

동아시아 법철학론 小考*

— 법 繼受의 文脈과 관련하여 —

박준석**

목 차

- I. 들어가며
- II. 법의 繼受와 文脈(Context)의 문제
- III. 이른바 동아시아적 자연법론에 관하여
- IV. 동아시아 보통법론에 관하여
- V. 格義의 역전 현상에 관하여
- VI. 맺음말

[국문 요약]

근래 우리 학계에서 활발하게 논의되고 있는 동아시아 법철학론의 세부 담론들은 법의 계수 문제를 공통분모로 하여 전개되고 있다. 따라서 법의 계수 문제를 어떻게 보느냐 하는 것은 동아시아 법철학론의 세부 담론들을 제대로 평가하기 위한 하나의 관문이라 할 수 있을 것이다. 이 글은 법의 계수를 문맥주의적 관점에서 조망하는 한편 그에 기초하여 근래의 동아시아 법철학 담론들 특히 동아시아적 자연법론, 동아시아 보통법론, 그리고 律과 禮의 정체성에 관한 법사학적 내지 법철학적 논설들이 '개념의 부정확한 사용'이라는 문제를 안고 있다는 점을 보이고 있다. 나아가 이 글은 법의 계수 현상에 수반하여 발생할 수 있는 다양한 문맥의 변화 중에서 특히 계수 내지 도입되는 '법적 개념'의 내재적 문맥 변화에 보다 주의를 기울임으로써 분석적 엄밀성을 확보해야 한다는 점을 강조하고 있다.

* 이 글은 2008년 3월 28일 한국법제연구원 아시아법제분과의 '글로벌 스탠다드와 아시아법제의 변화' 워크숍에서 「법의 계수와 법의 개념」이라는 제목으로 발표했던 글을 수정·보완한 것임.

** 전북대학교 법과대학 전임강사, bookofchange@daum.net

[주제어] 법의 繼受, 법의 移植, 文脈主義, 동아시아 법철학론, 동아시아적 자연법론, 동아시아 보통법론, 禮, 律, 法, 규칙, 원리, 배제적 근거, 禮·法觀

I. 들어가며

그 동안 우리 학계에서 이른바 법의 계수(reception of law)¹⁾라는 문제가 논의

- 1) 일반적으로 법의 이식(transplants 또는 graft)이라는 표현보다는 법의 계수(reception)라는 표현을 많이 사용하고 있는 것 같다. 그렇지만 계수라는 표현은 법과 법의 수범자 집단 내지 법의 적용 대상인 공동체 사이의 관계를 단선적인 것으로 묘사하는 듯한 어감이 있다. 이와 유사한 지적으로는 박병호, 『외국법의 계수와 법령용어』, 『외국법의 계수와 법령용어』(한국법제연구원·중앙대학교 법학연구소, 2002), 11~12면 참조, 또한 널리 계수의 과정을 법의 “점진적인 침투”와 “갑작스런 계수”로 구별하여 보고자 하는 입장이나, 단도직입적으로 계수라는 용어의 폐기를 주장하는 입장 역시 이러한 지적에 공감하고 있는 것으로 보인다. 전자에 관해서는 Frederick Henry Lawson, 양창수·전원열 역, 『大陸法入門』(박영사, 1994), 38면 이하, 후자에 관해서는 조규창, 「독일에 있어서의 로마法の 繼受」, 『법학논집』 22(고려대학교 법학연구원, 1984), 24면 이하 및 각주 107 참조. 한편 이식과 계수는 단지 표현상의 차이를 나타내고 있는 것이 아니라 서로 상이한 개념으로 이해해야 한다는 견해를 소개하고 있는 글로는 임중호, 「한국에서의 외국법 계수와 법률용어의 형성과정」, 『외국법의 계수와 법령용어』(한국법제연구원·중앙대학교 법학연구소, 2002), 28면; 최종고, 「韓國에서의 西洋法の 受容과 變容」, 『서울대학교 법학』 33-2(서울대학교 법학연구소, 1992), 126면 이하 참조. 특히 최종고는 이 논문에서 ‘Rezeption’을 繼受보다는 受容으로 번역하면서 이를 強制移植(Imposition)과 구별하고 있다. 반대로 이식과 계수의 개념적 구분 없이 널리 “한 국가에서 다른 국가로 혹은 한 민족에서 다른 민족으로 규칙 또는 법체계가 이동하는 것”을 법의 이식(legal transplants)으로 명명하고, “성공적으로 이식된 법은 마치 사람의 장기 이식의 경우처럼 그 새로운 몸체 속에서 성장하고, 그것의 일부가 된다. 이는 마치 규칙 또는 제도가 그 母法體系 속에서 간단없이 발달하였을 경우와 같은 상태가 되는 것”이라 보는 글은 Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2nd Edition (Athens and London: The University of Georgia Press, 1993), pp. 21~30.

요컨대 수입되어 어느 법체계 속에 편입된 특정한 법이 당해 체계 속에 잘 융합될 수 있을 것인지 또는 전체로서 수입된 하나의 법체계가 그 적용 대상이 된 특정한 공동체의 문화와 현실로서 일체화될 수 있을 것인지에 관한 질문을 던지고자 한다면 오히려 이식이라는 표현을 채택하는 것이 더 낫지 않나 하는 생각도 든다. 참고로 법의 계수 문제를 다루고 있는 국내 논문들을 몇 가지 더 소개하자면 다음과 같다. 김현태, 「로마法과 게르만法の 우리民法에의 土着化」, 『사회과학논집』 5(연세대학교 사회과학연구소, 1972), 101면 이하; Helmut Coing, 정중휴 역, 「유럽에 있어서 로마法과 카논法の 繼受」, 『법사학연구』 6(한국법사학회, 1981), 331면 이하; 정병호, 「로마법의 유럽 傳承과 유럽 統合」, 『서양고전학연구』 16(한국서양고전학회, 2001), 107면 이하; 유인선, 「베트남 『黎朝刑律』의 체제와 내용-唐律의 繼受와

되어 오던 방식은 통상 다음과 같이 서술될 수 있을 것이다. 즉 법의 계수에 수반하여 발생하는 사회적 갈등의 원인을 법의 계수에 따른 ‘전통의 단절’에서 찾고, 이러한 갈등적 상황 내지는 단절감을 극복할 수 있는 처방이 무엇인지를 모색하는 데 역량을 집중하거나,²⁾ 반대로 법의 계수가 유발하는 긍정적 효과라 일컬어지는 ‘문명의 전파’에 의미를 부여하고,³⁾ 그것이 전망 없는 낡은 사회를 건설적으로 해체하는 결과를 가져왔으며 궁극적으로 새로운 활력의 원천이 되어왔다는 점을 강조하는 데 힘을 쏟는 방식이다.⁴⁾ 이는 비단 우리 학계에 특유한 경향이었던 것이 아니라, 우리와 유사한 경험을 한 적이 있는 독일의 학계에서도 나타나고 있는 현상이라 할 수 있다.⁵⁾

일반적으로 어떤 문제에 대한 논의 방식이라는 것은 단지 설정된 문제에 접근해 들어가는 방법론상의 특색을 함축하는 데 그치는 것이 아니라, 문제 설정의 지평을 일정한 文脈(context)에 특히 민감하게 함으로써 문제 자체를 규정하는 결과를 초래하게 된다고 말할 수 있다. 이와 같은 이른바 文脈主義의

관련하여, 『법사학연구』 27(한국법사학회, 2003), 321면 이하; 카미야 노리오(神宮典夫), 이계수 역, 『일본근대법의 기저-에도(江戸)시대의 법, 그리고 메이지(明治)시대에 있어 유럽법, 특히 로마법의 계수에 관하여』, 『법학연구』 44-1(부산대학교 법학연구소, 2003), 425면 이하. 또한 1992년 이전의 문헌으로 제한되어 있기는 하지만 보다 광범위한 관련 문헌의 목록을 위에서 언급한 최종고의 글에서 얻을 수 있다.

