

당률의 중국 철학적 토대와 현대적 의미*

The Chinese Philosophical Foundation and the Modern Meaning of the Tang Lv Shu yi(唐律疏議)

이 재 룡**

Lee, Jae-Ryong

목 차

- | | |
|---------------|-------------------|
| I. 인간과 규범 | IV. 중국 법제도 역사(略史) |
| II. 중국철학의 형성 | V. 당률의 일반원칙 |
| III. 중국철학의 특징 | VI. 맺음말 |

중국철학은 오랜 역사적 경험을 통해 형성된 귀납적 사고의 산물이다. 하나라의 농업문화적 성격과 은나라의 유목문화적 성격이 결합하여 주나라 초기에 이루어진 중국철학적 특징은 경험적이고 귀납적이며 현실적이고 실현 가능한 사회적 특성을 지니고 있다. 모든 것은 자연의 운행에 맞추어 생각하고 판단하였으며 자연의 질서는 있을 수 있는 최고 최선의 완전한 가치의 모형이었다. 그 때문에 중국철학적 사유는 일체를 자연질서에서 구하는 태도로 일관되어 왔다. 국가의 존재이유나 통치의 명분, 혹은 법제도가 추구해야 할 이상 등 모든 것은 자연의 조화와 질서에 버금가는 사회를 구축하는 일이었다. 당률은 이와 같은 통치철학이 오랜 세월동안 검증되고 개선되면서 이루어진 동북아 최고의 법문화의 정수를 담고 있다. 당률에는 죄형법정주의의 원칙은 물론이고 교육형 사상과 각종 형법 도그마적 원리들, 또는 형사피의자에 대한 처우와 책임경감 사유 등 많은 형법상 원리들이 담겨있다. 이러한 형법원리들이 서구의 근대 형법처럼 이론적 사유의 과정을 통해 형성된 추상적인 산물이 아님은 물론이다. 왜냐하면 서구의 규범관은 이성적이고 합리적 판단을 하는 추상적 인간관을 전제로 설정된 계약적 산물로 이해하면서 국가권력 또한 국민들의 합의에 의해 탄생시킨 일시적인 대행자로서 언제나 폭력을 행사할 수 있는 존재로 전제된 이론적

투고일 : 2016. 1. 6. / 심사외일 : 2016. 1. 28. / 게재확정일 : 2016. 2. 12.

* 본 글은 2015.12.17. 건국대학교 법학연구소 아시아법센터 포럼에서 발표한 원고를 수정 보완한 것임.

** 충북대학교법학전문대학원 교수

Professor, Chungbuk National University Law School, Ph. D.

근거를 지니고 있기 때문이다. 이에 비해 당률은 철저히 현실경험을 통해 검증되고 추구되며 이해 가능하며 또한 실현 가능한 범위 내에서 제정되고 준수되며 요구되는 특징을 지니고 있다. 그러므로 오늘날 곳곳에서 문제가 노정되고 있는 현대 법제도 전반에 걸친 문제를 반추해 보는데 전통사회에서 오랜 세월동안 기능해 온 당률을 꼼꼼히 살펴보는 일은 매우 의미 있는 일이라 하겠다.

[주제어] 당률, 당률소의, 팔의, 십악, 보고기한

I. 인간과 규범

법은 의식적 무의식적으로 우리의 삶을 형성하고 지탱해 장치다. 즉 법 혹은 더 넓게 보아 일체의 규범은 그 자체가 인간들의 공존적 삶의 조건이다. 그것은 인류가 수 백 만년의 진화를 거치는 동안 형성된 사회적 본성의 생존조건이다. 그만큼 법제도는 우리의 일상생활에서 극히 자연스럽게 형성되고 기능하는 삶 그자체이다. 그 때문에 우리는 매 순간 타인과 상호관계를 유지하면서도 법을 떠올리지 않고도 훌륭하게 살아갈 수 있다. 이는 흡사 복잡한 문법을 떠올리지 않으면서도 자연스럽게 정확한 언어를 구사하는 것과 같다. 규범적 삶이란 다름 아닌 인간의 생존을 보장해 주는 거의 본능적 행위양식이기 때문이다. 법이란 이만큼 자연스러운 것이다. 그러므로 그것은 강요한다고 해서 강요되는 것이 아니요 반대로 법에 따르지 말 것을 중요하다고 해서 그렇게 되는 것도 아니다. 대부분의 법은 이와 같은 본래적인 규범적 속성을 지니고 있다. 그럼에도 현실에서 법과 현실의 괴리가 나타나는 것은 무엇 때문인가?

서양학문을 수입해 일방적으로 우리의 문화에 덧칠해 외관을 치장하며 살아 온지 이미 백 여 년이 된 지금 새삼스럽게 이 문제를 되돌아보는 것은, 법제도 형식의 사회적 적절성 혹은 문화적 토양 또는 더 나아가 그것이 딛고 있는 철학적 토대가 과연 정합적인가를 되물어야 하는 시점에 와있다고 생각되기 때문이다. 인간은 늘 깨어있는 의식적 존재이기 때문에 공동체의 집단 의식 혹은 동 문화를 공유하며 함께 호흡하는 가치구조와 일체의 사회적 현상이 맞물려 돌아가는 삶을 살아가는 존재인데 이러한 관계에 부조화는 없는지 검토해 보아야 하기 때문이다. 본 논고가 중국 법문화의 정화인 당률을 통해 동양인들의 규범적 사고를 확인해 보려는 것은 이와 같은 이유에서 이다. 이러한 집필의도 이면에는 현 정치제도나 법제도 전반에 대한 의구심이 일부 자리하고 있음은 물론이다.

중국 철학적 사유태도는 서구의 그것과 너무나도 상이하다. 중국 철학적 사유의 대상은 서양의 그것에 비해 비교적 편협하면서 감득적(感得的) 혹은 직관적이며 경험적이고 시종일관 자연주의적이며 총체적 사유를 특징으로 한다. 이러한 경향이 서구철학사에 전혀 없다고 할 수는 없으나 근본적으로 서양철학은 신(神)이 존재한다는 대전제 위에서 천 여 년 간 철학적 사유를 발전시켜 왔고 마찬가지로의 태도로 계몽주의 시대 이후 근대에 이르러 신(神)을 대신하는 인간 정신(精神)과 가치(價値)의 고유한 존재성을 결코 부정한 적이 없다는 점에서, 모든 것을 일원적으로 사유하고 유기적 연관관계로 바라본 중국 철학적 사유와는 매우 상이한 토대를 갖고 있다. 이러한 근본적인 차이점은 국가관은 물론이고 각종 통치기구의 구성 원리와 법제도에 담겨 있는 정신에서 상이한 차이점으로 나타나고 있다.¹⁾ 유사한 심리와 사물에 대한 감성을 지닌 인간들이 모여 사는 사회적 삶에 왜 이처럼 동서양의 근본적인 차이가 나타나게 되는 걸까? 여기에는 집요하게 강요된 정신사가 동서양 양 진영에 거대한 물줄기처럼 지금껏 하염없이 흐르고 있는 것이다. 이하에서는 매우 소략하게나마 이러한 근본차이가 잉태된 중국철학의 역사적 정신사적 배경을 살펴보고 이를 특히 당률(唐律)의 특징을 통해 그 정신을 확인하고 이를 현대 법제도의 원리와 정신에 비추어 대비해 봄으로서 현 법제도의 문제점은 없는지 살펴볼 기회를 얻고자 한다.

II. 중국철학의 형성

척박한 자연환경에 적응하면서 생존을 영위해온 인류의 문명은 환경에의 적응과 응전을 통해 발전해 왔다. 주어진 환경에 적응해 최선(最善), 최량(最良)의 삶을 조성하려는 인류의 노력은 주어진 여건에 따라 다양한 모습의 문화를 발전시켜 온 것이다. 기나긴 역사를 자랑하는 중국의 문화는 일찍부터 시작된 농경문화에 상응하는 각종 사상과 사회제도를 형성해 왔다. 역사가들은 이미 은(殷) 왕조 대에 국가의 각종 전장제도가 구축되어 대규모의 관개사업과 국가 간의 전쟁 있음을 알려주고 있다.

은(殷) 왕조(BC1600 ?-BC1046)는 선민의식(選民意識)을 통한 종교적 제정일치의 신권

1) 이를테면 중국과 한국의 전통 사상에서 ‘민주’나 ‘자유’ 혹은 ‘권리’라는 개념이 별도로 논의될 정도로 중요하게 취급된 적이 없었다. 개별성을 거론 할 때도 타자와의 관계성 속에서 필요한 만큼만 인식될 수 있을 뿐 관계 너머의 저 영역에 있는 고유하고 독자적인 존재로서의 개체에 관한 개념도 없었다.

정치를 통해 권력적 지배를 정당화하고 종교적 숭배와 복종의 강요로 백성들을 이끌었다. 이리두(二里頭) 문화유적으로 확인된 하(夏) 왕조는 척박한 자연에 대한 이해의 관점에서 소박한 삶을 추구하는 비교적 평등하고 질박한 삶을 추구했던 것으로 여겨진다. 뒤를 이은 은(殷) 왕조는 신(神)에 대한 종교적 숭배를 통한 수직복종의 종적인 세계관을 형성하여 신성불가침의 절대적인 왕권을 탄생시킨 것이다. 선민의식으로 스스로를 절대시한 은족은 피치자에 대한 탄압을 정당시켰으며 이는 많은 부족의 원망을 자초하게 되었다. 은 말의 부패한 정치를 불식시키고 등장한 주(周)왕조는 인간에 대한 자기성찰을 통해 도덕적 인문세계를 제발하려는 도덕정치의 전형을 탄생시켰다.²⁾ 하(夏)(BC2300 ?-BC1600 ?)의 폭군 걸(桀) 왕을 방벌하고 은(殷)을 건국한 탕(湯)의 역성혁명(易姓革命)은 그 자체로 정당화 될 수 있었으나 그렇게 성립한 은을 멸망시킨 주(周)(BC1046-BC256)의 역성혁명은 이제는 다른 각도에서 정당화시켜야 되는 문제를 안고 시작된 것이다. 은의 국가 통치원리와 차별화된 새로운 국가통치의 원리를 구축해야할 필요성이 주(周)의 건국부터 요구된 것이다. 주의 위정자들은 항구적인 국가 존속의 방법을 은과 같이 종교적 신권정치가 아닌 백성들 삶의 안정과 평화보장 그리고 경제적 풍요에서 구하게 되었으며 이는 앞으로 전개될 도덕정치의 근본으로 작용하게 된 것이다. 즉 일체의 국가 제도와 권력행사는 백성들을 위해 존재하며 그런 한에서 국가권력이 정당화 되며 항구적인 국가 존속을 보장 받을 수 있다는 준엄한 교훈을 주(周)의 건국자들은 깨닫고 이를 실현하기 위한 각종 국가 제도를 구비하게 된다. 서주(西周) 초기 인문주의가 꽃피었던 문화의 황금기는 이후 중국의 전 역사를 관류하는 통치의 근본적인 전형이 되었으며 후대 통치의 득실을 평가하는 시금석으로 작용하게 되며 또한 후대의 모든 통치가 실현해야 할 이념적 목표가 되고 있다. 농업국가인 하(夏)의 소박하고 실질적인 자연주의적 경험관과 인간관, 유목민족인 은족(殷族)의 종교적 추상적 사유태도, 그리고 은(殷), 탕(湯)과 주(周) 무왕(武王)의 두 번에 걸친 역성혁명의 역사적 의미와 항구적 국가 보전을 위한 방편이 오로지 백성들 삶을 돌보는데 있다는 역사적 경험은, 자연주의적이며 경험적인 실질적인 도덕적 사유태도가 형성되는 바탕이 되었고 이로부터 시종일관 자연 질서와 인간사회를 유기적 관계 속에서 바라보는 중국철학적 도덕관의 전형이 이루어졌다.

