

# 朝鮮初期 《大明律》의 受容過程

趙志晚\*

## 목 차

- I. 머리말
- II. 《大明律》의 수용배경
  - 1. 一般的·統一的 刑事法典의 필요성
  - 2. 《大明律》의 일반적·통일적인 法源으로서의 합의
- III. 《大明律》受容의 여러 모습들
  - 1. 《大明律》體系理解의 深化
  - 2. 《大明律》로의 收斂
  - 3. 《大明律》과 他法源과의 折衷
  - 4. 새로운 規範의 定立
- IV. 맺음말

## I. 머리말

《大明律》의 명시적인 적용의지는 朝鮮의 개창과 함께 현실화되는데, 이는 太祖의 卽位敎書에 잘 나타나고 있다. 고려말 형사사법제도의 총체적 혼란상황을 극복하기 위하여, 태조는 즉위교서에서 《大明律》의 성문형사법원으로서의 적용의

---

\* 서울대학교 대학원 법학과 박사과정.

지를 선언적으로 천명하였다. 卽位敎書의 내용중 형사제도에 관련된 부분은 다음과 같다.

지금부터는 서울과 지방의 형을 판결하는 관원은 무릇 公私의 범죄를, 반드시 大明律의 宣勅을 追奪하는 것에 해당되어야만 謝貼을 회수하게 하고, 資產을 관청에 몰수하는 것에 해당되어야만 家産을 몰수하게 할 것이며, 그 附過·還職·收贖·解任 등의 일은 일체 律文에 의거하여 죄를 판정하고, 그전의 폐단을 따르지 말 것이다.<sup>1)</sup>

이 구절은 조선이 건국 직후에 《大明律》을 포괄적으로 수용하였다는 근거로 들어지는 부분이다. 그러나 실상은 좀더 복잡하다. 명시적으로 본 교서가 《大明律》의 적용을 예정하고 있는 사안은 관료가 公私罪를 범한 경우뿐이다. 이를 분석하면 첫째, 관원의 범죄에 대해서는 《大明律》 명례편의 “文武官 犯公罪”<sup>2)</sup>와 “文武官 犯私罪”<sup>3)</sup>조에 표명된 원칙에 따라 죄를 주고 考課에 반영시켜 파직과 승진의 자료로 삼고 둘째, 가산을 몰수하는 것 역시 《大明律》 각조의 해당 조항에 의한다는 것이다. 셋째, 謝貼의 회수와 관련하여서는 官員의 범죄에 대하여 이전까지 경미한 범죄에 대하여도 謝貼을 회수하여 오던 것이 부당하다는 반성적 고려에서 《大明律》에 의거하여 謝貼회수의 적용범위를 줄이자는 의미이다.<sup>4)</sup> 요컨대 본 敎書에서 명시적으로 표현된 규정형식은 일종의 준용규정이자 그 자체로 어떤 법령을 그대로 쓴다는 형식)은 아니다.

- 1) 太祖 원년 7월 28일[丁未](국사편찬위원회 영인, 朝鮮王朝實錄, 1955, 제1권 22면 下段 양면. 이하 한면에 네장이 영인되어 있으므로 읽는 순서에 따라 abcd로 표기한다. 예컨대 본 인용문은 제1권 22cd로 인용한다) “自今京外刑決官 凡公私罪犯 必該大明律追奪宣勅者乃收謝貼 該資產沒官者乃沒家産 其附過還職收贖解任等事 一依律文科斷…”.
- 2) 《大明律》名例律 文武官犯公罪條에 따르면 “該答者 官收贖 吏每季類決 不必附過 杖罪以上 明立文案 每年一考 紀錄罪名 九年一次 通考所犯次數 重輕以憑黜陟”이라고 규정하고 있어 謝貼을 취하는 것은 장형이상의 형에 해당되어야 경중을 참작하여 할 수 있도록 되어 있다. 이하 인용하는 《大明律》은 《大明律講解》의 조문에 의거하였다.
- 3) 《大明律》名例律 文武官犯私罪條에 따르면 “凡文官犯私罪…五十解見任別叙 …杖一百罷職不叙, …杖罪解見任降等叙用”이라고 규정하고 있다.
- 4) 이는 본논문의 사례분석에서 상술한다.

물론 이 교서가 간접적으로나마 《大明律》의 依用 의사를 표명하고 있음은 말할 나위가 없다. 당시 집정자들에게 《大明律》의 依用은 당연한 것이었고 새롭게 국가의 제도를 정비해 나가면서 필수적인 것으로 인식되었으며 그러한 의사가 이 교서에 표현된 것이다.<sup>5)</sup> 하지만 이것만을 가지고 《大明律》의 포괄적인 계수를 이야기하기에는 부족하다. 오히려 일반적·통일적인 형사법전의 필요성, 그 필요에 부응한 《大明律》의 선택, 선택된 《大明律》의 정착 과정 등을 살펴야 《大明律》의 수용과정은 입체적으로 조망될 수 있을 것이다. 본 논문에서는 《大明律》이 수용되어 실효성을 확보해 감으로써 마침내 《經國大典》에서 일반형법으로 천명<sup>6)</sup>되기까지의 과정을 구체적으로 추적할 것이다. 그럼으로써 《大明律》의 수용이 ‘일회적 사건’에 의한 것이 아닌 조선 사회가 나름의 문제를 해결해 가기 위한 노력의 일환으로 많은 검토와 시행을 거쳐 정착하게 된 것임을 살피려 한다. 이 작업을 위해서 《朝鮮王朝實錄》에 나타난 《大明律》의 적용사례를 분석할 것이다.

## II. 《大明律》의 수용배경

《大明律》의 실제 受容 과정을 밝히기 위해 우선 《大明律》의 수용과 관련된 고려말 조선초라는 시대적 배경을 개괄할 것이다. 그럼으로써 그 시대가 새롭게 형사관계를 규율할 법률을 요구한 이유는 무엇인지, 그리고 그 요구에 대한 응답으로 선택된 법률이 왜 《大明律》이었는지를 밝힐 수 있을 것이다.

- 
- 5) 가령, 《經國大典》刑典 用律條의 “用大明律”이나, 朝鮮刑事令(1912. 제령 제11호) 제1호의 “형사에 관한 사항은 본령 기타의 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 다음의 법률에 의한다”와 같은 형식을 말한다.
  - 6) 정도전은 그의 朝鮮經國典 憲典 後序에서 《大明律》을 형률의 일반률로서 의용하는 것에 대해 전폭적인 지지의 의견을 표명하고 있다. “…其議刑斷獄 以輔其治者 一以大明律爲據…” 鄭道傳, 《三峯集》卷之十四, 朝鮮經國典 憲典 後序(민족문화추진위원회 편, 『국역삼봉집 2』(도서출판 숲, 1997), 313면 및 영인부록 참조). 참고로 태조의 즉위교서를 지은 사람도 정도전이다.
  - 7) 《經國大典》刑典 用律條 “用大明律”.

## 1. 一般的·統一的 刑事法典의 필요성

왕조교체기인 고려 건국기에 중국에서는 이미 선진법인 唐의 律이 공포되어 있었고, 이후 宋도 새로운 법률을 만들어 시행하고 있었다. 그러나 고려는 이들 법령을 수용하면서도 일관되고 통일적인 刑律을 지속적으로 정비해 나가지는 못하였다. 무신란 이후 전개된 혼란한 정국과 사회상, 그리고 원의 통치 등과 같은 정치·사회적 조건이 하나의 이유가 될 수 있겠지만, 그 폐해는 매우 심각한 것이었다.

고려 초기에는 《唐律》과 연계된 고려율이라는 이름의 법전체제를 갖추고 있었지만, 그 후 宋의 법률을 받아들이면서 왕법체계를 정비하는 쪽으로 나갔다. 일반적·통일적인 성문형법전의 시행보다는 구체적인 사건과 관련된 왕의 판결과 명령을 집적해 나가는 이른바 王法 체계를 이루어 갔다.<sup>8)</sup> 그러나 구체적 타당성이 주로 고려되고 있는 단일 왕법만으로는 법적 안정성과 보편적 적용성을 기하는 데 기본적으로 한계가 있었다.<sup>9)</sup> 즉 고려말의 상황은 高麗公事三日이라는 말에서 잘 표현되고 있듯이 법령의 개폐가 빈번하고 법령의 적용에 일정한 기준이 없었다. 이러한 고려말의 형사법 상황이 잘 나타난 자료로 대표적인 것은 《高麗史》〈刑法志〉의 序文이다. 관련되는 부분을 보면,

“... 그 폐단은, 法網이 널리 미치지 못해 형벌이 느슨하고 사면이 잦아서 간사하고 흉악한 무리들이 法網을 벗어나 제멋대로 놀아도 제지하지 못하였고 말기에 가서는 그 폐단이 극도에 달하였다...”<sup>10)</sup>

8) 朴秉濠, 『근세의 법과 법사상』(진원, 1996), 32면.

9) 高麗에 독자적인 律이 있었으나에 대하여는 논란이 많다. 독자적인 律典을 편찬하였다는 견해, 《唐律》을 쓰고 王法으로 통치해갔다는 견해, 초기에는 律典의 편찬이 있었지만 무신란 등의 사회적 혼란으로 律典의 편찬없이 王法으로 통치해 갔다는 견해가 그것이다[任相燦, 「高麗의 裁判에 관한 考察」(서울대학교 법학석사학위논문, 1993), 43면]. 여기서는 세 번째의 견해를 따랐다. 그러나 어떤 견해를 취하든지 고려말의 법상황이 王法간의 모순으로 인하여 혼란스러웠다는 것을 부정할 수는 없을 것이다.

