

明清時代 中國의 法律

蘇亦工*

목 차

- I. 모든 왕조가 秦나라의 法政을 시행함
- II. 明清 시대의 주요 法源
- III. 律典의 승계와 창조
- IV. 明清 兩代의 修例

[국문요약]

이 글은 명청시대 중국법의 중요 특징을 논술한 것이다. 명청시대의 법률은 조선에 큰 영향을 주었다. 진나라 이후 명청시대까지 중국법은 '家天下'를 유지하기 위한 것이었으며, 따라서 법률의 "儒家化"는 의심스럽다. 명청시대의 주요 法源은 正律, 條例·則例·事例 등 '例', 淸대의 成案 등이다. 會典은 명청대의 종합적 법전이다. 그리고 명청대의 律學은 간혹 法源의 작용을 하였다. 律典의 승계와 창조에 관해 살펴보면 대체로 전 시대의 律典을 주로 승계하였으며 새로 창조한 것은 비교적 적다고 할 수 있다. 마지막으로 명청시대의 修例를 검토하였다. 명대에는 『刑問條例』를 3차에 걸쳐 改修하였으며, 淸나라도 명나라를 모방하여 修例를 하였다. 건륭조에는 修例를 제도화하였다.

[주제어] 法源, 例(條例·則例·事例), 成案, 律學, 承繼, 創造, 修例

한국의 학자들에게 명청대 중국의 법률은 결코 생소한 대상이 아닐 것이다. 大明律은 고려말부터 조선반도에 전파되기 시작하여 한국의 법률에 오랜 기간 동안

* 中國社會科學院 法學研究所 教授, 한국고등교육재단 지원 서울대학교 법과대학 방문교수.

영향을 주었다. 청일전쟁(1895)이 끝난 한참 뒤인 1906년까지 조선은 여전히 『대명률』을 참조하여 『刑法大조』를 편찬하였다.¹⁾ 이러한 의미에서 『대명률』의 한국역사에 대한 영향은 중국에서보다 더 오랜 기간동안 지속되었다고 말할 수 있다.

I. 모든 왕조가 秦나라의 法政을 시행함

거시적인 관점에서 볼 때, 명청시대의 법률과 秦漢 이후 여러 왕조의 법률은 실질적인 변화가 없으며, 승계의 요소가 혁신의 요소보다 더 많다고 보아야 할 것이다. 毛澤東의 詩에 “百代の 왕조가 모두 秦 왕조의 法政을 시행하였다”는 구절이 있는데²⁾, 이는 帝政시대의 중국법제사에 대한 개괄적 평가의 전형이라 할 수 있다. 唐德剛선생은 중국역사가 秦漢 이후 2천년 동안 변하지 않았으나 최근 백여 년 동안은 거의 10년에 한번 변화하였다고 말한다. 법률 또한 그러한 양상이다. 清末 新政 이래의 변화는 더욱 심하여 10년에 한번이 아니라 朝令夕改라고 할 수 있다. 왜 앞뒤로 이러한 큰 차이가 있을까? 唐선생의 견해에 따르면, 진한 이후부터 명청대까지의 중국은 정형화된 사회였으나, 근현대의 중국은 사회 형태가 전환하는 시기에 처하여 있었기 때문이다. 그 정형화된 사회형태는 帝王專制, 즉 ‘家天下’의 사회였다. ‘家天下’의 이러한 정치체제가 변하지 않는 한, 그 정치체제를 수호하기 위한 법률제도도 자연히 변하지 않았던 것이었다. 이것은 이른바 “하늘이 변하지 않으면, 道 또한 변하지 않는다”(天不變, 道亦不變)는 것이다. 여기서 한마디 더 첨가하자면, 이른바 中國法律의 儒家化라는 견해는 다시 검토해 볼 필요가 있다. 秦漢 이래, 중국 고유법률은 줄곧 ‘家天下’의 수호를 취지로 한 一家之法이었다. 이는 儒家의 “자신이 서려면 남을 먼저 세우고, 자신이 성취하려면 남을 먼저 성취시키고, 자기가 하기 싫은 것은 남에게 하지 않는다”(己欲立立人,

1) 楊鴻烈, 『中國法律在東亞諸國之影響』, 上海(商務印書館, 1937), 85면.

2) 毛澤東, “讀『封建論』呈郭老”(胡爲雄 編, 『詩國盟主毛澤東』, 當代中國出版社, 1996, 223면에 있다.)

己欲達達人, 己所不欲勿施於人)라는 ‘仁’의 정신, 過不及이 없는 ‘中庸之道’와 서로 크게 어긋나는 것이다.³⁾

II. 明清 시대의 주요 法源

중국고대 법전편찬의 역사는 春秋시대로 거슬러 올라갈 수 있다. 전국시대의 각국은 부국강병을 추구하기 위하여 앞다투어 성문법을 반포하였는데, 그 중 후세에 대하여 가장 영향력이 있는 것은 당연히 6국을 겸병한 진나라의 법률이었다. 1975년 湖北省 云夢睡虎地の 秦墓 竹簡의 출토는 우리가 진나라와 그 법률을 이해하는데 최고의 자료를 제공하였다. 진한부터 명청까지의 중국 制定法의 역사는 대체로 두 노선에 따라 발전하였다. 그 중 하나는 法經, 秦律, 漢律, 曹魏新律, 晉律, 北齊律, 隨律, 唐律, 宋刑統에서 明清律로 이르는 정통 律典의 노선이다. 다른 하나는 律外의 법 노선이다. 우리가 알다시피 兩漢은 秦을 본 받아 정치를 하였고, 정통적인 법전은 九章律이었다. 그러나 후에 또 傍章十八編이 나왔고, 律外에 令, 科, 比 등이 있었다. 魏, 晉은 律典 외에 科가 있었고, 唐代에는 유명한 唐律 외에 令, 格, 式 및 勅이 있었으며, 명청시대에는 正律 외에 여러 가지 例가 있었다.

명초 태조 朱元璋은 우선 律을 개수하는 것을 중요시하였으나, 律典 외에도 令, 詔, 例, 榜文 등 여러 法源이 있어 명청은 여전히 혼잡하였다. 명 중후기 法源은 명칭상 점차 통일되어 正律 이외의 官方 法源은 원칙적으로 모두 例로 불렸다. 청대에는 이러한 추세를 따라 법원의 명칭은 진일보 간결화 되고 동시에 통일되었다. 『大清律』과 『大清會典』 이외에 일반적으로 사용되고, 또 효력을 갖고 통행되고 있었던 법원으로는 ‘例’가 있었다. ‘例’라는 명칭은 비록 단일하지만, 포함하고 있는 범위는 대단히 광범하였다. 唐의 令, 格, 式, 宋의 勅, 遼·金·元의

3) 이에 관해서는 拙著, 『明清律典與條例』第一章, 第二節(中國政法大學, 2000).

‘條制’, ‘條格’ 등 내용은 모두 例에 포함시킬 수 있었다. 그리고 例는 刑事과 行政 분야의 내용을 모두 포함하였고, 그 명칭으로부터 일반적으로 성질을 구별할 수 있었다.

明清의 例에는 주요하게 條例, 則例, 事例 등 세 가지 例가 있었다. 일반적으로 條例는 율을 보충하고 보조하는 형사법규였고, 그 제정은 통상 일정한 절차를 밟아야 하였다. 그 예로는 명대의 『問刑條例』, 대대로 찬수한 청대의 例가 있다.

‘則例’라는 용어는 명대에 범용적인 의미를 갖고 있었다. 예컨대, 『大明會典』 ‘重修凡例’에 “호구와 부세 등의 칙례는 홍무 연간의 수조를 머리에 수록하여 그 시작부터 강기(綱紀)로 삼았다”(戶口賦稅等項則例, 首載洪武間數, 以紀其始)⁴⁾라고 하였다. 청대의 ‘則例’도 범용적인 의미와 전문적인 의미로 사용되었는데, 전문적인 용어로 사용될 때에는 통상 행정법규의 성질을 갖고 있는 六部則例를 가리켰다.

