

〈論評〉

滋賀秀三 著

清代判決の確定力觀念の不存在—とくに民事裁判の實態

金池洙*評

滋賀秀三著「清代中國の法と裁判」(東京, 創文社, 1984년 발행)의 第三章으로 실려 있는 본 논문은 본래「清代の司法にける判決の性格—判決の確定という觀念の不存在」라는 제목으로 法學協會雜誌第91卷8號 및 第92卷 1號에 발표된 글을 개정증보한 것이라고 한다.

본 논문을 읽기 전에 수년 전本書의 第4章「民事的法源の概活的檢討—情·理·法—」 및 第五章「法源としての經義と禮, および慣習」을 읽은 적이 있는데 특히 情理法の 副題를 달고 있는 제4장의 내용 및 시각이 매우 인상적이었다. 그후 본인이 國立台灣大學 法律學研究所에 3년간 遊學하던 시절에 우연히 본 論文의 筆者인 滋賀秀三교수가 台灣大의 초청으로 同 研究所를 방문하여 강연하는 것을 들을 기회가 있었다. 그때 보고 느낀 滋賀教授의 전체적인 용모와 분위기 및 강연에서 理와 法の 관계에 대해 본인이 제기한 질문에 답변한 내용과 관점 등이 아직도 기억에 생생하다. 한마디로 本書의 내용과 시각·연구방법론 등은 저자 滋賀教授의 학자로서의 정확하고 섬세한 분석적인 성격과 분위기가 직접 있는 그대로 발현·투영된 것이라고 느껴진다. 칠순이 넘는 노령인데도 깨끗한 기품은 좀 마르고 큰 키의 체구 및 각뚝이 예의를 갖추고 공손한 언행과 하나로 잘 어울려 말하던, 날카로울 정도로 빈틈없는 한 元老法史學者의 자태가 본 논문에서도 유감없이 풍긴다는 것이 전체적인 소감이다.

우선 이 글이 일반 中國史學者나 法學者는 물론 어지간한 中國法史學者로서는 엄두도 내기 어려울 만큼 깊이있고 분석과 수준높은 연구라는 점은 인정하여야 할 것이다.

* 서울대 법대대학원 박사과정수료

연구 대상이나 자료·방법의 다방면에 있어서 法學과 史學에 걸치는 學際的인 넓은 폭을 지녀야 한다는 法史學의 일반적인 특수성과 곤란성만 해도 상당히 큰 문제인데도, 본 논문은 더 나아가서 특수전문적인 주제의 선택과 함께 史料이용에 있어서도 비교적 완전하게 전해오는 국가의 공식적인 일반 典章制度로서의 ‘規範’적인 법조문에 국한하지 않고, 오히려 불완전하고 단편적으로 산재해 있는 일선관리의 개별구체적인 ‘事實’적 법의 판단·집행기록인 「判語」·「判牘」 등을 상당히 광범하게 활용하고 있다는 점에서 그 의미와 가치가 더욱 돋보인다. 특히 근대서구법에서와 같이 民·刑事은 물론 소송법과 실체법, 나아가서 입법과 행정(執法) 및 사법의 구분이 없는 전통중국법을 현재의 관점과 개념으로 이해하고 연구하기에는 더 크고 많은 어려움이 첨층되기 마련인데, 그 곤란한 여건 속에서도 司法의 영역에서 소송법적인 문제를 주제로 특히 희소한 民事法的 재판기록을 중심으로 연구를 진행한 사실은 그 자체만으로도 충분히 훌륭한 업적임에 틀림없다. 우리(동양)의 전통법제사를 연구하는데 있어서 따르는 또 하나의 특성은 과거와 현재의 시간적 대비라는 종적인 역사성의 문제 뿐만 아니라, 서양과 동양이라는 法文化의 공간적·지역적 비교라는 횡적인 역사성의 문제가 중첩된다는 점이다. 왜냐하면 우리(동양)의 현재 법제가 서구의 근대법을 받아들이면서 법제적으로 뿐만 아니라 사상·철학적으로나 법의식적으로도 이미 고유의 전통과 거의 단절되다시피 한 형편에 놓여있기 때문이다. 따라서 법의 역사를 연구함에 있어 반드시 비교법적 방법과 입장을 취하지 않더라도 구체적인 해당 法史實을 분석·연구하고 이해·평가하는데는 나름대로의 주관적인 기준과 관점, 시각 등이 필요하지 않을 수 없다. 역사는 존재하는 역사 그대로 보는 것이 가장 공평하고 안전하며 훌륭한 방법이지만, 역사에 대한 일반사람의 이해를 증진시키기 위해 학문적 연구의 차원에서는 또한 부득이 일반적으로 잘 알려진 개념과 관점을 기준으로 약간의 대비적인 분석연구가 불가피한 실정이다. 이러한 점에서 본 논문이 서구의 근대적 민사소송법의 ‘判決의 確定力’이라는 개념을 가지고 ‘그 척도를 기준’으로 하여 분석평가한 점은 수긍할 수 있다.