10) 《高麗史》志 卷第38 刑法—(中 833b) “...其弊也 禁網不張 緩刑數赦 姦凶之徒 脫漏自恣 莫之禁制 及其季世 其弊極矣...”.

라고 하고 있다. 즉 형률 자체가 불완전하고 형률시행의 측면에서도 사사로운 농단에 의해 법의 권위가 크게 훼손되었음을 보여주고 있다. 결국 당시의 지식인들은 형사사법제도를 법이 아니라 권문세가와 관료들이 농단하였다고 인식하였다.

요컨대 고려말의 刑事法 운영 상태는 효율적이고 권위있는 사법기구의 不在(公刑罰權의 無力化), 法規範의 欠缺, 자의적인 법적용으로 인한 法的 安定性的 위기 등으로 인해 형사사법 제도의 총체적 위기에 직면하고 있었다. 그리하여 朝鮮왕조가 개창되면서 집권자들은 고려말의 법적 혼란이 법적용에 일정한 기준이 없었기 때문이라고 진단하고 時王之制인 《大明律》을 일반적·통일적으로 적용할 것, 즉 ‘法源의 통일’을 합의하게 된다. 그런데 여기서 ‘法源의 통일’이라는 점에 대한 합의가 어떻게 《大明律》의 수용이라는 형태로 표출되었는지 의문이 제기된다.

## 2. 《大明律》의 일반적·통일적인 法源으로서의 합의

당시의 집권자들이 새로운 법제모델을 어디에서 찾았는가는 당시의 정치상황과 무관하지 않다. 恭愍王은 明의 연호인 洪武를 사용하게 되고<sup>11)</sup> 많은 친명정책을 추진하지만 그의 죽음으로 당시 권문세족의 대부분을 차지하고 있던 친원파가 다시 득세하게 된다. 이들이 권력을 잡은 禔王 초기에는 그간 행해져 왔던 친명정책을 폐기하고 자신들의 정치적 반대자들이었던 신진사대부들을 제거해 나갔다. 이러한 정치적 사정으로 당시의 집정자들은 《大明律》의 도입보다는 元의 법제를 더 선호하였을 것이다. 이러한 입장은 중앙이나 지방을 막론하고 옥사 처결은 모두 《至正條格》에 의거하도록 한 데서도 드러난다.<sup>12)</sup> 그러나 위화도 회군으로 친명파가 다시 집권하게 되는 禔王 14년(1388)에는 정치적 상황을 반영하듯 典法司에서는 《大明律》수용하자는 주장을 하게 된다. 때마침 고려에 전해진 《大明律》은 이를 배경으로 하나의 ‘模範刑法典’적인 지위를 누리게 되었다고 볼 수 있다.

정치적 세력의 판도변화가 어떠한 법제를 도입할 것인가에 영향을 준 것은 틀림없다. 그러나 법제의 도입은 정치적 영역에서만 해결될 수 없으며 그 법제가 수

11) 《高麗史》世家 卷第42 恭愍王五 恭愍王 19년(1370) 7월 乙未(上 833b) “始行洪武年號”.

12) 《高麗史》列傳 卷第46 辛禔一 禔王 3년(1377) 2월(下 875c) “今中外決獄 遵至正條格”.

용하는 측의 입장에서 볼 때 수용될 만한 것인가, 관습과의 충돌은 최소화될 수 있을 것인가 등의 보다 많은 고려하에 행해진다. 이는 典法司의 상소를 분석하여 보면 명확해진다. 典法司의 상소를 살펴보자.

“…大明律을 議刑易覽과 대비하면 고금의 법제를 참작한 것으로서 매우 상세합니다. 더군다나 중국의 현행 법제이니 응당 모방하여 시행해야 합니다…”(강조는 인용자)<sup>13)</sup>

여기서 典法司는 법제문란의 대안으로서 《大明律》의 倣行, 즉 모방하여 시행할 것을 주장하고 있다. 그런데 그 근거로서 고금 法制의 참작, 法條項의 비흠결성, 중국의 현행 법제라는 측면이 강조되고 있다. 즉 典法司의 주장은 《大明律》이 역대 중국의 刑律과 대비하여 역대의 刑律을 집대성하면서도 가장 선진적인 내용을 담고 있으며 1388년의 시점에서 가장 최신의 律이라는 것이다. 특히 法條項의 비흠결성이라는 면은 보다 매력적으로 다가왔을 것이다. 즉 당시 지식인들에게는 《大明律》이 우수한 律의 전형이라는 합의가 이루어져 있었던 것이다.

그렇다면 이전까지 써오던 刑律에 대한 검토는 없었는가. 그냥 막연히 이전까지 익숙해 있던 刑律을 포기하고 《大明律》을 도입할 것을 典法司에서 상언하지는 않았을 것이다.

우선 일반적으로 적용될 수 있는 恆式의 律을 추구하던 당시의 상황에서 元의 律은 받아들여지기 어려웠다. 즉, 元의 법률인 《至正條格》은 그때 그때 시대의 변화에 따른 사회상을 반영하는 사례모음집의 성격을 띠고 있었다. 따라서 실용성은 있었으나 일관성이 없고 빈잡하여, 胥吏들이 농간을 부리는 폐단이 많은 결점이 있었다.<sup>14)</sup> 즉 《至正條格》의 입법정신은 “古금이 다른 것은 마땅하므로 반드시 서로 따를 필요는 없고, 단지 지금에 타당한 것을 취한다”<sup>15)</sup>였으므로 법적용의 일시

13) 《高麗史》志 卷第38 刑法一 職制 禡王 14년(1388) 典法司의 上疏(中 849c, 850a) “...大明律考之議刑易覽 斟酌古今尤頗詳盡 況時王之制 尤當倣行...”. 여기서 거론된 《大明律》은 1374년 즉 洪武 7년을 이었을 것이다. 朴秉濠, 『韓國法制史攷』(법문사, 1987), 418면.

14) 金九鎮, 「大明律의 編纂과 傳來 -經國大典編纂의 배경-」, 『白山學報』 제29집, 1984, 99면.

15) “古今異宜 不必相沿 但取宜于今者”. 《元史》成宗 本紀; 張晉藩 主編, 『中國法制史』

성을 비판하고 통일적인 법적용을 모색하고 있었던 당시 지식인의 입장에서는 일종의 ‘模範刑法典’으로 도입하기에는 부적합했던 것이다. 다음으로 典法司의 상소에서 나타나듯이 《大明律》이 고금의 법제를 집대성했으며 時王之制라는 면이 강조되었다. 즉 《宋刑統》의 경우는 《唐律》을 거의 그대로 따르고 있었고<sup>16)</sup> 또한 《唐律》의 경우는 거의 유사하게 《大明律》에 발전적으로 계승되었다는 점<sup>17)</sup>이 고려되었던 것이다.<sup>18)</sup>

이전의 법제에 대한 검토와 아울러 《大明律》이 우수한 律의 전형이라는 합의가 이루어져 있었다고 할지라도 아직 高麗사회에 적용된 경험이 없는 법체계였으므로 이전까지 써오던 법제와의 혼란을 피하기 위하여서라도 과도기적인 작업이 필요하였다. 이러한 측면은 《高麗史》 <刑法志> 序文에서 보이듯 元의 律과 《大明律》을 雜用 또는 兼採, 즉 그 장단점을 참작하여 쓰자는 주장으로 나타나며<sup>19)</sup> 이 과정에서 사찬 律書라는 나름의 입법적 성과를 담아내기도 한다.<sup>20)</sup> 즉 당시의 법상황을 타파하기 위한 노력은 외국의 법을 의용하는 데만 그치는 것이 아니라 법서를 따로 편찬하는 방식으로도 나타났던 것이다.

요컨대, 고려 말기 새로운 신진사대부층을 중심으로 《大明律》을 수용하려는 경

(群衆出版社, 北京, 1992), 355~6면에서 재인용.

- 16) 《宋刑統》은 《唐律》을 그대로 베낀 것으로서 송대에는 ‘勅’이라는 명칭의 황제명령이 공식적인 법형식으로 등장하여 사용되었다. 金池洙, 「受敎의 法的 理念과 性格 -傳統 中國 法上의 條例와 대비하여-, 『韓國法史學論叢(朴秉濠教授還甲紀念[II])』(박영사, 1991), 116~7면.
- 17) 가령 《唐律》에서는 살인죄가 도적, 투송, 잡물에 흩어져 있던 반면 《大明律》에서는 이를 한 곳에 모아 刑律 인명편을 구성하고 있다.
- 18) 李在龍, 『조선, 예의 사상에서 법의 통치까지』(예문서원, 1995), 104~5면. 특히, 李炯國은 《唐律》의 현실적인 면, 즉 정치, 경제 법률적 부문이 발달한 면과 《宋刑統》의 인륜 도덕을 강조한 면을 모두 받아들인 것이 《大明律》이라고 하고 있다. 李炯國, 「李朝 刑事法과 그 思想的 背景」(성균관대학교 법학석사학위논문), 1964, 120면.
- 19) 《高麗史》 志 卷第38 刑法一(中 833b) “...於是 有建議雜用元朝議刑易麗大明律以行者 又有兼採至正條格言行事宜成書以進者...”. 여기서 元의 《議刑易麗》과 《大明律》을 잡용하자고 건의한 사람은 아마도 정몽주인 듯하다.
- 20) 《高麗史》 列傳 卷第117 鄭夢周傳(下 571a) “四年 夢周取大明律至正條格本朝法令 參酌刪定 撰新律以進”. 정몽주가 편찬한 《新律》은 우리 법제사상 최초의 사찬 법서로 평가 받는다.

