

〈번역〉

沈家本の 法律思想과 西洋法 導入過程에서의 禮·法論爭(上)*

張國華 지음

목 차

序文 ; 시대상황

第1節 沈家本の 法律思想(이상 번호)

第2節 修律과정에 있어서 法理派와 禮敎派의 禮·法論爭
(이하 다음호)

結에 대신하여

序文 ; 시대상황

19세기말~20세기초, 260여년간 중국을 통치한 청조는 서서히 쇠퇴의 길로 접어들고 있었다. 1898년에 일어난 變法自強運動은 祖宗成法을 고수하던 保守派에 의해 진압되었지만, 改良派보다 세력을 신장한 부르조아 혁명파가 정치무대에

* <역자주> 張國華, 『中國法律思想史新編』(北京大學出版社, 1991)의 第10講 “청말의 禮·法 논쟁과 沈家本の 법률사상” 가운데 <심가본의 법률사상>부분을 번역한 것이다. 나머지 부분인 <西洋法 導入過程에서의 禮法論爭>에 관해서는 다음 호에 신기로 한다.

등장하여, 남부지역에서 혁명무장봉기를 잇달아 일으켰다. 1900년, 화북지역에서는 反帝愛國을 기치로 하는 義和團運動이 일어났다. 의화단운동은 제국주의세력에 의해 진압되었지만, 중국을 瓜分하려는 제국주의의 의도에 제약을 주었다. 제국주의는 청조와 辛丑條約을 체결한 후, “청조정과 협조하고”, “중국인으로 하여금 중국을 다스리게 하는” 정책으로 방향을 설정하였다.

이 때, 西太后(慈禧太后)¹⁾를 대표로 하는 保守派는 혁명을 제압하고, 제국주의와 타협하기 위해, 그들이 탄압했던 개량파의 口號를 받아들이고, 變法조치의 공포와 立憲의 준비 및 新政²⁾의 실행에 착수하면서, “대대로 영원히 변하지 않는 윤리(도덕)는 있어도 변하지 않는 법은 없다. 대저 法은 오래되면 폐단이 생기고, 法이 폐단이 생기면 고쳐야 한다”고 했다. 그리고 조정대신들에게는 “현재의 상황에서, 중국과 서양의 정치 요체를 참조하고, 朝章國故·吏治民生·學校科擧·軍政財政 등등”에서 자신의 의견을 개진하도록 요구했다. 이는 형식적으로는 立憲을 실시하려는 명목 하에서 실질적으로는 革命세력에 대한 일정한 압력의 의미를 내포하고 있었다. 부르조아 혁명파인 陳天華는 『警世鐘』이라는 글에서 “청정부는 형식적으로 新政을 실시했지만 ... 이는 국민의耳目을 속이기 위한 구실에 지나지 않으며, 제국주의세력의 환심을 사기 위한 것으로, 이러한 新政의 실시는 오히려 여러 가지 모순을 불러일으켰다”고 했다. 또한 孫文도 이르기를 “조정에서는 불순한 세력이 혁명에 가담하려는 것으로 인식하고, 立憲의 명목으로 革命세력을 타도하려 하나, 나아가는 방향은 오히려 입헌과 상반되게 나아간다”라고 했다.

당시 청정부의 假立憲에 대하여 동조한 세력은 주로 改良派·洋務派³⁾로부터 轉化하여 온 立憲派로서 그들은 上層부르조아계급의 이익을 대표하던 세력이었다. 예를 들면, 입헌파의 대표적 인물인 저명한 실업가 張謇은 “혁명에 6朝 5代の 혼란을 야기시키므로, 立憲하는 것만이 국가를 안정시킬 수 있다”라고 했다. 무술

1) <역자주> 만주귀족의 출신으로 咸豐帝의 妃가 되었는데, 同治帝의 生母로써, 어린 나이에 즉위한 동치제의 後見人으로 등장하여, 光緒帝 말기까지 정권을 장악하였다. 보수적인 환경하에 자라나 완고한 舊勢力에 이용되었다.

2) <역자주> 官制改革, 兵制改革, 學制改革, 商工業의 獎勵 등을 포함한다.

3) <역자주> 개량파의 대표적인 인물로는 曾國藩·李鴻章 등을 들 수 있고, 양무파의 대표적인 인물로는 張之洞을 들 수 있다.

변법 실패 후, 해외로 망명한 保皇派(皇帝派)의 康有爲와 梁啓超 또한 청정부의 입헌활동에 대하여 지지하면서, 이해관계를 달리하는 서태후와도 협력하려고 했다. 강유위는 新政을 옹호하기 위하여, 保皇會를 國民憲政會로 바꾸었고, 양계초 또한 일본의 東京에서 政聞社를 조직하여, 청정부의 입헌활동을 지지하였다.

