

秦의 法治와 漢의 禮治

黃 鉦 源*

< 目

次 >

- 제1장. 緒 言
제2장. 秦의 法治思想
1. 秦의 法治主義 傳統
2. 商君의 法思想
가. 法治主義의 定立
나. 變法主義
다. 任法論
라. 明法論
마. 信賞必罰論
바. 重刑論
사. 秦의 法治制度의 確立
3. 韓非의 法思想
가. 法家思想의 完成
나. 法. 勢. 術의 綜合
(1) 重勢와 法治의 結合
(2) 重術과 法治의 結合
4. 李斯의 法思想
가. 郡縣制度의 確立
나. 壹教主義
다. 督責論
제3장. 漢의 禮治思想
1. 漢의 君國制度와 法制의 變遷
2. 陸賈의 法思想
3. 賈誼의 法思想
가. 禮治主義의 再建
나. 中央集權論
다. 民本主義
4. 董仲舒의 法思想
가. 儒家法統論
나. 三綱五常論
다. 大德小刑論
라. 天人感應論
마. 春秋決獄論
5. 桓譚의 法思想
가. 天意否認論
나. 王霸雜用論
6. 王充의 法思想
가. 天地自然論
나. 出禮入刑論
7. 仲長統의 法思想
가. 天意否認論
나. 封建制度廢止論
다. 古法復活論
라. 禮法綜合論
제4장. 結 語

제1장. 緒 言

中國의 法思想史에서 눈에 띄는 두개의 法思想은 法家에서 흘러나온 法治思想과 儒家에서 이어 온 禮治思想이다. 물론 墨家와 道家의 思想도 때에 따라서는 일세를 풍미한 시절이 있었지만 法家의 큰 흐름은 역시 儒家와 法家라는 대립하는 두개의 思想이라고 할 수 있다. 戰國時代에 치열한 角逐戰을 벌였던 儒家와 法家の 경주는 法治主義를 채택한 秦의 천하통일로 일단 法家の 승리가 분명해졌으나, 秦이 불과 二代로 멸망하자 儒家의 禮治思想이 신흥왕조인 漢의 法家의

* 본 대학교 사회과학대학 해사법학과 부교수 법학박사 (상법·법사상)

로 부활하게 되면서, 禮治와 法治는 각각 一勝一敗의 기록을 남긴 셈이되었다.

이런 과정에서 法家和 儒家는 서로 자기들의 法治사상과 禮治사상을 보완발전시켜왔고, 이러한 現象은 秦의 法治사회와 漢의 禮治사회에서 특히 顯著했다고 할 수 있다. 즉 平等을 기조로 하는 法에 의한 法治思想의 완성과정을 秦의 법치주의전통과 그 발전과정에서 찾아보고, 差等을 원칙으로 한 禮를 바탕으로 하는 禮治思想의 발전과정을 漢의 예치주의전통에서 찾아볼 수 있을 것이다. 이러한 秦의 法治와 漢의 禮治를 대조하여 고찰하는 것은 중국의 법사상을 연구하는 데 가장 효과적이면서도 필수적인 방법이라고 생각된다.

제2장. 秦의 法治思想

1. 秦의 法治主義 傳統

기원전 221년 秦王이 六國을 병탄하여 천하를 통일하고 황제의 자리에 오르자 군웅이 할거하던 戰國시대는 그 막을 내리고, 秦始皇은 중국역사상 처음으로 통일된 중앙집권적 郡縣政治를 시도하였다. 그는 周의 封建制度를 폐지하고 전국토를 황제의 직할지로 하여 36개의 郡으로 분할하고 그 郡을 다시 각각 千여개의 縣으로 나누어서는, 중앙에서 파견한 太守나 縣令등의 관리가 郡과 縣을 다스리게 하는 郡縣制度를 시행하였다. 秦始皇의 이러한 中央集權的 統治思想은 그가 고안해서 시작한 독창적인 제도라고 하기 보다는 그가 六國을 통일하기 以前부터 형성되어 있었던 秦나라의 법치주의 傳統에서 극히 자연스럽게 탄생한 것으로 볼 수 있고, 이 秦의 法治主義 傳統은 秦孝公의 宰相이었던 法家思想家 商鞅(B.C.390-338)이 등장하는 시대로 소급한다.

즉 기원전 361년 秦의 孝公이 富國強兵을 위하여 商鞅을 발탁하여 그 유명한 變法을 시행하면서 秦의 法治主義 전통이 시작되었다. 商鞅의 法制變革은 秦나라를 대표적인 법치국가로 변화시키면서 孝公의 소원인 부국강병을 가능하게 하였고, 그 功으로 그는 商君에 封해졌다. 이때 부터 진나라는 전국시대의 중반부터 강력한 국가로 부상하게 되었고 그것이 결국은 백년뒤에 秦始皇의 중국통일을 가능하게 한 原動力이 되었다. 따라서 진나라의 중국통일은 孝公이 발탁한 법가사상가인 商君의 2차에 걸친 變法에서 그 바탕이 準備되었다고 할 수 있다. 漢나라의 법사상가인 王充(27-97)은 “商鞅이 孝公의 宰相이 되어서 秦나라를 위하여 帝業을 열었다(商鞅相孝公 爲秦開帝業)”고 하여 商君의 업적을 높이 평가하였는데, 이러한 것을 보더라도 진의 통일작업은 역사적으로 볼 때 商君의 變法에서 시작했다고 인정할 수 있다.

秦의 法治主義에 영향을 미친 법사상가로는 商君외에도 동시대에 살다간 법가사상가들인 慎到(B.C.390-315)와 申不害(B.C.385-337)가 있다. 그리고 秦始皇이 秦王시절에 큰 감명을 받은 韓非도 秦의 법치사상에 지대한 영향을 미쳤음을 간과할 수 없고, 또 직접 秦始皇을 도와서 중국

통일을 완성시킨 정치가인 李斯도 뛰어난 법사상가이다. 그러나 秦나라의 法治와 직접관련이 있는 사상가는 商君과 韓非와 李斯이므로 이하에서는 商君과 韓非와 李斯를 중심으로 秦의 法治主義에 대한 고찰을 시도하고자 한다.

2. 商君의 法思想

商鞅은 呼稱이 많으니, 衛王의 庶孽公子라고 하여 衛鞅이라고도 하며, 姓이 公孫氏라서 公孫鞅이라고도 하고, 뒤에 商君에 封해진 까닭에 商君이라고도 불리워 진다. 젊어서는 刑名學을 좋아했고 한때 魏나라의 재상인 公叔座의 家臣으로 있었다. 公叔座가 죽자 秦의 孝公이 널리 人才를 求하므로 商鞅은 李悝의 〈法經〉을 가지고 秦에 가서 孝公을 만나보고 그의 신하가 되었다. 〈史記〉에 의하면 商君은 “變法하여 刑法을 정리하고, 안으로 農業에 힘쓰게하고, 밖으로 戰死의 상벌을 勸獎한다 (變法修刑 內務耕稼 外勸戰死之賞罰)”는 세가지 원칙을 가지고 秦나라에서 법치 정책을 착수한 것으로 전하고 있다¹⁾. 그는 기원전 359년(혹 356년)에 감행한 제1차 變法時에, 그 당시에 유행하던 李悝의 〈法經〉을 기본으로하되 당시 秦나라의 구체적인 상황을 감안하여 〈法經〉의 내용을 補充 내지 強化하였으니, 첫째로 法을 律로 고치고, 連坐法을 보충하여 이것을 秦律이라 하여 공포하고, 둘째로 戰功을 장려하고 세습적인 귀족제도인 世卿世祿제도를 폐지하고, 셋째로 重農抑商으로 耕織을 장려하였다. 그리고 몇년 뒤인 기원전350년에 시행한 제2차 變法에서는, 첫째로 井田法을 폐지하고 私有地의 자유로운 賣買를 허용하고, 둘째로 전국을 31개의 縣으로 나누고, 셋째로 종래에 土地를 기준으로 하던 稅制를 사람기준으로 바꿨다.

變法の 內容을 〈史記〉의 〈商君列傳〉에서는 다음과 같이 말하고 있다. 商君은 “庶民은 다섯집이나 열집씩 묶어서 서로 감시하고 連坐의 책임을 물었다. 犯法者를 신고하지 않은자는 허리를 베는 刑罰에 처하고, 신고한 자에게는 적의 머리를 벤 것과 같은 賞을 주고, 범법자를 隱匿한 자는 적에게 降伏한 것과 동일한 罪로 다스렸다. 서민이 남자가 두사람 이상 있으면서 分家하지 않은 경우에는 賦課를 倍로 하고, 軍功이 있는 자는 각각 정도에 따라 爵祿을 주고, 사사로운 싸움을 한 자는 각각 輕重에 따라 處罰하였다. 어른 아이 할 것 없이 모두 힘을 모아 耕織을 본업으로 하고, 곡식과 베를 많이 바치면 身分을 回復시켜주고, 商工業에 종사하거나 게을러서 가난한 자는 찾아내어 官奴로 삼았다. 宗室이라도 軍功이 없으면 조사하여 除籍하였고, 尊卑와 爵秩等級에 각각 差等を 두고, 田宅과 臣妾과 衣服도 가문에 따라 差等を 두었다. 有功者는 현달하여 榮華롭고, 無功者는 부유하더라도 華麗하게 생활하지 못 하게 했다.”²⁾고 한다.

이 變法の 效果는 자못 대단 하여서, “이를 시행한지 十年에 秦나라 사람들은 크게 기뻐하였다. 길에 떨어진 물건을 가져가지 않고, 山에는 도둑이 없어지고, 집집마다 넉넉하고 사람마다 풍족하며, 백성은 戰爭에서 勇敢하고 사사로운 싸움에는 겁을 내며, 고을들은 크게 잘 다스려졌다.”³⁾고

1) 〈史記·秦本紀〉

2) 令民爲什伍而相收司連坐 不告姦者腰斬 告姦者與斬敵首同賞 匿姦者與降敵同罰 民有二男以上不分異者倍其賦有軍功者各以率受上爵 爲私闘者各以輕重被刑 大小戮力 本業耕織 致粟帛多者復其身 事末利及怠而貧者舉以爲收斂 宗室非有軍功論不得爲屬籍 明尊卑爵秩等級各以差次 名田宅臣妾衣服以家次 有功者顯榮無功者雖富無所芬華 〈史記·商君列傳〉

한다. 이러한 변법시행의 업적을 보면 商君의 통치사상인 법치주의가 당시의 진나라 상황에 時宜 適切한 것이었기 때문에 소기의 성과를 거둔었다는 사실을 확인할 수 있다. 이제 그의 법사상을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

가. 法治主義의 定立

그는 전통적인 禮治主義를 타파하고 法을 위주로 삼는 法治主義를 秦나라에 정식으로 도입하여 실시한 전국시대 最初의 법사상가라는 점에서 先驅者적인 인물이었다. 중국은 이미 西周 초기부터 전통적으로 禮法이 並用되어서, 差等이 원칙인 禮와 平等이 원칙인 法이 兩大 秩序規範으로서 중국사회를 지배하고 있었다. 그러나 국토의 확장과 인구의 증가로 인하여 閉鎖的이고 부족한 신분사회의 질서규범인 禮를 기본규범으로 하여 國家를 통치하기가 점차 어렵게 되자 春秋시대에 접어들면서부터 法の 적용범위가 확장되는 현상이 나타났다. 기원전 536년 鄭나라의 子產이 鑄刑書하여 成文法을 公布하고, 그 후에 鄧析이 〈竹刑〉을 짓고 부터는 各國이 다투어서 法律을 제정 공포하게 되었으니, 기원전 513년의 晉의 鑄刑鼎을 필두로 齊의 七法, 楚의 憲令, 韓의 韓符, 趙의 國律, 魏의 魏憲이 등장하였다. 戰國시대에 李悝가 〈法經〉을 편찬함에 이르러서는 부국강병을 위한 法治主義가 일반적으로 제후들에 의하여 선호되면서 禮治主義는 설득력을 점차 상실하는 국면에 들어서게 된다.

이러한 시대에 등장한 뛰어난 法治主義者인 商君은, 秦의 孝公이 원하는 부국강병을 달성하기 위하여는, 귀족과 서민을 구별하지 않고 국민 모두에게 平等하게 重農的이고 重戰的인 法律을 효과적으로 적용하여 全國民이 일사불란하게 국가시책에 호응해야 한다고 생각하고, 孝公의 절대적인 지지하에 法家流의 法治사상에 입각한 變法작업에 착수한다.

그는 종래 秩序規範으로 禮와 法을 並用하던 기존관행을 깨트리며 오직 法律의 강제실행력에 의지하여 부국강병정책을 성공하고자, 기존의 法을 모두 律이라고 명칭을 바꾸고 그 律의 强制執行을 강화하기 위한 제도적인 장치를 補强하였다. 그의 任法論, 明法論, 重刑論등이 이러한 목적에서 강조되었고, 當時로서는 획기적인 내용이었던 그의 壹賞論과 壹刑論은 律의 平等한 適用을 위하여 만든 독특한 법치주의적인 제도적 장치였다. 農戰과 告姦에만 賞을 주는 壹賞制度는, 비록 宗室貴族이라도 계속하여 戰功이 없으면 世襲되어 오던 世卿世祿을 박탈하고, 반대로 庶民이라도 戰功이 있으면 爵祿을 받도록 하여⁴⁾, 종래에 귀족에게만 세습적으로 爵祿을 인정해주던 관습을 일소하고 누구에게나 기회를 주는 平等한 褒賞제도를 정착시켰다. 한편 刑無等級에 입각한 壹刑論은, 刑罰을 적용함에 있어 전통적인 儒家의 貴賤異法내지 同罪異罰에 입각한 “刑不上大夫”의 원칙을 폐지하고, 刑에는 差等이 없어서 卿相이나 將軍으로부터 大夫나 庶人に 이르기까지 平等하게 집행하여, 王令을 안 따르거나 國法을 범하거나 上制를 어지럽히면, 罪가 死刑에 해당하므로 赦免 할 수 없다⁵⁾ 하면서 法の 平等한 適用을 중국정치사상 最初로 시도하였다.

