

春秋時代 鄭國에서 발생한 法制의 변화경향성과 그 발전

천 영 미*

<目次>

- | | |
|-----------------|----------------------|
| I. 서론 | III. 脫 禮制로의 이행과 그 발전 |
| II. 禮制 중심의 통치양상 | IV. 결론 |

<국문 초록>

일반적으로 동양 정치사에서 禮治에서 脫禮治로 진행되는 법제 변화를 언급할 때 자주 거론되는 인물은 荀子나 商鞅이다. 순자는 외재적인 제도형식으로 인문질서를 건설하려고 하였기 때문에 그는 儒家와 法家를 이어주는 교량자 역할을 한 것으로 여겨진다. 또한 상앙은 秦獻公의 개혁정책을 기반으로 孝公을 도와 變法개혁을 단행하여 중국 서쪽 미개국이었던 秦國을 戰國七雄 중 가장 먼저 중앙집권체제를 갖추게 하고, 農戰정책을 통해 부국강병을 달성하여 강대국의 반열에 오르게 하였으며, 진시황의 천하통일의 기반을 구축했던 공헌자로 여겨진다.

그러나 법제의 변화와 발전은 전국시대 법가 계열의 사상가들에 의해 최초로 시도된 것이 아니라, 周代의 상업발달과 화폐유통 과정에서 벌금제도가 성립됨으로써 그 단초가 보였고, 그 변화가 춘추시대에 이어져서 상업이 발달하고 상인의 위상이 높았던 鄭國에서 나타나 확대 시행되었음을 주목해야 할 것이다. 그러므로 본고에서는 법제의 변화와 발달이 전국시대 법가들에 의해

* 성신여자대학교 강사 / ym0623@hanmail.net

현저하게 이루어졌다는 기존의 주장을 재검토하고, 법제 변화경향성의 시초와 확대를 周代의 벌금제도와 鄭國의 성문법 제정에서 찾는 데 그 목적을 두고자 한다. 아울러 鄭國의 성문법 제정의 의미가 피동치자의 권리보호와 객관적인 법 집행을 통한 국가질서 확립에 있음에 주목하고, 鄭國이 현대사회의 법률 제정과 목적에도 부합할 정도로 높은 수준의 법제 발달을 이룩하였으며, 이러한 변화경향성에 힘입어 상앙에 이르러서는 형법에 의한 규제가 일반화되어 독립적인 법인격이 형성될 수 있었음을 밝히고자 한다.

【주제어】 예치, 벌금제도, 외재적 형식, 상업발달, 화폐유통

I. 서론

고대 중국 法制史 전반에 걸쳐 禮와 法¹⁾은 근본적으로 대립적인 성격을 지닌 것으로 간주되어 왔다. 『논어』, 「자로」에 “섭공이 공자에게 말하였다. “나의 백성 중에 정직한 자가 있습니다. 그의 아버지가 양을 훔친 것을 아들이 고발하였습니다.” 공자가 대답하였다. “우리 마을의 정직한 사람은 이와 다릅니다. 아버지는 잘못을 저지른 아들을 숨겨주고, 자식은 죄 지은 부모를 숨겨줍니다. 참다운 정직은 이런 가운데 있습니다.”²⁾ 이 구절에서 아버지가 범죄를 저지른 문제에 직면하여 공자는 범인의 은닉을, 초나라 섭공은 관가에 고발할 것을 지지하고 있다. 이 같

1) 法은 刑과 型으로, 형벌과 모범의 두 가지 뜻을 포함하는 개념이다. 그런데 음악에 쓰였던 律이 이와 똑같은 의미체계를 가지고 있어서 나중에 法과 律이 혼합하여 상호 통용되었다. 『爾雅』, 「釋詁」에 “律 法也 又常也.”라고 하였고, 『管子』에는 “律者 所以定分止爭也.”라고 설명하여 律이 법과 비슷한 의미로 쓰이고 있음을 보여주고 있다. 『爾雅』, 「釋名」은 “法 逼也 莫不欲縱其志 逼而使有所限也 律 累也 累人心使不得放肆也.”라고 하여 法과 律이 같은 뜻임을 밝히고 있다.

2) 『論語』, 「子路 18」 “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.”

은 두 입장은 禮와 法の 충돌 즉, 유가와 법가의 차이점을 함축하고 있다. 섭공은 법을 충실히 지켰다는 점을 근거로 정직함을 판단하고³⁾, 공자는 예를 지킨다는 점에서 정직함을 규정하고 있는 것이다.

또한 공자는 『논어』에서 “인도하기를 法으로 하고, 가지런히 하기를 형벌로 하면, 백성들이 형벌을 면할 수는 있으나 부끄러워함은 없을 것이다. 인도하기를 德으로 하고, 가지런히 하기를 禮로써 하면 백성들이 부끄러워함이 있고, 또한 장차 선에 이르게 될 것이다.”⁴⁾라고 하여 法治에 대한 禮治의 우위성을 강조하였다.

또한 프랑스 학자 레옹 방데르메르슈는 그의 논문에서 禮治와 法治의 차이점을 다음과 같이 구분하였다.⁵⁾ 예치는 행위자의 행동이 사회질서

3) 한비자는 이 문제를 다음과 같이 평가한다. “초나라에 정직한 사람이 있었다. 그의 아버지가 양을 훔치니 그것을 관리에게 고발하였다. 재상이 그를 죽이라고 하였다. 군주에게는 정직하지만 아버지에 대해서는 정직하지 않았다고 생각하여 그에 따라 벌을 준 것이다. 이로 미루어보면 군주의 정직한 신하는 아버지의 포악한 자식이다. 노나라 사람이 군주를 따라 전쟁에 나가 세 번 싸움에 세 번 도망쳐왔다. 공자가 그 까닭을 추궁하였더니 ‘저에게는 늙은 아버가 있습니다. 제가 죽으면 봉양할 사람이 없습니다.’라고 하였다. 공자는 효자라고 생각하고 천거해서 그의 계급을 올려주었다. 이로 미루어보면 아버지의 효자는 군주의 역신이다. 그러므로 재상이 아버지를 고발한 아들을 죽인 뒤로 초나라에서는 다시 간악한 자를 고발하는 일이 없어졌고, 공자가 상으로 탈영범의 계급을 올려준 뒤로는 노나라의 백성은 행복하고 달아나는 것을 예사로 여겼다. 상하의 이익은 이와 같이 다르다. 군주가 필부의 행실 하나하나를 들어 모두 이유가 있다고 받아들인다면 사직의 복리를 이룩하고자 한다면 반드시 되지 않을 것이다.” 이로써 보면 한비자는 사적 영역인 인의나 효제의 도덕정감을 공적 영역에 적용하면 공적 질서를 수립할 수 없음을 지적하고 있다. (『韓非子』, 「五蠹」 “楚之有直躬其父竊羊 而謁之吏 令君曰 殺之 以爲直於君而曲於父 報而罪之 以是觀之 夫君之直臣 父之暴子也 魯人從君戰 三戰三北 仲尼問其故 對曰 吾有老父 身死莫之養也 仲尼以爲孝 舉而上之…故令尹誅而楚姦不上聞 仲尼賞而魯民易降北 上下之利 若是其異也 而人主兼舉匹夫之行 而求致社稷之福 必不幾矣.”)

4) 『論語』, 「爲政 3」 “子曰 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.”

5) 레옹 방데르메르슈, 「고대 중국에 있어서 예와 법의 제정」, 『동방학지』,

유지를 위한 요구에 어긋나지 않도록 행동을 규제하는 것이고, 행위의 주체가 상대방에 대하여 취해야 되는 태도의 차원에서 품행을 조정하는 것이다. 또한 예치는 행위의 방식에 적용되는 것이며, 행위를 사전에 조절하는 것이다. 그러나 법치는 행위 대상에 적용되는 것이며, 행위 당사자들이 서로에 대하여 취하는 태도를 문제 삼지는 않는다. 또한 법치는 행위가 저질러진 후에 이를 제재한다.

그러나 중국 법제정의 역사를 禮治와 法治의 대립으로 보기보다는 禮治에서 脫禮治[법치]로의 변화로 보는 것이 타당하다. 레옹은 禮治에서 反禮治로 진행되는 고대 중국 法制史의 변천을 다음 4단계로 제시하였다. 1단계는 예치주의 정신에 입각한 형법제정의 단계이고, 2단계는 예치주의를 벗어나는 법 제정의 단계로 벌금제도의 성립이 이루어진다. 3단계는 반예치주의적 성격의 법 제정 단계로 피통치자의 권리를 보호하는 법제를 시행하는 단계이고, 4단계는 사회 모든 구성원들의 모든 행위에 대해 형법에 의한 규제를 일반화시키는 법 제정의 단계이다.⁶⁾

그렇다면 禮治에서 脫禮治로의 법제 변화는 언제 그 최초의 실마리가 보이는가? 일반적으로 동양정치사에서 法을 언급할 때 자주 거론되는 인물은 荀子나 商鞅이다. 순자는 외재적인 제도형식으로 인문질서를 건설하려고 하였기 때문에 그는 儒家와 法家⁷⁾를 이어주는 교량자 역할을 한 것으로 여겨진다.⁸⁾ 또한 상앙은 秦獻公의 개혁정책을 기반으로 孝公을 도와 變法개혁을 단행하여 중국 서쪽 미개국이었던 秦國을 戰國七雄

1988, pp.231-232.

6) 레옹 방테르메르슈, 위의 논문, p.234.

7) 선진에서 법술세의 효과정 균용으로 부국강병의 건설에 매진하였던 학파를 법가라고 부르는데, 이들의 법은 law개념만을 뜻하는 것이 아니다. 군이 영어로 표현하자면 학자일 경우 Legalist, 학파의 경우 Legalism이라고 부를 수 있지만 그들에게 법은 law와 legality 그리고 legitimacy의 개념까지 함축하는 포괄적인 정치사상의 의미를 지닌다. (장현근, 「선진정치사상에서 법의 의미」, 『한국정치학회보』 27집 2호, 1993, p.76.)

8) 양계초, 『선진정치사상사』, 대만중화서국, 1973, p.96.

중 가장 먼저 중앙집권체제를 갖추게 하고, 農戰정책을 통해 부국강병을 달성하여 강대국의 반열에 오르게 하였으며, 진시황의 천하통일의 기반을 구축했던 공헌자로 여겨진다.⁹⁾

그러나 법제의 변화와 발전은 전국시대 법가 계열의 사상가들에 의해 최초로 시도된 것이 아니라, 周代의 상업발달과 화폐유통 과정에서 벌금제도가 성립됨으로써 그 단초가 보였고, 그 변화가 춘추시대에 이어져서 상업이 발달하고 상인의 위상이 높았던 鄭國에서 나타나 확대 시행되었음을 주목해야 할 것이다. 그러므로 본고에서는 법제의 변화와 발달이 전국시대 법가들에 의해 현저하게 이루어졌다는 기존의 주장을 재검토하고, 법제 변화경향성의 시초와 확대를 周代의 벌금제도와 鄭國의 성문법 제정에서 찾는 데 그 목적을 두고자 한다. 아울러 鄭國의 성문법 제정의 의미가 피동치자의 권리보호와 객관적인 법 집행을 통한 국가질서 확립에 있음에 주목하고, 鄭國이 현대사회의 법률 제정과 목적에도 부합할 정도로 높은 수준의 법제 발달을 이룩하였으며, 이러한 변화경향성에 힘입어 상양에 이르러서는 형법에 의한 규제가 일반화되어 독립적인 법인격이 형성될 수 있었음을 밝히고자 한다.

