

## 원효(元曉)의 화쟁(和諍)사상과 형법이론

배 중 대\*

### ▶ 목 차 ◀

- |                         |                           |
|-------------------------|---------------------------|
| I. 첫 새벽                 | 3. 조건문으로 이해하기             |
| II. 불이(不二)사상과 화쟁        | 4. 주제 관련성 판단하기            |
| III. 불이(不二)와 일심(一心)의 만남 | 5. 자기주장에 집착하지 않기          |
| IV. 화쟁(和諍)의 논리          | V. 형법이론과 화쟁               |
| 1. 목적과 수단의 진도 현상        | VI. 결론 - 학자(學者)와 학어자(學語者) |
| 2. 부분적 타당성(一理)의 인정      |                           |

### I. 첫 새벽

예고했던 남은 숙제를 해야 할 때가 된 것 같다. 정확하게 말하면 꼭 하고 싶었던 일 가운데 하나이다. 원효는 이름 그대로 우리 민족의 정신적 새벽을 열어준 으뜸 되는 스승이다. 우리나라뿐만 아니라 전 세계를 향해서 이렇게 큰 발자취를 남긴 인물은 지금까지 없었고, 앞으로도 없을 것이다.<sup>1)</sup> 그런 그가 ‘다툼을 화해’시킨다고 하니 어찌 흥미롭지 않을 수가 있겠는가. 다툼이라면 형법의 영역만큼 치열한 곳이 또 어디 있을까. 무슨 형법도그마틱에나 있는 견해의 다툼, 학설의 다툼을 말하는 것이 아니다. 더 근본적인 다툼이 바탕에 깔려 있으니, 곧 범죄자와 그러한 범죄자로부터 자신을 지키

\* 고려대학교 법학전문대학원 교수

1) 동방문화사에서 원효가 차지하는 비중에 대한 상세한 설명은 이종익, 원효의 『십문화쟁론』 연구, 한국의 사상가 10인 - 원효, 229면 이하 참조.

려고 하는 사람, ‘일반인’ 사이의 다툼이 그것이다. 여기에는 생명, 재산 등 인간이 가진 모든 가치들이 걸려 있으니 이보다 더 치열할 수는 없다. 국가 사이에서는 전쟁이 제일 큰 다툼이지만, 개인 사이에서는 범죄만한 것이 없다. 이 전쟁을 ‘화해’시키는 것은 형법의 이상에 속한다.<sup>2)</sup>

사람은 만나면 나뉜다. 둘이 만나면 둘로 나뉘고, 그 이상의 사람들이 만나면 편을 가른다. 집단의 크기를 묻지 않고 사람이 모인 곳에는 편 가름이 있다. 네 편과 내 편, 적군과 아군의 분별심이다. 여당과 야당의 분별이 민주주의의 토대가 된다고는 하지만, 변증법적 합일에 이르기 전에 국민들이 걱정해야 할 정도로 원수처럼 싸운다. 이렇게 온 세상이 갈라져 있다. 그래도 가정만은 예외라고 자신 있게 말 할 수 있을까. 부부 사이, 부모와 자식 사이, 형제 자매사이는 다를까. 자신 없다. 옛날에는 그의 그림자도 밟지 않았다는 스승과 제자 사이는 별 다를까. 정치, 사회 영역은 그렇다 치더라도 종교는 또 어떨까. 행여 질세라 더 치열하게 편짜기를 한다. 같은 신을 두고 극과 극을 달린다. IS도 이슬람교이다.

텍시를 한 번 타 보자. 길은 막히고, 침묵의 불편함을 이기고자 기사에게 한 마디라도 건네는 일은 자연스러운 일, 그러나 돌아오는 대답은 당장 편 가름에 동참해야 하는 갈등을 가져온다. 상대방은 은연중 네 편, 내 편을 떠본다. 상대의 의견에 맞장구를 쳐서 같은 편이 되든가 아니면 이의를 제기하든가 둘 가운데 하나이다. 전자는 즐거울 수도 있겠지만, 후자는 서먹한 상황이 된다. 그러면 가는 길은 당연히 편치가 않다. 특히 정치적 지향성이 강한 우리나라에서는 거의 모든 사람의 대화가 이렇다고 보면 된다.<sup>3)</sup> 이 ‘편

2) 김일수 교수도 적대형법에 대한 대안으로 ‘사랑의 형법’을 제시한다. 이는 “범죄자와 피해자가 화해의 약수를 나누는 것”으로부터 가능하다고 한다. 위험형법·적대형법과 사랑의 형법, 고려법학 제65호(2012), 15면 이하(28면). 같은 글은, 형법질서에서 사랑의 의미, 2013, 173면 이하에도 실려 있다.

3) 대화를 통한 편가름은 인간의 말이 근본적으로 ‘간택(揀擇)의 언어’이기 때문에 그렇다. 예컨대 누군가 “오늘 날씨가 좋네”라고 말했다고 치자. 이 때 상대방의 선택은 두 가지이다. 첫째, 아무 대꾸를 하지 않을 수 있다. 그러나 이진 상대에 대한 무시를 감수하지 않으면 현실적으로 어렵다. 둘째, 이제 남은 것은 가부(可否)의 의사표시 밖에 없다. 날씨가 좋다는데 동의를 하든지 아니면 부정해야 한다. 이것이 간택의 언어이다. 수행자들이 묵언정진을 하는 것도 이 간택을 피하기 위한 방편의 의미가 있다. 그래서 초발심자경문(야운, 자경문 제6과)에 이르기를, “입에 말이 없으면 어리석음을 돌이켜 지혜

가름' 성향이 강할수록 신념이 강한 사람으로 과대 포장되기도 한다. 그러나 공자(孔子)는 일찍이 말했다. 소인배들은 편을 못 만들어 안달이지만, 편을 만들고는 서로 싸운다(同而不和), 그러나 군자는 모든 사람과 화합하지만 편을 만들지는 않는다(和而不同).

이 상황의 궁극적 연원을 따져보자. 집단은 개인의 조합일진대, 문제는 결국 개인의 속성에서 찾아야 할 것이다. 심심해서 TV를 켜다. 마침 야구시합을 중계하고 있다. 딱히 야구를 좋아하지도 않고 그렇다고 예전부터 관심을 둔 팀이 있는 것도 아닌데, 두 팀이 겨루는 모습을 보는 순간 내 마음은 어느 한 쪽으로 기울어진다. 나와 아무 상관없는 팀들인데 어느 팀이 이겼으면 좋겠다는 마음이 저절로 생긴다. 팀과 관계없이 그냥 좋은 플레이를 보기 위해서 중계방송을 보는 사람은 아마 없을 것이다. 채널을 돌리지 않으면 '마음을 정한' 팀이 있다는 이야기이다. 어느 팀이 이기는 모습을 보기 위해서, 나의 응원의 힘을 보여주기 위해서, 나의 마음이 가는 팀, 심지어 '나의 팀', '내 편'을 확인하기 위해서 본다는 게 더 정확한 표현이 아닐까 싶다. 그 이유야 가지각색, 약자동정, 강자선호 또는 '그냥', '이유 없음'도 얼마든지 이유가 될 수 있을 것이다. 이럴 때 시쳇말로 '내 마음'이지 한다.

이렇게 사람의 마음은 가만히 있지 못하고 언제나 흐른다. 부질없는 일인 줄 알면서도 그 마음은 멈추지 않고(止), 내 의지로 붙들지도 못한다. 중생(衆生)이라서 그렇다. 이 보다 더 정확한 대답은 없을 것이다. 그렇다면 깨달은 사람이 되지 않고는 해결될 수 없다는 말일까. 이 말도 맞다. 법의 이념도, 그것이 달성 가능하기 때문에 의미가 있는 것은 아니리라. 그래서 '정의(正義)'는 영원히 추구해야 할 과제이지 언젠가 '해결'될 문제는 아니지 않겠는가. '깨달은 사람'을 목표로 하는 것도 마찬가지로, 관념적인 것으로 치부할 문제가 아니라 범죄의 피해자와 가해자를 잠정적으로라도 화합시키는데 도움이 될 수 있다면, 그것은 현실적 의미를 지닐 수 있을 것이다. 이론도 사람이 만든다. 그 사람의 마음이 움직이지 않은 상황에서 이론적 포장

---

를 이룬다(口無多言則轉愚成慧)"고 하였다. 그 이유는, "진실한 본체는 말을 떠나 있고, 진리는 움직이는 것이 아니기 때문이다(實相離言 真理非動)." 반대로 입에 말이 많으면(口多言) 지혜는 잃고 어리석음을 얻는다.

을 아무리 그럴듯하게 해도 현실은 개선되기 어렵다. 어디 이론이 없어서 또는 부족해서 세상이 이렇게 힘들까. 방법을 몰라서 세상이 이렇게 ‘헬조선’이 되고 ‘이생망’이 되었을까. 아니다. 이론과 상관없이 사람의 마음이 바뀌면 현실은 얼마든지 고칠 수 있다. 화합을 부르짖는 정치적 이벤트가 그렇게 많이 있었지만, 계층과 지역 사이의 골이 갈수록 더 깊어지는 이유도 여기에 있다. 마음이 가지 않은 일이니 결과가 나올 까닭이 없다. 동서의 거리 좁히기도 마찬가지, 동서에 있는 사람들이 마음만 바꾸면 하루아침에 가능할 일이다.

법에 있어서 화쟁(和靜), 즉 쟁론의 화해, 범죄인과 일반인 사이의 화해는 우선 이 쟁론을 다루는 주체인 판사, 검사, 변호사, 학자들의 마음길이 제대로 잡혀야 한다. 여기서 마음길은 분별심에 휘둘리지 않는 상태를 의미한다. 그리고 이것을 연(緣)으로 하여 가해자와 피해자 그리고 국민 모두의 마음길이 변화될 수 있으면 금상첨화이다. 이렇게 백성 모두를 정신적으로 하나 되게 하는 것에 대한 관심으로부터 원효의 화쟁사상도 탄생하였다. 혹시 출구가 보이지 않는 답답한 형법현실에 대해서도 한 줄기 햇살이 될 수 있으면 얼마나 좋을까. 꿈이다. 꿈은 사람을 살게 한다. 「형법과 불교사상」에서는 ‘이기적’ 형법이론의 성공가능성은 매우 낮고, 그 이유 때문에 좋은 이론임에도 불구하고 세상은 잘 변하지 않는다는 것을 설명하였다. 선악(善惡) 분별심이 아니라 선악불이(善惡不二)의 상태가 그 해결방법이라고 하였다. 다음 편인 「법치국가형법과 불이사상」은 전편에서 문제제기만 한 불이사상에 대한 통섭적 논증이다. 법치국가형법에서 왜 불이사상이 중요한가에 대한 설명이다. 범죄인의 법치국가적 권리는 단순히 그가 헌법상의 ‘국민’에 속하기 때문이 아니라, 그는 오늘의 나를 있게 하는 인(因)과 연(緣)이라는 사실, 즉 나의 실재는 모두 외부로부터 온 것이기 때문에 범죄인을 포함하여 내 밖에 있는 모든 것도 또한 나에게 속한다는 것으로부터 나온다(無我, 空). 나를 사랑한다면 내 밖에 있는 모든 것들에 대해서도 관용하고 포용하고 자비를 베풀어야 한다고 하였다. 또한 선악을 비롯한 분별심, 이항대립의 진원지는 플라톤 이래 서구철학의 오랜 전통이라는 점도 설명하였다. 서양은 지금 ‘해체’를 통한 포스트모던을 말하지만 동양은 처음부터 이

항불이(二項不二)였다. 사람과 하늘은 하나라고 했고, 사람과 자연을 분리하지도 않았다. 자연을 인간이 극복해야 할 대상이라고 여기는 건 곧 역천(逆天)과 다를 것이 없으니 차원이 다르다.

이제 남은 문제는 불이의 실천이다. 앞서 말한 불이사상의 이론적 중요성이 곧 그 실천을 담보하는 것은 아니기 때문이다. 법치국가형법의 진정한 실현을 위해 불이사상이 중요하다는 사실은 안다. 그러나 그 불이사상을 어떻게 현실로 옮기는가는 완전히 별개의 문제이다. 앞 선 두 편의 논문에서는 이 부분에 대한 설명이 부족하다. 불이의 사람은 분별심을 내려놓은 사람이다. 그는 선과 악, 호(好)와 불호(不好) 사이에서 간택을 하지 않는 사람이다(唯嫌揀擇). 그러면 그는 도(道)의 사람이고 지극한 이치(至理)를 깨달은 사람이다. 이 간택을 하지 않을 수 있으면 그는 불이의 사람이고 깨친 사람이 된다. 그러니까 원효의 화쟁사상은 깨친 사람이 되는 방법을 말하고 있고, 이 글은 법치국가형법의 진정한 실천을 위해 어떻게 하면 형법의 ‘깨친 사람’이 될 수 있는가를 살펴보고자 한다.

형법이론은 ‘법’과 ‘이론’의 결합이다. ‘법(法, Recht, ius)’은 언제나 내재적 정당성을 전제한 개념이다. ‘이론’은 학문적 근거를 요구한다. 그러니 형법이론은 형법의 정당성과 관련된 학문적 이론이다. 따라서 넓게 보면 형법과 관련된 모든 논의가 이 범위 안에 들어 올 수 있다. 그 가운데서도 특히 여기에서 관심을 두는 건 ‘쟁론’이 있는 문제인데, 대표적으로는 학설의 대립, 예컨대 주관설과 객관설의 대립을 들 수 있다. 이 대립의 연원을 거슬러 올라가면 형법의 원초적 대항요소인 범죄인, 일반인의 구별이 있다. 범죄인, 보장목적, 주관설이 한 편에 있고, 그 맞은편에는 일반인, 보호목적, 객관설이 자리 잡고 있다. 양자는 양보 없이 대립한다. ‘목숨을 걸고’ 대립한다는 표현이 정확할 것이다. 앞서도 이야기 했지만, 이 세상에 존재하는 이항대립 가운데, 범죄로써 무언가 뺏으려는 자와 이것을 뺏기지 않으려고 하는 자 사이의 싸움이 제일 무섭다. 충돌하는 두 이익 사이에서 ‘균형’을 취하는 것이 정의(正義)라고, 말로는 그렇게 설명한다.<sup>4)</sup> 그러나 말은 부정확해서, 정

4) 나의 형법총론, 제12판, 2016, 6/1이하.

의라는 말이 정의의 내용을 가지고 있지는 않으니 그 균형의 내용은 나라마다, 시대마다 천차만별이다. 모든 언설은 가명일 뿐 실체는 없다.<sup>5)</sup> 이 쟁론이 어떻게 화해 가능할까? 미시적 논증대립의 우열로 해결될 문제는 진즉 아니었기 때문에 메타차원으로 눈길을 돌리고자 하는 것이다.

