人文社會科學論叢 2007年 15號 pp. 169~209

우리나라 古代 法思想에 관한 考察
- 犯禁八條를 中心으로 -

황 정 원*

Study on Ancient Legal Thought in Korea
- Focus on Eight Forbidden Clause -

Hwang, Jeong-Won

Abstract

There are little remains of the Ancient Legal System in Korea. Ancient history book of the China is the important material on Legal System of the Old Chosŏn Dynasty. Particularly, the record of the Giza's 'Eight Forbidden Clause' in 「Han Shu」 is the historical remains which gives a few explanation of the Ancient Legal Thought in Old Chosŏn Dynasty. We can find the rule of law with manners in the Eight Forbidden Clause.

Ⅰ. 序 說

1. 古代와 法

人類가 공동체를 이루고 생활하면서부터 내부의 질서(秩序)를 유지(維持)하기 위한 노력은 계속되었는데, 數字와 文字가 발명되면서 그러한 질서규범(秩序規範)이 법제화(法制化)한 것을 우리는 古代의 유물(遺物)에서 찾아 볼 수가 있다. 수렵시대(狩獵時代)에는 사냥해서 식량(食糧)을 直接 調達하는 시절이라 사람들 사이에 빈부(貧富)라는 현상이 생길 수가 없었다. 그러나 농경시대(農耕時代)로 접어들면서 일정한 지역에 정착(定着)하여 食糧을 생산하게 되고,

* 한국해양대학교 법학부 교수.

목축(牧畜)과 함께 식량생산의 증대(增大) 현상으로 식량(食糧)을 비축(備蓄)하게 되면서, 공동체 구성원들 사이에 빈부(貧富)의 격차가 나타났다. 동시에 비축한 남의 재산(財産)을 힘으로 빼앗아서 식량을 조달하는 약탈(掠奪)이란 방법(方法)도 등장하게 되었다. 이리하여 빈부(貧富)를 기준으로 신분(身分)을 가르는 계급제도(階級制度)가 생기고, 동시에 타인이 비축(備蓄)한 재물을 강취(强取)하는 약탈자(掠奪者)를 처벌하는 벌칙(罰則)을 만들 필요성이 대두된다. 즉 부농(富農)과 농민(農民)을 근간으로 하는 신분제도(身分制度)가 성립하면서, 부유한 지배계급이 주체가 되어 질서를 유지하면서 동시에 부자(富者)의 재물을 정당하게 보호해 줄 규칙(規則)을 제정할 필요성을 느끼게 된다. 이리하여 단체생활에서 현존하는 질서(秩序)를 유지(維持)한다는 명목으로 법(法)이라는 것이 생겼으니, 법(法)은 사람들이 공동체(共同體) 생활(生活)을 하면서부터 발생한 문화현상 중의 하나이다.

인류의 문화(文化)는 시대(時代)에 따라 그 내용이 서로 다르고, 지역별로 특색이 있다. 근대 중국(中國)의 양계초(梁啓超)선생은 동서양(東西洋)의 철학(哲學)을 비교하여 설명하면서 먼저 그 차이(差異)에 주목하였다. 즉 서양 고대의 '그리스' 철학(哲學)은 물질(物質)의 본체(本體)와 우주론(宇宙論)을 중심으로 발달하여, 다원(多元)과 일원(一元), 유물(唯物)과 유심(唯心), 유신(有神)과 무신(無神)등이 중심문제로 등장하였으나, 동양의 고대 사상(思想)은 본체론(本體論) 보다는 신(神)과 인간(人間)의 관계(關係) 또는 인간(人間) 상호간의 관계(關係)에 관심이 많았다고 보았다.[1] 이러한 동서양의 생각의 차이는 일반적으로 잘 알려져 있는데, 이 특징은 철학뿐만 아니라 문화(文化)의 전 분야에 걸쳐서 그대로 반영되고 있다. 즉 정치(政治)만 하더라도, 서양의 경우에는 고대 '그리스'에서 일찍이 자유민(自由民)의 위치가 확립되어 민주(民主)정치가 형성되었으나, 동양은 신분(身分)제도를 기본으로 하는 전제(專制)정치가 행해졌었다. 물론 '그리스'에도 신분계급이 있어서 노예(奴隸)가 있었지만, 사회의 주축을 이루는 자유민(自由民)들이 직접적으로 정치현실에 참여(參與)하여 정치제도를 운영한 것은, 귀족계급(貴族階級)만이 정치에 직접 참여(參與)할 수 있었던 고대의 동양(東洋)사회에서는 찾아 볼 수 없는 제도(制度)라고 할 수 있다. 지역이 넓은 탓으로, 중국(中國)과 인도(印度)와 중동(中東)지역은 같이 동양(東洋)으로 분류되지만, 서로 다른 특색들을 가지고 있다. 즉 印度와 中東의 고대 철학은 神學을 중심으로 발달하여 사람과 神의 관계(關係)에 관심이 많았고, 中國은 사람과 사람과의 인간관계(人間關係)를 중시하여 倫理와 秩序規範에 관

1) 梁啓超, 「儒家哲學」,(臺灣中華書局,1980), 2面.

dCollection

심이 집중되어 있었다. 이러한 특색(特色)은 법사상(法思想)에도 그대로 반영되어서, 신분제도(身分制度)에서 계급상호간의 이동(移動)에 다른 특색이 있었다. 즉 印度의 '카스트'制度는 王朝나 政權의 변동이 있어도 신분(身分)이 변동되지 않을 뿐 아니라 人格 그 자체에 差等을 두어서 上下身分 사이에는 移動이 전혀 불가능하였으나, 中國의 身分階級은 공과(功過)와 능력(能力)에 따라서 身分移動이 가능(可能)했었다. 이런 차이는 印度의 '카스트'제도가 原始宗教인 '바라문'教에서 유래한 것으로 신(神)과의 유대(紐帶)관계에 따라 신분(身分)이 다르다고 생각하였기 때문이다.

2. 古代 法思想의 特性

특정한 法思想을 탐구하는 경우는 다른 법사상과 비교(比較)하여서 상호간에 독특한 차이점(差異點)을 찾는데서 탐구를 시작하는 것이 일반적인 방법이다. 우리나라 고대의 法思想을 연구하는 경우에도 이와 같이 다른 법사상 특히 인근(隣近) 中國의 法思想의 특성을 파악하여 상호간의 差異點을 찾아내는 것이 출발점이 될 수가 있다.

우리는 고대 中國의 법사상에서 '예(禮)'라고 부르는 특이한 秩序規範을 발견할 수 있다. 즉 古代 中國에서는 '禮'라고 하는 行爲規範이 刑法을 主要내용으로 하는 法과 함께 秩序規範으로 사용된 것이 특색이다. 즉 身分階級에 따라서 규제내용에 差等을 인정하는 秩序規範인 禮의 內容은 매우 광범위하여, 가까이는 家族의 질서를 유지하는 규범에서 시작하여 크게는 國家의 조직과 작용방법에 관한 규범까지 포함하고 있다. 이처럼 禮와 法을 併用하는 것이 中國 古代法의 특징인데, 이것은 다른 地域의 古代法과는 전혀 다른 내용이라고 말할 수가 있다.

인류 역사상 고대사회의 法은 일반적으로 신수법(神授法)이라고 해석하고 있다. '이집트'나 '메소포타미아' 및 印度의 고대인들은 法을 모두 그들이 신앙했던 神으로부터 전수(傳受)받았다고 믿었으며, 그 法에는 그들이 섬기는 神의 意志가 담겨 있다고 이해하였다. 예컨대, B.C. 17세기에 존재한 '메소포타미아'의 '함무라비'王의 碑石에는 正義의 太陽神인 '샤마스(Shamash)가 '함무라비'王에게 法을 전수(傳授)하는 장면이 碑의 上段에 조각되어 있으니, 그것은 '샤마스'의 정의(正義)에 대한 의지(意志)를 그대로 國法으로 제정한 것을 표현한 것이라고 본다. '이집트'의 最古의 法이라고 전해진 '토트'(Thoth)法典도 '토트'(Thoth)神이 '이시스'(Isis)女王에게 口傳으로 誦授한 것을 成文化한 것이라고

dCollection

전해오며, 印度의 最古 法典인 '마누'(Manu)法典도 그들의 神인 '인드라'(Indra)神이 人間의 始祖인 '마누'(Manu)에게 敎授한 것이라고 한다. 또 猶太人의 法律인 十誡命도 '모세'(Mose)가 '여호와'神으로부터 받은 것이라고 전해오는데, 특히 제1조에서 "내 앞에 다른 神을 두지 말라"는 神意를 표현하여, 그 神授의 증거로 삼고 있다. 이처럼 대부분의 古代法은 '神과 自己'라는 垂直的인 관계에서 法이 성립되었다는 思考方式을 토대로 하여, 형식상으로도 "신(神)으로부터 직접 전해 받았다"는 기록을 담고 있어서 神授法이다.

이러한 전설적인 神授法을 秩序規範으로 삼은 대부분의 고대사회와 달리, 中國 古代의 禮와 法이라는 秩序規範에는 이러한 神意 내지 神授의 傳說이 介入되어 있지 않다. 이것은 古代法의 根據에 관한 설화가 神授法에서 시작한다는 세계적인 共通現像에 대하여 唯一한 例外로 볼 수 있다. 즉 '禮'라는 秩序規範은 人間과 人間 사이의 상호관계를 設定하는 내용을 근간으로 하고 있으며, 神에 대한 관계를 설명하는 내용이 전혀 없다. 즉 中國에서는 共同體 構成員의 關係를 '친친존존(親親尊尊)'이라는 가족적인 원칙에서 독특한 規範을 정립하여 秩序規範으로 삼았기 때문에, 神이라는 개념이 전혀 없었다. 그리하여 중국의 고대법인 禮는 자연히 神이나 神授法과는 전혀 다른 法思想에서 起因하고 있었다.[2)]

이런 中國式의 禮라는 독특한 규범이 어떻게 하여서 유독 고대 中國에서만 發生하여 오랫동안 存續할 수 있었는가에 관하여, 歷史學者들은 中國社會가 처했던 地理的인 氣候的인 여러 가지 周圍環境에서 그 해답을 찾으려고 한다. 즉 법사상의 특징을 중국인의 사고방식에서 도출하려고 한다. 흔히 中國人을 매우 實用的인 民族이라고 말한다. 중국의 전설에는 黃帝(황제)가 이민족인 蚩尤(치우)를 물리치고 漢族의 나라를 세운 이야기가 등장하고, 또 舜(순)이 중국을 다스릴 때에 禹(우)가 黃河의 氾濫을 다스리는 治水工事에 성공하여 夏나라를 세운 이야기도 있다. 아무튼 중국에는 神에 대한 이야기 보다는 黃帝나 禹와 같은 민족적 英雄이 주인공으로 등장하는 전설적인 이야기가 지배적이다. 天災地變을 管掌한다는 神에 대해서는 관심이 없었고, 그 고난을 해결한 사람의 역할, 그 중에서도 뛰어난 英雄의 존재가 세상 사람들에게 필요하고 중요하다고 믿었던 것 같다. 이러한 民族性은 그들이 존경하는 英雄을 의지하여 자기 家族과 部族의 生存을 의탁하는 사상으로 확립되면서 傳統이 된 것 같

2) 중국의 禮는 흔히 '五禮'나 '六禮' 또는 '九禮'로 나누는데, 五禮는 吉禮.嘉禮.賓禮.軍禮.凶禮이고, 六禮는 冠禮.婚禮.喪禮.祭禮.鄕飮酒禮.相見禮이며, 九禮는 冠禮.婚禮.朝禮.聘禮.喪禮.祭禮.賓主禮.鄕飮酒禮.軍旅禮를 말한다.

dCollection

다. 즉 중국인들은 질서유지를 위해서는 매일 만나는 가족과 부락민을 親하게 대해야 한다는 '親親'이라는 원칙 이외에, 英雄을 尊重해야 한다는 '尊尊'이라는 規範이 필요한 것이라고 보았다. 그리하여 秩序規範 속에 神과 神意가 자리 잡을 여지가 없었던 것이다. 그들은 그들의 영웅인 聖賢들이 나라를 세우면서 공동생활에 필요하다고 정한 規則만을 믿고 따랐으며, 그 聖賢들은 합리적인 공동규칙만 제시했던 것 같다. 시대가 지나면서 聖人들이 정한 규칙은 '禮'로 결집이 되어 고대 중국의 질서유지를 위한 規範으로 자리를 잡아갔던 것으로 보인다. 물론 古代의 中國에 질서규범으로서 禮만 있었던 것은 아니다. 禮 이외에도 이른바 刑이라는 法이 古代부터 竝存하고 있었다. 그러나 刑法은 주로 軍隊나 戰爭捕虜나 犯罪者 또는 外國人에게만 적용하였다고 한다. 이 刑法은 점차 禮를 보조하는 副次的인 規範으로 자리를 잡았다가, 春秋戰國時代로 내려오면서 富國强兵이라는 시대적 필요성에 부응하여 그 내용이 풍부해지면서 法이 질서규범에서 차지하는 위치에도 실질적인 變化가 생기기도 했다. 즉 秦나라에서 法을 존중하여 亂世에 富國强兵을 달성하는 효과적인 規範으로 각광을 받더니, 秦始皇의 중국통일을 계기로 한때는 禮를 제치고 一次的인 秩序規範이 된 적도 있다. 그러나 秦이 불과 二代 14年만에 亡하자, 亡國의 원인을 法治에 있었다고 생각하게 되어, 復古主義가 일어나자 法은 다시 禮를 보조하는 위치로 물러나고 말았다.

極東 '아시아'에 위치하는 隣近國家인 中國의 고대 법사상이 이러한 특징을 가지고 있었다는 것을 前提로 하고, 앞으로 우리 민족의 고대 법사상을 살펴보기로 한다.

3. 우리나라의 古代의 範圍와 史料

法이라는 文化現象은 文字를 통하여 作成되고 傳承되는 것이므로, 法思想史의 대상에 先史時代는 해당사항이 없다고 하겠다. 따라서 우리나라의 法思想史의 始點은 原始時代를 벗어난 이른바 古朝鮮 時代에서 시작할 수밖에 없다. 한편 古代의 終點을 정하는데 있어서, 그 下限線을 이른바 古代國家의 출현을 기준으로 잡는 방법도 있겠으나, 이른바 法思想史의 측면에서 본다면 전혀 새로운 法思想이 등장하는 시점을 기준으로 삼는 것이 무난할 것이다. 따라서 唐나라의 律令을 繼受하면서 中國의 法思想이 流入되기 以前 까지를 古代로 잡아야 할 것이니, 즉 法思想史에서 우리나라 古代의 下限은, 高句麗 小獸林王 3년(373년)에 律令을 頒布한 時點이 된다고 본다. 따라서 本稿에서는 주로 古

dCollection

朝鮮시대를 중점적으로 살펴보는 정도로 하고, 三國時代의 初期에 대해서는 간단하게 言及하기로 한다.

고대의 법사상을 고찰하려면 고대의 文獻이나 遺物이 남아있어야 하는데, 우리는 古朝鮮 당시의 法을 찾아 볼 遺物이 太不足한 형편이다. 우리의 古代社會에 대한 資料는 千年뒤인 고려(高麗)시대 후반기에 편찬한 「삼국사기(三國史記)」·「삼국유사(三國遺事)」와 「제왕운기(帝王韻紀)」등 극소수가 전해오는데, 특히 「삼국사기(三國史記)」는 이른바 三國에서 시작하고 있으므로 고대인 단군조선(檀君朝鮮)을 언급한 公式的인 기록은 고려(高麗)때에 나온 「삼국유사(三國遺事)」와 「제왕운기(帝王韻紀)」를 거론할 수 있을 뿐이다. 따라서 단군조선(檀君朝鮮)의 성격에 대하여도 '신화(神話)인가, 역사인가'에 대하여 견해가 갈리고 있으며, 또 고조선의 활동무대는 어느 지역이었는가, 그 당시에 고조선 이외에 어떤 國家들이 있었느냐에 대해서는 해결되지 않은 부분이 많은 실정이다. 물론 「삼국유사(三國遺事)」나 「제왕운기(帝王韻紀)」 이외(以外)에도, 古朝鮮의 존재를 설명한 기록으로 「삼성기(三聖記)」·「단군세기(檀君世紀)」·「북부여기(北夫餘紀)」·「태백일사(太白逸史)」·「단기고사(檀奇古史)」등의 문헌(文獻)이 전해오고 있으나, 사가(史家)들이 그 사서(史書)의 진위(眞僞)에 대하여 확고한 증거를 확보하지 못하고 있다. 古朝鮮時代에 한반도 全域에 걸쳐 산재했던 古朝鮮 이외의 여타(餘他)의 소국(小國)이나 성읍국가(城邑國家)들에 대해서는, 中國의 사서(史書)나 고문(古文)에 나오는 몇 줄의 기록(記錄)을 제외하면 명확하게 규명할 자료가 없는 상태이다. 이처럼 우리의 文獻資料가 아주 부족하고, 古代에 대한 史界의 확립된 견해가 없으므로, 우리는 하는 수 없이 이 古朝鮮을 古代를 統稱하는 의미로 사용할 수밖에 없는 형편이다. 古代에 관한 諸般 문제점에 대하여는 향후 역사학자들의 연구결과를 기다릴 수밖에 없는 실정으로, 결국 法思想史의 연구에도 많은 制約이 따르고 있다.

