적용하는 것이 정의의 관념에 반하는 결과를 초래할 위험성이 있을 경우 로마법을 인용하거나 또는 직접 로마법원전에 근거하여 판결하는 예가 적지 않다는 사실에서 분명하다.

먼저 독일의 예를 들면 연방최고재판소(BGH)는 1984년 모젤강에 위치한 河中島가 퇴적으로 인하여 커진 사건에서 “위험을 부담하는 자에게 이익이 귀속되어야 한다(commodum eius esse debet, cuius periculum est, Inst.3.23.3)”는 원칙에 따라 소위 로마법상의 ‘흐르는 섬’(insula in flumine nata, fließende Insel)理論을 채용하여 강의 소유자인 국가의 소유권을 부인하고 기존의 섬의 소유자의 소유권을 확인했다.²⁷⁾ 또 다른 판결에서 연방최고재판소는 Herm.D.21.3.3 pr., 1와 관련하여 매수인에게 賣渡 및 引渡의 抗辯(exceptio rei venditae et traditae)을 허용했다.²⁸⁾

이와 같이 로마법원전을 원용하는 경향은 비단 성문법전을 가진 독일뿐만 아니라 불문법국가인 영국에서도 나타난다. 영국법원은 1987년 고의로 原油가 혼합된 사안의 중재판결(Indian Oil Ltd. v. Greenstone Shipping SA)에서 정의관념의 요구에 따라 Inst.2.1.27에 근거하여 판시했다.²⁹⁾

25) 특히 Knützel, *Das Mittelmeer - Die Wiege der europäischen Kultur*, 148.

26) Charles Sherman, *Roman Law in the Modern World*, 2. Aufl., Bd. 2, 1924, 5; 같은 의미에서 이미 F. A. Fenet, *Recueil des Travaux Préparatoires du Code Civil*, Bd. 11, Paris, 1828 [Nachdr. 1968].

27) BGHZ 92, 326 ff., 334; Proc.D.41.1.56 pr.(... et quod postea ei insulae alluvione accessit, id tuum est) und Lab.D.41.1.65.3. 나아가 337에서는 inaedificio cedit solo를 언급했다. 하중도의 소유권귀속관계에 대한 프랑스민법으로 Artt. 556, 560 C.c. 참조.

28) BGHZ 90, 269, 270-273.

29) 미국의 경우 로마법을 인용한 고전적인 판례의 예로 Edward et al., f.p.c. v. Martin's heirs et al (Lou. Rep. [1841] 284 ff.)와 Huntington v. Lowe et al (Lou. Ann. Rep [1848] 377 ff.) 등을 들 수 있다. 한편 로마법학과 영국법학의 관계에 대하여 J. B. Miller, *Das englische Recht und*

Si duorum materiae ex voluntate dominiorum confusae sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est, veluti si qui vina sua conflaverint. ... quodsi fortuito et non voluntate dominiorum confusae fuerint vel diversae materiae vel quae eiusdem generis sunt, idem iuris esse placuit.

두 명의 상이한 소유권자의 물건이 그들의 의사에 의해 혼합된 경우 혼합로 인하여 생성된 전체의 물건은 양자의 공유가 된다. 예를 들면 포도주가 혼합된 경우 ... 소유권자의 의사가 아니라 우연한 사정에 의하여 상이하거나 동종의 물건이 혼합된 경우에도 이는 동일한 것으로 인정된다.

Ⅲ. 로마법의 지도이념의 표지

로마법의 지도이념(원리)은 이미 슐츠(F. Schulz)³⁰⁾에 의해 적절하게 지적된 바 있다. 슐츠는 로마법의 원리를 ‘법형성에 참가한 로마인의 법과 정의에 대한 기본 관념’³¹⁾이라고 정의하고, 대표적인 표지개념으로 분리·고립적 사고, 추상성, 단순성, 전통주의, 국가주의, 자유, 권위, 인도주의, 신의 및 법적 안정성을 들고 있다. 여기에서는 다만 유럽연합에 있어서 正義(aequitas)에 상응하는 이념만을 私法關係를 중심으로 간략하게 서술하고자 한다.

로마법의 지도이념으로 먼저 로마법학자들이 무방식의 諾成契約을 인정한 동기가 되었던 ‘자기 자신의 말에 대한 성실’이라 할 수 있는 信義(fides)를 들 수 있다. 다음으로 로마의 헌법, 형법, 사법의 기본가치로서, 특히 私法關係의 개인주의적 형성을 촉진한 自由(libertas)가 있다. 나아가 특히 가족법분야에 있어서 절대적 지배권인 家長權(patria potestas)의 제한을 정당화하고 노예에 대한 처우개선을 중

das römische Recht als Zeugnisse indo-germanischer Völker, 1882 (Vortrag); P. Stein, *Roman Law and English Jurisprudence Yesterday and Today*, 1969 참조.

30) Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, 1934(이의 영역판으로는 *Principles of Roman Law*, translated in English by M. Wolff, 1956); jetzt auch J. Iglesias, *Espíritu del derecho romano*, 2. Aufl., 1991.

31) Schulz, 1.

심으로 하는 노예법의 형성과 같이 엄격한 사법상의 법률효과를 완화하거나 이의 발생을 저지하는 근거인 人道主義(humanitas)도 기본적인 지도이념에 해당한다. 로마의 황제는 이의 위반을 權利濫用으로 제재했다.³²⁾

마지막으로 인격권의 보호, 소유권의 보호(동시에 시민의 자유와 개인의 독립성 보장), 사회적 약자의 보호 및 시민의 자유의 보호를 위한 인격권침해에 관한 법무관고시와 기타의 소권과 더불어 일반사회평화보장수단으로서 점유보호제도도 로마법의 지도이념에 해당한다.

이러한 정의관념은 개별적인 법언으로 구체화되어 표현되기도 하였으며, 그 예로서 *quod nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur*(누구에게도 속하지 않는 물건은 자연적 이성애 따라 선점한 자에게 귀속한다),³³⁾ *patere legem quam fecisti, casum sentit dominus*(소유권자가 우연한 사정을 부담한다. 소유권자가 우연한 사정의 결과에 대한 책임을 부담한다), *accessio cedit principali*(종물은 주물에 속한다),³⁴⁾ *commodum eius esse debet, cuius periculum est*³⁵⁾ 등을 들 수 있다. 로마 법학자들은 이러한 法諺을 서로 구별하면서 때로는 극단적인 사안을 들어 다양한 문제해결방식을 도입했다.

