

朝鮮時代 禮의 法的 特性에 관한 研究

이정훈*

목 차

- I. 서론
- II. 규칙으로서의 예(禮)
 - 1. 규칙의 영역(realm)과 예
 - 2. 조선전기 법(法)의 의미
 - 3. 예(禮)의 사회적 실제
- III. 원리로서의 예(禮)
 - 1. 법해석의 일반원리로서의 예(禮)
 - 2. 자연법으로서의 예
- IV. 결론

[국문요약]

'법과 예'에 관한 비교연구는 여기서 사용한 법이라는 단어의 의미를 명확하게 밝히지 않는 한 연구자 간 논의가 불가능해 진다. 흔히 조선은 '법치'보다 '예치'이고 법과 예는 '강제성'을 기준으로 구별할 수 있다고 하면서 법의 특징을 강제성으로 보는 논의들이 많았다. 그러나 사료를 통해 볼 때 예가 강제력이 없는 규범이라고 단언할 근거는 없다. 전통시대에 대한 논의의 대부분은 '법'이라는 단어의 의미에 대한 합의가 전제되지 않은 상태에서 연구자간 의견불일치가 아닌 서로 다른 법에 관해 말하고 있는 상태였다고 할 수 있다. '법=형벌'이라는 의미에서 예는 법과 다르다고 한다든지 '禮主法從'이라는 명제를 분석 없이 수용하여 유교입국을 추구한 조선은 법치와 양립할 수 없다는 결론을 내리는 등의 입장을 많은 연구자들이 취해 왔다. 현대 법이론에서 법원리주의적 법치 개념은 오히려 조선의 법제도와 이념을 설명하기 적합하다. '법=형벌'이라는 입장의 법치와 다르다는 것을 근거로 법치와 양립할 수 없다고 주장하는 것은

* 한국방송통신대학교 법학과 강사, 서울대학교 대학원 법학과 박사수료

현대 법이론에서 '법치'라는 개념의 다양성을 통해 볼 때 혼돈을 초래할 수 있으며 조선의 법현실을 왜곡할 수 있다. 즉 현재 사용하고 있는 번역어 '법'과 '법치'라는 단어를 사용하면서 전통시대 법과 법치라는 (의미가 다른) 동일한 단어에 대한 분석 없이 혼용하여 전통시대를 평가함으로써 전통시대 연구는 심각하게 왜곡되었다고 생각한다. 필자는 조선시대 예의 제도화를 분석함으로써 예가 법규칙(legal rule), 법원리(legal principle)의 법적 지위를 보지하고 있었다는 것을 드워킨(Ronald Dworkin)의 법이론을 근거로 논증하고자 한다. 확정적 법규(법규칙)뿐만 아니라 법원리도 법으로 보아야 한다는 법원리 모델을 예와 비교하는 법의 개념으로 삼았다. 또한 예는 법원리로서 자연법의 지위를 갖는다.

[주제어] 禮, 법원리, 법규칙, 자연법

I. 서론

법과 예의 개념을 비교하는 연구는 역사학이나 정치학, 철학, 법학분야에서 예송이나 조선의 건국 등의 주제를 다루면서 간접적으로 언급되거나, 이를 직접적인 주제로 하여 많이 발표되었다.¹⁾ 그러나 이러한 양적 성과에도 불구하고 선행연구들 중 일부, 특히 법학분야의 연구는 비판에 직면할 수밖에 없는 문제점을 지니고 있다. 이 문제점의 원인을 분석해 보면, 비교의 대상이 되는 두 개념의 범위가 너무 넓어서 각 개념의 내용을 나열한 후 맥락 없이 비교할 경우, 연구의 목적이 무엇인지 모호해 지는 것이라고 할 수 있다. 공자·순자·맹자가 각각 나름의 예에 관한 설명을 하고 그 비증을 두는 내용을 달리 한다. 법의 개념 역시 하트와 드워킨의 논쟁 등 20세기 법철학의 중심 화두였다. 이 두 개념을 맥락 없이 막연히 비교해 보겠다는 시도가 얼마나 공허한 것인가는 설명할 필요조차 없다고 생각한다.²⁾ 이러한 연구는 우리가 상식처

1) 진희권, 「유가의 예와 법」, 『법철학연구』 제3권 제2호(한국법철학회, 2000); 이동과, 「조선 현종조 예송에 대한 법학적 접근」, 『법사학연구』 12(한국법사학회, 1991); 이문주, 「유가 예의 현대적 의미: 예와 법의 관계를 중심으로」, 『동양철학연구』(한국동양철학회, 1992); 조준하, 「예와 법의 문제」, 『동양철학연구』(한국동양철학회, 1993); 윤무학, 「순자와 법가: 예·법 관계의 변화를 중심으로」, 『동양철학연구』(한국동양철학회, 1995).

2) 예는 원래 중국 상고 시대에 하늘에 대한 제사나 조상숭배·귀신숭배 등 종교적 의식절차와 관련된 신앙의례로서 발생한 것이다. 그러나 서주시대에 이르러 봉건제도와 중법제도가

럼 검증과정 없이 무심코 사용하던 말들을 재확인하는 것으로 끝나고 만다. 예를 들면, ‘법이라는 것은 예에 의하여 모든 질서가 이루어지는 사회에서 최소한의 금지규범을 말한다’고 할 수 있다³⁾ 또는 ‘예는 형벌과 같은 일정한 제재에 의한 강제력을 수반하지 않는 점에서 법보다는 관습과 유사하다’⁴⁾는 주장이 그것이다.

필자는 이 글에서 추관지의 사례를 분석하는 것과 함께 조선시대 법전과 사료를 통해 조선조의 ‘예’가 규칙(rule)으로서의 법, 드워킨이 말하는 법의 일반원리(principle)로서의 법의 특성을 보지하고 있음을 논증하고, 또한 원리로서의 ‘예’가 갖는 자연법적 성질을 밝히고자 한다.

논증의 세부적인 입장 차이를 별론으로 한다면, 예와 법을 비교한 선행연구의 입장은 크게 세 가지로 나눌 수 있다. 첫째 예는 도덕일 뿐 법이 아니라는 입장, 둘째 예는 법과 도덕의 중간 또는 양자에 걸치는 규범이라는 견해⁵⁾, 셋째 예는 법으로서의 성질을 가진다는 견해이다.⁶⁾ 이 중 첫 번째 입장은 필자가 추관지와 사료를 분석하면서 타당하지 않음을 논증할 것이고, 둘째와 셋째 견해

실현되면서 이를 뒷받침하는 사회질서의 규범으로서 예제가 정비됨으로써 예의 개념이 사회제도의 측면으로까지 확장되었다. 이처럼 종교의례로서의 측면과 사회제도로서의 성격을 함께 가지고 있던 예의 개념이 인간의 행위 전반과 관련된 윤리적 개념으로 확립된 것은 공자에 이르러서이다. 곧 공자는 예의 형식적 측면보다도 예의 근본정신, 즉 예의 형식적 절차에 선행하는 인간의 내면적 덕성을 더욱 강조하였으며, 여기서 제도와 의례로서의 예제를 인간 속에 내면화하고 이에 의거하여 개인의 행동규범과 정치윤리로서의 객관성을 강조하는 유교의 예개념이 성립되었던 것이다. 예개념은 이후 내면적 윤리 규범을 강조한 맹자와 외면적 사회질서로서의 측면을 강조한 순자를 거쳐 유교의 핵심적 개념의 하나로 전승되어 왔다(이동주, 『유교의 역사』, 『세계종교사입문』(청년사, 2003), 267면).

3) 진희권, 앞의 논문, 255면.

4) 이문주, 앞의 논문, 5면.

5) 이동과는 최종고가 두 번째 입장에 해당한다고 하였다. 이동과, 앞의 논문, 43면; 최종고, 『한국법사상사』(서울대, 2001)에 보면, 그러한 주장을 알 수 있다.

6) 예의 법적 성질을 주장한 연구로는 이동과, 함재학이 있다. 이동과, 앞의 논문, 43면; 함재학은 자신의 박사학위논문에서 예가 입헌적 규범이라는 것을 논증하였고, ‘예’를 법의 범주로서 이해해야만 한다고 주장하였다. Chaihark Hahm, *Confucian Constitutionalism*, Cambridge, Mass.: Harvard University, 2000. 필자는 조선의 입법과정을 면밀히 검토하여 수교와 대전의 법적지위를 규명하고 왕명이 제도적으로 어떻게 제한되었는가를 실증하는 연구가 수행되면 유교 입헌주의적 관점의 타당성을 검증할 수 있다고 생각한다.

는 ‘예’의 특성상, 그리고 논의의 목적상 큰 차이가 없다고 생각한다. ‘예’의 내용 중 일부가 조선의 건국과 같은 역사의 한 국면에서 법해석의 원리로 자리를 잡고, 이것이 조선왕조가 지속되는 동안 어느 정도 일관되게 유지되었다면, 예는 조선에서 법으로서의 성질을 지닌다고 해야 할 것이다.

뒤에 자세히 논증하겠지만 예의 내용은 조선조에 재판에서 직접적인 법해석의 원리가 되었으며, ‘강상(綱常)의 옥사’ 등 예의 내용에 반하는 범죄는 특히 그 형이 엄중하였다. 전술한 진회권, 이문주의 두 명제 모두 조선이라는 시대를 조건으로 설정하면 모두 거짓이 되고 만다. 즉 추상적인 예의 철학적 개념을 검토하다가 내놓는 명제들은 역사적 검증을 통해 그 의미를 잃게 되는 것이다. 다시 말해 조선이 건국되는 과정에서 예를 통해 통치하고자 하여 그 통치 구조를 만들고 제도화하는 측면에서 예가 어떤 위치에 있는가 내지 추관지를 통해 살펴보았을 때, 예는 현대의 법개념과 비교하여 어떤 위치에 있는가 등의 구체적인 문제의식이 예의 의의를 법과 비교하여 밝히고자 하는 목적에 더 부합할 수 있을 것이다.

가령 인치(人治)·법치(法治)라는 표현이 처음 사용되었다고 하는, 청말 沈家本이 중심이 된 법리파와 예교파의 논쟁에서 등장하는 예와 법의 의미 그리고 조선의 예송에서 나타난 예와 법의 의미를 동일한 입장에서 비교·분석할 수는 없다. 전자는 전통적 중국사회가 서양법의 계수라는 독특한 역사적 상황에 처해 벌어지는 논쟁으로 그 특수한 역사적·사회적 배경을 이해하는 것이 중요하다.⁷⁾ 이처럼 예와 법을 비교하는 연구를 하기 위해서는 시간적·공간적 측면에서 역사적 배경을 설정하거나 문헌을 설정하여 당시 사회가 예를 제도화하였던 양상과 내용을 분석하고 이것이 현재의 법개념과 비교될 때, 그 연구 목적이 모호해 지지 않을 수 있다고 생각한다.

