

# 丁若鏞의 復讐에 대한 인식과 親 觀念\*

- 『欽欽新書』 「經史要義」를 중심으로 -

李元澤\*\*

## 차 례

### I. 머리말

### II. 복수의 원칙적 금지

1. 의로운 살인의 경우
2. 국법에 의해 주살된 경우
3. 移鄉制 비판

### III. 복수의 제한적 허용

1. 살인자를 체포하지 못한 경우
2. 복수의 정당화

### IV. 親에 대한 관념

1. 『春秋』에서 親의 단절
2. 『周禮』의 議親

### V. 맺음말

\* 本 研究는 1999年度 靑溟文化財團의 研究支援에 의한 것임

\*\* 서울大 法學21研究團 博士後過程研究員, 政治學專攻

## I. 머리말

이 논문의 목적은 『欽欽新書』 「經史要義」를 중심으로 丁若鏞의 復讐에 대한 인식과 親 관념을 살펴보는 것이다.

정약용은 조선후기 실학의 집대성자이다. 유학의 修己治人 구조에서 이른바 정통성리학자들은 修己에 중점을 두고 있는 반면 그는 修己와 治人 어느 한 쪽에 치우치지 않고 균형을 유지하고 있다. 修己를 本으로 治人을 末로 간주하는 데서<sup>1)</sup> 그 역시 유가학과를 벗어난 사유를 보이지는 않는다. 그렇지만 治人 문제를 중시한 점은 실학의 중요한 특징중의 하나임이 분명하다. 그의 治인에 대한 관심은 一表二書의 經世論에 집중적으로 표현되고 있다.

정약용은 당시의 법을 맡은 관리들이 실무에 능하지 못하여 인명을 다루는 중대한 문제를 아전들에게 맡기는 것을 보고, 또 곡산부사와 형조참의 때의 경험을 바탕으로 실제의 재판에 이용할 수 있는 지침서로 『흙흙신서』를 저술하였다.

물론 그 바탕에는 백성의 생명을 중시하는 유가학과의 관점이 놓여 있다. 그는 인명의 중요성을 “天權”이라는 말로 표현하고 있다. “하늘이 사람을 내고 또 죽이니 인명은 하늘에 매여 있다. 司牧은 또 그 사이에서 선량한 자는 보호하여 살게 하고 죄 있는 자는 잡아서 죽이니 이는 명백한 天權이다.”<sup>2)</sup> 그리하여 “조심조심”〔欽欽〕하여 “刑을 다스려야” 한다는 의미에서 서명을 『흙흙신서』라고 붙인 것이다.

그러나 정약용은 “옛날 子產이 刑書를 만들자 군자가 비방하고, 李愷가 法經을 짓자 뒷사람들이 그를 알아보았다”<sup>3)</sup>고 하여 법에 관한 서적을 편찬하는 것에 대한 비방을 의식하였다. 그것은 禮治를 이념으로 하는 유학자로서 당연한 염려였다. 제도의 개혁을 논한 『經世遺表』에서도 그같은 염려는 마찬가지였다. 「邦禮艸本引」에서 그는 “禮로써 法을 삼은 것”과 “법으로써 법을 삼은 것”을 구분하여, 자신의 저술은 “예로써 법을 삼은 것”임을 밝히고 있다.<sup>4)</sup> 이러한 인식의 연장선에서 그는 禮에 기반을 둔 刑律書인 『흙흙신서』를 저술한 것이다.<sup>5)</sup>

1) 『與猶堂全書』 詩文集 「自撰墓誌銘」, ‘大學’ 부분 참조.

2) 『欽欽新書』 序文.

3) 『欽欽新書』 序文.

4) 『經世遺表』 「邦禮艸本引」.

5) 정약용의 刑律觀에 대해서는 박병호, “茶山の 法思想”, 『丁茶山 研究의 現況』, 민음사, 1985; “茶山の 刑律觀”, 『茶山學의 探究』, 민음사, 1990 참조.

정약용은 위에서 언급한 것처럼 禮와 法의 긴장을 잘 인식하고 있었던 것으로 보인다.6) 이러한 사실은 『흙흙신서』의 「경사요의」에서 경전의 禮 규정들을 검토하는 것에서도 확인할 수 있다. 「경사요의」의 제1권은 대부분이 복수와 관련된 내용이다. 복수7)는 경전에 규정된 禮와 刑律에 기록된 法이 서로 충돌하는 바로 그 지점이었던 것이다. 이것은 다른 말로 표현하면 公法과 私情의 충돌이었다. 역사가 발전함에 따라 살인에 대한 형벌권은 공적인 국가 권력이 독점하였다. 사적인 복수는 국가 권력에 대한 도전이었다. 뿐만 아니라 사적인 복수를 용인할 경우 복수가 복수를 부르는 악순환에 빠지게 된다. 그럼에도 국가가 복수를 완전히 금지시키지 못한 것은 유가학파의 고유한 이념 즉 孝와 親에 대한 관념 때문이라고 할 수 있다.8) 그리하여 이 문제는 중국 및 우리 나라의 전통사회에서 줄곧 문제가 되어 왔던 것이다.

『흙흙신서』는 「經史要義」 3권, 「批詳雋抄」 5권, 「擬律差例」 4권, 「祥刑追議」 15권, 「剪跋蕪詞」 3권 도합 30권으로 구성되어 있다. 「경사요의」 3권중 제1권은 경전 중에서 법률과 관련된 중요 부분을 발췌하여 주석한 것이고, 2-3권은 중국과 우리 나라의 판례 115건을 항목별로 분류하여 소개하고 있다.9) 이 논문에서 중점적으로 검토할 항목은 「경사요의」 제1권의 「過殺諧和之義」, 「仇讎擅殺之義」, 「義殺勿讐之義」, 「受誅不復之義」, 「議親議貴之義」, 「弑逆絕親之義」, 「경사요의」 제2권의 「復讎殺官」 등이다.

## II. 복수의 원칙적 금지

### 1. 의로운 살인의 경우

정약용은 「경사요의」에서 복수 사건을 판결하는 원칙 내지 기준으로서 “의로운 살인은 복수할 수 없다는 의리”〔義殺勿讐之義〕와 “국가에 의해 주살된 경

6) 예와 법이 항상 대립적인 관계는 아니다. 오히려 보통은 상호 보완적 관계였으며, 법에 예가 침투해 들어가는 모습을 보인다. 최종고, 『한국법사상사』, 서울대학교출판부, 2001, 107~110면 참조.

7) 복수 관념과 관습은 원시 사회와 고대 사회에서 동양과 서양을 막론하고 매우 보편적인 현상이었다. 복수 일반에 관하여 瞿同祖, 『中國法律與中國社會』, 台北: 里仁書局, 1962, 85면 참조.

8) 심희기, “復讐考序說”, 『법학연구』 제26권제1호, 부산대 법학연구소, 1983 참고.

9) 자세한 내용은 심희기, “欽欽新書의 法學史的 解剖”, 『사회과학연구』 제5집제2권, 영남대 사회과학연구소, 1985 참조.

우 복수하지 못하는 의리”〔受誅不復之義〕에 대하여 검토한다. 그런데 이 두 가지는 복수를 금지하는 조항이다. 정약용은 원칙적으로 복수를 금지시키려는 의도를 가진 것으로 볼 수 있다.

먼저 「義殺勿讐之義」를 살펴보자. 『周禮』 「地官·司徒」의 調人은 백성들 사이의 화해를 관장하는데, 여기에 복수 금지 규정이 포함되어 있다.

