

조선 초기 신분 제도의 사회적 위상과 관념적 구조

조우영*

목 차

- I. 問題 제기
- II. 조선 초기 신분 제도의 사회적 위상
- III. 조선 초기 신분 제도의 관념적 구조
- IV. 결론을 대신한 시론: 우리 역사상의 신분 제도가 현대 생활에 미친 영향

[국문요약]

조선 초기의 신분 제도가 사회 생활의 어떤 영역에 자리잡고 어떤 영역에서 작용하였는지, 그 신분 제도는 어떤 관념을 바탕에 깔고 있었는지, 그 제도와 관념이 현대 남한의 법문화에 어떤 영향을 미쳤는지를 시론적으로 살핀다.

[주제어] 신분 제도, 신분 구분, 신분적 차별, 공법적 영역, 사법적 영역, 유교(儒敎), 인민 관념, 생업, 봉직(奉職), 신역(身役), 국가주의, 개인의 주체성, 민주주의, 법치주의

I. 問題 제기

근대 법사학의 창시자 가운데 한 사람인 메인(H. J. S. Maine, 1822~1888)은 일찍이 법을 통해서 볼 수 있는 인류 사회의 ‘진보 법칙(the law of progress)’을

* 서울대학교 법학연구소 선임연구원

‘신분에서 계약으로의 움직임(a movement from Status to Contract)’이라는 명제로 요약한 바 있다.¹⁾ 메인은 본디 인법(人法, the Law of Persons)에서 논의되는 신분을 문제삼았고 그것이 가족 내부에서의 권능(powers)과 특권(privileges)에서 유래하는 것이라고 보았으며 언급 대상 시기를 특별히 한정하지 않고 주로 원시시대와 고대의 사정을 다루었지만, 후세 사람들은 메인의 명제에서 ‘신분’을 ‘가족법상의 신분’이 아닌 ‘사회적 신분’으로 이해하고 그것을 주로 중세에서 근대에 이르는 시기의 거시적인 사회 생활 관계의 변화나 법률관계 형성 양상의 변화를 설명하는 데 인용해 왔다.

그러한 후세 사람들의 이해는 비록 메인의 본디 논의를 약간 왜곡한 것이지만 실질적인 면에서 꽤 큰 일반적 타당성을 갖는다.²⁾ 서양뿐만 아니라 우리나라처럼 어느 정도 이상으로 ‘근대화’된 다른 여러 지역에서도 다양한 사회 생활 관계나 법률관계가 사회적 신분에 의거해서, 최소한 그것을 바탕에 깔고 맺어지다가 계약을 통해서 맺어지는 쪽으로 바뀌었기 때문이다.

그런데 그런 식으로 후세 사람들에게 의해 받아들여진 ‘신분에서 계약으로’라는 명제는 과연 어느 정도의 일반적 타당성을 갖는가? 특히 우리나라 전근대 사회에서도 과연 갖가지 사회 생활 관계나 법률관계들이 주로 사회적 신분에 의거해서 맺어졌으며 그렇다면 사회적 신분은 어떤 분야에서, 그 분야마다 어느 정도와 어떤 방식으로 사회 생활 관계나 법률관계를 제약했는가? 또한 사회적 신분이란 과연 어떤 방식과 어떤 내용으로 규정되는 것이었는가? 나아가 역사적 존재로서의 우리민족이 겪은 신분제 사회에서의 생활 경험은 현대 남한

1) Maine, H. S., *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas*(Boston: Beacon Press, 1963), Chapter V(특히 164~165쪽) 참고.

2) 후세 사람들의 이해가 메인의 본디 논의를 완전히 왜곡한 것은 아니다. 메인은 ‘신분’이 고대에 가족 내부에 존재했던 권능과 특권에서 유래하는 것이라고 보았지만 그 용어를 더 거시적인 사회적 맥락에 적용하는 것을 반대하지 않았으며, 오히려 가족 내부뿐만 아니라 더 넓은 사회적 맥락 속에도 자리를 매길 수 있는 ‘주인과 노예’의 관계 및 ‘노예제’에 대해서도 언급하였다. 다만, 그 밖의 메인이 언급한 신분 관계(가장권, 친족 관계, 친권, 여성에 대한 후견, 혼인, 여성의 지위, 고아에 대한 후견 따위)는 모두 오로지 가족법상의 신분 관계로만 다루어야 마땅한 것들이다. 같은 곳(특히 128~165쪽) 참고.

에서의 법 생활에 어떤 영향을 끼치고 있는가?

이런 물음들은, 위대한 법사학자가 진지하게 위와 같은 명제를 제시하였고 대중들이 그것을 위와 같이 이해하여 마치 진리처럼 떠받들고 있는 한, 전문적으로 법의 역사를 연구하는 사람들, 특히 우리나라 법제사를 연구하는 사람들이 앞장서서 제기하고 답해볼 만한 물음들이다.

필자는 얼마 전에 제출한 박사학위논문에서 위의 세 번째 물음에 대한 답을 매우 추상적으로나마 나름대로 제시한 바 있다. 그 내용을 요약하면, 사회적 신분이라는 것은 우리나라 전근대 역사에서 당시 사람들 사이에 명시적·의식적으로 알려지거나 존재해 온 실재적·실천적 개념이 아니고 근대 이후 도입된 서양식 학문 세계에서 역사 현상을 분석·기술하기 위해 일본말을 빌어 학자마다 다른 내용으로 규정해 온 학문적 개념이며 사회적 측면에서보다는 규범적·제도적 측면에서 규정하는 것이 바람직하고 그 내용은 “지배적 사회규범에 의해 사회 전체적 규모로 유별·구획된 사람들에게 다양한 계기를 통해 주어져서 원칙적으로 종신토록 고착되며 공적·사적 생활과 관련된 각종 권리·의무 부여에서 차별 기준이 되는 규범적 속성 징표”라고 규정하는 것이 좋다는 것이다.³⁾

그런데 한국 법사학계에 오히려 절실한 것은 위의 두 번째와 네 번째 물음에 대한 답이라고 여겨진다. 이 글에서는 바로 그것을 시도하고자 한다. 다만, 현 단계 필자의 능력상 학위논문의 연장선상에서 대상 시기를 《경국대전》 편찬 전후의 조선 초기에 한정하여 추상적·논리적 개념 틀을 시론(試論)으로 제시하는 데 그칠 것이다. 그 일부분은 학위논문에서 이미 언급한 내용을 다른 맥락, 다른 각도에서 요약하여 제시할 것임을 미리 밝혀 둔다. 첫 번째 물음은 우리나라 법제사를 주로 연구하는 사람으로서는 감당하기 어려우므로, 그에 대한 답은 기약 없이 미를 수밖에 없다.

