

한국의 법문화와 법의 지배*

양 건**

I. 머리말

1. 문제의 배경과 쟁점들

정치, 경제를 비롯해 널리 사회현상을 설명하는 데에 문화적 요인은 얼마큼 중요한가? 이 문제는 사회과학에서의 고전적 주제의 하나지만, 특히 1980년대 이래 문화론적 접근이 매우 활발히 전개되고 있음을 볼 수 있다.¹⁾ 이 같은 현상의 배경을 이룬 중요한 계기의 하나는 이른바 동아시아의 경제적 기적이다. 일본에 이어 홍콩, 싱가포르, 대만, 한국 등 ‘네 마리 작은 용’이 괄목할 경제적 성장을 이루자, 여러 구미의 논자들은 그 주된 요인을 동아시아 공통의 유교문화적 전통에서 찾았다. 높은 교육열, 실력주의에 따른 엘리트 관료제, 집단의 중시, 자기수련의 강조 등, 유교문화의 바탕을 통해 산업화의 성공이 가능했다

* 이 논문은 2001년도 한양대학교 교내 연구비 지원을 받아 작성된 것이며, 2001년 10월 15, 16일 서울대학교 호암 컨벤션센터에서 열린 韓日學術심포지엄 “동아시아의 문화와 법”에서 발표한 것을 일부 보완한 것이다.

** 한양대학교 법과대학 교수.

*** 투고일자 2002년 1월 14일.

1) 예컨대 최근의 논의로서, Lawrence E. Harrison and Samuel P. Huntington eds., *Culture Matters* (Basic Books, 2000) 참조.

는 것이었다.²⁾

유교문화에 대한 논의가 학문적 차원만이 아니라 정치적 논쟁으로도 전개되는 가운데, 이 논의는 1997년의 동아시아 외환위기를 맞으면서 새로운 국면에 들어서게 된다. 서구 저널리즘은 동아시아 외환위기를 단순히 경제적 위기로 보지 않고 그 뿌리를 ‘아시아적 가치’(Asian values)에서 찾았다. 연고에 바탕을 둔 인간관계, 권위주의 정치, 이에 따른 정경유착이 비능률과 부패를 낳고 경제위기를 초래했다는 것이었다. 이제 유교문화가 칭찬이 아니라 비판의 대상으로 바뀐 것이다. 여기에 대해 다시 반론이 제기되는 등, 아시아적 가치논쟁과 함께 유교문화에 대한 논의는 지속되었다.

유교문화에 대한 국제적 논의는 한국내의 지식사회에도 반향을 불러왔다. 세계화추세 속에서 문화적 정체성이 중요함을 강조하면서 학계 일각에서 이런 주장이 제기되었다. “서양의 개인주의에 기초한 자유민주주의는 결코 이상적 모델이 못된다. 우리의 문화적 정체성에 토대를 둔 ‘유교민주주의’ 또는 ‘유교 자본주의’의 가능성을 모색해야 한다.”³⁾ 이에 대해 다른 쪽에서는 이런 반론을 폈다. “유교문화가 지닌 전 근대적 폐해는 하루 빨리 극복되어야 한다. 유교적 가치가 근대화에 기여했다고는 볼 수 없다.”⁴⁾

유교문화론에 관한 이 같은 논의들의 배경 아래, 최근 국내의 법사회학 연구자를 중심으로 일부 법학자들 사이에서 법문화에 대한 새로운 관심이 부각되고 있다. 필자는 이미 10여 년 전에 법문화에 대한 나름대로의 견해를 밝힌 적이 있지만,⁵⁾ 이제 다시 이 문제를 주시하게 된 까닭은 다음과 같은 문제의식 때문이다. “현대 한국사회의 법문화에 여전히 유교문화의 요소가 남아 있다고 하면, 이것은 우리가 지향하는 ‘법의 지배’ 정착에 어떤 영향을 미치고 있으며, 이것을 어떻게 평가해야 할 것인가?”

이 물음에 답하기 위해서는 다음과 같은 여러 문제들을 검토하지 않으면 안

2) 예컨대 Ezra F. Vogel, *The Four Little Dragons* (Harvard, 1991).

3) 예컨대 함재봉, 『유교 자본주의 민주주의』 (전통과 현대, 2000) 참조.

4) 양종희, “현대한국의 가치체계의 기원과 변동,” (김일철 등 공동연구, 『한국사회의 구조론적 이해』, 아르케, 1999), 79면.

5) 양진, “한국에서의 ‘법과 사회’연구,” 『법과 사회』 (창간호, 창작과 비평사, 1989); Kun Yang, “Law and Society Studies in Korea: Beyond the Hahm Theses,” *Law & Society Review* 23 (1989), 891-901면.

된다.

1) 일반적으로 문화는 정치, 경제적 발전에 어떤 영향을 미치는가. 특히 법 문화는 '법의 지배'에 어떤 영향을 미치는가.

2) 유교의 법률관은 어떠한가. 유교적 법문화의 특성은 무엇인가.

3) 조선시대의 법문화는 어떤 특성을 가지고 있는가. 유교적 법문화의 영향은 어느 정도이며, 만일 이것과 다른 독자성이 있다면 그것은 어느 정도인가.

4) 현대 한국의 법문화는 어떤 특성을 지니고 있는가. 전통적인 유교 법문화의 요소는 얼마큼 영향을 미치고 있는가.

