

〈번역〉

**體制와 道德의 背反\* \*\***  
— 中國 傳統司法의 背景 및 그 困境 —

顧元\*\*\*

鄭肯植\*\*\*\* · 李華\*\*\*\*\* 譯

I. 전제주의 관료정치에의 배경

중국 전통사회의 정치 특성은 역사가 유구한 군주 전제주의 관료정치이다. 譚嗣同<sup>1)</sup>이 말한 바와 같이 “2천년 정치는 秦의 정치로 모두 큰 도둑이며”, “2천년 학문은 荀子の 학문으로 모두 위선자<sup>2)</sup>인 것이다. 관료정치는 황제를 핵심으로 하며 황제는 국가의 화신이고 모든 권력의 원천이며, 국가 정치생활에는 모두 그들의 선명한 개인 흔적이 남아있다. 王亞南은 중국 고전 관료정치의 성격을 ‘연속성과 포용성, 관찰성’ 이 세 가지로 개괄하였다.<sup>3)</sup> 관료정치의 작용과 침투력은 아주 강력하여, 정치 활동 자체로서는 영향을 미칠 수 없는 모든 영역, 법률·사

\* 이 글은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2004학년도 연구지원비의 보조를 받았음.

\*\* 본고는 2003년 9월 26일 中國 北京에서 서울대학교 법과대학 두뇌한국 21(BK21) 한국법연구센터와 中國政法大學이 공동으로 개최한 “한중 전통법률과 윤리사회 학술 세미나(中韓傳統法律與倫理社會 學術研討會)”에서 발표한 논문(원제: 體制與道德的背反: 中國傳統司法的背景及其困境)을 번역한 것이다.

\*\*\* 법학박사, 중국정법대학 法律史연구센터 연구원

\*\*\*\* 서울大學校 法科大學 副教授

\*\*\*\*\* 서울大學校 大學院 碩士課程

1) 담사동(1865-98): 청말의 정치가이며 사상가이다. 청일전쟁에서 패한 후 향리에 算學館을 세웠고, 1897년(光緒 23)에 湖南巡撫 陳寶箴을 도와 時務學堂을 열고 이듬해에 南學會를 결성하여 變法運動을 전개하였다. 같은 해에 戊戌變法을 거행하였으나 실패하고 처형되었다(역자 주; 이병갑 엮음, **중국역사사전**[학민사, 1995] 참조, 특별한 언급이 없으면 이에 의거함).

2) 譚嗣同全集, 仁學, “二千年之政 秦政也皆大盜也, 兩千年之學 荀學也 皆鄉愿也.”

3) 王亞南, **中國官僚政治研究** 제3편 “中國官僚政治的諸特殊表象”(中國社會科學出版社, 1981) 참조.

상·학술 심지어 교육 자체에까지도 영향을 주었으며 관료정치의 도구로 완전히 전락되지 않은 것이 없다. 즉 “道, 학문, 정치는 곧 하나일 뿐”이다.<sup>4)</sup> 王亞南은 다음과 같이 예리하게 지적하였다.

중국의 가족제도, 사회풍습과 교육사상과 활동 등은 일정한 범위 내에서는 관료정치가 실시된 결과이지만, 또한 관료정치의 추동력이기도 하다. 그들은 외부에서 관료정치에 강력한 영향을 줄 뿐더러 심지어는 관료정치 내부의 一種의 기능과 配合物로 변하였다.

중국의 전체적인 관료정치는 그 시작부터 각종 사회문화적 요소들을 동원 혹은 이용하여 그 영향을 확대하였기 때문에 관료정치의 지배적이고 일관된 작용은 점차적으로 자기 자신을 사상과 생활상 천지망라적으로 만들어 이러한 정치 아래에서 살고 있는 관료와 백성, 지배자와 피지배자 모두로 하여금 자기도 모르는 사이에 이러한 정치형태를 가장 자연스럽게 가장 합리적인 것으로 간주하게 하였다. 아무런 지식이 없는 일반 백성은 더 말할 나위 없고 “궁벽되면 배움에 정치를 깃들게 하고, 현달하면 정치에 배움을 깃들게 하는(窮則寓治于教 達則寓教于治)” 사대부 계층마저도 종래 예속에서 벗어나 이러한 정치형태 밖으로 벗어나려고 하는 사람은 극히 적었다. 그들은 종래로 아무런 정치적 이상도 없는 것 같았고 만약 있다면 그것 역시 미래에 관한 것이 아니라 과거에 속한 것이었다.<sup>5)</sup>

행정행위나 사법행위를 막론하고 모두 반드시 군주의 의지에 따라야 한다. 이는 중국 전통 관료정치의 근본특징이다. 사법권의 행사로부터 모든 국가의 법적 활동에 이르기까지 관료정치에 종속되지 않은 것은 없다. 사법과 행정의 합일체제로 사법관은 신분상으로는 국가 관료체제의 평범한 구성원일 뿐이며, 그의 사법활동은 근본적으로 황권주의 국가질서를 유지하는 도구와 수단에 지나지 않기 때문에 사법권은 관료정치의 전통 밖으로 나아갈 수 없었다. 관료정치라는 기계의 한 부분으로서의 사법관은 재판권을 행사함에 있어서 한편으로 황제에게 “충성을 다하여 직무를 수행(盡忠職守)”하여 ‘家’ 천하의 사회질서를 유지하였고, 다른 한편으로 법적 수단을 이용하여 백성을 통제함으로써 그들이 본분을 지켜 관료정치의 통치에 복종하도록 하였다.

4) 王亞南, 위의 책, 43面; “是道也 是學也 是治也 則一而已.”

5) 王亞南, 위의 책, 43面.

西漢代 廷尉 杜周는 법이 아니라 전적으로 군주의 의사에 근거하여 판결하였다. 이에 대해서 그는 “삼척의 법은 어디서 나오는가? 전 임금의 지은 것은 ‘律’이 되고, 후 임금이 해석한 것은 ‘令’이 되니, 당시의 것이 옳으니 어찌 옛날의 것이 법이겠는가?”<sup>6)</sup>라고 변명하였다. 비록 군주도 법의 權威를 강조하고 술선수범하여 준법의 모범이 되기 위하여 노력할 수도 있었겠지만, 이는 군자가 덕이 있으면 백성이 본받는다 “君子德風”<sup>7)</sup>의 古訓을 실천하기 위한 것일 뿐이다. 三綱五倫의 儒家 도덕관념을 초석으로 하는 전제권력은 영원히 법 위에 군림한다. 이는 서양에서 고대 그리스 때부터 自然法 관념에서 법이 영원한 정의와 자유를 대표한다는 사상·문화전통을 내포하고 있는 것과는 사뭇 대조가 된다.

중국 전통사회는 늘 전통적인 관료 정치의 분위기에 얽매었기 때문에 나라를 다스리는 도리는 ‘帝王之學’이며 그 요지는 “자기 마음을 바르게 하고, 자신을 수양하며, 백성을 아끼는 것(正心, 修身, 恤民)”이다. 法律至上主義와 司法權 獨立의 관념은 중국 역사상 제대로 수립되지 못하였고 대신 관료정치 지배 아래에 전통사법은 불가피하게 군주전제와 함께 종말에 다다르게 되었다. 따라서 근대 法治主義 질서 아래에서 진정한 사법이 출범하게 되었다.

