

〈서 평〉

丁若鏞 著/ 朴錫武·丁海廉 역주, 『역주 欽欽新書』 1~3  
朴錫武·丁海廉 校註, 『欽欽新書·原文』  
현대실학사, 1999년 8월

鄭 肯 植\*

## I.

우리에게 20세기는 그야말로 격변의 시대였다. 500년간 지속된 조선왕조가 멸망하고, 이민족의 지배를 받았으며, 해방된 후 남북으로 분단된 단절의 시대였다. 시간적·공간적 단절은 생활과 의식의 단절을 가져왔다. 그래서 조선시대의 모든 것은 현재의 삶과는 격절된 먼 과거의 것으로 치부되었다. 해방 이후 우리는 이러한 단절의 원인을 조선의 역사와 사회에서 찾았고, 한편 이러한 진단을 어느 정도 긍정하면서 조선사회의 내재적 발전과정을 모색하고 그 대안으로 實學을 중시하였다. 그리고 실학의 대표 내지 최고의 사상가로 茶山 丁若鏞을 꼽고 그의 思想과 學問에 대한 연구를 지속하였다. 그래서 현재에는 독립적 학문의 대상으로 “茶山學”이 성립할 정도이다.<sup>1)</sup> 또 원전에 대한 번역도 꾸준히 나와 연구자나 일반독자가 다산의 진면모를 보고 느낄 수 있었다.<sup>2)</sup>

다산은 부패한 조선후기의 사회를 개혁하기 위해 그 나름의 방안을 제시하였는데, 이는 一表二書에 집약적으로 나타나 있다. 《經世遺表》는 周禮에 입각하여 제도의 개혁을 논한 것이며, 《牧民心書》는 지방에서 직접 백성들을 대하는 목민관인 수령의 행동 지침 내지 자세를 제시한 것이다. 그리고 《欽欽新書》는 당시 형사재판의 실태에 대한 비평과 올바른 방향을 제시한 것이다. 이 저서들은 법학적 사고에 입각한 것으로 법제의 유래와 취지, 이상 그리고 현재의 법운영에 대한 서술과 비평,

\* 서울大學校 法科大學 助教授

1) 이에 대한 구체적인 논의는 趙誠乙, 丁若鏞의 經學과 學問 體系, 人文논총 5(아주대학교 인문과학연구소, 1994) 참조.

2) 1999년 12월 말 현재 국사편찬위원회에서 제공하는 韓國史研究彙報에 따르면 茶山에 대한 연구성과는 논문 약 260여편, 저서 17편, 번역 14편으로 모두 290여편이 나와 있다(<http://www.nhcc.go.kr/hibo/index.html>).

이러한 현실인식에 입각한 법제개혁론, 마지막으로 執法者의 자세를 논하는 일관된 기초를 유지하고 있다.<sup>3)</sup>

《經世遺表》와 《牧民心書》는 이미 번역되어 많은 사람들이 활용할 수 있었지만, 형법학 전문서라고 할 수 있는 《흙흙신서》는 번역은 되었으나<sup>4)</sup> 널리 보급되지 않아 제대로 이용되지 않은 실정이었다. 이제 朴錫武·丁海廉 두 선생의 장시간에 걸친 피땀어린 수고로 제대로 번역도 되었고 또 校勘된 원문까지 세상에 빛을 보게 되었다.

譯註本은 3책으로 되어 있는데, 구성은 책머리, 차례, 일러두기, 본문, 人名·書名 해설, 索引의 순서로 구성되어 있으며, 제3책에는 총색인이 있다. 각각 422면, 375면, 397면으로 모두 1194면의 방대한 분량이다. 校註本은 1책으로 머리말, 목차, 원문, 이두 해석의 순서로 구성되어 있으며, 418면이다.

평자는 형법사를 집중적으로 연구한 적도 없고 게다가 다산에 대해서 어깨 너머로 공부하여 조예도 깊지 않은 처지이다. 다산이 우리 역사에서 차지하는 위상을 생각하여 언젠가는 다산을 공부하겠다는 막연한 생각만 하고 있었다. 그러던 차에 《흙흙신서》가 완벽에 가깝게 번역되었다. 그래서 평자는 《흙흙신서》역주본을 읽어 보았고, 그 느낌을 혼자만 간직하기에 아까웠다. 이는 법사학도만이 아니라 법학계 전체가 경하할 일이기에 감히 《흙흙신서》의 내용을 더듬으며 조감하고, 평자의 소감을 덧붙이기로 한다.<sup>5)</sup>

## II.

인명은 무엇과도 바꿀 수 없는 존귀한 것이다. 그러나 작년에 23명의 어린 생명을 앗아간 화성 시랜드 참사나 134명이 다치거나 죽은 인천 호프집 화재 사건 등에서 우리는 그렇지 않은 사회현실을 목도하게 된다. 게다가 인명과 직결되어 가장 신중하여야 할 형사재판에서 오판으로 억울하게 옥살이를 하였다거나, 심지어 목숨까지 잃었다는 얘기도 간혹 들려 온다. 이는 우리 사회에 만연한 인명경시 풍조를 그대로 드러내고 있는 단적인 예이다. 그렇다면 언제부터 우리 사회에서 인명보다는 재물을 중시하는 배금주의 풍조가 성행하였을까? 이에 대해 의문을 품고 그 해결을 모색하는 것도 학자의 소임이라고 할 것이다.

