

中國法制史研究의 現狀과 現存하는 主要한 問題¹⁾

張 晉 藩

중국은 세계적으로 저명한, 문명이 오래된 국가의 하나이다. 중국법제의 역사는 기원전 21세기 夏代에 그 막을 올렸다. 4천년에 걸친 끊임 없는 발전과정은 그 명료한 연혁, 내용의 豊富함, 자료의 충실, 돌출한 特色으로 세계 5대법제의 하나로서 인정되고 있다. 긴 중국의 봉건사회에 있어서 법제를 연구하고 있던 律學者의 家에는 그 후를 잇고 있던 자가 있었지만, 宋朝에 이르러 專制主義 통치가 강화된 후에 律學은 쇠퇴하기 시작하여 성과를 올린 중국법제사학자는 극히 희소하게 되었다. 20세기 초에 이르러 淸朝政府가 「新政」을 추진함과 동시에 法律改訂令을 내려, 당시 法律改正을 담당했던 대신 沈家本은 「옛것을 참고하고 현재를 참작하여 중국과 서양을 통합할」方針하에, 부르조아 국가의 法律을 도입하는 일방, 타방에서는 중국법제의 역사적 經驗도 總括했다. 여기서부터 일군의 중국법제사를 연구하는 학자가 배출되었다. 바로 이 시기에 일본

1) 이 글은 比較法雜誌(日本比較法研究所) 17卷 제4호(통권 45호), 1984에 실린 張晉藩(中國政法大學研究生院副院長, 中國人民大學教授, 中國法制史學會副會長) 교수의 일본비교법연구소에서의 강연요지를 번역한 것이다. 그는 1983년 11월 30일부터 1개월간 일본 中央大學校 客員教授, 일본비교법연구소 객원연구원으로 초빙되었다. 中國革命後 중화인민공화국에서의 법제사연구동향 및 유물사관적인 법제사연구의 흐름을 짚막히 개괄하는데 좋은 안내가 될 것 같아서 자료로 제공하고자 한다.

학자 淺井虎夫가 「中國法典編纂沿革史」를 編纂했다. 舊中國의 陳顧遠, 楊鴻烈 등이 일부의 자료를 수집하여 중국법제사를 撰著하고, 중국법제 變遷의 윤곽을 그려냈고, 개별적인 法典과 制度研究에 있어서 일정한 성과를 올렸다. 그러나 자본가계급의 法律論과 方法論에 빠진 관계로 중국법제의 역사적 현상을 과학적으로 분석하지 못하고 그 법칙성을 보여 줄 수 없었다.

新中國成立以後, 마르크스주의의 세계관과 方法論을 지도사상으로 하는 중국법제사학과가 創設되었다. 이 학과는 중국사회주의법학체계에 있어서 중요한 구성부분임과 동시에 政法대학, 專門學校의 필수기초과목이기도 하다. 이 학과의 임무는 중국의 각종 유형의 法律制度의 탄생, 발전과 변천의 법칙을 설명하고, 역사의 經驗을 總括하여 사회주의법 건설에 이바지하는 것이다.

1978년 이래 중국법제사학과는 신속히 발전하고, 敎學과 과학연구의 힘은 배로 증가했다. 1979년 9월 전국적인 학술단체인 중국법제사학회가 成立되었다. 1981년 6월에는 나를 주간으로 하는 「法律史論叢」이 출판되었다. 이것은 年刊의 성질을 갖는 논문선집으로 그 내용은 중국법제사, 中國法律思想史, 外國法制史, 外國法律思想史의 4학과에 미치고 있다. 「法律史論叢」은 전문적 학술성이 강하고, 그 特徵은 설명하여, 국내뿐만 아니라 國外에서도 발매되고, 외국학자로부터도 열렬한 지지를 받아 원고를 기탁받기도 한다. 그 第3期에는 일본의 저명한 중국법제사학자 滋賀秀三敎授의 논문 한편이 게재되어 있다. 금년(1984년) 10월에는 또한 「法制史通訊」이 創刊되어, 오로지 각지의 법제사학계의 학술 동향과 학술연구의 交流經驗과 성과를 보도한다.

