

東아시아 普通法論
— 韓·中·日 法史의 基本課題 —

崔 鍾 庫*

서 론

필자가 동아시아의 법사(法史)와 법사상에 대하여 관심을 갖게 된 것은 매 2년마다 개최되는 세계법철학회의(IVR)에서 동아시아를 대변하는 주제들을 줄곧 발표하게 된 데에서 비롯되었다.¹⁾ 1987년 고베대회 이후 1996년 동아시아 법철학대회를 도쿄(東京)와 교토(京都)에서 가졌고, 제2차 대회를 서울의 연세대에서 가졌다. 여기에서 필자는 「동아시아 법문화와 법철학의 과제」라는 발표를 하였다.²⁾ 1992년부터 공동연구를 계속해온 한일비교법문화연구회(韓日比較法文化研究會)를 통하여 많은 시사(示唆)를 받기도 하였다.³⁾ 이런 가운데서 한·중·일의 법사와 법사상의 기저에 흐르는 보통법(ius commune, Gemeines Recht, Common Law)이라는 개념에 착안하게 되었다. 지난 6월 16-19일에 폴란드의 루블린(Lublin)대학에서 열린 세계법제사 심포지움에서 「19세기 말까지의 동아시아 법의 발전」(The Development of East Asian Law until the End of 18th Century: In Search of

* 서울대학교 法科大學 教授

1) Chongko Choi, The Asian Concept of Right and Duty, IVR-Congress in Edinburgh (July 22, 1989); Law and Practical Reason from the Asian Viewpoint, IVR-Congress in Göttingen (Oct. 18-22, 1991); Ancient and New Sources of Law: an East Asian Perspective, IVR-Congress in Bologna (June 16-20, 1995); Human Rights and Human Responsibilities: An East Asian Perspective, IVR-Congress in New York (June 24-30, 1999).

2) 崔鍾庫, 東아시아 法文化和 法哲學의 課題, 東아시아의 多元社會에서의 法の 役割, 東아시아 法哲學심포지움, 서울 연세대, 1998. 10. pp. 26-30.

3) 이 연구회에서 필자는 3번 발표하였는데, 한국법사상과 법철학의 과제(고려대, 1992, 9, 15, 법철학과 사회철학 3집, 1993, 일본어역은 北大法學論集, 44권, 4호, 1992), 동아시아의 근대화와 서양법의 수용(서울대 호암생활관, 1994, 1. 23), 한국에서의 유교와 법(연세대 알렌관, 1996, 10, 법제연구 12호, 1997, 영어역은 *Asian Jurisprudence in the World*, Seoul, 1997, pp. 99-125, 일본어역은 北大法學論集, 48권, 4호, 1997).

an East Asian Common Law)을 발표하였고,⁴⁾ 이어서 7월 8일에는 하버드 로스쿨(Harvard Law School)에서 「동아시아의 법사에 보통법이 있었는가?」(Was There a Common Law in East Asian Legal History?)라는 발표를 하였다.⁵⁾ 이러한 일련의 발표들을 통하여 필자는 동아시아에도 서양법사에서처럼 ‘보통법’이라는 개념을 상정할 필요가 있음을 제기하고 우선 법철학 내지 법사상사의 관점에서 적극적인 의의를 부여하였다. 그런데 법철학과 법사상은 역사적 사실의 기초 위에 정립되어야 한다는 필자의 평소의 확신에 따라 스스로 동아시아 보통법을 역사적으로 좀더 명확히 규명해야 할 필요가 있다고 느껴왔다.⁶⁾ 본고는 이러한 동아시아 법사에서의 보통법의 실체를 역사적 사실대로 밝히는 데에 주안점을 두려한다. 물론 동아시아 보통법의 존부(存否)를 판가름하기 위하여는 다각적인 각론적 연구가 종합되어야만 가능하다. 본고는 이러한 문제의식에서 총론적으로 조망해보려는 시론(試論)이다.

I. 보통법의 개념

우선 동아시아 보통법(East Asian Common Law)이라 할 때 두 가지 서론적 전제가 제기된다. 하나는 ‘동아시아’란 개념이고, 하나는 ‘보통법’의 개념이다.

동아시아는 물론 중국, 한국, 일본 세 나라를 일단 염두에 둔 개념이다.⁷⁾ 그러나 법제사 내지 법사상의 관점에서 보면 베트남도 들어갈 수 있고, 중국 법사와의 관련성 속에서 어느 정도 몽골도 관련된다. 이렇게 동아시아를 개념적으로 명확히 규정하기가 쉽지 않다고 할 수 있지만,⁸⁾ 매사가 그렇듯이 개념규정에만 집착하고 그것이 어렵기 때문에 더 이상 내용으로 파고들지 못한다면 불행이요 손실이라 할 것이다. 동아시아의 법률가와 학자들이 자신의 전통법에 별로 관심이 없었기 때문에 서양의 비교법 학자들이 동아시아법이란 범주에 할애하는 관심만큼도 이르지 못

4) Chongko Choi, *The Development of East Asian Law until the End of 18th Century: In Search of an East Asian Common Law*, Lublin Conference of Legal Historians, June 16-19, 1999.

5) Chongko Choi, *Was There a Common Law in East Asian Legal History?*, Center for East Asian Legal Studies, Harvard Law School, July 8, 1999.

6) 필자의 *法史學 方法論*에 관하여는 拙著, *法史와 法思想*, 博英社, 1981; *法思想史*, 博英社, 1986(초판), 1999(중보신판); *韓國法思想史*, 서울大出版部, 1989 및 拙文, *法史學의 方法論*, 서울大 法學, 28권, 1호, 1987, 33-45면.

7) 東北아시아(North-East Asia)란 개념이 더 정확할지 모르나 그것은 東南아시아(South-East Asia)와의 대립개념으로 너무 협소한 감이 있다. 極東(Far East Asia)이란 개념은 서구중심적 표현이므로 삼가는 것이 좋을 것이다. 그 동안의 연구서로는 楊鴻烈, *中國法律在東亞諸國之影響*, 上海, 1937; 島田正郎, *東洋法史*, 東京, 1978.

8) 근년에 흥미있는 논의를 불러 일으키고 있는 Samuel Huntington, *The Clash of the Civilizations and the Remaking of World Order*, N. Y., 1996.

했던 것이 사실이다.⁹⁾ 그러나 요즘은 각 분야에서 그렇듯이 비교법학을 포함한 세계법학계에서 동아시아법계(法系)에 대한 관심은 매우 고조되어 있다. 그들의 관심에 설득력있는 설명을 줄 수 있는 것이 동아시아 학자들의 과제라 생각한다.¹⁰⁾

둘째는 보통법의 개념이다. 물론 보통법이란 용어는 동양법사의 전통에는 없었고 Common Law란 서양어를 번역하여 쓰는 말이다. 엄밀히 보면 서양법사에서도 이 말은 매우 복잡하고 애매한 개념이다.¹¹⁾ 영미법에서 쓰는 Common Law란 용어 외에 먼저 Ius Commune, Gemeines Recht라는 개념이 있었다.¹²⁾ 흔히들 Commom Law는 영국의 옛 관습법에서부터 비롯된다고 설명하지만, 엄격히 보면 그것은 기원후 1066년 즉 노르만인이 잉글랜드를 정복하고 원주민을 격파한 때에서부터 비롯된 것이다. 그렇다고 본다면 Common Law의 전통은 겨우 900년을 조금 능가할 뿐이다.¹³⁾ 그 이전에 기원후 533년에 콘스탄티노플에서 유스티니아누스황제의 「시민법대전」(*Corpus Juris Civilis*)이 발간되었으니 영국의 보통법보다 근 5세기를 앞선 것이다. 이러한 보통법의 개념이 서양법사에 기초를 이루고 있는 것은 널리 알려진 일이다. 특히 독일의 막스 플랑크 유럽법사연구소(Max Planck-Institut für Euorpäische Rechtsgeschichte)에서 오늘날도 이러한 관점에서 광범한 연구를 전개하고 그 결과를 *Ius Commune*라는 저널에 발표하고 있다.

