

한국법과 일본법 비교연구 서설

박 홍 규*

I. 머리말

이 글은 1983년부터 약 2년 일본에 유학하고, 2000년 9월부터 1년간 입법관대학 및 신호대학에서 한국법과 일본법의 비교를 연구, 강의한 것의 서설이다. 1995년에도 대판 대학에서 한국법을 강의한 적이 있으나, 17년 전은 물론이고 5년 전에도 볼 수 없던 한국법에 대한 적극적인 관심이 일본에 생기고 있음을 보고 놀랐다.

이 글은 지금까지의 그러한 논의를 소개하고 그것을 검토하며, 나아가 한국법과 일본법을 나뉘므로 비교하고자 하는 글이다. 일본에서의 한국법에 대한 관심에 비해 한국에서는 일본법에 대한 관심이 매우 얇다. 물론 법조인들이나 학자들 또는 관료들은 일본 문헌을 읽고 있으나, 그것을 전체적으로 평가하거나 체계적으로 소개하는 작업은 전혀 이루어지고 있지 못하다. 마치 ‘일본은 없다’라고 하는 것처럼 한국에 ‘일본법은 없다’.

그러나 이러한 감정적 경향에는 문제가 많다. 한국법(학)에 지대한 영향을 끼치고 있는 일본법(학)에 대한 적극적인 연구와 평가가 필요하다. 왜 그러나 하는 문제에 새삼 답할 필요는 없을 것이다. 가장 심각하게 문제가 되는 것은 일본이 동양세계를 대표하는 것처럼 국제적으로 인식되어 있어서 일본인의 주장이 그대로 세계에 통용될 수 있다고 하는 위험성이다. 물론 그러한 주장이 정확하다면 문제가 없으나, 그렇지 않다는 점에 문제가 있다. 특히 한국법(전통법을 포함하여)을 부정적으로 보는 오리엔탈리즘¹⁾

* 영남대학교 법과대학 교수

적 경향이 그렇다. 이 글은 그러한 위험성을 방지하기 위해서라도 우리의 적극적인 연구가 필요하다는 점을 촉구하는 측면에서 쓰여진다.

반면 한국법이나 일본법의 특수성을 과도하게 강조하여 긍정적으로 보고자 하는 역 오리엔탈리즘적 현상이 있다는 점도 무시할 수 없다. 특히 그것이 한국법이나 일본법의 방향을 오도할 수 있는 보수적 경향으로 나타나고 있는 위험성이 주목되어야 한다. 이는 한국 현대법의 뿌리인 일제시대법-일본법을 부정하는 민족주의의적 감상에서의 논의와 마찬가지로 위험한 발상이다. 이러한 민족주의적 감상에서 생기는 국수적 보수주의는 당연히 경계되어야 하나, 민족주의 자체는 부정될 수 없으므로 민족주의를 전제한 진보적 논의가 문제된다.

또 하나의 문제점은 한국법의 뿌리를 조선 후기에 본격적으로 성립되는 유교법으로만 보는 현상이다. 그러나 한국법은 적어도 2천년 이상의 전통을 가지고 있다. 따라서 그 전체를 조감하는 태도가 필요하다. 또한 조선시대의 유교 내지 유교법의 정확한 이해가 필요하다. 나아가 한국법의 특성을 말하면서 매우 지엽적인 것을 한국법 전체의 특성인 양 말하는 것도 문제점이라고 할 수 있다.

또한 한국법을 서양법의 차원에서만 검토하는 경우의 위험성이다. 우리의 서양법 검토 자체에도 문제는 있으나, 서양법을 절대적인 판단기준으로 삼는 옥시덴탈리즘이든 아니든간에 이제 그러한 태도는 지양되어야 한다. 문제는 한국의 법현실을 단순히 후진으로만 볼 것이 아니라 그렇게 형성된 문화적 토대를 정확하게 이해하고서 그 현실에 대한 평가가 이루어져야 한다는 점이다.

마지막으로 지적할 위험성은 법의 계수라고 하는 형식의 문제를 가지고 법의 내용까지 판단한다는 점이다. 법계수가 이루어지는 것이야 당연한 문화이전 현상의 하나이고 그것은 탄력적으로 또는 전면적으로 이루어지게 되는데, 그러한 차이 자체가 법의 내용을 바로 결정하는 것은 아니라 필요나 상황에 따라 그 어느 형태를 취하게 되는 것에 불과하다. 나아가 일본에서는 모든 문화가 탄력적으로, 조선에서는 민족성 내지 유교의 영향으로 교조적으로 이루어진다고 하는 편견이 뿌리깊으나, 이는 사실과 전혀 다르다. 한국 역사에서 그런 교조적인 계수현상은 일제의 강요에 의한 경우뿐이고, 이는 사실 그 자체가 계수가 아닌 침략에 따른 강제에 불과한 것이었다.

이 글은 이러한 여러 위험성을 전부 배제하고 쓰여지는 글은 물론 아니다. 이 글에 서는 먼저 지금까지의 논의에 나타난 문제점을 검토하고 이어 나옴으로 전통법에 대한

1) 사이드, 박홍규 역, 오리엔탈리즘, 개역판 2000, 교보문고.

재조명, 특히 흔히 지탄의 대상이 되어온 유교 및 주자학에 대한 재검토를 통하여 그러한 위험성을 배제하고 한국법과 일본법을 검토하는 올바른 관점을 제시해보고자 한다.

II. 지금까지의 논의와 검토

1. 한일현대법의 내용상의 특수성 논의와 검토

한국법의 독자성을 강조하는 한국에서의 논의와 검토

한일현대법은 전통법과 단절(물론 완전한 단절은 아니다)되어 서양법을 계수한 형태로 이루어졌다. 물론 이는 일본과 한국만의 특수성이 아니라 19세기 이래 서양화를 경험하는 대부분의 비서양사회에 공통되는 측면이므로 일본과 한국 현대법 만의 특수성이라고 할 수는 없다. 그러나 일본을 제외한 대부분의 비서양사회에서는 제국주의 침략에 따른 강제에 의한 것이었고 자발적인 계수가 아니었다. 물론 식민지 해방후 반세기가 지난 지금 그동안의 입법을 자발적 계수라고 볼 수 있지만 그 토대는 어디까지나 식민지적 강제이식이었다.

이러한 강제이식은 종주국법을 어느 정도 어떻게 강제하느냐에 따라 달라지지만 대체로 식민지 지배에 유리한 전통은 고유지배자와의 마찰을 피하기 위하여 유지되었는데, 사실 그것은 대부분 비민주적인 고유지배자의 전통이었다. 따라서 그것은 민족해방후 당연히 없어져야 했으나 고유지배자의 복권에 따라 도리어 민족주의의 미명하에 그 특수성이 강조되는 경향이 있다.

일본에서와는 달리(다른 나라에서도 일본과 마찬가지로이지만) 한국에는 한국현대법을 다른 특수성이 있음을 이유로 하여 다른 지역의 법과 구별하려는 특별한 시도가 있다. 여기서 그 특수성이란 예컨대 한국 민법의 전세권(민법 제303조)이나 전통적 가족제도를 중심으로 한 특징적인 측면을 강조하는 것이다²⁾. 그러나 이러한 정도의 부분적 특수성은 어느 나라의 법에나 존재하는 것이고, 그것을 이유로 한국법을 다른 지역법과 구별하는 특별한 의미로 사용할 필요는 없다.

게다가 전세권이나 가족제도는 한국현대법에서 갖는 의미가 그다지 크지 않다고 말

2) 崔宗庫, 韓國法入門, 博英社, 1994, p. 5.

할 수 있다. 즉 전세권의 경우 대부분 채권의 임대차로 이용되고 있고, 임대차란 어느 나라에나 있는 것이다. 또한 동성동본 혼인금지나 호주제 등의 전통적 가족제도는 아직도 존재하지만 그 기능은 민법 개정과 헌법재판소의 헌법불합치 결정(1997.7.16)에 의해 약화되어 왔고, 현재는 거의 유명무실하다. 따라서 이를 과도하게 강조할 필요는 없고, 특히 그것을 긍정적으로 보거나, 또는 고정적인 것으로 주장하는 경우, 매우 보수적이고 반동적인 논의가 될 수 있다.

왜냐하면 그것은 현대법의 원리 중에서 가장 중요하다고 할 수 있는 인권보장에 어긋나는 것이기 때문이다. 예컨대 위에서 본 동성동본 혼인금지라는 것은 동성동본임에도 불구하고 결혼한 남녀의 인권(인간의 존엄성과 행복추구권 및 가족질서의 형성권 등)을 침해하는 것이기 때문이다. 또한 전세권이란 막대한 전세금을 갖지 못한 서민의 주택이용권을 방해하기 때문이다.