고대사(古代史)를 전공한 역사학자(歷史學者)들의 주장은 고대(古代)의 城邑國家의 형성은 청동기(靑銅器)의 사용에서 시작한다고 한다. 고대(古代)의 법사상(法思想)을 탐색(探索)하는 입장에서 고대의 古朝鮮을 조사하기 위해서는 우선 그 시대(時代)가 내포하는 범위를 명시하고 들어가야 한다. 이미 발굴(發掘)된 유물(遺物)에 의지하여 古朝鮮의 연대(年代)를 찾아보면, 만일 요녕(遼寧)청동기문화의 상한(上限)을 'B.C. 2400년'으로 보면 그 古朝鮮은 단군조선(檀君朝鮮)이고, 'B.C. 1000년'으로 보면 그 고조선은 기자조선(箕子朝鮮)에 해당한다. 아직 발굴되지 않은 유물이 있는지 알 수가 없으므로, 이미 나타난 유물(遺物)만으로 고대의 시점(始點)을 추정하는 것이므로 이른바 古朝鮮이라는 개

dCollection

념(槪念)이 모호할 수밖에 없다. 전통적(傳統的)인 의미에서는 古朝鮮이 단군조선(檀君朝鮮)·기자조선(箕子朝鮮)·위만조선(衛滿朝鮮)을 총칭하는 것이었지만, 오늘날은 古朝鮮을 檀君朝鮮과 箕子朝鮮의 합칭(合稱)으로, 혹은 檀君朝鮮만의 뜻으로 쓰기도 한다. 이처럼 여기서 말하는 古朝鮮이 과연 어느 시기(時期)를 가리키는 것일까에 대하여도 전문 사가(史家)들 사이에 견해가 다르므로, 우선 시대의 구분에서 우리는 첫 번째 난관에 봉착하게 된다. 우리는 역사학이 전문분야가 아니므로 사가들의 고대사(古代史)에 대한 전통적인 견해에 따라야 할 것이다. 종래의 다수설(多數說)에 따르면 고조선은 단군조선(檀君朝鮮)·기자조선(箕子朝鮮)·위만조선(衛滿朝鮮)으로 계승되었다고 말하므로, 우리는 古朝鮮을 단군조선(檀君朝鮮)·기자조선(箕子朝鮮)·위만조선(衛滿朝鮮)을 통칭하는 것으로 이해하는 것이 무난할 것으로 생각된다. 순서에 따라서 먼저 단군조선(檀君朝鮮)시대를 개관하고, 다음에 기자조선(箕子朝鮮)과 위만조선(衛滿朝鮮)의 法思想을 찾아보기로 한다.

古代에 古朝鮮 이외에도 우리나라 全域에 걸쳐 散在했던 古代의 城邑國家들이 많았다고 하지만, 그 자세한 법사상을 알아볼 방법이 없는 실정이다. 대체로 동이(東夷)에 속하는 예맥족(濊貊族)의 국가들이 만주(滿洲)와 한반도(韓半島)에 걸쳐서 성읍(城邑)을 중심으로 부족국가(部族國家)형태로 散在하였다고 보는 것이 多數說이다. B.C. 4세기경에 이웃 中國에 그 존재가 알려져 있었던 고대 성읍국가로는, 요하(遼河)·대릉하(大凌河)·대동강(大同江)유역의 古朝鮮을 중심으로 하여, 송화강(松花江) 유역의 부여(夫餘), 압록강(鴨綠江) 중류의 예맥(濊貊), 함흥(咸興)지역의 옥저(沃沮)와 임둔(臨屯), 황해도 지방의 진번(眞番), 그리고 한강(漢江) 이남의 진국(辰國)등이 있었다고 한다.[3]

Ⅱ. 檀君朝鮮의 法思想

1. 檀君朝鮮의 性格

단군조선(檀君朝鮮)에 대한 역사적 資料는 절대적으로 不足하여 檀君朝鮮에 대해서는 이른바 단군(檀君)의 건국(建國)에 관한 이야기가 거의 유일한 자료이다. 「三國遺事」의 기이편(紀異篇)에 보면, "위서(魏書)에 말하기를 지금부터 2000년前에 단군왕검(檀君王儉)이 계셔서 아사달(阿斯達)에 도읍을 정하고 새로 나라를 세워 조선(朝鮮)이라고 불렀으니, 요(堯)와 같은 때였다고 한다. 고

3) 이기백(李基白)·이기동(李基東) 공저, 「韓國史講座· 古代篇」, (一潮閣, 1984.) 41쪽

dCollection

기(古記)에 이런 말이 있다. 옛날 환인(桓因)의 서자(庶子) 환웅(桓雄)이 천하(天下)에 뜻을 두고 인간세상을 좋아했다. 아버지가 아들의 뜻을 알고 삼위태백(三危太白)을 내려다보니 인간세상을 널리 이롭게 할 만하여, 천부인(天符印) 세 개를 주면서 내려가서 다스리게 하였다. 환웅(桓雄)은 그 무리 3000을 거느리고 태백산(太白山) 신단수(神檀樹) 밑에 내려와서 그곳을 신시(神市)라고 불렀다. 桓雄天王이 풍백(風伯)·우사(雨師)·운사(雲師)를 거느리고, 곡식·수명·질병·형벌·선악을 주관하고, 인간의 360가지 제반사(諸般事)를 주관하면서 인간세상을 다스리고 교화하였다"고 기록되어 있고,[4] 「제왕운기(帝王韻紀)」에는 "요동(遼東)에 中方이 천리(千里)인 조선(朝鮮)이 있다"고 읊은 후에, "그 누가 처음에 개국(開國)하여 풍운(風雲)을 열었던가? 석제(釋帝)의 손자(孫子)로 그 이름이 단군(檀君)이로구나. 제요(帝堯)와 나란히 무진(戊辰)년에 나라를 세웠으니, 우(虞)와 하(夏)를 경력(經歷)하여 중진(中震)에 웅거하였도다."라고 노래했다.[5]

이 외에도 발해(渤海) 대조영(大祚榮)의 아우인 대야발(大野勃)이 저술했다고 전하는 「단기고사(檀奇古史)」에 따르면, '환씨전(桓氏典)'에 운(云)하되 "동방에 부여(夫餘)족이 태백산(太白山)부근에 산거(散去)할세 기중에 환인(桓因)은 관인대도(寬仁大度)하여 가옥건축(家屋建築)과 의복제도를 시작하시고, 아들 환웅(桓雄)을 생하니 영자(英姿)가 호걸(豪傑)이라. 부명(父命)을 승(承)하야 중생을 홍제(弘濟)할세 풍백(風伯)과 운사(雲師)와 우사(雨師)와 전공(電公)등을 솔(率)하시고, 천평(天坪)에 지(至)하사 음식절차와 혼인규칙을 창설하시고 천부경(天符經)을 설교하시니 사방(四方)에서 인(人)이 운집(雲集)하야 청강(聽講)하는 자가 시중(市衆)과 여(如)한지라. 환웅(桓雄)이 아들 환검(桓儉)을 생하니 곧 단군(檀君) 임검(壬儉)이라. 장성하매 비서갑(非西岬) 하백(河伯)의 여(女)를 취하여 비(妃)를 삼고 아들 부루(扶婁)를 생하니 이가 부여족(夫餘族)의 시조(始祖)가 되니라. 단군(檀君) 임검(壬儉)은 第一世 단제(檀帝)이시니 桓雄의 子요 桓因의 孫이라. 신성(神聖) 문명(文明)하시며 仁愛 慈悲하시고 도(道)가 천지에 통하시고 德이 四海에 피(被)하시며 구이족(九夷族)을 親하시며 군생을 접화(接化)하시고 대종교(大倧敎)를 창립하실세 삼일신고(三一神誥)를 천하(天下)에 포고하시며 366사(事)의 신정(神政)으로 국민을 순순(諄諄)히 훈회(訓誨)하시니 그 덕(德)은 천지(天地)에 비(比)하고 그 명(明)은 일월(日月)과 동(同)하더라. 그 화

4) 魏書云 乃往二千載 有檀君王儉立都阿斯達 開國號朝鮮 與高同時 古記云 昔有桓因庶子桓雄數意天下貪求人世父知子意下視三危太白可以弘益人間乃授天符印三個遣往理之 雄率徒三千降於太白山頂神檀樹下謂之神市是謂桓雄天王也 將風伯雨師雲師 而主穀主命主病主刑主善惡 凡主人間三百六十餘事 在世理化 「三國遺事」권2· 紀異篇제1.

5) 初誰開國啓風雲 釋帝之孫名檀君 並與帝高興戊辰 經虞歷夏居中震 「帝王韻紀」권하·제1부.

dCollection

육(化育)을 받은 만민(萬民)들이 10월3일에 총회(總會)하야 환검(桓儉)을 추대(推戴)하니 제일세(第一世) 단제(檀帝)시니라. 도(都)를 부여(夫餘)에 정하고 국호(國號)를 조선(朝鮮)이라하다"고 한다.

그러나 건국(建國)에 관한 내용을 제외하면 자료(資料)의 부족으로 古朝鮮시대에 대해서는 아직도 불분명(不分明)한 점이 많다. 이를테면 "단군(檀君)에 관한 것은 신화(神話)인가 아니면 역사적인 사실인가? 단군조선(檀君朝鮮)은 광역(廣域)의 국가(國家)이었나? 단군조선(檀君朝鮮)은 청동기(靑銅器)단계이었나? 단군조선(檀君朝鮮)의 중심지는 요동(遼東)이었나?"등등의 의문(疑問)이 아직 학계(學界)에서 명백하게 해결되지 않은 상태이다. 이하(以下)에서 史學者 천관우(千寬宇)선생의 설명을 중심으로 하여 우선 단군조선(檀君朝鮮)의 성격을 한번 살펴보고자 한다.[6]

먼저 「三國遺事」에 기록된 단군(檀君)의 서술을 둘러싸고, 근래 上古史에 대한 관심을 크게 표명하는 新聞報道같은 데서 흔히 보는 문제점의 하나가 "檀君은 神話인가 실지의 歷史인가하는, 매우 단순화된 물음이다. 檀君이 典型的인 神話의 주인공인 것은 더 말할 것 없다. 그러나 神話에도 어느 시대, 어느 사회의 어떤 모습인가가 투영되어 있다는 것은 잘 알려져 있는 대로다. 이른바 檀君神話는 어떤 역사사실을 반영하고 있는가. 檀君은 곰과 범으로 대변되고 있는 先住의 漁獵民과 天帝의 아들이라는 後來의 農耕民, 이 둘의 同化내지 交替로 오늘날의 韓民族의 직계 祖上이 형성되는 과정, 즉 우리 역사에서 農耕文化가 본격적으로 시작되는 단계를 반영하고 있다고 본다.

다음에 단군조선(檀君朝鮮)의 국가형태(國家形態)를 두고 국가(國家)라고 보느냐는 문제가 있다. 흔히 관심을 북돋는 또 하나의 질문이 "단군조선(檀君朝鮮)은 廣域의 國家이었는가, 아니면 國家 以前의 단계(段階)이었는가"하는 것이다. 최근에는 "고조선은 그 초기부터 고대 국가(國家)이었다", 그리고 구체적으로 "고조선의 강역(疆域)은 난하(灤河) 하류로부터 청천강 하류에 걸치는, 현재의 요녕성과 요서· 요동·길림성·한반도북부를 포함하는, 동북(東北)아시아의 대국(大國)이었다"고 지적한 일부 견해가 널리 알려져 있다. 그러나 만일 단군신화(檀君神話)에 반영된 문화단계인 농경(農耕)의 본격적 개시단계로 본다면 그 初期에는 국가(國家)로 인정하기가 어려운 것으로 본다. 다만 위의 '난하(灤河)-청천강'지역을 강역(疆域) 혹은 영토(領土)로 보는 대신, 일정한 시대에 있던 동일한 문화권(文化圈), 아니면 同系種族들의 分布範圍라는 각도에서 추적하는 것이 자연스럽겠다. "청동기시대의 상한(上限)은 국가(國家)의 기원과 중

6) 천관우(千寬宇), 「古朝鮮史·三韓史硏究」, (一潮閣, 1991.) 21쪽에서 23쪽까지.

dCollection

요한 관계가 있다"고 주장하는 1987년 〈국사교과서 개편 시안(試案)〉을 따라서 생각해 보면, 지역적 편차(偏差)로 반드시 그렇지 않은 경우도 있겠지만, 檀君朝鮮이 그 초기부터 국가(國家)인가 아닌가 하는 것은, '단군조선 초기(初期)가 적어도 靑銅器시대인가, 아니면 청동기 이전(以前)의 단계인가'로 바꾸어 말할 수 있다는 것이다. 이에 관련하여 일부(一部)에서는 ① 한반도(韓半島)의 청동기는 요녕성(遼寧省)지역의 청동기와 동일(同一)한 계통임을 강조하면서, ② 요녕성(遼寧省) 지역은 4,400여년 전, 즉 'B.C. 2400년' 경에 이르면 청동기 시대에 진입하며. ③ 요녕성은 청동기시대에 고대(古代) 국가(國家) 단계에 진입 했을 것이라고 보고 있다. 이 부분은 고고학의 전문지식이 필요한 분야이지만, 文獻史學의 상식(常識)선에서나마 앞뒤를 연결하여 상고사(上古史) 학술회의(學術會議)의 기록을 정리해 보면, ① 요서(遼西)-요동(遼東)-한반도(韓半島)의 청동기문화는 차례로 승계(承繼)관계를 이루며 동점(東漸)한 동일(同一)계통이라는 의견도 많았으나, 이 세 지역(地域) 사이에는 시간(時間)의 차이(差異) 뿐만 아니라 문화(文化) 유형(類型)의 차이가 크다는 점이 강조되기도 하였고, ② 요서(遼西)의 청동기문화(하가점(夏家店)상층(上層)문화)의 상한(上限)을 'B.C. 2400년'경까지 올려보는 견해는 별로 없었고, 중공(中共) 학계의 편년(編年)으로는 대개 그 상한을 'B.C. 1000년' 이후(以後)로 보는 듯하였고, ③ 요서(遼西)의 청동기문화는 대체로 난하(灤河)-'시라무렌'강(江)-요하(遼河)에 걸치는 지역에 분포되어 있다 하므로, 여기에 요동(遼東)과 한반도 북부를 보태면 '난하(灤河)에서 청천강의 조선(朝鮮)까지' 거의 맞아떨어지는 지역의 문화권이 된다. 그러나 이것을 강역(疆域)으로까지 연결시키는 견해는 별로 없는 듯하였다. 다시 요서(遼西) 靑銅器 문화의 主役에 대해서는 古朝鮮族說과 東胡說(烏桓·鮮卑)이 있는데, 中共의 學界에서는 동호(東胡)가 주역이었다고 보는 학설이 유력하다고 한다. 靑銅器와 國家를 관련짓는 이러한 견해들의 차이점이 어떻게 해결될 것인지, 앞으로 발굴될 유물(遺物)과 사학계의 반응을 주목할 수밖에 없다.

다음에는 '단군조선의 중심지는 평양(平壤) 방면인가, 요동(遼東) 방면인가'하는 문제도 근래 많은 관심을 끌고 있다. 어느 민족의 활동무대는 이른바 강역(疆域)과는 다른 개념이다. 고분(古墳)의 분석을 통하여, '古朝鮮의 주된 활동지역'을 대릉하(大凌河)와 요하(遼河)본류, 요동(遼東)반도(半島)를 연결하는 지역의 어느 곳으로 추정할 수 있다"고 하는 견해가 있다. 대릉하(大凌河) 하류(下流)의 조양(朝陽) 12大營子墓를 요녕(遼寧) 청동기 전기(前期)의 표식적인 유적으로 보고, 요동(遼東)반도의 여순·대련의 강상묘(崗上墓)·누상묘(樓上墓)를 요녕(遼寧) 청동기 후기(後期)의 표지적인 유적으로 보면서, 이러한 유적들을 고

dCollection

조선에 比定하면서, 古朝鮮은 이미 강대한 국가권력을 가졌던 것이라고 하는 견해도 있다. 中共 考古學의 근래 성과가 소개됨에 따라 요녕(遼寧)지방에 관한 知見은 古朝鮮의 中心地域에 대해서도 많은 示唆를 주고 있다고 하겠다.[7]

2. 檀君朝鮮 時代의 法思想

檀君朝鮮시대에 古朝鮮을 위시하여 隣近에 산재했던 국가(國家)로 부여(夫餘)·예맥(濊貊)·임둔(臨屯)·진번(眞番)·진국(辰國) 等이 있었다는 것이 中國史書에 나오지만, 우리나라의 古代 史書에는 隣接國에 대한 기록으로 남아 있는 것이 거의 없으므로, 古朝鮮시대에 존재했던 法의 內容을 전하는 資料도 중국 史書에 전해오던 몇 줄의 記錄을 인용하여 둔 것이 그 전부이다.

高麗 忠烈王 7년에 일연(一然)스님이 지은 「三國遺事」에는 "환인(桓因)이 홍익인간(弘益人間)의 뜻을 가지고 서자(庶子) 환웅(桓雄)에게 조선(朝鮮)을 세우게 하였고, 인간의 360가지 제반사(諸般事)를 주관하면서 세상에 있어서 다스리고 교화하였다"는 것은 개국(開國)의 동기에 人間爲主의 홍익인간(弘益人間) 사상을 가졌던 점과 재세이화(再世理化)하여 國民爲主의 정치를 한 점을 보여주고 있어서, 다른 고대국가들의 대부분이 가졌던 신(神) 중심의 신수법(神授法)과는 다른 특색을 발견할 수가 있으니, 猶太의 '모세' 십계명(十誡命)에서 '여호와'신(神)을 섬길 것을 첫머리에서 강조한 것이나, 印度의 '카스트'제도가 신(神)을 섬기는 '브라만'계급만을 神聖視하는 것과 비교하면, 天淵의 차이가 있다. 또 "桓雄 天王이 풍백(風伯)·우사(雨師)·운사(雲師)를 거느리고, 곡식(穀食)·수명(壽命)·질병(疾病)·형벌(刑罰)과 선악(善惡)을 주관하고, 인간의 360가지 제반사(諸般事)를 주관하면서 세상에 있어서 다스리고 교화하였다"고 하였는데,[8] 이 내용을 擴大解釋하면 檀君 시대에 이미 형벌(刑罰)에 관한 제도가 있었다고 볼 수가 있다. 桓雄이 풍백(風伯)·우사(雨師)와 함께 운사(雲師)를 거느렸다고 하는데, 여기서 풍백(風伯)·우사(雨師)는 食糧생산과 관계가 있는 계절풍(季節風)과 수리(水利)를 의미하므로 '곡식·수명·질병'을 관장하는 것으로 해석할 수가 있으나, 운사(雲師)는 무엇을 의미하는지 분명하지가 않다. 생각하건대, 형벌(刑罰)과 선악(善惡)을 관장한다고 하는 뇌신(雷神)이 구름과 밀접한 것이니 여기서 雲師는 刑罰을 의미하는 것으로 보인다. 「三國遺事」에는 이 밖에는 당시의 法思想을 찾아볼 만한 資料가 전혀 없으므로, 이상으로 당시의

7) 천관우(千寬宇), 前揭書, 23쪽.
8) 桓雄天王也 將風伯雨師雲師 而主穀主命主病主刑主善惡 「三國遺事」,권1·紀異篇·古朝鮮條

dCollection

法이 신수법(神授法)이 아니었다는 특징만 찾아낼 수가 있을 뿐이다.

