

【書評】

儒教國家의 法規範(Legal Norms in a Confucian State)

by William Shaw

Institute of East Asian Studies

University of California Berkley

Center for Korean Studies

沈 義 基 *

一.

本書는 1981 年에 미국 캘리포니아(버클리)대학 東亞細亞研究所의 한국연구총서(Korea Research Monograph) 제 5집으로 발간된 것이다. 著者 William Shaw는 1977 年 同名의 研究로 Harvard대학 東亞史 및 言語(East Asian History and Languages) 部門에서 박사학위를 받았고 그 이후에 계속해서 韓國史, 그 중에서도 주로 한국의 전통적 법규법을 分析道具로 삼는 論文을 발표하고 있다. 그는 박사학위취득 후에 Harvard Law School의 東亞法 研究부문의 Research Associate로 있다가 1981년 풀브라이트 교환계획으로 來韓하여 1982年 6月 돌아갈 때까지 서울대학교 법과대학과 同대학원에서 韓國法制史와 東洋法制史를 講義하였으며 滯韓中 서울대학교 法學研究所에서 「朝鮮初期 性理學者들의 法律觀」을 발표하기도 하였다. 本書는 그의 박사학위논문을 修正・補完하여 발간한 것으로 보인다.

그의 韓國法史와 韓國法文化에 관한 다른 主要한 업적으로는 “Traditional Korean Law and its Relation to China (傳統的 韓國法과

* 嶺南大學校 法政大學 專任講師

中國法과의 關係), in *Essays in China's Legal Tradition*, edited by Jerome A. Cohen, R. Randle Edwards, and Fu-mei 'Chen (Princeton: Princeton University Press, 1980)와 "Social and Intellectual Aspects of Traditional Korean Law, 1392-1910 (傳統的 韓國法의 社會的 知的 觀點)", in Bong Duck Chun, William Shaw and Dai-Kwon Choi, *Traditional Korean Legal Attitudes*, Korea Research Monograph No.2 (Berkley: Institute of East Asian Studies, 1980) 이 있다. 이 중 後者의 論文은 서울대학교 法學 제 22권 제 2 호[통권 46 호, 1981.6]에서 崔鍾庫 教授에 의해 이미 소개된 바 있다. 쇼박사는 현재 미국 국회도서관에 재직하면서 이 방면의 연구를 계속하고 있다.

二.

지금까지 西洋學者の 中國法에 대한 通念은 「中國法이」 西洋法과 다른 가장 뚜렷한 특징은 그것이 形式的인 법규법과 도덕적 통찰(법규법을 지도하고 때로는 그것을 초월하는 上位的 概念이라고 생각되는)과를 구분하지 못하고 있다.」는 것이다. 그래서 중국에서는 政治란 法의 支配가 아니라 道德(혹은 도덕적 인간, 구체적으로는 「禮」와 Weber의 表現을 빌리면 文士[Literati])에 의한 지배를 의미하고 따라서 로마법이나 西洋 近代法에서 발견되는 世俗的(secular), 合理的(rational), 獨自的(autonomous)인 法秩序의 발전이란 不可能하였다고 설명하는 것이다. 쇼에 의하면 이러한 중국법에 대한 통념은 대체로 서양학자나 한국학자들의 傳統的 韓國法觀과도 일치한다고 한다. 그도 중국법과 한국법과의 긴밀한 유사성을 부인하지는 않지만 그러나 그는 朝鮮後期의 풍부한 형사재판기록의 면밀하고도 철저한 分析을 토대로 이러한 通念에 강한 의문을 품고 있다. 여기에 대해서는 筆者도 共感하는 바가 크다. 어찌보면 지금까지의 通念은 유교경전이나 法典의 皮相的 平面적인 관찰에 지나치게 집착한 데서 연유하는 듯한 인상을 감출 수 없다. 그러나 法이란 항상 현실을 규율하고 현실속에서 실제로 실현되는 것이므로 그것이 구체적인 사건과 분쟁을 해결하는 과정에서 어떻게 意識되고 해석·적용되어졌던가 하는 것

을 실증적으로 검토。규명해 볼 필요가 있을 것이다. 그리하여 그는 審理錄, 秩官志에 集中的으로 收錄되어 있는 형사재판기록(獄案)에 注目하고 이것의 철저한 이해와 分析을 중추적인 연구과제로 삼고 있으며 그 것을 토대로 가능한 한 朝鮮時代 社會全般에 관한 歷史的·社會的·政治的·思想的 현상의 推移와 발전을 인식하려고 애쓰고 있다.