2) 김충렬, 중국철학사, 예문서원, 1994, 145쪽.

III. 중국철학의 특질

1. 인습과 창조

농경을 위주로 하던 하(夏)의 소박하고 실질적인 자연주의적 경향의 문화와 유목민족인 은족(殷族)의 조상숭배 사상이 상호간 접촉하면서 인습과 창조의 중국문화적 특성이 시작되었다. 정착생활을 하는 농경문화는 예기치 않게 변하는 계절의 순환에 지대한 관심을 갖고 있어서 자연의 현상에 많은 관심을 갖게 되며, 늘 새로운 목초지를 찾아 떠나야 하는 유목문화는 새롭게 전개되는 공간구조에 관심을 갖는 문화적 차이가 있다. 전자가 남성과 부계 중심이라면 후자는 모계중심이며 형제상속이 이루어지고 대개 난생 설화나 새가 등장한다. 또한 조상신을 숭배하고 그 때문에 수직 복종의 의식구조를 갖고 있다.

은의 탕(湯)이 제후들을 정벌하면서 “사람들은 물속을 들여다보고 자신의 모습을 알 수 있듯이 백성들의 삶을 돌아보면 정치의 올바름을 알 수 있다.”³⁾고 한 말에서 이미 국가 통치의 정당성은 백성들의 삶을 안정되고 풍요롭게 하는 것이라는 자각이 있었다. 그럼에도 은의 선민의식을 통한 종교적 우월의식과 수직 복종적 계급관, 조상숭배 사상 등은 하의 문화와 만나면서 다양하게 조화를 이루고 새롭게 구성되면서 인습과 창조의 전형적인 중국적 문화모형이 형성되게 되었다.⁴⁾

2. 천명(天命)

주(周)의 역성혁명은 은(殷)의 역성혁명이 주는 교훈과 동일한 것이 아니었다. 맹자는 이 양자를 동일하게 평가했지만 은의 역성혁명의 위업이 지고한 신인 은족 조상신의 보호아래 영원히 계속되리라는 강한 확신이 있었던 것과는 달리,⁵⁾ 역시 역성혁명을 통해 주(周)를 개창한 건국자들은 은의 멸망을 통해 그러한 천명이 영원히 계속될 수 없다는 점을 깨닫게 되었다. 즉 천명은 영원한 것이 아니라는 점이다.(천명미상(天命靡常)).⁶⁾ 이는 은대의 통치자들이 종교적 권위에서 막강한 통치권의 영원한 보장을 철두철

3) 史記, 「殷本紀」第三, “湯征諸侯. 葛伯不祀, 湯始伐之. 湯曰 予有言 人視水見形, 視民知治不”.

4) 論語, 「爲政」, “子張問十世可知也. 子曰, 殷因於夏禮, 所損益, 可知也, 周因於殷禮, 所損益, 可知也. 其或繼周者, 雖百世, 可知也”.

5) 尚書, 「商書」 西伯戡黎, “王曰, 嗚呼. 我生不有命在天”.

미하게 믿었던 종교적 통치관이 일거에 변하고 있음을 의미한다. 이제 통치권을 정당화시켜 주는 천명(天命)은 어느 누구에게도 항구적으로 주어지지 않는다는 엄연한 역사적 경험에 직면한 것이다. 주의 건국자들은 이 점을 특히 매우 강조하여 새롭게 개창한 주(周)의 천명을 자손만대에까지 오래도록 유지 보존할 수 있는 길을 모색하게 되는데 이를 주(周)의 사활이 걸린 문제로 인식하고 있었다. 천명은 변덕스럽게 변하고 결코 믿을 수도 없으나 분명한 것은 ‘천명은 덕(德)이 있는 자에게 주어진다.’는 점이다. 즉 천명을 오래도록 유지할 수 있는 길은 오직 덕 있는 자가 덕에 의한 정치를 오래도록 떠나가는 것, 즉 선정(善政)을 베푸는 일이다. 이는 천명(天命)의 인식근거가 결국은 민심(民心)에 있다는 인내천(人乃天) 사상에 다름 아니다.⁷⁾ 이제 정치의 모습은 일 년 내 내 제사가 끊이지 않았던 종교적 안전을 보장받던 은(殷)대와 달리 백성들의 평화와 안전과 풍요를 보장해 주는 정치만이 항구성을 보장받을 수 있다는 천명관이 확립된 것이다. 그렇다면 통치자는 어떻게 해야 이러한 선정(善政)을 이어나갈 수 있는가?

3. 도덕심의 형성 - 경(敬), 덕(德), 효(孝) 사상

경(敬): 서주 초 관숙(管叔)과 채숙(蔡叔)의 반란 등 정치적 격동의 시기를 거치면서 정권이란 잠시도 마음을 놓을 수 없는 불안한 것이고 그렇기에 언제나 근심하고 걱정하는 긴장을 늦출 수 없다는 우환의식(憂患意識)⁸⁾ 사태에 임해 몸과 마음을 경건히 하고 최고의 집중과 정성을 쏟아야 한다는 마음가짐을 요구하게 된다. 경이란 바로 이와 같이 사람의 정신 상태를 산만으로부터 집중으로 옮겨가게 하고 자신의 관능과 욕망을 자기책임 앞에서 해소시킴으로써 자기 주체의 적극성과 이성 작용을 실현시키는 덕목이다.⁹⁾ 주역(周易) 곤괘(坤卦)의 “경이직내(敬以直內) 의이방외(義以方外)(경(敬)으로써 마음을 바로 세우고 의로(義)써 밖으로 표출된 행위와 외재사물이 최적의 관계를 이루게 한다)”¹⁰⁾는 바로 이와 같은 인간의 본질에 내재하는 천도(天道)에 대한 자기 확인 혹은 천인지제(天人之際)의 불가분의 견연성(牽聯性)에 대한 확고한 인식과 긍정의 표현이다. 이제

6) 詩經, 大雅 文王之什, “上帝既命 侯于周服 侯服于周 天命靡常”.

7) 尚書, 周書 泰誓中, “天視自我民視 天聽自我民聽 百姓有過 在予一人”.

8) 周易, 「繫辭下」, “易之興也, 其於中古乎? 作易者, 其有憂患乎?”.

9) 김충렬, 앞의 책, 152쪽.

10) 周易, 「坤卦」, “文言曰, ……直其正也, 方其義也. 君子敬以直內, 義以方外. 敬義立而德不孤. 直方大, 不習无不利, 則不疑其所行也”.

인간은 종교적 권위로부터 벗어나 스스로 하늘아래 존립할 수 있는 엄정한 도덕적 자각의 토대를 구축하게 된 것이다. 경(敬)이란 바로 이와 같은 대상인식, 인간이해 그리고 대상과 주체적 자아와의 필연적 연관관계를 숙지하고 이를 실현시키려는 능동적 도덕주체로 거듭나게 된 인간의 주체적 자각을 말한다.

덕(德): 경(敬)에 의해 확립된 마음의 능동적 주체적 자각은 이를 밖으로 발출시킴으로서 뜻한 바의 목적을 달성시킬 수 있는 효과를 산출해 낸다. 덕(德)이란 바로 이와 같은 마음의 핵이 밖으로 발출해 가면서 외재사물과 조화와 중절의 관계를 이루게 하는 제어능력을 말한다.¹¹⁾ 앞서 말한 “의이방외(義以方外)”의 의(義)는 외재하는 객관적 규범절목이지만 의(義)의 내재심성을 확인한 맹자(孟子)처럼 인간 본연의 심성에 온착되어 있는 기준이기도 한데, 경으로써 확립된 내심의 의도를 이러한 의(義)의 내재적 외재적 기준에 합치하게 행위 함으로써 밖으로 객관질서와 조화를 이루어 중절(中節)된 방정(方正)한 결과를 이루어 냄을 말한다. 그러므로 덕(德)이란 인간 본연의 심성에 내재하는 천리(天理)의 자연스러움을 객관적 사회적 공존질서의 원리에 맞게 조절하고 순응시킴으로써 전체로서는 조화와 평화 더 나아가 번영을 구가하는 인간 마음의 의지작용이다. 즉 덕(德)이란 없는 것을 만들어 내는 역지가 아니요 자신을 희생시켜 남을 위하는 불균형도 아니고 공존과 조화를 이루는 모두의 능동적인 삶의 덕목이다. 즉 덕(德)은 내심의 근본인 경(敬)을 밖으로 발출하게 하는 능동적 주체성의 의미이기 때문에 대개의 경우 경(敬)과 연용(連用)하여 경덕(敬德)으로 사용되곤 한다.

효(孝): 은족의 조상숭배사상은 효에서 비롯된다. 효를 통해 뿌리를 확인하고 동족간의 유대를 강화하며 단결된 힘으로 적에 대적 할 수 있었다. 은이 하늘 떨하고 천하를 장악한 힘은 바로 조상을 숭배하는 효에서 비롯된 것이다. 주(周)는 은의 효 사상을 전적으로 받아들여 이를 중요한 덕목으로 권장하였다. 다만 주는 은과 달리 자신들만의 조상신을 받드는 편협성에서 벗어나 문왕(文王)을 상제(上帝)와 짝하는 신으로 받들게 함으로써 보편적 도덕인문주의의 창건자로서의 일반성을 획득하게 했다. 즉 문왕은 상제와 나란히 위치하는 신성한 존재로서 천(天)의 보편적 도덕가치의 화신으로 추앙되었다.¹²⁾ 주는 은의 편협하고 폐쇄적인 효에서 더 나아가 서로를 긍정하고 배려하는 충서(忠恕)의 덕목을 결들인 효로 그 가치가 제고되고 있다. 이러한 윤리규범화의 최고 정점에

11) 김충렬, 앞의 책, 153쪽.

12) 孝經, 「聖治章」, “曾子曰 敢問聖人之德, 無以加於孝? 子曰 天地之性, 惟人爲貴. 人之行, 莫大於孝. 孝莫大於嚴父, 嚴父莫大於配天, 則周公其人也. 昔者周公郊祀后稷, 以配天. 宗祀文王於明堂, 以配上帝”.