그러나 바로 이러한 출발점에 본 논문, 특히 그 결론의 전체적인 한계와 문제점이 이미 복선으로 깔린다는 사실을 간과할 수 없다. 이점이 본 논문의 가치와 업적을

평가하는데 논란될 수 있는 가장 중요한 취약점이라고 할 수 있다. 물론 역사의 이해와 평가는 다분히 연구자 개인의 개념과 기준 및 시각, 즉 종합적으로 말하면 주관적인 歷史觀에 의해서 연구의 대상선정과 史料 활용·분석비교방법 및 결론적인 평가에 이르기까지 전체적으로 완전히 달라질 수 있지만, 기본적인 비교기준의 채택부터 분명하게 다른 극단적인 개념과 시각을 전제하는 경우에 그 추론의 과정과 결론적 평가에 이르는 노선은 내재적으로 확정되어버릴 위험이 있다. 설령 비교의 편의를 위해 명확하고 전형적인 관념을 표준으로 삼을 수 있겠지만, 역사 자체가 절대성이 아닌 상대성의 영역에 속하는 주관적인 가치관의 학문이고, 더구나 ‘비교’ 또한 ‘상대성’을 전제로 하여 그 ‘상대성’을 밝혀 추구하는 작업이라는 사실을 명심한다면, 최소한도 연구의 방법이나 진행과정, 결론적 평가의 도출에 있어 보다 완곡하고 상대적인 관점과 시각보다 객관적이고 공평한 균형잡힌 감각과 입장을 유지할 수 있을 것이다.

滋賀수수의 본 논문은 그 제목부터 判決의 確定力 觀念의 “不存在”라고 못박아 내 걸음으로써 시간적·공간적 개별구체성을 중시하여야 할 (法の) 역사연구에 있어 방편적인 비교방법의 상대성을 다소 망각하고 편파적이고 불공평한 주관적 가치기준을 직접적으로 노출한 셈이다. 또한 緒言에서도 비록 ‘충분히는’ ‘原理적으로’라는 한정어로 수식하고 있지만 현재와 같은 판결의 확정력 관념이 전통 중국의 재판에서 “成立하지 않았”고 따라서 “存在하지 않았다”는 命題로써 단언적인 결론을 먼저 강하게 주장하고 있다. 개념법학적인 관점에서 그의 결론적 주장을 순전히 문자적인 의미로 해석하는 한, 결정적인 오류나 과실을 발견할 수도 없고 또 찾아볼 필요도 존재하지 않는다. 엄격히 따지자면 ‘현재 우리 사법재판상의 확정력’ 개념은 역사적 상대주의의 관점에서는 어느 시대·어느 장소에도 그대로 똑같은 모습을 찾을 수 없을 것이기 때문이다. 아마도 ‘確定力’이라는 주제의 성격이 필자의 결론적 주장을 明確하고 斷定적인 명제로 이끌었는지 모르겠다.