위에서 언급한 한국법의 특수성을 강조하는 견해는 최근 비교법의 차원에서 동양법의 독자성을 강조하는 견해와 함께 나타나고 있다. 그러나 현대의 한국법이나 일본법 또는 중국법에서 그러한 독자성을 강조함에는 많은 문제가 있다. 특히 이러한 독자성 강조의 견해는 소위 '아시아적 가치'에 대한 논의에서도 보는 바와 같은 법의 보편성을 무시하는 경향으로 흐를 가능성이 높다는 점에서 경계할 필요가 있다. 따라서 독자성의 강조는 어디까지나 보편성을 전제로 하는 것이어야 한다.

한국법의 특성을 강조하는 일본에서의 논의와 검토

일본에는 한국현대법의 특징으로서 유교적 전통, 파벌주의, 분단국가성, 반일주의를 강조하는 견해가 있다³⁾. 이 견해는 동성동본금혼제도를 <本貫>이라고 하는 유교적 전통이라고 하나, 이는 오해로서 동성동본금혼 자체가 한국식 유교의 전통이라고 할 수 있고, <본관>은 유교와는 직접 관련이 없는 것으로서 중세 이래 고려에서부터 유지되어 온 성씨제도의 하나에 불과하다. 또한 위 견해가 주장하듯이 본관제도가 한국에서 헌법 불합치 결정을 받은 것이 아니다. 또한 위 견해는 호주제도가 약화된 것을 일제시에 일본으로부터 도입된 것이라는 점에서 그 원인을 설명하나, 이 역시 오해이다. 이는 한국 법을 제대로 이해하지 못한 결과이다.

또한 위 견해는 유교적 전통의 특수한 형태로 지역감정·지역주의를 지적하고 있다. 그리고 이는 사회조직 전반에 존재하고 특히 최근의 대통령선거에서 나타났다고 한다.

3) 大村泰樹, 大韓民國の憲法制度、アジア經濟研究所 1999, pp. 19-23.

그러나 이러한 지적은 여러 가지로 문제가 된다. 우선 위 견해가 말하는 한국법의 4대 특징 중의 하나라는 중요성을 갖느냐 하는 문제이다. 지역주의는 한국사회의 문제점 중의 하나이기는 하나 그것이 법에 나타나는 경우는 전혀 없다. 또한 그것이 대통령선거에서 두드러진 것은 최근에 와서이다. 게다가 이러한 점의 강조는 식민지시대에 일본인들이 한국인의 파벌주의를 강조한 것과도 관련이 있는 듯 하여 문제가 된다.

이러한 지적은 반일감정이라는 것에 대해서도 마찬가지로 가능하다. 위 견해는 식민지로부터 해방된 뒤 법제도 개혁시에 유럽파와 개혁파의 대립이 있었는데 반일감정으로 인해 유럽파가 득세하여 법제도의 근대화가 지연되었다고 한다. 그러나 유럽파의 주장이란 위에서 본 동성동본금혼의 유지와 같이 지극히 한정적인 것에 불과했던 것을 가지고 법제도의 근대화를 지연시킨 주된 원인으로 볼 수는 없다. 또한 그것이 반일감정과 직결되는 것도 아니다. 식민지를 경험한 남북조선인에게 반일감정이란, 같은 식민지 경험을 한 모든 나라에서 나타나는 것이고, 그것이 법제도에 반영된 점은 한일간의 국교정상화 차원에서는 볼 수 있어도 국내법의 차원에 직접 나타나는 것은 전혀 없다.

따라서 위 견해가 4대 특징이라고 한 것 중의 셋은 오해에서 비롯된 것이나, 나머지 하나인 분단국가성은 한국현대법의 특징이라고 할 수 있다. 위 견해는 그 현상으로서 반공타부를 전제로 한 국가제도, 군부의 강대한 영향력, 국가보안법을 중심으로 한 치안법체제의 존속과 인권에의 부정적 영향을 들고 있다. 나는 이러한 경향이 있음을 부정하지 않으나, 역시 그것이 한국법의 전체적 성격이라고는 보지 않고 공법적 차원의 일부 현상이라고 본다.

일본법의 특수성을 강조하는 일본에서의 논의와 검토

위에서 본 한국에서의 논의와는 달리 일본에서는 1948년, 川島武宜에 의한 일본사회의 가족적 구성에 대한 논의를 중심으로 한 일본법 특수성론이 전개되었다. 즉 가족제도에서 개인은 가족에 매몰되어 자기결정권이 현저히 약하다는 점을 지적하고 그것이 외부의 비근대적·비민주적 사회관계를 초래하고 있다는 것이었다⁴⁾. 그리고 그 뒤 川島武宜는 1967년에 와서 일본법의 특수성을 권리의식(계약)과 분쟁처리방식의 측면에서 전개하면서 가족제도를 논의의 배경으로 옮겼다.

즉 개인은 가족에 매몰되어 있으므로 자유로운 독립적 주체가 아니어서 계약은 보편적으로 준수되는 것이 아니라 가족 내에서는 강제되고, 가족 밖에서는 윤리적인 구속력

4) 川島武宜, 日本社會の家族的構成, 15-17.

을 갖지 않아, 계약은 불확정적이고 불명확한 것이 된다는 것이다. 그래서 일본사회에서는 소송협오현상이 생겼고 소송 대신 조정적 중재라고 하는 독특한 분쟁처리방식이 생겼다는 것이다⁵⁾.

그후 일본의 가족제도에 대해 적어도 봉건무사적 가족과는 달리 민중의 차원에서는 유교적이지 않았다는 논의가 제기되었다. 이 점은 1948년 川島武宜의 논문에서도 지적되었으나 그는 민중가족도 비민주적이라고 단죄한 반면 새로운 논의는 비민주적이라고 볼 수 없다는 점에서 달랐다⁶⁾. 그러나 이러한 논의는 과거에 대한 과도한 미화라는 비판을 받을 수 있다.

또한 소송협오현상에 대해서도 그것이 국가에 의해 강제된 재판소제도를 민중이 기피한 탓이라고 보는 견해⁷⁾나 민중이 재판제도를 이용하고자 했으나 재판제도 자체가 불충분하여 민중으로부터 기피되었다고 보는 여러 가지 견해가 생겨났다. 여하튼 위 견해는 일본현대법의 일부 현상을 검토하고 있다는 점에서도 문제가 된다.

2. 법계수에서의 특수성 비교 논의와 검토

일본에서의 한국법 계수의 특수성 논의와 검토

1910년대 이전 조선의 전통법은 당연히 전통문화의 구조와 무관하지 않다. 그런데 여기서 주의해야 할 점은 일본에서는 흔히 조선의 전통문화는 민중생활에 뿌리박은 무속 문화와 권력에 의해 강제된 지배계층의 유교문화가 이중으로 존재한 것으로 설명되고 있다는 것이다⁸⁾. 이는 위에서 설명한 일본의 문화 논의 틀과 연관되어 있다. 즉 일본식으로 한국을 보는 것이다.

물론 전통문화의 이러한 이중구조는 일본이나 조선만이 아니라 모든 사회에 공통적으로 존재하는 것이라고 할 수 있으나, 조선의 경우는 도리어 상대적으로 그러한 이중구조의 대립이 약하다고 보는 것이 옳다⁹⁾. 즉 유교는 동양 3국에 공통된 것이나, 조선의 그것은 중국과 일본의 경우보다 더욱 철저하게 민중생활을 지배하였다는 점에서 구

5) 川島武宜, 日本人の法意識.

6) 安田信之, アシアの法と社會, 三省堂, 1987, p. 3.1.

7) 石井紫郎, 前近代日本の法と國制に關する覺書, 法學協會雜誌, 88卷 5, 6号, 1971.

8) 朝倉敏夫, 朝倉敏夫, 「現代韓國社會における〈傳統文化〉の研究の原狀と課題」, 國立民族學博物館研究報告, 7(4); 伊藤亞人 pp. 17-26; 千葉正士, アシア法の多元的構造, 成文堂, 1998, p. 99.

9) 王少鋒, 日韓中3國の比較文化論, 明石書店, 2000, p. 24.

별되고, 따라서 사실상 무속문화에 우월하게 전개되었다. 게다가 전통사회에서 법이란 무속문화와는 거의 관련이 없었고, 도리어 모계문화적 성격이 가족 제도 등에서 일부 나타날 뿐이다.