1983년 8월에는 西安에서 중국법제사학회 年會가 개최되었다. 이 년회에서는 100여편의 논문과 일부분의 전문적인 서적을 모았을 뿐만 아니라, 특히 즐거운 것은 일군의 젊은 敎師와 연구자가 이미 育成되었다는 것이다. 이 연회에서는 중국법제사의 大型전문서 13卷, 5백여만자 상당을 가급적 속히 편찬할 것을 결정했다. 전국의 저명한 법제사학자의 대부분이 여기에 參加하였고, 나와 中國社會科院 法學研究所의 韓延龍 연구

원을 편집위원회의 責任者로 하여 일을 분담하고 협동하여 작업을 진행하고 있다. 특히 지적하지 않을 수 없는 것은, 近來 중국법제사를 둘러싼 국제학술교류활동이 나날이 활발해져 간다는 사실이다. 1981년 滋賀秀三, 島田正郎교수를 正副團長으로 하는 일본법제사연구대표단이 중국을 방문하였고, 작년(1983년) 11월 나는 아메리카·중국학술교류위원회의 초빙에 應하여 아메리카의 하바드, 예일, 콜롬비아 등 9대학에서 강의를 했고, 금년(1984년) 9월부터 10월에 明治大學의 岡野誠助教授가 중국 인민대학에서 내 강의를 들었으며, 이제 또 나는 貴校의 요청에 應하여 1개월간의 강의와 기타 활동을 진행하고 있다. 나는 이러한 국제간의 학술교류를 통하여 중국법제사학과의 발전을 促進할 뿐만 아니라, 동시에 학자간의 이해와 우정이 증강된다고 생각하고 있다.

나는 다음에서 현재 중국법제사연구에 있어서 급박한 몇건의 주요한 문제에 대하여 소개하고 싶다.

— 중국법제사의 上限, 즉 紀元年代에 대해서

현재의 공통된 인식은 기원전 21세기 夏王朝에 국가와 法律이 이미 형성되어 노예제법제사의 페이지가 열렸다는 것이다. 근년에 있어서의 地下發掘은 하대의 生産力水準이 이미 간단한 금속의 생산도구를 만드는 수준에 이르렀고, 더우기 상당규모의 커다란 궁전유적이 발굴되어, 하가 이미 초보적이지만 하나의 통일된 部落國家였음을 보여주고 있다. 원시사회 의 낮은 생산력 수준 속에서는 이에 상응하는 사회조직의 발전도 극히 완만했었다. 따라서 하 이전에 하나의 긴 국가와 법률의 형성과정 이 있었던 것은 의심의 여지가 없다. 古書에 「고요(咎陶)가 비로소 律을 만들 었다」고 했다. 고요는 요순시대의 司法官으로 그것은 夏禹이전이다. 지 하로부터 발굴된 하의 문화유적과 古書(書經, 尙書)의 기재는 어느 것이 나 우리들로 하여금 노예법제사의 상한을 달리 인식해야 할 필요가 있을 을 시사한다. 무시할 수 없는 지하발굴의 발견에 의해서 중국법제의 역사는 4천년이 아니라 그것보다 훨씬 길다는 것이 증명된다고 생각한다. 예컨대 1975년 湖北 雲夢 秦簡이 발굴되기 이전에 우리들의 진술에 대

한 이해는 대단히 낮았으나, 진간의 발굴은 기원전 2세기 진시대에는 법률이 이미 상당히 높은 수준에 있었다는 것을 응변으로 증명하고 있다.

二 중국법계의 年代와 特徵에 대해서

세계법계의 구분에 대해서 영국의 S.H. Tayer는 5대법계로 나누고 아메리카의 J.H. Wigmore는 10대법계로 나누고, 일본의 穂積 박사는 7대법계로 나누고 있다. 어느 분류에 따르건 중화법계는 세계적으로 공인된 하나의 법계이다. 중화법계의 기원에 대해서 하나의 관점은 법률이 있었던 때로부터 중화인민공화국의 사회주의법률까지가 중화법계에 속한다고 본다. 이 관점에 동의하는 자는 극히 적다. 또 하나의 관점은 중화법계는 즉 중국의 봉건법계라고 보는 것이다.

내 관점은 이렇다. 중화법계는 주로 봉건법계를 가리키지만, 그러나 그 형성에는 그 역사적 연원이 있고, 또 약간의 特色이 있어서 옛날에는 노예제법률속에 이미 그 맹아가 있었다. 중화법계의 최후는 20세기 초두 清末變法修律이후이다. 그러나 약간의 遺痕은 北洋정부와 국민당정부의 법률속에도 의연 발견할 수 있다.

공인된 하나의 법계가 된다는 것은 먼저 獨特한 체계와 特色이 있고, 다음에 어떤 국가와 지역에서 채용된다는 것이다. 이것에 의해서 나는 중화법계는 唐代에 형성된다고 생각한다. 왜냐하면 당의 봉건법제는 이미 성숙되고 정형화되어 독자의 체계를 형성하고 있을 뿐만 아니라 일본, 조선, 베트남에도 그 影響을 미치기 때문이다. 일본의 「大寶律令」, 「近江令」 조선의 「高麗律」, 베트남의 「國朝刑律」과 그 후의 「黎朝法典」 등은 모두 당율을 藍本으로 한 것이다. 당율에 의해서 대표되는 중화법계는 동남아시아의 약간의 나라의 봉건시대의 공통법계적 성질을 구비하고 있다고 할 수 있다.