3) 조우영, 「《경국대전》의 신분 제도」(서울대 법학박사학위논문, 2003), 제2장 1.과 2.(특히 29~33쪽) 참고.

II. 조선 초기 신분 제도의 사회적 위상

먼저 위의 두 번째 물음에 대한 답을 제시해보기로 하는데, 그 후반부에 대한 답을 조금 자세히 구해보면 전반부에 대한 답은 자연스레 나올 것이므로 그렇게 하기로 한다. 곧, 조선 초기에 사회적 신분이 어떤 분야에서 어느 정도와 어떤 방식으로 사회적·법적 생활 관계를 제약했는지를 따져서 생활 관계가 사회적 신분에 의거한 정도를 전반적으로 평가해보겠다는 것이다.

그에 앞선 일반론으로서,⁴⁾ 신분이 작용하는 생활 관계의 영역을 갖가지 제도나 의례(儀禮)에 의해 규율되는 정형화된 영역과 사회 구성원들이 임의로 형성하는 영역으로 나누어볼 수 있을 텐데, 신분은 그 자체가 이미 제도의 영역에 속하는 것이어서 ‘신분 제도’라는 개념을 동원하면 그에 대한 논의를 간명하게 이끌어갈 수 있다는 점을 지적해두고,⁵⁾ 그 점을 활용하고자 한다.

신분 제도는 간단히 말하면 사회구성원 전체를 여러 집단으로 나누어 그 각 집단에 속하는 사람들에게 무슨무슨 신분이라는 각각 다른 인위적 딱지를 고정적으로 붙여놓고 그에 따라 사람들을 차별 대우하는 제도이다. 신분 제도는 반드시 신분 구분(부여) 장치와 신분적 차별 장치를 포함하며, 그 두 가지가 신분 제도의 핵심적 뼈대이다. 그런데 신분 구분과 신분적 차별은 추상적으로만 분리해서 볼 수 있을 뿐이고 실제로는 분리할 수 없을 정도로 맞물려 있게 된다. 구체적 신분 제도에서는 신분 구분이 곧바로 신분적 차별을 수반하며 신분적 차별은 신분 구분에서부터 이미 예정된다.⁶⁾

신분 제도를 가진 사회, 곧 신분제 사회에서 신분 구분 장치는 사회 전체적 규모에서 공인된 형태로 존재하게 된다. 어떤 단위 사회의 지배적 사회규범이 법이건 관습이건 종교이건 아니면 또 다른 그 무엇이건 간에, 그것이 사회구성

4) 여기서부터는 용어 사용의 편의상 ‘사회적 신분’을 그냥 ‘신분’이라고 일컫기로 한다.

5) ‘신분’과 ‘신분 제도’의 선후 관계는 닭과 달걀의 선후 관계처럼 도무지 가려낼 수 없다.

6) 그러므로 신분 구분 장치는 신분적 차별 장치에 대해 독립적이고 후자는 전자에 대해 종속적일 수밖에 없다.

원 모두의 신분적 유별·구획을 공인하고 있을 때 그 사회에 신분 제도가 존재한다고 할 수 있다.

법이 지배적 사회규범인 경우에, 신분 구분 장치는 사법(私法) 체계가 아니라 공법(公法) 체계 속에 자리잡기 마련이다. 신분 제도의 역사적 발생 원인이 사적(私的) 생활 영역에 있는 경우에도 그것이 그 사회의 공법 체계에 의해 공인되거나 적어도 묵인되어야만 사회적 신분 제도의 존재를 인정할 수 있다.⁷⁾ 관습이나 종교가 지배적 사회규범인 경우에도, 그 내용을 법학적 관념으로 치환해서 이해한다면, 신분 구분 장치는 사법이 아닌 공법의 영역에 자리잡는 것으로 볼 수밖에 없다.

조선 초기 사회는 법이 지배적 규범으로 자리잡고 있던 신분제 사회였다. 그리고 당시의 신분 제도는 주로 법에 의해 규율되고 있었다.

당시에 불교는 이미 사회구성원들의 생활을 포괄적으로 규제할 힘을 잃었고 유교는 아직 민중 생활에 깊숙이 침투하지 못하였다. 유교적 관념이 법보다 위에 있어서 법의 내용을 규제하는 원리로 작용했을 것이라는 점을 들어 법보다는 유교라는 종교가 지배적 사회규범이었다고 주장할 수도 있을 듯하나,⁸⁾ 그렇지 않다. 신분과 관련해서만 보더라도 당시에는 양(인)·천(인) 구분과 그에 따른 차별이 신분 제도의 핵심적 부분을 이루고 있었고 그것이 사람들의 생활에 확고하고도 막대한 영향을 끼쳤는데, 양·천 구분은 당시의 법에 의해 규율된 것일 뿐이고 유교적 관념과는 동떨어진 것이었다.⁹⁾ 그런 사실에서 엿볼 수 있듯이, 조선 초기 사회에서 유교는 법에 대해 우월한 지위를 차지하지 못하였다.¹⁰⁾

7) 이러한 서술은 단지 논리 조작에 지나지 않는 것인지도 모르겠다. 필자는 신분 구분 장치에 해당하는 법규는 ‘공법’으로 분류되어야 한다는 점을 은연중에 전제로 삼아 이렇게 서술하고 있기 때문이다.

