

韓國에서의 儒敎와 法

崔 鍾 庫*

차 례

- I. 머 리 말
- II. 전통한국법과 유교
 - 1. 한국유교의 전통
 - 2. 법과 예
 - 3. 정도전의 입헌주의
 - 4. 전통법률
 - 5. 향 약
- III. 현대 한국법과 유교
 - 1. 가족법과 유교
 - 2. 형법과 유교
 - 3. 사회법과 유교
- IV. 한국에서의 유교의 실체
- V. 한국의 다종교 윤리와 유교
- VI. 맺 음 말

* 서울대학교 法科大學 敎授, 法學博士

I. 머리말

일반적으로 유교는 중국에서 기원하였다고 하지만, 오늘날 이 지구상에서 가장 유교적인 나라는 한국이라고 지적된다. 지리적으로, 역사적으로 중국과의 긴밀한 관련 속에서 한국은 철저한 유교국가로 발전하여 왔다. 원래 중국에서는 도덕적 교훈으로서의 유학(Confucian Ethics)이 한국에 전래되어서는 ‘종교화’되어 유교(Confucian Religion)로 변모하였다.¹⁾ 특히 14세기의 조선왕조가 건국되면서 송나라에서 융흥한 성리학(性理學)이라 불리는 신유학(Neo-Confucianism)을 국가 지배이데올로기로 받아들여 수세기에 걸쳐 ‘유교화(Confucianization)’를 수행하여 나갔다. 따라서 한국의 문화전통을 이해하려면 유교, 특히 신유학을 이해하지 않으면 불가능하다.²⁾ 뒤에서 자세히 언급하는 바와 같이 1995년 11월 28일 유림총회는 종헌을 제정하여 유교가 종교임을 공식적으로 선언하고, 종교로서의 행정과 의식을 제도화하고 있다. 이처럼 한국의 유교는 ‘행동하는 유교(Confucianism in action)’인 것이다.

어느 사회이든 그 골격은 법이 이루는 것이므로 한국법이 유교와 밀접한 연관을 갖는다는 사실은 자명하다. 라드브루흐(G. Radbruch)의 표현처럼 법은 넓은 의미에서 문화개념이며,³⁾틸리히(P. Tillich)의 지적처럼 문화의 실체는 종교이다.⁴⁾ 같은 유교라 하더라도 중국, 일본, 한국에서 토착화하여 각각 다른 특징을 갖고 상이한 기능을 행하여 왔다. 이 논문은 한국의 전통법과 현대법에 유교가 어떠한 영향을 미쳤는지를 분석하고 오늘날 한국사회와 한국

1) 가지 노부유키(加地伸行)/김태준, 『유교란 무엇인가』, 지영사, 1996에 따르면 유교는 철학성(哲學性), 예교성(禮敎性), 종교성(宗敎性)을 함께 가지고 있으나, 일반적으로 한국유교가 더욱 종교화된 것으로 지적된다.

2) Wm. Theodore de Barry/Ja Hyun Kim Haboush(ed.), *The Rise of Neo-Confucianism in Korea*, N.Y. Columbia Univ.Press, 1985; William Shaw, *Legal Norms in a Confucian State*, Berkely, 1981; Martina Deuchler, *The Confucian Transformation of Korea : Study of Society and Ideology*, Harvard Univ.Press, 1992; Lauil Kendall/Graffin Dix, *Religion and Ritual in Korean Society*, Berkely, 1987; Pyong-Choon Hahm, *Korean Jurisprudence, Politics and Culture*, Yonsei Univ. Press, 1986.

3) G. 라드브루흐/최종고역, 『법철학』, 삼영사, 1997(11쇄), 62면.

4) P. 틸리히/김경수역, 『문화의 신학』, 대학기독교서회, 1971, 9~16면.

법에 유교가 어떻게 작용하고 있는지를 설명하려고 한다.⁵⁾ 오늘날 분단국가로서 남한법과 북한법으로 분리되어 있지만 공통적으로 유교적 영향과 잠재가 존속하고 있다는 사실에도 주목하려고 한다.

본론에 들어가기 전에 잠깐 한국의 종교현황을 돌아보면, 통계청이 전국 15세 이상의 국민을 대상으로 실시한 『1995년 사회통계』에 따르면 불교가 23.2%, 개신교가 19.7%, 천주교가 6.6%, 유교가 0.5%, 원불교가 0.2%, 천도교가 0.1%, 기타가 0.5%의 종교를 갖고 있는 것으로 나타났다. 지난 10년동안 종교인구 증가율은 천주교가 58.2%(158만명) 늘었고, 개신교가 35%(227만), 불교가 28.1%(226만), 천도교가 5.5%(1만) 순으로 나타났다. 반면 유교 56.4%(27만명), 대종교 31.1%(3천), 원불교 5.9%(5천)의 신자수가 감소한 것으로 나타났다. 성별분포는 남자가 47.3%, 여자가 54.2%이고, 연령율은 45~49세가 61.6%로 가장 높게 차지하고 있다.(『종교신문』, 1997년 3월 12일자). 이 통계청의 조사는 각 종교에서 임의로 발표하는 교세통계와는 달리 객관적인 자료로 평가되고 있는데, 이에 따르면 유교 인구가 불교나 그리스도교에 비해 현저히 적다는 것을 알 수 있다. 그리고 그것은 한국인들이 유교를 종교로 생각하지 않는 경향이 강하다는 사실을 말해 준다. 이러한 통계와는 관계없이 실제로 헤아릴 수 없이 많은 한국인은 유교적이다. 그러나 가시적으로 이러한 ‘위기적 상황’이 유교로 하여금 종교선언을 하게 한 큰 원인이라고도 하겠다. 아무튼 한국인은 유교를 기성종교로서보다 생활관습 내지는 도덕가치로 생각하며 살고 있으며, 이러한 넓은 의미의 윤리 내지 도덕이 법철학에서 논의되는 ‘지배 도덕의 법적 강제(legal enforcement of the dominant moral)’를 현저히 실현해 나가고 있다고 하겠다. 법과 윤리와의 관계에 관한 이론적 내지 법철학적 문제는 뒷부분에서 논하기로 하고 우선 전통한국법과 현대한국법에서 유교가 어떻게 반영되고 있는가를 다소 실증적으로 검토해 보고자 한다.

5) 이 방면으로의 그 동안의 연구업적으로는 Bongduck Chun, *Traditional Korean Legal Attitudes*, Berkeley, 1980; 박병호, 『한국법제사고』, 법문사, 1974; 최종고, 『한국법사상사』, 서울대출판부, 1989; 지교현, “조선조 유가의 법사상”, 『정신문화연구』, 13권 4호, 1990, 71~95면.

II. 전통한국법과 유교

1. 한국유교의 전통

한국에 유교가 언제부터 전래되었는지는 명확하지 않으나 대체로 삼국시대 부터라고 추측된다. 고구려는 372년(소수림왕 2년)에 태학(太學)이라는 유교적 교육기관을 세웠고, 백제도 유학을 인간교육의 지표로 삼아 오경박사(五經博士)를 두었다. 신라에서는 유교의 윤리강령이 불교 및 선도(仙道)와 융합되어 화랑도(花郎道)라는 젊은이들의 특수한 생활지침이 되었다. 682년(신문왕 2년)에는 유교적 교육기관인 국학(國學)이 설립되었고, 788년에는 독서삼품과(讀書三品科)가 설치되어 과거(科擧)의 전신으로서 관리임용에 유학지식을 요구하였다. 고려시대에 들어와 유교는 더욱 중시되어 958년(광종 9년)부터 실시된 과거제도는 정치이념속에 유교이념이 깊이 몰입되었다. 성종(成宗)은 최승로(崔承老)의 상소에 따라 불교행사를 중지하게 하는 한편 국자감(國子監)을 설치하였고, 인종(仁宗)은 지방에 향학(鄉學)을 설치하였다. 억불숭유 정책(抑佛崇儒政策)을 표방한 조선시대에 들어와 유교는 지배이념으로서의 자리를 굳히고 종교적 성격을 뚜렷이 나타내었다. 세종은 유교이념에 입각하여 집현전을 만들고 삼강오륜의 중요성을 고취하였다. 주희(朱熹)에 의해 발전된 주자학(朱子學)이 도입되면서 중국유학의 우주론적 관심과는 다른, 인간의 심성(心性)문제에 대한 관심으로부터 서경덕, 이황, 이익 등과 같은 유학자들에 의한 학문적 철학적 논쟁이 전개되었다.⁶⁾

우주와 인간의 근본을 탐구하는 성리학을 발전시킨 조선초기의 유교는 17세기에 들어 사림(士林)들이 집권하면서 주자가례(朱子家禮)를 바탕으로 한 예학(禮學)으로 발전되어 이전의 사상성, 종교성 대신에 규범성을 강하게 드러내었다. 이 무렵부터 유교는 당쟁과 예송(禮訟)의 원인이 되기도 하였다. 그리하여 공리공론만 거둬드는 순리학과(純理學派)를 대신하여 실사구시(實事求是)의 학풍을 주장하는 실학파가 대두되었다.⁷⁾ 그러나 이러한 유학의 쇠신

6) 자세한 유명종, 『한국사상사』, 이문사, 1981 ; 배종호, 『한국유학사』, 연대출판부, 1983 ; 윤사순, 『한국유학사상론』, 열음사, 1986 ; 금장태, 『한국유교의 재조명』, 전망사, 1982.

7) 실학과 법에 대하여는 최종고, 한국법사상에서의 실학, 『한국사상사학』, 45권, 1993 ; 그리고 『한국법사상사』, 서울대출판부, 1989.

기운은 이미 동점(東漸)하여 온 서학(西學)에 물들었다는 비판을 받아 오래 가지 못하였고, 공론만을 되풀이하는 유학자들의 교조성과 완고함은 개화와 근대화에 오히려 장애가 되었다.