‘事例’는 명청대의 會典의 細目으로서 연대별로 모여진 例였고, 刑事과 行政 분야의 내용을 모두 포함하였다. 물론 위의 이러한 구별은 명칭 官方의 명문규정이 아니라, 우리가 대량의 명청대의 典籍을 근거로 한 귀납과 개괄에 의한 것이라고 할 수 있다. 그러므로 이러한 구분은 일반적인 의의만 가질 뿐이고, 정확성과 완전성은 떨어질 수 있다. 그리고 이러한 분류는 하나의 역사적인 진전 과정으로 결코 시종일관 조금도 변화가 없는 것은 아니다. 대체적으로 명대와 청대 초기 例에 대한 구별은 명확하지 않았고, 청대 중기부터 ‘例’의 용법이 점차 규범화되기 시작하였다. ‘例’에 대한 官方典籍은 통상 정부에 의하여 제정된 것으로 法源의 성질을 가진 모종의 규칙이라고 할 수 있다. “事例가 조정에서 내린 則書에서 나온 것을 詔라 하고 敕이라 한다. 신하가 주달한 則書를 奏准, 議准, 奏定, 議定이라 하고 혹은 모든 書를 令이라고 한다”(事例出朝廷所降則書曰詔曰敕, 臣下所奏則書曰奏准曰議准曰奏定曰議定, 或總書曰令)⁵⁾고 하였다. 어떤 사람은 다음과 같이 말한다. “신료들의 題本이 황제의 ‘是’, ‘准議’, ‘准擬’ 등을 한번 거치기만

4) 申時行 等 重修, 『明會典』, 萬有文庫本, 商務印書館, 26면.

5) 『明會典·弘治間凡例』, 앞의 책, 17면.

하면, 모두 ‘題准’과 ‘奏准’으로 성립되어 당시 모두 ‘例’로 받들었다. 그것은 울령의 성질을 완벽하게 갖추었다.”⁶⁾ 이로부터 볼 때, 明清官方 문서 중에서 말하는 “例”는 필연적으로 최고권력기관-“朝廷”과 밀접한 연관이 있는바, 황제가 직접 내린 명령이 아니면 신하의 청을 황제가 인정함으로써 이루어진 것이었다. 물론, 명청대의 개인의 문헌 중에도 많은 “例”라고 칭하는 편집상의 용어가 있는데, 이는 보통 條文 배열의 어떤 규칙을 나타낸 것이지, 하나의 法源은 아니었다. 예컨대, 명대에 유명했으며, 淸의 관리가 된 海瑞는 순안에서 현령으로 근무하면서 일찌기 “量田則例”와 “興革條例”를 편찬하였고, 琿山에서 한가로이 생활하는 동안에는 “擬丈田則例”를 編纂하였다.⁷⁾

會典은 명청대의 종합적 법전으로, 포함하고 있는 영역이 매우 광범하였고 국가기관의 여러 관청의 직무범위에 관한 것으로, 典章제도를 다 모아 놓은 綱領의 성격을 가진 문서였다. “회전이란 요점을 모아놓은 典章이라는 뜻으로, 행정상의 준칙이나 규정은 반드시 영원히 준수되어야 하는 강령이다. 그러므로 조정 백관의 조직으로부터 그 사무처리 規程에 이르기까지 모두 포함하고 있다.”⁸⁾ 회전의 형식은 唐 玄宗대 纂修한 『大唐六典』에서 시작된 것이다. 宋元대에 또 會要의 형식이 나왔으며, 명청대에 이를 기초로 하여 진일보 발전한 결과 會典이 형성되었다. 弘治『會典』의 편찬은 명청대의 會典 수정의 물길을 열어놓았다.

일반적인 견해에 의하면 明清會典은 행정법전의 성질을 갖고 있으나⁹⁾, 이와 반대 견해도 있다.¹⁰⁾ 어떤 학자는 “명청회전은 ‘唐六典’에 비해 법률의 특징이 대대적으로 增強되었으나, 다만 … 시종 考閱에 대비하기 위해 만들어진 典籍이라

6) 陳高華·陳志超 등저, 『中國古代史史料學』(北京出版社, 1983), 362면.

7) 『海瑞集』(中華書局, 1981), 상책, 190~201면, 38~144면, 278~287면에 고루 보인다.

8) 織田萬, 『淸國行政法』 제1권 상(臨時臺灣舊慣調查會, 大正 3년 인쇄), 7면.

9) 林詠榮, 『中國法制史』, 62·63면에 말한다. 『明會典』은 “행정상의 헌법”이다. 또 “(淸) 會典이 근대헌법의 성질을 가지고 있음을 볼 수 있다”라고 말한다. 戴炎輝, 『中國法制史』(臺北三民書局, 1979), 15면에는 『명회전』이 “주로 행정법규를 수록하고, 종합법전의 성질을 가지고 있다”고 한다.

10) 『大唐六典性質論』 참고 『中國法律史國際學術討論會論文集』, 陝西人民出版社, 1990년 판에 실려있음.

는 특징을 탈피하지 못했다”¹¹⁾고 한다. 현대 서구 행정법의 시각에서 보면, 명칭 회전은 물론 엄격한 의미상에서의 행정법전이라고 할 수 없다. 그러나 필자는 회전이 필경 어떠한 성질을 갖고 있는가를 판단하려면 우선 명칭 정부의 회전 제정의 목적, 회전의 내용 및 당시 사람들의 회전에 대한 인식 등을 파악해야 한다고 생각한다. 명회전의 정식 편찬은 비록 孝宗 弘治 연간에 시작되었으나, 명 효종의 견해에 의하면, 명대 정부가 회전을 찬수한 것은 단지 역대 조종이 규정한 規章을 보존하기 위해서가 아닐 뿐만 아니라, 신하와 백성들이 한가한 때를 빌어 문예작품으로 감상하게 하기 위해서는 더욱 아니었다. 그것을 제정한 가장 중요한 목표는 明王朝과 후세의 통치를 보장하기 위한 데 있었다. 그러면 명회전도 『唐六典』과 같이 “자유로이 참조할 수 있으나 법적 효력은 없는 것”인가? 명대 중후기 관료들이 독재하던 시기, 刑部尙書에 있던 林俊이 상소하여 다음과 같이 지적했다. 刑部, 都察院, 大理寺는 선조가 설립한 사법기구로서, 크고 작은 범죄를 막론하고 모두 이러한 기구에서 심사하였고, 관련규정은 명문으로 회전에 기록되어 내려오면서 변경된 적이 없었다. 그러하기에 지금 宋鈺이 崔文一을告한 사안에서 범죄 사실의 성립여부를 불문하고 반드시 법률의 규정에 따라 처리하여야 하며, 우리같이 보잘 것 없는 신하들이 반드시 이러한 규정을 준수하여야 함은 당연할 것이고, 황제폐하께서도 사사로운 감정 때문에 법을 포기하여서는 아니 될 것이오니, 지금 폐하께서 “三法司”를 제쳐놓고 사안을 “鑰撫司”에 맡기는 것은 우리가 자신의 직무에 심혈을 기울이지 않아서였다면 달갑게 상응하는 죄를 받을 것이오니, 절대 선조의 법을 포기하여서는 안 된다고 했다.¹²⁾ 明人 劉玉은 『論刑獄疏』에서 범죄자가 억울하다고 진술을 반복할 경우, “확보한 진술을 行移하여 다른 기관으로 바꾸어 심문하게 하여야 한다. 두 번째도 불복하면 모두 보고하여 九卿이 모두 모여 신문하게 한다는 것이 『제사직장』과 『대명회전』에 자세히 실려있으니, 제도가 매우 정밀하다”〔取供行移, 改調別衙門問擬。二次番異不服, 則具奏, 會同九卿

11) 錢大群, 『明清〈會典〉性質論考』, 중국법률사학회편, 『法律史論叢』(江西高校出版社, 1998), 79면.

12) 陳子龍 등 選輯, 『明經世文編·正法守疏』, 中華書局 영인본, 1962년판, 권87, 783면.

審, 詳載『諸司職掌』與『大明會典』, 爲制甚密.)¹³⁾고 하였다. 위에서 보다시피 『大明會典』은 확실히 하나의 法源이 될 수 있었다. 林俊의 상소에서 신하가 “법에 의하여” 임금에게 항의를 제기한 것을 보면 회전이 마치 근대국가의 헌법의 의미가 있음을 느끼게 한다.

청대에는 5차례의 회전 찬수가 있었다. 찬수의 차수, 규모는 물론 분류 방법과 편찬 기술면에서도 명대에 비하여 진일보 발전하였다. 그러나 회전 찬수의 지도사상과 거시적인 체계로부터 볼 때 『清會典』은 『明會典』의 뒤를 바짝 따른 것으로, 질적인 진보는 없었다. 청대 첫 번째 회전의 편찬은 강희 23년에 시작되어 강희 29년에 완성되었는데 역사적으로 “康熙會典”이라고 부른다.¹⁴⁾ 그 후의 몇 번의 會典은 각각 雍正, 乾隆, 嘉慶, 光緒대에 편찬되었다.