II. 禮制 중심의 통치양상

동서양의 法制 변화 과정은 사뭇 다르다. 서양의 法制는 형법 제정 과정을 통하여 그 영향력을 확장시켰으며, 古代에도 범법자들에게 법적 권리 보장의 혜택을 부여하는 데까지 이르게 되었다. 그 대표적인 것이 로마¹⁰⁾의 12동판법이다. 12동판법은 많은 형사 처벌 규정을 법 체제 내

9) 조천수, 「상양의 변법개혁과 법치사상」, 『법철학연구』 제7권 2호, 2004, pp.213-214.

10) 다른 고대 국가법에서는 전제 왕권의 유지를 위한 관료조직법과 형벌법 위주로 법이 발달하였음에 반해, 로마에서는 사법이 현저하게 발달하여 형법의 발전이 상대적으로 정체되었다. 로마 형법은 최근에 이르기까지 역사적

에 통합시킴으로써 시민들을 자의적인 처벌로부터 보호하였다.¹¹⁾ 그러나 고대 중국의 법제는 통치자의 특권을 중심으로 발전하였기 때문에 예치주의 체제 하에서 피통치자의 권리를 보호하려는 시도는 찾아보기 어렵다.

인간이 동물과 구별되는 것은 동물의 행동이 본능에 의해 이루어지는데 반해 인간의 행동은 규범에 의하여 규제되는데 있다고 할 수 있다. 즉 동물의 행동이 환경의 자극에 대한 본능적 반응이라고 한다면, 인간의 사회적 행위는 문화적 상징체계인 규범¹²⁾에 의하여 이루어지는 것이다. 규범은 기본적으로 인간의 자연스런 심성에 기초하여 제정되는 것이지만, 역사적 체험과 사회적 조건의 변화에 따라서 그 형식이 변화된다. 이러한 규범의 하나로 형성되고 발전한 것이 중국에서는 禮라고 할 수 있다. 사회가 복잡하지 않고 자연의 변화에 무력하였던 시대에는 자연에 대한 종교적 의식의 성격이 강한 禮가 통용되었으나, 점차 사회가 복잡해지고 자연의 변화에 대한 지식이 축적됨에 따라 자연에 대한 종교적 태도는 약화되고, 禮를 통한 사회적 통합의 기능이 강화되었다.¹³⁾

연구 대상에서 소외되어 왔다. 로마법의 발전이 절정에 달했던 고전기의 로마법 학자들이 私法연구에만 전념하고 刑法을 학문적 인식대상에서 제외한 결과이다. 로마 형법발전이 정제된 구체적 이유를 살펴보면, 무엇보다도 政務官의 재량권에 따른 형벌권의 행사 때문이다. 공화정 이래로 집행관과 법무관의 형벌권이 형법 발달을 주도하였다. 그 결과 정무관의 可罰性의 판단에 따라 범죄의 성립여부가 결정되는 재량행위는 필연적으로 형법의 법적 안정성에 흠결을 가져왔으며, 이로 인해 로마 법학자들은 정무관의 재량행위를 학문적 인식의 기초로 할 수 없었던 것이다. (조규창, 「로마 형법의 발전과정」, 『법학논집』 제31집, 2003, pp.183-185.)

11) 레옹 방데르메르슈, 앞의 논문, p.233.

12) 규범은 관습과 구별된다. 관습은 특정 집단 구성원들이 동일한 환경에 적응하는 과정에서 자연발생적으로 형성된 행동양식으로 그것이 갖는 효율성은 상당한 규범성을 수반한다. 이러한 관습 중에서 특히 중요하다고 판단되는 것은 원칙으로 발전하고, 문명이 발달하는 과정에서 이러한 원칙에 종교적 신념과 철학적 사상이 부여되어 규범의 성격이 일반화되고 체계화되며 추상화된다. (全炳梓, 『禮의 사회적 기능』, 탐구당, 1989, p.287.)

加藤常賢은 중국 先秦時代 禮의 성격변화를 다음 세 단계로 설명하였다.¹⁴⁾ 첫째 殷代와 殷周교체기의 禮의 특징은 天이나 조상신에 대한 외경의 마음에 바탕을 둔 Taboo의 관념이다. 또한 천자의 예로서 천자가 귀신에게 행하는 예가 있었으며, 위정자들이 神意代行權을 바탕으로 일반 사람들의 윤리적 생활을 규제하는 의미로서의 예이다. 이 때의 예는 사회적 기능이 분화되기 이전에 도덕, 법률, 종교, 정치, 군사 등을 규제하는 문화 일반을 총칭하는 개념이라 하겠다. 둘째, 春秋前期의 종교적 봉건제 시대로, 加藤은 이를 봉건적 의례의 분리시대로 언급하였다. 이 시기의 禮는 인간의 합리적 사고가 발달하여 종교적 의례로부터 세속적 도덕으로의 전이가 일어나는 것이 특징이다. 셋째, 戰國時代는 유학이 체계화되는 시대로 加藤은 이 시기를 도덕의 내면화시대라고 언급하였다. 한 예로 맹자는 禮를 四端¹⁵⁾의 하나인 내적 도덕성으로 파악하여 형식적인 면보다는 내용을 문제 삼았고, 禮는 특정 계층에게만 적용되는 것이 아니라, 인간이면 누구나 지키고 따라야 하는 보편적 도덕규범이라고 하였다.

이와 같이 고대 중국의 사회 질서 확립은 처음부터 法에 기반을 둔 것이 아니라, 禮에 기초하고 있었고, 禮의 성격은 시대적 요청에 따라 다르게 변화되어 왔음을 알 수 있다. 조직화된 사회생활을 통제하고 조절하는 禮의 기능을 많은 문헌에서 찾아볼 수 있다.

禮는 국가를 경영하고 국가의 기본원칙을 규정하며, 사회질서를 유지하고 권력의 이양을 순조롭게 하는 것이다.¹⁶⁾

-
- 13) 이문주, 「中國 先秦時代 儒家의 禮說에 대한 연구-禮의 본래성과 현실성을 중심으로-」, 성균관대대학원 박사학위논문, 1991, p.19.
 14) 加藤常賢, 『禮の起源と其發展』, 中文館藏版, 1942.
 15) 『孟子』, 「公孫丑上」 “惻隱之心 仁之端也 羞惡之心 義之端也 辭讓之心 禮之端也 是非之心 智之端也 人之有是四端也 猶其有四體也 有是四端而自謂不能者 自賊者也 謂其君不能者 賊其君者也.”
 16) 『左傳』, 「隱公 11年」 “禮經國家 定社稷 序民人 利後嗣者也.”

무게를 다는 데 저울이 사용되고 직선과 곡선을 그리는 데 콤파스와 직각자가 사용되듯이, 예는 국가를 운영하는데 사용된다.¹⁷⁾

사람들을 다스리는 데에는 예보다 더 중요한 것이 없다.¹⁸⁾

무릇 예란 천지를 경륜하고 인륜을 다스리는 것으로 그것이 일어나는 비는 천지가 나누어지기 전에 있었다. 예는 理이니 그것으로 다스리면 천지가 모두 흥할 것이다.¹⁹⁾

백성들이 말미암아 사는 것은 예가 가장 크다. 예가 아니면 천지의 신을 섬기기를 절도 있게 하지 못한다. 또한 예가 아니면 군신, 상하, 장유의 구분을 할 수 없다. 또 예가 아니면 남녀, 부자, 형제의 친함과 혼인을 분별하지 못한다.²⁰⁾

천지가 있는 후에 부부가 있다. 부부가 있는 후에 부자가 있다. 부자가 있는 후에 군신이 있다. 군신이 있는 후에 상하가 있다. 상하가 있는 후에 예의가 있다.²¹⁾

이와 같이 禮는 周初부터 국가의 기본원칙을 규정하여 국가를 경영하고, 사회질서를 유지하는 기능을 할 뿐만 아니라, 인간생활을 영위하기 위하여 男女와 父子, 君臣 간의 행위기준과 역할을 규정함을 알 수 있다. 다음 기록에서는 인간의 행동을 제어하는 법률도 禮에 기반해야 함을 언급하고 있다. 이로부터 형법의 성격을 지닌 禮의 면모를 더욱 구체적으로 살펴볼 수 있다.

17) 『禮記』, 「經解」 “禮之於正國也 猶衡之於輕重也 繩墨之於曲直也 規矩之於方圓也.”

18) 『禮記』, 「祭統」 “凡治人之道 莫急於禮.”

19) 『禮記正義』 “夫禮者經天地 理人倫 本其所起 在天地未分之前 禮者理也 其用以治 則天地俱興.”

20) 『禮記』, 「哀公問篇」 “民之所由生 禮爲大 非禮無以節事天地之神也 非禮無以辨君臣上下長幼之位也 非禮無以別男女父子兄弟之親 婚姻疎數之交也.”

21) 『周易』, 「恒卦」 “有天地然後有萬物 有萬物然後有男女 有男女然後有夫婦 有夫婦然後有父子 有父子然後有君臣 有君臣然後有上下 有上下然後禮義.”

큰 죄는 부모에게 효도하지 않는 것이며 형제간에 우애가 없는 것이다. 이렇게 되면 비록 그들이 죄를 짓지 않았다 해도 하늘은 백성들의 법도에 큰 혼란을 줄 것이다. 그러하면 너는 곧 문왕이 정한 형법을 사용하여 그들을 벌주고 용서하지 말라.²²⁾

선공 주공께서는 주례를 지으며 이르시기를 “예로써 덕을 살피고, 덕으로써 일을 처리하며, 일로써 공적을 헤아리고, 공적으로써 백성을 먹여 기른다.”고 하셨습니다. 또 서명을 지어 지켜야 할 도리를 어기는 자를 賊이라 하고 그 죄를 감추어 주는 자를 藏이라 하고, 재물을 훔치는 자를 盜라 하고 나라의 보물을 훔치는 자를 姦이라 한다. 죄를 감추는 죄를 범하고 훔친 보물을 탐내는 것은 大凶德이다. 이상의 것에는 정해진 형벌이 있어 용서가 없다고 하였습니다. 이 형벌은 九刑이라는 법전에 있어 누구도 잊지 않습니다.²³⁾

周初의 왕들은 모든 무질서는 효제가 이루어지지 않는 데에서 비롯된다고 생각하였다. 따라서 禮의 바탕이 되는 효제의 질서가 파괴될 때에는 형법에 따라 단호하게 이를 다룰 것을 언급하였다. 또한 주나라의 형법적인 九刑은 과실 행위와 이에 상응하는 형벌의 명칭을 제시하며 죄목에 따라 정해진 형벌을 가할 것을 언급하고 있다. 이와 같이 周代에는 禮로써 上下의 구분을 밝히고, 禮에 근간한 형법을 시행함으로써 국가 질서를 확립하였음을 알 수 있다. 그러나 禮制는 통치자의 특권을 중심으로 발전하였기 때문에 예치주의 체제 하에서 피통치자의 권리를 보호하려는 시도는 찾아보기 어렵다.

22) 『尚書』, 「康誥」 “王曰 封 元惡大 矧惟不孝不友 惟用茲 不于我政人得罪 天惟與我民大泯亂 曰 乃其速由文王作罰 刑茲無赦.”

