

〈서 평〉

Traditional Korean Legal Attitudes

by Bong Duck Chun

William Shaw

Dai-Kwon Choi

Institute of East Asian Studies, Berkeley, 1980, pp. 101

崔 鍾 庫*

본서는 1979년 3월에 4일간 미국의 캘리포니아대학(버클리) 東아시아研究所에서 주최한 한국법 학술회의에서 발표된 세 논문을 묶어서 同연구소에서 「한국연구총서」(Korea Research Monograph) 제 2 권으로 출판한 책이다. 101페이지에 달하는 아담한 본서는 그 출판의 의의가 사뭇 크다고 아니할 수 없다. 지금까지 외국에서도 한국에 대하여 관심이 고조되어 상당한 연구업적들이 나왔지만 한국법에 관하여는 이렇다할 관심이 기울어진 바 없었으며, 더구나 한국의 傳統法에 관하여는 국내외를 막론하고 공통적인 低調의 상태에 있었다. 한국전통에 관하여는 십수년을 넘도록 威秉春박사의 *The Korean Political Tradition and Law* (Hollym/Seoul, 1967) 외에 서양어로 쓰여진 것이 없어 不毛의 부끄러움을 면치 못하고 있었는데, 이번에 본서의 출판으로 서양학계에 전통한국법의 면모를 본격적으로 소개해 줄 수 있게 되어 다행스럽고 기쁜 일이 아닐 수 없다. 이처럼 좋은 기획을 한 同연구소 所長 스칼라피노(Robert A. Scalapino) 교수는 본서의 序文에서 다음과 같이 적절히 이러한 상황을 지적하고 있다. “본서의 계획은 몇가지 점에서 선구적 모험이었다. 한국과 미국은 수십년 동안 정치적, 경제적으로 밀접한 관계를 맺어왔으면서도 학자들간의 知的인 공동작업은 부족한 상태였다. 놀랄만큼 많은 한국지식인들이 미국에서 공부하였고, 점점 더 많은 미국학자들이 한국을 방문한 것이 사실인데, 이 방면에 전공한 미국인 전문가는 거의 없다”(p. vii). 본서의 출판이 스칼라피노所長의 염원과 같이 “앞으로의 미국학자와 한국학자의 협력적 연구와 상호관심의 많은 문제들을 불러일으키는 출발점”이 될 수 있기를 筆者도 바라면서, 본서의 대체적인 소개와 내용에 대한 간단한 코멘트를 적어볼까 한다.

I.

본서는 「전통적 한국의 법에 대한 태도」(*Traditional Korean Legal Attitudes*)라는 제목 아래 세 논문을 포함하고 있다. 즉, 한국의 원로 법제사가이요 현재 한국법학원장이신 田鳳德박사의 「이조시대의 法的 原理와 價値」(*Legal Principles and Values of the Late Yi Dynasty*)라는 논문(pp. 1-14)과 하아바드대학의 동아시아법연구소(East Asian Legal Studies)

* 法博, 서울大學校 法科大學 專任講師

연구원 윌리엄 쇼오(William Shaw) 박사의 「전통적 한국법의 사회적, 지적 측면」(Social and Intellectual Aspects of Traditional Korean Law, 1392~1910)이라는 논문(pp. 15-53)과 서울대 法大 교수 崔大權박사의 「한국에 있어서 법과 법제도의 발달」(The Development of Law and Legal Institutions in Korea)라는 논문(pp. 54-101)이 순서대로 수록되어 있다.

우선 맨먼저 田鳳德박사의 논문은 비교적 짤막한 글이지만 그 내용에 있어 매우 함축적이고 시사하는 바가 큰 논문이다. 田박사의 한국법제사에 대한 기본적인 견해가 압축적으로 표현되어 있다고 해도 과언이 아닐 듯 싶다. 田박사는 이 논문을 크게 두 파트로 나누어, 한국의 전통사회에 있어서 법의 역할을 논의하기 이전에 먼저 한국의 전통적 가치구조들을 사회적, 정치적 맥락 속에서 설명하는 데에서 출발하고 있다.

