

이화여자대학교 학부  
2020 학년도 논문

## 예(禮)의 의미와 위상 변화

철학과  
17학번

# 목 차

## I. 들어가며

## II. 유가의 예

1. 예(禮)의 의미: 공자, 맹자를 중심으로.....(2)
2. 제도와 형벌로서의 법(法): 유가와 법가를 비교하며.....(4)
3. 순자의 예(禮)와 법(法).....(5)
4. 한나라 예(禮): 법의 유교화, 예의 법제화.....(6)

## III. 한반도에서 예(禮)의 위상 변화

1. 조선의 중심 헌법, 『경국대전』: 예의 법제화, 법의 유교화.....(7)
2. 갑오개혁 이후 『대한국국제』: 예(禮) 사적 영역으로의 축소.....(9)
3. 현재 대한민국 헌법: 전통으로서의 예(禮).....(10)

## IV. 나가며

참고문헌 .....(15)

## I. 들어가며

현재 우리에게 ‘예(禮)’는 어떤 의미로 존재하는가? 일반적으로 사람의 행동에 대한 규범으로 ‘예절, 예의, manner’와 비슷한 의미로 사용된다. 본래 예(禮)는 유가의 개념으로, 현재 우리에게 익숙한 일상 속에서 태도를 규정하는 개념이기 전에 제사의례, 국가 통치 이념, 개인의 행동지침으로서 의미를 가지고 있었다. 국가에서부터 개인 일상 곳곳을 법으로 규정하고 있는 오늘날 법치주의 사회에서는 예를 통해 국가를 통치하고 개인의 행동을 규제하는 모습을 상상하기 쉽지 않다. 지금 우리에게 익숙한 ‘예’는 법과 비교할 수 있는 개념으로 보기 어려울 정도로, 전통의 한 부분으로 내려온 도덕, 윤리의 한 부분을 의미하고 있다. 본 글에서는 유가의 ‘예(禮)’ 의미를 시작으로 국가의 통치 기반이자 개인의 행위 규범까지 전반적으로 영향력을 펼친 ‘예(禮)’가 현재 전통 관습의 의미로서 변화하기까지 어떤 과정이 있었는지 전반적으로 알아볼 것이다.

예(禮)는 공자가 중요하게 생각했던 개념으로, 유학의 핵심 개념 중 하나이다. 예는 천문을 관측하여 길흉을 사람에게 알리는 시(示)자와 제기 위에 제물을 얹어둔 형상인 풍(豊)의 의미가 합쳐진 개념으로, 주로 국가에서 지내는 제사에 대한 용어로 사용되었다. 왕과 소수의 신하, 왕이 숭배하는 신만의 협소한 관계에서 유효한 의미를 지니며, 제사 과정, 공간 지배와 같은 내용을 규정했다. 이후, 예(禮)는 국가를 통치하며 개인의 행동 규범으로 의미가 확장된다. 더 나아가, 개인의 내면화 과정을 통해 예에 도덕성을 부여하여 도덕적 실천으로서의 성격으로 의미가 넓어졌다. 즉, 유가의 예(禮)는 국가, 사회, 가정과 개인의 모든 분야를 포괄적으로 다스리는 규범으로 존재했다.

서양에서는 일반적으로 동양 국가의 정치를 법이 부재하고 예를 통해 국가를 다스렸으며 이는 곧 전제군주의 국가로 이어졌다고 평가한다. 하지만 이러한 판단은 서양의 시각으로 도양을 판단한 일방적인 판단이다. 당시 동양의 사상과 정치를 본다면, 서양과 동양은 서로 다른 문화를 바탕으로 개별적으로 발전해 온 것임을 알 수 있을 것이다. 동양 정치에서 법이 부재한 것이 아니다. 하지만, 동양의 법과 서양의 법은 서로 다른 체제를 지니고 있다. 전자의 경우 국가 통치를 위한 형벌(刑)의 의미를 지니고 있지만, 후자의 경우 신에게 부여 받은 인간의 이성을 통해 제정한 것으로 개인의 권리를 보장하는 역할을 한다. 서양의 법 역할을 예(禮)가 대신하여 동양에서는 예를 통해 국가를 다스렸으며, 전제군주로 가는 결과를 방어하기 위해 군주를 제한하는 역할도 수행하였다.

앞서 말했듯, 유가의 예는 국가에서 법의 역할을 수행했다. 여기서 법은 실정법과 자연법으로 나눌 수 있으며, 실정법은 국가 관리와 형벌의 의미로 나뉘볼 수 있다. 예는 자연법의 의미로서의 법 역할을 수행하였다. 이후 예가 법의 국가 관리까지 범위를 확장하며, 이는 법가와 순자의 등장을 통해 알아볼 수 있다. 당시 전국시대는 혼란스러운 춘추시대를 지나고 어느 정도 권력이 정립되고 상대적으로 안정된 체계를 갖췄다. 이 시기에는 유가보다 법가에 사람들이 더 많은 관심을 두었으며, 국가를 통치할 때에도 법가가 주도적인 역할을 하게 되었다. 이 시대에 살고 있던 순자는 유학 내에서도 예와 법에 대해 기존의 방향과 다른 입장을 가졌다. 이는 당시 법가가 주도적이었던 상황에서 순자가 유학을 지키기 위한 변화를 추구한 것이라고 추측해볼 수 있다.

법가에서 법은 절대적인 존재로 도덕성과 무관한 개념이다. 하지만 유가에서 ‘법(法)’을 부정한 것은 아니다. 유가에서 법은 예보다 하위 개념으로 존재하며, 예의 질서 안에서 보충적으로 사회를 바로잡는 역할을 하였다. 이처럼 유가의 법, 법가의 법, 서양 근대의 법은 각

의미에 차이가 있기 때문에 이를 비교하여 유가에서의 법은 어떤 의미를 가지는지 알아볼 것이다.

앞에서 소개한 바, 현재 ‘예(禮)’에서 유가에서 말하는 예의 이미지를 찾아보기 어렵다. 전통 관습의 의미로 익숙한 오늘날 예를 법과 비슷한 존재라고 연관 짓는 것은 황당한 소리도 들릴 수도 있다. 즉, 둘은 연관성이 없어 보이는 개념이다. 현재 ‘예(禮)’와 ‘법(法)’의 차이를 고려하며 조선의 역사를 중심으로 예의 위상이 어떻게 변화하였는지 알아볼 것이다.

조선은 유가를 기반으로 통치하는 국가로, 예가 현재 근대 법의 역할을 수행했으며 또한 조선의 법 안에서 유가의 핵심 이념을 찾아볼 수 있다. 법을 통해 그 시대에 예의 위상이 어떠한지 추측해볼 수 있기 때문에, 각 시대별로 대표되는 조선의 중심법 『경국대전』, 갑오개혁을 지나 광무개혁 시기의 『대한국국제』, 오늘날 『헌법』에서의 예가 어떠한 역할과 의미를 가지고 있는지 알아볼 것이다. 세종 때 시작하여 성종 시기에 완성된 『경국대전』을 통해 조선에서 예는 어떤 위치에 있었는지 알아볼 수 있다. 『경국대전』은 조선 500년 역사의 중심을 잡고, 조선 국가와 함께 역사 속에서 존재했던 조선의 법이다. 조선의 개항 이후 법에서 중심 내용을 차지하던 예의 위상이 흔들리기 시작한다. 바로 갑오개혁이다. 갑오개혁 당시 예의 비중이 축소되어 ‘예(禮)’가 국가를 다스리던 통치 이념에서 개인의 사적 영역으로 축소되었다. 이후, 아관파천에서 돌아온 고종이 반포한 『대한국국제』를 통해, 예의 위상 변화가 어떻게 반영되었는지 파악해볼 것이다. 고종은 구분신참 이념을 중심으로 유가를 기반으로 서양의 법 형식을 빌려오는 방식으로 『대한국국제』를 반포했다. 그리고 현재 대한민국의 헌법에서 예를 발견할 수 있는지, 어떤 의미로 존재하는지를 파악하여 현재 사회에서 예는 어떤 의미인지 알아볼 것이다.

본 논문은 한반도에서 긴 시간동안 중심 사상으로 유가가 존재하였으며, 그 중 핵심 개념 ‘예(禮)’의 의미를 현재의 예에서 찾아볼 수 없음에 의문을 품고 작성하기 시작했다. 지금부터 ‘예(禮)’의 기본적인 의미와 조선에서 현재까지의 역사 흐름 속에서 ‘예(禮)’의 위상이 어떻게 변하였는지를 ‘법(法)’의 위상과 비교하며 파악해볼 것이다.

