

法の 概念과 韓國 法體系

서 경 립*

目 次

- I. 問題의 提起
- II. 社會科學에서 본 法概念
- III. 法の 定義와 法體系
- IV. 結 論

I. 問題의 提起

“法과 社會”연구는 法과 社會와의 상호관련성을 탐구하는 학문으로서, 좁게는 法社會學, 넓게는 社會現象으로서 法에 대한 경험과학 사이의 학제적 연구를 총칭하는 것으로 이해할 수 있다.

한국에서의 法과 사회 연구는 茶山 정약용(1762~1836)에까지 소급될 수 있겠으나, 그의 경험론적인 法에의 접근은 후세에까지 이어지지 못하였다. 조선조 후기시대에 나타났던 자생적 근대화의 계기는 일제 식민통치에 의해 좌절되고 말았고, 이것은 法에 대해서도 마찬가지였다.

한국의 法學이 그러한 것처럼, 法과 社會 연구도 자생적인 것이기 보다 외부로부터의 수입에서 비롯하였다. 1950년에 와서 베버(Max Weber), 엘리히(Eugen Ehrlich)와 같은 法社會學의 선구자들의 저작이 번역·소개되었다.

단순한 서구 학문의 소개를 넘어 일정한 연구 성과가 나타나기 시작한 것은 1960년대 이후이다. 주로 법학자들이 중심이 되어 ① 法意識, ② 전통사회, 특히 조선조에 있어서 法과 社會의 역사적 분석, ③ 외국법의 수용에 따른 법과 현실 사이의 괴리의 문제를 중심으로 연구되었다.

그런데, 이 세 가지 주요 주제의 근거에 흐르는 공통된 관심은 외국법의 수용에 따

* 제주대학교 법정대학 법학부 교수

르는 법과 현실 간의 괴리라는 기본적 문제의 인식에 있다고 할 수 있다.¹⁾ 이것을 극복하기 위해서는 전통사회에 뿌리를 둔 법의식을 확인하는 일이라 생각하고, 주로 문화적 관점에서 접근하였다.

특히 戚秉春교수(1932~1983)는 문화중심적 입장에서 한국의 전통사회를 非法的이라 특징지은 후, “우리의 정치적·법적 전통 가운데, 우리의 현대적 정치생활에 긍정적으로 기여할 수 있는 것은 거의 아무것도 없다”고 하고 있다.²⁾ 전통적 법과 근대적 법과의 역사적 관계를 이렇게 단절된 것으로 파악하는 관점과는 달리, 최근에 와서 새로운 견해들이 나오고 있다.

朴秉濠교수는 첫째 조선조에서 刑法을 비롯한 法은 높이 존중되었고, 둘째 동양의 전통적인 유교사회에서의 소송기피적 태도에 대한 일반적 설명은 한국의 전통사회의 경우에는 극히 중대한 제한 범위에서만 타당성을 지닐 수 있고, 셋째 전통사회에서의 法도 배버적 의미에서의 합리적 요소를 지니고 있고, 평등과 같은 요소도 찾아 볼 수 있다고 한다.³⁾

戚교수에 의하면, 한국의 法體系는 상부구조(법규와 조직구조) 및 하부구조(문화적 환경)로 이루어져 있는데, 그 문제점의 주된 원인은 상부구조는 앞서 있는데, 하부구조는 뒤쳐져 있다는 것이다. 상부구조는 일본식으로 변용된 독일 法體系를 모델로 한 것임에 반해, 한국의 法文化는 기본적으로 전통적인 전근대적인 상태에 있다는 것이다.

戚교수의 기본 관점에 대해 法文化, 즉 法에 대한 사회적 태도와 가치관이 법체계의 구조와 실질의 기능에 있어서 핵심적 역할을 하는 것은 인정하지만 법체계의 기능에 영향을 주는 여러 요인 중에 주로 문화적 요소만을 고려하고, 다른 중요한 非文化的 요인들을 문제삼지 않는다는 지적이 있다.

法體系의 성격은 사회적 位階와 그 사회의 支配的 意識의 두가지 요인에 의해 결정되는데, 종래의 여러 연구들은 정치 사회적 位階와 같은 비문화적 측면들은 무시함으로써 편향되고 왜곡되는 결과가 되었다는 것이다.⁴⁾ 법과 사회에 대한 진정한 이해는 사회의 다른 下位體系들과 法과의 상호관계에 대한 탐구를 통해서만 가능하다는 것이다.⁵⁾

위의 비판을 긍정하면서, 또 한편으로는 法의 개념 정의를 넓혀 새롭게 할 필요가

1) 梁建, 「法社會學」, 아르케, 2000, p. 364.

2) Ham Pyongchoon, 「The Korean Political Tradition and Law」, Seoul : Hollym, 1967, p. 83.
梁建, 同前, p. 367에서 재인용.

3) 박병호, 「韓國法制史巧」, 法文社, 1974. 「韓國의 傳統社會와 法」(「法學」 15권 1호, 서울대), 1974. 참조

4) 梁建, 同前, p. 370.

5) 梁建, 同前, p. 377.

있다. 지금까지의 한국의 法文化내지 法研究가 주로 “法典 속의 法”에만 관심이 집중되었고, 이른바 “살아 있는 法”에는 소홀히 한 감이 없지 않다. 그리하여 전통적으로 서민들의 경제생활에서 중요한 부분을 차지하는 契와 같은 것에 대해서는 慣行 내지 慣習으로 풀이한다. 또 예컨대 國民儀禮準則을 어기고, 성대한 혼인식이나 喪·祭의 儀式을 감행할 경우에, 慣習的인 規制가 法規制보다 앞서고 있으며, 따라서 한국은 法の 존엄성을 의식하지 못하고 있다고 보게 된다. 또 권리의식의 빈곤으로 체계적인 私法 영역은 없다고 생각하게 된다.

이러한 관점은 결국 法에 대한 개념 정의를 좁게 풀이하여 國法 내지 制定法만을 法으로 간주하고, 그 외의 것은 慣習으로 단정함으로써 생기는 당연한 결과이다.

본 논문은 사회학자를 비롯한 法人類學者들의 법에 대한 정의를 살피고, 法에 대한 시야를 넓혀 한국에서 지금까지 慣行 내지 慣習으로 치부하던 것을 法の 영역으로 끌어들이어 한국의 法體系를 새롭게 이해하고자 한다.

II. 社會科學에서 본 法概念

사회과학자들이 法이라는 용어를 정확히 동일시하지 못하는 경우에는 자신들간에는 물론 다른 전문가들 사이에 열띤 논쟁이 벌어지게 되는데, 그 이유는 실제로는 다른 것을 논하고 있기 때문이다. 法이 무엇인가에 관한 문제의 답은 「사회 속의 법」의 위상에 관한 토의로서 끝나는 것은 아니다. 法이 사회과정의 하나로서 더 깊숙히 이해되면 더욱 더 정확한 개념정의를 요하게 된다.

