

〈서평〉

Hans Hattenhauer, Europäische Rechtsgeschichte (Ius Communitatis), 4. Aufl., 2004, C.F. Müller, Heidelberg

서울오*

I. 저자에 관하여

생존하는 가장 위대한 법사학자 중의 한 명으로서 자신만의 독특한 새로운 법사학의 영역을 개척했다고 평가받고 있는 저자 한스 핫텐하우어(Hans Hattenhauer)는 1931년 독일 남부 바이어른 주의 그라펠핑(Gräfelting)에서 태어났다.

그는 마부르크(Marburg) 대학에서 수학한 후 1958년에 박사 학위를, 1964년에 교수 자격을 취득하였다. 이후 독일 북부의 항구 도시인 키일(Kiel) 대학교 법과 대학에서 독일 및 유럽 법사, 민법, 상법 담당 교수로서 재직하면서 동 대학의 총장을 지내기도 했으며(1973~1974년) 1996년에 정년퇴직하였다.

현재는 독일 남서부에 있는 도시인 슈파이어(Speyer)에 거주하면서 고�령에도 불구하고 여전히 활발한 저술 활동을 하고 있다. 2003년에는 프랑스 정부가 수여하는 레종 도뇌르 훈장(Chevalier de la Légion d'honneur)을 받기도 했다.

저서와 논문의 면에서 저자는 무척 多作이지만¹⁾ 여기에서는 몇 개의 주요 저서만을 간략히 살펴보자.

* 이화여자대학교 법과대학 조교수, romanist@ewha.ac.kr

1) 그의 저작의 일별을 위해서는 <http://dispatch.opac.d-nb.de/REL?PPN=120277956> 참조.

우선 그의 학자로서의 첫 작품이라고 할 박사논문은 게르만 중세 法源史에 관한 것으로서 『독일 입법에 대한 神的 平和令 및 란트 平和令의 의미 (Die Bedeutung der Gottes- und Landfrieden für die Gesetzgebung in Deutschland), 1958』였다. 이어서 그의 교수 자격 논문은 독일법사와 민법을 접목한 것으로서 『처분권의 발견: 중세 독일법에 있어서의 토지처분사 연구 (Die Entdeckung der Verfügungsmacht: Studien zur Geschichte der Grundstücksverfügung im deutschen Recht des Mittelalters), 1969』였다.

교수가 된 후 그는 제일 먼저 私法史 강의에 필요한 기본 사료를 정리하는 일에 착수했다. 『근세 사법사 사료집(Textbuch zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit), 초판 1967, 2판 2002』이 그 첫 결과물이었다. 그 밖에도 『프로이센 일반 란트법 (Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten von 1794), 초판 1970, 3판 1996』, 『티보와 사비니 : 그들의 강령적 문서(Thibaut und Savigny: ihre programmatischen Schriften), 초판 1914(Jacques Stern 編), 2판 2002』, 『유럽 법치국가의 200가지 史的 증언(Der Europäische Rechtsstaat 200 Zeugnisse seiner Geschichte), 1994』등이 있다.

독일의 법사학 교수는 일반적으로 민법도 함께 강의하는 것이 관례인 법학 이래의 전통이므로 저자는 법사 외에 민법도 강의하면서 민법과 관련한 몇 권의 책들도 내놓았다. 그 중의 하나가 『민법 사례 연습 30題 및 답안 개요(30 Klausuren aus dem BGB: Mit Lösungsskizzen), 초판 1972』인데, 이 책은 이후 개정을 거듭하여 현재는 그 아들인 크리스티안 핫텐하우워(하이델베르크 대학 법사학 교수)에 의해서 증보판(현재는 75 사례 문제로 확장)이 나오고 있다. 민법과 관련된 또 하나의 흥미로운 책은 『민법의 기본 개념들: 학설사적 입문 (Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts : historisch-dogmatische Einführung), 초판 1982, 2판 2000』이다. 이 책은 300면도 안 되는 압축적인 형태 속에서 人, 법인, 물건, 법률행위 등 민법의 10가지 기본개념에 대한 일목요연한 학설사를 제시하고 있다. 번뜩이는 통찰로 가득한 책이지만 학계와 학생들에 의해서 별로 인정받지 못한 점이 안타까운, 숨겨진 보석과도 같은 책이다.