본 논문에서 사용하는 보통법이란 용어는 그러므로 영미법에서 사용하는 Common Law보다는 유럽대륙법에서 사용하는 ius commune의 개념에 가깝다고 하겠다. 왜냐하면 Common Law라는 개념이 1. 대륙법(Civil Law)에 대립되는 영미법, 2. 제정법(statutory law)에 대립되는 판례법 즉 판사가 창조하는 법(Judge-made law)이라는 의미가 강하기 때문이다. 오늘날에는 이러한 개념보다도 미국에서는 Common Law는 Law for Common People이라고 생각하는 학생들이 많이 있다고 미국교수들은 농담 삼아 얘기하기도 한다. 미국인들은 American Common Law를 생각하면서 점점 영국에서 수용한 기원을 잊어 버리고 있으며, 그러면서도

9) 東아시아法系에 대해 적극적 평가를 주는 법학자로 예컨대 K. Zweigert, R. David, Arthur Kaufmann, W. Fikentscher 등을 들 수 있겠다. 그리고 철학이나 사상의 분야에서 De Bary, Tu Weiming, R. Ames 등 儒學을 중심한 東아시아 文明에 대한 적극적 애호론자들을 볼 수 있다. 한 표현으로 De Bary/Tu Weiming, *Confucianism and Human Rights*, Columbia Univ. Press 1997. 그리고 Chongko Choi, Bookreview, *Philosophy East and West*, vol. 49, No. 3, 1999.

10) 이런 의미에서 東아시아法哲學會의 역할이 중요하고, 1999년 IVR New York 대회에서도 그 점이 논의되었다.

11) Oliver Holmes, *The Common Law*, 1881, Dover Edition 1991; Melvin Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, Harvard Univ. Press, 1988.

12) Helmut Coing, *Der europäischen Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet, Ius Commune*, Bd. 1, 1967, SS. 1-23.

13) John H. Merryman, *The Civil Law Tradition*, 2nd ed, 1985, Stanford Univ. Press, p. 4.

American National Common Law를 얘기하기엔 주(州)마다 각각 다른 상태에 있다. 어쨌거나 필자가 본 논문에서 말하는 보통법은 영미법상의 Common Law와는 다소 거리가 있고, 예링(R. Jhering)이 로마는 힘, 교회, 법으로 유럽을 3번 지배했다고 표현했듯이, 동아시아 보통법은 고대 중국법을 바탕으로 중·한·일의 독특한 교섭사를 배경으로 형성된 개념이다.

II. 동아시아 보통법론

동아시아 보통법을 구성하는 요소가 무엇인가는 앞으로의 광범한 연구과제이지만, 필자는 크게 1. 법전화, 2. 유교 법문화, 3. 향약과 촌락법, 4. 법학의 4가지라고 생각한다.

1. 법전화(Codification)

동양에서도 서양처럼 법전화(法典化)가 광범하게 이루어졌다. 권력자들은 정권(왕조)을 세운 다음에는 반드시 법전을 편찬하였다. 법전편찬은 권력의 정당화요, ‘조종성헌’(祖宗成憲) 즉 조상의 업적에 대한 찬양이었다.¹⁴⁾ 비록 자주 고전문헌에 의존하고 선왕(先王)의 사례를 인용하였지만 근본적으로 법전은 해석의 근거 즉 법원(法源, Source of Law)으로 인식되었다. 동아시아인의 사고방식이 근본적으로 귀납적(歸納的)이나 연역적(演繹的)이나는 한마디로 단정하기는 어렵다. 법전에서부터 연역적으로 해석하기도 하고, 사례들에서 귀납적으로 수렴하기도 하였다. 물론 서양에서도 그랬지만 법적 개념이 일반화, 추상화되기 전에는 구체적 사건에 구체적 해결책을 제시하는 결의론적(決疑論的, Casuistic) 방법이 많이 사용되었다. 서양에서처럼 판결문에 충분한 논리적 근거를 제시한 판지(判旨)가 부족했던 것은 사실이다. 물론 그것은 동양인의 사고가 서양과 다른 점도 있고 권력과 사법(司法)의 구조가 달라 ‘법률가계층’(Juristenstand)이 발달하지 못하여 정치에 대항하는 법논리의 자율성이 확보되지 못한 데에도 원인이 있었다.¹⁵⁾

법전화에서 보통법적 특징을 이루는 요소는 무엇보다 법전화의 연속성이다. 법제사가들은 중국의 당률(唐律)에서 송률(宋律), 명률(明律), 청률(淸律)에 이르는 법전화의 과정에 내용적으로 분명한 연속성이 있다는 데에 대체로 의견을 같이 하고 있다. 뿐만 아니라 「당률소의」(唐律疏議) 같은 고전적 주석서가 발간되어 인근국가인 조선, 월남, 일본에까지 영향을 미쳤던 것이다.¹⁶⁾ 조선왕조의 「경국대전」(經國大

14) 田鳳德, 朝鮮法の 構造와 性格, 韓國法制史研究, 서울大出版部, 1968, 191-116면.

15) Max Weber, *Wirtschaftsgeschichte*, 1958, S. 354.

16) 唐律疏議는 Wallace Johnson, *The Tang Code*, vol. I, 1979, vol. II, 1995, Princeton

典) 형전(刑典)의 용율조(用律條)에는 “대명률을 의용한다(用大明律)”고 규정하여 그야말로 ‘판덱텐의 현대적 적용’(usus modernus pandectarum)을 연상시키는 ‘대명률의 현대적 적용’이 이루어졌다.¹⁷⁾

베트남의 「여조형률」(黎朝刑律)도 그 내용을 분석해보면 당률에서부터 내려오는 261조의 조항과 명률에서부터 53개 조항이 포함되어, 몇 개의 조항을 빼고는 모두 중국법의 법조문과 같았다.¹⁸⁾

일반적으로 중국법은 율령격식(律令格式)으로 구성되었다고 해서 율령체제(律令體制)라고 하고 이러한 체제를 가진 국가를 율령국가(律令國家)라 불렀다. 조선반도에는 小獸林王 3년(93년) 고구려가 율령을 채택하였고, 신라도 法興王 7년(520년)에 율령을 반포하였다.¹⁹⁾ 고구려는 중국의 쑤나라의 泰始律令을 본받은 것으로 본다.²⁰⁾ 신라는 唐과 고구려律을 본받았는데, 1953년에 일본 正倉院에서 발견된 「新羅民政文書」를 분석하여 본 결과 신라에 律令이 형식적으로나 일종의 기록으로만 존재한 것이 아니고, 살아있는 법(lebendes Recht)으로서 실제 서민생활을 규율하는 실정법으로서 기능하였던 것을 확인할 수 있다.²¹⁾

일본에는 7세기 내지 8세기에 율령이 채택되었다. 물론 중국율령을 그대로 옮겨 놓은 것은 아니고 일본율령의 성격이 강했다는 주장도 있지만, 한편 고대에 중국, 조선, 일본의 광범한 접촉도 있었다는 학문연구도 많이 나오고 있다.²²⁾ 일본의 법

Univ. Press. 한국어 번역은 金錫敏·任大熙 註釋, 譯註唐律疏議, 韓國法制研究院, 1994-95.

17) 用大明律을 “依用한다”고 번역한 것은 經國大典, 韓國法制研究院, 1993, 456면.

18) 黎朝刑律에 관하여는 Ta Van Tai(trans. and ed.), *The Le Code*, 3 vols, 1994; Insun Yu, *Law and Society in Seventeenth and Eighteenth Century Vietnam*, Korea Univ. Press, 1990.