7) 楊鴻列, 『中國法律思想史』(臺灣:商務印書館, 1987). 물론 이 논쟁에서도 서양법의 계수 이전에 법해석의 원리로 예가 사용되었음을 전제로 하는 것이다. 예교파는 예가 법해석의 원리로 계속 그 지위를 유지해야 한다는 것이고, 법리파는 그 내용이 봉건적이므로 이를 개혁하여 근대적 서구법체계를 수용하자는 주장이다. 전통적 자연법에 해당하는 예를 중심으로 하는 중국의 봉건적 법체계를 법리파는 개혁하고자 한다.

다시 말해, 중국, 한국, 일본처럼 예를 통치이념으로 삼으려고 했던 역사적 사실을 가지고 있는 나라의 장구한 역사를 포괄하는 ‘법과 예’에 관한 논의는 가능하지도 않으며, 이러한 논의는 지협적 연구의 축적이 있어야만 한다. 물론 ‘예’개념은 그것을 ‘예’라고 부를만한 시·공을 초월한 공통인식이 존재할 것이다. 그러나 ‘예’개념이 제도화되고 통치이념으로 현실에서 실현되는 과정에서 논증할 수 있는 특질이 현재의 법과 비교가능하고 비교할 의의가 있는 것이라고 생각한다. 한·중·일 3국의 구체적 문헌과 역사적 검증을 통해 연구가 축적되고 이를 바탕으로 포괄적 논의를 시도한다면, 이는 상당한 의의가 있을 것이라고 생각한다.

필자가 비판하고자 하는 연구방법은 유개념(generic concept)이 가지고 있는 종차(specific concept) 중의 하나를 근거로 유개념을 정의하는 방식의 연구이다. 예는 장구한 사상사 속에서 다양한 종차를 지니고 있다. 이 종차들 중에서 아주 극미한 부분의 종차를 논거로, 예는 ‘법적 성질을 갖지 않는다’라고 주장할 수는 없다. 따라서 ‘예’개념의 종차 중 하나를 논거로 ‘예’를 정의하는 것은 꼬끼리 다리를 만진 장님이 ‘꼬끼리는 원통형의 동물이다’라고 정의하는 것과 같다고 생각한다.

필자는 추관자와 조선시대 법전 등 사료를 분석하는 것을 통해 ‘예’의 법적 성질을 규명하는 것을 목적으로 이 글을 서술할 것이다. 사료의 분석은 선행 연구의 주장의 타당성을 검증하는 것을 가능하게 해준다. 예를 들어 보자. 이승환은 ‘예’를 도덕규범으로만 이해하는 것에 대해 반론을 제기한다. ‘예를 어기면 곧 형벌의 적용을 받게 된다’는 <예기>의 구절 등의 논거를 통해, ‘예’가 행위규범과 강제규범의 성격을 동시에 지니는 중층구조를 갖고 있음을 주장한다.⁸⁾ 한편 ‘예와 법’을 비교하면서 진희권은 “여기서 보고자 하는 것은(법을 예와 비교해 보고자 하는 것은) 칸트가 말하는 넓은 의미의 법이 아니라 유가에서 말하는 律, 즉 강제성을 지닌 규범으로서의 실정법과 예의 관계를

8) 이승환, 『유가사상의 사회철학적 재조명』(고려대, 2001), 172면.

규명하고자 하는 것이다”라고 밝히고, 결국 이 양 개념(법과 예)은 다른 것이라고 결론짓고 있다.⁹⁾ 이러한 두 가지 주장 중 전자의 것이 적어도 조선에서는 타당한 주장이라는 것을 추관지와 다른 사료를 통해서 확인할 수 있는 것이다. 이제 구체적으로 조선시대 예의 법적 특성을 규칙과 원리로 나누어 분석해 보도록 하겠다.

II. 규칙으로서의 예(禮)

테케마(Sanne Taekema)는 현대 법이론에서 법이념(Ideals)의 의의를 설명하면서, 법이 일반적으로 규칙으로서 또한 원리로서 기술된다고 설명한다.¹⁰⁾ 규칙은 행위에 대한 사전 지시적 규범이다. 즉 100킬로미터를 제한속도로 하는 도로에서 100이라는 수치를 넘겨 운전을 했는가를 판단하는 것이고 운전자는 100을 넘기면 벌금을 내야한다는 것을 알 수 있다. 입법되어 효력을 갖는 법조항들은 대체로 규칙으로서 존재한다. 물론 하트(H.L.A. Hart)의 분석에 따르면 이러한 일차적 규칙뿐만 아니라 이차적 규칙이 존재한다.

원리에 관해서는 드워킨(Ronald Dworkin)의 주장은 논증과정에서 상술할 것이고, 라즈(Joseph Raz)는 규칙에 비해 원리는 보다 일반적 규범이라고 설명한다. 알렉시(Robert Alexy)는 원리가 직접적으로 의무론적(deontological)인 것은 아니지만 가치론적(axiological) 차원을 갖는다고 지적했다. 가치와 이념을 인식하는 최상위 단계로서 원리를 설명하는데, 이러한 견지에서 최적화(Optimierungsgebote)를 규정한다. 맥코믹(Neil MacCormick)은 법원리는 규칙과 가치가 만나는 접점이라고 한다.¹¹⁾ 물론 테케마가 자신의 법이념에 관한 논증의 목적상 알렉시와 다른 학자들을 인용했지만, 법을 그 특성 상 규칙과 원리, 그리고 이념으로 구분

9) 진희권, 앞의 논문, 249면.

10) Sanne Taekema, *The Concept of Ideals in Legal Theory*, Netherlands; Kluwer Law International, 2003, p.11.

11) *ibid.*, p.13.

하는 그의 입장은 필자에게 많은 시사점을 던져 주었다.

사실 도덕원리의 일관성이 법규범으로서 규범지위를 갖는데 필요조건이라고 하는 견해와 이에 대한 반론 등 현대 법철학의 논쟁에서 과연 도덕원리(원칙)가 어떻게 법에 내함 하는가의 타당성 여부와 이 연구는 관련이 있지만, 필자의 논증에 결정적인 영향을 주는 것은 아니다.¹²⁾ 왜냐하면 법의 개념을 둘러싼 이러한 논쟁의 핵심은 법의 개념 상 법과 도덕이 분리될 수 있는가의 여부를 논의하는 것으로, 도덕원리를 내함 하는 법원리가 법규범으로서 인정되는가 여부와 무관하게 필자는 예가 법원리인가를 논증할 것이기 때문이다. 도덕원리를 내함한 법원리를 법규범의 필요조건으로 보는 입장의 타당성 논증과 별론으로, 필자는 예가 도덕원리를 내함한 법원리였음을 설명할 것이다. 논증의 순서에 따라 먼저 규칙으로서의 예를 분석하고 원리로서의 예를 분석하도록 하겠다.

1. 규칙의 영역(realm)과 예

뒤에 상술하겠지만 조선시대 예는 법규칙으로서 존재하기도 하고 동시에 법원리로서 존재하기도 하였다. 가령 친생자가 없어 입후하였는데 나중에 친생자가 생겼을 경우 누구를 봉사자로 해야 하는가와 같은 문제는 수교단계에서 논란이 있다가 <속대전>에 입후자를 봉사자로 하라는 조항으로 입법되는데, 이 조항이 바로 예가 법규칙으로서 존재하는 경우이다.¹³⁾ 친생자를 봉사자로 하라는 수교가 있었는데 이 수교를 후에 폐지하고 예(禮)에 따라 <속대전>에 입법한 것이다.¹⁴⁾ 이때 도덕원리를 내함한 상위법으로서 수교를 교정하는 역할은 자연법으로서의 의의를 갖는 것이며, 동시에 이는 법원리가 된다

12) 이 논쟁에 관해서는 Matthew H. Kramer, *Where Law and Morality Meet*, Oxford Univ. Press, 2004 참조.

13) 경인문화사 영인, 『朝鮮王朝法典集 3』, <續大典> 禮典 奉祀(경인, 1985), 234-235면; 凡無子立後者 既往呈出立案 雖或生子 當爲第二子以立後子奉祀, 법제처 역, 『續大典』(법제처, 1965), 153면 참조.

14) 정공식, 「속대전의 위상에 관한 소고」, 『법학』 제46권 제1호(서울대, 2005), 332면.

고 할 수 있다.¹⁵⁾ 원리와 충돌하는 규칙을 원리에 맞게 개정하는 경우와 판결하기 어려운 사례(hard case)의 해석에 적용되는 원리는 같은 내용이라고 할 수 있다.

우리는 이 지점에서 Hart(H. L. A. Hart)의 분석에 주목해야 한다. 그는 사회 집단 내의 행동이 단순히 수렴적인 습관적 행동인 경우와 ‘해야 한다’와 ‘하지 않으면 안 된다’와 같은 용어가 표지되는 규칙이 존재하는 상황과는 차이가 있음을 지적한다. 즉 영국인이 주말에 습관적으로 영화를 보러가는 것과 영국 남자가 교회에 들어갈 때 모자를 벗어야 하는 것의 차이를 생각해 볼 수 있다.¹⁶⁾ 후자는 분명 규칙이라고 할 수 있다. 그러나 이러한 규칙은 법으로서의 규칙은 아니며, 이 규칙을 일탈하였다면 사회적 비난이 가능한 것이다. 물론 Hart는 법을 규칙의 하나로 본다. 규칙이 존재하는 것과 이 규칙 중 법으로서의 규칙이 존재하는 것의 차이는 다음과 같다. 법적 규칙의 경우에는 단순한 사회적 비난이 아닌 예측 가능한 결과가 공적으로 조직되어 있음을 의미한다. 즉 공적으로 조직화되어 있는 체계에 의한 강제와 부과와 제재(sanction)가 존재하는 것이다.¹⁷⁾

이러한 Hart의 규칙에 관한 분석을 Riddall(J. G. Riddall)은 아래의 표로 분류하여 설명한다. 규칙이 존재하려면 외적 관점에서 보았을 때, 그 규칙은 상당정도 준수되고 있어야 한다. 내적 관점에서 보았을 때, 적어도 일부의 사람들이 당해 행동을 집단이 전체로서 따르지 않으면 안 되는 일반적인 기준으로 간주해야 한다는 것이다. 즉 내적 관점에서 ‘규칙을 준수하는 것이 옳다’, ‘준수하지 않는 것은 잘못이다’와 같은 비판적 태도가 일부의 구성원들 사이일지라도 존재해야 한다는 것이다.¹⁸⁾ 가령 한국인인 필자가 영국 남자들이 교회에서 모자를 벗는다는 것을 인식한다. 이것이 외적 관점인 것이다. 영국 사람들이 교회에서 모자

15) 이러한 내용이 바로 예가 상위법(higher law)으로서의 자연법적 기능을 갖는 것이다.

16) 허버트 하트 오병선 역, 『법의 개념』(아카넷, 2001), 13-14면.

17) Hubert Rottleuthner, *Foundations of Law*, Netherlands : Springer, 2005, p.2.