저자의 本領이라고 할 수 있는 법사와 관련된 저작들로서는, 우선 학생들을

위한 釋義(Exegese) 방법 안내서인 『독일법 석의: 학생들을 위한 입문(Die deutschrechtliche Exegese: eine Anleitung für Studenten), 1975』이 있다. 그 밖에도 『聖人들의 법(Das Recht der Heiligen), 1976』, 『독일 공무원제의 역사(Geschichte des deutschen Beamtentums), 초판 1980, 2판 1993, 3판 1998』, 『독일 국가상징의 역사: 기호와 의미(Geschichte der deutschen Nationalsymbole: Zeichen und Bedeutung), 초판 1980, 2판 1993, 3판 1998, 4판 2006』 등이 있다.

저자가 추구해 온 법사학 연구의 독창적인 면모가 가장 잘 나타나 있는 두 권의 저서는 『독일법의 정신사적 기초(Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts), 초판 1971, 4판 1996』 그리고 본 서평의 대상이 되는 『유럽 法史(Europäische Rechtsgeschichte), 초판 1992, 4판 2004』일 것이다.

이 두 책은 모두 기본적으로 동일한 목적을 추구한다. 그것은 법사의 영역을 확장하여 민속사, 문화사, 교회사 등 다른 분야까지도 포괄하려는 시도라고 말할 수 있다. 즉 법을 문화적, 정신과학적, 정치적, 사회적 배경 하에서 발전해 온 유럽 문화의 한 구성요소로서 이해하는 입장이다. 또한 저자는 그 서술에 있어서 항상 史料와의 밀접한 연관을 잃지 않는다.

앞의 책은 저자의 이러한 포부를 비교적 압축적인 문고판의 형태로 표현한 것이고, 뒤의 책은 평생 동안 추구해 온 이런 구상의 종합이자 완결판이라고 할 수 있다. 따라서 분량도 거의 1000면에 육박하게 되었다. 이 구상이 구체적으로 어떤 것인지에 대해서는 아래에서(Ⅲ. 저자의 법사학 방법론) 보다 상세히 살펴볼 것이다.

끝으로, 저자의 저술들이 가지는 문체상의 특징 하나를 언급하고자 한다. 그것은 이미 그의 『독일 법언어 및 법률언어의 역사(Zur Geschichte der deutschen Rechts- und Gesetzessprache), 1987』에서도 표현된 바 있는, 법률문장론에 대한 지대한 관심이다.²⁾

2) 핫텐하우어 교수가 제시하는 법률문장의 원칙의 간략한 소개를 위해서는 Hattenbauer/Eckert/Hattenbauer, 75 Klausuren aus dem BGB mit Mit Lösungsskizzen, 9. Aufl., 215면 이하에 부록으로 실려 있는 “법률가를 위한 문장스타일 규칙(Silregeln für Juristen) 참조.

그는 법률가의 문장이 갖추어야 할 기본적 요건에 대한 이론적인 주장만을 펴고 있는 것은 아니다. 그의 모든 저술들에서 독자들에게 매우 인상적으로 다가오는 것은, 다양한 분야에 대한 광범한 지식과 역사 전체에 대한 심오한 통찰을, 지극히 간결하고도 이해하기 쉬운 문장으로 표현하는 능력이다. 한 마디로 말해서, 그의 문장은 모범적인 법률 문장임을 넘어서서, 뛰어난 독일어 문장의 모범이 되고도 남는다.