3) 沈義基, 欽欽新書의 法史學的 解剖, 사회과학연구 5-2(영남대학교 동 연구소, 1985), 40면.

4) 法制處에서 1985년에서 1987년까지 法制資料 제137, 140, 150집으로 번역하여 발간하였다. 그러나 정부간행물인 탓으로 제대로 활용되지 않았다.

5) 이 역서에 대해 박홍규 교수의 서평이 있다. 박홍규, 장인정신 깃든 철저한 역주작업-다산 정약용 《흙흙신서》의 현대적 의미, 출판저널 제266호, 1999년 10월 5일, 24-5면.

평자는 이러한 의문을 풀어내는 실마리를 역사에서 찾을 수 있다고 생각한다. 더 구체적으로는 인명과 직접적으로 관련되는 형사사건의 처리에서 한 가닥을 찾을 수 있으며, 그에 대한 유용한 정보를 제공해주는 것이 이제 논평하려는 茶山 丁若鏞의 《欽欽新書》라고 생각한다.

조선시대 아동교육서인 《童蒙先習》의 첫 머리는 “天地之間 萬物之衆 唯人最貴(하늘과 땅 사이의 만물들 가운데서 인간이 가장 존귀하다.)”라고 시작하여 인간존중의 정신을 표방하고 있으며, 이러한 정신은 유교경전 등에서 면면히 강조되고 있다. 인간존중의 정신이 극명하게 발휘되는 영역은 인간의 생명과 직접적으로 관련되는 형사사법에서이다. 그래서 형사사법절차에서 死刑에 해당하는 범죄의 처리는 세 번 심리하고 임금이 최종적으로 결정하는 등 절차를 신중히 하였다.<sup>6)</sup> 그러나 백성들의 인명은 범죄를 재판하는 地方牧民官들의 손에, 더 직접적으로는 그들을 보좌하는 衙前들의 손아귀에 있기 때문에 목민관들이 재판을 하는 태도와 마음가짐이 무엇보다도 중요하다고 인식하였다. 그래서 목민관들을 위한 재판지침서인 “牧民書”류가 많이 등장하였다. 목민서들은 지방행정업무와 관련되는 사항뿐만 아니라 재판에 임하는 태도, 구체적인 증거조사 방법, 심리절차 등에 대해 자세히 서술하고 있어, 경국대전 등 법전과 함께 재판의 준거로 활용되었다.

그러나 다산이 살았던 시대에는 목민관들이 법률에 무지하여 백성의 생명과 관련되는 중요한 범죄처리를胥吏들의 손에 일임하고 서리들의 결정을 주인하는 등 인명존중의 정신은 찾을 수가 없었다. 그래서 다산은 《牧民心書》〈刑典六條〉[斷獄]에서 “사대부가 律書를 읽지 않아서 刑名에 어두우니 이 역시 오늘날의 俗弊이다”라고 개탄하고 있다. 다산은 인명존중의 정신을 되살리고 사회를 再造하기 위해 經世學에 매진하여 一表二書를 저술하였으니, 《欽欽新書》는 그의 국가와 社會再造思想이 인명존중의 정신에 바탕을 두고 발현된 것이다.

정다산은 《牧民心書》를 편찬한 후 인명에 대한 별도의 전문서의 필요성을 절감하여 《欽欽新書》를 저술하였는데, 그 저술동기를 다음과 같이 밝히고 있다.

오직 하늘만이 사람을 살리기도 하고 또 죽이기도 하니 사람의 생명은 하늘에 매여 있는 것이다. 그런데 목민관이 또 그 중간에서 선량한 사람은 편안히 살게 해주고, 죄 지은 사람은 잡아다 죽이는 것이니, 이는 하늘의 권한을 드러내 보이는 것일 뿐이다. 사람이 하늘의 권한을 대신 쥐고서 삼가하고 두려워할 줄 몰라 털끝만한 일도 세밀히 분별해서 처리하지 않고서 소홀하게 하고 호릿하게 하여, 살려야 되는 사람을 죽이기도 하고, 또는 죽여야 할 사람을 살리기도 한다. 그러면서도 오히려 태연히 편안하게

6) 《經國大典》〈刑典〉[推斷] “京外死罪 本曹報議政府 詳覆 ○死罪三覆啓 外則觀察使 定差使員同其邑守令推問 又差使二員考覆 又親問乃啓”

지낸다.(중략)

사람의 생명에 관한 獄事는 郡縣에서 항상 일어나는 것이고 목민관은 항상 마주치는 일인데도, 실상을 조사하는 것이 언제나 영성하고 죄를 결정하는 것이 언제나 잘 못된다. 옛날 우리 正祖 時代에 監司와 수령 등이 항상 이것 때문에 관직에서 물러났으므로, 차차 경계하고 삼가하게 되었다. 그런데 근년에 와서는 다시 제대로 다스리지 않아서 억울한 옥사가 많아졌다(서문 19면).<sup>7)</sup>

즉 하늘의 권한을 대신 행사하는 목민관은 삼가하고 신중해야 함에도 불구하고 그렇지 않아 생사가 뒤바뀌는 일이 잦는데도 편안히 지내는 현실을 개탄하고, 옥사를 목민관이 제대로 처리하지 못하여 冤抑이 생기는 현실을 비판하여 저술한 것이다.