8) 유교를 종교로 볼 수 있는지에 대해서 논란거리가 많지만, 그 점은 파고들지 않기로 한다.

9) 양·천 구분은 법가적(法家的) 색채가 짙은 제민(齊民) 관념의 영향을 받은 것으로 보인다. 그 점에 대해서는 조우영, 앞의 글, 92~96쪽(‘양인’과 제민지배체제, 그리고 유교) 참고

10) 종교가 지배적 사회규범인 다른 사회들에서의 사정과 비교해 보면 이 점이 두드러지게 드러난다. 힌두교가 지배한 인도 사회나 회교가 지배한 이슬람 사회에서는 종교 경전인 마누 법전이나 코란이 그대로 법으로 통용되었다. 그에 비해, 좀 심한 예이기는 하지만, 유교 경

법과 관습 사이의 우열 관계는 어떠했는가? 법의 시행으로 관습이 바뀌기도 하고 관습의 힘을 이기지 못해 법이 개변되기도 했을 것이나, 논리적으로 법의 우월성을 인정하지 않을 수 없다. 법에 어긋나는 관습이 법을 짓혀두고 민중 생활을 지배하는 사회란 다른 말로 표현하자면 이른바 ‘무법천지’일 텐데, 조선 초기의 사회가 그랬다고 할 수는 없다. 많은 부분에서 법과 관습이 일치했다고 보는 것이 아마도 타당할 텐데, 그렇다면 법의 우월성을 인정해서 거리낄 것이 없다. 법은 대개 관습보다 더 큰 강제성을 띠고 더 중요한 사항(만)을 규율하기 때문이다.

신분과 관련해서 보면, 신분 제도의 많은 부분이 성문법의 형태를 띠기보다 문자화되지 않은 채로 작동하고 있었으며, 특히 《경국대전》에는 ‘중’, ‘양인’, ‘천인’, ‘종친’, ‘공신’, ‘서얼’, ‘향리’ 따위의 구체적 신분 지칭만 나오고 사람들을 그렇게 나누는 방침이나 그렇게 나누는 기준을 직접 규정한 내용은 보이지 않는다. 그런 사실을 꼬집어 특히 신분 구분 장치는 대개 법이 아닌 관습의 영역에 자리잡고 있었다고 할 수도 있겠으나, 단순한 관습이 아닌 ‘관습법’의 영역에 자리잡고 있었다고 보는 것이 더욱 타당하다. 성문법에 나타나는 구체적 신분 지칭은 그 구분을 위한 불문의 관습적 기준을 전제로 삼지 않을 수 없는데, 그러한 전제 삼음은 곧 신분 구분과 관련된 관습에 대한 법적 승인을 뜻하기 때문이다.

요컨대, 신분 구분 장치는 주로 관습적 공법 체계의 일부로 자리잡고 있었고 성문법, 곧 《경국대전》의 공법적·사법적 규정들에 의해 확고히 승인되고 있었다.

신분 구분에 뒤따르는 신분적 차별은 법에 의해 규정되었을 뿐만 아니라 관습에 의해서도 규제되었고 규범의 제약을 벗어나 개인의 임의에 따라 이루어

전인 『예기(禮記)』 「곡례(曲禮) 상(上)」에 나오는 “아버지의 원수와는 하늘을 함께 이지 않고, 형제의 원수에게는 무기를 돌이키지 않으며, 벗의 원수와는 나라를 같이 하지 않는다(父之讎 弗與共戴天 兄弟之讎 不反兵 交遊之讎 不同國)”는 따위의 규범이 조선 사회에서 그대로 법으로 통할 수는 없었다.

지기도 하였다.¹¹⁾ 신분적 차별이 구체적으로 사회 생활의 어떤 영역에서 이루어졌는지는 성문의 범규정뿐만 아니라 사료에 나타나는 수많은 사례들을 살펴 보아야 전반적으로 알 수 있겠지만,¹²⁾ 현 단계 필자의 능력상 여기서는 《경국대전》의 규정 내용을 중심으로 정리해보기로 하겠다. 성문법은 당시 사람들에게 규제 필요성이 가장 절실했던 사항들을 담고 있을 것이므로, 그렇게 하더라도 하나의 시론으로서 큰 무리는 없으리라고 생각한다.

신분적 차별의 핵심은 각각의 구체적 신분 범주별로 서로 다른 규범적 속성을 부여하는 것이므로, 신분적 차별의 내용을 살펴려면 신분 범주 구분의 틀에 맞추어 각 범주들이 특징적으로 다르게 취급된 면을 보는 것이 좋다.¹³⁾

첫째로, 조선 초기 사회의 모든 구성원들은 ‘임금’과 ‘인민’이라는 두 개의 신분 범주로 나뉘었는데, 그 두 범주 사이에는 너무 많은 차이가 있어서 서로 비교하는 것이 무의미할 정도이다. 그러나 아무튼 ‘임금’과 ‘인민’의 구분은 크게 보아 정치적·공법적으로 ‘통치자’와 ‘피치자’를 구분하는 것이었고 또 굳이 종교적으로 보아 유교적 맥락에서 따지자면 ‘성인(聖人)’과 ‘범인(凡人)’을 구분하는 것으로 볼 수도 있는 것이었다.

둘째로, ‘인민’들은 ‘중’과 ‘속인(俗人)’으로 나뉘었는데, 그 두 범주의 구분이 가지는 핵심적 의미는 유교적·세속적 통치에 알맞은 사람들과 그렇지 않은 사람들을 나누는 것이었다. 중들은 직접 신역(身役)을 면제받고 또 절(寺刹)에 속함으로써 간접적으로 요역(徭役)을 면제받았으며, 그에 대응하여 가장 중요한 세속적·공적 권리인 벼슬살이를 할 수 없었고, 혼인을 할 수 없었으며, 특정한 형태의 일상 활동(속인과의 교류)을 할 수 없었고, 수금(囚禁)과 추단(推

11) 개인의 임의에 맡겨진 영역을 굳이 규범적 시각에서 따지자면 ‘허용된 영역’이라고 볼 수도 있을 것이다.

