現行法制에서 傳統法制의 受容과 그 課題

沈 羲 基*

◇차 례◇

Ⅰ. 문제의 제기
Ⅱ. 동양적 전제국가론의 허구성
1. 17세기
2. 18세기
3. 소 결
Ⅲ. 한국의 전통적 법개념과 공동체이념
1. 유교법과 서양근대법의 구조적 비교
2. 한국전통법의 몇가지 특성
Ⅳ. 법치주의의 관점에서 본 한국의 전통법

Ⅰ. 문제의 제기

우리는 흔히 우리의 역사와 전통이 깊다는 점을 자랑스럽게 여겨 왔다. 그러나 법과 법제도라는 측면에서는 별로 내세울 만한 것이 없는 것처럼 생각하는 사람들이 많다. 예컨대 1960년대와 1970년대에 한국의 전통사회와 전통법에 대하여 많은 업적을 낸 함병춘은 한국의 전통사회를 비법적(非法的)이라고 특징지은 후 '우리의 정치적 법적 전통 가운데 우리의 현대적 정치생활에 긍정적으로 기여할 수 있는 것은 거의 아무 것도 없다'고 결론짓고 있으며[1] 다른 많은 사람들과 학자들도 비슷한

* 영남대학교 법과대학 부교수

1) 양건, "한국에서의 법과 사회연구", 법과사회 창간호, 창작과비평사, 1989, 75면 ; Pyong-choon, Hahm, *The Korean Political Tradition and Law*, Hollym, 1967, pp. 83－84.

생각을 갖고 있는 듯하다[2]. 만약 그러하다면 한국법의 역사를 탐구대상으로 하는 한국법사학(韓國法史學)은 오늘날의 법발전문제 탐구에는 기여할 부분이 없는 단순히 화석화된 과거 역사의 정리라는 의미밖에 가질 수 없을 것인데, 이것이 과연 타당한 생각일까?

필자에게 주어진 제목은 '현행법제에서 전통법제의 수용과 그 과제'이며 집필방향은 '전통법제에도 현행법제상의 민주법치국가 완성을 위한 규범요소가 있었던 바, 민족 고유의 법감정·법제도에서 이를 발견하고 현행법제와의 괴리를 불식시킴으로써 현행법제의 규범력을 제고하기 위하여 우리의 전통법제를 재조명하고 현행법제에의 승계 여부를 검토하며, 그 과제로서 괴리의 최소화 방안을 강구한다'는 것이었는데 위와 같은 문제의식에는 전통법제에도 한국법의 발전방향을 탐구하는데 귀감이 될 만한 요소가 있을 것이라는 점을 당연한 전제로 삼고 있다[3]. 그러나 함병춘의 진단은 위와 같은 전제 자체를 부정하는 것이기 때문에 먼저 그러한 견해들에 대하여 약간의 검토를 하지 않을 수 없다.

함병춘의 명제는 중국과 인도를 비롯한 아시아를 바라보는 서구인들의 전통적인

---

2) 장경학, "전봉덕저, 한국근대법사상사에 대한 서평", 법사학연구 제6호, 아세아문화사, 1981, 376-377면. 박병호는 그의 저서 (한국의 법)에서 한국법제사연구부진의 이유를 다음과 같이 진단하고 있다.

"그것은 다름 아니라 한국의 과거가 부정과 부패·불법·무법의 역사였다는 점만이 주로 강조되고, 설령 법이 있었다고 하더라도 근대법과는 다른 봉건적인 법이기 때문에 알 필요가 없다는 선입관이 작용하고 있기 때문이다.

법이 있었지만 행해지지 않았으니 공법(空法)이요, 있었다는 것도 중국의 법이나 다름 없었다라는 상식이 매우 넓고 뿌리 깊게 박혀 있기 때문이다. 제도적으로 볼 때에 확실히 한국의 현대법은 옛법과 연결되지 못하고 단층을 이루고 있다. 우리가 19세기 말 내지 20세기 초에 받아들인 법은 서구의 근대적 법이념에 입각한 근대적 법제도이다. 근대적 법제 속에 오늘날까지 끊이지 않고 이어져 살아 남은 것은 친족 상속의 이른바 고유한 순풍미속이라고 일컬어지는 제도들 뿐이다. 따라서 전혀 이질적이라고 여겨지는 옛법과 현대법을 연결지을 필요가 없다고 생각하게 되며, 그것은 즉 연구의 소극성과도 통하는 것이다."

박병호, 한국의 법, 세종대왕기념사업회(교양국사총서 10), 1974, 3-4면.

3) 박병호는 한국법제사연구의 의의를 다음과 같이 말하고 있다.

"우리가 한국의 옛법을 올바로 인식하는 것은 지나가 버린 쓸모 없는 옛법을 회고적 취미로 보자는 것이 아니라, 현재와 미래를 위해서 보는 것이다. 옛법의 인식의 필요성과 중요성이 여기에 있으며, 우리의 지나간 것 가운데에서 가치 있는 힘을 불러 깨우쳐서 현재와 미래에 대하여 창조적 힘이 될 수 있게 하는 마음가짐과 실천을 함께 하여야 할 것이다."

박병호, 전게서, 5면.

시각과 대체로 평행하고 있다. 서구인들의 대(對) 아시아법관(法觀)은 동양적 전제주의(oriental despotism)론에서 가장 잘 드러나고 있다. 동양적 전제주의란 법의 지배를 확장시켜 온 유럽식 민주주의와는 정반대로 전제군주의 자의(恣意)에 의해 지배와 통치가 행하여지는 정치경제적 풍토를 총체적으로 가리키는 서구인들의 용어법이었다. 20세기 초반의 유럽법사회학을 대변하고 있는 막스 베버(Max Weber)는 이러한 동양적 전제주의론을 더욱 발전시켜 아시아의 법체계를 '실체적 비합리성'을 추구하는 법체계로 분석하고 있다. 함병춘은 이러한 서구인의 전통적 견해와 베버의 분석틀을 받아들여 한국인의 정의관은 베버적인 문맥에서 볼 때 철저하게 '실질지향적'이고 '비합리적'이라고 보고, 이것은 서구 자본주의 사회에서의 법의 '형식적 합리성'과는 정반대되는 것이라고 보고 있다[4].

이와 같은 선입견은 한국의 전통법을 부정적으로 파악하게 만드는데 결정적으로 작용하기 때문에 다음 절에서는 이러한 선입견이 근거없는 논리라는 점을 상세히 논증하려고 한다. 이러한 논증이 선행되어야 불안감 없이 그 다음 논의로 나아갈 수 있다. 그리고 그 다음 절에서는 한국의 전통적인 법개념의 실체를 좀더 과학적으로 살펴보고 오늘날의 관점에서 무엇을 발전적으로 승계할 수 있는가를 탐구해 보려고 한다. 그런데 현대 한국사회의 당면한 법적 과제는 민주주의와 법치주의를 굳건히 정착시키는 것이다. 그러므로 마지막 절에서는 법치주의를 추구해야 하는 현대 한국의 입장에서 전통법은 어떠한 의미를 갖는가 하는 점을 검토하려고 한다. 우리의 전통법에 법치주의의 원리와 상응하는 전통이 있는가, 만약 있다면 무엇이 그것이며, 없다면 어떻게 할 것인가 하는 점이 논의되어야 한다.

II. 동양적 전제국가론의 허구성

유럽인들의 아시아觀은 오랜 역사를 가지고 있다. 그들의 아시아에 대한 지식은 크게 세단계로 나누어 살펴 볼 수 있다. 그것은 그리이스 로마시대 · 17세기 · 18세기 이후로 구분될 수 있다. 이렇게 오랜 기간동안 형성된 유럽인들의 아시아觀은 사람에 따라 매우 복잡다기하게 나타나는데 대체로 ① 아시아국가최고지주론 ② 조세지대일치론 ③ 전제정부론 ④ 사적토지소유결여론의 어느 하나이거나 그것들의 혼합형태를 보여 주고 있다.

4) 양건, 전게논문, 71면.

1. 17세기

그리이스인들과 로마인들의 저작속에서 이미 고대동방에 대한 언급을 찾아 볼 수 있다. 오늘날의 발달된 역사학방법론에 따른다면 그리이스와 로마인들의 고대동방에 대한 언급을 참고하는 것은 있을 수 있지만, 고대동방인들 자신의 언어로 쓰여진 사료와 고고인류학적·민속학적 자료보다 유럽인들의 언급에 증거력을 부여한다는 것은 어리석은 일일 것이다. 그러므로 그리이스와 로마의 사료를 근거로 고대동방에 대해서 신빙할 만한 논단을 한다는 것은 지극히 위험한 일이다. 그런데 그러한 위험한 일이 유럽인들에 의해 감행되고 있었고 이것이 아직까지도 영향을 미치고 있다. 예컨대 쟝 보당은 그러한 사람들 중의 하나이다.

