

韓國의 傳統的 法觀念*

徐 庚 林**

目 次

- | | |
|---------------------|---------------------|
| I. 問題의 提起 | 2. 被治者의 法觀念 |
| II. 韓國의 傳統的 法觀念 | 1) 國家와 私人關係에서 본 法觀念 |
| 1. 治者의 法觀念 | 2) 私人間에 있어서 法觀念 |
| 1) 朝鮮祖 初期의 立法者의 法觀念 | III. 結語 |
| 2) 朝鮮祖 後期의 實學者의 法觀念 | |

I. 問題의 提起

전통사회의 法을 살피는 경우에 그 사회 속에서 法이 어떻게 작용하였느냐를 고찰하는 것이 중요하며, 전통사회의 國家法(또는 國法)體系와 그 전개과정이 명시되어 있음을 전제로 하여, 주로 法意識을 문제로 삼아야 할 것이다.

法意識은 法制度와는 달리 쉽게 변하지 않고, 사회변동에 따라 형성되어 가는 특성을 갖는다. 법제도는 근대화의 요구에 따라 쉽게 바뀌어 질 수 있으나, 법의식까지 덩달아 쫓아가는 것은 아니다. 그러므로 법제도와 법의식간의 괴리는 당연히 있게 마련이다. 따라서 바로 이점에서 法意識 조사의 필요성이 제기되는데, 이 조사를 통하여 법의식에 영향을 줄 수 있는 여러 가지 요인에 대한 다양한 분석이 필요한 것이다.

法意識이라는 개념은 多義的으로 사용되고 있다. 이와 유사한 法感情·法觀念·法文化 등의 개념과의 관계에 있어서도 法意識과 동일하게 보는 입장과 그렇지 않은 입장이 나누어져 있다.

이들 개념을 엄밀히 분별하여 사용하는 것도 법이론상 의미가 있다. 그러나 실제로는 이 兩者간의 관계는 상호의존적이며, 法意識의 순간순간마다 法感情이나 法觀念, 그리고 法文

* 이 논문은 1999년도 제주대학교 발전기금 연구교수 지원계획에 의하여 연구되었다.

** 제주대학교 법정대학 법학부 교수

化의 作用이 침투하는 것이므로 양자를 구분하는 것은 쉽지 않다.

보통 法意識은 國家法인 實定法에 대하여 현재 국민이 품고 있는 인지적·평가적·정서적 심리상태를 확인하는 것으로, 설문조사를 위주로 한 사회조사방법에 의한다. 따라서 法意識이라는 개념은 주로 實定法을 대상으로 하여 의식 상태를 고찰하고자 할 때 사용될 수 있는 개념이다.

그런데 과거의 先人들의 法에 대한 意識 내지 觀念은 사회조사를 통하여 이를 알 수는 없고, 法觀念에 대한 인식도 다르다고 할 수 있으므로, 이 경우에는 法觀念이라는 용어가 더 적절하다고 생각된다. 물론 이 경우에는 그 대상이 法體系 전반, 나아가서 '法' 이라고 불렀던 社會規範 내지 習俗規範까지 포함하여 고찰대상으로 하게 된다.

19세기까지의 傳統的인 法制度는 1894년의 甲午改革에서 비롯한 서구적 근대적 法律 내지 法體系의 점차적인 繼受, 그리고 日帝하에서 일본을 통한 近代法體系의 전체적인 繼受에 의하여 전통적 法體系는 단절된 것처럼 보였다. 이 거대한 法體系는 사회현실에 적합하든 그렇지 않은 간에 근대적인 것으로 받아들여, 전통적인 것은 가족법 분야를 비롯한 약간의 것을 제외하면 모두 낡은 것으로 치부하게 되었다.

이 계수된 近代法의 妥當性이나 實效性에 관한 학문적 연구도 없이 일본학자들이 연구한 것을 그대로 받아들이고 있었다. 우리 나라에 法學이 등장한 것은 해방이후였고, 최근에 와서야 겨우 전통적인 것에 관심을 돌리고 있다.

한편, 해방 후에는 英美法이 들어오고, 정치·경제·사회·문화면에서 다양한 변화를 겪고 있다. 이러한 변화는 미처 우리 스스로를 돌아볼 사이도 없이 외국법의 무조건적인 계수를 피할 수 없게 하였고, 그것이 합리적이라면 異質性은 그렇게 문제가 될 수 없는 것이 되고 만 것이다. 그 결과 우리의 法制度는 어느 것 하나 제대로 뿌리를 내리지 못하고 부유하고 있는 것이다.

전통적인 法文化를 무시한 法의 近代化의 시도가 실패로 끝나게 되는 것은 흔히 지적되고 있다.¹⁾ 이제 우리와 다른 역사, 다른 文化의 기반에서 배태된 외국법을 그대로 절대시할 수는 없다. 지금이야말로 우리 역사 속의 法과 社會의 특질을 밝혀 새로이 법사회학의 기반을 마련할 필요가 있다.

흔히 한국의 法文化의 낙후요인이라고 할 수 있는 權利意識의 박약, 遵法精神의 결여 등을 이조시대의 유교적 法文化의 繼受에 돌리고 있는데, 이것은 또 한편으로는 서구법·서구법사상을 그 기준으로 하여 절대시한 데에서도 그 요인이 있지 않나를 검토하여야 할 것이다.

