

中國法律文化探究

— 情理法斗 中國人 —

范忠信 · 鄭定 · 詹學農 共著
李 仁 哲 譯

故唐律疏議卷第一 名例

疏夫二才聲位萬家斯分

後有象妻而後有強盜而後有殺

稟氣含靈人為稱首

天以一氣五行化生萬物氣以成形惟人也得
其秀而最靈蓋太古曰惟天魂萬物又母惟人
萬物之靈謂稟受天地之一氣而含庶靈者萬
物之中惟人為先

故唐律疏議 卷一

莫不懲黎元而懲司等因致致而施刑法

整元辨見刑樹立也周禮六官冢宰掌邦治司
徒掌邦政宗伯掌邦禮司馬掌邦政司寇掌邦
刑司空掌邦土而冢宰總六官司刑司寇掌邦

也刑法所以助治故律禮云德禮為政教之本刑
罰為政教之用

其有情惡庸愚沈愆戾
仁義設有保於進心性也昔惡哀樂愛惡欲發



於人心情也聖賢存心性故其情發而中節
是為上智中人以下不能率性而縱恣其情情
之所發皆非人欲故下愚庸者庸常無能之
人也沈下沈也氣之輕者者上浮而為天重濁
者下沈而為地人稟氣之清者則見識高明稟
氣之濁者則見識沈濁不加運法之功則其象
愈下所為必倍於罪戾戾矣

大則亂其臣宇小則除其君民

文選石闕銘區宇又安區宇天下也漢宜紀實

故唐律疏議 卷一

擬機周禮刑式其備式刑言法度也此言犯

法之人大則為逆亂小則違法制也

不立制度則本之謂亂

言前此未開有不立制度而可止亂息戾也

故曰以刑止刑以殺止殺

書大禹謨曰刑期於無刑民惟於中時乃功懋

故註云雖或行刑以殺止殺終無犯者

刑罰不可弛於國百極不得廢於家

強廢也此言喻治國之不可廢刑罰猶治家之

閣 潮 一

中國法律文化探究

—— 情理法與中國人 ——

范忠信·鄭定·詹學農 共著

李仁哲 譯



南大圖書館惠存

范忠信

03.9.



一 潮 閣

한국어판 序

韓民族에 대해 우리는 늘 마음속으로 특별한 친밀감을 갖고 있다. 이는 韓民族과 우리가 공통된 문화적인 뿌리를 갖고 있기 때문이다.

儒家文化는 동아시아 사회 전체의 공동의 문화유산이며, 우리들의 공동의 문화적 근원의 하나이다. 근래에 일부 학자들의 저술에서 흔히 동아시아 사회를 ‘儒家文化圈’이라고 일컬으면서, 儒家文明이 장차 기독교문명을 대신하여 21 세기에 웅비할 것이라고들 한다. 우리는 감히 이에 동조할 생각은 없다. 그러나 유교 전통이나 유가문명이 동아시아 지역의 몇몇 중요한 민족들(예를 들면, 중화민족이나 韓民族, 일본, 월남민족 등)의 민족정신이나 민족성에 정도의 차이는 있지만 모두 영향을 미쳤다는 것은 한국 학자들과 일본 학자들을 포함하여 많은 학자들이 인정하는 사실이다. 일찍이 이러한 찬란한 문화와 정신적 영향의 근원을 공유하였기 때문에, 동아시아의 몇몇 민족들의 민족성에는 틀림없이 어떤 공통된 특징이 있을 것이다. 아마 이인철 선생도 이런 공통된 특징을 체득했기 때문에 우리의 작은 책에 흥미를 느끼게 되었을 것이다.

