

周나라 禮治主義 法思想의 變遷

黃 鉦 源*

The Principle of Legal System in Zhou Dynasty, Rule of Ethic.

Jung—Won Hwang

제1. 序 論

1. 禮

法思想史의 흐름에서 中國이 東洋 法思想史에서 차지하는 위치는 매우 중요하다. 우리나라를 비롯하여 日本과 東南亞 諸國의 法思想이 多少間에 中國의 그것에서 영향을 받았고, 넓게 보면 東亞細亞는 같이 漢文文化圈에 포함되기 때문에 中國 法思想史의 연구가 先行하는 것이 순서라고 하겠다. 특히 우리나라 처럼 古代 法律制度에 관한 기록이 거의 없는 국가에서는 中國의 法思想을 조사하여 그것을 間接資料로 활용하는 수밖에 없는 형편이다.

흔히 서로 다른 文化들을 比較研究 할 때에 各文化에서 가장 獨自의인 特徵을 찾는 데서 시작하는 것이 일반적이다. 中國 法思想史를 연구하는 方法도 이와 같이 가장 中國的인 獨特한 法思想을 찾아내는 것이 출발점이 되겠는데, 우리는 中國의 전통적인 法思想에서 <禮>라고 하는 독특한 秩序規範을 쉽게 찾을 수 있다. 中國의 禮는 원래 原始農耕社會의 血緣關係에서 시작한 宗法制度에서 발전된 秩序規範으로 親親과 尊尊이 그 기본정신이 되어 있다.

인류의 古代사회에 존재했던 法律들은 대개 그들이 信仰하는 神들로 부터 傳受받았다는 이른바 神授法의 성격을 담고있다. 古代문명의 발상지인 메소포타미아, 이집트, 印度의 古代法에 얽힌 설화가 모두 神의 意志를 法의 源泉으로 삼는 내용을 가졌다는 점에서 同一하다. 즉 이들 古代法은 그 正當性의 根據를 神에서 찾았으니, 神과 人間과의 相互關係가 당시의 가장 중요한 哲學的인 問題였다. 그러나 中國의 古代法에 관한 限은 이러한 神意 내지 神授에 대한 전설이 전혀 없는데, 中國인들은 男子중심의 家父長制度가 성립되자 血緣關係의 親疎와 遠近과 老小에서 발생한 자연스런 親親과 尊尊을 질서유지의 원칙으로 삼고, 이 宗法制를 家族에서 國家로 확대하였다. 이러한 現象은 古代法의 發生根據에 관한 說話가 대부분 神授法에서 시작한다는 普遍的인 현상에 대하여 독특한 例外로 볼 수 있다.

즉 中國에는 멀리 農耕社會부터 大家族의 구성원 사이에 성립된 秩序意識을 바탕으로 하는

* 韓國海洋大學校 人文社會科學大學 法學科 副教授, 法學博士

이른바 禮라고 불리는 독특한 行動規範이 존재했는데, 中國式의 禮가 언제 어떻게 發生하여 어떤 이유로 近代에 이르도록 存續해 왔는가에 대한 解答은 그렇게 간단하지가 않다. 다만 歷史學者들이 이야기 하듯이 古代 中國社會가 農耕社會였으므로 勞動力을 확보하고자 大家族制度가 필요했고, 家族關係를 유지하면서 그 결속을 위한 필요에서 家族倫理인 “親親” “尊尊”을 기초로하는 禮의 體系가 형성된 것이라고 보는 것이 一般的인 해설이다. 생각컨대 西周의 이전에 있었던 夏殷에도 각각 나름대로의 秩序規範이 존재했다는 것은 의심할 여지가 없지만 그 내용을 상고할 만한 확실한 자료가 없으므로, 기록이 남아있는 西周의 禮를 중심으로 中國 古代社會의 禮制를 연구하기 시작할 수밖에 없다.

2. 禮治의 傳統

古代 中國에서 禮라고 불리던 秩序規範이 일차적인 行爲規範의 役割을 담당했다는 사실을 인정할 수 있는데, 그렇다면 이 禮의 發生時期와 內容에 대한 자료들을 찾아 볼 필요가 있다. 禮에 관한 언급으로 中國의 古代文典에서 찾을 수 있는 것으로는 「尙書」의 虞書·舜典에 나오는 “五禮를 지킨다(修五禮)”와 “朕의 三禮를 管掌한다(典朕三禮)”라는 글이 아마도 最初의 기록인 것 같다.¹⁾ 이에 의하면, 전설상의 나라인 虞나라에도 五禮와 三禮가 행해졌었다는 사실을 추측할 수 있으나, 다만 그 구체적인 資料를 찾을 수가 없어 그것이 吉禮, 凶禮, 賓禮, 軍禮, 嘉禮를 가리키는 것으로 추측을 할 뿐이다. 그 후 夏殷시대의 禮도 구체적으로 어떤 것인가는 추측만 가능할 뿐이니, 孔子가 “夏나라의 禮를 내가 말할 수 있지만 杞나라에 資料가 부족하여 증명할 수 없고, 殷나라의 禮를 내가 말할 수 있지만 宋나라에 그 資料가 부족하여 증명할 수 없다. 그 文獻이 부족하기 때문이다. 文獻이 충분하면 내가 증명할 수 있다”고,²⁾ 한 것이 這間의 사정을 잘 말해 주고 있다.

이른바 禮의 내용을 명확하게 알 수 있게 된 것은 西周의 法思想家인 周公의 공적이라고 볼 수 있으니, 그의 主導下에 西周의 行爲規範인 禮가 「周禮」와 「禮經」으로 정리된 것이다.³⁾ 그는 「周禮」에다 治體六官 分職三百六十의 官吏制度의 조직과 작용을 상세히 정하였고, 「禮經」에는 가족과 사회생활을 대상으로하는 자세한 내용의 禮儀凡節(呼稱三百 威儀三千)을 정리하였다. 물론 이외에도 古代 中國의 禮와 禮治思想을 연구할 만한 資料가 많이 있으니, 후세에 五經이라고 부른 「尙書」, 「詩經」, 「周易」, 「禮記」, 「春秋」와 諸子百家의 「管子」, 「論語」, 「孟子」, 「荀子」, 「韓非子」 등이 그것이다. 우리는 이러한 中國 古代에 속하는 외국서적을 資料로하여 中國의 禮에 대한 탐구와 그것을 바탕으로 하는 우리 古代 法思想의 추적을 진행할 수밖에 없다.

1) 尙書중에서 虞書와 夏書는 후세에 지은 것이라고 하면서 그 내용을 불신하는 견해도 있다. 游喚民 「先秦民本思想」, 中國 湖南師範大學出版社, 1991.9面

2) 夏禮吾能言之 杞不足徵也. 殷禮吾能言之 宋不足徵也 文獻不足故也. 足則吾能徵之矣. 「論語」, 八佾篇

3) 禮에 대한 고대 중국의 기록으로 일반적으로 三禮를 드는데, 三禮는 西周의 초기에 周公이 편찬했다고 전해지는 「周禮」와 「禮經」, 그리고 前漢시대에 儒家의 제자들이 편찬했다고 하는 「禮記」가 그것이다. 「周禮」는 일명 「周官禮」라고도 하며 주왕조의 統治조직과 작용을 정한 公法을 내용으로 하고, 「禮經」은 일명 「儀禮」라고도 하며 백성의 冠婚喪祭등의 일상적인 의례를 정한 것으로, 모두 周初의 禮가 어떤 것인가를 보여주고 있는 자료로 가치가 있다. 그러나 「禮記」만은 西周時代의 禮만을 다룬 것이 아니고 孔子이후로 儒家에서 펼친 禮論을 해석 보완한 논문들을 집대성한 이론서로서 그 내용이 주로 春秋戰國시대의 禮를 설명한 것이 많고 특히 「禮經」을 번잡하게 해설한 것이 많다.

3. 禮와 刑의 並存

古代 中國에도 秩序規範의 代名詞인 刑法, 즉 〈刑〉이 따로 존재했었다. 그러나 親親尊尊의 禮治가 전통인 古代 中國에서 刑法은 처음부터 禮를 補助하는 정도의 役割만 하는 副次的인 規範에 불과했다. 즉 古代 中國에서 法이라고 하는 것은 刑罰에 관한 規範인 刑法을 지칭하므로 그 적용범위가 한정되어서 禮보다 狹義의 秩序規範이었다. 法에 관한 最古의 기록으로는 文王, 周公 두 父子의 글이라고 전해오는 彖辭와 爻辭를 모은 「周易」 64卦 중에서 火雷噬嗑卦는 獄事를 利用하는卦로서 그 爻辭中에는 刑罰의 종류가 등장한다.⁴⁾ 또 「尙書」의 虞書, 舜典에서 舜임금의 치적에 “典刑을 보여주되, 五刑을 流配로 너그럽게 처리하고, 채찍으로 官刑을 삼고, 회초리로 教刑을 삼고, 罰金으로 贖刑을 삼았다.”고 하여 刑이 政治道具로 등장했다는 기록이 있다.⁵⁾ 그런데, 舜임금이 또 臯陶에게 “蠻族과 夷族이 나라를 어지럽히고 여러 가지 범죄를 저지르니 그대가 法官이 되어 五刑을 집행하라”고⁶⁾ 지시한 글과, 同書 大禹謨에 “五刑을 밝혀서 五教를 도운다(明于五刑 以弼五教)”는 구절과 함께 「春秋左傳」 僖公25년에 보면 “德으로 中國을 부드럽게 교화하고, 刑으로 주위의 異民族에게 威嚴을 보인다(德以柔中國 刑以威四夷)”고 한 자료들을 종합해 보면 中國인이 아닌 四方의 異民族이나 戰爭捕虜에게만 적용하기 위하여 만든 것이 刑法인 것을 알 수 있다. 이처럼 처음에는 外國인과 戰爭奴婢에게 적용했다는 五刑이 法의 全部이었던 것 같고, 당시의 五刑에는 肉刑의 종류만 있을 뿐이고 犯罪의 종류나 내용을 자세히 기록한 것이 없다.⁷⁾ 이 刑이 그 뒤로 軍隊에서 軍律로 사용하다가, 다시 庶民의 犯罪行爲에도 확대 적용되는데, 고대에는 兵과 刑이 분리되지 않았던 사실을 감안하면 당연한 推移라고 하겠다.

法思想史的으로 보아 時代가 변하면서 刑法의 내용이 점점 풍부해지고, 그후 秦나라에서는 法治사상의 風靡로 禮를 廢止한 적도 있었지만, 秦의 패망으로 法治의 단점을 확인한 漢나라 이후로 禮主刑輔의 原則이 고정되어, 近代까지 一次的인 規範인 禮를 보조하는 二次的인 秩序規範이라는 지위를 벗어나지 못 했다.

제2. 西周의 法思想

1. 禮治主義 傳統

夏殷周를 통하여 古代 中國法의 특색은 禮治主義로 일관하여 왔다는 점이다. 禮治主義는 禮

- 4) 周易의 彖辭는 文王이, 爻辭는 周公이 각각 지었는데, 噬嗑卦의 彖辭에 “利用獄”, 그리고 爻辭에 “初九, 履校滅趾 六二, 噬膚滅鼻, 上九, 何校滅耳”라는 肉刑의 종류를 열거하고 있다.
- 5) 象以典刑 流宥五刑, 鞭作官刑, 扑作教刑, 金作贖刑.
- 6) 帝曰臯陶, 蠻夷猾夏 寇賊姦宄 汝作士 五刑有服 五服三就
- 7) 고대의 五刑은 흔히 墨刑, 劓刑, 剕刑, 宮刑, 大辟이라는 肉刑을 가리킨다. 西周시대에 와서도 이 五刑이 기본이었으나, 西周 中期의 呂刑에 보면 “五刑에 속하는 것에 三千가지가 있다(五刑之屬三千)”고 하여 肉刑인 五刑에 해당하는 犯罪의 종류가 증가하는 경향을 볼 수가 있고 한편으로 贖刑이 일반화 된다. 그후 五刑의 내용이 변화가 있었으며, 隋나라 開皇律에서 笞刑, 杖刑, 徒刑, 流刑, 死刑의 五種으로 확립된 이후 淸末까지 계속 사용했다.

라는 이름의 秩序規範, 즉 身分制度를 전제로 하는 身分上的 差等を 인정하는 不平等規範을 일차적인 사회의 行動規範으로 하여 통치하는 法思想이다. 특히 西周의 禮는 “親親尊尊”의 家父長社會의 家庭원칙이 그대로 社會원칙으로 확장된 規範체계이니, 貴族과 庶民의 차별이 있는 身分社會라는 中國土壤에서 자라난 독특한 法制度이다.

역사학이 밝힌 바에 의하면 夏商時代의 中國은 農耕文化에 속하는 氏族社會 내지 部族연맹 社會의 형태를 벗어나지 못하였다고 한다. 그러나 사람이 무리를 지어 생활하는 社會생활에는 어떤 형태이건 統治행위가 존재하므로, 이 時代에도 統治권을 행사하는 소수의 支配계급이 형성되어 있었을 것이다. 「尙書」 堯典의 앞부분에 나오는 “九族이 화목하자 百個의 姓을 下賜했다. 百姓이 밝게 다스리면 萬邦이 서로 화합하여 黎民은 변화된 미풍양속에 따라 화합한다”고⁸⁾ 한 글에서, 梁啓超는 “平章百姓”을 鄭玄의 註釋을 따라서 百個의 姓을 下賜한다는 뜻으로 새겼다.⁹⁾ 즉 群臣의 姓氏는 天子가 下賜하는 것인데 姓을 받은 氏族들은 貴族階級을 형성하므로 이 기록은 中國 역사상 貴族階級이 처음 생긴 것을 설명한 것이라 하면서, 그는 이미 堯가 政治하던 때부터 貴族과 庶民의 구별이 있었다고 보았다.¹⁰⁾ 이러한 身分계급의 분화로 上下계급을 인정하는 差等性에 기초한 行爲規範이 생기고 그 내용이 점차 풍부해지면 社會規範으로 정립된다. 夏나라와 殷나라에 禮가 있었다면 그 내용도 이런 差等の 원칙에서 엮어진 내용을 가졌을 것으로 짐작이 된다.

周公이 세운 西周의 法체계도 夏殷의 그것과 크게 다르지 않다고 해야 할 것이다. 다만 後述하는 바와 같이 그는 親親과 尊尊을 禮의 근거로 하여 宗法制度和 封建制度를 국가기본정책으로 한 점에서 夏殷의 禮와 구별이 된다. 한편 그는 종래의 政治와 행정과 사법에 대한 제반 조직과 작용에 관련된 規範을 정리하여 「周禮」를 편찬하고, 吉凶事를 중심으로 하는 禮儀凡節에 대한 「禮經」을 제정하여 西周의 禮制를 후세에 전한 功이 있다.

2. 周公의 法思想

가. 明德慎罰과 以德配天

西周의 제반 政治制度는 文王에서 시작되어 周公에서 확립 되었으므로 당시의 法思想에 대한 淵源을 따지자면 먼저 文王부터 살펴보아야 하지만 우리는 그의 法思想에 대한 資料를 거의 찾을 수가 없는 형편이다. 다만 「尙書」에서 周公이 文王의 政治철학이었다고 인용한 약간의 구절과 그가 지었다고 전해오는 「周易」의 象辭에서 그의 法思想을 막연하게 추리할 수가 있을 뿐이다.¹¹⁾ 그러나 사실상 西周의 建國作業을 주도한 周公은 先王인 文王의 뜻을 그대로 계승한 까닭에 文王의 政治사상과 法思想이 周公의 손을 빌려서 西周의 기본적인 政治사상 내

8) 九族既睦 平章百姓 百姓昭明 協和萬邦 黎民於變時雍. 「尙書」 堯典.

9) 鄭玄은 “百姓 群臣之父子兄弟”라고 해석하여 백성이 바로 귀족을 가리킨다 함

10) 梁啓超는 “平章百姓”의 “姓”字가 계집女邊의 글자이고 당시의 유명한 姓氏인 姚氏 姬氏 姜氏 등이 모두 女字에서 비롯된 글자인 점을 보아서 당시가 母系中心의 사회였다고 주장했다. 梁啓超 「先秦政治思想史」上海中華書局, 1936, 37면.

11) 惟乃丕顯考文王 克明德慎罰 不敢侮鰥寡 庸庸 卬卬 威威 顯民 「尙書」 康誥. 噬嗑 利用獄 「周易」

지 法思想으로 정착되었다. 周公은 文王의 말이라고 전해오는 한 두 구절의 法言을 金科玉條로 삼아서 그대로 통일국가인 周를 支配할 法律制度의 原理로 삼았던 사실을 감안한다면, 우리는 文王의 몇 句節에 불과한 이 法言들을 자세하게 살펴볼 필요가 있다 하겠다.

