

韓國에 있어서의 法과 倫理道德*

朴秉濠**

目 次

I. 序 言	IV. 現代의 狀況
II. 禮主法從思想의 實體	V. 結 語
III. 理·禮	

I. 序 言

共通의 儒敎의 法文化를 經驗했던 韓國과 中國·日本이 오늘날 各其의 法思想·法體裁를 달리하고 있으나 法과 倫理·道德에 관한 問題를 한 자리에서 論하는 이 자리는 歷史的 經驗을 土臺로 해서 現代를 살고 未來를 開拓하는 데 있어 共通의 關心事가 아닐 수 없으며, 그 歷史的 現實的 意義가 매우 크다는 本人의 心情을 먼저 밝혀둔다.

韓國歷史上 法은 內的生成發展過程에서 5次에 걸친 外國法의 繼受를 經驗했다. 즉 古代에 있어서의 魏·晉乃至 唐律의 繼受, 中世에 있었던 唐律令 및 宋·元法의 繼受, 近世에 있어서의 明律의 包括的 繼受, 近代開化期부터 日帝強占期에 걸친 西歐法(大陸法)의 繼受, 1945年 國權回復後의 大陸法·英美法의 主體의 繼受이다. 近代前은 모두 中國法을 繼受하였으며 따라서 長久한 歷史에 걸친 中國의 儒敎의 法文化의 繼受는 韓國의 傳統法과 社會發展에 큰 影響을 끼쳤다. 그런데 中世까지의 法의 儒敎文化的

* 이 글은 1992년 8월 21일 韓國法學院과 中國法學院이 共同主催하여 中國北京에서 개최된 學術會議에서 발표한 것이며, 峨山社會福祉財團의 1992년도 研究費補助로 이루어진 것이다.

** 서울대학교 법과대학교수

따라서 그 法의 儒敎倫理的 屬性, 法과 儒敎的 倫理道德과의 統一性도 自명한 것으로 받아들여지고 있음은 疑心할 餘地가 없다. 그리하여 이 時代의 法文化的 遺産의 특히 否定的 評價의 對象이 되는 遺産은 西歐法·法思想의 絶對的 支配下에 놓인 近·現代 韓國에서 法文化的 落後要因, 權利意識의 薄弱, 遵法精神의 缺如等으로 指摘되고 있고 屬性은 主로 統治組織運用의 法에 限定되었고 大體로 法文化的 主流는 慣習法·判例法의 形態인 固有法이었다. 그러나 近世朝鮮王朝는 儒敎理念의 包括的 繼受가 特徵이며 따라서 儒敎的 價值體系로 一貫된 精神風土, 基本的 制度, 社會秩序가 支配한 時代이다. 그 歷史의 原罪를 儒敎的 法文化的 繼受·強制에 問責하고 있다. 儒敎的 法文化的 屬性은 嚴然한 歷史的 事實이고 大陸法思想 특히 獨逸法思想의 支配的 影響을 받아 超歷史的 立地에서 法律萬能主義思潮, 法과 倫理道德과의 峻別論이 支配的인 狀況下에서 특히 儒敎的 倫理道德을 否定的으로 보는 精神風土도 嚴然한 歷史的 現實이다.

생각컨데 法과 倫理道德과는 多같이 社會的 歷史的 存在이며 兩者의 關係는 社會秩序의 根本的 構造 그 自體임은 傳統時代는 물론 現代에도 마찬가지 이다. 우리가 關心을 갖는 것은 現代社會에서의 법과 倫理道德과의 關係에 관한 問題이며, 이 問題를 다루기 위해서는 兩者의 關係의 歷史的 存在樣態의 究明이 先行되어야 한다. 이 問題는 歷史學, 社會學, 法哲學, 法思想史의 研究와 關聯되는 크고 어려운 問題이기 때문에 그것을 여기에서 滿足스럽게 論及한다는 것은 淺學菲才인 本人의 能力을 넘는 것이다. 하나의 問題提起로서 主로 韓國傳統社會에서의 兩者의 關係를 概觀하고 現代韓國에서의 問題는 간단히 言及하기로 한다.