Ⅲ. 箕子朝鮮의 法思想

현존하는 우리나라 古代法의 資料로는 중국의 史書에 나오는 이른바 '기자(箕子)의 범금팔조(犯禁八條)'가 가장 두드러진 것이라고 할 수 있다. 近世이후로 史學者들 사이에 기자(箕子)의 동래(東來)와 기자조선(箕子朝鮮)의 실존(實存)여부에 대하여 論難이 계속되고 있다. 앞에서 언급한 바와 같이 歷史學의 설명을 토대로 하여 건립되는 法思想史學의 입장에서는 이런 問題에 대하여 왈가왈부(曰可曰否)할 처지가 아니므로, 부득불(不得不) 史家들이 밝혀낸 부분만을 근거로 하여 그 法思想을 찾아볼 수밖에 없다고 하겠다. 따라서 먼저 史學者들의 주장을 槪觀해 보기로 한다.

1. 箕子朝鮮의 存否

1) 中國史에 나오는 箕子의 東來

기자(箕子)와 그의 동래(東來)에 관한 이야기는 중국의 古代에 관한 기본적인 史書라고 할 수 있는 「상서(尙書)」·「상서대전(尙書大傳)」·「사기(史記)」·「한서(漢書)」·「위략(魏略)」·「삼국지(三國志)」·「후한서(後漢書)」의 일곱 개 文獻에 등장한다. 그에 의하면 기자(箕子)는 은말주초(殷末周初)에 있었던 은(殷)나라의 현인(賢人)인데, 주왕(紂王)의 親戚으로서 주(紂)의 음일(淫佚)을 諫하였으나 용납되지 않자, 狂人의 행색으로 노(奴)가 되어 隱遁하여 亂世에 대처했다고 하며, 주(周)나라의 무왕(武王)이 은(殷)나라를 찬탈하자, 동쪽으로 조선(朝鮮)에 들어갔다고 한다. 기록에 따라서는 周 武王이 箕子를 조선(朝鮮)의 후(侯)로 봉(封)했다고도 하며, 혹은 周 武王이 殷을 정복하고 즉시 箕子를 訪問하여 그에게서 '홍범구주(洪範九疇)'를 傳授받았다고도 한다. 그 뒤 箕子가 周에 入朝하는 길에 殷의 古墟를 지나다가 감상을 이기지 못하여 '맥수가(麥秀歌)'를 지었다고도 하며, 혹은 武王이 기자를 朝鮮에 封하였으나 신례(臣禮)를 갖추지 않았다고도 한다. 또 책에 따라서는 箕子가 箕子朝鮮을 세우고 다스리면서 팔조(八條)인 금법(禁法) 또는 교(敎)을 가르쳤다고 하는 내용이 添加되어 있다. 어떤 史書에는 箕子의 본명을 서여(胥餘) 또는 수유(須臾)라고 하고, 「史記」에는 箕子를 단지 紂王의 친척이라고 하였지만 더러는 '紂의 諸父이다' 혹은 '紂의 庶兄이다'는 말도 있다.

dCollection

우선 중국의 최고(最古)의 서적(書籍)이라는 「尙書」에 실려 있는 '홍범(洪範)'이라는 편(篇)에는 이른바 구주(九疇)라는 이름으로 箕子의 정치사상을 기록한 것이 전해오고 있다. 그에 따르면, 周 武王이 殷을 정복한 뒤 그 13년에 그가 箕子를 찾아가서 정치의 대요(大要)를 물었더니, 箕子가 武王에게 홍범구주(洪範九疇)를 전수하였다고 하는데, 「尙書」의 '홍범(洪範)'은 그 구주(九疇)의 내용을 자세하게 기록하고 있다. 이른바 홍범구주(洪範九疇)는 하늘이 夏에게 내린 政治하는 軌則을 의미하며, 이것을 箕子가 오행설(五行說)을 근거로 하여 武王에게 부연하여 설명한 것이라고 한다. 이 홍범구주(洪範九疇)라는 軌則은, 그 후 중국에서는 전통적인 오행(五行) 이론을 활용한 상수학(象數學)으로 계속 전승되었는데, 「주역(周易)」의 음양(陰陽) 이론과 함께 중국의 傳統思想의 根幹을 이루게 된다. 이러한 사실을 근거로 하여, 신채호(申采浩)선생은 홍범구주(洪範九疇)의 오행설(五行說)과 관련지어, "周나라가 이에 陰陽說인 복희씨(伏羲氏)의 팔괘(八卦)를 가지고 殷나라의 오행(五行)을 攻擊하였다"고 설명하였다.[9]

또 「상서대전(尙書大傳)」에는 "周나라 武王이 殷과의 전쟁에서 승리하여, 公子인 녹보(祿父)로 殷의 왕위를 계승하게 하고, 監獄에 수감된 箕子를 석방하였다. 箕子가 그 釋放을 탐탁하게 생각하지 않고 朝鮮으로 갔다. 武王이 이것을 듣고서 朝鮮侯로 封했다. 周의 책봉(冊封)을 받은 箕子는 부득이 臣下의 禮를 차려야 하므로 B.C. 1100년경(武王 13年)에 周 武王을 만났다."고 되어 있으며,[10] 武王은 그때 箕子에게 古來의 政治思想에 관하여 질문하고, 箕子가 이에 答하여 오행(五行)을 기본사상으로 하는 홍범구주(洪範九疇)를 설명했다고 전한다.

전한(前漢)시대에 쓴 「史記」에는 "箕子는 殷 紂王의 친척인데, 紂의 음일(淫佚)을 揀하였으나 容納되지 않으니 狂人의 행색으로 奴가 되어 은둔하였다. 周 武王이 殷을 정복하자 기자(箕子)를 방문하여 홍범구주(洪範九疇)를 전수(傳授)받았다. 이리하여 武王이 箕子를 朝鮮에 봉(封)했는데, 箕子는 臣下의 예(禮)를 갖추지 않았다. 그 뒤에 箕子가 은(殷)의 고허(古墟)를 지나다가 감상(感傷)을 이기지 못하여 맥수가(麥秀歌)를 지었다."고 한다.[11]

箕子에 관한 이야기는 후대(後代)에 내려올수록 내용이 풍부(豊富)해진다. 즉 후한(後漢)시대에 쓴 「漢書」에는 "은(殷)나라의 道가 衰退하자 箕子가 朝鮮으로 가서 백성들에게 예의와 농사·누에치기·길쌈을 가르치고 樂浪朝鮮 백성의

9) 신채호(申采浩), 「朝鮮上古文化史」,(형설출판사, 1992,) 147쪽.
10) 武王勝殷 繼公子祿父 釋箕子之囚 箕子不忍周釋 走之朝鮮 武王聞之 因以朝鮮封之 箕子旣受周之封 不得无臣禮 故于十二祀來朝 (引見 「太平御覽」·780面)
11) 于是武王乃封箕子于朝鮮而不臣也 「史記」·宋微子世家

dCollection

범금(犯禁) 팔조(八條)를 만들었다. 살인자(殺人者)는 즉시 죽이고, 상해(傷害)는 穀食으로 배상하고, 절도범(竊盜犯)은 남자는 피해자의 노(奴)가 되고 여자는 비(婢)가 된다. 속형(贖刑)은 50만(萬)이다. 비록 노비(奴婢)를 免하더라도 사람들이 수치(羞恥)스럽게 여겨서 서로 혼인하지 않았다. 이리하여 사람들이 훔치지 않아서 대문을 잠그는 일이 없다. 婦人들은 정신(貞信)하고 도벽(盜癖)이 없고, 음식은 그릇을 사용하였다."[12]고 기록되어 있다.

이와 같은 箕子에 대한 기록들을 어느 정도까지 신뢰할 수 있는가는 별 문제로 하고, 아무튼 殷末의 仁人 내지 賢人이라는 箕子에 대한 관심과 각색(脚色)은 후대에 갈수록 농후해지고 있다. 宋의 「통지(通志)」에서는 "기씨(箕氏)는 자성(子姓)이며, 기국(箕國)은 상(商)의 기내(畿內) 제후(諸侯)이었다"고 하였으니, 이런 각색은 은(殷)의 왕가(王家)가 子氏 姓이었다는 사실에서 類推한 것 같다.

箕子에 관한 기록으로는 이러한 史書 외에도, 「주역(周易)」과 「논어(論語)」가 있는데, 「周易」은 周나라 초기에 編纂된 占冊이고, 「論語」는 孔子의 言行錄이므로, 고대의 史書들보다 훨씬 以前에 만들어진 것이다. 그러므로 어떻게 보면, 「周易」과 「論語」에 나오는 기록들은 史書보다 더 신뢰할 수 있는 자료로 볼 수도 있다.

「周易」에는 '명이'(明夷)라는 괘(卦)의 육오(六五) 효사(爻辭)에 箕子가 등장하는데, '기자지명이(箕子之明夷)'라는 구절이 바로 그것이다.[13] 여기에 나오는 箕子가 바로 은말주초(殷末周初)에 살았던 殷의 王族으로 「尙書」에 있는 홍범(洪範)의 主人公인 점에 대해서는 異說이 없다. 이 효사(爻辭)는 周初에 周公이 편찬했다고 전해오는 「周易」의 글귀로, 箕子를 언급한 記錄들 중에서 最古의 資料에 속한다. 그 爻辭인 '기자지명이(箕子之明夷)'의 의미에 대해서는 "箕子가 紂王 때문에 겪은 苦難과 隱遁을 뜻한다."고 하는 것이 종래의 通說이지만, 명이(明夷)를 동방(東方)으로 해석하고 지(之)를 유(有)의 뜻으로 해석하여, "箕子가 東方에 到達했다"고 풀이하는 견해도 나타나고 있다.[14]

「論語」·미자편(微子篇)에 보면, 첫머리에 "미자(微子)는 떠나가고, 기자(箕子)는 노비(奴婢)가 되고, 비간(比干)은 충간(忠諫)하다가 죽었다. 공자(孔子)가 말

12) 殷道衰, 箕子去之朝鮮, 教其民以禮義田蠶織作, 樂浪朝鮮民犯禁八條, 相殺以當時償殺, 相傷以穀償, 相盜者, 男沒入爲其家奴, 女子爲婢, 欲()贖者人五十萬, 雖免爲民, 俗猶羞之, 嫁取(娶)無所讎, 是以, 其民終不相盜, 無門戶之閉, 婦人貞信, 不盜辟, 其田民 飮食以籩豆, 都邑頗放(倣)效吏及內郡賈人, 往往以杯器食, 郡初, 取吏於遼東, 吏見民無閉藏, 及賈人往者, 夜則爲盜, 俗稍益薄, 今於犯禁, 浸多至六十餘條, 可貴哉, 仁賢之化也, 「漢書」·地理志·燕條

13) 明夷 利艱貞. 六五 箕子之明夷 利貞「周易」·明夷

14) 吳新楚, 「周易異文校訂」, (中國 廣東人民出版社, 2001.) 181面

dCollection

하였다. 「은(殷)나라에는 세 어진이가 있었다」"라는 글이 나온다.[15] 후한(後漢)의 마융(馬融)에 의하면 "箕子의 '기(箕)'는 국명(國名)이고, '자(子)'는 작위(爵位)이다"고 하며, 전한(前漢)의 공안국(孔安國)은 "미자(微子)의 '미(微)'는 국명이고, '자(子)'는 작위(爵位)이다"고 해석했다. 宋나라 주희(朱熹)의 주석에도 "미(微)와 기(箕)는 두 나라의 이름이고, 자(子)는 작위(爵位)이다. 미자(微子)는 紂의 庶兄이고, 기자(箕子)와 비간(比干)은 紂의 諸父이다. 미자(微子)는 주왕(紂王)이 無道함을 보고는 떠나가서 宗祀를 보존했다. 기자(箕子)와 비간(比干)은 충간(忠諫)하다가, 비간(比干)은 紂王에게 살해되고, 기자(箕子)는 감옥에 갇히고 奴婢가 되었는데, 箕子는 거짓으로 미친 체하고 욕(辱)을 받았다."고 한다.

이렇게 箕子에 관한 기록이 중국의 文獻에 다량으로 나타나 있다.

2) 箕子東來說의 是非

기자(箕子)의 동래(東來)와 기자조선(箕子朝鮮)의 실존(實存)여부에 대한 주장이나 학설들을 詳述하려면 복잡할 뿐만 아니라, 그 이론적 근거가 大同小異한 것이 대부분이다. 우리의 과제는 法思想史의 연구이므로, 전문적으로 각 학설의 내용을 상세하게 설명하는 것을 피하기로 하고, 내용이 유사한 것끼리 이를 대별하여 그 대표적인 것만 살펴보기로 한다. 이하에서 史學者 이상시(李相時) 선생의 글을 위주로 하여 살펴보고자 한다.[16]

가. 肯定說

이른바 기자동래설(箕子東來說)은 殷의 諸侯였던 箕子가 殷이 망하자 동방(東方)으로 이주(移住)하여서 나라를 세우고 다스렸다는 주장으로, 기자조선(箕子朝鮮)의 존재를 認定하는 견해이다. 이 주장의 근거는 중국 史料인 복생(伏生)의 「상서대전(尙書大傳)」과 사마천의 「사기(史記)」와 반고의 「한서(漢書)」가 대표적인데, 물론 그 밖에도 箕子에 관한 기록이 있는 자료가 있기는 하지만, 모두 이 세 史書에 그 근거를 두고 있다. 그런데 문제는 이들 史書는 제마다 그 내용이 약간씩 다르다. 즉 箕子와 武王과의 관계에서 그 우호(友好)여부나 입조(入朝)여부에 대하여 서로 그 기술한 내용이 차이가 난다.

먼저 「상서대전(尙書大傳)」에 따르면, "주(周) 무왕(武王)의 책봉(冊封)을 받은 기자(箕子)는 부득이 신하(臣下)의 예(禮)를 차려야 하므로 B.C. 1100년경(武王 13년)에 주(周) 무왕(武王)을 만났다."고 하고, 무왕(武王)은 그때 기자(箕子)

15) 微子去之 箕子爲之奴 比干諫而死 孔子曰 殷有三人焉 「論語」·微子
16) 이상시(李相時),<단군실사에 관한 고증연구>,(고려원,1990.) 70쪽에서 75쪽까지

dCollection

로부터 홍범구주(洪範九疇)에 대해서 설명을 들었다고 전한다. 그런데 「사기(史記)」·송미자세가(宋微子世家)에는 "기자(箕子)는 신하(臣下)의 예(禮)를 갖추지 않았다."고 하고, 또 「한서(漢書)」·지리지(地理志)에는 "은(殷)의 도(道)가 쇠(衰)하니, 기자(箕子)가 조선으로 망명하였다"고만 하였다. 즉 기자(箕子)와 무왕(武王)과의 우호(友好)관계에 대하여 「상서대전(尙書大傳)」에는 무왕(武王)이 기자(箕子)를 조선후(朝鮮侯)로 봉(封)하고, 그래서 기자(箕子)가 부득이 신하(臣下)의 예(禮)를 차려야 하므로 BC 1100년경(무왕 13)에 주(周) 무왕(武王)을 만났다고 하는데, 그런데 「사기(史記)」의 송미자세가(宋微子世家)는 기자(箕子)는 신하(臣下)의 예(禮)를 갖추지 않았다고 기록되어 있다. 결국 이들 기록은 "箕子가 조선(朝鮮)에 갔다"는 사실만 共通이고, 당시의 사연(事緣)이나 그 후에 일어난 역사적인 사실(事實)에 대해서는 일체 언급이 없다.

그리고 기자조선(箕子朝鮮)의 存續이나 滅亡에 대한 중국의 기록으로는, 「삼국지(三國志)」·위략(魏略)에 "위만(衛滿)에게 왕위를 빼앗긴 준왕(準王)은 箕子의 後裔이다"라는 기술만 있고, 이것이 기자조선(箕子朝鮮)의 존재(存在)를 언급한 유일한 기록으로 볼 수가 있다.

이렇게 殷人 箕子가 주(周)초의 조선(朝鮮)을 다스렸다는 내용의 전승은 고려(高麗)시대에 쓴 「삼국유사(三國遺事)」·「제왕운기(帝王韻紀)」를 비롯한 고래의 우리 문헌에서도 오랫동안 그대로 계승되었다. 「三國遺事」에는 "단군(檀君)은 1500년 동안 아사달(阿斯達)에서 나라를 다스렸다. 周의 武王이 왕위에 오른 기묘(己卯)년에 箕子를 조선(朝鮮)에 봉(封)하니, 단군(檀君)은 이에 장당경(藏唐京)으로 옮겨갔다가 후에 돌아와 아사달(阿斯達)에 숨어서 산신(山神)이 되었다."고 하여 箕子가 곧장 아사달(阿斯達)에 도달하여 단군조선(檀君朝鮮)을 밀어내고 지배세력이 된 것처럼 기술하고 있다.