유교의 윤리적 성격과 사상적 기반을 살펴보면, 하늘(天)은 인간생명의 근원이며 백성을 살피는 주재자이다. 하늘은 인간에게 내면적 덕성을 부여하였으므로 인간은 하늘로부터 받은 성(性)을 따라야 한다. 이것이 곧 도(道)이고 성(誠)이다. 그러므로 인간은 자신에게 내재된 성품을 하늘까지 닿도록 성실을 다하여야 한다. 한 인간은 그의 생을 부모로부터 받았고 그 부모는 다시 조상으로부터 그 생을 받은 것이며, 그 조상은 다시 거슬러 올라가 하늘로부터 생명을 부여 받았으므로 조상숭배는 단순한 윤리를 넘어 종교성을 가지게 되는 것이다. 이러한 종교적 윤리성에 입각하여 유교는 조상숭배를 가장 중요한 덕목으로 삼아 효라는 윤리규범을 최고의 가치로 여겼으니 하늘로부터 명(命)을 부여받은 통치자 곧 왕에 대한 복종인 충(忠)도 효에 기초한다고 설명하였다. 이리하여 유교는 효와 충을 가장 기본적인 덕성으로 삼았는데 이는 결과적으로 전제왕권과 가부장적 가족제도를 강화하는 기초가 된 것으로 평가된다. 그러나 유교의 본질이 무엇이냐는 문제와 그것이 당해 사회에서 활용되었는가는 분리하여 이해하여야 할 것이다.⁸⁾

2. 법과 예

한국의 유교적 법문화를 이해하는 데 가장 중요한 관점은 법과 예(禮)의 상호관계를 바르게 이해하는 길이다.⁹⁾ 위에서 지적한대로 한국은 특히 성리학을 발전시켜 독특한 학풍을 형성하면서 이조 중반기에 이르러 예학으로 발전시켰다. 예는 원래 종교적 규범에서 출발하였지만 인간이 마땅히 해야 할 일반적 규범으로 세속화 되었다. 따라서 중국, 일본, 한국에도 예의 규범은 보

8) 유교의 본질에 관하여는 加地伸行, 『儒敎란 무엇인가』, 일본 中央公論社, 1990, 지영사, 1996, 58면 ; 금장태, 『유교사상의 이해』, 집문당, 1996, 63~83면 ; 유교의 일본에서의 역할에 관하여는 모리시마 미찌오(森嶋通夫)/이기준역, 『왜 일본은 성공하였는가: 日魂洋才』, 일조각, 1982, 1~19면.

9) 최중고, 『한국법사상사』, 서울대출판부, 1989; 同人, “한국전통사회에서의 법, 도덕, 예”, 『한국의 규범문화』, 한국정신문화연구원, 1989; Chongko Choi, “The Asian Conception of Right and Duty”, *Philosophy of Law and Social Philosophy East and West*, Festschrift for Prof. Ton-Gak Suh, Seoul, 1990.

편성을 띠고 있지만 그 사회의 독특한 제한성과 특징으로 인하여 각각 다른 의미와 기능을 갖게 되었다. 법학적 관점에서 표현하면 한마디로 예는 법과 도덕의 중간영역에 해당한다. 즉 외면성과 형식성을 특징으로 하는 법규범과 내면성, 실질성을 특징으로 하는 도덕 규범이 서로 중첩되는 일종의 중간공리(Middle axiom)가 곧 예인 것이다. 따라서 예는 도덕의 관점에서 보면 법률화 되었고, 법의 관점에서 보면 도덕적 내용에 불과한 것이다.¹⁰⁾ 그러나 얼마나 도덕의 법률화가 이루어졌는가는 동양3국에서도 한국에서 그 정도가 가장 높았던 것을 볼 수 있다. 한국인들은 흔히 자신을 ‘동방예의지국(東方禮儀之國)’이라고 부르는데 이것은 도덕의 형식화가 가장 발달된 나라임을 의미한다. 예라는 중간공리가 과잉 발달하여 법은 법대로, 도덕은 도덕대로 각각 자체적으로 발전되지 못했다는 평가를 할 수 있다. 그러나 그러한 평가에 앞서 얼마나 예규범의 발달과 예학이 융흥하였는가를 정확히 아는 것이 중요할 것이다. 조선조에는 율학(律學)이 기술학(技術學) 내지 잡학(雜學)으로 유교적 경학(經學)에 눌러 발전되지 못하였음에 반하여 수많은 유학자들은 예학자가 되어 예학서를 저술하였다. 법전은 있어도 법학이 발달되지 못하는 대신에 인간으로서 미리 해야 할 일과 하지 말아야 할 일을 논하는 예학으로 상당부분 대체되어 발전되었다. 조선조에 예학은 특히 주자가례(朱子家禮)를 중심으로 형식적 해석학으로 발전되어 사례(私禮)가 공례(公禮)보다 우월한 위치에 서게 되었다. 공례를 새롭게 강조하는 주장은 실학에서의 다산 정약용(丁若鏞)을 통하여 비로소 표출되었다.¹¹⁾ 그러나 그의 주장도 정책으로 연결되지 못하였고, 조선조의 멸망과 함께 예론은 새로운 시대에 봉착되었다.

3. 정도전의 입헌주의

헤겔(F. Hegel)은 동양에는 ‘헌법(Verfassung)’이란 관념이 존재하지 않는다고 지적한 바 있지만,¹²⁾ 한국에서 14세기에 유교적 통치원리에 의한 입

10) Chongko Choi, "Ancient and New Sources of Law : An East Asian Perspective", Paper at World Congress for Legal Philosophy and Social Philosophy in Bologna, 1995, 그리고 Chongko Choi, *Law in Korea*, Seoul National University, 1995.

11) Changtae Keum, "Tasan on Western Learning and Confucianism", *Korea Journal*, vol. 26, No. 2, 1986, pp.4~16 ; 최종고, 『한국법사상사』, 1989, 152~159면.

12) F. Hegel, *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, 1928;

헌주의(Constitutionalism)가 구상되었다는 사실은 세계의 법사상사에서도 주목할 만하다. 정도전(鄭道傳, 1337~1398)은 이성계를 도와 조선왕조를 건국하면서 『조선경국전』(朝鮮經國典)이란 법서(法書)를 저술하였다. 그는 신왕조의 정권을 이론적으로 정당화하기 위하여 광범한 헌법적 원리를 구상하였다. 그는 “민이 나라의 근본이요, 군주의 하늘이라”고 강조하여 민본(民本)의 원칙이 지켜지지 않을 때에는 폭군방벌(暴君放伐), 역성혁명(易姓革命)이 가능하다고 하였다. 따라서 군주의 권한을 제한하기 위하여 재상(宰相)중심의 권력 통치기구를 조직하고 언로(言路)를 개방하여야 한다고 주장하였다. 이러한 그의 구상이 후일 실제로 얼마만큼 실현되었느냐에 관하여는 비판적 평가들이 있지만, 유교적 관념에 입각한 입헌주의의 구상이 가능하였다는 실증으로 높이 평가된다.¹³⁾

4. 전통법률

한국의 전통 법은 14세기 조선조의 건국 이후 성문법전으로 나타나는데, 주로 형법과 행정법에 해당하는 내용이 많았다. 행정법에도 유교의 영향으로 6조(六曹) 체제에 따라 예전(禮典)이 포함되어 유교적 예절을 법전화하였다.

형법도 전 가치체계가 유교윤리에 기초하여 그것을 위배하는 행위는 모두 범죄로서 처벌되었다.¹⁴⁾ 오늘날 식으로 말하면 민법, 상법이라 표현되는 사법(私法)의 영역에서도 유교적 생활원리에 근거하여 질서지위졌음은 말할 필요가 없는데, 다만 서양과 비교하여 이 분야가 아직 크게 학문적으로 체계화되지 못하였다.

여기에서 일일이 전통시대의 유교적 법률의 실체를 설명할 여유가 없고, 현행법을 설명하면서 그 기원과 관련된 범위에서 다시 언급하려고 한다.

5. 향 약

조선왕조는 중앙에서 억불승유정책으로 유교적 도덕정치를 지향하면서 지방적 단위까지 통합시키기 위하여 향약(鄉約)이라는 제도를 활용하였다. 향약은 원래 중국에서 발생한 것이지만 조선의 유학자 관리들은 그 내용을 당시의 상

김중호역, 『역사철학』, 삼성출판사, 1976, 183면.

13) 한영우, 『정도전사상의 연구』, 서울대출판부, 1983; 최종고, “정도전의 법사상”, 『법사와 법사상』, 박영사, 1981, 339~382면.

14) W.Shaw, *Legal Norms in a Confucian State*, Berkeley, 1977, pp.43~72.

황에 맞추어 실시하려고 노력하였다. 예컨대 한국 최대의 유학자 퇴계 이황(李滉, 1501~1570)은 그의 고향 안동에서 『예안향약』(禮安鄉約)을 제정하여 지역사회의 교화와 질서를 자치적으로 실시하는 데 공헌하였다. 이론과 학문을 추구하는 유학자가 이처럼 자세하게 유교윤리를 법률화하여 자치규범으로 실천수범한 것은 놀랄만한 일이다. 율곡 이이(李珣, 1536~1584) 역시 황해도 해주와 충청도 서원(청주)에서 향약을 실시하여 이미 낙후된 당시의 법질서에 갱신의 계기를 주장하면서 향촌질서를 강화하는 데에 주력하였다. 이처럼 유학자들에 의해 한국적으로 토착화된 규범으로서의 향약은 법사회학자 에를리히(Eugen Ehrlich)가 말하는 ‘살아 있는 법(das lebende Recht)’을 연상하게 한다. 한국에서 향약(Community Compact)은 한국사회의 유교정치화를 성공시킨 중요한 역할을 하였다고 평가된다.¹⁵⁾

III. 현대 한국법과 유교

대한민국 헌법은 종교의 자유를 보장하고 국교(國敎)를 인정하지 않기 때문에 유교는 과거처럼 특별한 지위에 서 있지 못하다. 그리고 위에서 본 것처럼 종교통계에 따르면 오히려 유교인구는 불교, 기독교 인구보다도 적게 나타난다. 그러나 많은 한국인은 유교를 기성종교로 생각하지 아니하고 생활윤리와 관습으로 ‘호흡’하고 있다. 이러한 세속적 한국사회를 규율하는 현대 한국법에서 유교의 지위를 논하는 데에는 몇 가지 시각이 필요하다. 아래에서는 각 실정법의 영역에서 유교와 관련된 문제점들을 검토해 보려 한다.¹⁶⁾

1. 가족법과 유교

민족의 고유성을 가장 잘 나타내는 가족법의 분야에는 유교윤리가 강력히 반영되고 있다.