「尙書·康誥」에 나타난 글을 통하여 보면, 周公이 康侯를 훈계하는 부분에서 그의 父인 文王의 統治철학인 “德을 밝히고 刑罰을 삼가하라(明德慎罰)”는 구절을 인용한 것을 볼 수가 있는데, 文王이 明德慎罰에서 德字를 罰字보다 앞에다 두었다는 점을 보아서 政治의 요체는 <德>을 밝히는데 있다고 생각한 것을 추리할 수 있다. 文王이 政治의 수단으로 刑罰을 이용한 사실은 「周易」의 火雷噬嗑卦의 彖辭에서 “刑獄을 利用하는 것이 필요하다(利用獄)”고 한 것에서 찾아볼 수가 있는데 이러한 刑罰수단의 이용은 인류역사가 시작한 이후 동서를 막론하고 보편적인 현상이므로 특기할 것은 못 된다. 그러나 文王이 특별히 德을 존중한 明德慎罰을 강조한 사실을 周公이 康侯에게 환기시키는 의도는 그 중요성을 명심하라는 뜻이니, 우리는 文王의 法思想을 한번 고찰해 볼 가치가 있다. 과연 그가 말한 德의 내용이 무엇이며 왜 이런 德을 政治의 전면에 부각할 필요가 있었을까 하는 것을 살펴보면서 그의 法思想의 구조를 찾아 보기로 하자.

<德>의 의미에 대해서는 여러 가지 해석이 있다. 「春秋左傳」에 나타난 의미만 찾아도 謙讓(讓 德之主也(昭公11年)), 仁恕(恕思 以明德(襄公24年)), 恭敬(敬 德之聚也 能敬必有德(僖公33年)), 恤民(恤民爲德(襄公7年)), 寬民(唯有德者能寬民(昭公21年))으로 多義의이다. 즉 君主가 구비해야만 할 德目を 망라해서 德이라고 표현 하고 있는 것 같으며, 결국 百姓을 위하는 마음가짐으로 利民 내지 爲民의 정신이라고 할 수 있겠다.

<德>이 文王의 政治철학에서 기본원칙으로 강조된 理由에 대한 文王 自身の 설명이 없으므로 우리는 당시의 문헌에 나타난 周公의 해설과 法思想을 통하여 거꾸로 文王의 사상을 추리해 보는 方法을 사용할 수밖에 없다. 따라서 周公이 先王의 明德慎罰과 동시에 종래의 天命思想을 약간 修正하여 “德으로서 하늘에 配對한다(以德配天)”는 주장을 강조한 사실을 간과해서는 안 될 것이다. 이 以德配天을 周公이 주장하게된 時代적인 배경을 한번 살펴보면, 周가 殷을 멸망시키고 정권을 쟁취하게되자 “天이라는 上帝로부터 天命을 받아야만 天子가 된다”고 하는 天命說을 믿고 있던 당시의 中國사람들에게 周의 등장을 정당화할 이론이 필요하게 되었다. 즉, 종전에는 殷이 天命을 받아서 天子노릇을 했는데 “어떻게 하루 아침에 天命이 殷에서 周로 옮겨가게 되었느냐”하는 의문을 가장 쉽게 설명하는 方法으로 以德配天說이 나타난 것이다. 즉 殷의 紂王이 殘酷하여 사람들의 怨恨을 사서 民心이 離反하면서 당시 德望이 있던 周의 文王에게 民心이 쏠리게 되었고, 이리하여 上帝의 天命이 不德한 紂王을 버리고 民心이 돌아가는 有德한 文王에게 돌아가게 되었다고 설명하였다. 이러한 周公의 以德配天說은, 종래의 天命說이 上帝인 天의 意志에 따라 上天이 선택한 자가 天命을 받게되면 그 者가 바로 天子가 된다고 설명한 것과 달리, 有德한 사람에게 天命이 간다고 해석한다.

종전에 夏殷시대는 天子가 그를 선택하여 天命을 내린 上天을 祭祀하며 섬기면서 계속하여 그의 뜻을 거슬리지 않도록 하여 天命을 잃지 않는 것이 政治의 大宗이었으나, 周公은 이를 수정하여 天子가 民心을 얻어야만 그 天命이 지속된다고 주장한다. 즉 周公은 전통적인 天命說을 수정하여 天命이 현재의 天子에게 확정적으로 귀속된 것이 아니고 德望이 있는 자에게 天命이 돌아가게 된다고 해석하여,¹²⁾ 文王이 明德慎罰에서 내세웠던 <德>이라는 개념을 바로

得民心의 의미로 전환하여서 周의 易姓革命을 정당화하는 理論的 근거로 삼은 것이다. 즉 殷의 先王이 德이 있어서 天命이 일찍이 殷에 돌아갔었으나, 紂王이 德을 돌보지 않게되자 天命이 當時에 德望이 있는 文王과 武王에게 돌아갔다고 한다.¹³⁾ 이 周公의 以德配天說은 하늘 대신에 德과 民心을 국가권력의 정당성의 근거로 확립시킨 결과를 초래하여, 천자는 다만 上天의 意志에 따라서 天罰을 대행하여 집행하는 것 만이 能事가 아니고,¹⁴⁾ 民心을 얻고자 노력해야 한다는 사상을 수립하여 이후 中國의 爲民 내지 重民思想을 확립한 공이 크다.

이처럼 文王의 明德慎罰의 사상은 周公이 以德配天으로 설명을 보완하여 이후의 中國 法思想에 지대한 영향을 미치게 되는데, 처음에는 “국민이 하고자 하는 것을 하늘도 반드시 따라간다(民之所欲 天必從之 「左傳」 襄公21年)”는 식으로 생각하다가, 여기서 발생한 利民 내지 爲民思想이 春秋시대를 거치면서 孔子의 重民思想으로 그리고 孟子의 民本思想으로 발전하게 된다.

이러한 明德을 爲政의 기본정신으로 삼으니 자연히 국민을 刑罰에 처하는 경우에는 신중을 기하게 되었고, 이 慎罰의 정신은 周公이후 역대에 계승되었으니, 成王과 康王시절에는 天下가 安寧하여 40여년 동안 刑罰을 사용하지 않았다는 기록이 전한다.¹⁵⁾

나. 親親尊尊과 宗法制度

그러나 殷을 이어서 周나라가 들어서자, 실질적으로 創業의 主役이었던 文王의 둘째 아들인 周公 伯은 〈親親〉과 〈尊尊〉을 기초로 한 宗法制度를 근간으로 하여 씨족과 국가의 각종 制度를 확립하였다. 즉 農耕社會에서 가장 중심이 되는 大家族制度를 유지하는 기본윤리인 “親親”은 가장 親한 家族을 우선적으로 親하게 대우하는 것으로 父慈, 子孝, 兄友, 弟恭을 통칭하는 윤리이고, 존경할만한 者를 尊重하는 “尊尊”은 父子, 兄弟, 夫婦의 가족관계에서 尊卑를 구별짓는 원칙을 가리킨다. 周公은 농경사회에서 자연발생한 이 親親과 尊尊을 확대하여 宗法制度로 발전시킨다. 즉 氏族을 嫡長子인 大宗과 나머지 자손인 小宗으로 분류하고, 大宗은 百世不遷이나 小宗은 五世卽遷하도록 하되, 많은 小宗들은 大宗을 근간으로 하여 上命下服의 垂直的인 家族關係를 유지토록 하였다. 그리하여 아무리 큰 氏族집단이라 하더라도 많은 小宗들이 모두 宗家인 大宗을 頂點으로 연결되고, 〈同姓從宗合族屬〉이라는 말로 대변하듯이 血緣으로 결속한 大宗과 小宗간에는 上下關係가 형성되어 적장자인 大宗이 그 氏族 전체를 확실하게 掌握할 수 있게 하였다.

한편 政治的으로도 이 親親尊尊을 기초로 삼는 封建制度를 확립하였다. 周王이 大宗으로 君王인 天子가 되고서 그의 嫡長子에게 계속하여 王位를 계승시키고 나머지 王族들은 諸侯로 봉하여 周王室을 外護하게 하고, 또 諸侯들은 각각의 嫡長子에게 諸侯의 지위를 계승시키고 나머지 子息은 卿이나 大夫로서 제후의 外護를 담당하게 한다. 이리하여 가족중에서 嫡長자가

12) 天命靡常 「尙書·康誥」, 皇天無親 惟德是輔 「詩經·大雅·文王」

13) “惟其不敬德 乃早墜厥命 (詩經·大雅·文王)”은 殷의 紂王을 말하고, “昊天有成命 二后受之(尙書·梓材)”는 周의 文王과 武王을 말한다.

14) 今予惟恭行天之罰 「尙書·甘誓」

15) 成康之際 天下安寧 刑錯四十餘年不用 「史記·周本紀」

大宗이 되고 其他 가족들은 小宗이 되어서, 大宗을 정점으로한 小宗의 연결 고리가 君王인 天子로 부터 아래로 전국의 많은 貴族들에게 이어지도록 하였다. 즉 周公이 만든 독특한 統治구조는, 국내의 수많은 氏族 집단의 大宗들은 결국은 특정한 貴族을 大宗으로 하여서 연결되고, 또 모든 제후들은 君主를 大宗으로하여 연결되므로, 결국은 天子인 周王을 최고의 大宗으로 하여 여러 겹의 大宗과 小宗이 서로 뒤엎혀서 族權과 政權이 모두 天子에게 같이 귀속되게 하였다. 그는 宗法制度를 근거로 血緣을 바탕으로 한 封建國家인 西周의 정치제도를 마련하였던 것이다.

周公이 이렇게 宗法制度를 국가조직의 근간으로 채택한 封建國家를 조직한 이유는 현실적인 필요성에서 기인한다. 周公은 前王朝인 商나라가 왕위를 兄弟에게 승계하도록 한 전통 때문에 많은 叛亂과 국력의 손실을 초래한 歷史的 敎訓을 거울삼아, 嫡長子가 가계와 王家를 계승하는 宗法制度를 확립하고, 주위에 一家親戚과 功臣으로 諸侯를 봉하여 周王室을 보호하도록 한 것이다. 건국의 기초작업이 끝나자 국권을 장악하고 있던 周公은 조카인 成王에게 武王의 왕위를 계승시키어 嫡長子繼承의 전통을 수립한다. 즉 周公의 封建制度는 西周에 항거를 계속하는 殷의 부흥세력을 견제하기 위하여 親姻戚인 小宗勢力으로 변방을 지키게 하여 周王을 보호하려는 정치적인 의도에서 나왔다.

이처럼 農耕社會의 大家族秩序에서 자연적으로 생성된 孝道를 강조하는 “親親”과 上下長幼의 順序를 강조하는 “尊尊”이라는 行動規範은 그것이 宗法制度和 封建制度로 발전되면서 大宗 小宗間의 等級을 전제로 하는 불평등한 行爲規範인 禮가 확립되어 西周의 근본이념이 되었다고 할 수 있다. 즉 親親과 尊尊에서 유래되는 周禮는 夏殷의 禮에는 없는 宗法制度和 封建制度를 포함하고 있는 점에서 夏殷의 禮와 내용상 구별이 된다.

다. 禮不下庶人 刑不上大夫

앞에서 살펴본 바와 같이 古代 中國의 身分階級制度는 오랜 역사를 가지고 있으며, 「春秋左傳」 昭公7年の “하늘에 甲乙등 十日이 있듯이, 사람도 등급이 十 등이 있다(天有十日 人有十等)”는 글을 보면 身分階級制度가 확립되어 國民을 十等級으로 분류하고 있는 것을 보게 되는데, 따라서 당시에 秩序規範인 禮와 法도 十等級인 身分에 맞추어 최소한 十種으로 세분되어서 각각 적용되고 있었던 것을 알 수 있다.

禮와 法の 적용대상이 다른 것에 대해서는 「禮記.曲禮上」에서 표현한 바와 같이 “禮不下庶人 刑不上大夫”라는 유명한 원칙이 알려져 있다. 이 원칙은 禮와 刑이 적용되는 對象이 다르다는 말로서, 禮는 貴族에게만 적용되므로 庶人은 禮를 지키지 않아도 무방하며, 刑은 庶인에게만 적용되므로 大夫는 刑罰의 대상이 아니라고 해석하고 있다. 이 원칙에 의하면 庶民들은 禮에 어긋나더라도 문제삼지 않고, 貴族계급은 비록 違法한 行爲를 하더라도 庶民처럼 刑罰을 받지 않고 다만 禮에 따라 處理된다는 이야기다.¹⁶⁾ 이러한 원칙이 시행되었던 사실은 鄭나라의 執政大夫인 子產이 죄를 짓고 鄭나라에 亡命은 外國의 貴族에 대하여 “罪人은 지은 罪에 따라서 身分계급을 降等시키는 것이 옛날의 制度이다(罪人以其罪降 古之制也)”라고 판결한 사

16) 王之同族有罪不卽市…命夫命婦不躬坐獄訟 「周禮.秋官.小司寇」. 有賜死而無戮辱 「漢書 賈誼傳」. 公族無宮刑 「禮記 文王世子」.

례에서 찾아 볼 수 있듯이,¹⁷⁾ 刑不上大夫에 따라 犯法者인 貴族을 형벌에 처하지 않고 國外로 追放하거나 그 貴族身分을 降等시키는 처벌사례를 볼 수가 있다.

그러나 이 “禮不下庶人 刑不上大夫”의 原則이 언제 확립된 것인지, 또 절대적인 원칙으로 그 적용에 例外가 없는 것이었는가에 대해서는 疑問이 제기되고 있다. 우선, 「尙書·康誥篇」에 西周의 周公이 “不孝不友한 者들을 지체없이 文王이 정한 重罰로 다스려 赦免하지 마라(不孝不友…曰乃其速由文王作罰 刑茲無赦)”는 嚴命을 내린 사실이 기록되어 있는데, 이것은 庶民도 禮를 어기면 刑罰에 처한 구체적 사례로서, 周公의 당대에 庶人도 禮를 지켰다는 禮下庶人의 주장이 가능하다. 한편 晉의 大夫인 叔魚가 재판을 불공정하게 한 죄로 死刑 당한 사건이 있어서 귀족에게도 형벌을 가한 사례로 들 수 있다.¹⁸⁾ 이 사건은 晉의 大夫였던 叔魚가 재판관이 되자 犯人인 雍子가 叔魚에게 美人計를 써서 無辜한 邢侯가 罪를 뒤집어 쓰게 되었고 억울한 邢侯가 叔魚와 雍子를 朝廷에서 살해한 일이다. 이 사건을 담당한 宣子가 叔魚의 兄弟인 叔向에게 그 사건에 적용할 罪罰을 의논하자, 叔向이 “夏書에서 昏과 墨과 賊의 犯罪는 死刑에 처하는 것이 皋陶의 刑法이라고 했다(夏書曰 昏墨賊殺 皋陶之刑也)”라고 하면서 “세 사람은 같은 범죄로서 사형에 처하는 것이 옳다(三人同罪 施生戮死 可也)”라고 대답하였다. 이 유명한 刑事判例에 대하여 예치주의자인 孔子가 叔向의 판결을 支持한 것을 보면 그 당시에 貴族에게도 刑法이 적용되는 경우가 있었던 사실을 알 수 있다. 이 두 사건을 둘러 싸고 禮下庶人과 刑不上大夫라는 原則은 절대적인 원칙이 아니고 광범위하게 예외를 허용하는 일반적인 기준이라는 견해가 있고,¹⁹⁾ 한편 이 원칙은 禮와 刑의 특성을 強調하는 뜻을 나타낸 것이지 실제로 이런 原則은 없었던 것으로 보는 견해가 있다.²⁰⁾

특히 「尙書」의 康誥篇에 나오는 不孝不友한 庶民에 대한 重刑의 적용을 어떤 의미로 해석할 것인가에 대해서는 두가지 해석이 있다. 즉 周公이 建國 초기에 德治로 教化하는 國風을 진작하고자 禮義를 全國民에게 實踐하도록 하기 위한 教化方法으로 刑罰을 臨時 사용한 것으로 해석해 볼 수도 있고, 반대로 당시 禮治國家이므로 庶民이라도 禮가 적용되어 禮에 어긋나면 바로 刑罰을 내린다는 이른바 失禮入刑의 의미로 해석 할 수도 있다. 梁啓超는 前說의 입장에서 周公의 重刑政策을 禮刑一致를 실현하는 手段으로 보아 그 刑罰은 全國民이 윤리적인 의무를 실천하도록 할 目的에서 채택한 一時的인 方便이라고 하면서, 教化를 위한 動機에서 취한 積極的 倫理觀念으로 해석하고자 한다. 그러나 古書에서 周公은 일반적으로 明德慎罰을 주장하는 寬厚長者로 그려지고 있으며, 故意犯과 過失犯을 구분하여 前者는 엄벌에 처하지만 後者는 너그럽게 처벌하였고, 在來의 連坐制를 廢止하는 등 用刑에 過不及이 없도록 하였다고 전해온다. 그러한 周公이 不孝와 不友에만 예외적으로 嚴格하게 重罰로 다스렸다고 해석하는 것은 무리이므로, 禮下庶人이라는 원칙은 적어도 周公 當時에는 存在하지 않았다고 보는 見解가 설득력이 있다고 본다.

