

朝鮮 顯宗朝 禮訟에 대한 法學的 接近*

李東科**

目 次	
I. 序言	3. 仁宣王后喪의 趙大妃服에 (제2차 예송)
II. 禮訟의 顛末	III. 法學的 接近
1. 孝宗喪의 趙大妃服에 관한 禮論對立	1. 法一般論的 接近
2. 趙大妃服 暮年決定後 南·西의 爭論	2. 個別法學에서의 接近
	IV. 結 論

I. 序言

儒敎의 禮증에 조선조에서는 喪祭禮를 특별히 중시하였는데 예송은 조선 효종 10년(1659) 효종이 승하하자 國喪에 있어서 상례에 대한 견해 차이로 현종 즉위년(1659)부터 현종 15년(1674: 숙종 즉위년)까지, 계속하여 숙종 20년경까지 전후 약 35년에 걸쳐서 진행된 논쟁이다.¹⁾ 당시 우리나라에 전래되어 시행해 오던 禮制는 중국 周代이후의 여러 예제와 주자가례였다. 이리하여 예를 연구하는 학문 즉 예학이 성리학의 발달에 뒤따르게 되었다. 성리학자에 의한 최초의 예학저술은 晦齊 李彦迪(1491-1553)의 奉先雜儀와 河西 金麟厚(1510-1560)의 家禮攷誤이고²⁾ 그후 많은 유학자들이 예서를 저술하였다. 예술학의 전성기를 열게 된 가장 유명한 학자로는 寒岡 鄭述(1543-1620)와 沙溪 金長生(1548-1631)을 들 수 있다. 여기서 말할 예송도 한강계열의 윤휴, 허목등과

* 이 논문은 1991. 9. 28 韓國法史學會 정례발표회에서 발표된 草案를 보완한 것임.

** 청주대 법학과 교수

1) 玄相允, 朝鮮儒學史, 현음사, 1986, 193면.

2) 黃元九, 李朝禮學의 形成過程, 東方學志6, 1963 참조.

사계 계통의 송시열, 송준길 사이의 國喪복제문제에 관한 의견대립에서 발단된 것이다.³⁾ 예 중 상복에는 친소에 따라 5종이 규정되어 있었다. 그에 따르면 부모상에는 3년 복을 입고 長子喪에도 그 부모는 次子이하와 구별하여 3년 복을 입도록 되어 있었다. 현종대의 예송은 현종즉위년의 예송(기해 예송 : 제1차 예송)과 현종 15년의 예송(제2차 예송)이 있는데, 이 양차의 예송은 이론에 있어 같은 맥의 것이었다. 또 예송이 단기간에 끝나지 않고 사림사회와 정계에서 당파간의 持久戰으로 열전에서 냉전, 냉전에서 열전으로 이어져 명분싸움이 결국 政爭으로 되었고, 당시 군주주권하의 군왕의 적통문제까지 거론하며 정부의 실권이 당 간에 교체되는가 하면 핵심당사자들이 참화를 입기도 하였다. 그러나 또 한편 大義 名分이 중시되고 언론 특히 비판의 자유가 확대되었으며 미숙했지만 정당정치로 당간의 억제·균형 및 정권교체를 경험하였고 禮 또는 法の 해석이론을 발전시킨 바가 크다고 할 수 있다.

이 논문에서는 이 예송이 법학적 측면에서 어떤 의미를 가지는가, 법학과 어느정도 관련되는가를 검토해 보고자 한다. 이 방면에 관한 연구가 아직 우리 법학계에서는 없으므로 필자는 하나의 시론으로 관심을 불러 본다는 생각으로 이 테마를 다루게 되었다.

II. 禮訟의 顛末

1. 孝宗喪의 趙大妃服에 관한 禮論 對立

(1) 對象 事實과 問題의 發端

조선 仁祖(1595~1649, 재위 1623~1649)의 장자인 昭顯世子(1612~1645)는 인조보다 5년 먼저 별세하였으므로 인조가 승하한 뒤에 둘째 아들인 효종(1619~1659, 재위 : 1649-1659)이 제17대 왕통을 이었다. 그 후 기해년(1659)에 효종이 승하하자 효종의 계모(인조의 繼妃)인 慈懿 大妃 趙氏(趙大妃)가 효종을 위하여 몇년복을 입어야

3) 이병도, 韓國儒學史, 아세아문화사, 1989, 298면.

하는가에 관하여 西人 학자들과 南人 학자들 사이에 격렬한 논쟁이 벌어졌다.⁴⁾ 이를 己亥예송이라 하고 제1차 예송이라고도 한다.

(2) 당시 朝廷의 狀況

효종이 승하하니 현종(재위: 159~1674)이 어린 나이로 상주가 되고 왕으로 즉위 하였으나, 연령이 어리고 예학에 밝을 수 없었으며, 황망중이라 국상의 禮는 조의의 결정대로 할 수 밖에 없었다. 한편, 조정은 鄭太和가 영의정이고 宋時烈(1607<선조40>~1689<숙종15>)이 이조판서, 宋浚吉(1606<선조39>~1672<현종13>)이 우참찬을 맡는 등 서인이 실세를 장악하고 있었다.

