

연구노트

# 에도(江戸)시대 일본에서의 대명률의 영향\*

— 조선과 비교하여 —

조지만\*\*

## 목 차

- I. 들어가며
- II. 일본의 외국법 수용사
- III. 막부법에 나타난 大明律의 영향
- IV. 藩法에 나타난 大明律의 영향
- V. 일본과 朝鮮에 大明律이 미친 영향의 차이
- VI. 마치며

## I. 들어가며

朝鮮에서는 태조의 즉위교서에 의하여 일응 大明律의 포괄적 受容이 이루어 졌다.<sup>1)</sup> 물론 그 수용과정에서는 다른 法源들과 경쟁하기도 하고, 관습과의

\* 이 글은 필자가 일본에 체재하는 동안(2004. 10. ~ 2005. 5.)에 쓴 글이다. 그래서 한국문헌에 대한 인용이 부족한 점에 대하여 양해를 구한다. 아울러 이 글을 쓰는데 읽어야 할 문헌들을 소개해주시고 이해에 도움을 주신 오사카 시립대학의 야스타케(安竹貴彦) 교수님께 감사 드린다.

\*\* 서울시립대학교, 홍익대학교 강사

1) 太祖 元年 7월 28일(丁未). 구체적인 내용과 분석에 대하여는 정공식·조지만, 「朝鮮 前期 大明律의 受容과 變容」, 『震檀學報』 제96호(震檀學會, 2003. 12), 214~216쪽 참조.

충돌이 일어나기도 하지만 결국 經國大典의 用律條에 “大明律을 쓴다”고 규정됨으로써 명실상부한 朝鮮의 형사 일반법으로서 기능하게 된다. 말하자면 大明律은 통째로 朝鮮의 법률이 된 것이다. 이렇듯 朝鮮에 미친 大明律의 영향이란 것이 다대했던데 대하여 우리의 이웃나라인 일본의 경우에는 어떠했을까 하는 것이 이 글의 출발점이다.

일본도 동아시아에 속하는 나라로서 중국의 영향을 받고 있었다는 것은 어느 정도 추측 가능한 일일 것이다. 그런데 일본의 法史家인 시마다 마사오는 그의 “東洋法史”에서 다음과 같이 말하고 있다. 즉 “일본에 있어서는 조선반도와 베트남의 여러 왕조와 같이, 또 특히 발해나 류큐의 예와 같이 중국법을 계수하여 이것을 그대로 실시한 예는 인정되지 않는다”<sup>2)</sup>라고 기술하고 있는 것이다. 같은 문화권에 속한다고 알고 있었던 일본이, 조선과 중국법에 대한 태도에서 이러한 차이가 나타나는 이유가 무엇인지 궁금하지 않을 수 없었다. 그래서 大明律의 영향을 어느 정도 받았다고 일컬어지는 에도막부시대에 나타난 大明律의 영향을 살펴보고, 시마다의 위의 언급이 타당한지, 타당하다면 어떤 이유로 이러한 차이가 나타나는지에 대하여 살펴보고자 한다.

글의 순서는 우선 일본에서 외국법 수용의 대체적인 역사에 대하여 살펴 보면서 에도막부에 있어서 大明律 수용이라는 것이 어느 정도의 위치에 있는지 알아보고, 이 글의 관심사인 에도막부법에 나타나 있는 大明律의 영향에 대하여 살펴보고 마지막으로 朝鮮의 수용방식과의 차이가 나는 이유에 대하여 논의하고자 한다.

## II. 일본의 외국법 수용사

일반적으로 일본에서의 외국법 수용은 크고 작은 수용현상이 여러 번 있었

2) 島田正郎, 『東洋法史』(東京教學社, 1989), 172면. 이 책은 『아시아법사』(임대회·박원길·우덕찬·이광수 옮김, 서경문화사, 2000)라는 이름으로 번역되어 있다.

지만, 크게 보자면 2번 있었다고 이야기된다.<sup>3)</sup> 첫 번째는 8세기의 당율령을 모방계승한 大寶律令과 養老律令의 편찬이고, 두 번째는 明治維新 이후 서구법의 일체적 수용이다. 첫 번째의 당율령을 모방계승한 大寶律令과 養老律令은 일본이 고대국가로 발전해 나가는 단계에서 만들어졌던 것이라고 한다면 두 번째의 수용은 일본이 서구 제국과의 불평등조약에 맞닥뜨려서 서구와 같은 문명국으로 발돋움하기 위하여 수용한 것이라고 할 수 있다.

외국법의 수용을 놓고 크게 구분하면 위와 같지만, 중국법만으로 한정한다면, 그 영향을 받은 것도 두 번 있었다고 이야기된다. 첫 번째는 상술한 8세기의 당율령의 계수, 두 번째는 明治維新 직후에 제정된 형법전에서의 중국법의 수용이다. 明治維新 이후에 서구법을 참조하여 법전을 만들었는데, 어떻게 중국법의 영향을 받은 형법전이 탄생할 수 있었는지에 대하여 약간의 설명이 필요할 것 같다.