다만 「春秋左傳」에서 晉의 大夫인 叔魚가 死刑당한 사건에 대해서는 春秋時代의 社會狀況에

17) 「春秋左傳」, 昭公7年

18) 「春秋左傳」, 昭公14年

19) 梁啓超, 前揭書, 49-50面.

20) 同旨: 葉孝信 主編, 「中國法制史」, 北京大學出版社, 1989 26面

비추어 일반적인 解釋이 가능하다. 春秋時代는 貴族과 庶民의 身分移動이 빈번해지면서 身分階級制度가 흔들리던 시대로서, 범죄자에게 禮와 刑을 混用하던 관행이 있었으므로 刑不上大夫의 원칙에도 많은 融通性을 띠게 된다. 즉 貴族의 身分에서 庶民으로 降等되거나 庶人에서 貴族으로 上昇하는 일이 「春秋」에 자주 나타나는데, 管仲이 平民에서 일약 大夫로 발탁된 逸話와, 孔子가 微賤한 身分에서 시작하여 司寇로 발탁된 것이 그 대표적인 例가 된다. 즉 春秋時代의 身分階級은, 古代의 로마나 印度의 身分계급 처럼 固定的이어서 변동할 수 없었던 것이 아니라, 庶民이라도 능력있는 知識者는 얼마든지 貴族계급으로 身分上昇이 가능했다. 이러한 身分制度의 瓦解에 따라서 禮와 刑의 적용범위에 대한 원칙이 무너지면서 晉의 大夫가 死刑당하는 사례가 발생한 것으로 해석할 수가 있다.

3. 穆王의 法思想

穆王은 西周의 다섯 번째 王으로 이름은 滿이고 昭王의 아들이다. 「史記」에 의하면 나이 50에 즉위하여 55년간 재위했다고 한다. 그는 당시에 司寇인 呂侯에게 法律의 정비를 명하였고, 이 때 穆王의 지시사항을 기록한 글이 「尙書」에 「呂刑」이라는 이름으로 남아 있다.²¹⁾ 그 기록 내용은 形式上 “王이 이르기를(王曰)”하는 글로 시작하고 있어서 穆王의 지시사항인 것 같은데도 司寇인 呂侯의 이름을 빌려서 呂刑이라는 제목을 붙인 것이 특징이다. 제목과는 달리 사실은 呂侯의 권고로 穆王이 法制를 정리했기 때문에 呂刑이라고 命名했을 것이라는 추측도 가능하다. 이 呂刑은 尙書의 한 篇目으로 中國의 초기 法律制度에 관한 자세한 資料로 존중되고 있는데, 西周의 中期에 해당하는 穆王時代에 존재했던 立法, 行政, 司法과 五刑, 刑事訴訟制度에 관한 내용등을 비교적 자세히 기록하고 있다.

가. 刑中論

이 呂刑은 周公의 明德慎罰사상을 근간으로 하여 西周의 法制를 보완하여 구체적으로 발전시킨 것으로 평가할 수 있다. 먼저 穆王은 역사적인 교훈을 통하여 堯임금 시절에 蚩尤와 苗族이 멸망한 원인을 酷刑의 濫用과 無辜한 殺戮에 있다고 풀이하고, 堯임금이 德으로 위엄을 보이고 德으로 밝힌 모범을 본받아 寬法慎刑을 주장한다.²²⁾ 堯가 伯夷로 하여금 典禮를 만들게 하여 刑罰을 시행하도록 지시하고 뒤에 臯陶를 士에 임명하여 百姓을 刑法에 맞추도록(刑之中) 규제하여 德을 가르치게 한 사실을 實例로 들고는, “君主가 和敬하고 臣下가 밝게 하여 四方이 다 보도록 德에 부지런히 힘을 쓰면 국민이 모두 刑法에 맞추게 된다”고 주장했다.²³⁾ 즉 그는 국민이 스스로 刑法에 맞추어서 행동하는 것을 刑之中이라고 표현하는데, 이 刑之中의 상태는 法律이 公明正大하게 施行되어 모든 국민이 刑에 어긋나는 행동을 하지 않는 理想

21) 「尙書」에 등장하는 글에서 法律에 관한 전문적인 篇名으로는 〈虞書〉에 臯陶謨와 〈周書〉에 呂刑이 있다. 臯陶謨에는 舜임금 시절에 司寇를 담당했다는 臯陶의 法思想이 禹와 서로 問答하는 對話형식을 빌려 비교적 조리있게 정리되어 있다.

22) 德威惟畏 德明惟明 乃命三后 恤功于民 「尙書·呂刑」

23) 伯夷降典 折民惟刑 … 士制百姓于刑之中 以教祇德 穆穆在上 明明在下 灼于四方 罔不惟德之勤 故乃明于刑之中 「尙書·呂刑」

의인 秩序狀態를 가리킨다. 그는 〈刑中〉이 되면 바로 국민에게 德을 가르칠 수가 있다고 보았는데, 결국 刑法의 시행은 덕치를 실현하는데 필요한 수단으로 여겼던 것을 알 수 있다.²⁴⁾ 그의 이러한 刑中사상은 刑罰의 운용이 단순히 威嚇에 의한 秩序유지만 목적으로 하는 것이 아니고, 안정된 秩序를 기초로 하여 경제적인 國富를 이룰 수 있는 바탕이 된다는 주장으로 확대되고 있다.²⁵⁾

나. 祥刑論

그는 刑中을 달성하려면 〈祥刑〉이 있어야 한다는 前提下에 祥瑞로운 刑罰制度라는 독특한 표현을 사용하고 있다. 원래 刑罰制度라는 것은 凶險한 制度이지만 공정한 法官이 實體的 眞實을 밝혀서 法을 정당하게 적용한다면 이 것이 秩序유지를 위하여 필요한 制度일 뿐 아니고, 도리려 국민에게 도움을 주는 吉祥한 制度가 된다고 보았으니, 이것은 刑罰의 적극적인 社會 기능을 긍정적인 면에서 표현한 穆王의 독자적인 사상으로 보인다. 그 祥刑의 구체적인 내용을 보면 정직한 司法官의 선택과 바른 刑法의 정비와 올바른 法適用을 열거한다.

(1) 寬刑慎罰論

그는 皐陶의 古法에 있던 贖刑을 罰金刑 制度로 정리보완하여 피고를 보호하면서, 국가 재정수입의 조달 方法으로 활용하고 있다. 즉 五刑에 해당하는 증거가 분명하면 五刑을 집행하고, 五刑에 해당여부가 불명하면 五罰에 처하고, 五罰에 해당여부가 불명하면 五過로 처리하게 하여, 疑心이 가는 불분명한 범죄는 처벌을 減輕하게 한다.²⁶⁾ 즉 肉刑인 五刑에 해당한다는 증거가 불충분한 경우에는 贖刑인 五罰(罰金刑)에 처하고, 五罰에 해당한다는 증거가 불충분한 경우에는 五過라고 하여 처벌을 아니 한다는 制度이다. 무릇 疑心이 있는 경우에는 被告에게 有利하게 法을 적용하는 전통은 일찍이 皐陶의 法에도 있었는데, 皐陶는 증거가 분명하지 않아 의심이 있는 경우에는 刑一等을 降하여 다음 等級의 罰을 주었다. 그것이 呂刑에 와서는 肉刑에 의심이 있으면 아예 刑質이 다른 가벼운 贖刑으로 바꾸어서 刑罰의 종류가 體刑에서 가벼운 罰金刑으로 바뀌고 있다는 점이 특색이다. 穆王의 祥刑이란 결국 의심나면 처벌을 가볍게 하는 寬刑慎刑을 달리 표현한 것이다.

한편 犯罪行爲를 명백하게 법정하여 적절한 刑罰을 집행하는 이상적인 刑中을 실현하려면 먼저 犯罪의 種類를 자세하게 세분화하여 그 構成要件을 명백하게 정해둘 필요가 있는데, 穆王의 刑에는 “墨罰에 속하는 것이 천가지, 劓罰에 속하는 것이 천가지, 劓罰에 속하는 것이 오백가지, 宮罰에 속하는 것이 삼백가지, 大辟에 속하는 것이 이백가지로, 五刑에 屬하는 것이 三千가지가 있다”고 하여 五刑으로 처벌되는 犯罪行爲가 三千가지로 세분되었다고 한다. 古代 西周에 벌써 삼천종류의 犯罪가 자세하게 分類되어 있었다는 사실은 穆王 당시에 刑法制度가 잘 정비되어 있었던 것을 단적으로 입증하는 것이라 하겠다.²⁷⁾

24) 惟敬五刑 以成三德 一人有慶 兆民賴之 其寧惟永

25) 典獄 非訟于威 惟訟于富 敬忌 罔有擇言在身

26) 告爾祥刑, 在今爾安百姓, 何擇 非人, 何敬 非刑, 何度 非及 兩造具備 師聽五辭, 五辭簡孚 正于五刑, 五刑不簡 正于五罰, 五罰不服 正于五過 … 五刑之疑 有赦, 五罰之疑 有赦, 其審克之 … 墨辟疑赦 其罰百緡 閱實其罪, 劓辟疑赦 其罰惟倍 閱實其罪,

(2) 賢良執法論

穆王은 司法官의 役割이 중요한 점을 역설하면서 그들의 公正한 업무처리와 道德的인 資質에 대하여도 언급하고 있다. 위에서 본바와 같이 君臣이 합심해야만 국민을 刑에 中케 하여 刑法이 온전하게 시행될 수가 있으며 然後에 비로소 德으로 教化하기에 적합하다고 한 것을 보면, 당시 司法官의 役割은 처벌위주가 아니라 德化를 위한 교육까지 포함하는 것으로 보인다. 이처럼 司法官의 임무가 중대하므로 穆王은 典獄들이 권력층의 勢力과 피고에 대한 報答과 婦人의 付託과 富者들의 賂物과 親知의 請託에 弱해져서는 안 된다고 경고하면서, 司法官은 진실발견과 刑法적용에 신중하게 처신할 것을 환기시킨다.²⁸⁾ 그는 이상적인 司法官의 例로 堯의 伯夷를 들어 이야기하면서 伯夷가 苗族의 無辜한 酷刑을 없애고 播刑하던 행동을 본받을 것을 권한다.²⁹⁾

한편 呂刑에서 “당장 百姓들을 편안하게 하고자 하면 무엇을 먼저 선택해야만 하겠느냐? 有能한 司法官이다.”라고 自問自答하면서 賢良이라야 獄事를 처리하되 刑中을 기대할 수 있다고 주장한다. 특히 死刑이 아니더라도 刑罰은 모든 사람이 싫어하는 것이니, 賢良을 찾아서 재판을 맡기게 하여야 하며 私利私慾이 있는 영리한 사람이 折獄을 담당하면 안된다고 본다.³⁰⁾ 그는 刑罰制度는 공정이 생명이므로 哲人이나 有德한 者만이 刑罰을 담당하게 하여야 하며, 公正한 裁判과 法執行을 통하여 民亂의 발생을 방지할 수 있다고 하여 司法官에게 도덕성과 능력을 함께 요구한다.³¹⁾

제3. 春秋時代의 批判的 法思想

農耕社會인 夏殷을 거치면서 형성된 고대의 禮治主義의 전통은 周나라에서도 그대로 계승되었고, 文王과 周公을 거치면서 확립된 周의 封建制度는 300년간 그들의 독특한 宗法制度와 禮治主義를 근간으로 하여 유지되었다. 그러나 封建諸侯들의 세력이 강해지면서, 西周의 지배력이 약화되자 平王이 洛邑으로 東遷하면서 이른바 春秋時代가 시작한다. 농경사회에 鐵製 農器具와 牛耕이 등장하고 衣食住에 변화가 일어나기 시작하면서, 각 제후들이 농업생산력의 제고를 통하여 부국강병을 꿈꾸게 되고 다투어서 霸者의 자리를 노리게 되면서, 身分階級에 구애받지 않는 인재등용과 많은 小宗의 庶民化 현상으로 계급제도에도 변동이 나타나면서 전통적인 禮治主義의인 法思想에도 변화가 일어난다.

이 春秋時代에 등장하는 法思想家들 중에는 多數派인 保守的인 傳統的 禮治主義者 이외에 少數派에 속하는 進步的인 批判的 禮治主義者가 있었다. 춘추시대 초기에는 前者가 지배적이었으나 시간이 흐르면서 비판적인 입장이 부국강병이라는 시대의 조류에 편승하여 득세하기

27) 墨之屬 千, 劓罰之屬 千, 剕罰之屬 五百, 宮罰之屬 三百, 大辟之罰 其屬二百, 五刑之屬三千

28) 五刑之疵 惟官 惟反 惟內 惟貨 惟來 其罪惟均 其審克之

29) 四 司政典獄 非爾惟作天牧 今爾何監 非時伯夷播刑之迪

30) 罰懲非死 人極于病 非佞折獄 惟良折獄 罔非在中

31) 朕敬于刑 有德惟刑 … 民之亂 罔不中聽獄之兩辭 無或私家于獄之兩辭

시작한다. 우리는 지금부터 批判的이었던 禮治主義者들의 法思想을 검토하면서 시대적 요청에 따라 발생한 禮治主義의 變遷過程을 살펴보고자 한다. 이러한 批判的 禮治主義者중에서 대표적인 법사상가로 齊나라의 管仲과 鄭나라의 子産과 鄧析을 꼽는 것이 보통이다. 이들은 일반에게 法治思想의 先驅者로 더 잘 알려져 있으나, 사실은 禮治主義의 法思想家 중에서 批判的 態度를 가졌던 進步主義者로 분류하는 견해가 무난하다 하겠다.

1. 管仲의 法思想

가. 富國強兵의 時代

春秋時代에 들어서면서 周왕실의 권위가 추락하자 諸侯들이 富國強兵을 꾀하는 풍조가 생기고, 經國에 지식이 있는 人才라면 身分에 구애받지 않고 特採하는 時代가 시작된다. 이러한 時代에 平民의 身分에서 政治를 맡는 貴族身分으로 格上하는 知識人이 등장한다. 그 대표적인 인물이 齊의 桓公에게 발탁된 管仲(?-B.C.643)이다. 管仲은 齊나라 사람으로 이름은 夷吾라고 하고 字는 仲이다. 원래 平民階級 출신으로 知己인 鮑叔牙와 同業을 한 逸話에 의하면 빈천한 환경에서 생활한 것을 짐작할 수 있다. 齊桓公과 敵對관계에 있던 公子 糾의 師傅였으나 齊桓公이 즉위한 후 鮑叔牙의 천거로 重用되어 國政에 참여한다. 그는 禮治思想을 바탕으로 한 독자적인 政治철학에 의거하여 軍웅이 할거하여 패권을 다투던 당시에 九合諸侯하고 一匡天下하게 만들어서 齊桓公을 춘추시대 최초의 覇者로 翁립하는데 성공하였고, 그의 성공적인 法思想은 그의 死後에도 齊의 추종자들에 의하여 이어졌는데 그들을 稷下派라고 불렀다. 管仲과 稷下派의 法思想을 집대성한 것으로 보이는 「管子」라는 책이 전해지고 있으므로,³²⁾ 그의 행적과 사상을 비교적 자세히 알 수가 있다. 이외에도 「左傳」, 「國語」와 「史記」 등이 그의 법사상을 찾아보는 資料로 쓰이고 있다.