法의 觀念을 實定法과 함께 이른 바 '살아있는 法' 내지 法意識까지 포함하여 생각한다면, 오늘날에 있어서의 前近代의 法意識은 결국 한국의 역사적 소산임에 틀림없다.

현행 法體系의 기능이나 역할도 法의 역사적 기초 위에서 살펴보아야 하고, 이를 바탕으로

1) 梁建, 法社會學, 民音社, 1986, 266面.

로 法의 近代化의 문제도 논의되어야 하는 것이다.

II. 韓國의 傳統的 法觀念

韓國은 근대 이전까지 특히 조선시대는 모두 중국의 유교적 법문화를 계수하였다. 따라서 한국의 전통법은 유교문화적 속성을 지니게 되었다. 다만 그 영향은 주로 상부구조인 통치조직 운용의 법에 한정되었고, 대체로 법문화의 주류는 관습법·판례법의 형태를 지닌 고유법이었다. 그러나 근세 조선왕조는 유교이념의 포괄적 계수가 그 특징이며, 따라서 통시대적으로는 유교적 가치체제로 일관된 정신풍토, 기본적 제도, 사회질서가 지배한 시대이다. 그리하여 그 법의 유교윤리적 속성, 법과 유교적 윤리도덕과의 통일성도 자명한 것으로 받아들여지고 있었다.

조선세대의 법은 조선을 이끌어 온 權力層에 의해서 생성된 것이며, 이 權力層이 어떠한 法觀念을 가져 그것을 法으로 나타냈는가를 살피기로 한다.

1. 治者の 法觀念

1) 朝鮮朝 初期의 立法者의 法觀念

조선왕조 건국의 이념적 특질은 儒敎理念의 포괄적 수용이라고 할 수 있고, 이것이 조선왕조의 역사적 성격을 특징지우고 있다. 그 영향은 현대에 있어서도 짙게 나타나고 있다.

조선왕조는 중국의 大明律을 포괄적으로 수용하여 형사법의 일반법으로서 적용하였다. 大明律의 依用은 고려말부터 繼受의 준비가 진행되었고, 특히 고려말엽에는 法制度가 문란하였으므로 대명률의 포괄적 계수에 대한 의욕이 높아졌다.

그러나 조선왕조의 法과 社會를 특징지운 것은 이 대명률의 계수보다 오히려 독자적인 法典의 편찬, 즉 편찬방법과 立法態度였다고 할 수 있다.²⁾

태조는 즉위교서에서 국가기본법으로서 법전을 제정하여 법치주의의 정치를 시행할 것을 표방하고, 法制는 급격한 개혁을 하지 않고 고려말 이래의 것을 그대로 계승할 것을 선언하였다.

태조 6년(1397년)에 반포된 최초의 法典인 '經濟六典'도 고려 우왕때부터 당시까지 발표된 條例를 六法의 형식을 갖추어 만들었던 것이다. 이 經濟六典에는 실효성·타당성이 있는 法으로서, 공권력의 필요에 따른 창설적 법도 있었지만, 주로 判例法·慣習法으로 이루어

2) 朴秉濂, 近世의 法과 法思想, 도서출판 진원, 1996, 49면.

어진 것이다.

經濟六典을 수정·보완하여 추가법전인 '續典'의 편찬이 세종조까지 계속되었다. 이 계속된 입법과정을 보면, 新法의 정립보다는 오히려 실효성·타당성이 있는 기존법의 발견으로 일관하고 있었다. 설령 新法이 創設의 형식을 띤 것이라고 할지라도 法令의 본질적 요소는 전통적 관행에 기초를 둔 것이었으므로 본질적으로는 기존법의 발견이었다고 할 수 있다.

기존법의 발견기록이라는 입법방침은 이른바 萬世不易의 통일법전인 '經國大典'의 편찬에 있어서도 엄격히 준수된다. 經國大典도 역시 經濟六典과 '續典' 및 그 사이에 공포된 모든 法을 수집·기록한 것으로 토착적·독자적 法規範을 집대성한 것이었다.

위와 같은 사실로 미루어 보아, 中國法文化에 압도당할지 모를 위험성 속에서 '살아있는 법'의 발견 내지 사회적 현실에 입각한 선언적 법령을 토대로 한 法典의 완성은 固有法 繼承受로의 결정적 계기가 되었다고 할 수 있다. 이와 함께 고유법 계승에 결정적 계기가 된 것은 입법방침에 있어서 '祖宗成憲遵重의 原則'이었다.

경국대전의 시행 후에도 大典續錄, 大典後續錄, 續大典, 大典通編, 大典會通 등 누차에 걸친 법전의 편찬·간행이 있었으나, 어느 것이나 경국대전의 증보에 불과하고, 근본적인 개폐같은 것이 없음은 경국대전을 선왕의 유법이라고 하여 소중하게 생각하였기 때문이다. 그러므로 大典通編이나 大典會通 등에 있어서도 경국대전의 原型을 그대로 보존하기 위하여 '原'字를 표시하고, 原文을 등재하였다.

조종선헌주의는 이렇게 固有法 수호의 방과제로서 기능하면서 또 한편으로 新法制定을 억제하는 작용도 하였다.