향은 그들의 사상적 기반과 함께 《大明律》이 갖고 있었던 성격들과 관련이 된다. 즉 《大明律》은 이전의 《唐律》이나 송의 법률보다 유교적 색채가 강했기 때문에, 신유학을 지향하는 지식인이던<sup>21)</sup> 신진사대부들의 사상적 기반과 부합하였고, 《大明律》자체의 체계성과 합리성<sup>22)</sup> 또한 신진사대부들이 《大明律》을 수용하도록 촉진하였다. 정도전의 《朝鮮經國典》은 지식인 저변의 합의의 전형을 보여주며, 이러한 합의는 태조의 즉위교서를 통해 수면 위로 드러나게 된다.

### Ⅲ. 《大明律》受容의 여러 모습들

이제 《大明律》을 受容하자는 합의는 조선의 건국과 동시에 현실화되었다. 그러나 《大明律》은 朝鮮의 적용경험을 토대로 성립된 형률이 아니다. 따라서 아직까지 朝鮮의 실질적인 일반법으로서 확립된 것이 아니었고 朝鮮의 현실과 대응하면서 생기는 여러 문제들을 해결하여야 하였다. 그래서 실제로 적용하는 형률은 《大明律》이 아닌 당시의 실무자들에게 익숙하였던 《至正條格》이라든지 《議刑易覽》이기도 하였고 때로는 《大明律》과 모순되는 당시까지의 고유법들이 적용되기도 하였다. 이러한 상황은 중앙정부에서 《唐律疏議》와 《至正條格》 등을 중의의 관리에게 배포하여 형사사건을 재판하는데 참고로 삼게 한 데에서도 나타난다.<sup>23)</sup>

- 
- 21) 新儒學에서는 군자와 효과적인 법률과 기구를 모두 필요로 했다. 즉 형률의 사용은 “달리 더 좋은 것이 없어서” 쓰게 되는 통치자의 도덕적 실패의 징후로 보지도 않았고 오히려 통치의 필요불가결한 도구로 여겨졌다. Shaw, W., "Social and Intellectual Aspects of Traditional Korean Law, 1392-1910", *Traditional Korean Legal Attitudes*, Institute of East Asian Studies University of California · Berkeley Center for Korean Studies, 1980, 20~1면
- 22) 《大明律》이 가지는 체계성과 합리성 그리고 보편성에 대하여는 Shaw, W., *Legal Norms in a Confucian State*, Institute of East Asian Studies University of California · Berkeley Center for Korean Studies, 1981, 4~5면 참조
- 23) 세종 5년에는 《至正條格》, 《吏學指南》, 《御製大誥》를 인쇄하였고(세종 5년 10월 3일 [庚戌][제2권 558a]), 세종 9년에는 《唐律疏議》를 중앙과 지방의 관원에게 나누어주기도



이 과정에서 《大明律》규정들의 의미가 하나하나 명확해지고 刑事事件에 관하여는 《大明律》을 일반법으로서 적용하기로 하는 합의가 확대된다. 구체적으로는 一般刑法으로 《大明律》을 인식하게 되는 刑事事件의 규범근거로서 《大明律》로의 수렴현상이 있었고, 이러한 인식과 병행하여 特別刑律을 만들어가는 현상이 있었다. 前者의 경우는 종래 다른 규정에 의해 처벌되던 것을 《大明律》로 그 처벌근거를 옮기는 면이 있는가 하면 非可罰的이던 행위를 《大明律》에 의하여 가벌적 행위로 규율하는 것으로 나타난다. 後者の 경우는 《大明律》과 다른 법원들, 즉 《唐律疏議》, 《至正條格》 등과의 절충과정에서 《大明律》의 규정과 내용상 다른 受教가 형태로 표출되는 것들이 있었고, 《大明律》이 중국법이라는 맥락에서 朝鮮의 사정과 맞지 않는 규정들을 受教의 형태로 祖宗成憲이라는 이념하에 수정하는 것이다. 아래에서는 구체적인 사안을 중심으로 살펴보기로 한다.<sup>24)</sup>

## 1. 《大明律》體系理解의 深化

### 1) 《大明律》規定의 해석

名例律 常赦所不原條는 일반사면으로 사면되지 않는 범죄와 몇 가지 예외를 규정하고 있다.<sup>25)</sup> 이 규정에 의하면 殺人의 경우에는 일반사면의 대상이 되지 않으나 過失殺의 경우에는 일반사면의 대상이 된다. 그리고 당시의 처벌관행으로는 十惡, 謀殺, 故殺 이외의 戲殺, 誤殺, 鬪毆殺, 過失殺은 存留養親의 경우에는 減等하게 되어 있었다.<sup>26)</sup> 하지만 《大明律》의 犯罪存留養親條는 일반사면의 대상이 되는 자에게만 적용되는 조항<sup>27)</sup>이어서 常赦所不原條에 해당하는 범죄는 存留養

하였다(세종 9년 3월 23일[辛亥][제3권 65c]).

- 24) 사례분석은 朴秉濠 교수의 선행작업이 있었기에 가능했다. 朴秉濠, 「朝鮮初期 法制定과 社會相 -大明律의 實用을 중심으로-」(國史館論叢 제80집, 1998), 19~35면. 특히 《大明律直解》의 자세한 분석에 대하여는 같은 논문, 5~17면 참조.
- 25) 《大明律》名例律 常赦所不原條 “凡犯十惡殺人盜係官財物及強盜竊盜放火 … 之類 一應眞犯 雖會赦並不原宥 其過誤犯罪 … 並從赦原”. 이 사안은 결국 殺人之類의 해석에 관련된 것이다.
- 26) 謀殺, 故殺, 戲殺, 誤殺, 鬪毆殺, 過失殺을 六殺이라고 한다. 이에 대하여는 韓相敦, 「中國 傳統刑律 중의 六殺」, 『法史學研究』 제15호(韓國法史學會, 1994), 122~143면 참조.

親을 할 수 없다. 따라서 《大明律》의 규정을 놓고 볼 때, 過失殺의 경우는 常赦所不原條에서 일반사면의 대상으로 하고 있으므로 存留養親할 수 있지만 戲殺, 誤殺, 鬪毆殺의 경우에는 常赦所不原條에서 별다른 규정을 두고 있지 않기 때문에 常赦所不原條에 해당되어 存留養親을 할 수 없다.

이에 세종은 그 간의 관행에 따르려는 생각에서 戲殺, 誤殺, 鬪毆殺의 경우에 存留養親의 명목으로 사면할 수 있는 ‘실정법상의’ 근거를 제시할 것을 형조에 명하였던 것이다. 그리하여 형조에서는 常赦所不原條에는 戲殺이나 誤殺, 鬪毆殺의 경우를 특별취급하지 않아 常赦의 대상에는 제외되는 것이므로 犯罪存留養親條에는 해당하지 않으므로 율문에 따라 시행하되 다만 개개의 경우 특별사면의 형태로 免死할 것을 제외<sup>28)</sup>하였고 세종은 이를 따랐다.<sup>29)</sup> 다만 특별사면을 하려는 경우에는 보고하여 국왕의 명을 받들어(取旨) 시행하도록 하였다.<sup>30)</sup> 殺人之類의 의미를 문리대로 戲殺, 誤殺, 鬪毆殺을 포함하는 것을 해석한 것이다.<sup>31)</sup>

## 2) 《大明律》體系の 理解

개별 條文의 해석을 통해서 《大明律》에 대한 이해가 심화 될 수 있지만 《大明律》 전체에 대한 이해는 조문 하나 하나의 이해뿐 아니라 《大明律》에 대한 체계적인 해석이 있어야 가능하다.

27) 《大明律》名例律 犯罪存留養親條 “凡犯死罪 非常赦所不原者 而祖父母父母老疾應侍家無以次成丁者 開具所犯罪名 奏聞 取自上裁 若犯徒流者 止杖一百 餘罪收贖 存留養親”. 存留養親이란 死罪에 해당하는 범죄임에도 祖父母나 父母가 老疾 등의 사유가 있을 때 死刑에 처하지 않고 이들을 봉양하게 하는 제도이다.

28) “當赦宥 臨時定罪名 稱鬪毆殺戲殺誤殺特免耳 不在存留養親之例矣”. 《大明律》常赦所不原條는 “其赦書 臨時定罪名特免”이라고 규정하고 있다.

29) 세종 13년 10월 30일[辛酉](제3권 352bc).

30) 세종 31년 7월 17일[乙未](제5권 139a). 이 사안에서는 또한 常赦所不原條의 “...之類”에 대하여 例示로 볼 것인가 列舉로 볼 것인가의 문제가 제기되었으나 “罪疑惟輕”의 정신에 따라 제한적 열거규정으로 해석하였다.