그런데, 용어의 정의가 정확함을 요한다고 하여 보편적으로 적용될 수 있는 것을 말하는 것은 아니다. 연구의 방향이 다르면 다른 정의를 필요로 한다. 여러 가지로 정의할 수 있다는 것은 사회 속의 法에 관하여 접근방식이 다를 수 있기 때문이다. 중요한 것은 용어를 사용할 때 용어를 어떤 경우에 사용하고 있는가를 분명히 하여 두는 것이다.⁶⁾

1. 現代化 과정으로의 法

우선 우리가 통상적으로 자주 생각하는 방식에 가장 가까운 것으로 블랙(Donald Black)의 정의를 들 수 있다.

6) Robert L. Kidder, 「Connecting Law and Society」, Prentice-Hall, New Jersey, 1983, pp. 19~32. 제 2장은 주로 Kidder의 책을 참조하였음.

法이란 정부의 사회통제로서 ... 국가와 국민의 규범적 생활(the normative life)이다.

간단하지만, 이 定義는 “非政府的(non-governmental)” 사회통제를 배제하도록 신중하게 표현된 것이다. 블랙은 法을 바로 민족 국가의 성장과 함께 발전한 특수한 형태의 사회통제로 본다. 그래서 그는 이 용어를 사회·경제적 발전단계를 위해 따로 남겨두고 싶어한다. 그는 이를테면 작은 단체가 일련의 규칙과 사회통제를 발전시켰다고 하더라도 그것은 法이 아니라고 주장할 것이다. 法이란 어디까지나 政府가 포함되고, 國民이 定義되어 公式화된 특수한 형태의 사회 통제라는 것이다. 그에 의하면 法은 고유한 특수 효과를 지닌 것으로, 다른 사회통제와는 구분하여 이해하여야 한다는 것이다. 소집단, 이를테면 원시사회나 고대의 사회집단에서 발견되는 질서와 같은 것이 소집단에서 일어난다고 하더라도 그것은 法이 아니라는 것이다.

다음의 정의는 상식에 충실한 것으로 홈즈(Oliver Wendell Homes)의 持論이 있다.

法院이 실제로 무엇을 할 것인가하는 예언, 그것이 더도 덜도 아닌 法이라는 것이다.

이 持論은 法을 현대 法制度(法院)와 동일시 한다는 점에서 블랙의 정의와 다소 다른 데가 있는데, 여기서 홈즈는 法에 관한 “현실주의적(realistic)”인 것에 관심을 보인다. 그는 당시의 법이론이 법관이 실제로 내린 판결에는 아무런 주의를 기울이지 않는다고 생각하였고, 그러한 점에 대해 환기를 불러 일으키고 싶었다. 그는 주장하기를 만일 법관들이 의도적으로 그런 이론이나 특별 실정법규를 무시한다면, 그런 것을 法이라고 불러도 아무 의미가 없는 것이라고 하였다. 어떤 특별한 사회의 法官이 스스로의 판단에 따라 둘에 둘을 더하면 다섯이 된다고 판결하면, 수학자나 입법자가 동의하지 않더라도 다섯이 그 답이 된다는 것이다.

홈즈의 정의는 法이 사회 속에서 작용한다고 생각하는 방식을 짧게 기술하고 있음을 유의할 필요가 있다. 그는 法官들이 사건을 판결하는 권한을 가지고 있으므로 현실로 작용하는 法(real law)에 대한 열쇠를 쥐고 있다고 믿는다.

블랙과 홈즈는 우리가 가장 잘 아는 현대의 복잡한 사회로 法을 한정하여 정의하고 있다. 홈즈가 말하는 국가, 정부, 법원은 미국은 물론 민주국가와 같은 사회에 있어서의 諸特色이라 할 수 있다.

2. 사회통제의 諸형태로서의 法

블랙과 홈즈와는 아주 대조적으로 말리노스키(Malinowski)는 널리 알려진 첫 法人類學

者로서 남태평양의 섬들의 사회연구를 정리하기 위해 다음과 같이 法을 정의하고 있다.

法이란 한 당사자에게는 權利로 간주되고, 다른 쪽에는 義務로 승인되어, 사회구조에 내재하고 있는 互惠와 周知의 특수한 메카니즘에 의해 효력이 유지되고 있는 일련의 구속적 책무이다.

말리노스키가 본 섬문화에는 현대국가의 요소는 거의 아무 것도 지니고 있지 않았다. 議會도 官僚도, 경찰이나 법원도 없었다. 그래도 그가 섬에서 본 것을 法이라고 부르지 않을 수 없음을 느꼈다. 그것은 사람들이 식별할 수 있는 규칙에 순응하여 그들의 삶을 꾸려 나가기 때문에 法이었다. 누가 규칙을 위반하면, 다른 사람들의 관례적인 행위로 그 위반을 시정되어야 할 것을 분명히 하기 때문에 法이었다. 그것은 이들 사회가 당시 선교사들이나 여행객들이 보았다고 생각한 “法없는 야만인들 떼거리”로 전락하는 것을 방지하였기 때문에 法이었다. 법을 이렇게 정의함으로써 말리노브스키는 문명의 섬문화를 격상시키고, 질서는 현대적인 立法府, 경찰, 형무소, 법원이 없이도 가능하다는 것을 보여 주었다.

그는 또 法の “사회구조에 내재하는 互惠성과 周知性(reciprocity and publicity inherent in the structure of society)”에 依存하고 있음을 지적하여 法과 사회과정의 깊은 관계를 깨닫게 하는데 도움을 주었다. 법이란 사회의 정리 원칙(the ordering principle)으로 사회 속의 모두에 의해서 수행된다는 것이다. 法을 따르는 것은 형무소나 벌금이 두려워서가 아니라고 한다. 따르지 않으면 나와 타인간의 “去來(경제적·사회적·정서적·정치적 상호작용)”의 균형이 깨지기 때문에 法에 복종한다. 他人들은 나를 그들의 “去來”에서 떼어 놓을 것이고, 그러면 나는 고립되어 내가 기대하는 삶은 불가능하게 될 것이다. 그러므로 나는 순종한다.

요컨대 말리노브스키의 정의는 블랙과 흄즈처럼 法이 사회 속에서 어떻게 작용하는가에 대한 기본적 이론이라는 것을 유의할 필요가 있다.

3. 법과 위임된 物理的 힘

지금까지 살펴 본 세가지 정의 중, 그 어느 것도 物理的 힘(physical force)이 필요함을 특별히 역설하지는 않았다. 힘은 法이 “정부의 사회통제(governmental social control)”로 정의되는 경우에 포함될 수도 있겠지만, 그러한 정의는 힘을 강력히 요구하지 않는다. 文字文化 이전의 여러 사회를 연구해 온 人類學者 호벨(E. Adamson Hoebel)은 物理的 힘이 없이는 法은 아니라고 하는 주장에 동조한다. 호벨의 정의는 신중하게 기술되어 있다.

사회규범의 태만이나 위반에 대하여 위협적 또는 실제로 물리적 힘의 행사가, 그 집행의 특권을 사용하도록 사회적으로 인정된 권한을 지닌 개인이나 집단에 의해, 위의 행위에 대해 規則적으로 행해지는 경우에 그 사회규범은 法이다.