청대의 성문의 刑事法源 중 律과 條例 이외의 비교적 중요한 것으로 成案이 있었다. 成案은 일종의 불문법의 형식으로서, 전형적인 사안에 대한 各部 혹은 各省의 판결 先例가 집적되어 형성된 것이었다. 成案의 명칭은 늦어도 명대에 이미 출현되었다.¹⁵⁾ 成案이란 말뜻 그대로 이미 형성된 사안이라는 의미이다. 그러나 『刑案匯覽』, 『凡例』의 해석에 의하면 成案은 특정된 의미를 갖고 있다. 즉, “조례에 해당 조문이 없을 경우 비슷한 조항을 가져다가 가감하여 판정하는 案”(例無專條, 援引比附, 加減定擬之案.)이다. 바꾸어 말하면 成案은 제정법이 흠결이 있을 경우에 사법 당국이 인용할 수 있는 法源이었다. 이러한 法源의 창조는 입법의 산물이 아니라 이전의 사법실천의 결과였다. 다시 말하여 법관이 창조한 法源이었다. 이러한 의미에서 成案은 英美의 判例法과 유사한 점을 갖고 있다. 다른 점이라면 명칭 정부는 영미 국가와 같이 이러한 法源에 대해 광범하고 지속적이며 통상적인 효력을 부여하지 않았다는 것이다. 오히려 成案의 생성과 적용은 늘 여러 자기 제한을 받았다. 청대의 成案은 수량이 많고 사법 실천에 대하여 일정한 작용이 있었으나, 지위와 효력 면에서 律例와 비교할 수 없었다. 律例의 효력은 의심

13) 王圻, 『續文獻通考』, 권168, 10280면.

14) 康熙 『大清會典·御制會典序』, 北京大學圖書館 소장본.

15) 『續通典』, 清高宗 勅撰, 臺北, 新興書局 영인본, 1965년판, 권112, 1816면.

할 바 없었으나, 成案의 引用 및 그 효력은 반드시 중앙최고사법기관의 엄격한 심의를 거쳐야 발생할 수 있었다.

그 외에도 명청대의 律學은 매우 발달하였으며, 가끔은 法源의 작용도 발휘하였다. 이는 비록 보편적인 현상은 아니었으나, 가히 기뻐할 만한 일이라고 생각한다. 어떤 의미에서 이는 명청의 司法이 理性化의 경향을 출현시켰음을 뜻한다고 할 수 있다. 명청대에 많은 律學者들이 등장하였고, 官方과 개인의 법률주석자들이 우후죽순으로 나왔다. 청대 어떤 사람은 명청대 유일하게 古人을 초과한 것으로는 3가지가 있는바, 그것들은 도박 기술, 도자기의 정교함, 律例의 세밀함이라고 하였다.¹⁶⁾

명청대 율학의 발전에는 주요하게 두 가지 요인이 있다. 하나는 官方의 대대적인 지지였다. 唐宋 등 왕조가 표면상 禮儀教化를 강조하였던 반면에 명청의 통치자들은 법률자체의 교육 작용을 더욱 중시하였다. 이러한 면에서 명태조 朱元璋은 특별히 돌출적인 역할을 하였다고 할 수 있다. 平民 出身이어서인지 주원장은 백성들이 법을 위반하는 것은 일반적으로 문화지식이 부족하여 법률을 알지 못하는 데서 비롯된다는 것을 잘 알고 있었다. 그리하여 건국초기에 주원장은 신하들과 修律의 원칙을 논의할 때 빈번히 법률이 간결 명확하여 쉽게 알 수 있는 것이 중요하다고 강조하였다. 새로 편찬한 『大明律』에 『講讀律令』을 첨가하여 법률을 熟讀 설명하는 것을 官員의 직책으로 규정하고, 이 직무를 소홀히 한 자는 처벌을 받도록 하였다. 아울러 백성이 법률을 熟讀 설명할 수 있을 경우에는 한번 죄를 면할 수 있는 특혜를 주었다. 이는 明律에서 처음으로 만든 것으로서 필자가 짐작하건대 당시 주원장은 80년대 우리의 “법률보급”(普法) 운동과 유사한 운동을 전개하였을 것이다. 그 성과는 결코 이상적이지 못하였고, 『講讀律令』조문도 명태조가 죽은 후에 아마 제대로 집행되지 못하였을 것이다. 그러나 이 운동의 부가적인 성과로서 명대의 律學이 발전하게 되었다. 청대에도 여러 차례 律例講讀 운동을 진행하였고, 매년 그러한 운동은 일시적인 조류에 불과하여 오래 지속되지는 못하였지만 律學의 연구를 추진하는 데는 적지 않은 영향을 주었을 것이다.

16) 陳其元 校, 『庸閑齋筆記』(中華書局, 1989), 183~84면.

명청 律學 발전의 다른 하나의 요인은 律典이 晋, 唐의 낡은 것을 승계하여 문구가 이해하기 어려운데 이를 이용하여 사익을 위해 법을 속이는 자가 많았으며, 동시에 많은 사람들이 글을 짓고 학설을 세워 이를 교정하려고 하였다. 위의 두 요인으로 인하여 명청의 관청과 개인에 의한 律例의 註解 서적들이 대량으로 나왔다. 명청의 율학저서는 대략 다음과 같은 3가지로 분류할 수 있다. 첫 번째는 『律例歌訣』, 『讀律瑄朗』, 『律例歌括』, 『律例精言歌括』 등 “장님, 아이, 늙은이 누구나 율례를 외우고 노래함”(瞽盲童叟可誦可歌)¹⁷⁾을 목적으로 하는 서적들이 나왔다. 일부는 오늘날 우리의 법률보급 서적과 유사하다. 두 번째는 『律法須知』, 『刑書据會』, 『律例便覽』, 『明刑管見錄』 등 사법관들이 斷罪量刑을 함에 있어서 참조하고, “목민관들로 하여금 각기 한 편씩 비치하여 책상 머리에 늘어 놓고, 때때로 살펴보도록 하는 것”(俾司民牧者, 各置一編, 列諸案頭, 時加體會)¹⁸⁾을 목적으로 하는 책들이다. 세 번째는 두 번째와 유사하게 사법관이 율례를 이해하는데 보조적인 작용을 한다. 이것이 독립적인 한 부류로 나타난 것은 첫째, 비교적 수준이 높아 명청대 율학에 관한 대표 저서들로 간주할 수 있고, 둘째, 이러한 저서들은 입법·修律을 함에 있어서 참조할 가치가 있기 때문이다. 이 부류에 속하는 저서들은 많지 않은 바, 王肯堂의 『箋釋』, 沈之奇的 『輯注』, 吳壇의 『通考』, 薛允升의 『存疑』와 沈家本的 『律例偶箋』, 『律例校勘記』 등이 있다.

美國의 중국인학자 陳張富 여사는 청나라 학자 沈之奇的 『大清律輯注』가 청대 사법판결에 미친 영향에 관하여 연구한 적이 있다. 그녀는 1736년-1885년, 150여년간의 9000여개의 청대 案例를 조사한 결과 21개의 사안이 『輯注』를 직접 인용하여 法源으로 삼았음을 발견하였다. 그 중에 外省의 사안이 8개, 刑部의 사안이 13개였다. 비록 이들 유사한 사례는 상당히 특수하게 보이지만, 필자는 그녀가 조사한 사안 중 대부분의 사안은 사건에 대한 개요에 불과하여, 그 사안들은 『輯注』를 인용한 원래의 문장을 생략하였을 가능성이 있고, 이러한 사안의 편집자들이 “각자의 選好, 심지어 편견이 있었을 수 있다”고 지적하였다. 그녀는 특히 만약

17) 梁他山, 『讀律瑄朗』, 『葛元煦序』.

18) 徐士鑾, 『明刑管見錄序』, 何梗繩, 『治學一得編』에 보인다.