## II. 불이(不二)사상과 화쟁

원효사상의 핵심이 화쟁에 있다는 것은 그에 대한 후대의 평가와 그의 저술에서 확인할 수 있다. 원효에게 ‘화쟁국사(和靜國師)’의 시호가 추증된 것은 고려 숙종 6년(1101)이다. 숙종은 조서를 내려 원효에게는 화쟁국사, 의상에게는 원교국사(圓敎國師)의 시호를 내리고 비를 세워 그 덕을 무궁토록 기리도록 하였다. 그러나 화쟁국사비가 분황사에 건립된 것은 이로부터 70여년이 지난 명종(1171-1197 재위) 때라고 하는데, 그 늦어진 연유는 밝혀지지 않고 있다. 이 비는 유감스럽게도 분황사가 정유재란(1597)으로 소실되면서 비신은 파손되고 그 대좌만 남아 있다. 화쟁국사비와 관련하여 지금 전하는 것은 김부식(1075-1151)의 ‘화쟁국사영찬(和靜國師影贊)’, 김시습(1435-1493)이 분황사의 화쟁국사비를 보고 지은 ‘무쟁비(無靜碑)’ 정도이다. 추사 김정희(1786-1856)는 그 대좌에 ‘차화정국사지비적(此和靜國師之碑跡)’을 새겨서 비신의 소실에 대한 아쉬움을 달래었다.<sup>6)</sup>

그밖에도 원효는 직접 ‘십문화쟁론(十門和靜論)’을 저술하였는데, 이는 원효의 사상적 특징을 가장 잘 반영한 것으로서 백가의 이쟁을 화합(和百家異靜)하고 이문(二門)을 통합한 것으로 높이 평가되었다. 그러나 이 저술도 잔간(殘簡)으로 일부분만 전해지고 있을 뿐이다. 여기에서 이문은 심진여문(心眞如門)과 심생멸문(心生滅門)이다. 심진여는 언제나 한결같고 변함없으며 참된 본성을 말한다. 모든 법의 근거로서 언제나 적멸(寂滅)하고 무구(無垢)한 깨달음의 경지, 일심의 경지, 부처의 경지를 말한다. 심생멸은 이와 반

5) “諸言說唯是假名 故於實性不得不絕.” 원효, 대승기신론소기회본 2권, 한불전 1, 744-상.

6) 김상현, 역사로 읽는 원효, 1994, 277면 이하, 285면 이하.

대이다. 심생멸은 불각(不覺)의 상태, 중생심이다. 원래 진여가 무명의 바람으로 물결을 일으켜 물이 파도가 된 상태이다. 일심은 분별심으로 변하여 언제나 편을 가르려고 하는 중생심으로 된다. 갖가지 이쟁(異諍)은 바로 여기에서 연유한다.

그러므로 쟁론의 화해, 화쟁은 네 편과 내 편, 이 주장과 저 주장이 둘이 아니고 하나가 되는 상태, 즉 불이의 다른 이름이면서 동시에 결론에 해당된다. 불이는 불일불이(不一不二)의 준말이다. 불일은 하나가 아니니 둘을 말하고, 불이는 둘이 아니니 하나를 이른다. 이 말은, 긍정문으로 표현하면, 하나도 있고 둘도 있다는 말인데, 서로에 대한 부정으로 긍정에 이르러가는 것은 현상과 본질의 긴장관계를 나타낸다. 그러니 불일, 즉 둘이 있는 세상은 분별심으로 이항을 대립시키는 세상, 주관과 객관, 안과 밖, 네 편과 내 편, 동과 서, 보수와 진보, 옳고 그름, 생과 사 등으로 편을 가르는 세상, 무명이 지혜를 가린 중생들의 세상, 언어와 이성이 지배하는 차안의 세계이다. 그러나 둘로 보이는 이 세상은 마치 허공에 핀 꽃, 스크린에서 보는 영화 같은 것이어서 실체가 없으니 불이라는 것이다. 이 차원은 차안을 떠난 세상이다. 깨달음의 세계, 피안의 세계이다. 언어분별 이전의 세계, 이성 너머의 세계이다. 눈에서 무명의 안개를 걷어내고, 스크린에서 영상이 사라진 세계이다. 둘이 있으니 하나를 말한다. 원래 하나만 있는 세상이라면 굳이 ‘하나’라고 집어 말할 필요가 없을 것이다. 그러니 둘은 하나의 현실적 존재기반이다. 불일세계는 불이사상이 궁극적으로 실현되는 장의 의미를 가지고 있다. 그러니 하나는 둘을 위해서 있다고도 말할 수 있을 것이다. 그러나 이 둘은 원래 하나이던 것이고 단지 일정한 조건으로 둘로 보일 뿐이므로 실체가 없다. ‘불일불이(不一不二)’ - 이 말보다 더 적절하게 이 내용을 나타내는 말을 찾기는 쉽지 않아 보인다.

쟁론(諍論)은 불일세상에 있는 것이고, 이것은 불이를 통해서 화해시킬 수 있다. 그러니 목표는 불이사상의 구현에 있다. 이성 너머, 언어 너머, 저 언덕에 있는 세상이 ‘헬 조선’, ‘이생망’을 외치는 이 세상과 무슨 상관이 있

7) 불일불이(不一不異), 불이불별(不二不別), 불이불이(不二不異), 불이지법(不二之法), 불이법문(不二法門) 모두 같은 의미이다.

을까 싶다. 매일 매일 전하는 뉴스가 범죄로 가득 찬 이 세상과 무슨 상관이 있을까 싶다. 그러나 불일세계와 불이세계의 차별 또한 불이라는 점을 알아야 한다. 색도 공하지만(色卽是空) 공 또한 색을 떠나서는 말할 수 없다(空卽是色). 색과 공의 불이로써 지혜는 완성된다. 그래서 마음과 부처, 중생은 차별이 없다고 하는 것이다(心佛及衆生 是三無差別). 무섭게 일렁이는 파도는 현상이지 본질은 아니다. 물과 파도는 둘이 아니다. 일렁이는 파도나 고요한 바다나 다 물일 뿐이다. 물은 성주괴공(成住壞空)이 없지만 파도는 그렇지 않다.<sup>8)</sup> 생과 사, 이쟁(異靜) 다 마찬가지로이다. 삶과 죽음이라는 현상의 변화가 사람의 본성을 대변하는 것은 아니다. 변하는 것은 본성이 아니다. 변치 않는 본성은 따로 있다. 이 주장과 저 주장의 차이가 쟁론의 본성은 아니다. 차이는 변한다. 사람이 변화하는 데 하물며 그 사람이 하는 주장이 아더 말할 필요가 없다. 어떻게 하면 쟁론의 본성을 찾아 화해시킬 수 있을까 하는 것이 우리 관심사이다.

불일세계(현실 세계)와 불이세계(깨달음의 세계)의 불이는 불이사상의 실천적 의미가 적지 않음을 보여주는 중요한 요소이다. 불이사상이 피안의 세계, 깨달음의 세계와 관련이 있다고 하니까, 마치 이 세상과 관련이 없는 것으로 생각할지도 모르겠다. 그러나 불일 불이의 불이, 색공불이(色空不二)는 불이가 곧 이 세상의 문제라는 사실을 일깨워준다. 임제전사(미상-867, 臨濟禪師)는 이것을 “수처작주 입처개진(隨處作主 立處皆眞)”이라는 멋진 말로 표현하였다. 앞의 것은 불이를 나타낸다. 가는 곳마다 참된 주인이 되라는 것은 내가 주인이 되는 것이니 나와 주인의 불이를 뜻한다. ‘수처’는 언제나 변하는 나의 삶터이고, ‘작주’는 내가 주인공으로 주체적인 삶을 사는 것을 말한다. 뒤의 ‘입처개진’은 불일세계다. 지금 있는 그곳이 바로 진리의 세계이니 불일 밖에서 불이를 찾지 말라는 것이다. 중요한 것은 ‘지금 여기

8) 원효, 대승기신론소기회본, 동국대학교 편, 한국불교전서(이하 한불전) 1, 745 하: “如不動水 爲風所吹而作動水 動靜雖異 水體是一 而得說言依靜水故有其動水 當知此中道理亦爾”. 파도와 원래의 고요한 바닷물은 그 모습이 다르지만 그 바탕이 물이라는 점은 한가지이며, 원래의 바닷물에 의하여 파도가 일어난다고 말하는 도리와 같다. ‘대승기신론소기회본(大乘起信論疏記會本)’은 대승기신론소와 대승기신론별기를 합쳐서 편찬한 책이다. 대승기신론에 대한 원효의 주석을 전체적으로 볼 수 있는 책이다.

(Now and Here)’이다. 과거도 아니고 미래도 아닌, 지금 이 순간 이 자리 말고는 어디에도 진리는 없다는 가르침이다.<sup>9)10)</sup> 지금 어떤 모습으로 어떤 일을 하고 있건 그 역할, 그 모습, 그 자리가 바로 진리 자리다. 극락도 여기요 지옥도 여기다. 부처와 중생도 지금 여기 이 자리에 있다. 엉뚱한 곳에서 진리를 찾아서는 안 된다는 것이다. 피안은 저 너머에 있는 것이 아니라 지금 여기 있다. 차안과 피안의 구별은 분별일 뿐, 피안은 차안 속에 이미 와 있다. 단지 깨닫지 못하고 있을 뿐이다. 그래서 불이다. 원효의 화쟁사상이 ‘지금 여기’ 오늘의 형법 쟁론에 대해 무슨 가르침을 줄 수 있을까.

먼저 원효의 불이사상에 대해 살펴보자. 원효의 불이사상은 경전의 내용을 살펴보기에 앞서 이미 구현될 수 있다는 것을 믿었고, 또 그것을 몸으로 보여주었다. 그의 무애행(無碍行)은 어렵지 않게 확인할 수 있다.<sup>11)</sup> 원효 당시의 신라는 고구려, 백제와 전쟁이 치열하여 전사들의 해골은 들판에 쌓이고, 그들의 몸과 머리가 사방에 흩어져 있는 매우 혼란스러운 때였다. 그럼에도 당시 승려들은 출세간적인 관심만 가지고 세간적인 고통은 외면하였다. 이를 보다 못한 원효는 집필하던 붓을 꺾고 저자거리에 나가 무애박을 두드리면서, “모든 것에 걸림 없는 사람이 한 길로 생사를 벗어났다(一切無礙人 一道出生死)”는 노래를 지어 불렀다. 이렇게 대중들과 함께 춤추고 노래하며 요석공주와 과거도 감행하였다. 모두 대중교화의 수단이다. 이러한 무애행은 출세간적인 진여세계(절대세계)와 세간적인 현상계(상대세계)가 둘이 아님(不二)을 깨닫고 실천한 것이라고 할 수 있다.<sup>12)</sup> 원효의 불이 실천은 곧 출세간적인 절대가치가 세간적인 중생들의 삶과 마음속에서 구현되는 것이었다.

다음으로 원효의 불이사상에 대한 경전의 내용을 보자. 금강삼매경에

9) 현재 삶의 중요성은 성경에도 찾을 수 있다. ‘구원의 현재성’이다: “지금 이 말씀은 너희가 듣는 가운데 이루어졌다.”(누가 4, 21)

10) “조고각하(照顧脚下)”라는 고사성어도 같은 의미다. 네 발밑을 보라. 거기 진리가 있다. 진리는 ‘지금 여기’ 있으니 먼 곳에서 찾으려고 하지 마라.

11) 고영섭, 원효의 통일학, 한국의 사상가 10인 - 원효, 2002, 200면 이하.

12) 은정희, 원효의 본체·현상 불이관, 고려대학교 철학연구소, 철학연구 제18권(1996), 43면 이하.

다음과 같은 구절이 나온다. “이 결정성은 또한 같은 것도 아니고(不一), 다른 것도 아니며(不異), 아주 끊어진 것도 아니고(不斷), 언제나 계속되는 것도 아니며(不常), 들어가는 것도 아니고(不入), 나오는 것도 아니며, 생기는 것도 아니고, 또 사라지는 것도 아니다. 모두 네 가지 비방(四謗)을 떠나 말로 표현할 길이 끊겼으니, 생함이 없는 심성(心性)도 그렇다. 어찌 생겨난다, 생겨나지 않는다, 확실한 앎이 있다, 확실한 앎이 없다고 말할 수 있겠는가?”<sup>13)</sup>

이 본문에 대한 원효의 논(해설)은 다음과 같다. “열매(菓)와 씨(種)가 하나가 아닌 것은 그 모양이 같지 않기 때문이다. 그러나 또 다르지도 않으니, 씨를 떠나서는 열매가 없기 때문이다. 또 씨와 열매는 단절되어 있지도 않다(不斷). 열매가 씨를 이어 생기기 때문이다. 그러나 또 항상한 것도 아니니(不常), 열매가 생기면 씨는 없어지기 때문이다. 씨는 열매 속에 들어가는 것이 아니니 열매가 맺었을 때는 씨가 없기 때문이다. 열매는 씨 밖으로 나온 것도 아니니 씨일 때는 열매가 없기 때문이다. 들어가지도 나오지도 않으므로 생겨남이 없다. 언제나 지속되는 것도 아니고 단절되는 것도 아니므로 사라지지 않는다. 사라지지 않으므로 없다고 말할 수 없고, 생기지 않으므로 있다고 말할 수 없다. 두 가지 치우침(二邊)을 멀리 떠났으므로 있기도 하고 없기도 하다(亦有亦無)고도 말할 수 없고, 또 중간에 해당되지도 않으니 있는 것도 아니고 없는 것도 아니다(非有非無)라고 할 수도 없다.”<sup>14)</sup>

경에 있는 내용은 요약하면 불일불이다. 원효가 이것을 설명하면서 든 예가 바로 열매와 씨(종자)의 관계다. 사과인 열매와 사과 씨, 배와 배 씨, 포도와 포도 씨를 연상하면 된다. 포도와 포도 씨를 가지고 풀어보자. 포도와 포도 씨는 다르다. 그러니 하나는 아니다(不一). 그렇다고 둘도 아니다. 왜냐하면 포도 씨에서 포도나무가 나오고 이것이 포도열매를 맺게 한다. 이

13) “經曰 是決定性 亦不一不異 不斷不常 不入不出 不生不滅 離諸四謗 言語道斷 無生心性 亦復如是 云何說生不生有忍無忍”. 원효, 금강삼매경론, 한불전 1, 625-중. 이하 번역은 한글대장경 참조.

14) “菓種不一. 其相不同故. 而亦不異. 離種無菓故. 又種菓不斷. 菓續種生故. 而亦不常. 菓生種滅故. 種不入菓. 菓時無種故. 菓不出種. 種時無菓故. 不入不出故不生. 不常不斷故不滅. 不滅故不可說無. 不生故不可說有. 遠離二邊故不可說爲亦有亦無. 不當一中故不可說非有非無”. 원효, 금강삼매경론 중권, 한불전 1, 625-중.

