

특집 : 東아시아에서의 法, 植民主義, 近代性(1)

東아시아에서의 法과 近代性

朴秉濠*

목 차

- I. 東아시아에서의 法, 植民主義, 近代性を 묻는 理由
- II. 傳統法과 中國化
- III. 近代法과 日本化
- IV. 近代化와 아시아적 가치
- V. 植民地的 近代化의 效用

I. 東아시아에서의 法, 植民主義, 近代性を 묻는 理由

東아시아에 속한 나라는 한국, 일본국, 중국, 대만(중화민국), 베트남이며 전통 시대에는 중국법문화권 내지 중국문화권에 속하고 이른바 근대화 이후에는 대만과 한국은 다 같이 반세기를 넘나드는 기간에 일본 식민지 지배를 경험했고 베트남도 53년 간의 프랑스 식민지 지배를 경험하였다. 중국도 일본제국주의 침략을 받았지만 나머지 3국과 같은 식민지 경험은 없었다. 한국과 대만은 일본의 강압으로 일본화된 서구적 근대법을 경험했고 베트남은 프랑스를 통해서 서구적 근대법

* 서울대학교 법과대학 명예교수 ; 한국법사학회 명예회장

을 경험하게 되었다. 그러므로 이들 나라에서의 법은 각자가 놓였던 특수한 처지의 제약을 받으며 존재하였고 한국과 대만은 다 같은 일본국의 식민지로서 그 식민지법의 권력적인 공통성이 있기는 하지만 구체적인 법 전개는 다르고 식민지 피지배민중의 의식과 대응방법도 달랐을 것으로 보인다.

식민지배로부터 해방된 뒤로는 이 3국은 식민지 유산의 극복과 계승이라는 역사적 이율배반적 사명을 안은 채 오늘에 이르고 있다. 법의 역사를 연구하는 학술단체인 한국법사학회가 이러한 주제를 택한 주목적은 그 무게를 법의 근대화보다도 오히려 식민지 지배의 역사적 성격을 규명함으로써 식민지 지배 속에서의 각자의 전통법의 문명을 재인식함과 동시에 총체적으로 법의 근대성을 평가하는데 목적이 있지 않은가 짐작된다.

II. 傳統法과 中國化

한국과 일본 그리고 베트남은 중국의 漢字를 수용하여 自國語로서 사용하여 오늘에 이르고 있으며 언어·습속·역사가 다른 異質文化를 갖고 있음에도 불구하고 필연적으로 중국의 文化를 수용·모방하여 왔다. 그리하여 文化양식의 원형적인 것, 즉 각 민족의 본질적 혹은 원초적 요소는 변용되지 않으면서 중국문화에의 同化가 이루어졌다. 法文化도 예외가 아니어서 중국의 법체계는 母法의 地位를 점했고 중국의 법체계가 전체적·포괄적으로 계수되기도 하고 혹은 선택적·부분적으로 계수되어 입법의 기초적 소재가 되었으며 이 중 가장 특징적인 나라가 한국이었다.

한국은 서기 373년 高句麗에서 律令이 시행되었는데 이는 魏·晉의 律令을 계수했을 것으로 추정되며 新羅는 서기 520년에 高句麗와 唐의 律令을 계수하여 新羅律令을 공포 시행했고 백제도 중국 律令의 영향을 받았을 것으로 짐작된다. 고려시대에는 唐律, 宋의 법, 元의 법을 선택적·부분적으로 계수 하였다. 조선시대에는 高麗법전의 편찬이 500년 간 지속적으로 행해졌으나 특징적인 것은 大明律

을 형사법의 普通法으로서 전체적·포괄적으로 계수한 것이다. 대명률은 형사법 전이지만 吏·戶·禮·兵·刑·工에 걸친 종합적 典章으로서의 성격을 갖춘 법전이기에 때문에 그 규범력도 무시할 수 없다.