나. 禮義廉恥論

당시는 禮治主義가 전통적인 法思想이었던 時代였으므로, 그도 禮治의 중요성을 인정하여 禮, 義, 廉, 恥를 나라의 네가지 기강(國之四維)이라하고 이 四維가 배풀어지지 못하면 나라가 亡한다는 기본사상에서 출발하여 法律보다 먼저 禮義廉恥로서 政治를 하자는 禮治主義의 입장을 지지하고 있는 것으로 「管子」에 나타난다.³³⁾ 또 同書(樞言篇)에서 “禮로서 國民을 이끌어 간다(禮以導民)”고 하거나 “法은 禮에서 나오고, 禮는 統治에서 나온다(法出於禮 禮出於治)”라고 한 것에서도 禮를 法보다 優位에 둔 것을 알 수 있고, 그리고 同書(五輔篇)에서 “德에 六興이 있고, 義에 七體가 있고, 禮에 八經이 있고, 法에 五務가 있고, 權에 三도가 있다.”하여, 國政을 보필하는 것으로 德, 義, 禮, 法, 權의 다섯가지를 들면서 道德과 仁義를 禮의 앞에다 열거한 것도 그가 道義의 역할을 증시한 禮治思想家라는 증거로 볼 수 있다.³⁴⁾ 물론 그를 法家의 창

32) 「管子」의 내용중 많은 부분이 管仲 자신의 사상이 아니라는 주장이 일찍부터 있다. 즉, 책 중에 春秋戰國시대에 稷下派가 관심을 가졌던 儒家와 法家와 道家의 사상이 섞여 있다 따라서 이 책을 순수한 法家思想 書로 분류하는 것은 무리이다. 梁啓超, 前揭書, 18면

33) 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」

시자로 보는 견해도 있지만,³⁵⁾ 위에서 본 바와 같이 管仲의 사상은 禮治主義에서 출발하고 있다고 보아야 한다. 특히 論語에 보면 孔子가 그를 小器라고 비평하면서도, 그가 戰車를 쓰지 않고도 諸侯를 규합한 것은 어진 德이 있었기 때문이라고 하고, 또 天下를 통일하고 바로 잡아 놓았기 때문에 孔子도 그의 惠澤을 입고 있다고 칭찬한 것을 보아도 결코 法治에 의지한 政治家가 아님을 알 수 있다.³⁶⁾

다. 令順民心論

管仲은 원칙으로는 禮義廉恥가 國之四維라 하여 전통적인 禮治사상을 지지하면서도, 한편으로는 그의 政治思想의 기초는 衣食住문제를 중심으로 好利惡害하는 인간의 本性論에서 출발하고 있다.³⁷⁾ 국민의 경제문제 해결을 政治의 가장 優先的인 과제로 보고 君主의 權威에서 나오는 強制力을 이용하여 국가의 富強을 통한 民生問題 해결을 시도한다. 그는 모든 사람이 利益을 추구하는 本能을 가지고 있다는 점을 인정한다.³⁸⁾ 그리고 物質的인 욕구가 충족되어야 비로소 禮義와 廉恥를 갖추려는 마음의 여유를 가질 수 있다는 점을 인정하여 “倉庫가 차야 禮節을 알고, 衣食이 풍족해야 榮辱을 안다”는 주장아래,³⁹⁾ 百姓이 衣食住가 부족하면 法令이 제대로 시행될 수가 없다고 하여 經濟的 安定을 法的 秩序를 유지하기 위한 전제조건으로 강조하는 法思想을 피력한 점에서, 西周의 전통적인 禮治思想家와 구별된다. 경제적인 부국이 달성된 후에 예의와 엄치를 기대할 수 있다는 신념에 따라 管仲은 農業을 장려하고 鹽業과 漁業과 冶鐵을 크게 일으켜 국가와 국민의 경제를 풍족하게 하는데 주력하였다.

부국강병이라는 국가정책을 추진하는데 필요한 범위내에서 그는 法律을 정비하여 “舊法을 수정하고, 善法을 선택하여 사용하였고(修舊法 擇其善者而業用之)”, 또 그는 內政에 관한 모든 법령을 軍令의 형식으로 제정하여(寄內政于軍令), 강력한 軍事力을 가지고 국민을 統制하되 重罰을 사용했다. 그는 이러한 과정에서 法令은 반드시 民心에 순응하여야 한다는 「令順民心」을 원칙으로 삼았다. 즉 法令의 내용은 “庶民이 하고 싶어하면 그것을 준비하고, 庶民이 하기 싫어하면 제거해 준다”는 것을 원칙으로 하여 국민과 好惡의 기준을 같이 하였다.⁴⁰⁾ 따라서 利益을 좋아하는 人性을 감안하여 “褒賞으로 권장하고 刑罰로 규제하는(勸之以賞賜 糾之以刑罰)”하는 賞罰主義를 채택하여 이른바 刑法이 부국강병정책에 필수적인 強制手段으로 등장하게 된다.

라. 分居定業論

이러한 부국의 목적을 실현하고자 農業에 관해서 토지에 따른 생산력의 차이를 인정하는 差

34) 德有六興 義有七體 禮有八經 法有五務 權有三度

35) 張國華, 「中國法律思想史新編」, 北京大學出版社, 1991. 39面

36) 子曰 桓公 九合諸侯 不以兵車 管仲之力也 如其仁 如其仁. … 子曰 管仲相桓公 霸諸侯 一匡天下 民到於今受其賜 微管仲 吾其披髮左衽矣 「論語 憲問」

37) 民之情 莫不欲生而惡死 莫不欲利而惡害 … 民利之則來 害之則去 「管子. 形勢解」

38) 民惡憂勞 我逸樂之, 民惡貧賤 我富貴之, 民惡危墜 我存安之, 民惡滅絕 我生育之 「管子. 牧民」

39) 倉廩實則知禮節 衣食足則知榮辱 「管子. 牧民」

40) 民之所欲 因而豫之, 民之所否 因而去之 〈史記. 管晏列傳〉

等租稅원칙을 도입하여 세제개혁을 통한 농업진흥에 힘 쓰면서, 海岸에 접한 지리적인 이점을 활용하여 漁業, 製鹽과 製鐵에 눈을 돌린 그는 禮治主義를 바탕으로 한 身分階級制度를 이용하여 以威治民政策으로 국민들의 生業을 엄격하게 統治하였다.

우선 그는 四民分居定業論을 주장했는데, 士農工商의 四民을 엄격히 구별하고는, 그 거주지를 달리 정하고, 그 직업은 세습제로서 변경하지 못하게 하였다. 즉 士는 國都 안에 거주하면서 전문분야에 종사하고, 工匠은 특정한 장소에 집단을 이루어서 官府의 통제를 받으며, 商人은 도시부근에 살면서 市井에서 상업에 종사하며, 農民은 田野에서 거주하며 농사만 짓게 한다.

즉 三國五鄙라는 住居制度를 실시하여, 國도를 城郭의 안으로 구성되는 〈國〉과 城郭의 같은 〈鄙〉로 나누고, 國都內에 거주하는 公卿大夫와 士와 工과 商을 〈國人〉이라 부르고, 鄙野에 거주하는 農夫는 〈野人〉이라 불렀다. 國人은 병역의무가 없고, 야인은 병역의무를 부담하는 점에서 구별된다. 그는 國人을 통제하고자 土鄉을 15鄉, 工商鄉을 6鄉으로 나누고, 거주이전을 통제하였고, 이 土鄉을 5개씩 三分해서 나누어서는 國君과 上卿國子和 上卿高子가 각각 統帥하게 하였다. 田野에 거주하는 野人인 農民은 邑, 卒, 鄉, 縣, 屬으로 나누되 15만 家口를 五屬으로 나누어서 5인의 大夫가 각각 統治하게 하였다. 한편 官吏들의 잘못을 엄벌에 처하는 制度를 두었으니, 행정조직과 군사조직을 겸한 三國五鄙의 책임자들인 鄉帥와 屬大夫는 매년 正月에 君主의 면전에서 頒布한 法令의 施行成績을 점검을 받도록 하여서, 官吏중에서 상부의 命을 시행하지 않거나(不用上命) 功勞가 적거나(寡功) 政事를 다스리지 못한(政不治) 成績不良者는 處罰을 받는다. 다만 再犯까지는 용서하고 三犯은 不赦하여 엄벌을 받게 하여 以法統政의 원칙을 세웠으니, 刑不上大夫가 일반화되면서 刑不上大夫라는 禮治主義 전통이 齊의 管仲에 의하여 파괴되기 시작했던 것이다.

管仲이 法의 강제력으로 經濟와 軍政을 같이 처리한 四民의 分居定業政策은 軍令의 힘을 배경으로 하는 以威治民이라는 法治의 方法을 사용한 부국정책이었지만, 國民의 물질적인 欲求充足을 만족시킨 연후에 禮義廉恥의 실현을 계획한 점에서 現實을 직시한 禮治主義思想家로서의 면모를 볼 수 있다.

마. 人治主義

그의 四民의 分居定業論이 전통적인 身分階級社會를 前提로 한 부국정책이었으나, 人才登用に 관해서는 身分制度를 무시하는 破格을 인정하였으니 農工商을 士로 승격시키는 制度가 그것이다. 철저한 分居와 定業을 실시하여 부국강병을 추진하지만, 다만 農工商의 人才 중에서 우수한 자를 선발하여 士의 계급으로 身分上昇을 할 수 있도록 하는 길을 열어 두어서 身分階級制度와 禮治主義를 원칙으로 수용하면서도, 階級の 이동을 허용하는 진보적인 制度를 채택한 점이 특이하다. 특히 官吏채용에 대하여 종래의 “親親”에 기한 世卿世祿이라는 宗法制度를 대신하여 進賢制度和 三選制度를 만들어서 身分의 고하를 불문하고 재능에 따라 人才를 등용하여 엄격한 身分制度에 변화를 일으켰다. 賢明한 人才는 匹夫계급이라도 발탁하는 破格적인 인사정책은 禮義廉恥로 대표하는 그의 政治理想을 실현해 보려고 한 노력의 일환으로 볼 수가 있는데,⁴¹⁾ 심지어 그는 貴族들인 卿大夫에게 人才를 추천해야할 의무를 부담시키고 만약 유능한 人才를 알고 있으면서 천거하지 않은 사실이 발견되면 敝明 내지 敝賢이라는 죄목으로 그

들을 처벌하였다.

2. 子産의 法思想

가. 禮法混用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 禮治主義的 差等適用의 原則이 西周에서는 지켜졌으나 이 전통이 春秋時代까지 계속하여 엄격하게 준수된 것은 아니었다. 春秋中期에 와서는 이 차등적용의 原則이 적용되지 않고 禮와 刑의 混用이 시작되고, 春秋末期에 이르러서는 政治的 經濟的 社會的 여건의 변화에 따라 유명무실한 개념으로 전락하게 된다. 즉 정치적으로 보면 諸侯들도 대부분 實權을 權臣들에게 빼앗기고, 執政大夫에 의한 政治가 일반화 되면서 君臣의 上下秩序가 무너지고, 사회적으로는 貴族階級이었던 많은 小宗들이 점차로 平民化하고 同姓不婚원칙에 따라 생긴 貴族과 平民間의 結婚風習으로 有識한 庶民階層이 출현하게 된다. 경제적으로는 농업생산성의 提高로 富農계급이 출현하여 그 위치가 강력해 지면서 기존의 귀족계급과 충돌하게 된다. 즉 春秋時代부터는 엄격한 身分制度나 社會적인 階級이 붕괴되기 시작했고, 특히 管仲의 출현은 身分制度의 재편성에 박차를 가한 셈이다. 그 결과 禮와 刑의 적용대상인 貴族과 庶民을 구별하던 基準 그 自體가 흐려졌으며, 法을 집행하는 官吏나 貴族들이 私益을 얻고자 禮法의 적용 범위를 恣意的으로 결정하여 이를 混用하는 弊端이 생겼다. 당시는 法을 일반에게 공포하지 않고 執權계층인 일부 族들만 法의 내용을 알고 있었던 時代이었으므로 統治계급인 일부 貴族들이 禮와 刑을 자기들의 이익을 위하여 無原則하게 解釋適用하게 되어, 결과적으로 禮와 刑의 內容을 잘 모르는 無知한 庶民만 불공정하게 대우를 받게 되었다. 즉 원칙적으로 刑法만을 적용하던 庶民에게도, 官吏나 貴族들에게 有利한 판결을 내리기 위해서 엉뚱하게 禮를 적용하는 원칙이 없는 禮法混用이 일반화한 것이다. 이러한 貴族계급의 恣意的인 禮刑의 混用으로 피해를 입는 자는 庶民들이었다. 春秋말기에 孔子가 封建制度의 몰락과 禮의 衰頹를 탄식한 것은 바로 이런 禮와 法의 混用에 따른 혼란한 社會像을 개탄한 것이었다.

당시에 鄭의 執政大夫였던 子産은 이러한 貴族官吏들의 禮法混用의 惡習에서 庶民들을 보호하고자 刑書를 鑄造하여 法의 내용을 天下에 公布하였다. 이 때가 기원전 536년인 魯나라의 昭公 6年으로, 古代中國의 法思想史에서 最初의 公布法이 등장한 역사적인 순간이었다. 子産(?-B.C.522)은 이름이 公孫僑라고 하고 字는 子美다. 鄭나라의 貴族으로 管仲보다 약 100년 뒤에 태어났고, 孔子와는 거의 同時代였다. 鄭나라 簡公의 추천으로 기원전 554년에 卿이 되었고, 11년 뒤에 鄭나라의 政治를 담당하는 執政大夫가 된다. 당시는 晉과 楚가 패권을 다투던 시절로 이 兩大國에 끼어있던 작은 鄭나라는 항상 군사적으로 위협을 느꼈다. 한편 鄭國의 貴族들은 권력다툼에만 혈안이 되어 있었으므로 이른바 “나라는 협소하고, 貴族은 많은” 無力한 小國의 표본이었다. 그러나 子産이 執政하자 국내적으로는 貴族세력을 견제하면서 庶民을 위한 改革을 과감하게 시행했으며, 외교적으로 신중한 정책을 펴서 晉楚 兩國과 和解하여 그

41) 匹夫有善 可得而舉 〈國語·齊語〉

가 집정한 20여년간 큰 戰爭이 없었다. 당대에 살았던 孔子가 “사람들이 子産을 不仁하다고 하는 말을 나는 믿지 않는다”고 하였고, 또 子産의 사망소식을 듣고 서는 哭泣을 하면서까지 그를 칭찬했던 사실에서 미루어 보아, 子産은 春秋末期에 나타난 대표적인 德治思想家였다고 보아진다.⁴²⁾ 子産은 著述이 없었으나 우리는 <左傳>이나 <史記>와 같은 데서 그의 法思想에 대한 자료를 찾을 수 있다.

나. 自然法論과 禮治思想

子産은 禮治主義를 존중하는 전통적인 法思想家로서, 禮를 최고의 自然法으로 파악하는 입장에서 출발하고 있다. 「左傳」昭公25년에 보면 子産의 禮에 대한 견해를 그의 후임자인 子大叔이 소개한 글이 있다. 그에 따르면 “禮는 하늘의 經이요, 땅의 義이며, 國民이 行할 바이다. 하늘과 땅의 經을 國民이 이를 實로 본받는 것이다. 하늘의 밝음을 본 받고 땅의 성질을 因하여서, 六氣를 낳고 五行을 사용한다. 氣는 五味가 되고 辟서는 五色이 되고 나타나서는 五聲이 되는데, 그것에 빠지게 되면 昏亂해져서 사람들이 本性을 잃는다. 그래서 禮를 만들어 받들어야 하는 것이다.”⁴³⁾라고 하였고, 또 “地義를 본 받아서 君臣間의 上下의 義를 삼고, 陰陽二物을 본 받아서 夫婦間의 內外의 道를 삼고, 天明을 본 받아서 父子, 兄弟, 姊妹, 婚姻을 하고, 四時를 본 받아서 政事, 庸力, 行務를 하고, 震曜의 殺戮을 본 받아서 刑罰로 威獄을 하여 國民을 두렵게 하고, 하늘의 生殖長育을 본 받아서 溫慈한 施惠를 한다”고 하여서,⁴⁴⁾ 天地와 陰陽과 四時등을 根本規範으로 하는 自然法에서 禮라고 하는 人事法을 도출하는 自然法론을 전개하고 있다. 이것을 본받아 子大叔은 “禮는 上下의 紀律이요, 天地의 經緯요, 사람이 生活하는 바이다”라고 한다.

구체적으로 子産은 禮治主義를 바탕으로 하여 “나라의 法도는, 君主의 權威를 두려워하고, 官府의 法令에 잘 따르고, 貴族을 존경하고, 年長者를 섬기고, 父母를 봉양하는 것이다”하는 5개 항목을 구체적으로 제시하고 있는 점에서 전통적인 禮治思想家임을 확인할 수 있으나,⁴⁵⁾ 子産은 이 自然法에서 도출한 規範인 禮를 모든 國民 특히 庶民에게도 적용하려고 한 점은 禮不下庶人이라는 종래의 禮治思想과는 다른 내용을 주장하고 있는 것 같다.⁴⁶⁾

다. 德政과 寬治思想

子産은 “政治는 반드시 덕으로 다스려야 한다(爲政必以德)”고 하여 德政을 주장한 禮治主義者였다.⁴⁷⁾ 그의 德政은 대체로 西周시대에 周公이 도덕적인 敎化와 國民에 대한 寬惠를 위주

42) 子謂 子産有君子之道四焉, 其行己也恭 其事上也敬 其養民也惠 其使民也義. 「論語, 公治長」. 子産卒 仲尼聞之出涕曰 古之遺愛也 「左傳, 昭公20年」

43) 先大夫子産曰 夫禮 天之經也 地之義也 民之行也 天地之經 而民實則之, 則天之明 因地之性 生其六氣 用其五行 氣爲五味 發爲五色 章爲五聲 淫則昏亂 民失其性 是故爲禮以奉之 「左傳」, 昭公 25年

44) 爲君臣上下 以則地義, 爲夫婦外內 以經二物, 爲父子兄弟姑姊甥舅昏媾姻亞 以象天明, 爲政事庸力行務 以從四時, 爲刑罰威獄使民畏忌 以類其震曜殺戮, 爲溫慈惠和 以效天之生殖長育, 「左傳」, 昭公25年

45) 國之大節…畏君之威, 聽其政, 尊其貴, 事其長, 養其親 「左傳」, 昭公元年

46) 楊鶴臯主編, 「中國法律思想史」, 北京大學出版社, 1988, 31面

47) 子産謂韓宣子曰 爲政必以德 毋忘所以立 「史記, 鄭世家」

로 明德慎罰하는 전통을 따르고 있다.