《흙흙신서》는 크게 經史要義 3卷, 批詳雋抄 5卷, 擬律差例 4卷, 祥刑追議 15卷, 剪跋蕪詞 3卷 등 모두 30권 다섯 부분으로 구성되어 있다.<sup>8)</sup> 제1부인 經史要義는 이름 그대로 법률의 기본이념이 되는 經典(卷1)과 史實(卷2, 3)을 추출하여 유형별로 재구성한 것이다. 이는 유교적인 실체적 합리성을 추구하는 법적 논변(legal reasoning)에 도움이 되는 법원리와 선례를 소개한 것이다. 卷1에서 13개의 원칙에 따라 尙書[書經] 9개소, 周禮 10개소<sup>9)</sup>, 禮記 3개소, 春秋·孟子 각 2개소, 周易 1개소 등 모두 27개소를 인용하였다. 그리고 卷2, 3에서는 中國과 우리나라의 사례 각각 79건, 38건 모두 117건을 소개하였다.<sup>10)</sup>

제2부 批詳雋抄는 수령이 작성해야 할 檢報, 그 중에서도 跋辭[結辭]와 감사가 작성해야 할 題辭의 올바른 모습을 제시하기 위해 중국의 批判[우리의 題辭]과 申詳[우리의 檢報] 가운데서 우수한 것[雋]을 선별하여[抄] 해석과 비평을 한 것으로 모두 70건이 수록되어 있다. 특히 눈에 띄는 것은 별도의 용어풀이인데, 이는 韓中 문화 교류나 당시의 생활상을 파악하는 데 유용한 도움이 될 것이다.

제3부 擬律差例는 구체적인 사건에 대한 법적용의 실례, 즉 판결례를 제시하였는데, 《淸律條例》부록으로 실린 督撫의 詳書와 刑部의 覆審 사건 가운데 188건을 법조문을 선택할 때 참조로 하기 위해 내용별로 24개 항목으로 구분·수록하여 판결할 때에 참고할 수 있게 하였다. 다산은 단순히 소개하는 것에서 나아가 冒頭에 내용을 간단히 정리하고 34건의 판결에 대해서는 비판하고, 부분적으로 주석을 하여

7) 역주서에서는 한글과 한자를 병기하였으나, 편의상 漢字만 쓰기로 한다.

8) 이하 《흙흙신서》의 내용에 대한 소개는 沈義基, 앞의 논문을 주로 참조하였고, 經史要義에 대해서는 權延雄, 欽欽新書 研究 1 : <經史要義>의 分析, 慶北史學 19(慶北史學會, 1996)를 참조하였으며, 이에 대해서는 구체적으로 인용처를 밝히지 않는다.

9) 심희기는 9곳으로 보고 있으나(앞의 논문, 46면), 권영웅의 의견에 따랐다(앞의 논문, 153면).

10) 종래에는 우리나라의 사례가 36건으로 모두 115건으로 알려져 있으나, 이 역주본에서는 與猶堂全書 등 기존의 《흙흙신서》에서 누락된 2개의 사례를 발굴하여 수록하였다.

이해를 도왔다.

제4부 祥刑追議는 《흙흙신서》의 핵심부분으로 가장 많은 분량을 차지하고 있다. 정조가 왕세손으로 섭정한 1775년부터 재위기간인 1799년까지 심리하였던 사건 가운데 142건을 22개의 유형별로 분류하여 요약하고 필요한 주석과 비평을 하였다. 결국 앞의 내용은 이를 위한 서론적 고찰이라고도 볼 수 있다. “祥刑”은 두 가지 뜻으로 파악된다. “형벌을 소멸시키는 방향(刑期于無刑)으로의 用刑으로 보는 견해(蔡沈)”와 “祥을 詳으로 파악하여 옥사를 자세히 심리하라는 것으로 보는 견해”가 있는데, 다산은 이를 소개할 뿐 자신의 의견을 제시하지 않고 있는 점으로 보아 양자 모두 수용하는 것으로 볼 수 있다. 그리고 “追議”는 거듭 의논한다는 뜻이다. 따라서 “祥刑追議”는 “刑期于無刑을 지향하여 옥사를 자세히 심리하는 거듭된 논의”로 이해할 수 있다. 이의 내용은 사실인정과 합리적인 법적 논변을 분리하지 않고 해당 부분을 비평하는 서술방식을 취하고 있다. 우리 판결을 집성한 것으로 조선시대 형사법의 금자탑이라고 할 수 있다.

제5부 剪跋蕪詞는 다산이 목민관이나 형조참의 등의 자격으로 직접 다룬 사건과 유배지에서 들은 살인사건 등 16건을 논변하고, 마지막 부분에 “매장된 시체에 대한 檢屍를 원칙적으로 금지하지만 예외적으로 허용하는 掘檢”에 대한 해석을 덧붙였다. “剪跋”은 “盛吉이 옥사를 심리할 때 촛불의 심지를 여러 번 자르고 신중하게 하였다”는 고사에서 나온 말이며, “蕪詞”는 “하잘 것 없는 자기의 글”이란 뜻이다. 즉 신중하게 심리한 다산의 경험을 밝혀 후세의 귀감이 되게 한 것이다.