우리의 이 작은 책은 거창한 이론적 문제를 심각하게 추구한 논저가 아니라, ‘爐邊談話’式的 책이다. 우리는 원래 독자와 함께 난롯가에 앉아서 따끈한 커피나 차를 마시며, 우리 모두가 관심을 갖고 있는 법률관념에 대해서 한담을 해 볼 생각이었다. 그러나 우리가 法制史를 전공하는 사람들이고, 또 법관념이나 법문화는 역사나 전통과 분리될 수 없으며, 역사적 근원 위에서 법관념을 해석해야만 비교적 심도 있는 이해에 접근할 수 있기 때문에, 책 속에서 부득이 옛사람들의 논의를 인용하지 않을 수 없었다. 이 때문에 현대 중국어에 익숙한 독자들에게는 읽기에 곤란한 점이 있었을 터이고 외국어로 번역하는 데에도 어려움이 많았을 것이다. 그래서 우리는 더욱 이인철 선생의 노고에 감사하는 바이다.

中·韓 양국의 문화교류는 근래에 날로 빈번해지고 있다. 우리는 이 책

의 한국어판의 출판이 양국 학계의 교류를 확대하는 한 계기가 될 수 있기를 바란다. 그리고 또 특히 한국 학자들의 저술들이 더욱더 많이 중국어로 번역되어 중국에서 출판되기를 희망한다.

1995년 11월

北京 中國人民大學에서

저 자

譯 序

우리 나라는 中國의 文化에 대하여 오랜 옛날부터 깊은 관심을 가져 왔다. 그러나 해방 뒤에 한동안 국교가 단절된 나머지 연구도 또한 부진한 상태를 면하지 못하였다. 이제 국교가 회복되어 정치적·경제적 교류뿐 아니라 문화적인 교류도 활발하게 진행되고 있어서, 중국에 대한 이해는 점점 깊어가고 있는 실정이다.

그러나 아직도 우리는 중국에 대해서 모르고 있는 것이 너무도 많다. 가령 전통적인 중국을 흔히 律令國家라고 하여 문자화된 율령에 의하여 다스려졌다고 믿고 있다. 그러나 중국의 전통사회를 자세히 살펴보면, 과연 그렇게 규정할 수가 있을까 하는 의심을 강하게 가지게 된다. 역사가 漢代의 春秋決獄에 관심을 가지고 살펴보는 동안에 이러한 생각은 더욱 커졌던 것이다.

춘추결옥을 중심으로 한 중국 法制史에 대한 연구를 진행해 가는 과정에서 참고하게 된 많은 연구서 중에서, 여기서 번역한 이 책은 위에서 제기한 것과 같은 의문을 푸는 데 적절한 것으로 생각되었다. 저자들은 중국의 법률문화가 人情·天理·國法 삼자의 밀접한 연관관계에서 형성되었음을 여러 각도에서 논하고 있다. 그러한 해명은 학문적으로도 많은 참고가 되지만, 동시에 일반인이 중국의 사회와 문화를 이해하는 데도 크게 도움을 준다. 이 같은 생각에서 틈틈이 번역에 손을 대게 되었던 것인데, 이 책이 우리 국민이 중국을 보다 잘 이해하는 데에 조금이나마 도움이 되었으면 하는 바람이다.

著者 3人是 모두 湖北 英山縣 출신의 同鄉人으로서 같이 중국의 법제사를 연구하는 중에 뜻을 합하여 이 책을 저술하게 되었다 한다. 그러한 사정은 著者의 後記에 적혀 있으므로 참고하기 바란다. 원래 이 책의 제목은 『情理法與中國人——中國傳統法律文化探微』이었으나, 번역에 있어서는 이를 『中國法律文化探究——情理法과 中國人』으로 하였다. 독자에게 낮

설지 않은 제목을 택하기 위해서이다.

이 책을 한국에서 번역·출판하는 것을 허락하여 준 저자와 中國人民大學出版社에 감사의 뜻을 전하는 바이다. 이 책의 번역·출판권을 얻도록 힘써 준 北京大學 史學科 전임강사이며, 同大學 韓國學研究中心 연구원인 朴紅心 씨에게도 또한 감사의 뜻을 전하고자 한다. 그리고 이 역서의 출판권을 허락하여 준 一潮閣의 韓萬年 사장과 번역·출판권 획득에 따르는 귀찮은 일들을 맡아 처리하여 준 崔在裕 전무께도 감사의 말을 드리하고자 한다. 끝으로 원고 정리를 도와준 金泰旭 씨와, 번역과정에서 많은 협조를 하여 준 아내 申賢淑에게도 이 자리를 빌어 고마워하는 뜻을 전해두고 싶다.