이러한 로마법의 지도이념은 대부분 오늘날의 법학에 있어서도 구체적인 타당성을 가진다고 할 수 있다.

IV. 로마法學者의 법발견방법

로마법학자의 법발견방법의 특징은 合理性으로 정의될 수 있다.³⁶⁾

32) Mod.D.40.8.2. 인도주의의 영향은 특히 로마형법에 있어서 현저하다. 그러나 여기에서는 사법제도에 대한 영향을 예시하는 데 그친다.

33) Gai.D.41.1.3 pr.; Inst.2.1.12: 2.1.18.

34) Ulp.D.34.2.19.13; Gai.D.33.8.2.

35) Inst.3.23.3.

36) 로마법학의 방법론과 그의 시대적 변천에 관하여 자세한 것은 Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, 1962(= *Ausgewählte Schriften*, Bd. 1, 1976, 3-34) 참조.

이는 먼저 訴의 방식(Klageformel)에서 볼 수 있는 바와 같이 본질적인 사항(법적 문제)과 비본질적인 사항(사실문제)을 구분하는 分離·切斷의 技術을 의미한다. 로마법문헌은 로마법학자들이 믿을 수 없을 정도로 신속하게 법률문제의 핵심에 도달하고 불필요한 내용을 제거하였음을 보여준다.

나아가 단순·명확성을 지향하는 로마법학자의 노력은 법제도의 형성과 적용에 있어 節約性(Sparsamkeit)으로 구체화되었다. 이러한 단순성은 특히 고대의 소유권양도행위인 掌握行爲(mancipatio)에서 잘 나타난다. 장악행위가 비단 소유권 양도를 위해서만이 아니라 유언작성, 夫權婚(manus-Ehe)의 설정, 가장권으로부터 해방(emancipatio), 입양의 방식으로 이용된 사실에서 하나의 제도가 다른 법률행위를 위해 전용될 수 있으며 실제로 전용된 로마법제도의 기능성(Assoziation)을 보여준다(마찬가지의 예로서 法廷讓渡[in iure cessio] 참조). 유스티니아누스황제도 또한 시민법대전의 편찬에서 단순성을 좋은 立法의 理想으로 거듭 강조한 바 있다.³⁷⁾

세번째로 로마법학자의 실용적인 관점(pragmatische Sicht)을 들 수 있다. 예를 들면 기한의 이익과 이의 포기를 규정한 민법 제153조는 “급부는 빠르면 빠를수록 좋다”라는 단순한 사고의 산물이라 하겠다.³⁸⁾

마지막으로 입양에 관한 원칙규정인 adoptio naturam imitatur³⁹⁾나 야생동물과 가축의 구별에서 볼 수 있는 바와 같이 自然法則에 근거한 가치판단(natürliche Anschauungen)을 들 수 있다. 특히 야생동물(ferae bestiae)과 가축(pecus)의 구별은 최근의 유럽재판소판결에서도 재차 인용된 바 있다.⁴⁰⁾ 이와 같이 자연법칙에 기초하여 개별사안의 해결에 주력한 로마법학자의 태도는 로마법의 해법이 직접적으로 타당하고 항상 유효성을 확보할 수 있게 한 근본적인 이유라 하겠다. 다음에 서는 유럽연합에 있어서 로마법의 영향을 간략하게 고찰한다.

37) Inst.2.23.7 ... et nobis in legibus magis simplicitas quam difficultas placet, ...; Inst.3.2.3a(법정 상속순위와 관련하여) Et haec quidem lex duodecim tabularum nullo modo indroduxit, sed simplicitatam legibus amicum ...

38) Ulp.D.45.1.41.1 (dici adiectio pro reo esse, non pro stipulatore); § 271 Abs. 2 BGB.

39) Mod.D.1.7.40.1; Inst.1.11.4.

40) EuGH Slg. 1973, 1587 ff.(Rs. 149/73).

V. 유럽聯合과 로마法

유럽연합의 여러 기관에서 로마법을 인용하는 이유는 방법론적인 측면과 실정법적인 측면으로 나누어 분석해 볼 수 있다.

먼저 방법론적인 측면에서 로마법은 “구성요건(wenn …)과 법률효과(dann …)”의 체계로 규정되어 있음을 들 수 있다. 다시 말하면 로마법은 이성적이고 합리적인 법발견의 방법을 제시한다. 이미 앞에서 설명한 바와 같이 로마법학은 로마법의 계수에 수반된 법학의 학문화로 인하여 전문적 법학자계층의 성립에 기여했다. 로마법학은 유럽의 개별국가들이 - 서로 상이한 법체계에도 불구하고 - 법학교육에 있어서 동질성을 갖게 되는 중요한 動因이 되었으며, 이는 곧 법학과 법현실의 역사성과 동일한 의미에서 이해될 수 있을 것이다.

다른 한편 실정법적 측면에서는 유럽연합회원국의 법질서에 공동적으로 인정되는 一般法原則(allgemeine Rechtsgrundsätze, general principles)⁴¹⁾이 문제되며, 유럽재판소의 판결은 일반법원칙으로 승인되고 있다. 일반법원칙은 민주주의, 법치주의, 사회국가, 기본권과 인권의 보장과 같은 유럽연합의 구성의 기본원칙에서 파생하는 원칙으로 비례성의 원칙, 법적 안정성의 원칙, 신뢰의 보호, 법적 명확성 또는 일사부재리의 원칙 등과 같이 문명국(오늘의 개념으로 문명민족)에 의해 승인된 보편적 법원칙이다.⁴²⁾ 이밖에도 이행보조자에 대한 책임, 불가항력에 대한 면책, 정당방위와 긴급피난, 채권편의 일반원칙, 금반언의 원칙, 신의성실의 원칙 및 부당이득의 금지 등도 일반법원칙에 해당한다. 따라서 일반법원칙은 유럽연합법질서의 지붕이며 동시에 유럽연합법의 총칙이다. 일반법원칙의 확립은 개별국가법 간의 법규정의 상이점을 극복하고 상호동화를 도모하기 위하여 법률문제를 통일적으로 규율하는 공동체(연합)법을 형성하기 위한 필수불가결한 전제조건으로서, 이의 발견은 유럽법통합과 관련하여 評價比較法學(wertende Rechtsvergleichung)을 통하여 개별적인 회원국가의 법체계를 고찰함으로써 비로소 가능하게 된다.