18) 허버트 하트, 앞의 책, 76-77면.

를 쓰고 있는 남자를 보고 잘못된 행동이라고 비난한다. 영국 남자가 스스로 교회에 들어갈 때 모자를 벗는 것이 옳다고 판단할 수 있다. 이러한 것이 내적 관점이다.

이제 조선시대 예(禮)를 체계적으로 분석하기 위하여 Hart의 분석을 도표로 분류한 아래의 <표 1>에 예의 내용을 적용하는 방식으로 설명을 진행하도록 하겠다.

<표 1> Hart의 분류표¹⁹⁾

인간 행위에 영향을 주는 요소들	(1) 외적 관점만을 갖는 사회적 습관					법체계는 일차적 규칙과 이차적 규칙으로 이루어짐	
	(2) 외적관점+ 내적 관점을 갖는 규칙	(2-1)관습					
		(2-2)의무 (obligations)	(2-2.1) 도덕적 의무 (moral obligations)				
			(2-2.2) 법(laws)	일차적 규칙 (primary rules)			
				이차적 규칙 (secondary rules)	승인율 (rule of recognition)		
변경율 (rule of change)							
			재판율 (rule of adjudication)				

<예기(禮記)>에 “손님과 함께 방으로 들어가는 자는 문마다 손님에게 사양하여 먼저 들어가지 않는다”라는 내용이 있다.²⁰⁾ 만약 이러한 내용을 어기고 손님보다 먼저 방에 들어가는 사람이 있다면, 당해 손님은 주인이 무례를 범하고 있다고 생각할 것이다. 이 상황을 여러 사람이 목격한다면, 이러한 주인의 행위를 비난할 수 있다. 에티켓과 유사한 이러한 내용이 위의 <표 1> (2-1)과 (2-2.1)에 걸쳐 존재한다고 할 수 있다. 에티켓과 다른 점은 규칙을 따르는 행위

19) J. G. Riddall, *Jurisprudence*, London: Butterworths, 1991, 48면.

20) 보경문화사 영인, 『禮記』 曲禮 上(1995), 18면: 凡與客入者 每門讓於客.

가 도덕적 지위를 갖는다는 것이다. 이는 분명 단순한 습관이라고 할 수 없다. “스승의 서책 또는 금슬(琴瑟)이 가려는 앞에 놓여 있을 때는 꿇어앉아서 이것을 옆으로 옮겨놓고, 삼가고 조심하여 이를 타넘지 말아야 한다”²¹⁾라는 내용을 어겼을 경우도, 꾸지람을 듣거나 사람들로부터 비난을 받을 것이다. 분명 이러한 규칙을 어겼을 때, 도덕적 평가와 이에 따르는 비난이 존재한다고 할 수 있으며, 이 규칙들은 도덕적 지위를 갖게 된다.²²⁾

그렇다면 이제 위의 <표 1>의 (2-2.2) ‘법’의 영역에 포섭되는 규칙으로서의 예를 살펴보도록 하자. 전술한 ‘속대전’의 봉사조가 이에 해당할 것이다. “무릇 자손이 없어서 후계를 세운 경우에는 기왕에 이미 입안(立案)을 정출(呈出)한 것은 비록 생자를 얻었다 할지라도 이는 제2자로 삼고 입후자(立後者)로서 봉사(奉祀)하게 한다”라는 내용이다.²³⁾ 가령 가묘(家廟)소제 가사(家舍)가 있을 때, 입후자와 친생자 중 누가 이 집을 상속받게 되는가는 봉사자가 가묘소제 가사를 상속한다는 경국대전의 규정²⁴⁾에 따라, 누가 봉사자의 지위를 갖는가를 밝힌 위의 조문이 결정적인 역할을 하게 된다. 친생자와 입후자 사이에 분쟁이 발생할 경우, 예에 따른 이 조문은 ‘일차적 규칙(primary rules)’의 지위를 갖는 것이다. 만약 친생자가 무단으로 이 집을 점유하고 있다면 봉사자인 입후자는 이 규칙을 근거로 공적 강제력을 기대할 수 있는 것이다.

속대전의 봉사조 외에도 예의 내용을 담고 있는 ‘예전’(禮典)의 조문들은 모두 ‘일차적 규칙(primary rules)’으로서의 예라고 할 수 있다. 조선시대 법전들은 ‘예전’을 구비하고 있는데, 여기의 조문들은 ‘일차적 규칙’이라고 할 수 있다.

21) 보경문화사 영인, 『禮記』 曲禮 上(1995), 20면: 先生書策琴瑟在前 坐而遷之 戒勿越

22) 지하철 경로석을 노인이나 임산부에게 양보하지 않는 자를 생각해 본다면, 이 행위도 한국사회의 구성원들에게는 도덕적 지위와 평가를 받게 된다. 단순한 에티켓과 다른 점은 밥을 먹을 때, 소리를 크게 낸다든가 하는 행위는 타인에게 불쾌감을 줄 수는 있어도 이 행위가 도덕적 지위를 갖지 않는다는데 있다.

23) 경인문화사 영인, 『朝鮮王朝法典集 3』, <續大典> 禮典 奉祀(1985), 234-235면, 조문내용은 각 주 14) 참조

24) 경인문화사 영인, 『朝鮮王朝法典集 1』, <經國大典> 戶典 田宅(1972), 189-190면: 立廟家舍 傳於主祭子孫

진회권의 주장처럼, 강제력을 기준으로 법과 예를 비교하여 “법이려는 것은 예에 의하여 모든 질서가 이루어지는 사회에서 최소한의 금지규범을 말한다”²⁵⁾라고 한다면, ‘속대전’의 봉사조는 ‘예’란 말인가 아니면 ‘법’이란 말인가? 또한 ‘조선왕조실록’을 보면, 당시 사용한 ‘법’(法)이라는 단어가 ‘법규칙’의 의미와 상통함을 볼 수 있다.

2. 조선전기 법(法)의 의미

<太宗實錄>에 보면, 사간원에서 올린 시무(時務)에 관한 상소문의 내용이 있다. 그 내용은 “상례(喪禮)가 정하여 지긴 하였지만 미비한 절목이 있고, 제도가 이미 이루어지긴 하였으나 어지럽게 변경하는 조짐이 있다”라는 것이다.²⁶⁾ 또한 “이러한 상례에 관한 법을 세운지가 오래지 않아 미비한 점이 있다”라고 지적한다.²⁷⁾ “<육전(六典)>에 실리지 않은 <문공가례(文公家禮)>의 내용을 제시하면서 문공가례의 내용으로 미비한 내용을 보완하자”는 주장을 한다.²⁸⁾ “왕안석이 조종의 법을 쉽게 변경하여 송나라가 남도(南渡)의 화를 입었음을 예로 들며, <육전>에 실리지 않은 것이라 하더라도 이미 이루어진 법은 변경하지 말고, 만일 부득이하여 고치고 바꾸거나 새 법을 세울 것이 있으면, 대소를 막론하고 전조(前朝)의 구제(舊制)에 의하여 반드시 대간(臺諫)으로 하여금 의척을 내어 시행하게 할 것”을 주장하였다.²⁹⁾

25) 진회권, 앞의 논문, 249면.

26) 太宗 三年 四月 [庚戌], 국사편찬위원회 영인, 『朝鮮王朝實錄』(1986), 제1권 260면, 읽는 순서에 따라 4면으로 구성되어 있으므로 abcd로 표시한다. 이후에는 260b로 명시함: 罔罔禮禮既定 而有未備之節 制度已成 而有紛更之漸... 국사편찬위원회 번역 참조

27) 太宗 三年 四月 [庚戌], 위의 책, 260b : ...然而立法未久...

28) 太宗 三年 四月 [庚戌], 위의 책, 260c : <문공가례>에는 어미가 같고 아버지가 다른 형제 자매를 위해 소공(小功) 오월의 복을 입게 되어 있는데, <육전>에 이 조목이 실리지 않은 것이 미비한 것이라고 주장하고 있다. : 文公家禮 爲同母異父之兄弟姊妹 正服小功五月 今此條不載六典 此其未備者.

29) 太宗 三年 四月 [庚戌], 위의 책, 260d-261a : 王安石輕變祖宗之法 以致宋室南渡之禍... (중략)... 雖六典所不載 其已成之法 毋得紛更... (중략)... 與夫立新法 則莫論大小 依前朝舊制 必令

이러한 실록의 내용을 통해 알 수 있는 것은 조종성헌(祖宗成憲)의 원칙을 준수하고자 하였던 것과 이 원칙을 지키면서도 <경제육전>에 미비한 점이 있을 경우 <문공가례>의 내용을 통해 미비한 점을 보완하고자 하였음을 알 수 있다. 특히 이미 확립된 법은 <육전>에 실리지 않았어도 변경하지 말 것을 주장하는데, 일차적 규칙의 지위를 갖는 예의 효력을 설명한다고 할 수 있다. 실록에서 사용하고 있는 ‘법’(法)이라는 단어는 우리가 위에서 분석한 ‘일차적 규칙’과 상응하는 의미로 쓰이고 있다. ‘예’(禮)의 내용 중 입법되어 <경제육전>에 실리거나, <육전>에 실리지 못했으나 법으로 확립하고자 하는 예의 내용은 의첩을 내어 시행함으로써 위의 <표 1>의 ‘일차적 규칙’으로서의 지위를 부여하였다고 할 수 있다. 즉 예의 내용 중 필요에 의해 입법되어 규칙으로서의 지위를 갖거나, 입법이 미비하였을 경우 사회적으로 필요하다고 판단되면, 의첩을 내어 ‘일차적 규칙’으로서의 지위를 부여 하였다. 또한 전조에서 사실 상 법의 지위를 획득한 것을 쉽게 변경하는 것을 꺼리고 있는데, 예에 부합하는 것이 전조에 의해 법적 지위를 획득하면, 이를 유지하고자 하였음을 알 수 있다.

다시 말해, 예는 규칙의 형태로 존재하였으며, 이 중에서 <경제육전>에 실리는 것과 같이 입법되면 ‘일차적 규칙’의 지위를 갖게 되는 것이다. 진희권은 “칸트가 말하는 넓은 의미의 법이 아니라 유가에서 말하는 율(律), 즉 강제성을 지닌 실정법과 예의 관계를 논의 하겠다”라고 하였는데³⁰⁾, 위의 실록의 내용을 통해 보면, 그가 예와 비교하겠다는 ‘법’은 조선전기에 사용한 ‘법’이라는 단어의 의미와 상통하지 않는다. 그가 사용한 ‘율’은 조선전기 ‘법’이라는 단어의 종차일 뿐이다. 오히려 조선전기의 ‘법’이라는 단어의 의미는 현대 ‘법’개념 상 ‘일차적 규칙’에 상응한다. 존재하지 않는 개념들을 비교해 보겠다는 시도는 그저 논증 없이 막연히 예와 법이 다를 것이라는 선입견을 확인하는 것으로 끝날 수밖에 없다. 사료를 통한 실증연구의 부재와 현대 법개념에 대한 무지 그리고 비교연구의 대상이 되는 ‘법’이라는 단어의 의미의 역사적 실증이 없는 것이

臺諫 出其依牒而施行.

