

# 大韓帝國期 刑法大全의 制定과 改正

文 竣 暎\*

## 목 차

- I. 머리말
- II. 甲午·建陽年間の 형사법령 개혁
  - 1. 甲午改革期과 형사법령의 개혁
  - 2. 建陽年間の 형사법 제정
  - 3. 刑法草案의 작성과 폐기
- III. 舊本新參 노선으로의 전환과 형법 기초 작업(1897-1900)
  - 1. 舊本新參 노선으로의 전환
  - 2. 法律起草委員會와 引律目錄
  - 3. 보통형법의 모태 : 陸軍法律의 제정(1898-1900)
- IV. 제2차 초안의 완성과 刑法校正(1900-1902)
  - 1. 제2차 초안의 완성과 형법교정작업
  - 2. 형법안의 모습 : 普通刑法과 刑法草
  - 3. 크레마지의 『大韓刑法』(1901-1904)
- V. 刑法大全의 반포와 일제하에서의 운명
  - 1. 刑法大全의 반포와 시행
  - 2. 보호국기의 刑法大全 개정
  - 3. 일제강점과 刑法大全의 폐지
- VI. 맺음말

\* 서울대학교 법학과 박사과정, 형법전공

## I. 머리말

1905년 4월 29일 大韓帝國은 법률 제2호로 刑法大畧을 반포하였다. 우리 나라 역사상 최초로 ‘刑法’이라는 명칭을 지닌 법전이 탄생한 것이다. 이 논문이 목표로 삼는 것은 1894년 갑오개혁으로부터 1905년 刑法大畧 반포에 이르는 10년간의 제정기간에 대한 보고이다. 그 동안의 刑法大畧 제정사에 대한 논의는 刑法草案, 大韓刑法, 刑法大畧改正草案 등과 같은 자료들과 일부 신문자료를 통해 이루어져 왔다. 박병호는 형법초안이 조문의 구성이나 내용으로 보아 刑法大畧과 刑法大畧 개정초안보다 나중의 것으로 판단하였지만,<sup>1)</sup> 최근에 형법초안이 원자료 형태로 발굴되면서 형법초안의 작성시기는 1897년 1월로 밝혀졌다.<sup>2)</sup> 또한 전봉덕과 최종고는 크레마지의 大韓刑法을 1902년 5월 의정부회의에 회부된 형법안이라고 보고 있지만,<sup>3)</sup> 引律目錄, 普通刑法, 刑法草 등과 같은 자료들은 기존의 추측이 틀렸음을 보여주고 있다.

따라서 이하에서는 당시의 사료와 법령집, 새로 발굴된 자료 등을 통해 갑오개혁기로부터 刑法大畧 반포 및 이후 개정과 폐지에 이르는 종합적 연대기를 서술하고자 한다. 논의의 집중을 위해 刑法大畧 및 각종 법령의 체계 및 내용, 입법관여인물, 배경 등에 대해서는 간략하게 다루었다.

‘역사상 최초로 형법이란 명칭이 붙은 법전’이라는 의의에도 불구하고 그 동안 刑法大畧의 제정경과에 대해서는 최근에야 연구가 되었고 아직도 역사적 의의에 대해서는 충분히 논의되지 못하고 있는 것 같다.<sup>4)</sup> ‘조선왕조 최후의 법전’<sup>5)</sup>, ‘중국

1) 朴秉豪, 「舊韓國時代의 刑事立法의 沿革」, 『韓國法制史攷』(法文社, 1974), 430쪽.

2) 정공식, 「자료·형법초안」, 『법사학연구』 16, 1995.

3) 田鳳德, 「Laurent Crémazy와 大韓刑法」, 『法史學研究』 5, 1979, 91쪽; 崔龍庫, 『韓國의 西洋法受容史』(博英社, 1982) 172쪽.

4) 刑法大畧은 주로 갑오개혁기부터 대한제국기에 이르는 형사법제의 전반을 다루는 과정에서 그 일부내용으로 소개되거나 분석되고 있다. 당시 형사법제의 변화과정에 관한 연구성과로는 대표적으로 박병호, 앞의 글(주 1); 최근의 포괄적이고 상세한 연구성과로 都冕會, 「1894-1905年間 刑事裁判制度 研究」, 서울대 문학박사학위논문, 1998을 들 수 있다. 刑法大畧의 제·개정 과정 및 체계·내용에 대한 분석으로는, 文竣英, 「大韓帝國

법계 최후의 산물<sup>6)</sup>이라는 평가는 그 ‘최초성’보다는 ‘최후성’을 더 부각시켜고 있다. 무엇보다도 제정과정을 상세히 담고 있는 자료가 아직 발굴되지 않기도 하였지만, ‘大明律을 그대로 옮긴 것에 불과하다’는 당시의 일본인 법률보좌관의 평가<sup>7)</sup>는 여전히 유효해 보인다. 우리의 눈에 刑法大畧은 현행 형사법제와 어떤 연속성도 지니고 있지 않은, ‘낡은 전통의 잔재’에 지나지 않으며 따라서 연구의욕을 자극할 어떤 ‘기원 신화’같은 것이 성립할 것 같지도 않기 때문이다. 이와 관련하여 결론에서는 앞으로의 연구가 진행되어야 할 방향에 대해 필자 나름의 생각을 덧붙여 보았다.

## Ⅱ. 甲午建陽年間の 형사법령 개혁

### 1. 甲午改革期과 형사법령의 개혁

#### 1) 갑오개혁 초기의 형사제도 개혁

갑오개혁 초기의 형사사법제도와 관련된 시책들은 주로 사법관청과 행정관청의 분리 및 형벌의 완화라는 근본방침에 근거하여 다소 단편적지만 급속하고도 전방위적인 개혁의 모습을 띠고 있었다. 1894년 7월 당시 일본 공사 大鳥圭介는 5개조의 內政改革要求安을 제출하였는데, 그 중 제3조 “법률을 정돈하고 재판법을 제정할 일”은 “舊法중에서 시의에 부적합 것은 廢革하거나 시의를 참작하여 신법을 제

---

期 刑法大畧 制定에 관한 研究」, 서울대 법학석사학위논문, 1998등을 들 수 있다. 가족 신분법제의 관점에서 刑法大畧의 역사적 의의를 평가한 연구로는, 李丙洙, 「우리 나라의 近代化와 刑法대전의 頒示」, 『法史學研究』 2, 1975가 있다. 매우 이른 시기의 연구지만, 楊鴻烈, 『中國法律在東亞諸國之影響』, 上海: 商務印書館, 1936은 中國法系の 일부로서 刑法大畧을 大明律, 唐律과 조목조목 대조하고 있어 주목할 가치가 있다. 그 밖에 淺見倫太郎, 『朝鮮法制史稿』, 東京: 巖松堂書店, 1922와 같이 한국법제사를 서술하면서 간략하게 刑法大畧에 대해 다루고 있는 글들이 몇몇 있다.

5) 박병호, 앞의 글(주 1), 429쪽.

6) 楊鴻烈, 앞의 책(주 4), 126쪽.

7) 南基正 역, 『日帝의 韓國 司法府 侵略實話』(育法社, 1978), 87쪽.

정할 것, 재판법을 개정하여 司法의 공정을 밝힐 것”과 이를 2년 내에 결행하도록 할 것을 요구하는 내용을 담고 있다.<sup>8)</sup> 관련된 내용들을 열거하면 法務衙門의 설치,<sup>9)</sup> 緣坐律의 폐지,<sup>10)</sup> 사법관에 의한 재판원칙 확립,<sup>11)</sup> 고문의 제한과 형구·형벌의 정비<sup>12)</sup> 등이었다.

한편 1984년 말 井上馨이 한국에 부임한 후부터는 초기 ‘議案’ 형식을 탈피하여 법률과 칙령의 형식으로 체계적인 정비작업이 가속화되었다. 특히 井上 공사는, 1984년 11월 20일 고종과 각 아문대신을 소견할 자리에서 고종에게 진정한 20개조의 개혁안 중<sup>13)</sup> 제10조 ‘刑律을 制定함이 可함’에서, 형법과 민법을 제정하는 일이 시급하나 민법 제정은 대사업이라서 一朝에 이루기가 어려우니 우선 제일착으로 舊律을 개정하고 타국의 형률을 참작하여 국정에 적합하도록 형률을 제정할 것을 제안하였다.<sup>14)</sup> 이 제안에 따라 고종은 12월 12일 ‘홍범 14조’를 선포하면서 제12조에서 “民法과 刑法을 嚴明하게 제정하고 가히 감금과 징벌을 濫行지 말아 써 인민의 生命及財産을 保全함이라”<sup>15)</sup>이라고 하여 형법전과 민법전 제정 방침을 천명하게 된다.