여하튼 조선의 전통법은 무속적인 것이 아니라 유교적인 것이고, 무속적인 것은 전통 법에도 한국현대법제에도 남아 있지도 않다. 따라서 이를 과장하여 현대한국의 법문화를 전통법과 계수법의 공존으로 보고 전자의 근절을 주장함은 오류라고 보는 견해¹⁰⁾야말로 오류라고 본다. 이는 전통법이라는 관념을 막연하게 환상적으로 상상하는 것 이상이 아니다.

이러한 견해는 한국에서의 법의식조사에 나타난 법외지향(alegalness) 내지 무권리의식을 한국법의 기본이라고 하고¹¹⁾, 이를 이유로 전통법이 존재한다고 보는 전제에서 출발하여 그것이 계수법과 공존하고 있는 것을 한국법의 아이덴티티라고 보며, 이를 국가 및 집단의 정통성을 하나님이라는 개념에 두고 있다는 이유 등에서 하나님성 정통성이라고 부른다¹²⁾.

위 견해는 먼저 한국인이 법외지향 내지 무권리적이라고 보는 점에 문제가 있다. 이는 소위 법의식조사에 근거하는 것이나, 반드시 적절한 것이라고 볼 수 없다. 한국인은 역사적으로 권리의식이 강했고, 지금도 강한 것으로 나타나기 때문이다.

도리어 무권리의식은 앞의 川島武宜에서 보았듯이 일본에서도 지적되는 것이나, 최근의 연구에서는 그러한 법외적 정통성을 강조하는 견해가 과장된 것이라고 하는 지적이 널리 나타나고 있고, 법외지향 등은 전근대사회 이래 지금까지 입법과 재판제도가 불충분한 데서 비롯된 부정적인 현상에 불과하다는 지적도 제기되고 있음은 앞에서도 보았다.

또한 위 견해가 지적하는 전통법이란 동성동본금지제도나 가정의례 같은 것인데, 우선 그것은 지극히 예외적인 현상에 불과하고, 그 성격이 반민주적이라는 점에서 더 이상 유지될 가치가 없음은 앞에서도 보았다.

10) 千葉正士 107.

11) Hahm Pyung-Choon, "The Decision Process in Korea," in Grendon Schubert and David J. Danelsky, eds., *Comparative Judicial Behavior : Cross-Cultural Studies of Political Decision Making in the East and West*, 1969, New York: Oxford University Press. pp. 19-20; Hahm Pyung-Choon and Yang Seung-Doo, "The Attitudes of the Korean People Toward Law" in International Foundation of Korea, ed., 1976, *Legal System in Korea*, p. 191.

12) 千葉正士 108.

한국법과 일본법의 정체성 비교의 논의와 검토

일본법의 아이덴티티가 아메바성 정황주의라고 보는 견해가 있다. 이는 울령제와 명치법체제의 철저한 외국법계수시에도 전통법이 국가법의 근간을 이루는 내용으로 채택되었다고 하는 점으로 설명된다¹³⁾.

그러나 이러한 일본법의 이해가 적어도 일본현대법이 기본적으로 서구법을 계수하고 있음을 부정하는 근거가 되지는 않는다. 어느 나라에서나 완전한 계수는 존재하지 않으며 자국에 사정에 적합한 계수가 행해지는 것은 공통적인 현상이기 때문이다.

위의 견해는 일본과 한국의 법아이덴티티를 비교하면서 일본의 그러한 아메바성 정황주의에 한국의 경우를 하나님성 정통주의라고 하여 대립시키고 있으나, 계수과정의 특성에 불과한 그것이 왜 법의 아이덴티티이고, 또한 한국과 일본의 그것이 어떤 의미에서 대조적인지 명확하지 않다.

물론 유교의 계수과정에서 보듯이 일본의 그것에 비해 조선의 그것은 더욱 철저했다. 그러나 한국 고대의 역사에 있어서 적어도 조선 이전에는 뒤에서 보듯이 일본에 비해 한국의 그것이 더욱 탄력적이었다. 또한 조선시대의 법제가 중국의 그것을 그대로 모방한 것도 아니었다. 따라서 한국에서도 전통법과 계수법의 통합현상은 존재하므로 아메바성 정황주의가 없는 것이 아니라 도리어 일반적이었다.

또한 현대법 계수에서도 명치법제에서 보이는 천황제와 가족제의 전통법적 잔존은 한말 법제계수에서도 마찬가지이다. 물론 일제에 의해 조선왕조가 멸망하고 해방 후 민주적 정부를 수립하는 과정에서 왕제의 부활은 당연히 고려되지 못했다. 그러나 해방 후에도 일부의 전통법 유지는 일본의 정도로는 나타나고 있다.

한편 일본법에서 일찍부터 천황제를 중심으로 한 것은 하나님성 정통주의라고 볼 수 있다. 뒤에서 보는 것처럼 천황제는 수천 년 전의 일본 신화에서부터 나타나 지금까지 유지되고 있는데 일본적 국가주의의 상징으로 형성된 그것을 일본의 전통으로 보는 것이야 당연하지만 지금도 그것을 하느님인 태양신의 후손으로 생각하는 것이야말로 하나님적 정통성의 상징이라고 볼 수 있을 것이다.

13) 千葉正士 98.

III. 한국과 일본의 고대법

고대 한국과 일본 문화계수의 공통성과 차이점

한반도에는 구석기시대부터 인류가 존재했으나, 1만년 정도 전에 북방족이 남하하여 그 북방의 시베리아 문화와 원주민의 남방 문순문화를 복합하여 한반도 고대 문화를 형성했다. 이러한 고대 문화 형성은 만주와 일본에서도 함께 나타났다. 그후 한반도에는 다시 북방의 유목문화와 중국의 농경문화가 수용되어 조선문화의 기본을 형성했다. 이처럼 조선문화는 다른 모든 문화와 마찬가지로 복합적으로 형성되었고 그 복합은 여러 문화로부터 취사선택한 것의 복합이었다¹⁴⁾.

한국이나 일본의 고대문화에서 중국문화의 독자적 계수 현상은 공통적으로 나타나는 것이라고 할 수 있다. 예컨대 유교나 도교의 제사의례를 중심으로 한 唐令의 祠令은 천신·지신·종묘를 제사하는 것이었다. 이를 받아들인 신라의 祭祀志에서는 연중행사인 종묘의 일부를 모방하면서도 대부분 관습적으로 행해진 산의 신을 중심으로 하는 地祇의 제사가 행해졌다. 그리고 이는 일본에 와서 천황의 즉위의례나 궁정의 연중행사에 관한 제사로 변화되었다. 즉 중국식 제사의례가 한국에서는 관습상의 자연, 일본에서는 제도상의 국가를 중심으로 변모되었다. 따라서 문화계수에 있어 한국은 정통주의, 일본은 정황주의라는 구별은 반드시 적절하지 못하다.

한국의 문화계수현상을 하나님적 정통성이라고 보는 위 견해는 단군신화 등의 강림신화를 그 근거로 들고 있다. 그러나 한국의 전통적 개국신화는 일본의 경우보다도 하나님적 정통성을 주장하는 정도가 높지 않다. 도리어 일본의 경우 천황이 태양신의 자손이라고 자처하는 것에 비해, 한국의 고대신화는 자연신적 요소가 강하다.

단군신화는 일본식의 강림신화가 아니라 호랑이니 곰이 등장하는 동물신화로서 그것은 북방에서 전래된 것이다. 또한 고구려나 백제 또는 신라나 가야의 개국신화는 알에서 시조가 태어나 나라를 세웠다고 하는데 이는 남방에서 전래되었다. 이처럼 한국 고대의 개국신화가 다양하면서도 대체로 자연신을 상징하는데 비해 일본 신화는 남방해양계로부터 온 것으로 천황을 중심으로 그 성격이 매우 단일하다.

나아가 한국의 고대신화에는 주민이 신에게 요구하는 형태로 신화가 구성되나, 일본 신화에는 주민이 전혀 등장하지 않는다. 이는 한국 신화가 사회발전을 주민의 생활향상

14) 이하의 설명은 井上秀雄, 實證 古代朝鮮, NHKブックス 637, 日本放送出版協會, 1992에 주로 의거함.

으로 보고 주민의 요구를 충족시키는 것을 중요시한 민본주의적 사고방식에서 비롯된 것임을 짐작하게 한다. 반면 일본은 철저한 권력중심주의, 즉 왕본주의적이었다.

