

中國法制史의 研究*

曾憲義·韓大元**

目 次

- | | |
|-------------------------------|--------------------------|
| I. 中國法制史學科發展의 회고 | 1. 中華法系問題 |
| 1. 學科형성이전의 中國法制史 연구 | 2. 秦代의 “隸臣妾” 및 刑徒·刑期문제 |
| 2. 近代中國法制史學科의 형성 | 3. 《唐律疏議》制作年代문제 |
| 3. 中華人民共和國成立후 40년간 中國法制史學의 發展 | 4. 《唐六典》의 성격문제 |
| II. 中國法制史研究의 現狀 | IV. 中國의 진귀한 法制史料 및 이용 현황 |
| 1. 法制史敎學과 研究의 地位 | 1. 甲骨文·金文中의 法制史料 |
| 2. 人員과 기구 | 2. 睡虎之秦墓竹簡中の 法制史料 |
| 3. 研究의 분포 | 3. 漢簡中の 法制史料 |
| 4. 研究의 특징 | 4. 文書中の 法制史料 |
| III. 中國法制史研究의 몇가지문제 | 5. 檔案中の 法制史料 |

中國은 세계의 文明古國의 하나이다 수천년전, 광활한 中華대지에는 수많은 君主들이 중흥으로 누비며, 文治武功하여 하나의 經世濟民, 治亂興衰하는 역사의 그림책을 엮어왔다. 文官이 나라를 다스리는 文化傳統中에서 “刑德”은自古이래 각 歷代統治者들이 나라를 다스리는 두개의 손잡이로 되었고 法律制度는

*본 논문은 中國人民大學法學院의 曾憲義敎授가 1993년 3월 19일 서울대학교 호암생활관에서 열린 한국법사학회 제23차 학술발표회에서 발표한 내용을 同大學 韓大元敎授가 번역하여 게재하게 된 것이다.

**曾憲義. 中國人民大學法學院敎授, 法學院副院長, 中國法制史學會會長
韓大元. 中國人民大學法學院專任講師, 法學研究所 副所長

典章文物의 중요한 부분으로서 과거 수천년중에서 간단하고 直觀的인 習慣規則으로부터 現性思維로 충만된 제도로 되어왔다. 인류가 창조한 각종 文化成果중에서 法律制度는 비교적 집중적이며 돌출하게 社會를 調節하고 發展을 도모하는 주요과정에서의 思想과 行動을 反映하고 또 그 시기 사람들의 人間關係, 社會조직 및 哲學·宗教·倫理 등 方面의 觀點과 見解를 綜合的으로 反映한다.

때문에 우리는 法律制度가 발전한 역사로부터 한 나라·한 민족이 일층 發展하고 完善되는 階級을 살펴볼 수 있다. 中國의 4천여년의 歷史에서 前人들은 우리에게 아주 豐富한 法制史料을 남겨주었다. 예를 들면, 殷墟甲骨·西周銘文·秦漢簡牘·敦煌經卷·吐魯番文書·明清檔案 및 풍부한 文献典籍·官私史記·鄉規民約·契約文書 등이다. 위의 史料들은 내용이 豐富하고 또 수량이 많기로 세계에서 보기도 드물다고 하겠다. 이런 보귀한 자료를 충분히 이용하여 中國의 不동한 歷史時期의 法律制度產生·發展과 變遷을 연구하며, 前人들이 나라를 다스리고 社會를 조직한 經驗을 총화하면서 中華民族의 우수한 文化傳統을 계승하여 오늘의 社會를 일층 완벽하게 하는 것은 中國학계에서 법제사연구와 敎育을 進행하는 基本출발점으로 된다.

1949년, 中華人民共和國이 성립된 이래, 중국에서의 法制史연구는 많은 進進을 가져오게 되었고 연구성과도 아주 豐富하다. 본 논문에서는 中國法制史의 몇 가지 문제점을 간단히 소개려한다.

Ⅰ. 中國法制史學科發展의 回顧

1. 學科形成이전의 中國法制史研究

自古이래, 中國에는 尊祖敬宗·尊崇歷史의 傳統을 가지고 있다. 前代法制政令의 得失를 총화하고 歷史中에서 治亂興衰, 內聖外王之道, 더 나아가 社會와 人生을 체험하는 것은 中國古代에서 地位가 가장 尊崇한 學術研究였다고 하겠다. 三代時期, 前代의 禮樂刑罰制度를 研究·흡수·損益하는 것이 주요한 活動으로 된다. 東漢의 班固가 쓴 《漢書》에는 처음으로 “刑法志”가 설치되어 前代法制的 개