## 2) 법령 편찬의 방식 : 大明律에 기한 수정 · 축조

홍범 14조가 반포된 이후 새롭게 제정될 법전들의 제정 방향도 명시적으로 정해졌다. 우선 1895년 3월 29일 各大臣間條約條件 제43조는 민·형사의 구별을 명

- 8) 柳永益, 『甲午更張研究』(일조각, 1990), 223-5쪽 참조.  
 9) 고종 31. 6. 28. 의안 各衙門官制, 『한말근대법령자료집』(이하 『자료집』) I, 6쪽.  
 10) 고종 31. 6. 28. 의안 緣坐律을 勿施하는 件, 『자료집』 I, 15쪽.  
 11) 고종 31. 7. 2. 의안 各府·各衙門·各軍門의 逮捕·施刑을 不許하는 件, 『자료집』 I, 19쪽; 고종 31. 7. 8. 의안 司法官의 裁判없이 罪罰을 加하지 못하는 件, 『자료집』 I, 23쪽.  
 12) 고종 31. 7. 9. 의안 罪人을 訊問함에 있어 拷刑을 禁하는 件, 『자료집』 I, 25쪽; 고종 31. 12. 13. 주본 刑具를 制限하는 件, 『자료집』 I, 154쪽; 개국 503. 12. 27. 칙령 제30호 處斬·凌律을 廢止하되 用絞·用砲하는 件, 『자료집』 I, 157쪽.  
 13) 『고종시대사』, 고종 31. 10. 23.  
 14) 謁見ノ模樣報告ノ件 第14號, 日清戰爭編 九八 朝鮮國駐劄井上公使ヨリ陸奧外務大臣宛, (金正明 編, 『日本外交資料集成』 4(巖南堂書店, 1967), 225-6쪽.)  
 15) 『고종시대사』 3, 고종 31. 12. 12.

시하고 있으며,<sup>16)</sup> 이에 따라 1895년 4월 29일 法部令 제3호로 ‘민형소송규정’<sup>17)</sup>과 동년 윤5월 3일 법무령 제4호로 ‘민형소송의 절차에 관한 건’<sup>18)</sup>이 반포되었다.

앞으로 제정할 제반 법령들의 法源과 제정 방법에 대해서는 동년 3월 29일 各大臣間規約條件 제52조<sup>19)</sup>로 정하였다. 그 내용은 大明律에서 형사법, 민사법, 군법, 행정법, 세법, 위경죄에 해당하는 조항을 분류 구별하여 逐條하고 수정한다는 것이다. ‘大明律에 기한 수정·축조 원칙’이란 법령정비방침은 井上 공사의 제안 취지와 부합하는 것이었으며, 당시 개혁주도 세력들도 조선이 일본과 같이 완전히 서구적인 법체제를 갖추는 것은 시기 상조이며 당분간은 典律體制<sup>20)</sup> 체통의 법체제로부터 새로이 반포된 ‘명령반포식’, ‘공문식’ 등에 의하여 외형적으로 서구 근대법과 유사한 체제를 갖추어 나가면서 점진적으로 내용을 손질해 나간다는 입장에서 있었음을 알 수 있다.<sup>21)</sup> 이러한 방침에 부합하는 예로는 1895년 4월 16일 법률 제4호 ‘流刑分等과 加減例에 관한 件例’<sup>22)</sup> 4월 29일 법률 제6호 懲役處斷例<sup>23)</sup>을

16) 『자료집』 I, 284쪽.

17) 『자료집』 I, 367쪽.

18) 『자료집』 I, 424쪽.

19) 『자료집』 I, 286쪽.

20) 조선시대의 실정형법 체제를 ‘典律體制’로 부르는 데 대해서는, 심희기, 『조선시대의 형사사법』, 『한국법제사강의』(삼영사, 1997), 186쪽 이하 참조.

21) 이러한 방침은 일본의 초기 서구 형사법 수용과정과 비교해 보면 일본 구형법이 기초되기 직전의 상황과 비슷하다. 명치 정부는 1867년 養老律, 唐律, 明律, 清律, 御定書百箇條 등을 참작하여 各府蕃縣으로부터의 擬律, 斷刑에 관한 질의에 대한 지령을 발하는 집무상의 준칙으로서 假刑律을 편찬하였다. 이어 전국을 적용 범위로 하는 본격적인 형법전으로서 1870년 新律綱領을 제정하였다. 그러나 신율강령은 죄형법정주의를 부인하고 형벌을 과하는 데 있어서 신분에 따른 차별을 인정하는 등 서구적 형법과는 거리가 먼 것이었다. 따라서 司法省은 신율강령을 잠정적인 형법으로 인식하고 그 시행 직후부터 본격적인 개정작업에 착수하여 1873년 改定律例를 완성하게 된다. 개정올레는 3권 12도 14율, 318개조로 서구 각국의 형법을 참작하여 제정되었는데, 그 형식에 있어서 逐條主義를 채택하였고 형벌은 태·장·도·유·사의 5형을 폐지하고 징역과 사형의 2종으로 하였다. 개정올레도 외형적으로는 서구적 형법에 가까웠으나 체제와 내용에 기본적으로는 律系統의 형법이었다.(吉井蒼生夫, 『近代日本の國家形成と法』(日本評論社, 1996), 85-8쪽.)

22) 개국 504. 4. 16. 법률 제4호 流刑分等과 加減例에 관한 件, 『자료집』 I, 347쪽.

23) 『자료집』 I, 362쪽.

들 수 있다.

## 2. 建陽年間の 형사법 제정

### 1) 刑律名例 賊盜處斷例의 제정(1896)

갑오개혁은 징역처단례를 제외하고는 형사실체법에 있어서 실질적인 성과를 내놓지는 못하였다. 1896년 2월에는 소위 ‘아관파천’으로 인해 친일 개화파정권이 실각하고 고종을 중심으로 친미·친러파 중심의 새로운 정부진용이 짜여졌다. 그러나 갑오개혁기의 기초가 완전히 무시되지는 않았다. 같은 해 4월 1일과 4일 각각 반포된 법률 제2호 賊盜處斷例와 법률 제3호 刑律名例, 그리고 같은 해 8월 7일 電報事項犯罪人處斷例, 9월 23일 법률 제8호 郵遞事項犯罪人處斷例는 일련의 개혁 추진과정의 성과로서 형성중인 형법전의 윤곽과 함께 과도적인 혼란을 보여준다. 형률명례와 적도처단례는 또한 갑오개혁 초기의 의안 이후 본격적으로 조선 정부의 독자적 힘으로 입법한 법률이라는 의미도 갖는다. 따라서 이후 소위 자주적인 입법이 어떠한 모습을 보일지 예상케 해주는 예이기도 하다.

형률명례는 갑오개혁기에 정비된 각종 형벌제도를 통일적으로 규정하고 있는 ‘형벌총칙’에 해당하는 것이다. 이 법은 大明律상의 유형과 도형을 役刑으로 통합하면서, 동년 6월 17일 개정에 의하여 형벌을 사형·10등급의 유형·총 19등급의 역형·태형으로 4분하고 있으며,<sup>24)</sup> 각 죄인의 처리·재판 절차와 獄具의 종류 등에 관한 규정들을 담고 있다. 형률명례의 제정을 통해 일단락 된 형벌 부분의 개혁은, ①태·장·도·유·사 5형 체제에서 사형·유형·역형·태형의 4형 체제로의 전환, ②명예적 자유형(custodia honesta)으로서 유형의 성격 규정, ③10개월 이

24) 징역 등급의 세분화는 일본의 개정율례의 예와 유사하다. 개정율례 제1조와 제2조는 일 반범죄의 징역 등급을 10일부터 100일까지의 10등급, 1년·1년반·2년·2년반·3년·5년·7년·10년·중신 9등급으로 총 19등급을 두고 있다. 징역 10일부터 100까지는 태형과 장형의 도수를 그대로 징역형으로 환산한 것이다(동법 제2조). 이에 비해 형률명례는 태형을 존속 시키면서 20일부터 10개월까지의 역형을 신설하였는데, 이것은 나중에 설명할 일본 구형법의 禁錮 제도를 참고하였기 때문일 것이다. 즉 개정율례의 100일 이하의 징역등급들은 지나치게 기계적이기 때문에 금고의 예에 따라 1년 미만의 자유형의 규정을 합리 화시켰다고 볼 수 있다.

하의 자유형 제도의 도입 채택, ④태형후 역형이라는 징역형과 신체형의 병과 등으로 요약할 수 있다. 한편 형률명례 제24조에서 법관의 작량감경을 인정하였으므로 일종의 양형표로서의 성격도 지니고 있다.