일본은 이른바 律令法時代(A.D. 646~1185)에는 大化改新에 의하여 唐律令을 계수하여 한문으로 씌어진 大寶律令과 養老律令이 있었고 武家法時代(A.D. 1185~1868)에는 清律을 통해서 明律을 계수한 御成敗式目(1232)과 公事方御定書(1742)가 幕府의 根本法으로서의 실효성을 지니고 있었다. 또 17세기 후반부터 18세기 중엽에 이르기까지 학자들에 의하여 대명률 번역서가 많이 저술되기도 하였으나 계수는 부분적이었다.

베트남은 秦漢시대 이래로 중국의 지배하에 있으면서 중국율령의 영향을 받았으며 15세기 초의 刑律 6卷은 唐律令과 明律의 영향을 받았으며 19세기 초의 皇越律例와 1855년의 大南會典事例는 清代法典을 베낀 것이라 한다. 이렇듯 베트남은 3국중 가장 강력하게 중국법의 영향을 받았다.

어떻든 전통시대에는 문화충체적으로 보아서 한국이 小中華라고 일컬어질 정도로 中國同化가 이루어졌으며 支配·服從의 權威主義的 社會關係와 法意識이 체질화하게 되었으며 이러한 부정적 측면은 日帝植民地支配하에서 더욱 조직적으로 확대재생산되었다.

Ⅲ. 近代法과 日本化

東아시아에서 서구화·근대화는 일본이 先進하여 성취함으로써 동양의 서구화의 문이 열렸다. 그리고 일본화된 서구법체제는 식민지인 한국과 대만에 강제 이식되었다.

일본의 近代 즉 근대법이 의식되고 창출되고 구체적 사회관계를 규율하게 된 起點은 明治維新부터로 보고 있다. 이 때부터 패전 때까지를 순수봉건제의 붕괴로부터 자본주의적 사회구성의 성립에 이르는 과도기로 본다. 그것은 정치사적으

로는 절대주의 시대로서 천황제 지배의 확립에 의한 근대국가성립시대이고, 경제사적으로는 경제구조 중에서 자본주의제도의 생성·발전이 중심으로 된 시대이며, 문화사적으로는 구미문화섭취시대로 보는 것이다. 일본의 근대법체계·법형식은 주로 자본주의국가인 독일의 법규범이 모델이었고 1890년대의 짧은 기간 내에 형사소송법, 민사소송법, 민법, 상법 등이 제정되어 법치국으로서의 체제를 구비했는데 실로 無에서 有를 창조한 것이었다. 그리하여 이들 법형식에 의하여 일본의 자본주의적 사회관계가 규율되었고 한편으로는 정책적으로 온존된 반봉건적 사회관계를 그 법형식에 집어넣음으로써 그 봉건적 내용이 재편성되게 되었다. 이 일본에 의한 서구법의 선구적 계수와 근대화는 아시아 전체에 변혁을 가져오고 법률의 학습교육에도 선도적 역할을 담당하게 되었다.