- 2) 심희기, 『한국법제사상의-한국법사상의 판례와 읽을 거리』(삼영사, 1997), 55-64면 참조.
- 3) 식민(植民)을 ‘문명의 전파’로 규정한 니토베 이나조(新渡戶稻造)의 언급을 상기에 볼 수 있을 것이다. 최종고, 『법철학』 제3판(박영사, 2007), 340면 참조.
- 4) 예컨대 함병춘은 “우리의 정치적 법적 전통 가운데 우리의 현대적 정치생활에 긍정적으로 기여할 수 있는 것은 거의 아무 것도 없다”고 말함으로써 이와 같은 견해를 취하고 있는 것으로 보인다. Hahm Pyong-Choon, *The Korean Political Tradition and Law, Essays in Korean Law and Legal History*(Seoul: Hollym Corporation, 1967), p.6, 83. 심희기, 앞의 책, 58면에서 재인용.
- 5) 독일에서는 19세기 이래 ‘로마법의 계수가 과연 축복이었는지 재난이었는지’ 하는 문제가 활발히 논의된 바 있다. 이에 대해서는 조규창, 앞의 글, 1면 이하 참조. 그러나 독일에서의 논의가 주로 계수의 실질적 원인이 무엇이었는가 하는 점을 둘러싸고 전개되었다고 한다면, 상대적으로 우리 학계에서는 계수의 결과로 나타난 현상들에 대한 이해와 대처에 보다 관심을 기울였던 것 아닌가 하는 생각도 든다. 한편 우리 학계에서 전개된 (서양법) 계수의 원인과 관련 문헌에 대한 소개로는 임중호, 앞의 글, 33면; 최종고, 앞의 글, 132면 참조.

(contextualist) 관점에서 보면 법의 계수 문제에 대한 종래의 논의 방식들은 법의 계수라는 관심 ‘사태’에 포함되어 있던 다양한 문제 층위와 차원을 거칠게 생략하는 면이 있었다고 평가할 수 있을 것 같다. 즉 법의 계수로 인한 다양한 변화가능성 중에서 역사적 불연속성의 측면만을 (긍정적 또는 부정적으로) 보고자 한다면 그것은 법의 계수를 제대로 조망하는 것으로 볼 수 없다는 것이다.⁶⁾ 이하에서 살펴볼 바와 같이 법의 계수라는 사태 내지 사실 현상은 그에 수반하여 다양한 차원의 문맥의 변화가 이루어지게 되는 그런 다면적 현상이라 할 수 있다.⁷⁾ 이 글의 제2장에서는 우선 그와 같은 다양한 차원의 문맥들을 가능한 한 포괄적으로 정리해 보고, 이를 통하여 보다 깊이 있는 향후의 논의를 준비하고자 한다.

이 글은 이른바 ‘동아시아 법철학’이라고 하는, 법사학과 법철학의 학제적 연구 분야에서 전개되어 온 특징적인 논의들을 비판적으로 검토하는 것을 주된 목표로 하고 있다. 법의 계수 문제는 이러한 목표에 도달하기 위한 하나의 관문이라 할 수 있는데, 이는 제3장 이하에서 살펴볼 동아시아 법철학 분야의 유력한 담론들이 (서구 근대법이나 중국법의) 계수라는 문제를 공통분모로 하여 전개되고 있다는 점에 기인한다. 동아시아 법철학의 담론들에 대한 이 글의 비판은 한 마디로 ‘개념의 부정확한 사용’이라는 점에 집중되어 있다. 따라서 법의 계수 현상에 수반하여 발생할 수 있는 다양한 문맥의 변화 중에서도 특히 계수 내지 도입되는 ‘法的 개념(legal concept)’의 내재적 문맥 변화에 보다 주의

6) 본문에서는 ‘문맥주의(contextualism)’라는 용어의 의미를 주로 현대 인식론 분야에서 자주 언급되는 이론적 경향을 염두에 두고 응용하고 있다. 인식론상의 문맥주의는 대체로 1인칭의 인식·행위 주체가 일정한 인식적 태도(cognitive attitude)를 갖는지 여부 또는 3인칭의 평가 주체가 평가 과정상 갖는 인식적 태도의 의미론적 가치(semantic value)가 각각 그들이 처해 있는 상황(situation) 내지 문맥(context)에 따라 결정된다는 주장이라 요약할 수 있다. Ram Neta, “Contextualism”, Donald M. Borchert (ed.), *Encyclopedia of Philosophy Vol. 2*, 2nd Edition (Detroit: Thomson Gale, 2006), pp.482~488 참조. 문맥주의의 기본적 입장을 비교적 이해하기 쉽게 기술하고 있는 글로는 Fred Dretske, “Epistemic Operators”, *Journal of Philosophy* 67(1970), pp.1007~1023 참조.

7) 그리고 이러한 측면에 대해서는 이미 부분적으로 여러 학자들에 의해 다루어져 왔던 것도 사실이다.

를 기울일 필요가 있다는 점이 강조되고 있다. 사실 이 점은 그 같은 담론들을 접할 때마다 거의 매번 문제점이라 여겼던 것이다. 구체적으로 제3장에서는 소위 동아시아적 자연법론⁸⁾을, 제5장에서는 律과 禮의 정체성에 관한 법사학적 내지 법철학적 논설들⁹⁾을 검토하면서 법의 계수와 관련된 개념상의 문제들을 짚어볼 것이다. 한편 제4장에서는 동아시아 보통법(jus commune)론¹⁰⁾에 대하여 살펴볼 것인데, 그 검토의 초점은 앞뒤의 장들과 다소 차이가 있다. 동아시아 보통법론은 과거 유럽 제국과 동아시아 제국이 경험했던 (로마법과 明律의) 계수라는 사태와 관련되어 있을 뿐, 그로 인해 발생했을 것으로 보이는 법적 개념의 내재적 문맥 변화에 민감한 논의로 나아가기보다는 (동아시아에서의) 보통법의 존재라는 진전된 사태의 확인에 주력하고 있기 때문이다. 이러한 차이를 인정하는 전제에서 제4장에서는 法的 개념이라기보다는 法史的 개념이라고 할 수 있는 보통법 개념을 동아시아 역사에 도입함에 있어 그 내재적 문맥이 유지되고 있는지를 검토해 보고자 한다.¹¹⁾

II. 법의 繼受와 文脈(Context)의 문제

서두에서 언급하였듯이 법의 계수는 특정한 법(particular law) 혹은 법체계(a legal system)를 수입하여 사용하게 된다는 의미를 갖는 것에 그치지 않고, 다양한 차원의 문맥의 변화를 수반하게 된다. 변화가 예상되는(최소한의) 문맥들을

8) 최중고, 앞의 책, 341면 이하 참조

9) 박준석, 「戰國時代 法家的 ‘法’ 개념에 관한 연구 - 『韓非子』를 중심으로」(서울대학교 석사학위논문, 1998); 김현철, 「禮에서 法으로」, 『가톨릭법학』 장간호(가톨릭대학교 법학연구소, 2002), 91면 이하; 이정훈, 「朝鮮時代 禮의 法的 特性에 관한 研究」, 『법사학연구』 33(한국법사학회, 2006), 25면 이하; 진종익, 「近代主權概念의 受容과 展開 - 1876년부터 1900년까지 開化知識人의 개혁신론을 중심으로」(서울대학교 박사학위논문, 2006) 참조.

10) 최중고, 「東아시아 普通法論 - 韓·中·日 法史의 基本課題」, 『서울대학교 법학』 40-2(서울대학교 법학연구소, 1999), 67면 이하 참조.

11) 주의할 점은 보통법 개념의 경우와 달리 자연법 개념은 단지 法史的 개념인 것이 아니라 그 자체 하나의 法的 개념이라는 인식이 전제되고 있다는 점이다.

정리해 본다면 다음과 같을 것이다.