(3) 禮訟의 核心爭點

기해국상에서 문제가 된 복제는 효종이 家統으로 보면 차자가 되고, 왕통으로 보면 적자가 되는데, 어느 쪽으로 보아 복을 정하여야 하는가가 쟁점이었다. 차자로 보면 暮年(1년)으로, 嫡子로 보면 3년으로 자의대비가 입을 복이 정해지는 것이다.

(4) 宋時烈의 暮年說과 尹黻의 3年說

효종이 승하하자 조정에서는 의논 끝에 당시 이조판서인 서인 송시열에게 의견을 물었다.⁵⁾ 송시열과 당시의 우참찬인 송준길은 효종이 비록 왕통은 이었지만 가통으로 보면 장자가 아닌 차자이므로 대비의 복은 기년이어야 한다고 주장하였는데 이는 효종을 衆子의 하나로 보았기 때문이다. 조정의 의논이 이들의 의견대로 돌아간다는 말을 듣고 남인 윤휴(1617~1680)는 「儀禮」 斬衰章賈疏의 ‘제1장자가 죽으면 적처소생의 제2장자를 세우 또한 장자라 한다’⁶⁾라는 주석을 인용하여 3년복을 주장하였다. 즉 윤휴는 효종이 왕통을 이은 분이니 장자로 이해하여야 한다는 것이었다. 이것이 기해 복제 논쟁이다.

-
- 4) 당시까지 서인은 노론·소론이 분당되지 않았으나, 동인은 이미 남인 복인으로 갈라진 후이었는데 광해군때 득세하였던 복인은 인종반정으로 몰락하고 끝 서인이 득세하니 남인만이 서인에 대적할 만하였다. 이병도, 상계서, 261면.
5) 이병도, 상계서, 305면.
6) 儀禮疏, 卷 29, 喪服: 第一子死也 則取嫡妻所生第二長者立之 亦名曰長子.

(5) 宋時烈的 碁服強調와 朝廷의 碁服 決定

송시열은 윤희의 설이 疏에 있음을 인정하면서도 그 疏下의 ‘서자는 장자가 될 수 없다’⁷⁾ 적처 소생 제2자는 衆子이고 같이 서자라 일컫는다.⁸⁾라는 귀절과 3年條疏의 ‘비록 가통을 이어도 삼년복을 입지 않는 경우가 네가지 있는데 그 중에 體而不正은 서자를 세위 후를 삼는 것이다.’⁹⁾라는 것을 인용하여 다시 기년복을 강조하였다. 실로 체이부정이라는 것은 왕통에 대하여 함부로 할 수 없는 말이다. 생각컨대 송시열은 효종이 왕자일 때 師傅이었고 즉위 이후 각별한 은총을 입었으므로 자기는 의례소를 소신대로 해석하여 체이부정을 주장하여도 오해받지 않을 것으로 생각한 듯하다. 또 송시열은 체면, 자존심, 자기실력으로 미루어 윤희의 반론에 물러설 수 없다는 생각에서 자기의 기년설을 이론적으로 뒷바침하고자 체이부정설을 들고 나온 것 같다.

당시 영의정 정태화는 체이부정설이 후일의 화근이 될지 모른다고 우려하였으나 송시열은 大明律과 國制에 장자와 衆子를 막론하고 모두 기년복을 정해놓고 있다면 기년설을 강변하였다. 정태화도 그 의견에 따라 예소의 설을 취하지 않고 國제를 근거로 기년으로 정하였다. 이는 國제대로 하면 기년복으로 하는 것이 정당하고 반론을 막을 수 있으며, 체이부정설로 인한 후환을 예방할 수 있었기 때문이다. 國제에 관하여는 후술한다.

2. 趙大妃服 碁年決定後 南·西의 論爭

(1) 尹鑣의 反論과 宋時烈的 辯論

윤희는 임금의 상에 內宗은 다 참취복을 입는다는 설로 다시 삼년복을 주장하였다.

이에 대하여 송시열은 내종은 모두 신하이기 때문에 삼년복을 입어야 하나 대왕대비는 선왕이 신하로서 섬겼던 바이니 대왕대비가 신하의 신분으로 삼년복을 입을 수 없고

7) 庶子不得爲長子.

8) 嫡妻所生第二者是衆子今同名庶子.

9) 雖承重不得三年有四種…三則體而不正立庶子爲後是也. 여기서 체이부정이란 몸은 아버를 계승하였으나(體) 嫡長이 아닌(不正)것을 뜻한다.

또한 아들이 어머니를 신하로 하는 의리는 없다고 변화하였다.¹⁰⁾

(2) 許穆의 三年說의 宋時烈的 辯論

다음 해 현종 원년(1660)봄 남인인 掌令 허목(1595<선조28>~1682<숙종8>)이 상소하여 삼년복을 주장하였다.