보당은 자신의 시대보다 1000년 앞선 시대에 나타난 성경과 그리이스인들이 묘사한 아시아상을 갖고 자기시대의 아시아가 1000년전의 아시아와 동일할 것이라고 대담한 가정을 하고 있다. 그는 1583년의 저서(Lex six livres de la republique, Paris)에서 "Cyrodedia의 Xenophone은 Media인들 사이에서 프린스는 모든 물건의 영주(proprietary lord)이다"라고 말했다고 하면서 이것이 당대의 아시아에서의 상황이라고 간주했다. 보당은 군주제를 ① Seigneurial 군주제 ② royal 군주제 ③ tyrannic 군주제로 나누고 가장 초기의 형태가 ①의 형태라 하면서 타타르·무스코바이트·터어키가 이에 해당한다고 보았다.

그리고 동방에서는 seigneur이 모든 물건(goods)과 사람(persons)의 소유자라고 했다. 이 개념이 프랑스와 베르니에(Francois Bernier)에게 추종된다. 보당의 seigneurial 군주제 개념은 뒤에 AMP(아시아적 생산양식)에서의 경작자의 토지에 대한 관계와 관련이 있다. AMP이론가들은 아시아의 촌락공동체(village community)내에서의 직접경작자는 원시공동체에서의 직접경작자의 토지에 대한 관계와 끊임없는 연속성을 갖고 유지되어 왔다고 생각했다. 그리고 그들은 최초의 군주제는 이러한 농경공동체에서 나왔다고 생각했다. 아시아사회이론과 AMP는 보당의 입장과 잘 합치한다[5].

17세기에 들어오면서 유럽의 동방진출이 현저해지기 시작했다. 유럽의 외교관, 상인, 선교사들의 중국·인도·페르샤에 대한 여행기와 수기가 속속 출간되었다. 그들의 아시아에 대한 언급은 '인민들이 극심한 빈곤에 시달리고 있다'거나 '지배자들이 극심한 사치를 하고 있다'는 사실 중의 하나였다. 그들은 동방의 정부를 전제적

5) Krader, Lawrence, *The Asiatic Mode of Production*, Van Gorcum, 1975, p. 21.

(despotic)이라고 보고했다. 동방지배자들의 권력은 恣意的(arbitrary)이거나 절대적(absolute)이며 무제약적(unrestrained)인 것이라고 묘사되었다. 이들 전제자의 궁정은 농민촌락과 멀리 떨어져서 농민과는 생활방식도 다르고 궁정의 풍요함은 농업경작민들의 비참한 상태와 대조적인 것으로 나타났다. 유럽인들은 촌락 생활에는 그다지 관심이 없었고 오직 궁정과 주권자에 대해서만 관심이 있었다. 왜냐 하면 그들은 주로 주권자와 거래하고 그들 밑에서 봉사했기 때문이다. 그러나 그들은 같은 시기의 서유럽 농민도 비참했고 그들의 참상은 유럽 궁정의 사치와 대조될 수 있으며 당시 유럽의 지배형식도 절대주의로 특징지워진다는 점을 빠뜨리고 있다[6]. 이것은 무엇을 말해주는가?

17세기의 유럽 저자들이 아시아에는 사적소유가 없고 그래서 정부형태가 전제주의라고 말하는 것을 곧이곧대로 받아 들일 수는 없을 것이다. 그보다는 오히려 유럽은 전제주의를 극복해야 하고 그러기 위해서는 사적소유를 억압할 것이 아니라 장려해야 한다는 바램을 우회적으로 표현한 것으로 보아야 한다. 말하자면 유럽의 바람직한 미래상을 위해서 비참하고 야만적인 아시아상이 희생양으로 설정된 것이었다.

지금까지의 서술을 요약하면 다음과 같다. 프랑스와 베르니에의 견해로 총괄되는 17세기까지의 유럽인들의 아시아관은 여행담으로서는 인정될 수 있으나 결코 과학적인 명제로 받아들일 수는 없다. 군주가 유일한 소유자인 전제정부명제는 무엇보다도 아시아인들의 언어와 역사와 전혀 무관하게 유럽인들의 머리속에서 창출된 모습이었다. 아시아의 역사와 현실을 유럽인들의 여행기와 객담만을 토대로 기술할 수 있을까? 말할 것도 없이 그것은 대단히 위험한 일이고 과학적인 논의의 대상으로 삼을 수 없는 것이었다. 18세기에는 좀더 과학적인 분석틀이 도입되어 아시아像이 더 세련되어진다. 그렇다 하더라도 최초의 편견은 쉽게 불식되는 것이 아니다.

2. 18세기

18세기에 들어와서 종래에 볼 수 없었던 새로운 생산양식이 영국을 중심으로 광범위하게 확산되어 갔다. 그것은 다름아닌 자본=임노동관계에 의한 자본주의적 생산양식이다. 富의 원천은 노동이라는 생각이 점차 일반화되어 갔으며 따라서 자기노동에 기초한 가치획득인 임금과 이윤이 富의 正當한 원천이라는 생각이 지배적으로 되어 갔다. 그런데 노동자도 자본가도 아니면서 富를 분배받는 일군의 사람들이

6) Krader, Lawrence, Ibid, pp. 19－20.

있었다. 그들은 토지소유자이다. 토지소유자가 토지사용의 대가로서 받는 地代는 대표적인 불로소득으로 여겨졌다. 그러므로 왜 지대가 발생하는가를 학문적으로 규명해야 할 필요가 생겼다.

자본주의적 생산양식은 모든 개인을 자유·평등한 추상적인 人格者로서 자유계약을 체결할 수 있는 능력을 가진 계약상의 당사자로 가정해야 한다. 그러므로 생산·분배·교환·소비라는 경제의 전과정에서 경제외적 강제(법집행기구)를 개별경제주체가 각자 행사할 수는 없다. 그러나 당사자들이 자유로운 합의로 설정한 계약을 이행하지 않으면 이 생산양식은 제대로 굴러가기 어렵다. 여기서 필연적으로 시민사회로부터 분리되어 시민사회 외부에 있으면서 계약 이행을 담보하는 강제력기구(근대국가)가 필요하게 되고 이 기구는 시민사회의 잉여생산물로 부양되어야 한다.

국가기구의 작동비용은 시민사회가 부담해야 하는데 그것은 '직접생산자의 생산수단에 대한 직접적 관계'와는 일단 절연되어 있다. 국가기구의 작동비용이 근대국가에서 나타나는 순수한 조세범주이다. 그러나 어떠한 정치사회에서든지 국가기구를 작동시키기 위해서는 시민사회로부터 일정한 잉여생산물을 수취하지 않을 수 없었다. 당시 유럽인들이 알고 있던 지식에 따르면 동방에서는 직접생산자 농민이 국가에 내는 것은 한가지(그것의 명칭이야 어떻든) 뿐이었다. 그것은 조세인가 지대인가 하는 문제가 생기게 되었다. 그러므로 18세기에 들어와서는 군주가 유일한 토지소유자인 전제정부라는 명제에 지대론과 조세론까지 가미시켜 아시아 사회전체에 대한 일관된 설명을 행하려는 시도가 행해지기 시작했다.

이러한 시도의 선두주자는 아담 스미스였다. 스미스는 『국부론』에서 중국과 고대 이집트, 인도스탄(Indostan)의 여러 왕국 그리고 다른 아시아 국가들은 '토지세 또는 지대(land tax 또는 land-rent)'를 수취(collect)한다고 보았다. 그에게 아시아에서는 유럽처럼 토지세와 지대의 구분이 없다는 사실이 매우 중요했다. 스미스는 조세는 개인(private person)에게 지급되는 것이 아니라 통치권력, 즉 주권자로서의 국가(The State)에 지급되는 반면에 지대는 지주 즉 영주(landowner)에게 지급되는데 영주는 개인일 수도 있고 국가일 수도 있다고 생각했다. 결국 그는 동방에서의 주권자의 권리를 '지대 혹은 조세'를 징수하는 권리로 생각했다. 그것은 조세와 지대의 명확한 구분이 곤란하다고 생각했기 때문이다. '토지세 또는 지대'라는 주권자의 토지에 대한 관계는 사적이기도 하고 동시에 공적인 관계이거나, 혹은 구별할 수 없는 관계로 여긴 것이다. 이것은 베르니에의 생각과 조금 다른 것이거나 혹은 조금 발전된 형태이다. 베르니에의 생각을 관철시킨다면 주권자가 직접생산자인 농민으로부터 수취하는 것을 地代로 보는 것이 논리적이다. 이처럼 스미스의 동

방의 주권자像은 주권자가 그의 땅에서 개인적 능력으로서는 지대를, 그리고 公的인 지위에서는 조세를 수취하는 것이었다[7].

군주의 소유권에는 공적권리와 사적권리가 혼합되어 있다는 이 해결책은 정치경제학자들에게 수용되었다. 제임스 밀과 존 스튜어트 밀은 베르니에를 따랐지만, 리처드 죤스와 맑스는 아담 스미스를 따른 것으로 생각된다. 그러나 양자 사이에 큰 차이가 있는 것은 아니다. 리처드 죤스의 입장을 주의깊게 살펴보자.