## II. 법도덕주의 윤리의 배경

관료정치가 2천여 이래 답습되어 오면서 고쳐지지 않은 이유는 강대한 정신적 지주와 의식형태가 계속되었기 때문이다. 즉 孔孟의 道를 기본적인 내재적 핵심으로 하는 儒學과 상호결합 되었기 때문이다. 李贄<sup>8)</sup>가 말한바와 같이 “2천년 동안 사상이 없었다. 사상이 없었던 것이 아니라 공자의 사상으로 사상을 삼았다. 2천년 동안 시비판단이 없었다. 시비판단이 없었던 것이 아니라 공자의 시비판단으로 시비판단을 삼았던 것”<sup>9)</sup>이다.

6) 《漢書》, <杜周傳>, “三尺法安出哉 前主所是著爲律 後主所是疏爲令 當時爲是 何古之法乎”

7) 《論語》, <顏淵>, “君子之德風 小人之德草 草上之風 必偃.”(역자 보충)

8) 이지(1527-1602): 명의 사상가, 호는 투품이다. 과거에 합격하여 관직에 있다가 그만두고 승려가 되었다. 道學者나 禮敎主義者의 위선을 비난하였으며, 유교 경전의 害惡性을 지적하다가 옥사하였다(역자 주).

9) “二千年無思想 非無思想也 以孔子之思想爲思想, 二千年無是非 非無是非也 以孔子之是非爲是非”; 王亞南, 앞의 책, 78面에서 재인용.

유학전통이 만들어낸 중국은 倫理型 凡道德主義 사회이었다. ‘자기수양(修身)’과 ‘타인에 대한 용서(恕道)’는 전통윤리 이론의 두 극을 형성하였고, 제일 근본적인 정신은 個人德行的 자아완성에 대한 추구와 기대이다. 宋明理學이 道德倫常을 우주 본체의 높이로 승화시킴과 더불어 자신을 억제하고 수양하며 욕망을 없애야 한다는 주장은 절정에 다다랐다. 때문에 범도덕주의는 전면적으로 추진, 강화될 수 있었으며 己身修養은 더 이상은 ‘자기 자신(己身)’에만 관련되는 것이 아니라 국가의 흥망성쇠와 연관되었으며 전체 사회질서를 안정시키는데 제일 중요한 위치에 놓이게 되었다. 唐太宗은 “만약 천하를 안정시키려면 반드시 먼저 자기 자신을 바르게 해야 한다. 자기 자신이 바르는데 그림자가 굽거나, 위, 즉 임금이 다스려졌는데 아래, 즉 백성이 어지러운 경우는 없다”<sup>10)</sup>라고 또 明代의 張居正<sup>11)</sup>도 “신이 듣건대, 제왕의 국가에는 큰 근본과 급한 일이 있습니다. 마음을 바르게 하고 자기를 수양하여 이상적인 皇帝像을 세워서 신민의 모범으로 되게 하는 것이 다스림을 도모하는 큰 근본”이라고 말했다.<sup>12)</sup> 이러한 道德凡化的인 문화 분위기 속에서 모든 治國安邦의 큰 계략과 방침은 道德修身의 문제로 간단히 전화되었다. 정치적인 비판은 도덕적 평가로 될 수밖에 없었고 정치개혁도 自我反省과 自我修身의 향상을 목표로 정하지 않을 수 없었으며, 자연히 사법활동도 도덕과정의 부속물로 전락하였다.<sup>13)</sup>

도덕은 항상 사람들로 하여금 자발적으로 자기 자신을 포기함으로써 생명의 의의로 승화할 것을 기대한다. 이는 비난할 바가 되지 않는 아름다운 이상이며

10) 《貞觀政要》, “若安天下 必先正其身 未有身正而影曲 上治而下亂者.”

11) 장거정(1525-82): 명대의 정치가, 문학가이다. 1573년(神宗 1)에 首輔(수석대학사)가 되어 어린 신종을 대신하여 10년간 국정을 이끌었다. 一條鞭法을 시행하여 농상업의 발전을 꾀하였고 戚繼光 등으로 하여금 군대를 조련시켜 변방의 위험을 제거하였다. 그의 혁신정치는 공헌이 있었으나 너무 엄격하여 저항이 많았다(역자 주).

12) 《張文忠公全集》, <陳六事疏>, “臣聞帝王之天下 有大本 有急務 正心修身 建極以臣民表率者 圖治之大本也.”

13) 동시에 범도덕주의는 사람들의 실천정신에 엄청난 효과를 가져왔다. 중국인의 理性이 점점 위축되도록 하였다. 사람들은 자연을 정복하고 제도를 혁신하여 더욱 풍요로운 생활방식을 창조함으로써 더 개선된 외부환경을 창조해야 하는데도, 범도덕주의는 개인은 자신의 외부환경을 변화해서는 안 되고 기존의 사회규범과 환경에 무조건적으로 복종할 것을 요구하였다. 인문의 창조는 개인의 적응노력과 실천과정에서 역대를 내려가더라도 개정을 해서는 안 되는 조상의 법으로 굳어졌다. 생존조건이 악화되고 정부가 부패하고 제도가 불합리하더라도 모두 보고도 못 본척하였다. 쇠퇴 자체만을 “인심이 옛날이 아니며, 성인의 가르침을 듣지 않았기 때문”이라고 간주하였다. 劉再復·林崗, 傳統與中國人(三聯書店, 1988), 281-282面.

선량한 염원이지만, 개인의 이익을 완전히 말살하는 것은 아주 위험한 것이다. 범도덕주의가 바로 자아를 망각하고 개인의 가치를 소홀히 하는 경향이 있으며<sup>14)</sup> 이 때문에 ‘道德殺人’의 냉혹함과 “입에는 인의도덕이 가득 차 있지만, 배속에는 남자는 도둑, 여자는 창녀”<sup>15)</sup>라는 허위를 초래하였다. “겉으로는 도학을 공부하지만 속으로는 부귀를 추구하는(陽爲道學 陰爲富貴)” 거짓군자, ‘道德怪胎’ 혹은 ‘道德狂人’<sup>16)</sup> 모두가 그 부산물이다.

물론 중국 고대에도 성현의 교리를 숭선수범하여 실천하는 도덕 본보기들이 나타났는데 黃仁宇(Huang, Ray)가 “괴상한 모범관료”라고 부르는 海瑞<sup>17)</sup>가 단적인 예라 할 수 있겠다. 그의 신조와 개성은 그를 존중받게도 하고 버림받게도 하였다. 다시 말하면 그는 비록 사람들의 존경의 대상이지만 사람들은 정작 일을 처리할 때는 아무도 그 모범대로 하지 않았다.<sup>18)</sup> 성인의 도덕은 당연히 훌륭하지만 이는 현실세계와 동떨어진 것으로서 구름 위에서 인간세상을 내려다보는 격으로 일반민중의 일상생활 속의 통상적인 가치 기준과는 이탈된 것이다.

유가의 ‘修身’과 ‘恕道’의 도리는 범도덕적인 문화배경 속에서 발생하였고 그 자체 역시 범도덕화 문화의 일부분이며 또한 이러한 도덕준칙은 주로 禮治秩序로써 유지되고 추진된다. 그러므로 예치질서가 경직되고 부패될 때이면 도덕 역시 자연적으로 곤경에 빠지게 된다.<sup>19)</sup> 일반적으로 된 도덕가치에 의해 지탱되는 전통사법도 마찬가지이었다.