한국의 경우 19세기 말의 사회경제의 내부적 모순과 외세의 침투는 법제면에서도 소용돌이쳤다. 1894년의 갑오경장에 의한 개혁은 주체적 노력이 있었으나 명치유신으로 서구화된 일본제국주의에 의하여 강제되어 20여 년의 짧은 기간에 놀랄 만한 속도로 일본화된 서구적 근대법제에 접하게 되었다. 한국근대화의 기점은 타력적이기는 하나 갑오개혁이며 개화 내지 근대를 수구적 근대화로 받아들일 때에 이 타력적 근대화는 전통적 법제 즉 중국에 동화된 율령제적 법제와는 전혀 無緣한 낯선 것으로서 마찰과 저항을 받게 되었으나, 그럼에도 불구하고 갑오개혁으로 인하여 비뚤어진 가운데도 서서히 제도적 근대화의 기반은 다져지고 있었다. 그런데 특히 주목해야 할 것은 이미 갑오개혁부터 일본의 강제적 지시에 따라야 했다는 점이다. 1894년 7월 15일의 법률에 의하여 내각, 궁내부, 내부, 법무, 탁지부, 군부, 체신부, 경무부에는 일본인 고문과 약간명의 고문보좌관을 두고 여기서 기안하는 법령과 훈령·지령을 내릴 때에는 案을 협판에게 제출하기 전에 반드시 고문관의 사열을 받아야 하고, 접수하고 발송하는 공문서류도 마찬가지로이며 고문관은 내각회의에 참석하여 자기 주무에 관련된 안건토의에서 설명하고 의견을 진술할 수 있게 했다. 1895년 6월에는 법무 내에 법률의 제정·개정을 기초하기 위한 법률기초위원회를 설치했는데 여기에 관여하는 고문관, 보좌관은 법률기초위원과 동일한 권리의무를 갖도록 했다. 이 후부터 일체의 법령은 국한문을 혼용하게 되

었는데 법령은 고문관이 일본어로 초안을 작성하면 그 漢字用語에 한글로 토를 달면 되는 말하자면 일본어로 된 법안에 한글로 토를 달면 대한제국의 법령이 완성되는 것이었다. 이렇게 해서 이 때부터 사용하게 된 거의 모든 제도용어 및 그와 관련된 용어는 일본어 즉 漢字로 된 일본어이었고 그 한자어를 한국발음으로 읽으면 그만이었다.

중국어령제하에서 중국어의 동화를 자발적으로 추진하면서 자랑했던 한국은 그 정신적 유산을 깊이 간직한 채 이제는 새로운 시대를 규정하고 설명하는 일본어를 한국어로 삼으며 의심하지 않고 오늘에 이르고 있으니 일본의 식민지 통치를 위한 근대화의 특질을 여기에서 찾을 수 있고 이것을 근대에 있어서의 小日本化라고 표현한다면 지나치게 자학적이라고 할 것인가.

갑오개혁에서 비롯된 법제의 근대화는 일제의 강제에 의한 것이기는 하나 부정적으로만 볼 것이 아니라 보다 적극적인 자세로 평가하는 것이 바람직하다. 더욱이 일제강점으로 식민지화된 조선에서는 식민지 36년 간 일본법과 일본어 내지 일본법언어 속에서 생활하고 길들여지고 교육받았음을 고려할 때에 갑오개혁 이래의 일본법제를 평면적으로 보기보다는 전통적인 사회질서와 이질적인 법제와의 사이에 어떠한 상호작용이 성립하고 그들 법령과 사회간에 어떠한 상호조정과정이 진행했는가의 문제를 추구함으로써 좋건 나쁘건 오늘날 한국이 남겨받은 유산의 역사적 성격을 밝히고 법의 진정한 근대화를 실현하는 방안을 모색하는 것이 바람직한 일이다. 이것은 정도의 차이는 있으나 대만과 베트남의 경우에도 타당하리라고 짐작된다.

IV. 近代化와 아시아적 가치

한국과 대만은 일본으로부터 그리고 베트남은 프랑스로부터 해방된 뒤에는 20세기 후반기를 특히 한국에서는 식민지유산의 극복에 유념하면서 자주적 근대화를 추진하여 왔다. 즉 해방 후의 혼란과 6. 25. 사변으로 인한 오랜 전쟁 상태 속에

서도 서양적 자유민주주의 즉, 개인의 자유와 평등을 보편적 정의로 신봉하면서 오늘날까지 자유평등을 위한 투쟁을 일관하여 계속하면서 동시에 놀랄만한 경제 성장을 성취하면서 21세기를 맞이했다. 이 과정에서 뿌리 깊은 유교적 전통은 자유평등 실현의 장애물로 간주하여 특히 제도상으로는 거의 제거되었다고 보아도 좋다. 그러나 그렇다고 해서 서양적 정의가 理想대로 실현된 것도 아니고 실제로는 부정적인 유교적 가치관마저도 극복하지 못한 채 그대로 21세기의 속제로 넘겨받게 되었다.