그는 ‘의례주소에 의하면 적처소생인 第二長者 또한 長子요 嫡嫡相乘을 正體라 하여 삼년복이고, 중자로 왕통을 이은 분도 동일하게 처리하는 것인데, 서자로 後를 삼은 것은 체이부정이라 하여 삼년복을 입지 않는 것은 妾子인 까닭이나, 이제 효종이 대왕대비에 대해서는 이미 적자요 또 왕통을 이어 즉위 하였는데도 불구하고 체이부정이므로 기복자와 동일하게 처리한다는 것을 무엇에 근거한 것인지 모르겠습니다. 禮官에 명하여 복을 追正하시기를 청합니다.’라고 하였다.¹¹⁾ 이것이 師友인 윤휴의 설을 지지하는 것임은 물론이다.

이에 대하여 송시열은 또 반박하였다. ‘허목의 상소의 요점은 두 가지이다. 하나는 제1자가 죽으면 제2長者 또한 장자라고 이름하여 참최복을 입는다는 것이고 또 하나는 서자가 뒤를 이으며 삼년복을 입지 않는 것을 첩자인 까닭이라는 것이다. 그러나 이른바 제1자가 죽고 제2자를 세운 경우는 장자가 언제 죽었느냐에 따라 달라진다. 장자가 성인이 된 후에 죽고 그 父가 그 아들을 위해 참최복을 입었는데 次嫡을 세워 장자라 한다면 그 차적이 죽었을 때 그를 위해 또 삼년복을 입어야 하느냐? 그런즉 統에는 둘이 있을 수 없고 참최를 두 번 입는 의리는 없다. 또 妾子이기 때문이라는 허목의 의견은 疏의 설이 아니다.¹²⁾ 즉 이른바 서자는 진실로 첩자를 말하지만 차적이하부터는 비록 人君母弟라도 서자라 이므로 효종을 인종대왕의 서자라 해서 안될 것이 없다. 庶는 낮추는 칭호가 아니요 衆의 뜻이다. 부왕이 서자의 복을 삼년 입지 않았는데 비록 왕통을 이었으나 모후가 어찌홀로 삼년복을 입겠는가? 하물며 대왕대비는 인조와 함께

10) 이병도, 전계서, 306면.

11) 허목, 記言, 卷 64, 追正喪服失禮疏.

12) 「소의설이 아니다」라는 것은 의례주소의 설이 아니더라는 뜻이다.

소현세자의 喪때 삼년복을 입었는데 그 의리가 어찌 오늘에 이르러 변할 수 있겠는가?’ 라고 한 것이 그 요지이다.¹³⁾

송시열은 일찌기 효종이 潛邸에 있을 때 왕자 師傅로서 經書를 강론함에 있어 왕자의 자리인 東壁에까지 가지않고 왕자가 사부의 자리인 서벽에까지 와서 講을 받도록 하여 종래의 예를 깨뜨렸다. 이것은 禮記의 ‘스승이 가지 않고 가르치는 禮’를 그대로 실천하려 한 것이었다.¹⁴⁾ 이와같이 그의 예의 의리는 넘격하였다.

(3) 宋浚吉의 宋時烈지지와 尹暉·尹善道の 宋時烈 攻撃

송준길은 대략 송시열과 같은 내용의 소를 올렸고, 윤휴는 또 禮說을 지어 송시열과 송준길의 禮論을 비판하였다. 그 내용은 “시열과 준길은 君父를 깎아내리고(貶降君父) 大倫을 어지럽혔다. 그것은 그들이 남을 해치려는 마음을 지닌 것이니 그들의 말과 ‘宗統을 돌로 하고 임금을 낮추는 것(卑主貳宗)’과는 실상 表裏의 관계에 있다”는 것이었다.¹⁵⁾ 또 그때 효종의 왕자 당시의 사부를 지낸 바 있는 남인 학자 윤선도(1587<선조20>-1671<현종12>)가 소를 올려 송시열 일파를 공격하였다. 윤선도는 소에서 「시열이 차자에게 장자의 복을 입히면 嫡統이 엄하지 못하다고 한 것은 효종대왕이 비록 왕위에 올랐더라도 적통이 될 수 없는 결과가 되어 悖理가 됩니다. 차자가 父命을 받고 天命을 받아 왕위를 계승하였는데도 적통이 될 수 없다면 假世子란 말입니까, 攝政王이란 말입니까?…」라고 하였다.¹⁶⁾ 이에 시열이 奪嫡奪宗의 심사를 가지고 있다는 뜻이 담겨있다. 그 취지가 송시열 일당을 중사를 위태롭게 하는 자들이라고 공격한 것으로서 지극히 과격하였다.