- ① 역사적 문맥의 변화
- ② 법-사실 문맥의 변화
- ③ 법-체계 문맥의 변화
- ④ 법적 개념의 내재적 문맥의 변화

첫째, 법의 계수는 고유한 역사적 발전과정을 통해 형성되어 온 자생적 법질서에 인위적으로 변형을 초래함으로써 당해 법질서의 역사 전통에 일종의 불연속적 충위를 형성하게 된다. 이러한 전통 단절의 문제는 그간 우리 법사학계가 극복해야 할 가장 큰 문제 중의 하나로 인식되어 왔다. 특히 식민지 법사학을 극복하고 우리의 과거에 대한(부정적) 편견과 오해를 바로잡으려는 노력을 통해, 전통 단절의 ‘사실’ 그 자체가 아니라 그것을 통해 형성된 ‘도그마’ 차원의 불연속성을 실증적으로 조망하기도 하였다.¹²⁾

우리 법제사에 있어서의 도그마적인 법의 ‘사적 연속성의 단절’을 극복하기 위하여 일제의 연구업적의 근본적 재평가와 아울러 일제시대를 거치는 동안 고정되어 버린 ‘역사적 경과’에 대한 도그마로부터의 해방’을 통해서 ‘우리의 역사발전의 법칙을 인식’하는데 주력해 왔다.¹³⁾

둘째, 법의 계수는 법과 그 법이 적용되게 될 법적 사태 사이의 관계에 변화를 초래하게 된다. 특히 로마법의 계수를 겪었던 유럽 특히 독일의 법학에서 극단적인 형태로까지 전개되었던 개념법학은 바로 법과 법적 사태간의 사실적 관계를 법체계 내부의 논리적 관계로 대체함으로써(Heck) 현실에서 받을 법학과 법실무라는 기형아를 낳은 바 있다. 이러한 개념법학적 사유 방식은 단지 독일의 한 시대를 풍미했던 것만이 아니라, 낯설고 이질적인 법을 계수하였다

12) 심희기, 앞의 책, 57~8면 참조.

13) 박병호, 『한국법제사고』(법문사, 1974), 서문. 심희기, 위의 책, 57면에서 재인용.

는 경험을 공유하고 있는 우리 법학과 법실무에도 만연해 있다는 지적이 제기되고 있다.¹⁴⁾

우리에 대해서도 개념법학적인 사유방식은 서구법의 계수라는 역사적 사실에 의해 지대한 영향을 받는다. 그 이유는 무엇보다도 법이 전제로 하는 생활사실이 서로 다르기 때문이다. 다시 말해 애당초 상이한 법문화권으로부터 전래된 서구법을 해석하기 위해서는, 이해하기 어렵고 또한 접하기도 어려운 그들의 법문화보다는 오히려 법체계 자체의 형식논리적인 문맥으로부터 그 기준을 발견하는 것이 보다 더 손쉽다는 것이다.¹⁵⁾

셋째, 그렇다면 우리 법학과 법실무에 드리워진 개념법학적 사유의 그림자는 과연 이질적인 법을 계수함으로써 법과 법적 사태간의 관계가 느슨해지는 것에 비례하여 체계내적으로나마 견고한 가상현실을 확립함으로써 현실을 질게 뒤덮기라도 할 수 있었는가? 이러한 질문이 중요한 이유는 법의 계수가 비단 법과 그 법이 적용되게 될 법적 사태 사이의 관계에만 변화를 초래하는 것이 아니라, 법의 내적 체계 혹은 달리 말해 법체계의 내적 관계에도 변화를 초래하기 때문이다. 이러한 변화는 특정한 법이 수입되어 기왕에 정착적인 형태로 존재하고 있던 법체계 속으로 인위적으로 편입되는 경우뿐만 아니라, 법체계 자체를 수입하여 사용하는 경우에도 발생할 수 있다. 이 점을 이해하기 위해서는 다음과 같은 지적을 참고할 필요가 있다.

특히 흥미로운 사실은 우리의 경우 대부분의 일반조항들이 서구법의 계수로부터 연유한다는 사실이다. 구체적으로 말해, 번역상의 문제 때문에 서구법상의 개별적인 요건들이 개괄적인 개념으로 번역되었다는 것이다.¹⁶⁾

14) 김영환, 「법의 계수의 결과현상들: 개념법학적인 사유형태와 일반조항에로의 도피」, 『법철학연구』 4-1(한국법철학회, 2001), 156면, 164~5면 참조.

15) 김영환, 위의 글, 165면.

16) 김영환, 위의 글, 161면.

즉 법체계 전체가 수입되는 경우에도 일단 그것이 낯설고 이질적인 것인 한, 수입된 이후에도 그 본유적 체계정합성을 유지하도록 하는 일이 쉬울 리 없기 때문에, 미처 예상하지 못한 혹은 원래의 운용지에서는 볼 수 없었던 체계상의 문제가 수입지에서 발생할 가능성이 높다는 것이다.

넷째, 낯선 서구의 법 개념을 번역하는 과정에서 일반조항들이 양산되었다는 지적과는 별도로, 개념의 번역 일반에 불가피하게 내재해 있는 문제점을 언급할 필요가 있다. 그것은 이른바 格義의 문제라고 말할 수 있을 것인데, 주지 하듯이 이것은 낯선 외래 개념의 번역을 위해 기왕에 알고 있는 익숙한 개념을 빌려 쓰는 것을 의미한다. 엄밀히 말해서 이 과정은 이해하기 힘든 하나의 개념을 어떤 의미에서 그와 유사한, 그러나 절대로 같지는 않은, 다른 개념으로 바꾸는 것이다. 그렇다면 법의 계수라고 하는 과정도 낯선 개념들로 이루어진 외래의 법을 들여오면서 그나마 온전한 채로 들여오는 것이 아니라 누구도 그 결과를 정확히 예측할 수 없는 미세한 의미의 변형을 거쳐 들여오는 것이라 할 수 있다. 다시 말하자면, 문제가 되는 법적 개념의 개념내재적 문맥에 일정한 변화를 초래하게 된다는 것이다.

사실 이 문제는 오늘날 우리의 전통사회의 법적 개념을 이해하기 위하여 근대 이후에 비로소 익숙하게 된 외래 개념을 사용하는 이른바 ‘格義의 역전 현상’으로 나타나고 있다. 이는 법의 계수에 수반된 역사적 문맥의 변화와 법적 개념의 내재적 문맥의 변화가 착종하여 나타난 현상이라고 할 수 있다. 앞에서 언급한 바와 같이 필자가 특히 법의 계수와 관련하여 보이는 개념상의 문제들에 주목하고자 하는 이유도 바로 여기에 있다. 전통사회의 법적 개념을 이해하고 해명하려는 과정이 오히려 올바른 이해를 방해하는 것이 되어서는 안 되기 때문이다.

Ⅲ. 이른바 동아시아적 자연법론에 관하여

오늘날 우리나라에서 연구하고 가르치는 학문으로서의 법철학은 대부분 서구의 지적 유산이다. 이는 비단 법철학의 영역에 국한되는 현상이 아니며, 철학 일반에 심지어는 학문 일반에 걸쳐 그와 유사한 평가가 존재한다고 말해도 과언이 아닐 것이다. 그렇다고는 하나 ‘철학’의 경우조차, 다시 말해 ‘사유의 학문’조차, 그러하다는 점은 결코 가벼이 볼 수 있는 문제가 아닐 것이다. 이러한 측면에서 다음과 같은 지적은 지극히 타당한 것이라 할 것이다.