19) 田鳳德, 新羅의 律令攷, 韓國法制史研究, 서울大出版部, 1968, 257-316면.

20) 田鳳德, 위 논문, 위의 책, 261면; 晉의 泰始律令은 漢·魏의 律을 본받아 集大成한 것으로 泰始律이 20篇 620條, 泰始令이 40篇 2300餘條에 이르는 획기적인 것이다. 晉武帝의 泰始3年(267年)이니 고구려 律令의 반포보다 100년이상 앞선 것이다. 楊鴻烈, 中國法律發達史, 1939, 217면이하; 魯鎮坤, 高句麗律에 관한 研究, 法史學研究 12, 1991, 11-32면.

21) 田鳳德, 위 논문 271면; 新羅民政文書에 대한 최초의 연구발표는 東京大 野村忠夫 교수에 의해 日本史學雜誌 62권 4호, 1953년 4월호에서 이루어졌다. 1933년 10월에 正倉院 소장품을 열어보니 6張으로 되어 중간에 약간 行과 字의 빠진 부분이 있으나 유려한 楷書의 達筆로 기재된 全62行의 문서를 발견하였다. 아마 신라시대 지방에서 중앙정부에 보고된 公文書類가 휴지화하여 經帙製本에 사용된 것이며, 그 經帙이 신라왕실로부터 일본정부에 기증되었고, 일본왕실에서 奈良의 東大寺 正倉院에 다시 기증하여 보물로 소장되어 온 것으로 추측된다. 1000년을 넘은 이 기구한 운명의 문서가 신라의 율령체제를 입증하는 귀중한 史料의 의의를 갖는 것은 역사의 아이러니이다.

22) 中田薰, 唐令と日本令との比較研究, 1904, 法制史論集 I, 1926所收; 瀧川政太郎, 律令の研究, 1931; Inoue Mitsusada, The Ritsuryo System in Japan, *Acta Asiatica*, No. 31, 1977; Kozo Yamamura, The Decline of the Ritsuryo System, *Journal of Japanese Studies*, vol. 1, No. 1, 1974; 林紀昭, 日本에서의 律令研究와 나의 問題關心, 法史學研

제사가 나까다 가오루(中田薰)는 “율령법계(律令法系)야 말로 연수(年數)를 말하자면 한(漢)에서부터 청(淸)까지의 약 2천년까지 존속하였고, 지역을 말하자면 넓은 동아의 남북에까지 파급된 동양의 일대체계이며, 비교법에서 여러 가지 관점에서 연구해야 할 가치 있는 것이다”²³⁾고 하였다.

금과옥조(金科玉條)란 말이 있듯이 동양에서도 법을 제정하고 그것을 존중하는 법적 안정성(Rechtssicherheit)의 이념이 추구되었다. 서양의 판덱텐체제(Pandekten-system, 五編體制)나 인스티튜치온체제(Institutionensystem, 三編體制)와는 다른 동양식 행정제도에 입각한 육분체제(六分體制), 즉 이진(史典), 호진(戶典), 예전(禮典), 병전(兵典), 형전(刑典), 공전(工典)으로 구성되어 있던 것도 동양 공통적이었다. 조종성헌주의(祖宗成憲主義), 구법우선주의(舊法優先主義)가 동양의 법진화를 보수적으로 경색시킨 경향이 없지 않지만 이러한 평가를 넘어서 동아시아법의 보통법적 성격을 기초 놓는 원리로 작용했던 것은 사실이다.²⁴⁾

2. 유교법문화

동아시아법을 이념적, 내용적으로 보통법으로 작용하게 한 것은 유교 내지 신유교(Neo-Confucianism)이다. 물론 불교, 신도(神道), 샤머니즘 같은 종교적 영향이 국가와 시대에 따라 차이가 났지만, 공적(公的)으로 법과 정치에 관련이 깊은 것은 역시 유교였다. 유교의 종교성 여부(與否)는 문제가 되지 않는다. 중요한 것은 유교적 세계관, 가치관, 인생관이 동아시아에서 공통적 호흡기(呼吸器)를 이루어 그것으로 숨쉬며 살 수 있었고, 그것이 법으로 강제되었다는 사실이다.²⁵⁾ 법철학적 표현을 빌리면, ‘유교적 지배도덕의 법적 강제’(legal enforcement of Confucian dominant morals)가 실천되었다 할 것이다.²⁶⁾ 여기에서 서양과는 다른 법과 도덕의 독특한 동양적 함수관계 내지 패러다임이 형성되었다.²⁷⁾ 특히 예(禮)의 광범한 역할을 볼 수 있고, 유교적 법문화 내지 법사상이 마치 “중세에는 교회법이 하늘을 덮고 있었다”는 서양법사가들의 표현을 연상시킨다. 법전 속에 유교적 이념으로 기

究 11, 1990, 175-186면.

23) 中田薰, 支那における律令法系の發達について, 法制史論集 4, 岩波書店 1964, 69면.

24) 高承濟, 李朝律令體制的 形成과 良賤制度的 特殊性, 大韓民國 學術院論文集, 20輯, 1981, 277-304면; Tung-Tsu Chiu, *Law and Society in Traditional China*, Paris, 1960; Oskar Weggel, *Chinesische Rechtsgeschichte*, Leiden, 1980.

25) Martina Deuchler, *The Confucian Transformation of Korea*, Harvard Univ. Press, 1995; James Palais, *Confucian Statecraft and Korean Institutions*, Seattle, 1996.

26) Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*, Oxford Univ. Press, 1965.

27) 崔大權, 韓中日의 社會規範과 그 變化, 韓國의 規範文化, 韓國精神文化研究院, 1983, 89-137 면; 崔鍾庫, 韓國傳統社會에서의 法·道德·禮, 같은 책, 143-192면; 拙著, 韓國法思想史, 서울大出版部, 1989.

초된 십악(十惡), 팔의(八議) 등의 법원칙이 있었다.²⁸⁾ 효(孝)가 단순히 윤리 도덕만이 아니라 법적으로 강제되는 의무가치였다. 이미 일본의 다이호율(大寶律, 702)에 효를 행하는 사람들에게 부역과 조세의 의무를 면제해주는 규정이 보인다. 조선에서는 「주자가례」(朱子家禮)가 관혼상제(冠婚喪祭)를 규율하여 동방예의지국(東方禮儀之國)이라 불리었다.²⁹⁾

법전의 해석과 법의 운영에서도 유교의 영향이 컸다. 특히 정(情). 리(理). 법(法)에 의한 3박자식 법적 추론(Legal reasoning)이 지배적이었다.³⁰⁾ 기회 있을 때마다 사면(赦免)을 통하여 훈형(恤刑)이 이루어졌다. 중국법사가 맥나이트(Brian McKnight)교수는 이것을 ‘자비의 자질’(Quality of Mercy)라는 유교적 표현으로 설명하였다.³¹⁾ 일본의 「유취국사」(類聚國史)는 708년에서 886년 사이에 일본에서 123종류의 일반사면(一般赦免)이 이루어졌음을 적고 있다.³²⁾ 조선에서도 사형(死刑)에 해당하는 중죄(重罪)도 국왕이 직접 심문하는 재판에서 중국의 성인(聖人)의 고사(故事)를 자주 인용하면서 광범한 사면이 이루어졌던 것을 볼 수 있다.³³⁾

한마디로 동아시아에서 유교는 국경을 초월하여 보통법으로 적용될 수 있는 정신적, 가치적 기초를 이루었다고 하겠다.³⁴⁾ 이러한 기초가 동아시아법의 실효성(實效性)의 근거가 되었음은 말할 필요가 없다.