전통도덕이 널리 보편적으로 된 결과, 국가의 법령제도와 사법활동에서도 도덕화 때문에 왜곡된 경향이 나타났으며 이러한 현상은 날이 갈수록 엄중해졌다. 黃

14) 梁漱溟은 中國文化要義에서 “중국문화의 제일 큰 편향은 바로 개인은 영원히 발견되지 않는다는 점이다. 개인은 자신의 입장에서 말을 할 기회가 하나도 없으며 많은 감정들이 억제되고 말살되도록 강제를 받았다”고 하였다. 劉君寧, 共和·民主·憲政 — 自由主義思想研究(上海 三聯書店, 1998), 12面에서 재인용.

15) “滿口仁義道德 一肚男盜女娼.”

16) 당나라 安史의 난 때 ‘殺妾以啖’한 將士 張巡이 오히려 관원들에 의해 “충신”으로 불려진 것이 하나의 예라 하겠다. <舊唐書>, <列傳> 권137 참조.

17) 해서(1514-87): 명대의 정치가. 1566년 조정의 道敎崇尚과 정치부패를 비판하다가 투옥되었으며, 백성의 편에 서서 호족을 제재하였기 때문에 장거정 등의 견제 때문에 10년간 관직을 잃었다. 청렴강직한 관리로 백성의 원옥을 풀어주고 탐관오리를 징치한 관리로 이름이 높다(역자 주).

18) 黃仁宇, 萬曆十五年(中華書局, 1982), 134面; 이 책은 박상이 역, 1587년: 아무 일도 없었던 해(가지 않은 길, 1997)로 우리말로도 번역·출판되었다.

19) 劉再復·林崗, 앞의 책, 301面.

仁宇가 명조 개국조치를 평론하면서 다음과 같이 말하였다.

洪武皇帝가 추진한 농촌정책과 그에 관련된 일련의 정책들은 명 왕조 이후의 역사에 심원한 영향을 미쳤다. 제일 뚜렷한 효과로서는 전국의 광대한 농촌에서의 법제도의 성장·발육을 억제한 것이며 추상적인 도덕으로 법을 대체하게 한 것이다. 위로는 관리부터 아래로는 농촌 주민까지 그들이 옳고 그름을 판단하는 표준은 ‘善’과 ‘惡’이었지 ‘合法’과 ‘違法’ 여부가 아니었다.<sup>20)</sup>

梁治平도 전통도덕의 일반화가 정치·법률제도에 대해 끼친 심각한 영향을 이야기하면서 다음과 같이 명확히 지적하였다.

이러한 治國大計를 도덕문제로 전환하는 작법은 중국 전통정치 양식의 고유한 치명적인 약점을 바로 폭로하였다. 술선수범하는 도덕실천 방식으로 臣民을 단결시킨다는 것은 공통된 도덕신념이 관료집단을 연계시킴을 의미한다. 그러나 의식형태의 연계는 최종적으로 불가피하게 ‘人心’에 귀결된다. 물론 법제도는 없어서는 안 되고 법률의 위엄도 수시로 강조되어야 한다는 것은 맞는 말이다. 하지만 황제의 賢明과 관리의 廉正은 外在的인 규범에 의하여 보증될 수 없고 반대로 개인의 內在的 품행이나 수양이 정치의 존망을 결정하는 것이다. 이는 외재적인 규범이 개인을 예측하기에 부족한 것이 아니라 효과적으로 개인을 예측할 수 있는 외부 규범이 종래로 없었으며 또한 중국 전통문화의 분위기 속에서 확립될 수도 없었다. 공자는 “합당한 사람이 있으면 바른 정치는 일어나며, 합당한 사람이 없으면 바른 정치는 멈춘다”<sup>21)</sup>라고 하였다. 이는 2천여 년 동안 변함없는 진리이었다. 비록 역대 제왕은 법전의 편찬과 수정을 매우 중요시하였고, 일을 방해하는 신하를 견제하기 위하여 관리직을 안배할 때에 상당한 계략을 세웠지만, 이는 권력을 농락한 결과이며 법은 종래로 권력의 기초가 아니었으며 至高無上한 황권이야말로 법률의 원천이었다. ... 역대 명군과 현명한 승상에 대한 칭송은 결국에는 모두 제도에 대한 부정이다. 제도가 희망이 없는 상황에서만 사람들은 개인의 도덕 품행을 필사적으로 찬양한다. 하지만 이러한 찬양이 열렬하면 할수록, 기대가 진실하면 할수록 현실 속의 명군은 더욱 더 드물다.<sup>22)</sup>

20) 黃仁宇, 앞의 책, 146面.

21) 《論語》, “其人存 則其政舉 其人亡 則其政息.”

22) 梁治平, 尋求自然秩序中的和諧(中國政法大學出版社, 1997), 78-79面.

범도덕주의의 문화전통이 선악판단을 언론과 행위에 대한 판단의 유일한 척도로 하는 관습은 사법활동의 도덕적 색채를 더욱 농후하게 만들었다. 고대의 사례를 통하여 우리는 사법관이 사건의 합리성과 공정성을 실현하기 위하여 도덕원칙을 인용하였음을 알고 있다. 그러나 더욱 걱정스러운 것은 — 실제로 확실히 그러 한 것은 — 사법관이 도덕적 선악판단에 너무 기울어져서 성문법을 무시하고 판결을 하였고, 그 결과로 불합리한 현상이 불가피적으로 나타나게 되었다는 점이다. 이것이 곧바로 전통사법에서의 일종의 도덕성의 혼돈과 함락이다. 왜냐하면 도덕적 선악판단에는 절대적이며 객관적인 기준이 존재하지 않을 뿐더러 도덕적 평가에는 그 범위가 있으므로 반드시 일정한 한도 내에서 적용해야 하지 기타 모든 가치판단을 대체해서는 안 되며, 특히 법에 의하여 행한 판단은 더욱 그러하기 때문이다. 중세기 영국 형평법원의 대법관처럼 도덕적 판단으로 성문법 규범의 부족과 그 공백을 효과적으로 채운다면 상황이 다르게 될지도 모르겠다. 왜냐하면 道德律의 토대는 책임과 自律에 있지만 법은 기본적으로 타율적이며, 권리와 의무를 핵심으로 하기 때문이다.

다시 말하면, 전통 사법관들은 도덕적 수단을 이용하여 개별 사건에서 ‘형평’과 ‘정의’를 추구하며, 이는 응당 일정한 ‘度’를 지켜야 한다고 주장한다. 이 ‘度’를 넘으면 도덕표준의 주관성과 임의성은 사법이 추구하는 추상적 가치의 목표를 허무하게 만들므로써 사법의 공정성과 권위성에 손상을 줄 뿐만 아니라, 자질이 나쁜 사법관들은 이 기회에 권력을 남용하고 제멋대로 聖賢經書를 해석하여 사리사욕을 채우는 한 도구로 도덕을 이용할 수 있게 되었다.

사법활동이 윤리화의 길에 접어드는 순간 도덕규범은 사람들의 행동을 강제로 예측하는 힘으로 변하면서 관료들의 의사에 따라 좌우될 수밖에 없다. 그것은 관료들의 의사만이 무엇이 선이고 무엇이 악인지를 최종적으로 판단할 수 있기 때문이다. 이리하여 선악은 더 이상 양심이 아니라 권력에 의하여 결정되고, 도덕은 사람들의 양심이 장악하는 여론의 힘으로부터 사법관들이 자유재량을 갖는 도구로 변질되었다. 게다가 도덕의 일반화가 사법활동을 좌지우지하고 선악판단이 개별 사건 가운데서 시비판단을 대체하게 되면서 사건과 관련된 언행 모두를 도덕적 평가에 맡기는 위험성을 초래함으로써 도덕극단주의가 형성되었다. 총체적으로 사법 가운데 범도덕주의는 사법의 本位價値를 실현하는 데 장애가 될 뿐만 아니라 사법이 독단주의의 구렁텅이에 빠지도록 하였다.