포도가 포도 씨의 유전자를 결정한다. 적포도에서는 적포도 씨, 백 포도에서는 백포도 씨가 맺힌다. 그러니 포도와 포도 씨가 둘이라고 말할 수도 없다(不二). 씨가 땅 속에서 없어져야 열매는 열릴 수 있다. 열매 또한 자신을 버려야 열매를 드러낸다. 이것 없으니 저것이 있고 저것이 없으니 이것이 있다. 그러니 열매와 씨는 있다고 할 수도 없다. 언제나 씨에서 열매가 나오고 열매는 씨를 맺게 하니 열매와 씨 사이에는 단절이 없다. 이것이 있으니 저것이 있고 저것이 있으니 또한 이것이 있다. 그러니 열매와 씨는 없는 것도 아니다. 있다 없다가의 두 가지 변을 모두 떠났기 때문에 있다 없다(亦有亦無)고 말할 수 없고, 그렇다고 그 중간에 있는 것도 아니므로 있지 않다 없지 않다(非有非無)고 말 할 수도 없는 것이다. 일(一)도 아니고 이(二)도 아닌 열매와 종자의 관계는 이항이 대립하는 모든 것에 적용할 수 있다. 유(有)와 무(無), 상(常)과 불상(不常), 생(生)과 사(死), 진(眞)과 속(俗), 염(染)과 정(淨), 같음(同)과 다름(異) 등이 그것이다.<sup>15)</sup>

원효는 통상(通相)인 진여문(眞如門, 깨달음의 세계)과 별상인 생멸문(生滅門, 현실 세계)도 서로 다르지만, 두 문이 각각 일체법을 총섭하는 데서 서로를 여의지 않는 불이의 관계에 있다고 한다. 미진과 질그릇의 비유로 이 불이관계를 설명한다. 즉 미진(微塵)이 여러 가지 질그릇의 통상이며, 통상을 떠나서 따로 질그릇이 없다. 질그릇이 모두 미진에 포섭되는 것처럼 진여문은 생멸문을 여의지 않는다. 또한 이 미진의 성질이 모여서 별상인 질그릇을 이루지만, 이 질그릇은 항상 미진의 성질을 잃지 않기 때문에 질그릇이 바로 미진을 포섭하는 것처럼 생멸문은 진여문을 여의지 않는다.<sup>16)</sup> 미진에서 질그릇이 나왔고, 질그릇은 언젠가 다시 미진으로 돌아간다. 미진이 질그릇이고 질그릇이 곧 미진이다. 옷만 바꿔 입었을 뿐 둘은 다르지 않다. 즉 불이이다.

15) 이도흠, 원효의 화쟁사상과 탈현대철학의 비교연구, 원효학 연구 제6집, 2002, 257면; 포스트모더니즘 문예이론과 원효 화쟁의 비교 연구, Comparative Korean Studies 제12권 1호, 2004, 137면 이하.

16) “眞如門是諸法通相...如微塵是瓦器通相 通相外無別瓦器, 瓦器皆爲微塵所攝 眞如門亦如是, 生滅門者...如微塵成聚成瓦器, 而常不失微塵性相, 故瓦器門卽攝微塵, 生滅門亦如是.” 원효, 대승기신론별기, 한불전 1, 679-중-하.

이항대립이나 쟁론이나 모두 ‘나 같지 않다’고 일어나는 싸움이다. 그러면 ‘같음’은 무엇이고 ‘다름’은 또 무엇인가? 이것은 진정 ‘둘’인가? 원효의 결론은 위에서 본 것과 다르지 않다. “같음(同)이란 다른 데서 같은 것을 알아내는 일(辨同於異)이요, ‘다름(異)’이란 같은 데서 다른 것을 밝히는 것(明異於同)이다. ‘같은 데서 다른 것을 밝힌다’는 것은 같은 것을 나누어서 다르게 하는 것이 아니다. 또 ‘다른 데서 같은 것을 알아낸다’는 것은 다른 것들을 녹여서 같게 만드는 것이 아니다. 실로 같음이란 다른 것들을 녹이는 것이 아니기 때문에 같음이라고 말할 수가 없고, 다름이란 같은 것을 나누는 것이 아니기 때문에 다름이라고 말할 수가 없다. 다만 다르다고 할 수 없기 때문에 같다고 말할 수 있을 뿐이요, 같다고 할 수는 없으므로 다르다고 말할 수 있을 따름이다. 말하는 것과 말하지 않는 것도, 둘도 아니요 별개도 아니다.”<sup>17)</sup>

우리는 여기에서 불이를 넘어 화쟁의 실마리를 엿본다. 같음의 뿌리는 다름이고 다름의 뿌리는 같음이다. 같음이 없이 다름이 없고 다름도 마찬가지로 지이다. 그러니 양자는 불이다. 둘은 둘이 아니다. 서로 같지도 다르지도 않은 이치(不一不異)를 이해하면 백가지 쟁론도 화합하지 못할 게 없다.<sup>18)</sup> 서로 같지도 다르지도 않기 때문에 같게 동화되지도 않고 다르게 이질화되지도 않으면서 상통할 수 있다. 원효는 진(眞)과 속(俗)의 이문이 이렇게 융통하는 모습을 융이이불일(融二而不一)<sup>19)</sup> 또는 무이이불수일(無二而不守一)<sup>20)</sup>이라고 한다. 그런데 다름에서 같음을 찾아내는 것, 차이점에서 공통점을 찾아내는 것, 쟁론에서 이견을 해소하여 하나가 되는 것은 다른 것들을 ‘녹여서’, 즉 융합하여 하나로 만드는 것이 아니라고 했다. 녹이면 실체가 없어진다. 자신의 바탕이 없어지는 화해는 나와 아무 상관이 없다. 같음 다름이라고

17) “同者辨同於異 異者明異於同 明異於同者 非分同爲異也 辨同於異者 非銷異爲同也 良由同非銷異故 不可說是同 異非分同故 不可說是異 但以不可說異故 可得說是同 不可說同故 可得說是異耳 說與不說 无二无別矣”. 원효, 금강삼매경론, 한불전 1, 626-상.  
18) “若能解此三性不一不異義者 百家之諍 無所不和也.” 원효, 대승기신론소별기, 한불전 1, 680-상.

19) 원효, 금강삼매경론 상권, 한불전 1, 604-중.

20) 원효, 같은 책 하권, 658-하.

단지 ‘말할 수 있을 뿐’인데, 이렇게 ‘말하는 것’과 이런 ‘말을 하지 않는 것’ 사이의 관계조차도 불이라 하는 것은 피안으로 달리는 기차를 탄 기분이다. 언망여절(言亡慮絶)의 경지를 이룸일 것이다.

그렇다고 불이가 대립하는 양자에 대한 단순한 부정이거나 또는 물리적인 중간을 취하는 것도 아니라는 점은 다음에서 확인할 수 있다. “내가 있다는 견해에 사로잡힌 자에게는 그 있다는 견해(有見)를 없애주고, 내가 없다는 견해에 사로잡힌 자에게는 그 없다는 견해(無見)를 없애주어라.”<sup>21)</sup> 유견, 무견의 불이를 말한다. 앞의 것은 내가 있다는 견해에 대한 집착을 끊어 주는 것이라면, 뒤의 것은 내가 존재하지 않는다는 견해, 즉 무아(無我)의 병까지도 추적해서 없애준다는 의미이다. 그런데 이에 대한 원효의 해설이 흥미 있다. “내가 본래 있지 않은데, 어찌 ‘내가 없다’는 말이 성립할 수 있겠는가?”<sup>22)</sup> 있지 않음이 곧 없음은 아니라는 뜻이다. 내가 없는데 어떻게 내가 없다고 할 수 있는가 하는 말이다. 이것은 세상의 이해와 사뭇 다르다. 진정한 공(空)은 말의 표현을 거부하기 때문에 그렇다.

이에 대한 자세한 설명은 계속된다. 경에 이르기를 “법이 생기는 것을 보는 중생에게는 없다는 견해(無見)를 없애주고, 법이 없어지는 것을 보는 중생에게는 있다는 견해(有見)를 없애주어라. 이러한 견해들을 없애기만 하면 법이 진짜 없음(眞無)을 깨달아 결정한 성품(決定性)에 들고, 그렇게 되면 생겨나는 일이 결코 없을 것이다.”<sup>23)</sup> 이에 대한 원효의 해설은 다음과 같다. “유무(有無)의 두 치우침(二邊)을 여의었으면서 그렇다고 중간에 매달려 있는 것도 아니다. 무(無)를 떠나 유(有)를 집착하거나 유(有)를 파하고 공(空)을 집착한다면 이는 거짓 공(妄空)이요, 진짜 무는 아니다. 여기서는 유를 떠났으나 공도 남겨두지 않았으니, 이래야만 모든 법이 진짜 무가 될 수 있기 때문에 ‘법이 진짜 없음(眞無)을 깨달아’라고 하였다. ‘결정한 성품(決定性)’이란 앞에서 설명한대로다. 진공(眞空)을 얻었을 때 마음이 생하지 않음을 관찰하여, 있다 없다하는 마음을 멀리 떠났으므로 ‘생겨나는 일이 결

21) “若有我者令滅有見 無我者令滅無見”. 금강삼매경 상권, 한불전 1, 613-상.

22) “我本非有 況有我無”. 금강삼매경 상권, 한불전 1, 613-중.

23) 원효, 금강삼매경론 상권, 한불전 1, 614-상.

코 없을 것이다(決定無生)’라고 하였다.”<sup>24)</sup> 그러니까 유무불이가 유무의 중간을 찾는 것이 아니라 분명한 선언이다. 유에 대한 부정으로 무가 되고, 무에 대한 부정으로 유가 되는 상태가 아니다. 유에 대한 부정으로 무가 되는 것, 공(空)이 되는 것은 사이비 공이라는 것이다. 진정한 공(眞空), 진정한 무(眞無)는 유무의 두 변을 떠난 상태가 되어야 한다. 진정한 없음이고 진정한 공이니 여기에서는 어떤 관념도 생길 여지가 없다. 즉 유와 무, 나아가서 진무와 진공의 관념조차도 생길 여지가 없는 적멸상태, 그것을 이름하여 원효는 ‘일심(一心)’이라고 한다.

### Ⅲ. 불이(不二)와 일심(一心)의 만남

지금 이항대립자 가운데 유무(有無)에 대한 쟁론만 가지고 설명하고 있는데, 다른 것들도 모두 적용할 수 있다. 그러면 유무 양변의 융합도 아니고 중간도 아니면서 양변을 떠난다고 하면 어디를 향하는 걸까? 그 실체는 무엇이며 이름은 또 무엇일까? 진공(眞空)도 그 한 이름일 수 있겠으나, 공의 ‘진짜’는 일정한 공의 조건을 말하는 것이니 충분히 구별되기는 어려워 보인다. 그리고 무엇이든 이름을 붙이는 순간 그것도 또한 불이의 대상이 되니, 이 쟁론 차원을 넘어서는 ‘그 무엇’이어야만 한다. 원효는 그것을 ‘일심(一心)’이라고 일컫는다.

어찌하여 일심이라고 하는가? 염(染)과 정(淨)의 모든 법은 그 본성이 둘이 없으며, 진(眞)과 망(妄) 두 문이 다름이 있을 수 없기 때문에 ‘일(一)’이라 이름 한다는 것이다. 그리고 이 ‘둘 없는 경지(無二處)’가 모든 법 가운데서 가장 진실한 것이어서 허공과 같지 않고, 성품이 본디부터 신비하게 알고 있으므로 ‘심(心)’이라고 이름 하는 것이다. 그러나 이미 둘이 없다면 어찌 하나인들 있을 수 있겠으며, ‘하나’라는 것도 없는데 무엇을 두고 심(心)이라 하겠는가? 이와 같은 도리는 언설(言說)을 떠나고 사려(思慮)를 끊었

24) 위의 책.

으니 무엇을 가지고 지목할지 몰라서 억지로 ‘일심(一心)’이라 부르는 것이다.<sup>25)</sup>

“일심(-心)의 근원은 유·무를 떠나 독자적으로 청정하며 3공(空)의 바다는 진(眞)·속(俗)을 융합하여 밝고 고요하다. 밝고 고요하다는 것은 둘을 융합했다고 해서 하나가 된다는 뜻은 아니요, 독자적으로 청정하다는 것은 양 변을 여의었다 해서 중간이 된다는 뜻이 아니다. 중간도 아니며 양극도 여의었으므로, 존재하지 않는 법(不有之法)이라 해서 무(無)에 머무는 것도 아니며, 모양이 없지 않다(不無之相)해서 유(有)에 머무는 것도 아니다. 하나가 아니면서 둘을 융합하였으니, 진(眞) 아닌 사(事)가 애당초 속(俗)이었던 적이 없으며, 속(俗) 아닌 이(理)가 처음부터 진(眞)이었던 적이 없다. 둘을 융합하였으되 하나도 아니니 진·속의 성품은 그것대로 다 성립하고, 염(染)·정(淨)의 모양은 그것대로 다 갖추어진다. 양 변을 여의었으나 중간이 아니므로 유·무의 법이 제각각 다 이루어지고 시(是)·비(非)의 뜻이 제각각 다 완전하다. 그러므로 깨뜨림(破)이 없되 깨뜨리지 않음이 없으며, 세움(立)이 없되 세우지 않음이 없으니, 가히 아무 이치 없는 지극한 이치(無理之至理)이며, 그렇지 않으면서도 가장 그러한 것(不然之大然)이라고 할 만하다. 이것이 이 경의 대의니라.”<sup>26)</sup>

“합해서 말하면 생(生)이 곧 적멸이 되나 멸(滅)을 고집하지는 않고, 멸도 곧 생이 되나 생에 머무르지 않는다(不住生). 생과 멸은 둘이 아니고(生滅不二) 동(動)과 적(寂)은 다름이 없다. 이와 같은 것을 이름하여 일심(一心)의 법이라 한다. 비록 실제로는 둘이 아니나 하나를 지키지는 않고 전체로 연을 따라 생(生)하고 동(動)하며, 전체로 연을 따라 적멸하게 된다. 이와 같은 도리로 말미암아 생이 적멸이고 적멸이 생이며, 막힘도 없고 거리낌도

25) “何爲一心 謂染淨諸法其性無二 眞妄二門不得有異 故名爲一 此無二處 諸法中實 不同虛空 性自神解 故名爲心 然既無有二 何得有一 一無所有 就誰曰心 如是道理 離言絕慮 不知何以目之 強號爲一心也.” 원효, 대승기신론소기회본 1권, 한불전 1, 741-상-중.

26) “夫一心之源 離有無而獨淨 三空之海 融眞俗而湛然 湛然融二而不一 獨淨 離邊而非中 非中而離邊 故不有之法 不即住無 不無之相 不即住有 不一而融二 故非眞之事 未始爲俗 非俗之理 未始爲眞也 融二而不一 故眞俗之性 無所不立 染淨之相 莫不備焉 離邊而非中 故有無之法 無所不作 是非之義 莫不周焉 余乃無破而無不破 無立而無不立 可謂無理之至理 不然之大然矣 是謂斯經之大意也.” 원효, 금강삼매경론 상권, 한불전 1, 604-중.