23) 『左傳』, 「文公 18年」 “先君周公制周禮曰 則以觀德 德以處事 事以度功 功以食民 作誓命曰 毀則爲賊 掩賊爲藏 竊賂爲盜 盜器爲姦 主藏之名 賴姦之用 爲大凶德 有常刑無赦 在九刑不忘.”

Ⅲ. 脫 禮制로의 이행과 그 발전

Ⅱ장의 내용에서 살펴보았듯이 법제의 변화는 예치주의에서 법치주의로 이행되고 있음을 알 수 있다. 이 장에서는 예치중심의 법제가 법치로 이행되는 변화경향성이 周代の 상업발달에 따른 벌금제도 성립에서 최초로 시작되고, 그 변화는 春秋時代に 이르러 상업이 발달한 鄭國에서 활발하게 이루어지는 과정을 살펴봄으로써 고대 중국의 법제경향성의 단초를 밝혀보고자 한다. 또한 鄭國의 법제 변화경향성은 戰國時代 상앙에 이르러 형법 적용이 일반화될 수 있는 토대를 마련하였고 독립적인 법의 발전에 영향을 끼쳤음을 고찰하고자 한다.

1. 周代の 상업발달과 화폐유통에 따른 벌금제도 성립

고대 중국의 법제 변화와 발전은 周代の 상업발달과 화폐유통 과정에서 그 단초가 보였다. 상업은 상품생산과 그 유통이 일반화되고 상품유통의 매개물로서의 화폐가 생겨나며 또 유통과정에 개입하여 영리 행위를 추구하는 상인이 등장한 것으로 해석한다면 본격적인 상업 활동이 시작된 것은 춘추시대라고 할 수 있다.²⁴⁾ 그러나 상업은 일상적 물품의 교환이라는 廣意로 해석한다면 중국에서 상업의 기원은 殷代까지 거슬러 올라갈 수 있다.²⁵⁾

周代の 상업은 城邑을 기반으로 발전하였다. 주대의 성읍은 정치, 군사, 종교의 중심지였기 때문에 귀족들을 포함하여 무사, 평민, 공인들이 거주하고 있던 밀집 지역이었다. 『詩經』에는 농가의 부녀자들이 베, 비

24) 景山剛, 「中國古代の商業と商人」, 『古代史講座』 9, 學生社, 1966, pp.227-228.

25) 關野雄, 『中國考古學研究』, 1965.에서는 殷墟 출토의 유물 중에 南海 등 원격지의 산물이 있음이 지적되어 殷代에 교역의 범위가 상당히 넓었음을 보여주고 있다.

단, 삼배 등을 시장에 내다 팔았다는 기록이 있는데, 이는 당시 시장이 형성되고 이를 중심으로 상거래가 이루어졌음을 말해주는 것이다. 또한 상업이 발달하고 시장이 형성되자 화폐²⁶⁾가 발달하여 유통되었는데, 周代에는 貝貨인 子安貝가 사용되었다.²⁷⁾

이와 같이 周代에는 상업발달로 인하여 화폐유통이 원활하게 이루어졌으며, 이에 따라 贖刑 제도가 생겨나게 되었다. 각 형벌에 상응하는 금액을 지정하려는 贖刑은 穆王(BC1023-981)의 司寇였던 呂侯에 의해 고안된 것으로 추정하기도 하고, 상인의 발상으로 보는 견해도 있다.²⁸⁾ 상인의 발상으로 보는 견해에 따르면, 활발하게 국경을 넘나들며 상업 활동을 하는 大商 중의 한 사람이 아마도 규정을 어겨 당시 통용되던 형벌이 규정한 형벌을 받도록 되었을 것이다. 틀림없이 이 상인은 그의 목숨을 건지기 위해, 또는 신체 중 일부가 잘리는 형벌을 피하기 위해 자신의 전 재산을 내놓았을 것이다. 타협이 받아들여지자, 이것이 선례가 되고 일반화 되었으며, 제후들은 贖錢을 받음으로써 얻게 되는 수익에 크게 만족하였을 것이다. 이렇게 해서 새로운 관행이 태어나고 법규범화 되었다는 관점이다. 속형이 여후에 의해서 창안되었든 아니면 상인에 의해서 창안되었든 간에, 중요한 것은 周代에 이미 예치주의와는 다른 양상을 띠는 법제가 등장하였다는 점이다. 이에 대한 구체적인 내용을 『尙書』, 「呂刑」²⁹⁾을 통해 고찰하고자 한다.

26) 춘추시대에 이르러 청동제의 화폐가 출현하고 전국시대에는 數種의 화폐가 널리 유통되었다. 山西지방에서는 農具의 형태를 본뜬 空首布, 尖足布 등의 布錢이 유통되었고, 山東과 河北지방에서는 齊刀, 燕刀가 통용되었으며, 남방의 楚에서도 金貨와 함께 蟻鼻錢 등이 통용되었다. 또한 전국시대 말기에 가면 圓形方孔의 銅幣가 출현하여 사용되었다.(稻葉一郎, 「先秦時代の方孔圓錢について」, 『史林』, 1973, pp.56-59.)

27) 稻葉一郎, 위의 논문, pp.56-59.

28) 레옹 방데르메르슈, 앞의 논문, pp.237-238.

29) 목왕이 呂侯를 司寇에 임명할 때, 여후에게 하나라의 벌금형에 대하여 진술하게 하였는데, 이에 의거하여 「呂刑」을 지었다. 이 「呂刑」에 대하여 『傳疏』에서는 주나라 건국 이래의 형벌을 時世를 감안하여 벌을 가볍게 정한

왕이 말하였다. “보라. 有邦有土의 제후들이여! 그대들에게 刑을 상론하리라. 이제 그대들이 백성을 편안케 하는 데 어찌 인물을 가리지 않으며, 형벌을 행함에 어찌 신중하지 않으랴. 어찌 시대에 적합한지의 여부를 고려하지 않으랴. 원고와 피고가 모두 나오면 재판관은 변론을 자세히 들어보고 그 죄가 오형에 상당하면 오형으로 바로잡고, 오형에 상당하지 않으면 五罰로 바로잡으라. 오벌 판결에 이의가 있으면 五過를 적용하라. 오과의 난점은 관권을 이용하는 경우, 원한이나 은혜를 갚기 위한 경우, 집안사람을 이용하는 경우, 뇌물을 쓰는 경우, 옛 친구를 통하는 경우 등이다. 이런 情으로 법을 굽힌 자의 죄는 범죄자와 같으니 잘 살펴 선처하라. 오형 적용에 의문이 있으면 용서하라. 오벌 적용에 의문이 있으면 용서하라. 잘 조사한 후 여러 사람의 의견이 일치해야 하니 죄인의 태도와 안색을 보아 고려하라. 조사할 수 없으면 소송을 수리하지 말되, 언제나 天威를 엄히 하라. 墨刑에 의심이 있어 용서할 때는 벌금이 100환(錢)이니, 그 실상을 조사하라. 劓刑에 의심이 있어 용서할 때에는 벌금이 200환이니 그 실상을 조사하라. 劓刑에 의심이 있어 용서할 때에는 벌금이 500환이니 그 실상을 조사하라. 宮刑에 의심이 있어 용서할 때는 벌금이 600환이니 그 실상을 조사하라. 死刑에 의심이 있어 용서할 때에는 벌금이 1000환이니 그 실상을 조사하라. 목형에 해당하는 것 1천 가지, 의형에 해당하는 것도 1천 가지, 비형에 해당하는 것 500가지, 궁형에 해당하는 것 300가지, 사형에 해당하는 것 200가지이니, 오형에 해당하는 것이 모두 3천 가지이다. 죄의 경중을 비교하라. 거짓 진술을 들어 그것으로 판결하지 말라. 다만 법을 살펴 사실을 심리하라.”...왕이 말하였다. “아아 嗣孫이여! 앞으로 무엇을 거울삼으려는가? 덕이 아닌가? 백성 중에 덕을 세워 공정을 행하는 것이 아닌가? 바라건대 밝히 들으라. 어진 사람이 형벌을 행하면 한없이 좋은 명성을 얻을 것이다. 재판이 五常에 합치하고, 모두 공정한 도리에 맞아 선을 얻을 것이기 때문이다. 왕의 어진 백성을 맡은 자여! 이 좋은 법을 正視하라.”³⁰⁾

名刑法이라고 하였으나, 『集傳』에서는 도리어 목왕이 國財를 낭비하여 재정이 바닥날 지경이 되자 그것을 충당하기 위한 궁여지책으로 안축한 악법으로 보고 있다.

30) 『尚書』, 「呂刑」 “王曰 吁 來 有邦有土 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 五過之疵 惟官 惟反 惟內 惟貨 惟來 其罪惟均 其

이 기록에 따르면 周代에 流血刑을 일정한 액수의 벌금지불로 대체할 수 있는 속형제도가 생겼음을 알 수 있다. 즉 墨刑에는 100환, 劓刑에는 200환, 剕刑에는 500환, 宮刑에는 600환, 死刑에는 1000환을 지불하여 형벌을 면제받을 수 있게 된 것이다. 贖刑의 발생으로 각 형벌에 대해 형벌의 감수와 이 형벌에 상응하는 대금의 지불이라는 양자 택일의 가능성이 도입되었다. 이와 같이 형벌을 순수 화폐가치로 환산한다는 것은 禮治의 진정한 목적과는 거리가 먼 것이었다. 따라서 禮制에 의한 교화가 단순한 贖錢의 납부로 대치되기 시작하는 법제의 새로운 양상을 통해 예치주의가 변질되는 단초를 엿볼 수 있다.

이상의 내용에서 알 수 있듯이, 周代의 상업발달과 화폐유통의 원활한 발전에 따라 呂刑이 생겨나게 되었다. 呂刑은 발생은 脫禮制의 단초를 의미하는 것이고, 예제의 진정한 목적을 변질시키는 것임을 확인할 수 있었다. 다음 장에서는 周代로부터 비롯된 脫禮制로의 움직임이 春秋時代 鄭國의 子產이 성문법을 공포하고, 戰國時代 秦國의 商鞅이 형법을 일반화 시키는 등 법제의 변화 경향성에 어떤 영향을 미치게 되었는지 고찰하고자 한다.

2. 春秋時代 鄭國의 정치 경제 상황

법제의 변화경향성이 列國 중 鄭國에서 발생한 원인을 살펴보기 위해서는 鄭國의 정치 경제적 상황을 고찰하는 일이 선행되어야 한다. 왜냐

審克之 五刑之疑有赦 五罰之疑有赦 其審克之 簡孚有衆 惟貌有稽 無簡不聽 具嚴天威 墨辟疑赦 其罰百鍰 閱實其罪 劓辟疑赦 其罰惟倍 閱實其罪 剕辟疑赦 其罰倍差 閱實其罪 宮辟疑赦 其罰六百鍰 閱實其罪 大辟疑赦 其罰千鍰 閱實其罪 墨罰之屬千 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 上下比罪 無僭亂辭 勿用不行 惟察惟法 其審克之…王曰 嗚呼 嗣孫 今往何監 非德于民之中 尙明聽之哉 哲人惟刑 無疆之辭 屬于五極 咸中有慶 受王嘉師 監于茲祥刑.”

하면 춘추시대 초기 鄭國의 경제발전과 상인들의 위상, 그리고 子産이 집정할 당시 鄭國의 국력쇠락으로 인한 정치적 위상변화가 혁신적인 법제 변화경향성에 영향을 미쳤기 때문이다.