5) 현대 한국사회에 아직 법의 지배가 정착되고 있지 못하다면, 전통적 법문화는 여기에 어떤 영향을 미치고 있는가.

6) 유교 법문화의 현대적 평가와 관련하여, 이에 대한 긍정적 평가가 가능한가.

위의 문제들은 그 하나하나가 모두 엄청난 작업을 필요로 하며 결코 간단히 논급할 것들이 아니다. 이 소고는 단지 이 문제들을 탐구해 나가는 시작의 단계에서 몇 가지 문제들에 대해 논점을 정리해보는 연구노트의 일단에 불과하다.

2. 논의의 전제

어떤 사회현상의 요인을 설명하기 위한 접근방법으로 크게 두 가지를 나누어 볼 수 있을 것이다. 그 하나는 문화적 요인에서 설명을 구하는 문화론적 접근이다. 다른 하나는 제도를 비롯한 사회구조에서 설명을 찾는 이를테면, 사회구조적 접근이다. 법현상의 설명에 있어서도 이 두 접근방법을 생각할 수 있다. 필자는 1989년에 발표한 한 논문에서, 한국의 '법과 사회'에 관한 대표적 이론으로서 威秉春 교수의 이론⁶⁾을 주목하고, 이를 문화중심적 접근으로 규정 지으면서, 이에 대해 비판적 견해를 제시한 바 있다.⁷⁾ 그러나 필자의 견해는 문화론적 접근을 전적으로 부정하는 것은 결코 아니었으며, 사회구조적 접근

6) Pyong-choon Hahn, *Korean Political Tradition and Law* (Royal Asiatic Society Korean Branch, 1967); *Korean Jurisprudence, Politics and Culture*(Yonsei University, 1986) 참조.

7) 양건, 위의 글(주 5)의 논문들 참조.

을 도의시하거나 소홀히 하고 문화론적 접근에만 치중하는 태도를 비판하고자 했을 뿐이다. 법현상을 설명하는 데에 문화론적 접근은 반드시 필요한 것이며, 현대 한국의 법현상, 특히 법의 지배에 관한 현상을 설명, 이해하는 데에 있어서 문화론적 접근은 상당한 적실성을 갖는다고 본다. 이런 전제하에 현대 한국의 '법의 지배'에 관한 실태와 전통적 유교법문화의 관계를 탐구하기 위한 기초를 마련하려는 것이 본고의 취지다.

한편 여기에서 '법문화', '법의 지배'라는 말은 다음과 같은 뜻으로 사용된다. '법문화'란 한 사회에서 법 또는 법체계에 대한 사람들의 지배적인 태도, 가치관, 의견을 가리킨다.⁸⁾ (법)문화는 사람들의 행동, 또는 제도에 영향을 미치고 이것들 속에 나타나지만, 문화의 개념은 순수하게 주관적 요소에 한정시킬 필요가 있다. 그렇게 해야만 설명의 도구로서 유효하기 때문이다. 문화를 실행, 제도, 인간관계 등 모두를 포함하는 포괄적 의미로 사용하게 되면 아무 것도 설명할 수 없게 된다.

한편, '법의 지배'라는 용어 역시 형식적인 제한된 의미로 사용한다. 법의 지배라는 말을 자유, 평등, 정의 등 실질적인 이념을 내용으로 하는 '좋은 법'에 의한 지배, 이른바 실질적 법치주의의 의미로 사용하면 그 고유의 유용성을 잃게 된다.⁹⁾ 법의 지배를 형식적 의미로 이해할 때 이 원리는 자의적 지배와 대립된 의미를 지니며 그 구성요소는 크게 두 가지로 대별된다. 그 하나는 법이 갖추어야 할 기본적인 요건들에 관한 것이며(예컨대 법규정의 명확성, 소급적용금지 등), 다른 하나는 법집행 기구(특히 법원)의 독립성과 공정성에 관한 것이다. 이들 요건들은 모두恣意的 지배를 배제하기 위한 것이라는 점에서 주목된다.

II. 한국의 전통적 법문화

현대 한국사회에 영향을 미치고 있다고 추정되는 전통문화는 주로 조선시대의 문화라고 할 수 있고 이것은 법문화에 대해서도 마찬가지일 것이다. 조선시

8) 양건, 『法社會學』(제2판, 아르케, 2000), 250면.

9) Joseph Raz, *The Authority of Law*(Clarendon Press, 1979), 210면 이하.

대 문화 전반이 그런 것처럼 조선시대 법문화는 한 마디로 유교 법문화라고 할 수 있다. 조선시대 유교 법문화의 실체를 파악하기 위해서는 두 단계의 검토가 필요하다. 첫째, 본래 유교에서의 법률관은 무엇이며, 둘째, 유교 법문화가 조선시대에 어떻게 수용되어 나타났는가 하는 문제이다.

1. 유교 법문화

유교에서 법을 어떻게 보느냐에 관해 가장 특징적인 것으로 지적되어 온 것은 法보다 禮를 중시한다는 점이다. 이 점과 관련하여 많이 인용되는 것은 『論語』 가운데 한 구절이다.