## II. 유가의 예

### 1. 예(禮)의 의미: 공자, 맹자를 중심으로

유교에서 예(禮)는 국가의 통치체제에서 개인의 도덕적 행위 규범 역할을 아우르는 광범위한 개념이다. 예(禮)는 천문을 관측하여 길흉을 사람에게 알리는 시(示)자와 제기 위에 제물을 얹어둔 형상인 풍(豊)자<sup>1)</sup>가 결합된 문자로, 『설문해자』에 따르면 신의 계시를 의미하는 ‘시’와 예를 행하는 제기를 나타내는 ‘풍’<sup>2)</sup>이 결합된 것이 예(禮)이다. 예의 문자적 분석을 통해 알 수 있듯이, 초기의 예는 제사 의식과 관련하여 사용하던 개념이었다. 국가 차원에서 모시는 신에 대한 제사를 위한 복식, 제기 공간 구성과 같은 내용을 규정하는 개념으로, 예는 국가가 모시는 신과 왕, 극소수의 신하에게만 유효하게 사용된 용어였다. 이후 점차 의식 전반을 가리키는 말로 확대되었다. 기존의 제사에 대한 의미가 약화되고 수평적으로 의미가 확장되어, 소수에게만 적용되는 것이 아니라 모든 사람들에게 적용되는 개념이

1) 최연식, 송경호, 「『경국대전』과 유교국가 조선의 예치: 예(禮)의 형식화 과정을 중심으로」, 2007, 49쪽.

2) 유권중, 「예: 유교 문화의 형식과 내용」, 한국사상사연구회, 조선유학의 개념들, 예문서원, 2002, 511쪽.

되었다. 예의 의미가 인간관계에서 지켜야 할 예절, 즉 윤리적인 행위 규범의 의미로 확장되었다.<sup>3)</sup> 이는 예가 사회 전체가 지켜야 할 규범으로 의미가 확정된 것을 의미한다.<sup>4)</sup> 이에 더해, 공자는 일상생활에서 생각하고 행동할 때 기준이 되는 규범으로서의 예를 내면화하여 도덕적 실천의 성격으로 확장하고자하였다. 공자는 예에 도덕적 상태를 부여하여 예를 인간을 바로잡고 안정된 사회를 만들 수 있는 효율적인 원리이자 개인 삶의 도덕적 기준으로 만 들고자 했다. 이러한 공자의 예에 대한 생각은 논어를 통해서도 알 수 있다.

유자가 말하였다. “예(禮)의 기능 중에는 화합이 중요하다. 옛 왕들의 도는 이것을 아름답다고 여겨서, 작고 큰 일들에서 모두 이러한 이치를 따랐다. 그렇게 해도 세상에서 통하지 못하는 경우가 있는데, 화합을 이루는 것이 좋은 줄 알고 화합을 이루되 예로써 절제하지 않는다면 또한 세상에서 통하지 못하는 것이다.”<sup>5)</sup>

이 문구를 통해서 예(禮)는 자연의 이치를 인간 사회에 적용한 정치 개념으로서 사회 운영의 효율적 원리 역할을 한다는 것을 알 수 있다.

자공이 말하였다. “가난하면서도 남에게 아침하지 않고 부유하면서도 다른 사람에게 교만하지 않다면 어떻겠습니까?” 공자께서 말씀하셨다. “그 정도면 괜찮은 사람이지만, 그러나 가난하면서도 즐겁게 살고 부유하면서도 예(禮)를 좋아하는 것만은 못하다.” 자공이 말하였다. “『시경』에서 말하기를 ‘칼로 자르는 듯, 줄로 가는 듯, 정으로 쪼는 듯, 솟돌로 광을 내는 듯 하도다’라고 하였는데 이를 말씀하시는 것입니까?” 공자께서 말씀하셨다. “사야, 비로소 더불어 시를 이야기할 만하구나! 지나간 일을 말해주니 알려주지 않는 것까지 아는구나.”<sup>6)</sup>

이 구절을 통해서 예(禮)가 국가나 사회를 운영하는 의미가 아니라 개인적으로 의미 있는 삶에 대한 기준으로 작용하는 것을 알 수 있다.

안연이 인에 대해서 여쭙자, 공자께서 말씀하셨다. “자기를 이겨내고 예(禮)로 돌아가는 것이 인이다. 하루만이라도 자기를 이겨내어 예로 돌아가면, 천하가 인에 귀의할 것이다. 인을 실천하는 것이야 자신에게 달린 것이지만 다른 사람에게 달린 것이겠느냐?” 안연이 여쭙었다. “그 구체적인 방법을 여쭙고자 합니다.” 공자께서 말씀하셨다. “예가 아니면 보지 말고, 예가 아니면 듣지 말며, 예가 아니면 말하지 말고, 예가 아니면 움직이지 말라.” 안연이 말하였다. “제가 비록 총명하지는 못하나, 이 말씀을 명심하고 실천하겠습니다.”<sup>7)</sup>

이 구절은 유명한 극기복례(克己復禮)에 관한 구절로, 공자가 예의 내면화를 중시했음을 알 수 있다. 인(仁)은 사리사욕과 인간의 개별적 상태를 극복하고 예(禮)로 돌아가는 것을 의미한다. 예를 내면화하면 개개인의 주관적 상태에 놓여 각자의 욕구, 자의의 유혹에 노출될 수 있다. 이 때, 예를 기준으로 자기 행위, 말, 행동거지를 규율함으로써 개인의 주관성에 휘둘리지 않고 사회가 요구하는 안정적인 수준으로 자신을 검열해야한다. 이와 같이 유

3) 김선희, 『동양철학 스케치1』, 도서출판 풀빛, 2015, 53쪽.

4) 김선희, 위의 책, 53쪽.

5) 공자, 『논어』, 김형찬 역, 홍익출판사, 2016, 35쪽.

6) 공자, 위의 책, 36-37쪽.

7) 공자, 위의 책, 138-139쪽.

교에서 예(禮)는 제사와 관련된 개념에서 시작하여, 국가와 개인의 삶 곳곳에 영향을 미치는 존재로 작동하게 되었다. 예란 예의범절에 관한 개별구체적인 규칙의 뜻과 사회질서 원리의 뜻을 담은 개념으로 변천되었다.

유가는 예를 통한 국가 통치를 통해 왕도정치(王道政治)에 이루는 것을 이상적이라고 생각했다. 유가는 절대적인 법을 통한 정치와 자의적인 군주가 독점적으로 통치하는 패도정치를 경계하였다. 따라서 유가의 예치와 법가의 법치는 서로 상반되는 입장을 보인다. 하지만 예치(禮治)가 법 자체를 부정하는 것은 아니다. 예(禮)는 형벌보다 우월한 개념으로 형(刑)과 동일한 의미를 가지는 법(法)은 예보다 하위 개념으로, 국가 통치 차원에서 예를 중심 개념으로 여겼다.

## 2. 제도와 형벌로서의 법(法): 유가와 법가를 비교하며

동양의 법은 종법원리를 따르는 예와 구별되는 새로운 정치 형식을 구성하는 요소로서 춘추 전국시대 법가에 의해 등장했으며, 국가를 통치하기 위해 형사법, 행정법을 중심으로 발전했으며, 권리 보장의 수단보다는 통치의 수단으로 이용되었다.<sup>8)</sup> 유가에서 법(法)은 제도, 행정법, 형법 및 상벌법칙 등을 포괄한 개념이다. 한편, 법가에서의 법은 오늘날 실정법과 유사한 의미를 가지고 있었다고 볼 수 있다.

‘법(法)’에 대한 고증을 보면 ‘법(法)’이 ‘형(荊)’으로 해석<sup>9)</sup>되고 있으며, 이는 법이 ‘형(刑)’과 ‘형(型)’ 의미로 해석될 수 있음을 보여준다. 법(法)의 글자 해석을 토대로, 평평하기가 물(水)과 같고, 올바르게 못한 것을 제거한다(去)는 것으로 형벌(刑)을 의미한다. 반면, 법이 형(荊)으로 해석된 것을 고려했을 때, 형(荊)은 물건을 주조하는 흙 거푸집을 의미하며, 본보기가 되는 모형, 나아가 수범이 되는 기준을 의미한다.<sup>10)</sup> 즉, 모범, 법칙, 제도를 의미한다. 따라서 법은 고증적 해석과 글자 해석에 따르면 제도로서 혹은 형벌로서 의미를 가진다는 것을 알 수 있다.