1996 년 2 월

역 자

原 序

인류사회가 계급과 국가의 역사단계로 들어선 이래, 줄곧 법률제도는 각기 다른 유형과 다른 형태의 국가정권이 사회 전체를 통제하고 국가 통치 기능을 실현시키는 데에 있어서 기본적인 도구가 되어 왔다. 중국이 세워진 지 이미 수천 년이 되었다. 문명과 문화의 중요한 구성 성분으로서 전통시대 중국의 법률제도는 사회 전체의 정치·경제·문화의 변천에 따라 끊임없이 축적되고 발전하여, 그 스스로 독특하고 휘황찬란한 역사를 형성하였다. 특히 秦·漢 이후 전통시대 중국의 법률제도는 법전의 편찬이나 입법의 기술 등의 방면에 있어서 長足の 진보를 했을 뿐 아니라, 수백 년에 걸친 법률의 儒家化 과정을 거치면서 전통적인 유가적 윤리 도덕관념과 국가의 법률제도가 서로 끊임없이 삼투·융합하여, ‘天理·國法·人情’이一體가 된 전통시대 中國의 法의 기본적인 특징을 형성하게 되었다. 이 『情理法과 中國人』은 바로 이러한 기본적 특징에 대해 비교적 깊이 분석 연구하고 설명한 것으로서, 매우 창의적이고 학술적인 가치가 있는 저작이다.

이 책은 우선, 深層에 內在해 있는 思想과 理論이 外在하는 규범이나 제도와 유기적으로 결합하고 있는 점에 주의하여, 전통시대 중국인의 법의 성질, 법의 기능과 작용, 법률과 도덕과의 관계, 罪와 非罪의 기준, 형벌 적용의 輕重과 民事·訴訟 등의 관념이나 제도 등에 대해 깊이 있게 분석하고 있다. 또 내용을 서술함에 있어서는 사상과 이론을 통하여 제도를 상세히 설명하고, 제도와 규범에 비추어 사상과 이론을 증명함으로써, 양자가 따로따로 분석될 경우 빗어지게 될 결합을 피하였다. 그럼으로써 전통시대 중국 법의 생생한 실체와 주요 특징들을 온전하게 파악하였다.

다음으로 이 책은 중요한 문제들에 대해 심층적인 분석을 가하고 있다. 이 책은 전체적으로 ‘法理’·‘刑事’·‘民事’의 3편으로 나뉘어져 있는데, 法과 天理, 法과 人情, 法과 道德, 孝道와 犯罪, 服制와 刑罰 및 仁政과 司法, 無訟, 息訟 등 전통시대 법률제도의 특징을 가장 잘 나타내 줄 수 있는 문

제들을 중점적으로 논술하고 있다. 이 책의 전반에 걸쳐서 심오한 내용이 알기 쉽게 표현되어 있으며, 상세히 설명할 부분과 과감히 생략할 부분이 적절하게 서술되어 있다. 그래서 내용이 밋밋하거나 피상적이지 않고, 중점적인 부분이 생동감 있고 두드러지게 나타나 있어서 특색을 얼른 파악할 수 있다.

아울러 이 책은 역사상 전형적인 判例들을 발굴하여 분석 논증함으로써 靜態的인 成文法으로서의 법률제도를 고찰함과 동시에, 司法의 實踐이라는 각도에서 전통시대 중국의 법률관념과 법률제도를 분석 서술하고 있다. 처음부터 끝까지 이 책은 신선하고 생동감이 넘치며 문장이 유창하고, 학술적인 저서로서의 엄숙함과 아울러 재미도 갖추고 있다. 그래서 읽기 시작하면 손에서 놓을 수가 없으니 독특한 風格을 지닌 法律史 저작이라 할 수 있다.

이 책의 세 명의 著者는 모두 같은 고향 출신으로서 같은 대학에서, 더구나 함께 法律史 연구에 뜻을 두고 수년간 공부에 몰두하여 깊이 터득한 바가 있었다. 이 책의 출판에 즈음하여 기꺼이 序文을 쓰는 바이다.