문왕이 자리하고 있는 것이다. 효의 가치는 주의 국가건설의 지남(指南)인 친친(親親) 현현(賢賢) 존존(尊尊)의 기점이 되고 있다. 모든 백성들에게 까지 요구되었던 보본반시(報本反始)의 효사상은 천리(天理)의 자연스러움이 그러해서이니 이제 백성은 천리(天理)를 구유(具有)한 존재로서 천리(天理)에 따라 천의 이치를 구현하면서 살아가는 존재, 즉 天의 또 다른 상징이 된 것이다. 백성들은 종래의 단순한 피치자의 위치가 아니라 통치의 궁극적인 목적으로 제고된 것이다. 즉 ‘천명(天命)은 민심(民心)에서 확인된다.’는 중국역사에서 이제 누구도 거역할 수 없는 지고한 진리가 계속될 수 있는 터전이 마련된 것이다.¹³⁾

4. 종법제도(宗法制度)와 친친(親親) 현현(賢賢) 존존(尊尊)의 국가구성원리

종법제도-상제(上帝)의 곁에 배향된 문왕(文王)의 제사를 주관하는 자는 곧 현세에서의 천자(天子)이다. 이는 제사를 집전하는 사람이 현실정치에서의 실권자이자 적장자인 천자를 중심으로 혈통에 따라 선후좌우로 세밀하게 짜여진 거대 집단에 의해 교사(郊祀)와 종사(宗祀)가 집행됨을 의미한다.¹⁴⁾ 이렇게 혈연에 의해 짜여진 친소원근의 세밀하고 촘촘한 그물구도의 관계망은 종으로 선조에서 아득한 후손에 이르고 횡으로 먼 친척에까지 이르러 광대한 관계망이 체계적으로 형성된다. 백대가 지나도 변하지 않는 대종(大宗)과 5대가 지나면 제사를 옮기는 소종(小宗)은 이렇게 해서 종법(宗法)의 울타리 속으로 편입되어 구성원 전체의 일체감을 형성한다. 종법제를 이렇게 구성해야 했던 이유는 그것이 인간의 지극히 자연스런 친소원근의 혈연적 관계를 바탕으로 하여 구성된 원리이기 때문이었다. 즉 종법제는 인간의 본질적 속성을 확인한 것에 다름 아니다. 이는 가족을 이루고 사는 이 땅의 모든 구성원들에게 한 결 같이 적용될 수 있는 원칙이다. 주대에 완성된 봉건제도 역시 이러한 종법제의 연장선상에서 이를 국가통치제도의 일환으로 적용한 결과다.

친친(親親) 현현(賢賢) 존존(尊尊) - 혈연적 관계는 친소원근(親疎遠近)에 따른 차등이 반영된 관계라야 하고, 여기서 중요한 덕목인 효도와 형제간의 우애(孝悌)는 사회적 관계어로 확장되어 어질고 지혜로운 사람을 존경하는 마음이짐으로 표출되어야 한다. 이를 어진 이를 어진 분으로 대하는 현현(賢賢)이라 한다. 효제와 현현이 함께 어우러져

13) 尚書, 「周書」泰誓中, “天視自我民視, 天聽自我民德. 百姓有過在予一人, 今朕必往”.

14) 김충렬, 앞의 책, 163쪽.

고귀한 사람을 고귀하게 대하는 원리 즉 존존(尊尊)이 나온다. 존존은 백성들이 왕을 받들고 그 왕이 임명한 관리 또한 존귀하게 대하는 것을 말한다. 왕은 도덕과 지혜가 구비된 이상적인 성군(聖君)이므로 성왕이 임명한 관리가 그에 상응하는 대접을 받는 것은 당연한 귀결이다. 그러므로 국왕은 자신이 바른 덕성을 갖추고 천하의 모범이 되는 효를 행해야 하며 마찬가지로 그가 임명하는 관리 또한 덕성과 지혜를 두루 갖춘 도덕적 인격자요 능력자라야 한다. 친친과 현현과 존존은 그대로 가정윤리에서 사회윤리로 더 나아가 국가윤리도 제고되는 일관된 원리에 근거하고 있음을 알게 된다.¹⁵⁾ 중국의 정치 사상은 인간의 본래 성정을 바탕으로 천지자연의 원리에 따라 도덕윤리에 의한 정치, 즉 예치사회를 이루고자 함인데 이로써 국가통치는 전 역사에 걸쳐 시종일관 정치와 교육의 일원화 즉 정교일치를 추구하게 된 까닭이다.

5. 중국 정치철학의 특징

이상의 논의를 간단하게 요약하면서 중국철학의 특징을 정리해 보기로 하자. 중국철학의 시원적 맹아는 단순히 자연과 사물에 대한 경외감에서 그 원리를 추구하려는 목가적 태도에서 비롯된 것이 아니다. 험난한 자연환경 속에서 삶을 기탁해야하고 국가를 이루고 살아가야하는 절실한 문제의식에서 비롯된 것이다. 그 때문에 사변적이지 않고 경험적이며 초월적이지 않고 역사적이고 심지어 순수한 학문 그자체가 아니라 일체가 정치 관련적인 특징을 지니고 있기조차 하다. 국가정치가 지향해야 하는 가치는 백성들 삶을 안정되고 풍요롭게 보장해 주는 것, 즉 다시 말해서 정치의 궁극적 목표는 도덕가치가 실현되는 사회를 이루는 것이다. 이점을 다른 각도에서 말한다면 왕권을 항구적으로 보장받는 길은 오직 백성들의 안위를 보살피는데 있다는 사실인 데, 이를 오랜 역사적 경험을 통해 분명하게 확인할 수 있었다는 점이다. 그러므로 중국철학의 학문적 논의는 결국 국가정치체제와의 관련성 속에서 논의되는 특징을 지닌다. 심지어 동양사회의 일체의 학문적 고찰대상은 모두 국가정치와 직·간접으로 연계되는 관련성을 지니고 있다.

중국철학은 이와 같이 인간 삶의 보편적 경험과 역사적 검증 그리고 현실생활에 필요한 한에서만 거론되는 실효성, 무엇보다도 일체 사물을 상호 관련적인 연기구조(緣起構造)로 바라보는 정체적(整體的) 우주관(宇宙觀)과 생명 중심적 사유태도가 특징이다.¹⁶⁾

15) 中庸, 20장, “仁者人也 親親爲大 義者宜也 尊賢爲大 親親之殺 尊賢之等 禮所生也” 여기서 인(仁)은 사람들에 의한 사회 구성 원리를 의미한다.

물론 인식대상으로서의 자연 혹은 사물도 기계적 인과관계로 바라보는 것이 아니라 목적 지향적이고 가치 관련적인 사물로 이해한다. 중국인들에게 종교적 피안의 세계는 결코 대안이 아니며 심지어 정신의 독자적인 존재성을 인정하지 않음도 물론이다. 이러한 중국적 사유태도는 긴 역사를 통해 점진적으로 이루어지면서 주초(周初)에 그 전형이 완성되고 춘추 전국시대의 대 사상가들의 논의를 통해 결코 변할 수 없는 중국문화의 전형으로 자리 잡게 되었다. 이후 2천 여 년에 걸쳐 계속된 중국의 학문사는 이 시대의 업적에 대한 주석이요 분석과 해석이며 그 의미의 심화에 불과할 뿐이다. 송(宋)대의 주희(朱熹)가 추구하던 이상사회도 바로 서주(西周) 초기 왕도정치(王道政治)가 행해지던 인문주의 문화세계였다.

서양 철학사가 수많은 주제로 치열하게 논쟁하며 극복하고 창조하며 새로운 방향으로 다양하게 전개되어 온 것과 너무나도 다른 모습이다. 중국철학사에서 학문적으로 논의되던 주된 테마는 서양의 그것에 비해 한없이 초라하고 협소하며 그나마도 현실적일 뿐 결코 형이상학적이 아니다. 공통의 경험과 귀납을 통해 확인된 원리는 일반적이며 보편적이며 현실적이다. 중국인들의 사유가 결코 형이상학적 이상세계에로 비약하지 않는 것은 그러한 사유태도는 현실적 삶에서 결코 필요하지도 않을뿐더러 유용하지도 않기 때문이다. 국가통치제도와 각종 법제도가 추구하는 모습도 이와 같았다.

극도의 혼란기인 전국시대에 각종 구세책(求世策)이 제시되면서 제자백가(諸子百家)로 등장한 것도 실은 이와 같은 중국 철학적 맥락에서 볼 때 그리 대립되는 전혀 다른 양상의 주장이라고 볼 수는 없다. 도가(道家)의 무위이치(無爲而治)¹⁷⁾나 유가(儒家)의 대동사회(大同社會),¹⁸⁾ 그리고 법가(法家)인 상앙(商鞅)의 대치(大治)¹⁹⁾는 모두 동일한 이상사회의 모습을 다른 각도에서 묘사한 것에 다름 아니다. 물론 이 중 법가는 현실정치

16) 김충렬, 앞의 책, 54쪽 이하. 김충렬 교수는 중국철학의 특질을 ‘생기적 정체관’, ‘가치중심주의’, ‘인간중심주의’로 요약하여 설명하고 있다.

17) 道德經, 48장, “爲學日益, 爲道日損, 損之又損, 以至於無爲, 無爲而無不爲, 取天下, 常以無事, 及其有事, 不足以取天下”.

18) 禮記, 「禮運」, “昔者仲尼與於蜡賓, 事畢, 出遊於觀之上, 喟然而嘆. 仲尼之嘆蓋嘆魯也. 言偃在側, 曰, 君子何嘆? 孔子曰, 大道之行也, 與三代之英丘未之逮也, 而有志焉. 大道之行也, 天下爲公, 選賢與能, 講信, 睦. 故人不獨親其親, 不獨子其子, 使老有所終, 壯有所用, 幼有所長, 矜寡孤獨廢疾者皆有所養. 男有分, 女有歸. 貨惡其棄於地也不必藏於己, 力惡其不出於身也, 不必爲己. 是故謀閉而不興, 盜竊亂賊而不作, 故外戶而不閉, 是謂大同”.

19) 商君書, 「定分」, “故聖人立天下而無刑死者, 非不刑殺也, 行法令明白易知, 爲置法官吏爲之師以道之知. 萬民皆知所避就避禍就福, 而皆以自治也. 故明主因治而終治之, 故天下大治也.”. 여기서 대치(大治)는 같은 책 「賞刑」에 묘사된 정치의 지극한 상태를 말한다. “湯與桀戰於鳴條之野, 武王與紂戰於牧野之中, 大破九軍, 卒裂土封諸侯, 士卒坐陳者里有書社, 車休息不乘, 從馬華山之陽, 從牛於農澤, 從之老而不收, 此湯武之賞也”.