공자와 맹자의 시대인 춘추전국시대를 거치고 난 후, 유가는 법가에 밀려 사회적으로 열세에 처해있었다. 법가는 군주의 명령이 곧 법이 된다는 이념을 기반으로 법전을 체계화시킨 국가 통치 이념으로, 법치를 중시한다. 법가에게 법이란 오직 군주 또는 주권자가 그의 권위에 복종하는 사람들을 대상으로 제정한 인간규범으로, 도덕과 논리적 연관성이 없다고 보았다.<sup>11)</sup> 관습법적 행위규범으로서 역할을 했던 유가의 예와 달리 법가의 법은 국가와 사회의 유일한 기준으로 실정법적인 강행 규범으로 역할을 했다. 즉, 법가는 유가에서의 예의 보조적인 수단에 불과했던 법을 국가통치 이념으로 발전시킨 것이다. 법가는 군주의 강력한 힘에 의한 통치와 부국강병책을 추구하였다.

예치에 중점을 둔 유가는 법이나 법치에 대해 배타적이었다고 생각할 수도 있다. 하지만, 예치가 경계했던 법은 형벌의 의미로서의 법을 의미한다. 군주의 자의적인 통치로 인한 패도정치를 경계했으며, 절대적인 법에 대한 복종을 경계했다. 이를 통해, 예치는 형식적 법치주의를 배척한 것이라고 볼 수 있다. 유가는 사전적으로 국가, 사회, 백성을 통치하고 규율하는 예를 중시하였지만, 형벌을 무시할 수 없었으므로 사후적인 효과를 주는 형벌을 부수적인 차원에서 다루었다. 이는 공자의 논어의 구절에서도 알아볼 수 있다.

8) 박홍규, 송재혁, 「유교적 헌정주의」 재검토: 조선 초기 왕권의 정상화와 '헌장주의(憲章主意)」, 2012, 142-143쪽.

9) 김태희, 「조선의 유가적 법치 이념: 조선경국전과 경국대전 편찬을 중심으로」, 2018, 33쪽.

10) 김태희, 위의 논문, 33쪽.

11) 이승환, 「유가는 법치에 반대했는가?」, 1992, 266쪽.

공자께서 말씀하셨다. “백성들을 정치로 인도하고 형벌로 다스리면, 백성들은 형벌을 면하고도 부끄러워함이 없다. 그러나 덕으로 인도하고 예로써 다스리면, 백성들은 부끄러워할 줄도 알고 또한 잘못을 바로잡게 된다.”<sup>12)</sup>

이 구절은 덕으로 인도하고 예를 통해 사람들을 규율함으로써, 자기반성의 효과를 볼 수 있다는 것을 의미한다. 즉, 법이나 제도, 형벌보다 덕과 예가 통치에 있어서 더 효과적인 수단으로 더 우위에 있음을 보여준다. 하지만 예를 어겼을 경우, 법에 의해 처벌돼야 한다고 말한 공자를 통해 예치 중심의 유가에서 형으로서의 법을 완전히 부정한 것은 아님을 알 수 있다.

앞서 법가의 법이 실정법적 성격을 보여준다는 것에 반해, 유가의 법은 자연법적 성격을 띤다고 말했다. 유가의 법은 인간의 가치를 존중하고 보호하는 실질적 법치주의에 해당하는 것으로, 그 방법을 법에 의존하지 않고 덕과 예에 의해 하였다는 것이다.<sup>13)</sup> 자연법주의자는 인간이 만든 법보다 상위에 위치한 보편적인 도덕 원리, 신의 섭리, 인간의 본성이 존재한다고 생각한다. 반면, 실정법에 대해서는 군주 또는 주권자가 그의 권위에 복종하는 사람들을 대상으로 제정한 인간규범으로 도덕성과 연관성이 없다고 생각한다. 자연법적인 유가의 법과 실정법적인 법가의 법은 예와 법을 바라보는 관점에서도 차이를 보인다. 유가에서는 인간이 만든 법은 자연의 보편적 원리 하에 존재해야 하며, 형벌이란 예를 지키는지의 여부에 따라 부과하는 부차적인 처벌인 것이다. 즉, 인간이 만든 실정법 위에 이를 지도하는 도덕적 원칙인 예가 존재하며 더 중요하다. 실정법을 위반할지라도 그 상위의 도덕적 원리, 예를 고수해야한다고 한다. 이는 맹자의 역성혁명 이론을 통해서도 알 수 있다. 맹자는 군주가 천자의 신분에 있는 사람일지라도 그 자가 도덕적으로 올바르지 않은 폭군이라면 실정법을 어긴 하극상일지라도 정당화될 수 있다고 한다. 반면, 실증법적인 법을 고수하는 법가는 어떠한 상황에서도 절대적으로 실정법을 따라야한다고 말한다. 그들에게 맹자의 역성혁명은 불법행위로서의 하극상일 뿐이다.

### 3, 순자의 예(禮)와 법(法)

순자는 전국시대 사람으로, 예와 법을 융합하고자 하였던 사람이다. 전대 유학에서의 법과는 다른 시각으로 법을 바라보며 예와 법의 조화를 통해 사회를 다스리고자했던 순자를 이해하기 위해서는 먼저 당시 시대 흐름을 파악하는 것이 필요하다. 춘추시대에 등장했다고 추정되는 법가는 전국시대에 유가보다 더 큰 주목을 받고, 각 국가의 군주들의 지지를 받았다. 유가의 사회적 위치가 위협받는 상황에서 순자는 예의 의미에 법이 담담했던 제도 규범적 범주를 포함하여, 당시 시대 흐름에 유가를 변형시켜 유가의 입지를 지키고자 노력한 것이다. 기존의 법이 내포하고 있던 제도와 형벌의 의미 중 제도에 대한 의미를 예에 귀속시켰고 이후 유가에서의 법은 형벌의 의미만을 뜻하기 시작했다. 또한 예치를 중심으로 국가를 통치하되, 형벌을 의미하는 법을 무시할 수는 없었다. 따라서 예치를 중심으로 하며 형벌을 부수적으로 이용하여 국가를 다스리는 예치를 추구하였다. 순자는 유가가 법가와 대결하는 과정에서 법가의 현실주의적 측면을 일부 수용하며 예의 이론을 전개<sup>14)</sup>하였던 것이라

12) 공자, 앞의 책, 39쪽.

13) 문효남, 「유가 자연법사상의 헌법상 진승」, 『한국철학논집』, Vol.56, 2018, 61쪽.

14) 이승연, 「주자의 예와 몽테스키외의 법: '근대성'과 '탈근대성'을 중심으로」, 『동양사회 사상』, Vol.16, 2007, 88쪽.

고 볼 수 있다.

순자와 달리 공자는 ‘예(禮)’를 인과 의의 외적인 표현 혹은 유교의 도덕규범을 실천하는 행위의 준칙으로 이해하며 본질적인 차원의 윤리와 그것의 발현양식, 즉 형식을 포함한 개념<sup>15)</sup>이라고 생각한다. 공자와 순자는 예에 대해서 윤리적인 측면과 형식적인 측면 중 어느 부분에 더 초점을 맞추는지에 따라 의견이 달라지는 것을 알 수 있다. 공자는 예의 본질적, 윤리적인 측면을 강조한다. 반면, 순자는 예의 본질적 측면뿐만 아니라 형식적인 측면까지 중요하다고 한다. 순자는 예의 구체적 형식인 법을 실행할 지도자의 의지를 강조했다. 뿐만 아니라, 내면에 존재하는 예가 외면으로 표출되어 적절한 행위를 취하는 것 또한 중요하다고 했다. 예의 윤리적 측면과 형식적 측면을 모두 중요시하는 순자에게 예와 법을 연결 짓는 것은 자연스러운 것이었다.<sup>16)</sup> 하지만 공자와 순자는 예치와 대립되는 법(法)을 형벌의 의미로서의 법으로 한정 지었다는 점에서 공통점을 가진다.