없으며, 같지도 않고 다르지도 않다(不一不異).”<sup>27)</sup>

그러니 일심은 말로 표현할 수 없는 대상에 어쩔 수 없이 붙인 가명에 지나지 않는다. 두 변의 중간, 둘의 화학적 결합도 아닌 상태, 그러면서 두 변을 떠났으니 일(一)이다. 그리고 진리가 둘일 수 없듯이 진여도, 굳이 말한다면, 일(一)이지 이(二)는 될 수 없다. 일(一)의 의미는 완전성과 전체성, 통일성이다.<sup>28)</sup> 현상계의 숫자적 의미를 초월한다. 전체는 한맛(一味)으로 흘러가니 그 가운데 상대적 차별, 이항대립이 자리 잡을 여지는 없다. 마치 모든 강이 흘러 바다로 들어가 한 가지 짠 맛을 내는 것과 같다. 심(心)은 진여상태, 깨달음의 상태, 해탈상태를 달리 이름 할 수 없으니 그렇게 불러 본 것이다. 따라서 일심은 염(染)과 정(淨), 생(生)과 멸(滅)의 세계를 통섭하여 세간법(현상)과 출세간법(본체)을 포괄한다. 정토(淨土)와 예토(穢土)가 본래 일심이고 생사와 열반이 둘이 아니다.<sup>29)</sup> 모두 일심에서 비롯하기 때문에 그렇다. 이와 같이 일심은 통틀어 일체의 더럽거나 깨끗한 모든 법의 의지하는 바 되기 때문에 제법의 근본이 되는 것이다.<sup>30)</sup> 모든 경계가 무한하지만 다 일심 안에 들어간다. 부처의 지혜는 모양을 떠나 마음의 원천으로 돌아가고, 지혜와 일심은 완전히 같아서 둘이 없다.<sup>31)</sup>

중생심(衆生心)을 일심이라고도 한다. 이것은 대승기신론에서 “대승의 본체는 중생심이며, 이 중생심은 세간법과 출세간법을 포괄한다”<sup>32)</sup>고 한 말을 두고, 원효는 중생심을 일심으로 해석하고 있다. 중생심은 중생이 원래 가지고 있는 진여심인데, 무명으로 가려져 미망에 허덕이는 마음이기도 하다. 즉 중생심(일심)에는 심진여문(출세간법)과 심생멸문(세간법)이 있다.

27) “合而言之 生即寂滅 而不守滅 滅即爲生 而不住生 生滅不二 動寂無別 如是名爲一心之法 雖實不二 而不守一 學體隨緣生動 學體隨緣寂滅 由是道理 生是寂滅 寂滅是生 無障無碍 不一不異.” 원효, 금강삼매경론 하권, 한불전 1, 659-상.

28) 고영섭, 나는 오늘도 길을 간다. 원효, 한국 사상의 새벽, 2009, 199면.

29) “穢土淨國 本來一心 生死涅槃 終無二際.” 원효, 무량수경중요, 한불전 1, 553-하.

30) “如是一心 通爲一切染淨諸法之所依止故 卽是諸法根本.” 원효, 금강삼매경론 상권, 한불전 1, 615-하.

31) “萬境無限 咸入一心之內 佛智離相 歸於心源 智與一心 渾同無二.” 원효, 무량수경중요, 한불전 1, 562-상.

32) “摩訶衍者總說有二種 云何爲二 一者法 二字義 所言法者 謂衆生心 是心則攝一切世間法出世間法.” 원효, 대승기신론소기회본 1권, 한불전 1, 739-하.

그러므로 일심은 진여심으로서 중생들 속에 이미 내재해 있으니 무명을 걷어내고 찾아내기만 하면 될 일이다. 곧 일심은 여래장(如來藏-佛性)을 지닌 중생들이 도달해야 할 궁극적 목표이다. 불성의 본체는 일심이기 때문에 그렇다.<sup>33)</sup> 여래장은 중생들의 마음속에 여래(부처)가 숨어 있다는 의미인데,<sup>34)</sup> 분별심으로 자신 속에 있는 보석(일심)을 깨닫지 못하고 자꾸만 밖에서 ‘보석’을 찾으려고 하니 고통에서 벗어나지 못한다. 이렇게 중생은 잠재적 여래이니 일심은 곧 여래장(一心者 名如來藏)이기도 하다.<sup>35)</sup> 일심과 적멸상(寂滅相)의 연결도 가능하다. 이것은 능가경에서 ‘적멸한 것이 일심’이라고 한 데서 유래한다. 원효는 이것을 두고, ‘모든 존재 현상은 그 본래적인 입장에서는 생함도 없고 멸함도 없으며, 본래 적정(寂靜)하여 오직 일심(一心)일 뿐’이기 때문이라고 한다. 일심 안에 있는 심진여문은 인간심성의 본체적인 면, 심생멸문은 그 현상적인 면을 말하는데, 일심은 그 진여문의 바탕을 이룬다.<sup>36)</sup>

지금까지의 논의에 의하면, 일심(一心)은 깨달음의 종착역, 근본 바탕, 최후의 지향점, 부처의 올바른 깨달음, 부처의 지혜를 의미한다. 더 이상 추구할 것이 없는 마지막 단계이다.<sup>37)</sup> 그러나 그 실체는 언설을 통한 설명이 불가능하다. 할(喝)이 있을 뿐이다. 이에 반해 진여문은 일심을 향해 출발한 기차의 중간 기착지쯤으로 비유할 수 있을 것 같다. 삼각형 구도의 꼭짓점에 일심이 있다. 일심이 하변에 있는, 불일불이관계의 진여문과 생멸문, 본체와 현상을 통섭한다. 화쟁과 관련하면, 일심은 화쟁의 목표이면서 동시에

33) “佛性之體 正是一心.” 원효, 열반종요, 한불전 1, 538-중-하.

34) 황산덕, 여래장, 1984 참조. 법학자인 저자는 원효 저작의 중요 구절을 뽑아 자신의 불교관을 서술하면서 책 제목을 여래장이라고 하였다.

35) 은정희, 위의 글(주 12), 45면.

36) 은정희, 위의 글.

37) 기신론에서는 깨달음에 이르러가는 과정을 불각(不覺), 상사각(相似覺), 수분각(隨分覺), 구경각(究竟覺)의 네 단계로 나눈다. ① 불각은 인과법의 이치를 깨달았지만 아직 미혹한 마음을 끊지 못한 단계이다. ② 상사각은 진정한 각(覺)이 아니고 비슷한 각이라는 의미이다. 아집(我執)을 여의고 아공(我空)의 위치를 깨달은 단계이다. ③ 수분각은 정심(淨心)을 얻어 일체법이 마음의 작용임을 깨달아 인집(人執)과 법집(法執)을 떠나 무분별각(無分別覺)을 얻은 단계이다. ④ 구경각은 무명이 영구히 없어지고 일심의 근원에 들어가 다시는 마음이 움직이지 않고 상주하는 단계이다.

화쟁의 근거가 된다. 화쟁도 부처의 올바른 깨달음에 도달하기 위한 방편이다. 그러면서 동시에 그 화쟁은 부처의 올바른 법, 즉 일심 안에서 이루어져야지 다른 어떤 것을 근거로 할 수는 없는 일이다.

그러면 형법에서 일심과 같은 꼭짓점 역할을 하는 것으로는 무엇이 있을까? 형법이 추구하는 궁극적 가치를 나타내는 가장 추상적 언명으로는 ‘정의(正義)’가 있다. ‘형법은 정의를 추구해야 한다’, 맞는 말이다. 그러나 ‘쟁론’의 판단지침으로 사용하는 데는 그 추상성이 너무 높다. 모두 정의를 말하지만, 나타나는 현실적 결과물은 극과 극인 경우가 허다하다. 정의라는 이름으로 같은 사안에 사람을 살리기도 하고 죽이기도 한다. 솔직히 믿기 어렵다. 이에 반해 헌법 제10조 인간존엄은, 충분하지는 않더라도 보편성과 구체성 사이에서 어느 정도 타협할 수 있는 여지는 있어 보인다. 형법의 쟁론은 주로 일반인과 범죄인 사이에서 이루어지는데, 그 화쟁의 거점을 이보다 더 높이거나 낮추어서는 안 될 것으로 보인다. 그렇다면 형법의 ‘일심’은 잠정적으로 ‘인간존엄’으로 해 두자. 이 문제는 뒤에서 다시 살펴볼 것이지만, 원효는 형법보다 훨씬 더 치열한 쟁론<sup>38)</sup>의 화해를 말하고 있으니 그 방법이 흥미롭다.

한가지, 위에서 대승의 본체는 중생심이며, 중생심이 곧 일심이라고 해석한 것이 형법의 인간존엄과 관련하여 시사해주는 바가 크다. 중생은 여래장(如來藏)이기도 하지만 미망과 무명에 사로잡혀 자신의 마음을 한 순간도 붙들어 두지 못하는 번뇌의 상징이기도 하다. 반면에 일심은 깨달음의 최고 경지, 구경각의 근원이 되는 단계이다. 이제는 더 나아갈 바가 없는, 일심이 일여가 되는 완성 단계이다. 이러한 일심을 현상계의 중생과 연결한 것은 중생, 즉 사람의 가치를 얼마나 높게 평가하고 있는지 알 수 있다. 중생에서 출발해서 중생으로 끝난다. 형법으로 치자면, 사람으로부터 출발하여 결국 사람의 문제로 귀결된다. 천상천하 유아독존(天上天下 唯我獨尊), ‘하늘 위 아래에서 나만이 존귀하다’는 것은 어떤 특정한 개인(석가)을 말하는 것이 아니다. 이 세상에 있는 모든 개개의 존재를 가리키는 것으로서 모든 생명

38) 종교적 쟁론은 ‘전쟁’을 연상시킨다. 예컨대 중세 종교전쟁, 지금의 IS 등과 비교했을 때, 형법쟁론은 그 크기가 비교되지 않는다.

의 존엄성과 함께 인간의 존귀한 실존성을 의미한다. 인간 이외에 생명을 가진 모든 존재의 존귀함을 말하고 있을 정도이니 사람의 존귀함은 더 이상 강조할 필요가 없다. 내가 곧 마음이고 부처이니, 이 부처가 이 세상의 온갖 고통을 편안케 하리라.<sup>39)</sup> 중생의 목표는 이 정도는 되어야 한다는 것이다. 이 부처와 동급인 중생의 존귀함을 법률적으로 표현하면 ‘인간의 존엄’이다.<sup>40)</sup> 우리 헌법상의 ‘일심’은 인간의 존엄이고, 이것은 형법상 쟁론을 통섭하는 인자로 작용해야 한다.

#### IV. 화쟁(和靜)의 논리

원효가 화쟁을 직접 다룬 저작은 ‘십문화쟁론(十門和靜論)’이다. 유감스럽게도 그 일부만이 전해지고 있지만, 이것을 통해서 후대에 ‘화쟁국사(和靜國師)’로 불릴 만큼 화쟁은 원효사상의 진수라고 할 수 있다. 원효는 왜 화쟁에 관심을 두게 되었을까? 당연히 사람들의 의견이 너무 분분하여 모래처럼 흩어지는 모습을 보기 힘들었기 때문이었다. 오늘 우리 현실은 이보다 덜할까? 여러분들이 대답해 보시기 바란다. 불교를 일으킨 붓다는 한 사람이다. 그 말씀도 한 말씀이다. 그런데 그 밑에 얼마나 많은 종파들이 생겨났는가. 모두 후대 사람들의 서로 다른 주장들(百家之異靜)이 만들어낸 산물이다. 기독교와 이슬람도 다르지 않다. 종교뿐만 아니라 정치, 사회, 문화, 경제, 법 등 어디 할 것 없이 사람이 하는 일에는 모두 이와 같다. 두 사람만 만나도 의견이 갈리니 더 말할 필요가 없다. 한 사람의 마음도 ‘하나’이지 못하고 ‘천사’의 마음과 ‘악마’의 마음이 공존하며, 늘 분별심에 휘둘리는 것을 보면, 내 마음속의 쟁론(갈등)이나 사람들 사이의 논쟁은 인간과 인간사회의 본성에 속한다고 할지도 모르겠다. 그러나 이 갈등을 그대로 두어서는 개인이나 사회가 평화스럽기는 어렵다. 어떤 식으로건 그 쟁론을 화해시켜 타협점을 찾아야 한다.

39) “天上天下 唯我獨尊 三界皆苦 我安當之.”

40) 심재우, 인간존엄의 법리와 국가윤리, 현대사회와 전통윤리(고려대 민족문화연구원), 1986.

십문화쟁론에서 화쟁이 필요한 이유를 다음과 같이 설명하고 있다. 부처가 이 세상에 계실 때에는 문제가 있더라도 그 분의 말씀(圓音)에 의지할 수 있었다. 무엇이든 물어보면 모두 해결해 주었다. 그러나 그 분이 세상을 뜬 후에는 상황이 달라졌다. 중생들은 비처럼 흩뿌리고 부질없는 공론(空論)이 구름처럼 분분하였다. 나는 옳은데 다른 사람은 틀리다고 하고, 나의 주장은 그럴 듯한데 다른 사람의 주장은 그렇지 않다고 하였다. 이 흐름이 마치 큰 강물과도 같았다. 산을 버리고 골짜기로 들어간 것과 같고, 유(有)를 싫어하고 공(空)을 좋아하는 것은 마치 나무를 버리고 숲으로 달려가는 것과 같다. 골짜기도 산 안에 있는 골짜기이고, 나무가 없이는 숲도 있을 수 없다. 유가 없이는 공도 없다. 청색과 쪽풀은 본체가 같고 얼음과 물은 나누어지지만 근원은 같다. 거울은 모든 형상을 받아들인다. 원효는 이 모든 쟁론들을 융통하여 서술하고 그 이름을 십문화쟁론이라고 하였으니 사람들이 모두 칭찬하고 좋아하였다.<sup>41)</sup>

정치나 법에서도 사정은 다르지 않다. 모두 국민을 위하고 나라를 위해 서라고 한다. 그리고 정의를 외친다. 그러면서도 남과 북, 동과 서는 말할 것도 없고, 정치·경제·사회·문화 등 모든 분야에서 사람이 생각할 수 있는 갖가지 차별은 사람들을 모래처럼 흩어 놓았다. 이제는 밥상에 ‘수저 색깔’까지 따진다. 형벌이 천정부지로 치솟는 것도 모두 국민을 위한 것이라고 주장한다. 이럴 때 원음(圓音)을 직접 들을 수 있으면 얼마나 좋을까? 예수가 이 땅에 재림하면, ‘솔로몬’이 우리 법정을 굽어 살펴주면 또 얼마나 좋을까? 그러면 사람들은 불필요한 소모적 논쟁을 피하고, 모두 한 마음이 되어 서로 손에 손잡고 ‘동행’ 할 수 있을 것이고, 그러면 우리나라는 얼마나 더 평화스러워지고 국민들 또한 얼마나 더 행복할 수 있을까? 그래서 사람들은 한편 ‘절대 권력’을 싫어하면서도 다른 한편으로는 그리워하는 양면성을 지니고 있는지도 모르겠다. 또 자신이 마치 ‘원음’을 낼 수 있는 사람이라고 생각하는 사람들도 많이 있다. 매일 국민으로 위장하여 결국 자신의 이익을

41) 원효, 십문화쟁론, 환불전 1, 838-상. 그러나 원효가 직접 쓴 말은 아니고 서당화상비에 들어 있는 내용이다. 십문화쟁론의 요약이라고 할 수 있다. 김상현, 원효연구, 2000, 208면 이하; 이종익, 위의 글(주 1) 232면 이하.

쫓는 정치하는 사람들이 아니더라도, 보통의 서민들 가운데는 왜 없겠는가. 자신이 부처나 예수처럼 전능하여 최후의 심판을 내릴 수 있다고 믿는 사람들은 의외로 많다. 자신의 생각을 ‘절대적으로’ 옳다고 믿는 사람들은 다 이 부류에 속한다. 나 자신부터 반성한다. 그러면 원효도 쟁론의 화해를 이런 식으로 해야 한다고 했을까? 원효라면 누구보다도 원음에 가까운 판단을 내릴 수 있는 사람이다. 그럼에도 그는 자신의 생각을 절대화하는 것은 쟁론 화해에 도움이 되지 않는다고 하였다. 그의 화쟁 방법이 궁극하다.