형률명례보다 3일 앞서 제정된 적도처단례는 大明律의 규정을 중심으로 축조한다는 방침이 어떻게 현실화되고 있는지 확인할 수 있는 예이다. 적도처단례는 당시 유행하고 있었던 도적을 규율하기 위한 특별법으로 일시적 필요에 응하여 제정한 것이다. 본칙 19개조와 부칙 1개조 총 20개조로 구성되었으며 주로 大明律을 모범으로 하고 大典會通 刑典과 새로 증보된 법을 통합 규정하였다. 적도처단례는 적도를 強盜, 竊盜, 窩主, 准竊盜 4종으로 규정하여 각각의 구성요건과 형벌을 규정하고 있으며 아울러 공범관계, 용어의 해석, 장물의 처분과 계산, 형의 감경 사유 등을 밝히고 있다.

## 2) 電報事項犯罪人處斷例, 郵遞事項犯罪人處斷例

갑오개혁 이후 전보사무와 우편사무가 개시되자 이에 발맞추어 각 사무와 관련된 범죄행위를 처벌하기 위해 제정된 법률이 1986년 8월 7일 법률 제6호 전보사항범죄인처단례와 같은 해 9월 23일 우체사항범죄인처단례인 것이다. 전보·우편 사무 자체가 이전에는 없었던 제도를 도입한 것인 만큼 그 규율 내용 또한 전적으로 새로운 것이었다. 따라서 범죄구성요건 또한 大明律이나 전통 법전을 참조하여 제정될 성질의 것이 아니었다. 이 두 특별형법은 大明律에 근거한 축조원칙을 적용하지 않고 일본의 법률을 번안하여 제정한 법률의 예를 보여준다.

이 과정에서 형률명례와 상이한 형벌 체계가 유입되었다. 두 법의 법정형은 형벌의 상한과 하한을 규정하는 방식을 채택하면서 벌금형이라는 새로운 형벌을 도입하고 있다. 적도처단례와 형률명례의 제정으로부터 단 3개월 여만에 이전과 상반되는 형벌 체계를 가진 법률이 등장하는 까닭은 무엇일까? 이것은 이 시기 형률명례가 예상하고 있는 형법전과는 다른 형법 제정의 흐름이 있었다는 것을 말해준다. 그것이 바로 후술하는 刑法草案과 野澤鷄一의 존재이다. 이전의 법과 저촉되는 부분이 있더라도 그것은 앞으로 제정될 형법으로 해결될 것이었기 때문이다. 그렇기 때문에 일본의 법을 번안하면서도 그대로 옮길 수 있었던 것이다. 즉 전보

사항범죄인처단례와 우체사항범죄인처단례는 明律에 근거한 수정·축조원칙과는 달리 외국(일본)의 형법전을 모방하여 형법전을 제정하려고 하였던 방침이 존재하고 있었음을 보여주고 있다.

### 3. 刑法草案의 작성과 폐기

刑法草案은 1896년 2월부터 초안 작성을 개시하여 동년 6월에 原稿를 告竣하고 동년 7월에 번역이 竣成되어 이듬해 1897년 1월에 총3편 300개조의 형식으로 완성되었다. 刑法草案 작성자에 대해서 張燾는 ‘開國五百四五年間(1895-1896)에 法部에서 雇聘하였던 日本國法學家 星亨과 野澤鷄一 兩氏の 起草한 것<sup>25)</sup>’이라고 하였지만 당시 정황으로 살펴볼 때 野澤 한 사람의 작품일 가능성이 높다.<sup>26)</sup> 野澤鷄一의 刑法草案은 아관파천으로 친일 개화와 정권이 몰락하고 새롭게 정부진용이 갖추어지고 있던 시기에 작성된 것이다. 아마 野澤에 의한 형법안 작성은 개화와 정권에 의해 이미 기획되었던 작업이었을 것이다.

刑法草案은 일본 舊刑法(1880년, 太政官布告 제36호) 및 이후 전개된 형법개정안 및 학술적 논쟁을 반영한 것으로 그 체계와 내용으로 본다면 우리 역사상 최초로 등장한 서구적 형법안이라고 할 수 있을 것이다. 특히 大明律에 대한 종합적인 평가와 더불어 형법에 담겨야 할 내용을 표현하고 있는데, 野澤은 서문에서 大明律의 예식·관리의 직무·조세·혼인과 장례·군사 등에 속하는 사항 및 신분차별적인 조항들은 모두 오늘날의 시세에 부적합거나 시행할 수 없고 다른 법률에서 규율할 필요가 있으므로 일반 서민에게 적용하는 형법에서는 모두 삭제하였으며, 범죄라는 것은 천태만상이기 때문에 일일이 다 규율하려다가는 법규정이 번잡해지고 입법자의 능력을 벗어나는 것이므로 엄함과 관대함을 중용할 수 있도록 사법관의 재량을 인정해야 한다고 말하고 있다. 따라서 刑法草案이 불과 300개조에 지나지 않지만 명률을 모두 망라하며 嚴寬을 중용하는 데 있어서는 大明律보다 훨씬 우수하다는 자평할 수 있었던 것이다.<sup>27)</sup>

25) 張燾, 『刑法總論』, 2쪽(전봉덕 외편, 한국근대법제사료총서 5, 아세아문화사영인, 1981).

26) 형법초안의 작성 경위 및 작성자에 대해서는 문준영, 앞의 글(주 4), 36-7쪽.

27) 刑法草案 序文 참조.



친일 개화과정권의 몰락, 청제건원운동 등 여러 가지 국내외 사정의 혼란에도 불구하고 1년여 동안 野澤에게 刑法草案 작성을 일임하였다는 것은 당시 조선정부가 형법전 제정에 상당한 관심을 갖고 있었음을 말해 준다. 그러나 刑法草案이 조선의 특수한 상황을 몇몇 인정하였다고는 하지만 서구 근대적 형법전의 체제와 내용은 당시 지배층이나 지식인들이 받아들이기에는 매우 낯설고 심지어 미흡하였을 것이며, 大明律이나 大典會通 등을 통해 축적해 온 각종 범죄유형과 법원리를 단번에 포기할 수도 없었을 것이다. 아쉽게도 초안 작성과 폐기에 이르기까지의 정황을 담고 있는 자료가 남아 있지 않기 때문에 구체적으로 어떠한 논의가 오고 갔는지는 확인할 수 없다.

野澤의 초안이 폐기된 것은 앞으로는 외국 고문에 일임하지 않고 대한제국 정부 스스로의 힘으로 전통 형법학에 기반하여 형법전을 제정하는 방향으로 형법전 편찬 노선을 전환하겠다는 것을 의미하였다. 그러나 刑法草案의 역사적 의의는 무엇보다도 바로 앞으로의 형법전 제정 과정에 미친 영향에서 찾을 수 있다. 刑法草案은 폐기되었지만 그 체제와 용어와 관점마저 폐기된 것은 아니었다. 비록 의형적 수용일망정 나중에 등장하는 형법안에 흔적을 남기고 있는 것이다.

### Ⅲ. 舊本新參 노선으로의 전환과 형법 기초 작업(1897-1900)

#### 1. 舊本新參 노선으로의 전환

1897년 대한제국이 성립되고 ‘舊本新參’, ‘斟酌折衷’이란 노선이 정립됨에 따라 새로 법제정비를 담당할 기관으로서 중추원 내에 法規校典所가 설치되었지만, 교전소는 보수파와 개혁파간의 노선 차이로 인해 실질적인 성과를 낼 수는 없었다. 특히 독립협회가 강제 해산된 직후인 1998년 11월 22일에는 열강의 세를 업어 이득을 취하는 자를 가미수를 불문하고 大明律의 모반대역으로 처벌하는 내용의 극단적인 법률인 依賴外國致損國體者處斷例<sup>28)</sup>가 제정됨에서 알 수 있듯이, 보수적

인 회귀가 나타나기 시작한다. 일례로 1899년 2월 23일 의정부 찬정 겸 학부대신 申箕善은 과거와 마찬가지로 이·호·예·병·형·공 6전으로 구성된 법전을 제정하자는 취지의 청의서를 제출하여 5월 5일 의정부회의를 거쳐 5월 6일 고종의 재가를 받는다.<sup>29)</sup> 이러한 과거로의 복귀와 개혁의 후퇴는 당시의 형률명례, 재판 소구성법, 법부관제의 개정에 반영되고 있다.

그러나 6전편찬 방침은 동년 6월 23일 校正所 설치로 폐기되고,<sup>30)</sup> 7월 2일 이를 개정하여 설치된 法規校正所가 설치되었다.<sup>31)</sup> 고종은 조칙을 통해 법률과 칙령 개정안은 모두 법규교정소에서 經議한 뒤 상주 直行할 수 있도록 결정하도록 한다.<sup>32)</sup>

구본신참, 참작절충이라는 노선이 확립되어 가고 있던 당시 새로운 형법안은 어떤 모습일지 엿볼 수 있는 자료가 1899년 3월 30일 申載永<sup>33)</sup>과 慶勳<sup>34)</sup>에 의해서 편술된 『法律類彙』<sup>35)</sup>이다. 본서는 大明律, 大典會通, 新頒律 중에서 성질이 비슷하고 다른 것을 분류하여 제목을 달아 출전을 밝히고 있다. 그 분류 체계는 大明律을 대개 모방하였으나 大典會通과 신반율을 혼합하였기 때문에 ‘遍’이라 하지 않고 ‘門’이라는 명칭을 붙이고 있다. 이에 따라 권1[天]에서 名例門, 권2[地]에서 職制門을 비롯하여 총 17개 문, 권3[人]에서 反亂門 등 13개 문으로 나누어 상세히 서술하고 있다.