에서 정치를 담당하던 사람들에 의해 주장되어 가장 강력한 치국(治國)의 구체책으로 받아들여진 특징이 있지만 유가적(儒家的) 이상사회를 목표로 이에 이르기 위한 과정으로서의 수단이 법치(法治)요 유가(儒家)와 법가(法家)의 경직화를 완화시켜주는 장치(道家)였던 점을 염두에 두면 정도의 차이는 있겠지만 유도법(儒道法)은 동시대에 거의 함께 수용되며 각기 국가통치에 기능했다는 점을 알 수 있게 된다. 분명한 것은 제자백가 어느 입장에서든 국가의 존재이유와 역할은 백성들의 평화와 안전 그리고 행복을 지향하는 목표에서 자연의 이치를 대행하는 위탁자 관리자의 위치에 있음을 전제하고 있다는 점이다. 그러므로 국왕의 지고지순한 존엄성은 백성과 통치자로서의 국왕 그리고 관료의 일체라는 이념적 통일체를 지향하는 국가관의 상징성에 의해 주어지는 신성함이다. 그러므로 바로 그 점에서 일체의 국가행위는 백성들의 삶을 보장해야만 한다는 내재적 한계를 지니고 있다. 동양사에서 이따금씩 나타나는 반정(反正)은 이렇게 해서 설명될 수 있다. 이는 수많은 피를 요구하는 전쟁을 통해 새 왕조를 개창하는 것이 아니라 단순히 신성하고 존엄해야 할 폭군만을 갈아 치움으로써 국가통치의 정당성을 회복할 수 있게 된다. 이때의 폭군은 왕이 아니라 일개 필부(匹夫)에 지나지 않기 때문이다.²⁰⁾ 잠시 항을 바꾸어 유가입법의 전형이 정착되어 온 역사를 간단하게 살펴보자.

IV. 중국 법제도 약사(略史)

중국역사에서 성문법의 등장은 멀리 관중(管仲)이 재상으로 있던 제(齊)나라에서 시작된다. 물론 관중에 의해 성문법이 실제로 공포되었다는 기록은 없으나 관중의 사상에 제가(諸家)의 특성이 두루 담겨 있음에도 특히 법가(法家)적 요소가 강하다는 점을 주의해야 한다. 제(齊)는 주(周) 초에 태공망(太公望) 여상(呂尙)의 봉국으로 실질적이고 현실적인 정책으로 어염(漁鹽)의 상업에 주력하여 부국으로 성장해 환공(桓公)때는 최초의 패자(覇者)가 되어 패도정치(覇道政治)의 시단을 연 나라이다. 중국 역사상 최초의 성문법 제정은 작은 나라 정(鄭)의 자산(子産)에 의한 형정(刑鼎)의 공포이다(BC536). 당시 이웃나라 진(晉) 숙향(叔向)의 격렬한 저항을 불러일으킬 정도로 파격적인 시책이었다.²¹⁾ 전쟁과 경제규모의 면에서 춘추시대와는 비교할 수 없을 정도로 발달한 전국시대

20) 孟子, 「梁惠王下」, “齊宣王問曰, ‘湯放桀, 武王伐紂, 有諸?’ 孟子對曰, ‘於傳有之.’ 曰, ‘臣弑其君, 可乎?’ 曰, ‘賊仁者謂之‘賊’, 賊義者謂之‘殘’. 殘賊之人謂之‘一夫’. 聞誅一夫紂矣, 未聞弑君也’.

에 오면 각국은 경쟁하듯이 법치에 전념하게 된다. 조(趙)의 공자중(公仲連)이 만든 국률(國律), 제(齊)의 칠법(七法), 초(楚)의 헌령(憲令)과 계차지법(鷄次之法), 한(韓)의 형부(刑符), 위(魏)의 태부지헌(太府之憲) 등이 그것이다.²²⁾ 특히 위(魏)의 문후(文侯) 때 이희(李悝)는 제국의 법전들을 모아 이를 재구성해 법경육편(法經六篇)을 만들었다. 이는 총칙과 소송절차까지 구비된 형법전이다. 상양(商鞅)은 법경(法經)을 토대로 진(秦)의 개혁정책을 실시했고 이는 진이 전국을 통일할 수 있는 근본적인 토대가 되었다.

1975년 호북성(湖北省) 운몽(雲夢)에서 출토된 진간(秦簡)에 의해 그 대체가 확인된 진률(秦律)은 무려 30여종으로 분류되는 행정 형사 민사법제에 이르는 방대한 규모임이 밝혀졌다. 전국을 중앙집권적 군현제도로 편제해 일사분란한 관료주의체제로 통치한 진의 법제는 매우 상세하고 견고하게 짜여있으며 법률사무만 전담하는 사법부가 독립되어 있었고 모든 재판은 엄격할 정도로 법에 의해 이루어졌으며 죄인에 대한 처우도 철저히 법에 규정된 대로 처리되어 그렇게 가혹한 것만은 아니었음이 확인되었다. 진(秦)을 이은 한(漢)은 진률(秦律)을 폐하고 약법삼장(略法三章)으로 사용하다가 후에 숙항(蕭何)에 의해 법경육편(法經六篇)에 삼장(三章)이 더해진 구장률(九章律)이 제정되고 후에 숙손통(叔孫通)에 의해 방장률(傍章律) 18편으로 늘어났다. 후한에 이르러 룰령과비(律令科比)의 형식이 정착되었다.²³⁾

한(漢)을 뒤이은 위촉오(魏蜀吳) 삼국(三國)과 서진(西晉), 동진(東晉)의 양진은 예(禮)와 법(法)이 융합하기 시작한 시대였다. 유가(儒家)는 이미 한(漢) 대에 관학의 지위에 있었고 성문법을 중시하는 법가적 법치의 전통이 계속되다가 이에 바야흐로 유가의 도덕인문주의적 사상이 법조문에 투영되기에 이른다. 서진 무제(武帝)때의 태시률(泰始律)은 유가화(儒家化)된 최초의 법전이다. 법률의 제정과 해석은 유가경전에 따라 이루어져야한다는 원칙이 정립되었다. 신분의 차등에 따른 차별적 법적용과 종법제의 가족관계에 따른 형사책임의 차등화, 특히 일부 예제를 그대로 형법화함으로써 유교적 도덕가치의 규범화가 촉진 되었다. 이 때 춘추결옥(春秋決獄)의 법해석 원칙도 정립되었다.²⁴⁾

오호십육국(五胡十六國)의 시대에도 이러한 유가입법(儒家立法)의 발전은 지속되었다. 특히 이민족 집단인 북위의 유가입법제정은 팔목할 만한 것이었다. 효를 가장 중요한 덕목으로 고양시키고 잔인한 육형인 환형(輓刑)과 요참(腰斬)을 폐지했다. 모반(謀反),

21) 左氏春秋, 昭公 六年 三月條, “昭,0603 三月, 鄭人鑄刑書. 叔向使詒子產書, 曰, (中略)”.

22) 張晉藩 主編, 임대희 외 옮김, 中國法制史, 소나무, 2006년, 148쪽 이하.

23) 張晉藩 主編, 위의 책, 161쪽 이하 참조.

24) 張晉藩 主編, 위의 책, 340쪽 이하 참조.

대역(大逆)등을 제외하고는 연좌제도 폐지했다. 뒤이은 북제률(北齊律)은 예교(禮敎)를 해치는 범죄의 단속을 중시해 중죄십조(重罪十條)를 확립했다. 실생활에서의 경험과 검증은 통해 긴 세월 점진적으로 확립된 중국의 법제는 수(隋)의 개황률(開皇律)을 거쳐 동아시아 법문화의 극치라 칭송되는 당률(唐律)에 이르고 있다.²⁵⁾

V. 당률의 일반원칙

1. 당률개요

후세 제왕들의 귀감이 된 당(唐) 태종(太宗)은 대신들과 치국의 방도를 논한 정관정요(貞觀政要)에서 법제도에 관한 많은 의견을 남기고 있다. 예와 형을 병용함으로써 인의로 백성을 이끌 수 있다고 여겼다. 태종대에 제정된 정관률(貞觀律)은 예형병용(禮刑並用)을 지도이념으로 하고 있다. 법령의 조문은 이해하기 쉽고 간략해야 한다. 고래로 만들어져 집행되어 온 법령이 수도 없이 준비해서 태종대에는 3,000여개의 조칙을 줄여 700여개로 정비했다. 형벌을 집행함에 관대하고 어짊을 잃지 말며 가능한 한 신중에 신중을 기해야 한다. 따라서 하나의 범죄에 여러 형벌이 적용될 경우 가장 형량이 낮은 조문을 적용해야 한다. 형량도 대폭 낮추어 졌다. 사형을 유형으로 유형을 장형으로 낮춘 것들이 많았다. 특히 사형판결의 경우 반드시 이틀에 다섯 번을 상주하도록 하여 재심에 재심을 거듭하도록 했다. 태종 때의 정관률(貞觀律)을 거쳐 고종(高宗)때 공포된 영휘률(永徽律)은 전문 502개 조문으로 된 방대한 법령으로서 형사민사소송절차 등을 규정한 동아시아 법전의 정화라 칭송된다. 후에 장손무기(長孫無紀) 등이 율문의 해석과 입법취지를 밝히는 소(疏)와 의(議)를 결들임으로써 당률(唐律)은 소의(疏議)와 결합된 당률소의(唐律疏議)로 거듭나게 되었다. 오늘날 당률(唐律)이라 하는 것은 바로 이 당률소의(唐律疏議)를 말한다.

2. 죄형법정

인류의 법문화에서 성문법이 등장하게 된 이유는 모호한 판결을 지양하고 객관적

25) 張晉藩 主編, 위의 책, 360쪽 이하 참조.

준승(準繩)으로 사건을 판단함으로써 객관적 정당성을 확보하기 위한 것이었다. 그러므로 성문법의 출현은 어떤 의미에서는 죄형법정을 의미하고 있다고 할 수 있을 것이다. 전국시대의 한비자(韓非子)도 신분고하를 막론하고 법에 의해 처단됨을 법치의 특성으로 강조하고 있다.²⁶⁾ 진한 남북조를 거치면서 죄형법정원칙은 당률에 이르러 단옥률(斷獄律)로 정형화 하게 된다.²⁷⁾ “무릇 판결할 때에는 반드시 물령격식(律令格式)의 정문(正文)을 갖추어 인용해야 한다. 이를 어긴 자는 태형 30에 처한다.”고 명문화되기에 이른다.²⁸⁾ 당률소의(唐律疏議)에는 과오로 친속의 가축을 죽인 행위에 대해 마땅히 처벌할 조문이 없는데 이 경우 어떻게 해야 하는지 질문에 대한 답이 소개되어 있다. 소의(疏議)는 “주인이 다치게 하거나 과오로 죽이게 된 경우에 대해서는 죄명이 없으므로 처벌하지 않는 것이 당연하고 친속은 또한 주인과 동일하므로 처벌하지 않는 것은 당연하다고 해석하고 있다.”²⁹⁾ 또한 신법과 구법간 형량의 경중이 다른 경우에 대해서도 원칙적으로 행위 시의 법을 적용하지만 신법이 구법에 비해 형량이 가벼울 때는 피고인에게 유리한 가벼운 법을 따른다는 해석도 이루어지고 있다.³⁰⁾ 물론 고의로 이러한 정황을 미리 알고 그렇게 행위한 자에게는 이러한 규정을 적용하지 않는다.