歷史와 社會를 法이라는 規範的 視角에서, 그것도 「法典」이 아닌 「判例」의 분석을 통하여 달성하려는 方法論은 매우 독특하며 그의 말대로 「매력적」인 것임에 틀림없을 것이다. 원래 이러한 方法은 Derk Bodde 와 Clarence Morris의 「Law in Imperial China」(Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1967)에서 그 先驅를 이루었는데 쇼는 여기에서 크게 시사를 얻은 것 같다. Law in Imperial China에서는 清代의 가장 완벽한 형사판결집이라고 평가되는 刑案匯覽(약 7,600개의 판례수록)을 대상으로 한데 대하여 쇼의 경우는 審理錄(약 1,100개의 獄案수록)을 대상으로 한 것이 다를 뿐이다.

三.

本書는 크게 3개의 部(part)로, 각자는 7개의 章(chapter)로 구성되어 있다. 제 1부는 李朝法의 入門편(An Introduction to Yi Dynasty Law)으로서 제 1장 : 1800년까지의 法概念과 法思想(Legal Values and Thought), 제 2장 : 立法의 態度 및 過程(Toward Legislation), 제 3장 : 司法制度와 刑事裁判節次(Judicial Institutions and Criminal Procedure)의 순서로 论하고 있다. 이것들은 모두 本書의 핵심부분이라고 할 수 있는 제 2부의 논의에 들어가기 전에 先決되어야 할 예비적인 분석으로서 전통적 중국법과 한국법에 관한 필자나름대로의 認識을 보여 주는데 앞서 말한 바와 같이 지금까지의 통념에 대한 대단히 批判的인 안목이다.

제 1장에서는 몇몇 法思想家와 政治家의 法思想을 그들의 經世思想과 유교적 이념의 수행을 위한 이데올로기적인 과제와 관련하여 설명하고 있으며, 特히 鄭道傳 法思想(朝鮮經國典)의 인식에 초점을 두고 있다. 그 이유는 조선의 전시대를 통하여 법개념과 법사상은 정도전의 조선경국전

에서 그 기본적인 틀이 形成되어 이것으로부터 크게 벗어나지 않고 있다고 보기 때문이다.

위와 같은 다소 조심스러운 분석의 결과 다음과 같은 결론을 내리고 있다.

지금까지는 儒教(Confucianism, 朝鮮에서는 朱子學)과 法은 서로 대립하는 것으로 파악되었다. 서로 대립할 때 그 對立의 기본구조는 어느 하나가 다른 것에 우월한 것이라는, 이를 테면 「刑者輔治」「法者弼教」「德主刑輔」「禮主從法」이라는 순박한 二元論的 圖式으로 표현되는 것이었다. 그리고 여기서는 으례 「法」 = 「刑」이라는 等式이 성립하였다. 그러나 쇼에 의하면 그 이전에는 몰라도 적어도 朝鮮시대에는 이미 社會가 복잡한 단계에서 이러한 二元論的인 구분으로서는 해명할 수 없는 상태였다고 하며 法(law), 政治理論(political theory), 社會(society)의 복잡한 상호작용(interaction)이 해명되어야 하고 「法」 = 「刑」이라는 등식도 대단히 위험하며 「禮主從法」 혹은 「德主刑輔」라는 단순한 言明으로 一言 할 것이 아니라 그 구체적인 意味와 展開를 검토해야 한다고 한다. 확실히 조선시대를 일관하여 나타나는 법전의 편찬과 개수에 대한 길고도 끈질긴 시도, 그리고 각종의 사회적, 정치적, 경제적 모순을立法으로 타개하려는 헤아릴 수 없을 정도로 많은 현상을 二元論的인 用語의 驅使만으로 설명하는 것은 거의 不可能하다고 생각된다. 그는 또한 흔히 「刑期于無刑」이라는 書經에 나오는 글귀에 緣由하는 해석, 즉 유교는 法의 消滅을 이상으로 하여 그것을 적대시한다는 생각은 잘못된 것은 아니지만 전부가 아니거나 지나치게 과장되어 받아들여졌다고 한다.

