

사비니에서 법의 역사성*

이상수**

목 차

- I. 프랑스혁명과 독일 지식인들의 딜레마
- II. 인문주의와 역사주의
- III. 법전편찬을 통한 문제해결에 대한 반대
- IV. 법의 역사성
- V. 역사성의 탈역사화(1)—민족개념의 형해화
- VI. 역사성의 탈역사화(2)—변화발전으로서의 역사성 폐기
- VII. 역사성의 탈역사화(3)—법의 소여성의 축소·왜곡
- VIII. 탈역사화된 역사성의 역사성

[국문요약]

본고의 목적은 독일 역사법학파의 창시자 사비니가 의미한 바의 '법의 역사성'의 의미를 비판적으로 논구해 보려는 것이다. 이를 위하여 우선 사비니가 주장한 '법의 역사성'을 민족적 고유성, 변화발전성, 소여성의 세 측면으로 분석·정리한 후, 각각의 측면이 사비니 자신에 의해서조차도 일관되게 관철되지 못했을 뿐만 아니라 심지어 부정되고 있음을 지적하였고, 마지막으로 그러한 이론적 변용이 전개된 사회경제적 배경에 대해서도 살펴보았다.

〈주제어〉 사비니, 법의 역사성, 민족, 역사법학

* 이 논문은 1999년도 한국학술진흥재단의 지원에 의해서 연구된 것임

** 한남대학교 법과대학 부교수

I. 프랑스혁명과 독일 지식인들의 딜레마

1789년 프랑스혁명의 발발은 프랑스 제3신분의 골수에 누적되어 온 근대 계몽사상의 집약적 폭발이었다. 프랑스혁명은 절대주의의 구체제의 봉건적·신분적 특권질서를 타파하고, 자유·평등·소유의 천부인권과 국민주권을 사회원리로서 선포한 전례없는 대도약시도였다. 그것은 봉건과 전통에 대한 이성과 자연법의 도전이었으며, 또한 자본주의의 본격적 전개에 필요한 토대를 닦는 부르주아혁명이었다.¹⁾

한편 프랑스혁명 전야에 독일의 지식인²⁾들은 노쇠하고 타락한 신성로마제국의 무기력한 연명을 참담한 눈으로 지켜보면서 제국의 절망적 미래에 대해 탄식과 실망을 거듭하고 있었다. 이들은 독일 내외의 새로운 변화를 접하면서 제국 및 군주들의 이해와는 대립하는 민족적(내지 국민적) 이해관계를 발견하였고, 분열되고 약탈되고 조롱받는 독일을 넘어서 독일인으로서의 아이덴티티와 자긍심 가득한 독일 문화를 이룩하고 강성한 독일을 건설할 것을 주창하였다. 이러한 독일 지식인들의 열망은 거대한 지적·사회적 흐름으로서 독일운동(Deutsche Bewegung)을 형성하였고, 1770년대에 그 운동이 정점에 이르렀을 때는 전체 지식인 대중이 이 운동에 포괄되었다.³⁾ 하지만 아직은 구체적인 정치적 강령이나 통합적 활동, 그리고 그에 따른 조직화를 결여하고 있었다. 이들의 사상적 토대는 계몽주의적 색채와 애국주의

- 1) 프랑스혁명의 성격을 부르주아혁명으로 규정할 수 있는가에 대해 다소의 논란이 있을 수 있다. 혁명의 과정에서 농민혁명 및 민중혁명적 측면이 병행된 점, 혁명 이후 절대군주제의 유산이 계승된 점, 당시 부르주아의 취약성 등이 프랑스혁명을 부르주아 혁명으로 성격 규정하는 데 장애가 되는 점들이다. 하지만 크게 보아 프랑스혁명을 봉건질서에 대한 제3신분을 중심으로 한 부르주아혁명으로 규정하는 데 큰 무리는 없어 보인다. 프랑스혁명의 성격에 대해서는 최갑수, 『프랑스혁명』, 배영수 편, 『서양사강의』(한울아카데미, 1997), 235~237면 참고.
- 2) 근대 국민국가(nation state)로서의 독일은 1871년에 처음으로 출범하였다. 여기서 말하는 독일 지식인은 독일국가에 속한 지식인이라기보다, 국경을 초월하여 독일어의 문자·문화를 통해서 결속된 독일어권 교양사회의 구성원을 지칭한다.
- 3) 대표적 인물로 레싱, 괴테, 헤르더 등이 이 시대를 살았다. 법학자로는 모저(Friedrich Karl von Moser)를 들 수 있다. 오토 단(오인석 역), 『독일국민과 민족주의의 역사』(한울아카데미, 1996), 42면(Otto Dann, *Nation und Nationalismus in Deutschland 1770-1999*, München, Verlag C. H. Beck, 1993).

또는 낭만주의적 색채가 기묘하게 혼재된 것이었지만, 열정만은 확고한 것이었다.

봉건적·후진적 독일에서 계몽주의와 더불어 낭만적 환상으로 미래의 꿈을 키워 가던 독일의 지식층들에게 프랑스혁명의 발발은 하나의 복음이었다. 독일의 지식인은 혁명을 지지하였으며, 혁명속에서 자신의 장래의 비전을 발견하였다. 하지만 혁명의 진전이 국왕의 살해, 대대적인 살육을 동반한 국가적 인권탄압, 주변국가에 대한 전쟁선포, 심지어 독일로의 진격으로 이어졌을 때 독일의 지식인은 경악하였다. 이제 프랑스혁명은 독일인에게 더 이상 낭만적 동경의 대상으로 남아 있을 수 없게 되었다. 오히려 혁명과 프랑스에 대한 공포, 존립의 위기감이 엄습했으며, 이러한 위기감은 심지어 계몽과 이성주의, 민주주의 그리고 자연법론에 대한 회의와 경계로 이어지기에 충분했다. 한편 프랑스혁명은 독일 지식인들에게 민족의식을 넘어선 국민의식을 자각하게 하였다. 즉, 프랑스혁명을 통해 독일 지식인들은 독일 민족(Volk)을 근대적 국가구성원으로서의 독일 국민(Nation)으로 전환해야 할 역사적 소명감을 새삼 강력하게 절감하였던 것이다.⁴⁾

프랑스혁명 이후 독일의 지식인들은 계몽에 대한 열광과 찬사, 그리고 프랑스혁명을 통해 절감하게 된 계몽에 대한 공포와 실망, 바로 이 두 축 사이를 동요하면서 서로 대결하였다. 계몽을 수용할 수도 거부할 수도 없는 독일 지식인들의 딜레마, 바로 그 딜레마 속에서 또 한 사람의 독일 지식인, 사비니의 청년기가 형성되었으며, 이후 그의 학문적 진로도 바로 이 딜레마의 연장선 상에서 포착될 수 있다.

Ⅱ. 인문주의와 역사주의

청년 사비니(Friedrich Carl von Savigny, 1779~1861)의 학문활동은 마부르크 대학에서 시작되었다. 이때 사비니는 16세였다. 여기서 그는 판택텐, 사법, 민사소송법

4) 오토 단은 위의 책(각주 3)에서 독일 민족이 어떤 과정을 통해서 국민의식(Nationalbewußtsein)을 갖게 되고, 결국은 국민의 형성(Nationsbildung)에 이르렀는지에 대해서 기술하고 있다. 여기서 민족은 하나의 공통의 언어, 하나의 문화, 하나의 종교, 하나의 공통의 역사를 특징으로 하는 하나의 집단이고, 국민은 국가라는 정치적 조직체를 전제로 하는 것이며 그 국가주권의 담지자를 의미한다. 오토 단, 위의 책, 19~20면.