한국의 전통 사회——田박사는 여기에서 李朝社會에 국한하고 있지만——는 이 논문에서 다음과 같은 몇가지 구조와 특징을 갖는 것으로 제시되고 있다. 즉 王中心의 중앙집권적, 권위주의적 정치체제의 사회요, 가족중심주의의 사회요, 그것을 뒷받침해주는 이데올로기로서 儒敎가 항상 忠과 孝를 제공해주는 사회이다. 그리고 여기에서 절저한 階級思想이 制度化되고 不平等이 자연스럽게 인정되고, 결국 전사회구조가 兩班階級을 위한 사회라는 것이다(pp. 1-6). 田박사는 자신이 사용하는 中央集權主義(centralism)나 權威主義(authoritarianism)나 家族主義(family prototype)이니 하는 용어들에 대한 설명을 붙이고 있지는 않지만, 상당히 전통법에 대하여 비판적인 안목을 보여주고 있다. 그러나 田박사는 李朝의 이러한 “중앙집권적 권위체제”(centralized authoritarian system)가 서양의 絶對主義(absolutism)와 결코 동일시될 수는 없다고 분명히 밝히고 있다. 왜냐하면 서양의 절대주의는 중세의 封建制度가 무너지고 國民統合(national integration)이 이루어진 이후에 이루어진 것인데 반해 李朝에는 한번도 정치적 의미의 國民統合이란 것이 없었기 때문이다(p. 3).

이러한 사회, 정치적 컨텍스트 속에서 한국의 “법”은 어떤 기능을 하였는가? 田박사는 법의 존재양태를 맨먼저 國王의 명령을 모은 「敎」(受敎 혹은 下敎)로 설명하고 있다. 이 「敎」가 祖宗成憲 혹은 古法美意(gutes altes Recht)로서 「經濟六典」, 「經國大典」등 여러 法典에 集積되게 된 것이라고 보고 있다. 한편 法은 어디까지나 兩班과 官廳에게 下達되어 常民을 다스리는 지배도구였고, 이런 면에서 계급사회의 유지수단으로 역할을 하였던 것이다. 法보다는 德과 禮가 원초적인 사회규범이며 法은 제 2차적 규범이었고, 다시 말하면 도덕은 목적규범(Zwecknorm)이고 법은 수단규범(Mittelnorm)이었다(p. 11). 로마法에서는 개인의 이익에 대한 공정한 분배(voluntas ius suum cuique)가 正義의 이념이고 그것을 실현하려는 것이 西洋法의 전통인 데 반해 한국법에는 일반적인 규범인 禮를 위반한 자들에 대한 처벌이 正義요 法이라고 생각했다(p. 13). 그래서 법의 목적은 法에 의하여 지배되는 사회(法治社會)에 있는 것이 아니라 유교적 도덕이 지배하는 사회(德治社會)에 있는 것이다. 유교적 理想사회는 사회규범과 자연의 法이 조화되는 사회상태이며, “大平和의 사회”(太平天國: Society of

great peace)이다. 그래서 이조시대에는 法은 禮의 규범을 실현하고 범죄를 예방하기 위한 수단으로 의식되었고, “獄이 비었다”, “치벌할 罪人이 없다”고 하는 것이 자랑스럽게 實錄에도 기록되었다(p. 14).

이처럼 韓國法制史家 田鳳德박사의 눈에 비친 전통한국의 법은 그 의미와 가치가 道德과 禮에는 미치지 못하는 副次的 規範으로서밖에 인정되지 아니하는 것이다. 어쨌든 이 논문은 유교윤리사회에 있어서 범규범의 위치와 기능을 전체적인 안목으로 일목요연하게 설명해 주었다고 하겠다. 다만 筆者로서 다소 아쉽게 생각하는 것은 法의 존재양태를 國家法 내지 王法의 下敎라는 측면만이 아니라 常民, 庶人들의 法意識 내지 法觀念은 어떠하였으며 그것이 王權의 法, 兩班의 法文化和 어떤 관계를 유지하였는가 하는 보다 다이나믹한 측면이 좀더 첨가되었으면 하는 느낌이다.

II.

두번째 쇼오박사의 논문 「한국전통법의 사회적, 지성적 측면」은 실로 韓國法史에 관한 실증적인 분석과 역사학적 해석을 겸한 一大業績이라고 아니할 수 없다. 쇼오박사 역시 이 논문을 크게 두 파트로 나누어 첫째 파트는 한국의 전통적 정치이론, 司法的 審理, 法과 立法의 일반적 성격에 나타나는 한국법사상의 정신적 기초를 검토하고 있고, 둘째 파트에서는 이조시대의 법과 사회의 관련 속에서 나타나는 특징들을 검토하고 있다. 좀더 그 내용을 자세히 보면, 제 1 장의 “전통한국에서의 법가치와 법사상”에서는 한국정치이론에 나타난 법과 한국법사상의 實體를 다루고 있고, 제 2 장 “李朝에서의 法源과 立法過程”에서는 중국법의 역할, 한국의 立法, 法과 主權, 立法過程, 立法에서의 合理性의 문제들을 다루고 있고, 제 3 장 “전통한국에서의 법과 社會의 상호작용”에서는 不平等의 문제를 다루고 있고, 제 4 장 “18세기 한국에서의 地方社會와 政府”에서는 폭력, 법의 介入에 대한 태도, 地方政府의 資格, 腐敗, 地方單位에서의 法的 能力, 法的 介入등을 다루고 있고, 마지막 附錄格으로 조제항(이가원)의 사건을 번역하여 수록하고 있다.