당시 입법자들이 '經濟六法' 및 '續六典'의 편찬과정에서 '良法美意'를 자주 거론하는 것을 보면, 전통적인 古法이 양법미의가 됨을 확신하고 있었다. 이 확신 속에는 이 經濟六法과 같은 法典이 法의 발견에 의한 기록임과 동시에 法典에 기록된 이상, 祖宗의 法으로 되었고, 祖宗의 法이므로 양법미의이며, 실질적으로는 오랜 경험과 관습·판례에 의한 것이므로 당시 실정에 맞는 良法이라는 의식이 깔려 있는 것이다. 그리하여 新法을 제정하여 古法을 수정하거나, 없애는 것은 부당하게 보아, 신법을 제정할 때마다 논란을 거듭하였다.

'法立而弊生'이라는 말은 조선조 전시대를 통하여 인용·주장되는 격언이다. 新法制定은 舊法의 불합리나 모순을 시정하기 위한 것이지만, 구폐에 못지 않게 예상치 않은 실패가 나와 시행에 차질을 가져오므로, 신법제정보다는 良法美意인 古法을 그대로 시행하거나 유추적용하자는 뜻으로 주장되었다.³⁾ 그런데 《경국대전》 이후에 수많은 신법이 쏟아져 나오고 《대전속록》·《대전후속록》·《수교집록》·《신보수교집록》이라는 법령집이 편찬되는 것은 祖宗成憲의 원초적 불안정성·가변성 때문이며, 이러한 신법들이 취사선택되어 《속대전》에 수록됨으로써 祖宗成憲의 성격을 취득함과 동시에 元典의 규정들을 개정

3) 朴秉濂, 上揭書, 52면.

하고 있는 것은 그 사정을 잘 말해 주고 있는 것이다. 이렇게 신법은 부단히 쏟아져 나왔지만 '옛 법이 良法美意'이며 '法立而弊生'이라는 의식은 창설적 입법에 대해서 항상 제동적 역할을 해 왔다. 법적 안정성이야말로 끊임없이 고려되어 온 슬로우건이었다.

이와 같은 사정은 계수된 《대명률》의 적용에 있어서도 마찬가지였다. 《대명률》은 무조건 적용된 것이 아니라 당시의 사회적 현실 내지 특수성에 비추어 적용의 가부가 논의되었다. 더구나 고유법에 저촉되는 조문은 관심 밖이었다.

형법에 관해서는 《대명률》을 포괄적으로 계수했으나 전통적인 사회질서는 법의 계수 없이 전통적인 고유법이 기록된 固有法典에 의해서 규율되고, 그 固有法典은 영구불가변성이 부여됨으로써 조선왕조는 정치·경제·사회·문화의 모든 면에 걸친 유교이념 구현의 의지에도 불구하고 유교이념과 전통적 사회질서에 底礎한 고유법과의 대응관계는 500여 년을 내려오는 동안 특수 한국적 사회질서를 형성해 왔다.

이상과 같이 조선시대는 법전편찬을 일관하는 法觀念이 있었으며, 이는 선초의 법전편찬 과정에서 잘 나타난다. 이러한 관념은 후기에 이르러 약간의 변화는 있으나, 전시대를 지배했다. 조선시대의 治者의 法觀念은 조종성헌의 존중, 법의 영구성, 不可輕改性, 古法으로 축약된다.⁴⁾

첫째, 법은 古法이어야 한다. 이는 법의 타당성과 실효성을 고려한 것으로 역사적 경험에 비추어 법을 제정하면 영구성을 획득할 수 있다고 여겼다. 이는 달리 조종성헌존중주의로 표현되었다.

둘째, 良法美意이어야 한다. 양법은 좋은 법, 美意는 "마음을 즐겁게 한다"는 뜻으로, 좋은 법은 백성이 잘 따른다는 뜻이다. 고법이라도 시속에 적합하여 민심에 일치해야 한다. 만약 고법이라도 백성이 좋아하지 않으면 양법미의가 될 수 없는 것이다.

셋째, 民志·民心에 따라야 한다. 민본주의와 결합하여 법을 제정할 때에는 백성의 의사를 고려하였고, 법의 집행에서도 일관성을 유지하였다. 그러나 민지를 바로 알아 법을 제정하는 것은 어려우므로, 이상론이지만, 법의 지역적·시간적으로 시험적인 예비시행론도 제기되었고 또 실천하였다. 이는 민지에 입각하여 법의 타당성·실효성·영구성을 피하려는 입법자의 민본사상의 발로였다.

넷째, 법은 경솔하게 개폐되어서는 안 된다. 민지에 입각한 법은 고법이며 양법미의이므로 영구성과 결부되었다. 이는 법전편찬에서 '典'과 '錄'의 구별로 드러난다. 이러한 법의 이념은 법적 안정성을 최우선하여 신법의 제정을 끊임없이 경계하였다.

그런데, 민본주의에서도 백성은 법의 보호객체였지 주체는 아니었다. 법의 주체는 국왕으로 법의 제정자이며 집행자이다. 일인자인 왕은 '紀法之宗', 즉 법을 체현하는 종주로 표현했다. 그러나 왕도 법을 私物로 여겨 지키지 않거나 자의적으로 집행할 수 없었다.

4) 朴秉濂, 上揭書, 77면 이하.