사실 일본은 明治維新 후 불평등조약을 개정하고, 구미사회와 똑같이 정의의 실현하는 “문명국” 속으로 들어가기 위하여 서구 근대법에 기초한 제법전의 편찬과 사법제도의 확립을 지향했다. 형법에 있어서도 이와 같은 방침은 채용되어서 서구근대형법에서 배운 형법전을 편찬하게 되는데 그것이 바로 明治 13년(1880)의 형법(이른바 舊刑法)인 것이다.<sup>4)</sup> 그런데 大政奉還으로부터 明治 13년 형법이 만들어지기까지는 어떤 상황에 처해 있었을까. 당시 幕府를 무너뜨리고 집정한 정치세력들은 幕府에 대한 부정을 하기 시작하는데, 형법에서도 幕府의 흔적을 없애려고 고심하였다. 그렇다고 서구법에 대한 연구가 전혀 되지 않은 상황에서 서구법을 들여올 수도 없었던 것이고, 따라서 당시 참조가능하였던 선진적인 법률이 중국법이었기 때문에 중국법, 특히 大清律의 영향을 받았다고 이야기된다.<sup>5)</sup> 이렇게 하여 탄생한 형법이 “假刑律”, “新律綱領”, “改

3) 小早川欣吾, 「明律令の我近世法に及ぼせる影響」, 『東亞人文學報』 第4卷第2号(京都帝國大學人文科學研究所, 1945. 3), 2면.

4) 牧 英正·藤原明久 편, 『日本法制史』(靑林書院, 1993), 311~312면; 山中永之佑 編, 『新·日本近代法論』 第8章(吉井蒼生夫 執筆部分)(法律文化社, 2002), 167면.

5) 高塩 博, 「中國法の受容と徳川吉宗」, 國學院大學日本文化研究所編, 『律令法とその周辺』(汲

定律例”<sup>6)</sup> 등이다. 이들 형법은 시행기간이 짧기는 하였지만 가령 改定律例를 제외하고는 笞杖徒流死의 오형체계를 취하는 등 기본적으로 중국법의 영향을 받고 있었다.

이러한 明治 초기 중국법의 수용에 앞서서 에도시대에도 포괄적인 受容이 아니긴 하지만, 중국법, 특히 大明律을 受容했다는 증거가 보인다.<sup>7)</sup> 大明律을 수용하였다는 증거가 보이기는 하는데 그게 그렇게 직접적인 것은 아니다. 그렇다면 에도시대에 있어서 大明律의 영향이란 일본의 외국법 수용사에 있어서 미미한 위치를 차지한다고 볼 수 있을 것이고 시마다의 언급이 일응 타당해 보인다. 시마다의 언급이 타당하다면 왜 이웃 나라인 일본과 朝鮮이 이러한 차이가 생기는데 대하여 살펴보지 않을 수 없을 것이다.

우선 왜 다른 시대가 아니라 에도시대를 택했는지 해명하여야 할 것 같다. 에도 시대를 택한 것은 단순한 이유에 기인한다. 즉 朝鮮이 大明律을 수용한 것에 對하여, 에도시대에 大明律의 영향이 보이기 때문이다. 달리 보자면, 朝鮮에서는 왕조교체의 이유의 하나로서 高麗말 형사사법의 혼란이 들어지고, 이러한 혼란을 수습하는 방법의 하나로서 당시 가장 선진적인 대명률을 수용 하는데,<sup>8)</sup> 비슷하게 戰國時代의 혼란을 수습하고 전국을 통일한 에도막부도 형법의 정비라는 상황에 직면하지 않았을까 하는 추측과 실제 나타나 있는 결과에 기인하는 것이다. 물론 그 이전의 카마쿠라(鎌倉)막부나 무로마치(室町)막부도 혼란을 수습하였다는 점에서는 비슷하기는 하지만, 中央集中을 바탕으로 하고 있는 大明律이 중앙정부의 통제력이 약한 상황에서는 시행되기 어렵다고

古書院, 2004a), 228면.

6) 假刑律은 明治維新 직후에 幕府의 형법의 효력을 용인하지 않을 수 없었던 維新政府에서 지방에서의 질의에 답하기 위하여 발하는 집무상의 준칙이었는데, 養老律, 唐律, 大明律, 大清律 등이 참조된 明治政府 최초의 형법전이다. 하지만 이 형법전은 조금씩 편찬되어 불완전했기 때문에 전국을 적용범위로 하는 新律綱領이 편찬된다. 新律綱領 이후 사회의 변화에 응하여 단행법령으로 발포한 것들을 모아 정리한 것이 改定律例이다. 자세한 것은 牧 英正·藤原明久 편, 앞의 책, 306~310면; 山中永之佑 編, 앞의 책, 163~165면 참조.

7) 牧 英正·藤原明久 편, 위의 책, 39면.

8) 정궁식·조지만, 앞의 글, 210~213쪽 참조.

생각되는데, 에도막부의 경우에는 지방분권이긴 하였지만, 어느 시대보다도 중앙집권이 강한 막부였다고 이야기되고 있었던 점이 에도막부에 주목한 이유이기도 하다. 특히 에도막부는 카마쿠라, 무로마치 양 막부와 같이 그 법제는 관습법을 토대로 하고 있고, 율령과 같은 기본적인 대법전을 만들지 않았지만, “쿠지가타오사다메가키(公事方御定書)”<sup>9)</sup>에 이르러 刑事に 관한 사건을 정해져 있는 규정으로 처리하는 경향이 보이기 때문에, 이러한 규정이 성립하기 위해서 외국법 참조의 가능성도 계기가 되었다.