등을 공부하였다. 이곳의 학문적 분위기도 전체 독일 지식인들의 지적 흐름을 그대로 반영한 것이었다. 즉, 한편으로 계몽주의 자연법론의 영향이 강력하게 남아 있었으며, 다른 한편으로 프랑스혁명에 대한 반발의 연장에서 자연법론에 대한 비판이 강력하게 제기되고 있었던 것이다. 계몽주의와 자연법론에 대한 비판은 낭만주의, 역사주의, 애국주의, 반프랑스주의, 반혁명주의, 인문주의 등등의 다양한 표현과 형식으로 나타났다. 이 중 사비니의 학문적 색채를 가장 잘 표현하는 것은 인문주의 또는 역사주의라고 할 수 있다. 인문주의는 15~16세기에 유럽 전역에서 형성된 것이지만 당시에는 독일의 법학에 별다른 영향을 미치지 못했다. 그러다가 독일에서는 300년이 지나 계몽주의에 대한 투쟁과정에서 부활하였다. 이 시기 고전학의 부활을 제2인문주의라고 한다.⁵⁾ 그리고 전체성과 보편성에 반대하고, 개체성과 특수성을 강조하는 독일 역사주의의 기원은 훔볼트, 랑케 등에서 찾지만, 사상운동으로서의 역사주의는 이미 18세기 이래 유럽전체의 문화사상을 지배하였다.⁶⁾ 사비니는 바로 이 시대 인문주의와 역사주의의 분위기에서 학문활동에 입문하였고, 직업으로서의 학문활동을 결심하였다.

이때 사비니의 학문방향에 가장 큰 영향을 미친 사람은 그의 지도교수였던 바이스(Phillip Friedrich Weis, 1766~1808)였다. 그는 프랑스 전아법학의 옹호자였는데, 특히 로마법과 중세로마법사에서 탁월한 능력을 가지고 있었다. 바이스 외에도 사비니는 괴팅엔 대학에서 로마법사와 칸트적 자연법론에 경도되어 있던 후고(Gustav Hugo, 1764~1844)의 강의를 들었다. 이들을 통해 사비니는 한편으로 법학에서 역사적 방법의 필연성을 인식하면서 아울러 「쓰여진 이성」으로서의 로마법이 갖는 엄청난 가능성과 그것의 진리성에 대한 신뢰를 굳건하게 키워 나갔다. 다른 한편으로 로마법에 대한 정확한 이해없이 그것을 왜곡하는 주해학파의 해석남발에 대한 비판의식, 「쓰여진 이성」과 상치되는 내용을 남발하는 혁명입법에 대한 비판의식, 분열된 독일민족과 분열된 독일법 극복을 위한 문제의식 등을 키우면서 자신의 학문적 침로를 형성시켜 나갔다. 그리고 이러한 문제구도는 바로 당시 독일의 지식인

5) 河上倫逸, 『法文化社會史』(ミネルウァ書房, 1993), 62~68면.

6) 이거스(최호근 역), 『독일역사주의』(박문각, 1992), 23면(Georg G. Iggers, *The German Conception of History: The National Tradition of Historical Thought from Herder to the Present*, Wesleyan, 1983).

이라면 누구나 겪을 수밖에 없었던 보편적 딜레마와 정확히 동조된 것이었다.

이처럼 사비니는 자신이 속한 시대흐름 속에서 자신에게 주어진 역사주의 내지 인문주의 흐름의 세례를 받으면서, 매우 열성적으로 공부했으며—그는 “공부하는 기계”(Studiermaschine)라고 불렸다—탁월한 능력을 보여주었다. 5~6년이라는 짧은 시간에도 사비니는 탁월한 학위논문으로써 박사학위를 받았으며, 이어 대학에서 강의를 담당하는 수준에 이르렀다. 1802/1803년 겨울에 있었던 『법학방법론강의』(Vorlesungen über juristische Methodologie, 1802/3)의 내용을 볼 때⁷⁾ 사비니는 이미 당시까지의 주요 법률문헌을 거의 섭렵한 위에서, 자신의 법학방법론을 확고히 수립하였다는 것을 알 수 있다. 사비니의 법학방법론을 간단히 말하자면, 법에 관한 역사적 접근과 체계적 접근을 결합한다는 것이었다. 이러한 방법이 사비니에 의해 처음으로 고안되었다고 할 수는 없지만⁸⁾ 사비니는 그러한 법학방법론을 매우 풍부하게 해석해 냄으로써 그것을 자기화해 내었다. 나아가 사비니는 1803년 그러한 방법론에 입각한 명저로서 『점유권론』(Das Recht des Besitze, 1803)을 출판하였다. 이 책은 역사상의 법소재—유스티니아누스 법전을 중심으로 한 로마법—를 철저히 연구함으로써 그것을 관철하는 원리들(Grundsätze)을 발견해 내고, 또한 그 원리를 중심으로 법소재를 유기적으로 결합한다고 하는 그의 방법론에 매우 충실한 것이었다.⁹⁾ 이 책은 법학에 새로운 장을 연 것으로 평가되면서, 독일에서 즉시 큰 반향을 일으켰고, 사비니를 일약 저명학자의 반열에 올려놓았다. 역사적 접근과 체계적 접

7) 이 때 강의된 내용은 당시에 그 강의를 들었던 Jacob Grimm의 노트를 통해서 오늘날에 전해지고 있다. 본고에서 참고한 것은 Savigny(hrsg. von Aldo Mazzacane), *Vorlesung über juristische Methodologie 1802~1842*, Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 1993(이하 『방법론』 또는 *Methodologie*로 약칭함). 이 책의 일본어 번역본[サヴィニー、服部策三 譯, 『法學方法論』(日本評論社, 昭和33)]이 있다.

8) 법학에서 역사적 체계적 방법을 분리하고 두 측면을 결합한다는 방법은 이미 Pütter와 Hugo에 의해서 시도된 것이고, 사비니는 그것을 처음으로 제대로 구현한 사람이다. Fikentscher, *Methoden des Rechts III*, 1978, S. 51~53.

9) Wieacker, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen · Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, pp. 386~387. 이 책의 영역본(Tony Weir(trans.), *A History of Private Law in Europe*, Clarendon Press, Oxford, 1995)과 일역본[鈴木祿弥 譯, 『近世私法史』(創文社, 1994; 1961), 다만 이 책은 위 원본의 구판임에 주의]이 있다.