### Ⅲ. 기술, 조직과 도덕의 이탈

범도덕주의가 사회를 주재하면 도덕과 기술이 상호 조화를 이루지 못하고 도덕의 높은 곡조와 조직, 제도상의 낮은 효율 사이에 강한 대비가 형성된다. 이는 중국 전통국가와 사회가 직면한 근본적인 도전이며 사법이 계속 곤경에 처하게 되는 근본원인이다. 黃仁宇가 海瑞를 평가하면서 말한 것처럼 海瑞 일생의 경력은 바로 이러한 제도의 산물인 것이다. 그 결과, 개인도덕의 우월성으로는 여전히 조직과 기술의 부족함을 구제할 수 없다.<sup>23)</sup> 전통사회 말기에 보편적으로 실시된 저임금제도에서 기술, 조직과 도덕의 부조화를 엿볼 수 있는데 후자는 사법관리의 탐오부패와 밀접한 관련이 있다.

明清時期 百官들의 祿俸은 배불리 먹기에도 어려웠을 정도로 낮았다. 즉 지금 지방 여러 관사의 문신은 집을 떠나 멀리서 근무하면서 처자를 데리고 있는데, 녹봉이 많은 자도 매월 쌀 3석에 지나지 않고 적은 자는 1, 2석이며 또 많이 나눈다. 9년 동안 위로는 부모를 모시고 아래로는 자식을 기르며, 왕래하는 비용과 친구들을 방문하고 위문하는 비용과 은퇴 후의 생활비 등에 비해 그 녹봉은 충분하지 않았다.<sup>24)</sup> 다른 한편으로 지방관리의 경제부담은 오히려 매우 무거웠다. 가정의 일상적인 지출 외에 공적인 지출도 부담해야 하였던 것이다. 지방 행정사무는 해마다 늘어나지만 관리들 숫자는 이에 상응하여 증가하지 못하였으므로 지방행정관은 행정사무를 다 처리하기 위해서는 자기 비용으로 幕友를 조수로 초빙하여야만 하였다. 청의 《大清會典》에 따르면 전국의 主縣의 총수는 1,448 개이고, 學官을 포함한 보좌관(佐貳官)은 5,526명밖에 되지 않았다. 이는 일개의 현이나 주의 보좌관이 평균 4명도 안된다는 것을 의미한다. 그 당시에 각 현의 평균인구는 약 20만이었던 상황에서 知縣 혹은 知州가 거느리고 있는 서너 명의 보좌관으로서 ‘刑名, 錢穀, 書記, 掛號, 征比’ 등 각종 번잡한 사무를 처리할 수 없었다.<sup>25)</sup> 때문에 지방관은 정원 외에 막우를 개인 고문으로 임용하여 행정사무

23) 黃仁宇, 앞의 책, 135면.

24) 顧炎武, 《日知錄》, <俸祿>, “今在外諸司文臣去家遠任 妻子隨行 祿厚者 月級米不過三石 薄者 一石二石 又多折抄 九載之間 仰事俯畜之資 道路往來之費 親故問遺之需 滿罷閑居之用 其祿不贍.”

25) 羅茲曼(美)이 주필한 中國的現代化(上海人民出版社), 80면. 명조 말기 전국에는 대략 12,500명의 文官이 있었고 그중 절반이 수도에 있었다. 나머지 절반은 15개 성과 대략 1,500개 지방에 분포되어 있다. 하지만 19세기에 와서는 이미 2,000개 文官職位가



의 처리를 돕도록 하였다. 그들의 급여는 지방행정관이 부담하였고 국가는 단 한 푼도 부담하지 않았다. 사실상 지방행정관이 임용한 막우의 인원수는 항상 《大清會典》에서 규정한 정원의 10배 정도 되었다.

그러나 이러한 사실은 국가의 정상적인 재정이 관료조직 및 관료들의 인건비 지출을 감당하지 못하였기 때문이 아니라, 다른 심각한 도덕적 곤경 때문이다. 이 점은 전통국가가 진퇴양난의 도덕적 곤경에 빠졌음을 보여주었다. 즉 녹봉은 백성으로부터 오고 관리들은 ‘백성의 부모’의 역할을 하기로 되어 있기 때문에, 만약 녹봉이 너무 많다면 ‘자식인 백성’의 이탈을 불러올 우려가 있고 그래서 道德立國의 원칙에 위배되므로 百官은 도덕 감화력을 상실하게 될 것이다. 녹봉은 조금만 받아야만 그들이 진심으로 나라와 백성을 위한 것이 된다. 일편단심 백성을 위하고 녹봉의 다소에 개의하지 말아야 성현의 가르침에 부합되며 관원이 사람들의 도덕모범이라는 정의에도 일치된다. 그래서 소수의 관료와 저임금제는 실제로 정부가 정치를 실행함에 있어서의 중요한 부분이며 행정수단으로 도덕을 경매하는 국가의 행정풍격의 구현이다. 하지만 이런 그럴듯한 규정들은 각급 관료들이 뇌물을 받아먹고 법을 어기며 남의 재물을 사기치고 빼앗아 자기 욕심을 채우기 위한 구실을 만들어 주었을 뿐이다. 顧炎武<sup>26)</sup>는 “청 관리의 3년 동안의 녹봉은 10만 백성의 눈꽃으로 된 은화이다. … 탐관오리의 폐풍이 사람의 마음에 붙어서 떨어버리지 못하는 까닭은 녹봉이 박하여 그 가족을 부양하기에 충분하지 않기 때문이다.”<sup>27)</sup>라고 말하였다.

총체적으로 국가체제와 도덕의 상호모순은 극에 달하였다. 한편으로 저임금제를 시행하여 표면적인 道德空文을 보호하는 반면, 다른 한편으로는 관직을 橫財의 수단으로 간주함으로써 貪汚와 부패가 성행하게 되었다. 또 탐오와 비리를 대대적으로 단속하면서도 다른 한편으로는 관원들이 탐오하고 뇌물을 받아먹도록 암시하고 허용하였으며 심지어 부추겼다. 이 속에서 사는 사람들은 청렴과 정직

---

있었고 그 절반이 수도에 있었고 절반은 18개 行省廳과 府州廳 縣 기구에 있었다. 청 조때 文職官員은 평균 한 현에 5명이었으나 그들이 관할하는 지구의 평균인구는 10만에서 25만으로 증가하였다.

- 26) 고염무(1613-82): 청초기의 사상가, 고증학자의 태두. 명말에는 저항운동을 하였으나, 청초기에는 다방면에 걸친 연구와 저술활동에 종사하였다. 《日知錄》은 철학과 역사학에 대한 기록이다(역자 주).
- 27) 顧炎武, 앞의 책; “三年清知府 十萬雪花銀, … 今日貪取之風 所以膠固于人心而不可去者 以俸給之薄 而無以贍其家也.”

을 지키기가 어려웠으며 여기에 물들지 않고서는 이 사회에 어울리지 못하였다. 이에 관하여서는 앞서 든 海瑞처럼 더 좋은 예가 없을 것이다.