이와 같은 상황 하에서 실시된 청정부의 立憲을 둘러싼 일련의 활동을 보면 다음과 같다. 1904~1905년, 러일 전쟁에서 입헌국가인 일본이 승리하고, 專制국가인 러시아가 패배하자, 그 이후 예비입헌을 실행하려는 움직임 보였다. 예를 들면, 1905년 7월 載澤 등 5大臣(4)을 서양에 특파해, 여러 나라의 憲政을 시찰하게 하였으며, 같은 해 10월, 일본의 명치유신을 본받아 考察政治館을 설립했다. 1906년 9월 豫備仿行憲政의 上諭를 반포하면서, “지금의 정황 하에서, 憲政을 본받아, 大權은 조정에서 통괄하며, 庶政은 여론으로 공정히 하여, 이로써 국가 만년의 기틀을 세운다”고 했다. 다만, 당시 여러 가지 현실실시를 위한 제도가 완비되지 않았고, 국민의 의식도 성숙되지 않아, 즉각 憲政을 실시할 수는 없어, 헌정실시를 위한 예비기간을 별도로 두었다. 그 결과, 1907년 11월, 考察政治館을 憲政編查館으로 개칭하였는데, 헌정편사관에서는 헌정의 실시 및 법규의 편제작업을 담당하였다. 1908년 9월 정부는 헌정편사관이 제정한 『欽定憲法大綱』·『議院法要領』·『選舉法要領』등을 반포하고, 예비입헌 期限을 9년으로 확정했다. 이보다 앞서, 北京에서는 의회의 성질을 띤 資政院을 설립하고, 各 省에도 諮議局을 설립할 것을 요구했다. 1908년 11월, 광서제와 자희태후는 연이어 病死하고, 3세도 되지 않은 溥儀가 제위를 계승하여, 宣統帝가 되자, 醇親王 載灃(光緒帝의 동생, 溥儀의 父)이 섭정을 했다. 1909년 3월, 재풍은 입헌에 적극적 자세를 보였고, 조서를 내려 거듭 ‘예비입헌’의 결심을 천명했다. 아울러 각 省에는 1909년 내에 일률적으로 자의국을 설립하도록 했다. 1910년 10월, 입헌파는 국회를 조속히 열기를 수 차례에 걸쳐서 청원하는 상황에서, 『陳請速開國會具奏案』을 통과시키고, 1911년 청정부에 국회를 소집하도록 요구했다. 이에 따라, 청 정부는 9년의 예비입헌기간을 5년으로 단축하고, 1913년 국회소집을 결정했다. 국회의 개최이전에 먼

4) <역자주> 載澤·端方·戴鴻慈·李盛鐸·尙其亨 등 5名이다.

저 官制의 개혁과 내각의 성립을 추진하였다. 1911년 5월, 청정부는 통치체제를 유지하기 위해, 滿洲貴族을 주체로 하는 내각을 성립시켰다. 즉 이 내각은 성립 후 사회적인 지탄을 받았으므로, 다소 풍자적인 의미를 지닌 “皇族內閣”으로 지칭되었다. 심지어 청정부가 단행한 예비입헌에 동조적인 입장이었던 입헌파조차도 “황족으로써 내각을 조직한 것은 군주입헌국의 통례에 부합하지 않으므로, 조정의 관료를 선발하여, 내각을 조직해야 한다”고 했다. 1911년 10월 10일, 무창봉기가 勃發했으며, 각 省에서도 연이어 봉기가 일어났다. 청정부는 혁명정세가 압도하는 분위기 하에서, 한편으로는 “황제가 자신의 잘못을 인정하는 조서를 내리고”, 戊戌變法 이래로 발생한 모든 정치범을 석방하였으며, 革命黨을 정식 政黨으로 承認하였다. 다른 한편으로는, 급히 기만적인 입헌정책을 수정하고, 11월 3일, 『憲法重大信條十九條(以下 十九信條)』를 공포하고, 무창봉기에 대응하려고 했다. 『十九信條』에는 책임내각의 실행, 황제권력의 축소, 국회의 권한을 확대하는 내용 등을 포함하고 있었다. 또 국회에서는 헌법의 제정, 내각총리대신의 선거, 대외선전포고, 강화조약 등의 권한을 가진다고 규정하였을 뿐만 아니라, 그밖에 황족은 총리대신으로 임명될 수 없고, 황실이 지출하는 경비도 국회의 결의가 필요하였으며, 황제의 권리는 헌법으로 제한하였다. 그러나 여전히 “大清帝國의 皇統은 万世까지 바뀌지 않는다”라던가 “皇帝는 神聖不可侵하다”는 조문이 첫머리에 규정되었으며, 게다가 황제는 총리대신·국무대신의 임명권과 해군·육군을 직접 통솔할 권한을 지니고 있었다. 또 국민이 가져야 할 민주적인 권리도 언급하지 않았다. 『十九信條』가 『欽政憲法大綱』보다 더욱 국민을 기만하는 성질을 지니고, 청조를 지탱하려고 했다고 하더라도, 이미 무너져가고 있는 청조를 지탱시킬 수는 없었다. 결국 1912년 2월 12일, 청조의 마지막 황제는 퇴위선포를 하기에 이르렀고, 이에 따라 봉건군주전제제도는 결말을 맺었다.

청조가 변법의 조칙을 내린 1901년부터 1911년 『十九信條』가 공포될 때까지, 청조는 上述한 조치를 취한 것 외에, 법률의 수정이라는 중요한 활동을 전개하였다. 법률 수정과정에서, 법률수정을 둘러싸고, 思想적인 측면에서 分派가 발생했다. 즉 張之洞·勞乃宣을 대표로 하는 “禮教派”와 沈家本을 대표로 하는 “法理派”의 발생으로 여러 차례의 논쟁이 벌어졌다. 이러한 논쟁은 중국 근대 법률의

변화에 직접적인 영향을 주었고, 중국 근대 법률사에서도 중요한 위치를 차지하고 있다. 本考에서는 이 논쟁에서 중요한 역할을 한 沈家本の 법률사상을 소개하고, 평가하면서 이 논쟁의 주요 내용에 대해서 검토해 보고자 한다.