“子曰 道之以政 齊之以刑 民免而無恥
道之以德 齊之以禮 有恥且格” (爲政 3장)¹⁰⁾

法보다 禮를 앞세운다는 점과 관련, 法과 禮의 의미에 대해 유의할 점이 있다. 중국 법사와 관련시켜 이해할 때, 법의 의미는 서양의 법적 전통에서 말하는 법(law)의 의미와는 차이가 있다. 중국법사에서의 법의 의미는 형벌규범, 즉 형법을 지칭하는 것으로 이해되고 있다. 또한, 서양에서 법에 의해 규율되는 문제들의 상당부분이 중국 법사에서는 예의 일부를 구성하는 것으로 보고 있다. 예와 윤리, 도덕 또는 자연법의 관계가 어떠한가, 특히 예와 자연법의 관계가 어떠한지는 매우 논쟁적인 문제이다. 예는 윤리, 도덕 규범을 반영하는 것으로 이해되고 있는데, 이는 서양적 의미의 자연법과는 다르다고 보는 견해가 강하다. 이 점과 관련, Max Weber의 지적이 흔히 거론된다. Weber에 의하면, 중국에는 성스러운 법과 세속적인 법 사이의 긴장이 존재하지 않았고 서양의 자연법론의 생성조건이 부재하였다는 것이다.¹¹⁾ 그 밖에 유교의 법률관에 관

10) 번역문: 공자께서 말씀하셨다. “정령(政令)으로써 인도해주고, 형벌로써 다스려주면, 백성들은 형벌은 면하되 염치는 모르게 된다. 덕으로써 인도해주고 예로써 다스려주면 염치를 알게되고 또 올바르게 된다.” 金學主, 『論語』 (서울대학교 출판부, 1985), 115-116면.

11) Max Weber, *The Religion of China*, trans. and ed. by Hans H. Gerth(The Free

해 흔히 논의되는 것은, 유교에서는 도덕적 의무를 강조하는 반면, ‘권리’의 개념은 존재하지 않는다는 점이다. 또한 이와 관련, 권리실현 수단으로서 소송을 선호하지 않는다는 점이 지적된다. 특히 이 점에 관해서는 다음과 같은 論語의 한 구절이 흔히 인용된다.

“子曰 聽訟 吾猶人也 必也使無訟乎” (顏淵 12章)¹²⁾

한국의 학계 일부에서도 근래 유교의 법률관에 대한 논의가 일고 있다. 그 중에 특히 주목되는 것은 유교 법사상의 자연법론적 성격 여부에 관한 것이다. 이 문제에 대해, 예는 단순한 도덕규범이 아니라 강제규범의 성격을 지니고 있기 때문에 법의 성격도 아울러 가지고 있다고 보면서, “禮治와 法治의 구분은 ‘도덕에 의한 통치’와 ‘법에 의한 통치’의 구분이 아니라, ‘자연법주의에 입각한 법에 의한 통치’와 ‘법실증주의에 입각한 법에 의한 통치’의 구분으로 볼 수 있다”는 주장이 제기되고 있다.¹³⁾ 이에 대해, “유가는 규범적 의미와 가치 그리고 정당성의 근거를 철두철미하게 天地의 이치, 즉 자연질서에서 구하기 때문”에, 유가의 법사상을 곧 자연법사상이라고 단정지을 수 없다는 이견이 제시되고 있다.¹⁴⁾

위의 문제와 관련, 유교에서도 권리개념이 존재했다는 주장이 있다. 이에 따르면, 유가 윤리체계에 ‘권리’라는 말이 없었다고 해서 곧 권리라는 관념이 없었다고 할 수 없고, 유가 윤리에서 개인들에게 사회적 역할이 강조되지만 사회적 역할의 수행을 위해서는 일정한 능력과 권리를 필요로 하며, “비록 불평등하게나마 사회적 역할분담의 원칙에 따라 각기 다른 항목과 범위의 권리들을 부여받았다”고 한다.¹⁵⁾

Press, 1964), 149면.

12) 번역문: 공자께서 말씀하셨다. “송사(訟事)를 처리하는 일은 나도 남만큼은 할 것이나, 반드시 송사가 없도록 만들어야 할 것이다.” 金學主, 위의 책(주 10), 302면.

13) 이승환, 『유가사상의 사회철학적 재조명』(고려대학교 출판부, 1998), 198면.

14) 이재룡, “儒家の 자연법사상,” 『법철학연구』(한국법철학회, 제1권, 1998), 301면.

15) 이승환, 위의 책(주 13), 227-228면.

위의 논의는 더 진전되어야 할 것이지만, 지금의 단계에서 다음과 같은 점을 지적할 수 있다. 먼저, 유교의 법사상을 자연법사상이라고 할 수 있는가에 관해서는, 서양의 자연법사상의 본질을 어떻게 이해하고, 또한 유교에서의 예의 본질을 어떻게 파악하느냐에 따라 판단이 갈릴 것인데, 실정법과 구별되면서 이와 긴장관계에 있는 자연적 질서로서의 도덕규범의 존재를 자연법으로 이해하는 한, 과연 유가의 예치사상이 자연법사상과 부합하는지, 더 충분한 논거가 필요할 것이다.

한편, 유교 법사상에도 권리관념이 존재하였는지에 대해서는, 서양의 개인주의를 떠나 권리개념의 성립이 가능한가 하는 의문을 제기할 수 있고, 공동체주의적 권리개념이 가능하다고 하더라도 유교에서 존재한다고 주장되는 권리관념의 예시들이 과연 얼마만큼 설득력이 있는지에 대해 의문이 남는다.