각 지방 관리사회의 나쁜 유습들이 아주 많았으며 책무를 보탠다거나 청렴한 품성을 닦는다는 명목으로 자기 주머니를 불룩하게 하는 실리를 챙기고 있었고 국가는 왕왕 공식적으로 또는 비공식적으로 이를 인정하였다. 백성들의 원성이 들끓을 때만 국가는 억지로 이에 대해 간섭을 하였다. 청나라 道光期(宣宗, 1821-1850)때 아래와 같은 조서가 있다.

直隸와 省의 대소 관원들은 雍正 연간(淸 世宗; 1723-1736)부터 녹봉에 대해 의론하였는데, 督撫로부터 州縣에 이르기까지 장부로 공무의 비용을 작성하였다. 지금까지 근 100년이 되는데, 독무와 사도로 녹봉이 후한 자는 오히려 공용에 제공하였으며, 지청과 주현에 이르러서는 녹봉은 다만 정액에 그쳤다. 그런데 업무를 수행하는 비용과 인사치레 비용이 날로 늘어 왕왕 전부를 내어서 녹봉을 한 푼도 가지지 못한 경우가 있게 되었다. 비록 자질이 뛰어난 서리일 지라도 한 번 일을 맡으면 공사가 모두 모여 형편이 어려워져서 밥 지을 쌀이 없게 되어 형세 때문에 받거나 줄 수 없고 낡은 관행으로 재물을 주었다. 못한 자는 조금 받아서 많이 주고 또 서리들이 의논하여 고루 나누니, 이것이 변하여 마음대로 징구하는 뜻으로 되어 공무를 처리하는 비용 외에는 모두 자기 개인의 주머니를 살찌우게 되었다. 상사가 마음으로 성의 관리가 모두 그러함을 알고 있으나 어찌 법에 기대어 행동을 규찰할 수 있겠는가? 마침내 겉으로는 금지하였지만 속으로는 내버려두었으니 이에 가림주구하는 폐풍이 날로 심하게 되어 백성들의 재산은 관리들이 속아가는 것에서 줄어들었으니 백성들이 입는 폐해는 바로 이 직책으로부터 말미암았다.<sup>28)</sup>

사실 이러한 체제와 도덕의 表裏不同은 여기에만 그치는 것이 아니라 사법관의 직책과 그 출신간의 모순에서도 나타났다. 儒家倫理의 지배적인 영향 때문에 도덕학문은 모든 것에 군림하는 術學이 되었다. 각급 사법관을 포함하는 국가 관원들은 과거에 의해 선발된 것이며 그들 대다수는 모두 경서와 사서는 읽었지만

28) “直省大小官員 自雍正年間 議設養廉 由督撫以至州縣 籍以爲辦公之資. 迄今將屆百年 督府司道 廉俸較厚者 尙敷公用 至府廳州縣養廉 止此定額 而差務之費 捐攤之款 日益增加 往往有全行坐扣 祿入毫無者. 雖在清潔自愛之吏 一經履任 公事叢集 難爲無米之炊 勢不得取給 陋規以資挹注. 而不肖者 則以少取與多 與均于吏議 轉肆意征求 除辦公之外 悉以肥其私囊. 上司心知通省官吏莫不皆然 豈能擬行糾劾 遂陽禁而陽縱之. 于是苛斂溢取之風 日甚一日 而閭閻之蓋藏 概耗于有司之脆削 民生閑敝 此職之由.”

법은 몰랐다. 왜냐하면 科擧에서는 ‘明法科’를 취소하고 經義, 策論만 시험을 보았으며 書判은 보지 않았다. 돈으로 관직을 샀거나 軍功을 세워 관리가 된 자들은 재판관을 묻지만 율례를 모르며, 진량을 묻지만 회계를 모르는 실정이었다.<sup>29)</sup> 재판 임무는 사법관이 법에 능통할 것을 요구하지만 도덕화의 사회의식은 그들로 하여금 법을 중시하지 않거나 심지어는 멸시하도록 만들었다. 그리하여 사법관들은 직업상의 현실적인 요구를 만족시키기 위해 매우 어려웠고 때문에 刑名幕友와 서리들이 제멋대로 행패를 부렸고 관장을 대신하여 다스렸는데, 이는 사법의 큰 폐단이 되었다.

또 다른 서로 모순이 되는 점은 고문의 성행이다. 유가윤리는 형벌을 처함에 있어서 신중을 기할 것을 주장하지만, “죄는 자백에 따라 결정(罪從供定)”하는 증거재판의 원칙을 채택하였기 때문에 피고의 진술 내지 자백은 죄를 판정함에 있어서 근본근거가 되며 모든 증거 중에서 가장 중요하였다. 때문에 자백을 얻어내기 위해서 하는 고문은 합법적인 것으로 인식되었다. 고문은 형사재판에서뿐만 아니라 민사재판에서도 가능하였다. 동시에 피고뿐만 아니라 원고와 증인 등 사건과 관련된 모든 인물들에 대하여 모두 고문할 수 있었다. 비록 국가는 고문을 할 때에도 법적인 제한을 하였지만 그 제한 중 다수는 형식에 불과하였다. 고문은 “함부로 자행하여 참학하며 일찍이 사람의 마음을 마비시키며”, “가시나무로 때려 사람의 마음을 끊으니 어찌 구하여 얻지 못하겠는가?”<sup>30)</sup>이었으며, 보기만 해도 몸서리치는 억울한 사건의 범람을 초래하였으며 이는 법제도를 직접적으로 파괴하였다.

黃仁宇는 중국 관료정치의 최대약점을 숫자로 관리할 수 없는 것으로 꼽았다.<sup>31)</sup> 그는 《二十四史》의 <食貨志>를 연구하면서 “일부 왕조는 《周禮》처럼 ‘도식적인 설계(schematic design)’로 億萬君民을 조직하여 우선 완벽한 수학공식을 만들어서 아래의 통계가 도저히 실행될 수 없다. 이는 수학공식을 위로부터 아래로 역지로 썩었는데 ‘거꾸로 세워진 피라미드(a pyramid built up-side down)’와 같은 것이다. 실행이 안 되는 부분에서는 의지의 힘으로써 극복하라고 명령하는 것”<sup>32)</sup>을 발견하였다. 바로 이러한 기술과 도덕의 엄중한 상호 모순이 되는 상

29) 《清史列傳》 54권, “問刑名 不諳律例, 問錢糧 不識度支.”

30) 《唐大詔令集》 82권 1, “肆行慘虐 曾痍人心”, “楚疼切心 何求不得.”

31) 黃仁宇, “國歷史和西洋文化的匯合”, 放寬歷史的視界(三聯書店, 2001), 172면.

32) 黃仁宇, “我對‘資本主義’的認識”, 위의 책, 86면.

황은 체제의 중대한 失態를 초래하였고 관리들의 탐오부패가 논리에 맞도록 하였다. 黃仁宇는 투철하게 다음과 같이 분석하였다.