第1節 沈家本の 法律思想

沈家本(1840~1913)의 字는 子惇 또는 子敦이다. 號는 寄篔이며, 浙江省 歸安(지금의 吳興)人이다. 光緒 9년(1883), 進士에 급제하여, 刑部의 判郞가 되었다. 光緒 19년(1893)에 天津 知府를 역임하고, 光緒 23年(1897)에 保定 知府를 역임하였다. 光緒 28年(1902), 그와 伍廷芳은 법률수정을 주재하라는 명을 받고, 法律修訂館 일의 총책임을 맡았다. 光緒 32年(1906년), 청정부가 관제를 개혁할 때, 그는 大理院 正卿에 임명되었다. 그 이듬해, 그는 俞廉三·英端 등과 함께 修律大臣으로 임명되었다. 이어 法部 右侍郎·左侍郎과 資政院 副總裁 등을 겸직했다. 신해혁명 발발 후, 청정부는 원세개에게 내각조직을 위임하였고, 그도 袁內閣의 法部大臣으로 임명되었다. 民國 성립후, 章太炎 등이 그를 司法總長으로 추천했으나, 사임하고 취임하지 않았다. 1913년 북경에서 병사했다.

그는 29세부터 청조의 刑部에서 장기간 사법과 입법의 활동에 종사하면서, 역대의 법전과 刑獄 檔案을 두루 살펴보고, 중국 법률의 발전변화를 상세히 파악하였다. 그는 중국의 법률학에 정통했을 뿐만 아니라, 서구의 율학도 상세히 연구하였다.

그가 법률개정작업을 주재하는 과정에서, 서구의 법률과 법학을 도입하여, 法律學堂을 설립하였으며, 중국과 서양의 법률사상을 융합한 법률사상체계를 형성하였다. 그의 저서로는 『沈寄篔先生遺書』(甲·乙編)·『讀律校勘紀』·『秋讞須知』·『律例偶箋』 등이 있다.

그의 법률사상을 개괄하면 다음과 같다.

1. 法은 天下의 程式이며, 萬事의 儀表이다(法者, 天下之程式, 萬事之儀表).

국가를 통치함에 있어서, 沈家本은 법률의 역할을 매우 중요시했다. 그는 국가 통치에 있어서 “법에만 의존해서는 안되지만, 법을 폐지할 수는 없다”고 했다. 禮와 法은 모두 治國의 근원이므로, 法은 있고 禮가 없어도 안되며, 禮는 있으나 法이 없어도 안된다고 했다. 禮는 범죄가 발생하는 것을 미연에 방지하는 작용을 하는 것이고, 法은 이미 발생한 범죄에 대해서 적용하는 것으로, 禮 法이 병행되어야 함을 강조했다.

법이 중요한 까닭은 “법은 천하의 程式이며, 萬事의 儀表”라는 데 있다. 국가에 법이 없다면, 治國도 治民도 모두 불가능하다. 그러므로 “無法의 나라가 오래도록 유지될 수는 없다”고 했다.

그는 管子를 매우 숭상했다. 『管子』에서 이르기를 “법을 따르지 않으면, 모든 일은 올바르게 안게 되고, 法이 좋지 않으면, 법의 집행도 좋지 않다”고 했다. 그러므로 국가통치에는 반드시 법이 있어야 하고, 또한 반드시 善法이어야 한다. 善法이 있다고 하더라도, 그 집행에는 분명해야 하며 그렇지 않은 즉 “법은 좋지만, 법을 따르지 않는다면, 善法 또한 有名無實한 것이다”고 했다.

법이 “천하의 程式이며 만물의 儀表”가 된 이상에는 법은 반드시 통일되어야 한다. “법은 반드시 하나로 정해져야 후세 사람이 그것을 믿고 따르며, 통일되지 않은 법은 쓸모가 없다”는 것이다. 그는 律文은 반드시 정확하고 면밀해야 하며, 신분이 높고 낮음과는 관계없이, 罪를 처벌함에 있어서는 가벼움과 무거움이 반드시 통일되는, 법률적용의 통일성을 강조했다. 그는 “법의 적용에는 善·惡을 구분할 따름이며, 어찌 士族正庶의 구분이 있겠는가”라고 하였다. 그는 梁武帝가 “법을 적용함에 있어 일반민에게는 무겁게 적용하고, 권력자에게는 가볍게 적용한 것”을 질책했다. 즉 왕실귀족에 대해서는 법률에 대한 특권이 있으면서, 서민에게는 法外の 형벌을 가중하거나, 범죄자에 대한 연좌처벌까지 적용하여 亡國으로 이르게 되었다는 것이다. 이와 같은 그의 법률사상은 “법률 앞에서는 만민이 평등하다”는 사상을 지니고 있음을 반영하는 것이다.

沈家本은 비록 법률의 역할은 중시하였으나 그는 결코 법률을 至高無上의 지

위에 두지는 않았다. 법률은 단지 “정치적 보조수단”이거나 “教化의 不足”을 보충하는 수단으로 간주했다. 즉 기본적으로는 “德主刑補”·“明刑弼教”⁵⁾의 전통적인 사상을 계승한 것이다. 그는 정치와 도덕에 대한 법률의 역할을 중시하였는데, 심지어 “爲政의 道에 있어 가장 중요한 것은 立法하여 백성을 통치함에 있다(爲政之道, 首在立法以典民)”고 인식했다.

2. 국가를 통치함에서는 관대해야, 백성이 안정된 삶을 누리다 (治以寬平, 民樂其安).

沈家本은 중국고대 법률과 법학 중에서, 좋은 것만을 택하여 따르는(擇善而從) 태도를 취하였는데, 法家에만 집착하지도 또 儒家에만 집착하지도 않았다. 다만, 전반적인 그의 입장으로 보면, 法家라고 하기보다는 儒家라고 하는 편이 낫다. 그는 儒家의 “덕으로 다스린다(爲政以德)”는 仁政사상의 영향을 깊이 받았지만, 법률의 역할을 경시하는 봉건 유학자와는 달랐다.