2. 조선시대의 법문화

위에서 본 것처럼, 유교 법문화의 실체에 관해서는 논의의 여지가 적지 않고, 불분명한 쟁점들이 남아 있음을 알 수 있다. 그런데 여기에서 유의할 것은, 유교 법문화 안에서 서양의 근대적 요소들, 특히 법의 지배, 권리의식, 소송에 대한 긍정적 태도 등을 발견할 수 있다고 하더라도, 그 이데올로기 차원에서의 존재와 실체에서의 존재를 구별하지 않으면 안 된다는 것이다. 이데올로기 차원에서 근대적 요소들을 찾아볼 수 있다고 하더라도 법현실에서는 그것과 현격한 차이가 있을 수 있기 때문이다.

이런 관점에서 보면, 조선시대 법문화를 이데올로기 차원에서 유교 법문화라고 부를 수 있다고 하더라도 실제의 법현실과는 거리가 있을 수 있다. 따라서 법현실 차원에서 조선시대 법문화가 어떠한가 하는 점이 관심의 초점이 된다.

조선시대 법문화에 관한 과거의 통념적인 견해는 일찍이 咸秉春교수에게서 찾아볼 수 있다. 조선시대 법문화에 관한 그의 견해는 다음과 같이 요약될 수 있다.

“한국의 전통적 법문화는 비법적(alegalistic)이라는 데에 그 특징이 있다. 첫째

형벌규정으로서의 법은 점잖음을 부정하는 것으로 받아들여졌고, 예절바른 사람은 형벌이 무서워서가 아니라 유교적인 禮에 따라 자신의 행동을 규율하는 것이라 생각되었다. 둘째 한국인은 전통적으로 재판보다는 調停과 타협을 선호하였다. 한국인은 분쟁당사자의 한쪽은 옳고 다른 쪽은 그르다는 흑백 결정을 싫어하였는데, 이는 조화를 깨는 것이기 때문이다. 셋째 한국인의 정의관은 배버적인 의미에서 철저하게 '실질 지향적'이고 '비합리적'이다. 이것은 서구자본주의 사회에서의 법의 '형식적 합리성'과는 정반대되는 것이다.¹⁶⁾

그러나 1970년대 이후, 위와 같은 통념적 견해와 매우 상이한 새로운 연구결과들이 제시되었다. 이 새로운 견해와 요지는 이렇게 정리될 수 있다.

“첫째 조선왕조에서 법은 형법까지도 포함하여 결코 낮게 평가되었던 것이 아니라 높이 존중되었다. 둘째 동양의 전통적인 유교사회에서의 소송기피적 태도에 관한 일반적 설명은 한국의 전통사회에 관한 한, 매우 중대한 제한 아래에서만 타당성을 지닐 수 있다. 셋째 전통사회에서의 법이 배버적 의미에서의 합리적 요소를 전혀 결여한 것은 아니며, 나아가 법에 있어서의 평등과 같은 긍정적인 요소도 찾아볼 수 있다.”¹⁷⁾

이 새로운 견해를 거의 독보적으로 전개해 온 朴秉濂교수는 특히 다음과 같은 점들을 지적하고 있다.

“조선왕조의 법과 사회를 특징지은 것은 이 大明律의 계수보다도 오히려 독자적 법전의 편찬, 즉 그 편찬방법과 입법태도에 있었다고 보지 않을 수 없다.”¹⁸⁾

“소유의 법체계는 전근대적 법체계로서는 이기적이라고 할 정도로 권리본위로 구성됨과 동시에 의무의 이행이 강제되어 있다. 그러나 계급사회의 본질상 주체자의 의식과 대등자의식은 법의 규정에도 불구하고 실제로는 사회적 규모로 존재하지 못한 것이다. 常班間, 勢强者와 勢弱者間에는 힘에 의해서 지배되며 이들간에는 권

16) 양진, (주 5의 한글논문), 71면.

17) 양진, (주 5의 한글논문), 75-76면.

18) 朴秉濂, 『近世의 法과 法思想』 (진원, 1996), 49면.

리부정적 인식과 권리주장적 인식의 충돌이 설새없이 나타났다. 대동한 인간에 의해서 구성되는 사회가 아니었으므로 다만 개인적이지 사회적이 아니며 他者否定的인 이기주의가 지배하고 연대적 상호의존관계가 결여되거나 회박하며 따라서 권리의 주장은 항상 이기주의적 의식과 행동으로 나타났다.”¹⁹⁾

“종족이나 부락의 협동적 의식이 박약하고 독자적 공적 기능을 영위하지 못하였기 때문에 모든 분쟁은 대소를 막론하고 官司에 집중되었다. 그래도 오직 의지할 곳은 국가공권력의 담당자인 官司의 재판 밖에 없었다… 勢弱者나 일반민중은 한편에서는 불공정한 재판이 행해지는 일은 있으나 억울한 일은 끊임없이 官司에 제기했으며 이것이 되풀이되면서 그런 대로 권리의식은 성장하고 있었다.”²⁰⁾

“전통적 법체제와 근대적 법체제와의 단절론의 강조, 그것은 서구의 경우와도 일본의 경우와도 사정이 다르다. 이데올로기적으로는 단절이 강조될 수 있을지 모르나 실제로서는 연속되어 온 것이다. 논리적 의식적으로도 근대법체제 속의 권리, 소유는 결코 낯선 것이 아니었다.”²¹⁾

咸교수에게서 대표적으로 나타나는 통념적 견해에 대해서는 우선 무엇보다도 “단순히 규범적 선언과는 구별되는 법현실에 대한 고려를 결여하고 있다.”는 점을 지적할 수 있을 것이다. 반면 朴교수로 대표되는 새로운 견해에 대해서는 좀더 광범한 실증적 연구가 보완되어야 할 것임을 지적할 수 있다. 다만 새로운 견해가 종래의 통념적 견해의 편향성을 드러낸 점은 분명하다고 할 것이다.