(4) 西人·南人間 黨爭으로의 發展

사태는 단순한 복상문제를 벗어나 효종의 왕통을 가지고 시비를 벌이는 당파간의

13) 송시열, 송자대전, 권 26, 大王大妃服制儀.

14) 이종은, 우암 송시열(下), 有脈(44), 세계일보, 1990.7.24., 17면.

15) 이병도, 전계서, 308면.

16) 上同.

政爭으로 변하였는 바, 남인들은 송시열 일당을 축출하려 하고 서인들은 잡은 세력을 잃지 않고자 갖은 노력을 다하였다.

副提學 俞槃등 서인들이 궐기하여 송시열을 도와 윤선도를 공격하였다. 그로 인하여 윤선도는 삼수로 유배되고 허목은 삼척부사로 좌천되었다(현종 원년 : 1660). 그후 남인 趙綱·洪宇遠·金壽弘·柳世哲 등이 윤선도를 구하고 송시열을 공격하는 상소를 하였으나 효과가 없었다. 남인들의 禮에 관한 상소 중 가장 격렬했던 것은 영남 유생 유세철 등 140여인의 연명 상소였는데 그들은 시열의 己亥服制는 틀린 것이라고 극론하고 시열의 죄를 증묘에 고하고 나라 안에 공표하기를 청하며 아울러 윤선도의 설을 뒷받침하는 「喪禮考證」이라는 책도 올렸다. 상례고증이 윤선도의 설을 조술한 것이라는 견해도 있으나¹⁷⁾ 윤선도가 상례고증에 따랐다고 보아야 한다. 상례고증의 저자들이 모두 한 세대 전시대의 학자들이기 때문이다. 상례고증이라는 이름의 책은 지금까지 남아 있는 것으로 金誠一著, 柳成龍著, 曹好益著 등이 있는데 이 저자들은 모두 退溪 李滉의 제자들이며 동인에 속하였고 그 후학들은 대부분 남인이었으므로, 이 저술들은 대체로 남인의 禮說을 뒷받침하는 것이었다고 추측할 수 있다.

(5) 國王(顯宗)의 服制論爭 禁止令

현종은 예송이 이와 같이 과열해지니 이 상소에 대한 비답을 내리면서 「士風의 불미함이 이에 이르렀으니 진실로 놀랄 일이다. 기해복제는 실지로 邦禮인 五禮儀를 지킨 것이므로 지금 바꿀 수 없다. 만일 예론을 빙자하여 사단을 일으키는 자가 있으면 엄벌에 처하겠다」고 하여 예송을 일단 종식시켰다.

그러나 예송은 표면상으로만 종식된 듯 하였을 뿐 내면적으로는 그대로 불타고 있었다.

3. 仁宣王后 喪의 趙大妃服(제2차예송)

(1) 그 후 현종 15년(1674) 2월에 효종의妃이자 현종의 모후인 인선왕후 張씨(張大妃)가 세상을 떠났다. 이때 인선왕후의 시어머니되는 조대비(자의대비 : 대왕대비)

17) 이병도, 전계서, 308면.

가 아직 살아 있었으므로¹⁸⁾ 조대비의 장대비(머느리)에 대한 복을 무엇으로 정하느냐가 문제되었다.¹⁹⁾

(2) 禮曹의 案과 朝廷의 議論

예조판서 趙珩은 기년복으로 입안하였는데, 조정의 의론은 大功 九月服으로 訂正하여 왕에게 건의하였다.²⁰⁾ 당시 송시열은 조정밖에 있었으나 서인인 金壽興·壽恒 형제가 재상으로 있는 등 서인의 세력이 조정의론을 좌우할 수 있던 때인데, 朝議에서 대비의 服이 先王(孝宗)의 때와 같을 수 없다 하여 大功(9월)으로 정하기로 하였다.²¹⁾

(3) 儒生들의 暮年服主張

위와 같은 조의의 大功服추진에 대하여 영남유생 都愼微이 이를 반대, 기년복이어야 한다고 상소를 하였다.²²⁾

대왕대비의 服을 대공으로 고친 것은 어느 典禮에 의거한 것입니까? 장자와 장부의 복을 다 暮年으로 한다는 것은 國朝五禮儀에 분명한데, 효종의 상에는 대왕대비에게 기년의 장자복을 입으시게 하고, 이제 와서는 國制의 衆庶婦服인 大功으로 한다니 전후가 모순이 아닙니까?...

가 그 요지이다.

(4) 國王(顯宗)의 措置

이 상소에 대하여 현종은 六判三司에게 의논하도록 명하여「기해복제는 國制에 의하여 정한 것인데 지금의 九月服은 己亥服制와 같은가 다른가」를 물었다. 영의정 김수홍, 判中樞 김수항, 吏判 洪處亮 등이「당초에는 국제에 따라 정하였으나 그 후에 諸臣이 古禮의 暮年服으로 한 것으로 논쟁을 벌여서 中外人들이 모두 古禮에 의한 衆子의 복이라고 말하므로 이번에는 衆婦의 복으로 정한 것입니다」라고 아뢰었다.