《흙흙신서》는 크게 법의 기본이념과 선례(經史要義), 외국 재판실무의 소개(批詳雋抄), 구체적인 판결례의 소개와 비평(擬律差例), 우리의 판결에 대한 소개와 평석(祥刑追議), 그리고 실제의 재판경험(剪跋蕪詞)을 다룬 부분으로 구성된다. 오늘날의 시각에서 보면 법이념에 대한 이론적 접근, 비교법적 고찰, 판례평석으로 구성되어 있다. 이는 자체로 하나의 완결된 법학서의 모습을 보여주고 있는 것이다. 독창적 문제의식으로 한국사회의 속성 속에서 배태된 것이고, 전통적인 율학 내지 법전의 편제를 극복하고 판례를 근거로 귀납적인 방법으로 새롭게 분류·통합의 기준을 설정하였으며, 단순한 주석이 아니라 비평의 비판적 시각을 토대로 하여 비교법적 시각에서 현행법을 과학적으로 설명한 점에서 그러하다. 조선시대에 법학, 즉 율학은 雜學으로 중인들이 다루는 것이어서 사대부들은 관심을 갖지 않았다. 그래서 제대로된 법률주석서조차 없는 실정이었다. 그런데 다산은 황무지에 법학의 영역을 개척한 선구자였다.

### III.

이제 《흙흙신서》 자체가 아니라 譯註本과 校註本에 눈을 돌려보자.

朴錫武 선생은 법학도로서는 드물게 일찍부터 다산에 매료되었지만, 그간 한국의 정치적 상황 때문에 연구에 전념하지는 못하였다. 그러나 선생은 재야학자로 때로는 정치가로 학계의 언저리에 맴돌면서 꾸준히 茶山學 탐구에 정진하였다. 또 1971년 “다산의 법사상”으로 석사학위를 받은 후 지속적으로 다산에 대해 논문을 발표하고 또 쉽 없이 『유배지에서 보낸 편지』, 『哀絶陽』, 『다산논설선집』 등 다산의 著作을 번역하여 평소 다산을 흠모하던 많은 이들에게 도움을 주었다. 《흠흠신서》의 역주는 그 동안 선생의 학문적 성과가 응결된 것이라고 할 수 있다. 그리고 丁海廉 선생은 『다산논설선집』, 『다산문학선집』 등을 朴錫武 선생과 공역한 번역가이면서, 또 『譯註 牧民心書(전 6권)』를 교역한 출판전문인이다. 아마 이처럼 전문연구자와 전문출판인의 환상적 결합이 있었기에 “이보다 더 좋을 수 없는” 《흠흠신서》 역주본과 교주본이 세상에 上梓될 수 있었다.

역주본은 원본의 체제에 따라 번역을 하고 부분적으로 주석을 하였다. 그러나 단순히 번역을 한 것이 아니라 《흠흠신서》의 다양한 필사본 등 원문을 일일이 대조하여 相異를 제시하였다.<sup>11)</sup> 그 결과로 종래 알려지지 않았던 經史要義 권3의 ‘70. 붕명 사신이 함부로 사람을 죽이다’와 ‘72. 부사가 함부로 사람을 죽이다 2’를 국립중앙도서관 및 서울대학교 규장각 소장 필사본 《흠흠신서》에서 발굴하여 수록하는 개가를 올렸다.

역주본에는 책마다 《흠흠신서》에 나온 인명과 서명에 대해 간단한 해설을 붙여 독자들의 이해를 돕고 있으며, 또 1, 2책에는 책별로 꼼꼼한 색인을, 3책에서는 전체 색인을 첨부하여 이용하기에 편리하게 하였고, 또 원문에는 없지만, 모든 사례를 일일이 번호를 매겨 전체를 조감할 수 있게 하였다. 체제가 번거로워지는 것을 피하기 위해, 역주자들은 古典과 史書 등에 대한 해박한 지식에도 불구하고 꼭 필요한 사항만 조목 뒤에 간략히 해설하여 독자들이 부담감 없이 《흠흠신서》를 만나고 다산과 대화를 하고 사색에 잠길 수 있게 하는 배려를 아끼지 않았다.

원문은 널리 유포된 新朝鮮社本 『與猶堂全書』를 底本으로 하여 1901년 玄采가 발행한 판본(光武本)과 국립도서관과 규장각 소장 필사본을 일일이 대조하였으며, 더 완벽한 교주본을 만들기 위해 日本 東洋文庫의 필사본(在山樓장서)까지 참조하는 수고를 하였다. 나아가 이러한 작업을 토대로 하여 원문의 異同을 밝히고 또 新朝鮮社本과 光武本 모두에 잘못이 있는 것은 사전이나 다른 자료를 동원하여 바로잡았다. 그리고 원문을 그대로 묵수하는 守株待兔의 어리석음을 범하지 않고 현대의 독자를 위하여 略字나 俗字는 正字로 바꾸었고, 관행적으로 혼용되어 쓰이는 글자

11) 다산 저작의 다양성은 《흠흠신서》에만 국한 된 것이 아니라 거의 모든 저작에 공통으로 나타나는 문제점이다. 이에 대해서는 金泳鎬, 與猶堂全書의 텍스트檢討, 韓浩勛 외, 丁茶山研究의 現況(민음사, 1985) 참조.