41) Art. 215 Abs.2 EGV; Art. 188 Abs. 2 Euratom-Vertrag.

42) Art. 38 Nr.3 des Statuts von 1920 für den früheren Ständigen Internationalen Gerichtshof; Art.38 I lit.c des Statuts des heutigen Internationalen Gerichtshofs[IcGH]

그런데 일반법원칙은 대부분의 경우 이미 로마법에서 형성되어 수세기에 걸쳐 발전한 사법의 일반원칙과 일치하며, 그 결과 로마법의 기본이념과 별개의 것이 아니라 할 수 있을 것이다.⁴³⁾ 그러므로 일반법원칙은 로마법에 뿌리를 두고 있는 유럽법사상의 집약체인 보통법에서 발견될 수 있고,⁴⁴⁾ 이는 현실적인 측면에서 볼 때 상이한 내용의 법체계를 가진 국가 출신의 재판관들의 합의를 이끌어 낼 수 있는 유일한 수단이라고 해도 지나친 말이 아닐 것이다.

다음에서는 유럽연합에 있어 일반법원칙의 적용을 구체적인 예를 들어 간략하게 살펴보고자 한다. 일반법원칙의 적용은 특히 룩셈부르크의 유럽사법재판소(EuGH)의 판결 및 뮌헨의 유럽特許事務所의 결정에서 잘 나타난다.

1. 계약외적 책임(불법행위책임)

Art. 215 II EGV과 Art. 188 II EuratomV에 따르면 계약외적인 책임의 영역에서 유럽공동체는 직무의 수행에 관하여 그의 기관이나 직원에 의해 야기된 손해를 회원국가의 법질서에 공동으로 인정되는 일반법원칙에 따라 배상할 책임이 있다. 여기에서 행위의 위법성, 손해의 발생 및 행위와 손해간의 인과관계가 손해배상요건이며, 별개의 과실요건은 요구되지 아니한다.

이는 결과적으로 위법성, 손해의 발생, 인과관계(damnum iniuria datum)를 구성요건으로 요구하는 기원전 286년의 lex Aquilia와 일치한다.

lex Aquilia 제3장

Ceterum rerum praeter et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res fuit [erit] in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.⁴⁵⁾

43) 비교. 민법 제1조(條理); § 7 ABGB. 그러나 개별국가법체계 내에서의 일반법원칙과 유럽연합의 일반법원칙은 구분되어야 한다. 예를 들면 독일민법에 있어서는 채무자위험부담주의(periculum est debitoris 446 BGB)가 일반원칙이라 할 수 있으나 유럽연합법의 일반원칙(casum sentit dominus)은 될 수 없다.

44) 이에 관하여 Coing, *Von Bologna bis Brüssel*, 1989, vor allem 18 ff.

45) Ulp.D.9.2.27.5.

어떤 자가 (노예와 사족동물의 살해를 제외한 방법으로) 위법하게 소각·파손·훼손함으로써 타인에게 손해를 가한 경우 그는 장래의 30일간의 최고가액에 해당하는 금원을 주인에게 배상할 의무를 부담하라.

그 결과 普通法時代에 이르기까지 해석을 통하여 유지된 *lex Aquilia*는 계약의 적인 책임에 대해 일반법원칙의 기능을 수행하게 되었다. 이는 그리피니(Grifini)판결⁴⁶⁾에서 분명하다.

유럽원자력위원회가 운영하는 기상대 테라스의 건적을 산출하던 그리피니는 작업도중 추락하여 부상을 당했고 이를 근거로 유럽원자력위원회를 상대로 일일 소득과 노동능력상실에 대한 손해배상을 청구했다. 이 사건에 대하여 유럽사법재판소는 위법성; Artt. 2043(일반조항), 2051(책임추정 및 증명책임의 전환조항), *alterum non laedere*⁴⁷⁾의 원칙을 승계한 2087 C.c. ital.(사고방지조항)를 근거로 손해배상을 판결하는 한편 구체적인 손해산정의 기준이 개별국가에 따라 상이하였으므로 유럽사법재판소는 不法行爲地(*forum delicti commissi*)를 손해산정지에 대한 일반법원칙으로 채용했다. 그런데 이탈리아민법은 제한적으로 형사범죄가 성립하는 경우에만 위자료청구를 인정하고 있음에도 불구하고 유럽사법재판소는 형사범죄가 성립하지 않는 이 사건에 있어서도 위자료의 지급을 판결했다.

2. 期間의 計算 (민법 제157조)

유럽이사회에 재직중인 미세(Misset)는 1986년 2월 20일 그가 제기한 소원이 사무총장에 의해 반려되었음을 알게 되었다. 유럽공동체공무원법에 따라 그는 3개월의 기간 내에 정식재판을 청구할 권한이 있었다. 1986년 5월 21일 미세는 유럽사법재판소에 재판을 청구했다. 이 사안에서 기간의 계산방법이 문제되었다. 이 사건의 판단을 위하여 유럽사법재판소는 유럽위원회, 이사회 및 유럽의회의 의견을 구했으나 견해가 일치하지 않자 형평의 관념에 따라 '초일은 기간계산에 산입하지 않으나(*dies a quo non computatur in termino*) 말일은 기간계산에 포함된다

46) EuGH Slg. 1990 I, 1203 ff.; 1994 I, 341 ff.

47) Ulp.D.1.1.10.1.