15) W. de Bary(ed.), *The Rise of Neo-Confucianism in Korea*, 1985.

16) Chongko Choi, *Staat und Religion in Korea: Zur Grundlegung eines Religionsrechts*, Freiburg Univ., Dissertation, 1979; Chongko Choi, *Confucianism and Law in Korea*, *Seoul Law Journal*, vol. 37, No. 2, 1996; 이 논문은 원래 영어로 쓴 앞의 논문을 구상하면서 쓴 것을 보강한 것이기 때문에 국내문헌보다 외국문헌을 각주에 단 것이 많음을 밝힌다. 그리고 궉동현, “가족법에 나타난 유교적 전통성”, 『안동문화』3, 1973.

① 친족개념과 촌수

민법 제777조에서는 친족을 배우자, 혈족 및 인척으로 정하고 있으며 그 범위를 8촌 이내의 혈족, 4촌 이내의 인척 그리고 배우자로 규정하고 있다. 이러한 친족개념은 촌수제(寸數制)라는 원근관계에 기반을 둔 유교적 계산법으로서 서양의 전통적 친족개념인 affinity 또는 kinship과는 다른 것이다. 그리고 중국에서는 부계나 모계나, 남자나 여자나, 존속이나 비속이나, 직계 친이나 방계친이나에 따라 등급을 정하는 등친제(等親制)를 채택하고 있음에 반해 한국의 촌수제는 직계친의 한 세대마다 일촌으로 계산하고 부부를 무촌으로 계산하여 모든 혈연, 인척관계를 수치화하여 나타내는 친등제(親等制)로서 차이가 나는 것이다. 이러한 촌수제의 기원은 확실치 않아서 12세기 고려 때까지 밖에는 소급할 수 없지만, 그 계산법이 우연히 로마법의 그것과 같아 흥미롭다. 조상숭배를 미덕으로 삼은 유교윤리의 영향 아래 공통의 조상을 모시고 혈연관계가 있는 일군의 사람들에 대한 연대감과 동질감을 자연스런 감정으로 계산한 것으로 설명된다.¹⁷⁾ 최근까지만 해도 모계보다 부계를 중시하는 유교의 가부장적 가족제도의 영향이 나타났으나 남녀평등사상의 확산과 그에 따른 사회변화, 여성계의 주장 등을 통해 1990년의 민법개정때 제777조의 조항이 친족의 범위를 남녀차별없이 8촌이내의 혈족과 4촌 이내의 인척으로 규정하여 남녀평등화 되었다.

② 호주승계

민법 778조에서는 일가의 계통을 계승한 자, 분가한 자 또는 기타 사유로 일가를 창립하거나 부흥한 자는 호주(戶主)가 된다고 규정하고 있다. 이러한 호주제도는 가(家)의 영구적 계승을 목적으로 신분의 상속을 입법하고 그것을

17) 친족에 관하여는 정광현, 『한국가족법연구』, 서울대출판부, 1968; 박병호, 『가족 법논집』, 진원, 1996; Sandra Matielli(ed), *Virtues in Conflict: Tradition and the Korean Woman Today*, Seoul Royal Asiatic Society, 1979; 최재석, 『한국가족제도사연구』, 일지사, 1983; Kay C. Lee, Confucian Ethics, Judges and Women: Divorce under the Revised Korean Family Law, *Pacific Rim Law and Policy Journal*, vol. 4, No. 2, 1955, pp.479~5504.

강제하는 데 목적이 있다. 우리 민법에서는 이처럼 가(家)의 영구적 계승을 강조하고 있는 제도를 취하고 있다. 민주주의와 개인주의에 입각한 현대사회에서 모든 사람이 자유 독립된 개인으로 자기 생활의 책임을 지고 평등한 독립자로서 인정되지만 민법이 가(家)의 계승을 강제함으로써 초개인주의적 가족공동체를 전제하고 가족원의 독립주체성을 협동체적 계약에 의하여 부정하는 것은 어찌보면 시대 역행적인 것으로 여겨질 수도 있을 것이다. 그러나 한국의 호주제도는 오랜 유교전통으로 국민의 일반적 정서에 기반한 제도로 받아들여지고 있다. 이에 대하여 여성계를 중심한 반대론자들의 주장도 제기되고 있다. 호주제도가 전통적인 가부장적 대가족제도에 바탕을 두고 있다는 사실은 길게 설명할 필요도 없다. 제사라는 구체적 형태로 나타나는 조상숭배의 전통에 따라 제사를 독점적으로 행하는 장자(長子)가 그 가의 계통을 이어감으로써 대대로 장자의 집안이었던 종가가 친족 중에서도 우월한 지위를 점하고 있었던 근대까지의 가족제도가 오늘의 호주제도로 연결된 것이다. 과거에는 호주(戶主)의 상속에 여성은 원천적으로 배제되었으며 적자(嫡子)나 서출(庶出)을 불문하고 남계손(男系孫)이 없으면 양자를 얻어서라도 대를 잇게 하였는데 이러한 불문물 또한 여자를 제외한 제사의 승계를 위한 것이었다. 물론 지금의 호주는 승계하는 경우가 아니라면 누구라도 될 수 있는 것이지만 민법 제789조의 “가족은 혼인하면 당연히 분가된다. 그러나 호주의 직계 비속 장남자는 그러하지 아니하다.”라는 규정을 볼 때 아직도 장자를 중시하는 관념이 계속되고 있음을 알 수 있으며 남녀차별적인 유교윤리의 영향이 아직도 잔존함을 보게 된다.

호주제도 역시 절대적인 것은 아니어서 민법의 입법 이후로도 사회상의 변화에 따라 변천을 겪었는데 1990년 1월 13일 호주상속의 포기에 관하여 규정하였다. 제991조는 “호주승계권은 이를 포기할 수 있다”고 하였는데 이는 호주상속을 포함한다. 즉 이는 장자가 호주상속의 능력이 없을 경우에도 강제적으로 호주를 상속하게 했던 종래의 폐단을 없애고 제사상속·가통계승의 정신이 많이 거세된 것이다. 그러나 그 본질은 달라진 것이 없고 효도의 초세대적 계승을 지향하고 있다.¹⁸⁾ 그리하여 위패·영정·묘비·기타 상례 및 제례 또는 예배에 필요한 물건과 족보·가승·사진첩 기타 선조숭배에 필요한 물건

18) 박병호, 『가족법』, 방송통신대출판부, 1991; 한봉희, 『개정가족법론』, 대왕사, 1990; 박병호, 『가족법논집』, 진원 1996.

에 대하여는 압류가 금지된다.(민사소송법 제532조제8호, 제9호). 피승계인의 친족 모두가 호주승계를 포기함으로써 가(家)가 소멸할 가능성을 배제하여 그 유교적 근본취지는 그대로 이어지고 있다고 할 것이다. 고의로 부모·조부모를 살해하거나 살해하려거나 상해치사하게 한 자는 호주승계권이 박탈되며(제992조제1호, 제2호), 재산상속권도 박탈된다(제1004조제1호, 제2호). 즉 인륜질서를 파괴한 자는 형법과의 균형을 유지하기 위해 제재하고 있다.

③ 혼인(婚姻)과 이혼(離婚)

혼인제도에 나타난 유교윤리의 영향은 다양하나 크게 동성동본불혼, 재혼 금지기간, 성년의 기준과 혼인과의 관계 3가지를 지적할 수 있다.¹⁹⁾

동성동본불혼은 아마도 한국 민법에서 가장 큰 유교적 특징이면서 쟁점을 이루는 문제이다. 민법 제809조제1항은 “동성동본인 혈족 사이에서는 혼인하지 못한다”고 규정하고 있는데, 몇십세대 위에 공통의 조상을 두었다는 이유로 혼인을 막는다는 것은 상당히 불합리할 뿐만 아니라 비인도적 제도로까지 비쳐진다. 이런 이유로 민법개정이 있을 때마다 여성계를 주축으로 이 제도의 폐지를 주장하였으나 유림측에서는 미풍양속(美風良俗)의 보존이라는 이유로 강력히 반대하여 왔다. 한국에서는 원래 동성동본불혼의 관습이 없었으며 신라, 고려시대에는 내혼(內婚)이란 이름으로 왕가와 왕족 사이에서 행해지던 근친혼이 일반 백성에게까지 유행했으며, 동성동본불혼의 원칙은 유교를 지배 이념으로 한 조선시대에 비로소 정착된 것이다. 원래 유교에서는 그 사람이 가지고 있는 성(姓)을 중요시하여 동성동본(同姓同本)이라는 이론을 만들고 부부가 다른 성을 지키도록 했다. 이 원칙은 물론 서양의 입법예에서는 찾아볼 수 없고 같은 유교문화권인 중국에서도 원래 한(漢)나라에서 확립된 것이지만 시대의 변천에 따라 점점 약화되어 청대(淸代) 이후에는 그 원칙마저 폐기되었다. 일본에서는 원래 평민은 성(姓)을 가지지 않았다가 1870년에야 메이지 정부가 평민의 성을 허용하였다. 학자들은 이것이 징병제도를 위해 구미선진국의 가족명(family name)을 모방한 것이라 설명한다.²⁰⁾ 1891년에 일본민법이

19) 이상백, “개가금지습속의 유래에 대한 연구” 『한국문화사연구논총』, 을유문화사, 1947 ; Choosoo Kim, *The Marriage System in Korea, Legal System in Korea* ed. by International Cultural Foundation 1982. pp.52~81.