3) 行之十年 秦民大說 道不拾遺 山無盜賊 家給人足 民勇于公戰 怯於私闘 鄉邑大治 〈史記·商君列傳〉

4) 宗室非有軍功 論不得爲屬籍…… 利祿官爵專出于兵 無有異施也 〈商君書·飭令〉

5) 刑無等級 自卿相將軍以至大夫庶人 有不從王令 犯國禁 亂上制者 罪死不赦 〈商君書·賞刑〉

물론 그의 이러한 法治制度는 모두가 富國強兵을 위한 手段이었다는 점에서, 人間은 언제든지 法 앞에 平等하다는 오늘날의 법치주의와는 그 내용성격이 다르다는 점을 간과할 수는 없다. 즉 그의 壹賞주의 내지 壹刑주의는, 서민과 귀족이 모두 참여하는 거국적인 農耕증진과 戰功장려를 성공적으로 완성하기 위하여 고안한 農戰과 告姦위주의 임시방편적 성격을 가지고 있다고 생각된다. 또 그의 법치주의는 貴族과 平民이라는 신분계급이 엄존하던 봉건주의시대에 부국강병을 위하여 제한된 범위내에서 法의 平等的 執行을 강제하는 내용이므로, 身分階級을 폐지하고 그에 적용되는 질서규범인 禮를 완전히 일소하려는 것이 아니라고 하는 점에서 철저한 법치사상가인 韓非와 구별이 된다. 孝公이 “變法하여 治國하고 更禮하여 百姓을 教化한다”고 한 말에 대하여 “法은 愛民을 위한 것이고 禮는 일을 편리하게 하는 것이라”고 하여 變法の 必要性을 강조한 부분에서도⁶⁾, 그가 禮를 부인하지 않았던 점을 보면 그의 법치주의가 차등적인 질서규범인 禮의 役割과 價値를 완전 배척한 것은 아니라고 본다. 따라서 그의 先法後禮의인 법치주의 법사상을 차례로 자세히 고찰해 보기로 한다.

나. 變法主義

위에서 본바와 같이 商君은 法은 時代에 따라 變革해야만 한다고 하여 법의 時代性을 강조한다. 당시 귀족계급에 속한 甘龍과 杜摯등이 “聖人は 民속을 바꾸지 않고서 教化하고, 智者는 법을 변혁하지 않고 다스린다(聖人不易民而教 智者不變法而治)”고 하면서 “옛것을 본받으면 잘못이 없고, 禮를 따르면 잘못이 없다(法古無過 循禮無邪)”는 전통적인 禮治사상을 주장하여 商君의 變法을 반대하자, “前世에도 教化가 같지 않았는데 어떤 古法을 말하느냐. 帝王이 서로 反復하지 않았는데 어떤 禮를 따르자는 말이나. 伏羲와 神農은 教化하되 별하지 않았고, 黃帝.堯.舜은 별하되 성내지 않았으며, 文과 武는 때를 當하여 立法했으며 일이 있으면 制禮했으니, 禮法은 時代에 따라 정하고 制令은 마땅함에 따라야 한다⁷⁾”고 하면서, “진실로 국가를 富強하게 할 수 있다면 古法을 본받지 않고, 진실로 백성을 이롭게 할 수 있다면 禮를 따르지 않는다(苟可以強國 不法其故 苟可以利民 不循其禮)”라고 하여 당시에 국가가 추진하는 부국강병을 달성하기 위해서는 變法과 更禮가 필요하다고 주장한다. 그는 역사적으로 時代를 上世.中世.下世.今世로 구분하고, 戰國시대인 今世는 以德服人하는 王道時代가 아니고 以力服人하는 霸道時代이므로 국가의 부력과 강력한 군사력만이 시대적으로 요청된다고 보았다⁸⁾. 그는 “성인은 옛을 본받지 않고, 유행도 따르지 않는다. 옛을 본받으면 時代에 뒤지고, 유행을 따르면 세력이 막힌다.(聖人不法古 不修今 法古則後于時 修今則塞于勢)”고 하여 不法古 不修今을 구호로 내세웠다. 고대의 제왕들도 각각 때를 따라서 입법하고, 사건을 인하여 예를 제정하여, 禮와 法을 필요한 時에 정하고, 법령은 각각 그 마땅한 것에 따라서 제정하며, 병기와 갑옷은 구비해 두었다가 그 사용에 편리하게 하기 위한 것이니, 治世는 一道뿐만 있는 것이 아니라고 하여 時代에 적절한 變法の 필요성을 역설했다.

6) 法者 所以愛民也. 禮者 所以便事也. 是聖人苟可以強國 不法其故 苟可以利民不循其禮 〈商君書.更法〉

7) 前世不同教何古之法. 帝王不相復 何禮之循.伏羲神農教而不誅.黃帝堯舜誅而不怒.及至文武 各當時而立法因事而制禮.禮法以時而定 制令各順其宜 〈商君書.更法〉

8) 〈商君書.開塞〉

다. 任法論

商君은 국가의 부국강병을 위하여 필요한 事項들을 미리 法律로 정해 두고, 국가行政업무의 집행과 裁判을 오직 이 법률에 따라 처리하는 任法而治를 시행하여, 私議를 제거하고 官吏가 행사하던 전통적인 禮法並用の 裁量權을 박탈하였다.⁹⁾ 이러한 任法論은 종래의 재판이 臨事制刑 내지 同罪異罰과 같은 釋法任私로서 귀족계급의 專斷에 의한 禮法並용과 人治主義를 기본원칙으로 하던 것을 廢止하고 모든 재판을 法에 一任하므로 이를 任法主義라고 부를 수 있다.¹⁰⁾

미리 立法한 法令에 따라서만 治國한다는 任法而治라는 그의 任法主義는 먼저 필요한 法을 미리 제정해두어야 하므로, 立法의 分量을 增幅시켜 法典의 내용을 보다 풍부하게 만들었다. 당시 李悝가 各國法을 정리하여 편찬한 <法經>은 모두 6篇으로서, 그 내용은 盜法, 賊法, 囚法, 捕法, 雜法, 具法으로 되어있어 사실은 刑法 내지 刑事관계법전에 불과하였다¹¹⁾. 여기에다 商君은 부국강병을 위해 필요한 農戰에 관한 법률을 法典에 새롭게 편입시켰으니 分戶令, 軍爵律 등이 그것이다¹²⁾.

라. 明法論

商君은 법률이 遵守되자면 법률담당관리 뿐만 아니고 婦人이나 어린이까지도 모두 법내용을 잘 알아서 불필요한 犯法과 處罰을 피할 수 있게하여야 한다(天下之吏民 無不知法者)고 생각하여, 이른바 明法論 즉 法의 公布를 강조한다. 그의 明法思想은 기본적으로 愚昧한 자도 모두 법의 내용을 알고 있도록 하여 불필요한 犯罪사태를 예방하고자(愚者遍能知之), 먼저 法은 반드시 명백하고 알기 쉽게 만들고 (爲法 必使之明白易知), 동시에 백성에게 널리 公布하여 공지시키게 했다(垂法而治)¹³⁾. 이리하여 法令만을 전담하는 官吏를 따로 두어서 법령의 내용이나 존재에 대한 백성의 質疑에 정확하게 應答해 주도록 하고, 담당 官吏가 그 법령을 잘못 알고 있는 경우에는 당해 법률을 위반한 죄로 處罰토록 하였다¹⁴⁾. 또 일단 제정한 法文의 내용은 정확하여 혼동할 염려가 없어야 하고, 만약 官吏가 法條文을 새길 때 一字以上 損益變更하면 死刑에 처했다.¹⁵⁾

明法論은 法解釋에 대하여서도 전국적으로 통일된 명백한 解釋이 필요하므로 국가에서 내린 유권해석 한가지만 허용하는 이른바 壹敎主義를 채택한다. 따라서 異說을 야기시킬 우려가 있는 儒家的 禮治사상이나 기타의 잡다한 법사상들을 모두 私議라고 불려서 철저하게 탄압하였다. 그는

9) 世之爲治者 多釋法而任私議 此國之所以亂也.....故立法明分 中程者賞之 毀公者誅之 賞誅之法 不失其議故民不爭 (商君書, 修權). 言不中法者 不聽也. 行不中法者 不高也. 事不中法者 不爲也 (商君書, 壹言)

10) 破勝黨任 節去言談 任法而治矣.....臣故曰 法任而國治矣 (商君書, 慎法).

11) <晉書, 刑法志>

12) <史記, 商君列傳> 그러나 1975년 湖北省雲夢縣睡虎地에서 발견된 유물로서, 秦始皇의 통치시기에 사망한 어느 秦人의 副葬品인 睡虎地秦墓竹簡에 실려있는 秦의 法律에는, 李悝의 <法經>에는 없는 金布律, 司空律, 軍爵律, 田律, 倉律, 徭律, 傳食律, 工律, 效律, 置吏律 등 非刑事관계의 새로운 法律名이 많이 있는 것이 발견되었다. 물론 이것은 商君의 死後 백여년이 지난 후의 秦律의 일부분이므로 이러한 법이 商君에 의하여 직접 제정된 것이라고 할 수는 없지만, 이들 중 많은 부분이 商君의 變法과 연장선에서 제정되었다는 추측이 가능하다 하겠다.

13) 夫民之不治者 君道卑也 法之不明者 君長亂也 故明君 不道卑不長亂也. 秉權而立 垂法而治 (商君書, 壹言)

14) 故聖人必爲法令置官也 置吏也 爲天下師 所以定名分也.....敢忘行主法令之所謂之名 各以其所忘之法 名罪之 (商君書, 定分)

15) 有敢刻定法令 損益 一字以上 罪死不赦 (商君書, 定分)

부국강병에 필요한 農戰과 그에 필요한 告姦을 장려하기 위한 법률을 제외하고는 모두가 國益에不利한 불필요한 것으로 정하고, 禮·樂·詩·書·修善·孝弟·誠信·貞廉·仁·義 등을 六蠹이라고 하여 배척하였다. “詩書를 불태우고 法令을 明白하게했다(燔詩書而明法令)”¹⁶⁾는 商君의 燔詩書사건은 이러한 그의 壹敎主義에서 나온 당연한 귀결이라고 해석된다.

그는 법령에 대한 是是非非를 금지하였으니, 變法초기에 법령의 불편을 호소하던 者들이 法을 시행한지 십년이 지나자 도리혀 그 편리한 것을 칭찬하자, 그들을 亂化之民이라 하여 邊城으로 강제로 移住 시켰다¹⁷⁾는 사건은 이를 단적으로 보여준다. 그 뒤로는 법령에 시비를 하는 자가 없어졌다고 한다.

마. 信賞必罰論

富國強兵을 달성하자면 필수적으로 그의 變法律들이 완벽하게 遵守되어야 하므로, 商君은 법의 철저한 집행을 보장하기 위한 賞罰制度를 변경하고 信賞必罰을 강조했다. 이른바 人은 爵祿을 좋아하고 형벌을 싫어하므로(夫人情好爵祿而惡刑罰) 法令의 확실한 施行을 위해서는 賞罰의 사용이 가장 유효한 방법이라고 믿은 商君은, 먼저 壹賞·壹刑제도를 확립하고는 “백성이 賞을 믿으면 事業이 성공하고, 刑罰을 믿으면 犯罪가 없어진다(民信其賞則事成 信其刑則姦無端矣)”¹⁸⁾고 重信論을 주장하면서 信賞必罰에 대한 백성의 信賴를 확립하는 것이 중요하다고 생각했다.

그는 法律에 따른 信賞必罰의 원칙에 대한 백성의 信賴를 얻기 위하여 變法을 시작하기에 앞서서 한가지의 사건을 만들었다.¹⁹⁾ 이렇게 백성들을 속이지 않는다는 사실을 분명하게 보여주고 난 뒤에 그는 變法을 시행했던 것이니, 重信論에 따라 이렇게 賞에 대한 국민의 信賴를 구축하고 나서, 農戰에 대한 壹賞제도를 만들어서 食糧增産과 戰鬪에서 국민들의 경쟁심을 유발시켰다.

한편 그는 刑罰의 평등한 집행을 위하여 告姦을 장려하였다. 즉 犯法者를 신고한 자는 적의 머리를 벤 것과 같은 賞을 주고(告姦者與斬敵首同賞), 신고하지 않은 자는 허리를 베는 형벌(不告姦者腰斬)²⁰⁾을 정하여 법의 정확한 집행을 도모하면서 이것으로 일종의 범죄예방의 효과까지 거두고자 한 것으로 보인다. 그는 告姦을 獎勵하더니 다시 한걸음 나아가서 보다 강력한 連坐제도를 창안하게 된다. 국민의 철저한 상호감시제도를 활용하여 法律의 준수를 강행하고 범죄를 사전에 예방하고자 하는 목적으로 상군이 만든 連坐制度의 내용은, 백성을 다섯 집이나 열 집씩 묶어서 서로 監視하게하고 連坐의 책임을 물었다(令民爲什伍 而相收司連坐). 이 連坐제도는 점차 軍隊와 官廳에도 확대 실시 되었다고 한다²¹⁾.

