

고대법

사회의 초기 역사 및 그것의 근대 관념과의 관계에 대하여

헨리 섬너 메인 지음

김 도현 옮김

1861 (1920)

제 1 장

고대 법전

세상에 알려진 가장 위대한 법체계는 법전과 함께 시작해서 법전과 함께 끝난다.¹ 로마법의 해설자들은 그들의 법체계가 12표법에 기초하고 있다는, 따라서 성문법에 기초하고 있다는 취지의 말을 그들의 역사 내내 시종일관 해왔다. 한 가지 예외를 제외하면, 12표법 이전으로 거슬러 올라가는 제도는 로마에서 인정되지 않았다. 로마법이 법전의 후예라는 이론, 영국법은 기억할 수 없는 옛 불문^{不文}의 전통에 기원한다는 이론은 로마법의 발달이 왜 영국법의 발달과 달랐는지를 설명하는 주요 이론들이다. 두 이론 다 사실과 정확히 들어맞지는 않지만, 각각 대단히 중요한 결과들을 낳았다.

12표법의 공표가 법의 역사를 다루는 출발점이 될 수 없음은 말할 것도 없다. 원초적 법관념
문명화된 민족이면 거의 다 고대 로마의 법전과 비슷한 것을 가지고 있었다. 또한 로마와 헬레니즘 세계에 관한 한, 비교적 서로 가까운 시대에 그러한 법전이 두 세계에 널리 확산되었었다. 그것들은 무척 유사한 상황에서 등장했고, 우리가 아는 한 무척 유사한 원인으로 만들어졌다. 많은 법현상들이 이들 법전에 시기적으로 앞서거나 뒤따랐음은 말할 것도 없다. 적지 않은 문헌기록들이 남아있어 법의 초기 현상들을 우리에게 알려준다. 하지만 문헌학이 산스크리트 문헌을 완전히 분석해내기 전까지는 우리에게 주어진 가장 좋은 인식 원천은 그리스의 호메로스의 시임에

¹ 시작은 12표법, 끝은 로마법대전을 뜻한다.

틀림없다. 물론 이들은 실제 사건들을 기록한 역사로서가 아니라, 호메로스가 알고 있던 사회의 상태를, 완전히 이상화하지 않고, 기술한 것으로 읽어야 할 것이다. 영웅시대의 어떤 특징이나 전사들의 용기, 신들의 힘 따위가 시적 상상력에 의해 과장됐을 수 있지만, 도덕적 또는 형이상학적 관념에 의해 그의 시가 오염되었다고 믿을 이유는 없다. 도덕이나 형이상학은 아직 의식적인 고찰의 주제가 아니었기 때문이다. 이런 점에서, 비슷한 초기 시대를 다룬다고 하면서 철학적 또는 신학적 영향 하에서 만들어진 후대의 문헌들보다 호메로스의 시가 훨씬 더 신뢰할 만하다. 법개념의 초기 형태를 발견하려는 우리에게 그것들은 더없이 소중하다. 법학자에게 이들 원초적 관념이 갖는 중요성은 지질학자에게 초기 지구의 지각이 갖는 중요성에 비할 만하다. 거기에는 후대의 법에 의해 발현될 모든 형태들이 다 담겨있을 수 있다. 조급함이나 편견으로 인해 기껏해야 피상적인 조사만 하고는 더는 아무 것도 하지 않은 탓에 오늘날 우리의 법학은 불만족스런 상태에 머물러있다. 법학자들의 탐구는 실로 물리학이나 생리학에서 관찰이 역측을 대체하기 이전 상태와 비슷한 상태에 머물러있다. 그럴듯하고 포괄적이지만 전혀 증명되지 않은 이론들, 가령 자연법이나 사회계약론 따위의 이론이 널리 인기를 구가하여 사회와 법의 원초적 역사에 대한 냉철한 연구를 압도하고 있다. 저 이론들은 진리를 가리고 있거니와, 진리가 발견될 수 있는 유일한 영역으로부터 관심이 멀어지게 할 뿐만 아니라, 일단 길들여지고 믿게 되면 후대의 법학에 참으로 엄청난 영향력을 행사할 수 있다.

테미스테스

법이나 생활규칙이라는, 이제는 무척 발달한 관념에 관련된 최초의 인식은 호메로스가 사용한 용어 “테미스”*Themis*와 “테미스테스”*Themistes*에 담겨있다. 주지하듯이 후대 그리스의 신들 중에서 테미스는 정의의 여신으로 나타난다. 하지만 이것은 근대적인, 무척 발달된 관념의 산물이다. 일리아드에서 제우스의 판결보조자로 묘사된 테미스는 전혀 다른 의미를 가졌다. 오늘날 원시사회의 믿을 만한 관찰자들이 밝혀놓았듯이, 인류의 유아기에 인간은 인격의 작용을 가정함으로써만 지속적인 혹은 반복적인 사건을 설명할 수 있었다. 그리하여 바람이 부는 것도 인격이었고 물론 신적 인격이었다. 태양이 뜨고 정점에 이르고 지는 것도 인격이었고 신적 인격이었다. 대지가 수확물을 내주는 것도 인격이었고 신이었다. 물리적 세계가 그러하듯이 도덕적 세계도 마찬가지였다. 왕이 분쟁에서 판결을 내릴 때, 판결은 신적 영감의 결과로 이해되었다. 왕들에게, 또는 왕중의 왕인 신들에게, 판결을 제안하는 신이 바로 **테미스**였다. 이 관념의 특이함은 복수형 표현에서 나타난다. 테미스의 복수형

테미스테스는 신이 판사에게 지시한 판결들 자체를 뜻했다. 왕들은 바로 꺼내 쓸 수 있는 테미스테스의 저장고를 갖고 있다고 생각되었다. 그러나 이것은 법률이 아니라 판결—게르만인들이 “doom”이라고 부르는 것에 정확히 일치한다—이었던 점을 유의해야 한다. 그로트Grote 씨의 《그리스 역사》History of Greece에 따르면, “제우스나 지상의 인간 왕은 입법자가 아니라 판사였다.” 그에게는 테미스테스가 주어져 있으나, 위로부터 주어진 것이라는 믿음에 부합하게, 판결들은 어떤 일관된 원칙으로 연결되어 있다고 관념되지 못했다. 그것은 따로따로 분리된 개별적인 판결들이었다.

호메로스의 시에서도 이러한 관념은 잠시 동안의 것이었음을 알 수 있다. 단순한 구조의 고대사회에서 상황의 유사성은 오늘날보다 흔한 일이었을 테고, 유사한 소송이 연달아 제기됨에 따라 판결들도 비슷해지는 경향이 나타났을 것이다. 여기서 우리는 관습의 기원 혹은 초기 형태를 발견할 수 있거니와, 이것은 테미스테스, 즉 판결보다 나중에 등장하는 관념인 것이다. 근대적 사고방식 탓에 우리는 관습의 관념이 사법적 판결에 선행하고 판결은 관습을 확인하거나 그 위반을 벌하는 것이라고 미리 단정짓는 경향이 강하지만, 관념의 역사적 발달은 내가 제시한 순서대로였음이 틀림없어 보인다. 맹아적 관습을 지칭하는 호메로스의 용어는 때로 단수형 “테미스”였고, 종종 “디케”Dike였거니와, 그 뜻은 “판결”과 “관습” 또는 “관행”을 넘나드는 것이었다. 노모스nomos, 즉 ‘법’은 후대 그리스 사회의 정치용어로서 대단히 중요하고 유명한 것이지만, 호메로스의 시에는 등장하지 않는다.

신의 작용이라는 이러한 관념, 테미스테스를 제안하고 테미스에 인격화되어있는 신의 작용이라는 관념은 피상적인 연구로는 혼동하기 쉬운 다른 원시적 관념들과 엄격히 구분되어야 한다. 힌두의 마누법전에 나타나는, 신이 완성된 법전을 명령한다는 관념은 훨씬 최근의 진보된 관념의 계열에 속하는 것으로 보인다. “테미스”와 “테미스테스”는 오랫동안 끈질기게 인간의 정신을 지배했던 관념, 신적 영향력이 모든 생활관계와 모든 사회제도를 지탱하고 지지한다는 관념과 훨씬 더 가깝다. 초기 법에서, 그리고 초기의 정치사상에서, 이러한 믿음의 징후는 모든 면에서 나타난다. 초자연적인 통치권자가 당시의 모든 주요 제도들—국가, 씨족, 가족—을 성별聖別하고 통합하는 것으로 관념된다. 이러한 제도들 속에서 다양한 관계로 집단을 형성하는 인간은 주기적으로 공동의 제의를 수행하고 공동의 희생물을 바칠 의무를 진다. 때로 이러한 의무는 그들이 수행하는 정화의식과 속죄의식에서

더욱 강하게 인식되거나, 이는 의도치 않게 또는 부주의로 저지른 불경한 짓에 대해 죄를 사하여 달라는 의미를 띠는 것이었다. 고전문헌에 익숙한 독자라면 누구나, 초기 로마의 입양법과 유언법에 중대한 영향을 미쳤던 씨족제의 *sacra gentilia*에 대해 알고 있을 것이다. 무척 진기한 원시사회의 특징들이 고정되어 남아있는 힌두 관습법에서는 지금도 거의 모든 인법^{人法}과 상속법 규칙들이 망자의 장례식에서, 즉 가^家의 연속성에 단절이 생기는 때에, 의례를 엄정하게 거행하는 것에 달려있다.