『法律類彙』는 개화기 당시의 유효한 법령들을 일목요연하게 일람할 수 있는 체제와 구성을 갖추고 있다. 기존의 법전을 모아 기본적으로 大明律의 체제를 따

28) 『자료집』 III, 422쪽.

29) 광무 3. 5. 6. 주본 제78호, 주본 제27책, 『奏本』 3, 서울대 규장각, 1995 233-4쪽.

30) 광무 3. 6. 23. ‘조칙 교정소를 설치하는 건’, 『자료집』 II, 508쪽.

31) 『고종시대사』 4, 광무 3. 7. 2.

32) 『자료집』 II, 528쪽.

33) 신재영은 후에 법률기초위원뿐만 아니라 군법기초위원(광무 2. 4. 26-광무 3. 3. 16), 군법 교정관(광무 4. 7. 23-동년 9. 14), 육군법률치죄규정 감임위원(광무 5. 12. 6-광무 7. 6. 22) 등에도 임명되는 등 대한제국기의 입법 사업과 관련된 주요 인물이다. 국사편찬위원회, 『대한제국관원이력서』(탐구당, 1972), 608쪽 참조.

34) 경훈은 이후 법률기초위원회에서 引律目錄 단계의 형법기초작업에 참여한다.

35) 본 자료는 국립중앙도서관에 소장되어 있으며 청구기호는 古朝 30-10이다.

르면서 새로 분류 편술한 점, 이미 폐지되었거나 실효성이 떨어진 법령들을 제외하여 신구의 절충을 모색한 점, 본래의 형사법에 해당하는 권3을 따로 분리 독립시키고 있는 점 등으로 볼 때 『法律類彙』의 편술 경험이 있는 신재영과 경훈이 새로운 형법안을 작성하는 과정에서 중요한 역할을 하였을 것이다.

## 2. 法律起草委員會와 引律目錄

引律目錄은 1899년 8월 25일 법률기초위원회에서 작성한 것이다.<sup>36)</sup> 1897년 12월 경 사실상 해체되었던 법률기초위원회는 이즈음 법규교정소가 설치되면서 다시 구성된다. 당시 구성된 법률기초위원회는 그 후 활발한 인원을 교체하면서 활동하다가 1900년 12월에 다시 활동을 정지하였다. 1900년 12월이란 시점은 刑法校正官의 활동이 개시되는 시기와 거의 일치한다. 1899년 5월 22일 구성되어 활동하다가 동년 8월 25일까지의 활동상이 담겨 있는 것이 바로 引律目錄이고, 이 당시 활동한 법률기초위원회는 주로 형법 기초 작업을 담당하고 있었던 것이며,<sup>37)</sup> 그 성과물이 후술하는 보통형법이었다는 것이다. 引律目錄은 野澤鷄一의 刑法草案이 폐기된 후 지지부진하던 형법기초 사업이 이 당시 대한제국의 독자적인 기획으로 본격적으로 개시되었음을 보여주는 중요한 자료이다.

引律目錄은 형법총칙에 해당하는 제1편 法例, 제2편 罪例, 제3편 刑例 부분만 담고 있다. 내용 첫머리에 ‘刑法’이라는 제목을 붙이고 있다. 이 자료는 형법 기초 작업에 들어가자마자 단시간 안에 새로운 형법초안이 체제를 갖추기 시작하였음을 보여준다. 제1편 법례, 제2편 죄례, 제3편 형례의 체제하에서 나중에 나올 刑法大全의 체모를 완전히 갖추고 있다.

36) 소장처는 서울대학교 규장각으로 청구기호는 규 26385이다. 引律目錄의 내용 소개와 해제는, 문준영, 「刑法大全 關聯資料」, 『법사학연구』 18, 1997, 209-11쪽 및 213-7쪽 참조.

37) 경훈의 이력을 보면 1899년 5월 22일 법률기초위원으로 임명되어 형법을 기초하였다고 쓰고 있다. 그리고 1901년 10월 21일 다시 법률기초위원으로 임명되어 이번에는 민법을 기초하였다고 한다(『대한제국관원이력서』, 567쪽 참조). 따라서 일단 법률기초위원회에서 형법을 기초한 다음 민법을 기초하기로 기획되었음을 알 수 있다. 그러나 이 때의 민법 기초는 결실을 보지 못하고 광무 9년에 민법을 제정하기 위해 다시 법률기초위원회를 소집할 때까지 연기되었다.

### 3. 보통형법의 모태 : 陸軍法律의 제정(1898-1900)

이미 1898년 4월 6일 위원이 임명된 상태에서 군법기초위원회는 1898년 6월 19일 의정부찬정 군부대신 副將 閔泳綺의 청의서와 고종의 재가를 통해 군법제정작업에 착수하였다.<sup>38)</sup> 군법의 초안은 위원 대다수가 해임되는 광무 3년(1899) 6월 16일 경에 거의 완성되었다. 그런데 초안이 완성되었는데도 군법의 실시가 차일피일 미루어지자 1900년 4월 17일 陸軍參將 白性基는 군무에 관한 14개조를 상소하면서 제2조에 병력이 과다가 없어도 법률이 없으면 가히 통솔할 수 없으며 중앙과 지방의 각 대대가 서로 같지 않고 아직 정해진 규준이 없으니 사실상 법이 없는 군대와 같다고 하면서 작년(1899)에 이미 군법을 제정하였으니 속히 명을 내려서 심의를 거쳐 재가하여 줄 것을 요청하였다.<sup>39)</sup>

이에 고종은 동년 7월 21일 조서를 내려 軍法校正官을 임명하고 그에 따라 육군법률은 2개월간의 교정을 거쳐 마침내 동년 9월 4일 법률 제5호로 육군법률을 반포되었고, 잇달아 육군법원과 육군감옥이 설치되어 군법의 적용과 집행기구도 마련되었다.

육군법률은 당시의 입법노선을 따라 大典會通의 병전과 大明律의 兵律을 기본으로 하여 외국군법을 참고하여 작성된 것이다.<sup>40)</sup> 본법은 총 4편 45장 총 317개조(부칙 1개조 포함)로 구성되어 있다. 引律目錄과 이후의 형법안 비교할 때 가장 큰 특징은 “引律比附” 조항이 없다는 점이다. 또한 육군법률은 군형법에만 관련되는 것은 아니었다. 일반인과 군인 사이의 소송이 발생하였을 때 보통재판소와 육군법원이 사건을 처리하는 절차를 규정하면서, 제6조에서는 본 법률에 제정한 범죄 외에는 모두 ‘普通法律’을 적용한다고 규정하여 특별형법으로서의 성격을 명시하였다.

육군법률은 제1편 법례, 제2편 죄례, 제3편 형례의 내용은 ‘보통법률’, 즉 보통형

38) 주본 제17책, 『주본』 2, 1995, 293쪽; 『고종시대사』 4, 598쪽.

39) 日省錄 光武 4(庚子). 3. 18. 庚申條, “二曰 軍法制定 兵無寡多 非律 莫可御也 京外各隊 各不同 未有定規 以此而制軍則 實是無法之兵也 昨年 有軍法構草之覽子 亟下 敕命 經義奏裁 以嚴大軍之紀律焉…….”

40) 광무 4. 4. 3. 陸軍法律頒行請議書 제1호, 주본 제45책, 『주본』2, 508쪽.

법의 총칙에 해당하는 규정과 함께 특별히 군인이 관계되는 사항이 함께 열거하고 있다. 그 중 대다수 조항들은 새로운 형법안에서도 동일한 내용으로 규정되고 있었을 것이다. 이는 형법전이 아직 제정되지 않았기 때문에 부득이 하게 동일한 형법총칙 규정을 담을 수밖에 없었음을 말해 준다. 육군법률의 제정과정은 보통형법의 제정을 준비하는 과정이기도 하였던 것이다. 이를 증명하듯이 총칙의 대다수 규정들은 조금씩 변화를 거치면서 普通刑法, 刑法草, 大韓刑法, 刑法大畵에 반영되고 있다.