朝鮮시대에 箕子에 대한 대표적인 논술(論述)로 손꼽히는 선조(宣祖)때의 윤두수(尹斗壽)의 「기자지(箕子志)」, 이이(李珥)의 「기자실기(箕子實紀)」, 한백겸(韓百謙)의 「기자도설(箕子圖說)」, 영조(英祖)때의 서명응(徐命膺)의 「기자외기(箕子外紀)」, 정조(正祖)때의 이가환(李家煥)의 「기전고(箕田攷)」 등이 모두 여기에서 벗어나는 것이 없고, 나아가 箕子를 집안의 元祖로 삼는 上黨(청주) 韓氏·德陽(행주) 奇氏·太原 鮮于氏의 세보(世譜)에는, 기자조선(箕子朝鮮)의 世系와 그 後身인 마한(馬韓)王朝의 世系까지도 소상하게 기록된 것을 볼 수 있다.

箕子의 동래(東來)에 대한 脚色은 우리나라에서도 성행하였으니, 「오주연문장전산고(五洲衍文長箋散藁)」에 인용된 「진단통기(震旦通紀)」에는, "箕子가 殷帝乙시절 병술(丙戌)년에 출생하였고, 周 武王 元年 己卯에 朝鮮에 들어와, 武

dCollection

王 33년 戊午에 죽었고, 재위(在位)는 40년, 수(壽)는 93년 이었다"는 상세한 연대(年代)를 싣고 있었다고 하며, 한치윤(韓致奫)의 「해동역사」도 같은 계열의 자료에 의한 듯한 연대기를 수록하고 있다. 특히 신채호(申采浩)선생은 그의 <前後三韓考>(1925)와 「朝鮮上古史」(1931)에서, 단군조선(檀君朝鮮)이 후에 '삼조선(三朝鮮)'으로 분립(分立)하였다고 하면서, 해씨(解氏) 성(姓)으로서 단군왕검(檀君王儉)의 자손이 다스린 신(眞-辰)조선과, 한씨(韓氏)가 다스렸다고 「잠부론(潛夫論)」에 나오는 말(莫-馬)조선과, 성(姓)은 기씨(箕氏)로 箕子의 자손이 다스린 불(番-弁)조선을 설명한다. 단군조선(檀君朝鮮)의 의의를 누구보다 강조(强調)하는 신채호(申采浩)선생이 기자족(箕子族)의 동래(東來)와 箕子朝鮮인 불(番-弁)조선을 인정하고 그것을 한국 상고사(上古史)의 일부분으로 보았다는 것은 주목할 만하다.

이처럼 기자동래설(箕子東來說)은 전통적인 견해였고, 遺跡으로 평양(平壤)에는 箕子宮이 있었던 것으로 되어 있고, 箕子墓와 箕子井田址는 얼마 전까지도 선전의 대상이었다. 그러나 평양의 箕子祠는 高句麗 때부터 있던 것이지만,[17] 箕子墓에 관해서는 그러한 오랜 기록도 없을 뿐더러, 고려(高麗) 숙종(肅宗) 7년(1102) 평양에 箕子祠를 다시 세울 때 그 墳塋을 구하여 立嗣하였다고 한다. 즉 이름난 平壤 兎山의 箕子墓는 고려 중기에 假造된 것이라고 한다.

현대에 들어와서도 기자동래설(箕子東來說)은 김상기(金庠基)선생의 한·예·맥(韓·濊·貊)의 이동설(移動說), 윤내현(尹乃鉉)교수의 서변병존설(西邊竝存說), 천관우(千寬宇)선생의 이른바 이동설(移動說)에 의하여 명맥을 유지하고 있다.

김상기(金庠基)선생의 <한·예·맥 이동고(韓·濊·貊移動考)>는 "동이(東夷) 계열의 종족은 본래 중국의 북변(北邊)을 거쳐 동(東)으로 발해만두(渤海灣頭)에 이르러, 두 '코스'로 이동하였던 듯하니, 하나는 다시 東으로 진출하여 동남 만주(滿洲)와 한반도(韓半島)방면으로 분포되고, 다른 한 코스는 山東 방면으로 나온 것으로 추찰된다."고 하면서, 한(韓)·예(濊)·맥(貊)이 기주(岐周)에서 협서성(陝西省) 한성현(韓城縣)을 거쳐서, 다시 하북성(河北省) 고안현(固安縣)으로 이동하고, 다시 남만주(南滿洲) 및 한반도(韓半島)로 이동하여, 이것이 후(後)조선인 기자조선(箕子朝鮮)의 모체가 되었다고 하면서, 하북(河北) 방면에서 이동하던 시절은 周의 東遷(B.C. 770년경)과 거의 같은 時期라고 설명한다.[18]

윤내현(尹乃鉉)교수가 주장하는 이른바 서변병존설(西邊竝存說)은, 중국에서 B.C. 11세기경에 周에 의하여 殷商왕조가 멸망하자 기국(箕國)에는 강씨(姜氏)

17) 「舊唐書」·高麗傳
18) 김상기(金庠基), <韓·濊·貊移動考>, (「史海」 1, 1948.)

dCollection

姓의 제후가 지배층의 지위를 장악하는 정변(政變)이 일어났다. 은왕실의 제후였던 자씨(子氏) 성(姓)의 箕子는 쫓기어서 周의 동북지방으로 이동(移動)하게 되어 처음에는 하북성의 연산, 난하의 서부유역에 있었다가, 진(秦)나라가 6국을 통일한 후에는 그 세력에 밀려서 낙하의 중·하류의 동북연안으로 이동하여 정착한 집단이 바로 箕子國(종래의 기자조선)인데, 그 위치는 檀君朝鮮의 서쪽 邊方이었다. 그리고 특히 주목할 만한 것은 이 기자국은 古朝鮮의 뒤를 이은 주류적인 위치에 존재하였던 것이 아니고 그 멸망 때(B.C. 194경)까지 古朝鮮의 서변(西邊)에서 古朝鮮과 竝存하였다. 한편 古朝鮮은, 주변에 있었던 그 연방부족인 예맥(濊貊)·부여(夫餘)·옥저(沃沮)·낙랑(樂浪)·고구려(高句麗) 등이 독립하여 列國시대를 형성할 무렵인, A.D. 3세기경까지 그 명맥을 유지하여 왔다고 한다.

천관우(千寬宇)선생의 이른바 이동설(移動說)은, 기자족(箕子族)은 東夷族의 氏族단위로서, 중국 산서성 태곡현 일대에서 기국(箕國)을 세우고 있었는데, 殷末에 은의 제후국이 되었다가, 周初에 신흥국인 周의 압력을 받아 그 주력이 東方으로 移動하여 하북성 난하(灤河)하류에 일단 정착한 후, 다시 遼西·遼東을 거쳐서 대동강 유역의 평양지역에 이르렀다고 한다. 이 집단이 바로 이른바 箕子朝鮮의 주역인데, 箕子 당시에 직접 평양지역까지 왔다고 보기는 어렵고, 戰國末期에 철기문화가 성숙한 단계에 와서, 燕이 동방침략을 개시한, B.C. 4세기경에 箕子의 後孫이 비로소 平壤에 도달한 것으로 여겨진다고 한다. 천관우선생은 箕子朝鮮이 早期에는 遼東 방면에 있었던 것으로 추측되고, 晩期의 중심지는 大同江 하류에 있었던 것이 거의 분명하다고 본다. 문화단계에 있어서도 早期는 청동기시대요 晩期는 초기初期 鐵器시대가 된다. 그리고 早期에는 실재 여부에 의문점이 많지만, 晩期에는 그것을 箕子朝鮮이 아닌 다른 호칭으로 부르는 한이 있더라도, 實在한 것이 분명하다고 한다.

나. 否定說

기자동래설(箕子東來說)을 부정(否定)하는 학설로는 史學界에서 通說인 부정설(否定說)과 고고학적(考古學的)인 자료를 근거로 하는 부정설이 있다. 통설적인 否定說로는 최남선(崔南善)선생과 이병도(李丙燾)박사와 이기백(李基白)교수가 있고, 고고학적(考古學的)인 자료(資料)를 근거로 하는 否定說은 김정배(金貞培)교수가 대표적이다.

최남선(崔南善)선생의 <朝鮮史의 箕子는 中國의 箕子가 아니다>는 논문이 비교적 早期의 것이면서 그 내용도 비교적 包括的이다.[19] 그 주장을 요약하면,

dCollection

먼저 "箕子는 東來한 形迹이 없다."고 하면서, 箕子의 墓가 中國에 있으며, 史書의 기록 以外에 믿을 만한 유적·유물이 없고, 武王에게 홍범(洪範)을 물려주고 周에 入朝하였다는 기록은 멀리 逃避한 사람으로서는 모순점이 많으며, 또 朝鮮과 周의 사이에는 허다한 부족들이 介在하였는데 그처럼 빈번한 往來가 현실적으로 어렵다는 것이다. 또한 "周 武王이 朝鮮의 강역(疆域)에 손을 댈 수가 없었다."고 하면서, 武王의 세력범위는 황하(黃河)와 중원(中原) 지방도 충분히 덮지 못하였으니, 아무 인연도 없는 海外에다 봉후(封侯)를 할 수도 없었을 것이며, 당시 朝鮮에는 이미 本土勢力이 정착하였는데, 일개 망명자(亡命者)가 이들을 복속(服屬)했을 수도 없다는 것이다. 또 "殷이 亡한 후에도 箕子는 중국에 있었다."고 하면서, 箕子가 무왕에게 홍범구주를 전수한 「尙書」의 기록은 기자의 동래(東來)와는 모순된다는 것이다. 또 "조선에 있는 箕子의 遺跡은 모두 近世의 假宅으로, 평양(平壤)의 箕子墓와 井田 등은 모두 고려(高麗) 중세 이후의 附會이다."라고 한다. 또 箕子가 禮樂을 조선에 傳播하였다고 하면서, 그 수세기 後인 기자조선 末에 겨우 王名이 한 둘 傳할 뿐이니 기록상으로도 箕子가 중국 文物을 조선에 傳한 根據가 없다고 본다. 따라서 箕子의 동래(東來)는 "중국인의 풍습인 氏係的 異民同化術에서 유래된 것이다"고 한다. 즉 중국인은 주변 種族의 祖上을 '中國的 系圖'로 만드는 것이 전통적 풍습이며, 중국 周邊에 거주하는 他民族들 자신도 중국문화에 젖으면 자기의 氏族의 淵源을 중국에 결부시키는 일이 많았다고 한다. 중국의 史書들의 기록을 종합해 보면, 箕子 이외에도 匈奴의 시조라는 순유는 夏나라 桀왕의 후손이고, 西戎은 夏나라에서 移住해간 사람들이라 하며, 鮮卑족의 조상은 有雄씨의 후손이고, 西羌의 조상은 有虞씨의 후손이라고 하며, 倭의 조상은 吳나라 太白의 후손이라고 한 것 등이 그런 유형이라고 지적했다.

이병도(李丙燾) 박사는, 「尙書大傳」과 「史記」의 송미자세가 및 「漢書」의 지리지·연조의 기록들을 비교하여 보면, 문헌마다 箕子가 동래(東來)한 시기(時期)가 不一致하고 그 先後가 뒤바뀌어 있기도 하여 믿을 수가 없고, 특히 箕子가 周에 入朝했다는 시점(時點)이 현실적으로 불가능하거나 맞지 아니하는 모순점이 있다고 한다. 또 中國에도 기자총(箕子塚)이 있는 것으로 볼 때 기자동래설(箕子東來說)은 후세에 訛傳되거나 혹은 操作된 전설에 불과하다고 한다. 그는 기자동래설은 "箕子와는 상관이 없는, 우리 土着의 氏族이 요동지방에서 아사달(阿斯達)로 침투하여 아사달사회의 기존의 支配氏族을 남쪽으로 몰아내고, 阿斯達사회의 새로운 지배씨족으로 등장한 것이 잘못 訛傳된 것이다"고 하

19) 최남선(崔南善), <朝鮮史의 箕子는 中國의 箕子가 아니다>,(「全集」 2, 1929.)

dCollection

면서, 이 "新舊 支配씨족의 교체연대는, 殷末周初가 아니고, 周의 東遷 後인 春秋時代의 初期에 해당되는 것으로 추측된다."고 주장한다. 왕부(王符)의 「잠부론(潛夫論)」에, "후에 韓의 西쪽에서도 또한 韓氏의 姓을 칭한 侯가 있었는데 후에 위만(衛滿)에게 침벌(侵伐)되어 海中으로 천거하였다"는 기록이 있는데,[20] 구절 중에 나오는 '한서(韓西)'는 '한동(韓東)'을 잘못 誤記한 것이라고 주장하면서, 여기에서 말하는 韓氏의 姓을 가진 侯가 바로 이 아사달(阿斯達)사회의 새로운 支配者라고 한다. 왜냐하면 위만에게 쫓겨 海中으로 이동한 사람은 소위 箕子朝鮮의 마지막 왕인 準이 분명하기 때문이다.

그런데 이와 같은 사실은, 「삼국지(三國志)」의 魏志·東夷傳·韓條에서 "侯인 準이 僭號하여 王을 칭하다가, 燕의 亡人 衛滿의 공격을 받아 그 좌우와 궁인을 거느리고 바다로 走하여 韓地에 居하면서 스스로 한왕(韓王)이라 불렀다"는 기록과[21], 同書의 韓條의 裵松之集註에 인용된 「위략(魏略)」에 "그의 아들과 친척으로 本國에 있던 者들도 인하여 韓氏로 冒姓하였다."는 기록[22] 等을 종합하여 보면 "準王이 海中에서 韓王이라고 自稱한 것은 결국 자기 본래의 성씨인 韓氏를 붙여서 그렇게 稱한 것이 틀림없다고 본다. 그렇다면 이 아사달(阿斯達)사회의 新지배자인 한후(韓侯)는 箕子와 상관이 없는 우리 土着社會의 氏族이 세운 나라가 틀림없으므로 그 본래의 姓氏를 따라서 한씨조선(韓氏朝鮮)이라고 호칭하여야 한다."고 주장한다.

이기백(李基白)교수는 "檀君朝鮮을 古朝鮮이라 칭한다."는 전제하에 箕子朝鮮을 古朝鮮의 後期의 역사기록이라고 한다. 서영수 교수는 "위만조선(衛滿朝鮮) 以前의 조선시대를 古朝鮮이라고 부르는 것이 옳다"고 하면서, 箕子는 殷人으로 그 실체가 밝혀졌으며 "기자족(箕子族)이 殷末周初에 동북쪽으로 移動한 것은 사실이나, 대릉하(大陵河)유역에 거주하다가 늦어도 春秋末期에는 消滅된 세력이다"고 이해하며, 나아가서 "설령 기자족(箕子族)을 동이족(東夷族)의 한 支流로서 인정한다고 하더라도, 古朝鮮을 대체한 세력으로는 볼 수 없다."고 한다.

한편, 고고학적(考古學的)인 資料를 근거로 하는 부정설(否定說)을 주장하는 김정배(金貞培)교수는 "箕子의 東來에 해당하는 B.C. 12세기 이후의 韓半島안에 분포된 無紋土器와 지석묘와 석관묘 등의 遺跡·遺物에서나 또는 靑銅器문화에서 中國的인 要素를 발견할 수 없다"는 사실을 들면서, "그 당시 중국과

20) 昔周宣王 亦有韓侯 其國也近燕……其後韓西亦姓韓 爲衛滿所伐 遷居海中 「潛夫論」9卷·志氏姓
21) 走海居韓地 自號韓王 「三國志」·魏志·東夷傳·韓條
22) 其子及親留在國者 因冒姓韓氏 「三國志」·魏志·東夷傳·魏略

dCollection

한국 사이에 文化的 交流가 없었다는 사실을 알 수 있다"고 한다. 그러므로 考古學的인 측면에서 볼 때에는 기자의 동래는 전혀 根據가 없다고 한다. 종래의 이른바 箕子朝鮮에 해당되는 이 기간은 新石器시대에 해당되는 고조선 즉 단군조선(檀君朝鮮)시대와는 구별되어야 하며, 문화발전의 단계로 볼 때에는 이 시기가 無紋土器 단계로 전환함과 동시에 靑銅器문화 단계에 진입하는 시기로서 그 문화를 담당하는 근간인 민족은 '알타이'족 계통에 속하는, 예맥족(濊貊族)이다. 그러므로 종래 문헌상으로 箕子朝鮮에 해당되는 기간을 예맥조선(濊貊朝鮮)이라 불러야 한다는 주장이다.

이처럼 箕子朝鮮을 부인(否認)하는 주장은, 國內의 기록인 「단기고사」·「단군고기」등 근대에 와서 나타난 사서(史書)에도 나와 있고, 近代에 활동한 정인보 선생, 안재홍선생, 안호상선생 等 여러 學者들의 著書에서도 볼 수 있다. 그러나 「단기고사」나 이른바 「환단고기」에 대하여는 史書로서의 객관적 가치가 아직은 의문시되고 있으며, 근대의 부정설(否定說)들은 모두 낱말의 音韻을 토대로 한 주장이 중심이며 文獻의 기록과는 거리가 먼 견해로서 그 주장을 증명하는 根據를 명확히 제시하지 못하고 있기 때문에 설득력이 없다는 지적을 받고 있다.