한편 信賞必罰을 효율적으로 실천하기 위해서는 명령자의 強制力에 의한 履行이 필수적으로 뒷

16) 〈韓非子·和氏〉

17) 〈史記·商君列傳〉

18) 〈商君書·修權〉

19) 商君은 약10미터 길이의 나무를 南門에다 세워두고서 그것을 北門으로 옮기는 자에게 賞으로 十金을 준다고 公告를 했다. 그러나 모두들 이상하게 여기고 아무도 옮기는 자가 없자, 다시 50金을 준다고 賞金을 인상하자 어떤 자가 그 나무를 옮겼고, 商君은 그에게 즉시 50金을 주었다. 〈史記·商君列傳〉

20) 〈史記·商君列傳〉

21) 〈商君書·境內〉, 〈史記·孝文本紀〉

받침이 되어야 하므로 尊君思想 즉 君主의 절대적인 權勢가 요구되었다. 즉 “君主가 존귀해야만 法令이 시행된다(君尊而令行)”는 생각은 결국 君主의 강력한 中央集權의 權力이 있어야 한다는 결론에 도달하므로, 이러한 商君의 信賞必罰論은 權勢獨制 내지 “權制斷于君”을 정당화하는 이론이 되어 훗날 秦始皇의 中央집권적인 郡縣政治에 필요한 이론을 제공한 셈이다.

바. 重刑論

信賞必罰論은 법치국가에서는 어디에서나 요구되는 일반 원칙으로, 商君은 賞은 厚해야하고 罰은 嚴해야 한다는 厚賞重罰주의를 강조한다. 특히 범죄의 예방에는 重刑이 가장 효과적이라는 以刑去刑論은 그의 변법주의를 반대하는 기존 귀족세력의 반발을 막기 위한 강압적인 意圖도 포함된 것으로 보인다²²⁾. 그는 옛날에 사용하던 儒家式的 以德去刑은 지금과 같은 巧僞한 백성들을 다스릴 수가 없으며,²³⁾ 德主刑輔式으로 罰이 가벼우면 그것을 惡用하는 범법자만을 보호하게 되고 백성들은 점차 姦惡하게 된다고 하고, 以刑去刑의 방법은 형벌이 峻嚴하므로 감히 범법할 생각을 못하게 하여서 결국은 모든 백성을 선량하게 만들 수 있다고 한다.²⁴⁾

이러한 重刑重罰사상은 賞과 刑의 경중을 따져보면 賞보다는 罰의 효과가 顯著하므로 刑罰이 一次的으로 필요하다는 결론에 도달하여, 先刑而後賞 내지는 刑多而賞少라는 결론에 이른다. 그리하여 商君은 農戰과 告姦을 제외하고는 賞을 주는 경우가 없는 반면에, 刑罰은 그 종류가 많아서 九刑一賞이 기본이 되었고, 결국에는 厚賞重罰이 아니고 重刑輕賞이 신상필벌론의 내용이 되고 말았다. 이러한 重刑제도를 시행함에 따라 刑罰의 종류가 많아져서 肉刑인 五刑에다 勞役刑이 신설되고, 死刑은 그 집행방법이 다양해져서 腰斬, 車裂, 梟首, 鑊烹 등이 등장한다.

사. 秦의 法治制度의 確立

이상에서 살펴 본 바와 같이 商君의 法治사상은 그 안에 任法, 明法, 信賞必罰, 重刑罰 등 다양한 내용을 내포하고 있다. 이러한 내용은 본래는 法治主義 또는 變法主義의 범위안에 모두 포함되어야 할 내용이다. 그러나 중국법사상사에서 우리는 法治라는 용어를 禮治와 대조하여 사용하고 있으므로 儒家의 德主刑輔가 아닌 法家의 先法後禮를 法治主義라고 부르고 있으므로 따로 任法論, 明法論 등을 구분하여 살펴 보았다.

商君의 法治主義의인 變法思想은 근본적으로 富國強兵이라는 국가정책을 성공적으로 수행하기 위하여 주장된 것이다. 富國으로 부상하기 위하여 경제를 건설하는 첩경은 農耕의 개발에 있다고 믿었고, 強兵을 위한 최상의 방법은 戰功의 장려라고 확신했기 때문에, 그는 農戰을 국가정책의 강령으로 삼았고, 農戰에 참여할 보다 많은 人力을 확보하는 방법으로 그는 귀족제도의 解體도 不辭하는 前代未聞의 위험한 모험을 감행하였다. 당시에 太子가 法을 어겼다는 이유로, 그의 傅인 공자 虔에게 코를 베는 형벌을, 그의 스승인 公孫賈에게 먹실을 넣는 형벌을 施行하였을 정도였

22) 禁姦止過 莫若重刑,…… 以刑去刑 雖重刑可也 昔之能濟天下者 必先濟其民者也(商君書, 劃策)

23) 古之民樸以厚 今之民巧以僞 故效於古者 先德而治 效於今者 前刑而法(商君書, 開塞)

24) 刑重者 民不敢犯 故無刑也 而民莫敢爲非 是一國皆善也 故不賞善而民善(商君書, 劃策)

다. 그는 孝公을 도와서 富國強兵을 위한 變法에만 전념했었기 때문에 秦孝公은 霸者가 될 수 있었지만, 그를 신뢰하던 孝公이 죽자 즉시 그를 미워하던 太子와 貴族들에 의하여 死刑을 당하고 마는 悲運을 맞게된다.

그러나 商君의 死後에도 그의 變法律은 그대로 존속하여 秦의 法治主義傳統이 계승된 점을 보면, 그의 變法방법이 비록 과격한 점은 있었으나, 그의 變法사상은 부국강병을 추구하던 전국시대의 時宜에 적합한 법사상이었음이 증명된 셈이다. “商君이 秦을 다스리니, 法令이 잘 시행되고 公平無私하여, 強大한 자도 罰을 면하지 못하고, 親近하더라도 사사로이 賞을 받지 않았으며, 太子에게도 법이 적용되어 그 傅가 코를 베히는 형을 받았다”는 〈戰國策〉의 記錄²⁵⁾은 商君의 變法이 秦나라에 法治制度를 確立시킨 공적을 입증하는 데 충분하다 하겠다. 이 때에 확립된 法制는 그대로 秦帝國으로 이어져 존속하였고, 그후 漢을 경유하여 중국의 역대왕조의 法制로 명맥을 유지하였던 것이다.

3. 韓非의 法思想

商君의 死後 100년 뒤에 활약한 韓非(B.C.280-233)는 韓나라의 公子로 젊어서는 刑名法術의 학문을 좋아했다. 李斯와 함께 荀卿의 문하에서 儒學을 수학하였는데, 둘 다 스승의 儒家와 禮治思想를 버리고 法家의 法治사상가로 전향한 것은 주목할 사항이다. 李斯는 일찌기 秦王을 섬겨서 정치가로 이름을 날렸으나, 韓非는 조국인 韓나라의 장래를 걱정하여 韓王에게 정책 건의를 했으나 등용되지 못하자 그의 사상을 〈孤憤〉등 10여만자의 문장으로 발표하였는데 그것이 오늘날 〈韓非子〉55篇으로 전해온다. 그는 〈韓非子〉에서 그때까지 등장했던 법치주의 법사상을 총정리하여 법가사상을 완성하였다. 司馬遷은 그를 黃老학파로 분류하였으나, 그는 한 때 儒學도 배웠으며, 또 그의 법사상의 핵심은 商君의 변법사상을 대부분 답습하면서 慎到와 申不害의 法家학설들을 가지고 이를 補完하고 있으므로, 전국시대의 법치사상을 完成시킨 法家로 분류하는 것이 일반적이다.

秦始皇은 통일이전의 秦王시절에 韓非의 〈孤憤〉등을 읽어보고 “내가 이 사람을 만나서 같이 交遊한다면 죽어도 餘恨이 없겠다(寡人得見此人與之游 死不恨矣)”고 할 정도로 韓非의 이론에 매료되었으나, 李斯의 방해로 韓非를 笮用하지 못하고 죽이고 말았다. 그의 死後에 秦始皇은 韓非의 법치사상을 그대로 실천에 옮겨 법치사상을 기본으로 하는 대제국의 경영에 성공했으니, 韓非의 법사상이 그대로 秦의 정치철학의 근본이 되어 그 眞價를 충분히 발휘한 셈이다.

가. 法家思想의 完成

韓非의 법치주의는 商君과 같이 法家에 속하고 있다. 그들이 法治를 주장한 배경에는, 禮治보다 法治가 우수하다는 이론적 근거도 있지만, 富國強兵이라는 시대적 요청에 따라 耕戰을 효과있게 장려하기 위하여 더 필요했다는 점도 兩者가 같다. 그 밖에도 變法論이나 기타의 任法, 明法, 信賞必罰, 重刑論에 이르기 까지 두사람의 사상내용이 大同小異하여, 법치주의에 關한 限은 韓非는 商

25) 商君治秦 法令至行 公平無私 罰不違強大 賞不私親近 法及太子 黥劓其傅 〈戰國策·秦策一〉

君의 법치사상을 기본으로하여 그를 발전시켜 완성시켰을 뿐이지 독자적인 법사상이 더 첨부되었다고 보기가 어려운 점이 없지 않다.

韓非의 독특한 법사상으로 法과 勢와 術의 綜合을 들 수 있으나, 이것은 韓非가 商君보다 백년 정도 후대의 사람이므로 商君과 같은 시대에 살다 간 법치사상가인 慎到와 申不害의 법사상까지 종합할 수 있었기 때문이지, 그가 法治思想에 관하여 商君과 근본적으로 다른 견해를 가졌다는 것을 의미하는 것은 아니다.

다만 국가와 법률의 起源論에 대하여서는 兩者간에 약간의 견해차이를 보이기도 한다. 商君은 好利惡害하는 人性으로 야기되는 사회의 혼란상태를 규제하기 위해서는 각 시대의 社會弊端의 종류와 내용에 따라서 요구되는 규제수단이 禮가 되기도 하고 法이 되기도 하여 서로 달라진다는 입장이다. 商君은 세상을 時代順으로 四단계로 구분하고는, 上世에는 親親而愛私가 원칙이고, 中世에는 上賢而說仁이 원칙이고, 下世에는 貴貴而尊官이 원칙이라 定分立禁하고 立官立君해야 하지만, 今世에는 法으로 혼란을 규제해야만 한다고 주장한다.²⁶⁾ 그러나 韓非는 자기자신을 爲하는 마음을 가진 사람들이(人人皆挾自爲心) 인구가 증가하면서 物資가 상대적으로 적어지자(人民衆而貨財寡) 보다 많은 물자를 쟁탈하는 혼란상태가 발생하는데 이 混亂상태를 終熄시키는 규제수단으로는 法만이 타당한 질서규범이라고 주장한다. 兩者가 當代의 질서규범으로 法을 제시한 결론 부분은 서로 같지만, 禮의 존재가치를 어느 면에서 인정하는 商君에 비하여 禮를 불필요하다고 보는 韓非의 법치사상이 한결 더 철저한 것이 대조적이다.

나. 法.勢.術의 綜合

韓非는 당장에는 法律만이 百姓을 효율적으로 통치하는 도구라는 점을 강조하는 商君의 이론에 동조하면서²⁷⁾, 동시에 臣民에게 법을 시행하려면 君主의 權力集中과 權臣을 조종하는 用臣術도 갖추어야한다는 慎到와 申不害의 이론도 수용하여, 이들 三人의 법사상을 종합하여 독자적인 분야를 개척하였다. 韓非가 직접 저술한 것으로 알려진 <韓非子>에는 이러한 그의 법사상이 자세히 실려있다.

그가 法治에 관해서는 商君의 사상을 그대로 답습했다고 볼 수있지만, 慎到的 重勢와 申不害의 重術에 관한 이론을 수용함에 있어서는 다소 批判적인 견해를 가지고서 이들을 補完하는 내용을 제시하고 있다. 즉 勢와 術의 운용은 반드시 法治를 기본원칙으로 삼는 테두리안에서 이루어져야만 한다는 점을 강조 하면서, 군주의 권세의 독점과 用臣術에서의 술책의 활용이 자칫 불법적인 독재나 권모술수에 흐르지 않도록 주의를 환기하고 있다.

(1) 重勢와 法治의 결합

원래 慎到가 주장한 重勢論은 군주가 입법한 법률이 제대로 시행되자면 신상필벌이 되어야 하는데, 그러기 위해서는 군주가 상벌권을 온전히 장악할 필요가 있다는 이유에서 군주의 勢의 重要性

26) <商君書.開塞>

27) 有道之國 務在弱民. 民勝法國亂 法勝民兵強.<商君書.賞刑>

을 강조한 이론이다. 臣民이 法令을 지키는 것은 군주의 權勢에 복종하는 것이지, 法이 공명정대하다거나 君主의 명령이 妥當하기 때문에 준수하는 것이 아니라는 것이 重勢論의 요지이다. 현인인 臣下가 우둔한 君主에게 복종하는 것은 군주의 權勢가 높기 때문이지 군주의 德을 존중한 것이 아니므로(賢人屈于不肖者 則權輕位卑也 不肖而能服賢者 則權重位尊也), 君主가 된 자는 權重位尊하여야만 令行禁止의 실적을 올리고 부국강병을 이룰 수 있다고 한다. 따라서 법은 국가의 권력이 있어야만 강제통용력이 생긴다는 신도의 重勢論은 국가공권력의 지원이 법집행에 필수적임을 지적한 이론이다.

慎到는 법치주의자로서 民一于君하고 事斷于法을 원칙으로 하고 있다. 군주의 權勢를 집중적으로 강화하는 것은 다분히 군주가 事斷于法이라는 법치를 실천하기 위한 도구적인 성격을 띄고 있다. 그는 道家的인 性向의 법사상가로서 궁극적으로는 군주에 의한 無爲而治를 理想으로 추구하므로, 결과적으로 君道無爲 臣道有爲 내지 君臣之道 臣事事 而君無事로 되어서 법의 집행을 臣下에게 맡기게 되므로 군주의 權力집중이 형식적이고 제한적인 내용에 불과하게 된다.²⁸⁾

韓非는 이러한 慎到의 태도에 반대하고, “권세는 남에게 빌려주면 안된다(權勢不可以借人)”²⁹⁾ 하고 “상벌권을 신하와 같이 행사하면 권위가 분산된다(賞罰下共則威分)”하여, 군주가 중앙집권적인 절대권력을 장악해야만 신상필벌의 확립에 의거한 법치가 가능하다는 입장을 취한 점에서 慎到의 학설을 강화하여 독재정권도 不辭하는 주장도 서슴치 않는다.