동양세계에서 서양법을 수용한 지도 1세기를 넘었는데, 아직도 이른바 ‘서세동점’(西勢東漸)의 세계사 속에서 서양적 법철학을 모방·반복하면서 살아야 하는가? 우리가 ‘보편적’이라고 믿어 온 법철학 내지 법이론이 과연 얼마나 서구 중심적(euro-centric)이고[*sic*], 그런 의미에서 아시아 법철학(Asian Jurisprudence)은 왜 불가능하다는 말인가?¹⁷⁾

이에 따라 먼저 동아시아의 전통을 이해하고 이를 법과 법철학에 연결할 수 있어야 한다는 것이 동아시아 법철학의 일차적 과제로 제시되기도 한다. 그러나 이른바 동아시아 법철학의 관점(perspective)을 전개하는 과정에서 근래 등장하고 있는 구체적인 담론들 예컨대 동아시아적 자연법론, 유교적 법치주의론 혹은 유교 입헌주의, 동아시아 보통법론 및 동아시아적 민주주의론 등이 과연 그와 같은 과제를 제대로 수행해내고 있는지는 의문이다.¹⁸⁾

우선 동아시아적 자연법론을 이야기하는 견해 중 대표적이라 할 수 있는 학설의 논리를 점검하도록 하자. 이 학설은 성리학과 자연법론의 유사성을 다음

17) 최종고, 앞의 책, 336면.

18) 이 글에서 위에 언급한 담론들 모두를 검토할 수는 없으므로 편의상 대표적인 두 담론에 대해서만 살펴보고자 한다. 먼저 이 장에서는 동아시아적 자연법론에 대하여 검토하기로 하고, 동아시아 보통법론에 대해서는 장을 바꾸어 살펴보도록 한다.

과 같이 서술하고 있다.

성리학은 한마디로 사회현상을 독특하게 통일적으로 인식하는 자연법적 사상이었다. 즉 자연적 물리(物理)와 사회법칙으로서의 도리(道理)에 종속되면서, 물리이면서 동시에 도리인 리(理)가 본래 인간개체에 내재하는 이성(理性) 즉 본연의 성(本然之性)으로 파악된다.¹⁹⁾

하지만 생각건대 동아시아적 자연법론을 이야기하는 학설이라면 반드시 다음과 같은 점들을 먼저 검토해야만 할 것이다. 첫째, ‘자연법’이라는 말 자체의 의미를 분명히 하는 것이다. 이 과정을 생략하기 때문에 종종 동아시아적 ‘자연법’이라는 말로써 논자들이 의미하고자 하는 바가 무엇인지 매우 불분명하기 쉬운데, 이는 서구의 법철학자들조차 자연법의 개념이 매우 다의적이라는 사실을 인정하고 있다는 점에서 이미 예견되었던 바라고 할 수 있다. 일례로 Brian Bix가 제시하는 자연법론의 구분을 소개하자면, 자연법론은 우선 도덕 이론(moral theory)으로서의 자연법론과 법실증주의(legal positivism)에 대한 안티테제로서의 자연법론으로 크게 나누어 볼 수 있으며, 전자의 경우는 다시 고전적 자연법론과 (중세의) 신학적 자연법론으로 나누어 파악할 수 있다.²⁰⁾

둘째, 자연법(론)의 개념을 어떻게 설정하든지 중요한 것은 그 개념에 부여된 핵심적인 식별 징표가 과연 동아시아적 버전으로 재현되고 있는지를 검증하는 것이다. 우선 자연법론을 (옳고 그름에 관한) 하나의 도덕 이론으로 이해할 경우에는 “법원리에 비추어서 실정법의 잘못된 내용을 비판하는”²¹⁾ 기능을 수행

19) 최종고, 앞의 책, 341면.

20) Brian Bix, “Natural Law Theory”, Dennis Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Oxford: Blackwell Publishers, 1996), p.223 이하 참조. 법실증주의에 대한 안티테제로서의 자연법론은 주로 법의 개념에 관해 관심을 가질 뿐, 무엇이 옳은 행동이며 무엇이 그른 행동인지에 관한 기준의 제시에는 관심이 없다. 이 점에서 이는 도덕 이론으로서의 자연법론과 뚜렷이 구별된다.

하는지 여부가 자연법론의 핵심적 식별 징표가 될 것이고, 자연법론을 법실증주의의 안티테제로 이해할 경우에는 L. Fuller²²⁾나 R. Dworkin²³⁾의 입장과 같이 법과 도덕의 분리 테제(Separation Thesis)²⁴⁾에 대해 비판적 입장을 견지하는지 여부가 자연법론의 핵심적 식별 징표가 될 것이다.

그런데 성리학이 ‘자연법적’이라고 하는 앞서 살펴본 학설은 과연 이 두 가지 사항을 검토하고 있는가? 이 학설이 전제로 하고 있는 자연법(론)의 개념은 무엇인가? 이를 법실증주의의 안티테제라는 의미로 이해하는 것은 다소 무리가 따른다고 한다면, 일견 도덕 이론으로서의 자연법론을 전제로 하는 것으로 선해할 수는 있을 것이다. 그러나 그 경우 성리학을 ‘자연법적’이라 할 수 있으려면, 적어도 성리학이 당대의 실정법에 대한 비판 기능을 수행한 증거가 제시되어야 한다고 말할 수 있다. 그러나 그러한 증거는 별로 제시되고 있는 것 같지 않다. 학설은 오히려 성리학과 자연법론의 유사성 테제를 다음과 같은 논거로써 지지하고자 한다.

봉건적 계층질서를 대변하고 정당화하는 성리학적 자연법의 기능은 긍정적, 부정적으로 평가할 수 있겠지만, 켈젠(H. Kelsen)이 지적하듯 서양에서도 자연법은 실정법질서를 변호하고 정당화해 주기도 했다는 사실과 마찬가지로이다.²⁵⁾

그러나 이 논거를 통해 확보될 수 있는 성리학과 자연법론의 유사성은 사실 모든 정치사상에서 발견될 수 있는 일반적인 경향(장기적으로는 정치적 안정

21) 김영환, 앞의 글, 151-2면.

22) Lon L. Fuller, "Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review* 71(1958), p.630 이하 참조.

23) Ronald M. Dworkin, "The Model of Rules", *University of Chicago Law Review* 35(1967), p.14 이하 참조.

24) 이에 대해서는 H.L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review* 71(1958), p.593 이하 참조.

25) 최종고, 앞의 책, 342면.

을 추구하는 것)에 불과한 것으로, 단지 이를 위해서라면 굳이 ‘자연법’이라는 개념을 끌고 와야 할 필요는 없을 것이다. 게다가 자연법론에 대해 비판적인 입장을 취하고 있는 법실증주의자(Kelsen)의 부정적 평가 논리를 동원하면서도 지 성리학을 그런 ‘극복 대상’으로서의 자연법론과 유사한 사상이었다고 평하는 것이 과연 공정한 접근인지도 의문이다.

오히려 정의롭지 못한 법에 대해서는 공동체 구성원으로서의 도덕적 의무라고 할 수 있는 준법의무(법준수의무, obligation to obey the law)를 인정하지 않으려 했던 자연법적 전통과 관련하여 동아시아의 법철학이 더욱 주목해야 할 대상은 주자의 理氣論보다는 맹자의 易姓革命論일 것이다. 사실 이러한 각도에서 서구의 저항권 이론과 맹자의 역성혁명론을 비교하는 접근은 전혀 새로운 것이 아니다. 다만 여기서 재차 이를 언급하는 까닭은 성리학과 자연법론의 유사성을 의미 있게 주장하려면 최소한 보다 설득력 있는 전례에 필적할 만큼의 개연성을 갖추어야 한다는 점을 보이기 위함이다.²⁶⁾

IV. 동아시아 보통법론에 관하여

다음으로 동아시아 보통법론에 대하여 살펴보도록 하자. 이는 특히 최종고에 의해 동아시아 법철학의 구체화 담론의 하나로 제안·발전되고 있는 가설이다.²⁷⁾ 제안자의 표현을 빌려 동아시아 보통법론의 핵심을 간취하자면, “동아

26) 儒家 사상은 자연법 사상과, 法家 사상은 법실증주의 사상과 연결시키고자 하는 시도도 마찬가지로 이유에서 엄밀한 검토가 필요하다고 말할 수 있을 것이다.