먼저 재판의 표현형식인 批와 論·遵結 등에 대한 문자적·어원적 의미의 분석과 개념정의를 상당히 섬세하고 정확히 하고 있는데, 이점은 분석적이고 논리적인 法學, 특히 해석론적 개념법학이 가지는 특징이자 장점으로서, 본 주제의 전체적인 연구의 논리적인 기초를 제공하는 흠잡기 어려운 분석이다. 이들 개념의 구체적인 내용은 필자가

상세하게 분석·정리하고 있기 때문에 새삼 언급할 필요가 없으며, 다만 필자가 특히 중점적으로 다루고 있는 민사재판의 기록이 「判牘」의 개념을 ‘확정성’이라는 본 주제와 관련하여 다소 언급하고 싶다. 필자가 분석연구를 거쳐, 정리한 개념정의에 의하면, 소송당사자에게 (재판)판이 판단을 宣示하는 (아마도 현재 우리가 사용하는 번역용어인 裁判·判決의 原語인 독일어 Rechtssprechen의 본 의미를 염두에 두고 의식적으로 사용하는 표현인 듯하다) 형식의 문장으로서 떠오르는 두 종류가 바로 批와 諭인데, 형식적으로는 諭인 것을 내용적으로는 협의의 ‘判’이라고 일컬어 批와 대칭시키고, ‘判’의 상위범주로서 批와 諭는 물론 어떠한 형식도 망라하는 실질적인 ‘裁定’으로서의 ‘斷’이라는 포괄적이고 일반적인 개념을 정의하고 있다. 즉 구체적인 형식의 명칭이 批이건 諭이건간에 ‘判’이나 ‘斷’이라는 일반적인 재판의 개념범주에 포섭될 수 있다.

우리는 바로 ‘判’과 ‘斷’이라는 문자의 어원적 개념이 한 사물을 둘로(혹은 반으로) 가르고 끊어서 나누어 놓는다는 의미인 사실로부터, 전통 중국의 재판이 적어도 어원적인 의미와 문자적 개념, 따라서 규범적인 이념에 있어서 서로 닮아서 물고 늘어지는 두 소송당사자 사이의 是非曲直을 분명하게 밝히고 가려 一刀兩斷적으로 나누어 놓는다는 관념을 강하게 가지고 있었다고 짐작할 수 있다. 또한 일반적인 재판의 의미로 ‘聽訟’과 함께 보편적으로 사용된 ‘斷獄’ ‘決獄’ ‘決訟’ ‘折獄’ 등의 용어에서도, ‘斷’ ‘決’ ‘折’ 등의 문자적 의미가 ‘判’ ‘斷’과 비슷하다. 이러한 문자적 개념상의 공통적인 특징은 바로 전통중국의 재판이 ‘確定’적인 최종결단을 이상으로 지향하는 관념의 표현이 아닐까?

마지막 「總括的考察」부분에서 滋賀教授는 또 Polizei의 어원적 의미와 현대 中國法令用語의 표현법에 착안하여 清代사법재판에 있어 ‘확정력’ 관념이 존재하지 않았다는 본 논문의 주제를 결론적으로 ‘확정단언’하고 있다. 中華人民共和國人民法院組織法 및 同人民檢察院組織法の 조문중 「已經發生法律效力的判決和裁定」이라는 구절의 의미를 “이미 법률효력을 발생한 판결과 재정(결정)”이라고 직역함으로써, 무심코 현대 소송법적 개념을 가지고 재판의 ‘확정’으로 표현한 부정확성과 오해야기 가능성을 지적하고 있는 점은, 확실히 필자의 섬세한 언어감각과 날카로운 통찰력을 보여주는 일면으로서, 博而精의 비교법적 시각을 지닌 법사학자가 아니며 좀처럼 발견하기 어려울

뿐만 아니라 주의하기조차 쉽지 않다. 이 사실을 발견하고 아울러 이러한 用語法의 내면적인 의미를 전통중국의 法文化·재판의식과 조심스럽게 연결시켜보려고 하는 필자의 추측은 공감을 불러일으킬만한 설득력 높은 타견으로 생각된다.