2) 朝鮮朝 後期の 實學者의 法觀念

조선초기 입법자들이 강조한 조종성헌에 대한 不可輕改性은 확고한 원칙으로 존중되었다. 그러나 사정의 변화에 따라 법개정의 필요성은 생기게 마련이었으며, 이에 법을 시의에 합당하도록 변통하여야 한다는 논의가 있게 되었다. 이는 《경국대전》 이후에 출간된 《대전속록》, 《후속록》 및 《수교집록》 등의 임시적인 법령집에서 이미 자기정당화의 근거로 제시되고 있다. 사실 이러한 변통론의 가닥은 民信·民志에 근거하고 시의에 합당하여야 양법미의가 될 수 있다는 초기 입법자들의 사상에도 내재되어 있었다. 그러나 이러한 논의는 말단지엽적인 세부사항에 관한 것으로 어디까지나 조종성헌을 준수하면서 그 폐단과 결함을 보완하는 것이 백성을 다스리는 요체라는 부차적인 범주를 아직 탈피하지 못하였다.

본격적인 변법론은 조선 중기 선조조에 들어오면서 등장하는 것으로 보인다. 건국 후 200여년이 지난 이때에는 이미 국가의 기강이 상당히 해이해지고 민생도 피폐해졌으며, 법과 현실의 거리감도 더욱 커졌는데, 이러한 상황에서 보국안민을 위해 更張之道로서 제시된 율곡의 변법론이 그것이다. 법이 오래되면 폐단이 생기게 마련이며, 폐단이 생기면 마땅히 이를 고쳐야 한다는 그의 변법론은, 궁하면 변하고 변하면 통한다고 하는 《周易》의 變通論에 입각하고 있다.

율곡은 자신이 처한 당시의 시대적 상황을 時弊가 누적되어, 아래와 같이 변법·개혁이 절실히 요청되는 更張의 시기로 보았다.⁵⁾

법이 오래되면 폐단이 생기는 것은 예나 지금이나 공통된 근심거리이다. 변통이 없으면 백성의 生理가 궁해지는 것은 필연적인 것이다. 더구나 우리 나라는 여러 차례 간사한 權臣의 손을 거쳐 많은 폐법이 만들어졌는데, 이 그릇된 것을 그대로 답습하여 고치지 않아 폐단이 점점 커져서 백성에게 말할 수 없는 해독을 끼치고 있다. 그런데도 수십년 동안 전혀 개혁을 하지 않았다.

다시 율곡은 개혁의 원칙을 官吏를 위한 개혁이 아닌 백성을 위한 개혁으로 단정하고, 백성들에게 유리하고 백성들이 편리한 방향으로 개정하는 것을 개혁의 표준으로 삼았다.⁶⁾ 물론 율곡의 변법론도 근본적으로는 시의에 합당하고 사정에 적합하도록 하는 방편적인 權義로서, 기본적인 원리인 常經, 즉 선왕의 유지에서 벗어나서는 안 된다는 것이었다. 그럼에도 불구하고 구체적인 현실적인 法制改革 자체에 중점을 둔 본격적인 변법논의가 등장하였다는 것은 획기적인 것임에 틀림없다.

임진왜란과 병자호란에 의하여 혼란이 가중되면서 變法思想은 더욱 진작된다. 당쟁이 격

5) 栗谷全書, 卷七 疏劄(五) 陳時弊疏: 손인수, 율곡사상의 이해, 교육과학사, 1995, 479면

6) 손인수, 상계서, 480면.

화되고, 사회경제적으로 모순과 갈등이 심화되어 민생은 도탄에 빠지지 않을 수 없었다. 이러한 상황 속에서 중국의 학문과 문물을 접하면서 實學派가 일어났다.

실학자들은 사회의 누적된 모순을 제도개혁을 통해 해결하고자 하였고, 이 주장 속에 변법론이 더욱 활기를 띠게 되었다.

조선후기의 주류적인 변법사상에 함께 주목하고 싶은 것은 欽恤思想이다. 刑政에 대한 신증성을 요구하는 恤刑사상은 유교의 정치사상에 본래 내재하는 것으로 이 시기에만 특유하게 나타난 것은 아니다. 그러나 이것은 영·정조조를 중심으로 특히 강조되었다는 점이다. 즉 '속대전' 편찬에 각종 惡刑이 제거된 사실은 바로 이러한 恤刑사상의 표현으로 볼 수 있다.

2. 被治者의 法觀念

1) 國家와 私人關係에서 본 法觀念

이조시대의 國法은 그 내용의 대부분이 통치조직과 운용에 관한 것으로, 직접적으로는 각 관가나 관리에게 하달될 성질의 법이었다. 그것이 정책시행 과정에서 民에게 시달될 때 비로소 民은 법령의 존재를 알 수 있었다. 따라서 백성은 法의 主體가 아니라 客體에 지나지 않았다. 그러므로 被治者로서의 民은 法에 대하여 자기를 보호하기 위한 장치라는 적극적인 생각을 가질 수는 없었다.