27) 최종고는 이미 여러 편의 글을 통해 이 가설을 해외에서 발표한 바 있다. 이 주제로 폴란드, 미국, 일본, 중국 등지에서 발표된 그의 글들의 목록은 최종고, 앞의 글(각주 10), 67-8면 및 Chongko Choi, “The Foundations of East Asian Jurisprudence”, 『서울대학교 법학』 41-1(서울대학교 법학연구소, 2000), 61면 각주 3에 소개되어 있다. 특히 “The Foundations of East Asian Jurisprudence”은 그 자체 南京에서 열린 제3차 동아시아 법철학회의 발표문이기도 하다.

시아에도 서양법사에서처럼 ‘보통법’이라는 개념을 상정할 필요가 있음을 제기하고 우선 법철학 내지 법사상사의 관점에서 적극적 의의를 부여”²⁸⁾하고자 하는 것이 바로 그것이다. 최종고는 동아시아 보통법론을 구성하는 핵심적 요소들로 法典化(codification), 유교 법문화, 향약과 촌락법 그리고 마지막으로 법학이 네 가지를 들고 있다.²⁹⁾ 그러므로 우리가 동아시아 보통법론을 이론적으로 검토하고자 한다면 곧 이 네 가지 요소들의 적실성 여부를 점검해 보아야 할 것이라는 점은 자명하다.

이제 위에서 소개된 동아시아 보통법론의 네 가지 구성요소들에 관하여 검토해 보도록 하자. 우선 법전화와 유교 법문화라는 요소에 대해서는 제안자 스스로 인정하는 바와 같이 그것만으로써 보통법의 정체를 설명할 수는 없을 것이기에³⁰⁾ 상세한 논의는 필요 없을 것이라 생각하지만 약간의 사족을 단다면 다음과 같은 반론을 제기할 수 있을 것이다. 첫째, 어떠한 법이 ‘언어장벽과 국경을 초월하여 다수의 국가들에서 공통적으로 법적 효력을 지닌다’는 의미에서 보통법적 지위를 누릴 수 있기 위해서는 먼저 그 이념이 상당한 정도의 보편성에 도달하고 있어야 할 뿐 아니라, 충분히 정치한 체계를 갖추으로써 고도의 문제해결능력을 구비하고 있어야 하며, 또한 그 상태로 온전하게 확산될 수 있어야 한다. 그렇다면 어떤 법이 성문화되었을 때 그 법이 보통법이 될 가능성이 높다고 말할 수도 있을 것 같다. 하지만 이러한 설명만으로는 法典化의 요소를 보통법의 존재 근거 혹은 보통법이 존재하기 위한 필요조건으로 삼기에는 부족하다.³¹⁾ 둘째, 어떤 법이 다수의 국가들에 대한 관계에서 보통법의 지위를 지닌다는 점은 다수의 국가들이 동일한 법계(legal family)에 소속되어 있다는 점이나, 유사한 법전통(legal tradition) 내지 법문화(legal culture)를 지니고 있다는

28) 최종고, 앞의 글(각주 10), 68면.

29) 최종고, 위의 글, 70면.

30) 최종고, 위의 글, 74면.

31) 로마시대 만민법의 경우를 생각해 보라.

점과는 다르다.³²⁾

제안자가 동아시아 보통법의 정체를 설명해 주는 요소로 꼽는 것은 바로 향약과 촌락법이다.³³⁾ 그런데 이러한 주장은 앞서 제시한 법전화의 요소와 함께 놓고 볼 때에는 잘 이해가 되지 않는다. 즉 제안자가 법전화를 논하면서 내세우고 있는 것은 전형적인 국가법·형사법인 明律 및 그것이 전제로 하고 있는 율령체계가 동아시아 각국에 전파·수용되었다는 점이었으나, 정작 동아시아 보통법의 정체는 자치법·단체법의 성격을 지니고 있는 향약과 촌락법이 잘 드러내 주고 있다고 주장하고 있는 것이다. 그러나 적어도 로마법이 유럽 제국에 계수되었을 당시의 상황과 비교하여 생각하자면,³⁴⁾ 보통법(jus commune)이란 계수된 법과 기왕에 존재하던 지역법 간의 충돌 문제를 실무적·절차적으로 해소해 나아가는 과정에서 공고해져가는 것이라 할 수 있다.³⁵⁾ 따라서 보통법의 탄생을 위한 진통의 요소 내지는 보통법으로 귀결된 동태적 계기가 설명되지 않는 동아시아 보통법론은 설득력이 떨어진다고 할 것이다. 그런데 서로 규율 영역을 달리할 뿐 아니라 (바로 그러한 까닭에) 딱히 충돌의 문제를 야기할 것 같지도 않은 明律과 향약·자치법, 이 양축을 딛고서 보통법을 향한 운동이 어떻게 계속될 수 있을지를 이해하기란 쉽지 않아 보인다.

마지막으로 법학의 요소에 대하여 검토해 보자. 법학의 발달은 로마법의 계수 이후 유럽이 보통법 시대로 나아갈 수 있었던 전제조건이라고 평가받고 있

32) 오늘날에도 대륙법계, 영미법계와 같은 구별 범주는 통용되고 있지만, 여기에 보통법의 존재에 대한 함의가 따르는 것은 생각해 보라.

33) 최종고, 앞의 글(각주 10), 74-5면

34) 이러한 비교는 다른 사람이 아닌 최종고 자신에 의하여 이루어지고 있으며, 결국 동아시아 보통법론의 주장 배경에는 유럽에서의 로마법 계수와 유사한 동아시아에서의 明律 계수라는 설정이 자리 잡고 있는 것이다.

35) 이에 대해서는 Peter Stein, *Roman Law in European History* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005/1999), p.86 이하; J.M. Kelly, *A Short History of Western Legal Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1992), p.179 이하 참조

을 정도로 유럽 보통법의 출현에 있어서 결정적인 역할을 담당하였다.³⁶⁾ 이 경우 ‘법학’은 “민중법으로부터, 대학에서의 법학교육을 바탕으로 한 법률가법으로의 전환”³⁷⁾을 이루어낸 그야말로 본격적인 법학인 것이며, 이러한 수준에 올랐던 유럽 법학이 계수 로마법과 지역법 간의 충돌 문제를 해결하기 위해 기울었던 학문적 노력과 하나의 사회집단을 형성할 정도로 규모와 실력을 겸비한(학식) 법률가들의 실무가 결합하여 완성된 것이 바로 보통법인 것이다. 당시의 유럽 각국에서 법률가 집단이 그 정도의 규모와 실력을 갖추게 된 것은 바로 상당한 규모와 수준의, 그리고 무엇보다 ‘외국인에게도 활짝 개방되어 있었던’ 대학들이 있었기에 가능한 일이었다.³⁸⁾

그런데, 제안자가 동아시아 보통법론의 구성요소 중 하나로 법학의 요소를 언급하면서 들고 있는 예는 주로 18세기 일본에서의 중국법 연구 경험에 관한 사실들이다.³⁹⁾ 인접한 시기에 조선이나 베트남 후기 레(Le, 黎) 왕조⁴⁰⁾에서도 그와 유사한 성격의 연구가 있었는지도 의문이지만,⁴¹⁾ 보다 중요한 문제는 과연 당시 일본을 포함한 동아시아 국가들에서의 중국법 연구 수준이 법학의 고도 성숙이나(자국 및 타국에서) 법률가 집단의 성장을 논할 수 있는 정도였는가 하는 점일 것이다. 이러한 점을 공통 경험으로 지니지 않는 한 과거 동아시아의 국가들 사이에 보통법이라 부를 수 있는 것이 존재하였다고 말하기는 곤

36) Helmut Coing, 앞의 글, 339면 참조.

37) 정병호, 앞의 글, 117면 참조.

38) 계수 시기 유럽 제국의 법과 대학 설립 현황에 관해서는 O.F. Robinson et al., *European Legal History: Sources and Institutions*, 2nd Edition (London: Butterworths, 1994), p.106 이하; Helmut Coing, 앞의 글, 339면 이하; 정병호, 위의 글, 125면 이하 참조.

39) 최종고, 앞의 글(각주 10), 76-9면 참조.

