

古代中國의 禮治와 法治

黃 鉦 源*

〈目 次〉

- | | |
|------------------|---------------|
| 제1. 緒言 | 나. 子産과 公布法 |
| 가. 古代中國의 범위 | 다. 立法運動의 出現 |
| 나. 周의 封建制度和 宗法制度 | 라. 禮治와 法治의 對立 |
| 다. 禮治의 傳統 | 제5. 禮治思想의 發展 |
| 제2. 古代의 禮治思想 | 가. 孔子의 德治思想 |
| 가. 禮와 道德 | 나. 孟子의 王道思想 |
| 나. 禮의 規範性 | 다. 荀子의 禮治思想 |
| 다. 禮의 內容 | 제6. 法治思想의 發展 |
| 라. 禮의 特性 | 가. 法家의 成立 |
| 마. 禮의 適用範圍 | 나. 초기의 法治思想家 |
| 제3. 古代의 法 | 다. 慎到와 申不害 |
| 가. 刑과 法 | 라. 商君의 變法思想 |
| 나. 法의 內容 | 다. 韓非의 法治思想 |
| 다. 刑法의 適用範圍 | 제7. 結 語 |
| 제4. 法治思想의 胎動 | |
| 가. 禮法並用의 時代 | |

* 本 大學校 海事法學科 副教授 法學博士(商法)

제1. 緒 言

가. 古代中國의 범위

古代中國이라하면 일반적으로 先秦시대 즉 진시황이 中國을 통일하기전을 지칭 한다. 中國에서 최초의 統治시대를 찾으려면 三皇五帝라는 전설시대까지 거슬러 올라가겠지만 그 시대에 대한 유물등 정리된 자료가 명백하지 않으며 그저 尙書와 史記의 기록을 근거로하여 전통적으로 막연하게 그 존재를 추측하고 있는 실정이며, 심지어 禹로부터 시작하는 夏나라조차 아직 확실한 역사적인 증거물을 발견하지 못하여 아직 그 존재를 객관적으로 인정하기 어려운 상태이다. 역사적으로 그 존재에 관하여 물적증거가 확실한 中國 최초의 국가는 殷나라로서 황하유역에서 기원전1100년경까지 존속하다가 周나라에게 밀려나고 말았다고 하는데, 근래에 殷墟인 小屯村등지에서 십만점이 넘는 많은 甲骨文이 출토되어 殷의 문물제도에 대한 연구가 진행 되고있으나 아직 統治제도에 관한 것들을 밝혀내지 못 하고 있는 형편이다. 즉 殷이전에 대한 統治기록이라고 전해오는 것을 비록 尙書, 詩經, 史記등에서 찾아볼 수는 있으나 대부분 확실한 증명력을 구비하지 못 한 것으로 알려져 있다. 따라서 古代中國의 統治思想 내지 法思想에 관하여 이야기하자면 우리는 이러한 역사학의 주장을 바탕으로 하여 살펴볼 수 밖에 없다.

나. 周의 封建制度和 宗法制度

법은 항상 당시의 사회상을 반영하는 것이므로 古代中國의 法思想을 이야기하기 전에 먼저 정치思想과 윤리思想과 관련되는 당시 사회상을 개관할 필요가 있다. 역사학이 밝힌 바에 의하면 夏殷시대에는 씨족사회 내지 부족사회의 형태를 벗어나지 못하였다고 한다. 이 시대에도 인류사회에는 통치행위가 없을 수 없으므로 소수의 지배계급이 형성되어 있었을 것이다. 中國 最古의 書라고 하는 尙書의 堯典에 나오는 “九族既睦 平章百姓”이란 구절은 中國역사상 貴族계급이 발생한 과정을 설명한 것으로 이해되고 있다.¹⁾ 원래 씨족의 姓氏는 天子가 賜姓한 것으로 姓을 下賜받은 씨족은 貴族신분으로 지배계급에 속하게 되고, 百姓이란 姓을 하사받은 백개이상의 씨족 즉 다수의 貴族집단들을 총칭한 말이었다.²⁾ 百姓에 속하지 못하는 庶民계층은 그냥 民이라고 불러 백성과 구분하였다.

1) 「書經」, 김관식역해, (청목문화사), 1985, 28쪽

2) 梁啓超는 姓字가 계집女 변의 낱자인걸 보면 당시가 母系중심사회였으리라는 추리도 가능하다고 한다. 梁啓超, 「先秦政治思想史」, (中華書局, 1936), 37면.

그러나 殷을 이어서 周나라가 들어서자 국가로서의 체제를 갖추면서 독특한 封建制度和 宗法制度가 확립되었다. 同姓從宗合族屬이라는 말로 대변되는 宗法제도는 氏族을 크게 직계장손인 大宗과 나머지 小宗으로 분류하고 大宗은 百世不遷이나 小宗은 五世卽遷하여 평민이 되도록 하였다. 그리하여 아무리 큰 씨족이라 하더라도 많은 小宗들이 모두 종가인 大宗을 宗으로 하여 결속되어서 上下관계가 형성되어 禮에 따라 씨족사회적인 統治를 가능하게 하였다. 이러한 宗法제도는 다시 封建制度和 결합하여 주나라의 독특한 統治구조를 형성하였으니, 국내의 수많은 씨족집단의 大宗들은 특정 貴族을 大宗으로하여서 연결되고, 모든 제후들은 君을 大宗으로하므로, 결국은 國君을 大宗으로 하여 여러겹의 小宗인 제후와 귀족 및 씨족집단들이 얽혀서 周라는 국가형태가 마련되었다. 周의 문물제도를 완비한 周公 묘은 정책적으로 同姓禁婚제도를 새로 정하였다. 즉 殷나라에서는 同姓이라도 五世를 넘어서면 서로 혼인할 수 있던 결혼풍속을 일변하여 周나라에서는 同姓간의 혼인을 금지하고 이성간의 혼인만 허용하여 결과적으로 구시대의 백성과 서민간의 결혼을 장려하여 사회계급간의 위화감을 없애고 국민들의 평등한 조화를 꾀하였다.³⁾

다. 禮治의 傳統

이상에서 살펴본 바와 같이 夏殷의 中國의 古代사회는 이렇게 대가족제도를 기반으로 형성된 사회이니 만큼 가족구성원 상호간의 大小 上下 長幼의 가족질서를 정하는 가족적인 규범 즉 父子, 夫婦, 兄弟間의 三禮가 자연적으로 생기고, 이 가족적인 규범은 자연히 조상을 숭배하는 제사행위인 祭禮가 중심이 되어 禮로 형성 되었다. 따라서 禮字가 사직과 조상에 祭祀지내는 모습을 상형하고 있는 것은 자연스런 현상이라 하겠다.

周나라는 宗法제도와 封建制度가 유기적으로 결합된 국가이었으므로, 이 가족내의 宗法질서를 유지하는 禮의 원칙이 역시 宗法을 기본으로하는 封建國家의 신분질서를 유지하는데에도 그대로 적용된 것은 당연하다. 이렇게 古代 中國은 禮라는 행위규범이 씨족사회와 국가를 동시에 규제하였던 것이다. 따라서 禮는 작게는 가족으로부터 크게는 국가에 이르는 사회전체를 규율하는 행위규범적 성격을 가진 고대의 일차적인 질서규범이었다.

인류역사상 古代사회는 법은 일반적으로 神授法이다. 이집트나 메소포타미아 및 인도의 古代인들은 古代법을 모두 그들이 신앙했던 神으로 부터 전해받았다고 믿었으며 그 법에는 神의 意志가 담겨있다고 이해하고 있었다. 그러나 古代中國人의 法思想에는 이러한 신수법

3) 이 周나라의 同姓不婚원칙은 오늘까지도 그 명맥을 한국에서 유지하고 있는데, 우리의 同姓不婚의 주장은 周의 정책적인 禁婚주장과는 달리 同姓은 百代之親이라는 측면이 강하다고 볼 수 있다. 현재의 중국은 은나라의 제도로 다시 돌아가서 동성이라도 五世를 넘어서면 혼인할 수 있으므로, 현재로서는 우리나라가 주나라의 옛법도를 준수하는 유일한 국가인 셈이다.