18) 조대비는 아들인 효종보다 나이가 더 적었다고 한다.

19) 柳正東, 禮論의 諸學派와 그 論爭, 韓國哲學研究, 동명사, 1978. 353면.

20) 上同.

21) 이병도, 전개서, 309면.

22) 顯宗實錄, 卷28, 甲寅7月 戊辰, 187면.

현종은 다시 「기해년에는 국제로 시행하였고 古禮에 의한 것이 아닌데 이제 와서 古禮를 따라서 庶庶婦服을 말함은 무슨 이유인가?」라고 물었고, 이에 대하여 대신들은 다시 전에 송시열이 주장했던 「禮而不正說」을 인용하여 효종이 장자가 아니라는 의미로 아뢰었다.

현종은 「기해복제는 국제에 의한 것으로 아는데 諸臣은 古禮에 따른 것이라고 하니 국가에서 정한 것은 經하고 諸臣의 의견은 重한가? 卿들은 선왕을 체이부정이라고 하니 임금에게 薄하고 어디에 厚하게 할 것인가? 국제에 있는 기년복으로 정하도록 하라」고 결정을 내렸다. 王은 領相等이 복제의 근거를 명백히 대답하지 못한 것에 크게 노하여 김수홍을 귀양보내고 남인의 주장대로 기년복으로 改定하였다. 이것이 제2차 예송이다. 이리하여 남인 許積이 영상으로 오르는 등 남인이 조정에 진출하게 되었다.

이 해에 현종이 승하하고 숙종이 즉위하였다. 숙종은 송시열에게 현종의 墓誌文을 지어 올리게 하였는데 진주 유행 郭世樞 등이 疏를 올려 「庶子の 설은 실로 시열이 주창한 것인데 邪論에 동조한 김수홍도 오히려 유배하였거늘 邪論을 주장한 시열이 어찌 법을 벗어날 수 있겠으며, 兩朝의 罪臣이 어찌 선왕의 誌文을 짓겠습니까?」라고 하였다. 대사헌 閔耆重이 劾奏를 올리고 罪 주기를 청하였으나 숙종은 「세건의 忠言과 至論을 흉악하고 어그러진 것이라 공격하니 이 무슨 마음인가」라 하고 점차 남인을 重用하여 허목을 대사헌으로, 윤휴와 金壽弘을 掌令으로 삼았다. 이에 남인이 조정에 많이 진출하였다. 남인 南天漢·睦昌明 등이 송시열이 禮를 그르쳐서 王統을 어지럽혔다고 파직하기를 청하니 왕은 허락하였다. 그리하여 숙종 원년(1675) 1월 송시열은 멀리 德源府로 유배되었다.²³⁾ 이와 같은 당쟁은 더욱 격렬해져서 숙종 6년(1680)에 윤휴도 賜死되고²⁴⁾ 1689년에 송시열도 賜死되었다.

23) 이병도, 前揭書, 309면.

24) 상계서, 327면.

III. 法學的 接近

1. 法一般論的 接近

(1) 禮의 本義, 法の 本義

송시열등의 견해에 의하면, ‘장자 사후에 第二長者를 세운 경우, 長子가 成人이 된 후에 죽어 그 父가 그 아들을 위해 이미 斬衰三年을 입었다면 그후에 차남을 第二長子로 세웠다고 해서 그 繼子장자가 죽은 뒤에 또 參帷삼년을 입을 수는 없다. 統에 들이 있을 수 없고 參帷를 두번 입지 아니하는 것이 參帷복(禮)의 本義이기 때문이다’ 라고 하였다.²⁵⁾

윤휴 등은, 국가에는 왕통이 至重하므로 長子를 위해 그 父가 삼년복을 입었다 해도 그 장자가 王統을 잇지 못하고 次子가 왕통을 이었다면 그 부모는 왕통을 이은 아들을 長嫡으로 보아 國喪에서 參帷 삼년을 입어야 하는 것이 禮의 本義 또는 禮의 정신이라 본 것이다.

유교에서의 예는 단순한 행동규범으로서의 儀禮만을 말하는 것이 아니라 인간의 본성(본질)과 天道의 理가 禮의 바탕(孔子의 禮觀)이기 때문에 大義確立을 위하여 禮가 바로 행해져야 한다고 禮學者들은 주장하게 된 것이다.

이는 바로 법학에서 法の 本義, 법의 정신, 법의 목적을 찾아 이에 어긋나지 않게 법이 적용되어야 한다는 이치와 같은 것이다.