이제 에도 막부에 나타난 大明律의 영향이 도대체 어느 정도이기에, 시마다의 견해가 타당한지에 대하여 살펴보아야 한다.

### Ⅲ. 막부법에 나타난 大明律의 영향

에도시대의 법에 대하여 살펴보기 위하여는 막부법과 藩法の 구별을 하지 않으면 안된다. 즉 에도시대는 기본적으로는 봉건제도를 취하고 있고, 藩은 독자로 법을 제정하는 것이 가능했지만, 많은 藩은 막부법을 모방하고, 參勤交代 등의 정치적인 면뿐만 아니라, 법률적인 면에서도 중앙의 통제가 사실상 미치고 있었다고 말해진다. 그러나 藩 독자적으로 만든 형법이 적긴 하지만, 그 중에는 중국법, 특히 대명률의 영향을 받은 것도 적지 않았다. 그래서 이하에는 에도시대의 중국법의 영향을 막부수준과 藩수준으로 나누어 지금까지의 일본에서의 연구성과를 정리하고자 한다.<sup>10)</sup>

9) 公事方御定書는 8대 쇼군 토쿠가와 요시무네 때에 성립한 것으로 그 하권은 메이지시대 이후 御定書百箇條로 일반적으로 불리며, 범죄와 그에 대응한 형벌을 주로 정하고 있다. 막부의 형사재판은 그 때까지 판례 등에 의거하여 판결하였지만, 재판의 기준으로 할 만한 성문법이 이 때 태어난 것이다. 御定書 하권의 마지막 조문은 형벌의 종류와 그 집행방법에 대하여 정하고 있고, 서민계층에 적용되는 형벌로서 6종류의 사형(鋸挽, 磔, 火罪, 獄門, 死罪, 下手人), 8종류의 추방형(遠島, 重追放, 中追放, 輕追放, 江戸十里四方追放, 江戸拂, 所拂, 門前拂), 그 이외에 6종류의 형벌(敲, 入墨, 戸メ, 手鎖, 押込, 過料)을 규정하고 있다. 高塩 博, 『江戸時代の法とその周縁—吉宗と重賢と定信と—』(汲古書院, 2004b), 147면.

## 1. 德川吉宗 이전의 상황

鎌倉幕府 이후 정권이 장군에게 이전되고, 법의 분열이 있었다. 이것을 公家法과 武家法 및 本所法으로 대별할 수 있을 것이다. 이 중에서 武家法은 무사에 대하여 적용된 법률로서 당시의 先例 등을 모든 51개조로 된 “御成敗式目”(1232)을 기본으로 하였다.<sup>11)</sup> 당시는 막부의 권력이 조정보다 커지면서 그와 함께 武家法이 접하는 비중도 크게 되어 갔다. 이 御成敗式目は 그 후 기본법적 성격을 띠어 무로마치 막부도 御成敗式目を 기본법전으로 하였다.

율령의 형법이 형벌을 망라적, 체계적으로 규정하는 것에 대하여, 막부의 형법에는 이러한 지향은 거의 보이지 않는다. 御成敗式目は 위에서 말한 바와 같이 조문수가 적어서 살인, 도적 등의 범죄 이외의 많은 것에 대하여는 그 때 그 때의 필요에 따라 추가법의 형식으로 규정하여 갔다.<sup>12)</sup> 이러한 상태는 전국시대를 거쳐 에도 막부에 들어와서도 같았으리라 생각된다. 즉 에도막부는 그 전 반기에는 카마쿠라, 무로마치 막부법과 마찬가지로 관습법을 토대로 하고, 율령과 같은 기본적인 대법전을 만들지 않았고, 선례 및 그 때 그 때 발표되는 법령에 의하여 재판하고 있었다.<sup>13)</sup> 이러한 상태는 대략 8대 쇼군 도쿠가와 요시무네(德川吉宗)의 취임까지 계속된다.

## 2. 德川吉宗에 미친 大明律의 영향

### 1) 大明律의 영향의 배경

德川吉宗 이후 막부가 무너질 때까지 각종의 법전편찬이 행해지는데, 이러한 태도는 정비된 외국법을 참조하는 것에 의하여 권위있는 체재를 질서지우

10) 가장 선구적인 연구로서는 小早川欣吾의 “明律令の我近世法に及ぼせる影響”이 있고, 그 후 小林宏의 “德川幕府法における敲と入墨の刑罰” 등을 대표적으로 들 수 있다.

11) 石井良助, 『体系日本史叢書4 法制史』(山川出版社, 1964), 123~125면.

12) 牧 英正·藤原明久 편, 앞의 책, 147면.

13) 石井良助, 앞의 책, 162, 213면.

는 법전을 편찬하려고 하는 방침으로 나타났다.<sup>14)</sup> 그러면, 당시 외국법으로서 어떠한 검토하는 것이 가능했을까.