그녀가 『刑案滙覽』과 세 개의 그 『續編』의 내용에서 벗어나지 않았다면, 그녀는 1810년의 Re Chang Chun 사안을 발견하지 못했을 것이라고 하였다. 그 사안에는 형부가 일정 기간 각 省의 관원들로 하여금 형부가 설정한 조건에 근거하여 심씨의 『輯注』를 인용하도록 인가한 것이 나타나 있다. 그녀는 아울러 심씨의 『輯注』가 청대의 많은 개인 법률주석서의 하나에 불과함을 지적하였다. 심씨 저작을 인용한 사법 판결을 조사하는 과정에서 그녀는 명나라 사람 왕광당의 『箋釋』을 인용한 사안 12개를 발견하였고, 萬維翰의 『大清律例集注』(1766년판)을 인용한 사안 7개를 발견하였다.¹⁹⁾

Ⅲ. 律典의 승계와 창조

명대의 修律은 명나라 건국전인 元末 至正 27년(吳元年) 10월에 시작되었는데, 주원장은 좌승상 이선장에게 책임을 지워 “법은 간단하고 정확함을 귀하게 여기니, 사람들로 하여금 쉽게 알 수 있게 하여야 한다”는 원칙에 의거하여 율령을 개수하여 편찬하게 하였다. 다음 해, 즉 홍무 원년 정월에 정식으로 반포하여 시행하였는데, 이것이 이른바 “원년률”이다. “원년률”을 반포한 후 주원장은 만족하지 않았다. 그것이 “경중의 마땅함을 잃었다”고 여기고 “그래서 등극한 이래 누차 대신을 소집하여 다시 새로운 율을 정하게 하였다.”²⁰⁾ 홍무 원년 8월의 말에 의하면, “유신 4인과 형관에게 명하여 당률을 진강하게 하여, 하루에 20조를 써내려가 율은 것을 택하여 따랐다. 혹 경중의 마땅함을 잃은 것은 직접 손익하여 힘써 지당한 것을 구했다.” 또 홍무 6년 11월에는 “조칙을 내려 형부상서 유유겸으로 하여금 『대명률』을 상정하게 하였다. … 한 편이 완성될 때마다 곧 正書하여 올렸다.

19) Fu-mei Chen, The Influence of Shen Chih-ch'i's CHI-CHU Commentary upon Ch'ing Judicial Decisions, Essays on Chain's Legal Tradition, ed. by J. A. Cohen, R. R. Edwards, and Fu-mei C. Chen, Princeton Univ. Pr., 1980, pp. 170~221.

20) 陳子龍 등 선집, 『明經世文編』, 中華書局, 1962년 영인본, 권1, 『進大明律表』.

황제가 두 기둥 사이의 벽에 걸어놓고 직접 다듬어 확정하였다.”²¹⁾ 이 때문에 홍무 7년, 22년, 30년의 세 차례에 걸친 대규모의 수율이 있었는데, 홍무 30년 반포한 율서가 『대명률』의 최후 정본이라고 할 수 있다. 주원장은 해당 律의 안정성을 지키는 것을 매우 중시하여 자손 세대에게도 지킬 것을 요구하고 “가볍게 의논하여 변경하지” 않도록 하였다. 이를 어기면 “선조의 제도를 변란시킨” 죄에 처하였다. 어떤 사람의 설에 의하면, 이때의 수율에서 확정된 460조 율문은 만력 13년에 『대명률부례』를 합하여 간행할 때 고친 55자를 제외하고 명대가 끝날 때까지 변경되지 않았다.²²⁾

“大明律”의 내용을 볼 때, 비록 이전 왕조의 律典에 비해 실질적인 변화가 없고 계승한 요소가 創新의 요소보다 훨씬 더 많지만, 외관상 明律은 唐律에 비해 많은 차이점을 갖고 있다. 孫星衍, 薛允升 등의 견해에 의하면, 明律과 唐律의 가장 큰 차이점은 “중죄는 중하게 다스리고 경죄는 경하게 다스리는 것”이다. 孫星衍은 “영휘를 이후 송나라 원나라가 모두 그 이전의 것을 답습했으나, 오직 명대에는 고친 것이 많았다. 또 『간당』장을 증보하여 바른 선비를 함정에 빠뜨렸으며, 가벼운 죄는 가볍게 다스리고 무거운 죄는 무겁게 다스렸다”(自永徽律已后, 宋元皆因其故. 惟明代多有更改, 又增『奸黨』一章, 以陷正士, 而輕其輕罪, 重其重罪²³⁾)고 말하였다. 청대 律學의 대가 薛允升의 『唐明律合編』은 明律과 唐律을 상세히 비교하였다.

唐律에 비할 때, 明律의 뚜렷한 특색은 그의 編目과 체계에 있다. 明律은 唐律이 취하고 있는 12篇체계를 포기하고 6篇의 체계를 취하였다. 『法經』 6篇으로부터 漢律 9章, 또 唐律 12篇에 이르기까지 중국법전의 篇目, 체계가 비록 늘거나 줄어들었지만, 그 연속성은 일목요연하다고 할 수 있다. 명대에 이르러 입법자는 6部체계와 唐律 12篇체계 사이에서 고민하다가 최종 6部分篇의 체계를 확정하게 되었다. 이는 中國法典編纂史에서의 한차례의 중대한 변화라고 할 수 있다. 중국

21) 『太祖實錄』 권86.

22) 楊一凡, 『洪武法律典籍考證』(法律出版社, 1992), 12면.

23) 孫星衍, 『重刻故唐律疏議序』.

및 해의 학자들의 종합에 의하면, 이러한 체계의 特點은 두 가지 면에서 표현된다. 첫 번째는 포함하는 범위가 넓으면서도 상세함과 간략함이 잘 결합된 것이고, 두 번째는 官員이 법을 집행하는 데 편리할 뿐만 아니라 民衆이 법을 지키는 데에도 편리한 것이다. 심지어 어떤 학자는 “『大明律』이 6부로 분류된 것은 중국입법사상의 위대한 창조”²⁴⁾라고 평가하였다. 어떤 사람은 6部分篇의 체계가 “명백히 법률의 장악과 집행에 대한 편리를 위해서이고”, “외방의 刑을 다스리는 관리 및 처음으로 관직에 오른 자들”로 하여금 “준수할 바를 알도록 하는 것이다.”²⁵⁾ 미국의 학자 博德(?)은 “1397년(洪武 30년) 『大明律』 체계의 배분은 중요한 의의가 있으며”, 그것은 “역대법전의 관례를 타과하였다”고 평가하였다. “중앙정부의 6부는 직무상 사람들의 각종활동과 연관이 있게 되어 部の 명칭을 律의 명칭으로 함으로써 법률의 각종 조문을 포함시킬 수 있었다.”²⁶⁾ 만일 우리가 明律의 6부분류법이 확실히 하나의 새로운 창조라고 가정한다면, 반드시 명백히 하여야 할 것은 이러한 창조의 의의는 무엇인가 하는 것이다. 체계상의 새로운 점을 제외하고, 그 어떤 실질적인 진보가 있는가? 만일 그 진보가 단지 검색의 편리함에 있다고 한다면, 우리가 여전히 의문스러운 것은 이러한 편리함이 도대체 어떻게 6부의 체계를 통하여 표현되는가 하는 것이다. 과연 唐律의 체계는 검색에 있어서 편리하지 않다는 것인가? 위에서 언급한 여러 견해는 모두 이점에 대해 구체적으로 설명하지 않고 있다. 필자의 견해는 唐律의 篇目과 明律의 篇目を 비교하여 보면 6부분류법은 원 唐律 篇, 條 간에 하나의 級수를 증가시켜 매개 층차를 만듦으로써 전통적인 2級 구성의 律典을 3級으로 변화시켰다는 것이다. 바꾸어 말하면, 원 唐律 12篇의 大目錄(directory)아래에 小目錄(sub-directory)을 증가시킨 것이다. 즉 원 唐律의 12개 大目錄을 7개로 줄이고 小目錄을 30개로 늘인바, 원 唐律 12篇 중 『名例』律 이외의 11篇을 다시 조합한 결과 29개의 小目錄이 생긴 것이다. 그 중 당률 편목의 원래 모습을 그대로 둔 것은 『職制』, 『捕亡』, 『賊盜』, 『詐僞』, 『斷

24) 楊一凡, 앞의 책, 56면.

25) 楊一凡, 앞의 책, 55면.

26) 博德, 莫里斯: 『中華帝國의 法律』(朱勇 번역본), 제56면.

獄』 등 5篇이고, 조금 변경하여 그대로 둔 것은 『雜犯』 1篇이 있으며, 쪼개 나눈 것으로는 『戶役』, 『婚姻』, 『廐牧』(『廐庫』), 『倉庫』, 『斗毆』, 『訴訟』 등 6篇이 있다. 나머지 『公式』을 비롯한 16편은 새로 증가한 것이다. 새로 증가한 篇의 명칭 중에는 魏晉, 北周 등의 律 혹은 唐令에서 옮긴 것이 있고 일부는 元律의 영향을 받은 것도 있다. 순수하게 明人이 창조한 것으로는 『公式』, 『田宅』, 『課程』, 『錢債』, 『市廛』, 『儀制』, 『軍政』, 『河防』 등 8篇뿐이다. 비록 薛允昇, 沈家本 등 학자들이 明人들의 이러한 창조성에 대하여 높게 평가하고 있지 않지만, 객관적으로 볼 때, 2級 구성을 3級 구성으로 변화시켜 律典의 層次를 더욱 분명하고 합리적으로 바꾸었으며, 大目錄의 종합성을 높이는 한편 小目錄의 귀납적 정확성도 높여 법률조문의 검색도 어느 정도 편리하게 되었다. 총체적으로 전통 律典의 分類수준을 제고시켰으므로 중국 전통법전 편찬 기술상의 진보라고 보아야 한다. 예를 들면, 『儀制』는 唐律 속 각 편에 분산되어 있던 條目을 한 곳에 모았고, 『受贓』은 唐律 『職制』 속의 관리의 뇌물수수에 관한 조문을 한 곳에 모은 것으로, 모두 취할 만한 것이라 할 수 있다. 그러므로 薛允昇의 비판은 일면적이라고 할 수 있다.