II. 禮主法從思想의 實體

孔孟의 「德主刑輔」, 「禮主法從」思想은 韓國의 朝鮮王朝時代에 특히 強調되었는데 法은 禮治를 위한 補助手段으로 생각된 것이다. 그리고 오늘날 사람들은 禮는 道德規範으로, 法은 國家制定法으로 理解하고 있는 것이 一般常識으로 되어 있다. 그러나 禮主法從은 어디까지나 理想이고 實際로는 法主禮從이었다고 볼 수 있다. 行政組織法, 行政作用法, 刑事法은 實定法體系이었는데 禮는 이들 法의 根底에 儒敎的 價值體系의

一般的 指針으로서 깔려 있었으며 그렇지 못한 때에 그 思想이 強力하게 表出되었다. 특히 법이 주되고 基本的인 뜻은 형이었기 때문에 「禮主法從」의 「法」은 「刑」의 뜻으로 理解하는 것이 옳으며 刑의 뜻외에 一般的·普遍的인 廣義의 法이라는 뜻이 있지만 그것은 法을 學論하는 具體的 事案에 따라 판단하지 않으면 안된다는 점을 注意해야 한다. 具體的으로는 다음과 같다.

韓國의 史書 例컨대 15世紀初에 編纂된 高麗史에는 刑法 또는 刑法志가 있는데 그 「刑法」은 오늘날과 같은 刑罰法이라는 뜻이 아니라, 刑罰과 法이라는 두가지 뜻임을 注意해야 한다. 高麗史의 撰者는 刑法志序에서

刑以懲其已然 法以防其未然 懲其已然而使人知畏 不若防其未然而
使人知避也 然非刑則法無以行 此先王所以並用而不能偏廢者也

라고 하여 刑이란 法에 違反하는 行爲가 發生한 後에 懲罰하는 것이고 法이란 犯 法行爲를 犯하지 못하도록 事前에 防止하는 機能을 하는 것이라고 理解했다. 그러므로 法規는 거의 例外없이 그것을 違反하는 境遇에 處罰하는 刑罰內容을 具體的으로 規定하고 있으며 行政法的 規定이라 할지라도 間接的으로는 刑罰과 關聯되어 있었다. 그리하여 理想的으로는 犯法行爲發生後에 行爲者를 處罰하는 것을 能事로 함으로써 사람들로 하여금 畏怖를 느끼게 하는 것 보다 犯法行爲가 發生하지 않도록 未然에 防止함으로써 사람들로 하여금 미리 避할 줄 알게 하는 것을 理想으로 하였던 것이다. 그래서 刑罰을 使用하지 않으면 法の 實效를 기대할 수 없는 것이라고 표현한 것이다. 따라서 法은 一般的으로 刑이라고 觀念하지 않을 수 없게 되어 있었다. 그리고 또한 刑은 典型的인 刑罰에 局限되는 것이 아니라 모든 制裁, 즉 私法上的 損害賠償, 法律 效果의 制約等을 뜻하는 概念일기도 하였다.

그래서 禮家들은 刑과 法을 結合시켜서 이해하기 보다는 法과 禮나 理와를 結合시켜서 이해하고 그것을 이상으로 생각했다. 이는 近世朝鮮王朝에 있어서의 政治家나 學者들 에게 공통되는 思想이며, 이러한 思想을 가장 明快하게 表明한 사람이 朝鮮王朝後期の 위대한 實學思想家인 茶山 丁若鏞(1762-1836)이었다. 茶山은 政治·經濟·軍事·財 政·社會의 制度改革案을 具體的으로 立論한 그의 著書인 經世遺表(15卷 7冊) (邦禮 艸本이라고도 한다)의 序文인 引에서 「邦禮」라는 用語를 짐짓 使用하는 理由를 다음과

같이 말하고 있다.