호벨에 있어서 法의 요소는 정연하게 위임된 힘의 사용에 있다. 물론 무질서한 폭력이 상당수 있지만, 그것은 法이 아니다. 조니는 빌리의 장난감을 가져간다. 빌리는 조니를 호되게 때려준다. 해리는 짐의 아내를 피어낸다. 그래서 짐은 해리를 사살한다. 인도의 군대가 파키스탄이 자기의 것이라고 주장하는 지역을 점령한다. 그래서 전쟁이 일어난다.

그런데 코만치 戰士가 수렵단의 다른 一員의 말을 훔친다면 어떤 일이 일어나는가? 호벨에 의하면 그 부족은 피해자에게 범죄자를 처벌하도록 위임한다. 그러나 피해자의 복수는 앞의 절에서 언급한 폭력과는 다르다. 왜냐하면 여기에서의 폭력은 단체의 의해 허가가 된 것이기 때문이다. 허가된 폭력의 중요한 요소는 미국의 도시에서 “사살할” 권한을 위임받은 경찰이나, 범죄자를 완력으로 구속하도록 위임받은 교도관의 경우와 같다는 것이다.

호벨의 정의에는 수십년간 사회학자들의 마음에 소중하게 여겨왔던 社會規範(social norm)이라는 개념이 도입되어 있다. 다수의 사회학자들은 사회규범이 공인된 사회학 이론에 기본이 된다고 생각한다. 規範(norm)은 보통 두 가지를 의미한다. 첫째 행동양식이 일정한 단체에 전형적이다-그것은 정상적이며, 일상적 생활의 부분이 된다. 둘째 사람들이 행동양식에 순종해야 할 것을 배웠고, 기준적인 행동을 선택해야 하므로 행동 양식은 일상적 또는 정상적이다. 그래서 호벨이 法을 특종의 사회규범이라 정의할 때, 그는 法이란 다른 사회규범과 같이 다르게 해서 안되는 행동의 선택을 하도록 사람들에게 요구하고 있는 것이라 말하고 있다. 우리는 한 사람의 행동을 사회규범의 산물이라고 어떻게 아는가? 예컨대, 사람들이 은행에 들어가서 은행을 털지 않을 때, 사람들은 法에 복종하는 선택을 하고 있다는 것을 어떻게 아는가? 우리는 저마다 法을 무시하고 자기 이익을 위해 행동하려면, 원하는 만큼 얻기 위하여 무장까지 하고서 이용할 수 있는 모든 수단을 다 사용할 것이라는 논증으로 결론을 내린다.

호벨의 정의는 다종의 사회규범, 그것들의 대다수는 非法적인 것을 포함한 社會型에 法을 맞추고 있다. 이것은 대부분의 사회규범이 물리적 힘보다는 어떤 다른 것에 의해 뒷받침되고 있다는 것을 의미한다. 이들 다른 요인은 말리노스키가 언급한 “互惠와 周知性”이란 요소일 수도 있다. 호벨과 말리노스키는 이들 요소들의 중요성에 대해서는 동의하고 있지만, 물리적 힘의 문제에 대해서는 의견을 달리한다.

요컨대, 호벨은 자기의 정의에 “규칙적으로(regularly)”라는 말을 첨가시켜 흠즈의

현실주의의 주장을 다루고 있다. 규범은 그것을 실행하기 위해 힘을 사용할 수 있는 자들에 의해 무시된다면 법이라 할 수 없다. 아직도 기록은 되어 있지만 망각된 구법은 순종을 확고히 하기 위해 위협을 가하거나 힘을 사용하지 않으므로 더 이상 法이 될 수 없다. 유사하게, 입법 기관은 법원과 경찰이 무시하는 것이 더 좋다고 생각하는 法을 통과시킬 수 있다.

1968년, 미국의 콘네티컷 주지사는 이 주의 고속도로에서의 속도 위반자에게는 운전면허 자격정지를 하도록 명하였다. 그런데 주경찰은 대부분의 속도 위반이 면허증을 박탈할 만큼 심하다고는 생각하지 않았으므로, 속도 위반에 대한 체포를 널리 자기 임의로 감소시켰다. 그래서 차량은 질주를 계속하여도 속도 위반에 대한 체포율은 뚜렷이 감소하여, 주지사는 자기의 엄격한 법률 시행이 대부분의 차량을 법이 제한한 속도로 늦추었다고 생각하였다. 호벨에게 있어서는 시행되지 않는 법집행은 법이 아니라고 할 것이다. 그러나 뉴욕시 맨해튼 부두에서의 경찰관들이 임의적인 현장 규칙(on-the-spot rules)은 법이 될 것이다.

4. 法, 強制, 專門化

어떤 사회학 책도 막스 베버(Max Weber)를 다소 언급하지 않고서는 정리가 되지 않을 것이다. 法을 다루는 경우에는 이 언급은 필수적인데, 베버는 그의 사회이론에 法을 포함시키기 위해 굉장한 노력을 기울였기 때문이다. 그의 정의는 큰소리로 읽으려면 숨이 차게 하지만, 꼼꼼하게 선택한 단어들로 가득 차 있다. 그 정의는 호벨의 경우처럼 장황한 설명으로 느낄지 모르지만, 法의 개념에 있어서 미묘한 차이를 드러낸다.

질서를 준수하도록 하거나 그 위반을 벌하기 위하여 強制(물리적 또는 심리적)가 특별히 그러한 목적을 위해 준비가 되어 있다고 생각되는 간부에 의해 행사될 것이라는 가능성에 의해 질서가 보장되어 있는 경우에, 이 질서를 法이라고 한다.

먼저 눈에 띄는 차이는 베버의 “특별한 간부(special staff)”이다. 이것은 더러 겹쳐지는 부분이 있지만, 호벨의 “사회적으로 그렇게 행동하도록 인정된 特權을 지닌 개인 또는 집단”과 꼭 같은 것은 아니다. 베버가 말하는 특별한 간부라는 것은 法務(law work)를 전문으로 하는 사람들로 질서를 유지시킬 권한이 위임되어 있고, 법집행을 위한 조직에서 공식적인 지위를 차지하고 있는 자로서 법관, 경찰, 노동중재인, 학생사법위원회, 종교계율을 다루는 교회회의 등이다. 이처럼 베버는 호벨이 法이라고 할 것의 많은 부분을 배제하고 있는데, 그것은 원시사회에서는 그러한 조직을 발전시킬 단계에

이르지 못했기 때문이다.

베버와 호벨은 위임받은 권한(delegated authority)을 法의 기본적 형태라는 점에서 의견을 같이 하고 있다. 그러나 호벨은 베버보다 훨씬 낮은 수준의 公式性(formality)을 포함하고 있다. 블랙과 같이 베버는 法을 현대적인 발전 결과로 본다. 그러므로 베버는 호벨이 생각하는 코만치 전사를 法의 담당자로 보지 않을 것이고, 그러한 형태의 사회 질서를 법이라고 부르지도 않을 것이다.