당시, 蘭學이라고 일컬어지는 학문이 있었지만, 그 대부분은 자연과학적 분야에 그치고, 정치, 법률방면에 관한 네덜란드의 지식은 금지되어 있었다. 이러한 상황 하에서 당시 상하를 통틀어 학문의 대상으로 되었던 것은 儒學이었다. 이 유학자의 일부는 법전의 연구를 특히 그 연구대상으로 하였다. 淸律은 明律을 거의 그대로 모방하였던 것이었고, 법전편찬을 위해서 그들이 당율령의 연구로 나아가지 않고, 명율령의 연구에 나아갔던 것은 현실사회를 규제하여야 하는 법전을 편찬하려고 의도하고 있었던 필연적인 결과였다.<sup>15)</sup>

중국법에 관심을 가졌던 사람들은 유학자가 그 중심이었지만, 법전편찬은 단시일 내에 가능한 것은 아니고, 중국법을 수용하는 토양이 형성되어 있을 필요가 있었다. 이러한 중국법수용의 토양형성의 원인으로서 거론될 수 있는 것은 우선 일본이 이미 8세기에 당율령을 모범으로 하여 大宝·養老律令을 편찬하고 이것을 실제에 운용하였다고 하는 경험일 것이다.<sup>16)</sup> 이러한 경험에 의하여 신법전을 편찬하려고 할 때, 외국법을 참조하는 경우 무엇보다도 중국법을 참조하려고 하는 가능성이 높아지게 된다.

또한 법전편찬에는 연구의 축적이 필요했는데, 그 일단은 1688년부터 1715년에 걸쳐 극히 수준이 높은 紀州의 명률연구, 그리고 그것에 이은 1716년부터 1735년 사이의 중국법연구로 충족되었다.<sup>17)</sup> 특히 享保 년간(1716-35)의 연구는 쇼군 요시무네를 중심으로 행해졌는데, 막부법의 중심에 요시무네가 있었기 때문에 요시무네 개인에 대하여 살펴볼 필요가 있을 것이다. 이하에서는 요시무네가 대명률에 왜, 어떻게 관심을 가지게 되었는지, 또한 그 성과는 어떠한 것이었는지에 대하여 살펴보자.

14) 小早川欣吾, 앞의 책, 4면.

15) 위의 책, 4~5면.

16) 高塩 博, 앞의 책(2004b), 142면.

17) 위의 책, 143면.

## 2) 德川吉宗의 중국법에 대한 관심

요시무네는 紀州藩主(지금의 和歌山)를 거쳐 1716년 에도 막부의 제8대 쇼군으로 되었다. 요시무네는 紀州藩主였던 시대부터 법률서를 읽는 것을 좋아했다고 이야기된다. 요시무네가 젊을 때부터 법률을 좋아했던 것은 아버지의 영향이라고 생각되는데, 그의 아버지는 중국의 明律 등에 관심을 가지고 元祿 年(1688~1704)에 “大明律例諺解”라고 하는 법률서를 만들게 하고 있다.<sup>18)</sup> 이러한 환경이 자연스럽게 吉宗가 중국법에 관심을 갖게 했던 것이라고 생각된다.

그러면 요시무네의 중국법에 대한 관심이 어떠한 모습으로 표출되었는지에 대하여 보자. 우선 그는 幕府의 고관과 관·민의 학자에게도 중국법의 조사연구를 명하고 있다. 享保 5년(1720) 紀州의 유학자인 高瀨喜朴에게는 “大明律例譯義”를 제출시키고 荻生北溪에게는 명률의 원문에 훈점을 붙이는 임무를 명하고, 享保 8년(1723)에 오늘날 “官准刊行 明律”이라는 명칭으로 알려진 책을 출판시킨다. 荻生徂徠의 “明律國字解”도 요시무네의 이러한 의향의 반영일 것이다. 또한 에도막부에 봉사하는 成島道筑에게는 大明律의 강의를 명하고, 부하를 長崎에 파견하여 청나라 사람에게 중국의 형법과 형벌에 대하여 질문하게 하고 있다. 특히 吉宗는 金澤藩主 前田綱紀이나 高瀨喜朴에게 중국법에 관련된 수많은 질문을 하고 있다.<sup>19)</sup>

이렇게 표출된 吉宗의 중국법에 대한 관심은 결국 당시의 법전편찬의 경향과 서로 작용하여 “公事方御定書”의 편찬으로 결실을 맺게 된다.

## 3) “公事方御定書”에 보이는 대명률의 영향

요시무네가 大明律에 대한 관심을 법전편찬으로 향했던 것은 당시의 시대상황과 관계가 있다고 생각된다. 즉 요시무네가 쇼군으로 되었던 享保 초년은 德川氏가 정권을 장악한 때로부터 약 1세기를 지났던 시기로서 전국시대의 영향

18) 小林 宏, 「德川吉宗と法の創造」, 國學院大學日本文化研究所編, 『法文化のなかの創造性—江戸時代に探る』(創文社, 2005), 8면.

19) 高塩 博, 앞의 책(2004b), 129~130면.