12) 구체적 사례들은 각각 관습법에 따른 차별, 단순한 관습에 따른 차별, 개인들의 임의에 따른 차별의 경우로 나누어 볼 수 있을 것이다.

13) 이하에서 제시하는 신분 구분의 틀과 각 범주별 규범적 속성의 차이는 조우영, 앞의 글, 45~176쪽에서 논의한 바를 요약한 것이다. 이하의 내용에 해당하는 각 부분의 소재는 그 글의 세부 목차를 활용하면 쉽게 찾아볼 수 있으므로 따로 밝히지 않았다.

斷, 고신(拷訊)과 단죄(斷罪)를 포함함) 따위의 형사 절차에서 특별한 대우를 받았다. 중들에 대한 특별 대우 가운데 혼인 금지만은 사법적(私法的)인 것으로 볼 수도 있으나 실은 그마저 중과 속인을 엄격히 분리하려는 국가(주의)적 고려에 따른 것이었고, 나머지는 모두 공법적 영역에 속함이 명백한 것들이었다. 그 가운데 가장 핵심적인 것은 신역과 요역의 면제였는데, 그 점은 당시 속인들이 중이 된 한 가장 중요한 동기가 신역 면제였다는 사실에서 미루어 알 수 있다.

셋째로, ‘속인’들은 크게 ‘양인’과 ‘천인’으로 나뉘었는데, 그 두 범주의 차이를 요약하면 “양인은 온전한 인격을 가지고 공·사 생활에 제한 없이 참여하면서 온전한 보호를 누릴 수 있고, 천인은 인간성에 덧붙여 재물성을 띠으로써 주인의 인신적(人身的) 지배에 얽매이는 한편 인격이 상대적으로 줄어들어 일정한 공적 생활에 참여할 수 없음과 동시에 법(형률)의 보호를 온전히 누리지 못한다”는 것이다. 그 차이를 다시 크게 나누어 보면, 양인은 온전한 사람인 데 비해 천인은 사람인 동시에 재물로 취급되고, 원칙적으로 양쪽 다 신역을 지지만 양인은 남자에 한해서 국가에 대해 지는 데 비해 천인은 남녀 가리지 않고 그 주인에게 지며, 또한 원칙적으로 양인은 벼슬살이를 할 수 있고 과거에 응시할 수 있는 데 비해 천인은 그렇지 못하며, 범죄와 형벌 및 형률로써 보호받는 이익이 양·천 사이에 달리 규정되었다. 그런 점들 말고는 조세·요역·공물(貢物)·소송 따위의 공법적 영역과 재산의 보유·거래·전송이나 혼인 따위의 사법적 영역에서 양·천 간에 중요한 차이가 없었다. 다만, 양인의 재산은 4촌 혈족에게까지 상속될 수 있었던 데 비해 천인의 재산은 아들·딸이 없으면 주인에게 귀속되었고, 천인의 혼인 관계는 법에 의해 충실히 규제되거나 보호받지 못하였다. 이렇게 보면 결국 양인과 천인 사이의 차별도 주로 공법적 영역에서 이루어졌음을 알 수 있다. 양인과 천인의 근본적 차이인 재물성 유무가 사법(私法) 영역에 속하는 재산법의 문제 아니냐는 반문이 있을 수도 있겠으나, 사람을 재물로 삼는 것은 단순한 재산법상의 문제가 아니라 멀리는 정복과 인신 약탈, 가까이는 형벌에 연원을 둔 정치적·공법적 문제였다.

넷째로, ‘양인’ 집단 안에서는 후궁과 대전유모(大殿乳母), 종친과 그 밖의

종성(宗姓) 왕친(王親), 공신과 원종공신(原從功臣), 왕녀(王女)와 의빈 및 이성(異姓) 왕친, 외척 따위의 귀족; 궁관(宮官), 유품관(流品官)과 생원·진사·유음인(有蔭人) 따위, 환관(宦官), 토관(土官), 잡직인(雜職人) 따위의 관인(官人); 향리와 역리(驛吏), 수군(水軍)과 조졸(漕卒), 염간(鹽干)과 목자(牧子) 따위의 신역에 얽매인 사람들이라는 특수한 신분 범주들을 검출할 수 있으며, 그들뿐만 아니라 양인들은 평민으로 볼 수 있다. 그 각각의 특수한 신분 집단에 속한 사람들은 읍호(邑號) 사용, 산계(散階)의 종류와 등급, 관직에 진출할 때의 소속 관청 제한, 담당 신역(國役)의 종류, 요역 부담의 정도, 형사 절차, 상장례(喪葬禮), 토지 지급(공신전), 무덤·집터의 넓이, 후손의 양·천 신분 세습 따위의 공법적 영역과 제사지내는 대수(代數)라는 사법적 영역에서 각기 다른 특전이나 규제를 받았다. 양인 집단 안에서의 차별도 주로 공법적 영역에서 이루어졌던 것이다.

다섯째로, ‘양인’ 집단은 바로 위에서 본 것과는 전혀 다른 차원에서 적출(嫡出)과 서얼(庶孽)로 나뉘기도 하였는데, 서얼들은 과거 응시나 벼슬살이에서 승급이 제한되었고 서얼이라는 신분 자체를 영구 세습하였다는 점에서 공법적 차별을 받았으며 조상의 제사를 받들 자격과 재산 상속 몫을 제한받았다는 점에서 사법적 차별을 받았다. 서얼에 대한 차별은 공법적 영역과 사법적 영역 가운데 어느 한 쪽에 치우치지 않고 양쪽에 걸쳐 이루어졌다고 할 수 있겠다.

이상의 논의를 요약하면, 조선 초기에는 각기 다른 차원에서 구분된 여러 신분 집단들이 주로 공법적 영역에서 차별되었고 오직 천인과 서얼만은 양인이나 적출에 대하여 사법적인 면에서도 차별되었는데 그 가운데에서도 서얼과 적출 사이의 사법적 차별이 두드러진 것이었다고 할 수 있다.