辛未年 10월

曾 憲 義

일러두기

1. 번역은 되도록 쉽게 풀어쓰도록 하였다. 그러나 특수한 용어들은 그대로 살렸으며, 번역을 하더라도 이를 () 안에 넣어두었다. 또 簡體字는 모두 繁體字로 고쳤다.
2. 原書에는 文段이 너무 긴 것이 많기 때문에, 이를 적절히 나누어서 읽기에 편하도록 하였다.
3. 本文에 인용된 古典의 문구 중 중요하다고 생각되는 것은 이를 脚註에 넣어서 이해에 도움이 되도록 하였다. 그리고 古典의 인용문 중에서 原典과 대조하여 잘못된 것은 수정하였다. 또 원전의 인용 篇名이 잘못된 것도 더러 있었는데, 이들도 바로잡았다.
4. 원서에는 매쪽마다 脚註의 일련번호가 달라지고 있으나, 이 번역서에서는 편의상 章 단위로 일련번호를 붙이었다. 또 원래는 脚註가 없는 것을, 古典의 원문을 살리기 위해서 脚註를 새로 넣은 것도 있다.
5. 간혹 이해에 도움이 되도록 역자가 필요한 설명을 한 경우가 있는데, 이는 [] 안에 '역주'라고 표시해서, 저자 자신이 () 안에 처리한 부분과 구분하였다.
6. 원문에 '古代'라고 한 것은, 時代區分에서 말하는 소위 古代와는 달리 近代 이전을 통칭하는 것이기 때문에, '전통시대'라고 번역하였다. 또 '古時'라는 용어도 이에 준하였다.
7. 이 책은 原書의 完譯이지만, 단지 '清代服制圖' 4 매는 별로 필요치 않다고 생각되어서 제외하였다.

目 次

한국어판 序

譯 序

原 序

일러두기

序 論1

I 法 理 篇

1. 天理·國法·人情의 三位一體——法의 概念

- ‘濃’이란 글자에 대하여12
- 法은 곧 賞罰이다.....14
- 國法과 王法20
- 法과 天理22
- 法은 人情의 범위를 벗어나지 않는다27
- 人情·天理·國法을 함께 고려한다.....35
- ‘情理’와 ‘人情’37

2. 家長의 지팡이——法의 작용

- 명분을 정하여 분쟁을 막는다(定分止爭)40
- 規矩, 繩墨, 權衡44
- 사람들로 하여금 善을 지향하도록 강요한다48
- 亂世를 구하고 쇠퇴해 가는 사회를 일으킨다(救亂起衰)51
- 大腦를 통일하고 재능과 지혜를 균등하게 한다(統一大腦, 均平才智)56
- 사람을 통제하는 것과 사회생활 과정을 통제하는 것: 몇 가지 결론62

3. 牧師인가, 아니면 劊子手인가——‘德’과 ‘刑’

- ‘教化派’와 ‘刑威派’: ‘準則法’에서의 공통점68
- ‘技術法’에 있어서의 차이71

차이가 생기게 된 원인	72
4. ‘非禮는 無法이다’ —— ‘禮’와 ‘法’	
‘禮’와 ‘法’: 각각 두 가지 의미를 포함하고 있다	80
‘禮’가 바로 法律이다	82
‘禮’는 꼭 刑罰을 수반하지는 않는 법률이다	86
5. 良心과 結果에 대한 판단 —— 법률과 도덕	
趙娥 아가씨의 이야기로부터	91
문제의 발생	92
법 제정은 도덕에 부합되어야 한다	94
법률은 어떤 도덕에 부합해야 하는가	96
司法: 법률을 굽혀서 도덕을 온전하게 한다	102
司法: 도덕을 굽힐지언정 법률을 굽히지는 않는다	108
6. “나라를 잘 다스리는 人才가 있는 것이지, 나라가 저절로 잘 다스려지는 法律이 있는 것은 아니다”(有治人 無治法) —— 賢人과 法律	
“君子라는 것은 法의 원천이다”	113
먼 데 있는 물로는 눈앞의 갈증을 풀 수 없다	117
法의 절대적 가치는 賢人보다 못하다	122