(*dies ad quem computatur in termino*)’는 역법적 계산원칙(*Zivilkomputation*)을 확신했고⁴⁸⁾ 이는 고전기법학자인 파울루스(*Paulus*)의 기간계산방법과 일치함을 알 수 있다.⁴⁹⁾

3. “네가 만든 법을 준수하라”의 원칙(*patere legem quam fecisti*)

유럽사법재판소는 유럽위원회에서 이미 결의한 유럽기구직원의 임금인상안은 유럽위원회의 임금결정의 재량권에도 불구하고 효력이 있다고 판시했고,⁵⁰⁾ 또 일본기업에 대한 반덤핑사건에서는 이미 시행된 유럽공동체의 지침은 비록 그의 적용으로 인해 불합리한 결과가 야기될 가능성이 있다 하더라도 법적용의 통일성을 담보하기 위해 준수되어야 함을 강조했다.⁵¹⁾ 이는 명백하게 평등한 법적용과 자의적인 법발견의 금지를 목적으로 하는 법언인 *patere legem quam fecisti*에 근거한 판결이라 하겠다.

전승에 따르면 이 원칙은 기원전 340년 로마의 집정관이었던 토르쿠아투스(*T. Manilius Imperiosus Torquatus*)가 그의 명령에 따르지 않고 전투대형을 이탈하여 적장을 죽인 자식을 처형한 데 유래한다고 하며, 법무관이 그가 고시에서 규율한 사항에 구속됨을 규정한 기원전 67년의 *lex Cornelia de iurisdictione*에 법적 근거를 두고 있다.⁵²⁾

이와 같은 로마법에 대한 유럽사법재판소의 태도는 이미 1968.2.25의 판결에서 분명하게 선언된 바 있다.⁵³⁾

“(당시의 유럽공동체) 회원국가에 공통적이며 로마법에 소급하는 법원칙은 입법자가 명시적으로 반대의사를 표시하지 않는 한 법구조의 계속성을 담보하는 해

48) EuGH Slg. 1987, 223 ff. 이에 관하여 Reichard, SZ 112 (1995) 791 f. 참조.

49) Paul.D.50.17.101 Ubi lex duorum mensum fecit, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus est: ita enim et imperatur Antoninus cum divo patre suo rescripsit. 비교, Ulp.D.4.4.3.4 (*dies a momento ad momentum computare*; 자연적 계산방법=*Naturalkomputation*).

50) EuGH, Slg. 1973, 575 ff.

51) EuGH, Slg. 1979, 1185 ff.

52) 나아가 법학전집(*Digesta*) [Quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur] 참조.

53) Slg. 1969, 43(Rs. 23/68 [Klomp/Inspektie der Belastingen])(Knütel, JuS 1996, 778에서 재인용).

석에 있어 우선되어야 한다.”

4. 유럽특허사무소의 결정

나아가 공동의 법사에서 생성된 라틴어법언의 적용은 지금까지 개별국가법원에 비해 유럽특허사무소의 대상소심에서 더욱 많은 지지를 얻었다. 예를 들면 유럽특허사무소의 대상소심(Großes Beschwerdekammer des Europäischen Patentamtes, Office européen des brevets, Chambres de recours = EPA)은 형평과 *Tu patere legem quam fecisti*의 원칙에 의거하여 일단 규정된 소송규칙이 유럽특허협약에 저촉됨에도 불구하고 적용되어야 한다고 결정했다.⁵⁴⁾ 이러한 태도는 “심판소에서 승소하려는 자는 지난 3세기에 걸쳐 발달한 개별국가법을 잊고 라틴어로 쓰여진 공동의 과거의 유럽법을 인용해야 한다”고 강조한 보싱(Bossing)의 견해로 대변된다.⁵⁵⁾

이밖에도 로마법을 인용하거나 로마법학자들이 도달한 사안의 해결과 동일한 결론에 이른 판결은 적지 않으며, 이는 곧 로마법과 직접적인 연관성은 없다 하더라도 로마법과 보통법이 유럽법의식 속에 계속해서 작용하고 있음을 말해 준다. 예를 들면 *semel commissa poena non evanescit*(한번 발생한 형벌은 소멸하지 않는다)의 원칙은 이미 로마법원전에서 그러한 바와 같이 유럽사법재판소에서도 비례성의 원칙에 따라 인정되고 있다.⁵⁶⁾ 여기에서는 위의 예를 제시하는 것으로 그치

54) EPA Bd. 12, 164, 167 v. 20.7.1987.

55) Bossing, FS f. Preu, 1988, 219 (Lateinische Rechtsregeln aus gemeinsamer Rechtsgeschichte haben bisher innerhalb der Beschwerdekammern des Europäischen Patentsamts eher zu einem Konsens geführt als Orientierung am nationalen Recht. ... Wer sich also vor den Kammern Erfolg erhofft, sollte die nationalstaatlichen Kodifikationen der letzten drei Jahrhunderten vergessen und auf das gemeinsame, alte europäische Recht zurückgreifen, wie es in lateinischer Sprache formuliert ist).

56) EuGH, Slg. 1987, 4587 f., 4607. 이 판결에서 유럽사법재판소는 보증금을 계약별로 인정한 유럽위원회의 견해에 반대하여 계약별적 성격을 부인하고 불가항력의 경우 보증금의 반환을 인정했다; EuGH, Slg. 1979, 2137, 2151 f. (비례성의 원칙에 따라 계약침해의 정도를 기준으로 보증금의 일부반환을 인정).

고자 한다.

그런데 유럽사법재판소와 특허사무소의 판결은 개별국가의 법률관계를 직접 규율하는 것이 아니라 유럽연합을 소송당사자로 하는 경우에 문제되는 것이 대부분이므로 로마법의 가치는 이러한 측면에서 제한적으로 인정될 수밖에 없다 할 것이다. 또한 법률행위의 당사자는 사적자치의 원칙에 따라 준거법을 지정할 수 있으므로 로마법이 유럽법의 통합을 중심으로 일반법원칙의 측면에서 제한적으로만 논의될 개연성을 부인할 수 없다. 그럼에도 불구하고 로마법원칙은 법률문제에 대한 해결이 일치하지 않은 경우 판단의 기준으로 채용될 수 있다는 점에서 의미를 가진다.

VI. 맺는 말

20세기의 전반부에 이르기까지 로마법은 현대사법제도의 기초로서⁵⁷⁾ 유럽대학의 교과목에서 주도적인 지위를 향유할 수 있었다. 이러한 경향이 쇠퇴한 오늘날에 있어서도 로마법원칙은 법전이 없는 법체계에 있어서 일반법원칙으로 인용되기도 한다.