그런데 법전에는 처벌규정이 수반되지 않는 이른바 민사적 법규가 없었던 것은 아니다. 戶典에는 토지·가옥·노비·우마의 매매, 임대차, 訴權, 이자제한에 관한 규정이 있고, 禮典에는 혼인, 친족의 범위, 재산상속, 입양에 관하여 규정하고 있으며, 刑典에는 재산상속에 관해서 규정하고 있다. 따라서 민이 私法的인 것으로서 국가법과 관계하는 것은 위의 범위에 국한되었다고 할 수 있고, 여타는 관습법·판례법에 일임되어 있었으므로, 사적 생활의 대부분은 국가법의 직접적인 규율대상이 아니었던 것이다.

민중은 國法을 형벌에 수반되는 강제적인 명령으로 의식하여, 法 자체에 상당한 위압감을 가졌다. 이미 발생한 범죄를 처벌하는 것이 刑이고, 이를 사전에 방지하는 것이 法이므로, 刑은 法의 시행을 보장하는 수단이라는 治者의 인식은 민중에게는 法이 곧 刑이라고 밖에는 달리 생각할 수 없었다. 따라서 민중은 범망에 걸리지 않은 것이 최선의 상태였다.

이점은 국가법의 내용과 성격에서만 유래하지 않는다. 형사재판에서는 유죄판결이 있는 후에 범인으로 다루어지는 것이 아니라 피의자로 지목될 때부터 범인이었다. 위압적인 관사에서는 처음부터 자백을 강요하기 위한 각종 잔인한 고문이 자행되는 것이 실례였다. 민사재판은 사송이라고 하여 형사재판과 절차의 면에서 구별되었지만, 오늘날과 같이 완전히 구별된 것이 아니라 사안과 관계되는 한도에서 형사재판적 성격이 가미되었다. 즉 비록 순

수한 민사사안이라 할지라도 사건의 발단, 당사자간의 사적 해결과정 그리고 재판과정에서 사기·문서위조·협박·구타·상해·명예훼손 등 반도적·반사회적 언동이 수반되는 것이 상례이므로, 그러한 사실이 있는 경우에는 소송진행중 또는 변론종결시에 부수적·병렬적으로 형사처벌을 과했으며, 당사자도 소장에서 분쟁해결청구와 동시에 형사처벌도 요구하는 것이 상례였다. 따라서 민사재판이라 하지만 형사재판의 분위기였다고 해도 과언이 아니며 국가법의 경우와 같이 관사나 재판도 위압과 외포의 분위기였다.

2) 私人間에 있어서 法觀念

다음 국가법의 영역 밖인 사법적 영역에서는 통일적 이상적인 법규가 없었으므로 관습법과 조리에 따라 규율되었다. 이 영역에서 행위의 기준이 되는 것은 理·道理·事理·涇渭·法理였다. 이것은 국가에서도 당연한 것으로 규정하여 민사재판을 심리하는 것은 '聽理'라고 하고, 이유가 없어 패소하는 것은 '理屈'이라고 하며, 당사자가 소장에서 판결을 청구하는 것을 '論理題給'·'論理處決'이라고 표현하였다.

모든 사물에는 이치 또는 도리가 있어서 소작인에게는 작인도리, 班常에게는 양반도리·상인도리가 있었다. 행위의 기준에 맞는 것을 近理·理所當然·事理爭之·據理責之·法理當然之意·無違涇渭라고 하고, 맞지 않는 것을 理不然·無理之事·非理之說·非理生臆·無據道理·事甚無據·無涇渭·無知法意·無法理·法外之變·法外之人心이라고 하는 것과 같다. 도리나 경위는 결국 조리 또는 형평과 같은 말이며, 일반적으로 사람들이 가지고 있는 법의 이상적 기초관념이며 보편적 상식이라고 할 수 있다. 사물에 내재하는 보편적 이치인 사리는 모든 사람이 수궁할 수 있는 근거를 가지고 있으므로, 도리에 어긋나는 것을 無據道理라고 하고, 그것은 억지여서 非理生臆이라고 한다.⁷⁾

결국 도리에 맞는 것은 옳음을 알고 인의에 따른 것이므로 그에 반한 경우에는 事極無廉·無廉無法·不可仁義爭者라고 하였다. 사람들은 사리와 도리를 좇아 생활하고 거래하는데, 理는 실정법처럼 통일적이고 명확하지 않으나 양심 속에 깔려 있는 것이었다. 일상거래나 행위에서 말미암은 분쟁이 당사자의 理에 따른 해결에 실패한 경우에 분쟁은 관사에 제소되는데, 관사도 理에 따라 재판하므로, 聽理에 의하여 쌓인 판례는 객관적인 관사의 理의 집적이었다.

관사의 理의 반복연속에 의해서 법리가 형성되며 그것은 권위 있는 理로서 받아들여지고 사람들은 그 법리를 기준으로 삼았다. 또한 민신·민지에 따른 양법미의인 국가법에 대하여 민중도 理로써 평가하여 받아들이거나 거부했을 것이다. 속담에 '訟事는 졌어도 재판은 잘 하더라'는 말은 그 판결이 공평하여, 理에 비추어 억울하지가 않다는 뜻이다.

사리와 도리를 좇아 생활하고 거래하는 민중의 理法은 그 속에 합리적인 요소도 깔려

7) 朴秉濂. 前掲書. 113面.

있음을 부인할 수는 없을 것이다. 그것은 오늘날에 와서도 우리의 의식 속에 살아 있는 것이다.