중국고대의 경제구조, 역사와 문화, 민족풍속의 특수성에 의해서 중화법계의 기본적 特色이 형성되어 있지만, 이것은 내외의 학자가 모두 연구하고 있는 것이다. 이것에 대해서 나는 이미 몇 개의 글을 발표했고 이제 몇 가지 새로운 관점을 보충하고자 한다.

(1) 중화법계의 특색을 고찰하려면 전면적이고 종합적인 연구를 하지 않으면 안된다. 이전에 있어서 중국고대에는 형법만 있었다고 생각했지만 그것은 오류였다. 지하에서 발굴된 것, 그리고古籍의 기재로부터 중국고대에는 민법, 경제법, 행정법, 소송법 등 각각의 법규가 있었고, 내용도 비상히 풍부하다는 것이 증명되고 있다. 따라서 종합적·전면적으로 연구해야 비로소 본질적인 특색을 개괄할 수 있다.

(2) 중국고대의 법률은 황제의 행정권 사법권 입법권을 확인할 뿐만 아니라 더우기 황권을 神權·父權과 交合시키고 있다. 황제는 上天의 寶命을 받아 民의 父母가 되고 있다. 이것은 서양과 다른 것인데 의심할 바 없이 이 결합은 황권을 강화하고 있다.

(3) 諸法合體, 民·刑不可分에 대해서

이것은 일부의 대표적인 형법전 속에 기타의 법률규범을 범한 경우의 형사제재를 가리키지만, 그러나 이것을 제외하고는 역시 각종 부문의 법규가 있었다. 예컨대 민법, 경제법, 행정법 등. 따라서 중국고대의 법률에는 民, 刑으로 구별이 있었고, 諸法이 併用되었다고 말할 수 있다.

三 과거에 있어서 중국법제사연구는 오로지 儒家學說의 법률에 대한 영향만에 주의를 기울였다는 것은 의심의 여지가 없다. 그러나 道敎, 佛敎는 모두 1~2천년 존재하였고, 그 영향을 무시할 수 없다. 漢初의 입법은 黃老의 학설의 지배하에 있었다. 西安에 지금도 보존되고 있는 唐御史臺의 精舍碑, 그것은 佛敎의 영향을 반영하고 있다.

四. 批判과 繼承의 문제에 대해서

문제는 무엇을 계승하고 어떻게 계승하느냐에 있다.

중국 4천년 역사의 발전 속에서 극히 풍부한 법학유산이 남아 있을뿐만 아니라, 또한 역대 통치자가 법률을 운용하여 경제를 보호, 발전시키고, 中央과 地方의 관계를 조정하여 국가기구의 活動을 확보했던 모든 일에 수많은 經驗이 축적되어 있다. 이것이야말로 漢·唐·明·淸 등 봉건 왕조가 기백년이나 통치를 계속하여 왔던 원인의 하나이기도 하다.

다음에 입법과 사법의 각도로부터 볼 경우, 봉건통치자는 동시에 입법할 것을 주장하고, 定期에 律을 수정하고, 재판은 율에 기초를 두고 終半讀鞫, 死刑復審 등을 주장했다. 당연한 것이지만 이러한 주장과 규정은 모든 왕조가 실행한 것은 아니다. 우리들은 착취계급의 옛 법률에 대해서는 현실의 거울로 삼는 각도로부터 출발하고, 비판과 선별 속에서 약간의 합리적인 요소와 경험을 吸收한다. 이것이 마르크스주의의 역사유산에 대한 態度이며, 역사변증법의 발전을 존중하는 것이다.

여기에 重複하여 지적할 필요가 있는 것은 사회주의법제의 연원으로서의 혁명근거지의 법제건설은 겨우 20년 밖에 안되었지만 그러나 보다 가치있고, 보다 현실적 의의있는 역사경험을 제공하고 있다고 하는 것이다. 예컨대 혁명의 중심임무를 중심으로 하는 법제건설, 인민이 國家管理에 참가하는 것의 보증, 인민의 모든 민주적 권리의 보증, 진압과 寬大를 결합시킨 형법의 기본원칙, 범죄자에 대한 勞動改造政策, 군중에 의거한 현지에서의 심리의 실시 및 人民陪審과 민주적 화해의 재판제도 등은 모두 우리들이 중시하고 계승할 가치가 있는 것이다. (沈義基譯)²⁾

2) 영남대학교 법과대학 법학과 助敎授