그런데 중세의 普通法이 그의 학문적 우월성으로 인하여 유럽에서 자발적으로 수용되었음에 반하여 상법과 회사법상의 유럽지침과 같이 새로이 생성된 유럽의 보통법은 기술적인 법통일의 필요성으로 인하여 위에서부터 규율되고 있음이 사실이다.⁵⁸⁾ 이러한 관점에서 볼 때 로마법은 우리에게 더 이상 법적인 계시가 될 수 없고 단순한 사적 기록에 지나지 않는다고 말할 수 있을 것이다. 그리고 방문 판매, 제조물책임, 소비자신용, 여행계약 등의 사법영역에서 이러한 경향은 특히 현저하다.⁵⁹⁾ 그런데 유럽법의 통합은 법규범의 통일을 통하여 실현될 수 있으나

57) 이의 증거로 특히 H. Schwind, *Die römischen Rechtsquellen in den Entscheidungen des Reichsgerichts seit Inkrafttreten des BGB*, 1954 (Dis.) 참조.

58) P. Stein, *Römisches Recht und Europa*, 208 ff.

59) 이에 관하여 Remien, *JZ* 1992, 277, 278 f.

법규범 자체의 통합만으로 충분하지 않고 동시에 법사상이 고려되어야 한다. 특히 사법, 민사소송법 및 행정법과 같은 법역에 있어서 유럽법사상의 발전은 불가결하다. 또한 로마사법은 지급기간, 지연이자, 계약벌⁶⁰⁾, 입양⁶¹⁾ 등과 같은 고전적인 법역에 있어서 여전히 史的인 중요성을 간직하고 있으며, 나아가 법률용어에서도 이러한 사실은 명확하다. 뿐만 아니라 로마법의 정신이 유럽법의 공동가치라는 점을 고려할 때 새로이 대두하는 법현상도 또한 로마법의 가치관념에 입각하여 규율될 수 있게 된다.

로마법은 우리에게 당면한 모든 사안에 대한 직접적인 해결책은 아니라 할 지라도 시공을 초월하여 법률문제에 가장 적절한 해결책을 제시해 준다. 왜냐하면 로마법이 모든 시대를 통하여 최고의 가치를 지닌 법적 기록임을 부인할 수 없기 때문이다. 이 점에서 로마법제도 보다 분석의 정확성 및 법제도의 안정에 기여한 법제도는 없다.⁶²⁾ 나아가 통일적인 유럽연합법의 관념 또한 전혀 새로운 것이 아니라 한 때 전유럽을 풍미한 統一法文化의 再現이라는 관점에서 이해될 수 있다. 로마법의 전통의 연구는 로마법학에 의해 확립된 개념의 영향이 오늘날에 이르기까지 미치고 있음을 보여준다.

나아가 로마법의 가치는 법학교육에서 찾아볼 수 있다. 먼저 19세기까지 유지된 로마법적인 전통에 종료를 통고한 독일민법의 시행에도 불구하고 독일민법의 중요부분이 로마법적인 내용과 정신에 의해 점철되어 있음을 고려할 때 로마법강좌는 오늘날에도 여전히 고유한 가치를 지니고 있다 할 수 있다.⁶³⁾ 또한 오늘날에

60) Résolution (78) 3 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative aux clauses pénales en droit civil.

61) Art. 8 Abs. Europäisches Übereinkommen über die Adoption von Kindern (Bundesgesetzblatt 1980, Teil II, 1094 ff. «in der Regel ... nicht als erfüllt ansehen, wenn der Altersunterschied zwischen dem Annehmenden und dem Kind geringer ist als der gewöhnliche Altersunterschied zwischen Eltern und Kindern»); Inst.1.11.4 (adoptio naturam imitatur); § 180 ABGB; Art. 265 ZGB (양부와 양자간에 16세의 연령차이를 요구); vgl. auch § 1741 Abs. 1 BGB (... zu erwarten ist, daß zwischen dem Annehmenden und dem Kind ein Eltern-Kind-Verhältnis entsteht).

62) Wieacker, RRG, 303 f. 그러나 이는 고유법의 연구 및 이를 바탕으로 하는 현행법제도의 비판을 배척하는 것은 결코 아니다. 이러한 의미에서 Kaser, RRG, 17.

이르러 로마법원전 내용 자체의 적용가능성이 현저히 위축되었음에도 불구하고 고전기법학자가 사안의 판단에 적용한 개념의 정확성과 판단의 논리적 명확성 등과 같은 로마법학의 방법론적 우수성으로 인해 법학적 논리전개를 위해서 로마법 이상의 교재는 없으며, 로마법은 현행법제도를 체계적으로 조망할 수 있는 중요한 교육수단이 된다.⁶⁴⁾

결론적으로 유럽의 사법학은 역사적 비교법학이나 비교법제사를 통하여 새로이 조명되어야 한다. 이러한 결과중심의 접근방법에 의한 통일원칙의 확립을 위해 법사학이 필요하다. 왜냐하면 법사학의 동화친화적인 “조화적인 해석” 방법론은 법이론적이기 때문이다. 그러나 이에 대해 로마법을 기초로 하는 서구적인 유럽 개념은 정치적이며 지속적으로 발전하는 로마법의 관념은 시대착오적이라는 비판이 있을 수 있다. 이에 따르면 법사학이론의 적용은 역사적인 동화모델에 한정적으로 적용되어야 하고 이러한 측면에서 그들은 단지 史的 論據로서만 가치가 있게 될 뿐이다.⁶⁵⁾

그러나 로마법은 비록 가장 중요하다고 할 수는 없을 지라도 유럽법문화의 정신적 지주가 되었음은 부인할 수 없다. 이점에서 로마법을 배제한 유럽법문화는 상상할 수 없다.⁶⁶⁾ 오늘날 통일사법을 통해 기본적 법가치를 실현하고자 하는 자는 법사학적인 경험을 반영하여 그가 어느 정도까지 새로운 법규범을 창설할 수 있는가의 문제를 고려하여야 한다. 왜냐하면 로마법은 전 서양을 유지한 족쇄이기

63) Kunkel, *Römische Rechtsgeschichte*, 12. Aufl., 1990, 168 f.; Kaser, RRG, 16. 법제사교육의 필요성에 관한 일반론으로 특히 von Lübtow, 115 참조.