Ⅲ. 현대 한국의 법문화와 법의 지배

1. ‘법의 지배’의 未定着

한 사회에서 법의 지배의 실현 정도를 측정하는 기준으로 다음의 두 요소를 고려할 수 있다. 첫째, 법준수의 정도이다. 이에 관해서는 일반 국민의 법준수의

19) 박병호, 위의 책(주 18), 72면.

20) 박병호, 위의 책(주 18), 72-73면.

21) 박병호, 위의 책(주 18), 73면.

정도도 중요하지만, 특히 사회적 영향력이 큰 행위자들의 법준수의 정도가 특별한 의미를 가질 것이다. 둘째, 위와 관련된 것으로, 법집행기관의 공정성이다. 이에 관해서는 특히 검찰과 법원의 법집행 공정성의 여부가 관건이 될 것이다.

위의 두 요소를 법현실 속에서 어떻게 측정할 것인가는 매우 어려운 문제인데, 현실적으로 두 가지 방법을 생각할 수 있다. 그 하나는 두 요소들과 관련된 사례들을 분석하는 것이고, 다른 하나는 법의식조사를 통해 이들 요소에 관한 사회의 인식, 즉 법준수의 정도에 대해 어떻게 인식하고 있는가 또는 법집행기관의 공정성에 관해 어떻게 인식하고 있는가를 조사하는 것이다. 이 조사는 실태에 관한 인식을 조사하는 것이며 조사결과는 실태 그 자체와는 구별되는 것이지만, 유력한 참고자료는 될 것이다.

현대 한국에서의 위 두 요소의 실태에 관해 여기에서 상세한 논의는 하지 않으며, 다만 기본적인 언급을 하는 데 그친다. 먼저, 법준수의 정도에 관해서 보면, 종래 여러 법의식조사의 결과는 전반적으로 법준수 정도가 매우 낮다는 인식을 보여주고 있다. 예를 들면, '한국법제연구원'의 1991년 조사에서 "우리 사회에서 법이 잘 지켜지고 있다고 생각하십니까?"라는 질문에 대해 "그렇다"는 대답이 17.6%, "그렇지 않다"는 응답이 82.4%에 이르고 있다.²²⁾ 중요한 행위자들의 법준수 정도 역시 낮다고 하겠는데, 이는 지난 '개발국가'시대 이래 경제성장의 촉진이 법에 의거한 예측가능성이 아니라 각종 緣故에 따른 '정경유착'에 의존해 왔다는 점을 통해 잘 드러난다.

다음에, 법집행기관의 공정성에 관해서 보면, 일련의 법의식조사 결과는 일관되게 법집행기관의 공정성에 대한 심한 불신을 나타내고 있다. 예컨대, 위의 1991년 조사에서 "권력이나 재력이 재판의 결과에 영향을 미친다고 생각하십니까?"라는 질문에 대해 "절대적인 영향을 미친다"는 대답이 40.3%, "어느 정도 영향을 미친다"는 응답이 53.9%에 달하고 있다.²³⁾ 뿐만 아니라, 검찰의 정치적 중립성 훼손이나 부패를 드러내는 여러 비리사건들이 최근에 이르기까지 끊이지 않고 있음은 법집행의 공정성 확보에 아직 크게 미달하고 있음을 말해 준다고 하겠다.

22) 한국법제연구원, 『國民意識調查研究』, (1991), 79면.

23) 한국법제연구원, 위의 책(주 22), 103면.

이렇게 볼 때, 법의 지배 실현 정도에 관한 과학적 측정방법의 문제는 여전히 남아있지만, 현대 한국사회에서 법의 지배의 실현 정도가 아직 낮은 수준에 머물러 있다는 점은 부인하기 어렵다. 그렇다면 법의 지배 미정착의 요인은 무엇인가. 1987년 이래 민주화의 과정이 본격적으로 진행되면서 많은 제도적 개혁이 성취되었음을 고려하면, 제도 이외의 문화적 요인이 무엇인지 주목하지 않을 수 없게 된다.

2. 법의식조사의 결과

법문화의 실태를 어떻게 과학적으로 인식할 수 있는가는 매우 어려운 과제이다. 지금까지 이 과제에 접근하기 위한 통상적인 방법은 이른바 법의식조사였다. 법의식조사는 조사방법이 지닌 기본적인 한계에도 불구하고, 아직까지는 법문화의 실태를 논의하기 위한 유력한 근거라고 보지 않을 수 없다.

1960년대 이래 여러 차례 법의식 조사연구가 행해진 바 있는데, 근래의 조사연구로 대표적인 것은 1991년 및 1994년에 한국법제연구원이 행한 조사연구다. 이 연구원의 1991년 조사결과에 의하면, 그 이전의 조사결과와 비교하여 다음과 같은 특징적 결과들이 나타났다고 평가하고 있다. “첫째, 법에 대한 긍정적 인식이 확산되고, 둘째, 권리의식이 신장된 반면 준법정신의 부재현상이 두드러지며, 셋째, 법정립 및 법집행기관에 대한 부정적 인식이 심화되었다는 점이다.”²⁴⁾ 1994년의 한국법제연구원 조사연구는 대체로 1991년 조사결과를 확인하는 의미를 지닌다고 볼 수 있다.