그런데, 베버는 호벨이 포함시킨 사교상의 예의 범절(social forms)을 배제하고 있는데, 호벨이 배제한 다른 것은 포함시키고 있다. 베버는 심리적 강제와 물리적 강제 양쪽을 다 언급하고 있다. 심리적 강제를 포함시킴으로써 베버는 법의 영역을 현대 사회에 있어서 다수 종류의 집단의 활동 범위까지 확장한다. 대학에서 학생을 시험 부정행위로 퇴학시키거나, 교회가 정도를 벗어난 성직자를 떠나면 징글로 파견할 때, 이러한 처벌은 물리적 폭력의 위협에도 속하지 않는다. 그러므로 호벨 쪽에서 보면 법이 안되지만, 베버에게는 법이 된다. 베버의 정의에 의하면, 사실 단체도 비록 물리적 힘을 사용하는 국가의 권력은 허용받지 못할지라도 法은 만들 수가 있다. 베버의 정의는 사람들이 여러 단체에 겹쳐 관련됨에 따른 다양한 법적 요청이나 기회에 직면할 수 있다는 사회조건, 즉 法多元主義의 논의를 허용한다.

그런데, 사실 단체가 힘의 행사로 위협을 할 수 없다면 어떻게 규칙을 따르게 할 수 있는가? 이에 대한 베버의 대답은 분명하다. 학생들은 졸업을 원한다. 성직자는 그 가속한 교회가 약속하는 구원을 추구한다. 친목회는 認定(approval)과 동료애를 추구하고, 야구선수는 경기를 하며 갈채를 받을 가능성을 원한다. 은행의 금점 출납계는 안정된 수입과 승진을 원한다. 다시 말하면 사회생활은 법에의 순종을 확실히 하도록 조작할 수 있는 유인책으로 가득 차 있다.

베버의 法의 정의는 호벨과는 달리 이상과 같은 다른 유인책을 인정한다. 정부와 법원에 의해 시행되는 法조차도 전적으로 물리적 강제에만 의존하지 않는다. 애국심, 경제적 유인책, 참여적 목표가 베버의 정의가 보여 주듯이 모두 사용되어 법에의 순종을 얻어 낸다. 사회적 상황에 따라서 추방, 조롱, 기피 등도 규칙의 위반에 보복하기 위한 수단으로 사용될 수 있다.

지금까지 기술한 정의를 요약해 보면 베버, 블랙, 흠즈 등은 法을 현대적인 활동형태(a modern form of activity)로 조직적인 실시방식을 사용하는 복잡한 사회와 관련된 사회 질서를 만들어 내는 특수한 수단으로 생각하고 있다. 베버는 정부가 아닌 단체도 法을 가진다고 봄으로써 블랙이나 흠즈보다 더 명쾌하고, 더 포괄적이다. 또 베버는 法官을 法務와 관련된 일종의 특수한 간부로 생각한다. 베버는 물리적 힘의 문제를 중요

시하는 호벨에 맞서 말리노스키의 편을 든다. 블랙이나 베버도 물리적 힘이야말로 法과 다른 사회 통제의 방식을 구별하는 것이라는 호벨의 강력한 주장에 동의하지 않는다. 그러나 베버는 말리노스키와는 달리 “특별한 간부(special staff)”를 강조하고 있다. 말리노스키가 남태평양에서 본 대부분은 일상 생활의 일부분이 되는 “호혜와 주지성”에만 의존하기 때문에 베버의 정의에 의한다면 法이 되지 않는다. 즉 규칙에 복종하는 것을 보증할 간부가 없는 것이다.

5. 正義로서의 법

지금까지 살펴 본 法의 정의에는 正義를 언급하는 곳은 아무 데도 없었다. 法과 正義는 동일한 것을 의미하는 투로 말하는 경우가 자주 있다. 法이 正義의 길을 벗어 날 때, 성난 시민들이 그 法을 호되게 비난하는 일이 있다. 앞에서 본 정의의 모두가 法을 사회 통제의 장치로서 생각하고 있다. 말리노스키를 예외로 하면, 다른 정의들은 法을 사회에서 선택된 사람들이 질서의 이름으로 다른 모든 구성원들에게 행하는 어떤 것으로 여기고 있다. 그들은 모두 正義의 문제를 다루는 것을 피하는 것이 눈에 보인다.

셀즈닉(Philip Selznick)을 비롯한 이른바 法社會學에서의 버클리學派는 正義를 어떤 적절한 정의 중에서 바로 중심에 있다고 생각한다. 예컨대, 그들은 히틀러의 유대인 말살을 교전중의 法(law in action)이라고 부를 수 있는지 물었다. 그들은 지적하기를 法을 “정부의 사회 통제”라고 정의한다면 정부 관료의 適法行爲와 違法行爲를 구별할 수 없다고 한다. 正義의 문제를 고려하지 않는다면, 경찰관의 동성애자에 대한 임의적인 은밀한 구타, 법관의 관대한 판결에 상응하는 뇌물의 요구, 유사한 범죄에 대해 흑인에게는 교수형을, 백인에게는 구류를 시키는 법관의 선호, 그리고 닉슨이 대통령의 지위는 法 위에 있고, 그의 워터게이트 행위는 검사할 수 없는 것이라는 주장을 法으로 수용해야 할 것이라고 한다.

셀즈닉은 다음과 같이 주장하고 있다.

合法性의 본질은 권력과 통제의 행사에 있는 것이 아니라 그 권력을 사용하는 자들에 대한 당연한 억제에 있다.

셀즈닉 學派는 앞에서 본 정의의 중심이 되는 法의 사회통제적 측면을 깎아 내려, 어떤 사회이건 소수의 사람들이 타인에게 권력을 휘두르는 것을 당연히 생각한다고 말한다. 지도자, 권력자(authorities), “勢道家(men of power)”들은 언제나 어느 사회에서나 볼 수 있다. 이들의 권력에 대한 억제가 없으면, 合法性도 없고, 法도 없다는 것

이다. 이들이 그 權力의 사용을 제어하는 규칙에 따라야 하는 한도까지 法은 더 있다는 것이다.

法이란 흑백이 분명한 상태를 가르킨다. 法은 사회 변화가 “權力者(the authorities)”들의 恣意性을 증가시키거나 또는 감소시킴에 따라 증감한다. 셀즈닉에 의하면 일반적으로 미국과 같은 현대 자유국가의 발전은 合法性의 증가를 의미한다. 그러나 불안한 사회적 상황은 히틀러의 독일, 이디 아민(Idi Amin)의 우간다, 피노체트(Pinochet)의 칠레와 같이 격한 방향 전환을 한다.

합법성은 正義에 없어서는 안되는 것이면서도, 그것은 현대 사회에서 正義를 보증하지 못해 왔다. 지도자들은 인종적 차별, 성 차별, 빈곤과 같은 사회적 불공평을 영속화할 수 있는데, 그것은 그 효력이 이런 불평등을 강화하는 法을 무차별적으로 시행함에 서 비롯한다. 그러므로 法에 따르는 正義의 목표를 달성하기 위해서는 法의 창조와 적용을 탄력성 있게 하여, 특히 불공평한 경우에 法이 卽答的(responsive)이지 않으면 안 된다. 그러나 이런 탄력성은 확실하지 못하다. 즉 탄력성이 당국자에게 주는 자유재량은 으레 恣意的이 되게 한다. “차별 수정 계획(affirmative action)”과 “역차별(reverse discrimination)”에 대한 논의는 자의성과 즉답성(responsiveness)사이의 불안정한 상태에서 생긴다.