그의 德治主義 사상을 엿볼수 있는 대표적인 발언은 그의 후임자가 될 子大叔에게 한 부탁에 잘 나타나 있다. 子産은 병이 나자 “내가 죽으면 그대가 政治를 하게될텐데, 오직 有德한 사람이라야 寬治로 百姓을 다스릴 수 있다. 그렇지 않으면 猛治가 좋다. 무릇 불은 猛烈해서 사람들이 보고 겁을 내므로 죽는 사람이 적지만, 물은 懦弱하므로 함부로 물장난을 하다가 죽는 사람이 많다. 그래서 寬治는 어렵다”고 하면서 子大叔에게 猛治를 하도록 권고했는데, 그 후 子大叔은 차마 猛治를 할 수가 없어서 寬治를 실시했다가 鄭나라에 도둑이 많아지고 살인 사건이 자주 발생하자 猛治로 바꾸었다고 한다.⁴⁸⁾ 이 子産의 遺言을 잘못 해석하여 子産을 猛治主義者로 誤解하는 견해도 있으나,⁴⁹⁾ 有德한 인물에 의한 政治를 원칙으로 삼는 子産의 德治主義를 간과한 소견이다. 이 遺言은 부덕한 子大叔에게 권력을 물려줄 수밖에 없었던 그 당시의 상황을 감안하여 子大叔에게 충고한 말이었다는 점을 상기해야 한다. 따라서 子産은 정치는 寬治를 原則으로 하는 德治主義者였고, 猛治는 부덕한 자가 사용하는 보조적인 政治수단으로 인정했다는 점을 알 수 있다. 또 言論의 自由를 보장하는 그의 寬治 내지 德治사상은 學校의 存廢에 대한 그의 견해에서 잘 나타나 있다. 襄公 31년에 然明이란 자가 子産에게 학교를 閉鎖하는 것이 어떠냐고 물었드니, 子産은 “사람들이 朝夕에 모여서 집정대부의 잘잘못을 토의하는 곳이니, 그 잘한 것은 내가 그대로 행하고, 그 잘못된 것은 내가 고치고 있다. 이곳을 내 스승이다. 어떻게 閉鎖할 수가 있겠는가”하였다고 하니, 그가 민중의 소리에 항상 귀를 기울이는 爲民思想의 소유자이었다는 증거이다.

孔子도 그를 “사람을 양육할 때는 慈惠롭고, 사람을 부릴 때는 正義롭다(其養民也惠 其使民也義)”고 칭찬한 것을 보면 德政을 통한 그의 寬治思想은 당대에 벌써 성과를 거둔 것 같다.

라. 法制와 猛治思想

子産은 德政을 위한 寬治를 근본사상으로 하면서도 禮를 보충하는 法の 기능을 인정하여 法制를 잘 활용하는 정책을 택하였다. 즉 그는 禮와 法을 같은 秩序規範으로 보아서 法律을 통한 強制的인 통치도 중요시하여 法制의 完備에 착수 했으니, 그는 집정대부가 되자 都市와 시골의 法律을 정비하고, 上下階級の 질서를 확인하고, 土地의 境界를 바로 잡고, 農民들을 伍家단위로 편성하고, 貴族과 官吏들을 忠儉과 泰侈에 따라 賞罰을 엄격하게 적용하는 法制改革을 시행하였다.⁵⁰⁾ 그의 이러한 정책은 처음에는 貴族계급의 강력한 반대에 부딪혔으나 시행한 지 3년이 지나자 도리어 그들이 적극적으로 子産의 改革政治를 지지하게 되어 결과적으로 子産의 長期執政이 계속되었다. 그 뒤 5년 뒤에 子産은 새로운 租稅制度를 정립하고자 土地所有者에게 소유하는 土地의 多少에 따라서 軍賦를 부과하는 〈丘賦〉를 제정하여 그 실시를 強行한다. 丘賦制度는 個人의 土地所有權을 法的으로 公認하여 전통적인 等級秩序를 瓦解시킬 위험이 있

48) 鄭子産有疾 謂子大叔曰 我死 子必爲政 唯有德者能以寬服民 其次莫如猛 夫火烈 民望而畏之 故鮮死焉 水懦弱 民狎而翫之 則多死焉 故寬難 疾數月而卒 大叔爲政 不忍猛而寬 鄭國多盜取人於萑苻之澤 「左傳」 昭公20年

49) 楊學臯主編, 前掲書, 65面

50) 子産使 都鄙有章 上下有服 田有封洫 廬井有五 大人之忠儉者 從而與之, 泰侈者 因而斃之 「左傳」 襄王30年

고 制度의 趣旨가 전통적인 差等사상에 反한다는 맹렬한 反對에 직면했으나, 子産은 이 丘賦 制度를 목숨을 걸고 강행했으며 그 결과 貴族들도 地位의 高下에 따라서 丘賦의 多少가 정해졌다. 결과적으로 이 丘賦 制度는 君臣間의 上下秩序를 확립하고 동시에 國家의 財政收入을 늘려서 부국강병을 가능하게 하는 一石二鳥의 성과를 거둔다.

이와같이 禮治主義者이면서 法治라는 猛治의 長點을 충분히 활용한 子産은 管仲과 비슷한 점이 많은 法思想家였으며, 특히 人才를 등용함에는 身分보다 能力을 기준으로 한 점과 商人의 賣買에 일종의 價格自由를 인정한 것은 管仲의 富國政策과 공통되는 점이 있다.

마. 鑄刑書

執政大夫로서 政治를 左右한지 6년만에 法律制度의 개혁을 成功的으로 마친 子産은 당시에 시행중인 刑法條文을 金屬器物에 鑄造하여 국민에게 公布하였다. 이 〈鑄刑書〉에 의하여 그 때까지 法을 집행하던 貴族이나 官吏들만이 獨占的으로 알고 있었던 法律의 구체적인 內容이 庶民들에게 정식으로 公開되었고, 종전의 頒布法이 公布法으로 變貌하면서 그 당시 法의 적용에서 항상 불리한 위치에 서있던 庶民들이 法官들의 恣意的인 不公正한 裁判制度에서 보호를 받을 수 있게 되었던 것이다. 원래 禮治主義는 議事以制가 원칙으로, 刑은 공개되지 않아야만 그 威力이 크다고 하여 法의 內容을 公布하지 않는 것이 慣例이다. 그런데 子産은 국민이 지켜야 할 法을 미리 국민에게 전부 公布하여 알려주어야 刑罰로 사람들을 두렵게 하여 威嚇의 效果로서 法에 의한 統治가 가능하다고 주장한 것이다. 이러한 法의 公布는 法治의 선구적인 措置로서 子産의 禮治思想 자체를 의심할 만한 큰 사건이다.

이 鑄刑書 사건은 中國 最初의 〈成文法의 公布〉로서 당시의 禮治主義的 傳統에서 보면 革新的인 法律政策이기에, 이 사건을 접한 晉의 大夫인 叔向이 子産에게 鑄刑書를 반대하는 書信을 보냈다. 전통적인 禮治主義者인 叔向은 “先王은 필요한 경우에만 制度를 만들고, 미리 구체적인 法制를 만들지 않았다”고 하면서, 미리 國家의 刑法를 公布하여 그 內容이 전국민에게 公知事項이 되면 支配계급에 의한 權력의 橫暴는 방지되겠지만 “庶民이 法을 알고나면 윗사람을 공경하지 않고 法에만 안 걸리면 된다는 생활태도를 가지게 되어 利益을 위하고 僥倖만을 바라게 될 것이니 刑法를 公布해서는 안된다”고 하면서 “장차 禮를 버리고 刑書만 의지하면, 장차 鄭나라는 亡할 것이다”라는 우려하는 뜻을 전했다.⁵¹⁾ 그러나 子産은 叔向의 禮治主義的 見解를 首肯하면서도, 子産 自身이 無能해서 먼 장래에 올지도 모르는 後孫들의 安危까지 살필 餘裕가 없으며 당장 現實的으로 “나는 世上의 弊端을 救濟해야만 한다”고 答狀을 하여 法을 公布해야 한다는 주장을 굽히지 않았다.⁵²⁾

우리는 불행히도 子産이 鑄刑書한 刑法의 구체적인 內容을 밝혀 볼 資料가 전혀 없어서 구체적으로 叔向이 걱정한 爭點과 法의 適用範圍나 效力 그리고 禮와 法의 相互關係에 대해서는 알 수가 없다. 그러나 이 사건은 전통적인 禮治思想家인 晉나라 叔向이 진보적인 法思想家인 鄭나라 執政大夫인 子産의 法律公布에 대하여 강경하게 반대한 사건으로 春秋時代의 法思想의

51) 先王 議事以制 不爲刑辟 … 民知有辟 則不忌於上 並有爭心 以徵於書 而邀幸以成之 弗可爲矣 … 將棄禮而徵於書 … 終子之世 鄭其敗乎 「左傳」昭公6年

52) 復書曰 若吾子之言 僑不才 不能及子孫 吾以救世也 既不承命 敢忘大惠

變遷過程을 劇的으로 보여주고 있다. 다만 이 鑄刑書는 스스로 禮治思想家임을 자처하는 子産이 貴族들의 橫暴로 부터 庶民을 보호하려는 爲民主義의인 動機에서 당시의 禮治의 전통에 拒逆하는 刑法의 公布를 감행한 것이지, 禮治主義者인 子産이 결코 禮治를 포기한 것이 아니라 는 점은 간과해서는 안된다. 즉 法思想史的 측면에서는 公布法의 등장이 바로 禮治思想의 쇠퇴현상과 法治思想의 태동현상을 의미하는 것으로 볼수 있지만, 당사자인 子産은 단지 庶民을 보호하려는 목적에서 法을 공개한 것이지 이른바 法治主義로 전향한 것은 결코 아니라고 보아야 한다.

비록 禮刑混用の 폐단을 없애기 위한 方法으로 시행한 鑄刑書로 子産에 의한 中國最初의 公布法이 탄생하면서, 이 鑄刑書는 法에 의한 統治를 시작한다는 신호탄이 된 셈이다. 이러한 法의 公布政策은 隣近 他國에도 파급되는데, 子産의 公布法을 적극적으로 반대한 叔向이 살던 晉나라도 기원전 513년에 가서는 집정대신인 趙鞅에 의하여 范宣子の 刑法이 公布되어 刑鼎을 鑄造하였으니, 中國은 바야흐로 公布法時代로 접어든 것이다.⁵³⁾

3. 鄧析의 法思想

法律의 公布를 주도한 子産과 동시대에 살았던 進歩的 法思想家에 鄧析이 있다. 鄭의 大夫인 鄧析(?-B.C.501)은 子産보다 20년 더 살았던 인물로서 전통적인 禮治主義를 반대할 뿐 아니라 子産의 批判的 禮治主義도 반대한 人物로 알려져 있다. 그는 당시에 이미 활발한 政治활동과 法曹활동으로 영향력이 컸던 혁신적인 法思想家로서, 子産이 鑄刑書한 것에 반대하여 스스로 새로운 法律을 草案하여 竹簡에 새겨서 이를 <竹刑>이라 하였다. 그의 <竹刑>은 中國 역사상 個人에 의한 최초의 立法草案이라는 점에서 특기할만 하다. 이처럼 혁신적인 法學者였던 鄧析은 개인적으로 刑法草案을 시도한 罪目으로 당시의 鄭의 집정대부인 駟천에게 살해되었지만, 駟천도 결국은 鄧析의 <竹刑>을 鄭나라의 國法으로 採擇하게 된다. 그에 대한 자료로는 鄧析의 저술이라고 전해오는 「鄧析子」가 있으나, 漢代에 편성한 것으로 보아서 그 眞僞가 의문시되고, 이 외에 그의 法思想은 「左傳」, 「呂氏春秋」, 「荀子」 등의 문헌에서 그 편린을 찾아볼 수 있다.

鄧析은 “先王을 본받지 않고, 禮義를 배척하면서(不法先王 不是禮義),⁵⁴⁾ 國民은 君主에게 복종해야 하고, 事件은 法으로 처리해야 한다(民一於君 事斷于法)”⁵⁵⁾ 주장했다고 전해지고 있어서, 禮治主義者의 입장에서 刑法을 수용하는 子産과는 견해에 차이가 있었다. 그는 子産이 진보적으로 改革政治를 추진하면서도 끝까지 西周의 禮治主義를 고수하려고 하는 태도에 반대하는 것이다. 즉 子産의 비판적인 禮治主義는 先王의 禮義를 당시의 시대상황에 맞도록 改正하는 것이지만, 鄧析은 先王의 禮義가 萬古不變의 진리라고 보지 않고 시대에 안 맞는 禮義를

53) 子産의 鑄刑書에 대하여는 따로 논평을 하지않았던 孔子가 이 趙鞅의 鑄刑鼎에 대하여는 非難을 심하게 하였다. 그 이유로 權限이 없는 자들이 刑鼎을 鑄造했고, 范宣子の 法이 東夷의 法을 蒐集한 것으로 내용이 惡法이라는 점을 들고 있는 것을 보면, 孔子가 法의 內容을 중요시한 것이지 公布 그 자체는 반대하지 아니한 것으로 해석할 수 있다.

54) 不法先王 不是禮義 而好治怪說 玩琦辭, … 鄧析也 「荀子 非十二子」

55) 民一於君 事斷于法 此國之道也 明君之督大臣 「鄧析子 轉辭篇」

없애고 時宜에 맞는 新法을 제정하자는 태도이다. 이것은 鄧析이 당시에 刑名家의 論理와 詭辯에 大家이었다는 사실과 연관이 있다고 본다.

당시에 子産의 鑄刑書로 法의 內容이 公布되자, 法律을 연구하고 訴訟에서 法律知識을 利用하여 勝訴를 하려는 積極的인 풍조가 생기게 되었는데, 鄧析은 그 분야의 先驅者 역할을 훌륭하게 담당한다. 그는 弟子에게 法律知識을 개인적으로 教授하면서, 한편 訴訟當事者들을 指導하여 勝訴하게 하여 유명해 진다. 「呂氏春秋」에 의하면 “子産이 鄭나라를 다스림에 鄧析이 어지럽게 하였으니, 獄事가 있으면 鄧析이 大獄事는 옷 한벌이고 小獄事는 속옷과 바지를 報酬로 받고서 勝訴하도록 지도를 하니, 사람들이 옷과 속옷과 바지를 바치고 訴訟을 배운 것이 헤아릴 수없이 많았다.”고 하며,⁵⁶⁾ 이 때에 鄧析이 사용한 法律論理는 周禮가 아니고 兩可之說과 無窮之辭라는 刑名學의 論法이었다고 한다.⁵⁷⁾

이처럼 法律專門家로 입신한 鄧析은 자기의 研究를 토대로 새로운 法을 草案하게 되는데 이것은 〈竹刑〉이라는 이름으로 알려졌고, 당시에 시행되던 子産의 刑書와는 다른 내용을 담고 있었을 것으로 생각된다. 鄧析의 竹刑으로 鄭나라는 國法의 權威가 추락되고 法의 집행에 혼란을 초래하게 되자 당시의 집정대부인 駟顛은 鄧析을 刑書에 반대되는 새로운 내용의 刑法인 竹刑을 개인적으로 만들어 國憲을 문란하게 하였다는 죄목으로 處刑하였다. 그러나 鄧析이 만든 竹刑은 그 후에 鄭國의 刑法으로 駟顛에 의하여 시행되기에 이르렀으니, 竹刑의 구체적인 내용을 資料가 없어서 확인할 길은 없지만, 그 內容은 당시의 現實에 적합한 合理的인 刑法草案이었으리라는 추측이 가능하다.

다만 이러한 竹刑의 저자인 鄧析을 先王의 禮를 전면적으로 否認한 中國 최초의 法治主義者로 보는 것은 문제가 있다. 鄧析의 저서라고 전해오는 「鄧析子·轉辭篇」에 “治世의 禮는 간단하여 행하기가 쉽고, 亂世의 禮는 번잡하여 지키기가 어렵다(治世之禮 簡而易行 亂世之禮 煩而難遵)”는 구절이 있는 것으로 미루어 보면, 그가 禮를 완전히 버리고 法만을 고집한 것은 아닌 것 같다. 생각컨대 그는 子産과는 달리 전통적인 禮治를 인정하지 않는 입장이지만, 그러나 身分階級에서 基因하는 禮儀를 모조리 廢止하자는 戰國시대의 法治主義와는 내용이 다른 것으로 추측된다.