그러나 이러한 죄형법정은 행정관리의 위압으로부터 피의자를 보호하기 위해 국가권력에 의해 주장된 것으로서 어디까지나 통치자의 입장에서 백성의 안위를 위해 요구되는 태도이다. 즉 죄형법정의 주된 대상은 형정을 관할하는 관리들이었지 국가권력이 아니다. 백성들이 국가권력의 횡포에 대항하기 위해 주장한 요구가 결코 아니었다. 이 점은 죄형법정주의의 가장 중요한 핵심개념인 관습형법 혹은 비법정형의 배제원칙이 당률의 경우 무시되고 있는 점을 보아도 잘 알 수 있다. 당률소의 450조는 다음과 같은 규정을 두고 있다.

26) 韓非子, 「有度」, “故以法治國, 舉措而已矣。法不阿貴, 繩不撓曲。法之所加, 智者弗能辭, 勇者弗敢爭。刑過不避大臣, 賞善不遺匹夫。故矯上之失, 詰下之邪, 治亂決繆, 紂義齊非, 一民之軌, 莫如法”。

27) 정궁식, “대명률의 죄형법정주의 원칙”, 법학 제49권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2008, 113쪽.

28) 唐律疏議, 斷獄律, 484조 “諸斷罪皆須具引律、令、格、式正文, 違者笞三十。若數事共條, 止引所犯罪者, 聽”。

29) 唐律疏議, 「廐庫律」, 205조 “問曰: 誤殺及故傷總麻以上親畜產, 律無罪名, 未知合償減價否? 答曰: 律云: 殺總麻以上親馬牛者, 與主自殺同, 主傷馬牛及以誤殺, 律條無罪; 諸親與主同, 明各不坐。不坐, 即無備償, 準例可知, 況律條無文, 即非償限。牛馬猶故不償, 餘畜不償可知”。

30) 唐律疏議, 「斷獄律」, 487조 “疏議曰: 故注云, 謂故增減情狀足以動事者, 若聞知國家將有恩赦, 而故論決囚罪及示導教令, 而使詞狀乖異。稱之類者, 或雖非恩赦, 而有格式改動; 或非示導, 而恐喝改詞。情狀既多, 故云之類。若入全罪, 謂前人本無負犯, 虛構成罪, 還以虛構枉入全罪科之”。

“무릇 마땅히 해서는 안 되는 행위를 한자는 태형 40에 처한다. 물문(律文)이나 령(令)에 관련조항이 없어도 이치상 할 수 없는 것을 한 자는 사리(事理)가 중하다고 판단될 경우 장형 80에 처한다.”³¹⁾

소의(疏議)는 이 규정에 대해 여러 잡다한 경범죄는 범하는 종류가 매우 많아 법이 이를 모두 포괄하기가 매우 어렵다. 만약 물령(律令)에 해당 조문이 없고 죄의 경중이 서로 분명하지 않아 유추적용할 조문도 없으면 사안에 따라 처단하되 그 정상을 헤아려 별함으로써 빠진 것을 보충하기 위해 이 조문을 두었다고 했다.³²⁾

또한 인률비부(引律比附)는 해당사안에 정확히 들어맞는 분명한 조문은 없을 지라도 유사한 조문에 빗대어 입법정신이 포괄할 수 있으면 이를 유추적용 하는 경우를 말하는데 이는 해석상의 한 방법이 아니라 경우에 따라 반드시 이렇게 해야만 하는 필요적 유추적용을 뜻한다.³³⁾

3. 신분적 차별성

도덕입국의 면모는 예법제도가 잘 구현된 사회다. 공동사회의 공존질서인 예는 상호 간에 행위를 조절하고 조화롭게 전개시킬 수 있게 하는 인간의 자연스런 정감의 산물이다. 이성적 자기입법능력에 의해 상황에 적합하게 자신의 의지를 결정하고 이를 행위로 옮기는 것만이 예라고 할 수는 없다. 물론 인간의 이러한 심리적 전개과정을 전적으로 부인할 수는 없겠지만 예는 이러한 행위표출을 자연스런 정감의 오고감에서 찾는다. 즉 예를 지키는 행위는 상호간에 거부감이 없는 공존적 상호공정의 정감이 바탕이 되어 극히 자연스럽게 전개된다. 이는 상대에 대한 세심한 배려와 긍정의 태도 또는 행위의 의미를 잘 이해한다는 전제 위에서 가능한 일이다. 즉 도덕적 내재심성이 잘 갖추어졌을 때 나타날 수 있는 행위요 이런 행위야 말로 사회존립의 중요한 지표가 된다. 예기(禮記)는 “형벌은 위로 대부에게 미치지 못하고 례(禮)는 아래로 서인들에게 요구되어서

31) 唐律疏議「雜律」, 450조 “諸不應得為而為之者, 笞四十; 謂律、令無條, 理不可為者。事理重者, 杖八十”。

32) 唐律疏議「雜律」, 450조 “疏議曰: 雜犯輕罪, 觸類弘多, 金科玉條, 包羅難盡。其有在律在令無有正條, 若不輕重相明, 無文可以比附。臨時處斷, 量情為罪, 庶補遺闕, 故立此條。情輕者, 笞四十; 事理重者, 杖八十。” 당률의 특징인 ‘原心定罪’에 대해서는 정병준, “당률의 정신”, 동국사학 30집, 동국대학교사학회, 1996.을 참조할 것

33) 唐律疏議「賊盜律」, 260조 問答 “又問: 主被人殺, 部曲、奴婢私和受財, 不告官府, 合得何罪? 答曰: 奴婢、部曲, 身繫於主。主被人殺, 侵害極深。其有受財私和, 知殺不告, 金科雖無節制, 亦須比附論刑。豈為在律無條, 遂使獨為僥倖”。

는 안 된다.”고 못 박고 있다.³⁴⁾ 이는 사회적 지도층들은 그 사회의 모범적인 삶의 이정표가 됨으로 그들을 치욕스럽게 해서는 안 된다는 의미일 것이다. 이는 형벌을 받아야 할 잘못을 저질렀음에도 그들이 스스로 예의범절에 맞는 삶을 살았듯이 스스로 잘못을 깨달아 이를 고치고 후에 주변의사표로 우뚝 설 수 있으리란 기대를 저버리지 않음을 뜻한다. 마찬가지로의 이유로 서인에게 시간과 경제적 토대를 요구하는 예에 맞는 삶을 기대해서도 안 된다는 의미이다. 어떤 사회든 그 사회 나름의 계층화된 신분구조가 형성되고 이는 필요한 만큼 사회제도로 정착되어 기능하게 된다. 그러므로 신분구조에 상응하는 책임과 권한이 부여되고 그에 상응하는 행위를 기대할 수 있게 된다. 당률에 의하면 신분에 상응하는 각종 형사책임경감이나 면제 등의 조치가 제도적으로 허용되어 있음을 알 수 있다. 의할 수 있는 자(議者), 청할 수 있는 자(請者), 감할 수 있는 자(減者), 대속할 수 있는 자(贖者)가 그것이다. 동일한 유형의 범죄에 대해 동일한 형벌을 부과해야함이 마땅하지만 그럼에도 불구하고 이를 다른 이유로 달리 취급해야 되는 경우를 정해놓고 있는 것이다. 이중 특히 팔의(八議)는 서주(西周) 시대에 정착되었던 형사책임경감사유로서 긴긴 역사를 거쳐 당률(唐律)에 편입된 것이다. 팔의는 다음과 같은 신분으로서 형사범죄를 범하여 형사처벌에 처해질 경우 신분관계를 따져서 형벌경감이나 면책을 해야 한다.³⁵⁾

의친(議親): 황제의 단문친 이상의 친속 황태후의 시마친(總麻親) 이상의 친속 등등의 경우

의고(議故): 황제의 옛 친구

의현(議賢): 큰 덕행이 있는 자

의능(議能): 큰 재능이 있는 자

의공(議功): 나라에 큰 공은 세운 자

의귀(議貴): 고위직에 있는 자에 대한 공무수행에 남다른 수고를 한 자

의근(議勤): 전왕조의 제사를 받들며 후왕조의 국빈이 된 자

의빈(議賓)이 여덟 가지 고려해야할 신분들이다. 이들의 범죄는 적용 가능한 조문을

34) 禮記, 「曲禮」, “禮不下庶人, 刑不上大夫”.

35) 唐律疏議, 名例七, 八議 “一曰議親。謂皇帝祖免以上親及太皇太后、皇太后總麻以上親, 皇后小功以上親。二曰議故。謂故舊。三曰議賢。謂有大德行。四曰議能。謂有大才藝。五曰議功。謂有大功勳。六曰議貴。謂職事官三品以上, 散官二品以上及爵一品者。七曰議勤。謂有大勤勞。八曰議賓。謂承先代之後為國賓者”.

들고 집행 가능한 형벌을 적시하여 황제에게 주청하는 것으로 일단락된다. 최후의 결정은 황제의 의사에 따른다. 그러나 특권을 향유하는 이들도 십악(十惡)에 해당하는 범죄를 저지른 경우에는 재고의 여지가 없이 십악범죄 그대로 집행된다.

4. 도덕적 윤리관의 중시

한(漢)대에 유교가 관학의 지위를 얻게 되면서 유교적 덕목의 실현은 국가통치의 궁극적 목표로 설정되었다. 한 대에는 전국시대 말기에 유행한 음양오행이론과 황노도가(黃老道家)의 영향이 컸으나 그럼에도 불구하고 유학은 관학으로서의 지위에 걸맞게 광범위한 후원을 받았다. 그러나 진(秦)대에 분서갱유(焚書坑儒)의 탄압으로 인해 유가 전적이 멸실되어 유교 전적을 구해 이를 학문적으로 논구하는데 어려움이 컸다. 게다가 문자가 고문(古文)에서 금문(今文)으로 바뀌게 된 문자적 어려움이 더해져 한 대의 유학이 훈고학(訓詁學)에 머물게 된 이유이다. 이미 한 대의 유학은 제재백가의 여러 입장을 자체 내에 수용하고 있었다.³⁶⁾

특히 유교적 사회윤리의 덕목은 단순한 도덕적 가치의 자기계발의 차원을 넘어서 국가적 차원에서 주도면밀하게 그 실천과 궁행을 요구하기에 이른 것이다. 북주(北周)의 법제에 십악(十惡)의 모습이 등장하기 시작한 이래 수(隋)의 개황률(開皇律)을 거치면서 당률에 이르러 십악의 통칙적 원형이 완성되었다. 십악의 내용을 간단하게 살펴보자.³⁷⁾

36) 이미 전국시대의 순자(荀子)는 제자백가의 회통(會通)을 시도하고 있으며 뒤이어 여씨춘추(呂氏春秋)는 다가를 통일 제국을 대비한 학문의 통일을 기획하고 있는 저작이며 전국시대 말기의 음양오행(陰陽五行) 사상은 유행처럼 번져 양 한(漢)시대를 관통하는 사상과 제도의 통일된 패러다임으로 작용하고 있다. 여기에 전국시대에 불기 시작한 황노도가(黃老道家)는 법가(法家)와 결합하여 황노도가(黃老法家)로 양한(兩漢)시대 내내 맹위를 떨치게 된다. 한(漢)대의 유가는 이러한 학문의 제반 상황 위에서 동중서(董仲舒)에 의해 관학화된 것이다. 그의 춘추번노(春秋繁露)는 음양오행사상으로 재구성된 유가이론이다.