먼저 한국의 정치이론에 나타난 법관념에 관하여 쇼오박사는 중국에서와 마찬가지로 한국에서도 법의 적용에 있어 “法”만을 생각하는 것이 아니라 “情”을 동시에 생각하는 二元性を 보여주고 있음을 지적하고 있다(p.18). 이것은 한국적인 법과 도덕과의 二元的 관계라고 할 수 있을 것이다. 그런데 쇼오박사는 한 걸음 더 나아가서 이조의 사상가들이 법을 국가의 정당한 一部로 생각했는가? 그들은 法의 역할은 무엇이어야 한다고 생각했는가? 訴訟事件들을 분석해 볼 때 어떠한 한국적 法價値가 도출될 수 있을가를 철저히 파고들고 있다. 우선 法과 儒敎의 관련성에 관하여 언급하기를, 한국에 영향을 준 유교는 朱熹(1130~1200)의 性理學으로 그것은 도덕을 위하여 刑法을 거부하는 것이 아니라 양쪽을 다 必要한 것으로 인정하는 이론이라고 지적한다. 그리고 이러한 朱子學이 李朝初期의 鄭道傳의

「朝鮮經國典」(1397)에도 영향을 주어 鄭은 결코 法을 格下시키지 아니하였다고 한다(p. 19). 다시 말하면 法은 李朝初期에도 긍정적으로 평가되고 있었다는 것이다. 이것은 쇼오박사 자신이 수년간에 걸쳐 분석한 「秋官志」와 「審理錄」에서 볼 수 있다고 例證하고 있는데, 몇몇 한국法史에 대한 견해들이 한국에서는 “형벌을 없애기 위하여 형벌이 있는 것”이라고 형벌을 부정적인 것으로 보고 있는데, 秋官志와 審理錄에서는 이러한 표현은 매우 드물고 오히려 “다른 사람들을 살리기 위하여 죽인다”(生徒殺人)는 功利的 思想이 여러 군데 나타나고 있다고 지적한다(p. 22). 殺人者에 대한 死刑은 償命, 즉 생명에 대한 報償(requital for a life)으로 적극적으로 의식되는 것이다. 물론 이 償命의 思想 뒤에는 사회적, 종교적 觀念이 배경하고 있다. 쇼오박사의 분석에 의하면 살인자에 대한 死刑판결은 매우 드물었으며, 18세기의 모든 審理의 2%에 지나지 않는다고 한다(p. 24).

審理에 있어 王은 재판관으로서 法과 情(쇼오박사는 circumstances로 번역)의 兩面을 참작하여 최종판결을 내린다. 그러나 결코 그는 恣意的으로 판단을 내리거나 담당官吏들에게 명령을 내리지 아니하였고, 그는 자신의 입장과 판단을 正當化하려고 여러 근거를 대표하였다. 이것은 조선시대의 國王은 法에 구속되었고 이런 점에서 그는 절대적 君主라기보다도 “諮問하는 王”(king in council)의 지위에 있었던 것으로 보인다고 한다(p. 25). 이렇게 볼 때 쇼오박사의 한국전통법사상에 관한 결론은 지금까지의 대부분의 학자들, 그리고 본서의 田·崔박사의 견해와는 상당히 다른 점을 보이며, 막스 베버가 지적하는 한국법은 실질적 합리성만 추구한 것이 아니라 “형식적 법률의 의미에서 합리적이었다”(p. 24)고 보고 있다. 인격적, 도덕적 견해, 사회신분적 구별, 정책적 고려등이 때때로 판결과정에 개입한 때도 있지만 이것은 예외적이었다고 한다.