### 1. 목적과 수단인 전도 현상

무슨 논쟁이건 쟁론은 일정한 목표를 향한 수단이다. 쟁론 그 자체가 목적은 아니다. 부처님 말씀을 둘러싼 논쟁도 결국은 부처님의 지혜, 깨달음, 일심에 도달하기 위한 수단일 뿐이다. ‘모든 중생은 불성을 지니고 있다’는 견해(一切皆性說)와 ‘불성이 없는 중생도 있다’는 견해(五性各別說)의 대립이 있다.<sup>42)</sup> 원효의 십문화쟁론은 이 가운데서 후자의 견해를 비판하는 내용이 주류를 이루고 있다. 이 쟁론의 결론은 중생의 불성 유와 무 가운데 하나이다. 그런데 이 쟁론의 궁극 목적은 이 유무 결론을 위한 것이 아니다. 모든 중생에게 불성이 있다면, 이런 중생이 깨달음을 얻기 위해서는 어떻게 해야 할 것이며, 또 없다면 어떻게 할 것인가 하는 다음 과제가 남아 있다. 만일 불성 유무 논쟁에 함몰된 나머지 궁극적 목표를 잊어버린다면 목적과 수단이 뒤바뀌는 현상이 발생한다. 마치 서울에서 부산을 가려고 하는데 KTX, 비행기, 버스 등 가는 수단에 대한 논쟁이 벌어졌다. 이 논쟁을 너무 치열하게 한 나머지 자신들이 어디에 가는지 조차 잊어버린 경우와 같다고 할 수 있다. 수단은 수단일 뿐이다. 수단의 가치는 절대적인 것이 아니다. 여기에서 그 유명한 ‘손가락과 달의 비유’가 나온다.

“나는 말로써 말을 끊은 법을 보이교자 한다. 마치 손가락으로 손가락 저 너머의 달을 가리키는 것과 같다. 너는 지금 직접 걸음으로 드러난 말의 의

42) 박태원, 『십문화쟁론』 ‘불성(佛性) 유(有)/무(無) 화쟁’의 해석학적 번역과 논지 분석, 새한철학회 철학논총 제72집 제2권(20013), 109면 이하.

미만 취하고 단편적 비유를 들어 말을 떠난 법을 힐난하는데, 이것은 마치 단지 손가락 끝을 보고 달이 아니라고 하는 것과 같다.”<sup>43)</sup>

저기 달이 있다고 손가락으로 달을 가리키는데 정작 그 달은 보지 않고 손가락만 쳐다본다. 그리고 달이 어디 있느냐고 투덜댄다. 손가락은 달이 아니다. 달은 손가락 저 너머에 있다. 그것은 자신이 스스로 봐야 한다. 누가 대신 봐 줄 수 있는 것이 아니다. 손가락의 임무는 달을 가리키는 것으로써 끝난다. 잊어야 한다. 진짜 목적은 상대방이 달을 보는 것이다. 쟁론도 마찬가지로, 쟁론은 손가락일 뿐 달이 아니다. 쟁론을 하는 동안 잠시라도 달을 잊어서는 안 된다. 달을 생각하면 손가락은 그다지 큰 의미가 없다는 것을 알 수 있다. 일심(一心)을 염두에 두면 쟁론의 의미는 많이 희석될 수 있다.

형법의 모든 논쟁도 결국 일반인과 범죄인의 인간존엄에 도달하기 위한 수단이지 논쟁 그 자체가 목적은 아니다. 유기징역 가중 상한선을 50년으로 하는 것도 일반인과 범죄인 모두의 인간존엄을 위한 것이어야 한다. 화학적 거세, 신상공개 등도 마찬가지이다. 어느 일방만의 존엄을 위한 것이 되면 그것은 헌법 제10조에 어긋난다. 헌법 제10조의 “모든 국민”은 일반인과 범죄인이 다 포함되고, 그 누구도 ‘인간’에서 제외될 수 없기 때문이다.

## 2. 부분적 타당성(一理)의 인정

화쟁은 쟁론을 화해, 화합하는 것이다. 여기서 ‘화(和)’는 상대방의 실체를 전면적으로 부정하는 것으로는 달성되기 어렵다. ‘당신 말은 전부 틀렸어’라고 하면 지배와 굴복의 선택 밖에 없다. 이런 방식으로 화합은 불가능하다. 그래서 원효는 화쟁의 방법으로 ‘비유비무(非有非無)’의 방법<sup>44)</sup>을 즐겨 사용하는 데, 널리 알려진 ‘장님과 코끼리의 비유’가 대표적이다. 불성에 관한 여섯 사람의 주장을 논평하는 자리에서 나온 것이다. “이 여섯 주장은 모두 맞고 모두 틀렸다. 왜냐하면 불성은 원래 그런 것(然)이 아니고 그런 것 아닌

43) “我寄言說 以示絕言之法, 如寄手指 以示離指之月. 汝今直爾 如言取義 引可言喻 難離言法 但看指端 責其非月.” 원효, 십문화쟁론, 한불전 1, 838-중.

44) ‘그런 것도 아니고 그렇지 않은 것도 아니고’(非然非不然), ‘모두 옳기도 하고 그르기도 하고’(皆非皆是)도 같은 기준이다.

것(不然)도 아니기 때문이다. 불성은 그런 것이 아니기 때문에 모든 주장이 다 틀렸다. 또한 그런 것 아닌 것도 아니기 때문에 모든 주장이 다 맞다.”<sup>45)</sup> 그래서 그 주장들은 마치 장님이 코끼리를 만지는 것과 같다는 것이다.

“장님들이 코끼리를 설명할 때 각각 다른 말을 한다. 비록 누구도 코끼리의 실체를 설명하지는 못하지만 그렇다고 코끼리를 설명하지 않는 것은 아니다. 불성에 대한 설명도 이와 같으니, 여섯 가지 법(六法)에 꼭 맞는 것도 아니고 그렇다고 여섯 가지 법을 벗어나는 것도 아니다. 이 가운데 있는 여섯 가지 주장도 마땅히 그런 줄 알아야 한다.”<sup>46)</sup>

장님들이 코끼리의 한 부분을 만져보고 하는 말도 코끼리에 관한 것이니 틀렸다고 할 수는 없다. 그러나 코끼리 전체를 설명하는 것은 아니므로 맞다고 할 수도 없다. 코끼리를 벽이라고 하는 사람과 기둥이라고 하는 사람의 주장은 실제로 완전히 틀린 말은 아니고 부분적으로 맞는 말이므로(‘各得其義’)<sup>47)</sup> ‘당신의 주장도 일리(一理)는 있다’는 부분 긍정으로부터 ‘화(和)’는 출발해야 한다.<sup>48)</sup> ‘코끼리는 벽이 아니야’라고 단언해버리면 두 사람 사이에는 그야말로 ‘벽’이 생긴다. 굴복을 강요한다. 당연히 화(和)는 그렇게 얻어지기는 어렵다. 그런데 코끼리를 전체로 보면 벽도 아니고 기둥도 아니다. 이 쟁론을 화해시키려면 코끼리 전체를 볼 수 있는 ‘눈 뜬 사람’이 있어야 한다. 장님 스스로 눈을 뜨든가 아니면 그런 지혜를 가진 제3자가 있어야 한다. 그 기준이 바로 ‘일심(一心)’이다. 불성의 본체는 바로 일심이며, 그 일심은 일체의 변견(邊見)을 멀리 여의는 것이다. 일체의 변견을 멀리 떠났기 때문에 도무지 해당되는 것이 없는 것이다. 일심은 화쟁을 통해서 도달해야 할 목표이기도 하지만, 동시에 코끼리 전체를 조망할 수 있는 ‘뜬 눈’, 지혜의 역할도 하는 것이다. 경전에 있는 모든 내용은 이 일심에 도달하기 위한 방편에 지나지 않는다.

45) “此諸師說皆是非 所以然者 佛性非然非不然故 以非然故諸說悉非 非不然故諸義悉是.” 원효, 열반중요, 한불전 1, 538-중.

46) “如彼盲人各各說象 雖不得實非不說象 說佛性者亦復如是 不即六法不離六法 當知此中六說亦爾 出體門竟.” 원효, 위의 책, 한불전 1, 539-상. 이 비유를 ‘군맹모상(群盲摸象)’ 또는 ‘군맹평상(群盲評象)’이라고 한다. 열반경, 제23 사자후보살품에 나오는 이야기이다.

47) 원효, 열반중요, 한불전 1, 530-상.

48) 박태원, 원효-하나로 만나는 길을 만들다, 2012, 178면 이하.

자신의 견해를 절대화한 나머지 상대방 견해의 부분적 타당성을 보지 못하는 잘못에 대한 이야기로는 ‘갈대구멍으로 하늘 보기’의 비유가 있다. “불도(佛道)는 넓고 탕탕하여 걸림이 없고 범주가 없다. 영원히 의지하는 바가 없기에 타당하지 않음이 없다. 이 때문에 일체의 다른 교의가 모두 다 불교의 뜻이요, 백가의 설이 옳지 않음이 없으며, 팔만의 법문이 모두 이치에 들어간다. 그런데 자기가 조금 들은 바 좁은 견해만을 내세워, 그 견해에 동조하면 좋다고 하고 그 견해에 반대하면 잘못이라고 하는 사람이 있다. 마치 갈대 구멍으로 하늘을 보는(葦觀窺天) 사람이, 갈대 구멍으로 하늘을 보지 않은 사람은 모두 하늘을 보지 못하는 자라고 하는 것과 같다. 이런 것을 일컬어 식견이 적은데도 많다고 믿어서 식견이 많은 사람을 도리어 헐뜯는 어리석음이라고 한다.”<sup>49)</sup>

부분적 타당성을 나타내는 말로 ‘도리(道理)’를 쓰기도 한다. “이 두 주장에 모두 도리가 있다(皆有道理). 그 까닭은 열반과 깨달음은 공통점도 있고 차이점도 있기 때문이다. 차이의 측면에서 말하면, 깨달음은 과위(果位)로서 능히 증득하는 덕에 있으니 사성제의 도제(道諦)에 속하고, 열반은 과위에서 증득하는 것으로서 멸제(滅諦)에 속한다. 공통의 측면에서 말하면, 과위인 도제도 열반이고 과위에서 증득한 진여 역시 깨달음이다.”<sup>50)</sup> “문기를, 만일 이 경문(經文)에서 ‘불성이 삼세(三世)인 것도 되고 삼세 아닌 것도 된다’고 한 것은 응당 둘로 구별한 것이고 하나의 덕에 나아간 것은 아니다. ‘삼세가 된다’는 것은 화신(化身)의 형색이요, ‘삼세 아닌 것이 된다’는 것은 보신(報身) 부처의 내덕(內德)이다. 이와 같이 두 가지 뜻을 분명히 볼 수 있는데, 어찌하여 수고롭게 실덕(實德)에 나아가 알기 어려운 설명을 하는가? 답하길, 그대의 본 것이 또한 일리가 있다(汝所見亦有道理). 새로 배우는 이들을 위해서는 응당 이렇게 말해야 한다. 그러나 만일 새로 배우는 이가 아니어서 정해진 고집이 없는 이라면 이들을 위해서는 응당 앞의 말씀과 같이 해야 한다.”<sup>51)</sup>

49) 원효, 보살계범지범요기, 한불전 1, 583-상.

50) 원효, 열반종요, 한불전 1, 528-상.

51) 위의 책, 543-중.

### 3. 조건문으로 이해하기

쟁론의 화해는 나와 너 사이의 거리를 없애는 것인데, 이것은 상대의 주장에 대한 이해를 전제로 한다. 즉 상대의 주장 가운데서 내가 이해할 수 있는 ‘일리(一理)’를 찾아내야 한다. 그러한 주장이 나오게 된 배경을 이해하는 것인데, 불교적으로 말하자면, 그 주장의 직접원인(因)과 간접원인(緣)을 찾아서 ‘조건적으로’ 이해하는 것이다. 이것은 상대의 주장에 대한 ‘연기적(緣起的) 이해’라고 할 수 있다.<sup>52)</sup> 조건적 이해는 상대의 주장 가운데서 일리를 찾아낼 수 있는 능력을 높여서 나와 너의 차이를 좁힌다. 도무지 이해할 수 없던 것이 이제 이해 못할 게 없는 상태로 변화되는 것이다. 파랑색을 빨간 색이라고 주장하는 사람이 있다. 알고 보니 그는 색맹이었다. ‘그가 색맹이라면’ 빨간 색 주장도 일리는 있다. 이해 못할 바는 없는 것이다. 위 인용에서 이탤릭체로 쓴 것이 원효가 화쟁을 위해 사용한 조건적 이해에 해당된다. 상반된 두 주장이 있는데, 하나는 ‘차이의 측면에서 보면’ 옳고, 다른 것은 ‘공통의 측면에서 보면’ 역시 옳다. 결론은 모두 옳다. ‘새로 배우는 이들이라면’, ‘만일 새로 배우는 이가 아니어서 정해진 고집이 없는 이들이라면’ 마찬가지로 두 주장 모두 일리가 있는 것이다.

연기적 이해에 의한 쟁론치유 사례를 하나 더 들어보자. 붓다는 고행을 통해서만 해탈할 수 있다고 주장하지 않는다. 그럼에도 고행주의에 대한 질문에 다음과 같이 답한다.<sup>53)</sup> “장자여, 나는 모든 고행을 해야 한다고도 말하지 않고, 모든 고행을 하지 않아야 한다고도 말하지 않는다. 나는 모든 소임을 실천해야 한다고도 말하지 않고, 모든 소임을 실천 하지 않아야 한다고도 말하지 않는다. 나는 모든 노력을 해야 한다고도 말하지 않고, 모든 노력을 하지 않아야한다고도 말하지 않는다. 나는 모든 놓아버림을 놓아버려야 한다고도 말하지 않고, 모든 놓아버림을 놓아버리지 않아야 한다고도 말하지 않는다. 나는 모든 결정을 결정해야 한다고도 말하지 않고, 모든 결정을 결정하지 않아야 한다고도 말하지 않는다. 장자여, 고행을 하여 해로운 법들

52) 박태원, 원효의 화쟁논법과 쟁론 치유, 불교학연구 제35호(2013), 123면 이하.

53) 위 논문, 126면.

이 증장하고 유익한 법들이 쇠퇴하면, 그런 고행은 하지 않아야 한다고 나는 말한다. 그러나 고행을 하여 해로운 법들이 쇠퇴하고 유익한 법들이 증장하면, 그런 고행은 해야 한다고 나는 말한다.”

붓다 자신은 분명히 고행주의에 반대하는 입장이다. 그럼에도 자신의 생각을 ‘무조건적으로’ 내세우지 않고, 상대의 주장을 ‘조건적으로’ 이해하여 쟁론을 화해시킨다. 나는 고행주의를 택하지 않지만, 사람에 따라서 ‘고행을 하여 해로운 법들이 쇠퇴하고 유익한 법들이 증장하면’이라는 조건을 붙여, 그런 사람은 고행을 해야 한다고 말한다는 것이다. 원효는 붓다의 원음을 듣고 있다.