리처드 죤스는 라이어트(인도의 농민)시스템을 당시 현존하고 있던 인도의 농민경영과 지대관계로서 인정했다. 이 체제하에서 라이어트는 촌락토지를 공동으로 점유하는 공동체(occupants of the village lands in common)이었다. 죤스에 의하면 농민들은 소유자－즉 사적 지위에서의 주권자 혹은 아담 스미스를 따라 사적·공적 지위가 명확히 구별되지는 않은 상태로－에게 지대를 지급했다. 죤스는 이러한 인도농민의 상태가 페르샤나 중국 기타의 아시아 사회에 통용되는 것으로 보고 있다. '주권자의 공적관계와 사적관계 영역 구별의 결여', 토지의 공동점유, 원시적 농업생산물로 구성되는 방대한 국가재정, 이런 것들이 죤스가 파악한 아시아의 일반적 모습이었다. 죤스는 라이어트체제의 후진성은 경제적으로는 생활양식의 원시성, '정치적으로는 정치적 지배의 전제성'에 있으며 내적 요인에 의해 변화하지 않는 경향은 그 계속성을 담보하고 국민적 생산력의 발전을 저해하며, 노동지대와의 혼합으로 변화된 곳에서도 어떠한 생산력 발전이 없다고 보았다.

Voltaire, Justi, Quesnay는 중국정치에서 '공적영역과 사적영역이 혼융(fusion)되어 있다'고 언급했다. 아담 스미스는 경제영역에서 같은 생각을 표명했다. 리처드 죤스는 이러한 先行하는 명제들을 조직적으로 결합하여 인도와 아시아사회 일반에 적용시켰다. 헤겔이 중국에 대해 언급할 때도 마찬가지 가정을 하고 있었다. 『정치경제학 비판강요』와 『자본론』 저술 당시까지의 맑스는 자신의 선행주자였던 프랑스와 베르니에·아담 스미스·리처드 죤스의 정식을 거의 무비판적으로 추종한 것으로 생각된다[8].

이리하여 19세기말까지 유럽인들이 아시아에 대하여 갖고 있었던 생각은 앞에서 말한 것처럼 ①아시아국가최고지주론 ②조세지대일치론 ③전제정부론 ④사적토지소유결여론의 4가지 명제로 요약할 수 있고 前근대 한국사회에도 위와 같은 명제가 그대로 타당하다고 보는 인식이 광범위하게 유포되어 있다. 이와 같은 선입견에

7) Ibid., pp. 39-40.
8) Ibid., pp. 106-107.

사로잡혀 있는 한 한국의 전통사회와 전통법에 대하여 부정적인 시각을 갖게 되는 것은 오히려 당연한 일이다. 그러나 과연 그러한 파악들이 온당할 것일까? 결코 그렇지 않다.

첫째, 국가최고지주명제는 史料와 法典에 대한 오역과 誤讀에서 비롯된 것이었음이 밝혀지고 있다. 둘째, 조세지대일치현상은 아시아에 특유한 현상이 아니라 前근대사회 일반에 공통되는 특성으로서 그 자체 비교사적 가치가 없는 명제이다. 셋째, 전제정부란 군주가 권력을 자의적으로 행사하고 수탈이 가혹하다는 뜻을 가지고 있는데 아시아의 현실에 대하여 19세기 당시로서는 가장 과학적인 분석을 행한 리처드 죤스와 칼 맑스는 전제정부라는 용어에 그러한 뜻을 부여하고 있지 않다. 마지막으로 사적토지소유결여론은 무엇을 사적토지소유로 볼 것인가 하는 사적토지소유의 기준설정 여하에 달려 있는 문제이다. 그것을 베버는 '이익향수독점이 세습가능한 것'이라고 개념규정하고 있다. 이 기준에 비추어 조선시대 民田主의 법적지위를 가늠해 본다면 그것은 명백한 사적토지소유권이다[9].

3. 소 결

이상에서 논한 바와 같이 동양적전제주의론은 유럽인들의 자문화중심주의적 편견에 지나지 않으며 그와 밀접히 연관되어 있는 다른 명제들도 마찬가지이다. 그러한 명제들을 한국의 전통사회나 전통법을 이해하는데 공리(公理)처럼 원용하려는 것은 더이상 용납될 수 없다. 우리들은 위와 같은 근거없는 선입견에서 벗어나 그야말로 백지의 상태에서 전통사회와 전통법을 재조명해야 한다.

마지막으로 한국의 전통법이 베버적 문맥에서 '非형식적'이라는 명제에 대하여 간단히 언급하면서 본절의 서술을 마치려고 한다. 베버는 중국법의 비형식적 측면을 다음과 같이 예를 들어 설명하고 있다.

> 「중국에서는 他人에게 家屋을 매각한 자가 그 후 얼마 안 있어서 빈곤하게 되면 그 이유로써 購買者에게 가서 원조를 탄원하는 경우가 일어난다. 만일 구매자가 同胞를 구조한다는 中國 古代의 慣習을 무시한 경우에는 神靈은 大怒한다. 그러므로 빈곤하여진 매각자는 집세(家賃)를 지급하지 않는 強制借家人으로서 다시 그 집에 옮겨 사는 경우가 있는 것이다. 이와 같이 구성된 법률로는 도저히 資本主義 經濟를 영위해 나갈 수 없다. 자본주의가 필요로 하는 것은 하나의 기

9) 더 상세한 것은 심희기, 한국법사연구－토지소유와 공동체－, 영남대학교 출판부, 1992, 98~130면을 참조할 것.

계와 같이 계산할 수 있는 法律이다. 祭祀的·宗教的 및 呪術的 관점은 이 경우에 아무 쓸모도 없다. 이러한 종류의 법률의 제정은 근대국가가 그 권력욕구를 실현시키기 위하여 법률가와 결탁해야 한다는 데서 이루어진 것이다.」[10]

여기서 베버가 예로 들고 있는 중국의 상황이 정확한 기술이었는지 의심스럽지만 그것은 논외로 하기로 하자. 문제는 한국의 전통사회에서는 어떠하였을까 하는 점이다. 19세기말 전라남도 영광군에서 있었던 재판사례를 살펴 보자.

「外西竹基金在益狀 以隣村金永玉處典當畓欲退則不肯事 題內還退與否 必有文券從文券施行事」[11]

전당(典當)이란 담보를 잡히고 돈을 꾸는 행위를 가리킨다. 여기서 담보물은 논(畓)이었다. 외서면 죽기에 사는 김재익은 담보를 잡히고 이웃마을에 사는 김영옥에게 돈을 꾸었다. 원고 김재익은 빌린 돈을 준비하여 피고 김영옥에게 담보물의 반환을 요구하고 있으나 피고는 이를 거부하고 있다. 그런데 전당할 때에는 일정기간 동안 원금을 갚고 환퇴(還退 : 도로 물린다는 뜻이다)할 것을 약정하고 그 기간이 지나도록 원금을 갚지 못하면 채무자가 담보물의 환퇴를 요청할 수 없도록 하는 유질(流質)특약을 하는 경우와 유질특약을 하지 않는 경우가 있다. 위의 사례가 전자의 경우였다면 원고의 청구는 부당한 것이고 후자의 경우였다면 피고가 원고의 요청에 응해야 했다[12]. 그러므로 피고가 원고의 요청에 응해야 할 것인가 하는 문제는 전적으로 당사자 사이의 '계약'내용 여하에 달려 있다는 것이 판결의 내용(從文券施行)이다. 이것은 전당의 사례이지만 보통의 매매의 경우에도 마찬가지였다. 이 사례는 조선시대에 분쟁해결의 기준이 당사자의 계약에 의존한다는 점을 보여 주고 있어서 그 점에서는 형식적 성격을 나타내 주고 있다. 그러므로 한국의 전통법이 베버적 맥락에서 비형식적이었다고 일률적으로 이야기하는 것은 대단히 위험한 판단인 것임을 알 수 있다. 여기서도 전통사회와 전통법에 대한 우리들의 지식이 얼마나 피

10) Weber, Max, Wirtschaftsgeschichte, 353면 ; 최종고, "막스 베버가 본 동양법", 법사학연구 제 6 호, 아세아문화사, 1991, 263면에서 재인용. 최종고는 이 뒤에 "이와 같이 서양법학의 관점에서 볼 때 법학의 생명인 법의 형식성이 결여되어 형식적 법 以前의 악순환이 계속되고 있는 것이 동양사회의 모습이라고 베버는 보았다"고 덧붙이고 있다.

11) 靈光郡民狀置簿册, 6권 1면, 규장각도서번호 〈27609－6〉, 1870년 11월 26일.

12) 박병호, 한국법제사고, 법문사, 1974, 97면.

상적이고 부정확한 것인지가 잘 드러나고 있다.

III. 한국의 전통적 법개념과 공동체이념

앞에서 서구인들의 전제정부론이 근거없는 편견이었음을 논증하였지만, 그렇다고 해서 동양법과 한국법이 서구의 근대법과 비견될 정도로 형식성과 합리성을 추구하는 법체계였다고 말할 수는 없다. 다만 고려시대나 조선시대의 한국법이 서양의 봉건법에 비교하여 볼 때 형식성과 합리성의 측면에서 현저하게 뒤떨어진다고 보아서는 곤란하다는 말에 불과할 따름이다[13]. 위와 같은 잘못된 편견에서 비롯되는 가장 큰 오류는 법(法)과 예(禮)의 관계에 대한 도식적이고 평면적인 이해이다.