적 성격이 매우 희박하다고 하는 특색이 있다. 그것은 禮가 家父長制 가족관계의 질서유지를 위하여 생겨났고 그것이 외연을 확장하여 사회생활전반에 걸쳐 규범으로서 등장한 것이므로 실생활의 수요에 따라 발생변천한 관계로 실제적인 성격을 가지게 마련이었다.⁴⁾ 그리고 지금 남아있는 유물상으로는 이집트나 메소포타미아 및 인도와 같이 신수법적 성격을 입증할만한 명백한 다른 자료가 없고,⁵⁾ 제자백가서에는 한결같이 聖君이나 先王이 질서유지를 위하여 禮를 정하였다는 기록만 있고 神의 의지를 禮와 연결지우는 것은 전혀 안보이는 점을 감안한다면 神授法이 아니라고 봄이 타당하다.⁶⁾

물론 禮라는 글자가 사직과 조상을 祭祀하는 행위와 관련성이 있는 점에서 조상숭배와 관련된 宗教的인 성격을 인정할 수도 있겠지만, 中國古代사회에서 祭祀는 가족과 국가의 중요한 행사였다는 점을 상기한다면 禮를 통치행위로서의 祭祀와 관련하여 보는 것이 무리가 없다.⁷⁾ 이와같이 禮의 본래의 모습은 씨족사회에 있어서 上下 長幼의 질서를 유지하기 위하여 자연발생된 것을 통치권자가 民本思想에 의하여 국가질서유지를 위한 질서규범으로 사용한 점에서 다른 古代국가의 법처럼 신수법적 성격을 찾기는 어렵다고 볼 수 있다. 이런 禮의 의미내용을 정확하게 알기 위해서는 우리는 古代의 문헌에 의지할 수 밖에 없다. 古代中國의 禮에 관한 서적으로는 일반적으로 三禮를 드는데, 西주의 초기에 周公이 편찬했다고 전해지는 周禮와 禮經, 그리고 前漢시대에 유가의 제자들이 편찬했다고하는 禮記가 그것이다. 周禮는 周官禮라고도 하며 주왕조의 統治조직과 작용을 정하고, 禮經은 儀禮라고도 하며 백성의 관혼상제등의 일상생활상의 의례를 정하여 둘 다 주시대의 禮를 보여주고 있고, 禮記는 孔子 이후로 유가에서 禮論을 해석보완한 것들을 집대성한 이론서로서 그중에는 서주와 춘추 전국의 禮가 혼재하여 있고 특히 禮經을 번잡하게 해설한 것이 많다.

물론 三禮이외에도 선진시대의 禮와 禮治思想을 연구할 만한 자료로는 尙書.詩經.春秋.管子.論語.老子.孟子.荀子등의 대표적인 제자백가의 서적이 있으며, 秦漢이후에 나온 자료도 참고할 것이 많지만, 선진시대의 禮와 禮治제도를 전문적으로 다룬 것은 위의 삼례가 대표적이다.

- 4) 물론 은허에서 발굴된 갑골문에서 刑量을 점친 흔적을 많이 발견할 수가 있으므로, 은나라에서는 형벌을 정하는 과정에 신의 의지를 묻는 占卜이 있었다는 것이 확인된 셈이다. 이것을 이유로 당시의 刑法도 神授法이었다라는 주장을 제기할 수도 있다. 張國華, 「中國法律思想史新編」, (北京大學出版社, 1991), 20-22面.
- 5) 예컨대, B.C.17세기의 메소포타미아의 함무라비법전에는 正義의 태양신인 Shamash神이 함무라비에게 법을 전수하는 장면이 碑의 상단에 조각되어있고, 이집트의 最古의 Thoth법전은 Thoth神으로부터 口傳으로 誦授된 것을 성문화한 것으로 전해지고 있고, 인도의 최고법전인 Manu법전도 神이 인간의 시조인 Manu에게 教授한것이라고 전해지고 있다.
- 6) 孟子的 法先王論이나 荀子の 法後王論이나 모두 전통적인 禮를 先王인 聖君이 제정했다는 것을 전제로 하는 주장이고, 商君의 變法更禮사상도 君王이 법과 예를 제정한다는 점에서는 같다.
- 7) 「周易」에는 風地觀.風水渙의 卦에 王이 宗廟社稷에 祭祀지내는 것을 政治行爲로 중요시한 것을 보면 당시의 사정을 알 수가 있다.

제2. 古代의 禮治思想

가. 禮와 道德

禮라는 글자는 우리에게 매우 친숙하면서도 한편으로는 아주 애매모호한 글자이기도 하다. 흔히 禮節이니 禮儀니 하는 식으로 사용은 하지만 그 것이 가진 의미내용에 대해서는 그저 도덕적인 행동거지나 올바른 몸가짐 정도로 알고 있을 뿐으로, 道德이라는 용어와 구별하지 않고 사용하는 것이 보통이다. 그런데 道德과 禮節은 개념상으로 서로 구별하여 사용해야 한다. 公衆道德이라는 말은 우리가 예사로 사용하는 말이다. 한글사전을 찾아보면 사회생활을 하는 사람으로서 지켜야 할 禮儀 또는 社會倫理라는 뜻으로 되어있어, 오늘날 이 道德이란 단어를 우리는 사회인으로서 지킬 禮節정도의 가벼운 의미로 사용하고 있다. 원래 東洋에서는 道라던가 德이라는 文字가 인간의 高尚한 품격을 의미하는 글자인데, 우리는 지금 이 두 글자를 합친 道德이라는 단어를 禮節의 의미와 혼용하여 잘못 사용하고 있다. 이것은 서양의 禮節에 해당하는 단어를 동양어로 옮기면서 道德이라고 잘못 번역한 데서 비롯하는 잘못으로서, 우리시대가 예절이나 도덕과 같은 社會倫理에 무관심하다는 점을 단적으로 나타내는 증표로 볼 수 있다. 禮節을 안다고 해서 그 사람을 보고 道를 아는 사람이라고 하거나 禮儀가 있다고 해서 德이 있는 사람이라고 말하지는 않는데도, 어떻게 된 셈인지 道德이라는 합성어는 간단하게 禮節 禮儀라는 뜻으로 전락되고 말았다.

古代中國사회에서 원래 道德은 仁義와 같거나 아니면 仁義보다 더 높은 수준의 품격을 의미하였고, 또 仁義는 倫理 禮儀 禮節보다는 높은 품격으로 보았다. 春秋말기의 대표적인 글이라고 애독하는 老子 제38장의 글에서도

“故失道而後德 失德而後仁 失仁而後義 失義而後禮 夫禮者 忠信之薄而亂之首”라고 했듯이 道德仁義禮의 의미가 당시에 구별되어 사용되었던 것을 알 수가 있다.⁸⁾ 春秋시대의 저서라는 管자의 五輔에도 道德과 禮義를 구별하고 있으니,

“德有六興 義有七體 禮有八經 法有五務 權有三度”

라 하여 국정을 보필하는 것으로 德義禮法權 다섯가지를 열거하면서 道德과 仁義를 禮의 앞

8) 이 「老子」 제38장의 구절은 儒家의 仁義를 道德보다 하위에 분류하여 仁사상을 존중하는 儒家를 통박하는 근거자료로서 道家에서 즐겨 인용하지만, 聖人인 孔子에게 德治사상이 없었으리가 없다. 禮記 禮運에서 우리는 공자의 理想的인 정치사상을 발견할 수 있다. 그가 大同과 小康을 구별하고서 는, 도덕인으로 하는 大同정치가 이상적인 세상임을 인정하면서도, 현실적으로 道德仁義로서 大同사회를 만드는 것이 불가능하다면 禮義를 가지고 小康사회를 세우는 것이 긴급하다고 한 것을 보면, 그의 정치사상은 禮治思想이외에 老子의 도덕정치사상까지도 포용하고 있었다고 할 수 있다. 이 글에 의하면 공자가 도덕정치를 몰랐던 것이 아니라 시대적 여건이 도덕정치를 펴기에 부적당한 현실임을 직시하고 禮義로서 다스리고자 했던 것을 알 수가 있다.

에 열거한 것도 道德과 禮節을 구별한 증거가 될 것이다. 이러한 점을 감안한다면 앞으로 禮節이나 倫理라는 말과 道德이란 말을 분명히 그 뜻을 구별하여 사용하여야 할 것이다.

나. 禮의 規範性

현재 우리가 채택하고 있는 서양식의 분류방법에 따르면 국민으로서나 사회인으로서 지켜야 하는 행위규범에는 強制規範과 社會規範이 있다. 強制規範은 그 규범을 위반하면 국가공권력에 의한 처벌이 수반하는 것이고, 社會規範은 그를 위반하더라도 처벌하지 않으므로 강제성이 없다는 점에서 구별된다.⁹⁾ 따라서 法은 강제규범에 속하고 道德은 사회규범에 속한다고 한다.¹⁰⁾

그러면 古代中國의 禮는 어느 규범에 속한다고 해야 할 것인가. 古代中國에서 禮라고 지칭된 이 글자는 단순히 가족들의 관혼상제나 기타 사회인의 예의범절만을 뜻하는 것이 아니고 국가의 統治조직과 작용까지도 포함한 의미를 가진다. 일반적으로 禮를 社會規範의 하나로 해설하는 경향이 있으나 古代中國에서는 失禮하면 강제적인 處罰이 따르는 경우도 있었으므로 強制規範의 성격도 가지고 있다. 즉 行動規範을 강제처벌의 有無로서 사회규범과 강제규범으로 구별짓는 서양식의 규범개념으로는 禮의 성격을 설명하기가 어렵다.¹¹⁾

따라서 東洋의 전통규범을 분류하려면 동양식의 기준에 따라서 분류하는 것이 바람직하다. 모든 행위규범을 道德規範과 秩序規範으로 나누고, 道德과 仁義는 전자에, 禮와 刑은 후자에 분류하는 방법이 무난할 것으로 생각된다. 전술한 바와 같이 서양어의 오역으로 인하여 道德이란 것이 禮義凡節과 같은 의미로 전락되었지만 원래 동양에서 말하는 道德은 理想세계를 건립할 수 있는 능력을 갖춘 理想的인 인간, 예컨대 聖人이 가지는 고상한 德性을 표시하는 용어이다.