#### 4. 주제 관련성 판단하기

그런데 문제는 이 조건의 범위가 매우 넓다는 것이다. 이것은 마치 형법의 인과관계 학설에서 말하는 ‘조건설’과 흡사하다. 그 사람이 범행에 이르게 된 조건의 범위는, 사람으로는 인류 조상까지 가야 하고, 범행에 사용된 물건으로는 땅 속에 있는 원시광물까지 가야 한다. 이처럼 어떤 결과에 대한 조건의 범위는 무한대이다. 연기적 이해의 조건도 정리가 불가능하다. 무슨 주장이든지 조건을 붙이면 이해 못할 것이 없다. 화쟁의 대상이 되는 쟁론 방향이 한 곳을 향하고 있다는 전제가 있어야 한다. 그렇지 않은 화쟁은 맹목적일 뿐이고 화해의 가치가 전혀 없는 것이다. 무엇을 위한 화합인지 방향성이 없다. 말하자면, 앞서 말한 삼각구도의 꼭짓점이 없는 경우라고 할 수 있다. 주장의 계열(門)을 구분하여 주제와 관련된 조건으로 제한하는 것은 꼭 필요한 전제라고 할 수 있다. 원효는 일정한 견해의 조건적 타당성을 성립시키는 인과계열을 ‘문(門)’이라고 표현한다.<sup>54)</sup> 십문화쟁론에서 말하는 십문이 ‘열 가지 주제’나 아니면 연기적 인과계열에 대한 열 가지 화쟁이론이냐 하는 논란은 전문가들의 논의에 맡긴다. 형법의 인과관계 판단에 등장하는 ‘합법칙적 조건설’이 연상되는데, 성급한 연결은 피하고 싶다. 형법의

54) 상세한 것은 박태원, 위의 글, 115면 이하.

논의 ‘계열’은 아무래도, 방대한 경전의 경우와 달리, 일정한 주장의 주제 관련성으로 이해하는 것이 편할 듯싶다. 주제에서 벗어난 쟁론은 조건적으로 이해할 필요가 없는 대상이다.

## 5. 자기주장에 집착하지 않기

상대의 주장을 조건적으로 읽어 그 가운데서 일리를 찾아내는 일은 나의 주장이 절대적으로 옳다는 집착이 있어서는 불가능하다. 나의 관점과 태도에만 머물러서는 불가능하다(‘無住’) 상대의 주장이 부분적으로 타당하다는 인정은 곧 나의 주장도 부분적으로 밖에 타당하지 않을 수 있다는 여지를 남겨두어야 가능하기 때문이다.<sup>55)</sup> “만일 한 쪽에만 한결같이 그렇다고 집착하면 두 설을 다 잃을 것이요, 만일 상대를 인정해주어 자기 설만 고집함이 없으면 두 설을 다 얻을 것이다.”<sup>56)</sup> 고집멸도(苦集滅道)는 불교의 근본교리에 속한다. 여기에서 번뇌가 쌓여서 만들어진 ‘집(集)’은 모두 허망한 집착(妄執)에서 생긴 결과이다. 이 허망한 집착을 버려야 열반의 상태에 들 수 있다. 집착에 머무르지 않고(無住) 떠날 때 걸림 없이 오고갈 수 있고 화합은 가능하다. 그렇다면 원효가 말하는 화쟁은 멸집(滅執)을 이룬 부처의 경지가 되어야 가능하다는 말일까? 그것은 요원하고 생멸에 허덕이는 중생들에게는 크게 도움 될 것이 없다. 형법도 마찬가지이다. 논쟁을 벌이고 있는 두 사람에게 ‘우리 기도합시다’라고 말하는 것과 다를 바 없을 것이기 때문이다.

그러나 멸집이 불교의 중요한 이론이라고 해서 처음부터 손사래를 칠 필요는 없다. 종교와 과학의 분별은 구시대적이다.<sup>57)</sup> 뿐만 아니라, 불교의

55) 벨포 경: “우리가 최상의 진리라고 여기는 것은/절반의 진리에 불과하다./어떤 진리에도 머물지 말라./그것을 다만 한여름밤을 지낼 천막으로 여기고/그곳에 집을 짓지 말라./왜냐하면 그 집이 당신의 무덤이 될 테니까./그 진리에 회의를 느끼지 시작할 때/그 진리에 반박하고 싶은 생각이 들 때/슬퍼하지 말고 오히려 감사히 여기라./그것은 침구를 거두어 떠나라는 신의 속삭임이니까. 류시화 잠언시집에서.

56) “若執一邊謂一向爾者 二說皆失 若隨分無其義者 二說俱得.” 원효, 열반종요, 한불전 1, 57-상.

57) 종교와 과학의 관계에 대해서는 나의 글, 형법과 불교사상, 고려법학 제65호(2012), 101면 이하 참조.

역사는 사실에 속한다. 붓다를 비롯한 부처는 실존인물이었고, 그들의 행적 또한 모두 역사적 사실에 속한다. 그리고 그들이 행한 모든 설법은 지극히 구체적이고 현실의 인간을 대상으로 하고 있다. 그래서 경전에는 관념적인 내용이 없다. 왜 집착을 내려놓으라고 하는가? 그것은, 아무리 선한 목적일지라도 집착을 버리지 않으면 사람은 불행해진다는 진리를 보았기 때문이다. 눈에 넣어도 아프지 않은 자식이라고 말한다, 그러나 자식한테 집착하면 그 자식은 망친다. 자본주의 사회에서 돈 없이 살기란 힘들다. 그래서 돈은 소중한 것이다. 그러나 돈에 집착하면 그 돈은 사람을 불행하게 만든다. 그 돈이 사람을 죽이기까지 한다. 건강을 잃으면 모든 것을 잃는다고 한다. 그렇게 소중한 건강이라도 집착하면 그 사람은 거꾸로 병 든다. 모름지기 부부는 일심동체, 검은 머리 파뿌리 될 때까지 사랑만 해도 부족하다고 한다. 그러나 그 사랑이 지나쳐서 집착의 정도에 이르게 되면 사랑은 의무증이라는 정신병으로 돌변한다. 그러나 이 모든 것들을 다 내려놓으면, 즉 집착을 버리면 오히려 소망한 것이 이루어지니 사성제(四聖諦)에 멸집이 들어가는 것이다. IS는 종교교리에 대한 집착의 끝을 보여주는 단적인 예이다. 정치논쟁, 형법논쟁이라고 다를 것은 없다. 집착하는 순간 논쟁의 목적은 온데간데없고 논쟁 그 자체가 목적이 되고 자존심이 된다. 사소한 말다툼이 칼부림으로 이어지는 경우가 어디 저 세상의 이야기이던가. ‘집착 내려놓기’는 일심에 도달하기 위한 수단이지만, 그에 앞서 중생들의 인간존엄 실현, 행복 실현을 위한 훌륭한 방안이다. 화쟁에서 ‘집착하지 않기’의 요구는 고매한 이론이 아니라 매우 실천적 요청이다. 이 주장을 멸집에 성공한 사람들(부처)만 화쟁할 수 있는 것으로 이해하면, 그 이해는 너무 좁다. ‘화쟁’을 말하는 것도 그것이, 현실적인 가능성여부와 상관없이, 미래지향적으로 이루어져야 할 당위적 가치이기 때문이다. 화쟁은, 논쟁에 집착하지 않기를 통해서 훨씬 쉽게 달성할 수 있다. 집착하지 않는 현실적 방법으로는 논쟁에 일정한 거리를 두는 것을 생각해 볼 수 있다. 논쟁을 타자화하고 객관화하는 것이다. 쟁론에 자신의 인격이 걸렸다고 여길수록 화해는 그만큼 멀어진다. 쟁론은 사람들이 주장하는 견해의 충돌에 지나지 않는다. 사람 자신이 연기적 변화의 지배에 있을진대, 그가 하는 주장의 생명력도 같은 변화의 대상이라는 사실

을 알 필요가 있다.

지혜의 눈으로 보면, 쟁론에 참여한 주체들의 자아는 자성이 없다(無我).<sup>58)</sup> 자성(自性)이 없다는 말은 자신의 성질만으로 자신에 대한 정의를 내리기 힘들다는 것을 의미한다. 무엇이 있다고 말하려면, 그것의 성질을 말함으로써 그것이 무엇인지 밝힐 수 있어야 한다. 자성이 없으면 실체가 없는 것이고, 실체가 없다는 말은 실재하지 않는다는 말이다. 무아가 유견(有見)이라는 것은 앞뒤가 맞지 않는다. 실체가 없는 자가 어떻게 실체가 있는 견해를 가질 수 있는가. 그는 역시 실체가 없는, 연기적 견해를 잠시잠깐 가질 수 있을 뿐이다. 여기에 집착하는 것은 허공을 붙잡겠다는 것과 다르지 않다. 그러면 무착(無着)의 귀결점은 유쟁론일까 무쟁론일까? “집착을 떠나 말하면 합당하지 않음이 없으니, 집착하는 자는 말대로만 받아들여 파괴하지 않음이 없다.”<sup>59)</sup> 무쟁론을 두고 화해를 말할 필요는 없다. 처음부터 화쟁이었고 한 맛(一味)이 있을 뿐이다. 일심의 눈으로 보면 이렇다. 그러나 미망으로 밝은 눈을 잃은 현실의 인간은 자신을 유자성(有自性)이라고 철저하게 믿기 때문에 쟁론이 생긴 것이고, 이것을 화합하여 일심에 도달하는 방편으로 화쟁의 방법을 가르치고 있는 것이다. 아래 인용에서 중생의 집착과 일심의 무착(無着)이 잘 대비되어 있다.

“오직 보신(報身)에 대해서는 두 가지 고집이 따로 일어나는데, 상주(常住)를 고집하는 것과 무상(無常)을 고집하는 것이다. …어떤 이는 ‘다 맞기도 하고 다 맞지 않기도 하다’고 말한다. 그 까닭은, 만약 오직 일변(一邊)만을 고집하면 모두 과실이 있지만 걸림이 없이 말하면 모두 도리가 있기 때문이다. …이러한 도리에서 보면 두 주장이 모두 맞는 것이다.”<sup>60)</sup>

“묻기를, ‘남토(南土)와 북방의 이 주장들은 어느 것이 맞고 어느 것이 맞지 않는가?’ 답하길, ‘만일 일변(一邊)만을 고집해서 한결같이 그러하다고

58) 자세한 내용은 위의 글, 118면 이하.

59) “離著而說無不當故 若有著者如言而取無不破壞故非實相.” 원효, 대혜도경중요, 한불전 1, 481-상.

60) 원효, 열반중요, 한불전 제1책, 536-상, 537-중.

말하면 두 주장 모두 맞지 않다. 그러나 분수를 따르고 특정된 뜻이 없으면 두 주장 모두 맞다.’”<sup>61)</sup>

“물기를, 이와 같은 두 분 주장 가운데 어느 것이 맞고 어느 것이 맞지 않는가? 답하길, 만일 말만을 따라 취하면 두 사람 말이 다 잘못된 것이라 하겠다. 그것은 서로 대립하고 다투어서 부처님의 근본 뜻을 잃어버리기 때문이다. 그러나 만일 고정된 집착을 하지 않으면 두 사람 말이 모두 맞다 하겠으니, 법문에 걸림이 없어서 서로 방해가 되지 않기 때문이다.”<sup>62)</sup>

## V. 형법이론과 화쟁

‘국민’의 인간존엄 실현은 ‘일반인’과 ‘범죄인’의 인간존엄 실현으로 달성될 수 있다. 일반인과 범죄인은 ‘국민’을 형법적으로 분류한 것이라고 할 수 있다. 그리고 양자의 실현정도는 동등해야 하고, 그 숫자의 차이나 도덕적 가치를 평가하여 비중을 달리해서는 안 된다. 조금이라도 차이를 두는 순간, 그것은 전체주의 형법의 시작이 된다는 사실을 명심해야 한다.<sup>63)</sup> 범죄인은 ‘나쁜 집단’이라는 생각, 어찌면 매우 당연하고 옳은 것으로 보이는 이 생각으로부터 전체주의 형법은 출발하였다. 히틀러도 그랬고, 우리 역사의 군사정권도 이와 다르지 않았다. IS의 극단주의는 또 어떤가. 그러나 이런 생각이 역사상 성공한 적도 없고 또 성공할 수 없는 이유는 자신이 보호하고자 하는 나의 이익이 자신을 위해 침해하는 상대방의 이익과 뿔 수 없는 관계라는 사실 때문이다(不二). ‘오늘’ 범죄인에 대한 문제가 바로 ‘내일’ 나의 문제로 둔갑한다는 데 형법이론의 어려움이 있다. 따라서 오늘 범죄인에 대한 적절한 법치국가적 권리를 보장해주지 않으면 바로 내일 내가 그런 상황에 처할 수 있기 때문에 나와 너, 보호목적과 보장목적의 이항대립으로 는 문제가 풀리지 않는다. ‘나’는 ‘너’를 전제한 개념이다. 네가 없으면 나라

61) 위의 책, 547-상.

62) 위의 책, 529-상.

63) 나의 형법총론 제12판(주 4), 8/24 이하.

는 말이 있을 필요가 없다. 이처럼 나와 너는 불이(不二)이기 때문에 서로 교류한다. 나는 네가 되고 너는 내가 되기도 한다. 이렇게 사람은 불이다. 사람 사는 곳에서 ‘나만’이라는 공식은 성립하지 않는다. 네가 불행하면 나도 불행해지기 때문에 불이다. 네가 불행한데 ‘나만’ 행복할 수는 없다. 자신은 행복할 수 있다고 생각할지 모르나, 그건 행복이 아니다. 상대방이 행복해야 나도 행복해질 수 있다.<sup>64)</sup> 그래서 선물은 받은 사람보다 준 사람이 더 행복해 하는지도 모른다. 처음부터 태어난 범죄인은 없다. 모두 범죄란, ‘나에게 있을 수 없는 일’, ‘남의 일’로 생각했던 사람들로부터 일어난다. 뉴스거리가 되는 중대 범죄만 범죄로 생각할 일은 아니다. 우리나라처럼 형법이 많은 나라는 범죄가 의외로 나와 가까이 있다. 구체적 예를 들 필요까지는 없으나, 말을 한 번 잘 못해도, 손을 한 번 잘 못 놀려도 범죄자가 된다. 범죄에 아주 치밀한 고의범만 있는 것은 아니다. 자신이 전혀 예상하지 못한 범죄도 얼마든지 있다(인식 없는 과실). 억울하게 누명을 쓴 경우는 왜 또 없겠는가. 범죄가 형법에만 있는 것도 아니다. 행정법, 민법, 노동법, 상법 등 형벌을 규정하고 있는 법률이 150여개가 넘는다. 형벌은 다 똑 같다. 똑 같이 교도소 가고 전과자 낙인찍히는 것도 동일하다. 이렇게 갑자기 범죄자가 된 사람이 만일 ‘어제’ ‘범죄자를 죽여라’라고 외쳤던 사람이라면, ‘오늘’ 자신을 향해 이제 ‘나를 죽여라’라고 외쳐야 논리적으로 맞다. 그러나 그렇게 하는 사람은 없다. 사람은 모두 살고 싶지 죽고 싶은 사람은 없기 때문이다.