추가적으로 설명해야 할 것은 6部 分篇의 체계의 실제 우월성은 지나치게 높이 평가할 수는 없지만, 그 상징적인 의의는 여전히 중요하다는 것이다. 6部 分篇은 吏律, 戶律, 禮律, 兵律, 刑律, 工律 등 각 편을 각각 史部, 戶部, 禮部, 兵部, 刑部, 工部에서 책임지고 집행한다는 것을 의미하지 않는다. 『大明律』을 집행하고 해석하는 주요 기관은 여전히 刑部와 지방 衙門이다. 그러나 이러한 衙門, 특별히 지방 各級官府 중에서 실제상 律例를 장악한 것은 刑名幕客이다. 律例를 熟讀한 그들에게는 律條검색이란 별로 어려운 문제가 아니었고, 明律의 내용이 唐律의 범위를 초과하지 않은 점을 감안할 때, 明律체계의 創新을 지나치게 강조하는 것은 별 큰 의미가 없을 것이다.

6部 분류의 성질에 관한 鐘斯의 관점은 매우 啓發的이다. 그는 6部를 체계로 삼은 律典에 포함된 “위법행위는 中央機構의 직무에 영향을 주는 방식에 따라 배열된 것이다”고 했다. 그러나 그는 계속하여 이러한 체계는 결코 범죄의 방식에

따라 배열 된 것은 아니라고 하였다. 아마 이는 東西文化의 범죄의 개념에 대한 서로 다른 이해에서 비롯되었을 것이다. 필자가 보건대, 중국의 전통적인 의미에서 말하는 범죄는 社會에 대한 危害행위가 아니라 政府에 대한 危害행위이다. 물론, 社會에 대한 危害행위도 일반적으로 범죄를 구성하지만, 그 까닭은 그러한 행위가 간접적으로 정부에 위해를 가하였기 때문이다. 만일 명대정부의 주요 직능을 6개 방면, 즉 史, 戶, 禮, 兵, 刑, 工으로 개괄하면, 서로 다른 정부의 직능을 해치는 것은 서로 다른 유형의 범죄를 구성하게 된다. 그러므로 6部 분류법은 범죄의 종류를 근거로 하였으나, 결코 서양인들이 이해하는 그러한 범죄의 개념은 아니었다. 이러한 의미에서 이런 새로운 체계의 이점은 중국의 전통적 범죄유형을 간명하게 정리했다는 데 있다.

그런데 하나의 의문은 明律의 수정이 전부 洪武 연간에 집중되었는바, 매 6, 7년에 한차례의 수정을 거쳐 모두 5, 6차례 수정되었다는 점이다. 만일 정본 明律이 朱元璋이 기대하는 기준에 도달하였다면, 왜 주원장은 전통을 뒤엎어 唐의 옛것을 따르지 않고 새로운 기준을 제시하였을까? 바꾸어 말하면 朱元璋이 明律 체계를 새롭게 변경한 동기 혹은 靈感은 어디에 있는가?

예전의 제일 영향력 있는 주장은 清末 律學大家 沈家本의 “정치투쟁설”이었다. 그는 “홍무 13년이 되어 胡惟庸의 亂政을 징치하고, 중서성을 혁파하여 정무를 6부로 귀속시켰다. 명률의 분류목록도 이에 따라 고쳤다. 천수백년의 율서가 이에 이르러 면목이 크게 바뀐 것은 실로 이때 그렇게 만든 것이다.”(迨洪武十三年, 懲胡惟庸亂政, 罷中書省而政歸六部, 律目亦因之而改. 千數百年之律書, 至是而面目爲之亦大變者, 實時爲之也.)²⁷⁾라고 하였다. 그러나 후대의 학자들에 의하여 밝혀진 바에 의하면, 6部 分篇의 체계는 이미 “元年律”에 채용되었는 바²⁸⁾, “22年律”에서 시작된 것은 아니었다. 명백히 이런 “정치투쟁설”은 성립되기 어렵다. 그리하여 또 다른 학자는 “立法思想투쟁설”을 제기하였다. 그의 주장에 의하

27) 『重刻明律序』, 『寄菴文存』, 『歷代刑法考』 2209면에 보인다.

28) 內藤, 『大明令解説』, 『日本學者研究中國史論著選譯』 제8권(법률제도)(中華書局, 1993), 390면에 보인다.

면, “7年律”이 唐律의 12篇 체계를 회복한 것은 “元年律”에 비하여 퇴보된 점이고, 심지어 明初 律典체계의 創新의 문제를 놓고 “前的 것을 고수할 것인가 아니면 변통할 것인가 하는 사상투쟁까지” 있었다는 것이다. 朱元璋의 지도하에 “『大明律』의 편찬과정 중 ‘당시 정황에 적합하여야 한다’는 원칙을 지도사상을 관철시켰다.” 위의 주장은 또 “『大明律』은 ‘반드시 당의 옛 것을 따라야 한다’는 사상과 ‘전통은 옳고 현재의 것은 그릇된 것’이라는 사상의 영향을 극복하여, “봉건입법사상에서 새로운 한 걸음을 내디뎠다”고 했다.²⁹⁾ 이러한 주장이 성립될 수 있는가? 연구해 볼 가치가 있다.

보편적으로 인정하고 있는 사실은 6部 分篇의 체계가 순수하게 명대 초기의 창조가 아니라는 것이다. 원조의 『大元聖政國朝典章』과 『經世大典』 모두가 6部の 체계를 취하였다. 서로 다른 점은 “『元典章』의 편찬은 지방관리들이 자발적으로 행한 것이나, 『大明律』은 국가의 정식 입법이다. 명 왕조는 明律의 제정을 통하여 前代의 실천 중에서 출현한 새로운 분류방법을 국가입법의 정식적인 편찬원칙으로 승화시킨 것이다.”³⁰⁾ 만일 朱元璋의 “時宜에 적합하여야 한다”는 사상이 바로 앞 왕조의 법률을 모방하는 것을 가리킨 말이라면, 아마 이해하기 어려울 것이다. 우리가 알다시피, 朱元璋은 원조, 특별히 元末 법제에 대하여 줄곧 높게 평가하지 않았는바, 그가 어찌 자신이 줄곧 경시하여 오던 것을 가지고 唐律을 초월하는 보배로 삼았겠는가?

어떤 학자는 “太祖가 일찍이 『周禮』 6官 제도의 간명함을 이상으로 삼았다”³¹⁾고 지적한다. 필자가 생각하건대 이 견해는 매우 일리가 있다. 주원장, 심지어 그의 자손들 마음 속에서 『唐律』의 지위는 매우 높았고, 아마 최고의 偶像이었을지도 모른다. 주원장은 “내가 천하를 소유하매, 옛날을 모방하여 다스리되 禮를 밝혀 백성을 인도하고 법을 정하여 완악한 자를 묶을 것이다”(朕有天下, 仿古爲治, 明禮以導民, 定律以繩玩)³²⁾라고 스스로 일컬었다. 위에서 보다시피 주원장은 전

29) 楊一凡, 앞의 책, 55~56면.

30) 楊一凡, 앞의 책, 55면.

31) 주 28과 같은 책, 390면.