벤담의 분석

이 단계의 법을 떠나기 전에, 특히 영국의 학자들이 유의해야 점을 지적하고자 한다. 벤담은 《정부론 단편》Fragment on Government에서, 오스틴은 《법학의 영역 확정》Province of Jurisprudence Determined에서, 법을 입법자의 **명령**으로, 그리하여 시민들에게 부과된 **의무**로, 그리고 불복종에 대해 주어지는 **제재**의 위협으로 선언한다. 나아가 법의 첫째 요소인 **명령**은 하나의 행위가 아니라 일련의 또는 다수의 동종 행위들을 지시해야 한다고 단언한다. 이렇게 여러 요소로 분리한 것은 성숙한 단계의 법에 정확히 부합하는 것이고, 개념에 약간의 변형을 가하면 모든 시대 모든 종류의 법과 형식적으로 부합하도록 만들 수 있을 것이다. 하지만, 오늘날에도 일반인들이 가지는 법관념이 이러한 분석과 완전히 일치한다고 주장할 수는 없다. 또한 원시적 사상의 역사를 파고들면 들수록, 이상하게도 우리는 벤담이 말한 요소들의 결합을 닮은 법의 관념으로부터 점점 멀어짐을 발견하게 된다. 확실히 인류의 유아기에는 어떠한 입법도, 어떤 뚜렷한 입법자도 생각될 수 없었다. 법은 관습의 언저리에도 도달하기 어려웠다. 법은 오히려 습관이었다. 프랑스식 표현으로 법은 “주위에 퍼져 있었다” in the air. 옳고 그름의 유일한 권위적 진술은 사건이 일어난 뒤에 내려지는 판결이었다. 위반된 법을 전제하여 내려지는 판결이 아니라, 재판의 순간에 저 위의 권력이 판사의 마음에 처음 영감을 불어넣어 내려지는 판결이었다. 물론 우리는 우리와 시간적으로 관념적으로 멀리 떨어진 사고방식을 이해하기가 무척 어렵다. 그러나 고대사회의 현정을 더 장기간 천착하고 나면 그것은 더 설득력있게 다가올 것이다. 고대사회에서는 모든 사람이 생애 대부분을 가부장의 전제^{專制} 아래서 살았으므로 그의 모든 행위는 사실상 법이 아닌 변덕에 의해 통제되었던 것이다. 생각건대 다른 나라 사람보다 영국인은 어떤 다른 법 관념보다 “테미스테스”가 선행한다는 역사적 사실을 더 쉽게 이해할 수 있을 것이다. 왜냐하면 영국법의 성격에 관한 다양한 이론들 중에서 가장 유명한, 적어도 실무에 가장 영향력 있는, 이론은 분명 판결과 선례가 규칙이나 원리나 개념구분에 선행한다는 이론이기 때문이다.

주목할 점은 “테미스테스”도, 벤담 및 오스틴의 견해와 같이, 단일한 또는 단순한 명령을 법과 구분하는 성질을 가진다는 것이다. 진정한 법은 유사한 종류의 행위를 모든 시민에게 똑같이 명한다. 이것이야말로 대중들의 마음에 깊이 각인된 법의 성질이며, “법”^{law}이라는 말이 단순히 불변성, 연속성, 유사성에도 사용되고 있는 이유이다.² 명령은 하나의 행위만 지시하며, 따라서 “테미스테스”는 법보다는 명령에 더 가깝다. 그것은 따로 떨어진 하나의 사실관계에 대한 재판일 뿐이며, 전후의 판결들 간에 규칙적인 연계가 반드시 존재하지는 않는다.

영웅시대의 문헌은 “테미스테스”와 이보다 좀 더 발달된 “디케”라는 말로써 귀족정 시기 맹아기의 법을 우리에게 드러내보인다. 법의 역사의 다음 단계는 무척 흥미로운 시기이다. 그로트 씨의 《역사》 제2부 제9장은 호메로스가 묘사했던 것과는 사뭇 다른 성격의 사회가 등장하는 과정을 잘 기술하고 있다. 영웅시대의 왕의 권위는 부분적으로는 신에게서 부여받은 대권에, 또 부분적으로는 탁월한 힘과 용기와 지혜를 가진 데 의존했다. 점차, 왕의 신성함에 대한 관념이 약해지고 또 일련의 세습 과정에서 허약한 왕들이 배출됨에 따라 왕의 권력은 쇠퇴했고, 마침내는 귀족정으로 대체되었다. 혁명이라는 용어를 사용할 수 있다면, 호메로스가 여러 번 언급했던 족장들의 위원회 council of chiefs에 의해 왕의 자리가 찬탈당했다고 말할 수 있을 것이다. 여하튼 이제 유럽 각지에서 왕정 시대가 가고 과두정의 시대가 도래했다. 왕이라는 직함이 완전히 없어지지 않은 곳에서도 왕의 권위는 그저 이름에 불과했다. 라케다이몬에서처럼 그저 세습장군이거나, 아테네의 아르콘 왕처럼 그저 관리이거나, 로마의 신성왕 Rex Sacrificulus처럼 그저 사제 司祭에 불과했다. 그리스, 이탈리아, 소아시아에서는 어디서나 지배집단은 가상의 혈족관계로 결합된 다수의 가^가로 구성되었다. 애초에 그들은 모두 일종의 신성성을 주장했으나, 자칭의 신성성이 그들에게 그다지 힘이 되었던 것 같지는 않다. 민중파에 의해 일찍이 전복되어버린 경우가 있었는데, 그렇지 않은 경우 결국 그들 모두는 오늘날 우리가 정치적 귀족이라고 부르는 것에 아주 근접해갔다. 이탈리아와 그리스 세계의 이러한 혁명에 비해, 더 먼 아시아 지역의 공동체에서의 사회 변화는 물론 시간적으로 훨씬 더 전에 일어났다. 하지만 문명화과정에서 이들 변화의 상대적 위치는 동일했고, 변화의 일반적 성격도 대단히 유사했던 것 같다. 나중에 페르시아 군주정

²이런 맥락의 “법”을 우리말로로는 보통 “법칙”이라고 부른다. 중력의 법칙 등.

아래 통합되는 제 민족들이, 그리고 인도 반도 곳곳에 살았던 제 민족들이, 모두 영웅시대와 귀족정시대를 거쳤다는 여러 증거가 있다. 하지만 여기서는 군사적 과두제와 종교적 과두제가 각각 독립적으로 성장했고, 왕의 권위도 대체로 폐기되지 않았다. 또한 서구의 역사 전개와 달리, 동양에서는 종교적 요소가 군사적·정치적 요소를 압도하는 경향이 있었다. 왕과 사제집단의 틈바구니에서 군사적·세속적 귀족은 보잘 것 없이 절멸당하고 파괴당하여 사라진다. 그리하여 도달한 최종 결과는 왕이 커다란 권력을, 그러나 사제계급의 특권에 의해 제한된 권력을, 누리게 되는 것이다. 동양의 종교적 귀족과 서양의 세속적·정치적 귀족이라는 이러한 차이에도 불구하고, 영웅적 왕의 시대에 이어 귀족정 시대가 도래한다는 역사적 명제는 참이라 간주해도 좋을 것이다. 전 인류에 타당할지는 모르겠으나, 적어도 인도·유럽 계통 민족들에게는 두루 타당한 것이다.