40) 베트남의 후기 레왕조는 1428년에 수립되었고, 레 쩌에우 힌 루엣(Lê Triều Hình Luật, 黎朝刑律)이라는 법전을 편찬하였다. 이 법전은 주로 唐律의 형식과 내용을 따르고 있으며, 부분적으로 明律 등의 영향을 받은 것이라 설명되고 있다. 이에 대해서는 유인선, 앞의 글, 328면 이하 참조.

41) 이 점은 본격적인 법사학적 혹은 법학사적 연구가 답해주어야 할 사항이므로, 이에 관한 동분야의 연구 성과를 기다린 후에 비로소 판단할 수 있을 것이다.

란할 듯하기 때문이다.

이상에서 살펴본 바와 같이 동아시아 보통법론은 아직 상당한 보완의 여지를 남기고 있는 가설이고, 또한 앞으로 본격적으로 연구되어야 할 주제라고 할 수 있다. 그리고 이에 대한 보완은 첫째로 사료의 추가적인 발굴을 통하여 관련된 史實的 근거들을 충실하게 함으로써, 둘째로 보통법 개념의 핵심이나 중요한 배경을 이루는 요소들 또는 그러한 요소들 상호간의 관계를 보다 정교하게 재구성함으로써 이루어져야 할 것이다. 현재로서는 동아시아의 전통사회들 속에서 상당한 정도의 법문화적 유사성이 발견된다는 점과는 별도로 명실상부하게 보통법이라고 부를 수 있는 무언가가 존재했었다고 말하기는 곤란한 것 같다.⁴²⁾

V. 格義의 역전 현상에 관하여

제2장에서 이야기한 바와 같이 근대법의 계수 이후 우리 사회는 어느덧 과거 전통사회의 법적 개념보다 서구의 법적 개념에 더 익숙해지게 되었다. 그리하여 오늘날에는 우리의 전통 개념을 이해하기 위해서는 익숙해진 외래 개념의 통역을 거쳐야 하는 상황이 되었다. 이러한 현상은 마치 낯선 외래 개념의 수입 초기에 그와 가장 유사한 전통 개념에 의존하여 이해하는 格義의 과정이 거꾸로 적용되는 듯한 모습이어서 앞에서 소위 ‘格義의 역전 현상’이라는 말로 지칭한 바 있다. 이 현상은 한 마디로 법의 계수에 수반된 역사적 문맥의 변화와 법적 개념의 내재적 문맥의 변화가 착종하여 나타난 것이라는 분석도 이미 제시한 바 있다. 따라서 이 장에서는 이상과 같은 진단과 분석을 몇 가지 사례

42) 위에서 분석한 내용과는 전혀 다른 관점에서 동아시아 보통법론을 비판하는 견해도 있음을 기억해야 한다. 이는 최종고 스스로도 염려하고 있는 부분으로서, ‘왜 굳이 동아시아 보통법론인가? 그것은 과거 일본이 주장하였던 대동아공영의 망상이나 이미 위험수위에 이른 중국의 패권주의와 오버랩되지는 않는가?’ 혹은 ‘만에 하나 과거에 그런 것이 있었다고 하여 지금의 우리에게 무엇이 달라지겠는가?’라고 하는 비판이다.

들을 통하여 확인하고자 한다. 즉 이하에서는 법의 계수와 관련하여 역전된 격의의 과정에서 이루어지고 있는 개념 오용의 측면들을 살펴볼 것이다.

우리 전통사회의 주요한 규범적 개념의 하나인 禮 개념의 해명을 시도하고 있는 최근의 논의를 검토해 보도록 하자.

조선시대 예는 법규칙으로서 존재하기도 하고 동시에 법원리로서 존재하기도 하였다. 가령 친생자가 없어 입후하였는데 나중에 친생자가 생겼을 경우 누구를 봉사자로 해야 하는가와 같은 문제는 수교단계에서 논란이 있다가 <속대전>에 입후자를 봉사자로 하라는 조항으로 입법되는데, 이 조항이 바로 예가 법규칙으로서 존재하는 경우이다. 친생자를 봉사자로 하라는 수교가 있었는데 이 수교를 후에 폐지하고 예(禮)에 따라 <속대전>에 입법한 것이다. 이 때 도덕원리를 내함한 상위법으로서 수교를 교정하는 역할은 자연법으로서의 의의를 갖는 것이며, 동시에 이는 법원리가 된다고 할 수 있다.⁴³⁾

위 글의 필자가 글 전체를 통해 견지하고 있는 기본적 입장은 禮 개념의 다의성을 고려할 때, 윤리규범으로서의 禮(혹은 철학적 禮 개념)와 명백한 법규범으로서의 禮를 혼동해서는 안 된다는 것으로서 이는 매우 타당한 견해이며, 종래 비슷한 주제를 다루어 왔던 많은 학설들의 문제점을 정확히 지적하고 있다고 생각된다. 그러나 위에서 보이는 <續大典>의 奉祀조에 관한 필자의 해석은 어딘가 부자연스러운 면이 있다. 요컨대 법의 개폐에 추진력을 제공하는 것도 곧 법(필자의 표현에 의하면 자연법이나 원리로서의 법)이라는 필자의 전체는 옳지 않다. 그것은 예를 들어 나쁜 법에 복종하기를 거부하고 비판 도덕에

43) 이정훈, 앞의 글, 31면. 이 구절을 통하여 필자가 의도하였던 바가 무엇인지는 다소 불분명하다. 생각건대 필자는 자연법 내지 법원리로서의 의미를 갖는 禮가 실정법 조문으로 구체화되면 법규칙으로서의 의미를 갖게 된다고 말하는 것 같다. 그런데 어떠한 도덕 규범이 실정법 조문으로 구체화된 이상 동시에 법규칙으로도 존재한다는 점에는 이론의 여지가 없기 때문에, 이하에서는 필자의 견해 중 禮가 자연법 내지 법원리로서의 의미를 갖는다고 하는 부분을 위주로 검토하도록 한다.

입각하여 저항해야 한다고 말하는 H.L.A. Hart의 견해⁴⁴⁾에 대하여 (별다른 논거 제시 없이) 그가 말하는 비판 도덕이 곧 법의 일종이라고 강변하는 셈이기 때문이다.

문제가 된 1553년의 수교에 대해서는 1669년 이를 재검토하라는 수교가 내려졌고, 최종적인 입법의 결과가 「續大典」 奉祀조의 규정이라는 데는 재론의 여지가 없을 것이다. 따라서 (1553년의) 수교를 폐지하게 된 실무적 계기는 전형적인 법으로서의 (1669년의) 수교인 것이며, 그 배경에는 1669년의 수교가 내려지기까지 당대의 비판 도덕에 입각한 끊임없는 문제 제기의 과정이 자리하고 있었을 것이라 추측할 수 있다. 그렇다면 필자의 말대로 「續大典」 奉祀조의 내용을 “예(禮)에 따라 「속대전」에 입법한” 것으로 볼 수 있다고 하더라도, 이 경우의 禮를 굳이 ‘법의 일종’으로 봐야할 이유는 없는 것이라 하겠다.

아마도 필자가 「續大典」 奉祀조의 내용을 “예(禮)에 따라 「속대전」에 입법한” 것이라 말하는 근거는, 필자가 「續大典」 奉祀조의 입법 경과에 관한 사례의 출처로 인용하고 있는 정공식의 글에 나타난 다음과 같은 표현이 아닌가 싶다. 정공식의 글을 옮겨 보면 다음과 같다.

입후를 둘러싼 핵심적인 문제는 입후자와 친생자간의 가족 내에서의 지위문제이다. 즉, 더 이상 자식을 낳을 가능성이 없어서 입후를 하였는데, 그 후에 적자이든 첩자이든 친생자를 낳은 경우에 입후자와 친생자의 관계가 문제로 되었다. 禮와 부자의 義로 보면 입후자가 우선하지만, 情으로 보면 혈연이 가까운 친생자가 우선하게 된다.⁴⁵⁾

44) 이는 J. Bentham이나 J. Austin과 같은 공리주의적 법실증주의자들의 입장이기도 하다는 것이 Hart의 설명이다.