이러한 현상은 불교나 유교 및 도교 등 중국문화의 수용에서도 볼 수 있다. 즉 삼국 시대 왕들은 국민생활의 안정과 향상을 위해 중국문화를 적극적으로 수용하나 그것은 그대로의 모방이 아니라 전통종교와 공존시키는 차원에서 탄력적으로 수용한다. 이는 일본의 경우 귀족이나 승려들이 각각의 교양을 높이기 위해 중국문화를 그대로 수용하고, 그것도 외양적 문화의 수용에만 관심이 주어진 것과 다르고, 그 결과 神仏協合의 형태가 된 점과는 더욱 다르다.

따라서 고대 한국과 일본의 문화계수가 독자적으로 형성되는 점은 공통되나, 한국에서는 내용상 민본주의적 성격, 일본에서는 왕본주의적 성격이라는 차이점이 인정되며, 중국문화의 계수 정도는 상대적으로 일본이 더욱 철저했다고 할 수 있다. 즉 일본이 더욱 정통주의였고 한국은 현실주의적이었다.

즉 일본에서는 문화가 지배문화로서 무속을 중심으로 한 민중문화와 엄격히 구분되고 그 결과 문화는 절대권력을 중심으로 하여 고도로 양식화되나, 한국 고대에는 문화의 계급성은 일본에 비해 상대적으로 낮고 지배문화와 민중문화의 합일성이 지향되며 문화는 그 자체의 양식적 전개보다는 윤리적 차원으로 요구되었다.

고대 한국의 현실주의적 법계수

고대의 법계수를 상대적으로 비교하면 일본에서보다 한국에서는 더욱 탄력적이고 독자적으로 나타났음을 알 수 있다. 중국에서는 현재의 형법에 해당하는 律이 전국시대 말기에 이미 존재했으나 오늘날의 행정법에 해당하는 令은 오랫동안 율에 포함되었다가 268년에 와서 독립된 영이 반포되어 律과 대등한 법령이 되었다. 이어 隋·唐에 오면 다시 영이 중시되고 동시에 율령을 보완 변경하는 格, 율령의 시행세칙인 敍이 만들어졌다. 율령제는 그후 중요성이 상실되고 율만이 청조말까지 지속되었다.

한편 고대 한국의 삼국시대에는, 상대적으로 율령이 중시되지 않은 중국의 남북조시대에 와서야 律령을 적극적으로 수용했다. 따라서 그것은 선진문화의 유행적 수용이나 소극적 수용이 아니라 주체적, 적극적 수용이었다. 즉 고대국가의 형성에 있어 합리적인 정치체도의 필요성을 인정한 탓이었지 중국문화였기 때문에 수용한 것이 아니었다.

그러나 삼국시대는 귀족연합체였기 때문에 왕권이 약했고 촌락공동체를 중시했다. 따라서 중국의 율령은 그대로 수용될 수 없었다. 예컨대 신라에서 최초로 반포된 520년

의 율령은 공식적 의복의 일부를 성문화한 정도에 불과했고, 성문법의 기본은 관습을 정리한 것이었다. 따라서 한국 고대의 율령 계수는 현실에 의해 변용된 것이었다.

이러한 경향에 전환을 초래한 것은 삼국에서 발생한 640년대의 쿠데타였다. 그후 전개된 전시상황에서 중앙집권이 강화되고 제도정비와 법 성문화도 급속하게 진행되었으나, 왕권 중심의 율령체제는 역시 불가능했다. 그후 통일신라 성립 직전에 와서야 통일 전쟁의 참전에 소극적이었던 귀족을 대신하여 신라왕의 주도하에 하급관료와 지방호족에 의해 율령제의 본격적 도입이 도모되었으나, 그래도 구제도는 배제되지 않았다. 사실상 율령제가 상대적으로 더욱 완벽하게 수용된 것은 조선시대에 유교가 국교가 된 이후였다. 그러나 조선시대에도 뒤에서 보는 바와 같이 최초부터 현실적 조건에 의해 변용된 형태로 계수되었고, 그것은 조선 중기의 신분변화에 의해 자연스럽게 민중계층에까지 전면적으로 적용되었다.

한편 일본에서는 중국과 유사한 현상이 나타났다. 즉 7세기에 전면 수용된 그것은 10세기까지 지속되었으나, 그후 정치권력이 무가에 이전되면서 그 기능이 상실되고, 관제만이 명치시대까지 이어졌다. 즉 위에서 보았듯이 중국에서 율만이 강조되었듯이 일본에서는 영만이 강조되었다. 따라서 일본에서는 아메바적 정황주의가 아니라 하나님적 정통성주의에 의해 전면 모방된 것이나, 그후 정치체제의 변화에 의해 현실적으로 불필요하게 되자 없어진 것에 불과했다.

고대한국법의 민본주의적 성격

지금까지 본 고대 한국법의 현실주의적 계수의 특성은 고대의 영을 비교하는 경우 관제에 있어서 일본과 중국은 매우 유사하나, 신라의 그것은 일부만이 공통된다는 점으로도 나타난다. 이는 신라에서 통일에 따른 영토확대 때문에 새로운 관직을 많이 만들었기 때문이었다. 그러나 이러한 계수과정의 특수성만으로는 고대 한국법의 내용상의 특수성을 알 수 없다. 법을 비교하는 경우 가장 중요한 것은 계수문제가 아니라 그 법체제의 내용상 특성이다. 여기서 특히 중요한 것은 신라에는 독자의 관청으로 입법부인 理方府가 있었다는 점이다. 중국과 일본에서는 새로운 입법을 황제나 천황의 詔勅으로 발표했으나, 신라에서는 귀족과 관료에 의한 입법이 행해졌다. 이는 신라가 귀족연합체제로서 민본주의적이었음을 뜻한다.

또한 상급관직에서 중국이나 일본의 경우 황제나 천황의 정치기구임을 분명히 보여 주나, 신라의 그것은 왕의 정치를 직접 보좌하는 것이 아니라 별도의 독립된 관청으로

서의 성격을 보여준다. 나아가 중국과 일본에서는 상급관청이 1인으로 왕에 직속되었으나, 신라의 그것은 복수합의제였다. 여기서도 민본주의적 성격을 읽을 수 있다. 이처럼 신라의 율령제는 정치의 실태에 따라 부분적으로 중국의 것을 채용한 것에 불과하고, 나름의 독자적인 민본주의적 제도를 형성했다. 반면 일본의 율령제는 중국의 그것을 전면 수용한 것이었고 철저히 반민본주의적인 것이었다.

IV. 한국과 일본의 유교법

유교법 이해의 문제점

이상의 논의에서 우리는 적어도 조선 이전의 한국 전통사회에서는 현실에 적합한 중국법에 대한 독자적인 계수가 이루어졌음을 확인할 수 있다. 여기서 문제는 조선시대에 와서는 중국의 유교법을 그대로, 그것도 철저히 계수했다고 보는 한일의 통설적 견해로서, 위에서 본 하나님적 정통주의를 한국법의 아이덴티티라고 주장하는 견해도 그 일종이다. 그러나 조선 후기 이후에 비로소 본격적으로 전개되는 단기간의 유교법을 한국법의 전통으로 보아서는 안 된다. 한국 전통법의 특성은 한국 고대로부터 지금까지 이르는 역사의 장기적 관찰 하에서만 비로소 가능해지기 때문이다.

즉 아래에서 보듯이 조선에서 유교법은 철저히 계수되지 않았고, 18세기 이후 가족제도의 변화를 통한 그 민중 차원의 확대조차 기본적으로는 민본주의적 성격으로 이해되어야 한다.¹⁵⁾ 반면 일본에서는 유교가 에도시대에는 지배계급의 교양 정도에 국한되었으나, 명치 이후에는 천황을 중심으로 한 민중지배의 수단으로 철저히 계수되었다는 점에서 역시 왕본주의적이었다.

전통법의 논의에 하나의 문제점은 흔히 유교는 덕치주의를 주장했고 법치주의를 부정했다고 설명되는 것인데, 그 경우 법치주의란 덕치주의에 대한 상대개념으로 이해되는 것이고, 그러한 덕치주의가 법 자체를 부정한 것으로 오해되어서는 안 된다. 법은 국가질서이자 사회질서로서 전통사회에서 대단히 막강한 힘을 발휘했다. 특히 조선에서

15) M. Deuchler, Neo-Confucianism in Action: Agnation and Ancestor Worship in Early Yi Korea, Laurel Kendall & Griffin Dix (eds.), Religion and Ritual in Korean Society, Institute of East Asian Studies, 1987.

가족구조는 신분계급윤리를 기초로 한 유교적 윤리의 삼강오륜에 따른 『경국대전』으로 규율한 점에서 유교사회는 철저한 法化사회였다. 동양에서 예라고 하는 것은 서양에서 법을 의미했다¹⁶⁾. 따라서 한국을 포함한 동양사회가 법치국가가 아니었다고 하는 통설에는 문제가 많다.