## IV. 제2차 초안의 완성과 刑法校正(1900-1902)

### 1. 제2차 초안의 완성과 형법교정작업

육군법률이 반포된 지 3개월 후 마침내 제2차 형법초안이 완성되고 형법교정에 착수하게 되었다. 1900년 12월 9일 법무대신 임시서리 金英俊은 형법초안의 작성이 마감되었음을 아뢰면서 “형법이 전국 普通의 金石之典으로 삼가 흠홀하는 뜻에 있으므로 法律通曉人을 擇定하고 교정하는 것을 잠시도 늦출 수 없으므로 형법교정관을 임명해 줄 것”을 주청하였다.<sup>41)</sup> 이에 고종은 조치를 내려 형법교정관을 임명하여 형법을 교정하게 하였다.

형법교정관들은 12월 하순 법무에서 회의를 개최하고,<sup>42)</sup> 1901년 1월 하순에는 법률기초안중 실시할 만한 조항과 불가한 안건을 妥議하는<sup>43)</sup> 등 매주 토요일에 법무에 회동하여 본격적인 형법교정작업을 벌여 나간다. 3월 초순에는 교정처소를 법무에서 西門外 新寺로 옮겼는데 총재 이하 교정 위원들이 회동하여 아무리 오래 걸리더라도 형법교정을 마친 다음에야 돌아온다<sup>44)</sup> 할 정도로 의욕과 열의를

41) 日省錄 光武 4(庚子). 10. 18. 丙辰條, “臣部 刑法起草 今已告竣 而此係全國普通金石之典 其在審慎欽恤之義 另擇法律通曉人 公共校正 不容少緩”

42) 『황성신문』 광무 4. 12. 26. 잡보 校正官會.

43) 『황성신문』 광무 5. 1. 26. 잡보 會議刑法.

44) 『황성신문』 광무 5. 3. 2. 잡보 山寺校律.

보이기도 한다. 8월 하순에는 법무대신과 법무협판이 법무주사 등을 대동하고 법안을 考準하여 法文에 不協한 구절을 개정한다.<sup>45)</sup> 10월초에는 대략 완성을 본 초안을 가지고 법무대신이 검토하고 아직 타결하지 못한 조항에 관하여 표결에 부쳤는데 아마 이 때 완전히 타결하지 못한 까닭인지 김응준, 피상범, 태명식 3명이 더 협상하여 개정하기로 하고 10월초부터 다시 교정작업에 들어가기도 하였다.<sup>46)</sup> 이처럼 1년 가까이 교정을 거친 끝에 1902년 1월경 형법교정을 일단락 짓고 정부 회의에 상정한 후 반포할 예정이었다고 전하지만<sup>47)</sup> 무슨 이유에서인지 이 형법안은 실제로 반포되지 않았다. 형법교정관 회의에서 오고간 내용을 알 수가 없기 때문에 정확한 사정을 알 수는 없다.

## 2. 형법안의 모습 : 普通刑法과 刑法草

### 1) 普通刑法

1900년 12월 완성된 형법안과 이후의 교정안이나 확정안 등이 전해지지 않기 때문에 어떠한 법안을 가지고 심의하였는지는 정확히 알 수는 없다. 刑法大畧 반포 이전의 형법안으로는 크레마지가 번역한 『Le Code Pénal de la Corée 大韓刑法』이 있는데 이 법안은 번역 대상이 될 정도였으니 일종의 확정안이라고 해야 할 것이다. 그러면 여기에 이르기까지의 교정 형법안이 존재할 할 것인데 바로 아래에서 소개하는 普通刑法<sup>48)</sup>과 刑法草가 그것이다. 작성일자가 없기는 하지만 몇 가지 증거를 통해서 普通刑法이 刑法草보다 앞선 것임을 확인할 수 있다.

앞에서 보았듯이 육군법률은 ‘普通法律’을 전제하고 있는데, 아마도 이 普通刑法을 두고 언급하였던 것 같다. 현존하는 조항을 살펴보더라도 普通刑法이 육군법률과 대응하여 제정되었음을 알 수 있다. 육군법률 제1조, 제3조, 제7조, 제9조, 제13조, 제14조, 제15조, 제16조 등에 대응하거나 동일한 조항이 普通刑法 제1절과

45) 『황성신문』 광무 5. 8. 24. 잡보 改正律草.

46) 『황성신문』 광무 4. 10. 2. 잡보 課進校正.

47) 『황성신문』 광무 6. 1. 14. 잡보 刑草竣工.

48) 소장처는 서울대학교 규장각이고 청구기호는 규 26670이다. 내용 및 해제는, 문준영, 앞의 글(주 36), 211-2쪽 및 218-9쪽 참조.

제2절에 있다. 또한 제3절에서는 1899년 5월 22일 개정된 형률명례 제28조를 그대로 옮기고 있지만 刑法草, 크레마지의 『大韓刑法』(동 제8조), 刑法大畵(동법 제8조)에서는 이 부분이 없기 때문에 普通刑法이 현존하는 것 중에서는 가장 이른 법안이라고 보아야 할 것이다. 따라서 대략 1900-1901년 단계의 형법안이라고 볼 수 있다.

## 2) 刑法草

刑法草<sup>49)</sup>는 신식활자본 3권 3책의 책자로 이루어져 있으며 표지에 ‘新定法律’이라는 명칭과 함께 ‘校正官 趙禮錫’이라고 하여 교정관의 이름을 밝히고 있다. 표지에 ‘光武 九年 四月 日 裁可’라고 표시되어 마치 刑法大畵의 완결본인 것처럼 보이지만, 여러 가지 증거로 미루어 볼 때 본 刑法草는 刑法大畵과 『大韓刑法』 이전에 작성된 법안이다. 그 증거로는, 첫째 사형의 종류를 참형과 교형으로 2분하고 있는 刑法草 제99조,<sup>50)</sup> 둘째 ‘校正官 趙禮錫’이라는 이름,<sup>51)</sup> 셋째 외국인의 본국인에 대한 소송절차를 규정하고 있는 刑法草 제17조<sup>52)</sup> 등이다. 또 普通刑法과 비교해보면 형법초가 보통형법에 기초하여 작성된 것임을 알 수 있다. 普通刑法에서 경장 이전의 관리역임자를 구속재판할 때 척주임관으로 대우한다는 단서 규정<sup>53)</sup>이 刑法草에서는 사라졌다. 따라서 刑法草는 1900년 12월경 완성된 초안에

49) 刑法草에 대한 해제는 문준영, 「刑法草」(天), 『법사학연구』19호, 민속원, 1998, 181쪽이하

50) 국사범에 대한 참형 복설은 1900년 9월 29일 법률 제6호 형률명례 개정에 의해서이다. 참형은 이후 『刑法大畵』에서는 삭제되었다. 따라서 刑法草은 1900년 9월 29일 이후의 형법안임을 알 수 있다.

51) 조예석은 1900년 12월 9일 형법교정관으로 임명되었다가 1902년 7월 29일 고양 군수로 발령 받아 외직에 나가며 1904년 2월 20일에는 제천 군수로 임명되었으므로(『대한제국관원이력서』, 896쪽), 1902년 이후에는 형법교정사무와 직접적 연관이 없다. 이력서의 기재사항이 옳다면 刑法草는 1902년 7월 29일 이전의 형법안이라고 보아야 한다.

52) 이 규정은 1899년 5월 30일 개정된 재판소구성법 제11조에 따른 것으로 같은 규정이 普通刑法에도 실려 있다. 그런데 이 규정과 충돌하는 법부 훈령이 1901년 11월 19일 『황성신문』 잡보 ‘在港裁判’에 실려 있다. 刑法草의 동규정은 大韓刑法과 刑法大畵에는 등장하지 않는다.

53) 본 조항은 1899년 5월 22일 개정된 형률명례 제28조의 규정과 동일하다.

근거하여 교정 작업을 거쳐 반포하기 위해 인쇄까지 마친 상태에서 재가를 기다리고 있다가 다시 교정에 들어간 법안이라고 해야 할 것이다. 그렇다면 刑法草는 『황성신문』 1902년 1월 14일자에 나와 있는 교정을 마쳤다는 형법안이라고 보아야 할 것이다.