이어서 이조사회에서의 法源과 立法과정을 설명하는데, 맨먼저 한국에서의 中國法의 역할에 대하여 언급하고 있다. 한국사회에 大明律이 受容된 것은 관료주의와 李朝初期의 政治家들에게 “合理性”(rationality)으로 의식되었기 때문이라고 한다(p. 26). 그러나 刑法以外에는 한국의 立法에 의하여 明律과 다른 조항도 많았다고 지적한다. 이어서 한국의 전통적 立法過程을 설명하고 있다(p. 28-32).

전통한국에 있어서 법과 사회의 상호작용으로서 한국法典과 法執行에 나타난 不平等의 문제를 合理性和 관련하여 설명하고 있다. 막스 베버의 “실질적 합리성”과 “실질적 비합리성”의 문제와 관련시켜 법집행에서는 나름대로 합리성의 추구가 지속되었음을 설명하고 있다(p. 40).

마지막으로 18세기 한국에서의 地方社會와 中央政府 사이의 관계를 審理錄에 비추진 모습대로 설명하고 있다. 한국의 전통농촌사회는 충분히 自律의이지 못하였고 항상 중앙정부와 法律의 相互作用이 없었으며, 간헐적인 暴力과 지방관리들의 조직적 부패로 영향을 받고 있었다는 점을 구체적으로 자세히 설명하고 있다.

전체적으로, 쇼오박사의 이 논문은 秋官志와 審理錄이라는 실증자료를 근거로 하여 李朝

後期の 법과 禮, 법과 사회, 地方과 中央의 관계성을 照明하려고 한 충실한 연구업적이라고 하겠다. 특히 李朝後期の 法制에 관한 연구가 매우 희소하였는데, 이처럼 방대한 자료를 손수 분석 정리한 업적은 높이 평가되어야 할 것이다. 다만 筆者로서 다소 아쉬움을 느끼는 것은 본 논문제목이 1392~1910년이라하여 李朝全般을 다루고 있음에 비해 내용적으로는 李朝後期和 그 중에서도 秋官志, 審理錄이라는 官撰資料에만 의존하고 있는데, 욕심갈아서는 李朝 5세기 동안의 前後期에 따른 法思想의 변화, 특히 法과 社會變化(law and social change)의 문제가 보다 다이나믹하게 서술되었으면 하는 느낌이다. 그리고 앞의 田박사의 논문평에서도 지적한 것처럼 이런 官撰資料를 통해서나마라도 民衆의 法意識 내지 法觀念을 보다 선명히 부각시켜 주었으면 하는 아쉬움이 없지 않다.

Ⅲ.

최대권박사의 논문 「한국에 있어서 법과 법제도의 발달」은 본서 가운데 가장 많은 분량을 차지하고 있는데(54-101면), 논문제목이 보여주는대로 한국에서의 법과 법제도를 일반적으로 서베이해본 것으로 보여진다. 따라서 전통사회에서의 법과 법제도, 일본통치하에서의 법, 현대한국의 법체제로 3大分하여 상당히 광범하면서도 실증적인 畵를 착실히 달면서 치밀하게 논술하고 있다. 아마도 한국에서의 법의 발전과정을 외국어로 이민국의 분량과 학술적 수준으로 발표한 것이 여태까지 없었던 것으로 생각되어, 본 논문은 한국법의 일반적 오리엔테이션을 위하여도 매우 의미있는 연구성과라고 생각된다.

한국의 전통사회에 있어서의 법과 법제도에 관한 최박사의 설명은 근본적으로는 앞의 田박사의 관찰과 큰 차이를 보이고 있지 않지만, 보다 법규범과 법현실을 연결시켜 중앙집권적 관료정치제도, 유교적 이데올로기, 양반사회적 특성, 농촌사회적 구조등을 조목조목 지적하고 있다. 최교수의 卓見이면서 한국전통법을 바라보는 하나의 안목으로 막스 베버의 임페리움(imperium)의 개념을 적용하고 있는 것은 매우 흥미롭다. 확실히 중앙집권적 관료체제의 사회에서 법은 베버가 지적한대로 “명령할 수 있는 권리”와 “審理할 수 있는 권리”의 임페리움으로 작용했던 것이 사실이며, 이 점에서 앞서 田박사의 견해도 일치하고 있다.