는 내용을 파악하여 원문에 맞는 자로 바로잡아 가장 완벽한 《흙흙신서》 원문을 제공하여 이후 학자들이 誤脫字 때문에 쓸데없이 고민하는 수고로움에서 벗어나게 하였다. 또 구두를 표시함으로써 독자가 어려움 없이 원문을 접하여 번역서로는 도저히 불가능한 원전의 은근하고 깊은 맛을 느낄 수 있게 하였다. 게다가 원문은 글자 크기 등을 조절하여 가급적 원본의 체제에 맞추었으며, 말미에 이두해석을 따로 마련하여 옛 문서생활의 실재를 조금이나마 엿볼 수 있게 하였다.

이상에서 역주본과 교주본의 장점을 열거하여 보았다. 서평이라는 것이 원래 책의 내용을 소개하고 저자나 역자의 수고로움에 敬意를 표하는 것이지만, 다른 한편으로는 走馬加鞭이라고 하여 좀더 나은 책이 나올 토대를 마련하는 의미도 있을 것이다. 그리고 “옥에도 티가 있다”는 속언처럼 《흙흙신서》 역주본과 교주본에도 탈이 전혀 없는 것은 아니다. 더 나은 책이 나오는 데 보탬이 되기를 바라는 심정에서 몇 가지를 언급하고자 한다.

우선 朴錫武 선생은 법학계에서는 드문 다산 전문 연구자이다. 그렇다면 독자들이 손쉽게 접근할 수 있도록 다산 사상의 전모나 최소한 《흙흙신서》에 대한 해제를 첨부하였으면 錦上添花이고 畫龍點睛이었을 것이다. 다산이 이를 저술한 배경, 그리고 전체적 내용, 나아가 다산 사상과 저술에서 《흙흙신서》가 차지하는 위상 등을 언급하는 것은 일반독자뿐만 아니라 연구자에게도 다대한 도움이 될 것이다. 만약 법제처 번역본처럼 전문연구자가 아닌 분이 번역을 하였으면 이런 비난은 피할 수 있고 또 할 수도 없을 것이다. 물론 公私多忙한 가운데 이렇게 엄청난 작업을 훌륭히 완수하였다는 것만으로 찬사를 받아야 하지만, 평소 朴錫武 선생의 다산에 대한 관심과 실력 그리고 그간의 업적을 생각한다면 이는 커다란 아쉬움으로 남는다.

평자는 《흙흙신서》를 훑어보면서 전통과의 단절을 실감하였다. 다산과 그의 시대는 물론이고 역주자들에게도 쉽게 이해된 것들인데도, 약 한 세대 정도 아래인 평자가 쉽게 해득할 수 없는 부분이 눈에 띄었다. 이러한 부분에 대해 고전 등에 지식이 부족한 일반인이나 연구자가 어려움 없이 읽을 수 있게 해설을 해주었으면 하는 바람이 있다. 물론 평자도 이러한 작업이 번역보다도 몇 배 더 힘든다는 사실은 익히 알지만, 역주자들이 조금만 노력을 기울여 이러한 암초를 피해 갈 수 있는 海圖를 만들어 주었다면 아무나 《흙흙신서》라는 바다를 쉽게 항해할 수 있을 것이라는 아쉬움이 남음은 숨길 수 없다.

“완전한 번역이라는 것은 없다”는 말처럼 번역은 무척 힘들고 까다로운 작업이며, 고전 번역은 더욱 그러하다. 특히 書經과 같이 원전 자체의 내용이 불확실하여 후대의 다양한 주석이 있는 것은 더욱 그러하다. 《흙흙신서》 經史要義 卷1은 경전을 발췌하여 인용한 부분이 많으며, 다산은 이를 당시의 방법으로 풀이하였다. 평자는 이를 번역할 때에는 원문에 따르는 방법과 현재의 감각에 맞게 번역하는 방법이