관습법

법학자들이 주목할 점은 어디서나 이들 귀족이 법의 저장소이고 법의 집행자였다는 것이다. 그들은 이제 왕의 대권을 계승한 것으로 보인다. 그런데 중요한 차이가 있거니와, 그들은 매번 판결마다 직접 신의 영감을 받는다고 내세우지 않았다. 가부장적 족장의 판결이 초인간적 지시에 연결된다는 관념은 법규칙의 전부 또는 일부가 신에게서 기원한다는 주장을 통해 여기저기서 여전히 나타나고 있지만, 사고의 발달로 이제 더는 구체적인 분쟁의 해결을 인간 외적인 힘의 개입을 가지고 설명할 수 없게 되었다. 법적 과두정이 주장하는 바는 이제 법**지식**의 독점, 즉 분쟁을 해결하기 위한 법원칙을 그들만이 가진다는 것이다. 실로 우리는 관습법customary law의 시대에 들어선 것이다. 이제 관습이나 관례는 실체적 규칙의 집합으로 존재하고, 귀족 집단 혹은 귀족 카스트가 그것을 정확히 알고 있다고 간주된다. 옛 전거들에 따르면 과두정에 주어진 이러한 신뢰가 때로 남용되기도 했음이 분명하지만, 이를 단순한 찬탈이나 폭정의 장치로만 보아서는 안 될 것이다. 문자의 발명 이전에는, 그리고 기술이 유아기에 머물던 시절에는, 법적 특권을 가진 귀족들이야말로 민족 혹은 부족의 관습을 거의 정확하게 보존하는 유일한 현실적 방법을 구성했다. 공동체의 일부 구성원의 기억에 관습을 맡김으로써 관습의 진정성은 최대한 담보될 수 있었다.

관습법의 시대, 그리고 특권 계급에 의한 관습법의 보존은 자못 흥미를 불러 일으킨다. 당시의 법 상태는 오늘날의 법률용어나 일상용어에도 그 흔적을 남기고 있다. 그리하여 카스트이든, 귀족이든, 사제 지파든, 신관단sacerdotal college이든, 특

권을 가진 소수만이 알고 있는 법은 진정한 불문법이다. 이것을 제외하면 세상에는 불문법이 존재하지 않는다. 영국 판례법이 흔히 불문법이라 불리고 있고, 또 어떤 영국 학자들은 영국법을 법전으로 편찬하면 불문법이 성문법으로 대체—그들이 비판적인 취지에서, 그러나 사뭇 진지하게 사용하는 용어로는, 개종—될 것이라고 주장한다. 물론 영국 보통법을 마땅히 불문법이라고 칭해도 좋을 시기가 한때 있었음이 분명하다. 영국의 옛 판사들은 변호사나 일반인은 온전히 알 수 없는 규칙, 원리, 개념구분 등을 알고 있다고 내세웠다. 그들이 독점한다고 주장한 법의 전부가 진정 불문법이었는지는 무척 의문스럽다. 하지만, 어쨌든 판사들에게만 알려진 민사 및 형사 규칙들이 한때 상당히 있었다고 가정하더라도, 오늘날에는 그것은 더 이상 불문법이 아니다. 웨스트민스터 홀의 법원들이 연감^{yearbook} 등에 기록된 선례에 따라 판결을 내리기 시작하면서, 그들의 법은 성문법이 되었다.³ 오늘날 영국의 법규칙은 우선 인쇄된 선례의 사실관계로부터 분리되고, 특정 판사의 성향, 정확도, 지식에 따라 어떤 언어의 형식으로 만들어진 후, 해당 사건의 사실관계에 적용되는 것이다. 그러나 이 과정의 어느 단계에서도 성문법과 구별되는 성질은 나타나지 않는다. 그것은 성문의 판례법인 것이다. 법전법과 다른 점은 단지 쓰여진 방식이 다르다는 것뿐이다.

관습법의 시대로부터 이제 우리는 법제사에 뚜렷이 획을 긋는 다른 시대로 진 12표법
입하게 된다. 그것은 법전^{code} 시대로, 로마의 12표법으로 대표되는 고대 법전의 시대다. 그리스에서, 이탈리아에서, 그리스화된 서아시아 해안 지역에서, 이들 법전은 모두 어디서나 동일한 시기에 등장했다. 여기서 동일한 시기란 시간적으로 동시라는 뜻이 아니라, 각 공동체의 상대적 진화 단계에서 유사한 시기를 점한다는 뜻이다. 내가 언급한 지역 어디서나 법은 판자에 새겨져 대중에게 공표되었고, 그리하여 특권 귀족의 기억 속에 저장된 관행들을 대체했다. 오늘날의 법전편찬이라는 것에 가까운 어떤 세련된 숙려가 내가 말한 변화에 조금이라도 들어있었다고 생각해서는 안 된다. 고대 법전은 애초에 문자 기술의 발견과 확산에 의해 도입된 것이 분명하다. 물론 귀족들이 법지식의 독점을 남용했음에 틀림없고, 어쨌든 그들에 의한 배타적 법 전유가 서구에서 보편적으로 등장하기 시작한 민중 운동의 성공에

³메인의 이러한 성문법 개념은 오늘날 통용되는 개념과 다르다는 데 주의할 것. 우리는 판례법, 관습법, 조리법 등을 모두 불문법으로 분류한다.

커다란 장애가 되었던 것은 사실이다. 하지만, 비록 민주적 감정이 법전의 확산에 도움을 주었을지라도, 대체로 법전은 문자 발명의 직접적 산물이었음이 확실하다. 일군의 사람들의 기억이 비록 반복적 사용에 의해 강화된다 할지라도, 그러한 기억 보다는 글자가 새겨진 판자가 법의 저장소로서 더 훌륭했고, 법의 정확한 보존을 더 잘 담보했다.

로마의 법전은 내가 묘사하는 그러한 유형의 법전에 속한다. 그것의 가치는 체계적인 분류라든가 표현의 간결성과 명확성 따위에 있는 것이 아니라, 그 공개성, 즉 무엇을 하고 무엇을 하지 말아야 할 지에 관한 지식을 모든 사람들에게 제공하는 데 있었다. 물론 로마의 12표법은 어느 정도 체계성을 보여주긴 하지만, 아마도 이는 후기 그리스의 발달된 입법기술을 갖춘 그리스인들의 도움을 받아 12표법이 기초되었다는 전승에 의해 설명할 수 있을 것이다. 하지만 아테네의 솔론 법전의 남아있는 단편들은 체계가 별로 없었음을 보여주며, 아마도 드라콘의 입법은 더욱 그러했을 것이다. 또한 동·서양을 막론하고 이들 법전의 유물들은 종교적, 시민적, 그리고 단순한 도덕적 명령들이 그 성질의 차이를 고려하지 않은 채 무질서하게 혼재되어 있었음을 보여준다. 이는 법 외의 다른 분야의 초기 사상에 관해 우리가 알고 있는 것과 일치한다. 법과 도덕의 분리, 법과 종교의 분리는 정신의 진화에서 분명히 더 후대의 단계에 속하는 것이다.

마누법전

그러나, 현대인의 눈에 이들 법전이 아무리 이상하게 보일지라도, 고대사회에서 이 법전들의 중요성은 이루 다 말할 수 없을 정도이다. 문제는—또한 이는 각 공동체의 장래에 큰 영향을 미치게 되는 것인데—도대체 법전이 있어야 하는가 아닌가가 아니었다. 대부분의 고대사회는 어쨌거나 조만간 법전을 가지게 되며, 봉건제에 의해 만들어진 법제사의 큰 단절이 없었다면 모든 근대법은 이들 원천 중 하나 이상으로 기원을 소급할 수 있었을 것이기 때문이다. 오히려 인류 역사의 전환점은 사회 진화의 어느 시기, 어느 단계에서 그들의 법이 성문화되었는가와 관련된다. 서구에서는 각 나라의 평민적·민중적 요소가 과두제의 독점을 성공적으로 공격했고, 국가 역사의 비교적 초기에 거의 보편적으로 법전을 획득했다. 하지만 전술했듯이 동양에서는 군사적·정치적 귀족이 아니라 종교적 귀족이 지배 귀족이 되어 이들이 권력을 장악하는 경향이 있었다. 그런데 몇몇 경우 서구에 비해 아시아 나라들은 그 물리적 조건으로 인해 개별 공동체가 더 커지고 인구도 더 많아지는 경향이 있었다. 그리고 어떤 제도가 적용되는 공간이 크면 클수록 그 제도의 완고