또 權勢와 法治의 상호보완적인 관련성을 인정하여 “法을 지키고 勢를 얻으면 다스려지고, 法을 어기고 勢를 버리면 어지러워진다”(抱法處勢則治 背法去勢則亂)³⁰⁾고 표현하여, 勢가 있더라도 法이 없다면 治世가 어렵다는 점을 갈파한 점은 신도에게서 보지 못한 독자적인 견해이다.

(2) 重術과 法治의 결합

申不害의 重術論은 權臣이 군주의 법치를 방해하거나 군주의 자리를 넘보는 것을 방지하려면 군주가 신하들을 통솔하는 술책인 用臣術을 가져야만 한다는 이른바 君人南面之術³¹⁾을 가리킨다. 그는 大臣이 군주의 총명을 가리우고 백성의 소리를 막고, 정권을 탈취하고 법령을 마음대로하여(蔽君之明 塞君之聽 奪之政 而專其令) 결국은 亂臣破國하고 弑君取國하는 불상사가 없도록 경계하면서, 君臣간의 上命下服關係가 잘 유지되도록 하는 君主의 臣下操縱術策을 術이라고 불렀다. 그의 重術論의 구체적인 내용은, 君主된 者는 독점적인 任免.監督.賞罰권한을 사용하여 臣下들의 재능과 성실과 충성심을 조사하여 군주의 의도대로 법령이 시행되도록 하면서도, 그러한 군주의 心中을 신하들이 알 수 없도록 하여 無爲而治가 되어야 한다는 것이다. 그리하여 明君이 몸이라면 臣下는 그 팔다리라고 하고 君主가 부르면 臣下가 대답하여 君主는 근본이 되고 臣下는 지말이 되면서, 君主의 의도는 無事인 것 같이 보이어서 臣下에게 無事임을 보여주어야만 군주의 術을 터득한 것이라고 한다³²⁾.

28) 〈慎子·民雜〉

29) 〈韓非子·內諫說下〉

30) 〈韓非子·難勢〉

31) 〈漢書·藝文志〉

韓非는 “明君은 官吏를 다스리고 百姓을 다스리지 않는다”(明君治吏不治民)³³⁾고 하면서 “명주가 그 臣下들을 지도하고 견제하는 것은 刑과 德 두가지 뿐이다. 무엇이 刑과 德이나. 殺戮하는 것이 刑이고 褒賞하는 것이 德이다”³⁴⁾하여 정치가 중국에는 臣下인 官吏를 다루는 技術여하에 따라 勝敗가 달려 있음을 인정한다. 그는 商君이 비록 秦의 부국강병은 성취했으나 중국통일을 하지 못한 이유를 설명하면서, 商君이 法은 있으나 術이 없어서 姦邪한 臣下를 부릴줄 몰랐기 때문에 富強이 결과적으로 人臣만 도와주었다고 하면서,³⁵⁾ 전쟁에 이기면 大臣만 높아지고, 국토가 넓어지면 私封만 세워졌다(戰勝則大臣尊 益地則私封立)고 비평한 것은 그가 用臣術의 중요성을 강조한 좋은 예이다.

이렇게 申不害의 重術論을 수용하면서도, 韓非子는 여기에다 法治를 다시 결합시켜서 “法과 術을 버리고서 心治에 맡긴다면 堯임금도 한나라를 바르게 다스리지 못 할 것이다”(釋法術而任心治 堯不能正一國)고 하여 重術은 법치의 존재를 전제로 하여서만 그 효용성이 있는 것이라고 보아, 法과 術의 불가분성을 강조하고 있다. 그가 申不害에 대한 비평에서, 韓昭侯를 도와서 17년을 종사했으나 霸者로 만들지 못 한것은 바로 申不害가 “비록 군주에게 術은 사용하게 했으나, 法을 정비하여 관리를 다스리지 못했다”(雖用術于上 法不勤飾于官之患也)는 결점이 있기 때문이라고 지적하고, 故法과 新法의 모순점을 미리 정리해 두지 않았던 부주의가 바로 申不害의 부족했던 부분이라고 평한다.³⁶⁾

4. 李斯의 法思想

李斯(?-B.C.208)는 楚나라 사람으로 韓非와 같이 荀卿의 제자였으나, 기원전 247년에 진나라에 들어가 당시의 秦相인 呂不韋의 舍人으로서 郎이라는 벼슬을 하다가, 秦始皇을 만나 그의 법치사상을 실천하여 진의 통일을 가능하게 했던 법사상가이자 정치가이다. 그는 법치주의자로서 變法사상과 任法주의에 철저했던 점은 韓非와 같다. 그의 법치사상은 韓非처럼 商君의 法과 慎到의 勢와 申不害의 術을 根幹으로 한 것으로 추측이 되지만, 그의 저술이 남아 있지 않으므로 그의 법치사상의 내용은 <史記>의 <秦始皇本紀>와 <李斯列傳>에 의하여 그 일부만을 알 수가 있을 뿐이다. 그러나 秦始皇의 통치사상이 바로 李斯의 사상과 같다고 볼 수 있으므로 이런 관점에서 그가 특히 強調했다는 기록이 현존하는 법사상에 대해서만 설명하기로 한다.

가. 郡縣制度的 確立

李斯는 秦이 大陸統一을 이룬 뒤에도 商君이 설치한 군현제도를 전국에 확대 실시하여 전국을

32) <申子·大體>

33) <韓非子·外儲說左下>

34) 明主之所導制其臣者 二柄而已矣 二柄者刑德也 何爲刑德 殺戮之謂刑 慶賞之謂德 <韓非子·二柄>

35) 其國富而兵強 然而無術以知姦 則以其富強也 資人臣而已矣 <韓非子·定法>

36) 韓者 晉之別國也 晉之古法未息 而韓之新法又生 先君之令未收 而後君之令又下 申不害不擅其法 不一其憲令 則姦多 <韓非子·定法>

36郡으로 나누고 중앙에서 관리를 파견하였다. 그는 中央集權의 君主獨裁를 주장하여 “한 자의 땅도 封하지 않고 子弟를 王으로 세우지도 않으며 功臣을 諸侯로 삼지 않았으(使秦無尺土之封 不立子弟爲王功臣爲諸侯者)”, 한편으로는 以後에 일어날 戰爭의 憂환을 미리 없애려는 의도를 보이 고자 적극적으로 城壁을 허물고 兵器를 녹여서 다시 사용하지 않을 것임을 널리 公示하면서, 전쟁의 위험성을 내포하고 있는 封建制度를 폐지하고 중앙집권적인 군현정치를 실천했다. 이러한 군현 제도의 강행은 博士인 淳于越과 丞相인 王綰등의 반대에 부딪혔다.³⁷⁾ 그러나 그는 이들의 師古論을 반대하고 한편 周의 封建제도의 弊端을 지적하면서³⁸⁾ 시대의 상황에 따라서 法制가 변한다는 變法主義를 내세워 새로운 郡縣制度를 시행하자는 師今論을 주장하였다.³⁹⁾ 이 주장을 따른 秦始皇은 중국역사상 최초로 法家思想에 입각한 강력한 중앙집권통치를 시행하여 전통적인 봉건제도는 완전히 자취를 감추는 사태가 벌어졌다.

나. 壹敎主義

통일 후인 秦始皇 34년에 淳于越이 봉건제도를 지지하는 정책을 주장한 사건이 있는 후, 李斯는 이러한 學者들의 異論의 再發을 방지하기 위한 계책으로 商君의 선례를 따라서 焚書를 주장하면서, 모든 私學의 설치와 교육을 금지하여 秦나라에는 오직 공인된 국가시책만이 유일한 公論으로 존재하도록 하는 壹敎主義를 강행하자는 건의를 한다. 그는 “사람은 私적으로 배운 私學을 좋아하고 나라에서 세운 제도를 비난하게 마련이다. 이제 陛下는 천하를 통일하여 白黑을 변별하고 一尊을 정하였는데, 私學의 무리들은 法敎와 敎制를 非難하고 법령이 발표되면 각기 私學에 근거하여 이것을 토의하여, 집에 들어가면 마음으로 비난하고 밖에 나오면 巷間에서 토의하여, 군주를 非難하는 것을 명예로 삼고 異說로서 고상한 체하면서 무리를 이끌어서 誹謗을 일삼는다. 이러한 것을 금지하지 않으면 위로는 君主의 권위를 떨어뜨리고 아래로는 政黨을 이루게 될 것이니, 빨리 금지시켜야 합니다. 臣은 모든 文學과 詩와 書와 百家語를 제거하되, 명령이 하달된지 30일안에 除去하지 않은 자는 먹실을 넣어서 城 쌓는 刑罰(城旦)에 處하기를 請합니다. 다만 醫藥과 卜筮와 種樹에 관한 서적은 제거하지 않습니다. 만약 배우고자 하는 자는 官吏를 스승으로 삼아야 합니다.”⁴⁰⁾고 하는 주장을 펴서 그 유명한 焚書坑儒사건을 유발시켰다.

이러한 극단적인 壹敎主義는 商君의 壹敎論에서 진일보한 보다 강력한 愚民化정책으로서, 모든 私學을 금지하여 학문의 대상을 국가의 법령과 그의 유권해석에 限定하고, 교사는 법령을 관장하

37) 淳于越是 齊나라 사람으로 郡縣제도에 반대하는 주장을 하면서, “殷과 周가 천여년을 유지한 것은 子弟와 功臣을 封하여 저절로 支輔가 되었기 때문이며,옛을 스승삼지 않고서 장구하게 버틸 수 있는 것은 들은 적이 없다”(臣聞之 殷周之王千餘歲 封子弟功臣 自爲支輔.....事不師古而能長久者非所聞也)는 내용의 師古論을 폈다.〈史記·李斯列傳〉 또 王綰은 “諸侯初破燕齊荆地遠 不爲置王母以填之 請立諸子 唯上幸許”라는 分封制度를 지지하는 건의를 했다.〈史記·秦始皇本紀〉

38) 周文武所奉子弟同姓甚衆 然後屬疏遠 相攻擊如仇讎 諸侯更相誅伐 周天子不能禁止 今海內賴陛下神靈一統 皆爲郡縣 諸子功臣以公賦稅重賞賜之 甚足易制 天下無異意 則安寧之術也 置諸侯不便 〈史記·秦始皇本紀〉

39) 古者天下散亂 莫能相一 是以諸侯並作 語皆道古以害今 飾虛言以亂實 〈史記·李斯列傳〉

40) 人善其所私學 以非上所建立 今陛下并有天下 辯白黑而定一尊 而私學乃相與非法敎敎制 聞令下各以其 私學議之人則心非 出則巷議 非主以爲名 異趣以爲高 率群下以造謗 如此不禁 則主勢降乎上 黨與成乎下 禁之使 臣請諸有文學詩書百家語者蠲除去之 令到 滿三十日弗去 蠲爲城旦 所不去者 醫藥卜筮種樹之書 若有欲學者 以吏爲師 〈史記·李斯列傳〉

는 관리들이 담당하도록 하였던 것이다(以法爲教 以吏爲師). 이것은 事皆決于法이라는 任法論과 明法論을 강행한 李斯의 법치주의 일변도가 도달하게된 당연한 귀결점이라 하겠다.

다. 督責論

李斯는 秦始皇의 아들인 二世에게 건의한 글에서 督責之術을 강조한다. 이것은 申不害와 韓非가 重術論에서 주장하던 군주의 用臣術을 답습하되 실천하는 방법을 구체화한 것으로 君主는 大權을 장악하여 신하를 부리면서 천하사를 獨裁해야만 한다고 했다.⁴¹⁾ 그렇게 하기 위한 방책으로 그는 신하의 잘잘못을 철저하게 監督하여 責罰하는 督責之術의 중요성을 강조한다.⁴²⁾ 二世가 이에 따라 督責을 시행하자, 稅金徵收을 흑심하게 하였고 行人의 折半이 刑罰을 받은 자이며 죽은 자의 시체가 시가지에 쌓이었다고 한다.⁴³⁾ 따라서 이 督責은 군주의 重術이기 보다는 君主의 恣意的인 권력남용으로 인식되기에 이르고, 관리와 백성이 모두 군주를 두려워하게 하여 秦의 早期滅亡을 초래한 원인이 되었다.

제3장. 漢의 禮治思想

1. 漢의 郡國制度와 法制의 變遷

기원전 202년 劉邦이 項羽를 제압하고 중국을 재통일하여 漢나라를 세우고 皇帝로 군림하자 그는 秦의 군현제도를 기본골격으로하면서 周의 봉건제도를 가미한 郡國制度를 시행한다. 그는 통일 직후에는 功臣과 一族들의 공적을 인정하여 각지에 封建하고 제후로 王을 두었으나, 그의 治世중에 功臣출신의 諸侯王들은 모두 멸망시켜 그 후로 劉氏一族인 제후왕만 있었다. 諸侯들인 王의 권한도 景帝때의 吳楚七國의 亂 이후로 축소되더니, 武帝때에 이르러서는 封國에 대한 통치권을 박탈당하여서 형식상으로는 郡國제도이나 사실상은 郡縣제도가 되고 말았다. 그후 기원전 106년에는 전국을 13개의 州로 나누고 刺史를 두어서 郡의 太守등을 감찰토록 하였으니, 이처럼 漢은 秦의 정치제도를 그대로 계승하였던 것이다.

