

三國時代 裁判制度*

俞成國**

목 차

- I. 머리말
- II. 古朝鮮의 裁判制度
- III. 原三國時代의 裁判制度
- IV. 三國時代의 裁判制度
 - 1. 高句麗의 裁判制度
 - 2. 百濟의 裁判制度
 - 3. 新羅의 裁判制度
- V. 맺는말

(국문요약)

古朝鮮의 裁判은 대체로 각 지역공동체의 지도자가 독자적으로 심판했을 것이나, 고대 게르만사회의 民會처럼 민중이 직접 심판에 참여했을 수도 있다. 原三國時代 夫餘에서 迎鼓 때 여는 재판은 판결과 집행에 모든 인민이 직접 참여하는 민회형식일 가능성이 높고, 高句麗의 諸加會議는 국사범이나 특별히 중대한 사건만을 다뤘을 것이다. 三國時代의 高句麗, 百濟, 新羅는 4세기 말 또는 6세기 초에 律令을 반포하고, 이어서 司寇部 또는 朝廷佐平, 左·右理方府 등 사법 전담기구를 설치한다. 이들은 종래 諸加會議나 和尙會議 등 회의체가 담당하던 재판기능을 물려받는다. 그러나 재판의 中央集權化와 審級制度는 고구려와 백제에서는 말기의 정치적 불안정으로 인해 제대로 정착하지 못했을 가능성이 높고, 신라는 통

* 이 논문은 한국학술진흥재단 보호학문 강의지원(과제번호: 1999-043-C00008)

** 법학박사. 배재대학교 법학부 강사.

일 이후 정치적 안정과 경제적 풍요, 문화적 융성을 바탕으로 700년을 전후해서 정착했을 가능성이 많다.

〈주제어〉 : 재판, 율령, 司法制度, 審級制度

I . 머리말

오늘날 裁判制度가 人權을 보호하는데 절대적으로 중요하듯, 비록 그 의미에 차이는 있을지라도 古代 역시 재판제도는 중요한 의미를 가졌다. 이러한 재판제도의 발전과정을 보면 한편으로는 王權強化의 측면에서 刑罰權의 國有化와 더불어 裁判權의 中央集中化 길을 걷고, 다른 한편으로는 백성을 보호하기 위한 審級制度로 발전했다. 이러한 裁判制度의 변천에 대한 인식은 오늘날 인권개선을 위한 사법제도의 개선을 위해서도 당연히 중요하고, 또 한편으로는 法制史의 한 축으로서도 당연히 중요하다.

그런데 그간 우리나라 裁判制度의 변천에 대한 연구는 아주 소홀했다. 특히 고대의 재판제도에 대한 연구는 거의 없었다. 이는 우리나라 法制史에 대한 연구가 전반적으로 미진한 탓도 있지만 특히 고대사에 대한 자료가 절대적으로 부족한 탓이다. 그렇다고 해서 고대의 재판제도를 빼놓고 우리나라 司法史를 쓸 수는 없다. 이제 이처럼 자료가 절대적으로 부족한 가운데도, 다방면에서 우리 역사에 절대적인 영향을 미친 이웃 중국의 재판제도 변천과정을 참조하고, 또 우리 고대의 공동체적 사회와 유사성이 많은 고대 게르만사회의 재판제도를 참고하면서 우리나라 三國時代¹⁾의 裁判制度를 구성해 본다.

이 논문에서는 먼저 古朝鮮의 재판제도를 살펴본다. 일반적으로 시대구분에서 고조선은 삼국시대에 포함할 수 없기는 하나, 고조선은 부여나 고구려 초기와 시대적으로 그리 멀지 않을 뿐만 아니라, 이른바 ‘8조법’은 부여와 고구려의 초기 法俗 [慣習法]과 유사하므로 이곳에서 함께 다룬다. 이어서 이른바 原三國時代에 해당

1) 여기서는 편의상 이른바 原三國時代와 三國時代, 그리고 統一新羅時代를 포함하는 뜻으로 쓴다.

하는 시기의 재판제도를 살펴보고, 다음으로 삼국시대의 재판제도를 高句麗, 百濟, 新羅로 나뉘어서 살펴본다.

II. 古朝鮮의 裁判制度

1. 『三國遺事』에 전하는 古朝鮮의 建國神話, 즉 檀君神話에 따르면 桓雄은 神市에 나라를 열고 風伯·雲師·雨師와 더불어 穀物·壽命·疾病·刑罰·善惡 등 모든 인간사를 주재하였다.²⁾ 이를 곧이곧대로 믿을 수는 없지만, 학자들이 일반적으로 동의하듯이 ‘檀君王儉’이란 칭호가 祭政一致의 首長을 뜻한다면, 비록 古朝鮮이 아직 국가체계를 완전히 갖추기 전이라 할지라도 그 首長인 檀君은 공동체 내에서 일어난 범죄에 대한 裁判을 직접 주재했을 가능성이 충분히 있다. 이는 고대 게르만사회의 裁判制度를 통해서도 알 수 있다. 당시 게르만사회는 *civitas*라고 하는 공동체사회로 우리나라 三韓의 城邑國家 또는 邑制國家와 유사한데, 범죄에 대한 裁判은 民會에서 首長의 주재로 연다.³⁾ 이처럼 공공기구를 통하여 有·無罪와 刑罰을 결정한다면, 비록 집행은 개인한테 일임한다 할지라도 그 형벌은 이미 公刑罰이다.⁴⁾

古朝鮮이나 夫餘·高句麗에 이웃했던 烏丸族한테서는 公刑罰로 가는 과도기의 모습을 찾아볼 수 있다. 즉 『三國志』 주에서 인용한 『魏書』에 전하는 大人制度가 그것이다.⁵⁾ 오환족은 殺人을 報復으로 해결하는 것이 원칙이나 만약 보복이

2) 『三國遺事』卷1, 「紀異」, <古朝鮮王儉朝鮮> (影印本, 서울: 民族文化推進會, 1977), 32~33면.

3) 崔鍾庫, 『西洋法制史』(서울: 博英社, 1988), 90~97면; 金世新, 『西洋法制史論』(서울: 法文社, 1990), 103~105면; 玄勝鍾·圭圭昌, 『게르만法』(增補版, 서울: 博英社, 1990), 592~603면 참조.

4) 俞成國, 「韓國古代死刑制度研究」(碩士學位論文: 延世大學校 大學院, 1986), 4~7면 참조.

5) 『三國志』 卷30, 「魏書」, <烏丸鮮卑東夷傳> 註(832~33頁). 烏丸族은 용감하고 건장하면서 싸움이나 서로 침범한 문제를 잘 처리하는 사람을 大人으로 추대하는데, 그 지위는 세습되지 않으나 그의 말을 어기면 死刑에 처할 정도로 절대적인 복종을 요구한다.

끊이지 않으면 大人한테 가서 裁判하고 잘못이 있는 쪽은 소나 양으로 목숨을 대신한다. 여기서 大人의 재판은 비록 권위는 있으나 살인이 발생하면 먼저 보복으로 해결한다는 점에서 오환족의 형벌은 아직 公刑罰이라 하기에 이른다. 만약 殺人이 발생했을 때 반드시 大人에게 먼저 가서 判決을 받아야 한다면 비록 그 집행은 피해자한테 맡긴다 하더라도 公刑罰이라 하겠다.

2. 현재 古朝鮮의 裁判制度에 대한 구체적인 기록은 없다. 그뿐만 아니라 檀君朝鮮·箕子朝鮮·衛滿朝鮮 그리고 古朝鮮의 상관관계나 그 실체에 대해서도 아직 학설이 일치하지 않는다.⁶⁾ 다만 고조선을 어떻게 이해하건 『漢書』 「地理志」, 燕條에 전하는 8條法(또는 犯禁八條)⁷⁾이 우리 조상들의 法이란 견해는 거의 일치한다.

이 논문에서 25史는 臺北 鼎文書局에서 影印한 中國 新組版本에서 모두 인용한다. '382頁'은 中國 新組版本에서 붙인 일련 숫자인데, 鼎文書局縮小影印本の 面과 구별하기 위하여 '頁'로 표기한다.

- 6) 여기에 대해서는 俞成國, 앞논문, 146~147면 참조. 『三國遺事』에서 '古朝鮮'은 기본적으로 '檀君朝鮮'을 뜻하나 그 뒤를 이은 '箕子朝鮮'까지 포괄하는 것으로도 볼 수 있다. 이는 '箕子朝鮮'을 별도의 항목으로 설정하지 않았기 때문이다. 그러나 '魏(衛)滿朝鮮'은 별개의 왕조로 설정하고 있다. 현재 우리 학계에서 '箕子朝鮮'의 실체는 대부분 인정하지 않으나 '衛滿朝鮮'은 대부분 우리 역사로 보고 있다. 여기서는 우리 조상들의 나라인 그 실체를 '古朝鮮'이라 칭한다. 따라서 다수설처럼 '위만조선'이 우리나라라면 '고조선'은 이를 포함하는 개념이고, 소수설처럼 '위만조선'이 중국인들의 나라라면 '고조선'은 이를 제외하는 개념이다.
- 7) 여기에 대한 표현은 문헌에 따라 다소 차이가 있다. 『漢書』卷28下, 「地理志下」(1658頁)에서는 "犯禁八條"라 했으나, 『三國志』卷30, 「魏書」, <烏丸鮮卑東夷傳> 濊條(848頁)에서는 "八條之教"라 표현했다. 한편 『後漢書』卷85, 「東夷列傳」 濊條(2817頁)에서는 "八條之教"라 했으나, 「東夷列傳」 論贊(2822頁)에서는 "八條之約"이라 표현했다. 李丙燾 선생은 "八條之教"란 표현에 대해서 이의를 제기했다[李丙燾, "箕子朝鮮의 正體와 所謂箕子八條教에 대한 新考察", 『韓國古代史研究』(서울: 博英社, 1981), 57~59면]. 한편 일찍이 安鼎福과 李晔은 이를 "八條之教"로 인식했으나[『東史綱目』第一上, 施八條之教(影印本, 서울: 景仁文化社, 1975), 105~106면 참조], 韓致滄은 "八條, 皆禁也, 非教也"라 비판했다[『海東釋史上』第二十四, 「刑志」 刑制條(影印本, 서울: 景仁文化社, 1982), 357~58면]. 여기서는 이를 "8條法"이라 표현하고, 자세한 것은 별도의 논문에서 다를 예정이다.

우리나라 다수의 견해처럼 『史記』, 『朝鮮列傳』⁸⁾과 『漢書』, 『朝鮮傳』⁹⁾ 등에 전하는 ‘衛滿朝鮮’이 古朝鮮의 일부라면, 漢 나라의 5만 7천여 군사를 상대로 2년간 저항할 정도로 막강한 군사력과 王·太子·裨王·大臣·相·將軍·大夫·博士 등 다양한 관직과 王位의 세습 등으로 볼 때,¹⁰⁾ 고조선은 이미 中央集權化와 王權의 強化가 상당히 이뤄졌다고 본다.

그런데 8조법은 이러한 衛滿朝鮮과 연계시켜 생각하기 어려울 정도로 소박한 모습이다. 더구나 현재까지 전하는 3조 가운데서 “相殺, 以當時償殺”이란 기록은 마치 당시까지도 報復을 허용한다는 듯한 인상을 준다. 실제로 일본의 저명한 法史學者 仁井田陞은 이것이 報復을 허용하는 것으로 의심하는데,¹¹⁾ 이는 일차적으로 ‘償殺’이란 표현 때문이다. 즉 중국 史書에서는 『史記』 이후 정당한 死刑에 대하여는 ‘殺’이란 표현을 쓰지 않는 것이 일반적이다. 특히 宋 歐陽修는 이른바 春秋筆法에 따라 『舊唐書』와 『舊五代史』를 『新唐書』와 『新五代史』로 고쳐 쓰면서, 이전에 ‘死’ 또는 ‘誅’로 표기한 것이 비록 형식적인 절차를 거친 死刑이더라도 그것이 정당한 死刑이 아니라고 판단하면 모두 ‘殺’로 고쳐서 표현할 정도다. 그러나 이러한 원칙이 언제나 엄격하게 지켜진 것은 아니다. 예컨대 『漢書』보다 약 200년쯤 후에 편찬된 『三國志』는 高句麗의 法俗에 관한 기록에서 “有罪, 諸加評議, 便殺之”라 표현하였는데, “便殺之”만 보면 報復을 허용한다는 것처럼 보이지만, “諸加評議”란 기록에서 분명히 公刑罰임을 알 수 있다. 이것은 ‘償死’는 물론 ‘償殺’이란 표현만으로 報復을 허용하는 것이라고 단정할 수 없음을 분명하게 보여준다.