(2) 國祖五禮儀의 禮典으로서의 地位

국조오례의는 國制의 하나로서 조선초기에 吉禮·賓禮·嘉禮·軍禮·凶禮의 다섯 가지 禮式을 중심으로 한 官·民의 모든 의식절차를 정한 禮典이다. 고려중기부터 유교와 불교의 의식이 混用되어오던 폐단을 고치고자 조선의 개국과 더불어 순유교식의 예법을 확립하기 위하여 만든 것이다. 세종이 法規나 禮式의 성문화에 착수하여 먼저 經濟六典과 續六典이 이루어졌다. 五禮儀의 편찬은 처음에 세종의 命에 의하여 허주 등이 중국의

25) 柳正東, 전게논문, 348면 참조.

禮書인 洪武禮制 등을 참작하고 社氏通典 등을 依倣하면서 편찬에 착수하였는데 그 후 世祖가 姜希孟에게 명하고 申叔舟·鄭陟등에게도 함께 일하도록 하였으며 완성된 것은 成宗5년(1474)이었다.²⁶⁾

그런데 이 오래이가 실제로 官·民의 禮생활에 중국의 古禮, 예컨대 「儀禮鄭注賈疏」나 朱子家禮보다 우월하게 활용되고 있었는지에 대해서는 의문이 있다. 왜냐하면 앞에 말한 소현세자 喪服시행과 효종상에서의 禮論은 五禮儀보다는 처음에 古禮를 전거로 하여 禮論이 주장되었던 것을 보면 오례의가 뒷전이였다고 보이기 때문이다. 오례의는 거의 死文化해 있던 것을 효종상때 조정에서 國制에 따랐고 仁宣王后喪때 顯宗이 국제대로 하라고 결정함으로써 禮典으로서의 지위를 제대로 회복하였다고 볼 수 있다.

(3) 禮의 法性

禮가 法의 성격을 가진다고 할 수 있는가가 문제된다. 이에 관하여는 첫째 禮는 道德일 뿐 法이 아니더라는 견해, 둘째 禮는 法과 道德의 중간 또는 兩者에 걸치는 規範이라는 견해,²⁷⁾ 셋째 禮는 法으로서의 성질을 가진다는 견해²⁸⁾가 있다. 「한국에 있어서는 도덕 법률, 종교, 군사가 아직 미분화된 문화형태의 사회규범인 예가 주관념이며 법은 이 법사상과 규범적 통일체를 이루고 있는 것이며 한국에 있어서는 강제의 계기가 법의 고유한 본질이라고 할 수는 없다」고 보는 전봉덕박사의 의견은 이 세계의 견해에 속한다고 하겠다.²⁹⁾ 필자는 뒤에서 말하겠지만 이 세계의 견해를 따르고 싶다. 이 점은 法學에서 앞으로 더 연구할 과제라고 생각한다.

(4) 先決問題의 判斷

선결문제란 어떤 爭訟사건의 본안결정에 앞서 먼저 결정하지 않으면 안되는 前提

28) 禮宗 예컨대 父在母喪期年心喪三年의 法은 太宗의 成憲이요 續典의 法이다 라고 하고 이에 위반하여 娶妻한 것에 책임을 지운 일이 있는 것을 보면 禮는 法으로서의 性質을 가진다고 할만 하다 : 世宗實錄 卷54-22 ; 田鳳德, 經濟六典 拾遺, 196면 참조.

29) 田鳳德, 韓國法制史研究, 1968, 198, 215면 참조.

26) 鄭鎮弘, 「國朝五禮儀의 宗教性」, 東方思想論巧, 종로서적, 1983, 780면.

27) 崔鍾庫, 「韓國의 禮와 法」, 한국정신문화연구원.

問題를 말하는데, 暮年服으로 할 것인가 三年服으로 할 것인가를 결정하기에 앞서 효종을 인조의 衆子로 볼 것인지 長子로 볼 것인지를 먼저 결정하여야 한다. 그런데 본 禮訟에서는 이 先決問題도 禮書(예, 儀禮賈疏)의 해석을 통하여 하려하고 本案決定에 관한 意見提出자들이 선결문제결정의 의견까지 제출하며 조정에서도 그 의견들을 참작하였음을 알 수 있다.

(5) 法の 解釋(禮典 또는 禮說의 解釋)

儀禮注疏에 있는 「庶子」를 반드시 妾子로 볼 수 없다는 송시열 등의 해석과 이를 첩자로 보는 許穆 등의 해석은 각기 나름대로 文理解釋, 論理解釋, 體系解釋, 目的論的解釋의 모든 방법을 동원하고, 심지어는 권위있는 經典과 그에 대한 正統先儒들의 주석을 인용하는 등 예에 관한 해석론이 크게 발달하였음을 보여 준다. 이는 법학에서의 법해석론 발달과 그 모습이 비슷하다.

(6) 法原論

禮의 존재형식으로 成文禮·不文禮가 있는데, 당시 성문예로는 古禮인 儀禮·大明律·國朝五禮儀가 활용되었고 불문예로는 慣習禮·先例禮가 인정되었다. 그리고 최후로는 條理에 의하여 禮가 행하여질 수 밖에 없었다. 法源間에 엄격한 우열은 없었고 禮學者의 意見, 朝議, 國王의 裁可내지 決斷으로 根據法源이 정해진 것 같다. 앞에서 본 바와 같이 제1차 예송에서는 朝議에 의하여, 제2차 예송에서는 결국 국왕에 의하여 國制 즉 국조오례의를 근거로 복을 정하였다.