고도의 행정효율을 갖고 있는 정부는 체제와 기술의 주밀성을 갖고 있고, 때문에 위급한 상황이 발생할 때마다 救命의 符籙으로 도덕관념에 매번 의존하지 않게 된다. 엄밀하게 말하면 후자는 이미 좋은 현상이 아니며 조직기구가 시대에 반하므로 복잡한 사회에서 推舊出新을 하지 못한 결과이다. 이러한 국면을 타개하지 못하면 문관들에게 있어 이중성격의 발전은 점점 더 선명해진다. 이것 역시 정신과 물질의 분리이다. 한편으로 經史를 숙독한 이 사람들은 仁義道德을 표방하면서 나라를 다스리고 천하를 위하는 포부로서 국가를 위하여 복무하고 자아희생을 다짐하지만, 다른 한편으로 체제의 많은 틈새는 이 사람들에게 그렇게 강렬한 유혹이 되지 않을 수 없었다.<sup>33)</sup>

#### IV. 중국 전통사법의 곤경

##### 1. 뿌리 깊은 사법의 탐오와 부패

王亞南은 중국 二十四史는 실은 한 부의 ‘貪汚史’라고 지적하였다. 전통사법 최대의 곤경은 바로 근절할 수 없는 탐오와 부패고질에 있다. 부패는 권력이 異化되고 도덕이 타락된 극단적인 표현이며 또한 人性的 한 變異이기도 하다. 하지만 부패가 횡행할 수 있는 것은 제도와 사회에 그 근원이 있기 때문이다. 다시 말하면, 전통사법에서 탐오와 부패가 성행하게 된 것은 전제제도가 발전하면서 나타난 필연적 결과이며 사법활동에서의 범도덕주의의 산물이다. 사법권의 집행에 거대한 자유재량의 공간이 존재할 뿐만 아니라 실질적이고 효과적인 제약과 규제의 결여가 사법관으로 하여금 사건을 심판하는 기회를 이용하여 탐오와 비리를 하고 사익을 위하여 법을 어기는 것이 가능하게 하였다.

고대의 人治는 실질적으로 君治와 군주 통제하의 官治를 의미한다. 官治의 작용을 발휘하기 위하여 韓非가 말한 “홀륭한 임금의 관원을 다스리고 백성은 다스리지 않는(名主治官 不治民)” 원칙은 통치자에게 불변의 법으로 받아들여졌으므로 人治-官治-治吏-治民의 이론체계가 형성되었다.<sup>34)</sup> 법으로 관원을 다스리기

33) 黃仁宇, 萬曆十五年, 91面.

34) 張晉藩, 中華法制文明的演進(中國政法大學出版社, 1999), 6-7面.

위하여 고대에서는 비교적 완벽한 職官管理法를 세웠고 監察網과 監察法 체계를 매우 엄밀하고 완벽하게 만들었다. 하지만 관리의 행위방식에 대한 규범과 自我約束에 관한 시스템은 황권전제권을 수호하는 것을 목적과 토대로 한 것이지, 국가권력의 분립과 상호견제의 기초 위에 건립한 것이 아니었기 때문에 권력의 독단과 부패를 피할 수 없을 뿐더러 오히려 부패가 만연할 수 있는 온실로 된 것이다. 권력의 집중과 절대화는 사법의 부패와 정치의 암흑을 초래하는 근본원인이기 때문이다.

전형적인 人治社會에서는 권력의 분담과 제약제도를 완전히 배척하는 것은 아니지만 이들 모두는 관료정치 시스템 내부의 산물이므로 충분한 유효성이 결여된다. 사법관의 책임제도를 그 예로 들면 역대 왕조마다 모두 사법관의 행위를 매우 중시했으며 그들의 업무상의 과실이나 고의적인 위법재판행위에 대비하여 상세한 징벌, 처벌조치를 규정하면서 엄격한 감독을 행하였다.<sup>35)</sup> 하지만 이러한 규범들은 空文에 불과했으며 근본적으로 그 기능을 발휘할 수가 없었다.

魏徵은 貞觀 연간(唐太宗; 627-650)의 사법상황에 대해 다음과 같이 말하였다.

근래에 뜻이 점차 심각해져서 비록 3면에 그물을 펼쳐주고 못 속의 고기를 살피지만, 애증으로 취사하고 죄의 경중은 기쁨과 슬픔에서 말미암으니, 사랑하는 자는 죄는 비록 무거우나 억지로 그를 위해 변명을 하며, 미워하는 자는 허물은 비록 가벼우나 그 심정을 깊이 살피니 법에 죄과를 정한 바가 없이 情에 따라 경중을 정한다. 죄와 벌을 의론할 때에 의심이 나면 거짓에 아첨을 하니, 그러므로 죄를 받은 자는 호소할 데가 없고, 관리는 감히 바른 말을 못하니 그 마음을 복종시키지 못하고 단지 그 입만 막을 뿐이다. 죄를 주려고 하여도 아 마 말이 있겠는가?<sup>36)</sup>

35) 예를 들어서 청나라 때의 법률은 사법관의 “失出”, “失入” 혹은 고의적인 위법재판행위에 대하여 여러 상황 하에서의 사법관 자신, 그 조수 그리고 상급 사법관의 행정책임과 형사책임을 규정하였다. 이 규정의 상세하고 완비된 정도는 현대법률조차도 도달하기 어려운 정도이다. 《大清律例》 제37권, 《吏部則例》 제42권, 《六部處分則例》 제48권, 《清會典事例》 제99권, 123권, 649권, 843권 등을 들 수 있다. 瞿同祖, “清代地方司法”, 瞿同祖法學論著集(中國政法大學出版社, 1998), 462-464면 참조.

36) 《貞觀政要》, <公平>, “頃年以來 意漸深刻 雖開三面之網 而察見淵中之魚 取捨于愛憎 輕重由乎喜怒, 愛之者 罪雖重而強爲之辭, 惡之者 過雖小而深探其意, 法無定科 任情以輕重, 人有執論 疑之以阿僞, 故受罰者 無所控者 當官者 莫敢正言 不服其心 但窮其口 欲加之罪 其無辭乎.”

중국 역사상 많지 않은 태평성세에서도 이러하니 봉건시대의 末世와 亂世의 사법상황은 쉽게 추측할 수 있다. 탐오부패에 시달리는 사람들은 빈민계층뿐만이 아니라, 때로는 국가관리, 심지어 봉건 지방장관까지도 사기와 뇌물수수의 대상이 되기도 하였다.<sup>37)</sup>

비록 탐관오리를 처벌하는 문제에서 통치자들은 여력을 아끼지 않고 엄격한 법률의 적용도 마다하지 않았지만, 吏治에 대한 평정은 일시적인 효과에 그쳤으며 그 우환을 오래오래 방지할 수 없었다. 왜냐하면 사법활동의 배경이 바뀔 수가 없었으므로 탐오와 부패에 대하여 가혹한 형벌과 법률을 적용하더라도 이는 일시적인 현상만 치료하였을 뿐이지 근본적으로 문제를 해결하지는 못하였던 것이다. 명 태조 朱元璋처럼 탐관오리를 가혹하게 처벌하는 자도 “내가 탐관오리를 제거하려고 하여 아침에 사형에 처하였는데도 또다시 저녁에 범하는 것을 어찌 하겠는가?”<sup>38)</sup>라고 하여 목인할 수밖에 없었다.

탐관오리에 대한 가혹한 형벌과 법률의 규정은 各級 관리들로 하여금 모두 자기에 대한 위기감을 느끼게 하였다. 간교한 자들은 이 기회를 이용하여 자기의 정적에 대하여 모함과 날조를 하여 그들을 제거하여 자신의 은밀한 목적을 달성하고자 하였다. 일부 경우에는 황제도 관리의 탐오행위를 처벌하는 것을 이용하여 정적을 숙청함으로써 자신의 통치자로서의 지위를 공고히 하였다. 총체적으로 탐오는 전통사회의 치유될 수 없는 큰 악성종양이며 탐오에 대한 징벌도 늘 정치 알력의 도구로 전략되었다.