혁·변천을 집중적으로 총화하였는데 그후의 절대多數官修正史중에는 모두 “刑法志”를 規定하여 官修正史中에서 보존이 가장 집중된 史料로 된다. 隋唐이후, 각朝代에는 國史館혹은 翰林院을 設置하여 科學英才을 흡수하여 官方史學연구 및 편찬기구로 하면서 계통적으로 前代의 政治·法制活動을 자세히 記錄하였다. 唐宋明清시기에는 몇부의 중요한 官修類書가 있었는데 그 예로는 《藝文類聚》, 《太平御覽》, 《冊府元龜》, 《古今圖書集成》등 巨著에는 刑法혹은 刑罰制度가 있었다. 특히《古今圖書集成》中の 祥刑典은 각 朝代에서 내려온 法律·典章·제도를 系統적으로 수집·정리및 초보적인 연구를 하였다. 상대적으로 발달한 非官方史學연구에서 法律制度는 “治國平天下”의 불가피한 過程으로서, 학자들의 관심을 가지게 된다. 失秦諸子로부터 漢代“務在深文”의 刀筆관리까지, 유명한 唐代시인 白居易으로부터 儒家의 “復聖”으로 불리우는 理學大師朱熹까지, 모두 法制·歷史를 논한글들이 있다. 私人著述中에는 杜佑의《通典》, 鄭樵의《通志》, 馬端臨의《文獻通考》가 있었는데, 그 중에는 前代에서 대대로 내려오면서 전해진 典章제도가 비교적 계통적으로 적혀져 있다. 물론 中國古代의 專門的으로 法律制度을 연구한 律學은 기본상에서 史學에 속하지만 法律理論·法律制度·法律歷史을 専門적으로 연구하는 律學전문가는 아주 많았다고 한다. 더욱이 清代末年에 와서 淸政府의 내외교난으로 하여 統治方式을 고치게 되었고 變法修律을 추진하기위해 淸末律學大家沈家本先生을 위임하게 된다 “中外를 참고로 古今을 통찰”한다는 의도에 따라 沈家本先生은 많은 서방나라의 法典·法律저작을 번역하는 동시에 明朝에 이르는 수천년中の 立法·司法을 계통적으로 고찰하고 총화하여《歷代刑法考》·《漢律拾遺》·《明律目箋》등 중요한 법제사저작을 쓰게된다. 위의 저작에서 沈家本은 中國數千年間의 律令·刑法·刑罰·監獄·刑具·行刑制度·監法·私茶·酒禁·刑官등 制度에 대하여 역사의 발전을 주선으로 하여 자세히 살피른다. 沈家本이 中國古代法制에 대한 全面的인 연구는 學科成立前法制史연구의 마지막 총화로 된다. 그의 연구는 近代意義上의 中國法制史學科형성에 기반을 마련하게 된다. 때문에 中國法制史學科發展史에서 沈家本先生은 손색없는 선인들의 뒤를 이어받아 계속 발전시킨 중요한 인물로 평가받고 있다.

沈家本이전의 각 時代의 학자들은 法制史研究를 위하여 많은 자료를 정리·보존하였고 素材를 누적한 바 그 功績과 역할은 높은 평가를 받아야 한다. 물론 위의 非學科性的인 연구에는 여러가지 미숙한 부분도 적지 않다. 첫째, 巨視적인 이론과 체계가 결핍되어 많은 연구는 특정한 시대나 구체적인 제도에는 充實했다고 인정할 수 있으나 총체적으로 볼때 지리 支離破碎(支離破碎) 했다는 인상을 준다.

둘째로, 대부분의 연구성과는 구체적인 史料에 대한 누적이지만 이론성과 종합적인 분석이 결핍했다고 하겠다.

위의 한계는 近現代意義상, 中國法制史學科가 형성된 후에야 근본적으로 해결되고 시정하게 된다.

2. 近代中國法制史 학과의 형성

中國法制史學科의 형성은 20세기초엽에서 시작된다. 1840년부터, 특히 1900년 이후 歐風美雨·西學東漸의 배경아래 中國의 傳統적인 學術體系·研究方法은 충격을 강하게 받게 된다. 現代觀念의 文化선구자 嚴復·梁啓超·沈家本등 사람들은 傳統學術로부터 近現代科學으로 전환하는 中介역할을 하게 된다. 신해혁명이 승리한후, 封建文化專制의 질곡은 봉건정치기구와 함께 무너지게 되면서 中國現代學術의 形成과 發展을 추진하게 된다.

1919년의 “5·4”운동으로 하여 서양의 비교적 선진적인 學科分類方法·科學研究體系·研究方法 및 近現代교육체제의 도입이 시작된다. 20세기 20년대, 中國의 고등법학교육은 점차적으로 系統을 형성하게 되며 일부 全國성적인 法律專科大學도 점차적으로 건립된다. 中國歷史上的 法律文化和 法制制度를 연구하고 소개하는 것은 正規法學교육의 불가피한 내용으로 된다.

이러한 배경하에서, 독자적인 연구범위·研究理論과 體系를 가진 中國法制史學科가 독립하게 되며 日本에서 傳해온 “中國法制史”란 내용의 광범한 學科名稱도 中國學者들에 의하여 公認받게 된다. 1920년, 朝陽大學에서 法科大學學生을 對象으로 《中國法制史》·《中國法制史法學通論》을 출판하게 된다. 그뒤 中國大學

·上海法政學社·山西大學法學院에서도 程樹德·馮福臻·朱方 등 학자들이 中國法制史를 가르치게 되었고 中國法制史研究은 신속히 발전하는 단계에 이르게 된다. 이시기, 程樹德이 쓴 《九朝律考》, 楊鴻烈의 《中國法律發達史》, 陳顧遠의 《中國法制史》, 徐朝楊의 《中國刑法溯源》, 丘漢平的 《歷代刑法志》, 瞿同祖의 《中國法律과社會》 등 책이 잇달아 출판되게 된다. 이와 더불어 우수한 法制史學者가 점차 적으로 성숙하게 되었는데 이들이 中國法制史에 대한 공헌과 쌓아올린 업적은 높이 평가받고 있다.

첫째, 이 시기 中國法制史연구는 점차적으로 독자적인 研究範圍를 가지게 되는데, 총체적인 학과연구는 相當한 수준에 이르게 된다.

둘째, 本學科의 일부 重要한 理論문제, 예를 들면 中國古代法律의 특징, 中國古代文化와 中國古代法律의 관계, 中華法系의 특징 및 미래 등 문제를 깊게 다루게 된다

세째로, 大量적인 法制史資料를 추적·정리·보존하게 된다. 1949년이전의 法制史연구는 史料가 豊富한것을 특징으로하였는데, 史料의 수집·정리·감별방법 등은 오늘날 法制史연구에 많은 도움을 주고 있다. 그러나 學科發展의 초보적인 단계로서 이시기의 中國法制史연구는 미숙한 점을 면키 어렵다고 하겠다.

① 연구의 범위로보면, 연구중심이 法制通史였고 通史中에서도 漢·唐·明 등 중요한 朝代에 偏重하게 되며 先秦·秦및 遼金 등 시기의 연구는 상대적으로 미숙했다. ② 연구方法으로 보면, 이 시기의 연구는 주로 史料의 豊富함을 특징으로 한 바 理論적인 分析이 결핍했다. ③ 傳統적인 “國粹主義”와 政治관점의 영향으로 하여 中國古代法律制度을 評價할 때 관점이 완전히 客觀·公正·科學적이었다고 할 수 없다.