II 刑事篇

1. 孝道와 刑法 (上): 孝를 행하려고 法을 어긴 君子에게는 刑罰을 가하지 않는다	
犯罪를 방임한 지극한 孝子	128
徐元慶에서 施劍翹까지: 국법을 짓밟고 아버지의 원수를 갚다	130
孝子에게는 형벌을 가할 수 없으며, 君子는 욕되게 할 수 없다	132
法이 무서워서 복수를 하지 않는 자를 君子는 수치를 모르는 자라 했다	137
아들이 아버지의 죄를 숨겨 주는 것도 효행이다	138
복수에 대한 제한과 금지	145
2. 孝道와 刑法 (下): 不孝의 죄는 형법에서도 용서하지 않는다	
‘不孝’는 가장 큰 죄악이다	150
怨讐와 개인적으로 화해하는 것	153
‘名을 어기고 義를 범하는 것’(干名犯義)	157
‘봉양을 소홀히 하는 것’	159

‘호적과 재산을 가르는 것’(別籍異財)	161
‘부모를 버려두고 관직에 나아가는 것’(委親之官)	162
‘父祖가 죽었다고 거짓말하는 것’	165
‘喪中에 벼슬을 하는 것’(冒哀求仕)	167
‘喪을 당한 것을 숨기고 곡을 하지 않는 것’(匿不舉哀)	168
‘상중에 결혼을 하거나 오락을 즐기는 것’(居喪嫁娶作樂), 또는 상기가 끝나기 전에 상복을 벗고 경사 때 입는 옷으로 갈아입는 것(釋服從吉)	170
祖父母나 父母가 수감되어 있는 동안 결혼하는 것	174
父祖의 이름자를 범하는 것	174
가르침과 명령(教令)을 위반하는 것	175
3. 服制와 刑罰: 아랫사람이 윗사람을 범하면 죄가 무겁고, 윗사람이 아랫사람을 범하면 죄가 가볍다	
친족관계에서의 ‘차등순서의 틀’(差序格局).....	182
服制에 의거해서 罪를 결정한다	187
親族끼리 서로 살상한 경우	190
親族끼리 서로 구타하고 욕했을 경우	195
親族 사이의 姦淫	196
친족 사이의 도둑질	198
4. ‘仁政’과 司法: 형법에 나타난 ‘王者之風’	
‘동기가 선하면 형을 면제해 준다’(志善者免): ‘仁者の 刑罰’	201
父母를 봉양하고 祭祀를 받들 수 있도록 집으로 돌려보낸다(存留養親과 存留承嗣)	204
노인과 어린이를 불쌍히 여긴다	209
刑 집행은 가을과 겨울에 한다(秋冬行刑)	211

Ⅲ 民 事 篇

1. ‘송사가 없는 것’(無訟) —— 하나의 영원한 꿈	
두 얼굴을 지닌 陶像의 계시	214
訴訟이 없으면 이것이 바로 天堂이다	215
수천 년 동안의 중국의 꿈	223
2. ‘송사를 혐오하는 것’(賤訟) —— 구더기 무서워서 장 못 담근다	
訟事가 발생하는 원인	230
‘訟事’에 대한 옛사람들의 인식	234