함과 생명력은 더 커진다는 것이 널리 알려진 사회법칙이다. 원인이야 어찌되었든, 동양사회의 법전은 서구에 비해 상대적으로 훨씬 늦게 획득되고, 그리하여 사뭇 다른 성격을 띠게 된다. 아시아의 종교적 귀족들은 스스로 참고하기 위해서든, 기억의 괴로움을 덜어주기 위해서든, 후계자의 교육을 위해서든, 어쨌거나 그들의 법지식을 중국에는 법전의 형태로 구체화하기에 이른다. 그러나 자신들의 영향력을 확대하고 공고히하려는 유혹이 너무나 강해서 이에 저항하기 어려웠을 것이다. 즉, 법지식을 완전히 독점하고 있었기에 그들은 법전화를 되도록 미룰 수 있었을 것이다. 그들의 법전은 실제로 행해지는 규칙이 아니라 준수하는 것이 마땅하다고 사제집단이 생각한 규칙들을 모은 것이다. 마누법전(Laws of Manu)이라 불리는 힌두 법전은 브라만들이 집성한 것으로, 물론 인도인들이 실제로 준수한 것들을 다수 간직하고는 있지만, 오늘날 최고 가는 동양학자들의 견해에 따르면 전체적으로 볼 때 그것은 인도에서 실제로 행해지던 규칙들의 집합이 아니다. 대체로 그것은 브라만들이 보기에 법**이어야 할** 것을 이상적으로 그려놓은 것이다. 인간의 본성을 감안할 때, 그리고 그 저자들의 특별한 동기를 감안할 때, 마누법전 같은 것이 아주 오래 전의 것인양 내세워지고 그 완전한 형태로 신에게서 유래한 것이라 주장되는 것은 당연한 일에 속한다. 힌두 신화에 따르면 마누는 최고 신의 화신인 것이다. 하지만 그의 이름이 붙어있는 법전은, 비록 정확한 연대는 알 수 없지만, 힌두법의 진화 과정 중 상대적으로 최근의 산물이다.

12표법 등의 법전이 그것을 획득한 사회에 가져다준 주요 이점은 특권 귀족들의 타락 기반적 행태에 대한 보호막을, 그리고 국가 제도의 자연적 타락에 대한 보호막을 제공한 것이었다. 로마의 법전은 단순히 로마 인민의 기존 관습을 언어로 선언한 것이었다. 그것은 로마의 문명화 과정에서 상대적으로 무척 이른 시기에 법전화된 것이었고, 시민적 책무와 종교적 의무가 착종되어 있던 지적 상태를 아직 로마 사회가 거의 벗어나지 못했을 때에 공표된 것이었다. 그런데 이와 달리 여전히 관습을 준행하는 야만적 사회는 문명의 진보에 전적으로 치명적일 수 있는 어떤 특별한 위험에 노출된다. 공동체가 그 유아기에, 원시적 단계에 채택한 관행들은 대체로 그 물질적·정신적 복리의 증진에 가장 적합한 경우가 일반적이다. 새로운 사회적 필요가 새로운 관행을 낳을 때까지 그것들이 순수하게 보존된다면 사회의 상승적 행진은 거의 확실해진다. 하지만 불행하게도 불문(不文)의 관행에 기초한 작동에 위험이 되는 어떤 발전 법칙이 존재한다. 관습을 준수하는 대중들은 그 유용성의 진정한

근거를 알지 못한 채 당연한 듯 관습을 준수하거나, 따라서 그들은 불가피하게 준수의 미신적 근거를 발명한다. 그리하여 합리적인 관행이 비합리적인 관행을 낳는다는 표현으로 곧 묘사될 만한 어떤 과정이 시작된다. 유추類推는 성숙기 법학에서는 무엇보다 유용한 도구이지만, 유아기에는 무엇보다 위험한 짓이 된다. 어떤 합당한 이유로 애초에 특정한 하나의 행위에만 국한되던 명령과 금지가 동일한 유類의 다른 모든 행위들에도 적용되기 시작한다. 하나의 행위가 야기하는 신의 분노에 두려움을 느낀 인간은 그것과 조금밖에 비슷하지 않은 다른 행위에 관해서도 자연스레 공포를 느끼기 때문이다. 위생상의 이유로 어떤 음식이 금지되면, 그럴듯한 유추에 때로 의존하여 그 금지는 유사한 다른 모든 음식에도 확장된다. 또한, 일반적 청결을 보증하는 현명한 규칙 하나가 이윽고 판에 박힌 의례적 세정洗淨행위의 기나긴 목록을 명령하게 된다. 또한, 역사 과정의 특정한 위기 시에 국가의 존립을 위해 잠시 필요했던 계급의 구분이 인류의 제도 중에 가장 재앙적이고 파멸적인 것—카스트—으로 타락한다. 힌두법의 운명은 실로 로마 법전의 가치를 보여주는 척도다. 민족학은 로마인과 인도인이 원래 동일한 계통에서 발원했음을 알려준다. 사실 그들의 최초의 관습으로 여겨지는 것들 간에는 대단히 큰 유사성이 있다. 오늘날에도 힌두법의 밑바탕에는 선견지명과 건전한 판단이 깔려있다. 하지만 비합리적인 모방으로 인해 잔인하고 부조리한 거대한 장치가 힌두법에 접목되었다. 로마인들은 그들의 법전에 의해 이러한 타락으로부터 보호될 수 있었다. 그것은 그들의 관행이 아직 건강했을 때 편찬되었거니와, 만약 백년 후였다면 너무 늦었을지도 모른다. 힌두법은 그 대부분이 성문화되었다. 그러나, 산스크리트어로 전해지는 집성들은 일음 오래된 것이긴 하지만, 해악이 작용한 연후에 작성되었다는 풍부한 증거가 그것들 속에 들어있다. 만약 12표법이 공표되지 않았다면 로마인들도 인도인들처럼 허약하고 왜곡된 문명으로 전락할 운명이었을지에 관해 물론 우리는 아무 것도 말할 수 없다. 하지만 한 가지 확실한 점은 그들의 법전과 더불어 그들은 저 불행한 운명으로부터 벗어날 수 있었다는 것이다.

제 2 장

법적의제

원시법이 법전에 구체화되면서, 자생적 발달이라고 할 만한 것은 종말을 맞았다. 이후로는 법 내부에 변화가 일어난다면 그것은 의도적으로 일어난, 그리고 외부로부터 영향받은 변화인 것이다. 가부장적 왕에 의해 선언된 후 성문화되어 공표되기까지 그 긴 시간—몇몇 경우에는 장구한 기간—동안 어떤 민족이나 부족의 관습이 전혀 변함 없이 유지된다는 것은 상상할 수 없는 일이다. 또한 그 변화의 어떤 부분도 의도적으로 일어난 부분이 전혀 없다고 단정하는 것도 옳지만은 않을 것이다. 그러나, 이 기간의 법발달에 대해 우리가 아는 바가 별로 없긴 하지만, 변화를 가져옴에 있어 미리 계획된 목적이 차지하는 몫은 극히 작았을 것이라고 가정해도 무리가 없다. 초창기의 관행에 일어난 그러한 혁신은, 오늘날 우리의 정신 조건을 가지고는 도저히 이해할 수 없는 감정과 사고양식에 의해 주어졌던 것 같다. 하지만 법전과 더불어 새로운 시대가 시작된다. 법전 시대 이래, 법변동의 경로 어디를 추적하더라도 그것이 의식적인 개선 노력에 기인한다는 것을, 적어도 원시 시대에 목표했던 것과는 다른 목표를 달성하려는 노력에 기인한다는 것을 발견할 수 있다.

언뜻 보면, 법전 시대 이후의 법의 역사에서 어떤 믿을 만한 명제를 이끌어내는 진보의 희귀성은 불가능해보인다. 대상 영역이 너무 넓다. 충분히 많은 수의 현상을 관찰했는가, 또 관찰한 것을 정확하게 이해했는가, 따위에 대해 우리는 확신을 가질 수 없다. 그러나, 정체된 사회stationary society와 진보하는 사회progressive society 간의 구별이 법전 시대 이후 나타나기 시작했음을 감안하면, 우리의 과업이 불가능해 보이지는