28) 十惡은 원래 중국의 漢代에서 시작하였고, 법조문의 형식을 갖춘 것은 北齊律에서였다. 北齊律은 隋開皇律을 거쳐 그후의 宋刑統, 大明律에서 답습되었다. 그 내용은 ①反逆 ②大逆 ③叛④降 ⑤惡逆 ⑥不道 ⑦不敬 ⑧不孝 ⑨不義 ⑩內亂인데 隋律 이후에는 降 대신에 不睦이 들어갔다. 조서에서도 不睦이 들어갔고, 일본에서는 內亂과 不睦이 빠졌다. 八議는 議親, 議故, 議賢, 議能, 議功, 議貴, 議勤, 議賓의 여덟가지 경우에는 처벌을 再考하는 원리로 조선에서는 이미 高麗律에서부터 알려져 있었다. 唐의 永徽律을 계수한 일본의 大寶律과 養老律에서는 不睦과 內亂을 빼고 이것을 八虐이라 불렀다. 尹載秀, 十惡論, 法史學研究, 6집, 1981.

29) 鄭肯植, 朝鮮初期 朱子家禮 規範의 受容, 서울대 석사논문, 1988; 高英津, 15, 16世紀 朱子家禮의 施行과 그 意義, 韓國史論 21, 1989.

30) William Shaw, Social and Intellectual Aspect of Traditional Korean Law 1392-1910, Bongduck Chun(ed.), *Traditional Korean Legal Attitudes*, Berkeley 1980.

31) Brian McKnight, *The Quality of Mercy, Amnesties and Traditional Chinese Justice*, Univ. of Hawaii, 1981.

32) 「類聚國史」, 1986, 501-510면.

33) 沈義基, 李朝後期の 刑事判例研究, 法史學研究 7, 1983; 李鍾吉, 朝鮮初 赦免制度에 관한 一考察, 法史學研究 9, 1988.

34) 동아시아문화는 유교에 관한 최근의 연구는 Tu Weiming, Family, Nation and the World: The Global Ethic as a Modern Confucian Quest, 「Challenges of the 12th Century, The Response of Eastern Ethics」, 아산재단창립20주년국제학술대회; 黒住眞, 日本の思想宗教と儒教の働き, 「日本の 宗教文化와 社會體制」, 서울大學校 國際地域院 主催 국제학술회의(1999, 7. 23-24) 발표논문.

3. 향약과 촌락법

보통법의 정체(正體)는 중앙적 법진화와 유교이념으로만 설명되어 질 수 없다. 오히려 진정한 실체는 민중의 풀뿌리(grass root) 속에서 그것이 어떻게 ‘살아있는 법’(Lebendes Recht)으로 역할을 했느냐를 보아야 할 것이다. 여기에 중요하게 등장하는 개념이 향약(鄉約, Community Compact)과 촌락법(村落法, Village Law, Dorfrecht)이다. 향약은 중국의 송대(宋代, 916-1234)에 여씨형제(呂氏兄弟)에 의하여 1077년에 창안되어 그후 주희(朱熹)에 의하여 가감되어 「증손여씨향약」(增損呂氏鄉約)으로 보충 완성되었다. 그것은 덕업상권(德業相勸), 과실상규(過失相規), 예속상교(禮俗相交), 환난상휼(患難相恤)의 원리에 입각하여 자치적으로 주민을 규율해 나가는 일종의 자치법이었다. 다행히 유학자들이 향촌질서를 선도하기 위하여 이에 적극 참여하였고, 왕양명(王陽明) 같은 심학자(心學者)도 1518년에 향약을 제정하기도 하였다.³⁵⁾ 조선에서도 김세렴(金世濂), 김안국(金安國)이 주장하여 경상도 지방에서부터 실시하였고, 이퇴계(李退溪), 이율곡(李栗谷) 등 유학자들이 예안향약(禮安鄉約), 청주향약(淸州鄉約)등을 제정하였다.³⁶⁾ 필자의 고향인 경상도 상주(尙州)에 내려오는 남촌향약(南村鄉約)은 이전(李典), 이준(李峻) 형제에 의하여 제정된 것인데, 퇴계가 만든 예안향약을 다시 상주지방에 맞도록 변형시킨 자치법규로서의 면모가 잘 나타난다.³⁷⁾

일본에서는 향약이란 형태로 실시되지는 아니하였지만 사창(社倉)제도가 도입되었다. 야마자키 안사이(山崎闇齋, 1618-82)가 17세기말에 「주자사창법」(朱子社倉法)을 만들어 아이찌, 오까야마, 히로시마 등지에서 실시하였다.³⁸⁾

물론 이러한 자치법은 그 이념적 공통성보다도 당해 지역에서의 특수한 사정이 반영된다. 중국에서는 일종의 경찰조직 같은 파우차오(保甲)제도가 중요한 역할을 했지만, 조선, 일본에서는 채택되지 않았다. 그럼에도 불구하고 사회안전을 위하여 조선에서는 오가작통법(五家作統法)이 제정되어 역할을 하였고, 일본에서는 고닌구미(五人組)제도가 실시되었다. 특히 지방사회를 실제로 규율하는 촌락법은 더욱 특수성이 강하게 나타났다. 일본에서는 이것을 무라오끼테(村掟, Village rules)라고

35) Kandice Hauf, *The Community Covenant in 16th Century Jian Prefecture, Jiangxi, Late Imperial China*, vol. 17, No. 2, 1996, pp. 11-50.

36) 金裕赫, 鄉約의 類型的 考察, 法史學研究 3, 1976; 李泰鎮, 士林派의 鄉約普及運動, 韓國文化 4, 1983; Sakai Tadao, Yi Yulgok and the Community Compact, W. De Bary/Jahyun Kim- Haboush(ed.), *The Rise of Neo-Confucianism in Korea*, 1985.

37) 崔鍾庫, 尙州鄉約의 法思想, 韓國法思想史, 서울大出版部, 1989.

38) Miyamoto Youen, *The Acceptance of Chinese Neo-Confucianism in Japan in the Early Tokugawa Period*, Irene Bloom/J. Fogel(ed.), *Meeting of Minds: Intellectual and Religious Interaction in East Asian Tradition of Thought*, N. Y., 1997, pp. 238-277.

하였다. 일본법 연구가 위그모어(John Wigmore)교수와 덴 헨더슨(Dan Henderson) 교수에 의해 도쿠가와시대의 촌락법에 관련된 문서들을 정리 번역하여 본 결과 서양사회와는 달리 동양식 화해(Reconciliation)와 조정(Mediation)등의 독특한 분쟁 해결방식이 두드러지게 나타남이 입증되었다.³⁹⁾ 오늘날 법사학계에서 과거의 형법사 위주의 연구에서 탈피하여 이러한 사법적(私法的) 법사연구에 박차를 가하여 새로운 연구결과들이 나오고 있다.⁴⁰⁾ 사법(私法)의 관점에서는 피할 수 없이 동아시아 3국에서도 각국의 사정이 달랐지만 근본적으로는 농경사회와 어촌사회를 배경으로 한 사법질서의 보통법적 성격을 대전제로 하고 있다는 면을 무시할 수 없을 것이다. 이에 대한 법사학적 검증은 현재 진행되고 있는 앞으로의 과제이다.