訟事와 ‘체면’(面子)·‘일족의 명성’(族望)과의 관계	240
송사를 혐오하는 이유: 하나의 재미있는 논리	242
訟事와 治績	247
송사를 일으키지 말라고 훈계하는 글 — 「戒訟說」	251
3. ‘송사가 없도록 하는 것’(息訟) — 不變으로써 萬變에 대응한다	
도덕적으로 감화시켜 소송의 근원을 없앤다	256
여러모로 중재하여 소송을 일으키려는 생각을 없앤다	264
訟徒를 징벌함으로써 나쁜 짓을 본받지 못하도록 경계한다	270
‘各打五十大板’의 이치	275
불변(의 가르침)으로써 변화무궁(한 송사)에 대응한다	277
4. ‘송사의 是非를 가리는 것’(辨訟) — “名分 앞에서는 是非가 있을 수 없다”	
‘名’이 있으면 그만큼의 ‘實’이 있다	280
權利와 義務는 名分에서 생긴다	282
‘名分 앞에 是非 없다’	292
5. ‘송사의 판결’(決訟) (上) — 윤리 관계는 재산관계보다 중요하다	
옛사람들도 일정한 所有權 관념을 갖고 있었다	298
倫理(人身) 관계가 財産 관계보다 중요하다	301
‘재산을 공유하고 생활을 함께 한다’(通財合食)	306
‘法の 禁制를 어기고 利益을 취한다’(違禁取利)	311
정황을 참작하여 배상을 한다(酌情賠償)	313
6. ‘송사의 판결’(決訟) (下) — 情·理·法을 함께 고려한다	
多元的인 송사 해결 기준, 倫常으로 一以貫之한다	321
‘禮’에 의거하여 송사를 판결한다	327
‘人情’에 의거하여 송사를 판결한다	330
‘理’에 의거하여 송사를 판결한다	332
王法과 家法, 기타	333
▣ 後 記	335
▣ 索 引	337

序 論

(1)

중화민족은 세계적으로 가장 유구한 문명사를 지닌 민족 중의 하나이다. 中國 文明史에 있어서의 수많은 創造物들은 인류 문명사 전체의 기적이다. 세계에서 가장 인구가 많은 나라이면서도 수천 년 동안 비교적 간략한 법률만으로 풍부하고도 복잡한 사회생활을 규제해 왔다. 또 외관상으로는 권위를 가진 법률의 형태를 갖추지 않았으면서도 실제로는 어디에서나 인간의 행동을 규제하는, 법률과 마찬가지로의 작용을 하는 것이 있었는데, 이것은 인간이 어렸을 때부터 자기도 모르게 머리 속에 받아들여져서, 인간의 '자발적'인 습관이 되었으며 심지어는 인간의 주요한 일부분이 되었다. 國教가 없는 나라이지만, 일종의 온화하고 人文的인 학설이 사람들로 하여금 체계적이고 완벽한 신앙과 가치관을 세우게 하였으며, 극단적인 공리주의와 비속한 정신 상태에서 벗어나게 하였다. 비록 역사 발전 단계에서 그와 더불어 여러 가지 단점들이 일종의 부산물로서 생겨나긴 했지만, 이러한 사회생활의 유형이나 단계에 대한 구상과, 국가와 사회생활 관리라는 면에 있어서의 이러한 실천(비록 불완전한 것도 있고 잘못된 점도 있긴 하지만) 등이 모두 전인류에게 있어서 가장 귀중한 문화유산 중의 하나라는 점은 누구도 부인할 수 없을 것이다. 중국의 법문화는 전인류 공동의 재산이며 세계 문명사에 있어서의 중국민족의 커다란 공헌이다.

이 책은 바로 중국 법문화의 핵심—— 즉 전통시대 중국인의 법관념에 대한 대체적인 해석을 목표로 한 것이다. 우리는 통속적인 형식과 다소는 짐짓 해학적인 표현을 통하여 법률문제에 대한 역대 先賢들의 사상적인 관점을 소개하고 논평하려 한다. 그렇게 함으로써 독자들이 전통시대 중국의 법률사상과 학설 및 법관념이 얼마나 풍부하고 심오하며 복잡하면서도 독창적이고 위대한지를 알게 되기를 바란다. 또 이를 통하여 중국 법문화

의 精華를 빛내게 되기를 바란다. 감추고 말고 할 것도 없는 전통시대 先賢들의 사상적인 한계에 대해서도 우리는 역사유물주의에 입각, 면밀히 분석하여 전통시대 사람들이 이와 같은 한계를 가질 수밖에 없었던 원인을 찾으려고 한다. 어떤 의미에서는 이러한 옛사람들의 교훈 또한 귀중한 문화유산의 일부라 할 수 있을 것이다.