근이라고 하는 사비니 방법론의 양대축은 그가 학문적인 완숙기에 저술한 책, 즉 『현대로마법체계』에서도 그대로 관찰된다.¹⁰⁾

이처럼 사비니는 매우 놀랄 만한 정도로 학문활동의 초기에 자신의 방법론을 확립하였으며,¹¹⁾ 그것은 인문주의와 역사주의에 터잡은 역사적 연구와, 자연법론의 영향이라고 할 수밖에 없는 철학적·체계적 연구를 결합한 것이었다. 서로 대립되는 사조를 반영하고 있는 이 양축이 어떻게 결합할 수 있는지에 대해서도 많은 생각거리가 있지만,¹²⁾ 본고에서는 전자에 대해서 논하고 있는 바, 여기서 특히 문제로 되는 것은 인문주의와 역사주의 간의 관계이다. 즉, 이른바 이 시대의 인문주의는 고전 로마법의 진리성에 대한 믿음을 전제로 하는 것이므로, 보기에 따라서는 역사주의와 결합되기 어려운 측면이 있기 때문이다. 이는 인문주의자 사비니와 역사법학자 사비니의 관계를 살피는 일이다. 여기서 다음과 같은 문제를 제기해 보자: 사비니의 사상에서 법의 역사성인식과 로마법의 탁월성확신 간의 우월관계는 어떨까? 다시 말해 사비니는 자신의 역사의식의 연장선에서 로마법을 연구한 것인가 아니면 로마법의 우수성을 인식하면서 법의 역사성이란 측면에 착안하게 된 것인가? 답과 달걀의 선후에 관한 질문만큼이나 우스꽝스러운 이러한 문제를 제기하는 것은, 바로 이 문제를 통해 사비니가 말하는 「법의 역사성」의 실질에 매우 가까이 접근할 수 있을 것으로 생각되기 때문이다.

Ⅲ. 법전편찬을 통한 문제해결에 대한 반대

적어도 프랑크혁명 이전 시기에, 주도적인 법사상의 흐름에서는—물론 실무에서도 이미 자연법의 흐름이 강력하게 영향을 미치고 있었다— 계몽주의적 흐름이

10) Savigny, *System des Heutigen Römischen Rechts*(이하 『체계』 또는 *System*으로 약칭함), Bd. I-VIII, Berlin, 1840~1851. 일역본으로 사부이니 小橋一郎 譯, 『現代ローマ法體系』(東京, 成文堂) 1권(1993), 2권(1996), 3권(1998)이 있다.

11) Wieacker, 앞의 책, 386면.

12) 18세기 인문주의나 역사주의가 바로 자연법론에 대한 반발로서 제기되었다는 점을 생각하라. 사비니의 법학방법론에 대해서는 별도의 논구가 필요할 것이다.

지배적이었다. 계몽주의 사상가¹³⁾들은 근대 자연법의 관점에서 전통법을 비판하였다. 이들은 이성적 확실성에 입각한 단순명쾌한 법을 추구했으며, 새로운 시대정신을 구현한 입법을 통해 이성법을 사회개혁과 연결시키고자 했다. 근대 자본주의 정신을 체현하고 있는 계몽사상가들의 이러한 시도는, 새로운 사회에서도 지배권을 유지·강화하려는 군주층의 요구와 맞물리면서, 18세기말 법전편찬시대를 열었다. 프랑스의 혁명입법도 이 흐름의 결과라는 것은 말할 것도 없거니와, 독일에서는 바이에른 법전—형법전(1751), 소송법전(1753), 민법전(1756)—을 필두로 한 작센 민법전(Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, 1863년 제정), 프로이센 일반란트법(Allgemeines Landrecht, ALR, 1794년 시행) 그리고 오스트리아 일반민법전(Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, ABGB, 1812년 제정) 등의 제정도 이러한 흐름의 결과물들이었다.

계몽사상 그리고 입법을 통한 사회개혁이라는 이러한 흐름은 프랑스혁명과 프랑스의 독일 침공 그리고 해방전쟁 이후에도 독일 내에 상당히 잔존했다고 보인다. 그것을 가장 극적으로 보여준 사람이 티보(Anton Friedrich Justus Thibaut, 1772~1840)이다. 그는 프랑스에 능멸당하는 분열된 조국의 비참한 참상을 바라보면서 주요 원인의 하나가 독일의 분열과 낙후성에 있다고 보았다. 이를 극복하기 위하여 티보는 독일 전지역에서 타당한 법전을 제정해야 한다는 글을 발표하였다.¹⁴⁾ 이에 대해 사비니는 장문의 논문¹⁵⁾을 통해 법에 관한 자신의 기본견해를 밝힘과 동시에, 특별히 제11장에서는 티보의 제안에 대해서 집중적으로 논평하였다. 여기서 사비

13) 여기서 염두에 두고 있는 사상가는 푸펜도르프(Samuel Pufendorf, 1632~1694), 토마지우스(Christian Thomasius, 1655~1728), 볼프(Christian Wolff, 1679~1754) 등이다. 이들 간에는 약간의 차별성이 없지 않지만 여기서 거론하는 계몽사상가로서의 성격을 공유하고 있다.

14) Thibaut, *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, 1814는 Hans Hattenhauer(hrsg.) *Thibaut und Savigny—Ihre Programmatischen Schriften*, München, Verlag Franz Vahlen, 1973에 실려 있다.

15) Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814는 위의 책(Thibaut und Savigny)에 함께 실려 있다. 본고는 이 판본을 기본으로 하며 이하 『임무』 또는 *Beruf*로 약칭한다. 『임무』는 영역본[Abraham Hayward(trans.), *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*, New York: Arne Press, 1975]와 일역본[大串兎代夫 譯, 『法典論爭』(世界文學社刊, 昭和24)]이 있다.

니는 견고하고 진정한 독일의 통일을 이루어야 한다는 티보의 목적에는 동의를 표시하면서도, 그 수단에는 큰 차이가 있음을 밝혔다. 즉, 사비니는, 티보가 자신의 글에서 법전을 제정하기 위해서는 전국에서 모집된 다수의 노동자, 실무자, 법학자로 작업위원회를 구성하고, 이들로 하여금 2~4년에 걸쳐 후세에 전해 줄 완벽한 법전을 제정토록 하자고 제안했다고 요약한 후, 이어 이러한 티보의 제안에 대해 낱날이 비판했던 것이다(Beruf, 188면 이하). 사비니는 제대로 된 법, 즉 유기적 전체(ein organisches Ganze; Beruf, 189면)로서의 법은 관여자의 수가 많다고 만들어질 수 있는 것은 아니고 오히려 탁월한 일 개인에 의하여서만 가능하다고 하였다. 그런데 당시 독일 내에는 그것을 감당할 만한 개인이 존재하지 않는다고 함으로써(Beruf, 189~190면) 당시로서는 법을 제정하지 않는 편이 낫다고 주장한 것이다.

그런데 티보와 사비니 간의 이러한 입장차이는 단순히 법전을 제정하기 위한 방법만의 차이로 보기는 어렵다. 왜냐하면 『임무』 전체를 두로 볼 때 사비니는 심지어 법전편찬 자체에 대해서도 매우 유보적인 태도를 보이고 있기 때문이다. 사비니는 무리하게 법전을 만드는 것이 완전히 불가능하다고 할 수는 없지만, 그것은 오직 폐해를 낳을 뿐 티보가 주장하듯이 법전편찬이 법리논쟁을 종식시키거나 법의 통일을 낳지는 않는다고 주장하였다.