통을 고수하려는 마음이 없는 것은 아니다. 단지 그가 모방하려는 것은 唐이 아니라 그보다 더 오랜 西周였을 뿐이다. 명대 군주들은 唐代를 小康의 시대라고 생각하고, 당의 법제도 간이하고 낙후되었다고 생각하였는바, 唐人을 초월하여 이상적인 경지에 도달하려고 하였다면, 하필 서주를 제쳐놓고 唐을 모방하였겠는가? 『唐六典』 또한 『周禮』를 모방한 것이 아닌가? 이러한 점을 볼 때, 주원장의 偶像은 『周禮』였지, 결코 『唐律』은 아니었다. 아마 이러한 호승심 때문에, 『明律』의 수정은 될수록 『唐律』의 영향을 피하여 의식적으로 明人の 창조정신을 나타내려 했을 것이다. 沈家本은 “明律은 본래 같은 것을 다르게 하기를 잘 하였다”(明律本好爲異同)³²⁾라고 하였고, 薛允升은 “明律이 비록 당률에 연원을 두고 있으나 잘라내고 고친 것이 매우 많으니 당률을 넘어서려고 의도하였다”(明律雖因于唐而刪改過多, 意欲求勝于唐律)라고 하였으니, 아마 위에서 말한 점을 지적한 것일 것이다. 사실, 明人の 律典에 대한 많은 “창조”는 唐律보다 오랜 제도에 대한 참조에 있을 따름이다. 이러한 시각에서 볼 때, 薛允升이 주원장을 “일에 있어 옛 것을 스승으로 삼지 않고 私心을 썼다”(事不師古而私心自用)³⁴⁾고 비평한 것은 매우 識見이 있는 견해라고 여겨진다.

청대의 첫 법률은 청정부가 중원에 진입한 후의 4번째 해, 즉 順治 4년 3월에 반포되었으며, 학자들은 대부분 이를 順治律이라고 부른다. 일설에 順治 3년에 반포되었다고 한 것은 잘못된 견해이다. 雍正 연간에 한차례의 수정을 하였는데, 주로 官方의 註解를 編制한 것으로 『大清律集解』이다. 乾隆 5년에 제3차 수정을 한 후에 集解를 삭제하고 『大清律例』라고 정한 후, 기본적으로 더 이상의 수정은 없었다. 이러한 국면은 청말의 『大清現行刑律』의 수정 전까지 지속되었다.

清初 修律은 明初와 비교할 때, 비교적 간단하였고, 기본적인 사유방식도 明律을 承繼하는 것으로 그 어떤 창조도 기도하지 않았다. 청대 초기의 談遷은 심지어 겸손하게 “대청률은 대명률의 명칭만 바꾸었을 뿐이다”³³⁾고 말하였다. 비록 “順治

32) 『大明律序』, 『全明文』 권33, 錢伯誠 등편(上海古籍出版社, 1994), 제1책, 801면에 보인다.

33) 주 27과 같은 책, 1877면.

34) 薛允升, 『唐明律合編序』.

律”과 “大明律”이 그 어떠한 차이점도 없다고 할 수는 없지만, 창조라고 할 수 있는 것은 거의 찾아 볼 수 없다. 일본사람 瀧川政次郎은 그가 본 바에 의거하여 順治律 原本과 대명률을 자세히 비교한 결과 다음과 같은 결론을 얻을 수 있었다고 한다. 즉, 순치률은 “明律의 律目律文 3條(『吏律·公式』의 ‘漏用鈔印’條, 『戶律·倉庫』의 ‘鈔法’條, 『刑律·詐僞』의 ‘偽造寶鈔’條-原著者, 이하 같음)를 삭제하고, 律目律文 2條의 위치를 이동하였다(‘信牌’條를 『吏律』의 『公式』에서 『職制』로 이동하였고, ‘漏泄軍情大事’조를 『吏律·公式』에서 『兵律·軍政』으로 이동하였다). 그리고 律目律文의 4개 조항의 순서를 변경하였다(『吏律·職制』의 ‘官員襲蔭’條를 제4조에서 제1조로 변경하였고, 『吏律·職制』의 ‘選用軍職’條를 제1조에서 제5조로 변경하였으며, 『刑律·受贓』의 ‘官吏聽許財物’條를 제11조에서 제4조로 변경하였다. 그 외 『刑律·受贓』의 ‘私受公侯財物’條를 제9조에서 제11조로 변경하였다. 2개의 律目조항을 수정하였다(『戶律·婚姻』의 ‘蒙古色目人婚姻’을 ‘外藩色目人婚姻’으로 수정하였고, 『刑律·受贓』의 ‘因公擅科斂’을 ‘因公科斂’으로 수정하였다). 한 개의 律目律文 조항을 증설하였다(『明例律』의 맨 끝에 ‘邊遠充軍’조항을 증설하였다). 한마디로, 明律에 대한 수정은 극히 적었고 篇目구성도 완전히 明律을 모방하였다. 順治律은 458조의 律 이외에 449조의 條例가 本律아래에 규정되었다. 그 중 380조가 萬曆 38년 간행된 『大明律集解附例』의 상응하는 부분과 일치하고, 나머지 부분도 모두 明末 이전에 제정된 條例이었는데, 청대 자신의 條例는 한 개도 포함하지 않고 있었다. 그 외, 總目과 各篇의 目錄, 圖, 服制, 制義(明律의 例義), 附圖 등은 모두 明律을 모방한 것이었고, 順治 2년에 제정한 『大清律附』도 弘治 10년에 제정한 『大明律附』의 모방물에 불과할 따름이다.”³⁶⁾ 雍正 이후의 修律도 마찬가지로 ‘문구의 교정’ 등 사소한 수정에 불과하였는데, 律典 본문에 대한 영향은 크지 않았다.

반드시 언급해야 할 점은 順治律의 수정이 결코 순풍에 돛단 격이 아니었다는

35) 談遷 撰, 汪北平 点校, 『北游錄』, 中華書局, 1960년판, 1997년 중인, 제378면.

36) 島田正郎, 『清律之成立』, 劉俊文 主編, 姚榮濤·徐世虹 譯, 『日本學者研究中國史論著選譯』 제8권(법률제도)(中華書局, 1993), 480-481면.

것이다. 修律 과정에 修律의 필요성 및 修律의 방법을 놓고 일부 쟁론이 있었다.

1644년 淸軍이 중원에 들어올 때, 처음에는 修律할 계획이 없었는바, 사법 실천 중 여전히 중원에 들어오기 전의 입법을 사용하였다. 順治 元年 6월 乙丑, 청정부는 “各 衙門은 청정부가 중원에 들어오기 이전의 刑事立法에 따라 범인을 다스리고, 『大明律·五刑』중의 杖刑을 적용하지 말라”³⁷⁾고 명하였다. 중원에 들어오기 오래 전부터 동북의 편벽한 곳에 있던 後金정권(崇德 元年, 즉 1636년에 국호를 淸으로 변경)은 본 왕조의 입법활동을 시작하였다. 史書에서 빈번히 언급되고 있는 “盛京의 定例”³⁸⁾는 넓은 의미에서 청정부가 중원에 들어오기 이전의 立法을 말한 것이다.

명대의 법률과 비교할 때, 중원에 들어오기 이전의 청정부의 법률은 상당히 落後하였다는 것은 의심할 바 없다. 이점은 청대의 황제들도 부인하지 않았다. 順治 3년 5월의 『御製大清律序』는 “朕은 太祖·太宗이 東方에서 창업하니, 백성은 순하고 법은 간단하여, 死刑 이외에는 鞭笞가 있을 뿐이라고 생각한다”고 했다. 그러나, 이런 낙후한 법률로서 대국, 특히 이미 상대적으로 발달된 법률체계에 습관이 된 민족을 다스린다는 것은 현실적이지 못하였다. 앞에서 언급한 중원에 들어오기 이전의 법률의 적용에 관한 명령이 下達된지 10일도 안 되어, 順天巡撫 柳寅東은 즉시 상소하여 “듣건데 제왕은 교화를 완수하더라도 五刑을 폐지하지 않는다고 하였다. 鞭責만으로 무리를 위협하기에 부족하다. 형벌을 밝혀야만 법을 신칙할 수 있으니 속히 律令을 제정해서 중외에 반포하여 백성들이 감히 범하지 못하도록 하고 화란이 스스로 맑아지게 해야 한다”(蓋聞帝王弼教不廢五刑, 恐鞭責不足以威衆, 明罰乃所以敕法, 宜速定律令, 頒示中外, 俾民不敢犯而禍亂自淸矣)고 하였다. 이는 직접적으로 공공연히 최고 당국자와 다투는 것이다. 그러나 유

37) 『大清世祖實錄』 권5.

38) 예를 들면 『大清聖祖實錄』 권11에 다음과 같이 실려있다. 康熙 “3년 3월 壬戌에 刑部가 의논하여 다음과 같이 覆奏하였다. ‘과실로 살인을 범한 자는 旗 아래 盛京의 定例에 비추어 채찍 一百에 처하고 배상한다. 백성은 사십 板으로 責하고, 銀 사십 량을 추정하여 죽은 자의 가족에게 지급한다. 旗의 백성이 피차 과실로 살인한 자는 모두 은 사십 량을 지급하는 예에 의한다.’ 허락하였다.”