茲所論者法也 法而名之曰禮 先王以禮而爲國 以禮而道民 至禮之衰而法之名起焉 法非所以爲國 非所以道民也 揆諸天理而合 錯諸人情而協者 謂之禮 威之以所恐 迫之以所悲 使斯民兢兢然莫之敢干者 謂之法 先王以禮而爲法 後王以法而爲法 斯其所不同也(여기서論하는 것은 法이다. 法이면서도 그 名稱을 禮라고 할 것은 무엇때문인가. 先王들은 禮로써 國家를 다스렸고 禮로써 백성을 이끌었다. 그런데 禮가 衰退해지자 法이라는 名稱이 생겼다. 法이란 나라를 다스릴 것도 되지 못하고 백성을 이끄는 것도 되지 못한다. 天理에 헤아려 보아서 合當하고 人情(民心)에게 和合한 것을 禮라고 하며 위협해서 두렵게 만들고 逼迫하여 悲痛하게 함으로써 백성을 두려워하게 만들어서 감히 犯하지 못하도록 하는 것을 法이라고 한다. 先王들은 禮를 法으로 삼았고 後世의 王들은 法으로서 法을 삼았으니 이 점이 다른 것이다) 위에서 알 수 있듯이 禮라는 것은 天理와 人情에 合當한 法을 뜻한다. 倫理的法則으로서의 法은 人間의 自然的 本性에 根據를 둔 것이며 그것이 法이며 法과 禮는 一致하는 것, 法即禮임을 強調하고 있다. 自然法則인 天理·人情(民心)과의 調和를 無視하고 人爲的인 「法即刑, 刑即法」에 의한 統治를 排擊하고 있는 것이다. 그 主張은 政刑을 否定하고 德禮만으로 統治하자고 한 것이 아니라 法의 根底에는 天理·人情이 底礎되어 있어야 하며 그럼으로써 法이 法으로서의 妥當性과 實效性을 지닐 수 있다는 뜻으로 理解된다. 禮에 바탕을 두지 않은 人爲的인 刑罰로서 民을 脅迫하고 恐怖하게 함으로써 감히 犯하지 못하게 하는 慘酷한 法治政治(刑治政治)만은 排擊하고 있는 것이다. 그렇다면 法·刑·禮는 歷史的 文化的인 現象形態로 把握되는 理(理法)이며 모두 根源이 동일한 實踐의 行動規範인 것이다. 그리하여 實定法の 空白을 매꾸고 또 보충하는 機能도 營爲하는 것이 禮法이고 理法이었다.

朝鮮朝에 있어서 官僚群과 立法擔當者들의 法律觀에서도 위에서 본 思想的 實踐의 意志가 如實히 나타나 있다. 即 刑罰法을 포함한 廣義의 法은 原則적으로 周禮라고 하는 古法에 비추어 合當하여야 하며 동시에 民信·民志에 따른 것이어야 하며 비록 古法에 合當하더라도 民志를 拒逆하여 民信을 얻지 못하면 弊法이라고 단정했다. 이러한 法이야말로 天地四時의 自然秩序와 一致되며 調和되는 理想的인 法이며 이를 「良法美意」라고 表現했으며 이 良法美意는 不可輕改의 永久法이라고 보았다. 換言하면 이러한

法이야말로 禮 그 自體이며 天理와 人情에 合致된 理法이라고 본 것이다.