제4. 孔子의 法思想

1. 時代的 背景과 儒家의 發生

孔子가 살았던 春秋時代는 각국의 諸侯들이 富國強兵으로 覇者가 되는 꿈을 가졌던 時代이다. 그리하여 각국은 身分이나 門閥보다는 能力중심으로 政治的인 人才를 등용하는 것을 서슴치 않았으므로 身分制度와 等級制度가 붕괴되어가고 있었고, 종래의 禮治보다는 強制力에 의

56) 子産治政 鄧析務難之 與民之有獄者約 大獄一衣 小獄襦袴 民之獻衣襦袴而學訟者 不可勝數, 以非爲是 以是爲非 是非無度 而可與不可日變 所欲勝因勝 所欲罪因罪 鄭國大亂 民口譁譁

57) 鄧析子 鄭人也 好刑名 操兩可之說 設無窮之辭 當子産之世 數難子産之法 「鄧析子·序」

지하는 法治를 선호하여 西周의 전통적인 禮樂제도가 崩壞되어 가던 시절이었다. 비판적인 禮治主義者인 子産은 孔子의 나이가 30세이던 해에 사망하였고, 竹刑을 만든 鄧析은 孔子 나이가 50세인 때에 사망했다. 이들 비판적인 예치주의자들과 거의 같은 시대에 살았던 孔子는, 그들과는 달리 전통적인 禮治思想의 회복과 재정비에 노력한 점에서 시대조류에 逆行한 전통적인 法思想家로 볼 수 있다. 물론 叔向과 같은 전통적인 禮治主義者가 당시에 없었던 것은 아니지만, 周王室의 주도권이 약화되고 각국의 諸侯들조차도 政權을 잃고 執政大夫들이 執政하던 시절에 그가 身分階級을 중시하는 西周의 전통적인 禮治主義로 復歸하기를 固守한다는 것은 法思想史의 흐름에서 볼 때 지나친 冒險이라고 할 수 있다.

孔子(B.C.551-479)의 이름은 丘요 字는 仲尼이다. 그 先祖는 宋나라 貴族이었으나 魯나라에 피난와서 살았다. 早失父親하고 家勢가 빈한해서 젊어서는 貧賤했다고 한다. 成人이 된 후에 魯나라의 權臣인 季氏의 家臣으로 취직하여 倉庫와 家畜을 管理하는 일을 하다가, 점차 禮儀에 밝다는 소문이 나자 相禮를 담당하였다. 30세 전후로 禮儀를 講義하게 되자 弟子들이 모여 들기 시작했고, 50세 이후에 잠시 魯나라의 中都宰, 司空, 司寇라는 官職을 歷任했으나, 뜻을 펴지 못하게 되자 周遊天下하였지만, 그 후로는 教育에만 종사하면서 後進養成에만 주력하였다.

魯나라는 周公의 아들인 伯禽을 諸侯로 봉한 나라였기 때문에 周王室의 남다른 優待를 받아 온 관계로 西周의 文物制度가 비교적 오랫동안 保存되어 있었다. 이런 나라에서 相禮를 職業으로 하던 孔子가 자연히 周禮의 專門家로서 西周의 典章制度를 연구하게 되고, 차차로 西周의 制禮作樂의 주인공인 周公을 존경하게 된 것은 당연한 추이라 하겠다. 그가 꿈에 周公을 한 동안 못 보었다고 아쉬운 감정을 述懷하는 기록이 論語에 있는 것을 보면 그가 周公을 어느 정도로 높이 받들었는지 알 수 있다. 그러한 孔子가 당시의 難局을 타개하는 방책으로 西周의 禮治主義를 제시하고, 周禮의 철저한 復元과 施行을 주장한 것은 이해할 수 있다 하겠다. 그의 이러한 法思想은 「論語」와 「春秋」 그리고 「周易」에서 찾을 수 있다.

그는 “貴賤의 秩序가 없으면 어떻게 國家라고 하겠는가(貴賤無序 何以爲國 「左傳」昭公29年)”라고 하여 身分階級이 國家라는 組織에 필수적인 점을 강조하면서, 西周의 明德慎罰과 以德配天이라는 禮治思想을 계승하는 한편 전통적인 禮治의 내용을 整理補強하여 당시에 발생한 비판세력에 대적할 수 있는 보다 더 완벽한 禮治思想을 정립하려 노력하였다. 즉 그는 政治思想에 있어서는 周의 封建制度和 宗法制度를 바탕으로 周公의 禮治思想의 復活을 시도하는 입장에서 復古적인 보수적인 法思想家로 출발하고 있으나, 단순히 堯舜을 거쳐서 周公으로 연결되어 온 禮治의 傳統法思想을 그대로 踏襲하는 것에 그치지 않고, 나아가 시대적 要請에 부응하여 正名과 人治와 德治라는 새로운 概念들을 補強하여 孔子式的 獨特한 禮治思想의 法理論을 전개하였다. 孔子의 이러한 法思想은, 안으로 自己自身の 修養에 힘쓰고 밖으로 國民을 便安하게 하는 이른바 修己而安人의 教育思想과 內聖外王의 政治思想과 서로 융화되어 있어서, 그의 法律思想만을 따로 떼어서 고찰하기가 쉽지 않다. 이러한 孔子의 종합적인 傳統思想의 根幹은 바로 周公의 禮治思想에 기본을 두고 있고, 禮治의 정당성 내지 타당성에 대한 근거로 差等制度의 필요성을 인정하면서, 시대적 변화에 적응하고자 君子를 등장시키고, 德主刑輔와 禮下庶人과 같은 새로운 주장을 補完하여 보다 나은 禮治思想내지 德治主義를 정립하였다. 그의 思想은 그 후 弟子들에 의하여 계승되어 儒家라는 큰 學派를 이루게 되는데, 이리하

여 그의 法思想이 중국의 法思想史의 主流로 등장한다.

2. 禮治主義의 強化

孔子的 法思想을 대표하는 말로서 자주 인용하는 것으로는 「論語. 爲政篇」에 나오는 “法令으로 이끌고 刑罰로 다스리면 비록 犯罪는 막을 수 있으나 국민들은 그것이 부끄러운 짓인 줄을 모르고, 德化로 이끌고 禮敎로 다스리면 국민들리 犯罪가 부끄러운 줄도 알고 또 온순해진다”⁵⁸⁾는 이른바 “道(導)德齊禮”라는 句節이 잘 알려져 있다. 즉 당시에 유행하던 강제적으로 處罰하는 것을 능사로 하는 法治의 수단으로는 사람들이 犯法을 부끄러워 할 줄 모르고 法만 피해 가려는 僥倖心만 가지게 되지만, 道德을 갖춘 君子가 德化로 指導하고 禮敎로 다스리면 바람직한 秩序있는 社會를 조성하게 된다는 것인데, 그는 여기에서 統治者는 道德의인 품격이 있는 <君子>이어야 하고 또 政治는 <德政>을 원칙으로 하여야 한다는 이른바 人治와 德治를 표방하였다. 이것은 文王.周公의 明德慎罰을 보완하는 내용으로 보인다.

이 禮治主義를 보완하는 방법으로 孔子가 사용한 것으로는 正名思想과 禮治思想과 禮下庶人이 대표적이라 하겠다.

가. 正名思想

孔자의 禮治思想은 正名에서 시작된다.⁵⁹⁾ 그는 “이름이 不正하면 말이 不順하고, 말이 不順하면 일이 不成하고, 일이 不成하면 禮樂이 흥왕하지 못하고, 禮樂이 흥왕하지 못하면 刑罰이 不中하게 된다”고 하면서,⁶⁰⁾ 우선적으로 “君主는 君主답고 臣下는 臣下답고 父母는 父母답고 子息은 子息답게” 행동하여 君臣과 父子가 각기 자기위치를 인정하고서 제 분수에 맞는 행동을 하는 이른바 正名을 주장한다.⁶¹⁾ 禮樂이 붕괴되던 당시의 社會를 옛날의 西周 초기의 禮治 社會로 복구하려는 그가 먼저 각자가 그 地位와 分數를 알맞게 지키는 태도를 유지하자는 正名思想을 강조한 것은 당연하다. 그는 「禮記」에 나오는 父慈 子孝 兄良 弟悌 夫義 婦聽 長惠 幼順 君仁 臣忠을 正名の 구체적인 내용으로 보고 있는데, 그의 이러한 正名은 刑罰보다는 身分的階 差等을 필요불가결한 前提로 하되 제 分數를 지키게 하는 禮敎로서 먼저 가르쳐야만 한다는 先敎後刑을 내포하고 있다. 그가 仁을 克己復禮라고 설명하면서 非禮는 보지도 말고 듣지도 말고 말하지도 말고 행동하지도 말도록 한 것도 이 正名思想에서 나온 구체적인 행동 지침으로 볼 수 있다.

나. 爲國以禮

孔子는 “齊之以禮”라 하여 禮를 政治의 근본으로 보고, 이를 위해 諸侯들은 禮讓으로 政治를 하고 君子는 克己復禮를 실천해야 한다고 주장한다. 그러나 그의 法思想은 기본적으로 西

58) 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

59) 子路曰 衛君待子而爲政 子將奚先 子曰 必也正名乎 「論語.子路」

60) 名不正則言不順 言不順則事不成 事不成則禮樂不興 禮樂不興則刑罰不中 「論語.子路」

61) 齊景公問政於孔子 孔子對曰 君君 臣臣 父父 子子 「論語.顏淵」

周的 禮治를 계승한 것이므로, 이 禮는 天子가 독점적으로 制定하는 것이 원칙이라 하여 制禮의 權限이 오직 天子에게만 있다는 생각을 가졌다. 즉 “天下가 有道하면 禮樂과 征伐을 天子가 결정하고, 天下가 無道하면 禮樂과 征伐을 諸侯가 결정한다”고 하여 立法權과 軍隊의 作戰統帥權이 天子의 권한임을 분명히 하고 있는데, 그는 君臣이 上下秩序를 지켜 立法權이 天子에 집중된 상태를 天下有도로 보았다.⁶²⁾ 天子는 물론이고 각국의 諸侯조차 實權을 喪失하여 신하인 執政大夫가 정치를 좌우하던 당시에, 孔子는 전통적인 禮治를 통하여 天子가 天下를 다스리고 諸侯들이 各國을 실질적으로 다스리는 上下位階秩序가 유지되고 있는 것을 理想的인 政治形態로 본다. 즉 諸侯가 그 이름에 맞게 그 權限을 회복하여 각국은 諸侯가 立法 行政 司法을 장악하고, 그리고 天下는 天子가 制定한 禮에 따라서 다스려 지는 시대를 그는 희망하고 있었다. 等級과 差等を 사회질서를 위한 必須的인 원리로 삼는 西周의 禮는 親親尊尊의 원리에서 上下와 貴賤을 인정하므로, 春秋시대의 身分制度의 혼란을 바로 잡는데는 이 差等秩序인 禮의 확립에서 시작할 수 밖에 없다고 생각한 孔子는 자연히 天子의 권위를 존중하고 특히 先王의 法인 周禮를 준수하는 것으로 禮의 근본으로 삼는다. 孔子가 周公의 明德慎罰과 以德配天을 근간으로 하는 西周의 전통적인 禮治를 당시에 계승하려고 한 保守思想을 端的으로 나타내는 글로 “述而不作 信而好古”라는 구절이 지금도 人口에 膾炙 하는데, 이 말은 孔子가 周公의 德은 可謂 至德이라고 흠모한 증거로 볼 수 있다.

다. 禮下庶人

前述한 바와 같이 孔子 당시에 鄭의 子產이 法을 公布한 것은 그 당시에 禮法의 混用으로 피해를 입는 庶民들을 貴族의 恣意的인 法適用에서 보호하기 위하여 한 爲民的인 措置였지만, 그 결과 刑法의 적용범위가 전국민에 확대되는 刑上大夫를 일반화 하였다. 그런데 孔子는 이러한 子產의 입장과 반대로 禮를 전국민에 대한 一次的인 規範으로 확립하고자 하였다. 이러한 정신은 道(導)德齊禮에서 분명하게 제시되었지만, 그 사상의 핵심인 仁에 대한 설명에서도 강조되고 있다. 즉 孔子는 바람직한 정치가인 君子가 되려면 반드시 갖추어야 하는 德目으로 仁을 강조하면서, 동시에 君子에 의한 德政이 실현되려면 百姓들도 正名을 따라서 禮를 지켜야만 한다고 보았다. 즉 그가 仁의 실천으로 克己復禮를 강조한 底意는 국민 모두에게 禮의 實踐躬行을 요구하여 중국에는 禮下庶人을 실행하자는 것으로서, 전통적인 종래의 禮治主義보다 禮의 적용범위를 확대한 셈이다. 그의 주장은 종래의 禮不下庶人의 원칙을 禮下庶人으로 변경하여 庶民을 포함하는 국민 모두를 禮로 다스리도록 하자는 것이다.

子產과 孔子가 모두 禮法의 並用을 주장한 점은 같으나, 子產이 庶民을 보호하기 위하여 全國민에 대한 法治를 政治原則으로 정한 것에 대하여, 孔子는 禮樂이 흥왕하지 못하면, 刑罰이 不中하게 된다고 하여 먼저 禮로서 다스려야 한다는 齊之以禮를 法思想으로 주장한 점에서 서로 구별된다. 이러한 德禮를 위주로 하는 禮治思想은, 孔子가 楚나라의 葉公을 만나서 나는 父子相隱 이야기에서 잘 나타난다. 孔子는 葉公이 “楚나라 사람들은 法을 준수하므로, 羊을 훔친 아버지를 그 子息이 告發한다”고 하면서 법의 시행이 잘되고 있음을 자랑하는 보고, 자기는

62) 孔子曰 天下有道 則禮樂征伐自天子出, 天下無道 則禮樂征伐自諸侯出, 自諸侯出 蓋十世希不失矣, 自大夫出 五世希不失矣, 陪臣執國命 三世希不失矣. 「論語. 季氏」

그런 楚나라의 法治 보다는 魯나라 사람같이 罪지은 아버지를 子息이 숨겨주고 罪지은 子息을 아버지가 숨겨주는 이른바 父子相隱의 風俗과 禮治를 더 자랑스럽게 여긴다고 했다.⁶³⁾

이러한 禮下庶人の 원칙을 시행하기 위해서는 貴族뿐만 아니고 庶民까지도 禮로서 教育을 시켜야하므로 그는 先教後刑을 위한 禮敎의 중요성을 강조한다. “가르치지 않고서 死刑시키는 것은 虐이다(不教而殺 謂之虐)”고 하면서 禮敎는 上下貴賤을 가리지 않고 모든 국민에게 함께 시행할 것을 주장한다. 이런 그의 태도는 “사람의 本性은 서로 비슷하나 그 習慣은 서로 다르다(性相近也 習相遠也)”는 그의 人性論에서도 사람들의 善惡은 習慣에서 생기므로 생활습관을 바로 잡기 위한 禮敎에 중점을 두는 것으로 나타나고 있다.

3. 君子와 人治

孔子는 爲政의 勝敗가 政治家의 賢愚에 의하여 좌우된다고 하는 爲政在人의 사상을 가지고 있었으니,⁶⁴⁾ 이러한 賢才를 존중하는 人治思想은 당시의 전통적인 世卿世祿과 親親의 制度를 보완하여 바른 德政을 실현하는데 필요한 것이라고 보았다.⁶⁵⁾ 그가 말하는 賢才는 正直한 者로서 능히 “修己安人”하는 執政者를 말하는 것이니, “그 自身이 正直하면 命令하지 않아도 禮를 행하게 되고, 그 자신이 不正하면 비록 命令하여도 禮를 따르지 않는다”고 하여 執政者의 행동이 正直할 것을 요구하는 것이다.⁶⁶⁾ 그의 이러한 尊賢의 주장은 독특한 〈君子論〉으로 발현한다.

원래 〈君子〉라는 용어는 諸侯, 國君 之子, 公子 등의 貴族을 지칭하는 용어로, 일반 庶民을 지칭하는 小人과 對照的으로 사용했다.⁶⁷⁾ 「春秋左傳」僖公15年과 僖公26年에서 보듯이 貴族身分의 男子라는 의미로 사용하던 君子라는 말이,⁶⁸⁾ 孔子의 「論語」에서는 社會적인 貴族身分보다 내면적으로 道德的인 人格을 구비한 男子를 지칭하는 용어로 그 意味가 변화한다. 孔子 사상의 특색은 이 〈君子〉를 理想的인 執政人物로 부각하여 그러한 인물을 政治家로 양성하려고 하였던 점이다. 구체적으로 君子가 어떤 인물인가에 대하여 孔子는 論語에서 여러가지로 설명을 하고 있어서, 그 구체적인 意味를 간단하게 정의하기는 어렵다. 다만 小人을 보통 남자로 본다면, 君子는 修己安人하는 理想的인 大人으로 본 것은 분명하다.

이 孔子의 〈君子〉를 좀더 잘 알기 위해서는 孔子가 즐겨 사용하던 〈仁〉과 결부하여 생각할 필요가 있다. 君子라는 용어에 못지않게 孔子가 많이 愛用한 이 〈仁〉字는 「論語」以前에도 사용되던 용어다. 즉 드물게 「尚書」에 1회, 「詩經」에 2회 등장하고 있다. 그러나 孔子가 편찬한 「春秋左傳」에서는 33회나 나오고, 孔子의 언행록인 「論語」에는 무려 104회나 나온다. 특히

63) 葉公語孔子曰 吾黨有直躬者 其父攘羊 而子證之, 孔子曰 吾黨之直者異於是 父爲子隱 子爲父隱 直在其中矣 「論語·子路篇」

64) 文武之政 布在方策 其人存 則其政舉 其人亡 則其政息…故爲政在人 〈禮記·中庸〉

65) 仲弓爲季氏宰 問政 子曰 先有司 赦小過 舉賢才 「論語·子路」

66) 季康子問政于孔子 孔子對曰 政者 正也, 子帥以正 孰敢不正 「論語·顏淵」, 其身正 不令而行 其身不正 雖令不從 「論語·子路」

67) 梁啓超, 前揭書, 46面.