결국 조선 초기의 신분 제도는 여러 사회규범들 가운데서는 법의 영역, 그 가운데에서도 주로 공법 영역에 자리잡고 있었고 그것이 작용한 생활 관계는 주로 공법적인 관계였다고 여겨진다.

이와 같은 조선 초기 신분 제도의 사회적 위상은 서양 중세 사회에서의 신분 제도의 위상과는 확연히 다르다.

먼저, 우리나라를 포함한 동양에서는 일찍부터 중앙집권적 관료 국가가 성립하여 당시 사람들도 공·사 구분을 알았고 지금에 와서도 공(법)적 영역과 사(법)적 영역을 어느 정도 명확히 구분할 수 있는 데 비해, 서양 중세에는 국가의 성격이 모호하여 당시의 공(법)적 문제나 영역과 사(법)적 문제나 영역을 구분하기가 매우 어렵다. 동양 전통 시대의 국가 체제는 통치자와 피치자의 쌍무적 관계에 의해 성립된 것이 아니라 통치자 쪽에서 피치자 집단을 일방적으로 장악·포섭·편제함으로써 성립된 것인 데 비해, 서양 중세의 봉건 체제는 본디 한 편의 보호와 다른 편의 복종·충성·봉사를 내용으로 하는 사적(私的) 쌍방 계약에 의해 성립된 것이면서도 특히 그 상층부에서는 결과적·사후적으로 일정한 공적 기능을 수행하는 것이었다. 일반적으로 서양에서는 절대주의 시대에 이르러서야 국가가 비교적 명료한 공공적 체제로서의 성격을 띠게 되었고 근대에 들어서는 그에 대한 반동으로 공적 국가와 사적 개인 사이에 중간적 영역으로서 시민사회가 성립하였다고 한다. 그에 비해 동양 사회는 일찍부터 공·사 구분을 알았지만 스스로 시민사회를 창출하지는 못하였다.

다음으로, 서양 중세 사회의 신분 제도는 공·사 구분이 모호한 세속의 법과 관습에 의해 창출된 다음 그 존속·유지 단계에서는 교회법 내지 종교로부터 강력한 뒷받침을 받았던 데 비해, 적어도 조선 초기의 신분 제도는 마찬가지로 세속법에 의해 창출되기는 하였으나 사·농·공·상의 구분을 핵심으로 하는 유교적 인민 관념에 합치하지 않았다. 조선의 유교는 그 독자적 인민 관념을 계속 고집하여 결국 세속법과 마찰을 일으키고 그것을 변질시킨 한 요인으로 작용하였지만, 서양 중세의 기독교는 이른바 삼위일체설을 응용한 새로운 교리를 만들어 성직자(기도하는 사람)·기사(싸우고 다스리는 사람)·농민(일하는 사람) 사이의 신분적 구분·차별을 정당화하였다.

마지막으로, 서양 중세의 신분 제도는 영지(領地)와 작위(爵位)를 포함한 재산의 보유·전승 및 재산권의 내용과 특히 밀접한 관련을 맺고 있었던 데 비해, 조선 초기의 신분 제도는 재산 보유 자체나 재산권의 내용과는 완전히 분리된 것이었고 재산 전승에 대해 미미한 영향을 미칠 뿐이었다.¹⁴⁾

마지막 차이점을 무겁게 받아들이면, 결국 조선 초기의 '신분 제도'는 공법적 영역에 자리잡은 것이었고 서양 중세의 신분 제도는 사법적 영역에 자리잡은 것이었다고 요약할 수도 있다. 또한 전체적으로 보면, 조선 초기의 신분 제도는 세속의 공법적 영역에서 매우 제한적으로 작용하는 것이었고 서양 중세의 신분 제도는 세속과 종교의 공·사 생활에 속속들이 침투해서 거의 무제한적으로 작용하는 것이었다고 할 수도 있겠다.

Ⅲ. 조선 초기 신분 제도의 관념적 구조

위의 논의 과정에서 신분 제도의 사회적 위상과 관련하여 공·사 구분 및 개인-국민(시민사회)-국가 관계에 대한 제도나 사람들의 관념이 조선 초기의 우리나라 사회와 서양 중세 사회에서 서로 달랐다는 점을 지적하였다. 지금부터는 그러한 점을 하나의 화두로 삼아 조선 초기의 신분 제도가 어떠한 인민 관념, 사회 관념, 국가 관념에 의해 뒷받침되고 있었으며 그 관념의 내용 요소들이 어떠한 구조적 연관 관계를 맺고 있었는지를 살펴보겠다.

조선 초기의 국가 체제를 뒷받침한 사상은 두 말 할 것 없이 유교였다. 비록 그 신분 제도의 핵심적 일부(양·천 구분)가 법가적 제민 관념에 의해 뿌리를 둔 것이었지만 말이다.

조선 초기의 신분 제도는 국가주의적 관점에서 기획되고 된 것인 만큼,¹⁴⁾ 그 관념적 구조는 유교의 인민 관념과 국가(사회) 관념 및 공·사 관념에 맞추어 이해되어야 마땅하다.

유교적 관념에 따르면 황제(黃帝)와 요(堯)·순(舜) 이래 국가(사회)와 구별되

14) '완전히'라는 표현은 오직 두 가지 면에서 지나친 것일 수도 있다. 재산의 보유와 전승 면에서 내수사(內需司)과 관리한 임금의 재산이나 공신에게 주어진 공신전(功臣田) 만은 특별한 성격을 띠었다.

15) 그 점에 대해서는 조우영, 앞의 글, 39~40쪽 참고.

