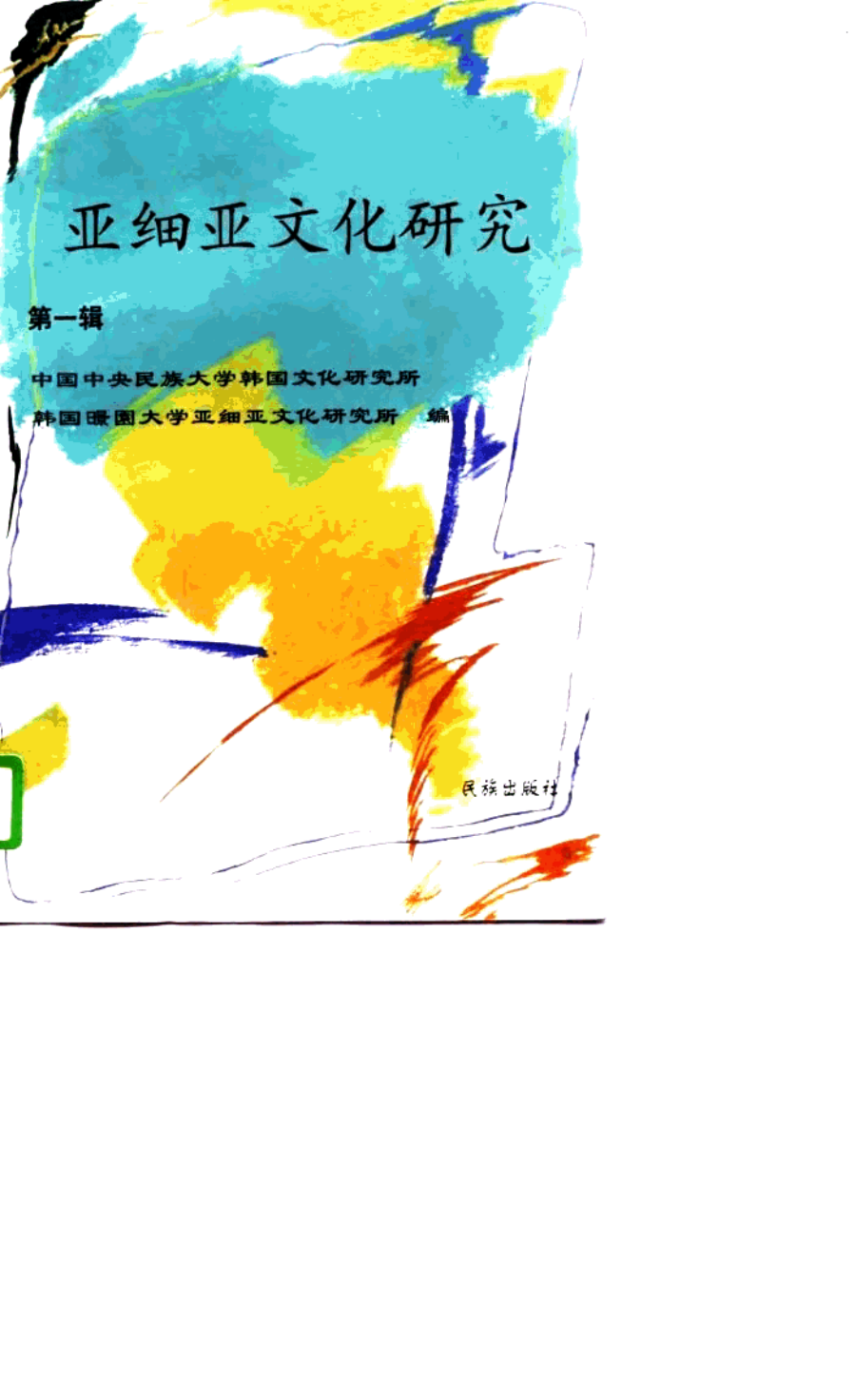




亚细亚文化研究

第一辑

中国中央民族大学韩国文化研究所

韩国暹罗大学亚细亚文化研究所 编

民族出版社

序

哈经雄（中央民族大学校长）

我们正面临着世纪之交，二十一世纪正在向我们招手。

迎接二十一世纪到来之际，东方文化、亚洲文化的研究越来越受到世界各国学人的瞩目。弘扬东方文化、亚洲文化不仅仅是学术界的热门课题，也受到社会各界的日益重视和广泛支持。