한편 필자는 「警察」을 뜻하는 독일어 Polizei의 어원적 의미를 역사적으로 구하고, 덧붙여 현대 일본경찰(특히 警視庁의 家事相談所)이 상당한 범위와 수량의 민사분쟁 사건을 해결하여 가정재판소나 간이재판소 내지는 가정재판소의 調停에 비견할 만한 기능을 수행하고 있으며, 뿐만 아니라 일반서민 사이에 민사적 분쟁을 경찰에 의지하여 해결하려는 의식이 강하다는 조사보고를 인용하여, 清代(전통중국)의 재판제도가 마치 ‘司法’이 아닌 ‘警察’에 불과한 것처럼 규정한다. 심지어 中國에는 司法(Justiz)이 존재하지 않았다고 단언한다. 그러나 전통중국법에 있어서 민사와 형사, 司法과 警察이 근대서구법에서와 같이 명확히 분화되지 않았다고 사실적으로 기술하는데 만족하지 못하고, 서구의 근대법이라는 색안경을 쓰고 민사와 형사·司法과 경찰 등과 같은 분석적인 개념과 척도로써 역사와 문화가 다른 전통중국의 법제도를 일방적으로 재고 확정적인 가치평가까지 내리는 것은 法‘史’學者로서 신중하여야 할 기본적인 입장과 태도가 아닐까? 필자가 인용하고 있는 조사보고서의 내용처럼 일본 경찰이 그토록 광범한 대량의 민사분쟁사건을 재판소에 비견할 만큼 해결·처리하고 일반서민 또한 민사분쟁의 해결을 경찰에 의지하려는 의식을 강하게 지니는 것은, 사법(Justiz)과 엄격히 구분되어 그 관할영역을 달리하는 근대서구적 경찰의 본연적인 기능때문이라고 하기보다는, 오히려 역으로 司法과 執法(行政·警察)이 융합통일되어 있던 전통중국(따라서 그 문화권 안에 속해 있던 전통일본)의 법문화와 법의식이 현대 일본경찰로 하여금 민사분쟁의 해결처리까지 종합적으로 담당하도록 하는 제도와 의식을 촉진·조장하지는 않았을까? 현대 서구의 경찰이 일본의 경찰처럼, 나아가서는 清代의 知州가 민사적 분쟁을 조정·해결하는 것은 아니며, 또한 같은 전통중국법문화권 안에 속해 있던 우리나라(韓國)의 현재 경찰이 일본처럼 민사분쟁을 적극적으로 조정·처리하는 형편도 아니지 않는가? 나아가서 서구근대의 경찰이 檢察의 지휘를 받아 刑事事件을 수사·해결하면서 수행하는 司法的 기능이나, 또는 민사적 분쟁에 관련하여 발휘하는 다소간의 司法的 역할 등은 현실적으로 司法과 경찰이 그렇게 명확하게 구분되기 어

려움을 충분히 반증하지 않는가? 한편 현재 검찰의 소속과 지위·기능이 과연 司法인가 행정(警察)인가를 생각해 보자. 그리고 민사와 형사 자체로 본래 일도양단적으로 구분되기 힘든 法現實을 감안하면, 이른바 전문화·세분화를 지향하는 근대 서구법제도가 반드시 法の 이념인 정의실현에 보다 적합하고 효과적이며, 이상적이라고 말할 수 있을까? 하물며 法이 지역과 민족·風土 등을 종합적으로 반영하는 역사적 산물이요, 문화적 結晶이라면.

무엇보다도 가장 궁극적이고 중요한 본질적인 관점, 法の 理念이라는 측면으로부터 본 논문의 주제 자체를 잠시 살펴볼 필요가 있다. 이는 근대서구법과 전통중국법이라는 두 상대적 法體系 내지 法文化의 본질적 성격과 관련되는 法の 歷史哲學的 문제이기도 하다.

法の 궁극적인 최고이념이 紛爭의 해결이나 예방을 통한 平和의 확보 및 正義의 실현에 있음은 동서고금의 어떠한 法文化나 法形式을 막론하고 공통적이다. 平和와 正義는 근본적으로 마치 손의 바닥과 등, 사물의 안과 밖처럼 ‘法’ 그 자체로 통일적으로 조화·융합되는 상호대응적 두 개념일 뿐, 사실은 하나의 法理念만 존재하는 것이지만, 이해의 편의상 두 가지 관점으로 나누어서 언급해 보자.