(3) 中華人民共和國성립후 40년간 中國法制史學의 발전

40년이래, 中國의 政治변혁은 社會文化 各분야의 심각한 변화를 가져오게 되었고 새로운 學術이론·指導思想 및 새로운 學術체계를 점차적으로 형성한다.

1952년, 中國의 法學교육과 法學연구는 점차적으로 시작되고 그 시기의 中國

人民大學法律學部·북경대학법률학부·북경정법학원 등 대학에서 中國역사의 法制체도를 주요내용으로 法制史과목을 개설하여 새로운 이론·새로운 연구방법으로 中國法制역사의 학술연구를 분석하는 활동이 활성화 된다. 그 후의 40여년간, 中國에서 法制史의 연구는 폭발적인 發展과정을 경과하게 된다.

1966년이전은 우리나라의 政治生活·社會生活이 기본상 正常적인 시기로서 中國法制史學科의 건립이 기본상 완성되며 學科名稱·研究範圍·研究方法·자료수집·정리 등 과제에서 일부 논쟁은 있었지만 총체적으로 볼 때, 새로운 理論이 지도한 中國法制史體系는 초보적으로 형성되어 연구가 깊게 진행될 수 있었다. 이시기 法制사연구에서의 문제점은 주로 ① 敎條主義와 소련모델의 영향을 받아 국가제도와 法律制度를 나란히 法制史學科의 연구내용으로 하였는데 실제 연구중에서는 국가일반제도, 예를들면 정치체제·군사제도의 연구가 많은 비중을 차지하게 되었다. ② 科學理論의 편면적인 이해로 이시기의 연구는 주로 정권의 성격·法律制度의 계급본질 등 정치성이 강한 重要한 이론문제만 다루고 中國역사상의 풍부하고 다채로운 구체적인 法律制度의 연구성과는 상대적으로 적었다는 점 ③ “左”적인 사상의 영향으로 이 시기 착취계급유형의 法律制度에 대한 이론적비판이 너무 많은 비중을 차지했으며 그 평가도 객관성이 부족했다는 점이다.

1966년부터 시작된 “문화대혁명”은 국민경제에 심한 파괴를 주었고 사람들이 사상에도 큰 혼돈을 가져오게 한다. 이 시기 “法律虛無主義”의 관념과 비이성적인 정치열정으로 하여 전국의 주요한 법과대학은 해체되고 定規적인 法學교육은 정지되어 나라의 學術연구는, 偃旗息鼓(깃발을 내리고 북을 멈춘다)하여 활성화되기 시작한 中國法制史연구는 점차 정지상태에 이르게 된다.

1976년10월, “4인방”이 붕괴되고 더욱이 1978년 11屆3中全會의 새로운 방침은 中國社會변혁의 주요한 계기로 된다. 사람들은 냉정하고 理智적인 머리로 社會問題를 사고하게 된다. 이러한 社會환경의 변천을 계기로 中國法制史學科의 講義와 연구는 비로소 회복되며 새로운 형세아래 신속한 발전을 가져와 法制史學科의 역사상 연구가 깊게 되고 성과가 제일 많은 흥성기에 들어선다

통계에 따르면, 1978년부터의 14년간 중국법제사학계에서는 中國法律史의 학술저작·교과서·사전을 200여부 출판하였고, 中國법제사에 관한 연구논문은 2500여편에 달한다. 총체적으로 보면, 이 시기 中國法制史연구에서 얻은 주요한 성과는 아래와 같다.

첫째, 완벽한 學科體系가 기본적으로 형성되었고 선인들의 경험과 성과의 기반위에서 “左”적인 영향과 소련모델의 영향에서 벗어나 中國法制史의 연구범위가 확정된다. 中國法制史란 中國역사의 각 시대 주요정권의 法律제도를 집중연구하고 法律제도와 밀접한 연계를 가지고 있는 法律사상·윤리도덕·풍속습관을 연구하는 종합적인 學科이다. 학과의 名稱은 역시 “中國法制史”로 된다.

둘째로, 法制史學科의 기본진립을 완성하게 된다. 이 시기 中國법과대학과 연구기관에서 비교적 完善한 法制史강의와 연구人員이 형성되고 체계가 대체로 일치하며 풍격이 서로 다른 교과서가 많이 출판된다. 全國적인 학술단체도 이 시기에 성립된다.

셋째로, 연구성과의 범위가 일층 확대된다. 1978년 이후, 中國法制史의 연구성과는 점차적으로 각 시대의 法律사상·立法活動·典章律令·刑律·民事·혼인·錢債·상속·司法소송·憲政·行政法規·小數民族習慣法·가족법규등 方面으로 발전된다.

넷째로 연구성과의 심도와 질이 높아진다. 이 시기 자료가 풍부하고 논증을 거친 우수한 法制史論著가 問世하게 되고 총체적인 연구수준이 높아진다.

다섯째로, 역사상의 법률제도에 대한 평가가 객관적으로 된다. 정치요소의 영향을 배제했기에 1978년이후, 실사구시적으로 中國역사의 法律制度를 연구·분석하게 되고 객관적으로 역사인물을 평가하게 되면서 法律·法令 및 法制활동은 中國法制史학계의 보편적인 共識으로되면서 研究成果의 객관성과 학술성이 보장된다.