물론 법치국가의 내용은 다르다. 서양에서는 법을 독립된 것으로 보고 법을 계약이나 인권의 판단자로 본다. 법에 따라 법의 판단을 옳은 것으로 보기 때문에 법이 인간을 지배한다. 반면 동양에서는 법은 통치수단으로 이해되었고 지금도 그런 경향이 뚜렷하다. 예컨대 변호사는 재판관에 정상참작을 호소하는 정도에 그치고, 헌법상의 묵비권 행사는 범행을 저지른 증거로 오해된다. 이러한 경향은 현대법에서는 당연히 문제점이 되나, 동양에서는 전통적으로 법을 추상화하기보다도 구체화, 개별화했다고 하는 점에서 그 법에 대한 인식의 특수성을 고려할 필요가 있다. 즉 동양에서는 법이란 인간이 운용하는 하위의 통치수단으로 보고, 연역적 법해석이 아니라 개별 사건의 개별적 해석이나 판단을 내리는 것으로 보았다. 따라서 그런 점에서 동양사회도 법치주의 국가였다.

물론 동양에서도 나라에 따라 법운용은 다르다. 예컨대 일본의 경우 독특한 내용 없는 양식화를 중시하는 경향에 의해 법은 화려하기는 하나, 전통사회에서는 동양사상에 고유했던 도덕적 요구를 충분히 수용한 것이 아니었고, 근대화 이후에도 서양 근대국가의 내면적 요구로서의 인권체제인 법이 그대로 수용되고 있지 못하다. 반면 중국의 경우 형식보다 내용을 중시하는 경향에 의해 법은 화려하지 못하지만 실천적 성격은 더욱 강하다. 이에 반해 한국은 전통사회에서는 민본주의와 현실주의를 체현했으나, 일제 이후에는 일본식의 국가주의와 형식주의적 법계수에 젖어 있다는 점이 문제점이다.

조선의 계수법과 관습법

14세기말 조선이 개국한 뒤 통일법전인 『경국대전』이 1485년에 완성되어 유교에 의한 중앙집권적 전제국가의 법체제가 전개되었다. 전대와 마찬가지로 행정법(령)과 형법(률)을 중심으로 한 것으로서 사법 역시 그 일부로 존재했으며, 또한 구체적이고 개별적인 국가의 명령이 중심이었고 추상적이고 일반적인 법률이 아니었다. 그 중의 형법은 중국의 대명률을 계수했으나, 친족과 노비 등의 규정은 조선 현실에 맞는 특별법이 적용되었다.

유교는 국왕 개인의 덕을 중심으로 통치하여 禮를 질서의 핵심으로 삼는 사회를 이

16) 費孝通, 郷土中國, 生活・讀書・新知三聯書店, 1985.

상으로 했다. 여기서 법은 국왕의 구체적인 명령이고 재판도 국왕이 최후의 심판자인데, 법과 재판은 당연히 도덕에 근거하고 백성을 위한다는 민본주의에 입각했다. 그러나 민 자신이 정치의 주체라고 하는 민주주의는 당연히 의식되지 못했다.

조선시대에는 많은 재판이 행해졌다. 이는 철저한 권리의식과 실체적인 정의관이 존재한 탓이다. 물론 현대적 의미의 재판이 일반적으로 행해졌다고는 볼 수 없다. 즉 재판은 지방 관료가 담당했고, 국왕이 최후의 심판자로서 도덕주의에 흘렸으며, 특히 형사재판은 자백을 얻는데 주력하여 고문이 당연시되었다. 이러한 상황에서 민중은 법을 당연히 위로부터의 명령으로 인식했고, 따라서 법에 대해서 당연히 위압감을 가졌으며 법으로부터 유리되었다. 그러나 그러한 현상이 민사거래에까지 있었다고는 볼 수 없다.

토지의 사적 소유권이 서구 근대와 같이 전면적으로 인정된 것은 아니나, 매매와 상속을 통한 소유권의 보장은 관습으로 존재했다. 또한 매매의 경우 賣買明文을 작성하고 100일 이내에 관의 증명인 立案을 발급 받아야 했다. 물론 그 절차가 복잡하고 비용이 들어 발행이 기피되기도 했으나 거래의 안전을 보장하기 위한 현대적 등기제도와 같은 기능을 했다. 이러한 제도는 노비와 선박에도 해당되었다.

여기서 주목할 점은 토지소유권에 대한 법적 규제로서 가장 중요한 것이 현대법의 토지공개념과 같은 이용장제였다는 점이다. 즉 토지를 일정 기간 경작하지 않는 경우, 이웃은 신고하여 경작할 수 있었고, 경우에 따라 소유권도 인정했다. 이러한 소유권에 대한 법제는 매우 풍부했고, 그것은 정치적으로도 매우 중요한 과제였다. 여기서 명백히 민본주의적 특성이 나타난다.

조선 유교사회의 성립

조선은 고려의 이데올로기였던 불교를 배척한 주자학자들에 의해 세워졌고, 그들은 자신을 양반이라고 하여 그 밑의 중인, 양민, 천민과 구별했다. 유학자인 양반은 정치적으로 고급관료로서 권력을 장악했으나, 경제적으로는 결코 특권적인 존재가 아니었다. 종래 양반을 경제적 특권계급으로 본 견해는 사실과 일치하지 않는다.

유교란 공자의 가르침에 근거한 사상을 말하나, 사실 공자의 가르침이란 중국 고대사상을 체계화한 것에 불과했다. 중국 고대사상의 기본은 天이었다. 天命에 따라 나라가 교체된다고 중국에서는 사고되었으나, 반면 한국에서는 앞에서 보았듯이 백성이 천에 요구하여 왕을 세우고, 일본에서는 천의 자손이 천황을 계승한다고 생각되었다. 따라서 천명 또는 천에의 요구라고 하는 사고방식은 일본에 존재하지 않았다.

천은 동시에 인의 생존의 조화를 뜻했다. 즉 민의 생존의 균등한 성취라고 하는 평등주의가 그 본질이었다. 이 점은 중국은 물론 조선에서도 대동법을 비롯한 여러 경제정책에서 나타나는 것이고 조선 후기에 오면 실질적으로 민의 균질화는 어느 정도 달성되나, 일본에서는 그러한 사상과 현상을 보기 어렵다. 현대 한국에서 시도된 토지공개념도 그러한 전통의 민본주의와 같은 맥락이라고 볼 수 있다.

유교 중에서도 동양에 결정적인 영향을 끼친 것은 주희(1130-1200)에 의한 주자학 또는 성리학이었다. 조선이 주자학의 나라였다는 점은 부정할 수 없는 사실이다. 주자학에 의해 당쟁이 격화되어 조선이 망했다고 하는 주장은 과거 일본인의 조선사해석의 핵심이었고, 이에 대해 주자학이 아니라 세도정치에 의해 망했다고 보는 반론이 있다¹⁷⁾. 즉 성리학은 소수인의 사리적인 정치성향을 경계하고 공도를 실현하고자 했고, 그 방법으로 봉당을 공인된 정치방식으로 주장했는데, 세도정치는 그것에 반한 소수정치였다는 것이다.

그러나 이러한 설명은 세도정치가 그러한 봉당에 의해 초래되었다고 하는 점을 설명하지 못한다. 도리어 일본을 비롯한 다른 많은 나라에도 그러한 당쟁이 있었고 그것이 끝없는 내란으로 발전했다는 사실을 지적하는 것이 옳을 것이다¹⁸⁾. 말하자면 어느 나라에나 있는 현상이라는 것이다.

그리고 세도정치에 의해 조선이 망했다고 하는 것도 문제가 있다. 기본적으로 조선은 일본의 침략에 의해 망한 것이지 내부적인 요인에 의한 멸망은 아니다. 물론 일본의 침략에 대해 조선이 방어하지 못한 것을 세도정치 등으로 탓할 수는 있으나, 그렇다고 해서 일본측에서 어떤 이유로도 그 침략을 합리화할 수 없다.