않는다. 우리의 관심대상은 진보하는 사회에 국한되거나, 그것들의 숫자가 무척 적다는 점이 무엇보다 두드러진다. 압도적인 증거에도 불구하고, 서유럽 시민의 한 사람으로서 그를 둘러싸고 있는 문명이 세계 역사에서 희귀한 예외에 불과하다는 사실을 완전히 체감하기란 결코 쉬운 일이 아니다. 전체 인류에 대한 진보적 민족의 관계를 또렷이 직시한다면 우리가 공유하는 사상의 풍조, 우리들의 모든 희망, 두려움, 생각이 크게 바뀔 수 있을 것이다. 의심할 여지 없이, 문명제도들을 항구적 기록으로 구체화하여 외면적 완성을 이룩한 순간 이후로 인류의 대부분은 그 문명제도들을 개선하려는 일말의 욕구조차 보여준 적이 없었다. 때로 어떤 관행이 폭력적으로 전복되어 다른 관행에 자리는 내주는 경우는 있었다. 곳에 따라 원시법전은, 초자연적 기원을 내세우며 대폭 확대되기도 했고, 종교적 주석가들의 왜곡을 거치며 놀랄 만한 형태로 뒤틀려지기도 했다. 하지만 이 세상의 아주 작은 한 지역을 제외하면 법체계의 지속적·점진적 개량 같은 것은 찾아볼 수 없었다. 물질문명은 있었지만, 문명이 법을 확장시키기보다는 법이 문명발달의 족쇄로 작용했다. 인류의 원시적 상태를 연구함으로써 우리는 어떤 문명이 그 발달을 멈춘 지점에 관하여 단서를 얻을 수 있을 것이다. 브라만 지배의 인도는 모든 인간사회가 경험한 단계, 즉 법규칙과 종교규칙이 아직 구별되지 않던 단계를 넘어서지 못했음을 알 수 있다. 그런 사회의 구성원들은 종교적 명령의 위반을 세속적 형벌로 처벌해야 한다고 믿었고, 세속적 의무의 위반을 신의 교정(矯正)에 맡겨야 한다고 믿었다. 중국은 이 지점을 넘어서긴 했으나, 진보는 거기서 정체되었으니, 민사법이 중국인들의 관념의 한계에 갇혀있었기 때문이다. 하지만 정체된 사회와 진보하는 사회의 차이는 커다란 비밀에 싸여있고 우리는 그 비밀을 여전히 탐구해야 한다. 지난 장의 끝부분에서 나는 이 비밀에 대한 부분적 설명을 시도한 바 있다. 덧붙여 유의할 점은 인류에게 있어 정체된 사회가 일반원칙이고 진보하는 사회가 예외임을 정확히 인식하지 않으면 우리의 탐구는 성공할 수 없으리라는 것이다. 그리고 또 하나의 성공조건은 모든 주요 단계마다 로마법에 대한 정확한 지식이 불가결 요구된다는 것이다. 우리가 알고 있는 모든 인간제도들 중에서 로마법은 가장 긴 역사를 가지고 있다. 로마법이 경험한 모든 변화의 성격을 우리는 비교적 잘 알고 있다. 시작부터 종말에 이르기까지 그것은 보다 나은 방향으로, 혹은 변화의 설계자들이 보기에 더 낫다고 여겨졌던 방향으로, 변화하며 진보했다. 로마법이 개선되어 나가는 동안, 인류의 나머지 부분들은 사상과 행위의 진전이 눈에 띄게 느려졌고, 정체상태로

빠질 위험에 끊임없이 노출되었다.

이하에서 나는 진보하는 사회에 국한하여 논의를 전개하겠다. 이들 사회에서는 진보적인 법 사회의 필요와 사회의 여론이 대체로 법에 선행한다고 말할 수 있다. 그것들 간의 간격이 끊임없이 메워지는 경향을 보이지만, 그 간격은 항상 또 다시 되살아난다. 법은 안정을 추구하지만, 지금 우리가 말하고 있는 사회는 진보하는 사회인 것이다. 인민의 행복은 이 틈새가 얼마나 신속하게 좁혀지는가에 달려있다.

법이 사회와 조화되도록 하는 장치에 관하여 유용한 명제 하나를 개진하고자 한다. 이러한 장치에는 세 가지가 있거니와, 법적의제^{legal fictions}, 형평법^{equity}, 그리고 입법^{legislation}이 그것이다. 이들 간의 역사적 순서는 내가 제시한 대로이다. 때로는 이들 중 두 가지가 동시에 작용하기도 하고, 또 이들 중 하나의 영향을 받지 않은 법체계도 존재한다. 그러나 내가 아는 한 이들의 등장 순서가 뒤바뀐 사례는 존재하지 않는다. 이들 중 하나인 형평법은 그 초기 역사가 어디서나 모호했고, 따라서 어떤 이는 시민법을 개혁하는 단발적인 법률들이 형평에 의한 재판보다 더 오래됐다고 생각할지도 모른다. 나는 형평법에 의한 구제가 입법에 의한 구제보다 어디서나 더 먼저였다고 믿는다. 그러나 만약 이것이 완전히 진리가 아니라면, 그들의 순서에 관한 명제를, 초창기 법의 변화에 그들이 지속적이고 실질적인 영향력을 행사한 기간에 국한해야 할 필요성이 있을 수는 있다.

나는 “의제”라는 단어를 영국 법률가들이 익히 사용하고 있는 것보다 훨씬 더 법적의제 넓은 의미에서 사용한다. 또한 로마인들이 “의제”^{fictiones}라는 말에 부여했던 것보다 훨씬 더 포괄적인 의미로 사용한다. 고대 로마법에서 의제^{fictio}는 기실 소송변론상의 용어였으니, 원고 측의 거짓 진술로서 피고가 이를 부인하는 것이 허용되지 않는 것을 뜻한다. 가령 원고가 사실은 외인^{外人}이면서 로마시민이라고 진술하는 것이 그 예다. 이러한 로마법상 “의제”의 목적은 말할 것도 없이 재판권을 부여하기 위한 것이었다. 따라서 이는 영국의 왕좌법원^{Queen's Bench}이나 재무법원^{Exchequer}의 영장^{writ}에 담긴 진술—피고가 국왕의 감옥에 구금되어 있다는 진술, 혹은 원고가 왕의 채무자인데 피고의 채무불이행으로 인해 자신의 채무를 이행할 수 없다는 진술—과 무척 흡사하거니와, 이로써 이들 법원은 민소법원^{Common Pleas}의 재판권을 빼앗아올 수 있는 것이다. 그러나 내가 사용하는 “법적의제”라는 표현은 법규칙의 문언은 그대로인데 그 실제적 작용이 바뀐 변화의 사실을 숨기거나 숨기는 데 영향을 주는 일체의 가정^{假定}을 총칭한다. 따라서, 앞서 인용한 로마법과 영국법의 의제

사례들뿐만 아니라 그 이외의 것도 여기에 포함된다. 나는 영국의 판례법과 로마의 법학자의 해답(responsa prudentium)도 의제에 기초한 것으로 보기 때문이다. 이들 두 가지에 대해서는 조금 있다 설명할 것이다. 이들 두 경우, **사실**로는 법이 완전히 변화했으나, **의제**적으로는 법이 예전 그대로 동일한 것이다. 모든 형태의 의제가 왜 사회의 유아기와 특히 친화성이 있는지는 어렵지 않게 이해할 수 있다. 의제는 가끔 등장하는 개선 욕구를 충족시키면서도 변화에 대한 상존하는 미신적 거부감을 거스르지 않기 때문이다. 사회진화의 특정 단계에서 의제는 법의 엄격함을 극복하는 유용한 수단이 된다. 실로 그중 하나인, 인위적인 가족관계 형성을 가능케 하는 입양(入養)이라는 의제가 없었다면, 어떻게 사회가 그 요람기를 벗어나 문명을 향한 첫걸음을 뗄 수 있었을지 상상하기 어렵다. 그러므로 우리는 벤담이 법적의제에 대해 퍼부은 조롱과 비난에 마음상할 필요가 없다. 의제를 기만적인 행태에 불과하다고 욕하는 것은 법의 역사적 발달에서 의제가 수행한 특수한 역할에 대한 무지를 드러낼 뿐이다. 하지만 동시에, 의제의 유용성을 인식하면서 우리 법체계에 의제가 확고하게 뿌리내려야 한다고 주장하는 일부 논자들에게 동조하는 것도 똑같이 어리석은 일이 될 것이다. 영국 법률가들의 관념에 심각한 충격을 주지 않고 그들의 언어에 중대한 변화를 초래하지 않는 한 내다버릴 수 없는 몇몇 의제들이 여전히 강력한 영향력을 영국법에 행사하고 있다. 하지만 법적의제와 같은 거친 장치로써 어떤 유익한 결과를 도모하는 것이 우리에게 어울리지 않는다는 것도 틀림없이 일반적 진리일 것이다. 법을 더 이해하기 어렵게 만들거나 조화로운 질서의 형성을 더 어렵게 만드는 어떠한 변칙도 무고하지 않다고 나는 생각한다. 그런데 여러 장애 중에서도 법적의제야말로 체계적인 분류에 가장 큰 장애가 된다. 여전히 영미법 체계에는 법규칙이 들러붙어 있으나, 그것은 껍데기에 불과하다. 그것은 이미 오래 전에 쇠퇴했고, 새로운 규칙이 표면 아래 몸을 숨기고 있다. 그리하여 실제로 작동하는 새로운 규칙이 그 진정한 장소에 분류되어야 할지, 아니면 그 표면적 장소에 분류되어야 할지 알기 어려운 상황이 당장 존재하거나, 어느 선택지를 선택할지에 관해 여러 학자들의 의견이 갈라질 것이다. 영국법이 질서있는 분류를 채택하려 한다면, 최근의 몇몇 입법적 개선에도 불구하고 여전히 영국법에 널리 퍼져있는 법적의제들을 뿌리뽑지 않으면 안 될 것이다.