한편 法制에 있어서는 秦의 嚴刑苛法에 시달린 국민감정을 감안하여 約法省刑을 指向하였으니, 기원전 206년에 咸陽에 입성한 劉邦은 父老들과 상의하여 約法三章을 공포하였다.⁴⁴⁾ 그러나 그후

41) 是故 主獨制于天下而無所制也 能窮樂之極矣〈史記·李斯列傳〉

42) 夫賢主者必且能全道而行督責之術者也.....明聖王之所以能久處尊位長執重勢而獨擅天下之利者非有異道也能獨斷而審督責 必深罰 故天下不敢犯也〈史記·李斯列傳〉

43) 二世悅於是行督責益嚴 稅民深者爲明吏 二世曰若此則可謂能督責矣 刑者相半於道 而死人日成積於市 殺人衆者爲 忠臣 二世曰若此則可謂能督責矣〈史記·李斯列傳〉

44) 종래의 秦나라의 법을 모두 폐기하고 殺人罪, 傷害罪, 竊盜罪의 세가지만을 처벌하는 간단한 법을 公布하여 민심을 얻고자 했다. 與父老約法三章耳 殺人者死 傷人及盜抵罪 餘悉除去秦法〈史記·高祖本紀〉

4년이 지나자 三章뿐인 約法으로는 범죄를 처리할 수가 없자, 丞相인 蕭何를 시켜 九章律을 만들게 하더니 또다시 叔孫通으로 하여금 이를 보충하는 傍章律18篇을 제정하여 결국은 秦法을 대체로 계수하고 말았다. 다만 모든 국민이 秦의 嚴罰峻法을 싫어하는 감정을 고려하여 袖手傍觀의인 태도가 政策上으로 필요하다고 판단하고 법령을 대폭 간소화시켰다. 이러한 放任的인 黃老學派的인 雰圍氣는 계속하여 流行했기 때문에 漢나라의 法律制度를 정하는 방향에도 큰 영향을 주었다.⁴⁵⁾ 즉 惠帝때에 呂后는 黃老學을 특히 信奉하여 官民에게 이를 배우도록 권장하고 방임적인 無爲而治를 주장하면서 刑罰을 완화하는 조치를 취했고, 文帝는 한걸음 더 나가서 秦나라의 惡法인 連坐法과 誹謗妖言法을 없애고 古代로 부터 계속하여 시행하여오던 肉刑을 폐지했으며, 景帝는 신중한 裁判을 위하여 처음으로 上訴제도를 신설하였다. 이러한 黃老學派的인 일련의 法制改革은 秦의 법치주의를 버리고 새로 儒家의 예치주의로 선화하려는 태도와 결합하여 황노학파적인 예치주의라는 漢나라 특유의 법사상을 형성하는 契機가 되었다.

秦이 천하를 통일한지 불과 14년만에 패망하자, 그 패망의 원인이 法家の 법치주의에 있다고 생각한 漢初의 법사상가들은 秦의 법치주의처럼 간섭이 심한 有爲의 정치에 대한 反感으로 소극적인 無爲의 정치를 선호하게 되었다. 이러한 생각은 5년에 걸친 楚漢戰으로 전국이 황폐화된 당시의 궁핍했던 경제상황을 감안해보면 쉽게 이해된다. 즉 君臣에서 庶民에 이르기 까지 모두 휴식을 갈망하는 시점이라서 엄격한 간섭을 동반하는 法家사상보다는 다소 방임주의적인 黃老學의 無爲사상이 홀옌진 민심을 수습하기에 적당했기 때문에, 西漢초기에는 與民休息과 約法省禁하는 새로운 法思想이 시대적 요구에 따라 등장할 수밖에 없었다.

2. 陸賈의 法思想

陸賈(?-?)는 楚人으로 客의 신분으로 能爛한 辯舌로 劉邦을 도와서 帝王에 오르도록 하였다고 해서 그를 有口辯士라 불렀다. 그는 詩書와 儒家를 무시하던 劉邦을 설득하여 천하를 평정한 후에는 仁義를 행하고 先聖을 본받는 태도를 가지도록 했다. 劉邦에게 平和時의 법률정책의 방향을 제시하면서 “湯王과 武王은 천하를 逆取했으나 順守하였으니, 文武를 並用하는 것이 長久之術이다”⁴⁶⁾는 主張下에 秦의 法家的인 법사상을 버리고 전통적인 文武並用 즉 儒家의 德刑並用的 법사상을 채택하기를 권하였다. 즉 그는 秦이후에 王道政治로 復歸할 것을 최초로 건의한 사상가이다.

그는 劉邦의 요구에 따라서 올린 향후의 國家政策의 建議白書인 〈新語〉十二篇에서 “秦은 刑罰을 등지로 삼았기 때문에 등지가 뒤짚어지자 알을 깨트리는 患難이 있었고, 趙高와 李斯를 의지하는 지팡이로 삼았기에 넘어지고 다치는 禍가 있었다(秦以刑罰爲巢 故有覆巢破卵之患 以趙高李斯爲杖 故有傾仆跌傷之禍)”고 하여 秦의 멸망은 刑罰과 酷吏에 의한 법치에 그 패인이 있다고 판단했다.

45) 黃老學은 黃帝와 老子의 學問을 가리킨다. 黃老學은 본래 齊나라의 稷下學派에서 갈라져 나온 學派로 “無爲自化”를 근본사상으로 하고, 太古의 神農과 黃帝를 聖人으로 받드는 점에서 堯.舜.禹.湯.文.武를 聖人으로 보는 儒家나 墨家등의 기타학파들과 구별이 된다. 黃老學派가 중시하던 文書로는 1973년에 長沙馬王堆에서 발굴된〈黃帝四經〉인 〈經法〉〈十大經〉〈雜〉〈道原〉이 있다. 이렇게 太古時代의 五帝이었던 黃帝의 학설이라 고 전하여오던 無爲說이 老子에 이르러 진일보하여서 〈老子〉로 정리되면서 黃老學이 정립되었다고 한다.

46) 居馬王得之 寧可以馬上治之乎 且湯武逆取而順守之 文武並用 長久之術也 〈史記.陸賈列傳〉

한편, “堯임금은 仁義를 등지로 삼았고 舜임금은 禹와 稷과 契를 지팡이로 삼았기 때문에, 높아도 더욱 안전했고 움직여도 더욱 든든했다(昔者堯以仁義爲巢 舜以禹稷契爲杖 故高而益安 動而益固)”고 하면서 仁義와 賢臣에 의한 政治를 권장한다⁴⁷⁾.

그리고 그는 “無爲가 가장 큰 道요, 敬謹이 가장 큰 行이라(夫道莫大于無爲 行莫大于敬謹)”고 하면서⁴⁸⁾, 일이 없는 것 같고 소리도 없는 듯 하여 官府에 관리가 없는 듯하고 亭落에 백성이 없는 듯하여 訴訟사건이 없고 걱정도 없으면서 忠孝가 행해지는 道家的 理想社會의 실현을 정치의 목표로 지향하고 있다. 이처럼 그는 秦이 의지했던 法家の 嚴刑峻法에 대한 보완책으로 儒家의 仁義와 道家的 無爲사상을 도입하는 이론과정에서, 秦代에 일시적으로 자취를 감추었던 전통적인 儒家와 道家的 법사상을 부활시킨 셈이다.

이런 법사상의 실천조목으로 그는 賦役을 輕減하고 刑罰을 緩和하여 피폐한 農民들의 생활개선에 우선적으로 노력할 것을 역설하였다. 이것은 先秦시대부터 이어온 民本思想의 맥락이기도 하지만 당시의 극도로 荒弊한 경제상황을 감안하면 극히 당연한 정책이라 하겠다.

3. 賈誼의 法思想

賈誼(B.C.200-168)는 洛陽人으로 일찍부터 재능을 인정받아서 22세때에 벌써 漢文帝가 最年少의 博士로 발탁하였고, 1년뒤에 곧 太中大夫가 되어서는 漢나라 고유한 달력과 儀式과 服色과 官名등을 제정하고 黃色을 숭상하고 5라는 數字를 기준으로하는 등 秦法의 폐지에 착수했다⁴⁹⁾. 그러나 그의 재능을 시기한 당시의 大臣들이 年少하다는 등의 이유를 붙여서 배척하자 文帝도 그를 멀리하여 결국은 長沙王과 梁懷王의 太傅로 전임되고 정치에 관여하지 못하게 되었다. 그후에 그는 뜻을 못 펴고 불우하게 전전하다가 33세에 夭折하고 말았으나, 大文章家로 더 많이 알려진 그의 法思想은 후인이 정리한 〈新書〉十卷에 잘 나타나 있다.

가. 禮治主義의 再建

賈誼는 전통적인 엄격한 等級제도를 바탕으로한 中央集權적인 封建制度를 주장한 전형적인 禮治主義 법사상가이다. 그는 진의 패망원인을 논한 〈過秦論〉에서 秦始皇이 廢王道하고 立私權하여 仁義之道를 버리고 繁刑嚴誅만을 사용한 잘못이 있다고論하고, “천하통일에는 詐力이 필요하지만 안정된 정치는 順權이라야 된다(夫并兼者高詐力 安定者貴順權)”고 하여 禮義廉恥와 仁義의 중요성을 강조한 점에서 漢高祖때의 陸賈와 같은 의견이다. 특히 禮는 국가를 鞏固하게하고 社稷을 安定시켜 군주로 하여금 國民을 잃지 않게 하는 것이라고 하여⁵⁰⁾, 先秦의 儒家와 같은 내용의 전통적인 禮治主義를 제창한 점에서 법치제도를 철폐할것을 주장한다.

47) 〈新語·輔政〉

48) 〈新語·無爲〉

49) 誼以爲漢興至孝文二十餘年 天下和洽 宜當改正朔 易服色制度 定官名 興禮樂 乃草具其儀法 色上黃 數用五 爲官名 悉更秦之法(漢書·賈誼傳)

50) 禮者 所以固國家 定社稷 使君亡失其民者也. 主主臣臣 禮之正也 威德在君 禮之分也 尊卑大小 強弱有位 禮之數也……故禮者 所以守尊卑之經 強弱之稱者也(新書·禮)

그는 禮治主義者답게 사람을 等級에 따라 분류하고 差等待遇하는 것을 당연하다고 하여 “大夫에게는 肉刑을 집행하지 않는다(黥劓之罪不及大夫)”는 同罪異罰制度를 文帝에게 건의하였고, 文帝가 이 건의를 받아들여서 秦代에서 끊어졌던 儒家의 刑不上大夫의 전통을 부활시켰다. 이러한 등급을 중시한 不平等한 同罪異罰에 대한 그의 이론적 근거는 두가지로 요약할 수 있다. 첫째는, 군자는 禮義廉恥라는 행위규범으로 다스려서 大臣들로 하여금 社稷과 君上을 성심껏 모시게 하려는 의도이고, 둘째는, 皇帝를 가까이서 보필하는 大夫들을 庶民과 같은 방식으로 처벌하면 皇帝의 권위를 손상할 우려가 있기 때문이라고 한다⁵¹⁾. 그는 尊貴한 者들의 處罰方法을 새로 定하여, 만약 小罪를 범하면 請罪하여야 하고, 中罪를 지으면 自弛하여야 하며, 大罪를 지으면 自裁하여야 하는 내용을 자세히 규정하였으며, 그 후로 중국에서는 大臣이 罪를 지으면 스스로 自決하는 방식을 사용하게 되어서 서민처럼 刑罰을 받는 방식과는 달라지게 되었다.

그는 秦이 禮義廉恥를 무시하고 利益추구에만 급급했기 때문에 오래가지 못했다고 경계하면서, 이러한 秦의 惡習이 여전히 남아 있어서 날로 사회질서가 문란해지므로 먼저 禮義로 교화하여야 한다고 보고 禮治의 필요성을 내세웠다. 그러면서도, 한편 法도 필요하니까 포상으로 勸善하고 형벌로서 懲惡해야 한다 하였으니, 결국 禮와 法の 並用을 지지했다⁵²⁾. 그의 법사상은 德主刑輔사상과 같고, 이 德主刑輔는 유가의 전통적인 법사상을 답습한 것으로 볼 수 있다. 즉 禮로서 먼저 가르치고 나서 뒤에 法으로 처벌하자고 하면서 그가 先敎化를 주장하는 근거로 내세운 “사람이 태어날 때는 同聲으로 嗜欲이 다르지 않으나, 자라서 成人이 되어서는 相通하지 않게 되어 비록 죽는 한이 있다 하더라도 서로 이해를 안하는 것은 敎習이 그러하기 때문이다⁵³⁾”는 人性論도 孔子의 “性相近 習相遠”과 유사하다. 그러나 禮와 法을 구별하되 “禮는 未然에 禁止하는 것이고, 法은 然後에 禁止하는 것이다(夫禮者禁于將然之前, 而法者禁于已然之後)⁵⁴⁾”는 기준을 제시한 것은 禮와 法の 개념정리에 새로운 내용의 해석을 시도한 것이다.