종래 법의식조사에서 법의 근대화 또는 법의 지배의 발전 정도와 관련한 설문내용으로 흔히 권리의식이 높은가의 여부, 또는 이와 연관하여 분쟁해결방법으로서 재판을 선호하는가 여부 등을 중시해 왔다. 그러나 이보다도 더 중요한 관련성을 갖는 것은, 행위자들이 행위결정 기준으로 주로 어디에 의거하는가, 즉, 객관적인 법에 의거하는가 아니면 개별적인 인간관계(특히 지연, 혈연, 학연 등 각종 연고관계)에 의거하는가 라는 점일 것이다. 그리고 바로 이 점은 전통적인 유교 법문화와의 관계에서 볼 때 특히 중요한 의미를 지닌다. 그럼에

24) 한국법제연구원, 위의 책(주 22), 50면.

도 불구하고 종래 대부분의 법의식 조사에서는 이 점이 소홀히 되거나 간과되어 왔다. 이러한 관점에서 볼 때 최근에 행해진 두 법의식조사는 매우 주목할 만하다.

2000년 12월에 발표된 ‘한국형사정책연구원’의 ‘준법의식의 실태 및 준법운동의 전개방향에 관한 연구’에서 특히 다음의 두 설문결과를 주시할 필요가 있다. “법을 지키는 것에 대하여 어떻게 생각하십니까?”라는 질문에 대해, “반드시 지켜야 한다”는 응답이 25.3%, “지키지 않을 수도 있다”는 대답이 74.7%로 나타났다.²⁵⁾ 이 결과는 일반적으로 법준수에 대한 태도가 매우 부정적임을 말해주고 있다. 뿐만 아니라 근래의 여러 조사에서 권리의식이 매우 높은 것으로 나타나 있는 점과 대비해 보면, 법준수에 대한 태도가 매우 기회주의적임을 보여준다.

한편, “현재 우리 사회의 분쟁해결에서 가장 유용한 수단이 무엇이라고 생각하십니까?”라는 질문에 대해, 다음과 같은 결과를 보여주고 있다. (1) 법률 19.9%, (2) 권력 39.6%, (3) 돈 30.4%, (4) 연줄 6.3%, (5) 상식 2.9%, (6) 기타 1%. 위 항목 가운데 권력 및 돈은 연줄과 함께 선택되는 것이 보통이라고 본다면, 법이 아닌 넓은 의미의 연줄을 유용한 수단으로 보는 인식이 76.3%에 이르고 있음을 알 수 있다.²⁶⁾ 이것은 곧 행위결정기준으로 법 이외의 것이 선호될 개연성이 압도적임을 말해준다고 하겠다.

법의식과 관련된 또 다른 최근의 조사연구로서, 2001년 6월에 발표된 “한국·미국·일본 국민의 윤리의식 비교연구”(오만석 교수 등 4인)을 들 수 있다. 이 조사에서 특히 주목되는 것은 다음의 설문결과이다.

“사회에 피해가 되더라도 내 직장에 이익이 된다면 적극 협조한다”라는 문항에 대해, 한국인과 일본인은 각각 71.9%, 79.43%가 긍정하고, 한국인 8.32%, 일본인 7.75%만이 부정한 데 반해, 미국인은 3.78%만이 긍정하고 85.32%가 부정하였다.²⁷⁾

25) 한국형사정책연구원, 『준법의식의 실태 및 준법운동의 전개방향에 관한 연구』, (2000), 77면.

26) 한국형사정책연구원, 위의 책(주 25), 60면.

27) 오만석 등 4인, “한국·미국·일본 국민의 윤리의식 비교연구”, 『비교교육연구』(한국비교교육학회, 제11권 제1호, 2001), 59면.

또한, “나에게 이익이 된다면 환경을 오염시키는 공장 설립에 반대하지 않겠다”는 문항에 대해, 미국인은 4.35%만이 긍정하고 85.2%가 부정한 반면, 한국인과 일본인은 각각 83.29%, 89.36%가 긍정하고 4.78%, 4.26%만이 부정하였다.²⁸⁾

위의 조사 결과는 현대 한국사회에 집단이기주의가 얼마나 강하며, 공익보다 사익을 우선시키는 이기주의적 경향이 얼마나 팽배해 있는가를 보여주고 있다. 이는 곧 법의 지배를 위한 하부구조로서의 시민문화가 아직 정착되지 못하고 있음을 뜻한다고 하겠다.

3. 유교문화의 영향

현대 한국이 무척전 특서 특한 그 크히해케이 특기인 무언이인 신세 기하

사회학자들의 연구에 의하면 대체로 다음과 같은 결론을 제시하고 있다. “오늘날 한국의 가치체계는 비일관성, 불안정, 다양한 가치체계간의 갈등, 그리고 세대별, 사회계층별 가치의 상위가 두드러지게 나타나는 특징을 보인다. …개인주의, 물질주의, 평등주의 등을 특징으로 하는 서구적 가치체계가 전통적인 유교적 가치체계와 대립하고 있는 상태로 특징지을 수 있다”²⁹⁾ 이 같은 현상은 현대 한국사회의 급격한 변화를 반영하는 것이고 안정된 가치체계가 정착되기까지의 과도적 현상으로 풀이할 수 있을 것이다.