30) 진희권, 앞의 논문, 249면.

전술한 ‘법과 예’ 비교연구의 실패원인이라고 할 수 있다.

<태종실록>에 보면, “<육전>의 제도를 준수하여 만세토록 지킬 도구로 삼고, 태종 즉위 이후의 조령(條令)과 판지(判旨) 가운데 <육전>에 기재되지 못한 것이지만, 기하 만세의 법이 될 만한 것은 골라 책을 만들어 <속육전>으로 판각을 간행하여 시행할 것”을 주장하는 내용이 있다.³¹⁾ <육전>을 준수하고자 하는 입장은 태종실록에 자주 등장한다. 전술한 것처럼, <육전>에 미비된 내용 중 법으로 삼고자 하는 것은 의척을 내어 시행하거나 위의 내용처럼 법전을 간행하여 입법함으로써 ‘일차적 규칙’의 법적 지위를 부여한다.

태종 4년에 정역이 진언한 내용을 보면, “주자가 말하기를 ‘예(禮)라는 것은 천리(天理)에 관한 규정이고, 인사(人事)에 대한 법칙이니 진실로 그러한 예가 없이 어찌 능히 다스려질 수 있겠는가’라고 주자를 인용하면서, 신하들이 대상전의 탄일(誕日), 정조(正朝)에 왕이 백관을 거느리고 하례할 때 등의 경우에 예도(禮度)를 상정(詳定)하여 법을 후세에 남길 것을 주장”하였다.³²⁾ 이처럼, 주자가 말한 예의 내용은 조선이 입법을 하고 입법된 조문을 해석하고 적용하는데 있어, 그 배후에 원리(principle)로서 존재하지만, 구체적으로 필요에 의해 특정 상황에 적용할 수 있도록 ‘일차적 규칙’으로서 법적 지위를 부여할 것을 진언하는 것이다. 만약 이 진언이 받아들여져 <실록>에 나타난 표현대로 후세에 남기기 위해 법을 세우면, 이 법(法)이 바로 ‘일차적 규칙’으로서 법적 기능을 하게 되는 것이다. 다시 말해 규칙의 배후에 존재하는 원리였던 예가 필요에 의해 구체적 상황에 적용할 수 있는 지시적 규칙이 되는 과정이 법을 세우는(삼는) 과정인 것이다. 전술한 것처럼, 조선전기에 사용되는 ‘법’이라는 단어는 현대 법개념 상의 ‘일차적 규칙’에 상응함을 실록을 통해 실증할 수 있다.

앞에서 논증한 것처럼, 조선전기 예(禮)는 <표 1>의 (2)의 영역에 해당하는

31) 太宗 四年 九月 [丁巳], 위의 책, 306c : 殿下卽位以後 條令判旨 六典所未載而可爲萬世法者 簡擇成書 以續六典 刊板施行.

32) 太宗 四年 九月 [丁巳], 위의 책, 307a : 知刑曹事鄭易等陳言內 朱子曰 禮者 天理之節文 人事之儀則…(중략)… 禮度下令攸司詳定 垂法後世.

규칙으로서 존재했다고 할 수 있다. 예의 내용의 사회적 필요성 그리고 입법여부에 따라 <표 1> 상의 영역을 달리 하여 존재한 것으로 볼 수 있다.

3. 예(禮)의 사회적 실제

필자는 예가 규칙으로서 존재하였음을 논증했다. 전술한 것처럼, 역사적 실증 없이 유교경전을 토대로 추상적인 논의를 하는 ‘법과 예’에 관한 비교연구가 갖는 오류는 예의 사회적 실재를 간과하는데 있을 것이다. 왜 예에 관한 추상적 논의를 하고자 했던 이들은 예가 법과 다를 것이라고 전제하였을까? 이들은 논의의 철학적 지평과 사회적 실재를 구분하지 못했기 때문이라고 생각한다.

Graham(A. C. Graham)은 정주학이 이전의 사상들과 다른 새로운 점이 무엇인가를 설명하면서 다음과 같이 말한다. 어떤 아이가 있다고 가정했을 때, 이 아이는 밥을 먹고도 무언가를 더 먹고 싶어 한다. 먹을 것인가, 말 것인가? 아이는 과식하여 배탈이 나고 아프게 된다는 사실에 직면한다. 따라서 먹지 않고 자제한다. 또는 엄마가 과식하면 아프게 되므로 먹지 말라고 해서 먹지 않는다. 이러한 아이와 달리, 더 많은 지각(sense)을 합리적으로 할 수 있다면 어리석은 경향성에 따르는 행위를 자제할 것이다. 이성적 존재인 인간은 욕구의 경향성과 다른 합리적 결정을 하기 위한 일반적이고 추상적인 준칙을 설정할 수 있다. 완벽하게 합리적인 행위주체를 가정해 본다면, 행위의 기준에 관한 일반화가 가능하고 더 나은 지각(sense)이 합리적 행위주체의 필요조건이 된다.³³⁾ 아마도 이러한 준칙이 강제력의 권위를 갖는 것은 이치(理)를 이는 그 합리성에 있을 것이다.

그러나 유교적 사회의 모든 구성원들이 성인(완전한 합리성을 갖춘 행위주체)이라고 가정하는 것은 황당한 상상이 될 것이다. ‘법이 존재하고 이 법을 준

33) A. C. Graham, "What was New in the Ch'eng-Chu Theory", *Chu Hsi and Neo-Confucianism*, University of Hawaii Press, 1986, pp.139-141.

수 한다'라는 표현의 배후에 외부적 강제력을 생각하고서는, 예를 지키는 선비의 행위와 처벌이 두려워 법을 지키는 행위는 다르다는 결론을 내리는 것이다. 논의를 함에 법의 개념에 대한 분석 없이, 막연히 자신이 갖고 있는 법에 대한 선입견에서 출발한다는 것을 알 수 있다. 동양철학의 심오한 예의 세계에서는 처벌이 두려워 법을 지키는 것과 같은 수준 낮은 차원이 아닌 무언가 다른 규범의 지평이 펼쳐질 것이라고 생각하는 것이다.

규범의 근거와 권위에 관한 철학적 논거가 무엇이든 사회적 실체를 묘사하고 파악하는 것은 다른 차원의 문제가 되는 것이다. 현실에서 존재하는 개념이 있다면, 이 개념이 부합하는 실체를 분석과 실증을 통해 규명하는 것이 필요한 것이다. 우리는 일련의 조건을 언어와 실제(reality)의 대응관계에서 찾을 수 있다는 철학적 입장을 떠올려 볼 수 있다.³⁴⁾ 역사적 사실은 분명 과거의 실제(實際)이다. 현재 갑이라는 사람이 '예'라는 단어를 사용하지만, 그가 사용하는 '예'는 존재하지 않을 수 있다. 또는 과거의 시간을 거쳐 현재의 변형된 '예'를 그가 사용하고 있을 수도 있다. 적어도 조선전기를 역사적 조건으로 설정하면 진회권과 이문주가 사용하는 예라는 개념은 실체가 아니다.³⁵⁾

예의 철학적 논거가 무엇이든 이것이 제도화 되고 사회적 실체로서 기능하게 되면, 이것의 형식을 통해 개념을 규정할 수 있을 것이다. 수범자에게 규칙의 존재는 Hart의 설명처럼 단순한 습관이나 관행의 존재와 다를 것이다. 야구 경기에서 특정 상황에서는 번트를 하는 것이 유리하다는 경험적 인식이 있고, 이 조건이 만들어졌을 때 타자들이 번트를 하는 것과 3번 아웃되면, 공격과 수비가 바뀐다는 규칙 사이에는 차이가 있다. Raz(Joseph Raz)가 규칙을 배제적 근거(exclusionary reasons)로 설명하는 것은 행위 주체가 규칙을 따를 때, 그의 실천적 추론(practical reasoning)은 행위의 다른 근거들을 배제시키는 근거로서 규칙

34) 필자는 관념론과 실재론의 논쟁을 이 글에서 전개할 의도는 없다. 단지 역사적 검증의 필요성을 강조하고자 한다. 김여수, 「진리론과 실재론」, 『현대분석철학논쟁: 실재론과 관념론』(철학과 현실, 1993), 192면.

35) 진회권, 이문주의 논문은 각주 1)에 명시하였다.

의 영향을 받기 때문이다.³⁶⁾

예가 조선사회에서 수범자들에게 배제적 행위 근거가 되고, 입법되어 일차적 규칙으로 기능한다면, 규칙이라고 규정하는데 문제가 없을 것이며, 이러한 예의 기능적·형식적 특성은 법의 개념 상 법적 특질이라고 할 수 있다.

울곡 이이는 시무론을 주장하면서, “시무론은 한 나라를 다스림에 있어 힘써 다루어야 할 과제와 방법은 시대의 상황에 따라 달라져야 한다는 것으로, 왕도·삼강·오상 등의 도리는 가치 목표로서 불변(理通)이나, 그 발현인 기(氣·器)로서의 법제는 아무리 빈틈없이 만들어져도 시대와 상황이 바뀌면 폐단이 생길 수밖에 없게 되는 까닭에 수단의 상황적 한정성은 불가피하다”라고 하였다.³⁷⁾ 여기에서 울곡이 말한 법제가 규칙에 해당한다면 왕도·삼강·오상이 원리에 해당한다고 하겠다. 예와 무관한 규칙도 있을 수 있고, 예의 내용을 직접 내함하는 규칙도 존재했다. 그러나 그 해석과 입법의 배후에 항상 법원리로서의 예는 상존한다. 이제 원리로서의 예를 살펴보도록 하자.

Ⅲ. 원리로서의 예(禮)

1. 법해석의 일반원리로서의 예(禮)

<예기>에 “쟁송을 분변하는 것도 예가 없으면, 판결하지 못 한다”라는 말이 있다.³⁸⁾ 이러한 <예기>의 구절처럼 조선시대의 재판에서 예가 법해석의 원리로서 어떻게 기능하는가를 살펴 보도록 하겠다.

추관지 제2편 상복부(祥覆部)에 주목할 만한 두 가지 사례가 있다. 이 두 사

36) Scott J. Shapiro, “The Difference that Rules Make”, *Analyzing Law : New Essays in Legal Theory*, Oxford Univ. Press, 2003, pp.33-35.

37) 김용환, 「울곡의 행정개혁론」, 『한국의 사상가 10인 : 울곡 이이』(예문서원, 2002), 408면.

38) 보경문화사 영인, 『禮記』曲禮 上(보경, 1995), 10면 : 分爭辨訟 非禮不決

례를 검토하면서 논의를 전개해 보고자 한다. 상복부에는 복수(復讐)에 관한 사례들이 있다. 첫 번째 사례는 아버지의 원수를 갚은 내용(復父讐)이다.