#### 4. 한나라 예(禮): 법의 유교화, 예의 법제화

춘추전국시대 이후 한나라에 들어서면서 다시 유가를 중심으로 국가 통치가 이뤄진다. 다만, 이전의 예치(禮治)와 달리 예치와 법치를 융합하여 예치 안에 법치를 포함하고 있는 형태였다. 즉, ‘예의 법제화’가 이뤄진 것이다. 한나라 이후의 유가에서는 ‘법의 유교화’와 함께 ‘유교의 법제화’를 발견할 수 있다. 먼저, ‘법의 유교화’와 ‘유교의 법제화’에 대해 알아볼 것이다.

‘법의 유교화’는 법을 부정하지 않으면서 법 자체를 예의 관점에서 재해석하는 것으로, 이미 춘추 시대 공자와 그의 제자들에 의해 나타났다. 이는 공자가 바라보는 예와 법을 통해 알 수 있다. 공자는 백성들에게 예를 내면화시킴으로써 이상적인 국가 정치를 실현할 수 있으며, 결과적으로 형벌 적용도 최소화할 수 있다고 생각했다. 형벌의 법을 예보다 하위 개념으로 부수적인 존재라고 간주했지만, 법 자체를 부정하지 않으며 국가를 운영하는 데 있어 필수적인 역할을 한다고 인정했다. 그는 법과 제도를 안정적으로 운영하면 이상적인 도덕 사회에 다다를 수 있으며, 개인의 탐욕을 법과 제도로 제어해야한다고 말했다. 즉, 그는 예악의 실천을 통한 형벌과 제도의 구현을 실현하고자 했다.<sup>17)</sup> 맹자 또한 인정의 실현을 통해 법치의 효과를 극대화할 수 있다고 생각했다. 그는 적절한 형벌의 적용과 세금의 관리를 통해 인정을 실현할 수 있다고 말했다.

반면, ‘유교의 법제화’는 한나라시기에 등장한다. ‘유교의 법제화’란 유교의 이념을 개인 수양을 위한 수단이 아니라 사회 전체의 규범으로 제도화하는 것을 의미한다. 이는 『춘추』의 원리에 따라 사법적 판단을 내리는 이른바 춘추결옥은 유교 법제화의 대표적인 사례라고 볼 수 있다.<sup>18)</sup> 즉, 예는 법을 통해 사법 분야에 영향력을 끼칠 수 있고, 법은 예를 구현함으로써 도덕적 지위를 획득했다. 군주의 권력을 제한할 수 있는 실정법적 규정을 준비한 것은 아니지만, 군주의 권력을 도덕적으로 규제하고자 했다. 법제화된 예는 황제의 권력을 정당화하면서 동시에 황제의 자의적 권력 행사에 대한 견제 장치로서의 역할을 했다. 즉, 유교의 법제화는 유교의 원칙을 법과 제도에 구현함으로써 권력을 규정하고 제한하려했던 입헌적 노력의 결과로 볼 수 있다.<sup>19)</sup> 유교의 법제화는 예(禮), 율(律), 전(典)을 편찬함으로써

15) 최연식, 송경호, 앞의 논문, 50쪽.

16) 최연식, 송경호, 위의 논문, 51쪽.

17) 최연식, 「『예기』에 나타난 예의 법제화와 유교입헌주의」, 2007, 51쪽.

18) 최연식, 위의 논문, 57쪽.

19) 최연식, 위의 논문, 52쪽.

써 구현되었다. 율(律)은 현재의 형법과, 전(典)은 현재의 행정법과 비슷한 역할을 수행했다고 볼 수 있으며, 예(禮)는 군주의 권한과 지위를 규율하는 헌법적 기능을 담당했다.

한대 군주의 권력을 예를 법제화함으로써 견제하려고 했다는 점에서 『의례(儀禮)』, 『주례(周禮)』, 『예기』로 구성된 삼례(三禮)에 주목할 필요가 있다.<sup>20)</sup> 『의례』는 개인적 측면을 규정하고 『주례』는 행정법과 유사한 내용을 담고 있기 때문에 예의 법제화와 직접적으로 연관되었다고 말하기 어렵다. 반면, 『예기』는 『의례』, 『주례』의 해설서로 개인의 행동에서 국가의 통치까지 전반적으로 모든 분야를 다루었기 때문에 예의 법제화를 찾는 데 적합하다. 『예기』는 종법적 봉건 질서를 추구한 공자의 생각을 토대로 담고 있었으며, 진한 시기의 법가적 문제의식의 영향을 받아, 예를 도덕규범으로 인식하는 유교의 정신과 예를 질서로 인식하는 법가의 해석이 담겨있다.<sup>21)</sup>

유교는 ‘예의 법제화’와 ‘법의 유교화’를 통해, 인간, 사회, 국가를 윤리적 시스템 안에서 통치하면서 동시에 예를 군주에 대한 견제 장치로 활용하여 통치 권력의 한계를 규정하고 자의적 통치를 도덕적으로, 제도적으로 제한하려고 한 것이다.

### III. 한반도에서 예(禮)의 위상 변화

#### 1. 조선의 중심 헌법, 『경국대전』: 예의 법제화, 법의 유교화

조선은 성리학을 관학으로 지정하여, 성리학이 조선의 국가 통치 이념으로 작용한다. 성리학은 주희가 기존의 유교 체계 속에 존재했던 개념, 이론, 의견들을 집대성하여 형이상학적 논리로 재정비한 학문이다. 조선에서의 예(禮)는 예송논쟁을 통해 국가 통치 이념일 뿐만 아니라 조선의 정치 세력을 뒤흔들 만큼 중요한 영향력을 지닌 개념임을 알 수 있다. 조선 성리학에서의 예(禮)는 당시 성리학자들의 도통논리를 통해 알 수 있듯이, 공자의 예를 전승했다고 볼 수 있다. 예송논쟁의 과정에서 나오는 예(禮)에 대한 입장을 통해 조선의 성리학의 예를 살펴볼 수 있다. 서인 송시열은 성리학에 대해 도통론을 논한다. 송나라는 요순의 도가 전해진 도통의 국가로, 주자의 학문 성리학은 감히 가감할 수 없는 완전한 학문의 표준으로 바라본다. 당시 ‘사문난적’이라는 말로 조선의 유학자들을 판단하고 구분 지었을 만큼 조선에서 주희의 성리학이 절대적인 위치에 있었음을 알 수 있다. 즉, 조선은 성리학에 대한 여러 의견이 존재했지만, 주희의 성리학을 기준으로 판단하면서 조선의 통치 이념으로 활용하였다. 성리학은 공자의 유학을 시작으로 과거의 유학을 집대성한 학문이며, 공자의 예에 대한 사상을 기반하고 있다. 즉, 조선의 예에 대한 생각 또한 공자의 예를 기반으로 한다고 볼 수 있다. 조선 초기, 조선은 국가의 틀을 바로잡기 위해 국가례로서 『국조오례의』와 사가례로서 『주자가례』를 통해 예제를 구축하였다.

조선은 ‘경국대전체제’<sup>22)</sup> 하에 있었다. ‘경국대전체제’란 『경국대전』을 중심으로 『국조오례의』와 『대명률』과 함께 조선의 법적인 역할 뿐만 아니라 조선의 정치, 사회, 경제, 문화의 모든 영역에 영향을 미친 체제를 의미한다. 『경국대전』은 주례의 육전체제를 기반으로 조선을 통치하는 원리와 방식을 담은 성문화된 법전이다. 『경국대전』은 시간이 흐름에 따라 속대전, 대전통편, 대전회통 등으로 내용을 수정, 보완하여 조선의 500년 긴 역사 동안 조선의 기틀을 잡는 법전으로서 역할을 지속하였다. 긴 세월동안 변화한 부분을 가감하면서 자리를 지켜온 『경국대전』을 통해 조선의 당시 유가의 위상을 파악할 수 있다.

20) 최연식, 앞의 논문, 59쪽.

21) 최연식, 앞의 논문, 60쪽.

22) 오영교, 『조선건국과 경국대전체제의 형성』, 2004, 6쪽.