(2)

우리 조상들이 광대한 森林에서 나와서 하나씩 비교적 안정된 생활공동체를 형성하던 시기에 일정한 행위규칙이 알게 모르게 생겨나게 되었다. 개개인이 모여 규칙을 갖춘 생활집단을 구성하게 되었을 때 이러한 집단에는 두 종류가 있었는데, 하나는 血緣으로 이루어진 것이며, 또 하나는 非血緣(우리는 앞으로 이 두 종류의 생활집단을 각기 ‘社緣’ 혹은 ‘文緣’이라고 부르려고 하는데, 즉 이는 ‘사회적 유대’와 ‘문화적 유대’의 의미이다)으로 이루어진 것이다. 문명 이전 단계의 인류 생활에서는 식별 기준이 명백한 ‘혈연’적 유대만을 근거로 하여 생활집단을 구성하였다. 이 시기는 아직 ‘사회’나 ‘사회적 규범’이라 할 만한 것이 없었다. 혈연적인 유대가 이미 소원해져서 더 이상 식별할 수 없게 되거나 또는 사람들의 관념 속에서 類似 ‘血緣’이 생활공동체 구성의 근거가 되기 시작하던 무렵이 되어야 비로소 정신문명의 초기 작품이라 할 수 있는 행위규범과 관례 혹은 습관 등이 생겨나기 시작했다. 예를 들어, 누가 사냥을 나가며 누가 채집에 나설 것인가, 누가 보초를 서며 누가 다른 부족(혹은 부락)을 공격하러 갈 것인가, 누가 남아서 불씨를 돌볼 것인가, 약탈을 하거나 방어를 할 때 누구의 지휘를 받을 것인가…… 하는 문제들에 대해서 모든 사람이 준수하는 습관이나 규칙이 아주 일찍부터 형성되었음에 틀림없다. 아울러 집단들 사이에서도 생산물(사냥에서 잡은 것이나 농축산물 등)을 교환할 때 어떤 형태의 等價形式과 교환 순서를 채택할 것인가 하는 등등의 문제들에 대해서도 틀림없이 일찍부터 일종의 습관과 규칙들이 형성되었을 것이다. 무슨 일을 할 때마다 사람들은 모두 어떻게 해야 하며 어떻게 해서는 안되는지를 거의 즉시 알 수 있었다. 어떤 사람이 이런 규칙들을 어겼을 경우, 그 위반자에 대해 실제로 적용할

징벌 수단을 어느 범위 내에서 선택해야 하는지를 사람들은 모두 잘 알고 있었다. 이런 징벌들이 사람에게 상당한 정도의 고통(정신적인 고통을 포함하여)이나 물질적인 손해를 초래해야지만, 그리고 이런 징벌들이 분명히 드러나는 外在的인 형태를 취하고 있어야지만, 그 규칙 위반자가 위반한 그 규칙들을 법률로 간주할 수가 있는 것이다. 물론 초기에는 이는 단지 관습법일 뿐이었다. 법률은 인류 사회생활의 공통된 근거이자 紐帶이며, 인류 문명사의 유대이기도 하다. 법률이 없다면 문명된 인류사회란 결코 형성될 수 없으며, 심지어 문명이라고 할 만한 것조차 있을 수 없다. 법률은 인류 문명의 빛이다. 인류의 문명 사회 생활이 존재하는 한 법률이 없다는 것은 상상하기도 힘들다.

법률이 한번 생기게 되면 필연적으로 법률이라는 이 사회 현상에 관한 意識과 관점, 思想 등이 생기게 마련이다. 아주 일찍부터 인류 사회집단의 많은 구성원들은, 예를 들면 무엇이 정당하며 무엇이 불법인가, 어떤 宣告들을 법률이라 할 수 있으며 어떤 사람들의 말을 법률로 간주할 수 있는가, 어떤 禮儀들을 법률로 간주할 수 있으며 인간 세상에 왜 법률이 필요한가, 법률에는 어떤 용도가 있는가, 법률은 어떤 형식을 갖추어야 하는가, 법률은 어떻게 집행되어야 하는가, 법률은 고쳐야 하는가 고치지 말아야 하는가, 또는 어떻게 고쳐야 하는가……하는 등등의 문제들에 대해, 의식적으로나 무의식적으로 혹은 직간접적으로 생각해 왔을 것이며, 이런 문제들에 대한 자신들의 견해나 주장(물론 때로는 원시적이고 소박한 방식으로)을 자연스럽게 표출하게 되었을 것이다. 이러한 표현이 바로 법관념이다.