英国著名历史学家阿诺尔德·汤因比（Arnold J. Toynbee）和日本宗教与文化界著名人士、社会活动家池田大作于1972年和1973年曾两次就人类社会和当代世界问题进行了谈话，出版了《展望二十一世纪》一书。汤因比先生说：“我所预见（将来世界的）和平统一，一定以地理和文化主轴为中心，不断结晶扩大起来。我预感到这个主轴不在美国、欧洲和苏联，而是在东亚。”

东方正处在一个朝气蓬勃的振兴时期，东方文化的复兴必将为人类作出新的贡献。中国著名学者、北京大学教授季羡林教授于1990年10月在《二十一世纪：东方文化与西方文化相互关系的一个转折点》一文中说：“我不敢说，到了二十一世纪，中国文化或包括中国文化在内的东方文化就一定能战胜西方文化，但是西方文化不能万岁，现在已见端倪。两次世界大战就足以说明西方文化的脆弱性。现在是三十年河西，什么时候三十年河东，我不敢确切说。这一定会来则是毫无疑问的。二十一世纪可能就是转折点。”同年12月，他在《再谈东方文化》一文中说：“到了二十一世纪，三十年河西的西方文化就将逐步让位于三十年河东的东方文化，人类文化的发展将进入一个新时期。”

亚细亚文化，也就是东方文化。具有悠久历史和灿烂光辉的亚细亚文化必将在新的世界焕发出新的生命力，是无可置疑的。

中国和韩国是一衣带水的邻邦，都为传统的东方文化做出重要贡

献,也应当为东方文化的复兴做出新的贡献。

中国中央民族大学韩国文化研究所和韩国暹园大学亚细亚文化研究所已建立起密切的学术交流合作的友好关系,在此基础上,共同出版《亚细亚文化研究》,这是弘扬东方文化的一个具体成果。我表示热烈祝贺,并期望这种合作能卓有成效地继续下去,预祝《亚细亚文化研究》硕果累累。是为序。

1996年10月1日于中央民族大学

目 录

实学的法思想	张庚鹤 (1)
中国草堂寺鸠摩罗什舍利塔	郑永镐 (43)
金复镇的佛像艺术世界	尹凡牟 (85)
朝鲜基督教女子青年会联合会的成立 及其早期组织	千和淑 (151)
中国关内地区的韩国独立运动	赵东杰 (187)
济州岛古地图研究	李相泰 (205)
朝鲜朝前期丝绸织物研究 (2)	赵孝淑 (233)
平民社会诗人的肖像	李永燮 (259)
移民的卡夫卡式异化	田惠子 (281)
面向 21 世纪的中国朝鲜族教育	黄有福 (301)
理想目标与现实制约——略论儒家教育 思想与中国封建教育制度的矛盾	俞启定 (317)
制度：儒家伦理与经济发展的中介 ——以中国、日本和韩国为例	高寿仙 (329)
北学派实学的奠基与洪大容的实学思想	姜日天 (351)
道家人生理想论及其现代价值	葛荣晋 (383)
先秦神仙家渊源考	金晟焕 (405)
明清中朝科技文化交流史考丛	汪前进 (475)
明洪武朝与高丽 (朝鲜) 关系简论	余三乐 (491)

论严嵩品格产生的社会根源	陈梧桐 (507)
论嘉靖皇帝改正祀典	林延清 (523)
试论朝鲜封建社会的基本弊病	
——封建大土地所有制的发展	王素色 (541)
韩半岛与南中国食米习俗比较研究	苑利 (559)