『경국대전』은 군주성학론(君主聖學論), 인정론(仁政論), 재상중심정치론, 예치론(禮治論) 4가지의 이념을 담고 있다고 볼 수 있다.<sup>23)</sup> 먼저, 군주성학론으로 법을 통해 군주에 관하여 규정을 함으로써 군주의 지위와 권위를 제한하려는 것이다. 『경국대전』을 통해, 직간접적으로 신권의 분할 및 상호견제가 가능했고 왕권에 대한 직간접적인 통제에 대한 내용을 통해 왕권을 제약하는 기능을 했다.<sup>24)</sup> 다음은 군주의 권력에 대한 정당성을 보이는 인정론으로, 인정을 통해서 백성의 마음을 얻어야한다는 것을 의미한다. 마지막으로 예치론은 예치와 덕치를 중심으로 국가를 통치하며 형벌을 보조적 수단으로 이용해야한다는 것이다. 즉, 법의 형식을 띤 『경국대전』에는 유가적 이념이 담겨 있으며, 이는 조선이 유가적 가치를 통해 국가를 다스리고 군주를 통제해왔음을 알 수 있다. 이는 한 대에서 등장한 ‘유교의 법제화’를 성문법화한 것이라고 볼 수 있다. 비록 『경국대전』이라는 국가, 사회, 가정, 개인 모든 분야에 포괄적으로 영향을 미치는 법전을 제정하였지만, 그 내용을 살펴보면 예치를 중시했음을 알 수 있다. 『경국대전』은 자연과 인간의 합일이라는 성리학적 이상의 구현을 목적으로 편찬<sup>25)</sup>되었으며, 이는 유가의 자연법적 예의 특성과 연결 지을 수 있다. 이는 군주의 자의적인 법치나 형식적인 법치와는 대비되는 것이다.

더불어, 경국대전 편찬 과정에서 시대의 흐름에 따라 법이 변화할 수 있어야 한다는 논의가 전개되기도 하였다. 즉, 『경국대전』은 자연법적인 예를 통한 통치를 중심 내용으로 다루고 있지만 시대에 따른 절대적인 자연법을 의미하는 것이 아니라 법이 시간이 지남에 따라 변천할 수 있어야한다는 것을 의미한다. 대표적으로 최항(崔恒)은 경국대전을 올리는 전문에서 시의에 따라 법과 제도를 적절히 손익할 수 있을 때 비로소 덕치가 완성될 수 있다고 하였다.<sup>26)</sup> 즉, 조선 시대의 ‘예’는 도덕과 법의 성격을 동시에 담고 있는 개념으로 존재하였음을 알 수 있다.

예치로 조선 국가를 통치하고자하는 조선의 의도는 『경국대전』 「예전」 편찬을 통해서도 알 수 있다. 「예전」은 과거와 관리의 의장 및 외교, 묘지, 공문서 서식, 상복제도, 혼인 등 국가와 사회의 각종 전례들을 내용으로 담고 있다. 이는 사회의 윤리적인 관계에 정치적으로 의미를 부여하고 법으로 규율하려고 하였음을 의미한다. 또한, 당시 고위 관료에게 법에 대한 실무적인 능력보다 유교와 예에 대한 지식을 더 강조한 사실을 통해서도 조선에서 예치를 중요하게 생각했음을 알 수 있다. 즉, 『경국대전』을 통해 조선은 예치를 윤리적으로 동시에 형식적으로 담아내고 싶었음을 알 수 있다.

조선시대의 법을 현대 법을 기준으로 판단할 수 없다. 두 국가의 분위기와 이념 자체가 다르기 때문에, 둘은 비교대상이 될 수 없으며 개별적으로 존재하는 법치국가의 법전인 것이다. 하지만 확실한 것은 조선시대의 법이 예치를 중심으로 통치된 사회였지만 서양에서 동양 정치를 평가한 전제군주, 독재 정치와는 전혀 다르다는 것이다. 동양은 서양의 법과 같이 인간의 이성, 권리를 기반으로 등장한 법을 중심으로 국가를 통치한 것이 아니다. 동양은 세계의 이치, 천리를 담은 예를 통해 국가를 통치하려하였으며, 더불어 예를 통해 군주를 제약함으로써 군주의 자의적 통치를 견제하였다. 동양과 서양의 국가 통치는 다른 시스템 속에서 이루어졌다. 동양의 정치가 독재의 위험을 가지고 있다는 판단을 할 수 있는 근거가 존재하지 않으며, 이 판단은 일방적인 타당하지 못한 것이다. 두 정치는 당시 각 흐름

23) 김태희, 앞의 논문, 51쪽.

24) 김비환, 「경국대전체제에 나타난 유교적 법치주의의 구조와 성격: 『조선왕조실록』 기사를 중심으로」, 2008, 11쪽.

25) 최연식, 송경호, 앞의 논문, 56쪽.

26) 최연식, 송경호, 앞의 논문, 57쪽.

속에서 어떤 원리를 근거로 국가를 통치했는지의 차이이다. 동양은 천리를 중심으로 국가를 통치한 것에 비해, 서양은 완벽한 신이 부여한 인간의 이성을 기반으로 한 법이 주도적으로 국가를 통치한 것이라고 볼 수 있다.

## 2. 갑오개혁 이후 『대한국국제』 : 예(禮) 사적 영역으로의 축소

개항기 이전까지 조선에서 예는 국가의 통치 이념이자 개인의 생활 규칙으로, 국가의 헌법적 역할을 수행하였다. 하지만, 개항기에 들어 서양과의 교류를 시작하고 고종의 친정을 기점으로 개화 정책들이 시행되면서, 이전까지 조선을 전반적으로 통치한 경국대전체제가 흔들리고 서구의 근대 법이 기존 유교의 예 자리를 차지하게 된다. 특히, 통치기무아문의 설치에 고종이 주도하는 의정부와 동급의 관청으로 기존의 육조 체제를 유지하면서 개별적으로 운영되는 기구였으며, 통리기무아문 설치를 계기로 경국대전체제가 흔들리는 기초가 나타난다.

조선의 전통적인 체제는 갑오개혁을 기점으로 본격적으로 분열되기 시작한다. 개화과를 중심으로 일어난 갑오개혁은 전반적으로 왕의 사적 부문과 국가의 공적 부문을 분리하여 왕권을 제한하며, 이전의 조선 국가 체제에 큰 변화를 준다. 대표적으로, 의정부와 육조 제도를 폐지하고 정부의 주요 의결기구로 군국기무처를 설립하여 내각 제도를 시행했다. 결과적으로, 갑오개혁의 시행으로 인해 국가의 영역에서 주도권을 쥐고 있었던 예(禮)의 권한이 축소되고 개인의 사적 영역에 국한되게 되었다. 이러한 변화는 육조의 개편 과정과 신분제 폐지로 인해 나타난 것으로 볼 수 있다. 갑오개혁으로 조선의 기본적인 정치 구조인 육조가 8아문으로 개편되는 과정에서, 예조가 사라지고 8아문 중에서 예조의 역할을 담당할 부서 자체가 존재하지 않았다. 육조에서 예조는 예의(禮儀), 임금과 신하의 조회(朝會), 제사의식인 제향(祭享), 국가 간의 교류인 교빙(交聘), 학교와 과거에 관한 일을 담당하였다. 이러한 국가 업무를 담당할 예조의 존재가 사라진다는 것은 곧 예의 위상이 국가적 차원에서 사적인 차원으로만 한정되는 것을 알 수 있다. 또한 유가에서 예는 신분제를 전제로 한 규범체제로 국가에서부터 개인, 가족까지 모든 분야를 포괄하고 있는 개념이다. 갑오개혁으로 예의 근간이었던 신분제가 공식적으로 해체되면서 예의 위치 또한 불안정해졌다. 결과적으로, 예는 국가의 공적인 차원에서 개인의 사적인 차원까지 관장하는 개념으로 존재했지만, 갑오개혁으로 인해 사적인 차원으로 영향력이 축소되었음을 알 수 있다. 이를 시작으로 예를 실행하는 것 또한 더 이상 따라야하는 규범적인 의미보다 개인의 선호에 따라 선택될 수 있는<sup>27)</sup> 수준으로 변해갔다.

예가 사적인 측면으로 축소되는 과정에서 서구의 근대적인 법이 예의 자리를 대신했다. 조선에서 서구의 법 개념의 등장은 일본 메이지유신 이후 일본의 근대 정부 제도를 보고 온 조사시찰단이 고종에게 올린 보고서<sup>28)</sup>로부터 찾아볼 수 있다. 갑오경장으로 조선의 통치 원리였던 예치를 지우고, 법치를 기반으로 한 제도로 개편하였다. 육조 개편과정에서 예조를 폐지하면서 형조를 법부로 재편한 것을 통해 알 수 있다. 이는 형(刑)이 예치의 부차적인 수단으로 이용되던 과거에서 벗어나 다른 개념과 상관없이 독립적으로 근대적인 법을 중심으로 정치를 하겠다는 의미이다. 또한, 의금부가 고등재판소로 변하고 이외의 재판소가 등장한 것을 통해서도 알 수 있다.