숙종 37년(1711)에 홍방필이 피살되었는데, 그 처 최씨와 딸 홍씨는 사전 준비하여 복수를 하였다. 이에 관찰사가 임금께 아뢰었다. 임금은 “최·홍 두 여인은 기필코 복수하려는 생각을 가졌기에 마침내 직접 칼을 댈 수 있었다. 그리고는 관가에 나와 지수하였으니 그 늠름한 절의는 고인에게 부끄럽지 아니하다. 이것은 다만 임의·살해(擅殺)한 죄를 특별히 용서해 주는 것으로 끝낼 것이 아니다”라고 전교했다. 이에 중추부사 이유와 좌의정 서종태는 “법을 믿고 제 멋대로 살인을 하였으니 후일의 폐단이 있을까 염려되며 정려(旌闈)를 세우는 일은 가볍게 시행하기 어려운 점이 있습니다. 특별히 복호(復戶)를 주어 가상히 여기는 뜻을 보이게 하십시오”라고 하였고 이렇게 판결하게 된다.³⁹⁾

여기서 사형에 처해야 할 죄인을 사인이 자력구제로 살해하는 것을 처벌하는 조항이 임의·살해 죄이다. 규칙인 이 조항을 피의자에게 적용하는 데 아무런 문제가 없어 보인다. 그러나 ‘예’라고 하는 원리에 따르면 지아버와 아버지의 복수를 위한 살해행위는 이 조항에 포섭될 수 없다고 본다.

위의 사례에 나타난 내용을 보다 자세히 분석하기 전에 추관지 제2편 상복부의 구성을 간략히 살펴보면, 윤상(倫常)은 인류에 반하는 범죄, 즉 아버지를 죽인 것에서 시작하여, 어미를 죽인 것 등 유교적 중범질서에 입각한 죄의 중한 순서대로 범죄의 사례를 나열하고 있다. 이 윤상 뒤에 나오는 것이 복수(復讐)이다. 윤상과 복수의 내용과 윤상에 제시된 사례들의 형량에 있어, 그 죄의 경·중이 근거로 삼고 있는 것은 바로 ‘예’이다. 추관지가 ‘예’에 근거하여 구성되었음을 알 수 있는 근거가 된다. 사형에 해당하는 죄를 다시 심리하면서, 아버지를 죽인 자를 복수한 피의자를 면책하는 경우는 많다. 위의 사례뿐만 아니라 대부분의 사례에서 피의자를 면책하거나 형집행을 면제해 주고 있고, 위의 사례에서는 심지어 상까지 주었다. 이 사례의 내용상 그리고 추관지의 구성상, 예

39) 법제처 역, 『추관지』 제1권, 366-367면.

는 단순한 도덕규범이 아니며, 법해석의 원리로서 기능하고 있음을 명백히 알 수 있다. 아버지를 죽인 원수를 살해한 어린아이의 죄를 면책해 주는 사례도 있다.⁴⁰⁾

복수에 관한 부분은 법원리로서의 예를 밝히는 중요한 단서가 될 수 있다. <예기>에 보면, “아버지의 원수는 한 하늘 아래 살지 않는다”라는 구절이 있다.⁴¹⁾ 살인을 막아야 하는 법의 목적(殺人者死)⁴²⁾과 복수를 정당화하는 유교규범이 정면으로 충돌하는 것이다. 심희기는 중국과 한국의 문헌을 토대로 심도 있게 복수의 문제를 논의 하였다. 그는 “조선시대에는 법제상 일정한 복수는 허용하고 있었는데 법에 의하여 허용되지 않는 복수에 대하여는 어떻게 할 것인가 하는 것이 큰 문제 거り었다. 결국 예와 법과의 사이에 일정한 타협점이 모색되었는데 법에 따라 처벌하기는 하나 도덕적으로는 이를 표창할 만하므로 형량을 감면한다는 선에서 처리 되었다”라고 결론짓고 있다.⁴³⁾

그러나 예와 법을 다른 차원의 개념으로 인식한다는 전제하에서 예와 법 사이에 타협이라고 평가한 것은 문제가 있다고 생각한다. 이는 법과 예의 대립과 이것에 대한 타협이라고 하기보다, ‘살인에 관한 규칙’의 적용과 해석에 있어서 예가 법해석의 일반원리로 작용되고 있다고 하는 것이 타당하다는 것이 필자의 입장이다. 뒤에서 살펴보게 될 엘머사건에 관한 얼(Earl) 판사의 법해석을 상속법(법)과 도덕원리(도덕)의 대립과 이것에 대한 타협이라고 하는 것이 부적절한 것과 마찬가지로 입장이라고 생각한다.

심희기는 또한 이익과 정약용은 법치주의적 견지에서 복수의 금지를 주장하였다고 언급한다.⁴⁴⁾ 그러나 이 부분 역시 뒤에 마루야마 마사오(丸山眞男)의 주장을 인용하면서 자세히 다루었지만, ‘전통시대=예치’, ‘근대=법치’라는 도

40) 법제처 역, 『추관지』 제1권, 숙종 7년(1681) 사례, 364면.

41) 보경문화사 영인, 『禮記』 曲禮 上(1995), 40면 : 父之讐 弗與共戴天

42) 심희기는 중국에서 ‘殺人者死’는 요순의 전설시대 이래로 철칙으로 되었다고 주장한다. 심희기, 『復讐考序說』, 『법학연구』(문흥주총장정년기념호, 부산대, 1983), 288면.

43) 심희기, 위의 논문, 305면.

44) 심희기, 위의 논문, 305면.

식은 문제가 있다고 할 수 있다. 예가 법해석의 원리로 기능하는 것을 법치와 다르다고 평가할 근거가 없기 때문이다. 내용이 봉건적인 것과 이것이 법치 개념에 ‘포섭 되는가’ 여부는 다른 차원의 문제이다. 이익과 정약용의 입장은 서구 근대법이라는 기준에서 ‘근대적’이라고 할 수 있으나 그들의 논의는 법치주의이고, 복수를 정당화하는 법해석은 예치주의라고 평가하는 것은 형식을 기준으로 하면 모순이 된다.

대명률에는 복수에 관한 규정이 있다. 자손이 하는 현재성이 있는 복수는 위법성이 조각된다고 할 수 있다. 이러한 시간적 제약을 위반하고 복수를 하면 ‘장 육십’에 처해진다.⁴⁵⁾ 이에 관한 심희기의 주장처럼, 법에 의한 복수는 일정한 요건을 갖춘 복수이며 사회적으로 발생하는 모든 복수의 전부를 허용한 것은 아니다.⁴⁶⁾ 여기서 중요한 것은 이러한 규칙으로서의 조문들을 사건에 적용하여 해석하는 배후에 예는 원리로서 존재한다는 것이다. 대명률에 복수에 관한 조항이 있는 것을 보아도, 유교규범이 지배하는 전통사회가 사회적 법목적 을 무시하고 왕과 같은 권력자의 임의적인 판단만으로 재판을 하지 않았음을 보여 준다고 하겠다.

조선시대에 A가 살인죄를 범했다고 가정해 보자. A를 재판하고 상복(재심)할 때, 당해 살인의 객체가 A의 아버를 죽인 원수라면, A의 죄는 면책되거나 형이 면제된다. 이 때 이러한 해석의 근거는 바로 ‘예’인 것이다. 이 사례를 놓고 그 복수를 정당화하는 것은 전근대적이라고 평가할 수 있다. 전술한 것처럼, 우리가 혼동해서는 안 되는 것이 그 내용이 봉건적이라는 것과 이것이 법해석의 원리라는 것은 다른 차원의 평가라는 것이다.

이 지점에서 우리에게 익숙한 사례를 하나 들어 보도록 하겠다. 드워킨의 ‘법의 제국’에 등장하는 엘머(Elmer) 사건을 기억할 것이다. 엘머는 1882년 뉴욕에서 자신의 할아버지를 독살하였다. 그는 할아버지가 작성해 놓은 당시의

45) 서울대학교 규장각영인, 『大明律講解』, 刑律 父祖被毆, 404-405면 : 若祖父母父母爲人所殺而子孫擅殺行兇人者杖六十其即時殺者勿論

46) 심희기, 앞의 논문, 300면.

유언장의 내용대로라면 큰 재산이 자신에게 상속될 것을 알고 있었고, 최근에 재혼한 이 할아버지가 유언을 변경하여 자기에게 아무것도 남기지 않게 되지 않을까 걱정했다. 엘머의 범죄는 발각되었고, 기소되어 수년간의 징역형을 선고 받았다. 이때 ‘엘머의 법적 상속권은 어떻게 되는가?’가 이 사건의 핵심쟁점이다.

만일 이 사건을 조선에서 상복한다면 어떤 법해석이 가능하겠는가? 필자는 ‘법의 제국’에서 설명하고 있는 이른바 “법의 일반원리(general principle of law)를 배경으로 하여 텍스트로부터 해석되어야 한다”는 내용과 “법은 다른 분야에서 ‘아무도 자신의 잘못으로부터 이득을 취해서는 안 된다’는 원리를 존중하고 있어서, 유언법은 유산을 얻기 위해 살인한 자에 대해서는 유산상속을 거부하는 쪽으로 읽혀야 한다”는 내용에 주목하고자 한다.⁴⁷⁾

조선시대에 상속은 경국대전 형전 사천조(刑典 私賤條)에 규정되어 있다.⁴⁸⁾ 부모의 재산은 직계비속이 상속받는 것을 원칙으로 하고, 균분(均分)을 기준으로 하였다. 상속과 관련한 분쟁이 많았기 때문에 분재(分財)는 법전에 따르고 부모의 재량을 제한하지는 주장도 있었다. 법전대로 준수하는 것이 원칙이나 기계적으로 균분하는 것은 실제로 불가능하고 재산은 부모의 사재(私財)이기 때문에 어느 정도 자유로운 재량이 인정되었다고 한다.⁴⁹⁾

그러나 추관지의 사례들⁵⁰⁾을 보면, 그 이유를 불문하고 부모를 폭행하기만 해도 참형을 당하는데 엘머가 조부를 살해하였다면, 참형을 부대시로 집행하고 경국대전 사천조의 적용은 불가능하게 된다. 현대 미국의 법원이 유언의 효력 등을 규정한 상속법을 적용하고 해석하는데 있어, ‘아무도 자신의 잘못으로부터 이득을 취해서는 안 된다’를 ‘법의 일반원리’로서 법적 지위를 부여하는 것과 조선시대의 재판에서 ‘강상의 원리’가 법의 일반원리가 되는 것 사이에는

47) 로널드 드워킨, 장영민 역, 『법의 제국』(아카넷, 2004), 33-37면.

48) 경인문화사 영인, 『朝鮮王朝法典集 1』, <經國大典> 刑典 私賤, 491면.

49) 박병호, 『전통적 법체계와 법의식』(서울대 출판부, 1985), 112면.

50) 법제처 역, 『추관지』 제1권, 218-225면.