차 례

실학의 법사상	장경화 (1)
중국 초당사의 구마라주 사리탑	정영호 (43)
김복진 불상에술의 세계	윤범모 (85)
조선 YWCA연합회의 창립과 초기 조직	전화숙(151)
중국 관내지방에서 전개된 한국독립운동	조동걸(187)
제주도 고지도 연구	이상태(205)
조선전기의 전직물 발달에 관한 연구 Ⅱ	조호숙(233)
시민사회 시인의 초상	이영섭(259)
이민의 카프카적 아이러니	전혜자(281)
21세기를 지향하는 중국 조선족의 교육	황유복(301)
이상목표와 현실의 제약—유가교육사상과 중국 봉건교육 제도의 모순에 대하여	유계정(317)
제도: 유가윤리와 경제발전의 중계 —중국, 일본과 한국을 실험로 하여	고수선(329)
북학과 실학의 토대 형성과 홍대용의 실학사상	강일천(351)
도가의 인생이상론과 그의 현대적 가치	김영진(383)
진(秦)조이전 시대에 있어서 신선가의 기원에 대한 고찰	김성환(405)
명, 청시대 중국과 조선의 과학기술문화 교류사의 고찰	왕전진(475)
명 홍무조와 고려, 조선 관계에 대하여	여심락(491)

업승품격형성의 사회적 근원에 대하여	진오룡(507)
가정황제의 제친개혁에 대하여	임연청(523)
조선봉건사회의 기본적 병폐에 대하여 —대토지소유제의 발전을 중심으로	왕소색(541)
한반도와 남중국(米食)풍속의 비교연구	원 리(559)

實學의 法思想

장 경 학 *

목 차

- | | |
|---------------------|-------------------|
| I. 실학과 서구 사상의 영향 | IV. 실학자들의 법개혁 사상 |
| II. 이용후생론과 실리주의 법사상 | V. 실학자들의 민족·국가 사상 |
| III. 실학과 공리주의 법사상 | VI. 실학자들의 재판 의식 |

I. 실학과 서구 사상의 영향

로스코 파운드(Roscoe Pound)는 법이란 정치적으로 조직화된 사회의 실력의 체계적 적용에 의한 사회 통제라고 말하였다.¹⁾ 이것은 법이란 사회의 존재물이지만 물건과는 다르며 인간의 사상 내지 이데올로기임을 지적한 것이다. 법을 생각할 때 자연히 법사상 내지 법정신 또는 법규범 의식을 생각하게 되며, 몽테스키에(Montesquieu)는 「법의 정신」(1748)을 썼고, 역사법학파의 주창자 사비니(Savigny)는 법은 민족정신(Volksgeist)의 표현이라 하였고, 법사회학자 에를리히(Ehrlich)가 살아 있는 법(lebendes Recht)의 탐구를 주장한 것 등은 인민의 법적 확신에서 법 존재의 근거를 찾은 것이다. 이에 반하여, 성문법은 인민의 법적 확신과 일치하기 어렵다. 더구나 외국의 법을 계수한 경우에는 그렇다. 한국은 근대법을 외국에서 계수하였는데, 그것은 근대적·합리

* 경원대학교 법정대학 법학과 교수.

1) 碧海純一, 《법철학개론》, 동경 홍문당, 1967, P.61

적·형식적인 법인데 반하여, 그것이 지배하는 한국 사회는 비근대적·비합리적·비형식적인 전통 사회성을 벗어나지 못하였기 때문에, 법과 사회의 간격이 메워지기 어렵다. 전통적 법사상이 근대적인 것으로 바뀌어져야 할 것이다. 법학 연구에 있어서 성문법의 해석과 더불어 법사상이나 법의식의 연구가 중요하다 함을 이해할 수 있다.