형평법

사회적 필요에 법이 적응하는 또 다른 수단은 내가 형평법이라 부르는 것이다. 여기서 형평법이란 초창기 시민법에 병존하는 법체계로서 독자적인 원리에 기초

하고 있고 그 원리에 내재한 우월한 신성함에 기대어 시민법을 넘어선다고 주장되는 것을 말한다. 로마 법무관praetor들의 형평법이든, 영국 찬슬러chancellor들의 형평법이든, 형평법은 개방적이고 공공연하게 법과 충돌한다는 점에서 각각의 경우 그것에 선행했던 의제들과 차이가 있다. 한편, 형평법은 법 개선의 동인으로 나중에 등장하는 입법과도 다르다. 법 바깥의 어떤 사람이나 집단의 대권大權이 아니라, 법을 천명하는 정무관의 대권이 아니라, 모든 법이 따라야 한다고 여겨지는 법원리의 특별한 성격에 형평법의 권위가 근거하고 있다는 점에서 그 차이가 있는 것이다. 초창기 법보다 더 높은 신성함을 가지고 있고 외부 기관의 승인과 무관하게 효력을 주장하는 일련의 원리들이라는 이러한 관념은 법적의제가 최초로 등장했던 사고 단계보다 더 발달된 단계에 속한다.

전제군주의 형태로든, 의회의 형태로든, 전체 사회를 대표한다고 간주되는 입법 입법 법기관의 법제정인 입법은 법 개선 수단 중에서 마지막 것이다. 입법과 법적의제의 차이는 형평법과 법적의제의 차이와 동일하다. 입법은 그 권위가 외부의 기구나 사람에게서 나온다는 점에서 형평법과도 구별된다. 입법의 구속력은 그것의 법원리와 무관하다. 현실적으로는 여론에 의한 제약이 있다 하더라도, 이론적으로 입법 기관은 스스로가 원하는 바를 공동체 구성원들에게 의무로 부과할 권한을 가진다. 입법기관이 자의적 변덕에서 하는 입법을 막을 것은 아무 것도 없다. 만약 형평이 어떤 선악의 기준을 뜻하는 말로 사용되고 법제정이 어쩌다 이러한 기준에 맞추어 행해진다면, 그러한 입법은 형평에 의해 지시된 것이라 할 수 있을 것이다. 하지만 이런 경우에도 법제정의 구속력은 입법기관의 권위에 빚지고 있는 것이지, 입법 기관의 행위 근거가 된 원리의 권위에 빚지고 있는 것이 아니다. 그리하여 입법이 기술적 의미의 용어인 형평법 규칙과 다른 점은, 후자는 최고의 신성함을 내세우며 군주나 의회의 협찬이 없더라도 즉각 법원에 받아들여질 것을 요청한다는 데 있다. 이런 차이에 주목해야 할 더 큰 이유는, 어떤 벤담 학도는 법적의제, 형평법, 제정법을 뭉뚱그려 이 모두를 입법이라는 단일 범주로 포괄하려 할 것이기 때문이다. 이 모두가 **법창조**lawmaking에 관한 것으로, 그것들 간 차이는 단지 새 법이 만들어지는 장치의 차이일 뿐이라고 그는 말할 것이다. 이것은 분명 진실이고 우리는 이것을 망각해서는 안 된다. 하지만 그렇다고 해서 입법과 같은 무척이나 편리한 용어를 특수한 의미로 사용해서는 안 될 이유가 되지는 못한다. 입법과 형평법은 대중의 정신에서, 그리고 대부분의 법률가들의 정신에서, 서로 분리되어 있다. 특히, 중

요한 실제적 결과의 차이가 뒤따른다면, 아무리 인습적이라 해도 양자의 차이를 무시하는 것은 결코 정당화될 수 없다.

사법적 입법

거의 모든 발달된 법체계에서 **법적의제**의 사례들을 선별하기란 쉬운 일일 것이며, 그것들은 즉시 법적의제의 진정한 성질을 현대의 관찰자들에게 드러낼 것이다. 하지만 이제부터 내가 다루려는 두 가지 경우에는 거기에 사용된 수단의 본질이 그리 쉽게 드러나지 않는다. 이들 의제의 최초 창시자들은 아마 혁신을 의도하지 않았을 것이며, 혁신의 의심을 사기는 더더욱 바라지 않았을 것이다. 게다가 예나 지금이나 진화과정에서 어떠한 혁신도 인정하기를 거부하는 사람들이 항상 있거니와, 전래의 인습적 언어가 그들의 거부를 실증한다. 그러므로, 법적의제의 광범위한 확산을 보여주는, 그리고 법체계를 변화시키면서도 그 변화를 감추는 이중적 역할의 효율적 수행을 보여주는 사례로서 이보다 더 나은 것들은 없을 것이다.

이론적으로는 조금도 기존 법을 바꿀 힘이 없는 장치가 법을 확대하고 수정하고 개선해나가는 것에 우리 영국인들은 아주 익숙하다. 이러한 사실상의 입법이 작동하는 과정은 감지될 수 없는 것이 아니라 인정되지 않을 뿐이다. 판례들에 담겨있고 판결집들에 기록돼있는 우리 법체계의 방대한 부분에 대해 우리는 습관적으로 이중적 언어를 사용하고 이중의 모순적인 관념들을 구사한다. 어떤 사실관계가 영국 법원에 제소되면 판사와 변호사들 간의 모든 논쟁은 옛 법원리 외의 어떤 법원리도, 오래된 개념구분 외의 어떤 개념구분도 적용될 필요가 없고 적용될 수도 없다는 가정 하에 진행된다. 계쟁 분쟁의 사실관계를 포섭하는 기존의 법규칙이 어딘가에 존재하며, 설령 그러한 규칙이 발견되지 않더라도 이내, 지식, 통찰력을 발휘하면 얼마든지 그것을 찾아낼 수 있다는 믿음을 극히 당연한 것으로 받아들인다. 그러나 일단 판결이 내려지고 기록되고 나면, 우리는 무의식적으로 혹은 은밀하게 새로운 언어, 새로운 사고 맥락으로 넘어간다. 이제 우리는 새로운 판결로 법이 수정되었다고 인정한다. 적용가능한 법규칙이, 흔히 쓰이는 부정확한 표현을 사용하자면, 보다 유연해졌다고 믿는다. 실제로 법규칙은 변경되었다. 선례에 새로운 것이 첨가되었고, 선례들을 비교하여 얻어지는 법원리는 일련의 판례들에서 하나의 사례를 제외했을 때 얻어지는 것과는 다른 것이 되었다. 옛 규칙이 폐지되고 새로운 것으로 대체되었다는 사실을 우리는 받아들이기 어려운데, 선례에서 얻어지는 법적 공식을 정확한 언어로 표현하는 습관을 갖고 있지 못하여 변화의 광채가 강렬하고 눈부신 것이 아닌 한 쉽게 포착하지 못하기 때문이다. 진기한 변종 판결 앞에서 영국 법률

가들이 침묵으로 일관하는 이유를 여기서 장황하게 늘어놓을 생각은 없다. 아마도, 구름 속이든 혹은 판사의 마음 속이든 어딘가에 완전하고 일관되고 체계적인 영국 법이 존재한다는, 그리하여 상상할 수 있는 어떤 상황에도 적용할 수 있는 풍부한 법원리의 체계가 존재한다는 것이 전래의 교리였다는 것은 발견할 수 있을 것이다. 처음에는 이 이론이 지금보다 훨씬 더 철저히 신봉되었으며, 실제로 그럴 만한 근거가 더 충분했다. 13세기 판사들은 변호사나 일반 대중에게는 알려지지 않은 법의 보고를 이용할 수 있었으니, 그들은 은밀히 당대의 로마법과 교회법 집성들로부터, 항상 현명하게는 아닐지라도, 자유롭게 빌려왔다고 믿을 만한 이유가 있다. 하지만 웨스트민스터 홀의 법원들이 판결을 양산하여 실체법 체계의 기초가 마련되자, 이 저장고는 폐쇄되었다. 그리하여 수 세기 동안 영국의 법률가들은, 형평법과 제정법이 아닌 한 아무 것도 이미 형성된 이 기초에 첨가된 것이 없다는 역설적인 명제를 전승시켜온 것이다. 우리는 우리 법원들이 입법을 한다는 것을 인정하지 않는다. 우리는 우리 법원들이 결코 입법을 한 적이 없다고 생각한다. 그럼에도 불구하고 우리는 영국의 보통법 규칙들이, 형평법법원Court of Chancery와 의회로부터 약간의 도움을 받아, 현대사회의 복잡한 이해관계에 충분히 대처할 수 있다고 주장한다.