그의 이러한 탁월한 능력과 노력을 높이 평가하여 1995년에 헤닝 카우프만 독일어 純化 재단(Henning-Kaufmann-Stiftung zur Pflege der Reinheit der deutschen Sprache)은 저자에게 독일 언어상(Der Deutsche Sprachpreis)을 수여하였다. 이 상은 “심려 깊은 언어 사용 및 훌륭하고 이해하기 쉬운 독일어 (sorgfältiger Sprachgebrauch und gutes und verständliches Deutsch)”에 기여한 이에게 수여된다. 이 상의 역대 수상자들의 면모를 보면 작가나 언어학자인 경우가 많으므로 법학자가 이 상을 받는 것은 매우 이례적이지만, 실제로 그의 글을 읽어보면 수상에 대하여 충분히 동조할 수 있다.

II. 이 책의 구성과 내용

저자의 평생 동안의 관심과 구상이 종합되어 있는 이 책은 1992년에 초판이 나온 이후 세 번의 개정과 증보 작업(2판 1993, 3판 1999, 4판 2004)을 거쳤다. 이 책의 제2판과 제4판에 대해서는 이미 서평이 나와 있고,³⁾ 이 책의 제2판이 체코어로 번역 되어 있다.⁴⁾

이미 저서 『독일법의 정신사적 기초(Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des

3) 2판에 대해서는 Raoul C. van Caenegem, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanistische Abteilung) 115 (1998), S. 613f. 4판에 대해서는 Louis Carlen, 위의 잡지 123 (2006), S. 388f.

4) Evropské dějiny práva / Hans Hattenhauer [Z nemeckého orig. prel. Sylva Adlerová], Vyd. 1, Praha, 1998.

deutschen Rechts)』 이래로 추구되어 온 이 책의 기본적 구상에 대해서 저자는 제 1판의 서문에서 다음과 같이 말하고 있다.

“오늘날 유럽 법사에 관한 책을 쓰려고 하는 자는 양심에 거리까지 않고서는 그 일을 할 수 없다. 오늘날의 수요에 부응하는 다수의 기초적 준비 연구, 특히나 유럽적 스타일의 史料集이 결여 되어 있다. 따라서 추구하는 全體像은 다수의 개별 사항의 모자이크로서 만 겨우 만들어 질 수 있을 뿐이다. 내가 모든 懷疑에도 불구하고 그런 일을 시도한 것은 유럽법의 정신과 그 역사를 독자에게 전달하고자 하는 희망 때문이다. 유럽은 오직 그 역사성 속에서만 이해될 수 있으며, 자신의 과거에 대한 확신을 항상 새롭게 창출할 때에만 미래를 가질 수 있을 것이다.”

이 책의 초판은 후기를 포함하여 14개의 장으로 되어 있었는데, 2판부터는 고대 그리스 법에 관한 부분이 고대법에 관한 장으로부터 독립을 하였고, 4판부터는 터키에 관한 장이 추가되어 현재는 모두 16개의 장으로 되어 있다.

이제 각 장의 내용을 간략하게 소개하면 다음과 같다.

우선 제1장부터 제3장까지는 고대 세계에서의 법을 다룬다. 제1장 “그리스 법”에서는 유럽 법에 대하여 그리스가 어떤 기여를 하였는지를 평가한다. 여타 문화 영역에 있어서는 그리스가 압도적인 영향을 후세에 끼쳤지만, 법의 영역에 있어서는 결코 그렇지 못했다. 제2장 “고대의 법문화”에서는 켈트 족, 게르만 족, 슬라브 족의 법 생활을 살펴본다. 합리적인 근대법과 대조적인 성격을 가지므로 현대인들의 눈에는 원시적으로만 보이는 이들 법들이 여전히 우리 의식의 밑바닥에서는 상당한 힘을 가지고 있음을 저자는 지적한다. 제3장 “로마법”에서는 로마법의 시작이라고 할 수 있는 12표법에서부터 그 마지막을 장식하는 유스티니아누스 황제 때의 로마법 대전에 이르기까지의 과정을 一瞥한다. 서로마의 멸망과 더불어 서구법에 있어서는 기독교화의 과정이 시작된다.