이 약해져 幕府의 기초도 거의 확립되었던 시대이고, 한편으로는 상품경제의 발전과 함께 다양한 사회문제와 분쟁이 발생하여서, 그에 대한 새로운 사법제도의 정비가 필요하게 되었던 것이다.<sup>20)</sup>

이러한 상황을 배경으로 “公事方御定書”가 寬保 2년(1742)에 일용 성립되었다.<sup>21)</sup> 그런데 “公事方御定書”에 보이는 중국법의 영향에 대하여는 이것을 부정하는 견해가 있다. 예를 들어 奥野彦六은 “그러나 명률의 영향은 御定書の 편찬에서는 인정할 수 없다. … (중략) … 결론은, 명률과 御定書の 편찬은 실제상 아무런 관계가 없다라고 단언할 수 있다”라고 기술하고 있다.<sup>22)</sup> “公事方御定書”에 중국법의 직접적인 영향이 보이지 않는다는 점에서 보면 이 지적은 타당하다고 할 수 있다. 그러나 간접적·부분적으로 영향을 받은 부분은 볼 수 있으며, 결코 “아무런 관계가 없다”라고 단정할 수는 없을 것이다. 이하에서 그러한 예로서 敲, 入墨, 科料를 보도록 한다.<sup>23)</sup>

### ① 敲

“公事方御定書”에 보이는 敲刑은 절도 등의 경미한 범죄에 적용되었다. 신체형인 敲刑은 중국법을 계수한 8세기의 율령시대 이후로 계속 존재해왔지만, 왜 “公事方御定書”에 보이는 敲刑을 중국법, 특히 대명률의 영향을 받은 것이라고 할 수 있는가.

公家法에서는 笞·杖의 신체형이 존재했지만, 이것은 형식상 존재하고 있었던 것에 지나지 않고, 실질적으로는 死刑과 追放刑이 적용되고 있었다. 또한 요시무네이전의 幕府法에서는 절도범 등에 대하여 귀를 자르거나 코를 베는

20) 小林 宏, 『徳川幕府に及ぼせる中國法の影響—吉宗の明律の受容をめぐる—』, 『日本文化研究所紀要』 第64輯(國學院大學, 1989.9), 94면.

21) 牧 英正·藤原明久 편, 앞의 책, 187면.

22) 奥野彦六, 『徳川幕府と中國法』(創文社, 1979), 77면.

23) 이 외에도 영향을 미쳤다고 볼 수 있는 것은 (1) 유년자의 형사책임 (2) 亂心에 의한 살인과 酒狂에 의한 그것과의 책임의 구별 (3) 盜犯에 관한 누범의 처벌 (4) 경범죄자에 의한 중범죄자 신고 때의 면책 등을 들 수 있다. 小林 宏, 앞의 책(1989. 9), 78~83면.

등의 肉刑이 빈번하게 과해지고 있었다. 여기에서 요시무네는 형벌의 효과로서 재범을 방지하고 사회복귀를 지향하기 위하여 敲刑을 도입한 것이다. 즉 경미한 범죄에 대하여는 敲刑을 집행하는 것으로, 두 번 다시 죄를 범하면 안 되겠다는 후회의 감정을 일으키고, 집행 후에 바로 석방하는 것이기 때문에 추방형이 가족과 떨어져 생활하기 때문에 생활이 곤궁해 지는 것에 비하여 훨씬 더 사회복귀에 효과가 있다는 것을 기대하였던 것이다.<sup>24)</sup>

요시무네의 大明律에 대한 관심으로 이러한 敲刑이 “公事方御定書”에 규정되었다고 볼 수 있는데, 이는 “公事方御定書” 제정에 즈음하여 敲刑의 효과에 대한 前田綱紀와의 의견 교환 등에서도 확인할 수 있다.<sup>25)</sup> 요시무네는 대명률을 참조해가면서 당시 국내 사정에 맞는 법률을 만들 것을 지향했다고 생각되며, 중국의 笞·杖이 10대씩 증가하는 것에 대하여 “公事方御定書”에 보이는 敲刑은 敲(50대)와 重敲(100대)로 나뉘어 있다. 敲刑의 도입에서 대명률을 직접적으로 계수했다고는 말할 수 없지만, 확실히 대명률에서 시사를 받았다는, 즉 간접적인 영향을 받았다고는 할 수 있을 것이다.

## ② 入墨

江戶幕府의 入墨은 절도 등에 대해서 팔에 문자를 새기는 형벌이었는데, 원래 대명률에서는 刺字라고 불리는 것으로 杖刑, 徒刑, 流刑에 대한 부가형적인 성질을 띠고 있었다. 대명률에서는 초범에 대하여 오른쪽 팔, 재범에 대하여 왼쪽 팔에 자자하고, 삼범은 교형에 처하는 형벌체계를 취하고 있다. 이에 대하여 “公事方御定書”의 入墨은 부가형은 아니고, 절도 재범에 대하여 主刑으로서 과해지는 것으로 규정되어 있다.<sup>26)</sup>

24) 高塩 博, 「江戶幕府法における敲と入墨の刑罰」, 小林 宏編, 『律令論纂』(汲古書院, 2003. 2), 157~162면.

25) 의견교환의 상소에 대하여는 小早川欣吾, 앞의 글, 35~37면 참조.