다. 「周易」의 '기자지명이(箕子之明夷)'

위에서 본 바와 같이 현재 우리 나라에서 통설적인 위치를 차지하고 있는 부정설(否定說)은 그 공통적인 논거가 "箕子는 한족(漢族)의 인물이다"는 것이 그 前提가 되어 있는 것 같다. 즉 箕子의 동래(東來)와 箕子朝鮮의 실존(實存)을 부인(否認)하거나, 기자조선의 실체를 한씨(韓氏)라 칭하는 우리의 土着 氏族集團이 遼西지방에서 침투하여 고조선 세력을 몰아내고 이와 교체되었으며 따라서 기자조선의 실체는 古朝鮮의 後期 왕조로 보아야 한다고 주장한다. 이런 주장들은 史書나 문헌 기록에 根據가 없을 뿐 아니라, 일종의 배타적인 민족감정에서 나온 주장으로 오해받기가 쉽다. 또 箕子의 동래와 箕子朝鮮의 실존에 관한 史料가, 殷末周初에 箕子의 東來사실을 수록한 初期의 기록과 箕子朝鮮 末期 사실을 수록한 기록만이 現存하고 있고, 그 中期에 관한 기록이 없다는 것을 주목하여, 箕子의 後孫들이나 儒家에 의하여 날조(捏造) 보충(補充)된 것이라고 주장하고 있으나, 이 부분이 僞作되었다고 단정할 만한 確證도 없을 뿐만 아니라, 漢族이 아닌 周邊民族의 역사가 중국의 史書에 始終 모두 記錄될 이유도 없는 것이다.

箕子의 國籍에 대하여, 近來의 中國 史學者間에 朝鮮으로 동래(東來)한 箕子

dCollection

는 漢族系統이 아니고 동이족(東夷族)의 인물이라는 주장이 있다.[23] 즉 그 代表的인 例로 부사년(傅斯年) 교수는 상(商)나라의 시조 설(挈)은 治水에 功이 있었으므로 같은 동이족(東夷族)계의 제왕(帝王)인 순(舜)에게 발탁되어 사도(司徒)의 벼슬에 있었는데, 그 치적이 우수하므로 하남성의 상구현 자리에 있었던 商國의 侯로 책봉되면서 자씨(子氏) 성(姓)을 하사받아 대대로 世襲되어 오다가, 성탕(成湯)에 이르러서 B.C. 1776에 漢族이 세운 夏왕조를 타도하고 商왕조를 창건하였다고 한다. 그러므로 상(商)왕조는 동이족(東夷族)의 후예가 세운 나라가 분명하며, 商의 王族인 箕子의 국적도 당연히 동이(東夷)이다. 따라서 그 후 漢族인 周에 의하여 그 조국인 殷왕조가 멸망되자, 箕子는 漢族인 周를 등지고, 자기의 祖上이 살던 朝鮮지방으로 亡命할 수 밖에 없었고, 조선족의 근간을 이루고 있던 예맥(濊貊)족으로부터 君長으로 推戴되어 나라를 형성하고 國號도 계속 朝鮮으로 呼稱하였다는 이야기가 당연한 것으로 받아들여질 수가 있다.

국내에서 제기되는 기자동래설(箕子東來說)의 是非 問題는 중국 史書의 內容에 대하여 그 眞僞여부에 疑問을 제기하는 史學者들이 많아지면서 否認하는 경향이 점점 짙어가고 있는 것 같다. 오늘날 중국 정부의 이른바 '東北工程'을 목격하는 우리들로서는 더욱 그런 疑懼心을 떨쳐 버리기 어렵다. 그러나 중국의 史家들이 쓴 史書가 아닌 문헌인 경우에는 굳이 이런 의심을 할 필요가 없을 것 같다. 예를 들면 「周易」은 일종의 점책(占冊)으로 史家들의 中華思想이 개입될 여지가 없는 문서이다. 이 占書의 編纂 年代가 殷末周初이므로, 더욱 의문을 제기할 것이 없다. 이 「周易」에는 편찬 당시의 國家 狀況을 占辭에 多數 포함하고 있는데, 그 중에서 王이 등장하는 爻辭가 세 개나 된다.[24]

「周易」에는 명이(明夷)라는 괘(卦)가 있고 그 괘(卦)의 오효(五爻)인 육오(六五)의 효사(爻辭)에 '기자지명이(箕子之明夷)'라는 구절이 있다.[25] 여기에 나오는 箕子가 바로 殷末周初에 살았던 殷의 王族으로 「尙書」에 있는 홍범(洪範)의 主人公인 점에 대해서는 異說이 없다. 이 효사(爻辭)는 이른바 「역경(易經)」의

23) 부사년(傅斯年)은 그의 논문인 <이하동서설(夷夏東西說)>에서 은족(殷族)을 동이(東夷)의 일파로 보며 결국 箕子족도 동이계의 한 지족(支族)이라는 전제하에 논리를 전개하고 있다. 徐亮之도 그의 저서 「中國史前史話」에서 "이로 미루어 본다면 상(商) 또는 은(殷)나라는 요동에 있는 조선의 동이(東夷) 땅에서 일어났음이 분명하다는 사실을 알 수 있다"고 하고 있고, 또 芮逸夫도 "중국 고대의 은족(殷族)과 한국 문화의 기초를 이룬 古朝鮮은 동원(同源)이라고 할 수 있다"라고 하고 있으며, 傅樂成 역시 "은족(殷族)은 동이(東夷)에 속한다고 볼 수 있다"고 하고 있다. 그 밖에도 王國維, 徐中舒, 胡適, 丁山, 陸懋德, 徐永梁, 姜亮夫, 陳夢家, 胡厚宣 등 대다수의 중국학자들도 은족(殷族)이 동이(東夷)에서 왔다는 의견을 발표하고 있다.

24) 泰卦의 六五에 나오는 帝乙, 旣濟괘의 九三에 나온 高宗, 明夷卦의 六五에 나오는 箕子가 모두 王이다.

25) 明夷 利艱貞. 六五 箕子之明夷 利貞「易經」· 明夷

dCollection

本文으로서 周나라 初期부터 전해오는 글귀이니 箕子를 언급한 기록으로는 最古의 자료라고 할 수 있다. 우리는 이 가장 오래된 '기자지명이(箕子之明夷)'의 해석을 통하여 箕子의 東來여부에 대하여 살펴보고자 한다.

「易經」에 등장하는 이 '명이(明夷)'라는 괘(卦)에 대해서는 그 괘명(卦名)의 해석을 둘러싸고 異說이 있는데, 종래의 通說은 명이(明夷)를 "명(明)은 밝음이요, 이(夷)는 상(傷)함이다"라고 해석하여, '밝음이 상(傷)했다'라고 풀이한다. 이러한 해석은 最初의 易經 해설서인 <십익(十翼)>에서 비롯하는데[26], 즉 서괘전(序卦傳)에서 '이자상야(夷者傷也)'라고 하여 夷字를 상(傷)할 이(夷)로 해설하였고, 이러한 해석은 후대의 역학자에게도 그대로 계승되어, 한(漢)나라의 우번(虞飜)·정현(鄭玄)과[27] 당(唐)대의 공영달(孔穎達)을 거쳐[28] 송(宋)의 정이(程頤)·주희(朱熹)등이 모두 '명이(明夷)'를 "명(明)은 밝음이요 이(夷)는 상(傷)한다는 뜻이니, 밝음이 상(傷)했다"라고 풀이하였다. 이와 다른 해석으로는 잡괘전(雜卦傳)에서 '명이주야(明夷誅也)'라고 한 것이 있고, 「주역집해」에서 이정조(李鼎祚)가 '이(夷)는 멸(滅)이다'라고 해석한 것이 있으나, 죽인다는 주멸(誅滅)이나 다친다는 상(傷)이나 그 의미는 비슷하므로 같은 해석으로 본다.

이러한 通說에 따르면 '명이'(明夷)의 六五의 爻辭인 '기자지명이(箕子之明夷)'라는 구절은, 箕子가 당시의 殷王인 紂의 失政을 諫하다가 미움을 받아 감옥에 수감되어 노역(奴役)을 하게 되자 王의 눈을 속이기 위하여 머리를 풀고 거짓으로 미친 척 행동하였던 고난(苦難)과 은둔(隱遁)의 행적(行蹟)을 '명이(明夷)'라는 용어로 나타낸 것으로 풀이한다. 즉 명이(明夷)괘의 단전(彖傳)에서 말한 "그 밝음을 감추고, 안으로 어려움을 견디어 그 뜻을 능히 바르게 지키는 것은 箕子가 행한 것이다 (晦其明也 內難而能正其志 箕子以之)"라는 의미로 해석하여, '기자지명이(箕子之明夷)'를 '기자적명이(箕子的明夷)'로 해석하였다.

그러나 주역 64괘의 효위(爻位)를 풀이하는 學說에 따르면, 육효(六爻)중에서 오효(五爻)의 위치는 원칙적으로 천자(天子)의 지위(地位)를 의미하므로 당시의 군주였던 주왕(紂王)이 여기에 해당한다고 보아야 한다. 그러므로, 오효(五爻)에 왕(王)도 아닌 箕子가 등장한 이유에 대해서는 해석이 갈린다. 마융(馬融)은 "箕子가 비록 왕(王)은 아니지만 왕(王)의 덕(德)을 갖추고 있었기 때문에 육오(六五)에 배대(配對)하였다"고 해석하고, 공영달(孔穎達)은 "상효(上爻)가 암군(暗君)이니 오효(五爻)는 가장 가까운 위치로 친척(親戚)인 箕子를 나타낸다"고

26) 이른바 「周易」에는 점서(占書)인 「易經」과 해설서인 <십익(十翼)>이 같이 편집(編輯)되어 있다.
27) 李鼎祚,「周易集解」·明夷
28) 孔穎達,「周易正義」·明夷

dCollection

보았는데, 그 뒤의 대표적인 역학자인 宋·明의 정이(程頤)·주희(朱熹)·래지덕(來知德)등이 이 해석을 그대로 추종하였다.[29] 다만 근대의 상병화(尙秉和)는 「주역상씨학(周易尙氏學)」에서 "육오(六五)는 천자(天子)의 위치(位置)이니, 해자(孩子)의 명이(明夷)로 주(紂)의 혼몽(昏蒙)을 말한다"라고 해석하여 오효(五爻)를 천자(天子)의 자리로 보는 원칙을 고수하고자, 箕子를 발음이 같은 해자(孩子)로 고쳐서 해석을 시도하였다.

그러나 이런 통설(通說)에 대하여 '명이(明夷)'를 괘상(卦象)을 기준으로하여 다른 각도에서 해석하는 견해가 있다. 단전(彖傳)과 대상전(大象傳)에서는 '명입지중 명이(明入地中 明夷)'라고 하여 태양인 이(離)가 땅을 의미하는 곤(坤)의 아래로 들어가서 허공이 캄캄한 것을 명이(明夷)라고 해설한다. 이와 같은 견해가 우리나라 다산 정약용(丁若鏞) 선생의 해석이다. 그는 "해가 천상(天上)에 있으면 중국이 밝고, 해가 땅속으로 들어가면 외국이 밝다. 주왕(紂王)이 있던 시절은 중국은 어두워서 해가 땅속에 들어간 것과 같고, 이국(夷國)은 밝은 때이다."는 의미로 해석하였다.

한편 중국의 이경지(李鏡池)교수는 그의 「주역통의(周易通義)」에서 '명이(明夷)'는 다의(多義)를 가진 단어로서 일출처(日出處)의 국명(國名)으로도 해석하고, 다시 육오(六五)의 효사(爻辭)에서 '명이(明夷)'를 동방(東方)의 나라로 일출처(日出處)라고 보고, '지(之)'자(字)를 '간다'는 '왕(往)'의 뜻으로 새겨서, '기자지명이(箕子之明夷)'를 "箕子가 동방(東方)의 나라인 일출처(日出處)로 갔다"고 풀이한다.[30] 즉 "이 효사(爻辭)는 은(殷)이 망(亡)한 뒤의 고사(故事)로서, 주왕(紂王)의 친척인 箕子가 명이(明夷)라는 국(國)으로 갔다."고 해석하여, 종래의 통설과 달리 箕子가 해 뜨는 동쪽 나라에 간 당시의 사실(事實)을 기록한 점사(占辭)로 본다. 이 견해는 「역경」의 점사(占辭)는, 은말주초(殷末周初)와 고대(古代)에 있었던 점(占)친 기록(記錄)을 정리하여 편찬한 것이므로, 역사적 사실도 당연히 함께 기록될 수 있다고 보는 주장에 속하는데, 이런 경향은 근래에 점차 확산되고 있다.[31] 한편 중국의 오신초(吳新楚)교수는 그의 <주역이문교정(周易異文校訂)>에서 주역(周易)의 점사(占辭)에는 '지(之)'자(字)를 '간다'고 해석한 예(例)가 없다고 하면서, <경사연석(經詞衍釋)>의 "지(之)는 유(有)이다(之猶有也)"라는 주장을 따라서,[32] 지(之)를 유(有) 즉 득도(得到)라고 해석하여 "箕子가 명이(明夷)에 득도(得到)했다"고 풀이한다. 이렇게 '지(之)'자(字)를

29) 前揭書 참조
30) 李鏡池, 「周易通義」,(中華書局, 1981, 北京)
31) 李大用, 「周易新探」,(北京大學出版社,1992.) 黃凡,「周易·商周之交史事錄」,(汕頭大學出版社, 1995.)
32) 吳昌瑩, 「經詞衍釋」,(中華書局, 1956.)

dCollection

종래의 '적(的)'이라는 의미에서 '왕(往)' 또는 '유(有)'의 뜻으로 새기는 견해가 중국의 역학에서 나타나는 현상은 주의할 만하다. 또 중국의 황범(黃凡) 교수는 "주역(周易)의 명이(明夷)라는 단어가 어떻게 발전하여 조선(朝鮮)이라는 단어가 되었는가?"를 고찰하면서, "명이(明夷)가 바로 조선(朝鮮)을 지칭한 것이다"고 자세하게 설명하고 있고,[33] 또 중국에서 간행된 한어대사전(漢語大詞典)(1997, 縮印本)에도 '명이(明夷)'를 바로 '동방지국(東方之國), 일출처(日出處)'라고 설명하고 있으니, 이런 정도라면 명이(明夷)가 조선(朝鮮)을 말한다고 할 수가 있고, '기자지명이(箕子之明夷)'가 바로 箕子의 동래(東來) 사실을 가리키는 점사(占辭)라고 해석하여도 무리가 없을 것 같다. 특히 이 효사(爻辭)가 군주(君主)를 의미하는 오효(五爻)에 등장하는 이유도 箕子가 동이(東夷)에 가서 왕(王)이 되었다는 사실을 강조한 것으로 해석할 수 있으므로, 주역(周易) 명이(明夷)의 기자지명이(箕子之明夷)는 바로 기자동래(箕子東來說)를 말한 역사적인 기록(記錄)으로 볼 수가 있다. 즉 箕子가 은(殷)이 망하자 고국(故國)을 찾아서 동쪽으로 조선(朝鮮)으로 갔다는 것을 '기자지명이(箕子之明夷)'는 말하고 있으며, 그는 그의 영지(領地)였던 기(箕)나라로 가지 않고 추종자들을 인솔하여 그의 본적지(本籍地)인 동방(東方)의 해 뜨는 곳으로 이동하였고, 그런 과정에서 이른바 箕子朝鮮을 세웠다고 본다면 해석에 무리가 없는 것 같다.

한편 箕子에 대한 기록이 「주역(周易)」에 있다고 하여, 箕子를 한족(漢族)으로 보고 "箕子朝鮮은 한족(漢族)의 역사(歷史)이다"라고 주장할 가능성도 있지만, 중국 사학자인 부사년(傅斯年)의 <이하동서설(夷夏東西說)>을[34] 비롯하여 많은 중국의 학자들이 논문을 통하여, 상(商)나라는 원래 동이(東夷)가 세운 나라라고 주장하고 있으니, 중국(中國) 사학계에서도 箕子의 본적(本籍)을 두고 한족(漢族)이라고 억지를 쓰는 상황이 아닌 것이다.

또 "箕子가 周의 武王에 의하여 고조선의 왕으로 책봉(冊封)되었다"는 주장도 있지만, 당시 새로 중원(中原)의 주인자리를 가까스로 차지한 주(周)의 세력으로 동방(東方)지역에까지 제후를 봉한다는 것은 믿기 어렵다. 굳이 동봉(東封)했다고 주장하더라도, 箕子가 은(殷)나라 주왕(紂王)의 제부(諸父)로 기국(箕國)의 제후였다는 사서(史書)의 기록을 참조한다면, 기국(箕國)의 제후(諸侯)로 봉했다고 보는 것이 온당한 해석이라 하겠다.

---

33) 黃凡, 前揭書, 142쪽에서 152쪽까지.
34) 傅斯年,「傅斯年全集」제2권,(中國. 湖南教育出版社, 2003,) 181쪽에서 232쪽까지.

dCollection

2. 箕子의 犯禁八條

1) 箕子와 犯禁八條의 관계

중국 史書에는, 箕子가 해 뜨는 조선(朝鮮)으로 가서 "팔조(八條)의 敎로 백성을 가르쳤다"는 기록이 있다. 이 전설은 「한서(漢書)」·지리지(地理志)·연조(燕條)와 「삼국지(三國志)」·위지(魏志)와 「후한서(後漢書)」·동이전(東夷傳)·예전(濊傳)에 모두 실려있다.

즉 「삼국지(三國志)」·위지(魏志)의 동이전(東夷傳)·예전(濊傳)에는, "옛날 箕子가 조선으로 가서 八條의 敎를 만들어서 이를 가르치니, 문호(門戶)를 잠그지 않았고 백성이 도둑질을 하지 않았다."[35]고 하였다.