刑法草는 총 5편 681개조로 구성되어 있으며, 그 내용을 引律目錄, 육군법률, 刑法大全과 비교해 본다면 점차 내용이 보충되어감과 동시에 구법의 영향력이 점차 강해지고 있음을 알 수 있다.<sup>54)</sup>

### 3. 크레마지의 『大韓刑法』(1901-1904)

#### 1) 크레마지의 활동

크레마지는 1900년 5월 29일부터 1904년 5월 28일까지 4년간 대한제국의 법률 고문으로 활동하였다.<sup>55)</sup> 1901년 6월 9일 크레마지가 프랑스 외무장관에게 발송한 서울정무보고서<sup>56)</sup>를 보면 부임 후 1년간의 활동 상황과 계획하고 있는 일들이 잘 나와 있다. 그 내용을 보면 평리원에서 2건의 정치범죄사건과 1건의 보통법에 관계되는 사건 심리에 참여하였으며, 청국의 의화단사건 동안 대한제국의 중립성의 견해에 대한 국제공법상의 문제에 관하여 법무대신에게 보고서를 제출하였고, 정치적 범죄에 과할 칙령 및 법무령을 기초하였으며, 1900년 9월 18일에는 법규교정소 의정관으로 임명되었다고 보고하고 있다. 한편 서울 및 지방의 형무소(新型) 설치 계획에 대한 해설과 함께 그 규모를 작성하였으며, 불어와 한문으로 편찬된 서적으로 가지고 한국인에게 형법을 교육시키고 있으며, 당시 법무대신 兪箕煥의 명에 따라 대한제국의 법전을 불어로 번역하는 작업에 착수하였는데 1901년 8월에 종료될 예정이라고 보고하고 있다.

정무보고서에서 정치적 범죄에 부과할 형벌을 규정하고 있는 칙령 등을 기초하

54) 刑法草의 체제와 내용에 대해서는 문준영, 앞의 글 (주 4), 62-5쪽 참조.

55) 크레마지의 경력과 활동에 대해서는, 최종고, 앞의 책(주 3), 163-3쪽; 洪淳浩, 「大韓帝國法律顧問 L. Crémazy의 任命過程 分析」, 『韓國文化研究院論叢』 36, 1980.

56) Annexes au Rapport politique de Séoul, No 18, 9 juin 1901, 원문과 번역문은 홍순호, 위의 글 참조.



였다고 했는데 바로 斬刑과 籍産(일반재산 몰수형)의 복설을 가리킨다. 크레마지는 1900년 9월 14일 법무대신 권재형에게 참형을 복설하는 건 등을 현의하였다. 대한제국 정부는 크레마지의 현의 중 참형 복설과 외국국적 취득 제한 조치를 받아들여 9월 29일 형률명례와 의외외국치손국체차단례를 개정하였다.

## 2) 『大韓刑法』의 출간

1901년 크레마지는 법무대신의 명령에 따라 ‘대한제국의 법전(code des lois de la Corée)’을 프랑스어로 번역하는 작업에 착수한다. 이 ‘대한제국의 법전’은 당시의 형법안, 즉 刑法草 단계의 형법안이라고 보아야 할 것이다.<sup>57)</sup> 번역 작업은 1901년 8월에 끝날 예정이라고 했지만 『Le Code Pénal de la Corée 大韓刑法』이 서울에서 발간된 때는 1904년 7월경이다.<sup>58)</sup>

크레마지는 서문에서 大韓刑法의 성격과 제정과정, 번역 작업에 관하여 말하고 있다. 서문을 근거로 삼는다면, 형법안이 1902년 1월에 의정부에 상정되어 심의를 거치는 동안 1903년 9월경에는 거의 교정이 끝나 완결본이 나왔다고 추측할 수 있다.<sup>59)</sup> 크레마지는 우선 刑法草 단계의 형법안을 번역하는 작업에 착수하여 일단 번역을 완수하였으나 그 후 몇 차례의 교정을 번역에 반영하여 1904년에는 본서를 출간하게 되었을 것이다. 刑法草와 『大韓刑法』의 내용이 다소 다른 것은 그동안 교정과 심의 과정을 거치면 내용이 수정되었기 때문이라고 해야 할 것이다.

『大韓刑法』에 나타난 형법안은 총 672개조로 구성되어 있다. 刑法草는 총 681

57) 홍순호는 이를 형법전과는 다른 법률로 해석하고 있다(홍순호, 앞의 글(주 55), 18쪽). 당시의 형법안 자체가 형법뿐만 아니라 민법, 예법, 의식에 관한 규정들을 포함하고 있으므로 형법(droit criminal) 또는 형법전(code pénal)이라고 표현할 수 없었을 것이다. 따라서 'lois'라는 복수형을 사용하였을 것이다. 또한 당시로서는 "code des lois"라는 명칭에 걸맞는 법을 찾기 힘들다. 더군다나 'code'라고 단수형을 쓰고 있다. 결국 이것은 제반 법령을 모아 놓은 법전을 뜻하는데 그렇다면 당시 거의 완성단계에 있었던 형법안임이 더욱 분명해진다. 『大韓刑法』의 서문에서도 크레마지는 1901년 5월경부터 'le nouveau recueil de lois'를 번역하는 작업에 착수하였다고 쓰고 있다.

58) Crémazy, L., Le Code Pénal de la Corée 大韓刑法, seoul., the Seoul Press-Hodge & Co, 1904. 본서는 서울대학교 도서관에 구장도서로 분류되어 소장되어 있다.

59) 크레마지는 여러 가지 난관으로 인해 본서를 인쇄하는 데 10개월이 소요되었다고 한다.

개조이며 刑法大畧은 부칙을 제외하고 총 678개조이다. 刑法草와 『大韓刑法』은 1장 제1절 本法律施用權限, 제2절 聽理區域에서 많은 차이가 있다. 즉 刑法草의 군인과 일반인, 본국인과 내국인 사이의 소송발생시 처리 절차와 영사재판권에 관한 규정 등이 『大韓刑法』에서는 존재하지 않는다. 刑法草 곳곳에 실려 있는 군인에 관한 규정들도 『大韓刑法』에는 없다. 이 『大韓刑法』이 刑法大畧 바로 직전의 형법안인 것이다.

크레마지는 형법안을 심의하는 과정에도 참여하여 8가지 항목<sup>60)</sup>에 걸쳐 형법 개정안을 제출하였다. 그러나 참형복설 때와 같이 개정안이 쉽게 받아들여지지지는 않았다. 1904년 11월 최종 형법교정시 다시 3가지 항목에 관하여 개정안을 제출하였는데 이때에는 모두 채택되었다.<sup>61)</sup>

## V. 刑法大畧의 반포와 일제하에서의 운명

### 1. 刑法大畧의 반포와 시행

刑法大畧의 반시에 앞서 형법교정관이 마지막으로 임명된 것은 1904년 10월 14일이다. 이즈음 새로 구성된 형법교정소는 5개월 동안 최종 교정작업에 착수하였으며, 드디어 1905년 4월 29일 법률 제2호로 刑法大畧이 정식으로 반포된다. 이로써 갑오개혁기의 홍범 14조에서 표명된 형법 제정 계획이 10년만에 실현된 것이다. 刑法大畧의 범례는 어떠한 체계와 방법에 입각하여 본 법률을 편찬하였는지 밝히고 있다. 그것은, ①參互集成, ②4例區分의 원칙에 따른 총칙·각칙의 재구성, ③法益 개념의 도입과 이에 따른 범죄의 재분류, 그리고 ④형벌의 조정이 라고 할 수 있다.<sup>62)</sup>

60) 그 내용은 ①공무원의 직무상 과실에 대한 태형 폐지, ②민형사소송의 원·피고등에 대한 구금 폐지, ③켈석재판 절차의 도입, ④범죄피해자의 손해배상청구권 인정, ⑤판사의 수속처분재량권의 인정, ⑥유죄선고시 형법 조항의 명시 의무, ⑦籍産 규정의 폐지, ⑧不應爲律의 폐지이다. Crémazy, L., 앞의 책(주 58), 132-134쪽.

61) 크레마지의 제안은 刑法大畧 제246조, 제270조, 제336조에 반영되었다.

새로운 형법의 시행초부터 몇 가지 문제점들이 발생하기 시작하였다. 비록 刑法大畧이 大明律을 중심으로 제정되었다고는 하지만 막상 법을 적용하고 집행해야 할 실무자들은 반포가 되어야, 그것도 반포 후 한달이 지난 5월 29일 관보 부록을 통해서 비로소 刑法大畧을 접하였기 때문에 사전 지식이 전혀 없었고, 인쇄가 늦어져 충분한 양이 배포되지도 않았으며, 刑法大畧의 시행 자체를 모르거나 그대로 구법을 시행하고 있는 예도 있었다. 이러한 것들 외에도 刑法大畧이 안고 있는 내용상의 문제가 불거져 나오기도 하였다. 특히 제679조에서는 일괄적으로 종전시행하던 구율은 폐지한다고만 규정하여 도대체 무슨 법령이 폐지되었는지, 민사법의 法源도 폐지되는 것인지 모호하다. 여기에 대해 법부는 구율 중 민사소송에 합당한 것은 폐지되지 않고 여전히 효력이 있다는 유권해석을 내리면서, 민법을 반포하기 전에는 田宅訴訟과 錢債徵償은 모두 舊典에 의하여 시행한다고 지령하고 있다.<sup>63)</sup> 한편 법부가 고종에게 사건을 보고하여 최종판결을 받는 관행은 여전히 고종이 직접 사건처리에 간섭하기도 한다. 결국 긴 시간을 쏟아부어 완성된 刑法大畧이었지만 형사사법제도에 어떤 획기적 변화를 가져온 것은 아니었다.<sup>64)</sup>

## 2. 보호국기의 刑法大畧 개정

### 1) 刑法大畧 제1차 개정

刑法大畧은 1906년 2월 2일 법률 제1호로써 시행 1년도 안 되어 부분적으로 개

62) 刑法大畧의 체제 및 내용에 대해서는 문준영, 앞의 글(주 4), 78-115쪽.