유비적 관점에서 형식상 차이가 없다. 다만 그 법원리를 구성하는 내용, 즉 법원에서 법해석 시 적용하는 원리의 내용은 다를 수 있을 것이다.

추관지에 보면 상복부 윤상에 부모를 구타한 사례(毆父母)를 다루는데, 이때 ‘계모를 모(母)라고 할 수 있는가?’와 같은 법해석이 어려운 경우(hard case)를 소개하고 있다. 계모를 모(母)라고 할 수 있는가와 같은 사례의 해석도 결국 ‘예’에 따르고 있는데 이러한 측면이 바로 예가 법해석의 원리로서 기능하고 있음을 보여주는 또 하나의 논거인 것이다.

영조 10년(1734)에 조찬경의 계모 김대이지가 찬경이 자신을 구타했다고 소장을 올렸다. 이 때 김대이지가 간음하여 두 자식을 낳은 사실 때문에 ‘모자관계가 단절된 것은 아닌가’라는 논란이 있었다. 병조판서 윤유의 주장처럼, 찬경의 아버지가 예를 갖추어 후취한 것이면, 계모가 모(母)인가는 이론의 여지가 없다. 그러나 이 사례에서 문제가 된 것은 김대이지가 간음을 했기 때문인데, 간음여부를 떠나 우리는 이 사건을 통해 확인할 수 있는 것은 다음과 같다. 예가 재판에서 어머니가 아닌가를 결정짓고, 즉 생물학적으로 생모인가 내지 좋은 계모였는가 기준이 아니라 찬경의 아버지가 예를 갖추어 후취하였는가 여부가 바로 어머니가 아닌가를 결정짓는 법해석의 근거가 됨을 알 수 있다는 것이다. 모(母)인가 여부의 법해석 기준은 예에 따라 생모와 계모의 구별이 없다고 밝히고 있다.⁵¹⁾

현재의 우리 형법은 존속여부 판단에 있어 계자와 계모 사이, 인지된 서자와 적모 사이는 개정된 민법에 따라 친자관계를 부인하고 있다.⁵²⁾ 이것은 예를 법원리로 엄격하게 존속여부를 판단하던 조선과 달리 현재의 법의식과 현실에 맞게 변화하는 것이라 할 수 있겠다. 그러나 존속범죄의 가중처벌은 위헌 논란에도 불구하고 현재에도 유지되고 있다. 민법개정처럼 현재의 현실에 맞게 시간이 더 흐르면 개정될 수도 있겠으나, 이러한 모든 내용들이 필자의 주장을 뒷받침하는 논거라 될 수 있다고 생각한다.

51) 법제처 영인, 『秋官志 第一編』, 130면 : 母子倫義本無生母繼母之別

52) 임웅, 『형법각론』(법문사, 2001), 32면.

일반적인 폭행사건과 달리, 부모를 구타한 경우 참형을 당하므로 조찬경의 경우 김대이지가 어머니인가 아닌가를 해석하는 것은 생과 사의 갈림길과 같다고 할 수 있다. ‘예가 강제력이 없다’고 했던 선행 연구의 표현을 떠올려 보면, ‘살고 죽는 것을 결정하는 것보다 더 강한 강제력이 있을까?’ 라는 생각을 하게 된다.

따라서 ‘예’는 조선의 재판에서 대명률이나 경국대전 등을 읽고 해석하는데 있어, 법의 일반원리로서 기능하고 있다고 할 수 있다. 마루야마 마사오가 오구 소라이(荻生徂來)의 근대성을 설명하기 위해 예로 든 사례도 검토해 보자.

1702년 로오시(浪士) 46명이 내리는 눈을 맞으면서 키라 요시나카(吉良義央)의 저택을 습격하여 자신들의 주군의 원수인 요시나카의 목을 베고 泉岳寺로 퇴각하여 막부의 처분을 기다리는 사건이다. 이 사건은 봉건적 주종관계—그것은 막부 스스로의 존립기초가 되었다—와 막부의 통일 정권으로서의 정치적 입장이 직접적으로 맞부딪힌 사건이다. 독실한 주자학자들은 로오시들의 행위를 무조건 찬미하였다. 이는 주로 그 심의 상태가 어떠한가에 관심을 기울이는 태도와 군주와 신하간의 도덕을 부자, 부부, 친구사이와 같은 사적 관계와 병립시키는 주자학적 윤리와 무관하지 않았다.⁵³⁾

이에 반해 오구 소라이는 “그 일은 의롭다고 할 수 있지만 그것은 그 일당에 한정되는 일이므로 궁극적으로 사적인 일일뿐이다. … 만약 私論을 가지고 공정한 논의를 해친다면 앞으로 천하의 법도가 서지 않을 것이다”라고 하였다. 이를 마루야마는 개인도덕을 정치적 결정까지 확장하는 것을 단호하게 거부하는 입장으로, 이러한 소라이의 정신에 주목해야 한다고 하였다. 위의 두 사례에 대한 소라이의 입장을 정치적 사유의 우위라고 평가하고, 이러한 정치성의 우위가 소라이학에 일관된 특질이라고 하였다.⁵⁴⁾

53) 마루야마는 개인도덕과 국가규범을 쉼에 의해 연속시키는 주자학적 사유가 이미 주자학의 본가 안에서 무너지고 있음을 지적한다.

54) 丸山眞男, 『日本政治思想史研究』(東京大出版會, 1953), 76면 : 이 책의 번역은 김석근 역(통나무, 1995)을 참조하였다.

위의 사례에서 마루야마가 소라이의 근대성으로 지적한 부분과 달리 전근대적 입장을 고수하는 성리학자들의 입장이 바로 추관지의 복수사례의 해석 입장과 상통하는 것이다. 여기에서 유념해야 할 것은 ‘예’가 재판상 어떤 기능을 하는가와 그 내용이 서구적 근대법의 입장에 합치하는가의 문제는 다른 차원의 문제라는 것이다. 근대적인가 아닌가와 법인가 아닌가는 다른 문제인 것이다.

중요한 것은 ‘예’의 내용이 아니라 ‘예’가 갖는 규범적 성격이며, ‘예’가 재판에서 해석상 어떤 기능을 담당하고 있는가가 될 것이다. 근대성이라는 다른 차원의 논의를 통해 ‘예’가 법과 다르다 또는 같다는 식의 논의를 한다면, 그것은 비합리적인 것이 된다고 생각한다. 서구적 근대성에 합치되지 않는 봉건적 내용의 원리가 법해석의 주요 원리로 활용되었다면, 이는 분명 ‘법원리’라고 해야 할 것이다. 내용의 문제가 아니라 형식의 문제라고 할 수 있다고 생각한다.

“예전에 우리의 조상들은 애지중지하여 목숨보다도 중하게 여겼으나 현대에 와서 서구적인 교육에 의하여 길러진 사람들로부터 무시 받아온 것 중의 하나가 ‘예’가 아닌가 생각한다”⁵⁵⁾와 같은 표현들은 예를 연구하는데 있어, ‘예’가 어떻게 제도화 되었는가를 실증하기보다 잃어버린 도덕성 회복과 같은 계몽적 논의를 전개 할 것이라는 것을 쉽게 짐작하게 해준다. 또한 ‘예’가 재판에서 어떤 위치를 갖는가의 문제보다 예의 내용에 치중한다면, 서구의 근대성과 거리가 먼 봉건적 내용이므로 서구적 법개념과 다를 것이라는 선입견을 갖기 쉬울 것이다. 소라이의 예를 든 것은 마루야마가 이를 혼동했다는 것이 아니라 내용의 근대성을 검증하는 것과 ‘예’가 재판에서 어떤 위치를 갖고 어떻게 제도화 되었는가를 검증하는 것은 다른 차원의 연구임을 밝히기 위한 것이다.

마루야마가 제시한 사례에서 소라이가 법해석의 원리로 사용한 것은 ‘정치성의 우위’와 ‘공·사의 구별’이고 다른 성리학자들이 제시한 것은 종법질서에 근거한 ‘예’이다. 양자의 내용상의 특징이 근대적이거나 봉건적일 수는 있으

55) 진희권, 앞의 논문, 238면.

나 재판시 해석상의 원리로 기능한다는 점은 동일한 것이라고 할 수 있다. 오규 소라이는 법해석의 중심원리로 기능하던 예학을 벗어난 법해석을 시도하였던 것이다. 위에서 언급한 청말 중국의 예교파와 법리파의 논쟁도 법리파의 입장은 예가 지닌 내용의 불건성을 극복하지는 것이었다. 이를 오해하여 법리파와 예교파라는 명칭만보고 ‘법과 예가 확실히 다르다’라고 주장할 수는 없는 것이다.

전술한 것처럼, 얼(Earl)판사는 엘머사건을 다루면서 “법률은 역사적 고립물로서의 텍스트로부터 해석되어야 하는 것이 아니라, 이른바 법의 일반원리(*general principle of law*)를 배경으로 하여 텍스트로부터 해석되어야 한다”고 했다.⁵⁶⁾ 드워킨의 입장에서 보면, 얼판사가 제시한 법해석의 원리를 법체계 밖의 무언가라고 생각할 수 없다. 도덕적 내용을 내함한 이 법해석의 원리는 현재의 미국과 한국 그리고 정조 15년(1791)의 조선이 그 내용을 다르게 가질 수는 있을 것이다. 미국에서 법해석의 원리가 되는 내용이 현재의 한국과 조선에서는 법해석 원리가 되지 못할 수도 있다. 공통된 것도 있고 다른 것도 있을 것이다. 그러나 위에서 비판한 것처럼, 이 법해석상의 원리들을 ‘법이 아니다’ 내지 ‘예는 사회질서를 형성하고 이 질서 하에서 최소한의 금지규범이 법이다’ 또는 ‘예는 관습이다’라고 주장할 근거는 문헌에서 찾을 수 없다고 하겠다.⁵⁷⁾

형법 제250조 제2항은 존속살해죄를 규정하고 있다. 존속살해죄는 보통살인죄에 대하여 신분으로 인한 책임을 가중하는 유형이다. 이는 대표적 존속범죄로서 존속살해죄가 직계비속이라는 신분상의 이유로 행위자를 가중처벌하고 있으므로 헌법 제11조 제1항에 위배되는 것이라는 주장이 있다. 이에 대해 합헌설의 입장은 직계비속의 직계존속에 대한 승양의 도덕적 의무는 동서고금을

56) 로널드 드워킨, 앞의 책, 38-39면.

57) 아주 엄격한 법실증주의 입장의 법개념을 가지고 예와 비교한다는 전제가 없는 한, 조선의 재판에서 예가 법해석의 원리로 기능하고 있음에도 불구하고 ‘법이 아니다’라고 말할 근거는 없다고 생각한다. 또한 아주 엄격한 법실증주의 입장을 취한다고 하여도 법규칙으로서의 예가 조선시대에 법조문으로 존재했음을 확인한 이상, 법이 아니라고 말할 근거는 없다고 생각한다.