종래 우리나라에서는 법과 예는 서로 대립되는 것으로 파악하였으며 이 경우 어느 하나(예)가 다른 하나(법)에 우월한 것이라고 파악되어 왔다. 「刑者輔治」「法者弼教」, 「德主刑輔」, 「禮主從法」이라는 용어들이 그러한 파악방식을 조장했다. 그래서 조선시대의 법의 이상은 예를 지키는데 두었으므로 덕치주의의 법이었으며 한국인은 법을 부정하는 無刑之治, 즉 "刑措不用"의 태평를 희구하고 無訟의 이상향을 동경하였다[14]고 보게 된다. 그러나 이것은 전통시대의 법의 존재구조를 제대

13) William Shaw는 조선 후기의 형사재판 기록을 면밀하게 분석한 후 전통적 한국법이 베버적 의미에서 어느 정도로 합리적(법이 오로지 그 자체의 논리를 추구하고 법을 운영하는 자, 예컨대 王 기타의 관료로 부터 독립하여 기능하는 것)이었는가 탐구하고 있다. 그는 대체로 "전통적 立法은 質과 量에 있어서 상당히 높은 수준에 도달해 있으며 법전편찬에 기울인 知的 노력과 정열은 立法과 法에 대하여 높은 가치를 부여하고 있음을 단적으로 보여준다(pp. 29－30)"고 말한다. 또한 "ad-hoc한 立法(체계적이고 치밀히 계획된 立法이 아니라 斷片的·卽興的·暫時的인 立法)이 많았고, 法이란 共同體와 多數에 의해서 定立되는 것이 아니라 一人의 王에 의해서 정립되고 그 권위(authority)가 王의 人格에 기초하는 生活이라는 것이 非合理的 要素로 지적될 수 있으나, ad-hoc한 입법이 法의 全部가 아니었으며 ad-hoc한 상태에서도 가능한 한 法的 安定性을 확보하려고 노력하였고 王法이라는 用語가 함축하고 있는 이데올로기적 의미는 오히려 國王 자신과 그 관료의 恣意를 배제하려는데 있으며, 王이 제1차적인 立法者이기는 하나 유일한 立法者가 아니었고(예컨대 事目과 節目), 王도 法에 구속되었다(pp. 32－38)"고 한다. 또한 그는 적어도 18·19C에 있어서는 法論理가 때로(항상 그런 것은 아니지만) 社會的 合理性(social rationality)의 요구 보다도 우선 되었으며, 따라서 法과 社會가 복잡해져서 당시의 法이 사회구조의 단순한 反映에 불과한 것이라고 볼 수 없다고 결론짓고 있다(p. 115). Shaw, William, *Legal Norms in a Confucian State*, Institute of East Asian Studies, University of California Berkley, Center for Korean Studies, 1981.

14) 전봉덕, "전통사회와 법사상" 한국근대법사상사, 박영사, 1981, 50－51면.

로 파악한 것이라고 보기 어렵다. 전통시대의 법개념과 서구적인 법개념이 사뭇 다르기 때문에 위와 같은 평면적인 설명만으로는 충분하다고 할 수 없다.

1. 유교법(儒敎法)과 서양근대법의 구조적 비교[15]

유럽의 law라는 말에 포함되어 있는 최소한의 본질적 속성은 아마도 입법자·명령·보편추상성·명확성·정의(justice)라고 생각된다. 유럽적인 법개념과 가장 접근하는 중국의 개념을 든다면 아마도 법가의 법(法)일 것이다. 법가의 법은 군주가 공인된 도덕률이나 민중의 의지를 전혀 고려하지 않은 채 제정하는 것으로 유럽의 실정법(positive law)에 가까운 것이었다. 그러나 법가는 유가와 도가의 연합공세로 한(漢)대 이후에는 철저히 봉쇄되지 않을 수 없었다. 그 다음으로 유럽적 법개념에 가까운 것은 아마도 유가의 예(禮)와 법일 것이다.

유가의 법은 법가의 그것과 완전히 다른 것은 아니지만 예에 대한 종속성으로 말미암아 법가적 의미는 거의 상실되고 만다. 유가에서 법의 보편추상성은 유교적 도덕성인 예의 구체적 타당성을 해치지 않는 범위 내에서만 유지된다. 유교적인 정치의 모델은 불변의 규칙에 의한 관료적 조직적 행정이 아니라 유교적 교양을 익힌 학자(literati)의 가부장제적 행정이다. 따라서 법의 제정은 원리적으로 억제되었고 불가피한 경우에만 행하여졌는데 점증하는 관료제적 수요에 따라 어쩔 수 없이 실정법이 점차 늘어나게 되지만 원리적 억제 때문에 법체계는 부득이한 영역인 행정법과 형법이 대부분을 차지한다.

니덤은 자연법을 "실정법이 없는 경우에도 모든 사람이 당연히 지켜야 하는 법"이라고 보면서 이런 기준하에서는 예를 중국적인 자연법이라고 부를 수 있다고 한다. 그러나 예라는 개념에는 유럽적인 법의 속성 중에서 입법자·명령·명확성의 속성이 희박하며 보편추상성도 대단히 희박하다. 다만 도덕성이라는 면과 그것이 인간의 사회생활과 국가생활에서 현실적으로 기능한 규범력에 착안하면 서양의 자연법과 평행한다고 보아도 좋을 것이다. 이러한 커다란 간극이 존재하지만 예와 법의 예주종법(禮主從法)적인 유교법을 유럽적인 자연법과 실정법의 대립적 구조와 대비하여 살펴보면 유교법의 전구조적 의미가 보다 의미있게 드러나리라고 생각된다.

유교법의 이상이자 지도원리인 예란 본질적으로 봉건적 계급사회의 계급윤리로서

15) 본항은 심희기, "유교법의 철학적 기초" 영남대학교사회과학연구 제7집 제1권, 1987, 6-10면, 16면에서 발췌 요약한 것이다.

의 성격을 갖는 것이지만 현상적으로는 정의에 대한 본능적 감정에 기초를 둔 것으로 관념되었을 것이다. 그래서 예는 줄기차게 하늘(天)의 뜻이고 우주의 구조와 동일시되었다. 유가는 우주(天 : 공자는 천의 개념을 '비인격적인 윤리적 힘, 인간 가운데 있는 윤리적 관념의 우주적 대응물, 우주의 참된 본성속에 인간의 정의감과 조화하는 것이 있다는 사실의 보증'이라고 생각하였다)의 도덕적 질서를 믿음과 동시에 도(道)라는 단어는 한결같지는 않지만 주로 인간사회의 이상적인 방법 혹은 질서라는 의미로 썼다. 이 사실은 그들의 정신세계나 지식에 대한 태도 속에 분명히 나타나 있다.

사람을 사회적 인간으로부터 구별하지 않고 또 사회적 인간을 전자연으로부터 분리하는 일 없이 그들은 항상 인간의 유일한 연구대상은 인간이라고 생각했던 것이다. 이것을 흔히 '윤리적 질서와 우주적 질서의 통일'이라고 부르고 있다. 그래서 이러한 문화에서는 범죄나 분쟁이 발생하면 자연의 질서를 방해할까봐 불안해 한다. 서경(書經) 홍범(洪範)조에는 홍수·가뭄·혹한·강풍을 제왕의 불의·실정·부덕·불인(不仁) 등의 신호로 보고 있다. 주례(周禮)는 형벌은 만물이 죽어가는 가을 이후에나 시행하라고 권고하며 가령 봄에 처형하면 곡식의 성장에 해로울 것으로 경고하고 있다. 이러한 현상론(phenomenalism : 참위설)은 춘추전국시대에 정리된 음양오행설에 참위(讖緯)적인 설이 덧붙여 의사과학(pseudo-science)으로 변질된 것이지만 아무튼 유교법에도 깊숙히 자리잡고 있다. 이러한 생각은 소우주와 대우주 이론(theories of the microcosm and the macrocosm)의 일종이다. Conford는 그리이스 사상 중에서 이와 비슷한 사상을 분석했는데 그가 도달한 결론은 원시적인 부족적 집산주의의 외적 자연(인간사회는 그것의 연장이라고 생각되었다)에 대한 내적관계의 투영(projection)이었다는 것이다. Cornford가 제시한 그리이스의 경우도 중국처럼 우주·인간사회·인간의 신체의 3단계에 완전한 평행을 인정하나 중국의 그것과 다른 점은 모든 단계에서의 정의나 질서가 인격화된 존재와 연관되어 있다는 점이다. 이에 반해서 중국의 그것은 명령된 것이 아니라 자발적인 것이다.