그런데 사비니가 법전편찬(입법) 자체에 대해 전적으로 거부하였는지는 다소 모호하다. 그는 우선 현실적으로 정치적인 목적에 의해 법이 제정된 바가 있고, 그것이 현실의 법생활에 영향을 미치고 있다는 사실을 인정하고 있다. 또 논쟁을 해결하거나 단순히 법명제의 기록을 위한 입법—예컨대 로마에서의 고시(edictum)—이 있을 수 있는데 이러한 입법은 관습법의 발달에 도움을 주는 식의 순기능을 할 수 있다고 하였다(Beruf, 175면). 이처럼 사비니는 모든 입법이 유해하거나 무익하다고 한 것은 아니다.

아울러 사비니는 『임무』에서 개별적 입법을 넘어선 포괄적 입법, 즉 법전편찬의 가능성에 대해서도 언급하고 있다. 한편으로 법전은 불필요하거나 장애요소에 머물 수밖에 없다는 사실을 지적하지만, 다른 한편으로 올바른 법전편찬의 조건에 대해서 언급하고 있다. 사비니는 적어도 제대로 된 법전이라면 고도의 엄밀성과 통일성을 갖추어야 한다고 하고(Beruf, 108~109면), 이는 철저히 이해된 기존법이 적절히

표현된 것이어야 한다고 한다(Beruf, 109면). 이러한 법전은, 티보가 주장하듯이, 법전 제정위원회의 토론과 합의에 의해서는 도달될 수 없고, 오로지 법학식에 충실한 탁월한 개인에 의해서만 이룩될 수 있다(Beruf, 190면). 그런데 독일에는 18세기 전체에 걸쳐 역사적 정신과 체계적 정신이라는 이중의 과학적 정신을 겸비한 법률가는 없었다는 사실을 지적한다(Beruf, 125면). 따라서 현재로서 독일은 법전을 만들 자격이 나 역량이 없다는 것이다(Beruf, 192면). 물론 이러한 사정은 독일에만 한정된 것은 아니고, 일반적으로 보더라도 진정으로 법전편찬을 위한 역량은 갖춘 세대는 거의 없다고 할 수 밖에 없다(Beruf, 112면).

이러한 사비니의 주장이 곧 훌륭한 법전편찬의 가능성이 있다는 주장인지 또는 그 반대의 주장인지는 애매하다. 즉, 사비니가 당시의 시점에서 법전의 제정이 바람직하지 않다고 주장한 것인지, 아니면 앞으로도 계속하여 법전편찬은 바람직하지 않다고 주장한 것인지는 애매하다는 것이다. 그런데 적어도 역사법학자로서의 사비니의 법이론적 출발점에 충실하는 한 사비니는 법전편찬에 대해 원칙적으로 반대하는 입장에 있다고 볼 수 있다. 뒤에서 보듯이 사비니는 법이란 끊임없이 유동하며 생성·발전하는 「역사적(historisch)」 존재이므로 법전편찬은 법의 고착이며 법발전의 질곡으로 될 뿐이라고 주장하기 때문이다. 그렇다면 사비니가 말하는 역사적 존재로서의 법 또는 법의 역사성이란 어떤 것인가?

IV. 법의 역사성

사비니는 법이란 그 본질적 속성으로서 역사성을 지닌다고 보고, 그것을 납득시키기 위해 언어의 발달과정에 비추어 설명하였다. 발생단계에서 언어는 그것을 사용하는 집단의 공통의식속에서 형성되고 또한 존재한다. 같은 언어를 쓰는 집단이 하나의 민족으로서 나타난다고 할 때, 그 민족의 문명이 발달하면서 그 언어도, 조금도 멈춤이 없이, 복잡화·고도화되고 전문화된다. 이 단계에서 언어는 전체 민족 구성원의 의식 속에서 애매한 발전을 수행하는 것이 아니라, 그것을 전적으로 전담하는 사람—예컨대 문학가—에 의해서 더욱 발전하게 되는 것이다. 여기서 이들은

그 민족의 언어를 대표한다고 간주된다.

사비니는 법도 언어와 마찬가지로의 발전경로를 겪는다고 보았다. 언어의 등장이 필연적이었듯이, 사회질서로서의 법도 공동체의 출현과 동시에 생성될 수밖에 없다. 물론 초기단계의 법은 아직 그 뚜렷한 형태가 없이, 언어와 혼연일체로 된 채, 민족 구성원의 의식속에서 존재한다(Beruf, 102면). 그렇지만 민족의 생활이 고도화·복잡화되면서 법도 그에 발맞추어 끊임없이 변화·발전하게 된다. 그러다가 어느 단계에 이르면 법은 그 민족을 대표하는 법학자에게 위탁된다. 이제 법은 이들에 의해 더욱 명료한 표현을 얻게 되고, 의식적이고 복잡한 것으로 되어 간다. 하지만 이 단계에서도 법학자들이 자의적으로 법을 만드는 것은 아니고, 민족을 대표하는 입장에서 끊임없이 법을 점진적으로 형성시켜 나가는 것이다. 이처럼 사비니는 법이란 민족—그것이 전체 민족구성원이든 그 대표자로서의 법학자이든—의 의식속에서, “적절하지는 않지만 통상적 언어관용에서 말하는 관습법”과 같은 같은 방식으로, 점진적으로 형성·발전되는 것이라는 점을 지적하고 있는 것이다(Beruf, 105면).

이상이 『임무』에서 나타난 법의 발생에 관하여 사비니가 서술한 부분이거나, 이 짧은 글 속에 사비니가 말한 법의 역사성의 속성의 본질적 속성이 거의 담겨 있다. 아래에서는 이들 속성을 세 측면에서 도출해 보고 아울러 『방법론』이나 『체계』에서 이에 관해 기술한 부분들에 대해서도 간략히 살펴본다.

우선 사비니는 법은 민족(Volk)적 속성을 지닌다는 점을 주장하고 있다. 대개 민족은 언어적, 문화적, 종교적, 역사적 공통성을 지닌 동일종족집단으로 정의되는 데, 사비니는 어디에서도 민족의 개념을 따로 정의하고 있지 않다. 아무튼 사비니는 법이란 것은, 초민족적 보편성을 띠기보다는 어디까지나 민족의 고유성을 담지하고 있다고 한다. 당시 역사주의적 시대사조 속에서, 그리고 프랑스의 압제에 시달린 독일의 지식인으로서, 이처럼 법에서의 민족적 개성을 강조하는 것은, 따로 설명을 요하지 않을 만큼, 당연한 것이었을 것이다. 『방법론』에서도 사비니는 (법의) 역사는 국가 및 제 민족의 역사와 밀접히 연계되어 있다는 점을 지적하였다(Methodologie, 88면, 4r). 『체계』에서도 그러한 주장은 반복되고 있다. 사비니는 실제 존재하는 법을 실정법(positives Recht)이라고 정의한 후, 그러한 실정법은 민족의 공동의식내에 있는 것이므로 민족법이라고 부를 수 있다고 하였다. 또 이 의식은 구성원 개개인의 의

식은 아니고 이른바 “민족의식”(Volksgeist)으로서, 자의나 우연이 아니라 필연적 통일적인 방식으로 유출된다고 하였다(System, 14면).