4. 법학

중국과 조선에서는 전통적으로 율학(律學)이 있어 유교경전을 배우는 경학(經學)에 비하여 열등한 지위의 기술학(技術學) 내지 잡학(雜學)으로 유지되어 왔다. 일본에서는 묘보도(明法道)가 일종의 가학(家學)과 같이 특정한 가문(家門)에 의하여 세습되어 왔다.⁴¹⁾ 서양에서 로마법학이 원래는 신관(神官, Pontifices)에 의한 비밀기술의 누구나 알 수 있도록 폭로하여 개방적 학문으로 만든 데에서 출발하였다면, 동아시아에서의 학문으로서의 법학은 아직도 그 본질적 개방성이 완전히 발전된 것이라고 보기는 어려울 것이다. 그렇지만 나름대로 성문화된 법전을 해석하는 기술적 논리성은 어느정도 발전하였다. ‘권리’나 ‘소유권’ 이니 ‘시효’(時效)니 하는 등의 추상적 법개념이 형성되지 못하여 규범학으로서의 법학은 크게 발전되지 못한 것이 사실이다. 대체로 서양에서도 로마법학이 법전의 주석에서부터 출발하였듯이 동아시아에서도 법전의 주석서가 중요한 역할을 하였다. 「당률소의」(唐律疏議), 「율해변의」(律學辯疑), 「율학해이」(律學解頤) 등 주석서가 중국에서만 아니라 조선과 일본에도 전래·출간되었다. 조선에서는 이러한 법률주석서를 과거(科擧)의 율과시험(律科試驗)에 교과서로 채택하였다가 내용이 어렵다고 점차 면제해주는 방향으로 나아갔다. 일본에서도 중국으로부터 대대적인 서적수입을 통하여 이러한 법학서들을 접할 수 있었다.⁴²⁾

일본은 8세기부터 중국율령을 받아들였으나 중세와 초기근세에 독특한 사무라이

39) John Henry Wigmore, *Law and Justice in Tokugawa Japan*, Tokyo, 1975; Dan Henderson, *Conciliation and Japanese Law: Tokugawa and Modern*, Univ. of Tokyo Press, 1965.

40) 朴秉濠, 韓國法制史攷, 法文社, 1974; Kathryn Bernhardt(ed.), *Civil Law in Qing and Republican China*, Stanford Univ. Press, 1994.

41) 布施彌平治, 明法道の研究, 東京, 1966.

42) 奥野彦六, 徳川幕府と中國法, 創文社, 1979.

(武士)제도와 봉건제도를 이루어 법의 존재형태도 매우 복잡하게 전개되었다. 지방마다 유력한 쇼군(將軍)과 다이묘(大名)들의 할거로 중앙집권적 율령체제로서의 통치는 어려워졌다. 그럼에도 불구하고 전체적 테두리로서 율령체제는 사라진 일이 없다고 보는 것이 역사가들의 시각이다.⁴³⁾ 도쿠가와(德川)시대에 이르러 중국의 법과 제도에 대한 관심이 18세기에 더욱 고조되었다. 일본법학자 헨더슨은 도쿠가와 일본이 중국법의 “미니 수용”(a mini-reception)을 이루었다고 표현한다.⁴⁴⁾ 1700년대에 도쿠가와 쇼군이 부딪친 절실한 현실은 새롭게 제기되는 경제와 인구에 대하여 어떠한 원칙으로 해결할 수 있을까 하는 데에 있었다. 제8대 쇼군인 도쿠가와 요시무네(德川吉宗, 1716-45년 통치)는 새로운 입법을 통하여 이러한 문제들에 대처하려고 하였다. 그리하여 그는 대대적으로 중국법에 대한 연구에 박차를 가하였다. 유관(儒官)이라 부르는 유학지식을 갖춘 관리(官吏)들이 문제해결을 위하여 중국법을 연구하였다. 당올에서 내려오는 명률, 그리고 부분적으로 청률도 연구하였다. 여기에는 중국인 학자와 조선인 학자들이 기여하기도 하였다. 중국인 선승(禪僧)이었던 황포충(黃繫宗)은 일본의 유학자 오규 소라이(荻生徂徠)를 가르쳤고, 주순취(朱舜水)는 도쿠가와 미쓰쿠니(德川光國)의 지원을 받았고, 우옌센(吳仁顯)은 나고야지방의 지원을 받았다. 이러한 중국학자들 외에 한국인 학자 이진영(李眞榮)과 그의 아들 이매계(李梅溪)와 이일양(李一陽)은 와까야마(和歌山) 현에서 명을 가르쳤다.⁴⁵⁾ 임진왜란(壬辰倭亂) 때 이진영은 강항(姜沆)과 함께 전쟁포로로 일본으로 체포되어 갔다. 참으로 어려운 가운데에서도 그들의 한문지식과 유학교양을 인정받아 후지와라 세이카(藤原惺窩, 1561-1619)와 하야시 라잔(林羅山, 1583-1659) 등에게 유학을 가르치면서 동시에 명률을 가르쳤다.⁴⁶⁾ 강항은 후지와라의 도움으로 4년만에 조선으로 귀국할 수 있었고, 그가 쓴 「간양록」(看洋錄)은 당시의 한일간의 사정을 잘 기록하여 당대에 일본어로 번역되기까지 하였다. 이진영은 그의 박학다식과 인품이 일본학자들의 존경을 받아 후일 와까야마현의 문화선구자로서 추서를 받기도 하였다. 여기에서 우리는 전통적 동아시아에서 흥미있는 법학교류의 일면을

43) John W. Hall, *Government and Local Power in Japan, 500 to 1700*, Princeton Univ. Press, 1966; Ishii Ryosuke, *A History of Political Institutions in Japan*, Univ. of Tokyo Press, 1980; Carl Steenstrup, *A History of Law in Japan until 1868*, Leiden, 1991.

44) Dan Henderson, Chinese Legal Studies in Early 18th Century Japan, *Journal of Asian Studies*, vol. 30. No.1, 1970, pp. 21-56. 그리고, Chinese Influence on 18th Century Tokugawa Codes, J. Cohen(ed.), *Essays on Chinese Legal Tradition*, 1980, pp. 270-301. 그리고, 비슷한 내용을 다룬 Osamu Oba, *Edo Period Studies on Tang, Ming and Ching*, B. Mcknight(ed.), *Law and State in Traditional East Asia*, Honolulu, 1987, pp. 111-131.

45) 李眞榮父子에 관하여는 李相熙, 波臣의 눈물, 汎友社, 1997.

46) 자세한 것은 阿部吉雄, 日本朱子學と朝鮮, 東京大出版會, 1965.

보게된다. 주로 형법을 중심으로 중국법으로부터 배운 법학지식을 활용하여 각지방마다 법전을 제정하는 움직임으로 나타났다. 사카키바라 고슈(榊原篁洲, 1656-1707), 다카세 기보쿠(高瀬喜朴, 1668-1749), 아라이 하쿠세끼(新井白石, 1657-1725), 마에다 쓰나노리(前田綱紀, 1643-1724) 같은 학자들이 도꾸가와시대에 중국법 연구에 종사한 인물들이다. 사카키바라 고슈는 「大明律例諺解」를 1694년에 저술하였고, 다카세 기보쿠는 「大明律例釋義」를 1720년에 저술하였는데 그것은 중국의 「律例箋釋」에 크게 의존하면서 조선의 「大明律直解」를 참고하였다.⁴⁷⁾ 아라이 하쿠세끼와 마에다 쓰나노리는 중국과 한국으로부터 서적을 입수하는 데에 공헌하였다.⁴⁸⁾ 아라이는 조선통신사의 영접에 지나친 재정이 낭비된다 하여 개혁안을 제시하였는데, 이 안을 준비하기 위하여 조선의 관제(官制)와 법에 대한 연구를 하였다.⁴⁹⁾ 조선의 「경국대전」과 「대명률직해」(大明律直解) 같은 서적들이 이용되었다. 일본 근세유학사에서 古學派의 開祖로 알려진 이토 진사이(伊藤仁齋, 1627-1705)의 장남 이토 도게이(伊藤東涯, 1670-1736)가 「朝鮮官職考」(1711), 「制度通」(1724)이라는 연구서들을 낸 것도 그러한 경향을 말해준다 하겠다. 「경국대전」 이전(吏典)의 일부를 해설한 「조선관직고」의 서문은 다음과 같다.