제4장부터 제7장까지는 중세에 관한 부분이다. 제4장 “법의 기독교화”에서는 가톨릭교회가 하나의 국가로 발전하면서 황제와 교황의 양대 세력이 균형을

이루는 중세의 기본질서가 형성되는 과정을 교회법의 발전과 함께 서술하고 있다. 제5장 “서양의 위기”에서는 이슬람 세계의 대두, 노르만 족의 침입과 같은 위기 상황에 대해 유럽이 어떻게 대응했는지를 다루고 있다. 제6장 “불안과 출발”은 디게스타가 재발견됨으로써 학문적인 법학 연구가 대학에서 시작되고, 그라시아노 교령집 등을 통하여 교회법도 시민법의 영향을 받아 학문적 틀을 갖추게 되는 때의 이야기이다. 이 시기에는 십자군 원정의 결과로 급격하게 증진된 교역의 결과로 상법이 발전하기도 했다. 제7장 “국가들과 제국”에서는 중세 말기에 민족국가들이 성장하는 과정과 신성로마제국의 변천을 다루고 있다.

제8장부터 제13장까지는 근대의 시작으로부터 19세기말까지의 시기를 다루고 있다. 제8장 “세계의 지배”는 이른바 지리상의 정복 시대를 다루고 있다. 스페인, 포르투갈에 의해 시작된 식민지 정복은 영국, 네덜란드 등 다른 나라들에 의해서 더욱 확대되었다. 이와 동시에 스페인과 네덜란드에서는 후기 스콜라학과 자연법학과에 의해서 근대적인 법학이 태동하기도 했다. 제9장 “절대주의”에서는 유럽의 각국에서 상이한 형태로 절대주의가 성장하던 시기를 다루고 있다. 베스트팔렌 조약으로 유럽의 국경선은 일단 확장이 되었고, 자연과학이 비약적으로 발전하는 가운데 자연법학과 계몽철학이 대두되었던 시대였다. 제10장 “터키인”은 동로마의 멸망 이후 그 지역을 지배하게 된 터키(오스만 튀르크) 제국을 다루고 있다. 제11장 “계몽과 혁명”은 프랑스 혁명 전후의 시대를 다룬다. 계몽철학은 혁명의 이념적 기초를 제공했고 신성로마제국은 나폴레옹에 의해서 종말을 고하게 되었다. 제12장 “개혁과 복고”는 나폴레옹의 몰락 이후 등장한 반동(복고)시대의 이야기이다. 프랑스 민법전과 오스트리아 민법전이 제정된 후 독일에서도 티보와 사비니 간의 법전 편찬 논쟁이 벌어진다. 제13장 “유럽의 세계 지배”는 19세기 후반부부터 제1차 세계 대전 직전까지의 시기를 다루고 있다. 프로이센을 중심으로 하여 독일의 통일이 추진되고 그 결과로 독일 민법전이 제정되었다.

제14장과 제15장은 제1차, 제2차 세계대전 이후의 현대 세계를 다루고 있다. 제14장 “유럽의 內戰”은 두 차례의 세계대전 시기에 관한 이야기이다. 바이마

르 공화국의 실패는 나치의 출연으로 이어지고, 히틀러에 의한 대학살을 경험한 유럽은 도덕과 법에 관한 再考를 하지 않을 수 없게 된다. 제15장 “유럽의 새 출발”은 終戰 후에 시작된 새로운 위기, 즉 동서간의 냉전을 유럽이 극복해 가는 과정, 그와 동시에 유럽 공동체가 성장하는 과정을 다루고 있다. 1993년에 드디어 유럽 연합이 출범하였고 2004년에는 유럽연합 헌법이 비준되었다.

끝으로 제16장 “후기”에서는 이상의 논의가 요약되고 있다. 저자가 보기에 유럽은 결코 지리적인 개념이 아니라 역사적으로 형성된 개념이다. 즉 그것은 기독교와 라틴어로 표현되는 문화적·역사적 동질성에 의해 파악되는 세계이며, 그렇지 않은 동방 세계와 구별되는 세계이다. 세속 권력과 종교 권력의 일치라는 특징을 보여주는 동방 세계와는 달리 유럽은 이 두 가지가 서로 분리되는 二元主義를 특색으로 하였다. 이 이원주의의 기초 위에 유럽법의 가장 중요한 특색이라고 할 수 있는, 법이 권력을 지배하는 현상(이른바 “법의 지배”)이 가능해졌다는 것이 저자의 생각이다.