그렇다면 고조선의 재판제도는 어떠했을까? 먼저 역사학계의 다수설처럼 위만조선이 고조선의 일부라면, 비록 재판에 대한 구체적인 기록은 없을지라도 당시의 관직명칭에 비추어 어느 정도 추정은 할 수 있다. 즉 朝鮮相이나 尼谿相은 임금을 보좌하는 相이지만 그 이름으로 볼 때 특정지역을 기반으로 하는 세력임을 짐작할

8) 『史記』卷115, 『朝鮮列傳』(2984~2990頁).

9) 『漢書』卷95, 『西南夷兩粵朝鮮傳』(3863~3867頁).

10) 이를 근거로 金貞培·尹乃鉉·崔夢龍 교수 등은 衛滿朝鮮 또는 그 이전부터 古朝鮮은 국가단계에 들어갔다고 본다. 兪成國, 앞논문, 145~46면 참조.

11) 仁井田陞, 『中國法制史研究·刑法』(東京: 東京大學出版會, 1959), 326면.

수 있다.¹²⁾ 그렇다면 이들은 그 지역 또는 부족을 대표하는 지도자이기도 할 것이고, 또한 그 지역 또는 부족의 재판도 주재하였을 것이다. 즉 각 지역 또는 부족은 독자적으로 재판권을 행사했을 것이고, 그 형태는 고대 게르만 사회처럼 지도자가 주재하는 민회형식이거나 고구려의 諸加會議처럼 지도자들이 재판하는 형식이었을 것이다. 다만 이 경우에는 앞에서 이미 언급한 것처럼 위만조선의 위상과 8조법은 너무나 어울리지 않는다는 점이 문제다. 위만조선 정도의 정치체제와 국력이라면 정치적인 범죄 즉 謀反이나 謀叛처럼 국가안위에 관한 범죄도 있을 법한데 8조법에는 그럴 만한 여지가 없다. 실제로 서기전 128년에는 위만조선 영역 안에 있던 것으로 보이는 蕤君 南闔가 그 무리 28만을 이끌고 漢에 투항하였다.¹³⁾ 그렇다면 그 후에도 여기에 대한 대비책을 세우지 않았겠는가?

이처럼 8조법과 위만조선을 연계시키기에는 석연치 않은 점이 있으므로 이번에는 8조법만 놓고 당시의 재판제도를 생각해 본다. 잘 알려진 바와 같이 8조 가운데 현재 전하는 것은 殺人(相殺以當時償殺), 傷害(相傷以穀償), 竊盜(相盜者男沒入爲其家奴, 女子爲婢, 欲自贖者, 人五十萬)에 관한 3조뿐이다. 여기서 살인에 관한 기록은 앞에서 이미 언급한 바와 같이 이것만으로는 同害報復을 인정하는 것이라 단정할 수도 없지만 또한 公刑罰이라 단정할 수도 없다. 또 절도에 관한 기록은 일찍이 李丙燾 선생이 지적했듯이¹⁴⁾ 漢郡縣 설치 이후에 변한 모습이라고 볼 수도 있으므로 이를 근거로 당시의 재판제도를 그려보는 것은 문제가 있다.¹⁵⁾ 결국 당시의 재판제도를 추론하는데 직접적인 근거가 될 수 있는 것은 상해에 관한 기록

12) 尹乃鉉, 『고조선 연구』(서울: 一志社, 1994), 549면; 李鍾旭, 『古朝鮮史研究』(서울: 一潮閣, 1993), 228~230면; 盧泰敦, “古朝鮮의 變遷”, 윤이홍 외 『檀君 - 그 이해와 자료』(서울: 서울대학교출판부, 1994), 43면; 노태돈, “역사적 실체로서의 단군”, 『한국사 시민강좌』 제27집(2000.8.), 18면 참조.

13) 『漢書』卷6, 『武帝紀』元朔元年秋. 東夷蕤君南闔等, 口二十八萬人降, 爲蒼海郡(169頁).

14) 李丙燾, 앞책, 59~56면.

15) 많은 학자들이 절도에 관한 기록을 근거로 당시의 고조선은 債務奴隸가 존재하고 또 화폐 유통이 활발한 사회라고 설명한다. 그러나 일반적으로는 상해에 관한 처벌이 더 무거운데도 여기서는 비교가 안 될 정도로 절도에 대한 처벌이 무겁다는 점에서 刑罰의 균형이 맞지 않고, 또 傷害에 대해서는 곡물로 배상하면서 노비를 면할 때는 엄청나게 많은 화폐를 지불하는 것은 유통수단이 서로 일치하지 않는다는 점에서 나는 이 기록을 의심한다(俞成國, 앞논문, 150면 참조). 이에 대하여는 ‘8條法’에 대한 논문에서 자세히 다룰 예정이다.

뿐이다. 상해에 관한 기록에서 직접 알 수 있는 것은 당시는 동해보복 단계를 지나 賠償을 원칙으로 한다는 점이다. 배상을 하기 위해서는 먼저 배상액을 결정해야 하는데, 만약 당사자끼리 협상한다면 가해자와 피해자 사이에는 감정의 앙금이 남아 있기 때문에 합의에 이르기 어렵고 또 결국은 다시 싸우고 보복으로 이어질 가능성이 많다. 그렇다면 “相傷以穀償”이라고 기록하지 않았을 것이다. ‘穀償’이라고 기록할 정도면 적어도 배상이 일반적 현상이어야 한다. 배상이 일반적 현상이 되려면 그 결정에 효력(실현성)이 있어야 하고, 이 효력을 뒷받침하는 것은 그 결정에 대한 양당사자의 신뢰나 결정을 강제로 실현할 수 있는 힘이다. 즉 신뢰받는 결정이거나 힘있는 결정이어야 한다. 신뢰받는 결정은 양당사자가 임의로 선정한 중재인을 통해서도 얻을 수 있으나, 그 절차가 임의에 따르는 것이라면 매번 결정에까지 이른다는 보장이 없다. 결국 효력 있는 배상결정은 힘이 뒷받침될 때 가능하다. 힘있는 결정이라고 해서 반드시 강제력을 앞세워야 하는 것은 아니다. 배상의 당사자뿐만 아니라 그 사회 구성원 대부분이 동의하는 사람이나 기구, 절차에 따른 결정이면 된다. 이러한 결정은 일반적으로 그 사회에서 인정받는 상설중재인이나 일정한 기구가 강제적인 절차에 따라 내린 것일 때 가능성이 높다.¹⁶⁾ 그리고 이러한 상설중재인 또는 일정한 기구의 결정을 반드시 거쳐야한다면 그 배상은 이미 公刑罰이다. 즉 “相傷以穀償”이란 표현에는 公刑罰이 전제돼 있다.

이처럼 傷害에 대한 賠償이 公刑罰인 사회라면 殺人만 별도로 同害報復을 허용할 가능성은 거의 없다. 반대로 살인에 대해 동해보복을 허용하면서 상해만 별도로 공형벌을 적용할 가능성도 거의 없다.¹⁷⁾ 상해에 대해 배상이란 공형벌이 정착되었다면 그 사회는 이미 모든 범죄에 대해 동해보복의 단계를 넘어서는 의식의 변화

16) 예컨대 烏丸族의 大人이나 고대 게르만 사회의 民會.

17) 따라서 『漢書』나 『三國志』에서 역사서술의 일반적인 원칙에 어긋나게 ‘殺’이란 표현을 굳이 쓰고 있는 것은 강한 應報性을 나타내고자 함이거나 異民族에 대한 멸시를 바탕으로 한 표현일 것이다.

고려 景宗(975~981)은 즉위 초에 先朝에 참소 당한 (그래서 억울하게 죽은) 자들의 자손한테 복수를 허용했으나, 이를 핑계로 함부로 사람을 죽여서 다시 원성이 높아지자 곧 복수를 금했다[辛虎雄, 『高麗法制史研究』(서울: 國學資料院, 1995), 218면 참조]. 이는 公刑罰 체제 아래서 제한적으로 私刑을 허용한 것이나, 사실상 통제할 수 없게 되자 곧 금지한 것이다.

또는 질서가 형성되어 있다고 봐야 한다.

결론적으로 8條法은 그 표현 자체만으로도 公刑罰을 전제로 하고 있다. 물론 상해에 대한 기록에서 드러나듯이 처벌은 가해자가 피해자한테 배상하는 것이다. 살인에 대해서도 가해자가 죽음으로 죄를 갚는다는 결정은 그 사회에서 정해진 절차에 따라 내리지만 그 집행은 피해자 쪽에 맡기는 경우도 있을 것이다.¹⁸⁾ 즉 형벌의 결정 주체 또는 과정은 공적이지만, 그 결과의 귀속이나 집행은 사적일 수 있다는 점에서 아직 不完全한 公刑罰이다. 이는 국가(또는 임금)가 刑罰權을 완전히 장악하고 형벌의 결정과 집행을 오로지 하는 후대의 完全한 公刑罰과 구분된다.

결과적으로 앞에서 살펴본 것처럼 衛滿朝鮮을 古朝鮮의 일부로 봤을 때의 裁判節次나, 衛滿朝鮮과 무관하게 8條法 자체만 놓고 추론해 본 裁判節次나 별 다를 것이 없다. 이는 정치체제나 규모 그리고 범죄의 유형에는 상당한 차이가 있을지라도, 어느 쪽이나 刑罰權은 아직 중앙에 집중되지 않고 또 不完全한 公刑罰이기 때문이다.

3. 古朝鮮은 그 실체마저도 아직 제대로 밝혀지지 않아서 裁判制度에 대해서는 추측하기조차 어렵다. 그러나 불완전하나마 公刑罰의 단계에 들어섰기 때문에 지도자 또는 상설중재인을 통하거나 민회형식의 재판절차를 거쳤을 것으로 추정한다.

Ⅲ. 原三國時代의 裁判制度

1. 夫餘의 法俗에 대해 『三國志』에는 다음과 같은 기록이 있다.¹⁹⁾

有宮室·倉庫·牢獄. …… 國有君王, 皆以六畜名官, 有馬加·牛加·豬加·狗加·大使·大使者·使者. 邑落有豪民, 名下戶皆爲奴僕. 諸加別主四出道, 大者主數千家, 小者數百家. …… 以殷正月祭天, 國中大會, 連日飲食歌舞, 名曰迎歡,

18) 夫餘의 妒忌罪에 대한 처벌이 여기에 해당한다고 본다.

19) 『三國志』는 저자 陳壽(233-297)의 생존연대로 볼 때 대체로 290년을 전후해서 저술했을 것이다. 그렇다면 夫餘의 法俗도 대체로 3세기 후반의 모습을 전하는 것으로 추정한다.

於是時，斷刑獄，解囚徒。…用刑嚴急，殺人者死，沒其家人爲奴婢。竊盜一責十二男女淫·婦人妒，皆殺之。尤憎妒，已殺，尸之國南山上，至腐爛。女家欲得，輸牛馬，乃與之。²⁰⁾

여기서 재판에 대해 살펴본다. 부여는 殷 정월(12월)에 迎鼓라는 祭天 행사를 여는데,²¹⁾ “이때에 刑獄을 審判하고 罪囚들을 풀어준다”고 했다. 영고는 부여사회의 모든 구성원들이 참여해서 연일 함께 먹고 마시고 노래하며 춤추는 행사다. 이를 통하여 부여사회는 하나의 공동체임을 확인했을 것이다. 바로 이런 때에 죄수를 심판한다는 것은 그들이 생명까지도 함께 하는 공동체임을 다시 한 번 확인하는 의미가 있다. 고대의 공동체사회에서 犯罪는 흔히 그 집단전체의 질서를 파괴하는 것으로 받아들여진다. 또 전근대사회에서 刑罰의 집행은 公開刑이 원칙이라는 점을 감안한다면 迎鼓와 같이 거국적인 행사는 죄수를 심판하고 형벌을 집행하기에 더할 수 없이 좋은 기회다. 더구나 자연의 질서 즉 하늘의 질서에 따라 생활하는 그들한테 죄수의 처벌은 곧 하늘의 질서를 어지럽힌 자를 하늘에 고하고 처벌한다는 의미도 있을 것이다.