37) 唐律疏議「名例六」, 十惡 “一曰謀反。謂謀危社稷。二曰謀大逆。謂謀毀宗廟、山陵及宮闕。三曰謀叛。謂謀背國從偽。四曰惡逆。謂毆及謀殺祖父母、父母、殺伯叔父母、姑、兄姊、外祖父母、夫、夫之祖父母、父母。五曰不道。謂殺一家非死罪三人、支解人、造畜蠱毒、厭魅。六曰大不敬。謂盜大祀神御之物、乘輿服御物；盜及偽造御寶；合和御藥，誤不如本方及封題誤；若造御膳，誤犯食禁；御幸舟船，誤不牢固；指斥乘輿、情理切害及對捍制使，而無人臣之禮。七曰不孝。謂告言、詛詈祖父母父母，及祖父母父母在，別籍、異財，若供養有關；居父母喪，身自嫁娶，若作樂，釋服從吉；聞祖父母父母喪，匿不舉哀，詐稱祖父母父母死。八曰不睦。謂謀殺及賣總麻以上親，毆告夫及大功以上尊長、小功尊屬。九曰不義。謂殺本屬府主、刺史、縣令、見受業師、吏、卒殺本部五品以上官長；及聞夫喪匿不舉哀，若作樂，釋服從吉及改嫁。十曰內亂。謂姦小功以上親、父祖妾及與和者”。

모반(謀反): 황제에 대한 위해행위

모대역(謀大逆): 종묘 산릉 및 궁궐을 훼손한 행위

모반(謀叛): 국가전복행위

악역(惡逆): 직계 친속을 구타하거나 죽이려 모의 하거나, 혹은 방계존속을 살해한 행위

부도(不道): 한 가정의 삼인 이상을 살해하거나 독충이나 독초를 기르거나 염매(厭魅)한 행위

대불경(大不敬): 황제와 관련된 일체의 일을 방해한 것

불효(不孝): 직계 존속에 대한 욕설이나 고소행위, 또는 존속의 생시에 호적을 따로 하는 일, 혹은 봉양을 게을리 하거나 상중에 즐거움을 추구하는 일 등

불목(不睦): 친속 간에 화합하지 못하고 반목하는 것으로서 시마친 이상을 죽이려 하거나 팔아넘기려 하거나 혹은 대공친 이상의 존장을 구차한 행위, 부인이 남편과 대공친 이상의 존속을 구차하거나 고발한 행위 등

불의(不義): 의리에 따른 범죄로서 지방관을 살해하거나 스승을 살해한 행위, 남편의 상을 숨기고 상을 치루지 않거나 이를 숨기고 개가한 행위 등

내란(內亂): 한 집안에서 부부관계가 아닌 친속 간에 음행을 하여 예법을 어긴 것으로서 소공친 이상의 친속을 간음하거나 父 祖의 첩과 간음한 경우.

이 중 모반(謀反)·모대역(謀大逆)·대불경(大不敬)은 국가적 범죄에 해당하고 악역(惡逆)·부도(不道)·불효(不孝)·불목(不睦)·불의(不義)·내란(內亂)은 사회적 법익 혹은 가정의 질서를 보호하기 위한 항목들이다. 이러한 규정들은 대부분 당률의 조문으로 규정되어서 일반적 조문에 의해 처리 가능한 범죄임에도 불구하고 이를 다시 특정하여 통칙으로 정해 당률의 첫머리에 위치시킨 것은 이러한 종류의 범죄들이 국가의 구성에 매우 지대한 근본가치를 뒤흔드는 중대한 범죄라고 인식했기 때문이다. 이 중 국가적 범죄에 관한 항목은 오늘날에도 별반 다르없이 그 의미가 부각되는 것들이니 논외로 하더라도, 그밖에 사회적 윤리규범에 관한 여러 항목들은 오늘날 매우 생소한 모습이라 하겠다. 국가권력이 가정의 깊은 곳까지 침투하여 도덕적 행위범절에 어긋남이 없기를 기대하고 강요하는 모습은 가족 관계도 사적 영역의 관계로 이해하며 개인의 자유와 사적 생활영역을 존중하는 현대 법제도의 관점에서는 분명 이해하기 어려운 규정들임에 틀림없다.

통상 판결과 형의 집행은 구별되어 판결은 사건이 발생한 후 피의자가 체포 구금되면 곧 바로 신문 및 판결이 행해지지만 형 집행은 농사철을 피해 농한기인 추분과 춘분

사이에 이루어지는 것이 대부분이다. 그러나 십악의 범죄를 범하게 되면 판결과 형 집행이 속전속결로 진행되어 통상적인 형 집행 시기를 기다리지 않고 바로 집행하는 부대시(不待時) 형벌에 처해진다. 이 중 특히 모반(謀反)·모대역(謀大逆)·모반(謀叛)은 중한 범죄임에도 불구하고 사면령이 내려질 경우 감면되어 류형(流刑)에 처해지기도 하지만 악역(惡逆)은 이마저도 허용하지 않는 극악범죄로 처리된다. 즉 십악 중에서도 가장 악질적인 범죄로 평가된다. 불목(不睦)도 처음부터 사면령에 해당하지 않는 범죄로 취급되었다. 이는 국가에 대한 충성(忠誠)보다 부모에 대한 효(孝)를 우선시했음을 의미한다. 사죄(死罪)의 경우 반드시 인정되는 필요적 삼심제도(三審制度)도 이 경우에는 한 번만 인정될 뿐이다. 유교윤리의 강화는 국가통치를 위한 효과적인 장치라는 점에서 강조되는 것이 아니라 그 자체가 사회존립에 중요한 사회적 윤리적 덕목이기 때문이라는 의식이 당률을 관통하고 있는 것이다. 즉 앞서 살펴본 것처럼 중국철학의 가치가 그러하듯이 당률 또한 백성들을 효과적으로 통치하기 위한 고대사회의 효과적인 장치가 아니라 인류사회의 보편적 가치를 보장하고 유지시키기 위한 존립기반이었던 것이다.

5. 종법적(宗法的) 혈연제도

십악에 관한 항목에서 살펴보았듯이 악역(惡逆)은 십악 중 가장 극악한 범죄로 취급받았다. 부모나 조부모를 죽이거나 죽이려고 기도했거나 혹은 백숙부모·고모·형·누나·외조부모·남편·남편의 조부모와 부모를 살해하려고 꾀한 행위가 악역에 해당한다. 국가전복범죄 혹은 황실에 대한 범죄인 모반(謀反)·모대역(謀大逆)·모반(謀叛) 보다 악역(惡逆)과 불목(不睦)의 불법성을 더 높게 취급한 이유가 무엇 때문인가? 어찌 보면 사적 공간의 영역에 불과한 혈연적 가족관계를 국가의 법이 보장하려 애써야 하는 이유가 무엇 때문인가?

이에 대해 가정과 가정의 외연인 친속간의 안정이 효율적인 국가통치에 필수 불가결하다고 판단되었기 때문이라는 해석도 가해지고 있다.³⁸⁾ 그러나 거꾸로 정치가 문란한 시대, 특히 국가권력이 몇몇 혈연집단에 독점적으로 향유되는 시기에 가정의 혈연적 공고화와 안정적 결속이 오히려 국가통치의 정상화에 걸림돌이 되는 경우도 역사상 허다하게 많이 확인된다. 우리나라의 경우 고려시대 무신란 이후의 체제나 조선조 말기

38) 김관도, 하세봉 역, 중국사의 시스템이론적 분석, 신서원, 1995, 27쪽; 김진우, “진한물의 불효에 대하여”, 중국고중세사연구 19집, 중국고중세사학회, 2008, 180쪽.

안동김씨 세도정치시대가 그러한 예이다. 이러한 시대에는 국가경제가 파탄 나고 모든 국가제도 및 사회제도가 비정상적으로 운영되어 사회정의가 극도로 무너지는 참상을 겪게 된다. 그 피해는 고스란히 백성들의 몫이다. 당률은 왜 혈연적 가족 제도에 국가통치의 사활을 걸었을까? 심지어 이러한 통치철학이 어째서 수 천 년 간 한 번도 흔들림 없이 계속될 수 있었을까?

법을 통한 혈연적 가족제도의 보호는 친속간의 혈연적 관계에 따라 차등적으로 적용된다. 즉 동일한 범죄라도 행위자와 대상간의 관계에 따라 형량은 매우 크게 차이가 난다. 이러한 차이를 분명하게 해 주는 원리가 장례식에 참여하는 가족이 입는 상복(喪服)에 따른 차이이다. 다섯 등급으로 나뉘는 오복(五服)은 참쇠(斬衰)(3년) 자취(齊衰)(3년 장기(杖期), 부장기(不杖期) 5개월 3개월), 대공(大功)(9개월) 소공(小功)(5개월) 시마(緦麻)(3개월)의 다섯 가지이다.³⁹⁾ 이중 부모와 지녀 남편과 아내는 상복의 용어로 칭하지 않고 그대로 부른다. 대개 른(律)에서 부와 모는 구별하지 않고 조부모와 증·고조부모는 원칙적으로 부모와 동일하게 여겨진다. 부의 형제인 백숙부모는 기(期)라하며 이들의 친속을 기친(期親)이라 한다. 이외의 방계 친속은 대공친 소공친 시마친 이라 한다. 부모는 지친(至親)이고 부계친속은 기친(期親)이며 조부계의 친속은 대공친이고 증조계는 소공친 고조계는 시마친이 된다. 시마친 즉 동고조(同高祖) 팔촌(八寸)까지를 일가(一家) 혹은 당내지친(堂內之親)이라 한다. 이처럼 복잡한 가계의 촌수는 법에 의해 비로소 형성된 관계가 아니라 본래부터 그러한 원초적인 혈연관계를 분명하고 알기 쉽게 정리함으로써 드러나게 된 관계이다. 그러므로 법을 통해 이러한 혈연관계를 보호하고 유지하려는 방식은 자연스러우면서 당사자의 심리적 의식구조에 합당한 면모를 지니고 있다. 그렇지 않고서는 수 천 년이 되도록 일관된 원칙으로 시행되어온 현상을 설명할 수 없게 된다. 오복제도(五服制度)와 형사법제와의 긴밀한 관계는 우리나라에까지 영향을 미쳐 정도의 차이는 있을지언정 삼국시대 이래로 갑오경장 이전까지 일관되게 유지되어 왔다.