秩序란 사물이나 조리가 혼란없이 올바르게 행하여 지도록 정하여진 次例나 節次를 의미하는데, 그 질서를 위반한 경우에 강제적인 처벌이 따르느냐 아니냐는 문지아니한다. 禮는 古代中國에서 국가나 사회나 가정이 바르게 유지되도록 하기 위하여 정한 모든 差別的인 秩序를 유지하는 규범들을 총칭하는 것으로 강제력이 있는 것도 있고 없는 것도 있다. 물론 道德을 과연 規範속에 포함할 수가 있느냐는 문제가 있을 수 있으나, 질서있는 小康사회를 위하여 禮가 필요하듯이 理想세계인 大同사회를 만들기 위하여 道德仁義가 필요하다면, 동양식으로 인간의 행동규범을 도덕규범과 질서규범으로 분류하는 것도 가능하다고 본다. 즉 현대

9) 張庚鶴, 「법학통론」, (법문사, 1984), 28-31쪽. 「법률학사전」, (법문사, 1964), 195쪽.

10) 그러나 전술한 바와 같이 여기에서 사용하는 道德이라는 용어는 倫理정도로 번역하는 것이 적당하리라고 생각된다.

11) 禮의 성격을 法과 道德의 사이에 위치하는 완충지대적 매개활동으로 파악하는 입장에서 도덕규범, 종교규범, 관습규범의 混合體로 보는 견해가 있다. 崔鍾庫, 「법학통론」, (박영사, 1987), 33-34쪽.

사회에서는 질서유지 수단으로 각종의 法律이 있는데, 古代中國에선 그것이 禮와 刑이라고 하는 형식으로 존재하고 있었던 것으로, 禮가 일차적인 질서규범이고 刑은 이차적인 질서규범이었다.

다. 禮의 內容

古代中國에서는 禮라는 글자를 일종의 사회질서를 유지하는 일차적인 규범을 통칭하는 용어로 사용하고 있었고, 이 것은 刑과 함께 古代中國에서는 일종의 질서규범이었다. 禮의 내용에 대하여는 “고래로 전해 내려온 慣習이나 習俗 그리고 儀式이나 協約속에 포함된 孝悌와 같은 規範이 수많은 세대를 내려오면서 중국인들 사이에서 실천되어 왔기 때문에 거의 본능적으로 정당한 것이라고 생각하고 있는 것이 바로 禮로서, 현대어로는 自然法이 가장 가까운 것”이라고 설명하거나,¹²⁾ “禮는 自然的 秩序의 運行”이라고 하는 것이 일반적이다.¹³⁾ 그러나 우리는 禮에 대한 고대인들의 의견부터 알아볼 필요가 있다.

우선 管子의 樞言에 나오는 “法出於禮 禮出於治”라고 한 구절에서 刑(法)과 禮가 병행하여 統治수단으로 사용되었다는 사실을 확인할 수 있다. 즉 古代中國사회를 다스린 禮의 규제대상은 크게는 국가의 행정조직과 작용에서 작게는 백성 서민의 일상생활중의 관혼상제에 이르기까지 매우 광범위한 것으로서, 春秋左傳 隱公11년에는 이것을 “禮 經國家 定社稷 序民人 利後嗣者也”라고 설명하고 있다.¹⁴⁾ 周公이 制禮작업시에 周禮에서는 統治기구를 제정하고 禮經에서는 관혼상제등을 정한 것을 보면 周왕조의 초기에 벌써 예의 규제내용이 국가 조직작용과 개인의 행위를 포괄하고 있었다는 사실을 알 수 있다.

禮의 구체적인 내용은, 尙書의 舜典에 나오는 “同律度量衡 修五禮”라는 글에서 알 수 있는 바와 같이, 夏나라 이전에도 五禮인 吉禮, 凶禮, 賓禮, 軍禮, 嘉禮가 있어 국가와 개인에 함께 적용되었다는 사실을 추측할 수 있으나, 禮가 구체적으로 규제내용을 광범위하게 확장된 것은 주왕조의 기반을 다진 周公에서 비로소 제도적으로 완비되었다고 볼 수 있다. 그는 周禮에서는 治體六官 分職三百六十의 관리제도의 조직과 작용을 상세히 정하였고, 禮經에서는 가족과 사회생활을 대상으로하는 呼稱三百 威儀三千의 자세한 내용의 예의법절을 정리하였는데, 신분계급에 따라서 禮의 내용이 각각 달랐던 관계로 그 내용을 예거하는 것은 무리다.¹⁵⁾

12) 黃山德, 「東洋古代的 法思想」, (서울대 法學 제7권 제1호, 1965), 73쪽.

13) 李恒寧, 「법철학개론」, (博英社1985), 88쪽.

14) 이 글은 「春秋左傳」의 著者が 禮의 내용을 定義한 부분인데, 이것은 춘추좌전에 나오는 예에 관한 여러 구절을 정리한 것으로 보인다. 좌전에는 禮라는 글자가 462회 등장하고, 또 禮의 내용을 설명한 구절도 僖公11년, 文公15년, 成公15년, 襄公21년과 30년, 昭公25년, 定公15년 등에 많이 등장하는데 공자가 이러한 여러 구절을 정리한것이 본문의 내용이라고 할 수 있다.

15) 「禮記」, 曲禮篇에는 馬車를 모는 御車人의 禮도 등장한다.

라. 禮의 特性

禮가 당시에 있었던 다른 질서규범인 刑과 구별되는 특성은, 효용면에서 보면 刑이 事後處罰에 관한 것이고 禮는 事前豫防적인 성질로 다분히 教化적이라는 점을 지적할 수 있고,¹⁶⁾ 본질적으로는 刑은 平等性을 원칙으로하고 禮는 差別性을 중시했다는 점에 특성이 있다. 즉 刑罰은 위반자의 지위고하를 막론하고 平等하게 처벌되었으나, 禮는 그 연혁상 差別원칙에 입각하고있는 특성을 가진다. 지배계급과 서민계급간의 差別的인 계급제도는 古代국가에 공통하는 현상으로, 古代中國사회에서도 예외가 아니다. 管子 五輔에 “禮有八經 上下有義 貴賤有分 長幼有等 貧富有度”라 한 부분에서도 찾아 볼 수가 있듯이, 禮는 上下 貴賤 長幼 貧富의 현존질서와 제도를 그대로 인정하면서 그 질서를 계속유지하는 것을 목적으로한 질서규범인 것을 간과할 수 없다. 禮가 성립된 시대가 주의 왕권을 중심으로 한 宗法主義의 봉건 왕조였던 사실을 감안한다면 신분계급을 전제로하여 계급간의 차별을 인정한 각종의 禮法이 성립한 배경을 쉽게 이해할 수 있다. 左傳 昭公7년의 “天有十日 人有十等”에서 국민을 十等級으로 분류하고 있는 기록이나, 同18년의 “名位不同 禮亦異數”라고 하여 신분에 따라서 禮의 내용이 다르다는 것이 모두 禮가 신분계급에 따라서 그 내용이 틀리는 차별적규범인 불평등한 질서규범임을 단적으로 나타내고 있다.

또 禮治는 君子에 의한 德治나 禮治思想과 관련되므로 당연히 통치자의 품격에 따라서 정치의 승패가 좌우된다는 人治思想을 수반하지만, 法治는 任法不任智라 하여 法執行者인 사람을 신뢰하면 통치자의 私利私慾에 의한 폐단을 없애는 것이 불가능하다고 하여 物治나 術治思想과 결합되는 것도 예와 법이 가진 내용상의 특성을 잘 나타낸다.

마. 禮의 適用範圍

이와 같은 禮의 특성은 禮記 曲禮上에서 표현한 바와 같이 “禮不下庶人 刑不上大夫”라는 유명한 원칙으로 집약되었다. 이 원칙은 禮와 刑이 적용되는 대상이 다르다는 말로서, 禮는 貴族계급에게만 적용되므로 서민은 禮를 지키지 않아도 무방하며, 刑은 서민에게만 적용되므로 貴族계급중의 대부분은 형벌의 대상이 아니라고 해석하고 있다. 그렇다고하여 貴族은 위법한 행위를 하더라도 어떤 처벌도 받지 않고 불문에 불었다는 것은 아니니, 범죄자인 貴族을 國外로 追放하고 귀족신분을 降等시키는 사례를 흔히 볼 수가 있다.¹⁷⁾

16) 賈誼(B.C.200-B.C.168)는 夫禮者禁用將然之前 而法者禁于已然之後라고 하여 法의 실효성은 바로 나타나지만 禮의 실효성은 알기가 어려운 것이 禮는 事전에 미리 죄악의 발생을 방지하는데 주력하므로 결과가 뒤늦게 나타나기 때문이라고 한 것이 「漢書」 賈誼傳에 나온다. 황산덕교수는 “법은 이미 있는 악행에 대하여 사후에 그것을 처벌하는 것이지만, 예는 사전에 국민을 선도하여 악행을 하지 않도록 미리막아주는 역할을 한다.”고 하여 같은 취지를 표시하고 있다. 전계논문, 74쪽.