무릇 사람을 죽었으되 의로운 경우는 나라를 함께 하지 않을 뿐 복수하지 못하게 한다. 복수하면 사형에 처한다.<sup>10)</sup>

이 경문에서 해석상 문제가 되는 곳은 ‘의로운 경우’와 ‘나라를 함께 하지 않는다’는 두 부분이다. 먼저 ‘의로운 경우’에 대해 鄭玄은 “부모·형제·師長이 모욕을 받음으로서 모욕을 가한 자를 죽인 경우”로 본다.<sup>11)</sup> 賈公彥은 정현의 설에 부연하여 “옛사람은 질박”하기 때문에 그렇다고 설명한다.<sup>12)</sup>

그러나 정약용은 “사람을 죽이되 의롭다 함은 피살자가 大惡·不孝·不友·悖逆·淫亂 행위를 범하여 정상이 용서될 수 없는 자를 義로서 죽인 것”<sup>13)</sup>이라고 하면서, 父兄에 대한 모욕으로 설명하는 정현과 가공언을 비판한다. ‘義로서 죽인 것’이라고 해서 살인 자체가 용인된다는 뜻은 아니다. 여기서의 논점은 그 행위가 복수의 대상이 되지 않는다는 점에 있다. 이와 같은 정약용의 견해에 대해서 “정현과 가공언의 설이 가족주의적 해석이라 한다면 茶山의 所說은 보다 사회적인 해석”이라고 평가되기도 한다.<sup>14)</sup> 이는 정약용이 ‘의로운 경우’의 범위를 넓게 해석하고 있다고 보고, 그 경우 복수의 범위는 더욱 줄어들게 된다는 것에 근거한 것으로 보인다. 물론 정약용이 말한 大惡 등이 정현이 말한 모욕보다 현실에서 더 적게 발생할 수도 있지만 정약용의 의도는 복수를 제한하려는 데 있는 것으로 보인다.

다음으로 ‘나라를 함께 하지 않는다’〔不同國〕에 대하여 江永은 세 글자 모두 衍文으로 보고, 孫詒讓은 ‘不’자를 연문으로 보는 등 다른 견해를 제시하였

10) 『周禮』 「地官·司徒·調人」：凡殺人而義者，不同國，令勿讐，讐之則死.  
11) 『欽欽新書』 卷一「經史要義一·義殺勿讐之義」(이하 「義殺勿讐之義」로 줄여서 표기함. 다른 조항도 같음.)：謂父母·兄弟·師長，嘗辱焉，而殺之者，如是爲得其宜，雖所殺者，人之父兄，不得讐也，使之不同國而已.  
12) 「義殺勿讐之義」：古者質，故三者被辱，卽得殺之也.  
13) 「義殺勿讐之義」：殺人而義者，謂被殺者，身犯大惡·不孝·不友·悖逆·淫亂，情理罔赦者，以義殺之也.  
14) 심희기, “復讐考序說”, 297면.

다.<sup>15)</sup> 그러나 정약용은 정현을 따라 그것을 연문으로 보지 않으며, 오히려 자신이 살던 당시의 실정에 맞추어 해석한다. 그는 지금의 郡縣이 옛날의 列國에 해당하기 때문에 이 구절을 ‘읍을 같이하여 살지 아니한다’고 해석해야 한다는 것이다.<sup>16)</sup> 읍을 달리하는 것은 離鄉制를 말한다. 여기에서 정약용은 이 항제를 인정하고 있는데, 그것은 법에 의해 복수가 허용되지 않는 경우라 할지라도 애통해 하는 효자의 마음 곧 親에 대한 고려에서 나온 것으로 보인다. 따라서 「過殺譜和之義」 항목에서의 이항제 비판과 그 맥락이 다르다.

## 2. 국법에 의해 주살된 경우

계속하여 정약용은 「경사요의」의 “受誅不復之義”에서 『公羊傳』의 복수 관련 조항을 검토한다. 定公 4년조에 다음과 같은 내용이 실려 있다.

① 아버가 不受誅인 경우에 아들의 복수는 옳거니와, ② 아버가 受誅인 경우의 아들의 복수는 推刃의 道이다. ③ 복수에 除害하지 아니하고, ④ 봉우는 서로 호위하여 서로 먼저 하지 아니함이 옛날의 道이다.<sup>17)</sup>(번호는 필자가 붙임)

이 전문은 여러 가지 내용이 함께 나열되어 있다. ①은 복수를 허용하는 경우이다. 여기서 ‘不受誅’란 何休에 의하면 “죄가 주살될 만한 것이 아니었는데 주살된 경우”를 말한다. 정약용이 이 조항을 “원수를 임의로 죽일 수 있는 의리”〔仇讎擅殺之義〕에 포함시키지는 않고 있지만, 이 조항은 「구수천살지의」에 해당한다. 하휴는 주석에서 “아버 섬기는 敬을 취하여 임금을 섬기되 아버가 죄 없이 임금에게 죽임을 당하였을 때, 제후의 君은 王者의 경우와는 義理가 달라서 떠나면 君臣의 義는 단절되므로 가능한 것”<sup>18)</sup>이라 하고 있다. 하휴도 천자에 대해서는 유보적인 태도를 취하고 있다. 정약용은 하휴의 이 발언을 인용하고 있을 뿐 이에 대해 논평하지는 않았다.

②는 복수를 금지하는 조항이다. ‘受誅’는 “죽어야 할 죄를 지어 국가에 의해 주살된 경우”를 말한다. ‘推刃’은 “한번 가고 한번 오는 서로 죽이는 것”으로

15) 『周禮正義』卷26「調人」의 疏 참조.

16) 「義殺勿讐之義」：今之郡縣，即古之列國，凡所謂不同國者，今當以不同邑處之.

17) 「受誅不復之義」：公羊子曰，“父不受誅，子復讐，可也。父受誅，子復讐，推刃之道也。復讐不除害。朋友相衛而不相迫，古之道也。”定四年.

18) 「受誅不復之義」：本取事父之敬以事君，而父以無罪爲君所殺，諸侯之君，與王者異於義，得去，君臣已絕，故可也.

복수를 뜻한다. 국가의 정당한 법 집행에 대해서는 복수할 수 없다는 조항으로 왕법 또는 공법의 우위성을 천명하는 조항이다. 따라서 정약용의 복수에 대한 입장은 복수를 제한하는 데 중점을 두고 예외적으로 사적 복수를 인정하고 있다고 할 수 있다. 그는 복수 사건을 처리하는 데 『공양전』의 이 조항과 『주례』의 “사람을 죽이되 의로운 경우는 복수하지 못하게 하고 복수하면 죽인다”는 조항을 표준으로 삼아야 한다고 한다.<sup>19)</sup> 그는 「復讎殺官」조에서 柳宗元の 「駁復讐議」와 韓愈의 「復讐狀」을 검토하고, 위의 『공양전』과 『주례』를 인용하여 복수논의를 한 柳宗元을 따르고 있다.

유종원은 복수 사건의 처리에 예와 법이 충돌한 경우를 「駁復讐議」에서 논하고 있다. 유종원은 예와 형이 모두 재판을 방지하는 데 목적이 있음을 인정한다. 그러나 그는 예와 법 각각의 뜻에 맞도록 사건을 처리하면 되지 둘을 절충하여 논할 수 없음을 분명히 하고 있다. 또한 그는 법과 그것을 집행하는 관리는 서로 다르다는 것을 분명히 제시하여 관리의 잘못에 대해서는 복수할 수 있지만 법 자체에 대항할 수는 없다고 한다. 그리고 그는 復讐에 있어서 그 근거가 되는 것은 孝道라고 하여 親親의 논리와 연계시키고 있다.

한편 당나라 憲宗이 『禮記』의 ‘부모의 원수와는 하늘을 함께 하지 않는다’의 조항과 법령의 ‘살인자는 사형한다’는 조항이 일견 모순된다고 지적하면서 예와 법에 이런 異同이 있는 것에 대해 韓愈에게 논의하도록 하였다. 이에 대해 한유는 그의 「復讐狀」에서 예와 법을 사건에 따라 적절하게 참작하여 써야 한다는 절충론을 전개하였다. 법률에 복수 관련 조항이 없는 것은 闕文이 아니라 다른 의도가 있기 때문이라는 것이다. 첫째 복수를 허용하지 아니하면 효자의 마음을 상하게 하고 선왕의 가르침에 어긋나며, 복수를 허용하면 사람들이 법을 핑계로 함부로 죽일 것이라는 것이다. 둘째 법률이 비록 성인에게 근본을 두고 있으나 집행하는 자는 有司인데 경학을 하는 선비가 유사를 규제하도록 하기 위한 것이라는 것이다. 그래서 그는 복수의 명칭은 같아도 사건마다 각각 다르기 때문에 일률적으로 규정할 수 없으며, 사건이 있을 때마다 의논하여 처리하여야 한다고 하였다.