그렇다면 法이란 조직적으로 正義를 창출하는 방식이다. 셀즈닉에게는 法의 定義에서 正義를 빠뜨리면, 法과 사회의 관계를 이해하는 것은 불가능하다. 正義없는 法은 있을 수 없는 것으로 더 추잡한 권력투쟁 이상으로 법을 활성화하고 더 잘 해내는 것이 法의 이상이기 때문이다. 法의 사회적 현실을 法理念과 비교 검토하지 않으면, 무엇이 그러한 사회적 현실을 생기게 하는지 알 수 없다고 버클리 학파는 주장한다.

베버와 같이 셀즈닉은 法에 있어서 물리적 힘에 중심을 두는 것을 부정한다. 베버처럼 그는 합법성이 국가는 물론 사설 단체의 특색이라고 생각한다. 학생이 심사를 받는데, 그를 싫어하는 교수가 표절했다는 누명을 씌워 퇴학한다면, 합법성이 없다. 그러나 이 件에 관한 입장을 진술할 기회를 학생에게 주는 위원회에 교수가 그의 비난을 변호하여야 하고, 학생이 그 위원회의 결정을 대학재심위원회에 항고할 권리를 가지고 있다면 더 합법성을 띄게 된다. 그러나 합법성은 어떤 한 개인도 학생의 장래를 파멸시킬 자의적 권력이 없다는 데에 있다.

요컨대 버클리 學派의 입장은 法의 理念이 다양한 형태의 사회 조직 속에서 성취될 수도 있고, 상실될 수도 있다는 것이다. 사람은 세상에서 가장 강한 支配者가 되어 경찰, 고문, 법관, 형무소 등을 이용하여 명령에 따르도록 강제할 수도 있다. 그러나 그도 그의 명령이나 판단의 공정성이 그와는 독자적인 권력에 의해 문제 삼고, 비판되지 않

으면 당연히 합법성의 기준을 충족시키지 못한다. 正義는 단지 판결을 인도하는 결과가 아니다. 그것은 우리가 올바른 판단을 위해 사용하는 용어인 것이다. 때문에 法은 正義를 창출하는데 관계를 맺는다고 한다.

6. 절차적 正義로서의 法

론 풀러(Lon Fuller) 교수는 셀즈닉이 취한 입장을 설명하는데 도움이 되는 우화를 쓴 적이 있는데, 거기에는 一連의 특수한 절차로서의 法觀念에 관하여 한층 강조를 하고 있다. 풀러는 인정 많은 젊은 王, 렉스(Rex)에 관한 이야기를 하고 있는데, 왕은 백성들에게 가능한 한 최상의 法制度(legal system)을 주어 그들의 걱정을 종식시키고 싶어 한다. 그는 우선 기존의 모든 法과 法院들을 폐지하고, 爭議와 法적인 문제들을 몸소 심리한다. 처음에 그는 사건들을 裁決함으로써 新法이 될 수 있는 원칙들의 목록을 편집할 수 있을 것을 기대한다. 그는 곧 그가 행한 판결에서 시종 일관된 원칙들을 발견하지 못하여, 백성과 함께 실망하게 된다.

그 순간부터 그가 실험하는 것은 잇달아 실패하게 된다. 그는 백성들이 아무리 해도 이행할 수 없는 행위를 백성에게 요구하는 법을 채택한다. 그것 역시 실패한다. 그는 다음의 여덟 가지 기준에서 모두 실패한다.

실패의 여덟가지 기준

- ① 규정을 만들지 않고, 모든 문제에 대해 「이 경우에 대해서만 (ad hoc)」을 기초로 하여 결정하는 것.
- ② 규정에 따라야 할 사람들에게 그것을 알리지 못하는 것.
- ③ 소급 입법으로 현행 규정을 위태롭게 하고, 후에 무효화시켜, 사람들의 행동을 유도하지 못하는 것.
- ④ 모호한 규정을 만드는 것.
- ⑤ 서로 모순되는 규정을 만드는 것.
- ⑥ 신체 異常者(the affected party)가 할 수 없는 행동을 요구하는 규정을 만드는 것.
- ⑦ 규정을 너무 자주 변경하여, 사람들이 자기 행동을 맞게 할 수 없도록 하는 것.
- ⑧ 공표된 규정과 실제 집행과의 불일치.

풀러가 우화로 보여 주는 것은 그가 法을 “인간의 행위를 규칙의 지배하에 두는 일 (The enterprise of subjecting human behavior to the governace of rules)”로 정의한 것인데 그것은 성취하기 어려운 일로, 상황에 따라서는 의도는 좋았지만 불합리한 명령으로도 쉽게 파괴될 수 있다는 것이다. 法을 성취하기 위해서는 지도자들은 렉스왕이

겪은 여덟 가지 함정을 피해야 한다는 것이다. 풀러와 버클리 學派의 會員들이 함께 하는 이런 견해에서 발전한 사회과학적 주장에 의하면, 여덟 가지 함정을 피하는 사회, 바꾸어 말하면 法을 성취하는 사회는 합법성이 없는 질서(order without legality)를 유지하려고 노력하는 사회보다 더 생존과 안정을 유지할 가능성을 지니고 있다고 한다. 그들은 장기적인 사회 안정은 합법성의 발전과 유지에 있다고 본다.

7. 正義의 否定으로서 法

셀즈닉과 그 밖의 사람들은 法을 正義의 성취로 보고 있는데, 진(Howard Zinn)은 정반대의 견해를 취한다.

그에 의하면 法이란 正義를 좌절시키기 위해 존재한다는 것이다.

法이란 인간 가치를 없애려는 謀議로서 인간이 바르게 행동하려는 자연적 성향을 방해하기 위한 도구이다.

진에게는 法이란 현대의 정교한 形의 횡포이다. 셀즈닉의 입장과 같은 類에 직접 논박하면서, 法의 지배에는 윤리적 내용이 없다고 한다. 정부들은 그들이 원하는 것은 무엇이든 한다. 정부들은 그들의 뜻에 거역하는 자들에 대하여 시행하기로 한 法을 시행한다. 예컨대 정부가 백인은 말고 흑인에 대하여 배회법(loitering laws)을 시행하려고 결정하면, 그것이 법이 되는 것이며, 성문법에는 法의 평등한 집행을 규정하고 있음과는 무관한 것이다.

法은 셀즈닉이 표현하듯 理想的인 것만은 아니다. 法을 正義와 혼동하는 것은 法의 사회속에서의 작용의 실재를 그럴싸하게 꾸며대는 것이므로 선전에 말기는 것이 된다.