45) 정공식, 「續大典의 위상에 대한 小考 - 「奉祀 및 立後」조를 대상으로」, 『서울대학교 법학』 46-1(서울대학교 법학연구소, 2005), 327면.

그러나 정공식의 이 글 표현은 단지 입후자를 봉사자로 삼는 것이 의리상 맞다는 것이지, 필자가 평가하는 바와 같이 그것이 자연법이라든가 법원리에 해당한다고 해석될 만한 것은 아니라고 보인다. 결국 자연법이나 법원리의 개념을 부적절하게 활용함으로써 필자가 피하고자 했던 바로 그 오류 즉 윤리규범으로서의 禮(혹은 철학적 禮 개념)와 명백한 법규범으로서의 禮를 혼동하는 오류로부터 필자 스스로도 자유롭지 못하게 되었다고 할 수 있다.

나아가 필자는 법원리로서의 禮 개념을 설명하는 곳에서는 Dworkin의 원리(principle) 개념을 도입하고 있으면서, 법규칙으로서의 禮 개념을 설명하는 곳에서는 “예가 조선사회에서 수범자들에게 배제적 행위 근거가 되고, 입법되어 일차적 규칙으로 기능한다면, 규칙이라고 규정하는 데 문제가 없을 것”⁴⁶⁾이라고 말하면서 Hart의 규칙(rule) 개념 및 J. Raz의 배제적 근거(exclusionary reason) 개념을 도입하고 있다. 그러나 Hart, Dworkin 그리고 Raz는 서로 경쟁적이며 충돌하는 법개념론을 펼치고 있는 학자들이며, 그들이 주장하고 있는 원리, 규칙 및 배제적 근거 개념에는 각자의 법개념론이라는 개념내재적 문맥이 수반되어 있다.⁴⁷⁾ 따라서 禮 개념에 대한 이해를 위해 위의 각 개념들을 도입할 경우에는 그에 수반하여 유입되는 문맥들이 일으킬 수 있는 보이지 않는 충돌을 어떻게 처리할 것인지를 먼저 깊이 고민해야만 한다. 요컨대 禮가 경우에 따라서는 원리로, 또는 규칙이나 배제적 근거로 이해될 수 있는 다의적 성질의 개념임을 주장하는 것으로는 부족하며, 원리, 규칙 및 배제적 근거라는 상호 배타적인 논리적 배경을 가지고 있는 개념들이 어떻게 禮라고 하는 단일한 개념의 체계로 정리될 수 있는지를 구성적으로 보여줄 필요가 있는 것이다. 이 문제에 대해서는 다음의 글을 인용하는 것으로 마무리하고, 향후 보다 정치한 논증을 만날 수 있기를 기대하고자 한다.

46) 이정훈, 앞의 글, 40면.

47) 이러한 사실을 단적으로 보여주는 글로는 Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*(Oxford: Clarendon Press, 1994), p.194~221 참조.

… 편의를 추구한 나머지 [Raz]의 이론적 구조물 중 어느 일부만을 자의적으로 도려내어 그와 경쟁 관계에 있는 법이론에 접목시키려고 시도하는 것은 굳이 불가능한 일이라고 단정지을 수는 없더라도 최소한 엄청난 논증의 부담을 짊어지는 것을 의미한다고 말할 수 있다. 예컨대 포용적 법실증주의자, 드워키니언, 혹은 자연법론자가 법의 본질을 일반적으로 논함에 있어 ‘배제적 근거’라는 개념을 동원할 수 있는가? 반성을 요구하는 문제이다.⁴⁸⁾

VI. 맺음말

과거 전통사회가 경험했던 법의 계수라는 사건은 현재를 살고 있는 우리 동아시아인들에게 많은 과제를 남겨두고 있다. 그리고 단절된 역사의 峽厓를 넘어 그 본래적인 의미를 논구할 필요가 있는 법 개념적 유산은 비단 禮만이 아니다.

현대 동양의 일반적인 법학도들에게 있어서 ‘法’이란 오로지 ‘law’의 번역술어로서의 의미를 가지는 데 지나지 않으며… 이러한 사정은 비교적 전문적으로 고대 중국의 사회 규범에 대해서 연구하는 학자들에게 있어서도 마찬가지여서 최근까지 그들은 소위 法家 사상가들이 주장했던 ‘法’의 개념에 대한 이해에 있어서 “法은 곧 刑이다”라고 하는 소박한 평가적 이미지로부터 거의 벗어난 적이 없었다.⁴⁹⁾

다시 말해서 우리가 처해 있는 상황은 우리들로 하여금 심지어 ‘法’과 ‘law’조차 동일한 개념이 아니라고 하는 전제에서 과연 동아시아인의 역사 경험 속에서 ‘law’ 내지 ‘the corpus of law’의 실질을 갖춘 것이 있었는지를 먼저 검토할 것을 요구하고 있는지도 모른다.⁵⁰⁾ 오늘날 우리에게 익숙한 ‘law’의 개념은 근

48) 박준석, 「조셉 라즈(Joseph Raz)의 권위론에 대한 비판적 고찰」, 『법철학연구』 10-1(한국법철학회, 2007), 318면 각주1.

49) 박준석, 앞의 글(각주 9), 1~2면.

대 서양의 역사적 경험의 산물로서, 그 속에는 이른바 ‘법의 지배(rule of law)’라고 하는 이념적 요소가 불가분적으로 결합되어 있어서, 어쩌면 이 요소가 동아시아의 전통적 法 개념을 그 자체로서 바라보는 데 방해가 될 수도 있기 때문이다.⁵¹⁾

이렇게 본다면 이정훈의 지적과 같이 철학적 개념으로서의 禮와 법규범으로서의 禮를 결코 ‘혼동’해서도 안 되겠지만, 禮·法에 관한 철학적 이론(禮·法觀, conceptions of 禮 or 法)과 禮·法이라는 규범 자체가 ‘만나는’ 지점에 관한 탐색을 게을리 해서도 안 될 것이다.⁵²⁾ 달리 말해서 필자가 보기에는 무엇이 ‘명백한 법규범’인지에 관한 현재의 이해를 배경으로 禮·法 자체를 바라보는 것⁵³⁾보다는 전통적인 禮·法觀을 통해 그것들을 보는 것이 더 타당할 뿐 아니라 중국적으로는 생산적인 결론으로 이어질 가능성도 더 커 보인다. 개인적으로는 그러한 전통적인 禮·法觀이 첫째, ‘개인의 삶의 질 또는 삶의 의미를 고양시킬 수 있는 관건적 지식’의 측면에서 둘째, ‘사회가 건전하게 생존할 수 있

50) 김현철, 앞의 글, 91면 각주 1 참조 여기서 김현철은 다음과 같이 적고 있다. “그런데 만일 현대의 법학자가 이런 생각을 할 경우 그에게는 禮와 法 이외에 ‘law’ 혹은 ‘the corpus of law’ 라는 관념이 하나 더 존재하는 것은 아닐까? 近代法적인 의미에서 ‘禮는 law인가’라는 문제와 중국 古來에 있어 ‘禮는 法인가’라는 문제는 분명히 같은 문제는 아닐 것이다. 따라서 ‘禮도 法인가’라는 물음은 ‘禮와 法을 서로 화해시킬 수는 없을까’ 혹은 ‘禮와 法은 서로 이미 실생활에 있어서는 화해되고 있는 것은 아닌가’라는 물음과 아니면 ‘禮도 近代法적인 의미에서 law의 실질을 가지고 있는가’라는 물음으로 나누어 생각해야 할 것이다.”

51) 이와 관련하여 우리의 근대화 과정에서 외래의 법 개념을 받아들임에 있어서는 서구의 근대 국가 확립의 과정과는 상이한 목표와 필요성이 작용하고 있었다는 점에 주목함으로써, 주권(主權) 이론의 분야에서 법의 계수로 인한 개념내재적 문맥의 변화를 숙고하고 있는 본격적인 연구가 나온 것은 매우 반가운 일이 아닐 수 없다. 이에 관해서는 전종익, 앞의 글 참조

52) 사실 앞에서 살펴본 rule, principle, exclusionary reason 등도 law에 관한 철학적 이론이 law라는 규범 자체와 만나는 지점에서 형성된 개념이라고 할 수 있다.