68) 小人惑 謂之不免 君子恕 以爲必歸. 〈僖公15年〉. 小人恐矣 君子則否 〈僖公26年〉

「論語」에서 74회나 등장하는 〈禮〉字보다 그 頻度가 더 높은 걸 보면 孔子思想의 핵심이라는 일반적 주장에 수긍이 간다.

따라서 法思想家인 孔子의 君子思想을 고찰하자면 필연적으로 이 仁의 의미를 해석하는 문제에 봉착한다. 원래 「詩經」에서 仁字는 “美且仁”라고 表記되어 美자와 붙여서 사용하였고 그 의미도 內的인 마음의 아름다움을 가리켰다고 한다.⁶⁹⁾ 그러나 孔子의 저서라고 하는 「春秋左傳」에서는 일반적으로 仁은 有德한 君子가 되기 위한 德과 正과 直이라는 모든 道德的인 品格을 포괄하는 綜合的인 意味로 보고 있다.⁷⁰⁾ 또 「論語」의 顏淵篇에서 孔子는 묻는 사람에게 따라서 仁의 의미를 달리 설명하고 있어서 그 요체를 파악하기가 어렵다. 그의 首弟子인 顏淵이 仁을 물으니 그에게 “自己를 克復하고 禮에 돌아가는 것이 仁이다(克己復禮爲仁)”라고 하면서 그 내용을 부연하여 “禮가 아니면, 보지도 말고, 듣지도 말고, 말하지도 말고, 行動하지도 말라(非禮勿視 非禮勿聽 非禮勿言 非禮勿動)”고 설명한 것을 보면, 분명히 禮와 仁은 서로 관계가 깊은 概念인 것이 분명하다. 또 仲弓이 仁을 묻자 “外出할 때는 큰 손님을 만나는 것 처럼 하고, 國民을 부릴 때는 큰 祭祀를 받드는 것 처럼 하되, 自己가 하기 싫은 것을 남에게 베풀지 마라(出門如見大賓 使民如承大祭 己所不欲 勿施於人)”고 대답한 것을 보면 남을 恭敬하고 尊重하는 것이 仁의 뜻 같기도 하다. 또 樊遲의 물음에 대해서는 사람을 사랑하는 것 즉 愛人을 仁이라고 하여 愛民 내지 爲民이 仁의 내용인 것 같은 인상을 준다. 이처럼 孔子가 말하는 여러 가지 내용중에서 仁의 정확한 의미내용이 무엇인가 하는 문제는 그들 儒家에서 계속 연구하는 숙제인 만큼 우리가 지금 당장 해결할 수 있는 간단한 問題가 아니므로 仁에 대한 哲學的 내지 宗教的인 의미는 論外로 하고, 여기에서는 위에 인용한 對答에서 대체로 “禮治를 실현하기 위한 前提가 되는 德目”이라는 의미로 仁을 파악하는데 그치고자 한다.

이렇게 하여 禮에 돌아가는 克己의 도덕인 仁을 갖춘 君子에 의한 德政의 실현이 孔子가 바라던 政治이다. 治國과 平天下를 위해서는 仁으로 修身齊家를 한 君子가 執政者가 되어야 한다는 혁신적인 人治主義에 입각하여, 政治에서 人的 要素를 法的 要素보다 더 重要視한 점에 서 중국 역사상 진정한 人治主義를 시행하고자 시도한 최초의 法思想家라고 할 수 있다.

4. 德治思想

가. 重民思想

周의 건국초기에 주장된 周公의 以德配天 내지 明德慎罰이라는 政策은 王朝의 생성소멸 과정에서 나타난 民心의 向背와 庶民의 役割의 重要性을 인정하고, 西周政權의 안정을 도모하려는 政治的 配慮에서 서민을 의식하는 爲民的 내지 利民的인 정책을 표방했던 것으로 보인다. 이러한 周公의 사상은 孔子에 와서는 思想的으로 더 強化되는데, 그는 哀公에게 “君主는 배요, 庶民은 물이다. 물은 배를 띄우기도 하고 뒤집기도 한다”고 하여 政權維持에 庶民의 支持가 絶對的으로 필요하다는 것을 가르치고⁷¹⁾, 또 定公의 물음에 대하여 “君主는 禮로 臣下를 부리

69) 游喚民 前揭書 52面

70) 恤民爲德 正直爲正 正曲爲直 參和爲仁 〈襄公 7年〉

71) 且丘聞之 君者 舟也 庶人者 水也 水則載舟 水則覆舟 「荀子 哀公」

고, 臣下는 忠誠으로 君主를 섬긴다”고 하여 君主가 아래사람인 臣下를 禮로 대접할 것을 당부하고 있다.⁷²⁾ 이러한 臣下와 庶民을 존중하는 주장은 그의 禮治 내지 正名思想에서 유출되는 것으로 이 重民的 法思想은 이상적인 指導者像인 君子에 의한 德治思想과 관련성을 가지는 것이다. 西周 초기에 政治的 經濟的인 實際的인 必要에서 시작한 爲民 내지 利民政策은 孔子에 와서는 重民思想으로 발전하는데, 이러한 그의 重民思想은 孟子에게 그대로 계승되어 民本思想으로 정립되어서 이른바 暴君放伐論으로 발전하게 된다.

이 重民思想은, 百姓을 형벌이 아닌 德化로 다스려야 한다는 德治主義, 먼저 禮로서 가르치고 나서 그후에 犯法者를 처벌한다는 先敎後刑主義, 그리고 刑罰은 보조적으로만 사용한다는 德主刑輔思想과 융화되어 儒家的 法思想의 중심을 이룬다.

나. 德主刑輔

「禮記. 禮運篇」에 잘 나타나 있듯이, 孔子는 자기의 無能力과 時代的 與件으로 인하여 大同社會라는 聖君賢臣이 이끄는 理想世界의 실현을 포기하지만, 그의 理想主義的인 政治傾向은 그의 法思想을 일관하는 특색이다. 그는 統治者로는 道德을 갖춘 仁者인 〈君子〉를 요구하고, 이 君子의 率先垂範에 의한 德化를 통한 德治만이 小康社會를 이룰 수 있다고 한다. 北極星이 모든 별의 중심이 되듯이, 天子를 중심으로 그의 德化에 이끌리는 百姓들이 스스로 복종을 해야만 小康社會인 德治國家를 이룰 수가 있다고 생각한다.⁷³⁾

孔子의 “道(導)德齊禮”에서 “道(導)之以德”의 내용은, 우선 執政者의 내적인 道德的 資質을 먼저 요구하고, 다시 爲政에서 國民에게 施惠하는 寬治를 요구하고 있다. 君子의 德은 바람과 같고 庶民은 풀과 같다는 비유에서 알 수 있듯이 有德한 執政者인 君子의 役割을 禮나 法이라는 제도적인 裝置보다 優位에 두고 있다. 이처럼 執政者가 孝悌의 德을 갖춘 君子라야만 한다는 것이 그의 人治思想이라고 하면, 이 君子가 현실적으로 펼치는 國民에 대한 德政의 내용은 德主刑輔로 표현된다.

孔子가 鄭나라 子産의 寬治와 猛治에 관한 主張에 대하여 評을 하면서 “寬治로 猛治의 短點을 보완하고, 猛治로 寬治의 短點을 보완하면, 政治는 이로서 調和롭게 된다”라고 한 「春秋」의 句節을 두고 孔子가 寬猛相濟의 主張을 한 것이 마치 극히 現實主義的으로 寬猛並用的 政治手段을 활용하는 것에 찬성하고 있었다는 증거로 삼는 견해가 있다.⁷⁴⁾ 그러나 孔子는 근본적으로 君子가 寬惠를 베푸는 政治인 寬治를 주장한 德治主義者이지, 결코 猛治를 寬治와 같은 비중으로 並用할 것을 권장한 것이 아님을 유의해야 한다. 이것은 道德齊禮에서 금방 알 수 있다고 본다. 德治가 爲政者의 無能力으로 인하여 不可能하거나 사회여건이 여의치 못한 경우에만 부득불 猛治를 택한다는 것이다.

孔子는 寬猛相濟를 政治의 필요한 원리로 인정하듯이, 법사상에서 道德齊禮만을 고집하고 刑法의 效用을 무시하는 융통성 없는 편벽한 法理論家는 아니다. 魯나라에서 法을 집행하는 벼슬인 司寇를 담당하여 法의 補完的 기능을 잘 알고 있으므로, 어느 누구보다도 刑法의 필요

72) 定公問 君使臣 臣事君 如之何. 孔子對曰 君使臣以禮 臣事君以忠 〈論語〉 八佾篇

73) 爲政以德 比如北辰 居其所而衆星共之 「論語. 爲政」

74) 仲尼曰 善哉 政寬則民慢 慢則糾之以猛 猛則民殘 殘則施之以寬 寬以濟猛 猛以濟寬 政是以和. 「左傳」 20年

성을 인정한다. 君子에게 禮와 法이 모두 필요하다고 인정하는 그의 法思想은 周易의 大象傳에 특히 잘 나타나 있다.⁷⁵⁾ 다만 道德齊禮의 원칙에 따라 먼저 德敎와 禮敎에 의한 禮治를 시행하여도 그것에 따르지 않는 경우에만 부득이 刑罰이라는 強制手段을 補助的으로 사용하고자 한 점에서 당시의 비판적인 禮治主義者인 子產과 다른 점이다.

이 德主刑輔사상은 刑罰의 補完的 機能을 수용한 孔子 특유의 法思想으로서, 西周의 文王과 周公시절부터 시행되었던 明德慎罰을 더 발전시킨 重禮輕法의 法思想으로서, 儒家의 法思想의 핵심을 이루게 된다. 그리고 孔子의 이 德主刑輔에서 비롯한 重禮輕法의 傳統은 中國 法制史에도 결정적인 영향을 끼친다.

제5. 孟子的 法思想

1. 時代的 背景

孟子(B.C.390-305)의 이름은 軻로, 鄒나라 사람이다. 孔子의 死後 90년 뒤에 태어난 그는 孔子의 孫子인 子思의 門下生에게서 儒學을 修業했고, 孔子의 사상을 계승하여 思孟學派를 형성하여 儒家의 주류가 되어서 그는 孔子 다음으로 높이 추앙받는 인물이 되었다. 당시는 戰國 시대의 中期에 해당하며 諸侯들은 富國強兵에 몰두하여 禮治가 衰退期에 접어들고, 吳起나 商鞅과 같은 法治를 주장하는 法家의 思想家들이 霸道를 주장하여 대접을 받던 때이다. 한편 당시 일반 서민들 사이에는 楊朱와 墨翟의 학설이 風靡하였기에, 孟子는 이러한 異說의 攻擊에서 儒家의 학설을 保護하기 위해서 孔子의 法思想을 재정비하고 보완할 수밖에 없었다. 이리하여 孔子의 德政을 더 발전시켜서 仁政을 주장하고, 德治를 승화시킨 王道主義를 가지고 中國을 통일하고자 한다. 孟子는 당시에 유행하던 法家和 墨家思想의 잘못을 공격하면서 孔子가 시작한 儒家의 德治主義 法思想을 果敢하게 주장한 대표적인 인물이다.

그는 齊나라의 宣王에게 卿으로 발탁되어서 상당한 대우를 받고 身分도 보장을 받았으며, 또 각국을 왕래하면서 그의 王道思想을 피력하여 諸侯들로부터 인정을 받았다. 그러나 仁政을 바탕으로 하는 그의 政治思想은 너무 理想的이어서 實現可能性이 없다는 이유로 결국 採擇되지 못하고 말았고, 晩年에는 고향에서 弟子를 양성하면서 일생을 보낸다. 그의 言行錄인 「孟子」七篇은 그의 儒家의 法思想을 자세히 알려주고 있다.

2. 王道思想

孔子의 道德齊禮의 禮治思想은 백여년 뒤에 태어난 孟子에 의하여 繼承 發展되었다. 孟子는 당시의 諸侯들이 富國強兵만을 추구하여 武力에 의한 霸道만을 선호하는 태도를 비판하면서, 禮治를 바탕으로 하여 仁義로 다스리는 王道로 나아갈 것을 강조한다. 그의 유명한 王道思想

75) 周易의 해설인 十翼은 孔子가 저술한 것으로 보고 있으며, 象傳 가운데서 賁卦, 解卦, 旅卦, 中孚卦의 大象에는 刑罰에 관한 내용이 主題가 되어 있다

은 이른바 性善說에서 비롯하는 仁政主義가 본질적인 내용을 이룬다

가. 性善說

그는 人間의 本性에 대해서 性善說을 주장한 중국 최초의 法思想家이다. 孔子가 人性에 대하여 언급한 말은 “性相近 習相遠”뿐이고, 人性의 善惡 與否에 대해서 언급한 바가 없었다.⁷⁶⁾ 그러나 孟子가 살던 당시는 道家思想이 유행하면서 人性에 대한 논의가 활발하였으므로 孟子도 人性에 대한 儒家的 입장을 밝힐 필요성이 있었고, 그리하여 人性의 善惡에 대한 儒家的 論議가 孟子에서 시작되었다. 孟子는 禽獸와 달리 사람은 仁義禮智라는 四心을 갖추고 있어서 惻隱, 羞惡, 恭敬, 是非에 대한 마음이 先天的으로 있다고 하면서,⁷⁷⁾ 이 四心을 잘 보존하면 君子가 되고 그렇지 못하면 庶民이 된다고 한다.⁷⁸⁾ 그는 君子가 이러한 착한 本性을 保存하고자 평소에 노력하면 堯舜과 같은 聖人이 되고,⁷⁹⁾ 庶民이 善性の 保存에 태만하면 小人이나 不肖가 된다고 한다. 그가 모든 사람의 本性이 근본적으로 같다고 생각하여 누구나 堯舜이 될 수가 있다고 한 점에서, 孔子가 性相近이라고 하면서도 聖人을 일반 君子보다 高遠하게 높였던 것을 진일보시킨 功이 있다.

나. 仁政論

그의 이러한 性善說은 정치사상에 관해서 聖君과 賢臣에 의한 仁政을 天下統一의 實現方策으로 제시하게 된다.

孟子는 仁은 人心이 본래 갖추고 있는 속성이므로 仁政이 사람의 本性에 가장 잘 부합하는 政治라고 주장하여, 孔子의 德政을 仁政으로 발전시킨다. 그는 전통적인 禮治思想을 옹호할 뿐 아니라, 孔子의 君子와 仁에 의한 德政을 더욱 더 深化시켜 聖君과 賢臣과 같은 仁者의 仁政에 의한 王道政治를 주장했다. 즉, 오직 仁者가 고위의 執政者가 되어야 하고, 또 仁政을 베푸는 王道政治가 아니면 天下가 平和롭게 될 수 없다고 한다.⁸⁰⁾ 儒家的 人治主義와 德治主義가 孟子에 와서는 이렇게 王道政治로 종합정리된 셈이다. 그의 仁政을 위한 人治思想은 “바른 君主라야 나라가 安定된다(正君而國定)”는 것으로 君主의 個人的인 德性이 仁政의 成敗를 좌우하는 關鍵으로 보아 聖君을 주장하여서, 孔子의 爲政在人하는 尊賢主義를 강화한 느낌이다.

또 그는 仁政의 內容으로 먼저 사람의 經濟的인 欲求充足이 선행되어야 하는 현실을 인정하고, 恒産이 없으면 恒心을 기대할 수 없다고 하여 經濟政策의 중요성을 인정한 점은 管仲과 子産의 사상과 맥락을 같이 한다. 그는 農業을 장려하여 전통적인 井田法을 시행하되 農民들의 주요재산인 土地의 境界를 확정하여 주고, 稅金의 부담을 가볍게 하는 稅制改善을 역설한다. 한편 刑罰은 간단하게 정하되 먼저 百姓들을 禮로 교육시켜야 하고, 法家의 輕罪重罰을 반

76) 子貢曰 夫子之文章 可得而聞也 夫子之言性與天道 不可得而聞也 「論語, 公治長」

77) 惻隱之心 人皆有之 羞惡之心 人皆有之 … 惻隱之心 仁也 羞惡之心 義也 … 仁義禮智 非由外鑠我也 我固有之也 「孟子, 告子上」

78) 孟子曰 人之所以異於禽獸者幾希 庶民去之 君子存之 「孟子, 離婁下」

79) 人皆可以爲堯舜 「孟子, 盡心下」

80) 惟仁者宜在高位…不以仁政 不能平治天下 「孟子, 離婁上」

대하여 禮治思想을 기본으로한 王道政治에 의하여야 亂世를 구할 수 있다고 주장한 점에서 孔子보다 한층 더 理想主義的인 禮治思想家였다고 할 수 있다.