위로부터 임페리움으로서의 법이 강요되었음에도 불구하고 한편으로는 법보다는 德이 지배하는 사회, 마치 중국에서도 “法家가 승리했지만 法은 儒敎化된(Legalist triumph but confucianization of law)(p. 61) 것처럼 한국도 德治主義가 大宗이었고 “德이 끝날 때 비로소 法이 시작하는”(p. 60) 점에서 서양법과 다른 점을 보여주고 있다고 보고 있다. 최박사는 이것을 루스 베네딕트(Ruth Benedict)의 표현을 빌려 羞恥文化(Shame Culture)와 관련이 있다고 재미있는 표현을 하기도 한다(p. 66). 이러한 法治보다도 德治優先主義의 思想은 이 조후기 丁若鏞에게서도 볼 수 있다고 茶山을 자주 인용하고 있는 점도 주목된다.

최박사는 막스 베버의 임페리움 개념만이 아니라 베버가 동양사회를 분석하면서 형식주

의적 법률학이나 법 技術이 발달되지 못하고 實質的 合理性(substantive rationality)만을 추구하였다고 하는 견해를 또한 받아들이고 있는 것 같다(p. 68). 이런 관점에서 보면 한국에는 전통적으로 法典은 있으나 法學은 不在하였다고 할 수 있을 것이다(p. 61). 그리고 베버가 동양에는 자연법이 不在하다고 지적하였듯이, 최박사 또한 한국법이 중국적 理想社會의 古法을 과거지향적으로 “준수”(observe)하려고만 하였지 “실천”(enact)하려고 하지는 않았다고 비판하고 있다(p. 61).

한국법에 있어서 권리의 관념은—서양에서도 그랬듯이—처음에는 법적 권리로서가 아니라 訴를 제기할 수 있는 권리(actio)로서 존재하였다고 지적한다(p. 63). 이러한 긍정적인 요소가 없었던 것은 아니지만, 유교적 휴머니즘, 律學의 技術性(非學問性), 법률가계급의 未生成, 양반계급의 법학과 자율적 법제도의 출현방해 등등(pp. 66-70)의 요인으로 법의 발전이 전통사회에서는 침체되었다고 보고 있다.

日帝下에서의 한국법에 관하여는 사실 지금까지 연구논문이 한두편 손꼽힐 정도에 지나지 않았는데 최교수의 본론문이 이 부분에 비교적 力點을 두고 있는 점은 매우 반가운 일이다. 최교수는 일제가 법을 통하여 어떻게 한국을 침략하여 통치하였는가를 순서적으로 설명한 연후에, 이른바 일본의 한국법근대화의 내막이 무엇을 의미하며 어떠한 특징을 갖는 것인가를 다면적으로 분석하고 있다. 독일법과 법학의 일본式 版(Japanese version of German law)을 가지고 한국법을 근대화한다고 했지만, 실은 한국에는 총독부 아래 헌법도, 권력분립도, (한국인) 법률가(의 신분보장)도 존재하지 않는, 法의 지배가 아니라 行政과 경찰의 지배상태였음을 설득력있게 서술하고 있다. 1910년에서 1918년 사이에 총독부가 행한 토지조사사업에서 로마법적, 대륙법적 所有權관념을 적용시켜 地主와 小作人 사이의 對立化를 초래하는 식민지 경제착취를 수행하였다는 대목의 설명도 흥미롭다(p. 81).

현대한국의 법체계에 관하여는 우선 해방이후 대한민국 헌법의 제정과 빈번한 헌법개정의 역사를 상세히 서술함으로써 한국에서의 ‘법의 지배’의 한계점을 시사하고 있다. 그리고 각 단행법령들의 제정과 폐지가 얼마만큼 현대한국의 정치적, 사회적 변화와 연결되어 있는가를 보여주고, 현대한국의 공업화, 근대화에서 법이 상당히 소극적인 역할을 하였다고 지적하고 있다(p. 100). 한국사회는 법이 아직도 正義의 수단으로서보다도 형법적, 규제적 응변적 역할을 하고 있다는 점이 서양사회와는 차이를 이루고 있다고 본다(p. 100). 아직도 권위주의적 사회구조와 민주주의적 전통의 결여가 있다고 날카롭게 비판하고 있으며, 이것은 서양법학을 ‘複寫’하여 결코 해결할 수 없는 것이라고 한다(p. 100). 한국에서의 법률가는 아직도 ‘허가낸 도둑놈’의 이미지를 벗지 못하고 있으며, 따라서 법률가의 역할이 개발될 여지도 요원히 남아있음을 시사하고 있다. 최박사는 결론적으로 한국사회에서의 법의 역할을 위하여 장래가 무엇을 보장해줄지 확실하지는 못하나 역사적 발전을 주의깊게 읽는 일이 문제해결의 첫걸음(p. 101)이라고 밝히고 있다.