20) 구마야 카이사쿠(熊谷關作), 『日本の 近代化와 家制度』, 법률문화사, 1987; 가지노부유키(加地伸行), 김태준역, 『유교란 무엇인가』, 지영사, 1996, 18면.

제정되었지만 그 때까지 일본의 많은 여성들은 생가의 성을 따르고 있었다. 결혼해도 부부각각의 성에는 변동이 없다는 것이 기독교 국가를 뺀 세계 여러 민족의 관습법이었다. 중국, 한국, 그리고 1898년 이전의 일본이 부인의 생가의 성을 따르게 한 것은 유교의 동성불혼의 원칙에 따른 것이다.²¹⁾

한국이 지나칠 정도로 이 원칙에 집착하고 있는 것은 아마도 독특한 성씨제도(姓制)와 체면(體面)과 명분(名分)을 중시했던 조상들의 생활태도 그리고 그것을 뒷받침하는 유교윤리와 관련이 있는 것으로 설명된다. 중국으로부터 동성동본혼인을 허용한다는 오해를 받을까 두려워서 『속대전』(續大典)에 동본이 아닌 동성의 혼인마저 금지한 조항이 있었다는 사실은 이것을 뒷받침 해준다. 동성동본불혼이란 같은 조상, 그것도 부계(父系)의 조상을 하나라도 공유하고 있으면 혼인이 불가하다는 원칙으로 유교적인 종법적(宗法的) 가부장적 가족제도의 극대화(極大化)에 다름 아닌 것이며, 또한 유교적 가족 윤리의 바탕이 될 수 있었던 농경사회의 소규모 촌락공동체의 전통에서 비롯된 것이다. 즉 인구가 적고 교통이 불편하여 한 촌락에 거주하는 동성자의 거의 전부가 근친이었던 당시 사정에서 나온 근친혼 기피의 관념이 유교윤리로 굳어지고 이것이 다원화된 산업사회로 변모된 오늘날까지 집요하게 영향을 미치고 있는 것이다.²²⁾ 수많은 동성동본혼인자들이 혼인신고에서 어려움을 겪고 있는 현실을 감안하여 지금까지 1978년, 1988년 그리고 1996년을 특별법으로 구체화하는 해로 삼아 왔다.

민법 제811조는 “여자는 혼인관계의 종료한 날로부터 6개월을 경과하지 않으면 혼인하지 못한다”고 규정하여 재혼금지 기간을 여자에게만 못박고 있다. 재혼금지기간의 설정은 자칫 혼인관계의 종료가 간음(姦淫)의 정당화로 이어지지 못하도록 한다는 좋은 뜻으로 해석할 수도 있지만 그런 기간을 여자에게만 적용하는 것은 남녀차별적인 규정이라고 비판되기도 한다. 그러나 유교의 성전인 ‘논어’에서 아내의 일곱가지 쫓겨날 사유 칠거지악(七去之惡)이 명시되어 있는 것과 같이 제도뿐만 아니라 사람들의 의식 속에서도 여자는 혼인관계에서 평등할 수 없었다. 유교윤리의 영향이긴 하지만 이런 조항이 사회변화, 여성의 권리 의식 신장과 더불어 폐지되어야 할 조항이지만 아직까지 존속하고 있다.²³⁾

21) 가지 노부유키, 위의 책, 19면.

22) 박병호, “효윤리의 법규범화와 그 승계”, 『근세의 법과 법사상』, 진원 1996.

23) 개정가족법에서도 이 조항을 존속하고 있는데, 이에 관하여는 한봉희, 『개정가족법

한국민법은 혼인의 연령제한을 남자 18세 이상, 여자 16세 이상으로 정하여 만 20세 이하 법정성년자의 혼인은 부모의 동의를 통해 가능하도록 하고 있다. 그런데 제826조에서는 “미성년자가 혼인을 한 때에는 성년자로 본다”라고 규정함으로써 혼인의 성립이 곧 성년과 연결되도록 하고 있다. 이러한 제도는 아무리 나이가 어리더라도 관례(冠禮)를 치루고 혼인을 하였으면 상투를 틀고 어른대접을 받았으며 총각일 경우에 아무리 나이가 들어도 따은 머리를 하며 어른으로 취급받지 못했던 우리의 관습과 맥을 같이 하는데 이러한 관습도 실은 주자가례의 규범에 따른 것으로 유교윤리의 영향이라 할 수 있다.

④ 친족회(親族會)

민법 제960조에서 제973조의 조항들은 친족회에 관하여 규정하고 있는데 친족회란 가(家)에 연고 있는 구성원으로 이루어지는 일시적 결사체(結社體)를 지칭한다. 이 친족회가 유교윤리의 영향을 반영하는 이유는 그것이 옛날의 문중회의(門中會議)의 전통을 이어 받고 있다는 점이다.²⁴⁾ 문중회의에서 결정된 사항은 법에 필적하는 것으로서 제사나 분묘에 대한 논의뿐만 아니라 칠거지악을 범한 며느리에 대한 강제이혼, 폐륜아에 대한 형벌 등이 결정되었다. 오늘날의 친족회는 결정권한이 후견인의 퇴임이나 대리권 행사와 같은 사항에 한정되고 있지만 친족이 모여 가문의 일을 결정한다는 점에서 과거와 다른 점이 없다 할 것이다.

⑤ 부양(扶養)

민법 제974조는 친족의 상호부양(相互扶養) 의무를 규정하고 있다. 이 부양의 의무는 친족간의 공동체적 관계를 중시하는 유교적 전통으로부터 비롯된 것이며 특히 유교윤리의 핵심인 효사상과 관련되어 있다. 생계를 같이 하는 친족, 그리고 직계혈족과 배우자간의 부양의무를 규정하고 있지만 실제 부양이 문제되는 경우는 자식이 경제력 없는 부모를 부양하는 경우이다. 중국의 형법에는 십악(十惡)이라는 감면받을 수 없는 국가 사범과 도덕 사범에 관한 10가지 죄가 있었는데 이것이 조선의 법에도 수용되었다. 이 십악 가운데 불효(不孝)는 7번째로서 부모를 봉양하지 않는 범죄이다. 최근 대만에서는 부모를 봉양하지 않는 자식을 처벌하는 조항을 입법하였는데 우리나라에도 부모봉

론』, 대왕사, 1990; 배경숙, 『한국 여성 사법사』, 인하대출판부, 1995.
24) 조선총독부중추원, 『관습조사보고서』(정공식역), 한국법제연구원, 1992.

양조향을 신설해야 한다는 의견도 제시되고 있다. 효사상을 되살리는 것은 단지 복고적 취미나 보수적 사고의 발로가 아니라 자기 부모를 사랑하는 마음을 이웃과 사회전체로 확산시킴으로써 사회연대성을 회복하려는 유교윤리의 현대화로 설명되고 있다.²⁵⁾

⑥ 상속법

민법 1008조의3은 분묘에 승계에 관하여 제사를 모시는 자에게 우선권을 인정하고 있다. 이것은 제사를 모시는 장자에게 제위답(祭位答)을 대대로 물렸던 옛 유교전통이 고스란히 현대로 이어진 것이다. 제위답이란 거기서 나는 추수로 제사의 비용을 채우는 논을 말하며 지금까지도 종가나 제사를 이어 받는 집의 경우에는 이런 이름의 땅을 가지고 있다.

상속법에 나타난 유교윤리로서 또 다른 것은 균분상속(均分相續)에 관한 규정이다. 제1009조는 “동순위의 상속인이 수인인 때에는 그 상속권은 균분으로 한다”고 규정하고 있다. 균분상속이 유교윤리의 영향이라고 하는 것을 이상하게 생각할 지 모르나 우리는 고대로부터 이조말까지 남녀 균분상속의 전통을 고수하여 왔다. 고려시대나 조선시대의 상속법은 자녀균분상속이었다. 강제적인 균분상속주의는 조선시대에 더욱 철저하여 부모의 사후에 형제자매 중에서 유산을 균분하지 않고 독점하는 자가 있는 경우에는 일반적인 5년의 제소기간에 불구하고 연한에 제한없이 제소할 수 있도록 하고, 만약 제소된 경우에는 재판관이 부모에 대신하여 똑같이 분할해 주도록 규정하였다. 간혹 부모의 의사가 균등상속이 아닌 경우가 있어 그런 경우에는 부모의사에 우선 복종하도록 하여 법률과 부모의사간의 조화를 꾀하기도 하였으나 성종대에는 이에 대해 부모의사를 무시하고 균분상속을 시키자는 의견이 나오기도 하였다. 이러한 균분상속의 전통을 반드시 유교의 영향이라 볼 수는 없으나 나름대로 유교윤리와 관련지을 수 있는 이유는 두 가지이다. 하나는 균분상속을 함으로써 가족간의 분란을 없애고 형제간의 우의를 도모하는 것이 가족공동체의 보존을 중시했던 유교적 관념과 일치하기 때문이며, 다른 하나는 17세기 말부터 사회의 모든 분야를 강제했던 유교윤리의 잣대로도 균분상속이 인정받았다는 역사적 사실이다. 한국의 균분상속제도는 베트남의 그것과 같은 유

25) 박병호, “효윤리의 법규범화와 그 승계”, 『近世의 法과 法思想』, 진원, 1996, 507~527면.