이 “禮不下庶人 刑不上大夫”의 원칙이 절대적인 것으로 예외가 없는 것인가에 대해서는 의문이 있다. 예컨대, 尙書 康誥의 “不孝不友...曰乃其速由文王作罰 刑茲無赦”는 周公이 不孝不友한 父子와 兄弟들을 형벌에 처하라는 업명을 기록한 것으로 庶民도 禮를 어기면 처벌한 구체적 사례이고, 春秋左傳 昭公14년에는 晉에서 叔向의 형제인 叔魚가 재판을 불공정하게 한 죄로 사형당하는 기록이 있는 것으로 미루어 大夫도 刑으로 다스리는 경우가 있다. 즉 상당히 많은 例外가 있음을 알 수 있으므로 이 원칙이 절대적이었다는 주장은 매우 설득력이 없다.

이와같이 禮와 刑은 周나라 초기에는 원칙적으로 그 적용대상이 신분으로 구별되지만, 춘추이후로 古代中國의 신분계급제도는 매우 開放的이되었기 때문에 이 원칙의 적용에도 약간의 융통성을 띄게된다. 즉 貴族의 신분에서 서인으로 강등하거나 서인에서 貴族으로 승진하는 일이 春秋에 자주 나타나는 것을 보면, 이 시대의 신분계급은 古代로마나 印度처럼 출생시의 身分이 固定的이어서 변동할 수 없었던 것과는 달리 능력있는 자는 얼마든지 貴族계급으로 승진하여 禮의 적용을 받는 계급으로 변신이 가능했다.



제4. 古代의 法

가. 刑과 法

국가질서를 유지하는 규범중 가장 강력한 것은 刑罰에 관한 규범, 즉 刑法이며 이 점은 古代中國의 경우에도 예외가 아니다. 尙書에 보면 일찌기 唐虞부터 五刑이라는 肉刑이 있었고, 18) 夏에는 禹刑이, 그리고 殷에는 湯刑이 있었고 또 周에는 九刑이 있었다고 하는데, 春秋左傳 昭公6년에도 “夏有亂政而作禹刑 商有亂政而作湯刑 周有亂政而作九刑”이라고 하는 같은 내용의 글이 있다. 周易에도 火雷噬嗑卦의 大象傳에 “先王以 明罰飭法”한다는 구절이 있고 그 爻辭에는 肉刑이 등장하는데, 同 繫辭下傳 제2장에 보면 神農氏시대에 “日中爲市 致天下之民 聚天下之貨 交易而退 各得其所 蓋取諸噬嗑”하였으니, 兩者를 종합하면 中國은 옛날 神農氏시대에 交易이 일어나면서 부터 형법이 생겼다는 해석이 가능하므로 형법의 역사는 이렇게 오랜 것으로 보고있다.

17) 「春秋左傳」의 昭公7년에서 子產이 죄짓고 망명은 귀족에 대하여 罪人以其罪降 古之制也라고 한 기록이 나온다.

18) 肉刑이란 육체에 직접 형벌을 집행하는 것으로서 墨刑, 劓刑, 剕刑, 宮刑, 大辟의 다섯가지가 있었다.

한편 尙書 呂刑篇에 나오는 “苗民 不用靈 制以刑 惟作五虐之刑 曰法”을 보면 苗族도 刑을 가지고 統治한 민족이었던 것을 알 수 있는데,¹⁹⁾ 여기에서도 주역이나 상서에서 표현한 것처럼 刑을 法이라고도 표현했으니, 古代에는 刑이 바로 法이었다는 사실을 알 수 있다.

그런데 尙書에는 法字보다 刑字가 보편적인데 그 이유는 당시는 刑의 내용이 이른바 형벌의 종류만 열거하고 있었기 때문인 것 같다. 穆王의 司寇인 呂侯의 刑에는 刑字 외에도 “五刑之屬三千...惟察惟法”에서 法字가 보인다. 이것을 보면 周왕조에 들어와서는 刑法條文이라고 할만 한 내용이 구비되어 있었다고 추측이 된다. 그런 이유에서 그 이후에 나온 春秋左傳에는 刑자보다는 法자가 자주 등장한다. 즉 齊에 軌里連鄉之法이 있었고 晉에 被廬之法이 있었으며 또 楚에는 茅門之法과 僕區之法이 있었다는 기록이 있다.²⁰⁾

나. 法의 內容

그러면 古代法의 내용은 무엇이었을까. 전술한 바와 같이 刑法이 法의 주요부분이었음은 분명하지만, 法이라는 용어가 단순하게 一義의인 내용만 가진 것은 아니었다. 고대 중국인이 法의 내용을 어떻게 파악하고 있었는가 살펴보는 것은 法과 法治의 정확한 이해를 위하여 필요하다.

法家사상의 완성자인 韓非가 定法篇에서 “法者 憲令著於官府 刑罰必於民心 賞存乎慎法而罰加乎姦令者也”라 하고, 難三篇에서 “法者 編著之圖籍 設之於官府 而布之於百姓者也”라 한 것을 보면 法家は 公布된 헌령과 형벌과 官府에 圖籍으로 편철된 實定法을 法으로 정의하고 있다. 한편 名家의 대가인 尹文은 大道上篇에서 “法有四呈 一曰不變之法 君臣上下是也 二曰齊俗之法 能鄙同異是也 三曰治衆之法 慶賞刑罰是也 四曰平準之法 律度權衡是也”라 하여, 法의 내용을 네가지로 분류설명하는데, 實定法인 治衆之法 이외에 自然法인 不變之法과 齊俗之法 그리고 度量衡등과 計測을 정하는 平準之法을 세가지 더 열거하고 있다.

尹文은 名家의 입장에서 자연법과 실정법을 포함한 廣義의 法을 네가지로 설명한 것이라면, 韓非는 法家の 측면에서 질서유지와 부국강병을 위하여 입법자가 공포한 實定法만을 狹義의 法이라고 설명한 것이다. 우리는 여기에서 당시의 법에 대한 학설의 개요와 당시의 법의 내용의 多義性을 짐작할 수 있다.

19) 苗族은 본래 중원지방에 살다가 한족과의 다툼에서 밀려나서 점차 남쪽지방으로 밀려난 민족으로 고대중국에는 한족의 대표적인 경쟁상대였다.

20) 물론 「春秋」에도 刑자가 없는 것이 아니니, 僖公25년에 “德以柔中國 刑以威四夷”기록이 그 예이다.

다. 刑法의 適用範圍

尙書 舜典에 “蠻夷猾夏 寇賊姦宄 汝作士 五刑有服”을 보면 처음에 刑은 蠻夷 즉 이민족 그중에서도 범죄자에게 적용하기 위한 것으로 보이며, 殷왕조 때까지는 범죄자와 외국인에게만 적용되거나, 군대에서 군례를 보충하기 위하여서만 사용한 것으로 추측된다.²¹⁾ 외국인들은 원래 禮의 적용범위 밖이었고, 군대의 경우에는 먼저 軍禮에 따라야하고 이에 어긋나면 형벌을 받았고, 범죄자가 형벌의 대상인 것은 당연한 것이다.

그러나 周나라에 접어들면서 周公이 주왕조의 국가제도를 완비하고 九刑을 제정하면서 부터는 刑法이 禮를 위반한 서민에게도 적용된 사실을 尙書의 康誥와 酒誥에서 다수 찾아 볼 수 있다. 특히 위에서 본바와 같이 康叔에게 封土를 주면서 周公이 不孝不友한 자들을 반드시 처벌하라고 한 지시는,²²⁾ 서민이라도 禮에 어긋나면 바로 刑罰을 내린다는 이른바 失禮入刑의 嚆矢로 볼 수 있다. 이처럼 禮의 적용범위가 백성에서 서민으로 확장되면서 예와 법의 고유한 적용범위에 대한 원칙인 禮不下庶人 刑不上大夫가 불철저하게 되며, 춘추이후로는 貴族과 평민의 신분이동이 빈번해지면서 禮와 刑 중에서 무엇을 우선적으로 적용하여야 하는가는 문제가 제기된다.