조선이라는 나라는 본래 예의의 나라로 일컬어진다. 이씨가 나라를 세운 것은 명나라 홍무연간(洪武年間)으로서 그 관제와 예의는 당, 송의 제도를 본따 찬란하여 불만하다. 근래 책 하나를 구하였는데, 도(圖)로 그 나라의 관계(官階), 녹질(祿秩)의 제도를 기록하여 아주 자세하고 분명하다. 이 책은 만력(萬曆) 이전의 제도를 근거하였다. 생각건대 후 연혁(沿革)이 있더라도 대요(大要)는 역시 이 도(圖)에 실린 것에서 벗어나지 않는다. 그래서 판각(版刻)하여 전한다.⁵⁰⁾

여기서 말하는 도(圖)란 「경국대전」에 칸을 지어 각 관직을 그림같이 표시한 것을 가리키는 것이다. 이 서문에서 조선을 예의의 나라라고 친근감을 표시하여 그 관제를 알리고 하는 적극성을 나타내고 있다. 「제도통」의 서문에서도 다음과 같이 중국과 조선의 제도를 적극적으로 배우려는 자세를 나타내고 있다.

儒者は 聖人の 道를 誦法하여 當世를 唱導한다. 世人이 말하기를, 儒者의 道는 上世의 일이며 異方의 習俗으로 우리나라의 今日에는 맞지 않는 것이라고 한다. 그리고 어떤 사람은 또 말하기를, 中夏는 文明의 땅이요 禮樂이 있는 곳이며, 우리나라는 한

47) 小林宏, 高塩博編, 高瀬喜朴著, 大明律例譯義, 創文社, 平成元年, 1-2면.

48) 奥野彦六, 徳川幕府と中國法, 創文社, 1979.

49) 李泰鎭, 經國大典의 徳川幕府 流傳, 三佛金元龍教授停年退任記念論叢, 一志社, 1987.

50) 伊藤東涯, 朝鮮官職考, 1711, 序文.

곳에 치우쳐 이복간루(夷服簡陋)하여 빛나는 것이 없으니 족히 더불어 말할 수 없다고 한다. 이 둘은 모두가 잘못된 것이다. 아주 오랜 옛날로 거슬러 올라가면 아주 소박하여 빛남이 없고, 아주 절박하여 깎은 것이 없어 우리나라나 函夏(海內)가 모두 하나였다. 이것을 떨치고 西土(中國)는 神聖이 잇달아 人文이 날로 밝아져 天地에 이를 세우고 모든 사람들에게 이를 밝혀, 典·謨·訓·誥를 짓고 禮·樂·兵·刑을 배풀었으며, 周나라에 이르러 百王의 大法를 세워 文物이 융성하였다.… 지금의 中夏는 옛 中夏가 아니다. 그런데 지금 閭閻 委巷의 사람들은 비단 中夏의 古今을 분간하지 못할 뿐만 아니라 우리나라의 옛 것을 물어 보아도 茫然自失하여 깨닫지 못하고 前世의 禮俗도 今日과 같다고 한다. 탄식스럽고 거칠다. 우리나라는 治化가 융성하여 많은 功績이 모두 빛나고 百事가 내달아 펼쳐져 있다. 曆象의 法은 尙書에서 본받고… 官省의 諸司의 管掌은 三省의 部寺를 모방하였다. 무릇 禮·樂·兵·刑을 적어 놓은 것을 발굴하고, 度·量·衡의 제도를 규율하는 것이 모두 由來하는 근본이 없는 것이 없다. 무릇 聖人の 大徑·大法이 혹은 이어지고 혹은 고쳐져 우리나라에 전하여 今日에 이르렀으니 어찌 이것을 異方에서나 마땅한 것이며 上世에서 있던 일이라고 하면서 그 由來하는 바를 힘써 강구하지 않아도 되겠는가? 저자는 不敏不揣하고 천박 비루하지만, 三代 이래 宋·明에 이르기까지의 典章文物을 通考하여 이것을 本朝의 제도에 나란히 하여(參), 책을 읽어 옛 것을 攷究하는 자에게 그 由來를 알 수 있게 하여 그 이름을 制度通이라 하고 序를 쓴다.⁵¹⁾

마에다 쓰나노리의 일기는 당시 일본인 학자들이 명률을 연구하다가 어려운 구절이 나오면 한국인 이진영부자에게 문의하여 해결하였던 사실을 흥미있게 기록하고 있다.⁵²⁾ 도꾸가와 요시무네 쇼군 자신이 학자들로부터 법률을 강의 받았는데 거기에 역할을 한 학자들은 무로규소(室鳩巢), 오규 칸(荻生觀), 기노시타 헤이사부로(木下平三郎) 등이었다. 이들 외에도 요시무네는 오규 소라이같은 법률전문가를 초대하여 청강하였다. 오규 소라이와 칸형제는 1723년에 「明律享保刊行」를 발간하였는데 중국법으로부터의 460개의 율(律)과 382개의 령(令)을 해석하여 일반인들도 이해할 수 있게 하였다.⁵³⁾ 소라이는 또한 1725년에 「明律國字解」를 발간하였는데, 이 책은 중국의 명률을 일본인이 누구나 쉽게 이해하도록 하는 결정적 역할을 하였다. 필자는 현재 소라이의 이 주석서와 조선에서 발간된 「대명률직해」의 내용을 비교분석하고 있다. 많은 유사점이 발견된다.

이상에서 보았듯이, 도꾸가와 시대의 새로운 법학은 중국법과 조선법에 대한 학문적 연구에 기초하였고 거기에는 중국인과 한국학자의 직접적 참여가 있었다. 심

51) 伊藤東涯, 制度通, 1724, 自序.

52) 자세히는 Dan Henderson, *ibid.*, p. 33.

53) 오규 소라이의 법사상에 관하여는 Samuel Hideo Yamashita, *Master Sorai's Responsals*, Honolulu 1994; Maruyama Masao, *Studies in the Intellectual History of Tokugawa Japan*, Univ. of Tokyo Press, 1974; 丸山眞男, 日本政治思想史, 東京, 1997.

지어 중국에서 태어나 일본으로 귀화한 후카미 시누에몬 겐자이(深見新吉有隣)와 그의 아들 시누에몬 유린(新吉衛門有隣) 부자가 1723년에 「淸會典」을 일본어로 번역 출간하였다.⁵⁴⁾

또하나 동아시아 3국에서 공통적으로 사용된 법학서를 든다면 중국에서 기원된 「세원록」(洗冤錄)이다.⁵⁵⁾ 이 책은 원래 1247년에 중국의 송대에 송쓰(宋慈, 1181 - 1249)에 의하여 저술되었는데 그후 「무원록」(無冤錄)이란 이름으로 수정 편찬되기도 하였다. 이 책이 조선에서 1393년에 최치운(崔致雲)에 의해 「무원록주」(無冤錄註)으로, 그리고 1796년에 「증수무원록」(增修無冤錄)으로 발간되었다. 1768년에는 일본에서 가와이진배 나오히사(河合甚兵衛尙久)에 의하여 번역 출간되었다.⁵⁶⁾ 이처럼 법집행의 거의 유일한 과학적 지침서라 할 수 있는 동양적 법의학서가 중.한.일 3국에서 공통적으로 사용되었던 것이다. 과학사가 니더햄(Joseph Needham)에 따르면 이 책은 서양의 법의학보다도 더 시기가 빨리 발달된 학술서라고 평가된다.⁵⁷⁾

결론

이상에서 추적한 동아시아 보통법의 모습은 서양의 그것과 비교해보면 형법과 행정법 같은 공법분야에서 두드러지게 나타났지만 민사법의 측면에서도 추출가능한 방향으로 연구되고 있다.⁵⁸⁾ 요즈음은 고고학과 인류학 그리고 텔레비전 등 매스컴의 발달로 과거에는 상상할 수 없었던 스케일로 심도 깊게 각 문명권 사이의 교류와 공통점들이 발견되고 있다. 최근 연구에 따르면 현재 法이란 같은 글자를 쓰면서 중국에서는 fa, 한국에서는 pop, 일본에서는 ho로 발음하고 있는 이 글자도 고대 중국어의 piwap→fwap→fat→fa로 발전되어 왔고, 한국의 pop, 일본의 fa도 고대 중국어에서 온 것이 밝혀지고 있다. 터키와 몽골어에서도 발음이 비슷하다. 고대 일본어 fafari 즉 샤만과 관련하여 法이 주술(呪術)과 관련이 있는지 여부가 언어학자들 사이에서 논의되고 있다.⁵⁹⁾

54) Dan Henderson, *ibid.* p. 41.