Ⅲ. 저자의 법사학 방법론

이 책은 저자가 평생토록 수행해 온 연구 작업의 요약판임과 동시에, 법사학이라는 학문이 무엇을 해명하기 위한 것인가에 대한 저자만의 독특한 시각과 방법이 가장 잘 표현된 작품이기도 하다. 그 독특함은 매우 인상적인 것이어서 이 책을 읽는 독자들이라면 누구라도 즉시 감지할 만한 것이다.

이 책의 특색 혹은 저자의 방법론의 특징은 다음과 같이 요약될 수 있다.

첫째, 법적 현상을 해명하기 위해서는 그 현상 자체만 가지고 고찰하기 보다는, 그것을 둘러싼 사회적, 문화적 맥락의 이해가 선행되어야 한다. 다시 말해 법사학이란 단지 법의 역사를 연구하는 학문이라기보다는, 법의 고찰을 대상으로 하는 다양한 정신과학의 종합인 것이다. 즉 거기에는 學說史와 같은 매우 좁은 의미에서의 법사학뿐만 아니라, 문화사, 사회사, 경제사, 종교사 등 다양

한 측면에서의 역사학이 당연히 포함될 뿐만 아니라, 오히려 그러한 종합적인 통찰 속에서만 법 현상의 제대로 된 이해가 가능하다.

따라서 독자들은 이 책에서 법과 관련된 따분한 역사를 읽는 것이 아니라, 참으로 흥미진진하여 한 편의 소설을 읽는 것과도 같은 흥미로운 이야기와 만나게 된다. 저자는 여러 분야를 넘나드는 백과사전적 박식함을 통하여 겉으로 보기에는 법과 아무 상관이 없어 보이는 여러 다른 현상들이 서로 씨줄과 날줄처럼 복잡하게 얽혀서 결국 법이라고 하는 특별한 산물을 이루게 되는 과정을 설득력 있으면서도 명쾌하게 설명하고 있다.

가령 저자는 제6장 “불안과 출발”에서 중세의 대학에서 법학이 재탄생하는 과정을 설명하고 있다. 보통의 법사학 교과서에서는 이 대목을 서술하면서 디게스타의 재발견, 볼로냐에서의 디게스타 연구, 주석학파의 성립과 같은 순서로 설명하는 것이 일반적이다. 그러나 저자는 이 장의 제목인 “불안과 출발”에도 나타나 있듯이 이러한 법적인 현상의 보다 심층적인 원인을 해명한다. 대학을 탄생을 비롯하여 여러 혁명적인 문화적 도약을 불러 일으켰던 “12세기 르네상스”의 출발점은 인간의 새로운 자기 이해였다. 그것은 평생 한 곳에서 머물러 살고, 자기 지역의 교회에 꼬박꼬박 출석하기만 하면 구원을 얻을 수 있다고 믿었던 중세 전반기까지의 안정감과 확신이 이제 더 이상 통하지 않게 되었음을 의미한다. 사람들은 이제 진정한 의미의 구원이 무엇인지를 스스로에게 다시 묻기 시작하고, 머나먼 성지를 향하여 생명의 위협을 무릅쓴 순례의 길을 떠났다. 이것은 비단 종교적인 영역에서 뿐만 아니라 문화 영역 전반에 걸친 문제 제기로 이어졌다. 아랍 세계를 통하여 유럽에 고대 문화의 정수라고 할 수 있는 그리스 철학과 자연과학이 전해진 후, 더 이상 사람들은 성당 학교나 수도원 학교에서의 7 자유교양학과 교육만으로는 만족할 수 없었다. 그래서 폭발적으로 증가한 새로운 지식을 수용할 수 있는 교육기관으로서의 대학이 출범하게 되었다. 법학에 있어서도 해당 지역의 테두리에서만 적용되던 제정법과 관습법의 한계를 넘어서서, 유럽 전체에 적용될 수 있는 보편적인 타당성을 가진 법으로서의 보통법(*ius commune*)이 로마법과 교회법을 기초로 하여 성립되었다.