그가 儒家思想의 영향을 가장 깊게 받았다는 현저한 특징의 하나는 “治國의 道는 仁政하는 것이 우선이다(治國之道以仁政爲先)”라는 政治寬平의 주장을 견지한 것이다. 그는 三代(夏·殷·周) 以前의 聖人, 漢代 初期의 文帝·景帝, 唐代 初期의 高祖·太宗이 모두 嚴刑을 반대하고, 관대한 정책을 실시하였다고 인식했다. 그는 가장 좋은 법으로 三代(夏·殷·周)의 法외에, “寬平”, “得中(過不及이 없음)”이 내포되어 있는 唐律을 높이 평가했다.

심가본은 唐代 초기는 “수나라의 어지러운 형세를 바로잡고, 관대하게 통치하여, 백성이 안정된 삶을 누리고, 범죄자에 대해서는 엄중하게 다스려, 통치의 훌륭함이 三代之 盛時에 이르게 되었다”고 했다. 그러므로 唐代 이후에는 모두 『唐律』에 의거하여 新律을 제정하였다는 것이다. 물론 이러한 唐律에 대한 평가는 심가본 자신의 기준에 의거한 것이므로 주관적인 측면에서 높이 평가되어진 점은 있다.

5) <역자주> “明刑弼教”는 『尙書·大禹謨』의 “明于五刑, 以弼五教, 期于予治”에서 처음 나타난다. 즉 刑律을 만들어 백성들에게 법을 알게 하고, 법을 두려워 하게 함으로써 법을 지키도록 하며, 이로써 教化의 不足을 輔助할 수 있다는 것이다.

한편, 중국법률사에 있어서, 漢 文帝가 肉刑을 폐지한 것에 대하여 여러 차례의 논쟁이 있었다. 이천 여년간, 특히 東漢에서 魏晉南北朝에 이르러 봉건통치계급 내부의 의견이 분분해 일치된 결론으로 이르지 못했다. 沈家本은 이 논쟁에 대해, “漢 文帝가 守舊세력의 반대에도 불구하고, 천수백 여년 동안 실시되어 온 肉刑을 폐지한 것은 千古의 仁政”이라고 긍정적인 평가를 내렸으며, 육형의 부활을 주장한 班固·崔實·陳紀·陳群·鍾繇·劉頌 등의 논점을 하나하나 반박하였다. 그는 법률개정을 주관하면서, 拷問制度和 五刑 중의 笞刑·杖刑의 폐지를 강력히 주장했다. 아울러 당시의 肉刑의 보류를 주장한 劉彭年을 질책했는데, 결과적으로는 법률적으로 拷問의 합법성이 부정되기 시작했다는 것이다.

그는 儒家의 “重民思想”의 우수한 전통을 계승하여 민심의 향배를 증시하였다. 민심의 향배가 국가의 治亂安危와 관계된다고 간주하였으며, 민심의 향배를 해결하는 관건은 本과 標의 위치를 바르게 정립하는 것에 있다고 했다. “本”은 教養德化를 가리키며, “標”는 嚴刑峻罰을 가리킨다. 그는 重刑論者들은 “本”과 “標”의 관계를 이해하지 못하였다는 것이다. 즉 本(教養德化)을 깊이 인식하지 못하고, 단지 標(嚴刑峻罰)로써 다스렸다는 것이다. 重刑論者들은 환자에 대해 병의 증상에 관계없이, 일률적으로 “날카로운 도구를 사용하여 치료하는” 능력 없는 의사와 같다는 것이다. 그 결과 환자의 병이 치료되기는커녕 도리어 심한 손상을 입는 것이다. 治國의 이치 또한 이와 같다고 했다. 백성이 평소에 이미 힘들게 살아가는데, 더욱 더 억압하거나, 전란이나 흉작 후에도 重刑을 실시한다면 그 결과 “民心은 이탈하게 되고, 민심이 이탈한 즉 환란이 오게 되므로 이 어찌 두렵지 않은가?”라고 했다.

그러므로 통치자는 立法·執法할 때에 반드시 신중히 다루어야 한다는 것이다. 그 이유는 “律이라는 것은 백성의 목숨과 관계되는 바이다. 그 집행도 매우 중요하고, 그 법률의 의미도 매우 정밀해야 하는 것이다”고 했다.

이러한 관점에서 출발하여, 그는 『大清律例』에 있어서, 民生을 억압하는 각종의 조문에 대해서도 비평했다. 예를 들면, 『大清律例』의 “山島의 해수면에 백성이 집을 짓는 것을 허락하지 않는다”는 규정에 대하여, 그는 “백성이 內地를 버리고 海島에 거주하는 것은 또한 생계를 도모하기 위한 것이다. 정부에서 백성들을

위해 별도의 생계대책을 세우지 않고, 해도에 거주하는 집을 태우거나, 그들을 내쫓는 방법만을 추구하는 것은 백성들로 하여금 匪類로 만드는 것이 아닌가?”라고 했다. 또 『大清律例』의 “商漁船은 출양할 때, 쌀과 술을 배에 싣는 것을 허락하지 않는다”는 규정에 대하여, “바다로 나가는 배는 풍랑을 만나는 등 의외의 일을 만나게 되는데, 만약 쌀을 싣는 것을 허락하지 않는다면 굶어죽지 않겠는가?”라고 했다. 그러므로 그는 『大清現行刑律』의 수정을 주재하면서 이러한 조문은 모두 삭제했다.

3. 先王의 道는 德教에 있지, 刑政에 있지 않다

(先王之道在德教, 而不在刑政).