55) 이에 관하여는 Sung Tzu, tr. by Brian McKnight, *The Washing Away of Wrongs*, Ann Arbor, 1981.

56) 한국에서 근년에 金光變譯, 犯罪珍書, 현대경찰문고 10, 1982로 번역 출간되었다.

57) Joseph Needham, in: Sung Tzu, *ibid.*, pp. Xi-Xiii.

58) 朴秉濠, 韓國近世의 土地所有權, 韓國法制史攷, 1974; Hugh T. Scogin, *Civil Law in Traditional China*, in: K. Bernhardt/P. Huang(ed.), *Civil Law in Qing and Republican China*, Stanford Univ. Press, 1994.

59) 이에 대하여는 Roy Andrew Miller, *Chinese 法(fa) in Altaic: A Further Note*, *Journal of the American Oriental Studies*, vol. 118, No. 2, April-June 1998, pp.

동아시아 보통법이란 어떻게 보면 동양 3국을 문명화시킨 추진력이었다고 할 수 있다. 법은 높은 곳에서 낮은 곳으로 흐르는 물과 같이 발달된 법은 덜 발달된 법에 영향을 미치고, 발달된 문명제도를 향하여 진행해 나가는 것이다. 비교법학에서는 이러한 현상을 수용(受容, 혹은 繼受, Rezeption)이라고 하고 모법(母法)과 자법(子法)의 관계가 형성된다고 설명한다. 동양 3국에서 발달된 법의 수준에 이르기 위하여 공동적 모색이 있었다는 것은 동아시아도 꾸준히 발전을 모색해 왔다는 사실을 말해주는 것이라고 하겠다. 이런 점에서 한 때 주장되던 맑시즘(Marxism)과 비트포겔(K. Wittvogel)의 동아시아 정체성론(停滯性論)은 받아들이기 어려운 것이다.

그럼에도 불구하고 내부적으로 보면 발달된 중국법을 보통법으로 받아들인 이후 인접 국가에서는 그것을 그대로 적용함으로써 독자적 발전이 저해되는 면도 없지 않았다. 대명률을 대폭 수용한 조선시대에 독자적 법전편찬이 있긴 하였지만 그 적용이 고식화(姑息化)되어 중국의 사례를 이용하는 데에 그친 경향이 없지 않았다. 특히 동아시아 보통법의 공동적 윤리기반 내지 가치를 이루는 공통선(共通線)은 일종의 동양적 자연법과 같이 이해되어 새로운 법의 갱신을 저해하는 보수성을 띄게 하기도 하였다. 지리적 위치에 따라 중국법의 영향이 크고 적음에 차이가 났던 것도 사실이다. 조선과 베트남에 비하여 일본에서는 간접적으로만 중국법의 영향을 받아왔고, 어떻게 보면 일본 스스로 그것을 적극적으로 수용했다고 해석할 여지도 있다. 그러나 문화현상이 모두 그렇듯이 그것은 정도의 차이이지 본질의 차이는 아니라고 생각한다. 이러한 현상에 대한 평가는 역사를 바라보는 사관(史觀)에 따라 문제이고, 사실(史實) 자체는 동아시아 보통법의 존재를 전제로 하는 것이다.

필자가 하버드대학에서 이 주제의 발표를 하였을 때 한 중국인 학자는 이렇게 질문하였다. 즉 세계화(Globalization)가 도도히 진행되고 있는 이때 왜 ‘문명의 충돌’을 예상케 하는 동아시아 보통법을 거론하는가? 필자는 답하기를 사무엘 헌팅턴(Samuel Huntington)의 문명충돌론은 일리가 있긴 하지만 충돌이 있기 전에 대화를 해야 한다는 점에서 받아들일 수 없는 주장인데, 동아시아 보통법론을 앞으로 어떤 방향으로 사용할 것인가는 동아시아인의 선택과 지혜를 요하는 정치적 문제이고, 나로서는 이런 정치적 고려와는 일단 관계없이 역사적 사실을 학문적으로 재발견하고 의미해석을 가하려는 것이라고 하였다. 사실 왜 동아시아 보통법을 말하려는가에 대하여 민감트브한 의견도 있음을 알고 있다. 단적으로 말하여 다시 중화적(中華的) 세계관을 부활하거나 대동아공영권(大東亞共榮圈)의 역사적 내지 이론적 기초를 놓겠다는 것인가 하는 우려일 것이다. 그러나 그것은 앞으로의 운용의 정치

268-273; R. A. Miller & N. Naumann, *Altjapanisch FaFuri: Zu Priestertum und Schamanismus im vorbuddhistischen Japan*, Mitteilungen der Gesellschaft für Natur- und Völkerkunde Ostasiens, vol. 116, Hamburg 1991; G. J. Ramstedt, *Studies in Korean Etymology*, Helsinki, 1949.

적 문제이고 학자들에게는 지금까지 서양학자들의 전유(專有)개념인 듯 보이는 중요한 학술개념(Terminus Technicus)을 가지고 이제부터 서양의 법학과와 평등한 입장에서 대화하면서 동아시아 법전통의 재해석을 발전시켜 나가자는 데에 목적이 있다.

필자는 경제사가나 사회사가들은 한 사회가 처한 구체적 특수성에 밀착시켜 연구하는 것이 주과제이겠지만 법사학자는 우선 전체의 틀과 특징이 어떤 것인가를 파악하는 일이 중요하다고 생각한다.⁶⁰⁾ 이러한 전체적 퍼스펙티브에서 본다면, 적어도 서양이나 타문명권의 관계에서 동아시아 3국은 공통적인 것들을 많이 공유하고 있다는 사실은 새삼 설명할 필요도 없다. 절반이 같고 절반이 다르다고 할 때 같은 것보다 다른 것만을 강조해 온 것이 동아시아 학자들의 타성이 아니었나 반성해 본다.⁶¹⁾ 물론 거기에는 각국의 민족주의(Nationalism)와 ‘애국심’이 작용했기 때문 일 것이다. 그래서 동아시아 만큼 그 강한 공통성에도 불구하고 내면적으로 유대가 빈약한 국제관계도 드물 것이다. 일본과 한국은 식민통치경험까지 있어 서로를 질시하고 상대방을 배우려고 하지 아니하여 왔다. 일본도 탈(脫)아시아를 주장하다가 이제는 탈구입아(脫歐入亞)의 방향으로 나아가고 있다.⁶²⁾ 동아시아의 연대성과 친화력은 세 나라에 모두 이익이 될 것이다. 눈에 보이는 이익보다도 그리스, 로마 문명을 빼고는 유일하게 고대부터 고전을 가꾸어 온 동아시아문명의 자긍심을 재정립하는 것이다. 동아시아 보통법의 추구를 굳이 오리엔탈리즘 내지 역(逆) 오리엔탈리즘이라고 부르는 것은 잘못이며, 적어도 그것은 동아시아의 자각과 성숙에 기초한다고 보아야 할 것이다. 한마디로 앞으로의 동아시아 법사의 연구는 동아시아 보통법이라는 기본관념 위에 근거하여 중국, 한국, 일본 그리고 베트남이 각자의 민족적 법제를 어떻게 발전시켰는가를 다이나믹하게 밀도있게 추구하고 분석하는 데에 역점을 두어야 할 것이다. 이런 작업을 위하여는 동아시아 국가의 학자들이 공동작업도 해야 할 것이며, 필요하다면 서양학자들과도 함께 대화하며 연구에 폭과 깊이를 확대시켜 나가야 할 것이다.