소우주(인간사회)와 대우주(전자연)가 평행한다고 보면 한 쪽의 불합치는 자동적으로 다른 쪽의 불합치로 반향된다. 그리이스의 이러한 평행이론은 스토아의 'koinos nomos(보편법)'의 형성에 중요한 요소가 되었다. 반대로 중국에서는 우주와 윤리의 일치라는 현상론의 믿음이 자연법칙의 개념에 아무런 자극도 주지 못했다. 유교는 너무나 인간과 사회에만 치중하여 자연의 관찰을 토대로 인간을 설명하기보다는 인간현상을 가지고 자연을 상상하는 방향으로 나아간 것이다. 환관(桓寬)의 염철론(鹽鐵論, B.C. 80) 제53장의 다음과 같은 언급을 보자.

「공자께서도 "인간사에 능통하지 못하면서 무엇 때문에 귀신의 일을 알 필요가 있을 것인가"라고 말씀하셨다. 코 앞의 일에 대한 지식도 없는 자가 무엇 때문에 대영해에 관한 일을 알 필요가 있을까. 따라서 군자는 실용이 되지 않는 일에는 관계할 것이 아니다. 정부의 문제에 무관한 일은 연구할 것이 아니다.」

이렇게 되니 조화(harmony)를 추구하는 유교적 이념하에서 모든 범죄와 분쟁은 단지 인간적인 것의 위반일 뿐만 아니라 인간을 둘러싼 전 우주의 복잡한 조직과 연결체계를 방해하는 불길한 징조인 것이다. 그리고 이 현실세계는 대단히 동적이며 시시각각으로 변화무쌍하다. 그러나 그러한 경우에도 각각의 경우에 꼭 맞는 대응책이 있다. 「禮者 天理人情之節文」이란 이것을 가리킨다. 그러므로 융통성 없는 실정법(formal positive law)은 만족스럽지 못하게 된다.

7세기의 당(唐)의 어느 법전의 서문에서는 출례입형(出禮入刑)은 불길하고 위험하다고 경고하고 있다. 이런 법개념하에서는 라틴적인 의미에서의 법이 설 땅이 없다. 질서·책임·계층제·조화라는 개념에 의하여 지배되는 의무와 상호양보(타협)만이 있을 뿐이다. 군주란 성인의 도움을 받아 전 영토 내에서 우주질서(禮)의 지배를 확보하는 것이다. 중용의 최고 이상은 모든 환경하에서 정당한 판단과 예절을 나타내는 것이다. 그것은 중재와 상호 양보에 대한 기호를 잘 말해준다. Northrop의 표현을 빌면 '철저한 경험주의적 인식론'의 경향이 강했던 것이다. 다소 정도의 차는 있을지라도 도가의 경우에도 비슷한 경향을 보여주고 있다.

서양의 근대법은 유신론적 우주관에 입각한 자연법론과 기계적 유물론에 입각한 실정법론(법실증주의) 사이에 벌어지는 영속적인 논쟁 속에서 형성되었고, 아직도 그것들은 논쟁적 요소를 간직한 채 근대법질서 안에서 커다란 맥을 형성하고 있으며 자연과학의 발전과 평행하여 그 인식론적 위치는 논리적 실재론에 입각해 있다. 서양의 근대법에 원천을 둔 한국의 근대법질서가 도입된지 근 100년이 지났는데 아직도 그것이 이질적인 것으로 느껴지고 한국사회에 뿌리를 내리기 어렵다는 사실, 그리고 심지어는 이상한 괴물처럼 배척되는 이유 중의 하나로서 우리는 전통법과 근대법의 우주관과 인식론의 차이를 간과할 수 없다.

그리고 지금까지 전통적인 유교법을 고찰할 때 예와 법을 법과 도덕이라는 서양법학적 파라다임 내부에서의 특수한 문제설정과 비슷하게 유추하여 생각한 경향이 없지 않은데, 이러한 태도는 필연적으로 전통법에 대한 이해의 폭과 깊이를 스스로 제한하는 결과를 초래했다. 보다 총체적인 시각은 동양적 법개념전체(예와 법)와 서양적 법개념 전체(자연법+실정법)를 대비하는 구조적 시각일 것이다. 이제 이러

한 유교법 전반에 대한 일반론을 염두에 두고 한국전통법의 특성을 살펴보기로 하자.

2. 한국전통법의 몇가지 특성

조선 후기 최대의 법사상가인 다산 정약용은 목민심서에서 다음과 같이 말하고 있다.

> 「대저 예라는 것은 천지의 절문(節文)이다. 제사와 연향(燕享)은 더욱 신중히 해야 하는 것이니 그 명목(名目)과 그릇 수는 가감할 수 없는 것이다. 예법을 경솔히 버리는 자는 반드시 국법도 가벼이 범할 것이다. 그러므로 군자는 예법을 중히 여기는 것이다.」[16]

예는 법익침해를 예방하기 위한 행위 규범이고(德防未發), 법은 법익침해가 가시화되었을 경우를 대비한 재판규범(刑防已發)이다[17]. 법과 예 양자가 합하여 전통시대의 법체계를 형성하는 것이다. 서양근대법에서 실정법 못지 않게 자연법개념이 중요한 요소를 이루고 있듯이 예와 법이 함께 전통사회의 법체계를 구성하고 있는 것이다. 그러므로 예와 법을 대립시켜서 이러저러하다고 논단하는 것은 지극히 협애한 시각에 불과한 것이다.

다음에 전통사회의 법은 군주의 명령[18]이었으므로 필연적으로 권위주의적 성격을 갖게 되고 이 점에서 계약원리에 입각한 서양근대법과는 질적으로 다르다고 보기 쉽다. 그것은 어느 정도는 일리있는 지적이지만 과도하게 강조하는 것은 온당하지 않다. 서양에서도 쥰 오스틴과 같이 법을 주권자의 '명령'으로 보는 시각이 있으며 다른 한편 한국전통사회의 법이 군주의 명령이기는 하지만 군주는 당시의 시대적 상황과 관례에 어긋나는 법을 마음대로 제정할 수는 없었다. 당시의 법은 군주의 명령이기 때문에 '王法'으로 표현되었는데 '王法'이라는 용어가 함축하고 있는 이데올로기적 의미는 오히려 군주와 그의 관료들의 자의(恣意)를 배제하려는데 있었고 王

16) 다산 연구회, 역주목민심서 I, 창작과비평사, 1978, 52면.

17) 尙書大傳의 다음과 같은 말은 더욱 분명히 이 점을 보여주고 있다. "禮者禁於將然之前, 法者禁於已然之後", 전봉덕, 전게서, 53면에서 재인용.

18) "법이란 것은 임금의 명령이니 법을 지키지 않음은 곧 임금의 명령을 좇지 않는다는 것이다. 신하된 자가 감히 그렇게 할 수 있겠는가(法者君命也 不守法 是不遵君命者也 爲人臣者 其敢爲是也)", 다산연구회, 전게서, 219면, 363면.

도 法에 구속되었던 것이다[19].

다음에 전통사회에서는 공(公)과 사(私)의 구분이 불분명하였다는 것도 대단히 널리 유포되어 있는 편견 중의 하나이다[20]. 그러나 그러한 측면을 지나치게 강조하는 것은 잘못된 것이다.

다산 정약용이 목민심서에서 들고 있는 다음 사례를 보자.

> 「조계원(趙啓遠)이 수원부사(水原府使)가 되었는데 그 고을의 밀면(蜜麵 : 俗名이 藥果이다－原註)은 나라 안에서도 유명하였다. 인조(仁祖)가 병이 들었는데 당시 어주(御廚)에는 먹을 만한 것이 없었다. 환관이 사람을 보내어 수원부의 약과를 구하였던 바, 조계원은 『고을에서 사사로이 바치는 것은 신하로서 군주를 섬기는 체모가 아니다. 조정의 명령이 없으면 바칠 수 없다』라고 말하였다. 인조가 이를 듣고 웃으면서 말하기를 『비록 군신의 사이라 할지라도 어찌 인척으로 얽힌 인정마저도 없을 것인가?』라고 말하였다(우리말에서 藥이란 것은 蜜이다. 고로 蜜飯은 약밥이라고 하고 蜜酒는 약주라고 하며 蜜果는 약과라고 한다－原註)」[21]

> 「윤석보(尹碩輔)가 풍기(豊基) 군수로 있을 때 처자는 풍덕(豊德) 시골집에 남아 있었는데 주림과 추위로 생계가 어려웠다. 처 박씨가 집에 전하던 비단옷을 팔아서 1묘(畝)의 밭을 샀다. 윤공이 듣고 편지를 달려보내 그 밭을 곧 돌려주라 하고, 『고인은 한 자 한 치의 땅도 넓히지 않고 오직 임금에게 충성을 다하였다오. 이제 내가 대부(大夫)의 뒤를 따르게 된 이후로 남의 녹(祿)을 받아 먹으면서 전택(田宅)을 사들이는 것이 옳겠오. 백성과 매매를 해서 나의 죄를 무겁게 하지 마오』라고 하였다. 이에 박씨는 부득이 그 밭을 돌려 주었다고 한다.」[22]

앞의 사례에서 조계원과 인조는 인척지간이었으며 게다가 조계원은 인조의 신하였는데도 사적인 통로로 약과를 구하는 것이기 때문에 조계원은 환관의 요구를 물리쳤다. 이 사례에서는 공과 사의 구분이 적어도 규범적으로는 엄격히 행해져야 한다고 인식되고 있었음을 알 수 있다. 뒤의 사례에서는 이상적인 官史의 마음가짐이

19) Shaw, William, op. cit. pp. 32－38.