그런데 이 같은 가치체계의 전반적인 불안정성에도 불구하고 주목되는 것은, 유교적 가치체계 또는 널리 유교문화의 속성이 아직까지도 뿌리깊게 남아

‘믿음’(conviction)과 ‘실행’(practice)의 차원을 구분하고 각각에 속하는 세부적인 여러 범주들을 설정하여 면접조사한 결과, 조사 대상자의 대부분에게서 유교적인 ‘믿음’ 또는 ‘실행’이 적어도 부분적으로 발견되었다. 즉, 스스로의 종교가 불교라고 말한 사람(77명, 19.25%)의 전부(100%), 카톨릭교라고 말한 사람(20명, 5%)의 90%, 개신교라고 말한 사람(106명, 26.5%)의 76.4%, 그리고 무종교라고 밝힌 사람(189명, 47.25%)의 96.8%에게서 유교적 속성이 나타났다.³⁰⁾ 결국 조사대상자의 91.7%가 적어도 부분적으로는 ‘유교인’이라는 결과가 되는 데, 이를 보면 ‘한국사람은 모두 유교적이다’라고 말해도 지나치지 않다. 이 같은 조사결과는 현대 한국에서 유교가 체계적인 이데올로기 차원에서는 해체, 소멸되고 있으나, 일상적인 가치관과 실행의 차원에서는 뿌리깊게 잔존하고 있음을 확인시켜 준다.

이처럼 현대 한국사회에서 전통적인 유교문화가 여전히 깊게 남아 있음에 비추어 보면, 아직까지 법의 지배에 적합한 시민문화가 정착하지 못하고 있는 연원을 유교 문화의 전통에서 찾는 것은 무리가 아닐 것이다. 사회현상을 설명할 수 있는 여러 요인 가운데 특히 문화는 그 변화가 가장 느리다. 조선시대가 막을 내린 지 이제 1세기가 가까워가지만, 그 후 일제시대와 오랜 반민주적 권위주의 시대를 거치면서 유교문화가 지닌 권위주의적 속성은 오히려 온존, 강화되어온 것으로 보이며, 유교 문화에 변화를 가져올 결정적 계기를 갖지 못했다. 이미 언급한 것처럼, 현대 한국사회에서 법의 지배의 정착을 저해해 온 가장 핵심적인 문화적 요인은 지연, 혈연, 학연 등의 연고주의 문화다. 정치, 경제를 비롯한 거의 모든 분야에서 법을 위시한 보편적 규범보다는 개별적인 연고에 의거하는 행태가 만연되어 있음을 볼 수 있다. 연고주의 행태의 요인은 상당부분, 경제적 이익 추구의 동기에서 찾아볼 수 있을 것이지만, 그 같은 경제적 동기를 뒷받침하고 강화시켜주는 것은 개별적 인간관계를 중시하는 유교문화의 전통이라고 추론할 수 있다. 특히 한국의 전통적 유교문화는 국가에 대한

30) 尹以欽, 『韓國宗教研究(集文堂)』, (1988), 88-89면. 설문지 면담내용에 의하면, 종교경험을 사상, 실천, 집단행동에의 참여의 세 차원으로 구분하고 있다. 유교의 경우, 사상차원의 항목으로 ‘삼강오륜’, ‘인의예지’, ‘수신제가’ 등이 제시되어 있고, 실천차원의 항목으로는 ‘부모에 효행’, ‘어른에 대한 존경’ 등이, 집단행동 차원의 항목으로는 ‘가족 및 문중 제사’ 등이 설정되어 있다. 위의 책, 79-80면.

忠보다 孝를 중시하는 가족 중심의 윤리를 강조해왔고, 이와 더불어 가족 이외의 중간적인 사회집단이 형성되지 못하는 결과를 가져왔다. 이 같은 전통적 유교문화의 특성은 현대 한국에서 가족주의의 변화에도 불구하고 이와 병존하여, 또는 그 부분적 대체물로서 각종의 연고집단 중심의 집단주의를 강화시켜 온 것으로 풀이된다.

IV. 맺는 말: '유교적 법의 지배'?

위에서의 논의를 요약하자면, 현대 한국사회에서 법의 지배가 정착되지 못하고 있는 주된 요인은 연고주의 문화의 만연에 있고, 그 연원은 전통적인 유교 문화, 특히 유교적 법문화에서 찾을 수 있다는 것이다. 그렇다면 우리가 지향할 원리의 하나로 법의 지배를 수용하는 한, 유교 법문화는 극복되어야 한다는 결론이 당연히 도출된다. 그런데 여기에서 제기될 수 있는 문제는, 과연 법의 지배는 우리가 추구할 이상적인 목표인가 하는 것이다. 적어도 현단계의 한국사회에 관한 한, 우리가 당장 염려할 것은 법의 지배의 부족에 있다고 하지 않을 수 없고, 그렇게 보는 한, 위의 문제제기는 당장의 문제는 아닌 것처럼 보인다. 그렇지만 법의 지배가 과연 이상적인가 하는 물음을 언제나 유보할 수는 없을 것이다.

법의 지배의 이념이 궁극적으로 사람의 지배, 곧 자의적 지배의 배제에 있다면 넓은 의미의 법의 지배는 우리가 지향할 목표의 하나임을 부정할 수 없다. 다만 논의의 여지가 있다면 법의 지배의 정도 또는 구체적 형태에 관한 것일 것이다.