Ⅱ. 中國法制史연구의 현황

1. 法制史강의와 연구의 地位

歷史傳統을 중요시하는 中國社會에서 역사에 대한 연구는 학술연구분야에서 중요한 위치를 가지게 된다. 中國法制史가 연구하고 있는 내용은 中國歷史上의 法律制度이고 연구대상·연구方法으로보면 歷史學의 범주에 속하나, 專攻속성으로 보면 농후한 法律색채를 가지고 있다. 中國에서 中國法制史는 보통 法學분야의 기초학과로 된다. 역사를 연구하고 있는 史學者들도 때로는 法制史 또는 특정역사시기의 법률제도에 흥미를 두고 있으나 법제사를 강의하고 연구하고 있는 연구인원의 귀속·연구기구의 설립·교과과목설치 및 과학연구의 項目으로 볼때 中國法制史는 法學敎育과 연구의 주요部分으로 된다.

中國法制史는 史學의 일부분이면서도 法學분야의 주요한 기초학과로 된다. 中國敎育부의 학과분류규정에 따르면, 中國法制史는 法學類의 2급學科로서 法律專功의 학부·專門學科의 必修과목으로 된다. 각 법과대학에서는 中國法制史과목을 1학년 혹은 2학년에 설치하며 강의시간은 54-90시간이다.

2. 연구인원과 기구

現在, 中國에서 中國法制史 강의와 연구에 종사하고 있는 연구人員은 300여명으로서 주로 각 법과대학과 中國社會科學院법학연구소, 각 省社會科學院法學研究所 등 기구에 속해있다. 위의 기구에서는 中國法制史강의 이외, 또 中國法制史 전공의 석사연구생·박사연구생을 육성하는 임무도 맡고 있다. 現在, 中國法制史學科의 교수·부교수는 50여명이요 법제사박사학위를 수여할 수 있는 대학으로는 中國人民大學法學院과 中國政法大學이다. 박사연구생을 지도할 수 있는 교수가 2명, 석사학위를 지도할 수 있는 교수가 30여명이 된다.

1979년, 법률사를 연구하는 학자들로 民間學術단체-中國法律史學會가 결성되었다. 學會아래, 中國法制史研究會·外國法制史研究會·西方法律思想史研究會·中國法律思想史研究會·法律古籍문헌정리研究會·儒學과傳統法律문화研究會·民

族法制史硏究會·東方法律文化硏究會등 分會가 있다. 學會는 주로 연락·조직·협조 등 硏구사업을 하며 硏구성과를 교류하여 교학과 硏구를 추진한다. 현재 學會회원은 500여명인데 전임會長으로는 解鐵光(一代)·李光燦(二代)·張國華(三代)교수이고 현 會長(四代)은 曾憲義교수이다.

3. 中國法制史硏究분포

中國法制史硏究는 보통 古代法制史와 近現代法制史 등으로 나뉜다. 一般法學 敎育과 硏구중에서 中國古代法제도의 비중이 많아 대부분 교학과 硏구인원 심지어 학생들의 흥취도 古代部分에 많이 집중된다. 그 原因은: (1)中國古代法제도가 존재한 시간이 길고 내용이 풍부하여 硏구내용이 많다는 점이고: (2) 中國古代法律제도의 특징이 明顯하면서 취미가 있다는 점이라 하겠다.

中國학계에서는 보통 中國古代法制史가 기원전 21세기 夏朝성립으로부터 시작되며, 서기1840년이전의 淸王朝까지 보고 있는데 先秦(三代 및 春秋戰國時代), 秦·漢·三國兩晉南北朝·隋唐五代·宋 및 遼夏金·元·明·淸 등으로 나뉜다. 유의해야 할 점은 40여년간의 中國考古學의 돌출한 성과로 夏朝가 中國歷史上 최초의 國家정권이라는 觀點이 통설로 되어 다수 학자들이 인정하게 되고 학계에서는 夏朝를 中國최초의 국가형태로 硏구하고 있다. 夏朝이전의 傳說시대는 믿을 만한 史實證明이 결핍하므로 보통 正史로는 硏구하지 않고 있다. 法制史硏구에서, 일부 학자들은 傳說時代 및 夏朝이전의 “法모태”를 硏구하고 論述하고 있으나 中國古代法の 起源, 中國法制史上의 上限에 대한 見解는 史學분야와 일치한다고 하겠다. 물론 이것은 절대적인 결론은 아니므로서 考古學의 硏구성과로 上限을 자연히 앞당길 수 있다. 1840년이후의 淸王朝는 서방열강들의 침입으로 近代法制史의 硏구범위에 들어간다.

中國法制史의 硏구는 觀念상으로 通史硏구·斷代史硏구·專史硏구 및 專題硏구로 나뉜다. 通史硏구란, 數千年間 존재한 古代法律制度·法律文化를 하나의 총체로 보고 계통적으로 서술하면서 中國古代法律制度의 총체적인 윤곽과 특징을 살펴보는 것을말한다. 通史硏구는 일종의 巨視적인 개괄로서 一般大學校법률전

공학생들에게 주로 通史를 소개한다. 通史의 연구는 물론 斷代·專題연구의 기반 위에서 성립된다.

斷代史연구란 특정朝代의 法律制度를 집중연구·記述하는 것인데 立法思想·立法活動·典章律令·刑法과·刑罰·婚姻田債·家庭關係·訴訟制度·行政管理·地方風俗·法制得失·총체평가 등이 포함된다. 全面的인 연구를 통하여 특정한 시기의 法律제도의 면모를 이해하고 全盤적 古代法律文化변천과정중의 역할을 고찰한다. 研究가 진행되던 초기, 연구자들의 주의력은 주로 各朝代의 “祖宗成憲” 즉 建國초기의 法律制度에 집중된다. 近年末, 연구의 발전에 따라 학자들의 흥취는 各朝代中後期法제도의 연구에 집중되는데 그 예로는 漢代中後期の 法制變革·兩晉南北朝法制儒家化·唐代後期法制變化·南宋의 條法事類·明朝間刑條例의 修訂·清朝의 定例等이다.

專史연구란 주로 法律部門의 성격에 따라 中國古代刑法·民事制度·訴訟制度·立法沿革史·行政管理制度·監察制度등을 연구하여 各部分法律 및 각종 법제도가 지난 數千年中의 源流와 발전을 계통적으로 記述하는 것이다. 이러한 연구는 現代科學學術연구에 좋은 도움이 된다.