法의 실재는 어떠한가? 진은 다른 학자들과 함께 법의 제공자(셀즈닉과 견해를 같이 하는 자를 포함한다)들이 자연적 인간 단체의 文化, 價値, 共同體 構造를 억압하는데 法의 支配라는 것을 이용하여 왔다는 견해를 표명하고 있다. 이것은 權力과 富를 위하여 행해왔던 것이다. 그 결과 이제는 사람들이 서로에게 바르게 행동한다는 自然的 性向을 가질 수 없게 투쟁의 세계로 변한 것이다. 이제 인간관계에 있어서 正義가 남아 있다면, 그것은 단지 산발적으로, 그것도 法 때문이 아니라 法에 불구하고 일어난다는 것이다. 法은 사람들을 인위적으로 의도한 투쟁 속에 서로 싸움질하게 하여 노예화 한다.

말리노스키의 法의 정의가 그가 연구한 원시 사회의 사회 질서를 위엄있게 했는데, 진의 정의는 이들 사회는 法이 없다고 하여 바로 반대쪽에서 품격을 높이고 있다. 진의 입장에서는 法이란 자랑할 만한 업적이 아니다. 오히려 그것은 인도적인 사회 예절

(social form)의 폐배, 자유를 가장한 壓制를 가리킨다. 法이 없는 무정부 상태가 인간으로서 참된 본성에 순종하는 것이므로, 진실한 자유가 된다는 것이다.

진은 法이 인간에 대한 다른 영향-인간들에게 서로에 대하여 바르게 처신하도록 하는 영향을 말살한다고 보는 입장-을 취한다. 우리를 보호한다고 생각하는 法이야말로 실체는 강탈, 강간, 사기, 횡령을 초래한다. 왜냐하면 法은 현대 사회에서 사람들을 소외되고 불만족한 역할에 적응하도록 사용된 주된 장치의 하나이기 때문이다.

8. 정상적인 사회 과정으로서 法

진의 결론으로 내린 생각은 메드칼프(Linda Medcalf)가 공감하고 있는데, 그녀에 의하면 진의 대부분의 논거를 확실하게 해준 조사를 통해 法의 정의에 도달했다는 것이다. 메드칼프에 의하면

法이란 어떤 “것(thing)”, 즉 그 자체를 분리하여 연구할 수 있는 존재는 아니다...法은 인간의 活動, 즉 일련의 人間 사이의 관계 그리고 인간들과 그 세상과의 관계로 보면 가장 잘 이해될 수 있다.

그녀는 法에 관한 우리의 사고가 함정에 빠졌다고 보기 때문에 이런 입장을 취한다. 그 함정은 우리가 法에 대해 분명한 형태를 부여했다는 것에 있다. 우리는 法을 物的인 것(something real), 사람들과 그 삶에 연관된 것과는 분리된 자율적인 것으로 생각하게 되었다.

이러한 관점은 복잡한 역사적 이유에 기인한다는 것이다. 메드칼프는 웅거(Roerto Unger)처럼 法은 현대에 와서 神이나 초자연적 존재의 대역이 되었다고 한다. 神과 같은 존재들을 의심하게 되면서 그 권위는 정치 생활에서 사라지고 말았다는 것이다. 교회와 국가의 분리와 함께 과학과 합리적 사고가 주도적 관념형태로 대신 차지하면서 神의 이름은 세속의 정치세계에서 비중이 없게 되었다. 이 종교적 신비가 남긴 빈자리를 채우기 위해 法을 신비주의적 의미의 수준까지 고양시켰다는 것이다.

메드칼프의 정의는 法의 신비적 요소의 제거를 요한다는 그녀의 신념을 보여 준다. 그녀는 法을 검토하고 수정할 수 있는 다른 사회 과정처럼 하나의 과정으로서 다루고 싶어한다. 그녀에게는 지금까지 살펴 본 정의들은 法을 하나의 사물로, 그것을 만들어 낸 사람과는 별개의 드높은 존재로 영구히 생각하게 하는 것으로 보인다.

그녀는 法을 상호 작용의 과정, 즉 사람들이 행동하고 서로에게 반응하는 것으로 이해한다.

메드켈프의 시각은 셸즈닉의 경우처럼 자유 민주주의적 정의를 지닌 이상주의를 직접 공박하고 있다. 그녀는 法이 중립적으로 공평하게 규칙을 적용하는 典型이라는 주장을 거부한다. 오히려 그녀는 法이란 사람들이 法의 이름으로, 함께 그리고 상호간에 행하는 바의 모든 것이라 주장한다. 또 그 정의에는 법의 이름 속에 전체 정치와 전체 정치에의 저항이 있는 것을 인정하므로 무정부주의를 부인하게 된다. 法은 불편 부당한 正義의 理想이 아닐 수도 있고, 그렇다고 인간 가치에 거역하는 굉장한 음모를 띤 만물을 정복하는 무기도 아니다. 그것은 어떤 종류의 최종 제품은 아니지만, 식별할 수 있는 특징과 결과를 지닌 하나의 과정이라는 것이다.

9. 再制度化된 관습으로서의 法

人類學者 보하난(Paul Bohannan)은 말리노스키가 一切를 포함함으로써 慣習과는 달리 法이 어떻게 성립하는가를 이해하는 능력을 희생했다고 생각한다. 보하난의 法의 정의는 솔직하게 사회 속의 法에 관한 그의 기본적인 이론의 주장도 곁들이고 있다.

法은 특히 법적인 문제를 다룰 사회의 집행자에 의해 制度로 再創造된 관습이다.

이 정의에서 유의할 것은 法이 만들어지는 과정을 기술하고 있다는 점이다. 法이란 반드시 制裁가 뒷받침된 일련의 명령은 아니라는 것이다. 말리노스키가 말하는 것처럼 法은 단지 正否에 관한 일련의 共感도 아니다. 보하난은 말리노스키가 慣習과 法을 혼동하고 있다고 비판한다. 그는 말리노스키가 밝힌 과정은 단지 관습에 지나지 않으며, 그것이 아무리 문자 이전의 사회 질서를 유지하는 데에 효과적이라고 하더라도 法 이전(prelegal)의 사회 발전 단계라는 것이다.

法은 관습의 어느 局面이 사회 통합을 유지할 수 없게 될 때에만 비로소 발전되기 시작하는 것이다. 그래서 法은 사회 역사상 나중에 어떤 사회의 제도(가족, 종교, 경제와 같은)가 法이 아닌 관습으로서만 주요 규제자로서 얼마 동안 존재한 후에 나타난다. 法이 나타나면, 일정한 측면의 관습만이 法으로 이어진다는 것이다.