나. 中央集權論

그는 등급을 중시하는 禮治主義者로서 主主臣臣과 威德在君을 기초로 하는 尊君사상을 봉건제도의 핵심으로 보고, 먼저 尊君을 위해서는 봉건사회적인 等級制度를 확립하고 봉건제후의 권한을 축소하여 中央集權을 강화할 것을 골자로 하고 있다. 周가 봉건제후의 세력을 牽制하지 못하자 霸者들이 천자의 위세를 행사하였던 춘추전국시대의 경험과, 文帝當時에 淮南王 長이 출입행차를 天子처럼 하고 법령을 제멋대로 제정하고 漢法을 사용하지 않았던 사실을 들면서, 尊君을 위하여는 먼저 강력한 同姓諸侯王의 세력을 견제할 것을 건의하였다. 그는 文帝가 淮南王 長の 아들 네명을 모두 列侯로 봉하자 이를 諫하였고, 그 뒤로도 수차에 걸쳐 제후의 領地가 너무 넓으니 이를 削減하지 않으면 후일에 근심이 생길 것을 上疏했다.⁵⁵⁾ 그는 그 구체적인 방안으로 封土를 分割할 것과 반

51) 廉恥節禮以治君子 故有賜死而亡戮辱 是以黥劓之罪不及大夫 以其離主上不遠也(漢書·賈誼傳)

52) 若夫獎賞以勸善 刑罰以懲惡 先王執此之政 堅如金石 行之令 信如四時(漢書·賈誼傳)

53) 生而同聲 嗜慾不異 及其長而成俗 累數澤而不能相通 行者有雖死而不相爲者 則習敎然也(漢書·賈誼傳)

54) <漢書·賈誼傳>

55) 당시에 同姓諸侯國의 領土가 큰 것들은 오류개의 郡을 포함하여서 수십개의 城이 이어져 있었다. 城의 수효는

드시 법제에 의한 강제적인 방법으로 시행할 것을 제시했다.⁵⁶⁾ 그의 건의는 文帝에 의하여 당장은 받아들여지지 않았으나, 후에 文帝는 賈誼의 건의에 따라 齊나라를 七等分하고 淮南을 三等分하였다. 그러나 당시는 黃老學派가 풍미하던 시절이라 賈誼의 事前豫防의인 諸侯牽制策은 강력하게 실현되지 못했으나, 나중에 武帝때에 이르러서는 그의 정책을 따라서 諸侯의 권한을 사실상 유명무실하게 만들어 尊君을 위한 中央集權體制를 완성하고 諸侯의 반란을 방지하는 제도를 마련하였다.

賈誼가 이러한 중앙집권적인 봉건제도를 주장한 보다 근본적인 理由는 君主와 國家의 長久한 安定을 통하여 적극적으로 民生을 保護하자는 愛民정책에 있었으니, 그것은 戰國시대나 秦末에 일어났던 諸侯나 民衆에 의한 無數한 戰爭을 미연에 방지하자는 安民政策에서 출발한 것이다.

다. 民本主義

법치주의를 채용하여 막강한 군사력으로 천하를 통일한 秦이 帝國을 수립한지 14년만에 民亂으로 인하여 허무하게 崩壞된 역사적 사실에서 百姓들의 底力을 실감하고는, 長久한 王權을 유지하기 위하여는 民本愛民政策이 필요하다고 생각하였다.⁵⁷⁾ 이러한 民本主義는 “以民爲本” “民不可不畏也”라는 정치경험을 토대로 하여 전개되는데, 구체적으로는 단순한 “輕賦少事 以佐百姓之急⁵⁸⁾”에서 시작하여 추상적으로 “與民以福 與民以財”하는 정신으로 발전하여, 결국은 君明과 臣忠의 기준을 백성의 富樂과 貧苦에서 찾게 된다.⁵⁹⁾

이러한 민본사상은 멀리 고대국가에서도 德治의 근본이상으로 표현되어왔으나, 賈誼의 民本사상은 실제로 역사의 체험을 바탕으로 한 것으로, 民衆의 多數勢力이 정치에 불만을 품고 일단 蜂起하면 왕권으로서도 제압이 불가능하다는 정치현실을 기본으로하여 政權維持次元에서 전개되고 있다는 점이 특색이다.

4. 董仲舒의 法思想

董仲舒(B.C.179-104)는 廣川인으로 〈春秋〉公羊學派의 학자이었다. 景帝때에 博士가 되었고 漢武帝때에 〈天人三策〉이라는 글로 인정을 받아서 江都相에 임명되었으나 그 뒤에 中大夫로 강등되었다. 후에 병을 빙자하여 관직을 그만두고 修學과 著述에 전념하여, 〈春秋繁露〉와 많은 논술을 남겼다. 그는 전래의 儒家사상을 중심으로 法家와 陰陽家등의 사상을 종합하여 漢의 封建的 法思想의 근본내용을 확립하였다.

가. 儒家法統論

그는 전통적인 儒家의 입장에서 “罷黜百家 獨尊儒術”의 주창아래 儒家만을 正統으로 삼고 나머지

齊나라가 72개, 楚나라가 40개, 吳나라가 53개로서 이 三國의 영토면적을 합하면 천하의 절반이 되었다고 한다.

56) 夫仁義恩厚 人主之芒刃也 權勢法制 人主之斤斧也 今諸侯王皆衆體體也 釋斤斧之用 而欲要以芒刃 臣以爲不不缺則 折(漢書·賈誼傳)

57) 夫民者 萬世之本也 不可欺……輕本不祥 實爲身殃 (新書·大政上). 弗愛則弗附(新書·大政下)

58) 〈新書·過秦論〉

59) 故夫爲人臣者 以富樂民爲功 以貧苦民爲二罪 故君以知賢爲明 吏以愛民爲忠(新書·大政上)

지 사상들은 모두 배척하는 태도를 취했다. 董仲舒는 漢武帝에게 제출한 대책에서 “只今 異道를 스승삼으니 사람이 異論이고, 百家가 다른 방법을 제시하여 그 취지가 다르므로 위로 통치자들이 一統이 없으며, 法制度가 자주 변하니 아래로 국민이 지켜야 할 것을 알지 못한다. 臣이 생각컨대 六藝의 科目이 없고 孔子의 學術이 그 道가 모두 끊어져 并進할 수 없다. 邪僻한 학설이 없어진 뒤에라야 統治의 紀律이 一統이 될 수가 있고 法度가 밝아져서 국민이 따를 바를 안다.”⁶⁰⁾고 하였다. 당시의 丞相인 衛관은 이를 적극 받아들여서 申不害, 商君, 韓非, 蘇秦, 張儀의 학설을 규제하고, 儒家를 제외한 각학과의 博士들을 모두 罷免하고, 정부에서 직접 儒敎敎育기관인 太學을 설립하고 五經博士를 두어서 집중적으로 儒學만을 교수하게 하고, 成績이 우수한 자를 郎中에 임명하였다. 이리하여 관리가 되려면 儒學을 배워야 한다는 의식이 팽배하여 漢武帝시대에 儒學이 국가의 정통학문의 지위를 차지하기에 이르렀다. 이리하여 漢初에 풍미하던 黃老學派의 “無爲而治” 내지 “與民休息”하는 자유방임적인 정책은 사라졌다.

法家가 만든 秦의 舊制度를 儒家가 개혁해야 한다는 董仲舒의 更化論에 따라서 三綱, 五常之道가 법사상의 前面에 나타나게 되었다. 전국시대에 商君등의 法家사상가들이 부국강병정책에 적합하게 법을 변경해야한다는 變法論을 주장하던 秦代의 법치사회와 대조적으로, 이제는 太平聖代를 구가하는 董仲舒와 같은 儒家사상가들의 更化論이 주도하는 漢代의 예치사회가 도래한 것이다.

나. 三綱五常論

그는 전형적인 儒家로서 등급제도에 기한 봉건제도를 유지하기 위하여는 禮를 일차적인 秩序規範으로 사용할 것을 주장하고, 구체적으로 禮의 기본원리로 三綱과 五常을 제시했다. 그가 말하는 三綱인 君爲臣綱, 父爲子綱, 夫爲婦綱은 종래에 儒家哲學이 중시하던 忠과 孝와 男尊女卑를 陰陽說을 근거로 하여 禮制의 立法原理내지 解釋原理로 정립한 것으로,⁶¹⁾ 君臣은 天地에다 배대하고 夫婦는 陰陽에 배대하고 父子는 春夏에 배대한 것이다.⁶²⁾ 또 그가 말한 五常인 仁誼禮知信은 孟子의 四端에다 孔子가 중시한 “信”을 보태어서 五常으로 정하고 王者가 닦아야 할 基本德目으로 세운 개념으로, 군주가 백성을 교화하려면 이러한 德을 갖추어야만 하늘이 도우고 鬼神이 도우고 百姓이 따른다고 한다.⁶³⁾이 三綱과 五常은 이 때에 중국 법사상의 주요한 法原理로 채택되어서는 그 후에 계속하여 중국의 입법원리로서 법사상에 지대한 영향력을 행사하게 된다.

다. 大德小刑論

陰陽說을 신봉하는 그는 天道之大者는 陰陽에 있다고 하고, 天有四時하므로 王有四政하여 四政은 四時와 같다고 보았다. 원래 陰陽家에 의하면 天氣가 春生夏長하고 秋收冬藏하므로, 春夏는 陽으로 生이 위주이고 秋冬는 陰으로 殺이 위주라는 특색이 있다. 이 논리를 정치에 대입하여 國民

60) 今師異道 人異論 百家殊方 指意不同 是以上亡以持一統 (漢書, 董仲舒傳)

61) 君臣父子夫婦之義 皆與諸陰陽之道 君爲陽 臣爲陰, 父爲陽 子爲陰, 夫爲陽 婦爲陰 (春秋繁露, 其義)

62) 是故仁義制度之數 盡取之天, 天爲君而覆露之, 地爲臣而持載之, 陽爲夫而生之, 陰爲婦而助之, 春爲父而生之, 夏爲子而養之, 秋爲死而棺之, 冬爲痛而喪之, 王道之三綱 可求于天 (春秋繁露, 其義)

63) 夫仁誼禮知信 五常之道 王者所當修飾也, 五者修飾 故受天之于佑 而享鬼神之靈德施于方外 延及群生也 (漢書, 董仲舒傳)

을 보호육성하려는 목적에서 시행하는 德化는 生이므로 陽으로 보고, 國民에게 불이익을 주는 刑罰은 殺이어서 陰으로 보아서, “陽德陰刑”이라는 용어를 사용하였다. 이 陽德陰刑을 근거로 하여 종래에 春夏에 賞을 주고 秋冬에 刑罰을 집행하는 고래의 전통을 설명하여 왔었다.⁶⁴⁾

종래의 德主刑輔라는 표현을 그는 大德小刑, 즉 “德을 크게 사용하고 刑은 적게 사용하자”는 식으로 바꾸어서 사용한다. 董仲舒는 일년중 農事に 중요한 계절이 陽에 속한 春夏이듯이, 統治에 중요한 수단도 陽에 속한 德化라고 보고, “教化는 정치의 근본이고, 刑獄은 정치의 끝부분이다(敎政之本也, 獄政之末也)”라는 식으로 禮에 의한 教化가 法에 의한 刑罰보다 중요하다고 생각하고, 정치에는 예방적 차원에서 사전에 실시하는 禮義에 기한 教化가 大務라고 보았다.⁶⁵⁾

이러한 教化위주의 법사상은 그의 性三品說에서도 근거를 찾을 수 있다. 이 人性論은 孟子의 性善說과 荀子의 性惡說을 절충한 것으로 보이는데, 그는 人性을 上中下の 三等級으로 분류하고는, 上等級은 性善이고 下等級은 性惡이라서 교화의 대상이 아니라고 보고, 中等級인 中民 즉 중간계층은 教化하면 效果를 얻을 수 있는 부류라고 보았다.⁶⁶⁾ 그는 본래 性善으로 태어난 소수의 支配者들이 善質로 태어난 중등급의 백성을 教化하여 착하게 만들되 그래도 教化가 안되는 경우에만 刑罰을 사용하게 하는 厚德簡刑論을 근거로 大德小刑을 풀이한다.

라. 天人感應論

統治權者인 天子가 되는 것은 天命을 받아야 한다는 帝王受命說 내지 君權神授說은 夏殷代로 부터 계승되어온 전통사상이었는데, 董仲舒는 여기에서 다시 진일보하여 君主는 天命을 받들고 天意를 계승하여서 정치를 해야만 한다는 天人感應論을 세웠다. 夏殷周왕조 때부터 확고한 通說로 지켜오던 “天子는 天에서부터 命을 받고, 天下는 天子로 부터 命을 받는다(天子受命于天 天下受命于天子)⁶⁷⁾”라는 君權神授적인 命題에서, “王者는 天意를 받들어서 從事해야만 한다(王者承天意以從事)⁶⁸⁾”는 天人感應說로 확대되는 것은 자연스런 현상이다. 董仲舒는 天을 百神의 大君으로 보아서 이른바 天神으로 파악하고, 이러한 天은 감정과 의지가 있어서 “사람에게 喜怒哀樂이 있는 것이 마치 天에 春夏秋冬이 있는 것과 같고, 사람의 性情은 天으로 부터 온다”고 생각했고, 따라서 天子는 당연히 天意를 헤아려야 한다고 했다. 天意는 祥瑞와 災異를 통하여 표현된다고 하면서, 善政을 베풀면 祥瑞로운 徵兆를 보이고, 惡政을 하면 災異를 보이므로, 天子는 이런 徵兆를 살펴서 天意를 파악하고 民生을 道德으로 教化하고 然後에야 天罰과 天刑을 天을 대신하여 집행함으로써 天人感應의 善政이 되도록 노력해야 한다는 주장이다.⁶⁹⁾

64) 賞以春夏 刑以秋冬〈禮記·月令〉

65) 是故教化立而奸邪皆止者 其堤防完也. 教化廢而奸邪并出 刑罰不能勝者 其堤防壞也. 古之王者明于此 是故南面治天下 莫不以教化爲大務〈漢書·董仲舒傳〉

66) 名性 不以上 不以下 以其中名之 性如卵 卵待覆而爲雛 性待教而爲善 此之爲眞天〈春秋繁露·深察名號〉

67) 〈春秋繁露·爲人者天〉

68) 〈春秋繁露·堯舜湯武〉

69) 天生民性 有善質而未能善 于是爲之立王以善之 此天意也〈春秋繁露·深察名號〉. 國家將有失道之敗 而天乃先出災 害以譴告之 不知自省 又出怪異以警懼之 尙不知變 而傷敗乃至 以此見天心之仁愛人君而欲止其亂也〈漢書·董仲舒傳〉