專題연구란 역사상의 구체적인 제도와 문제를 연구하는 것을 말한다. 古代法制通史·斷代史·部門法史는 보통 점차적인 專題연구를 통해 完善化 된다. 근 10년간 발표된 法制史學術논문중에는 구체적인 문제와 제도를 논한 논문이 비중을 많이 차지한다. 이러한 누적으로 法制史학과의 연구는 심도와 廣度면에서 많은 진전을 가져오게 된다.

4. 中國法制史研究의 특징.

中國의 法制史學者들은 多年간의 法制史研究을 거쳐 연구의 角度·연구의 方法 등 면에서 自己의 특징을 형성하게 된다.

첫째, 中國法制史연구는 史論를 결합한다. 史料를 충분히 장악하고 확실히 論證한 기반위에서 여러 角度로 장악한 史料를 분석하여 이론성이 강한 결론을 내린다. 예를 들면, 구체적인 법률제도를 연구할 때, 이 제도와 관련된 史料를

직접 장악할 뿐만 아니라 기타 상관되는 자료도 수집하여 그 제도 產生의 각종 배경을 설명하고 제도가 운영된 후의 영향 및 인적평가를 한다.

둘째로, 中國法制史연구는 歷史가 現實에 대한 참고역할을 중요시한다. 中國은 立國 수천년이래, 각 朝代의 統治者들은 統治를 공고히 하고 國家의 安定을 도모하기 위해 풍부한 통치경험을 누적하게 되고 그중에서 두드러진 특점은 法律수단을 운용하여 나라를 다스리는 경험을 쌓았다는 점이다. 이러한 경험 혹은 교훈은 前人들이 우리에게 남겨준 보귀한 精神財富로 된다. 同時에, 과거 數千年中, 中國은 封建專制시대에 처해 있었는데 封建法律에는 사회등급제도를 강조하는 불합리한 요소가 많았다. 때문에, 中國의 法制史연구는 歷史와 현실의 내재적 관계를 비교적 중요시하여 다른면으로 현실에 유용한 법률史料를 발굴하여 현대社會를 발전시키는 참고로 한다. 同時에 古代法律제도중의 不合理한 요소를 분석·評述하여 사람들의 現代法治관념을 제고하게 한다.

셋째로, 法制史연구는 分工과 合作을 주요한 요소로하여 매개의 연구자는 자기의 연구분야와 연구흥미가 있고 또 총체적인 協調와 상호보완에 주의한다. 中國法律史學會는 연구의 상호協調면에서 주요한 역할을 한다. 學會는 보통 매년 定期 혹은 不定期學術세미나를 가지며 서로 교류하고 서로 정보를 교환하면서 공동히 여러레벨의 科學研究項目을 완성한다. 예를 들면, 1987년 中國法律史學會 소속 中國法制史研究會는 昆明에서 세미나를 가지고 《中國法制通史》시리즈편찬을 논의하였다. 이 연구계획에 따르면, 《通史》를 12권으로 되는 책으로 출판하는데 총 字數는 600만자인데 2000만자에 가까운 史料를 정리해야 한다. 그중 古代法制史가 9권을 차지한다. 中國대부분法制史연구기관의 학자들이 이 연구에 참석하게 되는데 지금 편찬중에 있다.

Ⅲ. 中國法制史연구의 몇가지 문제

10여년래, 中國法制史學界에서는 中國法制史연구를 깊게 하면서 연구범위를 넓혀왔는데 논의되고 있는 문제는 매우 많다. 아래 몇가지만 간추려서 소개하겠다.

1. 中華法系問題

中華法系문제는 中國古代法制史연구중의 重要한 이론문제로 된다. “法系”란 개념은 서양의 학자들이 풍격과 특징에 따라 世界上의 法制度群體에 대한 일종의 개괄과 分類로서 不同한 文化類型의 法制제도의 특징을 설명하려는 데 목적이 있다고 하겠다. 금세기 20년대, 서양의 학술사상이 대량적으로 도입됨에 따라 “法系”, “中華法系”의 개념이 中國學術界에 공인되어 한 차례의 논쟁을 가져오게 된다. 前司法院院長居正·法制史學者 程樹德·丁元普·陳顧遠·薛祀光·馬存坤 등은 논문을 써서 이 논쟁에 참가하게 되는데 초보적인 통계에 따르면, 1929-1947년에 발표된 논문중에서 中華法系에 관한 논문이 20여편이 된다. 1980년, 中國法制史연구가 전면적으로 回後될때, 반세기 이전에 논의되었던 문제가 또 인기있는 문제로 되었다. 이번 토론에는 주로 두가지 문제가 논의되었는데 그중의 하나가 中華法系의 斷限 및 내용이다. 일부 학자들은 中華法系란 광의상 古今中國의 모든 法律제도를 말한다고 하고 일부학자들은 中華法系는 마땅히 中國古代法律制度을 말한다 (주로 봉건시기의 法律제도)고 인정하였다. 실제상으로 보면, 法系를 형성하는데는 두가지 요건이 필요한데, 우선 하나의 母法이 존재하므로 일정한 체계를 이루면서 自己특색이 있는 法律體系를 傳播者로 하는 것이고, 다른 하나는 承受者(접수자) 즉 이 母法이 실제상에서 다른 나라의 法律制度에 대해 영향을 미치며 하나의 子法계통을 형성하는 것이다. 이 차원에서 볼 때, 中華法系는 中國封建時代의 法律制度이며, 唐律을 대표로 한다. 母法으로서의 封建法의 형성과 발전의 長期적인 과정을 거쳐 唐律의 제정시기에 와서는 完全히 성숙되며 東南亞등 封建國家에 큰 영향을 미치게 되어 中華法系는 정식으로 형성된다. 20세기초, 封建社會의 해체로인해 中華法系는 독자적으로 존재하는 기반을 잃게 되면서 멸망된다. 치열한 논쟁을 거쳐 위의 관점이 하나의 통설로 된다. 둘째로는 中華法系의 특징이다. 中華法系법률제도의 기본특징은 무엇인가에 대해 論者에 따라 관점은 부동하였지만 中國古代法律제도의 倫理性을 하나의 특징으로 규정하고 法律制度의 발전 변천과정에서의 儒家학설의 영향과 역할을 유의하는 면에서는 서로 공통하다고 하겠다. 물론 中華法系의 형성원인

에 대해서는 論者에 따라 見解가 서로 갈라지고 있다.