교문화권 아래서의 독특한 고유법으로서 중국의 증자(衆子)균분상속제, 일본의 장자(長子)독점상속제와 대별되는 것이었는데, 일제하에서 장자상속법이 시행됨으로써 마치 그것이 우리 고유의 전통인양 오해되어 왔다. 그래서 호주를 승계하는 장자에게 우월한 상속권을 부여하던 것에서 균분상속으로 돌아간 것은 현대적 의미의 남녀평등의 실현에 못지 않게 한국법 전통의 원래의 의미로 되돌아간 것이라고도 하겠다. 또 기여분(寄與分)제도를 두어, 부모·조부모의 재산의 유지 또는 증가, 그 부양에 특별히 기여한 자는 그의 고유한 상속분 외에 기여분을 더 받을 수 있다.(제1008조2). 이것은 간접적으로 유교윤리의 효를 권장하고 있는 것으로 해석할 수 있다.²⁶⁾

어쨌거나 이러한 유교윤리의 법적 강제를 실시하고 있는 한국 가족법은 1990년에 국회에서 가까스로 통과된 것인데, 그 개정과정을 보면 호주제도, 동성동본혼인금지제도 등을 폐지하자는 여성계와 가족법학계의 '진보적' 의견에 대립하여 미풍양속을 지키자는 유림세력이 여성의 실질적 권익에 관계된 조항은 개정하지만 유교적 명분에 관계된 조항은 건드리지 않는다는 일종의 타협의 산물이라고 하겠다. 그런 면에서 새 가족법도 완전히 만족스런 개정은 아니라고 지적되고 있다. 한국사회의 가족생활의 더욱 심한 변화만이 아니라 유교측의 이해가 바뀌기 전에는 당장 개정되기는 어려울 것이다.

2. 형법과 유교

형법은 한 사회의 질서와 윤리규범을 침해한 범죄를 처벌하는 법이기 때문에 그 자체로서 문화성과 윤리성을 강하게 내포하고 있다. 따라서 이것을 법철학적으로 말하면 지배도덕의 법적 강제(legal enforcement of the dominant moral)라 부른다. 따라서 한국에도 형법을 통하여 건전한 지배적 유교윤리가 법적으로 강제되고 있다.²⁷⁾ 그러면서도 한편에서는 한국에서도 형법의 탈윤리화(Entmoralisierung des Strafrechts)가 논의되고 있기도 하다.²⁸⁾ 우선 한국형법에 나타난 유교윤리의 '강제'를 살펴보면 아래와 같다.

① 간통죄(姦通罪)

26) 박병호, 위의 책, 524면.

27) 자세히는 Seung Cheon Kim, Notwehrrecht und Rechtskultur: Eine Studie zur Rechtsentwicklung in Korea, Bielefeld Diss. 1993.

28) 임웅, "경미범죄의 탈윤리화", 『형사정책연구』2집, 1990.

형법 제241조는 “배우자 있는 자가 간통한 때에는 2년이하의 징역에 처한다”고 규정하고 있다. 간음이란 모든 사회제도의 근간이 되는 가족제도를 이루는 혼인관계에 결정적 위함을 가하는 것으로써 어느 사회를 막론하고 금기시하고 처벌하여 왔다. 그러므로 간음을 금지하는 것은 특별히 유교문화에만 국한된 것은 아니다. 그러나 최근 서양에서는 간통죄를 범죄로 규정하지 아니하고 단지 본인의 양심에 관련된 것으로 취급함으로써 간음을 죄로 인정하는 법이 오히려 예외화(例外化)되고 있음을 볼 때 아직까지 한국에 간통죄의 형법적 처벌이 존재한다는 사실은 유교윤리의 영향으로 설명될 수밖에 없다. 유교윤리에서는 부부가 지켜야 할 정절(貞節)의 의무를 특히 중하게 여겼으며 남녀유별관념에 따라 어릴적부터 남녀의 접촉을 피하게 하여 풍기문란을 방지하고자 하였다. 물론 이런 엄격한 제한이 주로 여자쪽에만 요구되었고 남자는 간음을 하여도 어느 정도 묵인되었다. 혼인과 가족관계를 중시하고 성도덕의 문란을 방지하여 바른 사회질서의 바탕을 마련한다는 취지에서 현행 간통죄 처벌 조항은 유교윤리와 맥을 같이 한다고 볼 수 있다. 이 조항의 폐지를 주장하는 의견들도 있지만 여성계에서는 오히려 이 조항의 존속을 주장하고 있다. 가족법개정을 둘러싸고 유럽과 여성계의 대립을 보이는 현상과 달리 이 점에서는 의견일치를 보여주고 있다.

음화(phornography)의 제조와 공연음란(公然淫亂)의 죄를 규정한 형법 제244조, 제245조 역시 유교적 ‘금욕’윤리와 무관하지 않다고 볼 수 있다. 이 두 조항은 간혹 표현의 자유를 억압한다는 비판을 듣기도 하지만 음란물이 묵인되고 있는 유럽의 형편이나 음란물 금지법(obscenity law)이 있으면서도 거의 시행되지 않고 있는 미국의 경우와 비교해 보면 사회에 불건전한 풍속이 횡행하는 것을 막기 위한 최후수단으로 그 의의가 있다고 해석된다.

② 존속살해죄(尊屬殺害罪)

형법 제250조제2항에서는 “자기 또는 배우자의 직계존속을 살인한 자는 사형 또는 무기징역에 처한다”고 규정함으로써 제1항 “사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다”는 규정보다도 중형에 처하도록 규정하고 있다. 이 사실은 유교문화권에서 윗사람 특히 부모에 대한 자식의 도덕적 의무를 강조했으며 윗사람에 대한 존중을 중시했던 사실과 연관된다. 존속살해죄가 전통적 유교윤리에서도 가장 핵심인 효윤리를 정면으로 부정한다는 데

에서도 일반의 범감정으로도 마땅히 필요한 것으로 받아들여지고 있다. 헌법 제11조의 “모든 국민은 법 앞에 평등하다”는 원칙에 위배된다는 주장도 있으나 아직도 존속살인의 강한 비인륜성으로 존속살해 규정은 위헌이 아니라는 주장이 지배적이다.

형법 제250조제2항이 존속살해에 대한 가중처벌을 규정하는 데 반해, 제251조는 비속(卑屬)살해에 대한 처벌완화를 규정하고 있다. 그 내용은 “직계 존속이 치욕을 은폐하기 위하거나 양육할 수 없음을 예상하거나 특히 참작할 만한 동기로 인하여 분만 중 또는 분만 직후에 영아를 살해 한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다”라는 것으로써 존속살해 조항보다 오히려 비교적 신분 질서의 강한 영향을 더욱 잘 반영하고 있다. 즉 태어나고 있거나 갓 태어난 직계비속은 수치, 양육불가 등의 이유로 살해하더라도 보통의 살인에 비해 훨씬 가벼운 형벌을 받게 하고 있다. 이 규정에 미친 유교적 영향은 두 가지로 나누어 생각할 수 있는데, 하나는 전통적 ‘명분’(名分)과 ‘체면’(體面)의 관념이다. 한국인은 특히 명(名)을 중시하는 유교윤리의 영향을 받아 자신의 명(名) 곧 체면을 목숨보다 귀하게 여겼으며, 이는 부패한 관리를 삶아 죽인다는 팽형(烹刑)이 실제로는 흉내만 내고 거의 사회적 생명만을 처형하는 명예 형이었다는 데서, 또 향약(鄉約)에서 규정하는 폐륜에 대한 형벌 중 가장 무거운 것이 바로 장바닥에서 명패를 걸고 서있는 명예형이었다는 사실에서 알 수 있다. 이런 체면 관념에다 여자의 정조를 매우 중시하는 가부장적 가족제도가 결합한다면 사생아(私生兒)의 경우에는 죽여도 좋다는 결론을 보장해 주고 있는 것이 또한 제251조라 하겠다. 또 하나의 유교적 영향은 자식을 독립된 인격체로 보지 않고 부모의 부속물로 강조하는 관념이다. 이 관념은 효의 근본이 된 부자일체(父子一體)의 관념에서 비롯된다. 유교적 관념에서 자식의 인격은 부(父)에 흡수되고 부의 인격은 사후에 자식에게 연장되는 것이며, 이는 곧 부자가 동일 인격체임을 뜻한다. 이러한 생각이 도덕관념으로 표출된 것이 부의 권위에 대한 자(子)의 절대적 복종과 효도의 의무였다. 물론 이런 부자관계가 본질적으로 전제적 착취적 관계는 아니지만 이런 관념때문에 자식의 목숨은 전적으로 부모에 달린 것이라는 생각이 지배적이었으며 조선시대에는 아버지가 폐륜아를 자체 사형(死刑)시킨다 하여도 문제되지 아니하였다. 이는 아이를 부모의 몸을 빌려 태어난 독립된 인격체로 간주하여 자기 자식을 때리는 것도 아동학대죄로 고발당하는 서구의 관념과 대조적이며 이러한 두 가지의

유교적 영향이 직계비속 살해죄를 상대적으로 가볍게 처벌하도록 하는 것이다.

③ 사자(死者)에 대한 명예훼손

형법 제308조는 사자의 명예를 훼손한 자에게 2년이하의 징역을 규정하고 있다. 이것은 살아있는 사람에 대해 명예를 훼손한 경우 보다 가벼운 처벌이지만 산자뿐만 아니라 죽은 자의 명예까지도 중요하게 생각했던 유교문화의 흔적을 볼 수 있다. 사자의 명예를 기리는 것은 비단 한국에만 국한된 것은 아니나 한국에는 그 전통이 유난히 강하며 이것은 혼백(魂魄)의 존재를 믿고 사자에 대한 후손의 외경을 중시하는 유교의 영향 때문이다. 이미 죽은 유공자(有功者)의 벼슬을 올려주거나 호를 내리는 조선시대의 관습은 지금도 이어져 순직한 경찰이나 군인의 계급을 특진시키는 예를 자주 본다. 반대로 나라에 죄를 지은 자는 죽어서도 벼슬을 강등당하는 수모를 겪었으니 죽은 역적의 경우에 행하는 부관참시(剖棺斬屍)는 사형에 버금가는 무거운 형벌이었다. 이렇게 사자의 명예도 영전이나 처벌의 대상이 될 수 있을 만큼 소중히 여겼던 전통이 오늘의 사자에 대한 명예훼손죄 조문으로 연결되었다고 할 수 있다.