64) Koschaker, 352; Liebs, 16; Knütel, RIDA 41 (1994) 222. 또한 이러한 관점에서 Betti, *Methode und Wert des heutigen Studiums des Roemischen Rechts*, TR 15 (1937) 10 ff.; von Lübtow, *Die Bedeutung des römischen Rechts für unsere Rechtskultur*, 115 ff. usw.

65) Giaro, *Ius commune* 22 (1995) 13 ff., 15 f. 비교) 이미 H. Schwind, 124 (Sie werden dann aber auch nicht tot, sondern immer modern sein); 법사학의 현대적 의미에 대하여 회의적인 관점에서 erneut Röhl, wozu *Rechtsgeschichte*, JZ 1994, 173 ff., 178(Die Geschichte sei eine Wissenschaft für sich). 그러나 Röhl도 세계화의 요구에 부합하여 그리고 나아가 현재의 법현상의 그릇됨을 알기 위해서 법사학적인 조명이 필요함을 부인하지 않는다.

66) Europe without the Digest would not be the Europe we know, so Maitland (Koschaker, 79 Fn. 3 [80]에서 재인용).

때문이다.⁶⁷⁾ 그러므로 새로운 법사실은 원칙적으로 과거의 법사실의 관점에서 이해되어야 한다.⁶⁸⁾

로마법은 이제 다시 모습을 감출지도 모르나 그의 발전은 결코 멈추지는 않을 것이다. 이는 고대 이래 부침을 거듭하였음에도 불구하고 생명력을 잃지 않은 로마법의 역사에서 확인될 수 있으며, 이점에서 로마법을 평상시에는 수면에서 헤엄을 치다가 먹이를 잡기 위해 잠수하였다가 다시 모습을 드러내는 ‘오리’에 비유한 괴테(Joh. W. von Goethe)의 지적⁶⁹⁾은 전적으로 타당하다. 그러나 오리가 다시 수면으로 부상하기 위해 부단히 노력하는 것과 같이 법사학자는 후진의 양성과 법사학과 실정법이론의 연결을 그의 과제로 삼아야 한다.⁷⁰⁾

결론적으로 우리는 역사를 정의한 야페츠(Yapetz)에 동의할 수 밖에 없다.

“역사는 끝이 없는 논거이며 역사적 조명은 불가피할 뿐 아니라 회피할 수도 없다.”⁷¹⁾

67) *vinculum quo totus occidens continetur*, so mit den Worten des Freiburger Ehrendoktordiploms für P. Koschaker, 1950 (Wieacker, RRG, 303 Fn. 24 [329]에서 재인용).

68) Knütel, JuS 1996, 778. 마찬가지로 이미 Oertmann, BGB AT, 3. Aufl., 1927, Einleitung. XIX (···, daß überhaupt Zweifel für eine tunlichst geringe Abweichung des alten von neuen Recht zu vermuten sei); Stolleis, Rechtsgeschichte - wozu?, Studjur. 7. Jahrg. 1-2 (1993) 14 f.

69) Goethes Gespräche, hrsg. von von Biedermann, Bd. II, 1909, 91 "Auch das römische Recht, als ein fortlebendes, das gleich einer untertauchenden Ente sich zwar von Zeit zu Zeit verbirgt, aber nie ganz verloren geht und immer einmal wieder lebendig hervortritt, sehen wir sehr gut behandelt, bei welcher Gelegenheit denn auch unserm trefflichen Savigny volle Anerkennung zuteil wird." 로마법에 대한 괴테의 태도에 관하여 자세한 것은 K.-H. Below, Goethe in seinem Verhältnis zum römischen Recht, in: *L'europa e il diritto romano (Studi in memoria di Paul Koschaker)*, Vol. II, 1954, 229-269.

70) Wieacker, RRG, 304는 로마법학자가 현재에 안주하지 않고 더욱 활발하게 심지어 공격적이기를 요구한다.

71) Yapetz, *The Personality of Augustus: Reflection on Syme's Roman Revolution*, in: *Between Republic and Empire, Interpretations of Augustus and His Principate (Memory of Sir R. Syme)*, hrsg. von Raaf lauf and Toher, 1990.

VII. 여론 - 우리법과 로마법

필자는 이 글에서 로마법과 현행서구법의 관계를 예를 들어 설명함으로써 제한적으로 서구법문화에서 로마법이 차지하는 역할을 소개하고, 로마법을 포함한 서양법제사와 우리법제와의 관련성은 별개의 주제로 다루고자 하였다. 그러나 한국 법사학회에서 우리법과 서양법제사(로마법)의 관련성이 활발한 토론의 대상이 되었으므로 다음에서 전거를 생략하고 필자의 사건을 간략하게 피력하고자 한다.

빈약한 고유법문화로 인하여 19세기말 이래 우리는 - 자발적이든 또는 타율적이든 - 법전을 중심으로 서구(대륙)법체계를 포괄적으로 수용했다. 그 결과 우리의 법개념과 법제도는 전통법과 단절되어 서구화되었고 다만 물권법과 가족법의 영역에서 전통법의 흔적을 찾아볼 수 있을 뿐이다. 여기에서 계수된 서구법이 커다란 저항 없이 적용될 수 있었던 원인이 문제된다.

서구법제도가 본질적으로 구성을 달리한 전통법체계를 극복하고 심각한 문화적인 갈등이 없이 포괄적으로 시행될 수 있었던 이유를 법문화의 일반성과 보편성에서 찾아볼 수 있을 것이다. 이는 법제도의 전환에도 불구하고 동일한 생활사실에 대하여 서구법이 전통법과 상이한 결론에 이르지 않았으리라는 합리성과 개연성이 있음을 의미하며, 이로 인하여 서구법은 법률개념과 이론구성의 상이성을 극복하고 우리법문화에 있어서 지배적인 지위를 취득했다. 그런데 법문화의 일반성·보편성이 전통법의 고유성·특수성을 배제하는 것은 아니다. 이와는 달리 고유법의 특수성을 지나치게 강조하게 되면 법문화의 보편성을 상실하게 될 위험을 내포한다. 다시 말하면 특수성과 고유성은 일반성과 보편성 속에서만 가치를 가질 수 있다. 다른 한편 서구법을 계수하지 않고 전통법의 학문화를 통해 법제도를 정비함이 바람직했음을 부인할 수 없다. 이를 위해서 우리가 서구법의 침투에 저항할 수 있는 능력이 있었느냐의 문제를 검토할 것이 요구되나, 법학이 성립하지 않은 당시의 법문화상태에 비추어 서구법의 침투를 배격하고 독자적으로 전통법문화를 학문화할 수 있었다고 보기는 어려웠다고 생각된다. 더욱이 역사는 假定을 알지

못하므로 서양법의 배제가능성에 대한 논의는 거의 실익이 없다 하겠다.