20) 특히 II의 2부분 참조.

21) 다산연구회, 전게서, 275면.

22) 다산연구회, 전게서, 158면.

잘 나타나고 있다. 백성과 거래행위를 하는 것조차 꺼리는 이 사례에서는 의심받을 소지가 있는 행위 자체를 삼가하려는 양반들의 禮사상이 잘 나타나고 있다. 이와 관련하여 전통사회의 법을 설명하기 위하여 함병춘이 들고 있는 사례를 검토해 보기로 하자.

함병춘은 '무죄추정의 원리'라는 근대적 법원리를 염두에 두고 이에 비추어 볼 때 전통사회에서는 '유죄추정이 원칙'이었다고 논하고 있다.

> 「범죄인으로 수사를 받는 사람은 무죄라고 증명될 때까지는 유죄이다. 아니땐 굴뚝에 연기날까라는 속담이 있듯이 수사를 받고 있는 사람은 무엇인지 잘못을 저질렀음에 틀림없다. 그는 적어도 조심성 없게 다른 사람과 사귀었다는 점에서도 책임이 있다고 보아야 한다. 범죄의 혐의를 받게 된다는 자체가 벌써 잘못하였다는 증거이기도 하다. 공자는 배밭에서 갓끈을 고치지 말며 참외밭에서 신발끈을 조이지 말라고 가르쳤다. 서구로부터 근대적인 형사소송법을 도입하였음에도 불구하고 그와 같은 전통적인 사고방식은 사라지지 않고 있다. 범죄의 혐의를 받으면 구속이 원칙이고 보석이 좀처럼 허용되지 않는 것은 모두 전통사상에서 나온 것이다. 털어서 먼지 안나오는 사람 없다는 속담도 官의 비위를 건드려서는 안된다는 서민의 행동양식에서 온 것이다.」[23]

그러나 전통사회의 법을 이런 식으로 파악하려는 것은 핵심을 외면하고 주변적인 결과만을 강조한 것이 아닌지 모르겠다. 전통사회에서 논의의 중점은 유죄추정이냐 무죄추정이냐 하는 점에 있었던 것이 아니라 오해를 받을 가능성과 법익침해의 가능성을 미리부터 제거해야 한다는 예방적 관점에 있었다. 위의 사례에서 무죄의 추정이라는 근대법적 관점을 도입하여 논의를 이끌어 가는 것은 객관성을 상실한 것이며 그만큼 전통사회와 전통법에 대한 관심부족과 애정부족을 드러내는 셈이다. 인권사상과 적법절차사상이 미약했던 유럽의 중세나 근세에서도 고문이 합법적으로 행하여 졌으며 유죄추정이 행하여 졌었다. 그것이 어떻게 한국의 고유한 법 '전통'이 될 수 있겠는가? 오늘날의 관점에서 부정적으로 평가되는 것을 '전통'이라고 할 수 있을지 의심스럽다.

최대권은 전통의 의미에 대하여 다음과 같이 말하고 있다.

> 「公務員의 貪虐이나 腐敗를 가지고 이야기하자면 그 歷史는 우리의 王朝時代

23) Pyong-Choon, Hahm, op. cit., pp. 68

에까지 거슬러 올라간다. 그러나 우리는 그것을 傳統이라고 부르지 아니한다. 傳統이라고 할 때에는 거기에 價値判斷이 介在되어 있음을 알 수 있다. 즉 傳承되어 온 모든 것이 아니고 그 가운데 價値있다고 判斷하는 것만을 傳統이라고 한다. 그러한 의미에서 비록 여러 世代에 걸쳐 傳承되어 온 것이라고 하더라도 先代가 또는 先任者가 하던 대로 受動的으로 따를 뿐인 慣行이나 慣習은 그 價値에 대한 적극적·긍정적 判斷이 따르지 아니하는 한 傳統이라 할 수 없다. 근래의 國會議員의 소위 賂物外遊가 그들의 主張처럼 혹시 慣行일 수는 있어도 그것이 우리의 또는 國會議員의 傳統이라고 할 수는 없다. 한편 外部로부터 받아들인 制度 등도 그것이 뿌리를 내리기까지는 그것이 傳統이라 할 수 없음은 물론이다. 西洋의 立憲主義가 그 대표적인 한 例인데 西洋社會에서는 그것이 우리가 定義한 바 있는 그러한 의미의 傳統이 되고 있다.」[24]

그러면 우리들은 전통법에서 무엇을 계승할 수 있으며 또한 계승해야 할 것인가? 우리 사회는 이미 농업사회에서 산업사회로 바뀌었기 때문에 21세기의 후기산업사회를 준비해야 할 우리들이 전통법에서 직접적으로 승계할 것은 윤리적 성격이 짙은 형법이나 가족법의 일부영역을 제외하면 거의 없을 것으로 생각된다. 그러나 법을 바라보는 시각과 법이념의 측면에서는 사정이 다를 것으로 짐작된다. 전통법문화 중에서 오늘날의 우리법문화와 관련하여 가장 심각히 고려해야 할 사항은 공동체이념이 아닐까 생각한다. 왜 그렇게 보는가?

前자본제사회에서 노동자는 생산수단의 일부였다. 그러나 근대사회에서는 인간이 생산수단이 될 수 없고 되어서도 안된다. 개별인간의 자립성이 증진되고 분업이 고도화되었으며 생산력이 발전하였기 때문에 종래처럼 인간 자체를 통채로 생산수단으로 활용하기 보다는 인간이 창출해 낼 수 있는 노동력만을 상품화하여 매입하는 것이 훨신 효과적이다. 근대자본주의사회에서 예속신분이 해방되고 신분제가 타파되는 이유는 바로 여기에 있다. 모든 인간은 존엄하다는 천부인권사상발생의 물질적 기초도 바로 여기에 있다. 다른 한편 소유범주는 '인간과 자연의 본원적 결합(己物, Eigentum)'에서 '인간과 자연의 본원적 분리(절대적 사적 소유, Vermoegen)'로 전환되었다. 이것이 농민의 토지로부터의 분리, 즉 자본의 원시적축적과정이다[25].

---

24) 최대권, "전통과 법질서", 문화전통과 사회발전, 미원문화재단, 1991, 179－180면.

25) 심희기, 전게서, 181면.

그러나 우리나라의 근대화과정은 다른 나라에서 4~5백년에 걸쳐 경험한 것을 거의 1백년 안팍이라는 짧은 기간에 달성하려는 과정이어서 공동체의 해체는 지나치게 급격히 진행되었다. 여기서 우리 사회에서는 한편으로 전통적인 요소가 뿌리깊게 잔존하여 있으면서도(예컨대 喪葬禮를 보라), 다른 한편으로는 전통적인 요소가 너무나 파괴되어 형체를 찾아볼 수 없는 경우도 많은(예컨대 상호부조 정신의 결핍을 보라) 기이한 대조를 보이고 있다. 빈부의 격차에서 생기는 계급 갈등과 이로 인한 정치사회적 불안정은 지속적인 경제발전을 좌절시키고 있다. 그렇기 때문에 오늘날 각종의 공동체운동이 일어나고 있는 것은 지극히 당연한 일이다.

1980년대 중반 이후에 전통적인 촌락공동체와 향약연구를 10여년 동안 주도하다가 타계한 김용덕은 전통적인 공동체이념 재건의 중요성을 다음과 같이 역설하고 있다.

> 「촌락공동체, 그것은 지양되어야 할 봉건적인 것이거나 또는 그 유제로서 부정적인 시각으로 과소평가될 것이 아니라 오랜 세월에 걸쳐 우리 겨레를 엄습하였던 수 많은 天災·침략·학정을 극복하고 고유한 민족문화를 이어온 민족적 생명력의 샘으로서 재조명되어야 할 것이다.
>
> 다양한 직업인과 계층이 혼재하는 현대의 도시생활에서 공동체적 가치를 실현하는 데는 많은 제약과 어려움이 있을 것이다. 그러나 인천시 어느 주부의 경우에서 보듯이(仁川지역 기초의회 최고득표당선자인 이 주부는 달동네에서 탁아소 운영, 공동부업 주선 등 지역주민 복지를 위하여 헌신, 많은 호응을 얻고 있다) 희망의 싹은 보이고 있는 것이다.
>
> 우리는 공동체적 가치의 현대적 실현을 위하여 끊임없이 모색·탐구·개발을 지속하여 새로운 방법과 방향을 제시하여야 할 것이다. 그렇게 하는데 있어서 우리의 옛 촌회의 구체적인 구명, 특히 어려운 이웃을 도와야 한다는 관습법, 도울 만한 데 돕지 않은 자는 처벌한다는, 전존하는 거의 모든 촌약에 명문화 되어 있는 이웃에 적극적인 관심을 가지라는 이 조항은 많은 시사를 준다고 할 것이다
> …
>
> 여기 참고로 길가에 놓인 '엿상자' 이야기를 소개하고자 한다. 지금부터 약 85년 전 신의주에서 의주로 가는 길가 곳곳에는 상자가 놓여 있었으며 그속에는 엿과 담배 등이 들어 있었다. 길 가는 나그네는 마음대로 열쇠도 없는 상자에서 엿과 담배를 꺼내서 먹고 피우고 그대로 가버리는 사람은 없었고 반드시 먹고 피운 만큼의 돈을 상자 속에 놓고 갔다고 한다. 말하자면 엿과 담배의 자동판매