27) 이원택, 「개화기 ‘禮治’로부터 ‘法治’로의 사상적 전환: 미완의 ‘大韓國國制體制’와 그 성격」, 2005, 67쪽.

28) 위의 논문, 67쪽.

갑오개혁으로 사적인 부분으로 축소되었던 예(禮)가 다시 국가의 통치 이념으로 돌아온 시기가 있다. 아관파천을 끝내고 돌아온 고종이 추진한 광무개혁 시기이다. 갑오개혁 이후 고종은 아관파천을 끝낸 후 조선에 돌아와 왕에게 절대적 권력을 부여한 대한제국을 선포하였고, 『대한국국제』를 반포하였다. 광무개혁 시기동안 고종은 유가의 예(禮)를 강조하며, 다시 국가 통치 이념으로 예치를 등장시켰다. 고종은 ‘구본신참(舊本新參)’을 중심으로 『대한국국제』를 제정하였다. ‘구본신참’이란 옛 제도와 이념을 기초로 하여 새로운 서양식 제도를 참고하여 받아들인다는 것을 뜻하며, 고종의 ‘구본신참’ 뜻에서 제정하는 『대한국국제』는 갑오개혁 이전의 유교적인 왕정체제를 중심으로 하지만 서양의 근대 법 형식을 갖춘 법을 의미한다. 하지만, 갑오개혁 이후로 근대적 제도와 문화를 경험한 당시 조선의 백성들에게 고종의 구본신참을 중심으로 한 행보는 큰 영향을 주지 못했다. 갑오개혁과 대한제국은 모두 서양의 근대 형식을 받아들인다는 공통점을 가지고 있다. 하지만 갑오개혁은 조선의 기존 체계를 일본식 근대 제도로 대체한다는 것을 의미한다. 반면, 대한제국은 제도의 핵심, 본질은 갑오개혁이후 축소된 유교의 예에 다시 집중하되 서양의 근대 법 형식을 따른다는 것이다. 둘의 비교를 통해서도, 예에 초점을 두어 황제권을 강화하려는 고종의 의도를 파악해볼 수 있다. 더불어, 고종은 조선 초기의 『국조오례의』를 기반으로 한 『대한예전』을 편찬하려고 노력했다. 이를 통해 전례를 황제 수준의 위치로 격상하려하였지만 공식적으로 반포되지도 못하고 일본의 식민지로서의 조선을 맞이한다.

『대한국국제』에 대해 권력주조의 규정 방식이 근대적 헌법사상에 근거한 입법<sup>29)</sup>으로 대한민국 최초의 근대 헌법이라고 보는 견해도 있지만, 법의 내용을 고려하였을 때 전제를 규정하고 있으며 왕권을 제외한 부분에 대한 규정은 존재하지 않았다는 점에서 『대한국국제』가 최초의 근대적 헌법이라는 의견을 부정하는 입장도 존재한다. 결과적으로 조선을 이은 대한제국이 일본 제국주의에 의해 멸망하여 식민지로 전락한 뒤, 서양 근대 정치사상에 압도되어 이러한 법전 편찬의 전통은 단절되고 말았다. 오늘날 우리는 서양의 민주주의사상에 입각하여 헌법을 비롯한 각종 법률을 통해서 국가와 사회를 운영하는 가운데 살고 있다.<sup>30)</sup>

### 3. 현재 대한민국 헌법: 전통으로서의 예(禮)

일제강점기와 광복을 지나 현재 대한민국은 1948년 7월 17일에 제정되어 9차 개정을 거친 헌법의 적용을 받고 있다. 오늘날 법치국가 대한민국을 생각하면 예(禮)가 아니라 법(法)으로 국가와 사회를 규정하는 것이 당연하며, 오히려 예는 사적 영역에서 역사 속 문화를 의미하는 개념이다. 현재의 법이 만들어지기까지 수많은 변화를 거쳤다. 일제 강점기 시기에 일본식의 대륙 법을 주입받은 조선은 해방 이후 독일 법을 연구하기 시작했고, 이후 적극적으로 반영하여 현재의 법을 볼 수 있게 되었다. 현재의 법을 본다면, 법을 부수적으로 이용하며 예를 중심으로 통치한 과거의 조선 모습을 상상하기 어렵다. 하지만, 현재의 법속에서 예의 의미를 담고 있는 부분이 존재한다. 비록 조선의 ‘유교의 법제화’와 ‘법의 유교화’ 모습과는 확연히 다르지만, 관습으로서의 예와 유가의 자연법사상이 헌법에 전승된 부분이 존재한다. 이는 법과 관습이 밀접한 관계를 맺고 있음을 알 수 있다. 비록 현재 법은 관습과 전통을 포용한 법이 아니라 강제로 서양의 근대 법이 이식된 것이다. 하지만 우리나라의 경우 정치적으로나 제도적으로나 절대적으로 긴 시간동안 유교의 영향 속에 있었

29) 전봉덕, 『한국근대법사상사』, 서울대학교 법학연구소, 1981, 105쪽.

30) 김용흠, 「경국대전은 어떤 책인가」, 2020, 192쪽.

고, 오늘날에도 유교는 우리의 생활과 행동에 무의식적으로 반영되고 있다.<sup>31)</sup> 즉, 우리에게 유교는 더 이상 법의 역할을 하는 개념은 아니지만 유교는 사회규범으로서 우리와 밀접한 관계를 형성하며 존재하고 있다.

현재의 유교의 예를 현재 헌법과 헌법재판소의 재판을 통해 알아보고자 한다. 먼저, 헌법 전문에서 유교의 흔적을 볼 수 있다.

유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민은 3·1 운동으로 건립된 대한민국 임시정부의 법통과 불의에 항거한 4·19민주이념을 계승하고, 조국의 민주개혁과 평화적 통일의 사명에 입각하여 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고, 모든 사회적 폐습과 불의를 타파하며, 자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게 하며, 자유와 권리에 따르는 책임과 의무를 완수하게 하여, 안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고 밖으로는 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함으로써 우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서 1948년 7월 12일에 제정되고 8차에 걸쳐 개정된 헌법을 이제 국회의 의결을 거쳐 국민투표에 의하여 개정한다.

이 구절에서 유교적 균등 이념을 이어받고 있는 조소앙의 삼균주의에서 큰 영향을 받았다<sup>32)</sup>라는 것을 알 수 있다. 이어 국민민주주의를 의미하는 헌법 제1조 제2항 “대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다.”는 유가의 대표적인 이념 인본주의, 민본주의를 현대적인 자유민주주의적 입장에서 표현한 것이라고 볼 수 있다.<sup>33)</sup> 이 외에도 헌법 본문 제10조, 제32조, 제34조에서 유가의 전통적 사상인 민본주의, 인치, 덕치 및 친친주의 사상과 그 기반이 서로 상통하는 것을 알 수 있다.<sup>34)</sup>

나아가 형사법에서 존속 관계를 특별히 여기고 존속범죄에 대해 가중처벌을 하며, 이에 대해 헌법재판소에서 합헌 판결을 내린 점을 통해서도 현재 법체계 속 유교의 예에 대한 위치를 파악할 수 있다. 이를 통해서 부모에 대한 효를 최고의 선으로 간주하는 유교의 영향을 찾아볼 수 있다.

범죄피해자의 고소권은 형사절차상의 법적인 권리에 불과하므로 원칙적으로 입법자가 그 나라의 고유한 사법문화와 윤리관, 문화전통을 고려하여 합목적적으로 결정할 수 있는 넓은 입법형성권을 갖는다. 가정의 영역에서는 법률의 역할보다 전통적 윤리의 역할이 더 강조되고, 그 윤리에는 인류 공통의 보편적인 윤리와 더불어 그 나라와 사회가 선택하고 축적해 온 고유한 문화전통과 윤리 의식이 강하게 작용할 수밖에 없다. 우리는 오랜 세월동안 유교적 전통을 받아들이고 체화시켜 이는 현재에 이르기까지 일정한 부분 엄연히 우리의 고유한 의식으로 남아있다. 이러한 측면에서 ‘효’라는 우리 고유의 전통규범을 수호하기 위하여 비속이 존속을 고소하는 행위의 반윤리성을 억제하고자 이를 제한하는 것은 합리적인 근거가 있는 차별이라고 할 수 있다.<sup>35)</sup>

31) 진희권, 「유교적 법률규정의 현재와 미래」, 『사회사상과 문화』, Vol.8, 2003, 180쪽.