특히 주자학에 조선 멸망의 책임이 있는 것은 아니다. 흔히 주자는 군주를 천으로 보아 봉건도덕을 완성했다고 하나, 주자는 군신의 관계를 인위적인 것으로 보고 충성과 사랑이 필요하다고 말했다¹⁹⁾. 즉 군신질서는 부자질서가 자연적 결합으로서 선형적이거나 초월적인 것과 다르다는 것이었다. 또한 황제라고 해도 절대적일 수 없고 理로서의 천에 위배되면 그 왕조는 멸망한다고 했다. 이는 조선의 경우도 마찬가지이나 일본과는 다르다. 즉 일본의 천황은 어떤 권위에도 구속되지 않는 절대군주였다. 또한 이러한 법적 천은 생성조화의 천을 말하므로 백성의 생존을 균등하게 한다는 민본주의적 평등

17) 李泰鎮, 六反田豊 譯, 朝鮮王朝社會と儒教, 法政大學出版局, 2000, p. 142.

18) 姜在彦, 朝鮮の開化思想, 明石書店, 1996, p. 36.

19) 『朱子語類』 제13권 72조.

관과 결부되었다.

이러한 차이는 중국과 조선에서 理가 법에 우선했으나 일본에서는 법이 理에 우선했다는 차이와도 결부된다. 따라서 현대에 와서 일본에서는 빨리 법제가 정비되었음에 반해 중국과 한국에서는 그것이 뒤늦어졌다. 또한 중국과 조선에서는 국가에 대한 이념이 천리에 근거한 민족주의로 주장되었음에 비해 일본에서는 자국 본위의 국가주의가 일찍부터 성립된 것과도 연결되었다.

유교의 신분제도

위에서 보았듯이 조선은 유교 양반계층에 의해 성립되었으나, 유교가 사회 전체에 구조화되는 것은 17-8세기에 와서였다. 이러한 과정의 배경에는 15세기 이후의 인구 증가와 농업의 변혁, 在地양반계층에 의한 集落의 개척에 의한 小農사회의 성립이라는 전제 조건과, 정치적 지배와 토지소유의 분리에 따른 양반계층의 특권 배제와 민중의 균질화라고 하는 사회변동이 생겼기 때문이었다.²⁰⁾ 지주와 소작인의 관계도 기본적으로 경제적 관계였지 인격적 지배 예속의 관계가 아니었다.

즉 소농사회가 성립함에 따라 정치적 지배층은 직영지 경영은 물론 특정지역에 대한 영역적 지배권도 상실했다. 중국과 조선의 양반은 과거에 합격하여 권력층이 되어도 일정한 영지를 부여받지는 못했다. 물론 그들은 일반 농민보다는 넓은 토지를 소유했으나, 그 소유권은 일반 농민의 그것과 다름이 없었다. 이는 유교의 중앙집권주의와 일치했다. 한편 일본에서는 중앙집권주의가 발달하지 못한 에도시대에는 유교가 불완전하게 수용될 수밖에 없었고, 결국 중앙집권화가 이루어지는 명치기에 와서야 완전한 수용이 가능했다.

또한 농촌에 소농이 보편적으로 존재하게 된 것은 민중이 균질화되었다는 것이었다. 빈부 격차도 상당히 유동적이었고 신분이동도 일본의 철저한 폐쇄성에 비해 상당히 개방적이었다. 이러한 균질화에 의해 주자학의 통치이념인 一君萬民체제가 가능했다.

조선사회에서 기본적으로 신분은 세습되었으나, 신분의 변동은 끝없이 일어났다. 그 결과 15세기에는 대부분을 차지한 천민계층이 19세기에 오면 대부분 양반 계층이 되었다. 즉 15세기말에는 양민이 10-20%, 천민이 80-90%였으나 19세기에는 대부분이 양민이고, 반 정도가 양반이라는 변화를 보여준다. 따라서 신분에 대한 의식이 19세기말까

20) 宮嶋博史, 東アジア小農社會の形成、アジアから考える、第6巻, 東京大學出版會, 1994. pp. 67-96.

지 고정적이었던 일본과 달리 조선은 매우 유동적이었다. 조선의 법전에서 규정된 신분은 양민과 천민이었으나, 양민은 사회적으로 사족, 중인, 상민으로 나누어졌다. 그 차이는 양민의 경우 과거 수험의 권리와 양역 부담의 의무가 있으나, 천민에게는 그 둘이 모두 없다는 점이었다.

일본의 근대인 에도사회와 조선사회에서는 신분에 따른 공간배치가 달랐다. 즉 일본에서는 도시에 무사, 상인, 직인, 농촌에는 농민이라고 하는 신분별 지역배치가 분명했으나, 조선에서는 군의 중심에 관료, 농촌에는 각 신분이 잡거했으며, 중인만은 주로 서울에 살았다. 게다가 17-18세기에 오면 전국민의 양반화라는 현상이 일어나 신분의 구별은 일본보다 더욱 애매한 것이 되었다. 양반사회에서 여성이 남성에 종속된 것은 사실이나, 일반 민중 사회에서 여성의 지위나 연애의 자유 등이 어느 정도였는지에 대한 관찰은 쉽지 않다.

조선에서는 지배계급의 지배를 재생산하기 위하여 과거제도가 도입되었다. 중국의 주자학에 근거한 과거는 모든 신분에 개방되었으나, 조선에서는 양민 이상에게만 인정되었다. 과거제도에 의한 입신출세의 자기실현은 계급질서와 군신의 지배복종체제를 유지하여 영속화하는 것을 목적으로 하는 범위에서만 허용되었다. 또한 주자학에서는 중시된 자연과학이니 어학 등이 조선에서는 중인이니 서자에게만 허용되는 저차원의 잡학으로 천시되어 차별된 것도 지배계급을 유지하기 위해서였다.

과거 문과에 합격한 사람은 조선시대 전체에 15,547명이었고 14세부터 82세까지 연령은 다양했다. 일본의 경우는 이러한 시험제도가 명치 이후에 와서였다. 과거는 도덕군자임을 전제로 하면서도 권력과 부를 안겨주는 것이었다. 그것을 흔히 양반이라고 한다. 그러나 과거제도가 타락하면서 과거에 비판적인 재야지식인이 생겼다. 우리가 보통 선비라고 하는 사람들이다.

유교적 가족제도

유교사회는 또한 그 하부구조로서 혈연공동체의 권력적 장치를 필요로 했다. 따라서 사회의 법-국가질서를 실천하는 관료층(사대부)은 법-사회질서인 관습법상의 종족(혈연공동체)질서의 모범적 실천자로 규정되었다. 주자학에서는 법-국가질서는 법-사회질서인 종족-가부장질서보다도 우위였지만, 양자는 대립적 관계에 있는 것이 아니라 보완적 관계에 있다고 설명되었다.

따라서 사적 영역과 공적 영역은 명확하게 구분되지 않고, 국가나 지연공동체는 혈연

공동체의 外延으로 이해되었다. 따라서 순수하게 사적인 관계를 규제하는 오늘날의 사법은 존재하지 않았고, 모든 법은 공법이였다. 이러한 법은 공법이라고 하는 전통은 오늘날에도 법의식 속에 유지되고 있다.

종족제도는 『주자가례』와 새로 편찬된 『사서』에 의해 설명되었다. 여기서 특징적인 점은 그 제도가 理氣論에 의해 합리화되었다고 하는 점이다. 예컨대 조상에 대한 제사가 ‘氣’(물질이나 에너지를 말함)의 감응이라는 내용의 귀신론으로 설명되었다. 그리고 이는 ‘예’체계에 의해 자연공동체와 국가에도 적용되었다.

가족제도는 위에서 보았듯이 법에 의해 엄격히 규율되어 부모에 대한 효도와 조상의 제사를 위한 남계계승, 기존의 신분계급질서와 정치경제의 기득권을 유지 계승하기 위한 상속 및 상호부조, 동성동본불혼, 이성불양 및 재혼금지 등으로 구성되었는데, 이는 혈연적 연대성을 중시한 연좌제를 채용한 중국의 『대명률』을 더욱 엄격히 법화한 것이었다. 그러나 이러한 유교적 제도는 상당한 진통을 겪고 난 뒤 조선 중기 이후에 와서야 체계화되었다.

조선의 가족제도 원형은 본관과 성이 전국민에게 부여된 고려시대에 확립되었다. 혼인은 조선 중기까지 부가 처가에 입적하는 제도였으나, 조선 중기 이후에는 혼인후 처가에 일정 기간 거주후 처가 부가로 이동하는 형태로 바뀌었다. 이는 현대적인 남녀평등이라고 할 수는 없어도 중국과는 달리 부와 처가의 관계를 중시하고 자녀와 母方 친족과의 관계를 중시하여 중국보다 친족범위를 확대시키는 결과를 낳았다. 또한 상속에서도 조선 중기 이전에는 남녀균분상속이 인정되었다. 따라서 적어도 조선 중기까지 한국사회는 부계사회였다고 보기는 어렵고, 전통적으로 모계사회였다고 볼 수 있다. 그러나 한국에서 일부 학자가 이러한 모계사회성을 한국법의 아이덴티티라고 주장하는 태도는 역시 가족이라는 일부 제도를 전체 법제도로 과장한다는 점에서 문제이다.