또 「후한서(後漢書)」의 동이전(東夷傳)·예전(濊傳)에도 "옛날 武王이 箕子를 조선에 封하자, 箕子가 禮義를 가르치고 蠶業을 전했다. 또 八條의 敎를 만들어서 그 사람들이 끝내 도둑질을 하지 않아서 門戶를 잠그는 일이 없었다."[36] 고 운운(云云)하였는데, 그 末尾에 붙은 論贊에서 이를 부연(敷衍)하기를 "옛날 箕子가 殷이 衰하여지자 朝鮮으로 피(避)하였다. 그 나라에 國俗이 있다는 것을 듣지 못하더니, 八條의 約을 시행하여 사람들에게 禁止사항을 알렸는데, 드디어 나라에는 淫盜가 없고, 大門을 잠그지 않고, 완고하고 경박한 풍속을 고쳐서 너그럽고 간단한 禁法을 이루어 수백천년 동안 시행되었다. (中略하고) 연인(燕人) 위만(衛滿)이 그 風習을 어지럽히면서 바야흐로 각박하게 달라졌다. 老子가 말하기를 "법령이 많아지면 盜賊이 많아진다."고 했는데, 箕子의 간단하게 생략한 條文은 信義를 활용했으니, 聖賢이 법을 제정하는 그 原理를 터득(攄得)하였다"[37]고 하면서 箕子의 敎化를 極讚하였다. 이 두 가지 史書가 그의 내용에는 다소의 차이(差異)가 있지만, "箕子가 八條의 敎 또는 八條의 約을 만들어 조선(朝鮮)의 風俗을 敎化시켰다"는 의미만은 一致한다. 원래 「後漢書」의 東夷傳은 「魏志」의 東夷傳과 「魏略」을 참고한 것이 많아서, 인용한 兩書의 記載가 서로 비슷한 내용일 수밖에 없다.

그러나 위에서 인용한 두 가지 史書의 內容은 모두가 「한서(漢書)」·지리지(地理志)·연조(燕條)의 내용을 그 근거로 삼고 있는 것 같은데, 「한서(漢書)」에는 아래와 같이 실려 있다.

---

35) 昔 箕子旣適朝鮮, 作八條之敎, 以敎之, 無門戶之閉, 而民不爲盜, 「三國志」·魏志·東夷傳·濊傳

36) 昔 武王封箕子於朝鮮, 箕子敎以禮義傳蠶, 又制八條之敎, 其人終不相盜, 無門戶之閉, 「後漢書」·東夷傳·濊傳

37) 昔 箕子違衰殷之運, 避地朝鮮, 始其國俗未有聞也, 及施八條之約, 使人知禁, 遂乃邑無淫盜, 門不夜扃, 回頑簿之俗, 就寬略之法, 行數百千年, (中略), 燕人衛滿 擾雜其風, 於是, 從以澆異焉 老子曰'法令滋章, 盜賊多有' 若箕子之省簡文條,, 而用信義, 其得聖賢作法之原矣「後漢書」·東夷傳·濊傳

dCollection

"殷나라의 道가 衰退하자 箕子가 朝鮮으로 가서 백성들에게 禮義와 농사·누에치기·길쌈을 가르쳤다. 樂浪지방의 朝鮮백성은 범금팔조(犯禁八條)가 있으니, 살인자(殺人者)는 즉시 죽여서 갚고, 상해(傷害)는 곡식으로 배상하고, 절도범(竊盜犯)은 남자는 피해자의 노(奴)가 되고 여자는 비(婢)가 된다. 속형(贖刑)을 원하면 사람마다 50만(萬)이다. 비록 노비(奴婢)를 면(免)하더라도 사람들이 수치(羞恥)스럽게 여겨서 아무도 서로 혼인하지 않았다. 이리하여 사람들이 훔치지 않아서 대문을 잠그는 일이 없었다. 婦人들은 貞信하고 盜辟하지 않는다. 그 田民이 음식은 그릇을 사용하고, 도읍에 파견된 관리와 왕래하는 상인(商人)들이 왕왕(往往) 그릇을 사용하였다. 군(郡)을 설치한 초(初)에는 官吏를 遼東에서 뽑아 왔는데, 이 관리들은 "백성들이 대문을 잠그지 않는 것을 보았다"고 한다. 장사하러 온 상인(商人)들이 밤에 도둑질을 하게 되면서 풍속이 점차 刻薄해 졌다. 지금은 犯禁도 많아져서 60여조가 된다. 仁賢의 敎化가 이렇게 貴重하구나!"[38] 犯禁의 내용에 관하여 가장 자세한 이 「한서(漢書)」의 내용을 가지고, 이른바 箕子의 犯禁八條에 대하여 살펴보고자 한다.

오늘날 箕子의 동래(東來)와 동봉(東封)을 否認하는 歷史學者들은, 소위 '樂浪 朝鮮民의 犯禁八條'란 것은 箕子와는 전혀 關聯이 없는 것으로, 한반도 內에 있던 朝鮮에 本有하던 禁法이라고 한다. 즉 이것은 八條의 敎나 約이 아니라 그 내용이 法律로서 이른바 刑法이라고 해석한다. 한편 기자동래설(箕子東來說)을 주장하는 경우에도 이 犯禁八條에 대하여는, 그것이 箕子가 直接 정한 것이라는 설과 그것을 부정(否定)하는 설로 갈라지고 있다.

중국 史書들의 견해는 이른바 범금팔조(犯禁八條)를 箕子가 동래(東來)하여 直接 制定한 규약이라고 본다. 그러나 우리나라 史學者들은 범금팔조(犯禁八條)를 箕子와 관련되는 것이 아니고 '樂浪 朝鮮民의 犯禁八條'라고 보는 說이 많다. 이병도(李丙燾)선생은, "범금팔조(犯禁八條)와 箕子와는 아무런 관련이 없다"고 한다.[39] 그는 "「위지(魏志)」와 「후한서(後漢書)」의 찬자(撰者)들이 「한서(漢書)」에 나온 범금팔조(犯禁八條)를 箕子가 制作하였다고 기록한 것은 이 글에서 두 가지를 오해(誤解)했기 때문이다"고 설명하면서, "하나는 「한서(漢書)」에 나오는 「織作」의 「作」 字를 다음 구절과 연결시켜서 '作樂浪朝鮮民犯禁八條'이라고 오독(誤讀)한 것이고, 둘은 「한서(漢書)」의 글 末尾에 붙은 '可貴

38) 殷道衰, 箕子去之朝鮮, 敎其民以禮義田蠶織作, 樂浪朝鮮民 犯禁八條, 相殺以當時償殺, 相傷以穀償, 相盜者, 男沒入爲其家奴, 女子爲婢, 欲自贖者人五十萬, 雖免爲民, 俗猶羞之, 嫁取(娶)無所讎, 是以, 其民終不相盜, 無門戶之閉, 婦人貞信, 不盜辟, 其田民 飮食以籩豆, 都邑頗放(倣)效吏及內郡賈人, 往往以杯器食, 郡初, 取吏於遼東, 吏見民無閉藏, 及賈人往者, 夜則爲盜, 俗稍益薄, 今於犯禁, 浸多至六十餘條, 可貴哉, 仁賢之化也, 「漢書」·地理志·燕條

39) 이병도(李丙燾),「韓國古代史硏究」,(박영사, 1992.) 57쪽에서 64쪽까지.

dCollection

哉, 仁賢之化也'라고 한 문장을 보고 오해(誤解)한 것이라"고 한다. 즉 하나는 앞부분의 '敎之以禮義·田蠶·織作'이란 문장에서 「作」字는 앞의 「織」字와 연결하여 직조(織造)란 뜻으로 사용한 것인데, 「作」字를 分離시켜서 다음 句節에 붙여서 '作樂浪朝鮮民犯禁八條'로 잘 못 보고, "낙랑조선민(樂浪朝鮮民)의 범금팔조(犯禁八條)를 制作하였다"라고 오독(誤讀)하였다는 것이다. 「魏志」에 「作八條之敎」나, 「後漢書」에 「制八條之敎」라고 기록한 것은 모두 이런 誤讀에서 犯한 두찬(杜撰)이다. 또 둘은 「한서(漢書)」의 글 末尾에 나온 「可貴哉 仁賢之化也」란 것에서 유래하는데, 이 감탄사는 「漢書」의 撰者가 樂浪 朝鮮民의 犯禁八條를 回想하면서, 막연히 箕子가 敎化한 영향으로 그런 美風良俗이 형성되었다고 推測해서 발설한 歎辭에 불과한 것이다. 다시 말하면, "樂浪 朝鮮民 사회에는 옛날부터 箕子와 같은 仁賢의 感化를 받아서 犯禁八條라는 簡素한 法律이 행하여 왔는데, 漢代인 樂浪郡 時代에 이르러는 漢人들인 官吏·商人의 왕래로 풍습이 각박하여져서 犯禁이 60餘條로 늘어났다"고 탄식한 것이다. 이와 같이 「漢書」에는 箕子가 直接 八條禁法을 制作하였다는 말이 없는데, 「위지(魏志)」와 「후한서(後漢書)」의 찬자(撰者)들이 잘못 옮긴 것이라고 이병도 박사는 설명한다.

한편 김민수(金玟秀)교수는 범금팔조(犯禁八條) 또는 팔조지교(八條之敎)의 내용은 樂浪朝鮮뿐 아니고 부여(夫餘)(「삼국지(三國志)」)·고구려(「구당서(舊唐書)」)·백제(「주서(周書)」)에도 두루 나타나고 있는데, 특히 예족(濊族)으로 분류할 수 있는 왜(倭)에서도 나타난 것을 보면, 예맥족(濊貊族) 일반에게 널리 알려진 慣習法이라고 해석한다.[40] 또 본래 箕子의 理念은 홍범구주(洪範九疇)이므로 범금팔조(犯禁八條)라는 형법(刑法)과는 거리가 멀다고 하면서, 범금팔조(犯禁八條)를 箕子가 만든 것이 아니라고 주장한다.

생각하건대, 犯禁八條가 설령 기자의 작품이 아니라고 하더라도, 낙랑지역의 조선민들이 기자가 동래한 시절부터 지켜온 禁法이라는 사실은 여러모로 인정할 수가 있으므로, 우리는 法思想의 측면에서 범금팔조를 이른바 기자조선시대의 자료로 사용하여도 무방하다고 본다.

2) 犯禁八條의 內容

범금팔조의 내용을 직접 다룬 史學者들의 論文은 매우 드물어서, 이병도(李丙燾)선생의 논문이 거의 唯一한 해설문이라고 할 수 있다. 이병도(李丙燾)선생은 "八條의 全文은 불행히도 온전하게 전하지 아니하나, 그 중의 약간 條目

40) 김민수(金玟秀),「古朝鮮의 始原과 變遷에 관한 연구」,(구성문화원, 1998.) 21쪽.

dCollection

이 「漢書」의 記錄중에 보이고 있는 것은 不幸중 多幸한 일이라 하겠다. 이는 成文法이라기 보다는 不文인 慣習法으로 보는 것이 옳을 듯하다."고 전제하면서, 刑法에 해당하는 것이 명백한 세 개 條目인, '살인자(殺人者)는 즉시 죽여서 갚고, 상해(傷害)는 곡식(穀食)으로 배상하고, 절도범(竊盜犯)은 남자는 피해자의 노(奴)가 되고 여자는 비(婢)가 된다. 속전(贖錢)을 원하면 사람마다 50만(萬)이다'는 문장을 다음과 같이 해설한다.[41]

1. 「相殺, 以當時償殺」 즉, 살인자(殺人者)는 즉시 죽여서 갚는다.

2. 「相傷, 以穀償」 즉, 상해(傷害)는 곡식(穀食)으로 배상한다.

3. 「相盜者, 男沒入爲其家奴, 女子爲婢, 欲自贖者人五十萬」 즉, 절도범(竊盜犯)은 남자는 피해자의 노(奴)가 되고 여자는 비(婢)가 된다. 속전(贖錢)은 사람마다 50萬이다.

第一條目은 生命에 관한 것으로 "남의 生命을 앗은 자, 즉 殺人者는 直時 죽음으로써 갚는다"는 것, 다시 말해서 死刑에 처한다는 것이다.

第二條目은 身體에 관한 것으로, "남의 身體를 傷害한 자는 곡물(穀物)로써 갚는다"는 말이니, 위자료(慰藉料)를 문다는 것이다.

第三條目은 財産에 관한 것으로, "남의 財産을 투도(偸盜)한 자는 男子인 경우에는 所有主의 집에 잡혀 들어가서(沒入) 노(奴)가 되고, 女子인 경우에는 비(婢)가 된다"는 것이다. 이병도(李丙燾)선생은 이어서, "그 밑에 「欲自贖者人五十萬」은 이른바 但書條項이라 할 수 있는데, 여기서 「人五十萬」의 내용이 분명하지 않다. 漢代의 刑律에는 死罪人에게 속전(贖錢) 五十萬의 特例가 있는 것을 보면, 이것을 유추하여 「欲自贖者人五十萬」은 "스스로 속형(贖刑)을 받고 奴隸를 免하려고 하는 자는, 그것이 共犯이건 單獨犯이건 간에, 每人當 五十萬錢을 바쳐야 한다."는 뜻으로 해석할 수 있다. 그런데 여기서 第三條目인 竊盜罪의 刑量이 第二條目인 傷害罪의 그것에 비해서 苛酷함을 알 수 있다. 절도범에게 終身奴隸가 된다는 것도 그렇지만, 「贖錢五十萬」의 但書條項은 너무나 지나친 감이 있으므로, 그것이 도저히 八條 本來의 내용은 아닌 것 같다. 古朝鮮時代에 이미 貨幣制度가 施行되어 왔는지의 與否도 자세하지 않지만, 설령 있었다 하더라도 「人當五十萬錢의 贖錢」이란 상상하기 어렵다. 당시의 「五十萬錢」이란, 어느 정도의 價値를 지니고 있는 것인가 조사해 볼 필요가 있다. 「漢書」 食貨志(下)에 의하면 武帝 元狩 五年(B.C.118)에 처음으로 오주전(五銖錢)을 鑄造하였는데, 平帝 元始중(서기1~5)에는 「五十萬錢」이 二百八十億萬餘錢에 해당한다고 하였다. 또 王莽時代에는 여러 번, 여러 종류의 錢貨를

41) 이병도(李丙燾), 前揭書, 59쪽.

dCollection

改鑄하였는데, 거기에 「黃金重一斤, 直錢萬」이란 기록, 즉 黃金一斤重은 一萬錢에 해당한다는 말이 있는데, 이 標準이 武帝時에도 그러하였는지는 모르겠으나, 만일 그 標準으로써 計算한다면 「五十萬錢」은 黃金五十斤에 해당한다. 설사 武帝時의 標準은 그렇지 않았다 하더라도 五十萬錢이라면 過多한 액수로 보아야 하겠다. 왜냐하면 「贖錢五十萬」은 내가 調査한 바로는 漢代의 死刑人에 대한 贖錢法과 꼭 같은 까닭이다. 즉 그 法例를 들면, 漢武帝時代에 '死罪人에게 贖錢五十萬을 바치게 하여 死一等을 減하여 주었다'는 것이 「漢書」 武帝紀 天漢四年·九月條와, 太始二年·九月條 및 同書(卷78) 蕭望之傳에도 보인다. 그런데 死刑罪에 대한 贖錢法이라면, 生命과 바꾸는 일이니까, 그럴 듯도 싶지만, 盜物罪에 대한 그것으로는 너무도 過重하여 지나친다고 하지 않을 수 없다. 그러므로 第三條의 但項인 「欲自贖者人五十萬」은 종전에는 없던 조목을 漢郡縣時代에 이르러 새로 追加한 것이거나, 혹은 改定된 但書條項임이 틀림없다. 어떻든 漢의 爲政者가 자기네의 死罪人에게 과하는 그러한 속전법(贖錢法)을 樂浪朝鮮民의 盜物罪의 贖錢에 適用한 것은 거기에 어떠한 理由가 있을 듯하다. 즉 그들의 植民政策의 一環으로, 樂浪에 來住한 자기네 漢人들의 財産을 保護하기 위한 목적에서 정한 것으로 본다. 아무래도 이 但書條項은 樂浪郡時代에 이르러 新設된 것이거나 그렇지 않으면 改定된 것으로 생각된다."고 한다.[42]

생각하건대, 중국에서 贖刑에 관한 제도는 周나라 제5대 왕인 목왕(穆王)때에 사구(司寇)였던 여후(呂侯)가 시작한 것이다.[43] 그렇다면 箕子의 생존시대인 武王의 시대보다 百여년 이상의 시간적 거리가 있으니, 後代에 추가한 것으로 볼 수도 있다. 만약 第三條目에 처음부터 但書條項이 있었다고 한다면, 그것은 속전(贖錢)이 아니라 속물(贖物)이었을 것이며, 또 속물(贖物)이라면 우리 北方사회에 共通된 盜物賠償法과 유사해야 할 것이다. 즉 夫餘나 高句麗에서 통행하던 偸盜律은 「일책십이(一責十二)」가 일반적인데, 盜物 1에 대하여 그 12倍를 賠償한다는 내용이다. 그런데 犯禁八條의 규정은 盜物의 額數를 不問하고 一律的으로 五十萬錢을 배상한다는 것이니, 두 제도는 同質의 刑罰로 보기가 어렵다. 따라서 이병도선생의 견해와 같이 後代에 와서 添附한 내용인 것 같다. 이 고대의 盜物賠償法의 내용이 盜難을 당한 피해자인 原所有者에게 12倍를 배상하게 하거나, 원소유자의 奴婢가 되거나, 또는 贖錢으로 每人當 五十萬錢을 원소유자에게 바치고 免賤하는 것이므로, 모두 被害者인 원소유자의

42) 이병도(李丙燾), 前揭書, 60쪽.
43) 황정원(黃鉦源), 「中國法思想史」(다솜출판사, 2001.) 36쪽.

dCollection

財産權을 保護法益으로 한 일종의 民事上의 賠償責任에 관한 제도라고 보겠다. 즉 이때는 奴婢를 개인의 財産으로 인정하던 시절이므로, 돈이 없어서 賠償이 어려우면 자유민이 身分이 바뀌어서 奴婢가 되는 것이 당연한 현상이었다.