32) 나중석, 「한국 민주공화국 헌법 이념의 탄생과 유교 전통」, 2018, 172쪽.

33) 문효남, 앞의 논문, 63쪽.

34) 문효남, 위의 논문, 63쪽.

35) 헌법재판소 2011. 2. 24 선고 2008헌바56 (형사소송법 제224조 등 위헌소원) 참조판례 : 헌재 1999. 1. 28 98헌마85, 헌재 1999. 12. 23 98헌바33, 헌재 1999. 12. 23 98헌마363, 헌재 2000. 8. 31 97헌가12, 헌재 2001. 2. 22 2000 헌마25, 헌재 2007. 4. 26 2006헌바10, 헌재 2009. 2.

근대 법체계를 이루고 있는 현대 사회에서 유가의 예는 단순히 전통으로 역사의 흔적으로 존재하는 것처럼 보이지만, 실제로 헌법 내용을 살펴보면 유교의 핵심 이념에 대해 헌법적 정당성을 인정하며 유교의 예를 내포하고 있음을 알 수 있다. 유교 사상은 우리에게 체화된 고유한 법의식으로 중요한 헌법적 정당성을 가지고 있다.<sup>36)</sup>

#### IV. 나가며

오늘날 예(禮)는 전통관습, 예의, manner의 의미로 존재한다. 하지만 과거 유가가 국가, 사회, 가정, 개인 모든 방면에 포괄적으로 영향을 미쳤을 당시 예(禮)는 국가의 통치 이념이자 개인의 도덕적 행위 규범으로 국가와 사회 전반을 다스리는 기준으로서 역할을 했다. 예(禮)의 글자 분석을 통해 알 수 있듯이, 국가 제사와 관련된 용어로 왕, 소수의 신하, 국가가 모시는 신의 좁은 관계에서 사용되었다. 점점 제사의 의미가 약해지고 의미가 수평적으로 확장되면서, 특정 소수의 집단이 아닌 모든 사람에게 적용되는 개념이 되었다. 이어 공자는 예를 내면화함으로써 예에 도덕성을 주입하였고, 예는 개인의 도덕적 행위의 규범으로 의미를 갖추게 되었다.

유가에서 정치를 논할 때 법치보단 예치를 선호하며, 이를 통해 유가의 이상 정치 왕도정치에 도달할 수 있다고 한다. 유가에서 예치와 대립시킨 법치는 절대적인 법으로 국가를 통치하는 절대적 법치주의 형태로, 이는 왕이 절대 권력을 쥐고 자의적으로 국가를 통치하는 패도정치로 나아갈 위험이 있다고 한다. 형벌이나 제도를 통한 통치는 백성의 내면까지 교정하지 못하며 백성들에게 단순히 표면적인 행위에 대한 제재로 간주될 수 있다. 반면, 예치를 통해 백성들은 자신의 행동에 대한 부끄러움을 느끼고 스스로 교정을 하려는 노력을 할 수 있다. 하지만 유가에서 예치를 추구한다고 법 자체에 대해 배타적인 것은 아니었다. 예를 통치 이념으로 삼았지만, 예를 지키지 못한 상황에서 이를 처벌하는 보조 수단으로 법을 이용하였다.

법(法)에 대한 고증을 살펴보면, 제도로서의 의미와 형벌로서의 의미를 담고 있음을 알 수 있다. 혼란스러운 춘추시대를 거쳐 등장한 전국시대에는 법가가 국가 통치 이념으로 주도권을 잡는다. 법가는 군주가 제정한 법으로 사회를 통치하는 법치를 중시했으며, 법가의 법은 도덕성과 연관자체가 없는, 어떤 상황에서도 절대적으로 준수해야하는 존재였다. 현재 법을 바라보는 여러 기준 중 유가의 법(法)과 법가의 법(法)은 자연법과 실정법과 가깝다고 볼 수 있다. 유가의 법은 천리를 담은 예의 모습으로 존재했으며, 상황에 따라 자연법 예를 준수하기 위해 실정법인 법을 위반한 행동의 정당성을 인정한 것을 통해 유가의 예의 자연법적 특성을 알아볼 수 있다, 반면, 법가의 법은 절대적인 존재로, 법을 위반한 행동을 정당화할 상황 자체가 존재하지 않는다. 유가의 도덕적 행동, 예와 같이 법보다 상위의 개념이 존재하지 않는다.

유가에서 순자는 예와 법을 연관지은 사람으로, 기존의 유가 흐름과 다른 방향을 추구하는 것처럼 보인다. 법가가 주도적 흐름이었던 전국시대에 살던 순자가 예와 법을 연결하는 것은 유가의 입지를 지키기 위해 당시 시대상황을 반영한 것이라고 볼 수 있다. 공자는 예를 도덕적 측면에 집중하였던 반면, 순자는 법가의 현실적 특성을 반영하여 도덕적 특성과 함께 예의 발현 형식에 주목하였다. 하지만 공자와 순자 모두 패도정치로 이끄는 통치 수단으

26 2005헌마764, 헌재 2012. 7. 26 2011헌바121  
36) 문효남, 앞의 논문, 69쪽.

로 형벌로서의 법을 견제하고 있었다는 점에서 공통점을 찾을 수 있다.

법가가 주도적인 흐름이었던 전국시대와 진나라시기를 거쳐, 한나라에는 유가를 중심으로 통치를 함으로써 중앙집권적인 국가를 구축하고자 했다. 한나라의 유가에서 ‘법의 유교화’와 함께 ‘예의 법제화’를 찾아볼 수 있다. 공자를 통해, 법을 예의 관점에서 해석하는 ‘법의 유교화’를 알아볼 수 있다. 법을 궁극적으로 예치를 위한 수단으로 바라보며, 법을 통해 예치를 실현하려고 하였다. 반면, ‘유교의 법제화’는 법과 제도 안에 유교의 이념을 담아서 군주의 권력을 제한하고 패도정치를 견제하려고 한 것이다. ‘유교의 법제화’를 위한 행동 중 하나는 예(禮), 율(律), 전(典)을 편찬한 것이다. 그 중 예는 군주의 자의적인 통치를 제한한 헌법적 기능을 수행하였다. 특히, 한 대 『예기』에서 국가의 통치부터 개인 삶의 지도까지 광범위한 범위를 다루는 것을 통해 ‘유교의 법제화’를 찾아볼 수 있다. 즉, 예를 윤리적 측면으로 바라보는 유가의 특성과 국가를 통치하는데 필요한 질서로서 예를 바라보는 법가적 측면이 담겨있다.

지금까지 예(禮)의 의미 변천과 시간이 흐르면서 유가가 법적인 측면을 어떻게 수용하고 이용하였는지 알아보았다. 이제 조선 국가를 시작점으로 하여 한반도에서 예(禮)의 위상이 어떻게 변하였는지 각 시기를 대표할 수 있는 법전 『경국대전』, 『대한국국제』, 대한민국 헌법을 통해 알아 볼 것이다. 먼저, 『경국대전』은 조선 초기 성종시기에 편찬 완료된 법전이다. 조선의 긴 역사동안 중심 법전으로서 자리를 지켜왔으며, 시간이 지남에 따라 추가 법전을 편찬하여 부족한 점을 보완하였다. 조선의 큰 정치적 사건 속 예송논쟁이 있을 정도로, 조선에서 예(禮)는 국가, 사회, 개인에게 파급력이 큰 존재였다. 조선은 성리학을 통치이념으로 세운 나라로, 주희가 기존의 유학을 형이상학적으로 재구성한 성리학의 특성을 통해 알 수 있듯이 성리학의 예는 공자의 예로부터 발전한 것이다. 조선 정치에서 중요한 위치에 있던 예는 『경국대전』 안에서 찾아볼 수 있다.