베버(M.Weber)는 근대 자본주의는 유럽에서 발생한 것이며, 유럽 이외의 사회에서는 찾아볼 수 없다고 말했다. 근대 자본주의는 근대화의 요소이므로 한국 사회도 자본주의가 스스로 발생하지 못하였으므로 근대화되지 못하였다고 베버의 주장에서 이끌어 낼 수 있을까? 요즘 한국의 근대화의 문제가 거론되고 전통 사회 속에서 근대 사상을 찾으려고 하는 노력이 계속되고 있다. 이러한 관점에서 실학 사상에 관심이 모아지고 있으며, 베버의 주장을 뒤엎고 한국에도 근대 사상이 발생한 것이라 함을 입증하려는 노력이 계속되고 있다. 어떤 이는 사회 경제적인 견지에서, 실학자의 사상을 근대 국민경제주의라고 규정하기도 하고²⁾, 실학파의 사상은 16세기의 서구 근대 국민경제 사상과 일맥 상통하는 것이라고 하는 이도 있다.³⁾ 이것들은 실학 사상과 서구 사상을 비교한 점에서 주목된다. 실학의 사상이 서구 근대 사상과 공통점이 있다고 할 때, 그럼 실학자들이 서구에 가서 직접 그곳의 사상을 취해 왔을까? 그것은 아니다. 한국은 쇄국 정책이 엄하였던 것과, 지리적으로 극동에 떨어져 있었으므로 외국인의 내왕이 거의 없었으나, 일본·중국에는 외국인의 거류지가 마련되어 있었고 내왕하는 자들이 많았으므로, 실학자들은 이를테면 중계 무역을 하듯이 일본의 나가사키, 중국의 북경 등지를 통하여 서구 사상에 접할 수 있었을 것이다. 몽테스키에의 「법의 정신」에서는 중국 및 일본의 법제도 및 법사상에 관해 상세한 기록이 보인다. 가령, 실학자들과 동시

2) 조기용, <실학의 전개와 사회경제적 인식>, 《한국사상대계 사회경제사상편》, 성균관대학교 대동문화연구원 편, 1976, P. 253

3) 유동원, <실학사상의 근대적 특성>, 한국학보 제 6집, 일지사, 1977 봄, P.158.

대인인 괴테(Goethe, 1749-1832)는 중국 소설을 읽었다고 한다.⁴⁾ 이처럼 서양의 학자들이 먼저 동양 문화를 배워 갔고, 뒤에 그들의 저작을 통해 동서양이 교류된 것으로 짐작된다. 실학자들이 서양 사상을 섭취한 예는 다음과 같다. 박제가(1750-1805)는 중국에 파견되는 사신의 수행원으로 세 차례나 연경에 가서 배운 바 지식을 가지고 당시 조선인의 일상 경제상의 문제가 되는 수레·배·도로·소·말 등에 관하여 개혁 방안을 논하였다.⁵⁾ 연암 박지원(1773-1805)은 조선의 빈곤한 경제를 개조하려면 외국의 장점을 취하여야 함을 주장하여 우선 중국을 통해 외국과의 문화 교류의 필요를 생각했다. 청나라에 가는 사신의 수행원으로 열하로 가는 도중에, 중국의 문물·제도·인정·풍습을 비롯하여 지리·역사·종교·철학·예술 등을 배워 가지고 와서, 「열하일기」에서 그의 사상과 학문을 집대성했다. 다산 정약용(1762-1836)은 성호의 경세치용학(經世致用學)을 승계하여 발전시켰고, 官에 나아가서 이론을 실천에 옮겨 보기도 했고, 한편 서양의 과학 기술에도 관심을 가지고 연구했다. 그가 서학을 연구한 것은 종교로서가 아니라, 과학 기술을 습득하는 수단으로 공부한 것이다.⁶⁾

이처럼 실학자들은 중국에 가서 서양 학문을 배워 오는 외에, 조선 내에서도 이미 전파돼 온 서학을 배울 수 있게 되었다. 그러므로 그들이 사회 개혁을 위하여 주장한 경세치용(經世致用)·이용후생(利用厚生)·실사구시(實事求是) 등의 주장은 서양의 사상과 과학 기술 등의 영향을 받은 결과라 할 것이다. 그러므로 그들이 근대 국민경제 사상을 주장한 것도 서양에서 섭취한 것과 전통적인 것을 종합하여 이끌어 낸 개혁 사상이라 할 수 있다.

그러므로 실학자들의 사상을 고찰함에는 그들이 영향을 받은 당시의 서양 사상과 비교하는 것이 도움이 되리라고 본다. 당시 유럽을

4) 에카만 著, 추산 역, 《괴테와 대화》, 동경 사회사상사, 1966, P.89.

5) 朴齊家 著, 李翼成 譯, 《北學議》, 을유문화사, 1971, P.4.