유교는 그런 면도 있지만 오히려 法의 使用과 그 强行의 필요성을 지지하는데 더 크게 기여했다고 한다(序文Ⅺ)

제 2 장과 제 3 장은 전통적 한국법이 Max Weber 的 의미에서 어느 정도로 合理的(法이 오로지 그 자체의 論理를 추구하고 法을 운영하는 자, 예컨대 王 기타의 관료로부터 독립하여 기능하는 것)이었는가를 탐구하는데 근본적인 문제의식을 두고 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 보여 준다. (pp.29-30)」고 밀한다. 또한 「ad-hoc 한 立法(체계적이고 치밀히 계획된 立法이 아니라 斷片的·即興的·臨時的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-hoc 한 입법이 法의 全部가 아니었으며 ad-hoc 한 상태에서도 가능한 한 法的安定性을 확보하려고 노력」하였고 王法이라는 用語가 함축하고 있는 이례율로기적 의미는 오히려 國王자신과 그 관료의 姿意를 배제하려는 데 있으며 王이 제 1 차적인 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.

그리고 「立法에 있어서의 合理性 (Rationality in Korean Legislation)」이라는 항목을 정하여 조선후기에 이르러 「事目」과 「節目」과 같은 새로운 法形式의 발달(法形式의 다양성도合理化의 한 과정으로 파악될 수 있다) 절차의 통일, 法條文의 考閱을 편하게 하기 위한 각종 참고법전(예컨대 典錄通考, 典律通補, 百憲總要, 萬機要覽)의 출현 등을 들고 있는데 이것은 대단히 흥미있는 지적으로 보여지며 이러한 착상을 더욱 발전시켜 볼 여지가 있다고 생각된다.

제 3 장은 司法제도와 형사재판절차를 다루고 있는데 부분적으로 이 분야에 대한 既存의 연구(中橋正吉, 「朝鮮舊時の刑政, 徐壹敎, 「朝鮮王朝刑事制度의 研究」)보다 進一步하고 있다. 그 중에서 殺獄의 檢驗과 그 審理節次에 관한 解明은 初有의 업적이라고 할 만하다. 筆者は 本書의 存在를 알지 못한 상태에서 그 方面에 관한 연구를 나름대로 진행하여 年前에 그 중의 일부를 발표한 적이 있는데(「朝鮮時代의 殺獄에 관한 研究」, 釜山大學法科大學 法學研究 제 25 卷 第 1 號) 거의 일치하고 있음을 확인하였다.

제 2 부는 제 4 장과 제 5 장의 두개의 章으로 구성되어 있는 본격적인 분석편으로서 審理錄의 判例를 통하여 透視된 18, 19 C 한국의 諸般社會相(제 4 장)과 執法者の 法解釋態度(제 5 장)를 예리하게 분석하고 있다.