마. 春秋決獄論

董仲舒도 裁判이 法을 근거로 행해져야 한다는 成文法주의를 인정하여 據法聽訟 내지 依法刑人을 원칙으로 삼는 점에서 별다른 특징이 없으나, 그는 法이 未備하거나 法의 解釋上 문제가 발생한 경우에는 儒家經典인 詩.書.易.禮.樂.春秋의 經義를 근거로 法을 補充 解釋하자는 據義行法을 주장한다⁷⁰⁾. 그는 〈天人三策〉에서 “〈春秋〉의 義는 법률과 稽合하여 어긋나지 않는다(春秋之義 稽合于律 無乖異者)”고 하면서 특히 〈春秋〉의 정신을 숭상하여 그것을 立法原理 내지 裁判原則으로 채택할 것을 권했다. 그가 病을 청탁하여 관직을 벗어난 후에 漢武帝가 廷尉인 張湯을 그에게 보내어 당시에 爭點이었던 引經斷獄 문제에 대하여 그 得失을 물어오자, 그는 儒家經典 중에서도 특히 〈春秋〉의 精神과 事例에서 법률의 解釋이나 補充에 관한 해답을 찾는 것이 가장 적절한 태도라고 대답하였다.⁷¹⁾

이러한 그의 태도는 결국 〈春秋〉를 비롯한 儒敎의 五經을 모든 법전의 기본적 總論으로 승격시키는 효과가 있었을 뿐만이 아니고, 春秋에서 중시하는 善意.惡意를 구분하여 논죄하는 原心論罪(또는 論心定罪)의 사상을 漢나라에 도입시킨 것이다. 즉 그는 〈春秋繁露〉의 精華篇에서 “〈春秋〉의 재판은 반드시 그 事實關係를 근본으로하고 그 意志를 살펴 보았다. 惡意인 자는 既遂여부를 묻지 않고 처벌하고, 善意인 자는 罰을 가볍게한다⁷²⁾”고 하면서, “罪가 같아도 罰이 다른 것은 그 근본인 意志가 다르기 때문이다(罪同異論 其本殊也)”라는 주장을 펴고 있다. 이것은 犯罪行爲의 객관적인 결과인 既遂.未遂보다는 주관적인 動機를 보다 중요하게 살펴서 過失에 의한 범죄를 관대하게 처벌하려는 敎化중심적인 愛民정신의 표현으로 볼 수있다.

5. 桓譚의 法思想

前漢의 董仲舒가 天人感應論을 주장한 이후로 天意 내지 天賞.天罰을 중시하는 정치풍토가 형성되어, 自然現象을 天意로 해석하여 그 吉凶을 預言하는 〈讖〉과 天意를 假託하여 儒家의 經書를 해석한 〈緯〉가 神聖視되어 정통적인 儒家의 精神이 변질되고 있었다. 漢의 중반부터 국가의 大小事가 모두 이 陰陽災異論에 의하여 결정되었으며, 後漢을 세운 劉秀는 이 讖緯論을 이용하여 皇帝에 등극할 수 있었다고 할 정도로 圖讖은 민중에게 신성한 것으로 받아들여졌고, 통치자들은 이 讖緯를 정치에 이용하여 백성들을 쉽게 조종할 수가 있었다. 이러한 시대에 讖緯論을 부정하는 일파의 법사상가들이 등장하는데, 이들은 上天의 天神적인 개념과 天意를 否認하여 근본적으로 儒家의 정통사상인 天命論을 거부하고 戰國시대의 荀子の 天論을 계승하고 있다는 점에서 주목할 만하다. 이 天人感應論을 비판한 최초의 인물은 桓譚이다.

桓譚(B.C.23-A.D.50)은 字가 君山이고 沛國相人으로, 前漢과 後漢에 걸친 시대에 살면서 극도로 부패하고 불안했던 사회를 경험한 것이 특이하다. 그는 前漢의 哀帝때에 부패한 정치를 개혁

70) 〈春秋繁露.五行相勝〉

71) 그는 孔子的 〈春秋〉를 재판의 근거로 사용할 것을 권장하는 내용의 〈春秋決獄〉232事を 저술하였는데, 〈春秋決獄〉은 〈춘추〉에 나타난 정신과 사례를 근거로 저술한 일종의 판례집으로 볼 수있다.

72) 〈春秋〉之聽獄也 必本其事而原其志 志邪者不待成 首惡者罪特重 本直者其論輕

하자는 요구를 했으나 무시되었고, 後漢초에 儀郎給事中에 임명되자 光武帝인 劉秀에게 時弊를 개혁할 것을 건의하면서 讖緯의 폐단을 강조했다가 讖緯說을 숭상하는 劉秀에게 죽임을 당할 뻔했다. 그는 자신의 법사상을 〈新論〉29篇에 서술했으나 일찍 失傳되었고 그것을 인용한 다른 책을 통하여 그 일부를 짐작할 수 있을 뿐이다.

가. 天意否認論

桓譚은 天을 自然의 일부로 보고 人事와 무관한 것으로 보아서, 災異變怪는 天下에서 언제나 일어나는 것으로 그것이 없는 世上은 없다고 했다.⁷³⁾ 그는 生長老死는 四時의 新陳代謝와 같다고 하면서⁷⁴⁾, 受命于天 내지 天人感應과 같은 天意를 인정하는 종래의 通說을 비판하였으니 그 勇氣는 가히 알만 하다. 그는 “先王은 仁義의 正道를 근본으로 할 뿐이지 天道나 性命은 말하지 않았는데, 후세의 淺儒들이 어떻게 이것을 통달할 수가 있겠느냐”고 문제를 제기하고, 圖書와 讖記는 人主를 眩惑하고 國家를 誤導하는 것이므로 멀리해야 한다고 주장하여 劉秀를 大怒하게 하였다.⁷⁵⁾

나. 王霸雜用論

한편 그는 “政治가 時代에 적합해야 한다(政合于時)”는 進歩論을 주장하여 董仲舒의 保守的인 奉天法古의 태도를 배격했다. 그는 王莽이 세운 新이 20년도 못 버티고 멸망한 원인이 前漢初의 劉邦을 흉내만 내고 각 時代의 與件이 다른 것을 인식하지 못 한 점에 있다고 분석하고는, 王莽은 다만 “前聖의 治道를 흉모하여 漢의 法令을 簡薄하게 바꾸어서 變更이 너무 많았고, 事事件件이 옛것만을 본받으려하고 先聖의 制度를 아름답다하여, 그것이 불가능한 것인 줄을 몰랐다”고 하였다. 그는 王道와 霸道を 각기 서로 다른 통치술로서 區別하면서도, 그 功效는 其實은 하나라고 본 것은 “때에 따라서 王道나 霸道を 적절하게 채택한다”는 政于合時論 내지 王霸雜用論으로 儒家에다 法家를 포용하려는 의도로 보인다.桓譚이 정치의 시대적 變應을 주장하면서 王霸雜用을 강조한 것은 당시의 儒家로서는 극히 위험한 법사상이라 볼 수 있다.

善政은 반드시 그 시대에 適合해야만 한다는 소신을 피력한 점과 天人感應說과 讖緯說을 배척하는 부분을 제외하면, 桓譚도 儒家로서 禮治主義 법사상가였다.정통적인 德主刑輔 내지 禮法並用主義者였고, 治國之道로 施教와 立防을 강조하는 “威德更興 文武迭用”을 주장하였다. 다만 引經斷獄이 권력자의 恣意的인 법해석과 무원칙한 裁判을 초래하는 당시의 弊端을 지적하고 法令著明을 강조한 점은 그의 왕패잡용론에 근거한 法家の 明法主義적 측면이다.

6. 王充의 法思想

王充(A.D.27-97)은 細族孤門출신으로 洛陽의 太學에서 공부하고 微官末職에 봉직한 後漢시대

73) 災異變怪者 天下所常有 無世而不然…… 逢明主賢臣智士仁人 則修德善政 省職慎行以應之 故咎殃消亡而禍轉爲 福焉 〈新論 譴非〉

74) 生之有長 長之有老 老之有死 若四時之代謝 〈新論 祛蔽〉

75) 觀先王之所記述 咸以仁義正道爲本 非有奇怪虛誕之事 蓋天道性命 聖人所難言也 況後世淺儒能通之乎 今巧慧小才伎數之人 增益圖書 矯稱讖記 以其惑貪邪 誣誤人主 焉可不抑遠之哉 〈後漢書 桓譚傳〉

의 법사상가이다. 그는 적지 않은 著述이 있었으나 지금은 <論衡>만이 전해지고 있다. 그가 살던 시절은 桓譚의 시절보다 讖緯說의 위력이 더 지배적인 때였다. 漢의 章帝는 당대의 석학들을 白虎觀會議에 소집하여 讖緯와 儒家經典을 결합하는 작업을 시도하여 “以讖斷禮 以緯儷經”의 사상을 집대성하였고, 이 결과는 班固가 撰한 <白虎通義>에 정리되어서 국가의 政治權力과 文물제도에서부터 法律制度와 윤리풍속에 이르기까지 基本原則으로 존중되고 있었다.

이러한 시대의 조류를 알고 있으면서도 王充은 50여년전에 桓譚이 주장했던 天人感應에 대한 비판을 唯氣論의 입장에서 재차 시도하고 있다.

가. 天地自然論

이러한 상황에서 王充은 저술을 통하여 讖緯論을 비판하고 그 근거인 天人感應論을 부인하고자 桓譚이 계승한 荀子の 天을 더 상세히 논하여, 天은 地와 다르지 않은 物體로서, 天地는 含氣하고 있는 自然이라고 하면서,⁷⁶⁾ 이 天地는 그 元氣로 사람과 만물을 만든다고 보았다. 그러나 天은 눈과 입이 없으니 意志도 없고, 天이 자기의 意志에 따라서 사람을 生하는 것이 아니고, 萬物도 天이 그 意志에 따라 만드는 것이 아니다.⁷⁷⁾ 王充은 天意를 근거로 한 天造譴告說을 부인하고 나아가 讖緯說의 폐단을 지적하고 전통성있는 禮法並用 내지는 文武張設하는 正道로 나갈 것을 주장한다. 사람이 善行으로 天을 감동시킬 수가 없고, 天도 隨行하여 사람에게 應할 수가 없으니,⁷⁸⁾ “善을 행하면 福이 오고 惡을 행하면 禍가 와서, 禍福이 天에서 온다(行善者福至 爲惡者禍來 禍福之應皆天也)”고 하여 天에 賞罰의 능력이 있다는 天人感應說은 허망하여 옹힘이 없다고 한다. 또 사람의 喜怒가 天의 寒暑로 化한다⁷⁹⁾거나, 때가 아닌 刑罰을 실시하면 氣候가 춥고 季節을 어기고 施賞을 하면 기후가 따뜻하다⁸⁰⁾는 종류의 주장에 대하여 그는 역사적인 檢證을 통하여 그 虛構性을 입증하여, 寒溫은 天地의 節氣에 따르는 것이지 사람의 所爲와는 무관하다고 한다.

그러나 氣學을 신봉하는 그는 同一한 같은 天地元氣로 형성된 만물이나 國家가 서로 다른 이유를 설명하는 과정에서 命時, 天地曆數 또는 國命이라는 용어를 사용하여 命定論을 주장하고 있다. 王充은 세상의 治亂은 命時에 딸린 것이지 政治에 딸린 것이 아니며, 國家의 安危도 모두 命時에 딸린 것으로 人力으로 되는 것이 아니라 한다.⁸¹⁾ 그가 말하는 이러한 定命은 天地曆數가 그러한 것이지 天意가 있어서 天意에 따라서 결정되는 것은 아니라고 한다.

나. 出禮入刑論

그의 법사상의 대략은 역시 儒家의 예치주의로 禮法並用을 벗어나지 않는 점에서 漢代의 다른 법사상가들과 같다. 다만 그가 禮와 法の 相互補充關係를 出禮入刑(出于禮 入于刑)으로 설명하면

76) 夫天 體也 與地無異 <論衡·變虛>. 天地 含氣之自然也 <論衡·談天>

77) 何以知天之自然也 以天無口目也 <論衡·自然>. 夫天不能故生人 則其生萬物 亦不能故也. 天地合氣 物偶自生矣 <論衡·物勢>

78) 人不能以行感天 天亦不隨行以應人 <論衡·明雩>

79) 人之喜怒 化天之寒暑 <春秋繁露·爲人者天>.

80) 論災異者 謂古之人君爲政失道 天用災異譴告之也 災異非一 復以寒溫爲之效 人君用刑非時則寒 施賞違節則溫 天神譴告人君 猶人君責怒臣下也 <論衡·譴告>

81) 世之治亂 在時不在政……國之安危 皆在命時 非人力也 <論衡·治期>

서 禮儀의 수효와 刑罰의 수효가 같다고 본 것은 독특한 견해라 할 수 있다.⁸²⁾

또 治國에 필요한 德과 力을 같이 양성해야 한다는 王霸雜用적인 측면을 가진 점은 桓譚과 같으나, 禮義에 의한 敎化를 보다 중요한 治道로 파악한 것을 보면 그도 전통적인 儒家의 德主刑輔의 틀을 답습하고 있음을 알 수 있다.

7. 仲長統의 法思想

仲長統(180-220)은 姓이 仲長이고 이름이 統이다. 그는 後漢末에 태어난 文武兼全한 인물로서 한 때는 관직에 종사했으나, 뜻을 펴지 못하고 〈昌言〉이라는 저술만을 남겼다. 〈昌言〉은 34篇이었으나 현재 〈理亂〉〈損益〉〈法誠〉의 3篇만 남아 있고 기타 〈群書治要〉, 〈意林〉, 〈齊民要術序〉등에 그 편린이 전해지고 있다.

생존시기가 後漢의 말기로 漢의 봉건제도가 부패하여 黃巾賊이 각처에서 봉기하고, 漢왕조의 禮治主義를 비판하는 사조가 형성되었을 때이므로, 그의 법사상도 그러한 時勢를 반영하여 儒家이면서도 法家的인 變法과 改制를 널리 포용하여 禮와 法을 함께 사용하는 독특한 주장을 펴고 있다.