『경국대전』에서는 유학의 대표 이념 군주성학론(君主聖學論), 인정론(仁政論), 재상중심 정치론, 예치론(禮治論)을 찾아볼 수 있다. 이는 조선이 유가적 이념을 통해 국가를 다스리고 왕을 견제하며 패도정치로 가는 길을 방지한 것을 알 수 있다. 즉, ‘유교의 법제화’의 모습을 성문헌법으로 나타낸 것이다. 『경국대전』 또한 자연법적인 유교의 예(禮)를 중심으로 편찬되었지만, 절대적으로 바꿀 수 없는 자연법을 추구한 것은 아니다. 시대에 따라 변화할 수 있으며, 이를 통해 더 나은 국가로 통치할 수 있다는 생각을 기반으로 『경국대전』을 편찬하였다. 즉, 조선시대의 예(禮)는 도덕과 법의 성격을 모두 가지고 있는 개념이었다.

개항 이후 갑오개혁을 통해, 조선의 기존 체제가 많이 흔들렸다. 갑오개혁의 개화 정책을 통해, 조선에서 ‘예(禮)’의 위상이 크게 변화한다. 이는 육조 체제의 재편과 신분제 폐지와 관련 있다. 육조 체제를 8아문으로 개편하는 과정에서 조선 국가의 예의 모든 행동과 이념을 다스리던 예조가 사라지며, 예조의 역할을 이어받을 국가 부서가 만들어지지도 않았다. 그 결과, 예(禮)는 더 이상 국가적 측면에서 다루는 개념이 아니라, 사적인 측면에서 개인의 행동의 규범으로서 남게 된 것이다. 더불어, 조선의 신분제가 공식적으로 폐지되었다. 신분제는 성리학을 국가 통치 이념으로 한 조선의 기반으로, 신분제가 폐지됨으로써 조선의 토대가 흔들리며 유학의 예(禮) 또한 기존의 권위가 무너졌다. 더 이상 따라야하는 규범이 아니라 개인의 생각에 따라 선택될 수 있는 가치로 위상이 떨어졌다. 예를 다루는 분야가 국가적 측면을 포함한 전체를 아우르는 개념에서 사적 측면으로 축소된 것은 물론이며, 백성들 또한 예를 선택적으로 결정할 수 있는 가치로 바라보기 시작했다.

물론, 아관파천 후 돌아온 고종의 광무개혁 시기에 『대한국국제』를 통해, 예가 다시 국가적 차원으로 소환된다. 고종은 갑오개혁 이전의 유교를 중심으로 서양의 근대적 형식을 따라 새로운 방향으로 나아가고자 했다. 이와 같은 맥락으로 조선 초기의 『국조오례의』를 기반으로 한 『대한예전』을 편찬하려고 하였다. 결과적으로 백성들의 예에 대한 생각과 고종의 구분신참에는 큰 간극이 존재했으며, 일본의 식민지가 되어가면서 고종의 광무개혁은 마무리 된다.

일제강점기 동안 조선은 일본식의 근대 법을 주입받는다. 광복 후 대한민국은 독일 법을 연구하여 독일 법을 기반으로 한 대한민국 헌법을 1948년 7월 17일에 제정한다. 일제강점기와 현재 헌법은 서양의 근대 법의 주입을 받은 것이다. 한반도의 긴 역사 속 강력한 영향을 끼친 유가를 배제한 채 진행된 것이다. 갑오개혁을 시작으로 현재 헌법이 제정되기까지의 과정을 보면, 현재 예(禮)와 과거 조선의 예(禮)의 인식 차이가 발생하게 된 이유를 알 수 있다. 국가 정치까지 영향을 미쳤던 예는 갑오개혁을 통해 사적 측면으로 축소되었고, 이후 일제강점기와 해방 이후 서양 근대 법의 주입으로 더 이상 법의 역할을 담당했던 예(禮)는 지워지고, 관습이자 전통으로서의 예(禮)로 남겨진 것이다.

조선처럼 주도적으로 국가, 사회, 가정, 개인을 다스렸던 이념 예(禮)를 찾아볼 수 없지만, 현재 법 체계 속에서 과거의 예(禮) 흔적을 찾아볼 수 있다. 헌법 전문, 본문뿐만 아니라 존속범죄의 가중처벌, 헌법재판소의 판결을 통해 대한민국 법체계에서 유교, 예(禮)를 우리가 지켜야하는 규범이자 우리와 밀접하게 존재하는 개념으로 바라보고 있다. 특히, 직계가 족을 대상으로 한 범죄를 기본 범죄보다 더 무겁게 여기는 것은 유교의 효를 기반으로 했기 때문임을 알 수 있다.

조선과 현재의 예(禮)를 바라보는 태도가 다른 것에 의문을 품고, 본 논문을 작성하기 시작했다. 예(禮)의 의미를 시작으로, 예(禮)와 법(法)의 관계, 조선 역사 속 예(豫)의 위상을 차례대로 살펴보았다. 조선의 법으로서 역할을 했던 예(禮)가 현재 전통 관습의 의미로 사적 측면에 국한되었지만, 중요한 것은 동양에서 법이 부재한 것이 아니란 것이다. 서양의 기준으로 법이 부재한 동양은 전제군주를 통해 국가를 다스리며, 군주가 자의적으로 독재하였다고 판단하기도 한다. 하지만, 인간의 이성을 기반으로 등장한 서양의 법(法)이 있다면, 동양은 천리를 담은 예(禮)를 통해 국가를 다스린 것이다. '법의 유교화', '예의 법제화'를 통해 동양은 군주의 권력을 통제하고 패도정치로 가는 길을 방지했다. 두 지역은 다른 사상과 흐름 속에 개별적으로 존재한 것으로, 일방적으로 한 지역의 시야로 다른 지역을 판단할 수 없다. 물론, 현재의 법은 서양의 법 형식을 하고 있지만 이는 역사 속에서 이뤄진 과정일 뿐, 이를 통해 서양의 법이 우수하다고 볼 수 없다. 오히려 현재 법 체계 안에서 유교의 중요 사상과 예가 남아 있음을 확인하며 한반도에 절대적으로 긴 시간동안 광범위하게 존재했던 예(禮)의 강력한 영향력을 다시 한 번 느낄 수 있다.

정리하자면, 현재 서양의 모습을 띄고 있음을 근거로 서양이 우수한 기술, 문화를 보유한 것이라고 볼 수 없다. 서양의 문명이 공격적으로 들어온 조선의 역사에서 서양의 법 형식이 주입된 것이다. 오히려 서양의 문명이 주입된 과정을 거쳤음에도 우리의 법체계 속에서 유가와 예(禮)를 찾아볼 수 있음을 통해 유가와 예(禮)의 강력한 영향력을 파악할 수 있다.

## V. 참고문헌

- 공자(2016), 『논어』, 김형찬 역, 홍익출판사.
- 김비환(2008), 「경국대전체제에 나타난 유교적 법치주의의 구조와 성격: 『조선왕조실록』 기사를 중심으로.
- 김선희(2015), 『동양철학 스케치1』, 도서출판 풀빛.
- 김용흠(2020), 「경국대전은 어떤 책인가」.
- 김태희(2018), 「조선의 유가적 법치 이념: 조선경국전과 경국대전 편찬을 중심으로」.
- 나중석(2018), 「한국 민주공화국 헌법 이념의 탄생과 유교 전통」.
- 문효남(2018), 「유가 자연법 사상의 헌법상 전승」, 『한국철학논집』, Vol.56, 2018.
- 박홍규, 송재혁(2012), 「'유교적 헌정주의' 재검토: 조선 초기 왕권의 정상화와 '헌장주의(憲章主意)」.
- 오영교(2004), 『조선건국과 경국대전체제의 형성』.
- 유권종(2002), 「예: 유교 문화의 형식과 내용」, 한국사상사연구회, 조선유학의 개념들, 예문서원.
- 이승연(2007), 「주자의 예와 몽테스키외의 법: '근대성'과 '탈근대성'을 중심으로」, 『동양사회사상』, Vol.16.
- 이승환(1992), 「유가는 법치에 반대했는가?」.
- 이원택(2005), 「개화기 '禮治'로부터 '法治'로의 사상적 전환: 미완의 '大韓國國制體制'와 그 성격」.
- 전봉덕(1981), 『한국근대법사상사』, 서울대학교 법학연구소.
- 진희권(2003), 「유교적 법률규정의 현재와 미래」, 『사회사상과 문화』, Vol.8.
- 최연식(2007), 「『예기』에 나타난 예의 법제화와 유교입헌주의」.
- 최연식, 송경호(2007), 「『경국대전』과 유교국가 조선의 예치: 예(禮)의 형식화 과정을 중심으로」.