63) 『起案尊檔』 2(규 17277의 12), 광무 9. 7. 5. 指令平市件, 案 제10호; 광무 9. 8. 22. 指令忠南件, 案 제49호; 광무 9. 9. 20. 指令釜港件, 案 제16호.

64) 비록 즉각적인 반응은 아니지만 다음과 같은 지적을 참고해 볼 수 있다.

“... 근년에 이르러 刑法大畧을 반포하였으나 그 편찬의 體와 법리가 완비치 못함으로 現今 新進한 법리에 不適當을 면치 못할지오, 형사소송법에 이르러서는 근거할 成典이 없고 다만 시의를 따라 몇 개조의 단행례가 있으나 그 실행을 보기 어려울 뿐 아니라, 재판절차는 재판관의 의향에 방임되었던 까닭에 왕왕 권리의 침탈을 받아도 감히 대항치 못하고 원한만 품고 있으니 국민이 어찌 이러한 법을 아래에서 하루인들 안전하게 생활할 수 있겠는가.”(『刑法과 刑事訴訟法の 關係如何』, 서북학회, 『西北』 16, 1908. 2, 29쪽)

정되었다.<sup>65)</sup> 새로운 관원의 명칭도 생겼고, 刑法大全의 미비점을 보완할 필요가 있었기 때문이다. 제1차 개정을 위해 특별한 기구가 설치되지는 않았다. 관원명칭의 수정, 형사절차의 보완, 몇몇 구성요건 및 법정형의 수정 등 기술적이고 단편적인 개정엔 그친 것으로 보아 법무에서 개정작업을 맡았다고 봐야 할 것이다.

## 2) 刑法校正官의 임명과 刑法大全改正草案

제1차 개정 후 8개월이 지나 刑法大全을 개정하기 위해 1906년 12월 17일 정식으로 형법교정관들이 임명되었다. 일본인들을 제외한 당시 교정관들의 이력을 보면 대다수가 이미 형법교정관 내지는 법률기초위원의 경력이 있는 사람들이고 당시 대표적인 형법학자인 장도가 포함되어 있었다. 이 때에는 제1차 개정과 달리 과거 刑法草案과 같이 일본 형법을 대폭 받아들이는 전면적인 개정을 목표로 하였던 것 같다. 장도의 『新舊刑事法規大全』 하권<sup>66)</sup>에는 刑法大全改正草案과 刑法施行法이 실려있다. 작성시기를 표기하지 않았기 때문에 정확히 언제 작성된 법안인지 확인할 수는 없지만, 여러 가지 증거<sup>67)</sup>나 본서의 간행일로 볼 때 1907년 6월 이전된 작성한 것이며, 따라서 위 형법교정관들이 작성한 형법안일 것이다.

刑法大全改正草案은 刑法大全 상의 절차법규정을 비롯하여 형법에 규정하기에 적절하지 않은 조항들을 모두 삭제하고 일본 형법의 조항들을 다수 편입시켜 편성을 새롭게 하여 제1편 總則과 제2편 罪律, 총 424개조로 구성되어 있다. 刑法施行法은 형사소송법뿐만 아니라 각종 형사절차 관련 법률 내용과 기술적인 규정들을 포함하고 있다. 刑法大全상의 형사절차의 기본틀을 유지하면서 기소·증거·

65) 『자료집』 IV, 501-3쪽.

66) 張巖, 『新舊刑事法規大全』 卷下, 磚洞普性社, 光武11年(1907) 6月 10日 法部認可.

67) 1907년 6월 14일 伊藤 통감과 일본인 초빙법관들이 사법 분야 전반에 걸쳐 담화를 나누었는데, 이 자리에서 松寺는 贖金제도를 비판하면서 '新刑法草案'의 벌금형 제도를 언급하고 있다(남기정 역, 앞의 책(주 7), 46쪽). 즉 이 날의 담화 이전에 새로운 형법초안이 있었다는 것인데, 刑法大全改正草案 제42조는 벌금형에 대한 것이다. 또한 이 날의 담화 중에는 신문형을 폐지해야 한다는 내용이 있다(남기정 역, 같은 책 58-9쪽). 한편 刑法施行法 제32조는 검사의 피고인에 대한 신문형을 규정하고 있으며, 이 신문형은 1907년 6월 27일 법률 제2호 訊問刑에 관한 건으로 폐지되었다

공판 절차를 세부적으로 규정하면서, 총 15장 128개조로 구성되어 있다.<sup>68)</sup>

### 3) 法典調査局과 刑法大畵 제2차 개정

법전조사국은 不動產法調査會를 인계하여 민법, 형법, 민사소송법, 형사소송법 및 부속법령을 기안하는 것을 목적으로 하는 기관<sup>69)</sup>으로 민사법기초자로는 법부 고문 梅謙次郎을, 형사법기초자로는 법부차관 倉富勇三郎을 각각 선정하였다.<sup>70)</sup> 형사법 분야에서는 새롭게 형법전을 제정하기보다는 刑法大畵 680개 조문 가운데 290여 개조를 삭제하고 수정하는 데 그쳤고, 그 결과가 1908년 7월 23일 법률 제 19호로 마감된 제2차 개정이다.

당시 새로운 재판소구성법<sup>71)</sup>에 따라 각급 재판소의 개칭을 눈앞에 두고 있었던 사정<sup>72)</sup>이 刑法大畵改正草案과 같은 기존의 법안을 참고하지 않고 대폭적인 삭제하는 방향을 택하도록 만들었을까? 刑法大畵改正草案의 존재를 당시의 법률 기초자들은 모르고 있었을까? 만일 보호국화 노선에 입각한 ‘자치육성정책’<sup>73)</sup>이 지속되었다면 刑法大畵改正草案에 입각한 형법이 제정될 수 있었을까? 그렇다 하더라도 어디까지나 일제의 조선 통치의 효율성을 보장할 수 있는 한도 내에서였을 것이다. 刑法大畵은 법리적 측면에서는 만족스럽지 못한 법일지는 몰라도 통치하기에는 더없이 효과적인 법이었다. 특히 정치범에 대한 극형주의와 넘치는 태형은 피보호국의 인민을 통치하는 데 가장 효과적인 수단이었다.

1907년 7월 27일 법률 제2호로 공포된 保安法<sup>74)</sup>은 이점을 잘 말해주고 있다.

68) 두 법안의 체제와 내용에 대해서는 문준영, 앞의 글(주 4), 120-3쪽.

69) 『자료집』VI, 172쪽.

70) 鄭肯植, 『韓末法令體系分析』(한국법제연구원, 1991), 51쪽.

71) 1998. 11. 23. 법률 제8호 재판소구성법, 『자료집』VI, 160쪽.

72) 당시 검사총장으로 한국에 와 있던 團分은 제2차 개정은 ‘신규로 형법을 제정하려다가는 개칭까지 완성치 못하겠으므로 주로 시행이 지극히 곤란한 조항을 삭제하고 남은 조항도 그대로 행하기 어려운 점을 약간 수정하여 일시 사용하자는 방침을 更訂해서 岡木 서기관을 주입으로 기초케 하여 완성’하였다고 말하고 있다[남기정 역, 앞의 책(주 7), 87쪽].

73) 일본의 대한정책의 내용과 변화과정에 대해서는, 森山茂徳, 김세민 역, 『근대한일관계사 연구』(현음사, 1994), 205-272쪽 참조.

이 법은 일본에서의 治安警察法(1900년, 법률 제36호)을 모방한 것으로 일본의 치안경찰법에 비하여 자유 제한 범위와 구성요건이 더 넓고 포괄적이며 태형이 도입되고 있다.<sup>75)</sup> 태형의 도입은 刑法大畧에 근거를 두고 있었을 것이며, 보안법상의 동일행위를 刑法大畧으로도 얼마든지 중형으로 처벌할 수 있었다. 그렇다면 굳이 刑法大畧을 刑法大畧改正草案식으로 완전히 개편할 필요가 없었을지도 모른다. 刑法大畧이 폐지되기 전까지는 刑法大畧이 정치범을 처벌하는 데 자주 이용되었다. 1945년까지 존속한 보안법이 최초로 적용된 예는 1912년 7월 5일 경성 지방법원의 판결이라고 한다.<sup>76)</sup>

### 3. 일제강점과 刑法大畧의 폐지

1912년 3월 18일 制令 제11호로 공포된 朝鮮刑事令<sup>77)</sup> 부칙 제41조는 철도사항 범죄인처단례, 형사재판비용규칙을 비롯하여 刑法大畧이 폐지되지만, 刑法大畧의 일부조항은 당분간 조선형사령의 시행전과 동일한 효력을 갖되 減等に 대하여는 일본 형법 제87조(법률상 감경)의 예에 의한다고 규정하고 있다. 그 존속조항을 살펴보면 刑法大畧 제473조 모살죄, 제478조 고살죄, 제498조 친속존장 살해죄의 제1호, 제516호 강도·절도상해죄, 제536호 강도·절도강간죄와 각 죄의 미수범처단규정들이다. 본 범죄의 기수범의 법정형은 모두 교형이다.