6) 정약용 저, 이익성 역, 《다산논집》, 을유문화사, 1972, p.3 이하

지배한 것은 계몽주의였고, 그것의 중심을 이루는 것은 철학이었으나, 여기에서는 계몽 사상의 일면인 법사상과 비교하여 보려고 한다.

물론 실학 사상이 외부의 영향을 받아서 발전하였는가, 내재적으로 발생하였는가에 관하여 긍정설이 있다(김양선씨의 견해).⁷⁾ 실학은 조선 후기의 척허주실(斥虛主實)의 학풍이 바탕이 되어 청의 고증학과 서구의 과학 지식을 섭취하여 발전한 것이며, 이는 동서 문화를 융합하여 신문화를 창조한 것이라고 할 것이다.⁸⁾ 그러므로 실학 사상의 법적 측면을 파악하기 위해서는, 실학자들의 사상의 공통점을 이끌어 내고, 그것과 유사한 유럽의 법사상을 대비하여, 그간에 어떠한 상호작용이 존재하는가를 탐구하여야 할 것이다.

II. 이용후생론과 실리주의 법사상

한 사상이 발생하기도 지극히 어렵지만, 그것이 널리 퍼져서 한 학파를 형성하는 데는 상당한 시일을 요하는 것은, 자연 법리론, 역사학파, 법실증주의, 혹은 현실주의 법학 등의 경우에서 볼 수 있는 바이다. 우리의 실학도 역시 마찬가지로 대체로 18세기부터 19세기 중엽에 이르는 약 150년 간에 성행하던 사상이며, 이에 참여한 사상가의 수도 꽤 많았다. 요즘 실학 사상가들의 사상을 체계적 분류가 시도되고 있다. 이우성 교수는 학자 중심으로 3기로 구분한다.⁹⁾

1. 제1기는 성호를 중심으로 하는 경세 효용파로 18세기 후반에 활동했다 한다. 토지 제도 및 행정 기구 등의 제도상의 개혁에 치중했다.

7) 조기준, 전계 논문, P.212.

8) 조기준, 전계 논문, P.213.

9) 이우성, <한국 사회 경제 사상사 서설>, <한국사상대계 사회경제 사상 편>, 성균관대학교 대동문화 연구원 편, 1976, p.36.

2. 제2기는 박지원을 중심으로 하는 이용후생학파이며, 역시 18세기 후반에 활동하였으며, 상공업에 관한 일반 기술의 혁신을 주장했다. 서울, 개성의 대상인층의 독점을 타파하고 중소기업의 자유 활동과 성장을 옹호했다.¹⁰⁾ 박제가도 이 학파에 속한다. 다산은 시기적으로 제2기와 제3기에 걸쳐 있으며, 그의 사상은 경세치용과 이용후생을 겸한다.

3. 제3기는 김정기를 중심으로 하는 실사구시파이며 19세기 후반에 활동하였다. 그들은 실증적 연구 방법을 채용하였으므로, 근대적 과학 연구 태도를 정립하는 데 공을 세웠다.¹¹⁾

실학자들의 공통된 주장은 토지 개혁이었다. 성호는 토지 개혁을 통하여 소농들에게 균등한 토지 소유를 보장할 것을 주장했다. 다산도 토지 개혁을 주장했다.

조선조의 토지 제도는 원칙상 국유였고, 토지 사유는 아직 일반적 인 것은 아니었다. 전주(田主)는 일시적 임채인이자 절대적 소유권자는 아니었다. 토지 매매는 '사사로운 일'로 간주되었고, 법적으로 인정되지 아니했다 한다.¹²⁾

이러한 시대에 있어서 성호의 균전제의 주장은 근대적 사소유권 사상의 단서라 할 수 있다. 사소유권의 인정이 법제도의 근대화의 출발이 된다. 성호는 이미 형식상의 허구화된 토지 국유제를 타파하고 현실의 사소유 관계를 합법화 시킬 것을 주장하였다. 그는 경기도 광주군에서 살면서 평생 농민과 접하며, 농지 사유화의 진전을 보았기 때문에 이런 주장을 하였다. 이 시대는 조선에 있어서 근대적 토지 소유 사상이 성립한 시대라고 하겠다.

서구에 있어서 법사상의 근대화의 중심은 사소유권 사상의 진전이었다. 토지의 해방은 프랑스 대혁명에 의하여 처음으로 이룩되었다.