III. 理·禮

民事의 領域에서는 法典, 單行法等 統一的 抽象的인 國家制定法の 條文은 極小數이 있으므로 「理」에 의하여 規律되었으며 民事訴訟인 詞訟(聽訟·聽理)에서도 擬律을 하지 않고 「理」에 따라 判斷하였다. 訴訟當事者는 所志(訴狀)에서 判決을 請求하는 用語를 「論理題給」, 「論理處決」이라고 표현하였다. 모든 사물에는 理致 또는 道理가 있으며 支配階級인 兩班에게는 「兩班道理」, 被支配階級인 常民에게는 「常人道理」, 小作人에게는 「作人道理」가 있으며 理의 基準에 合當한 것을 近理, 理所當然, 事理當然, 事理爭之, 據理責之, 法理當然之意, 無違經緯라고 하고 그렇지 않은 경우는 理不然, 無理之事, 非理之說, 非理生臆, 無據道理, 事甚無據, 無經緯, 不知法意, 無法理, 法外之變, 法外之人心이라고 表現했다. 道理나 經緯는 오늘날의 條理乃至 衡平과 동일한 뜻이며 사람들이 一般的 公同적으로 생각하고 있는 법의 理想的 基礎觀念이며 普遍的 常識이라고 말할 수 있다. 사물에 內在하는 普遍적 理致인 事理는 모든 사람이 例外없이 首肯할 수 있는 根據를 갖고 있으므로 訴訟에서는 當事者나 裁判官이 判決의 根據로 할 수 있는 普遍的인 判斷基準이었다. 道理에 합당하다는 것은 廉恥를 알고 仁義에 따른 것이며, 그에 반한 경우에 事極無廉, 無廉無法, 不可仁義爭者라고 했는데 理는 廉恥·仁義이고 그것이 法이라고 생각하였으며, 다만 이는 國家制定法처럼 統一的이고 明確한 것은 아니나 각자에게 양심으로서 내면화되어 있었다. 일상적 去來에서 惹起되는 紛爭에서 當事者間에 理에 따른 私的 解決에 失敗한 경우에는 그 紛爭은 官司에 提訴되는데 官司도 理에 따라 裁判하므로 裁判先例는 客觀적인 國家裁判權의 담당자인 官司에 있어서의 集積된 理이었다. 官司에 있어서의 同種事物에 대한 理의 反覆連續에 의하여 理法이 形成되며 그것은 사람들에게 權威있는 理로서 받아들여지고 社會的 行動의 基準이 되었다. 換言하면 理는 모든 人間에게 妥當하는 規範이며, 廣義의 禮이었다. 理法은 強行性을 갖는 公序良俗이며 民事의 領域에서의 一次的 法源이었던 것이다.

民事인 所有秩序, 去來行爲, 이들에 關한 紛爭·訴訟과 같은 財産法領域에서 理가

法源이었던 것과는 달리 國家的, 公的 儀式이나 親族相續法領域에서는 理보다도 狹義의 禮가 適用되었다. 親族相續에 關하여는 民事의 다른 領域보다도 매우 具體的으로 法典에 規定되어 있고 또 隨時의 單行法令으로써 規律되어 있음과 同時에 그 紛爭도 宗嫡, 遺産分配에 關한 것이 高작이고 일반적으로 家族紛爭은 法廷에 提起되지 않고 私的으로 解決했기 때문에 禮가 法源으로서 機能하는 경우는 매우 드물었다. 禮는 記錄되어 있는 한에 있어서는 法律과 같은 實定性이 있으나 法律만큼의 統一性, 명확성은 缺如되어 있는 것이 일반적이었다.

禮 중에서 國家的 儀式에 關한 禮書로서는 1474년에 傳來의 古制와 衆說을 集大成한 國朝五禮儀가 王命에 의하여 編纂되었는데 그 내용은 吉禮, 嘉禮, 賓禮, 軍禮, 凶禮로 되어 있으며, 凶禮중에는 大夫士庶人喪儀가 吉禮에 大夫士庶人四仲月時享儀가 收錄되어 있으며, 이 五禮儀는 후에 國朝續五禮儀(1744), 國朝續五禮儀補(1751)에 의하여 補完되었다. 이들 禮書는 모든 儀註에 있어서 法律로서 適用되도록 法典에 規定되었고 또한 王命에 의하여 撰定된 禮書인 喪禮補編도 喪禮에 있어서 法律로서 適用하였다(經國大典 禮典 儀註條). 朱子家禮도 婚姻의 경우에 法律로서의 效力이 賦與되었다(經國大典 禮典 婚嫁條). 그 외에도 禮家들이 著述한 各種 家禮書는 民間에서는 選擇的으로 法律과 같은 權威를 가지고 適用되었다.