(7) 先例의 尊重 및 變更

소현세자喪에서 古禮에 따라 복상한 것은 선례를 존중한 것이고 효종喪에서도 고례에 근거한 예론이 주장되었는데 이는 선례를 존중한 것이다. 그러나 이喪에서 國制에 근거하여 服을 정한 것은 선례를 변경한 것이다. 다만 西人쪽에서 볼 때는 고례에도 따른 것으로 되었다.

그후 인선왕후喪에서 서인 朝臣들이 고례에 따라 大功服을 정한 것은 서인 쪽에서 볼 때는 고례에 의한 선례를 존중한 것이지만 조정한 公的決定이었던 국제시행의 선

례에는 어긋나는 것이었다. 그러나 국왕(현종)은 과거 효종상때 국제에 의거하여 服을 정하였으므로 이번에도 국제에 의거하는 것이 선례를 존중하는 것이며 事理에 합당하다고 판단한 것이다.

2. 個別法學에서의 接近

(1) 憲法理論의 側面

이 예송이 국가의 왕통의 문제, 국제시행의 문제, 의리의 확립수호라는 문제를 다룬 점은 憲法理論의 문제와 유사한 것이다. 국왕주권 시대에 국왕의 승계가 적법하고 정당하냐? 주권자인 국왕의 적통과 家의 적통이 다를 수 있는가? 정통성이 인정되느냐? 대비를 왕의 신하로 볼 수 있는가? 고례와 국제중 어느 것을 왕실 내지 국가禮의 근거로 삼을 것인가? 국가의 수호와 의리란 어떤 것인가? 등등은 국가의 근본문제이며 헌법의 기본 원리로서 이는 헌법이론의 문제가 된다.

(2) 家族法的 側面

家禮가 적용되고 가족·친족의 친소에 따라 정한 복제를 문제삼은 것이므로 이는 유교적 가족례는 물론이고 가족법의 발달에 크게 영향을 미친 것이라 할 수 있다. 특히 家統承繼, 繼母子間的 親系, 親族의 範圍 등에 관한 慣習法的 形成 내지 그 성문화에 크게 반영되었다.

(가) 家統問題

우리의 구관습법에는 조상의 분묘를 수호관리하고 소유하는 권리는 제사상속자인 종손에게 있지만 종가의 종손이 사망하여 절가가 된 경우에는 그 차종손이 종가의 재산상속을 하고 차종손도 絶後가 된 경우에는 순차 차종손에 의하여 종가 및 조상의 제사와 분묘 수호권이 상속된다³⁰⁾는 법리가 있었다. 이 법리는 본 예송에서 보여준 효종의 가통을 어떻게 이해하느냐, 즉 종통 적통은 인정하느냐 아니냐의 문제와 관련이 있다. 이 문제에 있어서 예송 당시 서인은 왕가의 가통을 私家의 그것과 같은 것으로

30) 대법원판결, 1980. 7. 22, 80 다 49 참조.

이해하였고 남인은 왕가의 통은 왕권을 잇는 것으로 보았다.

(나) 繼母子 關係로 인한 親系와 寸數

전처의 출생자와 계모사이의 친계와 촌수는 출생자와 동일한 것으로 본다는 것이 1990년 개정전의 민법규정이었다(개정전 민법 제773조). 예송당시의 효종과 조대비간의 관계는 이와 같은 구민법상 친계와 촌수의 결정과 같은 것이었다.

(다) 親族의 範圍

친족관계로 인한 법률상 효력은 본법 또는 다른 법률에 특별한 규정이 없는 한 8촌이내의 부계혈족, 4촌 이내의 모계혈족, 남편의 8촌 이내의 부계혈족, 남편의 4촌 이내의 모계혈족, 처의 부모, 배우자로 정한 구민법의 규정도 예송당시에 그 이전부터 적용되어 오던 有服親制가 발전한 것이라 볼 수 있다.

(3) 爭訟法的 側面

논쟁 당사자가 대립하고 그 쟁점이 법률적 쟁점과 비슷하고 그 결단을 국가기관에 구하는 형식으로 예송이 진행되었기 때문에 이는 爭訟과 유사한 점이 있다. 예송은 행정(국가작용)의 합법성, 정당성에 대하여 분쟁이나 의문이 있는 경우에 일정한 자가 쟁송을 제기하여 권한 있는 판단기관이 그것을 판단하는 방식을 취한 점에서 행정쟁송과 유사하다.³¹⁾ 또한 이 쟁송은 쟁송제기자의 개인적 권익보호를 직접목적으로 하지 않고 禮 또는 法適用의 객관적 적정 또는 공익의 보호를 직접목적으로 한 점에서 객관적 쟁송이라 할 수 있다.³²⁾

IV. 結論

이상에서 우리는 조선조 현종 당시의 두 차례에 걸친 예송과 그에 따른 당쟁 및 그 후유증을 개관하고 법학적 측면에서 이를 비추어 보았다.