심가본이 유가사상의 영향을 받았다는 또 다른 특징의 하나는, 유가의 “德主刑補” 혹은 “先德后刑” 사상을 지지했다는 점이다. 즉, “선왕의 도는 德教에 있지 刑政에 있지 않은 것이다”라고 했다.

한편, 국가와 법률의 起源문제에 있어서, 沈家本은 유가가 선양한 君主神授說을 부정하였고, 법가인 商鞅의 “定分止爭說(분수를 정하여, 다툼을 그치게 하는 논리)”을 따랐다. 그는 “인간은 혼자 살 수 없으며, 무리지어 사는 즉 다툼이 있게 된다. 다툼이 있으면 爭訟이 있고, 爭訟이 그치지 않으면, 백성들은 그 治安을 잃게 된다. 재판이라는 것은 爭訟을 공정히 하고, 치안을 지키는 것이다”고 했다. 바꾸어 말하면, 국가와 법률은 “爭訟을 공정히 하고, 치안을 지키기” 위해 생겨난 것이다. 다만, 이러한 그의 견해는 商鞅의 定分止爭說과 어느 정도 같은 점도 있지만, 서로 다른 점도 있다. 商鞅·韓非의 定分止爭說이 변화하여 重刑重罰을 야기했다는 점은 말할 것도 없다. 이에 반해, 심가본은 重刑에 대해 반대하였고, 법률조문에 있는 죄뿐만 아니라 법률조문에 없는 조문에 대한 加刑에 대해서도 반대하였다. 그는 德教의 실시가 우선되어야 하고, 그러한 연후에 刑政이 실시되어야 한다는 것, 즉 教化하지 않고 처벌하는 것에 대해 반대하였다. 그가 청말의 법률개정 작업을 주재하면서, 중요하게 여긴 하나의 원칙은 형벌의 무거운 것을 가볍게 하고, 死刑을 生刑으로 바꾸었다는 점이다.

그는 법률이 爭訟을 해결하기 위해 발생한 점을 인식하였지만, 분쟁을 해결하는 우선적인 방법으로는 형벌이 아니라 교화라고 여겼다. 그는 “先王의 치세에는 교화를 우선으로 삼고, 그러한 연후에 형벌을 사용한 것이다. 교화하지 않고 처벌한 것은 先王이 차마하지 못한 것이다”고 했다. 이러한 관점을 설명하기 위해, 다음과 같은 일례를 들었다. 먼저, 神農의 치세에는 “형벌을 실시하지 않아도, 풍속은 선량하였다.” 神農의 치세에는 왜 형을 제정하고도 실시하지 않았던가? 그것은 먼저 백성들에게 教化를 시킴으로써, 백성들은 서로 다툼이 없었으며, 이로써 범법하는 일도 없었다는 것이다. 그 다음으로, 堯의 치세에는 “象刑”을 실시하였는데, 즉 의관과 옷색을 다르게 하여, 범죄자를 일반민과 구별하였으며, 형벌은 실시하지 않았다는 것이다. 이는 堯가 教養德化를 중시한 결과이다. 堯를 이은 舜은 象刑 외에 五刑을 만들었는데, 五刑은 外民에 대하여 적용하였고, 일반민에 대해서는 象刑만 사용했다. 심지어 外民에 대해서도 五刑에만 전적으로 의존한 것은 아니었다. 예를 들면, “外族을 다스리는데, 덕으로 하고, 형벌을 사용하지 않았다”는 기록도 있다.

심가본은 德刑併用·先德後刑, 즉 德刑分施를 주장하였다. 그는 또한 禹王·湯王·文王·武王도 숭배하였지만, 그들의 德化는 舜에 비할 바는 못된다고 했다. 그들의 治國의 宗旨은 “모두 舜으로부터 계승한 것이다”라고 했다. 舜은 皐陶에 대해 평가하기를 “五刑을 명확히 하여 五教를 바로잡았다”고 했고, 『呂刑』에는 “士가 五刑으로 백성을 통제하면서, 教化로서 德을 바로잡는다”고 했다. 刑이라는 것은 백성을 위협하는 도구가 아니라, 교화의 부족함을 보조하는 수단인 것이다. 그러므로, 심가본은 형벌에 대해 백성들을 통치하기 위한 유일한 수단으로 간주한 것이 아니라, 德教를 형벌의 위에 두었다.

상술한 바와 같이, 심가본은 기본적으로는 德教를 중히 여겼으나, 형벌의 역할에 대해서도 부정적인 입장은 아니었으며, 死刑에 대해서도 맹목적으로 반대하는 입장은 아니었다.

19세기 말에서 20세기초, 서구의 일부 자본주의 국가에서는 死刑廢止說이 제기되어 논란이 되었다. “결국 일률적으로 시행하지 못한 것은 정치와 교화의 관계이다”라고 했다. 그는 “사형을 폐지하고자 하면, 마땅히 교화가 선행되어야 한다.

교화가 진행되어, 백성들의 도덕이 순화되면, 범법자는 자연히 감소하게 되어, 사형을 실시하지 않아도 된다”는 것이다. 다만, 小國에서는 백성들을 교화하기 쉽지만, 大國에서는 교화하기 쉽지 않다. 그러므로 大國에서는 사형을 폐지할 수 없는 것이다. 중국과 같은 大國에서, 백성들을 교화하지 않고, 사형을 폐지하게 되면, 국가질서가 불안정하게 되므로, 중국에서는 사형을 폐지할 수 없다는 것이다.

4. 非法의 法은 常經(도덕이나 윤리)에 위배되는 것이다 (非法之法, 乖乎常經).