26) 小林 宏, 앞의 책(1989. 9), 88~90면. 이에 대하여 高塩 博는 주형으로서의 入墨刑은 “公事方御定書” 제56조만으로 보통은 入墨敲의 이중처벌로 정해져 있다고 기술하고 있다. 高塩 博, 앞의 글(2003. 2), 148~149면. 그러나 入墨刑이 한조문만이라도 주형으로서 이용되었다고 하

이러한 入墨은 大明律과 어떠한 관계에 있을까. 高塩博은 이 점에 대하여 절도범에 대한 과형방법을 비교하여 절취한 금액이 많아짐에 따라 형벌이 단계적으로 무거워진다고 하는 것, 절도 3범이 사형이라는 누범처벌체계의 존재, 入墨이 절도에 대한 범죄에 적용되는 형벌로서 원칙적으로 이중 처벌로서 존재하는 것은 이중 처벌로서 존재하는 것은 대명률의 刺字에서 유래하는 것이라고 기술하고 있다.<sup>27)</sup> 이에는 요시무네의 개인적인 관심과 연구의 영향도 물론 있었다고 생각되는데, 朝鮮에서 대명률을 그대로 쓴 것과 비교해 볼 때, 이것도 敲刑과 마찬가지로 직접적으로 영향을 받았다고는 할 수 없을지 모르겠지만, 역시 대명률의 영향을 받았다는 것을 부정할 수는 없을 것이다.

### ③ 科料刑

위의 두 예로부터 요시무네는 중국법을 수용할 때에 그대로는 아니고 비판을 가하여 자국의 사정에 맞게 수용했다는 것을 알 수 있는데, 이러한 예는 科料刑을 채용할 때에도 볼 수 있다. 우선 과료형과 大明律의 관계를 고찰하고, 어떠한 논의가 있었는지 보도록 하자.

과료형은 요시무네시대에 갑자기 새로운 형벌로서 생겨난 것은 아니다. 大寶律의 贖罪와 武家法에서 이용되었던 過錢 등은 일종의 科料刑으로 볼 수 있다. 그러나 에도 시대에 들어와 科料刑은 전혀 이용되지 않았다.<sup>28)</sup> 이러한 상태에 있었던 科料刑의 부활은 요시무네의 科料刑에 대한 관심에 기인하는 것이라고 할 수 있다. 또한 예전부터 있던 규정의 단순한 부활은 아니고, 大明律의 영향 하에 있었다는 것은 科料刑에 관한 논의에서 확인할 수 있다.

요시무네는 紀州藩의 유학자가 저술했던 “大明律例諺解”에 있던 贖法에 관한 문장을 인용하여 “大明律例譯義”의 저자 高瀬喜朴에게 질문하고 있다. 즉 “大明律例諺解”에서 贖法은 수형자의 빈부 격차에 따라 평등하게 작용하

는 것은 큰 특징이라고 생각된다.

27) 高塩 博, 앞의 글(2003. 2), 152면.

28) 小早川欣吾, 앞의 글, 30면.

지 않기 때문에 불공평하고, 따라서 일본이 근래 贖法을 규정하지 않는 것이 ‘善政’이라고 하고, 이것을 높게 평가하고 있는 것에 대하여 高瀬喜朴에게 질문하고 있는 것이다. 이에 대한 高瀬喜朴의 답은 贖法에는 국가재정을 보충하는 이점이 있고, 민에게 은혜를 베푸는 것으로 되는 등이 이유로 大明律을 본따서 贖法을 채용하여야 한다는 것이었다.<sup>29)</sup> 이러한 논의를 거쳐 “公事方御定書”에는 수형자가 가진 자산의 다소를 고려하여 그 액이 정해져 있고, 이것은 大明律을 “公事方御定書”의 과료형을 규정할 때에 참조했던 증거라고 말할 수 있다.

#### IV. 藩法에 나타난 大明律의 영향

幕府法에 미친 大明律의 영향이 간접적·부분적이었던 것에 대하여, 藩法의 그것은 보다 직접적인 것이었다. 3백 제후라고 일컬어지는 여러 藩 중에서, 누적된 판례를 정비하는 등 成文의 藩法을 갖추었던 藩은 현 시점에서 20藩 정도밖에 판명되고 있지 않지만, 그 중에서도 6藩이 大明律을 수용했다고 하는 것은 주목할만한 사실이다.<sup>30)</sup> 高塩에 의하면 대명률을 수용했던 藩은 아래의 諸藩이었다.<sup>31)</sup>

- ① 熊本藩 : 御刑法草書, 刑法草書
- ② 新發田藩 : 新律, 徒罪規定書
- ③ 會津藩 : 刑則
- ④ 弘前藩 : 刑法牒

29) 小林 宏, 앞의 글(1989. 9), 78~79면; 高塩 博, 『日本律の基礎的研究』(汲古書院, 1987), 383~386면.

30) 高塩 博, 앞의 책(2004b), 140면.

31) 위의 책, 140면.