31) 김남진, 行政法 I. 법문사, 1992, 568면 참조.

32) 상계서, 571면 참조.

대체로 서인계 학자들은 주자학을 고수하려는 입장에서 예설에 있어서 유교적 禮의 원칙을 왕실에도 수평적으로 적용하여 長嫡·次嫡의 구분을 증시하였고 남인학자들은 이를 수정 비판하는 六經之學의 입장이었는데 양쪽이 다 명분을 바르게 하고 통을 확립하여 대의를 밝히고자 한 점은 같은 것이었다.³³⁾

이 예송은 우리나라에서 유교의 순수한 학술 논쟁이었던 李晦齊·曹忘機간만의 無極太極論辯, 李退溪·奇高峰간의 四七理氣論辯, 李栗谷·成牛溪간의 四七人心道心論辯 등에 의하여 性理學이 발달하고 또 예학이 크게 일어난 때에 처음에는 예에 관한 학술적 논쟁으로서의 예송이 행해졌다고 할 수 있다. 사람정치에서 黨이 나누어져 있고 정치인·관료·유생들이 정치적인 문제에 대하여 甲論乙駁할 수 있으므로, 정치의 실권을 잡은 세력과 정권밖에 있는 이른바 재야사람간에 정권수호와 획득을 위한 공방은 있을 수 있는 것이었다. 이와 같은 사정하에 처음에 예론으로 출발하였던 다툼이 급기야 정권 다툼으로 치달리게 된 것이다.

그러나 우리는 우리의 역사에서 의미있고 가치있는 교훈을 많이 얻을 수 있다. 법학적 측면에서도 그러하다.

심혈을 기울여 禮典을 연구하여 논리적으로 자기의 주장을 펴거나, 상대방의 이론을 비판하고 공격하는 것은 학문발전에 크게 이바지 하였다고 본다. 禮書의 어느 것을 典據로 할 것인가, 先例는 있는가, 문자 문구의 해석을 어떻게 할 것인가, 구체적 상황에 기계적으로 적용하느냐, 융통성을 발휘해서 적용하느냐, 형평 또는 권도를 쓰느냐, 등은 모두 법학에 관계되는 문제라 할 수 있다.

또 예송은 상대방이 있는 쟁송이었다. 그러므로 이쪽편이 무엇을 주장하려면 명백히 자기의 주장을 밝혀야 하고 그 주장을 받쳐줄 수 있는 증거를 들어야 하고 조리정연하게 이론을 전개해야 하며, 원칙적으로 서면을 활용하였다. 이는 오늘날 쟁송에 있어서의 當事者對立, 主張責任, 立證責任, 訴狀, 答辯書, 논리적공격방어등과 비슷한 면이 있다. 是非, 正否를 가리고자 양 당사자가 서로 공격 또는 방어의 주장을 하고 객관적인 국가기관인 정부 또는 국왕이 재결하는 점도, 판단기관의 독립은 인정되지 않았지만,

33) 이병도 前掲書, 311면.

소송에 있어서의 재판과 유사하다.

아름든 이 예송을 거친 후 당시 여러 지식인들에게 상당한 정도의 Legal Mind가 형성되었을 것으로 본다.

정의의 문제도 예송에서 찾아볼 수 있다. 법학에서는 정의를 법의 이념이라고 설명하고 있다. 이 예송에서는 앞서 논술한 바와 같이 다툼의 양 당사자가 모두 명분을 바르게 하고 대의를 밝히고자 하였다. 이는 정의를 바로 세우고자 한 것이다. 여기서 정의가 무엇인가, 어떻게 하면 바로 세워지는가에 관하여 양측이 서로 다르게 생각한 것 같았다. 정의에 관하여는 오랜 역사를 지니는 서양법학에서도 논의가 끊이지 않았고 어느 누구도 모든 사람이 승복할 만한 완전한 설명을 하지는 못하였으며, 앞으로도 그럴 것이다.

그러므로 이 예송에서도 정의, 즉 명분과 대의를 바로 세우기 위한 투쟁을 치열하게 해 온 것은 있을 수 있는 일이었고 반드시 이 싸움이 非生産的인, 소모적인, 비난만 받을 일은 아니었다고 생각한다.

이 외에도 법학적 측면에서 검토할 것이 많지만 후일의 연구과제로 하기로 한다. 이 글을 맺으면서 조선시대까지의 예의 역사를 법의 역사에 포함시키고 그 시대의 예학을 법학의 중요한 일부로 보는 것이 옳겠다는 종래의 생각이 반드시 잘못 되지는 않은 듯한 느낌을 가지게 된다.