그러면 이조시대의 私人間的 생활관계 중 所有權과 去來, 그리고 私的 結社體인 契에 관한 것을 소재로 하여 法觀念을 살피기로 한다.

토지는 制定法典으로 법률상 처분가능성과 상속가능성이 보장되어 전시대를 일관했다. 그리고 사적 소유로서 상급소유·하급소유도 아니며, 오로지 소유자 한 사람의 독점적 소유였다. 소유권에 관한 법전의 규정은 소송법적 규정과 결합되어 戶典 田宅條에 의해 절대적 보호를 받도록 되어 있었다. 소유권이 침해된 경우의 구제방법으로서의 재판제도는 '사송'으로서 형사소송인 '옥송'과 구별되어 권리실현을 위한 실효적 기능을 영위했으며, 법률적으로나 일반의 법의식에서나 현실적인 물건지배의 사실과는 관계없이 관념적으로 물건지배를 정당화하는 법적 근거인 權原에 의해서 보호되고 또 그렇게 의식하고 있었다. 이러한 소유권을 '己物'이라고 표현했다.

소유권의 관념성은 근대법에서와 같이 논리적으로 관철되어 있지 못하였지만, 의식 속에는 항상 철저하게 권원의 정당성의 관념이 박혀 있고, 소송에서도 항상 시비, 정·부정의 근원적 구명, 근거 또는 내력의 근원적 구명만이 있을 뿐이며, 호전 전택조의 "盜賣者·合執者·永執者 不限年"이라는 규정이 이를 입증하고 있다.

토지를 3년이 지나도록 이용하지 않을 경우에는 관에 신고하여 타인이 이용할 수 있으므로 소유는 이용되지 않으면 약화될 가능성이 있었다. 타인의 신고경작은 본인이 이주할 때까지이므로 소유권 자체는 보호를 받고 있는 셈이나, 토지소유권은 관념성 의식과 현실성 의식의 충돌과정 속에서 성장하고 있었다. 따라서 소유권의 현실성은 각처에서 수시로 나타났다.

토지에 관한 소송에서는 언제나 물권적 권원의 다툼이지만, 동시에 물권적 권원의 사실적 지배로부터 완전한 준별·분화가 보편화되어 있지 못하였다. 권원을 주장 또는 입증할 경우에는 언제나 예외 없이 현실적 지배의 계속을 주장했다. 즉, 권원("조상대대로", "매수하여", "중여받아")와 함께 현실적 이용의 사실("耕食", "居住", "禁養守護")을 주장하고 그것을 더욱 보강하기 위하여 '執持' 또는 '次知'등의 사실을 주장하는 것이 상례였다. 그 이유는 국가가 정책적으로 토지를 놀리지 못하도록 강력히 규제하여, 노는 땅은 관청에 신고하여 경작할 수 있게 하였기 때문이다. 자기가 執知耕食하고 있지 않으면 빼앗길 가능성이 있으므로 자기 소유가 되려면 집지하고 있어야 한다는 의식이 지배하고 있었던 것이다.

소유의 법체계는 전근대적 법체계로서는 이기적일 정도로 권리본위로 구성되어 있으나, 계급사회의 본질상 주체자 의식과 대등자 의식은 법규정에도 불구하고 실제로는 사회적 규모로 존재하지 못했다. 반상간, 세강자와 세약자 간에는 힘에 의해서 지배되며, 이들 간에는 권리부정적 의식과 권리주장적 의식의 충돌이 쉴 새 없이 일어났다. 대등한 인간에 의해서 구성되는 사회가 아니었으므로, 사회적이 아니며 타자부정적인 이기주의가 지배하

고, 연대적 상호의존관계가 결여되거나 희박하므로, 권리의 주장은 항상 이기주의적 의식과 행동으로 나타났다.⁸⁾

그러나 이러한 상황은 반상간이나 다른 계급사이에 차별화되어 나타날 수 있는 것이며, 같은 신분끼리는 오히려 상호의존적 연대관계가 강하게 나타났다고 할 수 있다. 그 대표적인 예로 契를 들 수 있다.

契는 우리나라의 독특한 사회제도요 조직형태로 한국 전통 사회의 특질을 이해하는데 있어 중요한 단서가 될 수 있는 조직형태인 것이다.⁹⁾

契는 그 구성원들이 어떤 공동목적을 수행·달성하기 위해 자발적인 참여와 합의(組織契約)에 의해 의도적으로 조직한 지속적인 結社體이다.

契는 平等을 至上原理로 삼고, 개인의 이기적인 利益追求나 발언력이나 개인적 사정을 엄하게 제약하는 契約觀念에 기초하여 만들어진 조직이다. 상부상조를 목표로 契員의 權利義務關係가 분명하게 정해져 있다.

契가 잘 지켜지는 이유는 契員이 회비납부 등 의무를 이행하면, 이에 상응하여 권리나 혜택을 보장받을 수 있기 때문이다. 특정인의 지도력에 의하여 친목계가 좌우되는 경우는 없다. 義務를 다하지 않으면 權利도 주장할 수 없는 自治의 원리가 이 속에 숨어 있다고 할 수 있다.