가. 天意否認論

仲長統도 董仲舒의 天人感應論을 비판하는 점에서 桓譚, 王充과 같다. 다만 그는 天과 人의 無關係를 논증하는데 그치지 않고, 나아가 人事가 근본이고 天道는 끝이라고 하여 정치의 결과를 자기에게서 구하지 않고 天에서만 구하는 자는 下愚의 君主라고 평했다.⁸³⁾

그는 한 王朝가 亡하고 다른 王朝가 興하면서 治世가 亂世로 바뀌고 亂世가 다시 治世로 변하는 王朝의 興亡盛衰를 天道의 常然한 大數로 보고,⁸⁴⁾ 治亂의 변화과정을 三段階로 나누어 群雄割據에서 天下統一까지가 一段階요, 政權이 안정하고 民心이 평안한 시절이 二段階요, 權力이 부패하고 民生이 불안한 때가 三段階라고 본다.⁸⁵⁾

이렇게 一治一亂하는 순환과정을 거치되 亂世가 길고 治世는 짧다고 보았는데, 이러한 治亂은 모두 사람의 노력여하에 달린 것이지만 天意에 달린 것은 아니라고 하여 盡人事論을 강조한 점에서 宿命論者인 王充의 命定論을 극복하였다고 할 수 있다.

나. 封建制度廢止論

周나라에서 정착한 이래로 秦代에 한차례 폐지되었던 封建制度는 무려 千二百餘年을 이어온 정치제도이나, 漢初에 다시 이것을 부활할 때부터 반대가 있었다.⁸⁶⁾ 仲長統은 역사적으로 露出된

82) 古禮三百 威儀三千. 刑亦正刑三百 科條三千. 出于禮 入于刑. 禮之所去 刑之所取. 故其多少同一數也(論衡, 謝短)

83) 從此言之 人事爲本 天道爲末 不其然歟 故自審己善 而不復恃乎天道 上也. 疑我未善 引天道以自濟者 其次也. 不求諸己而求諸天者 下愚之主也(群書治要)卷45.

84) 存亡以之迭代 政亂從此周復 天道常然之大數也(後漢書, 仲長統傳)

85) 〈後漢書, 仲長統傳〉

86) 그 대표적인 인물은 賈誼로서 漢文帝에게 封建諸侯인 王의 封土를 축소하여 황제에 대한 叛亂을 방지 할 필요성을 역설하여 中央集權의 장점을 강조한다.

봉건제도의 弊端을 열거하면서, 봉건제후의 割據로 빚어지는 戰禍와 君主의 통제력약화에서 생기는 관료의 虐政에서 백성을 보호하자면, 온갖 폐단의 源泉인 封建制度를 폐지하고 모든 국토를 郡縣으로 나누고 중앙에서 관리를 파견하여 中央集權의으로 강력하게 통치할 것을 주장 한다.

다. 古法復活論

封建制度의 廢止를 주장하여 傳統을 없애는데 주저하지 않는 그는 다시 필요하면 古法, 古制를 회복시켜 사용해야 한다는 古法復活論도 주장을 서슴치 않는다.

秦의 孝公때에 商君에 의하여 井田法이 폐지되면서 토지의 私有化와 自由로운 賣買가 盛行되자 貧富의 격차에 따라 地主階層이 등장하여 경제력이 강한 이들 富豪地主層의 富와 貴가 封君이나 守令을 능가하자, 그들이 자기들의 이익보호를 위하여 상대적으로 農民의 권익을 침탈하는 사례가 일어나는 점을 지적하면서, 이것은 토지소유의 한계가 없기 때문에 야기되는 문제이므로 토지제도를 정전법으로 환원시키자는 의견을 제시한다.⁸⁷⁾

前漢의 文帝때에 肉刑을 폐지한 뒤로 肉刑復活論이 수차례 등장하였으나 그 뜻을 달성하지 못하였다. 또 다시 肉刑復活을 주장하는 仲長統은 그 근거로 中罪를 처벌할 刑罰이 적당한 것이 없으므로 肉刑을 사용해야 한다는 논리를 전개하고 있다. 즉 死刑보다 한등급 가벼운 형벌인 髡鉗은 너무 輕하여서 中罪를懲治하기에 부족하므로 死刑과 髡鉗의 중간 형벌로 肉刑을 사용해야만 응분의 처벌기능을 한다는 주장이다.⁸⁸⁾

라. 禮法綜合論

仲長統도 儒家답게 德主刑輔의 견해를 가진 점은 당연하며, 德敎를 優先하고 刑罰은 補助수단으로 생각하여서 德敎는 百世에 常行하지만 刑罰은 一時的으로 사용할 뿐이라고 한다.⁸⁹⁾ 그러나 그는 이러한 德主刑輔의 원칙을 항상 固執해서는 안된다고 하면서, 平常時에는 德主刑輔가 원칙이지만 革命이나 叛軍이 발생한 특별한 경우에는 先法後禮로서 먼저 用兵으로 征伐하고 嚴刑峻法으로 처벌하지 않을 수 없으므로 時勢에 따라 德敎와 刑罰의 적용순위가 달라질 수 있다고 보았다.⁹⁰⁾ 儒家에서 德主刑輔는 결코 변경할 수가 없는 鐵則이다. 그럼에도 불구하고 仲長統은 時代狀況에 따라서는 先法後禮가 필요하다고 하여 法治의 效用性을 과감하게 인정한 점에서 王霸雜用을 주장한 桓譚처럼 實際를 중시하는 솔직한 법사상으로 평가할 수 있겠다.

仲長統은 井田制와 肉刑의 부활을 주장하면서 한편으로는 封建制의 폐지를 주장하고 있으므로

87) 井田之變 豪人貨殖 館舍布于州郡 田畝連于方 身無半通青綸之命 而竊三辰龍章之服 不爲編戶一伍之長而有千室名 邑之役 榮樂過於封君 勢力侔于守令 財賂自營 犯法不坐 刺客死士 爲之投命.....雖亦由網禁疏闊 蓋分田無限使 之然也 <後漢書. 仲長統傳>

88) 肉刑之廢 輕重無品 下死則髡鉗 下髡鉗則得鞭笞 死者不可復生 而髡者無傷于人 髡笞不足以懲中罪 安得不至 死哉.....皆非值于死者也 殺之則甚重 髡之則甚輕 不制中刑以稱其罪 則法令安得不參差 殺生安得不過謬乎 今患 刑輕之不足以懲惡.....五刑有品 輕重有數 科條有序 名實有正 非殺人逆亂鳥獸之行甚重者 皆勿殺 嗣周氏之秘典 續呂侯之祥刑 此亦宜復之善者也 <後漢書. 仲長統傳>

89) 德敎者 人君之常任也 而刑罰爲之佐助焉 古之聖帝明王....實德是爲 而非刑之攸至也 <群書治要>卷45.

90) 至于革命之期運 非征伐用兵 則不能定其業 姦仇之成群 非嚴刑峻法 則不能破其黨 時勢不同 所用之數亦異也 <群書治要>卷45

그가 예치주의에 속하는지 법치주의에 속하는지 알른 결론을 내리기 어려운 점이 많다. 특히 禮法綜合論의 입장에 서서 德主刑輔나 先法後禮나 하는 정책을 시대적 요청에 따라서 결정해야한다는 부분에 이르러서는 그의 소속 학파가 무엇인지 판단이 어려워 진다. 그 당시는 儒家法統이 확립된 시대였으니 함부로 法家を 자처할 사람은 없었을 것이라는 점을 감안한다면 더욱 더 그렇다. 그런데 우리는 仲長統이 王朝의 일반적인 治亂과정을 고찰하면서 나누어본 鴻蒙성쇠의 三段階論은 〈周易〉繫辭下傳의 “窮則變 變則通 通則久”와 같은 내용임을 쉽게 인정할 수 있고, 그리고 〈周易〉은 刑罰의 필요성과 井田制와 肉刑制를 인정하고 있는 周나라의 冊이라는 점을 종합하면, 그가 〈周易〉을 전공한 儒家의 한사람임을 간단히 알 수가 있을 것이다. 다만 그는 漢代의 다른 법사상가의 學說에 구애받지 아니하고 전통 儒學經典인 〈周易〉에 의거하여 禮治와 法治를 구별하지 않고 兩者의 長點을 綜合하여 民本制度를 마련하려고 노력한 儒家의 법사상가로 볼 수가 있다. 따라서 秦의 法治思想이 韓非에 의하여 완성되었고, 漢代의 禮治思想이 董仲舒에 의하여 확립되었듯이, 漢代의 儒家의 법사상은 이 仲長統에 의하여 禮法綜合의 형태로 정착하기 시작했다고 할 수 있을 것이다.

제4장. 結 語

이상으로 秦의 法治사상과 漢의 禮治사상을 개관하면서, 중국식 법사상의 두가지 典型的의 發展過程을 중요한 法思想家를 비교하는 방법으로 살펴본 셈이다. 이러한 고찰을 통하여 우리는 法制가 항상 當時의 필요에 응하여 변화한 모습을 알 수 있으며, 法의 時代性은 변함없는 진리라는 명제를 한번 더 확인하게 된다.

예컨대, 土地에 관한 法制的 변화과정을 보더라도 國家施策이나 社會病弊가 어떤 것이냐에 따라서 토지제도가 달라졌음을 알 수 있다. 秦孝公이 부국강병을 國是로 정하자 商君이 부국강병을 위한 방편으로 “農耕에 힘쓰면 富를 얻고 戰功을 세우면 貴하게 된다”는 變法을 실시하여 殷周의 전통법이던 井田法을 폐지하고 個人의 土地所有權을 인정한 변혁은 오직 農業增産을 활성화하려는 국가시책에 그 原因이 있다. 그 결과 貧富의 격차가 생기고 漢代에는 富農地主계층이 생겨 그들의 富貴榮華가 過度하여지자 漢末의 仲長統이 井田法의 부활을 주장하여 토지의 私有에서 생긴 弊端을 시정하고자 한 것은 바로 貧農이 대부분인 百姓을 보호하려는 목적에서 비롯한다. 신분계급을 인정하여 貧富와 貴賤의 차등을 긍정한 禮治主義나 儒家가 井田法을 사용하고, 平等을 지향하는 法治主義가 土地私有制를 채택한 것은 어떻게 보면 非論理的이다. 이 점을 보아도 法制的 選擇은 正義나 論理보다도 爲政者가 내린 國家政策이 그 결정력을 가지고 있다고 볼 수 밖에 없었던 고대 중국의 法思想의 한 부분을 읽을 수 가 있다.

또 法治와 禮治의 一興一亡도 역시 비슷하다. 秦은 孝公이 부국강병을 위한 變法과 法治主義를 채택한후 秦始皇帝에 이르러서 중국을 통일했으나, 통일후에도 계속하여 嚴刑峻法을 固守하여 仁義를 도외시한 가혹한 法治를 시행했기 때문에 早期에 멸망했으니, 이것은 爲政者가 時勢에 적절

한 法制를 채택하지 못한 탓이며, 漢의 劉邦이 陸賈의 건의를 받아들여서 仁義와 德治를 채택한 것은 秦始皇이 한 失手를 다시 범하지 않으려고 했기 때문이다. 그러나 漢末에 와서는 禮治의 限界를 느낀 仲長統같은 法思想이 출현하여 禮治의 綜合을 주장하게 되었다는 사실이 그것이다.

그러나 이와같은 變法과 更禮는 반드시 從來의 舊法과 舊禮를 全面 否認하는 것을 의미하는 것이 아니라는 것을 상기해야 한다. 예컨대 黃老學派的인 禮治制度를 채택한 漢이 秦의 法制를 말살한 것은 아니니, 秦이 확립한 법치제도는 사실상 漢에서도 계속하여 사용되었으며 그후의 역대 왕조도 역시 그러하였다. 즉 漢의 禮治사상은 秦의 法治사상을 그 안에 消化하고 있었다고 표현할 수 있으며, 바꾸어 말해서 漢代의 法思想은 표면적으로는 德化를 표방하는 禮治主義이나 실질적으로는 刑罰을 기준으로 하는 秦의 法治主義를 기반으로하여 진일보한 내용을 포함하였다고 하겠다.

또 우리는 漢나라 시대에 등장한 일련의 自然法論者를 발견할 수가 있다. 董仲舒가 古來의 天命論을 계승하여 天人感應을 통한 天人合一의인 법사상을 제창한 것은 正義와 衡平의 大原則을 自然의 理法에서 찾는 일종의 自然法論이다. 그는 天이 자연으로 끝나는 것이 아니라 그 자체가 天意를 가지고 있으며 그 意志를 祥瑞나 災異를 통하여 인간에게 알린다고 설명한 것은 서양 중세의 교부철학자의 자연법사상과 흡사한 면이 있다. 漢의 章帝가 소집한 白虎觀會議에서 채택한 내용은 董仲舒에서 시작된 讖緯論을 가지고 五經의 同異를 자연법론의 입장에서 講義한 것으로 이것을 정리한 〈白虎通義〉는 漢代 自然法思想의 결정판이라고 하겠다. 이 책은 그후 동양사회의 각 분야에 심대한 영향을 미쳤으며, 이 자연법사상은 동양의 대표적인 법사상을 구성하였다.

參考文獻

1. 四庫全書
2. 徐大同, 外 中國古代政治思想史 (吉林人民出版社, 1981)
3. 張國華, 外 中國法律思想史 (法律出版社, 1982)
4. 黃公偉, 法家哲學體系指歸 (臺灣商務印書館, 1983)
5. 楊鶴皋, 外 中國法律思想史 (北京大學出版社, 1988)
6. 李篤才, 中國古代人物法律思想論點注釋 (天津古籍出版社, 1989)