31) 해석과 관련하여서 처벌기준조항을 해석한 세종 6년 9월 17일[己丑](제2권 622-b)의 사안과, 許嫁한 사람에게 緣坐할 수 있는가에 대한 태종 11년 11월 16일[癸酉](제1권 610-b)의 사안 등이 있다.

體系的인 면에서 볼 때 《大明律》은 그 자체로 쉽게 이해될 수 있는 체계를 가지고 있다. 그러나 당시의 실무진들은 《大明律》의 체계를 몰랐는지 사실관계에 刑律을 적용하는데 많은 착오를 범하게 된다. 條文 간의 포섭범위를 확정하는 것은 《大明律》의 전체체계를 이해한 위에 나오는 현상일 것이다. 즉 각 條文 간의 우열과 상호관계를 밝혀 刑律 적용의 착오를 제거해 가는 과정 또한 《大明律》의 一般刑法化의 증거일 것이다. 다음의 사례는 이를 보여준다.

名例律 工樂戶及婦人犯罪條는 工樂戶라는 특수직업을 가진 자와 女性의 범죄에 대하여 특례를 규정한다. 즉 婦인이 범죄자인 경우 杖刑을 집행할 때는 姦淫罪 이외에는 흘옷을 입은 채 형을 받도록 하고 刺字는 면제하는 것으로 규정하고 있다.<sup>32)</sup> 그런데 竊盜 3犯은 絞刑에 처하는데<sup>33)</sup> 婦인이 竊盜를 세 번하는 경우에 관하여는 규정이 없어서 어떻게 처벌해야 하는지가 문제되었다. 實務者들은 婦인의 3犯 竊盜에 관한 처벌을 軍人竊盜의 경우 刺字를 면제하지만 3犯이면 絞刑에 처하도록 한 규정<sup>34)</sup>이 刺字를 하지 않는다는 면에서 婦人범죄와 비슷하다는 점에 착안하여 婦인의 竊盜 3犯에도 軍人竊盜 3犯규정을 유추하여 絞刑으로 擬律하여 형조에 보고하였다. 하지만 刑曹에서는 婦人범죄의 경우에 3犯 竊盜에 대하여 軍人竊盜처럼 絞刑을 규정하지 않은 것은 3犯 竊盜를 하더라도 絞刑에 처하지 않겠다는 의미이며 이러한 면에서 남성의 범죄에 대한 특별규정으로 보아야 한다고 해석하였다. 이와 아울러 刑曹에서는 3犯 竊盜한 婦人の 처벌문제에 대하여는 竊盜에서 贓物의 수에 따라서 처벌하는 예에 의하여 처벌할 것을 恒式으로 삼을 것을 제의하였는데 세종은 형조의 의견을 승인하였다.<sup>35)</sup>

이 사안에서 볼 수 있는 것은 婦人犯罪는 特別規定이어서 軍人竊盜와는 다른 법리에 의하여 규율된다는 것, 즉 特別規定의 의미에 대하여 이해하게 되었다는 점이다. 《大明律》 체계안에서 특별규정이 어떤 조문이고 어떻게 해석되어야 한다는 것에 대해 이해한다는 것은 그만큼 《大明律》의 체계에 대한 이해가 심화되어

32) 《大明律》名例律 工樂戶及婦人犯罪條 “其婦人犯罪 應決杖者 奸罪去衣受刑 餘罪單衣決罰 皆免刺字”.

33) 《大明律》刑律 盜賊 竊盜 “三犯者絞”.

34) 《大明律》刑律 盜賊 竊盜 “若軍人爲盜 雖免刺字 三犯一體處絞”.

35) 세종 21년 2월 12일[辛酉](제4권 187c).

가는 것을 뜻하였다.<sup>36)</sup>

### 3) 《大明律》 규정에서의 적용

일정한 법적사실을 어떠한 規定에 적용하게 위하여는 그 규정의 의미내용을 확정해야 한다. 그리고 이러한 적용에 관한 문제들은 官吏들의 上言에 의하여 公論에 회부되거나 相關관청인 刑曹나 義禁府, 議政府 등에 의하여 제기되어 토론을 거쳐 해결된다. 이 과정을 거쳐 《大明律》 조문 자체가 예정하고 있는 규정내용은 보다 명확하게 확정된다. 다음의 사례는 규정을 적용하면서 그 의미내용이 명확해지는 것을 보여준다.

일종의 공무집행방해죄인 拒毆追攝人條에 의하면 公事處理에 抗拒하는 자를 杖 80에 처하도록 규정하고 있다.<sup>37)</sup> 여기서 공사처리에 抗拒하는 자의 범위를 어디까지로 하는지가 문제되는데, 당시의 처벌관행은 訊問과정에서 自服하지 아니하면 이를 公事處理에 抗拒하는 것으로 의제하여 拒毆追攝人條를 적용하여 杖 80에 처하는 것이었다. 범인은 자신의 죄를 否認하게 마련인데 이렇게 되면 笞罪에 해당하는 죄인이 자복하지 아니하면 杖刑에 처해지게 되므로 本刑보다 더 무거운 처벌을 받게 된다. 세종 19년에 成均主簿 宋乙開가 상언한 것은 이런 맥락에서였다. 그러나 議政府에서는 拒毆追攝人條의 입법취지를 證據가 명백한데도 被告人이 自服하지 아니하는 경우에 이를 징계하기 위하여 둔 것이라고 하여 笞刑罪라도 항거하면 杖 80에 처해야 한다고 하고, 證據가 명백하지 않은데도 관리가 강압적으로 訊問하여 被告人이 항거하는 경우에는 감시기구가 감시하는 것으로 해결할 것을 제의하였는데 세종은 이에 따랐다.<sup>38)</sup> 당시에는 자백이 있어야 처

36) 체계적 이해에 관련된 사안으로는 그 밖에도 鬪毆條과 威力制縛人條의 적용범위 확정  
에 관련된 세종 25년 11월 29일[庚辰](제4권 527-d, 528-a)의 사안, 赦免과 埋葬銀의 관  
계에 대한 태종 4년 9월 24일[壬戌](제1권 308-bc), 태종 6년 12월 1일[丙戌](제1권 380-b)  
의 사안, 違令條 적용범위에 관한 세종 13년 3월 15일[己卯](제3권 302-cd)의 사안 등이  
있다.

37) 《大明律》 刑律 鬪毆 拒毆追攝人條 “凡官司差人追徵錢糧 句攝公事 而抗拒不服 及毆  
所差人者 杖八十 若傷重至內損吐血以上 及本犯重者 各加二等 罪止杖一百流三千里”

38) 세종 19년 7월 10일[戊戌](제4권 89acd).

벌이 가능하였으므로 자백을 하지 않고 끝까지 항거하는 경우에 拒毆追攝人條의 적용을 배제하는 경우에는 抗拒罪로 처벌할 수 없는 처벌망의 흠결을 가져오므로 관리의 자의적 신문에 따른 부작용이 예상되에도 불구하고 拒毆追攝人條의 적용 범위에 대한 축소주장을 배제한 것이다.<sup>39)40)</sup>

## 2. 《大明律》로의 收斂

《大明律》이 형사일반법으로 되는 것을 가장 직접적으로 보여주는 것이 형사사건의 처벌근거를 《大明律》에 두는 것이다. 이러한 현상은 종래에 다른 형사처벌 근거에 의해 처벌하여 오던 것을 《大明律》에 의하여 처벌하는 모습으로도 나타나지만, 이전에는 刑罰의 영역에서 배제되어 있던 현상들이 可罰的 행위로 인식되면서 이러한 현상들에 《大明律》을 적용하는 모습으로도 나타난다.

### 1) 可罰的 行爲의 근거로서의 《大明律》

京外の 관리들이 창고의 米布를 손상시키거나 없애는 경우 등에 실무자들은 처벌하지 않고 이를 감독하는 관리를 처벌하고 있었다. 그런데 실무자들인 主守나 吏典 등은 자신들이 처벌받지 않는 것을 기화로 창고를 잘 지키지도 않고 혹은 자신들이 창고의 米布를 빼돌리는 일이 빈번하였다. 따라서 이를 규제하기 위해서는 이들을 처벌하는 조치가 필요하였는데 《大明律》 戶律 倉庫 損壞倉庫財物條<sup>41)</sup>나 轉解官物條<sup>42)</sup>에는 이들을 처벌하는 규정이 있었다. 이에 형조에서는 이러한 조문

39) 이 사안은 이후에도 문제가 제기되었다. 문종 2년 2월 27일[辛卯](제6권 468c, 469ac). 이 로보아 실제상 억울하게 拒毆追攝人條에 의해 처벌받는 자가 많았다는 것을 추측할 수 있다. 그렇지만 惡은 빠짐없이 정계되어야 한다는 관념이 실제의 폐단보다 우선하였기 때문에 拒毆追攝人條의 적용범위의 축소주장은 계속하여 거부되었다.

40) 이 유형에 해당하는 기타의 사안으로는 犯罪事發在逃條의 적용대상에 관한 세종 4년 6월 20일[丙子](제7권 274-a)의 사안, 制書有違律의 적용대상에 대한 세종 6년 8월 21일[癸亥](제2권 618-d, 619-a)의 사안 등이 있다.