유종원과 한유가 논의한 사안은 일반 백성간의 복수가 아니라 관리에 대한 복수이다. 관리는 국법을 집행하는 담당자이다. 따라서 관리에 대해 복수한다

19) 「受誅不復之義」：鏞案，『周禮』曰，“殺人而義者，令勿讐，讐之則死。”『春秋傳』曰，“父受誅，子不得讐。”此二條最宜表章，以爲斷獄之權衡也。

는 것은 곧 국법을 원수로 삼는 것에 해당할 수 있다. 유종원은 관리와 왕법을 구분하고 왕법에 대해서는 복수할 수 없지만 관리에 대해서는 복수할 수 있다고 한 것이다.

정약용은 “백성이 서로 죽이더라도 아버의 죽음이 不義인 경우에는 『주례』는 보복하지 못하게 하였고, 비록 법관이 죽었다 하더라도 아버의 죽음이 원통하다면 『춘추전』에는 복수를 허용하였다”고 하여 한유의 논의보다 유종원의 논의가 명확하다고 평한다.<sup>20)</sup>

③의 ‘除害’는 “장차 자신에게 보복할 것을 두려워하여 원수의 아들까지 죽이는 것”<sup>21)</sup>으로, 『주례』 「조인」의 ‘反殺者’와 같은 뜻이다. 이 조항은 「구수천 살지의」에 해당한다고 할 수 있다. 그리고 ④는 봉우에 대한 복수의리를 규정한 것으로 정약용의 논평은 없다.

### 3. 移鄉制 비판

정약용은 이향제에 관하여 “과실로 살상했을 경우 화해하는 의리”〔過殺諧和之義〕 항목에서 검토하고 있다. 이향제는 『주례』 「지관·조인」에 실려 있다.

무릇 원수를 화해시키는데 아버지의 원수는 해외로 피하게 하고, 형제의 원수는 천리 밖으로 피하게 하고, 從父兄弟의 원수는 같이 조정에 서지 않게 한다. 임금의 원수는 아버의 원수와 같이 여기며, 스승과 官長의 원수는 형제의 원수와 같이 여기며, 친구의 원수는 중부형제의 원수와 같이 여긴다. 피하지 않으면 瑞節을 제시하고 체포한다.<sup>22)</sup>

이 경문에 대해 정현은 “화해시키되 이곳을 피하도록 하여 찾아가 복수하지 못하게 하는 것”<sup>23)</sup>이라고 설명한다. 그러나 정현의 주석만으로 충분히 설명이 되지 않는다. 만약 과실에 의한 살인이라면 화해가 가능하겠지만 고의에 의한 살인일 경우 국가가 화해시킨다는 것을 납득할 수 없는 것이다. 그래서 가공언은 국가가 살인자를 처형하기 전에 赦免이 이루어졌을 경우 피하게 하는 것

20) 「經史要義二·復讐殺官」: 韓議不及柳議遠甚, 雖百姓相殺, 父死不義, 則『周禮』令勿讐之矣. 雖法官殺之, 父死至冤, 則『春秋傳』許復讐矣. 凡論復讐之獄者, 但追究本所以結讐之端, 可讐則以復爲義, 不可讐則以復爲罪, 如斯而已. 柳議明矣.

21) 「受誅不復之義」: 不除害者, 取讐身而已, 不得兼讐子復將恐害已而殺之.

22) 『周禮』 「地官·司徒·調人」: 凡和難, 父之讐辟諸海外, 兄弟之讐辟諸千里之外, 從父兄弟之讐不同國. 君之讐視父, 師長之讐視兄弟, 主友之讐視從父兄弟. 弗辟則與之瑞節而執之.

23) 「過殺諧和之義」: 和之, 使辟於此, 不得就而仇之.

이라고 해석한다. 淸의 江永이나 阮元은 가공언의 입장을 비판하면서 이 경문의 바로 앞에 있는 경문 “무릇 과실로 사람을 죽이거나 상해를 입히면 백성들로 하여금 화해하게 한다”<sup>24)</sup>와 연결하여 過失로 살인했을 경우라고 해석한다.<sup>25)</sup> 즉, 과실로 살상하였기 때문에 화해하도록 하고 고향을 떠나게 하여 복수하지 못하게 하는 것으로 해석한 것이다.

정약용은 이 경문 자체에 대하여 의심을 나타낸다. 그는 다음과 같이 말한다.

생각건대 이 경문은 이해할 수 없다. 원수를 갚지 못하고 있으면, 스스로 義에 처하기를 「曲禮」·「檀弓」에서처럼 하면 된다. 王者의 立法은 私的인 義理와 같지 않다. 남의 아버지를 죽인 자와 남의 형제를 죽인 자는 왕자가 마땅히 구속하여 죽여야 한다. 어찌 下民으로 하여금 사사로이 복수하게 하고 그만둘 수 있겠는가? 이미 법으로써 죽이지 못하고서 또 슬픔과 원한을 품은 자로 하여금 四海의 밖으로 또는 千里 밖으로 피하게 하여 中國에서 편히 살지 못하게 하니 이를 王政이라고 할 수 있겠는가? 貴戚大臣이 잘못 人命을 죽인 경우 법의 집행이 어려워 부득이 원수로 하여금 멀리 피하게 하면, 『孟子』의 ‘瞽瞍가 살인을 할 경우 臯陶는 고수를 구속한다’는 것은 또 무슨 말인가?<sup>26)</sup>

‘곡례’와 ‘단궁’에서처럼 하라’는 것에서 정약용은 이 경문을 과실에 의한 살인의 경우로 보지 않고 있음을 알 수 있다. 그렇다면 이는 화해시킬 사안이 아니고 국가가 엄정하게 법을 집행하여 살인자를 처벌할 사안인 것이다. 그래서 그는 “王者의 立法”이 “私的인 義理”와 다름을 주장한다. 살인자의 처벌은 왕자 곧 국가의 고유한 영역이자 권한임을 천명한 것이다. 원칙적으로 사적인 복수의 금지를 통해서 형벌권을 국가가 독점하여야 한다는 것이다. 그의 國家主義의 태도를 읽을 수 있는 측면이라고 하겠다.

한편 정약용은 王政論에 근거하여 이항제를 비판하고 있다. 피해자로 하여금 자기 고향에서 살지 못하게 하는 것은 왕도정치가 아니라는 것이다. 여기서 정약용은 “피하는” 주체를 피해자로 보고 있는데, 이는 정약용의 해석에서만 볼 수 있는 특이한 주장이다. 정현이나 가공언 그리고 청대의 江永·阮元·孫詒讓 등 모두가 피하는 주체를 살인자로 보고 있다. 정약용이 피하는 주

24) 『周禮』 「地官·司徒·調人」：凡過而殺傷人者，以民成之。

25) 『周禮正義』 卷26 「調人」의 疏 참조.

26) 「過殺諧和之義」：鑄案，此經不可解也。有仇未報，私自處義如「曲禮」·「檀弓」，可也。若王者立法，宜與私義不同。凡殺人之父者·殺人之兄弟者，王者當執而殺之，豈可使下民私讐之而已乎？既不能以法殺之，又令其含哀懷冤者，辟諸四海之外，辟諸千里之外，令不得安居中國，豈王政乎？若云‘貴戚大臣，枉殺人命，不得行法，姑令仇人遠辟，’則孟子云‘瞽瞍殺人，臯陶執之，’又何說也？



체를 피해자로 간주한 것은 고의에 의한 살인의 경우 국가가 그 살인자를 죽여야지 살인자로 하여금 피하게 하지는 않는다는 것을 전제한 것이다. 그래서 그는 貴戚大臣에게 피하도록 허용하는 것은 국가가 자신의 의무를 저버린 것으로 보고 맹자의 발언을 인용하여 엄정한 법 집행을 강조한 것이다. 여기서 『맹자』를 인용한 정약용의 의도는 법 집행의 엄정성을 강조하는 데 있는 것으로 읽어야 한다. 후술하겠지만 「議親議貴之義」에서는 議親의 관점에서 『맹자』의 이 구절에 대하여 비판하였다.