일반적으로 法은 禮制를 補充하는 役割을 담당한다고 해석된다.²³⁾ 즉 管子는 樞言篇에서 “法出於禮 禮出於治”라고 하여 法의 타당근거로 禮를 들고, 五輔篇에서 국정을 보필하는 五輔를 德義 禮法 權의 순서로 나열한 것을 보면 禮를 刑法보다 우선 순위에 두고있다. 이것은 당시의 統治思想인 禮主法輔를 설명한 것으로 보이며, 그의 政治思想도 禮가 法의 근거라는 입장임을 천명한 것이기도 하다. 또 春秋左傳에는 禮를 법보다 우선적으로 적용한 많은 사례가 나오므로 禮가 춘추당시에도 질서규범중 우선적용되었다는 사실은 더 논의할 필요가 없다. 따라서 周公이 강숙에게 내린 서민에 대한 失禮入刑의 지시는 건국초기에 국정을 쇄신하는 특수한 시점에 발생한 사건으로, 周公이 禮主刑輔思想에서 한 걸음 나아가 刑罰로서 禮義를 實踐하도록 전국민을 教化하려는 禮刑一致思想으로보고, 그가 禮治思想을 포기한 것은 아니라고 풀이하는 것이 전통적인 견해이다. 따라서 이 시점에 일시적으로 周公이 失禮入刑을 시행했지만 周代에는 禮가 일차적인 질서규범이었고 刑法은 禮制를 보완하는 이차적인 질서규범이었음을 부인하기가 어렵다.

21) 양계초, 전계서, 48면.

22) 「尙書」, 康誥, 김관식역해, 전계서, 295쪽.

23) 司馬遷의 父인 司馬談의 論六家要旨에 보면 “法家者流 蓋出於理官 信賞必罰 以輔禮制”라 하여 법이 예를 보완하는 기능을 했다고 기록하고 있다.

제5. 法治思想의 胎動

가. 禮刑竝用의 時代

앞에서 본 바와 같이 禮와 刑의 적용범위문제를 “禮不下庶人 刑不上大夫”라는 원칙으로 해결하는 禮治주의적 원칙이 西周에서 춘추시대까지 계속하여 엄격하게 지켜진 것은 아니었으며, 특히 춘추시대에 와서는 禮와 刑의 竝用이 일반화되었다. 左傳 昭王14년에 晉의 大夫였던 叔魚가 재판을 불공정하게 행한 죄로 사형을 당하게되자 禮治思想家인 叔向이 “夏書曰 昏墨賊殺”이라고 하여 사형을 지지한 것을 보더라도 이미 그 당시에 貴族에게도 禮와 刑이 같이 적용되었다고 보아야 할 것이다. 즉 예와 형을 엄격하게 구별적용하던 원칙은 周왕실의 封建제도와 운명을 같이하였던 것이다.

小宗의 平民化현상과 同姓不婚원칙에 따른 貴族平民간의 결혼의 성행으로 새로운 지식계급이 출현하여 春秋시대부터는 엄격한 사회적인 階級장벽이 붕괴되기 시작하자 그 결과 禮와 刑이 竝用함께 사용되어 그 적용에 기준이 없어졌으니 私益을 위하여 예법을 자의적으로 적용하는 폐단이 생겼다. 춘추말기에 孔子가 封建制度의 몰락과 禮의 쇠퇴를 탄식한 것은 이런 질서변화에 따른 혼란한 사회상을 우려한 것이라고 하겠다.

춘추시대에 禮刑의 竝用으로 피해를 입는 자는 庶民들이었다. 당시는 법을 일반에게 공포하지 않고 執政계층인 일부 貴族들만 법의 내용을 알고 있었던 頒布法時代이었으므로 통치계급인 일부 貴族들이 禮와 刑을 자기들의 이익을 위하여 無原則하게 解釋適用하게되어, 결과적으로 예와 형의 內容을 모르고 행동한 무지한 庶民만 불공정하게 대우를 받게 되었다.

나. 子産과 公布法

당시에 鄭의 執政大夫였던 子産(-B.C.522)은 禮法竝用의 약속에서 庶民들을 보호하고자 刑書를 鑄造하여 법의 내용을 천하에 公布하였으니 이 때가 기원전 536년(魯의 昭公6년)으로, 古代中國의 法思想史에 最初の 公布法이 등장한 큰 사건이었다. 이렇게 되자 晉의 大夫인 叔向이 子産에게 반대하는 편지를 보냈다. 叔向은 “民知有辟 則不忌於上 並有爭心 以徵於書 而徵幸以成之 弗可爲矣”라 하여 刑法이 공지사항이 되면 지배계급에 의한 권력의 횡포는 방지되겠지만 서민은 법만 피하면 된다는 생활태도를 가지게 되고 이익을 위하여 다투게되어 전통적인 禮義를 등한히 하게 될 것이므로 장차 다스리기 어렵게 된다는 뜻을 전했다. 子産은 그 말을 수긍하면서도 당시의 형편을 감안하여 “吾以救世也”로 法을 공포해야한다는 주장을 굽히지 않았다. 이 사건은 전통적인 禮治思想家인 叔向이 역시 예치사상가인 子産의

태도변화에 대하여 강경하게 반대하였으나 民本사상을 근거로 子産이 서민을 보호하려고 法을 공포한 사건이지만, 법사상사적 측면에서는 이 公布法의 등장은 바로 禮治思想의 쇠퇴현상과 法治思想의 태동현상을 의미하는 것으로 볼수가 있다. 원래 법치사상은 법을 국민에게 공포하여 알려준 이후에야 효과적인 통치가 가능하다고 주장하므로, 子産에 의한 中國最初의 公布法은 비록 禮刑並用的 폐단을 없애기 위한 방법으로 탄생하였으나 결과적으로는 禮에 의한 統治를 완화하고 法에 의한 통치를 강화하기 시작한다는 신호탄이 된 셈이다.

이러한 法의 公布정책은 타국에 파급되어서, 子産의 공포법을 반대한 叔向이 살던 晋나라도 기원전 513년에 집정대신인 趙鞅에 의하여 范宣子の 형법이 공포되어 刑鼎을 鑄造하였으니 中國은 바야흐로 頒布法시대에서 公布法시대로 접어든 것이다.²⁴⁾ 그러나 공포법의 구체적인 내용을 알 수가 없는 현재로서는 그 법의 적용범위나 효력 그리고 예와 법의 상호관계에 대해서는 추리만이 가능한 실정이다.

다. 立法運動의 出現

이러한 법의 公布는 드디어 새로운 刑法의 制定을 시도하는 입법활동을 야기하였다. 鄭의 大夫인 鄧析(-B.C.501)은 “民一於君 事斷于法”을 주장하면서,²⁵⁾ 舊制인 子産의 公布法을 改正하고자 새로운 刑法草案인 竹刑을 만들어서 제자들에게 그것을 가르쳤다. 이것은 역사상 개인에 의한 최초의 입법초안이라는 점에서 특기할 사건이다. 혁신적인 법학자였던 鄧析은 집정대부인 駟黷에게 살해되었으나, 駟黷도 결국은 鄧析의 竹刑을 鄭나라의 국법으로 채택 公布하고 사용하게 된다. 이 竹刑사건은 개인에 의한 입법시안인 竹刑이 당시의 國法으로 법제화하였다는 사건으로 중요할 뿐만 아니라, 法에 의한 統治가 그것도 공포법에 따라서 질서를 유지하는 것이 선호되었다는 사실을 보여주는 점에서 법치사상의 대두로서 주목할 만하다. 그러나 竹刑의 구체적인 내용은 모르므로 鄧析의 법치사상의 내용은 알길이 없으나 鄧析子 轉辭篇에 “治世之禮 簡而易行 亂世之禮 煩而難遵”이라는 구절을 보면 禮를 완전히 버리고 法만을 고집한 것은 아닌 것 같다.

라. 禮治와 法治의 對立

이렇게 시대의 변화에 따라서 춘추말기에는 禮治사상과 法治사상의 대립현상이 두드러지

24) 子産의 주형서에 대하여는 따로 논평을 하지않았던 좌전의 저자(공자)가 이 趙鞅의 鑄刑鼎에 대하여는 范宣子の 法이 “陪臣而擅作之故”로 亂制라고 심하게 비판한 사실을 보면, 공자가 법의 공포 그 자체에는 반대하지 아니한 것으로 해석할 수 있다.

25) 鄧析의 저서라고 전해오는 「鄧析子」의 四篇중 轉辭篇에 나온다.

고 신흥 法治思想이 우세해져서 전통적인 禮治思想을 몰아내는 형세를 보이고 있다. 춘추시대의 法思想家들은 모두 民本思想家로서 “民惟邦本 本固邦寧”을 원칙으로하여 國利民福에만 관심이 있었다는 점에서는 서로 같았으나, 부국강병의 시대를 맞아서 그 통치방법에 대하여 종래의 예치 일변도에 회의를 품는 子産, 趙鞅, 鄧析, 駟顯과 같은 法治를 중시하는 세력이 증가추세에 있어서, 叔向, 晏子, 孔子처럼 禮治의 전통을 고수하는 예치주의자가 열세에 몰리게 된다.