우선 正義의 관점에서 법의 이념을 보자. 상호 대립·투쟁적인 현상세계의 다툼 속에서 是非曲直을 올바르게 가리고 판단하여 옳은 자의 편을 들고 그른 자를 물리침으로써 正義를 실현하고, 나아가서 勸善懲惡의 誠導적 기능까지 수행하는 것이 법의 기본적인 이념이자 본연의 사명이다. 뒤엎힌 是非曲直을 제대로 가려 올바르게 심판해주어야 분쟁이 종식되고 평화가 확보될 것임은 두말할 나위가 없다. 그런 의미에서 正義의 실현이 곧 평화의 확보·유지와 직결되는 것인데, 여기에서 또한 正義의 본래적인 의미가 옳은 것을 옳게 여기고 그른 것을 그르게 심판하는, 즉 각자에게 각자의 몫을 있는 그대로 돌려주는 이른바 ‘실질적 正義’ 내지 ‘배분적 正義’에 있음을 알 수 있다. 즉 가장 원초적이고 궁극적인 正義의 이상은 구체적 사실관계에 부합하고 타당한 ‘存在的’ 확인·판단(심판)이며, 이것을 최고의 法狀態로 여긴다. 그러나 분쟁사실의 복잡미묘함과 판단 주체인 인간의 理智的 不완전성 등으로 말미암아 이러한 존재적 사실에

부합하는 실질적 정의를 항상 쉽고 완벽하게 발견·실현할 수 없는 것이 또한 현실이다. 게다가 허위·기만·공갈·협박과 같은 분쟁주체의 인간적 불성실성 및 열악성, 권력과 財富을 통한 분쟁당사자와 심판주체 사이의 뇌물·청탁과 같은 非理私情이 개입하는 경우가 많다 보면 상황은 더욱 어지러워지게 마련이다. 사실 이러한 法外的 상황이 실질적 정의의 실현을 통한 法の 발견 및 선언을 더욱 곤란하게 만드는 주범인데, 그렇다고 존재적 사실에 부합하는 실질적 정의의 실현만을 고집하고 분쟁상태를 언제까지 질질 끄는 것은 분쟁당사자와 심판주체 모두에게 백해무익할 뿐만 아니라 심지어는 실질적 정의의 실현이라는 法の 이념에도 전혀 도움이 되지 않는다. 여기에서 이를 완충·조정하여 분쟁의 ‘해결’을 피하는 타협적 요청이 法技術的인 관점에서 이른바 ‘형식적 정의’ 내지는 ‘평균적 정의’의 관념을 규범적·당위적으로 탄생시키게 되었다. 이리하여 法の ‘正義’ 이념은 다시 존재적·사실적 차원의 ‘실질적 정의’와 규범적·당위적 차원의 ‘형식적 정의’로 분화되었다. 그리고 이러한 正義論은 法哲學的으로 논의가 심화·확장되는데, 실질적 정의는 ‘구체적 타당성’의 이념으로 이어지고 형식적 정의는 ‘법적 안정성’의 이념으로 연결되어 상호 대립과 긴장의 진동을 증폭한다.

근대 서구법에서 특히 소송법상의 ‘판결의 확정력’ 내지 ‘既判力’의 관념은 물론 이러한 형식적·절차적 이념이 고도로 전문화된 법기술적 표현에 지나지 않는다. 그리고 이러한 형식적 법기술의 고도화·전문화는 본질적으로 앞서 말한 제반 法外的 惡要素가 더욱 복잡하게 증대함으로써, 좀더 일반세속적인 표현을 빌리면 문명이 발달하고 세상이 복잡해지면서(따라서 人心도 비례적으로 흉악·간사해지면서) 부득이하게 요청되는 필요악에 불과하다. 이러한 사물의 추세를 흔히 ‘근대화’라는 이름 아래 ‘발전’된 法文化로서 ‘先進文明’이라고 일컫는 것이 일반적인데, 법철학적인 법이념의 근원적 본질과 관련하여 이러한 상투적인 기존 가치관념까지 재검토·평가하는 것이 法史學的 관점에서 전통중국법상의 판결의 확정력 관념문제를 보다 공정하고 형평있게 연구하는데 필수적인 요청은 아닐까?