지 않음)는 하늘로부터 임금에게 주어진 것이고 인민들은 그 안에서 예(禮)를 지키며 살아야 하는 수동적 존재이다. 또한 그에 따르면 인민들은 춘추시대 이래 크게 사·농·공·상의 네 부류로 나뉘며 그 각각의 부류에게는 서로 다른 ‘예(禮)’가 적용되어야 한다.¹⁶⁾ 사회(국가와 구별되지 않음)란 인민들이 각각의 ‘예(禮, 분수)’에 따라 생업(산업)에 종사하며 그것을 바탕으로 임금을 떠받들면서 살아감으로써 성립하고 유지되는 것이거나 아니면 거꾸로 천명을 받은 임금이 여러 인민들을 ‘예(차등적임)’에 따라 다스려서 각각의 생업에 편안히 종사하도록 함으로써 성립·유지되는 것이다. 이와 같은 유교적 관념에 따르면 인민들 사이의 신분 구분은 오늘날 학자들이 말하는 ‘정치경제학적 계급’ 구분이고 그것이 곧 ‘예’이다.

본디 유교의 가르침에서 명시적으로 언급하지는 않았지만, 유교적 국가(사회) 체제에서 인민들이 ‘예’에 따라 국가 생활에 (수동적으로나마) 참여하는 방식은 크게 두 가지이다. 봉직(奉職)과 부역(賦役)이 그것이다. 부역은 조세와 역역(力役)을 포함하며, 역역은 다시 신역과 요역으로 나뉜다.¹⁷⁾ 그 가운데 담당자가 몸소 떠맡아야 하는 것은 봉직과 신역이다.

사(士)의 ‘예’는 (하늘이나 임금의) 뜻을 받들어(尙志) 임금(국가)이 베푸는 관직에 나아가 봉사하는 것이며 그것은 곧 그들의 생업이라고 볼 수도 있다.¹⁸⁾ 사(士)에 대응하여 볼 때 농·공·상은 모두 서인(庶人)으로서 좁게 보면 그들에게는 ‘예’가 적용되지 않으나,¹⁹⁾ 널리 모든 인민에게 예교(禮敎)가 미치는 것으

16) 춘추시대 이전에는 사·농·공·상의 분화가 뚜렷하지 않았으므로(국가·사회의 상층부도 천자·공·경·대부 따위의 봉건 세습 귀족으로 구성됨) 그에 대해서는 이른바 ‘사민(四民, 사·농·공·상)’ 관념을 적용할 여지가 없다. 사민의 구분을 언급한 유교 문헌으로는 『춘추곡량전(春秋穀梁傳)』 <성공(成公)> 「원년(元年) 3월」조; 주희(朱熹) 집주(集注), 『맹자(孟子)』, <진심장구(盡心章句) 상(上)> 「제33장」 주(注) 참고.

17) 조세와 역역, 신역과 요역 따위의 구분은 유교 관념에 내재한 것이 아니다. 조세와 역역의 구분은 일의 자연스런 이치에 따라 이루어진 것으로 생각되고, 신역과 요역의 구분은 중국이나 우리나라에서의 구체적 수취·동원 제도의 발전에 의해 (아마도 법가적 통치술의 영향으로) 이루어진 것으로 생각된다.

18) 사(士)의 봉직이 가지는 생업적 측면은 유교 교리상 거의 무시된다.

로 보면 그들은 각각의 생업에 종사하면서 부역을 떠맡아야 하며 그것이 그들의 ‘예’이다. 그 가운데 농(업)은 천하의 근본이 되므로 모든 인민이 떳떳이 종사할 수 있고 그렇게 해야 하는 생업이며, 상(업)과 공(업)은 말리(未利)를 좇는 떳떳하지 못한 일에 지나지 않는다.

요컨대 유교적 국가(사회) 관념이나 인민 관념에 따르면 모든 인민들은 각자의 일, 곧 사사(私事)로서 각자의 생업에 종사해야 하며 나라의 일, 곧 공무(公務)로서 관직을 맡거나 부역을 져야 한다. 그 공무 가운데 타인의 힘을 빌거나 재물을 쓰지 않고 부담자 본인이 몸소 수행해야 하는 것은, 위에서 지적했듯이, 봉직과 신역이다.

신분 제도는 사람들의 인신(人身)을 직접 규제하는 제도이므로, 위에서 언급한 관념 요소 가운데 신분 제도와 관련해서 직접 고려해야 할 공무는 봉직과 신역 뿐이다. 또한, 조선 초기의 신분 제도가 주로 공법적 영역과 관련된 것이라고 하였지만 일의 실제에 있어 공무는 사사(私事)를 바탕으로 삼고서야 가능한 것이므로, 모든 인민에게 공통된 사사인 생업도 신분 제도와 관련된 관념 요소로 다루어야 한다. 그렇게 보면, 조선 초기 신분 제도의 관념적 틀은 인민들의 사사인 생업과 인민들이 국가에 대해 떠맡아야 할 공무원 봉직 및 신역, 이 세 가지를 뼈대로 삼아 이해할 수 있을 것이다.

조선 초기 신분 제도의 밑바탕에 깔린 관념의 요소들은 위와 같이 유교의 교리를 통해 추출할 수 있으나, 그 내용적 구조를 유교적 관념 그대로일 것이라고 받아들여서는 안 된다. 현실적·역사적으로 존재한 조선 초기의 신분 제도는 이념으로서의 유교 교리에 꼭 들어맞지는 않기 때문이다.

순수한 이념으로서의 유교 교리상의 관념과 실제의 조선 초기 신분 제도의 밑바탕에 깔린 관념 사이에 존재하는 차이는 크게 세 가지이다.

첫째는 유교 교리상의 인민 구분은 본디 계급적인 것이지만 그것을 곧 신분적인 것으로도 전환해서 받아들일 수 있는 데 비해 조선 초기에는 계급적 구

19) 『예기(禮記)』 「곡례(曲禮) 상(上)」, “예는 서인에게 내려가지 않고 형벌은 대부에게까지 미치지 않는다(禮不下庶人 刑不上大夫)” 참고

분·차별과 신분적 구분·차별이 일치하지 않았다는 점이다. 조선 초기의 신분 제도는 인민을 사민(四民)으로 구분한 것이 아니라 중과 속인, 양인과 천인, 관인(官人)과 비관인(非官人) 따위로 구분하였다. 사(士)·서(庶)의 구분은 적어도 신분적 측면에서는 아직 미약하고 모호하게 이루어졌을 뿐이다. 조선 초기 법 제상 계급 구분·차별도 엄연히 이루어졌고 그 내용에 유교적 사민 관념의 일부(공·상 차별)가 그대로 포함되기도 하였다. 그러나 그 계급 구분·차별은 성격상 신분 구분·차별과 동일시될 수 없고²⁰⁾ 내용상으로도 농민에 대한 특별한 규제가 없는 대신 무격(巫覡)·백정(白丁) 따위에 대한 특별 규제를 포함하는 것이었다.