유교의 성격은 나라와 시대에 따라 달랐다. 예컨대 충과 효의 관계에 있어서 중국과 한국에서는 효가, 일본에서는 충이 우월했다. 또한 효가 제도화되는 측면에서도 차이가 있다. 예컨대 조선에서는 중국식의 증개결혼이 도입되고 부친의 혈통이 중요하게 되었으며 여성의 상속권은 상실되는 것은 17-18세기에 와서였다. 현재의 가정내 개인의 기일 제사는 4세대까지로 하고 5세대 이상의 조상제사는 묘지에서 행하는 풍습이 일반화된 것도 문중조직의 형성과 동시였다. 그러나 이를 역사발전이라고 하는 한국 일부 학자의 견해는 문제가 된다. 도리어 과도한 의례주의의 폐습으로 보아야 한다.

문중조직을 기록하는 족보는 15세기경부터 성립되었으나 당시의 족보는 남녀 구분

없이 기록되었고 기일이나 묘지 등은 기록되지 않았다. 즉 17-18세기에 와서 여성의 기록이 삭제되었고 기일과 묘지도 기재되었으며 관직명 기록은 거의 사라졌다. 그리고 족보의 발행은 일제시대에 급증했다. 한국의 씨족제도는 姓과 本으로 구성되는데 이는 중국의 姓—本제도와 달리 동성이라도 출신지를 뜻하는 本에 따라 조상이 다른 것을 뜻한다.

다음 가족과 친족제도에도 차이가 있다. 한국의 가족은 일본처럼 직계가족이나 일본과는 많이 다르다. 남녀의 분리가 더욱 현저했고 연령이 가족 구성원의 지위를 결정하는 기준이었다. 그러나 형제자매에 있어서 일본 사족층에서 볼 수 있는 차남 이하에 대한 현저한 냉대는 조선에서 볼 수 없었고, 형제자매의 정서적 유대는 일본보다 깊었다²¹⁾.

가계의 계승도 한국에서 중요시되었으나 일본처럼 영속적인 것을 고집하지는 않았다. 즉 계승이 불가능한 경우 일본처럼 데릴양자를 들이거나 중국처럼 타인을 양자로 삼는 제도는 없고 家는 단절되었다. 따라서 가는 개인의 경우 때로는 일신을 희생하면서도 그 존속이 도모되는 법인격적 존재가 아니라 농밀한 인간관계를 갖는 살아있는 인간의 집단이었다²²⁾. 이러한 정서적 유대는 혼인 등에 의해 별도의 가를 구성하는 경우에도 유지되었다.

이러한 정서적 유대와 함께 개인으로서의 독립성은 어릴 때부터 예절을 통해 배양되었다. 따라서 일본처럼 자기의지를 표명하기보다도 전체의 합의를 우선시키거나, 중국과 같이 대립국면을 없애는 것과 대조적으로 한국에서는 의사표현이 자유로웠고 이 점에서 남녀의 차이도 존재하지 않았다. 또한 家는 일본의 경우처럼 그 틀이 강하지 않아 일본의 本分家에서 보는 주종관계는 형성되지 않았다.

한국인에게 '우리'의 근본은 혈연을 중심으로 한 조상간 및 친족간의 도덕이다. 일본인의 효는 부모에 대한 것이나 한국인의 효는 그 시간적, 공간적 범위가 더욱 확대되어 있다.

이 도덕은 대단히 강력하여 헌법상의 자유나 평등에도 불구하고 민법상의 친족제나 동성동본금혼제도, 형법상의 존비속에 따른 차별을 인정하는 근거가 된다. 따라서 이는 비민주적인 것으로서 당연히 없어져야 하는 것이고 일부 변화하고 있으나 도덕의 차원에서는 쉽게 없어질 것으로 보이지는 않는다.

21) 伊藤亞人 編, もと知りたい韓國, 弘文堂, 1985, p. 185.

22) 伊藤亞人 188

뿐만 아니라 법에 따른 재판보다 도덕적 판단을 우월시하고, 재판에서도 법의 엄격한 적용보다도 도덕적 차원에 따르는 경향이 나타나 판단 또는 양형의 불균형이 생긴다. 재판의 이러한 경향은 ‘양심’에 따른 재판이라는 것으로 오해되어 합리화되고, 재판의 절차에서도 도덕적 기준에 의해 피의자를 비도덕적이라고 간주하고 비합법적으로 재판하게 된다. 이처럼 한국에서는 사회질서로서 도덕이 법보다 근본으로 기능하는 경우가 드물지 않다. 이 점도 당연히 비민주적인 요소로서 불식되어야 하나, 역시 도덕적 차원의 판단경향은 쉽게 사라질 것 같지 않다. 이상은 도덕주의의 비민주적 성격이다.

한편 이러한 혈연도덕은 그 국가적 체계인 역사에 대한 도덕적 판단으로 나아가고 경우에 따라 현행법을 초월한다. 예컨대 한국에서는 인류에 어긋나는 과거의 범죄행위에 대한 역사적 판단이 1996년의 1980년 쿠데타에 대한 재판을 비롯하여 여러 차례 행해졌다. 이는 국가와 국가의 관계에서도 문제가 된다. 예컨대 한국인(북한도 마찬가지이다)은 일본의 한국침략을 합법적인 것으로 보지 않는다. 그러나 이러한 차원에서 발생하는 도덕주의는 앞에서 본 것과 달리 비민주적이라고 할 수 없다.

한국사회의 도덕지향은 기존의 가치체계에 대한 동화를 강요하는 경우도 있으나, 이처럼 구체제에 대한 반항과 신체제수립의 원동력이 되는 경우도 많다. 말하자면 혁명의 사상이 된다는 것이다. 이는 일본의 경우와 명백하게 구별되는 점이다.

흔히 한국은 유교적이나 일본은 그렇지 않다고 하는 견해가 있다. 그러나 일본의 전통사회가 유교적이지 아니었다고 하거나 현대일본사회에 유교적인 요소가 남아 있지 않다고 할 수 없다. 예컨대 이에 대한 설명으로 한국인이 묘와 제사를 중시하는 점에 비해 일본인은 그렇지 않다고 하는 것이 있으나, 그것은 형식의 정도에 불과한 것이고 일본인도 묘와 위패를 중시하는 점에서는 다르지 않다.

도리어 한국인은 도덕적인 차원에서 유교를 중시하나, 일본인은 기업이나 국가의 차원에서 유교를 중시한다고 볼 수도 있다. 예컨대 일본에서는 기업내 행사로서 地鎮祭, 竣工式, 社祭, 物故者慰靈祭, 企業神社, 企業墓 등이 있고 기업 외로도 종교적 행사에 대한 기부행위가 왕성하게 이루어지나²³⁾, 이런 일이 한국에는 거의 없다. 따라서 보기 나름으로는 일본인이 더욱 유교적이라고 할 수도 있다.

그러나 일본에서는 명치유신 이후 유교적 중앙집권국가가 국가에 의해 국가와 사회 차원에 의해 형성되었을 뿐, 유교의 도덕주의적 성격은 도입되지 못했다. 이러한 유교의 도덕주의적인 성격은 주자학에 의해 더욱 정교하게 체계화되었다.

23) 間宏, 儒教資本主義と現代の企業經營—日本中心に、組織科學, 第25卷, 4号, 1993, p. 33.

일본과 조선의 현대

서양 자본주의의 침투에 대해 동아시아는 정치적으로는 전통을 지키고 경제적으로는 자본주의를 받아들이는 방식으로 대응했다. 정치적으로 그것은 권력의 집중과 민족주의라는 형태로 나타났으나 그 대응의 과정에 있어서는 차이가 있었다.

즉 명치유신 이전부터 국가의식이 강하게 관념되었고, 명치유신에 의해 그것이 극대화된 일본에 비하여 조선에서는 중국과 마찬가지로 유교의 영향으로 인해 국가의식이 빈약했다. 그러한 차이로 인하여 일본은 서구열강이 강요한 국민국가체제에 재빨리 순응했으나 조선의 경우 그렇지 못했다. 조선말의 개화사상조차 일본을 맹주로 하는 동양주의에 의존한 것은 국가의식이 그만큼 빈약했음을 말한다.