또한 동령 제42조로 본령 시행후 그대로 효력을 갖는 구한국법규의 형의 刑名을 변경하였다. 이에 의하면 사형은 사형으로, 무기역형은 무기징역으로, 종신유형은 무기금고로, 15년이하의 역형은 유기징역으로, 10년 이하의 유형 또는 금옥은 유기금고로, 벌금은 벌금으로, 구류는 구류로, 과료는 과료로, 몰입은 몰수로, 태형은 20일 이하의 20일 이하의 구류 또는 과료로 바꾸었다. 물론 태형은 같은 날 제령 제13호로 공포된 朝鮮答刑事令에 의해 지속되었다. 달라진 것이 있다면, 일본 형법이나 폐지되지 않은 구한국의 형사법의 형벌들을 다시 태형으로 부과할 수 있

74) 『자료집』 V, 591쪽.

75) 鈴木敬夫, 『法을 통한 朝鮮植民地 支配에 관한 研究』(고려대학교 출판부, 1989), 69-72쪽.

76) 위의 책, 72-73쪽 참조.

77) 『朝鮮總督府官報』, 明治45年 3月 18日 號外(아세아문화사 영인, 1985).

다는 것뿐이다.

刑法大畵의 일부조항을 존속시키고 있었던 조선형사령의 규정은 1917년 12월 제령 제3호로 폐지되었다. 이로써 刑法大畵은 완전히 역사에서 사라졌다.

## VI. 맺음말

野澤鷄一의 刑法草案이 파기되고 구본신참 원칙에 따라 새로운 형법안을 작성하여 1905년 반포에 이르기까지의 과정은 대한제국의 독자적인 노력에 의한 것이다. 비록 대한제국 황제나 관료들은 刑法大畵을 ‘中外에 반시하여 영원히 무궁하게 드리우는(頒示中外永垂無窮)<sup>78)</sup> 법전으로 여기고 있었다지만, 어디까지나 과도적 의미를 지니는 형법이었고 서구 형법과의 근접성으로 평가해 본다면 일본의 改定律例와 청의 大清現行刑律에는 미치지 못하였다. 결국 刑法大畵은 적어도 형사사법분야에 있어서는 갑오개혁 단계에 머물고 있었던 대한제국의 한계를 드러내 준다고 할 수 있다.

물론 현재 우리가 머리 속에서 상정하는, 일종의 이념형인 ‘근대 형법전’으로써 당시의 刑法大畵을 평가하는 식의 연구는 시대착오의 오류와 한계를 가질 수밖에 없다. 刑法大畵은 당대인들이 구성하였던 형사 규범체계, 규범의식과 태도의 일부로서 다루어져야 할 것이다. 그러나 당시는 한·중·일 3국에서 전반적인 사회구조적 변화가 전개되었으며 서구의 사상과 제도를 도입하는 도상에 있다는 면에서 刑法大畵에 대한 연구는 ‘서구법과의 거리제기 식’ 연구로서의 속성을 버리기 힘들다. 이러한 딜레마 자체가 刑法大畵이 처해 있는 역사적 맥락을 보여주는 것이기도 하다.

필자가 보기에 동아시아 3국의 형사법령 개혁 과정을 비교해 볼 때 刑法大畵이 가지고 있는 가장 큰 특징은 무엇보다도 그 ‘제정기간’에 있는 것 같다. 갑오개혁 기로부터 따지면 10년, 본격적인 제정시점으로부터 따져도 6·7년이란 물리적 시간

78) 刑法大畵 頒布詔勅, 『자료집』IV, 130쪽.

이 들어갔던 것이다. 과도적 형법으로서 비슷한 단계에 있었던 일본의 新律綱領(1870)과 改定律例(1873)나 청의 大清現行刑律(1910)<sup>79)</sup> 등에 비해 두세 배의 시간이 필요했던 이유는 무엇인가? 각각의 제정시점과 제정기간은 한·중·일 3국이 갖고 있었던 인식과 태도, 내·외적 조건과 자원들의 차이를 시사해 준다.

위의 동아시아 3국의 법전들은 전통적 법률이 서구의 법제도와 만나면서 나름대로 내적으로 가다듬어 진화한 측면을 드러내 준다면, 이후의 과정은 완전한 단절, 즉 외국인 법률가를 통한 서구 형법의 직접적 계수였음을 보여준다. 대한제국과 청은 국가의 운명이 다할 때까지 여기에 이르지 못하였거나 잠정적인 절충상태에 머물렀다. 아울러 대한제국에서는 갑오개혁을 통해 전통형법의 부분적 수정과 서구 형법의 급속한 계수라는 두 개의 노선이 병존하였으며 후자의 노선이 폐기되면서 刑法大畧에 이르다가 다시 한번 서구 형법의 계수 노선이 추진되는 과정을 밟았다는 데에 또 다른 차이가 있다. 아울러 대한제국에서는 외국인 법률가나 서구법지식에 밝은 자에 의하지 않고 관료들에 의해 제정되었다는 점도 특징이다.

결국 刑法大畧의 역사적 의의는 일면에서는 조선 시대로부터 대한제국기에 이르는 형사적 규범의식 및 제도적 실천의 변화-과연 변화는 있었는가라는 질문과 아울러-과정을 밝히고, 타면에서는 동아시아 3국의 역사적 경험을 비교 연구함으로써 보다 명확히 드러날 수 있을 것이다.

---

79) 청말의 근대 법전 편찬 과정에 대해서는, 島田正郎, 『清末における近代的法典の編纂』(東京: 創文社, 1980).



## The Establishment and Revision of the Penal Code of Tae-Han Empire.

Moon, Joon-Young\*

On April 29, 1905, the Government of Korean Empire promulgated the Penal Code, which has been appreciated as one of the important legislative outcomes in early modern Korea. This article is intended to analyze some historical materials, and, thereby, to uncover its legislative process. During the Gap'o Reform(甲午更張) period(1894-1896) pro-Japanese Reformist Government arranged and newly legislated various laws and ordinances which adopted the modern-western, that is westernized Japanese laws. The establishment of new criminal law was first manifested by King Go-jong in 1895, and two years later kekichi Nozawa, Japanese legal Advisor of Korean government, draw the first draft of criminal code under the influence of Japanese Criminal Code of 1880. But Korean government, which was then in the insecure conjunction and balance of power among royalist, pro-American, pro-Russian, and traditional-confucian bureaucrats, threw it away. They preferred less reformist way. Their eclecticism meant more or less conservative governmental policy made by referring of the new on the basis of the old. Thus, Korean government authorized several commissions for drafting and correcting criminal code form 1898. In 1904 Crè-mazy, French legal advisor from 1901 to 1904, published French translated version of the revised draft of the criminal code. The Koran Penal Code of 1905 broke from the six-division system affected by Chinese traditional legislation. It reconstructed the

---

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

general provisions along those of modern criminal codes, and accommodated the concepts of public and private right(or interest). Nevertheless, the Code cannot reconcile successfully the inconsistencies between modern-western and traditional-confucian legal systems. In reality, its principal doctrines and concepts of crime are far from modern criminal law: it has assimilation provision which is against *nullum crimen, nulla poena sine lege* doctrine, and admit the privilege of bureaucrats, patriarch, and so on. Consequently, the Korean Penal Code of 1905 still persisted in confucian political and social value and order

Under the Japanese Residency-General's rule, the Penal code was revised twice. The first revision of the Penal Code(Feb. 2. 1906) was just for the adoption of some newly-created offices and narrow correction of the Code of 1905. However, in the second revision(Jul. 23. 1908) which was made by Japanese lawyers and officials of the Bureau of Codes Investigation, about 290 articles of overall 680 articles were erased or amended. They were provisions for criminal, civil procedure or punishment procedure; many crimes concerning official's negligences, civil and commercial transaction, and bureaucratic confucian social hierarchy; some absurd crimes, for example, murder by black magic, etc. In 1912 by Ordinance No. 11 of the Japanese Governor-General, the Penal Code was abolished but for 5 articles, which were also abolished in 1917.