이병도(李丙燾)선생은, "第三條目 但書에 잇따라서 나오는 「雖免爲民, 俗猶羞之, 嫁取無所讎」라고 한 글은, 즉 偸盜罪에 贖錢을 내고 "奴婢를 免하여 다시 良民이 된다 하더라도, 國俗에는 오히려 이를 羞恥로 여기어, 아무도 그와 結婚을 하려고 하지 않았다"는 것으로, 그 내용이 前條의 竊盜와 關聯性을 가진 것으로 보인다. 「수(讎)」는 師古의 注에 「匹也」라 하여 配匹을 의미한다고 보았으니, 이는 당시의 朝鮮의 國俗을 말한 것이므로 法條目에 둘 성질의 것은 물론 아니다."[44]라고 해석한다.

이병도(李丙燾)선생은 다시 계속하여, 「是以, 其民終不相盜, 無門戶之閉」즉 "이리하여 사람들이 훔치지 않아서 대문을 잠그는 일이 없다"라고 한 것도 역시 당시의 朝鮮의 國俗을 전하여 주는 記事이니, 바꿔 말하면 朝鮮의 竊盜行爲에 대한 嚴罰主義가 그러한 아름다운 風俗을 이루게 하였다는 것이다.

다음의 「婦人貞信, 不淫辟」즉, "婦人들은 貞信하고 淫辟하지 않았다"라는 조목(條目)에 대하여, 이병도(李丙燾)선생은 "本來부터 國俗이 그렇다는 것이 아니라, 姦淫을 금하는 法律이 嚴하였던 所致라고 보아야 한다고 본다. 즉 八條目中에 원래부터 禁姦의 一條가 들어 있었다,"고 설명하면서, "禁姦(貞操)은 殺人(生命), 偸盜(財産)와 함께 古代 東夷民族 사이에 가장 중시하던 法禁의 하나였던 것이다."고 주장한다. 그리고는 먼저 「魏志」·東夷傳·夫餘條에서 부여(夫餘)의 刑法을 인용하고, 구당서(舊唐書)와 주서(周書)에서 고구려(高句麗)와 백제(百濟)의 刑法을 例로 들었고, 다시 「隋書」東夷傳·倭國條와 魏志 東夷傳·倭人條를 열거하여 같은 東夷族인 倭에도 禁姦하는 조목이 있었다는 것을 想起시킨다. 그는 "요컨대, 東夷인 여러 민족사회에서 간음(姦淫)을 殺人·偸盜와 함께 重視하였던 것은 더 말할 것도 없다. 이로써 보아, 조선 범금팔조(犯禁八條)중에도 반드시 禁姦의 一條가 들어 있었음을 다시 한 번 確言하고 싶다. 但, 그 刑罰의 內容은 알 수 없으나, 「婦人貞信, 不淫辟」이라고 한 것을 보아서, 마치 부여(夫餘) 및 왜인(倭人)사회에서와 같이, 특히 婦人의 犯姦에 대한 嚴重한 刑罰이 규정되어 있었던 影響이라고 보아야 하겠다."고 한다.[45] 이처럼 이병도(李丙燾)선생은 「婦人貞信, 不淫辟」을 형성하게 한 禁姦의 一條目이 더 있었다고 주장하면서, 이른바 箕子의 범금팔조(犯禁八條)에서 四條는 살인(殺

44) 이병도(李丙燾), 前揭書, 61쪽.
45) 이병도(李丙燾), 前揭書, 62쪽.

dCollection

人)·상해(傷害)·절도(竊盜)·간음(姦淫)에 관한 내용이라고 설명한다.

생각하건대, 이 禁姦의 조문은 그 보호법익이 그 配偶者의 권리가 아니고, 氏族保存의 차원에서 定立된 것으로 볼 수가 있다. 당시는 氏族社會로 男女간에 淫亂行爲가 발생하면 그 相對方은 氏族內의 사람일 수밖에 없으니, 一家인 집안사람들 끼리 淫亂한 짓을 하는 것이 되어, 氏族社會의 秩序가 무너질 위험이 많기 때문이다.[46] 즉 禁姦규정은 氏族社會의 건전한 性風俗의 維持를 보호법익으로 하는 禁法이라고 볼 수 있다.

그리고 이병도(李丙燾)선생은 그 다음에 나오는 "그 전민(田民)이 음식은 그릇을 사용하고, 도읍에 파견된 관리와 왕래하는 상인(商人)들이 왕왕(往往) 그릇을 사용하였다"는 文章과 그 이하의 기록은 더 이상 解釋하지 않았는데, 아마도 그것들은 禁法인 刑法에 해당하지 않는다고 보는 것 같다. 이 부분에 대하여는 다음 節에서 논하고자 한다.

3) 犯禁八條의 性格

가. 성문법(成文法)

이병도(李丙燾)선생은 "범금팔조(犯禁八條)가 원래 불문법(不文法)인 관습법(慣習法)에 속한다는 것은 그 簡素한 形式으로 넉넉히 짐작할 수 있다"고 하면서, "이러한 생명(生命)·신체(身體)·재산(財産)과 정조(貞操)에 관한 法禁은 비단 古朝鮮사회에서 뿐 아니라, 東夷族系의 사회 나아가서 人類의 古代社會에 널리 공통되는 基本法으로 일종의 自然法이라 할 수 있다"[47]고 주장한다. 생각하건대, 일반적으로 古代法은 慣習法으로서 不文法의 형식으로 전승된 것이 사실이지만, 周의 東遷이 있었던 殷末周初인 箕子朝鮮시대는 이미 文字를 사용하던 시절로 많은 유물이 출토되고 있는 실정이므로 중요한 制度는 成文化되어 있었다고 보는 것이 상식적이다. 중국의 師古가 일찍이 "八條를 모두 찾아볼 수가 없다"고 말한 것도 犯禁八條가 이미 成文法이었다는 것을 前提로 한 표현이라 하겠다.

나. 刑法과 禮儀의 併用

이병도(李丙燾)선생은 "犯禁八條의 나머지 四條는 전혀 알 길이 없으나, 前四條의 성질로 보아 대개가 소박한 원시적인 刑法에서 多少 변형된 것이 아니었던가 생각된다."고 하며,[48] "原始 刑法에는 報復적 관념이 강하게 나타나는

46) 윤내현, 「古朝鮮.우리의 미래가 보인다」, (민음사,1995.) 229쪽
47) 이병도(李丙燾), 前揭書, 63쪽

dCollection

것이 특색이니, 저 유명한 '바빌로니아'의 '함무라비'法典과 舊約의 聖約法典(Covenant Code) 중에 나타나는「남의 눈을 상(傷)한 자는 그의 눈을 빼고, 남의 이를 像한 자는 그의 이를 뺀다」는 것과 같은 종류가 대표적인 事例라 하겠다. 범금팔조(犯禁八條) 중에서 殺人罪에 대한「상살이당시상살 (相殺以當時償殺)」이란 것도 일견 그런 느낌을 준다. 그러나 傷害罪에는 「상상이곡상(相傷以穀償)」이라고 하여 곡물(穀物)로써 갚는다는 것은 報服적인 생각을 탈피한 進步的인 형벌이라 할 수 있다"고 평가한다.[49] 한편 김민수(金玟秀)교수도 "범금팔조(犯禁八條) 또는 팔조지교(八條之敎)는 모두 刑法이다"라고 하여 이병도(李丙燾)선생과 의견을 같이 한다. 근래(近來)의 학자들은 대체로 犯禁八條에는 살상(殺傷)과 절도(竊盜) 이외에 刑法 條文이 더 있었는데 失傳되었다고 보는데 동의하고 있다. "이리하여 사람들이 훔치지 않아서 대문을 잠그는 일이 없다. 婦人들은 貞信하고 淫辟하지 않았다"라는 조목들은 모두 당시의 國俗을 말하는 것이므로 본래 犯禁八條의 內容이 아니라고 해석하고 있다.

생각하건대, 이웃인 중국은 周나라 시절부터 예주형보(禮主刑輔)의 원칙(原則)이 법사상(法思想)의 핵심이었고, 殷末周初의 箕子朝鮮이 同時代란 점을 감안(勘案)한다면, 범금팔조(犯禁八條)가 반드시 刑法만 포함하고 있다고 하는 것은 매우 근시안적인 주장이다. 예컨대 犯禁八條를 중국 史書인「魏志」에서는 '作八條之敎'라 하고,「後漢書」에서는 '制八條之敎'라고 하여, 이른바 '범금(犯禁)'을 '교(敎)'라고도 기록한 것은 분명히 禮敎를 염두에 둔 표현이라고 할 수 있다. 즉 犯禁八條를 모두 刑法과 禮儀를 같이 병용하는 禮主刑輔思想으로 파악한 것 같다. 우리나라의 경우에도 일찍이 한치윤(韓致奫)은 그의「해동역사(海東繹史)」刑志·刑制條에서, "한서(漢書)에 있는 팔조(八條)를 보면, 네 조문(條文)이 있다. 살인(殺人)이 한 조문이고, 상해(傷害)가 한 조문이고, 절도(竊盜)가 한 조문이고, 원수(怨讐)와는 결혼하지 않는다가 다시 한 조문이다"하여서,[50]「嫁娶無所讎」를 條目의 하나로 算入했는데, 이것은「수(讎)」를 配匹로 보지 않고 원수(怨讐)라고 풀이한 것이다. "원수(怨讐)와는 결혼하지 않는다"는 조목은 타인의 법익(法益)을 침해하는 내용이 아니다. 원래 관혼상제에 관한 내용은 예(禮)에 해당하는 것으로서 형법(刑法)에 해당하지 않는데, 그것도 범금팔조(犯禁八條)의 하나로 보는 것이니, 한치윤(韓致奫)은 八條의 모든 條目이 刑法이라고 보지를 않았던 것이다. 이런 견해는 더 찾아 볼 수가 있으니, 황윤

48) 이병도(李丙燾), 前揭書, 63쪽.
49) 이병도(李丙燾), 前揭書, 63쪽.
50) 愚謂八條之見於漢書者四條 相殺一條也 相傷一條也 相盜一條也 嫁娶無所讎 又一條也 한치윤(韓致奫),「海東繹史」· 刑志·刑制條

dCollection

석(黃胤錫)은 그의 「이재전서(頤齋全書)」에서, 말하기를 "이수광(李睟光)이 「지봉류설(芝峯類說)」에서 말하기를 '상살(相殺)·상상(相傷)·상도(相盜)의 三條만 있고, 나머지 五條는 없는데, 오륜(五倫)의 조목(條目)이 그것이 아닌지 의심스럽다'고 하였다. 그러나 나는 일찍부터 홍범(洪範)의 팔정(八政)이 바로 팔조(八條)의 조목(條目)이 아닌가 하고 의심하여 왔으나, 감히 믿지는 않았다. 지금 한서(漢書)의 本文을 자세히 고찰하고서 소위 팔조(八條)에서 숨어있는 規約을 발견했다"고 하면서, 刑法에 해당하는 相殺·相傷·相盜의 三條를 열거하고 나서, 婦人의 행실과 거주하는 地域과 그릇의 사용과 德義의 강조와 衣冠에 대한 禮儀에 대한 조목을 열거하였다. 즉 "婦人貞信不淫은 이것이 第四條이고, 다시 辟其田野都邑이 第五條이고, 다시 飮食以籩豆 有仁賢之化가 第六條인데, 有仁賢之化는 4·5·6條의 효능을 總論한 것이다. 다시 勿尙兵聞以德服强暴 隣國皆慕其義而相親之가 第七條인데, 隣國皆慕其義而相親之는 그 효과이다. 마지막에 衣冠制度 悉同乎中國이 第八條이다."라고 하였다.[51]

즉 이수광(李睟光)은 「지봉류설(芝峯類說)」에서 팔조(八條)중에서 보이지 않는 오조(五條)는 오륜(五倫)에 해당한다고 주장하였고, 황윤석(黃胤錫)은 「이재전서(頤齋全書)」에서 팔조(八條)에는 刑法과 함께 禮儀에 속하는 居住地와 飮食과 衣冠에 관한 條目이 함께 들어있다고 해석하였다. 이것을 보면, 한치윤(韓致奫)·이수광(李睟光)과 황윤석(黃胤錫)은 모두 범금팔조(犯禁八條)가 刑法과 禮儀를 같이 포함하고 있다고 생각한 것이 분명하다.

생각하건대, 「魏志」에서 '作八條之敎'라고 하고, 「後漢書」에서는 '制八條之敎'라고 하여 이른바 '범금(犯禁)'을 '교(敎)'라고 기록한 것은 禮法併用을 전제로 한 표현으로, 賢人인 箕子가 道德으로 敎化를 하여 朝鮮族의 풍속이 순화(醇化)되었다는 그런 의미는 아니라고 본다. 이렇게 당시의 法思想을 이해한다면, 한치윤(韓致奫)·이수광(李睟光)·황윤석(黃胤錫)선생의 견해와 같이 「漢書」의 犯禁八條가 法과 禮를 竝存하여 포함하고 있었다는 주장이 타당하다고 본다. 원래 禮라는 질서규범은 신분계급을 인정하고 差別的인 규제방법을 사용하는 점이 法과 구별된다. 貴族과 平民간에 차별이 있는 경우는 물론이고, 男子와

51) 芝峯類說 以爲只有相殺相傷相盜三條 其餘五條闕焉 疑卽五倫之目也 余嘗疑 洪範八政是卽八條之目而未敢信 今以漢書本文細考之 所謂八條隱約可見 蓋首稱禁以八條四字以包下文 其下乃曰 相殺以當時償殺此一條也, 相傷以穀償此二條也, 次曰相盜者, 男沒入爲其家奴, 女子爲婢, 欲自贖者人五十萬, 雖免爲民, 俗猶羞之, 嫁取(娶)無所讎, 是以其民終不相盜, 無門戶之閉此三條也, 自雖免爲民以下論其効耳 次曰婦人貞信不淫此四條也 辟其田野都邑此五條也 次曰飮食以籩豆有仁賢之化此六條也,有仁賢之化者總論四五六之効耳 勿尙兵聞以德服强暴 隣國皆慕其義而相親之次七條也 自隣國以下亦論其効耳 終曰衣冠制度悉同乎中國此第八條也 今雖箕子之世遠矣 但據此本文 循次分節 可知八條之未嘗闕五也 황윤석(黃胤錫), 「頤齋全書」,권12, 雜著. 箕子八條辨. (景仁文化社,1976.) 276쪽.

dCollection

女子간에 차별이 있는 것도 모두 禮에 속한다. "婦人이 貞信하고 淫辟하지 않는다"는 조목은 男女를 差別하는 내용이므로 法이 아니고 禮에 해당하고, 그리고 田野와 都邑을 구분하는 것은 居住地가 신분계급에 따라 구별되어 있기 때문이고, 음식에 그릇을 사용하는 것 특히 祭祀에 祭器를 사용하는 것도 祭禮에 대한 것이므로 禮에 속하는 내용이라 하겠다.

다. 應報刑主義의 脫皮

고대의 刑法이 저지른 罪만큼 罰을 받는다는 보복(報復)에 입각한 응보형주의(應報刑主義)에 입각한 것은 고대사회에 공통된 현상이다. 이병도(李丙燾)선생은 "原始 刑法에는 報復적 관념이 강하게 나타나는 것이 특색이니, 저 유명한 '바빌로니아'의 '함무라비'法典과 舊約의 聖約法典(Covenant Code) 중에 나타나는「남의 눈을 상(傷)한 자는 그의 눈을 빼고, 남의 이를 傷한 자는 그의 이를 뺀다」는 것과 같은 종류가 대표적인 事例라 하겠다. 범금팔조(犯禁八條) 중에서 殺人罪에 대한 「상살이당시상살 (相殺以當時償殺)」이란 것도 일견 그런 느낌을 준다. 그러나 傷害罪에는「상상이곡상(相傷以穀償)」이라고 하여 곡물(穀物)로써 갚는다는 것은 報服的인 생각을 탈피한 進步的인 刑罰이라 할 수 있다"고 평가한다.[52] 생각하건대, 범금팔조(犯禁八條)중에서 傷害의 경우에 穀食으로 辨償하도록 한 조목은 분명히 응보형주의(應報刑主義)를 탈피한 제도라고 하겠다. 그런데 犯人을 奴婢로 전락시키는 竊盜에 비하여 傷害者는 그 刑罰이 비교적 가벼운 理由에 대해서는, 당시에 개인의 所有權을 인정한 증거이기도 하고, 貴族階級이 그들의 財産을 보호하고자 했던 意圖를 나타낸다고도 해석한다. 그러나 한편으로 고조선 시대에 있었던 崇武의 전통을 표현한 것으로도 볼 수 있으니, 고대사회는 일반적으로 自衛를 위한 武力이 필요한 시대이므로, 힘이 弱하여 傷害를 입었다는 것을 수치스럽게 생각한 당시의 風習이 刑法에 반영된 것으로 해석할 수도 있다.