53) 이정훈, 앞의 글, 28면 참조 여기서 그는 다음과 같이 적고 있다. “예와 법을 비교하는 연구를 하기 위해서는 시간적·공간적 측면에서 역사적 배경을 설정하거나 문헌을 설정하여 당시 사회가 예를 제도화하였던 양상과 내용을 분석하고 이것이 현재의 법개념과 비교될 때, 그 연구 목적이 모호해 지지 않을 수 있다고 생각한다.” 그러나 과연 이 같은 방법론이 소위 ‘현재의 법개념’의 역할을 단순히 비교 대상으로 국한시킬 수 있을까? 아니면 그것은 결국 비교의 전체가 되는 연구 자체를 수행하는 관점으로까지 작용하게 될 것인가?

는 가능성을 높이기 위한 診斷과 處方의 기술 체계'의 측면에서 셋째, '국가적 목표의 달성을 위해 동원할 수 있는 공학적 설계 수단'의 측면에서 복합적으로 파악될 수 있다고 보며, 역사적으로도 위에 열거된 순으로 禮·法觀의 중심이 이동한 증거를 찾을 수 있다고 본다.⁵⁴⁾

이상에서 살펴본 바와 같이 이른바 동아시아 법철학의 기치를 내걸고 우리 학문의 새로운 지평을 열고자 하는 최근의 시도들은 그 대의의 중요성에 비하여 아직은 그 실천 과정의 분석적 엄밀성이 좀 부족한 것 아닌가 하는 느낌을 준다. 그럼에도 불구하고, 최근의 논의들이 점점 생산적이고 세련된 양상으로 변모하고 있다는 사실도 부인할 수는 없다. 현재로서는 다소 부족하다 할지라도, 기존의 연구가 일천한 미개척의 분야에서 앞장서서 길을 닦고 있는 몇몇 선도적인 학자들의 헌신적인 노력이 반드시 좋은 결실을 얻게 되기를 바란다.

■ 참고문헌

- Bix, Brian, "Natural Law Theory", Dennis Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford: Blackwell Publishers, 1996.
- Choi, Chongko, "The Foundations of East Asian Jurisprudence", 『서울대학교 법학』 41-1, 서울대학교 법학연구소, 2000.
- Coing, Helmut, 정중휴 역, 「유럽에 있어서 로마法과 카논法의 繼受」, 『법사학연구』 6, 한국법사학회, 1981.
- Dretske, Fred, "Epistemic Operators", *Journal of Philosophy* 67, 1970.
- Dworkin, Ronald M. "The Model of Rules", *University of Chicago Law Review* 35, 1967.

54) 필자의 이러한 견해는 추후 별도의 논문을 통해 보다 명확한 형태로 제시하도록 하고, 이 글에서는 그 대강만을 소개하는 데 그치고자 한다.

- Fuller, Lon L. "Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review* 71, 1958.
- Hart, H.L.A. "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review* 71, 1958.
- Kelly, J.M. *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1992.
- Lawson, Frederick Henry, 양창수·전원열 역, 『大陸法入門』, 박영사, 1994.
- Neta, Ram, "Contextualism", Donald M. Borchert (ed.), *Encyclopedia of Philosophy* Vol. 2, 2nd Edition, Detroit: Thomson Gale, 2006.
- Raz, Joseph, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford: Clarendon Press, 1994.
- Robinson, O.F. et al., *European Legal History: Sources and Institutions*, 2nd Edition, London: Butterworths, 1994.
- Stein, Peter, *Roman Law in European History*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005/1999.
- Watson, Alan, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2nd Edition, Athens and London: The University of Georgia Press, 1993.
- 김영환, 「법의 계수의 결과현상들: 개념법학적인 사유형태와 일반조항에로의 도피」, 『법철학연구』 4-1, 한국법철학회, 2001.
- 김현철, 『禮에서 法으로』, 『가톨릭법학』 창간호, 가톨릭대학교 법학연구소, 2002.
- 김현태, 「로마法과 게르만法の 우리民法에의 土着化」, 『사회과학논집』 5, 연세대학교 사회과학연구소, 1972.
- 박병호, 「외국법의 계수와 법령용어」, 『외국법의 계수와 법령용어』, 한국법제연구원·중앙대학교 법학연구소, 2002.
- 박준석, 「戰國時代 法家の '法' 개념에 관한 연구—『韓非子』를 중심으로」, 서울대학교 석사학위논문, 1998.
- _____, 「조셉 라즈(Joseph Raz)의 권위론에 대한 비판적 고찰」, 『법철학연구』 10-1, 한국법철학회, 2007.
- 심희기, 『한국법제사상의—한국법사상의 판례와 읽을 거리』, 삼영사, 1997.
- 유인선, 「베트남 『黎朝刑律』의 체재와 내용—唐律의 繼受와 관련하여」, 『법사학연구』 27, 한국법사학회, 2003.
- 이정훈, 「朝鮮時代 禮의 法的 特性에 관한 研究」, 『법사학연구』 33(한국법사학회, 2006)

- 임중호, 「한국에서의 외국법 계수와 법률용어의 형성과정」, 『외국법의 계수와 법령용어』, 한국법제연구원·중앙대학교 법학연구소, 2002.
- 전중익, 「近代主權概念의 受容과 展開-1876년부터 1900년까지 開化知識人의 개혁론을 중심으로」, 서울대학교 박사학위논문, 2006.
- 장궁식, 「續大典의 위상에 대한 小考-‘奉祀 및 立後’조를 대상으로」, 『서울대학교 법학』 46-1, 서울대학교 법학연구소, 2005.
- 정병호, 「로마법의 유럽 傳承과 유럽 統合」, 『서양고전학연구』 16, 한국서양고전학회, 2001.
- 조규창, 「독일에 있어서의 로마法の 繼受」, 『법학논집』 22, 고려대학교 법학연구원, 1984.
- 최종고, 「韓國에서의 西洋法の 受容과 變容」, 『서울대학교 법학』 33-2, 서울대학교 법학연구소, 1992.
- _____, 「東아시아 普通法論-韓·中·日 法史의 基本課題」, 『서울대학교 법학』 40-2, 서울대학교 법학연구소, 1999.
- _____, 『법철학』, 제3판, 박영사, 2007
- 카미야 노리오(神宮典夫), 이재수 역, 「일본근대법의 기저-에도(江戸)시대의 법, 그리고 메이지(明治)시대에 있어 유럽법, 특히 로마법의 계수에 관하여」, 『법학연구』 44-1, 부산대학교 법학연구소, 2003.

East Asian Jurisprudence Revisited

Park, Joon-Seok*

Topics of East Asian jurisprudence, each of which is a brainchild of some contemporary Korean jurists, involve the issue of legal transplants or reception of law. It may well be impossible, or at least unfeasible, to evaluate their theoretical value without taking into consideration their presupposed views of legal transplants or reception of law. This paper examines the issue of legal transplants from a contextualist perspective and shows that arguments developed in those topics of East Asian jurisprudence, e.g. East Asian counterpart of natural law tradition and the concept of East Asian Common Law (*jus commune*), are vulnerable to the criticism that they distort concepts of natural law and Common Law (*jus commune*) respectively. This paper also suggests that the more attention payed to the contexts in which those concepts had arisen, the more can the situation be improved.

[Key words] Reception of Law, Transplants of Law, Contextualism, East Asian Jurisprudence, East Asian Counterpart of Natural Law Tradition, East Asian Common Law (*jus commune*), 禮, 律, 法, Rule, Principle, Exclusionary Reason, Conceptions of 禮 or 法

접수일 : 2008. 9. 5, 심사일 : 2008. 9.15~9.30, 게재확정일 : 2008.10.15

* Professor, Chonbuk National University College of Law