41) 《大明律》 戶律 倉庫 損壞倉庫財物條 “凡倉庫及積聚財物 主守之人 安置不如法 … 致有損壞者 計所損壞之物坐贓論 着落均陪還官 … 其監臨主守 若將侵欺 借貸郡移之數 … 並計贓以監守自盜論 …”.

42) 《大明律》 戶律 倉庫 轉解官物條 “○ 若起運官物長押官及解物人 安置不如法 致有損

에 따라 실무자들을 함께 처벌하지는 의견을 제시하였고 세종은 이에 따랐다.<sup>43)</sup>

이 사안은 종래 실무자들이 처벌되지 않았다는 것을 반성적 고려하여 《大明律》의 규정을 적용하기로 한 것을 보여준다. 非可罰的인 영역을 可罰的인 영역으로 끌어들이기 위해서 《大明律》의 규정을 이용한 것이다.<sup>44)</sup>

## 2) 處罰의 《大明律》에의 羈束

태조가 즉위하기 이전에는 6품 이상의 관리가 범죄를 하는 모든 경우에 반드시 직첩을 거두고 있었음을 태조의 즉위교서를 통해 알 수 있었다. 그러나 즉위교서에서 직첩을 거둘 때는 《大明律》에 의거할 것을 선언하였음에도 불구하고 이 교지는 지켜지지 않았는지 태조 6년에는 都評議使司에서 이를 시정할 것을 청하였다. 즉 笞罪와 같은 경미한 범죄에 있어서도 직첩을 거두는 것은 刑의 경중이 맞지 않으므로 《大明律》의 규정을 참조하여<sup>45)</sup> 6품 이상의 관원이 杖刑 이상에 해당하는 죄를 범한 경우에만 직첩을 회수하고 笞罪에 해당할 경우에는 직첩회수를 하지 말 것을 주장한 것이다.<sup>46)</sup> 이 주장은 그대로 받아들여졌는데 이는 笞刑에 해당하는 罪를 범한 관리는 《大明律》에 따라 직첩을 회수하지 않지만 杖刑에 해당하는 죄를 범한 관리들의 職牒을 모두 회수한다는 점에서는 《大明律》의 규정과는 다른 점이 있어 후일 논란이 예정된 것이었다.

그후 태종 18년에 이 문제가 다시 불거져 나왔다. 이 때에는 문무관으로서 杖刑 이상의 公罪<sup>47)</sup>를 범한 자는 “教旨 안에서 職牒을 거두어 들이도록 한 것을 제외”

失者 計所損失之物 坐贓論 着落均陪還官”.

43) 세종 7년 5월 21일[庚寅](제2권 670-cd).

44) 이러한 유형에 해당하는 것으로는 妻妾失序에 관한 태종 13년 3월 10일[己丑](제1권 665-ab)의 사안을 들 수 있다.

45) 《大明律》名例律 文武官犯罪條에서는 “該笞者 官收贖 吏每季類決 不必附過 杖罪以上 明立文案 每年一考 紀錄罪名 九年一次 通考所犯次數輕重 以憑黜陟”이라고 규정하고 《大明律》名例律 文武官犯罪私罪條에서는 “凡文官犯罪私罪…五十解見任別叙 …杖一百罷職不叙”이라고 규정하고 있다.

46) 태조 6년 9월 19일[己巳](제1권 110b).

47) 公罪는 公事로 말미암아 죄를 지은 것으로서 사사로움과 枉曲이 없는 것을 말한다(公罪謂緣公事致罪而無私曲者) 金鐸敏·任大熙 主編, 『譯註 唐律疏議(Ⅰ) -名例編』(한국법

하고는 직첩을 거두지 않도록 하였다.<sup>48)</sup> 세종 5년 1월에는 다시 문무관이 私罪<sup>49)</sup>를 범한 경우에는 杖 60이면 2등을 강등하게 하여<sup>50)</sup> 직첩을 회수하고 公罪의 경우에는 《大明律》의 文武官犯私罪의 형량을 준용하고 杖 100에 해당하면 公私罪를 막론하고 직첩을 모두 회수하게 하였다.<sup>51)</sup> 그런데 이 조치는 《大明律》의 준수라는 측면에서 볼 때 태종 18년의 수교보다 한결음 후퇴한 듯이 보인다. 왜냐하면 태종 18년의 수교에서는 公罪의 경우에 ‘특별히’ 職牒을 거두어 들이도록 하는 조치가 없으면 職牒을 거둘 수 없게 입법하였는데 세종 5년의 이 조치는 《大明律》의 文武官犯私罪條의 규정을 준용하므로 이 규정에 해당하기만 하면 직첩을 거둘 수 있게끔 한 것이기 때문이다.

세종 5년의 수교가 내려진 이후 사간원에서는 公罪의 경우에도 수교에 따라 직첩회수를 하게 되면 文武官의 직무수행이 위축된다는 점과 《大明律》의 文武官犯公罪의 규정에 저촉된다는 점을 들어, 직첩은 회수하지 말 것을 제의하게 된다. 이 제의에 따라 결국 公罪의 경우에는 《大明律》의 文武官犯公罪條에 따라 직첩을 회수하지 않기로 결정되고, 私罪의 경우에도 《大明律》 규정에 따라 직첩회수, 즉 杖 60에 1등을 회수하게 된다.<sup>52)</sup> 직첩회수에 관한 한 태조의 즉위교서가 나온 지 30여 년만에 《大明律》에 따르게 되었는데, 특히 私罪의 직첩회수에 관하여는 《經國大典》에 注意的으로 규정된다.<sup>53)</sup>

세연구원, 1994), 166면, 제17조 名例 17. 官當.

48) 태종 18년 7월 2일[庚戌](제2권 238a).

49) 私罪는 사사로이 직첩 범한 罪 및 황제 친견시에 받은 질문에 사실대로 답하지 아니하거나 청탁을 받고 枉法한 것과 같은 경우를 말한다(私罪 謂私自犯及對制許不以實受請枉法之類. 金鐸敏·任大熙 主編, 『상계서』, 165면, 제17조 名例 17. 官當.

50) 《大明律》 名例律 文武官犯私罪條에는 “杖六十降一等”으로 규정되어 있으므로 1등이 가중되었다.

51) 세종 5년 1월 27일[己酉](제2권 523ab). 즉 文武官犯私罪條에 따르면 杖 60에 직첩 1등을 회수한다고 규정되어 있는데 公罪를 범한 경우에 이 규정에 쫓아 직첩을 회수하게 된 것이다.

52) 세종 7년 12월 19일[甲申](제2권 707abc). 또한 《大明律》에는 公罪를 범한 경우에 笞罪에 한해서만 속진을 징수할 수 있도록 되어 있었는데 이제는 公罪는 杖 100, 私罪는 杖 90 이하에 해당하는 죄는 모두 의금부에서 속진을 징수하게 하였다.

53) 《經國大典》 刑典 推斷條 註 “犯私罪 杖六十者 啓聞追奪告身一等 七十二等 八十三等

### 3. 《大明律》과 他法源과의 折衷

《大明律》이 형사일반법으로 확고하게 자리를 잡게 되는 것은 《大明律》이라는 형법전 자체의 해석과 그 적용측면에서도 진전되어 갔지만, 《大明律》이 다른 法源과의 관계속에서 그 자리를 잡아가는 과정에서도 진행되었다. 법적 현상이 일어났을 때 《大明律》로 그 규범적 근거가 귀일되어 가는 면도 보이지만, 다른 刑事法源인 《唐律疏議》, 《至正條格》, 고유법과의 절충을 통하여 《大明律》의 규정들은 배제되기도 하고 보충되기도 하였으며, 이 과정속에서 새로운 규범이 정립되기도 하였다. 이렇게 《大明律》이 배제되거나 보충되는 과정은 자칫 《大明律》의 형사일반법화의 저해요인으로 보일 수도 있다. 그러나 오히려 《經國大典》의 依用規定의 출현으로 나아가는 과정에서 刑事一般法으로서의 기능을 하지 못하는 《大明律》의 규정들을 배제하여 나가는 과정으로도 파악할 수 있다.

#### 1) 構成要件의 補充·修正

刑律 人命 鬪毆及故殺人條에 의하면 싸워서 사람을 살인한 자는 手足, 他物, 金刀을 가리지 않고 絞刑에 처하며 그것이 故殺人 경우에는 斬刑에 처하는 것으로 규정되어 있다.<sup>54)</sup> 그런데 大赦가 내리는 경우에는 絞刑에 해당하는 범 죄는 사면이 가능하였으므로, 故殺이나 鬪毆殺이라는 사면대상의 결정에서 중요한 기준이었지만 집법관리들은 이를 가리지 않고 임의로 처벌하고 있었다.

세종은 칼(刀)을 써서 살해하는 경우에는 고의를 의제해야 한다는 생각으로 《唐律》<sup>55)</sup>을 논거로 하여 鬪毆及故殺人은 《唐律》을 쓸 것을 논의하도록 하였다.<sup>56)</sup> 이에 형조에서는 이 조문 전체에 대한 논의에 들어갔다. 그리하여 우선 칼

九十四等 一百盡行追奪送吏兵曹”. 《大明律》과 비교할 때 啓聞한다는 것을 추가하였는데 이는 《大明律》 名例律 職官有犯條에서 왕에게 보고할 것을 요구하고 있는 것을 반영한 것일 뿐이다.