법의 역사성의 둘째 측면은 법의 변화·발전성이다. 사비니는 법에서 절대정지 순간이란 있을 수 없다고 하였다. 법은 끊임없이 유동·발전하면서, 단순한 것에서 복잡한 것으로, 애매한 것에서 명료한 것으로 발전해 가는 것이다. 사비니는 『방법론』에서도 법을 변화발전하는 것으로 파악하였다. 여기서 사비니는 특정시기의 법은 개별적·산발적으로 존재하는 것이 아니라 하나의 체계를 이루고 있는데, 역사가 진행되면서 법체계 자체가 발전한다고 하였다. 그리고 이러한 의미의 법체계의 발전시를 ‘내면적 법사’라고 하였다(Methodologie, 88면, 4r; 일역 『法學方法論』, 20면 참고).

법의 역사성의 셋째 속성은 법의 所興性이다. 사비니는 법이란 것은 공리로부터 연역적으로 도출되는 것도 아니고, 민중이나 군주에 의해서 자의적으로 제정되는 것도 아니라는 점을 말하고 있다. 법은 오로지 법적 소여 속에서 발견되는 것이다. 그가 말하는 법적 소여는 역사속에 존재했던 법적 소재에 다름 아니다. 이러한 의미에서의 법의 소여성은 『방법론』에서도 매우 강조되어 있다. 여기서 사비니는 올바른 법학이란 역사적 요소와 체계적(철학적) 요소를 결합하는 데 있다고 하면서, 이 때 역사적이라는 것은 객관적으로 부여된 것에 관한 것—즉, 법적 소재의 문헌학적 소여성—이라는 의미로 이해하였다(Methodologie, 87면, 2v).

사비니는 법의 본질적 속성으로서, 민족고유성, 변화·발전성, 소여성으로 요약되는 법의 이러한 역사적 측면을 일관되게 주장하였다. 따라서 사비니의 이론에 입각하는 한, 프랑스의 입법성과를 선불리 모방하려 하거나 이성의 이름하에 자의적으로 법을 만들려는 모든 시도는 용인될 수 없는 것이며, 하물며 그런 식으로 도출된 ‘법’을 법전에 고착시켜 억지로 그것을 집행하려는 것은 도저히 정당화될 수 없는 것이다. (입)법학은 법의 속성에 걸맞게 추구되어야 하는 것이다. 그런데 법의 속성으로서 역사성을 초지일관 주장한 사비니는 자신의 이론을 일관되게 고수하지는 않았다. 차근차근 살펴보자.

V. 역사상의 탈역사화(1)—민족개념의 형해화

사비니는 법이 민족의 의식속에서 발생·존립하며 또한 그 자체가 민족정신의 표현이라고 말하면서, 법과 민족간의 밀접한 상호존성을 몇 번이나 강조하였다. 사비니가 말한 민족이 언어적·문화적·혈통적 공통체라고 하는 통상적 의미에서의 민족인지에 대해서 명확히 밝히고 있지는 않지만 아무튼 사비니는 독일어를 쓰는 사람집단을 암시하고 있는 것은 사실이다. 예컨대 사비니는 독일의 통일에 대해서 거론하고 있으며(Beruf, 188면) 법률용어로서의 독일어의 한계도 지적하고 있다(Beruf, 127면). 다시 말해 사비니는 스스로 독일민족 구성원으로서의 자기 정체성을 가지고 있었던 것이고 독일의 법학자로서 독일민족에 적합한 법을 모색했던 것이다.

하지만 사비니가 『임무』 등에서 말한 민족은 사회학적·역사적·혈통적 의미에서의 민족이라고 보기 어렵다. 사비니는, 살아 있는(또는 있었던) ‘인민’집단의 의식·무의식 속에 실존했던 법이 아니라, ‘법학자’의 의식속에 존재했던 법—특히 법문헌—에만 관심이 있었다. 심지어 사비니는 ‘독일인’ 법학자들의 저술에도 그다지 큰 중요성을 부과하지 않았다. 그 대신 사비니는 유럽 전체를 통틀어 법학자의 의식 속에 존재했던 법을 살펴보려고 했다. 말하자면 사비니에 있어서 민족은, 이렇게 표현할 수 있다면, 전체로서의 ‘유럽민족’을 염두에 둔 것이었다고 할 수 있다. 사비니는 유럽적 보편성을 지닌 법—이는 당연히 독일을 포함한다—을 역사적 방법을 통하여 발견하려고 했던 것이다. 사비니는 유럽전체를 관통하는 “공통의 교육에 의해 결합된, 지적·문화적 공동체”¹⁶⁾의 실존을 믿었고, 이를 ‘민족’이라고 표현했다고 볼 수 있다. 비악커는 이런 사비니를 “유럽인 사비니”¹⁷⁾라고 하였다. 그런데 유럽적 보편성을 진정한 보편성과 동일시했던 당시의 분위기에서—이러한 사정은 지금도 그리 변화하지 않고 있다—유럽적 보편법을 추구한다는 것은 기실 전인류적 보편법을 추구하는 것이라고도 할 수 있다.

결국 사비니가 말한 민족정신은 곧 유럽의 정신이고 나아가 그 자체 보편적인

16) Wieacker, 앞의 책, 393면.

17) Wieacker, 앞의 책의 일역본, 479면. 비악커의 1967년판에는 이 표현이 삭제되었다.

간정신과 다르지 않다고 할 수 있다. 이 점은 사비니 자신에 의해서도 암시되고 있다. 즉, 사비니는 『체계』에서 민족정신과 보편적 인간정신간의 관계에 대해서 언급하면서, 보편정신은 민족정신을 통해서만 드러날 수 있다고 함으로써(System, 21면) 결국 민족정신이 보편정신의 발현물이라고 한 것이다. 왜 사비니가 법의 보편성을 직접 말하지 않고, 민족이란 것을 우회한 후에—다소 기만적으로— 법의 보편성을 추구하였는지에 관한 역사사회학적 맥락에 대한 분석은 따로 하여야 하지만(후술함), 아무튼 사비니에게 민족이란 허구적인 어떤 것이라고 할 수밖에 없다. 이처럼 사비니의 이론에서 민족이란 용어가 별다른 실체법적 함의를 담고 있지 않았기 때문에, 그의 역사법학이 판택틴학으로 이어지고 이어 개념법학론으로 연결되면서, 민족정신론이 소멸한 것은 어쩌면 당연한 귀결이라고 할 수 있다. 이와 같이 사비니가 보편적 인간정신에 기한 보편법을 추구했다고 할 때, 이 점에 관한 한 사비니는 그의 대척점에 있던 자연법론자들과 그리 다르지 않다고 하겠다. 다만 사비니는 그들과 달리 정적인 객관법의 존재를 주장하기보다는, 마치 헤겔의 ‘이성’이 자기전개하듯이, 역사적 존재로서 역동적으로 변화·발전하는 법을 상정하였다.

VI. 역사성의 탈역사화(2)—변화발전으로서의 역사성 폐기

사비니의 법의 역사성개념에서 주요한 한 요소는 변화발전하는 존재로서의 법이다. 법(체계)은, 그것이 인민대중의 의식 속에서이든 전문법학자의 의식적 노력에 의해서이든, 끊임없이 변화발전하는 것이다. 사비니는 법체계가 발전하는 내적 구조를 추적하는 것—내적 법사—이 진정한 법사라고 하면서 후고에서 그 전형을 발견하였다(Methodologie, 97면, 10v).