있다고 생각하는데, 역자는 전자를 따랐다. 예컨대 “明愼하여 獄을 留하지 않는다(1권 29면)”라고 번역하였는데, 쉽게 그 의미가 전달되지 않는다. 이의 원문은 “明愼不留之義(원문 23면)”이다. 이를 “명석하고 삼가하여 재판[獄]을 오래 끌지 않는다”라고 번역하였다면 독자는 훨씬 쉽게 내용을 이해할 수 있을 것이다. 또 같은 卷의 9. 議親·議貴에서는 그 해석을 “『周禮』小司寇에 ‘八辟을 邦法에 麗[이]하여 刑罰에 붙이니’ … ○鄭玄의 주석에 이르기를 辟은 法이요, 麗는 附라 했다(1권 41면)”라고 번역하였는데, 원전과 해설 모두 도무지 이해가 되지 않는다. 이의 원문은 “小司寇以八辟 麗邦法附刑罰 … 鄭注云 辟 法也 麗 附也(28면)”이다. 주례의 내용도 명확하지 않고 정현의 주도 글자 풀이에 지나지 않아서 무척 어려운 부분이다. 이는 아마도 전체 내용을 참조하여 “『周禮』小司寇에는 여덟 가지 특권은 국법에 근거하여 처벌한다”라고 번역하는 것이, 지나친 意譯이라는 혐의는 있지만, 좀더 이해하기 쉬울 듯하다. 그리고 제3부 擬律差例를 “법률 적용이 틀린 사례”라고 번역하여 ‘差例’를 ‘틀린 사례’로 파악한 듯한데, 이는 ‘차등 있는 法例’<sup>12)</sup>로 번역하는 것이 더 나은 듯하다. ‘差’에는 ‘틀린’이라는 뜻도 있지만, ‘차이나 등급’이라는 뜻도 있기 때문이다. 다산 자신도 전부 188건의 사례 가운데 비판적 의견을 붙인 것은 32건에 불과하며, 서두의 해설에서도 살인에 대한 처벌과 용서의 등급을 언급하고 법조문의 선택에서 참고로 삼게 한 것을 보아도 분명하다.<sup>13)</sup> 간혹 번역이 곤란하거나 또는 번역하는 것이 번잡해질 우려가 있는 경우에서와 마땅한 번역어를 찾기 어려운 곳에서는 漢字를 그대로 두고 있는데(예컨대 1책 189면의 麗, 扁幃, 駢枝 등), 한자에 대한 소양이 부족한 독자로서는 당혹감을 느낄 것이 분명하다. 이에 대해서도 세심한 배려가 필요하다고 여겨진다.

역주서에는 인명과 서명에 대한 해설만 있는데, 이것만에 대한 해설은 부족한 면이 있다. 살인 등 수 많은 사건에 대한 해설이기 때문에 많은 법조문이나 법률용어, 예컨대 檢驗, 檢骨, 故殺, 告訴, 口供, 大惡, 明開, 誣告, 反坐, 保辜(期限), 不應爲律, 贖錢, 屍單, 十惡, 誤殺, 忤作, 原詞, 律無兩議, 律抵, 擬杖, 議抵, 弔(적)拷, 弔閱, 剪摘例文, 弔(조)檢, 弔查, 誅事, 誅意, 八議, 梟示 등이 수 없이 등장하고 있다. 이 중에는 다산 자신이 해설을 한 것도 있지만, 그렇지 않은 것도 있다. 다산 시대에는 일반적인 용어이었지만 지금은 그렇지 않고, 같은 말이지만 오늘날의 의미는 다른 것도 있다. 오늘의 독자를 위해 별도의 용어설명이 있었다면 더 나은 역주본이 되었을 것임은 말할 나위가 없다.

그리고 전권에 걸쳐 색인을 첨부하여 참고자료로 활용하기에 많은 도움을 주고

12) 심희기, 앞의 논문, 54면 참조.

13) ‘差例’는 우리나라의 각종 사전만이 아니라 일본이나 중국의 사전에도 나오지 않는 다산이 만든 독창적인 용어인 듯하다.



있는데, 평자는 여기에서 역주자들이 조금만 욕심을 부렸으면 하는 기대를 갖고 있다. 《흙흙신서》에 수록된 내용은 다산 시대에도 쉽게 이해되지 않았는지, 다산 자신도 많은 주석을 달았다. 특히 제2부 批詳雋抄에는 별도로 용어해설(解曰)을 하고 있다. 다산은 사례의 이해를 돕기 위하여 문맥상의 내용에 대해서 설명을 하였고, 또 법률용어뿐만 아니라 우리나라와 중국의 용어에 대해서도 자세한 설명을 하였다. 이러한 해설은 19세기 초반의 사회에 대한 많은 정보를 주고 있다.<sup>14)</sup> 다산이 설명한 용어를 별도의 색인으로 제공하였으면, 이 《흙흙신서》가 법사학연구에서만 아니라 일반 역사연구에도 아주 유용하게 활용될 수 있을 것이다. 그리고 아주 사소한 지적을 한다면 색인에서는 ‘葉’자를 ‘엽’으로 표기하고 있는데, ‘葉’자가 姓으로 쓰일 때에는 ‘섭’이다. 아마 이는 컴퓨터로 조판하는 과정에서 나온 착오일 것이다.

《흙흙신서》의 원문은 앞서 언급했듯이 新朝鮮社本 『與猶堂全書』를 底本으로 하여 光武本과 필사본을 대조하여 校註하였다. 이와 관련된 한 가지 바램은 현존하는 여러 대본에 대한 간략한 書誌事項의 소개이다. 이것이 있으면 교주작업이 훨씬 빛을 발하였을 것이다. 원문을 수록하는 것은 혹시 있을지도 모르는 오역 등에 대한 전문연구자들을 위한 배려이며, 다른 한편으로는 독자들에게 원문의 체제를 통하여 시대상을 느끼게 하는 방편이다. 물론 《흙흙신서》의 표준텍스트가 없는 마당에 이를 논하는 것은 무리이겠지만, 모든 원문을 일관하는 체제는 있을 것이므로 어느 정도는 원래 체제에 적합하게 조판을 해야 할 것이다. 평자는 光武本<sup>15)</sup>을 교주본과 대조하여 보았다. 광무본에서는 擡頭法을 이용하여 원문과 해석을 분명히 구분하고 있는데, 교주본에서는 그렇지 못하다. 물론 조판방식의 차이로 전통적인 대두법을 그대로 살릴 수는 없지만, 글자 크기, 줄 간격 등으로 어느 정도는 반영할 수 있을 것이다.