### Ⅲ. 복수의 제한적 허용

#### 1. 살인자를 체포하지 못한 경우

정약용은 「經史要義」의 “원수를 임의로 죽일 수 있는 의리”〔仇讐擅殺之義〕 항목에서 『周禮』, 『禮記』, 『孟子』의 복수 관련 내용을 차례로 검토한다. 복수를 논할 때 『예기』의 복수 조항을 먼저 검토하는 것이 일반적일 것이다. 그러나 정약용은 『주례』를 먼저 검토한다. 그가 『주례』를 먼저 검토한 것은 실제의 복수사건 처리에서 『주례』에 의거해야 함을 나타낸 것이다. 실제로 그는 『주례』의 「朝士」조 다음에 『대명률』과 『속대전』의 규정을 검토하고 있다. 『맹자』의 복수관련 조항 역시 복수 사건 처리의 실무를 위해 검토한 것이다.

먼저 『周禮』 「秋官·朝士」의 복수관련 조항부터 살펴보자.

무릇 원수를 갚으려는 자는 朝士(법관)에게 보고〔書〕하고 죽이면 무죄이다.<sup>27)</sup>

이 경문에 대해 한나라의 정현은 “나라를 같이 하여 서로 피하지 아니하는 자가 원수를 갚으려 할 경우”<sup>28)</sup>라고 설명한다. 정현의 이 설명은 이항제를 전제로 한 발언이다. 이항제는 가해자로 하여금 고향을 떠나게 하는 것이다. 따라서 정현의 입장은 복수를 제한하는 데 초점이 있는 것으로 보인다.

그렇지만 정현의 이 설명만으로 납득되지 않은 점이 발생한다. 정현이 말한 “반드시 먼저 朝士에게 보고하고” 복수한다는 것이 그것이다. 살인자가 피하라는 명령을 받고도 피하지 않으면 국법으로 다스려야 하는데 국법으로 다스리지 않고, “조사에게 보고한다”는 단서가 있지만 사적인 복수를 허용한다는 것

27) 『周禮』 「秋官·司寇·朝士」：凡報仇讐者，書於士，殺之，無罪。

28) 「仇讐擅殺之義」：謂同國不相辟者，將報之，必先言之於士。

은 납득하기 어렵기 때문이다. 그래서 당나라의 가공언은 정현의 註가 갖고 있는 난점을 해명하기 위해 살인자가 “사면을 받은 후 스스로 고향을 떠나게 하였으나 그 사람이 도로 향리로 돌아온 경우”를 상정하여 보충 설명한 것이다.<sup>29)</sup> 정현과 가공언의 기본 입장은 살인자에 대한 처벌은 국가가 담당하는 것으로 사적인 복수는 금지해야 한다는 것이며, 예외적으로 사적인 복수를 인정하는 것이다.

정약용은 정현과 가공언의 견해를 비판하고 새로운 견해를 제시한다. 그는 정현이 말한 “먼저 조사에게 보고한다”는 부분이 사리에 맞지 않다고 한다. 즉 “仇人の 죄가 응당 죽어야 하는 것이라면 법관은 마땅히 구속하여 처형하여야” 하기 때문에 “苦主(피살자의 친족)로 하여금 사사로이 가서 죽이게 하는 일”은 없으며, 만약 “仇人の 죄가 죽여서는 안되는 것이라면 苦主가 와서 보고할 경우 官에서는 복수를 당연히 금지시킬 것”이므로, 고주가 “와서 보고할 리가” 없다는 것이다. 그리고 가공언의 견해에 대해서, “고대에는 형벌을 주거나 용서하거나 모두 情法(정황과 법률)에 걸맞은 것이었다. 우연히 경사가 있어 유죄무죄를 불문하고 모두 관용하여 除滅해 준 것은 후세의 법”이라고 비판하였다.<sup>30)</sup> 즉 죄가 있는데도 사면해 주니까 복수의 단서가 생기게 된다는 뜻이다. 그래서 그는 국가의 형벌권이 미치지 못한 상황을 제시하였다.

이는 仇인이 도망 중에 있고 살인자는 죽인다는 죄안이 朝士에게 보고되었으나 다만 그 자가 도망간 까닭으로 법관이 죽이지 못한 경우 苦主가 길에서 만나 사사로이 擅殺하더라도 仇人の 죄안이 이미 法士에게 보고되어 있으므로 무죄가 될 수 있음을 말한 것이다.<sup>31)</sup>

여기에서 정약용이 제시하고 있는 논점은 복수의 조건을 엄격하게 제한하는 것에 있다. 즉 살인자가 도망하였을 경우만 사적인 복수를 인정한다. 살인자를 처벌할 권리는 일차적으로 국가(법관)에게 있다는 것이다.

따라서 『주례』의 이 경문은 사적 복수를 허용하면서도 엄격한 제한을 가하고 있다고 볼 수 있다. 정약용은 이 경문을 매우 중시하였는데 그것은 이 경

29) 「仇讎擅殺之義」：謂會赦後，使已離鄉，其人反來還於鄉里，欲報之時，先書於朝士，然後殺之，無罪。

30) 「仇讎擅殺之義」：仇人罪在應死，則法官當執而誅之，豈可使苦主私自往殺乎？仇人罪不應死，則苦主來告，官當禁之，豈有來告之理乎？鄭說未允，故賈氏又爲會赦之說，亦非也。古者，刑之赦之，皆視情法，遇有慶喜，不問有罪無罪，咸宥除之者，後世之法也。

31) 「仇讎擅殺之義」：此謂仇人在逃，其殺死之案，書在朝士，特以其在逃之故，法官不能殺，今苦主遇於道，私自擅殺，以仇人罪案，已書在法目，故得無罪也。

문을 근거로 법을 담당한 자들이 실제의 복수사건을 판결해야 한다고 생각했기 때문이다. 그래서 그는 『주례』의 이 조항에 대한 주석에 이어 『대명률』 및 『속대전』의 복수에 관한 법률 조항을 검토한다.

『대명률』에는 다음과 같이 규정되어 있다.

조부모·부모가 피살되어 그 흉포한 짓을 한 자를 자손이 친살한 경우 杖 60에 처한다. 그 즉시 죽인 경우에는 죄를 논하지 않는다.<sup>32)</sup>

唐律에는 복수 관련 조항이 없었는데 明律에 새로 만들어진 규정이다. 『續大典』에는 다음과 같이 규정되어 있다.

아버가 피살되어 獄案이 성립되었으나 판결을 기다리지 아니하고 그 원수를 친살한 자는 사형에서 감하여 定配하고, 흉포한 행위를 한 자를 자손이 친살한 경우 杖 60에 처한다.<sup>33)</sup>

『속대전』은 『대명률』보다 엄격하게 규정되어 있음을 알 수 있다. 그러나 이러한 법 조항이 잘 지켜졌던 것은 아니다. 정약용은 다음과 같이 논평하였다.

생각건대 근세의 복수 사건에 있어 본 사건은 묻지 아니하고 節烈만을 인정하여 대개는 불문에 붙이고 있으니 이는 큰 폐단이다. 심한 경우는 피살 경위가 분명하지 아니함에도 사사로이 원수라 지목하여 공공연히 복수하는 자도 있으니 어찌 작은 걱정이겠는가?<sup>34)</sup>

정약용의 이 논평에서 당시 복수 사건의 폐단이 심각했음을 알 수 있다. 아울러 그는 사사로운 복수를 금하고 공권력을 확립하려는 의도가 있음을 읽을 수 있다. 특히 이른바 정통성리학자들의 “節烈”만 강조하는 행태에 대하여 비판하고 있는 점에서 그의 의도를 추측할 수 있다.