인동의 상소를 접수한 후 즉시 명령을 회수하고 다음과 같이 선포하였다. “차후로 관리가 장물죄를 범하면 사실을 조사하여 참형에 처하라. 鞭責은 너무 관대한 듯 하니 이후로 刑部에 물어 명률에 의거하여 처리하라.”³⁹⁾

청정부의 입장은 어찌하여 이렇게 빨리 변할 수 있었던 것인가? 아마, 多爾袞 등 최고 통치자는 이미 민족의 존엄을 수호하는 것보다 금방 건립된 정권을 공고히 하는 것이 제일 시급한 문제임을 인식하고 있었다. 多爾袞이 “明律에 準하여” 죄를 다스릴 것을 명령한지 얼마 안 되어 또 몇몇 漢官들이 상소하여 사법실천 중 明律에 따라 죄를 다스릴 것을 요구하였는가 하면, 새로운 律典의 제정을 요구하는 상소도 있었다. 예를 들면, 順治 2년 2월, 刑科給侍中 李士崧(火+昆)과 5월 福建道御史 姜金允이 다음과 같이 상주하였다. “저작을 속히 모아 열람하도록 올려서 제정 반포에 편하게 하였으며, 覆奏·朝審·熱審·停刑 등 각각의 항목은 三法司가 함께 모여 舊例를 자세히 고찰하여 모두 상주합니다.”⁴⁰⁾ 이 상소들 중에서 가장 중요한 것은 순치 원년 8월과 2년 6월 형과급시 중 孫襄의 두 차례 상소이다. 손양의 상소의 기본 요점은 “修律에 즈음하여 누차 율음을 받드니, 여러 신하들이 창입하는 초기에 지나치게 정중하여 새로 만드는 것이 아님을 알지 못한다. 청률과 명률을 취하여 그 같고 다름만 정정하고 쓸모 없이 번쇄한 것을 삭제하여 백대의 현장으로 삼아 후세에 드리우면 족하다. 지나치게 번거로이 고치는 일은 없을 듯하다. 상소가 들어가자 율허하였다. ‘修律은 같고 다름을 참작하여 번잡하고 쓸모 없는 것을 삭제하되 지나치게 번거로이 고칠 필요는 없다. 상주한 바가 옳으니 刑部는 알라.’”⁴¹⁾ 손양의 상소의 대의는 修律을 함에 있어서 지나치게 엄매어 삼가할 필요가 없을뿐더러 새로운 창조를 기대는 망상은 더욱 하여서는 아니 되는데, 『大明律』을 그대로 옮기고 청대의 刑事立法을 근거하여 일부삭제를 거치면 司法實踐을 하는데 응용할 수 있다는 것이다. 順治 4년에 반포한 『大清律』은 明律의 翻本으로 公認되고 있다. 그러므로 孫襄의 奏疏는 順治律의

39) 주 37과 같은 책, 권5, 順治 원년 6월 甲戌.

40) 주 37과 같은 책, 권5, 戊子.

41) 주 37과 같은 책, 권16, 己亥.

수정에 대하여 큰 영향을 주었다고 할 수 있다.

IV. 明清 兩代의 修例

명청의 修例는 본질상 일종의 立法활동이다. 또한, 명청대 修例는 국가 입법활동의 주요한 구성부분이었다. 秦漢이래, 거의 모두 왕조가 다 각자의 입법활동과 입법활동의 주체와 중심이 있었다. 대체로 唐朝 중기 이전 定律 사업은 대 왕조의 주요한 입법활동이고 입법활동의 중심이었다. 唐朝 후기부터 定律 활동은 점차 부차적인 지위로 물러나게 됨과 동시에 律은 점차 하나의 法源형식으로 성숙, 안정되어갔다. 그리하여 각 왕조의 定律의 주요 임무는 이러한 形式을 발전시키는 것이 아니라 그를 승계하고 이어나가는 것이었다. 동시에, 律 이외의 의식성, 變通性을 갖춘 法源형식이 입법활동의 중심으로 떠올랐다. 예를 들면, 唐朝 후기의 格敕, 兩宋의 編敕 및 명청의 修例 등이 그것이다.

군주전제시대의 입법으로서 修例는 定律과 유사한 특징을 나타냈으며, 修例의 근본적 결정권은 황제에게 속하였거나 혹은 황제가 입법권의 주체라고 할 수 있다. 물론, 황제의 이러한 주체의 지위는 많은 경우에 상징적인 의미만 가지나 간혹 매우 구체적이고 실제적인 작용을 발휘한다. 예를 들면, 洪武, 永樂 두 왕조의 修例는 황제 개인의 영향을 많이 받았고, 仁宣 이후의 修例는 황제의 영향이 적었다. 이론적인 면에서 볼 때, 전제시대의 황제는 응당 입법의 全權 주체이나, 중국의 고유한 선조 숭배와 유기“孝”의 관념의 영향이 있어 중국고대의 開國 황제는 늘 더 큰 입법권을 향유함으로써 그가 제정한 법률은 간혹 그 왕조 이후의 각 왕조를 구속하는 힘을 갖기도 하였다. 바꾸어 말하면, 嗣位 황제의 주권은 불안정한 것으로, 이미 그의 선조가 주권의 일부를 나누어 가졌다. 漢武帝대 杜周라고 하는 유명한 廷尉가 있었는데, 전문적으로 황제의 심리와 행동을 헤아려 즐겁게 하여 주었다. 그리하여 그를 “三尺法”에 따르지 않는다고 비평하는 이도 있었다. 이에 대한 그의 유명한 대답은 바로 “三尺法은 어디에서 나온 것인가? 앞의 황제가

옳다고 한 바를 저술하여 律이라 하고, 뒤의 황제가 옳다고 한 바를 풀이하여 疏이라고 한다. 시대에 마땅하면 옳은 것이니 어찌 반드시 옛 법을 취할 것인가?”⁴²⁾이다. 대체적으로 律典은 기본상 開國 황제의 작품이라고 할 수 있다. 그러나 兩漢의 疏, 魏晉의 科, 唐의 格, 宋의 敕, 明清의 例는 嗣位 황제에게서 나온 것이다.

명청의 修例는 새로운 條例를 창설하였을 뿐만 아니라, 條例를 수정, 보충, 삭제함과 동시에 일부 편찬 기술상의 처리도 거쳤다. 현대의 법학자가 볼 때, 이러한 것들은 모두 입법활동에 속한다.⁴³⁾

明代의 條例 수정은 洪武 연간에 시작되었고, 永樂 연간에도 일련의 條例를 제정하였다. 朱元璋, 朱棣 등의 개인적 원인으로 말미암아 명초 修例는 수월성은 컸지만 규범적인 절차와 심사숙고의 태도가 부족하였는바, 종종 사람에 따라 사건에 따라 例를 제정하였다. 한편으로는 條例자체가 서로 조화되지 않고 혼란스러웠으며, 다른 한편으로 奸吏들이 기회를 타서 마음대로 행동하였다. 仁·宣 이후의 황제들은 점차 상술한 현상의 위태로움을 인식하여 律典의 正統 地位를 강조하기 시작하였다. 그리하여 매 황제가 등극할 때마다 前代 條例의 혁파를 선포하였다. 그러나 사회는 고정불변의 것이 아니기에 원칙성이 강한 律典은 너무 추상적이고 개괄적이라는 허점이 드러났다. 時勢의 변화에 적응하기 위해서는 새로운 입법을 하는 것이 합리적이고 심지어 막을 수 없는 추세로 되었다. “이미 제정된 법은 한 글자도 쉽게 고쳐서는 아니 된다”는 점에 비추어, 새로 등극한 황제들의 유일한 선택은 條例를 이용하는 것이었다. 그리하여 仁宗 이후의 여러 황제는 전 황제의 條例를 삭제하는 동시에 새로운 例를 제정하였다. 條例의 수는 감소되지 않을뿐더러 오히려 삭제할수록 더 많아지는 현상을 초래하였다. 명대 중후기 세차례 『問刑條例』를 수정하였다. 첫 번째 수정된 問刑條例는 弘治 연간에 반포되었기에 역사상 “弘治『問刑條例』”라고 하여 후에 嘉靖·萬歷 연간에 수정된 『問刑條例』와 구별하고 있다. 弘治의 『問刑條例』의 수정은 선조의 법을 변경시켜서는

42) 『漢書·杜周傳』.

43) 周旺生, 『立法論』(北京大學出版社, 1996), 61면.

아니 된다는 전통을 깨트리고 명청시대의 例로 律을 보충하는 律例 공존의 길을 열어 놓았다.