일본의 현대를 상징하는 사상가는 두말할 필요도 없이 일본 지패 최고액권의 초상인 福澤諭吉이다. 그는 당시 서양의 제국주의를 그대로 배워 중국이나 조선을 비롯한 비서양을 야만으로 몰고 일본이 아시아에서 벗어나 서구로 들어가야 하며 일본이 아시아를 개혁해야 한다고 주장했다. 福澤諭吉을 비롯하여 伊藤博文 등의 일본 근대화의 아버지들은 모두 침략주의자들이었고, 그 후예들은 지금도 일본을 지배하고 있다.

19세기 후반 범세계적으로 서양의 동양 침략이 진행되는 가운데 일본에 의한 강화조약(1876년), 미국에 의한 수호통상조약(1882년)이 각각 체결되어 조선은 세계자본주의체제에 편입되었다. 그러나 일본식 근대화를 추진하는 세력에 의한 갑신정변(1884년)이 실패하여 봉건관료세력에 의한 민중수탈이 지속된 가운데 반봉건(관료)-반근대의 농민전쟁(1894년)이 발생했다. 갑오개혁은 위로부터의 개혁, 농민전쟁은 아래로부터의 개혁 요구라고 할 수 있으나 모두 실패했다. 농민전쟁 기간 1년 중 남조선 전역에서 실시된 자치체는 한국사상 최초의 경험이었으나, 그들은 관료를 배제했을 뿐 국왕 체제를 부정하지는 않았다.

조선에서는 그 전에도 농민민란은 있었으나 그것은 국왕을 교체한다는 역성혁명을 지향한 것에 불과했다. 또한 중국에서도 태평천국의 난에 이르는 농민민란이 다수 발생했고 일본에서도 기독교도의 저항 등이 있었으나 농민전쟁이라고 볼 수는 없었다. 반면 1894년 농민전쟁은 신분제 폐기의 평등주의와 빈부 해소의 평균주의를 지향한 유토피아사상을 갖는 것이었으나 그것은 一君万民이라고 하는 관료배제 사상이었다는 점에서 제한적이었다.

이 농민전쟁을 한국에서는 자본주의 근대화를 지향한 것이라고 보고 있으나, 이는 한때 한국에서 유행한 자본주의 맹아론과 함께 자본주의 한국의 이데올로기라는 측면이

강하다. 사실 프랑스혁명의 농민운동조차 반봉건-반근대를 지향한 평등주의적 자율적 운동이었다. 1894년 농민전쟁 역시 현대적 인간으로서의 자유와 자립을 획득한 존재인 농민이 주도하기는커녕 국왕송배를 전제로 하여 봉건중간세력을 배척하고자 한 것이었다.

1894년의 갑오개혁은 농민전쟁의 요구를 일부 수용했다. 특히 신분제를 폐기하고 里面郡으로 구성되는 민중적인 지방자치를 승인한 점은 주목된다. 물론 의회제 도입이 아니어서 민중을 정치주체로 본 것은 결코 아니었으나, 종래 지배조직에 불과했던 鄕會로부터는 변모된 것이었다. 그러나 갑오개혁에서 발포된 법령은 그 정권의 위약성으로 인해 대부분 실현되지 못했고 정권은 2년 뒤 붕괴했다.

그후 성립된 대한제국은 황제독재에 의한 근대적 정책을 추진했으나 그 재원확보를 위한 민중수탈은 도리어 강화되었고, 그것은 결국 일본에 의한 식민화로 나아갔다. 실질적 식민지화를 뜻한 1905년의 을사보호조약을 계기로 애국계몽운동이 발생했으나, 친일주의라는 성격을 갖는 것이어서 식민지화는 더욱 강화되어 결국 1910년의 병합으로 이어졌다.

조선근대의 민중은 기본적으로 一君萬民이라고 하는 유교전통에 입각하여 군주와 백성의 사이에 존재한 부패한 관료를 배제하는 사상에 젖었다고 할 수 있다. 그것이 1919년 3.1운동이나 1926년의 6.10만세운동까지 이어졌고, 1945년 이후에도 기본적으로 유지되고 있다.

한말 동양주의의 허구성을 꿰뚫어보고 국가주의를 처음으로 분명하게 주장한 사람은 申采浩(1880-1936)였다. 그는 개화사상이 무시한 의병운동과 농민전쟁을 처음으로 적극적으로 평가했고 유교를 비판하고 한문무용론까지 주장했다. 당시 유학자로서는 최고봉이었던 성균관박사였던 그가 유교를 부정하는 것은 쉬운 일이 아니었으므로 이는 가히 혁명적인 사상의 변화였다고 할 수 있다.

1910년 일본의 한국병합과 함께 그는 조선을 탈출하여 중국에서 독립운동에 종사하면서도 임시정부의 타협노선을 비판하고 테러리즘을 주장하는 의열단을 위해 「조선혁명선언」을 썼고 아나키즘에 기울었다. 이는 그가 저항과 변혁의 주체로서 민중을 의식하고 '민중이 열망하는 자유·평등의 생존'을 보편적 가치로 주장했음을 뜻한다. 그러나 신채호는 일본의 福澤諭吉처럼 조선 땅 어디에서도 지폐 최고액권커녕 최하액권의 초상도 아니고 여전히 무시되고 있으며 아나키스트로서도 부정되고 기껏 독립운동가나 민족주의자 정도로 취급된다.

1945년 이후 일본과 조선은 민주주의 국가로 새로운 출발을 해야했다. 그러나 조선은 한국과 북한으로 분단되었고, 분단을 이유로 '민중이 열망하는 자유와 평등의 생존'은 제대로 추구되지 못했고 오랫동안 정치적인 질곡을 경험해야 했다. 일본 역시 제국주의의 기본이었던 천황제를 유지하여 민중이 주체가 되는 참된 민주주의 사회를 완수하지 못하고 있다.

여기서 자본주의에 대한 주의가 필요하다. 흔히 유교는 자본주의에 맞지 않다고 하나 이는 오류라고 하는 사실은 유교사회에서 자본주의가 정착된 것을 보면 잘 알 수 있다. 유교는 국가에 대한 충성과 가족에 대한 효의 논리를 본질로 한다. 이는 후진이라는 현실에서 강력하게 요구된 국가주도의 경제발전에 따른 것이었다. 자본주의의 기본인 기업도 그러한 유교 논리에 의해 동아시아 사회에 독특한 기업문화를 형성했다. 충성의 논리는 경영민족주의, 효도의 논리는 경영가족주의라는 것으로 나타났다. 그러나 이제 는 그것만으로 충분하지 못하다. 궁극적인 목표는 '민중이 열망하는 자유와 평등의 생존'이다.

V. 맺음말

이상을 요약하면, 한국법의 전통적 내용으로서의 민본주의와 형식으로서의 현실주의는 각각 조선후기의 과도한 도덕주의와 의례주의에 의해 상당 부분 그 의미를 상실했으나 본질은 유지되었지만, 일제 이후에는 일본식 국가주의와 형식주의에 오염되어 해방후 지금까지도 그것이 일정 부분 유지되고 있다는 것이다. 그러나 1990년대에 들어와서 민본주의와 도덕주의가 새로운 형태로 등장하여 일본식 국가주의와 형식주의를 어느 정도 극복하고 있음은 역사의 방향으로서 바람직한 것이다. 그리고 그것은 앞으로 더욱 적극화되어야 한다. 그 근거가 우리 헌법의 민주주의임은 두말할 필요가 없다. 그리고 그 내용은 바로 '민중이 열망하는 자유와 평등의 생존'을 기본으로 하는 민주주의이다.

여기서 한국전통법에는 한국현대법의 지향점이 다수 발견되는 것을 주의할 필요가 있다. 즉 민본주의와 현실주의, 그리고 지방자치, 토지공개념제, 남녀평등제, 자치적 소송제도 등이다. 물론 그것들을 현대 민주주의하의 제도와 동일시할 수는 없으나, 서양

법과 달리 전통법에 뿌리를 내린 것으로서 그 전통은 계승할 필요가 있다. 반면 일본식 국가주의와 형식주의는 앞으로 지양되어야 할 것이다. 그것은 일본에서도 마찬가지로 요구되는 것이라고 할 수 있다.

특히 형식주의의 지양에 있어서 독일법류의 과도한 형식주의나 관념주의를 탈피할 필요가 있다. 우리의 전통적 법체계는 그렇지 않았으며 한국 최초의 법학서라고 할 수 있는 정약용의 『흙흙신서』에서 보듯이 전통적 법학사고는 경험주의적으로 구체적 사례를 중시하는 판례법주의였음을 주목하여야 한다. 그것이 내용의 민본주의와 일치하는 것임은 두말할 필요가 없다.