10) 이우성, 전계 논문, p.38.

11) 이우성, 전계 논문, P.40.

12) 유원동, <실학 사상의 근대적 탐색>, 한국학보 제6집(1권 1호), 1977 봄 수록, P.161.

중세 봉건제가 무너지고 근대 시민적 소유권이 확립되는 데에 직접
의 계기가 된 것은 12, 3세기부터 발달한 도시문화였다. 도시에 살게
되면 신분적 예속에서 벗어나게 되므로 이농과 도시에의 인구 유입이
격증되고, 주택난과 토지 및 가옥의 자유 임대를 통해 계약 자유가
이루어지고, 나아가서 근대적 소유권의 성립의 토대가 되었다. 14세기
에는 차지권이 실질상 매매로 전화되고 토지 매각에 의한 소유권의
취득이 가능케 되었다. 그후 영주의 상급소유권도 영구적인 토지 부
담(Reallast)으로서 지대 청구권으로 되었다가, 19세기 초에 이르러서는
차지인의 사회적 세력의 강대화로 그 부담이 금전 지급으로 되었다가
나중에는 법률에 의하여 금전 부담의 소각을 완료함으로써 개인 소유
권이 확립되었다. 그리고 개인의 자유에 대한 자각은 드디어 프랑스
대혁명을 가져 왔고, 그 결과 근대적 소유권이 확립되었다. “소유권은
인간의 자연권이며 시효로 소멸하지 않는다.”(인권 선언 2조), “재산권
은 신성 불가침이다.”(동 17조 및 1791년 헌법 87조) 등의 선언은 뒤
에 나폴레옹 민법전(code civil)(544조)에서 채용되었다.¹³⁾

우리 나라의 경우는 어떠하였는가. 조선조의 경우에도 17세기 후반
에서 18세기에 이르는 사이에서 상업이 발달하여 개성에서만이 아니
라 지방도시, 예컨대 원산·강경·평양·마산 등에서도 상업이 눈부시게
발달했다.¹⁴⁾ 그리고 이러한 상업도시들은 고립된 것이 아니라 전국적
인 시장을 형성하여 갔다. 이러한 도시의 발달 과정은 유럽의 그것과
다를 바 없었다. 당시 중요한 생산 수단이 농지였으며, 농업 경제의
배후에는 봉건적·신분적 계층 제도가 결부되어 최대의 피수탈자인 농
민의 참상은 형용하기 어려운 상태였으며, 이농 후 도시로 집중되었
고 급격한 인구 증가로 도시에서는 주택난이 심해졌고, 임차·전세 계
약만으로 주택난을 해소시키지 못하고, 나중에는 토지·건물의 매매·
저당권 설정 등도 성행하게 되었다. 이리하여 소유권 사상이 보편화

13) 宮崎孝治郎, 《민법학의 대상》, 동경. 유비각, 1948, P.92

14) 이우성, 상계 논문, P.38

되어 갔다. 제도상으로는 1910년부터 시작된 토지 조사 사업으로 서구적·로마법적 토지 소유권의 정착의 단서가 되었다고 볼 것이다.

한편 17세기 이후 조선 사회는 급속도로 해체 과정에 들어갔다. 그것은 도시 상업 경제가 자연 상태에 머물러 있던 농촌으로 침투했기 때문에 일어난 시대적 변화였다. 이러한 격동기에 호홉했던 실학자들이 농업 경제에 시선을 집중시켰던 것은 당연한 일이다. 화폐의 유통으로 도시의 상업·고리대 자본이 농촌에 침입하여 농민을 수탈하였다. 이러한 실태를 당시 경기 광주에 농촌에서 경험한 성호는 농촌 사회에서 경세치용의 원리를 적용하여 농촌을 구제해 보려고 하였다. 이것은 중농사상에 속한다고 한다. 그는 우선 전제를 개혁하여 개인 토지 점유를 제한하고 전지의 광점·전주의 몰락을 방지하고, 양반과 농민 사이의 신분적 장벽을 제거하고 노비를 점차 해방시킬 것을 주장하였다.¹⁵⁾ 당시 농촌에서는 농업 기술의 개량으로 다소 부농이 출현하기 시작하였으므로 성호는 다수의 소농민의 이익을 위하여 위와 같이 주장했다.¹⁶⁾