심가본은 寬平治國·先德後刑의 사상에서 출발하여, 모든 非法之法을 단호히 반대했다. 그는 청말의 정황에 대하여, 법률의 輕重은 반드시 “限斷”이 있어야 한다고 했다. 만약 輕重을 임의로 하면, 이는 非法之法인 것이다. 그는 “법은 반드시 限斷이 있어야 하며, 만약 법의 輕重을 임의로 하면 곧 非法에 속하게 된다. 지금의 법은 나날이 加重하는 법으로 규정되고 있다. 만약 어떤 새로운 범죄안건을 처리할 때, 본래 법률규정보다 무겁게 처리해야 되는가? 아니면 더욱 加重하여 처리해야 하는가? 아니면 加重처벌하지 않아야 하는가? 더욱 가중처벌하면 법은 반드시 그 뜻을 잃어버리고, 가중처벌하지 않으면, 법의 엄중함을 잃어버리는 것이며, 아울러 이전의 가중처벌한 정황을 해결할 수 없는 것이다. 법에 한단이 없으면 그 폐단은 반드시 이와 같이 이르게 되는 것이다.” 이른바 “限斷”이라는 것은 곧 형벌의 輕重에는 반드시 법률로 규정된 일정한 폭이 있어야지, 재판관이 임의로 加重처벌할 수는 없는 것이다. 그렇지 않으면 非法의 法이 되는 것이다.

그는 법률에 규정되지 않은 것에 대해 가중처벌하는 것을 더욱 반대하였다. 그는 법률에 규정되지 않은 처벌을 처음으로 시행한 폭군은 商나라의 紂王이라고 했다. 즉 “포락(炮烙)⁶⁾· 해포(醢脯)⁷⁾의 형벌은 특히 역사 기록에 상세하다.” 商나라가 멸망된 후에도, 이러한 가혹한 형벌들은 후대에게서 내려와, “用刑하는 자는 매번 잔혹한 형벌을 실시하는 것을 즐겨한다”는 것과 같이 지금까지 가혹한 형벌

6) <역자주> 고대의 형벌, 구리기둥에 기름을 바르고, 아래에 숯불을 피워 위로 걸게 하여 불속에 떨어뜨리는 가혹한 형벌을 말한다.

7) <역자주> 사람을 죽여 시체를 포로 뜨거나 짓으로 담근다는 뜻으로 참혹한 형벌을 말한다.

이 실시되고 있다는 것이다. 그는 이러한 가혹한 법을 제정한 것에 대하여 반대하였던 것이다.

그는 商鞅·韓非·秦始皇·李斯·漢武帝·隋文帝·隋煬帝·武則天 등과 같이 非法之法을 제정한 사람들은 帝王將相을 막론하고 모두 비난하였다. 그는 이러한 非法之法의 발생 원인에 대해서 다음과 같이 지적하였다.

첫째, “형벌을 泄忿의 방편으로 이용하였다(以刑爲泄忿之方)”, “무거운 법이 제정되어, 오랜 시일이 지나면, 그 법에 익숙해져 그 법이 무거운 것을 느끼지 못하고 새로이 또다른 무거운 법을 제정하니 끝이 없을 정도이다”라고 했다. 예를 들면, 死刑과 같은 경우, 隋代의 『開皇律』에는 이미 각종의 잔혹한 형벌이 폐지되고, 참수형과 교수형 2종류의 사형만이 규정되었다. 그러나 梟首刑·凌遲刑은 폐지되었으나 다시 부활되어, 清代까지 이어졌다. 그러므로, “잘못된 법의 폐단은 오랫동안 후대까지 이어지므로, 가히 두려워할 만하다”고 하였다.

둘째, 법률에서 규정하는 본래의 뜻대로 처벌하지 않고, 법의 輕重을 자의적으로 처리하였다. 예를 들면, 『大清律例』의 “賊匪偷竊衙署服物條”와 같은 경우, 여기서의 “服物”이 가리키는 법률적인 본래의 의미는 관청에 있는 개인의 물건(私物)을 가리키는 것이지, 官物을 가리키는 것은 아니었다. 그러나 처벌함에 있어서는 법률 조문의 뜻을 상세히 추구하지 않고, “私物을 官物로써 논죄하여”, 重刑으로 처벌하였던 것이다.

셋째, 立法·執法者가 그 직무에 적합하지 않은 경우(不稱職)를 들 수 있다. 이러한 유형에는 다음과 같은 것이 있다.

“경솔하게 논죄하고 깊이 뜻을 밝히지 않은 경우이다. 잘못된 법률은 여러 법률이 서로 융합하여 발생하였던 것이다.”

“포악한 무리들이 잔혹하게 처리한 경우이다.” 舊法은 본래 매우 무거운 법이 있음에도 불구하고, 포악한 무리들은 도리어 가벼운 법으로 인식하고 처벌하였던 것이다.

“사리판단이 밝지 않은 우둔한 무리의 경우이다.” 옳은 것을 그르게 처리하고, 그른 것을 옳다고 처리하여, 是非가 전도되어, 판단함에 있어 기준이 없었던 것이다.

“기생과 같은 무리로서 그 성격이 시기심이 많은 경우이다.” 輕刑을 시행하려는 의논에 있어서, 자기 주장을 말하지 않고, 시기에 따라 환심을 사려하는 것이다.

“구태의연한 선비와 같이 옛 것을 답습하는 경우이다.” 그들은 “옛 것을 따라야 한다.”, “조상들이 물려준 교훈을 본받으면 혼란을 불러일으키지는 않는다”고 주장했던 것이다. 즉 이와 같은 구태의연한 선비들은 시대의 변화에 따라 舊制度를 바꾸는 것에 반대하였던 것이다.

심가본은 이러한 부류의 사람들이 모든 壞法·惡法·重法·非法之法을 제정하고 집행한 사람들이었으며, 게다가 壞法·惡法·重法·非法之法의 폐지를 방해하고, 반대한 사람들이었다고 인식하였던 것이다.