방금 언급한 특징에 있어서 우리 판례법과 무척 가깝고 교훈적인 유사성을 가진 법체계가 로마에서는 “법에 식견 있는 자의 답변”이란 뜻의 법학자의 해답 *responsa prudentium*이었다. 이들 해답은 로마법의 발달 시기에 따라 상당히 다른 형태를 띠었지만, 전 시기에 걸쳐 어떤 권위 있는 성문의 문헌들에 대한 해설 주석임에는 변함이 없었고, 처음에는 오로지 12표법에 대한 해석 의견의 모음이었다. 우리와 마찬가지로, 모든 법적 언어는 이 옛 법전의 텍스트가 불변이라는 가정에 기초했다. 거기에는 명시적인 규칙이 있었다. 그것은 어떤 주석이나 주해보다 위에 있었고, 어떤 해석도, 설령 위대한 해석자의 것이라 해도, 거룩한 텍스트에 호소하여 수정될 수 있음을 누구도 공공연히 부인할 수 없었다. 하지만 사실 저명한 법학자의 이름을 달고 있는 해답집은 적어도 우리의 판결집에 버금가는 권위를 누렸고, 12표법의 규정을 지속적으로 수정하고 확장하고 제한하고 사실상 뒤엎었다. 새로운 법학의 형성기 동안 법학의 저술가들은 법전의 문구에 꼼꼼한 충실함을 내세웠다. 단지 그것을 설명하고 독해하고 그 의미를 온전히 드러낼 뿐이었다. 그러다 결국 그들은, 텍스트를 이어붙이고, 실제로 발생한 사실관계에 법을 적응시키고, 일어날 법한 사실관계에 법의 적용가능성을 탐구하고, 다른 성문 문헌에서 도출한 해석 원리를

가져오는 등에 의해 12표법의 편찬자들은 꿈도 꾸지 못했던, 실로 12표법에서는 거의 혹은 전혀 찾아볼 수 없는 사뭇 다양한 법원리들을 이끌어냈다. 법학자들의 저술은 모두 법전과 일치한다는 근거에서 존중받을 자격을 주장했다으나, 그것의 상대적 권위는 저술을 발표한 특정 법학자의 명성에 크게 좌우되었다. 널리 알려진 위대한 학자의 이름은 입법기관의 법제정에 버금가는 구속력을 해당집에 부여했다. 그리고 그러한 저서가 이번에는 한층 더 나아간 법학 발달의 새로운 토대로 작용했다. 하지만 초기 법학자들의 해답은 오늘날처럼 저자에 의해 출간된 것이 아니었다. 그것은 그의 학생들이 기록하고 편집한 것이어서, 대개는 어떤 체계적인 분류법에 따라 배열된 것이 아니었다. 이렇게 출간에 있어 학생들이 한 역할은 특히 주목할 필요가 있거니와, 그들이 스승에게 행한 봉사는 학생 교육에 대한 스승의 충실성에 의해 보상받는 것이 일반적이기 때문이다. 후대에 가서 이 의무의 결실로 인정받게 되는 법학제요法學提要Institutes 또는 주해서Commentary라 불리는 교육용 저술들은 로마법 체계의 사뭇 중요한 특징을 이루는 것이다. 법학자들이 대중들에게 개념의 분류와 전문용어의 개선을 제안한 것은 이러한 법학제요 형태의 작품에서였지, 훈련된 법률가들을 겨냥한 저서에서가 아니었다.

로마의 법학자의 해답과 그것의 영국적 대응물을 비교할 때, 로마법학의 이 부분이 가지는 권위는 **판사직**bench이 아니라 **변호사직**bar에서 유래한다는 점에 주의해야 한다. 로마에서 법원의 결정은, 개별 사건을 종결짓는 것이었지만, 해당 사건을 잠시 담당하게 된 정무관의 전문직업적 명성에 의해 주어지는 것 외에는 어떤 특별한 권위도 가지지 못했다. 사실 공화정기 동안 로마는 영국의 왕좌법원Bench이나 신성로마제국의 제실법원帝室法院Chamber, 프랑스왕국의 파르르망Parliament 비슷한 제도를 전혀 알지 못했다. 각자 맡은 분야의 사법적 기능을 그때그때 담당하는 정무관magistrate들은 있었지만, 정무관의 임기는 1년에 불과했기에, 그것은 상설 법관이라기보다는 정상급 변호사들이 돌아가면서 잠깐씩 맡는 순환 공직에 가까웠다.¹ 우리 눈에는 무척 이상하게 보이는 이러한 제도의 기원에 대해 다양한 견해가 있을 수 있지만, 사실 그것은 현대 우리의 제도보다 고대사회의 정신에, 개별 집단들로 분열되지만 아무리 배타적이더라도 그들 위에 전문직업적 상하관계는 허용하지

¹기실 법무관praetor 등 정무관은 변호사—오늘날의 전문직 법률가로서의 변호사가 아니라 웅변가forator—나 법학자일 수도 있지만 그냥 정치가인 경우도 많았다.

않는 정신에, 더 잘 부합했다.

이 체제는 그로부터 기대할 법한 효과를 가져오지 못했다는 점에 주목할 필요가 있다. 가령 그것은 로마법을 **대중화**하지 못했다. 비록 법학의 확산과 권위 있는 해설에 인위적인 진입장벽을 두지는 않았으나, 몇몇 그리스 공화국에서처럼 법학을 습득하는 데 필요한 지적 노력을 완화해주지 못했다. 오히려, 몇몇 원인이 작동하지 않았더라면, 후대의 지배적 법체계들처럼 로마의 법학도 사소한 데 치중하고 기술적이고 배우기 어려운 학문이 되었을 확률이 상당히 컸다. 또한, 훨씬 더 마땅히 발견될 법한 어떤 결과도 전혀 나타나지 않은 듯하다. 로마 공화정이 무너지기 전까지 법학자들은 명확하게 정의되지 않은 집단을 형성하고 있었고, 그 숫자도 틀림없이 큰 폭으로 오르내렸을 것이다. 그럼에도 불구하고, 주어진 사례에 대해서 어떤 사람의 의견이 그들 세대에서 결정적인 권위를 누렸는지는 의심의 여지가 거의 없었던 것 같다. 여러 라틴어 문헌에 전해지는, 정상급 법학자들의 일상 업무에 관한 생생한 묘사—이른 아침부터 시골에서 올라온 고객들이 그의 대기실에 몰려들고, 공책을 든 학생들은 그의 주변에 둘러 서서 위대한 법률가의 답변을 기록한다—는 일정 기간에 국한해 본다면 한 두 명의 저명한 이름을 거의 혹은 전혀 벗어나지 않는다. 또한 고객들과 변호사의 직접적인 접촉 덕분에, 로마 사람들은 전문가들의 명성의 오르내림을 즉각적으로 알고 있었던 듯하다. 저 유명한 키케로의 《무레나를 위한 변론》Pro Muraena를 비롯한 풍부한 증거가 있거니와, 법정에서의 성공에 대한 일반인들의 존경은 과도하면 과도했지 부족하지 않았다.