마을공동체의 전통적인 自治組織인 洞契나 洞喪契 등도 마을을 틀로 하고, 自律的인 契組織을 기반으로 하고 있다. 이들 역시 契 원리를 따르고 있어, 특정 개인의 지도력에 좌우되지 않는 집단지도적 성격을 갖는다. 그리하여 공동체의 규제가 수평적인 민주적 통로를 갖고 있었다는 점이다.

실제적으로 전통적인 농민사회는 민주적인 연대성을 강하게 지니고 있었고, 최말단 下部單位인, 洞, 理의 운영에 있어서도 上層 勸力의 支配·收奪에만 부분적으로 간섭을 받고, 나머지 생활은 자주적으로 영위하고 있었다.¹⁰⁾ 그러므로 마을공동체는 이 契를 기반으로 한 自治規範은 잘 遵守해왔으며, 바로 여기에서 준법정신의 삶을 찾을 수 있는 것이다.

민사적 분쟁도 가능하다면 사리나 인정에 비추어 自治的으로 해결하는 것을 이상적인 것으로 여겼다. 물론 이러한 사리나 인정은 그 자체가 보충적인 재판규범으로 작용하였다.

그러나 私的 생활관계에 관한 實定法이 없고, 사람들의 마음속에 있는 사리나 도리는 불명확하며, 명확한 경우에도 國法인 실정법에 의한 強制力이 없으므로, 분쟁해결은 결국 국가권력의 최종적인 강제력의 발동인 재판에만 의존할 수 밖에 없었다.

또한 분쟁이 있는 경우에 서로 상대방의 이익을 긍정·승인하는 의식이 있는 경우에는 대항하는 역관계가 다소 안정되어 균형상태를 유지하고 있으므로 이에 따라 해결되나, 그

8) 朴秉濂, 上揭書, 115面.

9) 김필동, 차별과 연대, 문학과 지성사, 1999, 369면.

10) 주장현, 국의 사회사, 용진출판, 1995, 65면.

렇지 않은 경우, 예컨대 반상간이나 세력의 강약자 간에서는 특히 억지와 위압이 개재하기 때문에 필연적으로 관사의 재판에 호소할 수밖에 없게 되어 있었다.

요컨대, 人情이나 사리에 해결될 수 없는 경우에 최종적으로 국법에 호소하게 되는 것이다.

민사사건은 사건의 大小간에 종말을 보게 되기까지는 말할 수 없는 시간적·정신적·육체적·경제적 손해와 고통을 겪게 마련이다. 이것은 동서고금을 막론하고 마찬가지이다. 그래서 우리나라 옛 속담에도 “송사는 패가망신”이라 해서 ‘好訟’(소송을 좋아하는 것)과 ‘健訟’(好勝氣가 강하여 함부로 소송을 즐기고 끝까지 버티는 것)을 경계해 왔다. 분쟁이 관사에 제소된 경우에는 벌써 분쟁당사자의 인간관계는 파탄되었다. 소지의 서두에서부터 ‘원통한 사유’(冤痛情由·至冤情由), ‘분한사유’(憤之情由·憤迫情由·切憤情由)라는 말로 시작하여 본인, 조상, 가문에 대한 치열한 공격을 곁들인 청구취지를 적고, 말미에서는 “소리 높여 부르짖습니다”(疾聲仰之), “천리에 방황하는 일이 없도록”(無至千理彷徨事), “피폐한 백성이 원통함이 없도록”(殘民無至呼冤之地), “원통함을 풀 수 있도록”(解得雪冤之地), “피를 흘리는 원통함을 면하도록”(免血漏之冤) 해 달라고 호소하였다.

상대방을 지칭할 때에 성이나 이름 밑에 ‘漢(놈)자를 붙여서 ‘아무개란 놈이’와 같이 표현하며, 서로 상대방의 약점이나 흠을 들추고, 상대방은 물론 그 조상이나 가문에 이르기까지 헐뜯는 것이 예사였다.

우리말에 ‘척 지다’(作隻) ‘척 사지 말라’는 것이 있는데, 이 ‘척’이 다름 아닌 ‘隻’이다. ‘피고로 된다’, ‘피고로 되지 말라’는 뜻이 아니라 隻은 원한 또는 원수의 뜻으로 바뀐 것이며, 분쟁이 소송에 이르면 인간관계가 극도로 파괴되어 서로 원망하는 사이 또는 원수처럼 되었다는 역사적 경험에서 나온 말이다. 실제로 원고는 분통터지는 다툼으로 노기가 충천하여 혈떡거리며 출정하는 것이 예사이었다. 우리 나라에서 예로부터 소송은 이처럼 인간관계가 파괴된 사람끼리의 끝장내는 싸움이어서 ‘송사는 패가망신’이라는 것을 알면서도 ‘牙山이 깨어나나 平澤이 무너지나, 白頭山이 무너지나 東海水 매어지나’ 해보자 할 정도로 버리게 되는 것이다. 당사자와 官司(法院) 사이에서 다툼을 중재하는 적절한 제도나 관습이 없기 때문에 이러한 의식을 지녔다고 할 수 있다.

그러나 소송 자체를 기피한 것만은 아니다. 자신의 것에 대한 권리를 최종적으로 소송에 의해 주장한 것은 소송에 대한 관념이 부정적이었던 조선 후기에도 계속되었다.