확실히, 근대서구법이 법적 안정성의 관점에서 형식적 정의인 판결의 확정력(기판력)을 중시하는 것과 대조적으로, 전통중국법은 구체적 타당성의 관점에서 존재적인 분쟁의

사실관계에 부합하는 실질적 정의를 궁극이념으로 부합하는 실질적 정의를 궁극이념으로 삼아 그만큼 판결의 확정력 관념이 서구근대법과 비교하여 상대적으로 박약한 편이다. 재판(판결)이 구체적인 사실관계를 먼저 인식·확정한 후에 추상적인 법령을 적용하여 是非善惡을 구분·선언하는 논리체계를 지니는 것은 동서고금을 막론하고 그 기본원리를 달리할 수 없는 보편적인 法理이다. 그런데 흥미있는 사실은 正義 이념의 증점소재에 따라, 이러한 보편적인 ‘재판’ (판결)의 法理를 표현하는 전통중국과 근대서구의 법적 용어가 대조적인 의미를 지닌다는 점이다. 즉, 전통중국에서는 ‘訟事(분쟁)를 듣는다’는 뜻에서 ‘聽訟’이라고 표현하고, 독일어를 예로 들면 근대대륙법에서는 ‘法을 宣言한다’는 의미에서 ‘Rechtssprechen’이라고 말하는 것이다. 聽訟이란 분쟁의 객관적이고 구체적인 사실관계(實情)를 양당사자로부터 공평하게 들어 인식하는데 증점을 두고 있으며, Rechtssprechen은 사실관계보다는 그 확정이후 일반추상적인 所與의 法律(法理)을 적용하여 선언하는데 초점을 맞추고 있다. 즉, 聽訟은 존재적 사실관계에 부합하는 구체적 타당성을 중시하는 실질적 정의의 이념을 강하게 투영하고, Rechtssprechen은 당위적 규범관계를 확정하고자 법적 안정성을 강조하는 형식적 정의의 이념을 강조하여 그 법기술적·절차적 성격을 농후하게 나타내는 것이다. 이처럼 재판(판결)을 의미하는 법적 용어 자체부터 서구근대법과 전통중국법이 각기 고유의 法文化의 본질적 성격을 그대로 반영하고 있는데, 선불리 어느 한쪽 가치관념을 기준으로 양자의 우열을 비교·평가하기에는 조심스럽지 않을 수 있겠는가? 그러므로 전통중국의 관리들이 司法·執法을 겸비한 ‘백성의 부모’로서 백성의 다툼을 있는 그대로 ‘들어’ 구체적 사실관계에 부합하는 판단을 내려줌에 있어서, 혹시 허물(과실)이 있는 경우에 고치기를 꺼리지 않고 과감하게 시인하여 종전의 판결까지 번복할 수 있었던 것은, 형식적 정의와 법적 안정성이라는 법기술적 관점에서 보면 덜 발달된 ‘後進法’인지 모르지만, 법의 역사를 존재적 사실의 관점에서 보고, 또한 보다 근원적인 法理念의 시각에서 법문화와 법체계 자체를 전체적으로 조망한다면, 그 나름대로의 역사적 문화적 배경 및 존재까지를 지니는 것이다.

다음으로 平和의 관점에서 법의 이념을 보자. 말할 것도 없이 法은 분쟁을 해결하고 혼란상태를 종식시켜 질서를 유지하고 평화를 확보하는 것을 중국적인 이념으로 삼는다.

재판(판결)이 국가 공권력의 강제성을 수단으로 그러한 분쟁종식과 평화선언을 유권적으로, 그리고 최종적으로 담당함은 국가와 법의 발생기원이자 존재가치이기도 하다.