막론하고 자연법에 속하는 것으로서 특히 이를 중시하여 그 위반에 대하여 가중처벌하는 것은 평등의 원칙에 반하는 것은 아니라고 한다. 그러나 임웅은 직계비속의 직계존속에 대한 도덕적 의무는 자연법에 속하는 것으로서 특히 이를 중시하여 그 위반에 대하여 가중처벌하는 것이 평등의 원칙에 반하는 것이 아니라고 한다면, 직계존속의 직계비속에 대한 도덕적 의무도 마찬가지로 중시하여 형법상 직계비속에 대한 범죄를 가중처벌하는 규정을 두는 것이 마땅하며, 이러한 불합리성으로 인해 존속범죄의 가중처벌은 위헌이라고 한다.⁵⁸⁾ 필자 역시 이 견해에 동조한다. 합헌설은 많은 형법학자들이 취하고 있는 입장이다.⁵⁹⁾ 자녀를 살해하는 부모를 생각해 보면, 부모를 살해하는 자녀와 비교하여 그 살해동기 및 책임평가에서 차이가 없을 것이라고 생각한다.

그러나 한국의 형법학자들에게 존속범죄의 가중처벌이 특히 거부감 없이 받아들여지는 이유는 무엇일까? 필자는 이것이 중범질서에 근거한 ‘예’를 법해석의 원리로서 수용하고 재판에서 활용한 우리의 역사와 무관하지 않다고 생각한다. 법해석의 일반원리로서의 ‘예’는 현재의 법체계에도 영향을 남기고 있으며, 형법의 존속범죄 가중처벌을 합헌이라고 생각하는 그 해석론 속에 잔존하는 것이라고 본다.

조선시대의 수교·록·대전류의 법적 위상과 입법과정을 생각해 본다면, 이것 역시 필자의 주장의 논거가 될 수 있을 것이다. 원칙적인 법이념 상대전의 최고규범성을 확고히 유지하려 하였으며, 법효력상의 우선순위도 대전 > 속록 > 수교의 단계성을 강하게 인정하였다.⁶⁰⁾ 정공식은 각사수교의 내용이 수교집록에 등재된 다음, 전록통고에서는 경국대전과 대전속록, 수교집록의 조문이 내용별로 종합된 후, 속대전에서는 이를 종합·정리하였다고 설명한다.⁶¹⁾ 수교가 속록에 수록되고 이것이 대전에 수록되는 과정을 거쳐 일반추상

58) 임웅, 앞의 책, 30면.

59) 김일수, 김종원, 박상기, 이재상, 이형국, 정성근 교수가 합헌설을 취하고 있다. 임웅, 앞의 책, 29면 각주 52) 참조.

60) 김지수, 「수교의 법적 성격과 이념」, 『한국법사학논총』(박영사, 1991), 135면.

61) 정공식, 앞의 논문, 332면.

적 범규범이 성립되었다고 할 수 있다. 이 입법과정에서 ‘예’가 어떻게 기능하는지를 살펴보자.

더 이상 자식을 낳을 가능성이 없어서 입후를 하였는데, 그 후에 적자이든 첩이든 친생자를 낳은 경우에 입후자와 친생자의 관계가 문제가 되었다. ‘예’와 ‘의’로 보면 입후자가 우선이지만, 정(情)으로 보면 혈연이 가까운 친생자가 우선하게 된다.⁶²⁾ 이 내용이 수교집록의 입후에는 다음과 같이 등재되었다.

(다른 사람)을 후사로 세운 뒤에 도리어 친아들을 낳은 경우에 친아들이 마땅히 제사를 받들어야 하니 계후한 아들은 ‘중자(衆子)’로 논하고, 어지러이 계후를 파괴할 수 없다.

【1553년(명종 8), 가정 계축에 받은 전교】⁶³⁾

위 수교의 내용은 인간의 정에 따라 친생자가 우선한다는 내용인데, 이후 논란이 거듭되다 결국 1669년(현종 10)에 위 수교를 재검토하라는 수교가 있었다. 마지막으로 속대전에는 그 간의 논란을 매듭지어 계후자를 우선하여 봉사자로 하고, 친자는 출생순서에 따라 중자로 규정하였다.⁶⁴⁾ <속대전>의 ‘봉사조’는 이미 앞에서 살펴본 바 있다.⁶⁵⁾

현대 한국 사회에서 봉사(奉祀)자를 누구로 하는가는 별로 중요한 일이 아닐 수도 있으나, 당시에는 가문 내에서의 지위를 확인하는 것이므로 매우 중요한 것이었다. ‘예’에 반하는 수교가 논란이 일어, 상위법인 대전에 개정되어 규정되는 과정을 사료를 통해 실증할 수 있었다. 즉 조선조에는 ‘예’에 반하는 수교가 존재하였다 하더라도 이를 사례에 적용하고 해석하는 과정에서 법해석의 일반원리인 ‘예’에 어긋난다 하여 논란이 일고, 이를 ‘예’에 맞게 해석하고자 하였으며 대전을 편찬할 때 ‘예’에 어긋나는 수교를 폐지하고 ‘예’에 합치하도록

62) 정공식, 위의 논문, 327면.

63) 立嗣之後 却生親子 則親子當奉祭祀 而繼後子 論以衆子 毋得紛紜罷繼 ; 번역은 한국역사연구회 중세2분과 법전연구반 역, 『수교집록』(청년사, 2001) 참조.

64) 정공식, 앞의 논문, 328면.

65) 조문의 내용은 각주 14) 참조.

개정하여 대전에 수록하였다.

율곡 이이도 “친자로서 봉사하는 것은 경도(經道)이고 후사(後嗣)가 된 자로서 봉사하는 것은 권도(權道)이다. 권도를 행해야 하는 때에 반드시 경도를 따르려 한 것은 정에 매이어 예를 버리는 것”이라고 하였다.⁶⁶⁾ 율곡의 입장과 같은 해석의 입장이 바로 예를 법해석의 원리로 보는 입장이라고 할 수 있다. 이러한 법원리로서의 예는 동시에 전통적 자연법으로서의 특질과 양립한다. 다시 말해, 전통적 자연법의 특성을 지닌 예가 법원리로 기능하는 것이라고 볼 수 있다. 그렇다면 전통적 자연법으로서의 예의 특성을 살펴보도록 하자.

2. 자연법으로서의 예

효종 10년(1659), 사비(私婢) 연향이의 집에 상전 홍준래가 와서 그녀의 아들을 때려 살해한 후, 그녀의 머리를 때려 상처를 내고, 또 품속에 있는 찢먹이를 위협했다. 이에 지아비 들무적과 함께 아들을 도로 빼앗고 삼노로 힘껏 목을 졸라 살해하고 사체를 유기했다. 대명률 모살조부부모(謫殺祖父母父母) 조항에, ‘조부모·부모를 모살한 경우에는 모두 능지처사하고, 노비로서 가장을 모살한 경우, 죄는 자손이 한 것과 같다’고 하였으며, 동률의 사수복주대보(死囚覆奏待報)조에 ‘그 가운데 십악의 죄를 범하여 사형하여야 할 경우에는 부대시(不待時)로 집행 한다’고 하였으니 이 율(律)에 의하여 처단하기를 청하였고, 이에 따른 판결을 하였다.⁶⁷⁾

현대 형법의 입장에서 위의 사례를 보면, 연향이의 죄는 위법성이 조각될 가능성이 크다고 할 수 있다. 그러나 현대의 형법이 당연히 하는 법익침해 상황보다도 당시의 형사재판의 법원(法源)인 대명률은 노비가 주인을 살해하는 것을 자식이 아버지를 죽이는 것과 동일하게 보고 이 행위를 더 중요시 하고 있다. 대명률이 종법질서의 ‘예’에 근거하여 편찬되었음을 입증해 준다고 하겠다. 대

66) 지두환, 「율곡 이이의 사회경제 사상」, 『한국사상과 문화』(2000), 147면.

67) 법제처 역, 『추관지』 제1권, 230면.

명률의 형법 조항들은 ‘예’에 근거하여 만들어졌다. 위에서 간략하게 언급하였지만 율을 강제성, 실정성이라는 특징으로 설명하고 예와 율(법)을 비교하겠다는 진회권의 주장이 왜 역사적 사실과 다른 결론을 제시할 수밖에 없었는가를 이 사례는 여실히 보여 준다고 하겠다.

이에 대해 이승환은 “중국의 고대학자들은 종법제도 하의 통치규범을 정당화하기 위해, 천지·음양·상하 등의 자연현상으로부터 군신·남녀·귀천 등의 차별적 인사규범을 도출해냈다. 소위 유비론적 사고(correlative thinking)라고 불리는 이러한 사고방식에 의하면, 자연계에는 천/지, 상/하가 있으므로 인간세계에도 귀/천, 존/비의 질서가 있어야 한다고 생각하여 …(중략)… 공자와 동시대 사람인 자산은 ‘예는 하늘의 길이고 땅의 준칙이며, 또한 사람이 행해야 할 바’라고 하여 인간 사회의 규범을 자연계의 보편 원리로부터 도출한다”라고 설명하고 있다.⁶⁸⁾ 이러한 종법질서에 근거하여 범죄를 규정하고 이에 따른 형벌을 만든다면, 법규범의 상위에 존재하는 이 보편적 도덕원리는 무엇이라 규정해야 하는가?

Bix(Brian Bix)는 전통적 자연법 이론에 대해 설명하면서, 상위법(a higher law)으로서의 기준(standard)을 설명한다. 이러한 기준들은 신성한 계시, 성구(religious text), 인간본질의 탐구 등에서 기인한다는 것이다. 빅스는 상위법은 적어도 법의 도덕적 지위(status)에 대한 우리의 혼합된 직관(intuition)을 반영한다는 것을 의미한다고 한다. 한편으로 법으로서 규정된 모든 것이 도덕적으로 기속된 것은 아니며, 다른 한편으로 법으로서 규정된 그 법은 도덕적 비중(moral weight)을 갖는다는 것이다.⁶⁹⁾

<태종실록>에 보면, 황거정과 손홍종의 죄책을 논하는 내용이 있다. 이 두 사람이 정도전과 남은의 말을 듣고 두 명(이승인, 이종학)을 죽이게 되는데, 이들의 죄책을 논의하게 되었다. 이에 순금사(巡禁司)에서는 <대명률>의 ‘관사 출입인죄(官司出入人罪)’에 따라 처벌할 것을 건의한다. 그러나 태종은 황과

68) 이승환, 앞의 책, 179면.

69) Brian Bix, “Natural Law Theory”, *Philosophy of Law*, New York : Wadsworth, 2000, p.7.