## 2. 고문의 지속

고문의 폐해와 사법의 탐오부패는 불가분의 관계에 있다. 역대 法定刑은 이미 잔혹할 대로 잔혹하였는데 게다가 法外 고문의 잔혹성은 법적으로 허용된 고문과 비교가 되지 않을 정도로 말할 나위가 없었다. 게다가 잔인한 관리들은 함부로 폭력을 휘둘렀으며 그 정도는 “상하가 서로 믿어 가혹한 것을 능사로 삼으니 죄수를 고문할 때에는 더욱 잔인하여 극에 달하였다”<sup>39)</sup>라고 할 정도이었으며, 채

37) 청조의 조상 때부터 내려온 제도라고 하여 연이은 큰 공훈이 있는 左宗棠도 궁문 안으로 들어가 황제를 만나기 위해서는 뇌물로 은을 지불해야만 했고, 황제조차도 이 제도를 고칠 수 없었다. 孫中山, “中國의現在和未來”, 孫中山全集(中華書局, 1981) 참조.

38) 《國初事迹》, “我欲除貪贓官吏 奈何朝殺而暮犯”

39) 《文獻通考》, <刑考二>, “上下相胥 以苛酷爲能 而拷囚之際 尤極殘忍”

찍질을 당하는 죄수는 “왕왕 살려고 하였으나 그러지 못하였고, 죽으려고 하나 죽을 수 없는 정도(求生不得 求死不能)”이었다. 또 《宋史》 <刑法志>에서는 고문의 폐단을 다음과 같이 언급하고 있다.

천하의 옥은 그 잔혹함을 이루 다 이야기할 수 없다. 매년 여름과 겨울에 형벌을 집행함에 삼가라는 명령을 내리나, 모두 하급관원에게 맡기고 그들은 이를 거행하지 않고 다시 소속 관속에게 맡기니, 맡은 사람은 끼리끼리 모두 위복을 함부로 부러 뇌물을 요구하며, 감사와 군수도 마음대로 위복을 내려 경형을 시행할 뜻이 있으면 그 사람이 경형에 해당하는 사유를 갖추게 하거나, 사형에 처할 뜻이 있으면 사형에 해당하는 증거를 만들도록 이졸을 불러 기일을 촉박하게 하여 자백을 받아 심리를 종결할 것을 감시하고 강요하니 옥구를 함부로 두고 불법으로 백성을 잔악하게 해친다. … 옥체와 골수를 고통스럽게 하여 거의 운명할 정도이다.<sup>40)</sup>

고문의 제일 큰 나쁜 영향은 억울한 사건을 대량으로 조작해낸 것이다. 멍청하고 어리석은 사법관은 자주 미신적인 고문방법으로 자백을 받아 사건을 심사·판단하였다. 또 주관적 억측에 따라 선입견을 가지고 실제로 증거를 조사하지 않거나 중시하지 않았기 때문에 종종 억울하게 감옥살이를 하는 경우가 자주 발생하였다. 청나라 사람 陶宗儀는 아래와 같이 탄식하였다.

아! 오늘날 鞫問을 하는 자는 법리를 궁구하고 연마하려고 하지 않고 형구를 널리 펼쳐두는데 힘써서 공포와 위엄을 베풀고 있다. 혹 진실로 고소하는 자가 있으면 그냥 겁을 주고 화를 내어 붙잡히 여기지 않는다. 따라서 이졸과 관속들은 윗사람의 뜻에 따라 고문하고 노략질하는 것에 단련이 되어 이르지 않는 바가 없으니 억울함에 내버려두지 않은 자가 드물도다! 후백의 말을 듣게 할지 언정 차라리 두려움을 모르게 할 것이다.<sup>41)</sup>

고문으로 자백을 강요하는데 대하여 비록 통치자들도 그 나쁜 결과를 극력 저

40) 《宋史》, <刑法志>, “天下之獄 不勝其酷 每歲冬夏 詔提刑憚行 悉委卒貳 卒貳不行 復委幕屬 所委之人 類皆肆行威福 以要饋遺 監司郡守 擅作威福 意所欲黥 則令人其當黥之由 意所欲殺則令譴其當死之罪 呼喝吏卒 嚴限日時 監勒招承 催促結歟 擅置獄具 非法殘民 … 痛身骨髓 幾于損命.”

41) 陶宗儀, 《陶南村輟耕錄》, 권22, “吁 今之鞫獄者 不欲研窮磨究 務在廣陳刑具 以張施 勵威 或有以衷曲告訴者 輒便呵喝震怒 略不之恤 從而吏隸奉承上意 拷掠鍛鍊 靡所不至 其不置人于冤枉者鮮矣 使聞伯厚之言 寧不知懼乎.”

지하려 하지만 효과는 미미하였다. 왜냐하면 이는 국가 법제도의 기본이념과 사법 재판체제의 논리적인 제도에서 생겼기 때문에 체제 내에서는 근절할 수 없는 것이다.

### 3. 幕友의 직권남용과 그 폐해

전통사회의 후기에 사법이 궁지로 몰리는 하나의 뚜렷한 표현으로서 幕友가 직권을 남용하는 폐해가 많이 발생한 것이다. 막우제도는 아주 일찍부터 있었는데, 명청시기, 특히 청나라 때 아주 성행하였다. 그들의 신분은 主官의 초빙을 받아 사례금을 받는 賓客으로 관리를 도와 백성들을 다스렸다(佐官而治). 汪輝祖는 “재판은 주인인 관리의 일로 막우가 오로지 처리할 수 없지만, 사리의 완급을 판단하고 도리의 원근을 따져서 재판의 심리를 진행하는 것은 모두 막우의 책임이었다”<sup>42)</sup>라고 하였는데, 이는 바로 막우 자신이 한 말이다. 직책으로 볼 때 막우는 부분만을 심사하고 관원이 직접 보고 날인(擬批副狀 過目畫押)한 다음 문서를 작성(墨筆)하는 幕友가 정식문서에 기록하여 “관리가 朱書를 한 다음에 榜文을 공포(過朱發榜)”하였다. 하지만 명청시기 州縣에서의 일반적인 관례는 “장부를 작성하는 것은 평소에 연마를 하지 않았으니 재판과 재정에 대해서는 일이 닦쳐서 어찌 다 외워 알지 못하니 모두를 막우에게 의뢰하여 처리”<sup>43)</sup>하며, “근래에 관리들은 많이 막우에게 의지하여 법률을 읽어도 조금도 그 뜻을 강론하지 않는 실정”<sup>44)</sup>이었다. 실제로 막우는 州縣의 관리에게 없어서는 안 될 보좌이며 관리를 대신하여 백성을 다스렸고(代官出治), 그들은 모든 형사와 민사사건들을 통솔하고 관할하였다. 즉 조세와 형사재판은 모두 막우에게 의뢰하고 관리는 오직 허락하는 서명을 하였을 뿐이다.<sup>45)</sup> 이러한 상황의 출현은 법이 이렇게 규정해서가 아니라 현실의 수요 때문인 것이다. 첫째, 행정과 사법 사무를 겸하는 관원은 법규정을 모른다. 둘째, 법규정의 종류가 너무나 많고 또 복잡하였으므로 州縣의 관리들은 법에 대하여 철저히 연구를 할 수 없었다.<sup>46)</sup> 셋째, 재판임무가 아주 가중하

42) 汪輝祖, 《佐治藥言》, <詞訟速結>, “聽訟是主人之事 非幕友能專主 而權事理之緩急 計道里之遠近 催差集審 則幕友之責也.”