라. 犯禁八條의 施行時期

이른바 樂浪朝鮮의 犯禁八條의 내용이 과연 어느 時代에 施行된 것인지 명백하지 않다. 傷害의 경우에 "穀物로 賠償한다"하는 내용이 있는 것을 보면 농경시대(農耕時代)에 형성된 禁法임을 알 수가 있고, 竊盜의 경우에 "被害者의 집에 가서 奴婢가 된다."고 한 것으로 奴隸가 존재하는 階級社會가 분명하다. 그렇다면 箕子朝鮮 시대의 法禁으로 보아도 무난할 것이다. 그리고 "음식은 그

52) 이병도(李丙燾), 前揭書, 63쪽.

dCollection

릇을 사용했다"는 내용은, 부여(夫餘)에도 "음식은 그릇을 사용했다"는 기록이 있으니,[53] "그 田民이 음식은 그릇을 사용하고,"라는 부분도 箕子朝鮮에 해당하는 것으로 볼 수 있다. 또 백성들의 거주지를 田野와 都邑으로 구분한 것은 고대 성읍국가의 특성이니, 대부분의 犯禁八條는 箕子朝鮮 당시부터 시행하던 禁法으로 볼 수가 있다. 그 후에 衛滿朝鮮을 거쳐 漢四郡시대의 초기에 이르기까지 시행되다가, 漢四郡에 중국의 관리와 상인들이 들락거리면서 財物을 위주로 하는 중국인의 사고방식이 樂浪지역에 漫然해 지면서 貧富의 차이가 생기고 풍속이 차차 刻薄하게 변하면서, 禁法의 內容도 늘어 60여개 조목으로 변화한 것을 쉽게 알 수 있다. 「漢書」에서 "군(郡)을 설치한 초(初)에 관리를 요동(遼東)에서 뽑아서 왔는데, 이 관리들은 백성들이 대문을 잠그지 않는 것을 보았다"고 한것을 보면, 장사하러 온 상인(商人)들이 밤에 도둑질을 하게 되면서 풍속이 점차 刻薄해졌고, 그래서 「漢書」를 편찬한 그 당시에는 禁法이 六十餘條로 늘어났던 사실을 알 수 있다. "인현(仁賢)의 교화(敎化)가 귀중(貴重)하구나!"고 한 것이 그런 사정을 말한 것이다. 예컨대 第三條目의 절도(竊盜)에서 그 但書條項인 '속전(贖錢) 오십만(五十萬)'에 대한 것도 箕子朝鮮 당시의 犯禁이 아니고 그 後代에 첨부한 것임은 이병도(李丙燾)선생이 앞에서 밝힌 바와 같다. 따라서 풍속이 각박해지면서 예(禮)의 중요한 구성요소인 祭禮와 服裝에도 변화가 생겨서 漢四郡시대에 이르러 新設·改定된 條項이 많을 것으로 類推된다. 즉 法律制度는 時代의 狀況에 따라서 秩序의 內容이 변화하므로 항상 유동적으로 변천하는 제도인 만큼, 樂浪地方의 時代相의 변천이 犯禁八條에 反映된 것은 당연하다 하겠다. 따라서 약간의 변화가 있는 일부 條項을 제외하면 대체로 箕子朝鮮시대의 法思想을 보여주는 자료로 범금팔조를 들어도 무방하다고 본다.

Ⅳ. 衛滿朝鮮의 法思想

1. 衛滿朝鮮의 性格

위만조선(衛滿朝鮮)의 實存與否에 대해서는 史家들 사이에 異說이 없으므로 위만조선의 性格에 대해서만 略述하고자 한다. 箕子朝鮮과 衛滿朝鮮과의 관계는 「三國志」에서 인용한 어환(魚豢)의 저술인 「위략(魏略)」의 일문(逸文)에서 찾을 수 있는데, 그 내용은 대략 다음과 같다. "북경(北京)지방에 있던 연(燕)

53) 飮食皆用俎豆 「三國志」·魏書·東夷傳·夫餘條.

dCollection

나라가 한(漢)나라의 침공으로 혼란한 무렵에, 연인(燕人) 위만(衛滿)이 1천여 명의 무리를 이끌고 東來하자, 조선왕 준(準)이 위만(衛滿)을 신임하여 100里의 땅을 封해주어 조선(朝鮮)의 서(西)쪽을 지키게 하였는데, 위만(衛滿)이 준(準)왕이 신임하는 것을 이용하여 국도(國都)인 王儉城에 입성하여 준왕(準王)을 몰아내고 스스로 왕이 되어 위만조선(衛滿朝鮮)을 세웠다. 이때 왕위에서 쫓겨난 준왕(準王)은 측근의 신하를 거느리고 뱃길로 南下하여 辰國에 가서 한왕(韓王)이라 칭하였다"고 한다.[54] 이렇게 위만에서 시작한 衛滿朝鮮은 孫子 우거왕 때에 불과 86年만에 멸망하였다.

그런데 이른바 연인(燕人) 위만(衛滿)을 「위략(魏略)」의 기록을 근거로 한족(漢族)이라고 주장하는 견해가 있어서, 위만조선의 性格에 대하여 사학자들 사이에 논란이 있다. 이병도(李丙燾)선생은 "연(燕)의 주민은 東胡系인 烏桓·鮮卑와 朝鮮系가 많았고, 衛滿이 처음 朝鮮으로 東來할 적에 '상투를 틀고 오랑캐의 옷을 입었다'고 「史記」 朝鮮傳에 기록되어 있고, 준(準)왕이 衛滿을 信任하여 西쪽의 국경수비를 맡겼고, 또 衛滿이 준(準)왕을 몰아내고도 계속 조선(朝鮮)으로 호칭했다"는 점들을 지적하면서, 衛滿을 朝鮮族인 진번(辰番)사람이라고 한다.[55] 이기백(李基白)교수도 위씨조선이 中國人 流民의 세력을 배경으로 하여 만들어졌다고 하더라도 中國人의 植民地政權은 아니라고 주장한다.[56]

2. 衛滿朝鮮의 法思想

위만조선(衛滿朝鮮)의 법사상으로는, 「漢書」·地理志의 범금팔조(犯禁八條)의 문장 말미(末尾)에 보면, 한(漢)이 낙랑군(樂浪郡)을 설치하고 초기(初期)에는 관리(官吏)를 요동(遼東)에서 뽑아 왔는데, 이들은 "백성들이 대문(大門)을 잠그지 않는 것을 보았다"고 말했다는 句節이 있다. 그리고 중국에서 온 官吏와 商人들이 밤에 도둑질을 하게 되면서 風俗이 점차 刻薄해 지더니, 결국은 犯禁도 많아져서 60여개 조목이 된다고 기록하였다.[57] 이 기록은 漢四郡이 설치되기 以前에 위만조선(衛滿朝鮮) 당시에 낙랑(樂浪)에 살던 朝鮮民의 法俗과 漢四郡 설치 後에 東來한 漢族의 行實이 낙랑지역의 朝鮮民에게 끼친 영향을 극히 분명하게 알려주는 重要한 資料이다. 따라서 위만조선 시대에도 범금팔조가 계속 시행된 것을 알 수가 있다.

54) 이기백(李基白)·이기동(李基東) 공저, 前揭書, 61쪽
55) 이병도(李丙燾), 前揭書, 17쪽
56) 이기백(李基白)·이기동(李基東) 공저, 前揭書, 63쪽
57) 郡初, 取吏於遼東, 吏見民無閉藏, 及賈人往者, 夜則爲盜, 俗稍益薄, 今於犯禁, 浸多至六十餘條, 「漢書」·地理志·燕條

dCollection

Ⅴ. 周邊의 古代國家들의 法思想

古朝鮮의 存續期에 주위에는 많은 東夷族의 城邑國家가 있었다. 부여(夫餘)는 松花江 유역에 넓은 평야지대를 근거지로 하여 고대 국가로 자리 잡고 있었다는 기록이, 중국 「史記」의 화식전(貨殖傳)·연조(燕條)에 있다. 즉 夫餘는 古朝鮮과 함께 일찍부터 중국의 史書에 등장한 고대 성읍국가이다. 夫餘의 起源에 대해서는 東夷族이 東遷하는 과정에 長春 지방으로 이동했다는 견해와 北方에서 송화강 유역으로 南下했다는 견해가 있는데,[58] 나중에 이 夫餘에서 고구려와 백제가 갈라져 나갔다. 한편 김민수(金玟秀)교수는 殷의 祭祀를 담당한 고죽국(孤竹國)이 大陵河의 中上流지역에서 箕子朝鮮으로 변신하였다가, 다시 東遷하여 부여(夫餘)가 되었다고 주장한다.[59] 이 夫餘는 위로 國王이 있고 六畜을 官名으로 하는 馬加·牛加·豬加·狗加등의 귀족들이 각 지역을 관장하였는데, 이 大使의 邑落에는 豪民·民·下民이 있었고, 下民은 奴隸였다. 夫餘는 東夷에 속하는 殷과 類似한 風俗이 많으니, 衣服과 冊曆과 占卜과 相續의 제도가 공통된다. 즉 衣服의 색깔을 살펴보더라도, 夫餘사람은 흰 옷을 숭상하고 白布로 큰 소매를 붙여 입었고, 喪中에는 남녀가 모두 純白의 옷을 입었다고 하는데,[60] 이것은 殷나라에서 흰색을 숭상한 것과 맥락을 같이 한다.[61] 또 책력은 殷曆을 그대로 사용하였고, 迎鼓라는 擧國的인 祭祀를 추수하는 가을이 아닌 正月에 치렀던 것과, 戰爭을 할 경우에는 占卜으로 吉凶을 豫測하던 전통과,[62] 王位繼承에 兄弟相續制度를 가지고 있었던 점이, 東夷族 국가였던 殷과의 깊은 紐帶관계를 나타내고 있다.

夫餘의 法制를 살펴보면, 대체로 "用刑이 엄(嚴)하고 급(急)하였다"고 하였다. 즉

1. 살인자(殺人者)는 죽이고, 그 가족(家族)들을 모두 노비(奴婢)로 삼았다.
2. 절도(竊盜)는 일책십이(一責十二)로 12倍를 배상(賠償)하게 하였다.
3. 음란(淫亂)한 男女는 죽인다.
4. 부인(婦人)이 투기(妬忌)를 하면 죽이되, 그 시체를 서울 南山위에 버려서 썩도록 한다. 단, 그 여자의 집에서 시체를 가져가고자 하면 소나 말을 바쳐야 한다.

---

58) 이기백(李基白)·이기동(李基東) 공저, 前揭書, 75쪽
59) 김민수(金玟秀), 前揭書, 21쪽에서 25쪽까지.
60) 在國衣上白 白布大袂 「三國志」魏書·東夷傳·夫餘傳. 其居喪 男女皆衣純白 「晋書」·東夷列傳·夫餘國條.
61) 湯乃改正朔 易服色上白 「史記」권3, 殷本紀 제3.
62) 소를 죽여서 발굽[제(蹄)]이 벌어지면 흉(凶)하고, 합치면 길(吉)하다고 占斷했다.

dCollection

5. 兄이 죽으면 형수(兄嫂)를 妻로 삼는다.

는 기록이 「三國志」의 魏書·東夷傳 · 夫餘條에 전해오고 있다.[63] 夫餘의 禁法을 箕子의 범금팔조(犯禁八條)와 비교하면, 중요한 禁法인 身體에 대한 傷害에 관한 것이 빠진 것이 이해하기 어렵고, 殺人犯에 대해서는 連坐法을 적용하여 그 가족을 모두 奴婢로 삼았으므로 犯禁八條보다 嚴重하다. 姦通에 대해서도 男女를 모두 죽인 것과 婦人의 妬忌에 대한 重罰도 嚴罰主義가 분명하다. 특히 婦人의 嫉妬行爲를 금지하는 妬忌罪는 당시에 벌써 家父長制度에 입각한 一夫多妻制가 존재했다는 증거이다. 兄이 죽으면 兄嫂를 妻로 삼았다고 하는 풍속은, 殷代에 王位承繼에서 형이 죽으면 동생이 왕위를 계승하던 전통과 같다.

夫餘는 敵이 침범하면 諸加가 스스로 전쟁을 치르되, 그 食糧을 下戶가 전담하였다. 또 同書의 「魏略」에 보면 葬禮에 관한 풍습은 停喪기간이 5개월에 이르고, 停喪을 오래 끄는 것을 영광으로 여기고, 喪主는 葬禮를 빨리 치르지 않으려 하고, 남의 강권에 못 이겨 장례를 행하는 것을 禮儀로 여겼을 뿐 아니라, 副葬을 반드시 행하고 심지어 殉葬까지 하였다.[64] 특이한 것으로는 氣候가 不調하여 農事가 凶年이 들면 國王이 책임을 지고 물러나거나, 심지어 죽음을 당하기도 했다고 한다.[65]

이러한 夫餘의 법제는 夫餘에서 파생한 高句麗와 百濟에도 대체로 繼承되었는데, 「舊唐書」· 東夷傳 · 高句麗條에 보면 "殺人者나 劫奪者는 斬首하고, 竊盜犯은 12倍를 賠償하고, 소나 말을 죽인 자는 奴婢로 삼는다"는 금법(禁法)이 있었고,[66] 또 「周書」· 異域傳·百濟條에 보면 "殺人者는 斬首하고, 竊盜犯은 流配보내고, 竊盜는 두 倍를 賠償하고, 姦通한 婦人은 夫家에 婢가 된다."고 하였다.[67] 즉 高句麗에는 竊盜보다 牛馬를 죽인 범인을 重罰에 처하고, 百濟는 姦通의 경우에 男子는 처벌하지 않고 女子만 嚴罰한 것이 夫餘와 다르다.

또 예맥(濊貊)은 B.C. 4世紀 경에 鴨綠江 중류 지역에 자리를 잡고 있었는데, 특히 동예(東濊)에는 邑落마다 산천(山川)에 각기 자기들의 구역(區域)이 있어서 남의 구역에 함부로 들어가지 못하고, "邑落이 만약 남의 區域을 侵犯하면, 소·말·奴婢 등으로 賠償하는데, 이것을 책화(責禍)라고 불렀다"고 한다.[68] 생각

---

63) 用刑嚴急 殺人者死 沒其家人爲奴婢 竊盜一責十二 男女淫 婦人妒 皆殺之尤憎妒 已殺尸之國南山上至腐爛 女家欲得輸牛馬乃與之 兄死悽嫂與匈奴同俗 「三國志」魏書·東夷傳·夫餘傳

64) 冀死夏月皆用氷 殺人殉葬多者百數 厚葬有棺無槨 魏略曰 其俗停喪五月 以久爲榮 「三國志」魏書·,東夷傳·夫餘傳

65) 舊夫餘俗 水旱不調 五穀不熟 輒歸咎於王 或言當易 或言當殺 「三國志」魏書·東夷傳·夫餘.

66) 殺人行劫者斬 盜物者十二倍酬贓 殺牛馬者沒身爲奴婢 「舊唐書」 東夷傳·高句麗條

67) 殺人者斬 盜者流 其贓兩倍徵之 婦人犯姦者 沒入夫家爲婢 「周書」 異域傳·百濟條

dCollection

하건대, 古代에 王權이 확립되면서 王土사상이 정립되었는데, 그 前에는 土地가 각 邑落의 共同所有에 속했던 것으로 보인다. 「맹자(孟子)」에는 "예(濊)는 稅金으로 所出의 20분의 1을 징수하여, 요순(堯舜)의 10분의 1稅 보다 折半이나 헐하다"는 기록이 있으나,[69] 후에 漢四郡이 설치되면서 "풍속이 점차 刻薄하여져서 法禁이 많아져서 60여조에 이르렀다"고 하여,[70] 樂浪지역과 같이 租稅부담이 증가한 것을 알 수 있다. 또 "同姓간에는 婚姻하지 못한다"는 관습이 있었는데,[71] 이 同姓不婚의 제도는 周의 周公이 近親婚을 금지하면서 시행한 제도이다. 우리나라는 濊貊시절부터 시행하였음을 알 수 있는데, 후대에 新羅나 高麗에서 政權維持의 차원에서 王族은 近親婚을 허용했던 것과 對照的이다. 東濊의 인근에 있었던 옥저(沃沮)에서는 葬禮가 洗骨葬이었는데, 일단 假埋葬했다가 뼈만 추려서 가족 공동으로 사용하는 큰 木槨에 다시 安置하는 二次葬의 습속이 있었고,[72] 또 祭祀에 祭物로 童女를 바다에 던지는 慣習이 있었다고 한다.

Ⅵ. 結 論

이상에서 중국의 史書를 중심으로 古代의 우리나라의 法思想의 편린(片鱗)을 살펴보았다. 중국을 위시한 極東지역의 古代法은 이른바 法治와 禮治가 竝行되었고, 우리나라도 범금팔조를 통하여 箕子朝鮮에서 法과 禮가 함께 질서규범으로 사용된 것을 알 수 있었다. 身分階級社會였던 古代의 古朝鮮에서 사용한 法規範은 질서유지를 위한 刑法과 함께 약간의 禮가 동시에 併用되었다는 증거를 중국 史書의 犯禁八條에서 찾아보았다. 즉 東夷族의 古代사회에서는 기본적인 刑法인 殺人·傷害·竊盜에 관한 규정과 함께, 姦通과 妬忌에 대하여도 비교적 嚴重한 禁法이 있었음을 알 수 있었다. 특히 犯禁八條에서 身體에 대한 傷害행위는 가볍게 처벌하면서, 財物에 대한 竊盜행위를 苛酷하게 重罰한 것은 異色的인 현상이며, 그 理由에 대해서는 확실한 根據를 찾지 못하고 있으며, 向後의 硏究課題로 보아야 할 것이다. 古朝鮮 當時에 산재했던 古代의 東夷族 國家들의 法思想에 대해서는 資料가 不足한 관계로 이렇다할 내용이 없어서 단편적인 자료만 열거할 수밖에 없는 것은 매우 안타까운 일이라고 본

68) 其邑落相侵犯 輒相罰責生口牛馬 名之爲責禍 「三國志」魏書·東夷傳·濊.
69) 이경식(李景植), 「한국고대·중세초기 토지제도사」,(서울대학교 한국학연구총서7,2005.)46쪽.
70) 風俗稍薄 法禁亦浸多 至有六十餘條 「後漢書」東夷傳·濊.
71) 同姓不婚 多所忌諱 「後漢書」東夷傳·濊.
72) 이기백(李基白)·이기동(李基東) 공저, 前揭書, 114쪽

dCollection

다. 생각하건대, 隣近한 中國의 禮法併用과 大同小異한 법사상을 우리 고대국가에서도 발견할 수 있었다는 점을 긍정할 수는 있으나, 犯禁八條에서 刑法을 앞부분에 기록하고 禮에 대한 분은 뒷부분에 기록한 것을 보면, 중국 周나라의 예주형보(禮主刑輔)와 달리 우리의 古代는 형주예보(刑主禮輔)의 법사상을 가졌을 가능성이 있다고 본다. 이러한 古代의 法思想은 이른바 三國時代에 들어와서 高句麗 小獸林王 때에 唐의 律令을 頒布할 때까지 持續된 것으로 보인다.

dCollection

dCollection