홍이 태조의 명령을 어기고 권신의 사주로 이와 같은 범행을 저질렀으므로 이 죄를 적용하는 것은 적절하지 않다고 한다. 그들의 죄는 임금을 속인 것으로 종사(宗社)에 관계된 것으로 적절한 율(律)을 찾도록 지시하였다. 순금사가 다시 모살인(謀殺人)에 해당한다고 건의했으나 이것 역시 적절하지 못하다고 판단한다.⁷⁰⁾

이에 다른 개국공신들이 정도전과 남은의 죄를 면책해 줄 것을 건의하는데, 태종은 “춘추의 법으로 정도전 등을 처벌하여 법을 후세에 남기어 난의 싹을 막고자 하는데, 형벌을 맡은 자가 말하기를, 율(律)에 기군(欺君)에 대한 바른 조문이 없다고 하여 의정부에 내리어 의논하게 해서 공론을 듣고자 하였는데 왜 용서를 요청 하는가”를 묻는다.⁷¹⁾

위의 내용에서 우리는 조선시대의 왕이 자의적으로 신하들을 처벌하고 마음대로 권력을 전횡하였다는 것이 사실이 아님을 알 수 있다. 태조 때부터 대명률을 형사법원(法源)으로 정착시키고자 했던 노력에서 볼 수 있었던 것처럼, 사건이 형법 조문에 적절히 포섭되는가를 진지하게 논의하고 있다고 볼 수 있다. 따라서 조선의 법적 판단은 ‘규칙’으로서의 실정법 중심으로 이루어졌으며, 법치와 거리가 멀다는 주장은 설득력이 없다고 해야 할 것이다.

위의 사례는 실정법의 흠결이 있는 경우, 즉 기군(欺君)의 죄를 처벌할 조문이 없어서 법해석의 어려움에 빠진 것이다. ‘기군’은 예에 의하면 공신도 면책할 수 없는 중대한 범죄라는 것인데, 실정법의 흠결은 절대적인 법의 흠결이 아니다. 바로 ‘춘추의 법’(春秋之法)이 실정법의 상위에 존재하는 지도원리가 되는 것이다. 이것은 분명 단순한 도덕원리가 아니라 법적 지위를 갖는 것이다.

즉 인간이 만든 법 혹은 실정법 위에 이를 지도하는 보편적 도덕원리가 있다고 보는 것이 전통적 자연법 이론의 핵심내용이라고 한다면, 조선시대 법체계에서 ‘예’는 자연법의 지위를 갖는다고 할 수 있다. 전통적 자연법론의 입장은 자연법이 실정법을 초월하는 인륜의 대도(大道)이고, 실정법은 당연히 자연법

70) 太宗 十一年 八月 [庚子], 앞의 책, 598b.

71) 太宗 十一年 八月 [庚子], 위의 책, 598d : 子欲以春秋之法 罪道傳等 垂法後世… 이하 생략.

의 지도를 받아야 한다는 것이다.⁷²⁾

이동과는 고례파(古禮派)와 오례의파(五禮儀派)가 논쟁을 벌이고 대립했던 역사적 상황인 현종조 예송을 분석하고 예가 법의 성격을 지닌다고 하였다.⁷³⁾ 이러한 연구는 예송이라는 구체적·역사적 사건을 분석함으로써 얻어진 결과라고 생각한다. 역사적 검증 여부가 중요한 연구의 요소로 작용하고 있음을 암시해 준다고 본다. 예를 들면, 조선경국전 정보위의 구절을 인용하면서 “백성에 대한 지배층의 인식은 반드시 긍정적이지만은 않았다. 백성은 하늘이며 나라의 근본이 되므로 중시해야 한다고는 하지만 그들은 열악한 존재라고 인식하였던 것이다”라고 하였다.⁷⁴⁾ 그러나 이러한 지적은 역사적 이해를 결여한 것이다. 정도전 당시의 문제의식을 통해 해석하려고 하지 않고, 즉 1394년이라는 시대적 문제의식을 간과하고 현재의 대한민국 헌법 전문의 언어를 기준으로 <조선경국전>을 해석하는 태도는 바람직하지 못하다.

위의 인용 부분은 정보위에서 민심의 이반을 설명한 부분인데, 권력이 정치력에 있어 미약하다고 국민을 기만할 수 없으며, 기만의 권력은 민심을 잃는다는 내용이다. 즉 권력의 정당성과 존속은 민의 지지와 도덕성에 의해 가능하다는 내용을 민심의 이반에 중심을 두어 다시 설명한 것이다. 마이클 왈쩌(Michael Walzer)와 같은 학자를 굳이 인용하지 않아도 서울시장보다 서울시민이 서울시 내에서 정치적으로 미약한 것은 현재도 마찬가지 아닌가. 이러한 내용은 당시로서는 의의가 큰 것이라고 할 수 있다.

또한 우리가 논의의 대상으로 삼는 용어가, 즉 구체적으로는 ‘예’와 같은 단

72) 이승환, 앞의 책, 178면.

73) 이동과, 앞의 논문, 43면 : 이 논문에서 예의 法性을 주장하는 논거로서 전봉덕 박사가 세종실록을 인용한 것을 재인용하고 있는데, 세종실록의 내용은 “예(禮) 중 예컨대 父在母喪期年心喪三年의 法은 태종의 成憲이요 續典의 法이다”라고 이에 위반하여 娶妻한 것에 책임을 지운 일이 있는 것을 보면 禮는 법으로서의 성질을 가질만 하다고 설명하고 있다 : 世宗實錄 卷54-22

74) 진희권, 「조선의 국가이념에 관한 소고」, 『법철학연구』 제6권 제2호(한국법철학회, 2003), 235면.; 여기서 인용한 구절은 다음과 같다. 下民至弱也 不可以力劫之也 至愚也 不可以智欺之也 得基心則服之 不得其心則去之.

어가 역사적인 실재와 상응하는가는 반드시 검증해야 한다. 이 검증이 없는 명제들은 참·거짓을 판단 할 수 없는 것이다. 따라서 이러한 실증이 없는 추상적 논의들은 논증한 것이 아니라 열거한 것이라고 할 수밖에 없다.

IV. 결론

필자가 논증하려고 시도 한 내용을 정리해 보면 다음과 같다. ‘예’는 역사 속에 실제했던 경험이자 개념이기 때문에, 법과 비교하기 위해서는 반드시 역사적 검증을 통해 논증을 해나가야 한다는 것이다. 역사적 검증이 결여되어 실제했던 ‘예’와 다른 ‘예’를 가지고 논의를 한다면, 이 논의는 잃어버린 전통적 가치에 대한 향수를 말하거나 실존하지 않았던 용(龍)에 대해 열심히 토론하는 것에 불과한 것이라고 생각한다. ‘예’의 개념을 다양하게 열거하는 것은 ‘예’가 어떻게 제도화되고 재판에서 어떤 기능을 가졌는가를 설명하는데 전혀 도움이 되지 못한다. 예와 법에 관한 비교연구는 이제 조선시대에 편찬된 법전과 수고, 실록과 같은 사료를 통해 실증되어야 한다고 본다.

이러한 방법으로 사료를 통해 얻는 ‘예’에 관한 지식은 다음과 같다. 법을 규칙과 원리로 구분하여 보았을 때, 1) ‘예’는 규칙으로서 법적 지위를 갖는다. 법적 지위를 갖는 규칙들 중에는 직접적으로 예를 내용으로 하는 규칙과 예와 무관한 규칙이 있었다. 또한 도덕 규칙으로만 존재하는 예의 내용도 있었다. 예가 ‘법인가 아닌가’라는 문제로 설왕설래한 이유가 여기에 기인한다고 추정할 수 있다. 또한 예는 조선시대 입법과 재판에서 ‘법원리’였다는 것을 논증했다. 2) 이러한 원리로서의 ‘예’개념은 전통적 자연법론에 포섭된다는 것이다. 결국 조선시대 사료를 통해 우리가 알 수 있었던 것은 ‘예’는 행위규범성과 강제규범성을 동시에 갖는 법적 성질을 지니고 있었다는 것이다.

논의를 전개하면서 얻은 교훈은 오리엔탈리즘이 올바른 동아시아 연구에 걸림돌이 되었다면, 그 원인은 편견과 타자화에 있다는 것이다. 또한 이 오리엔탈

리즘과 같은 비중으로 서구중심주의에 대한 적대심이나 근거 없는 전통문화 우월론에 근거한 실증성이 결여된 감성적 동아시아 연구도 문제가 있으며, 서구의 개념을 기준으로 연구를 하고자 하는 모든 시도를 오리엔탈리즘으로 매도해서는 안 된다는 것이었다.

필자는 현대 법철학에서 핵심적 주제로 다루어졌던 ‘법의 개념’ 논쟁에서 중핵이 되는 ‘규칙’, ‘원리’ 개념을 법개념 분석의 표지로 사용하여 조선시대 ‘예’ 개념을 규명하고자 시도하였다.

Research on the Legal Characteristic of Chosun Proprieties(禮)

Lee, Jung-hoon*

I tried to demonstrate the following in this research. First, the East Asian researches comparing the law and Proprieties should avoid research methods lacking objectivity like Orientalism. Moreover, as a reaction toward Orientalism, arguments which claim the tradition of East Asia is superior or the western concepts were already included in Confucianism without any rational reasons should also be avoided.

Secondly, since 'propriatorship' has been a living experience in history, it has to be demonstrated through historical verification to compare with the law. Without historical verification, discussing the 'propriatorship' in the past and other 'propriatorship' is nothing but a nostalgic reminiscence of the lost traditional value or an enthusiastic discussion over a dragon that never existed. Listing concepts of 'propriatorship' does not help explain how the 'propriatorship' was institutionalized or what function it had in trials. The comparative study of 'propriatorship' and law should now be empirically explained through legal documents such as canons or amities from Chosun Dynasty.

Obtained from the historical data under such methods, when the knowledge of 'propriatorship' was compared in regulation and principles, 1) 'propriatorship' was sometimes legalized as rules, and among such rules, some of which were directly related to the propriatorship and others were not related at all. The reason for the debate over whether propriatorship is low or not can be derived from this perspective. Also, I demonstrated that propriatorship was a legal principle in Chosun legislation and trials. 2)

* Lecturer, Korea National Open University

The concept of 'propriatorship' in Chosun dynasty was connoted into the traditional natural law. The spirit of national foundation that Jeong, Do Jeon pursued was also based on the idea of natural law by Mengzi. After all, what we can learn from the comprehensive textbook related to Chosun criminal trial, 'Choo Gwan Ji', is that the 'propriatorship' had both the active normality and the coercive normality.

I have learned that if Orientalism was an obstacle of East Asian studies, the reason was from the prejudice and otherization. Also, the East Asian studies emotionally based on the hostility to the Westernization as much as Orientalism or on the superiority complex of traditional culture lacking empirical evidence are both problematic and studies using western concepts must not be criticized as being Orientalist researches.

In East Asian research, criticizing with comments such as 'this research is Weberian' or 'Maruyama Masao is Hegelian' should be abandoned. The problem does not lie in Marx Weber himself but in his prejudice and pride. What we have to obtain through comparative studies is an objective and rational standard of concept based on historical data.

[Key Words] Propriety, Legal principle, Legal rule, Natural law