1) 춘추 초기 鄭國의 상업발달과 상인의 위상

지리적으로 중국의 중심부에 위치한 鄭國은 열국 간의 무역중심지였고, 상업의 중심지였다. 처음 낙읍의 동쪽과 제나라의 남쪽에 자리 잡을 때 환공은 상인의 힘을 빌어 그 지방을 개발할 수 있었는데, 이로 인하여 상행위의 보호와 불간섭주의를 표방한 맹약을 맺음으로써 상인들의 삶의 기반을 마련해 주었다.

노소공 16년(기원전526) : 한선자는 玉環 한 쌍 중 하나를 가지고 있었는데, 나머지 하나는 정나라 상인의 손에 있었다. 한선자가 정정공에게 나머지 하나를 마저 갖게 해달라고 청하였다. 그러자 자산이 이를 구해주지 않을 생각으로 변명하였다. “이는 府庫에서 간수하고 있는 기물이 아니기 때문에 과군은 알지 못합니다.” … 한선자가 정나라 상인으로부터 나머지 옥환을 사려고 하자 가격이 이미 정해졌다. 이때 상인이 말하였다. “이 일을 반드시 君大夫·子産에게 알려주기 바랍니다.” 한선자가 자산에게 말하였다. “전날 내가 옥환을 얻고자 청하였는데 집정이 의롭지 않다고 하여 다시는 감히 말씀드리지 못하였소. 이제 상인에게서 옥환을 사기로 했는데 그 상인은 이 일을 반드시 집정에게 알리라고 하였소. 이에 감히 청을 드리는 것이요.” 그러자 자산이 대답하였다. “전에 우리의 선군 정환공은 상인들과 함께 주왕조의 조정을 떠날 이곳으로 왔습니다. 그때 모두들 힘을 합쳐 이 땅을 소제하고 각종 초목을 벤 뒤 함께 거주해왔습니다. 이후 대대로 맹서하여 서로 믿어왔는데 그 맹서에 이르기를 ‘그대들은 나를 배반하지 않고, 나는 그대들의 물건을 강매하거나 빌린다는 구실로 빼앗지 않는다. 그대들이 진귀한 보화를 좋은 가격으로 거래할 지라도 나는 추궁하지 않을 것이다.’라고 하였습니다. 이 질서로 인해 능히 서로 협조하면서 오늘까지 온 것입니다. 이제 그대가 우호를 다지기 위해 폐읍을 방문하여 폐읍에게 상인의 물건을 강탈하도록 한다면 이는 상인들과의 맹서를 어기라고 가르치는 것이니 안 되는 일이 아니겠습니까?”³¹⁾

한선자는 옥환 한 쌍 중 하나를 가지고 있었는데, 나머지 하나는 정나라 상인이 소유하고 있었다. 한선자가 정공에게 나머지 하나를 가질 수 있게 해달라고 요청하였으나 자신은 이에 대하여 국가와 상인들 사이에 맺은 규약을 이유로 들어 정중히 거절하였다. 즉 정환공은 주 왕조를 떠나 정나라에 도착하여 상인들과 함께 동고동락하며 땅의 각종 초목을 베고 거주하였다. 이후로부터 국가는 상인들과 맹세하여 ‘상인들은 군주를 배반하지 않고, 군주 역시 상인의 물건을 강매하거나 강탈하지 않는다.’는 규약을 세워 오늘날까지 국가와 상인들은 협력하는 관계로 존속할 수 있었다는 것이다. 이 기록을 통하여 鄭國의 정권수립 과정에 상인들이 깊이 관여하였고, 이로 인하여 국가는 상행위의 보호와 불간섭주의를 표방함으로써 상공업 진흥정책에 힘썼음을 알 수 있다.

또한 鄭國의 商團은 상당한 규모를 가지고 국경을 넘나드는 무역을 하였으며, 상인이 정치적 세력을 지니고 있었다. 한 예로 상인 弦高가 周로 장사하러 가던 중, 鄭을 침공하는 秦軍을 발견하고 지략을 발휘하여 국가를 위기에서 구하였던 일과 쫓의 장수 笱罃이 楚나라에 포로로 잡혀 있을 때 鄭의 상인이 그를 탈출시키려고 계획하였던 사실을 들 수 있다.

당시 정나라를 수비하고 있던 秦나라 대부 杞子가 은밀히 사람을 본국으로 보내어 보고하였다. “정나라가 나에게 도성의 북문을 지키게 하면서 열쇠를 맡겼습니다. 만일 비밀리에 출병하면 정나라를 취할 수 있을 것입니다.” ... 진나라 군사가 활 땅에 당도하였다. 이때 정나라의 대상 현고가 낙읍으로 장사하러

31) 『左傳』, 「昭公16年」 “宣子有環 其一在鄭商 宣子謁諸鄭伯 子產弗與曰 非官府之守器也 寡君不知 … 韓子買諸賈人 既成賈矣 商人曰 必告君大夫 韓子請諸子產曰 日起請夫環 執政弗義 不敢復也 今買諸商人 商人曰 必以聞 敢以爲請 子產對曰 昔 我先君桓公 與商人皆出自周 庸此比耦以艾殺此地 斬之蓬蒿藜藿 而共處之 世有盟誓 以相信也 曰 爾無我叛 我無強賈 毋或勾奪 而有利市寶賄 我勿與知 恃此質誓 故能相保 以至于今 今吾子以好來辱 而謂敝邑強奪商人 是教敝邑背盟誓也 毋乃不可乎.”

가던 중 진나라 군사를 만나게 되었다. 이에 승위-무두질한 소가죽-와 소12마리를 바쳐 진나라 군사를 호쾌하면서 말하였다. “과군은 진나라 군사가 장차 행군하면서 폐읍을 통과한다는 말을 듣고 감히 얼마 되지 않는 물품으로 군사들을 호쾌하게 하였습니다. 폐읍은 비록 풍부하지는 못하지만 진나라 군사가 오랫동안 행군해 왔을 터이니 이곳에 잠시 머물면 곧 하루 분의 糧草를 준비해 공급하고 떠날 때에는 하룻밤 동안 숙위하도록 하겠습니다.” 현고는 진나라 군사를 안심시키면서 은밀히 일행을 시켜 역마를 몰고 가서 이 사실을 정나라에 보고하게 하였다. 정목공이 이 소식을 듣고 곧 사람을 보내 기자 등의 동태를 살피게 하였다. 그러자 그들이 이미 짐을 단단히 챙긴 뒤 병기를 손질하면서 말을 배불리 먹이고 있는 장면이 목격되었다. … 기자는 모든 사실이 드러난 것을 알고 이내 제나라로 달아났다. … 진나라 군사가 회군하였다.³²⁾

정나라를 수비하고 있던 진나라 대부 기자는 본국에 사람을 보내어 비밀리에 출병하여 정나라를 칠 것을 건의하였다. 이에 진나라 군사가 활 땅에 도착하였는데, 정나라 상인 현고가 낙읍으로 장사하러 가던 중 진나라 군사를 만나게 되었다. 이에 걸으로는 소가죽과 소를 바쳐 진나라 군사를 대접하면서, 은밀하게 일행을 시켜 본국에 이 사실을 알리게 하였다. 정목공이 사람을 보내 기자의 동태를 살피게 하였는데, 기자가 이미 짐을 챙긴 뒤 병기를 손질하고 말을 먹이며 전쟁을 준비하고 있는 모습이 목격되었다. 이에 기자는 제나라로 달아났고, 진나라 군사가 회군하여 정나라는 위기를 모면할 수 있었다.

이와 같이 鄭나라 商團은 상업 활동을 통하여 세력을 구축하고 국가간의 정치 외교적 관심사에 참여할 정도로 정치적 영향력을 확보하고 있었다.

그로부터 40여년 후 鄭國은 子産이 집정하여 중상정책을 지속시킴으로써 나라를 부강하게 하였다. 그는 재상이 된지 2년이 되었을 때 시장

32) 『左傳』, 「僖公32年」 “杞子自鄭使告于秦曰 鄭人使我掌其北門之管 若潛師以來國可得也. … 及滑 鄭商人弦高將市於周 遇之 以乘韋先 牛十二犒師曰 寡君聞吾子將步師出於敝邑 敢犒從者 不腆敝邑 爲從者之淹 居則具一日之積 行則備一夕之衛 且使遽告于鄭 鄭穆公使視客館 則東載厲兵秣馬矣 … 杞子奔齊.”

은 미리 값을 정하지 않았고, 삼년이 되었을 때에는 밤에 빗장을 걸지 않고 도로에 떨어진 물건을 줍지 않았을 정도³³⁾로 상업 활동이 안정되었고, 백성의 삶도 안정되었다. 또한 그가 죽었을 때에는 상인들이 마치 자신들의 부모를 잃은 듯이 통곡하였다.³⁴⁾ 이로부터 자산은 鄭國의 경제를 활성화시킬 수 있는 중상정책을 시행하였고, 상인계층의 권리를 보호하는 정책을 시행하였음을 알 수 있다. 이와 같이 鄭國은 상인을 보호하는 정책을 시행함으로써 피통치자의 권리를 보호할 수 있는 법제 시행의 길을 열어놓았음을 확인할 수 있다.

2) 鄭國의 정치적 위상 변화

鄭國의 국력 쇠락에 따른 정치적 위상변화 역시 法制 변화에 영향을 미쳤다. 춘추 초기 鄭國의 정치적 위상은 주 왕실을 보좌할 정도로 강성하였다. 다음의 기록에서 이러한 내용을 확인할 수 있다.

노은공 2년(기원전 721) : 정무공과 정장공은 잇달아 주평왕의 경사가 되었다. 일찍이 주평왕이 꾀공을 집정으로 삼으려하자 정장공이 주평왕을 원망하였다. 그러자 주평왕이 정장공을 달랬다. “그와 같은 일이 없었소.” 이 일로 인해 왕실과 정나라는 인질을 교환하게 되었다. 왕자 호와 정나라의 공자 홀이 각각 인질로 갔다.³⁵⁾

노은공 6년(기원전 717) : 정장공이 왕실로 가서 처음으로 주환왕을 알현하였다. 이 때 주환왕이 정장공을 예우하지 않자 주공 흑견이 주환왕에게 말하였다. “우리 왕실이 동천할 때 진나라와 정나라에 의지했습니다. 정나라와 친하게 지내서 찾아오도록 권해도 오히려 오지 않을까 염려되는데 하물며 예우하지 않을 수 있겠습니까? 예우하지 않으면 정나라는 장차 오지 않을 것입니다.”³⁶⁾

33) 『史記』 “子產爲相二年 市不豫賈 三年門不夜關 道不拾遺.”

34) 『史記』, 「循吏列傳」 “子產沒 商賈哭之 市哭子產者 皆如喪父母.”

35) 『左傳』, 「隱公 3年」 “鄭武公 莊公爲平王卿士 王貳于虢 鄭伯怨王 王曰 無之 故周鄭交質 王子狐爲質於鄭 鄭公子忽爲質於周.”

정무공과 정장공은 주평왕의 경사가 될 정도로 鄭國은 막강한 정치적 세력을 보유하고 있었다. 그런데 정장공이 주환왕을 알현할 때 천자가 정장공을 예우하지 않자, 주공 흑건은 周나라가 동천할 때 鄭國의 세력에 의존하였음을 들어 鄭國을 예우하는 것이 왕실의 안정을 얻는 길임을 강조하였던 것이다.