여기에 裁判節次는 구체적으로 나타나지 않는다. 高句麗는 “諸家評議”라 했으나 夫餘에 대해서는 이런 언급이 없다. 그렇다면 어떤 형식으로 재판했을까? 일단 고구려에 대한 기록과는 다른 점으로 봐서 그 절차도 달랐을 것으로 본다. 아마도 民會 형식이 아니었을까 추정해본다. 나라의 구성원들이 모두 모인 자리에서 原告와 被告의 辯論을 듣고 참석자들이 有罪·無罪를 판단하였을 것이다. 有罪라 판단하면 거기에 따른 刑罰도 함께 결정했을 것이다.²²⁾ 예컨대 殺人이 인정되면 가해자(피고)는 死刑에 처하는 한편 그 가족은 모두 피해자 집안의 노비로 삼고, 姦通한 양 당사자와 妬忌한 아내는 사형에 처한다. 그러나 賠償에 해당하거나 무

20) 『三國志』卷30, 『魏書』, <烏丸鮮卑東夷傳> 夫餘條(841頁).

21) 高句麗나 三韓의 제천행사가 추수감사나 풍요를 기원하는 농경의례인데 비해서, 夫餘의 迎鼓는 한 겨울인 음력 12월에 열린다는 점에서 농경보다는 수렵과 관련이 있다는 견해가 있다(최광식, 『고대한국의 국가와 제사』(서울: 한길사, 1994), 145면 참조).

22) 부여는 諸加가 4출도를 다스렸다고 했으니 이 때의 재판이 고구려의 諸加評議처럼 진행될 가능성이 전혀 없는 것은 아니다. 그러나 만약 제가평의에서 유무죄와 형벌을 결정하고 민중은 그저 집행을 구경하는 데 그친다면 굳이 ‘영고’ 때 재판하는 의미가 사실상 사라진다.

죄로 판단되면 당연히 풀어준다.

『三國志』 기록에는 “於是時，斷刑獄”이라 했지만, 부여사회의 모든 범죄를 오로지 ‘이때에’만 심판한다는 뜻으로 볼 수는 없다. 당시 사람들의 심성이 아무리 단순·소박하다 할지라도 그 무렵 부여사회의 인구가 8만 戶(약 30~40만명)라면 한 해 동안에 발생하는 다툼이 적어도 수십·수백 건은 될 것이다. 그렇다면 하루에 몇 건 처리하기도 어려울 텐데 그 많은 사건을 언제 다 처리하고 축제는 언제 치루겠는가? 이는 현실적으로도 불가능하다. 아마도 대부분의 사건은 평소에 지역별로 또는 부족별로 처리할 것이다. 부여사회는 馬加·牛加·豬加·狗加 등 諸加가 4出道の 수천 또는 수백 家를 다스린다고 했으니, 각기 자기 지배영역에서 발생하는 사건은 그 구성원들끼리 모여서 심판할 것이다. 비록 살인사건이라 할지라도 가해자와 피해자가 모두 같은 영역에 속한다면 굳이 영고 때까지 미루지 않고 지역에서 심판할 것이다.²³⁾ 그러나 가해자와 피해자가 각기 다른 지배영역에 속한다든가 부여사회 전체에 영향이 미칠 만큼 중대한 사건이라면 피의자를 일단 牢獄에 가둬 놓았다가 영고 때 심판했을 것이다.

다음으로 『三國志』에는 영고 때 심판하는 것이 “刑獄”이라 했지만 이것을 굳이 오늘날의 刑事裁判에 한정하는 것으로 이해할 필요는 없다. 물론 중국에서는 고대에도 獄訟과 詞訟이라 해서 형사재판과 민사재판을 구분하는 개념이 있었지만, 실제 사용에서는 그다지 엄격하게 구별하지 않았고 또 당시의 재판절차가 형사와 민사로 뚜렷하게 구분되지도 않았다. 게다가 중국과 달리 부여는 아직 공동체적 성격이 강하게 남아 있어서, 오늘날의 기준에서 민사로 분류되는 사건도 대부분 공동체의 질서를 해치는 것으로 인식했을 것이다.²⁴⁾ 따라서 部族 또는 諸加 사이의 채권·채무라든가 영역에 대한 다툼 같은 사건은 영고 때 여는 심판의 대상이 됐을 것이다.

마지막으로 “解囚徒”를 죄가 가벼운 자를 석방하는 것으로 이해하거나²⁵⁾ 赦免

23) 이처럼 지역에서 재판할 때는 그 사회의 규모나 지도자의 세력 정도에 따라 諸加가 직접 판결하는 곳이 있는가 하면 민회형식을 취하는 곳도 있을 수 있다고 본다.

24) 고대 게르만사회에서 모든 소송은 현대적 의미에서 刑事訴訟이지 民事訴訟은 아니라 한다. 崔鍾庫, 앞책, 92면 참조.

25) 李丙燾, 앞책, 223~24면.

으로 이해하는 견해가²⁶⁾ 있다. 그러나 이는 사면으로 볼 수 없다. 물론 후대에 가면 天神이나 地祇 등에 제례를 올린 다음에 온 백성의 화합을 이루기 위해서 사면을 시행하는 예가 많다. 그러나 사면을 하자면 刑罰權을 국가 또는 임금이 완전히 장악하고 있어야 한다. 즉 赦免에는 완전한 公刑罰이 전제된다. 赦免이란 어떠한 이유로든 죄인에 대한 처벌을 포기하는 것이므로, 赦免權者가 그 處罰權을 가지고 있어야 한다. 그런데 부여 당시는 不完全한 公刑罰이다. 즉 有罪와 刑罰에 대한 판단은 공적인 절차를 거치지만, 집행은 그렇지 않다. 『三國志』의 기록으로 알 수 있듯이 살인자는 사형에 처하지만 그것으로 끝나지 않고 그 가족은 피해자의 노비로 삼고, 절도는 12배를 피해자한테 배상한다. 그런데 이런 상황에서 임금이 또는 나라에서 죄인을 완전히 사면한다면, 피해자는 가해자를 처벌하지 못한다는 심리적 상실 외에도 현실적으로 기대되는 노비 또는 12배의 배상을 못 받게 된다. 피해자 또는 그 가족이 축제를 맞아 죄인에 대한 직접적인 처벌을 면하는 것까지는 용납하더라도 현실적인 기대치를 포기할 수 있겠는가? 그렇다고 나라에서 또는 임금이 이를 보상해 줄 것인가? 가벼운 죄를 지은 자라 하더라도 그를 석방한다는 것은 그가 배상해야 할 책임을 면하는 것이고, 이는 곧 피해자가 받을 배상을 못 받는 것이다.²⁷⁾ 이처럼 불완전한 공형벌 체제에서는 현실적으로 사면이 불가능하다. 따라서 “解囚徒”는 牢獄에 갇혀있던 자[囚徒, 被疑者]가 심판 결과에 따라 무죄라서 그냥 풀려나거나 유죄라도 배상을 하고 풀려난다는 것으로 이해해야 한다.

2. 『三國志』는 高句麗의 法俗에 대해서도 다음과 같은 기록을 남겼다.

東夷舊語以爲夫餘別種, 言語諸事, 多與夫餘同, 其性氣衣服有異. . . . 以十月祭天, 國中大會, 名曰東盟. . . . 無牢獄, 有罪, 諸加評議, 便殺之, 沒入妻子爲奴婢.²⁸⁾

이는 앞에서 살펴본 夫餘와 거의 같은 시기의 法俗을 기록한 것일테지만 다소

26) 金容泰·明燭植·羅用植, 『韓國法制史概要』(이리: 圓光大學校 出版局, 1981), 22면.

27) 앞에서 언급한 것처럼 가벼운 죄는 영고 때 아예 다루지도 않았을 것이다. 만약 가벼운 죄까지도 모두 다룬다면 도대체 영고 때는 얼마나 많은 사건을 다루야 했을까?

28) 『三國志』卷30, 『魏書』 <烏丸鮮卑東夷傳> 高句麗條(842~844頁).

차이가 있다. 고구려 사람들은 스스로 부여의 한 갈래라 하고 언어를 비롯해서 여러 가지 면에서 같지만, 그들의 성벽이나 의복 등에는 다른 점이 있고, 祭天 행사도 부여와는 달리 10월에 연다고 했다. 이는 부여 사람들의 생활이 아직도 유목이나 수렵과 밀접한 데 비해서, 고구려 사람들은 주로 농경생활을 하고 있음을 뜻할 것이다. 이러한 차이에서 비롯되었을 테지만 裁判制度에도 차이를 보인다.

고구려의 재판제도에 대한 위 기록은 마치 “고구려에는 牢獄이 없어서 犯罪가 발생하면 諸加가 즉시 심판하는데, 죄인은 곧 모두 죽이고 妻子는 몰입하여 노비를 삼는다”는 듯한 인상을 준다. 그러나 제반사정을 분석해 보면 그렇지 않다. 먼저 “無牢獄”이 갖는 의미를 살펴본다. 『三國志』는 분명히 夫餘에는 “牢獄이 있다” 했으나 고구려에는 “牢獄이 없다”고 했다. 고구려와 부여 사이에는 분명히 차이가 있기 때문에 이처럼 달리 기록했을 것이다. 그렇다면 과연 고구려는 牢獄이 없어서 범죄가 발생하면 언제나 즉시 처리해야만 했을까? 그렇지 않는다고 본다. 비록 牢獄이 없더라도 피의자 또는 죄인을 몇 일 또는 한두 달 동안 가둬둘 곳이 없지는 않을 것이다. 따라서 牢獄이 없기 때문에 언제나 즉시 재판한다는 뜻은 될 수 없다. 그러면 牢獄이 없다는 것은 어떤 의미를 갖는가? 이는 “牢獄”이라는 말이 나타내는 일정한 시설이 없다는 뜻으로 본다. 夫餘에 관한 『三國志』 기록에 “城柵은 모두 등글게 만드는데 牢獄과 비슷하다(作城柵皆員, 有似牢獄)”고 했다. 이는 물론 당시의 정책을 설명하기 위한 것이지만, 역으로 ‘牢獄은 등근 것이 정책과 비슷하다’는 정보도 담고 있다. 실제로 조선조까지도 우리 나라의 감옥은 일반적으로 담장이 등글다.²⁹⁾ 이것으로 봐서 “無牢獄”이란 고구려는 일정한 형체를 갖춘 牢獄이 없다

29) 1997년 경주시 서부동에서 발굴한 조선시대(16세기에 축조한 것으로 추정) 감옥은 지름 4m 정도의 원형 돌담장으로 둘러 싸였고(『조선일보』 1997년 9월 30일 19면, “조선시대 감옥터 첫 발굴; 경주시 서부동서... 16세기 축조 추정”), 조선시대 말까지 지금의 광화문우체국 자리에 있던 典獄署와 일제시대까지도 남아있던 공주감옥도 등근 담장이었다(이규태, 『이규태의 개화백경2호판대 나귀는 약과도 싫다하네』(서울: 조선일보사, 2001), 199~200면). 아마도 典獄署를 그린 것으로 보이는 풍속화에서도 등근 담장을 볼 수 있다(徐壹敎, 『朝鮮王朝 刑事制度의 研究』(再版, 서울: 博英社, 1974), 서문 앞, 圖版第五의 아래 그림. 이 책에서는 이 자료를 “南基正氏 所藏 『司法制度 沿革圖譜』에서 轉載”라고만 소개했으나, 임상혁 교수 인터넷 홈페이지 자료실(<http://member.hitel.net/~lhmSHP/gallery.htm>)에서는 “김윤보의 풍속회첩”이라 소개했다.

는 사실만 그저 나타낼 뿐, 牢獄이 없기 때문에 범죄가 발생할 때마다 즉시 재판한다는 사실을 나타내는 것은 아니다.

그러면 언제 재판했을까? 재판의 주체가 諸加 즉 諸加會議라면 구성원이 많지 않을 테니 부여의 迎鼓나 게르만사회의 民會처럼 회합을 갖기가 그다지 어렵지는 않을 것이다. 그리고 諸加會議는 상설기구일 테니 정기적인 회의가 있을 수도 있고 중대한 사안이 있으면 언제든지 소집할 수도 있을 것이다. 따라서 재판해야 할 사안이 상정되면 그 성질에 따라 즉시[임시회의] 또는 정기회의 때 심판했을 것이다. “有罪, 諸加評議”란 바로 이러한 사실을 보여준다.