2. 秦代의 “隸臣妾” 및 刑徒·刑期문제

近年末의 中國法制史연구에서 秦代의 “隸臣妾” 및 刑徒·刑期문제는 아직 해결되지 않고 있는 문제이다. 문제자체의 복잡성과 文物·문헌자료의 상호모순으로 논쟁은 더욱 격렬하게 된다. 근년이래 이 문제를 다룬 논문이 30여편에 달한다. “隸臣妾” 문제의 초점은 “隸臣妾”의 신분과 성격문제인데 다시말하면, 秦代 “隸臣妾”은 官奴隸인가, 아니면 刑徒인가, 혹은 官奴隸의 稱號인지 아니면 刑徒의 일종인지등 문제이다. 논쟁중에서 아래와 같은 다섯가지 견해가 서로 갈라지고 있다.

- ① “隸臣妾”은 官奴隸이다. ② 隸臣妾은 刑徒이다. ③ 刑徒에 속하지만 실질상에서는 奴隸의 신분을 가진다. ④ 隸臣妾은 奴隸간여속성을 가진 刑徒이다. ⑤ 隸臣妾은 官奴隸이면서도 刑徒이다.

“隸臣妾” 문제와 관련하여 秦代의 刑徒는 刑期가 있는가, 中國의 歲刑은 도대체 어느 때부터 생겨나는가, 등의 문제도 法制史學界에서 많이 논의되고 있는 문제이다. 이 논쟁은 “隸臣妾”의 문제와 서로 연관되어 있는문제이기에 오랜동안 논쟁을 하게 된다. 주로 두 가지 견해가 있는데, 그 하나는 일부 학자들은 秦代의 刑徒가 刑期가 없었고 漢文帝의 刑制改革이후에야 中國역사에서 歲刑이 있게 되었다고 주장한다. 일부 학자들은 “隸臣妾”과 刑徒는 秦代때는 서로 다른 뜻을 가지고 있었고 隸臣妾本身이 매우 복잡했기에 秦代의 刑徒는 刑徒로서의 隸臣妾를 포함하여 모두 期限이 있고 각종 徒刑의 年限까지 推算하였다. 위의 두가지 견해는 아직 서로 접근되어 있지 않기에 향후 더욱 많은 史料의 발굴과 발견에 기대하여 결론내릴 수밖에 없다.

3. 《唐律疏議》制作年代문제

唐代史籍기재가 명확하지 않아 지금까지 流傳되고 있는 《唐律疏議》의 制作年代문제는 中國法制史학계와 日本學者들 사이에 줄곧 논쟁되어 온 문제이다. 2,

30年代에 출판된 저작을 보면 서로의 견해는 같지 않다. 程樹德씨의 견해에 따르면, 《唐律疏議》는 곧 《貞觀律》이라고 인정한다. 일부 학자들은 《開元律》로 보고 있다. 陳願遠·朱方등 학자들이 위의 견해를 주장한다. 그렇지만 대부분 학자들은 《唐律疏議》는 《永徽律疏》라는 전통적 관점을 견지하고 있다. 그런데, 中國法制史를 연구하는 日本학자중에서 20세기초 사또오(佐藤誠實)가 의문을 제기한 후 《唐律疏議》制作年代의 의문은 점차 많아지기 시작했다.

1931년, 저명한 학자 니이다(仁井田升)와 마끼노(牧野) 二氏が 다시 佐藤의 학설을 주장하였다. 그들이 쓴 《故唐律疏議制作年代考》논문은 14만자에 달하는데 《唐律疏議》의 제작年代·作者·內容에 대하여 자기의 見解를 제출하였고 일곱개방면의 논거로 《唐律疏議》은 唐玄宗開元二十五年(서기737년)에 頒布한 《開元律》의 律疏이라고 주장한다. 이 설은 국제역사학계에 큰 파문을 일으켰고 특히 日本학자에게 준 영향이 크다고 하겠다.

1979년이전에, 中國학자들은 이 문제에 대해 설득력 있는 辨正를 할 수 없었기에 日本에서 출판된 唐代문화와 法制저작에서 《唐律疏議》는 開元年間에 제정되었다는 설이 通說로 되었다. 1979년이후, 中國法制史학술연구에 따라 《唐律疏議》의 制作年代문제는 法制史학계의 관심사로 된다. 1979년, 楊廷福이 《唐律疏議制作年代考》라는 논문을 발표하였고, 1982년에는 蒲堅이 《試論唐律疏議制作年代考》라는 논문을 발표하여 설득력있는 논증으로 半세기동안 진행되어온 학계의 논쟁에 종지부를 찍게 된다. 楊廷福의 논문은 주로 仁井田陞의 논점과 주요論者에 대해 반박성考證을 하여 역시 일곱개方面에서 《唐律疏議》가 開元律疏라는 설이 근거없음을 밝히게 된다. 蒲堅은 논문에서 과거 中國學者와 日本學者의 《貞觀律》설과 《開元律》설을 한 측면으로 반박하고 있다.