3. 民本思想과 暴君放伐論

그는 儒家의 전통적인 重民思想을 계승하면서 한걸음 더 나아가서 國民을 국가의 根本이라고 보는 民本思想을 고취한 점에서도 孔子보다 적극적인 面貌를 보인다. 그는 “國民이 가장 貴하고, 社稷이 그 다음이고, 君主는 가볍다”고 하여 民貴君輕을 내세우고, 君權도 民意에 따라 制限할 수가 있다는 매우 革新的인 입장을 내세운다.⁸¹⁾ 孟子의 “君主가 暴政을 하면 몸도 죽고 나라도 亡한다(暴其民甚 則身弑國亡)”는 경고는 民心의 向背가 國家의 興亡을 좌우한다는 그의 民本思想을 단적으로 표현한다.

이 民貴君輕의 民本思想은 나아가 “君主에게 큰 잘못이 있으면 諫하고, 잘못을 反復하면서 忠諫을 안 들으면 君主의 자리를 바꾼다”고⁸²⁾ 하는 暴君放伐論으로 발전한다. 즉 不仁한 君主가 高位에 있으면 國民에게 惡政만 행하면,⁸³⁾ 不仁한 君主를 放逐하거나 討伐할 것을 주장하여 易姓革命을 인정한다. 이러한 百姓이 國家의 주인공이 되는 革命思想은 天子의 權威를 절대시하는 孔子에게서는 볼 수 없던 진보적인 民本思想으로, 그 후로 儒家의 기본정신이 되어 후대의 中國 政治에 지대한 영향을 미친다.

제6. 荀子の 法思想

1. 時代的 背景

荀子(B.C.313-238)는 이름이 況이고 字는 卿으로, 趙나라 사람이다. 일찌기 齊나라에서 稷下派의 학문을 專攻하여 그 學派의 長인 祭酒를 세 번이나 역임했다. 그 후에, 趙나라와 秦나라에서 거닐다가 晩年에 楚나라의 春申君의 초빙을 받아 楚蘭陵令이 되었다. 그후 春申君이 피살되자 隱居하여 教育에만 전념하다가 얼마 후 사망했다. 그는 戰國시대 말기의 禮治主義者로 孔子의 儒家에 속하면서도 子思와 孟子로 이어지는 思孟學派와는 다른 독특한 禮論에 입각한 法思想을 수립한 巨儒이다. 그는 당시에 유행하던 法家の 法治主義를 반대하면서, 동시에 같은 儒家에 속하는 孟子의 仁政論에도 비판적인 견해를 가지고 있었다. 즉 孟子의 性善說에 대해서는 性惡說을 주장하고, 孟子의 王道政治에 대해서는 王道와 霸道の 並用을 주장하고, 孟子의 法先王과 重德輕刑에 대해서는 法後王과 德刑結合을 주장하여, 전체적으로 儒家의 전통적 禮治思想을 바탕으로 하면서 獨自의인 法思想을 세웠다. 그리하여 孔子에서 시작한 儒家의 禮治思想은 荀子가 이를 완성하여 儒家의 禮論이 여기에서 정립되었다고 한다. 그의 저술로는

81) 民爲貴 社稷次之 君爲輕 「孟子. 盡心下」

82) 君有大過則諫 反復之而不聽 則易位 「孟子. 萬章下」

83) 不仁者在高位 是播其惡于衆也 「孟子. 盡心上」

「荀子」32篇이 있는데, 앞부분인 26篇은 荀子의 法思想을 담고 있는 진정한 著述로 認定받고 있는 귀중한 자료이다.

2. 禮治主義

荀子의 禮治思想은 性惡說이라는 人性論에서 시작하여 明分使群論에서 완성된다. 孟子와는 달리 人間의 本性은 惡하다고 보는 荀子는 人間의 物質的 本能인 貪慾心을 솔직히 認定하는 점에서 現實主義的인 禮治思想家이다. 그에 따르면 사람들의 欲求는 많으나 그를 충족시켜 줄 財物은 限定되어 있으므로 취득을 위한 爭奪戰이 벌어지게 되므로, 이러한 欲求와 財物간의 不均衡을 해결하는 制度로 등장한 것이 질서규범인 禮와 法이라고 본다.⁸⁴⁾ 즉 인간의 物質慾에 관한 한 人性은 이처럼 惡하므로 그것을 미리 교화하여 秩序를 유지할 필요성에서 禮가 발생하였다고 하므로, 그의 性惡說은 자연히 禮教論과 결합된다.⁸⁵⁾

한편 그는 社會秩序에는 等級과 名分이 있어야 한다고 보고, 儒家에서 인정하는 父父, 子子, 君君, 臣臣과 貴賤, 長幼, 智愚와 農農, 士士, 工工, 商商의 等級과 名分을 禮의 內容을 결정하는 기준으로 본다.⁸⁶⁾ 各自가 天下의 通義인 禮에 따라 身分에 相應하는 職分을 수행해야만 國家秩序가 유지되고 사람이 평화롭게 살 수가 있다고 하여 各自의 職分을 명백히 하여 百姓을 부리는 것이 바로 政治의 요체라고 한 것은 전통적인 禮治主義이다.⁸⁷⁾

3. 隆禮重法思想

그의 法思想은 전통적인 儒家의 禮治主義에 입각하면서도 秩序規範인 法의 強制機能을 重視하여 현실적인 禮刑並用主義를 주장하였다. 그는 “政治의 지름길은 禮와 刑이니 君子는 이것으로 百姓을 편안하게 한다”고 하여 秩序規範인 禮와 刑을 함께 이용한다는 입장으로 일관하고 있다.⁸⁸⁾ 그리하여 禮樂으로 교화하되 德主刑輔를 말하는 儒家의 입장에서 信賞必罰을 강조하는 法家를 포용하는 입장을 취한다. 이처럼 孔子의 德政과 孟子의 王道와는 거리가 있는 荀子의 禮治는 法을 秩序規範으로 존중하는 입장에서 서 있다.

그는 당시의 法律用語를 정비하였으니, 法에서 原則이 되는 내용을 <法義>라 하고 구체적인 法條文은 <法數>라 하고 判例를 <類>라고 부르면서, “法이 있으면 法대로 따르고, 法이 없으면 判例에 따르게 한다.”⁸⁹⁾고 하여 法律條文이 不備된 경우에는 判例의 補充的 기능을 인정했다. 이 法數와 類를 지배하는 法義는 이른바 法의 一般原則으로 볼 수 있는데, 荀子는 한편에서 禮를 法의 大本이라 하고 있어서 결국 禮를 바로 法義라고 보고 있었다고 하겠다.⁹⁰⁾ 그는 法

84) 禮起于何也 曰 人生而有欲 欲而不得 則不能無求 求而無度量分界 則不能不爭 爭則亂 亂則窮 先王惡其亂也 故制禮義以分之 以養人之欲 給人之求 「荀子·禮論」

85) 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」

86) 使有歸天之等 長幼之差 智愚能不能之分 「荀子·榮辱」

87) 少事長 賤事貴 不肖事賢 是天下之通義也 「荀子·仲尼」

88) 治之經 禮與刑 君子以修百姓寧 「荀子·成相篇」

89) 有法者以法行 無法者以類舉 聽之盡也 「荀子·王制」

90) 不知法之義 而正法之數者 雖博 臨事必亂 「荀子·君道」. 禮者 法之大分 類之綱紀也 「荀子·勸學」

義의 중요성을 강조하여 군자는 法數가 없어도 法義를 잘 알므로 裁判에 어려움이 없다고 하여, 훗날 〈春秋決獄〉과 같은 引經斷獄의 사상이 나타날 수 있는 근거를 만들었다. 한편 惡法의 제거에도 적극적이어서 族刑을 廢止하자고 하였는데, 한사람이 有罪면 그의 三族을 처벌하는 〈族誅〉를 暴政이라고 비난하였다.⁹¹⁾ 또 古代에 先王이 德政의 표현으로 肉刑을 쓰지 않고 대신에 象徴的인 處罰手段으로 사용하던 〈象刑〉을 부인하고, 엄격하게 執法 내지 執刑할 것을 주장한다. 다만 法家에서 輕罪에 重罰을 사용하여 刑量에 公평성을 무시하는 것과는 달리 罪와 刑이 輕重이 서로 相當하도록 하여 輕罪輕刑, 重罪重刑의 원칙에 따라 執行하자는 뜻이다. 그러나 荀子は 法家보다는 儒家, 法보다는 禮의 優位성을 강조하였던 禮治主義者였다는 점을 간과해서는 안되니, 실제로 儒家의 禮論은 荀子에 와서 현실적인 秩序規範으로 理論적으로 정립되어 禮治思想이 여기에서 완성된 사실을 기억해야 한다.

儒家의 法思想에서 古法의 固守는 儒家의 전통이다. 그런데도 荀子가 先王의 禮法을 존중해야 한다는 孟子의 法先王論에 대하여 경우에 따라서 法後王論을 주장하여 舊禮를 폐지하고 新禮를 제정할 것을 주장한 경우도 있으니, 예컨대 그는 “任人唯親”의 西周의 宗法制度를 반대하여 “尙賢使能”을 새로운 官吏採用의 원칙으로 주장한다. 즉 전통적인 貴族의 特權만 보호하는 世卿世祿을 廢止하고, 身分에 구애받지 않고 有능한 人才를 발굴하여 그들에게도 같은 대우를 하는 新禮의 制定을 인정하자는 것이다.⁹²⁾ 당시에 儒家들은 秦나라에 들어가지 않는다는 〈儒者不入秦〉의 傳統을 무시하고 荀子는 秦나라에 자주 출입한 사실과, 그의 제자인 韓非와 李斯가 모두 훗날 法治主義 法思想가로 활약한 것은, 그가 孟子와는 달리 法의 중요성을 강조한 實用主義의 重法思想家였기 때문에 발생한 당연한 결과라고 하겠다.

4. 人治思想

荀子가 法家와 구별되는 중요한 부분은 그의 〈君子〉와 〈治人〉에 대한 尙賢思想에서 찾을 수가 있다. 그는 “亂君은 있어도 亂國은 없고, 治人은 있어도 治法은 없다”고 하여서,⁹³⁾ 君子와 治人이 있으면 秩序를 세울 수가 있다고 본다. 이 것은 “法으로 가르침을 삼고 官吏로 스승을 삼는(以法爲教 以吏爲師)” 法家の 法治理論과 상반되는 주장으로, 이것은 爲政在人을 강조한 孔子의 人治思想을 발전시킨 것이다. 그는 “法은 獨立하지 못하고, 類는 自行하지 못한다. 其人을 얻으면 존재하고, 其人을 잃으면 없게 된다. 法은 政治의 끝이고, 君子가 法의 根本이다”라고 하여,⁹⁴⁾ 아무리 좋은 法律制度가 完備되어 있어도 君子와 治人을 얻지 못하면 그 治法의 가치가 발휘되지 못하므로, 物治보다는 人治가 더 중요한 것임을 강조한다. 그 뿐만 아니라 君子가 法의 根本이므로, “君子가 있으면 法이 비록 간단해도 裁判하기에 충분하고, 君子가 없으면 法이 비록 갖추어져 있어도 先後의 순서를 잃고 事件에 適用하지를 못하여 어지럽게 된다”

91) 一人有罪而三族皆夷 「荀子·君子」

92) 賢能不待次而舉 罷不能不待需而廢…雖王公大人之子孫也 不能屬之禮義 則歸之庶人, 雖庶人之子孫也 積文學正身行 能屬於禮義 則歸之卿相士大夫 「荀子·王制」

93) 有亂君 無亂國 有治人 無治法 「荀子·君道」

94) 禹之法猶存 而夏不世王, 故法不能獨立 類不能自行 得其人則存 失其人則亡, 法者 治之端也, 君子者 法之原也 「荀子·君道」

고 하여,⁹⁵⁾ 君자의 存在가 公正한 執法이나 裁判에서도 필수적임을 지적한다. 그의 철저한 人治思想은 그가 儒家의 법사상가임을 보여주는 증거로 볼 수 있다.

제7. 結 語

周나라의 禮治主義의 形成과 發展 그리고 變遷하는 과정을 概觀하면서, 法思想도 時代性을 벗어나지 못하는 歷史의 產物이라는 사실을 재확인하게 된다. 西周의 周公이 殷나라를 征伐하고 宗主國의 자리를 周가 武力으로 奪取한 사실을 正當化하고자 종래의 天命說 대신에 以德配天說을 주장하면서 天意 대신에 民心이라는 개념이 등장하고, 한편 禮重刑輕이라는 周의 禮治主義가 시작되었다. 이렇게 民心의 向背에 관심을 두면서 부터 이른바 爲民思想이 싹트고, 그 후에 齊의 管仲과 春秋시대의 子產에 의하여 爲民 내지 利民의 정신은 면면히 이어지다가 孔子에 이르러 重民思想으로 발전하였고, 孟子에 이르러는 民貴君輕이라는 民本思想으로 확립된다. 그러나 이러한 民本思想도 당시의 富國強兵의 流行을 제지하지 못하고 秦始皇의 法治思想 앞에 무릎을 꿇고 만다. 그러나 國家의 秩序를 유지하는 規範으로 西周에서 사용한 禮와 秦이 사용한 法, 이 두가지 중에서 과연 어느 규범이 옳은 것인가 하는 문제는 中國 法思想이 안고 있는 가장 큰 문제이다.

禮와 刑의 관계에서 重禮輕法이라는 현상은 周나라의 禮治主義下에서 상당한 變遷이 있었다. 西周의 초기에는 明德慎罰로 禮治의 전통이 유지되고 刑은 부차적인 역할을 벗어나지 못했다. 그러나 春秋時代에 접어들면서 富國強兵策이 流行하자 身分制度의 崩壞로 禮와 刑이 混用되는 亂世가 도래하고, 孔子의 등장으로 周禮로 復歸하자는 禮治思想이 復興되었으나 諸侯들이 法治를 선호하는 風土는 계속되고 及其也 法治國家인 秦이 중국을 統一하게 되고 禮治主義는 理想에 치우친 法思想이라는 비판을 면치 못했다.

원래 禮의 내용은 差等的이어서 身分階級에 따라 그 내용이 각기 다른 것이 원칙인데, 周禮에 道德과 仁義가 포함되는 것인지 분명하지 않다. 다만 孔子의 道德齊禮는 德으로 이끄는 것을 먼저하여 德教를 강조하고 然後에 禮로서 秩序를 유지하는 것을 말하므로 德과 禮를 구별하고 있으며, 그의 仁도 禮에 돌아가거나 禮를 지키는 심리상태를 가리키므로 仁이 바로 禮와 같은 의미는 아니고 약간의 차이가 있다. 孔子는 君子가 지닐 德目으로 仁을 강조했고, 孟子는 仁에다 義를 첨가하여 仁義를 같이 論하는데, 다만 荀子は 仁義에 대한 언급을 회피하고 다만 禮論에 주력하였다. 孔孟이 정치가의 資質에 仁이나 義를 필수적인 것이라고 강조하지만, 荀子は 정치가의 자질에 대한 구체적인 언급을 自制하는 경향이 짙다. 이러한 차이는 孔孟의 法先王에 대하여 荀子が 法後王을 내세운 사실에서도 확인할 수 있다.

95) 故有君子 則法雖省 足以遍矣, 無君子 則法雖具 失先後之施 不能應事之變 足以亂矣 「荀子·王制」

參 考 文 獻

中國

四庫全書

- 梁啓超, 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).
 徐大同, 外 中國古代政治思想史 (吉林人民出版社, 1981)
 張國華, 外 中國法律思想史 (法律出版社, 1982)
 黃公偉, 法家哲學體系指歸 (臺灣商務印書館, 1983)
 楊景凡, 俞榮根 孔子的法律思想 (群衆出版社, 1984)
 趙宗正, 外 管子研究, (山東人民出版社, 1987).
 楊鶴臯, 外 中國法律思想史 (北京大學出版社, 1988)
 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, (天津出版社, 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).
 馬小紅, 外 中國法律思想發展簡史, (中國政法大學出版社, 1995)

日本

- 金谷 治, 管子の研究, (岩波書店, 1987).
 內山俊彦, 中國古代思想史における 自然認識, (創文社, 1987).
 小島祐馬, 古代中國研究, (筑摩書房, 1968).
 穗積陳重, 法律進化論, (岩波書店, 1924)
 神權說と民約說, (岩波書店, 1928).

韓國

- 李恒寧, 法哲學概論, (法文社, 1985).
 黃山德, 法哲學講義, (邦文社, 1989).
 東洋古代의 法思想, (서울法大 法學第7卷第1號, 69-88面, 1965).
 池教憲, 古代中國에서의 法治의 擡頭와 管子の 法治思想, (淸州教大論文集, 1983).
 尹絲淳, 朝鮮朝 禮思想의 研究, (檀國大 東洋學第13集, 1983).