성호가 소농민의 '이익'을 위하였다는 점은 법사상면에서 주목된다. 예링(1818-92)이 권리의 본질을 '이익'이라고 하여 이익 법학을 주장하였다는 것은 주지의 사실이다. 동시에 그는 인간 행위에는 '목적'이 있고, 인간이 만든 법에도 목적이 있다고 하고, 인간이 법을 통해서 지향하는 목적은 '이익'이라고 하여, 목적 법학을 주장하였다. 그의 법사상은 자연법론의 관념론을 버리고, 경험주의를 기반으로 한다. 그것은 영국에서 발전한 실리주의와 뒤에 미국에서 발전한 실용주의(Pragmatism)와도 서로 통한다.

성호의 실학 사상은 이와 같은 실리주의와 공통점이 있다고 할 것이다.

예링은 인간 생활을 움직이는 목적에는 두 가지 기본 형태가 있다

15) 유원동, 상계 논문, P.161.

16) 이우성, 상계 논문, P.37.

고 했다. 하나는 개인적 목적이며, 자기는 자기를 위하여 존재한다는 이기주의가 거기에서 파생된다. 또 하나는 사회적 목적이며, 사회의 복리를 위하여 자기의 이익의 추구를 견제하는 것이며, 이것은 이타적 정신에서 나온다. 이러한 두 가지 목적이 결합되어 여러 가지 모습으로 실현되어 가는 것이 인간의 복잡한 사회 생활이다. 인간이 자기의 이익을 얻기 위하여 활동하는 데도 다수인 사이에 평화가 유지되는 것은 '보수'와 '강제'의 두 가지 요인이 작용하기 때문이라고 한다. 거기에 법이 존재하게 된다. 법은 노무나 물건의 급여에 대한 보수를 확실케 하며, 급여를 거절하고 보수에 불응하는 자에 대해서는 그 의무를 강제시킨다고 했다.¹⁷⁾ 성호가 소농민층의 이익을 도모하고자 한 것은 그들의 이익을 통하여 사회 전체의 이익을 추구하려고 한 것으로 추론할 수 있으며, 예링의 이익 법학 사상이 근대적인 것임과 마찬가지로 성호의 사상도 역시 근대성을 띠고 있다고 할 수 있을 것이다.

실학자들의 농업 개혁안에서 농업을 농민 위주, 피지배층 중심으로 개혁하여 그 개혁의 방안을 당시까지의 우리 농업과 그 이론이 도달하고 있었던 현실적 바탕 위에서 추출하여 구성하였다.¹⁸⁾ 정당한 질서가 법이고, 법과 정의는 동일시되고 사회 질서가 정당하다는 것은 모든 사람에게 만족, 행복을 주기 때문이다. 정의에 대한 동경은 영원한 것이며, 이는 사회 속에서만 찾을 수 있으므로 정의는 사회적 행복이다.¹⁹⁾ 성호의 농업 개혁론은 개인적 이익 내지 행복이 아니라, 다수인 즉 사회적 이익·행복을 고려하였다는 점에서 근대적 법사상의 중심이 되는 정의와 관련된다 할 것이다. 지배층만의 이익을 옹호하는 보수적 봉건적 사상에서 탈피된 것으로 볼 수 있다.

성호의 학풍은 전통 유학의 비생산적인 관념론을 버리고, 당시의

17) 尾高朝雄, 《개정법철학개론》, 동경, 1953, P.98 이하.

18) 김용섭, 〈조선 후기의 농업 문제와 실학〉, 창작과 비평, 1977 가을, P.172

19) Hans Kelsen, 《General Theory of Law and State》, 1946, 황산덕 역, 1956, P.9.

학문을 정치 경제의 현실 관계로 돌리게 하여²⁰⁾ 현실주의로 전환하였다. 성호의 사상 내지 철학은, 근세 유럽의 그것에 비교한다면, 독일의 관념론적 법사상보다 영국의 경험론에 입각한 실리주의 법사상에 가까운 것 같다.