이와 같이 서구법문화가 별다른 저항없이 우리의 법률시장에 수용됨에 따라 우리의 법제도와 법률개념이 서구의 그것으로 동화되었다. 우리의 법문화는 전통법제도와 단절되어 서구법제도로 전환되었으며, 그 결과 比較法學의 방법을 통한 학문적 논의가 우리 법학의 표지가 되었다. 이는 오늘날에 이르기까지 서구법서를 - 이의 영향을 받은 일본법서를 포함하여 - 인용하지 않은 법률교과서와 학술논문이 거의 없다는 사실에서도 확인된다. 서구법계수 이래 1세기가 경과한 지금에 이르러 서구법문화는 우리법문화로 동화되어 현대한국법학의 주류를 형성하고 있다고 해도 과언이 아닐 것이다. 이러한 점에서 서구법제도는 더이상 이질적인 요소가 아니라 우리법문화의 일부가 되었음을 부인할 수 없을 것이다.

서구법의 포괄적인 수용으로 인하여 우리법제도가 서구법의 옷을 입게 됨에 따라 서구법제도의 기초인 서구법사상이 우리에게 무의식적으로 이식되었으며, 이는 법제도라는 形式에 의해 實質인 법사상이 영향을 받은 경우에 해당한다. 그 결과 우리는 서구의 법사상, 법률개념과 방법론을 빌리지 않고서는 현행법은 물론 고유법에도 쉽게 접근할 수 없게 되었고, 따라서 고유법의 인식도 서구법의 개념 도구를 빌어서만 가능하게 되었다. 그러나 서구법학을 통한 고유법의 인식은 그 자체로서 최종적인 목적이 될 수 없고 다만 우리가 우리의 방법론에 따라 독자적으로 고유법사상과 법제도를 정립할 수 있을 때까지 수단으로서의 의미만을 가져야 함은 당연하다. 왜냐하면 고유법사상과 제도의 발굴은 당위의 요구이기 때문이다. 이러한 관점에서 서구의 법사학연구는 특히 私法制度의 재현을 중심으로 하는 고유법제도의 학문적 재구성에 기여할 수 있을 것이다.

다른 한편 전통법문화와의 단절은 우리의 법제도가 뿌리 없는 법제도의 모습을 보이게 됨을 의미한다. 왜냐하면 현행법의 해석과 적용을 위해서 고유법제도의 탐구가 아니라 서구법제도의 이해가 우선적으로 요구되기 때문이다. 이미 위에서 지적한 바와 같이 우리의 법학이 비교법학이 되었음은 곧 우리에게 서구법의 적용을 위한 역사적 경험이 결여되었음을 시사한다. 다시 말하면 서구법제도를 받아들였음에도 불구하고 우리는 직접 서구법의 발전과정을 체험할 수 없고 이를 요구할 수도 없다. 그런데 역사는 비약을 알지 못하므로 적어도 우리는 인식의 대상으로

로서 서구법사의 연구를 통하여 서구법학의 값비싼 역사적 경험을 사서 법경험의 공백을 보충할 수 있다. 이는 곧 실정법해석을 비롯한 우리의 법학연구에 있어서 '節約性'으로 귀결될 수 있다.

법문화의 계수는 계수된 법문화와 계수하는 법문화의 연속성을 표지로 하며, 법전계수와 법이론의 계수(Theorienrezeption)로 구분된다. 이미 계수된 법전법은 필연적으로 학설에 의한 법발전과정을 거치게 되며, 이러한 사실은 현행민법에 있어서 특히 불완전이행, 계약체결상의 과실 등과 같은 채무불이행이론의 전개과정에서 분명하게 나타난다. 그런데 이러한 법발전과정은 동시에 외국의 역사적 경험의 산물이므로 이를 우리의 법제도로 받아들이기 위해서 외국의 역사적 경험에 대한 인식이 필연적으로 전제되어야 하며, 이를 결여한 이론의 수용은 문화적 사대주의에 의한 맹목적인 모방에 지나지 않음은 자명하다. 여기에서 또한 법사학의 기능이 강조된다. 왜냐하면 법이론의 계수를 위해서는 계수대상인 법이론이 계수에 적합한 것인지의 여부가 검토되어야 하기 때문이다.

그런데 우리가 수용한 서구법문화 또한 역사적인 경험의 산물이므로 그의 역사를 조명하지 않고서는 법사상과 법제도의 본질을 이해할 수 없다. 이러한 측면에서 현행법제도는 서구법제사의 2차적인 발현양식이라 할 수 있다. 서구법제도의 모태는 크게 로마법과 게르만법으로 압축될 수 있으며, 특히 로마법의 영향을 받은 현행서구사법제도에 관하여는 필자의 박사학위논문 지도교수인 크뉘텔(Knütel)이 독일민법입법과 관련하여 구체적으로 적시한 바 있다(최병조, 로마법강의, 1999, 273 이하 참조). 이는 법사학적인 검토가 없이 서구법제도를 비판 없이 수용한 현행민법에 있어서도 적용될 수 있으므로 현행민법의 개별적 법제도의 정확한 이해를 위해서는 로마법을 비롯한 법제사의 연구는 필연적이라고 할 수 있다. 즉 로마법의 연구는 실정법제도의 이해 및 제도적 장애의 제거에 기여할 수 있다. 물론 이에 대하여 현행법은 그 자체 법제사와 절단된 완결된 법체계를 추구하고 있을 뿐만 아니라 현대에 이르러서는 로마법이 전혀 예상하지 못한 새로운 법현상이 등장했으므로 로마법은 더 이상 학문적인 의미가 없게 되었다는 비판이 제기될 수 있을 것이다.