④ 형사책임면제

형법 제151조제2항은 “친족·호주 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 범인 은닉 또는 도주의 죄를 범한 때에는 처벌하지 아니한다”고 규정하고 있다. 또 제155조는 친족·호주 또는 동거의 가족이 본인을 위하여 증거인멸, 은닉, 위조 또는 변조하는 죄를 범한 때에는 처벌하지 아니한다고 규정하고 있다. 이러한 범규정은 거슬러 올라가면 중국법과 조선법에서 인정된 친속상용은(親屬相容隱)제도에 기인한다. 친족간의 범인 은닉을 인정해주는 이 제도는 친족 상호간의 범죄에 주동적 고발을 적극 금지하는 이른바 ‘간명범의(干名犯義)’의 고친죄(告親罪)와 상호보충적 표리관계를 이룬다. 부모 등을 적극적으로 고발하는 행위는 불효(不孝)라고 금지하고, 부모 등 친족의 범죄를 소극적으로 감싸주는 행위는 친정(親情)을 손상시키지 않기 위하여 법이 양보적으로 허용하는 것이다.²⁹⁾ 이러한 친속상용은 법제는 한말의 『형법대전』(刑法大全, 1905)에도 그대로 계승되어, 그 제127조에 직계존속의 범죄사실을 알고 은닉도피시켜주는 행위는 정당하게 허용되었다(단 반역죄는 예외). 민사소송법 제285

29) 瞿同祖, 『中國法律與中國社會』, 中華書局, 1982, 56~60면 ; 范忠信, 『情理法與中國人』, 中華人民大學出版社, 1992, 99~104면.

조와 형사소송법 제148조는 친족, 호주, 가족을 위한 증언거부권을 인정하고 있다. 이것은 재판의 공정성확보라는 이념은 있지만 전통적 유교적 가족윤리의 영향이 남아있다고 할 수 있다.³⁰⁾

이처럼 유교윤리의 실재를 담고 있는 한국 형법전에 대해 그동안 수년간에 걸쳐 개정논의가 진행되어 왔다. 1985년에 법무부산하에 『형사법개정특별심의위원회』가 발족되어 학계와 실무계가 참여하여 1996년 12월에 국회를 통과하였다. 그러나 개정된 형법은 원래 개정위원회에서 제출한 개정안에서 많이 후퇴하여 극히 일부분의 개정에 그쳐 학계에서는 불만족스럽게 보고 있다. 경미범죄의 비범죄화, 탈윤리화, 공해범죄, 컴퓨터범죄의 신설 같은 새로운 형법적 과제가 충분히 실현되지 않고 있다고 보고 있는 것이다.³¹⁾

그렇지만 형법과 윤리와의 문제는 사회관과 인간관에 따라 매우 다른 견해를 가질 수 있는 문제이다. 한국에서 강하게 형법의 탈윤리화를 주장하는 학자도 있지만, 아직도 일반적 여론이나 다수의 형법학자들은 윤리적 관련성을 긍정적으로 보고 있다. 예컨대 존속살해죄조항의 존치에 형법개정위원들은 전원 찬성하고, 간통죄의 존재에 대해 헌법재판소는 합헌판정을 내렸던 것이다.

3. 사회법과 유교

『노인복지법』에서는 “국가와 국민은 경로효친의 미풍양속에 따른 건전한 가족제도가 유지 발전되도록 노력하여야 한다(제3조)”고 규정하고 있어 경로효친(敬老孝親)이 미풍양속임을 명언하고 있다. 이는 법적, 가족상의 인식평가에 있어서는 물론 가족정책의 전개에도 기본적 가치기준으로서 기능할 원리이다. 특히 일본의 노인복지법이 “노인은 다년간 사회의 진전에 기여해 온 자로서 경애(敬愛)되고 또한 건전하고 편안한 생활이 보장되어야 한다”고 규정한 것과 대비해 볼 때 ‘경로효친’을 정면으로 내세우고 있는 점에서 특히 주목된다.

『소득세법』에서는 부양가족으로서 60세 이상의 직계존속남자와 55세 이상의 직계존속여자에 대해서는 부양가족공제의 혜택을 받고(제65조), 거주자와 생계를 같이 하는 65세 이상인 경로우대자에게는 경로우대공제의 혜택을 받으며(제66조의4), 상속세법에서는 피상속인의 장례비용은 과세가액에서 공제되며(제4

30) 박병호, 위의 책, 518-520면.

31) 1996년도 추계 형사법학회 발표논문요지(김종원, 이재상, 백형구) 참조. 이에 관한 짧은 보고로는 최종고, “한국형법의 위상”, 『시민과 변호사』, 1997년 1월호, 73~80면.

조제1항제2호), 3대 이상 대물림한 주택과 5년 이상 동거하면서 피상속인을 봉양(奉養)한 성년의 직계비속인 상속인이 상속받는 주택의 가액은 과세가액에서 공제되는(제11조의2) 등 경로효친자를 우대하고 있으며 민법 제1008조의3에 규정된 제사용 특별재산 즉, 분묘(墳墓)에 속한 1정보 이내의 금양임야(禁養林野)와 600평 이내의 농지(農地), 족보(族譜)와 제구(祭具)는 상속세과세가액에 산입하지 않도록 되어 있다(제8조의2). 한국도 점점 사회복지국가로 발전하고 있는데, ‘한국적’ 사회복지국가, 문화국가의 방향이 어떤 것이냐에 관해 점점 유교적 가치가 중요시되고 있다. 여기에 이른바 유교적 신흥공업국가(NICs : Newly Industrializing Countries)에 대한 관심이 고조되고,³²⁾ 한국도 그 한 예로 특히 사회법과 유교의 문제를 과제로 안고 있다.

IV. 한국에서의 유교의 실제

위에서 한국에서는 유교가 종교로 실체화되었다고 지적하였지만 그것은 유교가 하나의 이론이나 사상에 머물지 아니하고 사회적 조직체로서 활동하고 있다는 사실을 의미한다. 한국에는 하나의 성균관(成均館)과 지방에 231개의 향교(鄕校), 2200여개의 서원(書院)과 사(祠)들이 있고, 3500여명의 구성원을 가진 유도회, 청년유도회, 여성유도회 등 유림(儒林), 유자(儒者), 유사(儒士) 등의 실체가 존재한다.³³⁾ 이러한 유교적 단체들은 법적으로는 불교, 기독교 단체와 마찬가지로 민법상의 권리능력 없는 사단(Verein ohne Rechtsfähigkeit) 혹은 권리능력 없는 재단(Stiftung)으로 취급된다. 이것은 종교의 자유가 보장되고 국교가 금지되며 정치와 종교가 분리되는 현행 헌법질서 아래서 당연한 결과이다.

그럼에도 불구하고 한국에서 유교단체가 어떠한 적극적 활동을 하는지 인식하기는 그리 쉽지 않은 것처럼 보인다. 성균관에서는 매년 음력 2월과 8월에 석전대제(釋奠大祭)를 전국 유림들의 참여 속에 성대히 거행한다. 또한 매월 삭망일(朔望日)에 분향례를 행하며 공자탄생일인 음력 8월 27일에 기념행사를 거행한다. 성균관의 대성전(大成殿)에는 공자를 중앙에 모시고 그 학통을

32) 함재봉, “근대의 규율사회와 유교”, 『법철학과 사회철학』 2집, 1992, 207~232면 ; Roderick MacFarquhar, The Post-modern Challenge, *The Economist*, Feb. 9, 1980, pp.67~72; Tu Weiming(ed), *Confucian Traditions in East Asian Modernity*, Harvard Univ. Press 1996.

33) 『유교대사전』, 박영사, 1990에 통계 및 명단 수록.

계승한 안자(顔子), 증자(曾子), 자사자(子思子), 맹자(孟子)를 동서로 모시고 공자의 제자 10철(哲)과 송조육현(宋朝六賢) 및 한국의 18현(신라 2현, 고려 2현, 조선조 14현)의 위패를 동서로 봉안하고 있다. 서양에서 나온 세계의 대종교들을 소개하는 책에도 한국 성균관에서의 석전제의 광경이 대표적 유교의식으로 소개되고 있다. 문화혁명 이후 중국에서 상실된 석전제 의식을 한국의 유학자들이 복원시켜 주기 위해 중국으로 파견된 것도 상징적인 사건이었다. 이처럼 오늘날에도 한국의 유교는 그 종교성을 유지해 나가고 있다. 구한말에 이병헌(李炳憲)이 『공자교』(孔子教) 운동을 전개하였으나 그의 너무 기독교적 관념에 입각한 기성종교화 시도는 계속 발전되지 못하였다. 유교의 종교적 측면보다도 오히려 일반국민들에게는 생활윤리와 관습의 면모가 더욱 강하게 작용하였던 것이다.³⁴⁾

이러한 이유로 한국의 유교가 사회적으로 적극적 운동을 전개하거나 활동성을 보여주는 데에는 미약한 것처럼 보인다. 오히려 가족법의 개정과정에서처럼 유림단체는 다소 보수적 반동적 조직으로 비쳐지기도 하였다. 빠르게 변화하는 사회 속에서 미풍양속을 지킨다는 명분으로 현대사회에서의 여성과 인권 등 윤리의 현대화에서는 뒤떨어진 면모를 보여 주기도 하였다. 기독교와 불교가 인권운동, 환경문제, 노동문제, 통일문제 등 사회적 문제에 적극성을 보여주는 것과는 대조를 이루는 면모도 보여 준다. 그러나 급변하는 한국사회의 사회병리적 문제점들이 노출될 때마다 윤리의 재건이 강조되면서 유교에 대한 새로운 기대도 높아 가고 있다. 특히 청소년 범죄와 반인륜적 범죄의 증가 현상은 유교윤리의 효사상의 회복을 강하게 요청하고 있다.