그러나 鄭國은 문공에 이르러 齊國의 강성함에 그 세력을 잃기 시작하였다.

노희공 7년(기원전653) : 7년 봄, 제나라가 정나라를 쳤다. 이때 정나라 대부 공숙이 정문공에게 건의하였다. “속담에 ‘마음이 굳지 않으면서 왜 굴욕을 꺼리지 않는가?’라는 말이 있습니다. 이미 강하지도 않고 그렇다고 유연하지도 못한 것은 패망을 가져올 뿐입니다. 나라가 위태로우니 청컨대 제나라에 굴복하여 나라를 구하기 바랍니다.”³⁷⁾

齊國은 제환공의 즉위와 관중의 富國強兵 정책으로 그 세력이 확대되고 있었다. 齊國이 鄭國을 치자 정나라 대부 공숙은 정문공에게 나라의 세력이 강성하지 않다면 차라리 열국간의 관계에 있어서 유연하게 대처하는 것이 나라를 구하는 길임을 건의하였다.

또한 鄭國은 穆公에 이르러 晉國과 楚國 사이의 팽팽한 긴장감 속에서 대국들의 무리한 요구를 쫓아야 할 정도로 그 세력이 더욱 약화되었다.

노문공 17년(기원전610) : 진영공이 정목공과 상견하지 않았다. 이는 정나라가 초나라와 가까이 지내면서 두 마음을 지니고 있다고 여겼기 때문이다. 이에 정나라의 자가 집신을 진나라의 조선자에게 보내어 이 같은 서신을 전하게 하였다. “... 과군은 재위하는 동안 귀국의 선군 진양공을 한 번 조현하였고, 지

36) 『左傳』, 「隱公 6年」 “鄭伯如周 始朝桓王也 王不禮焉 周桓公言於王曰 我周之東遷 晉鄭焉依 善鄭以勸來者 猶懼不飭 況不禮焉 鄭不來矣.”

37) 『左傳』, 「僖公 7年」 “七年春 齊人伐鄭 孔叔言於鄭伯曰 諺有之曰 心則不競 何憚於病 既不能強 又不能弱 所以斃也 國危矣 請下齊以救國.”

금의 군주를 두 번 조현하였으며 그때마다 태자와 저를 비롯한 몇 명의 신하가 귀국의 도성인 강으로 갔습니다. 폐읍이 소국으로서 이토록 귀국을 섬겼으니 결코 이보다 더할 수는 없는 것입니다. 그런데 지금 대국이 말하기를 ‘그대 나라는 아직도 우리 뜻에 흡족하지 못하다.’고 하니 폐읍은 멸망만을 기다릴 뿐 더 이상 무엇을 더할 수 있겠습니까?’³⁸⁾

정목공은 晉國의 진양공이 재위했을 당시 조현하였고, 진영공이 재위하였을 때에도 때마다 태자와 여러 신하들을 대동하고 晉國의 도성으로 가서 진영공을 두 번 조현하였다. 鄭國의 사신은 小國으로서 대국을 지극하게 섬겼던 鄭國의 상황을 하소연하고 있다. 정목공에 이르러서 鄭國의 정세는 晉國과 楚國 사이에서 大國들의 명령을 좇아야 할 정도로 기울었음을 알 수 있다.

子産은 晉國과 楚國 사이에 놓여 大國에 의한 멸망의 위협 속에 있었던 鄭國의 안위를 걱정하며, 효율적인 외교정책을 시행함으로써 급변하는 국제정세 속에서 대응해야 할 필요성을 인식하였다.

정나라 대부 자국과 자이가 채나라로 쳐들어가 채나라의 사마인 공자 섬을 체포하였다. 이에 정나라 사람들이 모두 기뻐하였으나 오직 자산만은 우려하며 말하였다. “소국으로 문덕이 없으면서 무공만 있으니 이것보다 더 큰 우환은 없을 것이다. 초나라 군사가 쳐들어오면 어찌 순종하지 않을 수 있겠는가? 그러나 우리가 초나라에 순종하게 되면 진나라 군사가 반드시 쳐들어올 것이다. 진나라와 초나라가 번갈아 가며 정나라를 침공하게 되면 정나라는 최소한 4·5년 내에는 결코 안정될 수 없을 것이다.”³⁹⁾

자산은 鄭國이 文德을 갖추지 않으면서 武功만 내세우는 것을 걱정하

38) 『左傳』, 「文公 17年」 “在位之中 一朝于襄 而再見于君 夷與狐之二三臣相及於絳 雖我小國 則蔑以過之矣 今大國曰 爾未呈吾志 敝邑有亡 無以加焉.”

39) 『左傳』, 「襄公 8年」 “鄭子國子耳侵蔡 獲蔡司馬公子燮 鄭人皆喜 唯子産不順 曰 小國無文德 而有武功 禍莫大焉 楚人來討 能勿從乎 從之 晉師必至 晉楚伐鄭 自今鄭國不四五年弗得寧矣.”

였다. 小國이 大國 사이에 처하면서 文德을 닦아 외교적인 정책에 힘쓰지 않고 무공만 내세우게 되면 대국의 침략을 받아 늘 불안한 정국에 휩싸이기 때문이다. 자산은 楚國과 晉國 사이에 있으면서 양국의 침략을 받게 될 鄭國의 안위를 걱정하였고, 小國으로서 외교정책을 효율적으로 시행하여 급변하는 정세 속에서 국가의 안위를 보존하고자 노력하였다. 이와 같이 鄭國은 小國으로서 大國에 대응하는 방법을 모색하는 과정 속에서 외교적 능력을 발휘하여 自國의 안정을 추구하고자 하였다. 『論語』에 외교문서 작성에 출중한 鄭國의 인재들이 소개되어 있는 것은 바로 鄭國의 탁월한 외교수행 능력을 알 수 있는 것이라 하겠다.⁴⁰⁾

이와 같이 자산은 급변하는 국제정세에 대응⁴¹⁾하기 위하여 효율적인

40) 『論語』, 「憲問 9」 “子曰 爲命 裨諶草創之 世叔討論之 行人子羽修飾之 東里子產潤色之.”

41) 子產이 급변하는 국제정세에 대응하기 위하여 효율적인 외교정책을 시행하고자 하였듯이, 현대에도 사회의 변화와 발전에 대응하기 위하여 法官法이 발전하고 있다. 法官法이란 법관에 의해 성문법과 관습법에 존재하지 않는 추상적인 명제가 세워지는 것을 말한다. 따라서 광의의 법의 형성발전은 오로지 법률의 문언해석을 통해서만 재판의 기초를 이끌어내지 않고, 분쟁을 해결하는 모든 법관의 판결을 의미한다. 전통적인 법학방법론은 법관의 재판과정을 수학 공식적인 해결로 이해하였다. 즉 법관은 개별 사건의 재판에서 사실관계를 확정된 후 적용 법규를 찾아 법규에 대입시킨 후 결론을 내린다는 것이다. 이러한 인식은 법관의 재판행위가 단순히 법을 집행하는 것이라는 데 기인하고 있다. 그러나 현실적으로 법관은 단순히 법을 집행하는 것이 아니라 법관 자신의 평가를 재판에 반영시키고 있다. 어떠한 법률도 모든 예상되는 관계에 직접 적용할 수 있는 규정을 완벽하게 제시할 수 없으며, 법 규정이 모든 사람에게 의심의 여지없이 적용될 수 있도록 명확하고 확실한 개념을 포함하는 것도 현실적으로 불가능하다. 일반적으로 법 규정은 해석의 여지를 남겨두고 있으며, 법관은 자신이 타당하다고 여기는 결론을 근거지우기 위해 다양한 해석 방법 중에서 선택할 수 있는 것이다. 이러한 과정에서 법관은 자신의 목적과 가치를 법률에 반영할 수 있게 되는 것이다. 법관에 의한 법 해석이 없다면 법질서는 이미 파괴되었을 것이다. 법해석을 통해 법관은 새로운 사회적 가치관 및 시대의 변화된 상황을 함께 고려할 수 있게 되며, 사회의 발전에 뒤떨어지지 않는 법질서가 형성될 수 있도록 하는 것이다. 法官에 의한 법의 형성발전은 삶

외교정책을 시행하고자 하였는데, 이러한 정국운영 방식은 鄭國으로 하여금 급변하는 국제적 상황을 객관적으로 분석하여 유연하게 대처할 수 있도록 하였을 뿐만 아니라, 경직된 정국운영의 방식을 탈피하고 객관적인 법제 시행을 통한 국가질서의 확립을 모색하는 데에도 영향을 끼친 것으로 보여 진다. 이제 자산이 혁신적인 법제를 시행하는 과정과 그 의미를 검토하고자 한다.

자산은 鼎에 형법을 새겨 넣어 공포함으로써 객관적인 형법에 의존하여 나라를 다스리고자 하였다. 그는 법이 갖는 강력한 공포의 동기를 이용하는 것이 백성의 행동을 통제할 수 있는 가장 믿을 만한 방법이라고 생각하였다.⁴²⁾ 그러나 당시 제후국들은 국가의 흥망성쇠가 禮의 실천에 달려있다고 조망하였다. 자산의 형법 공포와 이에 극렬하게 반대하는 숙향의 모습 속에서 이러한 견해 차이를 살펴볼 수 있다.

소공 6년(기원전 536): 3월, 정나라 사람이 鼎에 刑書를 주조해 넣었다. 이에 진나라의 숙향이 사람을 보내어 정나라 자산에게 다음과 같은 서신을 전하였다. “당초 나는 그대에게 희망을 가졌으나 이제는 끝났소. 옛날 선왕들은 일의 경중을 따져 죄를 다스렸을 뿐 형법을 정하지 않았소. 이는 백성들이 爭心을 일으킬까 두려워했기 때문이요. 그럼에도 범죄를 완전히 방지하지 못하였소. 이로 인해 도의로써 방비하고, 올바른 정사로 독찰하고, 예로써 행하고, 신의로써 지키고, 인으로써 받들고, 녹위를 제정하여 좇게 하고, 형벌로 엄단하여 방자함을 다스렸소. 그래도 제대로 하지 못할까 두려워하여 충성으로 교화하고, 행동으로

의 다양성과 복잡성으로 인해 입법자의 법제정적 역할의 한계가 드러남에 따라 관심의 대상이 되기 시작한 분야이다. 즉 경직된 法律法에 의해서는 더 이상 사회적 요구를 수용할 수 없는 현실 때문에 법적 안정성을 해치지 않는 범위 내에서 法官法이 발달하게 된 것이다. 이와 같이 법률은 끊임없이 사회적 관계와 가치관의 관련 속에서 있으므로 그 해석은 세계관과 생활관계 및 가치관의 변화에 따라 바뀔 수밖에 없는 것이며, 이로써 법관에 의한 법의 형성발전은 불가피하게 되었다.(정선주, 「법관에 의한 법의 형성발전과 그 한계」, 『민사소송』, 1999, pp.62-76.)

42) 벤자민 슈워츠 지음·나성 옮김, 『중국 고대 사상의 세계』, 살림, 2004, pp.497-499.