한편, 1990년대 중반부터 아시아적 가치, 아시아적 민주주의 혹은 유교적 민주주의의 논의가 일어나고 있으며 이는 서양적 근대화의 대안을 동양사상에서 찾으려는 시도이기도 하다. 혹은 전통적으로 유교문화권에 속했던 일본, 한국, 대만, 홍콩, 싱가포르의 눈부신 경제성장의 원동력을 전통에서 찾으려는 노력이기도 하다. 어쨌든 이러한 움직임은 서양적 가치관의 편향가중적인 흐름을 주체적으로 조정하지 못했다는 사정으로 말미암은 자각적 시도이라고 보아야 할 것이다.

그러나 보다 절실하고 긴요한 일은 서양적 보편적 정의를 끈기 있게 실현하는 일이다. 그것은 보다 더 철저하게 자유평등의 '個'를 확립시키는 일이며 개인의 주체성이 확립되고 그 주체성이 상호 승인되는 인간관계 즉, 합리적 의사인에 의한 인간관계가 사회적으로 확대되어야만 참다운 근대화가 성취되고 세계화에도 대처할 수 있다고 생각한다. 아시아적 가치 혹은 아시아적 민주주의를 지탱해주는 이념, 정의는 무엇이며 그 실현형식으로서의 법규범은 어떠한 것인지 아직은 오리무중이다. 로마법 계수 후 독일에서의 17세기 자연법사상에 근거한 反繼受(Gegenrezeption) 운동에 비견할 수 있을 만한 反歐美 즉 일종의 反繼受는 아직은 요원한 일이라고 본다.

V. 植民地的 近代化의 效用

東아시아 3국 전통시대에는 중국의 법문화의 지배하에 중국동화예의 역사적

변화를 거듭했고 그것은 한국이 특징적이었다. 小中華를 자처하며 자랑스럽게 여기며 동화해왔다. 19세기 말부터는 일본의 서구적 근대화의 영향하에 놓이게 된다. 대만은 중국 즉 淸의 영토이었는데 청일전쟁의 결과 1895년의 강화조약에 의하여 일본의 領有로 되어 이른바 식민지 영유를 가져왔다. 중국은 신해혁명으로 공화체제가 수립되고 서구법의 대대적인 계수를 통하여 근대 법성립시대를 맞이하게 되었으나 사회주의화된 뒤로는 서구적 근대화는 논의대상에 들지 않는다. 베트남도 1883년 프랑스의 식민지로 되어 동화정책이 시행되었으나 성공하지 못했고 남북분단을 거쳐 현재는 사회주의 국가로 되어 있다. 남는 것은 한국이다.

위에서 언급한 바와 같이 한국은 동아시아에서 매우 특수한 과정을 거쳐 현재에 이르렀다. 小中華에서 小日本化 同化過程을 거쳐서 광복을 맞이했으나 남북분단과 남침에 의한 6. 25. 전쟁을 거치는 동안에 근대화는 많은 시련을 겪어야 했고 아직도 성취하지 못한 채 21세기를 맞았다. 1894년의 갑오개혁부터 1945년의 광복까지 50년 간의 타율적인 이지러진 근대화를 겪었고 1945년부터 2002년의 오늘날까지 58년 간의 자주적 근대화 과정에 있다. 실로 지나간 대칭되는 기간인테 제국주의, 식민주의를 아직도 거론해야 하는 역사적 상황하에 있다는 것은 부끄러운 일이 아닐 수 없다.

앞서 언급했듯이 일본과 중국을 제외한 동아시아 3국은 식민지적 불행한 유산을 근대화 달성을 위한 긍정적인 동력으로 이용하여야 하는 所與의 역사적 상황에 놓여 있다.