하지만 사비니의 법학에서는 내적 법사에 대한 탐구가 거의 발견되지 않는다. 『점유권론』, 『중세로마법사』, 『체계』에서 로마법이 다루어지고 있지만, 로마법은 결코 로마시대 이후 발전을 거듭한 것으로 기술되지 않았다. 사비니에게 있어서 로마시대 이래 법의 역사는 로마법의 왜곡·타락사에 불과한 것이었다. 사비니는 법사연구를 통해서 로마법의 왜곡을 증명하고 순수한 로마법을 발견하고자 하였다.

사비니가 말하는 진정한 法史는 현행법이 어떻게 하여 그 소여의 상태에 도달했는가를 보임으로써 현재에 봉사하는 것이다¹⁸⁾고 하는데, 이는 법사의 목적이 어떤 과정을 통해서 현행법속에 왜곡된 로마법을 가지게 되었는지를 증명하는 데 있다는 것을 말한 것으로 볼 수 있다. 이에 대해 비악커는 “고대적 樣式理想을 위하여 유기적 발전개념을 희생시켰다”고 평가하였다.¹⁹⁾

사비니가 연구대상으로 한 법은 결코 변화·발전하는 존재로서의 법이 아니다. 그것은 발전을 멈춘 법, 특히 로마법에 다름 아니다. 따라서 사비니의 법사학이 법사회사나 경제사적 법사가 아닌 것은 말할 것도 없고, 법사상의 발달사도 아니고, 법학의 발전사도 아니다. 그것은 다만 로마법의 원형에 접근하려 했다는 점에서 매우 古事學的(antiquarisch)이었다고 할 수 있다.

VII. 역사성의 탈역사화(3)—법의 소여성의 축소·왜곡

사비니는 법은 민족의 의식속에 또는 그 민족의 대표자인 법학자의 의식(저술)속에 이미 존재한다고 하면서, 따라서 법학은 것처럼 주어진 바, 즉 所與를 파악하는 데에서 시작하여야 한다고 주장하였다. 이는 역사적 소여에 입각함이 없이 이성의 작용에 의해 법공리를 도출하고 그로부터 법규를 연역적으로 추출하려는 시도와는 정반대되는 주장이다.

그런데 사비니는 역사적 소여를 매우 협소하게 정의함으로써, 역사적 소여성이 갖는 의미를 매우 위축·왜곡시켰다. 사비니에게 역사적 소여로 주어진 법은 사실상 로마법을 의미할 뿐이었다. 다시 말해 사비니는 사회사·경제사·정치사적으로 소여된 법의 역사를 탐구하지 않았을 뿐만 아니라, 게르만법, 교회법 등에 대해서도 별다른 관심을 갖지 않았고, 심지어 중세나 근대를 거치면서 변형된 로마법이나, 실제 로마시대의 법현실에 대해서도 별다른 연구를 수행하지 않았다. 사비니에

18) Savigny, Über den Zweck dieser Zeitschrift, 1815, in *Vermischte Schriften*, Bd.1 S. 111, 西村 稔, 「合法的思考の歴史的成立」, 『法學論叢』 99卷5号, 26면에서 재인용.

19) Wieacker, 앞의 책, 394면; 일역본, 478면 참고

계는 유스티니아누스 법전만이 가장 의미있는 법학의 소재였다. 사비니는 로마법이 로마인에 의해서 창조·이용된 것이며 독일어가 아니라 라틴어로 기록되어 있다는 데 대해서도 개의치 않았다. 사비니는 로마법이야말로 역사의 내적 필연성에 의하여 현재까지 존속하고 있는 것이기 때문에, 그것은 결코 본질적으로 이국의 법이라고 할 수 없다고 보았다.²⁰⁾ 많은 나라들이 종교나 문학에서 다른 나라의 영향을 받는 것과 마찬가지로 외국의 일반 법체계를 갖는 것은 전혀 부자연스러운 일이 아니라는 것이다(Beruf, 119면). 한마디로 사비니는 인문주의자로서 「쓰여진 이성」으로서의 로마법의 진리성에 대한—적어도 당시의 현행법에 대한 로마법의 상대적 우월성에 대한— 단호한 확신을 가지고 있었다고 할 수밖에 없을 것이다.

나아가 사비니는 「체계성」개념을 법의 본질적 요소로서 끌어 들임으로써 법의 소여성(소유성)을 더욱 왜곡시켰다. 사비니는 모든 법은 체계성을 본질적 요소로서 내장하고 있다고 보았다. 즉 모든 법적 소재는 유기적 전체를 이루며, 그 전체를 이끄는 원리가 또한 존재한다는 것이었다. 그리고 그러한 원리를 발견해내고 이를 토대로 법개념과 법규들의 내적 연관성과 친근성을 인식하는 것이 법학의 가장 힘든 과제 중의 하나라고 보았다(Beruf, 110면). 그리고 자기 스스로는, 로마법 특히 유스티니아누스 법전속에 산만하게 나열되어 있는 모든 법적 소재를 이른바 주도원리(leitende Grundsatz, Beruf, 110면) 또는 유기적 원리를 중심으로 통합하여 하나의 거대한 법체계를 만들고자 하였다. 『방법론』과 『임무』에서 이러한 방침을 이론적으로 선언했다고 한다면, 『점유권론』에서 『체계』에 이르는 그의 단행본 저술들은 바로 그러한 방법론을 구현한 것이라고 할 수 있다.

그런데 법원리와 법체계의 존재에 대한 믿음을 토대로, 모든 법규를 통합하여 모순과 흠결없는 법체계를 구축하려는 사비니의 시도는 바로 자연법론자들의 주장과 매우 유사한 측면을 갖는다. 다만, 사비니가 말하는 주도원리와 자연법론자들이 말하는 공리간에 차이가 있다고 한다면, 전자의 경우는 법소재의 친착을 통해서 발견되는 원리이고, 후자의 경우는 이성작용에 의해서 발견되는 원리라는 점이다. 하지만 전자의 경우에도 일단 주도원리가 발견되면 자연법의 공리와 같은 기능을 한다. 즉, 법적 소재에서 상호모순되거나 애매한 것이 있는 경우, 주도원리에 따라—마치

20) 耳野健二、『サヴィニーの法思考』(未來社, 1998), 93면.

자연법론자들이 하듯이— 소여는 재가공되기 때문이다. 『방법론』에서 사비니는 법적 소재는 하나의 전체를 이룬다는 전제하에 소재를 복원하는 것이야 말로 해석의 최고의 임무라고 하였으며(*Methodologie*, 90면, 5v), 법규에 규정되지 아니한 애매한 사건은 결국 상위의 규칙을 발견해 내고 이를 적용해야 한다는 것은 로마법에서도 이미 예정된 바라고 하였다(*Methodologie*, 104면, 15r). 여기에서 소여성은 주도원리에 그 우월적 지위를 양보하게 되는 것이다. 바로 이 시점에서 사비니는 또다시 자연법론자들과 접근한다. 아무튼 사비니는, 정반대방향에서이긴 하지만, 자연법론자들과 마찬가지로 법원리와 그 구성법규가 유기적 체계적으로 결합되는 법체계의 존재에 대해서 확신했으며, 그것을 자신의 법학방법론의 기본전제로 삼았다.