4. 《唐六典》의 성격문제

唐代이래 학술계에서는 《唐六典》의 성격과 평가에 대한 견해가 갈라지고 있다. 일부 학자들은 《唐六典》은 行政上 征引이 편리한 類書이라고 주장하고 또 일부 학자들은 開元시대의 現行職官誌이라고 하였으며 일부 학자들은 《唐六典》

은 역사가 오래되고 完整한 政治性官文書라고 주장한다. 1979년 이후, 中國의 많은 法制史학자들은 《唐六典》의 성격에 대해 긍정적인 평가를 하였고 中國현존의 가장 古老한 行政法典이라고 인정하였고 그 편찬은 中國封建法이 刑法典과 行政法典 두개 支流的 形성을 시작하게 되며 封建立法上 중요한 의의를 가진다고 평가한다. 물론 지금도 일부학자들은 《唐六典》이 行政法典설에 대하여 의문을 가지고 있으며 논쟁은 계속되고 있다.

Ⅳ. 中國의 진귀한 法制史料 및 이용상황

근 40년래, 中國의 考古學은 세계가 주목하는 성과를 가져오게 된다. 동시에 史籍·문헌·文書·石刻·靑銅器銘文 등 보귀한 사료가 발견·발굴·정리되어 많은 성과를 얻게 된다. 大量的의 보귀하고 信實이 있는 역사자료의 발견은 中國 학술계의 연구수준을 대대적으로 높이게하고 中國의 古代法制史연구에 직접적인 추진역할을 한다. 近年들어, 中國法制史학자들은 史料의 정리·연구·사용에 대해 관심이 많아지고 있다. 이러한 사료는 주로 ① 甲骨文과 靑銅器銘文, ② 奏漢竹簡木牘, ③ 각 시기의 文書資料, 예를 들면 敦煌文書, ④ 檔案史料, ⑤ 石刻 및 其他문물자료, ⑥ 國外에 소장된 中國法制史자료 등이다. 아래에 간단히 소개한다.

1. 갑골문·金文의 法制史料

甲骨文은 中國최초의 文字로서 商王朝中後期에 발달된것으로 알려져 있다. 20세기초, 甲骨文이 발견된 후, 저명한 학자 王國維·羅振玉·敦沫若 등 학자들의 考證과 辨認을 거쳐 오늘날 사람들이 甲骨文의 문자를 부분적으로 읽을 수 있도록 하였다. 商王朝의 일부 法律制度, 예를들면, “五刑”, “湯刑” 등은 甲骨文中에도 反映된다. 그런데 甲骨文을 大量적으로 사용하여 商朝法制를 연구하는것은 一定한 어려움이 있기에 여러학과의 협조와 노력이 필요한 것이다.

金文이란 靑銅器에 쓴 문자를 말하는데, 銘文이라고도 한다. 商王朝말기, 獸骨

에 쓴 甲骨文이 青銅器銘文에 의해 대체된다. 西周시기에 와서, 青銅器銘文이 발달하여 周王室 및 일부 諸侯顯貴들은 항상 青銅器皿에 分封·소송·田獵·商品交換 등 중대한 事項을 記述하였는데 青銅器上의 銘文이 자연히 西周法律제도를 이해하는 가장 확실한 史料가 된다. 대체적으로 漢朝부터 西周의 青銅器가 계속 발굴되어 그중 銘文이 相當部分 보존되었다. 근 10여년래, 中國의 일부 학자들은 悉心研核하여 銘文中에서 西周法律제도의 많은 내용을 정리하게 되었는데, 그 예로는 明德慎罰의 法律思想·민사분야중의 소유권제도, 계약형식·商品交換制度, 형사분야에서 罪名·刑罰제도 및 司法소송제도이다. 그 중에서 일부 銘文자료와 史籍자료는 서로 映證할 수 있어 以前 西周法律제도의 일부 결론이 더욱 충실하게 되는 근거로 된다. 일부자료는 史籍記載의 부족을 보충하게 되며 심지어 일부 전통적인 관점과 결론을 수정하게 된다. 전체적으로, 西周金文중의 法制史料의 정리와 발굴은 학술계가 先秦時期, 더욱이 西周法律제도의 연구를 일층 깊게 하고 발전할 수 있게 한다.

2. 睡虎地秦墓竹簡中の 法制史料

1975년전, 中國학술계는 秦代社會의 연구(秦代法律제도를 포함)가 미약한 부분이 많았다. 관념상의 한계 이외의 가장 주요한 것은 史料가 결핍한 것이라 하겠다. 秦朝정치의 잔혹성과 用刑의 가혹성만 기재했지, 史籍中の 秦朝의 法律제도에 사용할 수 있는 자료는 확실히 부족했으므로 法制史학자 예를 들면, 程樹德이 法制자료로 편성한 《九朝律考》는 秦은 쓰지 않고 漢부터 시작되며, 楊鴻烈이 쓴 《中國法律發達史》도 秦을 다른 나라와 함께 한 章으로 다루면서 秦代法制는 간단히 언급해 버린다. 1975년, 中國考古학자들이 湖北雲夢縣城關鎮睡虎地에서 秦代墓葬群를 발견하였는데 그중 秦代竹簡이 일천일백이장(枚), 근4만여자에 달했으며 대부분이 법률사료에 속해 抄錄한 秦代法律條文도 있고 官吏가 법률을 해석하는 것도 있으며 司法現場에서 勘驗된 實例 등도 있었는데 秦代法律제도의 연구에 매우 집중적이고 확실성 있는 풍부한 자료로 된다. 考證에 따르면, 이 竹簡에 기재된 내용은 적어도 商鞅변법으로부터 秦始皇30年, 150여년간의 주요

한 법률제도가 포함되며, 秦代法律의 전부가 아니지만 그 중에서 秦朝刑法·刑罰제도·行政管理·사법訴訟제도·民事경제제도 등 法律의 총체적인 상황과 秦朝의 法制風格을 볼 수 있다. 위의 史料에서 證明되다시피, 法家가 주장하는 “법으로 나라를 다스린다”, “皆有法式” 및 “輕罪重罰” 등 주장은 秦朝시기에 진정으로 실시된다. 秦墓竹簡이 公布된 후 秦代法制的 연구는 많은 성과를 가져오게 된다. 초보적인 통계에 따르면, 1977년부터 91년까지, 中國法制史학계에서는 秦代法制에 관한 논문 180여편이 발표되었고 지금 秦代 법제에 관한 연구는 활발해지고 있다.