기 격이지만 영리가 목적이 아니라 나그네에 대한 동리사람들의 서비스 내지는 상호부조적 의미가 깃들어 있었던 것이다. 지역주민들의 높은 공중도덕으로 이 제도는 훌륭히 유지되고 있었으니 오늘날의 북구 선진국을 뺨치는 미풍이라 할 것이다. 이 이야기는 統監府 기관지인 잡지 『朝鮮』에 일인 경찰간부 경무관 中野重光이란 자의 기고문 속에 수록되어 있는 것이다. 그는 이 사실을 목격하고 "이와 같은 일은 일찍이 듣지 못하던 조선인의 미풍이라 할 것이다. 참으로 감탄할 도리밖에 없다"라고 찬양하고 있다. 일인 경무관의 찬사를 기다릴 것도 없이 우리 조상들의 높은 공덕심은 정말 자랑스럽다. 이는 우리 겨레의 어질고 정직한 일면의 실증인 동시에 사회적 환경만 좋아지고 참된 교육만 보급되면 다시 이 나라에 실현시킬 수 있는 미풍이 아닌가 한다. '엿상자' 이야기는 공동체적 가치의 현대적 실현이란 시대적 과제를 극복할 수 있는 우리 겨레의 무한한 가능성을 시사하고 있다고 할 것이 아닌가.」[26]

타인의 존재를 부정하는 이기주의를 타파하고 너와 내가 함께 공존하는 새로운 공동체이념을 재건하는 것이 한국 현대법의 중심과제가 될 것이다. 물론 여기서 말하는 공동체는 공동체를 구성하는 개별성원의 독자성과 개성을 존중하는 바탕위에서의 공동체가 되어야 한다. 개별구성원의 독자성과 개성이 무시되는 공동체주의는 공동체주의의 탈을 쓴 전체주의일 뿐이다. 우리가 새롭게 모색해야 할 이상적인 공동체는 '개별성원의 독자성과 인권이 존중되는 법치국가적, 복지국가적 공동체'가 되어야 한다. 이렇게 볼 때 전통법에서 배워야 할 점은 대단히 많을 것이다. 아직 우리의 전통법에 대한 지식이 깊지 못해서 많은 것을 지적할 수는 없지만, 전통법의 법원리 중에서 필자가 주목할 만하다고 생각하는 것을 한가지만 지적해 보기로 한다. 그것은 억강부약(抑強扶弱)이라는 법원리이다.

다산 적약용이 목민심서에서 들고 있는 다음 사례를 보자.

「위(魏)나라 사마지(司馬芝)가 하남윤(河南尹)이 되었을 때, 강한 자를 누르고 약한 자를 북돋아서 사정(私情)이 감히 행해지지 않았다. 내관(內官)이 있어 사마지에게 일을 청탁하고 싶었으나 감히 말하지 못하고 사마지의 처백부 동소(董昭)를 인하여 뜻을 통하려고 하였지만 동소 역시 사마지를 꺼려 통하지 못하였다.」[27]

---

26) 김용덕, "村會와 鄕會 : 공동체적 가치의 현대적 실현을 위하여", 역사민속학 제 2 집, 이론과 실천, 1992, 35면, 56면.

「혹시 세도가나 대족(大族)이 한 고을을 누르고 살면서 그중에 한두 사람이 못나고 불학무식한데다가 잇속을 좇아 못된 짓만 해서 소민(小民)을 못살게 굴어 유망(流亡)케 하고, 상투를 매달고 수염을 뽑으며 기왓장에 끓어 앉히기도 하고 발꿈치에다 불을 질러 지져서, 이자에 이자를 더하고 더해서 파산케 함으로써 백성들의 원수가 되는 자가 있으니, 이들을 경계하고 위협해서 모두 뉘우쳐 고치도록 한다. 그래도 고치지 않고 방자하기 여전한 자는 수령이 마땅히 엄중하게 징계할 것이며, 변등만을 마음에 두어서는 안될 것이다. 또는 향원(鄕員)과 냉족(冷族)이 몸소 농사를 짓는데 농사꾼과 어울려 무례하게 잡된 농담짓거리나 하고 개울이나 시장거리에서 술에 취해 싸움을 하며 서로 더러운 말을 떠들어 놓고서, 술이 깬 뒤에는 유의(儒衣)를 걸치고 와서 명분(名分)을 바로잡아 달라고 호소하는 경우에 수령이 그 말을 듣고 그 농사꾼을 엄중하게 다스린다면 백성이 납득하지 않을 것이니, 역시 변등만을 마음에 두어서는 안될 것이다. 요컨대 천한 자가 귀한 자를 능멸하는 것도 수령이 걱정할 바이며, 강한 자가 약한 자를 침해하는 것도 수령이 걱정할 바이다. 잘 요량해서 적절히 처리할 것이니 말로는 형용할 수 없다.」[28]

위의 사례들은 모두 억강부약의 법원리 적용 사례들이다. 여기서 강(強)이란 사회적인 힘이 강한 것을 말하는데, 베버적 맥락에서 말한다면 형식적 합리성에 反하는 개념이다. 그러한 강을 억누르고 약(弱)을 도와서 사회적 형평을 추구해야 한다는 뜻이다. 독점자본주의 시대의 사회적 정의를 추구하는 원리가 사회적 시장경제주의, 사회적 법치국가 원리라면 억강부약과 같은 전통적 법원리를 법치국가적 제약 아래 변용시키면 얼마든지 현대한국법에 계승할 수 있다고 생각한다.

그런데 현대한국사회의 당면한 법적과제는 민주주의와 법치주의를 굳건히 정착시키는 것이다. 법치주의를 굳건히 정착시켜야 하는 필요성에 직면하고 있는 현대한국인의 견지에서 전통법은 어떠한 의미를 가질 것인가? 우리에게도 입헌주의의 전통이 있는가?

Ⅳ. 법치주의의 관점에서 본 한국의 전통법

첫째, 전통법은 현대한국사회의 실정법전에서는 거의 사라졌지만 전통적인 법개

27) 다산연구회, 전게서, 168면.

28) 다산연구회, 역주목민심서 Ⅳ, 창작과비평사, 1984, 78면.

념과 법의식은 한국인의 생활과 행동속에 용해되어 은폐된 채로 살아 움직이고 있으며, 그것이 그렇게 쉽게 사라지지는 않을 것이다. 그러므로 우리 자신을 정확히 이해하기 위해서도 전통법을 정확하게 이해하는 것은 선결과제가 되고 있다. 앞절에서는 동양적 전제주의론에서 비롯되는 지나친 자기학대와 자기비하를 비판 하였지만, 다른 한편 우리의 전통사회와 전통법을 무비판적으로 사랑하려는 자기우월주의도 경계해야 할 것이다. 전통사회와 전통법을 비판적으로 성찰해야 할 필요가 있음은 말할 것도 없다. 우리에게 절실하게 요청되는 것은 과거에 대한 애정과 비판적 성찰을 동시에 추구하여 현재의 삶을 풍요롭게 하고 미래의 행복을 도모하려는 자세이다[29].

둘째, 그러면 법치주의를 정착시켜야 할 과제를 안고 있는 우리들에게 전통법과 전통적 법문화는 어떠한 의미를 가질 것인가? 전통법과 전통적 법문화가 근대법과 근대적 법문화와 잘 조화를 이루지 못하는 측면이 적지 않음은 재론의 여지가 없을 정도로 분명한 것이다. 그러면 전통법과 전통적 법문화는 우리의 장래에 아무런 비젼도 줄 수 없는 것일까?

이러한 문제에 대한 선행연구는 좀처럼 찾아보기 어렵다. 아마도 최대권의 "전통과 법질서"라는 논문[30]이 우리의 문제 제기와 관련하여 가장 근접되어 있는 연구가 아닐까 생각된다. 그러므로 이 연구의 논지를 쫓아 가면서 본절의 서술을 진행시키

---

29) 한국법제사가 박병호는 이러한 문제들에 대하여 다음과 같이 말하고 있다.