다음으로 누가 어떻게 재판하는가? “諸加評議”라 했으니 당연히 재판의 주체는 諸加다. 본디 고구려는 涓奴部 · 絶奴部 · 順奴部 · 灌奴部 · 桂婁部 또는 貫那部 · 藻那部 · 桓那部 · 朱那部 · 掾那部の 5부를 중심으로 각자 상당한 자치권을 유지하며 성장하였으나, 점차 왕권이 강화되면서 상대적으로 5부의 자치권은 약화되는 한편 전래의 자치구도 점차 소멸되면서, 상대적으로 東 · 西 · 南 · 北 · 中이란 방위로 나타나는 인위적인 행정구가 그 자리를 대신하다가 故國川王(179~196) 때쯤에는 새로운 5부 체제가 확립됐다.³⁰⁾ 이 과정에서 각 부의 지도자 즉 諸加들은 자기 부에서 차지하는 비중은 약화되었지만 그에 대한 보상으로 중앙에서 어느 정도의 지위를 보장받았을 것이다. “諸加評議”는 바로 그러한 지위에서 얻게 된 權限이라고 본다. 즉 5부가 중앙에 완전히 예속되기 전에는 각 부가 독자적으로 재판권을 행사했을 것이고, 그 주체는 아마도 大加였을 것이다. 大加는 각기 자기 밑에 使者 · 阜衣 · 先人 등의 관리를 둘 정도로 확고한 지위를 차지하고 있었으므로 부 안에서 발생하는 사건은 대부분 이들을 거느리고 직접 심판했을 것이다. 그러다가 행정구역이 전래의 部에서 인위적인 부³¹⁾로 개편되면서 새로운 부의 관장은 임금이 임명했을 테고, 이제 그 부 안에서 발생하는 사건은 대부분 임명

30) 최근의 견해로 고구려는 원래 소규모 집단인 那가 기본단위였으나 점차 통합되어 가다가 太祖王(53~145) 초기에 5부가 확립되고, 대체로 고국천왕대에는 방위를 이름으로 하는 5부가 확립되었다는 주장이 있다(노태돈, 『고구려사 연구』(서울: 사계절, 1999), 117~121면; 金基興, “高句麗의 國家形成”, 『한국 고대국가의 형성』(서울: 민음사, 1990), 210~11면 참조).

31) 이를 ‘固有名 部’와 ‘方位名 部’로 표기하기도 한다(노태돈, 위책, 164면 참조).

관장이 심판할 것이다. 한편 자기 출신 부에서 실권을 잃은 諸加들은 그 대신 중앙에서 諸加會議를 구성하고 중요한 國事들을 논의·결정하게 되었을 것이다. 裁判은 그러한 중요국사 가운데 한 부분으로 봐야 한다.³²⁾ 다만 이들이 재판관을 담당한다고 해서 나라 안의 모든 訴訟을 처리할 수는 없다. 아마도 이들이 심판하는 사건은 夫餘에서 迎鼓 때 다루는 사건들과 비슷할 것이다. 즉 國事犯, 귀족 또는 관리들 사이에 발생한 사건, 몇 개 부에 걸친 것이라 어느 한 부에서 다루기 곤란한 사건, 특별히 중대한 사건 등을 諸加會議에서 심판했을 것이다.

諸加가 評議하는 구체적 절차는 사료에 나타나지 않는다. 刑獄이라 하더라도 소추기구가 따로 없음은 물론이고 아직 불완전한 公刑罰인지라, 피해자 또는 그 가족이 原告가 되고 가해자 또는 피의자가 피고가 되어 각자 증거와 증언으로 변론하면 諸加가 합의하여 판결할 것이다. 위 기록에는 有罪면 모두 死刑에 처하는 것 같이 표현했지만 그럴 수는 없다.³³⁾ 또 罪人이 死刑이면 무조건 그 가족은 모두 노비가 되는 것 같이 표현했지만 역시 그럴 수는 없다. 夫餘에 비추어 아마도 殺人한 자는 死刑에 처하고 그 가족은 노비로 삼았을 것이다. 이는 살인에 대한 응보로서 가해자를 사형에 처하는 한편 피해자 집안의 노동력 상실과 정신적 고통에 대한 배상으로서 가족을 노비로 삼는 것이다.

마지막으로 “便殺之”에 대하여 덧붙이면, 앞에서 이미 언급한 것처럼 ‘殺’이라 표현했지만 “諸加評議”라는 절차가 전제되므로 이는 명백하게 私刑을 뜻하는 것이 아니다. 또한 諸加會議라는 상설재판기구까지 있을 정도니까 死刑의 집행도 관행에 따라 공식적으로 처리했을 것이다.

3. 沃沮·濊·三韓의 裁判節次에 관한 기록은 보이지 않는다. 그러나 이 시대의 沃沮·濊·三韓의 사회구성은 高句麗나 夫餘와 별다른 차이가 없으므로 재판절차도 대체로 비슷하였을 것이다. 다만 濊는 邑落이 서로 침범하면 노비나 소·말로 배상하는 責禍가 있는 것으로 봐서 고대 게르만사회처럼 공동체적 성격이 대단히 강한 것으로 짐작한다. 또한 아직 官職의 분화도 미미하고 인구도 약 10

32) 위책, 157면 참조.

33) 李玉, 『高句麗 民族形成과 社會』(서울: 教保文庫, 1984), 224면 참조.

만 정도로 그다지 많지 않다. 따라서 濊는 고대 게르만사회의 民會와 유사한 裁判節次가 있었을 가능성이 높은 것으로 추측한다. 비록 濊가 인종적으로나 언어·풍속, 지리적으로 夫餘보다는 고구려에 더 가깝지만, 공동체적 성격이 강한 사회의 특성으로 재판절차는 고구려보다 오히려 부여에 더 가까웠을 것으로 추정한다.

4. 原三國時代의 夫餘와 高句麗의 裁判制度에 대한 정보는 위의 古朝鮮보다는 조금 나은 편이기는 하지만 역시 크게 부족하다. 그 가운데에서도 고구려에는 ‘諸加評議’ 절차가 있기 때문에 적어도 재판절차 면에서는 부여보다 다소 앞섰다. 이는 정치체제 면에서 부여보다 고구려가 다소 발달했기 때문이며, 아마도 고구려는 농경을 기반으로 하는 정착사회인 탓이 아닐까?

IV. 三國時代의 裁判制度

1. 高句麗의 裁判制度

1) 高句麗의 裁判節次에 관한 구체적 기록은 앞에서 살펴본 것뿐이다. 그러나 이것은 이른바 原三國時代에 관한 기록으로 慣習法時代의 法俗이다. 고구려는 이웃에 있는 魏·前燕·樂浪郡과 帶方郡, 그리고 百濟와 투쟁하는 가운데 점차 王權을 강화하다가, 드디어 小獸林王 3년(373)에는 律令을 頒布하였다.³⁴⁾ 이는 전년에 前秦으로부터 儒學을 들여와 太學을 세우고 아울러 佛敎를 도입한 뒤에 나온 연이은 조치로 왕권을 더욱 확고하게 만들기 위함일 것이다. 이를 바탕으로 하여 뒤를 이은 廣開土大王(391~412)과 長壽王(413~491)·文咨王(492~518)에 이르는 100여 년 간은 훌륭한 內治와 外政으로 전성기를 이뤘다. 이때는 밖으로 영토확장을 게을리 하지 않으면서도 한편으로는 남북조 여러 나라들과 교류하면서 선진문물을 받아들이는 데도 힘썼다. 특히 장수왕·문자왕대에는 100여 년 동안에

34) 『三國史記』卷18, 「高句麗本紀」小獸林王 三年, 始頒律令[『三國史記』朝鮮史學會 新組版(影印本, 서울: 景仁文化社, 1982), 185면. 다음부터는 ‘185’로 표시한다.]

北魏와 80여 차례 使行交渉이 있었다.³⁵⁾ 당시 北魏律은 晉律보다 발달했고 裁判制度에도 많은 발전이 있었다. 즉 北魏는 5세기 초부터 死罪에 관한 한 모든 사건을 황제한테 보고하여 직접 황제의 심판을 받도록 했다.³⁶⁾ 고구려 또한 이 과정에서 北魏의 영향을 받았을 가능성이 많다. 즉 영토확장과 체제정비에 따라 律令改正과 裁判節次의 개선은 필연적이다.³⁷⁾ 그러나 현재 여기에 대한 구체적인 자료는 남아있지 않다.

2) 中央集權體制가 강화되면서 裁判制度에도 변화가 있었을 것이다. 諸加會議는 王權의 강화와 더불어 4세기 이후 점차 그 기능이 축소되다가 결국은 사라진다.³⁸⁾ 따라서 諸加會議가 가지고 있던 裁判權도 점차 임금한테 직속된 일반행정관료들한테로 넘어갔을 것이다. 그 과정에서 司法을 관장하는 관리 또는 기구가 나오는 것이 일반적이다. 중국은 周代의 秋官 또는 司寇에서부터 秦·漢代의 廷尉·大理, 隋·唐代의 刑部 또는 刑曹 등이 있었고, 우리 나라는 백제의 朝廷佐平과 司寇部, 신라의 理方府, 심지어는 단명으로 끝난 後高句麗까지도 義刑臺라는 司法府가 있었다. 그런데 高句麗에는 이에 관한 관직이 전하지 않는다. 역사상 다른 나라에는 다 있는 관직이 과연 고구려에는 없었는지, 아니면 있었으나 단지 기록이 전하지 않을 뿐인지 단언하기 어렵다. 그러나 다른 나라와 마찬가지로 고구려에도 사법부 또는 사법관이 있었으나 단지 기록이 전하지 않을 뿐이라고 보는 것이 합리적이다. 왜냐하면 백제나 신라에 대해서는 전체적인 조정관직이 전하는데 비해서 고구려에 대해서는 전체적인 조정관직이 전하지 않는다는 점에서 유독 사법부만 없는 것은 아니라는 것과, 諸加會議에서 관장하던 재판권이 제가회의가 약화 또는 소멸되면서 그냥 없어진 것이 아니라 그 업무는 다른 대체기구에 전승됐으리라는 가능성 때문이다. 司法府가 있었다면 律令의 改正을 담당하고 귀족 및 중

35) 徐榮洙, “三韓時代 韓中外交의 전개와 성격”, 韓國史硏究會 編 『古代韓中關係史의 硏究』(서울: 三知院, 1987), 121면 表1 참조.

36) 중국의 재판절차에 대해서는 兪成國, 앞논문, 51~58면 참조.

37) 高句麗의 律令改正에 대하여는 盧重國, 「高句麗律令에 關한 一試論」, 『東方學志』 21집(1979.3), 96~121면 참조.

38) 김용만, 『고구려의 발견: 새로 쓰는 고구려 문명사』(서울: 바다출판사, 1999), 182면 참조.

양의 獄訟을 다스리며 지방에서 보고된 死罪에 대한 일차심을 맡았을 것이다.³⁹⁾

그렇다면 고구려의 裁判節次는 지방 행정구역 개편 이후 대체로 4세기까지 중앙은 제가회의가 담당하고 지방은 그 관장이 주재하다가, 제가회의가 약화되면서 중앙의 재판권은 司法을 전담하는 기구 또는 관리한테로 넘어갔을 것이다. 특히 律令이 도입되면서 이를 전담하는 기구가 생겼을 가능성이 높다. 다만 司法府가 별도로 있었다 하더라도 隋·唐과 같은 審級制度가 고구려에 정착했다고 단정할 수는 없다. 여하튼 이를 구체적으로 뒷받침할만한 자료는 현재 없다.

3) 고구려의 재판제도를 알 수 있는 구체적인 자료가 없으므로, 여기서 史書에 전하는 判決例(處罰例)를 통해 그 모습을 추론해 본다. 현재 高句麗의 判決例는 10여 개가 전한다. 그 가운데 하나만 지방관이 판결한 것이고 나머지는 모두 임금이 판결한 것이다. 먼저 그 사례를 간략히 소개한다.