3. 漢簡中の 法制史料

1949년 中華人民共和國이 성립된후, 中國에서 새로 발견된 竹簡木牘은 20여개에 달하고 睡虎地秦墓竹簡外, 대부분은 漢簡이다. 그중 집중된것은: ① 居正漢簡. 居正은 지금 內蒙古西部額濟納旗에 위치하고 있는데, 西漢時期 張掖郡居延都尉와 肩水都尉에 의해 관할된다. 60년이후, 考古학자들은 여기에서 漢代竹簡 약 3만여장을 발굴했는데 그중 法制史料에 집중된것은 《建武三年侯粟君所責寇恩》등 사법소송문서·案卷·通輯令·연방조약 등으로서 漢代司法소송제도 및 변경지구법제상황을 이해하는 보귀한 자료로 된다. 그의 많은 漢代계약관계 및 계약 법제에 관한 규정이 있다. ② 江陵漢簡은 1983년 湖北江陵에서 出土되는데 약 1천枚가 된다. 내용은 漢代律令을 위주로 漢代成文法令을 연구하는 중요한 자료로 된다. ③ 기타簡牘으로는 예를 들면, 《大豕竹簡》, 《銀雀山漢簡》등도 漢代의 적지않은 司法文書を 보존한다. 이러한 簡牘中の 法制史料는 法制史학계에 의해 정리·연구·사용되고 있다.

4. 文書中の 法制史料

文書는 각 시대의 文字簡冊으로서 주로 敦煌文書·吐魯番文書·海頭文書·黑城文書등이 있다. ① 敦煌文書. 주로는 莫高窟石室中の 大量적인 文書·經卷이다. 20세기초, 영국인 스타인·프랑스인 펠리오등 외국인에 의해 약탈되었는데 文書

의 대부분이 유럽에 流落된다. 남은 부분은 몇번의 劫難을 거쳐 지금은 北京圖書館에 보존되어 있다. 1960년, 中華書局에서 출판된 《敦煌資料》 제1輯 안에 160여권의 買賣·典租·雇傭·借貸 등 方面的 계약문서가 수록되어 있는데, 예를 들면 각종 계약격식·分家文書·放良文書·放妻文書·遺囑 등이다. 이러한 것은 매우 보귀한 계약사료이다. 近年이래, 中國의 일부학자들은 敦煌文書中の 法律史料를 연구하였는데 성과가 많다고 하겠다. ② 吐魯番文書. 吐魯番地區는 漢代의 車師前部地로서, 그 뒤에 前涼·西涼·北涼 등이 모두 여기에 정권을 세웠고 그중 高昌城은 천여년간 줄곧 이 지구의 정치·경제·문화중심으로 된다. 1959년부터 1975년까지, 中國의 考古학자들은 高昌古城遺址부근에서 古文書, 즉 우리들이 말하고 있는 《吐魯番文書》를 발견하게 되는데 법률제도와 관련이 있는 것은 官屬文牘·牒文·訴狀·案卷·租佃·財物계약·籍帳·簿冊등인데 그중 民間계약이 돌출한 지위를 차지하게 되는 바 이에 관한 것이 200여건에 속한다. ③ 海頭文書. 海頭는 羅布泊西岸에 있어 孔雀河이남은 漢代樓蘭舊地로서 西域長史府가 관할하는 곳이다. 20세기초, 스타인은 세차례 新疆·甘肅내지에 들어가 文物을 훑었다. 그중의 일부文書는 프랑스인 사완이 정리출판하고 中國학자 羅振玉·王國維가 자세히 考釋하여 《流沙墜簡》이란 책이 問世하게 된다. 그중에 완성된 廩給憑證과 계약이 보존된다. ④ 黑城文書. 처음 발견된 元代文書는 24件으로서 이文書는 元代亦集乃路의 건립·社會組織·경제제도·公文制·弊制등을 연구하는데 중대한 가치가 있다. 1978년과 1983년 內蒙古額濟納旗에서 발견된 元代文書이다. 두번째로 발견된 文書는 3000份인데 그 성격으로 보면, 公文·계약·訴狀·賬冊등으로 나뉘며 元代法制연구의 보귀한 자료로 된다.

5. 檔案중의 法制史料

主要한 것은 明清檔案자료인데 총수는 약 900만건에 달한다. 그중 明清檔案에는 敕諭·誥命·題本·奏本·呈本·咨文·契約·戶貼·黃冊·牒文 등이 있다. 清朝檔案에는 入關前六部原檔 및 入關 이후 淸政府 각 기관의 檔案자료가 포함되는데 수량이 대단히 많다. 예를 들면, 故宮博物院에 소개된 淸代檔案中에 乾隆朝의

土地債務類刑科題本이 58000여건에 달한다. 이러한 檔案자료는 清代法制史의 가장 주요한 기본적 사료가 된다.

총체적으로보면, 40여년이래 中國에서 새로 발견된 법제자료는 매우 풍부한바 위의 내용을 제외하고도 아직도 많은 자료 예를 들면, 摩崖石刻中の 法制史料·民間散佚地契·文書·私人案牘 등은 수량이 많은 것으로 알려져 있다. 그의 근년래 國外에 소장된 것과 國外史籍中の 法制史料가 이미 많은 中國法制史학자의 주의를 환기시키고 있다. 여러면의 보귀한 史料의 發見은 中國法制史연구중의 공백점을 보완할수 있고 傳世文獻中の 일부 기재된 내용을 印證할 수 있을 뿐만 아니라 일부史籍에 기재된 착오를 시정할 수도 있다. 이런 史料의 광범한 이용으로 하여 중국법제사 특히 中國古代法制史의 연구는 더욱 높은 수준에 도달할 수 있다고 기대된다.