⑤ 和歌山藩：國律，國律補助

⑥ 土佐藩：海南律例

이 여러 법전은 大明律을 수용했던 것으로 형식의 면에서도 보다 정비되어 있었다. 즉 이들 형법전은 범죄유형에 의한 편별 구성을 취하고, 법전 전체를 통틀어 원칙적인 규정을 모은 명례편을 두고 있다. 이 이외에도 법이 없을 때에는 法源으로서 大明律을 채용하였던 藩도 있었다.<sup>32)</sup> 이하에서는 和歌山藩과 熊本藩(肥後藩이지만 현재의 명칭으로 쓴다)을 그 대표로 들어 검토하기로 하자.<sup>33)</sup>

## 1. 大明律이 和歌山藩法에 미친 영향

和歌山藩에 大明律이 미친 영향은 학자의 연구로부터 시작한다. 전술한 “大明律例諺解”는 일본 최초의 대명률 주석서로서 和歌山藩의 유학자가 藩主의 명에 따라 저술한 것이다. 이 “大明律例諺解”는 高瀬喜朴과 荻生徂來·北溪 형제의 연구에 적지 않은 영향을 미치고, 江戸시대의 명률연구의 출발점을 이루었다.<sup>34)</sup> 이후 高瀬喜朴은 吉宗의 명에 따라 大明律을 축조하여 일역한 “大明律例譯義”를 저술한다.<sup>35)</sup> 이러한 학문적인 풍토를 토대로 和歌山藩은 大明律의 영향을 직접 받은 형률을 편찬하는 것이다.

和歌山藩의 藩法으로서 유명한 것으로 “國律”과 “國律補助”가 있다. 이 “國律”과 “國律補助”는 “和歌山史要”에 의하면 大明律을 기초로하여 선정되었다고 한다.<sup>36)</sup> 이 중에 “國律”은 형식적인 면에서는 名例律, 公式律, 倉庫律 등 大明律과 완전히 똑같은 항목을 가지고 있다. 더욱이 이 조문 중에서도 大明律

32) 위의 책, 141면.

33) 기타 여러 藩들에 미친 大明律의 영향에 대하여는 小早川欣吾, 앞의 글, 235~255면 참조.

34) 高塩 博, 앞의 책(1987), 369~370면.

35) 위의 책, 357면.

36) 小早川欣吾, 앞의 글, 39면.

이라고 명시되고 있는 것이 3조문 있고, 또한 大明律을 명시하지 않고, 단순히 律이라고 쓴 것 중에서도 大明律에 당해 율문이 있어서 大明律의 律文이라고 추측할 수 있는 것도 적지 않다. 특히 十惡, 八議의 규정을 두고 있는 것은 大明律의 영향을 강하게 받고 있다는 것을 보여주고 있다.<sup>37)</sup>

大明律의 수용을 가능하게 한 이유로서 법률은 幕府와 별도로 藩이 독자적으로 제정하는 것이 가능했다는 점, 和歌山藩이 大明律의 연구에 선구적인 역할을 담당하고 있었다는 점을 들 수 있다. 藩의 형법을 제정할 때 이러한 배경을 기초로 하여 大明律의 규정을 직접적으로 國律 안에 대폭적으로 도입했던 것이다.

## 2. 大明律이 熊本藩에 미친 영향

熊本藩이 법전을 편찬한 것은 “御刑法草書”가 1754년, “刑法草書”가 1761년이었다. 熊本藩의 “刑法草書”가 중요한 이유는 그 자체가 우수하다는 점도 있지만, 明治維新 초기의 형법에 중요한 역할을 담당했던 점에서도 구해진다. 明治 신정부는 치안유지와 공평한 과형을 행할 목적으로 “假刑律”을 편찬했는데, 그 때 이용했던 자료는 주로 “刑法草書”와 “大清律例彙纂”이었다.<sup>38)</sup>

幕府의 “公事方御定書”가 제정된 후, 각 藩에서도 幕府를 모방하여 형법을 제정하고자 하게 된다. 熊本藩에서 편찬된 “刑法草書”도 그러한 예의 하나이었지만, 그 특징으로서 荻生徂來를 비롯하여 많은 유학자들이 추방형을 폐지하고 徒刑을 채용하자고 주장했던 것에도 불구하고 “公事方御定書”가 이를 채용하지 않았던 것에 대하여, 획기적으로 徒刑을 채용하고 있는 것이 들어간다.<sup>39)</sup> 이러한 徒刑의 채용은 大明律의 영향을 받았다고 생각되지만, 大明律의 단순한 모방에 그치지 않고, 徒刑囚에게 노역을 과하는 한편, 소액이긴 하지

37) 위의 글, 42~50면.

38) 高塩 博, 앞의 책(2004b), 167면.

39) 鎌田 浩, 『肥後藩の序民事件録－日本近代自由刑の誕生－』(熊日新書, 2000), 10~11면.

만 급료를 지급하였던 것은 근대 자유형과 유사하고, 囚人の 사회복귀를 고려하는 사상이 인정된다.<sup>40)</sup>

“刑法草書”는 형률로서 入墨, 笞刑 및 徒刑을 규정하고 있을 뿐만 아니라 형식적인 면에서도 대명률로부터 많은 것을 배우고 있다. “公事方御定書” 하권은 실체법과 절차법 및 형사법과 민사법이 혼재되어 있지만, “刑法草書”는 그러한 것은 아니고, 오늘날의 형법전과 마찬가지로 형식을 구비하고 최초로 名例編을 두어 총칙적 규정을 모아 1편을 만들고, 그 이하에 7개의 편을 두어 범죄유형별로 조문을 분류하고 있다.<sup>41)</sup> 이처럼 熊本藩도 大明律의 영향을 직접적으로 받은 자기 자신의 형법전을 편찬하고 있었다. 하지만 이러한 대폭적인 영향에도 불구하고 大明律 그 자체를 형법으로서 쓴다는 모습은 보이지 않는다.