54) 《大明律》 刑律 人命 鬪毆及故殺人條 “凡鬪毆殺人者 不問手足他物金刀 並絞 ○ 故殺人者斬”.

55) 《唐律》에는 병기(兵刃)를 쓴 경우를 고의가 있는 것으로 의제하여 故殺로 취급, 斬刑에 처하도록 규정하고 있다. 《唐律疏議》 卷第二十一 鬪訟 鬪毆殺人條 “諸鬪毆殺人者 絞以刀及故殺人者斬 雖因鬪 而用兵刃殺者 與故殺同”.



을 쓰는 경우를 둘로 나누어 급소가 아닌 곳(四肢不繫之處)을 찌른 행위는 투구살로 논하고 급소(虛憐處)를 찌른 행위는 고살로 논하여 참형에 처할 것을 제의하였다.<sup>57)</sup> 다음으로 鬪毆及故殺人條 共同鬪毆致死에 관한 조항<sup>58)</sup>에 대하여는, 신문에 따른 自服에 따라 사망의 직접 원인이 된 행위를 한 자가 빠져나가고 경한 자가 중한 죄에 연루되는 폐단이 있으므로, 《唐律》에 따라<sup>59)</sup> 주모자와 처음 때린 자를 중한 죄로 처벌할 것을 제의하였다. 세종은 이를 모두 따랐다.<sup>60)</sup> 즉, 칼을 쓴 경우 급소가 아니면 《大明律》에 따르되 급소인 경우에는 《大明律》의 규정을 폐지하고 《唐律》에 따른 것이고, 重下手者를 구별할 수 없는 경우에는 《唐律》에 따르기로 한 것이다. 전자는 故意를 도구와 행위결과에 의해 의제하는 특별규정이고 후자는 해석상의 보충규정이다.

칼을 사용한 경우에 고의를 의제한 첫 번째 사례의 경우, 왜 《大明律》을 따르지 않았을까 하는 의문이 생긴다. 《大明律》은 최신의 법이었고 세종이 품은 의문을 나름대로 반영을 하여 입법한 것이었을 것이다. 그럼에도 이렇게 구성요건을 수정하면서까지 《唐律》에 따르게 된 것은 아마도 당시의 법감정이 칼로 사람을 찌른 것을 손발로 때린 것과 동일시하는 것을 용납하지 못한데서 비롯되지 않았나 생각한다. 즉 법은 중국에서 만들어졌지만 그것이 실제로 적용되는 것은 조선의 현실이었으므로 조선의 법감정에 따라야 할 필요성이 있었기 때문이다. 따라서 칼을 사용하는 것 중 급소를 찌른 경우에는 《大明律》의 명시적인 규정 자체가 폐지되는 운명에 처했던 것이다. 다음으로 下手者를 특정짓는 징표를 결정하는 문제는 《大明律》에 규정이 없었으므로 새로운 규정을 만들어야 했는데 새로운 규정을

56) 세종 14년 10월 20일[乙巳](제3권 422a).

57) 刑曹에서는 이러한 결론을 도출하기 위한 논거로 自服 여부에 따라서 故殺이나 鬪毆殺이나 결정하는 것은 부당하다는 점, 《唐律》에도 칼로 살해한 경우에는 故殺로 의제한다는 점을 들고 있다.

58) 《大明律》 刑律 人命 鬪毆及故殺人條 “○ 若同謀共毆人 因而致死者 以致命傷爲重下手者絞 謀者杖一百流三千里 餘人各杖一百”

59) 《唐律疏議》 卷第二十一 鬪訟 同謀不同謀毆傷人條 疏 “假有人群黨共鬪 亂毆傷人 被傷殺者 不知下手人名 又不知先後輕重 若同謀毆之 卽以謀首爲重罪 … 自餘非謀首及非初鬪 各減二等”.

60) 세종 15년 9월 2일[辛巳](제3권 512cd)

만들 때에는 古法인 《唐律》을 고려하였음을 알 수 있다.<sup>61)</sup>

## 2) 量刑問題에 관련된 사안

《大明律》은 父母의 喪을 숨기고 舉哀하지 아니한 자의 처벌은 杖 60 徒 1년으로 규정하고 있다.<sup>62)</sup> 그런데 이의 처벌이 부자유리를 중시한 세종의 눈에는 미약했던지 세종은 《大明律》의 규정이 중국의 시속이 각박하여 할 수 없이 규정한 것이라고 판단하고는 杖 100 流 3천 리로 처벌하자는 의견을 제시하고 衆議를 물었다.

이에 신하들은 《大明律》의 講讀律令條<sup>63)</sup>를 인용하여 律은 준수하여야 하는 것이며, 《唐律》 및 《至正條格》에서도 杖刑에 처하든지 徒刑에 처하든지 流刑에 처하든지의 양자택일적 규정은 있어도 杖刑과 徒流刑을 함께 쓴 예는 없는데 《大明律》은 이 모두를 참작하여 규정한 것이라고 세종의 의견을 반박하였다. 다만 《至正條格》에서는 부모의 상을 거상하지 아니한 경우에 敍用하지 아니한 사례<sup>64)</sup>가 있고 또 《大明律》에도 匿父母夫喪條에서 官吏가 父母喪을 친척의 喪으로 거짓 고하고 거상하지 아니하는 경우에 杖 100에 영구히 敍用하지 않는다는 규정<sup>65)</sup>이 있으므로 이 제도를 참조하여 결국 本律에 따라 杖 60 徒 1년으로 처벌하되 永不敍用을 부가형으로 하기로 하였다.<sup>66)</sup>

이 사안에서는 《大明律》이 절대적으로 지켜야 할 법은 아니었다는 것이 명시적으로 드러난다. 즉 세종은 중국에서 시속의 변화에 따라 무겁게 처벌할 것을 가볍게도 처벌하고 있는 범죄라 할지라도, 조선에서는 《大明律》을 時俗과 事勢에

61) 《당률》을 이용하여 범죄발각후 퇴직한 관리를 처벌한 세종 12년 10월 20일[丁亥](제3권 267-a)의 사안, 장물징수를 합리화한 세종 15년 2월 1일[乙酉](제3권 441-cd), 성종 5년 10월 19일[辛丑](제9권 157-bc)의 사안 등이 있다.

62) 《大明律》禮律 儀制 匿父母夫喪條 “凡聞父母及夫之喪 匿不舉哀者 杖六十徒一年…”.

63) 《大明律》吏律 公式 講讀律令 “凡國家律令 參酌事情輕重 定立罪名 頒行天下 永爲遵守 百司官吏 務要熟讀講明律意 部決事務”.

64) 그 사례는 “抗州路推官高德懋 父亡不卽丁憂 刑部議 除名不敍 都省准擬”이다.

65) 《大明律》禮律 儀制 匿父母夫喪條 “○ 若官吏父母死 應丁憂 詐稱祖父母伯叔姑兄弟之喪 不丁憂者 杖一百罷職役不敍”

66) 세종 28년 6월 7일[癸卯](제4권 678abc).

따라 사정에 맞게 해석하여 무겁게 처벌할 수 있음을 지적하고 있는 것이다. 이러한 전제하에 새로운 양형기준을 위하여 세종 28년 현재의 여러 法源들을 참고하여 결정을 내렸던 것이다. 이외에도 量刑에 관련된 사안은 많은데 이들에게서는 일련의 공통점이 발견된다. 그것은 《大明律》의 처벌이 가볍다는 전제하에 여타의 많은 法源들을 활용하여 판결을 내렸다는 점이다. 그러나 《大明律》의 규정이 가볍다고 무조건 무거운 판결을 내리기 위해 다른 法源들을 활용한 것은 아니며 그것이 윤리강상에 관계된 범죄이고 《大明律》의 규정에 의해 처벌하는 경우에는 기강의 확립에 미약하다고 생각되는 두 가지 조건이 충족되는 한에서였다.<sup>67)</sup>

### 3) 行刑基準에 관련된 사안

《大明律》에는 절도를 세 번하면 교형에 처하게 되어 있다.<sup>68)</sup> 그런데 《大明律》에는 절도와 大赦와의 관계에 대하여 밝히고 있지 않아 이 문제가 세종년간에 논란이 되었다. 즉 세종 4년에 議政府에서는 《大明律》에 竊盜의 횃수와 大赦와의 관계에 대하여 밝히고 있지 않아 大赦 전에 刺字한 것까지 모두 계산하여 絞刑에 처하고 있는 것은 부당하다고 하였다. 그리하여 元의 《議刑易覽》을 참조하여<sup>69)</sup> 大赦이후에 범한 것을 확인하고서 죄를 받게 할 것을 건의하였는데 세종은 이에 따랐다.<sup>70)</sup> 그런데 이렇고 나면 赦罪 후에 다시 竊盜를 범한 자에게는 어느 곳에 刺字하여야 할 지 문제가 된다. 이에 형조에서는 《元史》 刑法志에서 竊盜는 초범이면 왼팔에 刺字하고 재범이면 오른팔에 삼범이면 목에 자자하도록 하고 있고 強盜의 경우에는 초범이라도 목에 刺字하고 누범이면 좌우의 목과 팔에 모두 刺字하고 재범이면 목 위 빈 곳에 자자하도록 하고 있으므로 이에 따라 좌우의 팔꿈치 뒤와 목 뒤에 자자할 것을 청하였고 이에 따르기로 했다.<sup>71)</sup>

67) 양형과 관련하여 《至正條格》을 참조한 세종 20년 7월 25일[丁未](제4권 157-c)의 사안과 干名犯義條의 형량에 있어서 《唐律》과 《吏學指南》을 참조한 세종 12년 3월 5일[乙巳](제3권 224-ab)의 사안을 들 수 있다.