원문은 교주자가 “原文 校註 일러두기”에서 밝혔듯이 30卷 10冊으로 구성되어 있다. 그러나 역주본과 교주본의 목차에서는 권과 책의 구별이 없고, 다만 교주본 본문의 面註에서 卷만을 밝히고 있다. 교주본에서는 다산이 구분한 冊 별로 교주 내용을 수록하였는데, 목차에 나타나지 않아서 찾기가 불편하다. 그리고 역주본에서는 사례 전체에 대해 일련번호를 매겨 이용하기가 용이한데, 교주본에서는 목차와 본

14) 심희기, 앞의 논문, 53면.

15) 서울대학교 법학도서관 소장본으로 1901년(光武 5)에 廣文社에서 발행하였다. 4책으로 구성되어 있으며 앞부분에 다산의 서문과 이어서 다음에 후손 丁大憲의 序文이 있고, 말미에 閔致憲, 玄尙健, 증손 文燮, 현손 奎英 등의 跋文이 있다. 그리고 1907년(융희 1)에 搭印社에서 활자본으로 다시 간행하였다. 《흙흙신서》의 종류에 대해서는 서울대학교 규장각의 “解題”를 참조하기 바란다(<http://kyujanggak.snu.ac.kr>). 그리고 “原文 校註 일러두기”에서는 玄采가 발행한 판본을 이용하였다고 하는데, 평자는 玄尙健과 玄采가 同一人인지 확인할 수 없다.

문 모두 이것이 없다. 그래서 양자를 같이 이용하기가 힘들다. 물론 분량과 체제의 차이가 있어 곤란하고 또 사소한 것이지만, 조금만 유의하였다면 그런 점을 개선할 수 있을 것이다. 그리고 역주자들의 잘못은 아니지만, “舊估” 등과 같이 자주 쓰이지 않는 글자의 글꼴이 달라서 눈에 거슬린다. 물론 역주자들의 탓이 아니라, 현재 컴퓨터로 조판하는 것이 일반적인 추세이고, 한글세대가 독자의 주류를 이루어서 수많은 한자의 글꼴이 개발되지 않은 우리 출판업계의 현황 때문이지만. “보기 좋은 떡이 먹기도 좋다”는 속담처럼 이왕 고생하였으면 모양새를 갖추어 읽기 편하게 하는 것이 보다 나을 것이다. 活版의 아름다움을 많이 느끼고 이용한 적은 거의 없지만, 이런 점에서 차라리 옛날이 그리워지기도 한다. 또 이왕 욕심을 내었다면 역주본과 마찬가지로 색인을 만들어 주었으면 더욱 유용하게 활용될 수 있었을 것이라는 기대를 가져 본다.

#### IV.

“구슬이 세 말이어도 꿰어야 보배”라는 말처럼 이 《흙흙신서》가 가치를 발하려면 이를 이용한 연구가 나와야 될 것이다. 그래야만 다산만이 아니라 역주자들의 노고도 한층 빛날 것이다. 이 방안은 크게 한국법제사연구 그리고 한국 역사 일반, 마지막으로 오늘날에 주는 인명존중의 교훈 등으로 구분하여 생각할 수 있다.

《흙흙신서》에는 우리나라의 사례가 모두 187건(經史要義 38, 祥刑追議 142, 剪跋蕪詞 17)이 수록되어 있다. 그 가운데 祥刑追議와 剪跋蕪詞에 소개된 것은 다산이 見聞한 사건이다. 조선시대에는 형사일반법으로 大明律을 의용하였다. 그러나 기계적으로 대명률, 즉 중국 형법을 적용한 것이 아니라 우리의 실정에 맞게 수정하였으며, 그 결과는 經國大典 등 우리의 법전에 반영되었는데, 특히 1746년(영조 22)에 편찬된 續大典에 두드러지게 나타난다.<sup>16)</sup> 이러한 수정은 구체적인 사건을 해결한 결과로 개별적으로 집적된 것이다. 따라서 《흙흙신서》의 사례분석은 독자적인 형사법의 발전을 파악할 수 있는 좋은 자료이다.<sup>17)</sup> 그리고 중국의 사례도 모두 337건(經史要義 79, 批詳雋抄 70, 擬律差例 188)을 수록하였는데, 이것과 우리의 사례를 비교하면 한국법의 독자성을 확인할 수 있을 것이다.<sup>18)</sup> 또한 범죄사실에서 친족관계 등 다양한 법현상을 규지할 수 있으며, 법적 논변에서 고유의 법사상을 추출할 수 있다. 따라서 《흙흙신서》는 한국법사 연구에 있어서 마르지 않는 샘물로 비유할

16) 《續大典》〈刑典〉에는 “殺獄”, “檢驗”, “姦犯”, “赦令” 등 새로운 編目이 등장하였고, 기존의 편목에도 많은 조항이 추가되었다.