## V. 일본과 朝鮮에 大明律이 미친 영향의 차이

“公事方御定書”에는 상술한 바와 같이 대명률로부터의 영향이 보이지만, 조선이 행했던 법전을 전체적으로 계수하여 형률로서 이용하고, 변용은 다른 國典, 예컨대 經國大典과 같은 國典에 의하여 행하는 방식과는 달리, 필요에 응하여 수용하는 태도를 취하고 있다. 또한 藩法에서도 막부법보다는 직접적인 大明律의 영향이 보이긴 하지만, 大明律 그 자체를 그대로 옮겨서 쓰는 형식은 발견되지 않는다. 자신의 필요에 따라 大明律의 조문 중에서 취사선택하여 자신의 형법제정에 이용하고 있을 뿐이다. 왜 大明律을 수용하는 방식에 있어서 조선과 일본이 이러한 차이가 나는 것일까.

그 이유는 결국 국가 사정이 다르다는 점에서 찾을 수 있을 것 같다. 즉 大明律은 일반적이고 통일적인 형법전으로서 전국을 통일적인 법체계로 하여 적

40) 高塩 博, 앞의 책(2004b), 14~18면.

41) 위의 책, 165~166면.

용하기에 적당하리라 생각되는데, 기본적으로는 봉건체제를 취하고 있었던 에도막부에 있어서는 일반적인 형법이라고 할 수 있는 大明律을 도입하여 전국에 강제하기는 어려웠으리라 생각된다. 예컨대 朝鮮의 경우에는 15세기에 새로운 국가를 건설함에 즈음하여 고려의 멸망원인의 하나로서 형사사법의 문란을 들고 있다. 즉 고려에서는 재판을 준거할 통일적이고 일반적인 법이 없기 때문에 재판이 일관되지 못하였고, 이 상황을 타개하기 위해서는 전국적으로 시행되는 법전이 필요하였고, 또한 형사사법의 정상화를 위하여 일률적으로 적용할 수 있는 大明律이 필요했을 것이다. 물론 일률적으로 적용할 수 있었던 토대가 되었던 것은 중앙집권이라고 할 수 있을 것이다. 이에 비하여 18세기의 일본에는 예컨대 형사사법의 문제가 존재하였다고 하여도 그것은 사법제도의 정비의 일환으로서 행해졌다. 그리고 일본은 일용 지방분권적인 체제를 취하고 있었기 때문에 굳이 중앙집권을 전제로 하고, 통일적인 법적용을 바탕으로 깔고 있는 大明律을 도입할 필요가 없었을 것이다. 필요가 없었기 때문에 일본의 수용방식은 결국, 개개의 조문을 검토한 다음 취사선택하는 방식을 취했다고 생각된다.

그 외에도 물론 大明律의 한문이 당시의 일본인들에게 난해하고 그 내용을 연구하고 이해하기까지는 시간이 필요했다는 것, 요시무네가 쇼군이 된 과정에서 본다면 家康를 존숭하는 것이 다른 쇼군에 비하여 두드러졌기 때문에 간단히 조상으로부터의 법을 고치고 대명률을 계수하는 것에는 신중하지 않으면 안되었다는 것도 이유가 될 수 있을 것이다.<sup>42)</sup>

## VI. 마치며

이상 에도시대에 대명률이 미친 영향에 대하여 幕府와 藩을 나누어 정리를 해 보았다. 서두에서 제기한 시마다의 언급은 에도시대에 관한 이 글에서 간

42) 小林 宏, 앞의 책(2005), 13~15면.

략하나마 이 글에서 답을 얻을 수 있었으리라 생각된다. 즉 에도시대에 大明律의 영향이 있긴 하였지만, 朝鮮에서와 같이 포괄적이고 직접적인 영향은 아니었으며, 大明律은 연구의 대상이 되어 필요한 조문을 취사선택하는 방식이었음을 알 수 있었다. 그리고 이러한 방식은 朝鮮이 大明律을 수용하는 방식과는 큰 차이를 보인다. 부연하자면, 조선의 수용방식은 긴급한 필요에 따라 우선 大明律을 그대로 수용하고, 조선의 내부상황과 맞지 않는 부분은 수정하기도 하고, 새로운 규정은 형법에 한하여 특별법적인 성질을 띠는 國典에 규정한다는 것이었다. 이에 대하여 우선 幕府는 大明律을 연구의 대상으로 삼고 필요한 한도에서 수정하여 채용하고 있고, 사상면에서 본다면 大明律의 영향이 있기는 하지만, 명시적으로는 그 영향이 강하게는 보이지 않는다는 것이었다. 또한 보다 직접적으로 대명률의 영향을 받은 藩法에 있어서도 그 방식은 自藩의 형법을 만들기 위하여 전면적으로 쓴 것이나, 부분적으로 쓴 것이나 어느 쪽도 ‘참조한다’라고 하는 방식을 취하고 있었다. 이러한 차이가 나타나는 이유는 국가 사정이 다름에 따라서 大明律을 그대로 수용할 필요성이 있느냐의 차이에 기인한다고 생각된다.