60) 경제학에서도 이러한 주장은 모리시마 미찌오(森嶋通夫), 아시아경제공동체, 翰林日本學研究 1집, 1996, 20-33면; 그리고 그의 유명한 Why has Japan ‘succeeded’?, 1982, 李基俊역, 왜 일본은 성공했나?, 일조각, 1982 참조.

61) 全海宗, 東亞 古代文化의 中心과 周邊에 대한 試論, 東亞文化의 比較史의 研究, 一潮閣, 1976, 46-64면; 高柄翊, 東아시아 나라들의 相互疎遠, 東아시아의 傳統과 變容, 문화과 지성사, 1996, 95-112면.

62) 福澤諭吉은 「脫亞論」에서 “우리는 진정 아시아 東邦의 惡友를 謝絶한다”고 하면서 탈구입구(脫亞入歐)를 주장하였지만 요즘은 비판받고 있다.

〈Résumé〉

In Search of East Asian Common Law
— The Basic Task of East Asian Legal History —

Chongko Choi*

This paper aims, probably as the first academic attempt, to search for a Common Law in East Asian legal history. The concept of *Common Law* in the Western legal history also is rather complicate and ambiguous. There was a previous concept; *ius commune* or *gemeines Recht* in the continental Europe, meaning the roman law used commonly in the whole European territory(*usus modernus pandectarum*). The concept of common law used in this paper is rather similar to the continental-European *ius commune*.

This writer tries to dig out the common law in East Asian legal history, particularly on the following four grounds:

1. Codification

The East Asian legal historians are almost of the same opinion that the great codifications in China, Korea, Vietnam and Japan have contained some continuity. The *Tang Code* of China has been served as a model for the later legislations in other East Asian countries.

The Chinese law was originally called *Lüling*(kor. *yulyong*, jap. *Ritsuryo*). It has a strong moral character, closely linked to the Confucian doctrine. Korea adopted this *Lüling* in 372 for the first time, and was strengthened in 520 by the Silla Kingdom. Japan also promulgated *Taiho Ritsuryo* in the first year of the Taiho era(AD 701). From these receptions of Chinese law, the East Asian countries have staged as the centrally administered sovereign states basically.

The *Kyongkuk Taejeon*(Grand Code for Governance) of the 15th century Korea manifestly prescribed that the Chinese Ming Code shall be applied as the penal law. The *Le Code* of Vietnam also was faithful reproduction of the

* Professor of Law, Seoul National University

Tang Code. 261 articles came from the Tang Code, and 53 Articles from the Ming Code.

It can be concluded that the East Asian countries until the end of the 18th Century have made faithful references to the laws of neighboring countries in their codification process.

2. Confucianism and Law

Under the Han dynasty, Confucian rituals came to be regarded as a kind of “natural law”. Ten abominations were the “legal enforcement of Confucian dominant morals”. Filial piety was legally requested to the offsprings. Just seven days after of the proclamation of the Taiho Code in 702, the Japanese court proclaimed that all those practised filial piety for generations, from great grandparents to great grand-children, would have their tax and labour service obligations remitted for their entire household, and a banner would be displayed over their village to show that there was a virtuous family within. The reason why filial piety was so critical to a Confucian monarchy was that it formed the vital link between the Confucian system of family ethics and the question of loyalty to the state. From this reason, Charles Holcombe calls this “*ritsuryo* Confucianism”. This official Confucianism has been widely influential in East Asian countries.

3. Community Compact and Village Law

The Community Compact(ch. *Hsiangyüeh*, kor. *Hyangyak*, jap. *Kouyaku*) was a locally organized association aiming at mutual encouragement to practice socially desirable behavior. These compacts began to appear in Northern Sung(916-1234), and from then until the time of the Republic(1911), the formation of such association was encouraged at intervals by Confucian scholars. The first known compact was the *Lu Family Community Compact(Lüshih Hsiangyüeh)* of 1077 and it was versed by Chu Hsi. This Chu Hsi's amended Community Compact was introduced to Korea. In 1792, the *Combined Compendium on Community Ritual(Hyangrae Happyon)* was edited, printed and distributed by royal order under the direction of Siyol Song, a disciple of Yi Yulgok. Yi Toegye drafted the *Yean Community Compact*, and Yi Yulgok the *Haeju Community Compact*.

In Japan, there was no much influence of the Lu Family Compact or that of Chu Hsi, in contrast to the Korean situation. The communal granary system was practiced in Japan independently from the Compact. It was introduced to Japan with the publication of *Master Chu's Communal Granary System(Shushi Shosoho)* by Yamazaki Ansai(1618-82), at the end of the 17th century. In 18th Century Japan, such feudal domains as Aizu, Okayama and Hiroshima adopted it. The Chinese *pao-chia* security system was not introduced to Korea and Japan. But Korea kept social security through *Five-House-Unit Law(Ogajaktongpop)*, Japan through.

Five-Family Neighborhood Unit(Gonin Gumi) and village rules(*muraokite*). The social institutions and rules were rather different in three countries, but we see already a sort of common solidarity among them.

4. Jurisprudence

Traditional jurisprudence in China and Korea were called *Yulhak*, in Japan *Myobodo*. It has been preserved as a sort of secret learning sustained by some powerful families.

According to Dan Henderson, Tokugawa Japan made a “mini-reception” of Chinese law again in the 18th Century. The new Tokugawa jurisprudence began with the importation of the Ming and Ching codes and commentaries and a parallel revival of the Tang law studies.

In the introduction of Chinese and Korean jurisprudence, the Chinese scholars like Huang Potsung, Chu Shunshui and Wu Jenshien and Korean scholars like Yi Chinyong and his sons Yi Maegyed and Yi Iryang played a significant role in the Ming legal studies. We see here an interesting cooperation of legal studies in traditional East Asia, reminding us of the European studies of the common law. The prominent Japanese legal scholars were Sakakibara Koshu, Takase Kiboku, Arai Hakuseki, Maeda Tsunanori etc. Ogyu Sorai and his brother Kan were especially significant for their publications of *Ming Code: Kyoho Recession(Min-ritsu Kyoho Kanko, 1723)* and *Ming Code with a Commentary in Our Script(Min-ritsu Kokujikai, 1725)*. The Chinese *Tang Code Commentary(Tanglü Shui)* and Korean *Grand Codex for Governance(Kyongkuk Taejon)* and *Direct Commentary of Ming Code(Taemyongyul Chikhae)* were the important source books for the legal

researches of the Japanese scholars.

A copy of the *Great Ching Code*(*Ching hui-tien*) was imported by Arai Hakuseki in 1712 and translated into Japanese by Fukami Shinuemon Gendai and his son in 1723. The forensic medicine also was common through the introduction of the Chinese book *The Washing Away of Wrongs*(*Hsi Yüan Lu*, 1249) by Sung Chi(1181-1249). This book was translated into Korean in 1393 by Chiun Choi and revised in 1796. The Japanese translation was made by Kawai Chinbe Naohisa in 1768.

This brief survey of Chinese and Korean legal studies in Edo shows that a new jurisprudence absorbing new uses and ideas of law from the Asian continent emerged in Tokugawa Japan.

Conclusion

The East Asian legal history was rather an isolated history which developed only in the sphere of East Asia. But it shows that traditional history of East Asia also contained many dynamic elements and international interactions. On this historical ground, this writer asserts about the existence of a Common Law in East Asian legal history. No doubt that he does not contend a closed dogmatic jurisprudence like Islamic law or sinicized world order. On the contrary, in the age of Globalization, he believes, the East Asian countries also should rediscover their rich tradition of law and culture, to participate independently in the world community of legal pluralism. In this sense, he hopes, this paper could provide a basic insight for our future cooperative research, like the brilliant activities of the *Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte* with its journal *Ius Commune*.