Ⅲ. 실학과 공리주의 법사상

공리주의는 법적 평가의 원리에서 다음과 같은 네 가지의 내용을 가진다.²¹⁾

(1) 인간 행위의 선악은 행위자와 사회의 다른 개인들에게 미치는 영향에 의하여 판단하며,

(2) 법의 선악은 사람들 전체에 미치는 결과에 의해 판단하며,

(3) 개위에 대한 결과는 개인이 느끼는 쾌락과 고통을 계량하고 대조하여 결정하는데, 이것이 벤담(Bentham, 1748-1832)의 행복 계산의 법칙이며,

(4) 위 계산에 있어서는 일 개인의 쾌락과 고통은 다른 개인의 그것보다 초과하거나 부족하지 않도록 계량하여야 한다.

이 (4)의 원리가 벤담의 '최대 다수의 최대 행복'(the greatest happiness of the greatest number)의 원칙이다. 즉 최대 다수인에게 행복을 주는 것이 법의 목적이라고 하였다.

근세 자연법 사상은 유럽 대륙에서는 혁명의 지도 원리의 구실을 하였으나, 영국에서는 보수주의와 결부되었으며, 블랙스톤(Blackstone, 1723-80)이 그 대표자였다. 벤담은 그의 보수주의에 반대하였으며, 다

20) 이우성, 상계서, P.37.

21) Edwin W. Patterson, 《Jurisprudence, men and ideas of the law》 1953, 서문각 외 역, 《법철학》, 을유문화사, 1963, P.489

른 면에서 철저한 경험주의의 입장에서 자연법론을 부정하고, 나아가서 러크(Locke, 1632-1704)의 개인주의·자유주의를 계승·발전시켜 개인의 자유와 창의를 방해하는 일체 제도의 제거를 주장했다.²²⁾

동양에서도 전통적 법사상은 자연법 사상이었다. 중국의 경우도 법의 관념은 도덕과 결부되어 있었다.²³⁾ 가령, 구미에서는 도덕 규칙의 실효를 완전케 하기 위해 개입하는 데 반하여, 중국에서는 도덕 규칙의 실효를 보장키 위해 법규칙이 개입한다. 특히, 민사상의 의무에 관해서는 전적으로 도덕 규칙에 의거한다.²⁴⁾ 중국을 비롯한 동양 사회에서 법률은 형법에서 유래하며, 그것은 자연 질서를 지키지 않는 자에 대하여 위협을 가함을 목적으로 했다. 자연 질서를 유지하는 데 충분한 위신과 실력을 가진 정부가 선정의 징표로 생각되었다.²⁵⁾ 이것은 자연법 사상이 지배적이었음을 말해 준다. 성선설에 의해 선도되는 윤리 법칙은 자연 법칙 자체이며, 양자가 혼연일체를 이루었기 때문에, 일종의 자연법 사상이 지배하였다고 볼 수 있다. 하늘과 땅이라고 하는 자연 관계를 그대로 父子·主奴의 관계로 대치하여 君臣 관계로 환원시켰다. 자연법 사상에 의하여 권위주의의 기초가 마련되었다.²⁶⁾ 중국에서도 형법권을 비롯하여 많은 법전이 시대의 변천에 따라 제정되고, 법치주의 사상이 발전하였으나, 유교의 법사상은 법치보다 덕치가 우위를 점했다.²⁷⁾ 우리 나라의 경우도 중국의 경우와 비슷하다고 짐작된다. 조선 왕조에 이르러 성문 법전이 계속 제정되었고, 실학 사상이 활발히 전개되던 영정 시대에는 속대전 등 대법전이 편찬되었다. 서구에서 자연법 사상이 토대가 되어 근대 법전이

22) 미고, 상계서, P.91.

23) Jean Escarra, 《Le Droit Chinois》, 1936, Paris. 곡구지평 역, 《지나법》, 동경, 1943, P.78

24) 곡구, 상계서, P.79.

25) 곡구, 상계서, P.81.

26) 仁井田陞, 《중국사회의 법과 윤리》, 동경, 1954, P.118.

27) 具塚茂樹, 《공자》, 동경, 1951, P.36