그러나 현행법의 법률용어와 법제도는 기본적으로 로마법에서 정립된 법률개

념 및 법제도와 다를 바 없다. 나아가 로마법의 가치는 현행법해석의 한계 및 현행법제도 자체에 근거한 범형성이 이론의 불완전성으로 인하여 벽에 부딪히게 될 때 재인식될 수 있다. 왜냐하면 법제사는 동시에 법이론학(Rechtsdogmatik)으로서 법이론의 전개과정에 관한 실증적인 자료를 제시하기 때문이다. 우리는 과거의 법학자에 의한 법이론구성의 실패와 성공을 교훈으로 하여 현행법제도의 정확한 이해, 법이론의 체계적 구성 및 새로운 법현상의 규율이라는 법학의 목적을 보다 쉽게 달성할 수 있을 것이다. 다시 말하면 현행법의 상당한 부분은 법사적으로 형성된 제도의 반영이라 할 수 있으므로 법사학적인 방법을 통해서 현행법체계의 완결성에 보다 근접할 수 있다. 다른 한편 새로운 법현상의 등장은 공통의 문화유산인 로마법의 가치를 부인할 수 있는 근거가 될 수 없다. 예를 들면 *ambiguitas contra stipulatorem*(Cels.D.34.5.26,[계약에 있어서] 불명확성은 요약자에게 불리하게 작용한다)은 약관규제법의 기본원칙으로 채용되었으며, 심지어 전자상거래도 의사표시를 중심으로 하는 고전적인 계약이론을 기초로 하기 때문이다.

마지막으로 법학교육에 대한 기여라는 측면에서 로마법을 비롯한 법사학의 의의를 고찰할 수 있다. 즉 로마법을 비롯한 법사학의 교육은 학생들에게 보다 논리적이고 체계적으로 현행법제도를 해석·적용할 수 있는 기회를 제공한다. 나아가 법사학은 현실적인 실용성과 무관하게 그 자체로서 학문적인 의의를 가지고 있음을 간과할 수 없다.

이러한 까닭으로 서구법문화에 있어서 로마법의 의의는 원칙적으로 우리의 법에 있어서도 타당하다 할 것이다. 이미 지적한 바 전체로서 순수한 우리의 것은 없다고 해도 과언이 아닐 것이다. 왜냐하면 특수성은 일반성 속에서만 존재가치를 가질 수 있기 때문이다. 이는 문화일반의 보편적 現象으로서 법문화에 대해서도 마찬가지이며, 우리 법학의 고유성과 독창성은 법문화전반의 보편성과 일반성 속에서만 존재할 수 있다.

Die Bedeutung des römischen Rechts in Europa

Lee, Jin-Ki*

Das römische Recht war das Recht der Römer und beherrschte bis zum 19. Jahrhundert als das gemeine Recht(*ius commune*) Europa. Das besagt, daß das mal nur die subsidäre Wirkung hatte aber im Regelfall, wenn das Bestehen eines Gewohnheitsrechts nicht mehr bewiesen werden konnte, als geltendes Recht angewendet wurde. Das war mit Hilfe der gemeinsamen Sprache, Latein, das allgemeine Verkehrsmittel der Juristen ermöglicht. Damit wurde das römische Recht gemeinsames Vermögen der europäischen Juristen.

Die nationalrechtliche Gesetzgebungsbewegung seit Ende des 18. Jahrhunderts machte den Abschied von der von dem römischen Recht beherrschten Ära. Aber die Bedeutung des römischen Rechts zog sich nicht zurück, der geschichtlich gebildete, auf dem römischen Recht basierte Rechtsgedanken hat nicht aufgehört, seine Wirkung weiter auszuüben: Ein gesetzgeberisch gestaltetes Nationalrecht in Europa ist nämlich die sekundäre Kultur der römischen Rechtskultur. Die Notwendigkeit der Forschung vom römischen Recht kann mit Rücksicht auf dieser Tatsache gerechtfertigt werden.

Der Grund dafür, daß das römische Recht trotz zeitlichem Unterschied immer noch gefragt wird, ist in seiner Methode, Fähigkeit, verschiedene Rechtsfiguren regeln zu können und schließlich seinem Rechtsgedanken zu sehen.

Die Bedeutung des römischen Rechts wird erneut anerkannt mit dem Wachstum der Europäischen Union. Um Europa wieder einmal zusammenschließen zu können, scheint

* Dozent an der Yonsei Univ. Dr. iur

die Vereinheitlichung der nationalrechtlichen Rechtsinstitutionen auf die europäische Ebene unentbehrlich zu sein. Dafür hat man ihre Vergangenheit genau zu wissen, denn sie sind häufig Produkte des gemeinsamen geschichtlichen Rechtslebens, sei es römischrechtlich, sei es germanischrechtlich.

Das römische Recht konnte wegen seiner Vernunft, Rechtsterminologie und juristischen Methode gar in seiner Tiefzeit großes Ansehen genießen. Diese Elemente führen dazu, daß das römische Recht zur Wiedervereinheitlichung des europäischen Rechts dienen mag, welche durch die nationalrechtliche Gesetzgebung nicht mehr existieren konnte, mal in Form der Rechtsinstitute, mal in Form des Rechtsgedankens. Darüber hinaus ist zu sagen, daß das römische Recht im Fall der Uneinstimmigkeit der juristischen Lösung nationalrechtlicher Rechtsinstitutionen ein entscheidendes Kriterium anbieten kann. Dabei trägt das die Funktion des allgemeinen Rechtsgrundsatzes.

Letztlich hat das römische Recht den praktischen Wert als Lehrmittel mit Rücksicht auf Juristenausbildung. Unabhängig von dem mangelnden Sprachwissen und der textlichen Schwierigkeit kann ein Jurastudent im Wege der geschichtlichen Vorlesung zum Wesen der Rechtswissenschaft näher kommen,

Das römische Recht kann als Menschenwerk nicht zeitlose "ratio scripta" sein und bedarf immer wieder erneuernder Veränderung. Gerechtigkeit vermag diese nur dann zu bewirken, wenn sie das in der Vergangenheit Bewährte über die Gegenwart hinaus auch für die Zukunft bewahrt.