6. 기타

형벌의 목적은 형벌집행이 필요 없는 사회를 만드는 것(이형거형(以刑去刑) 혹은 이정거정(以政去政)) 즉 사람들이 범죄에 빠지지 않고 평화롭고 조화롭게 자신의 삶을 추구할

39) 禮記, 「奔喪」, 第三十四 참조

수 있는 아름다운 사회를 만드는 데 있다.⁴⁰⁾ 따라서 형벌은 고통을 가하여 보복하는 데에 목적이 있는 것이 아니고 교화와 개선을 위해 다시는 범죄에 빠지지 않도록 이끌어 주기 위해 가해진다는 점에서 정당화 된다.⁴¹⁾ 이는 서구 법학이 18세기에 와서야 확인하기 시작한 목적형 사상에 다름 아니다. 심지어 서주 시대의 감옥제도는 이점을 다음과 같이 밝히고 있다.

죄인에게 노역을 시키되 담장으로 둘러싸인 감옥에 모아 가두어 교육시킨다.⁴²⁾

그러므로 형벌은 잔혹하지 않고 너그러우며 사리에 합당하게 가해지고 가능한 한 가볍게 가하려는 홀형(恤刑)을 원칙으로 했다. 법령의 개정이 있을 때나 사실의 착오가 있을 때는 항상 가벼운 쪽을 따르게 했다. 이 원칙은 노(老)·소(小)·독질자(篤疾者) 등 사회적 약자에 대한 형벌완화와 책임경감에서도 확인할 수 있다.⁴³⁾ 심지어 90세 이상 7세 이하인 자의 범죄는 비록 사형에 해당하는 범죄를 저질러도 처벌하지 않는다. 이러한 처우는 단계적으로 적용되어 90세 미만 80세 이상, 70세 이상 80세 미만의 노인들, 그리고 8세 이상 10세 이하, 15세 이하 11세 이상의 어린아이들에 대한 형벌집행도 소송 진행 개시부터 각기 등급에 따라 달리 취급하고 있다.⁴⁴⁾ 이처럼 섬세하게 분류된 형벌제도는 반복된 경험적 사실을 통해 확인되어 정립된 것이지 관념적인 추상적 인간관에 따라 이루어진 것은 결코 아니다.

형량을 산정하는 기준도 추상적으로 범위를 설정하여 재판관의 재량을 과도하게 허용한 것이 아니라 불법성에 상응하는 형량을 미리 정해 놓음으로써 반드시 법에 정해진 바대로 판단하도록 유도하고 있다. 심지어 법문을 잘못 해석 적용하여 형량의 부당한 증감이 있게 되면 담당 재판관은 엄벌에 처해졌다.⁴⁵⁾ 이러한 제도에서는 조두순 사건의

40) 商君書, 「畫策」, 第十八 “故以戰去戰, 雖戰可也; 以殺去殺, 雖殺可也; 以刑去刑, 雖重刑可也”.

41) 唐律疏議 「名例」 5조, “疏議曰: 古先哲王, 則天垂法, 輔政助化, 禁暴防姦, 本欲生之, 義期止殺。” 또한 진희권, “전통유교에서 형벌집행의 현대적 의미”, 형사정책연구 18권 1호, 한국형사정책연구원, 2007, 252쪽.

42) 周禮, 「司圜」, “司圜, 掌收教罷民。凡害人者弗使冠飾, 而加明刑焉, 任之以事而收教之。” 唐律疏議, 名例 3조 “疏議曰: 徒者, 奴也, 蓋奴辱之。周禮云, 其奴男子入于罪隸, 又 任之以事, 實以圜土而收教之。上罪三年而捨, 中罪二年而捨, 下罪一年而捨, 此並徒刑也。蓋始於周”.

43) 전영섭, “당률노소급질유범조·범시미노질조의 형사책임 감면규정 입법사상과 송률”, 역사와 경계 92, 경남 사학회, 2014, 논문 전체 참조.

44) 唐律疏議 「名例」 30조, “諸年七十以上、十五以下及廢疾, 犯流罪以下, 收贖。犯加役流、反逆緣坐流、會赦猶流者, 不用此律; 至配所, 免居作。.....八十以上、十歲以下及篤疾, 犯反、逆、殺人應死者, 上請;九十以上、七歲以下, 雖有死罪, 不加刑; 緣坐應配沒者不用此律”.

판결 같은 전 국민의 공분을 사는 판결은 결코 나올 수가 없게 되어 있다.

당률의 형벌관은 형벌집행권이 원초적으로 국가에 귀속된다는 점이 아니라 본래 피해 당사자에게 있다는 엄연한 사실에 입각해 있다. 즉 국가의 형벌집행권은 억울한 사람의 원한을 국가가 대신 풀어주기 위해 행사된다는 점을 기본적 태도로 한다. 그러므로 1인이 3인을 죽인 경우에 합당한 형벌집행은 어떠한 것일까를 두고 고민하고 있는 것이다. 또한 보고기한(保辜期限) 제도야 말로 국가형벌권의 근본취지를 잘 보여주고 있다고 하겠다.⁴⁶⁾

보고는 다른 사람을 구타하거나 상해를 입혔을 때 각각 일정한 기한을 정해 그 기한 내에 나타난 결과를 보고 형사소송 절차를 개시하는 제도를 말한다.⁴⁷⁾ 이 제도의 역사는 매우 오래되어 춘추시대에도 이러한 제도가 있었음이 확인되고 있다. 각기 상해의 정도에 따라 정해진 기한이 달랐는데 가해자는 기한 내에 피해자의 상처를 최대한 열심히 치료해 주어 치료의 성공 정도에 따라 상당할 정도의 감형을 받게 된다. 결국 사건 당사자간의 화해와 협상도 부분적으로 기대하고 있는 셈이다. 물론 경우에 따라서는 기한의 경과가 행위와 결과간의 인과관계를 분명하게 검증할 수 있는 기한으로 활용될 수 있는 경우도 있겠지만 대개의 경우 보고기한제도는 위와 같이 가해자와 피해자간의 관계를 복원시키는 제도로 기능했다.

당률에 특이한 조항 중에 반좌(反坐)라는 것이 있다.⁴⁸⁾ 무고(誣告)한 자에 대해 무고의 내용에 있는 그 형벌로 무고한 자에게 가한다는 규정이다. 공범의 경우 정범과 같은 형벌에 처하는 경우에도 역시 반좌(反坐)라 할 수 있다. 심지어 판관이 고의로 피고인을 과잉 처벌한 경우에도 더해진 형 만큼 당해 판관이 형을 받도록 되어 있다. 외국인의 통역을 고의로 잘못된 경우에도 잘못하여 증감된 형벌만큼 통역자에게 마찬가지로의 형벌이 집행되었다.

45) 唐律疏議「名例」14조, “疏議曰: 從坐減者, 謂共犯罪, 造意者為首, 隨從者減一等。自首減者, 謂犯法, 知人欲告而自首者, 聽減二等。故失減者, 謂判官出人罪, 放而還獲, 減一等; 通判之官不知情, 以失論, 失出減判官之罪五等。又, 斷獄律云: 斷罪, 應決配之而聽收贖, 應收贖而決配之, 各減故、失一等。謂故減故一等, 失減失一等, 是名, 故失減。公坐相承減者, 謂同職犯公坐, 假由判官斷罪失出, 法減五等, 放而還獲, 又減一等; 通判之官減七等, 長官減八等, 主典減九等。若有議、請、減之類, 各又更減一等, 是名, 得累減”。

46) 보고기한(保辜期限)제도에 대해서는 한상돈/조지만, “대명률의 보고기한제도에 관한 연구”, 법사학연구 51집, 한국법사학회, 2015.4, 참조.

47) 唐律疏議「鬪訟」307조, “諸保辜者, 手足毆傷人限十日, 以他物毆傷人者二十日, 以刃及湯火傷人者三十日, 折跌支體及破骨者五十日。毆、傷不相須。餘條毆傷及殺傷, 各準此”。

48) 唐律疏議「鬪訟」342조, “諸誣告人者, 各反坐。即糾彈之官, 挾私彈事不實者, 亦如之。反坐致罪, 準前人入罪法”。

이밖에 불리한 경우에 조력을 받을 수 있는 기회가 법적으로 보장되기도 했다. 음비(蔭庇)가 그것인데 앞서 말한 팔의(八議)는 그 대표적인 음비(蔭庇)의 경우이다.⁴⁹⁾ 팔의 이외에도 각기 신분에 따라 음비를 구할 수 있는 일정한 범위가 허용되어 있기도 했다. 그러나 음비로 인해 다시 음비하는 것은 허용되지 않았다.

VI. 맺음말

지금껏 당률에 이르기 까지 중국법제의 역사를 장황하게 살펴보았다. 하은주(夏殷周)부터 도덕관념의 형성과 정치철학의 기본원리가 어떻게 형성되었으며 그것이 법제도에 어떻게 반영되어 중국법제도의 특질을 이루어 왔는가를 소략하게나마 살펴보았다. 이를 통해 우리는 당률에 내재하고 있는 사회관 가족관 인간관 더 나아가 국가관을 엿볼 수 있었다. 물론 이러한 당률의 사상은 당률만의 사상이 아니요 중국의 오랜 역사의 진행을 변함없이 추구되어 왔던 인간관 사회관 국가관이었음을 확인할 수 있다. 한 마디로 도덕정치 혹은 위민정치나 애민 정치의 사상은 역사적 경험에 의해 확인된 최선 최고 최량의 통치원리라는 점이다. 도덕은 주관적 판단에 의한 인간정신의 사유물이 아니라 현실세계에서 삶을 조화롭고 풍요롭게 해주는 공존적 삶의 원리라는 실질적이고 현실적인 유용한 정치원리라는 점이다. 마찬가지로 매우 섬세하고 치밀하게 구축된 성문법 제도 역시 이성적 관념의 추상적 사유의 산물이 아니라 다양하고 반복적인 현실의 경험을 통해 귀납적으로 도출된 공존질서의 구조라는 점을 확인할 수 있다. 그러므로 근본정신과 가치를 변함없이 간직하면서 시대와 장소에 상응하는 점진적인 변화를 추구할 수도 있었다. 팔의(八議)나 십악(十惡) 등 다소 받아들이기 힘든 모습도 있지만 그 시대의 제반 상황을 염두에 둘 때 이보다 더 나은 법제도를 기대하기란 쉽지 않을 것이다. 왜냐하면 세계역사에서 성당(盛唐) 시대만큼 다양한 민족이 모여 함께 살면서 각자의 종교를 아무 탈 없이 신봉하고 큰 규모의 국제 교역이 이루어지고 이백 여 만 명이 함께 모여 대도시를 이루고 살던 당의 수도 장안(長安)의 풍광을 염두에 둘 때 이 당시 사회를 규율하던 당률은 이보다 더 좋을 수가 없는 면모를 갖추고 있다는 평가를 내리게 된다. 영국의 엘리자베스 여왕이 해적을 동원하여 스페인의 무적함대를 격파하던 1500

49) 진희권, “전통법에 있어 죄형법정주의에 반하는 규정의 재해석”, 형사정책연구 42, 한국형사정책연구원, 2000.6, 129쪽.