이 때의 법치사상의 정확한 내용은 밝혀지지 않고있다. 만약에 자산이 예형병용의 폐를 없애고자 법을 공포한 것이 사실이라면 강제처벌이 따르는 모든 경우를 전부 다 공포법의 내용으로 기재하였으리라고 추측이되지만, 그렇다고해서 법만으로 국가를 통치하겠다는 주장은 아니라고 생각된다. 그것은 예치주의자인 공자가 春秋에 鑄刑鼎사건을 기록하면서도 子産의 성문법 공포행위에 대하여 아무런 비판도 하지 않았다는 사실에서 추리될 수 있다. 鄧析의 事斷于法도 일견해서는 예를 포기하자는 견해처럼 보이지만 그의 죽형이 刑罰에 국한된 것임을 보면 재래의 禮를 모두 개혁하는 것이 아님을 알 수 있다. 따라서 초기의 법치사상은 종래 예의 보조기능에 머무르던 법을 예와 대등한 질서규범으로 격상시키려는 주장들을 가리키는 것으로 보는 것이 무리가 없다 하겠다.

춘추말기에 子産의 鑄刑書사건에서 發端된 이 禮治사상과 초기의 法治사상의 思想적 대립은, 儒家의 창시자인 孔子에 의하여 전통적인 禮治思想이 보강된 후에, 戰國시대에 들어서서 儒家와 法家간의 격렬한 法思想논쟁을 古代中國역사에서 꽃 피우게 된다.

제5. 禮治思想의 發展

가. 孔子의 德治思想

孔子는 춘추의 필봉을 통하여 周의 傳統思想을 계승하는 그의 입장을 분명히 하는 한편 法思想史의 측면에서는 전통적인 禮治의 내용을 보강하여 신흥 法治思想에 대적할 수 있는 보다 완벽한 禮治思想을 정립하려 하였다. 즉 그는 政治思想에 있어서는 주의 봉건제도를 바탕으로 德治사상의 부활을 시도한 傳統思想을 옹호하는 보수적인 法思想家로 취급하는 것이 일반적이다. 그러나 그의 생각은 단순히 전통思想을 종합하여 그것을 답습하거나 周의 封建制度로 되돌아가자는데 있는 것이 아니고 옛날의 禮治思想에 새로운 주장을 보태고 손질하여 보다 나은 禮治思想을 재정립하는데 있었던 것으로 보인다. 孔子가 살았던 시대는 전술한 바와 같이 각국의 諸侯들은 부국강병으로 霸者가 되고자하는 꿈을 저마다 가졌고, 그리

하여 각국은 문벌보다는 능력중심으로 인재를 등용하게 되어 이른바 尚賢思想이 지배하였는데, 공자는 이러한 세태를 개선하고자 덕이 있는 군자에 의한 덕치사상을 제창하게 된다. 공자의 덕치는 統治者에게는 도덕을 갖춘 君子를 요구하고 百姓들에게는 예를 지키기 위한 덕목인 仁의 실천을 요구하게 되어, 그의 덕치는 君子에 의한 德治 내지 人治주의와 仁의 실천 공행을 그 내용으로 한다.

그의 德治思想을 대표하는 말로는 論語 爲政篇에 나오는 “道之以政 齊之以刑 民免而無恥 道之以德 齊之以禮 有恥且格”이 인구에 회자된다. 法治로는 사람들이 부끄러운 줄을 모르므로 德으로 이끌고 禮로 다스려야만 한다는 것인데, 그는 여기에서 統治者는 반드시 품격이 있는 君子라야 한다는 君子論을 제기한다. 원래 君子는 諸侯.國君之子.公子.등의 貴族을 가리키거나 主人.丈夫를 지칭하는 용어로 사용되었다.²⁶⁾ 즉 貴族계급을 나타내는 용어에 불과했다. 그런 君子라는 말이 孔子의 論語에서는 사회적인 貴族계급보다 도덕적인 인격을 구비한 사람을 지칭하는 독특한 용어로 둔갑한다. 이것은 孔子가 도덕적인 君子에 의한 禮治思想을 주장한 단적인 예로서, 부국강병만을 생각하는 제후대신에 도덕군자가 統治者가 되어 계속적으로 禮治주의를 실현하여야 한다는 德治주의 내지 人治주의적 政治思想을 표현한 것으로 보인다.

한편 孔子는 禮와 관련하여 仁을 거론하는데, 이 仁이라는 개념은 禮治사상을 강화하는 과정에서 등장하는 새로운 의미의 용어이다. 그 전에도 仁이라는 글자가 없었던 것은 아니며 春秋左傳에도 33회나 나온다. 그러나 孔子의 論語에는 仁자의 등장회수가 104회나 되어 74회 밖에 등장하지 않는 禮자보다 비중이 높다. 그러나 仁이 구체적으로 어떤 의미를 가졌는지 한마디로 정의를 내리기 힘들다. 다만 孔子가 仁을 묻는 제자에게 “克己復禮爲仁”이라고 설명한 것이나 “人而不仁如何禮”라고 한 것을 論語에서 찾아 볼 수 있는 것을 보면 禮와 仁은 관련이 깊은 개념이 분명하며, 적어도 仁은 禮를 통할하거나 禮에 나아가기 위한 전제가 되는 덕목인 것을 짐작할 수 있다. 孔子가 이러한 仁을 貴族뿐 아니라 모든 庶民들도 갖추어야 하는 규범으로 장려한 것은, 道德君子에 의한 덕치가 실현되려면 백성들도 仁을 먼저 실행하여 君民上下가 화합해야 한다는 생각에서 나왔다고 생각된다. 즉 전통적인 禮治思想을 강화시켜서 法보다 품격이 한층 높은 德과 禮로써 統治하는 德治思想을 시도했던 것을 알수가 있다. 이러한 德治思想은, 禮記 禮運篇에 나오는 것처럼 理想적인 大同세계는 포기할 수 밖에 없다고 판단한 孔子가, 현실적인 입장에서 보다는 小康세계를 세우고자 내놓은 정치 처방이기도 하다.

원래 법을 집행하는 벼슬인 小司寇에서 정치생활을 시작한 그는 법의 보충적 기능을 잘 알고 있으므로 전통적인 예치주의에 따라서 법의 필요성을 인정한다는 점에서 종래의 禮治

26) 양계초, 전계서, 46면.

사상가들과 일치되며, 이 德主刑輔 내지 禮主刑輔사상은 그를 추종하는 유가의 전통이 되어 후세의 중국역사에 크게 영향을 미친다.

나. 孟자의 王道思想

孔자의 禮治思想은 孔子사후 백여년 뒤에 태어난 孟軻에 의하여 계승발전된다. 孟子는 당시의 제후들이 입으로는 民本정치를 내세우면서도 사실은 부국강병만을 추구하는 것을 비판하면서, 霸道를 버리고 王道로 나아갈 것을 강조한다. 그는 전통적인 禮治 내지 德治思想을 옹호할 뿐 아니라 孔자의 仁思想을 더욱더 철저히화시켜 王道정치를 주장했다. 그는 性善說을 바탕으로하여 孔자의 君子에서 한걸음 나아가서 “惟仁者宜在高位”와 “不以仁政 不能平治天下”를 내세우고²⁷⁾ 人治와 仁政으로 하는 왕도정치의 필요성을 역설하여, 法治思想이 아니고 禮治思想을 기본으로한 王道와 德治에 의한 난세의 통일을 주장한 점에서 孔子보다 더 이상 주의적인 禮治思想家였다고 할 수 있다.

또 그는 전통적인 禮治思想에 비교하여 禮보다는 德을 앞세우고 利보다는 義를 더 강조한 점에서 완벽한 禮治주의자였다. 그는 왕도정치의 이념에 따라 “民爲貴 社稷次之 君爲輕”(盡心下)과 “君有大過則諫 反復之而不聽 則易位”(萬章下)에서 출발하여 과감하게 暴君放伐論으로 民本주의를 크게 선양한 점에서 가장 비현실적인 禮治主義者였다고 할 수 있다.

다. 荀子の 禮治思想

性惡說에서 시작하는 荀子는 孟子와는 달리 가장 현실주의적인 禮治思想가로서 그는 禮論을 완성하여 儒家의 法思想이 여기에서 정립되었다. 인간의 本性은 惡하므로 禮로서 교화하여야 한다는 “化性而起僞”는 그의 人性論이면서 동시에 禮治思想의 출발점이다.²⁸⁾ 그의 法思想은 전통적인 儒家의 禮治주의에 입각하면서도 질서유지규범인 禮와 法の 기능을 직시하여 현실적인 禮治주의를 주장하였다. 그는 “治之經 禮與刑 君子以修百姓寧”이라하여 질서규범인 예와 형을 함께 이용한다는 입장으로 일관하고 있다.²⁹⁾ 그리하여 儒家의 禮論은 荀子에 와서 현실적인 질서규범으로 정립되어 禮治思想이 여기에서 완성된다.

그가 儒家들은 秦나라에 들어가지 않는다는 儒者不入秦의 전통을 무시하고 秦나라에 출입한 것이나, 先王을 존중한다는 孟자의 法先王에 대하여 法後王을 주장한 것도 그의 현실주의적 禮治思想에서 나온 것이며, 그의 제자인 韓非와 李斯가 모두 法治思想가로서 대성한 것을

27) 「孟子」, 離婁上

28) 人之性惡 其善者僞也.....故聖人化性而起僞 僞起而生禮義. 「荀子」, 性惡篇

29) 「荀子」, 成相篇

보더라도 그가 孟子와는 달리 극히 현실을 중시하여 예와 형의 병용을 주장한 실용주의자였음을 알 수 있다.