청대의 修例는 기본적으로 명대의 것을 모방하는 동시에 진일보의 발전을 가져왔고, 그 발전 정도의 차이점을 기준으로 乾隆 시기를 전후하여 두 개 단계로 구분하고 있다.

전반기에 律例館의 주요임무는 修律이었고, 동시에 修例도 시작하였으나 주요한 대상은 아니었다. 順治 연간 정치 국면의 혼란으로 청정부는 입법활동에 중사할 충분한 힘이 없었는바, 이 시기는 주로 현실적인 문제를 대처하기 위한 것이어서 明律을 그대로 옮기는 수밖에 없었고 아직 새로운 창조는 기대하기 어려웠다. 順治 4년에 반포한 大清律은 明律을 전부 받아들였을 뿐만 아니라 明律에 附載된 條例까지 承繼하는 동시에 이를 律文과 동등한 효력을 가지는 것으로 보았다.⁴⁴⁾ 康熙 연간, 開國이래 계속 제정된 條例를 정리하여 『刑部現行則例』라고 명명하고 19년 반포하였는데,⁴⁵⁾ 이는 청의 개국이래 첫 번째 대규모의 修例활동이었다. 雍正 연간에 명대 및 순치·강희 시기와 옹정 시기의 자질구레한 條例들을 정리하여 제정된 시간의 순서에 따라 유형별로 律에 삽입하였다. 청대 초기 세 명의 황제 시기의 修例 정황을 개괄하면 다음과 같은 세 가지 특징을 갖고 있다. 첫째, 修例 제도에 있어서 기본적으로 명대를 모방하였고 별다른 창조가 없었다. 둘째, 修例가 제도화 그리고 定期化 되지 못하였다. 명대와 유사하게 隨時로 定例할 수 있거나, 혹은 단행으로 반포하거나 律 속에 삽입하였다. 지적할 것은 清初 3朝의 修例의 상황이 명대 修例가 거처온 전 과정과 매우 유사하다는 것이다. 清初 한편으로는 명대의 條例를 계승하고 다른 한편 本朝의 條例를 편찬하기 시작하였다. 또 상당한 시간이 흘러 條例가 축적되어 어느 정도 많아지면 整理作業을 시작하였다. 예를 들면, 康熙 18년 개국이래 條例를 정리하여 반포한 『刑部現

44) 姚文然, 『虛眞軒外集』, 권5.

45) 『清朝文獻通考』 권195에 다음과 같이 기록되어 있다. 강희 18년, “명령에 따라 條例를 개정한 다음 책을 만들어 상주하고 간행하여 통행시켰으니, 『現行則例』라고 명명하였다.”

行則例』는 弘治 연간 정리 반포한 『問刑條例』와 유사하고, 雍正 연간에 정리 삼입한 條例는 萬曆 시기 舒化가 정리 편집한 律例와 유사하였다. 徐道鄰선생은 “청조는 곳곳에서 명조를 스승 삼아 배웠으니, 심지어 이미 단행본으로 간행된 『現行則例』를 끌어내어 후에 다시 律例를 합하여 간행하였다. 이것에서 보면 완전히 명조와 같은 모습이라는 것에 실로 의미가 있다.”⁴⁶⁾ 셋째, 修例는 修律을 둘러싸고 진행되었다.

후반기에 청초의 근 백년 동안의 律文 수정을 거친 결과 乾隆 연간에 이르러 律文은 점차 안정되기 시작하였고, 그후 더 이상의 근본적인 변경은 없었다. 사회에서 수시로 발생하는 문제를 해결하기 위하여 청정부는 修例제도를 완전하게 하였다.

乾隆 元년에 3년에 한번 修例하는 원칙이 확정되었다. 乾隆 11년에 3년의 기간을 연장하여 5년에 한번 수정하는 것으로 제도를 바꾸었는데, 구체적으로 5년에 한번 작은 수정을 하고 10년에 한번 크게 수정을 하는 것이었다. 매번의 修例는 수정되는 條例의 성질에 따라 5가지로 분류되었다. 즉, “續纂”, “修改”, “移併”, “移改”, “刪除” 등이다. “續纂”이란 새로 제정한 조례를 말하고, “修改”란 기존의 조례를 수정하는 것을 말하고, “移併”이란 어떤 條例文을 다른 條例文 속으로 이동하여 兩者를 하나로 만드는 것을 말하며, “移改”란 어떤 條例文을 다른 條例文에 이동한 후에 혹은 이동한 동시에 수정하는 것을 말한다. 그리고 “刪除”는 기존의 조례를 삭제하는 것을 말한다.

乾隆 이후, 청정부의 修例는 經常化, 定期化, 規範化를 실현하여 비교적 완벽한 제도를 형성하였다. 필자의 통계에 의하면, 乾隆 5년 『大清律例』를 반포함과 동시에 이미 乾隆 5년 이전에 수정한 條例에 대하여 체계적인 정리를 하였고, 3년에 한번 修例하는 원칙을 확립하였다. 어떤 기록에 따르면,⁴⁷⁾ 乾隆 5년부터 모두 23차례의 修律작업이 있었는데, 그 연도는 각각 乾隆 8년, 12년, 16년, 21년, 26년, 32년, 37년, 43년, 48년, 53년, 60년, 嘉慶 6년, 11년, 15년, 19년, 道光 元年, 5년, 10

46) 『中國歷代律令名稱考』, 『中國法學論著選集』에 실려있음.

47) 光緒, 『大清會典事例』 권740 및 『清朝文獻通考』 권195.

년, 15년, 20년, 25년, 咸豐 2년, 同治 9년이다. 乾隆 초기부터 同治 9년까지 청정부는 기본적으로 定期修例의 원칙을 준수하였다고 말할 수 있다. 매번 修例는 刑部에서 책임지고 황제에게 修例의 신청을 하고, 修例가 완성되면 刑部에서 修例작업에 대해 총결하여 황제에게 보고한다. 同治 9년 이후, 內憂外患으로 인하여 청정부의 상황도 갈수록 나빠져 부득불 定期修例의 제도를 중지할 수밖에 없었다.

청대가 확립한 이런 定期修例의 제도는 이전의 황제가 임시로 대신들을 선발하여 修例를 주관하도록 하던 방법을 개변함으로써, 修例의 권리를 刑部 律例館에 집중되게 하였다. 이러한 방법은 동시에 修例 인원을 고정시키는 국면을 형성 촉진하여 전문성이 매우 강한 律例 專門家를 양성하였다. 청대 말기에 이르러 刑部는 6部중 비교적 특수한 部가 되었으며 薛允昇, 趙舒翹, 沈家本 등 刑官 律學家를 양성하였다.

청대 修例제도의 經常化, 規範化는 통치자가 사회의 변화에 따라 수시로 법률, 정책을 조정하여 제때에 통치자의 의지를 법률화하는 동시에 입법의 조화성과 통일성을 강화하여 서로 다른 法源 간의 모순충돌을 감소하고 최대한 司法官吏가 법을 왜곡하여 해석하는 것을 제한하였다. 또한 이는 修例의 정기화를 실현시킨 원인의 하나이기도 하다.

이원택* · 채성국** 역

* 서울대학교 BK21 법학연구단 연구원

** 서울대학교 대학원 법학과 박사과정

明清時代的中國法律

蘇亦工*

一. 百代皆行秦法政

1. 自秦漢迄明清，中國固有法律一直是以維護家天下為宗旨的一家之法
2. 法律“儒家化”之質疑

二. 明清時代之主要法源

1. 歷代之回顧：法經→秦律→漢律→曹魏新律→晉律→唐律→宋刑統→大明律→大清律令→科→格→例
2. 條例，則例，事例
3. 會典：『唐六典』→『大明會典』→五朝『大清會典』及『會典事例』
4. 成案及律學

三. 律典的繼承與創新

1. 明清律與唐律的實質差別：“重其重罪，輕其輕罪”(孫星衍)，薛允昇『唐明律合編』
2. 篇目和體例之變：十二篇→六部分篇的體例(沈家本『明律目箋』)
3. 體例變化之評價及原因：政治鬭爭說，泥古通今說，做『周禮』說
4. 順治律→雍正律(『大清律集解』)→乾隆『大清律例』：照搬明律

* 中國社會科學院 法學研究所 教授

5. 維持“盛京定例”與倣效明律之爭(滿洲舊俗與漢化之爭)

四. 明清兩代的修例

1. 律外修例之原因：“前主所是著爲律，後主所是疏爲令”
2. 明代三次修定『問刑條例』：弘治，嘉靖，萬曆
3. 清初修例之倣效前明：順治律之沿用明律附例，康熙『刑部現行則例』，雍正朝以例附律
4. 乾隆朝定期修例制度之確立：五年一小修，三年一大修