둘째는 유교 교리상으로는 사(士)와 농(農) 사이의 상호 전환 가능성이 모호하기는 하나 언뜻 그것이 부정되고 있는 것처럼 보이는 데 비해 조선 초기의 신분 제도에서는 그 전환 가능성이 비록 묵시적이기는 하나 명백히 인정되었다는 점이다. 곧, 유교 관념상 계급적·신분적으로 사(士)는 공무원 봉직을 전담하는 존재이고 농·공·상은 일단 사사인 생업에 종사하면서 덧붙여 공무원 신역을 전담하는 존재로 여겨지는 데 비해, 조선 초기의 신분 제도상 농민은 한 편으로 생업에 종사하면서 의사와 능력에 따라 관직에 봉사할 수도 있고 신역을 지기도 하는 존재로 여겨졌으며 봉직 전담자로서의 사(士)는 신분 범주로서 따로 설정되지 않고 그 대신 양인(良人) 농민이면 누구나 우연적으로 차지할 수 있는 ‘관인’이라는 신분 범주가 설정되었다.

셋째는 조선 초기 신분 제도에서는 유교에서 예정하지 않았던 중과 천인이라는 신분을 두어 각각 생업·관직·신역에서 모두 배제하거나 관직과 국가적 신역에서 배제하였다는 것이다. 곧, 유교 이념에 따르면 모든 인민이 세속의 공·사 생활에 참가해야 하는데, 조선 초기에는 인민들 가운데 재산 관계를 제외한 일체의 속사(俗事)나 그 가운데 공사(公事)에서 제도적으로 배제된 사람들이 존재했다.

20) 계급과 신분의 결정적 차이는 전자가 개인적 선택이나 우연에 의해 결정되는 데 비해 후자는 제도에 의해 결정된다는 것이다.

결국, 순수한 유교적 관념에 따르면 모든 인민은 사·농·공·상으로 구분되며 그 가운데 사(士)는 공무이자 사사로서의 봉직을 전담하고 농·공·상은 사사로서의 생업과 공무로서의 신역을 전담하는 것으로 여겨지는 데 비해, 조선 초기의 신분 제도는 모든 인민들이 사사로서의 생업에 종사하면서 아울러 각자의 신분에 따라 관직에 봉사하거나 국가적·사적(私的) 신역을 지도록 규정되었다.

이러한 인민 관념, 생업·관직·신역 관념, 공·사 구분 관념은 순수하게 유교적인 것이든 조선 초기의 신분 제도에 구현된 것이든 모두 ‘예(분수)’라는 수동적 주체 관념에 바탕을 둔 것이라고 생각된다.

그에 덧붙여 개략적으로 비교해 보자면, 서양 중세의 신분 제도는 특별한 공·사 구분 없이 재산권이나 재산 상태, 또는 무력의 세기(귀족의 경우)나 정신적 지배력(성직자의 경우)을 바탕으로 형성·유지된 것으로서 소유(所有)에서 자유(自由)로 연결되는 주체적 권리 관념 내지 능동적 주체 관념을 내포한 것이라고 생각된다.

IV. 결론을 대신한 시론: 우리 역사상의 신분 제도가 현대 생활에 미친 영향

오늘날 남한 사회(국가)의 법 제도는 ‘민주(주의)적 법치(주의)’라는 이념 내지 목표를 지향하고 있다. 그런데 그 이념은 실제의 법 생활에서 제대로 구현되고 있다고 보기 어려우며, 필자가 생각하기에는 이른 시일 안에 구현되지도 않을 것 같다. 그 까닭은 아마도 현재 남한 사회의 법문화를 구성하는 여러 요소들이 이질적으로 공존하고 있기 때문일 것이다.

한 사회의 법문화를 하나의 실체라고 가정하고 아리스토텔레스의 자연(대상) 이해 방식을 빌어 그 점을 설명하자면 다음과 같이 볼 수 있을 것이다. 한 사회의 법문화는 구체적 규율 대상이라는 질료인(質料因), 구체적 대상을 규율하는

법규들의 체계라는 형상인(形相因), 법규들을 준수하고 그 법규들이 지향하는 이념을 실현하고자 하는 수범자(受範者, 사회 구성원)들의 의지와 실천이라는 동(력)인(動力因), 법이념이라는 목적인(目的因)이라는 네 가지 요소로 구성된다. 남한 사회의 법문화 요소들 가운데 형상인과 목적인은 근(현)대 서양으로부터 빌어온 것이고 질료인과 동력인은 남한 사회 자체가 선행(先行) 사회로부터 물려받은 것이다. 그런데 그 형상인·목적인과 질료인·동력인이 서로 그 연원에서부터 이질적인 성격을 가진 것이어서 아직 조화를 이루지 못하고 있다. 곧, 우리 법문화가 지향하는 이념과 법체계의 내용은 서양에서 빌어온 민주주의·법치주의로 채워져 있지만 남한 사회 구성원들의 성격(기질)과 그들의 법의식 및 실천 행위는 전래된 옛 모습을 떨치지 못하고 있다.

그 구태(舊態)의 내용 가운데 대표적으로 흔히 지목되는 것이 관준민비(官尊民卑) 의식과 책임의식 부족,²¹⁾ 그리고 아귀다툼 식의 사익(私益) 추구와 남소(濫訴)이다. 필자가 여기서 감히 추측하건대, 이런 전근대적 요소들의 상당 부분이 전통 시대 신분제 사회에서의 생활 경험에 연유하는 것이라고 생각된다.