17) 《秋官志》, 《審理錄》 등의 자료를 함께 활용하면 더 나은 결과를 얻을 수 있을 것이다.

18) 다산 자신도 맹목적인 중국법의 추종을 부정하였다(擬律差例 序; 1책 289면).

수 있을 것이다. 앞서 박홍규 교수가 언급하였듯이 법학자로서의 다산 정약용을 주목하여 다산학을 법학적 관점에서 분석한 글이 많아지기를 기대한다.

판결이 있게 되는 것은 사건이 있기 때문이다. 사건은 사회의 여러 모습을 보여 준다. 특히 《흙흙신서》 제4, 5부에 소개된 사례는 18세기 후반, 19세기 전반의 사회 모습을 그대로 반영하고 있다. 특히 범죄자의 대부분은 기층민이기 때문에 다른 사료에 잘 나타나지 않은 일반인의 생활상을 잘 반영한다. 그리고 《흙흙신서》에는 수많은 용례에 대한 설명이 있다. 예컨대 도르레(員本[1책 248면; 원문 116면]), 쇠스랑(鐵鎗[1책 307면; 원문 138면]) 등 수많은 용례에 대한 설명이 있다. 《흙흙신서》에는 지금까지 막연하게만 여겨졌던 우리 생활사의 모습을 구체적으로 파악할 수 있는 것들이 내포되어 있다. 따라서 《흙흙신서》는 바로 이러한 측면에 또 다른 사료적 가치가 있다고 생각한다.

우리가 《흙흙신서》를 연구함으로써 얻을 수 있는 것 가운데 무엇보다도 중요한 것은 인명이 경시되고 있는 오늘날에 주는 인간존중의 교훈일 것이다. 역주자들은 “살아 있는 것에 대한 畏敬, 그것은 인간의 존엄성과도 크게 관련된다. 우주의 주체가 인간인 이상, 아무리 크고 넓은 우주라도 인간의 한 생명과는 견줄 수 없는 것이다. 그만큼 사람의 생명은 고귀하고 소중하다”라고 하여 번역의 계기를 언급하였다. 그리고 인간에 대한 존중, 생명에 대한 외경에서 인도주의적 내용에 역점을 두고 있는 실학사상가들 중에서 구체적으로 인도주의 논리를 강조한 다산의 《흙흙신서》를 선택하였다. 그리고 “인간의 존엄성이 가치를 잃어가고 생명에 대한 경시가 만연해 있는 시대에 다산의 인도주의적 생명 존중 사상이 이 책을 통해 오늘을 사는 우리에게 전달”되기를 바라고 있다. 현재의 執法者들이 수사할 때나, 재판할 때 《흙흙신서》의 정신을 항상 기억하고 업무에 종사한다면 더 이상 억울한 옥살이가 없어질 것이며, 나아가 재물 때문에 인명을 팽개치는 물질우위의 인명경시풍조도 줄어들 것이다.

## V.

논문은 일부만 알아도 쓸 수 있지만 번역은 전체를 다 알지 못하면 불가능하다는 말이 있다. 평자는 위에서 언급한 것을 모두 포괄하는 역주를 할 능력은 못된다. 능력 밖의 것을 겁없이 얘기할 수 있는 것이 평자만의 특권이라고 생각하여 읽으면서 느낀 점을 적어 보았다. 이러한 평이 역주자들의 노고를 폄하하는 것은 절대 아닐 것이며, 오히려 더 높이는 것이라고 믿고 싶다.

현재 “人文學의 危機”라는 말이 너무나 많이 회자되고 있다. 사실 우리는 눈앞의 이익을 추구하여 앞으로의 더 큰 이익을 잃어버리는 어리석음을 너무나 많이 저질

러 그런 사실 자체에 무감각한지도 모른다. 어쩌면 인문학의 위기 자체가 허위의식 일지도 모른다. 왜냐하면 인문학의 토대를 구축하는 작업이 소리 소문 없이 여기저기서 계속 되고 있기 때문이다. 이 《흙흙신서》의 번역도 그 일환이다. 인문학의 기초사업을 성실히 해나가시는 朴錫武, 丁海廉 두 선생님과 같은 분이 계시기 때문에 평자와 같은 이는 마음 편히 연구에 매진할 수 있다.

평자는 지금까지 시대로는 조선전기, 주제로는 친족상속에 대한 연구에 매진하였다. 지금까지의 연구는 절름발이 신세를 면하지 못하였다. 일반인이 가장 직접적으로 국가와 법의 존재를 실감하는 형법사에 대해 제대로 공부를 하지 않았기 때문이다. 한국법제사 강의에서 수강생들은 형법사에 대한 관심이나 수요가 많은데, 이를 제대로 충족시켜 주지 못하였다. 이 《흙흙신서》역주본의 출간을 계기로 형법사에 대한 연구에 매진할 것을 약속하는 것으로 평자에 대한 책임추궁을 모면해 보고자 한다.

훌륭한 역주와 교감으로써 귀중한 자료를 손쉽게 활용할 수 있게 해주신 두 분 선생님께 다시 한번 감사를 드리며, 억지춘향격의 서평을 끝맺기로 한다.