써 권장하고, 근면으로써 가르치고, 화목함으로써 부리고, 공경으로써 대하고, 엄숙함으로써 임하고, 剛으로써 결단하였소. 그럼에도 오히려 聖哲한 卿相과 明察한 官원, 忠信한 장관, 자혜로운 스승을 구했던 것이요. 백성은 이같이 해야만 비로소 임용하여 부릴 수 있고 그래야만 화란이 생기지 않는 법이요. 백성들이 형법이 있다는 사실을 알게 되면 뒷사람을 공경히 대하지 않고, 모두 爭心을 일으켜 형법 조문을 끌어대 요행히 범망을 피해 자신의 뜻을 이루고자 할 것이니 결국 그들을 다스릴 수 없게 되오. 하나라는 정령이 지켜지지 않자 『禹刑』을 만들었고, 은나라는 정령이 지켜지지 않자 『湯刑』을 만들었소. 주나라는 정령이 지켜지지 않자 『九刑』을 만들었소. 이 세 왕조의 형법은 모두 도의가 쇠미해진 말기에 나온 것이요. 그대는 정나라를 보좌하면서 경작지의 경계를 엄격히 하고, 謗政을 시행하고, 이제는 삼대의 형법을 모방하여 형서를 주조하여 백성들을 안정시키려 하고 있소. 그러나 이는 매우 어려운 일이 아니겠소? 『시경』, 「주송·아장」에 이르기를 ‘주문왕의 법도를 본받아 매일 사방을 편안하게 하네.’라고 하였소. 또 『시경』 「대아·문왕」에 이르기를 ‘주문왕을 본받아 만방이 믿고 따르네.’라고 하였소. 이와 같이 하면 어찌 형법이 필요하겠소? 백성들이 爭訟의 근거를 알게 되면 장차 예를 버리고 형법 조문을 끌어들이는 것이요. 그리되면 송곳 같이 작은 일조차 모두 법을 끌어대어 다룰 것이요. 결국 범법이 날로 극심해지고, 뇌물이 성행하여 그대가 살아 있는 동안 정나라는 극히 쇠미해지고 말 것이요. 내가 듣건대 ‘나라가 장차 망하려면 반드시 법령이 많아진다.’고 하였소. 이는 지금의 정나라를 두고 한 말일 것이요.” 그러자 자산이 이와 같이 회신하였다. “과연 그대의 말씀과 같소. 나는 재주가 없어 자손대의 이익을 고려하지 못하고 오직 당대만 구하려고 하였소. 이미 일이 진행되어 그대의 명을 받들 수는 없으나 어찌 감히 大惠를 잇을 수 있겠소?”⁴³⁾

43) 『左傳』, 「소공6년」 “三月 鄭人鑄刑書 叔向使詒子產書 曰 始吾有虞于子 今則已矣 昔先王議事以制 不爲刑辟 懼民之有爭心也 猶不可禁御 是故閑之以義 糾之以政 行之以禮 守之以信 奉之以仁 制爲祿位以勸其從 嚴斷刑罰以威其淫 懼其未也 故誨之以忠 懲之以行 教之以務 使之以和 臨之以敬 莅之以強 斷之以剛 猶求聖哲之上 明察之官 忠信之長 慈惠之師 民于是乎可任使也 而不生禍亂 民知有辟 則不忌于上 竝有爭心 以征于書 而徼幸以成之 弗可爲矣 夏有亂政而作禹刑 商有亂政而作湯刑 周有亂政而作九刑 三辟之興皆叔世也 今吾子相鄭國 作封洫 立謗政 制參辟 鑄刑書 將以靖民 不亦難乎 詩曰 儀式刑文王之德 日靖四方 又曰 儀刑文王 萬邦作孚 如是 何辟之有 民知爭端矣 將棄禮而征于書 錐刀之末 將盡爭之 亂獄滋豐 賄賂并行 終子之世 鄭其敗乎 汾聞

자신이 鼎에 刑書를 주조해 놓자, 진나라의 숙향이 사람을 보내어 진나라의 형법공포에 대한 자신의 견해를 밝혔다. 진나라 숙향은 옛 선왕의 다스림을 들어 형법공포를 반대하였다. 즉 옛 선왕들은 백성들이 爭心을 일으켜 윗사람을 공경하지 않고, 자신의 사사로운 뜻을 이루고자 형법 조문을 끌어대어 법망을 피하게 될까 두려워했기 때문에 일의 경중을 따져 죄를 다스렸을 뿐 형법을 정하지 않았다. 또한 옛 선왕들은 도의로써 방비하고, 올바른 정사로 독찰하고, 예로써 행하고, 신의로써 지키고, 인으로써 받들고, 녹위를 제정하여 좃게 하고, 형벌로 엄단하여 방자함을 다스렸고, 그래도 제대로 하지 못할까 두려워하여 충성으로 교화하고, 행동으로써 권장하고, 근면으로써 가르치고, 화목함으로써 부리고, 공경으로써 대하고, 엄숙함으로써 임하고, 剛으로써 결단하여 백성을 부리고 화란을 방지하였다는 것이다. 숙향은 형서를 주조하여 백성을 안정시키려는 정책은 오히려 爭心을 불러일으켜 범죄가 극심해지고, 뇌물이 성행하게 되어 국가를 쇠잔하게 하는 원인이 될 것이라고 경고하고 있다. 숙향은 만일 백성들의 행동이 전적으로 객관적이고 공평한 형법규정에 의해 다스려진다면, 지배층의 존재 이유가 약화될 것이고, 법률 규정을 철저히 숙지한 백성들이 법의 맹점을 찾아 간사하고 교활한 짓을 꾸미는 데 이르게 될 것이라고 생각하였다. 공자의 표현대로 이런 지경에 이른 백성들은 더 이상 수치를 모르게 될 것이다.⁴⁴⁾

숙향이 강조한 ‘당해 사건에서 죄책의 경중을 살펴 서로 의논하여 단죄하였지 미리 형벌을 법으로 정하여 공개함으로써 확일적으로 처리한 것은 아니다.’라는 표현은 비공개적인 비밀형의 원칙을 의미하는데, 고대부터 관례화된 常刑은 비밀형주의의 전형이라고 할 수 있다.⁴⁵⁾

之 國將亡 必多制 其此之謂乎 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.”

44) 『論語』, 「爲政」 “子曰 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.”

그러나 자산은 백성의 행동을 통제하기 위한 선왕들의 모호하고 자의적인 방식에서 탈피하여, 공정성과 객관성을 지닌 법으로서 백성을 다스리고자 하였다. 왜냐하면 법이 객관적으로 성문화되어 공포되고, 법제의 실효성이 강할수록 국가 권력이 확고하게 보장될 수 있기 때문이다.⁴⁶⁾ 제정법의 공포 원칙은 획기적인 의미를 지닌다. 앞서 말한 비밀형주의에 비해 법 집행의 객관성을 확보하겠다는 의도가 들어있기 때문이다. 법 집행의 객관성 확보는 우월적인 대우를 요구하던 귀족을 견제할 수 있는 중요한 역할을 하였다.⁴⁷⁾ 그리하여 자산은 경직된 통치자 중심의 운영체제인 禮制에서 탈피하여, 공정성과 객관성을 특징으로 하는 법 제도의 시행을 감행하였던 것이다. 鄭國의 객관적인 법제 발달⁴⁸⁾은

45) 이재룡, 「인시제의와 법가적 가치」, 『법철학연구』 제2권, 한국법철학회, 1999, pp.56-57.

46) 이재룡, 위의 논문, p.59.

47) 오늘날에도 법은 공평한 적용 즉 대공무사성을 중요한 특징으로 한다. 이 점은 법 집행 시 법규에 규정된 대로 엄격하게 사안을 처리함으로써 현상화 된다. 결국 관리의 공무 집행에 엄정을 기하게 되고, 귀족들의 특권이 사라지게 된다. 전국시대에 이르러 비밀형주의에 정면으로 배치되는 법 집행이 많은 반대에도 불구하고 관철될 수 있었던 것은, 귀족은 물론 군주까지도 법의 평등한 적용을 철저히 받는다는 원칙 때문이었다. 이것을 실제로 실천한 사람은 상앙이다. 그는 태자가 범법하였다는 이유로 두 차례에 걸쳐 태자의 스승을 벌하였다. 법가가 가장 중요시하는 대공무사성은 법의 본질이요 전체인 것이다.(이재룡, 위의 글, p.66.)

48) 거시적인 역사의 흐름으로 볼 때, 법제의 발달과 법전의 편찬은 생활양상의 변화가 몰고 온 필연적인 결과로 보아야 한다. 엄격한 신분제 사회에서 그들의 특권을 보장해 주던 예제는 혈연적 씨족 집단의 우월한 지위가 흔들리면서 그 필요성과 효용성이 급격하게 감소되었다. 그러자 차별성을 특징으로 하는 예제보다는 광범위한 여러 계층에 공평히 적용될 수 있는 법제가 절실히 요구되었던 것이다. 이러한 현상이 생기게 된 것은 귀하고 천한 사회적 구별이 사라지고 있었기 때문이다. 법제의 발달은 공자보다 앞선 정나라의 자산에 의해 그 효시가 나타났으며, 그와 동시대인인 등석에 관한 기록은 당시에 이미 변론 제도가 상당히 정착되어 있었음을 보여준다. 이러한 발달에 힘입어 전국시대 위 문후의 재상이었던 이회는 제국의 법전을 모아 『법경』 6편을 편찬할 수 있었다. 기원전 407년에 편찬된 이 법전은

국가질서를 확립할 수 있다는 현실적 필요성에서 출발하였음을 알 수 있다.

3. 戰國時代 商鞅의 法制 시행과 그 의미

前代와는 현격하게 다른 법제의 변화는 상앙에 이르러 이루어졌다. 이전 단계의 법 제정은 모두 예치주의의 영향 속에서 변화의 움직임이 태동하고 발전하는 양상을 보였다면, 상앙은 子産의 시대에 이룩한 법제 변화에 힘입어 천자로부터 백성에 이르기까지 동등하게 법의 규제를 받는 혁신적인 법제시행의 방법을 강구하였기 때문이다. 이러한 양상을 밝히기 위하여 상앙의 법제 시행과정과 그 의미를 고찰하고자 한다.

상앙은 전국시대 法家 사상가이자 秦 獻公의 개혁정책⁴⁹⁾을 기반으로 孝公을 도와 변법개혁을 단행한 현실정치가이기도 하다. 그의 1, 2차 변법개혁의 내용은 『史記』, 「商君列傳」에 상세히 기록되어 있다. 효공 3년(BC359)에 시행된 1차 변법의 내용을 살펴보면 다음과 같다.

民家は 10家나 5家 단위로 편성하여 서로 감시하고 연좌책임을 지도록 한다. 범죄자를 고발하지 않는 자는 허리를 베는 형벌에 처하고, 고발하는 자는 적의 머리를 벤 것과 같은 상을 내리며, 은닉하는 자는 적에게 항복하는 것과 같은 형벌을 내린다. 1家に 성인 남자가 2인 이상 있으면서 분가를 하지 않으면 조세를 2배로 징수한다. 軍功이 있는 자는 각각 그 功의 대소에 따라 上爵을 받으

오늘날의 형법전과 비교해 보아도 손색이 없을 만큼 체제와 구성 원리가 탁월하다. 각 부분을 범죄의 형태에 따라 분류하고 있으며 형법의 해석원리에 해당하는 총칙편을 설정하고 있어 그 우수성을 찾아볼 수 있다. 이것은 당시 법에 대한 이해의 정도가 단순히 평면적인 법 제정의 수준을 넘어서 체계적으로 정립될 수 있을 만큼 이미 학적으로 연구되고 있었음을 말해준다. (이재룡, 위의 글, pp.57-58.)