5. 법이 있다고 하더라도 더욱 중요한 것은 법을 집행하는 사람이다 (有其法尤貴有其人).

국가통치에 있어서 寬平을 주장하고, 법을 제정하고 집행함에 있어서 非法之法을 반대한 것에서 알 수 있듯이, 심가본은 좋은 법(好法)을 제정하는 것 뿐만 아니라, 좋은 법을 집행할 수 있는 인재를 선택하는 것도 중요하다고 하였다. 그러므로 그는 “법의 중요성은 집행하는 사람을 구하는데 있다(法貴得人).”, “법을 실시함에 있어서는 집행하는 사람에게 달려있다(用法在人).”고 강조하였다. 또 그는 법이라는 것은 스스로 잘 집행될 수 있는 것이 아니라, “법이 훌륭하다고 하는 것은 올바르게 법을 집행하는 사람을 선발하는 것에 있지, 올바르게 법을 집행하는 사람을 선발하지 못한다면 그것은 무용한 법이 되는 것이다”고 했다. 그는 대량의 사료를 이용하여, 법을 집행하는 자의 중요성을 논증하였다.

먼저 西漢의 劉邦이 중원에 入關하여, 秦나라의 가혹한 법을 폐지하고 約法三章을 제정하여 民心을 바로잡기에 전력을 다하였다. 劉邦의 뒤를 이은 惠帝·文帝·景帝 또한 “斷獄은 四百이지만, 형벌을 아끼는 풍조가 있었다”라는 것처럼 법을 관대하게 집행하였다. 현대의 안정된 국면이 출현하게 된 원인은 최고통치자가 平恕한 사상으로 법을 제정하고, 법을 집행하는 사람도 신중하게 선발하였기

때문이었다. 심가본은 漢代의 張釋之와 張叔 등을 높이 평가했다. 그들은 법률에 깊이 통달하여 법률을 집행할 때에도 매우 관용을 베풀었다. 그러나 漢 武帝의 치세 하에서는, 漢나라 초기의 법이 폐지되지는 않았으나, 公孫弘·張湯·趙禹 등과 같은 법률집행자들은 잔혹하게 법을 집행하여, 重刑하는 것이 보편적인 추세가 되어, 사회질서의 불안정을 조성하였다고 하였다.

또한 심가본은 東漢의 章帝와 和帝는 郭躬·陳寵 등을 중용하여, 법집행도 또한 매우 관대했다고 하였다. “章帝는 陳寵의 간언을 채택하여, 참혹한 형벌 조항을 삭제하고, 잘못된 금지규정에 대한 조항도 삭제하였다.”, “和帝 때의 郭躬·陳寵은 연이어 廷尉로 임용되어, 법을 집행함에 있어서는 매우 관대하였다”고 하였다. 和帝의 뒤를 이은 安帝·順帝는 先王의 훌륭한 치세에 역행하여, “통치함에 있어서는 나날이 잘못된 방향으로 나아가고, 黨錮의 옥이 성행하며, 올바른 선비를 죽이거나 법을 집행하는 권리는 환관에게 장악되었다.” 그리하여 법은 惡法이 되고, 法을 집행하는 사람도 적절한 사람이 아니므로, 마침내 東漢이 쇠퇴의 길로 접어들었다는 것이다.

唐代에도 漢 初期의 치세처럼, 唐 太祖·太宗은 “법을 관대하게 시행하고, 가혹한 법률조항을 삭제하였으며” 법을 집행하는 사람도 훌륭한 인재를 선발하였기 때문에 형법도 가벼워지고 범법자도 적어졌다는 것이다. 그의 뒤를 이은 武則天은 唐初의 법률을 시행하였으나, “周興·來俊臣 등을 기용하여 법을 집행하였기 때문에” 唐代 초기의 안정된 국면이 파괴되고, 혼란의 국면으로 접어들었다고 하였다.

상술한 역사적인 경험을 바탕으로 심가본은 “법이 있다고 하더라도 가장 중요한 것은 법을 집행하는 사람에게 있다(有其法尤貴有其人).”고 하였던 것이다. 그는 “대저 법의 운용에 있어서, 적합한 사람을 등용하면, 법은 준엄하다고 할지라도, 법률규정을 바탕으로 仁政이 시행될 수 있으며, 법의 운용에 적합한 사람을 등용하지 못하면, 법이 관대하다고 할지라도, 법률규정 외의 가혹한 형벌을 실시하게 된다”고 하였다. 그러므로 清末, 심가본은 전문적인 법률 인재를 양성하는 것을 매우 중시하여, 京師法律學堂의 설립에 적극적이었던 것이다.

다른 한편으로는, 심가본은 執法者의 중요성을 강조하는 동시에 立法者 본인

이 법을 준수할 필요성도 강조했다. 그는 “枉法(법을 왜곡하는 것)하는 사람이 왕왕 법을 제정한 사람이다”라고 했다. 이와 같이 “권력자이면서 법률에 무지한 사람(勢要寡識之人)”이 법을 제정하고, 또 법을 왜곡되게 집행하여, 법률을 유명무실한 것으로 만들었다는 것이다.

6. 중국의 古今 법률을 참고하고, 중국과 외국의 법률을 널리 수집하였다 (參考古今, 博輯中外).

“중국의 古今 법률을 참고하고, 중국과 외국의 법률을 널리 수집하였다”는 것은 청말 심가본의 법률수정의 방침이었고 법률을 배우는 그의 태도였다. 즉 그는 中外·古今의 법률가운데, 좋은 것을 택하여 따르는(擇善而從) 방침을 바탕으로 법률수정을 실시하였다.