1973년 8월 29일에는 성균관 유도회 총본부에서 『윤리선언문』을 채택하고 “우리는 인간의 존엄성을 되찾고 충효정신을 기본으로 하여 전통적 미풍양속을 계승 발전시킨다”고 선언하였다. 1990년에는 성균관대학 앞에 『유림회관』(儒林會館)을 건립하고 유교행정의 사무실로 사용하면서 사회봉사를 위한 다양한 프로그램도 전개하고 있다. 전국의 향교와 서원도 결혼예식장이나 청소년 교육장으로 개방하여 상당한 활동성도 보여주고 있다. 1990년에는 『유교대사전』(박영사)을 편찬하여 유교의 학문화와 계몽에 큰 기여를 하기도 하였다. 그러나 한국의 화려한 유교적 전통에 비해 오늘날에 유교는 종교성도 희

34) 금장태, 고평식 공저, “진암 이병헌”, 『儒學近百年』, 박영사, 1984, 535~546면.

박하고 관혼상제 등 국민의 생활질서에도 타종교의 강한 영향으로 다양화되고 혼란스럽게 되었다. 이러한 복잡한 상황 속에서 유교가 새로운 구심적 역할을 하기에는 유교단체가 인력적, 재정적 부진을 타개하지 못하는 약체성을 보여 주고 있다. 그런 가운데서도 한국인의 강한 족보(族譜)관념과 문중(門中)의식으로 수많은 종친회(宗親會), 화수회(花樹會) 등 유교적 색채가 강한 씨족단체들이 형성되고 있다. 서울같은 대도시에도 차를 타고 길거리를 보면 군데군데 이런 간판들이 붙어 있어 한국사회의 특징을 보여준다. 강력한 문중들에서는 문중안의 청소년들에게 자기 문중의 긍지를 심어주기 위해 특별 교육 프로그램 등을 실시하기도 한다. 족보를 출판하는 출판사가 번창하고, 지금은 족보가 현대화하여 여성까지 울리며 사진까지 수록하여 발간하고 있다.

최근 한국의 지도적 사립대학의 하나인 고려대학교에서는 서양식 지식만을 주지주의적으로 교육시켜온 한국대학의 학풍을 쇠신하기 위하여 『명심보감』(明心寶鑑)을 현대적으로 재해석한 『신(新)명심보감』을 출판하고 이것을 1학년 학생들에게 필수과목으로 가르치고 있다.

1995년 11월 28일 성균관 유림회관에서 임시총회를 열고 유교의 기본틀인 종헌(宗憲)을 채택하였다. 한국 유교사 1600년만에 처음으로 제정된 이 종헌에 따라 유교는 공식적으로 ‘성균관 유교회(成均館儒敎會)’로 불리는 종교로 확인되었다. 『유교제도개혁특별위원회』가 마련한 이 종헌은 전문(前文)과 총칙, 유림총회, 원로원, 평의원, 총전(摠典), 성균관, 향교, 유교회, 재단법인 성균관, 포상 및 징계, 각칙 등 11개장의 69개조로 이루어져 있다.

이 종헌에 따르면 종교단체명을 『성균관 유교회』로 하고, 공자를 종사(宗師)로 하고, 사서오경(四書五經)을 경전으로 명시하고, 유림의 품계(品階)제도를 도입해 종교단체에 필수적인 교역자 체계도 마련했다.

총전은 불교의 종정(宗正), 가톨릭의 추기경과 같이 성균관유교회의 수장(首長)으로 최고의결기관인 유림총회에서 선출하며, 성균관장, 유림회장, 재단법인 이사장 등으로 구성되는 종무회의를 통해 이들 3단체의 종무집행에 대한 조정권을 갖는다. 성균관 유교회의 임원을 역임한 70세 이상의 유교신자 원로원을 구성하여 유교경전 해석 등의 권한을 주고, 중진급으로 평의원을 구성해 종무행정의 감시, 감찰 등의 권한을 행사할 수 있도록 하였다. 품계제도는 종단의 대표자인 총전 아래 전인(典人), 전의(典儀), 전례(典禮), 전학(典學), 사의(射儀), 사례(射禮) 등, 모두 7등급의 성직자를 두었다. 이에 즈음

하여 최근덕(崔根德) 성균관장은 “종헌 확정은 유교가 종교라는 것을 대외에 천명하는 것”이라면서, “전국 235개 향교가 교당역할을 수행하는 한편 성직자 배출을 위한 전문교육기관인 『유교 교학원』(儒敎敎學院)을 내년에 설립할 예정”이라고 밝혔다.

그 동안 음력을 기준으로 공자의 기일과 탄생일에 석전제(釋奠祭)를 지내온 것을 양력으로 환산해 기일은 5월 10일로, 탄생일은 9월 28일로 확정되었다. 춘제(春祭)는 성균관과 전국 향교에서 지내고, 추제는 성균관에서만 봉행하도록 했다.

이로써 일반적인 윤리규범, 통치철학 등으로 이해되어오던 유교가 불교의 석가와 기독교의 예수에 비견되는 공자가 ‘인본주의를 바탕으로 윤리가 바로 서고 도덕이 실현되는 사회를 이룩하는 것’을 목표로 창시한 종교로 확정되었다. 다른 종교와 달리 내세관이 없어 그 동안 종교여부에 논란을 벌여왔으나 종헌 제정을 계기로 종교단체를 구축하고 명실상부한 종교로 발돋움하겠다는 강력한 의지를 표명하고 있다는 것이 한국유교의 현재의 실상이다. 물론 유교는 한국에만 있는 것이 아니기에 대내외적으로 이러한 한국유교종교화에 대하여 많은 논란이 있을 수 있겠지만, 한국 성균관은 전국 유림의 의사를 청취하여 이렇게 ‘살아 있는 유교종교’로 나아가고 있는 ‘힘’을 막을 수는 없을 것이다.

V. 한국의 다종교 윤리와 유교

여기에서 다소 법학의 범위를 넘어서지만 이러한 유교적 실체가 ‘세계종교의 전시장’과도 같은 한국의 다종교문화(多宗敎文化)에서 어떤 위상을 차지하고 있는지를 전체적으로 파악해 볼 필요가 있다고 생각된다. 가장 먼저 제기되는 의문은 유교적 전통이 이처럼 강한 한국에서 어떻게 그리스도교와 불교가 성행할 수 있는가 하는 물음이다. 많은 이론과 설명방식이 있겠지만 일반적으로 유교가 갖는 현세성과 공식성 내지 관료성이 궁극적 신앙으로서의 종교성을 충족시키기에는 부족하기 때문에 한국인의 종교적 갈망에 외래종교라 할 수 있는 불교와 그리스도교가 모두 공명하게 되었다고 설명된다.³⁵⁾ 왕실에서 공식적으로 유교정치를 실시할수록 일반서민들은 산중에 피신한 불교를

35) 변선환외, 『종교 다원주의와 신학의 미래』, 종로서적, 1989 ; H. 카워드/한국종교연구회역, 『종교다원주의와 세계종교』, 서광사 1990.

찾아 신앙심을 기울였고, 1784년부터 전래된 그리스도교에 대하여도 유학자들은 이른바 보유론(補儒論)을 전개하여 마태오 리치(Matteo Ricci)가 주장하듯 현세윤리적 유교는 내세구원적 그리스도교에 의하여 보충되어야 한다고 설명하였다.³⁶⁾

일본, 중국과 비교하여 특히 그리스도교가 한국에서 성공할 수 있었던 것은 이처럼 어차피 유교도 중국에서 비롯된 것으로 종교성을 충족시킬 수 없었고, 꼭 1세기 이후인 1884년부터 개신교가 전파되면서 민족주의의 자각과 함께 일반서민층에 밀접하게 흡수력을 확보하게 되었던 데에서 원인을 찾을 수 있을 것이다. 과거 권위주의적 계급주의 유교에 눌려온 서민들은 그리스도교의 복음에서 ‘새 하늘과 새 땅’을 맛보게 되었던 것이다. 그 후 개화기의 근대화를 서양문명의 담지자로 그리스도교가 적극 활동하였고, 일제치하에서도 반일(反日)의 정신을 신앙으로 무장하였으며, 대한민국이 건국되면서 초대 대통령 이승만(李承晩)에 의해 그리스도교 국가를 지향하듯 강력한 선교정책이 실시되었다. 신실한 그리스도교인들은 전도(傳道)를 신앙생활의 중요한 사명으로 생각하여 만나는 사람마다 교회에로 권유했고 1930년대부터 강력한 부흥운동이 전개되었다.³⁷⁾ 1960년대부터 한국사회는 근대화와 도시화의 물결로 거대한 인구이동이 있어 농촌인구의 도시진출과 함께 도시마다 많은 교회들이 건립되었다. 흔히 서울에는 다방(茶房)보다 교회수가 많다고 지적하듯이 교회는 농촌에서 진입한 도시인들의 정신적 의지처로 “섰다하면 교회!”로 만원을 이루었다.

이처럼 가시적으로 그리스도교가 발전된 것은 외국인의 눈에 놀라운 기적처럼 보일지 모르나 내면적으로는 많은 문제를 안고 있는 것으로 지적된다. 종교의 물량주의화와 광신주의의 이면에는 신앙과 생활의 괴리가 나타나며, 아무리 그리스도교인이라 하더라도 생활은 점점 덜 그리스도적으로 되고 유교적 생활방식에 가까워지거나 심지어 샤머니즘(Shamanism)화되고 있다고 지적된다. 이미 몇몇 대형화된 그리스도교회는 신비주의적 열광주의적 색채의 종교집단으로 변질되고 있는 것처럼 보인다. 일본의 그리스도교가 1%를 넘지 못하지만 우찌무라간조(內村鑑三)의 무교회주의운동 이후 성서중심적 지성화의 전통이 수립되고 있는 점과 비교할 때 한국의 그리스도교는 제도화, 물량화의 허상을 안고 있다는 비판도 제기된다. 최근 미국 하버드대학의 콕스

36) 최석우, 『한국교회사의 탐구』Ⅱ, 한국교회사연구소, 1991, 109~132면.