68) 《大明律》 刑律 盜賊 竊盜條 “…三犯者絞…”.

69) “議刑易覽內 諸盜經斷後 仍更爲盜 須據赦後 爲坐”.

70) 세종 4년 12월 20일[癸卯](제2권 516ab).

71) 세종 5년 1월 9일[辛卯](제2권 519d). 이는 후에 더 구체적으로 정해지게 된다. 세종 25

이 사안은 행형기준에 관하여 《大明律》에서 사면과 관련 없이 처벌하겠다는 입법취지를 처음에는 잘 이해하지 못한 모습을 보여준다. 그러나 이러한 부족한 이해상태에서 여러 法源들을 참조하여 나름대로 합리적인 해결방안을 찾으려 했던 모습을 이 사안에서 볼 수 있다.<sup>72)</sup>

#### 4. 새로운 規範의 定立

《大明律》은 다른 법원과의 충돌을 해결해 나가면서 수정되기도 하고 보충되기도 하였지만 이 과정에서 당시의 사회현실을 고려하여 새로운 규정이 생성되기도 하였다. 이는 《大明律》을 수정하는 형태로 나타나는 것인데 《大明律》을 一般法이라 한다면 특별법적 지위에 자리잡는 것들이다. 여기서는 다른 法源에 대한 고려 없이 慣習과 事理를 내세워 수정되는 경우만 살펴본다. 다음의 사례들은 《大明律》의 규정을 보충하기도 하고 수정하기도 하는 모습을 보여주는데 최종적으로 《經國大典》에 실리기도 하지만 대부분은 受敎의 형태로 남게 된다.

##### 1) 家族秩序에 관련된 사안

세종 18년 4월에 처제와 형부가 간통한 사건이 일어나서 국문하게 하였다.<sup>73)</sup> 《大明律》의 조문에 의하면 간통은 和姦일 경우 통상 杖 80에 처하도록 되어 있다.<sup>74)</sup> 그리고 親屬相姦일 경우에는 친속의 원근에 따라 刑이 가중되도록 규정되어 있지만<sup>75)</sup> 형부와 처제는 親屬相姦條에는 포섭되지 않는다. 그런데 사헌부에서는 우리 나라는 率墻婚俗을 취하고 있으므로 형부와 처제는 의리가 골육과 같아 犯姦條에 의하여 杖 80에 처하는 것은 부당하므로 親屬相姦條의 아내의 전 남편

년 6월 8일[辛卯](제4권 481c). 그러나 이후 《大明律》에 三犯竊盜의 경우에 刺字의 규정을 두지 않은 것은 赦免과 관련없이 처벌하겠다는 의지의 표현으로 이해되어 赦免과 관계없이 竊盜 3범은 교형에 처해지게 된다. 세종 27년 7월 5일[丁丑](제4권 623c).

72) 행형기준과 관련된 사안으로는 이 밖에도 訊杖을 형량에 산입하는가와 관련된 세종 13년 12월 20일[辛亥](제3권 362-b)을 들 수 있다.

73) 세종 18년 4월 14일[庚戌](제3권 671bc).

74) 《大明律》 刑律 犯姦 犯姦條 “凡和姦杖八十 有夫杖九十”.

75) 《大明律》 刑律 犯姦 親屬相姦條에 의하면 최하 杖 100이다.

의 딸을 간음한 것을 유추하여 杖 100 徒 3년형에 처하자는 의견을 제시하였다.<sup>76)</sup> 이에 세종은 《大明律》에 따르는 것이 합당하다고 하면서 이를 의정부에서 토의할 것을 지시하였다. 의정부에서는 律文에 의해서만 처벌하는 것은 “物議”에 맞지 않는다고 하여 절충적인 의견을 제시하였다. 즉 律文대로 科罪하여 杖 80에 처하되 邊遠充軍을 加罪하자는 것이었고 이것이 확정되었다.<sup>77)</sup>

가족의 범위에 있어서 중국과 조선은 차이가 있다. 이러한 면이 잘 드러난 것이 이 사안이다. 즉 형부와 처제를 조선에서는 率壻婚俗의 영향상 가족관계로 보려고 한 경향이 있었던 반면에 《大明律》에서는 이들을 일반인과 마찬가지로 취급하고 있다. 따라서 《大明律》규정대로 量刑하는 것은 세종 18년의 상황에서는 법감정상 무리가 있었으므로 이 사안과 같은 결정이 난 것이다. 이 사안은 친족관계에 있어서의 중국과 조선이 다르다는 점을 인식하여 그 특수성을 존중한 판결로 보인다.<sup>78)</sup>

## 2) 身分犯罪에 관련된 사안

刑律 鬪毆 奴婢毆家長條에는 家長, 家長의 葍服親 및 外祖父母가 노비를 官에 신고하지 않고 살해한 경우, 노비의 가족은 면천하여 양인이 되도록 규정하고 있다. 그리고 家長 등이 律文의 제반 규정들을 준수하면서 형벌을 결행하다가 致死한 경우에는 불문에 부친다고 규정하고 있다.<sup>79)</sup> 그런데 세종은 중국과 朝鮮에서의 노비의 지위는 다르므로 良人이 되게 하는 것은 시행하기 어려우며, 또한 家長이 노비를 일일이 律文에 의해 처벌하는 것도 가능하지 않으며 그 처벌을 律文에 의했는지의 여부도 밝혀내기 어려우므로 奴婢毆家長條를 그대로 적용하는 것은

76) 《大明律》刑律 犯姦 親屬相姦條 “若妻前夫之女及同母異父姊妹 杖一百徒三年…”.

77) 세종 18년 4월 20일[丙辰](제3권 672abc).

78) 이러한 유형에 속하는 것으로 庶兄이 嫡弟를 살해한 경우에, 형제를 우선하는가 적서를 우선하는가가 논란된 성종 9년 7월 20일[己卯](제9권 630-cd, 631-a), 성종 9년 8월 9일 [戊戌](제9권 639-b)의 사안이 있다.

79) 《大明律》刑律 鬪毆 奴婢毆家長條 “若奴婢有罪 其家長及家長之葍親若外祖父母 不告官司而毆殺者杖一百 無罪而殺者杖六十徒一年 當房人口 悉放從良 … ○ 若違犯教令而依法決罰 邂逅致死及過失殺者 各勿論”.

불합리하다는 견해를 피력했다. 그리하여 노비의 유무죄를 막론하고 신고없이 구타살인한 자는 “舊例”에 따라 과단하며, 참혹한 방법으로 노비를 살인한 경우에는 피살노비의 가족이 자신의 노비가 아니면 속공하지 못하도록 하고 募服親이나 外祖父母가 구타살해한 경우에는 노비의 가족이 살해자와 관계된 자라면 속공하도록 하였다.<sup>80)</sup>

이 사안은 노비의 가족을 良人으로 만든다는 조문을 수정하여 官廳의 公賤으로 되게 한 것인데 《續大典》에 이르러서야 명문규정으로 실리게 된다.<sup>81)</sup> 앞의 사례들과 마찬가지로 이 사안도 일련의 경향성을 보이고 있다. 즉 지배층의 범죄에 대해 관용하면서 엄격한 신분질서를 유지하려고 하는 모습이 바로 그것이다. 이러한 입장에서 노비의 가족을 良人으로 만드는 《大明律》의 규정을 그대로 적용하지 않고 조선의 사정을 고려하여 새로운 규정, 즉 公賤으로 만드는 규정을 정립한 것이다.

#### IV. 맺음말

고려말의 상황은 정치적인 변혁, 사회경제적인 변화와 맞물려 총체적인 刑事司法의 붕괴라는 위기에 직면해 있었다. 사회의 기강을 바로 세우기 위해서는 刑事司法을 정상화하려는 노력이 요구되었는데 당시 성리학을 공부하였던 신진사대부들은 刑事司法의 위기요인을 일반적으로 적용되는 刑律의 부재와 권한이 중첩되어 있던 刑事司法機關에 있다고 보았다. 刑事司法을 운용하는 것은 제도적인 개혁으로 이루어 갔지만 일반적으로 적용되는 刑律은 일시에 이루어지는 것이 아니

80) 세종 26년 윤7월 24일[辛丑](제4권 578d, 579a).

81) 《續大典》刑典 殺獄條 “不告官擅殺其奴婢者 用大明律杖徒之法 而如當房人口 悉放從良之文 勿用”. 그런데 특이한 점은 ‘當房人口 悉放從良’라는 문구가 《大明律直解》상에 없다는 점이다. 편자미상의 《大明律講解》에는 이 문구가 존재한다. 따라서 이 현상을 어떻게 볼 것인가가 문제되는데 이에 관하여는 趙志暉, 「조선초기 《大明律》의 수용 과정에 관한 연구」(서울대학교 법학석사학위논문, 1998), 37~9, 78~9면 참조.