한편 정약용은 『周禮』 「地官·調人」조의 “무릇 사람을 죽였는데 反殺者는 모든 나라가 서로 그를 원수로 삼게 한다”<sup>35)</sup>는 부분을 따로 떼어 내어 「仇讐擅殺之義」에 포함시켰다. 여기서 反殺者란 살인을 하고서 장차 복수가 두려워 그 자식까지 살해한 경우를 말한다.

32) 「仇讐擅殺之義」: 『大明律』云, “祖父母·父母, 爲人所殺, 而子孫擅殺行兇人者, 杖六十, 其卽時殺者, 勿論.”

33) 「仇讐擅殺之義」: 『續大典』云, “其父被殺, 成獄, 不待究覈, 擅殺其讐人者, 減死定配. 子孫擅殺行兇人者, 杖六十.”

34) 「仇讐擅殺之義」: 案, 近世凡復讐之獄, 不問本事, 唯以節烈許之, 槩不成獄, 此大弊也. 甚至被殺不明, 而私指爲讐, 公然復讐者有之, 豈細憂哉?

35) 『周禮』 「地官·司徒·調人」: 凡殺人有反殺者, 使邦國交讐之.

## 2. 복수의 정당화

다음으로 『예기』의 복수에 관한 내용을 살펴보자. 「곡례」에서는 다음과 같이 말한다.

아비의 원수와는 하늘을 함께 하지 않는다. 형제의 원수에 대해서는 兵器를 가지러 집에 가지 않는다. 친우의 원수는 함께 조정에 서지 않는다.<sup>36)</sup>

이 경문에 대하여 정현은 “자기의 하늘을 죽인 자와 하늘을 함께 하면 효자가 아니다”<sup>37)</sup>라고 하여, 복수의 정당성을 효도에서 찾고 있다. 유가학파의 복수관은 효도를 뼈대로 한 親親[친한 이를 친하게 여기는 것]의 관념에 근거하고 있다. 그렇기 때문에 자기 자신에게 피해를 입힌 자에 대하여 용서해줄 수 있지만, 자신의 부모나 형제에게 피해를 입힌 자에게는 용서할 수 없다. 부모나 형제의 원수에게 복수하는 것은 의무였다. 이 경문에는 친우의 원수에게까지 복수하는 방법이 제시되어 있으나, 역사적 사실을 살펴보면 “중국과 한국에서의 복수는 父·兄弟·夫와 같은 아주 가까운 친족을 위한 제한된 복수였다”고 한다.<sup>38)</sup> 이 또한 親 관념의 결과라고 할 수 있다.

정약용은 이 경문에 대하여 특별한 주석을 하지 않고 있다. 다만 “不共戴天”에 대하여 보다 폭넓게 해석하고 있다. 그는 “원수를 죽일 수 있으면 죽이는 것이 하늘을 함께 하지 않는 것이요, 원수를 죽일 수 없으면 四海 밖으로 피하는 것도 또한 하늘을 함께 하지 않은 것이다”<sup>39)</sup>고 한다. 이는 정현이 趙商의 물음에 답한 “원수가 만약 九夷의 동쪽이나 八蠻의 남쪽이나 六戎의 서쪽이나 五狄의 북쪽에 있다면 비록 지극한 孝心이 있어도 가서 토벌할 수 있겠느냐?”<sup>40)</sup>고 한 말을 참고한 것으로 보인다. 그런데 피하는 주체를 정현은 가해자가 피하는 것으로, 정약용은 피해자가 피하는 것으로 본다. 정현은 화해를 시켜 가해자로 하여금 고향을 떠나게 하는 이향제에 근거하여 해석한 것이다. 반면 정약용은 앞의 「조사」조에서 보았듯이 유죄무죄를 막론하고 사면하

36) 『禮記』「曲禮下」：父之讐不與共戴天，兄弟之讐不反兵，交遊之讐不同國。

37) 「仇讎擅殺之義」：殺己之天，與共戴天，非孝子也。

38) 심희기, 앞의 논문, 285~286면 참조.

39) 「仇讎擅殺之義」：讐可殺，則殺之，不共戴天也。讐不可殺，則避諸四海之外，亦不共戴天也。

40) 「仇讎擅殺之義」：鄭答趙商云，“讐若在九夷之東·八蠻之南·六戎之西·五狄之北，雖有至孝之心，能往討之乎?”

는 것을 잘못된 것이라고 보고, 또 이항제를 정현과 다르게 해석하기 때문이다. 또한 그는 가해자의 권세에 눌러 복수를 할 수 없는 상황을 상정하고 있는 듯하다. 이것은 자신이 살던 시대에 권력을 가진 지배층에 대해 일반 백성이 행할 수 있는 방법이었던 것이다.

한편 송대의 학자들의 논의는 「곡례」의 이 경문을 중심으로 활발하게 복수의리를 토론하고 있다. 토론의 논점은 王法과 私情의 충돌에 모아지고 있다.<sup>41)</sup> 그런데 다산은 상대적으로 이 경문에 대해서 토론이 많지 않다. 그 까닭은 경문 자체의 해석에 대해 선유들의 견해를 수용하고, 또 유학자로서 親親을 인정할 수밖에 없기 때문인 것으로 생각된다. 그는 「곡례」보다 좀더 자세한 내용이 실려 있는 「단궁」의 복수 조항에 대해서도 별다른 토론을 하지 않는다. 「단궁」에는 다음과 같은 내용이 실려 있다.

子夏가 공자에게 “부모의 원수가 살아 있으면 어떻게 해야 합니까?”라고 물었다. 공자는 “짚자리에서 창을 베고 자며 出仕하지 않아 천하를 같이 하지 않는다. 시장이나 조정에서 만나면 兵器를 가지러 집에 가지 않고 싸운다”라고 대답하였다. 자하가 “昆弟의 원수가 살아 있으면 어떻게 해야 합니까?”라고 물었다. 공자는 “벼슬을 하되 같은 조정에 서지 않는다. 임금의 명령으로 使臣을 갈 경우 비록 마추치더라도 싸우지 않는다”라고 대답하였다. 자하가 “從父昆弟의 원수가 살아 있으면 어떻게 해야 합니까?”라고 물었다. 공자는 “魁首가 되지는 않는다. 主人이 할 수 있으면, 兵器를 들고 그의 뒤에서 호위한다”라고 대답하였다.<sup>42)</sup>

사실 「곡례」와 「단궁」의 복수 조항은 복수의 구체적 방법을 제시하고 있는 부분이다. 이처럼 구체적 방법을 제시하고 있다는 것은 이미 복수가 정당하다는 것이 전제되어 있다.<sup>43)</sup> 따라서 이 두 편의 복수의리 규정이야말로 유가학파의 私의 복수 의리의 천명이고 또 우리는 거기서 복수의리를 정당화한 유가학파의 이념을 읽어낼 수 있다. 그것은 곧 孝와 親親이라고 할 수 있다. 여기에는 다시 두 측면이 있다. 親親과 親親之殺[친친이 점차 없어지는 것]가 그것이다.<sup>44)</sup> 「곡례」의 부모·형제·친우의 순서와 「단궁」의 부모·형제·종형제의 순서는 親이 점차 줄어가는 것을 여실히 보여주고 있다. 정약용 역시 유

41) 『禮記集說』(『四庫全書』 제117책, 宋 衛湜 撰) 「曲禮下」 復讐章 주석 참조.

42) 『禮記』 「檀弓上」: 子夏問於孔子曰, “居父母之仇如之何?” 夫子曰, “寢苫枕干不仕, 弗與共天下也. 遇諸市朝, 不反兵而鬪.” 曰, “請問居昆弟之仇如之何?” 曰, “仕弗與共國, 衛君命而使, 雖遇之不鬪.” 曰, “請問居從父昆弟之仇如之何?” 曰, “不爲魁. 主人能, 則執兵而陪其後.”