심지어 사비니는 자연법으로부터 방법론만 차용한 것은 아니었다. 물론 사비니의 주장에 따르면, 자신이 의미한 바의 법원리는 근본적으로 이성작용에 의해 창출된 것이 아니고, 로마법에 이미 내장해 있던 것이다(*Beruf*, 110면). 하지만 사비니 자신의 그러한 주장에도 불구하고, 사비니가 말한 주도원리(*leitende Grundsätze*)가 실제로도 로마법속에서 발견된 것이라고 보기는 어렵다. 왜냐하면 사회학적 실증주의 및 법실증주의에 대한 비판의 성과나 최근의 과학철학 등에서의 성과에 비추어 볼 때, 조문의 실증적 연구에서는 결코 그러한 실증적 소재를 이끄는 통합적 원리로서의 주도원리가 논리필연적으로 도출된다고 보기 어렵기 때문이다. 원리란 것들은 결국 그 시대정신이나 저술자의 선호에 의해서 영향받는 것일 수밖에 없는 것이다. 예컨대 로마의 노예제는 시민법대전에 명백히 규정되어 있지만 당시 현행법의 내용에서는 배제되었다. 로마법에서 발견했다고 하는 로마법의 주도원리는 자연법론자들에 의해서 주장된 근대 자본주의지향적 시대정신, 즉 자유·평등·소유의 정신에 다름 아니었다. 이런 점에서 역사법학파가 역사적·체계적 방법을 결합함으로써 “자연법을 실정화했다”²¹⁾는 비약커의 평가는 매우 적절하다고 생각된다.

21) Hans Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*(8. Auflage), Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1996, S. 132.

VIII. 탈역사화된 역사성의 역사성

이렇게 볼 때, 역사법학이라는 화려한 출발과 장식에도 불구하고, 사비니와 역사법학파가 진정으로 추구한 법은 초민족적이고 고착된 것이었으며 이념지향적이었다. 그것은 역사적이라기보다는 인문주의적이고 동시에 자연법적인 것이었다.

그런데 법의 역사성에 대한 사비니의 이론이 갖는 비밀관성 내지 모순성에도 불구하고 사비니는 역사법학파의 수장으로서 추앙받으면서 엄청난 학문적 성취를 이루었고, 생전에 실로 큰 영향력과 명망을 이룩하였다. 사비니가 주창한 로마법에 대한 연구와 그것의 체계화는 당시 독일 법학의 주류적 법학방법이 되었고, 『점유권론』을 위시한 사비니의 저술은 당시 법학의 고전적 모델이 되었다. 사비니 법학의 직접적인 영향에 의해 형성된 것이 바로 판덱텐학(Pandectenwissenschaft)이다. 판덱텐 학자들의 목적은 시민법대전의 법원을 기초로 교의학적으로 자기모순이 없는 새로운 법체계를 형성하는 것이었다.²²⁾ 사비니 이후 판덱텐학의 체계지향성을 법개념(Rechtsbegriff)을 매개로 더욱 추구한 것이 독일의 개념법학(Begriffsrechtswissenschaft)이다. 개념법학자들은 볼프가 말하는 개념피라미드(Begriffspiramide)를 기초로 법체계를 구축하는 것을 과제로 삼았다.²³⁾ 이처럼 역사법학은 우회로를 통하여 다시금 볼프적 자연법론의 체계적 연역적 방법으로 인도했던 것이다.²⁴⁾ 이렇듯 사비니는 로마법과 자연법을 아우르면서 독일민법사에 엄청난 영향을 미쳤으며, 그것은 판덱텐 체제의 독일 민법전(BGB)의 제정에서 그 정점에 이르렀다.

여기서 우리는 한 두 가지 문제를 제기해 보자. 그렇다면 독일은 ‘역사법학자’ 사비니의 이론적 문제제기에 의해 유래없이 탁월한 법전—적어도 민법전—을 갖게 되었는가? 이에 대해서 우리는 상당히 유보적인 답변을 하지 않을 수 없다. 역사법학파의 연장선상에 있는 판덱텐학은 말 그대로 유스티니아누스에 의해서 제정된 판덱텐(Digesta)에 관한 연구가 그 중심이었다. 로마가 아무리 높은 법문화를 유지하였고 또 독일이 아무리 후진적이었다고는 하나, 로마법이 산업사회를 목전에 둔 독

22) Schlosser, 앞의 책, 130~131면.

23) Schlosser, 앞의 책, 133면.

24) 磯村哲, 「啓蒙期自然法論の現代的意義(2)」, 『法律時報』 28卷 46号, 71면.

일사회를 규율하는 데에서 많은 한계를 노정할 수밖에 없다는 것은 너무나도 당연하다. 다시 말해 판덤펍학은 애초부터 현실과 유리된 학문으로 치달을 수밖에 없는 것이었다. 특히 고전 로마시대에는 존재하지 않았던 온갖 법률문제들 그렇지만 새로운 사회에서는 매우 중요한 법률문제들에 대해서는 판덤펍학은 전혀 처방전을 내리지 못했다. 예컨대 어음법, 회사법, 노동법 등 주요한 근대적 법영역들은 이들의 연구대상이 되지 못하였다. 사비니의 역사법학은 기껏해야 로마법의 성과를 체계화하여 현행 민법에 좀 더 흡수하는 데 그친 것이다. 물론 사비니의 역사법학의 성과를 이토록 폄하할 수 있는지에 의문이 없지 않지만, 적어도 법전의 내용에 관한 한 그리 새로운 기여를 하지 못한 것은 사실이라고 하지 않을 수 없을 것이다.

그렇다면 사비니의 역사법학이, 명백한 이론적 모순에도 불구하고, 티보와의 논쟁에서 어쨌든 승리하였으며, 독일사회에서 학문적·세속적으로 그토록 성공한 이유는 무엇인가? 바로 이 점에서 역사법학의 역사적 맥락이 해명될 수 있다. 이 문제의 해명을 위해서 우리는 역사법학이 당시 독일사회에서 누구의 어떤 욕구를 충족시켰는가를 살펴볼 필요가 있다.

먼저 역사법학은 프랑스혁명의 성과나 혁명적 방식이 독일에 유입되는 것에 반대하는 세력을 옹호하였다. 역사법학이 법은 민족의 의식속에서 형성되는 민족적·역사적 산물임을 주장함으로써, 프랑스혁명의 진보적 성과를 비독일적인 것으로서 배제하였다. 사비니는 이성의 상상력에 의해서 형성된 가상의 미래보다도 역사속에 나타나는 전통이야말로 의미있는 것이라고 주장함으로써 기존질서의 옹호를 주장한 것이다. 사비니가 ‘역사’라는 허구를 구축함으로써 반동체제, 즉 왕정복고에 상응한 법의 타당근거를 제시하였고 학문이라는 이름으로 지배체제를 정당화하였다²⁵⁾는 주장은 다소 단순하고 과격한 듯하지만, 이러한 측면이 명백히 존재한다는 점 또한 부인하기 어려울 것이다. 그런데 프랑스혁명의 여파를 저지하는 것은 독일 군주뿐만 아니라 독일 부르주아의 이해관계이기도 했다는 점을 여기서 일단 지적해 둔다. 왜냐하면 프랑스혁명은 그 진행과정에서 부르주아혁명을 넘어 농민적 민중적 혁명으로 내달렸기 때문이다.

둘째 사비니는 법이 고도로 발달한 단계에서는 학자만이 민족정신을 대표할 수

25) 西村稔, 앞의 글, 29~30면.