서로 다른 민족이나 지역, 국가에 속한 사람들은 그 지리적 환경과 역사적인 차이로 말미암아 각기 서로 다른 내용의 특색 있는 법관념을 형성하였는데, 전통시대 중국의 법관념은 일찍부터 선명한 특색을 갖고 있었다.

중국은 지리적으로 동아시아 대륙에 위치해 있었으며, 기후가 온난 습윤하여 옛부터 농업국이였다. 상업·무역이 局地的·短期的으로 융성하게 발달한 적은 있었으나 여지껏 전국적인 범위로 발전하지는 못했다. 내륙무역이 잠시 번영한 적은 있었으나 해상무역은 아직 번영한 적이 없었다. 중국 근해에 인접한 국가들 중에서도 상업 무역국은 없었다. 오랜 옛날부터 중국 대륙에 살고 있던 주민들은 『莊子』 「秋水」篇 중의 寓話에 나오는

河伯과도 같은 존재였다. 즉 동쪽과 남쪽은 大海로 가로막혀 있고 雪山이 서쪽을 둘러치고 있으며 북쪽은 고비사막이 가로막고 있었다. 중국은 盆地와도 같이 천연적으로 다른 지역과 격리되어 하나의 人文地理的 단위를 구성하고 있었다. 이와 같이 격리된 상황은 기원 1세기 초에 와서야 비로소 조금씩 변화하기 시작했지만, 그것도 단지 몇몇 개인들이 온갖 고초를 겪으며 서쪽과 남쪽의 천연 장벽을 넘은 것일 따름이었다. 이와 같이 외부 세계와 격리된 환경 속에서 독특한 문화가 생겨났는데, 이는 일종의 大陸型的 農業文化이며 혈연운리를 중시하는 宗法文化였다. 농작물 재배를 위주로 하는 생계 유지 방식, 개별적 小農耕作의 노동방식, 一夫一妻를 단위로 남녀가 각각 농사와 길쌈에 종사하는 小農 家庭 형식, (통치 계급이 조세를 징수해 간 이후에 있어서의) '자급자족'적인 생산물 분배형식, 그리고 이러한 생계 유지 방식과 노동방식 및 분배방식에 상응하는 의식 형태 및 상층 구조—— 즉 宗法 관념, 가부장제, 家와 國의 一體 관념, '天人合一'과 '天人感應' 관념, '仁'·'德'의 관념, '禮'·'義'의 관념……이런 모든 것들이 유기적으로 결합된 것이 바로 중국의 전통문화이다. 중국 전통문화의 일부분을 이루는 중국 법문화(법관념을 포함해서)는 또한 아시아적이며 중국적인 선명한 특색을 아울러 갖고 있다.

(3)

하나의 독특한 人文地理的 단위 속에 존재하는 全體文化(그 現象과 表徵 및 발전 과정)는 다음과 같은 세 가지 요소의 유기적인 결합으로 볼 수 있다. 이 세 가지 요소란 인간이 그 생존을 의지하는 생산방식과 物質的인 생활 방식, 인간의 사회조직 방식, 그리고 정신생활 방식을 말한다.

중국 전통문화는 옛부터 위의 세 가지 면에서 독특한 성격을 나타내었다. 이러한 독특한 성격은 중국 법문화, 그중에서도 특히 중국의 전통적인 법관념 가운데에 깊이 구현되어 있다.

1. 생산방식과 물질적인 생활방식이라는 면에서 살펴보면 중국은 일찍부터 名義上으로는 토지 국유(王有)이지만, 실제상으로는 토지 사유의 형태를 취해 왔으며, 개별적인 소농(自耕農과 佃農)이 전체 인구의 주요 구성원