43) 《欽頒州縣事宜》, <慎延幕友>, “刀筆簿書 既未學于平日 刑名錢穀 豈能諳于臨時 全賴將伯效鞅掌.”

44) 陸向榮, <瘦石山房筆記>, 《牧令書輯要國》 七 <刑名>에서 인용 “近日官途多依靠幕友 而于讀律毫不講解.”

45) 《皇朝經世文續編》 제23권, “錢穀刑名 一切咨之幕友 主人唯畫諾而已.”



였다. 청나라 시대에 와서 형사사건의 各級의 再審制度를 시행하였기 때문에 州縣의 모든 지방관리들에게는 형사와 민사소송 사건의 재판임무가 부과되었다. 그 업무량은 그들이 직접 감당하지 못할 정도로 과중하였다. 넷째, 막우의 출현 역시 서리들을 지방관에게 예측시키고 그들이 직권을 남용할 기회를 줄이기 위해서였다.

막우들은 그들의 출신과 경력의 異同, 지식의 수준, 도덕과 인격 수양의 정도에 따라 실제 직무수행에 있어서도 많은 차이가 발생하였다. 법을 집행하여 억울한 사건을 밝히기도 하였고 때로는 법을 남용하여 사리사욕을 채우기도 하였다. 혹은 몰래 율례를 적용하여 비관을 누설하거나 문서작성의 장기를 펼치기도(陰用律例漏矢 一展刀筆之長技) 하고, 혹은 선생과 학우, 친척들과 서로 결탁하여 직권 남용의 그물을 형성하였다. 막우를 예측하는 규범은 空文이었으며 효과적인 감독과 징벌제도도 결여된 상황에서 막우의 풍기는 날이 길수록 나빠졌고 점차적으로 청조의 많은 폐해 가운데 하나로 되었다.

청나라 때는 특정의 지연, 혈연, 학연이 작용하여서 스승은 막우가 되고 난 후의 요령이라든지 법규정 적용에 관한 경험을 제자에게만 물려주었고, 다른 사람들에게는 비밀에 붙였으므로 막우는 독점적인 직업의 일종으로 되어갔다. 이러한 현상은 진제주의가 극단적으로 발전하였을 때, 법률문화가 나날이 쇠퇴하고 관료 정치가 붕괴에 다다랐을 때만이 나타날 가능성이 있다.<sup>47)</sup>

명조시기 서리들의 폐해는 이미 비교적 두드러졌다. 顧炎武는 “지금 천하의 관원들에게는 봉건이 없지만 서리들에게는 봉건이 있다. 주현의 폐해는 서리가 그 가운데 굴을 파서 이것으로 아버지는 아들에게, 형은 아우에게 전하고 있다. 그 가운데 더욱 교활하고 심한 경우는 나아가서는 院司의 서리이지만 주현의 권한을 장악하고 있으니 뒷사람이 그들이 천하의 해가 됨을 분명히 알고 있어도 제거할 수 없다”<sup>48)</sup>라고 지적하였다. 청대에 와서는 서리의 직권남용이 명대보다 더 심하여, 사람들이 “청조는 서리와 공동으로 천하를 다스렸다(清朝與胥吏共天下)”라고 말할 정도이었으며, 그들은 들어가지 않은 구멍이 없으며 있지 않은 곳이 없는 그런 존재이었다.

46) 瞿同祖, 앞의 논문, 460-461面.

47) 張晉藩, 앞의 책, 606-608面.

48) 顧炎武, 앞의 책, “今天下官無封建 而吏有封建 州縣之弊 吏胥許窟穴其中 父以是傳子 兄以是傳弟 而其尤桀黠者 則進而爲院司之書吏 以掣州縣之權 上之人明知其爲天下之害而不能去也.”

擁正 연간(淸 世宗; 1723-1736)에 서리들이 일으키는 폐단을 방지하기 위하여 《欽頒州縣事宜》를 반포하였는데, 그 가운데는 다음과 같이 관원들을 일깨웠다.

한 가지 役이 있으면 그에 따른 폐단이 있고, 한 가지 일이 있으면 그에 따른 폐단이 있다. 서리들은 오직 폐단을 일으킬 생각만 하고 있으므로 한 가지 일에서도 관장을 속이려고 하지 않는 경우가 없다. 관장이 폐단을 없애려고 하면 그러므로 한 가지 일에서도 서리를 막지 않으면 안 된다. 대개 서리는 폐단을 일으키고 죄과를 범할 때에는 모두 관장의 性情을 살핀다. … 진실로 이를 준행할 수 있으면 관장은 조용히 살피지 못한 허물이 없을 것이고, 백성은 속이는 바를 두려워하는 잘못이 없을 것이다. 서리 무리들의 마음과 재주와 힘은 역시 모두 공무를 처리하는 가운데 있으니 이를 나를 위하여 사용하도록 하고 속이는 데 쓰지 못하도록 하면 서리들이 일으키는 폐단을 막을 수 있는 기회를 놓치지 않을 것이다.<sup>49)</sup>

여기에서 서리에 대한 통치자의 기본태도는 일단은 그들을 통치에 이용하려는 것임을 알 수 있다. 즉 그들을 잘 통제하고 통치자를 속이지 못하게 하며 또 부정을 저지르거나 법을 어기고 나쁜 짓을 할 수 없도록 하기만 하면 그들은 관장의 앞잡이 노릇을 할 수 있다고 생각하였다. 이 점이 곧바로 국가가 서리집단을 혐오하면서도 없애버리지 못한 이유이다.

비록 막우들은 법에 대한 이해, 죄를 심문하고 판결하는 기교, 판결문의 작성 등 면에서 풍부한 경험을 쌓았고 어느 정도는 법률의 해석과 적용을 통해서 법학의 발전을 추진하였다. 그렇다고 하더라도 총체적으로 그들은 무리를 끌어들이어 친구를 부르고 상하 관청과 결탁하여 이를 빌미로 서로 결탁하여 그릇되게 몽쳤다.<sup>50)</sup> 이를 통하여 그들은 관리의 공무집행에 있어서의 부패를 가중시켰고 사법의 운영을 파괴하였다. 이 각도에서 볼 때 幕友의 직권남용은 전통 사법 체제 내에서는 극복할 수 없는 하나의 큰 폐단이었으며 곤경과 극도의 부패로 나아가는 표현이다. 또한 막우들의 직권남용은 전통사법의 곤경국면을 더욱 가속화시켰으며 근대 사법으로의 탈바꿈이 역사의 필연으로 되도록 하였다.

49) 《欽頒州縣事宜》, <防胥吏之弊>, “一役有一役之弊 一事有一事之弊 在胥吏惟思作弊 故無一事不欲購官, 而官首在除弊 故一事不可不防胥吏. 蓋胥吏作奸犯科 全視乎官之性情 … 苟能遵而行之 則官無縱容失察之愆 民無忍嚇所詐之累 而輩之心思才力 亦皆用之辦理公事之中 爲我所用 而不爲其所欺 不讓其有機會矣.”

50) 《大清會典事例》 제97권, “引類呼朋 與上下 衙門交結 因之盤踞把持 勾結串合.”