이 문제와 관련하여, 최근 사회과학계의 일각에서 유교문화를 긍정하는 입장에서의 민주주의론이 전개되고 있음은 눈여겨볼 만하다. 그 대표적인 이론가라고 할 함재봉교수는 '유교민주주의'를 제창하면서 이렇게 말하고 있다.

“자유주의가 요구하는 가치관과 제도들을 수용하지 않는 가운데서도 민주주의를 정착시키고자 하는 것이 곧 아시아적 가치론과 유교민주주의론의 핵심이다.”³¹⁾

31) 함재봉, 위의 책(주 3), 143면.

“우리가 추구해야 하는 사회의 모습은 기본권이 보장되는 데 그치는 사회가 아닌 도덕공동체다. … 우리가 바라고 추구할 만한 가치가 있는 사회를 건설하는 데 있어서는 유교사상에 대한 적극적인 이해와 재해석이 필요하다”³²⁾

위와 유사한 주장은 Francis Fukuyama에게서도 찾아볼 수 있다. 그는 ‘유교와 민주주의’의 관계를 논하는 가운데, 우선 ‘유교 민주주의’라는 말 자체가 모순이라고 보는 Samuel P. Huntington의 주장을 비판하고 이를 지나친 과장이라고 보면서, 유교문화에 토대를 둔 민주주의의 가능성을 배제하지 않는다.³³⁾ 그에 의하면, 서구민주주의에 대한 아시아적 대안의 핵심은 특수한 제도적 장치에 있는 것이 아니라, 개인의 권리가 아닌 공동체적 도덕규범에 기반을 둔 사회라는 점에 그 본질이 있다고 한다.³⁴⁾

유교 민주주의론의 요체는 ‘보다 덜 개인주의적인’, 따라서 ‘보다 덜 자유주의적인’ 민주주의가 바람직하다거나 또는 가능하다는 데에 있는 것으로 보인다. 여기에서 먼저 유의할 것은, 기본권 보장과 도덕공동체의 형성이 서로 상충없이 양립될 수 있는 것이 아니라, 길항(拮抗)관계에 있다는 점이다. 공동체적 도덕이 강조될수록, 반면 개인의 기본권 보장은 축소될 수밖에 없다. 유교 민주주의는 ‘보다 적은 자유’를 감수하지 않으면 안 된다.

유교민주주의론이 법의 지배에 관해 어떤 입장을 취하는지는 아직 구체적으로 나타나 있지 않다. 과연 ‘유교적 법의 지배’는 가능한 것인가. 생각건대, 유교문화를 수용하는 법의 지배는 ‘보다 융통성 있는’ 법의 지배로 나타나게 될 것이다. 즉, 법집행기관에게 더 큰 재량권을 부여하는 ‘덜 엄격한’ 법의 지배의 형태를 예상할 수 있다. ‘덜 엄격한’, ‘보다 융통성 있는’ 법의 지배의 구체적 내용이나 타당성 또는 그 가능성에 대한 검토는 뒤로 미룬다. 다만 서양과는 다른 법의 지배를 추구하더라도, 오늘날 한국사회에 미만해 있는 연고주의 문화가 법의 지배의 원리 안에 어떻게, 어디까지 수용될 수 있을지는 대단히 의문이다.

32) 함재봉, 위의 책(주 3), 144면.

33) Francis Fukuyama, “Confucianism and Democracy,” *Journal of Democracy*, 6.2(1995) 24면.

34) Francis Fukuyama, “The Primacy of Culture,” *Journal of Democracy*, 6.1(1995) 12면.

Abstract

Legal Culture and the Rule of Law in Korea

Kun Yang

This paper is motivated by the following questions : If the rule of law has not yet been established in contemporary Korea, to what extent can it be attributed to the traditional Confucian culture? What are the characteristics of legal culture in the Chosun dynasty? Today, is a positive reappraisal of Confucian legal culture possible? All of these questions are very much complexed, and this paper deals with only some of issues related with the above questions at the early stage of research.

With respect to the Confucian view on law, it has often been said that, in Confucianism, li(禮) is valued high above law, mediation and compromise are preferred to adjudication, and the concept of "rights" does not exist while the moral duty is stressed. In regard to this matter, the different view has been expressed by some interpreters. For example, it is alleged that the distinction between 'the governance by li' and 'the governance by law' does not correspond to the distinction between 'the governance by morals' and 'the governance by law', but to that between 'the governance by law based on theory of natural law' and 'the governance by law based on legal positivism'.

While the traditional view regards the legal culture of the Chosun dynasty as the same as the Confucian legal culture mentioned above, some recent studies point out different aspects. According to this, in the Chosun dynasty, law was not valued low, and the alleged litigation avoidance should not be exaggerated. On the above issue, the further positivistic studies seem to be needed.

Since 1960s several survey researches on legal consciousness of Koreans have been conducted. The representative survey of these indicates the following results : Firstly, the positive attitude toward law has been

increased, and secondly the attitude of law-observance is lacking, while the rights-consciousness has been heightened.

Recently some critics argue for the positive side of traditional Confucian culture. It seems controversial whether the 'Confucian rule of law' would be possible. In view of the current situation of the rule of law in contemporary Korea, the advancement of the rule of law should be stressed. If the 'Confucian rule of law' would be possible, it would appear as a form of the rule of law which allows the more discretion than the original rule of law would admit.

법문화(legal culture), 법의식(legal consciousness), 법의 지배(rule of law), 유교(Confucianism), 한국(Korea)