- ① 瑠璃明王 19년(서기전 1). 郊祭에 희생으로 쓸 돼지를 담당하는 관리 두 사람이 잘못하여 갈로 돼지 다리힘줄을 잘랐다. 임금은 두 사람을 생매장하라 명했다.⁴⁰⁾
- ② 瑠璃明王 27년(8). 태자 解明이 이웃 나라 黃龍王과 불편한 관계를 맺었다. 임금은 태자가 不孝를 저질렀다고 자결하라 명했다.⁴¹⁾
- ③ 大武神王 15년(32). 대신 仇都·逸苟·焚求 세 사람이 남의 처첩과 우마와 재물을 빼앗는 등 권력을 남용하여 백성들의 원망을 샀다. 임금은 그들을 처형하고자 하

39) 『周書』에 “절도는 장물의 10여 배를 징수한다. 가난해서 이를 징수할 수 없거나, 公·私의 빚을 지고 갚을 수 없는 자는 그 자녀를 노비로 삼아 갚는 것을 허용한다(盜者, 十餘倍徵贓. 若貧不能備, 及負公私債者, 皆聽評其子女爲奴婢以償之)”고 전한다(『周書』卷49, 「異域傳上」, 高麗條(885頁)). 여기서 “聽評”이란 표현은 관리 또는 공공기관이 관여함을 나타내는데, 『周書』가 대체로 6세기 후반 이후의 사실을 기록한 것으로 본다면, 이는 고구려 말기 재판제도의 한 모습을 나타낸다고 본다. 그러나 이는 고구려 말기에 공공재판제도가 시행되고 있다는 당연한 사실을 반영할 뿐 재판의 주체가 구체적으로 누구인지는 나타내지 않는다. 즉 이러한 일은 지방관도 할 수 있는 것이므로 중앙에 어떠한 사법기구가 있다는 사실을 뒷받침하는 자료는 아니다. 다만 公·私債를 막론하고 자녀를 사체 대신 노비로 줄 때는 (아마도 반드시) 官의 허가를 받아야 한다는 사실을 나타낸다는 점에서 의미가 있다.

40) 『三國史記』卷13, 「高句麗本紀」瑠璃明王 19年條(149).

41) 『三國史記』卷13, 「高句麗本紀」瑠璃明王 27年條(150).

- 였으나 東明王의 옛 신하들이라 차마 극형에 처하지 못하고 庶人으로 만들었다.⁴²⁾
- ④ 次大王 3년(148). 師巫가 요사스러운 말로 임금을 誣罔한다고 임금이 그를 죽였다 [殺之].⁴³⁾
- ⑤ 故國川王 12년(190). 中畏大夫 沛者 於畀留와 評者 左可慮 등이 권력을 남용하다가, 임금이 처형하려 하자 反亂을 일으켰다. 이듬해 반란을 평정하고 일부는 죽이고 일부는 귀양을 보냈다.⁴⁴⁾
- ⑥ 中川王 즉위년(248). 임금의 아우 預物 · 奢旬 등이 謀反하다가 처형됐다[伏誅].⁴⁵⁾
- ⑦ 中川王 4년(251). 임금이 貫那夫人을 사랑하여 장차 小后로 삼으려 하자, 王妃가 틈만 나면 관나부인을 협박하여 몰아내려 했다. 이에 위협을 느낀 관나부인은 왕비가 자기를 가축자루에 담아 바다에 던지려 한다고 모함했다. 임금은 관나부인을 가축자루에 넣어 서해에 던지게 했다.⁴⁶⁾
- ⑧ 西川王 17년(286). 임금의 아우 逸友 · 素勃 등이 反逆을 꾀하자 國相을 시키겠다고 유인하여 잡아서 처형했다[誅之].⁴⁷⁾
- ⑨ 烽上王 2년(293). 임금이 그의 아우 咄囹가 모반하려는 의도를 가졌다 하여 자결하게 했다.⁴⁸⁾
- ⑩ 美川王 즉위년(300). 임금이 어릴 때 政爭으로 몰려나 숨어 다니며 소금장수를 하다가 한 노파의 짚신을 훔쳤다는 모함을 당했다. 압록지방 수령[鴨渌宰]은 소금으로 짚신 값을 배상하게 하고 또 매를 친 다음 석방했다.⁴⁹⁾
- ⑪ 陽原王 13년(557). 환도성의 干朱理가 反亂을 일으켰다가 처형됐다[伏誅].⁵⁰⁾

위에서 ①부터 ⑩까지는 모두 律令制度를 도입하기 이전, 즉 慣習法 시대의 사례다. 한편 앞에서 언급한 것처럼 사례 ⑩은 유일하게 地方官이 심판한 것이다. 이 무렵은 아직 중앙에서는 諸加會議가 裁判權을 가지고 있었으리라 추측되지만, 지방에서야 당연히 그 관장이 재판권을 담당했을 것이다. 그리고 여기서는 지방관의

42) 『三國史記』卷14, 「高句麗本紀」大武神王 15年條(156).

43) 『三國史記』卷15, 「高句麗本紀」次大王 3年條(164).

44) 『三國史記』卷16, 「高句麗本紀」故國川王 12年條, 13年條(167); 『三國史記』卷45, 「列傳」乙巴素(453).

45) 『三國史記』卷17, 「高句麗本紀」中川王 卽位條(175).

46) 『三國史記』卷17, 「高句麗本紀」中川王 4年條(175).

47) 『三國史記』卷17, 「高句麗本紀」西川王 17年條(177).

48) 『三國史記』卷17, 「高句麗本紀」烽上王 2年條(178).

49) 『三國史記』卷17, 「高句麗本紀」美川王 卽位條(179).

50) 『三國史記』卷19, 「高句麗本紀」陽原王 13年條(198).

명칭도 ‘○那’와 무관한 ‘鴨渌宰’다. 따라서 전래의 部와는 무관하게 중앙에서 임명한 관리인 듯하다.

나머지는 모두 임금 주변에서 발생했거나 王權과 관계 있는 사건이라 임금이 직접 처형을 지시하거나 판결한 것으로 보인다. 그 가운데 ①②④⑦은 재판이라는 격식을 갖추지 않은 채 즉흥적으로 처벌한 것 같다. 그러나 ⑥⑧⑩은 伏誅⁵¹⁾ 또는 誅之라 표현했을 뿐만 아니라 상황으로 봐서도 제대로 재판절차를 거친 것으로 추정한다. 나머지 ③⑤⑨는 표현으로 봐서는 분명치 않으나 상황으로 봐서는 임금이 절차를 거쳐 처벌한 것으로 생각한다.

고구려의 赦免에 관한 기록은 『三國史記』에 9건이 나온다.⁵²⁾ 이 가운데 초기의 기록은 당시에는 아직 국가가 刑罰權을 완전히 장악했다고 보기 어려우므로 신빙성이 없으나, 新大王 2년의 기록은 상당히 구체적일 뿐만 아니라 이때에는 왕권도 상당히 강화되었으므로 신빙성이 있다.

2년 봄 정월에 왕이 명령을 내렸다. “내가 외람되게도 왕의 근친으로 태어났으나, 본래 임금의 덕성을 갖추지 못했다. (...) 그릇되게도 못한 자력으로 거룩한 자리에 앉게 되니, 편치 못함이 마치 깊은 물 깊은 바다를 건너는 것과 같도다. 마땅히 은혜를 먼 곳까지 퍼고, 대중들과 더불어 나를 새롭게 해야 할 것이니, 전국의 罪囚들을 大赦하라!” (...) 애초에 明臨答夫의 난이 일어났을 때, 次大王의 태자 鄒安이 도망하였다가 새 임금의 대사령을 듣고 곧 關門에 이르러 고했다. “지난번 나라에 재난이 있을 때, 제가 죽지 못하고 산골짜기로 도망하였다가, 이제 새로운 정치를 베푸는 말을 듣고 감히 저의 죄를 고합니다. 만약 대왕께서 법에 따라 죄를 주시면, 시체를 저자에 버리는 벌이라도 받겠으며, 만약 죽음을 면해 먼 곳으로 추방하신다면, 죽을 사람을 살리는 은혜니, 이는 제가 바라는 바이나 감히 기대하지는 않습니다.” 왕이 그에게 狗山瀨·婁豆谷

-
- 51) 중국에서 史書를 기술할 때 정당한 재판을 거쳐서 처형한 경우는 이른바 春秋筆法에 따라 ‘伏誅’라 표현하는 것이 일반적이다. 다만 ⑥⑧은 당시까지 우리 나라에 春秋筆法이 알려지지 않았을 것이므로 『三國史記』에서 사건당시의 표현을 그대로 옮긴 것이 아니라 편찬 당시의 기준에 따라 표현한 것으로 생각한다. 아마 ⑩도 마찬가지일 것으로 생각한다.
- 52) 瑠璃明王 23년(4) 2월, 大武神王 2년(19) 1월, 太祖大王 25년(77) 10월, 新大王 2년(166) 1월, 山上王 2년(198) 4월, 東川王 2년(228) 2월과 17년(243) 1월, 中川王 8년(255), 平原王 2년(560) 2월[俞成國, 「儒敎的 傳統社會의 赦免制度에 관한 研究」(博士學位論文: 延世大學校 大學院, 1996.12), 218면 <표4 - 1> 참조].

두 곳을 주고, 讓國君으로 봉했다.⁵³⁾

이 기사에는 임금이 행사하는 赦免權과 刑罰權이 잘 나타난다. 이 기사를 보면 임금은 모든 범죄를 사면할 수 있고 또 모든 범죄를 처벌할 수 있는 것처럼 보인다. 그러나 위에서 설명한 것처럼 이때는 아마도 諸加會議가 裁判權을 행사하던 초기에 해당할 것이다. 그렇다면 임금이 赦免令을 내리더라도 피해자에 대한 배상까지 면하게 하기는 어려웠을 테고, 따라서 사면의 대상은 주로 공공범죄가 될 것이다. 裁判權 역시 마찬가지로 이 사건처럼 다분히 왕실 내부적인 문제라면 혼자 처벌할 수 있어도, 제가회의의 재판권에 속하는 범죄까지 함부로 처벌하기는 어려웠을 것이다. 그러나 平原王 2년에 始祖廟에 다녀오면서 거처가는 州郡의 죄수 가운데 死罪人를 제외하고는 모두 사면했다⁵⁴⁾는 曲赦는 기록 그대로일 것이다. 즉 이때쯤에는 이미 임금은 완전한 형벌권과 사면권을 가졌을 것이다.

4) 高句麗의 裁判制度를 구체적으로 알만한 자료는 거의 없다. 겨우 한두 가지 단서를 가지고 당시의 정치적 상황이나 다른 나라의 예에 비추어 추론할 수밖에 없는 것이 현실이다.

서기 372년 이후 儒學 교육과 佛敎 전파 그리고 律令 도입으로 王權은 더욱 강화됐지만, 이것이 곧 裁判制度에도 영향을 미쳤으리라고 보기는 어렵다. 裁判制度에서 세계적으로도 그 유례가 드물 정도로 앞서간 중국도, 北魏에서 이미 변화를 보이기 시작하고서도 隋·唐에 이르러서야 비로소 中央集中式 審級制度가 완성됐다. 이런 점에 비추어볼 때 高句麗가 비록 지속적으로 중국의 제도를 답습하였다 하더라도 재판제도는 말기이나 겨우 중앙에 집중되었을 것이다. 그러나 이것마저도 北魏처럼 단지 死罪만 반드시 朝廷의 재가를 받도록 하는 정도에 그치지 않았을까 생각한다. 말기의 내정 혼란과 저 거대한 隋·唐의 지속적인 외침으로 인해서 고구려는 결국 나라가 멸망할 때까지도 제대로 된 審級制度는 정착시키지 못했을 가능성이 높다.

53) 이 번역은 『三國史記 CD96』(서울: 한글과컴퓨터, 1996)에서 인용하면서 표현을 조금 바꿨다.

54) 『三國史記』卷19, 「高句麗本紀」 平原王 二年 春二月. 王幸卒本, 祀始祖廟. 三月. 王至自卒本, 所經州郡獄囚, 除二死, 皆原之(199).

2. 百濟의 裁判制度

1) 『增補文獻備考』는 多婁王 2년(29)에 ‘모든 縣의 死罪는 곧 判決하지 말고 모두 서울로 移送하여 충분한 심리를 마친 뒤 임금께 아뢰어 裁決을 받고, 死刑은 5년 아뢴 다음에 집행하도록 하라’는 칙령을 내렸다고 전한다.⁵⁵⁾ 여기서 앞부분은 隋 文帝의 지시와 같고, 뒷부분은 唐 太宗의 지시와 같다.⁵⁶⁾ 따라서 이러한 제도는 백제말기애나 도입됐을 가능성이 있다. 그러나 고구려와 마찬가지로 死刑에 대한 裁判 및 執行節次가 백제말기라 할지라도 과연 이 정도로 정비되었을까 의문이다.