이러한 문화적 혁신의 근원을 저자는 자기 자신에 대한 “불안(Unruhe)”이라고 표현한다. 저자가 보기에 유럽의 역사에서 반복적으로 나타나는 현상은, 어떤 심각한 위기 상황이 도래하고 그것을 극복하려는 필사적인 노력을 통하여 유럽의 문화가 발전하는 일이었다. 유럽이라는 일종의 문화적 공동체가 스스로의 정체성을 확보하게 되는 계기가 되는 이러한 문화적 도약을 저자는 “출발(Aufbruch, 열림, 터짐)”이라고 부르고 있다.

저자의 방법론의 두 번째 특색은 다음과 같다.

법이 이처럼 사회의 다른 요소들과 밀접하게 연결되어 있는 일종의 문화적 현상이라고 한다면, 유럽 법의 발전에 있어서 특히 중요하게 작용한 외적 요소는 바로 기독교이다. 이 점은 저자가 유럽이라고 하는 개념 자체를 지리적인 것이 아닌 일종의 문화적인 것으로 파악하는 것과 밀접한 관계가 있다. 유럽 개념은 결코 고정된 것이 아니었고, 그것은 항상 유럽을 유럽이 아닌 것과 구별하려고 노력하는 일종의 자의식의 산물이었다. 이러한 자의식의 가장 중요한 징표는 다름 아닌 기독교였고, 다른 하나는 그리스와 로마 문화를 중심으로 한 고대 문화유산의 계승이었다라고 저자는 생각한다.

이처럼 유럽 세계의 형성에 기독교가 기초가 된 것은 사실이지만, 유럽을 동방 세계와 구별하는 가장 중요한 특색은 이 기독교가 세속 권력과 더불어 일종의 二元主義를 형성했다는 점이다. 비잔틴 제국, 아랍 세계, 오스만 튀르크에 이르기까지 동방 세계의 특징은 왕권과 신권이 일치되는 一元主義이며, 그러한 세계 속에서 법은 독자적 위치를 차지하지 못하고 단지 신의 명령의 일부로서 기능할 뿐이다. 반면 유럽에서는 항상 신과 세계, 신앙과 법, 신학과 법학, 황제와 교황이 서로 대립하는 긴장관계를 유지했다. 따라서 여기에서 법은 종교와는 별개의 독자적인 위치를 차지하였으며, 법이 권력 아래가 아닌 그 위에 위치한다는, 유럽법의 가장 중요한 특징이 탄생하였다. 법과 권력 사이의 이 이원론에 기초하여, 어떤 정치권력이나 강력한 왕보다도 우위에 있는 법이 존재하게 되었으며, 이것을 중세인들은 神法(*lex divina*), 근세 초기는 자연법, 영국인들은 “법의 지배(rule of law)”, 계몽이론은 천부인권론이라고 불렀다.

그리하여 저자는 이 방대하면서도 통찰력으로 가득한 책의 대미를 다음과 같은 말로 장식하고 있다.

“유럽은 그 역사적 과정에 있어서 많은 불법을 저질렀고, 십자군 원정, 식민주의, 제국주의 등에 있어서 세계 전체에 큰 죄를 반복하여 지었다. 유럽은 항상 법의 지배에서 벗어나려는 유혹에 빠지는 결과를 가져왔고, 그에 대한 대가를 항상 치러야 했다. 그러나 유럽은 모든 인간의 의지에 한계를 정하고, 그 자유를 사용함에 있어서 명백하게 이 태두리 내에서 할 것을 요구하는 법이라는 확고한 이념으로 항상 다시 돌아올 수 있었다. 유럽이 법의 영역에 있어서 세계에 어떤 가치 있는 것을 남긴 것이 있다면, 그것은 서구의 이원주의로부터 탄생한 기본권 이론이다.”