43) 심희기, 앞의 논문, 285면.

44) 親親에 관해서는 이봉규, “규범의 근거로서 혈연적 연대와 신분의 구분에 대한 古代儒家의 인식”, 『태동고전연구』 제10집, 한림대 태동고전연구소, 1993 참조.

학자로서 親親을 인정하지 않을 수 없었던 것이다.

『맹자』에도 복수와 관련된 이야기가 있다.

나는 오늘 이후에야 남의 아버지가 죽음이 중대함을 알겠다. 남의 아버지를 죽이면 남도 자신의 아버지를 죽이고, 남의 형을 죽이면 남도 자신의 형을 죽일 것이다. 그렇다면 스스로 죽이지 아니한 것과 한 칸 차이이다.<sup>45)</sup>

이에 대해 趙岐는 「단궁」을 인용하고, 孫奭은 『주례』를 인용하면서 『맹자』의 이 조항을 복수에 초점을 두고 주석하였다. 그러나 정약용은 이 조항을 “복수에 대한 설이 아니다”고 하면서 조기와 손석의 주석이 틀렸다고 비판한다. 맹자가 이 장에서 말하고자 한 것은 복수에 중점이 있는 것이 아니라 ‘남의 부모를 사랑하고 존경하면 남도 나의 부모를 사랑하고 존경한다’는 것에 중점이 있다는 것이다. 유가학파의 복수는 “甲이 庚을 죽이면 庚의 아들이 甲을 죽이는 것”인데, 만약 甲의 아버지를 죽인다면 “이는 甲에게 널 화를 乙에게 옮기는 것”이라는 것이다. 따라서 이 장의 내용을 가지고 복수 사건을 처리하면 안 된다고 한다.<sup>46)</sup>

#### IV. 親에 대한 관념

##### 1. 『春秋』에서 親의 단절

정약용은 弑逆 사건에서 親을 어떻게 처리할 것인가에 관해서 「弑逆絶親之義」 항목에서 논하고 있다. 정약용은 일반적인 지역 사건의 경우 『예기』 「단궁」을 근거로, “지역 사건은 반드시 극형에 처하고 정황은 묻지 아니하였다”<sup>47)</sup>고 한다. 그렇지만 사건이 특수한 경우에는 판단하기 어려운 것도 있다. 정약용은 노나라 桓公의 부인 文姜의 경우를 예로 들고 있다.

문강은 제나라 襄公의 이복동생으로 혼전에 이미 양공과 관계를 맺고 있었는데 노나라 환공에게 시집을 간 뒤에도 여전히 양공과 관계를 하였다. 『公羊

45) 『孟子』 「盡心下」: 孟子曰, “吾今而後知殺人親之重也, 殺人之父, 人亦殺其父, 殺人之兄, 人亦殺其兄. 然則非自殺之也, 一間耳.”

46) 「仇讎擅殺之義」: 凡復讐之法, 甲殺庚, 則庚之子殺甲而已. 若殺甲之父, 則是怒甲移乙, 非復讐也. 王法所不許也. 天下之事變無窮, 若甲殺庚, 庚之子殺甲之父, 則法當奈何? 宜成獄償命. 不當引『孟子』此文, 以復讐之獄處之也.

47) 「弑逆絶親之義」: 弑逆之獄, 隨用極刑, 不問情理.

傳』의 기사에 따르면, 문강은 환공이 ‘同(노나라 장공)은 내 자식이 아니고 齊侯의 자식이다’고 말했다면서 환공을 양공에게 참소한 것이다. 그러자 양공은 환공을 불러 같이 술을 마시고, 환공이 돌아갈 때 공자 彭生을 시켜 죽였다. 48) 따라서 환공의 아들 莊公은 자신의 어머니 문강이 환공을 시해하는 데 참여했기 때문에 국법에 따라 大逆으로 처단하든지 복수하든지 하여야 하는 상황에 처한 것이다. 그런데 문강이 제나라로 달아나게 되고, 장공은 “단절하여 어버이로 삼지 아니”하였는데 『左氏傳』은 그것을 禮라고 기록하였다. 49) 장공은 大逆으로 처단하지도 않고, 제나라로 쫓아가 복수하지도 않은 것이다. 이것을 하휴는 “장공이 문강에게 복수하지 못함은 어미는 낳아준 사람이라 비록 아버지보다 가볍기는 하나 임금보다 중하기 때문”이라고 하면서, “단절할 수는 있으나 죽일 수 없는 것”이라고 설명한다. 50) 하휴의 설명에서 ‘어미가 임금보다 중하다’는 발언은 親과 讐이 긴장할 때 親을 중시하는 견해라고 할 수 있다.

한편 胡安國은 이 문제에 대하여 다음과 같이 주석하였다.

부인은 文姜이다. 환공의 시해에 강씨가 참여했었다. 노나라의 신하가 된 자로서는 의리에 하늘을 같이하여 살 수 없다. 嗣君은 부인이 낳은 사람이며, 恩에 대하여는 어찌할 건가? 私情을 따르면 천하의 大義를 해하게 되고, 王法을 집행하면 母子의 恩이 손상되니 이는 국론으로 단정하기 어려운 것이다. 『춘추』의 經文에 ‘부인이 제나라로 달아났다’라고 썼으니, 恩과 義의 경중을 살필 수 있다.

양나라 사람으로 계모가 그 아버지를 죽이므로 아들이 어미를 죽인 자가 있었다. 有司가 大逆으로 처단하려 하였다. 孔季彥이 말하기를 “문강이 노환공을 시해하는데 참여하였으므로 『춘추』에는 강씨를 빼버렸고, 『좌씨전』에는 ‘단절하여 어버이로 하지 아니하였으니 예이다’라고 하니, 단절하여 어버이로 하지 아니하였다면 곧 凡人인 것이다. 古義에 따르면 司寇가 아니더라도 擅殺할 수 있는 것에 해당하니, 大逆으로 처벌할 수는 없다” 하니 사람들이 타당하다 하였다. 그러므로 『춘추』를 통달한 뒤에 천하의 일을 처리할 수 있다 하겠다. 51)

48) 「弑逆絶親之義」：夫人譖公于齊侯，公曰，「同非吾子，齊侯之子也。」齊侯怒，與之飲酒，於其出焉，使公子彭生送之，於其乘焉，擗幹而殺之。

49) 「弑逆絶親之義」：『春秋左氏傳』曰，“三月，夫人孫于齊。不稱姜氏，絶不爲親，禮也。”

50) 「受誅不復之義」：莊公不得報讐文姜者，母所生，雖輕於父，重於君也。『易』曰，‘天地之大德曰生。’故得絶，不得殺。

51) 「弑逆絶親之義」：夫人，文姜也。桓公之弑，姜氏與焉。爲魯臣子者，義不共戴天矣。嗣君，夫人所出也。恩如之何？循私情，則害天下之大義，舉王法，則傷母子之至恩，此國論之難斷者也。經書‘夫人孫于齊。’而恩義之輕重審矣。梁人有繼母殺其父者，而其子殺之，有司欲當以大逆。孔季彥曰，“文姜與弑魯桓，『春秋』去其姜氏，『傳』謂‘絶不爲親，禮也。’夫絶不爲親，卽凡人耳。方諸古義，宜以非司寇而擅殺當之，不得以逆論也。”人以爲允，故通於『春秋』然後，能權於天下之事矣。

호안국의 설명은 불명확한 점이 있다. 앞 단락에서는 私情과 大義, 王法과 母子의 恩을 대비시키면서 恩이 義보다 중하다는 논지를 제시하였다. 그런데 다음 단락의 孔季彦의 발언은 아들이 어머니에게 복수할 수 있다는 뜻으로 읽혀진다. 아마도 호안국의 인용이 적절하지 않은 듯 하다. 정약용은 『공양전』과 『胡氏傳』을 인용하기만 하였지 이에 대해 별도로 논평하지 않고 있다.