한편 『三國史記』는 古尔王 27년(260)에 官制의 정비에 따라 司法을 관장하는 朝廷佐平을 두고, 다음해에는 昆奴를 佐平으로 임명하였다고 한다.⁵⁷⁾ 그러나 이 기사에 대하여는 의문이 있다. 즉 고이왕 당시에 백제가 과연 조직을 이렇게 정비할 정도로 성장했을까⁵⁸⁾ 하는 점과, 백제가 이미 이 정도로 성장했다면 어째서 『三國志』에는 三韓 70여 국 가운데 하나로 겨우 이름만, 그것도 ‘伯濟國’으로 나올까? 또 중국 史書에는 같은 내용이 당시보다는 훨씬 뒤의 시대를 다룬 『舊唐書』⁵⁹⁾에 비로소 나온다는 점, 아울러 『舊唐書』보다는 앞선 시대를 다룬 『周書』나 『北史』에는 司法機關으로 朝廷佐平이 아니라 外官에 소속된 司寇部로 나온다.⁶⁰⁾는

55) 『增補文獻備考』卷133, 「刑考七」<詳讞> 百濟多婁王 二年, 飭, 諸縣死罪不得便決, 悉移京獄, 按覆事盡, 然後取奏裁, 令死罪者五奏以決<133 - 1, 中533>. 『增補文獻備考』(影印本, 서울: 明文堂, 1981)에서 133卷 1帳, 中533면을 뜻함.

56) 兪成國, 「韓國古代死刑制度研究」, 56 · 57면.

57) 『三國史記』卷24, 「百濟本紀」 古尔王 27年(260) 春正月. 置內臣佐平, 掌宣納事; 內頭佐平, 掌庫藏事; 內法佐平, 掌禮儀事; 衛士佐平, 掌宿衛兵事; 朝廷佐平, 掌刑獄事; 兵官佐平, 掌外兵馬事(243); 28年 2月. 拜眞可爲內頭佐平, 優豆爲內法佐平, 高壽爲衛士佐平, 昆奴爲朝廷佐平, 惟己爲兵官佐平(244).

『三國史記』本紀에 朝廷佐平에 대한 기록은 近肖古王 2년(347)에 한 번 더 나온다.

58) 盧重國, 『百濟政治史研究：國家形成과 支配體制의 變遷을 中心으로』(서울: 一潮閣, 1988), 84면에서는 이를 泗泚時代의 사실로 보고 있다. 이도환, 『새로 쓰는 백제사』(서울: 푸른역사, 1997), 429면 역시 후대의 사실을 소급·부회한 것으로 보고 있다.

59) 『舊唐書』卷199上, 「東夷傳」 百濟條(5329頁).

60) 『周書』卷49, 「百濟傳」(886頁)과 『北史』卷94, 「百濟傳」(3119頁)에는 “左平五人”이 1품이라고만 나올 뿐 朝廷佐平 등 업무분장에 대한 언급은 없다.

점도 의문을 더한다. 또 일부 학자들은 이때의 조직정비와 29년에 官吏의 受財를 처벌하라 했다⁶¹⁾는 기사를 근거로 백제는 이 무렵에 律令을 반포했다고 한다. 그러나 이때는 대부분의 학자들이 高句麗 律令의 母法이라 하는 晉의 泰始律⁶²⁾도 아직 나오기 전이다. 아마도 백제의 律令 도입은 고구려가 율령을 도입할 때와 유사한 여건, 즉 중국과 직접 교류하고 儒學과 佛敎를 도입하는 등 제반 여건이 갖춰진 4세기 말 이후에나 가능했으리라 생각하며,⁶³⁾ 司法府의 설치 또한 그 이후에나 가능하다고 본다.

여기서 司寇部와 朝廷佐平 제도의 선후관계 또는 상호관계가 문제된다. 즉 두 제도의 시대가 다르다면 선후관계는 어떻게 되고, 동시대라면 상호 업무관계가 어떻게 되는지 의문이다. 『周禮』 이래로 司寇는 전통적으로 犯罪 즉 刑獄을 다스리는 관직이고, 유사한 업무를 담당하는 관직이 동시에 있다면 언제나 가장 상위를 차지한다.⁶⁴⁾ 한편 조정좌평 또한 “掌刑獄事”라 했으니 전통적인 의미의 司寇와 업무가 같다. 그렇다면 이들은 唐代的 刑部와 大理寺처럼 업무상 상하관계일 수는 없다. 그러면 司寇部는 外官 소속이라 했으니 司寇는 지방을 맡고 조정좌평은 내관 소속으로 京內를 맡아 수평적으로 업무를 분담했을 가능성은 없는가? 우선 『周書』나 『北史』, 『舊唐書』 모두 司寇部와 朝廷佐平을 동시에 기록하지 않았으며, 또한 “左平五人”은 內·外官으로 분류하지 않고 16품계의 하나로 열거하였으므로 그 성질이 다르다. 한편 “左平五人”이 각기 내관 어느 한 부의 長이라면 내관 12부 중에는 조정좌평이 담당할 업무가 없고,⁶⁵⁾ 만약 12부와 별도로 내관에 “左平五人”이 담당하는 부가 있다면 내관은 사실상 모두 12부가 아니라 17부가 되므로 기록과 맞지 않는다. 따라서 司寇部와 朝廷佐平은 신라의 左·右理方府와 달리 수평적으로 동시에 존재할 수 없다.

결국 두 관직은 동시에 존재할 가능성은 없으므로 선후관계에 있을 수밖에 없다.

61) 『三國史記』卷24, 「百濟本紀」古尔王 29年 春正月. 下令, 凡官人受財及盜者, 三倍徵贓, 禁錮終身(244).

62) 俞成國, 「韓國古代死刑制度研究」, 168면 참조.

63) 盧重國, 앞책, 267면; 이도학, 앞책, 121·122면 참조.

64) 俞成國, 위논문, 51~58면 참조.

65) 신형식, 『百濟史』(서울: 이화여자대학교 출판부, 1992), 191~195면 참조.

그러면 어느 것이 먼저인가? 이를 단정할 근거는 없으나 史書에 司寇部가 먼저 나오므로, 백제시대에 司法을 관장하는 기구로 朝廷佐平보다는 먼저 중국식 명칭인 司寇部를 두었다가 뒤에 조직을 정비할 때 백제 고유의 이름으로 개편한 것으로 보는 것이 순리라 생각한다.⁶⁶⁾

2) 夫餘나 高句麗와 달리 百濟 초기의 裁判制度를 직접적으로 전하는 기록은 없다. 그러나 백제의 뿌리가 고구려라는 점과 백제 역시 다른 나라들과 마찬가지로 건국 후 어느 정도 지난 시점에서는 會議體로 政事를 운영했다는 점에서 재판제도도 고구려와 비슷했을 것으로 추정한다. 즉 초기에는 部 또는 지역 중심으로 독자적으로 재판권을 행사했을 것이다. 이때 재판형식은 처음부터 民會보다는 지도자가 심판하는 형식이었을 가능성이 높다. 왜냐하면 百濟는 다른 나라와 달리 그 구성원들이 원래 거주하던 곳을 중심으로 서서히 성장한 것이 아니라, 거의 동시에 이주한 사람들이 원주민들과 투쟁하면서 성장한 나라라 처음부터 지도자의 영향이 컸을 것이기 때문이다.

다음 단계는 지방조직이 정비되면서⁶⁷⁾ 지방은 역시 각자 재판권을 행사하되, 사건이 몇 개 지방에 걸치는 일이라 재판권이 중복되거나, 중요한 사건 또는 귀족들 간의 다툼 등은 중앙에서 처리했을 것이다. 司法府가 설치되기 전에는 고구려의 諸加會議와 유사한 회의체가 이를 담당했을 것이다.⁶⁸⁾ 아마도 일찍부터 학자들이 주목했듯이 중요 인사들이 ‘南堂’에 모여서 심판했으리라 짐작한다. 그러나 司寇部나 朝廷佐平처럼 司法業務를 전담하는 기구가 설치되면서부터는 당연히 회의

66) 盧重國은 “5佐平制(左平五人)”와 “6佐平制”를 구분하여 전자는 泗泚時代 전부터 있던 것으로 보는 한편, 聖王 31년(553) 管山城 敗戰을 전후하여 泗泚時代를 다시 전·후기로 나누어, 전기는 22부가 중요한 기능을 수행하는 왕권중심의 정치체제고, 후기는 6佐平 중심의 정치운영체제로 보고 있다(盧重國, 앞책, 189·190면). 반면에 신형식은 사비천도를 계기로 6좌평제에서 22부제로 전환하였으며 이는 전제왕권 확립의 전단계라 한다. (신형식, 위책, 190·191면).

67) 盧重國은 백제의 지방조직이 5部體制 - 檐魯體制 - 方郡城體制로 변한 것으로 본다. (앞책, 96~99, 240~250면).

68) 盧重國은 이를 “諸率會議”라 하고(앞책, 103면), 신형식은 이를 “群臣會議”라 한다. (앞책, 181면).

체의 재판권이 이전했을 것이다. 이는 司寇部라는 용어가 갖는 전통적인 의미와 朝廷佐平이 刑獄을 관장한다는 기록에 비추어 분명하다.

백제의 재판절차에 審級制度가 도입됐을까? 중국에서 심급제도가 정착되던 시기에 백제의 상황은 오히려 고구려보다도 더 나빴으므로 제대로 도입됐을 가능성은 거의 없다고 본다. 백제는 일찍부터 중국 남조와 활발히 교류했지만⁶⁹⁾ 재판제도에 관한 한 남조에는 이렇다 할 만한 발전이 없었다. 그렇더라도 본격적인 심급제도는 아니지만 死罪에 관한 한 황제한테 모두 奏聞하도록 한 北魏의 제도에 대해서는 간접적으로나마 어느 정도 정보가 있었을 것이다. 따라서 백제도 5세기 후반부터 死罪에 한해서는 점차 중앙의 裁可를 받는 방향으로 발전하였을 가능성이 있다.

3) 義慈王은 2년(642) 2월에 州郡을 두루 돌며 백성들을 어루만지고 또 罪囚들의 기록을 살펴서 死罪를 제외하고는 모두 용서하였다 한다.⁷⁰⁾ 이는 임금이 刑罰權을 완전히 장악하고 天命思想 또는 恤刑思想에 따라 赦免을 시행하는 모습을 보여줄 뿐, 구체적인 재판제도나 심급제도를 보여주는 것은 아니다. 또 『三國史記』에는 임금이 재판에 관여한 것으로 보이는 사건이 몇 있으나 모두 반역이거나 조정에서 일어난 일이다.⁷¹⁾ 따라서 임금이 일반적으로 재판에서 어떤 역할을 했는지 분명하게 보여주는 자료는 없다.

앞에서 언급한 바와 같이 『增補文獻備考』에는 百濟 초기에 이미 死刑의 집행에 앞서 5번 奏聞하라는 칙령을 내렸다고 하였으나 도저히 불가능한 일이다. 아마도 司法體制가 상당히 갖춰진 다음에도 각 지방은 死刑判決에 대한 裁可를 받는 정도에서 끝났을 것이다. 백제에는 司寇部와 朝廷佐平이라는 司法 전담기구가 있

69) 徐榮洙, 앞논문, 128면 表2 참조.

70) 『三國史記』卷28, 「百濟本紀」 義慈王 二年 二月. 王巡撫州郡, 慮囚, 除死罪皆原之(273).

71) 『三國史記』卷26, 「百濟本紀」 三斤王 二年 春, 佐平解仇與恩率燕信, 聚衆據大豆城叛. 王命佐平眞男, 以兵二千討之, (….) 擊殺解仇. 燕信奔高句麗, 收其妻子, 斬於熊津市(259·260): 武寧王(即位年) 春正月. 佐平首可據加林城叛. 王帥兵馬至牛頭城, 命扞率解明討之. 首可出降, 王斬之, 投於白江.(262): 『三國史記』卷28, 「百濟本紀」 義慈王二十年. 時, 佐平與首得罪, 流竄古馬彌知之縣(276).

였지만, 주요기능은 율령정비와 중앙에서 발생한 사건과 지방에서 발생한 일부 중요한 사건을 심리하고 임금의 결재를 받아 집행하는 것이었으리라 짐작한다.