그러면 이렇게 한 번 범죄자가 되면 그 사람은 영원히 거기에 머무는가? 아니다. 교도소에서 사망하지 않는 한, 그 사람은 다시 일반인으로 복귀한다. 사형도 선고는 하지만 사실상 집행을 안 한지 오래 되었고, 종신형 제도도 없으니 현재 교도소에 수감되어 있는 5만 여명은, 위의 예외적 경우를 제외하고, 거의 대부분 사회로 복귀한다고 보면 틀림없다. 범죄인과 일반인의 구별은 일시적일 뿐이고 따라서 본질적으로 보면 양자는 불이관계이다. 그래도 범죄인은 어쨌거나 ‘나쁜 짓’을 한 사람이기 때문에 일반인보호를 조

64) 인간(人間)이라는 말은 곧 ‘사람 사이’를 뜻한다. 따라서 인간존재(人間存在, Zwischen Menschen)는 사람 사이의 존재라는 의미이다. 네가 되는 나는 곧 하나의 다른 타인(ein fremder Anderer)이기도 하다. 심재우, 사회적 행위론, 법조(1975.7), 76면.

금 우선해도 괜찮지 않겠는가 하는 생각을 할 수 있다. 그러나 이것은 오늘날 일반인이지만 내일 범죄인이 될 수 있는 사람들, 곧 동시에 일반인 보호에 대한 양보를 의미해야하기 때문에 받아들이기 어렵다. 나와 너의 비중은 50:50으로 균형을 이루어야 한다. 그렇지 않으면 풍선효과가 나타난다. 그래서 형법은 어렵고 학설 대립이 많다.

여기까지는 ‘이론’이다. 형법이론의 핵심에 속하는 부분이다. 이론은 말이다. 이론은 달을 가리키는 손가락이고 지붕으로 올라가는 사다리일 뿐이다. 달을 보려면 손가락을 떠나야 하고, 지붕에 오르려면 사다리에서 내려야 한다. 달과 지붕을 위해서 손가락과 사다리라는 방편을 사용하지만 이것이 목적은 아니다. 형법이론도 마찬가지로, 일반인과 범죄인의 인간존엄 실현을 위해 이론을 손가락, 사다리로 사용하지만 궁극적 목적은 손가락 너머에 있는 달, 사다리를 타고 올라간 지붕이지 이론 그 자체가 목적은 아니다. 이 이론을 안다고 해서 달라질 것은 아무 것도 없다. 손가락과 사다리는 아무리 쳐다봐도 달과 지붕이 나오지 않는다. 지금까지 형법이론은 이 점에 한계가 있었다고 생각한다. 그것은 손가락과 사다리에 관한 설명이었을 뿐이다. 이론은 부족함이 없다. 어찌면 너무 많이 알기 때문에 하나도 아는 것이 없는지도 모르겠다. 우리나라 형법현실이 이와 같이 된 것이 이론이 부족하기 때문일까? 만일 몰라서 그렇다면 간단히 해결할 수 있다. 그러나 다 아는 데도 다른 방도가 없었다면, 그 병은 쉽게 고쳐질 것 같지는 않다. 원효에 따르면, 말에는 문어(文語)와 의어(義語)가 있다고 한다.

‘글로 된 말(文語)’은 뜻에 대해 말해주는 바가 없는(無言於義) 말을 말하고, ‘뜻을 담은 말(義語)’은 뜻이 말에 맞고 말이 뜻과 같은 것을 의미한다. 부처님 말씀은 뜻의 이치와 원리에 맞게 말하기 때문에 곧 뜻의 말이며, 뜻이 없는 범부의 말과는 다르다. ‘뜻을 담은 말이지 문자가 아니라(義語非文)’ 함은 말이 단지 공허한 문자(空文)에 불과한 것이 아니라 참뜻(實義)에 합당하기 때문에 하신 말씀이며, ‘글로 된 말이지 뜻이 아니라(文語非義)’ 함은 말이 참뜻과 상관없이 공허한 문자에 그치기 때문에 하신 말씀이다.<sup>65)</sup>

65) 원효, 금강삼매경론, 하권, 한불전, 제1책, 653-중-하.

그러면 형법이론이 의어(義語)가 되는 방법은 어디에 있을까? 형법이론이 추구하는 달은 일반인과 범죄인의 인간존엄이다. 일반인에 대한 부분은 지나칠 정도로 강조되고 있으니 반복할 필요는 없겠다. 오히려 역사상 모든 전체주의는 이 점을 구실로 삼았다는 점을 늘 경계해야 한다. 문제는 범죄인이다. 인간존엄은 사람됨의 가치인데, 그러기 위해서는 범죄인이 나와 똑같은 ‘사람’으로 보여야 한다. 나와 범죄인의 불이를 아는 것(‘學語’)을 넘어서 실제로 그렇게 보아야 한다. 불이의 실천이다. 말만 배우는 사람은 말과 행동이 같을 수 없다(學語之輩 言行相違). 그 방법은, 그토록 소중하게 여기는 ‘나’의 실체가 사실은 자성이 없으며, 나 밖에 있는 사대(四大)가 잠시 뭉친 연기적 산물에 지나지 않는다는 사실을 깨닫는 것으로부터 출발해야 한다.<sup>66)</sup> 신체, 정신 어디에도 나의 실체는 찾을 수 없다. 사지가 없는 사람은 어떻게 되며, 정신은 ‘나’에게 붙은 부산물이자 스스로 주체가 되는 것은 아니다. 즉 ‘나의’ 정신인지 ‘내’가 곧 ‘정신’은 아니다. ‘내’가 없는 정신은 주인이 없는 정신이다. 또 일정한 정신상태가 사람의 자성이라면, 치매에 걸린 할머니는 자성이 없으므로 ‘사람’이 아니라는 결론이 되어야 하는데 받아들이기 어렵다. 우리가 보는 것은 모두 그림자이다(凡所有相 皆是虛妄). 위용을 뺏내는 고층아파트의 본체는 미진(微塵)이다. 아무리 거대한 빌딩이라도, 그 인연이 다하는 날, 그것은 언젠가는 한낱 티끌로 돌아간다. 예외가 없다. 2001.9월 911 테러는 110층 세계무역센터(WTC) 쌍둥이 빌딩이 사실은 미진에 불과하다는 것을 전 세계에 생생히 보여주었다.<sup>67)</sup> 그라운드 제로(Ground Zero)에 남은 것은 미진 밖에 없었다. 세계무역센터의 주인은 다름 아닌 미진이었다. 나의 살갓이 나인가? 그것도 어제의 그것은 아니다. 내일은 또 달라진다. 이것도 그 인연이 다하는 날 각자 모두 자기가 왔던 곳으로 되돌아간다. 흙, 바람, 물, 불로 돌아간다. 내 몸 안의 피 한 방울 속에 있는 물의 역사를 한번 생각해 보자. 얼마를 돌고 돌아서 내 몸 속까지 왔을까. 내 몸을 빠져나가서는 또 어디를 돌고 돌겠는가. 내가 마시는 이 공기는 얼

66) 무아(無我)에 대해서는 나의 글, 형법과 불교사상(주 57), 118면 이하.

67) 1971년에 완공된 1동의 높이는 417m(2동은 415m), 당시로서는 세계에서 최고층이었다고 한다. 이 밖에도 다섯 동의 부속건물이 함께 먼지 속으로 사라졌다.

마나 많은 사람, 동물, 식물들의 숨이 되고 난 뒤에 나한테까지 왔을까. 영원히 돌 뿐(‘輪廻’) 상주(常住)하는 것은 없다. 그래서 나를 포함해서 눈에 보이는 모든 것이 사실은 허상이라는 사실을 알면 진리를 보는 것이라고 하였다(若見諸相非相 卽見如來). 실체가 없다고 하는 점에 나와 너는 둘이 아니다(不二).<sup>68)</sup> 일반인이나 범죄인이나 평등하다. 100층 빌딩이나 초가삼간이나 그 본체가 미진이라는 점에서는 차이가 없다. 범죄조차도 본체에 입힌 ‘옷’에 지나지 않는다. 내가 겹겹이 껴입은 많은 옷들을 한 번 생각해 보자. 벗으면 그만인 그 ‘옷’들이 나의 본질과 무슨 상관이 있는가. 일심의 눈은 옷을 보지 않는다. 겉모습을 보고 일희일비하는 것은, 청소년들은 잠깐 그럴 수 있을지 모르지만, 지혜로운 사람이 취할 태도는 아니다. 여래장(如來藏) 사상, 천상천하유아독존 사상은 범죄자가 나와 얼마나 동등한 사람이고 소중한 존재인가를 보여주는 좋은 이론이다. 자신의 죄업에 대한 대가는 인과법에 따라서 그가 치러야 할 몫이다. 내 영혼까지 오염시키면서 내가 관여할 문제는 아니다. 이렇게 해서 단순한 말(이론)이 아니라 일심으로 범죄자가 아닌 ‘사람’이 눈에 들어오면, 나와 범죄자의 불이 내지 그 불이의 실천, 형법에서 진정한 쟁론의 화해, 형법이론의 완성은 달성될 수 있을 것으로 생각한다.

## VI. 결론 - 학자(學者)와 학어자(學語者)

오래전 일이다. 학생 시절 독일에 유학 갔을 때, 당시 그곳 형법학계의 화두는 ‘이론과 실천의 통합’(Integration von Theorie und Praxis)이었다.

68) 세계 제일의 갑부가 죽음에 직면하였다. 그에게 물었다. “부자와 가난한 사람은 둘입니까, 아니면 하나입니까?” “끓었을 때는 둘이었는데, 지금 보니 하나야” - 만일 이렇게 답변했다면, 결론은 불어이다. “무덤들 사이를 거닐면서/하나씩 묘비명을 읽어 본다./한두 구절이지만/주의깊게 읽으면 많은 얘기가 숨어 있다./그들이 염려한 것이나/투쟁한 것이나 성취한 모든 것들이/결국에는 태어난 날과 죽은 날짜로 줄어들었다./살아 있을 적에는/지위와 재물이 그들을 갈라놓았어도/죽고 나니/이곳에 나란히 누워있다.... 불어를 노래한 임옥당의 시. 류시화 잠언시집에서.

신선하고 새로웠다. 법학은 이렇게 공부하는 것이구나 하는 감동도 받았다. 그리고 귀국 후, 짧은 능력에, 판에 박힌 교수, 학자 생활하기도 버거운 시기가 지나고 자신을 돌아볼 수 있는 여유가 생겼을 때, 허허로움에 많은 독서 편력을 하였다. 나는 어느 지인이 별 생각 없이 건네준 휴정(休靜) 서산(西山, 1520-1604)의 선가귀감(禪家龜鑑)을 읽고 있었다. 그 속에서 ‘학어지배(學語之輩)’라는 말을 만났다.<sup>69)</sup> ‘말만 배우는 무리’라는 뜻이다. 나도 배우고 가르치는 사람인데, ‘말만’ 그렇게 하지 않았나 하는 반성은 독일에서 역시 말로 경험한 ‘이론·실천 통합’ 정도가 아니었다. 나는 학자(學者)인가 아니면 학어자(學語者)인가. 학어자가 아니라는 자신이 없었다. 그것은 지금도 마찬가지이다. 분명히 말만 배우는 것이 학문은 아니다. 공부의 ‘학습(學習)’은 배움과 익힘인데, 이 때 ‘익힘’은 배운 것을 연습하고 내 몸에 체득하여 실천한다는 의미를 가지고 있다. 그래서 선조들은 입으로 읽기만 하고(口讀) 마음으로 체득(心體)하지 않고 몸으로 실천(身行)하지 않으면 ‘책은 책대로 나는 나대로’ 걸돌게 되어 아무 쓸모가 없다고 하였다.<sup>70)</sup> 우리는 진즉 실천 없는 이론은 학문으로 보지 않았다. 이론과 실천의 통합은 다시 강조할 필요가 없는 상식에 속하는 문제였던 것이다. 서산은 이것을 ‘학어’라 하였고, 비하하는 의미를 담아 ‘사람’(者)도 아닌 ‘떼거리’(輩)로 표현하였다.

나는 사람이고 싶었다. 헌법이 말하는 존엄한 ‘인간’에 속하고 싶었다. ‘떼거리’가 되기는 싫었다. 학자가 되길 원했지 학어자가 되기는 싫었다. 그래서 생긴 것이 ‘지금 내가 이 이야기를 왜 여기서 하고 있는 거야?’라는 자기 검열의 버릇이다. 이 질문에 대한 대답을 찾지 못하면, 나는 알량한 이론을 팔아먹고 사는 ‘꾼’에 지나지 않는다. 무성한 이론에도 불구하고 세상이 이토록 바뀌기 힘든 것도, 사회 각 분야의 지도자들이 ‘말 따로 행동 따로’하기 때문이 아닌가 생각한다. 문어(文語)만 쓰고 의어(義語)는 쓰지 않으

69) “學語之輩 說時似悟 對境還迷 所謂言行 相違者也”: “말만 배우는 무리들은 말할 때에는 깨친 듯 하다 실지 경계에 당하게 되면 도리어 미혹하게 되나니 이른바 말과 행동이 서로 다른 자로다.” 서산, 선가귀감, 한문본 23.

70) 격몽요결, 독서장 제4: “若口讀而心不體 身不行 卽書自書 我自我 何益之有.” 내 논문, 세종의 호학, 고려법학 제52호, 2009, 35면, 주 77; 법치국가형법과 불이사상, 고려법학 제69호, 2013, 200면 이하 참조.

며, 학자가 아닌 학어자가 득세하기 때문이 아닌가 생각한다. 성경에도 의인 10명만 있으면 소돔과 고모라는 구원할 수 있다는 말씀이 있다. 우리에게 필요한 것은 학자이지 학어자가 아니다. 문어를 쓰는 사람이 아니라 의어를 쓰는 사람이다. 형법을 이 목표에 가깝게 할 수는 없겠는가 하는 시도로 이 글을 출발하였다. 그리고 그 전형을 우리는 원효한테 찾고 있다. 왜 원효인가? 1400여 년 전 이 땅에 온 민족의 스승 원효는 어떤 사람인가? 원효는 100여부 240여권의 저서를 남긴 위대한 학자이고 문장이었다. 그의 교학은 한국불교의 토대를 마련하였을 뿐만 아니라 우리 문화의 ‘첫 새벽(元曉)’을 열었다. 그의 명성은 우리나라를 넘어 중국과 일본, 천축(인도의 옛 이름)까지 떨치면서 동방의 성인으로 추앙되었다. 원효의 ‘오른 쪽에 가는 선철(先哲)은 없으며 오직 용수(龍樹)와 마명(馬鳴)만이 그와 짝할 수 있다’는 평가를 받을 정도였다(대각국사 義天).<sup>71)</sup> 그러나 원효는 책 속에만 묻혀 사는 선님이 아니었다. 문자향서권기(文字香書卷氣)의 고매한 낭만에 젖어있던 사람이 아니었다. 만일 그랬다면 그는 학어자에 지나지 않았을 것이고, 그렇게 추앙받는 역사적 인물은 되지 못했을 것이다. 원효는 뛰어난 사상가이면서 동시에 보살행을 직접 실천한 행동가였다. 그는 열반에만 조용히 머무르지는 않았다(不住涅槃).<sup>72)</sup> 불도(佛道)의 궁극적 목표는 상구보리(上求菩提) 하화중생(下化衆生)이다. 아무리 훌륭한 불교이론이라도 여래장인 중생의 구제에 연결되지 않으면 한낱 공염불에 지나지 않는다. 원효는 무애박을 두드리면서 전쟁으로 심신이 피폐한 대중들과 함께 춤추고 노래하였다. 그들이 기뻐할 때 함께 기뻐해주고(隨喜), 그들이 슬픔에 잠겼을 때 그 슬픔도 함께 나누는데(隨悲) 온 힘을 다 기울였다. 그에게는 계율조차도 보살행에 장애가 될 수 없을 정도였다. 신분의 높고 낮음, 직업의 귀천, 나이의 많고 적음은 그들의 불성을 깨우치는 데 아무런 문제가 되지 않았다. 스님 원효에서 소성거사(小性居士-미천한 사람)가 되고, 승복을 벗어던지고 더벅머리가 되

71) 김상현, 위의 책(주 6), 14면 이하; 원효의 무애행과 화쟁사상의 현대적 의미, 전자불전 제11집(2009), 4면.