제6. 法治思想의 發展

가. 法家の 成立

法治思想이란 국가의 통치수단으로 法治를 주장하는 法思想을 통칭한다. 선진중국사회는 禮治의 전통에 따라 예를 기본규범으로 하는 禮法並用的 특색을 지니므로 비록 법의 公布나 立法活動이 춘추시대에 외부적으로 대두해도 당장에 禮를 포기하고 法만으로 질서를 지키자는 주장이 제기되기 까지에는 상당한 시간이 걸리었다. 따라서 初期의 法治사상은 法이 禮와 동등하거나 또는 禮보다 우선적으로 적용되는 것으로 만족할 수 밖에 없었다.

이러한 초기의 법치사상을 주장한 最初의 法治思想家는 과연 누구인가. 현재 남아 있는 제자백가서 중에서 法治에 대한 최초의 기록은 춘추시대의 管子의 任法.七法.法法등의 諸篇에서 찾아볼 수 있다.³⁰⁾ 춘추시대에는 法이라는 것이 주로 刑을 의미하였는데 管子書에서는 벌써 질서규범으로서의 法이라고 볼 수있는 法治개념이 등장한다. 그러나 춘추시대에 齊의 집정대신이었던 管仲의 저서로 알려진 이 管子의 많은 부분이 사실은 管仲이 죽은 뒤인 전국시대에 성립된 작품으로 보인다는 것이 통설이므로, 그를 法治思想의 開祖로 보는 것은 무리다.³¹⁾

그렇다면 鑄刑書의 주인공인 鄭의 子産으로 잡을 수 밖에 없다고 본다. 子産이 집정대부가 되기 전부터 法治를 주장한 것은 아니지만 그가 집정당시에 禮法並用的 폐단에서 국민을 구제하기 위한 방법으로 鑄刑書를 택한 것은 禮보다는 法으로 질서유지의 기본규범으로 삼겠다는 소박한 초기 法治思想의 嚆矢로 볼 수 있다. 이렇게 법에 의한 정치를 선호하는 일파를 보통 法家라고 지칭하는데, 鄭나라에서는 子産의 鑄刑書사건 이후에 다시 鄧析의 竹刑을 통하여 새로운 입법풍토가 조성되었고, 鄧析의 竹刑이 駟顯에 의하여 鄭나라의 법으로 채택되면서 자산의 형서가 등석의 죽형으로 개정되어 初期法治思想이 당시의 鄭나라를 풍미한 사실을 부인할 수는 없다. 따라서 고대중국에서 法家思想이 움튼 장소는 바로 鄭나라로 지목되며, 이 法家の 法治사상은 전국시대에 더욱 발전하여 제후들의 관심을 불러일으켰고, 실

30) 양계초, 전게서, 132면.

31) 管仲의 주장이 분명하다고 인정되는 四維不張 國乃滅亡(史記.管晏列傳), 何爲四維 一曰禮 二曰義 三曰廉 四曰恥(管子.牧民篇)에서 禮義廉恥를 나라의 四維라고 하면서도 法에 대해서 언급하지 않은 것을 보더라도 그를 法治思想家로 분류하는 것은 곤란하다.

제로 秦나라가 中國을 통일할 수있는 이론적 기틀을 제공하게 된다.

나. 초기의 法治思想家

앞에서 살펴본 바와 같이 이 시대에는 法보다는 禮가 일차적인 질서규범으로 인정을 받았다. 비록 와해과정에 있기는 했지만 세습적 貴族제도가 존속되었고 따라서 貴族층의 질서규범인 禮도 질서규범으로 기능을 계속하고 있었다. 물론 지역에 따라서 정도의 차이는 있겠지만, 이러한 禮法並用の 현상은 秦의 통일시기까지 古代中國에서는 거의 공통적이었다고 하겠다. 따라서 이 시대의 법가의 통치사상인 法治思想은 禮主刑輔적인 禮治思想을 수정하여 法을 禮와 동등하게 질서규범에 포함시키어 禮法並用하는 것으로 첫째 목표를 삼는 것이므로, 기존의 禮를 폐기하고 法만으로 統治하자는 것이 아님을 주의할 필요가 있다.

이러한 초기의 法家思想이 보다 공개적으로 활동을 개시한 것은, 魏의 文侯의 신하인 李悝(B.C.455-395)의 저술인 法經이 등장하면서 부터이다. 李悝의 法經은 中國최초의 체계적인 法典으로 주목을 받고 있는데, 그는 제국들의 현행법들을 참조하여 法을 以罪統刑의 방식으로 1)盜法.2)賊法.3)囚法.4)捕法.5)雜法.6)具法の 六篇으로 체계적으로 분류하여 후세 법전의 모범이 되었다.³²⁾ 비록 法經이 항목만 전해오고 그 자세한 내용을 알 수가 없으나 刑法과 刑事訴訟法 및 行刑法 위주의 법전으로 추측되고 중국 최초의 법전으로 보기에 손색이 없다 하겠다. 李悝는 變法을 통하여 貴族의 世卿世祿制를 타파하고 食有勞而祿有功을 주장하여 信賞必罰을 기본으로 법치주의의 정착에 노력하였다.

李悝의 이러한 法治思想은 衛人 吳起(B.C.440-381)에 의하여 楚나라에서도 계승시행되었는데, 그는 變其故而易其常을 주장하여 損其有餘而益其不足의 원칙하에 變法을 단행하였다. 그는三世가 지나면 귀족의 世卿世祿을 환수하고, 無能不急官吏의 감원, 貴族의 強制移住, 병력증강정책을 강행하여 부국강병책으로 楚의 悼王의 신임을 10년동안 받았으나, 悼王이 죽자 구귀족세력에 의하여 살해되고 만다. 韓非가 “楚不用吳起而削亂 秦用商君而富強”이라고 평을 한 것을 보면 吳起의 변법정책은 본격적인 법치주의에 입각한 부국강병책이었던 것 같다. 이러한 초기法家の 變法思想은 商君을 통하여 효과적인 결실을 맺게 된다.

다. 慎到와 申不害

慎到(B.C.390-315)와 申不害(B.C.385-337)는 전국시대에 활약한 대표적인 法治思想家로

32) 「晉書」 刑法志에 의하면 “商君受之以相秦 漢承秦制 蕭何定律 除參夷連坐之罪 增部主見知之條 益事律與廐戶三篇 合爲九篇”이라 하여 이 법경이 中國역대의 법전의 모체임을 인정한다. 실제로 漢高祖의 宰相인 蕭何(- B.C.193)는 法經의 六法에 다시 7)戶律.8)興律.9)廐律의 三律을 첨가하여 漢의 法典으로 삼았다.

서 法治이외에 勢와 術의 필요성을 역설한 것으로 이름난 인물들이다.

慎到는 趙國人으로 楚나라에서는 太子傅로서, 魯나라에서는 장군으로서 벼슬을 한 문무를 겸전한 법치사상가로서 齊의 宣王에게 벼슬을 하였고, 慎子 42편을 저술했다고 전해지나 현존하는 것은 7篇뿐이다. 그는 “法者 所以齊天下之動 至公大正之制也”라 하여 법의 공평타당성을 밝히고, “定賞分財必由法”로서 법치사상가 임을 자처하였다. 다만 그가 통치자의 조건으로 威勢의 중요성을 강조한 점을 들어서 重勢의이고 君主獨裁的인 법가사상가라고 하나, “法雖不善 猶愈於無法”으로 보면 철저하게 법에 의한 통치를 주장한 대표적인 법치사상가로 알려져 있다.

申不害는 鄭國人으로 韓의 昭侯에게 기용되어 한 때 韓나라가 國治兵强하다는 말을 듣게 하였고, 저서로는 申子 6篇이 있었으나 지금은 大體篇만 전해지고 있다. 그는 “法者 見功而與賞 因能而受官 今君設法度而聽左右之請 此所以難行也”라 하여 법치를 주장하되 측근의 청탁을 물리쳐야만 한다고 하여,³³⁾ 君이 백관을 조종하는 君人南面之術을 터득해야만 법치다운 법치가 가능하다고 주장한 까닭에 重術의이고 人治主義的인 법가사상가로 부른다. 韓非가 “申不害言術 而公孫鞅爲法”이라고 평한 것을 보면 그가 법치주의자이면서도 신하를 잘 거느리는 군주의 用人術을 매우 강조한 사실을 알고도 남음이 있다.

라. 商君의 變法思想

商君(B.C.390-B.C.338)은 원래 衛國人으로 姓은 公孫氏요 名은 鞅인데 秦의 孝公에 의하여 商邑에 封해진 까닭에 商君 또는 商鞅이라 부른다. 젊어서 魏國에서 이회와 오기의 法治思想을 배운뒤에, 이회의 법경을 휴대하고 秦의 孝公을 찾아가 부국강병에 대한 法治주의의 효용성을 강조하다가 그에게 중용되기에 이르렀고, 실제로 그는 法治주의를 도구로 하여 孝公을 도와서 秦의 부국강병정책을 실현시키는데 크게 이바지하여 그 공로가 인정받아 商君에 봉해졌다.