왜 말리노스키가 정의한 法은 알맞지 않다는 것인가? 보하난은 언명하기를 사회적 상황이 변함에 따라 그 분쟁에 휘말린 바로 그 개인보다는 전 社會制度가 파괴될 가능성을 가지고 충돌이 일어난다는 것이다. 이러한 위협은 制度 밖의 제삼자가 그 충돌을 다루기 위해 개입하면 감소하는 것을 우리는 발견한다. 局外者들은 그 身元이, 충돌속에서는 당파적이 아니어서 덜 위협이 된다. 분쟁을 국외자에게 맡기는 것은 “냉정한 사람(cooler heads)”의 사고를 끌어들이는데, 그는 분쟁당사자보다는 좀 더 객관적으로

正否에 관한 사회의 신념을 적용할 수 있다. 외부의 대행자는 또 不文의 관습 규칙에서 일반적으로 발견되는 애매한 權利와 義務의 정의를 뚜렷하게 하는데 진력한다. 관습은 예에 의한 습득, 설득·꾸짖음·조롱에 의한 강제, 분쟁에 편견을 지닌 자에 의한 해석과 같은 믿을 수 없고 부정확한 수법에 의존하는 수가 있다. 그러므로 관습은 인구 증가나 이주와 같은 사정에 직면했을 때 특히 약해서, 비효과적으로 되어 공감대를 격하시킨다.

慣習과 法은 모두 보하난의 체계 속에서는 발전의 단계이다. 관습은 단체 속에 흠어져 있는 규범(이 규범들은 가족, 종교, 정치와 같은 규칙적으로 작용하는 제도의 기본이 된다)들이 제도화(institutionalized)되었을 때 발전한다. 法은 관습이 이 제도들을 뒷받침하지 못하는 데서 필요하게 된 나중에 발전된 소산물이다. 별도의 法制度를 창출함으로써 분쟁은 분쟁에 의해 위협받는 그 非法的 制度에서 “이탈될(disengaged)” 수 있고, 객관적인 규칙의 적용으로 진정되며, 분쟁자들은 法制度속으로 평화롭게 “다시 끌어 들여지는(re-engaged)” 것이다.

보하난은 말리노스키가 이런 再制度化(reinstitutionalization)의 과정을 인지하지 못한다고 한다. 이러한 구별을 통해 보하난은 法(정부의 사회통제로서의)은 사회적 복잡성이 증가하는 과정에서 중심적 사회 요소라는 블랙의 입장을 지지한다. 그는 法을 사회 발전의 특수한 형태의 결과라고 여기는 자들의 편에 선다. 그는 또 法이란 뚜렷한 사회작용으로서 특수한 사회통제라는데 동의한다.

Ⅲ. 法の 定義와 法體系

사회과학자들은 法の 사회적 중요성에 관해서는 의견이 일치하지 않지만, “순수법학”이 “살아 있는 法”의 일상적 작용을 분명히 밝힐 수 없다는 데에는 동의한다. 그러나 사회과학 이론에 대한 접근방법이 다르면 법에 있어서도 상반되는 해석이 나온다. 이렇게 상반되는 것은 먼저 法の 定義에서 일어나지 않을 수도 있지만, 그 定義들은 당장 비교상의 차이를 끌어낸다.

어떤 사람은 물을 수소와 산소의 화합이라 정의하는데, 다른 사람들은 물은 불에 대한 기본 무기라고 하면, 시각은 다르지만, 이들은 양립할 수 있다. 그러나 미확인 비행 물체들(UFOs)에 관해 한쪽에서는 정서적으로 불안정한 사람들의 편집병적 착각이라고 주장하는데, 다른 쪽에서는 그것들을 외계의 방문객이라고 부른다면 우리의 시각은 너무 차이가 있어 양립할 수가 없다. 확실히 이러한 시각은 검토해야 할 사항에 대하

여 의견이 일치하지 않고 있다는 것을 가르킨다.

마찬가지로 法의 정의도 동일한 것을 놓고, 상당히 다른 견해들이 있음은 앞에서 본 바와 같다. 그 견해들은 양립할 수 없는 경우가 더러 있다.

法을 정의하려면 이처럼 諸學說의 여러 가지 불일치에 직면하는데, 그 의미보다 論點을 살피는 것이 중요하다.

위에서 본 것처럼 法의 정의에 관한 활발한 論點의 요점은 다음과 같다.

① 法과 행정상의 복잡성과의 동등시: 法은 단순 社會에도 있는가, 아니면 점증하는 복잡성의 한 양상으로 발전하는 것인가?

② 法과 물리적 힘에 의한 통제와의 동등시: 法은 힘을 사용하지 않고, 의견의 일치, 설득, 사회적 압력을 통해 효과를 낼 수 있는가? 아니면 이것들은 전적으로 힘에만 의존해야 하는 體制의 부차적인 특색인가?

③ 法과 실제(practice)와의 동등시: 法이란 단지 法行爲者(legal actors)들의 諸行爲에 지나지 않는가, 아니면 그들이 행하기로 간주되어 있는 언명을 포함할 것인가? 死文化된 法律도 法인가?

④ 正義와의 관련성: 法은 원래 正義를 달성하기로 되어 있는 體系인가, 아니면 法과 正義는 독자적인 문제인가? 아니면 法은 원래 계통적으로 正義를 좌절시키기로 한 體系인가?

⑤ 法의 特異性: 法은 전문가에 의해 수행되는 별개의 자율적인 사회 과정인가, 아니면 사회의 모든 구성원들에 의해 일상 생활과 일상의 관계 중에 만들어지는 것인가?

이상의 論點들은 서로 양립할 수 있는 것인가? 아니면 한 시각만을 채택하여야 하는 것인가? 서로 양립할 수 있다고 하더라도 이 중 몇 개의 항목만을 필요로 하는 것인가? 아니면 이 모두를 필요로 하는 것인가?

우리의 목적, 즉 우리의 전통 속에서 줄기차게 이어온 契와 같은 下位集團들의 法的인 현상을 한국의 法體系 속에 포착하려면 적어도 어떤 정의의 맥락을 따라가야 할 것인가? 이 점에 대하여 "제도적(institutional)" 측면에서 정의하는 입장이 주목된다. 앞에서 본 바와 같이 여기에서는 일정한 制度(예컨대 法院)와 전문가(예컨대 判사)를 중심으로 法概念이 정의된다. 이 입장에 있는 학자로서 막스 베버를 비롯한 인류학자 호벨과 P. 보하난을 들 수 있다.

法에 관한 제도적 정의는 法의 속성을 그 公的(public) 성격에서 찾는 것을 특징으로 한다. 즉 法을 정부와 연결시켜, 국가로부터 法의 원천이나 기준을 찾는 입장은 역사적으로 많은 추종자를 가지고 있다. 그러나 法을 국가적 현상에 국한시키는 것은 法의 보편적 현상의 문제와 관련하여 문제가 있으며, 法研究의 시각을 좁히는 결과를 초래한다.

이 문제에 관해 베버나 호벨은 국가적 존재를 그 전제로 하고 있지 않다. 다만 보하난의 法概念에서는 再制度化의 과정에서 정부의 존재를 상정하면서도 물리적 행사 또는 위협이 필수적 요소가 아니므로 호벨의 법개념보다 더 포괄적이라고 할 수 있다.

“法人類學”에서 다루어지는 法은 법정과 法典이 없는 사회에도 法은 존재하고 있다는 데에 대체로 의견의 일치를 보인다. 사회가 있는 속에서는 구성원들간에 어느 정도 질서 있는 삶이 영위되지만, 사회생활 과정에서는 서로 긴장과 갈등이 끊임없이 일어난다. 그러나 사회는 모두 어떤 방식으로든지 문제를 해결하는 자체교정 機制들을 가지고 있으므로 그 사회는 유지된다.