그런데 흔히 국가에서 제정·공포하여 그 집행을 강제력으로 관철시키는 實定法(Gesetz)은 일반적으로 분쟁이 발생한 후에 비로소 그 사후적 처리·해결에 간여하게 되며, 특히 서구의 세분·전문화된 법체계에서 민사사건의 경우에는 당사자의 提訴라는 주관적이고 능동적인 법적 심판청구가 있어야만 비야흐로 그 해결작업에 착수한다. 다시 말해서 소송으로 ‘법적 분쟁화’ 되기 이전의 당사자간의 다툼은 법이 간여할 바가 아니며, 예절습속과 같은 사회적 윤리도덕에 맡겨지는 것이 원칙이다. 반면에 일단 ‘분쟁화’된 소송은 원칙적으로 법적 심판절차(재판)에 의해 최종적으로 확정되어야 하며 사적인 화해나 조정에 맡겨질 수 없음이 일반적이다. 그런데 순전히 ‘분쟁의 해결’과 ‘평화의 확보’라는 법의 이념 자체에 주안점을 둔다면, 소송으로서 ‘실정법적 분쟁화’되기 이전에 당사자간의 사실적 분쟁상태를 해결하거나 소송으로 제기되어 법적 분쟁화된 경우에도 가급적이면 당사자간의 양보와 인내를 통한 사적 자치의 길을 모색하는 것도 넓은 의미에서의 ‘法’(Recht)의 집행이자 실현이라고 할 수 있다. 민사적인 調停과 和解가 이에 속한다. 합리적이고 고도로 전문기술화된 근대서구법은 법의 형식적·절차적 正義이념의 중시에 맞추어 전자의 법률(Gesetz)적인 사후적 분쟁해결과 평화확보의 방법을 위주로 하는 반면, 상대적으로 合情의인 전통중국법은 법의 실질적·내용적 正義이념의 중시에 상응하여 후자의 법(Recht)적인 사전적 분쟁해결의 방법을 우선으로 한다. 조정이나 화해와 같이 후자가 속하는 法的인 사전적 분쟁해결은 실정법적 관점에서 보면 단순한 분쟁의 ‘해결’이라기 보다는 오히려 분쟁의 ‘예방’이라고 하는 것이 더 정확한 표현일 것이다. 물론 이러한 대립적인 개념도 어디까지나 이해의 편의를 도모하기 위한 상대적 비교이며 그 차이도 정도의 문제일 뿐이리라. 하여튼 당사자간의 사실적 다툼이 발생한 경우 법률적 분쟁으로 소송화 되기 이전에 조정·화해시켜 법률적 쟁송을 예방하고자 하는 전통중국법의 입장이야말로 법의 본래 이념에 보다 근원적이고 완벽한 방법임에 틀림없다. 다만 이를 분쟁 해결에 보다 발본색원적인 근본적 방법으로 보느냐, 아니면 덜 발달된 원시적인 형태로 여기느냐는 역시 가치판단과 시각의 문제로 귀결될 것이다. 이와 같은 맥락에서 보면, 清代 재판제도를 調停的裁判으로 호칭하고 이를 D·

F·Henderson의 教諭的 調停개념에 대비시키면서 前國家的 내지 前法的 調停(prestare or prelegal conciliation)과 任意的 調整(voluntary conciliation)의 중간적인 발전단계에 규정짓는 滋賀教授의 견해도 또한, 앞에서 말한 바와 같이 근대서구법적 가치관념과 기준을 일방적 척도로 삼아 묵시적으로 중국전통법의 재판제도를 보다 열등하고 후진적인 것으로 단정짓고 있다는 지적을 면하기 어려울 것이다.

마지막으로 첨부하여 지적하고 싶은 점은 필자가 인용한 事例의 ‘일반보편성’ 및 ‘대표성’의 문제이다. 우선 민사와 형사 구분이 없던 전통중국법체계에서 순수한 민사적 분쟁사안이 많지 않은데다가 전해오는 것도 또한 상당히 단편적이고 특수한 사안일 것이 대부분이다. ‘法’ 자체를 독자적으로 부각 존중하지 않은 당시에 어쨌든 개인의 문집이나 判牘 등에 기록으로 보존되어 오는 사안이라면, 대개 일반적인 보통 소송절차에 의해 확정종결되지 못하고 유난히 복잡하게 논란된 ‘문제성’ 많은 특수한 사안인 경우가 대부분일 것이라는 추측이다. 필자가 국가의 공식법전인 ‘律例’라는 法規範을 제쳐두고 존재적인 재판의 ‘實態’라는 法現實을 주 연구 대상으로 ‘판결의 확정력관념의 부존재’라는 주제를 증명·추론하였는데, 이는 법규범적인 측면은 전혀 고려하지 않고 법사 실적·법사회학적 관점만을 부각시킨 점에서 法の 본질적 속성인 ‘규범적 당위성’을 지나치게 퇴색시켜버린 감이 없지 않다. 아울러 법사회학적 통계의 방법상 그 표본추출의 전형적 대표성 내지 일반보편성이 문제될 수 있으며, 이는 주제증명과 결론도출의 타당성에 결정적인 요소가 될 것이다.