이 사건은 두 가지로 읽혀질 수 있다. 첫째는 복수의 관점에서 어머니에게 아들이 복수할 수 있는가의 문제로 파악할 수 있고, 둘째는 어머니에게 아들이 형벌을 가할 수 있는가의 문제로 파악할 수 있다. 『공양전』과 『호씨전』은 첫째의 관점에 입각한 것으로 보이고, 정약용의 경우는 명확하지 않다. 어느 방식으로 읽혀지든지 親을 중시하는 유가학파의 관점이 개재되어 있다고 할 수 있다. 이와 같은 유가학파의 親의 중시는 형벌 집행의 齊一性을 저해하는 요소가 된다. 이 점이 법가학파의 법 집행에 있어서 一公無私와 구분되는 지점이다.

## 2. 『周禮』의 議親

『주례』의 議親은 복수 문제와 직접적인 연관은 없지만 유가학파의 親에 대한 관념을 여실히 보여준다. 정약용은 『주례』의 八議 중에 議親과 議貴를 검토한다. 특히 議親과 관련하여 『맹자』의 ‘瞽瞍가 살인했을 때 臯陶가 체포한다’는 장에 대하여 길게 논변하였다.

八議는 형벌을 감해주는 여덟 가지 경우로서 군주와 친숙 관계에 있는 자들에 대한 議親, 군주의 옛 친구에 대한 議故, 현명한 자에 대한 議賢, 능력 있는 자에 대한 議能, 공을 세운 자에 대한 議功, 벼슬이 높은 자에 대한 議貴, 근면한 자에 대한 議勤, 전 왕조의 후손과 같이 손님으로 대우해야 할 자에 대한 議賓을 말한다.<sup>52)</sup>

이 八議는 唐律과 明律에도 반영되었다. 그런데 議親과 議貴를 제외한 나머지는 사실상 명목에 불과한 것으로 보인다.<sup>53)</sup> 『唐律疏議』에 따르면 의친은 “안으로는 九族을 화목하게 하고 밖으로는 만방을 화합하게 하며, 雨露와 같은 은혜를 펴고 친한 이를 친히 하는 이치[親親]를 돈독히 한다는 뜻을 취한

52) 『周禮』 「秋官·小司寇」: 小司寇以八辟麗邦法, 附刑罰, 一曰議親之辟, 二曰議故之辟, 三曰議賢之辟, 四曰議能之辟, 五曰議功之辟, 六曰議貴之辟, 七曰議勤之辟, 八曰議賓之辟.

53) 김택민·임대희 주편, 『譯註 唐律疏議』-名禮編-, 한국법제연구원, 1994, 132면 참조.



것”으로 설명한다.<sup>54)</sup> 그리고 의귀는 『예기』 「곡례」의 “刑不上大夫”와 관계 있는 것으로 보인다. 당의 가공언의 疏에 따르면 “親은 五屬 범위 이내 및 外親으로서 服이 있는 자를 말하며, 漢法에 墨綬를 貴라 하였으나 周나라의 禮에 의거하면 大夫 이상을 모두 貴라고 한다”<sup>55)</sup>고 풀이하였다. 明律에는 의친에 대해 “皇家의 袒免 이상 친족 및 태황태후·황태후의 總麻 이상 친족, 황후의 小功 이상 친족, 황태자비의 大功 이상 친족을 일컫는다”고 규정하고, 의귀를 “작위가 1품이거나 문·무 職事官 3품 이상, 散官 2품 이상인 자를 일컫는다”<sup>56)</sup>고 규정하였다.

정약용 또한 議親과 議貴는 刑律만으로 다스려서는 안 된다고 하였다.

생각건대 國史에 使臣이 살인을 하면 모두 목숨으로 보상하도록 청하였다. 그러나 議親·議貴는 周나라의 經法으로서 한결같이 律로만 다룰 수는 없다.<sup>57)</sup>

정약용의 議親에 대한 견해는 다음의 “臯陶執瞽瞍辨”에 극명하게 나타난다. 맹자의 제자 도응이 공과 私가 대립할 경우 어떻게 대처할 것인가를 가지고 맹자에게 질문하였다.

도응이 “순이 천자가 되고, 고요가 士가 되었는데, 고수가 사람을 죽였다면 어떻게 되겠습니까?”라고 물었다. 맹자가 “고요는 고수를 구속할 뿐이다”라고 대답하였다. “그렇다면 순임금은 그것을 막지 않겠습니까?” 맹자가 “순임금이 어떻게 막을 수 있겠습니까? 고요도 전수 받은 바가 있는 것이다”라고 대답하였다. “그러면 순임금은 어떻게 하시겠습니까?” 맹자가 대답하기를 “순임금은 천하를 버리는 것을 여기기를 헌신짝 버리듯이 하여, 몰래 고수를 업고 도망하여 바닷가를 따라 거처하면서 종신토록 혼쾌히 즐거워하면서 천하를 잊으셨을 것이다”라고 하였다.<sup>58)</sup>

이에 대하여 조기는 공적인 법 집행에 중점을 두고, “왕법은 굽힐 수 없다”고 주석하고 있다.<sup>59)</sup> 주자는 마음가짐을 중심으로 고요의 법 집행에 대한 의지와 순임금의 효심을 둘 다 긍정하면서 절충하려는 태도를 보이고 있다.<sup>60)</sup>

54) 김택민·임대희 주편, 위의 책, 132~133면.

55) 「議親議貴之義」: 親謂五屬之內及外親有服者. 漢法, 墨綬爲貴, 若據周禮, 大夫以上, 皆貴也.

56) 『大明律講解』 卷一 「八議」 참조.

57) 「議親議貴之義」: 國史, 使臣殺人, 皆請償命, 然議親·議貴, 周之經法, 不可一以律從事也.

58) 『孟子』 「盡心上」: 桃應問曰, “舜爲天子, 臯陶爲士, 瞽瞍殺人則如之何?” 孟子曰, “執之而已矣.” “然則舜不禁與?” 曰, “夫舜惡得而禁之? 夫有所受之也.” “然則舜如之何?” 曰, “舜視棄天下, 猶棄敝屣也. 竊負而逃, 遵海濱而處, 終身訢然, 樂而忘天下.”

59) 「議親議貴之義」: 趙岐曰, “夫天下乃受之於堯, 當爲天理民, 王法不曲, 豈得禁之也?”

60) 『孟子集註』 「盡心上」: 此章言爲士者, 但知有法, 而不知天子父之爲尊, 爲子者, 但知有父, 而不知天下之爲大. 蓋其所以爲心者, 莫非天理之極·人倫之至. 學者察此而有得焉, 則

정약용은 이 문제에 대하여 「議親議貴之義」 항목에서 길게 논변하였다. 이 논변은 크게 두 부분으로 나눌 수 있다. 첫째, 정약용은 이 경문 자체를 의심하였다. 먼저 고요의 입장에서 법을 굽히지 않고 고수를 구속하여 순임금으로 하여금 떠나게 하는 것은 의리에 맞지 않는다고 한다. 신하가 되어서 임금의 아버지를 감옥에 가두어 재판하는 법은 천하에 없다는 것이다. 뿐만 아니라 일찍이 舜의 동생 象이 순을 죽이려 했을 때 고요는 상을 구속하지 않았을 뿐더러 오히려 상이 뒤에 유비 땅에 봉해졌을 때도 간쟁하지 않고 편안히 여겼으면서, 평민 한 명을 죽인 고수를 구속하여 순임금으로 하여금 왕위를 버리게 한다는 것은 있을 수 없는 일이라는 것이다. 다음으로 순임금의 입장에서 천자인 자신의 아버지를 신하가 구속하였다고 해서 몰래 아버지를 빼내온다는 것은 있을 수 없다는 것이다. 그는 “아마도 고요는 고수를 구속하지 못할 것이고, 이미 구속하였다면 순임금이 몰래 업고 달아날 수 없을 것이다”<sup>61)</sup>라고 한다.