"지금 지구가족이라고 말합니다만은 민족과 나라에 따라서 벽은 있는 것이고, 각기 고유한 전통과 특색이 있기 때문에 앞으로 아무리 공통된 문화를 갖는다 하더라도 자기의 고유한 것이 없어지는 것은 아니죠. 결국 학문이나 모든 분야가 외국 것을 섭취·수용하는 것은 자기를 개발하고 발전시키기 위한 것이고, 기본적으로 그런 자세가 중요하다고 생각합니다… 외국유학을 가고 외국문물을 수입하는 것은 우리가 외국문물이나 외국의 법문화·사상을 우리의 전적인 스승으로서 받아들인다는 자세는 바르지 않다고 생각합니다. 내가 배울 스승은 우리에게 있는 것이고, 외국의 제도·사상이 모든 것을 다 가르쳐 주는 스승은 아니라고 생각됩니다… 결국 다음 세대로 이어지면서 앞세대는 비판을 받는 것이고, 후세대는 비판을 해야 학문이 발달하고 진정한 자기 것이 된다고 생각합니다. 아주 상식적인 얘기입니다만 똑같은 제도라고 할지라도 그 제도의 母國에서와 그것을 수용·계수한 나라에서는 서로 다르지 않습니까. 마찬가지로 넓은 세계속의 한국이라고 하지만 구체적이고 역사적인 것, 한국적인 것은 남아 있기 마련입니다. 이러한 것을 간직하면서 세계의 일원으로 세계에 참여해야 한다고 생각합니다. 우리가 아무리 우리의 생각과 체질을 서양사람 처럼 고치려 해도 고쳐지지도 않는 것이고, 그러한 계수나 수용에도 한계가 있는 것이기 때문에 우리 것이 되기 위해서는 끊임없이 과거는 비판을 받아야 합니다." "박병호 교수의 걸어오신 길", 서울대학교법학, 32권 1·2호. lx, lxi

30) 최대권, 전게논문.

려고 한다.

그(최대권)는 전통적 법질서와 근대적 법질서를 헌법적 차원에서 비교 분석하고, 이것을 토대로 우리 법문화의 특성과 파행적 부조리현상의 원인을 예리하게 지적해 내고 있다. 그는 헌법의 개념을 "권력을 순화시키고 제약하며 합리화하는 법"이라고 정의한다. 이에 비추어 볼 때 근대적 헌법은 권력분립의 원리와 기본권보장이 핵심원리라고 한다. 그런데 해방 이후 남한의 헌법은 줄기차게 이 원리를 선언하고 있었지만, 우리나라의 헌법 현실은 그렇지 못한 모습을 여러가지 경로를 통하여 보여주고 있다. 우리 사회에서 권력분립과 기본권 보장이 제대로 이룩되지 못하는 이유를 그는 두 가지로 요약하고 있다. 첫째 법의식의 측면에서 "보편적이고 비인격적인 법규범·법질서에 대한 믿음이 확고하지 않다"는 것이고, 둘째 집단구조적 측면에서 "목적이나 이념에 따라 결집하는 2차집단적 다원화(사회분화)가 미약하고 학연·지연·혈연에 따라 결집하는 1차집단적 소그룹다원주의(사회분열)의 경향이 지배적"이라고 한다.

다음에 그는 전통적 법질서에서는 권력분립이나 기본권보장개념은 없었지만 '유교적 정치질서와 유교적 교육이 권력을 순화시키고 제약하며 합리화하는 역할을 수행하였다'고 진단하고 있다. 그러므로 전통사회에서도 나름대로 훌륭한 헌법적 전통이 존재하였다고 한다. 다만 그것은 조선시대까지는 나름대로 훌륭하게 작동 하였지만 현재에는 그 전통을 유지하고 지속시킬 만한 집단과 제도적 장치가 존재하지 않기 때문에 확고한 규범력을 가지고 있지는 않다고 한다. 이것은 핵심을 찌른 예리한 분석이라고 생각한다.

시대와 환경이 달라졌기 때문에 우리나라의 전통법을 지금 이 시대에 그대로 사용한다는 것은 거의 불가능에 가까운 일이다. 그러나 권력을 순화시키고 제약하며 합리화하려는 서구의 입헌주의적 전통과 법치주의적 전통에 상응하는 유교적 禮의 정신은 길이 보전할 가치가 있음은 물론이다. 그리고 그러한 유교적 전통은 앞절에서 제시한 공동체이념과 밀접한 연관을 맺고 있다. 서구의 공동체이론가들은 공동체의 원형을 家(Family)로 설정하고 있다[31]. 유교사회에서도 가족은 국가나 天下의 원형이었다. 나라(國)를 '家'자를 부쳐서 '國家'라 부르고 天下一家라고도 말해 왔다. 가족은 小국가요, 국가는 大가족으로 '化家爲國'(경국대전 序)이라고 생각하였으므로 君主를 '君父'라 하고 백성을 '赤子'라고도 했다[32].

---

31) Tönnis, Ferdinand, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, Verlag Karl Curtis, Sechste und siebente Auflage, 1926.

셋째, 그러면 우리나라에 법치주의가 정착할 가능성은 어느정도 있는가? 최대권은 다음과 같이 진단하고 있다.

권력을 순화시키고 제약하며 합리화하는 법을 헌법이라고 할 때, 현대한국사회에서는 전통적 헌법과 근대적 헌법의 어느 것도 확고히 뿌리를 내리거나 유효하게 작동하고 있지 않다. 그렇다고 해서 양자가 전혀 규범력을 가지고 있지 못한 것도 아니다. 이러한 진단은 비단 헌법의 영역에서만 유효한 진단이 아니다. 그러한 진단은 현대 한국의 법질서 전체와 법문화 전체에 통용될 수 있는 진단일 것이다. 최대권은 이것(복수의 전통이 존재하면서 어느 것도 확고히 뿌리를 내리지 못하고 있는 상황)이 현재 우리가 직면하고 있는 총체적 난국, 총체적 무질서, 사회규범의 무정부상태의 핵심 요인이라고 진단하고 있다. 필자도 이러한 진단에 대해서는 전적으로 동감한다.

그런데 위와 같은 진단이 나올 때 다음에 물어야 할 질문은 그러한 난국을 어떻게 극복할 것인가, 극복의 전망은 있는가 하는 문제이다. 우리 사회는 지금 농업사회에서 산업사회로 급속히 탈바꿈하고 있다. 그러므로 농업사회에 기반을 둔 전통적인 유교적 법질서 상태로 전면 회귀하는 것은 불가능한 일이다. 그러므로 우리가 지향해야 할 방향은 기본적으로 입헌주의와 법치주의의 확립쪽일 수 밖에 없다. 그러기 위해서 우리가 해야 할 일을 최대권은 첫째 입헌주의와 법치주의를 확립하려는 의도적인 노력(교육의 강화, 정치윤리의 확립), 둘째 보편적인 법원칙과 법규칙 준수의 전통을 확립하려는 체계적인 노력으로 들고 있다. 그런데 우리 사회에서 그러한 의식적인 노력을 하기만 하면 사정이 좋아질 것 같은 객관적 여건이 마련되어 있는가, 있다면 무엇이 그것인가 하는 것이 문제된다. 최대권은 두가지 요인을 들어 희망적으로 전망하고 있다. 하나는 헌법수호기능을 전문으로 담당하는 헌법재판소가 설치되어 기능을 개시한 것이고, 또 하나는 노동법분야에서 사회분화의 결과로 일어난 대립되는 세력(노사)간의 견제와 균형이 이를 촉진할 것이라고 한다.

최대권의 위와 같은 분석과 전망에 대해서는 대체로 동의하고 싶다. 그러나 제2절(II)에서 전개한 논지와 관련하여 다음과 같은 두가지 점을 보충해야 할 것으로 생각한다.

첫째, 그는 전통적 법질서와 근대적 법질서를 이원론적으로 구분하여 상호 대조적인 측면을 드러내는데 역점을 두고 있다. 그래서 전통과 근대의 단절적인 측면이

32) 전봉덕, 전게서, 35면.

비교적 뚜렷이 부각되고 있는 것으로 보인다. 그러나 우리나라의 전통적 법체계와 근대적 법체계가 반드시 이질적인 것만은 아니고 잘 순응되어 연속되는 측면도 있지 않을까? 예컨대 우리나라에서는 근대적인 절대적 사적소유에 매우 근접한 사적 토지소유가 조선시대에 존재하였고 일본·대만·한국이 급속한 산업화에 비교적 성공했다고 평가를 받는 이면에는 노동을 신성시하고 근검절약을 강조하는 유교적 법체계가 근대적 법체계와 순접할 가능성도 있다는 좋은 사례가 되지 않을까?

둘째, 그는 우리 국민들 사이에 진행된 근대적 법질서의 내재화(internalization) 정도를 다소 과소평가하고 있는 것은 아닐른지 모르겠다. 1970년대까지는 그의 생각이 맞겠지만 1980년대 이후에는 사정이 크게 달라진 것 같다. 이를테면 이제 한국사회에서 군사쿠테타의 가능성은 사라졌다고 말할 수 있겠는데, 그것을 가지고 근대적 법질서의 확고부동한 내재화라고까지는 말할 수 없겠지만 근대적 법질서의 안정적 내재화단계에 이른 것으로 볼 수 있지 않을까?

결론적으로 말해서 필자는 우리의 법적 전통과 그 간의 사회발전의 진척도로 미루어 우리 사회에서 법치주의가 꽃피울 날도 멀지 않았으리라고 긍정적으로 전망하고 싶다. 그러한 목표를 앞당기는데 가장 중요한 요소는 법조인들의 선도적 노력이라고 생각한다. 법의 독자성을 쟁취해야 할 계층이 바로 법조계층이기 때문이다.