72) 은정희, 원효의 부주열반사상, 민족불교 2(1992); 금강삼매경론의 부주열반사상, 원효학 연구 제11권, 2006. 대승기신론소별기의 핵심사상은 부주열반사상이며, 원효의 대중 교화운동도 곧 부주열반사상을 구체화 한 것으로 본다.

어 거지행색을 하더라도 잠든 영혼을 깨울 수 있다면 아무 문제가 되지 않았다. 원효의 실천행은 자신의 온 몸을 던진 것이었다. 승려의 신분까지도 던진 실천행이었다. 원효의 탁월함은 그의 이론이 아니라 무애행이라는 보살행이 있었기 때문에 거꾸로 그의 이론이 뛰어날 수 있었다. 무애행이 없는 원효라면 아마 ‘과계한 괴짜 학승’ 내지 ‘글재주가 좋은 스님’ 정도의 평가 밖에 받지 못했을 것이다.

이런 원효가 쟁론의 화해, 화쟁(和諍)을 이야기 했다. 그의 사상은 문어(文語)가 아니다. 그는 실천할 수 없는 공허한 이론을 말하는 사람이 아니다. 손가락을 달이라고 우기는 사람이 아니다. 학여자는 달리 표현하면, ‘말장난 하는 사이비 학자’인데, 원효는 그런 사람이 아니다. 그러니 그의 화쟁 사상은 당연히 쟁론을 실제로 화해시킬 수 있는 내용을 담고 있어야 한다. 우리나라에서 범죄자는 형법‘이론’적으로는 ‘사람’이지만 실제로는 ‘사람’이 아니다. ‘범죄자’일 뿐이다. 헌법 제10조에는 ‘인간’ 존엄은 있어도 ‘범죄자’의 존엄은 없다. 이 형법이론이 완성되려면 범죄자가 사람이 되어야 한다. 형법 안에 있는 이론으로는 불가능해 보인다. 그가 ‘사람’으로 보이는 실천이 없는 그냥 ‘멋있는 말’일 뿐이다. 말이 세상을 바꾸지는 못한다. 모든 언설은 가명일 뿐 실체는 없다. 매우 생똥맞게도 형법과 종교, 형법과 불교를 말하고 다시 원효가 새삼스럽게 다가오는 것도 바로 이 한 가지 점 때문이다. 범죄자와 일반인이 불이(不二)가 될 수만 있으면, 생과 사의 불이는 떼어 놓은 당상이 아닐까?

진리는 아주 가까운 곳에 있는 법, 불교이론의 실천에서 그 해답을 찾을 수 있다. 사람이 연기적 산물이라면 그의 주장도 연기(緣起)의 지배를 받는 것이 순리이다. 사람이 상대적 존재라면 그의 주장 또한 마찬가지로 상대적 존재가 자신의 주장을 ‘절대적으로’ 옳다고 생각하는 것은 본질을 망각한 과잉이다. 내가 옳다고 생각하는 것은 단지 연기적으로 그러할 뿐이다. 즉 일정한 조건과 결합해서만 타당할 뿐이다. 같은 등식이 상대방에게도 적용된다. 상대의 주장도 절대적으로 틀린 것은 없다. 내게는 틀린 것으로 보이지만, 일정한 조건과 결합하면 내 견해만큼 타당할 수 있다. 즉 상대의 주장은 ‘전부’ 틀린 것이 아니라 조건문으로 이해하면 ‘부분적 타당성(一理)’을

가지고 있다. 상대방의 입장에서 본 나도 마찬가지이다. 이렇게 서로 상대방을 연기적으로 이해하여 상대방의 일리를 수용함으로써 쟁론의 화해는 자연스럽게 이루어질 수 있다. 나의 견해를 절대화하는 것은 마치 ‘코끼리의 벽’과 같아서 스스로 장님이라고 고백하는 것과 다를 것이 없다.

알면서도 실천이 어렵다. 그래서 코끼리를 전체로 볼 수 있는 ‘눈 뜬 사람’이 필요하다. ‘일심’이 필요하다. 일심은 염(染)과 정(淨), 진(眞)과 속(俗)의 양변을 여의었으나 중간이 아니므로 유무의 법이 제각각 이루어지고 시비의 뜻이 제각각 다 완전하다. 깨트림이 없되 깨트리지 않음이 없고, 세움이 없되 세우지 않음이 없으니 이치 없는 지극한 이치(無理之至理)이며, 그렇지 않은 가장 그러함(不然之大然)이다. 일심은 일변만을 고집하지 않으니 자기주장에 집착하지 않는다. 일심은 자신이 무자성임을 깨달은 경지이다. 무아자에게 집착할 견해는 없다. 그에게 어울리는 것은 연기적 견해이다. 집착은 파괴를 일삼지만 무착은 합당하지 않음이 없다.

‘눈’은 사람이 바뀌어야 바뀔 수 있다. 사람은 ‘뜻이 없는 글로 된 말’(非義文語)이 아니라 ‘글로 된 말은 아니지만 뜻을 담은 말’(非文義語)에 의해서 변화될 수 있다.

원효(元曉)의 화쟁(和靜)사상과 형법이론 - 배종대	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2016.04.27	2016.05.18	2016.06.13

## [참고문헌]

## [경전]

- 서산, 선가귀감, 한문본  
 원효, 금강삼매경론, 한국불교전서 제1권  
 —, 대승기신론별기, 한국불교전서 제1권  
 —, 대승기신론소기회본, 한국불교전서 제1권  
 —, 보살계범지범요기, 한국불교전서 제1권  
 —, 십문화쟁론, 한국불교전서 제1권  
 —, 열반종요, 한국불교전서 제1권  
 —, 무량수경종요, 한국불교전서 제1권

## [저서·논문]

- 고영섭, 원효의 통일학, 한국의 사상가 10인 - 원효, 2002  
 —, 나는 오늘도 길을 간다. 원효, 한국 사상의 새벽, 2009,  
 김상현, 역사로 읽는 원효, 1994  
 —, 원효연구, 2000  
 —, 원효의 무애행과 화쟁사상의 현대적 의미, 전자불전 제11집, 2009  
 김일수, 형법질서에서 사랑의 의미, 2013  
 —, 위헌형법·적대형법과 사랑의 형법, 고려법학 제65호, 2012  
 박대원, 원효-하나로 만나는 길을 열다, 2012  
 —, 『십문화쟁론』 ‘불성 유/무 화쟁’의 해석학적 번역과 논지 분석, 새한철학회 철학  
 논총 제72집 제2권, 2013  
 —, 원효의 화쟁논법과 쟁론 치유, 불교학 연구 제35호, 2013  
 배중대, 형법총론 제12판, 2016  
 —, 세종의 호학, 고려법학 제52호, 2009  
 —, 법치국가형법과 불이사상, 고려법학 제69호, 2013  
 —, 형법과 불교사상, 고려법학 제65호, 2012  
 심재우, 인간존엄의 법리와 국가윤리, 현재사회와 전통윤리(고려대학교 민족문화연구소),  
 1985  
 —, 사회적 행위론, 법조, 1975  
 이도흠, 원효의 화쟁사상과 탈현대철학의 비교연구, 원효학 연구 제6집, 2002  
 —, 포스트모더니즘 문예이론과 원효 화쟁의 비교연구, Comparative Korean Studies  
 제12권 1호, 2004  
 이종익, 원효의 『십문화쟁론』 연구, 한국의 사상가 10인 - 원효, 2002  
 은정희, 원효의 본체·현상 불이관, 철학연구 제18권, 1996  
 —, 원효의 부주열반사상, 민족불교 2, 1992  
 —, 금강삼매경론의 부주열반설, 원효학연구 제11권, 2006  
 황산덕, 여래장, 1984

## 【국문초록】

우리 정신사에서 원효가 차지하는 비중은, 거꾸로 만일 그가 우리 역사에 없었다면 어떻게 되었을까를 생각해보면 분명해진다. 원효는 우리나라 불교의 발원지와 같다. 원효 이후의 불교역사는 그의 화쟁사상과 무애행에 대한 각주와 같다고 해도 지나치지 않다. 원효는 우리나라는 물론 동방의 지성사에 큰 자존심이 되었다. 원효의 화쟁은 불이(不二)사상에 근거를 두고 있다. 불이는 불일불이(不一不二)의 준말인데, 전자는 둘이 있는 세상, 이항을 대립시키는 세상, 편을 가르는 세상, 즉 무명이 지혜를 가린 중생들의 세상, 언어와 이성이 지배하는 차안의 세상을 뜻한다. 반면에 후자, 불이세상은 이러한 분별이 없어진 깨달음의 세상, 이성 너머의 세상, 피안의 세상이다. 같음(同)은 다른 데서 같은 것을 알아내는 것이고(辨同於異), 다름(異)은 같은 데서 다른 것을 밝히는 것(明異於同)이다. 같음과 다름은 뿌리가 같으니 불이이고, 이 이치를 알면 백가지 쟁론도 화합하지 못할 게 없다. 일심(一心)은 깨달음의 종착역이다. 일심은 화쟁의 목표이면서 동시에 화쟁의 근거가 된다. 화쟁도 부처의 올바른 법, 일심 안에서 이루어져야 하기 때문에 그렇다. 형법이론에서 일심처럼 삼각구도의 꼭짓점 역할을 하는 것으로 헌법 제10조 인간의 존엄을 들 수 있다. 형법상 쟁론의 귀결점, 쟁론을 통섭하는 인자는 곧 범죄인과 일반인의 인간존엄이기 때문이다. 형법의 모든 논쟁도 인간존엄이라는 목표에 도달하기 위한 수단일 뿐이다. 수단이 목표를 잊게 해서는 안 된다. 원효가 사용하는 비유비무(非有非無)의 화쟁방법은 상대의 주장에 대한 일리(一理)의 인정하는 것으로부터 출발한다. 이것을 넓힘으로써 화합의 공통의 장은 마련될 수 있다. 상대방의 주장이 나오게 된 인연을 찾아서 조건적으로 이해하는 것이 연기적 이해이다. 연기적 이해는 자신의 주장을 무조건적으로 고집하지 않고 상대의 주장을 조건적으로 이해함으로써 이쟁을 화해시킨다. 이렇게 나의 주장에 머무르지 않을 수 있는 것은 곧 나의 주장에 대한 집착을 내려놓음으로써 가능하다. 자성이 없는 주체, 무아(無我)가 유견(有見)이라는 것은 앞뒤가 맞지 않는다. 집착을 떠나서 말하면 합당하지 않음이 없다. 형법이론의 온전한 정당성은 공허한

문자가 아니라 참뜻(實義)에 좌우된다. 참뜻은 곧 불이를 말로 배우는 차원(學語)을 넘어 실천하는 차원이다. 그것은 범죄인을 헌법 제10조의 ‘사람’, 여래장으로 보는 관점의 변화를 뜻한다. 원효가 열반에 머무르지 않고(不住涅槃) 중생 구제를 위해 무애박을 두드리면서 그들과 함께 춤을 추고 동고동락한 실천정신이 형법이론을 화쟁시키는 본보기가 되어야 한다.

【Abstract】

Won-hyo's Ideas of Reconciliation and Criminal Law Theory

Jong-dae, Bae  
(Professor, Korea University School of Law)

The presence Won-hyo occupies in Korea's intellectual history becomes clear when we reversely think about what would have happened had he not existed in our history. Won-hyo's theory is the origin of Korean Buddhism. It is no exaggeration to say that Buddhism after Won-hyo is simply a footnote of his ideas on reconciliation and Non-Obstruction. Won-hyo became a point of great pride in the intellectual history of Korea and the Eastern world. Won-hyo's concept of reconciliation is based on Nondualism. Nondualism is short for "non-uniformity" and "non-duality"; the former signifies a world of two, where binary oppositions exist and sides are taken - a world, therefore, of creatures whose obscurity clouds wisdom, a worldly world governed by language and reason. On the other hand, the latter ("non-duality") is a world of illumination where this type of division no longer exists, a world beyond rationality, a world of Nirvana. "Sameness" refers to discovering likeness amid difference, while "difference" is to shed light on what is different between those which are the same. Sameness and difference share the same roots and are thus non-dual. If one knows this logic, there is no argument that cannot be reconciliated. "One mind" is the destination of enlightenment. "One Mind" is at once the goal and basis of reconciliation. This is because reconciliation must occur within the proper law and

within "One Mind." In criminal theory, human dignity under article 10 in the Constitution plays the role of the apex of a triangle as "One Mind" does. This is because in theoretical arguments of criminal law, the one factor that converges the difference in arguments is the human dignity of both criminals and non-criminals. Every theoretical argument in criminal law is a means to reach the goal of human dignity. The means should not make one forget the goal. The means should not render the goal invisible. The reconciliatory method of Being-Nonbeing that Won-hyo uses starts by accepting that there is an element of truth in the other party's opinion. Expanding this logic can bring about harmony and unity. Understanding the other's opinion conditionally by finding out the origin of the other's opinion is called Understanding in the Light of Pratitya-Samutpada. This kind of understanding does not insist on one's own opinion and conditionally accepts the other's opinion to reconcile differences in argument. The ability to not remain on one's opinion becomes possible when one lets go of the obsession over one's opinion. It would be paradoxical to say that a subject with no self-reflection or self-effacement is equal to insight. Inappropriateness does not exist when we desert obsession. The sound legitimacy of theory of criminal law depends on the true meaning, not empty text. True meaning surpasses the level of learning through words, and reaches the level of practice. That signifies a change in perspective, viewing the criminal as a 'citizen' as defined under article 10 in the Constitution or Tathagatagarbha. Won-hyo's ideology of practice - not stopping at Nirvana but tapping on the Muaebak while dancing with and living amongst the people in order to save them - should be the model in reconciling criminal theory.

주제어(Keyword) : 원효(Won-Hyo), 화쟁사상(ideas of reconciliation), 불이사상(Nondualism), 일심(one mind), 형법(criminal law), 형법이론(criminal law theory)