37) 민경배, 『한국교회사』, 대한기독교서회, 1975.

(Harvy Cox)교수가 한국교회의 부흥을 샤머니즘과의 결합으로 분석하여 주목받은 바도 있다.

한국의 불교 또한 소승불교(小乘佛敎)와는 다른 호국(護國)과 중생(衆生)을 사랑하는 대승교리로서, 엄밀하게 보면 불교적 요소만이 아니라 유교와 도교(Taoism)·샤머니즘의 요소까지 융합하여 원융회통(圓融會通)의 종교로 변질되기 때문에 발전되고 있다고 설명할 수 있다. 한때 이러한 비불교적 요소들을 제거하여 ‘불교정화운동(佛敎淨化運動)’을 전개하려던 청담(靑潭)종정(宗正)의 시도는 실패로 돌아갔다. 요즘은 오히려 이러한 혼합종교(Syncretism)로서의 특징을 한국불교는 긍정적으로 해석하고 있는 것 같다.

어쨌든 이러한 종교적 부흥 내지 발전은 사회적 불안정 및 경제성장과도 밀접한 관련이 있는 현상이며, 그러한 속에서 한국인은 고대부터 현실생활에 가장 밀착된 생활원리로서의 유교에 더욱 끈질기게 지배되고 있다는 사실을 부정할 수 없다. 오늘날도 추석같은 명절에는 국민의 절반에 이를 정도의 인구이동을 보이며 고향을 찾아 조상의 묘를 성묘하고 관혼상제가 기본적으로 유교적으로 진행되고 있다. 특히 장례에서는 불교와 그리스도교의 성행에도 불구하고 아직도 주로 재래식 봉분(封墳)제도를 답습하여 전 국토의 1%에 이르는 면적이 묘지화되어 자연훼손이 심각히 우려되고 있다. 납골당(納骨堂)과 공원식 묘지제도로 권장하고 있지만 정부가 법을 통하여 강제하기에는 국민의 윤리적 종교적 의식이 미치지 못하여 아직도 강력히 실시되지 못하고 있는 실정이다.

이러한 다소 복잡하며 미묘한 종교적 내지 정신적 분위기 속에서 유교와 법의 관계를 개방적으로 논한다는 것은 간단한 문제가 아니다. 여기에는 무엇보다도 현대국가의 헌법에서 규정하는 종교의 자유, 정치와 종교의 분리, 국교(國敎)의 금지라는 원칙이 존중되어야 하며, ‘자유사회의 자유종교(free religion in a free society)’라는 정신이 관철되어야 할 것이다. 자유사회 속에서 법과 윤리 내지 종교와의 관계에 대하여도 이른바 지배도덕(dominant moral)혹은 인기도덕(popular moral)의 문제는 결코 쉽게 논할 수 있는 성질의 것이 아니다. 우리는 이에 대하여 이미 밀(J.S.Mill) 대 스티븐(J.F.Stephen) 논쟁과 데블린(Patrick Devlin) 대 하아트(H.L.A.Hart)의 논쟁을 알고 있다. 스티븐과 데블린은 형법이 윤리유지를 기능으로 하고 반(反) 윤리적 행위는 무제한적으로 처벌의 대상이 된다는 입장에서 서 있고 밀과 하아트는 반대입

장에 서 있었다.³⁸⁾ 독일에서는 벨첼(H. Welzel)은 “형법의 임무는 기본적으로 사회윤리적 심정가치(Gesinnungswerte)의 보호에 있다”고 했는데, 바우만(Jürgen Baumann)은 형법의 윤리화를 강력하게 반대하였다.³⁹⁾ 일본에서는 오노(小野清一郎)가 “형법은 국민의 인륜적 문화질서 즉 도덕적 질서를 유지하고 형성하여 발전시키는 것”이라 하였고, 단도(團藤重光)는 “사회생활에 필요한 최소한도의 도덕적 규범은 법에 의해서 강행함을 요한다”고 하였고, 히라노(平野龍一)는 형법의 윤리적 기능에 반대하고 있다. 우리나라에서도 법과 윤리의 관계를 두고 형법개정에 가족법개정에서 상당한 견해 대립이 학자들에게서 나타났다. 어쨌거나 법개정의 과정에서 종교단체 특히 유림세력에서는 전통적 유교윤리를 미풍양속으로 주장하면서 현대적 합리성과 법이론에 의한 개정주장에 강력한 반대세력으로 작용하여 왔다. 그리하여 아직도 한국법의 상당한 부분에 유교라는 지배도덕이 법적으로 강제되고 있는 현실이다. 이러한 현실을 타개 내지 변화시키려면 유학자들과의 지속적 대화와 담론이 필요한데 아직까지 나타난 현상으로 보아 이러한 논의가 순조롭지 못하다고 지적하지 않을 수 없다. 이런 면에서 현행 가족법의 개정은 유교적 명분론을 다치지 않고 실질적인 여성권익의 확보라는 타협의 방향으로 이루어진 것으로 가족법 학자들은 앞으로의 개선과제를 남겨두고 있다고 아쉬워 한다.

한국은 싱가포르의 이광요(李光耀)수상처럼 노골적으로 유교적 법질서를 정립하려는 정책은 없었다. 그러기에는 불교와 그리스도교가 상당한 세력으로 성장하였고, 유교는 종교화의 자구책을 강구하지 않을 수 없을 만큼 기층문화(基層文化) 내지 생활습관으로 ‘잠적’되었다. 정부는 종교평등(Parität)의 원칙에서 매우 신중한 태도를 취하지 않으면 종교계로부터 반발과 불협과를 불러올 수 있다. 정부의 중고등학교 평준화 교육정책이 종립학교(宗立學校)들로부터 상당한 저항을 받고 있는 것이 그 예이다. 최근 보도에 의하면 대전대학교에 도교(道敎) 대학원을 설립하려는 계획에 대해 대전기독교연합회에서는 “무당들의 급격한 증가로 사행심(射倖心)이 만연, 사회가 병들고 개개인의 가치관이 파괴되고 있는 이때 ‘무당과’ 신설은 미신행위를 부추기는 행위로 오늘의 현실에 역행한다”면서 “도교대학원 설립은 고등교육을 받은 무당을 양산하

38) 이 논쟁은 차용석, “윤리와의 관계에서 본 형벌권의 한계”, 『법철학과 형법』(황산덕박사 회갑 기념), 1979에 요약 소개 되어 있음.

39) H. Dietze u.a., *Recht und Moral*, Baden-Baden 1985.

여 미신행위를 정당화하는 결과를 가져다 주게 될 것”이라고 비난하였다. 또 “전국토가 묘지화되어 가고 묘지의 호화단장으로 산림훼손과 자연파괴가 심각한 상황에 이른 지금 도교대학원에 풍수지리과를 신설하여 무덤의 방위 및 지형이 인간의 길흉화복을 예측하는 것은 문제가 있다”고 하였다.(종교신문, 1996.10.13). 이러한 문제에 대하여 이조시대에 도교와 무교(巫敎)에 대해 비판적으로 보던 한국유교측은 아직까지 어떤 공식적 반응은 보이지 않고 있다.

VI. 맺음말

이상에서 한국의 전통법과 현대법에 유교의 영향이 얼마나 강력하였는가를 검토하였다. 이러한 유교적 영향이 법치주의와 민주주의의 발전에 적극적 기능을 하였다거나 부정적 기능을 하였다고 일반적으로 평가할 수만은 없을 것이다. 유교가 한국민족의 문명화의 역할을 담당했고, 윤리와 바른 질서를 기초놓는 데에 긍정적 기능을 했다는 것은 부정할 수 없다. 그래서 법철학 내지 사회철학의 관점에서 이에 대한 분석과 평가는 아직도 계속되어야 할 과제로 남아 있다고 하겠다.

오늘날도 한국의 유교는 법, 제도 및 국민생활이 현대적 상황 속에서 많은 문제점들에 봉착할수록 새로운 기대를 받고 그 대응책을 제시할 책임을 부과 받고 있다. 그러기 위하여는 유교가 과거지향적 사고방식에서 탈피하여 현대적 학문과 대화하는 인재를 양성하고 그들로 하여금 국민생활 전반에 걸쳐 설득력 있는 설명과 비전을 제시하여 주어야 할 사명을 갖고 있다.⁴⁰⁾ 이상의 논의는 주로 남한법을 대상으로 한 논의이지만 북한법에 대하여도 크게 틀리지는 않는다고 생각한다. 사회주의법에 속하지만 북한법에는 주체사상에 입각하여 유교적 ‘부모와 스승으로서의 법(law as teacher and parents)’의 특징을 나타내 주고 있다.⁴¹⁾ 이에 대하여는 독립된 연구의 기회가 있어야 할

40) 자세한 것은 동아일보, 인민일보 공동기획, 『공자사상과 21세기』, 동아일보사, 1994에 실린 고 병익, “유교와 국가정치”; 조순, “유교와 경제발전”; 윤사순, “유교와 사회발전” 등 논문 참조; 한국정신문화연구원, 『효사상과 미래사회』, 1995, 5, 15~17면; 동아일보, 『동양사상과 사회발전』, 동아일보사, 1996참조.

41) 북한법에 관하여는 최종고, 『북한법』, 박영사, 1996(증보신판); Sung Yoon Cho, *Law and Legal Literature in North Korea*, Washington DC, 1988; Chin Kim, *Law of Marriage and Divorce in North Korea*, *Selected Writings on Asian Law*, Littleton, Colorado, 1982, pp.315~327.

것이다.