49) 秦獻公의 개혁정책은 殉葬제도의 폐지, 伍組織에 따른 호적제도의 제정, 4개 縣의 설치, 귀족특권의 삭감, 시장의 설치 등을 들 수 있다.(윤내현, 『商周史』, 민음사, 1994, p.70.)

며, 사사로이 싸움을 벌이는 자는 각각 그 경중에 따라 형벌을 받는다. 농사와 옷감 짜는 일 등의 本業에 전력을 다하여 곡식과 비단을 많이 바치는 자는 부역을 면제하고, 末利에 종사하거나 게을러 가난한 자는 적몰하여 노비로 삼는다. 宗室의 일족이라도 軍功이 없으면 조사하여 제적하고, 爵의 등급을 정하여 신분의 尊卑를 분명히 하여, 각각의 등급에 따라 一家가 가지는 田宅, 臣妾, 의복 등에도 차등을 둔다. 공이 있는 자는 명예와 번영을 누리고, 공이 없는 자는 비록 부유하더라도 영화를 누릴 수 없게 한다.⁵⁰⁾

상앙은 1차 변법에서 다섯 가지의 정책을 제시하였다. 첫째 什伍 조직의 편성과 연좌제의 실시이다. 그는 십오조직을 결성하여 군주의 중앙집권적 지배권을 개별 家에까지 직접적으로 미치게 하고, 십오조직 단위로 하여 군주법에 위반하는 자들에 대한 상호 고발과 연좌책임을 법제화하였다. 둘째, 分異政策을 통하여 가족제도를 개혁하고 세금을 창출하고자 하였다. 그는 분가를 통하여 종래 혈연적 씨족질서를 해체하고 이를 통해 국가의 조세, 부역, 병역을 창출하여 국부를 창출하고자 하였다. 셋째, 20등작제의 실시와 私鬪의 금지이다. 그는 20등작제를 실시하여 귀족, 장교 뿐만 아니라 일반 서민과 병사에게도 軍功에 따라 爵을 수여하고, 부역면제와 田宅 수여, 노비 하사 등의 상을 내려 모든 백성의 전쟁참여를 유도하였으며, 사투를 금지하여 내부의 결속과 기강 확립을 도모하였다. 넷째, 중농역상정책의 실시이다. 그는 상업과 수공업이 손쉽게 부를 얻어 농업 회피풍조를 낳으므로 이를 적극적으로 통제하고자 하였다. 다섯째, 귀족특권의 폐지와 상벌에 따른 등급질서의 확립이다. 그는 賞罰에 기초한 새로운 爵制 질서를 수립하였고, 이를 통하여 귀족의 특권을 배제하고자 하였다. 상앙의 1차 변법 개혁은 10년에

50) 『史記』, 「商君列傳」 “今民爲什伍 而相收司連坐 不告姦者 腰斬 告姦者 與斬敵首同賞 匿姦者 與降敵同罰 民有二男以上 不分異者 倍其賦 有軍功者 各以率受上爵 爲私鬪者 各以輕重被刑 大小力本業耕織 致粟帛多者 復其身 事末利及怠而貧者 舉以爲收孥 宗室非有軍功 論不得爲屬籍 明尊卑爵秩等級 各以差次 各田宅臣妾衣服以家次 有功者顯榮 無功者 雖富無所芬華。”

걸쳐 실시되었고, 효공 12년(BC350)에 성공적으로 마무리 되었다.

그리고 1차 변법개혁을 기초로 같은 해에 2차 변법 개혁을 실시하였다. 그 내용은 다음과 같다.

함양에 누문, 궁전, 정원을 짓고 秦의 도움을 雍에서 그 곳으로 옮겼다. 백성들에게 영을 내려 부자, 형제가 같은 家에서 함께 거주하는 것을 금지시켰다. 소도, 향읍, 취를 모아 현으로 편성하고 여기에 승, 쑤를 임명하였는데, 대략 31개 縣이었다. 경지의 구획정리 조치를 하여 부세를 공평히 하고, 도량형을 통일하였다.⁵¹⁾

상앙은 2차 변법에서 4가지 정책을 제시하였다. 첫째, 遷都를 단행하였다. 이는 秦이 패업을 달성하기 위해 동쪽으로 진출하기 위함이다. 둘째, 1차 변법개혁에 이어 가족제도를 다시 개혁하여 새로운 소농을 창출하고, 이를 통한 國富 증대를 추구하였다. 셋째, 군현제를 다시 정비하여 군주의 중앙집권을 강화하였다. 넷째, 토지제도와 稅制 개혁과 도량형의 통일이다. 그는 귀족들의 세습적 토지 영유를 차단하고 백성에게 토지를 지급함으로써 군주 지배권을 강화하고자 하였고, 稅收의 증대를 통하여 토지 구획을 정리하였다.

이상으로 상앙의 1, 2차 변법 개혁내용을 살펴보았다. 그는 변법 시행을 통하여 군주권을 절대화하고, 국가정책을 農戰으로 통일하며, 국가조직을 군현제로 재편성하고, 賞罰을 통일하고자 하였음을 알 수 있다. 그리고 이러한 변법개혁은 성공적으로 실현되었고, 이를 기반으로 秦始皇은 전국통일을 이룩할 수 있었다. 그러나 우리가 주목해야 할 것은 상앙의 강력한 법제시행⁵²⁾에 있기 보다는, 그가 법제시행을 통해 독립적인

51) 『史記』, 「商君列傳」 “作爲築冀闕宮庭於咸陽 秦自雍徙都之 而令民父子兄弟同室內息者爲禁 而集小都鄉邑聚爲縣 置令丞 凡三十一縣 爲田開阡陌封疆 而賦稅平 平斗桶權衡丈尺.”

52) 상앙의 강력한 법제 시행에 대한 후세의 평가는 그리 호의적이지 않다. 『史記』에서는 상앙의 각박한 자질을 거론하며 혹평을 하고 있고, 그의 사상은 비인도적이며 전체주의적인 사상으로 비판의 표적이 되고 있다. 또한 상앙

법인격을 이룩했다는 점이다. 즉 상앙은 종래 중국의 통치양상이었던 禮制의 영향력에서 벗어나 혁신적인 法의 발전⁵³⁾을 이룩했다는 점이다.

의 법제 시행은 군주만을 위한 것이라는 평을 받기도 한다. 조천수는 “상앙은 성문법을 통한 법치를 철저히 실시함으로써 전국시대의 난세를 극복하고 안정을 추구하고자 하였다. 그러나 그 안정이 누구를 위한 것인가라는 문제가 여전히 남는다. 그것이 백성의 안전을 목적으로 하는 것이었다면 상앙의 법치는 새롭게 자리매김 될 수 있었을 것이다. 그러나 상앙은 백성의 안전이 목적이 아니라 군주의 안전이 목적이었다.”라고 함으로써 상앙의 법치가 절대군주제의 확립에 기여했을 뿐, 법적 안정성을 얻는 데는 실패하였다고 지적하였다.(조천수, 앞의 글, p.234.)

- 53) 법과 발전(law and development) 이론은 제 2차 세계대전 이후 후진사회의 근대화 정책 일환으로서 법의 측면에서 진행되는 근대화를 의미한다. 제 2차 세계대전의 전승국인 미국을 중심으로 하는 서구사회는 비서구사회의 지향 목표로 서구의 자본주의 경제 체제, 자유민주주의 정치 형태 및 법의 지배를 모델로 제시하고 이를 향해 나아가는 것을 근대화로 보았다. 따라서 많은 후진 사회는 미국을 비롯한 서구의 영향으로 서구식 제도의 도입을 통하여 근대화를 추진하였다. 그러나 이론과 달리 개발도상국들의 시도는 실패로 끝났다. 서구 선진사회의 법제도를 그대로 도입했음에도 불구하고 그 운용의 결과는 부정적인 방향으로 악용되어 독재를 정당화하는 수단으로 이용되기도 하였다. 이로 말미암아 ‘법과 발전’에 관한 낙관적인 전망과 서구 법제도 도입의 열기는 활기를 잃게 되었다. 그러나 최근 ‘법과 발전’에 관한 이론이 다시 새롭게 주목받고 있다. ‘법과 발전’ 이론의 재등장의 배경은 다음과 같다. (1)냉전체제의 붕괴로 법 기능이 변화되었다. 과거 사회주의 제도 하에서의 법은 정치에 예속되어 체제 유지를 위한 도구로서의 기능밖에 하지 못했지만, 이제 법이 정치권력을 통제하고 자율적인 시장경제질서를 보장하기 위한 새로운 역할을 담당해야 했다. (2)제 3세계국의 민주화는 법 지배의 확립을 최우선의 과제로 삼게 되었다. (3)인권의 국제화 현상으로 개별국가는 자국민의 인권보호에 필요한 법적 장치를 마련해야 했다. 한 예로 헌법을 통한 인권보호, 국가권력의 남용을 방지하기 위한 제도적 장치 마련, 사법부의 독립, 경찰과 검찰권의 독립, 국가인권위원회의 창설 등 다양한 조치들이 행해지고 있다. (4)세계화로 말미암아 개별국가는 주권에 바탕하여 누리던 많은 특권들을 포기할 수 밖에 없게 되었다. (5)교통 통신의 발달은 경제적 영역에서 뿐만 아니라, 정치적 사회적 문화적 영역으로도 확산되고 있다. 이제 국가 간의 장벽이 무너지고 있는 것이다. 이에 따라 법의 변화도 불가피하게 되었다.(윤대규, 「법과 발전 이론의 재조명」, 『법과 사회』, 2001, pp.285-294.)

상앙이 이룩한 法의 발전은 法의 적용대상의 변화에서 명백히 찾아볼 수 있다. 앞서 살펴보았듯이 예치주의에서 귀족 계층은 특권을 누리는 대상일 뿐, 법의 적용대상은 아니었다. 즉 그들은 법의 적용 대상 밖에 존재하면서 법을 운영하였던 것이다. 그러나 상앙에 이르러 모든 사람에게 모든 형법이 적용되는 ‘형법 적용의 일반화’가 이룩되었다. 이에 대한 내용을 살펴보면 다음과 같다.

그러므로 밝은 군주는 법을 사용하여 … 賞은 후하고 이익이 있게, 刑은 중하고 위협적으로 시행하여 관계가 소원한 사람을 반드시 빠뜨리지 않고, 친근한 사람을 반드시 회피하지 않는다. 그러므로 신하가 군주를 가리지도 못하고, 아랫사람이 군주를 속이지도 못하게 된다.⁵⁴⁾

소위 형벌을 통일한다는 것은 형벌은 등급을 따지지 않아 卿, 相, 將軍으로부터 大夫, 庶民에 이르기까지 왕령을 따르지 않거나 국가의 금지법령을 범하거나, 군주의 제도를 어지럽힌 자는 사형에 처하고 사해주지 않는 것이다. 이전에 공을 세운 것이 있어도 이후에 패하면 형벌을 감해주지 않는다. 이전에 선한 일을 한 것이 있어도 이후에 잘못을 범하면 법대로 처벌한다. 忠臣, 孝子라도 잘못을 범하면 반드시 그 정해진 등급대로 판결한다. 법을 관장하거나 공직을 수행하는 관리가 王法을 시행하지 않는 자가 있다면, 사형에 처하고 사해주지 않으며, 형벌이 三族에 미치게 한다.⁵⁵⁾

상앙은 법을 시행함에 있어서는 관계가 소원한 사람도 빠뜨리지 말아야 하고, 친근한 사람도 회피하지 않아야 함을 주장하였고, 卿, 相, 將軍, 大夫로부터 庶民에 이르기까지 법을 어긴 자는 모두 정해진 등급대로 판결하여 그에 해당되는 형벌을 적용⁵⁶⁾시키도록 하였다. 그는 刑無等級

54) 『商君書』, 「修權」 “故明主任法 … 賞厚而利 刑重而威 必不失疏遠 不違親近 故臣不蔽主 而下不欺上.”