結局 民事領域에 있어서 財産法分野에서는 理가, 國家的 儀式이나 家族法分野에서는 禮 내지 禮書가 法律과 동일한 法源으로서의 效力이 있었으며 따라서 禮·理는 法律과 같은 機能을 가지고 있어서 禮와 理가 法이기도 하고 法이 禮나 理이기도 하였던 것이며, 그것은 法이 倫理道德이고 倫理道德이 法이었다는 뜻이 된다.

刑事의 領域에서는 一般刑法으로서 繼受適用되었던 大明律, 經國大典等 國典중의 刑典, 無數한 單行法令, 事目 등이 거의 完結充足되어 있었기 때문에 이러한 成文法外에 「理」가 法源으로서 適用될 餘地가 없었다. 따라서 사람들은 중요한 犯罪에 대한 處罰規定을 知悉하고 있었고 刑事裁判에서는 例外없이 實定法이 引照되었다. 刑事裁判에 있어서의 照律指針書로서 널리 參照되었던 照律須知, 律例要覽과 같은 法律書에는 引照되어야 할 法條가 명시되어 있어서 國家實定法에 基한 實定的 判斷基準으로서 遵守되었다. 刑事裁判에서도 民事의 경우와 같이 「廣考法文論理處決」, 「今茲處分出於天

理造化精妙之理」, 「傍通事理」, 「參以事理」, 「法理道理之當然」, 「不無條理」, 「人理」, 「實是天理人情之外」, 「曲盡人情」, 「參以人情」, 「想其情理」, 「法所不赦宜以義斷」, 「法不可屈倫不可壞」와 같이 理, 天理, 人理, 事理, 情理, 倫, 義가 擧論되지만 民事에서와 같은 法源으로서의 理法이 아니라 犯罪의 動機, 心情等 情狀에 의하여 罪의 輕重을 決定하기 위한 根據基準이었다. 또한 獄案에서는 律條引照에 앞선 과정에서 情狀參酌에 의한 刑量減輕을 위하여 儒教經典이 중시되는 경우가 많으며 주로 書曰(書經), 禮曰(禮記), 周官所云(周禮), 易曰(易經), 孔子曰, 「此於春秋有可傍照之事」, 「其說載於論語集註中」, 古法, 古人云과 같이 引用하면서 經典의 精神, 聖賢의 言說, 古法, 先例에 依據하여 裁判하였다. 이러한 것들은 理나 情理의 根據로 되는 廣義의 禮이고 倫理이었다고 말할 수 있다. 요컨대 刑罰法에는 儒教倫理가 충분히 도입되어 있기 때문에 그 법의 解釋運用に 있어서도 法條를 정확히 引照하되 經典을 중시하여 그 정신에 遵거하였다.

IV. 現代의 狀況

十九世紀末부터 주로 日本을 통해서 日本의 西歐法文化가 移植되기 始作했고 前時代와는 比較할 수 없는 大量의 法令이 쏟아져 나오게 되었다. 日帝強占後는 더욱 深化되었고 法律에 의하기만 하면 無所不能이며 實定法은 모두 例外없이 타당성이 있는 것으로 認識되도록 強制되어 전통적 法觀念은 그 기초를 상실하게 되었다. 理나 禮는 法源으로서의 存在意義를 喪失했고 法과 倫理道德과의 峻別理論이 優勢하게 되고 따라서 實定法이야말로 모든 生活의 規範이라고 보게 됨으로써 法律萬能主義思想이 意識的·無意識的으로 風靡하게 되었고 한편으로는 法虛無主義의 思考方式이 蔓延하게 되었다. 法學에 있어서도 말할 것도 없이 獨逸(Deutschland)의 概念法學 내지 法實證主義에 傾倒되었으므로 이것이 民衆의 常識과 乖離되어 점점 專門化·技術化 됨으로써 法과 民衆의 法生活·思想間에 커다란 溝渠가 생기게 되었다. 1945年의 光復後에는 日帝의 法文化遺産을 繼承하고 있었으나 資本主義 經濟體制와 民主主義의 自由平等의 法思想이 絶對的 價値理念으로서 追求되었다. 獨逸式의 概念法學 乃至 法實證主義는

秩序와 安定을 追求했던 政治·經濟·社會的 狀況下에서 기본적으로 高수되어 왔으며 또한 法實證主義를 克服하기 위하여 自然法再興도 試圖되고 있다.