둘째, 주자의 입장에 대한 비판이다. 정약용은 張栻의 말을 인용하고 그것을 비판하는 방법을 취한다. 장식은 이 문제에 대하여 “앞에서는 법을 집행하고 뒤에서는 몰래 업고 도망치게 하는 의리를 펴게 해 준 것이니, 이것이 곧 天理며 時中의 뜻이다”<sup>62)</sup>라고 하였다. 이에 대하여 정약용은 장식의 말대로라면 “고요는 애초부터 법을 철저히 집행해 나갈 의사가 없었고, 오직 순임금이 왕위를 버리고 떠나는 것만을 좋아하는 결과가 된다”고 하면서, “고수는 사람을 죽였는데도 죽지 않고, 순임금은 왕위를 버리고 떠나버리면, 법은 실행되지 않고 임금만이 왕위를 버린 것”이 된다고 비판한다.<sup>63)</sup> 나아가 순임금이 왕위를 떠났으면 필부에 지나지 않는데, “필부로서 옥에 갇힌 죄수를 빼돌리는 것은 법을 범한 것”이 된다는 것이다. 따라서 “천자로서는 아래로 떨어져 그 지위가 바뀌었고, 필부로서는 법을 범하였고, 법관으로서는 속이고 원칙대로 하지 않는다” 등 한 번에 세 가지 잘못이 저질러졌으니, 이런 일은 있을 수 없다는 것이다.<sup>64)</sup>

不待較計論量，而天下無難處之事矣。

61) 「議親議貴之義」：恐臯陶不得執，既執，舜不得竊負而逃。

62) 「議親議貴之義」：張南軒曰，“既執於前而使伸其竊負之義於後，是乃天理時中之義。”

63) 「議親議貴之義」：審如是也，臯陶未始有執法必伸之意，而惟舜去之爲悅也。瞽瞍則殺人而不死矣。舜則去矣。法不能行，而惟君之去位，彼此俱無當矣。

64) 「議親議貴之義」：天子則下替矣。匹夫則犯法矣。士師則詐不以實，一舉而三失畢具，天下無此事也。

결론적으로 정약용은 고요는 “감히 고수를 구속하지 못한다”〔不敢執〕는 것이다. 그러나 정약용은 『맹자』의 이 글에서 살인에 관한 법이 엄하였음을 강조하고, 자신이 살던 당대의 “貴族들이 살인을 하고도 권세에 의하여 죽음을 면할 수 있음은 天理가 아니”라고 비판하였다.<sup>65)</sup>

## V. 맺음말

지금까지의 논의를 통해서 우리는 다음 몇 가지를 확인할 수 있다. 먼저 복수에 대한 인식에서 정약용은 사적인 복수를 억제하고 공적인 법 집행으로 그것을 흡수하려는 지향을 보여준다. 이는 『주례』와 『공양전』의 복수 금지 규정을 강조하는 데서 알 수 있다. 그는 사적인 복수가 널리 행해지면 국가의 법질서가 문란해지고 그 결과 많은 폐단이 생기게 된다고 여겼다. 그는 공적인 법 집행의 우선성을 주장하고 그것을 통하여 국가권력을 강화하려고 한 것이다.

정약용은 특히 소위 정통성리학자들이 복수의 원인에 대한 고려 없이 복수를 “節烈”로 미화하는 것에 강한 거부감을 표현하였다. 정통성리학자들 역시 公法과 私情의 충돌에 대하여 고심하였다. 그러나 그들은 公法 집행의 현실적 필요성과 私情을 이루게 하려는 당위성 모두를 인정하여 결국은 둘을 절충하는 데 그치고 만다. 그 결과 모든 도덕적 주장이 그렇듯 현실성은 뒤로 숨고 당위성만이 전면에 부각하게 된다. 이 과정을 통해 복수는 효도와 節烈로 미화되는 것이다. 이에 대해 정약용은 公法과 私情의 한계를 명확하게 정하려고 노력한다. 그의 복수에 관한 경전 주석의 작업은 바로 이러한 목적에서 수행된 것이다. 사적인 복수가 미화되어 성행하게 되면 국가의 공권력은 그만큼 약화되고, 이러한 상황을 틈타 힘있는 귀척대신들이 마음대로 불법을 자행하고 힘없는 백성들만이 그 고통을 고스란히 감당해야 하기 때문이다.

그렇지만 정약용 역시 유가학파의 울타리까지 넘어설 수는 없었다. 그가 비록 여러 부분에서 이른바 정통성리학자들과는 다른 인식을 보이고 있음에도 불구하고, 복수에 대해서는 유가학파의 인식에서 벗어난 것은 아니다. 근본적인 문제에서는 유가학파의 기본적 인식을 견지하고 있었다는 의미이다. 바로 親에 대한 관념이 그것이다. 유가학파에서 복수가 정당성을 갖는 이유는 그것

65) 「議親議貴之義」: 孟子之時, 殺人之法之嚴, 於此可見. 今世貴族殺人, 輒得以勢而免死, 非天理也.

이孝와 親에 의거하고 있기 때문이다. 적어도 그의 복수에 대한 인식만으로 '禮治에서 法治로의 전환'이라는 근대의 지표를 말하기는 어렵다.

앞 절에서 살펴보았듯이 정약용의 親의 관념 역시 두 가지 층차를 가지고 있다. 하나는 尊에 대하여 親을 중시하는 것이며, 다른 하나는 親이 尊을 더 강화시키는 것이다. 전자는 『춘추』에서의 친의 단절' 항목에서 볼 수 있는 것으로 군신관계에 대해 부자관계를 근본적이라고 파악하는 측면이다. 단순화시켜 말하면, 이 측면은 '가족주의'로 나타나며 정치적으로는 국가 권력에 저항하는 성격을 띤다. 후자는 『주례』의 議親' 항목에서 볼 수 있는 것으로 親이 오히려 군주의 尊을 강화시켜 주는 기능을 한다. 전통시대에 군주권의 강화는 곧 국가권력의 확대라는 '국가주의'로 나타난다. 이처럼 정약용의 親 관념은 이중성을 가지고 있으며, 그의 복수론 역시 복수를 허용하려는 '가족주의'와 복수를 금지하려는 '국가주의'가 혼재하는 모습을 보여주고 있다.

한편 이와 같은 친 관념의 특성 때문에 전통시대의公私 관념을 파악하기가 쉽지 않다. 물론 전통시대의 공사 관념 자체가 영역적 의미와 윤리적 의미의 이중성을 가지고 있지만,<sup>66)</sup> 그것이 이중성을 띠게 만드는 하나의 고리가 친의 관념이다. 친을 공사 관념과 관련시켜 보면, 영역적으로는 私에 속한다고 할 수 있다. 그러나 윤리적 또는 이념적 측면에서는 公에 속한다고 할 수 있다. 그뿐만이 아니라 친의 중요한 측면의 하나인 親親之殺는 公의 성격을 더욱 복잡하게 만든다. 유가학파의 親親之殺는 묵가학파의 兼愛에 대립되는 개념으로 天理의 公으로 간주된다. 따라서 그것은 법가학파의 법 집행의 齊一性을 의미하는 一公無私<sup>67)</sup>에서의 公 개념과도 다른 차등적인 것이다.<sup>68)</sup>

66) 溝口雄三, "中國의 公과 日本의 公", 『大東文化研究』 제28집, 成大 大東文化研究院, 1993, 220~221면 참조.

67) 법가학파는 법의 집행에서 누구도 예외를 인정하지 않는 一公無私를 주장하였다. 『管子』 「法法」: "不爲君欲變其命, 令尊於君." 이와 같은 태도는 親親의 부정으로 이어진다.

68) 『清儒學案』, 「讓堂學案·述公」: "愛之必不能無差等, 而仁之必不能一視也, 此之謂公也, 非一公無私之謂也." 친과 공사 관념에 관한 보다 심도 있는 논의는 별도의 논문에서 다룰 것을 기약한다.