있다고 주장했기 때문에, 그와 역사법학의 성공은 법조법의 위상을 대폭 고양시켰다는 것을 의미한다. 이에 따라 입법²⁶⁾의 체계모니는 상당정도 학설에게 위임되었다. 그런데 법학자만이 진정한 법을 인식할 수 있다는 그의 주장은, 곧 혁명에 의한 법창조의 비판, 민주주의적 방식에 의한 법창조에 대한 반대의 입장표명임과 동시에, 절대주의적 군주에 의한 자의적 법창조에도 반대하는 것이다. 이는 일정한 의미에서 법의 자율성을 주장한 것으로 볼 수 있다. 또 그것을 당시의 독일 사회에 비추어 본다면, 그것은 통일적 독일을 부자연스럽게 분할하고 있는 란트적 정치질서를 비판하고, 나아가 절대주의의 자의적 통치에 대해 비판을 가한 것이다.²⁷⁾ 여기에서도 사비니는 군주의 자의에 의해서 지배받지 않는 자유와 통일을 요구하는 독일의 부르주아의 입장을 옹호하고 있다.

셋째, 역사법학은 자연법론의 성과를 수용하였다. 역사법학은 외면적으로 자연법을 비판했지만 실질적으로는 근대 자연법의 성과를 흡수하였다. 역사법학이 법원리를 중심으로 법적 소재를 체계화하려 했다는 점에서 자연법론과 방법론적 유사성을 갖는다는 점은 앞에서 말한 바와 같거니와, 내용적인 측면에서도 역사법학은 자연법론의 성과를 흡수하고 있다. 즉, 역사법학은 로마법을 매개로 근대 자연법론의 핵심적 주장, 즉, 개인주의에 입각한 자유, 평등, 소유의 사상을 법학에 안착시켰다. 이는 또한 독일 부르주아들이 바라던 바라고 할 수 있다.

결국 사비니는 당시 유럽사회를 지배하던 시대정신으로서의 자본주의의 법적 토대를 독일사회에 안착시키고 있다. 하지만 보수적 정치권력이 잔존하고 있을 뿐더러, 자코뱅식 급진주의로 치달을 수도 없는 현실속에서 사비니는 모순적 주장을 감행하는 것이다. 다시 말해 사비니는 한편으로 법의 역사성—즉 법의 민족성, 변화발전성, 소여성—을 주장함으로써 프랑스식의 혁명으로부터 부르주아를 포함한 당시 지배계급의 질서를 옹호하고, 동시에 자본주의적 시민사회에 대한 절대군주의 자의적 개입에 대해 견제를 가하면서, 또 다른 한편으로 법의 역사성을 끊임없이 탈색함으로써 프랑스혁명에 담긴 이념, 즉 개인주의에 기초한 부르주아적 법질서를

26) 사비니의 이론에서 입법과 법학은 그리 정확하게 구분되지 않는다. 즉, 사비니에게서 법은 주어진 것이기 때문에 입법의 과정과 판결의 과정은 본질적으로 다른 것이 아니며, 이 점에서 법학은 제정법과 동일한 자격을 갖는다. 耳野健二, 앞의 책, 18면 참고.

27) 河上倫逸, 앞의 책, 117면.

기초지웠던 것이다. 그것을 매개한 것이 자연법론의 방법을 차용한 로마법학(판덱텐학)이었다. 이러한 시도는 당시 프랑스혁명을 바라보면서 독일 지성계—그리고 독일 부르주아지—가 직면했던 딜레마와 동일 연장선 상에 있는 것이다. 사비니는 당시 보수주의로 경도된 계몽주의를 주장했다고 볼 수 있는데, 이는 당시 현실의 지배정권을 직접 타도할 수도 없고 그렇다고 피지배권력을 압도할 수도 없는 독일 부르주아의 미성숙에 대한 그의 현실인식을 반영하고 있다. 그리고 사비니가 세속적 의미에서 성공하였다는 것은 그에 관한 사비니의 현실인식이—보수적 및 진보적 의미에서— 매우 정확하였다는 것을 의미한다. 당시 부르주아의 모순성이나 취약성을 그대로 반영하듯 그 계급에 의해서 지지된 법이론은 매우 모순적이었으며 그 실제 성과는 매우 제한적이었다. 따라서 독일의 부르주아지가 자립하게 되었을 때, 사비니가 주장한 법의 역사성은 현실적으로 폐기되었고, 새로운 법들이 우후죽순처럼 만들어졌다. 하지만 법의 역사성, 즉 법의 민족성, 변화·발전성, 소여성을 실질적으로 회복함으로써 법의 쇄신을 이루려는 노력은, 비록 사비니 자신에 의해서 폐기되었지만, 앞으로도 계속될 것이다.

Die Geschichtlichkeit des Rechts bei Friedrich Carl von Savigny

Lee, Sang-soo*

Am Anfang des 19. Jahrhunderts, als die Naturrechtslehre im Bereich der Wissenschaft herrschend war, gründete Savigny die historische Rechtsschule, die die Geschichtlichkeit des Rechts in den Vordergrund stellte. Es ist damals wie heute nicht zu bestreiten, daß er den größten Einfluß auf die Rechtswissenschaft geübt hat.

Das Ziel dieser Arbeit richtet sich darauf, die Tatsache aufzuschließen, daß Savigny selbst, als Gründer und Führer der historischen Rechtsschule, in der Tat immer wieder die Geschichtlichkeit des Rechts dementierte. Um diesen Widerspruch zu erklären, sollte man die Bedeutung und den Inhalt der Geschichtlichkeit des Rechts bei Savigny kritisch betrachten.

Zuerst fasse ich den Begriff der Geschichtlichkeit des Rechts in drei Aspekten zusammen: die Volkstümlichkeit, die Wandlungs- und Entwicklungsfähigkeit und die Gegebenheit. Dann habe ich beleuchtet, daß er, anders als sein theoretischer Anspruch, diese Ansatzpunkte aufgab: Erstens wurde der Begriff des Volksgeistes durch die Universalität des Menschengestes ersetzt. Zweitens wurde der Begriff der Wandlungs- und Entwicklungsfähigkeit weggeworfen und statt dessen nahm er Römisches Recht auf, das sich in *Corpus juris civilis* verkörperte. Drittens wurde nicht

die Gegebenheit, sondern die leitende Grundsätze des Naturrechts hervorgehoben. Obwohl er in seiner berühmten Schrift „Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und

* Prof. Dr. iuris in Hannam Universitaet

Rechtswissenschaft,, die Geschichtlichkeit des Rechts als den Ansatzpunkt seiner Theorie unverkennbar feststellte und weiterentwickelte, kann man doch sagen, daß sein wissenschaftlicher Standpunkt, wenn man das Gesamtwerk betrachtet, eher humanistisch und naturrechtlich war.

Trotz des widerspruchsvollen Inhalts haben seine Methodologie und Lehre ihm sowohl weltlich als auch wissenschaftlich großen Ruhm eingebracht. Der Grund ist in der Rückständigkeit und in den Widersprüchen der damaligen deutschen Gesellschaft zu suchen.

Zum Schluß wird darauf hingewiesen, daß der Begriff der Geschichtlichkeit des Rechts für die Wissenschaftler, die nach Erneuerung des Rechts streben, nicht ganz bedeutungslos, sondern immer noch gültig ist.