3. 新羅의 裁判制度

1) 新羅는 法興王 7년(520)에 律令을 반포하였으나 130여 년이나 지난 眞德王 5년(651)에야 비로소 左理方府를 두어 律令을 관장하게 하고 이듬해에 波珍滄 天曉를 左理方府令으로 임명하였다. 그리고 文武王 7년(667)에는 다시 右理方府를 두었다.⁷²⁾ 아마도 처음에는 그냥 理方府라 했다가 백제를 병합한 뒤 업무가 늘어났는지 규모를 확대하면서 둘로 나누고 먼저 것은 左理方府, 새로 설치한 것은 右理方府라 한 듯하다. 단순히 규모만 확장하지 않고 아예 기구를 둘로 나눈 것으로 보서는 업무를 분담했을 터이나 그 구체적인 내용은 알 수 없다. 다만 명칭으로 봐서 두 기구는 상하관계가 아니라 수평관계일 것이다. 예컨대 王京과 지방 또는 종래의 신라와 새로 편입한 백제로 업무를 분담하는 식이다.⁷³⁾

太宗武烈王이 원년(654)에 理方府令 良首한테 명하여 율령을 개정하고 理方府格을 脩定했다는 것과 『增補文獻備考』의 기사로 봐서 이방부의 주된 기능은 재판과 法令 즉 律令格式을 정비하는 것인 듯하다. 후에 景德王 17년(758)에는 律令博士 2인을 두었고, 또 언제 설치했는지는 알 수 없으나 律令典을 두고 박사 6인을 두었다.⁷⁴⁾ 이처럼 율령 전문가를 두어 율령 개정업무를 맡게 하는 한편 중앙이나 지방의 각 관서나 관원의 법령에 대한 자문에 응하도록 했을 것이다. 신라는 삼국을 통일하는 과정에서 唐의 도움을 많이 받았고, 그 뒤로도 계속 당과 밀접히

72) 『三國史記』卷38, 「職官志上」, 左理方府: 眞德王 五年 置. 孝昭王 元年, 避大王諱, 改爲議方府(395); 右理方府: 文武王 七年 置(395); 『三國史記』卷5, 「新羅本紀」, 眞德王 六年春正月. 以波珍滄天曉爲左理方府令(57); 『增補文獻備考』卷127, 「刑考一」<刑制一> 眞德王 五年, 置左理方府, 掌律令. 後改議方府<127 - 1, 中476>.

73) 韓容根, 『高麗律』(서울: 書景文化社, 1999), 60면 주51에서는 산적인 업무를 처리하기 위한 단순한 분할로 보았고, 이어, 『한국사 이야기④ 남국 신라와 북국 발해』(서울: 한길사, 1998), 36면은 “죄의 경중이나 지역에 따라 업무를 나누었기 때문”이라 했다.

74) 『三國史記』卷9, 「新羅本紀」, 景德王 十七年夏四月, 置律令博士二員(105); 『三國史記』卷39, 「職官中」, 律令典: 博士六人(402).

교류하였으므로 律令이나 政府組織에서도 많은 영향을 받았을 것이다. 그러나 司法府의 이름은 唐과 무관하게 독자성을 유지한 것 같다.⁷⁵⁾ 이러한 전통을 따른 것인지 후에 弓裔는 사법부를 義刑臺라 했다.⁷⁶⁾

신라는 또 태종무열왕 6년(659)에 司正府를 별도로 두었는데,⁷⁷⁾ 景德王(742~764) 때 고친 이름이 肅正臺인 점으로 미루어 百官을 규찰하는 것이 주임무인 듯하다. 그리고 文武王 13년(673)에는 外司正 133인을 두는데,⁷⁸⁾ 이들은 아마도 지방에서 司正을 담당할 듯하다. 그러나 이들 司正은 일반적으로 裁判을 직접 담당하지는 않았을 것이다.

2) 신라도 초기에는 서라벌 6부를 중심으로 성장했다. 따라서 초기의 재판은 6부가 각기 독자적으로 행사했을 것이다. 그러나 신라는 일찍부터 6부가 밀접하게 협조하는 체제를 이뤄서 중요한 안건은 6부의 지도자들로 구성된 會議體 또는 和自會議에서 결정한 듯한데, 아마도 이들은 주로 南堂에 모여서 논의한 듯하다.⁷⁹⁾ 이러한 논의 가운데는 당연히 재판에 대한 것도 있었을 것이다. 이는 “味鄒尼師金 7년(268) 봄부터 여름까지 비가 오지 않아서 여러 신하들을 남당에 모아놓고 임금 이 친히 政事와 刑政의 잘잘못을 물었다”고 한 기사가 뒷받침한다.⁸⁰⁾ 다만 이 기사의 내용은 天命思想과 관계가 있으므로 시기에 대해서는 문제가 될 수 있으나, 刑政에 관해서도 중요한 것은 회의체에서 다뤘음은 분명하다. 이는 1989년에 발견한 迎日 冷水里 新羅碑의 비문이 실증적으로 분명하게 보여준다. 비문에 나오는

75) 『三國遺事』, 「神呪」, <惠通降龍>에는 孝昭王(692~701) 때 ‘司寇’란 표현이 나오지만, 이는 一然禪師께서 고대의 용어를 빌어 司法官을 표현한 것일 뿐이고, 실제로는 효소왕 원년에 避諱하여 理方府를 議方府라 고쳤으므로 議方府令이었을 것이다.

76) 『三國史記』卷40, 「職官下」 外官(421).

77) 『三國史記』卷38, 「職官上」 司正府條(393~94)

78) 『三國史記』卷40, 「職官下」 外官: 外司正百三十三人, 文武王十三年 置, 位未詳(419).

79) 李丙燾, 「古代南堂考」, 앞의 『韓國古代史研究』, 623~41면에서 和自會議는 南堂에서 유래한 것으로 大事件을 다루기 위해 개최하며, 후세의 百官會議 또는 群臣會議와 같은 것으로 보고 있다.

80) 『三國史記』卷2, 「新羅本紀」 味鄒尼師金 七年, 春夏不雨. 會群臣於南堂, 親問政刑得失, 又遣使五人, 巡問百姓苦患(22).

이 비의 설립 연대[癸未年]에 대하여는 논란이 있지만, 智證王 4년(503)에 세웠다는 견해가 다수설이다. 비문이 담고 있는 내용을 요약하면 다음과 같다.

珍而麻村에 사는 節居利의 財物에 대해서 末鄒와 (新)申支가 소유권을 다투고 있다. 이 재물에 대해서는 이전에 (新)夫智王과 乃智王이 이미 節居利 소유라고 판결했다. 그런데 지금에 와서 다시 다투니, 沙喙部の 至都盧 葛文王과 (新)德智 阿干支, 子宿智 居伐干支, 喙部の 爾夫智 壹干支, 只心智 居伐干支, 本彼部の 頭腹智 干支, 斯彼部の 暮(新)智 干支 등 七王이 함께 의논하기를, 전세 두 임금이 증거로 삼았던 것을 근거로 다시 이 재물은 모두 節居利 소유라 판단한다.⁸¹⁾

앞에서 언급한 것처럼 이 비의 설립시기에 대해서는 논란이 있으나 法興왕이 律令을 반포하기 이전으로 보는 데는 대부분 동의한다. 그렇다면 이 비문은 司法을 전담하는 기구가 설립되기 이전의 상황을 나타낸다. 이 비문에서는 전대의 두 임금도 ‘王’이라 표현하고, 현재의 葛文王을 비롯한 각부의 지도자들도 함께 ‘王’이라 표현하고 있다. 어쨌거나 현재 節居利가 所有의 意思로 占有하고 있는 財物에 대해 다툼이 있어서 전대의 두 임금이 이미 節居利의 所有라 판결했는데, 지금에 와서 또 다투자 葛文王을 비롯한 4部の 지도자 7인이 논의하여 이전과 같은 내용의 판결을 한 것이다. 여기서 주목할 것은 재판의 주체인 회의체가 비록 6부는 아니지만 각 부의 지도자로 구성됐다는 점과 오늘의 기준에서 보면 刑事事件이 아닌 民事事件도 중앙 회의체의 재판대상이 될 수 있다는 점이다. 앞에서도 언급한 바

81) ○斯羅 喙 (新)夫智王·乃智王, 此二王 教, 用 珍而麻村 節居利 爲證示, 令其得財 教耳. ○癸未年 九月 十五日, 沙喙 至都盧 葛文王·(新)德智 阿干支·子宿智 居伐干支, 喙 尔夫智 壹干支·只心智 居伐干支, 本彼 頭腹智 干支, 斯彼 暮(新)智 干支, 此七王等 共論 教, 用前世二王教 爲證爾, 取財物 盡令節居利得之 教耳. ○別教, 節居利 若先死, 後 令其弟兒斯奴 得此財 教耳. ○別教, 末鄒·(新)申支 此二人, 後莫更善此財, 若更善者 教其重罪耳. ○典事人, 沙喙 壹夫智 奈麻·到盧·弗須仇(才), 喙 歌須 道使 心訾公, 喙 沙夫·那(新)利, 沙喙 蘇那支 此七人, 足長 □所白了事, 煞牛 拔誥, 故記. ○村主 史支 干支·須支 壹今智, 此二人 世中了事, 故記[이것은 한국 고대사연구회 편, 『韓國古代史研究』3(1990.8)에 실린 논문 金昌鎬, “迎日冷水里新羅碑의 建立 年代”, 89면과 文暻鉉, “迎日冷水里新羅碑에 보이는 部の 性格과 政治運營問題”, 147면의 釋文을 참조하여 옮긴 것이다.]

와 같이 고대에는 이런 다툼도 공동체의 질서를 파괴하는 범죄로 인식했기 때문에, 비록 민사사건이라 할지라도 그 사건의 중요성에 따라서는 회의체가 당연히 다룰 수 있는 것이다.

이처럼 사법 전담기구가 설치되기 전에는 일반적인 사건은 각 지방관장이 판결하고, 특별히 중대한 사안이나 다른 관할에 걸친 사건, 귀족들 사이의 다툼, 중앙의 사건 등은 위와 같은 會議體에서 판결했을 것이다.

3) 法興王 7년에 律令을 반포한 뒤 조직을 정비하고 王權도 점차 강화했겠지만, 그것이 쉽지 않았음을 보여주는 사건이 바로 異次頓 處刑이다. 당시 법흥왕은 불교를 널리 퍼려했으나 신하들의 반대에 부딪혀서 어찌지 못하고 있었다. 이때 숨어 이차돈이 불교를 위하여 희생할 것을 자청했고, 임금은 각본에 따라 이차돈을 처형하기 위한 재판을 열었다.⁸²⁾

이에 대왕은 威儀를 갖추고 무시무시한 刑具를 사방에 벌여놓은 채 신하들을 불러서 호령했다. “그대들은 내가 寺院을 지으려 하는데 고의로 지체시켰다.”(원주 생략) 이에 신하들은 벌벌 떨면서 황급히 맹세하고 (우왕좌왕) 손으로 동서를 가리켰다. 왕은 숨어 사람을 불러 이 일을 문책하니, 그는 얼굴빛이 변하면서 아무 말도 못했다. 대왕은 분노하여 사인을 베어 죽이라고 명했다. 有司가 그를 묶어 관아로 끌고 가니 사인이 맹세했다. 獄吏가 그의 목을 베니 허연 젖이 한 길이나 솟구쳤다.⁸³⁾

여기서는 임금이 명령을 어기거나 또는 방해한 자를 단호하게 처형하는 것으로 묘사하였다. 그러나 사실은 불교시행을 반대하는 신하들의 뜻을 꺾지 못해서 사건에 짜고서 벌인 일이다. 이 정도로 아직은 왕권이 약했다. 법흥왕은 18년(531)에 上

82) 異次頓을 死刑에 처한 이유(즉 罪名)는 『三國史記』, 『三國遺事』, 『海東高僧傳』이 각기 조금씩 다르게 기록하고 있다. 모두 ‘불교를 위한 희생’이란 데에 초점을 맞추다 보니 事實에 대한 기록 자체는 논리적으로 문제점이 많다[자세한 것은 兪成國, 「異次頓 處刑에 대한 法的 分析」, 『怡齋丁海雲教授停年退任記念論文集 法學的 最新課題』(서울: 교수신문사, 2000), 357~377면 참조]. 여기서는 그저 재판과정을 살펴보기 위해 『三國遺事』의 기록만 다룬다.

83) 『三國遺事』卷3, 「興法」3, 原宗興法(距訥祇世一百餘年) 胃犬膺滅身.

大等を 두고 國事を 총괄하게 하는데, 이를 임금과 귀족들의 타협으로 보는 견해도 있다. 따라서 이때의 재판제도는 아직 영일 냉수리비에 전하는 모습과 그다지 다르지 않을 것으로 추정한다.

다음에는 理方府를 설치하고 9년이 지난 뒤인 太宗武烈王 7년(660)의 재판을 살펴보자.