의심할 여지 없이, 로마법의 발달을 추동한 수단에 관한 전술한 특징은 그것의 우수성, 즉 일찍부터 법원리가 풍부했던 것의 원천이었다. 법원리의 성장과 풍부함은 부분적으로는 법해설자들 간의 경쟁에 의해 촉진되었으니, 국왕이나 국가에 의해 부여된 사법권의 담지자인 법관직이 존재하는 곳에서는 이러한 것이 작동할 수 없는 것이다. 하지만 주된 동력은 말할 것도 없이 사법판결의 대상이 되는 사례의 무제한적 증가에 있었다. 시골 고객들을 당혹케했던 사실관계들이 법학자의 해답이나 사법판결의 토대가 되었을 뿐만 아니라, 똑똑한 학생들이 제기한 가상의 사례들도 그에 못지 않았다. 실제 사례든 가상의 사례든, 모든 사실관계는 자격에 있어 차이가 없었다. 법학자들로서는 그의 고객의 사건을 재판하는 정무관이 그의 의견을 퇴짜놓는다고 해도 아무 문제가 되지 않았다. 오히려 정무관이 법지식에 있어서나 전문직업적 평판에 있어서 자신보다 위에 있는 것이 문제였다. 그렇다고

해서 법학자들이 고객의 이익에 무심했다는 말은 아니다. 고객들은, 초기에는 저명한 법률가들의 선거인단이었고 후기에는 돈을 벌게 해주는 사람들이었기 때문이다. 그러나 야망을 충족시키는 주된 길은 동료 집단의 평판을 통해서였던 것이다. 전술한 이러한 체제 하에서 평판을 확보하는 좋은 방법은 각 사례를, 법정에서 승리하기 위한 고립된 사건으로 접근하는 것이 아니라, 어떤 포괄적 법원리나 법규칙의 예시의 하나로 바라보는 것이다. 있을 수 있는 사례를 제시하거나 발명해내는 데 아무런 제약이 없었던 것도 큰 영향력을 발휘했을 것임에 틀림없다. 데이터를 마음껏 증가시킬 수 있는 곳에서는 일반적 규칙을 진화시키는 능력이 대폭 증대된다. 우리의 사법체계에서는 판사들이 자기 앞에 놓인, 혹은 그의 전임자들 앞에 놓였던 사실관계를 벗어날 수가 없다. 따라서 재판의 대상이 된 각 사실관계는, 프랑스 식으로 표현하면, 일종의 성별聖別이 이루어진다. 실제 사건이든 가상의 사례든, 다른 모든 사건들과 구별되는 성질을 가지는 것이다. 하지만 로마에서는, 전술한 바에서 알 수 있듯이 판사들의 법정法廷 bench이나 판사실chamber 같은 것이 전혀 없었고, 따라서 어떤 사실관계도 다른 사실관계보다 더 특별한 가치를 지니지 않았다. 어떤 어려운 사안이 법학자의 의견을 요청하는 경우, 뛰어나 유추 감각을 지닌 이는 거리낌없이 그것과 어떤 특징을 공유하는 모든 상상할 수 있는 사례들을 즉시 인용하고 고려할 수 있었다. 고객에게 주어진 실무적 조언이 무엇이든 간에, 학생들의 공책에 씌어진 해답responsum은 분명 송고한 법원리로 규율되는, 또는 포괄적인 법규칙에 포섭되는, 그러한 사실관계를 고려하였을 것이다. 우리에게는 이러한 것이 한 번도 가능한 적이 없었다. 그리고 영국법에 가해진 수많은 비판 속에서 영국법이 선언되는 양식에 대한 비판은 잊혀져버린 것 같다고 인정하지 않을 수 없다. 우리 법원이 법원리를 선언하는 데 인색한 것은 우리 판사들의 기질 탓보다는 우리에게 선례가, 다른 법체계들을 알지 못하는 이들에게는 많아 보일지 모르나, 상대적으로 부족한 데 더 큰 원인이 있는 듯하다. 법원리의 풍부함에 있어 여러 근대 유럽대륙의 국가들에 비해 우리가 대단히 빈약한 것이 사실이다. 하지만 그들은 민사법 제도의 기초로 로마법을 채택했음을 기억해야 한다. 그들은 로마법의 파편들을 가지고 그들의 성채를 건설했다. 그러나 그밖의 재료나 솜씨에 있어서는 영국 법원이 건설한 구조보다 우월할 것이 별로 많지 않다.

이후의 로마법

로마 공화정기는 로마법학에 그 특징이 각인된 시기였다. 로마법학의 초기 동안 법학자의 해답이 법발달의 주역이었다. 그러나 공화정의 몰락이 다가오면서 해

답들은 더 이상의 확장을 저해하는 형태를 띠기 시작한 것으로 보인다. 그것들은 이제 체계화되어갔고 단순한 모음집이 되어갔다. 신관^{神官} pontifex이었던 무키우스 스카이볼라^{Q. Mucius Scaevola}는 시민법 전체의 매뉴얼을 출간했다고 한다. 키케로의 저술들은 능동적인 법 혁신 수단들에 대비되는 낡아빠진 방법들에 대한 염증이 커지고 있었음을 보여준다. 사실 이때쯤이면 다른 인자^{因子}들도 법에 영향을 미치게 된다. 법무관이 매년 선포하는 고시^{告示} edict는 이제 법개혁의 주된 동력으로 인정받고 있었다. 코르넬리우스 술라^{L. Cornelius Sylla}는 코르넬리우스 법^{Leges Corneliae}이라 불리는 일련의 위대한 법률들을 제정함으로써 직접 입법에 의해 얼마나 빨리 개선이 이루어질 수 있는지 잘 보여주었다. 법학자의 해답에 최종 일격을 가한 것은 아우구스투스였다. 제출된 사안에 대해 구속력 있는 해답을 줄 수 있는 권리를 몇몇 정상급 법학자들에게만 부여한 것이다. 이 변화는, 비록 근대적 관념에 가까이 다가가는 것이기는 하나, 확실히 법전문직의 성격 및 그것이 로마법에 미친 영향의 성질을 근본적으로 바꾸어놓았다. 법학의 영원하고 위대한 등불이 되는 또 다른 일군의 법학자들이 후대에 등장하지만, 율피아누스, 파울루스, 가이우스, 파피니아누스는 해답의 저자들이 아니었다. 그들의 저술은 법의 특정한 분야, 특히 법무관의 고시에 대해 쓴 본격적인 전문법학서적이었다.

로마의 형평법 및 이것을 로마법에 만들어넣은 법무관 고시에 대해서는 다음 로마의 제정법장에서 살펴볼 것이다. 제정법에 대해서는, 공화정 시기에는 수가 많지 않았으나 제정기에는 양산되었다는 점만 말해두고자 한다. 국가의 청년기나 유아기에는 사법^{私法}의 일반적 개혁에 입법기관이 동원되는 경우가 드물다. 민중의 요구사항은 법을 변화시키는 것—이것은 실제 가치보다 높게 평가받는 경향이 있다—이 아니라 재판이 깨끗하고 완전하고 수월하게 진행되는 데 있었다. 입법기관에 대한 호소는 대체로 어떤 큰 권력남용을 제거해달라든가, 해결하기 어려운 신분 간의 혹은 권문세족 간의 다툼에 대해 결정을 내려달라는 정도에 불과했다. 로마인들은 대규모의 법률 제정과 큰 내란 뒤의 사회 안정 사이에 어떤 연관성이 있다고 생각했던 듯하다. 술라는 코르넬리우스 법들으로써 공화국의 재건을 알렸다. 율리우스 카이사르는 방대한 양의 제정법을 추가하려는 계획을 가지고 있었다. 아우구스투스는 율리우스 법^{Leges Juliae}이라 불리는 매우 중요한 일군의 법률을 통과시켰다. 후대의 황제들 가운데 가장 적극적으로 칙법^{constitution}을 공포한 이는, 콘스탄티누스처럼, 세상을 재조정하는 데 관심을 가졌던 황제들이었다. 로마에서 제정법의 진정한 시

대는 제정기에 비로소 시작된다. 황제들의 법제정은, 처음에는 민중의 지지에 의해 제정되는 척 치장했으나 나중에는 황제의 대권에서 유래하는 것이라고 공공연히 인정되는데, 아우구스투스의 권력이 공고해진 이후 유스티니아누스 법전의 공표에 이르기까지 점점 더 그 양이 증가하였다. 뒤에서 보겠지만, 이미 제2대 황제 치세 때에 오늘날 우리 모두에게 친숙한 법상태 및 법집행 양태와 상당히 비슷해졌다. 제정법이 등장하고 한정된 인원의 법해설자단團이 등장했다. 얼마 후에는 상설 상소 법원과 공인된 주해율 모은 주해집이 여기에 추가될 것이다. 그리하여 우리는 오늘날의 관념에 가까이 다가가게 된다.

제 3 장

자연법과 형평법

본질적인 타월함을 가진 일군의 법원리가 낡은 법을 대체한다는 이론은 로마에서도 영국에서도 아주 일찍부터 통용되었다. 어떤 법체계에서도 발견되는 이러한 원리들을 앞 장에서 형평법^{equity}이라고 불렀다. 곧 살펴보겠지만, 이 용어는 로마 법학자들이 이러한 법변화 작인^{작인}을 지칭하는 여러 명칭 가운데 하나, 오직 하나에 불과했다.