기껏 조선 초기의 신분 제도를 살펴보고 곧바로 현대 생활과 연결짓는 것은 무리(無理) 내지 물의(物議)를 수반하지 않을 수 없으나, 지금 단계에서도 하나의 시론으로서 짙은 혐의를 제기할 수는 있다고 생각한다. 그 혐의의 구체적 내용은 다음과 같다.

조선 초기의 신분 제도는 당시 국가 체제의 여느 부분과 마찬가지로 수동적 인민 관념에 바탕을 두고 국가 운영상의 수취·동원 필요성을 앞세운 국가주의적인 것이었다. 그것은 주로 공적 생활 영역에 관계된 것이었고, 거기서 사적 생활과 공적 생활은 서로 연계되지 않았다. 개인의 사적 이익 추구는 신분과

21) 관준민비 의식은 흔히 1987년의 이른바 ‘시민혁명’ 이후 거의 없어졌고 오히려 시민들이 권청을 깔보는 행태가 난무한다고들 하나, 필자는 그러한 세간의 이해에 동의하지 않는다. 정 부나 관청에서 비민주적인 법을 들이대고서도 법치주의를 강조하는 행태는 아직도 그치지 않고 있는데, 그것이야말로 관준민비 의식의 핵심이 잔존해 있다는 증거이다. 그런 뜻에서 남한 사회의 시민혁명은 아직 완수되지 않았다.

관계없이 자유롭게(나쁘게 말하면 방종하게) 허용되었고 공익의 실현은 천명(天命) 내지 예(禮)를 빙자하여 수동적 인민을 착취·동원하는 데 의지하였다. 공익 실현 수단이 차별적이었을 뿐만 아니라 그렇게 실현된 공익(국가 체제의 유지)이 인민들 사이에 배분되는 단계에서도 신분적 차별이 이루어졌다. 그렇다면 그 공익은 결국 공익이 아니라 그런 탈을 쓴 사익에 지나지 않는 것이다. 또한 그렇다면 수동적 인민 관념에 기초한 국가주의적 신분 제도와 그에 기초한 국가 체제는 사익 추구 수단에 지나지 않는 것이다. 결국 조선 초기의 국가는 민주적 의미에서의 공익을 추구한 것이 아니라 지배 집단의 사익을 추구한 것이다. 국가가 사익 추구 수단임을 눈치챈 인민들이 수동적 처지에서나마 기를 쓰고 사익을 추구하는 것은 매우 자연스런 일이다. 그 점 국가 체제에 동원되어 관직을 맡거나 신역을 진 인민들에게도 마찬가지이다. 공적 책임은 겉으로만 지고 뒤로는 자기 것을 챙겨서 마땅하지 않을 것이 없다. 이 정도면 조선 초기의 인민 생활 여건을 지금의 관존민비, 무책임, 방종한 사익 추구, 소송 악용과 연결짓기에 충분하지 않은가?

그렇다면 우리 법문화 전래의 부정적 요소 가운데 근원적이고 핵심적인 것은 무엇인가? 필자로서는 아무래도 개인의 공적(公的) 주체성 경시(輕視)와 반민주적이고 불평등한 관념·제도를 들고 싶다. 실로 모든 악의 근원은 유교적이고 국가주의적인 수동적 인민 관념에 있다는 것이다. 사회 구성원 각자가 개인적·집단적 반성과 실천을 통해서 사익의 주체로서뿐만 아니라 공익의 주체로서도 떳떳하고 깨끗하게, 그리고 평등하게 서기 전에는 남한 사회에서 민주(주의)·법치(주의) 실현은 멀기만 해 보인다.

전래의 우리 법문화 요소 가운데 그나마 긍정적인 것은 개인들의 사적 재산권 관념이 매우 적극적이고 능동적이라는 것이다. 서양 사람들은 재산권을 공적·사적 자유의 보루로 삼아 번듯한 민주(주의)적·법치(주의)적 법문화를 창달해 내었다. 남한 사회의 경우 재산권 관념이 매우(지나칠 정도로) 굳건하므로 그것을 공적 생활 관계에서(불평등에서 오는 부작용을 따로 방지하면서) 자유롭게 능동적인 발언권 및 책임의식으로 연결시킨다면 일말의 희망이 있다고

하겠다.

이 글에서 고작 조선 초기의 신분 제도를 살피고 나서 위와 같은 자조적(自嘲的)·비관적(悲觀的) 결론을 이끌어내는 것 자체가 벌써 무책임한 일인지도 모르겠다. 그러나 그것은 이 땅의 법사학도가 피해가기 어려운 외갈래 길의 한 고비라고 양해하기 바란다. 다음에 혹 기회가 주어진다면 위의 논의에 실증(實證)을 더 보태고 아울러 조선 후기, 개화기, 일제시대의 사정에 대해서도 검토하기로 하겠다.

Estate System in Early Jo-sun Society : Its Societal Location and Ideal Structure

Jo Woo-yeong*

This article analyzes the estate system in Early Jo-sun society focusing on its societal location and ideal structure, especially in relation to its influence on modern South-Korean legal culture.

In early Jo-sun Society, the division of estates among the people was made mainly by customary-or-written public law. And the differentiation corresponding to estates was made mainly in the public sphere of social life, by the laws of the land, conventions of the society, or arbitrary and individual volitions among the people.

The ideal structure of the system took the form of somewhat Confucian conceptions of people, of state, and of society, but not fully. In the estate system in early Jo-sun Society or from the Confucian viewpoint to people and public society, all the people each should have economic occupation in the private sphere of life and serve for the state or the country with service of office or and personal corvée in the public sphere, in principle. In such a system or conception, the people were regarded and treated as passive beings, and moreover the private sphere and the public sphere of social life couldn't form a pertinent and proper relationship.

The historical experience under such a system seems to have made some negative influences on modern South-Koreans in realizing or actualizing democratic legalism.

* Researcher, the Law Research Institute, Seoul National University.