이와 같이 한 사회의 구성원들이 어떻게 균형을 유지하고, 분쟁을 조정하며, 조정이 실패되었을 때에 일어나는 갈등은 해소하는지의 문제들이 곧 法人類學的인 관심이다. 법인류학은 한 사회문화체계의 法을 정치, 경제, 종교, 사회 구조 등 다른 영역과의 관련 속에서 연구하는 접근방식을 취하여, 法을 사회구조나 사회질서의 반영으로 파악하고 있다.

특히 法人類學者 포스피실(Leopold Pospisil)은 카피우크 파푸아, 누나미트 에스키모, 티홀의 농민들간의 계량적 연구를 통하여 주목할만한 결론을 내리고 있다. 즉 다양한 下位集團 지도자들의 결정은 현대 국가와 똑같은 방식으로 법이 지닌 필수적 기준들을 포함하고 있다는 것이다. 결정은 추종자들이 司法的 權威로 간주되는 지도자들에게 내려져(이것은 지도자들의 결정이 실제로 權威의 기준에 부합됨을 뜻한다). 미래의 동일하거나 유사한 사례의 결정에 적용됨을 뜻한다(보편적 적용의 기준).

결정과 함께 물리적 또는 정신적 制裁가 수반되며(制裁의 기준), 쌍방의 분쟁을 해결한다. 또 결정은 한쪽에서 상대방에게 어떤 행위를 요구할 權利를, 역으로 상대방에게는 어떤 義務를 지우도록 한다(權利-義務關係의 기준). 결국 다양한 下位集團들의 權威에 의한 決定이나 判決은 이 집단들의 특수한 法體系에 기초하며, 그것이 제기된 下位集團들에 대해서는 合法的인 것이다.⁷⁾

그래서 포스피실은 法을 法律的인 權威者(판사, 族長, 법정, 장로회의 등)가 내린 결정들로부터 추출된, 制度化된 사회통제의 原理로서, 장래의 “동일한” 문제에 대해 보편적 적용 의도를 가진, 당사자 쌍방이 權利-義務關係로 맺어져 있는, 物理的 또는 非物理的 성질의 制裁가 가해지는 원리로 정의하고 있다.⁸⁾ 그래서 法이라면 반드시 갖추어야 할 屬性으로서 權威, 보편적 적용 의도, 권리의무의 관계, 제재의 네가지를 들고 있다.

특히 여기서 주목할 것은 法의 본질적 속성으로 權威를 들고 있는데, 이것은 꼭 국가의 존재를 전제하지 않고서도 법의 존재를 긍정할 수 있다는 것이다. 권위와 권위구

7) Leopold Pospisil, *Anthropology of Law : A Comparative Theory*, New York, 1971, p. 106.

8) Leopold Pospisil, *Ibid.*, p. 95.

조(authority structures)는 국가 이외의 조직. 단체에서도 얼마든지 발견할 수 있기 때문이다.

그러면 여기서 포스피실이 들고 있는 法の 屬性에 따라 平等互惠의 契約정신으로 맺어져 있는 契組織을 살펴보기로 한다. 우선 規約 내지 “座目”을 지키지 않을 경우, 이를 강제할 수 있는 권위자 내지 집단이 있다.

둘째, 이 권위자가 내린 법률적 결정은 미래의 동일 또는 유사한 사례의 결정에 적용된다.

셋째, 契組織은 철저한 契約에 기초를 두고 있으므로 의무를 이행한 契員은 자기의 권리를 보장받을 수 있다.

넷째, 規約이나 座目を 지키지 않을 경우에, 制裁는 벌금 등 금전적인 것이 많지만, 이것조차 안 지켜지는 때에는 계조직에서의 추방이나 소외를 시키는 것과 같은 심리적 제재를 가한다. 이것은 물리적 제재보다 더 강한 효과가 있다.

이상에서 보아, 포스피실이 제시한 法の 속성을 모두 충족시키고 있으므로 계조직을 法이라고 하는 데에 무리는 없을 것이다.

N. 結 論

한국의 촌락사회는 그 文化的 等質性에 비해, 사회구조 면에서는 촌락마다 차이가 있었다. 그 배경이 되는 것은 촌락이 위치한 생태학적 조건과 함께, 유교적 질서 이데올로기의 침투과정에서 형성되었다고 생각되는 신분계급적 전통에 기초한 생활원리의 차이도 간과할 수 없다.

地域性도 이러한 역사지리적 所産에 영향을 많이 받았다고 할 수 있다. 또 동일지역 내에서도 주민의 신분계급적 전통에 따라 양반적 전통이 현저한 班村에서부터 이와는 대조적인 전통을 가지는 마을까지 여러 가지 양상이 있다. 따라서 協力組織으로서 사회의 모든 계층이 향유할 수 있는 조직형태는 존재하지 않으나, 분화된 계층간에는 두 가지 형태를 찾을 수가 있다.

우선 士大夫계층은 유교적인 가치관과 규범이 바탕이 된 鄉約을 중심으로 한 조직을 향유하면서 다른 계층과는 구분되는 행동을 전개하였다. 본래 향약은 지방민에 대한 교화와 상부상조를 근간으로 하는 것이지만, 재지사족들은 이를 통해 民에 대한 재판권과 형벌권까지 행사했던 것이다.⁹⁾

國法이 아닌 향약도 法으로 볼 수 있고, 이것은 오늘날 지방자치에 관한 여러 法律

과 그 맥락을 같이 하는 것이라 할 수 있다.

한편, 農工商民은 자기방위와 보전을 위해 契를 조직하였고, 이 계를 통하여 상호부조와 협동정신을 발휘할 수 있었던 것이다. 이 契야말로 한국의 法體系에 있어서 중요한 위치를 차지하게 될 法領域이라 할 수 있다. 契는 역사적으로 많은 변모를 겪었고, 그 종류도 다양하여 그 참모습을 포착하기는 어렵지만, 그 법적 성질은 私法領域, 그 중에서도 法人에 준하는 단체법에 해당한다고 할 수 있다.

負祿商은 士農工商중에서 가장 천대를 받았음에도 불구하고 契組織을 활용하여 自衛와 상호부조의 정신, 그리고 민주적인 방법으로 조선조 5백년을 굳건하게 지탱해 온 단체였다. 部보상단은 完文과 각종의 규약을 상세히 규정한 節目書類를 公文櫃에 보관하면서, 초하루와 보름마다 제사를 지낼 정도로 敬畏를 표한다. 이것은 그들의 투철한 遵法精神을 나타낸 것이다. 完문과 節目을 온전하게 지키는 것만이 部보상이 생존하는 길이라고 확신하였던 것이다. 우리는 이 部보상단을 영리법인에 준하는 단체로 그 위상을 정하여, 한국 법체계에 편입할 수도 있을 것이다.

9) 한국역사연구회 조선시기 사회사 연구반, 「조선은 지방을 어떻게 지배했는가」(대우학술총서 477, 아카넷), 2000, p. 128.