솔직히 말하면, 대부분의 일반史料에서와 마찬가지로 法制史料에서 기록으로 수백년 또는 수천년 동안 보존되어 후세에 전해질 정도의 史實이라면, 일반보편성과 일상평범성보다는 오히려 그 예외적 특수성이나 역사적인 교훈성·귀감성 때문인 경우가 정상일 것이다. 특히 필자가 인용하고 있는 嘉慶皇帝의 秋審情實冊 既執行事案에 대한 즉흥적 반복명령은 분명히 원칙적인 정당한 범절차가 아니라, 지극히 우연하고 예외적인 황제의 임의적 결정일 뿐이라는 사실에 주의하여야 한다. 예외 중에 예외, 특수 속의 특수라는 우연성의 중첩 때문에 역사에 기록된 것이 아닐까? 혹은 그 반복의 내면적 동기와 실질적 이유를 역사적 교훈으로 귀감삼기 위해서 하여튼 清代 모든 황제가 정당한 범절차로서 규범적·당위적으로 또는 의식적으로 이미 秋審終結하여 집행까지 마친

사안을 뒤적여서 그것도 피고인에게 불리하게 改惡적으로 번복재결하지는 않았을 것이고, 嘉慶皇帝 개인도 매년 관례적으로 그러한 특수한 예외를 찾아낼 여유가 없었으리라.

한편, 판결의 확정력 개념은 法司(재판관)의 개인적인 성격과 자질에 따라 정도의 차이가 많을 것이며, 게다가 앞서 언급한 것처럼 ‘法外的 非理私情’의 요소가 개입하는 경우도 허다할텐데, 그런 구체적인 현실까지 모두 法的인 규범의식 내지 당위관념으로 망라하여 단정하다 보면 성급한 일반화의 오류를 범하지는 않을런지. 아무리 法社會學的 實態라는 존재적이고 사실적인 관점에서 조망한다고 할지라도, 그것이 ‘法’에 관련되는 한 그 ‘관념’과 ‘의식’이 규범적 요소와 당위적 측면을 완전히 배제할 수는 없을 것이기 때문이다. 또한, 확정력의 개념은 근본적으로 질적인 차이이기 보다는 양적인 정도의 차이로 볼 수도 있을 것이다. 조금 지나친 표현일지 모르지만, 필자처럼 극단적인 태도로 그 반대입장에 서서 본다면, 과연 끝내 “確定”되지 못하고 영원히 역사속의 未濟懸案으로 남아있는 清代의 판결(재판)이 아직도 존재하는가?

본 논평은 필자의 주장이나 견해를 반박하기 위해서나 또는 전통중국법상 판결의 확정력개념 존재를 옹호하기 위해서 쓰여지는 글이 결코 아니다. 다만 공평하고 균형있는 가치중립적 시각을 위해 필자의 입장과 견해에 대응하는 상대적 관점의 가능성을 지적해 보는 것일 뿐이다. 산이 높으면 골이 깊듯이, 清代 판결의 確定力개념 부존재에 대한 필자의 주장과 신념이 자못 明確하고 斷定적인 까닭에 그 상대적 가능성을 제시하는 본인의 語調와 文勢도 상응적으로 강하고 극단적인 분위기를 표출한 듯싶다. 그렇다고 필자의 본 논문의 수준이나 학문적 업적이 이로 인해 조금이라도 손상되거나 감소되지 않을 것이다. 오히려 본인의 拙評이 혹시 정당하고 의미있는 바가 있다면, 이것이야마로 본 논문의 가치와 비중을 역설적으로 반증해줄 수 있으리라.

최종적인 결론은 결국 각자 개인의 주관적 가치판단과 역사관에 의해서 내려질 것이다. 宇宙의 삼라만상이 모두 분열과 통일을 순환반복하듯이, 인류의 문화와 법, 그리고 학문도 마찬가지로 이에 순응하여 분석과 종합을 변증법적으로 반복순환하는 것이 아닐까? 역사속에 영원한 절대적 是非나 善惡이 존재하기 어려운 것도 바로 이러한 상대성 원리의 변화무궁한 波動 때문은 아닐런지…….