8월 2일, 이날 毛尺을 잡아 참수하였다. 毛尺은 본디 신라 사람이었으나 백제로도 망갔다가 大耶城의 黔日과 공모하여 신라의 성을 점령한 적이 있으므로 참수한 것이다. 또한 금일을 잡아 죄를 일일이 따져가며 “네가 대야성에서 모척과 함께 공모하여, 백제 군사를 이끌고 와서 창고를 불질러 없앴다. 이로 말미암아 성안에 식량이 떨어져 마침내 패하게 하였다. 이것이 첫째 죄다. 네가 品釋 부처를 꾀박하여 죽였으니, 이것이 두째 죄다. 네가 백제와 함께 와서 본국을 공격했으니, 이것이 세째 죄다” 하고 말했다. 그의 사지를 찢어 시체를 강물에 던졌다.⁸⁴⁾

이는 신라인으로서 백제에 붙어 叛逆한 자에 대한 재판이다. 이날은 바로 전쟁에서 승리한 무열왕과 소정방이 堂 위에 앉고, 당 아래에는 義慈王 父子와 백제 佐平들을 앉혀 놓은 채, 때때로 의자왕한테 술을 따르게 하면서 축배를 든 날이다. 그리고 모척과 금일은 단순한 반역자가 아니라 바로 무열왕의 딸과 사위 품석을 죽임으로 몰아넣은 자들이다. 즉 사안이나 분위기가 정상적인 재판이 될 수 없는 상황이다. 재판에서 임금의 의지가 단호하게 나타나고 또 그들의 죄는 죽어 마땅하지만, 그 재판은 공정하고 순리적이라기보다는 다분히 사사로운 감정에 치우쳐 복수를 하는 듯하다. 결국 여기서 재판의 제도적인 모습은 안 보인다.

다음에는 신라 말기에 해당하는 재판을 살펴보자.

- ① 興德王 3년(828) 漢山州 瓢川縣에 사는 요망스러운 자가, 빨리 부자가 되는 술수가 있다고 말하여, 많은 사람들이 이에 미혹되었다. 왕은 이 말을 듣고 말하기를 “옳지 않은 방도로 많은 사람을 미혹하는 자한테 벌을 주는 것은 선왕의 법도다” 하고 그를 먼 섬으로 쫓아 버렸다.⁸⁵⁾

84) 『三國史記』卷5, 『新羅本紀』太宗武烈王 七年 八月 二日(61).

② 眞聖王 2년(888). 이 때 누군가가 이름을 감추고 시정을 비방하는 말을 만들어 관청 거리에 방을 붙였다. (...) 왕이 명령을 내려 巨仁을 체포하여 서울 감옥에 가두고 처벌하려 하였는데, 巨仁이 분하고 원망스러워, 감옥 벽에 다음과 같은 글을 썼다. (...) 그날 저녁에 갑자기 구름과 안개가 덮이고 번개가 치며 우박이 내렸다. 왕이 이를 두려워하여 거인을 석방하여 돌려보냈다.⁸⁶⁾

①은 惑世誣民하는 자에 대한 재판이다. 여기서는 마치 임금이 죄인을 바로 앞에 두고 재판한 것 같이 묘사하고 있다. 그러나 그렇게 보기는 어렵다. 당시 임금은 서라벌에 있고 죄인은 한산주에 있다. 이는 反逆 또는 大逆과 같은 重罪는 아니므로 죄인을 서라벌로 압송했다고 보기도 어렵다. 그렇다면 이는 지방관장이 獄案을 중앙 즉 理方府에 보고하고, 임금은 아마도 이방부로부터 보고를 받고 裁決한 것으로 추정한다. 즉 임금은 지방에서 발생한 비교적 중한 범죄에 대해 사법부로부터 보고를 받고 流配刑을 선고한 것이다.

②는 時政을 비방한 것으로 보이는 자를 임금이 직접 처벌하려다가 災異가 나타나자 두려워서 그냥 석방한 사건이다. 여기 피의자인 거인은 대야주(합천)에 은거하는 사람이다. 그런데 임금은 그를 서울(서라벌)로 옮겨 獄에 가두고 처벌하려 했다. 시정비방은 곧 임금에 대한 비방이라고도 할 수 있는 데다 더구나 관가에 비방하는 글을 붙였으므로 직접 처벌하려 했던 것 같다. 비록 이 사건은 판결까지 이르지는 않았으나 당시 웬만큼 중요한 사건이면 피의자를 서울로 압송해서 임금이 직접 재판했음을 짐작할 수 있다.

이 두 사안에서 우리는 늦어도 신라 말기에는 당나라의 심금제도와 같거나 또는 유사한 재판제도가 도입되었음을 알 수 있다. 구체적인 자료로 뒷받침할 수는 없으나 여러 가지 사정을 감안할 때 7세기 말 또는 8세기 초에는 심금제도가 도입됐을 것으로 추정한다. 神文王(681~691)은 律令格式에 불편한 것이 있으면 개정하라는 先王(文武王 : 661~681)의 遺詔도 있었지만, 즉위 직후의 반란을 평정하고 나자 곧 중앙의 관제와 지방행정구역, 그리고 軍制까지 대대적으로 개편함으로써 중앙집권화를 위한 개혁을 단행했다.⁸⁷⁾ 한편 聖德王(702~736)과 景德王

85) 『三國史記』卷10, 『新羅本紀』興德王 三年 夏四月(121).

86) 『三國史記』卷11, 『新羅本紀』眞聖王 二年 春二月(133).

(742~764) 때는 성덕대왕신중(또는 봉덕사중)과 불국사로 대변되는, 아마도 신라 1000년의 역사동안 정치적으로 가장 안정되고 문화적으로도 가장 전성기를 이룬 시기라 할 것이다. 성덕왕 당시에는 해마다 두·세 번씩 당에 사신을 보내고, 왕자를 숙위로 보내는가 하면 신라 젊은이의 당 國學 입학을 청하여 허락 받는가 하면, 또 왕 16년에는 숙위로 가 있던 왕자가 돌아오면서 가지고 온 文宣王·十哲·72弟子의 圖像을 大學에 안치하였고, 또 이해에 醫博士와 算博士를 두기도 하였다. 경덕왕대 또한 못지 않게 문화가 꽃피고 관제정비를 마무리한 시기다. 마침 성덕왕 12년부터 사망할 때까지는 唐도 바로 玄宗의 開元之治로 문화의 전성기일 뿐만 아니라 律令體制를 완비한 시기다. 이러한 사정을 감안한다면 빠르면 신문왕 때, 늦으면 경덕왕 때 관제를 개편하면서 審級制度를 도입했을 가능성이 높다고 본다.

4) 위에서 살펴본 바와 같이 新羅의 裁判節次에서 審級制度는 통일 이후 머지 않아서 도입됐을 가능성도 충분히 있다. 즉 中央集權化에 따라 司法節次도 점차 중앙으로 모아졌을 것이다. 성질이 좀 다르기는 하지만 지방에 外司正을 설치한 것이 그 가능성을 뒷받침한다. 統一新羅에서는 각종 唐 문물을 수용하는 과정에서 비록 전면적이지는 않더라도 唐 獄官令을 상당히 수용하였을 것이고, 이에 따라 裁判節次에서도 많은 변화가 있었을 것이다. 물론 이런 변화는 갑작스런 것이 아니라 法興王代의 律令頒布에서부터 점차적으로 갖춰나갔을 것이다. 律令이 반포되고도 130여 년이 지나서 司法專擔機關이 설치되었다는 것은 그만큼 裁判制度의 변화가 쉽지 않음을 보여준다. 그러나 8세기 중반에 律令博士를 두고 또 律令典이라는 전문기구를 둔 것으로 봐서는 재판제도도 더욱 발전했을 것으로 추정할 수 있다. 그리고 9세기에는 이를 뒷받침하는 재판이 보인다.

87) 주보돈, 「남북국시대의 지배체제와 정치」, 『한국사3 - 고대사회에서 중세사회로 -』(서울: 한길사, 1994), 298~303면; 이이화, 앞책, 35~45면.

V. 맺는말

三國時代의 裁判制度를 요약하면 이렇다. 古朝鮮이나 夫餘·高句麗·新羅는 모두 5部 또는 6部라는 혈연공동체에서 비롯한 공동체가 나라의 기초가 됐다. 이런 공동체적 성격이 강한 古朝鮮이나 原三國時代에는 각 부마다 독자적으로 裁判權을 행사했다. 아마도 초기에는 고대 게르만사회처럼 民會에서 전원합의로 재판했을 것이다. 그러나 우리 고조선이나 원삼국시대에는 이미 이런 모습은 구체적으로 나타나지 않는다. 다만 夫餘의 迎鼓 때 여는 재판은 특별히 民會 형식일 가능성이 높다.

우리 역사에서 처음으로 나타나는 裁判制度는 諸加會議나 和白會議 등 그 명칭이야 어떻든 각 공동체의 지도자들로 구성된 회의체에서 심판하는 것이다. 이런 회의체가 裁判權을 가졌다고 해서 나라 안의 모든 재판을 이들이 하는 것은 아니다. 이런 회의체가 활동하는 동안에도 각 지역은 그 지역의 지도자 또는 '관장'이 재판하는 것이 원칙이다. 회의체가 다루는 사건은 귀족 사이의 다툼이나 여러 지역에 걸친 사건이라서 어느 한 지역에서 다루기 곤란한 사건, 지역에서 발생한 것이지만 특별히 중요한 사건, 그리고 중앙에서 발생한 사건 등에 한정될 것이다.

會議體에서 중요한 사건을 다루는 재판제도는 王權強化와 中央集權化에 따라 司法業務를 전담하는 기구 또는 관리가 설치되면서부터는 점차 사라지고, 그 기능은 司法府로 넘어갔을 것이다. 司法을 관장하는 기구로 백제에는 司寇部和 朝廷佐平이 있었고, 新羅에는 理方府와 律令典이 있었다. 高句麗에는 어떠한 기구가 있었는지 나타나지 않는다.

이 다음 단계에서 중국은 審級制度가 서서히 발전하는데, 高句麗와 百濟는 미처 이러한 제도가 정착되지도 못하고 멸망했을 가능성이 크다. 그러나 통일신라는 통일 이후에 안정과 융성을 누리는 한편 唐과 밀접하게 교류하면서, 당시 이 지구 상에서 가장 발달한 司法制度라 할 수 있는 唐의 審級制度를 수용했을 것으로 본다. 실제로 9세기 신라의 재판에서는 이러한 모습이 보인다. 高麗 顯宗 9년(1018)에 獄官승이 거론되는 것은 바로 신라서부터 전승된 탓이라 생각한다.

The Trial Systems of Three Kingdoms Period

Yoo, Seong-Guk*

1. The trial system of Old Choseon(古朝鮮)

Old Choseon has already outgrown the primitive talion stage, but was not yet a fully developed formal penal system. The materials that can show us in detail who did the justice at that time are not available today. In general, leaders of each local community independently tried the cases, we should imagine, but the possibility of people's participation like in the ancient German Civil Forum cannot be excluded.

2. The trial system of Proto-Three Kingdoms period(till 300 A.D.)

In Buyeo(夫餘), most cases were tried during Yeonggo Feast(迎鼓: literally means "spirit-invoking drums") which was held in December(by lunar calendar), and this shows the strong ties of society and is known as the characteristic of the ancient hunting and picking society. Thus, the trial procedure supposedly took the form of a Civil Forum, and maybe all the people of the community took part in the entire trial and enforcement procedure.

In Goguryo(高句麗), Governors(ka)conference(諸加會議) resolved the cases and its judgment was enforced immediately. But Goguryo's Governors Conference supposedly had a limited jurisdiction over special important cases like rebellions, and the head of each district resolved all the other cases on the ground of their power divided by administrative jurisdictions.

There remains no documents on the trial systems of Okjeo(沃沮), Ye(濊), and Three

* Ph. D in Law, in Yonsei Univ.

Hans(三韓). But, in consideration of their similar social structures to that of Goguryo or Buyeo, their trial systems also must have been similar to that of Goguryo or Buyeo.

3. The trial system of Three-Kingdoms Period

Goguryo, Baekje(百濟) and Silla(新羅) respectively stipulated their codes of administrative laws at the end of 4th century or at the beginning of 6th century, and installed their judicial branches like Sagu Ministry(司寇部), Jojeong Jwapyeong(朝廷佐平), Left · right-Ibang Ministry(左 · 右理方府). These branches took over the trial function from Governors Conference or Hwabaek Conference(和白會議) which sofar exercised that function. But their scope of function cannot be regarded as expanded until the concentration of trials is completed and the instance-system(appellate system) is established, notwithstanding the changes of their members of such branches.

There exists the possibility that the dynasties of Goguryo and Baekje perished before they established instance-system due to the unstable political circumstances at the end of their dynasties. But Silla is supposed to had the instance-system established by the year of 700 A.D., by dint of its prosperity in economy and culture after its unification of this peninsula, and we can see its application in the cases adjudicated in 9th century.