現代에서도 거대한 國家權力과 그 活動을 배경으로 前代와 比較할 수 없을 정도로 多量の 法規가 쏟아지고 改廢되면서 法이 社會統制의 中心的 役割을 演出함에 따라 法の 無倫理性도 더욱 뚜렷해지는 것 같다.

물론 오늘날에도 法律이 규정하지 않는 분야에서는 개인이 道德的 判斷에 따라서 생활하는 自由領域이 있으며, 이 領域은 倫理道德에 의해서 規律된다. 民法에 있어서 條理는 成文法과 慣習法이 없는 경우에 第3次的 法源으로 되어 있다. 또 法律은 극히 技術的인 분야를 제외하고는 正義나 道德的 價値를 기초로 해서 制定되고 있으며 法律에서는 道德原理가 導入되어 있다. 憲法에서는 人間의 尊嚴性·價値, 幸福追求, 公衆道德, 社會倫理, 良心, 公共福利, 秩序維持, 兩性平等, 經濟力濫用禁止, 經濟主體의 調和等 抽象的인 道德原理가 採擇되고 있고 民法에도 信義誠實, 權利濫用禁止, 社會秩序, 선량한 風俗等의 道德原理가 導入되어 있고 刑法은 어떤 다른 法域보다도 倫理의 色彩가 濃厚하며 특히 家族道德의 最後의 堡壘로 되어 있다. 또 民事訴訟法에도 信義誠實의 原則이 導入되어 있다. 表面的 形式的으로 나타나 있는 法과 倫理道德과의 關聯은 고작 위와 같은 程度이나 實際로 民事責任이나 刑事責任은 道德的 責任에 依存하는 바가 큰 것도 不認할 수 없다. 그럼에도 불구하고 오늘의 自由主義的 資本主義社會에서 일반적으로 法과 倫理道德이 內容的 實質的으로 전혀 無關係한 것처럼 認識되는 것은 그 社會經濟的 성격때문에 倫理의 內容이 극히 특수한 것이며 또 法과 倫理道德과의 關聯樣式이 특수할 뿐만 아니라 倫理道德의 具體的 內容이 不明確한 채로 認識되고 있기 때문이다.

V. 結語

오늘날 法과 倫理道德과의 分化가 深化되어 있음은 否認할 수 없으나 현대라는 歷史的 大變化의 時代, 不確實性의 時代에 있어서 法과 倫理道德의 問題는 日常生活의 現實 問題로서 새롭게 登場하고 있으며, 現代에 있어서도 法の 正當性·妥當性은 現代적

倫理道德의 價値基準에 依據하여 批判받아야 한다. 이제 法과 倫理道德의 問題는 歷史的經驗을 土臺로 해서 볼 때에 峻別의 問題가 아니라 經驗科學的 歷史的 深究를 통해서 兩者의 具體的 關聯과 통일의 문제의 해결을 試圖하는 것이라고 생각한다. 天理, 道理, 道義, 條理, 理法이 모두 倫理요 道德이며, 그것은 一言以蔽之하면 禮이며 아무런 差異가 없는 것으로 理解하여야 할 것이다. 禮를 儒敎의 倫理나 道德의 禮로 한정해서 理解하는 것은 倫理道德의 普編性· 絶對性· 永遠性을 주장함으로써 道德을 絶對的 原理에 根據를 갖게 하기 위한 試圖과 關聯되는 것으로서 習俗의 禮를 排除하는 結果로 된다. 各時代社會에는 거기에 타당하는 歷史的文化的인 禮가 있으며 현대에도 현대적 禮가 있는 것이기 때문에 禮의 意味內容을 歷史的範疇로서 올바르게 理解하여야 할 것이며 그림으로써 禮主法從思想의 現代의 효용도 가능하게 될 것이다.