서로 다른 계급간, 특히 班常間의 권리다툼에 있어서도, 불공정한 판결의 가능성과 절차 진행상의 불평등한 처우에도 불구하고, 평민은 양반의 부당한 權利侵害나 義務賦課에 대해 관청에 재판을 청구하고 있었다.

Ⅲ. 結 語

朝鮮朝의 法觀念은 독자적인 '法'觀念이라기보다는 오히려 사회 전체적인 規範文化의 일부로서 당시를 압도한 性理學에 의하여 조명되어져야 할 성질의 것이라 할 것이다.

性理學은 원래 중국 宋代 이래 형성된 사상으로, 우리 나라에는 고려 후기에 신흥 士類에 의해 性理學 중에서도 주로 朱子學의 계통이 수용되었으며, 이 朱子學은 조선왕조가 건립되면서 抑佛崇儒政策과 함께 그대로 支配的 이데올로기로 정착되었다. 그리하여 조선조의 道德과 法도 모두 性理學的인 理論의 기반 위에서 이해되고 설명되어야 했다.

性理學은 理는 人性을, 氣는 인간의 형체를 이루는 근원으로 파악하였다. 특히 理는 自然 法則임과 동시에 인간의 道理이기도 하였다.

性理學은 인간의 賢否를 기준으로 上下, 貴賤의 계급적 관계를 설정하고, 각자는 자기의 명분에 따라 자기가 속한 계층에 맞는 지위를 지키는 것을 正名이라 하고, 이 正名에 의해 계급제도를 확립함으로써 가족이나 국가질서가 이루어진다고 보았다.¹¹⁾

사회적 位階秩序를 확립하기 위하여 法과 刑은 필수적인 수단으로 보았다. 治者들은 辟以止辟이니 刑期干無刑이니 하는 극도의 慎刑主義를 표방하고 있었으나, 그들이 의도하는 禮儀之國에 대한 열망이 컸으므로 刑罰도 그 만큼 가혹할 수 밖에 없었다.

法을 준수함으로써 法的 實效性을 갖게 하는 被治者들은 治者들의 法政策에 수동적으로만 대응한 것은 아니었다. 물론 법을 刑으로 인식되고 있는 상황에서는 受範者에게는 法이란 공포와 혐오의 대상이 될 수밖에 없었다. 그러므로 범망에 걸리지 않은 것이 최상이었을 것이다. 그러나 私權意識조차도 수동적이 될 수는 없었다. 왜냐하면 私權조차 확보되지 않는다면 생존할 수가 없었기 때문이다.

민중의 私權意識은 소박한 所有權意識과 함께 社會連帶意識으로 탈출구를 모색한다. 그리하여 생존을 위한 자구책을 강구한다. 물론 이 사회연대의식은 체제에 대항할 정도로 組織化된 것은 아니고, 정치적 차원에서 위협시되지 않을 정도에서만 허용될 수 있는 것으로서, 그 대표적인 것이 契라고 할 수 있다.

契는 이조시대 민중들의 조직적인 경제활동으로서 그 목적이 특정화되고, 특히 현실적인 요구에 대응하는 기능성의 강화라는 방향으로 전개되고 제도화되었다.

이조 말기에는 그 이전에는 존재하지 않았던 새로운 조직 형태들, 즉 각종 會社, 학회, 기타 단체들이 생겨나고 있었다. 이러한 근대적인 사회 조직들이 형성되는 배경으로 근대화 과정에 따른 조직·단체에 관한 서구 제도의 문화가 수용되었다는 사실도 있었지만, 여기에는 契의 전통과 관습이 작용하고 있었음을 부인할 수가 없다.

아직도 우리 사회에 활발하게 전개되고 있는 契制度에서 준법정신의 삶을 찾을 수 있다.

11) 崔鍾庫, 韓國 傳統社會에서의 法·道德·禮(韓國社會의 規範文化) 韓國精神文化研究院, 1983, 150面.

契는 경제적 사정이 비슷한 처지의 사람들이 특정한 목적을 위하여 민주적 합의로 운영되는 結社體이다. 그 法的 성질은 일종의 組織契約으로서 규약에 따라 契員이 의무를 이행하면 그에 상응하는 권리를 보장받을 수 있는 사회보장제도이다. 규약이 공평하게 집행되고, 구성원은 그 규약을 철저히 지킨다.

오늘날 우리는 法治主義의 정착과 遵法精神의 고양이라는 두 가지 난제를 안고 있다. 아직도 우리에게서 이조시대의 法觀念의 잔재가 그대로 남아, 法이 우리의 權益을 보호하기 위한 것이라는 적극적인 사고는 지니지 못하고 있다.

이와 같은 우리의 전근대적 법의식의 잔재는 근대적 법제도에 내재하는 결함도 없지 않지만, 그 대부분이 역사적·전통적 잔재이며 가깝게는 조선왕조로부터 개화기 그리고 일제기에 그 원인을 찾을 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 우리는 先人들이 지녔던 法觀念의 장점을 취사선택하여 난제를 해결하는 디딤돌로 삼아야 할 것이다. 입법의 신중성과 민심의 존중, 법적 안정성과 실효성, 타당성의 조화 추구 등의 긍정적인 면도 부인할 수 없다. 이와 같은 입법자의 태도는 '법의 지배'가 아닌 '법의 홍수' 속에서 살고 있는 현대에 있어서 무시할 없는 유산이다