55) 『商君書』, 「賞刑」 “所謂壹刑者 刑無等級 自卿相將軍以至大夫庶民 有不從王令 犯國禁 亂上制者 罪死不赦 有功於前 有敗於後 不爲損刑 有善於前 有過於後 不爲虧法 忠臣孝子有過 必以其數斷 守法守職之吏 有不行王法者 罪死不赦 刑及三族.”

의 원칙을 통하여 성문법의 객관성과 法 적용상의 일률성 및 엄격성을 실현하고자 하였음을 알 수 있다. 이러한 점에서 상앙은 예치주의에서 벗어나 혁신적인 法의 발전을 시도했다고 재평가할 수 있을 것이다.

IV. 결론

본고에서는 고대 중국의 법 제정의 역사를 禮治와 法治의 대립으로 보기보다는, 禮制로부터 脫禮制로의 변화로 보고자 하여, 법제 변화경향성의 시초와 확대를 周代의 벌금제도 성립과 春秋時代 鄭國의 성문법 제정에서 찾는 데 그 목적을 두었다. 아울러 鄭國의 성문법 제정의 의미가 피통치자의 권리보호와 객관적인 법 집행을 통한 국가질서 확립에 있음에 주목하고, 이러한 변화경향성에 힘입어 상앙에 이르러서는 형법에 의한 규제가 일반화되어 독립적인 법의 발전이 이룩될 수 있었음을 밝히고자 하였다.

周代에는 상업발달로 인해 流血刑을 일정한 액수의 벌금지불로 대체할 수 있는 贖刑 제도가 생겼다. 贖刑의 발생으로 각 형벌에 대해 형벌

56) 그러나 상앙의 법 적용 대상에는 君主가 제외되어 있다. 韓非子에 이르러 법은 군주까지도 구속할 수 있는 강력한 효력을 발휘하게 되었다. 그는 “현명한 군주는 사람을 쓸 때 법에 의거하지 자신이 알아서 선택하지 않는다. 공과를 측정함에도 법에 의거할 뿐 자신 마음대로 책정하지 않는다.”(『韓非子』, 「有度」 “明主使法擇人 不自舉也 使法量功 不自度也.”)라고 하였고, “군주된 자가 신하를 부릴 때 제아무리 지혜롭고 현명하다고 할지라도 법을 위배하면서 專制해서는 안 된다.”(『韓非子』, 「南面」 “人主使人臣雖賢能 不得背法而專制.”)라고 하였으며, “군주된 자는 법을 지키면서 있는 힘을 다해 성공을 거두는 자라야 한다.”(『韓非子』, 「外儲說右下」 “人主者 守法責成以立功者也.”)라고 하였다. 이와 같이 한비자는 法이 군주의 공공사무의 표준이 되는 것이므로 군주조차도 철저하게 법을 지켜야 함을 주장하였다. 그는 군주 또한 법 가운데 존재할 때 법의 공정성과 평등성이 보장된다고 생각하였다. 한비자에 이르러 법은 철저한 객관의미를 지니게 된 것이다. (장현근, 앞의 글, pp.90-91.)

의 감수와 이 형벌에 상응하는 대금의 지불이라는 양자 택일의 가능성이 도입되었다. 이와 같이 형벌을 순수 화폐가치로 환산한다는 것은 禮治의 진정한 목적과는 거리가 먼 것이었다. 따라서 禮制에 의한 교화가 단순한 贖錢의 납부로 대치되기 시작하는 법제의 새로운 양상을 통해 예치주의가 변질되는 단초를 엿볼 수 있었다.

춘추시대에 이르러 法制의 변화경향성이 列國 중 鄭國에서 발생한 원인을 살펴보기 위해서 鄭國의 정치 경제적 상황을 고찰하였다.

지리적으로 중국의 중심부에 위치한 鄭國의 정권수립 과정에 깊이 관여한 것은 상인계층이었다. 이로 인하여 국가는 상행위의 보호와 불간섭주의를 표방함으로써 상공업 진흥정책에 힘썼음을 알 수 있었다. 또한 鄭國의 商團은 상당한 규모를 가지고 국경을 넘나드는 무역을 하였으며, 상업활동을 통하여 정치적 세력을 구축하고, 국가 간의 정치 외교적 관심사에 참여할 정도로 정치적 영향력을 확보하고 있었다. 그로부터 40여년 후 鄭國은 子産이 집정하여 중상정책을 지속시킴으로써 나라를 부강하게 하였다.

鄭國의 국력 쇠락에 따른 정치적 위상변화 역시 法制 변화에 영향을 미쳤다. 춘추 초기 鄭國의 정치적 위상은 주 왕실의 분란을 진정시키고 국가질서를 재확립할 정도로 강성한 세력을 지니고 있었다. 그러나 鄭國은 문공에 이르러 齊國의 강성함에 그 세력을 잃기 시작하였고, 穆公에 이르러 晉國과 楚國 사이의 팽팽한 긴장감 속에서 대국들의 무리한 요구를 쫓아야 할 정도로 그 세력이 더욱 약화되었다. 子産은 晉國과 楚國 사이에 놓여 大國에 의한 멸망의 위협 속에 있었던 鄭國의 안위를 걱정하며, 효율적인 외교정책을 시행함으로써 급변하는 국제정세 속에서 대응해야 할 필요성을 인식하였다. 자산은 백성의 행동을 통제하기 위한 선왕들의 모호하고 자의적인 방식에서 탈피하여, 공정성과 객관성을 지닌 법으로서 백성을 다스리고자 하였다. 왜냐하면 법이 객관적으로 성문화되어 공포되고, 법제의 실효성이 강할수록 국가 권력이 확고하게 보장될 수 있기 때문이다.

前代와는 현격하게 다른 법제의 변화는 상앙에 이르러 이루어졌다. 이전 단계의 법 제정은 모두 예치주의의 영향 속에서 변화의 움직임이 태동하고 발전하는 양상을 보였다면, 상앙은 子産의 시대에 이룩한 법제 변화에 힘입어 천자로부터 백성에 이르기까지 동등하게 법의 규제를 받는 혁신적인 법제시행의 방법을 강구하였기 때문이다. 그는 변법 시행을 통하여 군주권을 절대화하고, 국가정책을 農戰으로 통일하며, 국가조직을 군현제로 재편성하고, 賞罰을 통일하고자 하였음을 알 수 있다. 그리고 이러한 변법개혁은 성공적으로 실현되었고, 이를 기반으로 秦始皇은 전국통일을 이룩할 수 있었다. 그러나 우리가 주목해야 할 것은 상앙의 강력한 법제시행에 있기 보다는, 그가 법제시행을 통해 독립적인 법인격을 이룩했다는 점이다. 즉 상앙은 종래 중국의 통치양상이었던 禮制의 영향력에서 벗어나 혁신적인 法의 발전을 이룩했다는 점이다.

<參考 文獻>

『詩經』 『尙書』 『爾雅』 『周易』 『禮記』 『禮記正義』 『左傳』
『論語』 『孟子』 『韓非子』 『商君書』 『史記』

레옹 방데르메르슈, 「고대 중국에 있어서 예와 법의 제정」, 『동방학지』, 1988.

벤자민 슈워츠 지음·나성 옮김, 『중국 고대 사상의 세계』, 살림, 2004.

윤내현, 『商周史』, 민음사, 1994.

윤대규, 「법과 발전 이론의 재조명」, 『법과 사회』, 2001.

이문주, 「中國 先秦時代 儒家의 禮說에 대한 연구-禮의 본래성과 현실성을 중심으로-」, 성균관대학교원 박사학위논문, 1991.

이재룡, 「인시제의와 법가적 가치」, 『법철학연구』 제2권, 한국 법철학회, 1999.

장현근, 「선진정치사상에서 법의 의미」, 『한국정치학회보』 27집 2호, 1993.

全炳粹, 『禮의 사회적 기능』, 탐구당, 1989.

정선주, 「법관에 의한 법의 형성발전과 그 한계」, 『민사소송』, 1999.

- 조규창, 「로마 형법의 발전과정」, 『법학논집』 제31집, 2003.
- 조천수, 「상양의 변법개혁과 법치사상」, 『법철학연구』 제7권 2호, 2004.
- 헨리 베일가드 지음·이진원 옮김, 『트렌드를 읽는 기술』, 비즈니스 북스.
- 加藤常賢, 『禮の起源と其發展』, 中文館藏版, 1942.
- 景山剛, 「中國古代の商業と商人」, 『古代史講座』 9, 學生社, 1966.
- 關野雄, 『中國考古學研究』, 1965.
- 稻葉一郎, 「先秦時代の方孔圓錢について」, 『史林』, 1973.
- 양계초, 『선진정치사상사』, 대만중화서국, 1973.

Abstract

A study on the change and development of law history in ancient China
/ Chun Young Mi*

Generally, in oriental political history Soon-ja and Sang-ang are often mentioned when considering the change of laws: the change from the rule of courtesy to being against the rule of courtesy. Soon-ja seemed to be the role of bridge connecting a confucianist with Bub-ga because he tried to establish humane order by physical forms. Also Sang-ang helped Hyo-gong carry out the change of laws based on Hun-gong(the king of Jin)'s reform, so that Jin which used to be a savage country became the first country to have the centralizing system among seven powerful countries of the age of civil wars. And he contributed to make Jin a powerful country by achieving a wealth country and a powerful army through the policy of farming and war. Also he was considered as a contributor to build a base for the emperor Qin Shihuang's domination of the whole world.

However, the change and the development of laws was not attempted for the first time by the thinkers with complete knowledge of laws. This could be through formation of monetary penalty system in the process of Ju's development of commercial business and the circulation of money. It should be noted that this change continued in Chunchu era and operated in Jung which had the development of commercial business. Therefore, in this paper I will reexamine the existing assertion that the change and the development of laws was remarkably made by thinkers with complete knowledge of laws in the age of civil wars. And my goal is to find out the start and the spread of

* Lecturer of Sungshin Women's Univ. / ym0623@hanmail.net

the change of laws in Ju's monetary penalty system and Jung's enactment of the written law. Besides, it is noted that Jung's enactment of the written law means the establishment of national order through right protection for subjects and detached law enforcement. And Jung achieved the development of laws at high levels which coincides with enactment of laws and its purpose of modern society. I will make it clear that independent legal character could be formed, based on this kind of change, due to generalization of regulations by criminal law in Sang-ang's time.

【Key words】 rule of courtesy, the system of monetary penalty, physical forms, development of commercial business, the circulation of money.

투고일 : 11월 5일, 심사일 : 11월 17일, 게재확정일 : 12월 5일