심가본은 중국 고대의 律學과 法制를 바탕으로 한 역사경험을 교훈으로 법률수정작업을 실시하였지만, 그 자신의 계급과 인식의 한계성으로 법률수정작업은 불완전한 면도 볼 수 있으므로, 그의 법률수정작업의 성격은 革命的인 성격을 띤 것이라기보다는 改良的인 성격을 지니고 있다고 할 수 있다. 그러나 긍정적인 측면으로는 법률의 수정은 시대적인 필요에 따라 적합하게 이루어져야 한다는 것을 주장한 점이다. 그는 古今·中外의 善法·好法을 막론하고, 시대의 변화에 따라, “법은 오래되면 폐해가 발생하므로, 시대에 따라 변해야 한다”고 하였다. 輕刑을 예로 들면, “바야흐로 지금 세계 각국은 刑法이 날로 가벼워지고 있다. 몇몇 국가에서는 사형을 폐지하였다. 사형을 폐지하지 않은 나라라도 사형을 규정한 법률 조문은 많지 않다. 오늘날 법률이 무겁게 규정된 국가는 중국뿐이다”라고 했다. 그러므로 海禁이 폐지하고 세계 각국과 교류하고 있는 중국이 祖宗成法만을 고수할 수는 없는 것이다. 청말 심가본은 법률수정작업에서 “改重爲輕(무거운 조항을 가벼운 조항으로 바꿈)”의 원칙을 바탕으로 중국의 역사적인 경험과 서구의 영향을 받았던 것을 알 수 있다.

심가본은 中外의 법학과 법률을 비교하면서, 다음과 같은 견해를 도출했다. “대저 중국의 법학은 역사적인 경험에서 근거하는 것이 많으나, 서구의 법학은 學理

에 근거하는 것이 많다”고 하면서 역사경험과 法理의 상호결합을 주장하였다. 또 “지금은 法治의 시대이나, 만약 현재를 검증하면서, 옛 것을 고려하지 않거나, 서구의 법만 숭배하면서, 중국의 법을 연구하지 않으면, 法學은 완전하지 않으므로, 어찌 널리 통용될 수 있으며, 시행할 수 있겠는가?”라고 하였다. 그러나 실질적으로 그는 구미자본주의 국가의 법률이 중국의 舊律보다 진보되었다고 인식하고 있었던 것이다. 그는 “좋은 법은 마땅히 받아들여야 한다. 마땅히 받아들여야 하는 것을 받아들이지 않으면, 그것은 어리석은 것이다”라고 했다. 그리하여 그는 서구의 법률 중에서 좋은 법이라고 판단되는 것 가운데에서, 중국의 국정에 적합하다고 인정되는 法理·法學만을 받아들였다.

예를 들면, 첫째, 中外 刑律을 비교하면, “중국의 형률은 무거운 조항이 많고, 서구의 형률은 가벼운 조항이 많다. 그러므로 무거운 조항을 가벼운 조항으로 바꾸어야 한다”고 했다. 따라서 그는 凌遲 등의 가혹한 형벌의 폐지를 奏請하였다.

둘째, 서구의 법률 앞에서 모든 사람은 평등하다는 영향을 받고, 漢滿과 같은 인종의 平等과 男女와 같은 성별의 平等(夫爲婦綱이라는 남성우위사상의 반대)을 주장하였고, 인신매매·노비양성 등등의 조항은 영구히 금지하도록 奏請하였다.

셋째, 그가 인식하고 있는 죄형법정주의·공개재판·변호사·陪審制度和 삼권분립·사법독립 등등은 모두 중국 고유의 것이 아니라, 서구의 영향을 받은 것들이었다.

네째, “律學은 명료하고, 刑罰은 타당해야 한다”는 그의 관점이나 법률학 또한 중국의 고유한 律學이 아니며, 근세최신의 학설이라 칭할 수 있는 율학도 중국과 서구의 율학을 융합한 법률학이었던 것이다.

7. 法學의 盛衰는 국가의 안정 및 혼란과 밀접한 관계가 있다.

(法學之盛衰, 與政之治忽, 實息息相通)

중국의 법학에 있어서, 심기본의 또 다른 공헌을 들면, 법학의 중요성을 강요한 점을 들 수 있다. 법학의 성쇠로써 정치의 잘잘못을 판단하는데 중요한 기준으로

삼았다. 즉 이른바 “法學의 盛衰는 국가의 안정 및 혼란과 밀접한 관계가 있다”고 했다. 그는 중국 법학의 연구를 통하여, 하나의 규율을 발견했다. 즉 법학이 발전하면 반드시 정치가 발전한다고는 할 수 없을지라도, 법학이 쇠퇴하면 그 정치는 반드시 몰락한다고 했다. 이러한 논리의 타당성여부는 논의의 대상에서 제외하더라도, 그가 법학의 중요성을 인식하고 있었던 점은 부정할 수 없다.

봉건관료출신인 청말의 법학가로서, 법률수정작업을 담당한 심가본은 또한 한계성을 지니고 있었다. 그는 “禮敎派”와 논쟁을 전개하면서도, 그 자신이 봉건관료 출신이었기 때문에, 예교파에게 일부는 양보하거나 불완전하게 압력을 가한 점은 禮敎派와 일정한 공통적인 사상적 근원을 지니고 있었기 때문이었다. 결과적으로 그는 예교파와 논쟁을 벌이면서도 그들과의 협력 하에 법률수정작업을 진행할 수밖에 없었던 것이었다.

編譯 임대희(경북대학교 사범대학 역사교육과 교수)
박구철(일본 京都大學 재학 중)