그는 효공의 소원인 부국강병을 달성하고자 유명한 變法을 2차에 걸쳐 실행하여 “禮法以時而定 制令各順其宜”라는 그의 變法更禮주장을 현실에 그대로 시행하였는데, 禮와 法이 같이 등장하는 것을 보아 그도 법 이외에 예가 규범으로 필요하다는 초기 法治주의 思想家임을 알 수가 있다. 그러나 그가 B.C.359년의 제1차 變法에서 連坐法을 시행하여 법의 준수를 강행한 것과 燔詩書에서 유가의 서적인 詩書를 최초로 禁書조치한 것은 모두가 예보다는 법을 우선 순위에 놓고서 국가를 統治하여 단시간에 부국강병을 이루고자 한 의도로 볼 수 있다.

33) 「韓非子」, 外儲說左上篇에 韓昭侯와 申不害의 問答內容이라고 引用하고 있다.

이 商君의 변법은 貴族계급의 世卿世祿을 없애고 사회특권계급을 철폐하는 法治의 실현에 공헌한 점은 있지만 오로지 부국강병만을 강조한 나머지 서민과 貴族들로 부터 미움을 샀으며 효공이 죽자 사형을 당하고 만다. 그러나 그의 法治는 실제로 秦의 국력을 신장시켜 진시황의 中國통일을 가능하게하는 토대를 만들어 주었고 이로서 法治주의가 禮治주의보다 부국강병에 보다 효율적인 統治방법임을 역사적으로 입증했던 사실은 부인할 수 없다.

마. 韓非의 法治思想

전국시대에 위세를 떨친 法家の 法治思想은 韓의 韓非에 의하여 완성되었다. 그는 禮를 폐지하고 오로지 法만 의지하여 統治할 것을 주장한 진정한 의미의 法治思想가로서 商君까지의 禮法並用式의 초기 法治思想가들이 정치에 직접 간여한 것과는 달리 단순히 법학자의 신분으로 저술만으로 그친 점에서 구별된다.

그는 원래 禮治주의를 완성한 荀子의 제자이었으나 法治주의자로 변신하면서 法律萬能主義者의 면모를 보인 인물이다. 그는 荀子의 性惡說에서 출발하여 人人皆挾自爲心하므로 “治民無常 唯治以法”을 주장하여 “不務德而務法”으로 오직 法만을 질서규범으로 인정하는 철저한 法治思想을 정립한다. 그는 儒家의 德治 내지 인치를 배격하고 重罰厚賞으로 統治하는 것이 부국강병에 효과가 있음을 믿었다. 비록 그가 李斯의 시기질투를 받아서 요절하였으나 그의 法治思想은 춘추이후에 발전해온 法家の 法治思想을 완성하여 秦나라에 통일작업의 이론적 기초를 제공한 점에서 이후의 中國法思想에 미친 공적은 지대한 것으로 평가된다.

제7. 結 語

以上으로 간단히 古代中國의 法思想史에서 禮治의 전통이 禮刑並用을 거쳐 法治의 출현으로 변천되는 과정을 살펴보았다. 우리는 이러한 法思想의 변천을 고찰함에 있어서 古代國家形態의 변화가 초래하는 시대적인 여건이 그때 그때의 法思想에 영향을 준다는 사실을 알 수 있었다. 夏殷의 시대에는 씨족 내지 부족국가 형태이었던 관계로 家族中心의 禮만 가지고서도 정치하는데 큰 어려움이 없었다. 그러나 周대에 와서는 사람이 많아지고 부족이 늘어나 부득불 封建제도와 宗法제도를 결합한 정치제도를 기반으로 禮治주의로서 겨우 삼백년을 버티었다. 그러나 인구의 증가와 신분제도의 붕괴로 계급간의 차등을 우선으로 하는 禮에 의한 정치제도가 한계에 부딪치고 만다. 즉 庶民층의 수적 증가가 우세해진 반면에, 貴族은 종법제도로 말미암아 小宗은 계속하여 庶民으로 편입되므로 그 수효는 제한되고, 부국강병

의 요청에 따른 새로운 知識階級の 출현 및 그들의 정계진출로 인한 관료계급의 강세로 전통적 신분계급의 한계가 모호해지면서, 제후들은 많은 서민을 평등하게 統治하는 보다 강력한 法の 효율성에 더 매력을 느끼게 된 것이다. 즉 諸侯는 貴族계급의 기득권을 인정하는 전통적인 차별성에 입각한 禮治보다는 전국민을 평등하게 法으로 統治하는 것이 국력증강에 실효적인 정책임을 알게되자, 전통적인 禮治思想을 버리고 法治思想을 취하는 경향을 띄게 된 것이다. 춘추말기에 鄭나라의 子産이 法을 公布하면서 시작된 법치사상은 먼저 鄭나라에서 鄧析의 입법운동을 유발하여 법치사상의 발전은 먼저 鄭나라에서 시작되었다. 그후로 秦나라를 위시한 각국이 법가를 등용하여 부국강병의 실효를 거두어 법치사상의 효용성은 사실로 증명되었고 결국은 법가의 상군과 이사 및 한비의 법치주의를 채택한 秦이 통일을 이루게 된 것은 다 아는 사실이다.

이처럼 각 시대의 法思想은 그 시대적인 여건에 따라 변화하고 발전하며 또한 시대적인 요구에 부응하여 새로운 法思想이 생성되기도 한다는 역사적 사실을 여기에서 다시 한번 확인할 수가 있다. 즉 춘추말기에 孔子가 비록 禮治思想을 보강하여 전통적인 禮治思想을 부흥시키고자 고군분투하였으나 당시의 大勢가 이를 수용할 수 없었기 때문에 결국 천하통일은 法治주의자의 손에 의하여 이루어졌던 것이고, 반대로 漢나라는 이미 통일된 국가이었으므로 각박한 法治보다는 너그러운 德治를 선호하기에 이르러 이 때에 비로소 孔子의 禮治가 공식적으로 채택되었던 것이다. 그러나 漢나라 이후에 역대 중국의 왕조는 형식적으로는 德主刑輔의 儒家思想을 국가統治철학으로 표방하였으나 거대한 국토안의 수많은 국민을 등급을 기본질서로 하는 禮를 가지고 統治하기에는 부적당하였으므로 실제로는 평등성을 기조로 하는 法の 실질적인 활용이 불가피하였다는 점을 상기할 필요가 있다.

춘추시대를 거쳐 전국시대에 이르는 혼란기인 先秦시대에 中國대륙에서 꽃 핀 諸子百家, 그중에서도 儒家와 法家の 禮治와 法治에 대한 논쟁은, 中國法思想의 源流이면서 동시에 大宗에 해당한다고 하여도 과언이 아닐 것이다. 秦나라가 법가의 法治思想을 의지하여 中國을 통일한 것은 法治思想의 실용성을 입증한 역사적 사실이며, 이후에 漢나라가 禮治思想을 국가정치원칙으로 등장시키지만 그 내용은 이미 先秦시대의 禮治思想을 재현하는 것에 지나지 않는 것이다. 즉 古代中國의 禮治와 法治의 統治思想은 秦을 거쳐서 후대의 中國역사에서 계속하여 통치사상의 주류로 이어져 내려갔으며, 中國의 대표적인 法思想으로 인정되고 있다. 따라서 古代先秦의 法思想들의 내용이 그대로 中國 二千年의 法思想내용을 대변한다고 볼 수가 있다.

參考文獻

- 四庫全書
- 梁啟超, 先秦政治思想史, (中華書局, 1936).
- 燕國材, 先秦心理思想研究, (湖南人民出版社, 1981).
- 黃公偉, 法家哲學體系指歸, (臺灣商務印刷館, 1983).
- 趙宗正外編, 管子研究, (山東人民出版社, 1987).
- 李篤才, 中國古代人物法律思想論點注釋, (天津古籍出版社, 1989).
- 邱衍文, 中國上古禮制考辨, (文津出版社, 1990).
- 張國華, 中國法律思想史新編, (北京大學出版社, 1991).
- 游喚民, 先秦民本思想, (湖南師範大學出版社, 1991).
- 金谷 治, 管子研究, (岩波書店, 1987).
- 張庚鶴, 法學通論, (法文社, 1984).
- 李恒寧, 法哲學概論, (博英社, 1985).
- 崔鍾庫, 法學通論, (博英社, 1987).
- 黃山德, 東洋古代의 法思想, (서울大 法學제7권제1호, 69-88쪽, 1965).
- 池教憲, 古代中國에서의 法治의 擡頭와 管子的 法治思想, (清州教大論文集, 1983).
- 尹絲淳, 朝鮮朝 禮思想의 研究, (檀國大 東洋學제13집, 1983).