여 년 당시 런던의 인구가 오만여명이었던 것을 감안하면 이백만을 자랑하던 장안의 인구는 비교 자체가 불가능할 정도이다. 그런 국가적 면모가 가능하기 위한 바탕에 수많은 요소들이 작용했겠지만 당률 또한 매우 중요한 기능을 했던 것이 틀림없는 사실이다. 그러니 600년대의 당률을 1800년대 중반의 서구법학과 함부로 비교해서는 안 될 것이다.

당률은 이미 오늘날 현대형법이 구비하고 있는 도그마틱적 요소를 대부분 갖추고 있었다. 고의와 과실, 미필적 고의, 사실의 착오와 금지 착오, 인과관계, 상습범과 누범의 문제, 예비 음모, 위협범, 결과적 가중범, 정범과 중범 그리고 공동정범, 교사범, 책임원칙 등등 이루 말할 수 없을 정도의 완비된 형법이론으로 무장되어 있었다. 물론 신분제 사회의 특성상 현대적 관점에서 받아들이기 힘든 여러 측면들이 있는 것도 사실이지만 그럼에도 불구하고 실질적이며 경험적이고 귀납적인 법적 사유의 태도는 많은 점을 시사하고 있다는 점을 받아들여야 할 것이다. 이는 성문법 적용의 오랜 역사적 경험과 통치철학이 반영된 결과이기 때문이다. 그렇다면 우리는 중국철학 혹은 중국법제도를 통해 무엇을 얻을 수 있는가?

현대법제도는 추상화라는 모래위에 지어놓은 누각과 같은 모습으로 우리에게 다가왔다. 현대법학이 전제하는 인간은 근대 이성적 합리주의 산물인 추상적이고 합리적인 이성적 인간관을 바탕으로 구축된 법체계가기 때문이다. 이 추상적 인간관은 멀리 중세 시대에 종교가 모든 것을 지배하던 신학체계에 의해 이 세상의 질서와 구조를 하나님과 죄인인 인간으로 수직 복종의 관계로 설정해 놓고 그 중간에 교회가 지배하는 이상한 패러다임의 연장선상에서 지속되고 있는 정신사의 도상(途上)에 위치하고 있다. 다시 말해서 신이 존재하던 영역을 대신해 그대로 인간의 정신이 혹은 진선미(眞善美)의 궁극적 가치가 위치하는 이원적 혹은 이중적 위상의 패러다임이 계속되고 있는 것이다. 칸트가 정언명령으로 덧씌운 도덕적 이성적 인간상이나 답책적이고 자율적인 인간을 전제로 설정된 근대의 법사상은 결코 현실에서 만나기 힘든 이성적 합리적 판단능력을 유감없이 발휘하는 완전한 추상적 인간상이다. 그러나 현실의 인간은 걱정적이고 매사에 허둥대며 사소한 것에 즐거워하고 슬퍼하며 좌절하는 실수투성이의 인간들이다. 여기에는 인간 사회에는 동물의 세계와 달리 가치의 영역이 따로 존재하며 가치는 사실을 통해 정당화 될 수 없다는 서구 철학사에 오랜 존재 당위 이분법의 사유태도가 전제되어 있다. 어느 학자든 자신은 가치상대주의자가 아니라고 항변함에도 그의 언명에는 이러한 태도가 전제되어 있다는 혐의를 결코 벗어나지 못하고 있다.

무엇 때문에 국가는 언제나 잠재적 폭군으로 경계해야 할 대상이며 인류 역사상 한

변도 이루어진 적이 없음에도 관념상 설정된 권력분립의 원칙이 현실에서 많은 파행을
 노정시키고 있음에도 그에 대한 일체의 논의가 금기시 되어야 하는가? 파행을 겪고
 있는 국회를 누가 단속할 것이며, 법관의 독립이라는 미명하에 아무 책임도 지지 않고
 마구잡이로 행해지는 무절제한 판결을 어떻게 바로 잡을 것인가? 상처 입은 피해자는
 범죄자를 응징하는데 왜 참여해서는 안 되는가? 유일하고 명백한 증거임에도 이를 입수
 하는 과정이 불법적이라는 이유로 증거능력이 부정되어 살인범이 분명함에도 벌할 수
 없게 되는 것을 어떻게 합리화 할 수 있을 것인가? 관념과 이상이 현실을 제어하려
 할 때 나타나는 불합리한 모습이 이와 같다.

중국철학에는 종교적 신념으로 착색된 관념의 허구로 사실을 왜곡해서는 안 된다는
 강한 믿음이 신념처럼 지속되고 있다. 중국철학에서 진리에의 탐구 즉 구도(求道)의
 길은 곧 학문의 길이요 객관자아가 객관사물과 만나 주객이 일체되는 경지를 추구함이
 다. 이런 경지에서 나오는 군자(君子)의 말에는 역사와 삶의 지혜가 담겨 있어서 모든
 사람들의 이정표가 되며 인생과 사회 더 나아가 국가가 추구해야할 궁극가치를 앞서
 선도하는 역할을 한다. 범중엄(范仲淹)은 ‘군자는 백성에 앞서 근심하며 백성들이 즐거
 위한 이후에야 비로소 안도한다.’고 했다. 학문의 길이 곧 성스러움을 추구하는 종교적
 구도자의 길과 다름없는 학문이 중국철학이다. 이런 학문을 하는 학자이자 정치가이며
 역사가인 그들에 의해 이루어져 그 사상과 실체를 온전히 담아내고 있는 것이 법제도인
 것이다.

그러므로 중국의 법제도는 현대 법학을 척도로 선불리 평가해서는 안 된다. 왜냐하면
 그것이 정초하고 있는 토대 자체가 완전히 다르기 때문에 동일한 기준과 안목으로 평가
 하는 것은 무지에 가까운 위험을 낳을 수 있기 때문이다. 중국인들은 오랜 역사만큼이나
 전통을 통한 인습과 창조성을 명줄처럼 달고 사는 민족이다. 중국의 헌법이 우리의 헌법
 처럼 권력분립이 분명하게 안 되어 있고 형사절차 또한 서구의 그것과 많은 점에서
 상이하고 심지어 간통죄가 규정되어 있지 않음에도 이러저러한 이유로 처벌할 수 있고
 또 해야 한다는 여론이 작용하는 것을 보면 현대의 중국도 예외 없이 그들 조상의 후예라
 는 생각이 든다. 1600년대 중반부터 1800년대 초반까지 세계 교역 규모의 70%를 담당했
 던 인도와 중국이 대략 150여 년간 서구에 뒤쳐졌지만 긴 역사에서 보면 이는 잠시의
 휴지기에 불과하다. 중국과 인도는 이제 새로운 용틀임으로 기지개를 켜고 있다. 역사는
 다시 선회하고 있기 때문이다. 이러한 국제정세의 변화가 법학과 무슨 상관이 있다고
 염려하는가? 그에 답하기 전에 오늘날 우리가 행하는 생활양식과 학문 등 모든 것이

서구에서 온 것들인데 이는 그것이 진리이기 때문이 아니라 그들 서구의 힘이 잠시 우월했던 과거가 있었기 때문이라는 점을 떨쳐버릴 수 없다. 전통의 정신을 끝까지 고수하며 세계에 모습을 드러내는 중국의 법제도는 세계에 어떻게 받아들여질 것인가? 자못 궁금한 일이다.

참고문헌

1. 단행본

김관도 저, 하세봉 역, 중국사의 시스템이론적 분석, 신서원, 1995.

김충렬, 중국철학사, 예문서원, 1994.

張晉藩 主編, 임대희 외 옮김, 中國法制史, 소나무, 2006.

論語

唐律疏議

道德經

孟子

史記

商君書

尙書

荀子

詩經

呂氏春秋

禮記

左氏春秋

周易

中庸

春秋繁露

韓非子

孝經

2. 학술지

김진우, “진한률의 불효에 대하여”, 중국고중세사연구 19집, 중국고중세사학회, 2008, 179-210쪽.

- 전영섭, “당률노소급질유범조 · 범시미노질조의 형사책임 감면규정 입법사상과 송률”,
역사와 경계 92, 경남사학회, 2014, 215-256쪽.
- 정금식, “대명률의 죄형법정주의 원칙”, 법학 제49권 제1호, 서울대학교 법학연구소,
2008, 110-158쪽.
- 정병준, “당률의 정신”, 동국사학 30집, 동국대학교 사학회, 1996, 487-511쪽.
- 진희권, “전통법에 있어 죄형법정주의에 반하는 규정의 재해석”, 형사정책연구 42, 한국
형사정책연구원, 2000.6, 197-217쪽.
- 진희권, “전통유교에서 형벌집행의 현대적 의미”, 형사정책연구 18권 1호, 한국형사정책
연구원, 2007, 249-275쪽.
- 한상돈/조지만, “대명률의 보고기한제도에 관한 연구”, 법사학연구 51집, 한국법사학회,
2015.4, 69-98쪽.

[Abstract]

The Chinese Philosophical Foundation and the Modern Meaning of the Tang lv Shu yi(唐律疏議)

Lee, Jae-Ryong*

The Characteristic of Chinese philosophy was achieved on Chou Dynasty early.

Those was combined Ha Dynasty's agricultural cultural attribute and Eun Dynasty's nomad culture. Chinese philosophy is being empirical, inducted and social realized realistic characteristic. Chinaman thought nature of the model of perfect value in the world. They were thought that society get into the best harmonic states when everything being consists according to principle of nature. Therefor, chinese Philosopher have consistently searched for solution in principle of nature. Chinaman would try to regain the justice of state power, the ideology of law, the principle of justice in logos of nature. The Tanglü shuyi(唐律疏議) is code of laws that such rule philosophy is verified during the years and consists as being improved. It is evaluated from history of Northeast Asia to the most superior code of laws. The Tanglushuyi(唐律疏議) contains as well as Nulla poena sine lege of criminal law such as educational punishment and each kind criminal Dogmatik principles, treatment about criminal responsibility of criminal suspect and responsibility reduction ect. These principles are not abstract product that consist through theoretical reason like criminal law of West Europe of course. Because view of western law premise abstract person who is rational and do logical estimate. State power is proxy of temporary power that born by peoples' mutual agreement. Also, people take the state power of violence tyrant. The Tanglu is having feature that is verified through actuality experience thoroughly and is pursued and is comprehensible and is established and is observed and require within extent that realization is possible.

* Professor, Chungbuk National University Law School, Ph. D.

Therefore, my work to meticulously research of the Tanglu, doing function during the past years in tradition society, is very relevant work. It is the very significant matter to reconsider modern legal system institute.

[Key Words] Tanglǔ(唐律), Tanglǔ shuyi(唐律疏議), Eight discussion subject(ba yì), Ten unlawful act (shí è), Assurance period for injury conformation(bao gu)