었다. 그들은 일반적 刑律의 모델로 합리적이고 체계적인 것을 원했다. 당시까지의 중국의 입법적 성과는 《唐律》과 사례집인 《至正條格》 등의 元律이 있었지만 이 모든 刑律을 집대성한 《大明律》이라는 새로운 刑律에 그들은 눈을 돌리지 않을 수 없었다. 그리하여 《大明律》은 麗末鮮初의 지식인들에게 模範刑法的인 위치를 차지하였고 “現行法”이라는 관념이 그들 사이에는 형성된 것이다.

朝鮮 건국의 주도층은 模範刑法典으로 《大明律》을 지향했던 신진사대부들이었다. 이러한 사실을 가장 극명하게 보여주는 것은 朝鮮 태조의 卽位敎書로서 그는 文武官의 公私罪에 職牒을 회수할 때에는 《大明律》에 의거하도록 선언하였던 것이다. 그러나 이 교서 자체로부터 “《大明律》 전체를 의용한다는 입법”이라는 의미를 이끌어내기는 다소 무리라고 생각된다. 朝鮮 건국 초기에도 《唐律》, 《至正條格》, 《議刑易覽》, 당시의 처벌관행 등 다양한 法源들이 공존하고 있어 나름대로 적용법규로서 운용되고 있었으며,<sup>82)</sup> 《經國大典》 刑典 用律條와 같은 지위를 갖는 교서가 포고된 적이 없었다. 말하자면 《大明律》이 이 시점에서 依用되었다기보다는 고려말과 朝鮮초에 이르는 《大明律》 受容‘過程’ 상의 일정한 단계에 있었다고 보아야 할 것이다. 즉 이 단계는 법적 효력을 갖는 국왕의 敎書を 통해 《大明律》의 규정들이 명시적으로 적용되면서 실효성을 획득하게 되는 단계로서 이해해야 할 것이며, 이후 개별 사안에 대한 국왕의 수교 역시 그러한 맥락에 자리잡고 있다고 할 것이다.<sup>83)</sup> 그러할 때 《大明律》의 직해와 개별 수교의 집적을 통해 《大明律》로 형사법원을 통일해 나가는 과정을 무리없이 이해할 수 있을 것이다.<sup>84)</sup>

《大明律》이 朝鮮에 一般刑法으로 정착되기 위하여는 많은 과정을 거쳐야 했

82) 朴秉濠, 『세종시대의 법률』(세종대왕기념사업회, 1986), 42~62면.

83) 《大明律》 戶律 戶役 立嫡者違法條의 적용과 관련하여 《經國大典》 체제로 이행하면서 새로운 규정이 정립되는 과정은 이러한 모습을 잘 보여준다. 이 과정에 관한 자세한 것은 鄭肯植, 「朝鮮初期 祭祀承繼法制的 成立에 관한 研究」(서울대학교 법학박사학위논문, 1996), 61~2, 97~9, 192~209면 참조.

84) 가령 태종 11년에 태종은 元律을 섞어 쓰지 말도록 敎를 내린다. 태종 11년 12월 2일 戊子(제1권 612b) “...勿雜用元律”. 이의 의미에 관하여 大明律이 依用단계에는 이르지 않았고 一般的 成文刑事法源으로 수렴해가는 과정속에서 나온 敎라고 파악하면 무리없는 해석이 가능한 것이다.

다. 《大明律》 그 자체를 一般法으로서 사용한다는 관념은 있었어도 이는 《大明律》의 모든 條項에 대한 구체적 심사 없이 이루어진 것이었으므로 각 條項이 현실성을 띠려면 현실에 나타나는 법적 현상들을 무리없이 포섭하기위한 해석론의 전개가 불가피하였다. 解釋論의 전개는 《大明律》에 대한 이해를 보다 심화시켰고 《大明律》이 一般刑法으로 무리없이 사용될 수 있게 해주는 터를 닦아 주었다.

또한 《大明律》의 각 조항들은 그 적용이 모두 예정된 것은 아니었기 때문에 현실속에서 적용되는 과정에서 그때까지 쓰이던 다른 刑事法源들인 《唐律疏議》, 《至正條格》 등과의 절충과정을 통해서 변형되기도 하고 또 固有法이나 慣習에 의해 변형되어 《經國大典》에 규정되기도 하였다. 한편 많은 관행들이 《大明律》이라는 一般律에 저촉되는 것으로 되어 舊來의 폐습이라는 명목하에 《大明律》의 규정에 의해 폐지되기도 한다. 《經國大典》의 “用大明律”도 이러한 맥락에서 이해한다면 《大明律》이 《經國大典》 단계에 가서 명실상부한 一般刑法으로서의 위치를 차지하게 되었다고 볼 수 있을 것이다. 이제 고려말에 가졌던 지식인들의 一般刑法의 필요성에 대한 인식은 실현되고 朝鮮은 高麗말의 혼란을 극복하고 一般刑法에 의해 규율되는 국가가 된 것이다.



## Eine Studie über den Rezeptionsprozeß des Taemyöngnyul(大明律) in der frühen Dynastie von Chosun

von Cho, Jiman\*

Rechtsrezeption ist in allen Gesellschaften teilweise oder im ganzen eine immer wieder vorkommende Erscheinung. Auch in Korea, wurden abendländische Rechtssysteme durch Japan rezipiert. Die Rezeption des europäischen Rechts war umfassend und wurde durch Japan zwangsweise verpflanzt. Schon vor 500 Jahren war eine Rezeption beziehungsweise die Entlehnung des chinesischen Taemyöngnyul(大明律; das Strafgesetzbuch der Ming-Dynastie) als allgemeine Vorschriften, innerhalb des Kyöngkuk Taejön(經國大典; das Grundgesetzbuch der Chosun-Dynastie) vorgesehen. Wie wurde sich diese Rezeption des Taemyöngnyul durchgeführt?

Die Umstände der Strafjustiz in der Spätdynastie von Koryo erlaubten keine konsequente Rechtsanwendung und durch die ungeeignete Kompetenzverteilung stellte sich das ganze System als nicht effizient heraus. Die Intellektuellen dieser Zeit versuchten die strafrechtlichen Justizorgane in Ordnung zu bringen und ein einheitliches Recht aufzustellen.

Für die Aufstellung des einheitlichen Rechts versuchten sie ein neues Gesetzbuch zu kompilieren, aber am Ende wählten sie dennoch die Rezeption des Taemyöngnyul das alle chinesische Gesetzgebungsergebnisse beinhaltet hatte, aber sie hatten sie nicht im ganzen rezipiert. Die Inaugurationsbotschaft von Taejo(太祖) erklärte öffentlich, daß ein Teil der Vorschriften von Taemyöngnyul angewandt werden sollten. Man brauchte rund 100 Jahre, um die Vorschriften des Taemyöngnyul im ganzen anzuwenden, als Kyöngkuk Taejön

---

\* Candidate for Ph. D in Law at S. N. U.

erschieden worden ist.

Manche Merkmale ließen uns erkennen, daß Taemyöngnyul als Chosuns allgemeines Strafrecht eingeführt wurde. Einer von diesen Merkmalen ist, daß die Auseinandersetzungen, die beim Interpretieren der Taemyöngnyul — Vorschriften auftraten, zu Bestrebungen, die Taemyöngnyul effektiver zu machen, führten. Aber dennoch die Anwendung des Taemyöngnyul sehr kompliziert. Das größte Merkmal ist, daß Taemyöngnyul unvermittelt angewandt und man demgemäß bestraft wurde. Die Handlungen wurden nach den vorhandenen Rechtsquellen für strafbar oder unstrafbar festgelegt. Später hat Taemyöngnyul sie geregelt. Also wurde er zu dem neuen, allgemeinen Normengrund der Strafflichkeit. Die Tatsache, daß Taemyöngnyul nach anderen Rechtsquellen angepaßt wurde und neue Gesetze nach Chosuns Situationen gegeben wurden, zeigt daß Taemyöngnyul auf dem Prozeß zum allgemeinem Recht war, damit wurden die nach dem Rechtsgefühl in Chosun nicht erlaubten Vorschriften beseitigt und die anwendenden Vorschriften bewahrt. Als Letztes wird erörtert, daß die Tatsache, daß neuen Gesetzgebungen in Betracht von Chosuns Umständen geschlagen sind, und sie in diesen besonderen Umständen eingeführt sind, und dabei immer wieder im Zusammenhang mit den Vorschriften des Taemyöngnyul auseinandergesetzt wurden, zeigt, daß der Taemyöngnyul als das allgemeine Strafrecht anerkannt worden ist.

Neben dem Prozeß, in dem Taemyöngnyul als Chosuns allgemeine Norm begründet worden ist, ist der Prozeß, in dem das Verständnisniveau von Taemyöngnyul erhöht wurde und viele aktuelle rechtliche Erscheinungen in das Taemyöngnyul — System einbezogen wurden, und zwar neue Regelungen aufgestellt worden sind, vorgekommen. Die sonderstrafrechtliche Vorschriften des Taemyöngnyul, die als Sugyo(受教; das Edikt) des Königs erschienen, waren nach dem Kyöngkuk Taejön in das Kyöngkuk Taejön — System einbezogen wurden. Damit wurde die Rezeption des Taemyöngnyul in Choson zum Abschluß gebracht, und Taemyöngnyul nahm die Stelle des allgemeinen Strafrecht ein.