제 4 장은 이를테면 法窓에 비춰진 社會相이라고 할 수 있는데 村落社會 (village society) 와 村落生活 (village life), 그리고 地方行政의 一斷面이 犯罪와 刑罰이라는 法的 매카니즘을 매개로 신선하게 부각되고 있으며 이것은 다른 자료분석을 통하여서는 얻을 수 없는 매력적인 것이다. 이러한 재판자료는 그 자료의 「直接性」이라는 面에서 더욱 의의가 있으며 부분적으로는 社會史나 民衆史에 補助的인 자료가 될 수 있을 것이다. 제 1절은 「村落社會」로서 暴力의 機能, 소문(gossip)의 역할, 私和와 衙前의 腐敗, 술(酒)과 犯罪, 억울함을 호소하는 親族(relatives in search of justice: general petitions) 과 일반적 上訴方法을 論하고 제 2절 「地方政府와 法」에서는 元惡鄉吏의 固疾의 문제, 私間用刑과 地方土豪의 행패를 중심으로 이러한 상황하에서 요구되는 守令의 法的權限과 任務를 논하고, 제 3절에서는 「한국법과 한국사회에서의 不平等의 문제」를 女性과 法이라는 테마를 중심으로 상세하게 다루고 있으며 마지막으로 조선시대에 있어서 法과 社會가 서로 대응하면서 dynamic하게 전개되는 모습을 날카롭게 포착하고 있다. 조선후기에 계층분화와 신분이동이 활발해지면서 계층상호간의 갈등이 犯罪의 形式으로 나타나 그것의 재판이 문제로 될 때 기존의 법규만으로 간단히 해결이 안되니까 이것을 어떻게 처리할 것인가가 크게 문제되었다. 이것은 일면으로 새로운 立法을 통해서 다른 한편 기존법규의 해석으로 해결하지 않으면 안되었는데 이러한 상황에 처한 執法者의 고민과 해결과정이 재미있게 묘사되고 있다. 그는 적어도 18.19 C에 있어서는 法論理가 때로 (항상 그런 것은 아니지만) 社會的 合理性(social rationality)의 요구보다도 우선되었으며 따라서 法과 社會가 복잡해져서 法이 사회구조의 단순한反映에 불과한 것이라고 볼 수 없다고 결론 짓고 있다.(p.115)

제 5 장은 비교적 순수한 法學의 次元의 논의로서 조선시대의 法論理 (Korean legal reasoning)를 분석하고 있다. 여기서 중심이 되는 관점은 재판관이 재판을 행할 때 있어서 순전히 法文의 해석에 근거하고 있는가 아니면 非法的 要素가 고려되고 있는가, 고려된다면 그 정도가 얼마나 만큼인가 하는 문제이다. 심리록의 판례는 대부분이 殺獄사건으로서

犯罪事實이 立證되었을 때 당시의 法에 따른다면 死刑(「斬」혹은「絞」)에 처하는 것이 마땅하나 이러한 경우는 극소수에 지나지 않고 대부분의 경우 減輕되고 있다. 이때 法에 따르지 않고 法의 要求보다 감경하는 근거는 매우 다양하다. 그러한 근거를 밝히기 위하여 제 1절 刑罰의 目的, 제 2절 判決의 指導原理, 제 3절 한국의 法論理에 있어서의 法心理學의 순서로 논하고 있다. 이러한 관점은 날카롭다고 할 수 있으나 그러한 作業은 결코 쉬운 일이 아닐 것이다. 그리하여 著者도 斷定의 인 표현은 삼가하고 있는 듯하다. 18, 19 C 한국에서의 재판을 바라보는 그의 입장은 그리 명확하지는 않으나 대체로 보아서 재판관의 態意性의介入을 부인할 수 없다고는 하나 그러나 그러한 정도의 態意性은 다른 어떠한 법체계를 가진 곳에서도 발견되는 것이라고 하여 비교적 한국법문화의 에토스를 높이 평가하는 듯하다.

제 3부는 자료편으로서 제 2부에서 분석의 토대로 삼았던 심리록의 판례를 英譯하고 심리록의 자료적 가치와 書誌的 사항을 담고 있다.

四.

이렇게 해서 수박겉핥기식으로나마 그의 저서를 일별해보았는데 내용에 있어서 우리에게 시사해주는 면도 적지 않을 뿐만 아니라 法史學이나 歷史學의 方法論에 대하여 하나의 새로운 視角을 제시해 주었다고 생각된다. 그의 말처럼 한국법사학계는 수많은 Maitland를 기다리고 있는 형편이다. 그가 本書에서 제시한 것은 문제의 해결이라기보다 더욱 많은 문제의 제기로 보여지는데, 어쨌든 言語와 文化的 장벽을 돌파하여 이만큼의 수준높고 批判的인 저서를 낸 저자의 정열과 숨은 노력에 친탄을 금할 수 없다.